

المركز الديمقراطي العربي: برلين - ألمانيا

# المجلة الدولية للاجتهاد القضائي



R N/VIR. 336 - 451.B

المركز الديمقراطي العربي

المجلة الدولية للاجتهاد 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  
للدراستات الاستراتيجية والسياسية و الاقتصادية  
المانيا/برلين

Democratic Arabic Center

Berlin / Germany

لايسمح بإعادة إصدار هذه المجلة أو أي جزء منها أو تخزينها في نطاق استعادة المعلومات أو نقلها بأي شكل من الأشكال , دون إذن مسبق خطي 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  
للدراستات الاستراتيجية والسياسية و الاقتصادية المانيا/برلين

البريد الالكتروني

[democraticac.de@judgement](mailto:democraticac.de@judgement)



المركز الديمقراطي العربي  
للدراستات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية  
Democratic Arab Center  
for Strategic, Political & Economic Studies

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي :

العدد العاشر حزيران - يونيو 2023

International Journal of Legal  
Interpretative Judgement:  
TEN Issue June \_ 2023



# المجلة الدولية للاجتهاد القضائي

## International Journal of Legal Interpretative Judgement

### مجلة علمية دولية محكمة

Nationales ISSN-Zentrum für Deutschland

ISSN 2748-5056

### المجلة الدولية للاجتهاد القضائي

International Journal of Legal Interpretative Judgement

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 وسلك القضاء، سواء أكان ذلك في مجال القانون والفقه والقضاء خاصة الاجتهاد 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. وتستند المجلة إلى ميثاق أخلاقي لقواعد النشر فيها، وإلى لائحة داخلية تنظّم عمل التحكيم، كما تعتمد "المجلة الدولية للاجتهاد القضائي" في انتقاء محتويات أعدادها المواصفات الشكلية والموضوعية للمجلات الدولية المحكمة.



المركز الديمقراطي العربي  
لدراسات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية  
Democratic Arab Center  
for Strategic, Political & Economic Studies

## مجلة علمية دولية محكمة

Nationales ISSN-Zentrum für Deutschland

ISSN 2748-5056

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي

International Journal of Legal Interpretative Judgement

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 وسلك القضاء، سواء أكان ذلك في مجال القانون والفقه والقضاء خاصة الاجتهاد 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. وتستند المجلة إلى ميثاق أخلاقي لقواعد النشر فيها، وإلى لائحة داخلية تنظم عمل التحكيم، كما تعتمد "المجلة الدولية للاجتهاد القضائي" في انتقاء محتويات أعدادها المواصفات الشكلية والموضوعية للمجلات الدولية المحكمة.



رئيس المركز الديمقراطي العربي :

أ.عمار شرعان

رئيس التحرير:

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

رئيس اللجنة العلمية : أ.كريم عايش - المركز الديمقراطي العربي - المانيا/برلين

نائب رئيس التحرير التنفيذي : يسرى الجاي القرشي المركز الديمقراطي العربي - المانيا/برلين

البريد الالكتروني للمجلة :

[judgement@democraticac.de](mailto:judgement@democraticac.de)

registration number

RN/VIR. 336 - 451.B

ISSN 2748-5056

## اللجنة العلمية:

- د.ميسون طه حسين، استاذ مساعد، كلية القانون، جامعه الكاظم، العراق.
- د.يعيش تمام شوقي، رئيس تحرير مجلة الحقوق والحريات، جامعه بسكرة، لجزائر.
- د يوسف سعدون محمد، تخصص قانون مدني وإجراءات قضائية، كلية أقسام ميسان، العراق
- د. معداوي نجية، أستاذة مشاركة، كلية الحقوق جامعه 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، جامعه فلسطين الأهلية. فلسطين.
- د. محمود سلامة، أستاذ القانون الخاص، الجامعة العربية الأمريكية، فلسطين.
- د.نضال العوادة، دكتوراه في العلوم الجنائية – النيابة العامة الفلسطينية.
- د. أسامة دراج – كلية القانون – جامعه الاستقلال، فلسطين.
- د. مهند استيتي – عميد كلية الشريعة – جامعه الخليل.
- أ. د حسين الترتوري، جامعه الخليل. فلسطين.
- د. جمال أبو سالم – رئيس قسم الفقه – جامعه القدس .
- د. أنس أبو العون- كلية الحقوق- الجامعة العربية الأمريكية.
- أ.د نافع الحسن – أستاذ القانون الدولي- جامعه فلسطين الأهلية. فلسطين
- أ.د ماهر خضير- عضو المحكمة العليا الشرعية- ديوان قاضي القضاة- فلسطين
- أ.د جمال الكيلاني، أستاذ الفقه والتشريع، عميد كلية الشريعة، جامعه النجاح. فلسطين
- أ.د عودة عبد الله- أستاذ التفسير- جامعه النجاح الوطنية- فلسطين
- د. علي أبو مارية، أستاذ القانون الخاص- عميد البحث العلمي والدراسات العليا، جامعه فلسطين الأهلية. فلسطين
- د. محمد صعابنة، أستاذ القانون الخاص، عميد شؤون الطلبة، جامعه فلسطين الأهلية. فلسطين.
- د. غانم عبد دهش، استاذ مساعد، كلية القانون، جامعه القادسية، العراق.
- د. سلام سميرة، محاضر\_ أ، تخصص قانون دولي انساني، جامعه عباس لغرور خنشلة، الجزائر.
- د. ميثم منفي كاظم العميدي، أستاذ مساعد، كلية الحقوق، جامعه الكاظم، العراق.
- د. محمد جمعة، قاضي إستئناف بمجلس الدولة، مصر.

- د.خير الدين طالب- كلية الحقوق- الجامعة العربية الأمريكية.
- د. حمزة إسماعيل، كلية الحقوق – الجامعة العربية الأمريكية.
- د. سامية عبد اللاوي، أستاذ محاضر، القانون الدستوري، ، جامعة عباس لغرور خنشلة.
- د علي مراد ، أستاذ مساعد ، قانون، علاقات دولية، جامعة بيروت العربية.
- د. عبد اللطيف ربايعه، أستاذ مشارك في القانون الجنائي، جامعة الاستقلال، فلسطين.
- د. محمد بدوسي، أستاذ مساعد في القانون الجنائي، جامعة الاستقلال، فلسطين.
- د.اياد شكور دكتوراه في القانون العام/ قانون جنائي / جامعة النهريين / كلية الحقوق

الصفحة	المحتويات
11	الكلمة الافتتاحية
12	دور الخبرة الفنية في تحقيق الدليل الجنائي Role of Technical Expertise in the Investigation of Criminal Evidence The م . د / محمد عزت مصطفى سلام كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية - مصر والمستشار القانوني بالجهاز المصرفي المصري
39	مسئولية المحامي المدنية عن أعمال غيره "دراسة مقارنة" The lawyer's civil responsibility for the actions of others " comparative study" د. يوسف عبد الرحيم حسن أبو هاشم- أستاذ القانون المدني المساعد في الجامعات الفلسطينية الجامعة الإسلامية- غزة- فلسطين
59	بيع الغرر وأحكامه في الإسلام تطبيقاً على بيع ( الكرتة ) Selling Gharar ( scrap ) and its Provisions in Islam - An Application to Selling the Scrap محمد عبد القادر عبد الله- كلية التربية - جامعة وادي النيل
72	المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في التشريع الفلسطيني "دراسة تحليلية" The criminal responsibility of the legal person in the Palestinian legislation "An analytical study" محمد جلال توفيق اسليم.
98	الحماية الدستورية للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات



	Constitutional protection of the right to access to knowledge and to exchange information. ، إيمان جسام محمد، باحثة دكتوراه في القانون العام- القانون الدستوري- والمدرس في قسم القانون. كلية الفارابي الجامعة، العراق، بغداد
122	حرق الجثث وقت الحرب في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الإنساني Cremation in Time of War in Islamic Jurisprudence and the International Human Law محمد مطلق محمد عساف منسق برنامج دكتوراة الفقه وأصوله في جامعة القدس ورئيس قسم الاقتصاد والتمويل الإسلامي في كلية الدعوة وأصول الدين/جامعة القدس
143	الإسرائيليات المروية عن ابن عباس <small>رضي الله عنه</small> في تفسير الطبري لقصة امرأة العزيز مع يوسف عليه السلام دراسة نقدية (The Israelites narrated from Ibn Abbas - may God be pleased with them both - in Al-Tabari's interpretation of the story of the dear woman with Yusuf - peace be upon him / a critical study) خليل خضرباحث في الدراسات القرآنية، طالب دكتوراة، جامعة النجاح الوطنية: فلسطين. محسن الخالدي برفيسور في التفسير، محاضر في جامعة النجاح الوطنية: فلسطين
175	حماية المشتري في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني " دراسة مقارنة" Buyer protection at the stage of concluding an electronic contract "Comparative study" أ. محمد طارق ابراهيم الزيتونية د. أكرم صبحي خليل مزهر أستاذ القانون المدني ماجستير في القانون الخاص المساعد في الجامعات الفلسطينية باحث ومحامي
211	زواج وطلاق الأصم والأبكم دراسة فقهية مقارنة

	<p>Marriage and Divorce of the Deaf and the Mute</p> <p>A Comparative Jurisprudence Study</p> <p>د جمال عبد الجليل صالح جامعة القدس – دائرة الفقه والتشريع – كلية الدعوة واصول الدين</p>
224	<p>رقمية الوسائل البديلة لحل المنازعات</p> <p>Digital Alternative Means of Dispute Resolution</p> <p>د.أمل فوزي أحمد عوض</p> <p>Dr. Amal Fawzi Ahmed Awad</p> <p>دكتوراه في القانون / كلية الحقوق / جامعة عين شمس</p> <p>Phd in Law/Faculty of Law/Ain Shams University</p> <p>رئيس وحدة تكنولوجيا المعلومات - كلية التربية الفنية - جامعة حلوان</p> <p>Head of Information Technology Unit – Faculty of art Education - Helwan University</p>
260	<p>الميعاد في دعوى الإلغاء بالتشريع الفلسطيني</p> <p>Deadline for annulment of Palestinian legislation</p> <p>أ.لينا جمال موسى جعفري - ماجستير في القانون الإداري والنظام الدستوري - الجامعة العربية</p> <p>الأمريكية</p>
278	<p>عقد المرابحة للأمر بالشراء في العمل المصرفي الإسلامي من منظور الفقه الإسلامي والقانون الفلسطيني</p> <p>The Murabaha contract for the one who ordered the purchase in Islamic banking from the perspective of Islamic jurisprudence and Palestinian law</p> <p>ط. د: وسام هشام عواد خلايلة - باحث في سلك الدكتوراه- تخصص اقتصاد إسلامي - كلية الاقتصاد والتدبير جامعة الحسن الأول- بسطات - المملكة المغربية-</p>
300	<p>ميزانية النوع الاجتماعي في التشريع المغربي</p> <p>Gender budget in Moroccan legislation</p>

د. فضمة توفيق: أستاذة التعليم العلي ب كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس -  
المغرب  
يسرى الجاي القريشي: باحثة بسلك الدكتوراه مختبر الدراسات الاستراتيجية والتحليل القانونية  
والسياسية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس - المغرب

## الكلمة الافتتاحية

د. سهيل الأحمد : رئيس التحرير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه بإحسان إلى يوم الدين وبعد؛ فإنه يسعد فريق المجلة الدولية للاجتهاد القضائي أن يضع بني أيدي قرائها الأفاضل القضائي : العدد العاشر، حزيران – يونيو 2023 ،المجلد 3 حيث تضمن العدد مجموعة مميزة من المقالات التي تم انتقاؤها بدقة من ضمن العديد من المقالات الواردة لهيئة التحرير، إذ تعتمد المجلة الدولية للاجتهاد القضائي في انتقائها على المعايير العلمية المتبعة والمعمول بها في الدراسات الأكاديمية المعروفة، وقد اشتمل هذا العدد على مجموعة من الدراسات والأبحاث العلمية المتعددة في بابها القانوني والشرعي والاجتهادي،

## دور الخبرة الفنية في تحقيق الدليل الجنائي

## The Role of Technical Expertise in the Investigation of Criminal Evidence

م . د / محمد عزت مصطفى سلام

كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية – مصر

والمستشار القانوني بالجهاز المصرفي المصري

M. Dr. Mohamed Ezzat Mustafa Salam

Egypt -Alexandria University -Faculty of Law

legal advisor in the Egyptian banking system

الملخص :

من أصعب الأوقات التي من الممكن أن يمر بها الإنسان هو الوقت الذي يوجه إليه فيه الإتهام الجنائي ، لتصبح قرينة البراءة - الملازمة لإنسانيته - محل شك تنتظر الترجيح أو الاستبعاد ، هذا الوقت الذي يوضع فيه سيف الإتهام فوق عنقه ، ويظل وقتا طويلا أو قصيرا ، إلى أن يتحدد على نحو نهائي لحظة النطق بالحكم ، إما بالإدانة أو البراءة ، تلك اللحظة النهائية – يكون من أهم محدداتها " الأدلة والقرائن" التي تتولى جمعها سلطة التحقيق في الدعوى الجنائية ، ويفندها أو يأتي بما يخالفها دفاع المتهم ، ليأتي دور القضاء في حسمها وفقا لما أستقر في وجدانه ورشحت له الأدلة ، ويوضح هذا البحث مفهوم "الدليل الجنائي" ، و مفهوم " الخبرة " كأحد أهم الأدلة الجنائية . و أهم المجالات التي يتم اللجوء فيها إلى الخبرة في الدعاوى الجنائية . توصلا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات التي تدعم هذا الدور الهام .

كلمات مفتاحية : الخبرة الفنية – الدليل الجنائي – حرية القاضي الجنائي - حالات الاستعانة بالخبراء.

## Abstract

One of the most difficult times that a person can go through is the time when a criminal accusation is brought against him, becomes subject to doubt awaiting weighting or -inherent in his humanity -f innocence so that the presumption of exclusion. This is the time when the sword of accusation is placed above his neck, and it remains for a long or short time, the verdict, either of conviction or innocence, be definitively determined. That until That the moment of pronouncement of the one of its most important determinants is "evidence and presumptions" that are collected by the - final moment

adicted by the defense of the accused, so that the role of the investigation authority in the criminal case, and refuted or contrary judiciary comes in deciding it according to what He settled in his conscience and the evidence was recommended to him. of "expertise" as one of the most important This research explains the concept of "criminal evidence", and the concept forensic evidences, and the most important areas in which expertise is resorted to in criminal cases. They reached a set of findings and recommendations that support this important role

. cases of seeking help from experts - freedom of the criminal judge - criminal evidence - Technical expertise :Keywords

### المقدمة

من أصعب الأوقات التي من الممكن أن يمر بها الإنسان هو الوقت الذي يوجه إليه فيه الإتهام الجنائي ، لتصبح قرينة البراءة - الملازمة لإنسانيته - محل شك ينتظر الترجيح ، هذا الوقت الذي يوضع فيه سيف الإتهام فوق عنقه ، ويظل وقتا طويلا أو قصيرا ، إلى أن يتحدد على نحو نهائي لحظة النطق بالحكم ، إما بالإدانة أو البراءة .

تلك اللحظة النهائية - يكون من أهم محدداتها " الأدلة والقرائن " التي تتولى جمعها سلطة التحقيق في الدعوى الجنائية ، ويفندها أو يأتي بما يخالفها دفاع المتهم ، ليأتي دور القضاء في الترجيح بينها وفقا لما أستقر في وجدانه ورشحت له الأدلة .

فما هو مفهوم "الدليل الجنائي" ؟ ، وما هو مفهوم " الخبرة " كأحد الأدلة الجنائية ؟

وما هي " المجالات " التي يتم اللجوء فيها إلى الخبرة في دعاوى الجنائية ؟

وما مدى " قوته التدليلية " في ترجيح الإدانة أو البراءة بين الأدلة الأخرى ؟

وما هي الحالات الإلزامية للاستعانة بالخبراء في القضايا الجنائية ؟

أهمية موضوع البحث: تشغل مكافحة الجريمة حيزا كبيرا من اهتمام الباحثين نظرا لما تمثله من خطر عام على استقرار المجتمع ، ولما كان الدليل الجنائي هو مناط الحكم بالإدانة أو البراءة ، فإنه بهذا المعنى يتعلق بمصائر المتهمين ،

بالقدر ذاته الذى يتعلق بحماية المجتمع من أخطار الجريمة وتطورها وتبعاتها السلبية .

فكان من الضروري أن نتناول بالبحث والتمحيص دليل يعد من أهم الأدلة فى الدعوى الجنائية ، وهو دليل لا يحيط بجوانبه - الفنية - ثقافة وعلم القائمين على سلطات التحقيق والمحاكمة ذات التكوين العلى والثقافى القانونى البحث ، ليصبح اللجوء إلى أهل التخصص والخبرة أمراً حتمياً للوصول إلى حقائق الجريمة ومرتكبها.

إشكالية البحث: تكمن الإشكالية الأساسية الأولية فى هذا البحث فى تعريف "ماهية الدليل المستمد من أعمال الخبرة فى المجال الجنائى ومدى أهميته " .. هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى . فقد تطورت أشكال الجريمة ووسائلها ، على نحو يستلزم تطور الوسائل الفنية لكشف حقائقها ووصول يد العدالة لمرتكبها ، ويثور التساؤل . كيف تعامل القانون مع تلك الإشكالية ؟ وكيف أستطاعت علوم كشف الجريمة أن تطور من ألياتها على نحو يتواكب وتطور الجريمة ؟

منهج البحث: حرصنا فى هذا البحث أن نتبع منهجاً يسير متوازياً مع تسلسل العرض حتى نتمكن من بلوغ الأهداف المرجوة منه ، لذلك فقد اتبعنا منهجاً "تأصيلياً تحليلياً" . فهو منهج تأصيلى ، يستند الى عرض المفاهيم المتعلقة بالبحث ، وعرض لموقف القضاء تجاه الدليل المستمد من أعمال الخبرة ، وهو منهج تحليلى ، من خلال تحليل مدى قوة الدليل المستمد من أعمال الخبرة فى المجال الجنائى .

خطة البحث: تستند خطة البحث إلى عنوانه ، فيلزم أولاً تحليل مفاهيم البحث ، ونطاقه بتحديد مجال الإستعانة بالخبرة ، وسلطة القضاء بشأن الدليل المستمد منها . وقد قسمنا هذا البحث على النحو التالى من خلال المباحث التالية :

المبحث الاول : ماهية ومبادئ الدليل الجنائى .

المبحث الثانى : ماهية الخبرة و أهم مجالات الاستعانة بها فى المجال الجنائى .

## المبحث الأول

## ماهية ومبادئ الدليل الجنائي

## تقدمة

تحديد " ماهية " الشئ يعنى الإحاطة بكافة جوانبه وأشكاله وخصائصه ، وهو بذلك أوسع نطاقا من مجرد "المفهوم" ، ويعد تحديد ماهية الدليل الجنائي من الأوليات الأساسية في قوانين الإجراءات الجنائية ، ذلك أنه ليس كل دليل يمكن أن يعتد به في مجال الإثبات الجنائي ، ومن ناحية أخرى فثمة مبادئ حاکمة لوسائل الإثبات والأدلة في المجال الجنائي ، تختلف عن المبادئ التي تحكم وسائل الإثبات والأدلة في المسائل المدنية ، ولذلك سوف نتناول هذا المبحث في مطلبين :

المطلب الأول : ماهية الدليل الجنائي .

المطلب الثاني : المبادئ التي تحكم الدليل الجنائي .

## المطلب الأول

## ماهية الدليل الجنائي

أولا : المفهوم اللغوي والإصطلاحى " للدليل " (1) :

- الدليل في اللغة : هو المرشد، وما به الإرشاد .

- وفي الاصطلاح : هو الذي يلزم من العلم به العلم بشيء آخر .

- و" دليل " هو " أسم " ، وجمعه " أدلاء - وأدلة - ودلائل " .

وهو " ما يُسْتَدَلُّ به : " برهانٌ - يَبْتَنُّ - حِجَّةٌ - شاهد - علامة " .

- وفي الفلسفة والتصوُّف يعنى : "استنتاج من الخاص إلى العام، ومن العلة إلى المعلول " .



(1) المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية

- ولمفهوم الدليل في القانون معنى " الدليل الظرفي " : أى المتعلّق بالعديد من الملاحظات التي قد يستدلّ منها القاضي أو سلطة التحقيق على حقيقة الواقعة التي هي موضع الجدل .

-والاستدلال المنطقي معناه في الفلسفة والتصوف : انتقال الذهن من أمر معلوم إلى امر مجهول ، أو البحث العقلي المنظم لبلوغ الحقيقة المجهولة انطلاقاً من حقيقة معلومة .

ثانياً : مفهوم الدليل " الجنائي " وشروطه :

يعرف الدليل الجنائي بأنه : البرهان القائم على المنطق والعقل في إطار من الشرعية الإجرائية لإثبات صحة افتراض أو لرفع درجة اليقين الإقناعي أو حفظها في واقعة محل خلاف .

ومن هذا التعريف تظهر السمات الأساسية المحددة للدليل الجنائي والتي تتمثل في أنه برهان يقوم على المنطق والعقل ، ويهدف إلى " الإقناع " بما يكفل الحرية في إختيار أسلوبه وشكله ونوعه لدى سلطات التحقيق والمحاكمة ، ويرفض القيود على إطلاقه ، إلا في حالات محددة بنص قانوني تشريعي .

كما أنه يجب أن يكون الدليل الجنائي " مشروعاً " فالأدلة المشروعة هي الأدلة المستمدة وفقاً لمحددات القانون ، أى حدد المشرع وسيلة الحصول عليها ، كما لا يمكن للقاضي أن يهدر ترتيبها في مجال تدرجها التديلي ، إلا إذا أعتزتها شائبة تقلل من قناعته بشأنها .

ثالثاً : " أنواع " الدليل الجنائي :

تنقسم الأدلة في الدعوى الجنائية إلى ثلاثة أقسام هي :

الأدلة المادية - والأدلة القولية - والأدلة الفنية .

أما الدليل المادي فهو الذي ينبعث من عناصر مادية . وهي تلك الأدلة التي يمكن لمسها أو رؤيتها ، كما في حالة تفتيش مسكن الجاني ووجود أدوات التزوير للمستندات أو المستند المزور بمحل الجاني أو ضبطه متلبساً أثناء استعماله . أو بوجود الشيء المسروق في حيازة الجاني ، أو ضبط الجاني حاملاً سلاحاً مما إستخدمه في جريمته أو إخفائه للسلاح الذي استعمل في تنفيذ الجريمة بمحل مسكنه ، أو ضبطه بحيازته للمخدر .

فالدليل في كل هذه الحالات ينبعث من عناصر مادية ناطقة بنفسها وتؤثر في اقتناع القاضي بطريق مباشر ، ويطلق عليها بالأدلة الفعلية لأنها تنتج عن وجود الآثار المادية ذات الارتباط بالجريمة . ونظراً لما للأدلة المادية من أهمية في الإثبات وذلك لتأثيرها على وجدان القاضي وإحساسه وجب على المحقق أن يسارع بضبطها وصيانتها على حالتها التي وجدت عليه ، حتى لا تضيع معالمها أو يعثرها النقص أو التلف أو التغيير ، ويمكن الحصول على هذه الأدلة بواسطة البحث في محل ارتكاب الجريمة أو التفتيش أو أثناء التلبس بالجريمة .

والدليل القولي هو الذي يتمثل فيما يصدر عن الغير من أقوال وإدلاءات شفوية يدونها محاضر التحريات والتحقيق ، والاستجواب ، ومحاضر جلسات المحاكمة ، مثل شهادة الشهود أو اعتراف المتهم ، وتكون ذات أثر في قناعة المحقق والقاضي .

أما الدليل الفني فالمقصود به ما يبديه الخبراء من رأي فني حول تقدير دليل مادي أو قولي أو مستندى قائم في الدعوى ، وهو عادة ما يقدمه الخبراء في مسائل فنية لا تستطيع المحاكم بحكم التشكيل القضائي القانوني لأعضائها الوصول إلى نتائج حاسمة بشأنها.

## المطلب الثاني

### المبادئ التي تحكم الدليل الجنائي

ثمة مجموعة من المبادئ التي تحكم الدليل الجنائي ، منها حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته ، وكذلك فإن للقاضي الجنائي دوراً إيجابياً في الوصول إلى الحقيقة في الدعوى الجنائية المطروحة أمامه ، كما أن عبئ الإثبات في الدعوى الجنائية يقع على من يدعى خلاف الأصل في البراءة ، أولاً -مبدأ حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته : .

فمن المقرر أن العبرة في المحاكمات الجنائية هو اقتناع القاضي بناء على الأدلة المطروحة عليه ، فله أن يكون عقيدته من أي دليل أو قرينة يستقر صدقها في وجدانه وعقله ، إلا إذا قيده القانون بدليل معين ينص عليه القانون ، ولا يقبل أن يثار الطعن في مدى قناعة القاضي بالدليل الموضوعي لأول مرة أمام محكمة النقض (1).

فوسائل الإثبات في المواد الجنائية تختلف عن وسائل الإثبات في المسائل المدنية ، فالأخيرة حددها المشرع تحديدا دقيقا ، بحيث يلزم القاضي بإتباعها وإلا تعرض حكمه للطعن ، أما في المسائل الجنائية فلا يخضع

(1) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 13563 لسنة 87 ق - جلسة 2019/11/3

القاضي لذلك التحديد ، بل أن كل دليل – طالما كان مستمدا بطريق مشروع – يصلح أن يكون القاضي به قناعته وعقيدته في موضوع الدعوى الجنائية .

وقد أستقرت محكمة النقض المصرية على هذا المبدأ فقررت : " لما كان ما يتحدى به الطاعن الرابع من مخالفة التقارير الفنية لنص المادتين 135 ، 150 من قانون الإثبات مردود بأن محله أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية حيث عينت الأدلة ووضعت أحكاما لها ، وألزم القاضي بأن يجرى في أحكامه على مقتضاها أمام المحاكم المدنية هو طريق خاص بها ، وليس في القانون؛ ما يجبر المحاكم الجنائية على ترسمه لأنها في الأصل حرة

في انتهاج السبيل الموصل إلى اقتناعها ولم يرسم القانون في المواد الجنائية طريقا يسلكه القاضي في تحرى الأدلة ، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن الرابع في هذا الصدد خاصا يكون غير سديد (1) .

#### 1-الشروط الواجب توافرها لممارسة القاضي الجنائي حريته في الاقتناع :

نصت المادة (302) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه :

" يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة ، التي تكونت لديه بكامل حريته ، ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه على أى دليل لم يطرح أمامه بالجلسة ، وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة الإكراه أو التهديد به يهدر ولا يعول عليه . " (2) . ويتضح من ذلك أن الدليل الجنائي يجب أن يتوافر فيه الشروط التالية :

أ- أن يكون دليلا موجودا بأوراق الدعوى :

فلا يسوغ للقاضي أن يستند في حكمه إلى دليل ليس له أصل في الأوراق ولم يحققه في الجلسة طالما كان ذلك ممكنا ،

ويقع بذلك الحكم باطلا اذا أستند إلى دليل استمده القاضى من معلومات شخصية ، أو من سماع شهادة شاهد لم تدون بالأوراق ، فقد أستلزم القانون وجوب تحرير محضر لكل جلسة تدون فيه وقائعها

(1) حكم محكمة النفض المصرية في الطعن رقم 14824 لسنة 89 ق - جلسة 2020/7/4

(2) المادة 302 من قانون الإجراءات الجنائية المصرى رقم 150 لسنة 1950 المعدلة بالقانون رقم 37 لسنة 1972 .

وأحداثها ودفاع المتهم وشهادة الشهود وغيرها من الأحداث التى تقع بالجلسة ، وما أستلزم القانون ذلك إلا منعا للتحكم وتحقيقا للعدالة ، وحتى يرجع القاضى إليها عند بحث الحكم ، كما أن ذلك يمكن محكمة الطعن من مدى صحة أستخلاص محكمة الموضوع للدلالة السائغة التى أستندت إليها فى الحكم .

ب- أن يكون الدليل مستمدا من إجراء صحيح :

فلا يجوز الاستناد إلى دليل أستمد من إجراء باطل إلا أبطل معه الحكم ، وذلك تطبيقا لقاعدة ما بنى على الباطل فهو باطل (1).

فلا يجوز الإستناد إلى دليل مستمد من تفتيش باطل فى غير الاحوال المصرح بها قانونا ، كما لا يجوز الاستناد إلى إعتراف للمتهم ثبت للمحكمة أنه وليد إكراه أو تعذيب ، وإذا كان ثمة دليل آخر صحيح فى ذاته ولكنه اتصل بالدليل الباطل ، فإن للمحكمة أن تقدر مبلغ تأثير الدليل الباطل على الدليل الصحيح .

إلا ان شرط مشروعية الدليل (2) . وصحته لازم فقط فى حالة الإدانة ، أما البراءة فيمكن أن تستند فيها المحكمة إلى دليل استمد من إجراء باطل ، بل أن الدليل المستمد من الإجراء الباطل قد يكون هو السبب الوحيد فى هذه البراءة ، وذلك إستنادا إلى الرجوع إلى الاصل وهو " أن الاصل فى الإنسان البراءة " .

ج- أن يكون الدليل مستساغ عقلا :

ويعنى ذلك أنه يجب أن يكون استنتاج القاضى لحقيقة الواقعة وما كشفت عنه الأدلة لا يخرج عن مقتضيات العقل

والمنطق ، فالقاضي في استخلاصه للأدلة وتكوين اقتناعه يجوز له أن يبني عقيدته على الثقافة العامة السائدة ، والتي يفترض علمها في كل شخص يتواجد في ذات الزمان والمكان ودون أن يكون ذلك قضاء بعلم القاضي الشخصي (3). فوضوح الرؤيا في الليل تختلف عن وضوحها في النهار ، وخشية الشخص وإرتعابه من تسلق شخص غريب لسور منزله ليلا من الأمور النفسية المعلومة لدى أي إنسان ، وتلقائية الإنسان في الدفاع

(1) مجموعة احكام النقض المصرية سنة 18 رقم 24 في 1967/1/31

(2) دكتور/المرصاوى ، حسن صادق - المرصاوى في أصول الإجراءات الجنائية - منشأة دار المعارف بالاسكندرية - مصر - 2000 - ص 408

(3) مجموعة احكام محكمة النقض المصرية م 19 ، رقم 223 في 16 ديسمبر 1968 .

عن حياته ضد من أراد سلبها منه أمر لا يحتاج إلى دليل .

د - أن يكون الاقتناع مبنيًا على اليقين :

إن الأحكام ينبغي أن تبنى على الجزم واليقين لا على الظن والاحتمال فينبغي على القاضي دائما أن يؤسس اقتناعه بالإدانة على أدلة قوية وقاطعة لا يشوبها الغموض والإبهام ولا يعترضها التناقض فيما بينها، وترتيبًا على ذلك فإن الشك دائما في نسبة التهمة إلى المتهم يفسر لصالح المتهم ،

ذلك أن الشك لا يصلح لنفي أصل البراءة الذي يجب أن يبني على دليل يقيني ، فإذا كانت الأدلة التي ساقها القاضي في حكمه قد انتهت إلى مجرد "ترجيحه" وقوع الجريمة من المتهم فإن الحكم يكون خاطئا ومخالفا للقانون ، فأى شك يتطرق إلى عقيدة المحكمة في ثبوت التهمة يحتم القضاء بالبراءة مهما كان " احتمال " الثبوت ودرجته(1).

هـ- لا يجوز أن يؤسس القاضي إقتناعه بناء على قرينة واحدة أو استدلال واحد :

ذلك أن القرائن والدلائل لا ترقى إلى مرتبة الادلة ، فلا يجوز للقاضي أن يستند إليها منفردة في الحكم إلا إذا كان يساندها دليل أو أدلة متعددة ، فلا يجوز للقاضي الجنائي أن يستند في قضائه بالإدانة إلى شاهد سمعت أقواله أمام النيابة على سبيل الاستدلال ودون حلف يمين ، أو يستند إلى شهادة صدرت عن صغير .

فجميع تلك الأمثلة هي من قبيل القرائن أو الاستدلالات التي يجب أن يساندها ويدعمها " دليل " .

## 2-الإستثناءات :

أ - تقييد القاضى الجنائى بطرق الاثبات الخاصة بالمواد غير الجنائية :

قد يطرح على القاضى الجنائى مسألة من المسائل غير الجنائية ، ولكن يكون الفصل فيها ضروريا للفصل فى الدعوى الجنائية المطروحة أمامه ،

(1) . مجموعة قواعد أحكام محكمة النقض المصرية ج 1 ، 3 ديسمبر 1945

ففى جريمة إصدار شيك بدون رصيد ، قد يطرح امام القاضى ما إذا كان المستند المطروح أمامه قد أنطوى على البيانات الإلزامية لإعتباره شيكا من عدمه ، فهنا يلزم القاضى بالرجوع إلى قواعد قانون التجارة ويكون ملزما بقواعد الإثبات الواردة به ، وقد يطرح أمام القاضى مسألة أولية تتعلق بإثبات الملكية بصدد جريمة سرقة ، أو خيانة أمانة ، فلا يملك القاضى الجنائى غير أن يحتكم إلى قواعد الإثبات المتعلقة بإثبات الملكية فى قانون المرافعات المدنية والقانون المدنى .

على أنه يشترط لتقيد القاضى بطريق الإثبات غير الجنائية فى تلك الحالات ، أن يتمسك بذلك المتهم ، ذلك أن قواعد الإثبات المقررة فى القوانين غير الجنائية لا تتعلق بالنظام العام ، ولا يترتب على إغفالها - لعدم تمسك المتهم بها - البطلان .

ب-حجية بعض المحاضر فى إثبات ما ورد بها من وقائع :

تعد المحاضر التى تحرر فى مواد المخالفات من قبل مأمورى الضبط القضائى حجة فيما وردت به من وقائع ، ويفترض صحتها ، فالقاضى غير ملزم بتحقيقها أو التدليل على وقوعها فى حكمه .

فقد نصت المادة (301) من قانون الإجراءات القانونية المصرى على أنه :

" تعتبر المحاضر المحررة في مواد المخالفات حجة للوقائع التي يثبتها المأمورون المختصون إلى أن يثبت ما ينفيها . " إلا أن القاضى غير ملزم بالأخذ بما ورد فيها ، فإن رأى ذلك وجب عليه أن يبين الأسباب التي دعتة إلى طرح حجيتها التي أضفاها القانون عليها ، وإلا كان حكمه مخالفا للقانون وصریح نص المادة (301) من قانون الإجراءات الجنائية .

#### ثانيا - الدور الايجابي للقاضى الجنائى فى البحث عن الحقيقة :

من أهم المبادئ التي تحكم أدلة الاثبات في المواد الجنائية هو ما يتعلق بدور القاضى فى البحث عن الحقيقة ، فليس دور القاضى مجرد الموازنة بين الأدلة التي تقدمها سلطة التحقيق للإدانة وتلك التي يقدمها المتهم فى سبيل دفع الإتهام الجنائى ، وإنما للقاضى الجنائى دورا إيجابيا يفرض عليه التحرى عن الحقيقة والكشف عنها وهو فى ذلك يختلف عن القاضى المدنى الذى ينحصر دوره فى الدعوى المدنية المنظورة أمامه فى الموازنة بين الأدلة التي يقدمها الخصوم .

وهذا الدور الإيجابي للقاضى الجنائى هو الذى جعل المشرع يحرره من قيود الإثبات – كما سلف الذكر – بعكس القاضى المدنى ، فالخصومة الجنائية تتميز عن الخصومة المدنية باتصالها بالمصلحة العامة للمجتمع ، من ثم يجب على القاضى الجنائى أن يصل إلى الادلة التي تقوده إلى ذلك .

لذلك فقد أعطى قانون الاجراءات الجنائية المصرى للمحكمة أن تأمر ولو من تلقاء نفسها أثناء نظر الدعوى ، بتقديم أى دليل تراه لازما لظهور الحقيقة .

وللمحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أن تعين خبيرا واحدا أو أكثر فى الدعوى .

كما أنه " للمحكمة من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب الخصوم ، أن تأمر بإعلان الخبراء ليقدموا إيضاحات بالجلسة عن التقارير المقدمة منهم فى التحقيق الإبتدائى أو أمام المحكمة . "

#### ثالثا- عيى الإثبات فى المواد الجنائية :

تقوم الشرعية الإجرائية فى المجال الجنائى بوجه عام على حماية الحرية الشخصية وحقوق الإنسان المرتبطة بها وتتحدد

هذه الحماية من خلال عناصر ثلاثة<sup>(1)</sup>. الأول: وهو الذى يعبر عنه بقريته افتراض البراءة.، الثانى: قانونية الإجراءات الجنائية. الثالث: الضمان القضائى فى الإجراءات الجنائية.

وتؤسس قريته افتراض البراءة على الفطرة التى جبل الإنسان عليها، فلقد ولد الإنسان حرا مبرءا من الخطيئة والمعصية – غير معصوم منها – ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة مازال كامنا فيه مصاحبا له فيما يأتية من أفعال، إلى أن تنقض هذه القريته من المحكمة بقضاء جازم لارجعة فيه فى ضوء الأدلة التى تقدمها سلطات التحقيق مثبتة بها الجريمة منسوبة إلى المتهم فى كل ركن من أركانها.

وتستند قريته البراءة إلى قاعدة أصولية أخرى وهى قاعدة " شرعية الجرائم والعقوبات " فلا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص قانونى.. هذه القاعدة التى تقرر أن الأصل فى الأشياء الإباحة وأن الاستثناء هو التجريم والعقاب. واستنتاجا من إباحة الأشياء يجب النظر إلى الإنسان بوصفه بريئا.

ولانتفى هذه البراءة إلا عندما يخرج الإنسان من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم. وهو ما لا يمكن تقريره إلا بمقتضى حكم قضائى تتوافر فيه مقومات المحاكمة " المنصفة"<sup>(2)</sup>.

وهذه القريته – أى البراءة – يترتب عليها مجموعة من الضمانات التى يجب أن تكفل للمتهم. وهى أنه لايجوز أن يلزم المتهم بإثبات براءته، فهى أمر مفترض، ويجب على سلطة الاتهام أن تثبت التهمة قبل المتهم ، فعليها وحدها عبء تقديم الدليل على ما يخالف الأصل المفترض .

كما أنه يجب أن تقتنع المحكمة بالإدانة وأن يكون قضاؤها قائما على الجزم واليقين لاعلى الاحتمال والترجيح ، كما أن أى شك فى إثبات الجريمة يجب أن يفسر لصالح المتهم<sup>(3)</sup>.

(1) دكتور / سرور – فتى أحمد - الشرعية الإجرائية وحقوق الإنسان – دار النهضة العربية – مصر - 1990 ص 177.

(2) دكتور / سرور – أحمد فتى - المرجع السابق ص 184 ومابعدها.

(3) المحكمة الدستورية العليا المصرية فى 2 يناير 1993 القضية رقم 3 لسنة 10 قضائية دستورية.



## المبحث الثاني

### ماهية الخبرة وأهم مجالات الاستعانة بها في المجال الجنائي

تقدمة :

نظم المشرع المصري الخبرة امام جهات القضاء بالقانون رقم 96 لسنة 1952 ، حيث يقوم بأعمال الخبرة أمام جهات القضاء خبراء الجدول وخبراء وزارة العدل ومصلحة الطب الشرعي والمصالح الأخرى التي يعهد إليها بأعمال الخبرة، وكل من ترى جهات القضاء عند الضرورة الاستعانة برأيهم الفني من غير من ذكروا (1).

وتعد أعمال الخبرة في المجال الجنائي من أهم إجراءات التحقيق ووسيلة من وسائل الإثبات في المواد الجنائية ، تلجأ إليه سلطات التحقيق أو المحاكمة عندما تعرض أمامها مسألة فنية تستلزم الإلمام بعلم او فن معين - في غير المسائل القانونية . لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : ماهية الخبرة في المجال الجنائي .

المطلب الثاني : أهم مجالات الاستعانة بالخبرة في المجال الجنائي .

### المطلب الأول

#### ماهية الخبرة في المجال الجنائي

قد تعترض المحقق او المحكمة في اثناء سير التحقيق الإبتدائي أو النهائي ، بعض المسائل الفنية الهامة التي تحتاج معرفتها الى خبرة عملية ومهارة خاصة، ويتوقف عليها تكوين رأي المحقق أو المحكمة بشأن الواقعة محل التحقيق أو المحاكمة ، كتحديد سبب الوفاة، وساعة حدوثها، او المادة المستعملة في قتل المجنى عليه ، أو مسألة حسابية مصرفية في قضية من القضايا المصرفية ، أو مسألة تتعلق بالتكنولوجيا ، أو الهندسة ، الى غير ذلك من المسائل التي تشكل عملاً فنياً متخصصاً يحتاج الى من هو على دراية علمية وخبرة فنية .

(1) المادة الأولى من القانون رقم 96 لسنة 1952. بشأن تنظيم أعمال الخبرة أمام المحاكم .

وقد اختلف الرأي في طبيعة الدور الذى يؤديه الخبير ، فذهب رأى إلى أن الخبير " شاهد " ، وذهب رأى آخر إلى أن الخبير " باحث عن دليل شأنه شأن مأمور الضبط " ، وذهب رأى ثالث إلى أن الخبير " باحث عن دليل وعون كذلك للقاضى " .

**أولاً :الرأى القائل بأن الخبير " شاهد " :**

ذهب رأى ، بأن الخبير شاهد ولكنه يشهد بأمر يتطلب إدراكها أهلية خاصة ، فهو يلتقط وقائع عملية وفنية ويبين الصلة بينها وبين النتائج المستخلصة منها .

ولكن مما يؤخذ على هذا الرأى ، أن الخبير لا يلتقط مجرد إلتقاط أو يسجل مجرد تسجيل على نحو ما يفعله الشاهد ، وإنما يبدي حكماً فنيا يتوقف سداده على صحة المقدمات العلمية التى يبني عليها .

ومما يؤكد هذا النظر أنه حين يتعلق الأمر بالتحليل النفسى لشخصية مجرم مثلاً ، يثبت الخبير فى تقريره كافة الخصائص الجسمية الظاهرة والباطنة والخصائص النفسية للشخص موضوع الفحص ، ويكون فى ذلك مجرد شاهد يسجل إدراكه ، وقد يكون هذا الإدراك خاطئاً وقد يكون مزيفاً عن سوء قصد كما يحدث فى شهادة أى شاهد .

وإنما حين يخلص الخبير على ضوء ما تقدم الى القول بوجود مرض عصبى معين من أعراضه ظواهر معينة ، فإنه بذلك يدلى بحكم فنى يخضع لتقدير القاضى فى الحدود التى يستطيع فيها القاضى أن يباشر إشرافه ، ولو بالرجوع إلى مؤلف طبي وفنى للتحقق من أن مثل ذلك المرض من شأنه أن ينشأ عنه تلك الظواهر كأعراض كاشفة .

**ثانياً :الرأى القائل بأن الخبير " شأنه شأن مأمور الضبط " :**

ذهب هذا الرأى ، إلى أن الخبير باحث عن دليل شأنه شأن مأمور الضبط ، غير أنه يختلف عن هذا الأخير فى كونه يملك أهليات وكفايات خاصة ، فهو يكشف عن وجود زرنينخ مثلاً فى جثة القتيل بينما لا يستطيع مأمور الضبط القيام بمثل هذا الكشف ، إذ يقف دور الأخير عند إثبات أن المتهم اشترى زرنينخاً أن المجنى عليه عقب تناوله للطعام أحس بالأم

وحدث له قئ واسهال .

لكن يؤخذ على هذا الرأي ، أن الخبير لا تقتصر مهمته على استظهار وجود الزرنيخ في جثة المجنى عليه ، بل يتعين عليه فوق ذلك أن يبدي رأيا فنيا هو بمثابة " حكم " فيحدد ما إذا كان تعاطى الزرنيخ راجعا إلى قصد القتل لدى من قدمه للضحية ، أم أنه كان راجعا الى استهداف غرض علاجي ، الأمر الذي يتطلب تحديد للكمية التي وجدت في الجثة من الزرنيخ .

ثالثا : الرأي القائل بأن الخبير باحث عن دليل " وعون " كذلك للقاضي (1) :

وقد قيل في الإعتراض على هذا الرأي أن القاضي يخضع رأي الخبير دائما للمراجعة والفحص الأمر الذي يجعل رأي الخبير " مجرد دليل " من أدلة الإثبات يخضع للفحص والتمحيص من جانب القاضي .

وفي الحقيقة أن رأي الخبير ليس مجرد تسجيل لأمر واقعية ، وبالتالي فهو ليس مجرد دليل من قبيل رواية لاي شاهد تخضع للمراجعة تحققا من صدقها وتطابقها مع الواقع ، إنما هو " حكم " يصدر في صدد أمور معينة ويستلزم - بافتراض أن هذه الأمور ثابتة - تحريا من القاضي بالرجوع إلى مصادر علمية وفنية ، ويؤدي فيه مهمة فكرية تختلف كل الاختلاف عن مهمة استظهار صدق الشهود أو كذبهم فيما أدلوا به من أمور .

ولذلك فإن رأي الخبير يحتوي فوق كونه " دليلا من أدلة الإثبات " فإنه " حكما فنيا " ، يعاون القاضي على إصدار حكمه القضائي ، ويلعب دورا هاما في حسم القضية ، إذ يدخل المرحلة الممهدة لهذا الحسم .

ويعد هذا الرأي الأخير بأن الخبير " باحث عن دليل وعون كذلك للقاضي " هو الرأي الراجح لدى القضاء والفقهاء الجنائي .

ومن ذلك يمكن القول أن الخبير هو الشخص الذي اكتسب خبرة علمية واسعة في مجال عمل معين واصبح متخصصاً في ادائه ملمماً بتفاصيله ونواحيه بشكل يفوق الشخص العادي ما يُمكنه من إبداء الرأي الصحيح في المسائل ذات الصلة بهذا العمل لكشف ملابسات الحوادث والوصول إلى الفاعل.

ولا ينحصر مجال الخبرة في المسائل المادية، فقد يكون موضوع الخبرة "مسائل معنوية" لبحث الحالة العقلية أو النفسية لبيان القدرة على الإدراك والاختيار أو التحقق من الصفات المختلفة التي يكون لها تأثير في مدى

(1) دكتور / بهنام – رمسيس - علم النفس القضائي – منشأة دار المعارف – مصر - بدون تاريخ نشر - ص 88

تحمل الجاني للمسئولية الجنائية او تحديد الجزاء الملانم.

مما يحقق هدف العدالة , وإزاء هذا الدور البارز للخبرة وما تقدمه من خدمات في مجال الحقائق الغير ظاهرة أو التي يكتنفها الغموض ، صار الخبراء من أهم اعوان القضاء .

إلا أنه مما يجدر ذكره أنه لا يجوز أن ترد الخبرة على مشكلة قانونية فالقاضي والمحقق يعلمان بالقانون ولا حاجة لخبير ليعينهما على ذلك.، ويعد إبداء الخبير لرأى قانونى يدخل في صميم إختصاص المحقق والقاضى رأياً لا يعتد به ، وليس له أى قيمة لتجاوز الخبير حدود إختصاصاته الفنية .

**القوة التدليلية لتقارير الخبراء وسلطة المحكمة بشأنها :**

من المقرر أن تقدير آراء الخبراء والفصل فيما يوجه إلى تقاريرهم من مطاعن مرجعه إلى محكمة الموضوع التي لها كامل الحرية في تقدير القوة التدليلية لتقرير الخبير شأنه في هذا شأن سائر الأدلة (1) .

إلا أنه أحياناً تكون الخبرة هي الدليل الوحيد في الواقعة المطروحة على المحقق أو القاضى الجنائى ، التي يمكن بوساطتها التوصل إلى الدليل الحاسم في الإتهام الجنائى ، بل قد يكون رأى الخبرة في الدليل الجنائى محل بحثها مخالف لأدلة أخرى عديدة توجد بذات الدعوى الجنائية ، وبالرغم من ذلك يعتمدها المحقق لأنها تبنى على اليقين المستند إلى العلم والخبرة الفنية الصادرة عن مختص .

(1) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 10678 لسنة 67 ق جلسة 2000/3/26 .

## المطلب الثاني

## حالات الاستعانة بالخبراء

ازدادت أهمية الخبرة - في ضوء التطور العلمي والتقني والفني - ولم تتوقف الاستعانة بها في مرحلة من مراحل الدعوى الجنائية ، بل قد يستدعى اللجوء إليها في مرحلة جمع الاستدلالات ، أو التحقيق الإبتدائي ، أو المحاكمة .

وأصبحت بذلك أعمال الخبرة هي الأداة الفنية والدليل الذي قد تستند إليه سلطات الضبط القضائي أو التحقيق والمحاكمة في فهم الوقائع التي تقود إلى إسناد الدليل للفاعل ، أو تبرأته .

ويجب ان يلم المحقق بجهات الخبرة التي تفيدة في مباشرة اعمال التحقيق ، وبإختصاص كل جهة مثل الطب الشرعى ومصصلحة الخبراء والمعامل الجنائية ومصصلحة الأدلة الجنائية ، حتى يوجة اجراءات الواجهة الصحيحة ويتعين ان تكون العلاقة بينة وبين خبراء تلك الجهات قائمة على الإحترام المتبادل وان يحرص على الإتصال الشخصى والمباشر بهم .

فسلطات التحقيق والمحاكمة إن كانت إستعانتهما بالخبراء في بعض القضايا الجنائية أمرا إختياريا ، إلا أنه ثمة حالات يكون الإستعانة بهم أمرا وجوبيا ، بل ويترتب على إغفاله تعيب أو بطلان إجراءات التحقيق والمحاكمة والحكم ذاته ، وهذه المسائل هي المسائل الفنية البحتة ، والجرائم المصرفية . وجرائم تقنية المعلومات على نحو ما سوف نوضحه .

## أولا: المسائل الفنية البحتة :

تتسم العديد من القضايا الجنائية بتضمنها مسائل فنية يتوقف عليها إستظهار الحقيقة ، في الوقت الذي لا يتسنى لسلطات التحقيق والمحاكمة أن تحسمها دون الأستعانة بالخبراء المتخصصين ،

وقد أستقرت محكمة النقض على أنه لا يسوغ للمحكمة أن تستند في دحض ما قال به الخبير الفنى في المسائل الفنية البحثية الى معلومات شخصية بل يتعين عليها إذا ما ساورها الشك فيما قرره الخبير في هذا الشأن أن تستجلى الأمر بالاستعانة بغيره من أهل الخبرة . لكون ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف ذلك يكون مشوباً بالقصور في التسبب والفساد في الاستدلال بما يعيبه. (1) . هذه المسائل - وإن كانت لا تخضع لحصر - إلا أننا سوف نورد إهمها على النحو

التالى :

### 1- حالات الوفاة الفجائية :

أوجبت التعليمات القضائية للنيابة العامة أنه يجب على أعضاء النيابة فى حالات الوفاة الفجائية التى تحدث عقب حقن المتوفى او بعد تخديره كلياً او موضعياً بمعرفة الطبيب المعالج او طبيب المستشفى ألا يأذنوا بدفن الجثة قبل تحقيق الحادث بمعرفتهم ، وعليهم اجراء هذا التحقيق فور اخطارهم بالحادث وندب الطبيب الشرعى للكشف على الجثة ظاهرياً وبيان ماذا كان هناك شبهة جنائية أو خطأ أو إهمال من الطبيب المعالج أو طبيب المستشفى فإذا قرر عد وجود شبهة ما من ذلك وكان اهل المتوفى قد قرروا بعدم وجود شبهة لديهم فى.

وفاتة سواء عن عمد او عن خطأ، اذنت النيابة بدفن الجثة .بغير حاجة الى تشريح وإلا امرت النيابة بتشريح الجثة لمعرفة سبب الوفاة .

### 2- جرائم هتك العرض :

حيث تقضى التعليمات القضائية للنيابة العامة بأنه لايجوز لعضو النيابة فحص موضع الجريمة بجسم المجنى عليه فى جرائم هتك العرض ونحوها وانما يندب لذلك ذوو الخبرة من الأطباء ممن تتيح لهم مهنتهم مشاهدة هذه المواضيع وتوقيع الكشف الطبى عليها ، تقدير السن فى الأحوال التى يتطلبها القانون أو تقتضيها مصلحة التحقيق . مثل تقدير تقدير سن المتهمين الأحداث أو المجنى عليهم فى قضايا هتك العرض أو المتزوجين قبل بلوغ السن المحددة لضبط عقد الزواج ، وذلك اذا تعذر الحصول على شهادة ميلاد أو مستخرج رسى منها .

### 3-الجرائم الماسة بسلامة الجسد والنفس :

فيجب أن يندب الأطباء الشرعيون وذلك لتوقيع الكشف الطبى على المصابين فى القضايا الجنائية ، وبيان وصف الإصابة وسببها وتاريخ حدوثها والألة التى استعملت فى إحداثها ومدى العاهة المستديمة التى تخلفت عنها

(1) حكم محكمة النقض المصرية فى الطعن رقم 26166 لسنة 84 ق – جلسة 2015/4/8

- تشريح جثث المتوفين في القضايا الجنائية وفي حالات الإشتباة في الوفاة لمعرفة سبب الوفاة ، وكيفية حدوثها ومدى علاقة الوفاة بالإصابات التي توجد بالجثة.

- إستخراج جثث المتوفين المشتبه في وفاتهم وتشريحها .إبداء الأراء الفنية فيما يتعلق بتكليف الحوادث الجنائية أو تقدير مسئولية الأطباء المعالجين .

-ويندب خبراء قسم الأبحاث السيرولوجية والميكروسكوبية بمصلحة الطب الشرعى في الأعمال الأتية .فحص الدم وفصائله والمواد المنوية ومقارنة الشعر وفحص ومقارنة الأقمشة وتجهيز وفحص العينات المأخوذة من الجثث لمعرفة أنواع الأمراض وفحص متخلفات الإجهاض

-يندب الكيمائيون بالمعامل الكيماوية بمصلحة الطب الشرعى في الأعمال الأتية :تحليل المضبوطات في القضايا الجنائية ، ومن ذلك تحليل المواد المخدرة والسموم بأنواعها وفحص عينات الأحشاء أو القيئ أو البراز ونحوها المأخوذة من المصابين وجثث القتلى في الحوادث الجنائية لتحليلها بحثا عن المبيدات الحشرية والسموم الأخرى وكذلك البارود والرصاص والمفرقات والذخائر وغيرها من المواد التي يلزم تحليلها كيميائيا .

إذا ورد للنيابة بلاغ عن اصابة شخص نتيجة تناول السم سواء اعطى له عمدا او تناولة عرضا أو بقصد الإنتحار ، فيجب عليها تكليف الطبيب الذى تندب لتوقيع الكشف على المصاب بالتحفظ على افرازاته من غسيل المعدة او قيئ او براز او بول عن فترة قدرها ٢٤ ساعة وان يضع كلا منها في زجاجة نظيفة على ان يبين الطبيب في تقريره ما استعمله من مواد في اسعاف المصاب . فإذا كان المصاب قد نقل الى المستشفى فيجب طلب ذلك من طبيب المستشفى . ، كما يجب التحفظ على الأوعية التي يكون قد استعملها المصاب في الطعام او الشراب . فإذا توفي المصاب نتيجة تناول السم . فيجب على النيابة أن تندب الطبيب الشرعى لتشريح جثة وفحص احشائها ، وتوضع كل من هذة الأحشاء ومحتوياتها في اناء زجاجى ويجرى تحليل مايلزم تحليله منها مع المتحصلات سالفه الذكر .

وإذا قام لدى الطبيب اثناء اجرائه الصفة التشريحية شبهة في حدوث الوفاة بالسم ، فيجب ان تستخرج الجثة وان توضع هذة الأحشاء ومحتوياتها في اوانى زجاجية خاصة يختم عليها بالجمع وتحلل مع متحصلات القيئ والبراز إن وجدت .

## 4- قضايا حيازة وإستعمال الأسلحة النارية :

وتكون مهمة الخبراء فحص المضبوطات من الأسلحة النارية وتحقيق مدى صلاحيتها للأستعمال ، وتحليل ماقد يوجد بها من اثار ومقارنة المقذوفات المستعملة بعضها ببعض ، وبيان تعلقها بالأسلحة المضبوطة ، ويقوم اعضاء النيابة بندب اقسام الأسلحة النارية بالمعمل الجنائي بالمحافظات لفحص الأسلحة والذخائر المضبوطة في قضايا احرازها وحيازتها غير المرتبطة بجرائم اخرى وذلك بصفة مؤقتة في حالة عدم توافر العدد الكافي من الأطباء الشرعيين ، الإنتقال لإجراء المعاينات في القضايا الجنائية الهامة لبيان كيفية حصول الحادث

## 5- قضايا التزييف والتزوير :

يندب قسم ابحاث التزييف والتزوير بمصلحة الطب الشرعى في الأعمال الأتية . فحص الأوراق المطعون فيها بالتزوير ومضاهاة الخطوط وفحص اوراق البنكنوت الورقية والمعدنية المزيفة والأخبار والأصباغ وانواع الورق . وللنيابة العامة أن تستدعى الخبير اذا رأى استيفاء نقطة ما ، او ابداء الراى الفنى في مسألة استجدت بعد ورود التقرير الطبى الشرعى . اذا اقتضى التحقيق فحص الأختام المشتبه في تزويرها والمختوم بها على اللحوم ومضاهاتها على الأختام الصحيحة ، فيجب ان تؤخذ عينات للحوم المشتبه في تزوير اختامها ، وترسل العينات مع بصمة الختم الصحيحة الى قسم ابحاث التزييف والتزوير بمصلحة الطب الشرعى لإجراء المضاهاة المطلوبة ، واذا كان المطلوب فحص المادة السرية المضافة الى الحبر بالأختام المشتبه في تزويرها فعلا فلا يطلب ذلك الى مصلحة الطب الشرعى بل تؤخذ عينات اخرى وترسل الى مصلحة الكيمياء لإجراء ذلك الفحص

## 6- قضايا الإحراز والإتجار والتعاطى للمواد المخدرة :

اذا كانت المضبوطات من المواد المخدرة فيجب على عضو النيابة ان يثبت في المحضر اوصافها ونوعها ووزنها و ترسل الكمية الى ادارة المعامل الكيماوية بمصلحة الطب الشرعى لفحصها وتحليلها ، واذا كانت المواد المضبوطة من نوع مخلوطات الحشيش والافيون فتحرز وترسل بأكملها للتحليل ايا كانت كمية المادة المضبوطة او اجراء مقارنة عنها او غير ذلك . (1).

----- (1) التعليمات القضائية للنيابة العامة - مصر .



و يجب على النيابة ان تبين في طلب تحليل الجواهر المخدرة ظروف المادة المطلوب تحليلها وان الغرض من التحليل هو معرفة نوع المادة وما اذا كانت من الجواهر المخدرة وغيرها من المواد المبينة في الجداول الملحقة بالقانون ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ كالحشيش أو الأفيون أو لا ، وإذا اقتضت ضرورة حتمية ارسال المضبوطات ابتداء الى جهة اخرى خلاف الطب الشرعى فيجب التنبيه على هذه الجهة التى اجرت الفحص ان تلحق بالمضبوطات تقريراً يفيد ما قامت به من فحوص مع ارسال صورة من التقرير الفنى الوارد من تلك الجهة فى شأن المضبوطات- مع الأوراق المرسله معها من النيابة - الى مصلحة الطب الشرعى المطلوب منها اعاده الفحص بمعرفتها .

#### ثانيا : القضايا المصرفية :

نصت المادة 239 من قانون البنك المركزى 194 لسنة 2020 على انه " يتلقى المحافظ ما يرد من النيابة العامة اعمالاً لحكم المادة (238) من هذا القانون وكذلك ما يرد اليه من تقارير الجهات الرقابية والامنية عن المخالفات المصرفية بما فيها ما يتعلق بالتمويل والتسهيلات الائتمانية .

وتتولى ادارة متخصصة بالبنك المركزى تضم خبراء فى الشئون المصرفية والاقتصادية والقانونية فحص ودراسة ما يحيله اليها المحافظ مما يتلقاه تطبيقاً لاحكام الفقرة الاولى من هذه المادة، وعلى البنوك ان توافي هذه الادارة بما تطلبه من المستندات البيانات والمعلومات اللازمة لإتمام الفحص والدراسة.

وتعد الادارة المشار اليها خلال مدة لا تجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ الاحالة تقريراً بنتائج الفحص والدراسة مشفوعاً بالرأى ، ويعرض التقرير فور اعداده على المحافظ لاتخاذ الاجراءات اللازمة فى ضوءه طبقاً لاحكام القانون . ، ويتولى هذه المهمة خبراء الادارة العامة لفحص قضايا البنوك ودعاوى النقد .

#### • ادارة قضايا البنوك :

يتم تكوين فرق عمل من العاملين بالادارة للقيام بالفحص الميدانى للوقائع وإعداد تقرير فحص تعرض نتائجه على محافظ البنك المركزى مشفوعاً بما انتهى اليه رأى فريق العمل . وبناء عليه يصدر المحافظ قراره بتقديم طلب لجهات التحقيق بإتخاذ اجراءات التحقيق من عدمه ، وإذا جاء الطلب باتخاذ اجراء التحقيق ، تقوم النيابة المختصة بطلب

تشكيل لجنة لفحص الدعوى حيث تقوم اللجنة بحلف اليمين القانونية وتقديم تقرير الفحص للنيابة تمهيدا لاحالة القضية للمحكمة المختصة اذا ما ارتأت احوالها للمحاكم .

واستكمالاً للاعمال الموكولة للعاملين بإدارة القضايا فانه يتم دراسة محاضر التصالح المحررة بين البنوك وعملائها بغرض تسوية مستحقات البنوك لدى العملاء ، وفقا لما تقضى به المادة ( 240 ) من قانون البنك المركزى والجهاز المصرفى الصادر بالقانون رقم 194 لسنة 2020 .

حيث يتلقى البنك المركزى المصرى محاضر التصالح ويتم احوالها لتلك الادارة لدراستها والتأكد من موافقة السلطة المختصة على اتمام التصالح وإستيفاء كافة شروط التصالح الصادرة من السلطة المختصة ، ثم يتم عرض الامر على المحافظ لاعتماد محضر التصالح تمهيدا لتوثيقه فى الشهر العقارى وتفعيله لدى جهات التحقيق .

وبالاضافة لما تقدم ، يكلف العاملون بإدارة القضايا بناء على طلبات من المحاكم بفحص الوقائع المصرفية المثار بشأنها منازعات قضائية منظورة امام المحاكم ، وكذا فحص القضايا محل التحقيقات لدى نيابة امن الدولة العليا الخاصة بعمليات الاشتباه فى غسل الاموال ، فضلا عن الحالات الواردة من ادارة الكسب غير المشروع بوزارة العدل وهيئة الرقابة الادارية وجهات التحقيق الاخرى ، حيث يتم تشكيل لجان لفحص وقائع الحالات الواردة وتقديم تقارير فحص بشأنها للجهات الطالبة .

#### • إدارة دعاوى النقد :

وفقا لما تقضى به المادة ( 239 ) من قانون البنك المركزى والجهاز المصرفى الصادر بالقانون رقم 194 لسنة 2020 يتم دراسة الحالات الواردة من نيابة الشئون الاقتصادية وغسل الاموال المتعلقة بجرائم عمليات النقد المنصوص عليها فى المواد ( 213 ، 214 ، 233 ) من ذات القانون . ثم يتم اعداد تقرير بنتائج الدراسة مشفوعا بالرأى الذى انتهت اليه تلك الدراسة ، ويعرض الامر على محافظ البنك المركزى لاتخاذ قراره بطلب اتخاذ اجراءات التحقيق ورفع الدعوى الجنائية من عدمه .

بما يصح معه القول بأنه ثمة دورا بارزا يقوم به اعضاء الادارة العامة لفحص قضايا الجنائية بالبنوك ودعاوى النقد كخبراء فى هذا النوع من الدعاوى .

الا انه يجب التفرقة بشأن دور الخبراء في القضايا المصرفية بين حالتين :

- الحالة الاولى وهى التى يكلف فيها اعضاء الادارة بفحص ما يحال اليهم من محافظ البنك المركزى المصرى من النيابة العامة والجهات الرقابية والامنية عن المخالفات المصرفية بما فيها ما يتعلق بالتمويل والتسهيلات الائتمانية ، ودراسة الحالات الواردة من نيابة الشئون الاقتصادية وغسل الاموال المتعلقة بجرائم عمليات النقد .، بما يصح ان توصف بأنها اجراء من اجراءات جمع الاستدلال فى الدعوى الجنائية لانه يتم قبل البدئ فى التحقيقات . وهو اجراء وجوبى على جهات الضبط والتحقيق والمحاكمة ومحافظ البنك المركزى ان يتخذ قبل اصدار او عدم اصدار طلب المحافظ بالبدئ فى اجراءات التحقيق من سلطات التحقيق لتعلقه بحقوق المتهم الاجراءات الجنائية ، ولكون سلطات التحقيق مقيدة بتقديم هذا الطلب من محافظ البنك المركزى – فى غير حالات التلبس – وفقا لنص المادة 238 من قانون البنك المركزى والجهاز المصرفى رقم 194 لسنة 2020 .

- اما الحالة الثانية : وهى حالة إذا جاء الطلب باتخاذ اجراء التحقيق من محافظ البنك المركزى فتقوم النيابة المختصة ، أو المحكمة بطلب تشكيل لجنة لفحص الدعوى حيث تقوم اللجنة بحلف اليمين القانونية وتقديم تقرير الفحص للنيابة أو المحكمة، ففى تلك الحالة تكون اللجنة المشكلة ويسرى عليهم قانون الاجراءات الجنائية بشأن تعيين الخبراء . باعتبار ان ندب الخبراء هنا هو اجراء من اجراءات التحقيق حتى ولو كانت النيابة العامة لم تباشر قبله اى اجراء اخر(1).  
ثالثا : الجرائم المعلوماتية :

أنشأ القانون 175 لسنة 2018 فى شأن مكافحة جرائم تقنية المعلوماتي وحدة مكافحة جرائم تقنية المعلومات وحدة مكافحة جرائم تقنية المعلومات نشأ بالجهاز سجلان لقيود الخبراء ، يقيد بأولهما الفنيون والتقنيون العاملون بالجهاز ، ويقيد بالآخر الخبراء من الفنيين والتقنيين من غير العاملين به .  
وتطبق على الخبراء فى ممارسة عملهم وتحديد التزاماتهم وحقوقهم القواعد والأحكام الخاصة بقواعد تنظيم الخبرة أمام جهات القضاء .

يكون للأدلة المستمدة أو المستخرجة من الأجهزة أو المعدات أو الوسائط أو الدعامات الإلكترونية أو النظام المعلوماتي أو من برنامج الحاسب ، أو من أى وسيلة لتقنية المعلومات ذات قيمة وحجية الأدلة المادية فى الإثبات الجنائي متى

توافرت بها الشروط الفنية الآتية(1) :

(1)د/ سلامة – مامون محمد - قانون الاجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه واحكام النقض – طبعة نادى القضاة – مصر – 1980 – ص 336

1-أن تتم عملية جمع أو الحصول أو استخراج أو استنباط الأدلة الرقمية محل الواقعة باستخدام التقنيات التي تضمن عدم تغيير أو تحديث أو محو أو تحريف للكتابة أو البيانات والمعلومات ، أو أى تغيير أو تحديث أو إتلاف للأجهزة أو المعدات أو البيانات والمعلومات ، أو أنظمة المعلومات أو البرامج أو الدعامات الالكترونية وغيرها . ومنها على الاخص تقنية Write Blocker,Digital Images Hash وغيرها من التقنيات المماثلة.

2-ان تكون الادلة الرقمية ذات صلة بالواقعة وفي إطار الموضوع المطلوب إثباته أو نفيه ، وفقا لنطاق قرار جهة التحقيق أو المحكمة المختصة .

3-أن يتم جمع الدليل الرقمي وإستخراجه وحفظه وتحريزه بمعرفة مأمورى الضبط القضائي المخول لهم التعامل في هذه النوعية من الأدلة ، أو الخبراء أو المتخصصين المنتدبين من جهات التحقيق أو المحاكمة ، على أن يبين في محاضر الضبط ، أو التقارير الفنية على نوع ومواصفات البرامج والادوات والاجهزة والمعدات التي تم إستخدامها ، مع توثيق كود وخوارزم Hash الناتج عن أستخراج نسخ مماثلة ومطابقة للأصل من الدليل الرقمي بمحضر الضبط أو تقرير الفحص الفني ، مع ضمان استمرار الحفاظ على الأصل دون عبث به .

4-في حالة تعذر فحص نسخة الدليل الرقمي وعدم إمكانية التحفظ على الأجهزة محل الفحص لأى سبب يتم فحص الأصل ويثبت ذلك كله في محضر الضبط أو تقرير الفحص والتحليل .

من ذلك يتضح مدى أهمية دور الخبير المعلوماتي في إستخراج الدليل الجنائي بالطريقة الصحيحة ، بما يتوقف عليه في النهاية الإعتداد بالدليل أو إهداره من المحكمة التي تنظر الدعوى الجنائية ، وما يتوقف عليه بطريق اللزوم القضاء بالإدانة أو البراءة .

(1) المادة (9) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات .

ومن خلال هذا البحث توصلنا إلى النتائج والتوصيات التالية :

أولاً : النتائج :

- 1- تُعد أعمال الخبرة في المجال الجنائي من أهم إجراءات التحقيق ووسيلة من وسائل الإثبات في المواد الجنائية ، تلجأ إليه سلطات الضبط أو التحقيق أو المحاكمة عندما تعرض أمامها مسألة فنية تستلزم الإلمام بعلم او فن معين – في غير المسائل القانونية .
- 2- ازدادت أهمية الخبرة - في ضوء التطور العلمي والتقني والفني - ولم تتوقف الاستعانة بها في الجرائم التقليدية ، بل أصبح لهم دور حاسم في القضايا المصرفية وجرائم تقنية المعلومات .
- 3- أصبحت بذلك أعمال الخبرة هي الأداة الفنية والدليل الذي قد تستند إليه سلطات الضبط القضائي أو التحقيق والمحاكمة في فهم الوقائع التي تقود إلى إسناد الدليل للفاعل ، أو تبرأته . مما يحقق هدف العدالة ، وبذلك صار الخبراء من أهم اعوان القضاء .
- 4- وأحياناً تكون الخبرة هي الدليل الوحيد في الواقعة المطروحة على المحقق أو القاضي الجنائي ، التي يمكن بواسطتها التوصل إلى الدليل الحاسم في الإتهام الجنائي ، بل قد يكون رأى الخبرة في الدليل الجنائي محل بحثها مخالف لأدلة أخرى عديدة توجد بذات الدعوى الجنائية ، وبالرغم من ذلك يعتمد المحقق لأنها تبنى على اليقين المستند إلى العلم والخبرة الفنية الصادرة عن مختص .

ثانياً : التوصيات :

- 1- أمام توسع نطاق الجريمة – وبخاصة التقنية منها – وتحورها إلى جرائم عابرة للحدود ، فاننا نوصى بإنشاء إطار مؤسسى تنظيى دولى يجمع بين الخبراء في كل دولة ، لتبادل الخبرات - من ناحية ، وتفعيل التعاون والسرعة في تبادل المعلومات - من ناحية أخرى ، بما يؤدي لمواجهة أكثر فعالية لهذا النوع من الجرائم .

2- أن يحتوى تشكيل المحاكم الجنائية على عنصر الخبرة بشكل دائم – دون أن يكون لهم صوت معدود في إصدار الحكم – بما من شأنه أن يؤثر بشكل فعال على إلمامهم بالجوانب القانونية للمحاكمات الجنائية ، ويمنح للمحكمة سرعة التواصل والاستشارة للخبراء بتواجدهم في جلسات المحاكمة ، وهو الأمر الذى يجد صداه في تحقيق العدالة الناجزة .

3- الإهتمام بتدريب و تثقيف الخبراء بكل ما هو مستحدث في عالم الجريمة ، وتقديم الدعم الفنى والتقنى من خلال إمدادهم بأحدث أجهزة الكشف عن أدلة الجرائم ، لتحقيق أعلى مستوى من الدقة في نتائج تقاريرهم الفنية ، وهو أيضا ما يجد صداه في النهوض بالعدالة ، ويقضى على هامش الخطأ الذى قد يقع فيه الخبير .

### قائمة المراجع

#### الكتب :

- 1- المعجم الوسيط – مجمع اللغة العربية .
- 2- المرصفاوى ، حسن صادق – المرصفاوى فى أصول الإجراءات الجنائية – منشأة دار المعارف بالاسكندرية – مصر – 2000 .
- 3- بهنام – رمسيس - علم النفس القضائي – منشأة دار المعارف – مصر - بدون تاريخ نشر .
- 4- سرور – فتحى أحمد - الشرعية الإجرائية وحقوق الإنسان – دار النهضة العربية – مصر – 1990 .
- 5- سلامة – مامون محمد - قانون الاجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه واحكام النقض – طبعة نادى القضاة – مصر – 1980 .

#### القوانين :

- 1- التعليمات القضائية للنياية العامة - مصر .
- 2- اللائحة التنفيذية للقانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات .

- 3- قانون رقم 96 لسنة 1952. بشأن تنظيم أعمال الخبرة أمام المحاكم .
- 4- قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 150 لسنة 1950 المعدلة بالقانون رقم 37 لسنة 1972 .
- 5- قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي رقم 194 لسنة 2020 .
- 6- قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري رقم 175 لسنة 2018 .

#### الاحكام :

- 1- مجموعة قواعد أحكام محكمة النقض المصرية ج 1 ، 3 ديسمبر 1945 .
- 2- مجموعة احكام النقض المصرية سنة 18 رقم 24 في 1967/1/31.
- 3- مجموعة احكام محكمة النقض المصرية س 19 ، رقم 223 في 16 ديسمبر 1968 .
- 4- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في 2 يناير 1993 القضية رقم 3 لسنة 10 قضائية دستورية.
- 5- حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 10678 لسنة 67 ق جلسة 2000/3/26 .
- 6- حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 26166 لسنة 84 ق – جلسة 2015/4/8 .
- 7- حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 13563 لسنة 87 ق - جلسة 2019/11/3
- 8- حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 14824 لسنة 89 ق - جلسة 2020/7/4

مسئولية المحامي المدنية عن أعمال غيره  
"دراسة مقارنة"

## The lawyer's civil responsibility for the actions of others " comparative study"

د. يوسف عبد الرحيم حسن أبو هاشم- أستاذ القانون المدني المساعد في الجامعات الفلسطينية  
الجامعة الإسلامية- غزة- فلسطين

[zaitoniamohamed@gmail.com](mailto:zaitoniamohamed@gmail.com)

ملخص:

تناولت هذه الدراسة مسؤولية المحامي فيما يتعلق بتصرفات الآخرين وعملنا على الفصل بين المحامين كشركاء ومشاركين وموظفين مثل السكرتارية وغيرهم ، وذلك من خلال بحثين ؛ الأول شرح المسؤولية التعاقدية للمحامي فيما يتعلق بالإجراء الآخر، والثاني مهتم بمسؤولية المحامي فيما يتعلق بالإجراءات الأخرى كمسؤولية إهمال متابعة الملفات الخاصة بالموكلين.

وقد هدفت الدراسة إلى بيان المسؤولية المدنية للمحامي المترتبة عن فعل الغير، وقد برزت إشكالية الدراسة حول تساؤلات أبرزها هل أوضحت مواد المسؤولية المدنية في القواعد العامة مسؤولية المحامي عن أعمال غيره، وهل تطبق على المحامي أم متروكة عامة، ولحل هذه الإشكالية اتبع الباحث المنهج التحليلي المقارن من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في قانون المحاماة الفلسطيني، ومقارنتها بالتشريعات الأخرى كالتشريع المصري والتشريع الإماراتي، وقد خلصت الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات أبرزها أن المسؤولية العقدية اوسع نطاقا في حالة وجود العقد بين المحامي وعميله من المسؤولية التقصيرية التي تتطلب إثبات علاقة تبعية، وتوصي الدراسة إلى تفعيل قانون المحامين النظاميين الفلسطيني رقم (3) لسنة 1999 أكثر في المحاكم، كون أنه قانون صادر عن السلطة الفلسطينية، وكأي قانون معمول به بالمحاكم وله احترامه ومكانته.

الكلمات الدالة: مسؤولية مدنية، محامي، فعل الغير، مسؤولية عقدية، مسؤولية تقصيرية.

### Abstract:

This study dealt with the responsibility of the lawyer in relation to the actions of others, and we worked to separate lawyers as partners, participants, and employees such as secretaries and others, through two sections; The first explains the contractual responsibility of the lawyer in relation to the other procedure, and the second is concerned with the liability of the lawyer in relation to the other procedures as the responsibility of neglecting to follow



up on the files of the clients.

The study aimed to clarify the civil liability of the lawyer resulting from the act of others, and the problem of the study emerged around questions, the most prominent of which is whether the articles of civil liability in the general rules clarified the liability of the lawyer for the actions of others, and whether it is applied to the lawyer or left in general, and to solve this problem, the researcher followed the comparative analytical approach By analyzing the legal texts contained in the Palestinian Lawyers' Law, and comparing them with other legislations such as the Egyptian legislation and the UAE legislation, The study concluded a number of results and recommendations, most notably that the contractual liability is broader in the case of a contract between the lawyer and his client than the tort liability that requires proof of a dependency relationship. A law issued by the Palestinian Authority, and like any law in force in the courts, which has its respect and status.

**Keywords:** civil liability, lawyer, act of others, contractual liability, tort liability.

مقدمة:

موضوع الدراسة:

إن التشريعات التي حكمت العلاقات الاجتماعية والاقتصادية في المجتمعات القديمة كانت متأثرة بحدود تلك العلاقات غير المعقدة، لذلك فإن أحكام المسؤولية عن فعل الغير موضوعها الراهن لم تكن معروفة من قبل، وكان الأصل في مساءلة المرء، هو فعله الضار أو خطؤه الشخصي الذي ألحق بالغير ضرراً<sup>(4)</sup>.

ولقد نص قانون المحاماة المصري رقم (17) لسنة 83<sup>(5)</sup> صراحة على جواز أن ينيب المحامي الأصيل محامياً زميلاً في أي إجراء من إجراءات التقاضي، وهذا يعني أنه في حالة إلحاق المحامي المنيب الضرر بالعميل فإنه يفترض هناك مسئول عن هذا الضرر لجبره<sup>(6)</sup>، ولذا فإنه يفترض في الأساس فعل المحامي أو فعل الغير المعين من قبل المحامي، هو السبب الذي من أجله يضع القانون عبء تعويض الضرر الحاصل على عاتق المحامي، دون صدور خطأ شخصي منه

<sup>(4)</sup> عبد الباقي سوادي، مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص 210

<sup>(5)</sup> المادة رقم (56) مصري، (2/4/20) فلسطيني حسب التعديل الوارد في القانون رقم (5) لسنة (99)، (22) اماراتي، (52) عراقي

<sup>(6)</sup> احمد سليمان حسن احمد، المسؤولية المدنية عن الخطأ المادي لكل من الطبيب، الصيدلي المحامي، المهندس المعماري، دار الجامعة الجديدة، طبعة سنة 2010 م،

وإنما بأفعال أشخاص يستخدمون في تنفيذ إلتزامه تسبب في إلحاق الضرر<sup>(7)</sup>.

#### إشكالية الدراسة:

تبرز إشكالية الدراسة حول التساؤلات التالية:

1. هل أوضحت مواد المسؤولية المدنية في القواعد العامة مسؤولية المحامي عن أعمال غيره؟ وهل تطبق على المحامي أم متروكة عامة.

2. هل يوفر قانون المحاماة المصري رقم 17 لسنة 83 وقانون المحامين النظاميين الفلسطيني رقم 3 لسنة 1999 الحماية القانونية للمحامي اذا تعرض للخطر جراء تأديبه نقابياً.

#### أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في أنها تتناول مسؤولية المحامي المدنية عن أعمال غيره، إذ أن مهنة المحاماة مهنة سامية لها مكانتها في المجتمعات كلها. فهنا المحامي هو الأقرب لصاحب الدعوى وهو السر المؤتمن لديه والأمين علي مصالحه، لذلك وجب علي الدولة حماية المحامي والقانون المنظم لمهنة المحاماة، ومراقبة تطبيقه بالإضافة لنقابات المحامين في مصر وفلسطين.

#### منهجية الدراسة:

ومن أجل الوصول الي أفضل النتائج وتقديم دراسة مفيدة ومستوفية لغاياتها، لا بد من اتباع منهج علمي دقيق معتمد علي طبيعة البحث، وهو المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث، الى جانب المنهج المقارن مع القانون المصري والاماراتي.

#### هيكلية الدراسة:

قسمنا موضوع البحث إلى مبحثين، يتناول المبحث الأول مسؤولية المحامي العقدية عن عمل الغير ، ثم يأتي المبحث الثاني فيتناول مسؤولية المحامي عن عمل الغير مسئولية تقصيرية ، وذلك وفقاً للتقسيم التالي:

المبحث الأول: مسؤولية المحامي العقدية عن عمل الغير.

المطلب الأول: مسؤولية المحامي العقدية عن عمل أعوانه من غير المحامين

المطلب الثاني: أساس مسؤولية المحامي العقدية عن عمل الغير

<sup>(7)</sup> عبد الباقي سوادى، مرجع سابق، ص 214

المطلب الثالث: مسؤولية المحامي العقدية عن عمل وكلائه المحامين

المبحث الثاني: مسؤولية المحامي عن عمل الغير مسؤولية تقصيرية.

المطلب الأول: أساس مسؤولية المحامي التقصيرية.

المطلب الثاني: شروط مسؤولية المحامي التقصيرية.

## المبحث الأول

### مسئولية المحامي العقدية عن عمل الغير

تتواجد المسؤولية العقدية في حالة الإخلال بالإلتزام ناشئ عن عقد، وعلى هذا الأساس لكي تقوم المسؤولية العقدية عن فعل الغير، فإنه يفترض وجود هذا العقد من الأساس، ومن ثم عدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه، أو تنفيذه بشكل معيب، أو نفاذه المدين تنفيذاً جزئياً، وذلك كله نتيجة لفعل الغير الذي إستعان به في التنفيذ مما ترتب عليه إلحاق الضرر بالموكل.

وهنا تلعب مشكلة الخيرة دوراً مهماً جداً في فقه القانون المدني، وقد اختلف رأي الفقه والقضاء في هل يجوز للدائن أن يجاوز قواعد المسؤولية العقدية، إلى قواعد المسؤولية التقصيرية لو أنس في هذه القواعد الأخيرة نفعاً يزيد عن ذلك الذي يحصل عليه لو التجأ إلى قواعد المسؤولية العقدية، سنرى ذلك كمثال حي في مسؤولية المحامي العقدية هنا<sup>(8)</sup>

فإن الاستقلال الراية التي يتمسك به المحامين، والذي يؤكد عليه البعض كشرط أساس للممارسة الصحيحة لمهنة المحاماة، ولا يمنع من وجود علاقة مساعدة بين المحامين.

فقد يستعين محامي بمجهود محامي يعمل معه في مكتبه ويكون خاضعاً لتوجيهاته.

وهناك محامون تحت التمرين، الذين يختارون طريق التمرين في مكتب محامي إستناداً لمدة حددها القانون قبل أن يمنحوا الصلاحية المطلقة. وهم يعملون وفق توجيهات وإرشادات المحامي الأستاذ. وغيرهم من موظفي المكتب كالمسكرتارية والمستشارين والمندوبين، وقد يكون من الغير من خارج المكتب كالذي تربطه بالمحامي علاقة صداقة أو قرابة<sup>(9)</sup> ولذلك سنرى هذا في مطالب ثلاثة وذلك على النحو التالي:

<sup>(10)</sup> الأول مسؤولية المحامي العقدية عن عمل أعوانه من غير المحامين الثاني/ أساس مسؤولية المحامي

العقدية عن عمل الغير، والثالث/ مسؤولية المحامي العقدية عن عمل وكلائه المحامين بالإنبابة، وذلك على النحو التالي:

<sup>(8)</sup> عباس الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، سنة 1954، مطابع دار الكتب العربي بمصر، ص 140

<sup>(9)</sup> أحمد سليمان حسن أحمد، مرجع سابق، ص 257

<sup>(10)</sup> عبد الباقي سوادى، مرجع سابق، ص 234

## المطلب الأول

## مسئولية المحامي العقدي عن عمل أعوانه من غير المحامين

يستعين المحامون في تنفيذ إلتزاماتهم بموظفين ومستخدمين كالسكرتير، والكاتب، ومعقب أعمال المحامي لدى المراجع القانونية، سواء من كان منهم يعمل بأجر ويخضع لتوجيهات المحامي في أداء مهامه أو من يعمل منهم تبرعا لارتباطه بالمحامي بعلاقة قربي أو صداقة<sup>(11)</sup>.

وتكون مهمة المحامي الإشراف على الموظفين العاملين بمكتبه ومراقبة سلوكهم والتحقق بأنهم يؤدون ما يكلفون به إلتزاماتهم بصدق، وللمحامي أن يصدر توكيلاً لواحد أو أكثر من العاملين بمكتبه للاطلاع نيابة عنه وتقديم الأوراق وإستلامها لدى أي جهة وذلك لإستلام الأحكام واتخاذ إجراءات تنفيذها وتسوية الرسوم والامانات واستردادها<sup>(12)</sup>.

والنيابة القانونية تقوم على أساس أن الغير نائب عن المدين فيما يقوم به من أعمال، وتعتبر الأعمال الصادرة من الغير كأنها صادرة من المدين، والنيابة لا تكون إلا في الأعمال القانونية، وبالتالي لا تدخل في الأعمال المادية، والنيابة القانونية تؤدي إلى انصراف أثر التصرف إلى الأصيل مباشرة، إلا أنه وتطبيقاً لهذه الفكرة يحق للمضروب أن يقاضي التابع مباشرة وبمفرده، وهذا ما يتنافى مع مفهوم النيابة القانونية<sup>(13)</sup>.

وتقوم فكرة الضمان على أساس أن المدين يعتبر كفيلاً متضامناً في مواجهة الغير عن أفعال الغير<sup>(14)</sup>، وهذه الفكرة تفسر جواز رجوع المدين على الغير بما يكون قد دفعه للمضروب من تعويض، وهذه الفكرة هي الأقرب للصواب<sup>(15)</sup>.

كما هي طبيعة مسؤولية المحامي عن أفعال هؤلاء التي تسبب ضرراً للعميل أو للغير، تحدها العلاقة بين المحامي والغير. فإن كانت علاقة عقديّة كان المحامي مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها هؤلاء للعميل. وهذا ما أكدت عليه المادة (217) من القانون المدني المصري<sup>(16)</sup>. ونص المادة (75) من قانون المحاماة المصري والتي نصت على أن يلتزم

(11) عبد الباقي سوادي، مرجع سابق، ص242.

(12) محمد توفيق شلبي، مسؤولية المحامي المهنية، الطبعة الثانية سنة 1998، ص124.

(13) احمد سليمان حسن احمد، مرجع سابق، ص255، أنظر د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، اسكندرية 1998.

(14) محمد توفيق شلبي، مرجع سابق، ص120.

(15) أنظر الدكتور أنور سلطان، مرجع سابق، ص406، الدكتور علي نجيدة، النظرية العامة للإلتزام وفقاً لقانون المعاملات المدنية وأحكام لشرعية الإسلامية، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، كلية شرطة دبي، الطبعة الأولى، 1993/1994، ص543. الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص591.

(16) عبد الباقي سوادي، مرجع سابق، ص242.

المحامي بالإشراف على الموظفين بمكتبه ومراقبة سلوكهم والتحقق بأنهم يؤدون ما يكلفون به بأمانة وصدق<sup>(17)</sup>.

فالمحامي صاحب المكتب يكون مسئولاً عن الشخص الذي يستعين به في تنفيذ التزامه العقدي سواء كان تابعاً له، أو لم يكن. من هنا كان الإخلال بالالتزام تعاقدية أوسع نطاقاً من المسؤولية التقصيرية في هذا المجال، وهي مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه، ذلك لأن المحامي لا يكون مسئولاً مسؤولية تقصيرية عن أفعال غيره، إلا إذا توفرت علاقة التبعية بين المحامي وبين من يستعين به من الغير في تنفيذ التزاماته، ولذلك فإن إدخال الأعوان والمساعدين في تنفيذ التزام المحامي العقدي يجعل المحامي مسئولاً عن أفعالهم مسؤولية عقدية عن فعل الغير، فإذا فقدت سكرتيرة المحامي مثلاً مستنداً مهماً في توجيه الدعوى، مما أضع على العميل فرصة إثبات حقه أمام القضاء، وجب اعتبار المحامي مسئولاً عن فعل سكرتيرته مسؤولية عقدية عن فعل الغير<sup>(18)</sup>.

وفي حكم لمحكمة النقض المصرية قضت لا يقبل الطعن شكلاً إذا كان التقرير به في قلم الكتاب حاصلًا من كاتب المحامي، بناء على توكيل صادر له من المحامي الموكل أصلاً في هذا الطعن يخول له فيه الطعن في الحكم الصادر ضد الموكل، ومثل هذا التوكيل باطل لما فيه من إسباغ ولاية من المحامي على كاتبه، في أمر قضائي بحث حق الطعن في الحكم، فيما لا يملك المحامي أن ينب عنه فيه من لا تتوافر فيه الأهلية القانونية للقيام به<sup>(19)</sup>.

ولكن يمكن أن يكون هذا التوكيل مصدقاً عليه من النقابة الفرعية، فإذا كانت علاقة المحامي بعميله علاقة عقدية فإنه يكون مسئولاً عن أفعال الغير الذين يستعين بهم مسؤولية عقدية، وهو ما قررته الفقرة الثانية من المادة 217 من القانون المدني المصري فمسئولية المحامي العقدية تقوم في هذه الحالة وبصرف النظر عن تحقق علاقة التبعية بين المحامي والغير، لأن المسؤولية العقدية اوسع نطاقاً في حالة وجود العقد بين المحامي وعميله من المسؤولية التقصيرية التي تتطلب إثبات علاقة تبعية<sup>(20)</sup>.

<sup>(17)</sup> يقابلها نص المادة (25) من قانون المحامين النظامين الفلسطيني رقم (3) لسنة 99.

<sup>(18)</sup> طلبه وهبة خطاب، المسؤولية المدنية للمحامي، مكتبة سيد عبدالله وهبة، طبعة 1986، ص 230، انظر: عبد الباقي سوادى، مرجع سابق، ص 243.

انظر: احمد سليمان حسن أحمد، مرجع سابق، ص 269.

<sup>(19)</sup> الطعن رقم 1787 لسنة 30 ق جلسة 1961/3/28 نقض جنائي، أشار له/ صبري محمود الراعي، رضا السيد عبد العاطي، مرجع سابق، ص 230.

<sup>(20)</sup> محمد توفيق شلي، مرجع سابق، ص 124.

## المطلب الثاني

مسئولية المحامي العقدية عن أفعال أعوانه من المحامين  
في نفس المكتب والمحامين تحت التمرين

الثابت أن إستقلال مهنة المحاماة لا يحول دون عمل بعض المحامين في مكاتب المحامين الآخرين، وبالتالي يخضعون لرقابة وتوجيه المحامي صاحب المكتب، وقد يكونوا شركاء في المكتب أضف إلى ذلك طائفة المحامين المتدربين حيث أن مكاتب المحاماة ملزمة بقوة القانون بتدريبهم<sup>(21)</sup>.

أولاً- المتتبع للواقع العملي لأعمال المحاماة يدرك أنه في ظل العمل الجماعي للمحامين من خلال مكتب واحد، أن هناك ثلاثة أنماط على النحو التالي:

1. المحامون العاملون بالمكتب مستقلون في أعمالهم، ولكن يجمعهم المكتب الواحد في صورة تحمل النفقات والمصاريف<sup>(22)</sup>.

2. المكتب مملوك لمحامي أو أكثر والباقون من المحامين يعملون من خلال هذا المكتب.

والصورة هنا: أن محامياً ارتبط مع عميل بعقد مباشر قضية معينة لصالحه، ثم استعان بمحامي آخر يحضر عنه، فإذا أخطأ الأخير كان الأول مسئولاً عقدياً عن خطئه هذا اتجاه العميل، وهي مسؤولية عقدية عن فعل الغير. وتجد مناسباً، أن نحدد شروط مسؤولية من هذا النوع على عاتق المحامي، فيلزم وجود العقد الصحيح بين المحامي وهو المدين الأصلي وبين العميل المضرور وهو الدائن، وفوق ذلك يتعين أن يكون الغير المحامي الآخر، مكلفاً ولو بالاتفاق بتنفيذ هذا العقد، إضافة إلى ذلك يجب أن يرتكب هذا الغير خطأ أثناء تنفيذ هذا العقد أو بسببه، ويؤدي إلى الإضرار بالعميل إذا توافرت هذه الشروط كان المحامي المدين الأصلي مسئولاً تجاه العميل مسؤولية عقدية عن فعل الغير المحامي الذي استعان به<sup>(23)</sup>.

وفي هذه الفروض إذا كان المحامي متبوعاً فإن ما يقع من أحد تابعيه من المحامين ويضر بالغير، يسأل عنه المحامي المتبوع طبقاً لأحكام قواعد مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه<sup>(24)</sup>.

ثانياً: مسؤولية المحامي العقدية عن فعل المحامين تحت التمرين الملحقين بمكتبه تنص المادة (22) من قانون المحاماة المصري على أنه: <sup>(25)</sup> - يجب أن يلحق المحامي تحت التمرين بمكتب أحد المحامين المقبولين للمرافعة أمام

<sup>(21)</sup> أحمد سليمان أحمد، مرجع سابق، ص 266.

<sup>(22)</sup> نص المادة 29 من قانون المحاماة المصري والمادة (2/20)، من قانون المحامين النظامين الفلسطيني، رقم 3 لسنة 99.

<sup>(23)</sup> طلبية وهبه خطاب، مرجع سابق، ص 155-156.

<sup>(24)</sup> أحمد سليمان أحمد، مرجع سابق، ص 266، ص 267.

<sup>(25)</sup> يقابلها نص المادة (3) من قانون المحامين النظامين الفلسطيني، رقم 3 لسنة 99.

محاكم الاستئناف أو النقض، أو للعمل بإحدى الإدارات القانونية في الجهات المرخص لها بذلك طبقاً لأحكام هذا القانون، تحت إشراف أحد المحامين المقبولين أمام تلك المحاكم من العاملين بالإدارة القانونية، لهذه الجهة وإذا تعذر على المحامي تحت التمرين، أن يجد مكتباً للتمرين فيه يتولى مجلس النقابة الفرعية إلحاقه بأحد مكاتب المحامين.

ولذلك على طالب التمرين أن يرفق بطلب قيده بجدول المحامين تحت التمرين، بياناً باسم المحامي الذي التحق بمكتبه وعنوانه مرفقاً به موافقة المحامي، أو بياناً بالإدارة القانونية بالجهة التي التحق بها، والتي يجوز للمحامين مزاوله أعمال مهنة المحاماة طبقاً لأحكام هذا القانون واسم المحامي الذي سيتولى الإشراف عليه في هذه الإدارة مرفقاً بها موافقتها<sup>(26)</sup>.

كما قررت المواد التالية لهذه المادة أن مدة التمرين سنتان<sup>(27)</sup>، وأن تمرين المحامي في السنة الأولى يكون بأن يعاون المحامي الذي يتمرن في مكتبه، أو بالإدارة القانونية التي لحق بها في إعداد الأبحاث والمراجع، وإستخلاص أحكام المحاكم وتحضير صحف الدعاوى ومستنداتها، كما يجوز له الحضور أمام المحكمة الجزئية باسم المحامي الذي يتمرن بمكتبه، أو عند محامي الإدارات القانونية الذي ألحق بها دون أن يكون له الحق في أن يوقع صحف الدعاوى، أو الأوراق التي تقدم إلى المحاكم المذكورة أو إلى كاتب السجل التجاري أو أن يعد باسمه عقود<sup>(28)</sup>. كما أنه للمحامي تحت التمرين في السنة الثانية أن يترافع باسمه أمام المحاكم الجزئية، فيما عدا محاكم أمن الدولة والمحاكم المستعجلة وذلك تحت إشراف المحامي الذي ألحق بمكتبه، أو محامي الإدارة القانونية التي ألحق بها كما يجوز له الحضور باسمه في تحقيقات النيابة والشرطة في مواد المخالفات، والجنح وباسم المحامي الذي يتمرن في مكتبه في الجنایات، ويجوز له الحضور أمام المحاكم الابتدائية عن المحامي الذي يتمرن في مكتبه أو محامي الإدارة القانونية التي ألحق بها أو الحضور العام في هذه المحاكم عند محامي آخر لإبداء طلب التأجيل. وله أن يعد باسمه العقود التي لا تتجاوز قيمتها خمسة آلاف جنيه وهي التي لا تحتاج إلى شهر أو توثيق<sup>(29)</sup>.

ويظهر من هذه القواعد ويلاحظ أن هناك أعمالاً وصلاحيات يمارسها المحامي تحت التمرين بمفرده، أما الغالبية من أعماله وتصرفاته فإنه يخضع فيها لإشراف المحامي الممرن، بل إن الأعمال التي يمارسها بمفرده يجب أن تخضع لإشراف الأستاذ الممرن وباسمه.

ولذلك لا تحدد ماهية العلاقة بين المحامي الممرن والمحامي المتمرن، والتي يكون لها تأثير مباشر في تحديد مسؤولية المحامي الممرن عن أفعال المحامي المتمرن عندما يسبب ضرراً للعميل. كما أن المحامي الممرن عندما يقبل طلب المحامي المتمرن بالتمرين لديه، فإن هناك عقد يكون قد اتفق بينهما ولا يبق بعد ذلك إلا إقرار هذا الاتفاق من قبل النقابة، أما إذا تعذر على المحامي تحت التمرين أن يجد مكتباً للتمرين، وتولى مجلس النقابة الفرعية إلحاقه بمكتب

<sup>(26)</sup> محمد توفيق شلي، مرجع سابق، ص 125.

<sup>(27)</sup> المادة (24) من قانون المحاماة المصري، يقابلها نص المادة (8) من قانون المحامين النظاميين الفلسطيني، رقم 3 لسنة 99.

