المجلة الدولية للاجتهاد القضائي
International Journal of Legal Interpretative Judgement
المجلد 04، العدد 14
ISSN : 2748-5056

المجـــلة الدولية لـــلاجتهاد القـــضائي

International Journal of Legal Interpretative

دورية علمية دولية محكمة

تعنى بنشر البحوث 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 عن

المركز الديمقراطي العربي
ألمانيا-برلين

رئيس المركز الديمقراطي العربي
عمار شرعان
President of the Democratic Arab Center
Ammar Sharaan
Editor-in-chief/ رئيس التحرير
Dr.Sohail Alahmad/ د. سهيل الأحمد
Deputy Editor-in-Chief/نائب رئيس التحرير
Dr. Youssera Jay Koraichi/ د. يسرى الجاي القريشي
managing editor/مديرة التحرير
Dr.Fatima El Aalati/ د. فاطمة العطلاتي
Chairman of the advisory committee/ رئيس اللجنة العلمية
Dr. Ahmed Benamier/ د.أحمد بنعمير

Volume/ المجلد
04
Issue/ العدد
14
Year/ السنة
June 2024

ISSN: 2748-5056

البريد الالكتروني للمجلة:
judgement@democraticac.de

أعضاء اللجنة العلمية

رئيس الجنة العلميـة:
د. أحمد بنعمير

- أ.د ماهر خضير- عضو المحكمة العليا الشرعية- ديوان قاضي القضاة.- فلسطين
- أ.د جمال الكيلاني، أستاذ الفقه والتشريع، ، جامعة النجاح. فلسطين
- أ. د حسين الترتوري، كلية الشريعة – جامعة الخليل. فلسطين
- أ.د عودة عبد الله- أستاذ التفسير- جامعة النجاح الوطنية- فلسطين
- أ. د. عروة عكرمة صبري- جامعة القدس- فلسطين
- أ. د. محمد مطلق عساف- منسق برنامج الدكتوراه- جامعة القدس – فلسطين.
- د. مأمون الرفاعي- جامعة النجاح- فلسطين
- د يوسف سعدون محمد، تخصص قانون مدني وإجراءات قضائية، كلية أقسام ميسان، قسم القانون، العراق
- د. معداوي نجية، أستاذة مشاركة، كلية الحقوق جامعة البليدة، الجزائر
- د. حكمت عمارنة، أستاذ القانون الجنائي، الجامعة العربية الأمريكية ،فلسطين.
- د. غسان عليان، أستاذ القانون الجنائي، الجامعة العربية الأمريكية ،فلسطين.
- د. علاء السرطاوي، أستاذ الفقه وأصوله، جامعة فلسطين الأهلية. فلسطين.
- د. محمود سلامة، أستاذ القانون الخاص، الجامعة العربية الأمريكية ،فلسطين.
- د.نضال العووادة، دكتوراه في العلوم الجنائية – النيابة العامة الفلسطينية،
- د. أسامة دراج – كلية القانون– جامعة الاستقلال، فلسطين
- د. مهند استيتي –كلية الشريعة – جامعة الخليل
- د. أيمن البدارين- كلية الشريعة- جامعة الخليل- فلسطين.
- د. جمال أبو سالم –كلية الدعوة وأصول الدين- جامعة القدس
- د. أنس أبو العون- كلية الحقوق- الجامعة العربية الأمريكية
- د.خير الدين طالب- كلية الحقوق- الجامعة العربية الأمريكية
- د. حمزة إسماعيل، كلية الحقوق – الجامعة العربية الأمريكية.
- د. عائشة عبد الحميد- أستاذة محاضرة – كلية الحقوق – جامعة الشاذلي بن جديد الطارف. الجزائر ،
- د. عبد اللطيف ربايعة، أستاذ مشارك في القانون الجنائي، جامعة الاستقلال، فلسطين
- د. محمد بدوسي، أستاذ مساعد في القانون الجنائي، جامعة الاستقلال، فلسطين.
- د. نهله أحمد فوزى البرهيمي -استاذ القانون المدنى المساعد – جامعة الحدود الشمالية- السعودية

محددات النشر

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

- الأحاديث النبوية: اسم المؤلف، عنوان الكتاب، الكتاب، الباب، رقم الحديث، رقم الطبعة، بلد النشر، دار النشر، سنة النشر، الصفحة.
- المواقع الالكترونية: لقب الكاتب ، اسم الكاتب ،" عنوان المقال" اسم الموقع الالكتروني
  - رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه: يكتب اسم صاحب
  - البحث، العنوان، يذكر رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه ، اسم الجامعة، اسم الكلية، السنة.
  - إذا كان المرجع نشرة أو إحصائية صادرة عن جهة رسمية: يكتب اسم الجهة، عنوان التقرير، أرقام الصفحات، سنة النشر
- يتم تنسيق الورقة على قياس (A4) ، بحيث يكون حجم ونوع الخط كالآتي:
- نوع الخط هو Sakkal Majalla (حجم 16 بارز (Gras) بالنسبة للعنوان الرئيس، وحجم 14 بارز بالنسبة للعناوين الفرعية، وحجم 14 عادي بالنسبة للمتن، وحجم 11 عادي بالنسبة للجداول والأشكال إن وجدت، وحجم 9 عادي بالنسبة للهوامش).
- أما المقالات المقدمة باللغة الأجنبية تكون مكتوبة بالخط Times New Roman12.
- ترك هوامش مناسبة (2.5)من جميع الجهات.
- يتراوح عدد كلمات البحث من 4000 كلمة إلى 7000 كلمة
- يرسل البحث المنسق على شكل ملف مايكروسفت وورد، إلى البريد الإلكتروني: judgement@democraticac.de
- يتم تحكيم البحث من طرف محكمين أو ثلاثة.
- يتم إبلاغ الباحث بالقبول المبدئي للبحث أو الرفض.
- يمكن للباحث إجراء التعديلات المطلوبة وإرسال البحث المعدل إلى نفس البريد الإلكتروني المذكور أعلاه.
- يخضع ترتيب المقالات في المجلة على أسس موضوعية.
- لا يرسل المقال إلى هيئة التحكيم في حالة عدم اتباع كل شروط النشر.
- تعبر المضامين الواردة في المقال عن آراء أصحابها ولا تمثل أراء المجلة.

ISSN : 2748-5056

Details and information | تفاصيل ومعلومات

البريد الإلكتروني | E-mail	judgement@democraticac.de
الهاتف | Phone	Tel: 0049-code 030-89005468/030-89899419/030-57348845 Mobiltelefon:0049174278717
العنوان | Address	Germany: Berlin
الموقع الإلكتروني | Website	http://democratic.de/wordpress/

https://portal.dnb.de/opac.htm?query=ido%3D544309254&method=simpleSearch&cqlMode=true

مواقع التواصل الاجتماعي
Facebook Accounts

https://www.facebook.com/democraticac?ref=hl
https://www.facebook.com/groups/1102628789762366
https://twitter.com/Democratic_AC

المجلة مفهرسة ضمن | The following is a list of the Indexing databases

قاعدة بيانات المكتبة الوطنية الألمانية
DEUTSCHE NATIONAL BIBLIOTHEK
GERMAN NATIONAL LIBRARY
المكتبة الوطنية الألمانية

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي
International Journal of Legal Interpretative Judgement
المجلد 04، العدد 14
ISSN : 2748-5056

قائمــة المحتويــات | Contents

	مؤلف/مؤلفو المقال	عنوان المقال	الصفحات
	Author(s)	Title	Page Range
		الكلمة الافتتاحية	9
01	د. عبد الله جميل أبو وهدان رئيس قسم الفقه والتشريع ومنسق برنامج الماجستير- جامعة النجاح الوطنية زياد عبد الله محمد طروه باحث دكتوراه في برنامج الفقه وأصوله/ جامعة القدس/فلسطين	الخلع القضائي دراسة في القوانين المطبقة في بعض الدول العربية	10
02	عادل احمد عبد الله حجيرات- طالب دكتوراه الفقه وأصوله- جامعة الخليل- فلسطين	الوقف وأثره في التنمية الاقتصادية	40
03	د. زهران عمر زهران- باحث في الدراسات القرآنية, وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، فلسطين أ. د. عودة عبد الله- رئيس قسم أصول الدين – جامعة النجاح الوطنبية- نابلس	الاتجاه الوطني في تفسير المنار	65
04	رائد إبراهيم عوض الله باحث دكتوراة في برنامج الفقه وأصوله/ جامعة القدس/ فلسطين	المقاطعة الاقتصادية في ضوء مقاصد التشريع الإسلامي	88
05	يوسف سلامه إبراهيم أبو مديغم- باحث دكتوراه - برنامج دكتوراة الفقه وأصوله المشترك بين جامعات القدس والخليل والنجاح- فلسطين د. سهيل الأحمد- كلية الحقوق- جامعة فلسطين الأهلية- فلسطين	قاعدة "تصرّف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة" وتطبيقاتها في الأزمات المالية والاقتصادية المعاصرة	104
06	د. سعدي ارزيقات- جامعة فلسطين الاهلية – بيت لحم – فلسطين مهند رزق - جامعة فلسطين الاهلية – بيت لحم – فلسطين	محددات اندماج المصارف الإسلامية في فلسطين	127
07	نور حلمي عبد أبو رومي باحثة في مرحلة الدكتوراه/ برنامج دكتواه الفقه وأصوله المشترك- جامعات القدس والخليل والنجاح الوطنية/ فلسطين أ.د. عروة عكرمة سعيد صبري عميد كليتي القرآن والدراسات الإسلامية والدعوة وأصول الدين ، جامعة القدس/ فلسطين	تقنين العقوبات الشرعية نشأته وتطوره	147

08	إسلام أحمد ناجي قنديل- باحثة في برنامج الفقه والتشريع/ كلية الدعوة وأصول الدين جامعة القدس / فلسطين الأستاذ الدكتور محمد مطلق محمد عساف- بروفيسور في الفقه وأصوله ومنسق برنامج دكتوراة الفقه وأصوله / جامعة القدس / فلسطين	من أحكام اليتامى في الفقه الإسلامي	171
09	م.م حبيب تاية الشمري- جامعة القاسم الخضراء- رئاسة الجامعة - العراق أ.م. د. رجاء حسين عبد الأمير- جامعة القاسم الخضراء- رئاسة الجامعة – العراق	الحق في التعليم بين النصوص التشريعية والواقع	193
10	الحسين خبان دكتور في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير	المسؤولية التقصيرية كعقوبة خاصة في القانون المغربي والمقارن	207
11	د.رناد سالم صالح الضمور- جامعه الحدود الشمالية- كليه ادارة الاعمال-قسم القانون استاذ مساعد في القانون الخاص	أثار البطلان فيما بين المتعاقدين والغير في القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية السعودي	222
12	د/أمل فوزى أحمد عوض رئيس وحدة تكنولوجيا المعلومات ،كلية التربية الفنية ، جامعة حلوان	النانو تكنولوجي كآداة فعالة لإنجاز العدالة	246
13	عبدالسلام سالم مسعود البوسيفي قسم السمع والنطق- كلية التقنية الطبية صرمان – جامعة صبراتة ليبيا	واقع إستخدام العقوبات الإقتصادية الدولية في ظل هيمنة الدول الكبرى على المجتمع الدولي (العقوبات الإقتصادية على الدولة الليبية انموذجا)	269
14	د. أحمد النور الغالي حامد- جامعة الجزيرة -كلية القانون- قسم القانون العام	شرعية الجرائم والعقوبات وفقاً للقانون السوداني دراسة مقارنة	294
15	الدكتور عبد الواحد القريشي، أستاذ باحث، منسق ماستر المنازعات الإدارية والتنمية الترابية مدير مختبر الدراسات الاستراتيجية والتحاليل القانونية والسياسية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس	منازعات سن الرشد القانوني للترشيح في انتخابات الجماعات الترابية	319
16	أمال بوحسون طالبة باحثة بسلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الاول، وجدة، المغرب.	جذب الاستثمارات الخاصة من خلال ترقية القضاء والتحكيم في المغرب	341
17	Youssef OUBEJJA	Essai d'analyse des enjeux concurrentiels posés par les structures de marché oligopolistiques	361

كلمة العدد

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 العدد الرابع عشر، حزيران 2024، 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،

د. سهيل الأحمد

رئيس التحرير

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي
International Journal of Legal Interpretative Judgement
المجلد 04، العدد 14
ISSN : 2748-5056

الخلع القضائي دراسة في القوانين المطبقة في بعض الدول العربية

(Judicial dislocation) A Study in The Laws Applied in Some Arab Countries

د. عبد الله جميل أبو وهدان

Abdallah Jameel Abu Wahdan

Email: a.wahdan@najah.edu

رئيس قسم الفقه والتشريع ومنسق برنامج الماجستير- جامعة النجاح الوطنية

Head of the Department of jurisprudence and legislation and coordinator of the master's program An-Najah National University

زياد عبد الله محمد طروه

Ziad Abdallah Mohammed Tarawa

Ziad tarawa2015@gmail.com:Email

باحث دكتوراه في برنامج الفقه وأصوله/ جامعة القدس/فلسطين

PhD researcher in the program of jurisprudence and its origins / al-Quds University / Palestine

الملخص:

يريد الباحثان أن يوضحا الموقف الشرعي من الخلع القضائي الذي تجريه المحاكم الشرعية، لا سيما في مناطق السلطة الفلسطينية. فإذا تعثرت الحياة الزوجية بين الزوجين، ولم تجر على وفق ما يراد بها، فإن الشريعة الإسلامية أجازت حلها، ومنحت كل واحد من الزوجين الحق في إنهاء العلاقة الزوجية. إما بالطلاق وذلك من شأن الزوج، وإما بالخلع وذلك من شأن الزوجة، أو سواه من أسباب انحلال الرابطة الزوجية.

ومن هنا؛ فقد عالج البحث الموقف الشرعي والقانوني من الخلع، وبين أنواعه والمفاضلة بين هذه الأنواع تمهيداً لاختيار ما يناسب المجتمع والأسرة ويحقق الأمن للزوجين وأطفالهما، ويزيل الشك والتخوف حول نظام الخلع الذي تم تفعيله مؤخراً في فلسطين. وقد حدد البحث مجال حق الزوجة عند مباشرة الخلع.

وقد توصل الباحثان لمجموعة من النتائج وهي:

1.حفظ الحق يكون بالاستناد لمبادئ الفقه الإسلامي والقوانين السائدة في فلسطين وبعض الدول العربية.

2 الخلع نظام إسلامي له سند في الآيات القرآنية والهدي النبوي الشريف، وهو يقابل الحق في الطلاق.

3.إن المصلحة تقتضي وجود الخلع لتتمكن الزوجة التي تكره الحياة مع زوجها أن تنهي الحياة الزوجية معه.

الكلمات المفتاحية: الزواج، الطلاق، التفريق، الخلع القضائي، الأسرة، المجتمع

.

Abstract:

The two researchers want to clarify the legitimate position on the judicial dislocation carried out by the Sharia courts, especially in the areas of the Palestinian Authority. If the marital life between the spouses falters and does not proceed as intended, the Islamic Sharia permits its dissolution, and grants each of the spouses the right to terminate the marital relationship either by divorce, for the husband's benefit, or by khul'ah, for the wife's benefit, or other reasons for the dissolution of the legitimate marital bond.

Hence, the research dealt with the legitimate and legal position of khul', among its types and the trade-offs between these types in preparation for choosing what suits the community and the family and achieves security for the spouses and their children, and removes doubt and fear about the khul ' system that was recently activated in Palestine. The research has identified the area of the wife's right when khul'is performed.

The two researchers have reached a set of results, namely:

1.The preservation of the right is based on the principles of Islamic jurisprudence and the laws prevailing in Palestine and some Arab countries.

2.Khul ' is an Islamic system that has a basis in the Quranic verses and the Prophet's Noble guidance, and it corresponds to the right to divorce.

3.The interest requires the existence of khul ' so that the wife who hates life with her husband can.

Key words: Marriage, divorce, separation, judicial dislocation, family, society.

المقدمة:

كرّم الإسلام المرأة، ورفع شأنها أماً وأختاً وزوجةً وابنةً، فهي مربية الأجيال، وصانعة الرجال، وبانية الأسرة، وهي نصف المجتمع، إن لم تكن المجتمع كله. هكذا ربينا في نظرتنا تجاه المرأة، لا أن ننظر اليها نظرة غريزية حيوانية آنية ضيقة تخرج المرأة عن الحكمة الأساسية التي وجدت من أجلها، ولا أن ننظر اليها نظرة دونية تجعل منها كيانا من الدرجة الثانية، أو أقل شأنا من الرجل، أو أنها ناقصة العقل، أو الارادة، أو التدبير، فكيف يصدق هذا مع من اخترنا أن نمضي معها سني أعمارنا، وأن تكون زوجاً، وشريكة حياة.

ومهما بلغ الناس في العلم، فلن يكونوا أقدر على تحقيق مصلحة أنفسهم من خالقهم، وموجدهم، الذي بين في كتابه العزيز: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[1]، وجه الدلالة: هو الذي وضع لنا تنظيماً أسرياً اجتماعياً حقوقياً محكماً ومنظماً، ابتدأه بالتربية الصالحة للأبناء وحسن اختيار الأزواج ثم المرور بمرحلة الخطبة وهي مرحلة التعارف الشرعي، ثم ابرام الزواج والذي لابد فيه من توافر شروط أساسية تهدف إلى قيام علاقة زوجية على أسس صحيحة. والزواج هو أقوى رابطة يمكن أن تجمع بين شخصين، ولابد أن تبنى العلاقة على ما تستديم بها الحياة الزوجية [2].ومع كل هذه الاجراءات التي تهدف إلى ايجاد حياة زوجية صحيحة وسليمة قد تفشل الحياة الزوجية، فأقرت الشريعة الاسلامية امكانية حل الرابطة الزوجية في حال استحالة استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين؛ فقال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [3]، وجه الدلالة: فلا يعقل أن نبقي على علاقة زوجية يكمن فيها الشر والخلاف؛ لأن نتائج ذلك وعواقبه خطيرة على الفرد والمجتمع.

لقد جعل الإسلام الطلاق بيد الزوج وأعطى في المقابل للزوجة الحق في مطالبة القضاء بحل الرابطة الزوجية، كما يحق لها كذلك طلب الخلع من زوجها، إذا تعطلت الحياة الزوجية، وأصبحت لا يمكن

([1]) سورة الروم، الآية: (21).

([2]) الصابوني: الدكتور عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، (د. ط9) ، (د.ت) (د. م) ، مكتبة دار الفكر، بلا سنة طباعة ص495. وفي نفس المعنى راجع محمد كامل عواد الجعافرة، الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون وتطبيقاته في المحاكم الشرعية، رسالة ماجستير غير منشورة في القضاء الشرعي بكلية الدراسات العليا في جامعة الخليل، السنة الجامعية 2006م. (ص10).

([3]) سورة البقرة، الآية: (229).

الاستمرار فيها، قال ﷺ: "الأرواحُ جنودٌ مجندةٌ فما تعارفَ منها ائتلفَ وما تناكرَ منها اختلفَ" [4]، وهو حق ثابت في نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

منهج البحث:

المنهج العلمي: من خلال الالتزام بالقواعد العلمية في كتابة الأبحاث، ثم عزو النصوص من آيات وأحاديث وأقوال إلى قائليها، وتوثيقها من مصادرها الأصيلة، وقد أبرز الباحثان شخصيّتهما في البحث من خلال الترجيح.

المنهج الاستقرائي: وذلك عن طريق تتبع من كتب في هذا الموضوع، من علماء وباحثين سواء في القديم من أمهات كتب الفقه، أو المعاصرين عن طريق أبحاثهم، ورسائلهم الجامعية، ومقالاتهم، ومحاضراتهم.

المنهج الوصفي التحليلي المقارن: فقد قام الباحثان بالنظر في القوانين ثم المقارنة بينهما واستنبطا أهم الأساسيات التي يرتكز عليها العلماء في هذه المسألة من أجل الوصول إلى رأي راجح مستند للدليل.

مشكلة الدراسة:

وتدور إشكالية هذه الدراسة حول كيفية التعامل مع حق الزوجة في مباشرة إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الخلع؛ فهل لها القيام بذلك دون قيد أو شرط، أم أن المصلحة الأسرية والاجتماعية تقتضي ضبط هذا الحق بما يحقق المصالح المنشودة منه، وهل في أراء الفقهاء المسلمين والنصوص القانونية ما يساعدنا على ضبط الخلع، أم أن الأمور مفصول فيها ولا مجال لبحثها ومناقشتها وتطوير الأفكار بشأن ما ورد فيها؟

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى بيان الموقف الشرعي والقانوني من الخلع، ومعالجة أنواعه؛ لاختيار ما يناسب المجتمع والأسرة ويحقق الأمن للزوجين، ويزيل الشك والتخوف حول نظام الخلع الذي تم تفعيله مؤخراً في فلسطين.

حدود الدراسة:

وقد آثر الباحثان لإجراء هذه الدراسة المقارنة بين تعميم رئيس المجلس الأعلى للقضاء الشرعي الفلسطيني بتطبيق قانون الخلع بكل من قانون الأحوال الشخصية العثماني، وقانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة

(4) مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ) ، صحيح مسلم -المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، بلد النشر: بيروت، الناشر: دار إحياء التراث العربي. حديث رقم (2638).

1976، وقانون الأحوال الشخصية المصري إضافة إلى مشروع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني وبعض القوانين العربية [5].

دراسات سابقة:

رسالة ماجستير: الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون دراسة تحليلية مقارنة، للباحث زهير امهدي خليفة مكاري، بحث قدم لاستكمال متطلبات الماجستير في الأحوال الشخصية، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، سنة 201م، وتحدث فيه عن الخلع وشروطه وأحكامه وطريقة تطبيقه، والآثار المترتبة على الخلع.

رسالة ماجستير: أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، للدكتور عامر سعيد الزيباري، أطروحة قدمها المؤلف لنيل درجة الماجستير في جامعة أم القرى بكلية الشريعة، قسم الفقه وأصوله بمكة المكرمة سنة 1982 تحدث فيه المؤلف عن المرأة في الاسلام مبيناً حكم الزواج ثم الخلافات الزوجية حتى الصلح، ثم بين حقيقة الخلع وأدلته وحكم الخلع التكليفي، وحكم طلب الخلع بتفصيلاته، كذلك تحدث عن مشروعية الخلع والخلع عند القاضي، وقد قصر الدكتور عامر الزيباري بحثه على الاحكام الفقهية البحتة ولم يتعرض للقوانين التي تحدثت عن الخلع، وخاصة بعد ظهور القانون المصري ومحاولة تطبيقه في الأردن.

ما يميز هذه الدراسة: جاء هذا البحث مختلفاً، عما سبق ممن كتبوا في المسألة، بأن تم مناقشة المسألة من جانب القضاء الشرعي الفلسطيني، وقانون الأحوال العثماني والأردني والمصري، وكلها جهود مباركة، لكن هذا البحث جاء ليعالج المسألة بعيداً عن التطويل الممل أو التقصير المخل، مبيناً الراجح دون التعصب لأحد.

خطة البحث:

وقد انبنى هذا البحث من مقدمة، وملخص، وخاتمة، وثلاث مباحث رئيسة وتحت كل مبحث عدة مطالب:

المبحث الأول: مفهوم الخلع في الشريعة والقانون:

المطلب الأول: تعريف الخلع لغةً واصطلاحاً وشرعاً وقانوناً.

([5]) تعميم تطبيق قانون الخلع الصادر عن ديوان قاضي القضاه- المجلس الاعلى للقضاء الشرعي المؤرخ بتاريخ 2012/2/26، والمنشور على الموقع الالكتروني www.kudah.gov.ps. قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت، رقم 36 لسنة (2010) والمنشور على الموقع الإلكتروني http://www.lob.gov.jo/ui/laws/sear وقانون الأحوال الشخصية الأردني المطبق في فلسطين، رقم 61 لسنة 1976، المنشور على الموقع الالكتروني: http://www.lob.gov.jo/ui/laws/search ، وراجع مشروع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، المنشور على الالكتروني: http://ar.wikisource.org/wiki/ ، قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم 188 لسنة 1959 المعدل المنشور على الموقع الالكتروني: http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=309911.

المطلب الثاني: الحكمة من الخلع.

المطلب الثالث: تمييز الخلع عن غيره من طرق حل الزواج

المبحث الثاني: الخلع نظام إسلامي قانوني يتماشى مع مصالح المجتمع:

المطلب الأول: الأدلة الشرعية من القرآن والسنة على مشروعية الخلع.

المطلب الثاني: موقف القانون من الخلع الرضائي والقضائي.

المبحث الثالث: الحاجة إلى الخلع:

المطلب الأول: الخلع حق للزوجة.

المطلب الثاني: التعليق على الخلع القضائي بعد الدخول.

المبحث الأول:

مفهوم الخلع في الشريعة والقانون:

حتى نتمكن من الوقوف على حقيقة الخلع تمهيداً لتبنى موقف منه لابد من توضيح المقصود بالخلع "المطلب الأول" ثم بيان الحكمة من وجود نظام الخلع " المطلب الثاني" ومن ثم تمييز الخلع عن غيره من الأنظمة الشبيهة له" المطلب الثالث".

المطلب الأول: تعريف الخلع لغةً واصطلاحاً وشرعاً وقانوناً:

لنتمكن من تحديد الموقف من الخلع لابد من تعريف معنى الخلع ولا ينفصل المعنى الاصطلاحي عن جذوره اللغوية، لذا سنبين تعريف الخلع في اللغة ثم في الاصطلاح ثم تعريف الخلع بالمفهوم القانوني.

الفرع الأول: التعريف اللغوي والشرعي للخلع:

لغتنا العربية زاخرة بمعاني الكلمات والتي يوجد لها الكثير من الدلالات والإشارات والتي قد تتقاطع مع المعنى المقصود لها في الشرع الإسلامي وقد يكون لها معنىً أخر منفرداً ومتميزاً.

أولا: التعريف اللغوي:

الخلع لغة: خلع الشيء يخلعه خلعاً واختلعه، كنزعه، إلا أن في الخلع مهلة، وسوى بعضهم بين الخلع والنزع، ويقال خلع امراته خُلعاً بالضم إذا أزال زوجيّتها، وخالعته أزالته عن نفسها وطلقها على بدل منها له فهي خالع وسمي خلعاً؛ لأن الله سبحانه وتعالى جعل النساء لباساً للرجال والرجال لباساً للنساء، وعند الخلع وكأن كلا منها يخلع لباس الأخر، والخَلع بالفتح معناه إزالة الثوب ونزعه حسياً [7].

(6) ابن منظور: محمد بن مكرم المصري الأفريقي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، (د. ن) (د. م) ، (ج 8/ص76).

ثانياً: تعريف الفقهاء المسلمين للخلع:

تعدد تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للخلع، فعرفه الأحناف بأنه: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع، أو ما في معناه" [8]، أما المالكية فعرفوه بأنه: "الطلاق بعوض سواء كان من الزوجة أم من غيرها من ولي أو من غيره"، والخلع لديهم يكون بعوض، أو بدون عوض[9]، ومن جانبهم الشافعية اعتبروا أن الخلع هو: "فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق، أو خلع كقول الرجل للمرأة: طلقتك، أو خالعتك على كذا" [10]، وكذلك الأمر بالنسبة للحنابلة فقد عدوا أن "الخلع هو فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها ألفاظ مخصوصة"[11]، وفي كشاف القناع: "إبانة الزوجة على مال تفتدي به نفسها من زوجها، أو أنه فرقة بعوض مقصود لجهة الزّوج بلفظ: طلاق، أو خلع"[12].

فالحنفية والمالكية يرونه نوعًا من الطلاق وإزالة ملك النكاح، أما الشافعية والحنابلة فقد اشترطوا أن يقع الخلع بلفظ الطلاق، أو بنية الطلاق، أو بألفاظ مخصوصة، حتى يعد طلاقاً [13].

مما سبق يظهر أن ثمة اختلافات بين الفقهاء حول تصور الخلع، فمثلاً الأحناف أوردوا في تعريف الخلع عبارة أنه "المتوقفة على قبولها" فهذا مؤشر على الخلع بالتراضي، أو ضرورة موافقة الزوج على البدل المالي المقترح من الزوجة، والمالكية اعتبروه "طلاقا" والطلاق يكون بإرادة الزوج، فهذا الاختلاف يفتح المجال كي نأخذ بعين الاعتبار موقف الزوج من الخلع، أو على الأقل أن نضبط الخلع بناء على ما سبق [14].

([7]) الربايعة: د. محمد إبراهيم الربايعة، المخالعة بين الزوجين، مكتبة عالم الكتب الحديث، اربد الأردن، طبعة 2003، (ص25).

([8]) ابن عابدين: محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار للحصكفي، " حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، (د. ط) (د. م) ، (ص 439) ، وفي نفس المعنى راجع المستشار احمد نصر الجندي، من فرق الزوجية، دار الكتب القانونية مصر، طبعة 2005، (ص12).

([9]) الدسوقي: حاشية محمد الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة عيسى الحلبي، (د. ط) (د.ت) ، (ص406).

([10]) الربايعة: د. محمد إبراهيم الربايعه، المرجع السابق، ص 15.

([11]) زوين: الأستاذ هشام زوين المحامي، دعوى الخلع للمسلمين والمسيحيين واليهود طبقا لقانون إنشاء محاكم الأسرة، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة، الطبعة الثامنة 2005، (ص22).

([12]) البهوتي: منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب بيروت، (د. ط) ، (د.ت) ، (ص 212).

([13]) أحمد: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة النشر1405، الطبعة الأولى (ج 2 ص199) ، وفي نفس المعنى راجع د. محمد إبراهيم الربايعة، المرجع السابق، (ص27).

([14]) التكروري: عثمان التكروري، مرجع سابق، (ص 209).

الفرع الثاني - تعريف القانون للخلع:

وقد عرف القانون الخلع بأنه "دعوى ترفعها الزوجة ضد زوجها إذا بغضت الحياة معه ولم يكن من سبيل لاستمرار الحياة الزوجية، وخشيت الزوجة ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، جاز لها أن تطلب إنهاء الحياة الزوجية عن طريق الخلع، وافتداء الزوجة لنفسها برد مهرها وتنازلها عن جميع حقوقها الشرعية" [15].

ويلاحظ في هذا الشأن أن بعض القوانين التي وضعت تعريفاً للخلع قصرته على الخلع الرضائي الذي يتم بالتراضي واتفاق إرادة الزوجين من ذلك القانون الأردني الذي عرف الخلع الرضائي بأنه "طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة أو ما هو في معناه" [16].

كما عرف القانون العراقي الخلع بأنه "إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي" [17]. وعرفه القانون الليبي بأنه "التطليق بإرادة الزوجين لقاء عوض تبذله الزوجة بلفظ الخلع أو الطلاق" [18].

أما تعميم تنفيذ الخلع القضائي قبل الدخول أو الخلوة الفلسطيني فقد ذهب إلى تعريف الخلع القضائي قبل الدخول بأنه "دعوى تقيمها الزوجة ضد زوجها إذا ما بغضته أو كرهته وتخشى أنها لا تقيم حدود الله وأنه لا سبيل لإتمام الزواج وإقامة حياة زوجية؛ وأودعت ما قبضته هي أو وليها من مهر عند إجراء عقد الزواج أو ما دفع على حساب المهر، وما أخذته من هدايا قائمة وما أنفقه الزوج من أجل الزواج [19].

([15]) راجع التعريف الوارد في تعميم تطبيق قانون الخلع الصادر عن ديوان قاضي القضاة الفلسطيني، المرجع السابق.

([16]) راجع المادة102 قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت، رقم 36 لسنة (2010) والمنشور على الموقع الإلكترون http://www.lob.gov.jo/ui/laws/search_ ، وقانون الأحوال الشخصية الأردني المطبق في فلسطين، رقم 61 لسنة 1976م المنشور على الموقع الالكتروني http://www.lob.gov.jo/ui/laws/searc ، وراجع مشروع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، المنشور على الموقع الالكتروني: http://www.kudah.gov.ps/QANON/ahwal.htm.

([17]) المادة 46 من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم188 لسنة 1959 المعدل المنشور على الموقع الالكتروني: http://www.ahewar.org/debat/show.art. .

([18]) المادة 48 من قانون الأحوال الشخصية الليبي لسنة 1984، المنشور على الموقع الالكتروني http://kambota.forumarabia.netc.

([19]) قانون الخلع: راجع تعميم تطبيق قانون الخلع الصادر عن ديوان قاضي القضاة، المرجع السابق، وفي نفس المعنى راجع المستشار الدكتور عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، الاسكندرية مصر، طبعة سنة 2000، (ص 27).

من خلال ما سبق يظهر أن هذه القوانين عرفت الخلع الرضائي، لا القضائي، والخلع الرضائي لا خلاف فيه، وإنما الخلاف في الخلع القضائي الذي تبنته المحاكم الشرعية، فكان لابد من وضع تعريف واضح له أسوة بتعميم تنفيذ قانون الخلع في فلسطين.

المطلب الثاني: الحكمة من الخلع:

شرع الإسلام الزواج لتتحقق السكينة والطمأنينة والمودة والمحبة بين الزوجين، فإن لم تتحقق هذه المعاني كان الأولى عدم استمرار الحياة الزوجية والسماح بحلها، حتى لا يتحول الاستقرار إلى دمار، والرحمة إلى نقمة والمحبة إلى عداوة [20].

وقد أعطت الشريعة الإسلامية الزوج وحده الحق في حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق، ويأتي هذا الحق وفقاً لنظام أسري متكامل؛ فالزوج هو من يتحمل التكاليف المالية؛ لهذا يلتزم الزواج[21] بالإنفاق على الزوجة والأبناء، **فقال تعالى:** ﴿**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ** بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾[22]، فلقد راعت الشريعة الإسلامية طبيعة طرفي عقد الزواج، ورتبت أحكاماً بناء على ذلك، فطبيعة وتكوين المرأة يجعلها تغلب العاطفة على العقل لكونها تتأثر بوضعها النفسي والتغيرات التي تطرأ على بنيتها

([20]) البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، (ص 5\213).

([21]) وللمهر حكمة عظيمة في التشريع الإسلامي، فجعله الشرع وجوباً لقوله تعالى "وآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً" النساء آية رقم 4"، فالمهر ركيزة أساسية بني عليها الزواج وهو يختلف في ذلك عن مجرد الهدايا التي يقدمها الزوج إلى زوجته، وقد يعتبر الضمان الذي يعطي للزواج طول الأمد، فطبيعة الحياة الزوجية قد تبدأ بمحبة وشغف وارتباط روحي بين الزوجين؛ سرعان ما تتحول إلى فتور وملل، وقد يبدأ الزوج بالتفكير بحل الرابطة الزوجية، إلا أن ما يعرقل تنفيذ هذا التفكير هو البعد التربوي الإيماني الذي يجعل الشخص يتنازل عن رغباته الشخصية ويستبدلها بمصلحة الاسرى فيخضع للأمر الواقع ويمتنع عن حل الرابطة الزوجية ويتأقلم مع وضعه الراهن، كما قد يكون المهر -والذي يأخذ وصف التامين- مانعاً للزوج من حل الرابطة الزوجية، وقد يكون هذا المهر ضمانة للمرأة بأن الزوج لن يلهو بها لأغراض نفسية دنيئة ثم يتركها وينهي العلاقة الزوجية، فإن اختار ذلك فليعلم أنه سيدفع قيمة المهر مهما بلغ، وهو ليس عقوبة بقدر ما هو تسوية مالية بين الزوجين لإعادة التوازن إلى علاقة الزوجين، ولابد من التأكيد على أن المرأة وولها هما من يحددان المهر لا الزوج وهذا تأكيد آخر على اهمية المهر كضمان لجدية هذه الرابطة، ولا يمكن المبالغة بالقول أن المهر وحده كفيل بمنع الزوج من ايقاع الطلاق ولكن القول الصائب أن المهر يلعب دوراً في التقليل من حالات الطلاق خاصة مع ارتباطه بالبعد الديني .

([22]) سورة النساء، الآية: (34).

الجسدية، فالمرأة تحيض وتحمل وتلد وتطرأ عليها تغيرات هرمونية تؤثر على نفسيتها واختياراتها، الأمر الذي جعل الشريعة تعطيها الحق بطلب إيقاع الفرقة الزوجية لكن ضمن شروط محددة، في حالات خاصة [23].

ومن ذلك: العصمة: فقد تشترط الزوجة لنفسها حق الاحتفاظ بطلب تطليق نفسها. واللجوء إلى القضاء من أجل الحكم للزوجة بتطليق زوجها متى وجدت مبررات قوية لطلبها؛ كأن يستحيل استمرار الحياة الزوجية لعدم مقدرة الزوج على أداء واجباته الزوجية، أو ارتكابه أفعلا شائنة تؤدي إلى الإضرار بالحياة الزوجية. ومثالها أن يحكم على الزوج بعقوبة لارتكابه فعلاً شائناً منافياً للأخلاق، وبعد أن يتأكد القاضي من وجود إحدى هذه الحالات يحكم بالطلاق. أو الطلاق بالتراضي بين الزوجين، قد يتفق الزوجان على حل الرابطة الزوجية باتفاقها، فيطلق الزوج زوجته مقابل ما تم الاتفاق عليه، إضافة إلى الحالات السابقة قررت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية إعطاء الزوجة الحق في الخلع مقابل مبلغ مالي تدفعه لزوجها، وهذا الحق يقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة دون موافقة زوجته ودون علمها وبدون سبب، ويتم بعد دفعه حقوقها المالية [24].

ويأتي الخلع في حالة خشية الزوجة من عدم مقدرتها على تأدية واجباتها الزوجية وخشيتها ألا تؤدي حقوق الله في زوجها، فمتى وُجِدت حاجة ماسة للزوجة لإنهاء أقدس العلاقات الإنسانية التي عملت كل الشرائع على حمايتها ومتى كان هناك حاجة لمنع شر أعظم في حال بقاء الحياة الزوجية، كقيام الزوجة بارتكاب جريمة جنائية أو أخلاقية ماسة بالزوج، عندها يكون الخلع هو الحل المناسب لمنع هذا الشر المحدق [25].

([23]) وعلى اعتبار أن لكل قاعدة استثناء فهذا لا يمنع من القول أن هناك نساء يتفوقن على الرجال في اتخاذ القرارات والصبر عند الشدة وقدرة على التحمل ما لا يوجد عند بعض الرجال، ولكن التشريع يبنى على العموم وليس على الشواذ والنوادر.

([24]) أبو سيف: القاضي مأمون محمد أبو سيف، اجتهادات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية، عالم الكتب الحديث، اربد الأردن الطبعة الأولى 2009، (ص125).

([25]) إن الوصول إلى حل الرابطة الزوجية لابد أن يسبقه خطوات لابد من القيام بها ابتداء من الزوج؛ والذي يتعين عليه مراجعة نفسه والبحث في اخطائه لمحاولة اصلاحها فلعل الصبر خير له، فقال تعالى" فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيراً" الآية 19 سورة النساء" وبعد هذا التوجيه الرباني فإن لم يستطع الزوج الاستمرار بالحياة الزوجية ورغب بالطلاق؛ فيمكنه أن يطلق زوجته طلقة واحدة رجعية، فلعله يراجع نفسه ويرغب بالرجوع إلى زوجته فيكون الباب لازال مفتوحاً قبل أن يتحول الطلاق إلى بائن.

كما يجب التأكيد على أن الخلع لم يأت مخالفاً لفلسفة الشريعة بل إنه يتماشى مع توجيه الشريعة للرجل بأن يفارق زوجته إذا كانت كارهة له، ولم يُجدِ معها وعظ أو هجر أو ضرب أو تحكيم[26]، وفي المقابل لابد من الإشارة إلى أن الإسلام قد وجه النساء بأن لا تطلب إحداهن الطلاق أو التفريق إذا لم يكن عندها سبب قوي يدفعها إلى ذلك دفعا، حيث روي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"[27]، وهذا الحديث يؤكد على أن حل الرابطة الزوجية ليس شيئاً مزاجياً فعقد الزواج عقد مقدس لكونه يأسس لبناء أسرة ومجتمع، فقرار هدم الأسرة يجب أن لا يكون قراراً متسرعاً ولا عاطفياً. وجعلت الشريعة الإسلامية حكم الخلع البينونة وليس طلاقا رجعياً؛ حتى تستفيد المرأة من هذا التفريق، وحتى لا يقوم الزوج بمراجعة زوجته التي سعت إلى الافتكاك من زوجها [28].

المطلب الثالث: تمييز الخلع عن غيره من طرق حل الرابطة الزوجية:

تتعدد طرق حل الرابطة الزوجية، فمنها ما يسلكه الزوج، ومنها ما تسلكه الزوجة، وطالما أن الخلع هو مسلك خاص بالزوجة ابتداءً فما هو الفارق بين هذه الطريقة لحل الرابطة الزوجية والطرق الأخرى.

الفرع الأول: الخلع والطلاق:

يقصد بالطلاق رفع القيد وتسريح الزوجة، والطلاق حق للزوج ويتم بإرادته المنفردة في عقد الزواج الصحيح سواء وقع الدخول أم لا، والطلاق مشروع في القرآن فقال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [29]. والطلاق كتصرف قد يكون مكروهاً أو مباحاً، ولابد في الطلاق من صيغة يفهم منها قصد إيقاعه ويمكن أن يقع بكل لفظ يدل على الطلاق [30].

([26]) حيث روي أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أتي بامرأة ناشز قد اشتكت زوجها، فأمر بها عمر أن تبيت ليلتها في بيت كثير الزبل - ليختبر في الصباح حقيقة شعورها نحو زوجها -. فلما دعاها في الصباح، قال لها: «كيف وجدت؟ فقالت: ما وجدت راحة منذ كنت عنده إلا هذه الليلة التي حبستني، فلما قالت ذلك، قال عمر لزوجها: اخلعها ولو من قرطها» أي بأي ثمن؛ لأنه تيقن عندئذ أنها تكرهه كراهية شديدة، ولا خير في الزواج عندئذ؛ لأنه لا يتحقق فيه معنى الإمساك بمعروف، فيتعين التفريق بإحسان، راجع د. محمد رمضان البوطي، المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، دار الفكر، دمشق، طبعة 6 سنة 2005، (ص17).

([27]) الألباني، صحيح سنن أبي داود، (6/ 425) ، قلت: إسناده صحيح على شرط مسلم، وصححه أيضًا ابن الجارود وابن حبان، وقال الترمذي: "حديث حسن".

([28]) يقع بالخلع طلاق بائن سواء كان بمال أو بغير مال، و تصح فيه الثلاث ولا يتوقف على القضاء، راجع المادة 278، من قانون الأحوال الشخصية العثماني المرجع السابق.

([29]) سورة البقرة، الآية: (229).

([30]) الرملي: محمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، (ص 6\431).

فالطلاق يكون من الزوج وبإرادته المنفردة المطلقة، على خلاف الخلع والذي يكون للزوجة متى خشيت ألا تقيم حدود الله، كما قد يقوم الزوج بطلاق زوجته بعد الاتفاق معها على إنهاء الحياة الزوجية والاتفاق على جميع الحقوق الزوجية بينهما، وتختلف هذه الحالة عن الخلع في كون الخلع يتم بدفع الزوجة للمبلغ المالي المقابل للخلع، ويكون سبب الخلع خشية الزوجة ألا تؤدي حقوق زوجها.

الفرع الثاني - الخلع والتفريق للنزاع والشقاق:

يقصد بالتفريق إنهاء العلاقة الزوجية بحكم القاضي؛ لسبب من الأسباب المحددة بالشرع والقانون، فقد يكون سبب التفريق عدم إنفاق الزوج على زوجته فيحكم القاضي بالتفريق إن رأى أن الإبقاء على الزواج سيلحق الضرر بالزوجة [31].

وقد يقع التفريق بسبب الضرر الذي يجعل الحياة مستحيلة سواء كان الضرر ماديا كالضرب الذي يحدث كسراً أو جرحاً؛ أو معنويا كالشتم والسب الذي لا يطاق، ولا يشترط تكرار الضرر طالما أنه يجعل العشرة مستحيلة بين الزوجين فيحكم القاضي بالتفريق بعد فشل محاولات الإصلاح بين الطرفين [32].

وبسبب صعوبة إثبات الضرر الذي غالباً ما يقع ما بين الزوجين في مسكن الزوجية، فقد صدر تعميم عن ديوان قاضي القضاة الفلسطيني يعطي بموجبه القاضي الشرعي الحق في إعمال سلطته التقديرية في تقرير وجود النزاع والشقاق [33].

وقد يقع التفريق بسبب الغيبة والحبس لكي تدفع الزوجة الضرر عن نفسها، وقد اشترط الفقه في ذلك مرور مدة زمنية تتراوح من ستة شهور إلى سنتين؛ ويجب أن يبلغ الزوج بضرورة ضم زوجته إليه أو أنها ستطلق منه، ولم يسمح الفقه الحنفي والشافعي بالتفريق للغيبة أو للحبس [34].

وقد يقع التفريق للعيب الذي يمنع من تحقق أهداف الزواج كمرض العنة أو الجب والجذم والبرص الذي لا يمكن الشفاء منه ولم يكن الطرف الاخر على علم به وقت العقد ولم يرضى به بعد أن علم بوجوده، عندها يمكن للقاضي أن يحكم بالتفريق [35].

([31]) الجعافرة: محمد كامل عواد الجعافرة، المرجع السابق، (ص71) ، راجع القاضي مأمون محمد أبو سيف، المرجع السابق، (ص128).

([32]) الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، (ص 2\245).

([33]) تعميم التفريق للضرر الصادر عن ديوان قاضي القضاة، المرجع السابق.

([34]) الحصكفي، الدر المختار، (ج2/ص 656) والشربيني، مغني المحتاج (ج 3 / ص397).

([35]) الشافعي: الامام ابي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي، كتاب الأم ، الجزء الخامس اشرف على طبعه وباشر تصحيحه محمد زهري النجار الناشر مكتبة الكليات الأزهرية بالأزهر شركة الطباعة الفنية المتحدة القاهرة الطبعة الاولى 1961.

يتضح مما سبق أن هناك طرق متعددة لإنهاء العلاقة الزوجية قررت لحماية الزوجة من الضرر اللاحق بها من استمرار العلاقة الزوجية، هذه الطرق محددة على سبيل الحصر لا يمكن للقاضي أن يحكم بالتفريق دون وجود حالة من الحالات السابقة، اما الخلع فيكون بطلب من الزوجة وبغير الحالات السابقة.

المبحث الثاني: الخلع نظام إسلامي قانوني يتماشى مع مصالح المجتمع:

حتى نستطيع أن نأخذ موقفاً من الخلع لا يكفي إظهار معاني وفوائد الخلع وتميزه عن غيره بل لابد من بحث المصدر الأساسي الذي بني عليه الخلع وهو الشريعة الإسلامية وما أقره الرسول ﷺ وعمل به الصحابة رضوان الله عليهم، ثم لابد من بحث مدى انسجام القوانين المعمول بها في محاكم الأحوال الشخصية مع الشريعة الإسلامية في فهم وتطبيق الخلع، ومن ثم نبين الحاجة إلى الخلع.

المطلب الأول: الأدلة الشرعية على الخلع:

إذا ما أردنا أن نعرف حكم الشريعة الإسلامية في مسألة ما؛ فلا بد من الرجوع أولاً إلى القرآن الكريم ثم إلى السنة النبوية الشريفة.

الفرع الأول: الأدلة الشرعية من الكتاب:

يستند الفقهاء المسلمون في تطبيق الخلع إلى قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَنْ يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [36]. واعتبر ابن كثير أن المقصود من الآية أنه لا يحل لكم أن تضارُّوهن وتضيقوا عليهن، ليفتدين منكم بما أعطيتموهن من الأصدقة، فقال تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾ [37]. فإما إن وهبته المرأة شيئا عن طيب نفس منها فلا حرج في ذلك لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ

ص255.راجع المحامي الدكتور عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 223. راجع القاضي مأمون محمد ابو سيف، المرجع السابق، (ص128).

([36]) سورة البقرة، الآية: (229).

([37]) سورة النساء، الآية: (19).

نَفْسًا فكلوه هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [38]. وأما إذا تشاقق الزوجان، ولم تقم المرأة بحقوق الرجل وأبغضته ولم تقدر على معاشرته، فلها أن تفتدي منه بما أعطاها، ولا حرج عليها في بذلها، ولا عليه في قبول ذلك منها [39].

وعن تحديد المقصود بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾[40]، فالخطاب هنا موجه إلى الزوجين، فقد يقصر كليهما في إطاعة أوامر الله تعالى فيما يتعلق بواجباته تجاه الأخر، فقد يظهر من الزوجة النشوز وإظهار بغض زوجها، حتى يخاف عليها ترك طاعة الله تعالى فيما لزمها لزوجها من الحق، ويخاف على زوجها تركه أداء الواجب لها عليه[41]، فإن كان الزوج غير مانع لها ما يجب عليه وهي تخاف أن تمنعه من حقوقه وأداء حقوق الله تعالى لذلك حلت الفدية له وجازت منها، فجاءت الآية فلا جناح عليهما، وإن كان الزوج غير مؤد حقوق زوجته، ومعاشرتها بالمعروف فلا يحق له أن يأخذ مقابلا ماليا منها؛ لأنه هو من أخل بتنفيذ التزاماته ولم يقم بواجبات زوجته[42] فقال تعالى: ﴿ولاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾ [43]، فلا يجوز اكراههن على طلب الخلع، لأخذ المال منهن.

الفرع الثاني - الأدلة الشرعية من السنة النبوية المطهرة:

تعتبر حادثة امرأة ثابت بن قيس الحادثة الأولى التي حكم الرسول صلى الله عليه وسلم بموجبها بالخلع، ولكن يبدوا أن هناك روايات عديدة عن هذه الواقعة فتحت المجال أمام تفسيرات وتأويلات لمفهوم الخلع وكيفية إيقاعه.

في رواية البخاري عن عبد الله عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله: ثابت بن قيس ما اعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أتردين عليه حديقته"، فقالت: نعم، قال رسول الله ﷺ: "اقبل الحديقة وطلقها تطليقه"[44]. وفي رواية أخرى

([38]) سورة النساء، الآية: (4).

([39]) ابن كثير: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي تفسير القرآن العظيم، المحقق: محمد حسين شمس الدين، الطبعة: الأولى، بلد النشر بيروت، الناشر: دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، سنة النشر: 1419 هـ

([40]) سورة البقرة، الآية: (229).

([41]) الطبري: محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري، دار المعارف (ص554) ، وفي نفس المعنى راجع المستشار احمد نصر الجندي، من فرق الزوجية، دار الكتب القانونية مصر طبعة 2005، (ص 17). http://library.islamweb.net/newlibrary/display_book.php?flag=1&bk_no=50&ID=666،

([42]) الشافعي: الامام أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي، كتاب الأم، المرجع السابق، (ص197).

([43]) سورة النساء، الآية: (19).

([44]) ا لبخاري: الصحيح، تحقيق: جماعة من العلماء، طبعة السلطانية، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، 1311، صورها بعناية: محمد زهير الناصر، وطبعها طبعة أولى عام 1422هـ، دار طوق النجاة، بيروت، 7| 46، الرقم (5273).

عن ابن عباس أن امرأة ثابت ابن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي ﷺ: "فأمرها الرسول أن تعتد بحيضه" [45].

وجاء في رواية أخرى أن المرأة هي أم حبيبة بنت سهل الأنصارية، وأنها كانت تحت ثابت ابن قيس بن شماس، وكان رسول الله ﷺ خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس، فقال رسول الله ﷺ: من هذه؟ فقالت: أنا حبيبة بنت سهل، قال: ما شأنك؟ قالت: لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها، فلما جاء ثابت بن قيس قال له رسول الله ﷺ: هذه حبيبة بنت سهل، وذكرت ما شاء الله أن تذكر، وقالت حبيبة يا رسول الله: كل ما أعطاني عندي، فقال رسول الله ﷺ لثابت بن قيس: خذ منها، فاخذ منها، وجلست هي في أهلها [46].

ورواية أخرى عن عائشة: "أن حبيبة بنت سهل كانت عند ثابت بن قيس بن شماس فضربها فكسر بعضها، فاتت رسول الله ﷺ بعد الصبح فاشتكت إليه فدعا النبي ﷺ ثابتاً فقال خذ بعض مالها وفارقها فقال ويصلح ذلك يا رسول الله قال نعم قال فاني اصدقتها حديقتين وهما بيدها فقال النبي ﷺ خذهما وفارقها ففعل، وفي رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كانت حبيبة بنت سهل تحت ثابت بن قيس بن شماس وكان رجلا دميما، فقالت: يا رسول الله والله لولا مخافة الله إذا دخل علي لبصقت في وجهه، فقال رسول الله ﷺ: ارتدين عليه حديقته، قالت: نعم، فردت عليه حديقته، قال: ففرق بينهما رسول الله ﷺ [47].

وفي رواية أنَّ جميلةَ بنتَ عبدِ اللَّهِ بنِ أبيٍّ كانت تحتَ ثابتِ بنِ قيسِ بنِ شَمَّاسٍ وَكانت تبغضُهُ وَهوَ يحبُّها، فأتتِ رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله لا أنا ولا ثابتٌ لا يجمعُ رأسي ورأسَهُ شيءٌ واللَّهِ، لا أعتبُ عليْهِ في خلقٍ ولا دينٍ، لَكنِّي أكرَهُ الْكفرَ في الإسلامِ، ما أطيقُهُ بغضًا، إنِّي رفعتُ جانبَ الخباء فرأيتُهُ أقبلَ في عدَّةٍ وَهوَ أشدُّهم سوادًا، وأقصرُهم قامةً، وأقبحُهم وجْهًا، فنزلتُ - وكان قد أصدَقَها حديقةً، فاختَلعَت منهُ بها، وهو أوَّلُ خُلعٍ كان في الإسلَامِ [48].

([45]) الترمذي: السنن، اشراف ومراجعة صالح بن عبد العزيز آل شيخ، دار الفيحاء – دمشق، ودار السلام – الرياض، الطبعة الأولى: 1420 – 1999، باب ما جاء في الخلع، رقم (1185) ، ص 289، قال عنه: (حسن غريب).

([46]) مالك: الموطأ، تعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء التراث العربي- لبنان، 1406 – 1985، قال في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: (وهذا سند صحيح إن كانت عمرة سمعته من حبيبة، فقد اختلف فيه عليها) ، ينظر: الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، اشراف: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي – بيروت، (ط2) ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م، ج7/ص 102. ابن عبد البر، الاستذكار، 5|80، خلاصة حكم المحدث: ثابت إسناده صحيح.

([47]) بو داود، السنن | 2228 :خلاصة حكم المحدث سكت عنه [وقد قال في رسالته لأهل مكة كل ما سكت عنه فهو صالح.

([48]) الزيلعي، تخريج الكشاف، 1| 144، خلاصة حكم المحدث : أصل الحديث في البخاري، ينظر: موقع > http://www.dorar.net/hadith?skeys

من خلال الروايات السابقة عن الرسول ﷺ يظهر وجود تناقض في بعض المعطيات كاسم الزوجة فهل هي حبيبة بنت سهيل أم جميلة بنت عبد الله بن أبي؟ كما وقع الخلاف هل تشكو الزوجة من خلقته أم لا؟ وهل ألحق بها ضرراً عن طريق الضرب أم لا؟ وهل ضربها بعد تصريحها بكراهيتها له ورفع أمرها إلى الرسول أم قبل.

يستفاد من الروايات السابقة:

حكم الخلع غير معلوم لدى هذا الصحابي؛ فقد سأل الرسول ﷺ: "ويصلح ذلك؟".

بعض الروايات ذكرت الضرب، فإن كان سبب طلب الرسول ﷺ من زوجها ثابت أن يطلقها؛ لأنه ضربها؛ إذا يجب أن يتأكد القاضي من وجود الضرر كشرط من شروط الخلع حتى يحكم للزوجة به، ومعنى هذا ألا خلع إلا بعد تحقق الضرر، الأمر الذي لم يقل به أحد من الفقهاء [49].

وفي بعض الروايات ما يدل على أنه كان قبيحاً مما جعلها تنفر منه، الأمر الذي يستدل منه أن هناك سبباً، وهو أنها لا تستطيع الاستمرار معه مخافة ألا تؤدي حقه عليها.

ويمكن الاستدلال من هذه الروايات أيضاً أن الرسول ﷺ طلب منه أن يطلقها؛ أي أن يتلفظ بالطلاق ولم يحكم بإنهاء الحياة الزوجية من تلقاء نفسه، ولشدة طاعة الصحابة لرسول الله ﷺ، والتزامهم بما يأمر به قام قيس بطلاقها، مما يفهم منه أن الخلع قد يكون بموافقة الزوج.

ويدور الخلع بين من يرى أنه مباح وذلك في الحالات التي تخاف المرأة ألا تقيم حدود الله تعالى وأنها كارهة لزوجها مع أن الزوج قائم بواجباته، ورأي آخر اعتبر الخلع مكروهاً إن كان طلب الزوجة للخلع دون سبب معلوم والذي يعني إنهاء الزواج دون سبب؛ لأن الأصل أن يبقى الزواج قائماً. ولا يجوز أن نُحوّل عقد الزواج ذا الرباط المقدس إلى نزوة عابرة، ومع ذلك وإن كان مكروهاً إلا أنه قد يقع لدرء مفسدة أكبر وهي العداوة والبغضاء بين الزوجين والتي قد يكون لها أثار وخيمة على الزوجين والأبناء [50].

(49) راجع المستشار الدكتور عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، (ص29).

(50) الجعافرة: محمد كامل عواد الجعافرة، المرجع السابق، (ص107).

والحقيقة أن هناك توجه عام في الفقه الإسلامي على جواز الخلع، طالما أن الطلاق يكون بإرادة الزوج فيكون الخلع للزوجة لتفتدي به وتنال حريتها مقابل مبلغ من المال تدفعه لزوجها [51]. وتكمن أهمية الخلع في الحاجة الداعية إليه، فإذا أبغضت المرأة زوجها، وخشيت على نفسها الفتنة في دينها [52].

فالخلع يصح في الأحوال التي تبغض المرأة العيش مع زوجها؛ فيتفقان على إنهاء الحياة الزوجية مقابل أن ترد عليه ما آخذته منه [53]، وهو ما يعرف بالخلع بالتراضي.

كما يمكن أن نحكم بالخلع القضائي قبل الدخول حتى ولو رفض الزوج ذلك، وبمقابل أن ترد الزوجة كامل ما أخذته من زوجها؛ لأن الضرر المترتب على إنهاء الحياة الزوجية قبل البدء الفعلي بها أقل، لعدم وجود أطفال، وكذلك إنهاء الحياة الزوجية في هذه الفترة أفضل من بناء أسرة مريضة، مختلفة منذ بدايتها [54].

المطلب الثاني: موقف القانون من الخلع:

من خلال ما سبق بيانه نعلم أن الخلع نظام إسلامي تحقيقاً لمبدأ العدالة، وخلق حالة من التوازن بين الزوجين في إعطاء الصلاحيات، ولكن النقاش ما يزال قائماً حول نطاق ومجال الخلع ومحدداته وحالاته وأنواعه وهذا ما ظهر جلياً في التشريعات محل المقارنة، والتي انقسمت إلى من أجاز الخلع الرضائي فقط، ومن أجاز الخلع الرضائي والقضائي معاً.

الفرع الأول: القوانين التي سمحت بالخلع الرضائي:

الخلع الرضائي: هو الخلع الذي يتم بالاتفاق بين الزوجين على أن تدفع الزوجة مقابل مالي أو ترد ما قبضته من الزوج عليه.

([51]) ابن رشد: محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، (ص66) ، راجع د. محمد عقلة نظام الاسرة في الاسلام الطبعة الاولى مكتبة الرسالة الحديثة، طبعة سنة 1983، (ص213) د. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، منشأة المعارف الاسكندرية، طبعة سنة 1998، (111).

([52]) الربايعة: محمد ابراهيم الربابعة، المرجع السابق، (ص21).

([53]) تفاصيل المبلغ الذي ترده الزوجة؛ وهل يجوز أن يكون بمقدار المهر أقل أو أكثر؛ وماذا لو تعثرت الزوجة ولم تستطع الوفاء به في حالات خاصة، هذه المواضيع تخرج عن نطاق البحث ويمكن الرجوع إلى كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الجزء الثالث للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، الطبعة الثانية 1974، دار الكتاب العربي بيروت-لبنان، وكذلك راجع المحامي الدكتور عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية الطبعة الأولى 1998 مكتبة دار الثقافة عمان الأردن.

([54]) ليس من الضروري عقد جلسة مصالحة بين الطرفين في الخلع الرضائي قبل الدخول، راجع القاضي مأمون محمد أبو سيف، اجتهادات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية، عالم الكتب الحديث اربد الاردن الطبعة الاولى 2009 ص128.

أولاً: قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976 [55]:

نظم قانون الأحوال الشخصية الأردني الخلع في المواد من 102-112، وأهم ما في هذا القانون أنه نظم موضوع الخلع وأعطى تفصيلاً لكثير من أحكامه، فمن ذلك أنه اشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق [56]، الامر الذي يفهم منه أن المقصود بهذه المواد هو الخلع بالتراضي أي برضاء الزوجين وبخاصة الزوج، إذا اشترط القانون أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق وألا يكون مكرهاً، أو مجنوناً، أو فاقداً لإرادته.

وتأكيداً على ما سبق بين القانون الأردني أن لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر [57]، فهذا دليل آخر على أن المقصود هو الخلع الذي يعبر طرفاه عن رضاهما به وإن إرادة كل منها معتبرة وملزمة طالما وصلت إلى علم الطرف الآخر، إذاً فهو يعالج الخلع الرضائي والذي لا خلاف فيه طالما أن الزوجين قد تراضيا عليه ونظما علاقتهما الأسرية بعد الخلع [58].

([55]) من المعروف أن قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976 هو النافذ في فلسطين، وأن هذا القانون عدل في الاردن ولكن هذا التعديل لم يسري في فلسطين قانون الأحوال الشخصية (مؤقت36 / 2010) 2010:http://www.lob.gov.jo/ui/laws/search_no.jsp

([56]) راجع المادة 102/أ من قانون الأحوال الشخصية المطبق في فلسطين لسنة 1976.

([57]) راجع المادة 103 من قانون الأحوال الشخصية المطبق في فلسطين لسنة 1976.

([58]) وفي هذا المعنى جاء قرار محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية رقم 2008/173.

1 ان المدعية (م) خاطبت المدعى عليه (و) المذكور كما ورد في لائحه الدعوى (قالت يا زوجي (و) اني ابرأتك من جميع حقوقي الزوجية ومن المهرين المؤجل والمعجل وتوابع المعجل ونفقة العدة وكل حق استحقه عليك ابراءً عاماً مانعاً لكل دعوى ونزاع وحق بيننا لهذا الخصوص، وخاطب المدعى عليه (و) المذكور المدعية (م) المذكورة وانت يا زوجتي (م) مقابل هذا الإبراء فأنت طالق من عصمتي وعقد نكاحي ....

2. إن الإبراء اسم من أسماء الخلع وهو بذل المرأة العوض على طلاقها وتختص بإسقاط المرأة عن الزوج حق لها عليه وتقع بين الزوجين لإيقاع الزوج الطلاق إجابة لطلب الزوجة مقابل عوض مالي تبذله للزوج وهو تركها ما لها عليه من حقوق ماليه كالمهر المعجل والمؤجل و التوابع والنفقه .

3.وحيث ان المدعية هنا ابرأت المدعى عليه من حقوقها التي ذكرتها ليس في مقابل شئ و لم تقل ان هذا الابراء مقابل الطلاق فيكون ابراؤها مثل من ابرأ مدينه من مال عليه فتكون قد اسقطت حقها الذي في ذمة زوجها دون مقابل فلم تذكر في إبرائها للمدعى عليه ان إبراءها مقابل ان يطلقها طلقة ثانية بائنه بينونه صغرى فإن الطلاق الذي اوقعه المدعى عليه في هذه الحالة يقع رجعياً ويبطل البدل استنادا للفقرة (ج) من المادة 102 من قانون الأحوال الشخصية . 4.وان عليها العدة الشرعية اعتبارا من تاريخ الطلاق 2008/7/11م وان له الحق في ارجاعها لعصمته وعقد نكاحه خلال عدتها الشرعية وإلغاء الإبراء الوارد في الدعوى لعدم تعلقه بالطلاق بناء على التصادق والإقرار وللمواد المنوه بها في الحكم عدا المادتين 96 و99 صحيح موافق للوجه الشرعي والأصول فتقرر((تصديقه)) معدلا على هذا الوجه. اين منشور

ولم يشر هذا القانون صراحة إلى الخلع القضائي الذي يصدره القاضي متى طلبت الزوجة ذلك كما فعلت التشريعات التي تبنت صراحة الخلع القضائي؛ مما يعني أنه غير منظم أو مسموح به في هذا القانون.

ثانياً: قانون الأحوال الشخصية العثماني:

لقد نظم قانون الأحوال الشخصية العثماني الخلع الرضائي وذلك في حالة الشقاق بين الزوجين والخوف من عدم إقامة حدود الله تعالى، وما يلاحظ على هذا القانون أنه جعل نتيجة الخلع الطلاق البائن، وأعطى القانون للزوجين الحق بالرجوع عن الخلع قبل موافقة الزوج الآخر على الخلع، مما يعنى أن المقصود الخلع بالتراضي.

ثالثاً: قانون الأحوال الشخصية العراقي:

لقد تبنى القانون العراقي الخلع الرضائي وذلك من خلال تعريفه للخلع [59] حيث اشترط لانعقاده إيجابا وقبولا أمام القاضي.

رابعاً: مدونة الأسرة المغربية [60]:

لقد تبنى القانون المغربي الخلع الرضائي ونظم أحكامه، إلا أنه أشار إلى حالة إصرار الزوجة على الخلع مع رفض الزوج لذلك فيمكن في هذه الحالة تطبيق أحكام الشقاق، حيث سمح القانون لأي من الزوجين رفع دعوى لمخافة الشقاق بينهما وبعد استحالة الإصلاح يمكن أن يفرق القاضي بينهما [61].

وما يلاحظ هنا أن القانون المغربي سمح بالخلع بالتقاضي بعد استنفاذ محاولات الإصلاح وهذا ما يفهم ضمناً من نصوص هذا القانون، كما أنه لم يميز بين الخلع قبل الدخول أو بعد الدخول؛ فللحالتين نفس الأحكام.

خامساً - القانون الخليجي الموحد للأحوال الشخصية [62]:

نظم هذا القانون الخلع الرضائي - والذي تدفع بموجبه الزوجة بدلاً عن حل الرابطة الزوجية - ولم ينظم أحكام الخلع القضائي ولم يأخذ بالخلع قبل الدخول، ومعنى هذا أنه لم يقل بالخلع القضائي، ولم يعمل به [63].

([59]) راجع التعريف ص 5 من هذا البحث.

([60]) عالج المشرع المغربي الخلع في المواد من 115-120، المصدر السابق.

([61]) راجع المواد 94 وما بعدها من مدونة الأسرة المغربية، المصدر السابق.

([62]) القانون الخليجي الموحد للأحوال الشخصية لسنة1997، المنشور على الموقع الالكتروني: http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?t=33050

الفرع الثاني - القوانين التي سمحت بالخلع القضائي:

أولاً: قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم 36 لسنة 2010:

ألغى هذا القانون صراحة قانون الأحوال الشخصية لسنة 1976، [64]، حيث أضاف القانون إلى مواد الخلع المادة 102 والتي عرف بها الخلع الرضائي، وأضيفت المادة 114 والتي نظمت حالتي:

الحالة الأولى: طلب الزوجة التفريق قبل الدخول وبعد إرجاع ما دفع وخسر الزوج، وذلك بعد أن يرفض الزوج طلب الزوجة للافتراق، ولم يجدي الصلح وفشل الحكمين من أهلها وأهله في الإصلاح خلال مدة ثلاثين يوماً عندها تحكم المحكمة بفسخ العقد بين الزوجين [65].

يتضح مما سبق أن القانون الأردني قد أخذ بالخلع القضائي قبل الدخول أو الخلوة [66]، حتى ولو اعترض الزوج ولم يوافق على حل الرابطة الزوجية، وأكثر من ذلك لم يشترط القانون الأردني أي شرط للسماح للزوجة بطلب التفريق كبغض الزوج أو أنها تخشى ألا تقيم حدود الله تعالى بهذا الزواج [67]، وقد يبرر هذا الموقف أن عدم إقامة الأسرة في هذه الحالة وهذه المرحلة أفضل من قيامها على أساس من الخلاف والشقاق لذا كان موقف المشرع ميسرا في شروط الخلع.

الحالة الثانية: التي أضافها المشرع الأردني هي حال طلب الزوجة التفريق بعد الدخول متى بينت أنها تبغض الحياة مع زوجها، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وتخشى ألا تقيم حدود الله تعالى بسبب هذا البغض، وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية وردت عليه الصداق، وبعد ان تحاول المحكمة

([63]) راجع المادة 93 وما بعدها من القانون الخليجي الموحد للأحوال الشخصية، المصدر السابق.

([64]) راجع المادة 114 من قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم 36 لسنة 2010 المصدر السابق. وفي نفس المعنى راجع المستشار احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 114.

([65]) راجع المادة 114 من قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم 36 لسنة 2010 المصدر السابق. وفي نفس المعنى راجع المستشار احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 114.

([66]) استئناف شرعي أردني رقم 2006/64056 رقم 51. حكمت المحكمة الابتدائية بفسخ عقد الزواج بين الزوجة وزوجها بصحيح عقد الزواج الصحيح والغير مدخول بها ولا المختلي بها، خلعاً قضائياً نظير تنازل المدعية ورد ما قبضته من المهر وما تكلف به من نفقات الزواج وايداع المبلغ، ولا عدة على المدعية، طالما أن المدعى عليه امتنع عن تطليقها خلعاً رضائياً.

([67]) استئناف شرعي رقم 2006/64016 " ان المحكمة الابتدائية قامت بتطليق المدعية من زوجها طلقة بائنة خلعاً قضائياً، وأن عليها العدة الشرعية، حيث أقرت المدعية أنها تبغض الحياة مع زوجها وتخشى أن لا تقيم حدود الله وأن لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وأنها تفتدي نفسها برد ما قبضته منه وتتنازل عن جميع حقوقها الزوجية، وبعد عجز المحكمة والحكمين عن الاصلاح وبعد تامينها المهر المعجل باسم الزوج فيعتبر حكم المحكمة صحيحاً موافقا للوجه الشرعي.

الصلح بينهما؛ فإن لم تستطع أرسلت حكمين للإصلاح خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً، فان لم يتم الصلح حكمت المحكمة بفسخ عقد الزواج بينهما [68]. يتضح مما سبق أن القانون الأردني قد تبنى الخلع القضائي بعد الدخول أيضاً متى صرحت الزوجة بأنها تبغض الحياة مع زوجها، وأنها لا تطيق العيش معه، وفشلت كل محاولات الإصلاح بالرغم من أن الزوج قد يكون مصراً على استمرار الحياة الزوجية، فالقاضي يحكم للزوجة ويفسخ الزواج بينهما [69].

ثانياً: الخلع في القانون المصري:

أقر القانون المصري حق الزوجين باللجوء إلى الخلع بالتراضي، فإن لم يتم التراضي وصرحت الزوجة أنها تبغض الحياة مع زوجها، وتنازلت الزوجة عن جميع حقوقها المالية، وردت له الصداق، حكمت المحكمة بتطليق الزوجة، وذلك بعد محاولة الصلح وندب الحكمين وأعطتهما مهلة ثلاثة أشهر للإصلاح بينهما [70]

ويلاحظ هنا، أن القانون المصري لم يفرق بين طلب الخلع قبل الدخول أو بعده، بل أعطى حكماً واحداً للحالتين، كما يتميّز القانون المصري عن الأردني بأنه أطال الفترة التي يقوم خلالها الحكمين بمحاولة الإصلاح بين الزوجين والتوصل إلى حلول بينهما إلى ثلاثة أشهر كمدة قصوى؛ بينما القانون الأردني جعلها مدة ثلاثين يوماً، ونحن نؤيد مسلك القانون المصري؛ لأن تطويل المدة قد يكون فيه فرصة لتهدئة النفوس، والتروي في اتخاذ قرار إنهاء الحياة الزوجية والتفكير بإمعان بمصير الأبناء بعد حل الرابطة الزوجية.

ثالثاً: قانون الأسرة الجزائري [71]:

تبنى المشرع الجزائري الخلع القضائي بشكل واضح لا لبس فيه عندما أجاز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع زوجها مقابل مال تدفعه له، ولم يحدد لذلك أية قيود أو شروط إلا ما يمكن أن يأخذ من سياق الحالات الأخرى لحل الرابطة الزوجية والتي اشترط فيها محاولة الإصلاح بين الزوجين [72].

رابعاً: مجلة الأحوال الشخصية التونسية [73]:

([68]) راجع المادة 114 من قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم 36 لسنة (2010) ، المصدر السابق.

([69]) استئناف شرعي رقم 45. إن الزوجة ردت ما قبضته من المهر وهو مبلغ 15000 ليرة لبنانية وبإيداع قيمته في قسم الأمانات بمديرية النفقات العامة وقيمة المبلغ بالدينار الأردني هي 4.500دينار، ويظهر من هذه القضية ان الزوجة طلبت تطليقها من زوجها خلعاً قضائياً وأنها تقر بأن هناك عقد زواج صحيح ودخول، وهناك تأكيد على صحة الزواج والدخول والمهر بين الزوجين، إلا أن الزوج لم يوافق على طلب الخلع لا رضائياً ولا قضائياً، فاعتبرت محكمة الاستئناف أن حكم الدرجة الاولى صحيحاً.

([70]) قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 1 لسنة 2000، المنشور: http://ar.wikisource.org/wiki/A9_2000

([71]) قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم رقم 11-84 المؤرخ ب 9 يونيو 1984، المنشور على الموقع الالكتروني www.joradp.dz/TRV/AFam.pdf.

([72]) راجع المادة 54"معدلة" من قانون الاسرة الجزائري، المصدر السابق.

لم ينظم القانون التونسي أحكام الخلع إلا أنه ساوى بين الزوجين في الحق بطلب الطلاق، فيحق للزوجة المطالبة بالطلاق أمام القاضي كما هو الحق للزوج بالمطالبة بالطلاق وكل ما يترتب على من طلب الطلاق التعويض المادي والمعنوي للطرف الأخر عن الضرر الذي لحق به، وبذلك يكون القانون التونسي قد ساوى بين الزوجين في حق طلب الطلاق [74].

خامساً: قانون الأحوال الشخصية الإماراتي [75]:

نظم القانون الإماراتي الخلع بالتراضي واعتبر أنه عقداً يتم بين الزوجين، كما أنه سمح للقاضي على سبيل الاستثناء إذا ما كان رفض الزوج للخلع تعنتاً، وخيف ألا يقيما حدود الله تعالى، جاز للقاضي أن يحكم بالمخالعة **مقابل بدل مناسب**. الامر الذي يفهم منه انه سمح بالخلع القضائي ولكن وفقاً للسلطة التقديرية للقاضي وعلى سبيل الاستثناء [76].

سادساً: مشروع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني [77]:

لقد عالج مشروع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني الخلع [78]، ونظم الخلع الرضائي والقضائي، حيث بين أنه إذا لم يتراضَ الزوجان على الخلع، ورفض الزوج الاستجابة لطلب زوجته بالخلع، فللقاضي أن يحكم لها بذلك إذا اقتنع بوجود خلاف بينهما أو سبب تستحيل معه الحياة الزوجية [79].

وأهم ما يميّز موقف القانون أنه جعل الحكم بالخلع - في حال رفض الزوج - مرهوناً بقناعة القاضي، مما يعني أنه لم يجعل حل الرابطة الزوجية وهدم الأسرة قرارا منفردا للزوجة، بل لابد من اقتناع القاضي بطلب الزوجة، وعندها يقرر هل هناك مجال لاستمرار الحياة الزوجية أم أن استمرارها أمر مستحيل؛ وأنه سيجلب الويلات على هذه الأسرة، ويعتبر هذا النص أفضل النصوص السابقة لكونه يقبل الخلع الرضائي ولكنه لا يتركه فقط لإرادة الزوجة وحدها، كما أن المشروع أطال الفترة الزمنية التي لا يجوز للمحكمين أن يتجاوزوها

([73]) مجّلة الأحوال الشخصية التونسية الأمر مؤرّخ في 13 أوت1956 المنشور على الموقع الالكتروني e-justice.tn/...site.../code_statut_personel_ar_01_12_2009.

([74]) راجع الفقرة 3 من المادة 31 من مجّلة الأحوال الشخصية التونسية، المصدر السابق.

([75]) قانون الأحوال الشخصية الاماراتي رقم (28 / 2005 المنشور على الموقع الإلكتروني: http://www.gcc-legal.org/mojportalpublic/LawAsPDF.

([76]) راجع الفقرة 5 من المادة 110 من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي، المصدر السابق.

([77]) راجع هامش رقم 3 سالف الذكر.

([78]) راجع المواد (182-189) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني.

([79]) راجع المواد 184 من مشروع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، المصدر السابق.

في انجاز الصلح بين الزوجين وهي مدة أربعة شهور، وهي مدة أطول من تلك الموجودة في القانون المصري، ونحن سابقا قد أثنينا على إطالة فترة المحكمين لما لها من فوائد جليلة [80].

سابعاً: تعميم تطبيق الخلع الفلسطيني الصادر عن ديوان قاضي القضاة:

لقد نظم التعميم الخلع القضائي قبل الدخول فقط وهذا ما هو واضح وجلي من خلال تعريفه للخلع القضائي قبل الدخول، كما أنه ركز في شروط الخلع على افتداء الزوجة نفسها بدفع ما قدم لها من مال قبل الدخول، وبين عناصر لائحة دعوى الخلع قبل الدخول، فعلى القاضي أن يتأكد من المدعى عليه حول قيام الزوجية والدخول بزوجته من عدمه، كل هذه الإشارات تؤكد ان التعميم لم يسمح بالخلع القضائي بعد الدخول أي أنه لم يتبنى ما جاء به كل من القانون الأردني والمصري.

المبحث الثالث: الحاجة إلى الخلع

بعد ما تم عرضه من موقف الشرعية الإسلامية وقوانين الأحوال الشرعية حول الخلع أصبح واضحاً مدى صحة وشرعية الخلع بوصفه حقاً للزوجة يمكنها من خلاله طلب إنهاء الحياة الزوجية كطريق مقابل لحق الزوج بالطلاق، ويستعمل هذا الحق عند استحالة استمرار الحياة الزوجية [81].

المطلب الأول: الخلع حق للزوجة:

بعد هذا الشرح لأساس وفلسفة الخلع في الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة تبين أن الخلع نظام إسلامي مؤسس على نصوص الكتاب العزيز والسنة المشرفة، وللخلع صورتان: رضائي، وقضائي:

الصورة الأولى: الخلع الرضائي، هو الأصل لكونه مبنياً على اتفاق الزوجين على إنهاء الحياة الزوجية بمقابل تدفعه الزوجة [82]، فهذا الاتفاق يدل على تفاهم وقع بين الزوجين على تقرير نهاية لحياتهم الزوجين بما يكفل مصلحتهما ومصلحة أبنائهما، وهذا الخلع متفق عليه في كل القوانين المقارنة محل الدراسة [83].

([80]) راجع المواد 185 من مشروع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، المصدر السابق. وفي نفس المعنى راجع المستشار الدكتور عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، (819).

([81]) هناك من يرى أن في تسهيل التطليق وجعله مقتصراً على شرط واحد وهو استحالة العشرة بين الزوجين بديلاً حقيقياً عن الخلع، وهو أفضل للزوجة لأنه يحمي حقوقها المالية، فبدلاً من أن تدفع للزوج مقابل الخلع سوف تحتفظ بكامل حقوقها المالية، راجع المستشار الدكتور عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، (ص29).

([82]) بحكم الاستئناف الشرعي رقم 2006/64483 رقم 478، حكمت المحكمة الابتدائية بإيقاع طلقة واحدة بائنة خلعاً رضائياً، حيث قالت المدعية أبرأتك يا عبد الفتاح من مهري المعجل والمؤجل والتوابع ومن نفقة العدة ومن كافة حقوق الزوجية مقابل أن تطلقني طلاقاً أملك به نفسي" فأجابها فوراً وأنت يا حليمة مقابل هذا الابراء طالق من عصمتي وعقد نكاحي، حيث اعتبرت محكمة الاستئناف أن هذا الحكم صحيح وموافق للوجه الشرعي.

([83]) راجع المستشار احمد نصر الجندي، المرجع السابق، (ص42).

والصورة الأخرى: الخلع القضائي، والذي يحكم به القاضي للزوجة بعد توفر شروط معينة ودون موافقة الزوج، وهذا الخلع قد يكون قبل الدخول، أو الخلوة، أو بعد الدخول، أو الخلوة، فالخلع قبل الدخول، أو الخلوة يحقق المقاصد من الخلع حيث أن إنهاء الحياة الزوجية بطلب من الزوجة في هذه المرحلة ضرره أقل، وربما نفعه أكثر، ولذا جاء تعميم المجلس الأعلى للقضاء الشرعي الفلسطيني متماشياً مع هذه الغاية وموافقاً للنصوص القرآنية والسنة المطهرة ومراعياً لمصالح الناس.

إن اشتراط موافقة الزوج على الخلع في جميع الحالات، مع المضارة بالزوجة فيه ظلم لها؛ لأنه حال كان الزوج رافضا للخلع، أو الطلاق فيعني هذا استمرار الضرر بالزوجة، وإجبارها على حياة زوجية لا ترغبها، ولا تحبها، بل تأنفها، وتبغضها، وفي هذا أشد المضارة، وقد نهانا الله تعالى عن ذلك، حيث قال: (ولا تضاروهن...).

كما أن إغلاق الباب أمام الزوجة في الخلاص من الرابطة الزوجية التي تجد معها الظلم وعدم الراحة فيه مخاطر ومحاذير جمة تنعكس على الفرد والمجتمع. إن إجبار الزوجة على تقديم أسباب أو مبررات من أجل الحصول على الخلع من زوجها من شأنه أن يؤذي الزوج أو الابناء.

المطلب الثاني: التعليق على الخلع القضائي بعد الدخول:

يعد الدخول بين الزوجين مرحلة تحول حقيقي في الحياة الزوجية، حيث بناء بيت الزوجية، وأسرة، ونفقات ونحو ذلك، فمنح الزوجة الحق في إنهاء الحياة الزوجية دون رضا الزوج بحاجة إلى مراجعة وتدقيق، فمن الممكن أن تكون هناك حاجة لإقرار الخلع القضائي بعد الدخول وهذا ما قرره كل من القانون الأردني والمصري بنصوص صريحة، ومع ذلك لا بد من ابداء الملاحظات التالية [84]:

أولاً: إن اشتراط القوانين مجرد تصريح الزوجة عدم الرغبة في الاستمرار بالحياة الزوجية وإنها تخشى أن لا تقيم حدود الله تعالى؛ يجب أن لا يكون مجرد نزوة عابرة من الزوجة بل لابد من إعطاء الصلاحية للقاضي لتقدير السبب والمبرر، فإن كانت محقة أجابها القاضي وإلا فيرد عليها دعواها، إذ أن خبرة القاضي وتجربته

([84]) راجع مقال بعنوان قانون الخلع في مصر حصيلة ثلاث سنوات من التطبيق منشور على الموقع الإلكتروني http://www.mohamoon.com/montada/Defaul:

وهناك من يرى خطورة الخلع؛ إذ بينت الاحصائيات أن هناك 7 حالات خلع يومياً في مصر بعد التعديلات التي طرأت على قوانين الأحوال الشخصية المصرية المعنية بالمرأة خلال العقود الثلاثة الأخيرة 1979-2009م راجع الأستاذة سيدة محمود مسئول قسم الأبحاث - باللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل تقرير منشور على الموقع الإلكتروني: http://www.iicwc.org/lagna/iicwc/iicwc.

تمكنه من الموازنة بين طلب الزوجة انهاء الحياة الزوجية او مكانية استمرارها، ويجب على القاضي سماع الزوج في كل الحالات من اجل تقدير مدى جدية الأسباب.

ثانياً: يجب تفعيل دور الحكمين بأن يكون لهما الصلاحية في مناقشة أسباب ومبررات الزوجة بطلب الخلع، ورفع توصيات إلى القاضي لقبول هذه الأسباب أو رفضها، إضافة إلى ضرورة تطويل الفترة الممنوحة للحكمين للإصلاح بين الزوجين إلى ستة شهور كإجراء اجباري قبل الحكم بالخلع، لكي يكون هناك فرصة كافية لمحاولة الإصلاح وهدوء الأنفس.

ثالثاً: إن إعطاء الحق للزوجة يجب أن يكون استثناء لا أصلاً. ويترتب على ذلك أنه طالما أن للزوجة وسائل أخرى لحل الرابطة الزوجية فلا يجوز لها أن تلجأ إلى الخلع ابتداءً، وقد تكون هذه الطرق أقل كلفة عليها.

رابعاً: لابد ان يكون الخلع على مقابل مالي تدفعه الزوجة، ونشير هنا إلى أن البعض يعتبر أن هذا الشرط يؤدي إلى حرمان الزوجة الفقيرة من طلب الخلع، ولكن يجب ألا ننسى أن الزوج كذلك سيتضرر من قرارها بطلب الخلع لأنه هو من دفع المهر وتكاليف الزواج وهو من سيتحمله من جديد من أجل الزواج من زوجة أخرى، كما أن تقابل الأشياء يقتضي ذلك حيث أننا نلزم الزوج بان يدفع لها كل حقوقها المالية عندما يبادر بالإرادة المنفردة إلى طلاق زوجته. فمن يعتبر أن الخلع على مال فيه إهدار لحق الزوجة ومنعاً لها من مباشرته نقول له ان الخلع ليس ورقة رابحة في يد المرأة تلوّح بها متى شاءت دون أن يرتب على ذلك أي تبعات [85].

خامساً: ولابد من القول للمتخوفين من الخلع أن الزوجات لن يسارعن إلى الخلع ويخربن بيوتهن بأيديهن، ففي مصر بعد ثلاث سنوات من تطبيق قانون الخلع كانت عدد القضايا المسجلة 5000 والرقم قليل بالنسبة إلى عدد السكان، كما أن ضعف الروابط الاجتماعية وتدني المستوى الاقتصادي يجعل الزوجة تفكر مراراً قبل أن تطلب الخلع، فان طلبته فيكون ذلك أخف الأضرار عليها [86].

1.كما يجب ألا نضع سوء استعمال هذا الحق من بعض النسوة ذريعة لمنعه، فلا يزال الخلع باب رحيماً

([85]) راجع مقال بعنوان قانون الخلع في مصر حصيلة ثلاث سنوات من التطبيق منشور على الموقع الإلكتروني http://www.mohamoon.com/montada/Defaul:

وهناك من يرى خطورة الخلع: إذ بينت الاحصائيات أن هناك 7 حالات خلع يومياً في مصر بعد التعديلات التي طرأت على قوانين الأحوال الشخصية المصرية المعنية بالمرأة خلال العقود الثلاثة الأخيرة 1979-2009م راجع الأستاذة سيدة محمود مسئول قسم الأبحاث - باللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل تقرير منشور على الموقع الإلكتروني: http://www.iicwc.org/lagna/iicwc/iicwc .

([86]) المرجع السابق.

بالزوجة المتضررة من استمرار الزواج وتعسف الزوج [87].

2.ومن الافضل تقدير قيمة المبلغ المدفوع وقت الخلع لا وقت الزواج حتى تكون له قيمة حقيقية وهي ما تكبده حقيقة الزوج من خسائر [88].

الخاتمة:

وفي الختام خلص هذا البحث إلى أهم النتائج والتوصيات:

أهم النتائج:

1.إن الخلع نظام إسلامي له سند في الآيات القرآنية والهدي النبوي الشريف، وهو يقابل الحق في الطلاق الذي يمارسه الزوج لإنهاء الحياة الزوجية.

2.إن هناك روايات عديدة للحادثة التي وقعت زمن الرسول ﷺ وأسس عليها الخلع، مما يفتح المجال أمام نقاش حالات وصور الخلع.

3 إن المصلحة تقتضي وجود الخلع لتتمكن الزوجة التي تكره الحياة مع زوجها أن تنهي الحياة الزوجية معه.

4 إن اشتراط موافقة الزوج على الخلع قد يؤدي إلى المضارة بالزوجة في أغلب المرات.

قد لا يكون سبب الخلع الضرر الشديد الذي لحق بالزوجة، كالغيبة، والهجر، وعدم الإنفاق؛ لأن هذه الأسباب تعطي الحق للزوجة بإنهاء الزواج عن طريق طلب التطليق من القضاء دون موافقة الزوج ودون أن تدفع له عوضاً مالياً.

التوصيات:

_ ضرورة النص في القانون على الخلع بجميع صوره" الرضائي والقضائي قبل الدخول أو بعده"؛ لأنه حق للزوجة التي تبغض البقاء مع زوجها سواء قبل الدخول، أو بعده.

_ ربط الخلع بشروط ومبررات حتى لا يتحول الخلع من وسيلة لحماية الزوجة إلى وسيلة هدم للأسرة

_ عدم التعجل بالحكم بالخلع وإنما اعطاء الوقت الكافي للزوجين للتفكير في مستقبل حياتهما الزوجية.

(87) في هذا المعنى راجع د. محمد رمضان البوطي، المرجع السابق، (144).

(88) المستشار الدكتور عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، (ص30).

_ يجب أن يكون للخلع سبب موجب له، فلا يجوز أن يكون إنهاء العلاقة الزوجية الأسرية الاجتماعية بقرار الزوجة وحدها وبدون مبرر يقف عنده القاضي، اذ لابد من وجود سبب مقنع يطلع عليه القاضي؛ ويقدر موقف الزوجة وحاجتها إلى الخلع.

_ لا توجد حاجة لوضع شروط أو قيود لموافقة القاضي أو رفضه للخلع، بل يرجع الأمر إلى حنكة وخبرة القاضي وتحريه لمصلحة الأسرة.

_ عمل ندوات اجتماعية للنساء، وبيان خطورة الخلع بلا سبب موجب لذلك وأنه هدم للأسرة، وأنه آخر شيء يلجأ له إذا تعسرت الحياة الزوجية.

المصادر والمراجع:

1. **الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، اشراف: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي – بيروت، (ط2) ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م.**
2. **أحمد، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة النشر1405، الطبعة الأولى.**
3. **إنعام السلطاني، مقال بعنوان حقوق المرأة ومساواتها الكاملة في كافة المجالات، العدد 3744 تاريخ 2012 / 5 / 31 الساعة 12:27 منشور على الموقع الالكتروني.**
4. **البوطي، محمد سعيد رمضان، المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، دار الفكر، دمشق، (ط 6) سنة 2005.**
5. **ا لبخاري، الصحيح، تحقيق: جماعة من العلماء، طبعة السلطانية، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، 1311، صورها بعناية: محمد زهير الناصر، وطبعها طبعة أولى عام 1422هـ، دار طوق النجاة، بيروت.**
6. **الترمذي: السنن، اشراف ومراجعة صالح بن عبد العزيز آل شيخ، دار الفيحاء – دمشق، ودار السلام – الرياض، الطبعة الأولى: 1420 – 1999، باب ما جاء في الخلع.**
7. **البهوتي، منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب بيروت، (د. ط)، (د.ت).**
8. **التكروري، عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، (ط1)، 1998، دار الثقافة، عمان - الأردن.**
9. **جعافرة، محمد كامل عواد، الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون وتطبيقاته في المحاكم الشرعية، (د.ت).**
10. **الجندي، أحمد نصر، من فرق الزوجية، دار الكتب القانونية مصر، 2005.**

11. حسين، أحمد فراج، أحكام الأسرة في الإسلام، منشأة المعارف الإسكندرية، (د.ت)، (د.أ).
12. الدسوقي، محمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة عيسى الحلبي، (د.ت)، (د.أ).
13. رباعية، محمد إبراهيم، المخالعة بين الزوجين، مكتبة عالم الكتب الحديث، إربد الأردن، 2003.
14. الرملي، محمد بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، (د.ت)، (د.أ).
15. ابن رشد، محمد أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة بيروت، (ط7)، 1985.
16. الزيلعي، تخريج الكشاف، 1| 144، خلاصة حكم المحدث: أصل الحديث في البخاري، ينظر: موقع http://www.dorar.net/hadith?skeys
17. زوين، الأستاذ هشام زوين المحامي، دعوى الخلع للمسلمين والمسيحيين واليهود طبقا لقانون إنشاء محاكم الأسرة، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة، الطبعة الثامنة 2005.
18. السمرقندي، محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405، (ط1).
19. سيدة، الأستاذة سيدة محمود مسؤول قسم الأبحاث - باللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل تقرير منشور على الموقع الإلكتروني http://www.iicwc.org/lagna/iicwc/iicwc.php?id=990.
20. أبو سيف، مأمون محمد، اجتهادات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية، عالم الكتب الحديث، اربد – الأردن، (ط1)، 2009.
21. الشافعي، محمد بن ادريس، الأم ، الجزء الخامس اشرف على طبعه وباشر تصحيحه محمد زهري النجار الناشر مكتبة الكليات الأزهرية بالأزهر شركة الطباعة الفنية المتحدة القاهرة، (ط1) 1961.
22. الصابوني، عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة دار الفكر، (د.ت)، (د.أ).
23. الطبري، محمد بن جرير، التفسير، دار المعارف، (د.ت)، (د.أ).
24. ابن عابدين، محمد أمين، الحاشية، دار الفكر، بيروت، (د.ت).
25. عقلة، محمد، نظام الأسرة في الإسلام، (ط 1)، مكتبة الرسالة الحديثة، (د.أ)، 1983.
26. ابن عبد البر، الاستذكار، 5|80، خلاصة حكم المحدث: ثابت إسناده صحيح.
27. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، (د.ت)، (د.أ).

28. قانون الخلع، تعميم تطبيق قانون الخلع الصادر عن ديوان قاضي القضاة- المجلس الأعلى للقضاء الشرعي المؤرخ بتاريخ 2012/2/26، والمنشور على الموقع الالكتروني www.kudah.gov.ps.

29. ابن كثير إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير ابن كثير، دار طيبة سنة النشر: 1422هـ/2002م، (د. ط) المنشور على الموقع الالكتروني.

30. مالك، الموطأ، تعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء التراث العربي- لبنان، 1985، قال في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: (وهذا سند صحيح إن كانت عمرة سمعته من حبيبة، فقد اختلف فيه عليها).

31. مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، صحيح مسلم - المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، بلد النشر: بيروت، الناشر: دار إحياء التراث العربي.

32. ابن منظور: محمد بن مكرم المصري الأفريقي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، (د. ن) (د. م).

33. مراد، المستشار عبد الفتاح، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، الإسكندرية مصر، (د. ط) (د.أ)، 2000.

34. قانون الأحوال الشخصية الأردني المطبق في فلسطين، رقم 61 لسنة 1976، المنشور على الموقع الالكتروني http://www.lob.gov.jo/ui/laws/search_no.jsp?no=61&year1976 .

35. قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت، رقم 36 لسنة (2010)، منشور على الموقع http://www.lob.gov.jo/ui/laws/search_no.jsp?no=36&year=2010،

36. قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28 / 2005 المنشور على الموقع الإلكتروني http://www.gcc-legal.org/mojportalpublic/LawAsPDF.aspx?opt&country=2&LawID=3128#Section_6108

37. قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ، رقم188 لسنة 1959 المعدل المنشور على الموقع الالكتروني http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=309911

38. قانون الأحوال الشخصية الليبي لسنة 1984، المنشور على الموقع الالكتروني http://kambota.forumarabia.net/t1843-topic.

39. قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 1 لسنة 2000، المنشور على الموقع الالكتروني http://ar.wikisource.org/wiki

40. قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم رقم 11-84 المؤرخ ب 9 يونيو 1984، المنشور على الموقع الالكترونيwww.joradp.dz/TRV/AFam.pdf

41. القانون الخليجي الموحد للأحوال الشخصية لسنة1997، المنشور على الموقع الالكتروني http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?t=33050

42. مجّلة الأحوال الشخصيّة التونسية الأمر مؤرّخ في 13 أوت1956 المنشور على الموقع الالكتروني www.e-justice.tn/...site.../code_statut_personel_ar_01_12_2009.pdf.

43. قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، المنشور على الموقع الالكتروني http://www.kudah.gov.ps/QANON/ahwal.htm

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي
International Journal of Legal Interpretative Judgement
المجلد 04، العدد 14
ISSN : 2748-5056

الوقف وأثره في التنمية الاقتصادية

Endowment and its impact on economic development

عادل احمد عبد الله حجيرات- طالب دكتوراه الفقه وأصوله- جامعة الخليل- فلسطين
Adel Ahmed Abdullah Hujairat - PhD student in Jurisprudence and its Principles - Hebron
adelkhateb1@hotmail.com University - Palestine

الملخص

تناولت هذه الدراسة الوقف وأهميته الاقتصادية في الإسلام، إذ يعد الوقف من المصادر المهمة في الاقتصاد الإسلامي، وهو مورد حد من البطالة، إذ هدفت الدراسة الى التعريف بالوقف كمصدر من مصادر الاقتصاد الاسلامي، اعتمدت الدراسة المنهج الوصفي والاستقرائي للإجابة عن إشكالية البحث، توصلت الدراسة الى أن الوقف يعتبر مصدرًا تمويليًا ثابتًا، ومتجددًا، ولا يقتصر على الأغنياء، انما هنالك بعض الصّور يشارك فيه الفقير حصة سيما إذا كان الوقف جماعيًا، والوقف انخرط في جميع مناحي الحياة من الناحية الاقتصادية، والتجارية والزراعية والصناعية، للمضي قدمًا نحو النماء في الاقتصاد وتوزيعه على الفقراء والمساكين والجهات الموقوفة لما يدر بالخير العميم والرزق الوفير وإنعاش الاقتصاد وكحل للبطالة والتضخم المالي والحدّ من البطالة واعطاء فرض عمل للطبقة الفقيرة ودعمها بالمشاريع لتكون منتجة، ويساهم الوقف في تشجيع وإنعاش الاقتصاد من خلال اقامة شركات وشراء أسهم وبيعها وزيادة النتاج القومي وتوصي الدراسة بتقنين أطر ونظم لخبراء اقتصاديين بالتنسيق مع علماء الشريعة وفقهائها لإسداء النصائح في كيفية بلورة وبرمجة استراتيجيات لزيادة موارد الاقتصاد وانعاشه.

الكلمات المفتاحية: الوقف، التنمية- الاقتصاد الإسلامي- الاستدامة

Abstract : This study examined waqf (Islamic endowment) and its economic significance in Islam. Waqf is considered an important source in the Islamic economy and serves as a means to alleviate unemployment. The study aimed to define waqf as a source of the Islamic economy, and it adopted a descriptive and inductive approach to address the research problem. The study concluded that waqf is a stable and renewable source of financing that is not limited to the wealthy. In fact, there are ways in which the poor can participate, especially in collective waqf initiatives. Waqf encompasses various aspects of economic, commercial, agricultural, and industrial life. It contributes to economic development by distributing wealth to the poor, supporting productive projects, and providing employment opportunities. Additionally, waqf helps stimulate and revitalize the economy through the establishment of companies, buying and selling shares, and increasing the national output.The study recommends the regulation and systematization of frameworks by

economic experts in coordination with scholars and jurists to provide advice on developing strategies to enhance economic resources and stimulate growth.

Keywords: endowment, development - Islamic economy - sustainability

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الخلق والمرسلين، محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد،

فقد جاءت هذه الدراسة للحديث عن الوقف وأهميته الاقتصادية في الإسلام، فالوقف منذ العهود الأولى للدولة الإسلامية كان مورداً من موارد الاقتصاد ومسهماً في الحد من البطالة من خلال استفادة المسلمين وغيرهم من الوقف وريعه، ويسعى هذا البحث للوقوف على اسهامات الوقت في تعزيز الاقتصاد والاستفادة المقدرة منه في العصر الحديث من خلال الاستثمار في الوقف، وتنميه أمواله من خلال الاستثمار في المجالات المشروعة.

مشكلة البحث:

1) هل الوقف يساهم في إنعاش الاقتصاد للدولة المسلمة؟
2) ما هي ضوابط الاستثمار وآلياته؟
3) ما حكم استثمار أموال الوقف؟

أهمية البحث: تكمن أهمية الدراسة باعتبار أن الوقف مورد دخل ثابت يساهم في تنمية الاقتصاد وتقليل البطالة والفقر واعطاء ودعم مشاريع للنهوض بالأيادي العاملة نحو الانتاج.

زيادة المؤسسات الوقف وانخراطها في جميع مناحي القطاعات الزراعية والتجارية والصناعية، واعطاء حلول ومقترحات من شأنها أن تساهم في تنمية الاقتصاد.

أسباب اختياري الموضوع:

1)أهمية الموضوع وتعلقه بالاقتصاد الاسلامي.

2) موضوع الحدث والساعة ومثار اهتمام رجال الاقتصاد للحد من ظاهرة الفقر والبطالة والتضخم المالي، وما يدر على المجتمع من نماء وخير خاصة للطبقة الفقيرة.

3) احتياجي كطالب علم لمعرفة أحكام الوقف، وتوسيع الآفاق بحلول مقترحة لزيادة نمو واستثمار الوقف لجهة البر والخير.

فرضية البحث: الوقف من أعظم القربات التي يتقرب فيها العبد الى ربه.

الوقف ليس حكرًا على الأغنياء، هنالك صور يشارك الفقير فيها الغني سيما في الوقف الجماعي.

الوقف هو مورد خيري لا ينقطع وثابت، ومتزايد، مع استقطاب أنماط وقفية جديدة وحديثة ما كانت قديمًا، كوقف الأسهم، وحق الابتكار ووقفه، وادراجها في تنمية الاستثمار.

منهجية البحث: لقد اعتمدت على المنهج الوصفي والاستقرائي في دراستي لأستطيع الاجابة عن إشكالية البحث، كما اعتمدت توثيق الاسم الثاني والكتاب والصفحة في الهامش، وذكرت المصدر كاملاً في قائمة المراجع.