<sup>(28)</sup> نص المادة (25) من قانون المحاماة المصري، ويقابلها نص المادة (16) فلسطيني.

<sup>(29)</sup> نص المادة (26) من قانون المحاماة المصري، ويقابلها نص المادة (16) فلسطيني.

محامي ممرن، فإنه هنا أيضاً يتكون العقد من رضا الممرن وقبوله طالب التمرين، إضافة إلى الإيجاب العام الصادر من المحامي المتمرن بطلب الالتحاق بمكتب محامي للتمرين، فالعلاقة بينها هنا لا تعدو أن تكون علاقة عقدية، بالإضافة إلى وجود قواعد أدبية تتحكم فيها.

إذا فإنه في الحالات التي يتولى فيها المحامي تحت التمرين القيام ببعض الأعمال التي سمح له القانون بالقيام بها بنفسه، فإنه يكون مسئولاً مسؤولية شخصية. أما في حالة قيامه بعمل أو تصرف باسم الأستاذ الممرن فإن مسؤولية المحامي الممرن عن أفعال المحامي المتمرن لديه تكون مسؤولية عقدية، كما في حالة ارتباطه بعقد مع العميل كما هو الحال في مسؤوليته عن أفعال معاونيه من غير المحامين<sup>(30)</sup>.

### المطلب الثالث

#### مسئولية المحامي العقدية عن عمل وكلائه المحامين بالإنابة

نصت معظم قوانين المحاماة في كثير من الدول الحديثة والمعاصرة حق إنابة محامي آخر في حضور المرافعة، أو في أي أمور أو إجراءات أخرى من إجراءات التقاضي فقد نصت المادة (56) من قانون المحاماة المصري<sup>(31)</sup>.

يتضح من هذا النص أن الأصل هو استطاعة المحامي أن يوكل محامياً آخر في تنفيذ إلتزام والإستثناء منعه من ذلك بشرط النص عليه في سند التوكيل، ولا يحتاج في هذا التوكيل على تصديق من محكمة أو من كاتب عدل<sup>(32)</sup>.

كما أشارت المادة (708) من القانون المدني المصري<sup>(33)</sup> على مسؤولية الوكيل عن عمل النائب بقولها:

1. إذا أناب الوكيل غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه، هو ويكون الوكيل ونائبه في هذه اللحظة متضامنين في المسؤولية.
2. أما إذا رخص الوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب فإن الوكيل، لا يكون مسئولاً إلا عن خطأه في إختيار نائبه أو عن خطأه فيما أصدره له من تعليمات.
3. ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل والنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر.

الفقه المصري سار باتجاه إلى أن الفقرة الأولى من هذه المادة هي تطبيق للمبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير، لأن الأصل أن للوكيل في أن ينب عن غيره ما لم يمنعه الموكل من ذلك، ولا يشترط بقيام الإنابة أن يصدر

<sup>(30)</sup> محمد توفيق شلبي، مرجع سابق، ص 126، ص 127.

<sup>(31)</sup> يقابلها عراقي 152 للمحامي سواء كان خصماً أصلياً أو وكيلاً في الدعوى، أن ينب عنه في الحضور أو المرافعة أو في ضمير ذلك من إجراءات التقاضي محامياً آخر تحت مسؤوليته بكتاب غير خاضع لرسم الطابع يرسله إلى المحكمة ما لم يكن في سند التوكيل ما يقابله قانون المحامين النظامين المادة (2/4/20).

<sup>(32)</sup> عبد الباقي سوادي، مرجع سابق، ص 232.

<sup>(33)</sup> يقابلها نص المادة/93 مدني فلسطيني.



ترخيص من الأصيل بها، وبذلك قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بقولها "وللمحامي المنتدب كل سلطة المحامي الموكل في الحدود التي يقتضيها، ابتداءً فله بمقتضى المادة 32 من قانون المحاماة أن ينيب عنه في الحضور أو في المرافعة أمام المحكمة محامياً آخر تحت مسؤوليته دون توكيل خاص ما لم يكن توكيله مانعاً من ذلك"<sup>(34)</sup>.

وكذلك نصت المادة (1994) مدني فرنسي على أن الوكيل يسأل عن فعل نائبه، الذي أحله محله في تنفيذ التوكيل، إذ لم يكن مأذوناً بسند التوكيل بإنابة غيره عنه، أو كان مأذوناً بذلك بغير تسمية شخص معين، فاختر نائباً غير أهل أو مشهوراً بالإهمال.

وهنا النص واضح أن يكون الإذن للوكيل بإنابة غيره عنه صريحاً في سند الوكيل، وأن الوكيل (المحامي) يكون مسئولاً عن النائب الذي لم يعينه الموكل (العميل) إذا كان هذا النائب غير أهل أو مشهوراً بالإهمال<sup>(35)</sup>.

## المبحث الثاني

### مسئولية المحامي عن عمل الغير مسئولية تقصيرية

أجازت معظم القوانين للمحامي أن يستعين بمجموعة من الأشخاص في تنفيذ التزامه، كالمحامين والعاملين في المكتب والمتدربين وغيرهم من موظفي المكتب كالمسكترارية والمندوبين، وقد يكون الغير من خارج المكتب كالذي تربطه بالمحامي علاقة صداقة أو قرابة. والحقيقة أن كافة هؤلاء يباشرون ما يكلفون به من مهام تحت إشراف إدارة المحامي، وبالتالي يكون مسئولاً عنهم مسئولية التابع عن المتبوع<sup>(36)</sup>، حيث أنه تنص المواد (173، 174، 175) من القانون المدني المصري<sup>(37)</sup> على أنه لا يسأل أحد عن عمل غيره، ومع ذلك فللقاضي بناء على طلب المضرور إذا رأى مبرراً أن يلزم أياً من الآتي ذكرهم حسب الأحوال بأداء الضمان المحكوم به: -أ- على من أوقع الضرر... (ب) من كانت له على من وقع منه الأضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه، ولو لم يكن حراً في إختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها.

ولمن أدى الضمان أن يرجع بما دفع على المحكوم عليه به. لذلك فإن المحامي صاحب المكتب يسأل بإعتباره متبوعاً عن أخطاء من يعاونه ويسببه أحدثت الأضرار للغير، كمن تصور أن يكون المعاون محامياً هو الآخر. لذلك نصت المادة (75) من قانون المحاماة المصري رقم 17 لسنة 1983 المعدل، على أن يلتزم المحامي بالإشراف على الموظفين العاملين بمكتبه ومراقبة سلوكهم، والتحقق من أنهم يؤدون ما يكلفون به بأمانة وصدق<sup>(38)</sup>.

<sup>(34)</sup> يقابلها نص المادة (93) مدني فلسطيني، محمد توفيق شلبي، مرجع سابق، ص 130-140.

<sup>(35)</sup> سليمان مرقس، نظرية دفع المسئولية المدنية، كلية الحقوق، مطبعة الاعتماد، د س ن، ص 408.

<sup>(36)</sup> أحمد سليمان حسن أحمد، مرجع سابق، ص 257.

<sup>(37)</sup> تقابلها المادة 313 اماراتي مدني، والمواد 218، 219، 220 مدني عراقي، والمواد 174، 175، 176 مدني سوري. والمادة 218 مدني اردني، والمادة (193) مدني فلسطيني.

<sup>(38)</sup> يقابلها نص المادة (20) من قانون المحامين النظامين رقم (3) لسنة 99.

وقد أوصى قانون المحاماة المصري والفلسطيني المحامي على ذلك لأن طائفة مكاتب المحامين ككل طائفة، لا بد أن يكون فيها الكفاء والأكفاء، والسيء والأسوأ، والشهير والصالح<sup>(39)</sup>.

وتوجد حالات يشكى الموكلين من معاون وموظفي مكتب المحامي، اعتقاداً منهم أن هؤلاء الموظفين يرغبون بأخذ شيء لا يستحقون أو رغبة من هؤلاء الموظفين في مخادعتهم، فإذا تحقق المحامي أن موظفه برئ فمن واجبه أن ينتصر له، وأن يجبر الموكل على الاعتذار له<sup>(40)</sup>، لذا فإن تساؤلاً مهماً يقفز إلى الأذهان يتعلق بمدى اعتبار هذا المحامي تابعاً؟<sup>(41)</sup>، لذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: أساس مسئولية المحامي التقصيرية.

المطلب الثاني: شروط مسئولية المحامي التقصيرية.

## المطلب الأول

### أساس مسئولية المحامي التقصيرية عن عمل الغير

مسئولية المحامي التقصيرية عن عمل الغير هي مسئولية المتبوع عن أفعال تابعه ولذلك فإن أسسها لا تعدو أن تكون الأساس القانوني لمسئولية المتبوع. وقد طرحت عدة آراء نظرية في تحديد هذا الأساس لم يسلم أكثرها من النقد<sup>(42)</sup>.

لذلك فإن استقلال مهنة المحاماة لا يحول دون عمل بعض المحامين في مكاتب المحامين الآخرين، وبالتالي يخضعون لرقابة وتوجيه المحامي صاحب المكتب، وقد يكونوا شركاء في المكتب، إضافة إلى ذلك طائفة المحامين المتدربين حيث إن مكاتب المحاماة ملزمة بقوة القانون بتدريبهم<sup>(43)</sup> كما نصت المادة (29) من قانون المحاماة المصري على أنه على كل محامي من المقبولين أمام محكمة النقض أو من المقبولين أمام محاكم الاستئناف ممن مضى على قيده بجدولها خمس سنوات على الأقل أن يلحق بمكتبه محامياً تحت التمرين على الأقل<sup>(44)</sup>.

<sup>(39)</sup> صبري محمود الراعي، رضا السيد عبد العاطي، الدليل العملي للمحامي في قانون المحاماة والإدارات القانونية، الشرق الأوسط للإصدارات القانونية، طبعة 2014، ص 227.

<sup>(40)</sup> محمد شوكت التوني، مرجع سابق، ص 337، وما بعدها.

<sup>(41)</sup> طلبة وهبة خطاب: المسئولية المدنية للمحامي، مكتبة سيد عبد الله وهبه، القاهرة، طبعة سنة 1986م، ص 230.

<sup>(42)</sup> عبد الباقي سوادى، مرجع سابق، ص 244.

<sup>(43)</sup> احمد سليمان حسن أحمد، مرجع سابق، ص 260.

<sup>(44)</sup> يقابلها نص المادة (12) محاماة فلسطيني.

ويسأل عنهم المحامي بحكم القانون عن الأضرار التي تقع منهم أثناء قيامهم بوظائفهم (المادة 1384) الفقرة الثالثة مدني فرنسي، ولا يجوز لأيهما أن يدرا عن نفسه هذه المسؤولية بحجة أن الضرر وقع بفعل الغير، إذ أنهم هنا المحامون والمحامون المتدربون عنده في المكتب لا يعتبروا أجنب عن المحامي صاحب المكتب<sup>(45)</sup>.

وسنقسم هذا المطلب إلى عدة نقاط على النحو التالي:

أولاً: مسؤولية المحامي عن أعمال زملائه المحامين بالمكتب الواحد:

ونظراً للواقع الحديث لأعمال المحاماة نلاحظ أنه في ظل العمل الجماعي للمحامين من خلال مكتب واحد أن هناك ثلاثة أنماط على النحو التالي:

1. المحامون العاملون بالمكتب شركاء فيما بينهم وإن اختلفت حصصهم في رأس مال المكتب.
2. المحامون العاملون بالمكتب مستقلون في أعمالهم ولكن يجمعهم المكتب الواحد في صورة تحمل النفقات والمصاريف.
3. المكتب مملوك لمحامى أو أكثر والباقيون من المحامين يعملون من خلال هذا المكتب.

والافتراضات هنا إذا كان المحامي متبوعاً فإن ما يقع من أحد تابعيه من المحامين، ويضر بالغير يسأل عنه المحامي المتبوع طبقاً لأحكام قواعد مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه<sup>(46)</sup>، إذ لو أصيب الغير بضرر من جراء خطأ ارتكبه واحد من هؤلاء، فالمضروب تلقائياً يفكر في الرجوع على المحامي صاحب المكتب، فإذا توافرت شروط هذا النوع من المسؤولية حسب القواعد المنصوص في المادة (176) مدني مصري والمادة 5/1384 مدني فرنسي<sup>(47)</sup>. وهي علاقة التبعية وفعل ضار من التابع حال تادية الوظيفة أو بسببها<sup>(48)</sup> ودون الدخول في غمار التفاصيل بشأن شروط مسؤولية المتبوع عن عمل التابع بصفة عامة، لذلك فإن مسؤولية المحامي متبوعاً إنما لا تكون إلا في مواجهة الغير الذي لا يربطه بالمحامى أي رابطة عقدية. صحيح أن ذلك لا يغير من نوع المسؤولية وهي من عمل الغير، لكن لا يجب أن يغيب عن الأذهان أن يغير من طبيعتها<sup>(49)</sup>.

ثانياً: مسؤولية المحامي عن أعمال المحامي المتدرب لديه:

<sup>(45)</sup> سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 396.

<sup>(46)</sup> أحمد سليمان حسن أحمد، مرجع سابق، ص 266، ص 267.

<sup>(47)</sup> يقابلها نص المادة (193) مدني فلسطيني.

<sup>(48)</sup> موسى أبو ملوح، شرح القانون الأردني، مصدر الإلتزام، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 118، انظر أنور سلطان، مرجع سابق، فقرة 566، 567، سمير تناغو، مرجع

سابق، فقرة 203.

<sup>(49)</sup> طلبية خطاب، مرجع سابق، ص 229.

تنص المادة (22) من قانون المحاماة المصري<sup>(50)</sup> على أنه يجب أن يلحق بمكتب أحد المحامين....." حيث أن المحامي المتدرب يقوم ببعض الأعمال من إعداد البحوث والمراجع، واستخلاص أحكام المحاكم، وتحضير صحف الدعاوى ومستنداتها وكتابة المذكرات، وله حق الحضور أمام الشرطة والنيابة العامة والمحاكم الابتدائية مع المحامي المشرف عليه، وفي المقابل على المحامي المشرف أن يقوم بتقديم تقرير للنقابة كل ثلاثة أشهر يبين فيه مدى التزام المحامي المتدرب بالتدريب، وما حققه من تقدم، وفي نهاية فترة التدريب، على المحامي المشرف أن يقدم تقريراً مفصلاً عن المحامي المتدرب، هذا كله بطبيعة الحال يتوجب أن يعمل المحامي المشرف عليه<sup>(51)</sup> إلا أن القانون لم يبين طبيعة العلاقة بين المحامي المشرف والمحامي المتدرب، والتي يكون لها تأثير مباشر في تحديد مسؤولية المحامي المشرف عن أعمال المحامي المتدرب عندما يلحق ضرراً بالغير<sup>(52)</sup>، إلا أن قبول المحامي المشرف تدريب المحامي المتدرب هو بمثابة التزام منه عن أعماله الضارة<sup>(53)</sup>. مع الاحتفاظ بأن ذلك لا يتعارض مع مبدأ استقلالية المحاماة إلا أن تدريب المحامين أو عمل المحامي بمكتب محامي آخر، لا ينفي صفة الاستقلالية إذا مارس المهنة تحت إشراف وتوجيه محامي آخر، إنما تكون العلاقة بينهما علاقة التابع بالمتبوع<sup>(54)</sup>. وذلك لأن المحامي المتدرب لا يجوز له أن يفتح مكتباً خاصاً باسمه طوال فترة التدريب ولا حتى بالشراكة<sup>(55)</sup>.

ثالثاً: مسؤولية المحامي عن أفعال مساعديه من غير المحامين:

يوجد أشخاص من غير المحامين الأشخاص الذين يستعين بهم المحامي في تنفيذ التزاماته، ويأخذ هؤلاء صورة موظفي المكتب من السكرتارية والمندوبين والمستشارين والعاملين وغيرهم، سواء كانوا يعملون بأجر أو بدون أجر للمتبوع ولوجود علاقة صداقة أو قرابة بينه وبين المحامي، فمتى وجدت شروط التبعية فإن أي إضرار بالغير نتيجة لعمل هؤلاء يسأل عنه المحامي المتبوع<sup>(56)</sup>.

## المطلب الثاني

### شروط مسؤولية المحامي التقصيرية عن عمل الغير

ويتضح هنا لقيام مسؤولية المتبوع (المحامي) عند عمل الغير (التابع) أن توجد رابطة تبعية بينهما، وأن يقع الفعل الضار من الغير حال تأديته لوظيفته أو بسببها، والقانون قرر أن هؤلاء الغير لا يستطيع المحامي أن يحتج بفعلهم ليدفع مسؤوليته مراعاة للمصلحة العامة، وتحقيقاً لمقتضيات العدالة، حيث إن المحامي إذا عهد بما كلف به للغير كلياً

<sup>(50)</sup> يقابلها نص المادة (8) فلسطيني محاماه، ومن المواد 10، 14 محاماة إماراتي.

<sup>(51)</sup> أحمد سليمان حسن أحمد، مرجع سابق، ص 268.

<sup>(52)</sup> محمد توفيق شلي، مرجع سابق، ص 126.

<sup>(53)</sup> عبد الباقي سوادي، مرجع سابق، ص 241.

<sup>(54)</sup> طلبية وهيه خطاب، مرجع سابق، ص 230، 231.

<sup>(55)</sup> المادة (4)، من قانون المحامين النظامين الفلسطيني رقم (3) لسنة 99.

<sup>(56)</sup> سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية، مرجع سابق، ص 412.

أو جزئياً، وألحق هذا الغير الضرر بالآخرين لا يستطيع أن يتنحى عن المسؤولية ويدفعها، بل هو مسئول عما يلحقونه من أضرار بالآخرين.

وبناء على ذلك فإننا نقسم هذا المطلب على النحو التالي<sup>(57)</sup>:

أولاً: وجود رابطة التبعية بين المحامي والغير:

نصت المادة 2/174 من القانون المدني المصري على أن "تقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه"<sup>(58)</sup>، وفي تفسير علاقة التبعية فقد قسمت إلى ركنين- الأول (حق التعيين ومن أهم مظاهره حق العزل)، وسمى حق التعيين أيضاً بالسلطة الفعلية ثانياً، حق الرقابة والتوجيه.

أي أنه يكفي أن تكون هناك علاقة تبعية بين المحامي والغير، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه طالما أن للمحامي سلطة فعلية على الغير يقوم خلالها برقابته وتوجيهه في تنفيذ أعماله<sup>(59)</sup>.

لذلك الواضح لا يشترط لتوافر علاقة التبعية أن يكون هناك عقداً ونص في القانون، فالعبرة بما هو واقع فعلاً حتى إن لم تكن السلطة شرعية<sup>(60)</sup>، وبالرغم من أنه غالباً ما يكون هناك عقد وخاصة عقد العمل بالنسبة للعاملين في مكتب المحامي، ولا يشترط في حالة ما إذا كان هناك عقد أن يكون صحيحاً، إلا أن الفرق يدق في مسألة الإثبات فإذا وجد العقد فإنه يكفي في حد ذاته لإثبات علاقة التبعية، وأما بخلاف ذلك فإن على المضرور أن يثبت وجود علاقة التبعية، وله في إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، لأننا أمام واقعة مادية<sup>(61)</sup>، وأيضاً لا يشترط أن يكون الغير يتقاضى أجراً فقد يكون يعمل بلا مقابل<sup>(62)</sup>.

إذاً لا بد من وجود علاقة التبعية وتحقق تلك العلاقة إذا كان المتبوع محامي على تابعه<sup>(63)</sup> (الغير) سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه، فعلاقة التبعية تقوم على عنصرين هما عنصر السلطة الفعلية وعنصر الرقابة والتوجيه<sup>(64)</sup>.

أولاً- عنصر السلطة الفعلية:

ويقصد بالسلطة الفعلية أن يكون للمتبوع (المحامي) سلطة توجيه التابع (الغير) في عمل معين بإصدار الأوامر

<sup>(57)</sup> أحمد حسن سليمان أحمد، مرجع سابق، ص 258.

<sup>(58)</sup> ويقابلها نص المادة (193) مدني فلسطيني.

<sup>(59)</sup> محمد توفيق شلي، مرجع سابق، ص 132، إياد جاد الحق، مرجع سابق، ص 469.

<sup>(60)</sup> حسام الدين كامل الأهواني، المصادر الغير الازدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 175، ص 194.

<sup>(61)</sup> المرجع السابق، ص 178، ص 196.

<sup>(62)</sup> أنور سلطان، مرجع سابق، فقرة 476، ص 399.

<sup>(63)</sup> أحمد سليمان حسن أحمد، مرجع سابق، ص 260.

<sup>(64)</sup> عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية سنة 1992، فقرة 56، ص 593.

له وسلطة رقابة هذه الأوامر، على أن يقوم التابع (الغير) بالعمل المطلوب لحساب المحامي<sup>(65)</sup>، ولا يشترط في ذلك أن يكون المحامي قد اختار الغير، أو تكون سلطة شرعية، وأيضاً لا يشترط أن يكون التابع يتقاضى أجراً أم لا<sup>(66)</sup>، والعبرة في توافر السلطة الفعلية هي وقت وقوع الضرر، فإذا توافرت السلطة في هذا الوقت اعتبر الضرر واقعاً من قبل الغير ويعد المحامي مسئولاً عنه<sup>(67)</sup>.

ومع ذلك حسم القانون المدني المصري هذا الخلاف بالفقرة الثانية من المادة 174 بقوله "وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقبته وتوجيهه"<sup>(68)</sup>.  
ثانياً- عنصر الرقابة والتوجيه:

يقصد بالرقابة والتوجيه أن يكون للمتبوع (المحامي) سلطة إصدار الأوامر والتعليمات للتابع (الغير) فيما يتعلق بطريق أداء العمل المكلف به، ورقابته في تنفيذها ولا يشترط أن يمارس المتبوع بنفسه سلطة الرقابة والتوجيه، بل يجوز له أن يفوض فيها غيره، وقد تتوزع الرقابة والتوجيه بين أكثر من شخص<sup>(69)</sup>، ومع ذلك فقد رأى كثير من الفقهاء ضرورة تحديد مدى هذه التبعية لأن هنالك صوراً متعددة لها منها، التبعية الفنية التي تعني الخضوع الكامل لإشرافه وتوجيه المتبوع للتابع في دقائق العمل وجزئياته، ومنها التبعية الإدارية أو التنظيمية التي<sup>(70)</sup> تترك للتابع الحرية الفنية في مباشرة العمل وتنفيذه وإن خضع لأوامر وتوجيهات المتبوع في الإدارة والتنظيم، ويكاد الفقه والقضاء المعتدان بعنصر التبعية يجمعان، على الإكتفاء بالتبعية الإدارية أو التنظيمية دون تطلب التبعية الفنية لقيام علاقة التبعية<sup>(71)</sup>.

ثانياً: وقوع الفعل الضار من المعاون أثناء تأديته لوظيفة أو بسببها:

لا يجوز الاكتفاء بقيام مسئولية المحامي أن تكون هناك رابطة تبعية فقط بل يجب أن يقع الأضرار بالغير بسبب فعل المعاون أثناء تأديته الوظيفة أو بسببها<sup>(72)</sup>؛ حيث أن مسألة تكييف ما يصدر من المعاون التابع من فعل ضار

<sup>(65)</sup> أنور سلطان، مرجع سابق، ص 476، ص 399.

<sup>(66)</sup> السيد عيد نايل، مصادر الإلتزام غير الإرادية، دار النهضة العربية- القاهرة- 2005م- 2006م، ص 141.

<sup>(67)</sup> احمد سليمان حسن أحمد، مرجع سابق، ص 261.

<sup>(68)</sup> ويقابلها نص المادة: مدني فلسطيني، (193).

<sup>(69)</sup> انظر الدكتور السيد عيد نايل، مصادر الإلتزام غير الإدارية، مرجع سابق، ص 143، أحمد سليمان حسن أحمد، مرجع سابق ص 261، .

<sup>(70)</sup> عبد الباقي سوادى، مرجع سابق، ص 247.

<sup>(71)</sup> محمد توفيق شلي، مرجع سابق، ص 132. عبد الباقي سوادى، مرجع سابق، ص 247.

<sup>(72)</sup> أحمد سليمان حسن أحمد، مرجع سابق، ص 262.

وإعتباره في حدود تأدية الوظيفة أو بسببها مسألة من أدق مسائل المسؤولية المدنية<sup>(73)</sup>، ولذلك ينبغي توخي الدقة في التحديد على نحو يتفق وقصد المشرع<sup>(74)</sup> لذلك فإن المسؤولية عن فعل الغير عمن هم تحت رقابته تفرض على كل من يعطي سلطة قانونية على غيره ممن يكون في كنفه حق المراقبة حتى يمنعه من الإضرار بالغير، وهذه المسؤولية بالواقع بمثابة ضمانه حقيقية للمتضرر فإنه يغلب أن يكون فاعل الخطأ لا يملك شيء أو لا يمكن تقرير مسؤوليته لأن التبعية هنا وإن كان فاعل الضرر غير مسئول لعدم إدراكه أو تمييزه<sup>(75)</sup> والمعنى أن الشخص يعتبر مسئولاً عمن تحت رقابته من الغير ابتداء ومسؤوليته قوامها إفتراضه الخطأ، فيعتبر إبتداء أن الفعل المضر قد نشأ عن تقصير في الرقابة، إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك<sup>(76)</sup>.

ويشترط في مسؤولية المحامي عن عمل المعاون، توافر شرطين على النحو التالي:

الأول: ارتكاب المعاون خطأ يضر بالغير: لا تقوم مسؤولية المتبوع إلا إذا تحققت مسؤولية المعاون، فمسؤولية المتبوع المحامي هي مسؤولية تبعية ومن ثم يجب أن تتحقق المسؤولية الأصلية وهي مسؤولية التابع (المعاون) وحتى تقوم مسؤولية التابع فإنه يجب أن تتوافر أركان المسؤولية وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية<sup>(77)</sup>.

فلابد من ثبوت الخطأ في جانب المعاون حتى تتحقق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه لأنه يكون ملتزماً ويكون أكثر ملاءة من التابع، وعندئذ يصبح المعاون نفسه مسئولاً عن خطأ ثابت، ويصبح المحامي مسئولاً عن خطأ مفترض كما يجب أن يكون هذا الخطأ قد صدر من المعاون أثناء تأديته الأعمال الموكلة إليه بصفته معاوناً للمحامي، كما يجب أن يكون خطأ المعاون قد ترتب عليه ضرر فإن انتفى الضرر فلا عبرة بالخطأ<sup>(78)</sup>.

ويستوي في ذلك أن يكون خطأ المعاون قد أمر به المحامي أو لم يأمر به، علم به أو لم يعلم<sup>(79)</sup>. لذلك فإن خطأ التابع لا يكفي بل لابد من أن يسبب هذا الخطأ ضرراً هو محرك المسؤولية، فإن انتفى الضرر فلا عبرة بالخطأ<sup>(80)</sup>.

لذلك فمدى مسؤولية الوكيل المحامي في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتضح أنهما يتفقان في أمر فمن الأمور المتفق عليها:

<sup>(73)</sup> سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الثاني، في المسؤولية المفترضة، دار الكتب الثانية "شتات"، مصر، المنشورات الحقوقية "صادر"، ط 5، سنة 1989، ف 280، ص 860 وما بعدها.

<sup>(74)</sup> عبد الباقي سوادى مرجع سابق، ص 248.

<sup>(75)</sup> زهدي يكن المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، الطبعة الأولى، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، بدون سنة طباعة، ص 190.

<sup>(76)</sup> زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، الطبعة الأولى، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، بدون سنة طباعة، ص 191.

<sup>(77)</sup> أحمد سليمان حسن أحمد، مرجع سابق، ص 263.

<sup>(78)</sup> محمد توفيق شليبي، مرجع سابق، ص 132، ص 133.

<sup>(79)</sup> أحمد سليمان حسن أحمد مرجع سابق، ص 263.

<sup>(80)</sup> عبد الباقي سوادى، مرجع سابق، ص 248.

1. قرر كل منهما مسئولية الوكيل إذا تعدى أو فرط في حفظ أموال موكله.
2. اتفق كل منهما على أن ضابط التعدي هو مجاوزة الوكيل للحد المأذون فيه شرعاً أو عرفاً أو اتفاقاً في تنفيذه للوكالة أو الحفظ<sup>(81)</sup>.
3. اتفق أيضاً على أن الموكل لا يستحق تعويضاً إلا إذا أصابه ضرر فعلاً، أما إذا لم يصبه ضرر فلا تعويض.

الثاني: ارتكاب التابع الخطأ أثناء تأديته الوظيفة أو بسببها، ولذلك لا تثبت مسئولية المحامي عن كل خطأ يرتكبه المعاون بصفه مطلقة، بل يجب أن تكون هناك صلة بين الخطأ الذي وقع والعمل الذي يؤديه المعاون لحساب المحامي<sup>(82)</sup>.

ولقد حدد القانون حالات ذلك على النحو التالي:

#### 1. حال تأدية الوظيفة:

إن الإخلال بأي واجب تفرضه الوظيفة أو يتصل بممارستها من له علاقة بها يعتبر خطأ، بل يكفي في ذلك أن تكون الوظيفة هي التي هيأت للمعاون الفرصة لإرتكاب هذا الخطأ<sup>(83)</sup>، لذلك فالخطأ الذي يقع من المعاون أثناء قيامه بعمل من أعمال وظيفته<sup>(84)</sup>، كأن يخطئ محامي يعمل في مكتب محاماة بعدم تقديم الطعن خلال المدة القانونية مما ترتب على ذلك فوات ميعاد الطعن، ولا عبرة هنا إذا كان المحامي قد أمر به أو لم يأمر، علم به أم لم يعلم، ويستوى أن يكون المعاون قد قصد خدعة المحامي أو اندفع إليه بحافز شخصي<sup>(85)</sup>، لذلك القانون المدني الفرنسي حدد المسئولية عن فعل الغير بالنص، وأجمع الفقه والقضاء في فرنسا على عدم جواز التوسع في تفسيره لكونه إستثناء من القواعد العامة، أما القانون المدني المصري فقد جاء بنص عام يتسع لكل الحالات التي كانت المحاكم قد أدخلتها في نطاق هذه المسئولية<sup>(86)</sup>.

وقرر المشرع المصري عند مراجعة التقنين المدني أن يعتمد صراحة ما حدث في القضاء من توسع في مسئولية السيد أو المتبوع، وأن ينص على الضابط الذي يتحدد به هذا التوسع، فأوجد بذلك في الوقت ذاته الضابط والسند القانوني اللذين أعوزا المحاكم في ظل التقنين الملغى، إذ نصت المادة 174 فقرة أولى "على أن يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر، الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها" وكذلك فعل السوري المادة (175) والليبي المادة (177) واشترط اللبناني أن يكون الفعل غير المباح الذي يأتيه المعاون ويسأل عنه المحامي واقعاً

<sup>(81)</sup> صلاح البرعي، أساس المسئولية المدنية الناشئة عن الأفعال الشخصية، رسالة دكتوراه سنة 1996، ص 490.

<sup>(82)</sup> الدكتور/ السيد عيد نايل، مصادر الإلتزام غير الإرادية، مرجع سابق، ص 147.

<sup>(83)</sup> السنهوري، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، دار إحياء التراث العربي، ص 36، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، طبعة الأولى، ص 36.

<sup>(84)</sup> انظر الدكتور/ عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ف 509، ص 597، إيا جاد الحق، مرجع سابق، ص 472.

<sup>(85)</sup> أحمد سليمان احمد، مرجع سابق، ص 264، انظر الدكتور/ السيد عيد نايل، مرجع سابق، ص 148.

<sup>(86)</sup> عبد الباقي سوادى: مرجع سابق، ص 249، ص 250.



في أثناء العمل، أو بسبب العمل المادة (27) واشترط التقنين المراكشي أن يكون فعل المعاون واقعاً منه في تأدية وظيفته<sup>(87)</sup>.

لذلك فإنه يعتبر خطأ في تأدية الوظيفة بالذات كل إخلال بواجب مما تفرضه الوظيفة على المعاون<sup>(88)</sup>.

الخطأ بسبب الوظيفة/ توجد حالات ارتكاب التابع للخطأ وهو لا يمارس وظيفته، ولكن الوظيفة تكون هي السبب في ارتكاب هذا الخطأ، وقد ذهب البعض إلى إعتبار أن الخطأ يعتبر قد وقع بسبب الوظيفة إذا كان المعاون لم يكن يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة، وبناء على ذلك قضت محكمة النقض المصرية:

أن يكون فعل المعاون قد وقع أثناء تأديته لوظيفته، أو كان استغل وظيفته أو ساعدته أو هيأت له فرصة ارتكاب العمل غير المشروع أو المعاون لم يكن ليفكر في ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة، ولذلك فإن الخطأ بسبب الوظيفة يتحقق بإحدى صورتين على النحو التالي<sup>(89)</sup>:

أ. أن تكون الوظيفة ضرورة لإمكان ارتكاب الخطأ بحث يكون المعاون لا يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة، ومثال ذلك أن يقوم موظف بمكتب المحامي بعد استلامه المستندات من أحد العملاء بتمزيقها، فلولا أنه موظف بالمكتب لما استطاع أن يستلم المستندات ومن ثم يمزقها.

ب. وأن تكون الوظيفة هي التي دعت المعاون إلى التفكير في ارتكاب الخطأ، كمن يرى سيده يتعارك مع آخر فهم لنجدته، فهذا السيد يكون مسئولاً عن فعل خادمه، لأن الأخير لم يكن يفكر في الاعتداء على الغير لولا أنه خادم لدى سيده المتعارك مع الآخر<sup>(90)</sup>.

بيد أن الخطأ لم يكن بسبب الوظيفة إنما كان بمناسبة الوظيفة، أي أن الوظيفة قد سهلت عليه ارتكاب الخطأ أو المساعدة على ارتكابه أو تهيئة الفرصة لارتكابه، فلا يكون المتبوع مسئولاً عن خطأ تابعه<sup>(91)</sup>.

ولقد سارت المحاكم الفرنسية هذا النهج أولاً ثم تبعها فيه المحاكم المصرية، بل ذهب الأخيرة فيه من بعض النواحي إلى أبعد ما ذهب إليه الأولى، كون مادامت وظيفة المعاون هي التي هيأت له ارتكاب الفعل الضار، لا يعدو أن يكون عنصراً من العناصر التي يعتمد عليها القاضي في الإستدلال على حصول التجاوز في حدود الوظيفة، وأنه يجب فيه

<sup>(87)</sup> سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الثاني، الأحكام الخاصة، 1960م، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، ص6.

<sup>(88)</sup> المرجع السابق، ص7.

<sup>(89)</sup> إباد جاد الحق، مرجع سابق، ص472.

<sup>(90)</sup> نقض مصري، الطعن رقم 723، 807 لسنة 58 قضائية، جلسة 1997/4/8م، مجموعة المكتب الفني، السنة 48، ج1، ق121، ص623، والطعن رقم 1919 لسنة 60 قضائية جلسة 1995/3/12، السنة 46، ج1، ق93، ص468.

عن احمد سليمان حسن أحمد، مرجع سابق، ص264، ص265.

<sup>(91)</sup> السيد عيد نايل/ مصادر الإلتزام غير الإدارية، مرجع سابق، ص150 وما بعدها.

أن يكون هذه التسهيلات التي هيأتها الوظيفة للمعاون بحيث تجعل الخطأ مرتبطاً بالوظيفة ارتباطاً مباشراً، أي بحيث لو لم تكن الوظيفة ما استطاع التابع ارتكاب الفعل الضار<sup>(92)</sup>.

ولذلك تفسير مسؤولية المحامي في حالة التجاوز بأنه ما يقع من المحامي (تابعه)، يكون من قبيل التزيد أو إساءة استعمال شئون الوظيفة، يكون من شأنه أن يمد حدود الوظيفة إلى أبعد من دائرتها الطبيعية، وأن امتداد الوظيفة يستتبع مساءلة المحامي كمتبوع عما يرتكبه المحامي التابع في أثناء مسؤوليته، يصح أن تكون مختلفة في أساسها عن مسؤوليته عن خطأ التابع في تأدية الوظيفة بالذات، ويصح أن تكون مطلقة بل ترد عليها بعض التحفظات<sup>(93)</sup>.

### الخاتمة:

من خلال هذا العرض المختصر للموضوع المتعلق بمسؤولية المحامي عن أعمال غيره، والذي يعد من أهم الموضوعات خالصنا إلى جملة من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

### أولاً: النتائج:

1. المسؤولية العقدية اوسع نطاقاً في حالة وجود العقد بين المحامي وعميله من المسؤولية التقصيرية التي تتطلب إثبات علاقة تبعية.
2. مسؤولية المحامي التقصيرية عن عمل الغير هي مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه ولذلك فإن أسسها لا تعدو أن تكون الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع.
3. إن استقلال مهنة المحاماة لا يحول دون عمل بعض المحامين في مكاتب المحامين الآخرين، وبالتالي يخضعون لرقابة وتوجيه المحامي صاحب المكتب.

### ثانياً: التوصيات:

1. توصي الدراسة بتفعيل قانون المحامين النظاميين الفلسطيني رقم (3) لسنة 1999 أكثر في المحاكم، وإجراءاته كون أنه قانون صادر عن السلطة الفلسطينية، وكأي قانون معمول به بالمحاكم وله احترامه ومكانته.
2. توصي الدراسة بالعمل بمسؤولية المحامي المدنية كمسؤولية ذات طابع مهني خاص. يلتزم ببذل عناية وأحياناً بتحقيق نتيجة.
3. توصي الدراسة بتوضيح أنواع العلاقة بين المحامي والموكل منذ بدايتها إن أمكن.

<sup>(92)</sup> سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص66، ص67.

<sup>(93)</sup> المرجع السابق، ص68.

## قائمة المراجع والمصادر

## أولاً: قائمة المراجع:

1. احمد سليمان حسن احمد، المسؤولية المدنية عن الخطأ المادي لكل من الطبيب، الصيدلي المحامي، المهندس المعماري، دار الجامعة الجديدة، طبعة سنة 2010م .
2. احمد سليمان حسن احمد، مرجع سابق، ص255، أنظر د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، اسكندرية 1998.
3. أنور سلطان، مرجع سابق، ص406، الدكتور علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام وفقاً لقانون المعاملات المدنية وأحكام لشريعة الإسلامية، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، كلية شرطة دبي، الطبعة الأولى، 1993/1994.
4. اياد محمد ابراهيم جاد الحق ط3. النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الفلسطيني، الجزء الاول مصادر الإلتزام، 2013.
5. حسام الدين كامل الأهواني، المصادر الغير الارادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
6. زهدي يكن المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، الطبعة الأولى، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، بدون سنة طباعة.
7. زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، الطبعة الأولى، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، بدون سنة طباعة .
8. سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الثاني، الأحكام الخاصة، 1960م، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية.
9. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الثاني، في المسؤولية المفترضة، دار الكتب الثانوية "شبات"، مصر، المنشورات الحقوقية "صادر"، ، ط5، سنة 1989.
10. سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية المدنية، كلية الحقوق، مطبعة الاعتماد، د س ن .
11. السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار إحياء التراث العربي، ص36، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، طبعة، الأولى.
12. السيد عيد نايل، مصادر الالتزام غير الإرادية، دار النهضة العربية- القاهرة- 2005م- 2006م .
13. صبري محمود الراعي، رضا السيد عبد العاطي، الدليل العملي للمحامي في قانون المحاماة والإدارات القانونية، الشرق الأوسط للإصدارات القانونية، طبعة 2014.
14. صلاح البرعي، أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الأفعال الشخصية، رسالة دكتوراه سنة 1996.
15. طلبه وهبة خطاب: المسؤولية المدنية للمحامي، مكتبة سيد عبد الله وهبه، القاهرة، طبعة سنة 1986م.

16. عباس الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، سنة 1954، مطابع دار الكتب العربي بمصر .
17. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية سنة 1992.
18. عبدالباقي سوادي، مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.
19. محمد توفيق شلبي، مسؤولية المحامي المهنية، الطبعة الثانية سنة 1998.
20. موسى أبو ملح، شرح القانون الأردني، مصدر الإلتزام، الكتاب الثاني، فلسطين، ٢٠١٠.

## ثانيًا: قائمة المصادر:

- |   |   |         |
|---|---|---------|
| 1. القانون  | المدني  | المصري. |
| 2.  | 5. قانون المحامين النظاميين الفلسطيني رقم 3 لسنة 1999 م |         |
| 3. القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012                             |   |         |
| 4. قانون المحاماة المصري رقم 17 لسنة 1983 م.                            | 6. مجلة الأحكام العدلية سنة 1869 م.                     |         |
| 7. قانون المخالفات المدنية الانجليزي المطبق في فلسطين رقم 36 لسنة 1944. |   |         |

## بيع الغرر وأحكامه في الإسلام تطبيقاً على بيع ( الكرتة )\*

## Selling Gharar ( scrap ) and its Provisions in Islam - An Application to Selling the Scrap

د. محمد عبد القادر عبد الله - كلية التربية - جامعة وادي النيل

ت (0912585747) بريد الكتروني: 4321gfds@gmail.com

## ملخص

حياة الناس ومعاشهم مرتبط بالمعاملات من بيع وشراء واجارة وغير ذلك وبما ان الشريعة جاءت لتنظم حياة الناس في كل الجوانب تناول هذا البحث، موضوع بيع الغرر، ومعرفة الحكم الشرع لبيع تراب الذهب (الكرته)؛ التراب المتبقي من التعدين التقليدي، وظهر من خلال البحث أن الأصل منع كل ما يؤدي إلى النزاع في المعاملات، وأن جمهور العلماء غير الشافعية قد أجازوا بيع تراب الصاغة بغير جنسه؛ وقياساً عليه فتجوز المعاملة في بيع (الكرته)، خاصة ان الشركات التي تشتريها تقوم بفحصها قبل شرائها في معامل معرفة النسبة الموجودة، ولان العلة التي بنا عليها الشافعية الحكم بعدم جواز شراء تراب الصاغة هي الجهالة، قد انتفت بعد تطور وسائل الكشف عن المعادن اليوم فيمكن معرفة النسب الموجودة في التراب من المعادن، وان النصوص الشرعية التي وردت بإباحة او تحريم معاملة بعينها بني على علة واضحة فاذا توفرت هذه العلة في اي نوع من المعاملات انطبق الحكم على المعاملة.

الكلمات المفتاحية (فقه اسلامي- معاملات مالية معاصرة - بيع الغرر)

## Abstract

People's life and livelihood are linked to transactions such as selling, buying, leasing, etc., and since Sharia came to regulate people's life in all aspects, this research dealt with the subject of selling gharar ( scrap ), and knowing the legal ruling on the sale of gold soil karta ( scrap ) the remaining dirt of traditional mining, It appeared through the research that originally it prohibited everything that leads to conflict in transactions, and that the non-Shafi'i scientists have permitted the sale of goldsmiths' soil other than its origin; and it is permissible to deal with the sale of karta ( scrap ) especially since the companies that buy them examine them before buying in laboratories to find out the existing percentage, and because the reason on which the Shafi'is took the ruling that it is not permissible to buy goldsmiths soil is ignorance, has disappeared after the development of means of metal detection today can know the proportions in the soil of metals, and that the legal texts that received the permissibility or prohibition of a particular transaction was based on a clear bug if this bug is available in any type of transactions applied to the provisions on the treatment.

Key words: Islamic jurisprudence, Financial Transactions, Selling Gharar ( scrap )

المقدمة:-

الحمد لله حمد الشاكرين والصلاة والسلام على إمام المرسلين وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .  
وبعد.

فقد خلق الله الخلق لعبادته وتكفل بحمايتهم ورزقهم وهياً لهم الأرض, وجعلهم مستخلفين فيها, وشرع لهم من الدين ما يصلح به حالهم في الدنيا والآخرة؛ ومن ذلك أن الشريعة الإسلامية اهتمت بتنظيم مختلف جوانب الحياة الدينية والمدنية والاجتماعية والاقتصادية فإلى جانب عنايتها بتنظيم علاقة الإنسان بالله في العبادات المختلفة, اهتم بعلاقة الإنسان بالإنسان في المعاملات

قال تعالى ( ...مَا فَزَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ثُمَّ إِلَى رَبِّهِمْ يُحْشَرُونَ)<sup>(94)</sup>

المبدئ الاصيل في المعاملات المالية في الإسلام هو منع كل معاملة تؤدي الى الخصومة والنزاع بين الناس وتحسين الأموال من الضياع فمنع التبريز والاسراف .... وشجع على كل معاملة تحافظ على المودة والأخوة بين المسلمين, فاحل البيع الذي فيه تبادل للمنافع وحرم الربا الذي في إضرار بعلاقات الناس واستغلال لحاجتهم .

وقد انتشر في السودان في السنين الاخيرة التعدين في مجال استخراج الذهب وخاصة التعدين الاهلي حيث تستخدم ادوات بدائية في تصفية الذهب فتطحن الحجارة التي تحتوي على الذهب وتغسل التراب المطحونة بالماء لاستخراج الذهب الذي يكون مرئي بالعين ويبقى جزء منه غير مرئي في التراب فيأتي الصحاب الشركات الكبيرة الذين يملكون ادوات متطورة لمعالجة هذا التراب المتبقي من المعدنين التقليديين ويستخرجون منه الذهب بطرق متطورة, فيشترونه, فكان هذا التساؤل عن حكم هذا البيع هل يعد من انواع بيع الغرر التي منعها الاسلام؟

وهذا ما دعاني الي ان اكتب عن موضوع بيع الغرر وقد اسميته .

( بيع الغرر واحكامه في الاسلام )

أسئلة البحث:-

- 1- ما هو البيع؟
- 2- ماهي أركان وشروط البيع؟
- 3- ما هو الغرر؟
- 4- ما هو حد الغرر الممنوع في البيع؟

\*الكرتة في الدارجة السودانية بمعنى المتبقي من الطعام

(1) سورة الأنعام: من الآية 38

أهداف البحث :-

- 1- تعريف البيع وأركانه وشروطه
- 2- تعريف مفهوم الغرر والجهالة في الشريعة الإسلامية.
- 3- معرفة حد الغرر الممنوع في البيع
- 4- معرفة الحكم الشرع لبيع تراب الذهب (الكرتة)

منهج البحث:-

وقد اتبعت في بحثي هذا المنهج الاستقرائي فأورد أقوال الفقهاء في كل مسألة واستنبط منها القول الراجح بالتركيز على المذاهب الربعية. ويشمل البحث مقدمة ومبحثان وخاتمة .

المبحث الأول: تعريف البيع اركانه وشروطه

المطلب الأول : لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني : اركان وشروط البيع

المبحث الثاني : الغرر

المطلب الأول: تعريف الغرر

المطلب الثاني:انواع الغرر

المطلب الثالث: التكيف الفقهي لبيع التراب المتبقي من التعدين التقليدي للذهب لشركات التعدين.

المبحث الأول

تعريف البيع اركانه وشروطه

سوف اتناول في هذا المبحث معنى البيع واركانه وشروطه بشيء من الایجاز كأساس لدراسة الغرر في البيع.

المطلب الأول : تعريف لغة واصطلاحاً

أولاً:معنى البيع في اللغة:-

البيع ضد الشراء، والبيع: الشراء أيضا وهو من الأضداد. وبعث الشيء شريته، ابيعه بيعا ومبيعا وهو شاذ<sup>(1)</sup> باعُهُ (يَبِيعُهُ) (بَيْعًا) و (مَبِيعًا) فهو (بَائِعٌ وَبَيْعٌ) و (أَبَاعَهُ) و (الْبَيْعُ) من الأضداد مثل الشراء ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه (بَائِعٌ) ولكن إذا أطلق (الْبَائِعُ) فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة ويطلق (الْبَيْعُ) على المبيع فيقال (بَيْعٌ جَيِّدٌ ويجمع على (بُيُوعٌ) (2)

(العرب تقول بعث الشيء بمعنى اشتريته ولأتبع بمعنى لا تشتري والابتياح الاشتراء. و البيعة الصفقة على إيجاب البيع وعلى المبايعة والطاعة تبايعوا على كذا)<sup>(3)</sup>

ثانياً: معنى البيع في الاصطلاح الفقهي:-

أولاً: مذهب الحنفية :-

عرفه الحنفية بأنه مبادلة مال بمال قالوا: (هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب)<sup>(4)</sup>

ثانياً: مذهب المالكية:-

وعرفه المالكية بأنه نقل ملك الى ملك بعوض معين على وجه صحيح وأخرجوا بذلك كل بيع فاسد من هذا التعريف قالوا:(هو نقل ملك إلى ملك بعوض معين على وجه صحيح)<sup>(96)</sup>،(حد البيع نقل الملك بعوض بوجه جائز بناء على أن البيع الفاسد لا يقال فيه بيع إلا على جهة المجاز)<sup>(97)</sup>

ثالثاً: مذهب الشافعية :-

وعرفه الشافعية بأنه عقد يتم به مقابلة مال بمال وقد يطلق على الشراء بيع، قالوا: (عقد يتضمن مقابلة مال بمال، وقد يطلق على قسيم الشراء فيحد بأنه نقل ملك بثمن على وجه مخصوص والشراء بأنه قبوله على أن لفظ كل يقع على الآخر)<sup>(98)</sup>

(1) ابن منظور - جمال الدين محمد بن مكرم - لسان العرب - بيروت - دار صادر ط/3- 1414هـ-1994م- ج 8/ ص 23

(2) الفيومي - أحمد بن محمد بن علي المقرئ - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي - بيروت - المكتبة العلمية - بدون تاريخ - ج 1/ ص 69

(3) الفراهيدي - ابي عبد الرحمن الخليل بن احمد - كتاب العين- مصر - دار ومكتبة الهلال - دون تاريخ - ج 2/ ص 265

(4) محمد اكل الدين ابن محمود الحنفي - العناية شرح الهداية - تصحيح: حافظ احمد كبير فتح علي- محمد وجيه-نور الحق-محمد كليم - كلكتة - طبعه سنة 1830 م ج 8/ص 368- الموصلي الحنفي- وعبد الله بن محمد بن مودود - الاختيار لتعليل المختار - بيروت لبنان دار الأرقم -1 بدون تاريخ - فتح القدير مصر- المطبعة الأميرية طبعة 1889م-1316هـ - ج 2/ ص 231

(1) الدر ديري - أحمد محمد الدر ديري - الشرح الصغير على اقرب المسالك الي مذهب الامام مالك - مصر القاهرة - دار المعارف- دون تاريخ ج 3/ص 12 و بن عسكر - عبد الرحمن بن محمد البغدادي - ارشاد السالك - إلى اشرف المسالك في فقه الامام مالك - مصر - مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الطبعة: الثالثة دون تاريخ ج 1/ص 108

(2) صالح عبد السميع - الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيروان - - بيروت لبنان- المكتبة الثقافية دون تاريخ ج 1/ص 496

(3) حجر الهيتمي - شهاب الدين ابي العباس بن - تحفة المحتاج بشرح المنهاج بيروت لبنان -دار الكتب العلمية الطبعة الثانية 1426هـ-2005م - تحقيق عبد الله محمود - ج 2/ص 85 و الرملي- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة -شهاب الدين -نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - بيروت لبنان - دار الكتب

=



رابعاً : مذهب الحنابلة :-

وأدخل الحنابلة في التعريف مع العين المنفعة المباحة فقالوا: ( شرعا هو مبادلة مال ولو في الذمة بقول أو معاواة والمال: عين مباحة النفع بلا حاجة أو منفعة مباحة مطلقا كمن في دار أو غيرها بمثل أحدهما متعلق بمبادلة أي بمال أو منفعة مباحة)<sup>(99)</sup>

بالنظر إلى تعريف البيع في اللغة والاصطلاح الفقهي نجد إن كلاهما اتفق على أن البيع هو مبادلة الأموال ؛ ويشمل السلع أو الخدمة مقابل نقد أو سلعة تكون بين طرفين ، وعليه يكون البيع في اللغة والاصطلاح بمعنى واحد ، وهو دفع عوض واخذ بدل منه ، وتكون هذه المعاملة بسبب ان كل واحد من المتبادلين يرغب في امتلاك ما عند الآخر لقيمة أو منفعة فيه ولا يكون ذلك في الاشياء التي لا قيمة لها.

المطلب الثاني: أركان وشروط البيع

وليكون البيع صحيح يترتب عليه اثره وهو انتقال ملكية البديلين السلعة والثمن لابد ان تتوفر فيه اركان وشروط نتناولها في النقاط التالية

أولاً: مذهب الحنفية :-

اركان البيع عند الحنفية الايجاب والقبول قالوا: (وركنه الإيجاب والقبول لأنهما يدلان على الرضا الذي تعلق به الحكم ، وكذا ما كان في معناه)<sup>(1)</sup>

ثانياً: مذهب المالكية:-

جعل المالكية أركان البيع خمسة فقالوا: (أركان البيع في الحقيقة خمسة الفعل أو القول الدال على الرضا، والبائع والمشتري، والثمن، والمثمن)<sup>(2)</sup>

ثالثاً: مذهب الشافعية :-

جعل الشافعية أركان البيع ستة فقالوا: (اعلم أن أركان البيع ثلاثة عاقد ومعقود عليه وصيغة وفي الحقيقة ستة

=

العلمية - الطبعة الثالثة 1424هـ 2003م : ج 3/ص 372

(4) البهوتي -منصور بن يونس بن إدريس - الروض المربع شرح زاد المستقنع في اختصار المقنع /- بيروت - لبنان - دار الفكر للطباعة والنشر الطبعة الاولى 1410هـ -1990م ج1/ص232

(1) الموصلي - عبد الله الموصلي - الاختيار لتعليل المختار مرجع سابق ج2/ص3-كمال الدين بن الهمام - فتح القدير مرجع سابق ج 5/ص 74،

(2) شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي ، المعروف بالحطاب -مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل - ج 6/ص12- دار

الكتب العلمية - ط 1995م المحقق : زكريا عميرات

لأن كل واحد من الأركان الثلاثة تحته قسمان فالأول تحته البائع والمشتري والثاني تحته الثمن والمثمن والثالث تحته الإيجاب والقبول<sup>(3)</sup>

رابعاً: مذهب الحنابلة :-

وذهب الحنابلة إلى أن أركان البيع أربعة فقالوا:( وأركانه أربعة متعاقدان : وهما البائع والمشتري ومعقود عليه ؛ وهو المبيع ، وصيغة قولية ، أو معاطاة).<sup>(4)</sup>

المعاطاة هي أن يعطي المشتري الثمن لصاحب السلعة ويأخذ السلعة دون تفاوض بين البائع والمشتري

خامساً: أركان البيع في قانون المعاملات السوداني (لعام 1984م) (5) :-<sup>100</sup>

(1) يشترط أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة .

(2) يكون المبيع معلوماً عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له وإذا كان حاضراً تكفي الإشارة إليه)

(3) إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً فلا يحق له طلب إبطال العقد لعدم العلم إلا إذا أثبت تدليس البائع.

جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) يرون أن المعقود عليه (المحل) ؛ من أركان البيع لأن الركن عندهم: ما توقف عليه وجود الشيء وتصوره عقلاً، سواء أكان جزءاً من حقيقته أم لم يكن، ووجود البيع يتوقف على المعقود عليه، وإن لم يكن جزءاً من حقيقته .

وأما الحنفية فلا يجعلون المعقود عليه من الأركان في عقد البيع ، فالصيغة فقط هي الركن . أما العاقدان والمحل فمما يستلزمه وجود الصيغة لا من الأركان؛ لأن ما عدا الصيغة ليس جزءاً من حقيقة البيع، وإن كان يتوقف عليه وجوده

أما قانون المعاملات السوداني لم يورد أركان البيع كما جاءت في كتب الفقه إنما أوردتها في شكل شروط يجب توفرها في محل البيع حتى يكون البيع صحيحاً يترتب عليه اثره.

شروط البيع:-

وحتى يكون البيع صحيحاً يترتب عليه اثره وهو انتقال ملكية البديلين يجب أن تتوافر في عقد البيع شروط تعلق بالصيغة أو العاقدان أو المحل ، والقصد من هذه الشروط في الجملة منع وقوع المنازعات بين الناس، وحماية مصالح العاقدين، ونفي الغرر والبعد عن المخاطر بسبب الجهالة ويمكن إيجاز شروط البيع في الآتي :

يشترط لصحة البيع الشروط الآتية<sup>(101)</sup>:-

(3) شمس الدين محمد أبي العباس - نهاية المحتاج - مرجع سابق ج3/ص374 وأبي بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي -- حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين - بيروت - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - تاريخ بدون ج3/ص123

(4) لرحباني - مصطفى السيوطي - حسن الشطي - مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى وتجريد الزوائد الغاية- دمشق - سوريا - لمكتب الإسلامي -

الطبعة: 1- 1381 - 1961 م- ج3/ص14 وللشنتيقي- دروس عمدة الفقه - ج5/ص205

(5) وزارة العدل - قانون المعاملات السوداني لسنة 1984م - مرجع سابق ج84/ص53

أولاً: التراضي بين البائع والمشتري. قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ) [النساء: 29].

وعن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: (إنما البيع عن تراض)<sup>(102)</sup>.

فلا يصح البيع إذا أكره أحدهما بغير حق، فإن كان الإكراه بحق، كأن يكره الحاكم شخصاً على بيع شيء لسداد دينه، صح.

ثانياً: كون العاقد جائز التصرف، بأن يكون بالغاً عاقلاً حراً رشيداً.

ثالثاً: أن يكون البائع مالكا للمبيع، أو قائماً مقام مالكة، كالوكيل والوصي والولي والناظر. فلا يصح أن يبيع شخص شيئاً لا يملكه؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم - لحكيم بن حزام - رضي الله عنه -: (لا تبع ما ليس عندك)<sup>(103)</sup>.

رابعاً: أن يكون المباع مما يباح الانتفاع به من غير حاجة، كالمأكل، والمشروب، والملبوس، والمركوب، والعقار، ونحو ذلك، فلا يصح بيع ما يحرم الانتفاع به، كالخمر، والخنزير، والميتة، وآلات اللهو، والمعازف وما لا نفع فيه.

لحديث جابر - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: (إن الله حرم بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام)<sup>(104)</sup>.

خامساً: أن يكون المعقود عليه مقدوراً على تسليمه؛ لأن غير المقدور عليه كالمعدوم، فلا يصح بيعه؛ إذ هو داخل في بيع الغرر، فإن المشتري قد يدفع الثمن ولا يحصل على المبيع، فلا يجوز بيع السمك في الماء، ولا النوى في التمر، ولا الطير في الهواء، ولا اللبن في الضرع، ولا الحمل الذي في بطن أمه، ولا الحيوان الشارد.

<sup>101</sup> مجموعة من المؤلفين - الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة - السعودية - مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف سنة الطبع : 1424هـ - ج1/ص 215

<sup>102</sup> اخرج ابن حبان - كتاب البيوع - باب البيع المنهي عنه حديث رقم 4967 - صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان المؤلف: محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مغبذ، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البستي المحقق: شعيب الأرنؤوط بيروت - الناشر: مؤسسة الرسالة - الطبعة: الثانية، 1414 - 1993 - ج 11 /ص 340

<sup>103</sup> اخرج النسائي كتاب البيوع - باب التجارة حديث رقم 4613 - السنن الصغرى للنسائي المؤلف: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303هـ) تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة - حلب - الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية الطبعة: الثانية، 1406 - 1986 - ج7/ص 286

<sup>104</sup> اخرج ابن داود - كتاب البيوع - باب ثمن الخمر والميتة حديث رقم 3486 سنن أبي داود المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد صيدا - بيروت الناشر: المكتبة العصرية، دون تاريخ - ج3/ص 279

لحديث أبي هريرة - ﷺ - قال: (نهى رسول الله - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عن بيع الغرر) (105).

سادساً: أن يكون المعقود عليه معلوماً لكل منهما برؤيته ومشاهدته عند العقد، أو وصفه وصفاً يميزه عن غيره؛ لأن الجهالة غرر، والغرر منهي عنه، فلا يصح أن يشتري شيئاً لم يره، أو رآه وجهله، وهو غائب عن مجلس العقد.

سابعاً: أن يكون الثمن معلوماً، بتحديد سعر السلعة المباعة، ومعرفة قيمتها.

ويتضح من هذه الشروط ان محل البيع من سلعة وثمان لا بد ان يكون معلوماً لكل من الطرفين الباع والمشتري فهل هذا الشرط متوفر في بيع (الكرتة)؟

### المبحث الثاني: بيع الغرر

المطلب الاول: تعريف الغرر

أولاً: الغرر في اللغة

الغرر: ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا. (106)

الغرر، محركة، وهو الخطر، وقيل: هو ما كان له ظاهر يغرر المشتري، وباطن مجهول. (107)

ثانياً: الغرر في الاصطلاح

بيع الغرر هو بيع ما لا يعلم وجوده وعدمه، أو لا تعلم قلته أو كثرته، أو لا يقدر على تسليمه. (108)

الغرر: هو كل ما كان مجهول العاقبة، لا يدري أيحصل أم لا يحصل.

الجهالة: هي الجهالة الفاحشة التي تفضي إلى نزاع يتعذر حله كأن يبيع شاة من قطع. (109)

<sup>105</sup> اخرج احمد في المسند مسند ابي هريرة حديث رقم 8884 مسند الإمام أحمد بن حنبل المؤلف: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي الناشر: مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م ج4/ص468

<sup>106</sup> ( علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني - كتاب التعريفات المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء - لبنان بيروت الناشر: دار الكتب العلمية -

الطبعة: الأولى 1403 هـ - 1983 م ج1/ص161

<sup>107</sup> ) ، الزبيدي محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، - تاج العروس من جواهر القاموس: مجموعة من المحققين - الناشر: دار الهداية ج13-

لص216

108 ( الدكتور سعدي أبو حبيب - القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً: . دمشق - سورية - دار الفكر الطبعة: الثانية 1408 هـ = 1988 م تصوير: 1993

م ص 272 -<sup>109</sup> محمد بن إبراهيم بن عبد الله التوحيدي - موسوعة الفقه الإسلامي الناشر: بيت الأفكار الدولية - الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009 م ج3/ص408

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - عَنِ بَيْعِ الْحَصَاةِ، وَعَنْ بَيْعِ الْغَرْرِ..<sup>(110)</sup>

المطلب الثاني: انواع الغرر

الغرر ثلاثة أقسام: كثير ممتنع إجماعاً كبيع الطير في الهواء. وقليل جائز إجماعاً كبيع أساس الدار وقطن الجبة. ومتوسط اختلف فيه: هل يلحق بالأول أو بالثاني، فلارتفاعه عن القليل ألحق بالكثير، ولانحطاطه عن الكثير، ألحق بالقليل.<sup>(111)</sup>

أولاً: الغرر في عقود المعاوضات المالية<sup>(112)</sup>:-

1-الغرر في صيغة العقد:

قد ينعقد عقد البيع على صفة تجعل فيه غرراً، بمعنى أن الغرر يتعلق بنفس العقد - الإيجاب والقبول - لا بمحلله - المعقود عليه .

2-الغرر في محل العقد: هو المعقود عليه، وهو في عقد البيع يشمل المبيع والثمن، يرجع إلى الجهالة به، لذا شرط الفقهاء لصحة عقد البيع العلم بالمحل.

والغرر في المبيع يرجع إلى أحد الأمور التالية: الجهل بذات المبيع أو جنسه أو نوعه أو صفته أو مقداره أو أجله، أو عدم القدرة على تسليمه، أو التعاقد على المحل المعدوم، أو عدم رؤيته.

والنوع الاول لا ينطبق على موضوع بحثنا (بيع الكرتة) لان الصيغة ليس فيها اشكالية .

اما النوع الثاني فينطبق على موضوع بحثنا (بيع الكرتة) هل هناك جهالة فاحشة بمحل العقد (الكرتة ) مقدار، تجعل البيع محرماً أم لا

المطلب الثالث: الحكم الفقهي لبيع التراب المتبقي من التعدين التقليدي للذهب لشركات التعدين

نستعرض اقوال الفقهاء في بيع تراب الصاغة لأنه اقرب ما يكون الى مانحن بصدده

أولاً: مذهب الحنفية:-

المراد بتراب الصاغة التراب الذي يوجد في محلات الصاغة فيه ذرات الذهب فلا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا ولا ينصرف إلى خلاف الجنس تحريماً للجواز كما في بيع درهم ودينارين بدينار ودرهمين؛ لأن التراب ليس بمال متقوم.

<sup>110</sup> اخرجه مسلم -في كتاب البيوع -باب بطلان بيع الحصى والبيع الذي فيه غرر،. صحيح مسلم 3/ 1153

<sup>111</sup> وهبة بن مصطفى الرخيلي الفقه الإسلامي وأدلته - سوربة - دمشق - الناشر: دار الفكر - الطبعة: الرابعة ج5/ص 3414

<sup>112</sup> أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ابن قدامة -الكافي في فقه الإمام أحمد لبنان بيروت الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة:

الأولى، 1414 هـ - 1994 م - ج31/ص115 -

ولو اشترى تراب الصواغين بعرض إن وجد في التراب ذهباً أو فضة جاز بيعه؛ لأنه باع مالا متقوماً، وإن لم يجد شيئاً من ذلك لا يجوز؛ لأن التراب غير مقصود، وإنما المقصود ما فيه من الذهب والفضة<sup>(113)</sup>

ثانياً: مذهب المالكية:-

يجوز بيع تراب الذهب بالفضة وتراب الفضة بالذهب<sup>(114)</sup>

ثالثاً: مذهب الشافعية:-

قال الشافعي لا يجوز بيع تراب المعدن قبل التخليص لا بذهب ولا بفضة ولا بغيرهما هذا مذهبنا .

دليلنا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر ولأن المقصود غير التراب وهو مستور بلا مصلحة له في بقاءه فيه فلم يجز بيعه كتراب الصاغة<sup>(115)</sup>

رابعاً: مذهب الحنابلة:-

ولا يجوز بيع تراب الصاغة والمعدن بشيء من جنسه؛ لأنه مال ربا بيع بجنسه على وجه لا تعلم المماثلة بينهما، فلم يصح، كبيع الصبرة بالصبرة. وإن بيع بغير جنسه، فحكى ابن المنذر عن أحمد، كراهة بيع تراب المعادن يجوز ذلك. لو اشترى ثوباً بدينار ودرهم<sup>(116)</sup>

أن التراب الذي فيه الفضة يجوز بيعه بغير فضة، كما يجوز بيع الحنطة في سنبلها بغير الحنطة، ولا يجوز بيعه بالفضة، كما لا يجوز بيع الحنطة التي في السنبل بالحنطة. وقد نص أحمد على جواز بيع تراب الصاغة بغير جنسه<sup>(117)</sup>.

خامساً: الحكم الفقهي لبيع التراب المتبقي من التعدين التقليدي للذهب لشركات التعدين (الكرتة)

وبناء على أن الأصل منع كل ما يؤدي إلى النزاع في المعاملات المالية

فإن جمهور العلماء قد أجازوا بيع تراب الصاغة بغير جنسه فيجوز بيع تراب الذهب بالفضة وتراب الفضة بالذهب أو بالعملة المعروفة اليوم (الجنيه) خاصة أن الشركات التي تشتري هذا التراب (الكرتة) تقوم بفحص

<sup>113</sup> بابن نجيم المصري زين الدين بن إبراهيم بن محمد، -البحر الرائق شرح كنز الدقائق - مصر الناشر: دار الكتاب الإسلامي الطبعة: الثانية - بدون تاريخ ج5/ص330

<sup>114</sup> المواق - محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف أبو عبد الله المالكي - التاج والإكليل لمختصر خليل - بيروت - : دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1416هـ-1994م - ج 8/ص91

<sup>115</sup> أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي -المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي)) بيروت -الناشر: دار الفكر ج6/ص90

<sup>116</sup> بن قدامة - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي - المغني لابن قدامة

مصر الناشر: مكتبة القاهرة - الطبعة: بدون طبعة ج4/ص45

<sup>117</sup> القاضي أبو يعلى الفراء محمد بن الحسين بن محمد بن البغدادي الحنبلي التعليقة الكبيرة في مسائل الخلاف علي مذهب أحمد - المحقق: لجنة مختصة من المحققين بإشراف نور الدين طالب -الناشر: دار النوادر- الطبعة: الأولى، 1431 م - 2010 هـ ج3/ص351

عينات منه قبل الشراء في معامل خاصه لمعرفة النسبة الموجودة فيه بعملية (تسمى التنسيب) لشرائه هذا قياسا على ما قال به ابو حنيفة ومالك واحمد بجواز بيع تراب الصاغة بغير جنسها .

ولان الجهالة الفاحشة التي كانت في شراء تراب الصاغة والتي بنا عليها الشافعية

الحكم على عدم جواز بيع تراب الصاغة للغرر والجهالة التي تكون فيها ،قد انتفت بعد تطور وسال الكشف عن

المعادن اليوم فيمكن معرفة النسب الموجودة في التراب من المعادن المختلفة بالوسائل والاجهزة الحديثة

ومع ذلك علي اصحاب الشركات التي تتعامل بهذا البيع ان تكون امينة في اعلام صاحب الكرتة بالنسبة الحقيقية

التي اظهرتها اجهزتهم .

فهرس المراجع

1- أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة ؓ -الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م

2- أبوزكريا محبي الدين يحيى بن شرف النووي -المجموع شرح المهذب -الناشر: دارالفكر

3- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ابن قدامة --الكافي في فقه الإمام أحمد - الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1414 هـ - 1994 م

4- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي - المغني لابن قدامة - دارالمعارف مصر القاهرة

5- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - الناشر: دار الحديث – القاهرة - الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: 1425 هـ - 2004 م

6- ابي عبد الرحمن الخليل بن احمد الفراهيدي كتاب العين – -دارومكتبة الهلال دون تاريخ

7- أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي المكتبة العلمية – بيروت بدون تاريخ

8- أحمد محمد الدرديري -الشرح الصغير على اقرب المسالك الي مذهب الامام مالك دون تاريخ دارالمعارف مصر القاهرة

9- التعليقة الكبيرة في مسائل الخلاف علي مذهب أحمد - المحقق: لجنة مختصة من المحققين بإشراف نور الدين طالب -الناشر: دارالنوادر-الطبعة: الأولى، 1431 م - 2010

10- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري -البحر الرائق شرح كنز الدقائق الناشر: دارالكتاب الإسلامي الطبعة: الثانية - بدون تاريخ

11- جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور - لسان العرب - دارصادر بيروت ط/3-1414 هـ-1994 م

12- سعدي أبو حبيب -القاموس الفقهي لغة واصطلاحا-: دارالفكر. دمشق – سورية الطبعة: الثانية 1408 هـ = 1988 م تصوير: 1993 م

- 13- شهاب الدين ابي العباس بن حجر الهيتمي - تحفة المحتاج بشرح المنهاج الطبعة الثانية 1426هـ-2005م دار الكتب العلمية -بيروت لبنان تحقيق عبد الله محمود -
- 14- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي -مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل - دار الكتب العلمية - الطبعة الاولى 1995م المحقق : زكريا عميرات
- 15- شمس الدين محمد ابي العباس - نهاية المحتاج - وأبي بكر ابن السيد محمد الدمياطي حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قررة العين بمهمات الدين - طبعة بدون تاريخ بدون دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت
- 16- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - الطبعة الثالثة 1424هـ 2003م : دار الكتب العلمية بيروت لبنان
- 17-صالح عبد السميع -الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيروان- المكتبة الثقافية - بيروت لبنان- دون تاريخ
- 18- عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي -إرشاد السالك إلى اشرف المسالك في فقه الامام مالك - مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر الطبعة: الثالثة دون تاريخ
- 19- عبد الله بن محمد بن مودود الموصلي الحنفي - الاختيار لتعليل المختار بدون تاريخ دار الأرقم بيروت لبنان - تحقيق زهير عثمان الحميد وكمال الدين
- 20- محمد بن الهمام- فتح القدير- المطبعة الأميرية- مصر طبعة 1889م-1316هـ
- 21- علاء الدين الكاساني- البدائع بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع دار احياء التراث العربي بيروت لبنان الطبعة الثالثة 1421-2000م
- 22- علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني -كتاب التعريفات ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر: دار الكتب العلمية بيروت -لبنان الطبعة: الأولى 1403هـ-1983م
- 23- محمد اكمل الدين ابن محمود الحنفي -العناية شرح الهداية:- طبعة كلكتة سنة 1830 م
- 24- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري - موسوعة الفقه الإسلامي الناشر: بيت الأفكار الدولية الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009 م
- 25- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي -المبسوط الناشر: دار المعرفة بيروت الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: 1414هـ-1993م
- 26- محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي - تاج العروس من جواهر القاموس المحقق: مجموعة من المحققين -الناشر: دار الهداية
- 27- محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف أبو عبد الله المواق المالكي التاج والإكليل لمختصر خليل - الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1416هـ-1994م
- 28- مصطفى السيوطي الرحباني - حسن الشطي -مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى وتجريد الزوائد الغاية-



- المكتب الإسلامي دمشق – سوريا - الطبعة: 1- 1381 - 1961 م -- وللشوقي - دروس عمدة الفقه
- 29- منصور بن يونس بن إدريس الهوتي - الروض المريع شرح زاد المستقنع في اختصار المقنع - دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت - لبنان الطبعة الاولى 1410 هـ - 1990 م
- 30- منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الهوتي الحنبلي - كشف القناع عن متن الإقناع
31. مجموعة من المؤلفين - الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة الناشر مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف سنة الطبع : 1424 هـ
- 32- وهبة بن مصطفى الزحيلي- الفقه الإسلامي وأدلته - الناشر: دار الفكر - سورية - دمشق
- 33- وزارة العدل - قانون المعاملات السوداني لسنة 1984 م .

## المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في التشريع الفلسطيني

## "دراسة تحليلية"

## The criminal responsibility of the legal person in the Palestinian legislation

## "An analytical study"

أ. محمد جلال توفيق اسليم.

Researcher name: Mohammed Jalal Taw fig Esleem.

الصفة: محام متدرب وباحث وناشط حقوقي.- ليسانس حقوق جامعة الازهر - غزة - فلسطين.

نقابة المحامين الفلسطينيين، البريد الالكتروني: [mohammadesleem2@gmail.com](mailto:mohammadesleem2@gmail.com)

## المستخلص:

هدفت هذه الدراسة الى بيان مدى إقرار واعتراف المشرع الفلسطيني بمسؤولية الشخص المعنوي جزائياً من خلال تقديم صورة عن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في التشريع الفلسطيني، وكيفية تنظيمها بالمقارنة مع تشريعات أخرى.

وفي ختام هذه الدراسة توصلنا إلى عدة نتائج أهمها أن المشرع الفلسطيني لم ينص صراحة في قانون العقوبات سواء المطبق في قطاع غزة أم المطبق في الضفة الغربية على وجوب مساءلة الشخص المعنوي جزائياً بنص واضح وصريح، ولكن خصصت بعض المواد القانونية في عدة قوانين منها: قانون التأمين وقانون التشجيع الاستثماري وقانون البيئة وقانون ضريبة الدخل الفلسطيني وقانون الدفاع المدني الفلسطيني وقانون المطبوعات والنشر على مساءلة الشخص المعنوي جزائياً.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية الجزائية، المسؤولية الجنائية، الشخص المعنوي، الشخص الاعتباري، التشريع الفلسطيني.

**Abstract:**

This study aimed to demonstrate the extent to which the Palestinian legislator acknowledges and acknowledges the criminal responsibility of the legal person by presenting a picture of the criminal responsibility of the legal person in the Palestinian legislation, and how it is organized in comparison with other legislations.

At the end of this study, we reached several results, the most important of which is that the Palestinian legislator did not explicitly stipulate in the penal code, whether applied in the Gaza Strip or applied in the West Bank, that the legal person should be held accountable criminally by a clear and explicit text, but some legal articles were allocated in several laws, including: Insurance Law The Investment Promotion Law, the Environment Law, the Palestinian Income Tax Law, the Palestinian Civil Defense Law, and the Publications and Publications Law hold the legal person criminally accountable.

**Keywords:** penal responsibility, criminal responsibility, moral person, legal person, Palestinian legislation.

**مقدمة:**

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:  
تستوجب الاتجاهات الحديثة في علم السياسة الجنائية ألا يقف القانون الجنائي عند حد مساءلة الفاعل المباشر، بل أضحى من المتعين تتبع كل من ساهم بنشاط أو خطأ يعتبر بطريقة أو بأخرى من قبيل الأخطاء التي أسهمت بدور فعال في وقوع الجريمة، فلماذا أصبح يدخل في دائرة المسؤولية الجزائية كفاعلين أصليين أشخاص لم يساهموا مادياً في اقتراف الجريمة ولكنهم يعدون مع ذلك منخرطين فيها بواسطة الوسائل المادية التي وضعوها بين أيدي الآخرين أو بصفة أخص بسبب ما وفروه من إمكانيات.

ولهذا فإن اتجاهها جديداً بدأ يسعى نحو ملاحقة جميع الأشخاص الذين سهلوا بطريقة غير مباشرة ارتكاب الجريمة

بسبب مجرد وجودهم، أو بسبب ذمتهم المالية أو المناخ العام الذي خلقوه، ويأتي الشخص المعنوي على رأس هؤلاء، إذ أصبحت الأشخاص المعنوية في الوقت الراهن ظاهرة ملموسة تلازم المجتمعات الحديثة بل هي من أبرز خصائص تلك المجتمعات، وصار دورها في الحياة العامة واضحاً جداً للعيان، فللشخص المعنوي إمكانات وقدرات كبيرة وهامة، يمكن استغلالها في ميدان الإجرام، وبما أن القانون يحمي التصرفات المشروعة التي تقوم بها الأشخاص المعنوية فإن المنطق القانوني السليم يستوجب مؤاخذتها حين تقترف أفعالاً غير مشروعة.

فالشخص المعنوي هو اجتماع عدد من الأشخاص الطبيعيين، أو الأموال يقدر له القانون كيانه قانونياً مستقلاً، أي أن له إرادة مستقلة تختلف عن إرادة مكوناته من الأشخاص الطبيعيين، كما أن له مصلحة متميزة عن جملة مصالح مكوناته أو أعضائه.

وأهمية الأشخاص المعنوية، تتزايد وتتعاظم باطراد متصل تبعاً للتقدم الحضاري والاقتصادي مما يزيد في اتساع دائرة نشاط تلك الأشخاص، ودخولها في معظم مجالات الحياة، الأمر الذي أدى إلى احتلالها مكانة خطيرة على مقدرات المجتمع ومصالحه.

لكن هناك من يعتقد أن الأشخاص المعنوية لا زالت بعيدة من حيث المبدأ عن أن تكون شخصا من أشخاص القانون الجنائي، انطلاقاً من فكرة غير دقيقة مفادها أن طبيعة الجريمة تأبى أن يكون مرتكبها شخصاً معنوياً، بل إن وقوعها من هذا الشخص شيء مستحيل، وهو رأي يحظى بالمؤيدين له والمدافعين عنه، مما جعل تعميم المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية محل جدل لدى شق من الفقهاء، وغير معترف بها في عدة تشريعات كمبدأ عام بل هي بحاجة لنص خاص يقرها في كل جريمة يرى المشرع فيها ضرورة لتكريس هذه المسؤولية.

**مشكلة الدراسة وأسئلتها:**

يمكن لنا التعبير عن مشكلة الدراسة، من خلال سؤال رئيسي وهو كالتالي: إلى أي مدى أقر المشرع الفلسطيني المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي؟

وينبثق عن السؤال الرئيسي أسئلة فرعية، وهي على النحو الآتي:

1- ماهية المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي؟

- 2- هل يكون الشخص المعنوي محلاً للمساءلة الجزائية؟
- 3- ما هي الأسس الفقهية والقانونية للمسؤولية الجزائية؟
- 4- ما أساس قيام المسؤولية الجزائية في التشريع الفلسطيني؟
- 5- ما هي الشروط التي يجب توافرها في الأشخاص المعنوية محل المساءلة الجزائية؟
- 6- هل أخذ المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات سواء المطبق في قطاع غزة أو المطبق في الضفة الغربية بمبدأ مساءلة الشخص المعنوي جزائياً؟
- 7- ما هي العقوبات التي نظمها المشرع الفلسطيني وتصلح للتطبيق على الشخص المعنوي محل المساءلة الجزائية؟

### أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة فيما يلي:

- 1- توضح لنا الدراسة كيف أخذ المشرع الفلسطيني بمبدأ مساءلة الشخص المعنوي جزائياً وإلى أي مدى أقر المشرع الفلسطيني المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي محل المسائلة الجزائية.
- 2- تبين لنا الدراسة الجدل الفقهي حول إقرار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي.
- 3- توضح لنا الدراسة موقف المشرع الفلسطيني من إقرار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي.
- 4- تبين لنا الدراسة العقوبات التي نظمها المشرع الفلسطيني وتصلح للتطبيق على الشخص المعنوي محل المساءلة الجزائية.
- 5- تكمن أهمية الدراسة أيضاً في أن قواعد التجريم والمسؤولية والعقاب ينبغي أن تؤسس على قواعد منضبطة ولها فلسفتها الخاصة بها.

### منهجية الدراسة:

سوف نتبع في هذه الدراسة المنهج الوصفي في سبيل تحديد ووصف النصوص الناظمة للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في قوانين العقوبات المطبقة في قطاع غزة والضفة الغربية، والمنهج التحليلي عبر تحليل هذه النصوص واستخراج أحكامها وجلاء غموضها، وسوف نلزمنا طبيعة الدراسة إلى اللجوء للمنهج المقارن والاستئناس بأحكام قوانين أخرى كالمصري والفرنسي.

### خطة (هيكلية) الدراسة:

سنقوم بتقسيم هذه الدراسة إلى ثلاث مباحث، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي ويتكون من مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم المسؤولية الجزائية وخصائصها.

المطلب الثاني: أساس المسؤولية الجزائية.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي ويتكون من مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: موقف الفقه من اقرار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي.

المطلب الثاني: موقف التشريع من إقرار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي.

المبحث الثالث: نطاق المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي ويتكون من مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: الأشخاص المعنوية التي تسأل جزائياً.

المطلب الثاني: العقوبات التي تقع على الأشخاص المعنوية.

## المبحث الأول

### ماهية المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

تشكل المسؤولية الجزائية الدعامة الأساسية التي يقوم عليها حق تقرير الجزاء الجنائي، حيث ترمي إلى تحميل كل شخص

تبعة عمله المجرم بخضوعه للجزاء المقرر قانوناً، وعليه فلا يمكن تحميل الشخص المسؤولية الجزائية إلا إذا ثبت في

حقه خطأ يتمثل في اقترافه لفعل يجرمه القانون، وأن يكون أهلاً لتحمل نتائج أخطائه.

وللوقوف على ماهية المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، يقتضي ذلك أن نعرض لمفهوم المسؤولية الجزائية،

ومن ثم نستعرض خصائص المسؤولية الجزائية، وصولاً إلى بيان أساس المسؤولية الجزائية، وعلى ذلك سوف نقسم

هذا المبحث إلى مطلبين مستقلين على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم المسؤولية الجزائية وخصائصها.

المطلب الثاني: أساس المسؤولية الجزائية.

## المطلب الاول

## مفهوم المسؤولية الجزائية وخصائصها

يقتضي البحث في هذا الموضوع تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الأول للحديث عن تعريف المسؤولية الجزائية، ونخصص الثاني للبحث في خصائص المسؤولية الجزائية.

## الفرع الأول

## تعريف المسؤولية الجزائية

تعرف المسؤولية على أنها المؤاخدة أو تحمل التبعة، أي أنها الحالة الأخلاقية والقانونية التي يكون فيها الإنسان مسؤولاً ومطالباً عن أمور وأفعال أتاها إخلالاً بنواميس وقواعد وأحكام أخلاقية واجتماعية وقانونية. والمسؤولية بهذا المعنى قد تكون مسؤولية أخلاقية أو أدبية، وقد تكون مسؤولية قانونية، فالمسؤولية الأخلاقية تنعقد وتترتب كجزاء أخلاقي وأدبي على مخالفة قواعد ونواميس وواجبات أخلاقية وأدبية وهي لا تدخل في دائرة القانون. أما المسؤولية القانونية فهي الالتزام بتحمل الأثار القانونية، مضمونها الجزاء الذي يرتبه القانون على مخالفة كل قاعدة من قواعده.

وللمسؤولية القانونية بدورها صور عدة تختلف باختلاف فروع القانون، فقد تكون مسؤولية إدارية أو مدنية أو جنائية... الخ. حيث يتولى كل فرع من هذه الفروع بوضع الأحكام الخاصة بكل مسؤولية في المجال المتعلقة به.<sup>(118)</sup> حيث نجد أن كافة التشريعات الجزائية تأخذ بمبدأ المسؤولية الجزائية كأساس قانوني لحق العقوبة، ولكنها في معظمها تفادت تعريفها وتحديدها بصورة واضحة، وصريحة مكثفية بالتركيز عليها بصورة غير مباشرة.<sup>(119)</sup>

ومن خلال جملة التعريفات الفقهية، يمكن أن نعرف المسؤولية الجزائية بأنها: "الالتزام بتحمل الأثار القانونية المترتبة على توافر أركان الجريمة (المادي، المعنوي)"، و موضوع هذا الالتزام هو فرض عقوبة أو تدبير احترازي حددهما المشرع في حالة قيام مسؤولية أي شخص، ويعني هذا التعريف أن المسؤولية ليست ركن من أركان الجريمة ولا

(118) عابدي، عمار، نظرية المسؤولية الادارية، دراسة تأصيلية، تحليلية ومقارنة، الطبعة الأولى، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص14.

(119) الزغي، فريد، الموسوعة الجزائية، المجلد الاول، المدخل إلى الحقوق والعلوم الجزائية، الطبعة الثالثة، بيروت، دار صادر للطباعة والنشر، 1995، ص289 وما بعدها.

تدخل في تكوينها القانوني، و إنما هي الأثر المترتب عن تحقيق كل عناصر الجريمة، حيث تؤدي عند ثبوت أركان الجريمة إلى خضوع الجاني للجزاء الذي يقرره القانون و ذلك بموجب حكم قضائي، و يتوافق هذا التعريف مع اشتقاق لفظ المسؤولية فهو مرادف للمساءلة، أي سؤال الجاني عن السبب في اختياره الجريمة باعتبارها سلوكاً مناقضاً لنظم المجتمع و مصالحه، ثم التعبير عن اللوم الاجتماعي إزاء هذا المسلك، و إعطاء هذا التعبير المظهر المحسوس اجتماعياً في شكل العقوبة.

وبعبارة أخرى يمكن القول بأن المسؤولية الجزائية هي "عبارة عن الأثر المترتب عن تحقق كل عناصر الجريمة، فإذا تخلف أحد عناصرها لا تقوم المسؤولية الجزائية".

### الفرع الثاني

#### خصائص المسؤولية الجزائية

أولاً: الانسان محل المسؤولية الجزائية:

القاعدة المستقرة هي أنه لا يسأل جزائياً غير الإنسان لأنه الكائن الوحيد الذي يمكن أن يفهم نصوص القانون وما تتضمنه من أوامر ونواهي، كما أن الأفعال التي تجرمها القوانين لا يتصور صدورها من غير الإنسان، فالسلوك الإجرامي سلوك إرادي، كما أن الإرادة جوهر الركن المعنوي للجريمة وهي لا تكون الا للإنسان، فالقانون لكي يعتد بها يشترط أن تكون واعية أي يتوافر فيها شرطاً التمييز وحرية الاختيار وهي لا تكون كذلك إلا باعتبارها قوة نفسية إنسانية حسب هذه القاعدة.

وعليه فالإنسان أو الشخص الطبيعي هو محل المسؤولية الجزائية، ولكن التطور القانوني انتهى إلى الاعتراف بالشخصية القانونية ليس فقط للإنسان أو الشخص الطبيعي وإنما أيضاً لما يسمى بالشخص المعنوي أو الاعتباري وعلى إثر هذا الاعتراف ثار جدل في الفقه حول إمكانية مساءلة الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية جزائياً وقد انعكس هذا الجدل على التشريعات الجنائية.<sup>(120)</sup>

<sup>(120)</sup> ربعة، زواش، المسؤولية الجنائية، الطبعة الأولى، الجزائر، مكتبة جامعة الاخوة، 2017، ص 19.



ثانياً: شخصية المسؤولية الجزائية:

من المسلم به في التشريعات الجنائية أن العقوبة شخصية لا يقضي إلا على من تقررر مسؤوليته الجزائية عن الجريمة التي ارتكها، ومن المسلم به أيضا في التشريعات الجنائية الحديثة أن المسؤولية الجنائية شخصية لا يتحملها إلا من ارتكب الجريمة أو ساهم فيها بوصفه فاعلا أو شريكا. وتطبيقا لذلك لا يسأل الشخص عن جريمة ارتكها غيره، بحيث يتعين توقيع وتنفيذ العقوبة الجنائية على الشخص الذي ارتكب الجريمة دون غيره من الأشخاص الذين تربطهم به علاقة قرابة مثلا فالعقوبة الجنائية لا تلحق افراد اسرة المهتم او ورثته.<sup>(121)</sup>

## المطلب الثاني

### أساس المسؤولية الجزائية

يقضي البحث في هذا الموضوع تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الأول للحديث عن الأساس الفقهي للمسؤولية الجزائية، ونخصص الثاني للبحث في أساس المسؤولية الجزائية في التشريع الفلسطيني.

## الفرع الأول

### الأساس الفقهي للمسؤولية الجزائية

لقد نشب خلاف فقهي حول هذا الأساس، وهو يقوم على الاختلاف في مسألة الجبر والاختيار بمعنى هل أعمال الإنسان المختلفة ترجع الى محض إرادته واختياره أم أنه مدفوع عليها بعوامل خارجة عن إرادته، حيث ظهرت نظريتين تناولان أسس المسؤولية الجزائية وهم:

أولاً: مذهب حرية الاختيار (النظرية التقليدية):

ومفاد هذه النظرية أن الإنسان يملك حرية التصرف في أعماله، ويستطيع أن يختار الطريق الذي يريده من بين شتى الطرق التي تعرض عليه، دون أن يكون مجبرا على إتباع طريق معين، فإذا سلك طريق الجريمة بمحض اختياره أين كان

<sup>(121)</sup> انظر ربيعة، زواش، مرجع سابق، ص30.

يسعه ألا يرتكبها، فإنه يكون مسؤولاً عنها.

وعليه فالجريمة هي وليدة إرادة الفاعل الحرة، ويكون أساس المسؤولية الجزائية تبعاً لذلك هو المسؤولية الأدبية أو الأخلاقية. غير أن المسؤولية عن الجريمة لا تتم إلا إذا توافر إلى جانب الإرادة عنصر حرية هذه الإرادة، أما إذا انعدمت هذه الحرية بأن كان الفاعل مكرها غير مدرك لما يفعل، أو كما لو كان مجنوناً أو قاصراً ففي هذه الحالات تنعدم أما إذا كان ناقص الإدراك أو الإرادة، فإن تقدير مسؤوليته يكون بقدر مسؤولية الفاعل (نصيبه من الحرية والإدراك. ومن ثم فإنه لا يسأل مسؤولية جنائية كاملة، وإنما يسأل مسؤولية مخففة تبعاً لنقص إدراكه أو إرادته.<sup>(122)</sup>

ثانياً: مذهب الحتمية (النظرية الواقعية):

ذهب جانب آخر من الفقه القانوني إلى إحلال فكرة المسؤولية الاجتماعية محل المسؤولية الأدبية، وهو اتجاه المدرسة الواقعية أو الجبرية، حيث انتقدت هذه المدرسة الرأي السابق القائل بحرية الاختيار كأساس للمسؤولية الجنائية، كون أن ذلك يؤدي إلى حصر المسؤولية في نطاق ضيق، في حين أن التعويل على مذهب الجبرية من شأنه أن يوسع من مجال هذه المسؤولية لتشمل جميع الأشخاص الذين تفترض خطورتهم، فأساس هذا المذهب أن سلوك الإنسان لا يعد وأن يكون نتيجة حتمية بحكم خضوعه لمجموعة من الظروف والعوامل التي تفرض عليه هذا السلوك فشأنه كشأن سائر المخلوقات فهي جميعها تخضع لقانون السببية التي لا دخل لأي مخلوق فيها، وعليه فالإنسان لم يختار الجريمة بمحض إرادته، وإنما هي نتيجة حتمية تعود إلى مجموعة من الظروف قد تكون ظروف كامنة فيه، أو ظروف اجتماعية والتي تحيط به أو صفات شخصية موروثية أو مكتسبة، وهكذا إذا أردنا أن نقرر مسؤولية الجاني، فلن تكون وفق هذا المذهب أي على أساس حرية الاختيار بل على حق المجتمع في الدفاع عن نفسه اتجاه هذا المجرم الذي أضحى بشكل مصدراً خطراً، ومنه تكون مسؤوليته مسؤولية اجتماعية قائمة على مجموعة من التدابير الكفيلة لمواجهة الخطورة الكامنة فيه.<sup>(123)</sup>

ثالثاً: التوفيق بين المذهبين:

<sup>(122)</sup> انظر حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مصر، دار النهضة العربية، 1962، ص 18.

<sup>(123)</sup> انظر حسني، محمود نجيب، علم العقاب، مصر، دار النهضة العربية، 1966 ص 76 وما بعدها، وفي هذا الموضوع انظر حسني، محمود نجيب، المرجع السابق، ص 24.

الخلاف بين المذهبين دفع ببعض الفقهاء إلى إقامة المسؤولية الجزائية على أساس مذهب توفيقى يأخذ بحسنات كل مذهب و تفادي عيوبه دون التخلي عن المبادئ الأساسية في المسؤولية الأخلاقية القائمة على أساس حرية الاختيار والتمييز، بالإضافة إلى الاهتمام بالظروف الداخلية و العوامل الشخصية أو الاجتماعية واعتبار هذه الظروف ضرورية و الأخذ بها دون إهمال حرية الإنسان و إرادته وذلك بالاعتراف بالمسؤولية المخففة على أساس نقص الاختيار لدى ناقص التمييز والاعتراف بعدم قيام المسؤولية عند من انتفت لديه حرية الاختيار تماماً، والتسليم بهذه النتيجة لا يحول دون اتخاذ تدابير الأمن أو التدابير الوقائية في مواجهة الأشخاص الذين ثبتت خطورتهم على المجتمع بالرغم من كونهم ليسوا أهلاً للمسؤولية الجزائية الكاملة.<sup>(124)</sup>

### الفرع الثاني

#### أساس المسؤولية الجزائية في التشريع الفلسطيني

أخذ المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936 المطبق في قطاع غزة وكذلك في قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية بمبدأ حرية الاختيار كأساس للمسؤولية الجزائية، ففي قانون العقوبات المطبق في قطاع غزة نصت على ذلك المادة (10) بقولها "على أنه يعفى من المسؤولية الجزائية كل من ارتكب فعلاً أو تركاً إذا وقع منه ذلك الفعل أو الترك في ظروف لم يكن فيها مختاراً أو بطريق العرض، على أن يراعى في ذلك ما نص هذا القانون بصورة خاصة بشأن أفعال الإهمال والتـرك". كما يستفاد مبدأ حرية الاختيار من تقرير المشرع الفلسطيني عدم مسؤولية المجنون والسكران اضطرارياً، ففيما يتعلق بالمجنون نصت على ذلك المادة (14) بقولها "يعفى من المسؤولية الجزائية كل من ارتكب فعلاً أو تركاً إذا كان حين ارتكابه إياه عاجزاً عن إدراك كنه أفعاله أو عن العلم بأنه محذور ارتكاب ذلك الفعل أو الترك بسبب اختلال في عقله". أما فيما يتعلق بالسكر نصت على ذلك المادة (51) فقرة (2) بقولها "يعتبر السكر دفاعاً في التهمة الجزائية إذا كان المتهم حين وقوع الفعل أو الترك المعزى إليه في حالة سكر تجعله لا يدرك أن ذلك الفعل أو الترك محظوراً أو كان في حالة لا تمكنه من

(124) حسني، محمود نجيب، مرجع سابق، ص 24.

معرفة ما يفعله"<sup>(125)</sup>.

وأما في قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية نصت على ذلك المادة (74) فقرة (1) بقولها "لا يجوز أن يحكم على أحد بعقوبة ما لم يكن قد أقدم على الفعل عن وعي وإرادة"، كم يستفاد أيضاً اعتناق المشرع الفلسطيني مبدأ حرية الاختيار من النص على موانع المسؤولية في حالة انتفاء حرية الاختيار للإكراه المعنوي، ولانعدام التمييز، وبسبب السكر والتسمم بالمخدرات<sup>(126)</sup>

## المبحث الثاني

### الطبيعة القانونية للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

يعتبر موضوع الطبيعة القانونية للشخص المعنوي<sup>(127)</sup> ومسؤوليته الجزائية من المشكلات القانونية التي تثار الخلاف والجدل حولها وتشعبت الآراء بشأنها في الفقه والتشريع والقضاء على السواء وذلك طوال العصور التاريخية المتعاقبة، حيث نشب خلافاً فقهيّاً وقضائياً بشأنها، ولم يستقر وضع تلك المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بشكل جازم في العديد من التشريعات الجزائية الحديثة.

وللوقوف على الطبيعة القانونية للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، يقتضي ذلك أن نعرض لموقف الفقه من إقرار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، وصولاً إلى بيان موقف التشريع من إقرار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين مستقلين على النحو الآتي:

**المطلب الأول: موقف الفقه من إقرار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي.**

**المطلب الثاني: موقف التشريع من إقرار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي.**

<sup>(125)</sup> الوليد، ساهر، الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني، الجزء الأول: الجريمة والمسؤولية الجزائية، الطبعة الثانية، فلسطين، مكتبة جامعة الأزهر-غزة، 2013، ص 402 وما بعدها.

<sup>(126)</sup> أنظر المواد (88) (92) (93) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم (16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية.

<sup>(127)</sup> "يقصد بالشخص المعنوي مجموعة من الأشخاص أو الأموال يعترف لها القانون بالشخصية القانونية المستقلة، فتكون قابلة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات." كامل، شريف، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية- دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مصر، دار النهضة العربية، 1997، ص 3.