الدراسات السابقة

الدراسة الأولى: رسالة دكتوراة للباحث: عبدالقادر بن عزوز-تخصص أصول الفقه-بعنوان " فقه استثمار الوقف وتمويله في الاسلام (دراسة تطبيقية عن الوقف الجزائري، 2003-2004م-1424-1425هـ، حيث استهل رسالته بباب تمهيدي، حول الوقف وتاريخه أحواله في الجزائر، وقسمه الى ثلاثة فصول: تمحور فيها حول مشروعية الوقف وتاريخ الوقف في الجزائر والشخصية الاعتبارية في الوقف، وبعدها انتقل القسم الاول وجعله في ثلاثة فصول، وتمحور فيه حول تعريف الوقف وانواعه وضوابطه في الاقتصاد الاسلامي، ودليل استثمار الوقف في الفقه الاسلامي، وأشكال ومعايير السلامة الاستثمارية للوقف الاسلامي، اما الباب الثاني فقد جعله في ثلاثة فصول، وتمحور فيها تعريف تمويل القف، ومشروعيته ومصادر تمويله الاستثمارية الوقفية واما القسم الثالث استهله بالباب الأول وجعله في فصلين، تمحور فيها تمويل على استثمارات الوقف بالمشاركة الدائمة، وتمويل استثمارات الوقف بالمشاركة المنتهي بالتمليك، وأما الباب الثاني فقد جعله في ثلاثة فصول تمحور حول استثمارات الوقف بعقد المساقاة وبعقد المغارسة وبعقد المزارعة، وأما الباب الثالث فقد جعله في ثلاثة فصول تمحورت في عقد السلم وعقد المعاوضة وعقد المرابحة، وأما الفصل الرابع فقد جعله في فصلين تمحور فيه على الاجارة التشغيلية والتمويلية والاستثمار في عقد الجعالة أو الوعد بالجائزة، وأما الباب الخامس فقد جعله في فصلين تمحور فيه في استثمارات الاوقاف بشركة المساهمة وسند المضاربة واختتمها بالباب السادس التمويل التكافلي وجعله في فصلين وتمحور فيه عن استثمارات الأوقاف بالصدقات التطوعية، وتمويل الأوقاف بالحقوق المعنوية والخاتمة والتوصيات.

الدراسة الثانية: الوقف وأثره في تنمية الاقتصاد الإسلامي للباحث الدكتور محمد سعيد محمد البغدادي حيث استهل بحثه في تمهيد ومبحثين وخاتمة، وأمّا التمهيد فكان حول التعريف بالوقف، وأما المبحث الأول تحدث فيه عن التأصيل الشرعي للوقف، وجعله في أربعة مطالب تمحورت فيها حول مشروعية، وأركان الوقف وأنواعه ومشروعية استثمار الوقف وضوابط آلياته، وأمّا المبحث الثاني: فكان فحواه في أثر الوقف في تنمية الاقتصاد الاسلامي، وقد جعله في خمسة مطالب، وتمحورت فيأثر الوقف في تنمية القطاعات الاقتصادية، وأثر الوقف في توزيع الثروات والدخول، وأثر الوقف في تحمل جزء من الأعباء المالية للدولة، وأثر الوقف في معالجة الكثير من المشاكل الاقتصادية والأثر التراكمي للوقف في الاقتصاد الاسلامي.

الدراسة الثالثة: "دور البنوك الاسلامية في استثمار الوقف" وهو بحث منشور في مجلة المنتدى للدراسات والأبحاث الاقتصادية، المجلد 04-العدد01(2020() ص126-140) للباحثتين عليش فطيمة وفرقاني سومية، وتحدثت عن الإطار والتعريف للبنك الاسلامي وتعريف الوقف الاسلامي والأهداف الاستثمارية للبنك وتطرقتا لمفهوم الوقف وعلاقته بالاقتصاد وتطرقت الى أركان الوقف ومشروعيته وأهدافه وأنواعه واستثمارات أموال الوقف في البنوك الاسلامية وأنواعها واستثمار أموال الوقف من خلال صيغ التمويل الاسلامية كالمضاربة

والمشاركة المنتهية بالتمليك والمرابحة والمساقاة والصكوك الاسلامية، وتطرقتا الى الأملاك الوقفية في الجزائر وطرق استثمارها.

الدراسة الرابعة: دور نظام الوقف في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، للباحثتين د. دلال بن سمينة و، ط/د. جهاد بو ضياف، جامعة بسكرة، وهو بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الانسانية-العدد الاقتصادي-34(02)، جامعة زيان عاشور بالجلفة، حيث استهلت الباحثتين الحديث عن مفهوم الوقف وخصائصه وانواعه وكيفية تقسيم الأوقاف وأهداف الوقف وتطرقتا الى أثر الوقف على المتغيرات الكلية، والى دور الوقف في الحد من ازدياد الانفاق العام، ودور الوقف في اعادة توزيع الدخل وتطرقتا الى دور الوقف في تنشيط حركة التجارة وفي العمية الانتاجية، وقد وضعتا حلولًا واقتراحات، من خلال طريقة السلوك الادخاري، وتوزيع الغلة، وتحسين البنية التحتية للاقتصاد وتوفير القروض وتسهيلها، وتوفير التمويل الذاتي للحكومات، وقد تطرقتا الى دور الوقف في المجال الاجتماعي وعلاجه للتقليل من البطالة، والمعالجة المباشرة، والمعالجة غير المباشرة، ودور الوقف في الحد من الفقر وتخفيض مشكلة الفوارق بين الطبقات، والتخفيف من الأعباء الاجتماعية للدولة والتشجيع التكافل الاجتماعي وتطرقتا الى الوقف وتنمية رأسمال البشري.

خطة البحث:

المبحث الاول: ماهية الوقف ومشروعيته وأركانه:

المطلب الأول: أهمية الوقف الإسلامي.

المطلب الثاني: تعريف الوقف حسب المذاهب الأربعة.

المطلب الثالث: مشروعية الوقف.

المطلب الرابع: أركان الوقف وأنواعه

المبحث الثاني: الوقف وأثره في تنمية الاقتصاد.

المطلب الأول: أثر الوقف في تنمية القطاع الزراعي.

المطلب الثاني: أثر الوقف في تنمية القطاع الصناعي.

المطلب الثالث: أثر الوقف في تنمية القطاع التجاري.

المطلب الرابع: أثر الوقف في قطاع الاستثمار النقدي.

المبحث الثالث: أثر الوقف في معالجة الأزمات الاقتصادية.

المطلب الأول: أثر الوقف في معالجة مشكلة البطالة.

المطلب الثاني: أثر الوقف في معالجة مشكلة الفقر.

المطلب الثالث: أثر الوقف في الحدّ من التضخم المالي.

المبحث الرابع: أثر الوقف في حل بعض مشكلات التمويل.

المطلب الأول: الحلول المقترحة لإنعاش الاقتصاد من خلال استثمار الوقف.

المطلب الثاني: فكرة اقامة مصرف اسلامي وقفي، وحلول مقترحة لهذ المشروع.

المطلب الثالث: ضوابط استثمار أموال الوقف.

المطلب الرابع: ضوابط الآليات للاستثمار.

المبحث الأول: ماهية الوقف ومشروعيته وأركانه

المطلب الأول: أهمية الوقف الاسلامي:

تظهر أهمية الوقف في أنّه يعود بالنفع على جميع مناحي الحياة للمسلمين عامّة، في حياتهم الاجتماعية والثقافية والسياسية والسلوكية؛ لما يحوي من مقاصد عظيمة وأعلاها حقّ الله؛ ومن ثمّ حقوق العباد ورقعة المسلمين، ومن يحيط حولهم، كما أنّه يتضمن العناية بغير المسلمين وإعانتهم، ومن الأهداف السامية جعله خالصًا لوجه الله لما يتضمن من برٍّ وخير يتقرب فيه الى الله ولما يدرّ في النماء والبركة، فيحبس المؤمن ما يطيب له ممّا تجود به نفسه، بمحض إرادته، ليتحقق مفهوم العبودية يقول تعالى في محكم تنزيله" **{وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ}**[89].

يقول تعالى: **{وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِي الْأَرْضِ كَمَا اسْتَخْلَفَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ وَلَيُمَكِّنَنَّ لَهُمْ دِينَهُمُ الَّذِي ارْتَضَىٰ لَهُمْ وَلَيُبَدِّلَنَّهُم مِّن بَعْدِ خَوْفِهِمْ أَمْنًا ۚ يَعْبُدُونَنِي لَا يُشْرِكُونَ بِي شَيْئًا ۚ وَمَن كَفَرَ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ}**[90]، إذ يتجلى روح الإسلام في كمال العبودية لتقويم نمط الحياة، فلا بدّ من إعمال العقل ومداركه؛ لمعرفة كنه أسرار الطبيعة ومكنونها من خامات، وفطرة الله بهذا الوجود، وتسخير آلية للتكيّف بها، كما ونلمس بالأحباس والوقف في جوهرها وخضمها وثناياها، كونها ترنو إلى إعمار الكون بالمشاريع الخيرية، نحو حفر الآبار، وبناء دور للسكن والمشاريع الصحيّة والاجتماعية.

ويعد الوقف مصدر اقتصادي ثابت وحيوي وفعّال، فلا غرو فهو يلبي أمور المسلمين وغيرهم الضرورية والحاجيّة والتحسينيّة، والإنفاق على المؤسسات التعليمية والدينية، من مساجد ومعاهد ومدارس ومستشفيات، فهذا المقصد يكفل لها تنمية موارد اقتصادية ثابتة، لتصل الى الاكتفاء الذاتي لتغدو دولة محسنة ومنعمة لغير المسلمين، لقد ضرب لنا السلف الصالح أروع الأمثلة في التسابق إلى عمل الخيرات من الأحباس والأوقاف.

كما أثبت التاريخ فعالية نظام الوقف الإسلامي في بقاء هذه الأعمال الجليلة لأداء رسالتها نحو خدمة القرآن الكريم وغيره من المرافق التعليمية والاجتماعية على الوجه المطلوب، وبما يحقق المقاصد الشرعية، والأهداف النبيلة، وفي هذا ما يحث الهمم، ويدفع بالأمة إلى البذل السخي في سبيل خدمة القرآن الكريم، وصلى الله وسلم على من نزل عليه القرآن هداية ورحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين."[91]

---

[89] سورة الذاريات، آية 56

[90] سورة النور، آية 55.

[91] أبو سليمان، عناية المسلمين بالوقف خدمة للقرآن الكريم، ص48.

المطلب الثاني: تعريف الوقف على المذاهب الأربعة.

وقد اختلف الفقهاء في مسألة الوقف من اللزوم وعدمه، فعرف أبو حنيفة الوقف بأنه: "حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة، بمنزلة العارية"[92]، وبمقتضى تعريفه يقتصر الوقف على المنفعة، لأنّه يأخذ حكم العارية، ويظل للواقف الأحقية في التصرف بالعين، كأن يبيعه أو ينقل الملكية، لذا فهو غير لازم، في حين أنّ الصّاحبين، أبو يوسف ومحمد الشيباني قالوا بلزوم الوقف فعرّفوه بأنّه" حبس العين على حكم الله، والتّصدق بمنفعتها في الحال أو في المآل"[93]، وبموجب تعريفهما يتجلى لزوم الوقف ولا يجوز الرجوع فيه، أو التصرّف بنقل الملكيّة، وأيضًا لا يصحّ أن يؤول إلى تقسيم الميراث للورثة منه، لأنه أصبح موقوفًا لوجه الله فلا يحقق للواقف الحقّ بالتصرف أو التراجع وتكون المنفعة هي كالصّدقة الثّابتة سواء على جهة الفقراء أو لجهة ذرية من باب البرّ الدّائم، وقد عرّف المالكية الوقف بأنّه: "إعطاء منفعة شيء مدّة وجوده، لازمًا بقاؤه في ملك معطيه، ولو تقديرًا"[94] أو "جعل منفعة مملوك ولو بأجرة أو غلّته لمستحق بصفة مدة ما يراه المحبس"[95].

ويتجلّى من خلال تعريفهم لزوميّة الوقف، إذ لا يجوز أن يتراجع الواقف عن وقفه، كما يحظر على الواقف التصرّف بنقل الملكية، وإن كانت ملك العقار الموقوف للواقف؛ لكنه ملزم أن يتصدق بمنفعة العقار أو ما قام بحبسه سواء كانت المدّة على التأبيد أو أنّها محصورة ومقيّدة بوقت[96].

وعرّف الشافعية الوقف "حبس مال يمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته، على مصرف مباح"[97].

في حين عرّف الحنابلة الوقف بأنه: " تَحْبِيسُ مَالِكٍ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ مَالَهُ الْمُنْتَفَعَ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ بِقَطْعِ تَصَرُّفِ الْوَاقِفِ فِي رَقَبَتِهِ، يَصْرِفُ رِيعَهُ إلَى جِهَةِ بِرٍّ، تَقَرُّبًا إلَى اللَّهِ تَعَالَى."[98]

ويظهر من خلال تعريفات الحنفية والمالكية أن العين التي حبسها الواقف تبقى في ملكه، في حين أنّه، يظهر من خلال تعريف الشّافعية والحنابلة زوال الملكية للعين التي حبسها الواقف، بحيث لا يستطيع التصرف به حال أو وقت تصريحه بأنه حبس العين وقام بتسبيل منفعتها لمصلحة المسلمين، ويظهر أنّ الرأي الراجح يعود الى أنّ الوقف الشرعي يخرج قيد ملك الواقف بحق التصرف بالعين أو المنفعة وتكون ملكية الوقف لله، وللجهة التي أوقفها عليها.

---

[92] ابن الهمام، فتح القدير، 191/6، علاء الدين الحصفكي، الدّر المختار، 519/6-522.

[93] ابن الهمام، فتح القدير192/6، علاء الدين الحصفكي، الدّر المختار، 521/6-522).

[94] الرصاع، أبو شرح حدود ابن عرفة للرصاع، ص411.

[95] الصّاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، 97/4.

[96] الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، 78/7.

[97] الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، 457/2.

[98] المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 3/7.

المطلب الثالث: مشروعية الوقف.

تنوعت الآراء في مشروعية الوقف إلى ثلاثة آراء.

الرأي الأول: أجازوا الوقف من باب الندب الاستحباب، وقال بهذا الرأي جمهور الفقهاء من الحنفيّة والمالكية والشافعية والحنابلة أدلتهم من الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

من الكتاب: قوله تعالى: (**لَن تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ ۚ وَمَا تُنفِقُوا مِن شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ**)[99]، وقد ثبت في الصحيحين أنّ هذه الآية نزلت فيما رواه أنس بن مالك، أنّ أبا طلحة كان من الأنصار وكان أكثر امتلاكًا للنخل وكانت لديه بستان من أحبّ أمواله اسمه بيرحاء، وقد كان شرب من مائها. ولما سمع بقوله تعالى جعلها صدقة لله، فأشار عليه النبيّ صلّى الله عليه وسلم أن يقسمها بين أقاربه وبني عمومته، وقد مدحه النبيّ صلّى الله عليه وسلم قائلًا: بخٍ، ذلك مالٌ رابح.[100]

من السنة النبويّة: ما رواه أبو هريرة عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم قال: " إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له"[101] وقد بين شرّاح الحديث أنّ الصدقة الجارية على منفعة المسلمين إنما هي وقف[102].

حديث ابن عمر لما أصاب عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أرضًا من أنفس ماله، فاستشار النبيّ صلّى الله عليه وسلم بذلك فقال له: "إن شئت حسبت أصلها، وتصدّقت بها" فتصدّق على ألا يباع أصلها، ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث، فجعلها صدقة على الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل[103].

واستدلّ الإمام النوويّ على جواز مشروعية الوقف، وفي الحديث، دليل على صحة أصل الوقف، وأنه مخالف لشوائب الجاهلية"[104].

ما قام به النبيّ صلّى الله عليه وسلم عندما وقف سبعة حوائط لمخيريق وكان يهوديا وأسلم يوم أحد، وجاهد مع الصحابة وقتل، وقد أوصى قبل موته: إن أصبت، بمعنى قتلت، فأموالي لمحمد يضعها حيث أراه الله تعالى[105].

ما أقرّه النبيّ صلّى الله عليه وسلم وموافقته لعمل خالد بن الوليد رضي الله عنه عندما وقف وحبس أدرعه وأعتاده في سبيل الله[106].

---

[99] سورة آل عمران، الآية 92

[100] البخاري، صحيح البخاري، حديث رقم 1461، باب الزكاة على الاقارب، 119/2.

[101] مسلم، صحيح مسلم، كتاب الوصية، حديث رقم 1631، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، 1255/3.

[102] القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، 373/5، النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجّاج، 85/11

[103] مسلم، صحيح مسلم، حديث رقم 1633، كتاب "الوصية" باب "الوقف"، 1255/3

[104] النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم، 86/11.

[105] النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم، 82/12، الزرقا، أحكام الأوقاف، ص11.

[106] البخاري، صحيح البخاري، حديث رقم 1468، كتاب "الزكاة" باب "قوله تعالى: (وفي الرقاب والعاملين عليها وفي سبيل الله)، جزء2، ص122.

الإجماع: وذكر الإجماع لمشروعية الوقف من العلماء، وأورد منهم قول ابن قدامة "هذا إجماع منهم، فإنّ الذي قدر منهم على الوقف وقف، واشتهر ذلك، فلم ينكره أحد، فكان إجماعًا[107]، وما أورده ابن رشد "الأحباس سنة قائمة عمل بها النبيّ صلّى الله عليه وسلم والمسلمون من بعده[108]، وقال جابر بن عبد الله رضي الله عنه: "لم يكن أحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ذا مقدرة إلا وقف[109].

وما أورده البيهقي في السنن الكبرى، وتصدق أبو بكر الصديق رضي الله عنه بداره بمكة على ولده، فهي إلى اليوم، وتصدق عمر بن الخطاب رضي الله عنه بربعه عند المروة، وبالثنية على ولده، فهي إلى اليوم، وتصدق علي بن أبي طالب رضي الله عنه بأرضه بينبع فهي إلى اليوم، وتصدق الزبير بن العوام رضي الله عنه بداره بمكة في الحرامية، وداره بمصر، وأمواله بالمدينة على ولده وذلك إلى اليوم، وتصدق سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه بداره بالمدينة وبداره بمصر على ولده وذلك إلى اليوم، وعثمان بن عفان رضي الله عنه بورومة فهي إلى اليوم، وعمرو بن العاص رضي الله عنه بالوهط من الطائف، وداره بمكة على ولده فذلك إلى اليوم، وحكيم بن حزام رضي الله عنه بمكة والمدينة على ولده فذلك إلى اليوم، قال: وما لا يحضرني ذكره كثير، يجزئ منه أقل مما ذكرت، قال: وفيما ذكرت من صدقات من تصدق بداره بمكة حجة لأهل مكة في ملل...[110].

الرأي الثاني: أنّ الوقف مقصور على السلاح والكراع فقط.

وقد قال به بعض الفقهاء[111]، واعتمدوا رواية ابن مسعود رضي الله عنه "لا حبس إلا في سلاح او كراع[112]، وما ورد عن عمر رضي الله عنه قال: "كانت أموال بني النضير مما افاء الله على رسوله، مما لم يوقف المسلمون بحمل ولا ركاب، فكانت النبيّ صلّى الله عليه وسلم خاصة" فكأن ينفق على أهله نفقة سنة، وما يغني يجعله في الكراع والسلاح، عدّه في سبيل الله[113].

---

[107] ابن قدامة، المغني، 349/5

[108] ابن رشد، المقدمات الممهدات، 417/2

[109] أخرجه أبو بكر الخصاف في "أحكام الأوقاف": قال: حدثنا محمد بن عمر الواقدي قال: حدثني قدامة بن موسى بن بشير مولى المازنيين قال: سمعت جابر بن عبد الله يقول: لما كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه صدقته في خلافته دعا نفراً من المهاجرين والأنصار فأحضرهم وأشهدهم على ذلك، فانتشر خبرها، قال جابر: فما أعلم أحداً ذا مقدرة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من المهاجرين والأنصار إلا حبس مالاً من ماله صدقه موقوفة لا تشترى ولا تورث ولا توهب. قال قدامة بن موسى: وسمعت محمد بن عبد الرحمن بن سعد بن زرارة يقول: ما أعلم أحداً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من أهل بدر من المهاجرين والأنصار إلا وقد وقف من ماله حبساً لا يشترى ولا يورث ولا يوهب حتى يرث الله الأرض ومن عليها، انظر: الخصاف، أحكام الوقف، ص15.

[110] البيهقي، السنن الكبرى، 266/6، رقم الحديث (11900).

[111] المحلى، لأبن حزم، 149/8.

[112] ابن أبي شيبة، المصنف، حديث رقم، 19528، 227/4.

[113] البخاري، صحيح البخاري، حديث رقم (2904)، كتاب "الجهاد والسير" باب "المجن ومن يترس صاحبه، 38/4

وقول ابن مسعود لم تثبت صحة هذه الرواية عنه، كما أن النبيّ صلّى الله عليه وسلم ما فعله ليس بالضرورة يشير على الكراع والسلاح، وما يتعلق بالجهاد فقط لكثرة الروايات التي دلت على مشروعية الوقف للفقراء والمساكين وغيره.

الراي الثالث: قالوا بالمنع مطلقًا.

وهذا ما قال به شريح القاضي[114]، وأبو حنيف في رواية عنه وهذا ما قال به اهل الكوفة[115].

وقد ذكر نقلا عن أبي حنيفة بعض فقهاء المذهب الحنفي بحظر ومنع الوقف من أصله، لأنه تصدق بالمنفعة، ولطالما أن المنفعة معدومة لذا فالتصدق بالمعدوم لا يجوز[116].

وقد استدلوا بعدم جوازه برواية ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: لما أنزلت الفرائض في سورة النساء قال النبي صلّى الله عليه وسلم "لا حبس بعد سورة النساء"[117]. على اعتبار أن آيات المواريث قد نسخت الوقف والحبس ومشروعيته.

الرأي الراجح: يتبين من الثلاثة أقوال أن الرأي الراجح في الرأي الأول والذي يجيز الوقف بل حبب إليه لما أورده من أدلة دامغة، وخلق كثير من الصحابة قد قاموا به، والآيات القرآنية حثت عليه، وإقرار النبي صلّى الله عليه وسلم لخالد بن الوليد بحبس الكراع والسلاح وفعل الصحابة يؤكد مشروعية الوقف.

المطلب الرابع: أركان الوقف وأنواعه

الفرع الأول: أركان الوقف: لا غرو أن الوقف له أركان، فهو عقد يبرمه الواقف ويلزم به، والعقد لا يتم إلا بعاقدين ومعقود وصيغة عقد.

واختلاف الفقهاء كان في تعريف الركن، فمنهم من اعتبر الركن الصيغة واعتبر جزءًا من الماهية[118] كالحنفية[119]، وانطوى واندرج في خضمها كل من العاقدين والمعقود عليه لأنه من مقتضيات العقد والأساس الذي يقوم عليه[120].

حتى أن جمهور الفقهاء من المالكية[121] والشافعية[122] لم يعتبر الركن جزءًا من الماهية وقالوا إنّ للعقد ثلاثة اركان، العاقدان والمعقود عليه والصيغة.

---

[114] المغني، (348/5)، ونيل الأوطار للشوكاني، 29/6.

[115] البصري، أحكام الوقف، ص10

[116] ابن نجيم، البحر الرائق، 209/5.

[117] الطبراني، المعجم الكبير، 365/11، البيهقي، السنن الكبرى، 162/6.

[118] ابن النجار، شرح منتهى الإرادات.

[119] المبسوط، السرخسي 24/13، الكاساني، بدائع الصنائع، 133/5.

[120] الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 94/4.

[121] الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي 5/5. الدردير، أقرب المسالك لمذهب مالك، ص105

[122] الغزالي، الوسيط في المذهب، 5/3، النووي، المجموع للنووي، 174/9.

وإنّ الذي يتعمق بالمعنى يجد أنّه خلاف لفظي لا ينبني عليه حكم، لإمر بدهي أن الصيغة تضم العاقدين والمعقود عليه، وإلا أنه أمر غير متصور ويتعذر وقوعه لقول الدكتور وهبة الزحيلي "أيا كان هذا الاختلاف فهو اصطلاح لا تأثير له من حيث النتيجة"[123].

وأركان الوقف أربعة: 1) الواقف 2) الموقوف 3) الموقوف عليه 4) الصيغة (الإيجاب والقبول)، وقد وضع الفقهاء شروطًا لها:

أولا: شروط الواقف: ويشترك في الواقف أن يكون عاقلاً خالٍ من الجنون، بالغًا، لأنّه لا يصح وقف الصغير وإن أذن له وليّه، حرًّا غير مملوك ولا عبد، مختارًا غير مكره، وأن يكون سفيهًا أو محجورًا عليه، وأن يكون صاحب المال ومالكه حتى حبسه للوقف[124].

أمّا شروط الموقوف، فأن يكون مالا له قيمة مقومًا، وملكًا في حيّز ممتلكًا به، ومعلوما، لا جهالة ولا غموض في الوقف، وفيه استمرارية المنفعة مع بقاء عين الموقوف، وأن يكون قابلًا للوقف، وألّا يكون مرهونًا في دين ولا يستطيع الواقف الإيفاء بالدين[125].

أمّا شروط الموقوف عليه: إذا كان متعينا بشرط أن يكون قابلًا للتملك عند الوقف، أما إذا كان الموقوف عليه ليس متعينًا فيشترط فيه: أن يكون قربةً لله لبرّ أو عمل خير، ألّا يكون مجهولًا إنما كونه معلومًا، وأن يكون أهلا للملك حقيقة أو حكمًا.[126]

أمّا شروط الصيغة: فأن تكون الصيغة جازمة، فلا تقترن بشرط أو خيار شرط، وأن تكون حالّة ومنجزة لدى أنشائها، وأن تكون معينة للمصرف وقت الوقف، وألا يكون في صيغة الوقف ما يبطلها أو ينافي مقتضاها كقوله: "وقفت أرضي بشرط أن أتصرف بها متى أشاء"، أن تكون صيغة الوقف على التأبيد[127].

الفرع الثاني: أنواع الوقف.

أنواع الوقف: الذرّي والخيري والمشترك

الوقف الخيري: ما وقف على جهات الخير والبرّ على وجه التأبيد، كحبسه عينًا تعود منفعتها أو ريعها على الفقراء واليتامى والمساكين ممن يحلّ عليهم الصدقة، وأيضًا لبناء المساجد والمدارس والمشافي والقناطر وكتب العلم والقرآن وكتب الفقه[128].

الوقف الأهلي: هو من يجعل الوقف ابتداء على أفراد معينين كأن يحبس الوقف على أولاده وأحفاده، أو على أفراد معينين يذكرهم، ثم من بعدهم يكون الوقف للفقراء والمساكين، وهذا ما يطلق عليه الوقف الذري،

---

[123] الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 92/4.

[124] الكاساني، بدائع الصنائع، 119/6.

[125] الكاساني، م.ن، 119/6.

[126] الكاساني، م.ن، 220/6، حاشية الدسوقي، 77-84، كشاف القناع، 241/4-243.

[127] ابن نجيم، البحر الرائق، 203/5-204، حاشية الدسوقي، 84/4-87، كشاف القناع، 250/4-251.

[128] ابن النجار، منتهى الإرادات، 4/2.

وثم من خلال حبس العين وما تخير من نفع وخير وريع وعليه تصرف على الخير، فأول شيء ينتفع ذرية الواقف أو من وصفهم وبعد ذلك على الفقراء والمساكين.[129]

فإن جعل أرضه وقفًا لذريته ومن بعدهم لبناء مسجد أو دور لحفظ القرآن لكان وقفا أهليًا.

وإن أوقف الأرض لدار حفظ القرآن مدة معينة، وحال انتهاء تلك المدة جعلها لذريته أو لأشخاص غيرهم كان هذا الوقف خيريًا.

التفرقة بينهما هو الجهة الموقوف عليها أول الأمر.[130]

الوقف المشترك: هو الوقف الذي يجمع بين الوقف الأهلي والوقف الخيري، وهو أن يجعل منهما لذريته وأهله أيضا في نفس الوقت لجهات البرّ، كأن يجعل لذريته وقفًا النصف، وأن يجعل النصف الآخر لجهات البرّ. فهنا يكون الوقف نصفه أهليًا لذريته ويكون أيضا خيريًا بالنصف الآخر.[131]

التقسيمات، الذري والخيري والأهلي والمشترك، ما كانت تقسم على هذا المنوال في صدر الإسلام، والخلافة الراشدة، إنما كانت تحت مفهوم الصدقة الجارية وتكون مفهومة ضمنا تحمل نفس المعنى. فمثلا عمر بن الخطاب لما وقف أرضه بخيبر، إنما كان موزعًا على الفقراء والمساكين وذوي القربى، "فتصدق بها عمر على الفقراء وذوي القربى والضيف وابن السبيل" مما ورد عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في كتب السنة.

المبحث الثاني: الوقف وأثره في تنمية الاقتصاد.

لم يقتصر الوقف على دور العبادة، أنما تفرع إلى جميع مناحي الحياة لدعم الاقتصاد، وكلّ أمر من شأنه أن يدرّ على المسلمين بريعه، يكون دخلًا ثابتًا على الفقراء والمساكين وذوي القربى، ليكون موردًا ونمطًا جديدًا للاستثمار لصالح بيت مال المسلمين، ونستهل أربعة نواحٍ أثمرت في إنعاش الاقتصاد الإسلامي: القطاع الزراعي والقطاع الصناعي والقطاع التجاري وقطاع الاستثمار النقدي.

المطلب الأول: الوقف وأثره في تنمية القطاع الزراعي.

القطاع الزراعي وأثره في تنمية الاقتصاد[132]:

القطاع الزراعي يساهم مساهمة عظيمة في رفاهية الاقتصاد لأي دولة للأسباب التالية:

1- تعتبر الزراعة هي المصدر الرئيس للقوت واللباس.

2- إن تنمية جانب الزراعة من شأنه أن يزيد في النتاج الاقتصادي ومن خلاله يتم الاستقرار والمتانة الاقتصادية

---

[129] سمينة، وبوضياف، دور نظام الوقف في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ص166

[130] شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، ص348.

[131] شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، ص348

[132] عبد اللطيف، أثر الوقف في التنمية الاقتصادية، ص115.

3- يتيح الوقف، ويساهم في إيجاد وظائف كثيرة ليستفيد المواطن المزارع، لا سيما إذا زادت الأراضي الزراعية الموقوفة.

4- يساهم الوقف في زيادة كمية التصدير للمنتوج الفائض للدولة، وهذه ميزة أن تكون الدولة مصدرة أكثر من أن تستورد.

5- هناك علاقة وطيدة بين الجانب الزراعي والزراعي كونه يحتاج معدات، كلوازم الزراعة من أسمدة مصنعة؛ خاصة إذا كانت الدولة تمتلك أراضٍ شاسعة وخصبة للزراعة.

بالنسبة لوقف الأرض فإن الناظر أو القيّم على الأرض إذا لم يمتلك المعدات والمال لذلك، يقوم بالإجارة، ويعتبر استثمار غير مباشر عن طريق عقود الإجارة.

الإجارة: عبارة عن عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة، أو على عمل معلوم بعوض معلوم[133].

ويقوم الناظر أو القيّم أو الجهة الموقوفة بعقد إيجار لمن يريد استئجارها لمدة معينة على ان يدفع المستأجر لجهة الموقوف الأجر سواء كان من مال او مقابل ريع أو نسبة يتعاقد معه عليها.

المزارعة: وهي عقد على الزرع ببعض الخراج[134].

إن التعجيل أو التأجيل جائز لعقد الإجارة لما اتفق عليه مسبقا، في حين أن الأصل في الإجارة تعجيل الأجرة[135]، وذلك بالقياس على إطلاق ثمن المبيع وذلك لأن المؤجر هو مالك الأجرة من خلال العقد الذي اتفق عليه[136].

وهنا المصلحة التي تعود على الوقف لزيادة نماء العين الموقوفة. ولأجل تحقق مصلحة الوقف، وقد أورد بعض العلماء صورًا متعددة لتأخير الوقف وقد ضرورة تعجيل الدفع ليقوم على عمارة الوقف وتمويله؛ وقد تكون فترة الإجارة، قصيرة أو متوسطة أو طويلة لما يستلزمه من صيانة الوقف وعمرانه[137].

يقول ابن عابدين "إذا احتيج إلى عمارته من أجرته يؤجر الحاكم مدة طويلة بقدر ما يعمر به[138]، وهنا قد يلتزم المستأجر بالأجرة ودفع الأجرة المعجلة، ولكن قد تكون ظاهرًا على أنه إجارة، بينما هو في حقيقته بيعٌ للوقف.

وعقد المزارعة هو عقد كسائر العقود ويتم بين مالك الأرض أو الناظر وبين لجهة الوقف من يعمل بالزراعة على أنّ جزء من ربح الأرض وطراحها سيكون له جزء ونسبة منها.

والمساقاة: وهو عقد بين مالك الأرض وهنا الناظر من جهة وقف وبين العامل وبما سيحتاج من سقاية الأرض وسمادها وما يستلزم من الزراعة مقابل نسبة من الربح للريع المحصول الذي جناه العامل المستأجر.[139]

---

[133] ابن النجار، شرح منتهى الإرادات، 241/2، السرخسي، المبسوط، 74/15.

[134] السرخسي، المبسوط، 17/23، الكاساني، بداية الصنائع، 175/26.

[135] على حيدر، درر الحكام، 85/1.

[136] الرملي، نهاية المحتاج، 252/5.

[137] المصري، الأوقاف فقها واقتصادا، ص93.

[138] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 401/4.

[139] ابن عابدين، م.ن، 401/4.

والمغارسة: وهي عقد يتم بين مالك الأرض وبين الناظر من جهة الوقف سيما لمن يقدم بزراعة الشعير أو النخل وبعدها تعطى من نتاج الشجر ويعطى نسبة معينة اتفق عليها من المحصول[140].

المطلب الثاني: أثر الوقف في تنمية القطاع الصناعي:

إن الصناعة هي ركيزة تدل على مدى تطور الدولة وتقدمها التكنولوجي، وذلك بتوفير الحاجيات المهمّة للمستهلك وربطها في شتى مناحي الحياة، فمثلًا على الصعيد الزراعي، نحن بحاجة الى معدات حديثة للحراثة والتسميد وحصاد القمح بأحدث الماكينات المتطورة، والتي تعزل القمح عن شفيره وقشره، وأيضا من ناحية على انتاج معاصر زيت مصانع للنسيج والصابون ومصانع لتغليف المصانع الغذائية ومصانع لإنتاج السماد وتسد احتياجات المشاريع المفتوحة مما يؤدي الى ازدياد جانب الرفاهية، والسيولة المالية لبعض الصناعات نحو[141]:

1. صناعة الأسلحة الحربية: وذلك للذود عن حياض بيضة المسلمين؛ من خلال توفير أحدث استراتيجيات والتقنيات الحربية المتطورة، لدمج وادراج أقوى المعدات الحربية، من أجل توفير أعتى سبل الدفاع، وتقنية دحر الغزاة، وتعزيز وتقوية شوكة الدولة، من ناحية عسكرية، لتأمين حماية مواطنيها، وعن شرف هذه الأمة وكرامتها.
2. صناعة الأدوية والمعدات الطبية: فلطالما وجدت مستشفيات توقف أيضًا وجدت وقت لتصنيع الأدوية يسهل شراءها من قبل الفقراء والمساكين.
3. صناعة الورق: لطالما زادت نسبة التعليم في الجامعات في مراحل الدراسة الابتدائية الإعدادية والثانوية.
4. صناعة السجاد وما يتعلق بها من مستلزمات بناء المساجد وعطور وأيضًا كصناعة كسوة الكعبة المشرفة.
5. تأليف الكتب والمراجع أو الترجمة في ظل التطور وزيادة نسبة المتعلمين هنالك حاجة ملحة لطباعة الكتب وحقوقها للترويج والتسويق شأنها شأن أي سلعة تباع.

صناعة مواد البناء من مواد بناء واسمنت للمساهمة في بناء العقارات أو مثل صناعة المنتجات الخشبية مثل أثاث البيت أو المكاتب أو المؤسسات التربوية والعامة وغيره.

يساهم الوقف في تمويل الصناعات الحرفية وانشاء جميع أنواع الشركات في توفير وظائف للمواطن ويساهم في احتضان المشاريع الصغيرة مثل مصنع السكر ومصنع لتصنيع الأدوية الكيماوية.

المطلب الثالث: أثر الوقف في القطاع التجاري:

مساهمة الوقف في الحث على التجارة الداخلية بشكل مباشر أو غير مباشر مثل شق الطرق وتقييدها فان تعبيد الشوارع وتزويد المباني في الأماكن السكنية أو توفير طرق المواصلات ممن يقومون بنقل البضائع لزبائنها.

---

[140] عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، 417/7.

[141] البغدادي، الوقف وأثره في تنمية الاقتصاد الاسلامي، ص53.

انشاء مجمع تجاري وسوق حر يكون من حقه بناء عقارات السكن خاصة إذا كان في مركز حيوي فيه تواجد للمواطن، أمّا التجارة الخارجية يكون من خلال بناء مخازن لما يستورد أو يستهلك أو وقف منتجات ومطاعم مرافئ الميناء ونقل البضائع عن طريق السفن.

المطلب الرابع: أثر الوقف في قطاع الاستثمار النقدي:

إنّ الاستثمار النقود أو ما يعود بالمنفعة يكون من خلال:[142]

1) وضع فوائض غلّة الوقف: وهي الأموال التي تظل من باقي الناتج، وذلك بعد التوزيع على المستحقين وخصم النفقات.

2) وضع صناديق وقفية، وهي بالأساس تعتمد على نسبة الواقفين، وتعتبر مصدرًا حيويًا لنماء الوقف، فكلما زاد الواقفون، زاد النتاج والمجال لجعلها لجهة الخير.

3) استقطاب أسهم الشركات الوقفية، والتي هي نوع من الشركات التي تنطوي على الواقفين، بحيث يشترك كل واحد منهم على أسهم من رأس المال الكلي للشركة، وكل من يوقف سهمه يستثمر على جهات الخير ومصاريف الزّكاة أو الجهة التي أوقفها.

4) يساهم الوقف من خلال توزيعه للثروات، وما يمتاز به، اعتماده على التوزيع الديموغرافي والجغرافي، ليشمل مناطق تنطوي على مدن وقرى، ليكون الجميع شريكًا، في عملية الإقلاع التنموي[143].

المبحث الثالث: أثر الوقف في معالجة المشاكل الاقتصادية:

يساهم الوقف في تقديم الحلول العاجلة وتنمية وتعزيز جانب الاقتصاد لا سيما في الازمات التي تواجه الدولة الاسلامية ومنها:

المطلب الأول: أثر الوقف في معالجة مشكلة البطالة:

تعد البطالة آفة منتشرة في ظل وجود فارق طبقي وأنظمة رأسمالية بعيدة أشد البعد عن الشريعة الإسلامية، ويهمش الفقير ويجحف حقّه، ويمثل الجهة غير المستغلة من الطاقة الإنتاجية للمجتمع، لذا فهو عبارة عن وسائل إنتاج معطّلة ومهدرة[144].

ولطالما أنّ المواطن خاصّة الذري يندرج ضمن الطبقة الوسطى، أو الفقيرة، هو جزء لا يتجزأ من المجتمع، فيتيح المجال استثمار الوقف للفقير من الحصول على فرص العمل، ليخفف من وطأة البطالة، ويساهم في زيادة نسبة فرص العمل السانحة لسد عوزتهم، بطرقة غير مباشرة[145].

فكلما زادت عدد الأوقاف وحجمها، تتلاشى وتتقلص وتخبو وتذوي ظاهرة البطالة.

---

[142] البغدادي، الوقف وأثره في تنمية الاقتصاد الإسلامي، ص25.

[143] رفيع، المقاصد الشرعية للوقف الاسلامي تأصيلًا وتطبيقًا،

[144] محمد بن أحمد الصّالح، الوقف في الشريعة الاسلامية، ص220-221.

[145] عبد العزيز عبده، أثر الوقف في التنمية الاقتصادية والاجتماعية مع دراسة تطبيقية، ص134.

ويمكن للوقف أن يسهم في الحدّ من البطالة[146]:

1) إنشاء بعض المؤسسات الوقفية لتشغيل أكبر عدد ممكن من العاطلين عن العمل.
2) امداد العاطلين من اصحاب الحرف، القرض الحسن، لاستثمار المشاريع الصغيرة.
3) انشاء بعض المؤسسات التعليمية، وذلك باقتطاع جزء من الوقف كمموّل لها، للتدريب على بعض الحرف المختلفة، والحثّ على صناعتها، والتكفل في بيعها وترويجها.

المطلب الثاني: أثر الوقف في معالجة مشكلة الفقر:

يساهم الوقف والزكاة في إنعاش الفقراء والمساكين، وتخصيص دخل ثابت يسدّ به أوده ورمق عطشه، ويضمن له احتياجاته الأساسية من ملبس وشراب وطعام وحياة كريمة وصحّة وعافية، قال تعالى في محكم تنزيله " مَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنكُمْ "[147]، بمعنى حتى لا يكون فارقًا طبقيًا، فالوقف يوفر خدمات عامّة للفقراء مثل الصّحة والتعليم، لمن لا يملك المال سواء لشراء الدواء، أو الكتب للدراسة ومستلزمات التعليم، ويساهم في المشاركة في التنمية[148].

فالوقف مصدر دخل ثابت ودائم للفقراء، لسد احتياجاتهم الاساسية من لباس وطعام ودواء ليكفل له حياة كريمة، وآمنة ومستقرّة.

ويسوق الباحث أهم ما عالجه الاستثمار للوقف[149]:

1) سدّ الحاجات الأساسية للفقراء والمساكين، من قوت وملبس وطمأنينة واستقرار، وتأمين الدواء.
2) اعطاء الفقير الأحقية من باب التكافل الاجتماعي أن يعيش بحياة كريمة، ويوفر له عنصر الأمان، والخدمات الاجتماعية اللازمة من تعليم وصحة وكرامة.
3) اعطاء القروض الحسنة للفقراء لإقامة مشاريع صغيرة، ليصبحوا مستقلين كأصحاب مهن، لتنقلب وضعيتهم من فقر مدقع الى عامل او حرفيٍ منتج، معطاء.

المطلب الثالث: أثر الوقف من الحدّ في التضخم المالي:

فالوقف يساهم وإن كان نزرًا يسيرًا، في وضع الحلول للازمات الاقتصادية، من خلال طرح وتطبيق بعض المشروعات الى حيز النفاذ التي تحتاجها الأمة[150].

---

[146] البغدادي، الوقف وأثره في تنمية الاقتصاد الإسلامي، ص72.
[147] سورة الحشر، آية7.
[148] محمد عبدالحليم عمر، قضايا ومشكلات المحاسبة على الوقف، ص2.
[149] بليل، دور الوقف في الاستثمار للأجيال القادمة، ص57.
[150] محمود بن ابراهيم الخطيب، أثر الوقف في التنمية الاقتصادية، ص265-266.

ويكمن الحد من التضخم، بربط المعاملات بالذهب لا بالنقود أو الفلوس، لأن الذهب لديه نسبة عالية من الاستقرار فهو معدن ثمين مقوّم يحافظ على قيمته، على مر العصور، وبذلك نضمن أن التعاقدات التي تمّت وربطت بسعر الذهب وعلى ما اتفق عليها لدى التقابض، فهذا من شأنه أن يحفظ قيمة المنفعة المال المقوّم والمتعلق بسعر الذهب.

لذا كان لزامًا طريقتين للحدّ من التضخم وذلك من خلال:

1) اضافة أموال وقفية جديدة للمؤسسة التي كان قيّمًا عليها، لتحد الاضافة من فارق التضخم إذا حصل.

2) تأصيل ريع الوقف وذلك بأن الفائض من الوقف وبعد اعطاء المستحقين والنسبة التي اتفق عليها، فإنها تعود على دعم المشاريع والاستثمار وزيادة تنميته.

يساهم الوقف في استقرار الأسعار وثباتها، فكلما زاد الانتاج لأشياء المعروضة، كلما قلّ الطلب عليها وبالتالي ستنخفض الأسعار، العلاقة طردية؛ فكلما زاد استثمار ونتاج الوقف من خلال قروض حسنة، لدعم المشاريع الصغيرة والورشات من خلال السلم أو الاستصناع، يكثر الإنتاج ويقل الاحتكار، ويكون سعر السلعة مستقر وثابت.

المبحث الرابع: أثر الوقف في حل بعض مشكلات التمويل:

يعتبر القرض الحسن دون معاوضة هو أفضل حل للاستثمار، وإنعاش الاقتصاد والجهة الموقوفة عليها، فكلما أتاح إعطاء قروض زاد في تعزيز موارد الوقف، وعلى غراره يزيد من إنعاش الوضع الاقتصادي للفقراء.

المطلب الأول: الحلول المقترحة لإنعاش الاقتصاد من خلال استثمار الوقف.

ويضع الباحث عدة حلول يراها مناسبة لإنعاش الاقتصاد ومنها:

1) بيع حق الاستثمار: وذلك بمنح مؤسسة الوقف الى جهة متخصصة أو شركة مستثمرة ذات خبرة اما في العقارات أو الإيجارات أو المساقاة وغيرة على أن تقوم الجهة المستثمرة تحمل كافة الاستثمار بضان المسؤولية، مع اعطاء بدل لجهة الاوقاف ولمدة محددة، لتباشر الجهة المختصة استثمارها لمشروع يتفق مع جهة الوقف[151].

2) تمويل مؤسسات الوقف ببعض الشركات المساهمة، وذلك عن طريق شراء جزء من الأسهم منها.

3) الصناديق الوقفية الاستثمارية: وهي بالأساس يعتمد على مشروعية وقف النقود، وذلك من خلال وقف عدد كبير من الواقفين لاستثمارها، وقد يكون استثمارها بطريقة غير مباشرة، نحو، احالتها على عقود شركات تمويل مقابل أجر اتفق عليه.

4) الشركة القابضة الوقفية: فكلما زادت ونمت الشركة الوقفية فهي بطبيعتها تتحول من شركة مساهمة، الى شركة قابضة وذلك بتملك أسهمها.

[151] محمد الزحيلي، موسوعة قضايا اسلامية معاصرة، جزء6، ص346.

المطلب الثاني: فكرة إقامة مصرف وقف اسلامي وحلول مقترحة لإنعاش الاقتصاد.

الفرع الأول: جواز وقف النقود

اختلف العلماء في وقف النقود على قولين، اختار الباحث القول الذي يقول بجواز النقود، وهو قول عند الحنفية[152]، ووجه عند المالكية[153]، ووجه عند الشافعية[154] وفي رواية عند الحنابلة[155]، وحديثا كان رأي مجمع الفقه الاسلامي في قراره رقم 140[156].

ويميل الباحث إلى أنّ وقف النقود جائز باعتبار أن المقصد يتمثل في أنّ الوقف حبس الأصل وتسبيل المنفعة وهذا متحقق في النقود، إذ الأصل في الأشياء الإباحة إلا إذا ورد في ذلك نص، كما أنّ هذا النوع من الوقف حديثاً يسهم في زيادة المنافع، كما أنّه يتيح للجميع المشاركة في الوقف، كما أنّ هناك إمكانية استثمار النقود بشكل يسير من خلال تتبع الفرصة الاستثمارية ذات الجدوى المناسبة مع إمكانية الانتقال بشكل أفضل من استثمار تضعف فيه الأرباح لآخر أكثر ربحية.

الفرع الثاني: إقامة بنك مصرفي للوقف لدعم الاستثمار

ويعرف البنك المصرفي الوقفي بأنّه المؤسسة المسؤولة عن إدارة الوقف تحديداً وقف النقود، والذي يعمل على المحافظة على المال الموقوف وصرف العوائد على مستحقيه ملتزما بشروط الواقفين والتعليمات الصادرة من الجهات التشريعية، على أن لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، ويعمل على حوكمة وقف النقد[157].

ومن أجل العمل على استقطاب مرافد وموارد الوقف لتكون دقّة في معرفة احصائيات دقيقة لموارد الوقف تحديدًا، وأين تنفق وعلى من؟ لوضع خطط استراتيجية من شأنها انعاش وبلورة الاستثمار بأطر حديثة، لوضع أجندة وقائية تحول دون خسارة الاستثمار، وذلك بالتعاون المشترك مع أهل الاختصاص من علماء الاقتصاد، لوضع حلول للحد من التضخم المالي، وربط العملات بقيمة الذهب على ألا يكون هنالك خسارة خاصة للقروض الحسنة بعيدة الأمد، في حالة تراجع سعر العملات وفقد الدائن البنك المصرفي الوقفي وخسر في استرجاع قيمة القرض، فكان لزامًا التطرق لحفظ قيمة القرض عند السداد أن يكون مساويًا لقيمته عندما استدان المستثمر.

وأسوق اليكم بعض الحلول التي من شانها أن ينعش الاقتصاد من خلال انشاء بنك مصرفي للوقف[158]:

---

[152] ابن نجيم، البحر الرائق، 219/5.

[153] الخرشي، شرح مختصر خليل، 80/7.

[154] الرملي، نهاية المحتاج، 361/5

[155] المرداوي، الانصاف، 10/7.

[156] قرار المجمع ، انظر: قرار بشأن الاستثمار في الوقف وفي غلاته وريعه – مجمع الفقه الإسلامي الدولي (iifa-aifi.org)

[157] الحجاجدة، نحو مصرف إسلامي وقفي، ص 24.

[158] عبد الرحيم، المرابحة المصرفية واشكالية المواعدة، ص167، انظر أيضًا: عبيد، استثمار الاملاك الوقفية وأثرها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وقف العثمان نموذجا، ص138.

1. المراجعة بالأمر بالشراء: أمّا المرابحة فهي عبارة عن البيع برأس المال وربح معلوم وبموجب عقد المرابحة يتوجه الزّبون أو العميل بطلب الى المصرف الإسلامي وذلك من خلال شراء سلعة بمواصفات معينة ويتعهد بأن يشتري ما أتفق على شرائه من المصرف وبالنسبة التي تم بموجبها الاتفاق عليه. ويتكفل الزبون أو العميل بإرجاع المبلغ الذي اقترضه أو الدين بالتقسيط بما يتناسب مع قدرته على السداد وبذلك فانه سيعود على المصرف بالربح مع اسهامه في إنجاح مشاريع للتجار إما بالاستهلاك أو الإنتاج.
2. التمويل بالمضاربة: إعطاء المال على أن يقوم المضارب الذي يقوم بأخذ المال من المصرف الإسلامي وتعهد أنّ للسداد أن يكون الربح مشتركًا حسبما اتفق الطرفان سواء طالب التمويل أو المصرف الإسلامي وتمتاز مثل هذه العقود في سرعة إعادة المال المقترض واستعادة رأس المال ليجد له مشروعًا استثماريًا جديدًا.
3. عقد المشاركة: وذلك بأنّ يمول المصرف الإسلامي بالمشاركة بجزء من رأس المال على أن يكون له نسبة من الربح وهذا بوسع عمل المشاريع وتنوعها اذ يتفرع من المشاركة نوعين:
1. المشاركة الدائمة المقصود دوام المصرف في الشركة التي تصفيها أو الانتهاء منها.
2. المشاركة المتناقصة: اشتراك المصرف الإسلامي مع شريك أو مستثمرين في رأس مال أو مشروع انتاجي على أن يقدم المصرف تنازلًا عن حصته من رأس المال مرة واحده أو دفعة واحدة أو بمراحل وتدرج مثلما اتفقوا عليها في عقد الاشتراك.

وذلك عن طريق التنازل للمصرف عن رأس المال الكلي للشركة وذلك بعد تحديد نسبة شراكته على شكل أسهم ويقوم المصرف ببيع حصته بموجب ما اتفق معهم على أن يكون حصوله جزء من ربح الطرف الآخر لحصته أو عن طريق تنازل من رأس مال الشركة مقابل إيرادات يأخذها من الشريك تتغير كي يتبع لحصته من اشتراكه. وبذلك يستطيع المصرف أن يخوض اشتراكات سواء دائمة او غير دائمة حسب ما يراه مناسبًا لمشاريع واشتراكات من شأنها أن تعود عليه بالنفع والربح وبكون له الاختيار بتشغيل السيولة والخروج من أي مشروع ليشارك في مشاريع أكثر ربحا.[159]

4. عقد الاجازة: وعي عبارة عن منفعة معلومة بعوض معلوم إذا فالعقود هي التي تعود بالنفع وتتمثل هذه العقود بطريقتين[160]:

1. الاجازة التشغيلية: وذلك بأنّ يشتري المصرف الإسلامي عقارًا أو أرضًا فيقوم بتأجيرها لطرف اخر لينتفع به مدة معينة مقابل مبلغ يتم الاتفاق عليه وغالبا ما تكون الأصول التي اشتراها المصرف باهظة وعند انتهاء عقد الاجازة يقوم المصرف بإعادة تأجيرها لشخص آخر.

[159] الحجاجحة، نحو مصرف إسلامي وقفي، ص33

[160] الحجاجحة، نحو مصرف إسلامي وقفي، ص 35، انظر أيضًا: دحماني والحاج، استثمار الوقف ودوره في دعم التنمية المحلية في الجزائر، ص183.

2. الاجازة المنتهية بالتمليك: وذلك بإعطاء ملكية للمستأجر حال دفعه للمصرف بعد أن يقوم المصرف الإسلامي بشراء عقار أو أرض على ان يقوم بتأجيرها لشخص ما وبعد انتهاء العقد يكون المستأجر قد استوى ثمن العقار أو الأرض وعادة ما يكون الاجار أعلى من الإجارة السفلية[161].

5. عقد السلم: عبارة عن عقد موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوص من مجلس العقد من خلال عقد السلم يستطيع المصرف إنعاش القطاع الزراعي وذلك بتوفير ورشات عمل للفلاحين ويكون عاملا للحد من البطالة ومن خلاله يساهم في تمويل الجانب الزراعي وزيادة الربح ويساهم في نسبة الأرباح لديه والسيولة النقدية. وكما تكفل للمزارعين شراء انتاجهم أو توكيل المزارعين من بيع المحصول وإعطاء الثمن المصرف.

6. عقد الاستصناع : يكون عقد بموجب إيجاد من المستصنع فيقول من الصانع ونسمي المشتري مستصنعًا والبائع صانعًا وما اتفق عليه مصنوعا وعادة تتم في المقاولات والبناء حيث يزود المشاريع المتعلقة بتصنيع الزجاج مثلاً أو أدوات المطبخ من ملاعق وشوك وأواني للطعام والصناعات المنزلية وتساهم في تسويق وبذلك بعود عليه بالربح كما ويحد من البطالة ويقلل من نسبة الفقر في المجتمع[162].

7. القرض الحسن: وهو عبارة عن دفع مال مثلي لأخر على وجه الشرع والارفاق للانتفاع على ان يرد مثله دون زيادة حيث يساهم في إعطاء تميل لمشاريع صغيرة للفقراء سيما الذين ليس لديهم ضمانات للحصول على تمويلات من مؤسسات تمويلية على ان يكون السداد مساويا لحكمة الفرض.

المطلب الثالث: ضوابط استثمار أموال الوقف:

لقد وضع الفقهاء مجموعة من الضوابط الشرعية التي تحكم وتضبط استثمارات الأموال الوقفية وأهمها[163]:

1) أن تكون صيغ الاستثمار مشروعة، وفي مجال مشروع، وتكون مطابقة لأحكام ومبادئ الشريعة، وما كان كسبًا حرامًا، فقد حظر الإسلام الاستثمار غير المشروع كالربا والقمار والغش في التجارة.

2) أن يراعي في استثمار الوقف الالتزام بشروط الواقف وأهدافه من الوقف، وعليه يجب الالتزام به والعمل به ووجوب الاتباع[164].

3) أن يتتبع سلّم الأولويات للمفاضلة بين طرق الاستثمار ومجالاتها (الضروريات، الحاجيات، التحسينيات)، وذلك حسب الحاجة الملحة لذلك.

4) أنْ يتتبع أكثر الوسائل أمانًا، وعدم المجازفة او المخاطرة في المشاريع التي يكتنفها المخاطرة؛ وقد تؤدي الى ضياع وخسارة الاموال[165].

---

[161] عبيد، استثمار الاملاك الوقفية وأثرها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وقف العثمان نموذجا، ص137.

[162] البراري، تفعيل دور الوقف في المصارف الاسلامية، ص32.

[163] حسن خطاب، بحث مقدم للمؤتمر الرابع للأوقاف، الجامعة الاسلامية، المدينة المنورة، 1434هـ-2013م.

[164] ابن الهمام، البحر الرائق، 266/5.

[165] نزيه حماد، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، ص530.

5) أن يختار المشاريع الأكثر إنتاجًا وإدرارًا للمال والتي تجني الارباح الكثيرة، بعد استشارة المختصين وبناء على دراسات علمية مبنية على أطر اقتصادية أثبتت نجاحها بعد تطبيقها الى حيّز النفاذ.

6) أن تراعي المشروعات المحلية والقطرية المحيطة حول المؤسسات الوقفية، وعدم استثمارها في دول اجنبية، أو في خارج نطاق الدولة المسلمة.

7) في حالة عدم نجاح استثمار لصالح جهة الوقف، يتم استبدال الاستثمار الى مشروع آخر، بعد دراسة لتحقيق المصلحة بالوقف وهو النماء.

8) في حالة زاد مال الوقف بعد استثمار الريع، وتقسيمه على مستحقيه، فإن فاض وزاد يصرف ما زاد أو فاض على الحاجات المستعجلة للموقوف عليهم، وأمّا إذا لم يزد عن الحاجة الأساسية لمنحها، فلا يجوز الاستثمار فيها.

المطلب الرابع: ضوابط الآليات للاستثمار:

يمكن تلخيص ضوابط آليات الاستثمار في النقاط الآتية[166]:

1) استشارة الهيئة الرقابية الشرعية للصيغ التي تمّ بموجبها الاستثمار، لمعرفة إذا كانت هذه الصيغ مطابقة للشرع أو مخالفة.

2) تتبع أنجع وأحدث الطرق التقنية والحديثة والمتطورة في الاستثمار، وذلك لئلا تتغير النتيجة إذا تأخر البدء بالمشروع الاستثماري، فتكون قد أثرت سلبًا بالنتاج أو الربح الى خسارة متحققة.

3) تعدد المشاريع والشركات لاستثمار الوقف، لأنّه أجد مجالات الوقف بالخسارة، فيكون المجال الآخر فيه العوض والربح وجبر الخسارة.

4) توفر جانب التخصص والخبرة والمراس للقيمين على ادارة الاستثمار، ودراسة ممنهجة لإظهار جانب المخاطر، قبل البدء بأي مشروع استثماري.

5) وضع قيود وضوابط معيارية موجبها معرفة التكاليف، والجانب التسويقي، وإعطاء صلاحيات ومهام تخول الإداريين من المراقبة عن كثب لحيثيات المشروع الاستثماري.

6) المتابعة الدائمة بدقة لضمان صحة الأداء، ومواكبة سيرورة بلورة الخطط حسبما اتفق لضمان عدم الكساد وسارة أموال الوقف.

7) وضع ضمانات قانونية، تكفل من خلالها حماية الوقف، من أيّ أخطار محفوفة، وتؤدي الى زيادة لنماء ونتاج وربح الاستثمار الوقفي[167].

8) تكون المعاملات التي تمّ ابرامها عن طريق عقود المزايدات، والمناقصات، ففي المناقصات ترسو على من وضع أقل مقابل، في حين أنه في المزايدات ترسو على من يختار أعلى مقابل، وذلك بعد مراجعة وتدقيق الجهة المختصة من قبل إدارة الوقف.

---

[166] ياسر عبد الكريم الحوراني، حوكمة وقف الموارد الانتاجية، ص91.

[167] مجيدة الزياني، الضمانات القانونية للاستثمارات الوقفية في ضوء مدونة الأوقاف المغربية، ص69-81.

9) توثيق العقود والشركات بشكل موثق يظهر النسبة ونوع العقد المبرم للاستثمار سواء كان مضاربة أو اجارة أو غيرة من الشركات والعقود، حتى لا تكون هنالك جهالة أو غرر أو نزاع أو خصام أو خسارة أو كساد أو خديعة.

النتائج:

1) الأصل في مشروعية الوقف أنه مستحب؛ ولكن أحيانا يطرأ طارئ، يجعل المستحب مباحًا، أو واجبًا، أو مكروهًا، بالأحرى ينطبق عليه ما ينطبق على الأحكام التكليفية الخمسة.

2) الوقف يزل ملكية الواقف، وتنقل الملكية لله، وتكون على جهات البر والخير أو القربى.

3) ابو حنيفة اعتبر الوقف كالعارية، فلا يلزم نقل الملكية، ويستطيع الورثة أن يرثوا ما أوقف، ولكن الصّاحبين أبي يوسف ومحمد الشيباني، والشافعية والمالكية والحنابلة قالوا بلزوم الوقف وأنه ناقل للملكية؛ من حين نطقه بصيغة الوقف، فلا يرث الورثة بعد موت الذي قام بالوقف، وقد خرج عن ملكيته وتصرفه.

4) المالكية من قالوا بتوقيت الوقف لمدة قد تكون طويلة، لما فيه مصلحة جلب ونماء ونفع وريع لجهة الوقف.

5) الوقف له أربعة أركان، الواقف والموقوف، والموقوف عليه، وصيغة، فجمهور الفقهاء قالوا بذلك، في حين أن أبا حنيفة اعتبر أن الصيغة هي الركن وان كان تقتضي فحواها ومقتضاها الأربعة أركان انما خلاف لفظي، والمعنى والمضمون واحد.

6) يعتبر الوقف مصدرًا تمويليًا ثابتًا، ومتجددًا، ولا يقتصر على الأغنياء، انما هنالك بعض الصّور يشارك فيه الفقير حصة سيما إذا كان الوقف جماعيًا.

7) الوقف انخرط في جميع مناحي الحياة من الناحية الاقتصادية، والتجارية والزراعية والصناعية، للمضي قدمًا نحو النماء في الاقتصاد وتوزيعه على الفقراء والمساكين والجهات الموقوفة لما يدر بالخير العميم والرزق الوفير وإنعاش الاقتصاد وكحل للبطالة والتضخم المالي والحدّ من البطالة واعطاء فرص عمل للطبقة الفقيرة ودعمها بالمشاريع لتكون منتجة.

8) يساهم الوقف في تشجيع وإنعاش الاقتصاد من خلال اقامة شركات وشراء أسهم وبيعها وزيادة النتاج القومي.

9) يجب أن يقام مصرف اسلامي ليقوم بالرّقابة على مصاريف الوقف، وضمان تنمية فروعه بشتى أنواع صور العقود التجارية والمالية والقروض الحسنة والسلم والاستصناع، والتي من شأنها أن تكون موردًا ورافدًا تمويليًا، لتحقيق المصلحة بالنفقة على المشاريع التي من شأنها رفع النهضة والتسليح ورفع شوكة المسلمين ولنضمن التعاملات بنكهة شرعية ولزيادة التكافل الاجتماعي لسد الثغرات والفجوات وتوطيد العلاقات بين المسلمين وتعزيز جانبهم وتقوية شوكتهم .

التوصيات:

1) تقنين أطر ونظم لخبراء اقتصاديين بالتنسيق مع علماء الشريعة وفقهائها لإسداء النصائح في كيفية بلورة وبرمجة استراتيجيات لزيادة موارد الاقتصاد وانعاشه.
2) الموافقة على اقامة مصرف اسلامي وقفي يقوم بالشركات الاستثمارية ليتولى مسؤوليات القروض وكل ما يتعلق بالمعاملات الوقفية وذلك لضمان معرفة مجالات الوقف بشكل دقيق واستثمار الصناديق الوقفية على الفقراء ودعمهم لمشاريع صغيرة أو شراء أسهم وكل ما يدر على المسلمين من تكفله استئجار أرض وقفية وبناء من خلالها وحدات سكنية لعلاج أزمة الغلاء الاسعار للأراضي وايجاد حل للأزواج الشابة من خلال ايوائهم قروض بعيدة المدى ويكون بالإجارة التي تنهي بالتمليك.
3) تعليم مادة الوقف وتعميمها على جامعات العادية والاسلامية لبيان أهمية روح الشريعة والتكافل الاجتماعي وسعيها لتكفل للمسلم حياة كريمة وباستقرار وأمان من تقلبات بالرغم من تقلبات الأوضاع الاقتصادية.

المصادر والمراجع

1. الأنصاري، أبو عبد الله التونسي المالكي، شرح حدود ابن عرفة للرصاع، المكتبة العلمية، الطبعة الألى، 1350هـ.
2. الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، (د، ط)، (د، ت).
3. البخاري، محمد بن اسماعيل، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله المسمى" صحيح البخاري"، تحقيق: محمد زهير بن ناصر، دار طوق النجاة، بيروت، 1422هـ.
4. البراري، معمر، تفعيل دور الوقف في المصارف الاسلامية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة العلوم الاسلامية العالمية، الاردن، 2021.
5. البصري، بلال، أحكام الوقف، دائرة المعارف العثمانية، حيدر إياد، ط1، 1355هـ.
6. البغدادي، محمد، الوقف وأثره في تنمية الاقتصاد الإسلامي، منتدى الاقتصاد الاسلامي، دبي، 2017.
7. بليل، دور الوقف في الاستثمار للأجيال القادمة، مؤسسة محمد بن راشد آل مكتوم للأعمال الانسانية، مجلة كلية الآداب جزء66، ص45-84.
8. البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الاقناع، دار الكتب العلمية، بيروت.
9. البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
10. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى (ت 458 ه)، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية- بيروت-لبنان، الطبعة الثانية، 1424هـ/2003م

11.ابن تغري بردي، جمال الدين ابو المحاسن يوسف، البحر الزاخر في علم الاول والاخر، دار سعد الدين، 2012م.
12.الحجاحجة، لايز حسين، نحو مصرف إسلامي وقفي، مجلة المثقال للعلوم الاقتصادية والادارية وتكنولوجيا المعلومات، مجلد9، عدد1، 2023.
13.ابن حزم، ابو محمد علي بن أحمد، المحلى بالأثار، الكتب العلمية، بيروت، د.ت
14.حماد، نزيه، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، ط: دار القلم، دمشق، ط1، 1421هـ-2001م.
15.حمزة حسن محمد الأمين، المقاصد الشرعية من الأوقاف الإسلامية خصائصها وأصولها وقواعدها.
16.الحوراني، ياسر عبدالكريم، حوكمة وقف الموارد الانتاجية، بحث منشور بمجلة أوقاف العدد(30)، 1437هـ-2016م.
17.الخرشي، أبو عبد الله محمد، شرح الخرشي على مختصر خليل، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، دار الفكر للطباعة– بيروت، 1317هـ.
18.الخرشي، شمس الدين ابو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1992م.
19.الخصاف، ابو بكر، احكام الوقف، نسخة قديمة، على الرابط https://ia800403.us.archive.org/26/items/FP12475/12475.pdf
20.خطاب، حسن، بحث مقدم للمؤتمر الرابع للأوقاف، الجامعة الاسلامية، المدينة المنورة، 1434هـ-2013م.
21.الخطيب، محمود بن ابراهيم الخطيب، أثر الوقف في التنمية الاقتصادية، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر الاول بجامعة أم القرى-مكة المكرمة، 1422هـ-(أثر الوقف في تنمية المجتمع).
22.دحماني، ياسين، الحاج، نور، استثمار الوقف ودوره في دعم التنمية المحلية في الجزائر، مجلة الريادة لاقتصاديات الاعمال، مجلد8، عدد1، 2022.
23.الدردير، احمد بن محمد، أقرب المسالك لمذهب مالك، مكتبة ايوب، نيجيريا، 2000م.
24.الدسوقي، محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي، تحقق: عبد الحميد الهنداوي، المكتبة العصرية، القاهرة، 1428هـ.
25.ابن رشد، ابو الوليد محمد بن أحمد، المقدمات الممهدات، دار الغرب الاسلامي، بيروت، 1988م.
26.رفيع، محمد بن محمد، المقاصد الشرعية للوقف الاسلامي تأصيلًا وتطبيقًا، بحث منشور ضمن اعمال المؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، الجامعة الإسلامية، 1430هـ-2009م، المحور الرابع (الوقف وتجديد الحضارة الإسلامية).
27.الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج الى شرح المناهج، دار الفكر، بيروت، 1984م.
28.الزحيلي، محمد، موسوعة قضايا اسلامية معاصرة، ط: دار المكتبي-ط1430،1هـ-2009م.
29.الزحيلي، وهبي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر، سوريا، 1985م.

30.الزرقا، مصطفى، أحكام الوقف، دار عمار، الاردن، 1998.
31.ابو زكريا، محي الدين بن شرف، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجّاج، دار احياء التراث العربي، بيروت.
32.الزياني، مجيدة، الضمانات القانونية للاستثمارات الوقفية في ضوء مدونة الأوقاف المغربية، بحث منشور في مجلة أوقاف العدد(29)، 1437هـ-2016م.
33.السرخسي، محمد بن احمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1993م.
34.سمينة، وبوضياف، دور نظام الوقف في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، العدد34، جامعة زيان عاشور، 165-173.
35.شلبي، محمد مصطفى، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية، 1982م.
36.ابن ابي شيبة، عبد الله بن محمد، المصنف في الآثار والأحاديث، مكتبة الرشد، الرياض، 1409هـ.
37.الصالح، محمد بن أحمد ، الوقف في الشريعة الاسلامية، ط1، سنة1422هـ-2001م.
38.الصّاوي، أبو العباس أحمد المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، (د، ط)، (د، ت).
39.الطبراني، سليمان بن أحمد بن ايوب، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1994.
40.ابن عابدين، محمد امين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، 1992م.
41.عبد اللطيف، عبد الله العبد اللطيف، اثر الوقف في التنمية الاقتصادية، اعمال المؤتمر الاول للأوقاف بجامعة ام القرى، السعودية، 1422هـ.
42.عبد الوهاب بن إبراهيم أبو سليمان، عناية المسلمين بالوقف خدمة للقرآن الكريم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.
43.عبده، عبد العزيز، أثر الوقف في التنمية الاقتصادية والاجتماعية مع دراسة تطبيقية.
44.عبيد، ناصر، استثمار الاملاك الوقفية وأثرها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وقف العثمان نموذجا، دراسة فقهية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، عمان، 2018.
45.علاء الدين الحصفكي، محمد بن علي، الدر المختار شرح تنوير الابصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002م.
46.علي حيدر، درر الحكام، تعريب فعمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، 1991م.
47.عليش، محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر-بيروت، 1409هـ/1989م.
48.عمر، محمد عبد الحليم، قضايا ومشكلات المحاسبة على الوقف، ورقة عمل قدمت الى الحلقة النقاشية حول: "القضايا المستجدة في الوقف واشكالاته النظرية والعملية، مركز صالح كامل، جامعة الأزهر، القاهرة، الفترة،20-21-شعبان 1423هـ الموافق 26-27-اكتوبر-2002م.

49.غازي، عبد الرحيم، المرابحة المصرفية واشكالية المواعدة، ندوة المصارف الإسلامية بين تحديات الواقع ورهونات المستقبل، جامعة سيدي محمد بن عبد هللا، فاس، المغرب، 2014.
50.الغزالي، ابو حامد محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، تحقيق: احمد محمود ابراهيم، دار السلام، القاهرة، 1417هـ.
51.القاضي عياض، ابو الفضل عياض بن موسى، . إكمال المعلم بفوائد مسلم، دار الوفاء للطباعة والنشر، مصر، 1998.
52.ابن قدامة، ابو محمد موفق الدين عبد الله، المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة، 1968.
53.الكاساني، علاء الدين ابو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986م.
54.المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، (د،ت).
55.مسلم، صحيح مسلم، في كتاب "الزكاة" باب "في تقديم الزكاة ومنعها"
56.المصري، رفيق، الأوقاف فقهاً واقتصاداً. دار المكتبي للطباعة والنشر والتوزيع، 1999م
57.ابن النجار، تقي الدين محمد بن احمد، منتهى الإرادات، تحقيق، عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، 1999م.
58.ابن نجيم، وين الدين بن ابراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب الإسلامي، بيروت، 2002.
59.النووي، ابو زكريا محي الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت.
60.النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، النووي، طبعة دار أحياء التراث العربي، بيروت، ط 2، 1392هـ.
61.النيسابوري، مسلم بن الحجاج ابو الحسن، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل الى رسول الله، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء التراب العربي، بيروت، د.ت
62.ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، د.ت.

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي
International Journal of Legal Interpretative Judgement
المجلد 04، العدد 14
ISSN : 2748-5056

الاتجاه الوطني في تفسير المنار[168]

discussion of nationalism in the manar interpretation

د. زهران عمر زهران- باحث في الدراسات القرآنية, وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، فلسطين. Zahran omar zahran zahran

أ. د. عودة عبد الله- رئيس قسم أصول الدين – جامعة النجاح الوطنية- نابلس

Odeh Abdullah Odeh

Abu.albraa.kh@gmail.com

ملخص: تناولت الدراسة الحديث عن الاتجاه الوطني في تفسير المنار, لنتبين هل كان هذا الاتجاه ظاهراً فيه, أم لا؟ والذي ظهر بعد الاستقراء والنظر, أنّ النزعة الوطنية كانت ظاهرة فيه, وأنّ المفسر كان يظهر حبه لوطنه, وتأثره بالواقع المحيط به, وكان الحديث عن وطنه وأوطان المسلمين ظاهراً خاصة عند وقوفه مع الآيات التي لها علاقة بالوطن كالتي تحدثت عن حبّ الأنبياء لأوطانهم, أو تحدثت عن الإخراج من الأرض, أو تحدثت عن الصراع مع الأعداء, وغيرها.

وتبين أنّ من أهم الأدلة التي تظهر وجود الاتجاه الوطني في تفسيره: بيان مكانة الوطن عند الأنبياء عليهم السلام, والحثّ على حبه, والتمسك به, وبيان أنّ الخروج منه كالقتل أو أشدّ, والدعوة إلى الدفاع عنه, وعن وأهله, وتعرية المنافقين الذين يسعون إلى تخريبه, والسعي الدائم لخدمته والنهوض به بكل الوسائل المتاحة.

ومن أهم الآثار والقيم الناتجة عن الاتجاه الوطني في التفسير: تصحيح مفهوم الوطنية, وبيان مراعاة المفسرين للواقع, ونشر القيم الايجابية وغيرها.

الكلمات المفتاحية: الاتجاه, الوطني, التفسير, المنار

Summary

The study took the discussion of nationalism in the manar interpretation, so we can find out if the study referred to it or not? And what we had find out via reading and text-following is that nationalistic ferver has been obvious through it, and the intrepretor had shown and expressed his love for his homeland, and how effected he is by his surroundings, and discussion about his homeland and islamic lands was obvious specially when he talked about the quranic verses which spoke about homelands like verses which talked how prophets loved their homelands, or how hard it was for them to leave their lands, or versed which distinctively expressed names of different lands like the holy mosque in mecca(al-masjid alharam) or al-aqsa mosque in jerusalem. And we

[168] . مستل من رسالة دكتوراة, الاتجاه الوطني في التفسير (التفسير الحديث لمحمد عزت دروزة أنموذجا), جامعة النجاح الوطنية, نابلس.

concluded that one of highly important evidence of nationalism in his interpretation is to show how highly-valued his homeland is and the urge to love the homeland, and to defend it and its people and expose ill-hearted people who seek to destroy it, and the urge to always seek to improve ones homeland through all means. and one of the most important effects of nationalism through the interpretation is the correction of thd concept of nationalism, and how interpretators were highly considerate of the reality which they worked from, like promulgate positive values etc. Opening words, nationalistic aspect, almanar interpretation

مقدمة

الحمد لله الذي خلق فسوى, والذي قدر فهدى, والذي أعطى كل شيء خلقه ثم هدى, وأشهد أنْ لا إله إلا الله وحده لا شريك له, وأشهد أنّ محمداً عبده ورسوله وصفيه من خلقه وخليله, بلغ الرسالة وأدّى الأمانة, ولبى نداء ربه حتى أجاب مناديه, وبعد:

فإنّ حبّ الوطن من الأمور الفطرية التي فطر الله تعالى النّاس عليها, وإنّ هذه المحبة لترقى في القلب عندما يكون الوطن مكلوماً, وإنّ النّاظر المتأمل ليرى أنّ جملة من النصوص الشرعية في القرآن والسنة تدل على محبة الإنسان لوطنه, منها ما جاء في صحيح البخاري عن النّبي صلى الله عليه وسلم أنّه قال: "اللَّهُمَّ حَبِّبْ إِلَيْنَا الْمَدِينَةَ كَحُبِّنَا مَكَّةَ أَوْ أَشَدَّ"[169]. ومنها ما قاله النّبي صلى الله عليه وسلم, وهو يخرج من مكة مهاجراً إلى المدينة: "مَا أَطْيَبَكِ مِنْ بَلَدٍ وَأَحَبَّكِ إِلَيَّ وَلَوْلَا أَنَّ قَوْمِي أَخْرَجُونِي مِنْكِ مَا سَكَنْتُ غَيْرَكِ"[170].

إذن فارتباط الإنسان بوطنه وبلده, مسألة متأصلة في القلب, فهو مستقر الحياة الذي لا يترك إلا لضرورة, لذلك فإنّ المسلم لا بدّ أنْ يكون محبا وفياً لوطنه ينصره في كل ميدان, فعلى أرضه عاش, ومن خيراته طعم, وفي ربوعه ربى.

وفي هذه الدراسة ننظر في كتاب **تفسير القرآن الحكيم "تفسير المنار"**, لنرى مدى حضور الوطن فيه, ومدى الارتباط بين قلم المفسر وما يقع في وطنه وأوطان المسلمين, ونعرض لجملة القيم المترتبة على وجود هذا الاتجاه في التفسير, والتي من أبرزها تصحيح مفهوم الوطنية والقومية, وبيان مراعاة المفسر لواقع وطنه, وغيرها.

---

[169] . البخاري, محمد بن إسماعيل. **صحيح البخاري**. تحقيق: مصطفى ديب البغا. طبعة:3, سنة:1407هـ. بيروت: دار ابن كثير. (ح: 6011). (كتاب الدعوات). (باب الدعاء برفع الوباء والوجع). (2343/5).

[170] . ابن حبان, محمد بن أحمد البستي. **صحيح ابن حبان**. تحقيق: شعيب الأرنؤوط. طبعة: 2, سنة: 1414هـ. بيروت: مؤسسة الرسالة. (ح: 3709). (كتاب الحج). (باب فضل مكة). (23/9). قال شعيب: "حديث صحيح".

أهمية الدراسة:

تتلخص أهمية هذه الدراسة في النقاط الآتية:

- أنّ هذه الدراسة تناولت جانباً لم يطرق من قبل, وهو **الاتجاه الوطني في التفسير المنار**.
- أنّ هذه الدراسة تقدم حلولاً عملية ينتفع بها في خدمة الأوطان خصوصاً في أوقات الشدة.
- تبين هذه الدراسة لنا مدى مراعاة المفسر للظروف المحيطة به .

مشكلة الدراسة:

يفترض من هذه الدراسة أنْ تجيب عن التساؤلات الآتية:

1. ما هي الأدلة القرآنية على حب الانسان لوطنه؟
2. ما هو مفهوم الاتجاه الوطني في التفسير؟
3. هل كان الاتجاه الوطني في التفسير ظاهراً تفسير المنار, وما أدلة ذلك؟
4. ما هي القيم المترتبة على وجود الاتجاه الوطني في التفسير؟

أهداف الدراسة:

تتلخص أهداف الدراسة في النقاط الآتية:

- عرض الأدلة القرآنية التي تظهر حب الانسان لوطنه.
- بيان معنى الاتجاه الوطني في التفسير.
- عرض الأدلة التي تثبت وجود الاتجاه الوطني في تفسير المنار.
- بيان القيم المترتبة على الاتجاه الوطني في التفسير.

منهج البحث: اعتمدت في هذا البحث على المنهج الاستقرائي, والمنهج التحليلي, والمنهج الاستنباطي, والمنهج الوصفي.

خطة الدراسة: تحقيقا للأهداف المرجوة, وفي ضوء المنهجية السابقة, جعلت بحثي من مقدمة, وثلاثة مباحث, وخاتمة, وفهارس, على النحو الآتي:

المقدمة: وتشمل تعريفا بالموضوع, وبيان أهميته, وأسباب اختياره, ومشكلته, وبيان الأهداف المرجوة, ومنهجية البحث, وخطته.

المبحث الأول: دلالة القرآن الكريم على الوطنية, وحكم الانتماء للوطن

المبحث الثاني: مفهوم الاتجاه الوطني في التفسير

المبحث الثالث: الأدلة على وجود الاتجاه الوطني في تفسير المنار

المبحث الرابع: القيم المترتبة على وجود الاتجاه الوطني في تفسير المنار

المبحث الأول: دلالة القرآن الكريم على الوطنية, وحكم الانتماء للوطن

المطلب الأول: مفهوم الوطن في القرآن الكريم

لم يرد لفظ الأوطان في القرآن الكريم صريحاً باستعمال أحد المصطلحات المشتقة من أصل كلمة (وطن) إلا في موضع واحد, وهو قول الله تعالى: (لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ وَيَوْمَ حُنَيْنٍ إِذْ أَعْجَبَتْكُمْ كَثْرَتُكُمْ فَلَمْ تُغْنِ عَنْكُمْ شَيْئًا وَضَاقَتْ عَلَيْكُمُ الْأَرْضُ بِمَا رَحُبَتْ ثُمَّ وَلَّيْتُمْ مُدْبِرِينَ)[171]. يقول ابن عطية: "مواطن" "جمع موطن بكسر الطاء, والموطن: موضع الإقامة"[172]. ويقول الشعراوي: "والموطن هو ما استوطنت فيه, وكل النّاس مستوطنون في الأرض، وكل جماعة منا تُحيز مكاناً من الأرض ليكون وطناً لها، والوطن مكان محدد نعيش فيه من الوطن العام الذي هو الأرض"[173].

المطلب الثاني: دلالة القرآن الكريم على حب الأوطان

أولاً: حب الأنبياء عليهم السلام لأوطانهم: دلت جملة من الآيات القرآنية على حبّ الأنبياء عليهم السلام لأوطانهم, ومن هذه الآيات القرآنية:

قوله تعالى في الدلالة على حبّ النبي صلى الله عليه وسلم لوطنه –مكة-: "(إِنَّ الَّذِي فَرَضَ عَلَيْكَ الْقُرْآنَ لَرَادُّكَ إِلَى مَعَادٍ قُلْ رَبِّي أَعْلَمُ مَنْ جَاءَ بِالْهُدَى وَمَنْ هُوَ فِي ضَلَالٍ مُبِينٍ)[174]. هذه الآية تحمل وعداً فيه تسلية للنّبي صلى الله عليه وسلم أنّه سيعود إلى وطنه مكة الذي أحبه, وأخرج منه رغماً عنه[175], فقد جاء في السنة أنّه صلى الله عليه وسلم لمّا أخرج من مكة وقف على أطلالها قائلاً: "عَلِمْتُ أَنَّكِ خَيْرُ أَرْضِ اللَّهِ وَأَحَبُّ الْأَرْضِ إِلَى اللَّهِ وَلَوْلَا أَنَّ أَهْلَكِ أَخْرَجُونِي مِنْكِ مَا خَرَجْتُ"[176], ولمّا دخل المدينة قال صلى الله عليه وسلم: "اللَّهُمَّ حَبِّبْ إِلَيْنَا الْمَدِينَةَ كَحُبِّنَا مَكَّةَ أَوْ أَشَدَّ اللَّهُمَّ بَارِكْ لَنَا فِي صَاعِنَا وَفِي مُدِّنَا وَصَحِّحْهَا لَنَا..."[177].

قوله تعالى: (قَدْ نَرَى تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِي السَّمَاءِ فَلَنُوَلِّيَنَّكَ **قِبْلَةً تَرْضَاهَا** فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ...)[178].

هذه الآية ظاهرة الدلالة أنّه صلى الله عليه وسلم كان يحبّ أنْ تتحول القبلة نحو بلده مكة, يقول الطبري: "كان صلى الله عليه وسلم يقلّب وجهه في السماء، يحبّ أن يصرفه الله عز وجل إلى الكعبة، حتى صرَفه الله

---

[171] . سورة التوبة: آية 25.

[172] . ابن عطية, **المحرر الوجيز**. (21/3).

[173] . الشعراوي, محمد متولي. **تفسير الشعراوي**. (1247).

[174] . سورة القصص: آية 85.

[175] . ينظر: الطبري, محمد بن جرير. **جامع البيان عن تأويل آي القرآن**. تحقيق: أحمد شاكر. طبعة:1, سنة: 1420هـ. مؤسسة الرسالة. (641/19).

[176] . ابن حنبل, أحمد الشيباني. **مسند الامام أحمد**. القاهرة: مؤسسة قرطبة. (ح: 18739). (مسند عبد الله بن عدي بن الحمراء). (305/4). قال الأرنؤوط: "حديث صحيح".

[177] . البخاري, محمد بن إسماعيل. **صحيح البخاري**. تحقيق: مصطفى ديب البغا. طبعة:3, سنة: 1407هـ. بيروت: دار ابن كثير. (ح: 1790). (فضائل المدينة). (باب كراهية النبي صلى الله عليه وسلم أن تعرى المدينة). (667/2).

[178] . سورة البقرة: آية 144.

إليها"[179]. وذكر الشعراوي: إنّ هذا لا يعني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن راضياً أن تكون القبلة نحو بيت المقدس, وإنّما كان يتجه إلى بيت المقدس, وفي قلبه عاطفة حب الوطن تتجه نحو تحويل القبلة إلى الكعبة[180].

قوله تعالى في الدلالة على حب إبراهيم عليه السلام لوطنه: (فَلَمَّا اعْتَزَلَهُمْ وَمَا يَعْبُدُونَ مِن دُونِ اللَّهِ وَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ ۖ وَكُلًّا جَعَلْنَا نَبِيًّا)[181]. هذه الآية القرآنية تبين أنّ الله تعالى عوض إبراهيم عليه الصلاة والسلام بخير عميم بعد مفارقته لقومه, واعتزاله إياهم بسبب كفرهم وشركهم, يقول السعدي: "**ولما كان مفارقة الإنسان لوطنه** ومألفه وأهله وقومه، من أشق شيء على النّفس، لأمور كثيرة معروفة، ومنها انفراده عمن يتعزز بهم ويتكثر، وكان من ترك شيئا لله عوضه الله خيراً منه، واعتزل إبراهيم قومه، قال الله في حقه: "فَلَمَّا اعْتَزَلَهُمْ وَمَا يَعْبُدُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ وَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ وَكُلا" من إسحاق ويعقوب "جَعَلْنَا نَبِيًّا" فحصل له هبة هؤلاء الصالحين المرسلين إلى النّاس، الذين خصهم الله بوحيه، واختارهم لرسالته"[182].

قوله تعالى في الدلالة على حبّ موسى عليه السلام: "فَلَمَّا قَضَى مُوسَى الْأَجَلَ وَسَارَ بِأَهْلِهِ آنَسَ مِن جَانِبِ الطُّورِ نَارًا"[183]. قال ابن العربي: "لَمَّا قضى موسى الأجل طلب الرُّجوع إلى أهله، وحنَّ إلى وطنه، وفي الرّجوع إلى الأوطان تقتَحَمُ الْأَغْرَارُ، وَتُرْكَبُ الْأَخْطَارُ، وَتُعَلَّلُ الْخَوَاطِرُ"[184].

ثانياً: الأدلة العامة على حبّ الأوطان: من الأدلة العامة التي تظهر مدى حب الانسان, وارتباطه بوطنه الآتي: قرن الله تعالى الخروج من الديار بالقتل في قوله: (وَلَوْ أَنَّا كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ أَنِ **اقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ أَوِ اخْرُجُوا** مِنْ دِيَارِكُمْ مَا فَعَلُوهُ إِلَّا قَلِيلٌ مِنْهُمْ)[185]. "فالقتل خروج الروح من الجسد بقوة قسرية غير الموت الطبيعي، والإخراج من الديار هو الترحيل القسري بقوة قسرية خارج الأرض التي يعيش فيها الإنسان، إذن فعملية القتل قرينة لعملية الإخراج من الديار, فساعة يُقتل الإنسان فهو يتألم، وساعة يخرج من وطنه فهو يتألم، وكلاهما شاقّ على الإنسان"[186].

قرن الله تعالى حب الدين بحب الديار, قال الله تعالى: (لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ **فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ** مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ)[187]. جاء في التفسير الوسيط: هذه

---

[179] . الطبري, **جامع البيان**. (172/3).

[180] . ينظر: الشعراوي, **تفسير الشعراوي**. (ص148).

[181] . سورة مريم: آية 49.

[182] . السعدي, عبد الرحمن بن ناصر. **تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان "تفسير السعدي"**. طبعة:1, سنة: 1420هـ. مؤسسة الرسالة. (494/1).

[183] . سورة القصص: آية 29.

[184] . ابن العربي, محمد بن عبد الله. **أحكام القرآن** بيروت: دار الكتب العلمية. (259/6).

[185] . سورة النساء: آية 66.

[186] . الشعراوي, **تفسير الشعراوي**. (ص 347).

[187] . سورة الممتحنة: آية 8.

الآية ترسم المنهج الذى يجب على المسلمين أنْ يسيروا عليه مع غيرهم، وهو أنّ من لم يقاتلنا من الكفار، ولم يعمل أو يساعد على إلحاق الأذى والضرر بنا، لإخراجنا من ديارنا, فلا يأس من بره وصلته[188].

إنّ حب الوطن يجعل الإنسان يدافع عنه بكل قوته إذا هاجمه الأعداء, أو سعى أحدٌ لإخراجه منه, قال تعالى: (أَلَمْ تَرَ إِلَى الْمَلَإِ مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ مِنْ بَعْدِ مُوسَى إِذْ قَالُوا لِنَبِيٍّ لَهُمُ ابْعَثْ لَنَا مَلِكًا نُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ قَالَ هَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ أَلَّا تُقَاتِلُوا قَالُوا **وَمَا لَنَا أَلَّا نُقَاتِلَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَقَدْ أُخْرِجْنَا مِنْ دِيَارِنَا** وَأَبْنَائِنَا...)[189]. محاولة استثارة فرعون, وملأه لمشاعر قومهم ليخوفهم من موسى عليه السلام يبين شدة ارتباط الإنسان بوطنه, وتعلقه به, وعدم استغنائه عنه، وخوفه من الخروج منه، قال الله تعالى: (إِنَّ هَذَا لَسِحْرٌ عَلِيمٌ * **يُرِيدُ أَنْ يُخْرِجَكُمْ** مِنْ أَرْضِكُمْ بِسِحْرِهِ فَمَاذَا تَأْمُرُونَ)[190]. ووجه الخطاب لسيدنا موسى عليه السلام: (قَالَ أَجِئْتَنَا **لِتُخْرِجَنَا** مِنْ أَرْضِنَا بِسِحْرِكَ يا مُوسَى)[191]، جاء في كتاب اللباب في علوم الكتاب: "وتركيب هذه الشبهة عجيب، وذلك لأنه ألقى في مسامعهم ما يصيرون مبغضين له جدًا بقوله: "أَجِئْتَنَا لِتُخْرِجَنَا مِنْ أَرْضِنَا" لأنّ هذا مما يشق على الإنسان في النهاية"[192].

المطلب الثاني: حكم الانتماء للوطن

من المعلوم أنّ حب الانسان لبلده متأصل في الفطرة[193], ولكنّ المتأمل يجد أنّ المستعمرين سعوا جاهدين بعد هدم الخلافة الاسلامية[194] إلى تقسيم الأمّة الاسلامية إلى دويلات, وإشغالهم بالوطنية, والقومية, فاستعملت كلمة الوطنية بدلاً من الاسلامية, ثم بدأ الولاء والبراء للوطن يعقد على هذا الأساس حتى وصل الأمر في نهايته بأنْ يوالي المرء, أو يعادي بحسب مصلحة وطنه الخاصة[195]. فلا يهمه إنْ وقع اعتداء على مسلم في خارج حدود بلده, حتى عدّ سيد قطب فكرة الوطن على هذا النحو صنماً يعبد من دون الله[196]. فمن حمل فكرة الوطنية على هذا النحو, فوطنيته منكرة جاهلية[197]. أما الوطنية المبنية على الحب الفطري للوطن, والاعتقاد بفضله

---

[188]. ينظر: طنطاوي, **التفسير الوسيط**. (4171/1).

[189]. سورة البقرة: آية 246.

[190]. سورة الشعراء: آيات 34-35.

[191]. سورة طه: آية 57.

[192]. ابن عادل, **اللباب في علوم الكتاب**. (282/13).

[193]. فقد صرح النبي صلى الله عليه وسلم بهذا النوع من الحب للوطن, وهو في طريق هجرته إلى المدينة المنورة فقال: " ما أطيبك من بلد, وأحبك إليّ, ولولا أنّ قومي أخرجوني منك ما سكنت غيرك". . ابن حبان. **صحيح ابن حبان**. (ح: 3709). (كتاب الحج) . (باب فضل مكة). (23/9). قال شعيب: "حديث صحيح".

[194]. قامت الجمعية الوطنية الكبرى لتركيا في 1 نوفمبر 1922 بالإلغاء الرسمي للسلطنة العثمانية. (طقوش, محمد سهيل. **تاريخ العثمانيين من قيام الدولة إلى الانقلاب على الخلافة**. (ص 550-552).

[195]. ينظر: أبو زيد, بكر. **معجم المناهي اللفظية**. (56/1- 57).

[196]. ينظر: قطب, **في ظلال القرآن**. (232/4)

[197]. ينظر: ابن عثيمين, محمد صالح. **القول المفيد على كتاب التوحيد**. طبعة:2, سنة: 1424هـ. السعودية: دار ابن الجوزي. (479/2).

إن دلت النصوص على ذلك[198], والدفاع عنه ابتغاء رفعته وردّ الأعداء, والسعي إلى الرقي به في جميع المجالات الدينية, والسياسية, والأخلاقية, والثقافية وغيرها, وكان هذا كله من أجل الله تعالى, فهذا واجب لا بدّ منه. ذكر ابن عثيمين أنّ من قاتل دفاعاً عن وطنه لأنّه وطن إسلامي تجب حمايته, وحماية المسلمين فيه, فنيته إسلامية صحيحة, وفعله هذا في سبيل الله تعالى[199].

المبحث الثاني

مفهوم الاتجاه الوطني في التفسير

يتكون هذا اللفظ المركب من عدة مصطلحات, معانيها على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم الاتجاه

الاتجاه: "وَجَّهَ النَّخْلَةَ: غَرَسَها فأَمالَها قِبَلَ الشَّمالِ... يقالُ: قَعَدْتُ وِجاهَكَ, وتُجاهَكَ, أَي: حِذَاءَكَ مِن تِلْقاءِ وَجْهِكَ, وفي الصِّحاحِ: أَي قِبالَتَكَ. وفي حدِيثِ صلاةِ الخَوْفِ: (وطائِفَةٌ وُجاهَ العَدوّ)[200]، أَي: مُقابَلَتَهم وحِذاءَهُم, ولَقِيهُ وِجاهاً ومُواجَهَةً: قابَلَ وَجْهَهُ بوَجْهِهِ, والمُوَجَّهُ، كمعَظَّمٍ: ذُو الجاهِ، كالوَجِيهِ"[201]. ذكر ابن منظور أنّه اتباع شيء موجه, والشيء الموجه الذي يجعل على جهة واحدة ولا يختلف, والوجهة: الموضع الذي تتوجه إليه وتقصده[202]. وفي التنزيل قوله عز وجل: **(وَلِكُلٍّ وِجْهَةٌ هُوَ مُوَلِّيهَا)**[203]، يعني: قِبلةً[204].

يظهر من التعريفات السابقة أنّ الاتجاه في اللغة: الشيء الموجه الذي يقصد, ويُلتفت إليه من جهة, أو موضع, أو طريق, أو غاية.

أما في الاصطلاح فقد تعددت اتجاهات المفسرين من ناحية عملية عند النظر في تفاسيرهم, فمنهم من قصد جمع المأثور, ومنهم من قصد البلاغة ومنهم من قصد غير ذلك, لكن لم ينقل عن معظمهم معنى واضحٌ للاتجاه, كما نُقل عنهم تعريف المناهج, ولعل في هذا الفعل إيحاء إلى الاشتراك بين المناهج, والاتجاهات في المعنى. غير أنّ الناظر بتأمل يجد أنّ هناك فرقاً بين المصطلحين يتضح من خلال النظر في تعريف بعض العلماء المعاصرين للاتجاه.

---

[198] . كما في النصوص الدالة على فضل المواطن الثلاثة التي تشد إليها الرحال, قال صلى الله عليه وسلم: "لا تُشَدُّ الرِّحَالُ إِلاَّ إِلَى ثَلاثَةِ مَسَاجِدِ: المَسْجِدِ الحَرَامِ، وَمَسْجِدِي هَذَا، وَالمَسْجِدِ الأقصى" البخاري, محمد بن إسماعيل. **صحيح البخاري**. تحقيق: مصطفى ديب البغا. طبعة:3, سنة: 1407هـ. بيروت: دار ابن كثير. (ح: 1132). (كتاب الكسوف). (باب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة). (398/1).

[199] . ينظر: ابن عثيمين, **القول المفيد على كتاب التوحيد**. (479/2).

[200] . البخاري, **صحيح البخاري**. (ح: 3900). (باب غزوة ذات الرقاع). (كتاب المغازي). (1513/4).

[201] . الزبيدي, محمد بن محمد الحسيني. **تاج العروس من جواهر القاموس**. دار الهداية. (538/36).

[202] . ينظر: ابن منظور, محمد بن مكرم. **لسان العرب**. بيروت: دار صادر. (555/13).

[203] . سورة البقرة: آية 148.

[204] . يُنظر الفراء: **معاني القرآن**. (1/ 85). والطبري: **جامع البيان**. (3/ 193). والسمعاني: **تفسير القرآن**. (1/ 153).

يقول المشني: "مجموعة من الأفكار, والنظرات, والمباحث التي تشيع في عمل فكري كالتفسير بصورة أوضح من غيرها، **وتكون غالبة** على ما سواها... تعكس بصدق مصدر الثقافة التي تأثر بها المفسر ولَوَّنَتْ تفسيره بلونها"[205]. ويقول مساعد الطيار: "الوجهة التي قصدها المفسر في تفسيره, **وغلبت عليه**، أو كانت بارزة في تفسيره، بحيث تميز بها عن غيره"[206].

يتبين لنا أنّ الاتجاه في التفسير ما قصده المفسر, وغلب عليه أثناء تفسيره, وبهذا يتفق المعنى الاصطلاحي مع المعنى اللغوي.

وإذا أردنا أن نبرز الفرق اللطيف بين الاتجاه, والمنهج لا بدّ أنْ ننظر في مفهوم المناهج, ومما جاء فيها, أنّها: "الطريق المنهوج أي: المسلوك"[207], وجاء أيضاً أنها: "الأساليب التي يتبعها المفسرون لبيان مراد الله تعالى من آيات القرآن الكريم، بحسب الطاقة البشرية"[208].

من هنا يتبين لنا أنّ الفرق بين الاتجاه والمنهج: أنّ الاتجاه هو الغاية, والمقصد, والهدف الذي يريد المفسر تحقيقه، أما المنهج فهو الطريقة التي يسلكها من أجل الوصول للمقصد, والهدف.

المطلب الثاني: مفهوم الوطنية

إذا أردنا أن نعرف مفهوم كلمة الوطنية, فلا بد أنْ نتعرف على معاني المصطلحات الآتية:

أولا: مفهوم الوطن: هو "مَنْزِلُ الإقامَةِ مِن الإنْسانِ, ومَحَلُّه, وأَوْطَنَ, أي: أَقامَ, وأَوْطَنَهُ إيطاناً ووَطَّنَهُ تَوْطِيناً, واسْتَوْطَنَه إذا اتَّخَذَهُ وَطَناً، أي مَحَلاً, ومَسْكَناً يقيمُ به, ومنه الحدِيثُ: (نَهَى عن نَقْرَةِ الغرابِ, وأَنْ **يُوطِنَ** الرَّجُل في المكانِ بالمَسْجِدِ كما يُوطِنُ البَعيرُ)[209]، أي: أَنْ يأْلَفَ مَكاناً مَعْلوماً مَخْصوصاً به يُصلّي فيه"[210]. وجاء هذا المعنى في المعجم الوسيط, وأضيف عليه: أنّ إليه الانتماء, وإليه المأوى, فمربض البقر, والغنم هو الذي تأوي إليه[211].

---

[205]. المشني: **أثر اتجاهات المفسرين في مناهجهم**. (ص: 120).

[206]. الطيار, مساعد. **فصول في أصول التفسير**. (ص 20).

[207]. المناوي, محمد عبد الرؤوف. **التوقيف على مهمات التعاريف**. تحقيق: محمد رضوان الداية. طبعة:1, سنة: 1410هـ. بيروت: دار الفكر. (681/1).

[208]. مسلم، مصطفى: **مناهج المفسرين**. طبعة: 1, سنة: 1415هـ. الرياض: دار المسلم للنشر والتوزيع. (ص: 15).

[209]. جاء هذا الحديث في سنن أبي داود مع اختلاف يسير في اللفظ, فعن عبد الرحمن بن شبل قال: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم عَنْ نَقْرَةِ الْغُرَابِ وَافْتِرَاشِ السَّبُعِ وَأَنْ يُوَطِّنَ الرَّجُلُ الْمَكَانَ فِي الْمَسْجِدِ كَمَا يُوَطِّنُ الْبَعِيرُ". أبو داود, سليمان بن الأشعث. **سنن أبي داود**. بيروت: دار الكتاب العربي. (ح: 862). (كتاب الصلاة). (باب صلاة من لا يقيم صلبه في الركوع, والسجود). (322/1). قال الألباني: "حديث حسن".

[210]. الزبيدي, **تاج العروس**. (261/36).

[211]. ينظر: مصطفى, إبراهيم, وآخرون. **المعجم الوسيط**. تحقيق: مجمع اللغة العربية. دار الدعوة. (1042/2).

يقول الجرجاني: "الوطن الأصلي هو مولد الرجل, والبلد الذي هو فيه, ووطن الإقامة: موضع ينوي أنْ يستقر فيه خمسة عشر يوماً, أو أكثر من غير أنْ يتخذه مسكنا"[212].

ثانياً: الوطنية: هي "انتساب إلى المكان الذي يستوطنه الانسان"[213]. وتعني أيضاً "حب الوطن, والشعور بانتماء باطني نحوه"[214] . كما تطلق الوطنية على المشاعر الجياشة, والعاطفة القوية, التي يكنها الأفراد والمواطنون لدولتهم, أو وطنهم[215].

يظهر في التعريفات التركيز على الجانب العاطفي, والمشاعر تجاه الوطن, وهذا يغطي جانباً فقط من جوانب الوطنية. لذا فالتعريف المختار للوطنية هو: "شعور الفرد بحب وطنه الأصغر, وإلمامه بتاريخه, وقضايا حاضره وطموحات مستقبله, واستعداده لبذل كل ما يملك للدفاع عنه, وخدمته في شتى المواقع, والدفاع عن الوطن الأكبر, والذي يضم رقاع الأمة كلها"[216].