## المطلب الاول

## موقف الفقه من المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

إن موضوع المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي أثار خلافاً كبيراً بين فقهاء القانون، حيث يرى اتجاه بعدم إمكانية مساءلة الشخص المعنوي جزائياً وهو ما يعرف بالاتجاه التقليدي، والاتجاه الآخر يرى ضرورة إقرار هذه المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي وهذا هو الاتجاه الحديث.

وللوقوف على موقف الفقه من المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، يقتضي البحث في هذا الموضوع تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الأول للحديث عن الاتجاه المعارض للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، ونخصص الثاني للحديث عن الاتجاه المؤيد للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي.

## الفرع الأول

## الاتجاه المعارض للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

يرفض أنصار هذا الرأي مساءلة الشخص المعنوي جزائياً عن الجرائم التي ترتكب باسمه ولحسابه، من قبل ممثليه أثناء قيامهم بأعماله، ويقرون بمساءلة وعقاب الممثل القانوني للشخص المعنوي عن الجريمة التي اقترفها، وسندهم في ذلك أن الشخص المعنوي هو مجرد افتراض قانوني، لا يتصور أن يرتكب الركن المادي للجريمة، ولا يتوفر على الركن المعنوي للجريمة، وهي إحدى الركائز والمبادئ الراسخة في قانون العقوبات الحديث.<sup>(128)</sup>

كما أن توقيع العقوبة على الشخص المعنوي سيجعلها تصيب الأشخاص الطبيعيين المكونين له دون تفرقة بين من اتجهت إرادته إلى ارتكاب الجريمة، ومن لم يردّها، وهذا يتنافى مع مبدأ شخصية العقوبة، الذي يقضي بأنه لا يسأل جنائياً إلا الشخص الذي ارتكب الجريمة أو ساهم في ارتكابها.<sup>(129)</sup>

كما أن أغلب العقوبات غير قابلة للتطبيق على الشخص المعنوي وبالأخص عقوبة الإعدام، والعقوبات السالبة للحرية.

(128) انظر باسل عبد الطيف علي، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون والسياسة، 1978، ص12.

(129) جرادة، عبد القادر، مبادئ قانون العقوبات الفلسطيني، الطبعة الأولى، فلسطين، مطبعة آفاق-غزة، 2010 ص442.

وعلى الرغم من ذلك فإنه يسلم بجواز اتخاذ التدابير الاحترازية، كالمصادرة، والحل، ووقف النشاط، والوضع تحت الحراسة أو الرقابة، في مواجهة الشخص المعنوي الذي يثبت أنه يشكل خطورة على المجتمع.

### الفرع الثاني

#### الاتجاه المؤيد للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

يذهب الرأي الغالب في الفقه الحديث إلى القول بوجود مساءلة الشخص المعنوي جزائياً إلى جانب الشخص الطبيعي، الذي ارتكب الجريمة أثناء ممارسته عمله لدى الشخص المعنوي، وسند الفقه الحديث في ذلك، هو أن جوهر المسؤولية في الحالتين هو الإرادة، وأن الشخص المعنوي يمكنه أن يرتكب الركن المادي لكثير من الجرائم، كالنصب، خيانة الأمانة، التزوير، التهرب الضريبي، والجرائم ضد البيئة، بالإضافة إلى حقيقة الإرادة الجماعية التي تتجسد بالاجتماعات، المداولات والتصويت في مجلس الإدارة، الأمر الذي يعني أنه يتصور أن يتوفر الركن المعنوي للجريمة لديه، بالإضافة إلى تطبيق معظم العقوبات عليه، كالغرامة، المصادرة، الحل، حرمانه من مزاوله نشاط معين أو نشر الحكم الصادر بالإدانة وهذه العقوبة من شأنها المساس بسمعته.<sup>(130)</sup>

ونحن نرى أن مساءلة الشخص المعنوي جزائياً يعتبر من مقتضيات العدالة، لأنه لا يعقل أن تقتصر المسؤولية الجزائية على الشخص الطبيعي الذي يمثل الشخص المعنوي، في حين انه يبقى الشخص المعنوي متمتعاً بالحصانة التي تمنع مساءلته جزائياً، رغم انه من الناحية القانونية يكون الشخص الطبيعي قد أتى الأفعال التي يسأل عنها بناءً على إرادة الشخص المعنوي المتمثلة في قرار مجلس الإدارة.<sup>(131)</sup>

### المطلب الثاني

#### موقف التشريع من إقرار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

يقتضي البحث في هذا الموضوع تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الأول للحديث عن موقف المشرع الفلسطيني من المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، ونخصص الثاني للبحث في موقف المشرع الفرنسي والمصري من المسؤولية

<sup>(130)</sup> كامل، شريف، مرجع سابق، ص 22 وما بعدها.

<sup>(131)</sup> انظر الوليد، ساهر، المرجع السابق، ص 410.

الجزائية للشخص المعنوي.

### الفرع الأول

#### موقف المشرع الفلسطيني من إقرار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

أخذ المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات سواء أكان المطبق في قطاع غزة أو المطبق في الضفة الغربية بمبدأ مسائلة الشخص المعنوي جزائياً، ففي قانون العقوبات المطبق في الضفة الغربية نصت على ذلك صراحة المادة (74) فقرة (2) بقولها "إن الهيئات المعنوية مسؤولة جزائياً عن أعمال مديريها وأعضاء إدارتها وممثلها وعمالها عندما يأتون هذه الأعمال باسم الهيئات المذكورة أو بإحدى وسائلها بصفتها شخصاً معنوياً".

وفي قانون العقوبات المطبق في قطاع غزة فقد عرفت المادة (5) الشخص بقولها "وتشمل لفظتي "شخص" و"مالك" وما مائلها من الألفاظ لدى استعمالها فيما يتعلق بمال الهيئات الحكومية على اختلاف أنواعها وكل جماعة من الناس تستطيع امتلاك الأموال..."، كما عرفت المادة (2) من القانون التفسيري رقم (9) لسنة 1945 الشخص بأنه "كل شركة أو جمعية أو هيئة من الأشخاص سواء أكانت لها شخصية معنوية أم لم يكن"<sup>(132)</sup>.

وعلى العكس من ذلك نجد أن التشريعات الجزائية الخاصة تظهر لنا بوضوح مدى اعتناق المشرع الفلسطيني للمذهب الحديث الذي يأخذ بمسؤولية الشخص المعنوي من الناحية الجزائية، ففي ما يتعلق بجريمة غسل الأموال نصت على ذلك المادة (39) فقرة (1) من القرار بقانون رقم (9) لسنة 2007م الفلسطيني بقولها "يعاقب الشخص الاعتباري في الأحوال التي يرتكب فيها جريمة غسل الأموال ودون الإخلال بمسؤولية الشخص الطبيعي التابع له بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار أردني ولا تزيد على مائتي ألف دينار أردني وما يعادلها من العملات المتداولة قانوناً".

كما تقررت المسؤولية الجزائية للشخص الاعتباري في قانون التأمين الفلسطيني رقم (30) لسنة 2005م، حيث نصت على ذلك المادة (178) بقولها "تعاقب الشركة التي تمارس أعمال التأمين قبل حصولها على الإجازة أو خلال مدة إيقاف الإجازة أو بعد إلغائها، أو بعد صدور قرار بعدم تجديدها بغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار أردني أو ما يعادلها

<sup>(132)</sup> الوليد، ساهر، مرجع سابق، ص 410 وما بعدها.

بالعملة المتداولة قانوناً ولا تزيد عن عشرة آلاف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً<sup>(133)</sup>.

وفي قانون البيئة الفلسطيني رقم (7) لسنة 1999م تقرر المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، حيث نصت على ذلك المادة (76) بقولها "كل شخص طبيعي أو اعتباري تسبب في أي ضرر بيئي نتيجة فعل أو إهمال خلافاً لأحكام هذا القانون أو أي اتفاق دولي تكون فلسطين طرفاً فيه ملزماً بدفع التعويضات المناسبة بالإضافة إلى المسؤولية الجزائية المنصوص عليها في هذا القانون"<sup>(134)</sup>.

وفي قانون تشجيع الاستثمار الفلسطيني رقم (4) لسنة 1999م تقرر مبدأ المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، حيث نصت على ذلك المادة (44) بقولها "ما لم ينص قانون آخر على عقوبة أشد، كل مستثمر يدلي بمعلومات أو بيانات كاذبة أو يثبت تلك المعلومات أو البيانات في دفاتره أو حساباته أو يقدم معلومات كاذبة ترتب عليها الحصول على حوافز أو مزايا بمقتضى أحكام هذا القانون يعاقب بغرامة لا تقل عن ألفي دينار ولا تتجاوز خمسة آلاف دينار وتسحب كافة الحوافز أو المزايا التي نالها من تاريخ الحصول عليها"، ويقصد بالمستثمر في قانون تشجيع الاستثمار "أي شخص طبيعي أو معنوي يستثمر أو سبق له أن استثمر في فلسطين"<sup>(135)</sup>.

وفي قانون الدفاع المدني الفلسطيني رقم (3) لسنة 1998م يعاقب كل من يخالف حكماً من الأحكام التي وردت في هذا القانون بغرامة لا تزيد عن خمسمائة ديناراً أردنياً أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو بالحبس لمدة لا تزيد عن ستة شهور أو بكلتا العقوبتين<sup>(136)</sup>.

وفي قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم (9) لسنة 1995م يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً إذا وقعت منه مخالفة لأحكام هذا القانون<sup>(137)</sup>. حيث نصت المادة (42) فقرة (3) بقولها "تقام دعوى الحق العام في جرائم المطبوعات غير الدورية المنصوص عليها في هذا القانون على مؤلفها كفاعل أصلي، وعلى ناشرها كشريك له، وإذا لم يكن

<sup>(133)</sup> أنظر جرادة، عبد القادر، مرجع سابق، ص 570 وما بعدها.

<sup>(134)</sup> أنظر المادة (3) من قانون البيئة الفلسطيني رقم (7) لسنة 1999.

<sup>(135)</sup> أنظر المادة (1) من قانون تشجيع الاستثمار الفلسطيني رقم (4) لسنة 1999.

<sup>(136)</sup> أنظر المادة (28) من قانون الدفاع المدني الفلسطيني رقم (3) لسنة 1998.

<sup>(137)</sup> أنظر المادة (42) من قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم (9) لسنة 1995.



مؤلف المطبوعة أو الناشر معروفاً فيلاحق مالك المطبعة<sup>(138)</sup>.

وفي قانون ضريبة الدخل الفلسطيني رقم (17) لسنة 2004م المعدل بمرسوم القانون الصادر عن رئيس السلطة الوطنية بتاريخ 29/3/2008م يقرر المشرع المسؤولية الجزائية للمكلف الذي يرتكب جريمة التهرب الضريبي كما لو قدم إقراراً ضريبياً بالاستناد إلى دفاتر أو سجلات غير صحيحة، أو إذا قام بتوزيع أرباح على شركاء وهميين بقصد تخفيض نصيبه من الأرباح<sup>(139)</sup>.

نرى في هذا المقام أن المشرع الفلسطيني لم ينص صراحة في قانون العقوبات سواء المطبق في قطاع غزة أم المطبق في الضفة الغربية على وجوب مساءلة الشخص المعنوي بنص صريح ولكن خصصت بعض المواد القانونية في عدة قوانين منها: قانون التأمين وقانون التشجيع الاستثماري وقانون البيئة وقانون ضريبة الدخل الفلسطيني وقانون الدفاع المدني الفلسطيني وقانون المطبوعات والنشر على مساءلة الشخص المعنوي جزائياً، بينما نص قانون العقوبات بصراحة بجرائم غسل الأموال على مساءلة الشخص المعنوي أو من ينوب عنه أو ممثله جزائياً أو مدنياً. وعليه فإننا نوصي المشرع الفلسطيني بالنص على مساءلة الشخص المعنوي مساءلة جزائية بصراحة ووضوح وليس بغموض وإيجاز على أن تكون مفصلة حسب ما يتم الإجراء والأخذ به وفق قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936م.

### الفرع الثاني

#### موقف المشرع الفرنسي والمصري من المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

أولاً: موقف المشرع الفرنسي من المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي:

كان القانون الفرنسي القديم قبل الثورة الفرنسية يقرر المسؤولية الجزائية للشخص الاعتباري المتمثل في الجماعات والمقاطعات والمدن والقرى والشركات؛ ولعل أهم ما استحدثه قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1994م هو إقرار المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية عن الجرائم التي ترتكب لحسابهم بوساطة أجهزتهم أو ممثليهم فيما عدا الدولة،

<sup>(138)</sup> أنظر الوليد، ساهر، المرجع السابق، ص 413.

<sup>(139)</sup> أنظر المادة (39) من قانون ضريبة الدخل الفلسطيني رقم (17) لسنة 2004، وفي هذا الموضوع راجع الوليد، ساهر، مرجع سابق، ص 413.

فتم استبعادها تماشياً مع النهج العام لهذه المسؤولية، ولا تستبعد مسؤولية الأشخاص الطبيعيين الفاعلين أو الشركاء عن الجريمة، فلم يرد بهذه المسؤولية أن يعفى الشخص الطبيعي من تحمل مسؤوليته عن الجريمة، بل أراد أن يجنبه تحمل الأثر القانوني للجريمة بمفرده، مع أنها تعد نتيجة لقرار صدر عن شخص اعتباري، مما يعني أن المسؤولية تتعدد بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي، ويجب ثبوت أن الجريمة ارتكبت لحساب الشخص الاعتباري وبواسطة أجهزته أو ممثليه.<sup>(140)</sup>

ثانياً: موقف المشرع المصري من المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي:

لم يحتوي قانون العقوبات المصري على نصاً يقرر المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية، وذلك لأن النصوص الحالية صيغت خصيصاً لأشخاص طبيعيين، وما تقرر عقوبات وإجراءات يصعب تطبيقها دون تعديل على الأشخاص المعنوية، والأصل أن القاعدة العامة في القانون المصري هي أن الذي يسأل عن الجريمة الشخص الطبيعي الذي ارتكبها ولو كان يعمل باسم الشخص الاعتباري ولحسابه. ولذلك كانت القاعدة المستقرة في القضاء المصري هي إنكار مسؤولية الأشخاص المعنوية.<sup>(141)</sup>

نرى في هذا المقام أنه كان السائد فقها وقضاء في فرنسا ومصر هو عدم مساءلة الشخص المعنوي جزائياً عما يقع من مثلهم من جرائم إبان قيامهم بأعمالهم ولو كان ذلك لحسابهم بل يسأل عنها من ارتكبها من الأشخاص الطبيعيين الذين يمثلون الشخص الاعتباري.

### المبحث الثالث

#### نطاق المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

كما سبق أن أوضحنا أن الاتجاه الحديث يعترف بمبدأ المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، مما يعني أن هذه المسؤولية قد تجاوزت مرحلة الجدل الفقهي حول مدى ملاءمة الأخذ بها من عدمه، إلا أن نطاق تطبيقها يقتضي منا

<sup>(140)</sup> حسام جادو، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، اطروحة دكتوراه، مصر، دار الفكر الجامعي، 2012، وفي هذا الموضوع انظر الشرافي، علوي، المسؤولية الجنائية للشخص

المعنوي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ألمانيا، المركز الديمقراطي العربي، 2019، ص 67 وما بعدها.

<sup>(141)</sup> جرادة، عبد القادر، مرجع سابق، ص 574.

معرفة الأشخاص المعنوية التي تسأل جزائياً، والعقوبات التي تقع عليها.

وللوقوف على نطاق المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، يقتضي ذلك منا معرفة الأشخاص المعنوية التي تسأل جزائياً، وصولاً إلى بيان العقوبات التي تقع على الأشخاص المعنوية، وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين مستقلين على النحو الآتي:

**المطلب الأول: الأشخاص المعنوية التي تسأل جزائياً.**

**المطلب الثاني: العقوبات التي تقع على الأشخاص المعنوية.**

**المطلب الأول: الأشخاص المعنوية التي تسأل جزائياً**

يقتضي البحث في هذا الموضوع تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، نخصص الأول للحديث عن أنواع الأشخاص المعنوية ومدى مسؤوليتها جزائياً، ونخصص الثاني للحديث عن شروط قيام المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية، ونخصص الثالث للبحث في الجرائم التي تسأل عنها الأشخاص المعنوية.

### الفرع الأول

**أنواع الأشخاص المعنوية ومدى مسؤوليتها جزائياً**

تنقسم الأشخاص المعنوية إلى قسمين: أشخاص معنوية عامة تخضع للقانون العام، وأشخاص معنوية خاصة تخضع للقانون الخاص. كما أنه لم يقع خلاف بشأن مساءلة الأشخاص المعنوية الخاصة جزائياً، لكن التشريعات اختلفت بشأن إخضاع الأشخاص المعنوية العامة للمسؤولية الجزائية.

**أولاً: الأشخاص المعنوية الخاصة:**

من المسلم به في التشريعات التي أقرت مساءلة الشخص المعنوي جزائياً، أن جميع الأشخاص المعنوية الخاصة تخضع للمسؤولية الجزائية، أي كان الشكل الذي تتخذه، وأيما كان الغرض من إنشائها، أي سواء كانت تهدف إلى الحصول على الربح، كالشركات التجارية والمدنية، أو لا تسعى إلى تحقيق ربح مادي كالجمعيات والأحزاب السياسية.<sup>(142)</sup>

<sup>(142)</sup> كامل، شريف، مرجع سابق، ص 89 وما بعدها، وفي هذا الموضوع انظر سالم، عمر، المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية، الطبعة الأولى، 1995، ص 38.

## ثانيا: الأشخاص المعنوية العامة:

تنقسم الأشخاص المعنوية العامة إلى نوعين: أشخاص عامة إقليمية كالدولة والجماعات المحلية والمدن والقرى. وأشخاص عامة مرفقيه كالهيئات والمؤسسات العامة. والسؤال المطروح في هذا الخصوص، هل من الملائم إقرار المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية العامة.

لقد نصت بعض التشريعات صراحة على عدم جواز مساءلة الأشخاص المعنوية العامة جزائياً، بينما تعترف تشريعات أخرى بالمسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية العامة، كما هو الحال في القانون الإنجليزي حيث لوحظ أن التطور القضائي بشأن إقرار هذا المبدأ في بداية القرن التاسع عشر، قد بدأ بإدانة بعض البلديات وهي أشخاص معنوية عامة.

وفي فرنسا، أقر المشرع الفرنسي المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية العامة، باستثناء الدولة<sup>(143)</sup> ويرى غالب الفقه أن هذا الاستبعاد يقوم على أساس أن الدولة هي صاحبة العقاب، مما يجعل من غير المتصور أن توقع العقوبة على نفسها، كما أقر إخضاع جميع الأشخاص المعنوية العامة الأخرى للمسؤولية الجزائية، كالمؤسسات العامة، والتجمعات ذات النفع العام، وغيرها إلا أن الملاحظ أنها لا تطبق عليها عقوبة الحل، والوضع تحت الرقابة القضائية<sup>(144)</sup>.

## الفرع الثاني

## شروط قيام المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية

إن الشخص المعنوي بحكم طبيعته لا يمكن أن يرتكب الجريمة بنفسه، وإنما يتصرف عن طريق شخص طبيعي يعبر عن إرادته، أو تكون الجريمة قد وقعت لحسابه.

أولاً: ارتكاب الجريمة من شخص طبيعي يعبر عن إرادة الشخص المعنوي:

<sup>(143)</sup> انظر المادة (121) فقرة (2) من قانون العقوبات الفرنسي، وفي هذا الموضوع انظر مقبل، احمد، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مصر، دار النهضة العربية، 2005، ص294.

<sup>(144)</sup> انظر مقبل، احمد، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مصر، دار النهضة العربية، 2005، ص294.

إن إسناد الفعل الجرمي للشخص المعنوي وفق هذا المبدأ يقتضي معرفة الشخص الطبيعي الذي ارتكاب الجريمة، وما إذا كان يملك التصرف باسم الشخص المعنوي.

فحسب القانون الإنجليزي، يوجد لكل شخص معنوي، شخص طبيعي معين أو عدة أشخاص يتولون إدارته، والأفعال التي تقع من هؤلاء الأشخاص الطبيعيين والتي تدخل في نطاق أعمال وظيفتهم، تعتبر في نفس الوقت بمثابة أفعال الشخص المعنوي ذاته، وبالتالي يسأل عنها جزائياً مسؤولية شخصية، إذا كانت تشكل جريمة، وكذلك الشأن بالنسبة للقانون الفرنسي يرى أن قيام هذه المسؤولية لا يحول دون معاقبة الشخص الطبيعي عن ذات الجريمة.<sup>(145)</sup>

ثانياً: ارتكاب الجريمة لحساب الشخص المعنوي:

يجب لقيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، أن تكون الجريمة قد وقعت لحسابه، أي ارتكبت بهدف تحقيق مصلحة له، كتحقيق ربح أو تجنب إلحاق ضرر به، ويستوي أن تكون هذه المصلحة مادية أو معنوية، مباشرة أو غير مباشرة، محققة أو احتمالية.

والنتيجة المنطقية التي تترتب على هذا الشرط هي أنه لا يجوز أن يسأل الشخص المعنوي عن الجريمة التي يرتكبها أحد أجهزته أو ممثليه، لحسابه الشخصي، بهدف تحقيق مصلحته الشخصية، أو بقصد الإضرار بالشخص المعنوي.

### الفرع الثالث

#### الجرائم التي تسأل عنها الأشخاص المعنوية

أولاً: الجرائم التي يسأل عنها الشخص المعنوي في القانون الفلسطيني:

يجب أن تكون الجريمة التي يسأل عنها الشخص المعنوي جزائياً ضمن الجرائم التي نص عليها المشرع الفلسطيني على سبيل الحصر، ففي قانون مكافحة غسل الأموال الفلسطيني، يعد مالا غير مشروع ومحللاً لجريمة غسل الأموال كل مال متحصل من أي من الجرائم الآتية: "المشاركة في جماعة إجرامية، وجماعة نصب منظمة الاتجار في البشر، وتهريب المهاجرين الاستغلال الجنسي للأطفال والنساء، والاتجار غير المشروع في العقاقير المخدرة والمؤثرات العقلية، والاتجار

<sup>(145)</sup> كامل، شريف، مرجع سابق، ص 100 وما بعدها.

غير المشروع في الأسلحة والذخائر، والاتجار غير المشروع في البضائع المسروقة. وغيرها كالرشوة والاختلاس والاحتيايل وتزوير العملة والوثائق الرسمية والاعتداء على الملكية الفكرية.

ومن الجرائم التي تقع مخالفة لأحكام قانون البيئة القتل والإيذاء البليغ الخطف أو الاحتجاز أو أخذ الرهائن السطو والسرقة والتربيب والابتزاز والتهديد أو التحويل والتزوير والقرصنة بشتى أنواعها التلاعب في أسواق المال الكسب غير المشروع<sup>(146)</sup>

ثانياً: الجرائم التي يسأل عنها الشخص المعنوي في القوانين المقارنة:

تعتبر مسؤولية الشخص المعنوي هي مسؤولية خاصة ومتميزة عن مسؤولية الشخص الطبيعي، وبالتالي فإن التشريعات التي أقرت هذه المسؤولية عملت على توسيع نطاقها مع الحفاظ على خصوصيتها.

فالمشرع الفرنسي يسأل الشخص المعنوي عن كافة الجرائم ضد الأموال وكل جرائم العنف كالقتل العمدي والقتل الخطأ، كما يسأله عن جرائم الإرهاب والرشوة والتزوير، وتزييف العملة، وجرائم المنافسة والبيئة وتبييض الأموال.<sup>(147)</sup> وأما بالنسبة للمشرع المصري فلا يوجد نص في قانون العقوبات المصري يقرر تلك المسؤولية بصفة عامة، فالرأي السائد فقهاً وقضياً هو ان الشخص المعنوي لا يسأل جزائياً، حيث قضت محكمة النقض المصرية بقولها "الأصل ان الأشخاص المعنوية لا تسال جزائياً عما يقع من ممثليها من جرائم اثناء قيامهم بأعمالها، بل ان الذي يسال هو مرتكب الجريمة منهم شخصياً".

## المطلب الثاني

### العقوبات التي تقع على الأشخاص المعنوية

تتعدد العقوبات والتدابير التي يمكن أن توقع على الأشخاص المعنوية، ويختلف نطاقها من تشريع لآخر.

وللوقوف على العقوبات التي تقع على الشخص المعنوي، يقتضي البحث في هذا الموضوع تقسيم هذا المطلب إلى

<sup>(146)</sup> محمد حمتمو، المسؤولية الجزائية للشخص الاعتباري في التشريع الفلسطيني-دراسة تحليلية مقارنة في ضوء احكام الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، 2019، ص 61.

<sup>(147)</sup> مزباني، عمار، "المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد الثامن، 2013، ص 143.

فرعين نخصص الأول للحديث عن العقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية في القانون الفلسطيني، ونخصص الثاني للحديث عن العقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية في القانون المقارن.

### الفرع الأول

#### العقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية في القانون الفلسطيني

العقوبات التي نظمها المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 لا يصلح منها للتطبيق على الشخص المعنوي إلا الغرامة والمصادرة ودفع التعويض وفقاً لما جاء في نص المادة (27)، وكذلك نصت المادة (74) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 فقرة (3) بقولها " لا يحكم على الأشخاص المعنويين إلا بالغرامة والمصادرة".<sup>(148)</sup>

### الفرع الثاني

#### العقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية في القانون المقارن

أولاً: القانون الفرنسي:

لقد خصص المشرع الفرنسي مبحثاً مستقلاً للعقوبات التي توقع على الأشخاص المعنوية، وذلك في المواد من 131-37 إلى 131-49 من قانون العقوبات.

وقد ميز بين عقوبات الجنائيات والجنح، وهي: الغرامة، الحل، حظر مزاوله بعض الأنشطة، الوضع تحت الرقابة، غلق المؤسسات، الحرمان من دعوة الجمهور إلى الادخار، الاستبعاد من الأسواق، حضر إصدار شيكات، المصادرة، نشر الحكم.

وقد استبعد المشرع الفرنسي، بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 131-39 من قانون العقوبات، بعض الأشخاص المعنوية من تطبيق عقوبة الحل، وهي: الأشخاص المعنوية العامة، الأحزاب والتجمعات السياسية، النقابات المهنية. وترجع علة ذلك إلى اعتبارات دستورية تتعلق بمبدأ الفصل بين السلطات، والحرص على ضمان استمرارية المرافق العامة، كما أن

<sup>(148)</sup> انظر الوليد، ساهر، مرجع سابق، ص 411.

حل الأحزاب والنقابات ينطوي على المساس بالحريات الأساسية إلا إذا ثبت أنه قد أنشئ بغرض ارتكاب الجرائم.<sup>(149)</sup>

ثانياً: القانون الإنجليزي:

يلاحظ أن هذا القانون يقصر العقوبات التي توقع على الأشخاص المعنوية، على العقوبات المالية وفي مقدمتها الغرامة، كما يطبق عليها عقوبة الحل.

ثالثاً: القانون الهولندي:

وفي القانون الهولندي، يحكم على الأشخاص المعنوية بالغرامة، المصادرة، نشر الحكم الصادر بالإدانة، وقف النشاط في الجرائم الاقتصادية، الحرمان من بعض الحقوق والمزايا، والوضع تحت الحراسة القضائية.

#### الخاتمة:

بعد الانتهاء بتوفيق من عند الله سبحانه وتعالى من إعداد هذه الدراسة خلصت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

- 1- أخذ المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات سواء أكان المطبق في قطاع غزة أو المطبق في الضفة الغربية بمبدأ مسألة الشخص المعنوي جزائياً.
- 2- المشرع الفلسطيني لم ينص صراحة في قانون العقوبات سواء المطبق في قطاع غزة أم المطبق في الضفة الغربية على وجوب مسألة الشخص المعنوي جزائياً بنص صريح، ولكن خصصت بعض المواد القانونية في عدة قوانين منها: قانون التأمين وقانون التشجيع الاستثماري وقانون البيئة وقانون ضريبة الدخل الفلسطيني وقانون الدفاع المدني الفلسطيني وقانون المطبوعات والنشر على مسألة الشخص المعنوي جزائياً.
- 3- نص قانون العقوبات بصراحة في جرائم غسيل الأموال على مسألة الشخص المعنوي أو من ينوب عنه أو ممثله جزائياً أو مدنياً.
- 4- هناك اختلاف فقهي بين إمكانية وضرورة إقرار المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية، وبين عدم الإقرار بهذه المسؤولية على اعتبار أنها افتراض ومجرد خيال ولا أساس لها في الواقع.

<sup>(149)</sup> كامل، شريف، المرجع السابق، ص 133 وما بعدها. وفي هذا الموضوع انظر الشراقي، علوي، المرجع السابق، ص 208 وما بعدها.



- 5- كان السائد فقها وقضاءً في فرنسا ومصر هو عدم مساءلة الشخص المعنوي جزائياً عما يقع من ممثليهم من جرائم إبان قيامهم بأعمالهم ولو كان ذلك لحسابهم بل يسأل عنها من ارتكبوها من الأشخاص الطبيعيين الذين يمثلون الشخص الاعتباري.
- 6- العقوبات التي نظمها المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 لا يصلح منها للتطبيق على الشخص المعنوي المسؤول جزائياً إلا الغرامة والمصادرة ودفع التعويض.
- 7- الشخص المعنوي يصلح أن يكون مخاطباً بالنص الجزائي، فالقوانين العامة المقارنة جاءت مخاطبة الشخص المعنوي ومساءلته جزائياً مسؤولية مباشرة عن الجرائم التي يرتكبوها.
- 8- مساءلة الشخص المعنوي جزائياً لا تُعفى الأشخاص الطبيعيين القائمين على إدارته من المسؤولية الجزائية عندما يرتكبون أفعالاً إجرامية باسم أو بإحدى وسائل الشخص المعنوي.
- 9- اقرار المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي فيه تأمين للمجتمع وسلامة أفرادها، وتحقيقاً للعدالة الجنائية والمساواة بين الجناة أمام القانون.
- 10- غالبية التشريعات الجزائية في الدول قد أقرت المسؤولية الجزائية للأشخاص الاعتبارية ولكن بدرجات متفاوتة.

#### ثانياً: التوصيات:

انطلاقاً من الأهمية البالغة لهذه الدراسة، فإنني أتقدم بالتوصيات الآتية:

- 1- نوصي المشرع الفلسطيني بالنص على مساءلة الشخص المعنوي مساءلة جزائية بصراحة ووضوح وليس بغموض وإيجاز على أن تكون مفصلة حسب ما يتم الإجراء والأخذ به وفق قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 م.
- 2- نوصي المشرع الفلسطيني بعدم قصر نطاق المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية على جرائم غسل الأموال، وإنما يجب ان تمتد ويتم النص عليها صراحة في بعض القوانين الخاصة الأخرى.
- 3- نوصي المشرع بعدم قصر الجريمة المسندة إلى الشخص المعنوي على مجموعة جرائم محددة على سبيل الحصر، وذلك حتى لا يقع المشرع في مأزق يجعله مطالباً بتعديل قانون العقوبات أو القوانين الخاصة بإضافة جرائم أخرى.
- 4- نوصي المشرع الفلسطيني بأن يقوم بالنص على المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي العام وذلك بشكل واضح وصريح لعدم وضوح النص على ذلك.

- 5- نوصي بعدم إضفاء حصانة على الأشخاص المعنوية العامة وخاصة أنها تقدم خدمات عامة للجمهور، بما يستتبع محاسبتها شأنها شأن قواعد المحاسبة للأشخاص الاعتبارية الخاصة.
- 6- نوصي بتشديد العقوبات على الأشخاص المعنوية وعدم قصرها على الغرامات المالية المضاعفة وشمول المسؤولية للقائمين على إدارة الأشخاص المعنوي تأسيساً على المسؤولية المفترضة.
- 7- نوصي بأن يتضمن قانون العقوبات الداخلي التدابير الفعالة للدفاع الاجتماعي ضد الأشخاص المعنوية بالنسبة للجرائم التي ترتكب لمصلحتها أو بوسائلها وبالتالي تتحمل مسؤوليتها، وأن تطبيق هذه التدابير يجب ألا يحول دون معاقبة الأشخاص الطبيعيين الذين يتولون إدارة الشخص المعنوي.

### المراجع

أولاً: الكتب:

- 1- عابدي، عمار، نظرية المسؤولية الادارية، دراسة تأصيلية، تحليلية ومقارنة، الطبعة الأولى، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
- 2- الزغي، فريد، الموسوعة الجزائرية، المجلد الاول، المدخل إلى الحقوق والعلوم الجزائرية، الطبعة الثالثة، بيروت، دار صادر للطباعة 1 والنشر، 1995.
- 3- ربيعة، زواش، المسؤولية الجنائية، الطبعة الأولى، الجزائر، مكتبة جامعة الاخوة، 2017.
- 4- حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الأولى، مصر، دار النهضة العربية، 1962.
- 5- حسني، محمود نجيب، علم العقاب، الطبعة الأولى، مصر، دار النهضة العربية، 1966.
- 6- الوليد، ساهر، الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني، الجزء الاول: الجريمة والمسؤولية الجزائرية، الطبعة الثانية، فلسطين، مكتبة جامعة الأزهر-غزة، 2013،
- 7- كامل، شريف، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية- دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، مصر، دار النهضة العربية، 1997.
- 8- جرادة، عبد القادر، مبادئ قانون العقوبات الفلسطيني، الطبعة الأولى، فلسطين، مطبعة آفاق-غزة، 2010.
- 9- الشرافي، علوي، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المانيا، المركز الديمقراطي العربي، 2019،
- 10- سالم، عمر، المسؤولية الجزائرية للأشخاص المعنوية، الطبعة الأولى، مصر، دار النهضة العربية، 1995.

11- مقبل، احمد، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مصر، دار النهضة العربية، 2005.

#### ثانياً: التشريعات أو القوانين:

- 1- قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936م.
- 2- قانون العقوبات الفلسطيني رقم (16) لسنة 1960م.
- 3- قانون البيئة الفلسطيني رقم (7) لسنة 1999م.
- 4- القانون التفسيري رقم (9) لسنة 1945م.
- 5- قانون الدفاع المدني الفلسطيني رقم (3) لسنة 1998م.
- 6- قانون المطبوعات والنشر الفلسطيني رقم (9) لسنة 1995م.
- 7- قانون تشجيع الاستثمار الفلسطيني رقم (4) لسنة 1999م.
- 8- قانون ضريبة الدخل الفلسطيني رقم (17) لسنة 2004م.
- 9- قانون التأمين الفلسطيني رقم (30) لسنة 2005م.
- 10- القرار بقانون رقم (9) لسنة 2007م بشأن مكافحة غسل الأموال.

#### ثالثاً: المقالات:

- 1- مزياني، عمار، "المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد الثامن، 2013.
- 2- الزعبي، مخلد، "المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جرائم المال العام وأثرها في حمايته"، مجلة اربد للبحوث والدراسات، العدد الثاني، 2015.

#### رابعاً: رسائل الماجستير وأطروحات الدكتوراه:

- 1- باسل عبد الطيف علي، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون والسياسة، 1978.
- 2- حسام جادو، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، اطروحة دكتوراه، مصر، دار الفكر الجامعي، 2012.
- 3- محمد حمتو، المسؤولية الجزائية للشخص الاعتباري في التشريع الفلسطيني-دراسة تحليله مقارنة في ضوء احكام الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، 2019.

## الحماية الدستورية للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات

Constitutional protection of the right to access to knowledge and to exchange information.

م. ، إيمان جسام محمد، باحثة دكتوراه في القانون العام- القانون الدستوري- والمدرس في قسم القانون،

كلية الفارابي الجامعة، العراق، بغداد.

رقم الهاتف: 009647736712866

• [eman.jasam@alfarabiuc.edu.iq](mailto:eman.jasam@alfarabiuc.edu.iq) •

## "الملخص"

أن الحاجة إلى الحصول على المعلومات أصبحت لا تخفى على أحد، فالسرية الحكومية أصبح أسلوب إدارة غير سليم في عصر العولمة وتكنولوجيا المعلومات والانفتاح الاقتصادي، فأصحاب المصلحة بل والمواطنون وكل المستفيدون من برامج التنمية، وكذلك منظمات المجتمع المدني والمشتغلون بقطاع الأعمال والتجارة، جميعهم يحتاجون إلى المعرفة والمعلومات التي تحتفظ بها الإدارات الحكومية سواء ما كان يتصل بعملياتها أو قراراتها.

ويعتبر حق الجمهور في الحصول على المعرفة والمعلومات من أحد أهم ركائز البناء . كما أن الوصول إلى المعلومات يعد متطلباً أساسياً لكل الديمقراطي ألية دولة في العالم فرد للمشاركة في الحياة العامة في المجتمع واتخاذ قرارات حكيمة من بن عدة بدائل في مسائل مثل الانتخاب، والمشاركة في الشؤون العامة للدولة، ومناقشة السياسات ومشاريع القوانين، ومراقبة الحكومات، وكشف انتهاكات حقوق الإنسان، وكشف الفساد وترهل أجهزة . والمعلومات من أفضل الوسائط الحكومية، وتسهيل إقامة المشاريع التجارية والاقتصادية للحوار بن المواطن للوصول إلى أكبر قدر من الاتفاق حول مختلف القضايا السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

الكلمات المفتاحية: حماية دستورية، حق المعرفة، تداول المعلومات

### Abstract

The need to obtain information is not hidden from anyone. Government secrecy has become an unsound management method in the era of globalization, information technology and economic openness. The stakeholders, and even citizens and all beneficiaries of development programs, as well as civil society organizations and those engaged in business and trade, all need knowledge. and information held by government departments, whether related to their operations or decisions.

The right of the public to obtain knowledge and information is one of the most important pillars of building it. Also, access to information is a basic requirement for every democrat in any country in the world to participate in public life in society, make wise decisions from among several alternatives, and participate in electoral matters such as Public policies of the state, discussing policies and bills of laws, monitoring governments, exposing human rights violations, exposing corruption and slackening of the government's apparatus and information are among the best media, and facilitating the establishment of commercial and economic projects for dialogue between citizens to reach the greatest degree of agreement on various political, economic and social issues

**Keywords: Constitutional protection, right to know circulation of information.**

## المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث:-

إن حق المعرفة وحرية تداول المعلومات يعنى لدى الكثير من الأفراد أنه الحق في الحصول على المعلومات التي تحتفظ بها الجهات العامة، فضلا عن أنه يتم الاعتراف به الآن بشكل واسع النطاق على أنه حق إنساني أساسي، كما أن هناك توجه عالمي كبير نحو الاعتراف القانوني بهذا الحق، فالدول التي ترغب في مختلف أرجاء العالم إلى الديمقراطية إما قد تبنت قوانين حرية المعلومات أو هي في مرحلة عملية الإعداد لذلك، ويمثل هذا الشأن تغير ضخم منذ عشر سنوات مضت عندما تم تبني أقل من نصف قوانين حرية المعلومات المعمول بها حالياً.

ويعد حق المعرفة وتداول المعلومات الوجه الآخر لحرية الرأي والتعبير، حيث أنها تعنى حق الأفراد في أن يعبروا عن آراءهم وأفكارهم بحرية، وهو ما يحتوى ضمناً من حق المتلقي للأفكار والمعلومات على طرق للحصول عليها دون عوائق أو قيود، أي حقه في أن يعرف ويتداول ما يعلمه، وذلك من خلال وسائل الاعلام المختلفة في هذا الشأن.

وهنا لابد من بيان أن أهمية الحق في الوصول للمعلومات وتداولها تأتي من اعتباره أحد أهم آليات تعزيز ودعم ممارسة الحقوق الأخرى على اختلاف أنواعها، مثل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والحقوق الإنسانية، فهو عامل أساسي لتهيئة سياق وبيئة عامة تحترم وتحمي وتؤدي الحقوق، سواء كان ذلك على مستوى الفرد الطامح لأن يكون مواطناً كاملاً دون عنف أو تمييز أو تهديد، أو على مستوى مجتمع طامح لتنمية إنسانية حقيقية ومناخ يحترم الحريات، ويقوم على أسس ديمقراطية تحترم معايير الشفافية والحكم الرشيد.

وقد زاد الاهتمام التشريعي بحق المعرفة وتداول المعلومات في الفترة الأخيرة في العديد من النظم القانونية، وذلك لأنه يعتبر أحد أهم العوامل الأساسية لتهيئة سياق وبيئة عامة تحترم وتحمي الحقوق العامة للأشخاص، سواء كانت على المستوى الفردي أو على المستوى الجماعي

ونتيجة لذلك فقد أثر الحق في المعرفة والوصول للمعلومات على تعزيز وحماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية إعمالاً لمبدأ "أن الحقوق كل غير قابل للتجزئة" فإن الحق في المعرفة لا يعتبر فقط حقاً في حد ذاته، ولكنه أداة

لتفعيل ممارسة حقوق أخرى، فمن واجب الدولة أن تتيح لمواطنيها حق الوصول للمعلومات التي من شأنها أن تؤثر على حياتهم، ومن ثم تكون قد وفرت حق تمتعهم بكافة الحقوق الأخرى، فتوافر وتداول المعلومات يتيح إمكانية المعرفة الموضوعية الشاملة بأوضاع الحقوق الأخرى، وإمكانية الحكم على مدى وفاء الدولة بما التزمت به من معايير وأهداف أعلنتها في موازنتها وخططها العامة، وفشلها في ضمان حرية وتداول المعلومات يعني بشكل أو بآخر فشلها في الوفاء بكافة الحقوق الأخرى التي التزمت بأدائها وحمايتها.

وهذا ما دعانا في تلك الدراسة في ظل تلك المؤشرات إلى أنه ينبغي على الدولة العراقية أن تراجع وتعديل الكثير من الأطر التشريعية والممارسات الإجرائية، التي احتكرت بها على مدى العقود السابقة ما يزيد على 80% من المحتوى المعلوماتي، بأوجهه العسكرية والأمنية والسياسية والفكرية والاقتصادية والبحثية والاجتماعية، وتتعامل من خلالها الأغلبية الكبيرة من مؤسسات الدولة وهيئاتها البيروقراطية والإدارية باعتبار أن الأصل في الأمور هو حجب المعلومات لا الإفصاح عنها وتداولها بحرية، وأن المعلومات ملك للدولة وليس للمواطن أو المنشآت والمؤسسات المختلفة حقوق فيها، بل إن على الآخرين أن يتلقوا فقط المعلومات التي ترى هي أنهم بحاجة إليها أو أنهم يستحقونها أو يمكن أن تحقق لهم منفعة أو تدفع ضرا، وبطريقة أخرى فقد اعتبرت الدولة نفسها الولي والوصي على المواطنين فيما يتعلق بملكية وإدارة المحتوى المعلوماتي المجتمعي، وتوظيفه واستخدامه وطرق تداوله.

ثانياً: إشكالية الدراسة:-

تتركز إشكالية الدراسة حول ما مدى الحماية الدستورية للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات؟ وهل توجد حماية دستورية فعلية طبقاً للواقع العملي لها؟ الأمر الذي يحتم علينا أن نفترض وجود عدد من التساؤلات التي تفرض نفسها في تلك الدراسة والتي سوف يتم الإجابة عليها من خلال تناولها بالدراسة محل بحثنا هذا وهي كالآتي:-

- 1- ما هو مفهوم الحق في تداول المعلومات والحصول على المعرفة؟
- 2- هل توجد حماية دستورية فعلية طبقاً لنصوص الدستور العراقي للحق في المعرفة وتداول المعلومات؟ وما هو موقف المشرع الدستوري المصري منها؟
- 3- هل توجد حماية دولية طبقاً لقواعد القانون الدولي والمواثيق الدولية للحق في تداول المعلومات والحق في المعرفة؟

4- ما هو موقف المشرع القانوني العراقي من مفهوم الحق في المعرفة وتداول المعلومات؟

ثالثا: أهمية البحث:-

إن أهمية تلك الدراسة تظهر من خلال ضرورة توعية الأفراد بحقوقهم وحررياتهم التي من خلالها تمهض دولهم وشعوبهم، لأنه بالمعرفة والعلم تمهض الأمم وليس بالجهل والتعتيم وتقييد الحريات وحقوق الأفراد، فضلا عن توفير الضمانات القانونية حول استخدام هذا الحق دون تقيده، بل في الحدود التي تضمن عدم التعدي على حقوق الغير. الأمر الذي دفعنا إلى تناول هذا البحث بالدراسة، لأن الحماية الدستورية للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات حديث العهد نسبيا في العراق، حيث أنه لم ينص عليه صراحة في دستور العراق لعام 2005، وإنما تم النص على كفالة الحق في حرية التعبير والرأي بشتى الطرق بالإضافة إلى حرية الصحافة وحرية الاجتماع والتظاهر السلمي والحق في الاعلام والاعلان والنشر.

رابعا: أهداف الدراسة:-

تهدف تلك الدراسة إلى العديد من الأهداف والتي تناولها هذا البحث ومن بينها :-

1- توضيح مدى توافر الحماية الدستورية للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات من عدمه.

2- بيان مدلول الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات في التشريع العراقي.

3- بيان موقف المشرع الدستوري العراقي من هذا الحق محل الدراسة.

خامسا: منهج البحث:-

لقد أتبعنا في تلك الدراسة كل من المنهج الوصفي وذلك من خلال وصف مفهوم الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات، حتى يتسنى لنا بيان مدى أهمية هذا الحق في الحياة السياسية والاجتماعية، فضلا عن الأخذ بالمنهج التحليلي والذي يشتمل على تحليل مفهوم هذا الحق، مع توضيح الأساس التشريعي والدستوري له من خلال بيان النصوص الدستورية التي نصت على تكريس هذا الحق الدستوري الذي كفله الدستور تلك الدراسة.

سادسا: خطة الدراسة:-

تشمل دراسة هذا البحث بيان مدى الحماية الدستورية للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات، وقد تناولنا



هذا البحث بالدراسة من خلال مقدمة ومبحثان وينقسم كل مبحث منهما إلى مطلبان وذلك على النحو التالي:-

المبحث الأول: التنظيم التشريعي للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات في العراق.

المطلب الأول: مفهوم الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات.

المطلب الثاني: رؤية المشرع العراقي من الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات.

المبحث الثاني: دور الدستور والاتفاقيات الدولية للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات

المطلب الأول: موقف الدستور العراقي لسنة 2005 من الحق في المعرفة وتداول المعلومات.

المطلب الثاني: دور المنظمات الدولية في دعم حرية تداول المعلومات وحق المعرفة.

## المبحث الأول

### التنظيم التشريعي للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات في العراق

لابد في البداية أن نوضح أم مفهوم الحماية القانونية في لغة القانون يعنى "منع الأفراد من الاعتداء على حقوق بعضهم البعض بموجب أحكام ونصوص قانونية"<sup>(150)</sup>، فالحماية بهذا المعنى تختلف من نوع لآخر تبعاً لاختلاف الحقوق المحمية، فقد تكون الحماية مدنية أو إدارية أو جنائية أو سياسية، فمن الممكن أن نرى حماية مدنية للقاضي المدني متى أقر التعويض المدني مثلاً في إطار المسؤولية المدنية، أو حماية للقاضي الجنائي متى لحقت العقوبة والجزاء المالي وتقييد حرية الأشخاص وذلك حسبما في إطار المسؤولية الجنائية<sup>(151)</sup>.

ولذلك فإن الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات لابد أن يتمتع بالحماية القانونية على المستوى الداخلي داخل إطار الدولة وذلك من خلال التشريعات الوطنية التي تضمن أو تكفل حماية هذا الحق من اهداره أو التعدي عليه، وأيضاً على الصعيد الخارجي أو الدولي من خلال قواعد القانون الدولي والمواثيق الدولية التي تحافظ على الحق في

<sup>(150)</sup> د. المنزول، مصطفى الناير، الحماية القانونية للحقوق الفنية والأدبية في السودان، دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، عام 2007، ص 20.

<sup>(151)</sup> د. جابر، صالح، حق المعرفة وتداول المعلومات في التشريع الجزائري بين الحماية والتقييد، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، العدد 2، عام 2016، ص 170.

المعرفة وحرية تداول المعلومات<sup>(152)</sup>.

ولعل من الأهمية أن نتحدث أولاً عن مفهوم الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات وذلك حتى يتسنى بيان دور الحماية القانونية في الحفاظ على هذا الحق ولذلك سوف يتم تناول كل منهما بالدراسة في مطلبان على النحو التالي:-

المطلب الأول: مفهوم الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات.

المطلب الثاني: رؤية المشرع العراقي من الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات.

### المطلب الأول

#### مفهوم الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات

أن التشريعات العربية والفقهاء أكد على حصول الفرد على المعلومات والتي تقتضي من ورائها تحقيق المصلحة، لكن بعض الدول تمتنع عن إعطاء المعلومة، وذلك للحفاظ على أمنها القومي، وخاصة الدولة القوية، وذلك خشية من تداول المعلومات إلى الأفراد وإلى الدول الأخرى وتعرضها للخطر، لكن في الوقت ذاته أكدت الاتفاقيات على ضرورة حصول الفرد على المعلومات وتداولها من خلال نقل الأفكار والآراء بما يساهم في التقدم العلمي.

وعلى هذا الأساس يقسم الباحث المطلب إلى فرعين، الأول يتناول فيه المقصود بالحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات، والفرع الثاني يوضح فيه أهمية الحصول على المعلومات وتداولها.

أولاً- المقصود بالحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات:

يعنى المفهوم العام لحرية تداول المعلومات هو حق الأفراد في الحصول على المعلومات التي تحتفظ بها المؤسسات العامة والتي تهدف من وراء ذلك إلى الصالح العام، وبناء على ذلك فلا بد أن تكون المعلومات متاحة للكافة أي لجميع الأفراد، وذلك إذا لم تكن هناك مصلحة حيوية وضرورية للدولة تقتضى سرية هذه المعلومات، لأن الدول التي يتم فيها تداول المعلومات بحرية تعبر عن صورة جيدة لمجتمعاتها لدى الخارج، بينما تتقلص البدائل والخيارات في المجتمعات المغلقة

<sup>(152)</sup> د. عبد المجيد، قدرى، الإعلام وحقوق الإنسان قضايا فكرية ودراسة تحليلية وميدانية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، عام 2008، ص 225.

التي لا تتيح تبادل المعلومات فتقدم صورة سلبية عن نفسها، فالمجتمعات والدول القوية لا تخشى المعلومة، لأنها تجعلها مجتمعات حصينة حيث أنها بذلك تضع كل تصرفاتها تحت المجهر أمام الأفراد، بينما على الجانب الآخر فالمجتمعات والدول الضعيفة التي تخشى المعلومة تكون عرضة لتكريس الضعف في أجهزتها وأبنيتها المجتمعية المختلفة، وتصبح أجيالها القادمة عاجزة عن المنافسة بين الدول في ظل غياب المعرفة والحقائق<sup>(153)</sup>.

ولذلك فإن تداول المعلومات يعد السبيل لمحاربة الفساد داخل الدولة وعدم التستر على الأخطاء أو انتشار الشائعات التي قد تضر بالأمن القومي، فإذا كان الحفاظ على الأمن القومي الحجة الأساسية لأنصار حجب المعلومة نتيجة مبررات ونوايا حسنة أحيانا، فإن حجب المعلومة من الممكن أحيانا أن يترتب عليه ضررا كبيرا بالأمن القومي للدولة، فقد يكون حجب المعلومة مفيد لحفظ أسرار الدولة، ولكنه من الممكن أن يعود بالسلب على الارتقاء بأهم جانب من جوانب الأمن القومي بالمفهوم الشامل له، وهو الخاص بالارتقاء بمستوى مفهوم الوعي والثقافة في المجتمع والذي لا يتحقق إلا من خلال فتح نوافذ تداول المعلومات حتى يصبح المجتمع قويا<sup>(154)</sup>.

ومن انعكاسات تلك الفكرة أن حق الحصول على المعلومات في بعض الدول يشمل ثلاثة فروع وهي المعلومات (الإدارية، والتشريعية، والقضائية)، بينما في بعض الدول الأخرى لا يشمل إلا الفرع الأول وهو المعلومات الإدارية، على الرغم من أنه لا يوجد سبب يمنع من شمول الفرعين الآخرين، طالما أن قانون الاستثناءات يحى المعلومات الشرعية السرية<sup>(155)</sup>.

وصفوة القول: أن مفهوم الحق في الحصول على المعلومات هو حق الإنسان في الوصول الآمن للمعلومات من خلال عدم الإساءة لمتلقي المعلومة أو طالبها والتي تحتفظ بها المؤسسات العامة والجهات الخاصة، حيث أنه من واجب هذه الجهات والمؤسسات أن توفرها عند الطلب أو بدونه أيضا، فهو يعتبر حق أصيل من حقوق الإنسان بحيث يسرى عليه ما يسرى على بقية الحقوق الأخرى للأفراد، حيث أنه يتفرع من العديد من الحقوق الأخرى مثل الحق المعرفة والاعلام

<sup>(153)</sup> د. سراج الدين، إسماعيل، حرية تداول المعلومات في مصر، مكتبة الإسكندرية، عام 2009، ص 7.

<sup>(154)</sup> د. الإسلام، أحمد سيف، تأصيل الحق في المعرفة كسلاح للدفاع عن حرية الرأي والتعبير، مجلة الدراسات الإعلامية، عام 1996، ص 27.

<sup>(155)</sup> د. عقل، زياد، حرية تداول المعلومات في مصر والأطر الدستورية والتشريعية، مجلة الديمقراطية، الأهرام، السنة (١٦)، العدد (٦٣)،

يوليو ٢٠١٦.

والاتصال وحق المواطن أو الفرد في المشاركة في الحياة السياسية، إلا أنه يجب على المشرع أن يضع التشريعات اللازمة لتنظيم هذا الحق حتى لا يخرج عن الغرض الذي أقيم من أجله في الدستور.

ثانيًا- أهمية الحصول على المعلومات وتداولها

تعد مسألة حرية تداول المعلومات من أهم المسائل التي يتوقف عليها الحق في الحصول على المعلومات، والذي يكمن في إمكانية إتاحة تلك المعلومات بما تمثله من قدرة على امتلاك أدوات تكنولوجية مع القدرة على استخدامها بشكل صحيح للحصول على المعلومات<sup>(156)</sup>.

وفي ضوء ذلك فقد أقر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948م في المادة رقم 19 على أن "يتمتع الجميع بحق حرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق على حرية الاحتفاظ بالآراء دون أي تدخل، أو بحث أو تلقي أو من خلال نقل المعلومات والأفكار من خلال أي وسيلة إعلام وبغض النظر عن الحدود" وعلى ذلك يشمل هذا الحق حرية البحث عن الأفكار والمعلومات وتلقيها وإذاعتها بأية وسيلة ودون اعتبار للحدود، وقد نصت المادة 27 من ذات الإعلان على الحق في المشاركة الحرة في حياة المجتمع الثقافية مع المشاركة في التقدم العلمي وما يترتب عليه من مكاسب<sup>(157)</sup>.

ومما لا شك فيه أن مفهوم الحق في المعلومات يشير في الأساس إلى حق الفرد في الحصول على المعلومات التي تكون بحوزة السلطات العامة في أي دولة، ويعتبر هذا الحق ذو طبيعة مزدوجة، حيث أنه يعتبر من طائفة الحقوق السلبية في جزء منه، وذلك من خلال امتناع السلطات العامة عن اتخاذ أي إجراءات تشريعية أو إدارية أو غيرها للحيلولة دون الانتشار الحر للمعلومات سواء من الداخل أو تدفقها من الخارج، وبناء على ذلك يمتنع على الدولة وضع العوائق ضد تدفق المعلومات من الخارج، أو أن تحتكر المعلومات التي بحوزتها وتمنع نشرها إلا في حالة وجود سبب قوى يتعلق بالصالح العام مثل الأمن القومي، أما بالنسبة للجانب الإيجابي للحق في الحصول على المعلومات فيعني ضرورة التزام

<sup>(156)</sup> د. محفوظ، محمد عبد اللطيف م، عصر المعلومات وموقف النظام الإعلامي المصري من مفهوم حق المعرفة، رسالة ماجستير، كلية الآداب جامعة الاسكندرية، عام 1998م، ص 87.

<sup>(157)</sup> أ. عادل، مارينا، أليات إتاحة المعلومات، دراسة مقارنة، مركز دعم لتقنية المعلومات، مصر، عام 2013، ص 32.

الدولة بنشر المعلومات الرئيسية التي تتعلق بالمصلحة العامة على أوسع نطاق، وذلك ضماناً للشفافية والرقابة على أداء السلطات العامة ومحاسبتها عند الانحراف<sup>(158)</sup>.

وبناء على ذلك يمكن التمييز بالنسبة لحرية تداول المعلومات بين مفهومين وهما:

الأول: التداول الموسع في إطار حرية التعبير والتدفق الحر للمعلومات والأفكار وما يرتبط بها من الحق في الحصول على المعلومات المتاحة.

الثاني: هو التداول المنظم الذي يركز على الحق في الحصول على المعلومات الرسمية بإشكالها المختلفة دون النظر إلى الوسيلة المستخدمة، وهو ما يستلزم وجود تشريعات تنظم أسلوب الحصول على المعلومات والقواعد التي تحمي مبادئ الخصوصية وأمن المجتمع وقد ظهرت أهمية المفهوم الثاني مع اتساع نطاق تطبيق الديمقراطية، كما ساعد التطور الكبير في تكنولوجيا المعلومات والتجارب الدولية في مجال إتاحة المعلومات في دعم حرية تداول المعلومات<sup>(159)</sup>..

ومن هذا المبدأ فإن القاعدة العامة للإطار القانوني لحرية تداول المعلومات تقوم على الإتاحة المطلقة ، ويرتبط بذلك التحديد الواضح للمجالات التي يسمح فيها بحظر تداول المعلومات سواء كلياً أو جزئياً والتي يجب أن يكون نطاقها محدوداً وأن تستند إلى قواعد قانونية وتنظيمية تتسم بالوضوح والشفافية، وتساهم حرية تداول المعلومات بشكل كبير في توفير الدعم للنظم الديمقراطية في الحكم من خلال المشاركة الفعالة ووضع أسس وقواعد للمحاسبة والشفافية ، وإمكانية الوصول إلى السلطة والمشاركة فيها وتوفير الخدمات العامة<sup>(160)</sup> .

إلا أنه على الرغم من استقرار هذا المبدأ فإنه يوجد استثناءات عليه فيما يخص كافة التشريعات على قبول استثناءات محددة تمس المصلحة العامة للمجتمع، ومن الممكن تلخيصها في الوثائق السرية الخاصة بالأمن القومي والدفاع

<sup>(158)</sup> د. مندل، توني، حرية المعلومات، مسح قانوني مقارنة، دراسة منشورة من قبل منظمة التربية والعلوم والثقافة التابعة للأمم المتحدة، عام 2003، ص 50 وما بعدها.

<sup>(159)</sup> د. الشنراقى، حسام محمد نبيل، حرية تداول المعلومات، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع الإلكتروني:

<https://www.facebook.com/hossamnabi/posts>.

<sup>(160)</sup> د. مندل، توني، حرية المعلومات، المرجع السابق، ص 54.

والسياسة الخارجية للدولة، والوثائق المتعلقة بالنظم الداخلية للأفراد، والمعلومات التي تتعلق بأسرار التجارة أو التي تهدد سلامة الموقف التنافسي كالمعلومات عن المنتجات المطورة، والمعلومات الخاصة بالمواقف المالية والتجارية التي تم الحصول عليها بصورة سرية، والمعلومات الخاصة بصنع القرار المرتبط بالمصلحة العامة للمجتمع، وكذلك المعلومات عن الأفراد التي يؤدي تداولها إلى المساس بالخصوصية كالسجلات الطبية، ومحاضر التحقيق التي يؤدي تداولها إلى التأثير على إجراءات تطبيق القانون أو الحرمان من إجراءات محاكمة عادلة، أو كشف مصادر المعلومات السرية والوثائق الخاصة بالمؤسسات الحيوية بالدولة<sup>(161)</sup>.

ويمكن القول أنه بالنسبة لما سبق أن هناك تنوع وتباين في الاستثناءات التي ترد على حرية تداول المعلومات وهو ما يؤدي إذا ما تم تطبيقها إلى الحد بشكل مؤثر من حرية تداول المعلومات، لذلك فلا بد من النظر إلي مدى ارتباط المعلومات بأهداف التداول الموضوعية، وعدم ترتب ضرر على إتاحتها للتداول وفقاً للهدف من تداولها وهل يحقق تداولها المصلحة العامة أم لا ؟

## المطلب الثاني

### رؤية المشرع العراقي من الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات

والجدير بالذكر أن إقرار تشريع لحرية تداول المعلومات يحتاج إلى منهج يسترشد به للوصول لذلك الغرض، ولذلك فقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة عدة موثيق وأقرت اتفاقيات، تضمنت القواعد التي يمكن أن تسترشد بها الدول في هذا الشأن، وقد أصبحت تلك القواعد نبراساً ونموذجاً لكل من يريد أن يقر تشريعاً لتداول المعلومات، وعليه فقد لجأت المنظمات الإقليمية لإتباع المنهج الذي أقرته موثيق الأمم المتحدة في هذا الشأن حتى تهتدي به الدول التي تقع في الإقليم حتى لا تتعارض تشريعاتها، وتكون ملمة بكافة الجوانب في هذا الشأن، وقد قامت العديد من الدول بسن تشريعات لإتاحة تداول المعلومات حتى تلحق بركب الدول المتقدمة وتتيح الشفافية بين مؤسسات الحكومة والأفراد، وهو ما ينعكس إيجاباً على كافة نواحي الحياة فيها وخاصة الاستثمارات، والسياحة، وغيرها مما يحقق الرخاء وبالنظر إلى

<sup>(161)</sup> د. الشنراقى، حسام محمد نبيل، المرجع السابق، ص 4.

الوضع في العراق فإن الحاجة إلى تشريع ينظم حرية تداول المعلومات أصبحت ضرورة ملحة، وعليه فسوف نتناول دراسة الموقف التشريعي لحرية تداول المعلومات من خلال المشرع العراقي<sup>(162)</sup>.

أولاً: الموقف التشريعي لحرية تداول المعلومات في القانون العراقي:-

إن وجود الحق في الحصول على المعلومة لا يقتصر على الدستور والقوانين الخاصة بالتعبير عن الرأي فقط، وإنما اتجه المشرع العراقي تحت ضغوط مطالبات الرأي العام الذي تبنته عدد من المنظمات الحقوقية ومنظمات المجتمع المدني إلى البدء بأولى خطوات تشريع قانون لتنظيم الحق في الحصول على المعلومة، حيث تم وضع مسودة لهذا القانون وهي تنتظر العرض أمام مجلس النواب العراقي لقراءتها والتصويت عليها<sup>(163)</sup>.

ولتوضيح ذلك نشير إلى أنه بالرجوع إلى مسودة مشروع القانون المزمع تشريعه حتى الآن، لوجدنا أنها تحتوي العديد من السلبيات والاشكاليات والتي يجب أن يتجاوزها المشرع العراقي للخروج بصيغة تشريعية تلي رغبات المشرع العراقي وتتلاءم مع المعايير الدولية، ومنها مسودة مشروع القانون فقد وردت تحت تسمية (قانون الحصول على المعلومات)، والأصـ

تسمية القوانين أن تكون للغرض منها حيث أن هذا الغرض يتمثل في تنظيم ممارسة الافراد للحق في الحصول على المعلومات، وكان من الأخرى أن يكون تحت عنوان (قانون تنظيم الحق في الحصول على المعلومات)<sup>(164)</sup>.

وفضلاً عن ذلك لم ترد (الهيئات المستقلة) ضمن مؤسسات الدولة المخاطبة بأحكام هذا القانون، إلا أنه من الواجب أن ترد بأحكامه شأنها شأن باقي المؤسسات، وأيضاً لم يشير المشرع إلى الاحزاب والكيانات السياسية والكتل النيابية ومنظمات المجتمع في مسودة هذا القانون، وبالإضافة أيضاً إلى وجود تعارض بين نصوص مسودة قانون حرية الحصول

<sup>(162)</sup> د. فاضل، محمد، حرية تداول المعلومات ركن أساسي في حقبة التحول إلى مصر الديمقراطية، المنظمة المصرية الأمريكية لسيادة القانون، تقرير نوفمبر، عام ٢٠١٢، ص 32.

<sup>(163)</sup> د. كشكول، يمامة محمد حسن، د. البياتي، وائل منذر، التنظيم الدستوري والقانوني للحق في الحصول على المعلومات، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، عام 2018، ص 6.

<sup>(164)</sup> د. يمامة محمد حسن، التنظيم الدستوري والقانوني للحق في الحصول على المعلومات، المرجع السابق، ص 7.

على المعلومات وبين نصوص القوانين الأخرى، وهذا التعارض يحتاج إلى توضيح أو رفع لغرض تلافيه وإزالته، للوصول إلى صياغة واضحة وجلية تفي بالمطلوب وتحقق الغرض من القانون<sup>(165)</sup>.

ولابد من الإشارة إلى أن السند القانوني للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات لا يتوقف على مسودة هذا القانون فقط، وإنما نجده في التشريعات العراقية الأخرى وذلك على النحو الآتي:-

1. قانون ديوان الرقابة المالية رقم (6) لسنة 1990 المعدل<sup>(166)</sup>، حيث نص في الفقرة (ثالثاً) من المادة (3) على ما يلي (يعلن الديوان وينشر على نحو واسع النتائج النهائية لنتائج عمله، بضمن ذلك كل تقييمات الأداء والتدقيق والخطط والتقارير . فصلياً على الأقل ، او ينشر الديوان قائمة التقارير المدققة الأخيرة وتوزع القائمة على نحو واسع بقدر الامكان، وباستخدام الانترنت أن توفر كل التقارير إلى الصحافة وأي شخص مهتم من خلال تقديم طلب مكتوب).

2. قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل ، حيث نص في الفقرة (1) من المادة (61) على ما يلي ( تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم إجراءها سرا محافظة على النظام العام ومراعاة للأداب العامة ولحرمة الأسرة)<sup>(167)</sup>

3. قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (32) لسنة 1971 المعدل حيث نص في المادة (152) على ما يلي (يجب أن تكون جلسات المحاكمة علنية ما لم تقرر المحكمة أن تكون كلها أو بعضها سرية لا يحضرها غير ذوي العلاقة بالدعوى مراعاة للأمن أو المحافظة على الآداب ولها أن تمنع من حضورها فئات معينة من الناس)<sup>(168)</sup>.

<sup>165</sup> نقلا عن دراسة منشورة في الشبكة الدولية للمعلومات الانترنت للباحث فايز شخاترة .مستشار و باحث قانوني . المركز الوطني لحقوق الإنسان، ص 13.

(166) نشر في الوقائع العراقية العدد 3293 في 1990/2/5

<sup>167</sup> أنظر نص المادة رقم (61) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969.

<sup>168</sup> أنظر نص المادة رقم (152) من قانون المحاكمات الجزائية العراقي رقم (32) لسنة 1971.



4. النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي الصادر بتاريخ 2006/6/15 ، حيث نص في المادة (29) على ما يلي (تكون جلسات المجلس علنية إلا إذا تطلبت الضرورة غير ذلك بطلب من رئيس الجلسة أو باقتراح من مجلس الرئاسة أو رئيس مجلس الوزراء أو بطلب من 35 عضواً من أعضائه وبموافقة المجلس بأغلبية الحاضرين، وفي هذه الحالة لا يحضر أحد الجلسة حتى من موظفي المجلس ويقوم النائبان ومن يُنسب من قبل هيئة الرئاسة بتنظيم المحضر.ثانياً.تنشر محاضر الجلسات بالوسائل التي تراها هيئة رئاسة المجلس مناسبة).

ويمكن القول: أن المشرع العراقي لم يغفل هذا الحق الحيوي للمواطن حينما أشار إلى حرية التعبير في نص الدستور، كذلك بإشارته إلى البحث العلمي وغيرها من الإشارات التي عرضها سلفاً، كما أن بعض التشريعات ألزمت بعض المؤسسات بعلنية بعض إجراءاتها ونشر التقارير التي تتعلق بالأمر المالية والحسابية على وفق ما نص عليه قانون ديوان الرقابة المالية وقانون مفوضية النزاهة العامة، ويعتبر ذلك تطور مهم على مستوى التشريع العراقي، وخصوصاً الإشارة الصريحة التي وردت في قانون مفوضية النزاهة في القسم السابع حول حق الحصول على المعلومة، كما إن بعض القوانين الإجرائية في المحاكمات أوجبت أن تكون الجلسات علنية وما أشار إليه النظام الداخلي لمجلس النواب حول علنية الجلسات، وهذا يتوافق مع الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات موضوع البحث، لأن وجوب العلنية يمكن المواطن من الاطلاع على ما يجري أثناء المحاكمات أو أثناء مناقشات مجلس النواب.

## المبحث الثاني

### دور الدستور والاتفاقيات الدولية للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات

إن الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات يتطلب الحماية الدستورية والدولية أيضاً التي تكفل ضماناً احترامه ووجوده وعدم التعدي على هذا الحق أو الانتقاص منه، فلا بد أن تكون هناك حماية دستورية لهذا الحق وذلك من خلال النص عليه صراحة في صلب الدستور، إلا أنه على الرغم من ذلك لم ينص الدستور العراقي لعام 2005 صراحة على الحق في حرية الحصول على المعرفة وتداول المعلومات، وإنما تضمن بعض النصوص الأخرى التي تضمن كفالة هذا

الحق دون النص عليه صراحة<sup>(169)</sup>، ولذلك سوف نتناول بالدراسة الحماية الدستورية لهذا الحق في المعرفة وتداول المعلومات من جانب المشرع الدستوري العراقي في كل من دستور العراق الحالي لعام 2005، وأيضا في ظل المواثيق الدولية وقواعد القانون الدولي، وذلك من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: موقف الدستور العراقي لسنة 2005 من الحق في المعرفة وتداول المعلومات

المطلب الثاني: دور المنظمات الدولية في دعم حرية تداول المعلومات وحق المعرفة.

## المطلب الأول

### موقف الدستور العراقي لسنة 2005 من الحق في المعرفة وتداول المعلومات

الدستور العراقي لعام 2005 لم ينص صراحة على حق الافراد في الحصول على المعلومات لكنه في المادة (31) منه قد نص على كفالة حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل وحرية الصحافة وحرية الاجتماع والتظاهر السلمي والطباعة والاعلان والاعلام والنشر<sup>(170)</sup>.

ومما لا شك فيه فإن تكوين الأفراد لأي رأي بخصوص أي من مؤسسات الدولة وسلطاتها وسير عملها سواء كان هذا الرأي سلبيا أو إيجابيا والتعبير عنه لا يمكن إلا من خلال المعرفة الحقيقية لنشاط هذه السلطات والمؤسسات ومدى مطابقته للقانون من عدمها ، فالدستور بإقراره لحرية الرأي والتعبير قد اقر بشكل ضمني حق الأفراد في الحصول على المعلومات التي يكون الفرد على أساسها آراءه، والحقيقة أن الدستور العراقي وإن خلا من الإشارة إلى اقرار صريح بهذا الحق<sup>(171)</sup>.

<sup>169</sup> د. عقل، زياد، حرية تداول المعلومات في مصر، الأطر الدستورية والتشريعية، مجلة كلية التربية، جامعة الأزهر، العدد 168، الجزء الرابع، أبريل لعام 2016م.

<sup>170</sup> أنظر نص المادة رقم (31) من دستور العراق الحالي لعام 2005.

<sup>171</sup> د. الهلالي، علي هادي عطية، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي، ط 8،

إلا أنه على الرغم من عدم النص في الدستور العراقي لعام 2005 على هذا الحق صراحة فإنه لا يعني عدم وجود اعتراف دستوري بهذا الحق، وإنما يمكن الرجوع إلى الحق في حرية التعبير المكفول بموجب أحكام المادة (31) من الدستور، حيث أن العديد من فقهاء القانون يعتبرون الحصول على المعلومات جزءاً لا يتجزأ من حرية التعبير، حيث أن امتلاك المعلومة يعد مرحلة أولية لممارسة التعبير عن الرأي، ثم يتم بعدها تبني حقيقة معينة وبالتالي اتخاذ القرار أو التوجه بناء على ذلك، ومن هذا المنطلق يظهر تكريس الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات دستورياً باعتباره أساساً لحرية التعبير، فامتلاك المعلومات يعتبر أداة هامة جداً يجب أن يمتلكها الأشخاص للرقابة على السلطة الإدارية<sup>(172)</sup>.

ومما لا شك فيه أن إعطاء هذا الحق مرتبة الحقوق الدستورية يعني تمتعه بالعلو الذي تمتاز به نصوص الدستور على باقي النصوص التشريعية العادية الأخرى بما يحمله هذا الامتياز من ضمانة تتمثل بحمايته من الاعتداء عليه من قبل السلطات العامة سواء بالانتقاص أو النقص، حيث تحظر المادة (46) من الدستور ذلك بالإضافة إلى الجمود الذي تضيفه عليه المادة (2/126) من الدستور، حيث منعت تعديل الأحكام المتعلقة بالحقوق الحريات إلا بعد مرور دورتين انتخابيتين وموافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب وقراره بالاستفتاء الشعبي<sup>(173)</sup>.

وفي ذات السياق فقد أكد الدستور العراقي لعام 2005 الحالي على الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات، ولذلك فإن بعض مواد التي نظمت حرية الرأي والتعبير والصحافة دلت على الاعتراف بهذا الحق والأخذ به، وذلك طبقاً لعدد من المواد على النحو الآتي:

=

منشورات زين الحقوقية، بيروت، عام 2011، ص 65.

<sup>(172)</sup> د. الموسوي، سالم روضان، حق الحصول على المعلومة حق من حقوق الانسان، مقال منشور في مجلة الحوار المتمدن، العدد 2897، في 2010/1/24.

<sup>(173)</sup> د. البياتي، وائل منذر، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية في العراق، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، عام 2016، ص 85.

- أ- المادة (14) "العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييزٍ بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي"<sup>(174)</sup>.
- ب- المادة 3/34 وتنص على "تشجع الدولة البحث العلمي للأغراض السلمية بما يخدم الإنسانية، وترعى التفوق والإبداع والابتكار ومختلف مظاهر النبوغ"<sup>(175)</sup>.
- ج- المادة (36) وتنص على "تكفل الدولة بما لا يخل بالنظام العام والآداب حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل، وحرية الصحافة والطباعة والإعلان والإعلام، وحرية الاجتماع والتظاهر السلمي، وتنظم بقانون"<sup>(176)</sup>.
- د- المادة (42) وتنص على أن "لكل فرد حرية الفكر والضمير والعقيدة".

ويمكن القول: أن الحقوق والحريات الدستورية تنقسم إلى ثلاث طوائف، وتأتي حرية تداول المعلومات (كجزء من حرية الرأي والتعبير) ضمن طائفة الحريات التي ينظمها القانون، والتنظيم هنا يقصد بها تدخل المشرع لضمان عدم تعارض ممارسة هذه الحرية مع حقوق وحريات أخرى يحميها الدستور، أو الأنواع التشريعية الأدنى، وإحالة تنظيم الحق إلى القانون، بحيث يجب أن تأتي ممارسة الأفراد في حدود ما استقر عليه التشريع الأدنى، وتكمن الإشكالية الرئيسية في أن المشرع العراقي استغل هذا التمكين الذي منحه إياه الدستور، وأثقل حرية تداول المعلومات بنصوص عديدة ومتفرقة، بل بقوانين كاملة، كانت سببا رئيسيا في إعاقة هذا الحق الأصيل.

<sup>174</sup> أنظر نص المادة رقم (14) من دستور العراق لعام 2005 الحالي

<sup>175</sup> أنظر نص المادة رقم (3/34) من دستور العراق لعام 2005 الحالي

<sup>176</sup> أنظر نص المادة رقم (36) من دستور العراق لعام 2005 الحالي

## المطلب الثاني

## دور المنظمات الدولية في دعم حرية تداول المعلومات وحق المعرفة

أولاً: موقف المواثيق الدولية من حرية تداول المعلومات وحق المعرفة:-

يعد حق تداول المعلومات ركنا أساسيا من أركان حرية الرأي والتعبير، بل إنه يعتبر حقا أساسيا من حقوق الإنسان، وقد عبرت الجمعية العامة للأمم المتحدة عن هذا المعنى في دورتها الأولى عام 1946، عندما أكدت في قرارها رقم 1/59 على أن "الحق في تداول المعلومات يعد من الحقوق الأساسية للإنسان، وهو الأساس لكل الحريات التي تكرسها الأمم المتحدة"، وفي الإعلانات والمواثيق الدولية التي اعتمدها الأمم المتحدة، فقد عالجت الحق في تداول المعلومات باعتباره جزء رئيسي من أحد الحقوق الأساسية، وهو حق حرية التعبير الذي تضمنته المادة 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، بقولها "لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء دون مضايقة. وفي التماس الأنباء والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين بأية وسيلة ودون أي اعتبار للحدود"، وهو نفس المعنى الذي أكدت عليه المادة 19/2 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية<sup>(177)</sup>.

وفي ذات السياق فقد استقرت الأدبيات الدولية الخاصة بالحق في تداول المعلومات على الجمع بين هذا الحق، وبين الحق في الحصول على المعلومات التي تكون بحوزة السلطات العامة، فعلى سبيل المثال أكد المقرر الخاص للأمم المتحدة المعني بحرية الرأي والتعبير، في التقرير السنوي لعام 1998 أن "الحق في الحصول على المعلومات، وتلقيها، وإذاعتها يفرض التزاما إيجابيا على الدول بأن تضمن القدرة على الوصول إلى المعلومات، خاصة تلك التي تكون محفوظة لدى الحكومة بأي نوع من أنواع التخزين"<sup>(178)</sup>.

ومن هذا المبدأ فقد أكد الإعلان الأمريكي لمبادئ حرية التعبير، الصادر في أكتوبر 2000 على أن "ضمان حرية المعلومات التي بحوزة الدولة سوف يضمن بصورة أكبر الشفافية القدرة على محاسبة الأنشطة الحكومية وتقوية المؤسسات

<sup>(177)</sup> Report of the Special Rapporteur, Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, UN Doc. E CN.4/1998/40, 28 January 1998, Para. 14.

<sup>(178)</sup> د. الشريف، سارة، آليات إتاحة المعلومات، دراسة مقارنة، مركز دعم لتقنية المعلومات، القاهرة، عام 2015، ص 53.

الديمقراطية"، ويبين الإعلان بوضوح أن "الحق في الحصول على المعلومات التي بحوزة الدولة هو حق أساسي لكل فرد، وعلى الدولة التزامات بضمنان الممارسة الكاملة لهذا الحق، ويتيح هذا المبدأ فرض قيود استثنائية يُنص عليها في القانون في حالة وجود خطر حقيقي داهم يهدد الأمن القومي للمجتمعات الديمقراطية"

ومن زاوية أخرى فقد تضمنت وثيقة لندن حول "حرية التعبير" الصادرة في مارس 1999 عن اجتماع لخبراء الكومنولث نصاً صريحاً حول الحق في تداول المعلومات، إذ أكدت على أن "يجب ضمان حرية تداول المعلومات بوصفها حق قانوني قابل للتطبيق يتيح لكل فرد أن يحصل على سجلات ومعلومات تكون في حوزة السلطات التنفيذية، والتشريعية، والقضائية للدولة، أو مؤسسة مملوكة للحكومة، أو أية جهة أخرى تقوم بتنفيذ مهام حكومية"<sup>(179)</sup>.

لقد نصت المواثيق الإقليمية على الحق في الحصول على المعلومات كأحد حقوق الإنسان، مما يعكس اهتماماً متزايداً وتأكيداً على هذا الحق ودوره في ممارسة باقي حقوق الإنسان، فقد عالج الميثاق العربي لحقوق الإنسان مسألة حرية الحصول على المعلومات في المادة (٣٢) والتي نصت على الحق في الحصول على الأخبار والإحصاءات من مصادرها المختلفة، كما نص الميثاق على بعض القيود المشروعة، حيث تمارس هذه الحقوق والحريات في إطار المقومات الأساسية للمجتمع، ولا تخضع إلا للقيود التي يفرضها احترام حقوق الآخرين أو سمعتهم أو حماية الأمن الوطني أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة<sup>(180)</sup>.

ثانياً: موقف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من تداول المعلومات وحق المعرفة:-

أعربت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان عن رأي مفاده أن حرية التعبير تنطبق ليس فقط على المعلومات والأفكار التي يجري تلقيها بصورة إيجابية، أو التي تعتبر غير مؤذية، أو مسألة لا تثير اهتمام أحد، ولكن أيضاً على المعلومات والأفكار التي تجرى، أو تصيب، أو تزعج الدولة، أو أي قطاع من قطاعات السكان"، وذكرت المحكمة أن هذه هي مقتضيات

<sup>(179)</sup> د. مجلي أنجلا، حرية تداول المعلومات ركن أساسي في حقبة التحول إلى مصر الديمقراطية، تقديم محمد فاضل، المنظمة المصرية الأمريكية لسيادة القانون، تقرير نوفمبر ٢٠١٢، ص 32.

<sup>(180)</sup> د. مجلي أنجلا، المرجع السابق، ص 34.

التعددية، والتسامح، وسعة الأفق التي بدونها لا يمكن أن يوجد مجتمع ديمقراطي<sup>(181)</sup>.

وننوه إلى أن البرلمان الأوروبي والمجلس قاما بإقرار قواعد الحصول على الوثائق الخاصة بالبرلمان الأوروبي ، والمجلس وذلك في مايو 2001 وتذكر الديباجة أهمية الحق في تداول المعلومات بقولها "التفتح يتيح للمواطنين المشاركة بصورة أكبر في عمليات صنع القرار، ويضمن تمتع الإدارة بقدر أكبر من الشرعية كما أنها تصبح أكثر فاعلية، ومسئولة أمام المواطنين في النظام الديمقراطي، ويسهم التفتح في تقوية مبادئ الديمقراطية، واحترام الحقوق الأساسي<sup>(182)</sup>.

إلا أنه على الرغم من ذلك فالممارسة العملية تعكس بعض الممارسات التي تقيد حق الحصول على المعلومات، حيث أشار تقرير التنمية الإنسانية العربية لعام ٢٠٠٤م، إلى ضعف البيئة الإعلامية المحفزة والممكنة للمعرفة في المجتمعات العربية، أما النظام الأفريقي لحماية حقوق الإنسان تلاحظ أنه قد تبنت المفوضية الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب إعلان مبادئ حرية التعبير في دورة انعقادها الثانية والثلاثين عام ٢٠٠٢م، وقد أيد هذا الإعلان الحق في إتاحة المعلومات حيث بين أن كل فرد يتمتع بالحق في الحصول على المعلومات وذلك في إطار القوانين واللوائح<sup>(183)</sup>.

### الخاتمة

أولاً: نتائج البحث:-

1- على الرغم من أن الدستور العراقي لعام 2005 لم ينص صراحة على الحق في المعرفة وتداول المعلومات، فإنه لا يعني عدم وجود اعتراف دستوري بهذا الحق، وإنما ينبع هذا الحق من حرية التعبير المكفولة بموجب أحكام المادة (31) من الدستور، حيث أن الكثير من فقهاء القانون يعتبرون أن الحق في الحصول على المعلومات جزء لا يتجزأ من حرية

<sup>(181)</sup> د. حبيب ألبرت سيف، حرية تداول المعلومات كحق للمواطن، رئاسة مجلس الوزراء، الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة، الإدارة المركزية للبحوث، عام 2009، ص 56.

<sup>(182)</sup> Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism, Advisory Opinion OC- (182) 5/85, 13 November 1985, Para. 30

<sup>(183)</sup> د. حبيب، ألبرت سيف، المرجع السابق، ص 63.

التعبير عن الرأي.

2- نرى بأن المشرع القانوني العراقي لم يكن بعيد عن تطبيقات هذا الحق، حيث أن العراق قد وقع وصادق على ميثاق الأمم المتحدة والعهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية، وأصبحت جزء من المنظومة الوطنية القانونية في العراق، ومع ذلك لم تخلوا القوانين والأنظمة العراقية من الإشارة إليه ضمناً، وصراحة أحياناً، وهذا يؤكد أن البيئة القانونية العراقية مهيأة لاستقبال تشريع يتناول الحق بشكل مباشر ويركز أحكامه بنصوص واضحة، تلزم كافة الدوائر والمؤسسات باحترامه، لتعلقه بالمواطن وحقوقه الأساسية.

3- يمكن القول أنه على الرغم من غياب النص التشريعي الصريح للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات إلا أن هذا الحق مكفول من الناحية القانونية والدستورية حيث أنه قد أشارت إليه بعض نصوص القوانين الأخرى كما وضحنا سلفاً في تلك الدراسة.

4- توجد ظاهرة شائعة في التشريعات العراقية سواء التي تقيد حرية تداول المعلومات، أو التي تلزم بالإفصاح عن معلومات معينة، وهي عدم وجود تعريفات واضحة، للمصطلحات التي تحوز مكاناً جوهرياً ومؤثراً في مجال تداول المعلومات، مثل الأمن القومي، والنظام العام، والمصلحة العامة، والسلم العام، وهو ما يمكن الجهات القائمة على تطبيق هذه القوانين من التفسير الواسع لهذه المصطلحات الاستثنائية، مما قد يحول الاستثناء بتقييد حرية تداول المعلومات في حالات معينة إلى قاعدة عامة، وهو ما يحدث بالفعل حالياً.

5- تبين لنا من خلال تلك الدراسة أنه لا يوجد في القوانين العراقية إجراءات تتيح الطعن على قرارات رفض طلبات الحصول على المعلومات من جانب الجهات الإدارية، كما لا توجد جهة رقابية مستقلة تراقب أداء الجهات الحكومية والخاصة في مجال إتاحة المعلومات، ويمكن التظلم أمامها من الانتهاكات المتعلقة بخصوص هذا الشأن.

ثانياً: التوصيات:-

1- ضرورة وسرعة اصدار تشريع قانوني يضمن أو يكفل حماية الحق في المعرفة وحرية تداول المعلومات في العراق، حيث أنه حتى تلك اللحظة لا يوجد سوى مشروع قانون تم إعداده من ذي قبل خلال عام 2018، إلا أنه حتى تلك اللحظة لم يرى النور، مما يستلزم على السلطة التشريعية بضرورة وجود تشريع خاص بالحق في المعرفة وتداول المعلومات في



المجتمع المصري.

2- إن التطور الديمقراطي تأثر بشكل كبير بسبب عدم حق حرية تداول المعلومات وعدم إتاحة فرص مساوية للمواطنين في الحصول على المعلومات وبسبب القوانين التي تضيق الخناق بشتى الطرق على الصحافة والمواطن، تداول المعلومات له دور أساسي في مكافحة الفساد ودعم اقتصاد الدول وللجميع الحق في المعرفة ولذلك لابد من وجود ضمانات قانونية تضمن هذا الحق.

3- يجب على جميع السلطات في العراق مراعاة المبادئ العامة لحرية تداول المعلومات وإتاحتها للجميع بالتساوي فيما بينهم، ويجب وضع تشريعات تنظم الحق في تداول المعلومات وتكفل الحرية في الوصول لها ورفع العقوبات عن حرية قضايا النشر ويجب ضمان ذلك بنص دستوري، مع ضرورة إلزام الحكومة بالنشر الروتيني والدوري للمعلومات التي تهم كافة الناس من مواطنين وصحفيين وضمان إجراءات محددة للحصول على المعلومات، وأيضا إتاحة المعلومات بدون أي مقابل مادي لأنها حق دستوري للجميع.

ثالثا: المصادر والمراجع:-

1- المراجع العربية:-

- 1- عزت، أحمد، حرية تداول المعلومات، دراسة قانونية، مؤسسة حرية الفكر والتعبير، القاهرة، ط 2، عام 2013.
- 2- الإسلام، أحمد سيف، تأصيل الحق في المعرفة كسلاح للدفاع عن حرية الرأي والتعبير، مجلة الدراسات الإعلامية، عام 1996.
- 3- صالح، أحمد، مقال منشور على شبكة الانترنت بعنوان "هل يكفل المشرع المصري الحق في تداول المعلومات"، بتاريخ <https://www.legal-agenda.com,2018/2/20>
- 4- مجلي، أنجلا، حرية تداول المعلومات ركن أساسي في حقبة التحول إلى مصر الديمقراطية، تقديم محمد فاضل، المنظمة المصرية الأمريكية لسيادة القانون، تقرير نوفمبر ٢٠١٢.
- 5- حبيب، ألبرت سيف، حرية تداول المعلومات كحق للمواطن، رئاسة مجلس الوزراء، الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة،

الإدارة المركزية للبحوث، عام 2009.

6- سراج الدين، إسماعيل، حرية تداول المعلومات في مصر، مكتبة الإسكندرية، عام 2009.

7- مندل، توني، حرية المعلومات، مسح قانوني مقارن، دراسة منشورة من قبل منظمة التربية والعلوم والثقافة التابعة

للأمم المتحدة، عام 2003.

8- الشناق، حسام محمد نبيل، حرية تداول المعلومات، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع الإلكتروني:

<https://www.facebook.com/hossamnabi/posts>

9- زياد عقل، حرية تداول المعلومات في مصر والأطر الدستورية والتشريعية، مجلة الديمقراطية، الأهرام، السنة (١٦)،

العدد 168، الجزء الرابع، أبريل لعام 2016م.

10- الشريف، سارة، آليات اتاحة المعلومات، دراسة مقارنة، مركز دعم لتقنية المعلومات، القاهرة، عام 2015، ص 53.

11 – الموسوي، سالم روضان ، حق الحصول على المعلومة حق من حقوق الانسان، مقال منشور في مجلة الحوار

المتمدن، العدد 2897، في 2010./1/24

12- شاهين، شريف كامل ، حرية تداول المعلومات في مصر بين التشريع والتنفيذ، ورقة بحث مقدمة للمؤتمر ، كلية

الآداب جامعة القاهرة، عام 2013.

13- جابر، صالح، حق المعرفة وتداول المعلومات في التشريع الجزائري بين الحماية والتقييد، مجلة الدراسات الفقهيّة

والقضائية، العدد 2، عام 2016.

14- مبارك، عماد، حرية تداول المعلومات، دراسة قانونية مقارنة، مؤسسة حرية الفكر والتعبير، ط 1، عام 2011، ص

11.

14- الهلالي، علي هادي عطية ، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير

الدستور العراقي، ط 8، منشورات زين الحقوقية، بيروت، عام 2011

15- عبد البر، فارق الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار النهضة العربية، ط 1، بدون تاريخ نشر.

16- عبد المجيد، قدرى، الإعلام وحقوق الإنسان قضايا فكرية ودراسة تحليلية وميدانية، دار الجامعة الجديدة

الإسكندرية، عام 2008.

17- المنزول، مصطفى الناير، الحماية القانونية للحقوق الفنية والأدبية في السودان، دراسة مقارنة، مجلة الشريعة

والدراسات الإسلامية، عام 2007.

18- محفوظ، محمد عبد اللطيف، عصر المعلومات وموقف النظام الإعلامي المصري من مفهوم حق المعرفة، رسالة

ماجستير، كلية الآداب جامعة الإسكندرية، عام 1998م.

19- عادل، مارينا، آليات إتاحة المعلومات، دراسة مقارنة، مركز دعم لتقنية المعلومات، مصر، عام 2013.

20- فاضل، محمد، حرية تداول المعلومات ركن أساسي في حقبة التحول إلى مصر الديمقراطية، المنظمة المصرية الأمريكية

لسيادة القانون، تقرير نوفمبر، عام ٢٠١٢.

21 – البياتي، وائل منذر، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية في العراق، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية

الحقوق، جامعة النهدين، عام 2016، ص 85.

2- المراجع الأجنبية:-

22) Report of the Special Rapporteur, Promotion and protection of the right to freedom of opinion and

.expression, UN Doc. E CN.4/1998/40, 28 January 1998, Para. 14.

23) Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism, Advisory

Opinion OC-5/85, 13 November 1985, Para. 30

## حرق الجثث وقت الحرب في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الإنساني

## Cremation in Time of War in Islamic Jurisprudence and the International Human Law

د. محمد مطلق محمد عساف

مندسق برنامج دكتوراة الفقه وأصوله في جامعة القدس

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

[m.assaf@staff.alquds.edu](mailto:m.assaf@staff.alquds.edu)

إسراء محمد إبراهيم دبيغ

باحثة دكتوراة في برنامج دكتوراة الفقه وأصوله

المشترك بين جامعات القدس والنجاح والخليل

## ملخص:

يتناول هذا البحث بيان موقف الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني من تحريق جثث قتلى العدو بالنار في وقت الحرب.

وقد تم في المبحث الأول توضيح "مبدأ حفظ الكرامة الإنسانية في الشريعة الإسلامية"، فاشتمل على بيان حقيقة الكرامة الإنسانية، و مظاهر تكريم جثة الإنسان في وقت الحرب، ومن ثم بحث "مفهوم الحرب والحرق"، حيث تم بيان معاني أهم المصطلحات المتعلقة بالبحث؛ فتم توضيح مفهوم الحرب لغة واصطلاحاً، ومفهوم الحرق لغة واصطلاحاً، وبعد ذلك تم بيان الأحكام المتعلقة بإحراق جثث الحرب بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني؛ فتم بيان موقف الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني من إحراق المقاتلين من العدو، والمدنيين الذين تترس بهم العدو، وحكم إحراق جثث قتلى الحرب وموقف الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني من هذه المسألة. وقد توصل البحث إلى مجموعة من النتائج، منها تحريم المثلة بجثث قتلى العدو، بقطع أطرافهم أو العبث بأشلائهم، وعدم جواز حرق مقاتلي العدو بالنار في حال القدرة عليهم، بالأسر أو الاستسلام، فيحرم حرق جثث قتلى العدو بالنار، إلا من باب المعاملة بالمثل.

الكلمات المفتاحية: جثث القتلى، الكرامة الإنسانية، الحرق، الحرب، الشريعة الإسلامية، القانون الدولي الإنساني.

**Abstract:**

This study deals with the position of the Islamic Law (IL) and International Humanitarian Law (IHL) from the cremation in time of war. In the first chapter, the principle of preserving human dignity in the IL was clarified including the reality of human dignity and the manifestations of honoring human bodies in time of war. Then, the concepts of war and cremation have been dealt with that the most important definitions of cremation linguistically and idiomatically. Then, the statement of provisions related to cremation in the time of war between the IL and the IHL, so the position of the IL and the IHL regarding cremation has been clarified. Also, it has been highlighted that the cremation of civilians as well as its rule have been focused on in the IL and the IHL.

It is found that the prohibition of the mutilation of the bodies of the enemy's dead, by cutting off their limbs or tampering with their remains, as well as the prohibition of the cremation of the bodies of enemies' fighters with fire if they are captured or surrendered. In short, it is forbidden to burn the corpses of the enemy's dead soldiers with fire, except as a matter of dealing with others as they deal with us.

**Keywords:** corpses, human dignity, cremation, war, Islamic Law, International Humanitarian Law.

**المقدمة:**

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم النبيين وإمام المرسلين، ورحمة الله للعالمين، وعلى آله المكرمين، وخلفائه الراشدين وأصحابه المهديين، ومن سار على دربهم في السلم والحرب إلى يوم الدين، أما بعد:  
فقال تعالى: "وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين"<sup>184</sup>، آية كريمة أرست المبادئ الأخلاقية العالية، والقواعد الشرعية في التعامل مع الأعداء في وقت الحرب، حفاظاً على الكرامة الإنسانية من الانتهاك، فالجروب التي خاضها المسلمون لم تكن حروباً عدوانية من أجل تحقيق أطماع دنيوية، بل كانت منبعا خصبا لدروس من القيم والأخلاق الحربية، والمتمثلة في حسن معاملة الأسرى، وحماية المدنيين، وتحريم استخدام الأسلحة التي تأخذ البريء بالمسيء، وتحصد أرواح الناس حصداً، كأسلحة الدمار الشامل، فبينت الشريعة الإسلامية الطرق والوسائل التي تحقق الغايات المطلوبة من الحرب دون إفراط ولا تفريط.

**أسباب اختيار البحث:**

- إظهار عظمة الشريعة الإسلامية في تعاملها مع جثث القتلى في ميدان المعركة.
- معرفة الحكم الشرعي المتعلق باستخدام التحريق بالنار ضد الأعداء في وقت الحرب.

<sup>184</sup> سورة البقرة، الآية (190).

- معرفة موقف الشريعة الإسلامية من حرق جثث القتلى في زمن الحرب.
- معرفة رأي القانون الدولي الإنساني من تحريق جثث القتلى في وقت الحرب.

#### أهمية الموضوع:

- تكمن أهمية الموضوع في معالجته قضية فقهية يُحتاج إليها في عصرنا الحالي، حيث إن أسلوب التحريق في وقت الحروب بات من أخطر الأسلحة التي من الممكن استخدامها في الحرب، فجاء هذا البحث ليدسلط الضوء على موقف الشريعة الإسلامية، ومن ثم التعرّيج إلى موقف القانون الدولي الإنساني في هذه المسألة.
- يسلط الضوء على احترام جثث القتلى من الانتهاك في وقت الحرب وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني.

#### الدراسات السابقة:

- (استخدام التحريق في الحرب بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني)، سالم عبد الله أبو مخدة، بحث مقدم لمجلة الشريعة والقانون، المجلد 44، العدد 4، ملحق 3، سنة 2017، وهدف الباحث بيان الحكم الشرعي المتعلق باستخدام التحريق في الحرب مع الأشخاص أو الممتلكات.
- (احترام جثث قتلى العدو في ضوء قواعد الشريعة الإسلامية والقانون الدولي)، ناهض إسماعيل فرحات، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون الدولي الإنساني في ضوء الشريعة الإسلامية، الجامعة الإسلامية- غزة، وهدف الباحث إلى تسليط الضوء على احترام جثث العدو وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني.
- وقد تميز هذا البحث عن الدراسات السابقة، في الحديث عن حكم الشريعة الإسلامية ورأي القانون الدولي الإنساني في خصوص مسألة حرق جثث القتلى في وقت الحرب.