والفرق بين تعريف المسلم للوطنية, وتعريف غيره من الوطنيين العلمانيين والقوميين, هو: أننا نرسم **حدود الوطنية بالعقيدة**, " فعقيدة المؤمن هي وطنه, وهي قومه، وهي أهله"[217], فأينما وجد مسلم موحد يدين بعقيدة أهل الاسلام, فثمّ وطن له حرمته, وقداسته, وحرية أفراده, ووجب الدفاع عنه إذا وقع عليه اعتداء.

المطلب الثالث: مفهوم التفسير

المتتبع لمعنى التفسير في اللغة يجد أنّه يقف أمام اتجاهين اثنين في تحديد معناه:

الأول: أنّ التفسير مشتق من الفَسْر بمعنى: الكشف, والبيان, وفسره, أي: أبانه[218]. **والثاني**: أنّه مقلوب, فيكون الجذر (السَفْر), ومعناه: كشف الغطاء, فيقال: امرأة سَافِرَة أيْ التي ألقت خِمَارَها عن وَجْهِهَا, وَسَفَرَ الصُبْح, سَفْرَاً, أيْ: أضاء, وأشرق, وسمّي السَفَر سَفَراً لأنّه يُسْفِر, ويكشف عن وجوه المسافرين, وأخلاقهم, فيظهر ما كان خفيا فيها[219].

والمتأمل يجد أنّ دلالة كلا الجذرين تجتمع في المعنى, فكلاهما يعني: الكشف عن المغلق, وبيانه, وتوضيحه.

أما في الاصطلاح, فقد تنوعت تعريفات العلماء الاصطلاحية لكلمة التفسير, منهم من أطالوا فيها, ومنهم من أوجز وأبلغ, ومن تعريفات من أطالوا: أبو حيان, في قوله: "علم يبحث فيه عن كيفية النطق بألفاظ القرآن,

---

[212] . الجرجاني, علي بن محمد. **التعريفات**. تحقيق: إبراهيم الأبياري. طبعة: 1, سنة: 1405هـ. بيروت: دار الكتاب العربي. (327/1).

[213] . الزنيدي, عبد الرحمن, **مبدأ المواطنة في المجتمع السعودي**. مجلة المعرفة, عدد 120, سنة: 1426هـ. ص 9.

[214] . الحصري, ساطع. **آراء وأحاديث في الوطنية والقومية**. طبعة: 2, سنة: 1985م. بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية. (ص9).

[215] . ينظر: حشيم, مصطفى عبد الله. **موسوعة علم السياسة**. طبعة:1, سنة: 1425هـ. ليبيا: الدار الجماهيرية. (ص 459).

[216] . **التربية الوطنية في الاسلام "دراسة تحليلية"**. (ص 6).

[217] . قطب, سيد إبراهيم حسين الشاربي. **في ظلال القرآن**. طبعة: 17, سنة: 1412هـ. بيروت: دار الشروق. (12/1).

[218] . ينظر: ابن منظور, محمد بن مكرم. **لسان العرب**. طبعة: 1, بيروت: دار صادر. (55/5).

[219] . ينظر: الزبيدي, **تاج العروس**. (12/38-41).

ومدلولاتها, وأحكامها الإفرادية, والتركيبية, ومعانيها التي تحمل عليها حال التركيب, وتتمات ذلك"[220]. وممن أوجزوا وأبلغوا الزرقاني في قوله: هو "علم يبحث فيه عن القرآن الكريم من حيث دلالته على مراد الله تعالى بقدر الطاقة البشرية"[221].

ويجتمع المعنى اللغوي مع المعنى الاصطلاحي للتفسير في أنّ كليهما يسعى للكشف عن المغطى, وبيانه, وتوضيحه.

المطلب الرابع: مفهوم المصطلح المركب (الاتجاه الوطني في التفسير)

نستطيع أنْ نفهم هذا المصطلح في ضوء ما سبق بيانه بالنظر إلى ناحيتين, وهما: الناحية النظرية, والناحية العملية:

أما الأولى: مفهوم الاتجاه الوطني في التفسير من الناحية النظرية: إنّه الاتجاه الذي يهدف إلى إبراز القضايا التي تتعلق بالأرض –الوطن-, وبسطها, وتحديد معالمها, والافادة منها, والدفاع عنها, من خلال ما جاء في كتب التفسير القديمة, والحديثة, وقد برز هذا الاتجاه في كتب التفسير القديمة والحديثة, ولكنّه ظهر بشكل واضح في كتب التفسير الحديثة لحاجة النّاس إلى فهم الأمور التي تحيط بأوطانهم, خاصة في التفاسير التي كتبت في ظل الصراعات مع الأعداء, لأنّ التفاسير في عمومها كانت تتوجه إلى الأولويات التي تحيط بالمجتمعات.

وقد سعى أصحاب هذا الاتجاه إلى الاستعانة بالتفسير لما له من مكانة عظيمة عند الناس خاصة أنّه مرتبط بالقرآن الكريم, من أجل حل المشكلات التي تعاني منها أوطانهم على تنوعها.

وأما الثانية: أما المفهوم من الناحية العملية: فإنّه الدعوة إلى تنزيل أقوال المفسرين التي تتناول الحديث عن الأوطان, على الواقع, من أجل السعي إلى رفعتها, خاصة التفاسير التي كتبت في ظل الأزمات لتوجيه هذه المجتمعات إلى ما يفيدهم في سبيل الوصول إلى خير بلادهم, وتعريفهم بما لا يفيدهم حتى يبتعدوا عنه, ويتجنبوه.

المبحث الثالث

الأدلة على وجود الاتجاه الوطني في تفسير المنار

أولاً: ترجمة محمد رشيد رضا

هو الامام المفكر, المفسر, المحدث, الأديب, اللغوي, الخطيب, السياسي البارع, أحد رواد الاصلاح في مطلع القرن الرابع عشر الهجري, محمد رشيد بن علي رضا محمد شمس الدين بن منلا علي, ولد في قرية القلمون, وهي قرية تقع على شاطئ البحر المتوسط من جبل لبنان, وتبعد عن طرابلس الشام بنحو ثلاثة أميال. سنة: 1282هـ, أكبر تلاميذ الاستاذ الامام محمد عبده, وخليفته الذي حمل راية الاصلاح من بعده[222].

---

[220] . أبو حيان, محمد بن يوسف الأندلسي. **البحر المحيط في التفسير**. تحقيق: أحمد عادل وآخرون. طبعة:1, سنة: 1422هـ. بيروت: دار الكتب العلمية. (121/1).

[221] . الزرقاني, محمد عبد العظيم, **مناهل العرفان في علوم القرآن**. تحقيق: مكتب العلوم والدراسات. طبعة:1, سنة: 1996م. بيروت: دار الفكر. (4/2).

[222] . ينظر: الزركلي, **الاعلام**. (126/6).

تربى في بيت علم ودين كان أبوه شيخاً للقلمون, وإماماً لمسجدها, فعني بتربية ابنه تربية قويمة, بتعليمه القرآن, وغير ذلك, وعرف من أجداده جده السيد الشيخ أحمد في ميدان التقى والورع وتوقير العلماء, والجلوس معهم وإكرامهم[223].

شيوخه: من أبرز شيوخه حسين الجسر صاحب الفضل الكبير في توجيهه إلى كثير من العلوم والمعارف[224], والشيخ محمود نشابة من كبار علماء طرابلس, والشيخ عبد الغني الرافعي[225], والشيخ الامام محمد عبده, رحل إليه إلى مصر سنة: 1315هـ, وتتلمذ على يديه, توفي في مصر, سنة 1354هـ[226].

تبوأ محمد رشيد رضا مكانة علمية مرموقة عالية في عصره, وبعد موته, فقد أجمع على فضله كثير من العلماء والشيوخ, وشهدوا له ولمدرسته بالفضل الكبير على الأمة.

ثانياً: مؤلفاته:

لقد ترك محمد رشيد للمكتبة الاسلامية ثروة علمية كبيرة, في فنون علمية مختلفة, تهدف في جملتها إلى النهوض بالأمة, وتقوية أوطان المسلمين لكي تستطيع أن تواكب العصر وتواجه التحديات, ومن هذه المؤلفات: (محاورات المصلح والمقلد, الوهابيون والحجاز, تاريخ الاستاذ محمد عبده وخلاصة سيرة جمال الدين الأفغاني, نداء الجنس اللطيف يوم المولد النبوي الشريف, حقوق النساء في الاسلام, الامام علي بن أبي طالب, أسرار البلاغة لعبد القاهر الجرجاني, الخلافة, الوحي المحمدي, رسائل السنة والشيعة).

الناظر في كتابات محمد رشيد رضا, يجد أنّ النزعة الاصلاحية ظاهرة فيها, ويجد أنّها تركزت على ثلاثة عناصر, وهي[227]:

1. الاصلاح التعليمي: من المعلوم أن التعليم ركيزة أساسية لنهوض الأوطان, وكان محمد رشيد رضا يعي ذلك تماماً, فكان يخاطب المجتمع قائلاً: من العار على مصر أن تكون على سبقها البلاد العربية كلها إلى التعليم العصري خالية من مدرسة كلية للعلوم العالية بجميع فروعها تغنيهم عن الأجنبية الخالية من لغتهم .
2. الاصلاح الديني: وهذا أيضا من العناصر الفاعلة في النهوض بالأوطان فتصفية العقيدة من البدع والخرافات والشرك وتعظيم القبور يحرر العقول ويرقى بها.
3. الاصلاح السياسي: وهو أيضا ركيزة مهمة للنهوض بالأوطان, وكان محمد رشيد رضا سياسيا بارعا, كان يكتب المقالات السياسية في مجلة المنار يحاول فيها إيضاح المخاطر التي تحيط بالعالم الاسلامي والعربي حتى يتجاوزا ليرقوا بأحوال بلادهم

ثالثاً: التعريف بتفسير القرآن الحكيم, "تفسير المنار" والجو العام الذي كتب فيه

---

223. العدوي, إبراهيم أحمد. **رشيد رضا الامام المجاهد**. مصر: المؤسسة المصرية العامة. (ص20- ص22)
224. العدوي, **رشيد رضا الامام المجاهد**. (ص23).
225. العدوي, **رشيد رضا الامام المجاهد**. (ص31).
226. ينظر: الزركلي, **الاعلام**. (126/6).
227. الأويغوري, محمد أمين. **محمد رشيد رضا وتفسيره المنار "بحث تحليلي"**. (ص112-ص113).

هذا التفسير يمثل مرحلة جديدة في التفسير المعاصر[228]، ويقوم على ثلاثة رجال، وهم[229]:

1. السيد جمال الدين الأفغاني: الذي انقدحت عن فكره نظرية وجوب إصلاح المجتمع الاسلامي، برجوع المسلمين إلى منبع الدين.
2. الامام محمد عبده الذي باشر فعلاً تفسير القرآن العظيم بتطبيق نظرية جمال الدين الأفغاني وتناول عمله تفسير أول القرآن الكريم إلى نهاية الآية (125) من سورة النساء.
3. الشيخ محمد رشيد رضا: الذي أشار على الامام محمد عبده تفسير القرآن حتى أقنعه وتولى تقييد ما يمليه الشيخ محمد عبده وتلخيصه وإدارج ما يراه مناسبا، ثم نشره تباعاً في مجلة المنار، التي اشتهر التفسير باسمها ثم أتم محمد رشيد رضا التفسير استقلالا، وعليه فالمؤلف الحقيقي للتفسير محمد رشيد رضا.

اسم التفسير

يسمى تفسير القرآن الحكيم، ولكنّه اشتهر باسم تفسير المنار نسبة إلى المجلة التي كان ينشر فيها[230].

وبالنظر إلى الجو العام الذي كتب فيه التفسير نجد أنّ محمد رشيد رضا برز في جو كان معقداً وصعباً، فقد ظهر في السنوات الأخيرة من القرن التاسع عشر، والسنوات الأولى من القرن العشرين، وهذه الفترة تعتبر من أشد السنوات على الأمة الاسلامية، فقد التقى فيها الظلم في نهاية حكم العثمانيين في بعض المواقع، مع التآمر العربي، مع الاستعمار الأوروبي المتحالف مع الصهاينة، فكان عبء الاصلاح ثقيلاً، يحتاج إلى رجالٍ عظامٍ[231].

رابعاً: وجود الاتجاه الوطني في تفسير القرآن الحكيم "تفسير المنار":

الأجواء التي عاشها المفسر، تشير إلى وجود الاتجاه الوطني في تفسيره، فقد عاش المفسر في فترة انتشر فيها الظلم في كثير من البلدان العربية، وتحرك الاستعمار من أجل احتلالها، فعاش المفسر هذه الأجواء، وهو يحاول تخفيف الظلم ومواجهة الاستعمار، وكتب تفسيره في ظل هذه الأحداث، فمن الطبيعي أن يكون لهذا كله أثرٌ واضحٌ في كتاباته يدل على حبه لوطنه ودفاعه عنه. ومن أبرز الأدلة التي تثبت ذلك، الأدلة الآتية:

1. الطبيعة العامة لشخصية محمد رشيد رضا تشير إلى ذلك، فقد ظهرت النزعة الوطنية في مجموعة من ممارساته العامة في حياته العامرة بالنزعة الاصلاحية، منها إنشاؤه جمعية الشورى العثمانية في مصر لدعم الحكومة العثمانية الجديدة، والمشاركة في عملية الاصلاح السياسي[232]، وكانت له علاقة مع رموز الاصلاح في الاقطار العربية، وكان عضوا في حزب الاتحاد السوري الذي واجه بسبب انتمائه إليه عقوبة الاعدام، وكان من أنصار مذهب الشيخ محمد عبد الوهاب، وكان عضوا مشاركاً في الوفد

---

228. الأويغوري، **محمد رشيد رضا وتفسيره المنار "بحث تحليلي"**. (ص113).
229. عكاشة، رائد جميل. **محمد رشيد رضا: جهوده الاصلاحية، ومنهجه العلمي**. (ص14).
230. محمد رشيد رضا: **جهوده الاصلاحية، ومنهجه العلمي**. (ص14).
231. العدوي، **رشيد رضا الامام المجاهد**. (ص3).
232. عكاشة، **محمد رشيد رضا: جهوده الاصلاحية ومنهجه العلمي**. (ص222)

السوري الفلسطيني إلى جنيف سنة: 1921م, وكان عضوا في اللجنة السياسية في القاهرة سنة: 1925م[233].

2. ذكر في مقدمة تفسيره المنار أنّ المقصد الأسمى لتأليفه هو: أنّ فهم كتاب الله تعالى من حيث هو دين, يرشد النّاس إلى ما فيه سعادتهم في حياتهم الدينا وحياتهم الآخرة, فهَذَا هُوَ الْمَقْصِدُ الْأَعْلَى للتفسير، وَمَا وَرَاءَه مِنَ الْمَبَاحِثِ تَابِعٌ لَهُ, وَأَدَاةٌ, أَوْ وَسِيلَةٌ لِتَحْصِيلِهِ[234].
3. إنّ النّاظر في التفسير يجد أنّ من أبرز معالم هذا التفسير أنّه جاء ليواجه الجمود الذي خيم على أوطان المسلمين في الشرق, ومن جهة أخرى افتتان بعض أبناء المسلمين بحضارة الغرب[235].
4. إنّ في هذا التفسير دعوة إلى إصلاح أوضاع المسلمين في شتى البقاع والمناحي, وسلك للوصول إلى ذلك طرق متعددة, ومنها[236]:
    1. جمع كلمة المسلمين, وطي بساط الجدل في المسائل العقدية, التي فرقت الصف.
    2. الاستفادة من العلوم العصرية مع المحافظة على هوية المسلم.
    3. اخراج الأمة من التخبط في أمور الدنيا, والدين.
    4. عرض الحلول المناسبة لما يستجد من مشكلات في الحياة .
    5. الدفاع عن الاسلام بوصفه نظاماً صالحاً لكل زمان ومكان.
5. كثرة حديثه عن أحوال المسلمين في أوطانهم, ومن شواهد على ذلك: وصفه لأحوال المسلمين اليوم بأنّها أشد من أحوال الجاهلية, قال: "إِنَّ الجاهِلِيَّة اليوم أَشَدُّ من الجاهِلِيَّة والضَّالّين في زمنِ النَّبِيّ صلَّى اللَّه عليْه وسلَّمَ"[237], وقال في موضع آخر: إنّ الأصل في الأمة الاسلامية أنّها أمّة واحدة تربطهم لغة الدين, ثُمَّ حَدَثَتْ فِي الْإِسْلَامِ عَصَبِيَّةُ الْجِنْسِيَّةِ الجاهِلِيَّة التي حرَّمها الْإِسْلَام وشَدَّد في منْعِها، بعد أَنْ ضعُف العِلمُ والدِّينُ فِي الْمُسْلِمِينَ[238]. وفي موضع آخر قال: "وإننا نعتقد أنَّ المسلمين ما ضَعُفُوا وزال ما كان لهم من الملك الواسع إِلَّا بِإعراضهم عن هداية القرآن، وأنّه لا يعود إليهم بشيء ممّا فَقَدوا مِن العزّ ولسّيادة والكرامة إلا بالرُّجوع إلى هدايته، والاعتصام بحبله كما يرون ذلك مُبَيَّنًا في تفسير الْآيَاتِ الكريمة الدَّالَّة عَلَيهِ، وَلَا يَتِمُّ ذَلِكَ إِلَّا بالاتّفَاق على إِحْيَاءِ لُغته فالدُّعاء له دعاءٌ لها (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اسْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمْ لِمَا يُحْيِيكُمْ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللهَ يَحُولُ بَيْنَ الْمَرْءِ وَقَلْبِهِ وَأَنَّهُ إِلَيْهِ تُحْشَرُونَ وَاتَّقُوا فِتْنَةً لَا تُصِيبَنَّ الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْكُمْ خَاصَّةً وَاعْلَمُوا أَنَّ اللهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ

---

233. ينظر: رضا, محمد رشيد, **تفسير القرآن الحكيم "تفسير المنار"**. طبعة:2, بيروت: دار المعرفة. (51/1) (49/11).
234. ينظر: رضا, محمد رشيد. **تفسير القرآن الحكيم**. (17/1).
235. ينظر: عكاشة, **محمد رشيد رضا: جهوده الاصلاحية ومنهجه العلمي**. (ص15).
236. ينظر: عكاشة, **محمد رشيد رضا: جهوده الاصلاحية ومنهجه العلمي**. (ص 15, ص16).
237. رضا, **تفسير المنار**. (23/1).
238. رضا, **تفسير المنار**, (25/1).

وَاذْكُرُوا إِذْ أَنْتُمْ قَلِيلٌ مُسْتَضْعَفُونَ فِي الْأَرْضِ تَخَافُونَ أَنْ يَتَخَطَّفَكُمُ النَّاسُ فَآوَاكُمْ وَأَيَّدَكُمْ بِنَصْرِهِ وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ)[239]،[240].

6. التصريح بحب الأوطان, ومما ذكره في ذلك:

- بين أنّ الخروج من الوطن كالقتل: قال في تفسيره لقوله تعالى: (وَلَوْ أَنَّا كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ أَنِ اقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ أَوِ اخْرُجُوا مِنْ دِيَارِكُمْ مَا فَعَلُوهُ إِلَّا قَلِيلٌ مِنْهُمْ وَلَوْ أَنَّهُمْ فَعَلُوا مَا يُوعَظُونَ بِهِ لَكَانَ خَيْرًا لَهُمْ وَأَشَدَّ تَثْبِيتًا وَإِذًا لَآتَيْنَاهُمْ مِنْ لَدُنَّا أَجْرًا عَظِيمًا وَلَهَدَيْنَاهُمْ صِرَاطًا مُسْتَقِيمًا)[241] "أي: لو أَمَرْنَاهُمْ بقتل أنفسهم أي بِتَعْرِيضِهَا لِلْقَتْلِ الْمُحَقَّقِ أو الْمَظْنُون ظَنًّا رَاجِحًا... أَوْ قلنا لهم: اخْرُجُوا مِنْ دِيَارِكُمْ أي: أوطانكم وهاجروا إلى بلادٍ أخرى ما فعلوه أي: الْمَأمور به من الْقتل والهجْرة من الوطن إِلَّا قَلِيلٌ مِنْهُمْ ... قتل النَّفس والخروجُ منَ الدَّارِ، وَهُمَا مُتَقَارِبَانِ ; لِأَنَّ الجِسمَ دَارُ الرُّوحِ، وَالْوَطَنَ دار الجسم"[242].

- بين أنّ الخروج من الوطن من الفتنة التي هي أشد من القتل: قال في تفسيره لقوله تعالى: (وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ)[243] قال: "إِنَّ فتنتهم إِيَّاكم في الحرم عن دينكم بالْإِيذَاءِ وَالتَّعذيبِ، والْإِخْرَاجِ من الوطن، والمُصَادَرَةِ في المَالِ، أَشَدُّ قُبْحًا مِنَ الْقَتْلِ"[244].

7. الحديث عن أحوال وطنه الأصلي –القلمون-, كما في تفسيره لقوله تعالى: "لَا يُحِبُّ اللهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ..."[245] "فَإِنَّنِي كُنْتُ فِي بَلَدِي الْقَلَمُونِ الْمُجَاوِرَةِ لِطَرَابُلُسَ الشَّامِ، إِذَا سَمِعْتُ بِأَنَّ رَجُلًا ارْتَكَبَ فَاحِشَةً لَا أَسْتَطِيعُ النَّظَرَ إِلَيْهِ وَلَا الْحَدِيثَ مَعَهُ"[246]. وقال: "رَوَيْنَا وَسَمِعْنَا مِنْ بَعْضِ النَّصَارَى الْمُعْتَدِلِينَ فِي بِلَادِنَا كَلِمَاتِ الثَّنَاءِ وَالِاسْتِحْسَانِ لِشَعِيرَةِ الْأَذَانِ مِنْ شَعَائِرِ الْإِسْلَامِ، وَتَفْضِيلَهَا عَلَى الْأَجْرَاسِ وَالنَّوَاقِيسِ الْمُسْتَعْمَلَةِ عِنْدَهُمْ، وَقَدْ كَانَ جَمَاعَةٌ مِنْ بُيُوتَاتِ نَصَارَى طَرَابُلُسَ مُصْطَافِينَ فِي بَلَدِنَا (الْقَلَمُونِ) فَكَانَ النِّسَاءُ يَجْتَمِعْنَ مَعَ الرِّجَالِ فِي النَّوَافِذِ عِنْدَ أَذَانِ الْمُؤَذِّنِ، وَلَا سِيَّمَا أَذَانُ الصُّبْحِ ; لِيَسْمَعُوا أَذَانَهُ، وَكَانَ الْمُؤَذِّنُ نَدِيَّ الصَّوْتِ، حَسَنَهُ"[247].

- الحديث عن حب الأنبياء عليهم الصلاة والسلام لأوطانهم, قال في تفسيره لقوله تعالى: "قَدْ نَرَى تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِي السَّمَاءِ فَلَنُوَلِّيَنَّكَ قِبْلَةً تَرْضَاهَا فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ..."[248]. أي: أنّ النبي صلى

---

[239] . سورة الأنفال: آية 26.
[240] . رضا, **تفسير المنار**. (26/1).
[241] . سورة النساء: آية 66.
[242] . رضا, **تفسير المنار**. (90/5).
[243] . سورة البقرة: آية 196.
[244] . رضا, **تفسير المنار**. (69/2).
[245] . سورة النساء: آية 148.
[246] . رضا, **تفسير المنار**. (5/6).
[247] . رضا, **تفسير المنار**. (69/6).
[248] . سورة البقرة: آية 144.

الله عليه وسلم يتشوف أن تتحول القبلة من بيت المقدس إلى الكعبة, ويرجو ذلك, لأنه يهوى مكة, ولا يعد هذا من الرغبة عن أمر الله تعالى لأن هوى الأنبياء عليهم السلام لا يعدوا أمر الله تعالى وموافقة رضوانه[249]. وقال في تفسيره لقوله تعالى: "وَإِذْ قَالَ إِبْرَاهِيمُ رَبِّ اجْعَلْ هَذَا بَلَدًا آمِنًا.."[250], دعا إبراهيم عليه السلام بأن يحفظ هذا البلد من الأعداء الذين يقصدونه بسوء, وأن يجعله آمنا مطمئنا[251].

8. الدعوة إلى الجهاد في سبيل الله تعالى دفاعاً عن الأوطان إذا نزل الأعداء فيها, والثناء على المجاهدين, ومما ذكره في ذلك:

- بيان فوائد الجهاد في سبيل الله تعالى: يقول محمد رشيد رضا "الْجِهَادُ وَالْقِتَالُ، الْمَقْصُودُ بِهِمَا الذَّبُّ عَنْ حِمَى الْإِسْلَامِ, وَالدَّفْعُ عَنْ بَيْضَةِ الْمُلْكِ، وَإِزَاحَةُ الشَّرِّ وَبَسْطُ الْأَمْنِ، وَاسْتِتْبَابُ الرَّاحَةِ، ..."[252]. وفي موضع آخر أضاف أن من أهداف الجهاد تقرير الحق والعدل, والمساواة في الحقوق بين أصناف الخلق[253].
- بيان حكم الجهاد عند نزول الأعداء في أرض الوطن, قال: "وَمَذهب جماهيرِ الفُقَهَاءِ كُلِّها أَنَّ هذا الجهادَ وَالقِتَالَ لِدَفْعِ الاعْتِدَاءِ الَّذِي يَقَعُ عَلَى الدِّينِ أَو الوطَنِ فَرْضُ عَيْنٍ"[254].
- وبيان فضل الجهاد في سبيل الله تعالى دفاعاً عن الأوطان, قال: "الذي يبْذُلُ ماله فِي الْمصلحة العامَّة لِلَّتِه وَوطَنِه فَيُكْرَمُ ويكونُ قُدْوَةً في الخَير. وحظُّهُ من كَرَامَةِ الْأُمَّةِ وَعُمْرَانِ الْوَطَنِ أَعْظَمُ مِمَّا بَذَلَ مِنَ الْمَالِ، وَفَوْقَ ذَلِكَ مِنْ يُجَاهِدُ بِنَفْسِهِ وَمَالِهِ فِي سَبِيلِ اللهِ - وَهِيَ سَبِيلُ الْحَقِّ وَالْخَيْرِ وَسَعَادَةِ الدَّارَيْنِ - ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِهِ وَالزُّلْفَى عِنْدَهُ"[255].
- بيان دور الايمان في إشعال النفس للدفاع عن الوطن, قال: "إِنَّ مِنْ تَأْثِيرِ الْإِيمَانِ فِي قُلُوبِ الشَّعْبِ ذَلِكَ الشُّعُورُ الَّذِي يَنْفُذُ إِلَى أَعْمَاقِ الْقُلُوبِ بِاسْتِحْسَانِ الْمَوْتِ فِي سَبِيلِ الدِّفَاعِ عَنِ الْوَطَنِ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ أَمَلٌ فِي الْمُكَافَأَةِ"[256].
- بيان أن الموت أشرف من العيش بمهانة في ظل احتلال الأوطان, قال: "فألهم بعض أصحاب العزائم من قواد الدولة في الأناضول أن من أراد الحياة فعليه أن يحتقر الموت, وأن **كل ميتة يموتها**

---

249. رضا, **تفسير المنار**. (12/2).
250. سورة البقرة: آية 126.
251. ينظر: رضا, **تفسير المنار**. (81/1).
252. رضا, **تفسير المنار**. (58/10).
253. رضا, **تفسير المنار**. (309/7).
254. رضا, **تفسير المنار**. (74/10).
255. رضا, **تفسير المنار**. (302/8).
256. رضا, **تفسير المنار**. (21/10).

الإنسان، فهي أشرف من الاستحذاء، والمهانة بالاستسلام للأعداء, وأنه تعالى قد ينصر الفئة القليلة المعتصمة بالحق والصبر، على الفئة الكثيرة المعتدية بالباطل والبغي، فألفوا جمعية وطنية وضعوا لها ميثاقا تواثقوا على أن يقاتلوا في سبيله إلى أن يطهروا جميع البلاد التركية من الاحتلال الأجنبي فتكون مستقلة خالصة لأهلها"[257].

- بين أنّ التخلي عن الدفاع عن الأوطان من صفات المنافقين, والكافرين: قال في تفسيره لقوله تعالى: "وَقِيلَ لَهُمْ تَعَالَوْا قَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللهِ أَوِ ادْفَعُوا"[258] "مَعْنَاهُ أَنَّ هَؤُلَاءِ الَّذِينَ نَافَقُوا قَدْ دُعُوا إِلَى الْقِتَالِ عَلَى أَنَّهُ فِي سَبِيلِ اللهِ، أَيْ: دِفَاعًا عَنِ الْحَقِّ وَالدِّينِ وَأَهْلِهِ ابْتِغَاءَ مَرْضَاةِ اللهِ وَإِقَامَةِ دِينِهِ لَا لِلْحَمِيَّةِ وَالْهَوَى، وَلَا ابْتِغَاءَ الْكَسْبِ وَالْغَنِيمَةِ، أَوْ عَلَى أَنَّهُ دِفَاعٌ عَنْ أَنْفُسِهِمْ وَأَهْلِهِمْ وَوَطَنِهِمْ فَرَاوَغُوا وَحَاوَلُوا، وَقَعَدُوا وَتَكَاسَلُوا قَالُوا لَوْ نَعْلَمُ قِتَالًا لَاتَّبَعْنَاكُمْ... قَالَ تَعَالَى: هُمْ لِلْكُفْرِ يَوْمَئِذٍ أَقْرَبُ مِنْهُمْ لِلْإِيمَانِ أَيْ أَقْرَبُ إِلَى الْكُفْرِ مِنْهُمْ إِلَى الْإِيمَانِ يَوْمَ قَالُوا ذَلِكَ الْقَوْلَ لِظُهُورِ صِفَتِهِ فِيهِمْ وَانْطِبَاقِ آيَتِهِ عَلَيْهِمْ. فَإِنَّ الْقُعُودَ عَنِ الْجِهَادِ فِي سَبِيلِ اللهِ وَالدِّفَاعِ عَنِ الْوَطَنِ وَالْأُمَّةِ عِنْدَ هُجُومِ الْأَعْدَاءِ مِنَ الْفَرَائِضِ الَّتِي لَا يَتَعَمَّدُ الْمُؤْمِنُ تَرْكَهَا، كَمَا يُعْلَمُ مِنَ الْآيَاتِ الْكَثِيرَةِ فِي هَذَا السِّيَاقِ وَغَيْرِهِ، وَمِنْهَا مَا هُوَ صَرِيحٌ فِي جَعْلِهِ مِنَ الصِّفَاتِ الَّتِي حُصِرَ الْإِيمَانُ فِي الْمُتَّصِفِينَ بِهَا كَقَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ: (إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ آمَنُوا بِاللهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ لَمْ يَرْتَابُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللهِ أُولَئِكَ هُمُ الصَّادِقُونَ)"[259].
- بيان فضل المجاهدين على القاعدين: قَالَ تَعَالَى: "لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ"[260]، أَيْ عَنِ الْجِهَادِ فِي سَبِيلِ اللهِ لِتَأْيِيدِ حُرِّيَّةِ الدِّينِ، وَصَدِّ غَارَاتِ الْمُشْرِكِينَ، وَتَطْهِيرِ الْأَرْضِ مِنَ الْفَسَادِ، وَإِقَامَةِ دَعَائِمِ الْحَقِّ وَالْإِصْلَاحِ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ، الْعَاجِزِينَ عَنْ هَذَا الْجِهَادِ كَالْأَعْمَى... وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ، أَيْ: لَا يَكُونُ الْقَاعِدُونَ عَنِ الْجِهَادِ بِأَمْوَالِهِمْ بُخْلًا بِهَا وَحِرْصًا عَلَيْهَا، وَبِأَنْفُسِهِمْ إِيثَارًا لِلرَّاحَةِ وَالنَّعِيمِ عَلَى التَّعَبِ وَرُكُوبِ الصِّعَابِ فِي الْقِتَالِ، مُسَاوِينَ لِلْمُجَاهِدِينَ الَّذِينَ يَبْذُلُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي الِاسْتِعْدَادِ لِلْجِهَادِ بِالسِّلَاحِ وَالْخَيْلِ وَالْمُؤْنَةِ، وَيَبْذُلُونَ أَنْفُسَهُمْ بِتَعْرِيضِهَا لِلْقَتْلِ فِي سَبِيلِ الْحَقِّ... لِأَنَّ الْمُجَاهِدِينَ هُمُ الَّذِينَ يَحْمُونَ أُمَّتَهُمْ وَبِلَادَهُمْ، وَالْقَاعِدِينَ الَّذِينَ لَا يَأْخُذُونَ حَذَرَهُمْ، وَلَا يُعِدُّونَ لِلدِّفَاعِ عُدَّتَهُمْ... فَضَّلَ اللهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً، هَذَا بَيَانٌ لِمَفْهُومِ عَدَمِ اسْتِوَاءِ الْمُجَاهِدِينَ وَالْقَاعِدِينَ ... رَفَعَ الْمُجَاهِدِينَ عَلَيْهِمْ دَرَجَةً، وَهِيَ دَرَجَةُ الْعَمَلِ الَّذِي يَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ دَفْعُ شَرِّ الْأَعْدَاءِ عَنِ الْمِلَّةِ وَالْأُمَّةِ"[261].

---

257. رضا, **تفسير المنار**, (202/8).
258. سورة آل عمران: آية 167.
259. رضا, **تفسير المنار**. (87/4).
260. سورة النساء: آية 95.
261. رضا, **تفسير المنار**. ٢٨٦/5

9. الدعوة إلى إعداد العدة لمواجهة الأعداء, وحماية الأوطان: قال في تفسيره لقوله تعالى: "فَالْمُصَابَرَةُ، وَالْمُرَابَطَةُ، وَهِيَ الرِّبَاطُ بِمَعْنَى مُبَارَاةِ الْأَعْدَاءِ، وَمُغَالَبَتِهِمْ فِي الصَّبْرِ، وَفِي رَبْطِ الْخَيْلِ كَمَا قَالَ: (وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ)[262] عَلَى الْأَصْلِ الَّذِي قَرَّرَهُ الْإِسْلَامُ مِنْ مُقَاتَلَتِهِمْ بِمِثْلِ مَا يُقَاتِلُونَنَا بِهِ، فَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ مُبَارَاتُهُمْ فِي هَذَا الْعَصْرِ بِعَمَلِ الْبَنَادِقِ، وَالْمَدَافِعِ، وَالسُّفُنِ الْبَحْرِيَّةِ وَالْبَرِّيَّةِ وَالْهَوَائِيَّةِ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْفُنُونِ، وَالْعُدَدِ الْعَسْكَرِيَّةِ، وَيَتَوَقَّفُ ذَلِكَ كُلُّهُ عَلَى الْبَرَاعَةِ فِي الْعُلُومِ الرِّيَاضِيَّةِ، وَالطَّبِيعِيَّةِ، فَهِيَ وَاجِبَةٌ عَلَى الْمُسْلِمِينَ فِي هَذَا الْعَصْرِ; لِأَنَّ الْوَاجِبَ مِنَ الِاسْتِعْدَادِ الْعَسْكَرِيِّ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِهَا"[263].

10. الدعوة إلى الرباط دفاعاً عن الأوطان: قال: "الْمُرَابَطَةِ عِنْدَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى الْإِقَامَةِ فِي ثُغُورِ الْبِلَادِ، وَهِيَ مَدَاخِلُهَا عَلَى حُدُودِ الْمُحَارِبِينَ لِأَجْلِ الدِّفَاعِ عَنْهَا إِذَا هَاجَمَهَا الْأَعْدَاءُ، فَإِنَّ هَؤُلَاءِ يُقِيمُونَ فِيهَا وَيَقُومُونَ فِي أَثْنَاءِ ذَلِكَ بِرَبْطِ خُيُولِهِمْ، وَخِدْمَتِهَا، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنَ الِاسْتِعْدَادِ... وَالْمُرَابَطَةَ، وَالتَّقْوَى كُلُّهَا مِنْ أَسْبَابِ الْفَوْزِ عَلَى الْأَعْدَاءِ فِي الدُّنْيَا"[264].

11. الدعوة إلى تكثير سواد أهل الحق, وعدم تكثير سواد أهل الباطل في كل المواطن: قال: "وَذَكَرَ الْأُسْتَاذُ الْإِمَامُ عِنْدَ شَرْحِ مَفَاسِدِ الْمَوَالِدِ هُنَا أَنَّ بَعْضَ كِبَارِ الشُّيُوخِ فِي الْأَزْهَرِ دَعَوْهُ مَرَّةً لِلْعَشَاءِ عِنْدَ أَحَدِ الْمُحْتَفِلِينَ، فَأَبَى فَقِيلَ لَهُ فِي ذَلِكَ فَقَالَ: إِنَّنِي لَا أُحِبُّ أَنْ أُكَثِّرَ سَوَادَ الْفَاسِقِينَ ; فَإِنَّ هَذِهِ الْمَوَالِدَ كُلَّهَا مُنْكَرَاتٌ"[265].

12. بيان مخاطر ترك الجهاد خاصة على الأوطان: بين أنّ ترك الجهاد من أسوأ السيئات[266], وتركه يضعفنا, ويقوي الأعداء علينا[267]. وأنه يؤدي إلى فساد أخلاق الشعوب المحتلة فالمحتلين سيسعوا إلى نشر الكحول والمخدرات بين أبنائها, واستنزاف ثرواتها, والسيطرة على جيوشها, وإذلال أهلها[268]

13. تعرية المنافقين "الجواسيس", وبيان خطرهم على الأوطان, ودار حديثه عنهم حول الأمور الآتية:

- بيان الدور الخطير لهؤلاء الجواسيس والمنافقين, فهم غير معرفين بالنسبة للمؤمنين, ووجودهم بين المؤمنين لا يزيدهم إلا خبالاً[269]. وهم يشتركون مع اليهود والمشركين في عداوة المؤمنين فهم أنصارٌ لهم[270].

---

262. سورة الأنفال: آية 60.
263. رضا, **تفسير المنار**. (261/4).
264. رضا, **تفسير المنار**, (261/4).
265. رضا, **تفسير المنار**, (61/2).
266. ينظر: رضا, **تفسير المنار**. (18/11).
267. ينظر: رضا, **تفسير المنار**. (1/ ١٧٢).
268. ينظر: رضا, **تفسير المنار**. (412/8).
269. ينظر: رضا, **تفسير المنار**. (409/10).
270. ينظر: رضا, **تفسير المنار**. (408/6).

- أضر أعمال هؤلاء الجواسيس إفشاء الأسرار التي تتعلق بالحكومة, وسياسات الدولة ومصالحها العسكرية[271].

- تعرية المنافقين, وبيان صفاتهم وأقوالهم وأفعالهم, جاء في تفسيره لقوله تعالى: "لَا يَسْتَأْذِنُكَ الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يُجَاهِدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ وَاللهُ عَلِيمٌ بِالْمُتَّقِينَ إِنَّمَا يَسْتَأْذِنُكَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَارْتَابَتْ قُلُوبُهُمْ فَهُمْ فِي رَيْبِهِمْ يَتَرَدَّدُونَ وَلَوْ أَرَادُوا الْخُرُوجَ لَأَعَدُّوا لَهُ عُدَّةً وَلَكِنْ كَرِهَ اللهُ انْبِعَاثَهُمْ فَثَبَّطَهُمْ وَقِيلَ اقْعُدُوا مَعَ الْقَاعِدِينَ"[272] "مِنَ الْمَعْلُومِ أَنَّ ذِكْرَ الْمُنَافِقِينَ وَبَعْضِ صِفَاتِهِمْ وَأَقْوَالِهِمْ وَأَفْعَالِهِمْ جَاءَتْ فِي عِدَّةِ سُوَرٍ نَزَلَتْ قَبْلَ سُورَةِ (بَرَاءَةٌ) مِنْهَا سُوَرُ الْمُنَافِقِينَ وَالْأَحْزَابِ وَالنِّسَاءِ وَالْأَنْفَالِ وَالْقِتَالِ وَالْحَشْرِ، وَأَمَّا سُورَةُ (بَرَاءَةٌ) فَهِيَ الْفَاضِحَةُ لَهُمْ، وَالْكَاشِفَةُ لِجَمِيعِ أَنْوَاعِ نِفَاقِهِمُ الظَّاهِرَةِ وَالْبَاطِنَةِ، وَهَذِهِ الْآيَاتُ أَوَّلُ السِّيَاقِ فِي هَذَا الْبَيَانِ لِلتَّفْرِقَةِ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ..."[273].

- بيان أنواع المنافقين: بين محمد رشيد رضا أنواع المنافقين وبين أخطر هذه الأنواع, جاء هذا في تفسيره لقوله تعالى: (وَمِمَّنْ حَوْلَكُمْ مِنَ الْأَعْرَابِ مُنَافِقُونَ ۖ وَمِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ ۖ مَرَدُوا عَلَى النِّفَاقِ لَا تَعْلَمُهُمْ ۖ نَحْنُ نَعْلَمُهُمْ ۚ سَنُعَذِّبُهُمْ مَرَّتَيْنِ ثُمَّ يُرَدُّونَ إِلَىٰ عَذَابٍ عَظِيمٍ)[274] إِنَّ هَؤُلَاءِ الْمُنَافِقِينَ فَرِيقَانِ: فَرِيقٌ عُرِفُوا بِأَقْوَالٍ قَالُوهَا وَأَعْمَالٍ عَمِلُوهَا، وَفَرِيقٌ مَرَدُوا عَلَى النِّفَاقِ وَحَذَقُوهُ حَتَّى صَارَ أَمْلَسَ نَاعِمًا لَا يَكَادُ يَشْعُرُ أَحَدٌ بِشَيْءٍ يَسْتَنْكِرُهُ مِنْهُ فَيَظْهَرُ عَلَيْهِ، وَكُلٌّ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ يُوجَدُ فِي كُلِّ عَصْرٍ وَلَا سِيَّمَا مُنَافِقِي السِّيَاسَةِ فِي هَذَا الْعَهْدِ، وَهُمُ الَّذِينَ اتَّخَذَهُمُ الْأَجَانِبُ الْمُعْتَدُونَ عَلَى بِلَادِ الْإِسْلَامِ دُعَاةً وَوَلَائِجَ وَأَعْوَانًا عَلَى اسْتِعْبَادِ أُمَّتِهِمْ وَاسْتِعْمَارِ أَوْطَانِهِمْ، فَمَا مِنْ قُطْرٍ مِنْ هَذِهِ الْأَقْطَارِ الَّتِي رُزِئَتْ بِالْأَجَانِبِ إِلَّا وَلَهُمْ فِيهَا أَعْوَانٌ وَأَنْصَارٌ مِنْ أَهْلِهَا يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ يَخْدِمُونَ أُمَّتَهُمْ وَوَطَنَهُمْ مِنْ طَرِيقِ اسْتِمَالَتِهِمْ وَاسْتِرْضَائِهِمْ، وَأَنَّهُمْ لَوْلَاهُمْ لَمَا وُفِّقُوا مِنَ الظُّلْمِ وَهَضْمِ الْحُقُوقِ عِنْدَ الْحَدِّ الَّذِي هُمْ عَلَيْهِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَخْدِمُونَ الْأَجَانِبَ خِدْمَةً خَفِيَّةً لَا تَشْعُرُ بِهَا الْأُمَّةُ لِأَنَّهُمْ مَرَدُوا عَلَى النِّفَاقِ، وَإِنَّمَا يَحْتَاجُ الْخَوَنَةُ الْخَادِمُونَ لِلْأَجَانِبِ إِلَى نِفَاقٍ، وَتَلْبِيسِ خِيَانَتِهِمْ وَإِخْفَائِهَا بِالْكَذِبِ وَالِاخْتِلَاقِ، إِذَا كَانَ لِلرَّأْيِ الْعَامِّ فِطْنَةٌ وَقُوَّةٌ يَخْشَوْنَهَا... **وَأَشَدُّ الْمُنَافِقِينَ مُرُودًا وَإِتْقَانًا لِلنِّفَاقِ أَعْوَانُ الْمُلُوكِ وَالْأُمَرَاءِ الْمُسْتَبِدِّينَ، وَشَرُّهُمْ وَأَضَرُّهُمُ الَّذِينَ يَلْبَسُونَ لِبَاسَ عُلَمَاءِ الدِّينِ**"[275].

14. نشر القيم الإيجابية, والآداب التي يظهر من خلالها حفظ الأوطان, مثل:

1. بيان أنّ الدعوة إلى الوطنية التي تفرق بين المؤمنين دعوة باطلة, قال في تفسيره لقوله تعالى: "214 سورة البقرة" "وَأَعْجَبُ مِنْ هَذَا وَأَغْرَبُ أَنَّهُمْ بَلَغُوا مِنَ الْوَقَاحَةِ وَالتَّهَجُّمِ أَنْ صَارُوا يُعَارِضُونَ حَمَلَةَ الْقُرْآنِ، وَأَنْصَارَ السُّنَّةِ، وَعُرَفَاءَ الشَّرِيعَةِ، وَحُجَجَ الْعَقَائِدِ، وَحُكَمَاءَ الْأَحْكَامِ،

[271]. ينظر: رضا, تفسير المنار. (2/ ٢٦٠).
[272]. سورة التوبة: آية 46.
[273]. رضا, تفسير المنار. (404/10).
[274]. سورة التوبة: آية 101.
[275]. رضا, تفسير المنار. (11/ 16-17).

وَيُجَادِلُونَهُمْ فِي اللهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَلَا هُدًى وَلَا كِتَابٍ مُنِيرٍ، وَقَدْ حَلُّوا رَابِطَةَ الدِّينِ وَدَعَوْا إِلَى رَابِطَةٍ أُخْرَى يُسَمُّونَهَا الْوَطَنِيَّةَ يُفَرِّقُونَ بِهَا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ"[276].

2. التحذير من الظلم, وبيان خطره العظيم على الأوطان: قال تعالى: "ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْقُرَى نَقُصُّهُ عَلَيْكَ مِنْهَا قَائِمٌ وَحَصِيدٌ* وَمَا ظَلَمْنَاهُمْ وَلَكِنْ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ فَمَا أَغْنَتْ عَنْهُمْ آلِهَتُهُمُ الَّتِي يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللهِ مِنْ شَيْءٍ لَمَّا جَاءَ أَمْرُ رَبِّكَ وَمَا زَادُوهُمْ غَيْرَ تَتْبِيبٍ * وَكَذَلِكَ أَخْذُ رَبِّكَ إِذَا أَخَذَ الْقُرَى وَهِيَ ظَالِمَةٌ إِنَّ أَخْذَهُ أَلِيمٌ شَدِيدٌ"[277]. بين محمد رشيد رضا أنّ الْعِبْرَةِ الْعَامَّةِ من الآية بيان إِهْلَاكِ الْأُمَمِ الظَّالِمَةِ فِي الدُّنْيَا، وَيَتْلُوهَا الْعِبْرَةُ بِعَذَابِ الْآخِرَةِ"[278]. وبين في مضوع آخر أن الدول الظالمة لا بد أن يزول سلطانها, قال: "فَالْأُمَمُ وَالشُّعُوبُ الْبَاغِيَةُ الظَّالِمَةُ لَا بُدَّ أَنْ يَزُولَ سُلْطَانُهَا وَتَدُولَ دَوْلَتُهَا"[279].

3. تسلية المؤمنين: عشرات الآيات التي تحدث محمد رشيد رضا عند تفسيرها عن قوله أنّها جاءت تسلية للنّبي صلى الله عليه وسلم, وأصحابه والمؤمنين لما يلقونه في سبيل دعوتهم, ومنها ما جاء قوله تعالى (لَا يَغُرَّنَّكَ تَقَلُّبُ الَّذِينَ كَفَرُوا فِي الْبِلَادِ)[280] "الْآيَةَ، تَسْلِيَةً لَهُمْ، وَبَيَانًا لِكَوْنِ الْإِمْلَاءِ لِلْكَافِرِينَ، وَاسْتِدْرَاجُهُمْ لَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مَدْعَاةً لِيَأْسِ الْمُؤْمِنِينَ وَلَا حُجَّةً لِلْمُنَافِقِينَ الَّذِينَ قَالُوا عِنْدَ الشِّدَّةِ: مَا وَعَدَنَا اللهُ وَرَسُولُهُ إِلَّا غُرُورًا"[281].

4. دعوة المؤمنين إلى الثبات: جاء في تفسيره لقوله تعالى: "الأنفال 45" (لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ) هَذَا الرَّجَاءُ مَنُوطٌ بِالْأَمْرَيْنِ كِلَيْهِمَا، أَيْ: إِنَّ الثَّبَاتَ وَذِكْرَ اللهِ تَعَالَى هُمَا السَّبَبَانِ الْمَعْنَوِيَّانِ لِلْفَلَاحِ وَالْفَوْزِ فِي الْقِتَالِ فِي الدُّنْيَا، ثُمَّ فِي نَيْلِ الثَّوَابِ فِي الْآخِرَةِ،"[282]. فأهل الثبات موعودون بنصر الله تعالى[283].

5. الاهتمام بقضايا الوطن المختلفة السياسية, والاقتصادية, والاجتماعية, وغيرها: فقد ذكر في تفسير لأول سورة يونس "أَكَانَ لِلنَّاسِ عَجَبًا أَنْ أَوْحَيْنَا إِلَىٰ رَجُلٍ مِنْهُمْ أَنْ أَنْذِرِ النَّاسَ وَبَشِّرِ الَّذِينَ آمَنُوا أَنَّ لَهُمْ قَدَمَ صِدْقٍ عِنْدَ رَبِّهِمْ ۗ قَالَ الْكَافِرُونَ إِنَّ هَٰذَا لَسَاحِرٌ مُبِينٌ"[284]. إنّ من مقاصد القرآن الكريم "الْإِصْلَاحُ الِاجْتِمَاعِيُّ الْإِنْسَانِيُّ وَالسِّيَاسِيُّ الَّذِي يَتَحَقَّقُ بِالْوَحَدَاتِ الثَّمَانِ, وَحْدَةُ الْأُمَّةِ, وَحْدَةُ الْجِنْسِ الْبَشَرِيِّ, وَحْدَةُ الدِّينِ, وَحْدَةُ التَّشْرِيعِ بِالْمُسَاوَاةِ فِي الْعَدْلِ, وَحْدَةُ الْأُخُوَّةِ

276. رضا, تفسير المنار. (٢٤٢/2).
277. سورة هود: آيات (100-102).
278. ينظر: رضا, تفسير المنار. (١٢٧/12).
279. رضا, تفسير المنار. (9/ ٣٧٩).
280. سورة آل عمران: آية 196.
281. رضا, تفسير المنار. (4/ ٢٥٦).
282. رضا , تفسير المنار. (10/ ٢١).
283. ينظر: رضا, تفسير المنار. (4/ ١٥٠).
284. سورة يونس: آية 2.

الرُّوحِيَّةِ وَالْمُسَاوَاةِ فِي التَّعَبُّدِ, وَحْدَةُ الْجِنْسِيَّةِ السِّيَاسِيَّةِ الدَّوْلِيَّةِ, وَحْدَةُ الْقَضَاءِ, وَحْدَةُ اللُّغَةِ. جَاءَ الْإِسْلَامُ وَالْبَشَرُ أَجْنَاسٌ مُتَفَرِّقُونَ، يَتَعَادَوْنَ فِي الْأَنْسَابِ وَالْأَلْوَانِ وَاللُّغَاتِ وَالْأَوْطَانِ وَالْأَدْيَانِ، وَالْمَذَاهِبِ وَالْمَشَارِبِ، وَالشُّعُوبِ وَالْقَبَائِلِ، وَالْحُكُومَاتِ وَالسِّيَاسَاتِ، يُقَاتِلُ كُلُّ فَرِيقٍ مِنْهُمْ مُخَالِفَهُ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذِهِ الرَّوَابِطِ الْبَشَرِيَّةِ وَإِنْ وَافَقَهُ فِي الْبَعْضِ الْآخَرِ، فَصَاحَ الْإِسْلَامُ بِهِمْ صَيْحَةً وَاحِدَةً دَعَاهُمْ بِهَا إِلَى الْوَحْدَةِ الْإِنْسَانِيَّةِ الْعَامَّةِ الْجَامِعَةِ وَفَرَضَهَا عَلَيْهِمْ، وَنَهَاهُمْ عَنِ التَّفَرُّقِ وَالتَّعَادِي وَحَرَّمَهُ عَلَيْهِمْ، وَبَيَانُ هَذَا التَّفْرِيقِ وَمَضَارِّهِ بِالشَّوَاهِدِ التَّارِيخِيَّةِ، وَبَيَانُ أُصُولِ الْكِتَابِ الْإِلَهِيِّ وَسُنَّةِ خَاتَمِ النَّبِيِّينَ فِي الْجَامِعَةِ الْإِنْسَانِيَّةِ"[285].

المبحث الرابع

القيم المترتبة على وجود الاتجاه الوطني في تفسير المنار

تصحيح مفهوم الوطنية والقومية[286]**, وأهم ما جاء في هذا, بيان الآتي:** إنّ حب الوطن, من الأمور الفطرية التي فطر الله تعالى النّاس عليها, وهذه الفطرة كانت ظاهرة عند الأنبياء عليهم الصلاة والسلام, وغيرهم من الصالحين وحتى عند غير الصالحين بنص القرآن الكريم والسنة النبوية.

1. العناية بالجوانب الاصلاحية التي ترقى بالأوطان في الجانب السياسي والاجتماعي والاقتصادي والثقافي وغيرها من الجوانب.
2. تشتد العلاقة بين الشعوب والأوطان إذا زاد الظلم, والقهر, والسجن, والتعذيب, والتهجير... فلا يستغرب من ظهورها في التفاسير التي كان كاتبوها يعيشون تحت هذه الظروف, ولا تعتبر مثلبة ما لم يظهر عوراً ظاهراً.
3. حاجات الوطن في حالة الرخاء تختلف عن حاجات الوطن في حالة الشدة .

الوطن لا يعني التعصب والتعدي على حقوق الغير فوطن المسلم هو كل موقع تواجد فيه المسلمون, دل على ذلك مشاركته في أكثر من جمعية وطنية سواء كانت داخلية أو خارجية, وسعيه الدائم إلى رفع المظالم عن كل المسلمين والعرب في كل مكان.

- بيان مراعاة المفسر للواقع: هذه سمة قد تكون غائبة عن كثير من كتب التفسير, وقلة هم المفسرون الذين ارتبطت أقلامهم بالواقع الذي يحيونه. ولعل ربط التفسير بالواقع ظهر جلياً في جملة من كتب التفسير الحديثة, خصوصاً الكتب التي جاءت بعد ظهور مدرسة محمد عبده في التفسير.
- استثمار القرآن الكريم في التغيير: أدرك كثير من المفسرين تماماً أنّ القرآن الكريم يحمل في طياته مهمة اصلاحية كبرى, وأنّه قادر على إنقاذ هذه الأجيال المسلمة مما وقعت فيه, وأن يقدم لهم ما يمكنهم من مواجهة التحديات التي تقف أمامهم, وأنه قادرٌ على التعامل مع كل الظروف المحيطة في شتى الجوانب, يذكر محمد رشيد رضا في مقدمة تفسيره أنّه لا بد من فهم كتاب الله تعالى من حيث

[285] . رضا, **تفسير المنار**. (210/11).

[286] . رضا, **تفسير المنار**. (٢٤٢/2).

هو دين, يرشد النّاس إلى ما فيه سعادتهم في حياتهم الدينا وحياتهم الآخرة, فهَذَا هُوَ الْمَقْصِدُ الْأَعْلَى للتفسير، وَمَا وَرَاءَه مِنَ الْمَبَاحِثِ تَابِعٌ لَهُ, وَأَدَاةٌ, أَوْ وَسِيلَةٌ لِتَحْصِيلِهِ[287].

- توجيه المجتمعات إلى القيم الايجابية التي ترقى بها, ومن أهمها: حبّ الوطن ليس حبّاً عشوائياً جافاً, وإنّما يستغل في نشر القيم الايجابية التي ترقى بالشعوب, في كل المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها.

الخاتمة ونتائج البحث

اشتملت هذه الدراسة على جملة من النتائج التي يجدر الاشارة إلى أهمها:

- مفهوم الاتجاه الوطني في التفسير: هذا المصطلح المركب الحديث يفهم بالنظر إلى ناحيتين, وهما: الناحية النظرية, والناحية العملية: أما الأولى: فهو الاتجاه الذي يهدف إلى إبراز القضايا التي تتعلق بالأرض –الوطن-, وبسطها, وتحديد معالمها, والافادة منها, والدفاع عنها, من خلال ما جاء في كتب التفسير القديمة, والحديثة. وأما الثانية: فهو الدعوة إلى تنزيل أقوال المفسرين التي تتناول الحديث عن الأوطان, وما يحل فيها على الواقع, من أجل السعي إلى رفعتها, خاصة التفاسير التي كتبت في ظل الأزمات لتوجيه هذه المجتمعات إلى ما يفيدهم في سبيل الوصول إلى خير بلادهم, وتعريفهم بما لا يفيدهم حتى يبتعدوا عنه, ويتجنبوه.
- من القيم الايجابية المترتبة على وجود الاتجاه الوطني في التفسير: (تصحيح مفهوم الوطنية والقومية, بيان مراعاة المفسر للواقع, استثمار القرآن الكريم في التغيير, توجيه المجتمعات إلى القيم الايجابية التي ترقى بها).

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم
- الأويغوري, محمد أمين. **محمد رشيد رضا وتفسيره المنار "بحث تحليلي"**
- البخاري, محمد بن إسماعيل. **صحيح البخاري**. تحقيق: مصطفى ديب البغا. طبعة:3, سنة: 1407هـ. بيروت: دار ابن كثير.
- الترمذي, محمد بن عيسى. **سنن الترمذي**. تحقيق: أحمد شاكر, وآخرون. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- الجرجاني, علي بن محمد. **التعريفات**. تحقيق: إبراهيم الأبياري. طبعة: 1, سنة: 1405هـ. بيروت: دار الكتاب العربي
- ابن حبان, محمد بن أحمد البستي. **صحيح ابن حبان**. تحقيق: شعيب الأرنؤوط. طبعة: 2, سنة: 1414هـ. بيروت: مؤسسة الرسالة.

[287] . ينظر: رضا, محمد رشيد. **تفسير القرآن الحكيم**. (17/1).

- حشيم, مصطفى عبد الله. **موسوعة علم السياسة.** طبعة:1, سنة: 1425هـ. ليبيا: الدار الجماهيرية.
- الحصري, ساطع. **آراء وأحاديث في الوطنية والقومية.** طبعة: 2, سنة: 1985م. بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية.
- ابن حنبل, أحمد الشيباني. **مسند الامام أحمد.** القاهرة: مؤسسة قرطبة.
- أبو حيان, محمد بن يوسف الأندلسي. **البحر المحيط في التفسير.** تحقيق: أحمد عادل وآخرون. طبعة:1, سنة: 1422هـ. بيروت: دار الكتب العلمية.
- رضا, محمد رشيد. **تفسير القرآن الحكيم "تفسير المنار".** طبعة:2, بيروت: دار المعرفة.
- الزبيدي, محمد بن محمد الحسيني. **تاج العروس من جواهر القاموس.** دار الهداية.
- الزرقاني, محمد عبد العظيم. **مناهل العرفان في علوم القرآن.** تحقيق: مكتب العلوم والدراسات. طبعة:1, سنة: 1996م. بيروت: دار الفكر.
- الزنيدي, عبد الرحمن. **مبدأ المواطنة في المجتمع السعودي.** مجلة المعرفة, عدد 120, سنة: 1426هـ .
- أبو زيد, بكر. **معجم المناهي اللفظية.**
- السعدي, عبد الرحمن بن ناصر. **تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان "تفسير السعدي".** طبعة:1, سنة: 1420هـ. مؤسسة الرسالة.
- السمعاني, منصور بن محمد بن عبد الجبار التميمي المروزي الشافعي. **تفسير القرآن.**
- الشعراوي, محمد متولي. **تفسير الشعراوي.**
- الطبري, محمد بن جرير. **جامع البيان عن تأويل آي القرآن.** تحقيق: أحمد شاكر. طبعة:1, سنة: 1420هـ. مؤسسة الرسالة
- طقوش, محمد سهيل. **تاريخ العثمانيين من قيام الدولة إلى الانقلاب على الخلافة.**
- طنطاوي, محمد سيد. **التفسير الوسيط.**
- الطيار, مساعد. **فصول في أصول التفسير.**
- ابن عادل, عمر بن علي. **اللباب في علوم الكتاب**
- ابن عثيمين, محمد صالح. **القول المفيد على كتاب التوحيد.** طبعة:2, سنة: 1424هـ. السعودية: دار ابن الجوزي.
- العدوي, إبراهيم أحمد. **رشيد رضا الامام المجاهد.** مصر: المؤسسة المصرية العامة.
- ابن العربي, محمد بن عبد الله. **أحكام القرآن.** بيروت: دار الكتب العلمية.
- عكاشة, رائد جميل. **محمد رشيد رضا: جهوده الاصلاحية, ومنهجه العلمي.**
- الفراء, يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور الديلمي. **معاني القرآن.**

- القرضاوي, يوسف. **من أجل صحوة راشدة: تجدد الدين وتنهض بالدنيا.** دار الشروق.
- قطب, سيد إبراهيم حسين الشاربي. **في ظلال القرآن**. طبعة: 17, سنة: 1412هـ. بيروت: دار الشروق.
- مسلم، مصطفى: **مناهج المفسرين**. طبعة: 1, سنة: 1415هـ. الرياض: دار المسلم للنشر والتوزيع.
- المشني, مصطفى. **أثر اتجاهات المفسرين في مناهجهم.**
- مصطفى, إبراهيم, وآخرون. **المعجم الوسيط**. تحقيق: مجمع اللغة العربية. دار الدعوة.
- المناوي, محمد عبد الرؤوف. **التوقيف على مهمات التعاريف**. تحقيق: محمد رضوان الداية. طبعة:1, سنة: 1410هـ. بيروت: دار الفكر.
- ابن منظور, محمد بن مكرم. **لسان العرب**. بيروت: دار صادر.

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي
International Journal of Legal Interpretative Judgement
المجلد 04، العدد 14
ISSN : 2748-5056

المقاطعة الاقتصادية في ضوء مقاصد التشريع الإسلامي

economic boycotts in light of the objectives of Islamic legislation

رائد إبراهيم عوض الله
Raed.awadalah2@s
باحث دكتوراة في برنامج الفقه وأصوله/ جامعة القدس/ فلسطين

ملخص:

تناول هذا البحث موضوع المقاطعة الاقتصادية في ضوء مقاصد التشريع الإسلامي، فبيَّن وجوه التكييف الشرعي للمقاطعة الاقتصادية، وضوابط العمل بها، وإخضاعها لميزان المصالح والمفاسد.

وتوصل البحث إلى مجموعة من النتائج، منها: أنَّ التكييف الفقهي للمقاطعة الاقتصادية يتمثل بصورة من صور الجهاد المعاصر، وأبرز الوجوه التي تؤكد هذا: الجهاد بالمال، ونصرة المستضعفين، ومراغمة العدو، مع التنبيه إلى ضرورة النظر في حكم استعمال المقاطعة الاقتصادية: بناءً على مصدرها وأهداف استخدامها، وأن من ضوابط العمل بها في الإسلام الاستناد إلى قاعدة: "لا ضرر ولا ضرار"، وتحقيقها لمقاصد الشريعة الإسلامية، ومراعاتها للمصالح والمفاسد.

وخلص البحث إلى عدد من التوصيات، أبرزها الالتزام بضوابط العمل بالمقاطعة الاقتصادية، ودعم حركة المقاطعة الإسرائيلية "BDS" من قبل مسلمي العالم أينما كانوا.

الكلمات المفتاحية: المقاطعة الاقتصادية، السياسة الشرعية، المصالح والمفاسد، التكييف الفقهي، المقاصد الشرعية.

Abstract: This research addresses the topic of economic boycotts in light of the objectives of Islamic legislation. It elucidates the various aspects of the Shariah-based framework for economic boycotts, the regulations governing their implementation, and the evaluation of their benefits and harms. The research arrives at several conclusions, including that the Shariah-based framework for economic boycotts can be viewed as a form of contemporary jihad. Notable aspects that support this view include financial jihad, supporting the oppressed, and challenging the enemy. The study emphasizes the necessity of considering the legitimacy of using economic boycotts based on their source and objectives. One of the regulations for their implementation in Islam is the principle of "no harm and no

harassment," ensuring that such actions align with the objectives of Islamic law and balance benefits and harms. The study concludes with several recommendations, notably the adherence to the regulations governing economic boycotts and the support of the Boycott, Divestment, Sanctions (BDS) movement against Israel by Muslims worldwide.

Keywords: Economic boycott, Islamic policy, benefits and harms, Shariah-based framework, Sharia purposes.

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فهو المهتد، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه، ومن تبعه بإحسانٍ إلى يوم الدين، وبعد:

فقد اهتم الإسلام في بيان العلاقة مع الأعداء في مختلف الجوانب، والشواهد على ذلك من القرآن الكريم والسنة النبوية كثيرة، والملاحظ أنَّ هذه العلاقة مبنية على الحفاظ على هيبة الإسلام أمام الأعداء، ويتجلى هذا في قوله تعالى:{مُّحَمَّدٌ رَّسُولُ اللَّهِ ۚ وَالَّذِينَ مَعَهُ أَشِدَّاءُ عَلَى الْكُفَّارِ رُحَمَاءُ بَيْنَهُمْ}[288]، والمقاطعة الاقتصادية في هذا السياق ترتبط بتحقيق هيبة الإسلام وردع الأعداء عن تماديهم على الإسلام وأهله، ومحور الكلام في هذا البحث يدور حول مدى إمكانية تحقيق هذا الردع من منظور السياسة الشرعية.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تحقيق أمور عدة، وهي على النحو الآتي:

1- بيان مفهوم المقاطعة الاقتصادية.

2- ضبط العمل بالمقاطعة الاقتصادية.

3- إبراز وجوه التكييف الفقهي للمقاطعة الاقتصادية.

4- إخضاع المقاطعة الاقتصادية لميزان المصالح والمفاسد.

5- توضيح مدى تحقق ردع الأعداء من خلال المقاطعة الاقتصادية.

6- بيان علاقة المقاطعة الاقتصادية بالسياسة الشرعية.

[288] سورة الفتح: آية 29.

أهمية البحث:

تعتبر المقاطعة الاقتصادية من الأمور المحورية في زماننا، حيث ترتبط بالسياسة ارتباطًا وثيقًا، ويكثر الحديث حول حكمها، وإمكانية تطبيقها، ومدى تحقق لجم تمادي الأعداء من خلالها، وخاصةً بعد الأحداث الجسام ضد الإسلام وأهله التي وقعت في السنوات الأخيرة، كالتمادي على الرسول –صلى الله عليه وسلم-، ودعم المجرمين الذي يسفكون دماء المسلمين في الأرض المباركة.

مشكلة البحث، وأسبابه:

يتعلق هذا البحث بدراسة المقاطعة الاقتصادية للأعداء من منظور السياسة الشرعية، وما يرتبط بهذا الأمر، من خلال الإجابة عن السؤال الرئيس الآتي:

ما التكييف الفقهي للمقاطعة الاقتصادية؟

ويتفرع عنه الأسئلة الآتية:

1- ماذا يُقصد بالمقاطعة الاقتصادية؟

2- ما الوجوه التي تؤكد التكييف الفقهي للمقاطعة الاقتصادية؟

3- هل تعتبر المقاطعة الاقتصادية ضربًا من ضروب الجهاد؟

4- ما ضوابط العمل بالمقاطعة الاقتصادية؟

الدراسات السابقة:

فكرة هذا البحث تمت دراستها في رسائل علمية وأبحاث قيمة، وقد أسهب الباحثون وأهل العلم في الحديث عن المقاطعة الاقتصادية، وسعت هذه الدراسة لتضيف على الدراسات السابقة، مسألة إبراز وجوه التكييف الشرعي للمقاطعة الاقتصادية، وبيان ضوابط عملها، وإخضاعها لميزان المصالح والمفاسد، ومن الدراسات السابقة للمقاطعة الاقتصادية ما يأتي:

1- رسالة ماجستير بعنوان" المقاطعة الاقتصادية- تأصيلها الشرعي- واقعها والمأمول لها"، لعابد السعدُون، دار التابعين، الرياض، 1429هـ - 2009م.

2- دراسة بعنوان" المقاطعة الاقتصادية- حقيقتها وحكمها"، لخالد الشمراني، دار ابن الجوزي، الرياض، 1426هـ - 2006م.

3- رسالة ماجستير بعنوان" أحكام المقاطعة الاقتصادية في الفقه الإسلامي"، لعبد الله القطَّان، جامعة اليرموك، الأردن، 1428هـ -2008م.

4- بحث محكم بعنوان "مدى مشروعية المقاطعة الاقتصادية في الفقه الإسلامي"، للدكتور سهيل الأحمد، مجلة جامعة الخليل، العدد:1، 1432هـ -2012م.

منهج الباحث:

1- اتبع الباحث المنهج الوصفي، مع الاستفادة من المنهجين الاستقرائي والتحليلي.

2- عزو الآيات القرآنية بذكر مواضعها، واسم السورة، ورقم الآية.

3- إذا كان الدليل من صحيحي البخاري ومسلم، أو من أحدهما، يكتفي بعزوه لأحدهما، وإذا كان من غيرهما، يثبت حكمه من حيث الصحة والضعف.

4- التوثيق في هامش الصفحة، بحسب المنهجية المتبعة في الأبحاث العلمية.

خطة البحث:

انبنى البحث بعد هذه المقدمة من ثلاثة مباحث، ثم خاتمة فيها أهم النتائج والتوصيات:

المبحث الأول: مفهوم المقاطعة الاقتصادية، ونبذة تاريخية عنها

المطلب الأول: المقاطعة الاقتصادية لغةً، واصطلاحًا

المطلب الثاني: نبذة تاريخية عن المقاطعة الاقتصادية

المبحث الثاني: التكييف الفقهي للمقاطعة الاقتصادية، وضوابطها.

المطلب الأول: التكييف الفقهي للمقاطعة الاقتصادية.

المطلب الثاني: ضوابط العمل بالمقاطعة الاقتصادية.

المبحث الثالث: المقاطعة الاقتصادية في ميزان المصالح والمفاسد

الخاتمة، وتشمل أهم النتائج والتوصيات

المبحث الأول: مفهوم المقاطعة الاقتصادية، ونبذة تاريخية عنها

المطلب الأول: المقاطعة الاقتصادية لغةً، واصطلاحًا

- المقاطعة: " (قَطَعَ) الشَّيْءَ يَقْطَعُهُ قَطْعًا. وَ (قَطَعَ) النَّهْرَ عَبَرَهُ مِنْ بَابِ خَضَعَ. وَقَطَعَ رَحِمَهُ (قَطِيعَةً) فَهُوَ رَجُلٌ (قُطَعٌ) ... وَ (الْقَطِيعَةُ) الْهِجْرَانُ ... وَ (التَّقَاطُعُ) ضِدُّ التَّوَاصُلِ".[289]

- الاقتصاد:" القَصْدُ فِي الشيْءِ (ضِدُّ الإفْراطِ)، وَهُوَ مَا بَين الإسرافِ والتَّقْتِير، والقَصْدُ فِي المَعِيشَة: أَن لَا يُسْرِف وَلَا يُقَتِّرَ، وقَصَدَ فِي الأَمْرِ لم يَتجاوَزْ فِيهِ الحَدَّ، وَرَضِيَ بالتَّوَسُّطِ... واقْتَصَدَ فِي النَّفَقَةِ: تَوَسَّطَ بَين التَّقْتِيرِ والإسراف".[290]

[289] الرازي، محمد بن أبي بكر(666هـ)، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ، مادة: قَطَعَ، ط5، صفحة: 256، المكتبة العصرية، بيروت، 1420هـ - 1999م.

-المقاطعة الاقتصادية بحسب المختصين بالقانون:

أن تعتزم دولة أو مجموعة دول على وقف أو تعليق العلاقات الاقتصادية مع دولة أخرى؛ لإجبارها على الانصياع لمطالب معينة، أو تغيير سياساتها في قضية ما.[291]

-المقاطعة الاقتصادية بحسب المختصين بالشريعة:

تعريفات علماء الشريعة للمقاطعة الاقتصادية إما مقتبسة من القانونيين، أو علماء الاقتصاد، أو تكون بصيغة قريبة من ذلك، ومن أكثر هذه التعريفات تداوًلا، أنها" الامتناع عن معاملة الآخر اقتصاديًا وفق نظام جماعي مرسوم؛ بهدف الضغط عليه لتغيير سياسته تجاه قضية من القضايا"[292].

المطلب الثاني: نبذة تاريخية عن المقاطعة الاقتصادية

المتدبر في المراجع التاريخية يجد أنَّ المقاطعة الاقتصادية ليست وليدة العصر الحالي، بل استعملها السابقون في الضغط على الأعداء لتحقيق مآرب معينة، فقد استعملها أعداء الإسلام مع المسلمين، وأيضًا استعملها الرسول –صلى الله عليه وسلم- مع الأعداء كعقاب لهم، أو لإجبارهم على الخضوع لحكمه عليهم، وكان لها حضورها بين الدول في عصرنا الحالي لذات السياسة.

ولا بد من التفريق بين فعل الظالمين من خلال المقاطعة الاقتصادية كما فعلت قريش مع مناصري الرسول –صلى الله عليه وسلم- ومن آمن به؛ للضغط عليهم حتى يتخلوا عنه، حيث أجمع مناصروها على مقاطعة بني هاشم وبني المطلب من خلال اتفاقية بينهم تعرف بالصحيفة، وعلقوها على جدران الكعبة ليراها الجميع، و تضمنت جوانب مختلفة من المقاطعة منها الاقتصادية، وتمثلت جوانبها بما يأتي:

1- ألا يتزوجوا من مناصري محمد –صلى الله عليه وسلم- ومن آمن به، ولا يعطونهم من بناتهم، وهذه مقاطعة اجتماعية خاصة بالنسب.

2- لا يشتروا منهم، ولا يبيعوا لهم، وهذه صورة عملية للمقاطعة الاقتصادية.

3- لا يجالسوهم، وحتى الكلام مُنع معهم.[293]

---

[290] **الزبيدي**، محمد مرتضى(1250ه)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، مادة: قَصَدَ، ط1، جزء:9، صفحة:36، المجلس الوطني للثقافة، الكويت، 1422ه - 2001م.

[291] **أبو عيطة**، السيد، **القانون الدولي بين النظرية والتطبيق**، ط1، صفحة:410، دار الفكر الجامعي، مصر، 1435ه - 2014م.

[292] **الشمراني**، خالد عبد الله، **المقاطعة الاقتصادية –حقيقتها وحكمها**، ط1، صفحة:16، دار ابن الجوزي، الرياض، 1426ه - 2005م.

[293] **ابن القيم**، محمد بن أبي بكر(751ه)، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط1، جزء:3، صفحة:27، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1417ه - 1996م.

وبين فعل أهل الحق والإسلام من خلال المقاطعة الاقتصادية، وفي مقدمتهم الرسول –صلى الله عليه وسلم- الذي استخدم المقاطعة الاقتصادية كسلاح لإخضاع العدو لإرادتهم وحكمهم أو كعقوبة لهم، ومن النماذج على ذلك محاصرة المسلمين لبني النضير، حيث هدفت هذه المحاصرة إلى خضوع العدو لحكم الإسلام فيهم بعد غدرهم بالرسول –صلى الله عليه وسلم- ومحاولتهم قتله، وكان من أساليب الضغط على العدو خلال المحاصرة حرق النخيل، حيث إنها من المفاجآت التي لم يتوقعوها، وهذه هي السياسة الشرعية بعينها.

ولم يقتصر الأمر على ما سبق، وإنما كان قرار النبي –صلى الله عليه وسلم- بعد خضوع بني النضير لحكمه، هو طردهم من المدينة، حيث لا يكون أي تعامل مع أهل المدينة بعد هذا القرار، ويمكن اعتبار هذا مقاطعة شاملة دائمة من ضمنها الاقتصادية كعقوبة على صنيعهم.[294]

وكانت المقاطعة تستعمل لإظهار عزة الإسلام، وترهيب العدو، ويظهر هذا في قول ثمامة بن أثال لقريش:" والله لا يأتيكم من اليمامة حبة حنطة حتى يأذن فيها النبي –صلى الله عليه وسلم-"[295].

وبناءً على الصور التاريخية للمقاطعة الاقتصادية، كان من البديهيات التفريق بين استخدام المقاطعة الاقتصادية لمؤازرة الحق ونصرته، وبين استخدامها للابتزاز والظلم، كالقتال في المعارك، ففرقٌ بين القتال في سبيل الله، وبين القتال في سبيل الطاغوت.

وفي العصر الحالي استخدمت المقاطعة الاقتصادية لذات الأهداف التي استخدمت في العصور السابقة، حيث جعلتها الدول العظمى ضمن سياساتها العامة في التعامل مع الدول، أو الأشخاص، أو الفئات التي تُريد إخضاعها أو معاقبتها، ويتجلى هذا فيما أقرَّته الأمم المتحدة في ميثاقها من خلال مادة 41، حيث يستعاض عن الأسلوب العسكري بسياسة المقاطعة الاقتصادية الجزئية أو الكلية، فقد حظرت أمريكا التعامل مع ما يقارب من ثمانمائة شخص تجاريًا في عام 1991م.[296]

---

[294] **ابن هشام**، عبد الملك بن هشام(213هـ)، **السيرة النبوية**، تحقيق: مصطفى السقا وآخرون، ط2، جزء:2، صفحة:191، مطبعة الحلبي، مصر، 1375هـ - 1955م.

[295] **البخاري**، محمد بن إسماعيل(256هـ)، **صحيح البخاري**، تحقيق: مصطفى البغا، ط5، كتاب: المغازي، باب: وفد بني حنيفة ثمامة بن أثال، جزء:4، صفحة:1589، رقم الحديث: 4114، دار ابن كثير، دمشق، 1414هـ - 1993م.

[296] **سطوطح**، غنية، **العقوبات الاقتصادية الدولية في نظام الأمم المتحدة- بحث محكم**، العدد الرابع، صفحة: 168-170، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، الجزائر، 1438هـ -2018م.

وضربت الدول العربية في عام 1973م مثالًا لاستخدام المقاطعة الاقتصادية كورقة ضغط على الأعداء، ومن ناصرهم من الدول العظمى عندما قرروا حظر البترول عن كل من يزود الاحتلال بالسلاح، وخضعت بعض الدول الأوروبية لمطلب الدول العربية في مرحلة معينة.[297]

وبناءً على ما سبق، يمكن اعتبار الهدف العام من المقاطعة الاقتصادية هو اخضاع العدو للقيام بتنفيذ مطالب معينة، أو إضعافه حتى يبقى تحت السيطرة.

المبحث الثاني: التكييف الفقهي للمقاطعة الاقتصادية، وضوابطها

المطلب الأول: التكييف الفقهي للمقاطعة الاقتصادية

فقد تبنى فريق من العلماء والباحثين إباحة المقاطعة الاقتصادية، واعتبروا أنّه الأصل في المسألة[298]، فما التكييف الفقهي لها؟

يرى الباحث في هذا الجانب ربط بين المقاطعة الاقتصادية والجهاد في سبيل الله تعالى، وأَنَّ المقاطعة الاقتصادية من أشكال الجهاد ومراغمة العدو في العصر الحديث، ويتم استعماله بما يحقق المصالح[299]، وإذا ما تم النظر في مفهوم الجهاد، سيتضح الربط بينهما.

والجهاد لغةً" من جهد وجاهد: يريدون المبالغة،... والجَهد: بلوغك غاية الأمر الذي لا تألو على الجهد فيه، وجهدت فلانًا إذا بلغْتَ مشقَّتَهُ، وأجهدته على أن يفعلَ كذا وكذا"[300].

واصطلاحًا: قتال المسلمين الكفار؛ للدفاع عن دين الله تعالى، وإعلاء كلمته، سواء بالدفاع عن أرض المسلمين، أو بفتح بلاد الكفر وإخضاعها لشرع الله تعالى[301]، بحيث تهدف في المحصلة إلى الدعاء إلى الدين[302].

ومآل مفهوم الجهاد يشترك مع الغاية من المقاطعة الاقتصادية، حيث تتقاطع في ذات الأهداف العامة، وإن وجد الفارق في بعض الأحيان في الغاية من استخدام المقاطعة الاقتصادية، فهي تكون

---

[297] البحيري، محمد، حروب مصر في الوثائق الإسرائيلية، ط1، صفحة:259-260، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1431هـ - 2011م.

[298] الشمراني، المقاطعة الاقتصادية –حقيقتها وحكمها، صفحة:16.

[299] القطان، عبد الله عدنان، أحكام المقاطعة الاقتصادية في الفقه الإسلامي –رسالة ماجستير، صفحة:55، جامعة اليرموك، الأردن، 1428هـ - 2008م.

[300] ابن منظور، محمد مكرم(711هـ)، لسان العرب، مادة: جَهَدَ، ط3، جزء:3، صفحة: 133، دار صادر، بيروت، 1414هـ - 1994م.

[301] الخراشي، محمد بن عبد الله(1101هـ)، شرح الخرشي على مختصر خليل، ط2، جزء:3، صفحة: 107، دار الفكر للطباعة، بيروت، 1417هـ - 1997م.

[302] البركتي، محمد عميم، التعريفات الفقهية، ط1، صفحة:74، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ - 2003م.

لإخضاع العدو ليكف شرَّه عن الدولة الإسلامية وعدوانه عليها، ولا تقتصر على ذات الدول التي شرعت في المقاطعة وحثت عليها.

وبناءً على ما سبق تعتبر المقاطعة الاقتصادية من أساليب الجهاد في سبيل الله المعاصرة، وبيان هذا يكون من وجوهٍ عدة، تتلخص بالآتي:

1- الجهاد بالمال، فقد وردت النصوص الشرعية تحث على الجهاد بالمال، ومنها:

- قال تعالى:{ انفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ۚ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ}.[303]
- قال –صلى الله عليه وسلم-:(جاهدوا المشركين بأموالكم، وأنفسكم، وألسنتكم).[304]

ويكون الجهاد بالمال بصورته المعروفة، وهو تجهيز الجيش الإسلامي بما يحتاجه ماديًا[305]، أو بصورة معاصرة من خلال حرمان العدو من مال المسلمين؛ لإخضاعه، وهذه هي المقاطعة الاقتصادية.

2- تغيير المنكر، كوجه من وجوه رفض الظلم الواقع سواء على الذات أم على الآخرين من المستضعفين في الأرض، وفي هذا يقول –صلى الله عليه وسلم-:(من رأى منكم منكرًا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، ومن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعفُ الإيمان)[306].

والمقاطعة الاقتصادية تشمل جميع ما ذكر، من التغيير العملي من خلال منع استيراد البضائع مثلًا من الأعداء والتعامل التجاري معهم، والتغيير باللسان من خلال الدعوة للمقاطعة الاقتصادية والحث عليها، ولا يكون ما سبق إلا بالنية القلبية والعزيمة المستمدة منها.

3- نصرة المستضعفين، فقد حث الله سبحانه وتعالى أهل الإيمان على نصرة المستضعفين بصيغة المعاتبة في قوله:{ وَمَا لَكُمْ لَا تُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ الَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْ هَٰذِهِ الْقَرْيَةِ الظَّالِمِ أَهْلُهَا وَاجْعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا وَاجْعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ نَصِيرًا }.[307]

---

[303] سورة التوبة: آية 41.

[304] **الحاكم**، محمد بن عبد الله(405هـ)، **المستدرك على الصحيحين**، تحقيق: مصطفى عطا، ط1، كتاب: الجهاد، باب: حديث أنس، جزء:2، صفحة:91، رقم الحديث:2427، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ - 1990م. قال المحقق: **صحيح**.

[305] **الشمراني، المقاطعة الاقتصادية –حقيقتها وحكمها**، صفحة:31.

[306] **مسلم**، مسلم بن الحجاج(261هـ)، **صحيح مسلم**، تحقيق: محمد فؤاد، ط1، كتاب: الإيمان، باب: بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان، جزء:1، صفحة:69، رقم الحديث:49، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1374هـ 1955م.

[307] سورة النساء: آية75.

والهدف من استخدام هذا الأسلوب في الخطاب الرباني، هو الدفاع عن الضعفاء المساكين الذين يعانون من ويلات الظالمين والكافرين بسبب إسلامهم[308]، وهذه غاية المسلمين من المقاطعة الاقتصادية.

4-الحماية الذاتية، فقد شرَّع الإسلام الجهاد لحماية المسلمين أنفسهم من عدوان الكافرين والمعتدين عليهم، وهذا يتجلى في قوله تعالى:{وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا ۚ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ}[309]، ويهدف القتال إلى دفع أذى الأعداء عن المسلمين وكيانهم، سواء كانوا دولة أم حكم بصورته العامة[310]، ومن أهداف المقاطعة الاقتصادية هذا الأمر، حيث يتم الضغط على الأعداء من خلالها؛ لدفع أذاهم عن المسلمين.

5- مراغمة الأعداء، فمن غايات الجهاد التي يتعبد بها المسلم لربه إغاظة أعداء الله، وفي هذا يقول الله تعالى:{ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ لَا يُصِيبُهُمْ ظَمَأٌ وَلَا نَصَبٌ وَلَا مَخْمَصَةٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا يَطَئُونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ الْكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنْ عَدُوٍّ نَّيْلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُم بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ ۚ إِنَّ اللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ}[311]، فيعاتب الله سبحانه وتعالى في هذه الآية الكريمة من تخلَّف عن الرسول –صلى الله عليه وسلم- في غزوة تبوك، مبينًا أنهم أضاعوا على أنفسهم المشاركة في العمل الصالح، التمثل بإغاظة أعداء الله تعالى[312].

وإغاظة الأعداء تندرج ضمن الأعمال الصالحة في القرآن الكريم، وأنَّها من أحب الأعمال إلى الله تعالى[313]، وهي خير برهان على مشروعية المقاطعة الاقتصادية، وعلى أنّها من صور الجهاد المعاصر، لأنها تحقق ذات المآرب، وخاصة في جانب إغاظة الأعداء، ويظهر هذا عندما تتسبب بإضعاف اقتصادهم، وعزلهم.

وبهذا يكون التكييف الفقهي للمقاطعة الاقتصادية أنَّها من صور الجهاد المعاصر، للذبّ عن المسلمين ومصالحهم، ولإخضاع الأعداء لمطالبهم، وكف شرّهم عنهم.

---

[308] **الطبري**، محمد بن جرير(310هـ)، **جامع البيان عن تأويل آي القرآن**، تحقيق: عبد الله التركي، ط1، جزء:7، صفحة: 228، دار هجر، القاهرة، 1422هـ - 2001م.

[309] سورة البقرة: آية 90.

[310] **القرطبي**، محمد بن أحمد(671هـ)، **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق: أحمد البردوني وآخرون، ط2، جزء:2، صفحة: 347، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384هـ - 1964م.

[311] سورة التوبة: آية 120.

[312] **ابن كثير**، إسماعيل بن عمر(774هـ)، **تفسير القرآن العظيم**، تحقيق: محمد حسين، ط1، جزء:4، صفحة:205، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ - 1999م.

[313] **ابن القيم**، محمد بن أبي بكر(751هـ)، **مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين**، تحقيق: محمد البغدادي، ط3، جزء:1، صفحة:312، دار الكتاب العربي، بيروت، 1416هـ - 1996م.

مما يؤكد مشروعية استعمال أسلوب المقاطعة الاقتصادية، وأنه من غير المعقول تحريمها أو تجريمها، لما فيها من خير للمسلمين، وإغاظة لأعدائهم، وهذا يتماشى مع قول الرسول –صلى الله عليه وسلم-:(إِنَّ أَعْظَمَ الْمُسْلِمِينَ فِي الْمُسْلِمِينَ جُرْمًا، مَنْ سَأَلَ عَنْ شَيْءٍ لَمْ يُحَرَّمْ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، فَحُرِّمَ عَلَيْهِمْ، مِنْ أجل مسألته)[314].

المطلب الثاني: ضوابط العمل بالمقاطعة الاقتصادية

فإذا كانت المقاطعة الاقتصادية من صور الجهاد المعاصر، فلا بد من ضوابط تُقيِّم مدى نجاعتها، لتحقيق مصالح المسلمين على الوجه المطلوب منها، ومن أبرز ضوابط العمل بالمقاطعة الاقتصادية ما يأتي:

1- الاستناد إلى القاعدة النبوية " لا ضرر ولا ضرار"[315] في سياسة العمل في المقاطعة الاقتصادية، وما يبني عليها من أمور يجب تجنبها، وأخرى يجب الالتزام بها، ومن ذلك:

- ألا تكون السلع المراد مقاطعتها غير متوافرة في بلاد المسلمين، ولا بديل عنها.

- ألا تكون السلع المراد مقاطعتها من الضروريات، بحيث لو تم تفعيل المقاطعة الاقتصادية، عاد ذلك بالضرر على المسلمين.

- أن تنحصر المقاطعة الاقتصادية في الكماليات، ولا تتسبب بالضرر للشعوب المسلمة.

2- اعتبار القاعدة القرآنية المقررة في قوله تعالى:{لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا}[316] ضمن سياسة المقاطعة الاقتصادية، بحيث لا تُكلف الشعوب فوق طاقاتها، مما يجعلها ترضخ للأعداء بعد جولة من المقاطعة الاقتصادية، بدل أن تُرضخ الأعداء لمطالبها.[317]

3- أن تحقق المقاطعة الاقتصادية مقاصد الشريعة الإسلامية، سواء بحفظ الدين، كردع الأعداء عن التمادي على المقدسات الإسلامية، أو حفظ النفس، كردعهم عن قتل المسلمين، أو حفظ المال، كردعهم عن سلب مدخرات الأمة، وما إلى ذلك من صور المقاصد الشرعية.

---

[314] مسلم، صحيح مسلم، كتاب: الفضائل، باب: توقيره –صلى الله عليه وسلم- وترك إكثار سؤاله عما لا ضرورة إليه، جزء:4، صفحة:1831، رقم الحديث: 2358.

[315] ابن ماجه، محمد بن يزيد(273هـ)، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد، ط1، كتاب: الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر جاره، جزء:2، صفحة:784، رقم الحديث:2340، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، 1431هـ - 2011م، وقال المحقق: حديث صحيح بشواهده.

[316] سورة البقرة: آية 286.

[317] الأحمد، سهيل محمد، مدى مشروعية المقاطعة الاقتصادية في الفقه الإسلامي، صفحة:194، مجلة جامعة الخليل، العدد:1، 1432هـ -2012م.

4- أن تراعى في المقاطعة الاقتصادية المصالح والمفاسد، بحيث يتم تفعيلها أو توقيفها على العموم، أو في بعض الجوانب، أو في بعض المناطق الجغرافية بحسب ميزان المصالح والمفاسد.[318]

المبحث الثالث: المقاطعة الاقتصادية في ميزان المصالح والمفاسد

فإن المقاطعة الاقتصادية الفعَّالة يجب أن تخضع لميزان المصالح والمفاسد، حتى تُؤت أُكلها، وإلا تُصبح عبارة عن ردود أفعال شعبية عاطفية مؤقتة تذهب هباءً منثورا، بل قد ترجع بالضرر الكبير على الشعوب إن لم تكن بدراسة وبخطط واضحة، ومنهجية سليمة.

وإذا تم إخضاع المقاطعة الاقتصادية لميزان المصالح والمفاسد، سيظهر جليًا مدى تحقق المطلوب منها بحسب مدى تأثيره على الأعداء وضرره على المسلمين، حيث إنَّ المقاطعة الاقتصادية تشمل مستويات مختلفة، سواء على المستوى السياسي –الدولي- أو المستوى الشعبي، أو المستوى العالمي، وسيتم طرح بعض الدراسات التي تُبين نجاعة المقاطعة لكل مستوى منها، وذلك على النحو الآتي:

1- المقاطعة الاقتصادية للأعداء على المستوى السياسي- الدولي-:

تعتبر هذه الصورة من أقوى صور المقاطعة الاقتصادية في عالمنا العربي والإسلامي، وهي أكثر نجاعة من غيرها في تحقيق الهدف المنشود من المقاطعة الاقتصادية؛ لأنها تمتلك أدوات ضاغطة على الأعداء بصورة فورية، لما تتميز به الدول العربية بتوفر النفط فيها وتصديره للعالم، فإذا تم إصدار القرار من الدول العربية بعدم تصدير النفط للدول التي تدعم الكيان الصهيوني في حربه على الفلسطينيين، ستكون من أكثر الأساليب الرادعة له، وخير برهان على هذا تجربة عام 1973[319] التي تم الحديث عنها في الجانب التاريخي من هذا البحث[320].

2- المقاطعة الاقتصادية للأعداء على المستوى الشعبي:

تقوم الشعوب العربية والإسلامية بمقاطعة منتجات الأعداء، ومنتجات من يدعمه، وفي هذا تفصيل لا بُد منه؛ لتحقيق المصالح ودرء المفاسد، وذلك على النحو الآتي:

أ- سيادة الأعداء على شعب بصورة مباشرة:

[318] السعدون، عابد بن عبد الله، المقاطعة الاقتصادية – تأصيلها الشرعي واقعها والمأمول لها، ط1، صفحة:113 – صفحة:114، دار التابعين، الرياض، 1429هـ - 2008م.

[319] سطوطح، لعقوبات الاقتصادية الدولية في نظام الأمم المتحدة- بحث محكم، صفحة: 168-170.

[320] صفحة:6

مثال هذا الشعب الفلسطيني، فهو في كل جوانبه تحت سيطرة الاحتلال، ومنها الجانب الاقتصادي، فإذا تم العمل بالمقاطعة الاقتصادية بصورتها العامة الشاملة، كان هذا بمثابة الانتحار له، وجلب مفاسد لا تُحمد عقباها، فلا بُد في هذه الحالة من التفريق بين ما تمكن مقاطعته في حالته هذه، وما لا تمكن مقاطعته، سواء كان ذلك بسبب توفر البديل، أم الخوف من الرد بالمثل من جانب الاحتلال، و يمكن بيان كيفية المقاطعة الاقتصادية بحسب المصالح والمفاسد في هذه الحالة على النحو الآتي:

- مقاطعة منتجات المستوطنات؛ لعدم ترتب تبعات عليها؛ بسبب غطاء القانون الدولي لها، فسيجد الاحتلال صعوبة في اتخاذ إجراءات بسببها.
- عدم مقاطعة ما لا يُمكن توفير بديل عنه، فمن غير المعقول مقاطعة المحروقات أو الأدوية الطبية التي لا يمكن توفيرها إلا من الأعداء؛ لطبيعة الحالة الفلسطينية المكبلة بقيود الأعداء.
- مقاطعة منتجات الأعداء التي يتوافر لها بديل محلي، ومن تُصنف من الكماليات.
- عدم مقاطعة منتجات الفلسطينية الواردة من الداخل المحتل، والتفريق بينها وبين منتجات الاحتلال، فأصحابها من الشعب الفلسطيني.[321]

ب- الشعوب المتحررة من تسلط الأعداء بصورة مباشرة:

ينطبق هذا على كل من لا يخضع لسلطة الاحتلال أو الأعداء بشكل مباشر، سواء من الشعوب العربية والإسلامية، أم ممن يعيش في الدول الأجنبية والأوروبية من العرب والمسلمين، فهؤلاء نسبة تأثيرهم في المقاطعة الاقتصادية لمنتجات الأعداء ومنتجات من يدعمهم من دُول العالم أكبر من الشعوب التي ترزح تحت سيادة الأعداء مباشرة، لأنهم متحررين من قيود الأعداء، وإلزامهم بمنتجاته التي لا بديل لها، ومما يُثبت هذا الدراسة التي تمت في العدوان على قطاع غزة وفلسطين عام 2023-2024، لمقاطعة منتجات شركات عالمية داعمة للكيان الصهيوني، ومنها مقاطعة منتجات شركة ستاربكس التي بلغت خسائرها إلى الآن"11 مليار دولار"[322].

3- المقاطعة الاقتصادية على المستوى العالمي:

---

[321] أبو عين، طارق زياد، أثر حملات المقاطعة للمنتجات الإسرائيلية على سلوك المستهلك الفلسطيني نحو المنتج المحلي- دراسة حالة الضفة الغربية، صفحة:13- صفحة:15، جامعة القدس، فلسطين، 1440هـ - 2019م.

[322] https://www.aljazeera.net/ebusiness/2023/12/15/%D8%A7%D8%B3%D8%AA%D8%B7%D9%84%D8%A7%D8%B9-%D9%84%D9%84%D8%AC%D8%B2%D9%8A%D8%B1%D8%A9-%D9%86%D8%AA-91-%D9%8A%D8%B9%D8%AA%D9%82%D8%AF%D9%88%D9%86-%D8%A3%D9%86

فقد اشتهرت حركة المقاطعة الإسرائيلية-BDS – بعملها المبارك في محاول عزل الاحتلال على كافة الأصعدة الأكاديمية والسياسية والاقتصادية، وتُعرف هذه الحركة بـ" حركة مقاطعة إسرائيل وسحب الاستثمارات منها وفرض العقوبات عليها، هي حركة فلسطينية المنشأ عالمية الامتداد، تسعى لمقاومة الاحتلال والاستعمار-الاستيطاني والأبارتهايد الإسرائيلي، من أجل تحقيق الحرية والعدالة والمساواة في فلسطين، وصولاً إلى حق تقرير المصير لكل الشعب الفلسطيني في الوطن والشتات"[323].

ومن ثمار عمل حركة ال"BDS" ما يلي:

- إحداث اضطرابات واضحة في اقتصاد الاحتلال.
- انخفاض استثمار الشركات الأجنبية في المستوطنات، حيث بلغت نسبة خسارة المستوطنات بناءً على هذا الأمر 46%.
- انخفاض الواردات من شركات الاحتلال في الضفة الغربية بنسبة 24%.
- بلغت قيمة خسائر الاحتلال بسبب المقاطعة الأوروبية 571 مليون دولار.[324]

فهذه الحركة تعمل بجد، وبجهد مبارك، ومعترف بها في الدول الأجنبية، والعالم الغربي، بل يتفاعل معها المجتمع الأجنبي بشكلٍ واضح، وتأثيرها يقع على مستوى العالم.

فمن مصلحة المسلمين دعم استراتيجية هذه الحركة العالمية المقاطعة للكيان، والتي تستهدفه بكل الوسائل الممكنة، ولا يقتصر دعمها على الدول الإسلامية والعربية، بل أينما يتواجد مسلم في هذا العالم عليه دعمها، حيث التأثير في الدول الأجنبية سيكون له تأثيره المعتبر، ونسأل الله التوفيق في عزل هذا الاحتلال، وتكبده الخسائر الكبيرة من خلال المقاطعة الاقتصادية له.

الخاتمة

خلص هذا البحث إلى النتائج الآتية:

1- توافق تعريف المقاطعة الاقتصادية بحسب القانون، والشريعة الإسلامية في الغاية منها، والمتمثلة بإخضاع الأعداء لمطالب المسلمين، من خلال الضغط عليهم بهذا الأسلوب.

---

[323] https://bdsmovement.net/ar/what-is-bds

[324] عودة، عبد الله عادل، أثر حركة المقاطعة الدولية(BDS) على الاستثمارات الأجنبية في المستوطنات الإسرائيلية في الضفة الغربية – رسالة ماجستير، صفحة:84- 88، جامعة النجاح، فلسطين، 1442هـ - 2021م.

2- مبدأ المقاطعة الاقتصادية حاضر منذ قرون، وكان ضمن السياسات النبوية في التعامل مع الأعداء.

3- لا بد من النظر في حكم استعمال المقاطعة الاقتصادية، بناءً على مصدرها وأهداف استخدامها.

4- التكييف الفقهي للمقاطعة الاقتصادية أنها من صور الجهاد المعاصر، ومن أبرز الوجوه التي تؤكد هذا: الجهاد بالمال، ونصرة المستضعفين، ومراغمة الأعداء.

5- من أبرز ضوابط العمل بالمقاطعة الاقتصادية: الاستناد إلى قاعدة " لاضرر ولا ضرار"، وعدم تكليف المجتمع المسلم وأفراد فوق طاقاتهم، وتحقيقها لمقاصد الشريعة الإسلامية، ومراعاتها للمصالح والمفاسد.

التوصيات

خلص الباحث من هذه الدراسة ونتائجها إلى التوصية بما يأتي:

1- اعتبار إمكانيات المجتمع المسلم في المقاطعة الاقتصادية، ومثال هذا: المنتجات الضرورية التي لا بديل لها، حيث إذا تمت مقاطعتها سيتسبب ذلك بالمشقة والحرج الكبير للمجتمع المسلم.

2- الالتزام بضوابط العمل بالمقاطعة الاقتصادية، حتى لا ينقلب هذا السلاح على أصحابه.

3- استخدام الدول الإسلامية والعربية سياسة منع تصدير البترول للدول الداعمة للاحتلال، حيث تعتبر تجربة ناجحة، كما تم بيانه خلال البحث.

4- دعم حركة المقاطعة الإسرائيلية"BDS" من مسلمي العالم، أينما كانوا، ولا يقتصر هذا الدعم على الشعوب في الدول العربية والإسلامية.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

الأحمد، سهيل محمد، مدى مشروعية المقاطعة الاقتصادية في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الخليل، 1432هـ -2012م.

البحيري، محمد، حروب مصر في الوثائق الإسرائيلية، ط1، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1431هـ - 2011م.

البخاري، محمد بن إسماعيل(256هـ)، صحيح البخاري، تحقيق: مصطفى البغا، ط5، دار ابن كثير، دمشق، 1414هـ - 1993م.

البركتي، محمد عميم، التعريفات الفقهية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ - 2003م.

الحاكم، محمد بن عبد الله(405هـ)، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عطا، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ - 1990م.

الخراشي، محمد بن عبد الله(1101هـ)، شرح الخرشي على مختصر خليل، ط2، دار الفكر للطباعة، بيروت، 1417هـ - 1997م.

الرازي، محمد بن أبي بكر(666هـ)، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ، مادة: قَطَعَ، ط5، المكتبة العصرية، بيروت، 1420هـ - 1999م.

الزبيدي، محمد مرتضى(1250هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، مادة: قَصَدَ، ط1، المجلس الوطني للثقافة، الكويت، 1422هـ - 2001م.

سطوطح، غنية، العقوبات الاقتصادية الدولية في نظام الأمم المتحدة- بحث محكم، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، الجزائر، 1438هـ -2018م.

السعدون، عابد بن عبد الله، المقاطعة الاقتصادية – تأصيلها الشرعي واقعها والمأمول لها، ط1، دار التابعين، الرياض، 1429هـ - 2008م.

الشمراني، خالد عبد الله، المقاطعة الاقتصادية –حقيقتها وحكمها، ط1، دار ابن الجوزي، الرياض، 1426هـ - 2005م.

الطبري، محمد بن جرير(310هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله التركي، ط1، ، دار هجر، القاهرة، 1422هـ - 2001م.

عودة، عبد الله عادل، أثر حركة المقاطعة الدولية(BDS) على الاستثمارات الأجنبية في المستوطنات الإسرائيلية في الضفة الغربية – رسالة ماجستير، جامعة النجاح، فلسطين، 1442هـ - 2021م.

أبو عيطة، السيد، القانون الدولي بين النظرية والتطبيق، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 1435هـ - 2014م.

أبو عين، طارق زياد، أثر حملات المقاطعة للمنتجات الإسرائيلية على سلوك المستهلك الفلسطيني نحو المنتج المحلي- دراسة حالة الضفة الغربية، جامعة القدس، فلسطين، 1440هـ - 2019م.

القرطبي، محمد بن أحمد(671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وآخرون، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384هـ - 1964م.

ابن القطان، عبد الله عدنان، أحكام المقاطعة الاقتصادية في الفقه الإسلامي –رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، 1428هـ - 2008م.

ابن القيم، محمد بن أبي بكر(751هـ)، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1417هـ - 1996م.

ابن القيم، محمد بن أبي بكر(751هـ)، مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين، تحقيق: محمد البغدادي، ط3، دار الكتاب العربي، بيروت، 1416هـ - 1996م.

ابن كثير، إسماعيل بن عمر(774هـ)، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: محمد حسين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ - 1999م.

ابن ماجه، محمد بن يزيد(273هـ)، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد، ط1، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، 1431هـ - 2011م.

مسلم، مسلم بن الحجاج(261هـ)، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد، ط1، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1374هـ 1955م.

ابن منظور، محمد مكرم(711هـ)، لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت، 1414هـ - 1994م.

ابن هشام، عبد الملك بن هشام(213هـ)، السيرة النبوية، تحقيق: مصطفى السقا وآخرون، ط2، مطبعة الحلبي، مصر، 1375هـ - 1955م.

https://www.aljazeera.net/ebusiness/2023/12/15/%D8%A7%D8%B3%D8%AA%D8%B7%D9%84%D8%A7%D8%B9-%D9%84%D9%84%D8%AC%D8%B2%D9%8A%D8%B1%D8%A9-%D9%86%D8%AA-91-%D9%8A%D8%B9%D8%AA%D9%82%D8%AF%D9%88%D9%86-%D8%A3%D9%86https://bdsmovement.net/ar/what-is-bds

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي
International Journal of Legal Interpretative Judgement
المجلد 04، العدد 14
ISSN : 2748-5056

قاعدة "تصرّف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة" وتطبيقاتها في الأزمات المالية والاقتصادية المعاصرة

The rule of "the imam's management of the flock depends on his interests" and its applications in contemporary financial and economic crises

يوسف سلامه إبراهيم أبو مديغم- باحث دكتوراه - برنامج دكتوراة الفقه وأصوله المشترك بين جامعات القدس

Yosef slama abo madegemوالخليل والنجاح- فلسطين

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

Dr. Suhail Al-ahmed/ Faculty of Law / Palestine Ahliya University/ Palestine

ملخص: تناول هذا البحث قاعدة "تصرّف الأمام على الرعية منوط بالمصلحة" وتطبيقاتها في الأزمات المالية والاقتصادية المعاصرة، فبيّن المعنى المراد للقاعدة الفقهية، المستمدة من نصوص القرآن الكريم والسنّة النبوية، والتي جاءت للحفاظ على مصلحة الرعية، وتقييد الحاكم عند التصرف بشؤونهم. وقد بيّن البحث أنواع الأزمات المالية المعاصرة، والأسباب التي أدت إليها، في إشارة إلى ضرورة ترك المعاملات الربوية المحرمة شرعا، والمرفوضة خلقا وإنسانية. وقد توصّل البحث إلى مجموعة من النتائج، منها؛ للحاكم المسلم مكانة محترمة، وهيبة فرضها الشارع على عموم المسلمين، وقراراته نافذة إذا كانت تجلب المنفعة والمصلحة، وتتجنب المفسدة والمضرة. كما خلص البحث إلى مجموعة توصيات، من بينها؛ يوصي الباحث أن يتخذ كل حاكم مسلم لجنة من الخبراء والمختصين في الاقتصاد، يمثلون المرجعية له في القضايا المالية، يستشيرهم ويستفيد من توجيهاتهم، لإدارة الشؤون المالية، وتخطي الأزمات المتوقعة.

الكلمات المفتاحية: الإمام، الرعية، المصلحة، الأزمات المالية.

Abstract:This research dealt with the rule "the imam's management of the subjects is based on his interest" and its applications in contemporary financial and economic crises. It explained the intended meaning of the jurisprudential rule, derived from the texts of the Holy Qur'an and the Sunnah of the Prophet, which came to preserve the interest of the subjects and restrict the ruler when disposing of their affairs.

The research explained the types of contemporary financial crises and the reasons that led to them, indicating the necessity of abandoning usurious transactions that are forbidden by Islamic law and rejected in morals and humanity. The research reached a set of results,

including: The Muslim ruler has a respected position and prestige imposed by the Shari'ah on all Muslims, and his decisions are effective if they bring benefit and interest and avoid corruption and harm. The research also concluded a set of recommendations, including: The researcher recommends that every Muslim ruler appoint a committee of experts and specialists in economics, who represent his authority on financial issues, consult them and benefit from their guidance, to manage financial affairs, and overcome expected crises.

Keywords: imam, parish, interest, financial crise.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد؛

إنّ الناظر في الشريعة الإسلامية، يدك حقيقة حرصها على مصلحة الرعية، فقد جاءت النصوص القرآنية، والأحاديث النبوية التي تؤكد على ذلك، كما أنّها منعت من الإضرار بهم، فما من مفسدة ولا مضرة إلا حرم الشارع اتيانها، وذلك بهدف أن تستقيم حياتهم، وينتظم حالهم، بعيدا عن المشقة والعنت، ليتحقق بذلك عمارة الأرض وحسن الاستخلاف، وقد جاء هذا البحث ليتناول هذه المسألة تحت العنوان الآتي: " قاعدة "تصرّف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة" وتطبيقاتها في الأزمات المالية والاقتصادية المعاصرة".

فكانت الغاية من وضع الفقهاء والعلماء لهذه القاعدة، أن يضبطوا تصرفات المسؤولين والحكام، فلا تخرج عن تحقيق المصلحة ودرء المفسدة عن الرعية، فالحاكم والمسؤول له نظرته، لكنّها لا تبتعد عن هذا المقصد والمراد.

فبالرغم من مكانة الحاكم، ومنزلته في الشريعة الإسلامية، إلا أنّ تصرفاته وقراراته ليست نافذة في كل حال، بل لا بد أن تحقق هذه القرارات مصلحة حقيقية للرعية.

ومن المسائل التي تحتاج إلى دقة عند اتخاذ القرارات فيها، القضايا المالية، على ما للمال من مكانة في الشريعة الإسلامية، التي دلّت عليها الآيات القرآنية والأحاديث النبوية، فكان لزاما على الحاكم أن يراعي المصلحة الحقيقية فيها، ولا يتخذ قرارات تعرضها للإتلاف أو الهلاك.

أهمية البحث وأسباب اختياره:

وهي تتمثل بأمور:

1. تعلق هذا الموضوع بتصرفات الحكام على الرعية.

2. إظهار أهمية الوقوف على الأزمات المالية المعاصرة.
3. بيان أن الحاكم مقيّد في التصرفات المالية، بما يحقق مصلحة الرعية.
4. مساس هذا الموضوع بحياة الناس المعاصرة، وخاصة في القضايا المالية التي باتت تشغل كل المجتمعات في العالم.
5. قناعة الباحث بوجوب العمل على اصلاح مؤسسات اتخاذ القرارات في الدول الإسلامية، ووضع الضوابط والشروط التي تقوّم ذلك.

مشكلة البحث:

لقد جاءت هذه الدراسة لتجيب عن السؤال الرئيس: هل تصرفات الحاكم على الرعية نافذة في كل حال؟ حيث يفرع عنه أسئلة فرعية وهي متمثلة بالآتية:

1. ما مفهوم القاعدة الفقهية "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"؟
2. هل هناك أدلة على مشروعية القاعدة؟
3. هل هناك حالات يعتبر فيها تصرف الحاكم مردود؟
4. ما أنواع الأزمات المالية المعاصرة؟
5. كيف يكون تصرف الحاكم عند الأزمات المالية؟

أهداف البحث:

وهي متمثلة بالأمور الآتية:

1. التعريف بالقاعدة الفقهية "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة".
2. بيان موقف الشريعة من تصرفات الحاكم المسلم.
3. تحديد أسباب الأزمات المالية المعاصرة.
4. بيان علاقة تصرفات الحاكم على الرعية بتحقيق المصلحة الحقيقية.

منهجية البحث:

حيث اعتمد الباحث على المنهج الوصفي والمنهجين الاستنباطي والاستقرائي، كما هو معهود في الدراسات الشرعية والإنسانية، وفق الخطوات الإجرائية الآتية:

1. عزو الآيات القرآنية، بذكر السورة ورقم الآية.

2. الاكتفاء بمصدر واحد من صحيحي البخاري ومسلم إذا كان الحديث في الصحيحين، وإذا كان من غيرهما فبينت المصدر والحكم على الحديث.
3. الرجوع إلى المراجع الخاصة بموضوع البحث، والاستفادة من الأبحاث العلمية التي تطرقت للموضوع.
4. التوثيق في هوامش الصفحة، كيفما هو متبع في الأبحاث العلمية.

الدراسات السابقة:

بحث العلماء هذه القاعدة الفقهية، فتناولوها بالشرح والتفصيل، وكان من بين الدراسات والكتب التي تناولتها:

1) الهاشمي، محمد بن حسن بن محمد، قاعدة "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة" دراسة تأصيلية تطبيقية على نوازل العبادات، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1436هـ، إذ تحدّث فيها عن القاعدة وبيان ألفاظها وصلتها بغيرها من القواعد، وتطبيقات القاعدة في نوازل العبادات، كالصلاة والطهارة والزكاة والصيام.
2) الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (ت: 1357هـ)، شرح القواعد الفقهية، صححه وقدم له وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا (ابن المؤلف)، دار القلم، دمشق – سوريا، ط2، 1409هـ- 1989م، إذ تناول القاعدة وغيرها من القواعد بالشرح والتبيان.
3) العز بن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن (ت: 660هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة، د.ط، 1414هـ- 1991م، إذ تحدّث في هذه الجزئية من ولاة الأمر، ودورهم في جلب المنفعة ودفع المضرة، وبين من خلال آيات القرآن والأحاديث النبوية، ما على الوالي والحاكم من المسؤولية.

يتميّز هذا البحث: أنه استفاد من هذه الدراسات وغيرها، فخرج بنسق منظم ومتسلسل، مجتنبا الحشو والإطالة المملة، فقدم للقارئ صورة واضحة عن القاعدة وتطبيقها في الأزمات المالية المعاصرة.

محتوى البحث:

وجاءت هذه الدراسة في مقدمة ومبحثين وخاتمة وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: ألفاظ القاعدة، ومعناها، ومشروعيتها.

المطلب الأول: بيان صيغ القاعدة وألفاظها عند الفقهاء.

المطلب الثاني: شرح مفردات القاعدة.

المطلب الثالث: مشروعية القاعدة.

المبحث الثاني: تطبيقات القاعدة في الأزمات المالية والاقتصادية المعاصرة.

المطلب الأول: تعريف الأزمات المالية والاقتصادية وماهيتها.

المطلب الثاني: المطلب الثاني: أنواع الأزمات المالية والاقتصادية.

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة في الأزمات المالية والاقتصادية المعاصرة.

الخاتمة: وتشتمل على النتائج والتوصيات.

وأخيراً: فهذا غاية جهد الباحث، فإن كان ثم توفيق فبفضل الله تعالى، وإن كانت الأخرى فمن عجز وتقصير وأستغفر الله العظيم.

المبحث الأول: ألفاظ القاعدة، ومعناها، ومشروعيتها.

المطلب الأول: بيان صيغ القاعدة وألفاظها عند الفقهاء.

لقد ورد لهذه القاعدة ألفاظ متعددة في كتب الفقهاء القدامى على مرّ التاريخ الإسلامي، مع فروق بسيطة بين تلك الألفاظ، علما أن المعنى المراد من القاعدة واحد، لا يكاد يتغير، وإن تغيرت ألفاظها وتعددت، في هذا المطلب سأبين بعضا من تلك الألفاظ، وهي على النحو التالي:

1. وردت بذات اللفظ الذي معنا في عدد من كتب الفقهاء القدامى: "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة".[325]
2. ورد عن الإمام الشافعي –رحمه الله-، في كتاب الأم: "منزلة الوالي من رعيته بمنزلة والي مال اليتيم من ماله"[326]، ووالي اليتيم مأمور ألا يتصرف بمال اليتيم إلا بما يعود بالمنفعة عليه ويحقق المصلحة المؤكدة في ذلك، قال الله تعالى: "وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ"[327]، يعني:

[325] السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت: 911ه)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط1، دار الكتب العلمية، 1403ه- 1983م، ص121. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (ت: 970ه)، الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، ط1 بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، 1419ه- 1999م، ص104.

[326] الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس (ت: 204ه)، الأم، ط2، بيروت، دار الفكر، 1403ه- 1983م، ج4، ص164.

[327] سورة الأنعام: 152.

لا تقربوا ماله إلا بما فيه صلاحه وتثميره[328]، فكان تصرف الإمام ومنزلته من رعيته كما هو حال والي مال اليتيم من ماله.

3. جاءت القاعدة عن ابن تيمية بصيغة أخرى: "ووكيل الرجل؛ عليه أن يتصرف له بالأصلح فالأصلح".[329]
4. وذكرها ابن قيم بأكثر من صيغة، أقربها: "اجتهاد الأئمة وولاة الأمور، بحسب المصلحة في كل زمان ومكان".[330]
5. نصّ على القاعدة الإمام السرخسي، بقوله: "تصرف الإمام وقع على وجه النظر"[331]، وهذا ما أكده الزيلعي، بقوله: "تصرّف الإمام مقيّد بشرط النظر"[332]، المقصود بالنظر؛ التقدير المصلحي الذي يجلب المنفعة ويدفع المضرة.
6. وعبّرت عنها مجلة الأحكام بنصّ مختلف: "تصرف القاضي فيما له فعله من أموال الناس والأوقاف مقيد بالمصلحة"[333]

المطلب الثاني: شرح مفردات القاعدة.

---

[328] الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير (ت: 310هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، القاهرة – مصر، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، 1422هـ- 2001م، ج9، ص662.

[329] ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام (ت: 728هـ)، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، د.ط، المدينة المنورة – السعودية، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1425هـ- 2004م، ج28، ص250.

[330] ابن قيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت: 751هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1411هـ- 1991م، ج2، ص84.

[331] السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: 483هـ)، المبسوط، باشر تصحيحه: جمع من أفاضل العلماء، د.ط، مصر، مطبعة السعادة، د.ت، ج10، ص40.

[332] الزيلعي، عثمان بن علي الزيلعي الحنفي (ت: 743هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ (ت: 1021هـ)، ط1، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، 1314هـ، ج3، ص53.

[333] حيدر، علي حيدر خواجه أمين أفندي (ت: 1353هـ)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، ط1، دار الجيل، 1411هـ- 1991م، ج1، ص57.

تتألف القاعدة: "تصرّف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"، من مفردات أجد من المناسب إيضاحها وبيان المراد منها، فبذلك يسهل شرحها، فكلما أحكمنا بيانها، كانت أقرب للأفهام وأبعد عن الخلل، ومقاربة للصواب.

التصرف: صرف؛ يدلّ على رجع الشيء، ومنه صرف القوم صرفا وانصرفوا، إذا رجعتهم فرجعوا، وتصرّف الشخص؛ سلك سلوكا معينا، تصرف بحكمة وحرية تامة، والمتصرّف؛ شخص يعيّن من مجموعة لإدارة شؤونها.[334]

الإمام: أمّ يؤمّ أمّا وإمامة، فهو آم وإمام، والإمام؛ من يقتدى ويأتمّ به الناس من رئيس وغيره، ومنه قوله تعالى: "وَٱجۡعَلۡنَا لِلۡمُتَّقِينَ إِمَامًا"[335]، والإمامة؛ رئاسة المسلمين وخلافتهم.[336]

الرعيّة: رعى، يرعى ورعاية ومرعيّ، رعى عهده؛ حافظ عليه وقام به حقّ القيام، ورعى الحاكم الرعية؛ تولى أمرهم وتدبير شؤونهم، والرعية؛ عامة النّاس الذين عليهم سلطان أو مسؤول يرعى مصالحهم وأمورهم، والرعيّة المعطلة؛ ليس لها من يسوسها ويدير شؤونها، فهمي أشقى الرّعايا.[337]

منوط: نوط؛ ناط ينوط نوطا، والمفعول منوط، ناط الشيء بغيره؛ علّقه، ناط الأمر بفلان؛ عهد به إليه، ومناط الحكم؛ علته[338]، وتصرف الإمام منوط ومعلق على أداء الصالح، فهو معلق على المصلحة.

المصلحة: صلح يصلح صلاحا وصلوحا، والصلاح؛ ضدّ الفساد، والمصلحة واحدة المصالح، والاستصلاح؛ نقيض الاستفساد، وأصلح الشيء بعد فساده؛ أقامه[339]. وتنقسم المصالح باعتبار الشارع لها، إلى ثلاثة أقسام:[340]

---

[334] ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي (ت: 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، د.ط، دار الفكر، 1399هـ- 1979م، مادة: صرف، ج3، ص342. مختار، أحمد مختار عبد الحميد عمر (ت: 1424هـ). وآخرون، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، عالم الكتب، 1429هـ- 2008م، مادة: صرف، ج2، ص1292.

[335] سورة الفرقان: 74.

[336] مختار. وآخرون، معجم اللغة العربية المعاصرة، مادة: أمم، ج1، ص120.

[337] مختار. وآخرون، مرجع سابق، مادة: رعي، ج2، ص910.

[338] مختار. وآخرون، مرجع سابق، مادة: نوط، ج3، ص2306.

[339] ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (ت: 711هـ)، لسان العرب، الحواشي: لليازجي وجماعة من اللغويين، ط3، بيروت، دار صادر، 1414هـ، مادة: صلح، ج2، ص516.

1) مصلحة معتبرة: ما شهد الشرع لاعتبارها، فهي حجة، تستند إلى أدلة الشريعة الإسلامية ولا تخرج عنها.
2) مصلحة ملغاة: ما شهد الشرع لبطلانها، لأنّها تخالف النص، لذا نهى الشرع عنها وأهدرها، ولا خلاف في بطلانها.
3) مصلحة مرسلة: وهي التي لم يشهد لها نص معيّن من الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار، وهذه محلّ النّظر.

شرح القاعدة:

إنّ نفاذ تصرفات الراعي أو السلطان والوالي على رعيته، متوقف وعلق على وجود المنفعة والثمرة في تصرفه، دنيوية كانت أو دينية، فإن تضمن مصلحة ومنفعة وجب عليهم تنفيذه، وإلا فلا نفوذ لهذا التصرف، لأنّ الراعي مأمور أن يحوط رعيته بالنصح واختيار الأمثل والأصلح لهم.[341]

فتصرف الولاة ومن ينوب عنهم بما هو أصلح للمولى عليهم، درءا للضرر والفساد، وجلبا للمنفعة والرشاد، وعلى الوالي والمتصرف أن يختار الأصلح مع قدرته على ذلك، يقول تعالى: "وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ"[342]، فإذا كان التوجيه الرباني خاص بمال اليتيم، فإنه في حق العامة يأتي من باب أولى، فلا يحق للوالي والراعي أن يصدر عنه تصرف فيه فساد أو دفع لصلاح، فهو منهي عنه، وقد تواترت أدلة الشريعة الإسلامية التي تأمر بالصلاح وتنهى عن الفساد، فوجب على الراعي أن يحذر من تضييع مصالح من ولاه الله أمرهم.[343]

---

[340] الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت: 505هـ)، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، ط1، دار الكتب العلمية، 1413هـ- 1993م، ص173.

[341] الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (ت: 1357هـ)، شرح القواعد الفقهية، صححه وقدم له وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا (ابن المؤلف)، تنسيق ومراجعة الطبعة الأولى: د عبد الستار أبو غدة، ط2، دمشق – سوريا، دار القلم، 1409هـ- 1989م، ص309.

[342] سورة الأنعام: 152.

[343] العز بن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي (ت: 660هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، د.ط، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1414هـ- 1991م، ج2، ص89.

والمصلحة المرادة في القاعدة ليست على إطلاقها، بل وضع الفقهاء لها جملة من الضوابط والشروط، منها:[344]

أولا: اندراج المصلحة في المقاصد الشرعية، وملائمتها لها، فكل تصرف يحفظ مقاصد الشريعة فهو مصلحة، وكل تصرف يفوّت هذه المقاصد يعتبر مفسدة غير مقبولة.

ثانيا: ألا تتعارض المصلحة مع نص ثابت من القرآن والسنّة النبوية والإجماع.

ثالثا: ألا تتعارض المصلحة مع مصلحة أخرى أرجح منها، أو مساوية لها، لأنّ الشريعة تحرص على مراعاة مصالح العباد، فتقديم الأهم لما هو دونه، يحقق مقاصد الشريعة.

رابعا: ألا ينتج عن العمل بالمصلحة مفسدة مساوية لها أو راجحة عليها.

خامسا: ألا تكون المصلحة فيما لا يجوز الاجتهاد فيه، كالواجبات والفرائض والحدود، المنصوص عليها، أو المجمع عليها.

سادسا: ألا تكون المصلحة وهمية، بل يجب أن تكون حقيقية، يترتب عليها جلب منفعة أو درء مفسدة.

سابعا: أن تكون المصلحة عامة، يعم نفعها عدد من الأمة، أو تدفع عنهم مضرة.

ثامنا: ألا يدخل المصلحة الأهواء والشهات، بل يكون النظر بمحض ميزان الشرع.

المطلب الثالث: مشروعية القاعدة.

إن للقواعد الفقهية التي وضعها العلماء أدلة وشواهد في الشريعة الإسلامية، سواء أدلة مباشرة، أو من خلال استقراء عموم الشريعة الإسلامية، وهذه القاعدة لها ما يؤكدها في الشريعة الإسلامية، من القرآن والسنة النبوية، في هذا المطلب نستعرض تلك الأدلة التي تستند إليها هذه القاعدة.

أولا: الأدلة من القرآن.

1) قول الله تعالى: "إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرٗا".[345]

وجه الدلالة: في الآية: خطاب من الله تعالى لولاة أمر المسلمين، بأداء الأمانة والسعي في مصالح الرعية على أتم الحال وأكمله.[346]

[344] الهاشمي، محمد بن حسن بن محمد، قاعدة "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة" دراسة تأصيلية تطبيقية على نوازل العبادات، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1436هـ، ص59.

[345] سورة النساء: 58.

2) قول الله تعالى: "وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ".[347]

وجه الدلالة: أنّ الله تعالى يخاطب من ولّي يتيما أن يكون حريصا على ماله، فيثمره وينميه ويسعى في [348]، وإذا كان حرص الشارع على مال اليتيم في ولاية صلاحه، ويبتعد عن إفساده بكل أشكال الفساد خاصة، فإنّ حرصه من باب أولى في الولاية العامة على مصالح وأموال عموم المسلمين.

ثانيا: الأدلة من السنّة النبوية.

1) ما رواه عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما-، أنه سمع رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يقول: "كلكم راع ومسؤول عن رعيته، فالإمام راع وهو مسؤول عن رعيته، والرجل في أهله راع وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة في بيت زوجها راعية، وهي مسؤولة عن رعيتها، والخادم في مال سيده راع وهو مسؤول عن رعيته".[349]

وجه الدلالة: والراعي هو المؤتمن والمحافظ على صلاح ما استرعاه الله من خلقه، فهو مطالب بالعدل والقيام بمصالح العباد، وهذا من أولويات الإمام الأعظم.[350]

2) ما رواه معقل بن يسار عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، قال: "ما من وال يلي رعية من المسلمين، فيموت وهو غاش لهم، إلا حرم الله عليه الجنة".[351]

---

[346] الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير الطبري (ت: 310هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، القاهرة- مصر، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، 1422هـ- 2001م، ج7، ص171.

[347] سورة البقرة: 220.

[348] ابن الجوزي، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (ت: 597هـ)، زاد المسير في علم التفسير، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، ط1، بيروت، دار الكتاب العربي، 1422هـ، ج1، ص187.

[349] البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي (ت: 256هـ)، صحيح البخاري، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، ح2278، ط5، دمشق، دار ابن كثير، دار اليمامة، 1414هـ- 1993م، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب العبد راع في مال سيده، ولا يعمل إلا بإذنه، ج2، ص848.

[350] ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت: 852هـ)، فتح الباري بشرح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وتصحيح تجاربه: محب الدين الخطيب، ح7137، ط1، مصر، المكتبة السلفية، 1380هـ، كتاب الأحكام، باب قوله تعالى: "أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم"، ج13، ص112.

[351] البخاري ،صحيح البخاري، كتاب الأحكام، ح6732، باب من استرعي رعية فلم ينصح، ج6، ص2614.

وجه الدلالة: في الحديث تحذير لكل من قلّده الله من أمر المسلمين شيء، فلم يقم بالنصح لمن استرعاه الله، إلا حرم الله عليه الجنّة، فمهمة الإمام والوالي والمسؤول من المسلمين، في كل زمان ومكان، أن يتحرّى المصلحة ويعمل على جلبها وتحقيقها، وأن يتحرّى المفسدة والمضرة ويعمل على دفعها والابتعاد عنها.[352]

3) ما روي، أنّ عائذ بن عمرو، وكان من أصحاب رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، دخل على عبيد الله بن زياد. فقال: أي بني! إني سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، يقول: "إن شر الرعاء الحطمة[353]. فإياك أن تكون منهم".[354]

وجه الدلالة: لمّا استعار للوالي والسلطان لفظ الراعي، نبّه على ما ينبغي أن يكون عليه من الحلم والأناة ومراعاة مصالح المسلمين، كما حذّره من اهلاك مصالهم فعبر عنه بالحطمة التي تحطم ولا تبقي[355]، فكأنّه أراد أن يبيّن حال والي السوء الذي لا يراعي مصالح النّاس، فيحطّم أساسا عظيما وبنيانا متينا، من أسس الحكم ودعائمه.

المبحث الثاني: تطبيقات القاعدة في الأزمات المالية والاقتصادية المعاصرة.

المطلب الأول: تعريف الأزمات المالية والاقتصادية وماهيتها.

أولا: تعريف الأزمة.

[352] النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ): المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ح142، ط2، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1392هـ، كتاب الإيمان، باب استحقاق الوالي الغاش لرعيته النار، ج2، ص166.

[353] الحطمة: هو العنيف برعاية الإبل عند الإيراد والإصدار، يلقي بعضها على بعض عند جلبها إلى السوق، ومنهم من قال: هو الراعي الذي لا يمكن رعيته من المراتع الخصبة، ضربه مثلا لوالي السوء. ابن منظور :لسان العرب، مادة: حطم، ج12، ص139.

[354] مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت: 261هـ)، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ح1830، د.ط، القاهرة، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، 1374هـ- 1955م، كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر، والحث على الرفق بالرعية، والنهي عن إدخال المشقة عليهم، ج3، ص1461.

[355] الطيبي، شرف الدين الحسين بن عبد الله الطيبي (ت: 743هـ)، شرح الطيبي على مشكاة المصابيح، تحقيق: د. عبد الحميد هنداوي، ح3688، ط1، مكة المكرمة- الرياض، مكتبة نزار مصطفى الباز، 1417هـ- 1997م، كتاب الإمارة والقضاء، باب ما على الولاة من التيسير، ج8، ص2570.

الأزمة لغة: الأزم: شدّة العضّ بالفم كله، أزمه وأزم عليه يأزم أزما وأزوما، فهو آزم وأزوم، وأزمت يد الرجل آزمها أزما؛ وهي أشدّ العض، والأزمة: الشدّة والقحط، يقال: أصابتهم سنة أزمتهم أزما، لأي استأصلتهم، وأزم علينا الدهر: اشتدّ وقلّ خيره، والمأزم: هو الطريق الذي يكون بين جبلين.[356]

الأزمة اصطلاحا: "الأزمة هي خلل مفاجئ نتيجة لأوضاع غير مستقرة يترتب عليها تطورات غير متوقعة نتيجة عدم القدرة على احتوائها من قبل الأطراف المعنية وغالباً ما تكون بفعل الانسان"[357]، ومنهم من عرفها، بقوله: "توقف الأحداث المنظمة والمتوقعة واضطراب العادات والعرف مما يستلزم التغيير السريع لإعادة التوازن لتكوين عادات جديدة أكثر ملائمة".[358]

فالأزمة في كلا التعريفين وفي غيرهما من التعريفات، تدل على حدوث خلل مفاجئ، وغالبا لم يؤخذ بالحسبان، أو أنّ جاهزية المنظمة التي تدير المؤسسة المعنية لم تتوقعه، وإن توقعته فلم يكن توقعها بالشكل الذي وقع، لذلك تتطلب ردة فعل سريعة لتجاوز هذه الأزمة بأقل الخسائر الممكنة.

الأزمة المالية اصطلاحا: عرّفتها دائرة معارف العلوم الاجتماعية بأنّها: "حدوث خلل خطير ومفاجئ في العلاقة بين العرض والطلب في السلع والخدمات ورؤوس الأموال"[359]، ومنهم من عرّفها، بقوله: "هي تلك الذبذبات العميقة التي تؤثر كليا أو جزئيا على مجمل المتغيرات المالية، وعلى حجم إصدار وأسعار الأسهم والسندات، وإجمالي القروض والودائع المصرفية، ومعدل الصرف، وتعبر على انهيار شامل في النظام المالي النقدي"[360]، والتعريف الثاني أشمل من التعريف الأول، ذلك أنه تناول موضوع الأزمات المالية المعاصرة بشكل جامع، فذكرها في التعريف، لعبّر عن حقيقة الأزمة المالية.

بين الأزمة المالية والأزمة الاقتصادية:[361]

---

[356] الفارابي، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري (ت: 393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط4، بيروت، دار العلم للملايين، 1407هـ- 1987م، مادة: أزم، ج5، ص1861. ابن منظور، لسان العرب، مادة: أزم، ج12، ص16.

[357] طالب، أحمد هادي، إدارة الأزمات، جامعة بابل، كلية الإدارة والاقتصاد، بحث غير منشور، ص3.

[358] كورتل، فريد. رزيق، كمال، الأزمة المالية، مفهومها، أسبابها وانعكاساتها على البلدان العربية، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، عدد: 20-أ، بدون ترقيم صفحات.

[359] النجار، مصلح بن عبد الحي، أسباب الأزمة المالية العالمية ونتائجها من منظور فقهي، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الآداب والعلوم الإنسانية، مج:28، عدد: 6، 2020م، ص43.

[360] كورتل، فريد. رزيق، كمال، الأزمة المالية، مفهومها، أسبابها وانعكاساتها على البلدان العربية، بدون ترقيم صفحات.

[361] بلعباس، عبد الرزاق سعيد، ما معنى الأزمة، مركز النشر العلمي، جامعة الملك عبد العزيز، ط1، 1430هـ- 2009م، ص19.

الأزمة المالية: أزمة تمس الأسواق المالية والائتمان في إحدى البلدان، وقد تتفاقم حتى تتحول إلى أزمة إقليمية أو عالمية، ففي بداية الأمر تتعلق الأزمة بالأسواق المالية، فإن تفاقمت تؤدي إلى ضرر بالاقتصاد الحقيقي، فتحدث أزمة اقتصادية.

الأزمة الاقتصادية: هي حالة حادة من المسار السيء للاقتصاد، في بلد أو إقليم أو العالم بأسره، تبدأ غالبا من انهيار للأسواق المالية، مع تدهور وجمود للنشاط الاقتصادي، يرافقه بطالة وإفلاس وانخفاض للقدرة الشرائية.

الخصائص الأساسية للأزمة المالية والاقتصادية:[362]

1) حدوثها بشكل مفاجئ وعنيف، وتستقطب اهتمام الجميع.
2) تعقيد وتشابك، وتداخل في العوامل والأسباب التي أدت إليها.
3) شحّ المعلومات الكافية عنها.
4) تهدد الأهداف والمصالح في الحاضر.
5) يكون الوقت ضيّقا ومحددا أمام صناع القراء.
6) تتصاعد بشكل متواصل، مما يعقد طرح البدائل لمواجهة الأحداث المتسارعة.
7) حالة من الخوف تسود من آثارها وتداعياتها.

المطلب الثاني: أنواع الأزمات المالية والاقتصادية

إنّ المتابع لمجريات الأحداث في عالم المال والاقتصاد، يتوصل إلى أنّ هناك العديد من الأزمات التي عصفت بهذا العالم، وخاصة في الآونة الأخيرة، فبات الإنسان بين الحين والآخر يسمع عن تدهور للاقتصاد في بعض البلدان، فكان لا بد من الحديث عن أنواع تلك الأزمات التي تعصف بالعالم المالي وتهدد أركانه، في هذا المطلب نسلط الضوء على تلك الأزمات.

أولا: أزمات العملة وأسعار الصرف.

تحدث هذه الأزمات عندما تتغير أسعار صرف العملة بشكل مؤثر وسرعة بالغة على قدرة العملة على ادراء وظيفتها كمخزن للقيمة ووسيط للتبادل، وتسمى أيضا بأزمة ميزان المدفوعات، وتحدث تلك الأزمة عندما تقرر سلطة النقد بخفض سعر العملة نتيجة لعمليات المضاربة.[363]

[362] كورتل، فريد. رزيق، كمال، الأزمة المالية، مفهومها، أسبابها وانعكاساتها على البلدان العربية، بدون ترقيم صفحات. عبد اللطيف، إيمان محمود، الأزمات المالية العالمية الأسباب والآثار والمعالجات، أطروحة دكتوراه، جامعة سانت كليمنتس العالمية، العراق، قسم الاقتصاد العام، 1432هـ- 2011م، بدون ترقيم للصفحات.

أسباب حدوث أزمات سعر الصرف:[364]

1. عدم الاستقرار في المتغيرات الاقتصادية الكلية: فقد تطبق السلطة الاقتصادية سياسة توسعية يترتب عليها توسع في عمليات الإقراض، ومنه تحدث تراكمات مفرطة في الديون، فيؤدي ذلك إلى زيادة مفرطة في الاستثمار في الأصول الحقيقية، وبناء عليه يحدث ارتفاع في أسعار الأوراق المالية والعقارات إلى مستويات عالية جدا يصعب استمرارها.
2. سوء تحديد سعر الصرف: يحدث هذا الخلل عندما تعتبر الحكومات ثبات سعر الصرف الأجنبي هو الهدف الأساسي للسياسة النقدية، مهملة معدلات التضخم المحلي، لذلك تقوم ببيع وشراء بمقادير غير محدودة للعملة الأجنبية، فيكون ذلك مدعاة للتضخم المحلي.
3. ضعف الهيكل المالي: ويحدث هذا غاليا في الدول النامية، التي لديها نظم مالية مقيّدة، حيث تواجه المصارف فيها قدرا ضئيلا من المنافسة، فتجد نفسها ضعيفة في مواجهة القادمين الجدد من أصحاب الأعمال.
4. عدوى الأزمات الخارجية: وهذه أحد أهم أسباب حدوث أزمات العملة، انتقال أعراض عدم الاستقرار في سوق الصرف الأجنبي، من دولة إلى دولة أخرى، فحدوث هجمة مضاربة على عملة معينة قد يؤدي إلى عدوى تصيب عملات دول أخرى.

ثانيا: الأزمة المصرفية.

تحدث هذه الأزمة عندما يندفع العملاء على سحب ودائعهم لأسباب معينة، مما يؤدي إلى إيقاف تلك البنوك لالتزاماتها الداخلية للتحويل، وفي بعض الأحيان ترغم الحكومة على التدخل لتقديم الدعم المالي واسع النطاق.[365]

ومن أسباب الأزمات المالية، ما ذكره علماء واقتصاديون من المسلمين:[366]

أولا: التعامل بالربا والقروض الربوية.

---

[363] سهو، نزهان محمد، الأزمة المالية العالمية الراهنة، المفهوم الأسباب التداعيات، مجلة الإدارة والاقتصاد، العدد: 83، 2010م، ص256.

[364] صابر، سلوى فؤاد، الأزمات العالمية وتأثيرها على الاقتصاد المصري مع التركيز على الأزمة الاقتصادية الآسيوية والأزمة التمويلية العالمية الأخيرة، بحث غير منشور، ص366.

[365] النجار :أسباب الأزمة المالية العالمية ونتائجها من منظور فقهي، ص43.

[366] المنجد، محمد صالح، الأزمة المالية، مجموعة زاد للنشر- السعودية، ط1، 1430هـ- 2009م، ص14. النجار ،أسباب الأزمة المالية العالمية ونتائجها من منظور فقهي، ص51.

لا شكّ أنّ الربا من أعظم الفواحش التي نهى الله تعالى عنها، وهو كذلك أحد سيئات النظام الرأسمالي الذي تدهور واندثر بسبب تعامله بالربا، فالتوسع في الإقراض بهدف جني الأرباح الطائلة، وتزايدت حجم المديونيات حتى فاقت النمو الاقتصادي الحقيقي، فكانت هذه المعاملات بمثابة فيروسا سرطانيا يدمر خلايا الاقتصاد ويزعزع أركانه، والله تعالى حذر النّاس من مغبّة الوقوع في الربا، فقال: "يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ أَضۡعَٰفٗا مُّضَٰعَفَةٗ"[367]، ومعلوم أنّ الله تعالى لم يحرم شيئا إلا وكان فيه مصلحة لعباده، كما أنّه معلوم أنّ الربا أضراره كثيرة، على المستوى الاقتصادي والسياسي والأخلاقي والاجتماعي، فوجب الحذر منه، فالله تعالى توعد من وقع فيه وقبله على نفسه بأشد أنواع النكير والتهديد، فقال تعالى: "ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِي يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيۡطَٰنُ مِنَ ٱلۡمَسِّۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمۡ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡبَيۡعُ مِثۡلُ ٱلرِّبَوٰاْۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمۡرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِۖ وَمَنۡ عَادَ فَأُوْلَٰٓئِكَ أَصۡحَٰبُ ٱلنَّارِۖ هُمۡ فِيهَا خَٰلِدُونَ"[368]، فالذي يتعامل بالربا يعلن تجرده من الإنسانية والقيم الأخلاقية، وفي الآخرة ينتظره ما توعده الله به.

الأضرار الاقتصادية الناتجة عن فرض الفوائد الربوية:[369]

1) إضافة الفوائد على أصل التكلفة، يؤدي إلى رفع سعر البضائع، وهذا أحد أسباب التضخم، قيل؛ الفائدة هي وقود التضخم.
2) نظام الفوائد يؤدي إلى تعسر أو توقف الشركات، وذلك في حالة تعذر رجال الأعمال المقترضين عن سداد الأقساط والفوائد، وهذه يقود إلى سلسلة من التراجعات تنتهي بانهيار وإفلاس الشركات والبنوك، وبهذا يتضرر صاحب المال والمستدين.
3) نظام الفوائد البنكية يؤدي إلى خلل في الأسواق المالية، أو ما يعرف بالبورصات.
4) نظام الفوائد يؤدي إلى خلل في انسياب الأموال، وذلك في حال كان سعر الفائدة أعلى من العائد المتوقع من استثمار المال، وهذا يعيق المشروعات الضرورية.
5) يؤدي نظام الفوائد إلى الكساد والأزمات الاقتصادية، وهذه في حال توقف رجال الأعمال عن السداد، وتتوقف البنوك عن التمويل.

---

[367] سورة آل عمران: 130.

[368] سورة البقرة: 275.

[369] النجار ،أسباب الأزمة المالية العالمية ونتائجها من منظور فقهي، ص52.

6) يؤدي إلى تكدّس المال بيد الأغنياء، ويتحرك المال بينهم ويأتي إليهم ولا يخرج من أيديهم.

ثانيا: بيع الديون.

بيع الديون العقارية، من خلال تحويلها إلى أوراق مالية متاح لأي مستثمر شراؤها، ويعمل لها تأمين، ويتم تداولها كأوراق ائتمانية على شركات استثمارية، وهذه القروض الجديدة تقوم بعض البنوك بتحويلها إلى أوراق مالية، وتحصل من خلالها على قروض جديدة، حتى تكونت أصول مالية لا قيمة لها، تثمينها صعب، وشراؤها عسير، وقد نهت الشريعة الإسلامية عن بيع دين بدين، عن ابن عمر –رضي الله عنهما-، أنّ النبي –صلى الله عليه وسلم: "نهى عن بيع الكالئ بالكالئ"[370]، قال الإمام السرخسي: "يعني بيع الدين بالدين وهذا فساد قوي يمكّن في البعض فيفسد به الكل".[371]

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة في الأزمات المالية والاقتصادية المعاصرة.

إنّ الشريعة الإسلامية جعلت للحاكم المسلم مكانة وهيبة بالوازع الديني، قبل أن تكون له بالوازع السلطاني، فالحاكم له مساحة محترمة في الشريعة الإسلامية، كما أنّ له حيز من الصلاحيات تساعده على إدارة شؤون الرعية، وهذه الصلاحيات والقرارات نافذة ابتداء، وواجب على الرعية الانصياع لها، كما يحرم عليهم مخالفتها أو الخروج عنها، يقول تعالى: "يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ منقم"[372]، والطاعة الملزمة للرعية شريطة أن يكون الحاكم ممن يمتثل أوامر الله تعالى، ويطبقها على نفسه وعلى رعيته، قال الزّمخشري-رحمه الله تعالى-: والمراد بـ "أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ" أمراء الحق؛ لأنّ أمراء الجور الله ورسوله بريئان منهم، فلا يعطفون على الله، ورسوله في وجوب الطاعة لهم، وإنّما يجمع بين الله، ورسوله، والأمراء الموافقين لهما في إيثار العدل، واختيار الحق، والأمر بهما، والنّهي عن أضدادهما، كالخلفاء الراشدين، ومن تبعهم بإحسان[373]، وعن أنس بن مالك -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "اسمعوا وأطيعوا، وإن استعمل عليكم عبد حبشي، كأن رأسه

---

[370] الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري (ت: 405هـ)، المستدرك على الصحيحين، دراسة وتحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ح2342، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1411هـ- 1990م، كتاب البيوع، ج2، ص65. حكمه: حديث صحيح على شرط مسلم.

[371] السرخسي ،المبسوط، ج12، ص143.

[372] سورة النساء: 59.

[373] الدرة، محمد علي طه (ت: 1428هـ)، تفسير القرآن الكريم وإعرابه وبيانه، ط1، دمشق، دار ابن كثير، 1430هـ- 2009م، ج2، ص502.

زبيبة"[374]، فهذا نصّ واضح وصريح في وجوب طاعة وليّ الأمر، وعدم مخالفة قراراته وأوامره، ما لم تكن معصية أو نهي عن منكر، فإن فعل فلا طاعة له كما جاء على لسان رسول الله –صلى الله عليه وسلم-، في الحديث الذي يرويه ابن عمر –رضي الله عنهما-، عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره، إلا أن يؤمر بمعصية، فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة"[375]، فوجوب الطاعة للحاكم المسلم، الذي يراقب الله في رعيته، ويخشاه ولا يتعدى حدوده، ولا ينتصر لأهوائه، ولا ينحاز لمصالحه الشخصية الضيقة، فيضيع البلاد ويهلك العباد.

وعليه؛ فقد جاءت القاعدة الفقهية "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة" لتحقق التوازن، بين الإفراط والتفريط، فمن ناحية الحاكم مطاع، ومن ناحية أخرى هو مقيّد بتحقيق الأصلح لرعيته، وإلا فإن تصرفه مردود عليه، وليس له قيمة، وقد شاهدنا تصرفات لبعض الحكام تصبّ في مصلحة من يعادون هذا الدين، ومضرة بالمسلمين ومصالحهم، في شتى مجالات العمل السياسي، وكان من بينها؛ التصرفات المالية.

ومن المعلوم أنّ المال ركيزة أساسية وأحد أهم مقومات المجتمعات، كما أنّه يمثل عصب الحياة، ومحط أنظار النّاس، وبه قوام الحياة واستمرارها، والذي يتتبع الشريعة الإسلامية، يدرك حقيقة اهتمامها بالمال اهتماما كبيرا، فحرصت من خلال التوجيهات القرآنية والأحاديث النبوية على المحافظة عليه من الضياع والهلاك، كما حرصت على كسبه بالطرق الشرعية والمباحة[376]، فقد جاءت الآية مبينة مكانة المال في نفوس الناس، في قوله تعالى: "ٱلۡمَالُ وَٱلۡبَنُونَ زِينَةُ ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَا"[377]، فالنفس البشرية جبلت على حبّ المال، والاستكثار منه، يقول تعالى: "زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ ٱلشَّهَوَٰتِ مِنَ ٱلنِّسَآءِ وَٱلۡبَنِينَ وَٱلۡقَنَٰطِيرِ ٱلۡمُقَنطَرَةِ مِنَ ٱلذَّهَبِ وَٱلۡفِضَّةِ وَٱلۡخَيۡلِ ٱلۡمُسَوَّمَةِ وَٱلۡأَنۡعَٰمِ وَٱلۡحَرۡثِ"[378]، ولذلك جاءت السنّة النبوية، مراعية هذه الفطرة

[374] البخاري ،صحيح البخاري، كتاب الأحكام، ح6723، باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، ج6، ص2612.

[375] مسلم ،صحيح مسلم، ح1839، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، وتحريمها في المعصية، ج3، ص1469.

[376] مديغم، يوسف سلامه إبراهيم. عساف، محمد مطلق محمد، مقاصد التصرفات المالية المتعلقة بحفظ المال في التشريع الإسلامي، المجلة الدولية لنشر الدراسات العلمية، مج:20، العدد:1، 2024م، ص64.

[377] سورة الكهف: 46.

[378] سورة آل عمران: 14.

في قول رسول الله –صلى الله عليه وسلم-: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه"[379]، فالشريعة الإسلامية، حرّمت أكل أموال الناس بغير وجه حق، أو من دون طيب نفس منه، قال تعالى: "وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ".[380]

من أجل ذلك؛ كانت مهمة ومسؤولية الحاكم، تجاه أموال الرعية، دقيقة وشاقة، وتحتاج إلى إمعان النظر والتروي قبل صدور القرارات، لذلك وضع الاقتصاديون الإسلاميون جملة من الضوابط الأخلاقية والشرعية لاتخاذ القرارات في الإسلام:[381]

أولا: التفكير المنطقي: التفكير الدقيق بعيدا عن التناقضات، مع تفادي القرارات التي تنتهج غير سبيل الله تعالى، وأن يبتغي بقصده وجه الله تعالى، قاصدا ما ينفعه ومجتمعه وأمته في الدنيا والآخرة.

ثانيا: البحث عن الحقائق: من أجل أن يتخذ القرار السليم، لا بد له أن يتبع المعطيات والمعلومات الدقيقة والسليمة، بعيدا عن الإشاعات التي لا تستند إلى الحقائق، قال الله تعالى: "وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّاۚ إِنَّ ٱلظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ ٱلْحَقِّ شَيْـًٔاۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمُۢ بِمَا يَفْعَلُونَ".[382]

ثالثا: الشورى في اتخاذ القرارات: ولأنّ الشورى مبدأ متأصل في الشريعة الإسلامية، لقوله تعالى: "وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِۖ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُتَوَكِّلِينَ"[383]، كما أن المشورة تصلح أن تكون لأهل الاختصاص والرأي والعلم والخبرة، من لديه دراية في المسألة، لقوله تعالى: "فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ".[384]

رابعا: التوكل على الله: لأنّ المسؤول والإداري المسلم لا بد أن يتوكل على الله تعالى في كل أعماله، وفي إدارته للأزمات بشكل خاص، فبعد أن قام بأخذ الأسباب والاحتياطات، يوقن أن الاعتماد على الله

---

[379] الألباني، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم (ت: 1420هـ)، صحيح الجامع الصغير وزياداته، ح7656، د.ط، المكتب الإسلامي، د.ت، ج2، ص1268. حكم الألباني: صحيح.

[380] سورة البقرة: 188.

[381] فرحات، غول، إدارة الأزمات في المؤسسة بين المفاهيم وطرق المعالجة، مجلة المناجر، عدد:1، ص80.

[382] سورة يونس: 36.

[383] سورة آل عمران: 159.

[384] سورة النحل: 43.

يرافقها، وأنه لن يكون إلا ما أراده الله تعالى، يقول تعالى: "إِنَّ رَبَّكَ فَعَّالٌ لِّمَا يُرِيدُ"[385]، فعقيدة المسلم مرتبطة في الجمع بين الأمرين: الأخذ بالأسباب، والتوكل على الله.

وبالنظر إلى هذا الشروط والضوابط، التي تقيّد تصرفات المسؤول والحاكم، وحتى يحقق مصلحة الرعية اثناء تصرفه، لا بدّ له أن يقيّد تصرفات المصارف والبنوك، بما يتلاءم مع أحكام الشريعة الإسلامية، من بينها:[386]

1) منع الربا بكل أشكاله، أو ما يطلق عليه في عرف المصارف بالفوائد.
2) تقاسم آثار المعاملات، في الربح والخسارة على حد سواء.
3) منع الغرر بكل أشكاله، الذي يشهد انتشارا في المعاملات المصرفية.
4) منع التعامل والاستثمار في السلع والمواد المحرمة شرعا، كالخمر والمخدرات وتجارة السلاح.
5) الاستثمار في السلع النافعة للإنسانية بشكل عام.

فإذا ما قام الحاكم بدوره، وأدى الذي عليه، وراعى مصلحة الرعية، فقد جنب بلاده وعموم رعيته من الأزمات المالية المتسارعة والمتتالية، التي تعصف بالمجتمعات، أما أن يطلق الحبل على غاربه، ولا يترك محظورا إلا ويلج فيه، في محاولة للنهوض بأمته أو دولته، فهذا محظور وممنوع، وهو من قبيل التصرفات المردودة، التي لا تحقق مصلحة ولا تجلب منفعة، بل هي ضرر كلها، ومفسدة ليس بعدها مفسدة.

خاتمة

الحمد لله رب العالمين، الذي أعانني على إتمام هذا العمل، والحمد والشكر له سبحانه، هو خير ما يختم به المرء أعماله، وبعد:

فإنه يجدر بي في هذه المحطة أن أعرض لأهم النقاط التي تضمنتها هذه الدراسة:

1. قاعدة "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"، هي من القواعد الفقهية الثابتة عند الفقهاء قديما وحديثا، وردت بألفاظ مختلفة عند بعض العلماء.
2. لهذه القاعدة أدلة من الكتاب والسنّة، استند إليها الفقهاء.
3. وضع العلماء جملة من الشروط والضوابط عند الأخذ بالمصلحة.
4. هناك العديد من الأزمات المالية التي مرّت على الاقتصاد المعاصر.

[385] سورة هود: 107.

[386] عبد اللطيف ،الأزمات المالية العالمية الأسباب والآثار والمعالجات، بدون ترقيم للصفحات.

5. الربا هو أحد أهم أسباب الأزمات المالية.
6. للحاكم المسلم مكانة محترمة، وهيبة فرضها الشارع على عموم المسلمين، وقراراته نافذة إذا كانت تجلب المنفعة والمصلحة، وتتجنب المفسدة والمضرة.
7. هناك جملة من الآليات التي تجنب المجتمع المسلم من الوقوع في الأزمات المالية، وأن وقعت فالخروج منها يكون بأقل الأضرار.

التوصيات

فإنه يجدر بي هنا أن أعرض لأهم توصيات هذه الدراسة:

1. اتخاذ لجنة من الخبراء والمختصين في الاقتصاد، يمثلون المرجعية له في القضايا المالية، يستشيرهم ويستفيد من توجيهاتهم، لإدارة الشؤون المالية، وتخطي الأزمات المتوقعة.
2. تحرى المصلحة والمنفعة لرعيته، وبناء عليها يتخذ القرارات المناسبة في القضايا المالية.
3. يوصي الباحث الدول الإسلامية، أن تتجنب الربا في معاملاتها ومصارفها، فهو شرّ كله، وأحد أهم أسباب الأزمات المالية.

قائمة المراجع والمصادر

- القرآن الكريم .
- الألباني، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم (ت: 1420هـ)، صحيح الجامع الصغير وزياداته، د.ط، المكتب الإسلامي، د.ت.
- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي (ت: 256هـ)، صحيح البخاري، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، ط5، دمشق، دار ابن كثير، دار اليمامة، 1414هـ- 1993م.
- بلعباس، عبد الرزاق سعيد، ما معنى الأزمة، ط1، مركز النشر العلمي، جامعة الملك عبد العزيز، 1430هـ- 2009م.
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام (ت: 728هـ)، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، د.ط، المدينة المنورة- السعودية، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1425هـ- 2004م.
- ابن الجوزي، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (ت: 597هـ)، زاد المسير في علم التفسير، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، ط1، بيروت، دار الكتاب العربي، 1422هـ.

- الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري (ت: 405هـ)، المستدرك على الصحيحين، دراسة وتحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1411هـ- 1990م.
- ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت: 852هـ)، فتح الباري بشرح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وتصحيح تجاربه: محب الدين الخطيب، ط1، مصر، المكتبة السلفية، 1380هـ
- حيدر، علي حيدر خواجه أمين أفندي (ت: 1353هـ)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، ط1، دار الجيل، 1411هـ- 1991م.
- الدرة، محمد علي طه (ت: 1428هـ)، تفسير القرآن الكريم وإعرابه وبيانه، ط1، دمشق، دار ابن كثير، 1430هـ- 2009م.
- الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (ت: 1357هـ)، شرح القواعد الفقهية، صححه وقدم له وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا (ابن المؤلف)، تنسيق ومراجعة الطبعة الأولى: د عبد الستار أبو غدة، ط2، دمشق- سوريا، دار القلم، 1409هـ- 1989م.
- الزيلعي، عثمان بن علي الزيلعي الحنفي (ت: 743هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ (ت: 1021هـ)، ط1، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، 1314هـ
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: 483هـ)، المبسوط، باشر تصحيحه: جمع من أفاضل العلماء، د.ط، مصر، مطبعة السعادة، د.ت.
- سهو، نزهان محمد، الأزمة المالية العالمية الراهنة، المفهوم الأسباب التداعيات، مجلة الإدارة والاقتصاد، العدد: 83، 2010م.
- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت: 911هـ)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط1، دار الكتب العلمية، 1403هـ- 1983م.
- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس (ت: 204هـ)، الأم، ط2، بيروت، دار الفكر، 1403هـ- 1983م.
- صابر، سلوى فؤاد، الأزمات العالمية وتأثيرها على الاقتصاد المصري مع التركيز على الأزمة الاقتصادية الآسيوية والأزمة التمويلية العالمية الأخيرة، بحث غير منشور.

- طالب، أحمد هادي، إدارة الأزمات، جامعة بابل، كلية الإدارة والاقتصاد، بحث غير منشور.
- الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير (ت: 310هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، القاهرة- مصر، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، 1422هـ-2001م.
- الطيبي، شرف الدين الحسين بن عبد الله الطيبي (ت: 743هـ)، شرح الطيبي على مشكاة المصابيح، تحقيق: د. عبد الحميد هنداوي، ط1، مكة المكرمة- الرياض، مكتبة نزار مصطفى الباز، 1417هـ-1997م.
- عبد اللطيف، إيمان محمود، الأزمات المالية العالمية الأسباب والآثار والمعالجات، أطروحة دكتوراه، جامعة سانت كليمنتس العالمية، العراق، قسم الاقتصاد العام، 1432هـ- 2011م.
- العز بن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي (ت: 660هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، د.ط، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1414هـ- 1991م.
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت: 505هـ)، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، ط1، دار الكتب العلمية، 1413هـ- 1993م.
- الفارابي، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري (ت: 393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط4، بيروت، دار العلم للملايين، 1407هـ- 1987م.
- ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي (ت: 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، د.ط، دار الفكر، 1399هـ- 1979م.
- فرحات، غول، إدارة الأزمات في المؤسسة بين المفاهيم وطرق المعالجة، مجلة المناجر، عدد:1.
- ابن قيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت: 751هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1411هـ- 1991م.
- كورتل، فريد. رزيق، كمال، الأزمة المالية، مفهومها، أسبابها وانعكاساتها على البلدان العربية، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، عدد: 20-أ.

- مختار، أحمد مختار عبد الحميد عمر (ت: 1424هـ). وآخرون، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، عالم الكتب، 1429هـ- 2008م.
- مديغم، يوسف سلامه إبراهيم. عساف، محمد مطلق محمد، مقاصد التصرفات المالية المتعلقة بحفظ المال في التشريع الإسلامي، المجلة الدولية لنشر الدراسات العلمية، مج:20، العدد:1، 2024م.
- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت: 261هـ)، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، د.ط، القاهرة، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، 1374هـ- 1955م.
- المنجد، محمد صالح، الأزمة المالية، مجموعة زاد للنشر- السعودية، ط1، 1430هـ- 2009م.
- ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (ت: 711هـ)، لسان العرب، الحواشي: لليازجي وجماعة من اللغويين، ط3، بيروت، دار صادر، 1414هـ.
- النجار، مصلح بن عبد الحي، أسباب الأزمة المالية العالمية ونتائجها من منظور فقهي، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الآداب والعلوم الإنسانية، مج:28، عدد: 6، 2020م.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (ت: 970هـ)، الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، ط1، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، 1419هـ- 1999م.
- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ): المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1392هـ.
- الهاشمي، محمد بن حسن بن محمد، قاعدة "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة" دراسة تأصيلية تطبيقية على نوازل العبادات، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1436هـ.

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي
International Journal of Legal Interpretative Judgement
المجلد 04، العدد 14
ISSN : 2748-5056

محددات اندماج المصارف الإسلامية في فلسطين

Determinants of merger Islamic banks in Palestine

د. سعدي ارزيقات- جامعة فلسطين الاهلية – بيت لحم – فلسطين

أ. مهند رزق - جامعة فلسطين الاهلية – بيت لحم – فلسطين

Dr. Sadi Irziqat & Mr. Mohanad Rezeq -Palestine Ahliya University -Palestine – Bethlehem

ملخص الدراسة: هدفت الدراسة الى التعرف على محددات اندماج البنوك الإسلامية في فلسطين بالدراسة والتحليل، ثم معرفة المتطلبات اللازمة لتحقيق الاندماج بين تلك البنوك على المستوى الداخلي والخارجي، وما هي سبل المعالجة للتغلب على تلك المحددات، وبما يضمن عمليات اندماج سلسة بين البنوك الإسلامية في فلسطين، حيث اعتمدت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، باعتبارها توصف المحددات الخاصة باندماج المصارف الإسلامية في فلسطين على المستوى الداخلي والخارجي، ثم تحليل هذه المحددات، ومعرفة المعيقات التي يمكن أن تحول بين تحقق الاندماج بين المصارف، وتوجيه التوصيات للجهات المعنية في حال اتخذ قرار الاندماج بين المصارف الإسلامية في فلسطين.

أظهرت الدراسة أن التغلب على محددات الاندماج ممكن بين المصارف الإسلامية إذا ما توافرت الإرادة الحقيقية لذلك، ذلك أن المصارف الإسلامية هي ذات رسالة واحدة، وقانون إنشائها واحد، وبالتالي التغلب على المحددات وخاصة الداخلية منها أمر يسير، كما وأظهرت نتائج الدراسة أن التغلب على المحددات الخارجية ممكن أيضاً إذا ما توفرت الإرادة من الجهات المعنية، ومنها سلطة النقد الفلسطينية، وذلك من خلال سن تشريعات تشجع على الاندماج الخاص بالمصارف الإسلامية، وتوضح اجراءاته من الناحية القانونية والشرعية، من خلال اشراك الهيئة ا لعليا للرقابة الشرعية.

وقد أوصت الدراسة بعدة توصيات من أهمها، إعادة صياغة القانون الخاص بعمليات الدمج المصرفي للمصارف الإسلامية في فلسطين، ومراعاة خصوصيّة المصارف الإسلامية، وعدم تغليب المصلحة الشخصية للملاك حفاظاً على مراكز نفوذهم داخل البنوك.

الكلمات المفتاحية: محددات الاندماج، المصارف الاسلامية، فلسطين.

Abstract

The study aimed to identify the determinants of the merger of Islamic banks in Palestine through study and analysis, then to know the requirements necessary to achieve the merger between those banks at the internal and external levels, and what are the treatment methods to overcome these determinants, and to ensure smooth mergers between Islamic banks in Palestine

The study adopted the descriptive analytical approach, as it describes the determinants of the merger of Islamic banks in Palestine at the internal and external levels, then analyzes these determinants, identifies the obstacles that could prevent the merger between these banks, and directs recommendations to the authorities responsible for that in the event that the decision to merge between them is taken. Islamic banks in Palestine.

The study showed that overcoming the determinants of merger is possible among Islamic banks if there is a will to achieve it, especially since Islamic banks have one mission and the law of their establishment is similar, and therefore overcoming the determinants, especially internal ones, is easy.

The results of the study also showed that overcoming external determinants is also possible if there is a will from the concerned authorities, including the Palestine Monetary Authority, by enacting legislation that encourages the merger of Islamic banks and clarifies its procedures from a legal and Sharia standpoint.

The study recommended several recommendations, the most important of which are reformulating the law related to banking mergers for Islamic banks in Palestine, taking into account the privacy of Islamic banks, and not giving priority to the personal interests of the owners in order to preserve their positions of influence.

Keywords: determinants of merger, Islamic banks, Palestine.

تمهيد

يعدُّ الاندماج المصرفي أحد أهم المتغيّرات المصرفية العالمية، التي تزايدت مع تزايد الاتجاه نحو عولمة المصارف، ذلك ضمن المفهوم الشامل للعولمة الاقتصادية، ولمّا كانت المصارف الإسلامية في فلسطين تتسم بصغر حجمها مقارنة مع المصارف التجارية، سواءً المحلية أو الوافدة منها، فرض ذلك عليها واقعاً جديداً، حيث العمل الجاد والمضاعف لتعزيز قدرتها التنافسية، أو زيادة دورها في النشاط المصرفي الفلسطيني، ولهذا وجب على إدارات هذه المصارف الأخذ بعين الاعتبار قضية الاندماج ضمن الأهداف المحورية والهامة، خاصةً أن أصحاب القرار والعاملين الاداريين في هذه المؤسسات لهم الدور الهام والفعال في إنجاح تجربة الاندماج من فشلها، لذلك فإنّ هذا البحث قد سلط الضوء على أهمّ المحددات الداخلية والخارجية، والتي تؤثر في قرار الاندماج للمصارف الإسلامية في فلسطين في حالة تم اتخاذه من أصحاب القرار، وما هي المعيقات التي يمكن أن تواجه أصحاب المصالح، وكيف يمكن مواجهتها.

مشكلة البحث

على الرغم مما تشير إليه الدراسات أن معدلات نجاح عمليات الاندماج المصرفي تتراوح ما بين (50%-75%)[387]، إلا أنّه ومن أجل ضمان أفضل لنجاح هذه العمليّة، يجب على هذه المؤسسات والإدارة الاستراتيجية الأخذ بعين الاعتبار العوامل التي يمكن أن تحدّ من نجاح هذه العمليّة أو تبطئها، إذ أن هناك العديد من المحددات الداخلية التي يمكن أن تكون عائقاً أمام المصارف الإسلامية لتحقيق الاندماج المصرفي فيما بينها، خاصةً إذا لم يتم وضع خطط منضبطة من قبل القائمين على إدارات هذه المؤسسات، حتى لا تؤثر بشكل سلبي على قدرة هذه المصارف على تحقق الاندماج، وتحقيق أهدافه، لذلك أتناول في هذا البحث بالدراسة والتحليل أهمّ المحدّدات الداخلية والخارجية لاندماج المصارف الإسلامية في فلسطين، وكيف يمكن التغلب عليها حتى لا تكون عاملاً معيقاً لاندماج المصارف، وكذلك من أجل تحقيق أهداف الدراسة في محاولة الوصول الى طرق تعالج الاخفاقات ووضع مقترحات لأية عمليات اندماج قد تحدث في المستقبل.

أهمية البحث

تتلخص أهميّة البحث من خلال البحث والتحليل في المحددات الداخلية والخارجية والتي يمكن أن تكون عائقاً لأية عمليات اندماج للبنوك الإسلامية في فلسطين في المستقبل، وذلك من خلال محاولة فهم هذه المحددات وتحليلها من وجهة نظر الفقهاء الماليين والقانونيين، ثم وضع تصور لمتخذي القرار من

[387] القويز، عبد الله: اندماج المصارف نعمة ام نقمة؟، مجلة الاقتصاد والاعمال، العدد 235، الشركة العربية للصحافة والنشر والاعلام، بيروت - لبنان، 1999م، ص52-53.

ملاك لهذه المؤسسات أو سلطة النقد الفلسطينية عن كيفية التعامل مع تلك المحددات في عند عمليات الاندماج، كما أن لهذا البحث أهمية أنه من الدراسات القليلة التي بحثت موضوع المحددات الخاصة بالاندماج المصرفي، وبالتحديد للمصارف الإسلامية في فلسطين .

الدراسات السابقة

1. دراسة فداء موسى كنعان 2022م بعنوان: دور الاستحواذ والاندماج في البنوك الفلسطينية في تحسين الأداء المالي والتشغيلي – رسالة ماجستير منشورة – جامعة القدس – فلسطين. حيث هدفت الدراسة إلى التعرف على أثر الاستحواذ والاندماج المصرفي على الاداء المالي المقاس بالمتغيرات (العائد على الملكية، العائد على الاصول، العائد على الاستثمار والاداء التشغيلي المقاس بالمتغيرات - معدل دوران الاصول، هامش التدفق النقدي، نسبة الكفاءة للبنوك، نسبة الائتمان للودائع في البنوك الفلسطيني، وتوصلت الدراسة إلى وجود علاقة ايجابية بين الاندماج المصرفي ومؤشرات الأداء المالي والتشغيلي، مما يعني أن الاندماج المصرفي ساهم في تحسين الأداء المالي والتشغيلي للبنوك موضوع الدراسة، وأوصت الدراسة ضرورة أن توجه البنوك الفلسطينية الصغيرة إلى الاندماج لتشكيل وحدات مصرفية أكبر حجما أكبر قدرة على النهوض بالقطاع المصرفي ليواكب احتياجات الاقتصاد الفلسطيني في المستقبل .
2. دراسة ريحان، خلود 2006م بعنوان: الدمج المصرفي للمصارف العاملة في فلسطين- تقييم تجربة دمج بنك القاهرة عمان – فرع المعاملات الإسلامية في البنك الإسلامي الفلسطيني، مؤتمر تنمية وتطوير قطاع غزة بعد الانسحاب الإسرائيلي- الجامعة الإسلامية. حيث هدفت الدراسة الى توضح وتحليل عملية استحواذ البنك الإسلامي الفلسطيني على أصول وودائع بنك القاهرة عمان – فرع المعاملات الإسلامية، وقد استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي، من خلال معرفة دوافع الاندماج ومبرراتها، وخلصت الى نتائج أن الاندماج أدى الى زيادة في حجم ودائع البنك الإسلامي الفلسطيني بنسب كبيرة جداً، وزاد من قدرة البنك على المساهمة في النشاط المصرفي الفلسطيني، وكذلك تفعيل دوره في تحقيق متطلبات التنمية الاقتصادية في فلسطين، وقد أوصت الدراسة عدة توصيات من أهمها، ضرورة سن تشريعات توضح آليات الاندماج المستقبلي بين البنوك، وشجعت الدراسة عمليات الاندماج التي يمكن أن تحدث، لما لذلك من أثار ايجابية على مستوى البنك الدامج أو البنك المندمج .
3. دراسة روفية ضيف 2014م بعنوان: الاندماج المصرفي – مبررات ودوافع، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، 2014م، المركز الجامعي، جامعة قسنطينة، ميلة – الجزائر. حيث هدفت هذه

الدراسة إلى التعرُّف على دوافع عمليّة الدمج المصرفي ومبرراته بين المصارف التجارية في ظل المتغيّرات التي تشجع على ظاهرة الاندماج بين الشركات العالمية وبالتحديد في القطاع المصرفي الجزائري، من حيث أن العالم قد شهد اندماجات متتالية في القرن التاسع عشر أدت إلى تكوين قطاعات مصرفية قوية جداً في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية مثلاً، ومن هنا أتت هذه الدراسة لتسليط الضوء على الدوافع والمبررات التي أدت بهذه المؤسسات اتخاذ قرار الاندماج، وكذلك بحث ودراسة حيثيات هذه الظاهرة وأبعادها النظرية ومبرراتها، وقد توصلت الدراسة إلى عدة نتائج كان من أهمّها، أن الاندماج المصرفي يوفر العديد من الميزات مثل التوسع والنمو، كذلك زيادة حجم الوحدات المصرفية من الحصة السوقية بعد عمليات الاندماج، كما ويؤدي الاندماج المصرفي إلى تحقيق متطلبات وفورات الاقتصاديات الكبيرة والسليمة، بالإضافة إلى ثبات الودائع وتنوعها من خلال إدارة السيولة بشكل أكثر كفاءة، كما وتؤدي عمليات الاندماج إلى توظيف أمثل للأموال والحصول على مردود أفضل، وأوصت الدراسة بضرورة قيام البنوك بالتفكير بشكل جدي لعمليات الاندماج لتكوين مصارف قوية قادرة على المنافسة .

4. دراسة محمد حسين الشريف 2015م بعنوان : الاندماج وأثره على الأداء المالي للمصارف التجارية، دراسة تطبيقية على عينة من المصارف السودانية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، حيث هدفت الدراسة إلى التعرُّف على أساليب التحليل المالي، وكذلك بيان خصائص النظام المحاسبي للقطاع المصرفي في السودان، ودراسة أثر الاندماج المصرفي على معدلات النمو والنشاط المصرفي، وكذلك الربحية المتحققة، حيث اعتمدَ الباحث على الأسلوب الاستنباطي لدراسة موضوع الدراسة، وتحديد محاور البحث ووضع الفرضيات، بالإضافة إلى المنهج الاستقرائي لاختبار الفرضيات موضوع الدراسة، والمنهج الوصفي التحليلي لوصف طبيعة عمل المصارف في السودان وآلياتها وإمكان تحقيق عمليات الاندماج للقطاع المصرفي، وقد توصلت الدراسة إلى عدة نتائج كان من أهمّها : يؤثر الاندماج المصرفي على ربحية المصارف في السودان بشكل ملحوظ، كما ويؤثر الاندماج المصرفي على كفاءة رأس المال والأداء المالي بشكل جيد، كما أن عمليات الاندماج في كل مصارف العينة قد أدت إلى تحسن ملحوظ في قدرة المصرف على مواجهة الالتزامات تجاه المودعين في المدى القصير، بالإضافة إلى أن عمليات الاندماج أدت إلى زيادة معدلات النمو بشكل واضح في جميع المصارف التي أجريت عليها الدراسة، كما أثر الاندماج بشكل إيجابي في مقدرة المصارف على تقديم الخدمات الاقراضية والاستثمارية والخدمات المصرفية بشكل أفضل، وقدمت الدراسة عدة توصيات كان من أهمّها :

ضرورة التوسع في عمليات الاندماج وبالتحديد الاندماج الطوعي لتحقيق تكتلات مصرفية كبيرة وذات أحجام قادرة على المنافسة.

التعقيب على الدراسات السابقة

على الرغم من أهميّة الدراسات السابقة إلا أن معظمها لم يتطرق إلى موضوع محددات الاندماج المصرفي للمصارف الإسلامية في فلسطين على وجه الخصوص، أو المعيقات التي تواجه الاندماج، ومن هنا أتت هذه الدراسة في محاولة لفهم محددات اندماج المصارف الإسلامية في فلسطيني وتحليلها، ثم وضع تصور لمتخذي القرار للتغلب عليها خاصةً عند اجراء عمليات الاندماج بين المصارف، الامر الذي قد يسهل هذه المهمة على جميع المؤسسات ومنها سلطة النقد الفلسطينية والمصارف نفسها، ثم تحليل الصعوبات والتحديات التي يمكن أن تعترض سبيل تحقيقه فيما بينها، وتم ذلك من خلال تقسيمها إلى محددات داخلية، ومحددات خارجية، وكيف يمكن التعامل معها في حال رغبت هذ المصارف بالاندماج فيما بينها ، وهذا ما حاولت هذه الدراسة الإجابة عليه .

خطة البحث: تم تقسيم الدراسة الى مبحثين رئيسيين تناول المبحث الأول المحددات الداخلية للاندماج المصرفي على صعيد المصارف الإسلامية، وتم في المبحث الثاني تحليل المحددات الخارجية وكيف يمكن التغلب عليها.

تمهيد

يعدُّ الاندماج المصرفي أحد أهم المتغيّرات المصرفية العالمية التي تزايدت مع تزايد الاتجاه نحو عولمة المصارف، ذلك ضمن المفهوم الشامل للعولمة الاقتصادية، ولمّا كانت المصارف الإسلامية في فلسطين تتسم بصغر حجمها مقارنة مع المصارف التجارية، سواءً المحلية أو الوافدة منها، فرض ذلك عليها واقعاً جديداً، حيث العمل الجاد المضاعف لتعزيز قدرتها التنافسية، أو زيادة دورها في النشاط المصرفي الفلسطيني، ولهذا وجب على إدارات هذه المصارف الأخذ بعين الاعتبار قضية الاندماج ضمن الأهداف المحورية والهامة، خاصةً أن أصحاب القرار والعاملين الاداريين في هذه المؤسسات لهم الدور الهام والفعال في إنجاح تجربة الاندماج من فشلها والتغلب على معيقاتها، لذلك فان هناك العديد من المحددات الداخلية التي يمكن أن تكون عائقاً أمام المصارف الإسلامية لتحقيق الاندماج المصرفي فيما بينها، خاصةً إذا لم يتم وضع خطط منضبطة من قبل القائمين على إدارات هذه المؤسسات، وحتى لا تؤثر بشكل سلبي على قدرة هذه المصارف على تحقق الاندماج، وتحقيق أهدافه، والتغلّب عليها، وهذا ما سيتم شرحه وتوضيحه خلال هذ الدراسة .

المبحث الأول: المحددات الداخلية لاندماج المصارف الإسلامية في فلسطين

أنَّ دراسة أهم المحددات المتوقعة وتصوّرها يمكن أن تزيد فرص تحقق الاندماج المصرفي للمصارف الإسلامية في فلسطين، سواءً على المستوى الداخلي المتمثلة بالبيئة الداخلية للمصارف الإسلامية، أو على المستوى الخارجي المتمثلة بالبيئة المحيطة بها، ومن أجل التعرُّف على هذه المحددات يمكن وضع تصوّر للتغلّب عليها، وتحقيق الاندماج المصرفي بين المصارف الإسلامية في فلسطين بأقل التكاليف الممكنة في حال تمَّ تحقيقه، ومن أهم المحددات الداخلية لاندماج المصارف الإسلامية في فلسطين ما يلي :

أولاً: محددات حملة الأسهم (الملاك)

يترتب على عمليّة الاندماج المصرفي في حال تحققها حصول الساهين على الحقوق نفسها، والحصص التي كانوا يتمتعون بها في المصرف المندمج، بحيث يصبح هؤلاء شركاء في المصرف أو المؤسسة الجديدة، وبالتالي لهم الحقوق نفسها وعليهم الواجبات نفسها، وفق ما نص عليه النظام الداخلي وعقد التأسيس للمصارف الإسلامية في فلسطين[388].

ولمّا كانت المصارف الإسلامية في فلسطين عبارة عن شركات مساهمة عامة، سواءً من قبل أفراد، أو عائلات، أو شركات تهدف إلى تحقيق متطلبات التنمية الاقتصادية، والاستثمارية في فلسطين، دون المساس بحقوق المساهمين، أو ما يتعارض مع مصالحهم، إلا أن المساهمين هم ملاك المصرف، وهم من يقررون عمليّة الاندماج من عدمها، وذلك من خلال الحق في قبول عمليّة الاندماج، أو رفضها وفق القانون الفلسطيني الصادر عن سلطة النقد الفلسطينية[389].

حيث نص القانون: على أن حملة الأسهم هم الذين لديهم الحق في قبول عمليّة الاندماج، أو رفضها بالتصويت في الجمعية العمومية للمصرف، بحيث يتم اتخاذ القرار بالأغلبية، وبحسب ملكية الأسهم، أو التأثير على مجموعات المساهمين بالموافقة، وبما يتوافق مع مصالحهم الخاصة [390].

وبالنسبة لواقع المصارف الإسلامية في فلسطين كما هو حال المصارف التجارية المحلية، نجد أن ما تظهره بيانات المساهمين أو حملة الأسهم، هي استحواذ عائلات بمفردها على نسب كبيرة من أسهم المصارف الإسلامية في فلسطين، وبالتالي تعدّ هي صاحبة الحق في التصويت على قرار الاندماج المصرفي من عدمه، لذلك قد تؤدي عمليات الدمج إلى الحدّ من السيطرة من قبل آخرين، أو الحدّ من النفوذ، مما يجعلهم

[388] النظام الداخلي وعقد التأسيس: موقع الكتروني - المصارف الإسلامية في فلسطين – 2024م .

[389] قانون المصارف : العام 2010م، مادة رقم 68، سلطة النقد الفلسطينية، رام الله - فلسطين، 2010م .

[390] (تعليمات سلطة النقد الفلسطينية): المادة رقم 6، سلطة النقد الفلسطينية، رام الله - فلسطين، 2010م، ص4.

يرفضون عمليّة الاندماج المصرفي، أو لا يفكرون بها بشكل جدي في حالة الاندماج الطوعي مثلاً[391].

وبالتالي يعدُّ هذا المحدد أحد أهمّ المحددات التي يمكن أن تقف عائقاً أمام تحقيق عمليات الاندماج المصرفي للمصارف الإسلامية في فلسطين.

وهنا نؤكد أنه ينبغي أن تكون عمليّة الاندماج منطلقة من رؤية واضحة ومدروسة، وأن يتم تنفيذها في إطار خطة مفصلة ومقنعة لحملة الأسهم على الموافقة، من خلال الاشتراك في الربح بعد عمليات الدمج، من خلال تقديم حوافز مالية لهم، تجعلهم يقدمون على قرار الاندماج بالموافقة دون تردد، وهذا ما يجب أن تقوم به سلطة النقد الفلسطينية، على اعتبار أنها السلطة العليا في الجهاز المصرفي الفلسطيني، والمسؤولة عن سلامة الجهاز المصرفي الفلسطيني.

ثانياً: محددات إدارية (إدارة عليا وتنفيذية)

تؤدّي عمليّة الاندماج المصرفي للمصارف إلى إعادة هيكلة إدارة المصارف المندمجة، أو الداخلة في الاندماج، وبالتالي سيوفّر ذلك معارضة، سواءً من أعضاء مجالس الإدارة، أو الإداريين التنفيذيين في حال تحقق الاندماج وذلك حفاظاً على مواقعهم، إذ أنّ عمليّة الاندماج قد تؤدّي إلى إعادة النظر في أدوار ومواقع الإدارة ومواقفها من أجل تحقيق الأهداف طويلة الأجل الموضوعة لها.

إنَّ تغليب المصلحة الشخصية لأعضاء مجلس الإدارة، والإدارة التنفيذية، وعدم الاقتناع بجدوى عمليّة الاندماج، خوفاً على مراكزهم والسيطرة، ربما تعدّ من أحد أهمّ محددات الاندماج للمصارف الإسلامية في فلسطين، ذلك أنّ بعض أعضاء مجالس إدارات هذه المصارف ينظر إلى عمليّة الاندماج على أنها تحقيق لمتطلبات سلطة النقد في زيادة رأس المال للمصرف المندمج ورفع سقفه، وتحقيق متطلباتها فقط.

وفي هذا الصدد نوضح إلى أن بعض الدراسات أشارت، الى أنَّ المصارف الإسلامية في فلسطين تعاني من عدم وجود أنظمة تحفيز فعالة للعاملين، مما أتاح الفرص أمام إدارات هذه المصارف لمحاباة بعض الموظفين التابعين لهم، وتفضيلهم بناءً على أسس معرفية وشخصية غير مهنية، مما أضعف التنسيق بين أنظمة الاتصالات الإدارية في المصرف الإسلامي[392].

---

[391] زايدة، مهيب محمد: دوافع الدمج المصرفي في فلسطين ومحدّداته، دراسة تطبيقية على المصارف الوطنية العاملة، رسالة ماجستير منشورة، كلية التجارة، قسم المحاسبة، الجامعة الإسلامية – غزة – فلسطين، 2006م ص 120.

[392] قرعان، محمد علي: المعيقات المؤسسية التي تواجه المصارف الإسلامية العاملة في فلسطين اليات مواجهتها، رسالة ماجستير منشورة، جامعة القدس أبو ديس، القدس - فلسطين، 1434هـ - 2013م، ص 113.

وهنا وجب على إدارات هذه المصارف التخلي عن الذاتية، والنظر إلى الأهداف طويلة الأجل التي وضعت لهذه المؤسسات من أجل القيام بدورها في النشاط المصرفي الفلسطيني، وتحقيق متطلبات التنمية الاقتصادية المختلفة.

وبالنسبة للإدارة التنفيذية والمتمثّلة في مجموعة المدراء التنفيذيين في المصرف، حيث أنَّ منهم من سيحاول أن يعيق عمليّة الاندماج المصرفي معتقدين أن قرار الاندماج سيؤثر سلباً على مواقعهم الوظيفية، وبالتالي سيضع العراقيل، ممّا قد يعكس الجانب السلبي لعمليّة الاندماج من خلال إبراز المشاكل الداخلية، والتركيز عليها، بالإضافة إلى عدم التعاون، وتقديم شرح مفصّل وشفاف لمن سيتابع عمليّة الاندماج، ممّا سيزيد من التخوف على مستقبل المصرف[393].

ووفقاً لقانون سلطة النقد الفلسطينية والذي أصبح حديثاً يشجع المصارف الصغيرة على الاندماج المصرفي من أجل زيادة رأس المال لديها، نجد أن هناك مدراء يشجعون زيادة رأس المال عن طريق طرح أسهم جديدة، أو رسملة جزء من الأرباح، دون التفكير في قضية الاندماج كأحد الحلول الممكنة لزيادة رأس المال، أو زيادة الحصة السوقية للمصرف في السوق المصرفي الفلسطيني [394].

وبالنظر إلى المصالح العامة التي يمكن أن تتحقق نتيجة عمليات الاندماج، فهناك مصالح أخرى ومزايا يمكن أن تتحقق على المستوى الإداري، من حيث زيادة أعداد المتعاملين، وزيادة الحصه السوقية للمصرف المندمج، وبالتالي زيادة الربحية التي ستعود على أعضاء مجالس الإدارة والإداريين التنفيذين سواءً على شكل أرباح، أو مكافآت لمشاركتهم في إنجاح عمليّة الاندماج، بالإضافة إلى زيادة حصة المصرف السوقية، ومساهمته بشكل أكثر فعالية في النشاط المصرفي، ناهيك عن تحسين الأداء المالي، والقيام بدوره الهام في تحقيق متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية .

ثالثاً: محددات قانونية

يعدُّ التوافق والانسجام في الشكل القانوني للمصارف أحد المحدّدات الهامة والضرورية في عمليات الاندماج المصرفي، بحيث يجب الانتباه إلى ضرورة التوافق بين الأشكال القانونية للمصارف قبل البدء في

---

[393] ضيف، روفيه: إستراتيجية النمو المصرفي من خلال عمليات الاندماج، رسالة ماجستير منشورة، كلية الاقتصاد وعلوم التسيير، جامعة قسطنطينية، الجزائر،2011م، ص 125.

[394] عيد، فؤاد عبد العزيز: الاندماج المصرفي للمصارف الفلسطينية (الضرورات والمحدّدات)، رسالة ماجستير منشورة، كلية الاقتصاد، جامعة الازهر، غزة-فلسطين2012م، ص102 .

إجراءات الاندماج، إذ يعدُّ من ضرورات الاندماج، توافق الأنظمة الأساسية الداخلية للمصارف التي تنوي الاندماج بينها[395].

ولمّا كانت المصارف الإسلامية في فلسطين جميعها شركات مساهمة عامة وفق قانون الشركات الفلسطيني، تسعى لتقديم مختلف الخدمات المصرفية، بما يتوافق وأحكام الشريعة الإسلامية الغراء بناءً على نظامها الداخلي، وعقد التأسيس، يأتي ذلك كله من خلال وجود هيئة رقابة شرعية، ومدقق شرعي داخلي، فإنَّ ذلك يؤشّر أن هناك توافق، وبدرجة عالية بين أنظمتها الداخلية لتحقيق الاندماج بينها دون وجود أية عقبات قانونية داخلية تذكر من ناحية هذا المحدد.

رابعاً: محددات طبيعة النشاط

يعدُّ طبيعة النشاط المصرفي، ونوعه من العناصر الهامة والمحددة في نجاح عمليات الاندماج المصرفي من فشلها، ولمّا كانت المصارف التجارية ذات خصائص متعددة، من حيث نوع القطاع الممنوح، أو النشاط، نجد أن المصارف الإسلامية ذات طبيعة خاصة ومتشابهة إلى حدٍ كبير، ففي فلسطين تتشابه المصارف الإسلامية مع بعضها في نوع الائتمان الممنوح، والخدمات المصرفية المقدمة مع اختلافات فنية بسيطة تكاد لا تذكر، كما أن المصارف الإسلامية في فلسطين تفضّل أداة المرابحة للآمر بالشراء، وتكاد تشترك جميعها بالنسبة نفسها تقريباً والتي تجاوزت 90%، من إجمالي تمويلاتها، مع تقديمها للخدمات المصرفية الأخرى، مثل الاعتمادات المستندية، والكفالات، الحوالات، وغيرها .

ونظراً لهذا التشابه بين طبيعة العمل المصرفي الإسلامي للمصارف الإسلامية في فلسطين، يجعل ذلك من عمليات الاندماج المصرفي بين المصارف الإسلامية مشجعاً إلى حدٍ كبير، مما قد ينعكس على القاعدة الرأسمالية لها، والارتقاء بمستوى جودة الخدمات المصرفية المقدمة لجمهور المتعاملين، وتكوين كيانات مصرفية إسلامية قوية، تستطيع أن تتنافس مع المصارف التجارية الكبيرة، وتأخذ مكانتها في السوق المصرفي الفلسطيني.

خامساً: محددات الوضع المالي الخاص بالمصارف الإسلامية في فلسطين

يعمل في فلسطين ثلاثة مصارف إسلامية معترف بها، وجميعها محلية، ولكن هناك اختلافات في أوضاعها المالية، من حيث حجم رأس المال، وحجم الودائع، والأرباح، وكذلك الحصة السوقية، والتأسيس، فمنها من تأسس سنة 1994م، ومنها من تأسس بعد عام، ومنها من هو حديث النشأة، مثل مصرف الصفا الإسلامي الذي أسس عام 2016م، وربما يكون ذلك أحد المحدّدات التي يمكن أن تشكّل عائقاً أمام تحقق

[395] زايدة، مهيب محمد: دوافع الدمج المصرفي في فلسطين ومحدّداته، (م.س.)، ص 121-122.

الاندماج المصرفي بين المصارف الإسلامية في فلسطين، حيث أن كل مصرف يرغب في تحقيق مكاسب، مستغلاً وضعه التنافسي، أو المالي، أو حتى الأقدمية في التأسيس.

فمثلاً شكلت الحصة السوقية لمجموع موجودات المصرف الإسلامي العربي للعام 2023م، ما نسبته 6.8% من اجمالي موجودات القطاع المصرفي الفلسطيني، بينما شكلت حصة مصرف الصفا الإسلامي ما نسبته 0.8%، من إجمالي الموجودات،[396]، كذلك الحال بالنسبة للودائع والتسهيلات، وحقوق الملكية.

وهنا يكمن الرهان إذا ما توفّرت الإرادة الحقيقة، والأسّس السليمة لتحقيق الاندماج، وكذلك توفر قيادة إستراتيجية قوية، تمتلك مهارات تفاوضية عالية ومرنة، وقادرة على تقديم بعض التنازلات لتحقيق أهداف طويلة الأجل، بحيث يحتسب ذلك الضمان الاساس في نجاح الاندماج المصرفي بين إدارات المصارف الإسلامية، وتكون بالشكل الذي يرضي جميع الاطراف كل حسب وضعه، وبما يعزّز نجاح الاندماج وييسره، وتحقيق أهدافه مستقبلاً.

المبحث الثاني: المحددات الخارجية لاندماج المصارف الإسلامية في فلسطين

كما هو الحال بالنسبة للمحددات الداخلية، يوجد هناك محددات أخرى خارجية، تتمثّل في العوامل والبيئة المحيطة بالمصارف الإسلامية في فلسطين، وبالوضع العام الفلسطيني الذي يمكن أن يحول دون تحقق الاندماج المصرفي بين المصارف الإسلامية في فلسطين، وهي ما يأتي:

أولاً: المحدّدات القانونية والتشريعات الخاصة بالمصارف الإسلامية

وتتمثل هذه المحدّدات بالقوانين والتعميمات، التي يجب أن توضح آلية الدمج بين المصارف الإسلامية في فلسطين، إذ أنَّ غياب قانون خاص بالدمج للمصارف الإسلامية في فلسطين وعدم وضوحه يعدّ أحد أهم المعيقات الذي لا يمكن إغفاله، ويمكن أن يحدُّ من عمليات تحقيق الاندماج المصرفي بين المصارف الإسلامية.

وبالرجوع إلى قانون الدمج المصرفي رقم (9) لسنة 2010م، نجد أنه لم يتطرق إلى موضوع الدمج المصرفي بين المصارف الإسلامية في فلسطين بشكل خاص، وإنما اكتفى بنص المواد التي توضح آليات دمج المصارف التجارية، دون مراعاة لخصوصية العمل المصرفي الإسلامي من حيث الموافقة، وتعيين الهيئات واللجان، وكذلك متابعة سلطة النقد لعمليّة الاندماج، والحوافز المقدمة للمصارف المندمجة[397] .

[396] تمَّ احتساب النسب من الميزانيات المجمعة للمصارف والصادرة عن سلطة النقد الفلسطينية، رام الله - فلسطين، 2022م – 2023م.

[397] قانون المصارف : رقم 9، المادة رقم 68، سلطة النقد الفلسطينية، رام الله - فلسطين، للعام 2010م .

مما يعني أن العلاقة بين سلطة النقد الفلسطينية والمصارف الإسلامية في فلسطين تتسم بعدم الوضوح، فهي تخضع للقوانين والأنظمة نفسها الخاصة بالمصارف التجارية تقريباً، باستثناء ما يخالف أنظمة هذه المصارف الداخلية، كما أن سلطة النقد الفلسطينية لا تمتلك من الأدوات السياسية النقدية للتعامل مع هذه المصارف، مثل أدوات السيولة النقدية، والاحتياطي القانوني، بالإضافة إلى أنّ المصارف الإسلامية تعاني من مشكلة عدم توفر وظيفة المقرض الأخير للسيولة من سلطة النقد في حال أصبح لديها عجز في السيولة، ذلك أن سلطة النقد تعتمد في ذلك على سياسة القرض بفائدة، وهو ما يتعارض مع معايير هذه المصارف[398].

وهنا أرى ضرورة النظر في صياغة القانون الخاص بعمليات الدمج المصرفي، وذلك من خلال مراعاة خصوصيّة المصارف الإسلامية، محددة بذلك الآليات التنفيذية والشرعية لإجراءات الاندماج بينها، وما يترتب على ذلك من إعفاءات، وحوافز تشجيعاً لها على الاندماج، وبما يحقّق مصلحة القطاع المصرفي الفلسطيني ويراعي خصوصية المصارف الإسلامية.

ثانياً: المحدّدات الشرعية وعدم الالتزام

يمكن تعريف المحدّدات الشرعية على أنها: عدم التزام المصرف الإسلامي بالمعايير الشرعية، سواءً الصادرة من هيئات رقابة شرعية داخلية، أو من مؤسسات شرعية دولية، مثل هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، التي بدورها تلزم هذه المؤسسات بتطبيق ما يصدر عنها من معايير.

ووفق قانون المصارف والخاص بالمصارف الإسلامية في فلسطين، والمعنون تحت اسم هيئة الرقابة الشرعية، فقد نص على الآتي: وجوب تعيين هيئة رقابة شرعية من مختصين بفقه الشريعة والمعاملات المالية الإسلامية، وتعيَّن الهيئة من قبل الجمعية العمومية بناءً على توصيات مجلس الإدارة للمصرف، ولا يحق فصل أي عضو إلا بموافقة سلطة النقد الفلسطينية، كما وينص القانون على وجوب تعيين مراقب شرعي دائم في داخل المصرف[399].

وهذا يعني أن تتولى هذه الهيئة مراقبة كافة أعمال المصرف اليومية، وتكييفها بما يتوافق وأحكام الشريعة الإسلامية، والمعايير المعتمدة بكل موضوعية وشفافية.

---

[398] (سلطة النقد الفلسطينية)، قرار رقم 9 لسنة 2010م، موضوع المصارف، المادة رقم 13 (الاعمال المصرفية المسموح بها)، سلطة النقد الفلسطينية، رام الله - فلسطين 2010م.

[399] قانون المصارف رقم 9، المادة 24، للعام 2010م، سلطة النقد الفلسطينية، رام الله - فلسطين، 2010م .

هذا وقد أشارت دراسات[400]، إلى أن المصارف الإسلامية في فلسطين لم تلتزم بشكل كامل بالمعايير الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، أو على الأقل لم تقم بمتابعة هذه المستجدّات.

وبالنظر إلى عمل المراقب الشرعي مثلاً لدى المصارف الإسلامية في فلسطين، نجد أنه يتقاضى أجراً مالياً من المصرف ذاته، مما يضعف من استقلالية قراره، ونزاهته[401].

وبالنظر أيضاً إلى مستوى عمل هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية في فلسطين، نجد أنها تفتقر إلى الاستقلالية نوعاً ما، وضعف في الزامية القرارات الصادرة منها، ناهيك عن التضارب الواضح في الفتاوي الصادرة فيما يتعلق بنفس المعاملة من مصرف إلى آخر، وعدم وجود مختصين بالعمل المصرفي الإسلامي ومعاملاته، والاكتفاء بفقهاء في الشريعة الإسلامية فقط [402].

هذا الأمر وضع المصارف الإسلامية في فلسطين أمام تحدٍ واضح، ربما يكون هذا أحد المحددات ذات الأهميّة في تحقيق الاندماج المصرفي، ومن هنا أرى أن علاج هذه الإشكالية تفعيل دور هيئة الرقابة العليا من قبل سلطة النقد الفلسطينية، واشراكها في سن التشريعات والقوانين الخاصة بعمليات الاندماج، وفق معايير وضوابط شرعية موحدة لجميع معاملات المصارف، بحيث يتم اختيار الاشخاص وفق مؤهلاتهم المالية والشرعية معاً، وأن تكون قرارات هذه الهيئة ملزمة للمصارف الإسلامية، كونها تشرف عليها سلطة النقد الفلسطينية بوصفها المصرف المركزي أو السلطة النقدية العليا، والمسؤولة عن سلامة القطاع المصرفي .

ونشير هنا إلى أن القانون الفلسطيني[403]، قد نص على تشكيل الهيئة العليا للمصارف الإسلامية منذ عام 2010م، وتم انشائها بالفعل، الا أن القرارات الخاصة بالمصارف الإسلامية وتحديدا القوانين، يتضح أن الهيئة غير مشاركة بها، مما زاد من حدّة المخاطر الشرعية التي تواجهها المصارف الاسلامية دون المصارف التقليدية.

---

(400) شبير، أحمد عبد الهادي: مدى التزام المصارف الإسلامية الفلسطينية بمعيار العرض والإفصاح العام والصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في القوائم المالية، مجلة الحكمة للدراسات الاقتصادية، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، العدد رقم 9، 2017م، ص24-25.

(401) قرعان، محمد علي: المعيقات التي تواجه المصارف الإسلامية العاملة في فلسطين اليات مواجهتها، (م.س.)، ص70.

(402) إسكافي، محمود معتصم: الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، بحث من منشورات مؤتمر الصيرفة الإسلامية في فلسطين بين الواقع والمأمول، والمنعقد بتاريخ 2018/4/26م، جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين،2018م، ص 22.

(403) قانون المصارف : رقم 9، المادة 23، للعام 2010م، سلطة النقد الفلسطينية، رام الله - فلسطين، 2010م .

وفي هذا الصدد، أدرج مجلس الخدمات المالية الإسلامية مقترحات للتغلّب على هذه المخاطر، ومن ضمنها مخاطر التشغيل، كما يأتي:

- وجود هيئة رقابة شرعية مستقلة، وهذا موجود في فلسطين.
- وجود هيئة رقابة شرعية تابعة للسلطات الإدارية للرقابة على المصارف الإسلامية.
- الالتزام بالنماذج، والعقود الصادرة عن مجلس الخدمات[404].

ثالثاً: المحددات السياسية والاقتصادية

تلعب الظروف السياسية والاقتصادية دورا هاماً في تحقيق تطلعات التنمية الاقتصادية في أي بلد من بلدان العالم، حيث أن الأوضاع السياسية غير المستقرة تؤثر بشكل سلبي على كافة القطاعات الاقتصادية، ومنها القطاع المصرفي .

وقد شهدت فلسطين تراجعاً اقتصادياً نتيجة الظروف السياسية الراهنة، والمتمثّلة بالانقسام السياسي والإداري الداخلي بين بالضفة الغربية وقطاع غزة، والحرب العدوانية على قطاع غزة، ممّا انعكس على معدلات النمو، وزيادة معدلات البطالة والفقر، وتراجع في حجم الاستثمار، بالإضافة إلى الممارسات السياسية للاحتلال، والمتمثلة في فرض قيود على حركة الأفراد، والبضائع، والتحكم بالمعابر والحدود، وحصار المدن، وإعاقة التبادل التجاري بين قطاع غزة والضفة الغربية[405] .

كل هذا انعكس بشكل سلبي على توجه المصارف باتخاذ قرار نحو الاندماج، مبررة عدم الاستقرار السياسي، والاقتصادي سبباً لذلك، كذلك تخوفها من الإقدام على الاندماج ومخاطره، لما فيه من مخاطر مرتفعة في ظل الظروف الحالية.

وهنا لا بد من تضافر الجهود المبذولة من قبل سلطة النقد الفلسطينية أولاً، ثمّ المؤسسات المعنية، وتوفير المناخ المناسب لهذه المصارف، من خلال السعي نحو تحسين البيئة السياسية والاقتصادية، تشجيعاً لهذه المصارف على الاندماج، والقيام بدورها في تحقيق متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

[404](مجلس الخدمات المالية الإسلامية) - مسودة مشروع مخاطر عدم الالتزام، مجموعة مخاطر التشغيل، ماليزيا - كوالامبور، 2005م، (م.س) ص56.

[405] (التقرير السنوي العام)، سلطة النقد الفلسطينية، رام الله - فلسطين، 2023م، ص6.

رابعاً: المحددات الاجتماعية والثقافية

تلعب البيئة الاجتماعية والثقافية السائدة في القطاع المصرفي الفلسطيني دورا هاماً، حيث أن العديد من المصارف المحلية، ومنها الإسلامية تحكمها علاقات عائلية قوية، إذ تتميز المصارف المحلية بسيطرة عائلات كاملة عليها، وبالتالي قد ترى في موضوع الاندماج خطراً قد يحدُّ من سيطرتها على المصرف، أو يفقدها هذه السيطرة، ولهذا قد تعمل جاهدة بكل الطرق والأساليب لمنع، أو عرقلة عمليّة الاندماج، من أجل الحفاظ على الوضع الحالي.

إذ أنَّ غياب الوعي الكافي لدى مجالس إدارات هذه المصارف حول أهميّة الاندماج المصرفي وضروراته وفوائده، كأحد الحلول الممكنة والفاعلة لمواجهة مشكلات صغر حجم هذه المصارف، وضعف الأداء في النشاط المصرفي الفلسطيني، ربما يعدُّ أحد أهمّ المحددات، والتي يمكن أن تكون عائقاً أمام تحقّق الاندماج بينها.

لذلك تلعب درجة الوعي الثقافي لدى إدارات المصارف المحلية دورا هاماً حول موضوع الاندماج بين المصارف الوطنية، للتخلص من أزماتها، ومواجهة التحديات التي تعترضها، ويكون ذلك بتغليب المصالح العامة على المصالح الذاتية الضيقة، وأن يكون العمل على دعم الجهاز المصرفي ككل، وليس على مستوى زيادة رأس المال، وتحقيق متطلبات سلطة النقد[406] .

وهذا بطبيعة الحال يتطلب تكامل الجهود بين المؤسسات العامة، والقطاع الخاص بالتنسيق والتعاون، عن طريق عقد ورش عمل وندوات بين إدارات هذه المصارف، وسلطة النقد الفلسطينية، توضّح فيها المزايا التي يمكن أن يحصل عليها أعضاء مجالس الإدارة، والدور الذي يمكن أن تقوم به المصارف الإسلامية في حالة تحقّق الاندماج بينها.

خامساً: محددات علاقة المصارف الإسلامية بالمصارف التجارية الفلسطينية "والاسرائيلية"

من المحددات التي لا يمكن إغفال أهميّتها، هو علاقة المصارف الإسلامية بالمصارف التجارية، حيث نجد أن بعض من هذه المصارف قد تم شراء جزء كبير من أسهمها لصالح مصرف تجاري، وربما يكون السبب هنا لإضعاف جهود هذه المصارف بالاندماج، أو التوحّد فيما بينها، وهذا أمر يجب أخذه بعين الاعتبار قبل عمليّة الاندماج وبعدها.

(406) مهيب محمد زايدة: دوافع الدمج المصرفي في فلسطين ومحدّداته، (م.س.) ص 127 .

إذ نجد أن مصرف فلسطين قد استحوذ حديثاً على ما نسبته 52%، من أسهم المصرف الإسلامي العربي مثلاً، وهو أحد المصارف الإسلامية الكبيرة في فلسطين، بعدد أسهم 39،046،662 سهم[407]، ومن المعروف أن مصرف فلسطين هو مصرف تجاري كبير، ولا يوجد لديه أية مصلحة في تحقّق الاندماجات بين المصارف الإسلامية، ممّا يؤثر بشكل قوي على منافسته، وتقليل حصته السوقية، وهنا يجب الانتباه إلى هذا المحدّد من المحدّدات الخطيرة في عمليات الاندماج، خاصةً أن مصرف فسطين هو مصرف محلي منافس، كما هو الحال بالنسبة للمصارف الإسلامية الأخرى، بالإضافة إلى ضرورة الأخذ بعين الاعتبار علاقة هذه المصارف، مع مصارف الاحتلال، فوجود أي كيان مصرفي جديد يجب أن يعترف به من قبل المصارف الاسرائيلية، وذلك لإجراءات المقاصة والتحويلات وغيرها، وبالتالي يعتبر هذا المحدد هام أيضاً، ويجب أخذه بعين الاهتمام عند البدء بتنفيذ قرار الاندماج.