#### مشكلة البحث:

- ما حقيقة الكرامة الإنسانية؟ وما هي مظاهر تكريم جثث القتلى في وقت الحرب؟
- ما مفهوم الحرب والحرق؟
- هل يجوز في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني تحريق أشخاص العدو في وقت الحرب؟
- ما موقف الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني في حرق جثث القتلى في وقت الحرب؟

#### أهداف البحث:

- بيان مظاهر تكريم جثث قتلى الحرب في الشريعة الإسلامية، والقانون الدولي الإنساني.
- بيان الحكم الشرعي المتعلق باستخدام الحرق في الحرب ضد الأشخاص سواء أكانوا أحياء أم أمواتاً.
- بيان موقف القانون الدولي الإنساني في مسألة حرق الجثث في وقت الحرب.

#### منهجية الدراسة:

- المنهج الوصفي، ثم التحليلي المتمثل في دراسة آراء العلماء وتمحيصها، وترجيح القول الذي تقويه الأدلة، مع ذكر سبب الترجيح.

- المنهج الاستقرائي القائم على جمع المادة العلمية، وتتبعها في مظانها.

هيكلية البحث:

- تم تقسيم هذا البحث إلى مقدمة، وثلاثة مباحث، وخاتمة على النحو الآتي:
- المقدمة: وتم فيها بيان أسباب اختيار الموضوع، وأهميته ومشكلته ومنهجه والدراسات السابقة.
- المبحث الأول: مبدأ حفظ الكرامة الإنسانية في الشريعة الإسلامية.
- المطلب الأول: حقيقة الكرامة الإنسانية.
- المطلب الثاني: مظاهر تكريم جثة الإنسان وقت الحرب.
- المبحث الثاني: حقيقة الحرب والحرق.
- المطلب الأول: الحرب لغة واصطلاحاً.
- المطلب الثاني: الحرق لغة واصطلاحاً.
- المبحث الثالث: حكم إحراق جثث الحرب بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني.
- المطلب الأول: إحراق المقاتلين من العدو، ومدنيين ترس بهم العدو بين الفقه والقانون.
- المطلب الثاني: إحراق جثث قتلى الحرب بين الفقه والقانون.
- الخاتمة: وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات.

### المبحث الأول

#### مبدأ الكرامة الإنسانية في الشريعة الإسلامية

المطلب الأول: حقيقة احترام الكرامة الإنسانية، وأهميتها.

كرم الله تعالى الإنسان أيما تكريم، فخلقه في أبهى صورة، وفضله على كثير من خلقه تفضيلاً عظيماً، وجعله سيد

المخلوقات، فسخر له ما في السم وما في الأرض، لمساعدته وتلبية احتياجاته.

قال تعالى: "هو الذي جعل لكم الأرض ذلولاً فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه وإليه النشور"<sup>185</sup>، وأعدّه بالإمكانات

التي تؤمّله لهذه السيادة، وتعيّنه على حمل الأمانة، وعلى القيام بما أوكل إليه من مهمة الإعمار والاستخلاف في

الأرض، فوهب له العقل والقلب والسعي، "فهو بالعقل يهتدي في مسالك الحياة، وبالإيمان يدفع لارتياح هذه

<sup>185</sup> سورة الملك، آية (15).

المسالك، وبالسعي يتمكن من السيطرة على البر والبحر، ويحصل رزقه من طيبات ما في الأرض"<sup>186</sup>، قال تعالى: "ولقد كرمتنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً"<sup>187</sup>، وقد جاء الإسلام بتشريعات ربانية ومبادئ سامية تصون للإنسان حرمة سواء أكان حياً أم ميتاً، وترعى كرامته في جميع الأحوال في الحرب كما في السلم.

أولاً: الكرامة الإنسانية لغة واصطلاحاً:

الكرامة لغة: مصدر الفعل (كَرَمَ)، والكرم نقيض اللؤم، فيقال كَرُمَ فلان كرماً وكرامة: أي أعطى بسهولة وسخاء، فهو كريم، ويقال: أكرم فلان وكرمه، أي: أحسن معاملته، وكرم فلاناً على غيره، أي: فضله في التكريم، والكرامة اسم يوضع للإكرام، وهو: إيصال الشيء الكريم أي النفيس إلى المكرم، وكرم الشيء: عز، وكرم السحاب: جاد بغيثه، وأرض مكرمة للنبات: إذا جاد نباتها.<sup>188</sup>

فتبين مما سبق أن الكرامة في اللغة تدور حول المعاني الشريفة من الفضل، والخير، والزيادة والسهولة، والعز، والشرف.

الكرامة اصطلاحاً: هي تقدير المرء ذاته، وشعوره بالعزة والشرف، وعلو الشأن، والمنزلة الرفيعة، مما يجعله يتأثر ويتألم إذا ما انتقص قدره أو انتهكت حرمة<sup>189</sup>، وقال ابن عاشور: "الكرامة هي مزية خص بها الله بني آدم من بين سائر المخلوقات الأرضية"<sup>190</sup>.

ثانياً: الإنسانية لغة واصطلاحاً:

الإنسانية لغة: من المصدر (أنس)، والأنس بالكسر: البشر، والجمع: أناسي<sup>191</sup>، ومنه قوله تعالى: "وأناسي كثير"<sup>192</sup>،

<sup>186</sup> فائدة، أرشيد، الكرامة الإنسانية في دعوة الإسلام، هدي الإسلام، وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، مج 50، ع 8، تاريخ النشر 2006، ص 114.

<sup>187</sup> سورة الإسراء، آية (70).

<sup>188</sup> ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، مادة (كرم)، ط 1، دار صادر- بيروت، دت، ج 12، ص 510.

<sup>189</sup> ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد، التحرير والتنوير، د ط، دار التونسية- تونس، تاريخ النشر 1984م، ج 16، ص 156.

<sup>190</sup> عمر، أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط 1، عالم الكتب، تاريخ النشر 2008م، ج 3، ص 923.

<sup>191</sup> الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح في اللغة، مادة (أنس)، د ط، دت، ج 3، ص 42.

<sup>192</sup> سورة الفرقان، آية (49).



والإنسان هو الكائن الحي المفكر، وسمي بذلك لأنه يأنس بكل ما يألفه، ولهذا قيل الإنسان مدني بطبعه<sup>193</sup>، وقد تأتي الإنسانية لغة بمعنى: المؤانسة والملاطفة والطمأنينة.<sup>194</sup>

الإنسانية اصطلاحاً: هي جملة من المحامد التي أختص بها الإنسان عن سائر المخلوقات، والتي تدل على خيرية الإنسان ومحبته لغيره بغض النظر عن دينه وعرقه ولونه.<sup>195</sup>

يتبين من التعريفات السابقة أن الكرامة الإنسانية هي: تفضيل الإنسان وتكريمه على سائر المخلوقات قال تعالى: "ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً".<sup>196</sup> ويمكن تلخيص أهمية الكرامة الإنسانية في النقاط التالية:<sup>197</sup>

**أولاً:** إن الكرامة الإنسانية هي جوهر إنسانية الفرد، وأساس ذاتيته وكيانه، وهي من أهم حقوقه، وليست هبة أو منحة من أحد، لذا أرسى الإسلام العديد من المبادئ للحفاظ عليها وتقوية دعائمها، ورسخ في الإنسان إحساسه بكرامته، ليقوي تمسكه بها، ودفاعه عنها.

**ثانياً:** ترسخ الكرامة الإنسانية في الإنسان الشعور بعزة النفس والاحترام، وهذا من شأنه تحقيق الأمن والسلام، والتعايش في إطار النسيج الاجتماعي المتكامل.

**ثالثاً:** إن احترام الكرامة الإنسانية، يساهم في فتح أبواب واسعة للحوار والانفتاح على الآخرين، وقبول وجهات النظر المتعددة، دون تمييز أو احتقار لمجرد الاختلاف باللون أو الجنس أو الثقافة أو الدين، وهذا ما يؤدي إلى الإبداع والتشارك في إنجاز الحضارات الإسلامية ونموها.

**رابعاً:** الإقرار بالكرامة الإنسانية يهذب النفس تجاه الآخرين وفي جميع الأحوال في السلم والحرب، فمن لوازم حق الكرامة ومتطلباتها، أن يحترم الإنسان كرامة الآخر فلا يؤذيه في حضرته أو مهينته في غيبته، سواء أكان الإيذاء بدنيا كالضرب والعنف، أو قولياً كالشتم والسخرية، وما إلى ذلك من المعاملات المهينة للكرامة الإنسانية.

<sup>193</sup> الأصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: محمد سيد كيلاني، د ط، دار المعرفة- بيروت، د ت، ص 28.

<sup>194</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة (انس)، ج 6، ص 10.

<sup>195</sup> الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ص 509.

<sup>196</sup> سورة الإسراء، آية (70).

<sup>197</sup> محمد، أحمد جمعة، الكرامة الإنسانية في التصور الإسلامي وتطبيقاتها الفقهية-دراسة مقارنة، كلية الشريعة- جامعة الملك خالد- المملكة العربية السعودية، ص 1696، 1695.

خامساً: عند امتحان الكرامة الإنسانية بالانتهاكات والاعتداءات العنيفة، أو الجرائم الشنيعة التي تحط من كرامة الإنسان، يرسخ الشعور بالمهانة البشرية، ويؤدي إلى أنماط عنيفة من السلوك الإنساني السلبي، ويساق الناس قسراً إلى مسلك العنف والانتقام بدل مسلك العفو والاحترام.

المطلب الثاني: مظاهر تكريم جثة الإنسان في وقت الحرب.

الفرع الأول: مظاهر تكريم جثة الإنسان وقت الحرب في الشريعة الإسلامية.  
كرم الله عز وجل الإنسان أعظم تكريم سواء أكان حياً أو ميتاً، ومن مظاهر تكريم الإنسان عندما يصبح جثة في زمن الحرب ما يلي:  
أولاً: تحريم المثلة بجث القتلى، بقطع أطرافهم أو تشويهها، أو جذع أنوفهم أو قطع آذانهم، وبقر بطونهم، أو العبث بأشلائهم<sup>198</sup>، ويستدل على ذلك بما يلي:

القران الكريم:

- قوله تعالى: "ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً"<sup>199</sup>.

وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة بعمومها على تحريم المثلى بقتلى الحرب، لأن الشريعة الإسلامية كرمت الإنسان روحاً وجسداً تكريماً عظيماً سواء أكان في حال حياته أم بعد مماته، وسواء أكان مسلماً أم كافراً

- قوله تعالى: "وإن عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين (126) واصبر وما صبرك إلا بالله ولا تحزن عليهم ولا تك في ضيق مما يمكرون"<sup>200</sup>.

وجه الدلالة: دل صدر هذه الآية دلالة صريحة على إباحة التمثيل بقتلى العدو، عن أبي بن كعب: لما كان يوم أحد أصيب من الأنصار أربعة وستون رجلاً، ومن المهاجرين ستة، منهم حمزة فمئلوا بهم، فقالت الأنصار: لئن أصبنا منهم يوماً مثل هذا لتزيدن عليهم، فلما كان يوم فتح مكة أنزل الله: {وإن عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به، ولئن صبرتم لهو خير للصابرين}<sup>201</sup> فقال رجل لا قريش بعد اليوم، فقال رسول الله - ﷺ -: نصبر ولا نعاقب كفوا عن القوم إلا

<sup>198</sup> ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، د ط، دار الفكر- بيروت، سنة النشر 2000م، ج 4، ص 131، الشافعي، مجد بن إدريس، الأم، د ط، دار المعرفة-بيروت، سنة النشر 1393هج، ج 4، ص 245، الشوكاني، مجد بن علي بن مجد، نيل الأوطار، د ط، إدارة الطباعة المنيرية، دت، ج 8، ص 58، الزحيلي، وهبة، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، د ط، دار الفكر-دمشق، ص 460.

<sup>199</sup> سورة الإسراء، آية (7).

<sup>200</sup> سورة النحل، آية (126، 127).

<sup>201</sup> سورة النحل، آية (126).

أربعة<sup>202</sup>، فالمعاملة بالمثل مبدأ مقرر في الإسلام، ولكن الشريعة قد زادت عليه اعتبار الفضيلة والتقوى في سبيل احترام الكرامة الإنسانية، ولذلك فقد نهى رسول الله ﷺ عن المثلة بعد نزول قوله تعالى: "واصبر وما صبرك إلا بالله"<sup>203</sup>، وذهب فريق من أهل العلم إلى أن هذه الآية نسخت ما كان قد أذن لهم فيه من المثلة في صدر الآية<sup>204</sup>.

### السنة النبوية:

وردت أحاديث كثيرة تنهى عن المثلة منها:

- عن سليمان ابن بريدة، عن أبيه، قال: قال رسول الله ﷺ، إذا أمر أمير على جيش أو سرية، أوصاه خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيرا. ثم قال: "اغزوا باسم الله. وفي سبيل الله. قاتلوا من كفر بالله. اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا"<sup>205</sup>.

- عن عبد الله بن يزيد قال: "نهى النبي ﷺ عن المثلة"<sup>206</sup>.

وجه الدلالة: دلت تلك الأحاديث الصحيحة دلالة صريحة على النهي عن المثلة بالقتيل، والنهي يقتضي التحريم ما لم تأت قرينة تصرفه عن التحريم ولا يوجد صارف.<sup>207</sup>

**ثانياً:** دفن القتلى<sup>208</sup>، وتبادل المعلومات عنهم، وتسهيل تسليمهم لدوهم، وهذا من كمال الرحمة بهم والإحسان إليهم، على الرغم من أنهم كانوا من المعادين لدين الله ورسوله، ومن باب العمل بالمصلحة العامة، لأن إبقاء جيفة الميت بدون مواراة يجعلها عرضة للتهتك والتغيير، وقد تسبب وقوع الضرر بالمارة، أو تأذيمهم من رائحتها، وفي هذا تحقير للميت وامتهان لكرامته<sup>209</sup>، بل وعده بعضهم من المثلة المنهي عنها، ولذلك لم يترك النبي عليه الصلاة والسلام جثة بعد القتال إلا وأمر بمواراتها، ويستدل على ذلك بما يلي:

### القران الكريم:

قوله تعالى: "ألم نجعل الأرض كفاتا أحياء وأمواتا"<sup>210</sup>.

<sup>202</sup> الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي، سنن الترمذي، كتاب: تفسير القران، باب: سورة النحل، رقم الحديث: 3129، د ط، دار إحياء التراث العربي- بيروت، د ت، ج 5، ص 299. قال الترمذي: هذا الحديث حسن غريب من حديث أبي بن كعب، وقال الشيخ الألباني: حسن صحيح الإسناد.

<sup>203</sup> سورة النحل، آية (127).

<sup>204</sup> الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير، تفسير الطبري، ط 1، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، تاريخ النشر 2000م، ج 17، ص 322، الزحيلي، وهبة، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، د ط، دار الفكر- دمشق، ص 459.

<sup>205</sup> مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب: الجهاد والسير، باب: تأمير الإمام الأمراء على البعوث، رقم الحديث: 1731، د ط، دار إحياء التراث العربي- بيروت، تاريخ النشر 1955م، ج 3، ص 357.

<sup>206</sup> البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب: المظالم، باب: النبي يغير إذن صاحبه، رقم الحديث: 2342، ط 5، دار ابن كثير، دار اليمامة- دمشق، تحقيق: مصطفى ديب البغا، ج 2، ص 375.

<sup>207</sup> الزحيلي، وهبة، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، د ط، دار الفكر- دمشق، ص 460.

<sup>208</sup> ابن عرفة، محمد بن أحمد، حاشية الديسوقي، د ط، دار الفكر، د ت، ج 1، ص 430، الشريبي، محمد الخطيب، بغية المحتاج، د ط، دار الفكر- بيروت، د ت، ج 1، ص 348، النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع، د ط، دار الفكر، د ت، ج 5، ص 143.

<sup>209</sup> النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع، د ط، دار الفكر، د ت، ج 5، ص 281.

<sup>210</sup> سورة المرسلات، آية (25).

وجه الدلالة: سخر الله سبحانه وتعالى الأرض للإنسان، فجعلها كفاتا، والكفت: الضم، فتضم الأحياء بالدور والقصور، وتضم الأموات بالقبور رحمة بهم، وسترا لأجسادهم.<sup>211</sup>

قوله تعالى: "فبعث الله غرابا يبحث في الأرض ليريه كيف يواري سوءة أخيه قال يا ويلنا أعجزت أن أكون مثل هذا الغراب فأواري سوءة أخي فأصبح من النادمين".<sup>212</sup>

وجه الدلالة: بعث الله الغراب لتفهيم الخلق كيفية الدفن، فصار فعله سنة باقية، فرضا على جميع الناس على الكفاية، وإذا لم يدفن الكفار قتلاهم وجب على المسلمين فعل ذلك على الكفاية.<sup>213</sup>

السنة الفعلية:

- قتلى بدر وطرحهم في القليب، عن عروة عن عائشة قالت: "أمر رسول الله ﷺ بالقتلى أن يطرحوا في القليب فطرحوا فيه إلا ما كان من أمية بن خلف فإنه انتفخ في درعه فمأها فذهبوا يحركوه فترايل فأقروه وألقوا عليه ما غيبه من التراب والحجارة...".<sup>214</sup>

- حبس بني قريظة ومقتلهم، قال ابن إسحاق: "ثم استزلوا، فحبسهم رسول الله ﷺ في دار ابنة الحارث امرأة من بني النجار. ثم خرج رسول الله ﷺ إلى سوق المدينة، التي هي سوقها اليوم، فخذق بها خنادق، ثم بعث إليهم، فضرب أعناقهم في تلك الخنادق".<sup>215</sup>

وجه الدلالة: دلت أفعال الرسول ﷺ، دلالة واضحة على وجوب مواراة جثث قتلى الكفار ودفنهم.

وإذا عثر على جثث القتلى في ميدان المعركة، فيجوز شرعا تسليم المسلمين تلك الجثث لذويهم لدفنهم حسب الأصول المرعية في ديارهم، كما ويجوز إرسال المعلومات عنهم، وما يتعلق بشأنهم، إذا اقتضت مصلحة المسلمين ذلك، لأن تبادل المعلومات بين الأطراف المتحاربة مصلحة إنسانية مشتركة، فالمسلمون وغيرهم يهمهم معرفة مصير جنودهم، ليكون القائد على بصيرة من أمر جيشه لتقدير نتائج المعركة.<sup>216</sup>

**ثالثا:** يكره سلب القتلى وتركهم عراة غير مستوري العورة<sup>217</sup>، لما في ذلك من إهانة لحرمة الآدمي، وقد أمر رسول الله ﷺ بإلقاء قتلى بدر من المشركين في القليب، لمواراة جثثهم وستر عواريتهم، قال المهلب: "وفيه من الفقه، جواز ستر عورات المشركين، وطرحهم في الآبار المعطلة، وهو من باب ستر الأذى، ومواراة السوءة والعورة الظاهرة".<sup>218</sup>

<sup>211</sup> الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير، تفسير الطبري، ط1، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، تاريخ النشر 2000م ج24، ص133.

<sup>212</sup> سورة المائدة، آية (31).

<sup>213</sup> القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ط2، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم إطفيش، دار الكتب المصرية- القاهرة، تاريخ النشر 1964م، ج6، ص143.

<sup>214</sup> ابن حنبل، أحمد، مسند الإمام أحمد بن حنبل، الجزء الثالث والأربعون، رقم الحديث 26361، ط2، مؤسسة الرسالة، تاريخ النشر 1999م، ج43، ص380. تخرجه الحديث: سنده صحيح. انظر: الصوياني، محمد بن حمد، الصحيح من أحاديث السيرة النبوية، ط1، مدار الوطن، تاريخ النشر 2011م، ص225.

<sup>215</sup> المعارف، عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري، سيرة ابن هشام، ط2، تحقيق: مصطفى السقا وآخرون، مطبعة مصطفى البابي وأولاده- مصر، تاريخ النشر 1955م، ج2، ص240. التخرج: قال الذهبي هذا مرسل انظر: موقع منتديات كل السلفيين، بإشراف علي الحلبي، تخرجه حديث: "لقد حكمت بحكم الله فوق سبعة أرفعة" <https://www.kulalsalafiyeen.com/>

تاريخ التسجيل: 2012م، تاريخ القراءة: 2021-4-30م.

<sup>216</sup> الزحيلي، وهبة، آثار العرب في الفقه الإسلامي، د ط، دار الفكر- دمشق، ص468. الكيلاني، جمال أحمد زيد الكيلاني، بحوث في القضايا الجنائية، ط1، دار ذخائر الكتب- نابلس-

فلسطين، تاريخ النشر 2021، ص260، 257.

<sup>217</sup> الهوتي، منصور بن بونس بن إدريس، كشف القناع، د ط، تحقيق: هلال مصيلحي، دار الفكر- بيروت، د ت، ج3، ص72.

الفرع الثاني: مظاهر تكريم جثة الإنسان وقت الحرب في القانون الدولي الإنساني.  
نصت اتفاقية جنيف عام 1949م، لجرحى ومرضى الحرب في مادتيها 16 و 17 على واجبات الدول المحاربة نحو القتلى، وهي كالتالي<sup>219</sup>:

- منع العبث بأشلاء القتلى، أو سلب ما يكون معهم من مقتنيات، والعمل على إعادتها إلى أسرهم.
- التحقق من شخصية كل منهم عن طريق الصفيحة المعدنية المثبتة حول أيدي الجنود، أو أرقامهم أو غيره.
- البعث في أسرع وقت بأسماء القتلى الذين تعثر عودتهم إلى دولتهم.
- القيام بدفن القتلى بعد تقديم المراسم الدينية الواجبة لهم، مع وضع نصف الصفيحة المعدنية مع كل قتيل، ليسهل التعرف عليه إذا ما رؤى نقل أشلائه إلى دولته.
- تبادل الأطراف المتحاربة بيانات عن قبور قتلى كل منهم المدفونين في أرضها.

#### المبحث الثاني: حقيقة الحرب والحرقة

##### المطلب الأول: الحرب لغة واصطلاحاً

الحرب لغة: الحرب نقيض السلم، وتصغيرها حريب، والجمع حروب، يقال: رجل حرب ومحرب ومحراب، أي: شديد الحرب شجاع، محارب لعدوه، والتحريب هو إثارة الحرب، والحرب هو السلب، فيقال: حرب فهو حريب، أي: سلب، و تأتي بمعنى قتال العدو بالسلح<sup>220</sup>، ومنه قوله تعالى: "حتى تضع الحرب أوزارها"<sup>221</sup>، وقوله تعالى: "فأذنوا بحرب من الله ورسوله"<sup>222</sup>.

##### الحرب اصطلاحاً:

الحرب في الاصطلاح الشرعي: عبرت الشريعة الإسلامية عن الحرب بمعنى آخر وهو "الجهاد" ويعرف عند الفقهاء بأنه: بذل الوسع في قتال الكفار غير ذي عهد، بعد دعوتهم للإسلام وإبائهم، وذلك في سبيل إعلاء كلمة الله<sup>223</sup>. وعرفها الزحيلي بأنها: "حسم لخلاف دولي وحله عن طريق القسر، بعد تعثر الوسائل السلمية"<sup>224</sup>.

<sup>218</sup> ابن بطال، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطال، شرح صحيح البخاري لابن بطال، ط2، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد- السعودية، تاريخ النشر 2003م، ج5، ص369.

<sup>219</sup> اللجنة الدولية للصليب الأحمر، اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان المؤرخة في 12 آب / أغسطس

1949، <https://www.icrc.org/ar/doc>.

<sup>220</sup> ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، مادة (حرب)، ط1، دار صادر- بيروت، ج1، ص302.

<sup>221</sup> سورة محمد، الآية (4).

<sup>222</sup> سورة البقرة، الآية (279).

<sup>223</sup> وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2، دار السلاسل- الكويت، ج16، ص124.

أما تعريف الحرب في الاصطلاح القانوني: فهي صراع مسلح بين دولتين أو أكثر، ويكون الهدف منه الدفاع عن حقوق الدول المحاربة أو تحقيق أغراضها السياسية ومصالحها الاقتصادية، وفقا للوسائل المنظمة بالقانون الدولي.<sup>225</sup>

الفرق بين الجهاد في الإسلام والحرب عند الأمم الأخرى:

إن الأصل في العلاقات الدولية في الإسلام هو السلم، لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا ادخلوا في السلم كافة"<sup>226</sup> وقوله تعالى: "وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله إنه هو السميع العليم"<sup>227</sup>، حتى يقع داعيا منطقيا وهدفا نبيلًا للقتال، كرفع راية التوحيد، ورد عدوان الكافرين، ونصرة المستضعفين، فالجهاد حينئذ يكون ضرورة أوجبها قانون الدفاع عن النفس وعن العقيدة الإسلامية<sup>228</sup>، وقيل البدء بالجهاد يدعون أهل البلاد التي يريدون غزوها إلى إحدى خصال ثلاث، إما الإسلام أو العهد أو القتال، فإن رفضوا الدخول في الإسلام فهؤلاء الأصل في حقهم الحرب، لقوله تعالى: "وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله"<sup>229</sup>، وتسير العمليات العسكرية عند المسلمين وفق ضوابط الشرع، ووصايا رسول الله عليه الصلاة والسلام، وخلفائه الراشدين، والتي تأمر بعدم التعرض للمدنيين غير المقاتلين من أطفال ونساء وشيوخ، وعدم التخريب والتدمير إلا لضرورة عسكرية والضرورة تقدر بقدرها<sup>230</sup>، فقال عليه الصلاة والسلام: "أخرجوا باسم الله تقاتلون في سبيل الله من كفر بالله لا تغدروا ولا تمثلوا ولا تغلوا ولا تقتلوا الولدان ولا أصحاب الصوامع"<sup>231</sup>، وحين تضع الحرب أوزارها وتطفئ شرارتها، يخير أهل البلاد المفتوحة بين اعتناق الإسلام فيكونوا كالمسلمين لهم ما لهم وعليهم ما عليهم، وبين البقاء على دينهم مع برم عهد وصلاح وسلام مع المسلمين.<sup>232</sup>

بينما الحروب التي تقع عند الأمم الأخرى، لا تستند لأية قيود أو أصول شرعية، وإنما تعتمد على الاستبداد والقوة والسيطرة في سبيل تحقيق أهداف عدوانية وأغراض مادية، وتنطلق العمليات العسكرية بقيادة وجيوش حاكمة لا تعرف للرحمة عنوانا، ولا للفضيلة مكانا، ولا للإنسانية نافذة، لا تفرق بين جندي مقاتل ومدني مسالم، وهدفها الوصول للنصر بأسرع وقت ممكن، وتحقيق أكبر قدر من المصالح السياسية والاقتصادية، ولو وصل بها الأمر إلى تدمير مدن وقرى بأكملها، كما حصل في عام 1945م عندما أمر الرئيس الأمريكي ترومان بإلقاء قنبلة ذرية على مدينتي هيروشيما وناكازاكي والتي أودت بحياة آلاف المدنيين، وعندما تهدأ الحرب تبدأ الدول المنتصرة بالسيطرة على الدولة المهزومة، وذلك باستعباد شعبيها، ونهب ثرواتها الاقتصادية، ومنافذها التجارية، وخيراتها الطبيعية.<sup>233</sup>

=

<sup>224</sup> الزحيلي، وهبة، أثار الحرب في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار الفكر - دمشق، ص 26.

<sup>225</sup> المرجع السابق، ص 25.

<sup>226</sup> سورة البقرة، آية (208).

<sup>227</sup> سورة الأنفال، آية (61).

<sup>228</sup> ابن نجيم، زين الدين، البحر الرائق، ط 2، دار الكتاب الإسلامي، د ت، ج 5، ص 76.

<sup>229</sup> سورة البقرة، آية (193).

<sup>230</sup> الشريبي، شمس الدين الخطيب، مغيي المحتاج، ط 1، دار الكتب العلمية، تاريخ النشر 1994م، ج 6، ص 26.

<sup>231</sup> البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين، السنن الكبرى وفي ذيله الجوهري النقي، كتاب السير، باب: ترك قتل من لا قتال فيه، رقم الحديث 18618، ط 1، مجلس دائرة المعارف النظامية

الكاننة في الهند ببلدة حيدر آباد، تاريخ النشر 1344 هـ، ج 9، ص 90.

<sup>232</sup> البرزيعية، خالد رمزي، جرائم الحرب في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، الجمعة الأردنية، تاريخ النشر 2005م، ص 66.

<sup>233</sup> المرجع السابق، ص 63، 65، 64.

## المطلب الثاني: الحرق لغة واصطلاحاً.

الحرق لغة: من المصدر الثلاثي (حرق)، وأخذ الحرق من حرق النار، فيقال: هذه نار حرقاً وحرقاً أي: تحرق كل شيء وتهلكه، ويقال: ألقى الكافر في حارقه أي في ناره، ومنه قوله تعالى "وذوقوا عذاب الحريق"، أي: عذاب النار، ويأتي والحريق بمعنى اللهب، والإحراق هو: إيقاع نار ذات لهيب في الشيء.<sup>234</sup> أما الحرقاة: فهي مرامي نيران يرمى بها العدو أثناء الحروب.<sup>235</sup>

## الحرق اصطلاحاً:

التعريف الاصطلاحي للحرق عند الفقهاء لا يخرج عن التعريف اللغوي، فقالوا بالحرق هو: إهلاك النار الشيء بالكلية كحرق الكتب والأثاث، أو إتلافه مع بقاء آثاره، أي لم يذهب بالكلية كالكي والشيء.<sup>236</sup> يتبين مما سبق أن الحرق وقت الحرب يعني: استخدام النار كسلاح في زمن الحرب، لإهلاك الأشياء المختلفة، أو لتسبب حروق في الأشخاص بفعل اللهب أو الحرارة أو مزيج منهما، للحصول على مقاصد سياسية أو دينية. وقد مرت الأسلحة الحارقة بمراحل متعددة حتى وصلت إلى ما وصلت إليه، فمن القنابل المتفجرة (المجانيق) إلى قنابل النفط التي ينسكب منها سائل مشتعل وقت الانفجار، وصولاً إلى الأسلحة الكيميائية الحارقة ثم القنابل الذرية المتفجرة، وفي المبحث القادم سيتم الحديث عن موقف الشريعة الإسلامية والقانون الدولي من استخدام التحريق في الحروب، سواء أكان بطريقة بدائية كالحرق بالنار، أم بطريق الأسلحة الحديثة.

## المبحث الثالث: إحراق جثث الحرب بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي.

إن من أخطر الأسلحة التي من الممكن استخدامها في الحروب، سلاح (التحريق بالنار) ضد الأشخاص، لما له من آثار جسدية ونفسية مهلكة للأحياء، وامتهان لكرامة جثث الأموات، فهل يحق استخدام مثل هذا الأسلوب في الحروب؟ وهذا ما جاء المبحث ليسلط الضوء عليه، ليبين موقف الشريعة من استخدام التحريق أثناء الحروب، ومن ثم التعرّيج على موقف القانون الدولي الإنساني.

## المطلب الأول: إحراق المقاتلين من العدو، ومدنيين تترس بهم العدو بين الفقه والقانون.

## الفرع الأول: إحراق المقاتلين من العدو.

اتفق الفقهاء على عدم جواز حرق مقاتلي العدو في النار في حال قدر عليهم بالأسر أو الاستسلام<sup>237</sup>، ولكن في حال لم يقدر على مقاتلي العدو فهل يجوز حرقهم بالنار، اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

<sup>234</sup> ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، مادة (حرق)، ط1، دار صادر- بيروت، ج10، ص41.

<sup>235</sup> مصطفى، إبراهيم، وآخرون، المعجم الوسيط، مادة (حرق)، د ط، دار الدعوة، د ت، ج1، ص168.

<sup>236</sup> عرفة، محمد، حاشية الدسوقي، تحقيق: محمد عيش، د ط، دار الفكر- بيروت، د ت، ج3، ص254.

<sup>237</sup> ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، د ط، مكتبة القاهرة، تاريخ النشر 1388 هـ، ج9، ص286.

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>238</sup>، وبعض المالكية<sup>239</sup>، والشافعية<sup>240</sup>، وبعض الحنابلة<sup>241</sup>، إلى جواز إحراق العدو في النار، وحجتهم:  
القران الكريم:

- قال تعالى: "يخربون بيوتهم بأيديهم وأيدي المؤمنين"<sup>242</sup>.

وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة على جواز التخريب والتدمير وقتال العدو بأي وسيلة ممكنة، حتى التحريق بالنار، لما فيه إخضاع وقهر العدو وكتبهم وغيظهم.<sup>243</sup>

- قال تعالى: "فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد"<sup>244</sup>.

وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة بعمومها، على جواز حرق الأعداء بالنار، حيث أنها أمرت بقتالهم، بأي سلاح يؤدي إلى حصارهم وأخذهم، فلم يستثن قتلا دون قتل.<sup>245</sup>  
السنة الفعلية:

- عن أبي عبيدة رضي الله عنه: "أن النبي عليه الصلاة والسلام حاصر أهل الطائف، ونصب عليهم المنجنيق سبعة عشر يوماً"<sup>246</sup>.

وجه الدلالة: والمنجنيق آلة لقذف النار، تستخدم في اقتحام الحصون والقلاع، وقد تصيب المقاتلين وغيرهم، وهذا دليل على جواز إحراق الأعداء بالنار، وهو أنكى لهم وإغاظة ليكفوا عن القتال.<sup>247</sup>

الآثار:

- ما رواه أبو يحيى رضي الله عنه قال: "لما جاءوا بابن ملجم إلى علي رضي الله عنه قال: "اصنعوا به ما صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم برجل جعل له أن يقتل ويحرق بالنار"<sup>248</sup>، ويستدل من ذلك بجواز التحريق ضد العدو.

<sup>238</sup> السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، د ط، المبسوط، دار المعرفة- بيروت، تاريخ النشر 1993م، ج 10، ص 31-32.

<sup>239</sup> المواق، محمد بن يوسف، التاج والإكليل، ط 1، جار الكتب العلمية، تاريخ النشر 1994م، ج 4، ص 544.

<sup>240</sup> الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب، د ط، دار الكتب العلمية، ج 3، ص 278.

<sup>241</sup> ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، د ط، مكتبة القاهرة، تاريخ النشر 1388هج، ج 9، ص 287.

<sup>242</sup> سورة الحشر، آية (2).

<sup>243</sup> الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع، ط 2، دار الكتب العلمية، تاريخ النشر 1986م، ج 7، ص 100.

<sup>244</sup> سورة التوبة، آية (5).

<sup>245</sup> الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب، عناية المحتاج، ط الأخيرة، دار الفكر- بيروت، تاريخ النشر 1984م، ج 8، ص 64.

<sup>246</sup> البيهقي، أبو بكر أحمد بن علي، السنن الكبرى للبيهقي، كتاب: السير، باب: قطع الشجر وحرق المنازل، رقم الحديث 18586، ط 1، مجلس دائرة المعارف النظامية- الهند- حيد آباد، تاريخ النشر 1344هج، ج 9، ص 84. التخرج: قال أبو قلابة: كان ينكر عليه هذا الحديث، أي: على هشام بن سعد، وقال البيهقي: فكأنه كان ينكر عليه وصل إسناده ويحتمل أنه أنكر رميم بومند بالمجانيق. وقد ورد ما يعارض ذلك وإن كان مرسلًا. انظر: العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر، التلخيص الجبير في تخرج أحاديث الرافي الكبير، ط 1، دار الكتب العلمية، تاريخ النشر 1989م، ج 4، ص 282.

<sup>247</sup> ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، د ط، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد البكري، وزارة الأوقاف- المغرب، تاريخ النشر 1387هج، ج 16، ص 143.

<sup>248</sup> الحاكم، المستدرک علی الصحیحین، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط 1، دار الكتب العلمية- بيروت، تاريخ النشر 1990م، ج 3، ص 155.



القول الثاني: عدم جواز حرق الأعداء بالنار إلا عند المعاملة بالمثل وهو قول ابن عمر<sup>249</sup>، ورواية للمالكية<sup>250</sup>، وقول للشافعية<sup>251</sup>، ورواية عند الحنابلة<sup>252</sup>، واستدلوا على قولهم بأدلة من السنة النبوية منها ما يلي:

- عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعث فقال: "إن وجدتم فلانا وفلانا فأحرقوهما بالنار ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أردنا الخروج إني أمرتكم أن تحرقوا فلانا وفلانا وإن النار لا يعذب بها إلا الله فإن وجدتموهما فاقتلوهما"<sup>253</sup>.

وجه الدلالة: دل الحديث الشريف على حرمة التحريق بالنار، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال بعد الأمر بإحراق رجلين مشركين قد بالغوا في الأذى لرسول الله صلى الله عليه وسلم واستحقا القتل ثم علل ذلك بهذه العلة التي تفيد أنه لا يجوز التحريق بالنار لأحد من عباد الله سواء كان مشركاً أو غير مشرك وإن بلغ في العصيان والتمرد على الله أي مبلغ فما وقع من بعض الصحابة محمول على أنه لم يبلغه الدليل"<sup>254</sup>.

- عن عكرمة قال: "أن علياً رضي الله عنه حرق قوماً فبلغ ابن عباس فقال لو كنت أنا لم أحرقهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال ( لا تعذبوا بعذاب الله )، ولقتلتهم كما قال النبي صلى الله عليه وسلم ( من بدل دينة فاقتلوه )"<sup>255</sup>.

وجه الدلالة: دليل على حرمة التحريق بالنار، وذلك لنهي النبي عليه الصلاة والسلام التحريق، والنهي يقتضي التحريم.

- عن معمر بن أبي عمران الجوني: "أن أبا بكر رضي الله عنه بعث يزيد بن أبي سفيان إلى الشام فمشى معه يشيعه قال يزيد: إني أكره أن تكون ماشياً وأنا راكب. قال فقال: إنك خرجت غازياً في سبيل الله وإني أحتسب في مشي هذا معك ثم أوصاه فقال لا تقتلوا صبياً ولا امرأة ولا شيخاً كبيراً ولا مريضاً ولا راهباً ولا تقطعوا مثمراً ولا تخربوا عامراً ولا تذبحوا بعيراً ولا بقره إلا للمأكل ولا تغرقوا نحلاً ولا تحرقوه"<sup>256</sup>، ويستدل من ذلك على منع الحرق بالنار ضد العدو.

الترجيح: الخبر الذي ورد بمنع الحرق يمكن تخصيصه، فيحمل على حالة القدرة على العدو، أما في حالة عدم القدرة عليهم فيمكن ترجيح قول الجمهور، على أن يكون الأمر بالتحريق منوطاً بالمصلحة العامة، لذا يترك الأمر للإمام استناداً لحقه في التصرف، فإذا رأى الإمام في التحريق مصلحة مرجوة للمسلمين جاز ذلك.

<sup>249</sup> ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد، د ط، دار الحديث- القاهرة، تاريخ النشر 2004م، ج 2، ص 148.

<sup>250</sup> المرجع السابق، ج 2، ص 148.

<sup>251</sup> الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس، غاية المحتاج، د ط، دار الفكر- بيروت، تاريخ النشر 1984م، ج 8، ص 64.

<sup>252</sup> ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ط 1، دار الفكر- بيروت، تاريخ النشر 1405 هـ، ج 9، ص 391.

<sup>253</sup> البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب: الجهاد والسير، باب: لا يعذب بعذاب الله، رقم الحديث 3016، ط 1، دار طوق النجاة، تاريخ النشر 1422 هـ، ج 4، ص 61.

<sup>254</sup> الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، السيل الجرار، ط 1، دار ابن حزم، د ت، ص 953.

<sup>255</sup> البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب: الجهاد والسير، باب: لا يعذب بعذاب الله، رقم الحديث 3016، ط 1، دار طوق النجاة، تاريخ النشر 2854 هـ، ج 3، ص 1098.

<sup>256</sup> البيهقي، أبو بكر أحمد بن علي، السنن الكبرى للبيهقي، كتاب: السير، باب: ترك قتل من لا قتال، رقم الحديث 18616، ط 1، مجلس دائرة المعارف النظامية- الهند- حيد آباد، تاريخ النشر 1344 هـ، ج 9، ص 90. التخریج: قال الزيلعي: حديث غريب: انظر: الزيلعي، جمال الدين أبو محمد، نصاب الراية، ط 1، مؤسسة الريان- بيروت- لبنان، تاريخ النشر 1997م، ج 3، ص 386.

## الفرع الثاني: حرق نساء وصبيان العدو في الحرب:

اتفق الفقهاء على عدم جواز إحراق النساء والصبيان بالنار في وقت الحرب، للنهي في حديث الصحيحين عن ذلك، فإن قاتلوا جاز قتلهم<sup>257</sup>، ولكن في حال تترس العدو بالنساء والصبيان فهل يجوز رميهم بالنار؟ اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على قولين:

القول الأول: جواز رمي العدو بالنار إذا تترس بالنساء والصبيان، وذهب إلى هذا القول، الحنفية<sup>259</sup> ووافقهم في ذلك أصبغ من المالكية<sup>260</sup> والشافعية<sup>261</sup>، وأحمد في إحدى الروايتين إلا أنه قيد بأن يفعلوا بالمسلمين مثل ذلك<sup>262</sup>، وابن حزم<sup>263</sup>، واستدلوا على ذلك بالمصلحة؛ لأن ترك الأعداء دون ضربهم بالنار، بسبب تترسهم بالنساء والصبيان، يؤدي إلى تعطيل الجهاد أو الظفر بالمسلمين.<sup>264</sup>

القول الثاني: إذا تترس العدو بالنساء والصبيان فلا يجوز رميهم بالنار، وذهب إلى هذا القول المالكية<sup>265</sup>، وأحمد في إحدى الروايتين<sup>266</sup>، واستدلوا على ذلك بعموم النصوص التي تنهى عن قتلهم، منها: قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لأحدهم: "الحق خالد فقل له ألا تقتل ذرية ولا عسيفا"<sup>267</sup>، حيث دل هذا الحديث دلالة عامة على تحريم قتل النساء والصبيان في الحرب بالوسائل العادية، فمن باب أولى تحريم حرقهم بالنار.

الترجيح: يمكن ترجيح القول الأول ضمن القاعدة الأصولية (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب)، حيث إن منع رميهم بالنار يؤدي إلى تعطيل الجهاد، كما أن المصلحة العامة للمسلمين تقتضي ذلك، إذ لو ترك إحراقهم بالنار فربما يظفر العدو بالمسلمين. قال ابن قدامة في الكافي: "و يجوز بيات الكفار و رميهم بالمنجنيق و النار و قطع المياه عنهم و إن تضمن ذلك إتلاف النساء و الصبيان لما روى الصعب بن جثامة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يسأل عن الدار من ديار المشركين نبيتهم فنصيب من نسائهم و ذرارهم ؟ فقال : [ هم منهم ]"<sup>268</sup>.

## موقف القانون الدولي:

قد وافق القانون الدولي أحكام الشرع الإسلامي في جواز حرق العدو بالنار، بشرط تجنب الأشخاص الذين لم يقاتلوا في هذه المعركة من النساء والأطفال المدنيين، وإذا استطعنا أخذ العدو بقوة أقل من الحرق، فحينئذ لا يجوز رميهم بالنار.

<sup>257</sup> السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المسبوط، د ط، دار المعرفة، تاريخ النشر 1993م، ج 10، ص 32. القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، تاريخ النشر 1994م، ج 3، ص 409. قليوبي، أحمد سلامة، عميرة، أحمد البرلسي، حاشيتا قليوبي وعميرة، د ط، دار الفكر - بيروت، تاريخ النشر 1995م، ج 4، ص 219.

ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المبدع شرح المقنع، ط 1، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، تاريخ النشر 1997م، ج 3، ص 294،  
<sup>258</sup> التترس هو: اتخاذ المدنيين درعا واقيا لمواجهة الطرف الآخر أثناء الحرب.

<sup>259</sup> السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المسبوط، د ط، دار المعرفة، تاريخ النشر 1993م، ج 10، ص 32.

<sup>260</sup> القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، ط 1، دار الغرب الإسلامي - بيروت، تاريخ النشر 1994م، ج 3، ص 409.

<sup>261</sup> قليوبي، أحمد سلامة، عميرة، أحمد البرلسي، حاشيتا قليوبي وعميرة، د ط، دار الفكر - بيروت، تاريخ النشر 1995م، ج 4، ص 219.

<sup>262</sup> ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المبدع شرح المقنع، ط 1، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، تاريخ النشر 1997م، ج 3، ص 295.

<sup>263</sup> ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى بالأثر، د ط، دار الفكر - بيروت، د ت، ج 5، ص 347.

<sup>264</sup> السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المسبوط، د ط، دار المعرفة، تاريخ النشر 1993م، ج 10، ص 32. النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، د ط، دار الفكر، د ت، ج 19، ص 297.

<sup>265</sup> القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، ط 1، دار الغرب الإسلامي - بيروت، تاريخ النشر 1994م، ج 3، ص 409.

<sup>266</sup> ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المبدع شرح المقنع، ط 1، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، تاريخ النشر 1997م، ج 3، ص 293.

<sup>267</sup> السجستاني، أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، كتاب: الجهاد، باب: في قتل النساء، رقم الحديث 2671، د ط، دار الكتاب العربي - بيروت، ج 3، ص 6، قال الألباني: صحيح.

<sup>268</sup> ابن قدامة، عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه ابن حنبل، د ط، د ت، ج 4، ص 122.

- القاعدة (84) من القانون الدولي الإنساني: أنه "إذا استخدمت الأسلحة المحرقة، وجب إيلاء عناية خاصة لتجنب الخسائر العارضة في أرواح المدنيين، أو إيقاع إصابات بينهم، أو الإضرار بالأعيان المدنية، والتقليل من هذه الخسائر والأضرار في كل الأحوال".<sup>269</sup>
- القاعدة (85) من القانون الدولي الإنساني: أنه "يحظر استخدام الأسلحة المحرقة ضد الأفراد إلا إذا تعذر استخدام سلاح أقل ضرراً للوصول إلى جعل شخص عاجزاً عن القتال".<sup>270</sup>

### المطلب الثاني: إحراق جثث قتلى الحرب بالنار.

تأخذ هذه المسألة حكم حرق الأعداء بالنار بعد القدرة عليهم بالأسر أو الاستسلام، لأن جثث القتلى من الأمور التي وقعت تحت قدرة المسلمين، وكما تبين في المطلب السابق فقد اتفق الفقهاء على عدم جواز حرق الأعداء بالنار بعد القدرة عليهم، وبرهان ذلك ما جاء عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعث فقال: "إن وجدتم فلانا وفلانا فأحرقوهما بالنار ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أردنا الخروج إني أمرتكم أن تحرقوا فلانا وفلانا وإن النار لا يعذب بها إلا الله فإن وجدتموهما فاقتلوهما".<sup>271</sup> فإذا كان هذا الحديث يحرم حرق العدو بالنار وهو حي بعد القدرة عليه، فتحريم حرق جثته من باب أولى، كما أن حرق جثث القتلى أمر لا يليق بأخلاق المسلمين، ولا بأداب الحرب المقررة في الكتاب والسنة.<sup>272</sup>

فمن مبادئ الإسلام العامة في التعامل مع جثث القتلى، موارثهم تحت الثرى كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع قتلى بدر من المشركين حين أمر أن يطرحوا في القليب، أو تسليمهم لذويهم لدفعهم بحسب الأصول المرعية في ديانتهم، أو الاحتفاظ بهم لتحقيق مصلحة ترجى للمسلمين كمبادلتهم بأسرى، حيث أن احتجاز جثث القتلى من الوسائل المستحدثة لدى الدول المتحاربة، فتعينت وسيلة مشروعة لتحقيق مقصد مشروع<sup>273</sup>، يقول العز بن عبد السلام في كتابه القواعد: "وللوسائل أحكام المقاصد فالوسيلة إلى أفضل المقاصد هي أفضل الوسائل، والوسيلة إلى أرذل المقاصد هي أرذل الوسائل".<sup>274</sup>

### مسألة: حرق جثث قتلى العدو من باب المعاملة بالمثل.

أجاز العلماء حرق جثث قتلى العدو بالنار من باب المعاملة بالمثل<sup>275</sup>، وحجتهم:

<sup>269</sup> هنكرتس، جون ماري، بك، ولوبز دوزوالد، القانون الدولي الإنساني العربي، المجلد الأول- القواعد، ص 256.

<sup>270</sup> المرجع السابق، ص 258.

<sup>271</sup> البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب: الجهاد والسير، باب: لا يعذب بعذاب الله، رقم الحديث 3016، ط1، دار طوق النجاة، تاريخ النشر 1422 هـ، ج 4، ص 61.

<sup>272</sup> فرحات، ناهض إسماعيل خليل، احترام جثث قتلى العدو في ضوء قواعد الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، الجامعة الإسلامية- كلية الشريعة- غزة، 2015، ص 1038، 1037.

<sup>273</sup> الكيلاني، جمال أحمد زيد، بحوث في القضايا الجنائية، ط1، دار ذخائر- نابلس- فلسطين، ج 1، ص 260، 257.

<sup>274</sup> السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، د ط، دار المعرفة- بيروت، تاريخ النشر 1993 م، ج 10، ص 131، الخرشبي، محمد عبد الله، شرح مختصر خليل، د ط، دار الفكر- بيروت، د

ت، ج 3، ص 115، الماوردى، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري، الحاوي، ط1، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان، ج 14، ص 175، ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد

بن محمد، المغني، د ط، مكتبة القاهرة، تاريخ النشر 1388 هـ، ج 9، ص 326.

<sup>275</sup> ابن عبد السلام، العز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، د ط، دار الكتب العلمية- بيروت، تاريخ النشر 1991 م، ج 1، ص 53، 54.

أولاً: من القرآن الكريم:

- قال تعالى: "وإن عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به".<sup>276</sup>

- قال تعالى: "فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم".<sup>277</sup>

وجه الدلالة: دلت الآيات الكريمة دلالة صريحة على جواز حرق العدو بالنار، إذا أقدموا على حرق جثث المسلمين، والعقوبة من باب رد العدوان بمثله، وهذا مطلق العدل.

ثانياً: من السنة النبوية:

- ما رواه أنس بن مالك رضي الله عنه قال: "قدم أناس من عكل أو عرينة فاجتووا المدينة فأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم بلقاح وأن

يشربوا من أبوالها وألبانها فانطلقوا فلما صحوا قتلوا راعي النبي صلى الله عليه وسلم واستاقوا النعم فجاء الخبر في أول

النهار فبعث في آثارهم فلما ارتفع النهار جيء بهم فأمر فقطع أيديهم وأرجلهم وسمرت أعينهم وألقوا في الحرة

يستسقون فلا يسقون قال أبو قلابة فهؤلاء سرقوا وقتلوا وكفروا بعد إيمانهم وحاربوا الله ورسوله".<sup>278</sup>

وجه الدلالة: دل الحديث الشريف على جواز حرق جثث قتلى العدو بالنار، من باب المعاملة بالمثل.

موقف القانون الدولي الإنساني.

نصت اتفاقيات جنيف الثلاث الأولى لعام 1949م، في المادة (17) على أنه "لا يجوز لأحد أطراف الصراع أن يحرق جثث

عدوه، لأن في الحرق إهانة للجثة، إلا إذا كانت طقوس دينهم تقتضي ذلك، أو إذا كانت هناك أسباب صحية تستدعي

الحرق". "لا يجوز حرق الجثث إلا لأسباب صحية قهرية، أو لأسباب تتعلق بديانة المتوفي، وفي حالة الحرق، تبين أسبابه

وظروفه بالتفصيل في شهادة الوفاة أو قائمة أسماء الموتى المصدق عليها، وعلى أطراف النزاع التحقق من أن الموتى قد

دفنوا باحترام وطبقا لشعائر دينهم إذا أمكن، وأن مقابرهم تحترم، وتجمع تبعاً لجنسياتهم إذا أمكن، وتصان بشكل

ملائم، وتميز بكيفية تمكن من الاستدلال عليها دائماً، وطلباً لهذه الغاية، وعند نشوب الأعمال العدائية، تنشئ أطراف

النزاع إدارة رسمية لتسجيل المقابر، لتيسير الاستدلال عليها فيما بعد، والتحقق من هوية الجثث أياً كان موقع المقابر،

ونقل الجثث إلى بلد المنشأ"<sup>279</sup>

الخاتمة:

يمكن تلخيص أهم النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

<sup>276</sup> سورة النحل، آية (126).

<sup>277</sup> سورة البقرة، آية (194).

<sup>278</sup> البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب: الوضوء، باب: أبوال الإبل والدواب والغنم ومرابضها وصلى أبو موسى في دار البريد والسرقين والبرية إلى جنبه فقال ها هنا وثم

سواء لا يعذب بعداب الله، رقم الحديث 233، ط1، دار طوق النجاة، تاريخ النشر 1422 هـ، ج1، ص56.

<sup>279</sup> اللجنة الدولية للصليب الأحمر، اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان المؤرخة في 12 آب / أغسطس

1949.. <https://www.icrc.org/ar/doc>

## أولاً: النتائج

- كرمت الشريعة الإسلامية الإنسان أعظم تكريم سواء أكان حياً أو ميتاً، وفي حالتي السلم والحرب.
- وافق القانون الدولي الإنساني، الشريعة الإسلامية في مظاهر تكريم جثة الإنسان الميت في وقت الحرب.
- تحريم المثلة بجث قتل العدو، بقطع أطرافهم أو العبث بأشلائهم.
- من مظاهر تكريم جث القتلى مواراتهم تحت الثرى، أو تسليمهم لذويهم لدفعهم حسب الأصول المرعية في دياتهم.
- لا يجوز سلب قتلى العدو وتركهم عراة، لما في ذلك من امتهان لحرمة الأدمي.
- لا يجوز حرق مقاتلي العدو بالنار في حال القدرة عليهم، بالأسر أو الاستسلام.
- يجوز حرق مقاتلي العدو بالنار في حال عدم القدرة عليهم، إذا رأى الإمام في ذلك مصلحة مرجوة للمسلمين.
- جواز رمي العدو بالنار إذا ترس بالنساء والصبيان، تحقيقاً لمصلحة المسلمين، لأن ترك رميهم قد يؤدي إلى تعطيل الجهاد، أو الظفر بالمسلمين.
- عدم جواز حرق جث قتل العدو بالنار، إلا من باب المعاملة بالمثل.

## ثانياً: التوصيات

- مواصلة كتابة أبحاث متعلقة بقواعد الحرب في الإسلام، ومقارنتها بالقانون الدولي الإنساني.
- عمل دورات متخصصة في وقت السلم لأفراد القوات المسلحة في الدول العربية والإسلامية، حول ضوابط استخدام التحريق في الحرب، وعن كيفية التعامل مع جث القتلى في ميدان المعركة.

## مسرد المصادر والمراجع:

- الأصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: محمد سيد كيلاني، د ط، دار المعرفة- بيروت، د ت.
- البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، ط1، دار طوق النجاة، تاريخ النشر 1422 هـ.
- البزابعة، خالد رمزي، جرائم الحرب في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، الجمعة الأردنية، تاريخ النشر 2005 م.
- ابن بطلال، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطلال، شرح صحيح البخاري لابن بطلال، ط2، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد- السعودية، تاريخ النشر 2003 م.
- المهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع، د ط، تحقيق: هلال مصيلحي، دار الفكر- بيروت، د ت.
- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، ط1، مجلس دائرة المعارف النظامية- الهند- حيدر اباد، تاريخ النشر 1344 هـ.
- الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي، سنن الترمذي، د ط، دار إحياء التراث العربي- بيروت، د ت.
- الجوهرى، إسماعيل بن حماد، الصحاح في اللغة، مادة (أنس)، د ط، د ت.

- الحاكم، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية- بيروت، تاريخ النشر 1990م.
- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى بالأثار، د ط، دار الفكر- بيروت، د ت.
- ابن حنبل، أحمد، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ط2، مؤسسة الرسالة، تاريخ النشر 1999م.
- الخرخشي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، د ط، دار الفكر- بيروت، د ت.
- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد، د ط، دار الحديث- القاهرة، تاريخ النشر 2004م.
- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب، نهاية المحتاج، ط الأخيرة، دار الفكر- بيروت، تاريخ النشر 1984م.
- الزحيلي، وهبة، آثار الحرب في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار الفكر- دمشق.
- الزيلمي، جمال الدين أبو محمد، نصب الراية، ط1، مؤسسة الريان- بيروت- لبنان، تاريخ النشر 1997م.
- السجستاني، أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، د ط، دار الكتاب العربي- بيروت.
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، د ط، دار المعرفة- بيروت، تاريخ النشر 1993م.
- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، د ط، دار المعرفة- بيروت، سنة النشر 1393هج.
- الشربيني، شمس الدين الخطيب، مغني المحتاج، ط1، دار الكتب العلمية، تاريخ النشر 1994م.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، السييل الجرار، ط1، دار ابن حزم، د ت.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار، د ط، إدارة الطباعة المنيرية، د ت.
- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب، د ط، دار الكتب العلمية، د ت.
- الصوياني، محمد بن حمد، الصحيح من أحاديث السيرة النبوية، ط1، مدار الوطن، تاريخ النشر 2011م، ص225.
- الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير، تفسير الطبري، ط1، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، تاريخ النشر 2000م.
- ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، د ط، دار الفكر- بيروت، سنة النشر 2000م.
- ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد، التحرير والتنوير، د ط، الدار التونسية- تونس، تاريخ النشر 1984م.
- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، د ط، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد البكري، وزارة الأوقاف- المغرب، تاريخ النشر 1387هج.
- ابن عبد السلام، العز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، د ط، دار الكتب العلمية- بيروت، تاريخ النشر 1991م.
- ابن عرفة، محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي، د ط، دار الفكر، د ت، ج1، ص430.
- العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ط1، دار الكتب العلمية، تاريخ النشر 1989م.

- عمر، أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة. ط1، عالم الكتب، تاريخ النشر 2008م.
- فائدة، أرشيد، الكرامة الإنسانية في دعوة الإسلام، هدي الإسلام، وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، مج50، ع8، تاريخ النشر 2006.
- فرحات، ناهض إسماعيل خليل، احترام جنث قتلى العدو في ضوء قواعد الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، الجامعة الإسلامية- كلية الشريعة- غزة، 2015.
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ط1، دار الفكر- بيروت، تاريخ النشر 1405 هـ.
- ابن قدامة، عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه ابن حنبل، د ط، د ت، ج4، ص122.
- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، د ط، مكتبة القاهرة، تاريخ النشر 1388 هـ.
- القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ط2، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم إطفيش، دار الكتب المصرية- القاهرة، تاريخ النشر 1964م.
- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، ط1، دار الغرب الإسلامي- بيروت، تاريخ النشر 1994م.
- قلوبوي، أحمد سلامة، عميرة، أحمد البرلسي، حاشيتنا قلوبوي وعميرة، د ط، دار الفكر- بيروت، تاريخ النشر 1995م.
- الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع، ط2، دار الكتب العلمية، تاريخ النشر 1986م.
- الكيلاني، جمال أحمد زيد الكيلاني، بحوث في القضايا الجنائية، ط1، دار ذخائر الكتب- نابلس- فلسطين، تاريخ النشر 2021.
- اللجنة الدولية للصليب الأحمر، اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان المؤرخة في 12 آب / أغسطس 1949، <https://www.icrc.org/ar/doc>.
- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع، د ط، دار الفكر، د ت.
- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري، الحاوي، ط1، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان.
- محمد، أحمد جمعة، الكرامة الإنسانية في التصور الإسلامي وتطبيقاتها الفقهية-دراسة مقارنة، كلية الشريعة- جامعة الملك خالد- المملكة العربية السعودية، د ت.
- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، د ط، دار إحياء التراث العربي- بيروت، تاريخ النشر 1955.
- مصطفى، إبراهيم، وآخرون، المعجم الوسيط، مادة (حرق)، د ط، دار الدعوة، د ت.
- المعافري، عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري، سيرة ابن هشام، ط2، تحقيق: مصطفى السقا وآخرون، مطبعة مصطفى البابي وأولاده- مصر، تاريخ النشر 1955م.
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المبدع شرح المقنع، ط1، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان، تاريخ النشر 1997م.

- ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، مادة (حرب)، ط1، دار صادر- بيروت.
- المواق، محمد بن يوسف، التاج والاكلیل، ط1، جار الكتب العلمية، تاريخ النشر 1994م.
- موقع منتديات كل السلفيين، بإشراف علي الحلبي، تخرج حديث: "لقد حكمت بكم الله فوق سبعة أرفعة" <https://www.kulalsalafiyeen.com> تاريخ التسجيل: 2012م، تاريخ القراءة: 2021-4-30م.
- ابن نجيم، زين الدين، البحر الرائق، ط2، دار الكتاب الإسلامي، د.ت.
- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، د ط، دار الفكر، د.ت.
- هنكرتس، جون ماري. بك، ولويز دوزوالد، القانون الدولي الانساني العرفي. المجلد الأول- القواعد.
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت ، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2، دار السلاسل- الكويت.



الإسرائيليات المروية عن ابن عباس رضي الله عنه في تفسير الطبري لقصة امرأة العزيز مع يوسف عليه السلام

### دراسة نقدية

(The Israelites narrated from Ibn Abbas - may God be pleased with them both - in Al-Tabari's interpretation of the story of the dear woman with Yusuf - peace be upon him / a critical study)

خليل خضرباحث في الدراسات القرآنية، طالب دكتوراة، جامعة النجاح الوطنية: فلسطين.

محسن الخالدي برفيسور في التفسير، محاضر في جامعة النجاح الوطنية: فلسطين.

(الملخص): تقوم هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي، والمنهج التحليلي، والمنهج النقدي، في استقراء وتحليل ونقد

الإسرائيليات المروية عن ابن عباس رضي الله عنه التي رواها الطبري في تفسير قصة امرأة العزيز مع يوسف عليه السلام، وجاءت

الدراسة في مقدمة وثلاثة مباحث، وخاتمة بحثت درجة إحدى وثلاثون طريقاً.

وتمّ في المبحث الأول دراسة طرق موضوع الهمّ، والبرهان، وفي المبحث الثاني: دراسة طرق شاهد يوسف عليه السلام، وفي

المبحث الثالث: دراسة طرق القائل: (وما أبرئ نفسي)، وقد خلصت الدراسة إلى صحة إسناد رواية الإسرائيليات عن ابن

عباس رضي الله عنه في موضوع الهمّ والبرهان دون بقية المواضيع.

This study is based on the use of inductive, analytical and critical approaches in the study and criticism of the irrigated Israeli on the authority of Ibn Abbas, may God be pleased with them, which Al -Tabari narrated in the interpretation of the story of the dear woman with Joseph, peace be upon him, and the study came from an introduction, three topics and a conclusion that examined the degree of (31) ways.

In the first topic, the methods of the subject of concern, and proof were studied, and in the second topic studying the methods of the subject of the witness of Joseph, peace be upon him, and in the third topic studying methods of saying: (And what is absolved of myself), and the study concluded to the validity of the Israeli narration on Ibn Abbas, may God be pleased with him The topic of worry and proof without the rest of the topics.

## مقدمة

الحمد لله الذي أنزل على عبده القرآن ولم يجعل له عوجا، والصلاة والسلام على نبي خير الأنام، وعلى آله وصحبه ومن والاه وبعد:

أحدثت الإسرائيليات في كتب التفسير بلبله واضطرابا في فهم الآيات التي رُويت الإسرائيليات في تفسيرها، ولم تكن رواية الإسرائيليات مسألة حادثة ومتأخرة، بل سارت مع أوائل كتب التفسير التي وصلتنا مثل: "تفسير سعيد بن منصور"، والطبري "جامع البيان في تأويل القرآن"، وغيرها. واجتهد العلماء في تتبع الإسرائيليات والتحذير منها، خاصة إذا تحدثت عن مسائل تصادم العقيدة والشريعة، أو تخالف ما استقر من الدين. وكان للطبري منهجه في رواية الإسرائيليات والتعامل معها، وفي هذا البحث ستتم دراسة "الإسرائيليات المروية عن الصحابة في تفسير الطبري قصة امرأة العزيز مع يوسف عليه السلام/دراسة نقدية"، بتتبع الإسرائيليات المروية عن ابن عباس رضي الله عنه التي رواها الطبري في قصة امرأة العزيز مع يوسف عليه السلام في تفسير سورة يوسف عليه السلام، ومعرفة درجتها وفق أصول الجرح والتعديل عند المحدثين، وبيان رأي الطبري في كل مسألة، ثم نقد هذه الإسرائيليات، بما يعطي صورة واضحة للفهم الدقيق لتفسير الآيات،

## مشكلة الدراسة:

جاءت هذه الدراسة لتجيب عن الأسئلة الآتية:

1. هل أخذ ابن عباس عن أهل الكتاب بعض الروايات في تفسير سورة يوسف؟
2. ما مدى صحة الروايات الواردة عن ابن عباس في ذلك؟
3. ما الذي ينبغي على وجود هذه المرويات عن ابن عباس؟

## أهداف الدراسة:

1. جمع الروايات الإسرائيلية التي رواها الطبري عن ابن عباس في تفسير سورة يوسف.
2. دراسة هذه الروايات ونقدها، وبيان مدى صحتها.
3. بيان الآثار المترتبة على وجود هذه المرويات.

## الدراسات السابقة:

يكاد موضوع الإسرائيليات أن يكون من أكثر الموضوعات التي تم تناولها بالبحث والدراسة، سواء على المستوى النظري أو التطبيقي، إلا أنني لم أعثر على دراسة تناولت هذه الجزئية المنوي تناولها في هذا البحث، وفق ما تم تناوله في هذه الدراسة، ومن أهم هذه الدراسات:

1/الإسرائيليات في تفسير ابن جرير الطبري لسورة يوسف عرض ونقد<sup>(280)</sup>، بحث محكم من مقدمة وأربعة مباحث. عرّف الباحث بتفسير الطبري والإسرائيليات وسورة يوسف، وتحدث عن الإسرائيليات في رؤيا سورة يوسف، وقصة امرأة العزيز وغوايتها ليوسف، وفي مكث يوسف في السجن. وذكر الباحث في دراسته(17) رواية، ليس فيها عن الصحابة إلا روايتان، حكم بضعفهما دون الحكم على رجال أسانيدهما، ولم يترجم لهم، أو يبين حالهم.

2/الروايات الإسرائيلية في سورة يوسف عليه السلام دراسة استقرائية نقدية<sup>(281)</sup>، وهي رسالة جامعية للحصول على درجة الماجستير، جاءت من تمهيد وفصلين وخاتمة، تحدثت فيها الباحثة عن الإسرائيليات، ومبدأ دخولها في التفسير، وعن الروايات الإسرائيلية في سورة يوسف في كتب التفسير، والمروية عن الصحابة وغيرهم-معظمها عن التابعين- ومقارنتها بكتب بني إسرائيل، وقد اشتملت الدراسة على(122) قولاً ورواية في كتب التفسير، منها(50) رواية في تفسير الطبري، ليس فيها إلا(3) روايات ذات قيمة وفائدة علمية من(9) روايات عن الصحابة، وحكمت الباحثة على جميع الروايات دون تخريج أسانيدها، وبينت أقوال العلماء في الضعيف من الرجال في بعض الروايات بالحكم على السند دون النظر لتعدد طرقه، وضعفت الروايات الثلاثة عند الطبري من حيث نقد المتن ومخالفته للسياق، أو المعقول وغيره، ودون النظر لرجالها، مختتمة دراسة كل موضوع بذكر التفسير الصحيح للآيات.

3/الدخيل في قصة يوسف عليه السلام<sup>(282)</sup>، بحثٌ محكم. بين الباحث فيه(20) رواية إسرائيلية في سورة يوسف عليه

(280) زهد، عصام العبد: الإسرائيليات في تفسير ابن جرير الطبري لسورة يوسف عرض ونقد، بحث محكم، كلية أصول الدين، الجامعة الإسلامية - غزة، 2011م

(281) سعد، رحمة: الروايات الإسرائيلية في سورة يوسف - عليه السلام - دراسة استقرائية نقدية، رسالة ماجستير -جامعة أبي بكر بلقايد- الجزائر، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، تفسير وعلوم القرآن، 2013/2014

(282) السيد رضوان، علي حسن: الدخيل في قصة يوسف عليه السلام، بحث محكم، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2002م.

السلام مما في كتب التفسير، وخاصة عند أبي السعود في تفسيره، مع بيان رفض العلماء لها، وتوضيح الرأي السليم، بأسلوب أشبه بالقصصي، دون اهتمام برواتها، أو ذكر أسانيدها، ولا بيان أحوال رجالها، والحكم عليها. والروايات التي ذكرها الباحث ليس فيها إلا قول واحد لابن عباس، دون سند أو عزو لمصدر.

وتميزت هذه الدراسة، ببحث (31) رواية من الإسرائيليات التي رواها الطبري عن ابن عباس في تفسير كيد امرأة العزيز في سورة (يوسف)، من أجل بيان صحتها، والآثار المترتبة عليها، من خلال تخريج جميع الروايات، والترجمة لرجالها، وبيان حكم أهل الجرح والتعديل عليهم، إضافة للحكم على الأسانيد بتعدد طرقها، ثم نقدها، وبيان الصحيح منها.

منهج الباحث

- لقد اتبع الباحث المنهج الاستقرائي، ثم المنهج التحليلي، ثم المنهج النقدي، وقد اتبع في ذلك الخطوات الآتية:
- 1- استقراء الروايات الإسرائيلية المروية عن ابن عباس في تفسير الآيات قيد الدراسة.
  - 2- جمع الروايات، وتصنيفها في موضوعات حسب خطة البحث.
  - 3- دراسة الأسانيد وبيان صحتها من ضعفها، وتحليل ما فيها من المتون.
  - 4- نقد المتون وفق الأثر، واللغة، والسياق، والمعقول.

خطة البحث:

جاء البحث في مقدمة، وثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الإسرائيليات التي رواها الطبري عن ابن عباس في تفسير قول الله تعالى: {وَلَقَدْ هَمَّتْ بِهِ وَهَمَّ بِهَا لَوْلَا أَنْ رَأَى بُرْهَانَ رَبِّهِ}.

المبحث الثاني: دراسة الروايات الإسرائيلية الواردة في تفسير قوله تعالى: {وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا}.

المبحث الثالث: دراسة الروايات الإسرائيلية الواردة في تفسير قوله تعالى: {وَمَا أُبْرئُ نَفْسِي}.

الخاتمة: وفيها أهم النتائج.

## المبحث الأول

الإسرائيليات التي رواها الطبري عن ابن عباس في تفسير قول الله تعالى: {وَلَقَدْ هَمَّتْ بِهِ وَهَمَّ بِهَا لَوْلَا أَنْ رَأَى بُرْهَانَ رَبِّهِ}

أورد الطبري في تفسير الآية عن ابن عباس تسع روايات في الهم، واثنيتي عشر رواية في برهان ربه، وستتم دراسة أسانيد هذه المروييات في مطلبين، وآخر من حيث النقد، وفق الآتي:

المطلب الأول: عرض الروايات الإسرائيلية الواردة في تفسير قول الله: {وَلَقَدْ هَمَّتْ بِهِ وَهَمَّ بِهَا}. وفيه تسع طرق:

الرواية الأولى: عن ابن عباس، سئل عن همّ يوسف ما بلغ؟ قال: "حَلَّ الِهْمِيَانِ، وجلس منها مجلس الخاتن"<sup>(283)</sup>.

الرواية صحيحة الإسناد، ورواها هم:

1. ابن عباس: هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب ابن عم رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين، ودعا له رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالفهم في القرآن، فكان يسمى البحر والحبر لسعة علمه وهو أحد المكثرين من الصحابة، وأحد العبادة من فقهاء الصحابة. روى له الجماعة<sup>(284)</sup>.
2. ابن أبي مليكة: هو عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة. روى عن ابن عباس، وروى عنه عثمان بن أبي سليمان. روى له الجماعة<sup>(285)</sup>. ثقة فقيه<sup>(286)</sup>.
3. عثْمانُ بنُ أبي سُلَيْمان بن جبير بن مطعم، روى عنه ابن جريح، وابن عيينة. استشهد به البخاري، والباقون<sup>(287)</sup>.

(283) الطبري: أبو جعفر محمد بن جرير (ت: 310هـ): جامع البيان في تأويل القرآن، 24 مج، تحقيق: أحمد محمد شاكر: مؤسسة الرسالة، ط 1، 1420 هـ - 2000 م، رقم (19015)، (35/16)

(284) ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي (ت: 852هـ): تقريب التهذيب، 1 مج، تحقيق: محمد عوامة، دار الرشيد - سوريا، ط 1، 1406 / 1986، رقم (3409)، (ص: 309)

(285) ينظر: المزي، أبو الحجاج جمال الدين يوسف بن عبد الرحمن (ت: 742هـ): تهذيب الكمال في أسماء الرجال، 35 مج، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط 1، 1400-1980، رقم (3405)، (15/256-258).

(286) ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم (3454)، (ص: 312).

(287) ينظر: المزي: تهذيب الكمال، رقم (3819)، (19/384-384).

(288) ثقة .

4. ابن عيينة: هو سُفْيَان بن عُيَيْنَةَ بن أَبِي عِمْرَانَ. روى له الجماعة<sup>(289)</sup>. ثقة حافظ فقيه إمام حجة إلا أنه تغير حفظه بأخرة، وكان ربما دلس لكن عن الثقات<sup>(290)</sup>. وقد اتفق علماء الحديث على قبول تدليسه<sup>(291)</sup>.

5. سهل بن موسى الرازي: هو شيخ الطبري. ليس له ذكر في كتب التراجم، ولم يذكره محققو كتب الطبري، كما ذكر الفالوجي، روى عن ابن عيينة<sup>(292)</sup>.

6. أبو كريب: مُحَمَّد بن العلاء بن كريب الهمداني، روى عن ابن عيينة، وروى عنه الجماعة<sup>(293)</sup>. ثقة حافظ<sup>(294)</sup>، وهو شيخ الطبري<sup>(295)</sup>.

7. سفیان بن وكيع: بن الجراح، روى عن ابن عيينة، وروى عنه الطبري<sup>(296)</sup>. قال البخاري: "يتكلمون فيه لأشياء لفتنوه"<sup>(297)</sup>، وقال أبو زرعة: "كان يتهم بالكذب"<sup>(298)</sup>. ابتلي بوراق، كان يُدخل عليه الحديث، فنصح فيه وروجع، فلم

(288) ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم(4478)، (ص:384).

(289) المزي: تهذيب الكمال، رقم(2413)، (11/177-196)

(290) ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم(2451)، (ص:245)

(291) ابن العراقي، أبو زرعة ولي الدين أحمد بن عبد الرحيم(ت:826هـ): المدلسين، 1 مج، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، وآخرون، دار الوفاء، ط 1، 1415هـ، 1995م، (ص: 53)

(292) ينظر: الفالوجي، أكرم بن محمد زيادة: معجم شيوخ الطبري الذين روى عنهم في كتبه المسندة المطبوعة، 1 مج، الدار الأثرية، الأردن - دار ابن عفان، القاهرة، ط 1، 1426 هـ - 2005 م، (ص: 284).

(293) المزي: تهذيب الكمال، رقم(5529)، (26/243-248)

(294) ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم(6204)، (ص:500)

(295) ينظر: الفالوجي: معجم شيوخ الطبري الذين روى عنهم في كتبه المسندة المطبوعة، (ص: 730)

(296) المزي: تهذيب الكمال، رقم(2418)، (11/200-203)

(297) البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل(ت:256هـ): التاريخ الأوسط، 2 مج، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار الوعي، مكتبة دار التراث- حلب، القاهرة، ط 1، 1397-1977، رقم(2969)، (2/385)

(298) ينظر: ابن أبو حاتم، أبو محمد عبد الرحمن بن محمد(ت:327هـ): الجرح والتعديل، 9 مج، طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية- بحيدر آباد الدكن- الهند، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ط 1، 1271هـ./1952م، رقم(991)، (4/231)

يرجع، فاستحق الترتك لإصراره<sup>(299)</sup>.

هذه الرواية على الرغم من ضعف سفيان بن وكيع، وسهل بن موسى البزار، إلا أنها صحيحة الإسناد؛ لأنَّ ضعفهما منجبر برواية أبي كريب.

الرواية الثانية: عن ابن عباس في {وَلَقَدْ هَمَّتْ بِهِ وَهَمَّ بِهَا} قال: "جلس منها مجلس الخاتن، وحلَّ الهميان"<sup>(300)</sup>.

الرواية صحيحة الإسناد، ورواتها هم:

1. عُبَيْدُ اللَّهِ بن أَبِي يَزِيدِ المكي، روى عن ابن عباس، وروى عنه ابن عيينة. روى له الجماعة<sup>(301)</sup>. ثقة كثير الحديث<sup>(302)</sup>.

وأما بقية الرواة، فقد سبق ذكرهم في الرواية الأولى، وهم ثقات، إلا ابن وكيع، ومع ذلك فالرواية صحيحة متصلة الإسناد؛ لأنه قد روى الرواية أبو كريب مع ابن وكيع.

الرواية الثالثة: عن ابن عباس سئل: ما بلغ من همِّ يوسف؟ قال: "حلَّ الهميان، وجلس منها مجلس الخاتن"<sup>(303)</sup>.

الرواية صحيحة الإسناد، ورواتها هم:

1. الحسن بن محمد بن الصباح الزعفراني. روى عن ابن عيينة<sup>(304)</sup>، وهو شيخ الطبري<sup>(305)</sup>، ثقة صاحب الشافعي، وشاركه

في بعض شيوخه<sup>(306)</sup>.

2. عَمْرُو بن عَلِيٍّ بن بحر الصيرفي الفلاس الحافظ. روى عن ابن عيينة، وروى عنه الطبري، روى له الجماعة<sup>(307)</sup>. ثقة

(299) ابن حبان، أبو حاتم محمد بن حبان(ت: 354هـ): المجروحين من المحدثين، 2 مج، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، دار الصميعي، الرياض - السعودية، ط 1، 1420 هـ - 2000 م، رقم (466)، (455/9)

(300) الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم(19016)، (35/16)

(301) المزي: تهذيب الكمال، رقم(3697)، (179-178/19)

(302) ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم(4353)، (ص:375)

(303) الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم(19017)،(35/16)

(304) ينظر: المزي: تهذيب الكمال، رقم(1270)، (313-310/6)

(305) الفالوجي، أكرم بن محمد زيادة: المعجم الصغير لرواة الإمام ابن جرير الطبري، 2 مج، الدار الأثرية، الأردن - دار ابن عفان، القاهرة،

رقم(785)، (118/1)

(306) ينظر: ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم(1281)،(ص:163)

(307) المزي: تهذيب الكمال، رقم(4416)، (165-162/22)

حافظ<sup>(308)</sup>.

3. زياد بن عبد الله الحساني: هو زياد بن يحيى بن زياد بن حسان بن عبد الله. روى عن ابن عيينة، وروى عنه الطبري. روى له الجماعة<sup>(309)</sup>. ثقة<sup>(310)</sup>، وقد يُنسب لجدّه<sup>(311)</sup>.

وقد سبق ذكر بقية الرواة<sup>(312)</sup>، وهم ثقات عدول متصلون، لذا فالإسناد صحيح.

الرواية الرابعة: سئل ابن عباس: ما بلغ من همّ يوسف؟ قال: "استلقت له، وجلس بين رجلها"<sup>(313)</sup>.

الرواية ضعيفة الإسناد، وفيها علتان:

الأولى ضعف ابن جريج، وهو عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج<sup>(314)</sup>. ومع أنه ثقة فقيه فاضل<sup>(315)</sup>، إلا أنه من الطبقة الثالثة من المدلسين الذين لا يقبل تدليسهم<sup>(316)</sup>. وقد عنعن الرواية فلا تقبل عنعته. والثانية عدم اتصال الرواية، إذ لم يثبت لديّ أنّ ابن جريج شيخ ابن أبي عدي.

الرواية الخامسة: عن ابن عباس: (وَلَقَدْ هَمَّتْ بِهِ وَهَمَّ بِهَا) ما بلغ؟ قال: "استلقت له وجلس بين رجلها، وحلّ ثيابه، أو ثيابها"<sup>(317)</sup>.

الرواية ضعيفة الإسناد، وفيها ثلاث علل: الأولى: ضعف قببصة بن عقبة بن محمد الكوفي. وثقه ابن معين إلا في حديث

(308) ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم (5081)، (ص: 424)

(309) المزي: تهذيب الكمال، رقم (2073)، (523/9-525)

(310) ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم (2104)، (ص: 221)

(311) الفالوجي: معجم شيوخ الطبري، رقم (120)، (ص: 247)

(312) ابن عيينة في الرواية الأولى، وعبيد الله بن أبي يزيد في الرواية الثانية

(313) الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم (19018)، (35/16)

(314) المزي: تهذيب الكمال، رقم (3539)، (254-238/18)

(315) ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم (4193)، (ص: 363)

(316) ينظر: ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد (ت: 852هـ): النكت على كتاب ابن الصلاح، 2 مج، تحقيق: ربيع بن هادي المدخلي،

عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، ط 1، 1404هـ/1984م، (641/2)

(317) الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم (19020)، (36-35/16)



الثوري<sup>(318)</sup>، وكذلك رأى ابن حنبل؛ لأنه سمع منه صغيراً، فكان كثير الغلط عنه ولا يضبط<sup>(319)</sup>، فهو صدوق، وربما خالف<sup>(320)</sup>.

والثانية: المثنى: وهو ابن إبراهيم الأمليّ، الأبيّ الطبري. لم يعرفه محققو كتب الطبري. روى عن ابن راهويه، وقبيصة بن عقبة، وهو شيخ الطبري، وليس له رواية غيره<sup>(321)</sup>.

والثالثة: عنعنة ابن جريج.

الرواية السادسة: سئل ابن عباس ما بلغ من همّ يوسف؟ قال: "استلقت على قفاها، وقعد بين رجلها لينزع ثيابه"<sup>(322)</sup>.

الرواية ضعيفة الإسناد بسبب عنعنة ابن جريج، وجهالة المثنى.

الرواية السابعة: قال ابن عباس: "حل الهميان = يعني السراويل"<sup>(323)</sup>.

الرواية صحيحة الإسناد، ورواها هم:

1. نافع بن عمر بن عبد الله الجمحي، روى عن ابن أبي مليكة، وروى عنه وكيع. روى له الجماعة<sup>(324)</sup>. ثقة ثبت<sup>(325)</sup>.
2. وكيع بن الجراح بن مليح الرؤاسي الكوفي. روى عن إسرائيل، والثوري، وابن عيينة، ونافع بن عمر، وروى عنه ابنه سفيان، وأبو كريب، وسهل بن موسى. روى له الجماعة<sup>(326)</sup>. ثقة حافظ عابد<sup>(327)</sup>.

(318) ابن أبي حاتم: الجرح والتعديل، رقم(722)، (126/7)

(319) الخطيب البغدادي: تاريخ بغداد، رقم(6899)، (493/14)

(320) ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم(5513)، (ص:453)

(321) الفالوجي: معجم شيوخ البخاري، رقم(245)، (ص:420-435)

(322) الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم(19021)، (36/16)

(323) الطبري: المرجع السابق، رقم(19022)، (36/16)

(324) المزي: تهذيب الكمال، رقم(6367)، (290-287/29)

(325) ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم(7080)، (ص:558)

(326) المزي: تهذيب الكمال، رقم(6695)، (484-462/20)

(327) ينظر: ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم(7414)، (ص:581)

وبقية الرواة قد سبق ذكرهم<sup>(328)</sup>.

الرواية الثامنة: قال ابن عباس: "استلقت له، وجلس بين رجلها ينزع ثيابه"<sup>(329)</sup>.

حجاج بن محمد المصيصي الأعور. روى عن ابن جريج، وروى عنه الحسن بن محمد. روى له الجماعة<sup>(330)</sup>. ثقة ثبت، لكنّه

اختلط في آخر عمره، وسماعه من ابن جريج كتاب التفسير صحيح<sup>(331)</sup>.

وبقية الرواة قد سبق ذكرهم<sup>(332)</sup>، فالرواية صحيحة الإسناد، مع وجود ابن جريج، حيث لم يعنعن.

الرواية التاسعة: قال ابن عباس: "حلّ الهميان، وجلس منها مجلس الخائن"<sup>(333)</sup>.

الرواية ضعيفة الإسناد، وعلتها الحسن بن يحيى بن كثير العنبري المصيصي<sup>(334)</sup>. قال النسائي فيه: لا شيء، خفيف

الدماع<sup>(335)</sup>، فهو متهم في عقله<sup>(336)</sup>.

وهكذا يتبين للباحث صحة الأسانيد في خمسة من الطرق التسعة، وتكون الروايات صحيحة الإسناد بمجموعها عن

ابن عباس.

المطلب الثاني: دراسة الروايات الإسرائيلية الواردة في تفسير قوله تعالى {لَوْلَا أَنْ رَأَى بُرْهَانَ رَبِّهِ}، وفيه اثنتا عشرة

طريقاً.

الرواية الأولى: عن ابن عباس: {لَوْلَا أَنْ رَأَى بُرْهَانَ رَبِّهِ} قال: "نودي: يا يوسف، أتزني، فتكون كالطير وَقَعَ ريشه، فذهب

<sup>(328)</sup> ابن عباس، وابن أبي مليكة في الرواية الأولى.

<sup>(329)</sup> الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم(19027)، (37/16)

<sup>(330)</sup> المزي: تهذيب الكمال، رقم(1127)، (456-451/5)

<sup>(331)</sup> ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم(1135)، (ص:135)

<sup>(332)</sup> ابن عباس، وابن أبي مليكة في الرواية الأولى. الحسن في الرواية الثانية. ابن جريج في الرابعة.

<sup>(333)</sup> الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم(19031)، (37/16).

<sup>(334)</sup> المزي: تهذيب الكمال، ترجمة(1280)، (336/6)

<sup>(335)</sup> النسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي(ت:303هـ): تسمية مشايخ النسائي وذكر المدلسين، 1 مج، تحقيق: الشريف حاتم بن

عارف العوني، دار عالم الفوائد - مكة المكرمة، ط 1، ، 1423هـ، ترجمة(62)، (ص:85)

<sup>(336)</sup> معجم شيوخ الطبري رقم(96)، (212-209/1)

يطير فلا ريش له" (337)؟

الرواية صحيحة الإسناد، وسبق تخريج روايتها (338).

الرواية الثانية: عن ابن عباس، قال: "لم يُعْطِ على النداء، حتى رأى برهان ربه، قال: تمثال صورة وجه أبيه = قال سفيان: عاضاً على أصبعه = فقال: يا يوسف، تزني، فتكون كالطير ذهب ريشه" (339)؟

إسناد الرواية الأولى نفسه. فالرواية صحيحة الإسناد.

الرواية الثالثة: قال ابن عباس: "نودي: يا ابن يعقوب، لا تكن كالطائر له ريش، فإذا زنى ذهب ريشه، أو قعد لا ريش له. قال: فلم يُعْطِ على النداء، فلم يزد على هذا = قال ابن جريج: وحدثني غير واحد، أنه رأى أباه عاضاً على إصبعه" (340).

الرواية ضعيفة الإسناد لعنعة ابن جريج.

الرواية الرابعة: قال ابن عباس: (لَوْلَا أَنْ رَأَى بُرْهَانَ رَبِّهِ) قال: "نودي فلم يسمع، فقيل له: يا ابن يعقوب، تريد أن تزني، فتكون كالطير نتف فلا ريش له" (341)؟

الرواية صحيحة الإسناد على الرغم من ضعف ابن وكيع، فهي منجبرة بأبي كريب. وقد سبق ذكر جميع الروايات (342).

الرواية الخامسة: عن ابن عباس، قال: "نودي: يا ابن يعقوب، لا تكن كالطير إذا زنى ذهب ريشه، وبقي لا ريش له! فلم يطع على النداء، ففُتِّع" (343).

الرواية ضعيفة الإسناد بسبب عنعنة ابن جريج، وجهالة المثني (344).

(337) الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رواية (19032)، (39/16).

(338) الرواية الأولى في المطلب الأول

(339) الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم (19033)، (39/16-40)

(340) الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم (19034)، (40/16)

(341) الطبري: المرجع السابق، رواية (19035)، (40/16)

(342) ابن عباس، وابن أبي مليكة، أبو كريب وابن وكيع في الرواية الأولى، ووكيع ونافع في السابعة من المطلب الأول

(343) الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رواية (19037)، (40/16)

(344) ذكر ابن جريج في الرواية الرابعة، وذكر المثني في الرواية الخامسة من المطلب الأول

الرواية السادسة: قال ابن عباس: "نودي: يا ابن يعقوب لا تكونن كالطائر له ريش، فإذا زنى ذهب ريشه. قال: أو قعد لا ريش له. فلم يُعطِ على النداء شيئاً، حتى رأى برهان ربه، ففرق ففرَّ"<sup>(345)</sup>.

الرواية صحيحة الإسناد، رواها ثقات، وابن جريج لم يعنعن. سبق ذكر جميع الروايات<sup>(346)</sup>.

الرواية السابعة: قال ابن عباس: "نودي: يا ابن يعقوب، أتزني، فتكون كالطير وقع ريشه، فذهب يطيرُ فلا ريش له"<sup>(347)</sup>؟  
الرواية ضعيفة الإسناد، وسبق بيان ضعف رواها في الرواية التاسعة من المطلب الأول.

الرواية الثامنة: عن ابن عباس في قوله: (لَوْلَا أَنْ رَأَى بُرْهَانَ رَبِّهِ) قال: "رأى صورةً أو: تمثال وجه يعقوب عاضاً على إصبعه، فخرجت شهوته من أنامله"<sup>(348)</sup>.

الرواية صحيحة الإسناد، رواها ثقات متصلون، وهم:

1. سعيد بن جبير بن هشام الكوفي. روى عن ابن عباس، وروى عنه أبو حصين. روى له الجماعة<sup>(349)</sup>، ثقة ثبت فقيه<sup>(350)</sup>.
2. أبو حصين عثمان بن عاصم بن حصين الكوفي. روى عنه إسرائيل. روى له الجماعة<sup>(351)</sup>. ثقة ثبت<sup>(352)</sup>.
3. إسرائيل بن يونس بن أبي إسحاق الهمداني السبعي<sup>(353)</sup>. ثقة تكلم فيه بلا حجة<sup>(354)</sup>.
4. عمرو بن محمد العنقزي الكوفي. روى عن إسرائيل<sup>(355)</sup>. شيخ الحسن بن محمد<sup>(356)</sup>. ثقة<sup>(357)</sup>.

<sup>(345)</sup> الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رواية (19038)، (41-40/16)

<sup>(346)</sup> ابن عباس، وابن أبي مليكة في الأولى، وابن جريج في الرابعة، وحجاج في الثامنة، والحسن بن محمد في الثالثة من المطلب الأول

<sup>(347)</sup> الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم (19039)، (41/16)

<sup>(348)</sup> الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم (19042)، (41/16)

<sup>(349)</sup> المزي: تهذيب الكمال رقم (2245)، (376-358/1)

<sup>(350)</sup> ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم (2278)، (ص: 234)

<sup>(351)</sup> المزي: تهذيب الكمال، رقم (3828)، (408-401/19)

<sup>(352)</sup> ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم (4484)، (ص: 384)

<sup>(353)</sup> المزي: تهذيب الكمال، رقم (402)، (524-514/2)

<sup>(354)</sup> ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم (401)، (ص: 104)

<sup>(355)</sup> المزي: تهذيب الكمال، رقم (4444)، (222-220/22)

<sup>(356)</sup> الفالوجي: معجم شيوخ الطبري، (ص: 300)

وبقية الرواة سبق ذكرهم<sup>(358)</sup>

الرواية التاسعة: عن ابن عباس: (لَوْلَا أَنْ رَأَى بُرْهَانَ رَبِّهِ) قال: "مثل له يعقوب، فضرب في صدره، فخرجت شهوته من أنامله"<sup>(359)</sup>.

الرواية ضعيفة الإسناد لضعف ابن وكيع<sup>(360)</sup>.

الرواية العاشرة: عن ابن عباس، في قوله: (لَوْلَا أَنْ رَأَى بُرْهَانَ رَبِّهِ) قال: "رأى صورة يعقوب واضعاً أناملته على فيه، يتوعده، ففرَّ"<sup>(361)</sup>.

الرواية ضعيفة بسبب عنعة ابن جريج، وضعف عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي. روى له الجماعة<sup>(362)</sup>. وهو مقبول<sup>(363)</sup>، لكنه ضعيف في ابن جريج<sup>(364)</sup>.

الرواية الحادية عشرة: عن ابن عباس، في قوله: (وَلَقَدْ هَمَّتْ بِهِ وَهَمَّ بِهَا) قال: "حين رأى يعقوب في سقف البيت، قال: فنزعت شهوته التي كان يجدها، حتى خرج يسعى إلى باب البيت، فتبعته المرأة"<sup>(365)</sup>.

الرواية صحيحة الإسناد، ورواها هم:

1. جرير بن حازم بن زيد الأزدي، أو الجهضي. روى عن ابن أبي مليكة. روى له الجماعة<sup>(366)</sup>. ثقة<sup>(367)</sup>.

=

(357) ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم (5108)، (ص: 426)

(358) ابن عباس في الرواية الأولى، والحسن بن محمد في الرواية الثالثة من المطلب الأول

(359) الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم (19043)، (42/16)

(360) سبق ذكره في الرواية الأولى من المطلب الأول

(361) الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم (19046)، (42/16)

(362) المزي: تهذيب الكمال، رقم (3645)، (11 / 277-287)

(363) ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم (3695)، (ص: 328)

(364) الذهبي، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان (ت: 748هـ): ديوان الضعفاء والمتروكين وخلق من المجهولين وثقات فيهم لين،

1 مج، تحقيق: حماد بن محمد الأنصاري، مكتبة النهضة الحديثة - مكة، ط 1، 1387 هـ - 1967 م، رقم (2344)، (ص: 232).

(365) الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم (19047)، (42/16)

(366) المزي: تهذيب الكمال، رقم (913)، (530/4-531)

2. يحيى بن عباد: الضبيعي. روى عنه الحسن بن محمد. روى له البخاري، ومسلم، والترمذي، والنسائي<sup>(368)</sup>. صدوق<sup>(369)</sup>.  
وبقية الرواة سبق ذكرهم<sup>(370)</sup>.

الرواية الثانية عشرة: عن ابن عباس: (وَلَقَدْ هَمَّتْ بِهِ وَهَمَّ بِهَا لَوْلَا أَنْ رَأَى بُرْهَانَ رَبِّهِ) يقول: "آيات ربه، أُرِي تَمَثَالَ الْمَلِكِ"<sup>(371)</sup>.

الرواية ضعيفة جداً، لضعف: 1. محمد بن سعد بن محمد بن الحسن بن عطية العوفي<sup>(372)</sup>. لِيَنَّهُ فِي الْحَدِيثِ الْخَطِيبِ الْبَغْدَادِي<sup>(373)</sup>.

2. سعد بن محمد بن الحسن بن عطية العوفي<sup>(374)</sup>، وصفه ابن حنبل بالجهمي<sup>(375)</sup>. ضعيف<sup>(376)</sup>.

3. الحسين بن الحسن بن عطية العوفي. ضعيف<sup>(377)</sup>، منكر الحديث<sup>(378)</sup>.

4. الحسن بن عطية بن سعد العوفي<sup>(379)</sup>. ضعيف<sup>(380)</sup>.

=

<sup>(367)</sup> بن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم (911)، (ص: 138)

<sup>(368)</sup> المزي: تهذيب الكمال، رقم (6854)، (31/395-398)

<sup>(369)</sup> ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، ترجمة (7576)، (ص: 592)

<sup>(370)</sup> ابن عباس، وابن أبي مليكة في الأولى، والحسن بن محمد في الثالثة من المطلب الأول

<sup>(371)</sup> الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم (19089) (48/16)

<sup>(372)</sup> الذهبي، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد (ت: 748هـ): ميزان الاعتدال في نقد الرجال، 4 مج، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار المعرفة

للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، ط 1، 1382 هـ - 1963 م، ترجمة (7583)، (3/560)

<sup>(373)</sup> الخطيب البغدادي، أبو بكر أحمد بن علي (ت: 463هـ): تاريخ بغداد، 16 مج، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي -

بيروت، ط 1، 1422 هـ - 2002 م، رقم (866)، (3/268).

<sup>(374)</sup> العراقي، أبو الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين (ت: 806هـ): ذيل ميزان الاعتدال، 1 مج، تحقيق: علي محمد معوض، وآخرون، دار

الكتب العلمية - بيروت، ط 1، 1416 هـ - 1995 م، رقم (416)، (ص: 115)

<sup>(375)</sup> الخطيب البغدادي: تاريخ بغداد، رقم (4696)، (10/183)

<sup>(376)</sup> الفالوجي: المعجم الصغير، رقم (6240)، (2/784)

<sup>(377)</sup> ابن أبي حاتم: الجرح والتعديل، رقم (215)، (3/48)

<sup>(378)</sup> ابن حبان: المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين، رقم (226)، (1/246)

5. عطية العوفي: عطية بن سعد بن جنادة<sup>(381)</sup>. صدوق يخطيء كثيرا وكان شيعيا مدلسا من الثالثة<sup>(382)</sup>.

وبذلك تصح أسانيد ستة طرق من مجموع الطرق الواردة في تفسير الآية، وتكون الروايات صحيحة الإسناد بمجموعها.

المطلب الثالث: رأي الطبري في المسألة

أولاً: رأيه في مسألة الهمّ

يرى الطبري حصول الهمّ ليوسف عليه السلام، ولا يردّ هذه الروايات سنداً أو متناً، ذكراً أقوال العلماء في الغاية من ذلك، ومنها أن الله يتلي بعض الأنبياء بالخطيئة، لكون على خوف من الله إذا ذكرها، فيجتهد في طاعته، ولا يتكل على سعة رحمة الله وعفوه، أو يكون الابتلاء لتعريفهم موضع نعمة الله عليهم بالصفح وعدم العقوبة الأخروية، أو يكون ابتلاؤهم ليكونوا قدوة لأهل الذنوب في رجاء رحمة الله، وترك الإيأس من عفوه إذا تابوا.

وعدّ الطبري من اجتهد لينفي عن نبي الله يوسف عليه السلام الهمّ بما ذكرته الروايات، أنه خالف السلف وتأول القرآن برأيه، وذكر بعضاً من أقوالهم في الهمّ، ومنه: همّ يوسف بضرها، لولا رؤيته برهان ربه، وقول آخر بالوقف على (هَمَّتْ بِهِ)، ثم البدء ب(وَهَمَّ بِهَا لَوْلَا أَنْ رَأَى بُرْهَانَ رَبِّهِ) ومرادهم أنه لم يقع الهمّ.

وردّ على القولين، بأنّه لم يرد عند العرب تقديم جواب لولا عليها، وأن قولهم يخالف قول ما أجمع عليه، وأورد قولاً آخر بأن الهمّ هو حديث النفس دون العزم والفعل، ولم يردّ عليه<sup>(383)</sup>.

ثانياً: رأيه في مسألة البرهان: بعد أن ذكر اختلاف العلماء في البرهان، ومنه أنه المناداة بالنهي عن واقعة الخطيئة، أو صورة يعقوب وهو يتوعده، أو ما أوعده الله على الزنا أهله، أو رؤيته تمثال الملك، أو خيال سيده، بيّن الطبري أن برهان

=

(379) المزي: تهذيب الكمال، رقم (1244)، (211-212/6)

(380) ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم (1256)، (ص: 162)

(381) المزي: تهذيب الكمال، رقم (3956)، (149-145/20)

(382) ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم (4616)، (ص: 393)

(383) ينظر: الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، (39-37/16)

ربه آيةً من الله، زجرته عن ركوب ما همم به يوسف من الفاحشة ولم يرجح قولاً من هذه الأقوال، لعدم وجود الدليل القاطع بأحد منها، والأصل الأخذ بعموم قول الله والإيمان به وترك غيره لعالمه<sup>(384)</sup>.

#### المطلب الثالث: نقد المسألة

الأخذ بما ذكر في المرويات التي رواها الطبري في حق نبي الله يوسف عليه السلام خطير ويتعارض مع عصمة الأنبياء، وفيه تعريض بنبي الله وتشهير به، وهل من الابتلاء فضح الأنبياء والتشهير بهم؟ وسياق الآيات يخالف هذه المرويات، ويبرئ نبي الله يوسف عليه السلام مما اتهم به، وسيتم نقد المسألة وفق الأمور الآتية:

#### أولاً من حيث الأثر:

بعد تتبع الروايات المروية عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه، وجدنا أنّ منها الصحيح ومنها الضعيف، فالضعيف لا عبرة به، وما صحّ فممّا تلقاه ابن عباس من الإسرائيليات، وهي ممّا لا تجوز نسبتها لنبي الله يوسف عليه السلام، لما يظهر علمها من إمارات الكذب، ومنها أنه لم يتعظ حتى رأى برهان ربه، وهو لا يبالي بها، أكبر زاجر لعوام الفساق، فما الظنّ بنبي الله <sup>(385)</sup>؟ كما أنّه لا حجة في قول أحد إلا فيما صح عن النبي عليه الصلاة والسلام، وما ذكروه في حق نبي الله يوسف لا يُقبل صدوره من مستوري المسلمين فكيف يقال عن نبي معصوم؟ وقد يكون ابن عباس لم يقطع بذلك، فهو لم يسمعه من النبي، ولم يحضر الواقعة<sup>(386)</sup>.

ويرى ابن حزم في حديثه السابق أنّ الوهم في الرواية قد يكون عن ابن عباس، وهذا قول يُقبل في الروايات الضعيفة، ولكنه خطير يجعلنا نشكّ في كل الروايات، ولا نتقبل شيئاً منها، وما دامت الروايات قد صححت عن ابن عباس، فلا نستطيع إنكار ثبوتها، ولكن ردها يكون من حيث نقدها، ونقضها، لا التشكيك في روايتها جميعاً. يضاف لذلك أنّه لم يرو عن أحد من الصحابة غير عبد الله بن عباس، ولو كان الأمر وفق هذه الروايات لاشتهر عن غيره من الصحابة.

(384) الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، (49-48/16)

(385) الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد المختار (ت: 1393هـ): أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، 9 مج، دار الفكر للطباعة، بيروت، 1415 هـ - 1995 م، (215-214/2)

(386) ابن حزم الأندلسي، أبو محمد علي بن أحمد (ت: 456هـ): الفصل في الملل والأهواء والنحل، 5 مج، مكتبة الخانجي، القاهرة، (10/4)



فهذه الإسرائيلية خرافات وضعها زنادقة أهل الكتاب القدامى للنيل من الأنبياء، ونقلها أهل الكتاب الذين أسلموا، فتلقاها عنهم الصحابة والتابعون بحسن نية، أو اعتمادا على ظهور كذبها وزيفها<sup>(387)</sup>.

ثانيا: من حيث اللغة:

1/ أنّ الهمّ منفي لوجود رؤية البرهان، كما يقال: لقد قارفت لولا أن الله عصمك، وجواب لولا ليس متقدم عليها، وذلك مذهب الكوفيين، وبعض البصريين. مع أنّه لا دليل على امتناع ذلك، فأدوات الشرط العاملة مختلف في جواز تقدم أجوبتها عليها، فجواب لولا محذوف لدلالة ما قبله عليه، وعليه جمهور البصريين، والتقدير: لولا أن رأى برهان ربه لهمّ بها، فكان موجدا الهمّ على تقدير انتفاء رؤية البرهان، لكنه وجد رؤية البرهان فانتهى الهمّ<sup>(388)</sup>.

وقد يكون الكلام تامّا عند قول الله (وَلَقَدْ هَمَّتْ بِهِ)، ويكون المعنى لولا أنّه رأى برهان ربه لهمّ بها، ولكنّه لم يهّم بها<sup>(389)</sup>، إلا أنّ ابن عطية أنكر ذلك مدعيا أنّه لم يرد في لسان العرب ولا أقوال السلف، وكلامه غير دقيق، فقول الله تعالى: {إِنْ كَادَتْ لَتُبْدِي بِهِ لَوْلَا أَنْ رَبَطْنَا عَلَى قَلْبِهَا} {القصص:10} يردّ عليه، وتقديرها: لولا أن ربطنا على قلبها لكادت تبدي به<sup>(390)</sup>.

2/ لو أخذ برأي القائلين بالهمّ، فليس الهمّ كما صوّرته الروايات التي ذكرها الطبري، وقد ذُكر فيه أشياء أخرى، منها: أنّه هم بضرّهما، كما قال تعالى: {وَهَمَّتْ كُلُّ أُمَّةٍ بِرَسُولِهِمْ لِيَأْخُذُوهُ} [غافر:5]، ولكنّه عليه السلام امتنع من ذلك

<sup>(387)</sup> أبو شهبه، محمد بن محمد (ت: 1403هـ): الإسرائيليات والموضوعات في كتب التفسير، 1 مج، مكتبة السنة، (ص: 224).

<sup>(388)</sup> ينظر: أبو حيان، أثير الدين محمد بن يوسف (ت: 745هـ): البحر المحيط في التفسير، 10 مج، تحقيق: صدقي محمد جميل، دار الفكر - بيروت، 1420 هـ، (257/6-258)، وينظر أيضا: ابن حزم الأندلسي: الفصل في الملل والأهواء والنحل، (10/4)، والعكبري، أبو البقاء عبد الله بن الحسين (ت: 616هـ): التبيان في إعراب القرآن، 2 مج، تحقيق: علي محمد الجاوي، عيسى البابي الحلبي وشركاه، (729/2)، والقرطبي أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد (ت: 671هـ): الجامع لأحكام القرآن، 20 مج، تحقيق: أحمد البردوني، وآخرون، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط2، 1384 هـ - 1964 م، (166/6)، والزرکشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله (ت: 794هـ): البرهان في علوم القرآن، 4 مج، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي، ط 1، 1376 هـ - 1957 م، (3/ 185)

<sup>(389)</sup> أبو حيان: البحر المحيط، 257/6-258، وهو رأي ابن حزم الأندلسي: الفصل في الملل والأهواء والنحل، (10/4)، والعكبري: التبيان في إعراب القرآن، (729/2)، والقرطبي: الجامع لأحكام القرآن، (166/6)، والزرکشي: البرهان في علوم القرآن، (3/ 185)

<sup>(390)</sup> أبو حيان: البحر المحيط، (257/6-258)، وابن حزم الأندلسي: الفصل في الملل والأهواء والنحل، (10/4)

ببرهان أراه الله إياه استغنى به عن ضربها، وعلم أنّ الفرار أجدى عليه وأظهر لبراءته<sup>(391)</sup>.

ب- أنّه لم يقع همّ بالفاحشة منها ولا منه، وما كان منها إلا المرادة، فلما امتنع عليه السلام، عدّته إهانة واحتقارا لها، فحاولت الاعتداء عليه والبطش به، والانتقام منه، فكان همّ عليه السلام دفعا لاعتدائها<sup>(392)</sup>.

ج- أنه تمنّاها كزوجة، ويكون بمعنى خطرات حديث النفس<sup>(393)</sup>، ويؤيده قول النبيّ عليه الصلاة والسلام: "يقول الله تعالى: وَمَنْ هَمَّ بِسَيِّئَةٍ فَلَمْ يَعْمَلْهَا كَتَبَهَا اللَّهُ لَهُ عِنْدَهُ حَسَنَةً كَامِلَةً، فَإِنْ هُوَ هَمَّ بِهَا فَعَمِلَهَا كَتَبَهَا اللَّهُ لَهُ سَيِّئَةً وَاحِدَةً"<sup>(394)</sup>.

وأصل الهمّ الفكر، وتعلق خاطر بشئ<sup>(395)</sup>، فالهمّ نوعان: همّ خطرات النفس وحديثها، ولا مؤاخذة عليه، وهمّ الإصرار ومعه العزم والعقد والرضى، وعليه المؤاخذة<sup>(396)</sup>.

وإن كان همّ يوسف عليه السلام خطرات، فقد تركه لله، وعُدت له حسنة، وأمّا المذكور في الروايات فلم يُنقل منه حرف من كتاب الله، ولا صحّح عن النبيّ عليه الصلاة والسلام، وهو مأخوذ من اليهود الذين هم أكثر الناس افتراء على الله وأنبيائه<sup>(397)</sup>.

(391) ابن حزم الأندلسي: الفصل في الملل والأهواء والنحل، (10/4)

(392) ينظر: رضا، محمد رشيد بن علي(ت: 1354هـ): تفسير القرآن الحكيم(تفسير المنار)، 12 مج، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1990 م،(230-2290/12)

(393) ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر(ت: 774هـ): تفسير القرآن العظيم، 8 مج، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون- بيروت، ط 1، 1419 هـ،(327/4-328)

(394) البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل(ت: 256هـ): صحيح البخاري، 9 مج، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط 1، 1422 هـ، كتاب الرقاق، باب(من هم بحسنة)،حديث(6491)،(103/8)، ومسلم، أبو الحسن ابن الحجاج(ت: 261هـ): صحيح مسلم، 5 مج، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، كتاب الإيمان، باب إذا هم العبد بحسنة كتبت، وإذا هم بسينة لم تكتب،حديث(207)(118/1)

(395) العسكري، أبو هلال الحسن بن عبد الله(ت: نحو 395هـ): معجم الفروق اللغوية، 1 مج، تحقيق: بيت الله بيّات، وآخرون، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين ب«قم»، 1412 هـ،(ص: 560)

(396) البيهقي: أبو محمد محيي السنة الحسين بن مسعود(ت: 510هـ): معالم التنزيل في تفسير القرآن، تحقيق: محمد عبد الله النمر، وآخرون، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط 4، 1417 هـ - 1997 م، (485/2)

(397) ينظر: ابن تيمية، أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم(ت: 728هـ): الفتاوى الكبرى، 6 مج، دار الكتب العلمية، ط 1، 1408 هـ - 1987 م،(261/5)

فالهيم ليس الفعل، وما في الروايات فيها أفعال تتعارض مع مفهوم الهيم<sup>(398)</sup>.

ثالثاً: من حيث السياق، سياق الآيات السابقة واللاحقة للآية قيد الدراسة، والسياس العام للقرآن يخالف ما ذهب إليه هذه الروايات، ومن ذلك:

1/ من حيث سياق السورة، نجد قول الله في حق نبي الله يوسف عليه السلام قبل الحديث عن الهيم {وَلَمَّا بَلَغَ أَشُدَّهُ آتَيْنَاهُ حُكْمًا وَعِلْمًا وَكَذَلِكَ نَجْزِي الْمُحْسِنِينَ} [يوسف: 22]، ثم قوله تعالى بعدها: {كَذَلِكَ لِنَصْرِفَ عَنْهُ السُّوءَ وَالْفَحْشَاءَ إِنَّهُ مِنْ عِبَادِنَا الْمُخْلَصِينَ} [يوسف: 24] يتنافي مع ما ذكره من الهيم، ويدل على عصمته، والله لا يُمكن الهيم به فضلاً عن الوقوع فيه<sup>(399)</sup>.

وفي الآية الأخيرة شهادة الله تعالى له بطهارته أربع مرات، بلام التوكيد والمبالغة، وصرف السوء والفحشاء عنه، ووصفه أنه من عبادنا، ثم جعله من المخلصين، وذلك من أدل الألفاظ على كونه منزهاً عما أضافوه إليه<sup>(400)</sup>.

ويرى ابن عطية أن يوسف عليه السلام لم يكن وقت الحادثة نبياً، وبذلك فلا مانع من أن يجري له ما يجري من البشر من الهيم على الواقعة دون حصولها، وأما إن كان نبياً فلا يجوز نسبة الهيم له إلا من باب الخواطر، ولا يصح ما ذكر من روايات تسيء لعصمته، ووافق القرطبي على هذا التقسيم، إلا أنه بين أن سياق الآيات السابقة فيها قوله تعالى: {وَأَوْحَيْنَا إِلَيْهِ} [يوسف: 15] يدل على أنه كان نبياً، لذا لم يبق من القول في المسألة إلا أن يكون الهيم مجرد خواطر لا تثبت في النفس، وهو مما رفع الله المؤاخذة عن الخلق، ولا قدرة للمكلف على دفعه<sup>(401)</sup>.

وقول القرطبي بالنسبة للوحي غير دقيق، فالآية {وَأَوْحَيْنَا إِلَيْهِ} جاءت في معرض الحديث عن إلقاء إخوة يوسف له في

(398) ابن خمير، أبو الحسن علي بن أحمد (ت: 614هـ): تنزيه الأنبياء عما نسب إليهم حثالة الأغبياء، 1 مج، تحقيق: محمد رضوان الداية، دار

الفكر المعاصر - لبنان، ط 1، 1411هـ - 1990م، (ص: 45)

(399) أبو حيان: البحر المحيط، (259/6)، ومتولي، تامر محمد، منهج الشيخ محمد رشيد رضا في العقيدة، 1 مج، دار ماجد عسيري، ط 1،

1425هـ - 2004م، (ص: 720)

(400) الفخر الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر (ت: 606هـ): مفاتيح الغيب، 32 مج: دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط 3، 1420 هـ،

(441-440/18)

(401) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، (167/9-168)

الجب، وساعتها لم يكن بالغا، ونزول الوحي لا يكون إلا بعد البلوغ، والوحي لا يُقصد به مطلقا النبوة، فقد يكون الإلهام، وقد أوحى الله إلى النحل، كما أوحى إلى أم موسى، ولم يُعرف أن النحل أو أم موسى من الأنبياء، لكن لا يعني ذلك موافقة ابن عطية أنه لم يكن موحى إليه ساعة المراودة، فقد سبقت بقوله تعالى: {وَلَمَّا بَلَغَ أَشُدَّهُ آتَيْنَاهُ}.

2/ من حيث السياق العام فقد شهد الشيطان نفسه ليوסף عليه السلام بطهارته، وأنه لا يمكنه إغواء المخلصين بقوله: {قَالَ فَبِعِزَّتِكَ لأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ، إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمُ الْمُخْلِصِينَ} [ص: 82-83] ويوسف بشهادة الله من المخلصين لقوله تعالى {إِنَّهُ مِنْ عِبَادِنَا الْمُخْلِصِينَ}، فكان هذا إقرارا من إبليس بأنه ما أغواه وما أضله (402).

رابعا: من حيث المعقول: ومع مخالفة هذه الروايات لنظم القرآن، فهي تصادم العقل من حيث:

1/ ما ذكره من الهم ليس نوعا من السوء؟ وهذا لا يتفق مع قول الله تعالى: {لِنَصْرِفَ عَنْهُ السُّوءَ وَالْفَحْشَاءَ}.

2/ قول امرأة العزيز: {مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا}، وإنكار يوسف عليه السلام ذلك، فشهد الصادق المصدق أنه صادق وهي الكاذبة بنص القرآن وإذا كذبت بنص القرآن فما أراد بها سوءاً، فما همم بالزنا قط، ولو أراد بها الزنا لكانت من الصادقين.

3/ صح عنه أنه قط لم يُصَبَّ إليها (403)، دلّ على ذلك دعاء يوسف عليه السلام، وطلبه من الله أن يعينه، خوفا من الوقوع بكيدهن: {قَالَ رَبِّ السِّجْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِي إِلَيْهِ وَإِلَّا تَصْرِفْ عَنِّي كَيْدَهُنَّ أَصْبُ إِلَيْنَّ وَأَكُنَّ مِنَ الْجَاهِلِينَ}، واستجابة الله له بقول {فَصْرِفَ عَنْهُ كَيْدَهُنَّ} (404).

4/ الزنا من منكرات الكبائر، ومثلها خيانة الأمانة، ومقابلة الإحسان بالإساءة الموجبة للفضيحة والعار، والمعصية التي نسبوها لنبي الله يوسف عليه السلام موصوفة بجميع الكبائر التي ذكرت، ومثل ذلك لا يصدر عن أفسق الخلق فكيف يصدر عن نبي مؤيد بالمعجزات، وقد قال الله فيه: {لِنَصْرِفَ عَنْهُ السُّوءَ وَالْفَحْشَاءَ} [يوسف: 24]، مما يدل على أن ماهية السوء والفحشاء مصروفة عنه، والمعصية التي نسبت إليه نسبوها إليه أعظم أنواع وأفحش أقسام الفحشاء،

(402) الفخر الرازي: مفاتيح الغيب، (18/441)

(403) ابن حزم: الفصل في الملل والنحل، (4/11)

(404) أبو شهبة: الإسرائيليات والموضوعات في كتب التفسير، (ص: 223)

فهل يشهد الله في عين الواقعة ببراءته، مع أنه أتى بأعظم السوء والفحشاء؟

5/ لو أن الآية لا تدلّ على نفي هذه المعصية عنه، لكنها يقينا تمدحه وتثني عليه، فهل من حكمة الله الحديث عن مدح

إنسان أقدم على معاصي عظيمة؟

6/ الواقع من حال الأنبياء إتيان الزلات أو الهفوات بالتوبة والتّدم، ولو كان ذلك من يوسف عليه السلام لبيّنت الآيات

ندمه واستغفاره وتوبته، وذلك لم يحصل، ممّا يعني عدم حصول الذنب منه

" فإن الهم المذكور في هذه الآية وضع في إطار من العصمة الإلهية، والتركية الربانية. بحيث لا يسع أي منصف إلا أن

يقف أمام موقف يوسف عليه السلام في إجلال وإكبار وإعظام<sup>(405)</sup>.

7/ كل من شهد الواقعة حكم ببراءة يوسف عليه السلام:

1- المرأة التي لم يفلح معها التهديد ليوسف عليه السلام اعترفت بذلك، فلأنها قالت للنسوة: {أَنَا رَأَوْتُهُ عَنْ نَفْسِهِ وَإِنَّهُ

لَمِنَ الصَّادِقِينَ}، وأيضا قالت: {الآنَ حَصْحَصَ الْحَقُّ أَنَا رَأَوْتُهُ عَنْ نَفْسِهِ وَإِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ}<sup>(406)</sup>.

3- زوج المرأة أقرّ بذلك، فهو قوله: {إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ يُوسُفُ أَعْرَضَ عَنْ هَذَا وَاسْتَغْفِرِي لِذَنْبِكِ إِنَّكِ

كُنْتِ مِنَ الْخَاطِئِينَ} [يوسف: 28-29].

4- الشهود أقرّوا ذلك، فقوله تعالى: {وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ

الْكَاذِبِينَ} [يوسف: 26]

(405) أيوب، حسن محمد (ت: 1429هـ): تبسيط العقائد الإسلامية، 1 مج، دار الندوة الجديدة، بيروت - لبنان ط 5، 1403 هـ - 1983 م، (ص: 133-132)

(406) أبو شهبة: الإسرائيليات والموضوعات في كتب التفسير، (ص: 224)

## المبحث الثاني

دراسة الروايات الإسرائيلية الواردة في تفسير قوله تعالى: {وشهد شاهد من أهلها}

وفيه ست طرق.

المطلب الأول: دراسة الروايات

الرواية الأولى: عن ابن عباس، قال: "تكلم أربعة في المهد وهم صغار: ابن ماشطة بنت فرعون، وشاهد يوسف، وصاحب جريج،

وعيسى ابن مريم عليه السلام"<sup>(407)</sup>.

الرواية ضعيفة الإسناد، فيها:

1. ضعف ابن وكيع<sup>(408)</sup> 2. حماد بن سلمة، ثقة، اختلط بأخيه<sup>(409)</sup>، ولَهُ أَوْهَامٌ وَغَرَائِبٌ<sup>(410)</sup>

3. عطاء بن السائب بن مالك. روى عنه حماد بن سلمة<sup>(411)</sup>، كان يرفع عن سعيد بن جبير أشياء لم يكن يرفعها<sup>(412)</sup>، وكان يتلقن

إذا لقنوه<sup>(413)</sup>، فهو صدوق اختلط<sup>(414)</sup>.

الرواية الثانية: عن ابن عباس، قال: "كان ذا لحية"<sup>(415)</sup>.

الرواية ضعيفة الإسناد بسبب سماك، وهو ابن حرب بن أوس الكوفي<sup>(416)</sup>، صدوق، لكن روايته عن عكرمة خاصة

<sup>(407)</sup> الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم(19099)، (54/16).

<sup>(408)</sup> ينظر المبحث الأول، الرواية الأولى

<sup>(409)</sup> ينظر: ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم(1499)، (ص:178).

<sup>410</sup> الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد(ت: 748هـ): المغني في الضعفاء، 2 مج، تحقيق: نور الدين عتر، رقم(1711)، (189/1).

<sup>(411)</sup> المزي: تهذيب الكمال، رقم(3934)، (86/20).

<sup>(412)</sup> ابن أبي حاتم: الجرح والتعديل، رقم(1848)، (335-332/6).

<sup>(413)</sup> العجلي: تاريخ الثقات، رقم(1128)، (ص:333-332).

<sup>(414)</sup> ينظر: ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، رقم(4592)، (ص:391).

<sup>(415)</sup> الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم(19111)، (56/16).

<sup>(416)</sup> المزي: تهذيب الكمال، رقم(2579)، (118-115/12).

مضطربة، وقد تغير بأخرة فكان يتلقن إذا لقنوه<sup>(417)</sup> وكان يروي أقوال عكرمة على أنها عن ابن عباس<sup>(418)</sup>، وهو يروي عن عكرمة في هذه الرواية.

الرواية الثالثة: عن ابن عباس: (وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا)، قال: "كان من خاصّة الملك"<sup>(419)</sup>.

الرواية ضعيفة بسبب جابر، وهو ابن يزيد بن الحارث الجعفي<sup>(420)</sup> متروك الحديث<sup>(421)</sup>، ووصفه ابن سعد بالتدليس<sup>(422)</sup>، وضعفه الجمهور<sup>(423)</sup>، ولا يوجد ما يدل على أن ابن مليكة من شيوخه.

الرواية الرابعة: عن ابن عباس: (وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا) قال: "ذو لحية"<sup>(424)</sup>.

ضعيفة الإسناد بسبب سماك<sup>(425)</sup>.

الرواية الخامسة: عن ابن عباس: (وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا) قال: "ذو لحية"<sup>(426)</sup>.

<sup>(417)</sup> ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، (2624)، (ص:255)، وينظر: أيضا العلائي، أبو سعيد صلاح الدين خليل بن كيكليدي(ت: 761هـ): المختلطين، 1 مج، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، وآخرون، مكتبة الخانجي - القاهرة، ط 1، 1417 هـ - 1996م، ترجمة(29)، (ص:49)

<sup>(418)</sup> ينظر: العجلي، أبو الحسن أحمد بن عبد الله(ت: 261هـ): تاريخ الثقات، 1 مج، دار الباز، ط 1، 1405 هـ-1984م، ترجمة(621)، (ص:207)

<sup>(419)</sup> الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رواية(19112).

<sup>(420)</sup> المزي: تهذيب الكمال، ترجمة(879)، (470-465/4)

<sup>(421)</sup> البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل(ت: 256هـ): كتاب الضعفاء، 1 مج، تحقيق: أبو عبد الله أحمد بن إبراهيم بن أبي العينين، مكتبة ابن عباس، ط 1، 1426هـ/2005م، رقم(50)، (ص: 37)، والنسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب(ت: 303هـ): الضعفاء والمتروكون، 1 مج تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار الوعي - حلب، ط 1، 1396هـ، رقم (98)، (ص:28)، والدار قطني، أبو الحسن علي بن عمر(ت: 385هـ): سنن الدارقطني، 5 مج، تحقيق: شعيب الارنؤوط، وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط 1، 1424 هـ - 2004 م، كتاب الصلاة، باب صلاة المريض جالسا بالمؤمنين، رقم(1485)، (252/2).

<sup>(422)</sup> ابن سعد، أبو عبد الله محمد بن سعد(ت: 230هـ): الطبقات الكبرى، 8 مج، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط 1، 1410 هـ - 1990، رقم(2533)، (333/6)

<sup>(423)</sup> ابن حجر العسقلاني: تعريف أهل التقديس بمراتب الموصوفين بالتدليس، رقم(133)، (ص: 53)

<sup>(424)</sup> الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم(19119)، (57/16)

<sup>(425)</sup> سبق ذكره في الرواية الأولى من المبحث الثاني

<sup>(426)</sup> الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم(19121)، (57/16)

ضعيفة الإسناد كالرواية السابقة.

الرواية السادسة: عن ابن عباس، قال: "ذو لحية"<sup>(427)</sup>.

وهي ضعيفة الإسناد بسبب سماك، وجهالة المثني، وقد سبق بيان حالهما<sup>(428)</sup>.

وبذلك يتبين لنا ضعف جميع الطرق، ولا يمكن تقويتها بكثرتها، فالطرق الأولى علتها سماك، لا تنجبر بالمختلطين والمتروكين، لذا لا يعتمد على أي منها في هذا المبحث.

#### المطلب الثاني: رأي الطبري في المسألة

بعد أن ذكر الطبري أقوال العلماء في صفة الشاهد، أهو صبي في المهد، أم رجل ذو لحية، أم أنه حكم حاكم، أم هو القميص المقدود، رجّح أنه صبي في المهد للخبر الذي رواه في تفسيره عن النبي عليه السلام، وفيه أنه تكلم في المهد شاهد يوسف الصبي<sup>(429)</sup>.

#### المطلب الثالث: نقد المسألة.

##### أولاً: من حيث الأثر

1/ الروايات الستة التي ذكرها الطبري ضعيفة، وهي متضاربة، فالأولى تبين أنّ الشاهد صغير تكلم في المهد، والخمسة الأخرى تفيد أنّ الشاهد كبير.

2/ القول الذي رجّحه الطبري مخالف لما صحّ عن النبي عليه الصلاة والسلام، فعن أبي هريرة أنّ النبي ﷺ قال: "لم يتكلم في المهد إلا ثلاثة" وذكر فيه عيسى عليه السلام، وصاحب جريج، ورضيع امرأة بني إسرائيل<sup>(430)</sup>. فهذه الرواية ذكرت ثلاثة ممّن تكلم في المهد ليس فيها شاهد يوسف عليه السلام.

##### ثانياً: من حيث المعقول:

(427) الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم(19122)، (57/16)

(428) سماك: في الرواية الأولى من المبحث الثاني، والمثني في الرواية السادسة من المطلب الأول في المبحث الأول

(429) الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، (53/16-59).

(430) البخاري: صحيح البخاري، كتاب أحاديث الأنبياء، باب قول الله (واذكر في الكتاب مريم إذ انتبذت من أهلها) مريم: 16، رقم(3436)،

(165/4)، ومسلم: صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تقديم بر الوالدين على التطوع بالصلاة وغيرها (1976/4)



- 1/ لو تكلم شاهد يوسف الصغير لكان الدليل نفس كلامه دون أن يحتاج إلى الاستدلال بالقميص<sup>(431)</sup>.
- 2/ الاستدلال بالقميص، نوع من خرق العادة، ويكون كالمعجزة<sup>(432)</sup>، إلا أنه ضعيف؛ لأنّ القميص لا يوصف بأنه من الأهل<sup>(433)</sup>.
- 3/ أن يكون الشاهد من أهلها أولى بالقبول، فمن كان من أهلها فأحرى به أن يدافع عنها، لا أن يسيئ لها، ولو كان الشاهد طفلاً لما احتيج لأن يكون من أهلها أم من غيرهم، كما أن لفظ الشاهد لا يطلق إلا على من له خبرة وإحاطة بالواقعة، وذلك لا يكون للصبيان<sup>(434)</sup>.

### المبحث الثالث

#### دراسة الروايات الإسرائيلية الواردة في تفسير قوله تعالى: {وَمَا أُبْرِيءُ نَفْسِي}

وفيه أربع طرق.

#### المطلب الأول: دراسة المرويات

الرواية الأولى: عن ابن عباس قال: "لما جمع الملك النسوة فسألهن: هل راودتن يوسف عن نفسه؟ قلن حاشن لله، ما علمنا عليه من سوء! قالت امرأة العزيز: (الآن حَصَّصَ الْحَقُّ) الآية. قال يوسف: (ذَلِكَ لِيَعْلَمَ أَتَى لَمْ أَخْنُهِ بِالْغَيْبِ)، قال فقال له جبريل: ولا يوم هممت بما هممت! فقال: (وَمَا أُبْرِيءُ نَفْسِي إِنَّ النَّفْسَ لَأَمَّارَةٌ بِالسُّوءِ)"<sup>(435)</sup>.

الرواية ضعيفة لضعف سماك، سبق بيان حاله<sup>(436)</sup>.

الرواية الثانية: عن ابن عباس قال: "لما جمع الملك النسوة، قال لهن: أنتن راودتن يوسف عن نفسه؟ = ثم ذكر سائر

<sup>(431)</sup> ينظر: ابن عطية: المحرر الوجيز، (236/3)، والقرطبي: الجامع لأحكام القرآن، (173/9)

<sup>(432)</sup> القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، (174/9)

<sup>(433)</sup> ينظر: ابن عطية: المحرر الوجيز، (236/3)، والقرطبي: الجامع لأحكام القرآن، (173/9)

<sup>(434)</sup> ينظر: الفخر الرازي: مفاتيح الغيب، (446/18)

<sup>(435)</sup> الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم (19428)، (143/16)

<sup>(436)</sup> في الرواية الأولى من المبحث الثاني

الحديث، مثل حديث أبي كريب، عن وكيع<sup>(437)</sup>.

الرواية ضعيفة لضعف سماك، وابن وكيع، سبق بيان حالهما<sup>(438)</sup>.

الرواية الثالثة: عن ابن عباس قال: "لما جمع فرعون النسوة، قال: أنتن راودتن يوسف عن نفسه؟ ثم ذكر نحوه= غير

أنه قال: فغمزه جبريل، فقال: ولا حين هممت بها! فقال يوسف: (وَمَا أُبْرِي نَفْسِي إِنَّ النَّفْسَ لَأَمَّارَةٌ بِالسُّوءِ)"<sup>(439)</sup>.

الرواية ضعيفة، لضعف سماك، سبق بيان حاله<sup>(440)</sup>.

الرواية الرابعة: عن ابن عباس، قوله: (ذَلِكَ لِيَعْلَمَ أَنِّي لَمْ أَخُنْهُ بِالْغَيْبِ، وَأَنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي كَيْدَ الْخَائِنِينَ)، "هو قول

يوسف لمليكه، حين أراه الله عذره، فذكر أنه قد همَّ بها وهمت به، فقال يوسف: (وَمَا أُبْرِي نَفْسِي إِنَّ النَّفْسَ لَأَمَّارَةٌ

بِالسُّوءِ)"<sup>(441)</sup>.

الحديث ضعيف بسبب آل عطية العوفي<sup>(442)</sup>.

لذلك لم يصح أي أثر عن ابن عباس في هذا المبحث، فضعف سماك لا يجبره ضعف آل عطية العوفي، وفيهم من

فيهم من المدلسين، ومُنْكَرِي الحديث.

المطلب الثاني: رأي الطبري في المسألة

ذكر الطبري في هذه الآية ثلاثة أقوال في الداعي لأن يقول يوسف عليه السلام: (وَمَا أُبْرِي نَفْسِي إِنَّ النَّفْسَ لَأَمَّارَةٌ

بِالسُّوءِ} أولها: أنه يوسف عليه السلام، لما قال (ذَلِكَ لِيَعْلَمَ أَنِّي لَمْ أَخُنْهُ بِالْغَيْبِ)، فقال له ملك من الملائكة: ولا يوم

هممت بها!

والقول الثاني: أن امرأة العزيز قالت ليوسف: "ولا يوم هممت بها، فحللت سراويلك!" فأجابها يوسف بهذا الجواب.

<sup>(437)</sup> الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم(19429)، (143/16)

<sup>(438)</sup> سماك في الرواية الأولى من المبحث الثاني، وابن وكيع في الرواية الأولى من المبحث الأول

<sup>(439)</sup> الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم(19430)، (143/16-144)

<sup>(440)</sup> في الرواية الأولى من المبحث الثاني

<sup>(441)</sup> الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، رقم(19445)، (146/16)

<sup>(442)</sup> في الرواية الثانية عشرة من المطلب الثاني في المبحث الأول

والقول الأخير أنّ يوسف قالها ابتداء من قبل نفسه دون أن يذكره أحد، ولكنه تذكر ما كان سلف منه في ذلك<sup>(443)</sup>.

ولم يرجح الطبري قولاً من هذه الأقوال، كما لم يذكر أنّ القائل للآية هي امرأة العزيز لا يوسف عليه السلام.

#### المطلب الثالث: نقد المسألة

أولاً: من حيث الأثر: الروايات الأربعة التي رواها الطبري عن ابن عباس ضعيفة، ثلاثها الأول بسبب سماك، والأخيرة

بسبب آل عطية العوفي، لذا لا حجة فيها لأي قول.

ثانياً: من حيث السياق:

1/ سياق الآيات يخالف المرويات الضعيفة الذي ذكرها الطبري، وقد تمّ تفصيلها في المبحث الأول. يضاف لذلك أنّ في

الروايات اختلافاً وتضارباً في المتكلم، فهو يوسف عليه السلام أم امرأة العزيز؟

2/ ما الدليل على أن يوسف عليه السلام القائل للآية؟ فالأصل أنّه من قول امرأة العزيز<sup>(444)</sup>:

«أَلَا تَصَالَهُ بِكَلَامِ الْمَرْأَةِ، وَهُوَ قَوْلُهَا: {الآنَ حَصَّصَ الْحَقُّ. أَنَا رَاوَدْتُهُ عَنْ نَفْسِهِ، وَإِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ. ذَلِكَ لِيَعْلَمَ أَنِّي لَمْ

أَخْنُهُ بِالْغَيْبِ، وَأَنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي كَيْدَ الْخَائِنِينَ. وَمَا أُبْرِيئُ نَفْسِي}، ومن جعله من قوله فإنه يحتاج إلى إضمار قول لا دليل

عليه في اللفظ بوجه ما.

ب- لأنّ يوسف عليه السلام لم يكن حاضراً وقت مقالها هذه، بل كان في السجن لما تكلمت بقولها الآن: «حَصَّصَ الْحَقُّ

» والسياق صحيح صريح في ذلك. فإنه لما أرسل إليه الملك يدعو له قال للرسول {ارْجِعْ إِلَى رَبِّكَ، فَسَأَلَهُ: مَا بَالُ النِّسْوَةِ

الَّتِي قَطَعْنَ أَيْدِيَهُنَّ}. فأرسل إليهن الملك وأحضرهن، وسألهن، وفهمن امرأته. فشهدن ببراءته ونزاهته في غيبته، ولم

يمكنهن إلا قول الحق، فقال النسوة {حَاشَ لِلَّهِ مَا عَلِمْنَا عَلَيْهِ مِنْ سُوءٍ} وقالت امرأة العزيز أَنَا رَاوَدْتُهُ عَنْ نَفْسِهِ وَإِنَّهُ

لَمِنَ الصَّادِقِينَ}.

فالصواب أنه من تمام كلامها، والضمائر كلها في نسق واحد يدلّ عليه. وهو قول النسوة {ما عَلِمْنَا عَلَيْهِ مِنْ سُوءٍ}

واعتراف امرأة العزيز.

(443) الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، (143/16-146)

(444) ابن خمير: تنزيه الأنبياء عما نسب إليهم حثالة الأغبياء، (ص:48)

3/من ذهب إلى أنّ قوله: ذلك ليعلم إلى آخره، من كلام يوسف يحتاج إلى تكلف ربط بينه وبين ما قبله، ولا دليل يدل على أنه من كلام يوسف<sup>(445)</sup>.

وملخص الأمر أنّ وجود هذه الإسرائيليات عن ابن عباس في كتب التفسير، قد أساء لعصمة نبيّ الله يوسف عليه السلام عليه السلام، الأمر الذي حاول معه الطبري تبرير هذه الروايات بأنّه نوع من الابتلاء، وهذا أمر غير دقيق، فالهيم المذكور في الروايات فعل وليس خاطر، وهذه الروايات تخالف مفهوم الهيمّ أولاً، وهل يُعقل أنّ نبياً يُنبّه ويُحذّر مراراً ثمّ لا يرتدع إلا بعد حين، ثمّ يكون منه ما هو مذكور؟ يضاف لذلك تضارب الروايات في بيان البرهان. ثمّ إذا كان مثل هذا الأمر من نبيّ معصوم، فماذا يقال لغيره من الشباب زمن الفتن؟ وما مفهوم قول حبيبنا في السبعة الذين يظلمهم الله في ظله يوم لا ظلّ إلا ظله، ومنهم "ورجل دعته امرأة ذات منصب وجمال فقال أني أخاف الله"<sup>446</sup>. فالشاب غير المعصوم يُعصم وقتها، ونبي الله المعصوم لا يُعصم؟ ثمّ ألا يكون مثل ذلك مبرراً للعصاة أن يفعلوا الفواحش، وعذرهم أنّ الأنبياء لم يسلموا منها، فلماذا يلام أمثالهم؟

#### الخاتمة

وفي الختام، أحمد الله على ما أعانني عليه في هذه الدراسة، التي وصلت إلى عدة نتائج هي:

1/مجموع الروايات المذكورة في هذه الدراسة(31) طريقاً موقوفة على ابن عباس، لم يصح منها إلا إحدى عشر طريقاً في موضوع الهيمّ والبرهان، والطرق جميعها موزعة وفق الآتي:

1- في موضوع الهيمّ روى الطبري تسع طرق عن ابن عباس، صح منها خمسة، وفي برهان ربّه روى اثنتي عشر طريقاً، صح

(445) أبو حيان: البحر المحيط في التفسير، (289/6)، وابن قيم الجوزية، شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب(ت: 751هـ): تفسير القرآن الكريم، 1 مج، تحقيق: مكتب الدراسات والبحوث العربية والإسلامية، دار ومكتبة الهلال - بيروت، ط 1، 1410 هـ، (ص:331)، وابن كثير: تفسير القرآن العظيم، (395/4)، وكلام ابن تيمية في: الفتاوى الكبرى، (262/5)، وابن تيمية أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام(ت: 728هـ): دقائق التفسير الجامع لتفسير ابن تيمية، 6 مج، تحقيق محمد السيد الجليلند، مؤسسة علوم القرآن - دمشق، ط 2، 1404، (273-272/2)

(446) البخاري: صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب الصدقة باليمين، رقم(1423)، (111/2)، وكتاب الحدود، باب فضل من ترك الفواحش،

رقم(6806)، (163/8)، ومسلم: صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب فضل إخفاء الصدقة، رقم(1031)، (715/2)

منها ستة.

2- في مسألة شاهد يوسف روى ست طرق موقوفة على ابن عباس، الأولى وفيها أن الشاهد صبي، والباقي تُبين أن الشاهد كبير في السن، ولم تصح جميعها.

3- في بيان القائل للآية: {وَمَا أُبْرِيْ نَفْسِي} روى أربع طرق عن ابن عباس لم يصح منها شيء

2/ يأخذ الطبري بظاهر الروايات في الهمم والبرهان، وينعى على من يردّها، ويبرر ذلك أنه من باب الابتلاء.

3/ الأخذ بما ذكر في المرويات التي رواها الطبري في حق نبي الله يوسف عليه السلام خطير ويتعارض مع عصمة الأنبياء، وسياق الآيات واللغة والمعقول يخالف هذه المرويات، ويبرئ نبي الله يوسف عليه السلام ممّا اتهم به، ولا عبرة بما صح عن ابن عباس في ذلك، فهو ممّا تلقاه من الإسرائيليات، أو أنه لم يقطع بذلك، فهو لم يسمعه من النبي عليه السلام ولم يحضر الواقعة، يضاف لذلك أنّ هذا الأمر لم يُرو عن أحد من الصحابة غير عبد الله بن عباس.

كما أن مثل هذه الروايات تكون مبررا للعصاة أن يفعلوا الفواحش، وعذرهم أن الأنبياء لم يسلموا منها، فلماذا يلام أمثالهم؟

4/ ما رجّحه الطبري في مسألة شاهد يوسف- أنه صبي في المهد- مخالف لما في الصحيحين أنه لم يتكلم في المهد إلا ثلاثة، ليس فيهم شاهد يوسف.

5/ في بيان القائل للآية: {وَمَا أُبْرِيْ نَفْسِي}، لم يرجّح الطبري أي قول ممّا رواه، ولم يذكر أن القائل هي امرأة العزيز لا يوسف عليه السلام، علما أن السياق يخالف المرويات التي ذكرها الطبري، ولا دليل على أنّ القائل يوسف عليه السلام، بل السياق يؤكّد أنّها امرأة العزيز.

التوصيات:

1/ أوصي دراسة المرويات التي ذكرها الطبري في تفسيره عن الصحابة في سورة يوسف دراسة حديثة نقدية، بتتبع كافة الأسانيد والحكم عليها، ونقدها.

2/ أوصي مراكز الأبحاث بدراسة المرويات التي ذكرها الطبري في تفسيره عن الصحابة دراسة حديثة نقدية، بتتبع كافة الأسانيد والحكم عليها، ونقدها.

3/ أوصي مراكز الأبحاث بدراسة المرويات التي ذكرها المفسرون في تفاسيرهم عن الصحابة دراسة حديثة نقدية، بتتبع

كافة الأسانيد والحكم عليها، ونقدها.

### المصادر والمراجع

#### = القرآن الكريم

= الألباني أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين بن نوح (ت: 1420هـ): سلسلة الأحاديث الضعيفة، 14 مج،

دار النشر: دار المعارف، الرياض، ط 1، 1412 هـ / 1992 م

= أيوب، حسن (ت: 1429هـ): تبسيط العقائد الإسلامية المؤلف، 1 مج، دار الندوة الجديدة، بيروت - لبنان ط 5، 1403 هـ - 1983 م

= البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل (ت: 256هـ): التاريخ الأوسط، 2 مج، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار الوعي، مكتبة دار التراث- حلب، القاهرة، ط 1، 1397-1977

= البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل (ت: 256هـ): صحيح البخاري، 9 مج، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط 1، 1422 هـ

= البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل (ت: 256هـ) كتاب الضعفاء، 1 مج، تحقيق: أبو عبد الله أحمد بن إبراهيم بن أبي العينين، مكتبة ابن عباس، ط 1، 1426 هـ / 2005 م

= البيهقي، أبو محمد محيي السنة الحسين بن مسعود (ت: 510هـ): معالم التنزيل في تفسير القرآن، تحقيق: محمد عبد الله النمر، وآخرون، دار طبية للنشر والتوزيع، ط 4، 1417 هـ - 1997 م

= تاج القراء الكرمانى، أبو القاسم برهان الدين محمود بن حمزة (ت: نحو 505هـ): غرائب التفسير وعجائب التأويل، 2 مج، دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة، مؤسسة علوم القرآن - بيروت

= ابن تيمية أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم (ت: 728هـ): دقائق التفسير الجامع لتفسير ابن تيمية، 6 مج، تحقيق محمد السيد الجليند، مؤسسة علوم القرآن - دمشق، ط 2، 1404

= ابن تيمية، أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم (ت: 728هـ): الفتاوى الكبرى، 6 مج، دار الكتب العلمية، ط 1، 1408 هـ - 1987 م

= ابن أبو حاتم، أبو محمد عبد الرحمن بن محمد (ت: 327هـ): الجرح والتعديل، 9 مج، طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية - بحيدر آباد الدكن - الهند، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط 1، 1271 هـ - 1952 م

= ابن حبان، أبو حاتم محمد بن حبان (ت: 354هـ): المجروحين من المحدثين، 2 مج، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، دار الصميعي، الرياض- السعودية، ط 1، 1420 هـ - 2000 م

= ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي (ت: 852هـ): تقريب التهذيب، 1 مج، تحقيق: محمد عوامة، دار الرشيد - سوريا، ط 1، 1406 / 1986

= ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي (ت: 852هـ): النكت على كتاب ابن الصلاح، 2 مج، تحقيق: ربيع بن هادي المدخلي، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ط 1، 1404 هـ / 1984 م

= ابن حزم الأندلسي، أبو محمد علي بن أحمد (ت: 456هـ): الفصل في الملل والأهواء والنحل.؟؟ مج، مكتبة الخانجي، القاهرة

= أبو حيان، أثير الدين محمد بن يوسف (ت: 745هـ): البحر المحييط في التفسير، 10 مج، تحقيق: صديقي محمد جميل، دار الفكر - بيروت، 1420 هـ

- = الخطيب البغدادي، أبو بكر أحمد بن علي(ت:463هـ): تاريخ بغداد، 16 مج، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي – بيروت، ط 1، 1422هـ- 2002م
- آبن خمير، أبو الحسن علي بن أحمد(ت:614هـ): تنزيه الأنبياء عما نسب إليهم حثالة الأغبياء، 1 مج، تحقيق: محمد رضوان الدايدة، دار الفكر المعاصر – لبنان، ط 1، 1411هـ- 1990م
- =الدار قطي، أبو الحسن علي بن عمر(ت:385هـ): سنن الدارقطني، 5 مج، تحقيق: شعيب الارنؤوط، وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، ط 1، 1424هـ- 2004م
- =الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد(ت:748هـ): المغني في الضعفاء، 2 مج، تحقيق: نور الدين عتر.
- الذهبي، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد(ت:748هـ): ديوان الضعفاء والمتروكين وخلق من المجبولين وثقات فهم لين، 1 مج، تحقيق: حماد بن محمد الأنصاري، مكتبة النهضة الحديثة – مكة، ط 1، 1387هـ- 1967م
- =الذهبي، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد(ت:748هـ): ميزان الاعتدال في نقد الرجال، 4 مج، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، ط 1، 1382هـ- 1963م
- = رضا، محمد رشيد بن علي(ت:1354هـ): تفسير القرآن الحكيم(تفسير المنار)، 12 مج، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1990م
- =الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر(ت:794هـ): البرهان في علوم القرآن، 4 مج، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي، ط 1، 1376هـ- 1957م
- = زهد، عصام العبد: الإسرائيليات في تفسير ابن جرير الطبري لسورة يوسف عرض ونقد، بحث محكم، كلية أصول الدين، الجامعة الإسلامية – غزة، 2011م
- = سعد، رحمة: الروايات الإسرائيلية في سورة يوسف- عليه السلام- دراسة استقرائية نقدية، رسالة ماجستير -جامعة أبي بكر بلقايد-الجزائر، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، تفسير وعلوم القرآن، 2014/2013
- = ابن سعد، أبو عبد الله محمد بن سعد(ت:230هـ): الطبقات الكبرى، 8 مج، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية – بيروت، ط 1، 1410هـ- 1990
- =السيد رضوان، علي حسن: الدخيل في قصة يوسف عليه السلام، بحث محكم، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2002م.
- = الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد المختار(ت:1393هـ): أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، 9 مج، دار الفكر للطباعة، بيروت، 1415هـ- 1995م
- = أبو شهبه، محمد بن محمد(ت:1403هـ): الإسرائيليات والموضوعات في كتب التفسير، 1 مج، مكتبة السنة، ط 4.
- =الطبري: أبو جعفر محمد بن جرير(ت:310هـ): جامع البيان في تأويل القرآن، 24 مج، تحقيق: أحمد محمد شاكر: مؤسسة الرسالة، ط 1، 1420هـ- 2000م
- = الفالوجي، أكرم بن محمد زيادة: معجم شيوخ الطبري الذين روى عنهم في كتبه المسندة المطبوعة، 1 مج، الدار الأثرية، الأردن - دار ابن عفان، القاهرة، ط 1، 1426هـ- 2005م
- = الفالوجي، أكرم بن محمد زيادة: المعجم الصغير لرواة الإمام ابن جرير الطبري، 2 مج، الدار الأثرية، الأردن - دار ابن عفان، القاهرة
- =العجلي، أبو الحسن أحمد بن عبد الله(ت:261هـ): تاريخ الثقات، 1 مج، دار الباز، ط 1، 1405هـ-

1984م

- = ابن العراقي، أبو زرعة ولي الدين أحمد بن عبد الرحيم (ت: 826هـ): المدلسين، 1 مج، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، وآخرون، دار الوفاء، ط 1، 1415هـ، 1995م
- = العراقي، أبو الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين (ت: 806هـ): ذيل ميزان الاعتدال، 1 مج، تحقيق: علي محمد معوض، وآخرون، دار الكتب العلمية – بيروت، ط 1، 1416 هـ - 1995 م
- = العسكري، أبو هلال الحسن بن عبد الله (ت: نحو 395هـ): معجم الفروق اللغوية، 1 مج، تحقيق: بيت الله بيات، وآخرون، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بـ«قم»، 1412 هـ
- = العكبري، أبو البقاء عبد الله بن الحسين (ت: 616هـ): التبيان في إعراب القرآن، 2 مج، تحقيق: علي محمد البجاوي، عيسى البابي الحلبي وشركاه = العلاني، أبو سعيد صلاح الدين خليل بن كيكليدي (ت: 761هـ): المختلطين، 1 مج، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، وآخرون، مكتبة الخانجي – القاهرة، ط 1، 1417 هـ - 1996 م
- الفخر الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر (ت: 606هـ): مفاتيح الغيب، 32 مج: دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط 3، 1420 هـ
- = الفرطبي أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد (ت: 671هـ): الجامع لأحكام القرآن، 20 مج، تحقيق: أحمد البردوني، وآخرون، دار الكتب المصرية – القاهرة، ط 2، 1384 هـ - 1964 م
- ابن قيم الجوزية، شمس الدين محمد بن أبي بكر (ت: 751هـ): تفسير القرآن الكريم، 1 مج، تحقيق: مكتب الدراسات والبحوث العربية والإسلامية، دار ومكتبة الهلال – بيروت، ط 1، 1410 هـ
- = ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر (ت: 774هـ): تفسير القرآن العظيم، 8 مج، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون – بيروت، ط 1، 1419 هـ
- = متولي، تامر محمد، منبه الشيخ محمد رشيد رضا في العقيدة، 1 مج، دار ماجد عسيري، ط 1، 1425 هـ - 2004 م
- = المزي، أبو الحجاج جمال الدين يوسف بن عبد الرحمن (ت: 742هـ): تهذيب الكمال في أسماء الرجال، 35 مج، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة – بيروت، ط 1، 1400 – 1980
- = مسلم، أبو الحسن ابن الحجاج (ت: 261هـ): صحيح مسلم، 5 مج، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت
- = النسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب (ت: 303هـ): تسمية مشايخ النسائي وذكر المدلسين، 1 مج، تحقيق: الشريف حاتم بن عارف العوني، دار عالم الفوائد - مكة المكرمة، ط 1، 1423 هـ
- النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب (ت: 303هـ): الضعفاء والمتروكون، 1 مج تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار الوعي – حلب، ط 1، 1396 هـ



## حماية المشتري في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني " دراسة مقارنة "

Buyer protection at the stage of concluding an electronic contract

"Comparative study "

أ. محمد طارق ابراهيم الزيتونية

د. أكرم صبحي خليل مزهر

ماجستير في القانون الخاص

أستاذ القانون المدني المساعد

باحث ومحامي

في الجامعات الفلسطينية

جامعة الإسراء-غزة-فلسطين

جامعة الإسراء-غزة-فلسطين

[Mohamedtiz1996@gmail.com](mailto:Mohamedtiz1996@gmail.com)[Akrammezher87@hotmail.com](mailto:Akrammezher87@hotmail.com)

## ملخص:

تناول هذا البحث حماية المشتري الذي يتعاقد بوسائل إلكترونية في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني، فالمشتري يمثل الطرف الضعيف في العملية التعاقدية خاصة إذا ما تحدثنا عن التعاقد الإلكتروني، وقد هدف البحث إلى توضيح المقصود بالإعلان الإلكتروني وبيان طبيعته القانونية في المطلب الأول، ثم تطرقت إلى حماية المشتري الإلكتروني من الشروط التعسفية وحقه في الخصوصية المعلوماتية في المطلب الثاني، وتحدثنا فيه عن المقصود بعقود الإذعان، ثم حماية البيانات الشخصية الخاصة بالمشتري.

وبرزت إشكالية البحث حول مدى كفاية الحماية المقررة للمشتري أثناء إبرام عقد البيع الإلكتروني، ولتحقيق الغاية من البحث استخدم الباحثان المنهج التحليلي المقارن، حيث عمل على تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث ومقارنتها بالتشريعات الأخرى خاصة التشريع الأردني والمصري والإماراتي، كما وبرزت أهمية البحث من خلال أنها تلقي الضوء على جانب مهم في العلاقة التعاقدية وهي حاجة المشتري الإلكتروني إلى حماية قانونية أثناء إبرام العقد الإلكتروني، وقد خلص البحث إلى جملة من النتائج والتوصيات أبرزها أنه لا يمكن إطلاق وصف الإذعان على العقد الإلكتروني بصفة مطلقة دون معرفة ظروف كل تعاقد على حدة. ويوصي البحث المشرع الفلسطيني باعتبار كل شرط لم يخضع لمفاوضات من قبل المشتري شرطاً تعسفياً.

الكلمات المفتاحية: العقد الإلكتروني، ضمانات، الإعلان الإلكتروني، الحماية من الشروط التعسفية، خصوصية معلوماتية.

**Abstract:**

This study focused on the protection of buyers using electronic means at the stage of electronic contracts. In particular, in the case of electronic contracts, this is due to the fact that the buyer is in a vulnerable position during the contract process. In the second topic, we explained the meaning and conditions of the settlement agreement and learned about the protection of buyer's privacy.

The research problem emerged about the adequacy of the protection provided for the buyer during the conclusion of the electronic sales contract. To achieve the purpose of the research, the researchers used the comparative analytical approach, as it worked on analyzing the legal texts related to the subject of the research and comparing them with other legislation, especially the Jordanian, Egyptian and Emirati legislation, The importance of the research also emerged through that it sheds light on an important aspect of the contractual relationship, which is the electronic buyer's need for legal protection during the conclusion of the electronic contract. Each contract is separate, and the research recommends that the Palestinian legislator consider each condition that was not subject to negotiations by the buyer as arbitrary.

**Keywords:** electronic contract, guarantees, electronic advertising, protection from arbitrary terms, information privacy

**مقدمة:****موضوع البحث:**

يعتبر العقد الإلكتروني وسيلة حديثة لتلاقي الإرادات بين البائع والمشتري، حيث أصبح بإمكان البائع الاعلان عن سلعته بالصوت والصورة وبيان جميع تفاصيلها، وكذلك يستطيع المشتري اعلان رغبته بالقبول من عدمه.

وعلى الرغم من فوائد التعاقد الإلكتروني كاختصار للوقت والجهد والنفقات في مختلف المعاملات المدنية والتجارية، إلا أن هذا التعاقد أثار العديد من الإشكاليات القانونية، منها كيفية إجراء هذا النوع من التعاقد، ومدى ملاءمة القواعد القانونية له، وهل التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين يجمعهما مجلس واحد أم تعاقد بين غائبين، وهل العقد الإلكتروني يصنف كعقد إذعان أم عقد مساومة، وكيفية حماية المشتري من النصب والاحتيال التي يتعرض لها في العملية التعاقدية، والعديد من الإشكاليات الأخرى.

وكان من أهم أسباب حدوث هذا الاستغلال هو ضعف المشتري وجهله بتقنيات التعاقد عبر الإنترنت، وتطور أساليب الدعاية والإعلان عن المنتجات والخدمات مما يؤثر سلباً على إرادة المشتري الذي يتعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة.

كما ويضاف إلى ذلك عدم التواجد المادي للمتعاقدين في مجلس واحد، وعدم تمكن المشتري من معاينة السلع أو الخدمات التي يتعاقد من أجلها، ذلك أن هذا الأخير عندما يتعاقد عبر الوسائل الإلكترونية

الحءىئة كمواقع شبكة الإنترنت، لا ىرى السلعة إلا من ءلال الصور المعروضة عبر الموقع أو الكءالوجاء المرفقة بالموقع ءون الرؤىة الماءىة الملموسة، مما قء ىءعله عرضة للغش والءءال.

لءلك كان المءءرى بءاءة إلى ءءماىة القانونىة بسبب المءاطر وقلة الأمان وكءرة المءاكل عبر الشبكة الإلكءرونىة، فءماىة المءءرى أثناء إبرام العءء الإلكءرونى من أهم وأكثر المواضع الءى ءءءا إلى البءء والءءفىل، نءىءة لما ىواكب ءءاعء الإلكءرونى من ءطور مسءمر.

#### إشكالىة البءء:

ءكمن إشكالىة البءء فى مءى كفاىة ءءماىة المقررة للمءءرى أثناء إبرام عءء الءلكءرونى، وهءة الإشكالىة ىءفرع عنها ءساؤلاء على النحو ءالى:

1. ما المقصوء بالءعلان الإلكءرونى؟
2. هل الءعلان الإلكءرونى إىءاباً كاملاً؟ أم أنه مجرد ءعوة للءءاعء؟
3. ما المقصوء بعقوء الإءعان؟ وكىف ىءم ءءماىة المءءرى منها؟
4. ما المقصوء بالءق فى ءءصوصىة المءلوماىة؟ وكىف ىءم ءءماىة البىاناىء الشءصىة للمءءرى فى عءء البىع الإلكءرونى؟

#### أهمىة البءء:

ءآى أهمىة البءء فى أن ءءراساىء المقءمة فى هءا المءال لىسء كافىة بالقءر المءلوب، وبءالى فإن الأمر ىسءءى النظر إلى أهمىة هءة ءءراسة من الناءىة النظرىة والعملىة:

#### أ-من الناءىة النظرىة:

ءىء إن الأهمىة النظرىة لهءة ءءراسة ءكمن فى وءوء نءرة فى المراءع الأكاءىمىة المءءصصة والملمة بموضوع ءءراسة، كون أن ءءماىة المءءرى أثناء إبرام العءء الإلكءرونى ىءء من أهم المواضع المعاصرة نءىءة لهذا ءءطور الءى أصءء ىشءهءه العالم الءىوم، الأمر الءى ىءعل لهذا البءء قىمة فى مءال عقوء البىع الإلكءرونىة.

#### ب-الناءىة العملىة:

ءظهر الأهمىة العملىة من ءلال أنها ءلقى الضوء على ءانب مهم فى العلاءة ءءاعءىة وهى ءاءة المءءرى الإلكءرونى إلى ءءماىة قانونىة، نظراً لما ىءعرض له من مءاطر ءءعله ىفقد ءءقة فى ءءاعء الإلكءرونى، مما ىؤءى ءلك إلى ضعف ءءارة فى البءءان، لءلك كان لاءء من ءءماىة هءا المءاعء كونه الطرف الضءىف فى العلاءة ءءاعءىة.

#### أءءاف البءء:

ءسعى ءءراسة إلى ءءقىق الأءءاف الآىة:

- 1- توضيح المقصود بالإعلان الإلكتروني.
- 2- بيان الطبيعة القانونية للإعلان الإلكتروني.
- 3- توضيح المقصود بعقود الإذعان وبيان كيفية حماية المشتري من الشروط التعسفية.
- 4- بيان المقصود بالخصوصية المعلوماتية وكيفية حماية البيانات الشخصية للمشتري في العقود الإلكترونية.

#### منهجية البحث:

للإجابة على اشكالية البحث سوف نتبع المنهج التحليلي الى جانب المنهج المقارن، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالضمانات الخاصة بالمشتري مع اللجوء الى التشريعات المقارنة في حال غياب نصوص قانونية تعالج موضوع الدراسة في التشريع الفلسطيني أو اختلافها.

#### هيكلية البحث:

وفقاً لما هو متعارف عليه في أصول المنهجية العلمية قسمنا موضوع البحث إلى مبحثين، يتناول المطلب الأول حماية المشتري في مواجهة الإعلانات الإلكترونية الكاذبة، ثم يأتي المطلب الثاني في تناول حماية المشتري من الشروط التعسفية والحق في الخصوصية المعلوماتية، وذلك وفقاً للتقسيم التالي:

المطلب الأول: حماية المشتري في مواجهة الإعلانات الإلكترونية الكاذبة.

المطلب الثاني: حماية المشتري من الشروط التعسفية والحق في الخصوصية المعلوماتية.

## المطلب الأول

### حماية المشتري في مواجهة الإعلانات الإلكترونية الكاذبة

تعد الإعلانات التجارية الوسيلة الجيدة للبائع الإلكتروني في التعريف عن المنتجات، والخدمات المراد بيعها، كما أنها تحقق للمستهلكين أفضل إحاطة بأنواع المنتجات، والخدمات المعروضة، والتي تتلاءم مع رغباتهم، ويحرص البائع الإلكتروني عادةً على كسب ثقة العملاء، من خلال صحة الإعلانات التجارية، إلا أن

هناك من البائعين ما يروج لسلع وخدمات مخالفة لما هو مذكور في الإعلان<sup>1</sup>، وبالتالي يكون هذا الإعلان كاذب، وعندها تستوجب ضرورة حماية المشتري من هذه الإعلانات الكاذبة، وفي هذا المطلب نتناول مفهوم الإعلان الإلكتروني وطبيعته القانونية في الفرع الأول، أما الفرع الثاني نخصه لتناول وسائل حماية المشتري في مواجهة الإعلانات الإلكترونية، وذلك على النحو التالي:

## الفرع الأول

### مفهوم الإعلان الإلكتروني وطبيعته القانونية

تباينت التعريفات حول الإعلان الإلكتروني من الناحية التشريعية، والفقهية والدولية، فهناك من التشريعات من قامت بتعريفه، في حين أن تشريعات أخرى لم تقم بتعريفه، تاركة ذلك للفقه، وفي هذا الفرع سنتناول تعريف الإعلان الإلكتروني من خلال بيان التعريفات التي جاء بها التشريع، ثم الفقه، ثم المواثيق الدولية، ثم نتطرق بعد ذلك لبيان الطبيعة القانونية للإعلان الإلكتروني، وذلك على النحو التالي:

#### أولاً: التعريف التشريعي للإعلان الإلكتروني:

لم يتناول المشرع الفلسطيني، ولا التشريعات المقارنة كالتشريع الأردني، والمصري، والإماراتي، تعريفاً للإعلان الإلكتروني، تاركة ذلك للفقه، إلا أنهم تناولوا تعريف المعلن؛ حيث عرف المشرع الأردني المعلن بأنه: "المزود الذي يعلن عن السلعة أو الخدمة أو يروج لها بنفسه أو بواسطة غيره أو باستخدام أي وسيلة من وسائل الدعاية أو الإعلان"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أحمد هاشم عبد، مثنى عبد الكاظم ماشاف، حماية المستهلك من الإعلانات الكاذبة" دراسة مقارنة"، مجلة القادسية للعلوم السياسية، العراق، 2018، ص201.

<sup>2</sup> المادة الثانية من قانون حماية المستهلك الأردني رقم 7 لسنة 2017، والصادر بتاريخ 2017/4/16.

أما المشرع المصري، فقد عرف المعلن بأنه: " كل شخص يقوم بالإعلان عن سلعة أو خدمة أو الترويج لها بذاته أو بواسطة غيره، باستخدام أي وسيلة من الوسائل الإعلامية أو الإعلانية، بما في لك الوسائل الرقمية"<sup>1</sup>.

وكذلك عرف المشرع الإماراتي المعلن بأنه: " كل شخص اعتباري يقوم بذاته أو بواسطة غيره بالإعلان عن السلعة أو الخدمة أو المعلومات بمختلف وسائل الدعاية والإعلان سواء كان المعلن هو المزود نفسه أو شخصاً مرخصاً له بذلك"<sup>2</sup>.

أما المشرع الفلسطيني فقد عرف المعلن بأنه: " كل مزود يقوم بإعلان منتجاته بمختلف وسائل الدعاية والإعلان"<sup>3</sup>.

ويلاحظ من التعريفات السابقة أن المشرع الفلسطيني، والتشريعات المقارنة، تناولت تعريف المعلن دون الإعلان، وذكرت بأن المعلن هو كل من يقوم بالإعلان عن المنتجات والسلع والخدمات بأي وسيلة كانت دون تحديد تلك الوسائل، بحيث جاءت تلك التعاريف واسعة، ففتحت المجال لدخول العديد من الطرق والأساليب الحديثة النابعة من التطور التقني والتكنولوجي.

#### ثانياً: التعريف الفقهي للإعلان الإلكتروني:

عرف الفقه الإعلان الإلكتروني بتعريفات متعددة، فعرفه بعض الفقهاء بأنه: " كل فعل أو تصرف

<sup>1</sup> المادة الأولى من قانون حماية المستهلك المصري رقم 181 لسنة 2018.

<sup>2</sup> المادة الأولى من القانون الاتحادي الإماراتي بشأن حماية المستهلك رقم 15 لسنة 2020.

<sup>3</sup> المادة الأولى من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005.

يهدف إلى التأثير النفسي على الجمهور أيًا كانت وسيلة هذا التأثير بهدف إقناعهم بمزايا السلعة أو الخدمة وما يمكن أن تحققه من فوائد، ولا يختلف الإعلان الإلكتروني عن الإعلان التقليدي إلا من حيث الوسيلة المستعملة للإعلان، وهو أنه يبث من خلال شبكة الإنترنت<sup>1</sup>.

كما عرف أيضًا بأنه: "إعلان ينشر عبر الشبكة العنكبوتية بهدف إلى الترويج لبضاعة أو تسويق خدمة أو دعاية لموقع إلكتروني"<sup>2</sup>.

وعرف كذلك بأنه: "نقل غير شخصي لمعلومات عن طبيعة المنتجات لجذب أكبر عدد من الزبائن من خلال استخدام الإنترنت والمواقع الإلكترونية"<sup>3</sup>.

وهناك من عرفه بأنه: "عبارة عن رسائل وحملات دعائية، يتم تأمينها من خلال الشبكة العالمية والشبكة العنكبوتية، أي الإنترنت تهدف إلى الترويج لسلعة أو خدمة، وهي تتنوع بتنوع الأساليب والطرق، فتأتي تارة على شكل مقاطع دعائية، عبر المواقع الإلكترونية المشهورة، والمواقع الدعائية المهمة، وتارة على شكل رسائل بريدية مكثفة، من خلال البريد الإلكتروني"<sup>4</sup>.

يلاحظ من التعريفات السابقة، أن الإعلان هو كل فعل، أو تصرف، يهدف إلى التأثير على جمهور المستهلكين نفسيًا بهدف إقناعهم بمزايا السلعة، أو الخدمة، وما يمكن أن تحققه من فوائد، كما أنه يعمل على

<sup>1</sup> خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص108.

<sup>2</sup> عبد القادر أحمد مسلم، دور الإعلان الإلكتروني في تحقيق التميز المؤسسي "دراسة حالة كلية فلسطين التقنية"، جامعة الجنا، فلسطين، 2019، ص 270.

<sup>3</sup> رانية موسى عاشور وآخرون، واقع استخدام الإعلان الإلكتروني في المشاريع الصغيرة العاملة في قطاع الخدمات في محافظة الخليل، جامعة بوليتك فلسطين، فلسطين، 2014، ص 13.

<sup>4</sup> سيف الدين نصيب، عبد الحفيظ بوقندورة، ضوابط حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات الإلكترونية، جامعة 8 ماي 1945 قلعة، الجزائر، 2019، ص48.

إتاحة الفرصة للبائعين بدعم أنشطتهم بشأن ترويج السلع والخدمات<sup>1</sup>.

ثالثًا: الطبيعة القانونية للإعلان الإلكتروني:

انقسم الفقه حول طبيعة الإعلان الإلكتروني إلى مذهبين على النحو التالي:

المذهب الأول: يرى بأن الإعلان الإلكتروني هو إيجاب موجه إلى الجمهور، فالإيجاب يخضع لشروط قانونية يتعين توافرها لكي يؤدي دوره وينعقد به العقد، وهي ذات الشروط المتوافرة في الإعلان الإلكتروني، وأضافوا بأن لحظة طلب المستهلك السلعة أو الخدمة هي الإيجاب، ويقوم المورد بإرسال قبوله، ويعلم المشتري بهذا القبول من خلال صندوق الخطابات الإلكتروني<sup>2</sup>.

المذهب الثاني: يرى بأن الإعلان الإلكتروني ليس إيجابًا وإنما هو دعوة للتعاقد ما دام أنه ليس جازمًا ولا باتًا، وإذا صادف هذا العرض قبول من الطرف الآخر، اعتبر ذلك رضًا للدخول في المفاوضات وليس قبولًا يبرم به العقد<sup>3</sup>.

وتطبيقًا لذلك قضت محكمة النقض المصرية باعتبار أن الإعلان عن فتح باب الحجز هو مجرد دعوة للتعاقد وليس إيجابًا كاملًا بالبيع، وأن طرح مناقصات التوريد الموجهة للجمهور، أو غيرها من البيانات لا تعد إيجابًا وإنما هي دعوة للتعاقد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سميرة زايد، مرجع سابق، ص 34.

<sup>2</sup> كوثر سعيد خالد، مرجع سابق، ص 136.

<sup>3</sup> خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 133.

<sup>4</sup> قضت محكمة النقض المصرية بأن "الإعلان الموجه إلى الجمهور الصادر من شركة النصر لصناعة السيارات عن فتح باب الحجز للسيارات التي تنتجها لا يعدو أن يكون دعوة للتعاقد، وأن طلب حجز السيارة المقدم الموزعة هو الذي يعتبر إيجابًا"، طعن نقض مني رقم 198 جلسة 1976/3/12، أحكام النقض، القسم المدني، مجموعة المكتب الفني، ص 492. مشار إليه خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 87.



ويرى الباحث أن الاتجاه الأقرب للصواب هو الذي ذهب للقول بأن الطبيعة القانونية للإعلان الإلكتروني هو مجرد دعوة للتعاقد، وليس إيجابًا كاملاً، ذلك أن الإيجاب له شروطه وأحكامه الخاصة، وهو بطبيعة الحال يختلف عن الدعوة إلى التعاقد، وفقاً لما سبق بيانه في أن الإيجاب لابد أن يكون باتاً وجازماً.

## الفرع الثاني

### وسائل حماية المشتري في مواجهة الإعلانات الإلكترونية

إن الهدف من الإعلان الإلكتروني، هو تعريف المعلن إليه بالسلعة أو الخدمة موضوع الإعلان، ومحاولة التأثير عليه من خلال ترغيبه بالمنتج، بحيث يشمل الإعلان ترويج السلع والأفكار والخدمات، ويمثل وسيلة غير شخصية للاتصال بمجموعة كبيرة من الأفراد، وليس فرد معين، ويجب أن تكون شخصية المعلن معروفة ومحددة، ويتضمن الإعلان قيام المعلن بدفع مقابل للجهة القائمة على الإعلان<sup>1</sup>.

فالمشرع الفلسطيني يسعى إلى حماية المشتري الإلكتروني، وإضفاء أكبر قدر ممكن من الصدق والأمانة على المعاملات التجارية القائمة في المواقع الإلكترونية، فقد أوجب على كل معلن يرغب في الترويج عن منتج أن يتوافر في هذا الإعلان شروط معينة، والتي تهدف إلى حصول المستهلك على المعلومة الصحيحة

<sup>1</sup> علي السيد أبو دياب، وليد محمد بشر، الجوانب القانونية للحماية المدنية للمستهلك من الإعلانات التجارية الكاذبة أو المضلة، جامعة المجمعة، السعودية، 2019، ص445.

والحقيقة بعيداً عن التضليل والخداع<sup>1</sup> ، لذلك قرر حماية مدنية وجزائية للمشتري الإلكتروني نبيها على النحو التالي:

أولاً: الحماية المدنية للمشتري من الإعلانات الإلكترونية الكاذبة:

للمستهلك في حالة وقوعه في الغلط والتدليس نتيجة الإعلانات الإلكترونية الكاذبة والمضللة الحق في المطالبة بإبطال العقد أو التنفيذ العيني مع التعويض<sup>2</sup> ، ويقصد بالإعلان المضلل، هو ذلك الإعلان الذي يكون من شأنه خداع المشتري، أو يمكن أن يؤدي إلى ذلك<sup>3</sup> ، وستتناول الحماية المدنية للمشتري من الإعلانات الإلكترونية الكاذبة في التشريع الفلسطيني والتشريعات المقارنة في كل من القانون المدني، وقانون حماية المستهلك وذلك وفقاً للتالي:

#### 1. حماية المشتري من الإعلانات الإلكترونية الكاذبة في ضوء القانون المدني:

فالحماية المدنية للمشتري من الإعلانات الإلكترونية الكاذبة في القانون المدني، تتمثل في إمكانية إبطال العقد للتدليس أو للخطأ الجسيم، وهذا ما نص عليه القانون المدني الفلسطيني، والقوانين المقارنة، حيث نصت المادة 119 من القانون المدني الفلسطيني على أنه: "إذا وقع المتعاقد في خطأ جوهري كان له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> رامي زكريا مرتجي، مرجع سابق، ص 91.

<sup>2</sup> صليحة شاوش شعبان، حماية رضا المستهلك من الإعلان التجاري، مذكرة قدمت لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة أكلي محمد اولحاج- البويرة، الجزائر، 2016، ص 64.

<sup>3</sup> هلال شعوة، حماية المستهلك من جريمة الإعلان التجاري المضلل، جامعة عنابة، الجزائر، د س ن ص 12.

<sup>4</sup> وتقابلها المادة 152 من القانون المدني الأردني، والمادة 120 من القانون المدني المصري.

فإذا ما تعرض المشتري للتدليس، أو الخطأ الجوهرى الوارد في المادة السابقة، كان له إحدى الوسائل

التالية:

أ. التنفيذ العيني:

يحق للمستهلك إلى جانب طلب تنفيذ البنود الواردة في العقد أن يطلب تنفيذ ما تضمنه الإعلان الإلكتروني تنفيذاً عينياً؛ حيث أن هذا التنفيذ بالنسبة للعقود يتفق مع طبيعة الإعلانات التجارية التي تفرض على المعلن حسن النية في إعلانه<sup>1</sup>، فيجب على المعلن وهو المدين بهذا الالتزام بعد قيام المشتري الإلكتروني بإعلانه أن يقوم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً إن كان ذلك ممكناً<sup>2</sup>.

ب. التعويض:

يلجأ المتضررون في أي معاملة مشروعة يقومون بها إلى القضاء، طالبين التعويض، وهو حق دستوري مكفول قانوناً<sup>3</sup>، فإذا كان التنفيذ العيني مرهقاً للمعلن أو أصبح مستحيلاً، فعندها لا يكون له إلا تعويض المشتري عما أصابه من ضرر نتيجة هذا الخطأ، حيث نصت المادة (2/225) من القانون المدني الفلسطيني على: "إذا كان التنفيذ العيني مرهقاً للمدين، جاز للمحكمة بناءً على طلب المدين أن يقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً".

2. حماية المشتري من الإعلانات الإلكترونية الكاذبة في ضوء قانون حماية المستهلك:

من طرق الحماية التي نص عليها قانون حماية المستهلك الفلسطيني، والتشريعات المقارنة حق المستهلك في التبصر، والإعلام بالمنتجات التي يقوم بشرائها، والتعويض عما يلحق به من أضرار نتيجة الإخلال

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص70.

<sup>2</sup> انظر المادة 225 من القانون المدني الفلسطيني، وتقابلها المادة 203 من القانون المدني المصري.

<sup>3</sup> المادة (1/30) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003.

بهذا الالتزام، وهذا الحق مرادفًا للحق في الاختيار وسببًا لتمكين المستهلك من هذا الحق<sup>1</sup>، فقد تناول المشرع الفلسطيني حقوق المستهلك في قانون حماية المستهلك في الفصل الثاني منه، والذي جاء بعنوان، حقوق المستهلك حيث ذكرت بأن من حق المستهلك الحصول على المنتجات التي يشتريها، وحقه في الاختيار الحر، إضافة إلى حقه في التعويض عما يصيبه من ضرر، فنص على: "6....-الحصول على المنتجات التي يشتريها أو يستخدمها ليتسنى له ممارسة حقه في الاختيار الحر والوعي بين كافة السلع، والخدمات المعروضة في السوق 7- التعويض بالتقاضي مباشرة أو بواسطة جمعيات المستهلك جماعياً لصون حقوقه وتعويضه عن الأضرار التي تكون قد لحقت به 8- استبدال السلعة أو اصلاحها أو استرجاع ثمنها... إلخ"<sup>2</sup>.

كما تنص المادة 15 من ذات القانون على: "على كل من يقوم بالترويج والإعلان للمنتجات أن يراعي توافق ما يعلن عنه وواقع مواصفات المنتجات المعلن عنها، ويجب ألا ينطوي ذلك الإعلان على خداع أو تضليل للمستهلك"<sup>3</sup>.

فالحماية المدنية المقررة وفقاً لقانون حماية المستهلك الفلسطيني والتشريعات المقارنة تتمثل في التعويض عما لحق بالمستهلك من أضرار نتيجة تلك الإعلانات الكاذبة، كما يجب على المعلن بيان ثمن المنتج، وحجمه، ومقداره، وطريقة استخدامه، وكافة مواصفاته الصحيحة، وأن تكون تلك المعلومات باللغة العربية<sup>4</sup>، كما يتعين على المعلن بيان المدة التي يتوفر فيها المنتج، والمدة التي يسري فيها الإعلان، والتي لا يكون للمعلن

<sup>1</sup> خالد عبد الناصر بدوي، الحماية المدنية للمستهلك من الدعاية المضللة، مذكرة قدمت لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2018، ص 111.

<sup>2</sup> انظر المادة 3 من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005، وتقابها المادة 3 من قانون حماية المستهلك الأردني رقم 7 لسنة 2017، والمادة الثانية من قانون حماية المستهلك المصري رقم 181 لسنة 2018، والمادة 4 من القانون الاتحادي رقم 15 لسنة 2020 بشأن حماية المستهلك الإماراتي.

<sup>3</sup> قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005.

<sup>4</sup> انظر نص المادة 12 من قانون حماية المستهلك الفلسطيني.

خلالها الرجوع عن الإعلان<sup>1</sup>، وإلا فإنه يلتزم بالتعويض عما أصاب المشتري نتيجة هذا الإخلال.

فالبائع الإلكتروني ملزم بتبصير المشتري حول طبيعة المنتج بصورة صادقة وصریحة، وفوائده وقدرته على تحقيق الأهداف التي يتوقعها المشتري من المنتج، لذلك يعتبر الإعلان مضلل إذا كان من شأنه حمل المستهلك على الاعتقاد بأن المنتج المعروض يحقق نتيجة لا يحققها بالفعل، مثل إيهام المشتري بأن المنتج مصدر من مصادر البروتين، في حين أنه يحتوي على نسبة صغيرة منه فقط<sup>2</sup>.

### 3. حماية المشتري من الإعلانات الإلكترونية الكاذبة في ضوء جمعيات حماية المستهلك:

نص المشرع الفلسطيني بصریح العبارة، على حق المستهلك في اللجوء إلى جمعيات حماية المستهلك لصون حقوق المشتري الإلكتروني، حيث نصت المادة (7/3) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني على: "التعويض بالتقاضي مباشرة أو بواسطة جمعيات المستهلك جماعياً لصون حقوقه وتعويضه عن الأضرار التي تكون قد لحقت به".

كما عرفت المادة الثانية من قانون الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية<sup>3</sup>، الجمعية بشكل عام حيث ذكرت بأنها: "شخصية معنوية مستقلة تنشأ بموجب اتفاق بين عدد لا يقل عن سبعة أشخاص لتحقيق أهداف مشروعة تهم الصالح العام دون استهداف جني الربح المالي بهدف اقتسامه بين الأعضاء أو لتحقيق مصلحة شخصية" وتلك الجمعيات لها الحق في مقاضاة المعلنين والبائعين.

فجمعيات حماية المستهلك تهدف من الدعاوي التي تقيمها بوصفها محام عن المصلحة العامة لعموم المستهلكين، أو بوصفها ممثل عن أحد المستهلكين، إلى تعويض الضرر المترتب على الإعلان الإلكتروني المضلل

<sup>1</sup> انظر نص المادة 16 من قانون حماية المستهلك الفلسطيني.

<sup>2</sup> خالد عبد الناصر بدوي، مرجع سابق، ص 114.

<sup>3</sup> قانون الجمعيات الخيرية والهيئات الخيرية رقم 1 لسنة 2000 الصادر بتاريخ 2000/2/29.

ووقف هذا الإعلان فوراً<sup>1</sup>.

ثانياً: الحماية الجزائية للمشتري من الإعلانات الإلكترونية المضللة:

مع ظهور الوسائل التكنولوجية المتطورة واستخداماتها المتعددة، نشأت علاقات قانونية جديدة في مجال فروع القانون المختلفة، ومنها القانون الجنائي بطبيعة الحال، فالمعلوماتية باعتبارها ظاهرة إنسانية اقتصادية اجتماعية، لا يمكن تطورها دون أن تتوفر لها القواعد القانونية التي تنظم استغلالها، ونظراً لكونها في مرحلة تطور، فلكل تطور جانب سلبي مظلّم، فالحماية الجزائية للبرامج والبيانات الإلكترونية يمكن تصورها من خلال قيام المعلن بالترويج عن سلع مخالفة لما تم الإعلان عنه ويترتب على إعلانها ضرر بالمشتري<sup>2</sup>. وتهدف التشريعات الجزائية بعمومها إلى حماية الأفراد في المجتمع مما قد يصيبهم من أضرار، وذلك عندما تعجز القوانين المدنية عن الحماية، أو لا تكفي لذلك، وذلك لتحقيق الردع العام في المجتمع<sup>3</sup>.

فقد نص المشرع الأردني على: "أ. ما لم يرد نص على عقوبة أشد في أي تشريع آخر نافذ، يعاقب كل من يخالف أي حكم من أحكام هذا القانون أو الأنظمة الصادرة بمقتضاه بغرامة لا تقل عن (250) مائتين وخمسين ديناراً ولا تزيد على (10000) عشرة آلاف دينار أو بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بكلتا هاتين العقوبتين ب. في حال تكرار المخالفة للمحكمة منع المزود من ممارسة النشاط موضوع المخالفة بشكل دائم أو مؤقت"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> خالد عبد الناصر بدوي، مرجع سابق، ص 152.

<sup>2</sup> علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً، مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، الجزء الثاني، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2004، ص 560.

<sup>3</sup> رامي زكريا مرتجي، مرجع سابق، ص 45.

<sup>4</sup> المادة 25 من قانون حماية المستهلك الأردني رقم 7 لسنة 2017.

أما المشرع المصري فقد نص على: " يعاقب بغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مليون جنيه، أو مثلي القيمة المتفق عليها مع الوسيلة الإعلانية نظير الإعلان المخالف أيهما أكبر، وكل من امتنع عن تنفيذ القرار الصادر بوقف الإعلان.."<sup>1</sup>

في حين أن المشرع الإماراتي نص على: " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين والغرامة التي لا تقل عن (10000) عشرة آلاف درهم ولا تجاوز (2000000) مليوني درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أي حكم من أحكام المواد (7... إلخ) وتضاعف العقوبة في حالة العود"<sup>2</sup>.

وفي المقابل نص المشرع الفلسطيني على: " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد لأية نتيجة جرمية ناشئة عن ارتكاب أية مخالفة لأحكام هذا القانون، يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات أو بغرامة لا تتجاوز ثلاثة آلاف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، أو بكلتا العقوبتين، كل من صنع أو باع أو عرض للبيع أو زرع أية مواد أو سلع أو معدات مما تستعمل في الغش مع علمه بذلك وكذلك التحريض على استعمالها بواسطة نشرات أو مطبوعات أو معلقات أو إعلانات أو تعليمات أخرى"<sup>3</sup>.

فجميع تلك التشريعات جرمت الإعلان الكاذب والمضلل، ومخالفة المنتجات لما تم الاتفاق عليها، وفرضت على المعلن، أو المنتج الذي قام بالترويج لها عقوبات تتمثل بالغرامة، أو الحبس، أو بكلتا العقوبتين، أو بأحدهما، ويقع تقدير حجم العقوبة وفقاً للضرر الحاصل، ويخضع ذلك لتقدير قاضي الموضوع

<sup>1</sup> المادة 68 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 181 لسنة 2018.

<sup>2</sup> المادة 29 من القانون الاتحادي الإماراتي بشأن حماية المستهلك رقم 15 لسنة 2020.

<sup>3</sup> المادة 29 من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005.

## المطلب الثاني

## حماية المشتري من الشروط التعسفية والحق في الخصوصية المعلوماتية

نتيجة للتطور التقني لوسائل المعلومات، تحولت المعاملات المالية من تعامل ورقي إلى تعامل لا ورقي، مما أدى إلى كثرة المخاطر التي يتعرض لها المشتري الإلكتروني، مما دفع المشرع إلى تقرير حماية خاصة للمشتري في ظل تلك المخاطر، ففي هذا المطلب سندرس حماية المشتري في مواجهة الشروط التعسفية التي يفرضها البائع وذلك في الفرع الأول، أما الفرع الثاني سندرس فيه حق المشتري في حماية خصوصيته المعلوماتية وذلك على النحو التالي:

## الفرع الأول

## الحماية من الشروط التعسفية

تعتبر شروطاً تعسفية في العقود الإلكترونية كل الشروط التي تهدف إلى المساس بالتوازن العقدي بين المتعاقدين<sup>1</sup>، فالصورة التقليدية للعقد تقوم على أساس المفاوضة والمساومة بين طرفي التعاقد، بحيث تمكن المتعاقد من مناقشة بنود العقد، وذلك بعكس بعض أنواع العقود التي يختل فيها التوازن العقدي وهذا ينطبق بصفة خاصة على العقود التي يكون فيها المستهلك الإلكتروني طرفاً بالتعاقد مما يستوجب حمايته من تلك الشروط<sup>2</sup>.

وغالبية الشروط التعسفية تدرج تحت مسمى عقود الإذعان، والتي ينفرد بوضعها الطرف المدعن

<sup>1</sup> عابدة مصطفى، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مجلة الاجتهاد القضائي " جامعة البليدة"، الجزائر، 2017، ص 10.

<sup>2</sup> إيمان زهير عباس، منير زيد مقابلة، نطاق الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في القانون الأردني، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، الأردن، 2021، ص 47.



القوي بحيث يملئ شروط لا يستطيع الطرف الضعيف وهو المشتري إلا قبولها دون مناقشتها<sup>1</sup>، ففي هذا الفرع سنتناول مدى اعتبار العقد الإلكتروني من عقود الإذعان، ثم سبل الحماية المدنية المشتري الإلكتروني من الشروط التعسفية وذلك على النحو التالي:

أولاً: تعريف عقود الإذعان وفقاً للقواعد العامة ومدى انطباقها على العقود الإلكترونية:

عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه المشتري بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة ما فيها فيما يتعلق بسلعة أو خدمة يكون البائع محتكراً لها وحاجة المشتري لها ضرورية، فهو عقد لا يقبل المناقشة ولا المساومة بحيث يملئ شروط العقد الطرف صاحب المركز الاقتصادية القوي على الطرف الضعيف<sup>2</sup>.

وقد أقر المشرع الفلسطيني والتشريعات المقارنة بعقود الإذعان، فالمشرع الأردني تناول عقود الإذعان في المادة 104 من القانون المدني الأردني<sup>3</sup>، والمصري تناولها في المادة 149 من القانون المدني المصري<sup>4</sup>، وكذلك المشرع الإماراتي في المادة 248 من قانون المعاملات المدنية<sup>5</sup>، والمشرع الفلسطيني في المادة 150 من القانون المدني الفلسطيني<sup>6</sup>، ولعقود الإذعان خصائص معينة تتمثل في:

<sup>1</sup> المرجع السابق، ص 48.

<sup>2</sup> إيمان زهير عباس، مرجع سابق، ص 48.

<sup>3</sup> نصت المادة 104 من القانون المدني الأردني على: "القبول في عقد الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

<sup>4</sup> نصت المادة 149 من القانون المدني المصري على: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

<sup>5</sup> نصت المادة 248 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

<sup>6</sup> نصت المادة 150 من القانون المدني الفلسطيني على: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط، أو أن

=



1. أن يكون البائع في مركز اقتصادي قوي لما يتمتع به من احتكار قانوني، أو فعلي بحيث يكون تفوقه الاقتصادي ملحوظ.

2. أن الإيجاب في تلك العقود هو إيجاب عام موجه للجمهور ككل، أو إلى فريق منه تتوافر فيه صفات معينة وليس إيجاب موجه إلى شخص معين بذاته.

3. صدور الإيجاب في شكل نموذجي بحيث يعرض الشروط كاملة، فإما أن يقبلها التعاقد الآخر أو يرفضها.

ولما كانت العديد من العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت تبرم وفق نماذج معدة مسبقاً من جانب البائع الإلكتروني، فإنه يحق لنا التساؤل عن طبيعة تلك العقود، وما إذا كانت من عقود الإذعان من عدمه<sup>2</sup>، فسبق وأن ذكرنا أن عقود المساومة هي عقود يستطيع فيها المشتري مناقشة بنود العقد دون احتكار ذلك على البائع كما في عقود الإذعان التي يتم التعاقد فيها بموجب شروط معدة سلفاً.

وبناءً على ما تقدم، فلا يمكن إطلاق وصف الإذعان على العقد الإلكتروني بصفة مجردة دون معرفة ظروف كل تعاقد على حدة، فإن توافرت خصائص عقد الإذعان في التعاقد الإلكتروني التي سبق الحديث عنها، جاز للطرف الضعيف وهو المشتري الإلكتروني الاستفادة من الحماية المقررة قانوناً<sup>3</sup>، ولعل أهم تلك الضمانات المقررة لحماية الطرف الضعيف هي سلطة القاضي في إبطال الشروط المجحفة بالطرف المدعن

=

يعني الطرف المدعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق ينص بغير ذلك"

<sup>1</sup> علي مصبح الحبيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص26.

<sup>2</sup> مصطفى أبو عمرو، مرجع سابق، ص 42.

<sup>3</sup> خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص64-65.

وتفسير الغموض لصالحه<sup>1</sup>.

ثانياً: تعريف الشروط التعسفية في العقد الإلكتروني وسبل حماية المشتري منها:

إن الحماية المدنية للمشتري الإلكتروني من الشروط التعسفية تقتضي أولاً بيان مفهوم الشروط التعسفية، ثم سبل الحماية منها، وذلك على النحو التالي:

### 1. التعريف بالشروط التعسفية:

يعرف الشرط التعسفي بأنه الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر<sup>2</sup>.

كما عرف بأنه: "اتفاق يحدد بموجبه الطرفان مسبقاً المبلغ الذي يكون على المدين دفعه إذا لم ينفذ التزامه أو عقده في موعده، ويستوي أن يرد الشرط في بنود العقد أو في اتفاق لاحق عليه شرط أن يكون قبل وقوع الالتزام<sup>3</sup>."

وعرف كذلك بأنه: "الشرط الذي يعرض على غير المهني، أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة<sup>4</sup>."

<sup>1</sup> مصطفى أبو عمرو، مرجع سابق، ص 43.

<sup>2</sup> فاطمة الزهراء بن قويدر، ضاوية براهيمي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة قدمت لمنح درجة الماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المغرب، 2021، ص 46.

<sup>3</sup> يزيد قروف، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2019، ص 37.

<sup>4</sup> محفوظ ملوك، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، جامعة أدرار، الجزائر، د س ن، ص 3.

وبناءً على ما تقدم يتضح أن للشروط التعسفية عناصر تتمثل فيما يلي<sup>1</sup>:

- أ. التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، فالنفوذ التي يملكها البائع تجعله في مركز اقتصادي أقوى من المشتري والذي يجد نفسه مجبراً على قبول تلك الشروط دون مناقشتها.
- ب. حصول البائع على الميزة المجحفة، وهذا العنصر يعتبر نتيجة حتمية للعنصر الأول، وهي النتيجة المرجوة من استعمال النفوذ الاقتصادي بصورة تعسفية.
- ج. الإخلال البين بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي التعاقد، وهذا العنصر يتمثل في المزايا المفرطة التي يحصل عليها البائع بفضل التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي، والذي يترتب عليه الإخلال بالتوازن بين الحقوق والتزامات لطرفي التعاقد.

## 2. حماية المشتري الإلكتروني من الشروط التعسفية:

إن فكرة التعسف هي السبب والمسبب في ذات الوقت في عدم التوازن العقدي وغياب العدالة العقدية، بل وعلى العكس مما يقال عن مبدأ سلطان الإرادة، فإنه يعد تعسفياً كل شرط يتضمنه العقد ناتجاً عن إرادة واحدة في ظل غياب إرادة الطرف الآخر، على الرغم من أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين<sup>2</sup>.

فقد تناولت القوانين المدنية وقوانين حماية المستهلك ضمانات لحماية المشتري من تعسف البائع، ونقسم ذلك على النحو التالي:

### أ. حماية المشتري من الشروط التعسفية المقررة في القوانين المدنية:

تعرض المشرع الفلسطيني والتشريعات المقارنة لسبل حماية الطرف المدعى، حين نص المشرع الأردني على: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو

<sup>1</sup> أحلام شبيلي، مرجع سابق، ص 50.

<sup>2</sup> أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص 34.

تعفي الطرف المدعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"<sup>1</sup>.

أما المشرع المصري فقد نص على: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"<sup>2</sup>.

كما نص المشرع الإماراتي على: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المدعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"<sup>3</sup>.

أما المشرع الفلسطيني فقد نص على: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المدعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق ينص بغير ذلك"<sup>4</sup>.

يتضح من النصوص القانونية السابقة أنها فرضت حماية للطرف المدعن باعتباره الطرف الضعيف، فمنحت للقاضي سلطة تعديل شروط العقد إن كانت تضر بالطرف المدعن، كما أعطت للقاضي سلطة إعفاء الطرف المدعن من تلك الشروط، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، كما رتبت جزاء البطلان على كل اتفاق يقضي بغير ذلك.

ب. حماية المشتري من الشروط التعسفية المقررة في قوانين حماية المستهلك:

<sup>1</sup> المادة 204 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

<sup>2</sup> المادة 149 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

<sup>3</sup> المادة 248 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

<sup>4</sup> المادة 150 من القانون المدني الفلسطيني.

تناول المشرع الفلسطيني والتشريعات المقارنة في قانون حماية المستهلك ضمانات لحماية المشتري من الشروط التعسفية حيث نص المشرع الأردني على: "للمحكمة أن تحكم ببطلان الشروط التعسفية في العقد المبرم بين المزود والمستهلك أو أن تعدلها أو تعفي المستهلك منها بناءً على طلب من المتضرر أو من الجمعية، ويقع باطل كل اتفاق على خلاف ذلك"<sup>1</sup>، كما نص أيضاً في المادة 23 من ذات القانون على: "تعطى القضايا المدنية والجزائية المتعلقة بحماية المستهلك المقامة وفقاً لأحكام هذا القانون صفة الاستعجال لدى المحاكم المختصة بما في ذلك تنفيذ الأحكام الصادرة عنها".

كما فرض المشرع المصري حماية للمشتري حين نص على: "يقع باطلاً كل شرط يقع في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأنه خفض أي من التزامات المورد الواردة بهذا القانون أو لائحته التنفيذية أو اعفاؤه منها"<sup>2</sup>.

وكذلك المشرع الإماراتي حين نص على: "يحظر على المزود إدراج أي شرط عند التعاقد مع المستهلك من شأنه الإضرار به، ويقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو فاتورة أو غير ذلك إذا كان من شأنه اعفاء المزود من أي من الالتزامات الواردة في هذا القانون"<sup>3</sup>.

أما المشرع الفلسطيني فقد نص على: "يجوز للمجلس<sup>4</sup> أن يراجع مدى معقولية وعدالة الشروط الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية، وأن يوصي إلى الوزير أو الجهة التي تصدر عنها هذه العقود إزالة الشروط التي ترى أنها مجحفة بحق المستهلك أو يطلب إعادة النظر بها، على أن يصدر مجلس الوزراء

<sup>1</sup> المادة 22 من قانون حماية المستهلك الأردني.

<sup>2</sup> المادة 28 من قانون حماية المستهلك المصري.

<sup>3</sup> المادة 21 من قانون حماية المستهلك الإماراتي.

<sup>4</sup> المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك، المادة الأولى من قانون حماية المستهلك الفلسطيني.

نظامًا يحدد معايير لتقدير البنود التي يمكن اعتبارها تعسفية في عقود الاستهلاك<sup>1</sup>.