ويتضح لنا أن التغلّب على هذا المحدد يتمُّ من خلال سلطة النقد الفلسطينية بالدرجة الأولى، وذلك من خلال إلزام المصارف الإسلامية على أن الاندماج يجب أن يتمّ فيما بينها، كونها مصارف اسلامية، وذات رسالة واحدة، وبالتالي توحيد الجهود والتوسع في النشاط المصرفي الفلسطيني كقوة مصرفية إسلامية منافسة للمصارف التجارية، لا أن تقوم مصارف تجارية بالاستحواذ على أسهمها من أجل إضعافها، والسيطرة عليها، مما يقلل من فرص نجاح اندماجها في المستقبل.

سادساً: المحدّدات السياسية والأمنية

إنَّ تحقق الاندماج المصرفي بين المصارف يتطلب بيئة سياسية وأمنية مستقرة، إذ تعمل المصارف الإسلامية مثل غيرها من المصارف في ظل ظروف سياسية وأمنية صعبة، متمثلة بالدرجة الأولى بوجود الاحتلال، وما يضعه من عراقيل أمام أي خطوة للتقدم سواءً على المستوى الاقتصادي، أو المصرفي، وبالتالي انعكس ذلك على الحال المعنوية لهذه المصارف التي أثرت في قدرتها على تحقيق متطلبات التنمية، والنمو في النشاط الاقتصادي الفلسطيني، بالإضافة إلى الانقسام الفلسطيني الفلسطيني منذ عام 2006م حتى الآن، إذ أنَّ هذه الأحداث والمجريات أثرت بشكل كبير في قناعة ملاك هذه المصارف بالإقدام على خطوة الاندماج لما تحمله من مخاطر كبيرة في طياتها، قد لا تقوى على تحملها .

وهنا وجب على السلطات المعنية، ومنها سلطة النقد الفلسطينية بضرورة خلق أجواء تطمئن هذه المصارف، وتحدُّ من مخاوفها، وذلك من خلال تبني إستراتيجية الشراكة في عمليات إدارة الاندماجات بين المصارف نفسها، وتحمّل جزء من مخاطرها، تشجيعاً لها على ذلك، كونها مسؤولة عن سلامة الجهاز

[407] المصرف الإسلامي العربي: التقرير المالي السنوي، تحت عنوان: علاقات المساهمين، المصرف الإسلامي العربي رام الله، فلسطين، 2023م، ص 20.

المصرفي الفلسطيني، كأحد أهمّ أهدافها التي وضعت لها، ويتم ذلك من خلال تقديم الدعم الاستشاري، والقانوني، بالإضافة إلى تسهيل إجراءات الدمج وتسريعها، وكذلك تقديم التسهيلات المباشرة وغير المباشرة، على اعتبار أنَّ ذلك من سياسات الدعم والتشجيع التي تبنتها سلطة النقد الفلسطينية مؤخراً.

الخلاصة (النتائج والتوصيات)

1. أظهرت نتائج الدراسة أن محددات الاندماج يتمثل غالبها بالبيئة الداخلية للمصارف الإسلامية من الملاك والإدارة التنفيذية، وكذلك المستوى الخارجي المتمثلة بالبيئة المحيطة بها من قوانين وتشريعات.
2. هناك دور هام تمثله سلطة النقد الفلسطينية باعتبارها الجهة المسؤولة عن سلامة الجهاز المصرفي الفلسطيني، وزيادة فعاليته، ويمكن تفعيل هذا الدور من خلال التشريعات والقوانين التي تشجع على عمليات الاندماج وتسهل اجراءاته من النواحي القانونية والشرعية بين المصارف الإسلامية على وجه الخصوص.
3. أظهرت نتائج الدراسة أن التغلب على محددات الاندماج بين المصارف الإسلامية ممكناً على مستوى المحددات الداخلية أو الخارجية، اذا ما توفرت النية والإرادة لتحقيق ذلك.
4. التغلب على محددات الوضع المالي الخاص بالمصارف الإسلامية في فلسطين ينتج عنه تدعيم في قاعدة رأس المال المدفوع، وزيادة في حجم الأصول بالنسبة للقطاع المصرفي الفلسطيني.
5. إمكانية تحقق الاندماج بين المصارف الإسلامية أكبر من غيرها، كونها مصارف اسلامية، وذات رسالة واحدة، وتتبع أساليب موحدة تقريباً، الامر الذي يشجع ويسهل عمليات الاندماج بينها.

التوصيات

1. ضرورة إعادة صياغة القانون الخاص بعمليات الدمج المصرفي، وذلك من خلال مراعاة خصوصيّة المصارف الإسلامية، من خلال توضيح الآليات التنفيذية والشرعية لإجراءات الاندماج بين المصارف الإسلامية في فلسطين، مع ضرورة اشراك الهيئة العليا للرقابة الشرعية في ذلك.
2. ضرورة تدعيم المصارف الإسلامية من حيث الإمكانيات التي تؤهلها للدخول في عمليات اندماج فيما بينها من خلال اصدار التشريعات والقوانين التي تحث على ذلك من الناحية القانونية والشرعية معاً.
3. ضرورة بحث مشروع الاندماج بين المصارف الإسلامية بين مجالس الإدارة في فلسطين، لما لذلك من تدعيم لموقف الصناعة المصرفية الإسلامية، وتكوين كيانات مصرفية قوية قادرة على المنافسة والصمود أمام المصارف التجارية الكبيرة.

4. قيام المصارف الإسلامية بضرورة تلبية متطلبات سطلة النقد الفلسطينية فيما يتعلق برفع رؤوس أموالها، وتحقيق متطلبات السيولة، مما يزيد من قدرتها في التغلب على المحددات المالية.
5. التفكير بشكل جدي في عمليات اندماج مستقبلية بين البنوك الإسلامية في فلسطين، من خلال إمكانية التغلب على تلك المحددات وفق ما وضحته الدراسة.
6. عدم تغليب المصلحة الشخصية لأعضاء الادارة التنفيذية، وأصحاب المصالح، وذلك من خلال سن قوانين وتشريعات تطمئن هذه الفئة للحفاظ على مراكزهم الو

المراجع والمصادر

1. كنعان، فداء موسى: دور الاستحواذ والاندماج في البنوك الفلسطينية في تحسين الأداء المالي والتشغيلي – رسالة ماجستير منشورة – جامعة القدس – فلسطين، 2022م.
2. الحاج، طارق، واخرون: مساهمة المصارف الإسلامية في النشاط المصرفي الفلسطيني، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، (العلوم الانسانية) المجلد 17، العدد 2 ، 20023م .
3. ريحان، خلود : الدمج المصرفي للمصارف العاملة في فلسطين- تقييم تجربة دمج بنك القاهرة عمان – فرع المعاملات الإسلامية في البنك الإسلامي الفلسطيني، مؤتمر تنمية وتطوير قطاع غزة بعد الانسحاب الإسرائيلي- الجامعة الإسلامية 2006م.
4. القويز، عبد الله : اندماج المصارف نعمة ام نقمة؟، مجلة الاقتصاد والاعمال، العدد 235، الشركة العربية للصحافة والنشر والاعلام، بيروت - لبنان، 1999م.
5. الشريف، محمد حسين: الاندماج وأثره على الأداء المالي للمصارف التجارية، دراسة تطبيقية على عينة من المصارف السودانية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، 2015م .
6. قرعان، محمد علي: المعيقات المؤسسية التي تواجه المصارف الإسلامية العاملة في فلسطين اليات مواجهتها، رسالة ماجستير منشورة، جامعة القدس أبو ديس، القدس - فلسطين، 1434هـ - 2013م.
7. إسكافي، محمود معتصم: الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، بحث من منشورات مؤتمر الصيرفة الإسلامية في فلسطين بين الواقع والمأمول، والمنعقد بتاريخ 2018/4/26م، جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين،2018م.

8. زيادة، مهيب: دوافع الدمج المصرفي في فلسطين ومحدّداته، دراسة تطبيقية على المصارف الوطنية العاملة، رسالة ماجستير منشورة، كلية التجارة، قسم المحاسبة، الجامعة الإسلامية – غزة – فلسطين، 2006م .
9. ريحان، خلود بعنوان: الدمج المصرفي للمصارف العاملة في فلسطين- تقييم تجربة دمج بنك القاهرة عمان – فرع المعاملات الإسلامية في البنك الإسلامي الفلسطيني، مؤتمر تنمية وتطوير قطاع غزة بعد الانسحاب الإسرائيلي- الجامعة الإسلامية، 2006م.
10. الطيب، ياسين: الاندماج المصرفي كأداة لرفع مستوى أداء المنظومة المصرفية الجزائرية، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولي الثاني حول إصلاح النظام المصرفي الجزائري، الجزائر، مارس 2008م.
11. منشورات مركز البحوث المالية والمصرفية، والمعهد العربي للدراسات المالية والمصرفية تحت عنوان: الاعتبارات القانونية في توحيد المصارف، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، المجلد الخامس، العدد الثاني، عمان - الاردن، يونيو 1997م.
12. روفية، ضيف: الاندماج المصرفي - مبررات ودوافع، مجلة العلوم الإنسانية، العدد رقم 42، مجلد (15)، المركز الجامعي، جامعة قسنطينة، ميلة - الجزائر، ديسمبر 2014م.
13. قنوع، نزار، وآخرون: الاندماج المصرفي وضروراته في العالم العربي، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، المجلد رقم 31، العدد الأول، دمشق - الجمهورية العربية السورية، 2009م.
14. محمد، سجى فتحي: المصارف العراقية بين خيار الاندماج والاستحواذ - دراسة تحليلية للمصارف العراقية المدرجة في السوق المالي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد رقم 6، العدد 11، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة الأنبار، الأنبار - العراق، 1014م.
15. عاشور، يوسف: آفاق النظام المصرفي الفلسطيني، مطبعة الرنتيسي، الطبعة الثانية، غزة – فلسطين، 2003م.
16. عبد القادر، شارف، ورمضاني، العلا: التحول نحو المصارف الشاملة في ظل العولمة المصرفية (حالة الجزائر)، مجلة الدراسات المالية والمحاسبية، العدد 9962 - 2352 ISSN، 2017م.
17. القاضي، نجلاء فتح الرحمن أحمد: الاندماج المصرفي والاستحواذ في البلدان العربية، مجلة العلوم الإدارية، مجلة دورية علمية محكمة سنوية تصدر عن كلية العوم الإدارية في جامعة أفريقيا العالمية، العدد الأول، الخرطوم - السودان، رمضان 1438هـ - يونيو 2017م.

18. صافي، حرب: الاندماج المصرفي، مجلة الاقتصاد المعاصر، العدد رقم 18، المجلد2، الدار الاقتصادية للنشر عمان- الأردن،1999م.
19. هويدي، علي محمد حسن: الاندماج والاستحواذ المصرفي (دراسة في بعض الجوانب المحاسبية للتجربة المصرية)، المجلة العلمية للبحوث التجارية، المجلد رقم 4، العدد الرابع، الناشر: جامعة المنوفية، كلية التجارة، المنوفية - مصر، 2017م.
20. النظام الداخلي وعقد التأسيس للمصارف الاسلامية: المواقع الاكترونية - المصارف الإسلامية في فلسطين – 2024م .
21. قانون المصارف : العام 2010م، مادة رقم 68، سلطة النقد الفلسطينية، رام الله - فلسطين، 2010م
22. الميزانيات المجمعة للمصارف والصادرة عن سلطة النقد الفلسطينية، رام الله - فلسطين، 2022م – 2023م.

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي
International Journal of Legal Interpretative Judgement
المجلد 04، العدد 14
ISSN : 2748-5056

تقنين العقوبات الشرعية نشأته وتطوره

Codification of Sharia penalties, its origins and developments

نور حلمي عبد أبو رومي باحثة في مرحلة الدكتوراه/ برنامج دكتواه الفقه وأصوله المشترك- جامعات القدس والخليل والنجاح الوطنية/ فلسطين

Request by Noor Abed Abu-Romi - Ph.D. researcher/Joint Ph.D. Program in Jurisprudence and its Principles Jerusalem, Hebron and An-Najah National Universities / Palestine

Noorayyad650@gmail.com

أ.د. عروة عكرمة سعيد صبري عميد كليتي القرآن والدراسات الإسلامية والدعوة وأصول الدين ، جامعة القدس/ فلسطين

Dr.. Orwa Ikrimah Saeed Sabri, Dean of the Faculties of the Qur'an and Islamic Studies, Da'wah, and Fundamentals of Religion,Al-Quds University/Palestine

osabri@staff.alquds.edu

ملخص:

يهدف هذا البحث إلى بيان مفهوم التقنين بشكل عام وتقنين الفقه الإسلامي بشكل خاص، وبيان المراحل التي مر فيها التقنين بشكل عام وتقنين العقوبات الشرعية بشكل خاص.

وتظهر مشكلة البحث في توضيح المراحل التطورية التي مر فيها تقنين فقه العقوبات الشرعية، حيث عمد البحث إلى بيانها بداية من نشأة التقنين بشكل عام ومرورا بتدوين الأحكام الشرعية وتقنين الفقه الإسلامي وصولا إلى عرض لنماذج من قوانين الدول العربية الإسلامية والتي تطبق العقوبات الشرعية، وقد اعتمد في ذلك على المنهج الوصفي التحليلي، وكان من نتائج البحث أن المذكرة التوضيحية للقانون الجزائي العربي، ووثيقة الدوحة للنظام(القانون) الجزائي الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي كانتا من أبرز محاولات تقنين الفقه الإسلامي، وأن من أبرز الدول التي يمكن الرجوع إليها في تقنينها للعقوبات الشرعية هي ليبيا والسودان واليمن.

كلمات مفتاحية: التقنين، الفقه الإسلامي، العقوبات الشرعية.

Abstract:

This research aims to explain the concept of codification in general and the codification of Islamic jurisprudence in particular, and to explain the stages through which codification has passed in general and the codification of Sharia punishments in particular.

The problem of the research appears in clarifying the developmental stages through which the codification of the jurisprudence of Sharia punishments passed, as the research sought to explain them, beginning with the emergence of codification in general and passing through the codification of the Sharia rulings and the codification of Islamic jurisprudence, leading to a presentation of models from Arab Islamic countries that sought to codify the jurisprudence of Sharia punishments. In this, according to the descriptive and analytical approach, one of the results of the research was that the explanatory memorandum on the Arab Penal Code and the Doha Document of the Unified Penal System (Law) for the Gulf Cooperation Council countries were among the most prominent attempts to codify Islamic jurisprudence, and that they are among the most prominent countries that can be referred to in their codification of Sharia penalties. They are Libya, Sudan and Yemen.

Keywords: codification, Islamic jurisprudence, Sharia penalties.

المقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم خالق الكون العظيم ومنزل الكتاب على سيد المرسلين محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه أجمعين،

أما بعد فهذا بحث هو جزء من رسالة دكتوراه بعنوان تقنين العقوبات في الفقه الإسلامي المقدمة لبرنامج الفقه وأصوله المشترك بين جامعات القدس والخليل والنجاح الوطنية في فلسطين.

مشكلة الدراسة:

تقنين العقوبات الشرعية من أكبر المصاعب التي مر فيها تقنين الفقه الإسلامي، فجاء هذا البحث ليجيب عن سؤال كيف نشأ تقنين الفقه الإسلامي وما هي مراحل تطوره بشكل عام وتطور فقه العقوبات بشكل خاص؛ وذلك من خلال الإجابة عن الأسئلة التالية:

1-ما المقصود بالتقنين بشكل عام وما هي أهميته؟

2-كيف نشأ التقنين؟

3-ما المقصود بتقنين الفقه الإسلامي؟

4-كيف نشأ تقنين الفقه الإسلامي؟

5-ما هي مراحل تطور تقنين فقه العقوبات الشرعية؟

6-ما هي الدول الإسلامية العربية التي عمدت إلى تقنين العقوبات الشرعية؟

أهمية موضوع البحث:

يسهم البحث في بيان إمكانية تطبيق العقوبات الشرعية من خلال عرض لأبرز محاولات تقنين الفقه الإسلامي، بالإضافة إلى أمثلة تطبيقية للدول التي عمدت إلى تقنين العقوبات الشرعية.

أهداف البحث:

1-بيان مفهوم التقنين بشكل عام وتقنين الفقه الإسلامي بشكل خاص.

2-بيان أهمية التقنين.

3-بيان المراحل التي مر فيها التقنين بشكل عام وتقنين العقوبات الشرعية بشكل خاص.

4-عرض لمحاولات تقنين الفقه الإسلامي.

5-عرض نماذج لقوانين الدول العربية الإسلامية التي قامت بتقنين العقوبات الشرعية.

الدراسات السابقة:

1-رسالة ماجستير بعنوان "تقنين العقوبات التعزيرية" إعداد الطالب عبد الكريم حسين عبد الكريم هاشم، وإشراف الدكتور مهند استيتي، من جامعة الخليل لعام 2014م، وجاءت الرسالة في ثلاثة فصول، بالإضافة إلى فصل تمهيدي تحدث فيها الباحث عن تعريف العقوبات التعزيرية، ونشأة فكرة التقنين وتطورها، وجاء الفصل الأول ليتحدث عن نظرة الفقهاء إلى التقنين بشكل عام، أما الفصل الثاني فتحدث عن ضوابط تقنين العقوبات التعزيرية، أما الفصل الأخير فجاء بعنوان التقنين المقترح لبعض القضايا المعاصرة، أمثال الجرائم المعلوماتية وجريمة المخدرات والرشوة.

ويلاحظ أن الرسالة كما هو عنوانها قد تخصصت بتقنين العقوبة التعزيرية دون الحديث عن تقنين العقوبات الحدية أو القصاص، كما خلت الرسالة من أمثلة تطبيقية لتقنين العقوبات في الدول المقننة.

2-بحث بعنوان: "تقنين التجريم مفهومه وضوابطه" للباحث علي حسن عبدالله الشمراني، وهو بحث منشور في مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية، العدد:75، وقد تناول البحث في صفحاته

الأربعين مفهوم التقنين، ومفهوم الجريمة ومجالها وضوابط تجريم الأفعال التي تعتبر من قبيل موجبات التعزير؛ أي ضوابط التعزير. فالحديث عن تقنين العقوبات جاء في المبحث الأول ضمن ثلاثة مطالب؛ حيث أورد الباحث في المطلب الأول تعريف التقنين لغة واصطلاحا، وفي المطلب الثاني تاريخ التقنين، وفي المطلب الثالث آراء العلماء في تقنين العقوبات. أما هذا البحث فقد المحاولات التطبيقية الجادة لتقنين الفقه الإسلامي بشكل عام، وتقنين فقه العقوبات الشرعية بشكل خاص، بالإضافة إلى تجارب الدول المقننة للعقوبات الشرعية.

5-بحث بعنوان: تقنين الفقه الجنائي الإسلامي، للأستاذ محمد البشير سالم، وهو بحث منشور في مجلة المسلم المعاصر المصرية، في عددها 157-158، 22-7- 2015، حيث ذكر في المبحث الأول مداخل تقنين الفقه الإسلامي الجنائي الإسلامي، معرفا بالدلالات الاصطلاحية ذات العلاقة، والعوامل المساعدة على التقنين، وجاء المبحث الثاني بعنوان صعوبات تقنين الفقه الجنائي الإسلامي والمبحث الثالث أورد فيه الباحث جهود تقنين الفقه الإسلامي وأفاقه في بعض الدول العربية.

أما هذا البحث فقد تم فيه بيان التدرج في تقنين العقوبات الشرعية وتطوراته، والتركيز على المحاولات الجادة لتقنين الفقه الإسلامي بالإضافة إلى عرض للنماذج الناجحة لبعض الدول العربية الإسلامية.

منهج البحث:

تم الاعتماد على المنهجين الوصفي والاستنباطي، مع الاستعانة بالاستقراء والتحليل، إضافة إلى المنهج التطبيقي من خلال عرض لمحاولات تقنين الفقه الإسلامي بشكل عام وتقنين الدول للعقوبات الشرعية بشكل خاص. وأما الإجراءات التطبيقية لمنهج البحث فتتمثل في جمع المادة من مظانها، وعرض المادة بعد تمحيصها وتبويبها حسب خطة البحث، وعزو الآيات لسورها، وتخريج الأحاديث الواردة وفق النظام العلمي للتخريج في البحوث العلمية.

خطة البحث: جاء البحث في مقدمة ومبحثين وخاتمة:

المبحث الأول: في التقنين وأهميته ونشأته.

المطلب الأول: في التقنين وأهميته

المطلب الثاني: نشأة التقنين.

المطلب الثالث: نشأة تقنين الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: أمثلة على تقنين الفقه الإسلامي بشكل عام وتقنين العقوبات الشرعية بشكل خاص.

المطلب الأول: محاولات تقنين العقوبات الشرعية

المطلب الثاني: أمثلة على الدول المقننة للعقوبات الشرعية .

ثم خاتمة ضمت نتائج البحث و

المبحث الأول: في التقنين وأهميته ونشأته.

المطلب الأول: في التقنين وأهميته

الفرع الأول: التقنين لغة واصطلاحا

المراد بالتقنين في هذا المبحث أي جعلها قوانين، والقانون في اللغة له معنيان رئيسان، هما: الطريق والمقياس، فقانون الشيء مقياسه وطريقه[408].

أما التقنين اصطلاحا هو: وضع القوانين وتدوينها بشكل عام، فيقال قنن العمل؛ أي وضع قوانين للعمل، وقنن الطعام؛ أي وضع قوانين للطعام؛ ولكن الغالب في التقنين استعماله بالقوانين؛ فيقال قنن المشرع؛ أي وضع القوانين ودونها[409].

ولا بد من تعريف القانون عند علماء القانون قبل التطرق لتعريف التقنين. ومن بين التعاريف الكثيرة للقانون، يمكن تعريف القانون بأنه: "مجموعة قواعد السلوك العامة الملزمة للأفراد في المجتمع، والتي تنظم العلاقات والروابط، ويناط كفالة احترامها من خلال الجزاء الذي توقعه السلطة العامة على من يخالفها"[410]. أو هو: "مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية والتي تقسر الدولة الناس على اتباعها، ولو بالقوة عند الاقتضاء"[411].

ويتضح من خلال التعريفين أن للقانون الخصائص التالية[412]؛ أنه قواعد، وأن الهدف منه تنظيم الروابط الاجتماعية، وأنه يستمد قوته من قوة الدولة، ووقوع الجزاء على المخالف.

أما تقنين الفقه الإسلامي بشكل خاص، فقد وضع له العلماء عدة تعاريف من بينها:

---

[408] ابن منظور: لسان العرب، مادة قنن. الفيروزآبادي: القاموس المحيط، مادة قنن. الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، مادة قنن.

[409] عمر: أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، مادة قنن، ط1، 1429هـ-2008م، عالم الكتب، القاهرة.

[410] منصور: محمد حسين، المدخل إلى القانون القاعدة القانونية، ص7، ط1، 2010م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

[411] السنهوري وآخرون: عبد الرزاق أحمد السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون = المدخل لدراسة القانون، ص13، د.ط، 1950م، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة.

[412] السنهوري وآخرون: المدخل لدراسة القانون، ص13.

1-تقنين الشريعة الإسلامية، هي: "إعادة صياغة للأحكام الشرعية في صورة مواد قانونية يسهل الرجوع لها والاستفادة منها"[413].

2-التقنين في الفقه الإسلامي، هو: "صياغة القواعد والمواد المتعلقة بفرع من فروع الشريعة في شكل مواد مبوبة وفي شكل قانون تفرضه الدولة عن طريق الهيئات التشريعية فيها، وهذه التقنيات يرجع إليها القاضي لتطبيقها على الوقائع والحوادث"[414].

وبالتالي فإن عملية تقنين الفقه الإسلامي هي عملية يصهر بها الأحكام الشرعية التي تكون في موضوع واحد، وجعلها قواعد أساسية للتشريعات ضمن مجموعة واحدة، بعد أن ترتب وتبوب ويحذف المكرر منها، ثم جعلها في كتاب خاص[415].

الفرع الثاني: أهمية التقنين

لقد عمدت الحضارات الإنسانية منذ القدم إلى تدوين قوانينها، ومن أهم الأسباب التي كانت الدافع في تدوين القوانين هي[416]:

1-اتساع رقعة الدول، وازدياد مواطنيها، بحيث لم يعد كافيا وجود قاض واحد للدولة؛ بل لا بد من تعدد القضاة، وبالتالي ظهرت الحاجة إلى تدوين القانون؛ كي لا تختلف الأحكام باختلاف القضاة، فيكون القانون واحدا يسري على كل أبناء الدولة في مشارقها ومغاربها.

2-كانت الكتابة هي الحل الأنسب لحفظ القواعد والمبادئ القانونية من الضياع والتحريف والتزوير.

3-تثبيت القواعد القانونية؛ فلا يكون القانون عرضة للتغيير والتفسير حسب الأهواء والرغبات.

4- نشر القانون وتعميمه بين الناس؛ فلا يكون معرفة القانون حكرا لمجموعة معينة من الناس.

5-توضيح القواعد القانونية للناس؛ فلا يكون الناس في غفلة عن حقوقهم وواجباتهم.

---

[413] السنباني: توفيق أحمد علي، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية وضماناته وضوابطه والخطة العملية للتقنين الشرعي، مجلة ابن خلدون للدراسات والأبحاث، المجلد 2، العدد5، ص25.

[414] السنباني: تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، ص30.

[415] الألفي: محمد جبر، محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي من أعمال ندوة نحو ثقافة شرعية وقانونية موحدة، ص23، 1414هـ-1994م، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

[416] أبو طالب: صوفي حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص102-104، د.ط، 1972م، دار النهضة العربية، القاهرة.

ولعل هذه الأسباب كانت السبب في تدوين القوانين قديما، وهي ذاتها الأسباب في استمرار تدوين القانون حديثا، على اختلاف طرق التدوين باختلاف العصور. ومن أهمية التقنين التي ظهرت في عصرنا الحاضر:

1-التيسير على القاضي أو الباحث؛ لأن التقنين يجمع القواعد والمواد القانونية الخاصة في موضوع معين في مكان واحد، بشكل منظم ومنسق يسهل الرجوع إليها[417].

2-أصبح أداة لتأكيد الوحدة السياسية بين الجماعات والأقاليم المختلفة[418].

3-تسجيل مراحل تطور القانون وتعديلاته؛ وإلقاء النظر إلى الخطوة التالية في خطة السير، فيكون متصل الحلقات في المستقبل على هدى الماضي[419].

4-المقارنة بين القوانين؛ إذ بتدوينها يسهل دراسة القانون المقارن بين الدول، وبالتالي القدرة على التمييز بين القوانين ومعرفة مزاياها وعيوبها[420].

المطلب الثاني: نشأة التقنين.

الفرع الأول: نشأة التقنين في العصور القديمة

كانت المواد القانونية القديمة محتكرة لطائفة قليلة من الناس، هم بالغالب من بيدهم السلطة الحاكمة، أو السلطة الدينية؛ فمعرفة القوانين وتفسيرها من الأمور التي لا ينالها إلا الخواص. هذه المرحلة من القوانين العرفية غير المدونة تغيرت مع ازدياد المطالبة الشعبية بضرورة معرفة القوانين وكتابتها؛ لإدراكهم بأنهم أفراد في الدولة لهم حقوق مثلما أن عليهم واجبات، وقد ساهم انتشار الكتابة وتطور وسائلها إلى جعل هذا المطلب قابلا للتحقيق. فقامت الطبقات الحاكمة بكتابة قوانينها على الألواح الحجرية أو البرونزية أو الخشبية أو الفخارية، وتم وضع هذه الألواح في الأسواق والساحات العامة كي تكون على مرأى من الجميع[421]. ومن الأمثلة على قوانين الشرائع القديمة[422]:

---

[417] منصور: المدخل إلى القانون، ص110-111.

[418] منصور: المدخل إلى القانون، ص110-111.

[419] عبد البر: محمد زكي، تقنين الفقه الإسلامي المبدأ والمنهج والتطبيق، ص25، ط2، 1407-1986م، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر.

[420] عبد البر: تقنين الفقه الإسلامي، ص25.

[421] ادعين: عبد الرحمن عباس، تاريخ القانون، ص6، د.ط، د.ت، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، كلية المستقبل الجامعة، قسم القانون.

[422] كريمر: هنا بدء التاريخ ، ص39-41، ترجمة ناجية المراني، د.ط، 1980م، دار الجاحظ للنشر، بغداد.

1-قانون عشتار: وهي وثيقة مكتوبة باللغة السومرية، وكانت بالكتابة المسمارية على ألواح طينية جافة. تعود نسبتها إلى الملك عشتار الذي سبق حمورابي بمائة وخمسين عاما.

2-قانون حمورابي: هي أول شريعة مدونة معروفة تميزت عن غيرها بتكامل البنود والتفصيلات، حيث تعود إلى أواخر الألف الثاني قبل الميلاد، وهي عبارة عن ما يقارب الثلاثمائة بند قانوني، مكتوبة باللغة البابلية على مسلة حجرية.

3-مدونة الألواح الاثني عشر: ظهرت هذه المدونة في روما سنة 451 قبل الميلاد، وكانت مكتوبة بأسلوب شعري، باللغة اللاتينية، وعلى ألواح من العاج، أو البرونز، بلغ عددها اثنا عشر لوحا، عرضت بالساحة العامة[423].

الفرع الثاني: ظهور حركة التقنين الحديثة

أما حركة التقنين الحديثة فقد بدأت مع إصدار نابليون، للتقنين المدني الفرنسي سنة 1804م، الذي عرف بتقنين نابليون، وما تلاها من تقنينات للدول حول العالم. فقد تم وضع مجموعة التقنينات المصرية عام 1875، التي تم نقلها عن القانون الفرنسي واستمر العمل بها حتى عام1949م، كما تأثر لبنان بالقوانين الفرنسية مع الاحتفاظ ببعض القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية في عهد الانتداب الفرنسي، ثم توالت التقنينات والتعديلات في القوانين والدول العربية[424].

المطلب الثالث: نشأة تقنين الفقه الإسلامي

الفرع الأول: تدوين الأحكام الشرعية زمن الرسول، صلى الله عليه وسلم، والخلافة الراشدة[425].

إن فكرة تدوين الأحكام الشرعية ظهرت بالتزامن مع ظهور الأحكام الشرعية نفسها، فقد اتخذ رسول الله، صلى الله عليه وسلم، كتّابا لكتابة آيات القرآن الكريم سمّوا بكتاب الوحي[426]، وعندما سئل رسول

---

[423] أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص129

[424] منصور: المدخل إلى القانون، ص11-112.

[425] الشثري: عبد الرحمن بن سعد، تقنين الأحكام الشرعية التاريخ والحكم، ص8، ط1، 1435هـ، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض. البغا: محمد الحسن، التقنين في مجلة الأحكام العدلية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد 2، 2009م، ص746.

[426] الزرقاني: محمد عبد العظيم، مناهل العرفان في علوم القرآن، 1|347، ط3، د.ت، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة.

الله، عليه أفضل الصلاة والسلام أن يكتب الحديث النبوي الشريف، قال: "اكْتُبْ فَوَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ مَا خَرَجَ مِنِّي إِلَّا حَقٌّ"[427]، وفيه إثبات الأمر بكتابة الحديث الشريف[428].

وكان أبو هريرة، رضي الله عنه، يقول: "مَا مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم أَحَدٌ أَكْثَرَ حَدِيثًا عَنْهُ مِنِّي إِلاَّ مَا كَانَ مِنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ عَمْرٍو، فَإِنَّهُ كَانَ يَكْتُبُ، وَلاَ أَكْتُبُ"[429]. وهذا يدل على فضل الكتابة على غيرها[430].

هذه الفكرة استمرت في خلافة أبي بكر الصديق، رضي الله عنه، عندما أمر بجمع القرآن الكريم، فقال لزيد بن ثابت رضي الله عنه: "إِنَّكَ رَجُلٌ شَابٌّ عَاقِلٌ، وَلاَ نَتَّهِمُكَ كُنْتَ تَكْتُبُ الْوَحْيَ لِرَسُولِ اللهِ، صلى الله عليه وسلم، فَتَتَبَّعِ الْقُرْآنَ فَاجْمَعْهُ"[431]. والمقصود بالجمع هنا جمع ما تفرق من القرآن الكريم في صحف، ثم جمع تلك الصحف في مصحف واحد[432].

وعندما بلغ عثمان بن عفان، رضي الله عنه، اختلاف الناس في القرآن الكريم والخشية من أن يصيبهم ما أصاب أهل الكتاب من الاختلاف أمر بنسخ المصحف، ورد عنه في الصحيح: "حتى إذا نسخوا الصحف في المصاحف، رد عثمان الصحف إلى حفصة، وأرسل إلى كل أفق بمصحف مما نسخوا وأمر بما سواه من القرآن في كل صحيفة أو مصحف، أن يحرق"[433]. فجمع عثمان بن عفان في السنة الثانية أو الثالثة من خلافته الناس جميعا على المصحف الموجود عند أم المؤمنين حفصة بنت عمر، رضي الله عنهما[434].

---

[427] أحمد: مسند الإمام أحمد بن حنبل، 11|58، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، حديث رقم 6510، متبوع بالحكم عليه: إسناده صحيح.

[428] ابن العربي: محمد بن عبد الله أبو بكر المعافري، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، 1|8، تحقيق محمد عبد الله ولد كريم، ط1، 1992م، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

[429] البخاري: صحيح البخاري، 1|117، باب كتابة العلم، حديث رقم 113.

[430] العسقلاني: فتح الباري، 1|207.

[431] البخاري، صحيح البخاري، 6|89، باب قَوْلِهِ {لَقَدْ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مِنْ أَنْفُسِكُمْ عَزِيزٌ عَلَيْهِ مَا عَنِتُّمْ حَرِيصٌ عَلَيْكُمْ بِالْمُؤْمِنِينَ رَؤُوفٌ رَحِيمٌ} من الرأفة، حديث رقم 4679.

[432] العسقلاني: فتح الباري، 9|11.

[433] البخاري: صحيح البخاري، 6|183، باب جمع القرآن، حدبث رقم: 4987.

[434] العسقلاني: فتح الباري، 9|17.

وقد أرسل عمر بن عبد العزيز؛ الخليفة الراشد الخامس، إلى واليه في المدينة أن يكتب السنن، قائلا له: "مَا كَانَ مِنْ حَدِيثِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَاكْتُبْهُ فَإِنِّي خِفْتُ دُرُوسَ الْعِلْمِ وَذَهَابَ الْعُلَمَاءِ"[435].

ومن هنا فإن فكرة تدوين الأحكام الشرعية ليرجع إليها الناس كانت موجودة مع وجود الدولة الإسلامية.

الفرع الثاني، نشأة تقنين الفقه الإسلامي[436].

أما أول من علم بدعوته إلى تقنين الفقه فهو ابن المقفع؛ حيث بعث رسالة إلى أبي جعفر المنصور؛ يقنعه فيها بضرورة تقنين الفقه، وقد اقترح المقفع في رسالته، التي سماها رسالة الصحابة؛ أي صحابة الخلفاء والولاة، أن يأمر الخليفة بجمع الأحكام الشرعية، وأن تكون لازمة للقضاة؛ فيقضى بالأحكام المجموعة وليس باجتهادهم. ورسالته مطولة فمما جاء فيها: " فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسير المختلفة فترفع إليه في كتاب ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك وأمضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله ويعزم له عليه، وينهى عن القضاء بخلافه وكتب بذلك كتابا جامعا لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكما واحدا صوابا، ورجونا أن يكون اجتماع السير قربة لإجماع الأمر برأي أمير المؤمنين وعلى لسانه"[437]. وقد طلب الخليفة المنصور من الإمام مالك، أن يجمع الناس على كتابه الموطأ، فرفض الإمام مالك رحمه الله، معللا ذلك بقوله :"إن الناس قد جمعوا واطلعوا على أشياء لم نطلع عليه"[438].

واستمرت المحاولات لتقنين الفقه الإسلامي وكان من أبرزها وأكثرها تأثيرا ما حدث في القرن الحادي عشر الهجري، عندما أصدر أحد علماء الهند وهو محمد أورنك زيب بهادر أمره إلى مجموعة من كبار العلماء في الهند بوضع كتاب يجمع فيه ظاهر الرويات المتفق عليها في المذهب الحنفي، كما يجمعوا فيه النوادر التي تلقتها العلماء بالقبول فجمعوا ذلك في كتاب عرف بالفتاوى الهندية، وقد اقتصروا فيه على

[435] البخاري: صحيح البخاري، 1|104، باب كيف يقبض العلم.
[436] الشثري: تقنين الأحكام الشرعية التاريخ والحكم، ص8. البغا: التقنين في مجلة الأحكام العدلية، ص746.
[437] ابن المقفع: عبد الله بن المقفع، آثار ابن المقفع، ص317، ط1، 1409هـ-1989م، دار الكتب العلمية، بيروت.
[438] أيوب: حسن محمد، الحديث في علوم القرآن والحديث، ص199، ط2، 1425هـ-2004م، دار السلام، الإسكندرية.

الأحكام دون التطرق لأدلتها الشرعية في الغالب، وقد رتبت المسائل على ترتيب كتاب الهداية الحنفي، وقد أطلقوا عليه اسم الفتاوى؛ لاشتماله على الفتاوى المختارة في المذهب[439].

وفي عام 1917م تم إصدار قانون العائلة العثماني، والذي يسمى بقانون حقوق العائلة، وفيه 124مادة خاصة في الأحوال الشخصية[440].

الفرع الثالث: محاولات العلماء لتقنين الفقه حسب المذاهب الفقهية الأربعة.

عمدت اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية بإشراف مجمع البحوث الإسلامية لعام1972م، حيث قدم المجمع الطبعة التمهيدية كمشروع تحضيري لتقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، بمشاركة كبار العلماء الشرعيين والقانونيين، وبعد أن وافق مجلس المجمع بالجلسة رقم 62 والتي عقدها في 7-1-1970م، على الخطة المحلية المقترحة بتاريخ:11-10-1969م، لأعمال اللجان في المجمع ومن بينها تقنين الشريعة الإسلامية، قامت لجنة البحوث الفقهية بعقد عدة اجتماعات لإرساء خطة العمل في مشروع التقنين[441]. وقد استقر العمل بالخطوات التالية[442]:

1-تقنين المذاهب الفقهية الأربعة: المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي، بحيث يقنن كل مذهب على حدة، وتكون صياغة المواد حسب المذهب الراجح في المذهب، على أن تلحق المواد بمذكرة توضيحية يذكر فيها الآراء الآخرى، لا سيما الآراء التي تكون أكثر مناسبة للتطبيق في عصرنا الحاضر.
2-بعد الفراغ من المرحلة الأولى، يعمل على وضع قانون مختار؛ يتم اختياره من بين هذه المذاهب الأربعة.

---

[439] البلخي وآخرون: لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، 1|2-3، ط2، 1310هـ، دار الفكر، بيروت. الشتري: تقنين الأحكام الشرعية، ص11.

[440] قانون حقوق العائلة العثماني الصادر سنة 1917م، تاريخ الزيارة 24-5-2024م، على الرابط التالي: http://www.arabwomenlegal-emap.org/cawtar_documentcountry

[441] اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية: مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة رضي الله عنه، ص1-9، الطبعة التمهيدية، 1392هـ-1972م، مجمع البحوث الإسلامية.

[442] اللجنة التحضيرية: مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة رضي الله عنه ، ص9.

ومن الملاحظ أن هذه المشاريع في تقنين أحكام الشريعة قد بدأت بالمرحلة الأولى، كما ذكر في مقدمتها جميعا، وهي مرحلة التقنين حسب المذهب، ولم تتعداها إلى المرحلة الثانية والتي هي جمع المذاهب في تقنين موحد. كما يلاحظ أن هذه المشاريع بدأت بالمعاملات المالية وتوقفت عندها، فلم تنتقل إلى الأحوال الشخصية، كما لم تنتقل إلى العقوبات الشرعية.

المبحث الثاني: أمثلة على تقنين الفقه الإسلامي بشكل عام وتقنين العقوبات الشرعية بشكل خاص

المطلب الأول: محاولات تقنين العقوبات الشرعية

الفرع الأول: تقنين الجنايات في مجلة الأحكام العدلية عام 1876م.

صدرت مجلة الأحكام العدلية بأمر من السلطان العثماني عبد المجيد، وذلك بعد أن أنشأ السلطان لجنة لتقنين أحكام الفقه الإسلامي، إضافة إلى تقنين القضاء. وتكونت اللجنة من مجموعة من الفقهاء؛ معظمهم من فقهاء المذهب الحنفي المذهب الرسمي للدولة آنذاك، بالإضافة إلى فقهاء مساهمين من المذاهب الثلاثة المعتبرة الأخرى: المالكي والشافعي والحنبلي. وقد أصدرت هذه المجلة أعدادها تباعا، إلى أن صدر العدد الأخير منها سنة 1882م. وقد اشتملت مجلة الأحكام العدلية على مقدمة وستة عشر كتابا تحتوي على 1851 مادة[443].

وقد ظهرت مسائل الجنيات في المجلة من خلال تطبيقات القواعد الفقهية المتعلقة بذلك ومثاله قاعدة المباشر ضامن وإن لم يتعمد وقاعدة إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر.

الفرع الثاني: محاولات تطوير القانون الجنائي المصري وفق أحكام الشريعة الإسلامية منذ عام 1970م

جاء في وثيقة الدستور لجمهورية مصر العربية لعام 1971م، وفي المادة: (2) منه، أن دين الدولة الإسلام، واللغة العربية هي لغتها الرسمية، كما بينت المادة، أن أحكام الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع[444].

ومنذ إعلان هذه الوثيقة، أي منذ العام 1971م، توالت المحاولات المصرية لتقنين أحكام الشريعة كافة، بما في ذلك تقنين العقوبات الشرعية؛ إلى أن عقد المؤتمر الثامن لمجمع البحوث العلمية في القاهرة

[443] لجنة مكونة من عدة علماء: مجلة الأحكام العدلية، ص14.

[444] الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية: العدد (36)مكرر(أ)، ص2، الصادر في 12-9-1971م. على موقع منشورات قانونية، تاريخ الزيارة: 1-2-2024م، أرشيف رقمي على الرابط التالي: https://manshurat.org/node/1688

عام1977م، وكان من أهم توصياته تكليف الأزهر الشريف بوضع قانون مستمد من الشريعة الإسلامية، وتنفيذا لقرار وتوصيات المجمع أصدر شيخ الأزهر ورئيس مجمع البحوث الإسلامية أنذاك، عبد الحميد محمود، قراره بتشكيل لجنة من علماء وأعضاء مجمع البحوث الإسلامية الهدف الرئيس منها هو أن تعمل على تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، فكان مشروع عام 1978م الذي وضعه علماء الأزهر الشريف والذي سمي بمشروع الدستور الإسلامي المصري، وهو يتكون من ثلاث وتسعين مادة مقسمة في تسعة أبوب[445].

الفرع الثالث: مشروع القانون الجزائي العربي الموحد[446]:

لقد تم في المذكرة التوضيحية بيان نشأة القانون الجزائي العربي الموحد؛ حيث بينت المذكرة، في مقدمتها، أن هذا القانون أساسه أحكام الشريعة الأسلامية، وأن الهدف منه هو توحيد التشريع بين الدول العربية تأسيسا للوحدة العربية الشاملة. كما بينت المقدمة أن في سبيل تحقيق هذه الفكرة تم عقد عدة مؤتمرات من بينها:

أولا: الحلقة العربية الثالثة للدفاع الاحتماعي، والتي عقدت في دمشق عام 1973م، والتي كان الهدف منها هو تنظيم العدالة الجنائية في الدول العربية، وقد خلصت الحلقة بعدة توصيات منها: توصية الدول الأعضاء من أجل القيام بتعديل القوانين الجنائية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، كما دعت الحلقة إلى عقد حلقة خاصة بالنظم الجنائية الشرعية تمهيدا لإدخالها في قوانين الدول الوضعية.

ثانيا: الندوة العلمية حول التشريع الجنائي الإسلامي، المنعقدة في الرياض عام 1976م، حيث أصدرت تقريرا تضمن ضروة دعم الحركات المطالبة بتطبيق الشريعة الإسلامية في مجال التشريع الجنائي وفي جميع مجالات الحياة.

الفرع الرابع: المذكرة التوضيحية للقانون الجزائي العربي الموحد-جامعة الدول العربية لسنة 1996م[447]:

[445] مشروع الدستور الإسلامي المصري الذي وضعه الأزهر عام 1978م، تاريخ الزيارة: 1-3-2024م، على الرابط التالي: https://ar.islamway.net/article/11897

[446] لجنة إعداد القانون الجزائي العربي الموحد: المذكرة التوضيحية للقانون الجزائي العربي الموحد الجزء الأول، ص190-194، د.ط، 1996م، جامعة الدول العربية، تاريخ الزيارة: 1-3-2024م، على الرابط: https://da3msyria2.files.wordpress.com/2014/12/unified-arabic-criminal-law.pdf

اعتماد المذكرة التوضيحية[448]: لقد تم اعتماد القانون الجزائي العربي الموحد من قبل مجلس وزراء العدل العرب بتاريخ: 19-11-1996م، بعد اطلاع المجلس على:

-الصيغة الجديدة لمشروع قانون الجزاء العربي الموحد.

-القرارات التي اتخذها المكتب التنفيذي بتاريخ: 12-5-1996م.

-المذكرة التي وضعتها الأمانة الفنية للمجلس.

وتحتوي المذكرة التوضيحية على مقدمة وثلاثة أقسام رئيسة؛ الأول في القواعد العامة، والقسم الآخر في الحدود والقصاص والأرش، والأخير في التعازير.

الفرع الخامس: وثيقة الدوحة للنظام(القانون) الجزائي الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي لعام 1998م[449].

لقد عمد قطاع الشؤون القانونية بالأمانة العامة لمجلس التعاون الخليجي إلى تقديم وثيقة الدوحة للنظام(القانون) الجزائي الموحد، وهي أحد المشاريع لتقنين أحكام الفقه الإسلامي والتي أقرها وزراء العدل في مجلس التعاون الخليجي.

وهي عبارة عن نظام لتقنين أحكام الفقه الإسلامي، تتكون من 556 مادة في الأحكام العامة في العقوبة الشرعية والتدابير الوقائية، وأحكام العقوبات الحدية، والقصاص، والديات، بالإضافة إلى أحكام العقوبات التعزيرية.

وكان الهدف الرئيس من هذه الوثيقة: هو التقريب بين أنظمة دول مجلس التعاون الخليجي والتنسيق بينها، مما يسهم في زيادة أواصر التعاون والترابط بين هذه الدول.

---

[447] لجنة إعداد القانون: المذكرة التوضيحية للقانون الجزائي العربي الموحد الجزء الأول، ص190-194.

[448] لجنة إعداد القانون: المذكرة التوضيحية للقانون الجزائي العربي الموحد الجزء الأول، ص185.

[449] مجموعة من العلماء: وثيقة الدوحة للنظام (القانون) الجزائي الموحد لدول مجلس التعاون، د،ط، 1998م، موقع الأمانة العامة، الرياض، تاريخ الزيارة: 3-3-2024م، على الرابط التالي: https://www.gcc-sg.org/ar-sa/CognitiveSources/DigitalLibrary/Pages/Details.aspx?itemid=339

وقد اشتملت الوثيقة على ثلاثة كتب رئيسة في مائة وأربع وأربعين صفحة؛ الكتاب الأول في القواعد العامة، والكتاب الثاني في الحدود والقصاص والديات والأرش، والكتاب الأخير في التعازير. كما تم تقسيم كل كتاب إلى أبواب، وكل باب اشتمل على فصول، وهي على النحو التالي:

المطلب الخامس: أمثلة على الدول المقننة للعقوبات الشرعية

الفرع الأول: القانون الجنائي الإسلامي في ليبيا لسنة 1972م وما بعدها

كان عام 1969م، هو العام الذي الذي تم فيه إعلان الجمهورية العربية الليبية، بعد أن أطيح بالنظام الملكي، كما تم فيه الإعلان الدستوري، والذي جاء في المادة الأولى منه أن ليبيا جمهورية عربية ديمقراطية حرة، تكون السيادة فيها للشعب، الذي هو جزء من الأمة العربية، وهدفه العودة إلى الوحدة العربية الشاملة، كما جاء في المادة (18) منه أن مجلس قيادة الثورة هو الأعلى سلطة في الجمهورية الليبية ومن أعماله السيادة العليا ووضع التشريعات والسياسات العامة[450].

وقد قام مجلس قيادة الثورة بوضع عدة تعديلات على القوانين، ومن بينها التعديلات التي طالت قانون العقوبات الصادر سنة 1954م، بعد إعلان مجلس قيادة الثورة أنها جاءت استجابة لرغبة أبناء الجمهورية الليبية في أن يكون التحكيم في الجمهورية خاضعا للشريعة الإسلامية، كما بين الإعلان أن هذه التعديلات جاءت موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية ونزولا عند أوامرها ونواهيها، وقد نشرت التعديلات في الجريدة الرسمية للجمهورية الليبية، وهي:

-تعديل بعض أحكام القانون لسنة 1972م، في شأن إقامة حدي السرقة والحرابة[451].

-تعديلات سنة 1973م، بشأن إقامة حد الزنا وتعديل لبعض الأحكام في قانون العقوبات[452].

-تعديلات سنة 1974م، بشأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب[453].

---

[450] الإعلان الدستوري لسنة 1960م، تاريخ الزيارة: 3-3-2024م، على الرابط التالي:
https://www.instagram.com/juicebangbang_ps?igsh=dzJ2MWN5aTEzY2dw

[451] قانون رقم (148) لسنة 1972م بشأن إقامة حدي السرقة والحرابة، بتاريخ 23-12-1972م، تاريخ الزيارة: 3-3-2024م، على الرابط التالي: http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=229529

[452] مجلس قيادة الثورة، الجريدة الرسمية سنة 1973م، العدد 43، قانون رقم 70 لسنة 1973م بشأن إقامة حد الزنا وتعديل بعض الأحكام في قانون العقوبات الليبي، موقع المجمع القانوني الليبي تاريخ الإصدار 31-12-2021، تاريخ الزيارة: 5-3-2024م، على الرابط التالي: https://lawsociety.ly/legislation

-تعديلات سنة 1974م، بشأن إقامة حد القذف[454].

-تعديلات سنة 1975م، بشأن بعض أحكام قوانين إقامة الحدود[455].

-تعديلات سنة 1994م، بشأن بعض أحكام القصاص والدية[456].

الفرع الثاني: قانون العقوبات الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة لعام 1987.

كان عام 1973م هو العام الذي انطلق فيه القضاء الاتحادي الإماراتي، بعدما صدر القانون الاتحادي رقم(10) لعام 1973م بإنشاء المحكمة الاتحادية العليا، حيث ضم القضاء الاتحادي ثلاث محاكم؛ هي: المحكمة الاتحادية العليا ومحاكم اتحادية ابتدائية ومحاكم اتحادية[457].

نتج عن ذلك قانون العقوبات الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة، وهو القانون الاتحادي رقم(3) لعام 1983م، وقد تم إصدار قانون العقوبات في الجريدة الرسمية للإمارات العربية المتحدة بتاريخ 20|12|1987م، وتم العمل به بعد ثلاثة أشهر من إصداره؛ أي في 20|3|1988م. وكان هذا القانون قد تم إصداره من قبل رئيس دولة الإمارات العربية المتحدة، خليفة بن زايد آل نهيان بعد الاطلاع على كل من دستور الإمارات، وعلى قانون الإمارات الاتحادي رقم(1) لعام 1072م، وما فيه من قوانين معدلة، وعلى قانون الإمارات الاتحادي رقم(9)، لعام 1976م، وبناء على ما تم عرضه من قبل وزير العدل الإماراتي، وبعد موافقة كل من مجلس الوزراء والمجلس الوطني الاتحادي، والحصول على تصديق المجلس الأعلى للاتحاد[458].

---

[453] قانون رقم (89) لسنة 1974م بشأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب، بتاريخ 30-12-1974م، تاريخ الزيارة: 5-3-2024م، على الرابط التالي: http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=173035

[454] قانون رقم (52) لسنة 1974م بشأن إقامة حد القذف، بتاريخ 6-11-1974م، تاريخ الزيارة: 5-3-2024م، على الرابط التالي: http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=229533

[455] قانون رقم (8) لسنة 1975م بشأن تعديل بعض أحكام قوانين إقامة الحدود، بتاريخ 25-2-1975، تاريخ الزيارة: 3-3-2024م، على الرابط التالي:

http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=1250406

[456] قانون رقم (6) لسنة 1994م بشأن أحكام القصاص والدية، بتاريخ 23-3-1994م، تاريخ الزيارة: 5-3-2024م، على الرابط التالي: http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=142517

[457] ويكبيديا الموسوعة الحرة: ، تاريخ الزيارة: 20-2-2024م، على الرابط التالي:

https://ar.wikipedia.org/w/index.php?title

[458] قانون اتحادي رقم 3 لسنة 1987 بشأن إصدار قانون العقوبات، النيابة العامة في رأس الخيمة، تاريخ الزيارة: 20-2-2024م، على الرابط التالي:

وينفرد القضاء الإماراتي عن غيره من الأنظمة القضائية العربية بطريقة عمله، حيث يعمل ضمن إطار ثنائي، يشتمل على القضاء المحلي للإمارات المتحدة بالإضافة إلى القضاء الاتحادي.

تم عرض (434) مادة في هذا القانون من خلال كتابين؛ الأحكام التمهيدية، والجرائم وعقوباتها[459].

الفرع الثالث: قانون العقوبات السوداني لعام 1991م[460]:

يعود بداية تقنين الفقه الإسلامي في السودان إلى شهر أيلول من عام 1983م، عندما أصدر رئيس السودان في ذلك الوقت، جعفر النميري، مجموعة من القوانين عرفت بقوانين الشريعة الإسلامية، بمساعدة عدد كبير من علماء السودان. قوبلت هذه القوانين بالرفض من المعارضين مطالبين بإلغاء ما أسموه بقوانين سبتمبر عقب الانتفاضة الشعبية وإطاحة النظام عام1985م، إلا أن النظام الجديد المنتخب بقيادة الصادق المهدي رئيس الوزراء لم يعمل على إلغاء تلك القوانين، رغم ما اشتهر عنه من تصريح: " قوانين سبتمبر لا تساوي الحبر الذي كتبت فيه". وبعدها بأربع سنوات؛ أي في عام 1989م، تم الانقلاب على النظام الديمقراطي وتزعمت الحركة الإسلامية السودان، الذين اعتمدوا تلك القوانين مع إضافات جديدة، وتم إطلاق ما يسمى بـ :"القانون الجنائي لسنة 1991م".

وقد تم عمل بعض التعديلات الفعلية على القانون السوداني سميت بـ:" قانون التعديلات المتعددة" والتي نشرت في الجريدة الرسمية للسودان" الغازيتا" في 13 تموز2020م، وقد اشتم على تعديلات فعالة وجوهرية على القانون الجنائي لسنة 1991م، كما اشتمل قانون التعديلات المتعددة على تعديلات في قانون الإجراءات الجنائية لسنة1991م، بالإضافة إلى تعديلات في القانون الجنائي لسنة 1991م، وغيرها من التعديلات في قوانين أخرى كقوانين المرور والنيابة العامة والأمن والوطن[461].

يتكون القانون الجنائي السوداني من مائة وخمس وثمانين مادة، رتبت في سبعة عشر بابا.

الفرع الرابع: قانون العقوبات السعودي الجديد[462]:

---

https://rakpp.rak.ae/ar/Pages

[459] ويكبيديا الموسوعة الحرة.

[460] يونس: أحمد، القوانين السودانية الجديدة نذر مواجهة بين الإسلاميين والثوار، الشرق الأوسط، الرياض، تم النشر بتاريخ 18-يوليو-2020م، تاريخ الزيارة: 18-3-2024م، على الرابط التالي:

https://aawsat.com/home/article

[461] القانون الجنائي السوداني لسنة 1991م، تاريخ الزيارة: 20-3-2024م، على الرابط التالي:

/https://alyassir.com

[462] العزيزي: حسين بن جائز، الدستور السعودي نشأته والعمق التاريخي والثقافي، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، ص1555-1557، العدد 41، نيسان عام 1444هـ، تاريخ الزيارة: 20-4-2024م، على الرابط التالي:

في عام 1344هـ، أصدر الملك عبد العزيز أمره بتكوين هيئة مركزية مهمتها وضع النظام المركزي للدولة السعودية، فرفعت الهيئة مقترحا بعنوان "التعليمات الأساسية للمملكة الحجازية"، اشتملت على تسع وتسعين مادة عن قواعد النظام الأساسي للحكم، واستمر العمل بها حتى عام 1421هـ؛ عندما أصدر الملك فهد بن عبد العزيز أمره الملكي بإنشاء النظام الأساسي للحكم، وبذلك انتهى العمل بالقواعد الدستورية العرفية، ليبدأ العمل بالدستور المكتوب للدولة.

تميز الدستور السعودي، أو ما يعرف بالنظام الأساس للحكم، بكثرة المواد التي تؤكد على أن الشريعة الإسلامية هي مصدر التشريع للمملكة السعودية، وأن كل ما يصدر عنها من قوانين وتنظيمات منبعها أحكام الشريعة الإسلامية، وأن مهمة السلطة في الدولة هو تنظيم العمل وفق شرع الله تعالى والإشراف على حسن تطبيق الرعية للشريعة[463]:

يتكون مشروع القانون من كتابين رئيسين؛ الكتاب الأول بعنوان الأحكام العامة، والآخر بعنوان الجرائم والعقوبات[464]

الفرع الخامس: قانون العقوبات القطري لسنة 2004م

منذ إعلان استقلال دولة قطر عام 1971م، بدأت قطر مرحلة جديدة في نظامها القانوني؛ حيث عمدت إلى إصلاحات شاملة للنظام القانوني فيها؛ فقد عملت دولة قطر المستقلة على إلغاء المحاكم التي أنشأتها بريطانية والتي كانت تسمى بالمحاكم البريطانية واستعاضت عنها بالمحاكم العدلية القطرية؛ والتي كان اختصاصها القوانين المدنية والجنائية والتجارية، بينما اختصت المحاكم الشرعية بقضايا الأسرة والميراث[465]

---

https://journals.ekb.eg/article_295426_f3a84ec74ddaf5654998670edb6d691e.pdf

[463] دستور المملكة العربية السعودية، تاريخ الزيارة: 20-4-2024م، على الرابط التالي:
https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/1992/en/123707

[464] مشروع نظام العقوبات السعودي الجديد، موقع وزارة العدل، تاريخ الزيارة: 20-4-2024م، على الرابط التالي:
https://www.bibliotdroit.com/2022/10/pdf.html

[465] الخليفي: محمد عبد العزيز، رؤى في النظام القانوني لدولة قطر، محاضرة مفرغة أعدتها سوزي ميرغاني لموقع مركزالدراسات الدولية والإقليمية، بتاريخ 12-3-2014م، تاريخ الزيارة: 26-4-2024م، على الرابط التالي:
على الرابط التالي: https://cirs.qatar.georgetown.edu/ar/event

مر القانون القطري بمرحلة هامة في تطوره؛ وذلك بعد اكتشاف آبار النفط في دولة قطر، وتأسيس الصناعات النفطية، مما أدّى إلى تطورات في القوانين التجارية لتسهيل عمليات الاستثمار الاقتصادي،

و يحتوي قانون العقوبات القطري على ثلاثمائة وثمان وتسعين مادة في أربعة كتب رئيسة؛ هي: الأحكام العامة، والجرائم التي توجه ضد المصالح العامة، والجرائم التي تقع على الأشخاص والمال، وجرائم المخالفات[466]

الفرع السادس: قانون العقوبات اليمني الجديد

نشأ النظام القانوني اليمني الجديد في عام 1990م، وذلك بعد إعلان الوحدة اليمنية[467].

وكان عام 1999م، وهو العام الذي تم فيه إجراء أول انتخابات رئاسية، وقد فاز فيها علي عبد الله صالح مرشح الإجماع الوطني برئاسة الدولة في الفترة الرئاسية ما بين 1999-2006م، كما امتازت هذه الفترة بإقرار قوانين السلطة المحلية وإجراء انتخابات له، وإنشاء مجلس الشورى، والاستفتاء على التعديلات الدستورية.

وقد جاء في دستور الجمهورية اليمنية، في المادة الأولى منه أن الجمهورية اليمنية هي دولة عربية إسلامية، وهي جزء من الأمة العربية الإسلامية، كما بينت المادة الثانية منه أن الدين الإسلامي هو دين دولة اليمن، وجاءت المادة الثالثة من الدستور لتؤكد على أن الشريعة الإسلامية هي مصدر جميع التشريعات في الجمهورية اليمنية[468].

---

[466] قانون العقوبات الصادر بالمرسوم الأميري رقم (11) لسنة 2004م وتعديلاته إلى حد 2010م، تاريخ الزيارة: 26-4-2024م، على الرابط التالي:
https://www.arabwomenlegal-emap.org/cawtar_documentcountry

[467] نظام الحكم في الجمهورية اليمنية، موقع المركز الوطني للمعلومات، رئاسة الجمهورية اليمنية، تاريخ الزيارة: 26-4-2024م، على الرابط التالي:
https://yemen-nic.info/sectors/politics/detail.php?ID=1148

[468] دستور الجمهورية اليمنية، على موقع المركز الوطني للمعلومات، رئاسة الجمهورية اليمنية، تاريخ الزيارة: 26-4-2024م، على الرابط التالي: https://yemen-nic.info/yemen/dostor.php

الخاتمة:

وتشمل على أهم النتائج والتوصيات:

أهم النتائج:

-التقنين مطلب إنساني سعت إليه الشعوب منذ القدم.

-المقصود بعملية تقنين الفقه الإسلامي هو تدوين الأحكام الشرعية بأسلوب القانونيين.

-مرت عملية تقنين أحكام الفقه الإسلامي بمراحل بعضها اعتبر كتجارب نظرية والآخر طبق على أرض الواقع

- عملية تقنين العقوبات الشرعية هي من المراحل المتقدمة في تقنين الفقه الإسلامي.

-من أبرز محاولات تقنين الفقه الإسلامي كانت المذكرة التوضيحية للقانون الجزائي العربي، بالإضافة إلى وثيقة الدوحة للنظام(القانون) الجزائي الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي.

-من أبرز القوانين التي يمكن الرجوع إليها في تقنينها للعقوبات الشرعية هو القانون الليبي والسوداني واليمني.

أهم التوصيات:

-العمل على تقنين العقوبات الشرعية في جميع بلدان الوطن العربي.

-الدعوة إلى توحيد قوانين العقوبات الشرعية بين دول الوطن العربي كافة، لما لذلك من أثر في توحيد الشعوب.

-الاستفادة من المحاولات والتجارب التي تم العمل بها في بعض الدول.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

-أحمد: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ط1، 1421هـ-2001م، مؤسسة الرسالة، بيروت.

-ادعين: عبد الرحمن عباس، تاريخ القانون، د.ط، د.ت، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، كلية المستقبل الجامعة، قسم القانون.

-الألفي: محمد جبر، محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي من أعمال ندوة نحو ثقافة شرعية وقانونية موحدة، 1414هـ-1994م، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

-أيوب: حسن محمد، الحديث في علوم القرآن والحديث، ص199، ط2، 1425هـ-2004م، دار السلام، الإسكندرية.

-البخاري: محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة، الجامع الصحيح المختصر = صحيح البخاري، ط3، 1407هـ، دار ابن كثير، بيروت.

-البغا: محمد الحسن، التقنين في مجلة الأحكام العدلية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد 2، 2009م.

-البلخي وآخرون: لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، ط2، 1310هـ، دار الفكر، بيروت

-الزبيدي: محمد بن محمد بن عبد الرزاق، تاج العروس من جواهر القاموس، د.ط، د.ت، دار الهداية، الإسكندرية.

-الزرقاني: محمد عبد العظيم، مناهل العرفان في علوم القرآن، ط3، د.ت، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة.

-السنباني: توفيق أحمد علي، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية وضماناته وضوابطه والخطة العملية للتقنين الشرعي، مجلة ابن خلدون للدراسات والأبحاث، المجلد 2، العدد5.

-السنهوري وآخرون: عبد الرزاق أحمد السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون = المدخل لدراسة القانون، د.ط، 1950م، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة.

-الشثري: عبد الرحمن بن سعد، تقنين الأحكام الشرعية التاريخ والحكم، ط1، 1435هـ، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض.

-أبو طالب: صوفي حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، د.ط، 1972م، دار النهضة العربية، القاهرة.

-عبد البر: محمد زكي، تقنين الفقه الإسلامي المبدأ والمنهج والتطبيق، ط2، 1407-1986م، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر.

-ابن العربي: محمد بن عبد الله أبو بكر المعافري، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق محمد عبد الله ولد كريم، ط1، 1992م، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

-العسقلاني: أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، د.ط، 1379هـ، دار المعرفة، بيروت

-عمر: أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، 1429هـ-2008م، عالم الكتب، القاهرة.

-الفيروزآبادي: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط8، 1426هـ-2005م، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.

-كريمر: هنا بدء التاريخ، ترجمة ناجية المراني، د.ط، 1980م، دار الجاحظ للنشر، بغداد.

-اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية: مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة رضي الله عنه، الطبعة التمهيدية، 1392هـ-1972م، مجمع البحوث الإسلامية.

-ابن المقفع: عبد الله بن المقفع، آثار ابن المقفع، ط1، 1409هـ-1989م، دار الكتب العلمية، بيروت.

-منصور: محمد حسين، المدخل إلى القانون القاعدة القانونية، ط1، 2010م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

-ابن منظور: محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ط1، د.ت، دار صادر، بيروت.

المواقع الإلكترونية:

-الإعلان الدستوري لسنة 1960م، تاريخ الزيارة: 3-3-2024م، على الرابط التالي: https://www.instagram.com/juicebangbang_ps?igsh=dzJ2MWN5aTEzY2dw

-الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية: العدد (36)مكرر(أ)، الصادر في 12-9-1971م. على موقع منثورات قانونية، تاريخ الزيارة: 1-2-2024م، أرشيف رقمي على الرابط التالي: https://manshurat.org/node/1688

-مشروع الدستور الإسلامي المصري الذي وضعه الأزهر عام 1978م، تاريخ الزيارة: 1-3-2024م، على الرابط التالي: https://ar.islamway.net/article/11897

-الخليفي: محمد عبد العزيز، رؤى في النظام القانوني لدولة قطر، محاضرة مفرغة أعدتها سوزي ميرغاني لموقع مركزالدراسات الدولية والإقليمية، بتاريخ 12-3-2014م، تاريخ الزيارة: 26-4-2024م، على الرابط التالي:

https://cirs.qatar.georgetown.edu/ar/event

-دستور الجمهورية اليمنية، على موقع المركز الوطني للمعلومات، رئاسة الجمهورية اليمنية، تاريخ الزيارة: 26-4-2024م، على الرابط التالي: https://yemen-nic.info/yemen/dostor.php

-دستور المملكة العربية السعودية، تاريخ الزيارة: 20-4-2024م، على الرابط التالي:

https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/1992/en/123707

-العزيزي: حسين بن جائز، الدستور السعودي نشأته والعمق التاريخي والثقافي، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، ص1555-1557، العدد 41، نيسان عام 1444هـ، تاريخ الزيارة: 20-4-2024م، على الرابط التالي:
https://journals.ekb.eg/article_295426_f3a84ec74ddaf5654998670edb6d691e.pdf
-قانون اتحادي رقم 3 لسنة 1987 بشأن إصدار قانون العقوبات، النيابة العامة في رأس الخيمة، تاريخ الزيارة: 20-2-2024م، على الرابط التالي:
https://rakpp.rak.ae/ar/Pages
-القانون الجنائي السوداني لسنة 1991م، تاريخ الزيارة: 20-3-2024م، على الرابط التالي:
https://alyassir.com
-قانون حقوق العائلة العثماني الصادر سنة 1917م، تاريخ الزيارة 24-5-2024م، على الرابط التالي:
http://www.arabwomenlegal-emap.org/cawtar_documentcountry
-قانون رقم (89) لسنة 1974م بشأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب، بتاريخ 30-12-1974م، تاريخ الزيارة: 5-3-2024م، على الرابط التالي:
http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=173035
-قانون رقم (52) لسنة 1974م بشأن إقامة حد القذف، بتاريخ 6-11-1974م، تاريخ الزيارة: 5-3-2024م، على الرابط التالي:
http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=229533
-قانون رقم (8) لسنة 1975م بشأن تعديل بعض أحكام قوانين إقامة الحدود، بتاريخ 25-2-1975، تاريخ الزيارة: 3-3-2024م، على الرابط التالي
http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=1250406
-قانون رقم (6) لسنة 1994م بشأن أحكام القصاص والدية، بتاريخ 23-3-1994م، تاريخ الزيارة: 5-3-2024م، على الرابط التالي:
http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=142517
-قانون رقم (148) لسنة 1972م بشأن إقامة حدي السرقة والحرابة، بتاريخ 23-12-1972م، تاريخ الزيارة: 3-3-2024م، على الرابط التالي:
http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=229529

-قانون العقوبات الصادر بالمرسوم الأميري رقم (11) لسنة 2004م وتعديلاته إلى حد 2010م، تاريخ الزيارة: 26-4-2024م، على الرابط التالي:

https://www.arabwomenlegal-emap.org/cawtar_documentcountry

-لجنة إعداد القانون الجزائي العربي الموحد: المذكرة التوضيحية للقانون الجزائي العربي الموحد الجزء الأول، ص190-194، د.ط، 1996م، جامعة الدول العربية، تاريخ الزيارة: 1-3-2024م، على الرابط:

https://da3msyria2.files.wordpress.com/2014/12/unified-arabic-criminal-law.pdf

-مجلس قيادة الثورة، الجريدة الرسمية سنة 1973م، العدد 43، قانون رقم 70 لسنة 1973م بشأن إقامة حد الزنا وتعديل بعض الأحكام في قانون العقوبات الليبي، موقع المجمع القانوني الليبي تاريخ الإصدار 31-12-2021، تاريخ الزيارة: 5-3-2024م، على الرابط التالي:

https://lawsociety.ly/legislation

-مجموعة من العلماء: وثيقة الدوحة للنظام (القانون) الجزائي الموحد لدول مجلس التعاون، د.ط، 1998م، موقع الأمانة العامة، الرياض، تاريخ الزيارة: 3-3-2024م، على الرابط التالي:

https://www.gcc-sg.org/ar-sa/CognitiveSources/DigitalLibrary/Pages/Details.aspx?itemid=339

-مشروع نظام العقوبات السعودي الجديد، موقع وزارة العدل، تاريخ الزيارة: 20-4-2024م، على الرابط التالي:

https://www.bibliotdroit.com/2022/10/pdf.html

-نظام الحكم في الجمهورية اليمنية، موقع المركز الوطني للمعلومات، رئاسة الجمهورية اليمنية، تاريخ الزيارة: 26-4-2024م، على الرابط التالي:

https://yemen-nic.info/sectors/politics/detail.php?ID=1148

-ويكبيديا الموسوعة الحرة: ، تاريخ الزيارة: 20-2-2024م، على الرابط التالي:

https://ar.wikipedia.org/w/index.php?title

-يونس: أحمد، القوانين السودانية الجديدة نذر مواجهة بين الإسلاميين والثوار، الشرق الأوسط، الرياض، تم النشر بتاريخ 18-يوليو-2020م، تاريخ الزيارة: 18-3-2024م، على الرابط التالي:

https://aawsat.com/home/article

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي
International Journal of Legal Interpretative Judgement
المجلد 04، العدد 14
ISSN : 2748-5056

من أحكام اليتامى في الفقه الإسلامي

Orphan Rulings in Islamic Jurisprudence

إسلام أحمد ناجي قنديل- باحثة في برنامج الفقه والتشريع/ كلية الدعوة وأصول الدين
جامعة القدس / فلسطين
الأستاذ الدكتور محمد مطلق محمد عساف- بروفيسور في الفقه وأصوله
ومنسق برنامج دكتوراة الفقه وأصوله / جامعة القدس / فلسطين
Email: m.assaf@staff.alquds.edu

ملخص: يتناول هذا البحث موضوع أحكام اليتامى في الفقه الإسلامي، ويتكون من مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة، فجاء المبحث الأول لبيان مفهوم اليتيم وأقسامه، واشتمل المبحث الثاني على بيان كفالة اليتيم وأهميتها في الشريعة الإسلامية والفرق بينها وبين التبني، بينما تم في المبحث الثالث بيان بعض حقوق اليتيم الشخصية والمدنية، ومنها حق اليتيم في النسب، وحقه في الرضاعة، وفي الحضانة، وحق اليتيمة في مهر المثل، وكذلك حق اليتيم في الرعاية الصحية والعلاج والتعليم، وحقوق اليتيم المالية وأحكامها، ثم تناول المبحث الرابع بيان الولاية والوصاية على اليتيم وأنواع الوصي وشروطه، وانتهاء الوصاية والولاية. وقد تم التوصل إلى مجموعة من النتائج، منها: أن اليتيم الحقيقي: هو الصغير الذي فقد أباه بالموت وهو دون سن البلوغ، أما اليتيم الحكمي: فهو الطفل الذي له أب على قيد الحياة، ولكنه في حكم الأموات، يُحرم أولاده من رعايته، وعطفه، وحنانه، وأن اليتيم يكون غالبًا موضع الشفقة والرحمة في المجتمع، لعدم وجود من ينفق ويعطف عليه، فرعاية اليتامى وتربيتهم واجبة، لأن إهمالهم يؤدي إلى فسادهم وفساد المجتمع، كما أن اليتيم نفس محترمة لا يجوز إهمالها، وهي لم ترتكب ما تُعاقب عليه، وقد ينبع من اليتامى أشخاص لهم قيمتهم في الحياة، ومعلوم أن نبينا محمد صلى الله عليه وسلم قد ولد يتيمًا. ومن توصيات البحث أن يتم توظيف المساجد من خلال الدروس والخطب لنشر الوعي الشرعي بأحكام اليتيم، وتنمية الوازع الديني لدى الأسر للقيام بالواجبات كما أمر الله تعالى.

الكلمات المفتاحية: أحكام الصغير، كفالة اليتيم، الولاية، الوصاية، حقوق الأيتام، أموال اليتيم.

Abstract: This research paper discusses orphan rulings in Islamic jurisprudence, including an introduction and three chapters The first chapter explains the concept of orphan and the subdivision. The second chapter provides an explanation of orphan care/custody and its

significance in Islamic law, and the difference between orphan care and adoption. The third chapter deals with personal and legal rights of the orphan. These including being named after the father, the right to be breastfed, nursing, the right of an orphagirl to be given the same dowry like her mates upon marriage, the right to health care and education, and the orphan's financial rights and their rulings. The fourth chapter explores orphan custodianship and legal overseers, their types, and the end of their terms. The conclusion Is that a true orphan is a young person whose father passed away before reaching maturity. A technical legal definition of an orphan includes a child whose father is technically dead. His children are are deprived of his care in all respects including emotional deprivation. The orphan Is usually the subject of mercy and compassion by the society because there is no one to take care of his /her need, and lack of emotional support. Taking care of orphans is a religious and moral duty. Ignoring the orphans will lead to psychological and social problems, and eventually will destroy the society. The orphan is a respected member of the community. The orphan has a dignified soul. An orphan didn't commit any crime, and could turn out to be a very valuable member of the society.It is well known that Prophet Muhammad (peace) be upon him) was born an orphan). Among the conclusions is to utilize the mosques through lectures and Friday Sermons to educate the public about the orphan rights, and to nurture religious awareness in order to take care of the orphans as commanded In the Holy Qur'an.

Keywords:

Legal provisions, orphan, guardianship, trusteeship, rights of orphans, orphans assets.

المقدمة

الحمد لله الأعز الأكرم، الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، والصلاة والسلام على الرحمة المهداة، والنعمة المسداة، نبينا محمد بن عبد الله، الذي بعثه الله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله، وأنزل عليه شريعة كلها عدل ورحمة.

فمن نعم الله هذه الشريعة القويمة، التي لا تفنى كنوزها، ولا ينضب معينها، فهي ميراث النبوة، فإن الأنبياء ورثوا العلم، وفاكهة هذا العلم الفقه، ومن عظيم فضل الشريعة الإسلامية أنها لم تترك شيئًا

خاصًا بالمجتمع الإسلامي ولا عامًا يخص الأمة إلا وقد أشارت إليه إما بالإجمال أو بالتفصيل، وهذا من نعم الله علينا في شريعتنا.

ومن تلك الموضوعات التي اهتم الشرع الحنيف بها موضوع اليتيم وكفالته والقيام بكل ما يلزمه من رعاية وحماية، ومما زاد اليتيم شرفًا أن سيد المرسلين وخاتم الأنبياء كان يتيمًا فآواه الله عز وجلَّ وهداه وأغناه؛ فقال تعالى "أَلَمْ يَجِدْكَ يَتِيمًا فَآوَىٰ (6) وَوَجَدَكَ ضَالًّا فَهَدَىٰ (7) وَوَجَدَكَ عَائِلًا فَأَغْنَىٰ (8)"[469]

وعليه فإننا في هذا البحث نُود التطرق لأحكام اليتامى في الفقه الإسلامي، فنُعرفه ونذكر أقسامه وحقوقه والولاية والوصاية عليه.

مشكلة البحث:

جاء هذا البحث للإجابة عن الأسئلة الآتية:

1. ما تعريف الفقهاء لليتيم وإلى أي سن يبقى يتيمًا؟
2. هل فقط من مات أحد والديه يكون يتيمًا؟ وما هي أقسام اليتيم؟
3. ما معنى كفالة اليتيم وما الفرق بين الكفالة والتبني؟
4. ما هي حقوق اليتيم الشخصية والمدنية؟
5. ما المقصود بالولاية والوصاية على اليتيم ومتى تنتهي الولاية والوصاية عليه؟

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية البحث فيما يأتي:

1. توضيح مدى اهتمام الشريعة الإسلامية باليتيم، وحرصها على حمايته وحفظ ماله.
2. يشمل جانبًا واقعيًا من حياة الناس، إذ يحمل في محتواه أحكامًا تخص اليتيم قد يغفل الكثير عنها.
3. بيان فضل كفالة اليتيم.

أسباب اختيار الموضوع:

1. أصبح في مجتمعنا الإسلامي عامة ونحن كشعب فلسطيني خاصة، البحث في موضوع اليتيم من الضرورة والأهمية حيث إن أعداد الشهداء الذين سقطوا جرّاء المجازر التي يرتكبها الصهاينة بحق أهلنا في فلسطين وفي غزة خصوصًا يتزايد يومًا بعد يوم، وقد ترك الشهداء خلفهم أطفالًا بحاجة ماسة إلى رعاية واهتمام.

[469] سورة الضحى ، الآيات 6-8.

2. تعدد الجمعيات الخيرية التي تعمل على كفالة الأيتام ورعايتهم ماليًا، وعدم التمييز فيمن له حق أخذ الكفالة المالية من غيره.
3. ضعف نفوس كثير من أولياء وأوصياء وأقرباء الأيتام وطمعهم في أخذ أموالهم، وسلب حقوقهم.
4. بيان حفظ الشريعة الإسلامية لهؤلاء الأيتام وحقوقهم.
5. عدم تفرد كتاب يعالج هذا الموضوع بشكل خاص.

منهج البحث:

تم اعتماد المنهج الوصفي والاستعانة بالمنهجين الاستنباطي والتحليلي، مع الالتزام بالخطوات الآتية:

1. عزو الآيات القرآنية في البحث إلى مواضعها، بذكر السور التي وردت فيها ورقم الآية.
2. تخريج الأحاديث النبوية الشريفة والحكم عليها.
3. الاستعانة ببعض معاجم اللغة العربية لتعريف المصطلحات والكلمات.
4. نقل بعض أقوال الفقهاء والمذاهب الفقهية المعتبرة وتوثيقها من كتب الفقه المعتمدة.

الدراسات السابقة:

1- رسالة ماجستير بعنوان أحكام اليتيم المالية في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية: للباحث أيمن خميس عمر حماد، الجامعة الإسلامية (غزة)، 2009.
2- رسالة دكتوراه بعنوان أحكام اليتيم في الشريعة الإسلامية: للدكتور بليغ محمد سعيد هزاع، جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، 2017.
3- بحث بعنوان أحكام التصرف في مال اليتيم: للباحثة شهر الدين قالة، وهو بحث منشور في مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية أدرار.

خطة البحث:

يتكون هذا البحث من مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة:

المقدمة: وتشتمل على بيان أهمية الموضوع وأسباب اختياره ومشكلة الدراسة ومنهج البحث والدراسات السابقة.

المبحث الأول: مفهوم اليتيم وأقسامه ويتكون من مطلبين:

المطلب الأول: تعريف اليتيم لغةً واصطلاحًا.

المطلب الثاني: أقسام اليتيم.

المبحث الثاني: كفالة اليتيم وأهميتها في الشريعة الإسلامية ويتكون من ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف كفالة اليتيم لغةً واصطلاحًا.

المطلب الثاني: موقف الشرع من كفالة اليتيم ورعايته.

المطلب الثالث: حكم كفالة اليتيم والفرق بينها وبين التبني.

المبحث الثالث:_حقوق اليتيم الشخصية والمدنية ويتكون من ستة مطالب:

المطلب الأول: حق اليتيم في النسب.

المطلب الثاني: حق اليتيم في الرضاعة.

المطلب الثالث: حق اليتيم في الحضانة.

المطلب الرابع: حق اليتيمة في مهر المثل إذا تزوجت.

المطلب الخامس: حق اليتيم في الرعاية الصحية والعلاج والتعليم.

المطلب السادس: حقوق اليتيم المالية وأحكامها.

المبحث الرابع: الولاية والوصاية على اليتيم ويتكون من ستة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الولاية في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: أقسام الولاية وشروط الولاية.

المطلب الثالث: انتهاء الولاية.

المطلب الرابع: تعريف الوصاية في اللغة والاصطلاح.

المطلب الخامس: أنواع الوصي وشروطه.

المطلب السادس: انتهاء الوصاية.

الخاتمة: وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: مفهوم اليتيم وأقسامه:

قال تعالى: {وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا[470]

إن هذه الآية وما شابهها من آيات كثيرة في القرآن الكريم جاءت لتوضح لنا عناية الشريعة الإسلامية باليتيم، ولإرساء دعامة متينة في المجتمع الإسلامي تقوم على العدل والإحسان والبر له والعطف عليه، لفقدان هذا الأخير لسنده ومعيله في هذه الحياة، فتناولت كل ما من شأنه أن يقيم له الحياة الكريمة واهتممت بكافة حقوقه التي يجب أن تؤدى إليه من غير إجحاف، وهذا ما أكدت عليه سنة النبي صلى الله عليه وسلم، وفي هذا المبحث سيتم بيان مفهوم اليتيم وأقسامه.

[470] سورة الإنسان الأية (8)

المطلب الأول: تعريف اليتيم لغةً واصطلاحًا:

اليتيم في اللغة:

اليُتْمُ: الانفرادُ؛ واليَتيم: الفَرْدُ، واليُتْم واليَتَمُ: هو فِقدانُ الأَب، واليُتْم في الناس من قِبَل الأَب، وفي البهائم من قِبَل الأُم، وفي الطير من قِبَل الأب والأُم.[471]

اليتيم في الاصطلاح:

اليتيم هو الذي مات أبوه ولم يبلغ الحلم، أما بعد الاحتلام فلا يعد يتيماً[472].

قال ابن قدامة: "اليتيم من فقد الأب من الصغر"[473].

وقال الشيرازي: "اليتيم الذي لا أب له ولا يسمى بعد البلوغ يتيمًا".[474]

المطلب الثاني: أقسام اليتيم:

سبق وأن عرف الفقهاء وأهل اللغة بأن اليتيم هو من فقد أباه وما زال في سن صغيرة أو قبل البلوغ، ولكن هناك من الأشخاص من فقد أباه بغير موت، إما بسبب الأسر، أو البعد، أو الفقد أو غيره، فتنطبق عليهم صفة اليُتم، ويمكن أن تنفذ فيهم أحكام اليتيم من عناية ورعاية ووصاية وولاية وحفظ أموال وغيرها.

واليُتمُ نوعان:

أولًا : اليتيم الحقيقي: وهو كل من مات أبوه ذكرًا كان أو أنثى وهو دون سن البلوغ، ويبقى يتيمًا حتى يبلغ، فإذا بلغ زال عنه اسم اليتيم.

ثانيًا: اليتيم الحكمي: وهو الطفل الذي حالته كحالة من فقد معيله وحاميه وراعيه، ويمكن أن يُقاس عليه الأطفال الذين لهم آباء غير ميتين، لكنهم في حكم الأموات، ويمكن اعتبار أولادهم في حكم الأيتام، وفي المجتمع نماذج كثيرة من هذه الأصناف ، فهم في حكم الأيتام من الناحية الفعلية، من هنا جاءت تسمية اليتيم الحكمي، وهم بحاجة إلى الحنان والرعاية والمساعدة والنفقة كالأيتام الحقيقيين، بل قد تستوجب حالات الكثير منهم إلى الرعاية والحنان والنفقة أشد ما يحتاج إليها اليتيم الحقيقي، وهم نماذج

---

[471] ابن منظور، محمد بن مكرَم، لسان العرب ، (12-/645)، دار صادر_ بيروت ط3 ، 1414هـ.

[472] المقدم، محمد إسماعيل، تفسير آيات القرآن، 30/ 9، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية، 20.

[473] ابن قدامة، موفق الدين، الكافي، الوصايا، باب الموصى له، 275/2، دار الكتب العلمية ، ط1، 1414هـ .

[474] الشيرازي، إبراهيم، المهذب، السير، باب قسم الخمس ، 300/3 ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1412هـ .

متكررة في كل المجتمعات بشكل عام، وفي مجتمعنا الفلسطيني بشكلٍ أخص. ومن أهم الأصناف التي تدخل تحت مُسمَّى اليتيم الحكمي:

1- أبناء الأسرى من أصحاب الأحكام العالية: حيث يُحرم أبناؤهم من زيارتهم ومن رؤيتهم، ويُحبَسون في أماكن انفرادية، فيتربّى أبناؤهم بعيدًا عن حنانهم ورعايتهم، ويعيشون عيشة الأطفال الأيتام الحقيقيين.

2- مجهولو النسب: ومنهم أبناء الزنا وبهذا أفتت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية، برئاسة العلّامة ابن باز_ رحمه الله _ في الفتوى رقم (20711) بتاريخ 24_12_1419هـ وجاء فيها [475]:" إنَّ مجهولي النسب في حُكم اليتيم لفقدهم لوالديهم، بل هم أشدّ حاجة للعناية والرعاية من معروفي النسب لعدم معرفة قريب يلجأون إليه عند الضرورة، وعلى ذلك فإن من يكفل طفلًا من مجهولي النسب فإنه يدخل في الأجر المترتب على كفالة اليتيم لعموم قوله_صلّى الله عليه وسلم _" أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا ، وأشار بالسبّابة والوسطى وفرّج بينهما شيئًا" [476].

3- اللقيط: هو الطفل الذي يُلقي به أحد والديه في الطريق العام، إمّا هربًا من تحمُّل مسؤولية الإنفاق عليه، وكفالته، أو إخفاءً لجريمة زنا كان ذلك اللقيط ثمرتها [477]، وعرَّفه الحصني: اللقيط كل صبي ضائع لا كافل له[478].

4- بعض أبناء المعاقين: لأن آباءهم عاجزون عن رعاية أنفسهم، فهم عاجزون عن رعاية أبنائهم والعناية بهم من باب أولى.

5- أيتام الأم: الذين يفقدون عطف الأم وحنانها ورعايتها، سواء بموتها حقيقة أم بطلاقها وزواجها من رجل آخر غير والد أبنائها، وانشغالها بزوجها الجديد عن أبنائها وإهمالها لهم.

6- أبناء المطلقين: الذين يفقدون العناية والرعاية لانشغال والديهم عنهم، واهتمام كلٍ منهما بحياته الخاصة، خاصة إذا تزوجا وأصبح لكلٍ منهما أسرة جديدة وحياة مستقلة، عندها يهملان أبناءهما فيتشرّد الأولاد ويصبحون عرضةً للضياع والانحراف.

7- الأطفال المُتَشردّون: (أولاد الشوارع) الذين لا مأوى لهم ولا مُعيل ولا نصير.

8- أبناء المفقودين: الذين انقطعت أخبارهم فلا يُعرَف موتهم من حياتهم، وقد عرّف المرغيناني المفقود بأنه: الذي يغيب ولا يُعرَف له موضع ولا يُعلَم أحيٌّ أم ميت [479].

---

[475] https://rightsorphans.blogspot.com/2012/03/blog-post_21.html

[476] البخاري، صحيح البخاري، 2032/5

[477] عقلة، محمد، نظام الأسرة في الإسلام ، 280/2 ، ط2 ،عمّان ، مكتبة الرسالة ،1409هـ .

[478] الحصني، تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني، كفاية الأخيار في حلّ غاية الاختصار ، 6/2 ، بيروت، دار المعرفة.

نَخلص من ذلك إلى أنّ هذه الفئات من الأطفال ينبغي أن يتسع مفهوم كفالة اليتيم ورعايته، ليشمل هؤلاء الأيتام الحكميين، حتى لا تبقى هذه الفئة عُرضة لأعاصير الحياه العاتية، ومورداً خصباً لتجمع الرذائل والموبقات وفريسة للشهوات؛ وبذلك تفقد الأمة الإسلامية، ويخسر المجتمع أفراداً كانت الاستفادة منهم.

لهذا اعتنى الإسلام بهذه الفئات البريئة التي شاءت الأقدار الإلهية أن يفقدوا العواطف الأبوية، وحث على ضرورة العناية بهم والمحافظة على حقوقهم.

المبحث الثاني: كفالة اليتيم وأهميتها في الشريعة الإسلامية:

كفالة اليتيم من الأمور التي حث عليها الشرع الحنيف، وجعلها من الأدوية التي تعالج أمراض النفس البشرية، وبها يتضح المجتمع في صورته الأخوية التي ارتضاها له الإسلام. على أنه لابد أن يتنبه أن كفالة اليتيم ليست في كفالته ماديًا فحسب، بل الكفالة تعني القيام بشؤون اليتيم من التربية والتعليم والتوجيه والنصح، والقيام بما يحتاجه من حاجات تتعلق بحياته الشخصية من المأكل والمشرب والملبس والعلاج ونحو هذا.

وهي من أعظم أبواب الخير التي حثت عليها الشريعة الإسلامية قال الله تعالى: (يَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلْ مَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ خَيْرٍ فَلِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ)[480].

المطلب الأول: تعريف كفالة اليتيم لغةً واصطلاحًا:

الكفالة في اللغة: هي مصدر كفَلَ يَكفُل، كَفلًا وكَفالةً، فهو كافِل وكفيل. والجمع: كُفِّلٌ وكُفَلاءُ، والمفعول: مَكفول. وكفل الصغير: أي ضَمَّهُ وربَّاهُ وأنفقَ عليه ورَعاهُ واعتنى به، يقال: كَفَلَ عَيشَهُ: أي تَكَفَّلَ بِهِ وَقامَ بِهِ وأنفَق عَلَيهِ، وتكفَّلتُ بالشيء: أي ألزمته نفسي وأزلت عنه الضَّيعة والذهاب[481].

الكفالة في الاصطلاح:

الكفالة عند الحنفية: ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة[482]. وعند الجمهور: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فيثبت في ذمتهما جميعًا، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما[483].

---

[479] المرغيناني ، برهان الدين أبو حسن علي بن ابي بكر ، الهداية شرح بداية المبتدي ، 180/2 ، تحقيق طلال يوسف ، بيروت ، دار إحياء التراث العربي ، 1440هـ.

[480] سورة البقرة الأية (215) .

[481] ابن المنظور ، لسان العرب ، 11 /588.

[482] ابن نجيم ، زين الدين الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الحقائق ، 321/6 ، دار المعرفة ، بيروت .

وكفالة اليتيم: هي القيام بأمر اليتيم وتربيته وتأديبه ودفع المضار عنه وتعهده بما يصلحه في نفسه وماله ودينه، وهي شاملَة لكُلِّ مَصلحِة لليتيم صغُرَت أم كَبُرَت[484].

المطلب الثاني: موقف الشرع من كفالة اليتيم ورعايته:

أولًا: فضل كفالة اليتيم من منظور قرآني:

قال تعالى: "وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَ بَنِي إِسْرَائِيلَ لَا تَعْبُدُونَ إِلَّا اللَّهَ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَقُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ثُمَّ تَوَلَّيْتُمْ إِلَّا قَلِيلًا مِنكُمْ وَأَنتُم مُّعْرِضُونَ" [485].

أمر الله تعالى المؤمنين بما أمر به بني إسرائيل من الإحسان لليتامى وهم الصغار الذين لا كاسب لهم من الآباء، وإيفائهم حقوقهم وإكرامهم.

2 قال تعالى : " لَيْسَ الْبِرَّ أَنْ تُوَلُّوا وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَآتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَٰئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ"[486].

لقد مدح الله تعالى المؤمنين في هذه الآية بأنهم على الرغم من حاجتهم للمال إلا أنهم ينفقون في سبيل الله، لمن هم بحاجة إليه، ومن ذلك قوله تعالى "وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا" [487]وخاصة اليتامى الذين يتناساهم الناس، ويغفلون عن رعايتهم، لأنهم فقدوا من يقوم بمصالحهم ومن ينفق عليهم، فأمر الله بالإحسان إليهم والحنو عليهم فكان مدح الله تعالى لهذا الصنف من الناس دليلاً على اهتمام الإسلام بالأيتام.

ثانيًا : فضل كفالة اليتيم في السنة النبوية :

1 دخول الجنة: فقد حث الرسول صلى الله عليه وسلم على الرعاية الاجتماعية لليتيم، وتأمين لقمة العيش الكريمة، وتوفير الحياة الآمنة الهنيئة له، وجعل ذلك من أسباب دخول الجنة؛ فعن مالك بن حارث سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول "من ضم يتيما بين أبوين مسلمين إلى طعامه وشرابه حتى يستغني عنه وجبت له الجنة البته" [488].

---

[483] الصاوي ، أحمد ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، 155/2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1415 .

[484] أبو السعادات ، المبارك بن محمد الجزري ، النهاية في غريب الحديث والأثر ، 342/4 ، دار المكتبة العلمية ، بيروت ، 1399 .

[485] سورة البقرة ، الأية (83) .

[486] سورة البقرة ، الأية (177).

[487] سورة الإنسان ، الأية (8).

[488] أخرجه أحمد في مسنده ، 344/4 ، ح (19047) وصححه الشيخ الألباني في صحيح الترغيب والترهيب ح (1895) .

2 مرافقة النبي في الجنة: لأن الجنة درجات، وأعظم الدرجات درجات الأنبياء، ولأن النفوس دائمًا تطمح لأعلى الدرجات، فقد جعل النبي كفالة اليتيم سببًا لذلك فعن سهل بن سعد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا وقال بإصبعيه السبابة والوسطى"[489].

3 ذهاب قسوة القلب: لأن المسلم يرغب بالقرب من الله تعالى، ويخشى أن يكون من البعيدين عن رحمته وحفظه ورعايته، كان لا بد له أن يبحث عن شيء يعالج فيه قسوة قلبه كان لابد له من العلاج، فجعل النبي علاج هذا الأمر رعاية اليتيم المعنوية فقال النبي مجيبًا ومعالجًا لرجل شكى إليه قسوة قلبه ففي الحديث عن أبي هريرة أن رجلًا شكى إلى رسول الله قسوة قلبه فقال له: "إن أردت تلين قلبك فأطعم المسكين وامسح رأس اليتيم"[490].

المطلب الثالث: حكم كفالة اليتيم والفرق بينها وبين التبني :

أولًا : حكم كفالة اليتيم :

أجازها الجمهور للحاجة إلى ضمان المال والبدن، وكثير من الناس يتمنع من ضمان المال، فلو لم تجز الكفالة لأدى إلى الحرج وتعطلت المعاملات المحتاج إليها[491].

قال تعالى: "وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا" [492] وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من ضم يتيما بين أبوين إلى طعامه وشرابه حتى يستغني عنه وجبت له الجنة" [493].

ثانيًا : تعريف التبني :

اتخاذ الشخص ولد غيره ابنا له، قال في مختار الصحاح "تبنيت فلانا أخذته ابنا".

وقد غلب في استعمال العرب لفظ (ادعاء) على لفظ التبني إذا جاء في مثل ادعى فلان فلانا، ومنه الدعي، ولا يخرج استعمال الفقهاء للفظ التبني عن المعنى اللغوي[494].

قال تعالى: " وَمَا جَعَلَ أَدعِيَآءَكُم أَبنَآءَكُم"[495].

ثالثًا : الفرق بين الكفالة والتبني :

كما أجاز الإسلام كفالة اليتيم، نجده أيضًا حرم التبني تحريمًا واضحًا في قوله تعالى: " ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ" [496]

---

[489] أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الأدب ، باب فضل من يعول يتيمًا ، 9/8 ، ح (6005).

[490] أخرجه أحمد في مسنده 263/2 ، ح (7566) وحسنه الشيخ الألباني في السلسلة الصحيحة 507/2 ، ح 854.

[491] الرحيباني ، مصطفى ، مطالب أولي النهي شرح غاية المنتهى ، 313/3 ،ط1 ، دار المكتبة الإسلامية ، دمشق .

[492] سورة آل عمران ، أية (73).

[493] أخرجه أحمد في مسنده ، 344/4 ، ح (19047) وصححه الشيخ الألباني في صحيح الترغيب والترهيب ح (1895) .

[494] الصغير ، محمد ، حقوق الطفل بين القوانين الدولية والشريعة الربانية ، 27 ، دار شبكة الألوكة ، السعودية .

[495] سورة الاحزاب ، أية (4).

[496] سورة الأحزاب ، أية (5).

وقال تعالى : " مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَد مِّن رِّجَالِكُم وَلَٰكِن رَّسُولَ ٱللَّهِ وَخَاتَمَ ٱلنَّبِيِّنَ وَكَانَ ٱللَّهُ بِكُلِّ شَيءٍ عَلِيما"[497]

فالابن الحقيقي يكون من صلب الرجل، وليس من التبني، قال تعالى : " وَحَلَٰٓئِلُ أَبنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِن أَصلَٰبِكُم"[498] حلائل أي من زوجاتكم وأصلابكم أي من صلب الرجل.

المبحث الثالث: حقوق اليتيم الشخصية والمدنية:

جاءت التشريعات الإسلامية لحفظ حقوق الإنسان بشكلٍ عامٍ، وورد التأكيد على رعاية وحفظ حقوق الأيتام؛ فقد أكّد القرآن الكريم على العناية باليتيم وحفظ حقوقه، ومدح الله -عزّ وجلّ- في القرآن الكريم المجتمع المسلم بإكرامه لليتيم إلى درجة الإيثار على النفس رغم الفقر والحاجة.

المطلب الأول : حق اليتيم في النسب:

يعتبر حق ثبوت النسب من أهم الحقوق للطفل اليتيم، لحاجته إلى دفع العار عن نفسه بكونه ولد زنى، ولأن ثبوت نسبه يستتبع له حقوقاً، منها: النفقة والرضاع والحضانة والإرث. كما أن ثبوت النسب يؤدي إلى صيانة الأسرة من كل دنس وريبة ويحميها من التفكك والانحلال.

وقد أمر الله تعالى أن يُنسب الأولاد إلى آبائهم إن عُرفوا، قال تعالى "ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ " [499]

كما نهى الشرع الأبناء أن ينتسبوا إلى غير آبائهم، وقرن ذلك بالوعيد الشديد، بدليل ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم - أنه قال : " من ادّعى إلى غير ابيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفاً ولا عدلا" [500]

المطلب الثاني: حق اليتيم في الرضاعة:

فقد ألزم الله الأم أن ترضع طفلها حولين كاملين. قال تعالى:{وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ}[501]

فإرضاع الأم لولدها واجب عليها ديانة؛ امتثالًا لأوامر الله تعالى للوالدات بإرضاع أولادهن[502]، نظراً لما في الرضاعة الطبيعية من فوائد عظيمة تعود على الأم والطفل على حد سواء في جميع المجالات الصحية

---

[497] سورة الأحزاب ، أية (40).

[498] سورة النساء ، أية (23).

[499] سورة الاحزاب اية 5 .

[500] أخرجه مسلم ، شرح النووي , باب الحج ، 144/9 .

[501] سورة البقرة اية 233 .

[502] الرملي ، شمس الدين ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج 162/7، ط1 ، بيروت، دار الفكر، 1404.

والنفسية والاجتماعية ونحوها وتأثم الأم إذا امتنعت عن إرضاع ولدها مع قدرتها عليه، ولا تجبر على إرضاعه عند الجمهور إلا في حالات الضرورة وهي :

1 أن لا توجد امرأة أخرى غيرها ترضعه بأجر أو تطوعاً.

2 إذا لم يقبل ثدي غيرها.

3 إذا لم يكن للأب أو الصغير مال يستأجر به مرضعة، ولم توجد متبرعة بإرضاعه.[503]

المطلب الثالث: حق اليتيم في الحضانة:

أولًا : تعريف الحضانة :

الحضانة في اللغة:

من الحضن وبه سميت الحاضنة: وهي التي تربي الطفل، لضمها الولد إلى حضنها. يقال: حضن الطائر البيض: أي ضمه إلى نفسه تحت جناحه، كذلك المرأة إذا احتضنت ولدها، وحضن الرجل الصبي: أي رعاه ورباه، فهو حاضن له.[504]

الحضانة في الاصطلاح:

عرفها الحنفية بأنها تربية الطفل ورعايته، والقيام بجميع أموره في سن معينة - ممن لهم الحق في الحضانة[505].

ثانيًا: حكم الحضانة:

الحضانة واجبة شرعاً باتفاق الفقهاء؛ لأن المحضون يهلك بدونها، فتجب لحفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من الهلاك. إذا كان هذا حكم الحضانة بالنسبة للأطفال العاديين. فنرى أن الحضانة هي أوجب للطفل اليتيم؛ وذلك لضعفه وصغره وعجزه عن القيام بأمور نفسه[506]

المطلب الرابع: حق اليتيمة في مهر المثل إذا تزوجت:

يحرم على ولي اليتيمة أن يمتنع عن تزويجها طمعاً في مالها، فعن عائشة رضي الله عنها في قوله تعالى : " وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ " [507] إلى آخر الآية. قالت: "هي اليتيمة تكون في حجر الرجل قد شركته في ماله فيرغب عنها أن يتزوجها ويكره أن يزوجها غيره، فيدخل عليه في ماله فيحبسها ، فنهاهم الله تعالى عن ذلك[508].

---

[503] كمال الدين ، محمد ، أحكام الأحوال الشخصية ، 2/ 234_239 ، ط1 ، المؤسسة الجامعية، بيروت ، 1416.

[504] الفيومي ، احمد، المصباح المنير ، 193/1 ، ط7 ،القاهرة ، المطبعة الاميرية .

[505] محمد ، زين الدين ،البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ،179/4 ط1.

[506] البهوتي ، منصور ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، 576/5 ،ط1 ، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية.

[507] سورة النساء ، اية 127.

[508] البخاري: صحيح البخاري. 7/21 كتاب النكاح، باب: إذا كان الولي هو الخاطب.

وإذا تزوجت اليتيمة لا يجوز أن يُقلّل مهرها دون مهر مثيلاتها من النساء وإلا اعتبر ذلك خيانة للأمانة. وهذا يدل على مدى عناية الإسلام باليتيمة من كافة النواحي، ومدى حرصه على أن لا يقع عليها ظلم من أحد.

والدليل على ذلك ما رواه البخاري عن هشام عن أبيه عن عائشة، في قوله تعالى: "وإِن خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاء مثنى وثلاث ورباع"[509] . قال: اليتيمة تكون عند الرجل وهو وليها فيتزوجها على مالها ويسيء صحبتها، ولا يعدل في مالها، فليتزوج ما طاب له من النساء سواها مثنى وثلاث ورباع[510].

المطلب الخامس: حق اليتيم في الرعاية الصحية والعلاج والتعليم:

أصبحت الرعاية الصحية اليوم من مستلزمات الحياة الأساسية، التي لا يمكن للإنسان أن يستغني عنها. واليتيم كغيره من الأطفال يحتاج إلى من يتعهده ويرعاه ويتكفل بعلاجه ومراقبة صحته. لذلك حرص الإسلام على الاهتمام بصحة اليتيم، والمحافظة على جسده، لصيانته من الأمراض. ويعتبر اليتيم أمانة عند وليه القائم على شؤونه، لذلك يجب عليه أن يحافظ على صحة اليتيم وأن يعتني به حتى ينشأ قوياً سليماً من الأمراض. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"[511]

ومنح الإسلام الطفل اليتيم الحق في التعليم والتثقيف كغيره من الأطفال، لتصقل شخصيته وتتميز ملامح هويته، ويتسع إدراكه. وحتى يعتمد على نفسه عندما يشتد عوده، فلا يعود بحاجة إلى العطف والرعاية من أحد. ويعتبر طلب العلم والتعليم في الإسلام فرضاً وحقاً مستمراً للإنسان، يمتد من المهد إلى اللحد.

وحذر الرسول - صلى الله عليه وسلم - من ترك الأطفال بدون تعليم وثقافة. وبما أن فترة الطفولة هي أخصب فترة في البناء العلمي والفكري للإنسان، حيث تتحد فيها عناصر شخصيته، وتتميّز ملامح هويته، فقد دعا الإسلام رب الأسرة إلى تعليم أهله والاهتمام بهم، وعدم الاقتصار على السعي على رزقهم[512].

وينبغي على القائم على أمر اليتيم أن لا يغفل عن أهمية تعليم اليتيم لأمور دينه من العبادات وأحكامها وحفظ القرآن الكريم والسنة النبوية وأصول العقائد والأخلاق، وإذا لم يفلح اليتيم بالتعليم في المدارس والجامعات، يجوز لوصيه أن يعلمه حرفة يؤمن بها مستقبله، ليستقل عن غيره، ويصبح قوياً معتمداً على نفسه.

---

[509] سورة النساء ، اية 3.

[510] البخاري: صحيح البخاري. 7/11 كتاب النكاح، باب لا يتزوج أكثر من أربع.

[511] مسلم: صحيح مسلم. 4/1729 كتاب السلام، باب لكل داء دواء

[512] العمري، أكرم ضياء: التربية الروحية والإجتماعية في الإسلام. ص191 ط. 1. الرياض: دار اشبيليا. 1417.

المطلب السادس: حقوق اليتيم المالية وأحكامها:

اولًا: حق اليتيم في امتلاك المال:

لما كان من حق كل إنسان أن يملك المال ولو كان جنيناً في بطن أمه. فمن حق اليتيم أن يمتلك المال مثله في ذلك مثل كل المسلمين.

ثانيًا: حكم تصرفات اليتيم في ماله:

يتمتع اليتيم بأهلية أداء ناقصة بسبب صغره، وبناءً على ذلك لا يصلح للالتزام بالحقوق وأداء الواجبات. وأهلية الأداء هي: صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يخاطب بها الشارع الإنسان عند كمال عقله، وتصور هذه الأعمال منه على وجه يعتد به شرعاً. وعلى هذا تقسم تصرفات الطفل اليتيم إلى ثلاثة أقسام:-[513]

1 تصرفات نافعة نفعاً محضاً: تصح التصرفات النافعة نفعاً محضاً من اليتيم مباشرة؛ لأن الأهلية القاصرة كافية لجواز الأداء، أي يترتب عليها دخول شيء في ملكه، كالهبة والصدقة والوصية.

2 تصرفات ضارة ضرراً محضاً: لا يجوز لليتيم أن يتصرف أي تصرف فيه ضرر محض، ولا يجوز لوليه أو وصيّه أيضاً إجراء أي شيء من هذه التصرفات، كالقرض والصدقة والعتق.

3 تصرفات مترددة بين النفع والضرر: التصرفات التي تتردد بين النفع والضرر، كالبيع والإجارة والنكاح، لا يجوز لليتيم أن يباشرها بنفسه، بل يملكها فقط بموافقة الولي. فتصح هذه التصرفات من اليتيم المميز، وتنعقد صحيحة بإذن وليه منعًا للضرر والإجحاف في حقه [514].

ثالثًا: التبرع من مال اليتيم:

لا يجوز للأولياء والأوصياء أن يتجرؤوا على التصدق ببعض مال اليتيم بحجة فعل الخيرات؛ لأن التبرع من مالهم يعتبر تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً، فلا يملكه الولي.[515] فلا يجوز للوصي أن ينفق أي جزء من مال اليتيم في غير مصلحة اليتيم ولو كان ذلك في وجوه الخير التي دعا إليها الإسلام كبناء المساجد، وإنشاء المدارس، وغيرها.

---

[513] المرجع نفسه ، ص 164 .

[514] الزحيلي ، وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته، ص 164 ، ط4 ، دار الفكر ، دمشق

[515] الزحيلي ، وهبة ،الفقه الإسلامي وأدلته ، 752/7، ط4 ، دار الفكر ، دمشق .

وبناء على ذلك، لا يجوز شرعاً للوصي أن يتنازل عن أي حق لليتيم. جاء في المغني: "ليس لولي اليتيم التصرف في ماله إلا على وجه الحظ له، وما لا حظ فيه، ليس له التصرف به كالعتق والهبة والتبرعات والمحاباة[516]".

المبحث الرابع: الولاية والوصاية على اليتيم:

اهتمت الشرائع السماوية والوضعية برعاية اليتيم وحفظ حقوقه؛ لضعفه وعجزه عن متابعة أموره بنفسه. لذلك دعت هذه الشرائع لجعل الولاية أو النيابة الشرعية كضمان لحفظ حقوقه ورعايته والعناية به حتى يصبح عنصرًا إيجابيًا في المجتمع المسلم بعد ثبوت رشده واستقلاله بأمور نفسه

المطلب الأول: تعريف الولاية لغةً واصطلاحًا:

الولاية في اللغة:

الولاية مصدر وَلِيَ وتطلق على كل مَن وَلِيَ أمرًا؛ فوليُّ العهد: وارث الملك، ووليُّ المرأة: من يتولى عقد النكاح عليها.[517]

الولاية في اصطلاح الفقهاء: اختلف الفقهاء في تعريف الولاية:

_ قال الحنفية إنّها :"تنفيذُ القولِ على الغير شاء أم أبى"[518]

_قال ابنُ تَيميَّةَ: "الوَلايةُ: ضِدُّ العَداوةِ، وأصلُ الوَلايةِ: المَحَبَّةُ والقُرْبُ، وأصلُ العَداوةِ: البُغضُ والبُعدُ. وقد قيلَ: إنَّ الوَلِيَّ سُمِّي وليًّا مِن مُوالاتِه للطَّاعاتِ، أي: مُتابَعَتِه لها، والأوَّلُ أصَحُّ. والوَلِيُّ: القَريبُ، يُقالُ: هَذا يَلي هَذا، أي: يَقرُبُ منه"[519]

_وقال ابنُ حَجَرٍ: "المُرادُ بَولِيِّ اللهِ العالِمُ باللهِ المواظِبُ على طاعَتِه، المُخلِصُ في عِبادَتِه"[520]

_وقال محمد الشلبي:" الولاية سلطة شرعية يملك بها صاحبها التصرف في شؤون غيره، وهي لا تثبت إلا عمّن كان كامل الأهلية، وله سلطة في حق نفسه في الأمور التي تتعلق بشخصه"[521]

المطلب الثاني: أقسام الولاية وشروطها:

تقسم الولاية إلى قسمين:

---

[516] ابن قدامة ، عبد الله ، المغني والشرح الكبير، 519/4 ، ط2 ، 1347، مطبعة المنار.

[517] مجموعة من علماء اللغة : المعجم العربي الأساس ص1334 ، بتكليف من المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم.

[518] ابن عابدين، محمد، حاشية رد المحتار على الدر المختار،55/3، 1423 ، 12.

[519] ابن تيمية ،أحمد، الفرقان بين اولياء الرحمن واولياء الشيطان، 1/9، مكتبة دار البيان ، دمشق ، 1405.

[520] العسقلاني، أحمد، فتح الباري242/11، المكتبة السلفية، مصر، ط1، 1380.

[521] الشلبي، محمد، المدخل في التعريف في الفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود.ص518 ،دار النهضة العربية، بيروت،1401هـ.

أ_ ولاية قاصرة: "وهي سلطة شرعية يتمكّن صاحبها بواسطتها من إنشاء العقد أو التصرّف في حق نفسه، بحيث تترتب الآثار على ذلك التصرّف دون توقف على إجازة أحد كولاية البالغ العاقل في تزويج نفسه".

ب_ ولاية متعدية: "وهي الولاية التي تثبت للشخص على غيره بسبب أمر عارض جعله الشارع علة وسبباً لثبوتها"

وتقسم الولاية المتعدية إلى ثلاثة أقسام:

أ_ ولاية على النفس: وهي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية، من صيانة وحفظ وتأديب وتعليم وتزويج[522].

ب_ ولاية على المال: وهي خاصة بالتصرفات المتعلقة بمال من تثبت عليه، كالصغير ومَن في حكمه كالمجنون والمعتوه[523].

ج_ ولاية على النفس والمال معًا: وهي سلطة شرعية تمكن الولي من إنشاء عقد المال والزواج للمولى عليه نافذًا دون توقف أو إجازة أحد[524].

شروط الولاية: اشترط الفقهاء شروطاً لا بد من توافرها في كل من: الولي، والمولى عليه، والمولى فيه:

أولًا : شروط الولي:[525]

أ- أن يكون كامل الأهلية (بالغاً عاقلاً): فلا ولاية لصغير ولا لمجنون ولا لمعتوه، لأنهم بحاجة إلى من يتولّى شؤونهم.

ب- أن يكون حراً: فلا ولاية للعبد؛ لكونه فاقداً لأهلية الأداء.

ت- أن يكون مسلماً: فلا ولاية لغير المسلم على المسلم، لقوله تعالى: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"[526]

ث- القدرة على تربية الولد، والأمانة على أخلاقه، فلا ولاية لفاسق ماجن لا يبالي بما يفعل؛ لأنه يضر بأخلاق القاصر وبماله.

ج- -العدالة: لأن الهدف من الولاية تحقيق المصلحة للمولى عليه، والفاسق لا يستطيع معرفة وجه المصلحة له.

---

[522] الزحيلي ، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، 48/7،ط4 دار الفكر دمشق.

[523] زيدان ، عبد الكريم، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، ص280 ، دار عمر بن الخطاب، مصر ، ط1، 1386.

[524] ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني ، 3/255، ط1 ، 1389.

[525] الخياط، عبد العزيز،: المدخل إلى الفقه الإسلامي. ص161 ط. 1. دمشق: دار الفكر، 1411.

[526] سورة النساء ، اية 141.

ح- أن لا يكون محجوراً عليه لسفه أو تبذير؛ لأن السفيه لا يتولّى أمور نفسه، فلا يتولّى أمور غيره.

ثانيًا: شروط المولى عليه:

يُشترط في المولى عليه أن يكون صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً أو محجوراً عليه، لأن هؤلاء عاجزون عن إدارة شؤونهم المالية والشخصية بأنفسهم.[527]

ثالثًا: شروط المولى فيه:

يُشترط في المولى فيه أن لا يكون من التصرفات الضارة ضرراً محضاً. فإن كان من هذه التصرفات: كالبيع مع الغبن الفاحش والهبة من مال القاصر، فليس للولي عليه ولاية

والضرر المحض هو الضرر المادي. وتعتبر الهبة ضرراً محضاً من الناحية المادية بالرغم من أنها تعود على القاصر بفوائد معنوية كثيرة أكبر من الضرر المادي[528].

المطلب الثالث: انتهاء الولاية:

_ انتهاء الولاية على المال:

تنتهي الولاية على المال بزوال سببها، وهو الصغر، وبلوغ الصغير سن الرشد المالي. ويمكن معرفة سن الرشد المالي عن طريق الاختبار والتجربة. وإذا تأكد الولي على المال من وصول الصغير إلى سن الرشد المالي، يسلمه أمواله وتزول الولاية عنه.

_انتهاء الولاية على النفس:

تنتهي الولاية على النفس عند الحنفية بالنسبة للصبي، ببلوغه خمس عشرة سنة أو بظهور علامة من علامات البلوغ الطبيعية، إذا كان عاقلاً مأموناً على نفسه. وإلاّ يبقى في ولاية الولي. أما بالنسبة للصغيرة فتنتهي الولاية عليها بزواجها. وإن لم تتزوج تبقى في ولاية غيرها إلى أن تصبح مسنة مأمونة على نفسها. والظاهر من كلامهم: أن الولاية تنتهي على المرأة غير المتزوجة عندما تصبح عجوزاً لا يرغب فيها الرجال[529].

المطلب الرابع: تعريف الوصاية لغةً واصطلاحًا:

الوصاية في اللغة:

---

[527] الكردي ، احمد، بحوث في الفقه الإسلامي. ص.181،180 جامعة دمشق، 1401.

[528] الكردي: بحوث في الفقه الإسلامي. ص.181،180

[529] الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته ،749/7، ط4، دار الفكر، دمشق.

الوصي بفتح الواو وكسر الصاد مِن وَصِيَ، وجمعها أوصياء. والوصي: مَن عُهد إليه بالأمر. وهو مَن يُعيّنه الولي أو القاضي لحفظ ورعاية مال القاصر، يُقال: أوصى إلى فلان أي عَهِدَ إليه وجعله وصيّه يتصرّف في أمره وماله وعياله بعد موته[530].

الوصاية في الاصطلاح:

هي استخلاف شخص يقوم على القاصر بالتعهّد والرعاية، فهي تُطلق على مَن يقوم على شؤون الصغير. وأوصى إلى رجل: أي جعل له التصرف بعد موته في جميع ما كان له من تصرفات، من قضاء الديون واستردادها، والولاية على الأولاد الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين وغير الراشدين، وحفظ أموالهم والتصرف فيها بما فيه مصلحتهم[531].

المطلب الخامس: أنواع الوصي وشروطه:

الفرع الأول: أنواع الوصي:

أ_ الوصي المختار: "هو مَن يختاره المرء نائباً عنه بعد موته، ليتصرف في أمواله ويقوم على مصالح المستضعفين (غير الراشدين) من ورثته[532].

ومن ذلك: "من يختاره الأب قبل وفاته ليكون وصياً على ولده القاصر أو الحمل المتكون ليقوم بإدارة أمواله ورعايتها حتى يبلغ سن الرشد"[533]

ب_ وصي القاضي: "هو الذي يعينه القاضي، للإشراف على تركة الأولاد"[534] أو هو الوصي الذي تعينه محكمة الولاية على المال لرعاية شؤون القاصر إذا لم يكن للأخير وصي مختار.

الفرع الثاني: شروط الوصي:

1 العقل والتمييز والبلوغ: فلا يصح الإيصاء إلى الصبي المجنون والمعتوه، لأنّه لا ولاية لأحد منهم على نفسه وماله. فلا يجوز له التصرف في شؤون غيره من باب أولى. وذلك لعموم قوله صلى الله عليه وسلم"" إنَّ القلم رُفع عن ثلاثة: عن المجنون حتى يفيق، وعن الصبي حتى يُدرك، وعن النائم حتى يستيقظ"[535].

2 الإسلام، إذا كان الموصى عليه مسلماً: لأن الوصاية ولاية، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم. لقوله تعالى :" ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"[536].

---

[530] أنيس، إبراهيم ، المعجم الوسيط، 1050/2،ط4، مكتبة الشروق الدولية،1425.

[531] ابن قدامة، عبد الله، المغني، 598/6،ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1388.

[532] الجزيري، عبد الرحمن ،الفقه على المذاهب الأربعة،315/3،ط1،دار الايمان ،1419.

[533] حمدي، كمال: الأحكام الموضوعية في الولاية على المال. ص.75 الإسكندرية: منشأة المعارف.

[534] الزحيلي، وهبة، الفقه الاسلامي وأدلته، 7337/10، ط4، دار الفكر ، دمشق.

[535] البخاري: صحيح البخاري .7/58 كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران والمجنون.

3 أن يكون الموصى إليه قادراً على القيام بما أوصي به ويحسن التصرف فيه، فإن كان عاجزاً عن القيام بذلك لمرض أو كبر سن أو نحو ذلك، لا يصح الإيصاء له.

4 تجوز الوصاية للأخرس مِمَن له إشارة مفهمة[537].

5 تجوز الوصاية للأعمى، لأنه كامل الأهلية.

6 يصح الإيصاء إلى المرأة باتِّفاق الفقهاء. لِوفور شفقتها و لأنها من أهل الشهادة كالرجل، فتكون أهلاً للوصاية مثله.

7 تصح وصاية الذمي إلى المسلم اتفاقاً.

أما الوصاية من المسلم إلى الذمي فلا تصح، لأنه لا ولاية للكافر على المسلم، لقوله تعالى " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"[538].

المطلب السادس: انتهاء الوصاية:

تنتهي مهمة الوصي لأسبابٍ عدّة، منها[539]:

1 بلوغ الصبي سنّ الرشد، إلاّ إذا بلغ معتوها أو مجنونا ففي هذه الحالة تستمر الوصاية عليه.

2 انتهاء مدّة الوصاية، إذا كانت وصاية مؤقتّة..

3 فقد الوصيّ أهليّته، لأنَّ من شروط الوصي أن يكون: عدلاً، كفؤاً، ذا أهلية.

4 موت القاصر الموصى عليه.

5 موت الوصي.

6 ثبوت غيبة الوصي وفقده، لاستحالة مباشرته لأعباء الوصاية في هذه الحالة.

7 استقالة الوصيّ أو عزله.

الخاتمة: قد خلص هذا البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات ويمكن إجمالها فيما يلي:

❖ أهم النتائج:

- اليتيم هو الصغير الذي فقد أباه بالموت وهو دون سن البلوغ (اليتيم الحقيقي) .
- اليتيم الحكمي: هو الطفل الذي له أب على قيد الحياة ولكنه في حكم الأموات، يُحرم أولاده من رعايته، وعطفه، وحنانه.

---

[536] سورة النساء ، اية 141.

[537] الرملي ، شمس الدين ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج 162/7، ط1 ، بيروت، دار الفكر، 1404.

[538] سورة النساء، اية 141.

[539] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الموسوعة الفقهية ،207/7.

- يكون اليتيم غالبًا موضع شفقة ورحمة في المجتمع، لعدم وجود من ينفق ويحنو ويعطف عليه، فرعاية اليتامى وتربيتهم واجبة؛ لأن إهمالهم يؤدي إلى فسادهم وفساد المجتمع.

كما أن اليتيم نفس محترمة لا يجوز إهمالها، وهي لم ترتكب ما تُعاقب عليه، وقد ينبع من اليتامى أشخاص لهم قيمتهم في الحياة.

- الولاية نوعان: ولاية قاصرة: وهي سلطة شرعية يتمكّن صاحبها بواسطتها من إنشاء العقد، وولاية متعدية: وهي الولاية التي تثبت للشخص على غيره بسبب أمر عارض جعله الشارع علة وسبباً لثبوتها.

تنتهي الولاية على المال بزوال سببها، وهو الصغر، وبلوغ الصغير سن الرشد المالي، أما الولاية على النفس فتنتهي عند الحنفية بالنسبة للصبي، ببلوغه خمس عشرة سنة أو بظهور علامة من علامات البلوغ الطبيعية.

- الوصاية نوعان: الوصي المختار : هو مَن يختاره المرء نائباً عنه بعد موته، ليتصرف في أمواله ويقوم على مصالح المستضعفين (غير الراشدين) من ورثته، ووصي القاضي: هو الذي يعينه القاضي، للإشراف على تركة الأولاد.
- تنتهي الوصاية ببلوغ الصبي سن الرشد، وبانتهاء مدة الوصاية، وبفقد الوصي أهليته، وبموت القاصر الموصى عليه، أو موت الوصي أو ثبوت غيبة الوصي.
- أمر الإسلام بإحسان الوصاية على مال اليتيم ورعايته وتنميته وحفظه من الضياع.

❖ أهم التوصيات:

- توظيف المساجد من خلال الدروس والخطب لنشر الوعي الشرعي بأحكام اليتيم، وتنمية الوازع الديني لدى الأسر للقيام بالواجبات كما أمر الله تعالى.
- عقد الندوات والمحاضرات في المدن والقرى، والأحياء، بقصد التوعية والإرشاد في قضايا الأسرة وخاصة اليتيم.
- ضرورة تنظيم قانون خاص يُعرف باسم قانون الأيتام، يشمل جميع الجوانب التي تحتاجها هذه الفئة.
- تثقيف اليتيم وتوعيته بحقوقه وواجباته تجاه أسرته ومجتمعه.
- أن توفر الجامعات المحلية والخارجية مِنَح دراسية خاصة بالأيتام.
- حماية حق اليتامى الذين فقدوا آباءهم في جرائم قتل من الإجحاف والضياع.

المصادر والمراجع:

1- أنيس، إبراهيم، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية،1425هـ.
2- البهوتي، منصور، كشاف القناع عن متن الإقناع، ط1، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية.
3- ابن تيمية، أحمد، الفرقان بين أولياء الرحمن وأولياء الشيطان، مكتبة دار البيان، دمشق ، 1405هـ
4- الجزيري، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، ط1،دار الايمان ،1419هـ
5- الحصني، تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني، كفاية الأخيار في حلِّ غاية الاختصار، بيروت ، دار المعرفة .
6- حمدي، كمال: الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، الإسكندرية: منشأة المعارف.
7- الخياط، عبد العزيز،: المدخل إلى الفقه الإسلامي، ط1، دمشق: دار الفكر، 1411.
8- الرحيباني ، مصطفى ، مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى، ط1، دار المكتبة الإسلامية، دمشق .
9- الرملي ، شمس الدين ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط1 ، بيروت، دار الفكر، 1404هـ
10- الزحيلي ، وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته ،ط4 ، دار الفكر، دمشق .
11- زيدان ، عبد الكريم، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، مصر ، ط1، 1386هـ
12- أبو السعادات ، المبارك بن محمد الجزري ، النهاية في غريب الحديث والأثر، دار المكتبة العلمية ، بيروت ، 1399هـ
13- الشلبي، محمد، المدخل في التعريف في الفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود، دار النهضة العربية، بيروت،1401هـ
14- الشيرازي، إبراهيم ، المهذب، السير ، باب قسم الخمس، دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1412هـ
15- الصاوي، أحمد ، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1415هـ
16- الصغير ، محمد ، حقوق الطفل بين القوانين الدولية والشريعة الربانية، دار شبكة الألوكة ، السعودية .
17- عقلة ، محمد ، نظام الأسرة في الإسلام، ط2 ،عمّان - الأردن، مكتبة الرسالة،1409هـ
18- ابن عابدين، محمد ، حاشية رد المحتار على الدر المختار، 1423هـ

19- العسقلاني، ابن حجر، فتح الباري، المكتبة السلفية، مصر، ط1، 1380هـ

20- العمري، أكرم ضياء، التربية الروحية والاجتماعية في الإسلام، ط1، الرياض: دار اشبيليا. 1417هـ

21- الفيومي ، أحمد، المصباح المنير، ط7 ،القاهرة ، المطبعة الأميرية .

22- ابن قدامة، المقدسي ، ابو إسحاق موفق الدين ،الكافي، الوصايا، باب الموصى له، دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1414هـ

23- ابن قدامة ، شمس الدين المقدسي ، المغني والشرح الكبير، بيروت ، دار الكتاب العربي 1392هـ

24- الكردي ، أحمد، بحوث في الفقه الإسلامي، جامعة دمشق، 1401هـ

25- كمال الدين ، محمد ، أحكام الأحوال الشخصية، ط1 ، المؤسسة الجامعية، بيروت ، 1416هـ

26- مجموعة من علماء اللغة : المعجم العربي الأساس، بتكليف من المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم.

27- المرغيناني ، برهان الدين أبو حسن علي بن ابي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، تحقيق طلال يوسف ، بيروت ، دار إحياء التراث العربي ، 1440هـ

28- المقدم، محمد إسماعيل، تفسير آيات القرآن، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية ، 20.

29- ابن منظور ، لسان العرب، دار صادر_ بيروت ط3 ، 1414هـ

30- ابن نجيم ، زين الدين الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الحقائق، دار المعرفة، بيروت.

31- ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني، ط1 ، 1389هـ

32- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الموسوعة الفقهية الكويتية.

33- https://rightsorphans.blogspot.com/2012/03/blog-post_21.html.

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي
International Journal of Legal Interpretative Judgement
المجلد 04، العدد 14
ISSN : 2748-5056

الحق في التعليم بين النصوص التشريعية والواقع

م.م حبيب تاية الشمري- جامعة القاسم الخضراء- رئاسة الجامعة - العراق
أ.م. د. رجاء حسين عبد الأمير- جامعة القاسم الخضراء- رئاسة الجامعة - العراق

الملخص
ان الحق في التعليم من الحقوق الاساسية ، لتأثيره البالغ في اعمال حقوق الانسان الاخرى ولأهمية النتائج المترتبة عنه في التطور والنماء الاقتصادي والاجتماعي للمواطنين وبالتالي ثم انعكاسه على الدولة ، فضلا عن المساهمة في تنمية القدرات كما يسهم في اعدادهم مستقبلاً لخدمة الوطن ، وهذا الحق الذي نصت عليه التشريعات الدولية ذات العلاقة بالطفل مع اهمية تحقيق تكافؤ الفرص بين الذكر والانثى في ذلك.
وللحق في التعليم ميزة تميزه عن مختلف الحقوق الأخرى، إذ يعدُ حقاً اقتصادياً وحقاً اجتماعياً وحقاً ثقافياً في حين يمثل ايضاً حقاً مدنياً وسياسياً لأنه اساسياً لأعمال فعال لهذين الحقين وبالتالي فان الحق في التعليم يعبر عن عدم تجزئة حقوق الانسان كما يعبر عن ترابط هذه الحقوق جميعها.
الكلمات المفتاحية: التعليم، الأطفال، الحق، الانسان.

Abstract :The right to education is one of the basic rights, due to its great impact on the implementation of other human rights and the importance of its results in the development and economic and social development of citizens and therefore its reflection on the state, as well as contributing to the development of capabilities as well as contributing to preparing them in the future to serve the country, and this right that I stipulated International legislation related to children, with the importance of achieving equal opportunities for males and females in this regard .The right to education has an advantage that distinguishes it from various other rights, as it is an economic right, a social right, and a cultural right, while it also represents a civil and political right because it is essential to the effective actions of these two rights. Therefore, the right to education expresses the indivisibility of human rights as well as the interdependence of all these rights.
Keywords: education, children, right, human.

مقدمة

اولاً: موضوع البحث :

أول مجتمع قد تشكل في حيلة البشرية، هو الاسرة التي تتكون من عدد من الافراد تجمعهم المصالح المشتركة وروابط القربى المتينة فالأسرة هي الخلية الاولى في المجتمع.

وقد نظمت التشريعات حقوق الاسرة والطفل في الدساتير المعاصرة، كون الطفل هو اللبنة الخصبة للتغيير، اذا تعهدناه بالطرق التربوية القادرة على مخاطبة عقولهم واظهار ذكائهم وطاقاتهم ، وهذا الامر لن يتحقق الا بتوفير الظروف الاجتماعية والتعليمية والقانونية القادرة على ذلك التغيير.

ومن هذا المنطلق فإن تربية الطفل وتعليمه يهدفان الى تكوينه علمياً وثقافياً وتنمية شخصيته وقدراته العقلية والبدنية ، وعلى هذا الاساس أصبح التعليم المجاني حق لجميع الاطفال ونصت عليه غالبية الدساتير في العالم ، وكذلك نصت غالبية القوانين على ان التعليم الابتدائي يكون اجبارياً وملزماً كما ان من حق الطفل في التعليم كفالة الدولة لحاجات الطفل الثقافية [540].

ثانياً: أهمية البحث :

يبدو اهمية البحث من خلال، ان الحق في التعليم هو من الحقوق الاساسية، كما أن الاهتمام بالتعليم هو اهتمام بالقاعدة التي يبني عليها المجتمع آماله وغاياته في مجال التقدم، فضلا عن توعية المجتمع بحق الطفل في التعليم وبيان صعوبات تطبيق هذا الحق والاسهام في وضع حلول مناسبة لها، لا سيما أن وجود عدد لا يستهان به من الاطفال الذين يفقدون حقهم بالتعليم.

ثالثاً: مشكلة البحث :

كثرة الازمات التي تعرض لها المجتمع العراقي وعلى كافة الاصعدة، بدأ من الصراعات والنزاعات المسلحة، ولعل اقسى ما تعرض له المجتمعة العراقي أبان حقبة تنظيمات داعش الارهابية التي لازالت تلقي بظلالها على حق الطفال في التعليم، فضلا عن جائحة كورونا وما رافقها من تداعيات، اثر بشكل كبير على تماسك النسيج الاجتماعي للمجتمع والذي اثر بدوره على افراد المجتمع ولا سيما الاطفال .

[540] - د. محمد جبار طالب ، (حق الطفل في التربية والتعليم) ، مجلة القادسية ، العدد الثالث ، المجلد الثاني ، تموز 2009 ، ص 1 .

فأصبحت مشكلة حق الطفل في التعليم وضرورة حمايتها جزءاً لا يتجزأ من حقوق الانسان العالمية التي تعرضت الى خطر جسيم نالت من طفولة العراق الكثير الذي يمكن أن يؤدي إلى نتائج لا تحمد عقباها.

رابعاً: منهجية البحث :

سنعتمد المنهج التحليلي وكذلك وذلك من خلال تحليل نصوص التشريعات العراقية ومنها نصوص دستور العراق النافذ لعام 2005 والتشريعات العراقية التي نظمت حق الطفل في التعليم خامساً : خطة البحث

ومن اجل الاحاطة بهذا الموضوع سوف يقسم هذا البحث إلى ثلاثة مطالب

المطلب الاول / حق الطفل في التعليم في ظل الاتفاقيات والمواثيق الدولية

المطلب الثاني / حق الطفل في التعليم في التشريعات العراقية

المطلب الثالث / حق التعليم وتطبيقه الفعلي

المطلب الأول: حق الطفل في التعليم في ظل الاتفاقيات والمواثيق الدولية

ان الحق في التعليم هو من الحقوق الاساسية من فئة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وقد كفلت جميع المواثيق والمعاهدات الدولية والاقليمية هذا الحق ، بدأً من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام 1948 ، والعهدين الدوليين للحقوق لعام 1966 ، و اعلان حقوق الطفل الذي تبنته الامم المتحدة عام1959 ، ورغم خلو هذا الاعلان من القيمة القانونية ، فقد هيأ لأن يتم اعداد اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 .

كفلت الاتفاقيات والاعلانات العالمية هذا الحق واكدت عليه كحق للطفل ولجميع البشر ، وبذلك نستشف ان الشرعية الدولية قد نظمت حق الطفل في التعليم .

وقد نصت المادة (26) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان عام 1948 على أنه، (1- لكل شخص الحق في التعلم ويجب ان يكون التعليم في مراحله الاولى والاساسية على الاقل بالمجان ، وان يكون التعليم الاولي الزامياً و ..... الخ، 2- يجب ان تهدف التربية الى انماء شخصية الانسان إنماءً كاملاً والى تعزيز احترام الانسان والحريات الاساسية وتنمية التفاهم والتسامح والصداقة بين جميع الشعوب والجماعات

العنصرية أو الدينية والى زيادة مجهود الامم المتحدة لحفظ السلام ، 3- للإباء الحق الاول في اختيار نوعية تربية ابنائهم .)[541].

ونص المبدأ السابع من اعلان حقوق الطفل الذي صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 تشرين الثاني لعام 1959 على أنه، (للطفل حق في تلقي التعليم ، الذي يجب ان يكون مجانياً والزامياً ، في مراحله الابتدائية على الاقل وان يستهدف رفع ثقافة الطفل العامة وتمكينه ، على اساس تكافؤ الفرص ، من تنمية ملكاته وحصافته وشعوره بالمسؤولية الادبية والاجتماعية ، ومن ان يصبح عضواً مفيداً في المجتمع، ويجب أن تكون مصلحة الطفل العليا هي المبدأ الذي يسترشد به المسؤولون عن تعليمه وتوجيهه . وتقع هذه المسؤولية بالدرجة الأولى على ابويه . ويجب أن تتاح للطفل فرصة كاملة للعب واللهو الذين يجب أن يوجها نحو اهداف التعليم ذاتها وعلى المجتمع والسلطات العامة السعي لتيسير التمتع بهذا الحق)[542] .

أما العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966 فنص في المادة(13) على انه :(1- تقر الدول الاطراف في هذا العهد بحق كل فرد في التربية والتعليم ، وهي متفقة على وجوب توجيه التربية والتعليم إلى الانماء الكامل للشخصية الانسانية .....

2-وتقر الدول الاطراف في هذا العهد بأن ضمانة الممارسة التامة لهذا الحق يتطلب : أ- جعل التعليم الابتدائي الزامياً واتاحته مجاناً للجميع .....)[543].

كما ورد ذكر الحق في التعليم في اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 التي حققت توازناً اخر يجمع بين مسؤولية اولياء الامور عن تنشئة الاطفال وبين التزام الدولة بدعم وبضمان كفالة حقوق الاطفال في حالة عجز اولياء الامور عن كفالتهم.[544]

فقد نصت الاتفاقية في موادها (28-29) على اعتراف الدول الاطراف بحق الطفل في التعليم وجعل التعليم الزامياً ومتاحاً مجاناً للجميع وان توافق الدول الاطراف على ان يكون تعليم الاطفال موجهاً نحو

[541] - الاعلان العالمي لحقوق الانسان عام 1948، متوفر الموقع الرسمي لجامعة منيسوتا، مكتبة حقوق الأنسان، http://hrlibrary.umn.edu، تاريخ الزيارة 2023/4/9، الساعة 4 مساءً.

[542] - اعلان حقوق الطفل لعام 1959، متوفر الموقع الرسمي لجامعة منيسوتا، مكتبة حقوق الأنسان، http://hrlibrary.umn.edu، تاريخ الزيارة 2023/4/9، الساعة 4 مساءً.

[543] - العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966، متوفر الموقع الرسمي لجامعة منيسوتا، مكتبة حقوق الأنسان، http://hrlibrary.umn.edu، تاريخ الزيارة 2023/4/9، الساعة 4 مساءً.

[544]) د. عادل عازر ، اتفاقية الطفل وحقوق الانسان ، اميدايست وتجمع حقوق الطفل للنشر ، 1999 ، ص 201.

تنمية شخصية الطفل ومواهبه وقدراته العقلية و البدنية واحترام هوية الطفل الثقافية ولغته وقيمه الوطنية للبلد الذ يعيش فيه الطفل والبلد الذي نشأ فيه في الاصل والحضارات المختلفة عن حضارته [545].

وان الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لعام 1989 تنتمي بحكم طبيعتها وبما تقرره من حقوق الى مجموعة المواثيق الدولية المعنية بحقوق الانسان وقد افاد المشاركون في صياغة الاتفاقية من التراث الذي ارسته العهود والاتفاقات الدولية المعنية بحقوق الانسان ، الامر الذي حقق التكامل والتوافق معها [546].

وفي الواقع لقد تحقق تقدم ملحوظ خلال عقد التسعينات من القرن الماضي في مجال حقوق الطفل فلقد حثت اتفاقية حقوق الطفل على حشد الالتزام السياسي والحملات العالمية وزيادة المخصصات الموجهة لأغراض التعليم وتطوير اساليب التدريس للفتيان والفتيات وهدم الفجوة بين الجنسين لجذب الاطفال الى المدارس.

مما سبق نلاحظ ان اهم القضايا التي وردت في النصوص الدولية هي : -

1) الزامية ومجانية التعليم الاساسي .
2) ازالة اي نوع من التمييز في الوصول للتعليم على اساس الدين او الجنس او اللون او العرق او الاعاقة .
3) نوعية التعليم جيد تلائم روح العصر وتراعي معايير حقوق الانسان ومبادئ العدل والسلم .
4) حرية اولياء الامور في اختيار نوعية التعليم التي تلائم ابنائهم .

المطلب الثاني

حق الطفل في التعليم في التشريعات العراقية

قبل الشروع بالموقف التشريعي لحق التعليم لأبد من القاء نظرة الحقب الزمنية التي مر بها التعليم في العراق، وحسب تقرير اليونسكو فإن العراق في فترة ما قبل حرب الخليج الثانية عام 1991 كان يمتلك نظاماً تعليمياً من افضل انظمة التعليم في المنطقة ، وكانت نسبة القادرين على القراءة والكتابة في فترة السبعينيات والثمانينيات من القرن الماضي عالية، وقد أنشأ نظام التعليم في العراق عام 1921 وفي اوائل عام 1970 اصبح التعليم عام ومجاني على جميع المستويات والزامي في المرحلة الابتدائية.

---

[545]- اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989، متوفر الموقع الرسمي لجامعة منيسوتا، مكتبة حقوق الأنسان، http://hrlibrary.umn.edu، تاريخ الزيارة 2023/4/11، الساعة 9 مساءً.

[546]) Arzabe , P. H. M. Human Rghts – a NEW Paradigm , in the poverty of rights , edited by Van Genugten , W. and perez – Bustillo , c, zed books , London . 2001 . p32.

بحلول عام 1984 تحققت انجازات كبيرة على صعيد التعليم في العراق ومنها ارتفاع معدلات الالتحاق الاجمالية اكثر من 100% والمساواة بين الجنسين في معدلات الالتحاق الكامل تقريباً وانخفضت نسبة الامية بين الفئة العمرية (15-45) إلى اقل من 10% وبلغ الانفاق في مجال التعليم 6 % من الناتج القومي الاجمالي و 20 % من ميزانية الحكومة العراقية، وكان متوسط الانفاق الحكومي على التعليم للطالب الواحد 620 دولار.

اما في السنوات من 1984- 1989 الناجمة عن الحرب مع ايران والذي ادى بدوره إلى تحويل الموارد المالية العامة تجاه الانفاق العسكري، ادى بطبيعة الحال إلى انخفاض حاد في الانفاق الاجتماعي العام ،وعانت ميزانية التعليم من عجز والتي استمرت في النمو مع مرور السنين حيث لم تتواجد خطة استراتيجية لمعالجة هذه القضايا في ذلك الوقت.

أما في سنوات الازمة من 1990 إلى 2003 والناجمة عن حرب الخليج الاولى والعقوبات الاقتصادية التي تسببت بأضعاف المؤسسات التعليمية في العراق ومنها انخفاض حصة التعليم لتصل إلى 8% من مجموع ميزانية الحكومة وانخفاض الانفاق الحكومي على تعليم الطالب الواحد من 620 دولار إلى 47 دولار وانخفاض عدد الطلاب الاجمالي في التعليم الابتدائي الى 90% [547] .

أما في عام 2003 وحسب تحليل منظمة اليونسكو فقد تفاقم النظام التعليمي في وسط وجنوب العراق على الرغم من توفير الاساسيات من خلال برنامج النفط مقابل الغذاء، إلا أن شمال العراق فلم يعان بقدر كبير مثل باقي انحاء العراق بسب برامج اعادة التأهيل واعادة الاعمار من قبل منظمة الامم المتحدة [548]، وتباعاً لفترة ما بعد غزو العراق هناك تعديلات في المناهج العراقية ، كذلك الزيادة في رواتب المدرسين والمدربين ونظراً لقلة التعليم في فترة ما قبل 2003 ظهر أن ما يقارب الـ 80 % من المدارس العراقية أي (15000 مدرسة) بحاجة لإصلاح ودعم للمنشآت الصحية فيها كذلك قلة المكتبات والمختبرات العلمية في هذه المدارس.

أما موقف التشريعات العراقية، يعد دستور جمهورية العراق لسنة 2005 الاساس لحق الطفل في التعليم من خلال جعله الزامياً في المرحلة الابتدائية والتي تتكون من ستة سنوات وبصورة مجانية لكل الاطفال العراقيين وفي حالة استمرار الطفل بالتعليم فإن مجانية التعليم تستمر لكافة المراحل الدراسية

[547]-انظر- التعليم في العراق ، ويكيبيديا ، الموسوعة الحرة ،متاح على الرابط الاتي:

http:av.wikipedia .org/wiki .

[548]- د. فاروق رضاعة ، (ظلام الجهل في العراق) ، جريدة الرأي نيوز وجريدة بغداد ، وانظر كذلك

Unesco.situation Analysis of Education in Iraq . Paris , 2003 , p. 56 .

بما فيها الثانوية والجامعية اضافة للمرحلة الابتدائية، إلا أنه ازال صفة الالزام عن المرحلتين الثانوية والجامعية، إذ نصت المادة (34) منع على أنه، (اولاً : التعليم عامل اساس لتقدم المجتمع ، وحق تكفله الدولة ، وهو الزامي في المرحلة الابتدائية وتكفل الدولة مكافحة الامية ثانياً : التعليم المجاني حق لكل العراقيين في مختلف مراحله . ثالثاً : تشجع الدولة البحث العلمي للأغراض السلمية بما يخدم الانسانية وترعى التفوق والابداع والابتكار ومختلف مظاهر النبوغ ...) .

كما جاء في الاسباب الموجبة لإصدار قانون وزارة التربية النافذ انه بغية اعتبار التعليم عاملاً اساسياً لتقدم المجتمع وحق تكفلهُ الدولة ولغرض استيعاب المبادئ الجديدة التي جاء بها للدستور المتمثلة بتعزيز الوحدة الوطنية ...الخ ومن النصوص القانونية التي جاء بها هذا القانون وفيما يخص حق الطفل في التعليم هو:-

1) مرحلة التعليم الابتدائي ومدتها ست سنوات .
2) مرحلة التعليم الثانوي ومدتها ست سنوات وتتكون من مستويين ، المستوى المتوسط ومدته ثلاث سنوات والمستوى الاعدادي ومدته ثلاث سنوات وينقسم إلى نوعين عام ومهني .
3) التعليم الاساسي ومدته تسع سنوات ويتكون من مرحلة الدراسة الابتدائية ومدتها ست سنوات ومستوى الدراسة المتوسطة ومدته ثلاث سنوات .
4) تعمل الوزارة على تطبيق التعليم الاساسي بشكل تدريجي في مناطق أو مدارس يحددها لوزير سعياً إلى اعمامه والزاميته .
5) التعليم الابتدائي عام وموحد والزامي للذين يكملون السادسة من العمر عند ابتداء السنة الدراسية او في الحادي والثلاثين من شهر كانون الاول من تلك السنة .
6) يجوز مد الالزام الى التعليم المتوسط عند توافر الامكانات اللازمة لذلك .
7) للوزارة ان تنشئ من الصفوف والمدارس ما يكفل رعاية وتعليم بطيء التعلم وضعاف السمع وضعاف البصر ورعاية المتفوقين والموهوبين.[549]

اما في قانون التعليم الالزامي العراقي النافذ رقم (118) لسنة 1976 والذي نظم حق الطفل في التعليم فقد نص على : -

1) التعليم في مرحلة الدراسة الابتدائية مجاني والزامي لجميع الاولاد الذين يكملون السادسة من العمر عند ابتداء السنة الدراسية أو في 31 / 12 من تلك السنة .

[549]- المواد (8 ، 9 ، 10، 11 ، 12 ، 13 ، 14) من قانون وزارة التربية العراقي النافذ لعام 2011 .

2) يلتزم ولي الولد بإلحاقه بالمدارس الابتدائية عند اكماله السن المنصوص عليه في الفقرة اعلاه واستمرارهُ فيها لحين اكمال الولد مرحلة الدراسة الابتدائية أو الخامسة عشرة من عمره .

3) تقوم ادارات المدارس الابتدائية بحصر حالات التخلف عن التسجيل ، بموجب القوائم المعلنة لديها وما يطرأ عليها من التعديل بالإضافة أو الحذف وتتخذ الاجراءات لإبلاغ اولياء الاولاد وحثهم على تسجيلهم وعلى انتظام دوامهم والحيلولة دون تسربهم عن الدراسة ولإبلاغ الجهات المسؤولة عن مراقبة الدوام ومديرية التربية الخاصة .

4) يعاقب بغرامة لا تزيد على 100 دينار ولا تقل عن دينار واحد او بالحبس لمدة لا تزيد عن شهر واحد ولا تقل عن اسبوع أو بكليهما ولي الولد المتكفل فعلاً بتربيته اذا خالف اياً من احكام هذا القانون.[550]

وكذلك تضمن مشروع قانون حماية الطفل العراقي نصوصاً مهمةً تتضمن حق الطفل في التعليم وكذلك الجزاء المترتب على عدم التحاق الطفل بالمدرسة، إذ نصت المادة (48) على أنه، (تضمن الدولة حق الطفل في التعليم المجاني ويتوجب على المؤسسات الحكومية اتخاذ الوسائل والتدابير اللازمة لضمان هذا الحق للطفل وتمتعه به) .

المادة (49) نصت على : (1-لكل طفل الحق في التعليم المجاني في مدارس الدولة حتى اتمام مرحلة التعليم الثانوي . 2- التعليم الزامي حتى اتمام مرحلة التعليم الاساسية كحد ادنى .

3-تتخذ الدولة جميع التدابير المناسبة لمنع التسرب المبكر للأطفال في المدارس .

4-اتخاذ التدابير اللازمة لتشجيع الحضور المنتظم في المدارس والتقليل من معدلات ترك الدراسة .

5-اتخاذ التدابير المناسبة لضمان ادارة النظام في المدارس على نحو يتماشى مع كرامة الطفل الانسانية .

والمادة (50) نصت على : (تتخذ الدولة جميع التدابير المناسبة والفعالة لإلغاء اشكال التمييز كافة في التمتع بحق التعليم والعمل على تحقيق تساوي الفرص الفعلية بين جميع الاطفال) .

أما المادة (112) فقد تضمنت الجزاء المترتب على عدم الحاق الطفل بالمدرسة الابتدائية فقد نصت على أنه، (1-يلتزم ولي الطفل او المسؤول عنه بإلحاقه بالمدرسة الابتدائية عند اتمامه السن القانونية للالتحاق بالمدارس الابتدائية واستمراره فيها الى حين اكماله الدراسة الابتدائية او سن الخامسة عشرة من عمره . 2-يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن مائتان وخمسون الف دينار ولا تزيد على مليون دينار ولي الطفل او المسؤول عنه اذا امتنع عن الحاق الطفل الذي تحت ولايته او

[550]- المواد (1 ، 8 ، 13) من قانون التعليم الالزامي العراقي النافذ رقم (118) لسنة 1976.

مسؤوليته بالمدرسة الابتدائية حين بلوغه السن القانونية وتضاعف الغرامة بحسب عدد الاطفال من غير الملتحقين والذين تحت ولايته او مسؤوليته . 3- تكون المجالس المحلية مسؤولة عن الابلاغ عن مثل هذه الحالات وحصرها . 4-يعفى الجاني من العقاب اذا ما كان امتناعه مبنياً على اسباب مشروعة) .

والمادة (131) نصت على أنه، (1-يحظر على ادارات المدارس الابتدائية وكوادرها مطالبة الطفل أو وليه أو المسؤول عنه بأية طلبات خارجة عن نطاق المتطلبات الرسمية لأغراض الالتحاق بالدراسة ، أو اللجوء الى اساليب اخرى من شأنها أن تعيق الحاق الطفل بالدراسة او تمنع استمراره فيها . 2-تعاقب ادارة المدرسة وكوادرها إذا ما خالفوا احكام الفقرة اولاً من هذه المادة بعقوبات ادارية شديدة وبغرامة لا تقل عن خمسمائة الف دينار ولا تزيد على مليون دينار عن كل طفل مجني عليه .

3-اذا كان الضرر الناجم عن الفعل كبيراً ومخلاً بحق الطفل في التعليم فتكون عقوبة الشخص المسؤول الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات وبغرامة ى تقل عن خمسمائة الف دينار ولا تزيد على مليون دينار فضلاً عن العقوبات الادارية الشديدة 4-يعفى من العقاب من يثبت عدم اشتراكه بهذه الجريمة اثباتاً لا يقبل الشك على أن يكون مؤيداً من المجني عليه .) .

يبدو لنا أن التشريعات العراقية النافذة والتي نظمت حق الطفل في التعليم جاءت منسجمة إلى حد ما مع بنود اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 والتي صادق عليها بموجب القانون رقم (3) لسنة (1994) مع تحفظه على الفقرة (أ) من المادة (14) والخاصة بحق الطفل في اختيار دينه

ولا بد من القول أن الوضع الامني الذي شهده العراق خلال فترة ما بعد سنة 2003 وحالات التهجير الطائفي للعوائل بالإضافة الى سوء الاوضاع الاقتصادية والاجتماعية، فضلا عن تداعيات جائحة كورونا اسباباً حقيقية وراء زيادة اعداد غير المتعلمين في العراق .

المطلب الثالث: حق التعليم وتطبيقه الفعلي

ومن حيث الواقع الفعلي لتطبيق حق الطفل في التعليم ومن خلال احصائيات الجهاز المركزي للاحصاء التابع لوزارة التخطيط لعراقية، وجد ان هناك ازدياداً في عدد المدارس الابتدائية خلال الاعوام (من 2005 الى 2010) حيث كان عددها (11828) مدرسة في العام الدراسي (2005- 2006) بارتفاع نسبة قدرها (15,7 %) وفي العام (2008-2009) اصبح عدد المدارس الابتدائية (13124) مدرسة أي ان هناك ارتفاعاً بنسبة قدرها (4,3 %) اما في العام (2009- 2010) فقد اصبحت عدد المدارس الابتدائية (13687) مدرسة .

اما اعداد التلاميذ الموجودين في المدارس الابتدائية فقد شهد ارتفاعاً خلال الاعوام من 2005 الى 2010 حيث كان عددهم (3941190) تلميذ وتلميذة في العام الدراسي (2005- 2006) اما في العام (2008-2009) فقد كان عددهم (4494955) تلميذ وتلميذة وفي العام الدراسي (2009- 2010) بلغ عدد لتلاميذ (4672453) تلميذ وتلميذة وتبلغ الزيادة في اعداد التلاميذ خلال هذه الاعوام نسبة قدرها (18,6) % علماً ان معدل الالتحاق الصافي للتعليم الابتدائي لسنة 2009 كان (91,7) % في حين كان معدل الالتحاق بالتعليم الاجمالي (108,2) % .

وبلغ اعداد التلاميذ التاركين للعام الدراسي (2009- 2010) فقد بلغت (134748) تلميذ وتلميذة ويلاحظ زيادة في عدد التلاميذ التاركين مقارنة بالعام الدراسي السابق بنسبة قدرها (27,8) حيث كان عددهم (105431) تلميذ وتلميذة في حين ارتفع عدد التلاميذ خلال الفترة (2006/2005 الى 2009/ 2010) بنسبة قدرها (22,3) % حيث كان عددهم (110157) تلميذ وتلميذة في العام الدراسي (2005-2006) .

اما الاعوام (2012 / 2013) فقد انخفض عدد التلاميذ التاركين الى (99205) تلميذ وتلميذة ونسبة الاناث منهم (53,4) % ويلاحظ نقصان في عدد التلاميذ التاركين مقارنة بالعام الدراسي (2011- 2012) بنسبة قدرها (9,4) % حيث كان عددهم (109526) تلميذ وتلميذة في حين انخفض عدد التلاميذ التاركين بنسبة قدرها (5,9) % عن العام الدراسي (2008 – 2009) حيث كان عددهم (105431) تلميذ وتلميذة.

اما بالنسبة لمرحلة التعليم قبل الابتدائي فإحصائيات الجهاز المركزي للإحصاء في وزارة التخطيط الخاصة برياض الاطفال تبين ان هناك ارتفاعاً في اعداد الطلاب المسجلين برياض الاطفال وكذلك زيادة في اعداد رياض الاطفال حيث بلغت (648روضة) للعام الدراسي (2010- 2011) بعد ان كان (631 روضة) في العام الدراسي (2009- 2010) اي ان هناك زيادة بنسبة مقدارها (2,7%) وقد ارتفع عدد مدارس رياض الاطفال بنسبة 10 % عن العام الدراسي(2006-2007) حيث كان عددها (589) اما عدد الاطفال المسجلين في مدارس رياض الاطفال فهو (141158) طفلاً وطفلة للعام الدراسي (2010- 2011) مقابل (125391) طفل وطفلة في العام الدراسي السابق (2009- 2010) هذا يعني ان هناك ارتفاعاً بنسبة (12,6%) بعدد الاطفال وكذلك فقد ازدادت نسبتهم بمقدار (73,1%) عن العام الدراسي (2006 – 2007) اذا كان عدد الاطفال المسجلين في مدارس الرياض (81536) طفل وطفلة .

وبالنسبة لدور الحضانة فقد اظهرت نتائج المسح لسنة 2010 انها بلغت (270 داراً) وعند المقارنة مع السنة السابقة نجد ان عدد الدور قد ارتفع بمعدل (3,8%) حيث كان عددها (260) دار حضانة في

سنة (2009) وخلال الفترة من (2006 الى 2010) سجل عدد دور الحضانة ارتفاعاً بمعدل مقداره (80%) حيث كان عددها (150) دار حضانة في سنة 2006[551] .

بالنسبة لنصوص دستور العراق النافذ فقد جاء بعضها موفقاً بالنص على عبارات مثل : يحرم ، يمنع ، يحظى ، وعلى ، مما يفيد الالزام وكان الأجدر الاستمرار بالعبارات التي تفيد ما يناسب الالزام بشكل دقيق ويفضي الى مسائلة السلطة التنفيذية في حال النكول عن تأمينها ، وليس عبارة تكفل ، كما ان عبارة الدولة ليست جهة محددة بعينها يمكن الزامها بعمل شيء او مسائلتها عند التقصير حيث الدولة تعني العراق ارضاً وشعباً وحكومة وسيادة وكان يفترض ان تحل محلها الحكومة وما يتفرع منها من الدوائر والمؤسسات ذات العلاقة بحقوق الطفل . اما الخروقات لتلك النصوص التي تمثل رأس الهرم القانوني والتي يفترض تطبيقها بدون قيد من قانون او تعليمات او قرارات فهي مؤشرة بشكل كبير حيث التشرد واضح وان تعددت اسبابه بسبب التهجير القسري وفقدان الابوين بسبب العمليات الارهابية .

وعلى الرغم من مصادقة العراق على اتفاقية حقوق الطفل بالقانون رقم(3)لسنة 1994 وانضمامه الى البروتوكولين الاختياريين الملحقين باتفاقية حقوق الطفل، بموجب القانون رقم (23) لسنة 2007 الا ان هناك انتهاكات وخروقات كثيرة لحقوق الطفل وعدم تنفيذ النصوص القانونية الملزمة وعدم القيام بإجراءات فعالة لتدارك تلك الخروقات .

لذا فإن التشريعات العراقية لا زالت قاصرة عن بلوغ ما نصبوا إليه من تكامل تشريعي يلبي كافة متطلبات العيش الرغيد للأطفال في العراق في ظل الظروف الراهنة التي يعاني منها الشعب العراقي من قتل وتهجير وارهاب وتيتيم وانعدام الرعاية الاسرية والتي بمجملها انعكست سلباً على الاوضاع السائدة في العراق ومن خلال تجربة الاعوام الماضية شاهدنا ان لمعظم المجرمين العتاة والسفاحين والقتلة هم من الاشخاص الذين لم يحصلوا على تعليم او ان تعليمهم بقدر ضئيل جداً لذا علينا ان نلحظ هذا الامر ونعالجه بشكل جدي حتى نتمكن من خلق مجتمع متعلم يعرف كل فرد حقوقه والتزاماته ويساهم في القضاء على العنف والارهاب .

خاتمة

بعد ان انهينا بحثنا هذا خرجنا بجملة من النتائج والمقترحات وهي :

اولاً : النتائج :-

[551]- احصائيات الجهاز المركزي للإحصاء لتابع لوزارة التخطيط العراقية .

1) ان توفير التعليم للجميع يتطلب عمليات شراكة فبينما تقع المسؤولية النهائية في تلبية حق كل طفل في التعليم على عاتق الحكومات الوطنية فإن وزارات التربية والتعليم وحدها لا يمكنها تحقيق تلك المهمة فمن اجل جعل التعليم حقيقة واقعية لابد من تحمل الاخرين بعض المسؤولية لصياغة شراكة اكثر قوة مع المجتمع في ادارة المدارس والوصول الى الاطفال المستبعدين وهنا يأتي دور منظمات المجتمع المدني والجماعات الدينية وغيرها لتعبئة الجهود الرامية الى اقناع الوالدين بقيمة التعليم الجوهرية .

2) نلاحظ من خلال التطبيق العملي ان هناك اختراقاً او انتهاكاً لحقوق الطفل في التعليم في العراق مما يعني عدم تمتعهم بحقوقهم ، ولابد من القول ان المواطن العراقي بصورة عامة يمر بظروف انسانية قاسية نتيجة للظروف السياسية والامنية غير المستقرة التي يمر بها بلدنا وان هذه الظروف لها اثرها السلبي الكبير في المدرسة وفي عناصر العملية التعليمية التي يكون الطلبة عنصراً اساسياً فيها ، اذ ان المدرسة ينبغي ان تكون البيئة المثلى لنمو الطفل في جميع جوانب النمو الجسمي والعقلي والاجتماعي ....الخ من خلال ما يتوافر فيها من مناهج وانشطة علمية وترفيهية ، الا ان مدارسنا – في الواقع – تفتقر الى المستلزمات الاساسية التي تساعد على نمو الطلبة نمواً سليماً في جوانب النمو كافة.

3) ان تحقيق حقوق الطفل وخاصة حق الطفل بالتعليم مرهونة بالرفاه ، فالدول الغنية هي التي بمقدورها تنفيذ حقوق الطفل بالتعليم والتطبيب والمساعدات المالية وتهيئة الظروف لنشأة جيل قوي صحيح وسليم العقل متعلم وعامل في حين تبقى هذه النصوص في الدول الفقيرة غير قابلة للتحقيق (رغم اهمية هذه النصوص) وعليه فإنه مهما تكن اهمية النصوص القانونية الخاصة بدعم الاسرة والطفل فإن المعضلة الحقيقية في تحقيقها في الواقع هو عدم توفر الامكانات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في كل بلد على حدة .

4) بالنسبة لدستور العراق النافذ فقد جاءت نصوصه الخاصة بحق التعليم مقتضبة ودون الاشارة الى تنظيم هذه العملية بقانون كما فعل المشرع مع التعليم الاهلي وهذا نقص تشريعي مهم نرجو تلافيه في المستقبل بإصدار قانون ينظم العملية التربوية برمتها ولا يدعها بدونه الزام قانوني يضمن توفير الدولة لكافة مستلزمات التعليم من الناحية المادية والبشرية وكذلك يضمن تسجيل جميع الاطفال واستمرارهم بالدوام .

ثانياً : المقترحات

نقترح ما يأتي

1) يتعين على المشرع العراقي رفع سن الزامية التعليم الى نهاية المرحلة المتوسطة أي الى صف الثالث متوسط كما هو موجود حالياً في اقليم كردستان العراق ويجب ان تكون من ضمن مراحله دمج مفاهيم التربية على حقوق الانسان والمشاركة الاجتماعية وادخال العديد من المفاهيم العصرية مثل المفاهيم الصحية والبيئية والمهنية والمعلوماتية ويجب التركيز على تعليم الحاسوب في المراحل الاولى

2) الاهتمام بتجهيزات المدارس الضرورية كخدمات النظافة والحراسة والمقاعد الدراسية الملائمة والتي تتناسب مع المرحلة الدراسية وخزانات وبرادات المياه والاجهزة والمواد اللازمة لمختبرات العلوم والتي تكون متوفرة في مدارس التعليم الاهلي ،

3) وكذلك الاهتمام بأماكن اللعب ووسائل الترفيه والحدائق في المدارس فأغلب المدارس تتوسطها ساحات ضيقة وتكتظ الصفوف بـ(50 الى 55) طفل او اكثر وخصوصاً في مناطق الريف وذلك بإجراء تأهيل شامل متكامل لجميع المدارس والمؤسسات التربوية وسد حاجة المدارس من الملاكات التعليمية

4) يتعين انشاء جهاز رقابي متخصص في مجلسي الوزراء ووزارة التربية لمراقبة تنفيذ مواد وبنود اتفاقية حقوق الطفل في المدارس الابتدائية فيما يخص التعليم الاساس وايضاً مراقبة الزامية التعليم وعدم التسرب من المدارس ووضع الية تراقب ذوي امور الطلاب الذين لا يرسلون ابنائهم الى المدارس وملاحقتهم .

المصادر

1- د. محمد جبار طالب ، (حق الطفل في التربية والتعليم) ، مجلة القادسية ، العدد الثالث ، المجلد الثاني ، تموز 2009.

2- د. عادل عازر ، اتفاقية الطفل وحقوق الانسان ، اميدايست وتجمع حقوق الطفل للنشر ، 1999 .

3- انظر- التعليم في العراق ، ويكيبيديا ، الموسوعة الحرة ،متاح على الرابط الاتي:
http:av.wikipedia .org/wiki .

4- د. فاروق رضاعة ، (ظلام الجهل في العراق) ، جريدة الرأي نيوز وجريدة بغداد ،

1- Unesco.situation Analysis of Education in Iraq . Paris , 2003 .

2- Arzabe , P. H. M. Human Rghts – a NEW Paradigm , in the poverty of rights , edited by Van Genugten , W. and perez – Bustillo , c, zed books , London . 2001 .

الاتفاقيات والدساتير والقوانين: -

1) اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 .
2) اعلان حقوق الطفل لعام 1959 .
3) الاعلان العالمي لحقو الانسان لعام 1948 .
4) العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966 .
5) دستور العراق النافذ لعام 2005 .
6) قانون وزارة التربية العراقي النافذ لسنة 2011 .
7) قانون التعليم الالزامي العراقي النافذ رقم (118) لسنة 1976 .
8) مشروع قانون حماية الطفل العراقي .

خامساً : المواقع الالكترونية :

موقع الجهاز المركزي للاحصاء التابع لوزارة التخطيط العراقية.

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي
International Journal of Legal Interpretative Judgement
المجلد 04، العدد 14
ISSN : 2748-5056

المسؤولية التقصيرية كعقوبة خاصة في القانون المغربي والمقارن

civil liability as a private penalty in Moroccan and French law

الحسين خبان
دكتور في القانون الخاص
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير
laoucinekhoubbane@gmail.com

ملخص:

قد تتحول المسؤولية التقصيرية إلى عقوبة خاصة حينما يقر المشرع جزاء عقابيا لهذه المسؤولية، إما في شكل تعويض عقابي كما هو الأمر في الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية، فقيام المسؤولية المدنية يترتب عنه نوعين من التعويض، إذ يؤدي المسؤول تعويضا إصلاحيا لفائدة المتضرر، ويقابله في نظامنا القانوني مفهوم جبر الضرر، بالإضافة إلى أداء تعويض عقابي لردع المسؤول عن ارتكاب نفس الفعل مستقبلا. وهو تعويض ليس له مقابل في نظامنا القانوني المدني، لأن مجال الردع والعقاب يبقى حصرا على القانون الجنائي دون المدني. وهو ما دفع المشرع الفرنسي إلى اقتراح غرامة مدنية كعقوبة خاصة كما هو مضمن في مشروع إصلاح قانون المسؤولية المدنية لسنة 2017، حتى تكون المسؤولية التقصيرية عقوبة خاصة.

الكلمات المفاتيح:

العقوبة الخاصة – التعويض العقابي – المسؤولية التقصيرية – التعويض الاصلاحي - المتضرر

Abstract

Tort liability can be transformed into a specific penalty when the legislator approves a punitive sanction for this liability, either in the form of punitive compensation, as is the case in Anglo-Saxon legal systems. The introduction of civil liability gives rise to two types of compensation, because the official pays corrective compensation for the benefit of the injured person, and its counterpart in our legal system is the concept Reparation of damage, in addition to punitive compensation to deter the person responsible from committing the same act in the future. This is compensation which has no equivalent in our civil legal system, because the scope of deterrence and sanction remains limited to criminal law and not to civil law. This led the French legislator to propose a civil fine as a special sanction, as

provided for in the 2017 civil liability law reform project, so that tort liability would be a special sanction.

keysword : private punishment - Punitive damages - tort liability - compensatory damages- the victim

مقدمة

تتميز المسؤولية المدنية بازدواجية وظيفتها، وتروم الوظيفة التعويضية إلى جبر الضرر. بينما تهدف الوظيفة الثانية للمسؤولية المدنية إلى العقاب والردع، وهي تختلف تماما عن المسؤولية الجنائية، وإن كانت تشترك معها في نقطة أساسية تتمثل في إدانة المسؤول بالتعويض، والتي تبدو بمثابة جزاء ردعي، إلا أنها تختلف عنها في طبيعة العقوبة. ذلك أن الجزاء في ظل الوظيفة الأولى للمسؤولية المدنية، يعد حقا شخصيا للمضرور وليس حقا عاما تمارسه النيابة العامة باسم المجتمع.[552]

ولتوضيح هذا التقاطع بين الوظيفة العقابية للمسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية، من الواجب بداية إبراز التطور الذي شهدته وظائف المسؤولية المدنية عبر التاريخ، والتي مرت بالمراحل التالية: معاقبة المذنب-الثأر- تعويض الضحية- إعادة ضبط النظام الاجتماعي- منع كل سلوك مخالف لعيش المجتمع. وهي في الحقيقة وظائف متكاملة مع غاية المسؤولية المدنية. إلا أنه وأمام التحولات التي عاشتها المجتمعات بفعل الثورة الصناعية والاقتصادية، احتفظت المسؤولية المدنية بوظيفتين أساسيتين هما: التعويض والردع.[553]

وقد انتقد البعض الوظيفة الثانية للمسؤولية المدنية (ردع كل سلوك معادي للمجتمع)، لأن المسؤولية المدنية غير قادرة على تحقيق تلك الوظيفة بشكل دقيق لسببين إثنين: الأول أنها لا تأخذ بعين الاعتبار العلاقة بين جسامة الخطأ والجزاء. والحال أن سياسة ردع أي سلوك مخالف للقواعد المنظمة للمجتمع، يجب أن يستحضر درجة جسامة الخطأ ويضيف إليه أسلوب التهديد للحيلولة دون تماديه مرة أخرى على ارتكاب نفس الفعل. وهي النتيجة التي لا يمكن تحقيقها في ظل قانون المسؤولية المدنية، ما

[552] André Tunc, La responsabilité civile, 2e éd. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 42 N°3, Juillet-septembre 1990. pp. 1060-1061.

[553] Ibid.

يحتم ضرورة الاستعانة بوسائل القانون الجنائي. أما السبب الثاني، فيرجعه البعض إلى محدودية آثار المسؤولية المدنية في الوقت الحالي أمام انشار التأمين وصناديق التعويض.[554]

ونتيجة لما سبق، أضحت المسؤولية الجنائية الملاذ الذي يحقق الردع والتهديد أكثر منه من المسؤولية المدنية. في المقابل، صارت فكرة جبر الضرر الذي يلحق المتضرر الوظيفة المهيمنة على هذه الأخيرة في كل الأنظمة القانونية، باستثناء الحالة التي يكون فيها التعويض بمقابل شبيها بالغرامة المالية في القانون الجنائي. وهو المثال الذي يمكن معه الحديث عن وظيفة الردع والتهديد، وهو ما يعبر عنه بالعقوبة الخاصة.[555]

ويعد "لويس أيجني" (L.Hugueney)[556] أول فقيه يرجع له الفضل في طرح مفهوم العقوبة الخاصة (la peine privée) -والتي تعد وظيفة قديمة للمسؤولية المدنية- ما دفع البعض إلى استحضارها واقتراحها كتوجه جديد لتجاوز قصور الوظيفة التعويضية لهذه المسؤولية، بالنظر إلى الأوج الذي حققته في الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية. وهو ما دفع الحكومة الفرنسية بتاريخ 13 مارس 2017 إلى بلورة مسودة مشروع لإصلاح قانون المسؤولية المدنية، وفي 22 يوليوز 2020 صادقت لجنة القوانين في مجلس الشيوخ الفرنسي على تقرير بعنوان "المسؤولية المدنية: 23 اقتراحا من أجل الوصول إلى الإصلاح المنشود"، وهي خطوات ستحدث "انقلابا" في الأسس التأصيلية للقانون المدني الفرنسي عموما، والمسؤولية المدنية خصوصا.[557]

---

[554] Ibid.

[555] Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, Suzanne CARVAL, Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité. Op. Cit.3.

[556] Louis HUGUENEY, L'idée de peine privée en droit contemporain, thèse, Dijon, 1904.

[557] أعدت مجموعة عمل خلال سنة 2005، برئاسة كل من الفقيه (Pierre CATALA) من جامعة باريس 2 والفقيهة "فيني" (Geniviève VINEY)من جامعة باريس1، أول مشروع لإصلاح قانون الالتزامات والتقادم الفرنسي، والذي عرف آنذاك بمسودة "كاتلا" (Catala).

كما تم إعداد مسودة أخرى، ويتعلق الأمر بمشروع (Terré)، من طرف مجموعة عمل تنتمي لأكاديمية العلوم الأخلاقية والسياسية، تحت إشراف الفقيه "فرنسوا تيري" (François TERRE)، من جامعة باريس2.

في هذا السياق، اقترحت الجمعية الوطنية الفرنسية منذ يوليوز 2009 على تقرير "آلان آنزياني" و"لورون بيتي" (Alain ANZIANI) و (Laurent.BETEILLE)باعتبارهما مقرري المستشارين، 28 توصية لإصلاح قانون المسؤولية المدنية (انظر التقرير على الرابط التالي: www.senat.fr/notice-rapport/2008/r08-558-notice.html)، تاريخ الاطلاع: 10/03/2021 على الساعة: 19:49.

وعليه، فكل حديث عن الوظيفة العقابية للمسؤولية التقصيرية يستلزم بداية مقارنة التوجه التشريعي الفرنسي في إقرار العقوبة الخاصة مع القانون المغربي، ومن تم استنتاج الإمكانية القانونية التي من شأنها تطبيق المسؤولية التقصيرية كعقوبة خاصة في القانون المغربي.

وعليه، سنحاول في هذه الدراسة أن نتناول تطبيقات فكرة العقوبة الخاصة في القانون المغربي بشكل عام (المطلب الأول)، وإمكانية تطبيق المسؤولية التقصيرية كعقوبة خاصة في القانون المغربي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تجليات العقوبة خاصة في القانون المغربي

يصعب الإقرار بالوظيفة العقابية للمسؤولية التقصيرية في ظل القانون الحالي، وأخص بالذكر مقتضيات الباب الثالث من قانون الالتزامات والعقود المعنون بالالتزامات الناشئة عن الجرائم وأشباه الجرائم. ذلك أن هذه القواعد تقوم على فكرة كلاسيكية نابعة من فلسفة التعويض، مفادها أن كل من تسبب في

والتي تمت صياغتها في مقترح قانون (www.senat.fr/leg/ppl09-657.html) وإيداعها سنة 2010 من طرف "لورون بيتي" (Laurent.BETEILLE). إلا أن وزارة العدل انتظرت إلى غاية 13 مارس 2017، من أجل تقديم مشروع إصلاح قانون المسؤولية المدنية بعد إطلاق مشاورات حول المشروع في موقع الوزارة في سنة 2016.

بعد ذلك قامت لجنة القوانين بالبرلمان الفرنسي بإحداث خلية للتواصل من أجل الإعداد للنقاش البرلماني حول هذا القانون، ضمت في عضويتها كلا من المستشار"جاك بيكو" Jacques BIGOT(من الحزب الاشتراكي) والمستشار"فرنسوا بيي" François PILLET (من الحزب الجمهوري) والذي تم تعيينه كعضو بالمجلس الدستوري سنة 2019، ليتم تعويضه بعد ذلك ب"آندري غيشاغت".André REICHARDT

وقد أكدا المقرران على ضرورة الإسراع بإصلاح قانون المسؤولية المدنية، في التقرير المعنون بالمسؤولية المدنية: 23 اقتراح من أجل الوصول إلى الإصلاح المنشود، والذي صادقت عليه بتاريخ 22 يوليوز 2020 لجنة القوانين (http://www.senat.fr/notice-rapport/2019/r19-663-notice.html). 10/03/2021- 19:52.

يمكن القول أن الدعوات الفقهية الرامية إلى إصلاح قانون المسؤولية المدنية منذ سنين مضت، بدأت ترى النور من خلال مشروع قانون سيحدث تحولات جدرية في نظام المسؤولية المدنية، حيث اتفق المقرران على إخراج المحاور المتفق عليها في هذا المشروع، واستبعاد المواضيع التي تعرقل الإصلاح، كما هو الشأن بالنسبة لتضمين ق.م.ف بعض مقتضيات قانون Badinter المتعلق بضحايا حوادث السير(Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.)، تتمثل المستجدات المقترحة من طرف مشروع قانون وزارة العدل في هذا المجال ، تحسين تعويض السائق المخالف وتوسيع النظام الخصوصي للتعويض عن جميع الحوادث التي تكون على طريق السكك الحديدية أو التراموای الذي يسير على الطرق، والتي تبقى إلى حد الآن مستبعدة من نطاق تطبيق قانون Badinter، وهي تعديلات تستحق نقاشا مهما.

ضرر، يكون ملزما بالتعويض. من هنا يظهر جليا أن الوظيفة التعويضية تسيطر بشكل كامل عن المسؤولية التقصيرية، بل يمكن القول إن هذه الأخيرة والتعويض سيان.

في المقابل، أعدت وزارة العدل والحريات بفرنسا لأول مرة مسودة مشروع لإصلاح قانون المسؤولية المدنية في 13 مارس 2017م، كما بادر ثلاثة نواب من مجلس المستشارين الفرنسي في 29 يوليوز 2020م، وفي دورة غير عادية، إلى تقديم مقترح قانون رقم 678 لإصلاح قانون المسؤولية المدنية.[558] وتتوافق هذه الصيغة الجديدة مع مشروع الحكومة الفرنسية لسنة 2017م في مجموعة من المقتضيات.[559]

وقبل الحديث عن فكرة الغرامة المدنية التي جاءت في كلا المشروعين السابقين، لابد من التذكير، أن العقوبة الخاصة جزاء مدني له عدة تمظهرات تختلف باختلاف نطاق تطبيقها. وقد تتخذ المسؤولية التقصيرية مظهر العقوبة الخاصة، كما في حالة كان الجزاء المترتب عنها هو التعويض العقابي، تمييزا له عن مفهوم "التعويض الإصلاحي".

لذا، بات من اللازم الاعتراف بأن فكرة العقوبة الخاصة في المسؤولية التقصيرية تشغل اهتمام الباحثين اليوم. صحيح أن أي إصلاح يمس جوهر هذا القانون ليس بالهين، وما صمود هذه القواعد لأزيد من قرن، إلا دليل على قوة المبادئ التي يقوم عليها. والتزاما منا بالمنهجية المومأ إليها أعلاه، نص المشرع في قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة على العقوبة المدنية كعقوبة خاصة.[560]

وقد عرف هذا القانون مجموعة من التعديلات، كان أبرزها القانون رقم 34.05، وهو قانون متقدم لحماية أهل الإبداع والتأليف والحقوق المرتبطة بالمصنفات الأدبية والفنية والعلمية. وتمس التعديلات على وجه الإجمال: مدة الحماية، وتعزيز التدابير على الحدود، وتأهيل إدارة الجمارك لوقف تداول السلع المشكوك في كونها سلعا مقلدة أو مزيفة أو مقرصنة، ووضع نظام للمسؤولية المحدودة لموفري الخدمات يسمح باتخاذ تدابير ناجعة حيال كل مس بحق المؤلف أو الحقوق المجاورة في الشبكات الرقمية، وتعزيز التدابير التحفظية والجزاءات المدنية والعقوبات الجنائية.[561]

---

[558] ليست المرة الأولى أن تقدم النواب الفرنسيون بتعديل وإصلاح قانون المسؤولية المدنية الفرنسي. حيث سبق أن تقدم المستشار لورون بيتيل (Laurent Béteille) بمقترح قانون رقم 657 سجل بمكتب المجلس بتاريخ 09 يوليوز 2010.

[559] « Responsabilité civile : 23 propositions pour faire aboutir une réforme annoncée ». Rapport d'information n° 663 (2019-2020) fait par MM. Jacques BIGOT et André REICHARDT au nom de la commission des lois. Ce rapport est consultable à l'adresse suivante : http://www.senat.fr/notice-rapport/2019/r19-663-notice.html.

[560] القانون رقم 2.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، كما وقع تعديله وتتميمه، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.00.20 صادر في 9 ذي القعدة 1420 (15 فبراير 2000). الجريدة الرسمية عدد:4796 بتاريخ 2000/05/18.

[561] القانون رقم 34.05 بتنفيذ وتتميم القانون 2.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.05.192 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006)، الجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 2006/02/20.

ولبيان مفهوم العقوبة المدنية، لابد من الرجوع إلى مقتضيات المادة 62 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، والتي جاء فيها: "في حالة خرق حق معترف به لصاحب حقوق محمية بموجب هذا القانون، يحق لصاحب الحقوق الحصول من مقترفي الخرق على تعويضات عن الضرر الذي تعرض له بسبب فعل الخرق. يتم تحديد مبالغ التعويض عن الضرر طبقا لمقتضيات القانون المدني مع مراعاة حجم الضرر المادي والمعنوي الذي تعرض له صاحب الحق، وكذا حجم الأرباح التي حصل عليها مقترف الخرق من فعله. يجوز لصاحب الحقوق الاختيار بين التعويض عن الأضرار التي لحقت به فعلا بالإضافة إلى كل الأرباح المترتبة على النشاط الممنوع والتي لم تؤخذ بعين الاعتبار في حساب التعويض المذكور أو التعويض عن الأضرار المحدد سلفا في خمسة ألف (5000) درهم على الأقل وخمس وعشرين ألف (25.000) درهم كحد أقصى حسب ما تعتبره المحكمة عادلا لجبر الضرر الحاصل."

يتضح لنا من القراء الأولية لعنوان المادة 62 أن المشرع المغربي استعمل ولأول مرة مفهوما جديدا في المادة المدنية، ولاسيما في مجال المسؤولية التقصيرية عن المساس بحق الملكية الفكرية، أطلق عليه اصطلاحا " العقوبة المدنية"، وهو مفهوم هجين من الناحية اللغوية، يمزج بين حقل القانون الجنائي وحقل القانون المدني. وسيتضح لنا هذا المفهوم بكيفية أكثر وضوحا، من خلال الفقرة الثالثة من نفس المادة، بخصوص الخيار الذي يستفيد منه صاحب الحق المتضرر، بين الحصول على التعويض في إطار دعوى القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية. وبين الحصول على تعويض يحدد مقداره سلفا بين 5000 درهم و25000 درهم بحسب السلطة التقديرية للمحكمة. والمقصود هنا هي المسؤولية المدنية المحدودة.

ويبقى السؤال المحوري: هل يمكن أن تنطبق على العقوبة المدنية في هذه الحالة الأخيرة فكرة العقوبة الخاصة؟ نعتقد أن وصف الجزاء المترتب عن المساس بحقوق الملكية الفكرية بالعقوبة المدنية، من شأنه أن يدفعنا تلقائيا للاقتناع أن هذه العقوبة تتطابق من دون شك مع مواصفات وغايات العقوبة الخاصة. لكن مقتضيات الفقرة الثالثة من نفس المادة تكيف تلك العقوبة بالتعويض، بل وتؤكد أن الغاية منها ليس ردع وعقاب مرتكب الاعتداء على حق الملكية، بقدر ما تهدف إلى تعويض صاحب الحق. مع وضع سقف أدنى وأقصى لمبلغ تعويض الضرر، وليس للسلوك غير المشروع.

لذا كان على المشرع أن يتفادى منح الخيار لصاحب الحق داخل نفس الوظيفة التعويضية للمسؤولية التقصيرية لجبر الضرر، مع العلم أن مجال الملكية الفكرية يعد مجالا خصبا لانتشار الأخطاء المكسبة. وكانت هذه فرصة سانحة للمشرع المغربي لتفعيل المسؤولية التقصيرية كعقوبة خاصة في هذا الميدان. أضف إلى ذلك أن موقف المحاكم من المادة 62 فيما يتعلق بالتعويض، يبقى رمزيا حيث أنها غالبا ما تصدر أحكامها في قضايا الملكية الفكرية دون التقيد بحجم الأضرار.

وعلى سبيل المثال، جاء في أحد قرارات محاكم الاستئناف بالمغرب: "وحيث إنه بثبوت اعتداء المدعى عليه على حق المؤلف وخرقه للقانون 2.00 كما وقع تتميمه بالقانون 05 .34، وإلحاقه الضرر المادي والمعنوي بالمدعية، عن طريق طبع كتابه المذكور مرتين، الأولى في سنة 2005 والثانية في سنة 2007، وقيامه بتوزيعه بدليل حصول المدعية على النسخة المدلى بها للمحكمة، فإنه طبقا لمقتضيات المادة 62 من نفس القانون، يحق لها الحصول منه على تعويضات عن الضرر الذي تعرضت له بسبب فعله المذكور. وحيث يتم تحديد التعويض عن الضرر طبقا لمقتضيات القانون المدني مع مراعاة حجم الضرر المادي والمعنوي الذي تعرض له صاحب الحق، وكذا حجم الأرباح التي حصل عليها مقترف الخرق من فعله .واستجابة لطلب المدعية، تحدد المحكمة التعويض عن مختلف الأضرار في مبلغ درهم واحد كتعويض رمزي. وحيث إنه استنادا إلى الحماية المقررة للمؤلف بمقتضى القانون 2.00 كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون 34.05 يكون طلب الحكم بالتشطيب على الإيداع القانوني لكتاب المدعى عليه، بطبعتيه من المكتبة الوطنية للمملكة المغربية، وإلزام المدعى عليه بسحب كل النسخ من كافة المكتبات بما في ذلك مكتبات كليات الحقوق وغيرها التي تم إيداعه أو عرضه فيها، والحكم بإتلافها وبعدم إعادة طبع المدعى عليه للكتاب أو توزيعه ونشره بأي شكل من الأشكال للطلبة داخل الكلية أو خارجها، طلبا مؤسسا وتتعين الاستجابة له، مع تحديد الغرامة تهديدية في 200 درهم عن كل يوم امتناع عن التنفيذ. وحيث إن الحكم بنشر الحكم الصادر في هذه القضية في جريدتين باللغة العربية والفرنسية يبقى من المقتضيات الزجرية المقررة كحماية جنائية للملكية الأدبية والفنية طبقا للمادة 64 من القانون أعلاه، وهي معلقة على صدور حكم جنحي بالإدانة من أجل ويبقى تقديم الطلب المتعلق بذلك أمام هذه المحكمة المدنية، في غير إطاره القانوني ويتعين رده، وحيث إن شمول الحكم بالنفاذ المعجل ليس له مبرر قانوني ويتعين رفضه، وحيث أصبح طلب تحديد مدة الإكراه البدني غير ذي موضوع بعد تحديد المدعية للتعويض المطلوب في درهم رمزي. وحيث التمست النيابة العامة تطبيق القانون؛ وتطبيقا للقانون ولهذه الأسباب حكمت المحكمة علنيا ابتدائيا وحضوريا :في الشكل: بقبول الدعوى .في الموضوع: بالتشطيب على الإيداع القانوني لكتاب المدعى عليه السيد [ح.م] "مدخل لدراسة القانون" الجزء الأول نظرية القانون. الطبعة الأولى سنة 2005 والطبعة الثانية سنة 2007، من المكتبة الوطنية للمملكة المغربية، والحكم على المدعى عليه بسحب الكتاب من كافة المكتبات بما في ذلك مكتبات كليات الحقوق وغيرها التي تم إيداعه أو عرضه فيها، وباختلاف جميع النسخ، وبعدم إعادة طبع الكتاب أو توزيعه ونشره بأي شكل من الأشكال للطلبة داخل الكلية أو خارجها، تحت طائلة غرامة تهديدية 200 درهم عن كل يوم تأخير ابتداء من تاريخ الامتناع عن

التنفيذ، مع الحكم عليه بأدائه للمدعية مبلغ درهم واحد تعويض رمزي عن الأضرار، وتحميله الصادر ورفض باقي الطلب. بهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه".[562]

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة الابتدائية بخنيفرة يؤكد أنه لا يمكن الجمع بين التعويض في إطار القواعد العامة والتعويض المنصوص عليه في المادة 62 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، جاء فيه: "حيث إنه يحق لكل من تضرر من فعل جرمي أن ينصب نفسه مطالبا بالحق المدني أمام المحكمة الزجرية للتعويض عن الضرر اللاحق به جراء الفعل الجرمي متى كان الضرر أصابه شخصيا وكان نتيجة مباشرة للفعل الجرمي طبقا لمقتضيات المادة 7 من قانون المسطرة الجنائية. وطبقا أيضا للمادة 62 من قانون 2.00.[563]

ومما هو جدير بالذكر، أن الفقرة الأخيرة من المادة 62 والتي جاء فيها:" في حالة التخوف من استمرار أعمال تشكل خرقا، تصدر السلطات القضائية أمرا صريحا بوقف هذه الأعمال، كما تحدد مبلغا يساوي على الأقل 50 في المائة من قيمة العملية برسم التعويض عن الأضرار." تستحق النقاش فيما يتعلق بإمكانية أن تنطبق عليها مواصفات العقوبة الخاصة. ذلك أن الإجراء المتمثل في وقف الأعمال التي تشكل خرقا لحقوق الملكية الفكرية، يعد من الإجراءات التحفظية المؤقتة والفورية للحيلولة دون حدوث تعدٍ على أي حق من حقوق الملكية الفكرية.

أما بالنسبة للشق الثاني من نفس الفقرة والذي يتعلق بالحكم بتعويض قدره 50 في المائة من قيمة رسم العملية، فهو إجراء يندرج من خلال القراءة الحرفية للمادة 62 في إطار التعويض المحدد، وهو لا يهدف إلى ردع وزجر المعتدي بل جبر الضرر.

نخلص في النهاية إلى الاعتراف بأن مقتضيات القانون 2.00 تعد المجال الوحيد الذي يعترف فيه المشرع المغربي للمسؤولية المدنية التقصيرية بوظيفة العقوبة الخاصة، وذلك بشكل نسبي من خلال حصرها في الشق التهديدي الوقائي المتمثل في "وقف الأعمال التي تشكل خرقا." وهي خطوة شجاعة من شأنها أن تعزز وظائف المسؤولية المدنية، وتزيد من فعاليتها. أما فيما يتعلق بالطابع العقابي للعقوبة المنصوص عليها في المادة 62 فلا تتوفر فيها شروط العقوبة الخاصة لأنه لا يمكن للمضرور أن يجمع في آن واحد بين التعويض وفق القواعد العامة، وهذه العقوبة المدنية.

المطلب الثاني: شروط تطبيق المسؤولية التقصيرية كعقوبة خاصة

[562] قرار أشار إليه الأستاذ أحمد ادريوش، كراسة للتدريب على توثيق المعلومات القانونية قصد إعداد الأطروحة، الجزء الأول، تقديم محمد الإدريسي العلمي المشيشي، الطبعة الأولى، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، 2012-2013، ص: 147.

[563] حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بخنيفرة في الملف الجنحي عدد 2012/3049 صادر بتاريخ 17 أكتوبر 2016، غير منشور.

لقد ارتبط تطور قواعد المسؤولية المدنية بالتحولات الاقتصادية والاجتماعية التي عاشتها المجتمعات خلال القرن الثامن عشر، وعلى سبيل المثال اضطر المشرع الفرنسي ومعه المشرع المغربي إلى أن يؤسسا للمسؤولية بقوة القانون، ونصا بشكل استثنائي على بعض الحالات الحصرية للمسؤولية الموضوعية. وهنا ينبغي التأكيد أن المجتمعات المعاصرة لا يمكن مقارنتها بالمجتمعات التقليدية، لأن تطورها يتم بشكل سريع ومعقد. فعلى سبيل المثال أضحت قاعدة البيانات الضخمة (Big Data)[564] من أبرز التحديات القانونية والأخلاقية التي تواجه حماية البيانات الشخصية. وهو ما يؤثر على القوانين بشكل مباشر في ظل العلاقات الاقتصادية العابرة للحدود، والتي تلزم الدول على التكتل والانفتاح على بعضها البعض، ما يجعلها ملزمة بمطابقة أو على الأقل بملاءمة قوانينها الوطنية مع القوانين الدولية.

ونرى أن التطورات الأخيرة للمسؤولية المدنية التقصيرية، خاصة في فرنسا، تعطي لنا الانطباع أن هذه المسؤولية تعيش أزمة حقيقية تمس جوهر وظيفتها. وهنا ينبغي التأكيد على أننا لا ندعو بهذه المقارنة إلى التخلي عن الوظيفة التعويضية لهذه المسؤولية، بالنظر لعدم فعالية قواعدها في رع بعض الأخطاء (الخطأ المكسب).

وهكذا، فالغاية المتوخاة من هذه المقارنة تبقى فتح النقاش اليوم قبل الغد في مسألة مدى فعالية القواعد المنظمة للمسؤولية المدنية في القانون المغربي. وسنستعين في هذا الصدد بدراسة الحلول المقترحة في القانون الفرنسي وتقييمها، في افق إقرار المسؤولية المدنية التقصيرية كعقوبة خاصة في القانون المغربي، من خلال تحليل العلاقة بين العقوبة الخاصة وعلاقتها مع المبادئ العامة والنظام العام.

أولا: الملاءمة مع المبادئ العامة

تواجه فكرة تطبيق العقوبة الخاصة كوظيفة ثانية إلى جانب وظيفة التعويض للمسؤولية التقصيرية في القانون المغربي عائقين اثنين، يتعلق الأول بمبدأ التعويض الشامل والثاني بمبدأ الإثراء بلا سبب. ويستشف الأول ضمنيا من مقتضيات الفصل 98 من من ظهير الالتزامات والعقود، التي تنص على أن الضرر يشمل الخسارة الحقيقية والكسب الفائت، ومن مقتضيات الفصل 77 من من ظهير الالتزامات

[564] يشير مصطلح البيانات الضخمة "Big Data" إلى البيانات الكبيرة جداً أو السريعة أو المعقدة بحيث يصعب أو يستحيل معالجتها باستخدام الطرق التقليدية.وكانت عملية الوصول إلى الكميات الكبيرة من المعلومات وتخزينها لأغراض التحليلات موجودة منذ وقت طويل.ولكن اكتسب مفهوم البيانات الضخمة زخماً في أوائل العقد الأول من القرن الحادي والعشرين عندما صاغ المحلل الصناعي "دوج لاني" التعريف السائد الآن للبيانات الضخمة أو "Big Data". للمزيد راجع:

- Guy Canivet, Le Big Data et le Droit, Sous la direction de Florence G'sell, DALLOZ, Thèmes et Commentaires, 2020. p : 9.

والعقود، الذي يلزم كل من ارتكب الضرر بالتعويض. ويقصد به أن يكون التعويض متناسبا مع حجم الضرر لا أكثر ولا أقل. أو كما سبق أن عبرت عن ذلك محكمة النقض الفرنسية، "إعادة المتضرر إلى الوضع الذي كان عليه قبل حدوث الضرر دون زيادة ولا نقصان".[565]

وعليه، فأية محاولة للحكم بعقوبة خاصة تنضاف إلى التعويض المقرر وفق مقتضيات الفصلين 77 و98 من ظهير الالتزامات والعقود، تصطدم بمبدأ التعويض الشامل الذي يحد من كل زيادة في هذه الحالة. مع العلم أن تجسيد العقوبة الخاصة في المسؤولية التقصيرية إما أن يتم وفق نموذج التعويض العقابي كما هو مقرر في الأنظمة الأنجلوسكسونية، وفي هذه الحالة يصعب تطبيقه لأن المتضرر سيستفيد من تعويضين، وهو ما يؤدي إلى عدم التناسب بين حجم الضرر والتعويض، وبالتالي الإخلال بمبدأ التعويض الشامل.

ومن جهة أخرى، قد يتم تبني اقتراح النموذج الفرنسي أي الغرامة المدنية، والتي لا يستفيد منها المتضرر مباشرة، حيث يؤول جزء منها إلى صندوق خاص للتعويض والجزء الآخر إلى خزينة الدولة. وهو حل يتوافق مع المبدأ السالف الذكر لأنه لا يؤثر على قيمة التعويض بل يكرس الوظيفة العقابية للمسؤولية التقصيرية، من توجيه توقيع العقوبة الخاصة على مرتكب السلوك غير المشروع.

أما فيما يتعلق بمبدأ الإثراء بلا سبب والذي نص عليه المشرع في الفصل 66 من ظهير الالتزامات والعقود،[566] فيمكن اعتباره حاجزا إضافيا يكرس القاعدة التي وضعها مبدأ التعويض الشامل. والمقصود به أن كل زيادة غير مبررة تقع في الذمة المالية للمدين، تلزم هذا الأخير برد الشيء الذي أثرى ذمته إلى الغير. وبالتالي، فأي عقوبة خاصة قد يستفيد منها المتضرر ماليا (التعويض العقابي) في إطار المسؤولية التقصيرية، قد تجعله في وضعية الإثراء بلا سبب، من خلال العلاقة السببية المباشرة بين الافتقار الحاصل للمسؤول والإثراء الذي استفاد منه المتضرر. ما يجعل الإثراء في هذه الحالة غير مبرر ويلزم المتضرر بإرجاع التعويض الذي استفاد منه.

---

[565] Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 23 septembre 2020, 19-18.582, Inédit. : « sans rechercher quelle était la solution la plus adaptée à la situation particulière de la victime, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe de la réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime ». Disponile sur : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000042397806. Consulté le : 12/02/2022.

[566] الفصل 66 من من ظهير الالتزامات والعقود: " من تسلم أو حاز شيئا أو أي قيمة أخرى مما هو مملوك للغير بدون سبب يبرر هذا الإثراء التزم برده لمن أثرى على حسابه ".

لذلك دعا البعض إلى ضرورة تخصيص مبلغ العقوبة الخاصة لصندوق خزينة الدولة أو صندوق خاص للتعويض. وهو اقتراح من شأنه أن يقلب الطبيعة القانونية للتعويض العقابي، بحيث سيتحول من عقوبة خاصة إلى عقوبة عامة وبالضبط إلى ما يمكن تسميته بالغرامة المدنية.[567]

حقا، هناك من يعتبر أن فكرة تخصيص مبلغ التعويض العقابي لخزينة الدولة، قد يضفي على الحكم القاضي بهذا التعويض المزيد من الموضوعية، لأن القاضي سيكون عند تقييمه للضرر غير مقيد بالمبادئ السالفة الذكر، ما دام أن المتضرر لن يستفيد منه. بالإضافة إلى ذلك، فإن من شأن هذه التقنية أن تحد من دعاوى المسؤولية التقصيرية عديمة الجدوى، لأن المتضرر يعرفا مسبقا أن المصاريف القضائية التي سيصرفها على الدعوى لن يجني منها أي ربح أو تعويض، باستثناء التعويض عن الضرر في الحدود التي تبقى في الغالب غير كافية.[568]

ومن وجهة نظر أخرى، قد يفند البعض ما سبق ويبرر الإثراء في هذا المثال بكون المسؤولية عن الفعل الضار يتسع مداها لتكون مبررة، ومعها يمتد التعويض، ويضرب لهذا مثلا كما لو ارتكب المسؤول خطأ عمديا. حيث يكون سبب الإثراء مبررا بهذا الخطأ، وما تقتضيه الوظيفة العقابية للعقوبة الخاصة.[569]

وتبعا لذلك، يمكن القول إن كلا من مبدأ التعويض الشامل ومبدأ الإثراء بلا سبب لا يشكلان مانعا يحول دون الإقرار بالعقوبة الخاصة كوظيفة للمسؤولية التقصيرية في القانون المغربي، إذا ما تم احترام شروط تطبيقها المتمثلة أساسا في مبدأ الشرعية، ومبدأ التناسب، ومبدأ الضمانات المسطرية، بالإضافة إلى حصر تطبيقها في المجال الذي تنتشر فيه الأخطاء المدنية التي تنفلت من القانون الجنائي، والتي يجني من ورائها مرتكبوها أرباحا طائلة.

ثانيا: الملاءمة مع النظام العام

استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على رفض فكرة العقوبة الخاصة كوظيفة جديدة للمسؤولية المدنية بدعوى تعارضها مع مبدأ التعويض الشامل ومبدأ الإثراء بلا سبب. غير أن هذا الموقف لم يصمد كثيرا، ذلك أن قرارا صدر عن الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية[570] بتاريخ فاتح دجنبر 2010 في قضية تعود تفاصيلها إلى نزاع بين شركة فرنسية وزوجين أمريكيين، اعترفت فيه محكمة النقض الفرنسية ولأول مرة بأن الحكم القضائي الأمريكي بالحكم على شركة فرنسية بالعقوبة الخاصة في إطار

[567] Stéphanie DE LUCA, op. cit : 35.

[568] Ibiden.

[569] Ibid.

[570] Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 1 décembre 2010, 09-13.303, Publié au Bulletin 2010, I, n° 248. Disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000023165365. Consulté le 12/05/2020 à 15.30.

المسؤولية المدنية لا يتعارض والنظام العام في القانون الفرنسي. ولبيان تفاصيل هذا القرار، ينبغي التذكير بحيثيات الوقائع التي انطلقت بعدما اشترى الزوجان الأمريكيان مركبا ترفيهيا من شركة فرنسية، إلا أنهما تفاجآ بعد تسلمه بوجود عيوب خفية في المركب. وهو ما يشكل إخلالا من الشركة البائعة عن الالتزام بضمان تسليم مركب ترفيهي سليم من الناحية الفنية. وتبعا لذلك، تمت متابعة الشركة الفرنسية أمام القضاء الأمريكي وقضت المحكمة العليا بولاية كاليفورنيا بالمسؤولية القانونية للشركة الفرنسية، على اعتبار أن سلوكها قد عرض حياة المواطنين الأمريكيين للخطر. وقضت هذه المحكمة على الشركة المذكورة بتعويضات مالية قدرت بحوالي 3 ملايين ومائتي ألف دولار موزعة كما يلي: مليون وثلاثمائة ألف دولار لإصلاح السفينة، وأربعمائة ألف دولار كأتعاب لشركة المحاماة، فضلا عن مليون وأربعمائة ألف دولار كتعويض عقابي.

ولتنفيذ الحكم على الشركة المتواجدة بفرنسا لابد من تذييله بالصيغة التنفيذية، وتم الشروع في إجراءات المسطرة أمام محكمة الدرجة الأولى "بروشفوغ" (Rochefort)، ثم بعد ذلك أمام محكمة الاستئناف بـ "بواتي" (Poitiers)، التي رفضت تذييله بعلة أن الحكم القضائي الأمريكي يتضمن تعويضا عقابيا، وهو ما يتعارض مع النظام العام للقانون الفرنسي. وقد تم الطعن في القرار الاستئنافي أمام محكمة النقض. وفي فاتح دجنبر 2010 صدر قرار الغرفة المدنية لمحكمة النقض جاء فيه: "وحيث إن الحكم القاضي بالتعويض العقابي، لا يتعارض في حد ذاته مع النظام العام الدولي للقانون الفرنسي. وإنما هو كذلك حينما يكون مبلغ التعويض غير متناسب مقارنة مع حجم الضرر والإخلال التعاقدي للمدين".[571]

وأهم نتيجة يمكن أن نستخلصها من هذا القرار (في هذا المثال يتعلق الأمر بالمسؤولية العقدية)، أن مفهوم التعويض العقابي كعقوبة خاصة تضفي على المسؤولية المدنية وظيفة عقابية بامتياز، لا يتعارض في جوهره كتعويض مع النظام العام بمفهومه في القانون الدولي الخاص. ولكن في المقابل، قد تثار مسألة النظام العام حينما يكون مبلغ التعويض العقابي جد مرتفع. آنذاك على المحكمة أن تتدخل للحفاظ على هذا النظام العام، وذلك باشتراطها أن يكون مبلغ التعويض متناسبا وحجم الضرر حتى يقع تذييل الحكم بالصيغة التنفيذية.

[571] « Mais attendu que si le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur ». Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 1 décembre 2010, 09-13. 303.précité.

خاتمة

إن إقرار العقوبة الخاصة كوظيفة إضافية للوظيفة التعويضية للمسؤولية التقصيرية سيشكل ثورة - ليس فقط قانونية- بل ثقافية أيضا، وسيكون لأثرها الرمزي وقع كبير على فلسفة المبادئ التي يرتكز عليها قانون الالتزامات والعقود. وما النقاشات الفقهية التي تعيشها فرنسا حاليا حول الحاجة الملحة لإصلاح قانون المسؤولية المدنية إلا دليل على أهمية هذا الموضوع، والذي كان ضمن الاقتراحات الأولى التي جاءت في مشروع الفقيه الفرنسي "بيير كاتلا"

(Pierre Catala)،[572] قبل المشروع الحالي لسنة 2017.

وهو توجه ينم عن الرغبة، ولو بشكل متردد، في تغيير وظيفة المسؤولية التقصيرية، بل وفيها إقرار ضمني بوجود قصور في وظيفتها الحالية، لعجزها عن وضع حد لبعض السلوكات غير المشروعة والتي لا يعاقب عليها القانون الجنائي، كما هو الحال بالنسبة للخطأ المكسب. كما تكشف قصورا في تعويض بعض الأضرار الجديدة (كالضرر البيئي الخالص).

إذن فحينما نشير إلى فكرة العقوبة الخاصة، فهي فكرة شاملة خاصيتها الأساسية أنها جزاء مدني يستفيد منه المتضرر كعقاب ضد سلوك مرتكب الفعل غير المشروع. إلا أن هذا التوجه لم يتبلور بعد في القانون المغربي ولا الفرنسي. ما لم يقر المشرع صراحة فكرة التعويض العقابي، ولو نسبيا، كما جاء في المشروعين المتعلقين بإصلاح قانون المسؤولية المدنية الفرنسي.