وبناءً على ما تقدم، فإن قوانين حماية المستهلك فرضت حماية للمشتري الإلكتروني، فمنحت الجهة المختصة مراجعة الشروط الواردة في عقود الاستهلاك، وإزالة الشروط التي ترى أنها مجحفة، كما رتبت البطلان على كل شرط يرد في عقد، أو فاتورة، أو غير ذلك إذا كان من شأنه إعفاء المزود من الالتزام بعدم التعسف في استعمال حقه.

## الفرع الثاني

### الحق في الخصوصية المعلوماتية

ترتبط الخصوصية بمفهوم الحرية الشخصية، والرفاهية<sup>2</sup>، والخصوصية، تعد من الحقوق الدستورية الأساسية الملازمة للشخص الطبيعي بصفته الإنسانية، فهي أساس بنيان كل مجتمع، وهي من الحقوق السابقة على نشوء الدولة ذاتها<sup>3</sup>.

وإذا كانت الرسائل الإلكترونية هي وسيلة اتصال بين أشخاص عبر البريد الإلكتروني، فتكون بذلك ذات طبيعة شخصية بالنظر إلى أطرافها فكلاهما يعتبران شخصًا محددًا يتبادلون المعلومات عن المنتج فيما بينهما فتكون عناوينهم الإلكترونية ظاهرة<sup>4</sup>، مما يؤدي ذلك إلى تعريض المشتري للمخاطر من سرقة المعلومات الخاصة به، ففي هذا الفرع نتناول مفهوم الخصوصية المعلوماتية، ثم الحماية المقررة للبيانات الشخصية،

<sup>1</sup> المادة 23 من قانون حماية المستهلك الفلسطيني.

<sup>2</sup> ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، جرائم استخدام شبكة المعلومات العالمية، جامعة الإمارات العربية، مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت "المجلد الأول"، 2004، ص 224.

<sup>3</sup> أحلام شبيلي، مرجع سابق، ص 66.

<sup>4</sup> سامية لموشيه، مرجع سابق ص 321.

وذلك على النحو التالي:

أولاً: مفهوم الخصوصية المعلوماتية:

تعرف الخصوصية المعلوماتية: بأنها حق الشخص في التحكم بالمعلومات التي تخصه<sup>1</sup>، كما عرفت أيضاً بأنها: "قدرة الأفراد في السيطرة على معلوماتهم الشخصية وحرصهم أن تظل في سرية"<sup>2</sup>.

وقد كان الفقهاء التالية أسماؤهم (وسيترن وميلر ورولي) من أوائل القائلين بالخصوصية المعلوماتية والذين قاموا بإثارة مسائل نظام خصوصية المعلومات وتوضيح ملامحه، حيث عرف وسيترن الخصوصية المعلوماتية بأنها: "قدرة الأفراد على التحكم بدورة المعلومات التي تتعلق بهم"<sup>3</sup>.

وعلى الرغم من الاختلاف بين التعريفات السابقة إلا أن هناك نقاط مشتركة بينهما، تتمثل في السعي نحو منع السلطة الممنوحة للحكومة، أو الأفراد بصفة خاصة من الاطلاع على بيانات الأفراد الشخصية دون رضائهم<sup>4</sup>.

وتعرف البيانات الشخصية بأنها: "أي بيانات أو معلومات تتعلق بشخص طبيعي ومن شأنها التعريف به بطريقة مباشرة أو غير مباشرة مهما كان مصدرها أو شكلها، بما في ذلك البيانات المتعلقة بشخصه أو وضعه

<sup>1</sup> عائشة مصطفى، الحق في الخصوصية المعلوماتية بين تحديات التقنية وواقع الحماية القانونية، مجلة الندوة للدراسات والقانون، الجزائر، 2017، ص74.

<sup>2</sup> فهد عبد العزيز سعيد، دور تقنية المعلومات في حماية خصوصية البيانات، مركز التميز لأمن المعلومات، جامعة الملك سعود، الرياض، 2010، ص2، مشار إليه سعيداني نعيم، الحماية الجنائية للحق في الخصوصية في مجال المعلوماتية، " أطروحة قدمت لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة باتنة، الجزائر، 2021، ص108.

<sup>3</sup> منى الموسوي، جان سيريل فضل الله، الخصوصية المعلوماتية وأهميتها ومحاطر التقنيات الحديثة عليها، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العراق، 2013، ص6.

<sup>4</sup> رؤى سعد القرني، الحماية القانونية للحق في الخصوصية المعلوماتية" دراسة مقارنة"، مجلة كلية الدراسات العربية والاسلامية للبنات، جامعة الملك بن عبد العزيز، السعودية، السعودية، 2021، ص1031.



العائلي أو أماكن تواجده"<sup>1</sup>.

وتعرف البيانات الشخصية أيضًا بأنها: "أي بيانات متعلقة بشخص طبيعي محدد، أو يمكن تحديده بشكل مباشر أو غير مباشر عن طريق الربط بين هذه البيانات وأي بيانات أخرى كالاسم أو الصوت أو الصورة أو رقم تعريفى أو محدد للهوية عبر الإنترنت، أو أي بيانات تحدد الهوية النفسية أو الصحية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية"<sup>2</sup>.

ويرى الباحث أنه يمكن تعريف الخصوصية المعلوماتية بأنها: "حقوق لصيقة بالأشخاص متعلقة بمعاملاتهم الإلكترونية، يرفضون إطلاع الغير عليها نظرًا لأهميتها بالنسبة لهم".  
وتتعدد صور البيانات الشخصية الواجب حمايتها على النحو التالي<sup>3</sup>:

1. الاسم واللقب.
2. الصوت والصورة للفرد.
3. الأرقام الشخصية والعنوان والحالة الاجتماعية.
4. الخصائص الجسمانية والحالة الصحية.
5. الآراء السياسية والمعتقدات الدينية.
6. البصمة ورقم الحساب البنكي.
7. عنوان البريد الإلكتروني ورقم الهاتف ورقم السيارة.

ثانيًا: الحماية المقررة للبيانات الشخصية:

على الرغم من المحاولات الدولية والوطنية لحماية البيانات الشخصية، كالاتفاقية الأوروبية لحقوق

<sup>1</sup> المادة 3 من مشروع قانون حماية البيانات الشخصية الأردني لسنة 2022.

<sup>2</sup> المادة الأولى من قانون حماية البيانات الشخصية المصري رقم 151 لسنة 2020 الصادر بتاريخ 2020/7/15.

<sup>3</sup> سماح التهامي، نطاق الحماية القانونية للبيانات الشخصية والمسؤولية التقصيرية عن معالجتها، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، الامارات، 2018، ص624.

الإنسان، والدساتير الوطنية للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي إلى جانب تشريعات حماية البيانات، إلا أن تلك التشريعات واجهت صعوبة كبيرة نظرًا للتطور التكنولوجي السريع الذي غزى العالم<sup>1</sup>.

وبناءً على ما تقدم، سنبين الحماية التي فرضها المشرع الفلسطيني والتشريعات المقارنة في هذا الشأن، ثم ننتقل إلى الحماية الدولية التي فرضتها المواثيق الدولية وذلك على النحو التالي:

### 1. الحماية المقررة للبيانات الشخصية وفقاً للتشريع الفلسطيني والتشريعات المقارنة:

تناول المشرع الفلسطيني والتشريعات المقارنة، كالتشريع الأردني والمصري والإماراتي قواعد لحماية البيانات الشخصية المتعلقة بالمستهلك، حيث نص المشرع الأردني على: " لكل شخص طبيعي الحق في حماية بياناته...."<sup>2</sup>، كما رتب على قيام جهات التوثيق الإلكتروني بإفشاء أسرار عملائها أو استغلال بياناتهم الشخصية عقوبة وهي الغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف دينار أردني، ولا تزيد عن مائة ألف دينار أردني بالإضافة إلى الغاء ترخيصها<sup>3</sup>.

أما المشرع المصري فقد تناول حماية البيانات الشخصية حين نص على: " لا يجوز جمع البيانات الشخصية أو معالجتها أو الإفصاح عنها أو إفشاءها بأي وسيلة من الوسائل إلا بموافقة صريحة من الشخص المعني بالبيانات، أو في الأحوال المصرح بها قانوناً"<sup>4</sup>، كما نص على: " يعاقب بغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مليون جنيه كل حائز أو متحكم أو معالج جمع أو عالج أو أفشى أو أتاح أو تداول بيانات شخصية

<sup>1</sup> رؤى سعد القرني، مرجع سابق، ص 1043.

<sup>2</sup> المادة (1/4) من مشروع قانون حماية البيانات الشخصية الأردني لسنة 2022.

<sup>3</sup> المادة 25 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001.

<sup>4</sup> المادة الثانية من قانون حماية البيانات الشخصية المصري رقم 151 لسنة 2020.

معالجة إلكترونيًا<sup>1</sup> بأي وسيلة من الوسائل في غير الأحوال المصرح بها قانونًا أو بدون موافقة الشخص المعني بالبيانات<sup>2</sup>.

في حين أن المشرع الإماراتي نص على: "1. يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن عشرين ألفًا ولا تزيد على مائتي ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص تمكن بموجب أية سلطات ممنوحة له في هذا القانون من الاطلاع على معلومات في سجلات أو مستندات أو مراسلات إلكترونية وأفشى أيًا من هذه المعلومات 2. يستثنى من أحكام الفقرة (1) من هذه المادة حالات التصريح بالمعلومات التي تتم لأغراض تنفيذ هذا القانون، أو تنفيذًا لأي إجراءات قضائية"<sup>3</sup>.

أما المشرع الفلسطيني فقد نص على: "مع عدم الاخلال بأي عقوبة أشد وردت في أي قانون آخر، يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات وبغرامة مالية لا تزيد عن ثلاثة آلاف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانونًا أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من: 5. أفشى معلومات خاصة بالغير حصل عليها أثناء تسجيلها أو إرسالها بأية وسيلة من وسائل المعالجة المعلوماتية وكان من شأن إفشائها المساس بسمعة وخصوصيات صاحبها أو الغير"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> يقصد بالمعالجة: "أي عملية إلكترونية أو تقنية لكتابة البيانات الشخصية، أو تجميعها أو تسجيلها أو حفظها أو تخزينها أو دمجها أو عرضها أو إرسالها أو استقبالها أو تداولها أو نشرها أو محوها أو تغييرها أو تعديلها أو استرجاعها أو تحليلها وذلك باستخدام أي وسيط من الوسائط أو الأجهزة الإلكترونية أو التقنية سواء تم ذلك جزئيًا أو كليًا" راجع المادة الأولى من قانون حماية البيانات الشخصية المصري.

<sup>2</sup> المادة 36 من قانون حماية البيانات الشخصية المصري رقم 151 لسنة 2020.

<sup>3</sup> المادة 28 من القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006 في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية.

<sup>4</sup> المادة 44 من قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني رقم 6 لسنة 2013.

## 2. الحماية المقررة للبيانات الشخصية وفقاً للمواثيق الدولية:

أدى التزايد المستمر لاستخدام الوسائل الإلكترونية في المعاملات إلى تغيير موضوع المصلحة المحمية، حيث بدأ الانتقال من حماية الحياة الخاصة بالأفراد إلى الاهتمام بحماية البيانات الشخصية والتي تعتبر الجزء المعنوي من الحياة الخاصة، لذلك تضافرت الجهود الدولية والإقليمية والوطنية في وضع النظام القانوني لحماية البيانات الخاصة بالأفراد وخصوصيتها<sup>1</sup>.

## أ. الأمم المتحدة:

يعتبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة عام 1948، من أوائل المواثيق الدولية التي تحدثت عن الخصوصية المعلوماتية، والذي كرس مبدأ الحماية القانونية للحق في الخصوصية، والذي اهتم بهذا الحق باعتباره مصاف حقوق الإنسان الأساسية التي تدعمها الأمم المتحدة إلا أنه افتقر لعنصر الإلزام، مما دعا الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1966 لإصدار العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، في محاولة منها لإضافة عنصر الإلزام على هذا الحق، والذي اعتبر فيما بعد التطبيق الفعلي لحماية خصوصية الإنسان المدنية والسياسية على المستوى العالمي باعتباره ملزماً وهو ما لا يتوفر في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>2</sup>.

## ب. مجلس أوروبا:

ساهم مجلس أوروبا كمنظمة دولية سعى إلى حماية حقوق الإنسان، وتعزيز الحق في الخصوصية المعلوماتية وحماية البيانات، ومن مساهمة المجلس اتفاقية حماية الأفراد المتعلقة بالمعالجة التلقائية للبيانات

<sup>1</sup> عائشة مصطفى بن قارة، الحق في الخصوصية المعلوماتية بين تحديات التقنية وواقع الحماية القانونية، المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، مستغانم، 2016، ص43.  
<sup>2</sup> أمّن مصطفى البقلي، حماية الخصوصية المعلوماتية لمستخدمي الإنترنت في مواجهة متطلبات التجارة الإلكترونية، المجلة القانونية للدراسات والبحوث القانونية، جامعة أسبوت، مصر، د س ن، ص1017.

الشخصية لسنة 1981، وتعد تلك الاتفاقية أول صك دولي ملزم قانونًا بشأن حماية البيانات، وتهدف تلك الاتفاقية لحماية الأفراد من التعديات على معلوماتهم الشخصية، وتوفر الضمانات المتعلقة بجمع البيانات الشخصية الحساسة<sup>1</sup>.

### ج. منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية:

بدأت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بوضع أسس وقواعد إرشادية لحماية الخصوصية ونقل البيانات، وقد تبنى مجلس المنظمة تلك القواعد عام 1980 مع التوصية للأعضاء بالالتزام بها، إلا أن تلك القواعد لا تعد إلزامية، وإنما إرشادية وتوصيات فحسب، وذلك بعكس القواعد التي وضعها مجلس أوروبا عام 1981<sup>2</sup>.

## الخاتمة

من خلال هذا العرض المبسط والمختصر لهذا الموضوع المتعلق بحماية المشتري في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني، والذي يعد من أهم المواضيع كون أنه يعمل على حماية الطرف الضعيف في العملية التعاقدية وهو المشتري، نخلص الى مجموعة من النتائج والتوصيات، وذلك على النحو التالي:

### أولاً: النتائج:

1. تعد الإعلانات التجارية الوسيلة الجيدة للبائع الإلكتروني في التعريف عن المنتجات، والخدمات المراد بيعها، كما أنها تحقق للمستهلكين أفضل إحاطة بأنواع المنتجات، والخدمات المعروضة، والتي تتلاءم مع رغباتهم.
2. لم يتناول المشرع الفلسطيني، ولا التشريعات المقارنة كالتشريع الأردني، والمصري، والإماراتي، تعريفاً للإعلان الإلكتروني، تاركة ذلك للفقهاء، إلا أنهم تناولوا تعريف المعلن.
3. اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية للإعلان، فمنهم من يرى بأنه إيجاباً كاملاً في حين يرى الجانب الآخر بأنه مجرد دعوة للتعاقد.

<sup>1</sup> رؤى سعد القرني، مرجع سابق، ص1055.

<sup>2</sup> شريف يوسف خاطر، حماية الحق في الخصوصية المعلوماتية" دراسة تحليلية لحق الاطلاع على البيانات الشخصية في فرنسا"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مصر، 2015، ص16.

4. تعتبر شروطاً تعسفية في العقود الإلكترونية كل الشروط التي تهدف إلى المساس بالتوازن العقدي بين المتعاقدين.

### ثانياً: التوصيات:

في ضوء النتائج السابقة، يرى الباحث أنه من المفيد وضع بعض التوصيات آملين أن يتم أخذها بعين الاعتبار وهي كالتالي:

1. نوصي المشرع الفلسطيني بضرورة وضع تعريف للإعلان في نص المادة الأولى من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005، دون الاكتفاء بتعريف المعلن.
2. نوصي المشرع الفلسطيني باعتبار كل شرط لم يخضع لمفاوضات من قبل المشتري شرطاً تعسفياً.
3. نوصي بضرورة سن قانون موحد لضمان مصلحة المشتري الإلكتروني بصفة خاصة وحماية المستهلك بصفة عامة، كون أن بعض نصوص حماية المشتري توجد في قانون حماية المستهلك الفلسطيني والبعض الآخر توجد في قانون المعاملات الإلكترونية، لذلك كان لابد من إيجاد قانون موحد خاص في التعاقدات الإلكترونية.
4. نوصي كليات القانون والجهات القانونية إقامة ندوات ومؤتمرات وتوجيه طلاب القانون خاصة طلاب الدراسات العليا إلى الكتابة في مواضيع العقود والتجارة الإلكترونية خصوصاً بعد التطور العلمي والتقني في مجالات الحياة، وذلك نظراً لأهميتها وسرعة انتشارها.

### قائمة المراجع والمصادر

#### أولاً: المراجع:

1. أبو دياب، علي السيد، وليد محمد بشر، الجوانب القانونية للحماية المدنية للمستهلك من الإعلانات التجارية الكاذبة أو المضلة، جامعة المجمعة، السعودية، 2019.
2. أبو عمرو، مصطفى، أحمد مجلس العقد الإلكتروني " دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
3. أحمد، هاشم عبد، ماشاف، مثنى عبد الكاظم، حماية المستهلك من الإعلانات الكاذبة" دراسة مقارنة"، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، المجلد الثاني(العدد السادس والخمسون)، 159-188.
4. بدر، أسامة أحمد، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني " دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011.

5. بدوي، خالد عبد الناصر، الحماية المدنية للمستهلك من الدعاية المضللة، مذكرة قدمت لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2018.
6. البقالي، أيمن مصطفى، حماية الخصوصية المعلوماتية لمستخدمي الإنترنت في مواجهة متطلبات التجارة الإلكترونية، المجلة القانونية للدراسات والبحوث القانونية، جامعة أسيوط، مصر، د س ن.
7. بن قارة، عائشة مصطفى، الحق في الخصوصية المعلوماتية بين تحديات التقنية وواقع الحماية القانونية، دار العربية للعلوم ونشر الأبحاث، مستغانم، 2016.
8. بن قويدر، فاطمة الزهراء، براهيمي، ضاوية، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة قدمت لمنح درجة الماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المغرب، 2021.
9. التهامي، سامح، نطاق الحماية القانونية للبيانات الشخصية والمسئولية التقصيرية عن معالجتها، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 24 (العدد 02)، 145-123.
10. الحبيصة، علي مصبح، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الاذعان، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون، جامعة الشرق الاوسط، 2011.
11. خاطر، شريف يوسف، حماية الحق في الخصوصية المعلوماتية" دراسة تحليلية لحق الاطلاع على البيانات الشخصية في فرنسا"، دار البحوث القانونية والاقتصادية، مصر، 2015.
12. خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008.
13. خالد، كوثر سعيد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.
14. سعيداني نعيم، الحماية الجنائية للحق في الخصوصية في مجال المعلوماتية، " أطروحة قدمت لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة باتنة، الجزائر، 2021، ص 108.
15. شبيلي، أحلام، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني" مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة أم البواقي، الجزائر، 2017-2018.
16. شعبان، صليحة شاوش، حماية رضا المستهلك من الإعلان التجاري، مذكرة قدمت لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة ألكلي محند اولحاج- البويرة، الجزائر، 2016.
17. شعوة، هلال، حماية المستهلك من جريمة الإعلان التجاري المضلل، جامعة عنابة، الجزائر، د س ن.
18. عاشور وآخرون، رانية موسى، واقع استخدام الإعلان الإلكتروني في المشاريع الصغيرة العاملة في قطاع الخدمات في محافظة الخليل، جامعة بوليتكنك فلسطين، فلسطين، 2014.
19. عباس، إيمان زهير، مقابلة منير زيد، "نطاق الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في القانون الأردني"، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد الثاني (العدد 1)، 62-45.
20. عبد المطلب، ممدوح عبد الحميد، جرائم استخدام شبكة المعلومات العالمية، جامعة الإمارات العربية، مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت" المجلد الأول"، 2004.

21. القرني، رؤى سعد، الحماية القانونية للحق في الخصوصية المعلوماتية" دراسة مقارنة"، كلية الدراسات العربية والاسلامية للبنات، جامع الملك بن عبد العزيز، السعودية، السعودية، 2021.
22. قروف، يزيد، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2019.
23. القهوجي، علي عبد القادر، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً، مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، الجزء الثاني، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2004.
24. لموشية، سامية، الضمانات القانونية للمشتري في عقد البيع الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، الجزائر، بسكرة، 2019.
25. محفوظ ملوك، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، جامعة أدرار، الجزائر، د س ن.
26. محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2006.
27. مرتجي، رامي زكريا، الحماية الجزائية للمستهلك في التشريع الفلسطيني " دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية"، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2017.
28. مسلم، عبد القادر أحمد، دور الإعلان الإلكتروني في تحقيق التميز المؤسسي" دراسة حالة كلية فلسطين التقنية"، جامعة الجنان، فلسطين، 2019، ص 270.
29. مصطفاوي، عايدة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مجلة الاجتهاد القضائي " جامعة البليدة"، الجزائر، 2017.
30. الموسوي، منى، فضل الله، جان سيريل، الخصوصية المعلوماتية وأهميتها ومخاطر التقنيات الحديثة عليها، كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العراق، 2013.
31. نصيبي، سيف الدين، بوقندورة، عبد الحفيظ، ضوابط حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات الإلكترونية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، الجزائر، 2019.

## ثانياً: المصادر:

- القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1962.
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- قانون المعاملات المدنية الإماراتي المعدل لسنة 1987.
- قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني رقم 6 لسنة 2013.
- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001.
- قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم 2 لسنة 2002.



- قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005.
- قانون حماية المستهلك الأردني رقم 7 لسنة 2017.
- قانون حماية المستهلك المصري رقم 181 لسنة 2018.
- قانون حماية المستهلك الإماراتي رقم 15 لسنة 2020.
- قانون الاتصالات السلكية واللاسلكية الفلسطيني رقم 3 لسنة 1996.
- قانون الجمعيات الخيرية والهيئات الخيرية الفلسطيني رقم 1 لسنة 2000.
- قانون حماية البيانات الشخصية الأردني لسنة 2022.
- قانون حماية البيانات الشخصية المصري رقم 151 لسنة 2020.

## زواج وطلاق الأصم والأبكم دراسة فقهية مقارنة

Marriage and Divorce of the Deaf and the Mute

A Comparative Jurisprudence Study

د جمال عبد الجليل صالح جامعة القدس - دائرة الفقه والتشريع - كلية الدعوة واصل الدين

Al-Quds University- Faculty of Da'wah and Fundamentals of Dr. Jamal Abdel-Jaleel Saleh

Religion- Department of Jurisprudence and Legislation

الملخص بالعربية:

هذا البحث يتحدث زواج وطلاق الاصم والابكم وهو عبارة عن دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 1976/61 (المعمول به في محاكم الضفة الغربية الشرعية) ويجيب البحث عن التساؤلات منها: ما هي وسيلة الصم والبكم للتعبير عن الإرادة، ومدى صحة زواج الاصم والابكم، والشروط المطلوبة لذلك، ومدى صحة طلاقهما وغيرها.

ويهدف البحث إلى عدد من الأهداف منها: دراسة الأحكام المتعلقة للأصم والابكم في موضوع الزواج والطلاق، ويكتسب البحث أهمية من حيث تعلقه بواقع الناس فهو موضوع عملي وليس نظري.  
الكلمات المفتاحية: الاصم، الأبكم، الزواج، الطلاق.

Abstract:

This research discusses the marriage and divorce of deaf and mute people through conducting a comparative jurisprudence study based on the Jordanian Personal Status Law no. 61/1976 (applied in the courts of the West Bank). The research answers many questions including: what is the means through which deaf and mute people express their will? To what extent is the marriage of deaf and mute people valid? What are the required conditions for that? To what extent is the



divorce of deaf and mute people valid? Etc.

The study aims at examining the various provisions concerning the marriage and divorce of deaf and mute people, and the significance of the study stems from the fact that it is a practical, not a theoretical, study that is related to people's real lives .

Keywords: the deaf, the mute, marriage, divorce

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه ومن اقتدى بسنته بإحسان إلى يوم الدين، وبعد؛ فقد بعث الله عزوجل سيدنا محمدا ﷺ برسالة الإسلام، رسالة الهداية والصلاح في الدنيا والآخرة، بما حملته من مبادئ ربانية تحقق هذه الهداية، وهذا الصلاح. وإن أهم هذه المبادئ أن الإسلام نظر إلى الانسان أنه كائن مكرم، قال الله تعالى (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا) -سورة الإسراء آية رقم 70- ووضع القواعد الأصلية لتوفير الحياة الطيبة له من حيث هو إنسان فسخر الكون لخدمته، وجعل التقوى معيار التميز بين البشر، ومن هنا يتجلى مدى رعاية الإسلام الخاصة لبعض الفئات من حيث توفير مزيد من الحقوق والاعفاء من بعض الواجبات ليحصل التوازن والتكافؤ بين معطيات كل إنسان وقدراته فيعيش الجميع حياة كريمة.

ومن هنا جاءت دراسة هذا الموضوع تحت عنوان: "زواج وطلاق الاصم والبكم".

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تبرز أهمية الموضوع وأسباب اختياره فيما يأتي:

1: أن الإسلام دين شامل لجميع جوانب الحياة وموضوع (الصم والبكم) أحد هذه الجوانب.

2: أن (الصم والبكم) يمثلون جزءا لا يستهان به من فئات المجتمع، ولذلك علينا أن نولمهم الكثير من العناية.

3: توضيح الاحكام الخاصة بما يتعلق من زواج وطلاق الاصم والابكم.

إشكالية الدراسة:

1: ما وسيلة الصم والبكم للتعبير عن الإرادة؟

2: ما حكم زواج وطلاق الاصم والابكم؟

منهجية البحث:

1: اتبعت المنهج الوصفي التحليلي.

2: الرجوع إلى المراجع المتخصصة في الموضوعات الخاصة بمباحث الموضوع وخاصة المراجع الحديثة.

وجاء البحث في مقدمة وثلاثة مطالب وخاتمة.

المطلب الأول: مفهوم الصم والبكم لغة واصطلاح.

المطلب الثاني: وسيلة الصم والبكم للتعبير عن الإرادة.

المطلب الثالث: زواج الأخرس والأصم وطلاقهما وما يتعلق بهما.

المطلب الأول: مفهوم الصم والبكم لغة واصطلاحاً:

الصم لغةً:

\* الصَّمَمُ: انسداد الأذن وثقل السَّمْع ، صَمَّ يَصُمُّ و صَمِيم ، والجمع صُمٌّ ، وصُمَّان<sup>1</sup>.

تعريف الصم في الاصطلاح: إن الفقهاء لا يخرجونه عن المعنى الذي سبق في التعريف اللغوي<sup>2</sup>

وقد جاء فقي تعريف الهيئة الصحية للطفولة أن الأصم هو:

<sup>1</sup> ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب 12/342، دار صادر - بيروت، الفيروز أبادي، مجد

الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط 1130، ط6 1998، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر بيروت - لبنان.

<sup>2</sup> القرطبي، محمد بن احمد، الجامع لأحكام القرآن 1/214، ط2 1372هـ، دار الشعب - القاهرة.

(الطفل الذي ولد فاقداً حاسة السمع، وترتب على ذلك عدم استطاعته تعلم اللغة والكلام؛ أو هو الطفل الذي أصيب بالصمم في طفولته قبل اكتسابه اللغة والكلام، أو أصيب بالصمم بعد تعلم اللغة والكلام مباشرة لدرجة ان آثار التعلم فقدت بسرعة).<sup>1</sup>

مفهوم البكم في اللغة:

البكم: الخرس عيِّ وبَلَّه ، وقيل: البكم أن يولد الإنسان لا ينطق ولا يسمع ولا يبصر ، بكم بكماً بكامةً ، وهو أبكم وبكيم ، أي أخرس بيِّن الخرس ، وقيل بين الأبكم الأخرس فرق في كلام العرب: فالأخرس من خُلِقَ ولا نطق له ، كالبهيمة العجماء ، والأبكم الذي لسانه نطق وهو لا يعقل الجواب ، ولا يحسن وجه الكلام. وجمع الأبكم: بُكْم ، وبُكْمَان ، وقيل أبكام.<sup>2</sup>

مفهوم البكم في الاصطلاح: الأبكم الذي لا ينطق ولا يفهم، فإذا فهم فهو الأخرس، وقيل الأبكم والأخرس بمعنى واحد.<sup>3</sup>

الخرس لغةً:

الخرس: ذهاب الكلام عيًّا أو خِلقة، خرس خرساً وهو أخرس، أي انعقد لسانه عن الكلام أو مُنِع الكلام خِلقة أو عيًّا، والجمع خُرس وخُرسان.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> مجلة الفيصل، مجلة شهرية تصدر عن دار الفيصل الثقافية - السعودية عدد (250) ص56، 1997.

<sup>2</sup> ابن منظور، لسان العرب 53/12.

<sup>3</sup> المناوي، محمد عبد الرؤوف ، التوقيف على مهمات التعاريف 181/3، تحقيق: محمد رضوان الداية ط 1 1410هـ ، دار الفكر بيروت - دمشق.

<sup>4</sup> الفيروز أبادي ، القاموس المحيط 540.

والمعنى الاصطلاحي للأخرس عند الفقهاء لا يخرج عن المعنى اللغوي.<sup>1</sup>

\* اعتقال اللسان في اللغة:

الاعتقال: الحبس، اعتقل لسانه: حُبس عن الكلام، لم يقدر على الكلام.<sup>2</sup>

\* اعتقال اللسان في الاصطلاح:

هو الذي حُبس لسانه بعد أن كان يتكلم وذلك بسبب مرض أو غيره، هذا لا يعتبر خرساً أصلياً بل عارضاً،

ويسمى معتقل اللسان.<sup>3</sup>

المطلب الثاني: وسيلة الصم والبكم للتعبير عن الإرادة:

إن النطق باللسان ليس طريقاً حتمياً لظهور الإرادة العقدية بصورة جازمة في النظر الفقهي، بل النطق هو

الأصل في البيان، ولكن قد تقوم مقامه كل وسيلة أخرى اختيارية أو اضطرارية مما يمكن أن تعبر عن الإرادة

الجازمة تعبيراً كافياً مفيداً.<sup>4</sup>

يقول ابن قيم الجوزية -رحمه الله- في هذا السياق:

<sup>1</sup> النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين 241/4، ط2 1405هـ، المكتب الإسلامي

بيروت.

<sup>2</sup> ابن منظور ، لسان العرب 459/11.

<sup>3</sup> ابن عابدين، محمد أمين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ( حاشية ابن عابدين ) 737/5، ط2 ، دار

الفكر -بيروت.

<sup>4</sup> الزرقا، مصطفى أحمد ، المدخل الفقهي العام ، 326/1، دار الفكر -بيروت.

(فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده، والألفاظ لم تُقصد لذواتها، وإنما هي أدلة يُستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان، عمل بمقتضاه، سواء كان بإشارة أم كتابة أم إيماء أم دلالة عقلية أم قرينة حالية أم عادة له مطردة لا يخل بها).<sup>1</sup>

ومن هنا يتبين أن بعض الفقهاء يرون أن هناك وسائل أخرى تقوم مقام النطق، سأتحدث عن تلك الوسائل التي تخص موضوعنا وهو التعبير عن الإرادة لكل من الأصم والأبكم.

\* الوسيلة الأولى للتعبير عن إرادة الصم والبكم: الكتابة:

إذا كان الأخرس يجيد الكتابة فالرأي الراجح فقهاً -والله أعلم- أنه لا تصح تصرفاته إلا بالكتابة، لأن الكتابة في الدلالة كالنطق من كل وجه، أما الإشارة فهي دون الكتابة دلالة، فلا تقبل مع إمكان الكتابة.<sup>2</sup>

وحتى تكون الكتابة معتبرة ومقبولة، لا بد لها من شروط:

الشرط الأول: أن تكون الكتابة مستبينة؛ أي أن تكون مكتوبة على شيء تظهر وتثبت عليه، فلا تعتبر الكتابة في الهواء، أو على سطح الماء.

الشرط الثاني: أن تكون الكتابة مرسومة؛ أي أن تكون بالطريقة المعتادة بين الناس في زمانهم وتقاليده، وذلك بأن تكون مصدرة باسم المرسل والمرسل إليه - يلاحظ في زماننا هذا أنه يكفي بتصدير الكتابة باسم المرسل إليه فقط مع توقيعها أو ختمها باسم المرسل في نهايتها، فإنه المعتاد اليوم - أو مختومة أو موقعة من المرسل المتكلم، وأن تكون في زماننا على قرطاس لا على نحو ألواح العظام وجلود الحيوانات وأوراق الشجر مما كان

<sup>1</sup> ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، 218/1، دار الجيل بيروت.

<sup>2</sup> الزرقا، المدخل الفقهي العام 328/1، الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته 17/8 ط3 -1989، دار الفكر

للطباعة - دمشق.

يكتب عليه في الماضي القديم.<sup>1</sup>

\* الوسيلة الثانية للتعبير عن الإرادة: الإشارة:

إذا لم يحسن الأخرس الكتابة فإنه ينتقل إلى الوسيلة الأخرى للتعبير عن إرادته ألا وهي الإشارة.

أما إشارة الأخرس فإنها تقوم مقام النطق باللسان باتفاق الفقهاء - إذا كان لا يعرف الكتابة - في جميع تصرفاته التعاقدية القولية التي يكون له فيها إشارة معهودة مفهومة جرت عليها عادته، سواء منها ما كان عقداً للبيع والشراء والنكاح أو كان إنشاً منفرداً في التمليكات كالوصية لجهة خيرية والوقف، أو في الإسقاطات كالطلاق والإبراء وإسقاط الشفعة، أو في غير ذلك، كالدعوى والإقرار وحلف اليمين.<sup>2</sup>

ولهذا جاء في مجلة الأحكام العدلية:

الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان " <sup>3</sup>

\*\* ويلحق بالأخرس معتقل اللسان، فإذا كان الخرس غير أصلي بل طارئاً، وهي حالة معتقل اللسان، فالرأي

<sup>1</sup> ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 8 / 544 دار المعرفة - بيروت - لبنان، السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد، المبسوط 143/6، دار المعرفة - بيروت 1993، السرطاوي، محمود، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني (القسم الأول عقد الزواج وآثاره) 43، ط 1، 1981، دار العدوي - الأردن.

<sup>2</sup> الشيباني، محمد بن الحسن، الجامع الصغير 533/1، ط 1، 1406هـ، عالم الكتب - بيروت، الدردير، سيدي أحمد، الشرح الكبير 384/2، دار الفكر - بيروت، السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر 312، ط 1 - 1403هـ، دار الكتب العلمية بيروت، المرادوي، علي بن سليمان، الانصاف 271/4، دار احياء

التراث العربي - بيروت، الزرقا، المدخل الفقهي العام 328/1.

<sup>3</sup> حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام 70/1، المادة 70



الراجح عند فقهاءنا أنه إذا كان لا يعرف الكتابة وتكونت له إشارات معهودة اعتادها للإفصاح عن مراده، تقبل إشارته هذه في تصرفاته إذا دامت عقله لسانه إلى الموت، وعلى هذا تكون تصرفاته بإشارته المعهودة موقوفة إلى موته، فإن مات على عقلته نُفِذت تصرفاته مستندة إلى تاريخ صدورهما، أي أنها يكون لها أثر رجعي، وإلى هذا ذهب فقهاء الحنفية والحنابلة.<sup>1</sup>

ومن الفقهاء من يرى الاكتفاء بدوام عقلته سنة، فيصبح بعدها كالأخرس الأصلي، وتُقبل إشارته المعتادة، ويكون لها نفاذ فوري، وهذا ما ذهب إليه فقهاء الشافعية.<sup>2</sup>

وما ذهب إليه فقهاء الشافعية في هذا الموضوع هو أوجه وأدفع للحرج، فإن الرأي الأول فيه حرج عظيم، فقد تمتد حياة معتقل اللسان عشرات السنين بعد عقلته، فلا ينبغي توقف تصرفاته طوال ذلك مع لأنه قد تكون له إشارة معهودة -والله تعالى أعلم-.

**المطلب الثالث: زواج الأخرس والأصم وطلاقهما وما يتعلق بهما.**

الأخرس والصمم صفتان لا تمنعان من إنشاء الأسرة وإيجاد العلاقة الزوجية، فالأخرس والأصم ذكوراً وإناثاً عندما تتوفر فيهما مقومات الزواج فإنه لا يوجد مانع شرعي يحول دون ممارستهما التعبير عن رغبتهما تلك، سواء كان ذلك عن طريق الخطبة أو إنشاء عقد الزواج، وما قد ينشأ عن ذلك من مشكلات كاللعان والإيلاء والظهار<sup>3</sup>، وما قد يؤدي أحياناً إلى انحلال عقد الزواج وفك رباط الزوجية.

<sup>1</sup> الحصكفي، محمد بن علي بن محمد الحصني، الدر المختار 6/737+657، دار الفكر -بيروت، البهوتي،

منصور بن يونس، كشف القناع 4/336، ت: هلال مصيلحي هلال، 1402هـ، دار الفكر -بيروت.

<sup>2</sup> الغزالي، محمد بن محمد، الوسيط في المذهب 4/489، ط1-1417هـ، دار السلام - القاهرة.

<sup>3</sup> اللعان: هو شهادات مؤكدة بالإيمان، موثقة باللعن والغضب من الله سبحانه وتعالى.

الإيلاء: أن يحلف الزوج على ترك معاشرته زوجته أربعة أشهر فأكثر، سواء كان الحلف بالله سبحانه وتعالى،

=



المسألة الأولى: إنشاء عقد الزواج وما يسبقه وما قد يتخلله من مشكلات.

من السنة أن يسبق إبرام عقد الزواج ما عرف بالخطبة ، وهذه الخطبة كمقدمة لعقد الزواج يستطيع الأخرس أن يباشرها بنفسه لعدم المانع الشرعي من ذلك ، فهو يستطيع التعبير عن رغبته في الزواج ممن يريد بالوسيلة التي يتمكن منها : كتابة : كأن يكتب بطريقة واضحة لا بأس فيها بأنه يريد الزواج من فلانة بنت فلان ، أو إشارة بطريقة معهودة مألوفة في هذا الأمر بإرادة الزواج من فلانة بنت فلان ، فإذا تمت الموافقة في الحالتين فإن الخطبة تعتبر تامة يترتب عليها الأحكام من منع الخطبة عليها وغير ذلك من الأحكام المعروفة عند الفقهاء<sup>1</sup>.

وكذلك يستطيع الأخرس والأصم أن يكون عاقداً في عقد الزواج موجباً أو قابلاً معبراً عن ذلك بالطريقة القادر عليها، فإذا كان كاتباً، عبّر عن رغبته إرادته في إنشاء عقد الزواج بخط واضح مقروء مستبين، وإذا كان غير كاتب وله إشارة معهودة للتعبير عن هذا الأمر فأشار تلك الإشارة المعهودة المعبرة عن إرادته في عقد الزواج، ففي تلك الحالتين يعتبر عقد الزواج منعقدًا وتترتب عليه جميع الأحكام المترتبة على العقد الصحيح المعروفة عند الفقهاء.<sup>2</sup>

=

ام بأمر يشق عليه فعله.

الظهار: تشبيه الرجل المكلف من تحل له من النساء بمن تحرم عليه مؤبداً بنسب أو رضاع عندما يقول لزوجته: أنت عليّ كظهر أمي. عقلة، محمد، نظام الأسرة في الإسلام 3/ 264، ط2-1989م مكتبة الرسالة الحديثة-الأردن.

<sup>1</sup> السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني 21.

<sup>2</sup> الكاساني ، علاء الدين، بدائع الصنائع 2/231، ط2-1982، دار الكتاب العربي -بيروت، العدوي ، علي

=



وقد جاء في المادة (15) من قانون الأحوال الشخصية الأردني " يكون الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة كالإنكاح والتزويج، وللعاجز عنهما - أي عن لفظ الإنكاح والتزويج - بإشارته المعلومة " <sup>1</sup>.

المسألة الثانية: انحلال عقد الزواج مؤقتاً أو مؤبداً وما قد ينشأ عنه:

إن الإسلام قد شرع الزواج ليكون سبيلاً إلى السعادة والسكن والمودة، وسبباً في بناء الأسرة المتماسكة التي تصلح أساساً متيناً ولبنة قوية في بناء مجتمع صالح خير، وطريقاً مشروعاً إلى إنتاج الذرية الصالحة، والنسل القوي الذي ينشأ في ظلال الفضيلة والتربية الواعية، والحنان الأبوي الصادق.

ولكن قد يطرأ على الأسرة من عوامل الاختلاف، أسباب النزاع من تباين أخلاق الزوجين وفكرهما، أو تنافر طبيعتهما، أو سوء في العشرة لا يحتمل، بحيث تستحكم هذه الأمور، وتستعصي على الإصلاح، ولا يجدي معها أية محاولة لرأب الصدع، وعندها يصبح الزواج مصدر للشقاء، ويفقد كل مبرراته وغاياته التي شرع لأجلها، فينقلب إلى مبعث للهموم والأحزان بدلاً من كونه منبعاً للسكن والاطمئنان، ويتحول إلى سبب في ذرية مشردة تائهة، تنخر في جسم الأمة ضعفاً وإيهاناً، بدلاً من أن يكون سبباً في ذرية صالحة <sup>2</sup>.

في هذه الحالة شرع الإسلام الطلاق مع بغضه له ليخلص الأسرة من بؤس دائم وعذاب مستمر، ولما كان الأخرس والأصم يشكلان جزءاً من المجتمع فإنه يحق لهما إيقاع الطلاق بالطريقة التي يقدران عليها، علماً بأن منه ما هو رجعي بلفظ واحد كأن يكتب لها أو يشير إليها إشارة مفهومة بأنه طلقها طليقة واحدة، فإذا أشار

=

الصعيدي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب 50/2، دار الفكر - بيروت، الشرييني، محمد الخطيب، مغني المحتاج 141/3، دار الفكر - بيروت، المرادوي، الانصاف 49/8.

<sup>1</sup> قانون الأحوال الشخصية الأردني 1976/61، السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني 43.

<sup>2</sup> عقلة، نظام الأسرة في الإسلام 20/3.

إشارة يفهم منها أنه طلاق رجعي كأن يشير بإصبع واحدة أو يكتب كتابة تدل على أنه طلاق رجعي فإنه يقع هذا الطلاق الرجعي وتترتب عليه آثاره الخاصة بالطلاق الرجعي ، ومن هذه الآثار باختصار مفيد أن هذا الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا يرفع الحل ما دامت العدة قائمة ، وإنه يحق لمن طلق زوجته رجعياً أن يعيدها إلى عصمته أثناء العدة دون توقف على إذنها أو رضاها غيرها من الأحكام الفقهية التي تتعلق بالطلاق الرجعي.<sup>1</sup>

ومن الطلاق ما هو بائن كأن يكتب لها بطريقة بينة واضحة بطلاقها باللفظ المثلث، مثل: أنت أو زوجتي فلانة أو زوجتي عائشة - إذا كان له أكثر من زوجة - طالق ثلاثاً أو ألبته، أو يشير إلى زوجته المقصودة أو إلى إحدى زوجاته إذا كن أكثر من واحدة بأنها طالق ألبته أو ثلاثاً ، من هنا يتبين أن الأخرس إذا كان كاتباً فإن طلاقه يقع ولكن يشترط لهذه الكتابة أن تكون مستبينة "وهي التي تترك أثراً واضحاً بحيث يمكن قراءتها ببسر لمن أراد ، كالكتابة على الورق أو الجدار...." ومرسومة "وهي المعنونة إلى الزوجة والمصدرة إليها" فإذا عجز عن الكتابة انتقل إلى وسيلته الأخرى ألا وهي الإشارة على أن تكون مفهومة ومعهودة، فإذا وقع الطلاق من الأخرس سواء كان بكتابة أم بإشارة فإنه يقع، يترتب على هذا الطلاق الأحكام المعروفة عند الفقهاء.<sup>2</sup>

وقد أشار قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة "86" إلى الوسائل التي يعتبر الطلاق بها واقعاً من الأخرس بقوله:

<sup>1</sup> عقلة، نظام الأسرة في الإسلام 135/3.

<sup>2</sup> السرخسي ، المبسوط 143/6، الدردير ، الشرح الكبير 384/2، النووي ، يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين 106/1، دار المعرفة - بيروت ، ابن قدامة ، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد، المغني 412/8، دار الفكر - بيروت.

" يقع الطلاق باللفظ والكتابة والإشارة

يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة".<sup>1</sup>

#### الخاتمة

بعد الانتهاء من الكتابة في هذا الموضوع توصلت إلى نتائج من أبرزها.

- 1: وسيلة الصم والبكم للتعبير عن إرادتهما: الكتابة، الإشارة.
- 2: تصح التصرفات الشخصية من الأصم والأبكم في النكاح.
- 3: تصح التصرفات الشخصية من الأصم والأبكم في الطلاق.

وأخيراً؛ فإننا نتوجه إلى الله سبحانه بخالص الدعاء أن يوفقنا لتحصيل العلم، وأن يعلمنا ما ينفعنا، وأن

ينفعنا بما علمنا، وأن يزدنا علماً، إنه سميع مجيب الدعاء.

قائمة المصادر والمراجع:

\*\* القرآن الكريم

- 1: الهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع، ت: هلال مصيلحي هلال، 1402هـ، دار الفكر-بيروت.
- 2: الحصكفي، محمد بن علي بن محمد الحصني، الدر المختار، دار الفكر-بيروت.
- 3: حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المادة 70.
- 4: الدردير، سيدي أحمد، الشرح الكبير، دار الفكر-بيروت.
- 5: الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ط3-1989، دار الفكر للطباعة - دمشق.
- 6: الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار الفكر-بيروت.

<sup>1</sup> قانون الأحوال الشخصية الأردني 1976/61، عقلة، نظام الاسرة في الإسلام 117/3.

- 7: السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد، المبسوط ، دارالمعرفة - بيروت. 1993.
- 8: السرطاوي، محمود، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني (القسم الأول عقد الزواج وأثاره) ، ط1 1981، دار العدوي - الأردن.
- 9: السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، ط1-1403 هـ، دار الكتب العلمية بيروت.
- 10: الشربيني، محمد الخطيب ، مغني المحتاج ، دار الفكر - بيروت.
- 11: الشيباني، محمد بن الحسن، الجامع الصغير، ط1 1406 هـ، عالم الكتب - بيروت.
- 12: ابن عابدين، محمد أمين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ( حاشية ابن عابدين) ، ط2 ، دار الفكر - بيروت.
- 13: العدوي ، علي الصعيدي ، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب ، دار الفكر - بيروت،
- 14: عقلة، محمد، نظام الأسرة في الإسلام ، ط2-1989 م مكتبة الرسالة الحديثة-الأردن.
- 15: الغزالي، محمد بن محمد، الوسيط في المذهب ، ط1-1417 هـ، دار السلام - القاهرة.
- 16: الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط ، ط6 1998، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر بيروت - لبنان.
- 17: ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد، المغني ، دار الفكر- بيروت.
- 18: القرطبي، محمد بن احمد، الجامع لأحكام القرآن ، ط2 1372 هـ، دار الشعب - القاهرة.
- 19: ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، دار الجيل بيروت.
- 20: الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع ، ط2-1982، دار الكتاب العربي - بيروت.
- 21: المرداوي، علي بن سليمان، الانصاف، دار احياء التراث العربي - بيروت.
- 22: المناوي، محمد عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف ، تحقيق: محمد رضوان الداية ط 1 1410 هـ ، دار الفكر بيروت - دمشق.

23: ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب ، دارصادر-بيروت.

24: ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كترالدقائق، دارالمعرفة -بيروت -لبنان.

25: النووي، أبوزكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط2 1405هـ، المكتب الإسلامي -

بيروت.

26: النووي، يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين ، دارالمعرفة -بيروت.

\*\* المجالات والقوانين:

- قانون الأحوال الشخصية الأردني 1976/61.

- مجلة الفيصل، مجلة شهرية تصدر عن دارالفيصل الثقافية - السعودية عدد (250) ص56، 1997.

### رقمية الوسائل البديلة لحل المنازعات

### Digital Alternative Means of Dispute Resolution

د.أمل فوزى أحمد عوض

Dr. Amal Fawzi Ahmed Awad

دكتوراه في القانون / كلية الحقوق / جامعة عين شمس

Phd in Law/Faculty of Law/Ain Shams University

رئيس وحدة تكنولوجيا المعلومات - كلية التربية الفنية - جامعة حلوان

Head of Information Technology Unit – Faculty of art Education - Helwan University

2023

الملخص :

بينما تمضي التقنيات التكنولوجية بخطى سريعة صوب التقدم ، تستمر العلاقة بين العالم القانوني والعلم الحديث في النمو بطيئة ، بالرغم من أن مسيرة التقدم في التقنيات القانونية أمراً أساسياً كي



يتطور أداء مرفق العدالة ، فمن اللافت للنظر أن النظم القضائية المقارنة أصبحت تعول بشكل كبير علي التقنيات الحديثة في إدارة العدالة لحل المنازعات سواء بالطرق العادية أو بالوسائل البديلة وخاصة الرقمية منها ، والتي تساعد علي التغلب في مشكلة تراكم القضايا ، لكن ما هو دور الوسائل الرقمية في حل المنازعات ؟ ، وما هي الوسائل البديلة لحل المنازعات ؟ ، وما هي جدواها ؟ ، وكيف ستكون الوسائل البديلة رقمية ؟؟؟؟؟؟

### الكلمات المفتاحية :

المنازعات ؛ الوسائل الرقمية ؛ توفيق ؛ مفاوضات ؛ وساطة ؛ تحكيم ؛ ODR.

### Summary:

As technological technologies move along a fast line towards progress, the relationship between the legal world and modern science continues to grow slowly. While keeping pace with advances in legal techniques is essential for the Justice Facility's performance to evolve justice system ", it is remarkable that comparative judicial systems have come to rely heavily on modern techniques in the administration of justice to resolve disputes both by ordinary means and by alternative means, especially digital ones, Which helps overcome the problem of backlog, but what is the role of digital means in resolving disputes? And what are the alternative means of resolving disputes? And what is its usefulness? And how would alternative means be digital???????

### Keywords

Disputes; Digital means; Conciliation; Negotiations; mediation; arbitration; ODR.

### مقدمة

لقد أصبحت القواعد القانونية نتيجة التطورات التكنولوجية قواعد تقنية تتجاوز النظرة التقليدية للقانون<sup>1</sup> من حيث كونها أمره و مكملة ، و حتي مصدر إلزامها هي القوانين التقنية التي تحكمها كقوانين الفيزياء أو الهندسة<sup>2</sup>، كما قد تراجعت مجالات تطبيق القوانين الكلاسيكية كالقانون المدني لفائدة القوانين التقنية كما هو الشأن بخصوص تقننة العقد بأن أصبح عقدا إلكترونيا و تقننة قانون الشركات بظهور الشركات الافتراضية بل و حتي مجال القانون الدستوري و الإداري لم يسلم من هذا التأثير بظهور الحكومة الإلكترونية و الانتخاب الإلكتروني و القرار و العقد الإداري الإلكتروني و أيضا قانون العقوبات تدخل لتجريم و معاقبة أفعال مرتبطة أساسا باستعمال التكنولوجيا أو ما يعرف بالجرائم المعلوماتية.... الخ،

<sup>1</sup> راجع في ذلك : هند نجيب السيد ، الإثبات في الجرائم الإلكترونية ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، 2016، ص 22.

<sup>2</sup> راجع في ذلك، عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق ، ص 229-230.



ليصبح القانون لا يكتشف الواقع مثلما تعتقد النظرية الكلاسيكية للقانون بل تبده ، و يتحول من غاية اجتماعية إلى مجرد وسيلة عمل أو قاعدة عمل يوفر حكمها تقنين التقنية في حد ذاتها من حيث كونها وقائع نافعة أو ضارة ، و كونها تصرفات قانونية معينة.

ومع دخول عصر العولمة ، أصبحت فلسفة استخدام التكنولوجيا ضرورة عصرية لا غني عنها بصورة واسعة ، فهذه الشبكة لا تعترف بالحدود الجغرافية<sup>1</sup> ، فالمكان والزمان عنصران لا يكون لهما في الغالب أي أثر في أنشطة تبادل المعلومات والعلاقات الناشئة في بيئة الإنترنت<sup>2</sup> ولذلك كانت فكرة الاعتماد علي تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في مجال التقاضي ، لتخليصه من مشكلاته الإجرائية ، وتكديس الدعاوي القضائية ، والانتقال بها للعمل في البيئة الرقمية الذي يحقق تدفقاً سهلاً وسريعاً وألياً للبيانات والمعلومات بين القضاة والمحامين والمدعين والمدعي عليهم والنيابة والجهات المعاونة كالتطب الشرعي ، ومصالحة الخبراء ، ومصالحة الأحوال المدنية... الخ ، بما يحقق سرعة الفصل في القضايا ويخفف الأعباء عن جميع الأطراف المشاركين في عملية التقاضي<sup>3</sup> .

هذا ولم تعد العدالة في ظل التكنولوجيا الحديثة مجرد هيكل أسمنتي يضم أشخاصاً كلاسيكيين مثل القضاة ، والمحامين ، وقلم الكتاب ، والمتقاضين ، فهذه الصورة النمطية يجب أن تتغير بتطور الوسائل التكنولوجية والتحول إلي الرقمية<sup>4</sup> .

بينما تمضي التقنيات التكنولوجية بخطي سريعة صوب التقدم ، تستمر العلاقة بين العالم القانوني والعلم الحديث في النمو بطيئة ، بالرغم من أن مسايرة التقدم في التقنيات القانونية أمراً أساسياً كي يتطور أداء مرفق العدالة ، فمن اللافت للنظر أن النظم القضائية المقارنة أصبحت تعول بشكل كبير علي التقنيات الحديثة في إدارة العدالة لحل المنازعات سواء بالطرق العادية أو بالوسائل البديلة وخاصة الرقمية منها ، والتي تساعد علي التغلب في مشكلة تراكم القضايا ، واستبدال نظام العدالة الإلكترونية بالنظام الورقي بما

<sup>1</sup> راجع في ذلك:

Frédéric – Jérôme . Pansier et Emmanuel Jez . initiation à l'internet juridique .litec ، 2ème éd . 2000. p2-3.

<sup>2</sup> راجع في ذلك:

Nicole Tortello et Pascal Iointier . Internet pour les jurists . Dalloz . Paris ، 1996 p.2.

<sup>3</sup> راجع في ذلك: القاضي / حاتم جعفر ، دور التقاضي الإلكتروني في دعم وتطوير العدالة قراءة في الواقع الحالي والنتائج المتوقعة ، مؤتمر المناخ القضائي

الداعم للاستثمار، الإسكندرية فبراير 2015 ، ص4

<sup>4</sup> راجع في ذلك: د/إبراهيم محمد السعدي احمد، دور التكنولوجيا في التغلب علي ظاهرة البطء في التقاضي أمام القضاء المدني في مصر، مؤتمر القانون

والتكنولوجيا، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ، ديسمبر 2017 ، الجزء الأول ، ص 489 وما بعدها .

يتيح للقضاة ومعاونهم، والمتقاضين وأعوانهم من متابعة إجراءات القضايا بيسر وسهولة.<sup>1</sup>

وفكرة حل المنازعات سواء بالطرق العادية أو بالوسائل البديلة وخاصة الرقمية منها لا تعني الاستغناء عن العنصر البشري ولكن تكمن الفكرة في الاستفادة من العنصر البشري في إنشاء قواعد البيانات وإعداد الأنظمة الرقمية، وتعميم هذه الفكرة للتطبيق في جميع المحاكم وفقاً للاختصاص النوعي والمحلي لكل محكمة، فهذا النظام الإلكتروني ما هو إلا نظام واحد يتم تعميمه على كافة المحاكم مما يسهم في حل الأزمة المتعلقة في عدد القضاة وتأخير الفصل في القضايا ويرفع العبء عن المتقاضين ويقدم لهم اختصاراً في الوقت والجهد.<sup>2</sup>

### مشكلة البحث :

تؤدي الوسائط الرقمية<sup>3</sup> وتكنولوجيا المعلومات خدمات مساندة للقضاء مما يجعلها تقوم بدور قانوني في تبسيط إجراءات التقاضي فمن اللافت للنظر أن النظم القضائية المقارنة أصبحت تعول بشكل كبير على التقنيات الحديثة في إدارة العدالة لحل المنازعات سواء بالطرق العادية أو بالوسائل البديلة وخاصة الرقمية منها

<sup>1</sup> راجع في ذلك: د / عادل يحيى، التحقيق والمحكمة الجنائية عن بعد، دراسة تحليلية تأصيلية لتقنية الـ Video conference في المجال الجنائي، دار النهضة العربية، 2006 ص 17.

<sup>2</sup> تتلخص فكرة القضاء الإلكتروني في جعل جهاز الكمبيوتر أو الحاسوب قاضياً، عن طريق تحرير البيانات المتعلقة بالدعوى كأسماء الخصوم وموضوع النزاع والموطن القانوني لكل خصم وجميع المعلومات المتعلقة بالوقائع كتاريخ حدوث الواقعة سبب النزاع والمواد القانونية التي تحكم النزاع وما هو مستقر عليه من أحكام محكمة الوأراء الفقهية، ثم إدخال جميع هذه البيانات على جهاز الحاسوب وعن طريق قواعد البيانات المدون عليها المواد القانونية والأحكام القضائية وعن طريق التفاعل بين المعلومات والأنظمة المؤتمتة يتم إصدار الحكم الإلكتروني الخاص بالنزاع المعروض على القاضي الإلكتروني، وبطبيعة الحال لا يمكن الأخذ بهذه الفكرة في إصدار الأحكام في جميع القضايا، ولكن يمكن حصر هذه الطريقة في إصدار الأحكام في نوع معين من القضايا والتي لا تتعدد فيها العناصر الواقعية أو التي ليس بها فكرة المنازعة بالمعنى الفني الدقيق أو بمعنى آخر ينحسر عنها التقدير الشخصي أو السلطة التقديرية للقاضي للمزيد حول فكرة القاضي الإلكتروني راجع : د / حسين إبراهيم خليل ود/ يوسف سيد عوض : فكرة القاضي الإلكتروني بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الذي تقيمه كلية الحقوق - جامعة أسيوط بعنوان " العصر الرقمي " في الفترة من 12 إلى 13 إبريل 2016 ، ص 6.

<sup>3</sup> راجع في ذلك: د/سيد احمد محمود ، "إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص ١٥ وما يليها .

، والتي تساعد علي التغلب في مشكلة تراكم القضايا ، لكن ما هو دور الوسائل الرقمية في حل المنازعات ؟ ، وما هي الوسائل البديلة لحل المنازعات ؟ ، وما هي جدواها ؟ ، وكيف ستكون الوسائل البديلة رقمية ؟؟؟؟؟ ، وجميع ما سبق تساؤلات يجب ان تعالج و سوف نعرض للإجابة عليها علي النحو التالي :-

#### منهج البحث :

سوف نستخدم المنهج الوصفي بطريقته العلمية الاستقرائية والتحليلية .

#### خطة البحث :

هذا وسوف نعالج الاسئلة التي يثورها موضوع البحث على النحو التالي :

المبحث الاول : رقمية القضاء والقضاء الرقمي .

المبحث الثاني : رقمية الوسائل البديلة والوسائل البديلة الرقمية .

المبحث الثالث : حل المنازعات عبر الإنترنت .

#### تمهيد:

المقصود بالوسائل الرقمية لحل المنازعات هو<sup>1</sup> : دور الوسائط الرقمية في حل هذه المنازعات وهي قد تكون من خلال رقمية القضاء والقضاء الرقمي من ناحية ، ومن ناحية اخرى رقمية الوسائل البديلة والوسائل البديلة الرقمية ، كما يمكن حل المنازعات عبر الإنترنت على النحو التالي .

#### المبحث الأول

##### رقمية القضاء والقضاء الرقمي

تبحث النظم القضائية والقانونية في جميع أنحاء العالم، عبر جميع الولايات القضائية ، في الكيفية التي يمكن بها الابتعاد عن الإجراءات التقليدية القديمة والعمليات الورقية لتبني التقنيات الرقمية ويعرف هذا الانتقال بما يسمى "العدالة الرقمية" والذي يقدم مجموعة من الفوائد التي تركز علي تقديم خدمات أسرع وأكثر إنصافاً وكفاءة والوصول إلي العدالة بشكل أفضل وهو ما يتطلب الوقوف علي معني التحول الرقمي و تحديات رقمية الإجراءات ، وهو ما سنعرض له علي النحو التالي :

#### المطلب الأول:تعريف رقمية القضاء

التحول بالعدالة إلي الرقمية<sup>2</sup> هو استخدام الوسائط الرقمية في عملية التقاضي بدءا من الطلب

1 راجع في ذلك : د . سيد احمد محمود احمد ، بحث بعنوان " حل المنازعات الرياضية بالوسائل التقليدية والمعاصرة (الواقع والمأمول في البلاد العربية)"

مارس 2017 المؤتمر العملى الدولي الحادي عشر- لكلية الحقوق , جامعة أسيوط في الفترة من 29 الى 30 مارس 2017

<sup>2</sup> راجع في ذلك :

=

والإعلان أو الإخطار) وسيورها (الجلسات) وإنهاء بإصدار الحكم والطعن فيه وتنفيذه ، وهذا يعني اعتبار الوسائط الرقمية وسائل معاونة للقاضي في عملية التقاضي<sup>1</sup>.

ورقمية القضاء هي استخدام الوسائط الرقمية في عملية التقاضي بدءاً من الطلب والإعلان أو الإخطار) وسيورها (الجلسات) وإنهاء بإصدار الحكم والطعن فيه وتنفيذه ، وهذا يعني اعتبار الوسائط الرقمية وسائل معاونة للقاضي في عملية التقاضي.

كما يمكن تعريفه بأنه هو ذلك النظام التقني الذي يتيح للمتداعين تسجيل دعواهم وتقديم أدلتهم وحضور جلسات المحاكمة تمهيداً للوصول إلى الحكم وتنفيذه من خلال وسائل الاتصال الرقمية والتي هي جزء من نظام معلوماتي يمكن القضاة من الاتصال بالمتداعين دون حضورهم الشخصي ومباشرة إجراءات التقاضي من خلال هذا النظام ، كما يزيد هذا النظام من شفافية وسرعة الحصول على العدالة .

و بناءً عليه فتجهيز قاعات المحكمة والأقسام الإدارية والتنفيذية سيأخذ طابعاً تقنياً يمكن القضاة والخصوم من متابعة دعواهم والحضور وتسجيل الطلبات والاتصال بموظفي وقضاة المحاكم اتصالاً رقمياً دون حاجة للحضور الشخصي، ويتميز هذا الاتصال بالشفافية والسرعة العالية في الحصول على المعلومة وتنفيذ الإجراءات .

إن تحديد مفهوم رقمية التقاضي في غاية الأهمية، وذلك وصولاً للوقوف على النظام القانوني الخاص بها والقواعد التي تنظمها الأمر الذي يقتضي بحث ماهية التكنولوجيا والمعلوماتية في علاقاتها بالإجراءات المتبعة أمام المحاكم ، وكيف أن التقاضي عبر الوسائط الرقمية يعتبر خطوة في اتجاه الدول نحو التحول للرقمية<sup>2</sup> ، والتي من ضمنها مصر، في استخدام التكنولوجيا عموماً في إدارة المصالح وخدمة المواطنين بما يحقق قدر من الكفاءة والفاعلية، ويضمن للمواطنين حقوقهم الأساسية المنصوص عليها في الدستور والقانون.

أما القضاء الرقمي<sup>3</sup> : فهو أن تحل الوسائط الرقمية (قاضي رقمي) محل الشخص الطبيعي كالقاضي في إصدار القرارات أو الأحكام وذلك في المنازعات الناشئة والتي منها المعاملات الرقمية مثال أعمال البنوك والنفقات والمواريث والوصايا وغيرها وتوجد تطبيقات لهذا النوع مثال القاضي الافتراضي في الصين أو

Fabien GÉLINASii, Interopérabilité et normalisation des systèmes de cyberjustice : Lex Electronica, vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006, p4, <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/gelinas.htm>

<sup>1</sup> راجع في ذلك : د/ سيد أحمد محمود ، " دور الحاسوب الإلكتروني (الكمبيوتر) ، ، ص 19 وما بعدها .

<sup>2</sup> راجع في ذلك : د/ خالد ممدوح إبراهيم ، التقاضي الإلكتروني ، ص 11 ، دار الفكر العربي ، 2008 .

<sup>3</sup> راجع في ذلك : د/ سيد محمود ، بحث بعنوان "نحو الكترونية القضاء المدني" ، ص 313 .

الرقمي في أمريكا وكذلك توجد تجربة علي ذلك في بيروت - بلبنان .

### المطلب الثاني: الخدمات أو الدور القانوني للوسائط الرقمية أمام القضاء

وهي تكمن في الآتي<sup>1</sup> :

١ - تجميع وتخزين ومعالجة المعلومات القانونية ( نصوص تشريعية - أحكام قضائية - آراء فقهية ) واسترجاعها بما يمكن من خلاله إدخال معطيات معينة لمعرفة بعض الإرشادات القانونية للقضاة وأعاونهم وكذلك للمشرع والفقهاء .

٢ - التخزين والحفظ لكل ما يخص حياة القضية أي توثيقها منذ بدايتها حتي نهايتها بما يمكن من متابعتها وحفظ محتواها ( طلبات ، دفاع ، مذكرات ، إعلانات ، إخطارات ، محاضر جلسات... الخ ) . وذلك لكي يستفيد القاضي وأعاوناه من معرفة تطورات القضية أمام المحكمة وكذلك ذوي الشأن عند التعامل مع الملف عن بعد.<sup>2</sup>

٣ - يمكن أن تنشأ موقع رقمي لكل محكمة (في أول درجة - ثاني درجة) علي شبكة المعلومات من خلالها يمكن للجماهير وأصحاب الشأن التعامل معها - عن بعد - في أي وقت ومن أي مكان.<sup>3</sup>

٤ - الاستعلام رقمياً : يمكن أن تقوم الوسائط الرقمية ( خصوصاً البريد الإلكتروني أو غيره ) بخدمة الاستعلام عن المعلومات القانونية أو عن مصير قضية ما لذوي الشأن أو عند طلب استشارات قانونية أو عند معرفة تاريخ الجلسات فيها ومحاضرها وتأجيلها أو أرقام الطعون أو القرارات الصادرة فيها وتواريخها أو ما تم فيها من ضم الأوراق والمستندات والملفات أو الإعلانات أو عند وجود الطعون فيها أمام محكمة الدرجة الثانية أو في التماس إعادة النظر أو الطعن بالنقض أو تنفيذ الأحكام أو وقف تنفيذها أو غيرها من المسائل المتعلقة بها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> راجع في ذلك : د/ سيد محمود ، بحث بعنوان "نحو الكترونية القضاء المدني" ، ص 320 وما بعدها .

<sup>2</sup> راجع في ذلك : د/ سيد محمود ، بحث بعنوان "نحو الكترونية القضاء المدني" ، مؤتمر القانون والتكنولوجيا ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ،

ديسمبر 2017 ، الجزء الأول ، ص 320 وما بعدها

<sup>3</sup> راجع في ذلك : (تاريخ آخر دخول: 2021/2/22)

[www.maillcys.fr](http://www.maillcys.fr) ، [www.moj.gov.sa](http://www.moj.gov.sa)

<sup>4</sup> راجع في ذلك : د/ سيد محمود ، بحث بعنوان "نحو الكترونية القضاء المدني" ، الجزء الأول ، ص 320 .

٥ - تقديم الطلبات والدفاع والمذكرات والمستندات واستلامها رقمياً : يمكن من خلال استخدام الوسائط الرقمية - إذا أجاز القانون ذلك- تقديم الطلبات وأوجه الدفاع والمذكرات والمستندات رقمياً عبر الدخول إلي الموقع الرقمي للمحكمة والقضية المعنية عبر شبكة المعلومات وهذا كما أشرنا يحقق لوجستيات التقاضي وصولاً إلي العدالة الناجزة.<sup>1</sup>

٦ - رقمية الاطلاع علي ملف القضية ومحتوياته: تستطيع الوسائط الرقمية أن تجعل ممارسة حق الخصوم أو من يمثلهم في الاطلاع علي ملف القضية ومحتوياته ( من صحف وطلبات ودفاع وأدلة وأوراق ومستندات وحوافظها وجلسات وتقارير الخبرة وقرارات المحكمة ) يتم رقمياً أيضاً.<sup>2</sup>

كما أن الحق في الاطلاع يعتبر مظهراً من مظاهر احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم كمبدأ أساسي للتقاضي يتفرع من مبدأ رئيسي وهو احترام مبدأ المساواة بينهم كمبدأ دستوري.

٧ - متابعة الجلسات رقمياً: - وهي خدمة يمكن من خلالها للخصوم أو لمن يمثلهم أن يتابع جلسات القضية المعنية من حيث تواريخها وتأجيلاتها عن بعد من خلال البريد الإلكتروني طالما إنها مرتبطة بالموقع الرقمي للمحكمة المختصة وبقضية معينة وذلك عبر شبكة المعلومات بل وسيكون في مراحل متقدمة من التقاضي

الرقمي<sup>3</sup> للمتقاضين الحق في مشاهدة الجلسة وسماعها عبر الموقع الرقمي للمحكمة المختصة.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> راجع في ذلك : د/ سيد محمود ، بحث بعنوان " نحو الكترونية القضاء المدني " ، الجزء الأول ، ص 321 وما بعدها .

<sup>2</sup> راجع في ذلك : د/ محمود مختار ، استخدام تكنولوجيا المعلومات ، ص 22.

<sup>3</sup> تعد محكمة جدة أول محكمة في المملكة العربية السعودية ومن أوائل الأنظمة العربية التي تعمل بنظام التقاضي الإلكتروني باستخدام النظام الشامل بدءاً باستقبال دعاوي الكترونياً وانتهاء باستخراج الصك القضائي فتقوم المحكمة باستلام أوراق الادعاء من خلال دخول المدعي إلي موقع المحكمة لتسجيلها الكترونياً ثم تتابع سير إجراءاتها في المحكمة ألياً فتدون جلسات التقاضي باستخدام الحاسب، وذلك مروراً بمحاضر الجلسات وانتهاء بإصدار الحكم في آخر جلسة، راجع في ذلك: د. صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية (المفهوم والتطبيق)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد الأول، 2012، ص 195.

وتعد الهند من أوائل الدول التي قامت بإدخال التكنولوجيا الحديثة في مرفق القضاء وقامت بذلك بداية من عام 1990 من خلال تعاون وزارة العدل مع وزارة الاتصالات ووضعت لنفسها مهلة زمنية خمس سنوات لتدريب العاملين في المحاكم والمواطنين علي كيفية استخدام الوسائل الحديثة في قضاء المصالح القضائية راجع في التجربة الهندية:

Prepared by:E-Committee Supreme Court of India New Delhi: National policy and action plan for implementation of information and communication technology in the Indian judiciary, 1st August, 2005, pp 1-47, available at: www.supriem court. Of Indianic.in.

ونفس الأمر انتهجته ولاية تكساس الأمريكية في عام 2010 راجع في تجربتها التقرير المعد بمعرفة رئيس المحكمة العليا في الولاية:

=



كما يمكن متابعة الطلبات التي يتقدم بها ذوي الشأن بعد تسجيلها في ضوء رقم المراجعة الذي في حوزة المستخدم للاستعلام عن حالة الطلب فيما بعد.

٨ - الحصول علي الشهادات أو الصور للمستندات والأوراق والأحكام: (رقميا يستطيع الخصوم أو من يمثلهم الحصول علي الشهادات ( مثل حصول طعن من عدمه أو بما تم فيه أو بما تم في وقف التنفيذ ) أو علي صور المستندات والأوراق ( كعقد موضوع النزاع أو مذكرة أو وثيقة في طعن أو الحصول علي الرقم التعريفي) والأحكام ( صورة رسمية أو تنفيذية ) رقميا طالما أن القانون يسمح بذلك وعادة ما يكون هناك رسوم للحصول علي هذه الخدمة الرقمية.<sup>2</sup>

#### ٩ - الأعلام الرقمي للسلطات والجهات الأخرى في الدولة :

قد تقوم الوسائط الرقمي بخدمة التبليغ الرقمي للسلطة التشريعية أول بأول عن العقوبات والثغرات القانونية للعمل علي إزالتها وسدها بواسطة وضع التشريعات الفورية اللازمة لها وهذا يحقق العلاقة المباشرة بينهما بالسرعة الممكنة ويخفف من توجيه الأسئلة والاستجابات.<sup>3</sup> (البرلمانية المتعلقة بشئون القضاء والقضاة).

١٠ - نشر الثقافة القانونية رقميا: إن الاستفادة المتبادلة من ربط مواقع وزارة العدل المصرية بالمواقع المحلية الأخرى والإقليمية والدولية يؤدي إلي تنمية الملكات القانونية لدي القائمين علي تطبيق القانون ودارسته كما سيؤدي إلي معرفة كل ما هو جديد في هذا المجال ونقل الثقافة القانونية للجميع علي المستوى الإقليمي والدولي.<sup>4</sup>

#### ١١ - حلول الوسائط الرقمية محل القاضي البشري (القاضي الرقمي): قد تقوم الوسائط الرقمي في

Wallace B. Jefferson & Others: In the supreme court of Texas, order requiring electronic filing in certain courts, so ordered, this 11of December 2012, pp1-5, available at: supreme.court.state.tx.us

<sup>1</sup> راجع في ذلك : د/ محمود مختار ، استخدام تكنولوجيا المعلومات ، ص 23 .

<sup>2</sup> راجع في ذلك : د/ محمود مختار ، استخدام تكنولوجيا المعلومات ، ص 23 . مرجع سابق، ص 23 .

<sup>3</sup> راجع في ذلك : د/ سيد محمود ، بحث بعنوان " نحو إلكترونية القضاء المدني " ، الجزء الأول ، ص 321 .

<sup>4</sup> راجع في ذلك : د/ حسينة شرون، الباحثة/ عتيقة معاوي ، بحث علي شبكة الإنترنت بعنوان " التفاضل الإلكتروني في الجزائر Le e-Litige en Algérie ، ص 14 .

المستقبل بمهمة الفصل في بعض القضايا المالية ( البنكية أو المصرفية أو الموارث أو الوصايا أو النفقات أو القضايا الضريبية أو الجمركية ) لتحل محل القاضي البشري وهذه تجربة طبقت في بيروت بلبنان في القضايا المالية ونجحت ولكن هذا يحتاج إلى اعتراف تشريعي بهذا الدور القانوني القضائي ، ونأمل في التدخل التشريعي العاجل و الملائم من جانب المشرع المصري لكي يخفف علي القاضي البشري القضايا الحسابية أو قضايا النفقات التي تحتاج إلى خبير محاسبي لكي توفر جهده ووقته في قضايا أخرى أكثر تعقيداً من ذلك وحتى يتم التيسير في إجراءات التقاضي ويحل الكمبيوتر مثلاً محل الخبير الحسabi ويصدر قراره في هذه القضايا.<sup>1</sup>

### المطلب الثالث: الخدمات المتعلقة بتبسيط إجراءات التقاضي بالوسائط الرقمية

وهي تتجسد في خدمات قبل صدور الحكم وخدمات عند صدوره كالتالي:-

#### ١ - الخدمات الرقمية قبل صدور الحكم:

أ- إنشاء صفحة للقضية على الموقع الرقمي للمحكمة المختصة:-

بعد إيداع<sup>2</sup> صحيفة الدعوي من المدعي أو من يمثله في مكتب إدارة الدعوي بالمحكمة المختصة أو عبر موقع المحكمة يتعين إنشاء صفحة للقضية على الموقع الرقمي للمحكمة المختصة خاص بهذه الدعوي بحيث يستطيع الأطراف المعنية الدخوله عليها في أي وقت ومن أي مكان ( التعامل عن بعد ) لمعرفة أوجه الدفاع والإجراءات والقرارات الصادرة فيها احتراماً لحقه في معرفة تطورات قضيته - تطبيقاً لحق التقاضي أمام المحاكم - وذلك بعد إدخال كلمة المرور والرقم التعريفي الخاص بها وتتضمن هذه الصفحة ملف القضية الرقمي الذي يشتمل علي كافة الأوراق والمستندات التي قدمت من الخصوم وكذلك محاضر الجلسات وتقارير الخبرة والمذكرات والأوامر والأحكام الصادرة فيها . ومع ذلك فإن الملف الرقمي للقضية لا يغني عن النظام الورقي الذي قد

<sup>1</sup> راجع في ذلك: د/ يوسف سيد عواض ، فكرة القاضي الإلكتروني ، بحث منشور بمؤتمر للمؤتمر العلمي السنوي الذي تقيمه كلية الحقوق - جامعة أسيوط، " العصر الرقمي في الفترة من 12 إلى 13 إبريل 2016 ، ص 6 وما بعدها

<sup>2</sup> الإيداع الإلكتروني: وسيلة إقامة وقيد صحيفة الدعوي وكذا الطلبات العارضة والإدخال والتدخل والتوقيع علي صحفها نوبعاً الكترونياً معتمداً وإيداع المستندات والمذكرات والتي تتم عبر الموقع المخصص لذلك بالمحكمة المختصة ( راجع في ذلك : م 13 قانون 146 لسنة 2019 بتعديل بعض أحكام قانون المحاكم الاقتصادية الصادر بالقانون رقم 120 لسنة 2008 ، المستشار / نبيل عمران ، المسودة الأولى لمقترح بتنظيم إجراءات سير الدعوي الكترونياً أمام محاكم السلطة القضائية، النسخة النهائية، بتاريخ 20/7/2020 . مادة (1).



يحتاجه تسيير العمل القضائي كالصور الرسمية. وذلك إلي حين يطمئن المواطنون للدليل الرقمي<sup>1</sup>.

### ب- تحرير صحيفة الدعوي والطعن فيها رقمياً

إن استخدام الوسائط الرقمية في العملية الإجرائية ييسرمنها وذلك بوجود نماذج رقمية<sup>2</sup> لكتابة صحيفة الدعوي أو الطعن رقمياً وذلك بالدخول علي الموقع الرقمي للمحكمة المختصة عبر شبكة المعلومات<sup>3</sup> والقيام بتعبئة البيانات اللازمة للصحيفة.<sup>4</sup>

### ج - إيداع الصحيفة<sup>5</sup> ومرفقاتها وقيدتها رقمياً :

بعد كتابة الصحيفة (للدعوي أو للطعن) رقمياً أو ملئ النموذج المعد لذلك علي الموقع الرقمي يتم إيداعها<sup>6</sup> ومرفقاتها (المستندات) رقمياً وهو ما يمكن تطبيقه علي جميع درجات التقاضي.<sup>7</sup>

وهناك أيضا العديد من الخدمات القضائية المميكنه التي يمكن أن يعتمد عليها محامي الخصم لإجراء حوار رقمي مع المحكمة المختصة عبر موقعها الرقمي علي شبكة المعلومات<sup>8</sup> لتقديم الصحف والطلبات ومذكرات

1 راجع في ذلك : ا.د/ براء منذر كمال عبداللطيف ، د/ ياسر عواد شعبان ، الأدلة الحديثة ودورها في الإثبات الجنائي، المؤتمر الدولي العاشر حول "العصر الرقمي وإشكالياته القانونية" في الفترة الممتدة من 5 إلى 6/4/2016، بكية الحقوق، جامعة أسسوط ، ص21 وما بعدها .

2 راجع في ذلك : المستشار/ عصام الترساوي ، الكترونية القضاء بين النظرية والتطبيق ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2019 ، ص 391 .

3 (شبكة المعلومات: مجموعة من الأجهزة أو نظم المعلومات مرتبطة معاً، ويمكنها تبادل المعلومات والاتصالات فيما بينها ، ومنها الشبكات الخاصة والعامة وشبكات المعلومات الدولية ؛ والتطبيقات المستخدمة عليها) . راجع في ذلك قانون 175 لسنة 2018.

4 راجع في ذلك: د/ سيد محمود ، دور الحاسوب الإلكتروني الكمبيوتر أمام القضاء المصري والكويتي نحو الكترونية القضاء و القضاء الإلكتروني ، دار النهضة طبعة ، 2012/2011 ، ص23 .

5 الإيداع الإلكتروني: وسيلة إقامة وقيد صحيفة الدعوي وكذا الطلبات المعارضة والإدخال والتدخل والتوقيع علي صحفها توقيعاً الكترونياً معتمداً وإيداع المستندات والمذكرات والتي تتم عبر الموقع المخصص لذلك بالمحكمة المختصة

( راجع في ذلك قانون 146 لسنة 2019 ، وراجع أيضا : المستشار / نبيل عمران ، المسودة الأولى المقترح بتنظيم إجراءات سير دعاوي إلكترونيا أمام محاكم السلطة القضائية، النسخة النهائية ، بتاريخ 2020/7/20 ، مادة (1) .

6 راجع في ذلك : محمد كمال عبد العزيز ، تقنين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء ، دار الطباعة الحديثة الطبعة الثالثة ، 1995 ، ص 436 .

7 راجع في ذلك : د/ محمود مختار ، بحث منشور بعنوان "الإيداع الإلكتروني" ، الجزء الأول ، ص 457 وما بعدها .

8 عرفت المادة الأولى من قانون 175 لسنة 2018 شبكة المعلومات بأنها :

( شبكة معلوماتية : مجموعة من الأجهزة أو نظم المعلومات مرتبطة معاً ، ويمكنها تبادل المعلومات والاتصالات فيما بينها ، ومنها الشبكات الخاصة

=



الدفاع والدفع والمستندات وغيرها من الأوراق القضائية دون التقيد بمواعيد العمل الرسمية ولا بمكان معين ، حيث يمكنه الإيداع علي مدار اليوم كاملاً ومن أي مكان ( التعامل عن بعد) وهذه الآلية تحد من تداول المستندات الورقية أمام المحاكم وتقلل انتقال الخصوم أو ممثلهم لمقر المحكمة كما يؤدي أيضا إلي تلافي الآثار السلبية لتداول المستندات الورقية كفقدان الملف والحاجة إلي أماكن واسعة لتخزين هذه الأوراق ، ويمكن للمحامي من خلال الوسائط الرقمية اتخاذ أكثر من إجراء في وقت وجيز كإرسال المستندات ودفع الرسوم رقمياً ، كما يمكنه الاطلاع رقمياً علي ملف القضية من خلال إدخال رقم أو تاريخ الجلسة أو إدخال الرقم التعريفي وكلمة المرور الخاصة به للاطلاع علي الملف الكامل للقضية.<sup>1</sup>

#### د - رقمية الإعلان بدلاً من الإعلان التقليدي :

يمكن استخدام الوسائط الرقمية في عملية الإعلان أو الإخطارات أو الإنذارات بدلاً من الأوراق التقليدية . حيث يمكن أن يتم الإعلان الرقمي<sup>2</sup> عن طريق الفاكس أو التلكس أو البريد الإلكتروني عبر الإنترنت أو غيرها من الوسائط الرقمية والتي ستحدث بعد ذلك في ظل التحول إلي الرقمية ولكن هذا يتطلب نصاً تشريعياً كما هو الحال في المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي التي تجيز أن يتم الإعلان باستخدام وسائل التقنية الحديثة التي يصدر بتحديددها قرار من وزير العدل أو بأية وسيلة يتفق عليها الطرفان.<sup>3</sup>

وبالتالي فإن الأجهزة الرقمية يمكن أن تسهم في إعلان أو إخطار أو إنذار الخصوم أو ممثلهم - المواطنين أو الأجانب - أو الخبير أمام المحاكم وتلعب نفس الدور أيضا بالنسبة لإعلانات أوراق التنفيذ الجبري إذا أتفق

=

والعامه وشبكات المعلومات الدولية ؛ والتطبيقات المستخدمة عليها).

1 راجع في ذلك : د/ محمود مختار ، بحث منشور بعنوان "الإيداع الإلكتروني" ، الجزء الأول ، ص 457 وما بعدها .

3 هذا وقد نصت المادة 13 من قانون 146 لسنة 2019 بتعديل بعض أحكام قانون المحاكم الاقتصادية الصادر بالقانون رقم 120 لسنة 2008 علي

تحديد المقصود بالإعلان الإلكتروني انه :

( إعلان اطراف الدعوي باي إجراء قانوني يتخذ حال إقامتها وأثناء سيرها وذلك عبر الموقع الإلكتروني أو بالعنوان الإلكتروني المختار الصادرة فيها وهو ما

يمكن الاستئناس به لتعريف الإعلان الإلكتروني بإجراءات التقاضي الإلكتروني بالدعوي المدنية علي انه : إعلان اطراف الدعوي باي إجراء قانوني يتخذ

حال إقامتها وأثناء سيرها وذلك عبر الموقع الإلكتروني أو بالعنوان الإلكتروني المختار) .

<sup>3</sup> راجع في ذلك : د/ سيد محمود ، بحث بعنوان "نحو إلكترونية القضاء المدني" مرجع سابق ، الجزء الأول ، ص 313.

اطراف السند التنفيذي علي ذلك ، كما تمثل تقنية البريد الإلكتروني - في حد ذاتها - إثباتاً لعملية إرسال الأوراق القضائية للمرسل إليه من خلال إيصال الاستلام الذي يؤكد علي إرسال هذه الأوراق وتمائل في آثارهما) آثار الإغذار في القانون المدني والإعلانات القضائية في قانون المرافعات)<sup>1</sup>.

### هـ- رقمية الأدلة والأدلة الرقمية (الإثبات الرقمي) :

يمكن أن تستخدم الوسائط الرقمية في إثبات الحقوق أو نفيها أمام القضاء حيث يمكن تقديم الدليل عبر الوسائط الرقمية عن طريق الاستعانة بالدوائر التلفزيونية المغلقة (الدوائر الرقمية أو الفيديوكونفراس) عبر الإنترنت للاستماع لشهادة الشهود في نفس الدولة أو في عدة دول - وهذا سوف يقوم مقام الإثبات القضائية - أو الاستماع إلي أقوال الخصوم واستجوابهم مباشرة عبر هذه الأجهزة (خصوصاً الفيديو كونفراس) وهو ما طبقت بعض الدول مثل الولايات المتحدة الأمريكية. كما يمكن أن تكون المستندات أو الدعامات الرقمية دليلاً للإثبات في المسائل المدنية أو التجارية من خلال اتفاق الخصوم علي ذلك أو اعتماد التوقيع الرقمي.<sup>2</sup>

و يمكن ان تقوم هذه الوسائط الرقمية بوظيفة إجراء من إجراءات الإثبات أي وظيفة الخبرة في القضايا المالية أو الحسابية أو الضريبية أو الجمركية أو قضايا النفقات أو الإرث أو الوصية أو الوقف ، كما يمكن أن يتم توجيه اليمين الحاسمة أو المتممة عبر هذه الوسائط الرقمية . وهكذا فإن أدلة الإثبات المكتوبة أو غير المكتوبة من شهادة واستجواب وأنباه قضائية وتوجيه اليمين الحاسمة أو المتممة أو الخبرة يمكن أن تقدم للمحكمة عبر الوسائط الرقمية.<sup>3</sup>

و- محاضر الجلسات وعلايتها رقمياً: عند استخدام كاتب الجلسة لجهاز الحاسوب<sup>4</sup> في كتابة المحاضر كالمناقشات التي تدور بين الهيئة ومحامي الخصوم بمناسبة تقديم الأوراق والمستندات بناء علي تعليمات من رئيس الجلسة. فهذا سيؤدي إلي سهولة استخراج صورة رسمية من هذه المحاضر أو تقارير الخبراء حيث لا يحتاج

<sup>1</sup> راجع في ذلك : د/ محمود مختار ، استخدام تكنولوجيا المعلومات . . ص 171 .

<sup>2</sup> راجع في ذلك : د/ سيد محمود ، دور الحاسوب الإلكتروني الكمبيوتر ، ص 24 ، ص 50.

<sup>3</sup> راجع في ذلك : د/ سيد محمود ، دور الحاسوب الإلكتروني . . ص 56 .

<sup>4</sup> ( الحاسب : كل جهاز أو معدة تقنية تكون قادرة علي التخزين ، أداء عمليات - منطقية ، أو حسابية ، وتستخدم لتسجيل بيانات أو معلومات ، أو تخزينها ، أو تحويلها ، أو تخليقها ، أو استرجاعها ، أو ترتيبها ، أو معالجتها ، أو تطويرها ، أو تبادلها ، أو تحليلها ، أو للاتصالات ) . راجع في ذلك قانون 175

لسنة 2018

كاتب الجلسة سوي الضغط علي رابط الطباعة لحصول ذوي الشأن علي هذه الصور المنسوخة<sup>1</sup> والتي اعترف لها المشرع بقانون التوقيع الرقمي 2014 بأنها لها نفس حجية المستند الرسمي ، كما يؤدي إلي التخزين الأمن لهذه المحاضر والتقارير مما يحفظ أمن وسلامة بياناتها ويحول دون تعديلها أو تغييرها ، وكذلك سهولة الرجوع لمحضر الجلسة بمجرد إدخال أسماء الخصوم أو تاريخ الجلسة أو رقم القضية في أي وقت أراد الخصوم الاطلاع عليه<sup>2</sup>.

ولضمان علانية الجلسات رقميا يمكن تصوير محتوى الجلسة والحضور ليتم نقل هذه الصورة علي الصفحة الرئيسية للموقع الرقمي للمحكمة بحيث يستطيع كل من له علاقة بالقضية أو أي مواطن الدخول لقائمة المحكمة وحضور جلساتها ، أو أن يعرض محتوى القضية علي الرابط الرقمي الخاص بعلانية الجلسات في الموقع الرئيسي للمحكمة علي شبكة الإنترنت في حالة عدم الحضور الشخصي للأطراف وذلك بواسطة كاميرات القاعة (وفي حالة صدور قرار من القاضي بنظرها سراً يتم وقف التصوير وتشغيله بعد ذلك)<sup>3</sup>.

ر- المرافعة وقفلها وفتحها رقميا: يمكن استخدام الوسائط الرقمية في إجراء المرافعة الشفوية بين الخصوم أو ممثلهم في مواطنهم عن طريق الفيديوكونفراس<sup>4</sup> وهذا يعني عدم ضرورة حضور الخصوم أو ممثلهم إلي مقر المحكمة وعدم انتقالهم إليها وخصوصاً إذا كان أحدهم موجوداً بالخارج وهذا يؤدي إلي تحقيق العدالة الناجزة حيث إنها وسيلة تسهل وتسرع في إجراء المرافعة<sup>5</sup> ، وفيها يحترم مبدأ المواجهة بين الخصوم الذي يتطلب علم كل خصم بادعاءات خصمه وأدلة الإثبات والمستندات المؤيدة لها وإعطائه فرصة الرد عليها علي النحو الذي يساعد المحكمة في تكوين عقيداتها في موضوع القضية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> ( الصورة المنسوخة: الصورة المطبوعة من المحرر الإلكتروني التي تودع بملف الدعوي) . راجع في ذلك قانون 146 لسنة 2019 ، وراجع أيضا : المستشار / نبيل عمران ، المسودة الأولى لمقترح بتنظيم إجراءات سير الدعاوي إلكترونيا أمام محاكم السلطة القضائية، النسخة النهائية ، بتاريخ 2020/7/20 ، مادة (1).

<sup>2</sup> راجع في ذلك : د/ داديار حميد سليمان ، الإطار القانوني للتقاضي المدني عبر الأنترنت ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2015 ، ص59 وما بعدها .

<sup>3</sup> راجع في ذلك : م.م / رباب محمود عامر ، التقاضي في المحكمة الإلكترونية ، مجلة كلية التربية للبنات للعلوم الإنسانية ، العدد 25 ، السنة الثالثة عشرة ، 2019 ، ص393.

<sup>4</sup> قد يعتمد وكيل الخصوم علي هذه التقنيات " مؤتمرات الفيديو أو التلفزيون " للمرافعة أمام القاضي الذي لا يظهر أمامهم كجسد حي وإنما ترد صورته وصوته علي شاشة رقمية ذات أبعاد ثلاثية لسماع مرافعتهم تمكيناً للخصوم من ممارسة حق الدفاع ، وإقناع المحكمة بما يقدمونه من طلبات ودفع ، د/ يوسف سيد عواض ، خصوصية القضاء ، ص ٢٩٧.

<sup>5</sup> راجع في ذلك : عبد المنعم زمزم ، قانون التحكيم الإلكتروني ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٢٧

<sup>6</sup> راجع في ذلك : طارق بن عبدا الله بن صالح العمر ، أحكام التقاضي الإلكتروني ، رسالة دكتوراه ، قسم الفقه المقارن ، المعهد العالي للقضاء ، جامعة

وتري الباحثة إنه في مراحل متطورة من التقاضي عبر الوسائل الرقمية سوف يحل الإجراء الرقمي محل الإجراءات العادية باعتباره الأصل<sup>1</sup> بالنسبة لفئة معينة أو شريحة خاصة من المجتمع تعد هي الأكثر محاكاة للبيئة الرقمية وعلني مستوى يسمح لها بالتعامل مع الإجراءات الرقمية بسهولة ويسر ، ولكن ذلك قد يكون في مراحل أولية علي نفقتهم الخاصة إلي حين وصول المجتمع لدرجة من النضج التقني تحقق له التحول التام إلي الرقمية.

### ز- المداولة الرقمية:

نص المشرع علي أن تكون المداولة في الأحكام بين القضاة مجتمعين ولا يجوز أن يشترك فيها غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وبالتالي لم يبين المشرع وسيلة إجراء المداولة بين القضاة ، هذا يعني إنه يمكن أن يتم بينهم عبر أي وسيط رقمي كالموبايل "trading on case between the judiciary via mobile" باستخدام إحدى التطبيقات الخاصة بالرسائل والمحادثات mobile chat applications كال (viber – messenger – what's app – snapchat) متى كانت آمنه لهم وتضمن تحقيق هذه السرية حيث إن المشرع لم يتطلب أن تجري المداولة في مقر معين.<sup>2</sup>

وتري الباحثة إنه يمكن لأعضاء الهيئة أو الدائرة ورئيسها استخدام تقنية اجتماعات الفيديو لإجراء المداولة بينهم وصولاً للحكم في القضية المطروحة عليهم سواء تعذر الاجتماع الجسدي أو المادي بينهم أو لم يتعذر شريطة اتخاذ التدابير التكنولوجية اللازمة التي تضمن سريتها عبر الإنترنت وعدم اختراق الغير لها.

### ٢- الخدمات الرقمية عند صدور الحكم :

تتجسد خدمة الوسائط الرقمية عند صدور الحكم في القضية في الآتي :

#### أ - تحرير مسودة الحكم ونسختها الأصلية وإيداعها رقمياً<sup>3</sup> :-

١ - يمكن استخدام الحاسوب في كتابة مسودة الحكم وكذلك نسخته الأصلية رقمياً لأن الوضع العادي في

الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، المملكة العربية السعودية ، 2010/ 1431 ، ص 228 وما بعدها.

<sup>1</sup> راجع في ذلك : د. علي بن سعيد بن حمود البداعي ، التقاضي عن بعد ، ص 19 وما بعدها.

<sup>2</sup> راجع في ذلك : د/ سيد احمد محمود ، "نحو الكترونية القضاء المدني الإماراتي" ، ص 321 .

<sup>3</sup> راجع في ذلك : د. علي بن سعيد بن حمود البداعي ، التقاضي عن بعد ، ص 15 وما بعدها.

المداولة بعد الوصول إلي حكم أن يقوم رئيس الدائرة أو الهيئة بكتابة مسودة الحكم وأن توقع من جميع القضاة الذين اشتركوا في المداولة فيمكن للرئيس سواء في حضور بقية القضاة أو دون حضورهم أن يكتب المسودة علي الكمبيوتر ثم يقوم بقية القضاة بالتوقيع عليها وهو ما يمكن أن يتم رقميا أيضا إذا قام رئيس المحكمة بإرسالها لهم عبر أي بريد رقمي ، وتودع مسودة الحكم المشتتة علي أسباب موقعة من الرئيس والقضاة و القاضي عند شروعه في كتابة الحكم من ذاكرة الحاسوب يظهر له بيانات الخصوم وكلائهم وأسماء القضاة الذين اشتركوا معه في سماع الدعوي والمداولة ووقائع الدعوي وإجراءاتها<sup>1</sup> حتي قفل باب المرافعة وتاريخ صدور الحكم فيها وهذا يؤدي إلي (تقليل احتمالات الخطأ في سرد هذه البيانات<sup>2</sup>). كما إن اعتياد القاضي علي تحرير أحكامه رقميا وتخزينها في ذاكرة الحاسب الآلي سيشكل له تطبيقات ونماذج جاهزة قد يعتمد عليها في المستقبل.<sup>3</sup>

3- كما يجوز أن يتم إيداع الحكم في الملف الرقمي للقضية حتي يستطيع الخصوم أو من يمثلهم أن يعلموا به عن بعد إذا أجاز القانون ذلك.<sup>4</sup>

#### ب - الإعلان الرقمي للحكم (رقمية الإعلان بالحكم)<sup>5</sup> :

يقوم القاضي بإعلان الخصوم بحكمه عقب الانتهاء من كتابته رقميا وذلك عبر إرسال نسخة منه علي البريد الإلكتروني لمحاميهم ليتمكن من صدر الحكم لصالحه من تنفيذه وليتمكن الصادر ضده الحكم من الطعن عليه أمام المحكمة الأعلى ، كما إن إعلان الحكم رقميا يرتب بداية سريان ميعاد الطعن فيه.<sup>6</sup>

#### ج- تسليم صور الأحكام – الرسمية والتنفيذية – رقميا :

يمكن استخدام الوسائط الرقمية في تسليم صور الأحكام سواء أكانت بسيطة أو رسمية أو تنفيذية وعلي

1 راجع في ذلك : د/ محمود مختار ، استخدام تكنولوجيا المعلومات ، ص 194.

2 راجع في ذلك : د/ سيد محمود ، "نحو إلكترونية القضاء المدني" ، ص 313 .

3 راجع في ذلك ، د/ فاطمة عادل سعيد ، التقاضي عبر وسائل التكنولوجيا والاتصال الحديث، بحث مقدم لمؤتمر "القانون والتكنولوجيا ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ديسمبر 2017 ، ص 359 وما بعدها.