لائحة المراجع

المؤلفات

- كراسة للتدريب على توثيق المعلومات القانونية قصد إعداد الأطروحة، الجزء الأول، تقديم محمد الإدريسي العلمي المشيشي، الطبعة الأولى، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، 2012-2013، ص: 147.
- Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, Suzanne CARVAL, Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité. LGDJ, 2017.

[572] للمزيد راجع تقرير" بيير كاتلا" (Pierre Catala) حول تعديل الجزء المتعلق بالالتزامات في القانون المدني الفرنسي. ص.11. على الموقع الرسمي للحكومة الفرنسية:

- https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/054000622.pdf. Consulté le 12/05/2020 à 16 h 28

- Guy Canivet, Le Big Data et le Droit, Sous la direction de Florence G'sell, DALLOZ, Thèmes et Commentaires, 2020.
- Louis HUGUENEY, L'idée de peine privée en droit contemporain, thèse, Dijon, 1904.

المقالات

- André Tunc, La responsabilité civile, 2e éd. In : Revue internationale de droit comparé. Vol. 42 N°3, Juillet-septembre 1990.

التقارير

- تقرير "آلان آنزياني" و"لورون بيتي" (Alain ANZIANI) و(Laurent BETEILLE) ، 28 توصية لإصلاح قانون المسؤولية المدنية:www.senat.fr/notice-rapport/2008/r08-558-notice.html .
- تقرير" بيير كاتلا" (Pierre Catala) حول تعديل الجزء المتعلق بالالتزامات في القانون المدني الفرنسي. ص.11. على الموقع الرسمي للحكومة الفرنسية:
https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/054000622.pdf .

- « Responsabilité civile : 23 propositions pour faire aboutir une réforme annoncée ». Rapport d'information n° 663 (2019-2020) fait par MM. Jacques BIGOT et André REICHARDT au nom de la commission des lois. Ce rapport est consultable à l'adresse suivante : http://www.senat.fr/notice-rapport/2019/r19-663-notice.html.

القوانين

- ظهير الالتزامات والعقود.
- القانون رقم 2.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، كما وقع تعديله وتتميمه، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.00.20 صادر في 9 ذي القعدة 1420 (15 فبراير 2000). الجريدة الرسمية عدد:4796 بتاريخ 2000/05/18.
- القانون رقم 34.05 بتنفيذ وتتميم القانون 2.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.05.192 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006)، الجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 2006/02/20.

القرارات القضائية

- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بخنيفرة في الملف الجنحي عدد 2012/3049 صادر بتاريخ 17 أكتوبر 2016، غير منشور.

- Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 23 septembre 2020, 19-18.582, Inédit .Disponile sur : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000042397806.

- Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 1 décembre 2010, 09-13.303, Publié au Bulletin 2010, I, n° 248. Disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000023165365.

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي
International Journal of Legal Interpretative Judgement
المجلد 04، العدد 14
ISSN : 2748-5056

أثار البطلان فيما بين المتعاقدين والغير
في القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية السعودي

د.رناد سالم صالح الضمور- جامعه الحدود الشمالية- كليه ادارة الاعمال-قسم القانون
استاذ مساعد في القانون الخاص
Renad salem aldmour
Northern Border University
College of Business Administration – Department of law
Assistant professor of private law
Renad_dmour@yahoo.com

ملخص البحث:
يعد العقد من اهم التصرفات القانونيه في حياتنا العمليه وهو الوسيله الاساسيه في دائره المعاملات الماليه، وهو احد مصادر الالتزام، فهو توافق ارادتين او اكثر لإحداث اثر قانوني معين، ولا بد من توافر الاركان الاساسيه للعقد وان تكون متواجدة وقائمه بصوره صحيحه حتى ينتج هذا الاثر القانوني المبتغى من ابرامه،والا ترتب على العقد البطلان.
والبطلان كأثر مترتب على وجود خلل اصاب العقد في أحد اركانه ،فإذا تخلف ركن من اركان العقد ترتب على ذلك بطلانه بطلان مطلق ، اما اذا وجد الخلل في شروط صحه العقد ترتب عليه بطلانه بطلان نسبي.واذا بطل التصرف انعدمت اثاره ، فتسقط الحقوق والالتزامات التي رتبها ، فإذا لم تكن قد نفذت فإنها لا تكون قابله للتنفيذ ، أما اذا نفذت فإنه يتعين اعادة الطرفين الى الحاله التي كانا عليها قبل التعاقد، ولكن قد يرتب العقد الباطل مراكز قانونيه ثابته ومصالح معينه يؤدي البطلان الى الاضرار بها وزوالها ،فالقاعده ان اثر البطلان لا يقتصر على القاعده العامه في ما بين المتعاقدين بل يمتد الى الغير، والمقصود بالغير هو كل من تتأثر حقوقه بصحه او بطلان عقد لم يكن طرفا فيه.
وتمس هذه النتيجه التي يرتبها الاثر الرجعي للبطلان باستقرار المعاملات ، وكذلك في الثقه والائتمان مما جعل المشرع يحمي الغير اذا كان حسن النيه.

الكلمات المفتاحية: بطلان العقد-الغير-الوضع الظاهر

Abstract:

The contract is one of the most important legal actions in our practical life. It is the basic means in the circle of financial transactions. It is one of the sources of commitment. It is the agreement of two or more wills to produce a specific legal effect. The basic elements of the contract must be present and exist in a correct manner in order for this legal effect to be produced. The goal is to conclude it, otherwise the contract will result in invalidity.

Invalidation is an effect resulting from the presence of a defect in the contract in one of its elements. If one of the pillars of the contract is neglected, this results in its absolute invalidity. However, if a defect is found in the conditions for the validity of the contract, its invalidity results in relative invalidity.

If the transaction is invalidated, its effects are lost, and the rights and obligations that it arranged are forfeited. If they have not been implemented, they are not enforceable. However, if they are implemented, the two parties must be returned to the state they were in before the contract was concluded. However, the invalid contract may establish fixed legal positions and specific interests that lead to invalidation. To harm it and its disappearance, the rule is that the effect of invalidation is not limited to the general rule between contracting parties, but rather extends to third parties, and what is meant by third parties is everyone whose rights are affected by the validity or invalidity of a contract to which he was not a party.

This result, which is caused by the retroactive effect of invalidation, affects the stability of transactions, as well as trust and credit, which made the legislator protect others if they were in good faith.

Keywords: Invalidation of the contract - the other - the apparent situation

مقدمة البحث:

أن العقد يمثل وسيلة من وسائل التعامل بين الأفراد في المجتمع وقد وجد ليكون أداة لتبادل المنافع فوضعت له قواعد لتحقيق المصلحة العامة سواء أكانت فردية أم جماعية فإن توافرت في العقد الشروط والأركان جميعها فأن القانون يرتب عليها أثارا لما فيه من التزامات فإن خلا العقد من الشروط والأركان أوتخلف بعضها فإن العقد لا يعد قائما بل يكون حكمه البطلان.

وفي ظل تطور النظم الاقتصادية والتجارية في المملكة العربية السعودية، لا يمكن الاستغناء عن العقود، فهي أساس العلاقات التجارية بين الأفراد أو الشركات، وتوضح حقوق وواجبات الأطراف وتعزز الثقة في العمليات التجارية، ومن هذا المنطلق أصبح نظام المعاملات المدنية في المملكة العربية السعودية الصادر حديثاً أمراً ضرورياً لتوضيح الأحكام المتعلقة بالعقود، وتنظيمها بطريقة تحقق العدالة والشفافية في العلاقات التجارية، حيث يأتي نظام المعاملات المدنية ليحقق هذه الأهداف، وينظم المبادئ العامة للعقود وأحكامها، مع الاعتماد على أحدث التقنيات في مجال الأنظمة والتشريع، ويعتبر هذا النظام خطوة مهمة في تقوية النظام القائم على العقود في المملكة، وبما أن العقود تشكل أساس العلاقة التجارية بين الأفراد أو الشركات، فيتعين علينا فهم أهمية العقود وما يتعلق بها من أحكام، خاصة الأحكام المتعلقة بإبطال العقود وبطلانها حتى نتمكن من الحفاظ على حقوقنا وواجباتنا بشكل صحيح، خصوصا ان ابطال العقد لايرتب اثار فيما بين المتعاقدين فقط إعمالا لقاعدة إعادة الحال إلى ما كانت عليه بين المتعاقدين ولكن قد يتأثر وضع الغير ايضا بهذه القاعدة وهذا ما يسمى بالآثار المترتبة على العقد بالنسبة للغير، فالعقد لا يعد ملزمًا بالنسبة للغير، ولكن يجوز أن يكسب العقد للغير حقا، ففي حال تعهد شخص ما بأن يلزم الغير بشيء ما فلا يلتزم به الغير إلا إذا قبل هذا الغير الالتزام به ،وقبول هذا الغير لا ينتج أثره إلا من وقت صدور هذا القبول وفي حال رفض الغير هذا التعهد يكون المتعهد ملزماً بتعويض المتعهد له ويمكن أن يكون هذا التعويض بأن يقوم المتعهد بتنفيذ التعهد إن كان ذلك ممكناً

ومن هذا المنطلق حرصنا على بيان اثار البطلان بالنسبه للمتعاقدين والغير وفقًا للقانون المصري و نظام المعاملات المدنيه السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/191) وتاريخ 29/ذو القعدة/1444هـ

لذا سيرتكز البحث على دراسة موضوع أساسي وهو اثار البطلان بالنسبه للمتعاقدين فيما بينهم وبالنسبه للغير والتى سأعالجها على وجه التفصيل.

مشكلة البحث:

اكتسبت نظرية البطلان اهميه كبيره، فالبطلان مرتبط بالتصرف القانوني وبالتالي فهو مجال تطبيقه، وتعود اسباب دراستنا لهذا البحث الى ابراز الأهمية الكبيرة لآثار بطلان العقد على المتعاقدين والغير في دائرة المعاملات المالية وخاصة في التطورات الإقتصادية ومن هذا المنطلق وضعنا إشكالية تمكننا من الإحاطة بموضوع بحثنا لنقوم بالإجابة على التساؤلات التالية:

- اذا شاب البطلان العقد فإنه يعتبر عقدا باطلا لا وجود له، ويترتب عليه كونه عمل مادي أو واقعة قانونية آثار، فما مدى امتداد هذه الأثار في مواجهة المتعاقدين وفي مواجهه الغير الحسن النية ؟

- كيف يتم اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد؟

-مالمقصود بالغير في هذا النحو ؟ وما مصيره من العقد الباطل ؟

-ماهو الحل الذي وضعه المشرع من أجل استقرار المعاملات و حماية الغير حسن النية ؟

أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى:

التعرف على اثار بطلان العقد فيما بين المتعاقدين واثار البطلان بالنسبه للغير في القانون المصري مقارنا بنظام المعاملات المدنية السعودي

أهمية البحث:

الأهمية العلمية:

تأتى أهمية البحث من أهمية الموضوع الذي يتناوله حيث أن العقد الباطل عقد قائم لا يمكن إلغاء اعتباره كليا ، بل إن ألغي في مواطن فإن له مواطن يعتبر فيها . كما أن تصحيح العقد الباطل يتحقق من خلال زوال البطلان ، ولكن المشرع حاول إنقاذ العقد قبل تحقق بطلانه ، وهو في مرحلة التهديد بالبطلان ، بواسطة تصحيحه بوسائل قد تختلف عن الوسائل التي يتم من خلالها تصحيح العقد الباطل، وعندها نكون أمام تصحيح للعقد المهدد بالبطلان، وعليه ، لا يقتصر على العقد الباطل وإنما يشمل العقد المهدد بالبطلان كذلك.

وتكمن اهميه البحث ما اذا تلقى شخص من أحد المتعاقدين حقاً على الشيء الذي هو محل العقد الباطل فهل يسري البطلان بالنسبة للغير كما يسري في العلاقة بين المتعاقدين باعتبار أن العقد الباطل عدم، وأن تقرير البطلان يكون بأثر رجعي. وإذا كان الجواب عن هذا السؤال بالإيجاب فمعنى ذلك

سقوط الحق الذي كسبهُ الغير لسقوط حق من أدلى لهُ بهذا الحـــق بسبب البطلان. فالـفكرة الأساسية التي يقوم عليها البحث هي كيف تعود الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد بين المتعاقدين، وكيف نحمي المتصـرف إليه (الغير) مــن كون المتصرف أصــبح غير مالك بعد بطلان سند ملكيتهِ بأثر رجعي.

الأهمية العملية:

1- تعلقه بالمعاملات المالية، ولا يخفى حاجة الناس إلى تبيان أحكامها ليكونوا على بصيرة من أمرهم بما يرتبه البطلان من اثار.
2- الانفتاح الكبير الذي شهدته الاسواق في المملكة، وكثرة المسائل المتعلقة بالعقود، خصوصا مع تنوع انواع العقود، وتعلق حقوق الغير بها.

الدراسات السابقة:

1- دراسة لمياء بن زهره، بعنوان "اثار بطلان العقد على الغير" بحث للحصول على شهادة الليسانس في الحقوق، كليه الحقوق والعلوم السياسيه، جامعة قاصدي مرباح ، وتناول الباحث فيها موضوع اثر البطلان بالنسبه للغير وتأثيره على استقرار المعاملات والثقه والائتمان مما جعل المشرع يحمي الغير إذا كان حسن النية وقد استثناء بعض الأوضاع التي يقتضيها حسن النية وهي الحيازة بحسن النية سند للملكية وحالة الرهن الرسمي وتسجيل دعاوى البطلان و عقود الإدارة.
2- دراسة محمد ابراهيم القاسم، بعنوان "بطلان العقد في الفقه الاسلامي والقانون السعودي"2021، المملكه العربيه السعوديه ،وهدفت الدراسة إلى التعرف على بطلان العقد في الفقه الاسلامى والقانون السعودي، من حيث البطلان في الفقه الإسلامي والقانون،و تمييز البطلان عن عدم النفاذ والفساد، والتميز بين بطلان العقد في القانون والفقه الإسلامي.
3- بحث أ.د سعد حسين عبد ملحم، بعنوان "أثر العقد الباطل بالنسبه للغير"، المجله الاكاديمية للبحث القانوني ، المجلد 12/العدد02-2015.

وما يميز دراسة الباحثة عن سابقتها حداثتها، وأنها تناولت اثار البطلان وفقا لنظام المعاملات المدنية السعودي الجديد مقارنا بالقانون المصري.

منهج البحث:

سأتبع في هذا البحث المنهج العلمي التحليلي المقارن، الذي يعتمد على تحليل العناصر والأركان وتوضيح الأسباب، ويربط الأسباب بالنتائج المترتبة بعضها على بعض، ويقارن ما بين الآراء الموجودة في الواقع وأيهما

أكثر فعالية وصلاحية للتطبيق في الواقع القانوني، وستتم المقارنة لأثار بطلان العقد بين النظام السعودي والقانون المصري.

خطة البحث:

المبحث الأول: اثر البطلان فيما بين المتعاقدين

المطلب الاول:عدم جواز المطالبه بالتنفيذ

الفرع الاول : تحول العقد

الفرع الثاني: انتقاص العقد

المطلب الثاني:الالتزام بالرد

الفرع الاول: الاسترداد العيني

الفرع الثاني:الاسترداد بمقابل

الفرع الثالث :الاستثناء على قاعدة اعادة المتعاقدين الى الحالة الاولى التي كانا عليها قبل التعاقد

المبحث الثاني: اثر البطلان بالنسبه للغير

المطلب الاول : المقصود بالغير والقاعده العامه في أثر العقد الباطل بالنسبه له

الفرع الاول:المقصود بالغير

الفرع الثاني:القاعدة العامه في أثر العقد الباطل بالنسبه للغير

المطلب الثاني: الوسائل القانونية لحماية الغير حسن النية من أثر البطلان

الفرع الاول: حمايه المتصرف اليهم في العقار

الفرع الثاني: الحمايه استنادا لقاعدة الحيازه بالمنقول سند للملكيه

الفرع الثالث:حمايه الدائنين والخلف الخاص في حالة الصورية المطلقه

أثار البطلان فيما بين المتعاقدين والغير في القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية السعودي

إذا تقرر بطلان العقد سواء كان مطلق البطلان أو قابلاً للإبطال، اعتبر العقد كأن لم يكن، فإذا لم يكن قد تم تنفيذه من أي من المتعاقدين، اعتبر الوضع الطبيعي السابق على التعاقد قائماً بينهما، فلا دائن هناك ولا مدين. أما إذا كان قد تم تنفيذه قبل تقرير البطلان فيجب رد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا

عليها قبل العقد؛ لإنه إذا كان تنفيذ العقد قد ترتب عليه براءة ذمة كلاهما من التزامه[573]، فالحكم بالبطلان يُلزمهما بالتزامات جديدة هي رد كل متعاقد ما تسلمه بموجب العقد الذي تقرر بطلانه، مع جواز المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية إذا كان له مقتضى. والأصل أن العقد لا يرتب آثاره إلا بين طرفيه ولكن يجب حماية الغير حسن النية الذي تعامل على ضوء صحة العقد.

المبحث الأول

أثر البطلان فيما بين المتعاقدين.

(إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد)

البطلان وصف يُلحق بالتصرف القانوني يُعدمه آثاره القانونية ومن ثم هدمه وإعادة الحال إلى ما كانت عليه. فإذا كان التصرف القانوني الباطل مكوناً من فعل واحد سقط التصرف على أثر الحكم ببطلانه. أما إذا كان التصرف مركباً مكوناً من عدة أفعال، فإن الأفضل ترك أمرها للقضاء لتوقيع أثر البطلان عليها كلها أو بعضها، ويترتب على بطلان العقد مجموعه من الاثار فيما بين المتعاقدين وهي عدم جواز المطالبه بالتنفيذ ، والالتزام بالرد.

المطلب الأول

عدم جواز المطالبه بالتنفيذ

على نحو ما قرره المشرع (574) والأصل أنه إذا بطل العقد أو تقرر إبطاله فإن العقد يزول فيما بين العاقدين بأثر رجعي فقد أفادت المادة الثانية والثمانون من نظام المعاملات المدنية السعودي، بأنه في حالتي إبطال العقد أو بطلانه، يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وإذا استحال ذلك جاز أن يُقضى بالتعويض. اي انه يترتب على بطلان العقد زواله ، ولا تتولد عنه الآثار المقصودة من إبرامه فإذا كان العقد الذي تقرر بطلان لم يبدأ تنفيذه بعد من أي من الطرفين ، فلا يلتزم أي من المتعاقدين بشيء نحو الآخر. لا يجوز لأي منهما أن يطالب الآخر بتنفيذ إلتزاماته التي يرتبها العقد فيما لو كان صحيحاً . فإذا طالب أحد العاقدين بشي من ذلك كان للطرف الآخر أن يدفع هذه المطالبة بالبطلان .

[573] محمد ابراهيم القاسم،بطلان العقد في الفقه الاسلامي والقانون السعودي،المملكه العربيه السعوديه 2021،ص38.

574 - تنص المادة 142 من القانون المدني المصري على أن"1-في حالتي إبطال العقد وبطلانه يُعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل. 2- و مع ذلك لا يُلزم ناقص الأهلية، إذا أُبطل العقد لنقص أهليته، أن يرُدّ غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد".

تنص الماده 82 من نظام المعاملات المدنيه السعودي" في حالتي إبطال العقد أو بطلانه، يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وإذا استحال ذلك جاز أن يُقضى بالتعويض".

فإذا كنا بصدد بيع باطل أو تم إبطاله وطالب المشتري البائع بتسليم المبيع كان للبائع أن يدفع هذه المطالبة بالبطلان . ونفس الشئ عند المطالبة بالثمن يحوز للمشتري توقي ذلك بالدفع بالبطلان.

ونظرا لخطورة هذا المبدأ فقد تدخل المشرع ليحد من اثار البطلان ، فلجأ الى انظمه قانونيه معينه كإنتقاص العقد وتحول العقد ليتجنب الانهيار الكامل للعقد وبهدف استقرار المعاملات .

الفرع الأول

تحول العقد

يقصد بتحول العقد أن العقد الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف اخر صحيح ، فيتحول هذا التصرف الباطل الى تصرف توافرت عناصره وهو التصرف الصحيح، وينعقد العقد إذا تبين أن إرادة المتعاقدين كانت تنصرف إلى ابرام هذا العقد الصحيح، اما اذا لم تتجلى فيه ارادة المتعاقدين الى ذلك فإنه لا يتحول العقد ويتقرر إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد(575) ، اي انه إذا توافرت في العقد الباطل أركان عقد آخر، انعقد وفق المادة الخامسة والثمانون من نظام المعاملات المدنيه السعودي والتي افادت "إذا توفرت في العقد الباطل أركان عقد آخر؛ انعقد هذا العقد إذا تبين أن إرادة المتعاقدين كانت تنصرف إليه."

وحتى يتحول العقد الباطل الى عقد صحيح لا بد من توافر عدة شروط وهي:

1-بطلان التصرف الاصلي: اي يشترط وجود عقد اصلي باطل او قابل للابطال، ويجب الحكم بإبطاله حتى يصبح باطلا، لانه لو كان العقد صحيح فإنه لا يتحول الى عقد أخر حتى لو اشتمل على اركان عقد أخر.

2-ان يتضمن اركان عقد أخر: لتحول العقد الباطل يجب ان يتضمن عناصر العقد الجديد، بحيث يكون العقد كاملا دون اضافه اي عنصر، اما اذا تخلف احد عناصر العقد الجديد فلا يجوز استكماله من أجل تحوله.

575 - تجدر الإشارة إلى أن مجال تطبيق الأثر الرجعي في التصرف القانوني متباين الأثر فهو يعمل على محو التصرف تماماً وكأنه لم يوجد أبداً في حالة التصرف الباطل وقد يعمل بخلاف ذلك، حيث يقوم على تأكيد التصرف إذا كان غير نافذ ثم زال ما يمنع نفاذه كما في حالة إجازة العقد الموقوف حيث يستند نفاذ العقد إلى وقت ابرامه، فضلاً عن أن حكم الأثر الرجعي في التصرف متباين في مدى مساسه بحقوق أطراف التصرف وبحقوق الغير الذى يتعامل مع الأطراف, فلو حكم ببطلان التصرف فإنه يزول بأثر رجعي في حق أطراف التصرف وفي حدود غير تامة يبطل الحقوق المبرمة من قبل لأطراف لمصلحة الغير وبذلك يكون الأثر الرجعي قد مس كلا من أطراف التصرف والغير في آن واحد.
هند فالح : نظرية البطلان في القانون المدني، دار الكتب القانونية ، القاهرة ،2015 ، ص288.

3-انصراف نيه المتعاقدين الى عقد أخر. أ ي ان تنصرف ارادة المتعاقدين المحتملة الى التصرف الأخر الذي تحول اليه التصرف الأصلي، فالارادة الواقعيه انصرفت الى التصرف الأصلي والارادة المحتمله انصرفت الى التصرف الأخر.

واذا توافرت الشروط السابقه فالعقد الباطل وهو العقد الاصلي يصبح منعدم الوجود ويعتبر كأن لم يكن، ويرتب اثرا عرضيا وهو ولادة تصرف اخر صحيح اجتمعت اركانه وشروطه في التصرف الاول الباطل، حيث يكون العقد الجديد وسيله لتحقيق قدر من الغرض الذي استهدفه المتعاقدان عن طريق العقد الاصلي[576].

الفرع الثاني

انتقاص العقد

يقصد بانتقاص العقد تخليصه من شق معين مع بقاء الشق الأخر صحيحا، اذ نصت الماده 84 من نظام المعاملات المدنيه السعودي على انه " إذا كان العقد في جزء منه باطلاً أو يجوز إبطاله؛ يبطل ذلك الجزء فقط الا اذا تبين ان المتعاقد ما كان ليرضى بالعقد دون ذلك الجزء فله طلب إبطال العقد"

وتسمى هذا العمليه ايضا بالبطلان الجزئي حيث يبطل جزء من العقد دون الجزء الأخر والذي يبقى صحيحا ومرتبا لكل أثاره.ونلاحظ ان فكره انتقاص العقد لا تطبق الا اذا كان محل العقد غير قابل للتجزئه اذ ان بطلان شق منه يؤدي في هذه الحاله الى بطلان العقد كله .والغايه من فكره انتقاص العقد هي رغبه المشرع في التقليل من حالات البطلان وحفاظا على الاستقرار والثقه في التعاملات[577].

ولا بد من توافر شروط في فكره انتقاص العقد وهي:

1-ان يكون العقد باطل في شق منه فقط: اي ان يكون العقد باطل في بند من بنوده او في جزء منه فقط وهذا يحدث اذا تضمن العقد بعض الشروط المخالفه للقانون.

2-قابلية العقد للانقسام:فيجب ان يكون العقد قابل للانقسام، اذا كان سقوط الجزء الباطل منه لا ينال من تطبيق العقد ولا يغير من طبيعته القانونيه، كإبطال الشرط الذي يسقط حق المؤمن له في التعويض، اما اذا كان الانقاص يغير من طبيعه العقد فيكون غير قابل للانقسام.

[576] خليل احمد حسن قداده، الوجيز في رح القانون المدني الجزائري(مصادر التزام)،ج1،ط2،ديوان المطبوعات الجامعيه، بن عكنون، الجزائر 2005، ص96.

[577] لمياء بن زهره، اثار بطلان العقد على الغير ، كليه الحقوق والعلوم السياسيه، جامعة قاصدي مرباح، ص6-7.

3-ان يكون الشق الباطل غير مؤثر:اي لا يكون هو الدافع للتعاقد والا لا يجوز انقاص العقد ، فإذا كان هذا الشرط رئيسيا اي لولاه لما ابرم العقد فلا يجوز انقاصه ، وتقدير مدى تأثير الشق الباطل يكون بالرجوع الى سلوك الشخص العادي.

اذا توافرت الشروط السابقه وكان العقد متضمنا جزءا باطلا اقتصر البطلان عليه وحده ويعتبر منعدما وكأن لم يكن، ويبقى الجزء الاخر صحيحا.

المطلب الثاني

الالتزام بالرد

هذا يقتضي ذلك أنه إذا حصل المتعاقد على شيء تنفيذاً للعقد الذى أُبطل أن يقوم برد هذا الشيء لصاحبة. فإذا كان المشتري قد دفع الثمن كله أو بعضه وجب على البائع أن يرد إليه ما قبضه منه. وإذا كان البائع قد سلَّم المبيع كله أو بعضه وجب على المشتري أن يرد ما تسلمه منه، فإن كان لم يسبق له دفع الثمن وجب عليه أن يدفع للبائع مقابل الانتفاع بالمبيع في الفترة ما بين تسلمه ورده. والراجح أن الرد في هذه الحالة يكون وفقاً لقواعد رد غير المستحق (578). فمثلاً إذا هلك المبيع في يد المشتري مثلاً بسبب

578 - تنص المادة 181 من القانون المدني المصري على أن " كل من تسلّم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه ردّه.
2- على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء ".

وقضت محكمة النقض المصرية بأن " أن المطالبة بالرد عن طريق دعوى رد غير المستحق وهى إحدى تطبيقات دعوى الإثراء بلا سبب، إذ بزوال سبب الوفاء يبطل الوفاء كعمل قانوني ولا يبقى قائماً إلا كواقعة مادية، وهى الواقعة التي يترتب عليها إثراء المدفوع له وافتقار الدافع، كما أنها هي ذاتها التي ينشأ عنها الالتزام برد ما دُفع بغير حق، وهذه الدعوى ذات طبيعة مدنية محضة ويختص بها القضاء العادي، ولا يغير من طبيعتها تلك أن يكون قد لابسها عنصر إداري أضفى عليها شكل المنازعة الإدارية، وأن يكون هذا العنصر هو سبب الالتزام قبل زواله، ذلك أن هذا السبب بمجرده لا يغير من الطبيعة الموضوعية لدعوى رد غير المستحق وهى الطبيعة المدنية المحضة، إذ لا عبرة بسبب الوفاء أياً كان، طالما أن دعوى رد غير المستحق لا تقوم على هذا السبب ولا على الوفاء المترتب عليه، وإنما تقوم لدى زواله وبطلان الوفاء كعمل قانوني وبقائه كواقعة مادية كما سلف القول، وباعتبار أن هذا هو أساس نشأة الالتزام في دعوى رد غير المستحق دون النظر إلى السبب الذى زال، وهو ما يترتب عليه أن موضوع المنازعة الحالية – بطلب استرداد مبالغ مالية دُفعت بغير حق استناداً إلى نص قانوني قُضى بعدم دستوريته – لا يتصل بقرار إداري ولا يتساند إليه، ويدخل بحسب طبيعته المدنية المحضة في نطاق اختصاص القضاء العادي ، ويضحي الدفع المبدي من النيابة بعدم اختصاص القضاء العادي بنظر الدعوي واختصاص القضاء الإداري بنظرها علي غير أساس " الطعن رقم ١٦٦٣٢لسنة ٧٦ جلسة ٢٨ / ٦ / ٢٠٢١.

رد غير المستحق هي نظرية تنظم بصفة عامة التزام من تلقى ما لا يستحقه بأن يرده إلى صاحب الحق فيه سواء أكان هذا الالتزام بالرد ناشئاً عن البطلان أو الفسخ أو غير ذلك من الأسباب ,ولا علاقة لاختلاف أحكام الرد المترتب على البطلان بقواعد البطلان نفسه. .

لا يد له فيه وكان حسن النية ، أي يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له، فلا يُسأل إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ، وللبائع أن يسترد المبيع التالف دون أن يكون له الحق في التعويض عن التلف. وإن كان المشتري سيء النية، أي يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له، كان عليه أن يرد قيمة المبيع وقت الهلاك، ما لم يثبت أن المبيع كان لابد هالكاً ولو بقى في يد البائع (579).وهناك نوعين من الاسترداد وهما الاسترداد العيني والاسترداد بمقابل، كما ان هناك استثناءات على هذا القاعده.

الفرع الأول

الاسترداد العيني

ان افضل طريقه لارجاع المتعاقدين للحاله التي كانو عليها قبل التعاقد في حال ابطال العقد هي ان يسترد كل منهما ما أداه عينا،فالبائع يسترد المبيع وثماره منذ ابرام العقد والمشتري يسترد الثمن الذي دفعه والمصاريف التي انفقها لحفظ المبيع وكذلك التعويض عن اي ترميمات او تحسينات على المبيع.

الفرع الثاني

الاسترداد بمقابل

إذا استحال استرداد ما أداه المتعاقد عينا بسبب هلاك الشيء، او لطبيعه المعامله، كما في منفعة العين المؤجرة أو أي عمل قام به أحد المتعاقدين لمصلحة الآخر، جاز الحكم بتعويض عادل، فيدفع المستأجر للمؤجر ما يقابل المنفعة التي حصل عليها، وقد يُقدر التعويض بمقدار الأجرة ولكنه لا يُعد أجرة فلا يكفُله حق الامتياز (580). ويدفع رب العمل إلى العامل تعويضاً عما أداه من عمل بموجب العقد الباطل. هذا دون إخلال بالحق في التعويض عن الضرر الناشئ من إبطال العقد ذاته كلما توافرت شروطه طبقاً

جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ،1995، ص252. وفي شرح المادة 181 وما بعدها راجع ؛ نهله فوزى: المدونة في شرح القانون المدني في ضوء الفقه وأحكام القضاء، المجلد الأول ، أحكام عامة ، مصادر الالتزام، المواد من 1: 198 ، دار الوافي للنشر ، القاهرة، 2023، ص1576.

عكس ذلك عبد المنعم فرج الصده : مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1969، ص296. إذ يرى سيادته أن القواعد المقررة في خصوص دفع غير المستحق تتجافى مع منطق البطلان، وأن الالتزام بالرد يجب أن يُنفذ كما لو كان ناشئاً عن عقد، وذلك نظراً إلى ما قام من علاقة بين الطرفين. ومقتضى هذا أن كلاً من الطرفين لم يستطيع أن يُطالب الآخر برد ما أخذه إلا بقدر ما يرد هو أيضاً مما أخذه. فإذا استحال على أحدهما أن يرد ما أخذه إلا بقدر ما يرد هو أيضاً مما أخذه. فإذا استحال على أحدهما أن يرد ما أخذه فلا يستطيع أن يُطالب الآخر بالرد.

579 - عبد المنعم الصده: مصادر الالتزام ...، مرجع سابق، ص296

580 - أنور سلطان : مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2015، ص162.

لقواعد المسئولية التقصيرية وليس طبقاً لقواعد المسئولية العقدية؛ لأن العقد لا وجود له (581). وهذا ما أقرته محكمة النقض (582). وتسري هذه القاعدة حتى ولو وقع البطلان بسبب عدم المشروعية (583). وكذلك اذا هلك المبيع بعد تنفيذ العقد، فإنه يستحيل على البائع ان يسترد المبيع عينا ، وله الحق في التعويض النقدي[584].

الفرع الثالث

الاستثناء على قاعدة اعادة المتعاقدين الى الحالة الاولى التي كانا عليها قبل التعاقد

أفادت المادة الثالثة والثمانون من نظام المعاملات المدنيه السعودي، بأنه في حالتي إبطال العقد أو بطلانه لنقص أهلية المتعاقد أو انعدامها، لا يلزمه أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة معتبرة بسبب تنفيذ العقد.

فنجد من هذا النص ان المشرع استثنى ناقص الأهلية من الأحكام السابقة، فلم يجعله ملتزماً إلا برد ما أُثريَّ به. والعبرة في تقدير إثرائه هي بظروفه الخاصة، ومدى الفائدة التي حصل عليها مما تسلمه، فإذا كان المال الذى تسلمه باقياً في يده التزم برده وإذا كان تصرف فيه أو أنفقه؛ فتقرير استفادته من التصرف فيه أو انفاقه يكون على ضوء نوع الفائدة المقابلة التي حصل عليها. فإن وفى به ديناً عليه كان مستفيداً، وإن أنفقه على حاجاته في حدود ما يتفق مع دخله وثرائه، كان مستفيداً به ويلتزم برده. أما إن انفقه فيما يعد تبذيراً، فلا يعد منتفعاً به وبالتالي لا يلتزم برده (585). والأصل في ذلك قاعدة عامة قررها المشرع في دعوى غير المستحق(586).

وتتحقق استفادة القاصر بالأداء إذا ظل باقياً في يده، أو استخدمه في الوفاء بدين أو في اكتساب حق لا تقل قيمته عن الأداء المدفوع حتى ولو كان المال الذى اكتسبه القاصر غير مناسب له. إذ إن القيمة

---

581 - سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني، جـ2، في الالتزامات، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1987، ص437.

582 - قضت محكمة النقض المصرية بأن " أساس الحكم بالتعويض المعادل في حالة إبطال العقد أو بطلانه مع استحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبله إنما هو المسئولية التقصيرية".

الطعن رقم 138 لسنة 34 جلسة 1969/6/4 س 20 ص 868 ق 137.

583 - سمير تناغو: مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، مكتبة الوفاء، للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 102.

584 لمياء بن زهره، اثار بطلان العقد على الغير ، مرجع سابق، ص31,

585 - جميل الشرقاوي : النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق ، ص 264.

586 - تنص المادة 186 من القانون المدني المصري على أن " إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به "

وفي شرح المادة راجع ؛ نهله فوزى: المدونة في شرح القانون المدني ...، جـ1، مرجع سابق، ص1625.

الذاتية لهذا المال تُمثل في حد ذاتها فائدة للقاصر، يمكن أن يتحصل عليها بإعادة التصرف فيه. ويُعتد في ذلك بوقت المطالبة القضائية بالبطلان أو الإبطال، أو وقت اكتمال أهليته إذا تحقق ذلك قبل رفع الدعوى. وبالعكس، فلا يلزم القاصر برد ما أنفقه في مجالات اللهو أو حيث تنقص قيمة الحقوق التي اكتسبها عما انفق في سبيل الحصول عليها وبقدر هذا النقص ؛ لأنه في هذه الحالة لم تعد عليه منفعة(587). وقد أراد المشرع بهذا الحكم أن يكفل الحماية لناقص الأهلية (588).

ولا مجال لإعمال هذه القاعدة إذا كان النائب القانوني هو الذى تلقى الأداء لحساب ناقص الأهلية ، حيث يُسأل نائبه عن كل تجاوز من جانب القاصر في استعمال ما سلمه له وعبء الإثبات في بيان أن ناقص الأهلية قد أُثرىَ، وفي تقدير مدى إثرائه يقع على الدافع الذى يطلب رد ما دفع (589).

وايضا من الاستثناءات على هذه القاعده ما ورد في القاعدة الرومانية الشهيرة بأنه لا يجوز للطرف الملوث أن يتمسك بتلوثه ، اي انه لا يجوز للطرف الملوث ان يؤسس دعواه على غش صدر من جانبه، وان يستند في تلوثه في المطالبه بحق أمام القضاء، فإن كان العقد باطلا لمخالفه المحل او السبب للنظام العام والاداب العامه فإن من سلم الشيء لا يستطيع ان يسترده الا اذا كان غير ملوث. وأعمالا لتلك القاعدة تضمن المشروع التمهيدي للقانون المدني نصا يقضى بأنه لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه إلا إذا كان هو فى التزامه لم يخالف الآداب . بمعنى ذلك إن حق المطالبة بالرد قاصر على الطرف الذي لم يخالف الآداب . فمستأجر الأرض لزراعتها مخدرات لا يجوز له استرداد ما دفعه .

ولكن هذه القاعدة لقيت معارضه حيث تتعارض مع منطق البطلان . إذ يمكن تنفيذ العقد بالنسبة لطرف دون الآخر . وإذا كان كلا الطرفين ملوثاً ونفذ أحدهما إلتزامه فإن تطبيق القاعدة يؤدي إلى مكافأة المتعاقد الآخر رغم أنه هو الآخر ملوث . لذلك تم حذف هذه القاعدة وعدم الأخذ بها .

وبناء عليه إذا كان العقد باطل بسبب عدم مشروعيه المحل أو السبب فإن لكل طرف أن يسترد ما أداه ولو كان البطلان يرجع إلى عدم المشروعية من ناحيته.

587 - سليمان مرقس: الإثراء على حساب الغير في تقنينات البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، 1971، ص67.

588 - عبد المنعم الصدة: مصادر الالتزام...، مرجع سابق، ص297.

589 - قضت محكمة النقض المصرية بأن " عبء الإثبات في بيان أن ناقص الأهلية قد أثرى وفي تقدير مدى إثرائه يقع على الدافع الذى يطلب رد ما دفع ، فإن عجز عن الإثبات كان ذلك موجباً في ذاته لرفض طلبه ".
الطعن رقم 450 لسنة 46 جلسة 1979/3/15 س 30 ص 809 ق 148.

المبحث الثاني

أثر البطلان بالنسبة للغير

كما ذكرنا سابقا انه اذا أُبطل التصرف لم يكن له اثر وإذا كان التصرف يدخل في تكوين عقد تبادلي فان الالتزامات التي كان يرمي إنشاؤها تزول فإذا لم تكن هذه الالتزامات قد نفذت وجب رد الطرفين إلى مركزهما قبل التعاقد كلما أمكن ذلك وإذا كان احد الطرفين قد تصرف في حق من الحقوق التي ترتبت له بمقتضى التصرف الباطل فتصرفه باطل بدوره على وفق القاعدة التي تقضي بأن ((ما بني على باطل فهو باطل)) ونشأ من هذه القاعدة المنطقية المبدأ الذي يقضي بأن التصرف الباطل لا يرتب أثرا ما، غير ان ذلك كثيرا ما يجافي العدالة عندما يتم تطبيقه بصورة مشددة ذلك ان العقد الباطل قد يكون نفذ فعلاً واحتفظ بكيانه مدة معينة فخلف قيامه وتنفيذه مراكز ومصالح جديرة بالحماية وربما كانت هذه المصالح أجدر بالرعاية من المصالح التي يرمي حمايتها فضلا عن ان تطبيق مبدأ عدم ترتب اثر على العقد الباطل قد يؤدي إلى حدوث كثير من النتائج الاقتصادية والاجتماعية التي لا تحمد عقباها لذا حاول المشرّع تفادي تلك النتائج ببعض الاستثناءات التي يكون مقصودها حماية حسن النية واستقرار المعاملات بل تقتضي المصلحة العامة نفسها تلك الحماية لما فيها من رعاية للائتمان العام والاعتداد بالثقة المشروعة التي يركن الناس إليها.

المطلب الأول

المقصود بالغير والقاعده العامه في أثر العقد الباطل بالنسبه له

هنا سنبين ابتداء من هو الغير ثم سنتحدث عن القاعده العامه في اثر البطلان بالنسبه له.

الفرع الأول

المقصود بالغير

الغير هو من لم يكن طرف في العقد الباطل لكنه تلقى من احد المتعاقدين (وتحديدا المتنصرف اليه في العقد الباطل) حقا على الشيء محل العقد الذي تقرر بطلانه، اذا الغير هو الخلف الخاص لأحد المتعاقدين[590].

الفرع الثاني

القاعدة العامة في أثر العقد الباطل بالنسبه للغير

[590] ياسين محمد الجبوري،الوجيز في شرح القانون المدني (مصادر الحقوق الشخصيه،مصادر الالتزامات)،ج1،ط1،الاصدار1،دار الثقافه للنشر والتوزيع،عمان،الاردن،2008، ص291.

الأصل أن العقد الباطل أو القابل للإبطال بعد الحكم بإبطاله لا يُرتب آثاراً قانونية في العلاقة بين المتعاقدين ويقتضي اعادة المتعاقدين الى الحاله التي كانو عليها قبل التعاقد كما ذكر سابقا وهذا هو الاثر الرجعي للبطلان، ويسري البطلان بأثر رجعي ليس فقط بالعلاقه بين المتعاقدين بل أيضا في مواجهة الغير الذي ارتبط بعقد مع أحد المتعاقدين يتعلق بالشيء موضوع العقد، سواء كانت حقوق الغير المستمدة من العقد هي حقوق عينية كترتيب رهن رسمي، أو حقوق شخصية كتأجير الشيء. فإذا رتب المشتري على العين التي اشتراها بعقد باطل حقاً عينياً رهن أو ارتفاق مثلاً، ثم تقرر بطلان البيع فللبائع الحق في أن يستردها من المشتري الأخير لأنه إذا زال حق المشتري ، زالت بالتالي الحقوق التي ترتبت للغير بمعرفته فزوال حق الناقل يُزيل حق المتلقي. فما دام بَطُل حق المشتري الأول بطُل حق المشتري الأخير، حيث أنه لا يحتج بإبطال العقد تجاه الخلف الخاص للمتعاقد إذا كسب حقّاً عينيّاً معاوضة بحسن نية، كما يعدُّ الخلفُ الخاصُّ حسنَ النية إذا كان عند التعاقد لا يعلم سبب إبطال عقد سلفه ولم يكن بمقدوره أن يعلم لو أنه بذل من الحرص ما تقتضيه ظروف الحال من الشخص المعتاد وهذا ما اكدته الماده (86) من نظام المعاملات المدنية السعودي حيث نصت على انه "

1 -لا يحتج بإبطال العقد تجاه الخلف الخاص للمتعاقد إذا كسب حقّاً عينيّاً معاوضة بحسن نية.

2 -يعدُّ الخلفُ الخاصُّ حسنَ النية إذا كان عند التعاقد لا يعلم سبب إبطال عقد سلفه ولم يكن بمقدوره أن يعلم لو أنه بذل من الحرص ما تقتضيه ظروف الحال من الشخص المعتاد"

غير أن اعمال هذا المبدأ على اطلاقه تحِدّ منه القواعد الخاصة بحماية الغير حسن النية فقد يترتب على تطبيق مبدأ الأثر الرجعى للبطلان على إطلاقه الإضرار بالغير حسن النية الذى استند إلى الوضع الظاهر ورتب معاملات على أساس قيام العقد الباطل، حيث ان الحق الذي كسبه هذا الغير سقط لسقوط حق من أدلى له به بسبب البطلان. لهذه الاعتبارات أورد المشرع بعض الاستثناءات التي بمقتضاها تظل الحقوق التي يكتسبها الغير على الشيء المتصل بالعقد الباطل، وذلك في حالات معينه (591) حمايه للغير حسن النيه[592].

591 - قضت محكمة النقض بأن " حسن النية الذي تقتضيه الحماية التي أضفاها المشرع في المادة 1034 من القانون المدني على الدائن المرتهن في حالة إبطال أو فسخ سند ملكية الراهن ينتفى متى كان هذا الدائن يعلم وقت ابرام الرهن أو كان في مقدوره أن يعلم بأن ملكية الراهن للعين المرهونة مهددة بالزوال لأى سبب من الأسباب. واستخلاص قاضى الموضوع لسوء النية لا يخضع لرقابة محكمة النقض إلا من جهة مطابقته للتعريف القانوني لسوء النية ".
الطعن رقم 523 لسنة 29جلسة 1964/11/12س15ص1028ق 153.

592 أ.د سعد حسين عبد ملحم،أثر العقد الباطل بالنسبه للغير، المجله الاكاديمية للبحث القانوني ، المجلد 12/العدد2015-02، ص70-71

المطلب الثاني

الوسائل القانونية لحمايه الغير حسن النية من أثر البطلان

وردت عدة استثناءات على قاعدة ارجاع المتعاقدين الى الحاله التي كانا عليها قبل التعاقد وذلك لحمايه حسن النيه وحمايه الاوضاع الظاهره واستقرار المعاملات، وهناك ثلاث وسائل اساسيه لحمايه الغير حسن النيه من نتائج بطلان العقود وسنتناولها في ثلاث فروع:

الفرع الأول

حماية المتصرف اليهم في العقار

من أجل حمايه الغير حسن النيه الذي حاز العقار بسبب صحيح اذا ما تقرر بطلان العقد الذي اكتسب به ملكية العقار فقد قرر القانون حمايته وذلك بالسماح لهذا الغير بالتمسك بالتقادم لكسب ملكيه العقار الذي لم ينجح في كسب ملكيته بالعقد الباطل.فنجد ان الحمايه في القانون المصري لا تقتصر على مشتري العقار الذي ابطل سند ملكيه سلفه (البائع) بل تشمل الحماية كل من اكتسب حقا عينيا على العقار من نتائج بطلان سند ملكية سلفه. وحتى يكتسب ملكية العقار بالتقادم يجب توافر اربعه شروط وهي الحيازه والمدة والسبب الصحيح وحسن النيه[593].

وكذلك حمايه للغير حسن النيه فإن بائع العقار، حتى يستوثق من الوصول إلى هذه النتيجة يجب عليه أن يُسجل دعوى البطلان أو أن يؤشر بها على هامش تسجيل العقد الباطل طبقاً لأحكام قانون الشهر العقاري (594).

---

[593] أ.د سعد حسين عبد ملحم،أثر العقد الباطل بالنسبه للغير، المجله الاكاديمية للبحث القانوني ، المجلد 12/العدد2015-02، ص80

594 - تنص المادة 15 من قانون الشهر العقاري المصري على أن " يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع ، فاذا كان المحرر الأصلي لم يسجل، لم تسجل تلك الدعاوى ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الاحوال كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية. وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار اليها بعد (اعلان) صحة الدعوى (و قيدها) بجدول المحكمة ".

كما تنص الماده 36 من نظام الشهر العقاري السعودي على انه "يجب أن تقيد في السجل العقاري جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذا الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك، ويدخل في هذه التصرفات القسمة العقارية والوصية والوقف والميراث والرهن ، ولا يسري أثرها على الغير إلا من تاريخ قيدها"

كما نصت الماده 40 من ذات النظام على انه "الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقاري أو بتصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب التأشير بها في السجل العقاري بناء على طلب المحاكم المختصة بعد قيدها لديها، متى تضمنت هذه الدعاوى طلب إجراء تغيير في بيانات السجل، ولا يتم سماع الدعوى إلا بعد تقديم ما يثبت حصول التأشير بمضمون هذه الدعاوى.

وعلى ذلك، إذا تلقى الغير حقاً عينياً بعد تسجيل دعوى البطلان فإن حقه يزول بتقرير بطلان العقد، سواء كان حسن النية أو سيئها. أما إذا تلقى الحق العيني قبل تسجيل دعوى البطلان، فإن حقه يزول إذا كان سيء النية، ويبقى إذا كان حسن النية (595).

اي انه اذا الت ملكية العقار الى شخص معين بعقد قابل للإبطال، ثم تصرف في العقار لشخص اخر. وشهر الخلف سنده طبقا للقانون قبل ان تشهر دعوى الابطال، فإن الحكم الصادر بزوال سند السلف لا يؤثر في حق خلفه الذي يظل محتفظا بالملكية ما دام قد سجل عقد شرائه قبل تسجيل دعوى الابطال او التأشير بها وفقا للقانون. اما لو كان التصرف الصادر لهذا الخلف قد سجل في تاريخ لاحق لشهر دعوى الابطال، فإن هذا الابطال يسري في مواجهته حتى لو كان يجهل العيب الذي شاب سند ملكية سلفه.

وقد أورد المشرع المصري حكماً خاصاً لمصلحة الدائن المرتهن رهناً رسمياً فقرر أن يبقى قائماً لمصلحته الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن (596).

---

595 -نصت الماده 41 من نظام الشهر العقاري السعودي على انه "يترتب على التأشير بالدعاوى في السجل العقاري أن حق المدعي إذا تقرر بحكم نهائي يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق أو أثبت لمصلحتهم بيانات في السجل العقاري بعد إجراء التأشير المذكور، وذلك متى تم قيد الحكم خلال خمس سنوات من التاريخ الذي أصبح فيه نهائيا، وتبدأ مدة السنوات الخمس بالنسبة للأحكام النهائية الصادرة قبل العمل بهذا النظام من تاريخ سريانه على المنطقة العقارية

كما تنص المادة 17من قانون الشهر العقاري المصري على أنه "يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما"..

وقضت محكمة النقض المصرية بأن " الغير سيء النية في معنى المادة 2/17 من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 سنة 1946 هو الذى كان يعلم أن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله أو بما يوجب فسخه ، أما من يتعامل مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف في العقار المبيع تصرفا انتقلت به الملكية فلا يعتبر سيء النية في معنى المادة المذكورة لأنه يكون في هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقي لا تشوب ملكيته شائبة ولو كان يعلم وقت تعاقده معه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتر سابق لم يسجل عقده ، ذلك أنه وفقا للمادة التاسعة من القانون المشار اليه يجب شهر جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ و لا تنتقل و لا تتغير و لا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن . فمن يتعامل مع بائع على أساس هذا القانون لا يصح إهدار أثر سبق تسجيل عقده أو عريضة دعواه استنادا إلى المادة 2/17 من القانون المذكور".

الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٢١ جلسة 1954/5/13 س5ص856ق128.

596 - تنص المادة 1034 مدني على أن " يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر، وإذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذى ابرم فيه الرهن ".

وقد اعتمد المشرع حُسن النية مبدأ عاماً لكافّة التصرفات، إذ قرر أنه يجب تنفيذ العقد طِبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (597). فبطلان العقد لا يمنع من وجوده كواقعة مادية قد توهم بوجوده القانوني ويتولد عن ذلك مظهر يوهم بأن العقد صحيح، ويكون الشخص

وقضت محكمة النقض بأن " النص في المادة 1034 من القانون المدني على أنه " يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر , إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذى أبرم فيه العقد" يدل على أن الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بعد ذلك بأثر رجعى يعد رهناً صحيحاً متى كان الدائن المرتهن حسن النية وقت انعقاد الرهن الرسمي , ومعنى حُسن النية ألا يكون هذا الدائن عالماً بأن ملكية الراهن مهددة بالزوال بأثر رجعى , وكان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن كل طلب أو وجه دفاع يدلى به لدى محكمة الموضوع ويقدم إليها تقديماً صحيحاً ويطلب إليها بطريق الجزم أن تفصل فيه , ويكون الفصل فيه مما يجوز أن يترتب عليه تغيير وجه الرأي في الدعوى يجب على محكمة الموضوع أن تجيب عليه بأسباب خاصة ما بقى قائماً وتحت بصر محكمة الموضوع والخصوم فيعتبر مطروحاً ويتعين عليها أن تنظر في أثره في الدعوى , فإن كان منتجاً فعليها أن تقدر مدى جديته حتى إذا ما رأته متسماً بالجدية مضت إلى فحصه لتقف على أثره في قضائها , فإن هي لم تفعل كان حكمها قاصراً ".

(الطعن رقم ١٥٥٠ لسنة ٦٨جلسة 2013/5/11)

597 - راجع نص المادة 1/148 من القانون المدني المصري

ويرتب القانون العديد من الآثار بالنِسبة لحسنِ أو سوء نية المتعاقد، كالقيود التي تحد من رجوع المشتري بضمانِ العيوب الخفية مع البائعِ حسن النية، ورفع هذه القيود في حالة سوءِ النية، وكاشتراطِ حسن النية للتمسّك بإبطالِ العقد في حالة الغلَط، حيث تنص المادة 124 من القانون المدني على أنه " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية" كما نصت الماده60 من نظام المعاملات المدنيه السعودي " ليس لمن وقع في غلطٍ أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، ويكون ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر المتعاقد الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد."، وكالنظر في النية المشتركة للمتعاقدين عند تفسير العقد حيث تنص المادة 2/150 من القانون المدني على أن "أما اذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النِية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وِفقاً للعرف الجاري في المعاملات" وكذلك نص الماده 104 من نظام المعاملات المدنيه السعودي " 1- إذا كانت عبارة العقد واضحةً فلا يُعدل عن مدلولها بحجة تفسيرها بحثاً عن إرادة المتعاقدين.

2-إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، دون الاكتفاء بالمعنى الحرفي للألفاظ، ويُستهدى في ذلك بالعرف وظروف العقد وطبيعة المعاملة وما جرت به العادة في التعامل بين المتعاقدين وحالهما وما ينبغي أن يسود من أمانة وثقة بينهما، وتُفسِّر شروط العقد بعضها بعضاً وذلك بإعطاء كل شرط المعنى الذي لا يتعارض به مع غيره من الشروط."

كذلك فإن إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المصري لا تضر بحقوق الغير حسنِ النية، كما جاء في المادة 2/139 مدني، والغير المقصود هو الخلف الخاص. الذي تلقى حقاً على العين محل التعاقد من الطرف الذى تقررت القابلية للإبطال لمصلحته في الفترة ما بين إبرام العقد وحصول الإجازة، وكان من شأن الإجازة المساس بهذا الحق.

وبحسب محكمة النقض المصرية " توافر حسن النية هو مسائل الواقع التي لمحكمة الموضوع الحق في تقديرها ، ولا رقابة عليها لمحكمة النقض في ذلك متى كان استخلاصها سائغا ".

الطعن رقم ٣٣ لسنة ٣٧ جلسة 1972/4/12س23 ص698 ق110.

العادي معذوراً في اعتقاده بصحة العقد وتعامله مع ذلك الوضع. ففي عقد الشركة اشترط القانون أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً، إلا أن هذا البطلان لا يُحتج به في مواجهة الغير (598).

الفرع الثاني

الحماية استنادا لقاعدة الحيازة بالمنقول سند للملكيه

ويستطيع أيضاً الغير حسن النية حماية حقه بالاستناد إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. فإذا كان محل التعامل منقولاً وحازة الغير بسبب صحيح وحسن نية فيصبح مالكاً، ولا يمكن مطالبته برده، فبإمكان الغير الذي اشترى المنقول من شخص وتسلمه ، ثم تقرر بطلان سند المتصرف ان يحتفظ بملكية المنقول متى كان حسن النيه أي انه يجهل ما يشوب سند ملكية سلفه من بطلان، وبذلك تكون الحيازة سببا لكسب ملكية المنقول وليس التصرف القانوني لأن هذا التصرف اصبح صادرا من غير مالك بعد زوال ملكية المتصرف بأثر رجعي نتيجة بطلان سند الملكيه. وإذا كان محل التعامل عقاراً كان للغير حسن النية أن يكتسب ملكيته بالتقادم الخمسي دون أن يتأثر بإبطال سند من تصرف إلية في العقار.

الفرع الثالث

حمايه الدائنين والخلف الخاص في حالة الصورية المطلقه

الصوريه المطلقه هي التي تنصب على وجود التصرف ذاته، وذلك بأن يتفق الطرفان على اصطناع مظهر كاذب لتصرف لم تتجه ارادتهما اليه مطلقا، فإذا أُبرِم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متي كانوا حَسنِي النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم، وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين[599]. فإذا تم إبرام بيع صوري صورية مطلقة وهنا لا يوجد في الحقيقة أي عقد، ومع ذلك يجوز لدائن المشترى ولمن كسب منه حقاً

598 - تنص المادة 507 من القانون المدني ع المصري لى أن " 1-يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلاً وكذلك يكون باطلاً كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفى الشكل الذى أفرغ فيه ذلك العقد.2- غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير، ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم، إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان ".

كما نصت الماده 12 من نظام الشركات السعودي على انه " 1باستثناء شركة المحاصَّة، يجب أن يكون عقد تأسيس الشركة وكل ما يطرأ عليه من تعديل مكتوباً، وموثقاً من الجهة المختصة نظاماً بالتوثيق، وإلا كان العقد أو التعديل باطلاً. 2- يكون مسؤولاً كل من تسبب في عدم توثيق عقد تأسيس الشركة أو ما يطرأ عليه من تعديل على النحو الوارد في الفقرة (1) من هذه المادة، من الشركاء أو مديري الشركة أو أعضاء مجلس إدارتها - بحسب الأحوال - بالتضامن عن تعويض الضرر الذي يصيب الشركة أو الشركاء أو الغير من جراء ذلك."

[599] د.سعد حسين عبد الملحم،الصوريه في التصرفات القانونيه،اطروحه دكتوراه، كلية الحقوق ،جامعه النهرين،2000،ص76-78،ص142.

عينياً على الشيء محل التصرف الصوري إذا كان حسن النية أن يعتبر أن العقد الصوري هو عقد حقيقي (600).

أيضاً يعتبر استثناء من وجوب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد بالنسبة للغير، أن تبقى عقود الإدارة قائمة بالرغم من ثبوت بطلان عقد ملكية المتصرف؛ لأن تلك العقود فضلاً عن أنها تكون في مصلحة الشيء، فهي لا تؤثر في حق من تستقر له الملكية نتيجة للبطلان. فعقد الإيجار مثلاً يظل قائم بالرغم من ثبوت بطلان سند ملكية المؤجر إذا كان المستأجر حسن النية وكانت مدة الإيجار لا تجاوز ثلاث سنوات (601).

وقد حرص المشرع أيضاً على حماية الغير حسن النية الذي يرتكن إلى وضع ظاهر واقعي من نتائج بطلان العقود التي يكون من حقهم التعويل على قيامها. والوضع الظاهر، هو المحسوس المخالف للحقيقة الذي يوهم الغير بأنه مركز يحميه القانون (602). فيكون صاحب المركز الظاهر هو نفسه صاحب المركز القانوني الذي يُعبر عنه هذا الظاهر إلا أنهما قد لا يتطابقان ؛ لأن الظاهر يقوم على أساس أن شخصاً ما يبدو أمام الآخرين بأنه صاحب الحق ، في حين أنه في الحقيقة ليس كذلك. كالوارث الظاهر والنائب الظاهر.

---

600 -تنص المادة 244 /1 مدني على أن " اذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسنى النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم. 2- واذا تعارضت مصالح ذوى الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين ".

وقضت محكمة النقض بأن " جرى قضاء محكمة النقض على أن للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا في مصلحته ولا يجوز أن يُحاج بورقة غير مسجلة تفيد التقايل من الصفقة متى كان لا يعلم بصورية عقد تمليك البائع له ولو كان مؤشراً بمضمونها على هامش تسجيل العقد الظاهر المسجل لأن ذلك التأشير لا يؤدي إلا إلى إثبات تاريخها وإثبات التاريخ ليس فيه إشهار للورقة حتى يُعترض به على الغير بل تعتبر كما كانت قبل التأشير باقية في طي الكتمان والخفاء. وإذن فمتى كانت الطاعنة قد باعت الأطيان موضوع النزاع إلى المطعون عليها الأولى بمقتضى عقد بيع مسجل وكان المطعون عليه الثاني قد اشترى تلك الأطيان منها بعد أن اطمأن إلى ملكيتها لها فإنه يعتبر في حكم الغير بالنسبة لصورية عقد البيع. والحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على أن المطعون عليها الأولى قد عجزت عن إثبات علم المشترى بورقة الضد التي لم تسجل قبل صدور البيع إليه بحيث لا تسرى عليه ولا يكون لها ثمت تأثير على حقوقه المستمدة من العقد الظاهر المسجل، لا يكون قد خالف القانون أو شابه قصور".

الطعن رقم ١٥٢ لسنة ٢٦ جلسة 1961/4/20س12ص376ق51 .

601 - سليمان مرقس: الوافي...، ج2، الالتزامات، مرجع سابق، ص446.

وقارن خلاف ذلك عبد المنعم الصده : مصار الالتزام ...، مرجع سابق، ص301. هامش 1. حيث يرى سيادته أنه لا داعي لأن نتطلب في الإيجار ألا تتجاوز مدته ثلاث سنوات، لأن العبرة بفكرة الغش أي نية الإضرار، ولأن نص المادة 559 مدني لا ينطبق، إذ المؤجر إما أن يعتقد أنه مالك إذا كان العقد باطلاً أو يكون مالكً حقيقة إذا كان العقد قابلاً للإبطال .

602 - نعمان جمعة: أركان الظاهر كمصدر للحق، معهد البحوث والدراسات العربية، 1977 ص13.

فالوارث الظاهر هو شخص يعتبر نفسه وارثاً ويعتبره الناس كذلك؛ لعدم وجود قريب أقرب منه يحجبه من الإرث. فإذا تصرف في للتركة كوارث ثم ظهر وارث آخر يحجبه. فإن تلك التصرفات تكون صحيحة ونافذة حماية للغير حسن النية(603). والنائب الظاهر الذي يستمر في إبرام التصرفات باسم الأصيل بعد انقضاء سلطته في النيابة. فالأصل أن هذه التصرفات لا تكون نافذة في حق الأصيل، إلا أن حماية الغير حسن النية، فيُعتد بتصرف النائب في حق الأصيل رغم انتهاء النيابة (604). فقد تنتهي النيابة مع بقاء سندها في يد النائب، وقد يموت الأصيل وتزول النيابة عن النائب دون علم الغير. عندئذ تجب حماية الغير حسن النية الذي كان يجهل بدون خطأ من جانبه انتهاء النيابة (605).

وإذا كانت فكرة الوضع الظاهر في اعتبار التصرف الباطل بين صاحب الوضع والغير حسن النية وكأنه صدر من صاحب المركز الحقيقي ومن ثم فهو نافذ في مواجهته. إلا أنه يُشترط لوجود المركز الفعلي لصاحب الوضع الظاهر وجود العناصر اللازمة لوجوده أو الاستدلال عليه. فمثلاً المركز القانوني للمالك يُستدل عليه بممارسته سلطات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف أو بموجب عقد بيع صحيح. وبالتالي وجب للاعتراف بالوضع الظاهر أن يتصرف صاحب الوضع الظاهر تصرف المالك في ملكه من خلال ممارسة سلطات الملكية أو بموجب عقد بيع باطل أو مزور. كذلك يلزم أن يكون التعامل مع صاحب الوضع الظاهر من الغير بموجب حُسن النية، والغير وهو الأجنبي عن التصرف أو الوقعة المنشئة للوضع الظاهر. وأخيرا ولما كانت الحماية التي حباها المشرع للغير حسن النية هي حماية استثنائية، فإنه يتعين أن يكون التصرف الذي تم مع الغير من قبيل المعاوضات؛ لأنه إذا كان التصرف

603 -عبد المنعم البدراوي: النظرية العامة للالتزامات، ج1 ، مصادر الالتزام، من دون ناشر،1992، ص376.

604 - نصت الماده 92 من نظام المعاملات المدنيه السعودي على انه " إذا كان النائب والمتعاقد معه يجهلان معاً عند التعاقد انتهاء النيابة؛ فإن العقد يُضاف إلى الأصيل"

كما تنص المادة 107 من القانون المدني المصري على أن " إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاماً، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه "

وقضت محكمة النقض المصرية بأن " المقرر أن النص في المادة 107 من القانون المدني على أنه " إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذى يبرمه، حقاً كان أو التزاماً، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه " يدل على أن القانون لا يحمى الغير الذى تعامل مع النائب الظاهر مع انقضاء النيابة ليضاف تصرفهما إلى الأصيل إلا إذا كان النائب والغير كلاهما معاً يجهلان انقضاء النيابة وقت التعاقد ".

الطعن رقم ٣١٠٨ لسنة ٦٨ جلسة ٢٦ / ٣ / ٢٠١١.

605 - سمير تناغو: مصادر الالتزام...، مرجع سابق، ص25.

من التبرعات ، فإن الغير لا يكتسب الحق على الشيء محل التصرف وبالتالي كان للمالك الحق في استرداده إذا كان الغير قد تسلَّمه (606).

الخاتمه:

البطلان يجعل العقد منعدما ، بين المتعاقدين كأن لم يكن ، أما إذا كان العقد قد تم تنفيذه قبل تقرير البطلان فإنه يجب رد المتعاقدين للحاله التي كانو عليها قبل التعاقد، واذا كان تنفيذ العقد قد ترتب عليه براءه ذمه كل من المتعاقدين، فبالبطلان يرتب التزامات جديده مفادها ارجاع كل متعاقد ما تسلمه من الطرف الاخر بموجب العقد.

النتائج

1-اذا كان العقد قد تم تنفيذه قبل تقرير بطلانه فإنه يجب رد المتعاقدين الى الحاله التي كانا عليها قبل التعاقد.

2-اجاز القانون بأن يرتب على العقد الباطل بعض الاثار تخفيفا للأثر الرجعي للبطلان وذلك ضمانا لاستقرار المعاملات والثقه والائتمان في التعاملات.

3-اولى القانون حمايه لناقص الاهليه بحيث لا يلزم برد الا ما عاد عليه من منفعه

4-الغير هو كل من ليس طرفا في العقد الباطل ، لكنه تلقى من المتصرف اليه في هذا العقد حقا على الشيء الذي كان محلا للعقد الباطل.

5-القاعدة العامه ان اثر بطلان عقد السلف يسري بمواجهه الخلف الخاص سواء كان حق ملكية او غيره وذلك لزوال ملكية سلفه طبقا لقاعدة الاثر الرجعي للبطلان.

6-ان العقد الباطل وان لم يكن له وجود قانوني الا ان له وجود واقعي كوضع ظاهر وتقتضي العدالة واستقرار المعاملات حماية الغير الذي تعامل على اساس هذا الوضع الظاهر.

7-ان نظريه الاوضاع الظاهره وان لم ينص عليها صراحه في نظام المعاملات المدنية السعودي الا انه يمكن الاخذ بها استنادا الى قواعد العداله

التوصيات

1-ان يقصر المشرع أثر حسن نية الغير على اعطاء الغير الحق باسترداد ما تم دفعه لرفع الضرر عنه مع حقه بطلب التعويض اذا اصيب بضرر،لأن مقتضى قواعد العداله تأبى ان تكون الحمايه التي وفرها

606 - هند فالح: نظرية البطلان...، مرجع سابق، ص335.

القانون للغير على حساب المالك الحقيقي وحرمانه من ملكه لمجرد ان ارتبط بعقد تقرر بطلانه فيما بعد الا اذا تسبب المالك الحقيقي بخطأه في بطلان العقد.

2-اعمال الاثر الرجعي لبطلان التصرف بسبب تخلف ركن من اركانه وان تعلق حق الغير به بصرف النظر عن اشتراط الحيازة في المنقول او مضي التقادم في العقار ، اذ لا ينتج العقد الباطل اي اثر ولا يفيد الملك ومن ثم لا يفيد التصرف.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

1. أنور سلطان : مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2015، ص162.
2. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ،1995.
3. خليل احمد حسن قداده، الوجيز في رح القانون المدني الجزائري (مصادر التزام)،ج1،ط2،ديوان المطبوعات الجامعيه، بن عكنون، الجزائر2005.
4. سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني، ج2، في الالتزامات، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1987.
5. سليمان مرقس: الإثراء على حساب الغير في تقنينات البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، 1971.
6. سمير تناغو: مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، مكتبة الوفاء، للنشر، الإسكندرية، 2009.
7. عبد المنعم البدراوي: النظرية العامة للالتزامات، ج1 ، مصادر الالتزام، من دون ناشر،1992،
8. عبد المنعم فرج الصده : مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1969،
9. لمياء بن زهره : اثار بطلان العقد على الغير ، كليه الحقوق والعلوم السياسيه، جامعة قاصدي مرباح.
10. محمد ابراهيم القاسم: بطلان العقد في الفقه الاسلامي والقانون السعودي ،من دون ناشر، 2021.

11. نعمان جمعة: أركان الظاهر كمصدر للحق، معهد البحوث والدراسات العربية، 1977 .
12. نهله فوزى: المدونة في شرح القانون المدني في ضوء الفقه وأحكام القضاء، المجلد الأول ، أحكام عامة ، مصادر الالتزام، المواد من 1: 198 ، دار الوافي للنشر ، القاهرة، 2023.
13. هند فالح : نظرية البطلان في القانون المدني، دار الكتب القانونية ، القاهرة ،2015.
14. ياسين محمد الجبوري: الوجيز في شرح القانون المدني (مصادر الحقوق الشخصيه، مصادر الالتزامات) الجزء الأول، الطبعة الأولى ،دار الثقافه للنشر والتوزيع، عمان،الاردن،2008.

ثانياً: الرسائل والأبحاث العلمية

1. سعد حسين عبد ملحم: أثر العقد الباطل بالنسبه للغير، المجله الاكاديمية للبحث القانوني ، المجلد الثاني عشر، العدد الخامس عشر،2020.
2. سعد حسين عبد الملحم: الصوريه في التصرفات القانونيه،اطروحه دكتوراه، كلية الحقوق ،جامعه النهرين،2000

القوانين والتشريعات.

-1القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 وتعديلاته .
-2مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مذكرة المشروع التمهيدي، الصادرة عن الحكومة المصرية، وزارة العدل. الجزء الثاني، الالتزامات.
-3نظام المعاملات المدنية السعودي رقم م/ 191الصادر في 11/29/ 1444هـ لموافق 2023/5/18.

ثالثاً: الأحكام.

موقع محكمة النقض المصرية على شبكة الإنترنت https://www.cc.gov.eg

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي
International Journal of Legal Interpretative Judgement
المجلد 04، العدد 14
ISSN : 2748-5056

النانو تكنولوجي كآداة فعالة لإنجاز العدالة

Nanotechnology as an Effective Tool for Achieving Justice

د/أمل فوزى أحمد عوض

Dr. Amal Fawzy Ahmed Awed

رئيس وحدة تكنولوجيا المعلومات ،كلية التربية الفنية ، جامعة حلوان

Head of the Information Technology Unit, Faculty of Art Education, Helwan University

مشكلة البحث: إشكالية استخدام تكنولوجيا النانو للتحول نحو العدالة الناجزة بفاعليةيمكن صياغتها علي النحو التالي :هل من الممكن استخدام تطبيقات النانو تكنولوجي في تحقيق العدالة الناجزة وتحسين كفاءة الإجراءات القضائية ؛هل من الممكن استخدام تطبيقات النانو تكنولوجي في مجال الأمن السيبراني ؟ منهج البحث :سوف نستخدم في هذه الورقة البحثية المنهج التحليلي والتأصيلي لعرض مسائلها والحلول الملائمة لإشكالياتها. أهم النتائج :يمكن استخدام تطبيقات النانو تكنولوجي في مجال مكافحة الجريمة، وجمع الأدلة والبيانات بسرعة وبدقة عالية ، وإنجاز الإجراءات القضائية بكفاءة مما يحقق العدالة الناجزة. أهم التوصيات :ضرورة استغلال كل الإمكانيات التي تسمح بها تكنولوجيا النانو لتحقيق غايات إنجاز إجراءات التقاضي وتحقيق العدالة بفاعلية .

الكلمات المفتاحية : المواد النانوية الذكية ؛النانو تكنولوجى؛ الأمن السيبراني؛العدالة في الإجراءات؛العدالة في النتائج.

Research Problem: The issue of utilizing nanotechnology for a transition toward effective justice can be formulated as follows: Is it possible to employ nanotechnology applications to achieve fair justice and enhance the efficiency of legal procedures? Can nanotechnology applications also be utilized in the field of cybersecurity?

Research Methodology: In this research paper, we will utilize an analytical and foundational approach to present its issues and suitable solutions.

Key Findings: Nanotechnology applications can be used in crime prevention, rapid and highly accurate evidence and data collection, and efficient execution of legal procedures, thereby achieving effective justice.

Key Recommendations: It is essential to harness all the capabilities enabled by nanotechnology to accomplish litigation procedures and achieve justice effectively.

Keywords: Smart nanomaterials; Nanotechnology; Cybersecurity; Procedural justice; Justice in outcomes.

مقدمة:

تكنولوجيا المعلومات عبارة عن تطبيق المنهج العلمي في التعامل مع البيانات والمعلومات مما يمكن متخذي القرار من اتخاذ القرارات الفعالة في كافة المستويات و شتي المجالات .

فكلمة تكنولوجيا هي من أصل يوناني ، وتتكون من مقطعين ، الأول Techno وتعني المهارة أو الفن ، والثاني لوجيا Logy وتعني دراسة أو علم ، ومن هنا تعرف كلمة تكنولوجيا مجتمعة علم المهارة ، وعلم التطبيق ، أو علم المهارة الفنية ، أي أن تقوم بأداء الأعمال بناء علي خطط مسبقة ، وتؤديها بكل مهارة وإتقان وإبداع لكي يكون عملك غير مكررا أو تقليديا فالتكنولوجيا تعني التميز، ويعرفها البعض مستعملا كلمة (التقنية) كمصطلح مرادف لها ، والمفهوم الشائع لمصطلح التكنولوجيا هو استعمال الكمبيوتر والأجهزة الحديثة والوسائط الرقمية في سرعة إنجاز المهمات بنجاح و إبداع [607].

أما نظم المعلومات " فهي عبارة عن نظام آلي الغرض منه جمع وتنظيم وإيصال وعرض المعلومات لاستعمالها من قبل الأفراد في مجالات التخطيط والرقابة علي المؤسسات " [608]، وهي عبارة عن مجموعة من العناصر البشرية والآلية المكلفة بجمع البيانات وتشغيلها وفق قواعد وإجراءات محددة بغية تهيئة المعلومات اللازمة لاحتياجات الإدارة لتمهد لهم القيام بواجباتهم بشكل جيد ، بالإضافة إلي إمكانية اتخاذ القرار الصائب.

وباعتبار العصر الحالي عصر التقنية و التكنولوجيا ولكون القانون مرآة عصره فلقد تأثر هو أيضا بزخم ووهج التكنولوجيا و هو ما دفع إلي توصيفه بعبارة " تكنولوجيا القانون أو تقننة أو مكننة القانون" ، فقد كان من نتائج هذا التفكير بروز فروع جديدة للقانون تتجاوز عتبة التقسيم التقليدي للقانون- عام و خاص- إلي عتبة التقسيم التقني للقانون كقانون التهيئة و التعمير، الصحة، النقل، المرور، المصرفين،

---

[607] راجع في ذلك :

– https://www.alittihad.ae/wejhatarticle/98263/ثورة-الاتصالات-والمعلومات--قاطرة-التغيير-العالمي

– https://mawdoo3.com/بحث_حول_تكنولوجيا_الاتصال_والمعلومات

[608] راجع في ذلك : علاء عبدالرزاق السالمي ، رياض حامد الدباغ ، تقنيات المعلومات الإدارية ، الأردن ، عمان ، دار وائل للنشر 2000 ، ص33.

حماية المستهلك، المنافسة، التأمين، الجنائي، البيئي ، الملكية الفكرية، مع ظهور قانون المعاملات الرقمية أو التجارة الرقمية[609].

ولقد أصبحت القواعد القانونية نتيجة التطورات التكنولوجية قواعد تقنية تتجاوز النظرة التقليدية للقانون[610] من حيث كونها آمرة و مكملة ، و حتي مصدر إلزامها هي القوانين التقنية التي تحكمها كقوانين الفيزياء أو الهندسة[611]، كما قد تراجعت مجالات تطبيق القوانين الكلاسيكية كالقانون المدني لفائدة القوانين التقنية كما هو الشأن بخصوص تقننة العقد بأن أصبح عقدا رقميا و تقننة قانون الشركات بظهور الشركات الافتراضية بل و حتي مجال القانون الدستوري و الإداري لم يسلم من هذا التأثير بظهور الحكومة الرقمية و الانتخاب الرقمي و القرار و العقد الإداري الرقمي و أيضا قانون العقوبات تدخل لتجريم و معاقبة أفعال مرتبطة أساسا باستعمال التكنولوجيا أو ما يعرف بالجرائم المعلوماتية.... الخ، ليصبح القانون لا يكتشف الواقع مثلما تعتقد النظرية الكلاسيكية للقانون بل تبدعه ، و يتحول من غاية اجتماعية إلي 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.

مشكلة البحث:

سرعة التطور وكثرة التحديات المتعلقة بالعدالة و رقمية الإجراءات ، فى ظل التطور اللحظى فى عصر الذكاء الإصطناعى،فالنظم القضائية علي مستوي العالم لا يوجد بها معيار يقاس به مدي سرعة الوصول وإنجاز العدالة الرقمية والوقوف علي حقيقة ذلك لتفاوت هذه النظم فيما بينها في الأخذ بنظام العدالة الرقمية التي يعد الجزء الأهم فيها هو رقمية إجراءات التقاضي وتطوراها المتلاحقة .

وعليه فإن إشكالية استخدام تكنولوجيا النانو للتحول نحو العدالة الناجزة بفاعليةيمكن صياغتها علي النحو التالي :

- هل من الممكن استخدام تطبيقات النانو تكنولوجي في تحقيق العدالة الناجزة وتحسين كفاءة الإجراءات القضائية ؟
- هل من الممكن استخدام تطبيقات النانو تكنولوجي في مجال مكافحة الجريمة ؟
- هل من الممكن استخدام تطبيقات النانو تكنولوجي في جمع البيانات و الأدلة ؟
- هل من الممكن استخدام تطبيقات النانو تكنولوجي في مجال الأمن السيبراني ؟

609 لمزيد من التفاصيل ، راجع في ذلك: عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول، نظرية القانون، برتي، الجزائر، 2009 ، ص 18 .

610 راجع في ذلك : هند نجيب السيد ، الإثبات في الجرائم الرقمية ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ،2016، ص22 .

611 راجع في ذلك: عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية ، ص229-230.

أهمية البحث :

- أولاً : يناقش مفهوم النانو تكنولوجي وتطبيقاته.
- ثانيا :يناقش البحث تطبيقات النانو تكنولوجي في تحقيق العدالة الناجزة، من خلال استخدام النانو تكنولوجي في مجال مكافحة الجريمة، وجمع الأدلة ، وتحسين الإجراءات القضائية.
- ثالثا : يناقش البحث تطبيقات النانو تكنولوجي في مجال الأمن السيبراني، و تطوير أنظمة حماية المعلومات، واكتشاف ومنع الهجمات السيبرانية.

اهداف البحث:

- طرح المعالجات النانوية لأشكاليلات البطئ فى التقاضى
- عرض الاستخدامات المتعددة للنانو تكنولوجى للوصول للعدالة الناجزة
- عرض الاستخدامات المتعددة للنانو تكنولوجى فى مجال الامن السيبرانى

مصطلحات البحث :

- العدالة الناجزة : هي مفهوم يشير إلى العدالة التي تتحقق في الوقت المناسب وبطريقة فعالة. تسعى العدالة الناجزة إلى تقليل المدة التي يقضيها المتهمون في السجن قبل المحاكمة، وزيادة كفاءة النظام القانوني.يشير إلى نظام عدالة يحقق العدالة لجميع الناس، بغض النظر عن خلفياتهم أو وضعهم الاجتماعي. يشمل مفهوم العدالة الناجزة ما يلي:
- المواد النانوية الذكية: يمكن استخدام المواد النانوية الذكية لإنشاء أنظمة يمكنها الاستجابة للظروف المحيطة بها. يمكن استخدام هذا في العدالة لإنشاء أدلة يمكن أن تكتشف نفسها، وفي الأمن السيبراني لإنشاء أنظمة يمكنها حماية نفسها من الهجمات.
- النانو تكنولوجى :هي تقنية تتعامل مع المواد والأجهزة التي تبلغ أبعادها الذرية أو الجزيئية. يُعرف النانو بأنه جزء من المليون من الميكرومتر، أي أنه أصغر من شعرة الإنسان بمقدار 1000 مرة.
- الوصول إلى العدالة: يجب أن يتمكن جميع الناس من الوصول إلى العدالة، بغض النظر عن قدرتهم على تحمل تكاليف خدمات المحاماة.
- العدالة في الإجراءات: يجب أن تكون الإجراءات القانونية عادلة ومنصفة لجميع الأطراف المعنية.

- العدالة في النتائج: يجب أن تكون نتائج الإجراءات القانونية عادلة، وأن تعكس المسؤولية الجنائية.
- الأمن السيبراني :هو مجموعة من الممارسات والإجراءات المصممة لحماية المعلومات والأنظمة من الهجمات السيبرانية. تستهدف الهجمات السيبرانية عادةً سرقة البيانات أو تعطيل الأنظمة أو نشر معلومات مضللة.
- النانون تكنولوجى والعدالة: يمكن استخدام تكنولوجيا النانو لتحسين العدالة الجنائية بعدة طرق، مثل تطوير تقنيات أكثر حساسية لجمع الأدلة، وإنشاء أنظمة مراقبة أكثر دقة، وتطوير تقنيات جديدة لإعادة بناء حوادث الجريمة.
- النانون تكنولوجى والأمن السيبراني: يمكن استخدام تكنولوجيا النانو لتحسين الأمن السيبراني بعدة طرق، مثل تطوير تقنيات جديدة للكشف عن الهجمات السيبرانية، وإنشاء أنظمة حماية بيانات أكثر أمانًا، وتطوير تقنيات جديدة تشفير البيانات.
- العدالة الناجزة والأمن السيبراني: يمكن أن تؤثر الهجمات السيبرانية على العدالة الناجزة بعدة طرق، مثل تأخير المحاكمة، ومنع الوصول إلى المعلومات القانونية، ونشر المعلومات المضللة. يمكن أن تساعد تكنولوجيا النانو في تحسين العدالة الناجزة والأمن السيبراني من خلال تطوير تقنيات جديدة للحماية من الهجمات السيبرانية، وتحسين كفاءة النظام القانوني. تُعد تطبيقات النانو تكنولوجي في العدالة والأمن السيبراني واعدة للغاية، ومن المتوقع أن تؤدي إلى تحسينات كبيرة في هذه المجالات في السنوات القادمة.

الدراسات المرتبطة:

هناك العديد من الدراسات التي تتناول العلاقة بين تقنية النانو والامن السيبراني والعدالة الناجزة. تركز بعض هذه الدراسات على كيفية استخدام تقنية النانو لتحسين الأمن السيبراني، مثل استخدام تقنية النانو لتطوير أنظمة تشفير أكثر أمانًا. وتركز دراسات أخرى على كيفية استخدام تقنية النانو لتحسين العدالة الناجزة، مثل استخدام تقنية النانو لإنشاء أنظمة قضائية أكثر فعالية وكفاءة.

فيما يلي بعض الأمثلة على الدراسات المرتبطة:

- دراسة بعنوان "النانون تكنولوجى وتطبيقاته في العدالة الناجزة" من إعداد الباحثين محمد عبد الرحمن وأحمد سلامة، تتناول الدراسة تطبيقات تكنولوجيا النانو في العدالة الناجزة، مثل استخدامها في الطب الشرعي والمراقبة والتحقيق الجنائي.

- دراسة بعنوان "الأمن السيبرانى وتطبيقاته في العدالة الناجزة" من إعداد الباحثين إيمان محمد وأحمد محمود، تتناول الدراسة تطبيقات الأمن السيبرانى في العدالة الناجزة، مثل استخدامها في حماية البيانات الشخصية وضمان سرية المعلومات.
- دراسة بعنوان "العدالة الناجزة في عصر الذكاء الاصطناعي" من إعداد الباحثين محمد عبد الله وعمر عبد العزيز، تتناول الدراسة دور الذكاء الاصطناعي في تحقيق العدالة الناجزة، مثل استخدامه في تحسين كفاءة الإجراءات القضائية وضمان سرعة الوصول إلى العدالة.

- دراسة بعنوان "استخدام تقنية النانو لتحسين الأمن السيبراني"، قام بها باحثون من جامعة كاليفورنيا، بيركلي، وجامعة نورث كارولينا في تشابل هيل. تبحث هذه الدراسة في كيفية استخدام تقنية النانو لتطوير أنظمة تشفير أكثر أمانًا ومقاومة للهجمات السيبرانية.
- دراسة بعنوان "استخدام تقنية النانو لتحسين العدالة الناجزة"، قام بها باحثون من جامعة أكسفورد وجامعة هارفارد. تبحث هذه الدراسة في كيفية استخدام تقنية النانو لإنشاء أنظمة قضائية أكثر فعالية وكفاءة، وخاصةً في البلدان النامية.

ومن المتوقع أن تستمر الدراسات في تناول العلاقة بين تقنية النانو والامن السيبراني والعدالة الناجزة في المستقبل. حيث تفتح تقنية النانو آفاقًا جديدة لتحسين هذه المجالات الثلاثة.وفيما يلي بعض الأمثلة المحددة للدراسات التي تناولت هذه الموضوعات:

- دراسة: "استخدام تكنولوجيا النانو في الطب الشرعي" .
- دراسة: "تكنولوجيا النانو والأمن السيبراني" .
- دراسة: "العدالة الناجزة والأمن السيبراني" .

منهج البحث :

سوف نستخدم في هذه الورقة البحثية المنهج التحليلي والتأصيلي لعرض مسائلها والحلول الملائمة لإشكالياتها.

خطة البحث :

- المبحث الاول : مفهوم النانو تكنولوجي وتطبيقاته
- المبحث الثانى : تطبيقات النانو تكنولوجي في تحقيق العدالة الناجزة
- المبحث الثالث : تطبيقات النانو تكنولوجي في مجال الأمن السيبراني

- المبحث الرابع : التحديات التي تواجه تطبيقات النانو تكنولوجي في العدالة والأمن السيبراني

المبحث الاول : مفهوم النانو تكنولوجي وتطبيقاته

تعد تكنولوجيا المعلومات بأدواتها المتطورة ذات أهمية بالغة فلم يؤثر شيء في الحياة الإنسانية منذ الثورة الصناعية مثلما أثرت فيها تكنولوجيا المعلومات والتي أصبحت لا غني عنها في حياة الشعوب والمؤسسات والدول ، فما يشهده العالم من تحول تقني متسارع وتطورات متلاحقة في مجال أجهزة الحاسوب والبرمجيات وأجهزة الاتصالات ووسائلها وهذا الكم الهائل من المعلومات الذي ينمو وينتقل بسهولة ويسر ما بين دول العالم أكد دخول العالم عصراً متطوراً ليس له حدود تؤدي فيه تكنولوجيا المعلومات دور الأعمدة الحاملة لهذا التقدم الذي أصبح علامة مميزة لهذا العصر[612] فالعالم الآن يشهد تطورا تكنولوجيا هائلا ، امتزجت فيه نتائج وخلاصات ثلاث ثورات هي :

- ثورة المعلومات[613] : المتمثلة في الكم الهائل من المعرفة، والذي أمكن السيطرة عليه والاستفادة منه بواسطة تكنولوجيا المعلومات.
- ثورة وسائل الاتصال: المتمثلة في تكنولوجيا الاتصال الحديثة[614] ، والتي بدأت بالاتصالات السلكية وانتهت الآن بالأقمار الصناعية ثم التحول إلي الرقمية وإنترنت الأشياء[615] والسحابة الرقمية[616].

---

[612] راجع في ذلك : د .محمد المرسي زهرة ، الحاسب الإلكتروني والقانوني ، دار النهضة العربية 2008، ص4 ، المستشار/ فاروق علي الحفناوي ، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات ، دار الكتاب الحديث ، ص 19 وما بعدها ، بدون سنة نشر.

[613] راجع في ذلك : تاريخ آخر دخول :

- https://ar.wikipedia.org/wiki/ثورة_المعلومات
- https://mawdoo3.com/مقال_عن_ثورة_المعلومات
- https://www.marefa.org/ثورة_المعلومات
- https://www.albayan.ae/opinions/articles/2017-01-04-1.2815976
-

[614] راجع في ذلك : تاريخ آخر دخول:

- https://mawdoo3.com/بحث_حول_تكنولوجيا_الاتصال_والمعلومات
- https://www.al-mstba.com/t207613.html
- http://www.mawhopon.net/?p=7619
- https://www.alittihad.ae/wejhatarticle/98263/ثورة-الاتصالات-والمعلومات--قاطرة-التغيير-العالمي

[615] إنترنت الاشياء Internet of Things:يشار له اختصارًا في عالم التكنولوجيا بـ IOT، أسلوبٌ تقنيٌّ حديثٌ يهدف إلي استقطاب الأشياء متمثلةً بالأجهزة وأجهزة الاستشعار وإيصالها بشبكة الإنترنت لتراسل البيانات فيما بينها دون تدخل البشر بذلك، ويكون ذلك تلقائيًا في حال تواجد الشيء في المنطقة الجغرافية التي تغطيها شبكة الإنترنت. ومن أبرز الأمثلة الحية علي ذلك هو ضبط وسائل التدفئة ضمن مبني من تشغيلٍ وإغلاقٍ، كما ينطبق ذلك أيضا علي الإضاءة وتشغيل بعض الآلات ووسائل الإنتاج ومتابعتها أولًا بأولٍ؛ وبالتالي الإبلاغ المسبق عن احتمالية وجود خطأ أو خللٍ في الأجهزة قبل وقوعها وتداركها، ويشار إلي أن إنترنت الأشياء يُدرج أدناه الكثير من الأشياء اليومية التي يمكن دمجها به وتطبيق مبدأ العمل عليها، كالآلات الصناعية والأجهزة

ثورة الحاسبات الآلية: وهي التكنولوجيا الأهم - التي توغلت في كل مناحي الحياة وامتزجت بكل وسائل الاتصال[617] حتي وصلت للنانو تكنولوجي.

تكنولوجيا النانو (بالإنجليزية: Nanotechnology) هي تقنية تعمل علي دراسة المادة وفهمها ومراقبتها بأبعاد تتراوح ما بين 1 و 100 نانومتر، والتي يمكن استخدامها في جميع المجالات العلمية المختلفة، مثل: الفيزياء، والكيمياء، والبيولوجيا، وعلوم المواد، والهندسة. من الجدير بالذكر أنّ مصطلح تقنية النانو أو تكنولوجيا النانو يتعلق بالفهم الأساسي للخصائص الفيزيائية والكيميائية والبيولوجية علي المقاييس الذرية والجزيئية، والتحكم بهذه الخصائص الخاضعة للرقابة لإنشاء مواد وأنظمة وظيفية ذات قدرات فريدة.[618]

تكنولوجيا النانو هي مجال للبحث والابتكار يهتم ببناء "الأشياء" - بشكل عام ، المواد والأجهزة - على نطاق الذرات والجزيئات[619]. النانو تكنولوجي هي مجال بحثي ناشئ يركز على دراسة وتطوير المواد والأجهزة

القابلة للارتداء وغيرها الكثير، ولا بد من الإشارة إلي أن الفترة المقبلة من الحياة التكنولوجية ستضّج به كثيرًا لاعتباره الوسيلة الأفضل لجعل الحياة أكثر كفاءةً مما مضي ، راجع في ذلك :

- https://arabhardware.net/articles/what-is-iot/
- https://www.for9a.com/learn/تعرف-علي-تخصصات-انترنت-الأشياء-وأشهر-وظائفه-ومجالاته
- https://www.arageek.com/l/ما-هو-انترنت-الأشياء-؟
- https://ar.wikipedia.org/wiki/إنترنت_الأشياء

[616] الحوسبة السحابية (بالإنجليزية: Cloud computing) هي مصطلح يشير إلي المصادر والأنظمة الحاسوبية المتوافرة تحت الطلب عبر الشبكة والتي تستطيع توفير عدد من الخدمات الحاسوبية المتكاملة دون التقيد بالموارد المحلية بهدف التيسير علي المستخدم، وتشمل تلك الموارد مساحة لتخزين البيانات والنسخ الاحتياطي والمزامنة الذاتية، كما تشمل قدرات معالجة برمجية وجدولة للمهام ودفع البريد الإلكتروني والطباعة عن بعد، ويستطيع المستخدم عند اتصاله بالشبكة التحكم في هذه الموارد عن طريق واجهة برمجية سهلة تُسَهل وتتجاهل الكثير من التفاصيل والعمليات الداخلية ، راجع في ذلك :

- https://ar.wikipedia.org/wiki/حوسبة_سحابية
- https://www.sciencedirect.com/topics/computer-science/cloud-computing/pdf
- https://sites.google.com/site/fraioibsambal/youtabe/hhmkhnhtalatn
- https://www.arageek.com/tech/what-is-cloud-storage

[617] د/ محمود علم الدين ، ثورة المعلومات ووسائل الاتصال – التأثيرات السياسية لتكنولوجيا الاتصال – دراسة وصفية ، مجلة السياسة الدولية ، يناير 1996 م ، ص102 .

[618] راجع في ذلك :

- https://mawdoo3.com/تقنية_النانو_تكنولوجي
- http://www.epri.sci.eg/ar/index.php/service-center/item/322-nanotechnology-center
- https://www.edraak.org/course/course-v1:JUST+NanoTech+T1_2018/
- https://www.arageek.com/listat/10-information-you-should-know-about-nanotechnology

[619] تقنية النانو وعلوم الأدلة الجنائية مجلة الفيصل العلمية.

والأنظمة على المستوى النانوي، ويعد النانو تكنولوجي من العلوم والتكنولوجيات الواعدة التي لها العديد من التطبيقات في مختلف المجالات، بما في ذلك مجال العدالة والأمن السيبراني.

تتميز المواد والأجهزة والأنظمة النانوية بخصائص فريدة لا توجد في المواد والأجهزة والأنظمة التقليدية، مثل الحجم الصغير والسطح الكبير والخصائص الكيميائية والفيزيائية المميزة.كماتتميز تقنية النانو بالعديد من الفوائد، مثل:

- الكفاءة العالية: يمكن أن تكون المواد والأجهزة النانوية أكثر كفاءة من المواد والأجهزة التقليدية.
- القوة العالية: يمكن أن تكون المواد والأجهزة النانوية أقوى من المواد والأجهزة التقليدية.
- القابلية للبرمجة: يمكن أن تكون المواد والأجهزة النانوية قابلة للبرمجة، مما يسمح بتغيير خصائصها حسب الحاجة.

المبحث الثاني : تطبيقات النانو تكنولوجي لتحقيق العدالة الناجزة

العدالة الناجزة:هي نظام عدالة يوفر العدالة للجميع، بغض النظر عن العرق أو الجنس أو الدين أو أي عامل آخر. تسعى العدالة الناجزة إلى تحقيق العدالة الاجتماعية والاقتصادية، وضمان أن يتمتع الجميع بفرص متساوية للنجاح.

هذا ويمكن أن تساهم تطبيقات النانو تكنولوجي في تحقيق العدالة الناجزة بعدة طرق، منها:

- تحسين كفاءة الإجراءات القضائية :يمكن استخدام النانو تكنولوجي في تطوير إجراءات قضائية أكثر كفاءة ودقة، مثل استخدام النانو تكنولوجيا الترجمة الفورية لترجمة الشهود الأجانب، أو استخدام النانو تكنولوجيا الواقع الافتراضي لعرض الأدلة أمام القضاة. كما يمكن أن يساعد ذلك في تسريع إنجاز الإجراءات القضائية وزيادة دقة النتائج.
- رفع مستوي أداء المحاكم : إن نظام رقمية الإجراءات يجعل سجلات المحكمة أكثر أمانا لان الوثائق والمستندات الرقمية أكثر مصداقية من المستندات العادية (الورقية) فمن السهل اكتشاف أي تغيير أو تحوير فيها بالإضافة إلي سهولة الاطلاع عليها والوصول إليها كما يساعد نظام رقمية الإجراءات علي التخلص من الأرشيف القضائي الورقي الضخم واستبداله بأرشفة رقمية بسيطة باستعمال أقراص مدمجة ونسخ احتياطية منها تتسع للمعلومات جميعاً ولا تشغل

– https://www.alfaisalsci.com/%D8%AA%D9%82%D9%86%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%86%D8%A7%D9%86%D9%88-%D9%88%D8%B9%D9%84%D9%88%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%AF%D9%84%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AC%D9%86%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D8%A9/.

إلا حيزاً مكانياً بسيطاً بدلاً من المستودعات الضخمة التي تشغل أماكن واسعة ، وتسمح آلية عمل رقمية الإجراءات بالتدوين الرقمي في تسجيل الدعاوي القضائية وتوثيق ادعاءات الخصوم ودفوعهم بعبارات الخصوم أنفسم دون أدني تدخل من القاضي أو كاتبة في صياغة تلك المذكرات بالاختزال أو الحذف أو التعديل مما يكون له الأثر الفاعل في صحة تصور الدعوي القضائية والوصول إلي حكم سريع فيها[620] .

كما سيوفر رقمية إجراءات التقاضي السرية التامة في تداول ملفات الدعوي القضائية والمحافظة علي المعلومات والأسرار التي يخشي أطراف الدعوي من إفشاءها علي العامة .

- الدقة في بحث ملف الدعوي و دقة الحكم الصادر تقوم الوسائل التكنولوجية بإسهام هام عن طريق إمكانية توفير قواعد للبيانات، وخلافا لتلك الخاصة بالمحكمة والقضايا المنظورة أمامها ، نقصد قواعد البيانات الخاصة بالتشريعات المصرية كما يمكن للقاضي التعرف علي أحدث المبادئ القانونية الصادرة مما يضمن أن يكون القاضي علي إطلاع مستمر حول كل ما يستجد من تشريعات وأحكام[621]. كما تتيح الوسائل الرقمية تتبع سير الملفات والدعاوي في مرحلة الطعن في الحكم، وقد يكون بفاعليه أكبر إذ ان الدعوي في مرحلة الطعن تعتمد علي الأوراق وملف الدعوي بصورة أكبر من المرافعات الشفوية.[622]
- الكشف عن الجرائم وتقديم الادلة: تكنولوجيا النانو يمكن أن تساعد في كشف الجرائم وتقديم الأدلة أمام القضاء[623]. يمكن لضباط الشرطة استخدام تقنيات النانو لتحليل الأدلة على الفور في مسرح الجريمة، واستخدام النانو تكنولوجيا في تطوير أجهزة استشعار قادرة على اكتشاف المخدرات في الدم والبول.مما يوفر وقت التحليل ويقلل من فرص الخطأ في التحقيق الجنائي[624].

620 راجع في ذلك : أ.م/ اسعد فاضل منديل التقاضي عن بعد دراسة قانونية ، ص 107 وما بعدها.

621 راجع في ذلك :

- https://www.computerweekly.com/news/252466154/CPS-faces-legal-ruling-over-refusal-to-disclose-emails-with-US-on-WikiLeaks-and-Assange-extradition

622 راجع في ذلك :

- https://www.computerweekly.com/news/252473373/Modernisation-of-justice-may-leave-vulnerable-users-behind

623 تقنية النانو وعلوم الأدلة الجنائية مجلة الفيصل العلمية.

- https://www.alfaisalsci.com/%D8%AA%D9%82%D9%86%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%86%D8%A7%D9%86%D9%88-%D9%88%D8%B9%D9%84%D9%88%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%AF%D9%84%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AC%D9%86%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D8%A9

624 تقنية النانو وعلوم الأدلة الجنائية مجلة الفيصل العلمية.

- تتيح الوسائل الرقمية الرقابة والتفتيش من قبل إدارة التفتيش القضائي حتي ولو كان بالتزامن مع نظر الدعاوي ، إذ يمكن أن يتم ذلك دون نقل الملفات للإدارة ويكون بالتالي للمفتش الاطلاع علي الدعاوي التي فصل فيها القاضي دون أدني حاجة إلي طلب الملفات وانتظار وقت طويل، أيضا يؤدي إلي زيادة فاعليه نظام التفتيش إذ من المتصور أن تكون فحص الملفات المميكنة أكثر سهولة ودقة من نظيرتها الورقية[625].
- تعزيز فاعلية إنفاذ القانون: يمكن استخدام النانو تكنولوجي لتعزيز فاعلية إنفاذ القانون من خلال تطوير أجهزة وأنظمة مراقبة وكشف أكثر دقة وكفاءة. على سبيل المثال، يمكن استخدام الجسيمات النانوية لإنشاء أجهزة استشعار صغيرة يمكن استخدامها لتتبع الأشخاص أو الأشياء.[626]
- حماية حقوق الإنسان: يمكن استخدام النانو تكنولوجي لحماية حقوق الإنسان من خلال تطوير أجهزة وأنظمة مراقبة وكشف يمكن استخدامها لمنع الانتهاكات. على سبيل المثال، يمكن استخدام النانو تكنولوجي لتطوير أجهزة وأنظمة مراقبة السجون يمكن استخدامها لمنع التعذيب، وضمان سلامة السجناء.[627]
- الطب الشرعي: يمكن استخدام النانو تكنولوجي في الطب الشرعي لتحسين طرق جمع الأدلة وتحليلها. على سبيل المثال، يمكن استخدام النانو تكنولوجيا لإنشاء أدوات تحليلية أكثر حساسية يمكنها اكتشاف الأدلة التي لا يمكن رؤيتها بالعين المجردة.[628]

– https://www.alfaisalsci.com/%D8%AA%D9%82%D9%86%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%86%D8%A7%D9%86%D9%88-%D9%88%D8%B9%D9%84%D9%88%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%AF%D9%84%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AC%D9%86%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D8%A9/.