4 راجع في ذلك : د/ داديار حميد سليمان ، الإطار القانوني للتقاضي المدني عبر الأنترنت ، ص 124 وما بعدها.

5 ( الإعلان الإلكتروني هو : إعلان اطراف الدعوي باي إجراء قانوني يتخذ حال إقامتها وأثناء سيرها وذلك عبر الموقع الإلكتروني أو بالعنوان الإلكتروني المختار ) راجع في ذلك : المستشار / نبيل عمران ،

المسودة الأولى المقترح بتنظيم إجراءات سير الدعوي إلكترونيا أمام محاكم السلطة القضائية، النسخة النهائية ، بتاريخ 20/7/2020 ، مادة (1).

6 راجع في ذلك : طارق بن عبدا الله بن صالح العمر ، أحكام التقاضي الإلكتروني ، رسالة دكتوراه ، ص 183 وما بعدها .

ذلك يجوز استخدام تكنولوجيا المعلومات لاستخراج هذه الصورة وذلك من خلال آلة طباعة الأحكام الرقمية بدلاً من المسح الضوئي للنسخة الأصلية للحكم التي قد تعرضها للتلف أو الضياع جراء تعدد عمليات التصوير ، كما يمكن أن يتم التوقيع عليها رقمياً ، وإرسالها رقمياً للخصوم عبر البريد الإلكتروني المحدد في القضية الصادر فيها الحكم<sup>1</sup>.

#### د - النشر الرقمي للأحكام والأعمال القانونية الأخرى :

الوسائط الرقمية قد تكون وسيلة لتوثيق ما يدور في الجلسة بدلاً من محاضرها الورقية وتعتبر كذلك دليلاً لإثبات العلانية من ناحية ، وقد تكون وسيلة لنشر الأحكام القضائية من ناحية أخرى وكذلك وسيلة لنشر التشريعات وآراء الفقه من ناحية ثالثة<sup>2</sup>.

ولكي تقوم هذه الوسائط الرقمية ( فاكس ، وتلكس ، والانترنت والفيديو كونفراس وغيرها ) بدور فعال في العملية القضائية لابد من وجود متطلبات لكي تعتبر جهاز معاون للقضاء وهي تنمية الوعي الرقمي لدى القائمين على إدارة مرفق القضاء ( من قضاة او معاونهم ) والمتعاملين معه ( الجمهور ) ثم تعميم الاجهزة الرقمية على كافة الادارات القانونية بالدولة واجهزتها وتخصيص جهاز لتوثيق حياة القضايا امام المحاكم وربط شبكة المعلومات القانونية بالشبكات المتماثلة الاخرى المحلية والاقليمية والدولية على النحو التالي :

ولكي تعتبر الوسائط الرقمية وتكنولوجيا المعلومات أجهزة معاونة للقضاء لابد من توافر المقتضيات أو المتطلبات الآتية<sup>3</sup>:

- أ - نشر الوعي بأهمية دور الوسائط الرقمية لدى القائمين على مرفق القضاء (من قضاة ومعاونهم)، والمتعاملين معه من الجمهور، والعمل علي تدريبهم وتأهيلهم ورفع كفاءتهم باستمرار لمعرفة محتويات الوسائط وإمكاناتها ونظم تشغيلها والوقوف علي تطوراتها.
- ب - تعميم استخدام الوسائط الرقمية على كافة الأقسام والإدارات القانونية بالدولة وأجهزتها (كقلم الكتاب - إدارة الإعلان - إدارة الخبراء والطب الشرعي - إدارة التوثيق والشهر العقاري - إدارة التنفيذ

<sup>1</sup> راجع في ذلك : د / داديار حميد سليمان ، الإطار القانوني للتقاضي المدني عبر الأنترنت ، ص 133 وما بعدها

<sup>2</sup> راجع في ذلك : القاضي د/ أسامة أحمد عبد النعيم ، بحث منشور بعنوان " الضوابط القانونية لقرار حظر النشر " ، بمؤتمر القانون والإعلام إبريل 2017 ، ص 13 ، وراجع أيضا : د. أسامة احمد عبد النعيم ، " ضبط النشر الإلكتروني بين الواقع والمأمول ، مؤتمر القانون و التكنولوجيا ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، 2017 ، ص 275 .

<sup>3</sup> راجع في ذلك : د/ سيد احمد محمود ، " إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني والإلكترونية التحكيم والتحكيم الإلكتروني " ، دراسة مقارنة ، دار الفكر والقانون ، ط ٢٠١٥ ، ص ١٣ وما يليها .

وغيرها من الإدارات) وعلى العاملين بالقضاء عموماً.

ج- تخصيص برنامج لتوثيق القضايا أمام المحاكم من حيث نوعها وفئاتها (مثل ذلك برامج إدارة الدعوي آليا او برمجة الدعوي<sup>1</sup>) وذلك لمتابعتها من الأجهزة المختصة بذلك وكذلك الرقابية منها كالتفتيش القضائي وهذا يؤدي بأصحاب الشأن لمعرفة تاريخ وحياتة قضاياهم من بدايتها حتي نهايتها وذلك بالدخول إلي الموقع الرقي<sup>2</sup> المتاح لهم كلما أرادوا ذلك .

د - ربط المواقع الرقمية المخصصة لإقامة وقيود وإعلان دعاوي رقمية التابعة لوزارة العدل بالمواقع الأخرى ذات الصلة (كموقع مصلحة الأحوال المدنية والشرطة والنيابة العامة والطب الشرعي.... الخ) بالمواقع الرقمية المتعلقة بالمحامين (لتبادل المذكرات فيما بينهم ولسريران وتسهيل الإعلانات والإخطارات والإنذارات فيما بينهم من خلال كتابة رقم الفاكس أو الكود الخاص أو البريد الإلكتروني<sup>3</sup> علي الصحيفة ) ، وكذلك ربطها بالمواقع الدولية (خصوصاً في القضايا ذات العنصر الأجنبي) علاوة علي ربطها بالمواقع القضائية العالمية للاستفادة المتبادلة من هذه المعلومات خصوصاً في الدراسات المقارنة سواء أكانت تشريعية أو قضائية أو فقهية .

### المبحث الثاني

#### رقمية الوسائل البديلة والوسائل البديلة الرقمية<sup>4</sup>

نتج عن عصر عولمة الاقتصاد وعولمة العلوم والتقدم التكنولوجي في الأجهزة الرقمية إلى دخول الأخيرة في الأنشطة الحياتية المختلفة عموماً وفي الحياة القانونية على وجه الخصوص وترتب على ذلك ظهور وسائل حماية رقمية ( اتفاقية ) للحقوق والمراكز التي تنشأ للأشخاص من خلال تعاملاتهم المالية التقليدية او

<sup>1</sup> راجع في ذلك: محمد صابر احمد، " دور الحاسب الآلي في تيسير إجراءات التقاضي "، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2012، ص 186 وما بعدها .

<sup>2</sup> عرفت المادة الأولى من قانون 175 لسنة 2018 الموقع بأنه:

(الموقع: نطاق أو مكان افتراضي له عنوان محدد على شبكة معلوماتية).

<sup>3</sup> عرفت المادة الأولى من قانون 175 لسنة 2018 البريد الإلكتروني بأنه:

(البريد الإلكتروني: وسيلة لتبادل رسائل إلكترونية على عنوان محدد، بين أكثر من شخص طبيعي أو اعتباري، عبر شبكة معلوماتية، أو غيرها من وسائل

الربط الإلكترونية، من خلال أجهزة الحاسب الآلي وما في حكمها).

<sup>4</sup> راجع في ذلك : د . سيد احمد محمود احمد ، بحث بعنوان " حل المنازعات الرياضية بالوسائل التقليدية والمعاصرة (الواقع والمأمول في البلاد العربية)"

مارس 2017 المؤتمر العملى الدولي الحادي عشر- لكلية الحقوق ، جامعة أسيوط في الفترة من 29 الى 30 مارس 2017



الرقمية وتتجسد وسائل الحماية الرقمية في<sup>(1)</sup> :

- 1- رقمية الصلح والمفاوضات والوساطة والتوفيق وكذلك الصلح والمفاوضات والوساطة والتوفيق الرقبي<sup>(2)</sup> .
- 2- رقمية التحكيم والتحكيم الرقبي<sup>(3)</sup> .

ونظراً لانتشار التجارة الدولية التقليدية والرقمية التي تقوم على السرعة في إبرام عقودها وتنفيذها وأن القضاء الوطني أصبح ليس مجدداً في سرعة فض المنازعات الناشئة عنها لما يتسم به من بطء وتعقيد إجراءاته من ناحية ونظراً لأن الوسائل البديلة<sup>(4)</sup> ( الصلح ، المفاوضات ، الوساطة<sup>(1)</sup> ، التوفيق ، التحكيم )<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - سيد أحمد محمود ، إلكترونية القضاء ، ص 61 .

<sup>2</sup> - اشرفنا فيما سبق إلى أن الصلح والمفاوضات أو الوساطة أو التوفيق قد يتم بوسائل تقليدية .

<sup>3</sup> - اشرفنا فيما سبق إلى أن التحكيم قد يتم بوسائل تقليدية .

المقصود من إلكترونية التحكيم : هي اتفاق الاشخاص الطبيعية أو الاعتبارية - في شرط أو مشاركة على استخدام الاجهزة والوسائل الالكترونية في خدمة عملية التحكيم بدءاً من اشخاصة ( اطراف التحكيم او من يمثلهم) من ناحية والمحكم ( شخص طبيعي ) او هيئة تحكيم إلكترونية ( لها موقع الكتروني ) وفي أمين السر عند الاقتضاء من ناحية اخرى مروراً بإجراءاته وإنهاء بصدر حكم يطبق القانون التقليدي او الالكتروني المحدد اتفاقاً أو قانوناً أو يطبق قواعد العدالة والانصاف عن نزاع ناشئ عن عقد تقليدي او الكتروني او عن غير عقد اما التحكيم الالكتروني فيقصد به ان يكون محله نزاعاً وأجراءاته الكترونية ، وبالتالي حكم إلكتروني يطبق القانون التقليدي أو الالكتروني أو قواعد العدالة والانصاف بغية استمرار العلاقات الاقتصادية والتجارية بينهم أو أن يفصل الجهاز الالكتروني بذاته بدلاً من المحكم الشخص الطبيعي ( أي الانسان ) وذلك من خلال إجراءات إلكترونية في نزاع مالي أو حساسي ناشئ عن عقد تقليدي أو إلكتروني أو ناشئ عن غير عقد تقليدي أو إلكتروني ويصل إلى حكم إلكتروني يطبق القانون الالكتروني المحدد اتفاقاً أو قانوناً أو يطبق قواعد العدالة والانصاف ، انظر سيد أحمد محمود ، إلكترونية القضاء ، ص 78 .

كما تجب الإشارة إلى أن النزاعات الرياضية ، أرض خصبة للتحكيمات متعددة الاطراف ( المعقدة ) والشرط التحكيمي بالاحالة ، تحت هذا العنوان انظر مقالة:

Ahmed ouerfelli , [http s :// www.linkedin.com/pluse,2march2016](http://www.linkedin.com/pluse,2march2016).

<sup>4</sup> وللقوقوف علي ما هيه الحلول البديلة للنزاعات؟ راجع في ذلك : القاضي . د/ أسامة أحمد عبد النعيم ، إدارة الدعوي العمالية بين التسوية والتقاضي ، مرجع سابق ، ص 36 ، وراجع أيضا : (تاريخ آخر دخول علي الموقع 2021/1/10)

- <https://www.findlaw.com/hirealawyer/choosing-the-right-lawyer/alternative-dispute-resolution.html>

- [https://www.law.cornell.edu/wex/alternative\\_dispute\\_resolution](https://www.law.cornell.edu/wex/alternative_dispute_resolution)

- <https://hbr.org/1994/05/alternative-dispute-resolution-why-it-doesnt-work-and-why-it-does>

- <https://unece.org/about-adr>

- <https://adr.org/>

➤ وللقوقوف علي ما هية حل المنازعات عبر الإنترنت ODR راجع في ذلك : (تاريخ آخر دخول علي الموقع 2021/1/10)

- <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home2.show>

- <http://odr.info/>

- <https://www.ncsc.org/odr/guidance-and-tools>

- <http://www.odreurope.com/>

- <https://odr2020.org/>

=



أصبحت مكلفة وقد تستغرق مدة ليست بالقصيرة ، كما انها ليست فعالة إذا شأها سوء نية من اشخاصها هذا فضلاً عن عقبات الاعتراضات على القرارات الصادرة فيها وتنفيذها على عكس رقمية الوسائل البديلة والوسائل البديلة الرقمية التي تتميز بالسرعة واليسر والمرونة ولوجستيات هذه الوسائل التي توفر الوقت والجهد والنفقات وإقتصاد الاجراءات وهذه المزايا لا تتوافر في القضاء التقليدي أو الوسائل البديلة التقليدية سواء كانت داخلية او دولية اما رقمية الوسائل البديلة أو الوسائل البديلة الرقمية فهي لا تتطلب أنتقال اطراف النزاع أو الحضور الجسدي أو المادى بل يمكن سماعهم عبر وسائل الاتصال الرقمي عبر الاقمار الصناعية علاوة على سرعة إصدار الاحكام وذلك لسهولة الاجراءات حيث يتم تقديم المستندات والاوراق عبر البريد الإلكتروني وعبر الاتصال المباشر بالخبراء او تبادل الحديث معهم عبر الانترنت .

المقصود من رقمية الوسائل البديلة على وجه الخصوص هي التي تتم إجراءاتها عبر شبكة الانترنت ويخلط البعض بين رقمية التحكيم والتحكيم الرقمي حيث يعرف الاخير بأنه "التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الانترنت وهو يكتسب صفة رقمية من الطريقة التي يتم بها حيث تتم بطريقة سمعية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد ، دون حاجة إلى إلتقاء اطراف النزاع والمحكمين في مكان معين" (3) . ويكون نطاق رقمية الوسائل البديلة النظم والتنقية المعلوماتية ، الحوسبة التطبيقية والمعاملات الرقمية أو الغير رقمية وما يتصل بها على المستويين الداخلى والدولى وفي القطاعين العام والخاص ، وهذه الوسائل تطبق أيضاً على المنازعات الرياضية ، اما الوسائل البديلة الرقمية فيكون نطاقها على المنازعات التي تتعلق بالعمليات الحسابية أو على المعاملات الرقمية .

وتهدف رقمية الوسائل البديلة أو الوسائل البديلة الرقمية إلى تنقية بيئة العمل الرقمي أو الغير رقمي وما يتصل بها من خلال تسوية أو لحل المنازعات الغير رقمية او حتى الرقمية القائمة وتقديم الخدمات الاستشارية في المعاملات الرقمية التي من شأنها منع حدوث المنازعات من أجل مجتمع رقمي معاف . وتتجسد مزايا رقمية الوسائل البديلة أو الوسائل البديلة الرقمية في السرعة بما يتمشى مع طبيعة التجارة الرقمية ( حيث السرعة في إبرام العقود وتنفيذها ) وحيث لا يتطلب ذلك الحضور المادى أو الجسدي

=

- <https://www.adrodrinternational.com/>

- <https://www.ukecc.net/odr>

<sup>1</sup> - ميناخ خافشا دوريان minas khatcha dourian استخدام الوساطة في المنازعات الرياضية في 27 / 6 / 2010

<sup>2</sup> - نواف عبد الرحمن عراقي ، الوسائل البديلة لحل النزاعات ، جريدة الرياض 22 جمادى الاول 1438 هـ - 19 فبراير 2017

<http://www.alriyadh.com/1089302>

<sup>3</sup> - بلال عبد المطلب بدوى ، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية ط 2006 ، ص 11 وما يلها .

للخصوم او من يمثلهم أو للخبراء بل يمكن الاستماع إليهم عبر وسائل الاتصال الرقمي عبر الاقمار الصناعية ( الانترنت ) وسرعة اصدار الاحكام نظراً لسهولة الاجراءات حيث يتم تقديم المستندات والاوراق عبر الموقع الرقمي ( او البريد الإلكتروني )<sup>(1)</sup> هذا من ناحية ومن ناحية اخرى كما تتميز بقلّة التكاليف حيث لا يوجد انتقال للخصوم او من يمثلهم او الخبراء او للمحكمين انفسهم<sup>(2)</sup> أو للوسطاء او الموفقين .

وبعد استخدام الطرق الحديثة والتقنيات المالية للمعلومات والاتصالات في سرعة انجاز الاعمال الرقمية وإبرام العقود وتنفيذها من خلال شبكة الانترنت أخذ التفكير في استخدام نفس هذه التقنية الرقمية للتسوية في ما قد ينشأ من منازعات وقضايا وخلافات خاصة بهذه الاعمال والعقود ، بمعنى أن إجراءاتها تتم عبر شبكات الانترنت ( الرسائل الرقمية ) دون الحاجة إلى وجود اطراف النزاع ، وهذا التطور الحديث يقتضى ايضاً تطوير في النظام القانوني حتى يلائم ويوازي ويحكم هذه التقنية الحديثة أو أن التحكيم العادي المتعارف عليه دولياً في حل منازعات التجارة الدولية سريع وغير مكلف ، إلا انه سيظل يبقى بطيئاً ومكلفاً بالنسبة للمعاملات التجارية الرقمية<sup>(3)</sup> .

وعلى ذلك يمكن لحل المنازعات الرياضية باللجوء إلى رقمية الوسائل البديلة ( الصلح ، المفاوضات ، الوساطة ، التوفيق ، التحكيم ) أو باللجوء إلى الوسائل البديلة<sup>4</sup> الرقمية ( الصلح الرقمي ، المفاوضات الرقمية

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ط 2003 ، ص 417 .

<sup>2</sup> - بلال عبد المطلب بدوى ، ص 11 وما يليها ، سيد احمد محمود ، إلكترونية القضاء ، ص 62 وما يليها .

<sup>3</sup> - بلال عبد المطلب بدوى ، التحكيم الإلكتروني ، ص 11 وما يليها ، سيد أحمد محمود ، الكترونية القضاء ، ص 63 .

<sup>4</sup> وللقوقوف علي ما هيه الحلول البديلة للنزاعات؟ راجع في ذلك : القاضي . د/ أسامة أحمد عبد النعيم ، إدارة الدعوي العمالية بين التسوية والتقاضي ، مرجع سابق ، ص 36 ، وراجع أيضا : (تاريخ آخر دخول علي الموقع 2021/1/10)

- <https://www.findlaw.com/hirealawyer/choosing-the-right-lawyer/alternative-dispute-resolution.html>

- [https://www.law.cornell.edu/wex/alternative\\_dispute\\_resolution](https://www.law.cornell.edu/wex/alternative_dispute_resolution)

- <https://hbr.org/1994/05/alternative-dispute-resolution-why-it-doesnt-work-and-why-it-does>

- <https://unece.org/about-adr>

- <https://adr.org/>

➤ وللقوقوف علي ما هية حل المنازعات عبر الإنترنت ODR راجع في ذلك : (تاريخ آخر دخول علي الموقع 2021/1/10)

- <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home2.show>

- <http://odr.info/>

- <https://www.ncsc.org/odr/guidance-and-tools>

- <http://www.odreurope.com/>

- <https://odr2020.org/>

- <https://www.adrodrinternational.com/>

- <https://www.ukecc.net/odr>

=

، الوساطة الرقمية ، التوفيق الرقمي ، التحكيم الرقمي ) بالمفهوم الذي حددناه سابقاً

■ خصائص رقمية الوسائل البديلة أو الوسائل البديلة الرقمية <sup>(1)</sup> هي :

1- انعدام العلاقة المباشرة ( المادية ) :

بين طرفي النزاع بعضهم البعض الآخر وبينهم وبين من يتولى المفاوضات او الوساطة او التوفيق أو التحكيم لانها تكون بألية رقمية وكذلك إجراءاتها .

2- وجود الوسيط الرقمي :

كشبكة الانترنت او البريد الإلكتروني او الفيديوكونفرنس .

3- السرعة في انجاز العمل :

إن استخدام الوسائط الرقمية في فض المنازعات عموماً وفي المنازعات الرياضية على وجه الخصوص يؤدي إلى سرعة الفصل فيها حيث تحقق لوجيستيات الوسائل البديلة لتوفير الوقت والجهد والمال والاجراءات وبالتالي توفر عناء الفرد الانتقال والاقامة خصوصاً إذا كان اطراف النزاع او من يتولى المفاوضات او الوساطة او التوفيق أو التحكيم من دول مختلفة .

4- السرعة وسهولة الإجراءات :

يلجأ اطراف النزاع إلى رقمية الوسائل البديلة او الوسائل البديلة الرقمية لحل النزاع بعيداً عن القضاء الوطني الذي يحتوي على البطء في إجراءاته وتعقيد في شكلياته وزيادة في نفقاته وعلاوية جلساته التي تفتش الاسرار علاوة على عدم حيادية القاضي الوطني إذا كان احد طرفي النزاع عنصراً اجنبياً ، علاوة على تجنب لبعض مشكلات القضاء الوطني من تنازع الاختصاص القضائي وتنازع القوانين وبالتالي يكون لطرفي النزاع حافز نفسي واقتصادي قوى يجعلهم يبتعدون عن القضاء الوطني ويفضلون اللجوء إلى رقمية الوسائل البديلة أو الوسائل البديلة الرقمية <sup>(2)</sup> ويكون ذلك من درجة تناقض واحدة ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك <sup>(3)</sup> .

5- السرية :

لا تخضع رقمية الوسائل البديلة أو الوسائل البديلة رقمياً لنظام العلانية – تمكين الجمهور من الحضور – الذي يتسم به النظام القضائي في الدولة ما لم يتفق طرفي النزاع على غير ذلك مما يحفظ لهم سمعتهم واسرار معاملاتهم ويخطر الخصوم بمواعيد هذه الجلسات رقمياً ويتم عقدها أيضاً رقمياً ويتم

<sup>1</sup> - سيد أحمد محمود ، إلكترونية القضاء ، ص 66 وما يليها .

<sup>2</sup> - عن التحكيم الإلكتروني محمد مأمون احمد سليمان ، التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية ، رسالة دكتوراه ، عين شمس ، ط 2009 ، ص 554 .

<sup>3</sup> - وجدى راغب ، مفهوم التحكيم ، ص 5 ، سيد أحمد محمود ، مفهوم التحكيم وفقاً لقانون التحكيم المصري والمرافعات الكويتي ، ط 2006 ، ص 18 ، ولنفس المؤلف ، إلكترونية القضاء ، ومرجع سابق ، ص 68 .

الاطلاع على المستندات والاوراق والمرفقة بينهم رقمياً والمداولة وإصدار الاحكام يكون رقمياً ايضاً ولا يجوز نشر الاحكام او جزء منها الا بموافقة طرفي النزاع .

#### 6- المرونة :

تتميز رقمية الوسائل البديلة او الوسائل البديلة رقمياً بالمرونة مما يسمح لطرفي النزاع بتنظيمه بما يتراءى لهما من حيث الزمان والمكان والاجراءات وغير ذلك من المسائل المتعلقة برقمية الوسيلة البديلة او الوسيلة البديلة رقمياً .

#### 7- الكفاءة او الصلاحية الفنية :

فيمن يتولى القيام بالوسائل البديلة سواء أكان مصالحاً او مفاوضاً او وسيطاً او موقفاً او محكماً أى يتم اختياره وفقاً لتخصصه وفهمه لطبيعة النزاع المعروض عليه فمثلاً في المنازعات الرياضية يتم اختيار شخص لديه كفاءة وخبرة رياضية في مجال النزاع المطروح عليه علاوة على إلمامة بأمور تقنية بالغة الدقة وبالتالي لديه اتصال بعالم الرقميات ويتمتع بخبرة كذلك في موضوع النزاع المعروض عليه <sup>(1)</sup> .

#### 8- تحقيق العدالة :

تحقق الوسائل البديلة عموماً والتحكيم على وجه الخصوص ميزه لاطرافه تتمثل في تقديم مبادئ أكثر من المنصوص عليها في القانون الوضعي والتي يمكن من خلالها تحقيق العدالة بالمعنى الحقيقي لها <sup>(2)</sup> ، وهذه الميزة تتحقق في رقمية الوسائل البديلة او الوسائل البديلة الرقمية بشكل أوفر حيث تتحرر من القوالب الشكلية التي تتطلبها القوانين الوطنية ويستبدل بها اجراءات أكثر سهولة ويسراً أو استجابة لمقتضيات السرعة والعدالة . كما أن رقمية الوسائل البديلة او الوسائل البديلة الرقمية من حيث المضمون هي الأكثر ملاءمة عن غيرها ( القضاء التقليدي " العادي او المتخصص " - او الوسائل البديلة التقليدية ) لتحقيق العدالة في المنازعات الرياضية خاصة وان القوانين الوطنية غير مؤهلة للتعامل مع هذا النوع من المنازعات بما يكفل تحقيق العدالة المنشودة ، علاوة على أن الخصوم قد يتفقوا على تطبيق قواعد العدالة والانصاف<sup>3</sup> على

<sup>1</sup> - اذا تم الاتفاق بين طرفي النزاع على اللجوء إلى الإلكترونية التحكيم او التحكيم الالكتروني فلا بد ان يكون لدى المحكم خبره في مجال التحكيم ، محمد شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، سنة 1982 ، ص 2 .

<sup>2</sup> - ابو زيد رضوان ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، سنة 1987 ، ص 3 .

<sup>3</sup> وللوقوف على ما هي الحلول البديلة للنزاعات؟ راجع في ذلك : القاضي . د/ أسامة أحمد عبد النعيم ، إدارة الدعوي العمالية بين التسوية والتقاضي ، مرجع سابق ، ص 36 ، وراجع أيضا : (تاريخ آخر دخول علي الموقع 2021/1/10)

- <https://www.findlaw.com/hirealawyer/choosing-the-right-lawyer/alternative-dispute-resolution.html>
- [https://www.law.cornell.edu/wex/alternative\\_dispute\\_resolution](https://www.law.cornell.edu/wex/alternative_dispute_resolution)
- <https://hbr.org/1994/05/alternative-dispute-resolution-why-it-doesnt-work-and-why-it-does>
- <https://unece.org/about-adr>

=



موضوع النزاع فتكون فرصة تحقيق العدالة في رقمية الوسائل البديلة أو الوسائل البديلة الرقمية تتم بشكل سريع وأمن وحتى لو اتفق الخصوم على تطبيق قانون معين على نزاعهم المطروح على رقمية التحكيم أو التحكيم الرقمي - كما يرى البعض<sup>(1)</sup> - فيقوم المحكم بتطبيقه بطريقة مرنة وعادلة تعمل على التوفيق بين المصالح المتعارضة بشكل مرضى وعادل للطرفين .

### المبحث الثالث

#### الوسائل البديلة لحل المنازعات عبر الإنترنت (ODR)<sup>2</sup>

وسوف نعرض بهذا المبحث للنقاط التالية :

المطلب الأول: ماهية حل المنازعات عبر الإنترنت ( ODR )

المطلب الثاني: خصائص تسوية المنازعات عبر (ODR)

المطلب الثالث: كيفية استخدام حل المنازعات عبر الإنترنت

المطلب الرابع: أشكال حل المنازعات عبر الإنترنت

المطلب الخامس: رقمية الوسائل البديلة بالنظم القضائية المقارنة

=

- <https://adr.org/>

➤ وللوقوف على ماهية حل المنازعات عبر الإنترنت ODR راجع في ذلك : (تاريخ آخر دخول علي الموقع 2021/1/10)

- <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home2.show>

- <http://odr.info/>

- <https://www.ncsc.org/odr/guidance-and-tools>

- <http://www.odreurope.com/>

- <https://odr2020.org/>

- <https://www.adrodrinternational.com/>

- <https://www.ukecc.net/odr>

<sup>1</sup> - بلال عبد المطلب بدوي ، ص 19 وما يليها ، د/ سيد احمد محمود ، الكترونية القضاء، ص 71 .

<sup>2</sup> حل المنازعات عبر الإنترنت (ODR) هي اختصار ل Online dispute resolution وهو فرع من فروع حل النزاعات التي تستخدم التكنولوجيا لتسهيل حل النزاعات بين الأطراف. وهو ينطوي في المقام الأول على التفاوض والوساطة أو التحكيم، أو مزيج من الثلاثة ، وفي هذا الصدد، كثيرا ما ينظر إليها على أنها المعادل الإلكتروني لحل المنازعات البديل. راجع في ذلك :

National Centre for Technology and Dispute Resolution, Standards of Practice. See <www.odr.info.>

وذلك على النحو التالي :

### المطلب الاول: ماهية حل المنازعات عبر الإنترنت ( ODR )

هو فرع من فروع تسوية المنازعات يستخدم التكنولوجيا لتسهيل حل المنازعات بين الأطراف. إنه ينطوي في المقام الأول على التفاوض أو الوساطة أو التحكيم ، أو مزيج من الثلاثة. في هذا الصدد ، غالبًا ما يُنظر إليه على أنه المكافئ عبر الإنترنت لتسوية المنازعات البديلة (ADR) ، ومع ذلك ، يمكن لتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر أن تعزز هذه الوسائل التقليدية لحل المنازعات من خلال تطبيق التقنيات المبتكرة والتقنيات عبر الإنترنت على العملية.

التسوية الحاسوبية مجال واسع يمكن تطبيقه على مجموعة من المنازعات ؛ المنازعات الشخصية بما في ذلك المنازعات بين المستهلك ؛ والمنازعات بين الدول. من المعتقد أن الآليات الفعالة لحل المنازعات عبر الإنترنت ستؤثر في تطوير التجارة الرقمية. على الرغم من أن تطبيق تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر لا يقتصر على المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية للمستهلكين (B2C) عبر الإنترنت ، إلا أنه يبدو مناسبًا بشكل خاص لهذه المنازعات ، نظرًا لأنه من المنطقي استخدام نفس الوسيلة (الإنترنت) لحل المعاملات الرقمية. نزاعات التجارة عندما تكون الأطراف في كثير من الأحيان بعيدة عن بعضها البعض.

تتراوح تقنيات حل المنازعات من الأساليب التي تتمتع فيها الأطراف بالسيطرة الكاملة على الإجراء ، إلى الأساليب التي يتحكم فيها طرف ثالث في كل من العملية والنتيجة. يمكن استكمال هذه الأساليب الأولية لحل المنازعات بتكنولوجيا المعلومات والاتصالات (ICT). عندما يتم إجراء العملية بشكل أساسي عبر الإنترنت ، يشار إليها باسم ODR ، أي لتنفيذ معظم إجراءات تسوية المنازعات عبر الإنترنت ، بما في ذلك التقديم الأولي ، والتعيين المحايد ، وعمليات الإثبات ، وجلسات الاستماع الشفوية إذا لزم الأمر ، والمناقشات عبر الإنترنت ، و حتى تقديم التسويات الملزمة. وبالتالي ، فإن تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر هي وسيلة مختلفة لحل المنازعات ، من البداية إلى النهاية ، مع احترام مبادئ الإجراءات القانونية الواجبة.

نشأت التسوية الحاسوبية من التآزر بين الحلول البديلة لتسوية المنازعات وتكنولوجيا المعلومات والاتصالات ، كطريقة لحل المنازعات التي نشأت عبر الإنترنت ، والتي كانت الوسائل التقليدية لتسوية المنازعات فيها غير فعالة أو غير متاحة . يتزايد إدخال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في تسوية المنازعات حاليًا لدرجة أن الفرق بين تسوية المنازعات خارج الإنترنت وتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر غير واضح. لقد لوحظ أنه من الممكن فقط التمييز بين الإجراءات التي تعتمد بشكل كبير على التكنولوجيا عبر الإنترنت والإجراءات التي لا تعتمد على ذلك.

عرّف البعض تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر على أنها استخدام الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بمساعدة أدوات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات بشكل أساسي. على الرغم من أن جزءًا من ODR يشتمل على نهج أوسع التقاضي عبر الإنترنت والأشكال الفريدة الأخرى لحل المنازعات عندما يتم دعمها إلى حد

كبير بواسطة أءوات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات المصممة خصيصًا. يبدو التعريف الأخير أكثر ملاءمة لأنه يشتمل على جميع الأساليب المستخدمة لحل المنازعات التي تتم بشكل أساسي من خلال استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ، وعلاوة على ذلك ، فإن هذا المفهوم أكثر اتساقًا مع حقيقة أن تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر نشأت من التمييز مع عمليات تسوية المنازعات خارج الإنترنت.

في نظام تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر (ODR) ، لا يقتصر تنفيذ إدارة المعلومات على الأشخاص الطبيعيين فحسب ، بل يتم أيضًا من خلال أجهزة الكمبيوتر والبرامج. بالإضافة إلى المتنازعين (أو أكثر) والطرف المحايد الثالث ، فإن وصف التكنولوجيا بالطرف الرابع هو استعارة واضحة تؤكد كيف يمكن للتكنولوجيا أن تكون قوية لتغيير الجوانب الثلاثة التقليدية .

يجسد الطرف الرابع مجموعة من الإمكانيات بنفس الطريقة التي يقوم بها الطرف الثالث. في حين أن الطرف الرابع قد يحل في بعض الأحيان محل الطرف الثالث ، أي التفاوض الآلي ، فعادة ما يستخدمه الطرف الثالث كأداة للمساعدة ODR.

قد يقوم الطرف الرابع بالعديد من الأشياء مثل تنظيم المعلومات ، وإرسال الردود التلقائية ، وتشكيل الاتصالات الكتابية بطريقة أكثر تهذيبًا وبناءة ، مثل حظر اللغة البذيئة. بالإضافة إلى ذلك ، يمكنه مراقبة الأداء وجدولة الاجتماعات وتوضيح الاهتمامات والأولويات وما إلى ذلك. ستؤدي مساعدة الطرف الرابع إلى زيادة التقدم التكنولوجي ، وبالتالي تقليل دور الطرف الثالث المحايد. من المتوقع أن يتم إنشاء صور رمزية افتراضية "للطرف الرابع" للحكم في المنازعات ويمكن أن تصبح أكثر مهارة وذكاءً بمرور الوقت. ونتيجة لذلك ، تزايد كفاءة عمليات تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر ، مما يمنح المتنازعين مزايا أكبر من حيث توفير الوقت وخفض التكاليف.

#### الفرع الأول : التعريفات البءبلة

في الممارسة العملية ، من الصعب تقديم تعريف قائم بذاته للتسوية الحاسوبية ، ونظرًا لوتيرة التغيير ، فقد لا يكون من الممكن القيام بذلك. عادةً ما ينطوي استخدام التكنولوجيا على استخدام تكنولوجيا الاتصالات المستندة إلى الإنترنت في مرحلة ما ، ولكن ODR لا يتضمن بالضرورة عمليات عبر الإنترنت بحتة - علاوة على ذلك ، يمكن تكرار العديد منها في وضع عدم الاتصال باستخدام القلم والورق ، أو يمكن تحقيقه باستخدام أجهزة كمبيوتر بدون اتصالات بالإنترنت RSS.

إن نطاق المصطلحات والمختصرات المستخدمة لوصف المجال يزيد من الارتباك الذي يشعر به غالبًا أولئك الذين ليسوا على دراية بمجال ODR الجديد. تشمل هذه الشروط:

- حل نزاعات الإنترنت (Idr)
- تسوية المنازعات الرقمية (Edr)
- ADR الرقعي (Eadr)



▪ ADR عبر الإنترنت (Oadr)

▪ حل المنازعات بمساعدة التكنولوجيا (Tadr)

ولكن برز ODR باعتباره المصطلح الأكثر استخدامًا في السنوات الأخيرة. فمن غير المؤكد ما إذا كانت هذه العمليات تشكل نظامًا جديدًا لحل النزاع البديل أو أداة للمساعدة في الأساليب الحالية لتسوية المنازعات. وسيكون أنسب وجهة نظر هو النظر إلى التسوية الحاسوبية كمجال متعدد التخصصات لتسوية المنازعات.

### الفرع الثاني : مزايا حل المنازعات عبر ODR

والتسوية الحاسوبية أداة غير رسمية ومرنة وخلاقة عموماً لتسوية المنازعات لا تحكمها قواعد إجرائية وقواعد إثبات صارمة. وقد يسمح ذلك للأطراف بتصميم أو المشاركة في عملية يمكن تشكيلها لتناسب احتياجاتها ويشجع على اتباع نهج توافقي بدلا من نهج تخاصمي.

قد يقلل ODR من تكاليف التقاضي: هذا مهم لكل من الشركات الأطراف التي ترغب في إبقاء التكاليف منخفضة والأطراف التي قد لا تكون قادرة على تحمل تكلفة التقاضي. عادة ما تتحمل جميع الأطراف بالتساوي تكاليف العملية أو التعويض الممنوح للمقيم المحايد ، مما يوفر لجميع الأطراف مصلحة متساوية في النتيجة وإحساسا متساويا بالملكية.

وقد يكون التسوية الحاسوبية للحسابات هو الخيار المناسب، لا سيما بالنسبة للمعاملات المنخفضة التكلفة والكبيرة الحجم، (أنه كثيرا ما يسمح بحل المشاكل في الوقت المناسب وبكفاءة وفعالية من حيث التكلفة للمشاكل التي قد لا تكون فيها المبالغ المتنازع عليها مرتفعة بما يكفي لتبرير تكلفة الوساطة القائمة على الاجتماعات) مثل نزاعات المستهلكين. يسمح التسوية الحاسوبية أيضا بتسوية المنازعات على نحو أكثر فعالية من حيث التكلفة حيث توجد مسافة جغرافية كبيرة بين الأطراف وقد يحول المبلغ محل النزاع دون تكلفة السفر.

وقد يكون تسوية المنازعات الحاسوبية مناسبة عندما تكون هناك حساسيات بين الطرفين قد تتفاقم بسبب التواجد في نفس الغرفة مثل المنازعات الزوجية .

قد يسمح ODR بمشاركة الأطراف التي لم تتمكن من حضور اجتماع شخصي بسبب إعاقة شديدة.

ODR سري ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ، رهنا بتطبيق قانون الوصول إلى المعلومات وقانون الخصوصية عندما تكون الحكومة الفيدرالية طرفا. وتكون العملية مناسبة عندما تعتبر السرية مهمة أو ضرورية للأطراف، وهو ما يحدث غالبا: فالأطراف التي تستخدم آليات الحد من الكوارث عادة ما تفعل ذلك

على أساس أنها تستطيع مناقشة المسائل بحرية على أمل أن يتم الكشف عنها، لا علنا ولا للمحكمة<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث : مساوى حل المنازعات عبر ODR

يطلب من جميع الأطراف أن يكون لديها التكنولوجيا الكافية للمشاركة في عملية التسوية الحاسوبية عبر الإنترنت ، وقد تكون الأطراف التي تفتقر إلى التكنولوجيا الكافية في وضع غير موات أو غير قادرة على المشاركة الكاملة.

ODR هو شكل أقل شخصية لتسوية المنازعات لأن الأطراف ليست في نفس الغرفة ، وغالبا ما تكون جميع المناقشات مكتوبة أو مسموعة.

وقد تكون الأطراف التي تواجه صعوبات في اللغة و/أو صعوبات في التواصل كتابة في وضع غير موات في عملية التسوية الحاسوبية عبر الإنترنت.

وعندما يكون تسوية المنازعات عملية غير ملزمة أي جزء فقط من مرحلة التفاوض/الوساطة، فإنه لا يمكن أن يسفر عن سوابق قانونية ، ومع ذلك ، إذا أسفرت الخطوة الأخيرة من عملية ODR عن الفصل ، فقد يتم وضع سابقة قانونية.

### المطلب الثاني: خصائص تسوية المنازعات عبر ODR

#### ■ طوعية

تسمح معظم عمليات التسوية الحاسوبية للأطراف باختيار المشاركة فيها، أو متابعة مطالباتهم في منتدى آخر. كما يسمح معظمها للأطراف بالانسحاب من العملية في أي وقت من الأوقات.

#### ■ غير رسمية

تكون الإجراءات بشكل عام أكثر استرخاء وغير رسمية من الإجراءات الشخصية مثل الوساطة أو التقاضي أو التحكيم. اعتمادا على مزود ODR والقواعد المعمول بها ، يمكن إجراء العملية بطريقة غير متزامنة وإتاحة الوقت للأطراف للتفكير في مواقفهم قبل التوصل إلى أي اتفاق.

#### ■ السرية

تعتبر تسوية المنازعات عملية سرية بشكل عام، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. على الرغم من بند أو اتفاقية السرية ، عندما تكون الحكومة الفيدرالية طرفا ، يجب فحص قانون الوصول إلى المعلومات وقانون الخصوصية لتحديد مدى تقيدهما للإفصاح عن المعلومات وحججها. لمزيد من المعلومات حول تطبيق هذه القوانين، يرجى الرجوع إلى الوثيقة المعنونة "السرية: قانون الوصول إلى المعلومات وقانون الخصوصية" الواردة في هذا الدليل المرجعي.

<sup>1</sup> أريتشارد إتش ماكلارين ؛ جون ب. ساندرسون ، حل النزاعات المبتكر - البديل ، تورنتو: كارسويل (طومسون كندا) ، 1994 ، ص. 3-3.

## ■ مساعدة

دور ODR المحايد هو دور طرف ثالث محايد يساعد الأطراف على التوصل إلى تسوية مقبولة للطرفين. لاحظ أن ODR Neutral يستخدم بشكل عام فقط إذا كانت عملية ODR تحتوي على مكون وساطة أو تحكيم.

## المطلب الثالث: كيفية استخدام حل المنازعات عبر الإنترنت

## أ. الهدف من تسوية المنازعات عبر الإنترنت

الغرض الأساسي من ODR هو السماح للأطراف بحل نزاعهم باستخدام التكنولوجيا الرقمية. قد يحدث في "الوقت الحقيقي" أو يتم تشغيله بطريقة غير متزامنة ، اعتماداً على قواعد مزود ODR ، وكذلك رغبات الأطراف. غالباً ما تكون هذه العملية أكثر ملاءمة وفعالية من حيث التكلفة من الاجتماعات وجها لوجه من أجل التفاوض أو التوسط أو حل المنازعات القائمة.

يمكن أن تكون الشروط الفعلية للاتفاق الذي يتوصل إليه الطرفان واسعة أو محددة حسب رغبة الأطراف ، خاصة إذا تم الانتهاء من الأمر في مرحلة التفاوض أو الوساطة. وقد تتوقف قابلية إنفاذ اتفاق التسوية على قواعد مقدم التسوية الحاسوبية وولايته القضائية، ولا سيما إذا كان النزاع دولياً.

## المطلب الرابع: أشكال حل المنازعات عبر الإنترنت

## ■ رقمية الصلح :

حيث يتم اتفاق طرفي العلاقة القانونية عقدية أو غير عقدية رقمية أو عادية على إخضاع المنازعات المستقبلية أو الحالية الناشئة عنها للصلح بينهما عبر الوسائط الرقمية .

## ■ رقمية المفاوضات :

وهي أكثر الوسائل البديلة انتشاراً حيث تصل بالأطراف إلى تسوية النزاع بطريقة مرضية لهم بتقريب وجهات النظر وإزالة العقبات التي اثمرت عنها المنازعة فيما بينهم أو باللجوء إلى مفاوض من خلال اللجوء إلى الوسائط الرقمية وعلى ذلك يتقدم كل طرف بعده عروض للآخر عبر جهاز الحاسب الآلي مثلاً وصولاً إلى حل مرضى لكليهما ولهما الأخذ به أو عدم الأخذ به

يتعلق التفاوض الآلي بتلك الأساليب التي تتولى فيها التكنولوجيا (جوانب) التفاوض. لقد أثبت التفاوض الآلي نجاحه بشكل خاص مع تعويضات التأمين والأنشطة التجارية. إنها أيضاً أداة قيمة للمحامين لأنهم أيضاً يمكنهم استخدامها دون الكشف عما هم على استعداد لقبوله (ما لم يتم التوصل إلى اتفاق) والأهم من ذلك ، دون التنازل عن حقهم في الوصول إلى المحكمة ، في حالة أن التفاوض غير ناجح.

وبالتالي ، فإن تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر مفيدة لحل المنازعات القائمة على الطوب والملاط

التي تنشأ في الأعمال التجارية وشركات التأمين والبلديات ، الذين يجدون أن تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر توفر لهم المال والوقت عند التعامل مع نزاعات B2C.

#### ■ رقمية الوساطة :

يقوم الوسيط من خلال الوسائل الرقمية بتقريب وجهات النظر بصورة محايدة ونزيهة وصولاً إلى تسوية ودية مرضية للطرفين بإجراءات رقمية .  
تساعد التكنولوجيا في عملية التفاوض بين الطرفين. تلعب التكنولوجيا دورًا مشاهيًا للوسيط في الوساطة. قد يتمثل دور التكنولوجيا في توفير عملية معينة و / أو تزويد الأطراف بمشورة محددة (تقييمية).

يستخدم الوسطاء مهارات إدارة المعلومات لتشجيع الأطراف على التوصل إلى اتفاق ودي من خلال تمكينهم من التواصل بشكل أكثر فعالية من خلال إعادة صياغة حججهم. يشبه التوفيق الوساطة ، لكن الموفق يمكنه اقتراح حلول للأطراف للنظر فيها قبل التوصل إلى اتفاق. أيضًا ، تم تصميم إجراءات التفاوض المساعدة لتحسين اتصالات الأطراف من خلال مساعدة طرف ثالث أو برنامج. في الواقع ، قيل إن المساعدة في التفاوض والتوفيق وحتى التيسير هي مجرد كلمات مختلفة للوساطة. تتمثل المزايا الرئيسية لهذه العمليات ، عند استخدامها عبر الإنترنت ، في طابعها غير الرسمي وبساطتها وسهولة استخدامها.

#### ■ رقمية التوفيق :

هو أن يتدخل شخص ثالث يسمى الموفق عبر الوسائط الرقمية بين طرفي النزاع رقمياً لتقديم حلول مرضية للطرفين واختيار احدها من كليهما حسمًا للنزاع وبالتالي قرار الموفق ليس ملزمًا للطرفين .

#### ■ تطبيقات ODR

كانت شركة SquareTrade هي المزود الرائد للتسوية الحاسوبية لوساطة المستهلك حتى وقت قريب . تم التعاقد مع عدد من الأسواق ، أكبرها موقع eBay . ومع ذلك ، نظرًا للتغيرات في نظام التعليقات على eBay في مايو 2008 ، قررت SquareTrade التوقف عن حل نزاعات تعليقات eBay اعتبارًا من يونيو 2008. وتواصل SquareTrade تقديم الخدمات لمستخدمي eBay ، مثل خدمات الضمان وبرنامج Trustmark. يبدو أنه في العام الماضي ، استحوذت خدمات تسوية المنازعات على eBay و PayPal على هذه الخدمات ، لكن النتائج على هذه الخدمات لا تزال نادرة.

لم تتعامل SquareTrade مع الخلافات بين المستخدمين و eBay ، فقط بين البائعين والمشتريين على eBay. عرضت SquareTrade مستويين من حل المنازعات: التفاوض المساعد والوساطة. تم استخدام SquareTrade فقط بعد عملية إرضاء المستهلك الخاصة ب eBay. في السنوات القليلة الماضية ، حلت SquareTrade ملايين



المنازعات عبر 120 دولة بخمس لغات مختلفة.

ميزة التعامل مع عدد كبير من المنازعات هي أن نفس القضايا تظهر عدة مرات ، وبالتالي من الممكن تقسيم المنازعات إلى أقسام مختلفة. بدأت عملية SquareTrade عندما قدم المشتري أو البائع شكوى. للقيام بذلك ، طُلب من المدعي ملء نموذج مطالبة معياري على شبكة الإنترنت يحدد نوع النزاع ويقدم قائمة بالحلول المشتركة ، والتي اختار المدعي منها الحلول التي وافق عليها. تم الاتصال بالطرف الآخر عبر البريد الإلكتروني حيث تم إبلاغه بعملية SquareTrade ، وسأله عما إذا كان يرغب في المشاركة. غالبًا ما كانت الأطراف حريصة على المشاركة لأن هذه كانت الطريقة الوحيدة التي يمكن من خلالها للمشتري الحصول على تعويض وتعليقات البائع الإيجابية. قدم الطرف الآخر الرد ، واختار القرارات. إذا اتفق الطرفان على نفس القرار ، تم حل النزاع. عندما لا يمكن التوصل إلى اتفاق ، يتم وضع الأطراف في بيئة التفاوض. تم استخدام واجهة الويب لتشكيل الاتصالات في مفاوضات بناءة ومهذبة. تم تحقيق ذلك باستخدام أدوات برمجية حدت من مساحة النص الحر ، وشجعت على اقتراح الاتفاقات ، وحددت المواعيد النهائية ، بل وصاغت أسلوب التبادل.

كان هذا البرنامج هو العنصر الأساسي في العملية لأنه استحوذ على بعض خبرة الطرف الثالث. يمكن تعريف هذه العملية على أنها "تفاوض بوساطة". وفقًا لرايبنوفيتش آيني ، تقنية SquareTrade ، "يتدخل في المفاوضات بين الأطراف ويسمح للأطراف بصياغة وإعادة صياغة المشكلة والحل ، ويؤدي بعض ما قد يرتبط بدور الوسيط ، وينقل الأطراف من وضع المشكلة إلى موقف الحل".

تم حل معظم المنازعات (أكثر من 80 بالمائة) خلال المرحلتين الأوليين ، وهو معدل نجاح مثير للإعجاب بالنظر إلى أنه في غالبية الحالات ، كان الأطراف قد شاركوا بالفعل في نوع من المفاوضات المباشرة الفاشلة قبل الانخراط مع SquareTrade. في بقية الحالات ، يمكن أن يُطلب وسيط مقابل رسوم رمزية ، يعمل كمقيم خبير أو موفق يقدم مقترحات تسوية إلى الأطراف. تضمنت المرحلة الثانية دفع رسم قدره 29.95 دولارًا أمريكيًا. وفقًا لـ SquareTrade ، "تمكّن تقنية إدارة الحالات المتطورة الوسطاء من التعامل مع نزاعات المستهلكين منخفضة إلى متوسطة القيمة بطريقة فعالة من حيث التكلفة وفعالة." اقترح الوسيط المعين الحلول ، إذا طلبت الأطراف القيام بذلك. ظلت الاتفاقات دائمًا سرية بواسطة SquareTrade ، وأصبحت ملزمة كعقود.

أثبتت SquareTrade أن العمليات مثل التفاوض عبر الإنترنت والوساطة عبر الإنترنت يمكن أن تكون أدوات فعالة لحل نزاعات التجارة الرقمية. كانت إحدى القضايا الرئيسية لنجاح SquareTrade هي بساطة هذه الخدمة وراحتها. بالإضافة إلى ذلك ، ركزت خدمات SquareTrade إلى eBay على عدد أقل من المشكلات ، مثل التأخير والأوصاف السيئة والتعليقات السلبية. وقد أتاح ذلك تطوير عملية تلقائية فعالة عززت التفاوض عبر

الإنترنت. يعتمد نجاح العمليات التوافقية والآلية على طبيعة النزاع ، ودقة المعلومات المقدمة ، وقدرة البرنامج أو الطرف الثالث المحايد في تقييم الحقائق والأدلة. كانت SquareTrade فعالة بشكل خاص لأنها قدمت حوافز تشجع مشاركة الأحزاب ؛ بمعنى آخر يرغب كلا الطرفين في حل نزاعهما: يريد البائعون الحصول على ردود فعل إيجابية ويريد المشترون التعويض. بشكل عام ، فإن توسيع نطاق مطالبات العملاء في السوق العالمية يدعو متغيرات إضافية للعب: الاختلافات الثقافية ، مثل التصورات الثقافية العالية والمنخفضة والتغيرات عبر الثقافات لما يشكل تجربة إرضاء العميل.

#### ■ التحكيم عبر الإنترنت

هو اتفاق عادي أو رقمي بين اطراف علاقة قانونية عادية او رقمية ( عقدية او غير عقدية ) على اخضاع المنازعة التي نشأت او ستنشأ مستقبلاً للتحكيم عبر الوسائط الرقمية ( بدء من اتفاق التحكيم وانتهاءً بصدور الحكم ) وذلك بقرار ملزم لهم وهكذا فإن رقمية الوسائل البديلة تتسم بانها أقل تكلفة من أية وسيلة اخرى تقليدية فضلاً عن عدم التقييد بمكان محدد وعدم لقاء الخصوم او هيئة التحكيم مادياً ، كما انها تتناسب مع العقود العادية او الرقمية حتى ولو كانت قليلة القيمة ، علاوة على انها تساهم في حل النزاع في مدة قصيرة مما يساهم في خفض النفقات وعدم تكبد طرفي النزاع اضرار توقف علاقاتهما التجارية او الاقتصادية العادية او الرقمية ، كما ان اختيار المحكمين يكون غالباً بعيداً عن المعرفة المسبقة باطراف النزاع ومن ثم فإن المحكم غالباً ما يتصف بالحياد والاستقلال والنزاهة تجاههم .

التحكيم هو عملية يقدم فيها طرف ثالث محايد (محكم) قراراً نهائياً وملزماً لكلا الطرفين. يمكن تعريفه بأنه إجراء شبه قضائي لأن القرار يحل محل قرار قضائي. يمكن أن يكون المحكمون قضاة محاكمة حاليين أو سابقين ، لكن هذا ليس شرطاً. ومع ذلك ، في إجراء التحكيم ، يمكن للأطراف عادة اختيار المحكم والأساس الذي يتخذ المحكم القرار بناءً عليه. علاوة على ذلك ، فهو أقل رسمية من التقاضي ، على الرغم من أنه أكثر من أي عملية توافقية أخرى. غالباً ما يتم استخدامه لحل نزاعات الشركات لأن هذا الإجراء معروف بأنه خاص وأسرع من التقاضي. بمجرد بدء الإجراء ، لا يمكن للأطراف التخلي عنه ، ما لم يتفق كلاهما على إيقافه (على سبيل المثال عندما توصلوا إلى تسوية - على الرغم من أنه عادة ما يتم إبلاغ التسوية إلى هيئة التحكيم ويتم إصدار قرار على هذا الأساس). ميزة أخرى للتحكيم هي أن القرار قابل للتنفيذ في كل مكان تقريباً بسبب التبني الواسع لعام 1958 اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها . علاوة على ذلك ، غالباً ما تكون قرارات التحكيم أسهل في التنفيذ من قرارات المحاكم الصادرة من الخارج.

تتفق غالبية الدراسات القانونية حول التحكيم عبر الإنترنت على أنه لا القانون ولا مبادئ التحكيم تمنع إجراء

التحكيم عبر الإنترنت. ومع ذلك ، قد يكون هناك عدة جوانب في التحكيم عبر الإنترنت تحتاج إلى التنظيم. على الرغم من أن التحكيم عبر الإنترنت يبدو مقبولاً بموجب اتفاقية نيويورك وتوجيه التجارة الرقمية ، يمكن القول إن هذا افتراض من قبل معظم المعلقين ، وليس بياناً قانونياً. نظراً لأن التحكيم يستند إلى اتفاق تعاقدى بين الأطراف ، فإن عملية عبر الإنترنت بدون إطار تنظيمي قد تولد عدداً كبيراً من التحديات من المستهلكين والأطراف الأضعف الأخرى إذا لم يكن بالإمكان ضمان الإجراءات القانونية الواجبة. في الوقت الحالي ، يسمح معظم موفري التحكيم للأطراف بتنفيذ جزء من عملية التحكيم عبر الإنترنت فقط ، على سبيل المثال ، يجوز للأطراف تنزيل نماذج المطالبات ، وتقديم المستندات من خلال البريد الإلكتروني القياسي أو واجهة الويب الآمنة ، واستخدام جلسات الاستماع عبر الهاتف ، وما إلى ذلك. مفتاح عنصر التحكيم هو حق الطرف في استجواب شهود الأطراف الأخرى ويمكن الآن القيام بذلك بتكلفة منخفضة من خلال عملية الاستماع بالصوت والفيديو عبر الإنترنت باستخدام تقنيات أحدث مثل Skype Premium أو Google Hangouts. يمكن أن يضمن الاستجواب المتقاطع للشهود عن بُعد الذي ينظمه المحكم الإنصاف والحفاظ على الجودة القضائية لعملية التحكيم عبر الإنترنت.

يتمثل التحدي الرئيسي للتحكيم عبر الإنترنت في أنه إذا كان التنفيذ القضائي مطلوباً ، فإنه يهزم جزئياً الغرض من إجراء عملية عبر الإنترنت. وبدلاً من ذلك ، طورت بعض العمليات آليات للإنفاذ الذاتي مثل الإنفاذ الفني والقوائم السوداء وعلامات الثقة.

### المطلب الخامس: رقمية الوسائل البديلة بالنظم القضائية المقارنة

تقوم العديد من المحاكم في جميع أنحاء العالم الآن بدمج تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر في إجراءاتها القضائية. الفكرة هي إضافة "باب افتراضي" إلى قاعة المحكمة متعددة الأبواب وتعزيز الوصول إلى العدالة.

#### ■ في الاتحاد الأوروبي: إجراءات المطالبات الصغيرة الأوروبية

توفر إجراءات الدعاوى الصغيرة أرضية وسط بين التقاضي الرسمي وتسوية المنازعات ، حيث يمكن حل المنازعات التي تنطوي على مطالبات ذات قيمة صغيرة في المحاكم بشكل أسرع وبتكلفة منخفضة وأقل رسمية. يتمثل القيد الرئيسي لإجراءات المطالبات الصغيرة في أنها مقصورة على ولايات قضائية معينة. من أجل التغلب على هذا القيد ، أصدرت المفوضية الأوروبية لائحة لإجراء المطالبات الصغيرة الأوروبية (ESCP). من المتوقع تنفيذ خطة الالتزام البيئي والاجتماعي (ESCP) في جميع الدول الأعضاء في المفوضية الأوروبية بحلول يناير 2009. خطة الالتزام البيئي والاجتماعي (ESCP) هي في الغالب إجراء مكتوب يتعامل مع المطالبات التي تقل عن 2000 يورو الناشئة في المنازعات عبر الحدود. وتتمثل ميزته الرئيسية في أنه ينص على تنفيذ القرارات في أي من

الدول الأعضاء دون الحاجة الحالية للمرور عبر الاعتراف الرسمي المتبادل بالأحكام (exequatur).

يتم وضع توقعات كبيرة على خطة الالتزام البيئي والاجتماعي (ESCP) ، والتي من أجل تقديم عملية فعالة من حيث التكلفة يجب أن تعتمد على تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. سيكون هذا تحديًا كبيرًا ، لأنه على عكس UDRP ، التي أصبحت عملية عبر الإنترنت بالكامل للتعامل مع شكاوى محددة ، ستتعامل خطة الالتزام البيئي والاجتماعي (ESCP) مع مجموعة متنوعة من المنازعات المدنية والتجارية. الهدف من خطة الالتزام البيئي والاجتماعي (ESCP) هو إنشاء إجراء فعال من حيث التكلفة ينطبق على المطالبات ذات القيمة الصغيرة في المنازعات عبر الحدود. لا يمكن تحقيق هذا الهدف إلا باستخدام إجراء مكتوب ، بمساعدة النماذج الرقمية مثل رسائل البريد الإلكتروني وعقد المؤتمرات عبر الفيديو كما هو متوقع من قبل خطة الالتزام البيئي والاجتماعي (ESCP).

تسمح اللانحة باستخدام التقنيات الجديدة في نقل المعلومات والأدلة بين محاكم الدول الأعضاء المختلفة. ولكن الدول الأعضاء في المفوضية الأوروبية هي التي ستقرر ، من خلال لوائحها الخاصة ، وسائل الاتصال المحددة المقبولة في محاكمها. بالنظر إلى أن خطة الالتزام البيئي والاجتماعي (ESCP) هي لانحة وليست توجيهًا ، يمكن الجدال فيما إذا كانت قد تركت العديد من الجوانب لتقدير الدول الأعضاء ، الأمر الذي قد يثير التساؤل حول اليقين القانوني المتوقع من اللوائح الأوروبية. ومع ذلك ، يمكن توقع وصول الاتصالات الرقمية ، في الوقت المناسب ، إلى كل جانب ممكن ومعقول من الإجراءات القضائية للمساعدة في حل نزاعات B2C عبر الإنترنت وكذلك خارج الخط.

مع تنفيذ خطة الالتزام البيئي والاجتماعي (ESCP) ، قد يظهر ODR مؤسسيًا في أوروبا في عام 2009. سيتم حل العديد من المنازعات عن طريق القضاة الذين يتواصلون مع الأطراف عبر الإنترنت. ومن المتوقع أن تساهم خطة الالتزام البيئي والاجتماعي (ESCP) في التخفيف من مشكلة الشرعية التي تعيق أيضًا ظهور تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر. ربما ، داخل الاتحاد الأوروبي ، حيث لدينا قلق بشأن عدالة الإجراءات الخاصة (أي القيود المفروضة على تحكيم المستهلك) ، قد تساهم خطة الالتزام البيئي والاجتماعي (ESCP) في زيادة الثقة في عمليات تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر.

#### ■ في الهند

حل المنازعات عبر الإنترنت (ODR) في الهند في مرحلته الأولى وهو يكتسب أهمية يومًا بعد يوم. مع سن قانون تكنولوجيا المعلومات ، 2000 في الهند ، تم منح التجارة الرقمية والحوكمة الرقمية اعترافًا رسميًا وقانونيًا في الهند. حتى قانون التحكيم التقليدي في الهند قد أعيدت صياغته والآن يوجد في الهند قانون التحكيم



والتوفيق لعام 1996 الذي يفي بالمعايير المنسقة لنموذج الأونسيترال. تم إجراء ال ODR في قانون الإجراءات المدنية ، 1908 من خلال إدخال القسم 89 لتوفير طرق بديلة لتسوية المنازعات (ADR) في الهند.

مع النمو السريع للتجارة الرقمية في الهند ، فإن عدد المنازعات المتعلقة بالمعاملات عبر الإنترنت في ازدياد. آليات معالجة النزاع الحالية لا ترقى إلى مستوى نمو الأعمال وتوقعات العملاء. تتطلب أنظمة التعويض التقليدية وجود الأطراف ، وهي ليست متوافقة مع منصات الإنترنت الحديثة. وقد أحاطت وزارة شؤون المستهلك ، حكومة الهند علما بهذا وخططت لطرح منصة لتسوية نزاعات المستهلكين عبر الإنترنت تتبع أفضل الممارسات الناشئة في مجال التجارة الرقمية العالمية.

يشير حل المنازعات عبر الإنترنت (ODR) إلى فئة واسعة من عمليات تسوية المنازعات البديلة التي تستفيد من توافر تكنولوجيا الإنترنت وتطورها المتزايد. إنها مجموعة من عمليات DR التي تسمح بحل المنازعات عبر آليات عبر الإنترنت مثل الإنترنت أو شكل من أشكال التكنولوجيا التي تسمح بالاتصال الافتراضي دون الحاجة إلى أن تكون الأطراف في غرفة معا.

#### ■ في كندا

لم تعتمد معظم المحاكم والهيئات القضائية بعد تقنية ODR كجزء من نظام إدارة القضايا الخاص بها إما كجزء من التفاوض أو الوساطة ، أو عملية قضائية. يوجد استثناء في كولومبيا البريطانية حيث يكون جزءا من نظام إدارة القضايا لمحكمة التسوية المدنية المنشأة حديثا يدرجها في مرحلة التفاوض من عملية إدارة الحالة .

وقد تنظر محاكم أخرى في نهج مماثلة. ويجري أيضا تشجيع المحاكم على التحقيق في تسوية المنازعات عبر الإنترنت من جانب أنصار الوصول إلى العدالة .

#### الخاتمة والنتائج

إن تطوير وسائل لتسوية المنازعات هو أكثر من تطوير في الأسلوب، إنه يظهر في الواقع الحاجة إلى تغيير عميق في النظام القضائي المعاصر ينقلنا هذا التغيير من القانون المفروض إلى القانون القابل للمفاوضة، وهذا يعتبر نهاية للدولة صاحبة النفوذ القوي التي تكون فيها القوانين والأنظمة الوسائل الوحيدة والمفضلة لتسوية المنازعات فنحن أصبحنا نعيش في عالم يتحول بكل معطياته إلى الرقمية في ظل تطورات وتغيرات لحظية ، ويعطي أهمية كبرى للعقد.

وهذه إشارة بأن القانون أصبح به العديد من الوسائل لحل المنازعات في نفس اللحظة التي تتحول فيها هذه الوسائل إلى الرقمية وبهذه الطريقة نكون قد انتقلنا من عدالة صارمة إلى عدالة أكثر ليونة، وذلك عن طريق تفعيل تطبيق هذه الوسائل باتخاذ مجموعة من الإجراءات:

#### التوصيات



- نشر وترسيخ ثقافة ODR نظرياً وممارساتها.
  - مشاركة هيئات الدفاع للعمل على اندماجه وذلك بإدخال تعديلات على القانون المنظم لمزولة مهنة المحاماة بخصوص السماح للمحامي بممارسة مهنة الوساطة وخاصة الرقمية منها .
  - إيجاد مؤسسات أو أشخاص أكفاء ومؤهلين للقيام بهذه النظم والوسائل البديلة وخاصة الرقمية منها.
  - اقتناع الأطراف بجدواها.
  - المساهمة في خلق جو من الثقة والاطمئنان الملائم لتحريك الادخار الوطني وجلب الاستثمار الأجنبي عن طريق فض المنازعات بالوساطة والتحكيم وخاصة الرقمية منها .
  - المساهمة في مسيرة بناء التنمية الشاملة والجهوية والحكامة الجيدة عبر إنعاش الوسائل البديلة لفض المنازعات وخاصة الرقمية منها .
  - نسج علاقات عمل وشراكة بين الجامعيين ورجال الأعمال والمستثمرين وأسرة القضاء لنشر ثقافة الطرق البديلة لحل المنازعات وخاصة الرقمية منها .
  - يتطلب إنجاز هذا النظام تحقيق مجموعة من الضمانات منها :
    - ضمان النزاهة الذي يتطلب احترام موافقة الأطراف المتنازعة.
    - ضمان السرية.
    - ضمان الحياد واستقلالية الوسيط.
    - ضمان أشكال الاتفاق.
- نوصي الدول العربية بصفة عامة<sup>(1)</sup> بالآتي:
- 1- ان يتاح لأطراف النزاع الاتفاق على وسيلة بديلة عن القضاء وتكون رقمية ( رقمية الوسائل البديلة كالصلح والمفاوضات والوساطة والتوفيق والتحكيم ) وهذا يتطلب إصدار تشريع يسمح لهم بذلك .
  - 2- السعي نحو الوسائل البديلة الرقمية وذلك في المنازعات الحسابية او المالية التي لا تحتاج إلى عمل فني متعمق بحيث تقوم الوسائط الرقمية بحل هذه المنازعات مباشرة .
  - 3- أن تعمل نقابات المحامين أو جمعياتهم على تأهيل المحامين وتدريبهم للقيام بالدفاع عن طرفي النزاع أمام القضاء أو حتى إذا اختار طرفي النزاع الوسائل البديلة التقليدية او الرقمية لحل نزاعهما .

<sup>1</sup> - إن المبادئ التي تحكم جهات فض المنازعات الرياضية هي أ- الحفاظ على حقوق الأطراف .

ب- العدالة في التمثيل المتساوي للأعضاء .ج- تحديد الآليات والإجراءات اللازمة لفض هذه المنازعات ، اسامة عبد العزيز ، ص 8 .

4 - يجب وضع ملاحظات جمهور المتقاضين في الاعتبار، وخاصة تلك المتعلقة باستخدام التكنولوجيا الحديثة في النظام القضائي. فقد يتقدم المتقاضي ببعض الملاحظات أو الاقتراحات حول أداء التقنيات التكنولوجية مما قد يؤدي إلي تحسن في أداء مرفق القضاء ككل لو أخذ القائمون علي العمل التقني بهذه الملاحظات.

وفي النهاية لا يخالجي شك في أن هذه الدراسة المتواضعة قد اعترافها بعض الأخطاء، وعذري في ذلك إنني بشر، يصيب ويخطأ، فالكمال لله وحده سبحانه، والخطأ والقصور هما 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 شارفت عليه فهذا فضل من الله ونعمه وحسي أن أردد في ذلك قوله تعالي " وما توفيقي إلا بالله " ، والشكر فيه لكل من علمني حرفا ، وإن كانت الآخري فحسي أن أردد في ذلك قوله تعالي "وقل رب زدني علما" .

تم بحمد الله وفضله وتوفيقه،،،،

### الميعاد في دعوى الإلغاء بالتشريع الفلسطيني

#### Deadline for annulment of Palestinian legislation

أ.لينا جمال موسى جعفري - ماجستير في القانون الإداري والنظام الدستوري - الجامعة

العربية الامريكية

Leena jama mousa jafary –Leenajamal792@gmail.com

#### الملخص

يعتبر الميعاد القانوني من اقوى دعائم استقرار المجتمع،اذ يتوجب على الافراد الطعن في القرارات الإدارية غير مشروعة خلال مدة معينة وإلا سقط حق الطعن فيه ،والهدف من ذلك حماية المراكز القانونية من الفوضى والعبث.

وعلى ضوء ذلك يهدف البحث التعرف على تنظيم مواعيد الإلغاء في التشريع الفلسطيني وفي الممارسة



القضائية الفلسطينية والتعرف على كيفية بدء سريان ميعاد دعوى الإلغاء وكيفية حساب ميعاد الإلغاء والتعرف على الاستثناءات الواردة على حساب الميعاد.

وتمحورت الإشكالية في حول مدى التزام المشرع الفلسطيني بمواعيد رفع الدعوى امام القضاء الإداري ,والجزاء المقرر على صاحب المصلحة في حالة مخالفتها ,وذلك بما يتفق مع المبادئ التي ارساها القضاء والفقهاء الإداري.

وفي ذلك توصلت الباحثة الى بعض النتائج أهمها: يبدأ سريان ميعاد الطعن بالالغاء من اليوم التالي لصدور القرار في القرارات الصريحة ومن اليوم التالي للرفض للإدارة في القرارات الضمنية. وتمثلت اهم توصية في توصية المشرع الفلسطيني:بالنص على الاعفاء من الرسوم القضائية وليس الاقتصار بتأجيل الرسوم القضائية. الكلمات المفتاحية: الميعاد, الإلغاء,دوام الميعاد,العوارض.

The legal deadline is one of the most powerful pillars of the stability of society. Individuals must appeal against administrative decisions that are unlawful within a certain period. Otherwise, the right to challenge it is lost. The aim is to protect legal centres from chaos and tampering. In the light of this, the aim of the research is to identify the organization of cancellation dates in Palestinian legislation and in Palestinian judicial practice and to learn how the date of the annulment action will enter into force and how the date of cancellation will be calculated and to learn about the exemptions received at the expense of the date. The problem revolved around the extent to which the Palestinian legislator adheres to the deadlines for filing proceedings before the administrative court, and the penalty prescribed for the stakeholder in case of violation, in accordance with the principles established by the judiciary and administrative

jurisprudence. In this connection, the researcher has reached some conclusions, the most important of which being: the date of appeal shall be revoked from the day after the decision is rendered in the express decisions and from the day after the administration's rejection in the implied decisions. The most important recommendation was the Palestinian legislator's recommendation: to provide for exemption from judicial fees and not only to defer judicial fees.

### المقدمة

أن من مهام الإدارة ابتغاء تحقيق المصلحة العامة, وتعتبر القرارات الإدارية احد أهم الاعمال التي تقوم بها الإدارة من أجل تحقيق هذا الهدف المتعلق في المصلحة العامة, وعلى الإدارة في سبيل تحقيقها للمصلحة العامة أن تراعي مبدأ المشروعية, وهو مبدأ مهم من اجل تحقيق العدالة وإتمام الحقوق لانه يعني اخضاع الحاكم والمحكوم لحكم القانون.

والقرارات الإدارية حتى تعتبر صحيحة وترتب اثاراً, يجب ان تكون صادرة بشكل صحيح, ويكون ذلك من خلال صدورها في نطاق مبدأ المشروعية, وصدورها من السلطة المختصة بإصدارها, ووفق شكل معين قد يحدده القانون ويكون الهدف من القرار تحقيق المصلحة العامة, فإذا خالف القرار الإداري هذه الشروط كان معيباً ومعرض للإلغاء من خلال بما يعرف بدعوى الإلغاء.

وهذه الدعوى تحتاج الى عدة شروط لقبولها منها ما يتعلق بالمحل ومحل دعوى الإلغاء هو القرار الإداري

غير المشروع ومنها بما يتعلق في المستدعي إذ يجب أن ترفع دعوى الإلغاء ممن يتوافر فيه شرط المصلحة و الصفة ومن شروط دعوى الإلغاء ما يتعلق بالميعاد حيث يشترط لقبول دعوى الإلغاء أن ترفع في مدة محددة ويعرف ذلك في الميعاد القانوني للطعن في الغاء القرار الإداري.

وعادة ما يكون الميعاد قصير نسبياً وذلك للحفاظ على المرفق العام وديمومته، ومنعاً لتعطيل المرفق العام، لكن المشرع من وجه العدالة سمح بعدة استثناءات تؤدي الى وقف او انقطاع الميعاد ويقصد بوقف الميعاد عدم حساب المدة التي يحصل بها سبب الوقف، في حالة حدث ما يمنع الطاعن عن الطعن لسبب خارج عن إرادته خلال مدة الطعن فلا تحسب المدة، ويقصد بقطع الميعاد عدم حساب المدة السابقة على سبب القطع وبداية مدة جديدة بعد زوال سبب القطع.

كما هناك في بعض الحالات يحق للطاعن الطعن في القرار الإداري دون التقيد في ميعاد وهذا يعرف بدوام ميعاد الطعن وهذه الحالات هي القرارات المستمرة، وهي القرارات التي يستمر أثرها حتى نهاية القرار الإداري والقرارات المنعدمة وهي القرارات المتعلقة بعيب عدم الاختصاص الجسيم أو ما يعرف بعيب غصب السلطة كأن تسلب السلطة التنفيذية أعمال السلطة التشريعية وفي هذه الحالات لا يتقيد الطاعن في ميعاد.

### أهمية البحث

تكمن أهمية البحث من الناحية العلمية الى دراسة مفهوم الميعاد في دعوى الإلغاء ومدى أهميته في الدعوى وحساب الميعاد في هذه الدعوى واثر نهاية الميعاد وبيان حالات دوام الميعاد في الطعن، اما من الناحية العملية فتمحورت الأهمية العملية من أهمية الموضوع نفسه حيث عدم الإلمام في ميعاد الطعن يحرم الطاعن من حقه في تقديم الطعن ويؤدي ذلك الى إخلال في العدالة والحقوق.

إشكالية البحث: تتمحور إشكالية البحث حول مدى التزام المشرع الفلسطيني بمواعيد رفع الدعوى امام القضاء الإداري، والجزاء المقرر على صاحب المصلحة في حالة مخالفتها، وذلك بما يتفق مع المبادئ التي ارساها

القضاء والفقهاء الإداري.

ويتفرع عن مشكلة الدراسة تساؤل رئيسي:

ما هو الميعاد في دعوى الإلغاء، وكيفية بداية الميعاد وكيفية حسابه؟

أسئلة البحث

1. ما مفهوم الميعاد في دعوى الإلغاء؟

2. ما هي مواعيد رفع دعوى الإلغاء وما هي الاستثناءات الواردة عليها؟

3. متى يبدأ ميعاد رفع دعوى الإلغاء وكيفية احتسابه؟

4. ما هي عوارض الميعاد في دعوى الإلغاء؟

5. ما هي حالات دوام الميعاد في دعوى الإلغاء؟

اهداف البحث

يهدف البحث الى التعرف على تنظيم مواعيد الإلغاء في التشريع الفلسطيني وفي الممارسة القضائية الفلسطينية والتعرف على كيفية بدء سريان ميعاد دعوى الإلغاء وكيفية حساب ميعاد الإلغاء والتعرف على الاستثناءات الواردة على حساب الميعاد.

## المبحث الأول

### ماهية الميعاد في دعوى الإلغاء

من أهم دواعي استقرار المعاملات ضبطها في مواعيد، لانه من دون المواعيد لا يمكن للمراكز القانونية الاستقرار، وعليه في القانون فقد تم تنظيم الميعاد في دعوى الإلغاء تنظيم دقيق وحدد القانون ضوابط لقبول هذه الدعوى ومن اهم هذه الضوابط الميعاد ففي حالة عدم مراعاة الميعاد ترد الدعوى شكلاً وفي هذا المبحث ستبين الباحثة مفهوم الميعاد وخصائصه وبيان أهمية الميعاد.

## المطلب الأول: مفهوم ميعاد رفع دعوى الإلغاء

سنتحدث في هذا المطلب عن مفهوم ميعاد رفع دعوى الإلغاء في اللغة واصطلاحاً.

## الفرع الأول : مفهوم الميعاد في اللغة واصطلاحاً

أولاً: مفهوم الميعاد في اللغة: وعد وهي مفرد مواعيد والميعاد لا يكون الا وقتاً وموعداً.<sup>(1)</sup>

ويشتق من الوعد, الموعد, الميعاد, المواعدة.

من خلال ما سبق يمكن تعريف الميعاد في اللغة: هو وقت وقوع الوعد وموضع وقوعه.

ثانياً: مفهوم الميعاد اصطلاحاً: يوجد العديد من التعريفات الفقهية للميعاد في القانون الوضعي , وسبب ذلك

ان القانون الإداري قضائي النشأة ومن هذه التعريفات :

"الاجل الذي يحدده المشرع للقيام بعمل معين أو تصرف محدد خلاله بحيث إذا انقضى هذا الأجل المحدد

امتنع على ذوي الشأن إجراء هذا العمل أو القيام بهذا التصرف قانوناً".<sup>(2)</sup>

وبرأي الباحثة أن هذا التعريف عام في القضاء الإداري والقضاء العادي .

"الاجل أو المهلة الزمنية التي يحددها القانون لإجراء عمل معين بحيث إذا انقضى هذا الاجل امتنع إجراء

العمل".<sup>(3)</sup>

وترى الباحثة ان مضمون مفهوم الميعاد في دعوى الإلغاء متشابه لدى الفقهاء لكن الاختلاف يكون في

صياغة المفهوم.

## الفرع الثاني: خصائص ميعاد رفع دعوى الإلغاء

<sup>1</sup> مجد الدين الفيروزآبادي, قاموس المحيط, ط8, ص 128

<sup>2</sup> يوسف شباط, موعد الطعن في دعوى الإلغاء ودوره في توطيد سيادة القانون, مجلة جامعة دمشق للعلم الاقتصادي والقانون, جامعة دمشق

, سوريا, ص 181

<sup>3</sup> علي شنتاوي, موسوعة القضاء الإداري, ط1, دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان, 2004, ج1, ص 433



أولاً: ميعاد رفع دعوى الإلغاء من النظام العام

ثانياً: ميعاد رفع دعوى الإلغاء قصير نسبياً

ثالثاً: ميعاد رفع دعوى الإلغاء ميعاد ناقص

المطلب الثاني: أهمية ميعاد رفع دعوى الإلغاء

حاز الميعاد أهمية كبيرة في القانون الوضعي، فالقرار الإداري مرتبطة بمواعيد دقيقة وهدف المشرع في تحديد الميعاد هو استقرار المعاملات، وحفاظاً على المراكز القانونية الناتجة عن هذه القرارات، لذا كان من الأزم وجود مواعيد محددة لرفع دعوى الإلغاء.

وفي هذا المطلب سنتحدث عن أهمية ميعاد رفع دعوى الإلغاء.

الفرع الأول: يجعل الإدارة حريصة على إصدار قرارات مشروعة

تقيد الإدارة بمواعيد ثابتة وقصير نسبياً يجعل الإدارة أكثر حرصاً على ألا تعرض قراراتها للطعن والالغاء، وعندما تكون المواعيد قصيرة ذلك يتيح للأفراد المتضررين الطعن في هذه القرارات بشكل سريع، وهذا يعكس صورة أن الإدارة ضعيفة وتصدر قرارات غير مشروعة أما لو كانت تلك المواعيد طويلة فأن ذلك لا يؤثر على سمعة الإدارة لأن لا أحد من المجتمع سوف ينتبه على القرارات غير المشروعة، لذا وجود مدة قصيرة تقيد الإدارة في التحري عند إصدارها القرارات وتكون مجبرة على إصدار قرارات مشروعة وسليمة للحفاظ على سمعتها، لأن تضرر سمعة الإدارة جراء القرارات غير المشروعة في مدة قصيرة قد يؤدي إلى سقوط الحكومة في أي وقت.<sup>(1)</sup>

الفرع الثاني: الحفاظ على استقرار المراكز القانونية

فالإدارة عن إصدار قراراتها الفردية والتنظيمية يكون هدفها تحقيق المصلحة العامة، ولكي تحافظ الإدارة

<sup>1</sup> خالد عبد الفتاح، دعوى الإلغاء في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا، ط1، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 308

على سير المرافق العامة في انتظام واضطراب فلا بد من استقرار المراكز القانونية التي تنشأها أو تعديلها أو تلغيها هذه القرارات، وأن لا تكون معرضة للتعطيل في أي وقت لان ذلك يرتب الفوضى، لذلك كان ميعاد رفع دعوى الإلغاء قصير حتى يتم تحقيق هذا الهدف وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا في رام الله حيث قالت "إن المشرع بتقريره ميعادا معيناً لتقديم الطعن تصبح بعده القرارات الإدارية حصينة من الإلغاء وهدف المشرع من ذلك تحقيق المصلحة العليا العامة ألا وهي استقرار القرارات الإدارية وعدم تركها مستهدفة للطعن بعدوى الإلغاء الو ما لا نهاية، مما لا شيع الفوضى والاضطراب في المحيط الإداري وهو الامر الذي يحرص المشرع على تجنبه تحقيقاً للمصلحة العامة".<sup>(1)</sup>

## المبحث الثاني

### سريان ميعاد دعوى الإلغاء

حرص المشرع على تنظيم ميعاد الطعن بالالغاء بشكل دقيق، بحيث لا يكون مجال للنزاع فيه فحدد المشرع مدة محددة في القانون للطعن في القرارات الإدارية وهذا ما نصت عليه المادة 23 في فقرة 1 من قرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية "تقام الدعوى الإدارية باستدعاء يقدم إليها خلال ستين يوماً من اليوم التالي لتاريخ نشر القرار الإداري الفردي أو التنظيمي في الجريدة الرسمية أو بأي وسيلة أخرى، بما في ذلك الوسائل الالكترونية، إذا كان التشريع يقضي بتبليغه لذوي الشأن بتلك الطريقة".

لذلك سيقسم هذا المبحث على مطلبين المطلب الاول: كيفية حساب ميعاد رفع دعوى الإلغاء والمطلب الثاني: كيفية بدء سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء.

<sup>1</sup> قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية، دعوى رقم 2011\217، موسوعة المقتفي الالكتروني.

## المطلب الأول: كيفية حساب ميعاد دعوى الإلغاء

وفي نطاق ذلك يجب أن نفرق بين القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة بشكل صريح وبين القرارات الإدارية السلبية .

## الفرع الأول: القرارات الإدارية الصريحة

بما أن الميعاد القانوني للطعن في القرار الإداري يبدأ من اليوم التالي لتاريخ نشر القرار الإداري ومن رأي الباحثة ان المشرع كان عادلاً في حساب المدة من اليوم التالي لنشر القرار وليس من يوم إصدار القرار وهذا من العدل، وهذا ما أكد عليه قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001<sup>1</sup>، ومن خلال النص يلاحظ أن المشرع الفلسطيني راعى العدالة في عدم حساب اليوم الأول لنشر القرار الإداري وذكر المشرع ان يصادف اخر يوم في الميعاد القانوني لرفع الدعوى عطلة رسمية، ففي هذه الحالة فإن الميعاد يمتد الى اول يوم عمل بعد هذه العطلة.

وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفلسطينية بقولها "بتدقيق الأوراق ترى المحكمة انه لما كان ميعاد الطعن بالنقص استناداً للمادة 227 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لسنة 2001 أربعين يوماً واستناداً للمادة 21 من القانون يبدأ هذا الميعاد من اليوم الثاني لصدور الحكم وينقضي بإنقضاء اليوم الأخير فيه الا اذا صادف اخره عطلة رسمية فانه يمتد الى اول يوم عمل بعدها وكان الثابت أن الطاعن قد اودع طعنه الراهن في اليوم الحادي والأربعين دون ان يصادف اليوم الأخير عطلة رسمية، وان هذا الميعاد يتعلق في النظام

<sup>1</sup> المادة (21) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 -1 إذا كان الميعاد مقدراً بالأيام أو الأسابيع أو الشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم التبليغ أو حدوث الأمر المعتبر في نظر القانون مجرباً للميعاد، فإذا كان مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء قبل انقضاء اليوم الأخير من الميعاد، أما إذا كان ظرفاً يجب أن يحصل فيه الإجراء ينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير فيه. 2- المواعيد المعينة بالشهر أو بالسنة تحسب بالتقويم الشمسي. 3- إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها.

العام فيكون حقه في الطعن قد سقط بانتهائه مما ترى المحكمة عدم قبول الطعن لتقديمه بعد الميعاد".<sup>(1)</sup>  
 وذلك يترتب ان الطاعن يكون قد قدم طعنه قبل فوات اليوم الأخير من ميعاد الطعن سواء كانت الرسوم الطعن سددت ام لم تسدد حيث ان المخالفات المالية لا يترتب عليها بطلان العمل الاجرائي.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني:القرارات الإدارية الضمنية

ومفهوم القرار الضمني هو ان يقدم طلب الى الإدارة لإصدار قرار ما لكنها رفضت أو امتنعت عن إصداره.<sup>(3)</sup>

وبطبيعة الحال في حساب القرارات الضمنية لا يحسب يوم رفض الإدارة،أو اخر يوم من ثلاثين يوم يوماً المعطاة للإدارة للرد على طلب صاحب الشأن من مدة الطعن،غير ان ميعاد الطعن في القرارات الإدارية الضمنية ميعاد كامل وفإن الميعاد الكامل هو الذي لا يكون الاجراء الا بعد نهاية مدة معينة،ولا يبدأ الطعن في القرارات الإدارية الضمنية الا بعد رفض الإدارة إصدار القرار او انتهاء المدة المعطاة للإدارة بالرد على الطلب . وهذا ما جاي في المادة 23 من القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية في المادة 23".... في حال رفض الجهة المختصة أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها، يبدأ احتساب ميعاد إقامة الدعوى المنصوص عليه في الفقرة (1) من هذه المادة بعد ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ تقديم المستدعي طلباً خطياً لتلك الجهة لاتخاذ ذلك القرار....".

### المطلب الثاني: كيفية بدء سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء

تختلف بداية سريان ميعاد رفع الإلغاء باختلاف القرارات الإدارية وعلى ضوء ذلك سوف نفرق بين القرارات الإدارية الصريحة والضمنية.

<sup>1</sup> قرار محكمة النقض الفلسطينية،دعوى رقم 2003\87،موسوعة المقتفي الالكترونية.

<sup>2</sup> إسماعيل البدوي،طرق الطعن في الاحكام الإدارية،ط1،دار الفكر الجامعي،مصر،2013،ص114\115

<sup>3</sup> فهد أبو العثم،القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق،ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع،3003،ص285.

## الفرع الأول: القرارات الإدارية الصريحة

حدد المشرع الفلسطيني بدء سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء بستين يوماً من تاريخ اليوم التالي للعلم بالقرار الإداري وصرح المشرع عن طرق للعلم بالقرار الإداري النشر، التبليغ.

أولاً: النشر فقد حدد المشرع الفلسطيني وسيلة نشر القرارات الإدارية وهي الجريدة الرسمية واعتمد الوسائل الإلكترونية، أو أي وسيلة أخرى ينص عليها القانون وبتالي الجريدة الرسمية هي الوسيلة الأصلية للنشر.<sup>(1)</sup> ثانياً: التبليغ ويقصد به إجراء بمقتضاه تقوم الإدارة بإخبار ذوي الشأن بالقرار الإداري وبصورة قانونية من غير استخدام وسيلة النشر.<sup>(2)</sup>

ثالثاً: العلم اليقيني ويقصد بالعلم اليقيني أن يعلم صاحب الشأن بالقرار الإداري بشكل مؤكد من غير طريق الإدارة، وقد اعتبر المشرع العلم اليقيني في حكم التبليغ وهذا ما جاي في المادة 23 فقرة 2 من قرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 "....يعتبر في حكم التبليغ علم المستدعي بالقرار الإداري علماً يقينياً.....".

## الفرع الثاني: القرارات الإدارية الضمنية

في حالة تقديم طلب للإدارة بإصدار قرار والإدارة رفضت إصداره أو امتنعت عن إصداره فنكون امام قرار ضمني بالرفض ونص المشرع على ان ميعاد الطعن في القرار الضمني يبدأ بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> نص المادة 23 الفقرة 1 من قرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 "تقام الدعوى أمام المحكمة الإدارية باستدعاء يقدم إليها خلال ستين يوماً من اليوم التالي لتاريخ تبليغ المستدعي القرار الإداري الفردي، أو من اليوم التالي لتاريخ نشر القرار الإداري الفردي أو التنظيمي في الجريدة الرسمية أو بأي وسيلة أخرى، بما في ذلك الوسائل الإلكترونية، إذا كان التشريع يقضي بتبليغه لذوي الشأن بتلك الطريقة."

<sup>2</sup> عبد الناصر أبو السمهدانة، موسوعة القضاء الإداري، ط1، مكتبة الفكر، 2012، ص114.

<sup>3</sup> المادة 23 من القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 فقرة 5 في حال رفض الجهة المختصة أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها، يبدأ احتساب ميعاد إقامة الدعوى المنصوص عليه في الفقرة (1) من هذه المادة بعد ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ تقديم المستدعي طلباً خطياً لتلك الجهة لاتخاذ ذلك القرار.

## المبحث الثالث

## عوارض ميعاد الطعن في الإلغاء

قد يحصل على الميعاد عوارض, وليس من العدالة أن يحرم الطاعن من حقه بالطعن بسبب امر عارض ومن هذه العوارض ما يوقف الميعاد ومنها ما يقطعه وعليه سنبحث هذا المبحث على مطلبين في المطلب الأول مد اجل ميعاد الطعن بالإلغاء والمطلب الثاني اثر نهاية ميعاد الطعن.

## المطلب الأول:مد أجل ميعاد الطعن بالإلغاء

الميعاد القانوني لرفع دعوى الإلغاء من أهم شروط التي يتوجب على صاحب المصلحة الإنتباه لها,وفي حالة عدم مراعاة الميعاد يحرم الطاعن من حقه بالطعن ويتحصن القرار الإداري من الطعن ويصبح كالسليم,لكن في بعض الحالات تؤثر على سيره بشكل مستمر مما يؤدي الى امتداد الميعاد مدة أخرى.

## الفرع الأول:مد الاجل بسبب الوقف

## اولاً:القوة القاهرة

ويقصد بالقوة القاهرة في دعوى الإلغاء:كل عذر قهري يمنع صاحبه من رفع دعواه الى القضاء ويستقل القضاء في تقدير هذا العذر ليرتب عليه وقف الميعاد.<sup>1</sup>  
وفي ذلك كل حدث مفاجئ طارئ خارج عن إرادة الطاعن يعتبر قوة القاهرة سواء كان طبيعياً كالزلازل والبراكين و الفيضانات أو غير طبيعية كالحرب والثورة.

ويرجع تقدير وجود قوة القاهرة من عدمه الى المحكمة المختصة بتوافر شروط معينة :

1. أن يكون الحادث الذي أدى الى القوة القاهرة سببه اجنبي.
2. عدم إمكانية توقع هذا الحدث قبل وقوعه.

<sup>1</sup> محمد فلاح,شروط قبول دعوى الإلغاء دراسة مقارنة,ط1, دار النهضة العربية للنشر وتوزيع,مصر,2011,ص190

3. أن يستحيل دفع هذا الحدث.

ثانياً: طلب الاعفاء من الرسوم القضائية

ويعني ذلك قيام صاحب الشأن بتقديم طلب الى رئيس المحكمة او الى الجهة القضائية المختصة يطلب فيه إعفاءه من الرسوم القضائية لعدم قدرته على دفعها وذلك خلال مدة فإن ذلك يؤدي الى عدم حساب المدة السابقة لرفع الدعوى والمدة القانونية التي تستغرقها الجهة القضائية للرد على طلب صاحب الشأن بالإيجاب أو الرفض.<sup>(1)</sup>

ونصت المادة "23" فقرة 8 من القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020" توقف المدة القانونية لإقامة الدعوى المنصوص عليها في الفقرة (1) من هذا المادة في أي من الحالات الآتية: أ. القوة القاهرة. ب. رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة، شريطة أن ترفع هذه الدعوى خلال المدة القانونية المحددة لإقامة الدعوى أمام المحكمة الإدارية. ج. تقديم طلب للمحكمة الإدارية لتأجيل الرسوم، شريطة أن يقدم هذا الطلب خلال المدة القانونية لإقامة الدعوى."

ويستدل من النص ان المشرع اشترط لوقف ميعاد الطعن أن يقدم طلب الاعفاء من الرسوم القضائية خلال مدة القانونية الخاصة برفع دعوى الإلغاء كما يوضح النص ان المشرع اعترف بتأجيل الرسوم ولم يعترف بالاعفاء منها.

وترى الباحثة ان المشرع يتوجب عليه النص على الاعفاء من الرسوم القضائية وليس الاكتفاء بتأجيل

الرسوم فقط.

<sup>1</sup> عدنان عمرو، القضاء الإداري الفلسطيني، ط1، مطبعة دار المقدس، 2001، ص81

ثالثاً: رفع دعوى الى محكمة غير مختصة

ويقصد بذلك قيام صاحب الشأن خلال مدة الطعن برفع دعوى الإلغاء الى محكمة تقضي بعد رفع الدعوى إليها عدم اختصاصها بنظر هذه الدعوى.

والمحكمة المختصة في دعوى الإلغاء وفقاً للتشريع الفلسطيني هي المحكمة الإدارية وقد اشترط الفقه شروط لوقف ميعاد الطعن في حالة رفع الطعن الى محكمة غير مختصة الى عدة شروط:

1. أن ترفع الدعوى خلال المدة القانونية للطعن.
  2. أن ترفع الدعوى الى محكمة غير مختصة بنظرها.
  3. اختصاص الجهة الإدارية مصدرة القرار.
- ومن رأي الباحثة أن أسباب الوقف التي نص عليها القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 هي أسباب قطع وليست أسباب وقف ويتوجب على المشرع إعادة صياغة النص.

#### الفرع الثاني: مد الاجل بسبب المسافة

اختلف الفقهاء على مد الاجل بسبب المسافة والقصد هنا انه هل يمتد الميعاد بسبب المسافة أي هل يمتد الميعاد لو كانت المسافة بين المستفيد من الميعاد و مكان الاجراء تحتاج وقت طويل؟

فالمشرع الفلسطيني ترك امر تحديد ميعاداً للمسافة للسلمة تقديرية للمحكمة ولم يحددها في قانون أصول المحاكمات المدنية وتجارية رقم 2 لسنة 2001 نصت المادة "18":

"1- إذا كان للمراد تبليغه موطن معلوم في الخارج يجوز للمحكمة أن تأذن بإجراء تبليغه الورقة القضائية بطريق البريد المسجل مع علم الوصول أو بأية طريقة أخرى. 2- إذا أمرت المحكمة بإجراء التبليغ حسب الفقرة (1) من هذه المادة تحدد المدة التي يترتب على المراد تبليغه تقديم دفاعه وحضوره أمام المحكمة مراعية في ذلك بعد المسافة وسبل الانتقال وظروف الاستعجال. 3- إذا تصادف وجود الشخص المراد تبليغه في فلسطين وأمكن تبليغه فيها يعتبر التبليغ صحيحاً."

وتري الباحثة انه يتوجب على المشرع الفلسطيني تحديد مواعيد المسافة تحديداً دقيقاً، وذلك للحفاظ على الحقوق.



**المطلب الثاني: اثر نهاية ميعاد الطعن بالالغاء**

يترتب على انتهاء ميعاد الطعن اثرين وسيتم ذكرهم على النحو التالي:

**الفرع الأول:تحصين القرار الإداري ضد الإلغاء**

يترتب على فوات ميعاد الطعن بالالغاء تحصين القرار الإداري غير المشروع من الإلغاء ويصبح بحكم القرار الإداري المشروع,ويرتب اثاره القانونية ويسري ذلك على الافراد بحيث لا يمكنه الطعن بالقرار الإداري بعد فوات الميعاد والهدف من ذلك هو حرص المشرع على استقرار المراكز القانونية التي ترتبت وفقاً للقرار.<sup>(1)</sup>

**الفرع الثاني:تحصين القرار الإداري ضد السحب**

حيث لا يمكن للافراد رفع دعوى الغاء القرار الإداري ,فان الإدارة كذلك لا يمكنها سحب قراراتها غير المشروعة طالما ترتبت حقوق مكتسبة للافراد الا خلال المدة القانونية حيث يشترط على الإدارة سحب قراراتها غير المشروعة خلال ستين يوم فإذا انقضى هذا الميعاد تحصن القرار الإداري من السحب.

**المبحث الرابع****دوام ميعاد الطعن بالالغاء**

لكل قاعدة استثناء حيث ان هناك استثناء على ميعاد دعوى الإلغاء التي تؤدي الى دوام ميعاد الطعن بالالغاء رغم مضي المدة نتناول في هذا المبحث في المطلب الأول القرارات المنعقدة وفي المطلب الثاني القرارات المستمرة.

**المطلب الأول:القرارات المنعقدة****الفرع الأول:مفهوم القرار المنعقد**

اختلف الفقهاء في تعريف القرار المنعقد فمنهم من عرفه في : "هو القرار الذي لحقت به مخالفة جسيمة للقانون لتجرده من صفته كتصرف قانوني لتنزل به الى حد غضب السلطة وتنحدر به الى مجرد الفعل المادي المنعقد الأثر قانوناً."<sup>(2)</sup>

وعرفته محكمة العدل العليا الفلسطينية "القرار المنعقد الذي استقر الفقه والقضاء على انه القرار المشوب بعيب بالغ الجسامه يفقده خصائصه كقرار اداري ويجرده من صفته الإدارية وتخرج

فيه الإدارة عن نطاق وظيفتها الإدارية."<sup>(1)</sup>

<sup>1</sup> يوسف شباط,المرجع السابق,ص202

<sup>2</sup> مشيب البقمي,ميعاد دعوى الإلغاء في القرار الإداري في النظام السعودي,ط1, دار الكتاب الجامعي,السعودية,2018,ص125

وذهب بعض الفقهاء الى عدم التوسع في أسباب انعدام القرار الإداري وأنه يجب ان تقتصر على حالات عدم الاختصاص الجسيم وحالات المخالفة الجسيمة في محل القرار الإداري.<sup>(2)</sup>

#### الفرع الثاني: حالات انعدام القرار الإداري

1. عيب عدم الاختصاص الجسيم
  2. استحالة وجود محل القرار الإداري
  3. خلو القرار الإداري من التوقيع
- ففي هذه الحالات يبقى ميعاد الطعن في الإلغاء قائم حيث يحق لصاحب المصلحة اللجوء للطعن في أي وقت.

#### المطلب الثاني: القرارات المستمرة

الفرع الأول: مفهوم القرار المستمر "القرارات التي تستمر في إنتاج اثارها القانونية فترة زمنية غير محددة." <sup>(3)</sup>

اذ ان القرارات هذه لا تنتهي بانتهاء يوم معين ,وتبقى سارية المفعول الى ان ينتهي القرار نفسه وتزول عنه قوته القانونية بعمل اداري او تشريعي او قضائي.

ويشترط لوجود القرار الإداري المستمر أن يكون هناك استمرارية في إنتاج الأثر القانوني ولا يكون إنتاج الأثر القانونية مقيد بفترة زمنية معينة.<sup>(4)</sup>

#### الفرع الثاني: حالات استمرار القرار الإداري

1. القرارات السلبية.
2. القرارات الكاشفة.

<sup>1</sup> محكمة العدل العليا, دعوى إدارية رقم 2008\14, المقتضى

<sup>2</sup> عدنان عمرو, المرجع السابق, ص 86

<sup>3</sup> علي شنتاوي, المرجع السابق, ص 467

<sup>4</sup> علي شنتاوي, المرجع السابق, ص 467

3. القرارات الماسة في الحريات العامة

الخاتمة

في نهاية يمكن القول ان الميعاد من اهم الاعتبارات في دعوى الإلغاء وعلى ضوء ذلك توصلت الباحثة الى بعض من النتائج والتوصيات.

اولاً:النتائج

- 1.ان المشرع لم يضع تعريف واضح وصريح وشامل للميعاد في دعوى الإلغاء.
- 2.يبدأ سريان ميعاد الطعن بالالغاء من اليوم التالي لصدور القرار في القرارات الصريحة ومن اليوم التالي للرفض الإدارية في القرارات الضمنية.
- 3.مد أجل ميعاد الطعن بالالإلغاء محدد في نص صريح القانون.
- 4.تحصن القرارات الإدارية من السحب والالغاء نتيجة نهاية ميعاد الطعن.
- 5.هناك بعض الحالات يؤدي توافرها وتوافر شروطها الى دوام ميعاد الطعن بالالغاء.

ثانياً:التوصيات

- 1.نوصي المشرع الفلسطيني:في تحديد مواعيد المسافة تحديدا دقيقا ذلك من جانب منع الخطأ.
- 2.نوصي المشرع الفلسطيني:بالنص على الاعفاء من الرسوم القضائية وليس الاقتصار بتأجيل الرسوم القضائية.
- 3.نوصي المشرع الفلسطيني:بالنص صراحة على حالات انعدام القرارات الإدارية واستمرارها.
- 4.نوصي المشرع الفلسطيني:بتعديل المادة 23 فقرة 8 من القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 وتبديل كلمة توقف بكلمة تقطع.

## قائمة المصادر والمراجع

## الكتب:

1. إسماعيل البدوي، طرق الطعن في الاحكام الإدارية، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2013.
2. خالد عبد الفتاح، دعوى الإلغاء في ضوء احكام المحكمة الإدارية العليا، ط1، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
3. عبد الناصر أبو السمهدانة، موسوعة القضاء الاداري، ط1، مكتبة دار الفكر، 2012.
4. عدنان عمرو، القضاء الإداري الفلسطيني، ط1، مطبعة دار المقدس، 2001.
5. علي شنطاوي، موسوعة القضاء الإداري، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004.
6. فهد أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 3003.
7. مجد الدين الفيروزآبادي، قاموس المحيط، ط8.
8. محمد فلاح، شروط قبول دعوى الإلغاء دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية للنشر وتوزيع، مصر، 2011.
9. مشيب البقمي، ميعاد دعوى الإلغاء في القرار الإداري في النظام السعودي، ط1، دار الكتاب الجامعي، السعودية، 2018.
10. يوسف شباط، موعد الطعن في دعوى الإلغاء ودوره في توطيد سيادة القانون، مجلة جامعة دمشق للعلم الاقتصادية والقانون، جامعة دمشق، سوريا.

## القوانين:

1. قرار بقانون رقم 14 لسنة 2020.
2. قانون أصول المحاكمات المدنية وتجارية رقم 2 لسنة 2001

عقد المرابحة للأمر بالشراء في العمل المصرفي الإسلامي من منظور الفقه الإسلامي والقانون الفلسطيني

The Murabaha contract for the one who ordered the purchase in Islamic banking from the perspective of  
Islamic jurisprudence and Palestinian law

ط. د: وسام هشام عواد خلايلة - باحث في سلك الدكتوراه- تخصص اقتصاد إسلامي - كلية الاقتصاد والتدبير

جامعة الحسن الأول- بسطات - المملكة المغربية- [kalaylawisam@gmail.com](mailto:kalaylawisam@gmail.com)

Wissam Hisham Awad Khalayleh - PhD researcher - specializing in Islamic economics - College of Economics and  
Management

Hassan I University - Settat - Kingdom of Morocco

ط. د: إيهاب محمد عواد خلايلة - باحث في سلك الدكتوراه- تخصص القانون الإداري - جامعة القاضي عياض

المملكة المغربية- محاضر في كلية الحقوق- جامعة فلسطين الأهلية

Ihab Muhammad Awwad Khalayleh - PhD researcher - majoring in administrative law - Cadi Ayyad University

Kingdom of Morocco - Lecturer at the Faculty of Law - Palestine Ahliya University

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

Dr. Suhail Al-ahmed/ Faculty of Law / Palestine Ahliya University/ Palestine

الملخص:

تناولت هذه الدراسة عقد المرابحة للأمر بالشراء في العمل المصرفي الإسلامي من منظور الفقه الإسلامي والقانون الفلسطيني هادفة إلى التعرف على حقيقة المرابحة للأمر بالشراء وتطبيقاتها في العمل المصرفي الإسلامي، وبيان التفصيلات الشرعية من خلال الأدلة المتعلقة بحكم هذه المسألة وطبيعة تطبيقها من قبل المؤسسات المالية الإسلامية الفلسطينية، وبينت الدراسة أن فقهاء الشرع الإسلامي قد تحدثوا عن المرابحة البسيطة ونصوا في بعض كتبهم على صورة المرابحة بشكل عام والمرابحة المركبة بشكل خاص كما جاء ذلك عند الإمام الشافعي، وقد وقفت الدراسة على موقف التشريع الفلسطيني من تنظيم عمل المصارف الإسلامية وإطار القانوني الفلسطيني الناظم لذلك، مع التعريف بالهيئة العليا للرقابة الشرعية المنبثقة عن سلطة النقد الفلسطينية، ومدى التزامها بالمعايير الشرعية الصادرة عن الأيوبي وبالتالى الالتزام بأحكام الشريعة

الإسلامية بخصوص ذلك، وفق معالجة علمية موضوعية للأراء الفقهية التي تناولت هذه المسألة ووفق تفصيلات وتقسيمات وردت في هذه الدراسة.

**الكلمات المفتاحية:** المرابحة، الأمر بالشراء، البنوك الإسلامية، الهيئة العليا للرقابة الشرعية، القانون الفلسطيني.

**ABSTRACT:** This study dealt with the Murabaha contract for the purchase orderer in the Islamic banking business from the perspective of Islamic jurisprudence and Palestinian law, aiming to identify the reality of the Murabaha contract for the purchase orderer and its applications in the Islamic banking business, and to explain the legal details through the evidence related to the ruling on this issue and the nature of its application by the Palestinian Islamic financial institutions. The study showed that Islamic jurists talked about simple Murabaha and stipulated in some of their books the image of Murabaha in general and compound Murabaha in particular, as mentioned by Imam Shaf'i. The study examined the position of the Palestinian legislation in regulating the work of Islamic banks and the Palestinian legal framework governing that, with the definition of the Supreme Authority for Sharia Supervision emanating from the Palestinian Monetary Authority, and the extent of its commitment to the Sharia standards issued by AAOIFI and thus the commitment to the provisions of Islamic Sharia in this regard, according to an objective scientific treatment of opinions jurisprudence that dealt with this issue and according to the details and divisions contained in this study.

**Key words:** Murabaha, the purchase order, Islamic banks, the Supreme Sharia Supervisory Board, the Palestinian law.

### مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد؛

فإن منتج المرابحة للأمر بالشراء المنفذ في البنوك الإسلامية يتجلى بقيام البنك بشراء السلع والخدمات من مالكيها بثمن معلوم حال ومن ثم يقوم البنك بإعادة بيع هذه السلع للعملاء بثمن مؤجل مع نسبة مرابحة معلومة محددة. وفق بيعين أولهما: البيع الذي يتم بين مالك السلعة، وبين البنك الإسلامي، وفي هذه الحالة يقبض البائع المالك الثمن المتفق عليه بشكل كامل وفي الحال من البنك الإسلامي، وبناء على ذلك تدخل هذه السلع في ملك البنك وفي ضمانه، ثم يأتي البيع الثاني: الذي يتم بين البنك الإسلامي وبين العميل، بناء على صورة بيع بالتقسيط مع زيادة نسبة مرابحة سنوية معلومة ومحددة. والفقهاء على جواز هذا النوع من البيوع لاعتباره من بيوع الأمانات التي تعتمد على أمانة المشتري الذي صار بائعاً، وفيها كذلك يعتمد المشتري

الثاني على خبرة في مقدار رأس المال بالإضافة إلى بيع المرابحة، وهذا الأصل الشرعي هو الذي ينظم عمل المرابحة للأمر بالشراء الذي يعود إلى بيع التولية: وهو البيع بما قام على المشتري دون زيادة أو نقص، أي بيع السلعة برأس مالها فقط، وهذا حتى تعد المرابحة للأمر بالشراء التي تجرئها البنوك الإسلامية من المنتجات المشروعة والمقبولة من الناحية الشرعية، وأما النظام القانوني الذي يطبق على هذا العقد المركب؛ فهو القوانين والأنظمة والتعليمات التي تطبق على المصارف الإسلامية وهو القرار بقانون المصارف رقم (9) لسنة 2010م، وفيه يجب الالتزام بالتعليمات التي تقرها الهيئة العليا للرقابة الشرعية التي تم إنشاؤها استناداً لأحكام المادة (23) من هذا القرار بقانون، ولذلك ركزت هذه الدراسة على تناول موضوعاتها في مباحث ثلاثة تحت عنوان: " عقد المرابحة للأمر بالشراء في العمل المصرفي الإسلامي من منظور الفقه الإسلامي والقانون الفلسطيني".

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

وتبرز أهمية الموضوع وأسباب اختياره فيما يأتي:

1. تعلق هذا الموضوع ب عقد المرابحة للأمر بالشراء في العمل المصرفي الإسلامي من منظور الفقه الإسلامي والقانون الفلسطيني من حيث الماهية والتفصيلات الحاصلة وفق المفهوم الشرعي.
2. الوقوف على النصوص الشرعية والفقهية التي تحدثت عن عقد المرابحة للأمر بالشراء في العمل المصرفي الإسلامي من منظور الفقه الإسلامي والقانون الفلسطيني من حيث الوصف والتأصيل.
3. بيان أن معرفة النصوص الشرعية الخاصة بعقد المرابحة للأمر بالشراء في العمل المصرفي الإسلامي من منظور الفقه الإسلامي والقانون الفلسطيني مسألة مهمة للباحثين والمختصين من خلال ما تعالجه من مستجدات ونوازل علمية.
4. مساس هذا الموضوع بالواقع المعاصر، وأهمية ما يرتبط به من مقاربات موضوعية توجب على الدراسات الشرعية أن تقف على هذه المسائل بهدف المعالجة العلمية.
5. تناول جزئيات الفقه الإسلامي ودراستها دراسة معاصرة والمحاولة في إيجاد حلول وإجابات لكل ما طرحه المجتمعات من تساؤلات وإشكالات، تحتاج إلى إجابة ومعالجة علمية شرعية.

أهداف البحث:

وهي متمثلة بما يأتي:

1. تحديد ماهية عقد المرابحة للأمر بالشراء في العمل المصرفي الإسلامي من منظور الفقه الإسلامي والقانون الفلسطيني للوصول إلى الموقف الشرعي المتعلق بذلك.

2. بيان كيف يمكن تطبيق المنتجات في البنوك الإسلامية ومنها عقد المربحة للأمر بالشراء في العمل المصرفي الإسلامي من منظور الفقه الإسلامي والقانون الفلسطيني في المفهوم الشرعي.
3. دراسة ما يرتبط بصور عقد المربحة للأمر بالشراء في العمل المصرفي الإسلامي من منظور الفقه الإسلامي والقانون الفلسطيني من أجل الوقوف على هذه القضية بدقة ووضوح.

مشكلة/ أسئلة البحث:

وهي متمثلة بأمور هي:

1. ما مفهوم عقد المربحة للأمر بالشراء في العمل المصرفي الإسلامي من منظور الفقه الإسلامي والقانون الفلسطيني؟
2. ما هي الآراء الفقهية في مسألة عقد المربحة للأمر بالشراء في العمل المصرفي الإسلامي من منظور الفقه الإسلامي والقانون الفلسطيني في الفقه الإسلامي والقانون الفلسطيني؟
3. هل يوجد نصوص شرعية وقانونية عالجت مسألة عقد المربحة للأمر بالشراء في العمل المصرفي الإسلامي من منظور الفقه الإسلامي والقانون الفلسطيني أم لا؟
4. ما هي المنتجات التي يمكن للبنوك الإسلامية أن تمول من خلالها العميل وقد يمكنه ذلك طلب تمويل من خلال عقد المربحة للأمر بالشراء في العمل المصرفي الإسلامي من منظور الفقه الإسلامي والقانون الفلسطيني وما رأي الفقه الإسلامي والقانون الفلسطيني من ذلك؟
5. كيف يمكن تطبيق البنوك الإسلامية لمسألة عقد المربحة للأمر بالشراء في العمل المصرفي الإسلامي من منظور الفقه الإسلامي والقانون الفلسطيني؟

منهجية البحث:

ولقد كان منهج الباحثين كالآتي:

1. الاعتماد على المنهجين الوصفي والتحليلي، وذلك ببيان ماهية عقد المربحة للأمر بالشراء في العمل المصرفي الإسلامي من منظور الفقه الإسلامي والقانون الفلسطيني مع الوقوف على الأحكام والنصوص الشرعية والقانونية الخاصة بذلك، ومن ثم تحليل هذه النصوص بهدف الوقوف على الرأي الشرعي متعلقات البحث.
  2. الرجوع إلى المراجع المتخصصة في موضوعات البحث وتنوعها المنهجي والتخصصي.
- محتوى البحث: وقد جاءت هذه الدراسة - إضافة للمقدمة والخاتمة - في ثلاثة مباحث، وذلك على النحو الآتي:
- المبحث التمهيدي: الإطار القانوني الناظم لعقد المربحة للأمر بالشراء في التشريع الفلسطيني
- المبحث الأول: المربحة البسيطة، حقيقتها، ومشروعيتها، وشروطها.



المطلب الأول: حقيقة المرابحة

المطلب الثاني: مشروعية المرابحة البسيطة، وشروطها، وصور الريح فيها

المبحث الثاني: المرابحة المصرفية، حقيقتها، السند الفقهي لها، صور تطبيقها.

المطلب الأول: حقيقة المرابحة المصرفية، ونشأتها

المطلب الثاني: السند الفقهي للمرابحة المصرفية، وصور تطبيقها

وأخيراً: فهذا غاية جهد الباحثين، فإن كان ثم توفيق فبفضل الله تعالى، وإن كانت الأخرى فمن عجز وتقصير ونستغفر الله العظيم.

المبحث التمهيدي: الإطار القانوني الناظم لعقد المرابحة للأمر بالشراء في التشريع الفلسطيني

يعد عقد المرابحة للأمر بالشراء من العقود التي تستعملها البنوك الإسلامية لتقديم الخدمات البنكية لمن يرغب بذلك من العملاء، وحيث إن هذا النوع من العقود يتمتع بطبيعة قانونية خاصة قد تختلف عن باقي العقود الأخرى، وذلك نظراً لأنه يتكون من ثلاثة أطراف: وهم (البائع والمشتري) (العميل طالب التمويل من البنك) والبنك الإسلامي (مانح التمويل)، وبالنظر إلى التكييف القانوني لهذا العقد؛ فإننا قد نجد من العقود التجارية، حيث يطبق عليه القواعد العامة الخاصة بعقد البيع.

ولا شك بأن قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1960 قد نص في طياته - بشكل واضح وصرح - فيما يتعلق بالأعمال التجارية بحكم ماهيتها الذاتية بأنها هي أعمال تجارية برية: أ- شراء البضاعة وغيرها من المنقولات المادية تأجل بيعها بريح ما، سواء بيعت على حالتها أو بعد شغلها أو تحويلها<sup>1</sup>.

واستناداً لما نص عليه المشرع - آنفاً - فإننا نجد بأن هذا العقد يعد من العقود التجارية الربحية وفقاً لمهيته ولغاياته التي يسعى إليها البنك، وكما أنه يعد تجارياً إذا كان الأمر بالشراء هو تاجر ولجأ لهذه الوسيلة

<sup>1</sup> انظر المادة 83 من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1960 .

من أجل تعزيز تجارته و/ أو شيء يتعلق بممارسته لمهنة التجارة، على أن تكون عملية التجارة التي قصدها وبحث عنها هي ضمن نطاق الخدمة التجارية التي يقدمها للأفراد.

وهنا يتوجب على المصرف أولاً أن ينقل ملكية محل المبيع له حتى يتسنى له بيعها للأمر بالشراء، ولا يجوز أن يبيع ما لا يملكه؛ لأنه من عقود البيع التي يشترط فيها التملك أولاً قبل التصرف بها<sup>1</sup> ولا شك بأن النظام القانوني الذي يطبق على هذا العقد المركب؛ هو القوانين والأنظمة والتعليمات التي تطبق على المصارف الإسلامية، وحيث إن القرار بقانون بشأن المصارف الإسلامية قد حصر وحدد بشكل واضح وصريح النظام القانوني الذي يتوجب على المصارف اتباعه ومراعاته، وأن عدم الاتباع في ذلك يترتب عليه مخاطر جسيمة، فقد قضت المادة 20 فقرة 2 منه على أنه: "يحظر على المصارف التعامل بفائدة البيوع في إطار العمل المصرفي في حالات الصرف المرتبط تنفيذها بأجل، وكذلك الفائدة التي تنطوي عليها.

وفي هذا المقام يجب الالتزام بالتعليمات التي تقرها الهيئة العليا للرقابة الشرعية التي تم إنشاؤها استناداً لأحكام المادة (23) من القرار بقانون المصارف رقم (9) لسنة 2010م<sup>(2)</sup> حيث نصت المادة (23) منه على أنه: "تنشئ سلطة النقد هيئة مستقلة غير متفرغة، تسمى الهيئة العليا للرقابة الشرعية على المصارف ومؤسسات التمويل الإسلامية، يتم تعيينها بقرار من المجلس. تتكون الهيئة من عدد لا يقل عن خمسة أشخاص ولا يزيد عن تسعة من علماء الشريعة وذوي الخبرة في الاقتصاد الإسلامي والمصارف والقانون، على أن تكون الغالبية من علماء الشريعة، تحدد مهام الهيئة، واختصاصاتها وسلطاتها وشروطها المرجعية، ومدة العضوية فيها ومكافآت رئيس وأعضاء الهيئة بقرار يصدر عن المجلس<sup>(3)</sup>. أي مجلس إدارة سلطة النقد وذلك بهدف إصدار الأحكام الشرعية وتوحيدها للخدمات والمنتجات التي تقدمها المصارف الإسلامية، وكذلك إصدار

<sup>1</sup> يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجر به المصارف الإسلامية، دراسة في ضوء النصوص والقواعد الشرعية، ط1 دار القلم الكويتي، 1984، ص35.

2 - انظر: قانون المصارف رقم 9 لعام 2010 مقام: <https://maqam.najah.edu/legislation/420> ،

3 - انظر: قانون المصارف رقم 9 لعام 2010 مقام: <https://maqam.najah.edu/legislation/420> ،

الفتاوى المتعلقة بالمالية الإسلامية، بما يخدم تطوير منظومة الصيرفة الإسلامية في فلسطين، وذلك بما ينسجم مع أفضل الممارسات الدولية والمعايير الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية AAOIFI<sup>(1)</sup>.

والمعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية والإسلامية تعد مرجعيات الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية، وإن الالتزام بها يعبر عن مدى التزام المصارف بالأحكام الشرعية، كما أن الالتزام بها يضبط معاملات المصارف الإسلامية، ويقلل إلى حدٍ كبير الفتاوى بين هيئات الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية. كما أن الالتزام بهذه المعايير الشرعية يوفر للمصارف الإسلامية من تلاعب المتلاعبين الذين يتسترون تحت مسميات التمويل الإسلامي المختلفة<sup>(2)</sup>.

وتعد هذه المعايير الشرعية أهم الضوابط الشرعية لعمل المصارف الإسلامية في وقتنا الالتزام بها من عناصر التزام أي بنك إسلامي بالضوابط الشرعية في أعماله، حيث إن هذه المعايير أكثر المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية المنتشرة حول مستوى العالم، ويقوم بإعداد هذه المعايير الشرعي في الهيئة والمؤلف من 16 عالماً وباحثاً، بعضهم يمثل المصارف وبعضهم لديه خبرته ومكانته المالية الإسلامية، وهم من خيرة المشايخ المتخصصين في أمور الاقتصاد المالي الإسلامي<sup>(1)</sup>.

1 - انظر: شمس نيوز، رام الله، برابط: <https://shms.ps/post>. وأيوبي هي إحدى أبرز المنظمات الدولية غير الربحية الداعمة للمؤسسات المالية الإسلامية، تأسست عام 1991م ومقرها الرئيس مملكة البحرين، ولها منجزات مهنية بالغة الأثر على رأسها إصدار أكثر من 100 معياراً حتى الآن في مجالات المحاسبة والمراجعة وأخلاقيات العمل والحوكمة بالإضافة إلى المعايير الشرعية التي اعتمدها البنوك المركزية والسلطات المالية في مجموعة من الدول باعتبارها إلزامية أو إرشادية، كما تحظى الهيئة بدعم عدد من المؤسسات الأعضاء، من بينها المصارف المركزية والسلطات الرقابية والمؤسسات المالية وشركات المحاسبة والتدقيق والمكاتب القانونية من أكثر من 45 دولة، وتطبق معايير الهيئة حالياً المؤسسات المالية الإسلامية الرائدة في مختلف أنحاء العالم، والتي وفرت درجة متقدمة من التجانس للممارسات المالية الإسلامية على مستوى العالم، انظر: موقع الأيوبي، <https://aaoifi.com/about-aaoifi>

2 - انظر: عفانة، حسام الدين، كتاب فتاوى د. حسام عفانة، المعاملات، (200)، المكتبة الشاملة الحديثة، <https://al-maktaba.org/book>.

حيث يدل هذا التنظيم القانوني لطبيعة عمل المؤسسات المالية الإسلامية وتكوين وإنشاء منتجات بنكية ترتبط بالهيئة العليا للرقابة الشرعية التي يعد المؤثر في ضبط رأيها وقراراتها المعايير الشرعية الصادرة عن الأيوبي؛ فإنه من لزوم ما يلزم أنه يجب الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية وعدم مخالفتها بأي حال من الأحوال حال إجازة أي منتج من المنتجات التي يمكن القيام بها من قبل البنوك الإسلامية.

المبحث الأول: المرابحة البسيطة، حقيقتها، ومشروعيتها، وشروطها.

إن منتج المرابحة للأمر بالشراء المنفذ في البنوك الإسلامية يتجلى بقيام البنك بشراء السلع والخدمات من مالكيها بثمن معلوم حالاً ومن ثم يقوم البنك بإعادة بيع هذه السلع للعملاء بثمن مؤجل مع نسبة مرابحة معلومة محددة. وفق بيعين أولهما: البيع الذي يتم بين مالك السلعة، وبين البنك الإسلامي، وفي هذه الحالة يقبض البائع المالك الثمن المتفق عليه بشكل كامل وفي الحال من البنك الإسلامي، وبناء على ذلك تدخل هذه السلع في ملك البنك وفي ضمانه، ثم يأتي البيع الثاني: الذي يتم بين البنك الإسلامي وبين العميل، بناء على

صورة بيع بالتقسيط مع زيادة نسبة مرابحة سنوية معلومة ومحددة. والفقهاء على جواز هذا النوع هذا النوع من البيوع<sup>(2)</sup> لاعتباره من بيوع الأمانات<sup>(1)</sup>.

=

1 - انظر: عفانة، حسام الدين، كتاب فتاوى د. حسام عفانة، المعاملات، (200)، المكتبة الشاملة الحديثة، [https://al-](https://al-maktaba.org/book)

2 - انظر: شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1986هـ، ج13، ص83. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، السكندري المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير، دار الفكر، ط2، ج6، ص494. محمد بن أحمد بن محمد الكلبي، ابن جزّي، القوانين الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، ص174. أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط2، 1398هـ، ج4، ص489. أبو القاسم، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي، فتح العزيز شرح الوجيز، تحقيق وتعليق: علي محمد عوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997، ج4، ص319.

=



## المطلب الأول: حقيقة المرابحة البسيطة

تعد المرابحة البسيطة أحد أنواع البيوع في الفقه الإسلامي، والبيع مقابلة الشيء بالشيء، وهو من أسماء الأضداد التي تطلق على الشيء وضده من الأسماء، كالشراء<sup>2</sup> كما جاء في قوله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ وَكَانُوا فِيهِ مِنَ الرّاهِدِينَ﴾<sup>3</sup> أي باعوه.

أما في الاصطلاح الشرعي فيعرف بأنه: "نقل الملك بعوض جائز"<sup>4</sup> ويقسم من جانب تعيين الثمن إلى قسمين<sup>1</sup>:

=

الشريبي، معنى المحتاج، ج2، ص76. ابن قدامة، المغني، ج4، ص280، البريشي، إسماعيل محمد، مسألة "ضَعُ وَتَعَجَل" وتطبيقاتها المصرفية، موقع دائرة الإفتاء الأردنية، دراسات وبحوث، بتاريخ: 10/28، 2020،

برابط: <https://aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId>

1 - بيوع الأمانات: وسميت هذه البيوع بيوع أمانات، لأنها تعتمد على أمانة المشتري الذي صار بائعاً، حيث يعتمد المشتري الثاني على خبرة في مقدار رأس المال بالإضافة إلى بيع المرابحة، وبيع التولية: وهو البيع بما قام على المشتري دون زيادة أو نقص، أي بيع السلعة برأس مالها فقط، (انظر: ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج8، ص123. ابن قدامة، المغني، ج4، ص242). انظر: البريشي، إسماعيل محمد، مسألة "ضَعُ وَتَعَجَل" وتطبيقاتها المصرفية، موقع دائرة الإفتاء الأردنية، دراسات وبحوث، بتاريخ: 10/28، 2020، برابط:

<https://aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId>

<sup>2</sup> ابن منظور محمد بن مكرم بن علي بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، تحقيق الكبير عبد الله علي وآخرون، بدون رقم طبعة، دار المعارف، القاهرة، بدون تاريخ طبع، ص(401).

<sup>3</sup> سورة يوسف الآية(20)

<sup>4</sup> بن إبراهيم محمد، الحيل الفقهية في المعاملات المالية، بدون رقم طبعه، الدار العربية للكتاب، بدون مكان الطبع، 1983م، ص(133).

1. بيع المساومة: وهو البيع بأي ثمن يتراضى عليه العاقدان، بحيث يتفاوض المشتري والبائع في الثمن حتى يتفقان عليه دون النظر إلى الثمن الأول الذي اشترى به السلعة.
2. بيع الأمانة: وهو بيع السلعة بحسب الثمن الذي اشترى به البائع، فهو مؤتمن بالإخبار عن الثمن الأول وتحديد تكلفة الشراء لذلك سمي بيع الأمانة، ويتجزأ وفق تحقق الربح فيه من عدم إلى (بيع الوضعية، بيع التولية، بيع الإشراف، بيع المربحة) وهذا الأخير سيكون موضوع بحثنا.
- وأصل المربحة البسيطة في الوضع اللغوي: من الربح، يقال: ربح في تجارته ربحاً من باب تعب، والربح الزيادة والنماء الحاصل في المبيعة، والربح النماء في التجارة والكسب وما فضل فيها، يقال: رابحته على سلعته مربحة أي أعطيته عليها ربحاً، ودفع إليه ماله مربحة أي على الربح بينهما<sup>2</sup>.
- وأما في الجانب الفقهي لحقيقة المربحة فلقد تناول العديد من فقهاء الشافعية المربحة البسيطة في كتاباتهم، فعلى سبيل المثال لا الحصر ما يأتي:
- عرفها الشيرازي بأنها: "بيان رأس المال وقدر الربح، بأن يقول: ثمنها مائة؛ وقد بعثك إياها برأس مالها، وربح درهم في كل عشرة"<sup>3</sup>.
- كما عرفه الماوردي بأنها: "هي أن يقول أبيعك هذا الثوب مربحة، على أن الشراء مائة درهم، وأربح في كل عشرة واحد"<sup>4</sup>.

=

<sup>1</sup> - الكردي أحمد الحجى، **فقه المعاوضات**، بدون رقم طبعه، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 2012م، ص(335 - 336).

<sup>2</sup> - ابن منظور محمد بن مكرم بن علي بن منظور الإفريقي المصري، مرجع سابق تم تكهه، ص(1553).

<sup>3</sup> - الفيروز آبادي إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، تحقيق محمد الزحيلي، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، دارالقلم، بيروت، 1996م، ص(339).

<sup>4</sup> - الماوردي أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب، **الهاوي الكبير**، تحقيق محمد سطرجي، دون رقم طبعه، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1994م، الجزء السادس، ص(399).

وعرفها ابو زكريا يحيى النووي فقال: "أن يشتري بمائة ثم يقول بعثك بما اشتريت وريح درهم لكل عشرة"<sup>1</sup>.

كما بينها العديد من منظري الاقتصاد الإسلامي المعاصرين في كتبهم التي تناولت الفقه الشافعي، ومنهم وهبة الزحيلي فعرفها على أنها: "الزيادة على رأس المال، أو البيع بالثمن الأول وزيادة ربح"<sup>2</sup>. ونلاحظ أن تعريفات فقهاء الشافعية تضم حقيقة واضحة جلياً، هي وجوب بيان رأس المال الذي اشتريت به السلعة، وتعيين مقدار الزيادة عليه والتي تسمى ربحاً.

### المطلب الثاني: مشروعية المربحة البسيطة، وشروطها، وصور الربح فيها

وقد استدل المنظرون للاقتصاد الإسلامي على مشروعية المربحة بالعديد من الأدلة الشرعية ومنها ما يأتي:

1. الآيات القرآنية ومنها قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾<sup>3</sup> وقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ﴾<sup>4</sup>. ففي هاتين الآيتين الكريمتين جاء لفظ البيع عاماً لدخول الألف واللام عليه، واللفظ العام إذا ورد يحمل على عمومه إلا إذا جاء ما يخصصه أو يحرمه<sup>5</sup>.
2. وأما من السنة النبوية الشريفة ما روي عن عبادة ابن الصامت أن النبي ﷺ قال: "الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء

<sup>1</sup> - النووي أبي زكريا يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، بدون رقم طبعه، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، بدون تاريخ الطبع، ص(50).

<sup>2</sup> - الزحيلي وهبة، الفقه الشافعي الميسر، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، 2008م، الجزء الأول، ص(485).

<sup>3</sup> - سورة البقرة، الآية(275).

<sup>4</sup> - سورة الجمعة، الآية(9).

<sup>5</sup> - القرطبي أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد، المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية، تحقيق سعيد أحمد أعراب، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1988م، الجزء الثاني، ص(61 - 62).

بسواء يدا بيد، فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد<sup>1</sup> والمرابحة بيع عين بئمن، فالجنسان فيها مختلفان لذلك جاز بيع أحدهما بالآخر.

3. وجاء في كتب الفقهاء التي تناولت البيوع: "المرابحة أن يقول العالم بالئمن: وليتك أو أشركتك أو بعثك بما اشتريت أو برأس مال...، ويصح بلا كراهة بزيادة درهم لكل عشرة"<sup>2</sup>.

فالمرابحة نوع من أنواع البيوع، لا فرق بينه وبين بيع المساومة إلا في المعلومية بالئمن الأول الذي تم به الشراء، وقد كان يتعامل الناس به من غير نكير أو حجة<sup>3</sup>.

وعقد المrabحة في إطاره العام، عقد بيع أركان عقد البيع فيه كالصيغة الموضحة للإيجاب والقبول بين طرفي العقد، وأن يتسموا بالأهلية والتميز، وتحمل الأثر الناجم عن العقد، ومحل العقد وهي سلعة المrabحة، أما في إطاره الخاص فعقد المrabحة تحكمه بعض الشروط الخاصة به، التي تضمن السلامة الشرعية للعقد وهي:

1. أن يكون العقد الأول صحيحاً، فإن كان فاسداً لم يجز بيع المrabحة ويكون حكمها الرد.<sup>4</sup>
2. أن يكون الثمن الأول معلوماً للمشتري الثاني في مجلس العقد قبل أن يفترقا.<sup>5</sup>
3. أن يكون الربح معلوماً للمشتري الثاني، كون بيع المrabحة مبني بالأساس على العلم بالئمن الأول مع إضافة ربح معلوم لكلا الطرفين<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - النيسابوري أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، دون رقم الطبعة، الجزء الثاني، جمعية المكنز الاسلامي، القاهرة، دون تاريخ الطبع، ص(676).

<sup>2</sup> - أبي السرور صفي الدين، العباب المحيط بمعظم نصوص الشافعي والأصحاب، دون رقم طبعه، دار المنهاج، دون مكان الطبع، دون تاريخ الطبع، المجلد الثاني، ص(77).

<sup>3</sup> - دررور إلياس، بيع المrabحة (حقيقته، حجيته، شروطه، ضوابطه وتطبيقاته المعاصرة)، الطبعة الأولى، مكتبة تونس، تونس، 2015م، ص(25).

<sup>4</sup> - الرحمن مفيض، رؤية شرعية حول المrabحة وصياغتها المصرفية، دراسات الجامعة الإسلامية العالمية شيتاغونغ، بنغلاديش، المجلد الرابع، ديسمبر 2007م، ص(173).

<sup>5</sup> - ملحم أحمد سالم، بيع المrabحة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005م، ص(35).



4. ألا يكون الثمن في العقد الأول مقابلاً بجنسه من أموال الربا، فإن كان مقابلاً بجنسه لم يجز بيع المرابحة، كونها بيع بالثمن الأول وزيادة، والزيادة في الأموال الربوية رباً محرم.<sup>2</sup>
5. أن يكون الثمن الأول من ذوات الأمثال، وهي جميع الأوراق النقدية والمكاييل والموزونات، وإن كان مما لا مثل له أو قيمياً كالعروض جازت مباحته شرط أن توضح قيمته.<sup>3</sup>

وأما صور الربح في المرابحة البسيطة، فيمكن أن يكون كما يأتي:<sup>4</sup>

1. نسبة معلومة من رأس المال (العشر أو الخمس) كأن يقال: بعتك برأس المال وريح درهم لكل عشرة.
2. مبلغاً معلوماً مفرداً عن رأس المال كأن يقال: بعتك برأس المال وريح مائة مثلاً.
3. مبلغاً مقطوعاً بالإضافة إلى نسبة معلومة، كأن يقال اشترت وبعتك بمائتين وريح درهم لكل عشرة.
4. المبحث الثاني: المرابحة المصرفية، حقيقتها، السند الفقهي لها، صور تطبيقها.

<sup>1</sup> - المكاوي محمد محمود، التمويل بالمرابحة في البنوك الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2015م، ص(23).

<sup>2</sup> - أبو محييد موسى عمر مبارك، مخاطر صيغ التمويل الإسلامي وعلاقتها بمعيار كفاية رأس المال للمصارف الإسلامية من خلال معيار بازل2، أطروحة دكتوراه غير منشورة، الأكاديمية العربية للعلوم المالية المصرفية، الأردن، 2008م، ص(74).

<sup>3</sup> - الصاوي محمد صلاح محمد، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجه الإسلام، الطبعة الأولى، دار المجتمع للنشر والتوزيع، جدة، 1990م، ص(206 - 207).

<sup>4</sup> - المرجع السابق نفسه، ص(200).

طرحت المربحة المصرفية كصورة مستحدثة عن المربحة البسيطة، لتكون أسلوب تمويل إسلامي يتلاءم وطبيعة عمل المصارف الإسلامية بعيداً عن التعاملات الربوية، ولتصبح فيما بعد الأسلوب الأكثر تطبيقاً في المصارف الإسلامية.

المطلب الأول: حقيقة المربحة المصرفية، ونشأتها

ظهرت المربحة المصرفية للمرة الأولى عام 1976م من خلال أطروحة دكتوراه للباحث سامي حسن حمود بعنوان "تطوير الأعمال المصرفية بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية" حيث نوقشت بتاريخ 1976/6/30م في جامعة القاهرة بكلية الحقوق.<sup>1</sup>

وتم إقرار التعامل بها عملياً للمرة الأولى عام 1980م، فكانت نقطة التحول في العمل المصرفي الإسلامي آنذاك كونها فتحت مجال التمويل الاستهلاكي لشريحة هائلة من العملاء<sup>2</sup>، فقد أشارت الإحصائيات لأن المربحة المصرفية تشكل ما نسبته (80-90)% من تمويلات المصارف الإسلامية.<sup>3</sup> ولقد تعددت تعريفات منظري الاقتصاد الإسلامي للمربحة المصرفية، إلا أنها تبقى متشابهة في وصفها لها ومن هذه التعريفات: "قيام من يريد شراء سلعة معينة بالطلب من طرف آخر (المصرف الإسلامي) بأن يشتري السلعة ويعدده بأن يشتريها منه بريح معين ويسعى من يريد السلعة بالأمر بالشراء أما الطرف الآخر (المصرف الإسلامي) فيسعى المأمور بالشراء أو البائع- هذا ويقوم الأمر بالشراء بدفع الثمن للمصرف حالاً أو مقسطاً أو مؤجلاً وعادة ما يتم دفع الثمن بموجب أقساط شهرية أو سنوية متساوية أو دفعة واحدة بعد أجل محدد".<sup>4</sup>

نلاحظ من التعريف أعلاه أن المربحة المصرفية تتكون من بائع أول (مورد السلعة)، والأمر الشراء (عميل المصرف الإسلامي)، والمأمور بالشراء (المصرف الإسلامي)، ويجمع بين الأطراف الثلاثة عقود ذات طبيعة شرعية وقانونية كما يلي: عقد بيع أول بين مورد السلعة والمصرف الإسلامي، ثم الوعد بالشراء وعقد بيع ثانٍ بين العميل والمصرف الإسلامي بعد تملكه السلعة المطلوبة.

<sup>1</sup> - عفانة حسام الدين موسى، بيع المربحة للأمر بالشراء - دراسة تطبيقية في ضوء شركة بيت المال الفلسطيني العربي، الطبعة الأولى، طبع على نفقة شركة بيت المال الفلسطيني، فلسطين، 1996م، ص(19).

<sup>2</sup> - يوسف كمال محمد، المصرفية الإسلامية الأزمات والمخارج، الطبعة الثانية، دار الوفاء للنشر، مصر، 1996م، ص(94).

<sup>3</sup> - الربيعه سعود محمد، صيغ التمويل بالمربحة، الطبعة الأولى، مركز المخطوطات والتراث والوثائق، الكويت، 2000م، ص(35).

<sup>4</sup> - الشمري صادق راشد، الصناعة المصرفية الإسلامية مداخل وتطبيقات، الطبعة الأولى، دار اليازوري للنشر والتوزيع، عمان، 2014م، ص(147).

المطلب الثاني: السند الفقهي للمرابحة المصرفية، وصور تطبيقها

وتتمثل صور تطبيق المرابحة المصرفية

الصورة الأولى: المرابحة المصرفية على الوعد الملزم للطرفين، وهي الصورة الأكثر شيوعاً في المصارف الإسلامية، وتكون العلاقة بين المصرف والعميل بعد الموافقة على طلب التمويل بالمرابحة قائمة على الوعد الملزم لكلاهما<sup>1</sup>.

الصورة الثانية: المرابحة المصرفية على أساس الوعد الملزم لأحد الطرفين، فيكون الإلزام فيها إما للعميل وإما للمصرف الإسلامي، ولا يجتمع الإلزام فيها لكلا الطرفين معاً<sup>2</sup>.

الصورة الثالثة: المرابحة المصرفية على أساس عدم الإلزام بالوعد لكلا الطرفين، فلا يلزم أي من الطرفين بالوعد وإتمام عملية الشراء، ويكون للطرفين الخيار في إتمام العقد المرابحة أو إلغائه<sup>3</sup>. ويأتي السند الفقهي والتكييف بربط واقعة مستجدة بأصلها الفقهي الذي تفرعت منه<sup>4</sup>، وهنا أسندت المرابحة المصرفية من الناحية الفقهية وفق الآتي:

1. ما ورد عن محمد بن حسن الشيباني صاحب أبي حنيفة في كتابه المخارج في الحيل حيث قال: "أن رجلاً أمر رجل أن يشتري داراً بألف درهم، وأخبره أنه إذا فعل اشتراها منه الأمر بألف ومائة...، ثم يأتيه الأمر فيقول له قد أخذتها منك بألف ومائة فيقول المأمور هي لك بذلك"<sup>5</sup>.
2. ما ورد عن الإمام الشافعي في كتابه الأم حيث قال: "وإذا أرى الرجل الرجل السلعة، فقال اشتر هذه وأربحك فيما كذا فاشترها الرجل فالشراء جائز..."<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - سعد المغازي عبد المعطي محمود، المرابحة للأمر بالشراء دراسة فقهية، مجلة كلية البنات الأزهرية، الأقصر، العدد الخامس، 2021م،

ص(246 - 247).

<sup>2</sup> - عفانة حسام الدين، مرجع سابق، ص(26).

<sup>3</sup> - ملحم أحمد سالم، مرجع سابق، ص(76).

<sup>4</sup> - الصحري محمد، الاقتصاد الإسلامي رؤية مقاصديه، الإصدار الإلكتروني الأول، دار إحياء للنشر الرقمي، سوريا، 2013م، ص(23).

<sup>5</sup> - الشيباني محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، الطبعة الأولى، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 1999م، ص(40).

3. وقد نص قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن الوفاء بالوعد، والمرابحة للأمر بالشراء<sup>2</sup> على ما يأتي: "إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من 1-6 جمادى الأولى 1409 هـ الموافق 10-15 كانون الأول (ديسمبر) 1988 م، بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوعي الوفاء بالوعد، والمرابحة للأمر بالشراء، واستماعه للمناقشات التي دارت حولهما، قرر ما يلي:

أولاً: أن بيع المرابحة للأمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور، وحصول القبض المطلوب شرعاً، هو بيع جائز، طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم، وتبعية الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم، وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه.

ثانياً: الوعد -وهو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد- يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد. ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

ثالثاً: المواعدة -وهي التي تصدر من الطرفين- تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين، كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز، لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالئاً للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الإنسان ما ليس عنده. ويوصي بما يلي:

<sup>1</sup> - النافع إدريس بن عمر، الاستثمار وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، الطبعة الأولى، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2021م، ص(167).

<sup>2</sup> - مجلة المجمع (العدد الخامس، ج 2 ص 754 و 965)، قرار رقم: 40 - 41 (2/5 و 3/5)، مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من 1-6 جمادى الأولى 1409 هـ الموافق 10-15 كانون الأول (ديسمبر) 1988م،

في ضوء ما لوحظ من أن أكثر المصارف الإسلامية اتجه في أغلب نشاطاته إلى التمويل عن طريق المربحة للأمر بالشراء.

أولاً: أن يتوسع نشاط جميع المصارف الإسلامية في شتى أساليب تنمية الاقتصاد ولاسيما إنشاء المشاريع الصناعية أو التجارية، بجهود خاصة، أو عن طريق المشاركة والمضاربة، مع أطراف أخرى.

ثانياً: أن تدرس الحالات العملية لتطبيق المربحة للأمر بالشراء لدى المصارف الإسلامية، لوضع أصول تعصم من وقوع الخلل في التطبيق، وتعين على مراعاة الأحكام الشرعية العامة أو الخاصة ببيع المربحة للأمر بالشراء.

4. وقد صدرت فتوى عن دار الإفتاء الأردنية<sup>1</sup> بشأن موضوع المربحة فنصت على: "المربحة بيع يقوم على أساس معرفة الثمن الأول وزيادة ربح، فهو من بيوع الأمانة التي ينبغي أن يكون الثمن والربح فيها معلومين، بناء على اتفاق بين المتعاقدين. كما قال الشريبي رحمه الله: "يصح بيع المربحة... بأن يشتري شيئاً بمائة مثلاً، ثم يقول لغيره وهما عالمان بذلك: بعك بمائتين، أو بما اشتريت، أي بمثله، أو برأس المال، أو بما قام عليّ أو نحو ذلك، وربح درهم لكل عشرة" "مغني المحتاج" 476/2)

فالمربحة صورة من صور البيع، والبيع جائز بالإجماع؛ قال الله تعالى: (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا) البقرة/275، قال ابن قدامة رحمه الله: "هذا جائز لا خلاف في صحته، ولا نعلم فيه عند أحد كراهة" "المغني" (136/4)، وبهذا عملت البنوك الإسلامية في كثير من تعاملاتها التجارية. ويختلف بيع المربحة عن البيوع الشائعة في أنّ البيع العادي لا يعرف فيه المشتري ربح البائع، بخلاف بيع المربحة؛ فإنّ المشتري يعرف ربح البائع، وباتفاق معه على الزيادة على رأس المال. وبهذا يتبين الفرق بين المربحة والربا من وجوه عدة:

أولاً: المربحة بيع سلعة يجوز فيها الزيادة والنقصان، في حين أن الربا عملية قرض بزيادة ترد على النقود فقط؛ وذلك لأن النقود وسيلة في الإسلام وليست سلعة، في حين أن الاقتصاد الرأسمالي يعتبر النقود سلعة.

<sup>1</sup> - دار الإفتاء الأردنية، رقم الفتوى: 3034، موضوع الفتوى: بيان الفرق بين المربحة الإسلامية والربا، نوع الفتوى: بحثية

التصنيف: مسائل مالية معاصرة، بتاريخ: 2015-01-22، تحت سؤال: ما الفرق بين المربحة الإسلامية والربا بشكل عام؟.

<https://aliftaa.jo/Question2.aspx?QuestionId>

ثانياً: البائع في المربحة يشتري السلعة ويقبضها وتدخّل في ضمانه، ثم يبيعه للمشتري منه نقداً أو بالأقساط؛ ولذا فإنه يتحمل المسؤولية عن الشيء الذي اشتراه قبل أن يبيعه إلى المشتري ويسلمه إياه، أما المرابي فهو يقرض غيره كي يشتري ما يحتاجه بنفسه، ولا يشتري المرابي هذا الشيء ولا يملكه ولا يدخّل في ضمانه، ولا يتحمل أية مسؤولية عنه أبداً.

وهذا الفرق الجوهرى بين المعاملة الإسلامية والمعاملة الربوية هو الذي جعل ربح البنوك الإسلامية جائزاً؛ لأنه ناتج عن عملية بيع وشراء وضمنان، وجعل ما تتقاضاه البنوك الربوية من فوائد حراماً؛ لأنها مقابل عملية الإقراض فقط.

ثالثاً: أرباح البنوك الإسلامية لا تقبل الزيادة خلال فترة تقسيط الثمن في المربحة؛ لأن نسبة الربح ثابتة، وأما في عقود القروض الربوية فإن نسبة الفائدة متغيرة؛ لوجود شرط ينص على أن الفائدة قابلة للتعديل خلال سداد أقساط القرض الربوي.

رابعاً: المربحة الإسلامية بيع يتم فيه تداول سلعة معينة، وفي هذا تحريك لعجلة الاقتصاد في المجتمع، أما الربا فهو تأجير مجرد للنقود، وتعطيل لحركة الاقتصاد. والله تعالى أعلم

#### خاتمة

وبعد هذه المحطة في تناول موضوع عقد المربحة للأمر بالشراء في العمل المصرفي الإسلامي من منظور الفقه الإسلامي والقانون الفلسطيني فإنه يمكن تلخيص أهم ما جاء في هذا البحث من نتائج وذلك فيما يأتي:

- إن منتج المربحة للأمر بالشراء المنفذ في البنوك الإسلامية يتجلى بقيام البنك بشراء السلع والخدمات يعد عقد المربحة للأمر بالشراء من العقود التي تستعملها البنوك الإسلامية لتقديم الخدمات البنكية لمن يرغب بذلك من العملاء.
- إن هذا النوع من العقود يتمتع بطبيعة قانونية خاصة قد تختلف عن باقي العقود الأخرى، وذلك نظراً لأنه يتكون من ثلاثة أطراف: وهم (البائع والمشتري (العميل طالب التمويل من البنك) والبنك الإسلامي (مانح التمويل).
- إن النظام القانوني الذي يطبق على عقد المربحة هو القرار بقانون المصارف رقم (9) لسنة 2010م والقوانين ذات العلاقة.

- التنظيم القانوني لطبيعة عمل البنوك الإسلامية وتشريع منتجات بنكية ترتبط بالهيئة العليا للرقابة الشرعية يظهر أنه يجب الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية وعدم مخالفتها بأي حال من الأحوال.
  - تم إنشاء الهيئة العليا للرقابة الشرعية استناداً لأحكام المادة (23) من قانون المصارف رقم (9) لسنة 2010م.
  - الهدف من الهيئة العليا للرقابة الشرعية إصدار الأحكام الشرعية وتوحيد الخدمات والمنتجات التي تقدمها المصارف الإسلامية، وكذلك إصدار الفتاوى المتعلقة بالمالية الإسلامية، بما يخدم تطوير منظومة الصيرفة الإسلامية في فلسطين، وذلك بما ينسجم مع أفضل الممارسات الدولية والمعايير الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية AAOIFI.
  - إن منتج المربحة للأمر بالشراء المنفذ في البنوك الإسلامية يتجلى بقيام البنك بشراء السلع والخدمات من مالكيها بثمن معلوم حال ومن ثم يقوم البنك بإعادة بيع هذه السلع للعملاء بثمن مؤجل مع نسبة مربحة معلومة محددة. وفق بيعين أولهما: البيع الذي يتم بين مالك السلعة، وبين البنك الإسلامي، وفي هذه الحالة يقبض البائع المالك الثمن المتفق عليه بشكل كامل وفي الحال من البنك الإسلامي، وبناء على ذلك تدخل هذه السلع في ملك البنك وفي ضمانه، ثم يأتي البيع الثاني: الذي يتم بين البنك الإسلامي وبين العميل، بناء على صورة بيع بالتقسيط مع زيادة نسبة مربحة سنوية معلومة ومحددة. والفقهاء على جواز هذا النوع من البيوع لاعتباره من بيوع الأمانات.
- وأخيراً؛ فإننا نتوجه إلى الله سبحانه بخالص الدعاء أن يوفقنا لتحصيل العلم، وأن يعلمنا ما ينفعنا، وأن ينفعنا بما علمنا، وأن يزدنا علماً، إنه سميع مجيب الدعاء.

#### قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم
- قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1960 .
- قانون المصارف رقم 9 لعام 2010 مقام: <https://maqam.najah.edu/legislation/420> ،
- ابن منظور محمد بن مكرم بن علي بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، تحقيق الكبير عبد الله علي وآخرون، بدون رقم طبعة، دار المعارف، القاهرة، بدون تاريخ طبع.

- أبو القاسم، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافي، فتح العزيز شرح الوجيز، تحقيق وتعليق: علي محمد عوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997.
- أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط2، 1398هـ.
- أبو محييميد موسى عمر مبارك، مخاطر صيغ التمويل الإسلامي وعلاقتها بمعياري كفاية رأس المال للمصارف الإسلامية من خلال معيار بازل2، أطروحة دكتوراه غير منشورة، الأكاديمية العربية للعلوم المالية المصرفية، الأردن، 2008م.
- البريشي، إسماعيل محمد، مسألة "ضَعُ وَتَعَجَل" وتطبيقاتها المصرفية، موقع دائرة الإفتاء الأردنية، دراسات وبحوث، بتاريخ: 10/28، 2020، برابط: <https://aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId>
- بن إبراهيم محمد، الحيل الفقهية في المعاملات المالية. بدون رقم طبعه، الدار العربية للكتاب، بدون مكان الطبع، 1983م.
- التصنيف: مسائل مالية معاصرة، بتاريخ: 2015-01-22، تحت سؤال: ما الفرق بين المربحة الإسلامية والربا بشكل عام؟ <https://aliftaa.jo/Question2.aspx?QuestionId>
- دار الإفتاء الأردنية، رقم الفتوى: 3034، موضوع الفتوى: بيان الفرق بين المربحة الإسلامية والربا، نوع الفتوى: بحثية
- درودر إلياس، بيع المربحة (حقيقته، حجيته، شروطه، ضوابطه وتطبيقاته المعاصرة)، الطبعة الأولى، مكتبة تونس، تونس، 2015م.
- الربيعه سعود محمد، صيغ التمويل بالمربحة، الطبعة الأولى، مركز المخطوطات والتراث والوثائق، الكويت، 2000م.
- الرحمن مفيض، رؤية شرعية حول المربحة وصياغتها المصرفية، دراسات الجامعة الإسلامية العالمية شيتاغونغ، بنغلاديش، المجلد الرابع، ديسمبر 2007م.
- الزحيلي وهبة، الفقه الشافعي الميسر، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، 2008م.
- سعد المغازي عبد المعطي محمود، المربحة للأمر بالشراء دراسة فقهية، مجلة كلية البنات الأزهرية، الأقصر، العدد الخامس، 2021م.
- الشمري صادق راشد، الصناعة المصرفية الإسلامية مداخل وتطبيقات، الطبعة الأولى، دار اليازوري للنشر والتوزيع، عمان، 2014م.
- شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1986هـ.



- شمس نيوز، رام الله، برابط: <https://shms.ps/post>
- الشيباني محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، الطبعة الأولى، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 1999م.
- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق محمد الزحيلي، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، دارالقلم، بيروت، 1996م.
- الصاوي محمد صلاح محمد، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجهما الإسلام، الطبعة الأولى، دار المجتمع للنشر والتوزيع، جدة، 1990م.
- الصحري محمد، الاقتصاد الإسلامي رؤية مقاصديه، الإصدار الإلكتروني الأول، دار إحياء للنشر الرقمي، سوريا، 2013م.
- عفانة حسام الدين موسى، بيع المرابحة للأمر بالشراء- دراسة تطبيقية في ضوء شركة بيت المال الفلسطيني العربي، الطبعة الأولى، طبع على نفقة شركة بيت المال الفلسطيني، فلسطين، 1996م.
- عفانة، حسام الدين، كتاب فتاوى د. حسام عفانة، المعاملات، (200)، المكتبة الشاملة الحديثة، <https://al-maktaba.org/book>
- القرضاوي، يوسف، بيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجرّيه المصارف الإسلامية، دراسة في ضوء النصوص والقواعد الشرعية، ط1، دار القلم الكويتي، 1984،
- القرطبي أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد، المقدمات المهمّات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية، تحقيق سعيد أحمد أعراب، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1988م.
- 
- الكردي أحمد الحجي، فقه المعاوضات، بدون رقم طبعه، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 2012م.
- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، السكندري المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير، دار الفكر، ط2.
- الماوردى أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، تحقيق محمد سطرجي، دون رقم طبعه، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1994م.
- مجلة المجمع (العدد الخامس، ج2 ص 754 و965)، قرار رقم: 40 – 41 (2/5 و3/5)، مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من 1-6 جمادى الأولى 1409هـ الموافق 10-15 كانون الأول (ديسمبر) 1988م،
- محمد بن أحمد بن محمد الكلبي، ابن جزّي، القوانين الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت.

- المكاوي محمد محمود، التمويل بالمرابحة في البنوك الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2015م.
- ملحم أحمد سالم، بيع المرابحة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005م.
- موقع الأيوبي، <https://aaoifi.com/about-aaoifi>
- النافع إدريس بن عمر، الاستثمار وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، الطبعة الأولى، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2021م.
- النووي أبي زكريا يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، بدون رقم طبعه، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، بدون تاريخ الطبع.
- النيسابوري أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، دون رقم الطبعة، الجزء الثاني، جمعية المكنز الإسلامي، القاهرة، دون تاريخ الطبع.
- يوسف كمال محمد، المصرفية الإسلامية الأزمة والمخرج، الطبعة الثانية، دار الوفاء للنشر، مصر، 1996م.

## ميزانية النوع الاجتماعي في التشريع المغربي

### Gender budget in Moroccan legislation

د. فضمة توفيق: أستاذة التعليم العلي ب كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس -  
المغرب

يسرى الجاي القرشي: باحثة بسلك الدكتوراه مختبر الدراسات الاستراتيجية والتحليل القانونية  
والسياسية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس - المغرب

**ملخص:** يتناول هذا المقال المستجدات التي جاء بها القانون التنظيمي للمالية بالمغرب. ولا يقتصر المقال على تحليل المقترضات التي جاء بها القانون التنظيمي السالف الذكر في شقها المرتبط بمقاربة النوع الاجتماعي فقط، بل يسلط الضوء كذلك على أهم الآليات المسخرة لتنزيل هذه المقترضات واسس تفعيل الميزانية المستجيبة للنوع الاجتماعي بالشكل المرغوب.

**الكلمات المفتاحية:** القانون التنظيمي للمالية، النوع الاجتماعي ، الميزانية المستجيبة للنوع الاجتماعي، المساواة بين الجنسين، الفوارق الاجتماعية.

**Abstract:** This article deals with the latest developments in the regulatory law of finance in Morocco. The article is not limited to analyzing the requirements of the aforementioned regulatory law in its part related to the gender approach only, but also sheds light on the most important mechanisms harnessed to implement these requirements and the foundations for activating the gender-responsive budget in the desired manner.

**Keywords:** finance regulatory law, gender, gender-responsive budget, gender equality, social disparities.

## مقدمة

في خضم الاصلاحات والتحويلات التي عرفتها المجتمعات تم اعتماد المقاربة المبنية على حقوق الانسان التي تحتل فيها قضية النوع الاجتماعي مكانة محورية مهمة سواء من منظور الاعتبارات الأخلاقية أو من خلال المتطلبات الاقتصادية<sup>1</sup>.

إذ بدأ الاهتمام بإدماج النوع الاجتماعي من قبل المنظمات الدولية والاقليمية وحكومات الدول في عملية التنمية عموماً، والميزانية خصوصاً<sup>2</sup> فالتنمية البشرية لا يمكن أن تتحقق إلا بمشاركة الرجال والنساء على حد سواء<sup>3</sup>، في إطار إدماج البعد النوعي في الميزانية.

فمع انخراط المغرب منذ عدة سنوات في مسلسل الإصلاحات البنوية، فقد سعى المغرب شأنه شأن البلدان الأخرى القريبة من الاتحاد الأوروبي وبلدان إفريقيا<sup>4</sup> إلى إدماج البعد النوعي في الميزانية وتخصيص ميزانية للنوع الاجتماعي، حيث أصبحت قوانين المالية ترفق إجبارياً بتقارير للنوع الاجتماعي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - فاطمة الزهراء التاه، إصلاح منظومة المالية العمومية : أية مقاربة لإدماج النوع الاجتماعي؟، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، السنة الجامعية 2016-2017، ص.5.التصرف.

<sup>2</sup> - فاطمة الزهراء أخانه، ميزانية النوع الاجتماعي، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، السنة الجامعية 2016-2017، ص.1.

<sup>3</sup> - EL AZEM RANIA, intégration de l'approche genre dans les projets PASC, centre consultatif  
2..de droit de l'homme (rabat), mercredi 17 octobre 2007, p

<sup>4</sup> - فاطمة الزهراء التاه، مرجع سابق، ص. 5.

<sup>5</sup> - سامية الرماش، قراءة في تقارير النوع الاجتماعي المرفقة بقوانين مالية سنة 2011-2016، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، 2016-2017، ص. 5.

ويمكن تعريف الميزانية بيان تفصيلي يوضح تقديرات إيرادات الدولة ومصروفاتها معبرا عن ذلك في صورة وحدات نقدية تعكس في مضمونها خطة الدولة لسنة مالية مقبلة.<sup>1</sup>

اما مصطلح النوع الاجتماعي فهو مصطلح يشير إلى العلاقات والفوارق بين الرجال والنساء التي ترجع إلى الاختلاف بين المجتمعات والثقافات.<sup>2</sup>

أما بالنسبة للميزانية المستجيبة للنوع الاجتماعي هي برمجة الاعتمادات المالية انطلاقا من الواقع السوسيو-اقتصادي للرجال والنساء من مختلف الأعمار بهدف تحقيق المساواة تحقيق المساواة بين الجنسين، فالميزانية المستجيبة للنوع الاجتماعي لا تعني الزيادة في حجم الإنفاق وإنما تعني طبيعة وأهداف ونتائج النفقات والمداخيل على مختلف الشرائح العمرية من الجنسين.<sup>3</sup>

وبخصوص الإطار التاريخي لهذا الموضوع فقد عرف المغرب تطورات هامة وإصلاحات بارزة مست الجانب المالي خصوصا، وانتهت بإدماج البعد النوعي في الميزانية، وتخصيص ميزانية للنوع الاجتماعي، إذ مرت الميزانية العامة بمجموعة من الإصلاحات والتطورات،<sup>4</sup> ومن بينها إصدار تقرير سنوي للنوع ابتداء من سنة 2005 مرفقا لمشروع قانون مالية السنة، ثم توالى هذه الإصلاحات بصدور دستور 2011.<sup>5</sup> وسوف يكتسي التقرير السنوي اللوع الصادر سنة 2005 طابع الالتزام انطلاقا من صدور القانون التنظيمي للمالية رقم 130.13 سنة 2015.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - FADMA TAWFIK, l'approche genre à la lumière de la loi finances pour 2014, revenue de finances publiques (REMAFIP) n°3, 2013, p.221. marocaine

<sup>2</sup> خديجة الرياح، دليل المساواة وتكافؤ الفرص، الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب، بدعم من صندوق الأمم المتحدة، الدار البيضاء، 2010، ص.31، بالتصرف.

<sup>3</sup> دليل الميزانية المستجيبة للنوع الاجتماعي، مجموعة العمل من أجل ميزانية مستجيبة للنوع الاجتماعي، حركة بدائل مواطنة، في إطار مشروع تقوية قدرات الترافع والمشاركة لدى منظمات المجتمع المدني في مسلسل الميزانية المستجيبة للنوع الاجتماعي، بدعم من صندوق الأمم المتحدة الإنمائي، ص.16.

<sup>4</sup> نجيب جبري، تنزيل الدستور المالي بالمغرب بين ضرورة الإصلاح ورهان الحكامة المالية، مطبعة الأمنية، الرباط، الإصدار السابع، يونيو 2013، ص.30.

<sup>5</sup> الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 29 يوليوز 2011، القاضي بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية عدد 5964.

<sup>6</sup> -القانون التنظيمي 130.13 لقانون المالية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.62 صادر في 14 من شعبان 1436 الموافق ل 2 يونيو 2015.

وتكمن أهمية هذا الموضوع من خلال الأهمية العلمية والعملية له، فبخصوص الأهمية العلمية للموضوع فهي تتمحور في القوانين والتقارير المؤطرة والمنظمة للميزانية المستجيبة للنوع الاجتماعي، من بين هذه القوانين الدستور المغربي لسنة 2011 - التقارير المرفقة لقوانين المالية، كذلك القانون التنظيمي للمالية 130.13، والقوانين التنظيمية للجماعات الترابية. أما بخصوص الأهمية العملية فهي تندرج في مدى تفعيل هذه القوانين من قبل المؤسسات والهيئات التي خول لها المشرع تنزيل وضمان تفعيل النوع الاجتماعي ضمن الميزانية العامة. من خلال هذا التقديم يمكن طرح الإشكالية الرئيسية التالية: أين تتجلى مظاهر تطبيق ميزانية النوع الاجتماعي بالمغرب؟

من خلال هذه الإشكالية يتفرع عنها أسئلة فرعية:

\* ما هي مرجعية الميزانية المستجيبة للنوع الاجتماعي؟

\* ما هي آليات تنفيذ الميزانية المستجيبة للنوع الاجتماعي؟

\* كيف تم تفعيل ميزانية النوع الاجتماعي على مستوى الميزانية العامة؟

ولدراسة وتحليل هذا الموضوع تم اعتماد على المنهج التحليلي المقارن ويطرح هذا الموضوع فرضيتين:

الفرضية الأولى: اعتماد المغرب لميزانية المستجيبة للنوع الاجتماعي وانعكاسها على أرض الواقع.

الفرضية الثانية: غياب تجليات الميزانية المستجيبة للنوع الاجتماعي في المغرب.

وفق التصميم التالي:

— المبحث الأول: الإطار النظري لميزانية النوع الاجتماعي

— المبحث الثاني: تجليات ميزانية النوع الاجتماعي بالمغرب

### المبحث الأول : الإطار النظري لميزانية النوع الاجتماعي

في إطار الإصلاحات التي شهدتها المغرب وتنفيذا لالتزاماته الدولية حول إدماج مقاربة النوع الاجتماعي في كافة السياسات العمومية، كان لابد من تحديد المرجعية المؤطرة للميزانية المستجيبة للنوع الاجتماعي (المطلب الأول)، ثم الآليات والأدوات التنفيذية لتفعيل وتنزيل الميزانية المستجيبة للنوع الاجتماعي (المطلب الثاني).

### المطلب الأول : المرجعية القانونية لميزانية النوع الاجتماعي

استجابة للتوصيات الصادرة عن إعلان المناظرة الدولية حول ميزانية النوع الاجتماعي، التي انعقدت بمراكش في نونبر 2012، فقد سعى المغرب من خلال الإصلاح الدستوري لسنة 2011، عبر تبنيه لمقاربة النوع الاجتماعي، حيث جاء في ديباجته التي تشكل جزء لا يتجزأ من الدستور، التأكيد على سمو الاتفاقيات الدولية كما صادق عليها المغرب<sup>1</sup>، وذلك من خلال إرساء دعائم مجتمع متضامن، يتمتع فيه الجميع بالأمن والحرية والكرامة والمساواة، وتكافؤ الفرص، والعدالة الاجتماعية ومقومات العيش الكريم، في نطاق التلازم بين حقوق وواجبات المواطنة<sup>2</sup>.

كما جاءت مواد أخرى لتكريس النوع الاجتماعي، حيث ينص الفصل 19 على المساواة بين الجنسين من خلال تمتع الرجل والمرأة، على قدم المساواة، بالحقوق والحريات الواردة في الدستور وكذا الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب وذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها.

<sup>1</sup> - الفقرة الرابعة من تصدير دستور 29 يوليوز 2011.

<sup>2</sup> - فاطمة الزهراء تاه، مرجع سابق، ص.51.

كما يؤكد أيضا الدستور<sup>1</sup> على أن القانون ينص على مقتضيات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج المهام الانتخابية،<sup>2</sup> بالإضافة لهاته الفصول الدستورية نجد في المقابل على أن هناك مجموعة من المقتضيات الدستورية التي نص عليها المشرع الدستوري بشكل ضمني، التي تخول للنساء مجموعة من الحقوق والحريات الأساسية، ومن ذلك نذكر على أنه أصبح للمرأة على غرار الرجل الحق في تقديم الملتزمات في مجال التشريع، وكذا تقديم عرائض إلى السلطات العمومية، كما أن لها الحق أيضا في سن القوانين طبقا لنص الدستور.<sup>3</sup>

ولقد تم تعزيز المرجعية الدستورية للنوع الاجتماعي بواسطة مجموعة من القوانين العادية والتنظيمية وكذا مجموعة من التقارير الهادفة لإدماج مقاربة النوع الاجتماعي في السياسات العمومية.

فبخصوص القوانين العادية وسعيا وراء تكريس المساواة بين الجنسين في القوانين التشريعية تم القيام بمجموعة من الإصلاحات ذات أهمية كبرى نذكر منها :

مدونة الأسرة<sup>4</sup> إذ جاء المشرع بمجموعة من الإصلاحات التي لم تتطرق لها مدونة الأحوال الشخصية من حيث النوع الاجتماعي حيث تم إقرار مبدأ المساواة بين الزوجين وخولت حماية للمرأة من خلال تفويتها الحق في الولاية والمساواة في سن الزواج وممارسة حق الطلاق من قبل الزوج والزوجة، وكذا توسيع حق المرأة في التطليق، ويبقى أهم مستجد هو المساواة في تدبير الأموال المشتركة - وكذلك نجد القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء الذي حدد مجموعة من السلوكيات التي تشكل عنفا ضد المرأة.<sup>5</sup> وكذا عدة قوانين أخرى كالقانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية.

<sup>1</sup>- الفصل 30 من دستور 2011.

<sup>2</sup>- تقرير ميزانية النوع الاجتماعي لسنة 2014 انجازات تشريعية وقانونية ومؤسسية، نتاج عملية مستمرة.

<sup>3</sup>-الفصلان 14 و 15 من دستور 2011.

<sup>4</sup>- القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22، الجريدة الرسمية عدد 5184، صيغة

محنة بتاريخ 25 يناير 2016.

<sup>5</sup>-المادة الأولى من القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء.



أما بخصوص القوانين التنظيمية فنجد من أهم القوانين التنظيمية، القانون التنظيمي رقم 130.13 لقانون المالية.

فقد تم تكريس مقاربة النوع الاجتماعي في القانون التنظيمي رقم 130.13 حيث نص هذا الأخير على أنه "يأخذ بعين الاعتبار معيار النوع في تحديد الأهداف والمؤشرات".<sup>1</sup>

وبهذا فإن الميزانية المستجيبة للنوع الاجتماعي هي أداة يجب أن تسخر عند وضع البرامج التنموية والسياسات العمومية بشكل يسمح للمرأة بالتمتع بكافة الحقوق والواجبات التي يتمتع بها الرجل.<sup>2</sup>

أما القوانين التنظيمية لمجلسي البرلمان، وبخصوص القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب من جهة،<sup>3</sup> فقد نص على إدماج المرأة في المشاركة في الانتخابات على صعيد الدائرة الانتخابية الوطنية، وأكد على تضمين لائحة الترشيح لـ 60 مرشحة<sup>4</sup> ومن جهة أخرى فالقانون التنظيمي المتعلق بمجلس المستشارين نص في الفقرة التاسعة من المادة 24 على أنه "يجب أن لا تتضمن كل لائحة من لوائح الترشيح أسمين متتابعين لمرشحين اثنين من نفس الجنس".<sup>5</sup>

وسيرا على نفس النهج الذي عرفه المغرب منذ 2006، يوجد ضمن الوثائق المرفقة لمشاريع قوانين المالية، تقرير خاص حول ميزانية النوع الاجتماعي ومجالات تطبيقه على مستوى الميزانيات القطاعية، ويشير هذا التقرير في إطار التقديم إلى انخراط 25 قطاعا وزاريا في إطار

<sup>1</sup>-المادة 39 من القانون التنظيمي رقم 130.13.

<sup>2</sup>-مداخلة الأستاذ عسو منصور، ندوة علمية تحت عنوان، النوع الاجتماعي والقيادة النسائية: أي دور للجامعة المغربية في تعزيز ثقافة المحاضرات، كلية الحقوق فاس، الثلاثاء 15 ماي 2018، مداخلة شفوية غير منشورة.

<sup>3</sup>- القانون التنظيمي رقم 27.11 المتعلق بمجلس النواب، كما تم تعديله بالقانون التنظيمي رقم 20.16 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.118 بتاريخ 10 غشت 2016، الجريدة الرسمية عدد 6490، ص.5853.

<sup>4</sup>-المادة 23 من القانون التنظيمي رقم 27.11 المتعلق بمجلس النواب.

<sup>5</sup>- القانون التنظيمي رقم 28.11 المتعلق بمجلس المستشارين، كما تم تعديله بالقانون التنظيمي رقم 32.15 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.88 بتاريخ 16 يوليوز 2015، الجريدة الرسمية عدد 6380.

مقاربة النوع الاجتماعي، وإشراكها في تحضير تقرير النوع الاجتماعي الذي يصاحب قانون المالية.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني : أدوات تنفيذ ميزانية النوع الاجتماعي

تتمتع الميزانية حسب مقاربة النوع الاجتماعي ببعد هيكلي استراتيجي لكونها تجمع بين أهداف اجتماعية واقتصادية وسياسية.<sup>2</sup>

ولقد خصص المشرع عدة مؤسسات وهيئات تسهر على تنفيذ الميزانية وفق البعد الاجتماعي، من بين هذه المؤسسات نجد السلطة التنفيذية {الحكومة} والسلطة التشريعية {البرلمان}، في المقابل تم إحداث آليات مؤسساتية جديدة لتنفيذ المقترحات الدستورية الجديدة في مجال مساواة المرأة والرجل، وهكذا تم إحداث الهيئة المكلفة بالمناصفة ومحاربة كل أشكال التمييز بناء على الفصلين 19 و 164 من الدستور.<sup>3</sup>

فبخصوص السلطة التنفيذية وانطلاقا من دستور 2011 الذي ينص<sup>4</sup> على أن الحكومة تعد برنامجها التي تعتمده تنفيذها خلال مدة ولايتها والذي يتقدم به رئيس الحكومة أمام مجلسي البرلمان قصد المصادقة عليه، ومن هنا فإنه يتعين على الحكومة التقيد بإدماج مقاربة النوع في مختلف المجالات.

فالحكومة لها دور مهم في دمج البعد الاجتماعي وذلك على مستوى إعداد الميزانية، والذي يعتبر ضروريا من أجل ضمان توزيع عادل وفعال للموارد المالية.

ومنذ الإصلاح الدستوري الذي شهده المغرب سنة 2011 عملت الحكومة على تبني الخطة الحكومية للمساواة (إكرام 1) في أفق المناصفة وفق مقاربة تشاركية شملت جل القطاعات الحكومية، وتعتبر الخطة الحكومية للمساواة (إكرام 2012-2016) إطارا لتحقيق التقائية مختلف

<sup>1</sup>- أحمد مفيد، مقاربة النوع في مالية 2010، المجلة المغربية للمالية العمومية، عدد 1 أبريل 2010، ص.65.

<sup>2</sup>- سعيد جعفري، المبادرة الوطنية للتنمية البشرية : السياق العام، الأسس والآليات، مكتبة الرشاد، طبعة 2006، ص.3.

<sup>3</sup>- كريم لحرش، الدستور الجديد للمملكة المغربية : شرح وتفسير وتحليل، سلسلة العمل التشريعي والاجتهادات القضائية، العدد 3، 2010، ص.32.

<sup>4</sup>- الفصل 88 من الدستور المغربي لسنة 2011.

المبادرات المتخذة للنهوض بالمساواة بين الجنسين، كما تعتبر أداة لترجمة الالتزامات المعبر عنها في البرنامج الحكومي للفترة الممتدة ما بين 2012 و 2016.<sup>1</sup> وكذلك (إكرام 2) الممتدة بين 2017 و 2021.

أما بخصوص البرلمان كسلطة تشريعية، فله دور أساسي في تحديث الميزانية باعتباره يمثل مختلف فئات الشعب ويترجم مصالح مختلف هذه الفئات، وحيث أن دعم البرلمان لمسلسل تحديث الميزانية، بما في ذلك منطق النتائج ومقاربة النوع، يجعل هذه الميزانية تستجيب لشروط الإنصاف والعدالة الاجتماعية والنجاعة الاقتصادية والشفافية السياسية. وهذا الدور لا يرتبط فحسب بأداء مؤسساتي من أجل تدبير جيد للشأن العام، بل يكتسي أيضا بعدا معنويا وأخلاقيا.<sup>2</sup> زيادة على هذا فإن البرلمان يمارس مهمة الرقابة على العمل الحكومي ومدى التزام الحكومة بتعهداتها وكذا تقييم السياسات العمومية. وفي هذا الإطار فإن مجلس النواب ، أصبح واعيا بالتحول الجديد في آلية الرقابة على قوانين المالية السنوية انطلاقا من مقتضيات الدستور والقانون التنظيمي للمالية 130.13 من خلال ضرورة استثمار ليس فقط تقرير الميزانية القائمة على النتائج من منظور النوع، وإنما أيضا كافة الوثائق المرفقة به وتقارير مؤسسة الحكامة بغية التأكد من مدى تنفيذ الحكومة لتعهداتها الدستورية والقانونية المرتبطة بمبدأ المساواة بين الجنسين، وفي هذا الإطار فإن مساهمة مجلس النواب في تكريس ميزانية النوع الاجتماعي تترجمها مقتضيات النظام الداخلي للمجلس الذي خصص الباب التاسع للمساواة والمناصفة والذي وضع عدة قوانين ترتبط بتكريس مبدأ النوع الاجتماعي وتفعيل آليات الرقابة عليه.<sup>3</sup>

أما بخصوص الهيئات التي تحرص على تنفيذ مقاربة النوع، إذ نص دستور 2011 على مجموعة من الهيئات إما في شكل مؤسسات وطنية أو هيئات استشارية والتي يتعين أن تتسم

<sup>1</sup>-الخطة الحكومية للمساواة، وزارة الأسرة والتضامن والمساواة والتنمية الاجتماعية، منشور بالموقع [www.social.gov.ma](http://www.social.gov.ma)

<sup>2</sup>-كلمة رئيس مجلس النواب، الحبيب المالكي، خلال اليوم الدراسي المنظم من طرف اللجنة الموضوعاتية للمساواة والمناصفة حول موضوع ميزانية النوع الاجتماعي، منشور على الموقع الإلكتروني: [www.mmsp.gov.ma/uploads/file/RG2013AR.pdf](http://www.mmsp.gov.ma/uploads/file/RG2013AR.pdf)

<sup>3</sup>-دليل إصلاح الميزانية، المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية المرتكزة على النتائج والمدمجة لمقاربة النوع الاجتماعي، بدعم من صندوق الأمم المتحدة الإنمائي، المملكة المغربية، وزارة الاقتصاد والمالية، 2005، ص.65.

بالاستقلالية ومن بين هذه الهيئات نجد {المجلس الوطني لحقوق الإنسان}، إذ أن الإصلاحات الراهنة لا يمكن أن تتحقق بدون أخذ حقوق الإنسان بعين الاعتبار<sup>1</sup>.  
ومن بين الهيئات أيضا نجد {هيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز}، المشرع عمل على تمتيع الرجل والمرأة، على قدم المساواة بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية وكذا من خلال الاتفاقيات والمواثيق الدولية كما صادق عليها المغرب<sup>2</sup> وتماشيا مع مقتضيات الدستورية جاء القانون رقم 79.14<sup>3</sup> المتعلق بهيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز، إذ تتمتع بعدة اختصاصات من بينها الرصد والتتبع واختصاصات تواصلية وتحسيسية<sup>4</sup> تحت من خلالها على احترام التنزيل الفعال للنوع الاجتماعي في كافة القطاعات والسهر على تنفيذ المقتضيات والنصوص المدمجة للنوع الاجتماعي.

### المبحث الثاني : تجليات ميزانية النوع الاجتماعي بالمغرب

إن تطبيق ميزانية النوع الاجتماعي بالمغرب تتجلى من حيث التنزيل على مستوى الميزانية العامة وذلك من خلال إعداد قانون مالية يبنني على النوع الاجتماعي والتقارير المرفقة له (المطلب الأول) تقييم تجربة الميزانية المستجيبة للنوع بالمغرب (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول : تجليات النوع الاجتماعي على مستوى الميزانية العامة

تعتبر الميزانية المستجيبة للنوع الاجتماعي من أهم الإصلاحات التي تم التنصيص عليها، إذ نلاحظ انخراط وزارة الاقتصاد والمالية في هذا الإصلاح وذلك من خلال إدماج النوع

<sup>1</sup>- أمين ركلمة، تأصيل مقاربة النوع في دستور 2011، مجلة مسالك في الفكر والسياسية والاقتصاد، عدد مزدوج 23-24، 2012، ص.37.

<sup>2</sup>- هاجر الشحاطي، الدستور المغربي الجديد وتكريس مبدأ المناصفة، مجلة أنفاس حقوقية، العدد الرابع، يوليو 2012، ص.155.  
<sup>3</sup>- القانون رقم 79.14 المتعلق بهيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز، الصادر تنفيذه الظهير الشريف رقم 1.17.47 الصادر في 30 من ذي الحجة 1438 (21 شتنبر 2017) الجريدة الرسمية عدد 6612.

<sup>4</sup>- نسرين بوخيزو، المناصفة بين المحفزات التشريعية والمعوقات الاجتماعية، المجلة المغربية للإدارة والتنمية المحلية، عدد 137، نونبر - دجنبر، 2017، ص.70.

الاجتماعي في التقارير المرفقة لقوانين المالية<sup>1</sup> إذ حرصت على تطبيق هذا البعد الاجتماعي في كافة القطاعات. ونخص بالذكر قطاع الوظيفة العمومية حيث عملت الوزارة الوصية على وضع مجموعة من الاستراتيجيات ويتعلق الأمر بالبرنامج الاستراتيجي على المدى المتوسط من أجل مؤسسة المساواة بين الجنسين في الوظيفة العمومية، وقد تم تمويل هذا البرنامج بتعاون مع الوكالة الكندية للتنمية الدولية (ACDI) من خلال صندوق المساواة بين الجنسين (FAES2). إذ قامت وزارة الوظيفة العمومية وتحديث الإدارة على دعم ومساندة قدرات لجنة القيادة واللجنة الاستراتيجية لمؤسسة المساواة بين الجنسين، ووضع وتقييم برنامج لتوعية وتكوين ومواكبة إدماج المساواة بين الجنسين في مسلسل التوظيف والاختيار والتحسين، وفي إطار تعزيز التوازن بين الحياة الأسرية والمهنية قام القطاع بوضع مشروع يروم إلى تحقيق التوازن بين العمل والأسرة في الوظيفة العمومية سنة 2010.<sup>32</sup>

أما سنة 2015 لم يتم تخصيص أي ميزانية للنهوض بالمساواة بين الجنسين وذلك لكون جميع المنجزات المحققة من طرف شبكة التشاور المشتركة بين الوزارات قد تم تمويلها من طرف هيئة الأمم المتحدة للمساواة بين الجنسين وتمكين المرأة في إطار الشراكة بينهم وبين الوزارة.<sup>4</sup>

كما عرفت سنة 2015 تفعيل مرصد مقارنة النوع الاجتماعي بالوظيفة العمومية والذي تم إعطاء انطلاقته من طرف وزارة الوظيفة العمومية وتحديث الإدارة بمناسبة 8 مارس 2016.<sup>5</sup> إضافة إلى ما سبق قام قطاع الوظيفة العمومية وتحديث الإدارة بإحداث شبكة التشاور

<sup>1</sup> - محمد حنين، المقاربة الميزانية الجديدة، دار القلم للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2007، ص.6، بالتصرف، ذكر في فاطمة الزهراء أخانة، مرجع سابق، ص.49.

<sup>2</sup> - سامية الرماش، مرجع سابق، ص.62.

<sup>3</sup> - وزارة الوظيفة العمومية وتحديث الإدارة، تقرير حول أهم الإنجازات والإصلاحات لوزارة الوظيفة العمومية وتحديث الإدارة برسم 2014-2016، ص 13.

<sup>4</sup> - ministre de l'économie et des finances, rapport sur le budget genre, accompagnant le projet de loi de finance, 2017, p : 45.

<sup>5</sup> - وزارة الاقتصاد والمالية، تقرير حول الميزانية القائمة على النتائج من منظور النوع، سنة 2016، ص 49.

المشتركة بين الوزارات من أجل المساواة بين الجنسين في الوظيفة العمومية وقد قامت كذلك هذه الوزارة بشراكة مع وزارة الشؤون الخارجية الفرنسية وهيئة الأمم المتحدة للمساواة بين الجنسين وتمكين المرأة، بتنظيم الدورة التكوينية الثانية حول النساء الموظفات والقيادة في منطقة البحر الأبيض المتوسط.<sup>1</sup>

وبخصوص الجماعات الترابية تعتبر ميزانياتها جزء لا يتجزأ من مشروع الميزانية العامة، حيث أنها تعد من العناصر التي تساهم في تكاملية مشروع الميزانية العامة للدولة،<sup>2</sup> إذ أن ميزانية الجماعات الترابية عبارة عن خطط مالية يجري تحديدها بناء على أولويات تقرر من قبل مجالس تمثيلية منتخبة،<sup>3</sup> مما ينبغي معه إعداد البرامج التنموية للجماعات الترابية وفقاً للبعد الاجتماعي وتفعيلها، وتنفيذها.<sup>4</sup>

إذ على مستوى الجماعات الترابية يستوجب على الميزانية المستجيبة للنوع الاجتماعي أن تحقق تكافؤ الفرص والمساواة بين مختلف فئات المجتمع رجالاً ونساءً وذلك عبر إعادة ترتيب الأولويات سواء على صعيد النفقات أو مصادر الموارد من أجل تحقيق العدالة الاجتماعية، مما يعني:

\*تحديد وفهم احتياجات كل فئة مجتمعية على حدة

\*الوصول إلى توزيع عادل للموارد المالية المتاحة حسب احتياجات وتوقعات كل فئة مجتمعية

\*إعادة جدولة وترتيب أولويات الإنفاق العمومي وإعادة تصميم برامج ومخططات التنمية الترابية وتوجيهها للوصول إلى حالة إقرار المساواة بين جميع أفراد المجتمع وإلى عقلنة استغلال

<sup>1</sup>-مرصد مقارنة النوع الاجتماعي للوظيفة العمومية (OGFP) وبوابته الإلكترونية (www.ogfp.ma) وتدرج هذه المبادرة في إطار المحور السابع للخطة الحكومية للمساواة 2012-2016 "الهدف 22".

<sup>2</sup>-فطمة الزهراء التاه، مرجع سابق، ص 110.

<sup>3</sup>-دليل الميزانية المستجيبة للنوع الاجتماعي، مجموعة العمل من أجل ميزانية مستجيبة للنوع الاجتماعي، حركة بدائل مواطنة، في إطار مشروع تقوية قدرات الترافع والمشاركة لدى منظمات المجتمع المدني في مسلسل الميزانية المستجيبة للنوع الاجتماعي، بدعم من صندوق الأمم المتحدة الإنمائي، ص 45.

<sup>4</sup>-حميد أبو لاس، المقاربة التشاركية على ضوء مشاريع القوانين التنظيمية المتعلقة بالجهة والجماعات الترابية الأخرى، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 120، سنة 2015، ص 108.

الموارء المالىة للءماءاء الأرابىة المأوفرة.

ومن أجل الوصول إلى مىزانىة مسأبىبة للوء الاءءماعى على مسأوى برامء العمل والأأنىة فآعفن آأاء آلىاء وذلك عن أأرىق أألىل المىزانىة الأرابىة من منظر المساواة والوء الاءءماعى وكذلك الأألىل الذى فءءف إلى أأشفىص الأءاءاء الأأنىة على أساس المساواة والوء الاءءماعى، إء الءءف من هذا الأألىل هو إءءاء وصىاغة مىزانىة مسأبىبة للوء الاءءماعى من ألال بنوء نفقاء الأأسىرر وئفقاء الأءهىز {البرامء والمشارىع}، فقاء صءر سنة 2009 قانوء رقم 17.08 الذى ضء نفسا آءىءا فى ءىنامىة إءماء بعء الوء الاءءماعى بالمىزانىة الأرابىة، إءن هذا القانوء آاء بأسأراأىبىة أرمى إلى أأظم العلاءة بىن ءولة والءماءاء الأرابىة فىما فآعلق بءمء البعء الوءى.<sup>1</sup>

هذا على مسأوى برامء العمل والأأنىة، أما على مسأوى المىزانىة السنوىة للءماءاء الأرابىة فإن نفقاء مشروع مىزانىة الءماءاء الأرابىة لا نء فىه أعبىر صرىء ومباشر للوء الاءءماعى ما عءا فى آالاء قلىلة لبعض القأاعاء من بىنها الصءة والأألىم إء نرى فى مشروع مىزانىة فاس لسنة 2017 أنه تم أأصىص بعض النفقاء الأى أأببى على مىزانىة الوء ومن بىن هذه النفقاء الأعوىض عن الولاءة وءفقاء لنظام المساعدة الأبىة فى قأاع الصءة وءفقاء إقامة الأابلة وءفقاء لفاءة الءماءاء فى قأاع الأألىم.<sup>2</sup>

### المألب الأانى: أأببم أءربة المىزانىة المسأبىبة للوء بالمغرب

وفى مقارئة بىن المغرب وفرنسا على مسأوى مىزانىة الوء الاءءماعى ، فمكن ملاحظة أن الأءارب ءولىة (الأءربة الفرنسىة) بلغت نسبة البقاء فى الأألىم الإبأءانى آأى الصف الأءىر 0.99%، وهى ءولة صئفء ضمن الفئة العلىا فى مؤشر أأنىة الأألىم للءمىع ، بىنما فبءرء (المغرب) فى آانة الفئة المأوسطة بمؤشر أأنىة لا فآاوز 0.94% ،<sup>3</sup> وأأضائل الفءوة بىن

<sup>1</sup> - ABDRAHIM FADIL, vers une commance collectivité local spécialisé, reflexion communal, remald, n32, 2011, p15.

<sup>2</sup> -فاطمة الزهراء الأاء، مرءع سابق، ص.ص. 119-120.

<sup>3</sup> - Rapport mondial de suivi sur l'éducation . education pour tous 2000-2015 : progres et en jeux, p .

=



الإناث والذكور ( 14 - 15 ) سنة عن الفجوة النوعية للبالغين أكثر من 15 سنة.

أما على مستوى المساواة في الحقوق السياسية<sup>1</sup>، ومن خلال المقارنة بين التجربة الفرنسية والمغربية نجد أن الحكومة الفرنسية مكونة من 10 وزيرات و 10 وزراء أي المساواة بين الرجال والنساء ، و 8 وزيرات مكلفات مقابل 9 وزراء مكلفين الشيء الذي يوضح لنا أن المناصفة قد تحققت بشكل متميز ، وبالنسبة للمغرب نجد النسبة أقل مما هو الحال عليه في فرنسا إذ لا يتجاوز عدد الوزيرات وزيرة واحدة مقابل 17 وزيرا ، وعدم وجود أي وزيرة منتدبة مقابل 17 وزير منتدب.<sup>2</sup>

في حين نجد أن القطاع الصحي في المغرب نظرا للجهود المبذولة لتحقيق عناية أفضل للأم وتفاذي الوفيات الناتجة عن مضاعفات الحمل أو الولادة بحيث عرفت نسبة المساعدة على الإنجاب والولادة تقدما وصل إلى 74 % مقارنة مع إحصائيات سنة 2014.<sup>3</sup>

فنجاح المغرب في تحقيق رهان التنمية الاجتماعية والمساواة على المستوى السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي، مرهون بتجاوز كل العراقيل والتحديات التي تقف في طريق تقدمه.

### خاتمة

في النهاية يمكن القول على الميزانية المستجيبة للنوع الاجتماعي تساعد في إعادة صياغة مضمون البرامج والسياسات الاقتصادية من منظور النوع الاجتماعي، نظرا لأن الكثير من هذه الميزانيات تمت بمبادرة ومشاركة من المجتمع المدني كما أثبتت كيف يمكن للميزانية أن تكون مستجيبة لحاجيات الجندر وأن تضعها في القرارات المالية.

=  
170.

<sup>1</sup>-سامة الرماش، مرجع سابق، ص.81.

<sup>2</sup>-الموقع الرسمي لرئاسة الحكومة، www.pm.gov.ma .

<sup>3</sup>-تقرير الأمم المتحدة عن الأهداف الإنمائية، برامج الأمم المتحدة، نيويورك، 2010، ص.30.



ومن هذا المنطلق سارع المغرب منذ الألفية الثانية إلى نهج سياسية تنموية تأخذ بعين الاعتبار النوع الاجتماعي، إيماناً منه بضرورة احترام حقوق الإنسان ودمقرطة وبناء دولة القانون، خاصة بعد عقود طويلة من التخلف والفقر وتدني معادلة التنمية، وفي هذا الإطار اهتمت مختلف القطاعات الحكومية بتنفيذ هذا التوجه فأصدرت العديد من البرامج الحكومية. وتهدف هذه البرامج إلى القضاء على كافة أشكال التمييز والإقصاء سواء على مستوى الوصول إلى مناصب القرار والحكم وشغل الوظائف العمومية، أو على مستوى إدماج الفئات المهمشة والمعزولة في المجتمع، ومحاولة تقريبها وتمكينها من مختلف الحقوق والخدمات دون تمييز.

وبالرغم من كل الجهود المبذولة والأرقام المشجعة التي حققتها المغرب على مستوى رفع مؤشر التنمية إلا أنه لا زالت تطرح أمامه العديد من التحديات والعراقيل التي تحول دون وصوله لمراتب متقدمة، ولتجاوز هذه العراقيل يمكن تقديم المقترحات التالية كأفاق لحل مختلف الإشكالات :

- وضع مؤشرات لقياس مدى نجاعة وفعالية المقاربة الميزانياتية.
- تعبئة الموارد المالية محليا ودوليا من أجل التمكن من الاستمرارية في تشغيل وتطوير المنظومة المتكاملة لمناهضة العنف ضد النساء بمختلف محاورها الاستراتيجية وإجراءاتها الداعمة والتي يشكل تضافر مكوناتها شرطا أساسيا لتطبيق الظاهرة.
- الرفع من مستوى الولوج إلى التعليم في صفوف الفتيات وذلك بتخصيص منح دراسية لكل من السلك الأساسي والثانوي التأهيلي وأخص بالقول بالمناطق القروية وتقديم الحوافز للاحتفاظ بأفضل الأساتذة وتوفيرهم بالأماكن الأشد حاجة إليهم.

### لائحة المراجع

#### المراجع باللغة العربية

#### النصوص القانونية

-ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور.



- القانون التنظيمي رقم 130.13 لقانون المالية، الجريدة الرسمية عدد 3670 بتاريخ فاتح رمضان 1436 (1 يونيو 2015)، ص 5811 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.15.62 الصادر في شعبان 1436 (2 يونيو 2015) .

- القانون التنظيمي رقم 27.11 المتعلق بمجلس النواب، كما تم تعديله بالقانون التنظيمي رقم 20.16 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.118 بتاريخ 10 غشت 2016، الجريدة الرسمية عدد 6490، ص 5853.

- القانون التنظيمي رقم 28.11 المتعلق بمجلس المستشارين، كما تم تعديله بالقانون التنظيمي رقم 32.15 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.88 بتاريخ 16 يوليوز 2015، الجريدة الرسمية عدد 6380.

- القانون رقم 79.14 المتعلق بهيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز، الجريدة الرسمية عدد 66.12 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.17.47 الصادر في 30 من ذي الحجة 1438 (21 شتنبر 2017).

- القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22، الجريدة الرسمية عدد 5184، صيغة محينة بتاريخ 25 يناير 2016.

- القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء.

#### المؤلفات

-نجيب جيري، تنزيل الدستور المالي بالمغرب بين ضرورة الإصلاح ورهان الحكامة المالية، مطبعة الأمنية، الرباط، الإصدار السابع، 2013.

سعيد جعفري، المبادرة الوطنية للتنمية البشرية : السياق العام، الأسس والآليات، مكتبة الرشاد، سطات، طبعة 2006.

-محمد حنين، المقاربة الميزانية الجديدة، دار القلم للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2007.

#### الرسائل

-فاطمة الزهراء التاه، إصلاح منظومة المالية العمومية : أية مقارنة لإدماج النوع الاجتماعي؟، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، 2016-2017.

-فاطمة الزهراء أخانة، ميزانية النوع الاجتماعي، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، 2016-2017.

-سامية الرماش، قراءة في تقارير النوع الاجتماعي المرفقة بقوانين مالية سنة 2011-2016، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، 2016-2017.

### المقالات

-أحمد مفيد، مقارنة النوع في ماللية 2010، المجلة المغربية للمالية العمومية، عدد 1 أبريل 2010.

-أمين ركلمة، تأصيل مقارنة النوع في دستور 2011، مجلة مسالك في الفكر والسياسية والاقتصاد، عدد مزدوج 23-24، 2012.

-كريم لحرش، الدستور الجديد للمملكة المغربية : شرح وتفسير وتحليل، سلسلة العمل التشريعي والاجتهادات القضائية، العدد 3، 2010.

-هاجر الشحواطي، الدستور المغربي الجديد وتكريس مبدأ المناصفة، مجلة أنفاس حقوقية، العدد الرابع، يوليو 2012.

-نسرين بوخيزو، المناصفة بين المحفزات التشريعية والمعيقات الاجتماعية، المجلة المغربية للإدارة والتنمية المحلية، عدد 137، نونبر - دجنبر، 2017.

-حميد أبولاس، المقاربة التشاركية على ضوء مشاريع القوانين التنظيمية المتعلقة بالجهة والجماعات الترابية الأخرى، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 120، سنة 2015.

### التقارير



- وزارة الوظيفة العمومية وتحديث الإدارة، تقرير حول أهم الإنجازات والاصلاحات لوزارة الوظيفة العمومية وتحديث الإدارة برسم 2014-2016.
- تقرير الأمم المتحدة عن الأهداف الإنمائية، برامج الأمم المتحدة، نيويورك، 2010.