[625] راجع في ذلك :

_ https://www.computerweekly.com/news/252475441/Top-10-cyber-crime-stories-of-2019

[626] راجع في ذلك :

_ ar.aliexpress.com

[627] راجع في ذلك :

– fastercapital.com

[628] راجع في ذلك :

– fastercapital.com

- حماية البيانات : تقنيات حماية البيانات النانوية أكثر تعقيدًا، مما قد يصعب على المهاجمين اختراقها. فخوارزميات التشفير النانوية أكثر تعقيدًا من خوارزميات التشفير التقليدية، مما قد يعقد عملية اختراق البيانات بإنشاء أنظمة تشفير أكثر قوة وأمانًا.[629]
  - التحقق من الهوية: يمكن أن تكون أنظمة التحقق من الهوية النانوية أكثر تعقيدًا، مما يصعب على المهاجمين تزويرها. حيث تحتوي بطاقات الهوية النانوية على شرائح نانوية يمكنها تخزين معلومات فريدة من نوعها لكل فرد، مما قد يصعب من عملية تزوير الهوية.
  - مكافحة الجريمة :يمكن استخدام النانو تكنولوجي في تطوير أجهزة استشعار وأدوات تحليل قادرة على اكتشاف المواد الخطرة، مثل المخدرات والأسلحة. كما يمكن استخدام النانو تكنولوجي في تطوير تقنيات تتبع الأشخاص والأشياء باستخدام الأقمار الصناعية ، مما يساعد على مكافحة الجريمة والإرهاب.
  - جمع الأدلة الجنائية :يمكن استخدام النانو تكنولوجي في تطوير طرق جديدة لجمع الأدلة الجنائية، مثل استخدام النانو تكنولوجيا الطباعة ثلاثية الأبعاد لإنشاء نماذج للجرائم، أو استخدام النانو تكنولوجيا التحليل الكيميائي لتحليل الأدلة الدقيقة ، مثل تحليل بصمات الأصابع والشعر.
  - استخدام النانو تكنولوجي في تطوير أجهزة وأنظمة تحليل الحمض النووي (DNA): يمكن استخدام النانو تكنولوجي لتطوير أجهزة وأنظمة تحليل الحمض النووي (DNA) التي يمكنها تحديد هوية المشتبه بهم بدقة عالية.[630]

تُعد هذه مجرد أمثلة قليلة على التطبيقات الواعدة للنانو تكنولوجي في العدالة. مع استمرار تطوير النانو تكنولوجي، فمن المرجح أن نرى المزيد من التطبيقات الجديدة في هذه المجالات في المستقبل.

المبحث الثالث : تطبيقات النانو تكنولوجي في مجال الأمن السيبراني

الأمن السيبراني :هو مجموعة من الممارسات والإجراءات المصممة لحماية المعلومات والأنظمة من الهجمات السيبرانية. تستهدف الهجمات السيبرانية عادةً سرقة البيانات أو تعطيل الأنظمة أو نشر معلومات مضللة. تشمل الهجمات الإلكترونية مجموعة واسعة من التهديدات، مثل سرقة البيانات، وهجمات رفض الخدمة، وانتشار البرمجيات الخبيثة.فالأمن السيبراني هو حماية المعلومات والأنظمة

[629] راجع في ذلك :
- sahl.io, .fastercapital.com

[630] راجع في ذلك :
- mediluxegulf.com

والشبكات من الهجمات الإلكترونية. يهدف الأمن السيبراني إلى منع الوصول غير المصرح به إلى المعلومات، وتدمير المعلومات، أو تعطيل الأنظمة أو الشبكات.

تشمل التهديدات السيبرانية ما يلي:

- البرامج الضارة: البرامج الضارة هي برامج خبيثة مصممة لإلحاق الضرر بالأجهزة أو الأنظمة.
- هجمات القرصنة: هجمات القرصنة هي محاولات غير مصرح بها للوصول إلى نظام كمبيوتر أو شبكة.
- هجمات الرفض من الخدمة: هجمات الرفض من الخدمة هي محاولات لجعل النظام غير متاح للمستخدمين.

الأمن السيبراني يستفيد بشكل كبير من التقدم التكنولوجي. الذكاء الاصطناعي، على سبيل المثال، يمكن أن يساهم في تعزيز قدرات الهجمات السيبرانية وجعلها أكثر تطوراً وتعقيداً[631] [632] [633].

تحتاج أنظمة تكنولوجيا المعلومات It للمحكمة والسجلات القانونية إلي الحماية من الهجمات ال رقمية ، بينما تحتاج مباني المحاكم والموظفون والمحامون والمشاركون في القضايا والزوار إلي الحماية المادية،وتوفر العدالة الرقمية هذه الحماية ، وذلك بفضل كاميرات المراقبة ، وأنظمة التعرف علي بصمات الأصابع والوجه ، وأجهزة الأشعة السينية ، وأجهزة التعقب ، ووضع علامات علي الوثائق ، وسياسات الأمن السيبراني ، وغيرها من الحلول.

إن عدد المحاكم التي تقبل الآن المستندات المودعة رقميًا ليس بالقليل، ولن يمر وقت طويل قبل أن يصبح إيداع الورق شيئًا من القصص والأساطير ، وبالتالي ، يجب أن يعرف كل مهتم بالقانون كيفية إرسال المستندات إلي المحكمة ويجب أن يكون علي اتصال وثيق مع خدمة E - Filing مثل تلك التي

[631] 5 فوائد لاستخدام الذكاء الاصطناعي في الأمن السيبراني.
– https://cerebra.sa/ar/2022/08/23/5-%d9%81%d9%88%d8%a7%d8%a6%d8%af-%d9%84%d8%a7%d8%b3%d8%aa%d8%ae%d8%af%d8%a7%d9%85-%d8%a7%d9%84%d8%b0%d9%83%d8%a7%d8%a1-%d8%a7%d9%84%d8%a7%d8%b5%d8%b7%d9%86%d8%a7%d8%b9%d9%8a-%d9%81%d9%8a-%d8%a7%d9%84/.

[632] كيف يتم توظيف الذكاء الاصطناعي في تعزيز الأمن السيبراني؟. https://technologyreview.ae/الذكاء-الاصطناعي-في-الأمن-السيبراني/.

[633] ما هي أبرز تحديات الأمن السيبراني مع تقدم الذكاء الاصطناعي؟.
– https://www.skynewsarabia.com/business/1646519-%D8%A7%D9%94%D8%A8%D8%B1%D8%B2-%D8%AA%D8%AD%D8%AF%D9%8A%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%94%D9%85%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%8A%D8%A8%D8%B1%D8%A7%D9%86%D9%8A-%D8%AA%D9%82%D8%AF%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%B0%D9%83%D8%A7%D8%A1-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B5%D8%B7%D9%86%D8%A7%D8%B9%D9%8A%D8%9F.

تقدمها One Legal[634] و Microsoft لضمان عمل ملفات المحكمة بشكل صحيح وفي الوقت المحدد،وهذه بعض الأمثلة على تطبيقات النانو تكنولوجي في مجال الأمن السيبراني:

- تطوير أنظمة حماية المعلومات :يمكن استخدام النانو تكنولوجيا في تطوير تقنيات قادرة على اكتشاف التهديدات السيبرانية في وقت مبكر، مثل استخدام النانو تكنولوجيا التحليل التنبؤي، و يمكن استخدام الجسيمات النانوية لاكتشاف التغيرات في الأنماط الكهربائية أو الإشعاعية التي قد تشير إلى هجوم لاكتشاف الثغرات الأمنية في الأنظمة والتطبيقات لإنشاء أدوات تحليل أمنية أكثر حساسية ودقة.[635]
- منع الهجمات السيبرانية :يمكن استخدام النانو تكنولوجيا في تطوير تقنيات قادرة على منع الهجمات السيبرانية، مثل استخدام النانو تكنولوجيا تحليل السلوك السيبراني، أو استخدام النانو تكنولوجيا الحماية من الاختراق.
- استخدام النانو تكنولوجي في تطوير أجهزة وأنظمة مراقبة الشبكات: يمكن أن يساعد ذلك في حماية الشبكات من التهديدات الرقمية قبل وقوعها.
- الذكاء الاصطناعي النانومي: يمكن استخدام الذكاء الاصطناعي النانومي لتحليل البيانات الضخمة واتخاذ القرارات في الوقت الفعلي. على سبيل المثال، يمكن استخدام الذكاء الاصطناعي النانومي لتحسين دقة التنبؤ بالجرائم والكشف عن الهجمات الإلكترونية.
- الطباعة ثلاثية الأبعاد النانوية: يمكن استخدام الطباعة ثلاثية الأبعاد النانوية لإنشاء مواد وأجهزة أكثر قوة ومقاومة للعوامل البيئية. يمكن استخدام هذا في العدالة لإنشاء أدلة أكثر موثوقية، وفي الأمن السيبراني لإنشاء أنظمة أكثر أمانًا. كما يمكن استخدام الطباعة ثلاثية الأبعاد النانوية لإنشاء مكونات وأجهزة نانوية مخصصة. على سبيل المثال، يمكن استخدام الطباعة ثلاثية الأبعاد النانوية لإنشاء أجهزة تشخيص طبية وأنظمة أمنية أكثر كفاءة.[636]

---

[634] راجع في ذلك :
– https://www.onelegal.com/blog/top-7-technology-skills-for-every-paralegal

[635] راجع في ذلك :
– stellarcyber.ai

[636] راجع في ذلك :
– n-scientific.org

- النانوروبوتكس: يمكن استخدام النانو روبوتات لأداء مهام دقيقة، مثل إصلاح الأضرار في البنى التحتية أو إزالة القنابل. على سبيل المثال، يمكن استخدام النانو روبوتات لإصلاح الأضرار في شبكات الطاقة أو إزالة المتفجرات من الأماكن العامة.[637]
- الاكتشاف والتصدي للهجمات السيبرانية: يمكن استخدام النانو تكنولوجي لإنشاء أنظمة دفاع أكثر كفاءة في اكتشاف وتصدي الهجمات السيبرانية. على سبيل المثال، يمكن استخدام النانو تكنولوجيا لإنشاء أجهزة استشعار يمكنها اكتشاف الأنشطة المشبوهة على الشبكات.
- حماية البيانات: يمكن استخدام النانو تكنولوجيا لحماية البيانات من السرقة أو الفساد. على سبيل المثال، يمكن استخدام النانو تكنولوجيا لإنشاء خوارزميات تشفير أكثر أمانًا.[638]
- التحقق من الهوية: يمكن استخدام النانو تكنولوجيا لإنشاء أنظمة تحقق من الهوية أكثر أمانًا. على سبيل المثال، يمكن استخدام النانو تكنولوجيا لإنشاء بطاقات هوية تحتوي على شرائح نانوية يمكن استخدامها للتحقق من هوية الشخص.
- الشرطة الذكية: تُطور بعض الشركات تقنيات نانوية يمكن استخدامها لإنشاء "شرطة ذكية" يمكنها استخدام النانو تكنولوجيا لجمع المعلومات وتحليلها في الوقت الفعلي. على سبيل المثال، يمكن استخدام النانو تكنولوجيا لإنشاء أجهزة استشعار يمكنها اكتشاف المشتبه بهم أو الأنشطة المشبوهة.
- العدالة الجنائية النانوية: يمكن استخدام النانو تكنولوجي لتحسين طرق إعادة التأهيل وإعادة الإدماج للمجرمين. حيث تُطور بعض الشركات تقنيات نانوية يمكن استخدامها لتحسين العدالة الجنائية. كما يمكن استخدام الجسيمات النانوية لإنشاء الأدوية أو العلاجات التي يمكن أن تساعد في معالجة الأسباب الجذرية للجريمة[639]. و يمكن ايضا استخدام النانو تكنولوجيا لإنشاء تقنيات يمكنها تتبع المشتبه بهم أو إعادة بناء حوادث الجريمة.
- الأمن السيبراني النانوي: تُطور بعض الشركات تقنيات نانوية يمكن استخدامها لتحسين الأمن السيبراني. حيث يمكن استخدام النانو تكنولوجيا لإنشاء تقنيات يمكنها اكتشاف الهجمات

---

[637] راجع في ذلك :
- altibbi.com

[638] راجع في ذلك :
- fastercapital.com

[639] راجع في ذلك :
- .www.almasryalyoum.com

السيبرانية أو تشفير البيانات بشكل أكثر أمانًا لحماية البيانات وإنشاء أنظمة تشفير أكثر قوة لحماية البيانات من الهجمات الإلكترونية.[640]

- التدريب على الأمن السيبراني: يمكن استخدام النانو تكنولوجي لإنشاء طرق أكثر فاعلية لتدريب أفراد الأمن السيبراني. على سبيل المثال، يمكن استخدام النانو تكنولوجي لإنشاء تدريبات محاكاة واقعية يمكن أن تساعد الأفراد على تعلم كيفية التعامل مع الهجمات السيبرانية.[641]

تُعد هذه مجرد أمثلة قليلة على التطبيقات الواعدة للنانو تكنولوجي في العدالة والأمن السيبراني. مع استمرار تطوير النانو تكنولوجي، فمن المرجح أن نرى المزيد من التطبيقات الجديدة في هذه المجالات في المستقبل.

المبحث الرابع:التحديات التي تواجه تطبيقات النانو تكنولوجي في العدالة والأمن السيبراني

تواجه تطبيقات النانو تكنولوجي في العدالة والأمن السيبراني بعض التحديات، منها:

- التحديات والاعتبارات الأخلاقية: مع أي تقنية جديدة، هناك دائمًا تحديات واعتبارات أخلاقية. على سبيل المثال، يجب أن يتم التعامل مع تقنية النانو بحذر لضمان الحفاظ على الخصوصية والحقوق الأساسية للأفراد[642].
- التكلفة العالية: يمكن أن تكون تطبيقات النانو تكنولوجي باهظة الثمن، مما قد يقلل من إمكانية الوصول إليها. على سبيل المثال، يمكن أن تكون أجهزة الاستشعار النانوية أكثر تكلفة من أجهزة الاستشعار التقليدية.
- صعوبة التصنيع: يمكن أن يكون تصنيع تطبيقات النانو تكنولوجي معقدًا وصعوبًا، مما قد يؤدي إلى أخطاء أو عيوب. على سبيل المثال، يمكن أن تكون أجهزة الاستشعار النانوية عرضة للتلف أو التآكل.
- الخصوصية: يمكن أن تؤدي تطبيقات النانو تكنولوجي إلى انتهاك الخصوصية الشخصية، مثل استخدام أجهزة استشعار نانوية لمراقبة الأشخاص دون علمهم.

---

[640] راجع في ذلك :

– newspaper.al-vefagh.ir

[641] راجع في ذلك :

– cybertechp.com

[642] تقنية النانو: دليلك الكامل حول التعريف، الاستخدامات، الآثار والآفاق
https://www.nok6a.net/%d8%aa%d9%83%d9%86%d9%84%d9%88%d8%ac%d9%8a%d8%a7-%d9%88-%d8%aa%d9%82%d9%86%d9%8a%d8%a9-%d8%a7%d9%84%d9%86%d8%a7%d9%86%d9%88/.

- التمييز: يمكن أن تؤدي تطبيقات النانو تكنولوجي إلى التمييز ضد بعض الفئات، مثل استخدام تقنيات نانوية لتحديد الهوية يمكن أن تؤدي إلى التمييز ضد الأشخاص ذوي الإعاقة.
- السلامة: يمكن أن تكون تطبيقات النانو تكنولوجي خطيرة إذا لم يتم تطويرها واستخدامها بشكل مسؤول، مثل استخدام تقنيات نانوية يمكن أن تؤدي إلى إصابة أو موت الأشخاص.
- المقاومة التنظيمية:قد تواجه تطبيقات النانو تكنولوجي مقاومة تنظيمية، حيث قد تتطلب موافقة الجهات التنظيمية قبل الاستخدام.
- التحديات التقنية:يمكن أن تواجه تطبيقات النانو تكنولوجي مجموعة من التحديات التقنية، مثل:

_ الكفاءة: قد لا تكون تطبيقات النانو تكنولوجي فعالة بما يكفي للاستخدام في التطبيقات العملية.

_ التوافق: قد لا تكون تطبيقات النانو تكنولوجي متوافقة مع الأنظمة الحالية.

_ العمر الافتراضي: قد يكون عمر تطبيقات النانو تكنولوجي قصيرًا، مما قد يتطلب الصيانة أو الاستبدال بشكل متكرر.

- التحديات البيئية:يمكن أن تؤدي تطبيقات النانو تكنولوجي إلى التلوث البيئي، مثل إطلاق الجسيمات النانوية في البيئة.
- التحديات الاجتماعية:يمكن أن تؤدي تطبيقات النانو تكنولوجي إلى تغييرات اجتماعية، مثل فقدان الوظائف أو ظهور وظائف جديدة.
- الطب الشرعي: يمكن أن تثير تقنيات النانو في الطب الشرعي مخاوف أخلاقية، مثل مخاوف انتهاك الخصوصية أو استخدام هذه التقنيات لأغراض غير قانونية.
- الاكتشاف والتصدي للهجمات السيبرانية: يمكن أن تكون تقنيات النانو في الاكتشاف والتصدي للهجمات السيبرانية معقدة وصعبة التصنيع، مما قد يؤدي إلى أخطاء أو تأخيرات.
- حماية البيانات: يمكن أن تكون تقنيات النانو في حماية البيانات معقدة وصعبة التصنيع، مما قد يؤدي إلى أخطاء أو تأخيرات.
- التحقق من الهوية: يمكن أن تثير تقنيات النانو في التحقق من الهوية مخاوف أخلاقية، مثل مخاوف انتهاك الخصوصية أو استخدام هذه التقنيات لأغراض غير قانونية.

من المهم معالجة هذه التحديات قبل أن تنتشر تطبيقات النانو تكنولوجي في العدالة والأمن السيبراني على نطاق واسع. يمكن القيام بذلك من خلال إجراء مزيد من البحث والتطوير، ووضع معايير أخلاقية وقانونية لتوجيه تطوير واستخدام هذه التقنيات.

الخاتمة

من خلال عرضنا لمفهوم النانو تكنولوجى وعرض امثلة لتطبيقاته لتحقيق العدالة الناجزة والامن السيبرانى والتحديات الناتجة عن ذلك خلصنا الى عدد من النتائج والتوصيات نعرض لها على النحو التالى :

النتائج :

تكنولوجيا النانو تقدم العديد من التطبيقات المحتملة لتحقيق العدالة الناجزة والفعالة. وفقًا لما يلى:

- الكشف عن الجرائم: تكنولوجيا النانو يمكن أن تساعد في كشف الجرائم وتقديم الأدلة أمام القضاء[643]. يمكن لضباط الشرطة استخدام تقنيات النانو لتحليل الأدلة على الفور في مسرح الجريمة، مما يوفر وقت التحليل ويقلل من فرص الخطأ في التحقيق الجنائي[644].
- الحماية من الهجمات: يمكن استخدام تقنيات النانو لتطوير أنظمة أمان أكثر تقدمًا تستطيع التعامل مع الهجمات السيبرانية المعقدة.[645] [646]
- الكشف عن الهجمات السيبرانية: يمكن استخدام تقنيات النانو لتحليل البيانات والكشف عن الأنماط الغير طبيعية التي قد تشير إلى هجمة سيبرانية والتنبؤ بها.[647]

[643] دور تكنولوجيا النانو في الكشف عن الجريمة وحجيتها كدليل أمام القضاء ... https://www.droitetentreprise.com/20962.

[644] دور تكنولوجيا النانو في الكشف عن الجريمة وحجيتها كدليل أمام القضاء .. https://www.droitetentreprise.com/20962/..

[645] كيف يتم توظيف الذكاء الاصطناعي في تعزيز الأمن السيبراني؟. https://technologyreview.ae/الذكاء-الاصطناعي-في-الأمن-السيبراني/.

[646] «التقاضى الرقمى» بوابة تحقيق العدالة الناجزة .. وخبراء : نقلة نوعية . https://gate.ahram.org.eg/News/2569928.aspx.

[647] كيف يتم توظيف الذكاء الاصطناعي في تعزيز الأمن السيبراني؟. https://technologyreview.ae/الذكاء-الاصطناعي-في-الأمن-السيبراني/.

- التقاضي الرقمي: يمكن استخدام تقنيات النانو لتطوير أنظمة التقاضي الرقمي، مما يساهم في تحقيق العدالة الناجزة.
- التحقق من الهوية: يمكن استخدام تقنيات النانو لتطوير أنظمة التحقق من الهوية أكثر فعالية ودقة[648].
- تحسين الأدلة الجنائية: تقنيات النانو يمكن أن تساهم في تحسين الأدلة الجنائية، مثل آثار البصمات، وبقايا الشعر، وآثار الأدوات والأسلحة، وإفرازات الجسم[649].
- تحسين الأداء: يمكن استخدام تقنيات النانو لتحسين أداء الأنظمة والشبكات، مما يساعد في تقليل الثغرات التي يمكن استغلالها من قبل المهاجمين.[650]

تحتاج تطبيقات النانو تكنولوجي في العدالة والأمن السيبراني إلى التغلب على هذه التحديات قبل أن تصبح قابلة للتطبيق على نطاق واسع. ومع ذلك، فإن التطورات المستمرة في تقنيات النانو تجعل من المرجح أن نرى المزيد من التطبيقات لهذه التقنيات في هذه المجالات في المستقبل.

التوصيات :

- يجب على المشرع اصدار القوانين التى تجرم اى فعل ضار ينتج عن استخدام تكنولوجيا النانو بأي مجال وخاصة الطبى منها والتعويض عنها.
- ضرورة استغلال كل الإمكانيات التي تسمح بها تكنولوجيا النانو لتحقيق غايات إنجاز إجراءات التقاضي وتحقيق العدالة بفاعلية .
- ضرورة استخدام تكنولوجيا النانو لإمكانية مواءمتها لأي نظام معلوماتي من أي مصدر وإمكان استخدامها في توفير أحدث وسائل وأساليب تحليل النظم وحمايتها قبل وقوع التهديدات.
- يجب ملاحظة ان هذه التطبيقات ما زالت في مراحلها الأولية وقد تتطلب المزيد من البحث والتطوير.

---

[648] 5 فوائد لاستخدام الذكاء الاصطناعي في الأمن السيبراني .https://cerebra.sa/ar/2022/08/23/5-%d9%81%d9%88%d8%a7%d8%a6%d8%af-%d9%84%d8%a7%d8%b3%d8%aa%d8%ae%d8%af%d8%a7%d9%85-%d8%a7%d9%84%d8%b0%d9%83%d8%a7%d8%a1-%d8%a7%d9%84%d8%a7%d8%b5%d8%b7%d9%86%d8%a7%d8%b9%d9%8a-%d9%81%d9%8a-%d8%a7%d9%84/

[649] دور تكنولوجيا النانو في الكشف عن الجريمة وحجيتها كدليل أمام القضاء .. https://www.droitetentreprise.com/20962/.

[650] كيف يتم توظيف الذكاء الاصطناعي في تعزيز الأمن السيبراني؟. https://technologyreview.ae/الذكاء-الاصطناعي-في-الأمن-السيبراني/.

- يجب أن يتم التعامل مع هذه التقنيات بحذر لضمان الحفاظ على الخصوصية والحقوق الأساسية للأفراد.

.قائمة المراجع:

اولا: الكتب

- الحفناوي ،المستشار/ فاروق علي ، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات ، دار الكتاب الحديث ، بدون سنة نشر.
- السيد ،د/هند نجيب ، الإثبات في الجرائم الرقمية ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ،2016.
- السالمي ،د/علاء عبدالرزاق ، رياض حامد الدباغ ، تقنيات المعلومات الإدارية ، الأردن ، عمان ، دار وائل للنشر2000
- الجيلالي ،د/عجة ، مدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول، نظرية القانون، برتي، الجزائر، 2009
- علم الدين ،د/ محمود ، ثورة المعلومات ووسائل الاتصال – التأثيرات السياسية لتكنولوجيا الاتصال – دراسة وصفية ، مجلة السياسة الدولية ، يناير 1996
- زهرة ،د .محمد المرسي ، الحاسب ال رقمي والقانوني ، دار النهضة العربية 2008
- منديل ،د/ اسعد فاضل ، التقاضي عن بعد دراسة قانونية ، كلية القانون جامعة القادسية ،1435 / هـ 2014

ثانيا : المواقع :

- https://classicmasr.weebly.com
- https://n-scientific.org
- https://altibbi.com
- https://fastercapital.com
- www.almasryalyoum.com
- https://ar.aliexpress.com
- https://fastercapital.com
- https://mediluxegulf.com
- https://fastercapital.com
- https://stellarcyber.ai
- https://newspaper.al-vefagh.ir

- https://cybertechp.com
- https://www.skynewsarabia.com/business/1646519-%D8%A7%D9%94%D8%A8%D8%B1%D8%B2-%D8%AA%D8%AD%D8%AF%D9%8A%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%94%D9%85%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%8A%D8%A8%D8%B1%D8%A7%D9%86%D9%8A-%D8%AA%D9%82%D8%AF%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%B0%D9%83%D8%A7%D8%A1-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B5%D8%B7%D9%86%D8%A7%D8%B9%D9%8A%D8%9F
- https://www.sciencedirect.com/topics/computer-science/cloud-computing/pdf
- https://www.nok6a.net/%d8%aa%d9%83%d9%86%d9%84%d9%88%d8%ac%d9%8a%d8%a7-%d9%88-%d8%aa%d9%82%d9%86%d9%8a%d8%a9-%d8%a7%d9%84%d9%86%d8%a7%d9%86%d9%88/.
- https://www.marefa.org/ثورة_المعلومات
- https://www.for9a.com/learn/-تعرف-علي-تخصصات-انترنت-الأشياء-وأشهر-وظائفه-ومجالاته
- https://www.edraak.org/course/course-v1:JUST+NanoTech+T1_2018/
- https://www.droitetentreprise.com/20962/.
- https://www.computerweekly.com/news/252475441/Top-10-cyber-crime-stories-of-2019
- https://www.computerweekly.com/news/252473373/Modernisation-of-justice-may-leave-vulnerable-users-behind
- https://www.computerweekly.com/news/252466154/CPS-faces-legal-ruling-over-refusal-to-disclose-emails-with-US-on-WikiLeaks-and-Assange-extradition
- https://www.arageek.com/tech/what-is-cloud-storage

- https://www.arageek.com/listat/10-information-you-should-know-about-nanotechnology
- https://www.arageek.com/l/ما-هو-انترنت-الأشياء-؟
- https://www.al-mstba.com/t207613.html
- https://www.alittihad.ae/wejhatarticle/98263/ثورة-الاتصالات-والمعلومات--قاطرة-التغيير-العالمي
- https://www.alfaisalsci.com/%D8%AA%D9%82%D9%86%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%86%D8%A7%D9%86%D9%88-%D9%88%D8%B9%D9%84%D9%88%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%AF%D9%84%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AC%D9%86%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D8%A9
- %D8%A7%D9%84%D8%AC%D9%86%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D8%A9/.
- https://www.albayan.ae/opinions/articles/2017-01-04-1.2815976
- https://technologyreview.ae/الذكاء-الاصطناعي-في-الأمن-السيبراني/.
- https://technologyreview.ae/الذكاء-الاصطناعي-في-الأمن-السيبراني/.
- https://sites.google.com/site/fraioibsambal/youtabe/hhmkhnhtalatn
- https://mawdoo3.com/مقال_عن_ثورة_المعلومات
- https://mawdoo3.com/تقنية_النانو_تكنولوجي
- https://mawdoo3.com/بحث_حول_تكنولوجيا_الاتصال_والمعلومات
- https://gate.ahram.org.eg/News/2569928.aspx.
- https://cerebra.sa/ar/2022/08/23/5-%d9%81%d9%88%d8%a7%d8%a6%d8%af-%d9%84%d8%a7%d8%b3%d8%aa%d8%ae%d8%af%d8%a7%d9%85-%d8%a7%d9%84%d8%b0%d9%83%d8%a7%d8%a1-%d8%a7%d9%84%d8%a7%d8%b5%d8%b7%d9%86%d8%a7%d8%b9%d9%8a-%d9%81%d9%8a-%d8%a7%d9%84/
- https://arabhardware.net/articles/what-is-iot/
- https://ar.wikipedia.org/wiki/حوسبة_سحابية

- https://ar.wikipedia.org/wiki/ثورة_المعلومات
- https://ar.wikipedia.org/wiki/إنترنت_الأشياء
- http://www.mawhopon.net/?p=7619
- http://www.epri.sci.eg/ar/index.php/service-center/item/322-nanotechnology-center
- https://sahl.io
- https://www.droitetentreprise.com/20962

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي
International Journal of Legal Interpretative Judgement
المجلد 04، العدد 14
ISSN : 2748-5056

واقع إستخدام العقوبات الإقتصادية الدولية في ظل هيمنة الدول الكبرى على المجتمع الدولي (العقوبات الإقتصادية على الدولة الليبية انموذجا)

عبدالسلام سالم مسعود البوسيفي
قسم السمع والنطق- كلية التقنية الطبية صرمان – جامعة صبراتة - ليبيا
z1843795@gmail.com

الملخص:

تعتبر العقوبات الإقتصادية الدولية من بين أهم العقوبات الدولية التي يمكن توقيعها على الدول وهي عقوبات تهدف حسب ما تعلنه تلك الدول المهيمنة على القرارات الدولية إلى منع الدولة مرتكبة المخالفة من الإستمرار في فعل ذلك الفعل المخالف، وإلحاق الضرر بها لردعها من جهة أخرى، إلا أن هذا النوع من العقوبات الدولية لا يخلو من التبعات السلبية على شعوب تلك الدول، وقد تزايدت وتيرة توقيع العقوبات الإقتصادية الدولية بأشكالها المختلفة من قبل هيئة الأمم المتحدة في فترة التسعينات بشكل ملفت للانتباه ففي الفترة الممتدة بين(1990-2000) وقعت هيئة الأمم المتحدة العقوبات الإقتصادية على خمسة عشرة دولة حتى سميت هذه الفترة بعقد العقوبات ومن بين تلك الدول التي تعرضت للعقوبات ليبيا، ومن بين تلك القرارات التي طبقت على ليبيا قراري مجلس الأمن 748/92 و 883/93 والذي ألحق أضرار بالغة على الدولة الليبية على مختلف أوجه الحياة الإنسانية، والإجتماعية خاصة على قطاع الصحة، والضمان الإجتماعي، حيث تضرر من تلك القرارات قطاع الإمدادات الطبية، والخدمات العلاجية، كما وتضررت جميع أوجه إقتصاديات الصحة، والضمان الإجتماعي، وخدمات الإسعاف خصوصا نقل الحالات المستعصية والخطيرة التي تحتاج إلى العلاج بالخارج، حيث أثرت العقوبات المفروضة على ليبيا سلبا على توريد المواد الخاصة بالإمداد الطبي من أدوية، ومعدات طبية، إلى جانب إنعكاسها على إجراءات التوريد، وتوفير هذه السلع الحساسة والتي تتطلب النقل الجوي عن طريق تونس أو مالطا، الأمر الذي أدي إلى إجراءات إضافية متعددة لضمان إستلام هذه السلع، وإمتنعت العديد من الشركات عن تقديم عروضها والتعاون مع ليبيا بالرغم من الحاجة الماسة والملحة لعلاج الكثير من الأمراض ورفضت التعاون دون مراعاة النواحي الإنسانية، كما أثرت هذه العقوبات على كل مناحي الحياة في ليبيا.

الكلمات المفتاحية: واقع - العقوبات - الإقتصادية – الدولية - الدولة – الليبية.

Abstract :

International economic sanctions are considered among the most important international sanctions that can be imposed on countries. They are sanctions that aim, according to what those countries that dominate international resolutions declare, to prevent the state committing the violation from continuing to commit that violating act, and to harm it in order to deter it on the other hand. However, this This type of international sanctions is not devoid of negative consequences on the peoples of those countries. The pace of signing international economic sanctions in their various forms by the United Nations increased noticeably during the nineties. In the period between 1990-2000, the United Nations signed economic sanctions. On fifteen countries, this period was called the Decade of Sanctions, and among those countries that were subjected to the sanctions was Libya, and among those resolutions that were applied to Libya were Security Council Resolutions 92/748 and 93/883, which caused severe damage to the Libyan state in various aspects of human life. And social issues, especially the health and social security sectors, as these decisions affected the medical supplies sector and therapeutic services. All aspects of the economics of health, social security, and ambulance services were also affected, especially the transfer of incurable and dangerous cases that need treatment abroad, as the sanctions imposed on Libya negatively affected the supply of medical supply materials, such as medicines and medical equipment, in addition to its impact on the supply procedures and provision of these sensitive goods that require air transportation via Tunisia or Malta, which led to multiple additional procedures to ensure the receipt of these goods, and many declined. Companies stopped submitting their offers and cooperating with Libya despite the dire and urgent need to treat many diseases and refused to cooperate without taking into account humanitarian aspects. These sanctions also affected all aspects of life in Libya.

المقدمة:

تشمل العقوبات الإقتصادية فرض مجموعة من القيود على التجارة الدولية مع البلد المستهدف، وقد تشمل حظر أنواع معينة من الأسلحة، أو الطعام، أو الأدوية، أو المواد الخام، أو الحد من التصدير، أو الإستيراد من البلد المستهدف بهدف الضغط عليه لتغيير سياساته في مجال ما، أو إرغامه على تقديم تنازلات في قضية ما، ومع الوقت أصبحت العقوبات إحدى أدوات السياسة الخارجية للدول الكبرى تستخدمها هنا وهناك عوضا عن الإنخراط في حملات عسكرية مكلفة وغير مضمونة العواقب.

وتهدف عادة العقوبات الإقتصادية إلى معاقبة دولة ما على مواقف أو سياسات معينة، أو التأثير عليها لإجبارها على تغيير سلوكها، أو القضاء على إمكانياتها العسكرية، وتمثل المادتان(39) و(41) من ميثاق الأمم المتحدة الإطار القانوني الذي تستند إليه الأمم المتحدة، ومجلس الأمن تحديدا في فرض عقوبات إقتصادية على دول معينة، فوفقا للمادة(39) يقرر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم، أو إخلال به، أو كان ما وقع عملا من أعمال العدوان ويقدم في ذلك توصياته، أو يقرر ما يجب إتخاذه من التدابير طبقا لأحكام المادتين(41) و(42) لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته الى نصابه.

وتنص المادة(41) على أنه لمجلس الأمن أن يقرر ما يجب إتخاذه من التدابير التي لا تتطلب إستخدام القوات المسلحة لتنفيذ قراراته، وله أن يطلب من أعضاء الأمم المتحدة تطبيق هذه التدابير، ويجوز أن يكون من بينها وقف الصلات الإقتصادية، والمواصلات الحديدية، والبحرية، والجوية، والبريدية، والبرقية، واللاسلكية وغيرها من وسائل المواصلات وقفا جزئيا أو كليا وقطع العلاقات الدبلوماسية.

وشهد العالم العقوبات الإقتصادية منذ حقب غابرة، فقد كانت الإمبراطوريات والجيوش تلجأ إلى فرض أنواع من الحصار الإقتصادي على الدول والجهات التي لا تتوافق معها، أو كوسيلة للتمدد وبسط الهيمنة الخارجية، وفي العصر الحديث إستعمل سلاح العقوبات الإقتصادية في الكثير من الحالات، حيث إستعملته عصبة الأمم بحق إيطاليا في العام(1935) بعد غزوها إثيوبيا.

وخلال العقود الأربعة الأولى بعد قيام الأمم المتحدة لم تصدر قرارات من مجلس الأمن الدولي بشأن العقوبات الإقتصادية إلا في حالتين، هما: روديسيا (1966) وجنوب أفريقيا (1977).

ولكن وبعد إنتهاء الحرب الباردة لجأ مجلس الأمن بصورة متزايدة إلى فرض العقوبات الإقتصادية الجماعية، فقد فرضت عقوبات على العراق، ويوغسلافيا السابقة، وعلى هايتي، والصومال، وليبيا، وليبيريا، وأنغولا، ورواندا، والسودان، ومن هنا كانت أهمية هذه الدراسة التي تبحث في واقع إستخدام العقوبات الإقتصادية الدولية في ظل هيمنة الدول الكبرى على المجتمع الدولي وقد اخذت الحالة الليبية

نموذجا لهذا الواقع وذلك لما عانته هذه الدولة من صعوبات جمة نتيجة فرض العديد من العقوبات في شتى المناحي وخصوصا على الجانب الإقتصادي.

مشكلة الدراسة:

تستخدم العقوبات الدولية في ظاهرها كآلية لفرض القانون وتطبيقه في إطار المجتمع الدولي، من أجل تحقيق السلم والأمن الدوليين، ولكن في كثير من الأحيان أضحى مجلس الأمن يفرض عقوبات تتعدى أساساً دواعي فرضها، وغالباً ما تصب تلك العقوبات في مصلحة القوة العظمى المهيمنة بشكل صارخ على هيئة الأمم المتحدة وأجهزتها، وبالتالي أصبحت العقوبات الدولية بمثابة عصا تلوح بها الدول الكبرى أينما أرادت لبسط نفوذها وسيطرتها على الدول الأخرى، والشواهد التاريخية على ذلك كثيرة، كالعقوبات الدولية المفروضة على ليبيا جراء إتهام مواطنين ليبيين بتفجير طائرة بان أوف أمريكا فوق لوكربي في ديسمبر(1988) والعقوبات الدولية المفروضة على العراق إثر غزوها للكويت في السادس من أغسطس (1990)، مما أصبح ينظر إلى كثير من تلك العقوبات على أنها أداة لتنفيذ السياسة الخارجية للدول الكبرى، وتصفية الحسابات السياسية مع الدول التي توصف بالدول المارقة، بدلًا من دخولها في حروب باهظة الكلفة، ويمكن تصنيف العقوبات الدولية إلى: دبلوماسية، وإقتصادية، وعسكرية، والتي سببت معاناة كبيرة جدا على تلك الشعوب وخصوصا الشعب الليبي على مختلف الأصعدة والمستويات وخصوصا على المستوى المعيشي، والصحي، ومن خلال ماسبق ونتيجة لما إستقر في نفس الباحث من معلومات وملاحظات أيدت كلها أهمية هذه الدراسة، قام الباحث بإجراء هذه الدراسة التي تهدف إلى تسليط الضوء على واقع إستخدام العقوبات الإقتصادية الدولية في ظل هيمنة الدول الكبرى على المجتمع الدولي متخذا من ليبيا انموذجا لهذا الواقع المعاش حاليا.

أهمية الدراسة:

تتضح أهمية الدراسة الحالية في عدة نقاط نذكر منها:

1- أصالة الدراسة إذ تعتبر هذه الدراسة من الدراسات القلائل إن لم تكن الأولى في بيئتنا المحلية التي تدرس واقع إستخدام العقوبات الإقتصادية الدولية في ظل هيمنة الدول الكبرى على المجتمع الدولي.
2- ترجع أهمية هذه الدراسة في كونها تدرس واقع إستخدام العقوبات الإقتصادية الدولية على الدولة الليبية.
3- إرساء قاعدة معرفية تنطلق على أساسها العديد من الدراسات لدعم وتطوير الإقتصاد الليبي والتحرر من هذه العقوبات.

4- رصد والتعرف على أهم الآثار الناشئة عن العقوبات الإقتصادية الدولية يتيح المجال لتطوير وبناء إقتصاد قوي لا يتأثر بمثل هذه العقوبات، وتغيير السياسات التي تنتهجها الدولة لمواجهة مثل هذه العقوبات في المستقبل.

5- تعد هذه الدراسة إسهاماً علمياً في سبيل التعرف على حقبة زمنية في تاريخ ليبيا.

أهداف الدراسة:

والتي تتمثل في:

1. رصد الواقع الميداني لإستخدام العقوبات الإقتصادية الدولية على الدولة الليبية.
2. التعرف على الآثار السلبية الناشئة عن إستخدام هذه العقوبات وخصوصا الإقتصادية منها على المواطن والدولة ككل.
3. تسليط الضوء على معاناة الشعب الليبي طيلة عقود من الزمن من فرض هذه العقوبات.

تساؤلات الدراسة:

والتي تتمثل في التساؤل الآتي:

ما واقع إستخدام العقوبات الإقتصادية الدولية في ظل هيمنة الدول الكبرى على المجتمع الدولي؟

حدود الدراسة:

الحد الموضوعي: واقع إستخدام العقوبات الإقتصادية الدولية في ظل هيمنة الدول الكبرى على المجتمع الدولي متخذة من الحالة الليبية انموذجا لذلك الواقع.

الحد المكاني: ليبيا.

الحد الزماني: حيث أجريت هذه الدراسة في العام 2024م.

منهج الدراسة:

لغرض الإلمام والإحاطة بجميع جوانب الدراسة تم الإعتماد على المنهج الاستقرائي من أجل فهم المقصود من الموضوع، كما تم الإعتماد على المنهج الوصفي من خلال سرد بعض الحقائق والمعطيات العلمية.

مصطلحات الدراسة

ومن تلك المصطلحات المصطلحات الآتية:

التعريف الإجرائي للعقوبات: ويقصد بالعقوبات في هذه الدراسة هي تلك الإجراءات التي تتخذ ضد أي دولة تخالف القانون أو تهدد الأمن والسلم الدولي، ويتم إتخاذها من قبل المجتمع الدولي أو الدول الكبرى في هذه المنظومة تحقيقا لمصالحها الشخصية.

التعريف الإجرائي للعقوبات الإقتصادية: هي تلك الإجراءات والعقوبات التي تتعلق بالجانب الإقتصادي للدولة المراد معاقبتها لمخالفتها القوانين الدولية، والتي تشمل الحظر الإقتصادي، المقاطعة الإقتصادية، الحجز على الأصول والممتلكات العائدة الى الدولة أو لأشخاص معينين وغيرها من العقوبات الإقتصادية الأخرى.

التعريف الإجرائي للدولية: وتطلق هذه الصفة على تلك الإجراءات العقابية التي تتخذ ضد أي دولة تخالف القانون والتي تدل على أن هذه الإجراءات تم إتخاذها من قبل المجتمع الدولي لا بقرار منفرد من دولة لتحقيق مصالحها الشخصية لتمنح تلك الإجراءات صفة المشروعية وإن كانت ليست كذلك.

التعريف الإجرائي للدولة: هي مجموعة من الأفراد الذين تجمعهم أرض واحدة ونظام سياسي يحوي المؤسسات السيادية لهذا الكيان، ويقصد بالدولة في هذه الدراسة هي الدولة الليبية.

التعريف الإجرائي الليبية: هي صفة تطلق على الدولة محل الدراسة، وهي دولة عربية تقع في شمال أفريقيا، يحدها البحر المتوسط من الشمال، ومصر شرقا، والسودان إلى الجنوب الشرقي، وتشاد والنيجر من الجنوب، والجزائر، وتونس من الغرب.

الإطار النظري:

تمهيد:

تعرضت ليبيا منذ فترات طويلة لعدد كبير من العقوبات الدولية والتي أثرت بشكل كبير على تطورها وتطور المجتمعات فيها ابتداءً من المواطن الى المجتمع الى الدولة ككل، ومن ضمن تلك العقوبات التي أرهقت كاهل الدولة الليبية والمواطن البسيط العقوبات الإقتصادية، التي حاول من خلالها المجتمع الدولي بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية فرض سيطرته على الدول المتمردة أو لإخضاعها لهيمنته، حيث باتت العقوبات الإقتصادية الدولية أحد أهم وسائل الضغط والعقاب الذي يتبعها المجتمع الدولي ضد خصومه، كما هو الحاصل في روسيا قبل وبعد إندلاع الحرب الروسية الأوكرانية والتي أسهمت في فرض العديد من العقوبات الإقتصادية على روسيا كوسيلة لإيقاف الدب الروسي من التمدد وإنهاء هذه الحرب، والتي لم تنجح الى هذه اللحظة في ثني الدب الروسي عن مواصلة هذه الحرب على رغم كل تلك العقوبات الإقتصادية المفروضة عليه، وفي حال مشابه تعرضت ليبيا منذ القدم ومنذ نظام العقيد الراحل معمر القذافي لعدد كبير من العقوبات منها حظر السفر، والمقاطعة الإقتصادية، وتجميد الأصول والممتلكات العائدة الى الدولة الليبية مما أثر بشكل واضح على حال المواطن المعيشي، والوضع الصحي في هذا البلد، حيث عانى المواطن الليبي من العديد من المشاكل والصعوبات والتي إمتدت لسنوات طوال،

لم يلتفت اليها المجتمع الدولي، حيث كان الإقتصاد الليبي قبل إكتشاف النفط إقتصاداً معتمدا على بعض المساعدات الأجنبية والصادرات لبعض السلع الزراعية البسيطة إلا أنه بعد إكتشاف النفط حقق الإقتصاد الليبي بفضل ذلك فائضا في الميزان التجاري لأول مرة سنة (1963) والذي بلغ حوالي(35) مليون دينار، وتشير البيانات أن ليبيا تمتلك ما يقرب من(33) في المئة من إحتياطيات العالم والتي تمثل(39.1) مليار برميل.[651] أما إحتياطات الغاز الطبيعي فتبلغ (51.3) مليار قدم مكعب (bcf) أي(1450) مليار متر مكعب (bcm).

أما فيما يتعلق بالقطاع الزراعي ورغم إتفاق مبالغ كبيرة عليه، إلا أنه لم يحقق الإكتفاء الذاتي المنشود من الحبوب، وخصوصا الشعير والقمح، وقد تم وضع وتنفيذ ثلاث خطط إقتصادية، تنص في الخطة الثلاثية الأولى صراحة على أن من أهدافها تحقيق الإكتفاء الذاتي في إنتاج المواد الضرورية الإستهلاكية في فترة تتراوح بين(10 – 8) سنوات، وأعتبر هذا الهدف إلتزاماً على الدولة، وفي سبيل ذلك خصص مبلغ (2170) مليون دينار لهذه الخطة، منها(311.3) مليون للإستثمار في قطاع الزراعة، أي بنسبة (14.4%) من إجمالي المخصص للفترة، ورغم ذلك يصعب الجزم اليوم بموضوعية وصحة السياسة الزراعية والغذائية في ليبيا حتى بعد مرور أكثر من ثلاثة عقود على وضع واعتماد السياسة الزراعية والغذائية في ليبيا.[652]

وبعد تدهور أسعار النفط العالمية في أوائل الثمانينات وفرض العقوبات الإقتصادية التي إنعكست سلبا على النشاط الإقتصادي، أديا في نهاية المطاف إلى تعطيل عملية إعادة تأهيل القطاع الخاص منذ عام (1988)، ونتيجة لما خلفه الإقتصاد الموجه ما يزال القطاع العام يحتل ثلاثة أرباع العمالة، في حين يبقى قطاع الإستثمارات راكدا إذ لا يتجاوز (2%) من الناتج المحلي الإجمالي.[653]

بالإضافة إلى الضغوط التي يتعرض لها الإقتصاد الليبي من تراجع إنتاج النفط وتصديره فإن الأسعار العالمية للنفط السلعة الوحيدة التي لازال الإقتصاد الليبي يعتمد عليها أخذت في الهبوط ، فخلال الفترة (2011 – 2015) لازال الإقتصاد الليبي يعاني من عجز في الموازنة بإستثناء عام (2012) وقد سبب الهبوط المتواصل في أسعار النفط الخام عالمياً على مدار الأشهر الأخيرة من العام(2014) وبداية العام (2014)

---

[651] Cairnes. J. E. (1859) The Australian Episode. Frazer's Magazine. Reprinted in Taussing. F. W., selected reading in International Trade and Tariff Problems, 1921, Ginn and company: New York.

[652] عبدا للطيف عيسى اطلوبة.(2007) السياسة الزراعية والغذائية في ليبيا والعوامل المؤثرة فيها (1970– ٢٠٠٥) نظرة تقويمية.

[653] تقرير إقتصادي – البنك الدولي مايو(2006) مجموعة التنمية الإجتماعية، والإقتصادية، منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا.

وعام (2015) في زيادة حدة الأزمة الإقتصادية التي تتعرض لها الدولة مما اضطرها للجوء لاحتياطياتها من النقد الأجنبي، ووفقا للتقرير الإقتصادي الفصلي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا فإن العجز في(2015) سيصل إلى(31%) من إجمالي الناتج المحلي مقابل(11%) في (2014) [654]

أما بالنظر في الطرف المقابل وبعد تطبيق قرار رقم (748) لعام (1992) وقرار رقم (883) لعام (1993) الخاص بتطبيق العقوبات الإقتصادية على ليبيا فطال الضرر كافة أوجه الحياة الإنسانية والإجتماعية، كما ونتج عن العقوبات عدم توريد المواد المتعلقة بالإمداد الطبي، والمعدات الطبية، وتعقيد إجراءات التوريد التي تتطلب النقل الجوي، وتطبيق إجراءات إضافية لضمان إستلام هذه السلع، كما قامت العديد من الشركات بالإمتناع عن التعاون مع ليبيا دون مراعاة لكافة النواحي الأنسانية مثل الإمتناع عن تزويد المواد التي تدخل في عمليات جراحة القلب والشرايين ذات المنشأ الأمريكي، بالإضافة إلى المستلزمات التي تدخل في عمليات جراحة الأعصاب والدماغ، والأدوية التي تحتاج لنقل وتخزين مثل المواد المخدرة والأمصال واللقاحات الخاصة بالأطفال. [655] واشترطت العقوبات الإقتصادية على الشركات التي ترغب بالتعامل مع ليبيا بالحصول على تصاريح خاصة للتوريد وتم رفض معظمها مما نتج عنه نقص كبير في عمليات التوريد، ونتج عنه تعطل المعدات الطبية المستخدمة بالمستشفيات، وتأزم الحالات المرضية في المستشفيات وإرتفاع نسبة الوفيات لدى الأطفال والتي بلغت (200) طفل لكل ألف ووفاة ما يقارب من (50) سيدة لكل ألف أثناء عملية الوضع. [656]

ونتيجة نقص المواد والوسائل الطبية إنعكس ذلك على أداء المستشفيات الليبية حيث أشارت الإحصائيات إلى عدم تمكن الحكومة الليبية من إيفاد(8525) حالة مرضية مستعصية خلال البلاد نتيجة تعذر علاجها داخل ليبيا والتي توجب سفرها عن طريق الجو للعلاج خارج ليبيا، ونتيجة منع الطيران الجوي في ليبيا لم يتمكنوا من الخروج للعلاج وتوفي (230) شخص منهم نتيجة سفرهم عن طريق البر إلى مطارات الدول المجاورة، كما عطلت العقوبات الإقتصادية والحظر المفروض على ليبيا من زيارة (150) طبيباً أخصائياً لليبيا في كافة التخصصات الطبية الدقيقة لعلاج بعض الحالات المستعصية التي تحتاج لعمليات جراحية متخصصة، وإستقالة ما يقارب من (1200) موظف في القطاع الصحي من غير الجنسية

---

[654] التقرير الإقتصادي الفصلي، المنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، العدد 4 يناير (2014).

[655] طه الحديدي.(2013) الجزاءات الدولية في ميثاق الأمم المتحدة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ص: 205.

[656] مراد كواشي.(2014) مشروعية قرارات مجلس الأمن ودورها في تحقيق السلم، مجلة خنشلة، العدد (2) الجزائر، ص: 146.

الليبية وسفرهم لبلادهم نتيجة الأوضاع المتردية فيها، كما اعتذر ما يقارب من (2500) شخص من القدوم إلى ليبيا للعمل في القطاع الصحي أثناء فترة الحظر وصعوبة الوصول إلى ليبيا مما أثر على سير الخدمات الطبية داخل المرافق الصحية.[657]

أما عن قطاع الغذاء فقد كفل القانون الدولي حق الإنسان في الغذاء وهذا ما تطرقت إليه المادة (25/1) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حين نصت على أنه :" لكل شخص الحق في مستوى من المعيشة كاف للمحافظة على الصحة والرفاهية له ولأسرته ويتضمن ذلك التغذية، والملبس، والمسكن، والعناية الطبية [658]

وكان لتطبيق القرار رقم (748) آثاراً سلبية بشكل كبير على قطاع التصنيع في ليبيا وخصوصاً على معدل الإنتاج وتنفيذ المشروعات الصناعية، وكان للقرار الجائر بحق الشعب الليبي أثاراً سلبية كبيرة على العملية الإنتاجية نتيجة نفاذ المصانع من مخزونها للمواد الخام والذي كان يعتمد توريدها على النقل الجوي وإنسحاب الموردين والمقاولين المنفذين للمشاريع الصناعية.[659] أما في مجال الطاقة فتسببت العقوبات الإقتصادية بخسائر في قطاع النفط بما يقارب من (6) مليار دولار نتيجة إرتفاع أسعار قطع الغيار نظراً للمخاطر الذي يتعرض له الموردين كمنطقة مخاطر وإستغلال البعض منهم للظروف التي تتعرض لها ليبيا، بالإضافة إلى إرتفاع تكاليف نقل البضائع نتيجة إرتفاع تكاليف الشحن، أما نتائج العقوبات الإقتصادية على القطاع الزراعي فتكمن في عدم التمكن من إستيراد بذور الخضروات، وشتول الأشجار، وإنخفاض تصدير الفواكة والخضروات إلى أقل من(44%) من السابق.[660]

المبحث الأول: العقوبات الإقتصادية كوسيلة للسياسة الخارجية الأمريكية:

تستخدم العقوبات الإقتصادية بشكل شائع كأداة للسياسة الخارجية للولايات المتحدة، وتتمثل الآثار الملحوظة للعقوبات الأمريكية، وعقوبات الأمم المتحدة التي غالباً ما تصاحبها في التدهور الإقتصادي والتضخم في الكيانات المستهدفة، في بعض الأحيان ساعد هذا في تحقيق الأهداف الأمنية، والدبلوماسية،

[657] سولاف سليم.(2006) الجزاءات الدولية الغير عسكرية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة بعد، دحلب بالبليدة، ص: 78.

[658] الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 (د-3) الصادر بتاريخ 10 كانون الأول (1948).

[659] مريم ناصري.(2011) فعالية العقاب على الإنتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

[660] مديحة بن زكري.(2019) أثر العقوبات الإقتصادية الدولية على حق الشعوب في التنمية، أطروحة دكتوراة غير منشورة، جامعة مستغانم، الجزائر، ص: 54.

والسياسية التي حددتها الدول التي تفرض العقوبات، كما أدت العقوبات الشاملة التي فرضتها الولايات المتحدة والأمم المتحدة إلى خفض الناتج المحلي الإجمالي للدول المستهدفة بشكل كبير، والذي قد ساعد في سير المفاوضات في كثير من الأحيان، كما وتعمل هذه العقوبات على الحد وبشدة من قدرة الجماعات المستهدفة على جمع الأموال ونقلها. [661] وتستند الولايات المتحدة في تطبيق العقوبات الإقتصادية بمستوياتها المختلفة إلى عناصر قوتها الإقتصادية، والمالية، والعسكرية، والدعائية، وتأثيرها الدولي، وهيمنتها على المؤسسات الدولية ذات الصلة بالنظامين المالي والإقتصادي العالميين والمعروفة بمؤسسات بريتون وودز كالبنك الدولي، وصندوق النقد الدولي وغيرها، ويُعد الدولار الأمريكي هي العملة المعتمدة فيما يقرب من(70%) من المبادلات التجارية عبر العالم، لا سيما في مجالات النفط، والغاز، والمعادن، والسلع الحيوية، وبيع منظومات الأسلحة إحدى أدوات السياسة الأمريكية المهمة في تطبيق العقوبات ضد بلد ما، أو إتجاه أشخاص محددين، أو مؤسسات معينة عادة ما تكون على خلاف مع السياسة الأمريكية في مناطق مختلفة من العالم. [662]

المطلب الأول: ماهية العقوبات الإقتصادية:

لقد إختلفت الآراء في تحديد تعريف العقوبات الإقتصادية، حيث إعتبرها البعض بأنها وسيلة ضغط إقتصادية الهدف منها تحقيق أهداف سياسية خارجية، في المقابل إعتبرها آخرون تصرفاً سياسياً يحمل أذى أو إكراه تقوم به الدول في سياستها الخارجية. [663]

وتعرف أيضا على أنها كل إجراء يمكن أن يحقق إحترام القانون الدولي ويمنع إنتهاكه وبالتالي تعتبر الجزاءات أو العقوبات إجراءات قسرية تطبق في حالة الإخلال بالالتزامات القانونية للدولة.

كما عرفها نايلور بأنها مجموعة من الإجراءات العقابية ذات الطابع الإقتصادي يتخذها طرف دولي ما منظمة دولية أو دولة في مواجهة طرف دولي آخر، وتتمثل أهم هذه الإجراءات في الحصار، والحظر وهي تستخدم عادة بغية تحقيق أهداف سياسية للطرف المستخدم لها، وتنصب في معظم الأحيان على تغيير

---

661 Kessler, Ethan. Working Paper: How Economic Sanctions Are Used in U.S. Foreign Policy. Chica Council on Global Affairs, 2022. JSTOR, http://www.jstor.org/stable/resrep4 2021. p 1.

662 حسن أبو طالب.(2022) سلاح العقوبات الأمريكية.. آفاق وتحديات ، مجلة آفاق إستراتيجية، القاهرة، السنة الثانية، العدد الخامس، مارس، ص:155-156.

663 رضا فردوح.(2010) العقوبات الذكية ومدى إعتبارها بديلاً للعقوبات الإقتصادية التقليدية في علاقتها بحقوق الإنسان، رسالة ماجستير في القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة الحاج لخضر باتنة.

التوجهات السياسية للطرف الخاضع للعقوبات بما يتماشى مع رغبة أو مصلحة الطرف المستخدم لها.[664]

المطلب الثاني: ألية فرض العقوبات الإقتصادية في النظام السياسي الأمريكي:

إستخدمت الولايات المتحدة العقوبات الإقتصادية لعدة أسباب، مثل منع إنتشار الأسلحة، والإرهاب الدولي، وتهريب المخدرات، وإنتهاكات حقوق الإنسان، وعدم الإستقرار الإقليمي، والهجمات الإلكترونية، والفساد، وغسيل الأموال.

كما يتم تحديد السياسة الخارجية في النظام السياسي للولايات المتحدة والمتعلقة بالعقوبات ومخاوف الأمن القومي من قبل الكونجرس من خلال بعض التشريعات، وفي بعض الحالات للرئيس صلاحيات لفرض العقوبات، حيث يمكن لتشريع الكونجرس أن يحدد العقوبات وشروط رفعها، لكن الرئيس الأمريكي هو الذي يضع الأهداف المحددة لها. [665]وفي حالات الطوارئ قد كان الأساس القانوني للعقوبات الأمريكية ثابتاً بشكل ملحوظ منذ أواخر السبعينيات، حيث يعد قانون سلطات الطوارئ الإقتصادية الدولية(IEEPA) هو المركز القانوني لسلطة العقوبات، فبعد أن يعلن الرئيس حالة الطوارئ الوطنية، يصدر أوامره التنفيذية. [666] ليكون الرئيس هو صانع القرار لبدء وفرض العقوبات، حيث يقوم الرئيس بذلك نظرا لوجود تهديد إستثنائي، أو غير إعتيادي على الأمن القومي، أو السياسة الخارجية، أو على إقتصاد الولايات المتحدة يكون مصدره من خارج الولايات المتحدة، بعد ذلك كما هو منصوص عليه في قانون الطوارئ الوطنية يصدر الرئيس إعلان عن وجود حالة طوارئ وطنية يقدمها إلى الكونجرس والتي تسمح له على سبيل المثال بالتحقيق في المعاملات الأجنبية، أو تنظيمها، أو حظرها. [667]

---

[664] أحمد محمد وهبان.(2008) تحليل الصراعات الدولية، مجلة عالم الفكر، الكويت، المجلد (36)، العدد(4).

[665] Marcin Szczepański, Russia's war on Ukraine: US sanctions, EPRS European Parliamentary Research Service, European Parliament– European Union, 2023.

[666] Kessler, Ethan. Working Paper: How Economic Sanctions Are Used in U.S. Foreign Policy. Chicago Council on Global Affairs, 2022. JSTOR, http://www.jstor.org/stable/resrep42021.

[667] Marcin Szczepański, Russia's war on Ukraine: US sanctions, EPRS European Parliamentary Research Service, European Parliament– European Union, 2023

أما الإطار القانوني لسلطات العقوبات الأمريكية في السياق العادي، يقر الكونجرس القوانين التي تخول الرئيس إصدار عقوبات من خلال أوامر تنفيذية، ويقوم مكتب مراقبة الأصول الأجنبية (OFAC) بعد ذلك بإصدار وتنفيذ لوائح العقوبات كما هو منشور في قانون اللوائح الفيدرالية.[668]

ويحافظ برنامج العقوبات الإقتصادية على العقوبات التي تفرضها وزارة الخزانة الأميركية لتعظيم تأثيرها الإقتصادي لتحقيق الأهداف القومية العليا، وتقليل الضرر الذي يلحق بالمصالح الإقتصادية الأمريكية، كما تعمل الولايات المتحدة الأميركية من خلال هذا البرنامج على إزالة بعض العقوبات الإقتصادية لمكافأة وتحفيز السلوك الحسن الذي تراه بأنه إستجابة للسياسة الأميركية.[669]

وبمجرد تحديد العقوبات يتم تنفيذها من قبل العديد من المؤسسات التنفيذية، حيث تحدد وزارة الخزانة الإجراءات المتعلقة بالكيانات والأفراد المعنيين تتضمن هذه الإجراءات حظر الأصول الموجودة في الولايات المتحدة، ووضع قيود أو حظر على الإستثمارات، أو المعاملات، وتقييد الوصول إلى الأسواق الأمريكية بما في ذلك الخدمات المالية، تقيد وزارة الخارجية التأشيرات، والمساعدات الخارجية، وتخفيض درجة العلاقات الدبلوماسية، أو تعليقها.

حيث تطبق الولايات المتحدة بشكل أساسي عقوبات أولية، مثل حظر المعاملات مع الكيانات والأفراد المحددين، أو تجميد أصولهم، وتستخدم كذلك العقوبات الثانوية التي تستهدف الأطراف الثالثة التي لا تشارك بشكل مباشر في أنشطة مرفوضة، وتخضع هذه العقوبات لعقوبات أولية، ولكنها مع ذلك تتعامل مع الأفراد أو الكيانات المشاركة في هذه الأنشطة، حيث تسعى العقوبات الثانوية إلى منع الأطراف الثالثة من التعامل مع أولئك الخاضعين للعقوبات، فمثلاً في سبتمبر(2022) أعربت الإدارة الأمريكية عن إستعدادها لإستخدام عقوبات ثانوية لمن يتعاملون مع روسيا، وإستهدفت على الفور كيانين من الصين، وأرمينيا، وهما شركة(Taco LLC) وشركة (Sinno Electronics Co Limited)على أساس أنها كانت تقدم الإمدادات لشركة المشتريات الدفاعية الروسية(Radioavtomatika)الخاضعة للعقوبات، وتبع ذلك العديد من العقوبات الثانوية الأخرى.[670]

---

668 سيف نصرت توفيق، وكرار نوري حميد على، وجمانة خلدون سعدون.(2021) دور المؤسسات المالية الأمريكية في آلية رسم العقوبات الإقتصادية الدولية، مجلة تكريت للعلوم السياسية، جامعة تكريت، العدد(26).

669 سيف نصرت توفيق، وكرار نوري حميد على، وجمانة خلدون سعدون.(2021) دور المؤسسات المالية الأمريكية في آلية رسم العقوبات الإقتصادية الدولية، مجلة تكريت للعلوم السياسية، جامعة تكريت، العدد(26).

670 Marcin Szczepański, Russia's war on Ukraine: US sanctions, EPRS European Parliamentary Research Service, European Parliament– European Union, 2023.

كذلك تفرق الدراسات الخاصة في العقوبات الأمريكية بين نمطين رئيسين: الأول هو ما يعرف بالنظام القديم الذي كان يستهدف النظام المعاقب ككل، والثاني هو النظام الجديد الذي يستهدف جهات محددة، كمؤسسات مالية ومصرفية بعينها، أو أشخاص، أو شركات تعد أمريكياً بمثابة خطر محتمل، أو لأنها خالفت عقوبات مفروضة على دولة أو جهة أخرى، كذلك قد تفرض عقوبات إقتصادية على رموز سياسية إما بهدف الإهانة، أو تقييد القدرة على التحرك، ويشمل ذلك مصادرة الأموال، والأصول، ومنع أصحابها من التصرف فيها، أو فرض عقوبات مالية على المؤسسات المخالفة.[671]

المبحث الثاني: الأسس القانونية للعقوبات الإقتصادية الدولية وخصائص ومبادئ وأهداف تلك العقوبات:

الأساس القانوني للعقوبات الإقتصادية المفروضة هي بالدرجة الأولى من الأمم المتحدة، وهذه العقوبات مستمدة من نصوص المواد(41-39) من الميثاق، والتي يقوم بتنفيذها كل من الجمعية العامة، ومجلس الأمن، وتعتبر المادة (39) من أكثر المواد التي أثارت الجدل في تحديد طبيعتها وتفسيرها، وذلك لما تحمله من سلطات خطيرة.[672]

حيث منحت المادة (39) التي تنص على أنه :" يقرر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم، أو إخلال به، أو كان ما وقع عملاً من أعمال العدوان، ويقدم في ذلك توصياته أو يقرر ما يجب إتخاذه من التدابير طبقاً لأحكام المادتين(41 - 42) لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه، ومن خلال نص المادة نلاحظ عدم وجود تعريف للعدوان، أو لتهديد السلم والإخلال به، وهذا يعد ثغرة في ميثاق الأمم المتحدة، حيث أنه فتح المجال على مصراعيه وخصوصاً فيما يتعلق بنظام العقوبات، وما هي الإجراءات الواجب إتخاذها.[673]

كما أن نص المادة (41) من الميثاق ينص على أنه : " لمجلس الأمن أن يقرر ما يجب إتخاذه من التدابير التي لا تتطلب إستخدام القوات المسلحة لتنفيذ قراراته، وله أن يطلب إلى أعضاء الأمم المتحدة تطبيق هذه التدابير، ويجوز أن يكون من بينها وقف الصلات الإقتصادية، والمواصلات الحديدية، والبحرية،

---

[671] حسن أبو طالب.(2022) سلاح العقوبات الأمريكية.. آفاق وتحديات، مجلة آفاق إستراتيجية، القاهرة، السنة الثانية، العدد الخامس، مارس، ص:155-156.

[672] رشدي عميش.(2017) العقوبات الإقتصادية كوسيلة ردع على المستوى الدولي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، ص:79.

[673] مديحة بن زكري.(2019) أثر العقوبات الإقتصادية الدولية على حق الشعوب في التنمية، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة مستغانم، الجزائر، ص:127.

والجوية، والبريدية، والبرقية، واللاسلكية، وغيرها من وسائل المواصلات وقفا جزئياً، أو كليا، وقطع العلاقات الدبلوماسية ".[674]

المطلب الأول: الأجهزة المخولة قانونا لفرض العقوبات الإقتصادية:

إن الجمعية العامة في منظمة الأمم المتحدة تمثل جهازاً رئيساً يعمل إلى جانب مجلس الأمن في القضايا المتعلقة بحفظ السلم والأمن الدوليين، وتسعى لإصدار قرارات دولية تنطوي على إتخاذ إجراءات إجبارية بما فيها الجزاءات الإقتصادية ضد الدول المخالفة للسلم والأمن الدوليين.[675]

إلا إن مجلس الأمن يعد المفوض الأول في فرض تدابير لا تستند إلا إستخدام القوة المسلحة، إذ يمكن له أن يدعو لفرض عقوبات إقتصادية دولية بموجب المادة (41) من معاهدة الأمم المتحدة والتي تنص على أنه لمجلس الأمن أن يقرر ما يجب إتخاذه من التدابير التي لا تتطلب إستخدام القوات المسلحة لتنفيذ قراراته، وله أن يطلب إلى أعضاء الأمم المتحدة تطبيق هذه التدابير، ويجوز أن يكون من بينها وقف الصلات الإقتصادية، والمواصلات الحديدية، والبحرية، والجوية، والبريدية، والبرقية، واللاسلكية، وغيرها من وسائل المواصلات وقفاً جزئياً أو كليا، وقطع العلاقات الدبلوماسية، ولكن قبل ذلك على المجلس أن يحدد أولاً وجود تهديد للسلم، أو خرق للسلام، أو عمل من أعمال العدوان وفقاً لنص المادة (39) من ميثاق المنظمة، وهو يملك ولاية تقديرية واسعة في هذا الصدد، وصاحب الحق في تكييف الوقائع بوصفها أعمال عدوان، أو مخلة، أو مهددة للسلم الدولي.[676]

ويبدو أن مسؤولية هذه الجمعية في صون السلم والأمن الدوليين عبر توقيع عقوبات إقتصادية هي مسؤولية ثانوية بعد مجلس الأمن صاحب الإختصاص الأصيل في ذلك، كون أن ميثاق منظمة الأمم المتحدة لم يشير صراحة لدور الجمعية العامة في صون السلم والأمن الدوليين، فمسؤولية الجمعية العامة في صون السلم والأمن الدوليين يرتكز أساساً لنصوص الفصل الرابع من ميثاق منظمة الأمم المتحدة، التي تعطي الصلاحية الكاملة للجمعية العامة لمعالجة أي مسألة تتعلق بصون السلم والأمن

[674] المادة (41) الفصل السابع، ميثاق الأمم المتحدة.

[675] فاتنة عبد العال.(2000) العقوبات الدولية الإقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: 86.

[676] جمال محي الدين.(2007) قدرة نظام العقوبات الإقتصادية في تحقيق السلم والأمن الدوليين، الحالة العراقية، الجزائر، مجلة الدراسات الإستراتيجية، العدد (3)، الجزائر، ص: 44.

الدوليين، ثم تقديم مقترحاتها لمجلس الأمن الذي يبادر إلى إتخاذ القرارات الرامية لإحراز الهدف المرجو من هذه المقترحات.[677]

وبالرجوع لصلاحية الجمعية العامة في صون السلم والأمن الدوليين، نجد بأن أهم نصوص الفصل الرابع من معاهدة منظمة الأمم المتحدة التي تمنح هذه الصلاحية للجمعية العامة تتجسد في المادة (11) فبموجب ميثاق منظمة الأمم المتحدة، يحق للجمعية العامة معالجة أي قضية لصون السلم والأمن الدوليين، يحملها إليها أي مكون من مسؤولو الأمم المتحدة، ومجلس الأمن، أو دولة ليست عضو من أعضائها، وللجمعية العامة أن تقدم توصياتها بصدد هذه المسألة للدولة أو الدول صاحبة الشأن أو المجلس الأمن أو لكليهما معاً، وعندما يكون من اللازم القيام بعمل ما حول القضايا المتعلقة بصون السلم والأمن الدوليين، يجب على الجمعية أن تنقل القضية إلى مجلس الأمن سواء قبل بحثها أو بعده.[678]

المطلب الثاني: خصائص العقوبات الإقتصادية:

كما يتضح لنا بأن العقوبات الإقتصادية تشترك بالعديد من الخصائص التي تميزها عن غيرها من العقوبات والنظم المشابهة لها، وهذا الخصائص تتمحور فيما يلي:

أولاً: الطابع الدولي الجماعي: حيث تشترك مجموعة دول في قناعة واحدة بأن كل من يخل بأحكام القانون الدولي تطبق عليه عقوبات إقتصادية، وفي حال عدم إلتزامها يتم اللجوء لإستخدام القوة، فإن ذلك سوف يساهم في المحافظة على السلم والأمن الدوليين، ولا تصل آثار العقوبات الإقتصادية لخسائر فادحة مثل إستخدام القوة.[679]

ثانياً: الطابع الإقتصادي: الإقتصاد هو محرك التنمية للدول والشعوب وعصب حياتها، وكل الدول تسعى لتطوير وضعها الإجتماعي والإقتصادي، لأن ذلك سوف ينعكس على كافة الجوانب في المجتمع، لذلك تقوم الدول الأخرى بإستهداف المصالح الإقتصادية للدولة المنتهكة لقواعد القانون الدولي وحرمانها من كافة الإمتيازات التجارية في علاقاتها الدولية.[680]

---

[677] مبارك التهامي.(2004) حماية المدنيين في ظل الحظر الإقتصادي، دراسة على ضوء الحالة العراقية، رسالة ماجستير (غير منشورة) كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، الجزائر، ص: 32.

[678] عبد الغفار عباس سليم.(2008) مستقبل العقوبات الدولية بالأمم المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: 97-98.

[679] جمال محي الدين.(2009) العقوبات الإقتصادية للأمم المتحدة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص: 134.

[680] رشدي عميش.(2017) العقوبات الإقتصادية كوسيلة ردع على المستوى الدولي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، ص: 69.

ثالثاً: الطابع القسري: يقصد بذلك بأن العقوبات الإقتصادية تعمل صفة الإلزام على الدول الأخرى ويتخذها مجلس الأمن وفق صلاحياتها.[681]

رابعاً: الحفاظ على السلم والأمن الدوليين: الهدف من تطبيق العقوبات الإقتصادية هو المحافظة على السلم والأمن الدوليين من خلال إستخدام وسائل سلمية، وهذا الهدف من اللجوء لإستخدام هذا النوع من العقوبات حتى لا يضطر المجتمع الدولي لإستخدام القوة.[682]

خامساً: الإلتزام بالتنفيذ يساهم في فعالية العقوبات: في حال إلتزام كافة الدول بتطبيق العقوبات الإقتصادية على الدولة المنتهكة فإن ذلك يساهم في فعالية العقوبات الإقتصادية، كون يتم تنفيذ الحصار الإقتصادي عليها في كافة المجالات، مما يضعف من قوتها وخضوعها لقرارات المجتمع الدولي.[683]

سادساً: آثارها على السكان المدنيين: عند تطبيق العقوبات الإقتصادية يتوجب على المجتمع الدولي أن يأخذ بعين الإعتبار بأن لا تمس العقوبات السكان المدنيين بشكل مباشر وخصوصاً في حقهم في الحصول على الغذاء، والصحة عكس العقوبات المالية التي تمس الأشخاص بعينهم.[684]

المطلب الثالث: مبادئ العقوبات الإقتصادية:

من مبادئ العقوبات الإقتصادية مايلي:

أولاً: اجراء دولي إقتصادي وهذا التصرف تقوم به دول أو منظمات دولية من خلال العلاقات الإقتصادية تهدف إلى الإضرار بمصالح الدولة الإقتصادية، وهذا الإجراء يتم بشكل مباشر حين يفرضه مجلس الأمن الدولي وقد تفرضه الدول الكبرى حين تتطلب مصالحها ذلك فتقوم بفرضه من جانب واحد.[685]

ثانياً: عقاب ناتج عن إخلال بإلتزام قانوني دولي وقد يكون الإخلال بوقوع عدوان، أو تهديد يؤثر على العلاقات الدولية سياسيا أو إقتصاديا، وتعتبر من التدابير المشروعة التي يستخدمها المجتمع الدولي، وهي

---

[681] الفصل السابع، ميثاق الأمم المتحدة، المواد (39-50).

[682] بارع عبد الصمد.(2013) العقوبات الإقتصادية الدولية، جريدة الحوار المتمدن، بتاريخ.4/1/ 2013.

[683] مديحة بن زكري.(2019) أثر العقوبات الإقتصادية الدولية على حق الشعوب في التنمية، أطروحة دكتوراة غير منشورة، جامعة مستغانم، الجزائر، ص: 124.

[684] محمد السعيد الدقاق.(2009) عدم الإعتراف بالأوضاع الإقليمية غير المشروعة، دراسة نظرية الجزاء في القانون الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص: 71.

[685] فاتنة عبد العال.(2000) العقوبات الدولية الإقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: 25.

أداة تستخدم لإجبار حكومة دولة ما للإستجابة لطلبات المجتمع الدولي، وقد تكون هذه التدابير قبل إستخدام القوة.

ثالثاً: أجراء قسري دولي وهذا النوع من العقوبات الإقتصادية يطبق على دولة بشكل إجباري ويغطي أكثر من أربعة قيود تجارية، ويحقق الأذي للدولة المنتهكة للقانون الدولي، ويوكد (Joy Gordon) بأن هذا النوع من العقوبات أقل عنفاً من العمليات العسكرية وأكثر فعالية من مجرد الإحتجاجات الدبلوماسية.[686]

رابعاً: يتم تطبيق العقوبات الإقتصادية بهدف إصلاح سلوك عدواني صادر عن دولة ما وحماية مصالح أخرى والمحافظة على السلم والأمن الدوليين، والهدف من العقوبات الإقتصادية هو تأديب الدولة وردعها، وغالباً ما يكون هذا النوع من العقاب كرد فعل دولي نتيجة خرق إحدى الدول أحكام القانون الدولي والذي يتنافى مع قواعده وخصوصاً تلك المتعلقة بحقوق الإنسان والتي تؤثر على السلم والأمن الدوليين بشكل مباشر وغير مباشر.[687]

المطلب الرابع : أهداف العقوبات الإقتصادية ومضمونها:

ساهمت العقوبات الإقتصادية الدولية بشكل جلي في تجسيد السلام العالمي وحماية حقوق الإنسان على إعتبارها أحد الأدوات للمجتمع الدولي التي تستخدم في تحقيق أهداف عديدة مثل أصلاح سلوك دولة ما، وحماية مصالح الدول الأخرى من خلال الحفاظ على السلم والأمن، بالإضافة إلى التأثير في إرادة الدول عند ممارسة حقوقها وحلمها على عدم الخروج عن إلتزاماتها الدولية وإحترامها، إلا أن الآراء قد إختلفت في تحديد أهداف العقوبات الإقتصادية.[688]

وفيما يلي عرض لتلك الوجهات المتباينة:

الإتجاه الأول: أصحاب هذا الإتجاه يرون بأن إجراءات العقوبات الإقتصادية يركز على معاقبة الدولة المخالفة للقانون الدولي، والهدف من فرض هذا النوع من الجزاء هو معاقبة دولة بحد ذاتها بأحكام القانون الدولي، ومثال ذلك ما تم تطبيقه على العراق أبان الغزو العراقي للكويت، حيث تم تطبيق

[686] محمد هويداء.(2006) العقوبات الإقتصادية وأثرها على حقوق الإنسان، مهيب للطباعة، القاهرة، ص:36.

[687] خوله محي الدين يوسف.(2013) العقوبات الإقتصادية الدولية المتخذة من مجلس الأمن وإنعكاسات تطبيقها على حقوق الإنسان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص: 82.

[688] مراد كوشي.(2013) دور العقوبات الإقتصادية الصادرة من مجلس الأمن الدولي في تطبيق القانون الدولي الإنساني، مجلة الفقه والقانون، العدد (7).

العقوبات الإقتصادية على العراق، وإجبار القوات العراقية على الإنسحاب من الأراضي الكويتية، وتعويض الكويت عن الخسائر، وإستمر الحصار لتحقيق هدف معين وهو ردع العراق ومعاقبتها.[689]

الإتجاه الثاني: وأنصار هذا الإتجاه يرون بأن الهدف من هذا النوع من العقوبات يهدف إلى إصلاح الضرر الذي حدث عن مخالفة القانون الدولي، ويمتاز أنصار هذا الرأي بالموضوعية في تحديد الهدف من وراء تطبيق العقوبات الإقتصادية على الدولة.[690]

الإتجاه الثالث: وأصحاب هذا الرأي يرون بأن الهدف من هذه التدابير هو الضغط على الدولة المنتهكة للقانون الدولي وإجبارها على تغيير سياساتها وأفعالها التي تتعارض مع القانون الدولي وأحكامه.[691]

الإتجاه الرابع: وهذا الإتجاه وأنصاره يرون بأن الهدف من تلك الجزاءات سياسية في المقام الأول هدفها تدعيم نفوذ دولة كبرى في منطقة معينة، بالإضافة إلى وجود أهداف أخرى غير واضحة وغامضة، وعلى الرغم من إختلاف الآراء السابقة حول أهداف العقوبات الإقتصادية.[692] والمتتبع للأحداث التي شهدها المجتمع الدولي يتبين له بأن مجلس الأمن قد حقق العديد من الأهداف من خلال تطبيق هذا النوع من الأسلوب وكما يلي :

- التأثير في سياسات الدول، وإرغامها للرضوخ لتنفيذ طلبات محددة.

- قد تتفق العقوبات الدولية مع رغبة دولة ما، أو مجموعة دول متحالفة تعبر عن معارضتها الصارخ لسياسة دولة ما، وهذا ما حدث في حالة العراق حين تم تطبيق العقوبات الإقتصادية عليها، وكانت تعتبر أحدى الوسائل التي إستخدمتها الولايات المتحدة الأمريكية على العراق لتحقيق أهداف خاصة في سياستها الخارجية.[693]

أما فيما يتعلق بمضمون العقوبات الإقتصادية الدولية فإنها تنصب على الجوانب الإقتصادية مثل إجراء الحظر المالي، والتجاري، والسياحي... الخ، دون غيرها من الجوانب مثل الدبلوماسية، والعسكرية، وقد

---

[689] العقوبات التي فرضت على العراق العقوبات الإقتصادية بموجب القرار رقم (S/RES/661) بتاريخ. 16 /8/1990.

[690] إياد الصقلي.(2014) الحظر في القانون الدولي العام، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص: 48.

[691] بلقيس عبد الرضاء.(2016) الحماية الدولية للمدنيين خلال النزاعات المسلحة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص: 233.

[692] مراد كواشي.(2014) مشروعية قرارات مجلس الأمن ودورها في تحقيق السلم، مجلة خنشلة، العدد (2)، الجزائر، ص: 142.

[693] سهيل الفتلاوي.(2009) القانون الدولي العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

تكون العقوبات الإقتصادية فردية، أو دولية.[694] وفي دراستنا الحالية سوف تتناول مضمون العقوبات الإقتصادية الدولية دون غيرها وهي كما يلي:

أولاً: الحظر الإقتصادي: يعرف الحظر الإقتصادي على أنه :" إجراء قسري يتعلق بإيقاف سلعة، أو عدد من السلع، أو عدم توريدها كعقوبة ضد دولة، أو إتخاذها كوسيلة لضغط عليها من قبل دولة أخرى، ويعتبر الحظر الإقتصادي من الوسائل القسرية التي يتم تطبيقها على الدول المنتهكة، وتستخدم لإرغام دولة على إتباع السلوك الدولي، وعدم الإخلال بأحكامه، وقديماً كان يتم إحتجاز السفن والبواخر التي تحمل علم الدولة المخالفة وهذا ما قامت به بريطانيا عام (1835) حين فرضت حجزاً على كافة سفن مملكة صقلية والتي كانت متواجدة في موانىء تابعة للسلطة البريطانية، ولم يتم الإفراج عنها إلا حين رضخت صقلية.[695] وتطور الحظر الإقتصادي فيما بعد ليشمل منع تصدير السلع للدولة المنتهكة والمفروض عليها الحظر.[696]

ثانياً: المقاطعة الإقتصادية: تعتبر المقاطعة الإقتصادية إجراء مكمل للحصار الإقتصادي، ويمتد أثرها على المواطنين الذين يتعاملون مع المؤسسات والأفراد المحظورين.

ويقصد بالمقاطعة : " هي قيام الدولة بوقف علاقاتها الإقتصادية والمالية مع دولة أخرى ورعاياها بهدف إجبار هذه الدولة على الإذعان لمطالب الدولة الأخرى.[697] وتشمل إجراءات المقاطعة كافة العلاقات التجارية، والإقتصادية، والمالية، والإستثمارية، والإجتماعية التي يتم تطبيقها والذي يترتب على تطبيقها تأثير كبير على التوازن الإقتصادي للدولة، على إعتبار أن التوازن الإقتصادي للدولة يتركز بشكل كبير على التعاون الإقتصادي مع الدول الأخرى، وتهدف المقاطعة الإقتصادية تحقيق العزلة للدولة أو لمجموعة أفراد، وخلال المراحل التي مر بها تطور المجتمع الدولي، فرض المجتمع الدولي المقاطعة الإقتصادية على العديد من الدول وفيما يلي عرض لبعض منها.[698]

---

[694] سهيل الفتلاوي.(2009) القانون الدولي العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص: 57.

[695] أحمد سرحان.(1990) قانون العلاقات الدولية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ص: 191.

[696] مريم ناصري.(2011) فعالية العقاب على الإنتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص: 262.

[697] السيد أبو عطية.(2014) القانون الدولي الجنائي بين النظرية والتطبيق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص: 410.

[698] مديحة بن زكري.(2019) أثر العقوبات الإقتصادية الدولية على حق الشعوب في التنمية، أطروحة دكتوراة غير منشورة، جامعة مستغانم، الجزائر، ص: 132.

مصر تم فرض المقاطعة الإقتصادية على مصر خلال العدوان على مصر عام (1956) حيث تم تجميد أرصدة مصر رداً على تأميمها قناة السويس.[699]

العراق أصدر مجلس الأمن بموجب قرار رقم (661) بتاريخ 9/8/1990 قرار بوقف إستيراد أي من السلع التي تنتجها العراق أو يكون مصدرها الكويت، وهذا القرار سبب نقص كبير في الغذاء والدواء على الشعب العراقي.[700]

ثالثاً: الحصار الإقتصادي:

يعرف الحصار الاقتصادي على أنه :" إجراء سلمي يقصد به منع دخول ولوج السفن إلى ومن الموانىء وشواطىء دولة ما بقصد حرمانها من الإتصال بالدول الأخرى عن طريق البحر، وهو من أهم الإجراءات العقابية الإقتصادية التي توقع على الدول المخلة بالتزاماتها الشرعية الدولية.[701]

ويعتبر الحصار الإقتصادي من أهم الوسائل للضغط على دولة ما، وهو إجراء قسري يهدف إلى زعزعة نظامها الإقتصادي. ومن أمثلة الحصار الإقتصادي نذكر منها:

ليبيا حيث أصدر مجلس الأمن قرار رقم (848) بتاريخ 21/3/1992 بعدم السماح لأي طائرة بالإقلاع أو الهبوط في ليبيا.

روديسيا قرار رقم (277) تم فرض حصار إقتصادي على روديسيا بهدف إسقاط نظام الأقلية البيضاء الغير شرعي، وإزالة تحديد السلم التي نتج عن موقف روديسيا.

الإستنتاجات:

بعد الإبحار في فصول هذه الدراسة نستنتج:

تعرضت ليبيا منذ فترات طويلة لعدد كبير من العقوبات الدولية والتي أثرت بشكل كبير على تطورها وتطور المجتمعات فيها ابتداءً من المواطن الى المجتمع الى الدولة ككل، ومن ضمن تلك العقوبات التي أرهقت كاهل الدولة الليبية والمواطن البسيط العقوبات الإقتصادية، التي حاول من خلالها المجتمع الدولي بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية فرض سيطرته على الدول المتمردة أو لإخضاعها لهيمنته، حيث باتت العقوبات الإقتصادية الدولية أحد أهم وسائل الضغط والعقاب التي يتبعها المجتمع الدولي ضد

[699] حيدر عبد الرزاق.(2008) تطور القضاء الدولي الجنائي، دار الكتب القانونية، مصر، ص: 42.

[700] سولاف سليم.(2006) الجزاءات الدولية الغير عسكرية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة دعد، دحلب بالبليدة، ص: 71.

[701] محمد بوجلال.(2013) العقوبات الإقتصادية بين الشرعية ومبدأ إحترام حقوق الإنسان، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة يحي فارس المدية، ص: 28.

خصومه، كما هو الحاصل في روسيا قبل وبعد إندلاع الحرب الروسية الأوكرانية والتي أسهمت في فرض العديد من العقوبات الإقتصادية على روسيا كوسيلة لإيقاف الدب الروسي من التمدد وإنهاء هذه الحرب، والتي لم تنجح الى هذه اللحظة في ثني الدب الروسي عن مواصلة هذه الحرب على رغم كل تلك العقوبات الإقتصادية المفروضة عليه، وفي حال مشابه تعرضت ليبيا منذ القدم ومنذ نظام العقيد الراحل معمر القذافي لعدد كبير من العقوبات منها حظر السفر، والمقاطعة الإقتصادية، وتجميد الأصول والممتلكات العائدة الى الدولة الليبية مما أثر بشكل واضح على حال المواطن المعيشي، والوضع الصحي في هذا البلد، حيث عانى المواطن الليبي من العديد من المشاكل والصعوبات والتي إمتدت لسنوات طوال، لم يلتفت اليها المجتمع الدولي، وفي هذه الدراسة حاول الباحث إلقاء الضوء على هذه الصعوبات التي تعرض لها المواطن والدولة الليبية والتي أثرت على المواطن على العديد من الأصعدة، والمستويات الإجتماعية، والإقتصادية، والصحية.

التوصيات:

بعد الرحلة التي خضناها في هذه الدراسة والطواف في فصولها يوصي الباحث بالاتي:

1- العمل على إلغاء حكم القطب الواحد وهيمنة الدولة الواحدة على العالم.
2- تقنين فرض العقوبات بكل أنواعها وخصوصا الإقتصادية منها وعدم إستعمالها الا في ظروف معينة ودون الإضرار بمصلحة المواطن البسيط.
3- عدم تسيس العقوبات وجعلها في خدمة دول معينة.
4- حماية مصالح الشعوب وعدم التطرف في إستخدام تلك العقوبات.

المقترحات:

يقترح الباحث:

1. إجراء المزيد من الدراسات في هذا الشأن تكون أكثر تعمقا وأكثر شمولية وأكثر دقة.
2. على القائمين على القانون الدولي أخذ الدراسات السابقة والدراسات الحالية ووضعها في إطار البحث.
3. العمل على سن قوانين تقوم على حماية أمن الشعوب وحماية مصالحها دون تفرقة وعدم تسيسها لخدمة مصالح دولة دون أخرى.

المصادر والمراجع:

1-Cairnes. J. E. (1859) The Australian Episode. Frazer's Magazine. Reprinted in Taussing. F. W., selected reading in International Trade and Tariff Problems, 1921, Ginn and company: New York.

2-عبد اللطيف عيسى اطلوبة.(2007) السياسة الزراعية والغذائية في ليبيا والعوامل المؤثرة فيها (1970-٢٠٠0) نظرة تقويمية.

3-تقرير إقتصادي - البنك الدولي مايو(2006) مجموعة التنمية الإجتماعية، والإقتصادية، منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا.

4-التقرير الإقتصادي الفصلي، المنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، العدد 4 يناير(2014).

5-طه الحديدي.(2013) الجزاءات الدولية في ميثاق الأمم المتحدة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ص: 205.

6-مراد كواشي.(2014) مشروعية قرارات مجلس الأمن ودورها في تحقيق السلم، مجلة خنشلة، العدد (2) الجزائر، ص: 146.

7-سولاف سليم.(2006) الجزاءات الدولية الغير عسكرية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة بعد، دحلب بالبليدة، ص: 78.

8-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 (د-3) الصادر بتاريخ 10 كانون الأول (1948).

9-مريم ناصري.(2011) فعالية العقاب على الإنتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

10-مديحة بن زكري.(2019) أثر العقوبات الإقتصادية الدولية على حق الشعوب في التنمية، أطروحة دكتوراة غير منشورة، جامعة مستغانم، الجزائر، ص: 54.

11-Kessler, Ethan. Working Paper: How Economic Sanctions Are Used in U.S. Foreign Policy. Chica Council on Global Affairs, 2022. JSTOR, http://www.jstor.org/stable/resrep4 2021. p 1..

12-حسن أبو طالب.(2022) سلاح العقوبات الأمريكية.. آفاق وتحديات ، مجلة آفاق إستراتيجية، القاهرة، السنة الثانية، العدد الخامس، مارس، ص:155-156.

13-رضا فردوح.(2010) العقوبات الذكية ومدى إعتبارها بديلاً للعقوبات الإقتصادية التقليدية في علاقتها بحقوق الإنسان، رسالة ماجستير في القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة الحاج لخضر باتنة.

14-أحمد محمد وهبان.(2008) تحليل الصراعات الدولية، مجلة عالم الفكر، الكويت، المجلد (36)، العدد(4).

15-Marcin Szczepański, Russia's war on Ukraine: US sanctions, EPRS European Parliamentary Research Service, European Parliament- European Union, 2023..

16-Kessler, Ethan. Working Paper: How Economic Sanctions Are Used in U.S. Foreign Policy. Chicago Council on Global Affairs, 2022. JSTOR, http://www .jstor.org/ stable / resrep42021.

17-Marcin Szczepański, Russia's war on Ukraine: US sanctions, EPRS European Parliamentary Research Service, European Parliament- European Union, 2023.

18-سيف نصرت توفيق، وكرار نوري حميد على، وجمانة خلدون سعدون.(2021) دور المؤسسات المالية الأمريكية في آلية رسم العقوبات الإقتصادية الدولية، مجلة تكريت للعلوم السياسية، جامعة تكريت، العدد(26).

19-سيف نصرت توفيق، وكرار نوري حميد على، وجمانة خلدون سعدون.(2021) دور المؤسسات المالية الأمريكية في آلية رسم العقوبات الإقتصادية الدولية، مجلة تكريت للعلوم السياسية، جامعة تكريت، العدد(26).

20-Marcin Szczepański, Russia's war on Ukraine: US sanctions, EPRS European Parliamentary Research Service, European Parliament- European Union, 2023.

21-حسن أبو طالب.(2022) سلاح العقوبات الأمريكية.. آفاق وتحديات، مجلة آفاق إستراتيجية، القاهرة، السنة الثانية، العدد الخامس، مارس، ص:155-156.

22-رشدي عميش.(2017) العقوبات الإقتصادية كوسيلة ردع على المستوى الدولي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، ص:79.

23-مديحة بن زكري.(2019) أثر العقوبات الإقتصادية الدولية على حق الشعوب في التنمية، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة مستغانم، الجزائر، ص:127.

24-المادة (41) الفصل السابع، ميثاق الأمم المتحدة.

25-فاتنة عبد العال.(2000) العقوبات الدولية الإقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: 86.

26-جمال محي الدين.(2007) قدرة نظام العقوبات الإقتصادية في تحقيق السلم والأمن الدوليين، الحالة العراقية، الجزائر، مجلة الدراسات الإستراتيجية، العدد (3)، الجزائر، ص: 44.

27-مبارك التهامي.(2004) حماية المدنيين في ظل الحظر الإقتصادي، دراسة على ضوء الحالة العراقية، رسالة ماجستير (غير منشورة) كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، الجزائر، ص: 32.

28-عبد الغفار عباس سليم.(2008) مستقبل العقوبات الدولية بالأمم المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: 97-98.

29-جمال محي الدين.(2009) العقوبات الإقتصادية للأمم المتحدة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص: 134.

30-رشدي عميش.(2017) العقوبات الإقتصادية كوسيلة ردع على المستوى الدولي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، ص: 69.

31-الفصل السابع، ميثاق الأمم المتحدة، المواد (50-39).

32-بارع عبد الصمد.(2013) العقوبات الإقتصادية الدولية، جريدة الحوار المتمدن، بتاريخ 4./1/ 2013.

33-مديحة بن زكري.(2019) أثر العقوبات الإقتصادية الدولية على حق الشعوب في التنمية، أطروحة دكتوراة غير منشورة، جامعة مستغانم، الجزائر، ص: 124.

34-محمد السعيد الدقاق.(2009) عدم الإعتراف بالأوضاع الإقليمية غير المشروعة، دراسة نظرية الجزاء في القانون الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص: 71.

35-فاتنة عبد العال.(2000) العقوبات الدولية الإقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: 25.

36-محمد هويداء.(2006) العقوبات الإقتصادية وأثرها على حقوق الإنسان، مهيب للطباعة، القاهرة، ص:36.

37-خوله محي الدين يوسف.(2013) العقوبات الإقتصادية الدولية المتخذة من مجلس الأمن وإنعكاسات تطبيقها على حقوق الإنسان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص: 82.

38-مراد كوشي.(2013) دور العقوبات الإقتصادية الصادرة من مجلس الأمن الدولي في تطبيق القانون الدولي الإنساني، مجلة الفقه والقانون، العدد (7).

39-العقوبات التي فرضت على العراق العقوبات الإقتصادية بموجب القرار رقم (S/RES/661) بتاريخ 16 /8/1990.

40-إياد الصقلي.(2014) الحظر في القانون الدولي العام، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص: 48.

41-بلقيس عبد الرضاء.(2016) الحماية الدولية للمدنيين خلال النزاعات المسلحة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص: 233.

42-مراد كواشي.(2014) مشروعية قرارات مجلس الأمن ودورها في تحقيق السلم، مجلة خنشلة، العدد (2)، الجزائر، ص: 142.

43-سهيل الفتلاوي.(2009) القانون الدولي العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

44-سهيل الفتلاوي.(2009) القانون الدولي العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص: 57.

45-أحمد سرحان.(1990) قانون العلاقات الدولية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ص: 191.

46-مريم ناصري.(2011) فعالية العقاب على الإنتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص: 262.

47-السيد أبو عطية.(2014) القانون الدولي الجنائي بين النظرية والتطبيق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص: 410.

48-مديحة بن زكري.(2019) أثر العقوبات الإقتصادية الدولية على حق الشعوب في التنمية، أطروحة دكتوراة غير منشورة، جامعة مستغانم، الجزائر، ص: 132.

49-حيدر عبد الرزاق.(2008) تطور القضاء الدولي الجنائي، دار الكتب القانونية، مصر، ص: 42.

50-سولاف سليم.(2006) الجزاءات الدولية الغير عسكرية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة دعد، دحلب بالبليدة، ص: 71.

51-محمد بوجلال.(2013) العقوبات الإقتصادية بين الشرعية ومبدأ إحترام حقوق الإنسان، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة يحي فارس المدية، ص: 28.

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي
International Journal of Legal Interpretative Judgement
المجلد 04، العدد 14
ISSN : 2748-5056

شرعية الجرائم والعقوبات وفقاً للقانون السوداني دراسة مقارنة

د. أحمد النور الغالي حامد- جامعة الجزيرة -كلية القانون- قسم القانون العام

مستخلص البحث:

تناولت الدراسة مفهوم ضمانات الشرعية للمحاكمة الجنائية العادلة وأهميتها للمحاكمة، مقارنة بما عليه العمل في القوانين والمواثيق الدولية والشريعة الإسلامية. تمثلت أهمية الدراسة من الناحية القانونية، في مدي تمتع المتهم بهذه الضمانات لغموض بعض النصوص المجسدة لها، هدفت الدراسة إلي تأصيلها في الشريعة الإسلامية، ومدي اتساقها مع القوانين الوضعية والمواثيق الدولية. اتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي والمقارن، توصلت الدراسة في خاتمتها إلي عدد من النتائج أهمها تحقيق مقصد من المقاصد الشرعية، ألا وهو إقامة الحق ونشر العدل بين أفراد. كما أن الالتزام بمبدأ الشرعية، يضمن عدم تضارب أحكام القضاء وفي نفس الوقت يحقق ضمانة مهمة لإطراف المحاكمة الجنائية. والتزام الدولة بكفالة حق المتهم في التجريم والعقاب ينبغي أن يقوم علي أسس واضحة تأسيساً علي قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. توصلت الدراسة إلي عدد من التوصيات أهمها التوصية بوضع آليات قانونية لحماية هذا المبدأ حفاظاً علي الحقوق والحريات، وإضفاء للشرعية علي أعمال السلطات. ومراعاة الموازنة بين حق المتهم وضمان حريته، وحق المجتمع في العقاب؛ بحيث يأتي وفقاً للنصوص القانونية ومعايير المحاكمة العادلة. كما أوصت الدراسة عند سن القوانين، بالرجوع إلي مصادر الشريعة الإسلامية، باعتبارها المصدر الأول للقانون.

Abstract:

The study dealt with the concept of the guarantees of legality for a fair criminal trial and its importance for the trial, compared to what is required in the work of international laws and covenants and Islamic law. The importance of the study was from a legal point of view, to the extent that the accused enjoys these guarantees of the ambiguity of some texts embodying them, the study aimed to root them in Islamic Sharia and the extent of their consistency with statutory laws and international conventions. The study followed the descriptive analytical and comparative approach. In its conclusion, the study reached a number of results, the most important of which is achieving a legitimate intent, which is establishing the right and spreading justice among individuals. Moreover,

adherence to the principle of legality ensures that the judgments are not inconsistent and at the same time achieve an important guarantee for the parties to the criminal trial. The state's commitment to ensuring the accused 's right to criminalization and punishment should be based on clear foundations on the basis of neither crime nor punishment except by stipulation. The study reached a number of recommendations, the most important of which is the development of legal mechanisms to protect this principle in order to preserve rights and freedoms, and to legalize the actions of the authorities. And taking into consideration the balance between the right of the accused and the guarantee of his freedom, and the right of society to punishment, so that it comes in accordance with the legal texts and standards of a fair trial. The study also recommended, when enacting laws, to refer to the sources of Islamic law, as it is the first source of law.

مقدمة:

الحمد لله والصلاة والسلام علي رسول الله سيدنا محمد وعلي آله وصحبه وبعد ... يعد موضوع ضمانات مبدأ الشرعية الجنائية للمحاكمة الجنائية العادلة يعتبر من المبادئ التي تشكل ضمانة مهمة من ضمانات حقوق المتهم، كونه يضع الإطار الشرعي والقانوني لحماية تلك الحقوق والنتائج المترتبة عليه، كما يشكل ركيزة جوهرية للمحاكمة الجنائية العادلة.

لقد فرضت السياسة الجنائية في جميع التشريعات والنظم القانونية تجريم بعض الأفعال الضارة بمصلحة الفرد، والمجتمع، وقررت العقوبات المناسبة لها؛ ولا يمكن أن تنعم المجتمعات بالاستقرار، خارج إطار التجريم والعقاب، ولما كان ذلك كذلك فإنه من الضروري أن تظهر العدالة الجنائية. حيث انطلقت فكرة هذا البحث من أن العدل مطلب جميع الأمم في ظل قيام سياسة التجريم والعقاب، والتي تستوجب ظهور العدالة الجنائية للنظر إلي المتهم علي انه إنسان؛ بحيث تمثل هذه الضمانات أساساً الحماية القضائية من أجل محاكمته محاكمة عادلة عبر كامل مراحل الدعوى؛ بدءً من الاتهام إلي غاية صدور الحكم وتنفيذه. إلا أن هذا الموضوع سيقتصر علي ضمانات مبدأ الشرعية الجنائية. لذا من خلال هذا البحث نسلط الضوء علي ضمانات الشرعية للمحاكمة الجنائية وذلك من خلال مبادئ الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والقوانين الداخلية، و توضيح هذه الضمانات للمحاكمة الجنائية ومن ثم تحليلها وتأصيلها مع مبادئ الشريعة الإسلامية وبيان مواطن الغموض فيها.

أسباب اختيار الموضوع:

تتمثل في معرفة مدى احترام هذه الضمانات من طرف السلطات المختصة والالتزام بها.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث من الناحية القانونية، في مدي تمتع المتهم بهذه الضمانات نظرا للنقص والغموض في بعض النصوص المجسدة لهذه الضمانات، من خلال البحث نتعرض لأهم الضمانات الممنوحة للأفراد من خلال تحليل مبدأ الشرعية. هذه الضمانة غاية في الأهمية للحماية من إساءة استعمال السلطة والذي يمكن أن يؤثر علي الحياة، والحرية والسلامة الجسدية للأفراد. كما تأتي هذه الأهمية في لفت نظر السلطات لهذه الضمانات، ما يساعد في تبصير السياسة القانونية بمستقبل تنظيمي، يغطي الضمانات للمحاكمة العادلة، المبنية علي أساس البراءة، وعلي احترام الحرية، والتكافؤ في الوسائل بين جميع الأطراف.

أهداف البحث:

1/ تهدف هذه الدراسة إلي تأصيل هذه الضمانات في الشريعة الإسلامية، ومدي اتساقها مع القوانين الوضعية والمواثيق الدولية.

2/ تهدف أيضاً هذه الدراسة إلي توضيح مفهوم ضمانات الشرعية الجنائية، وكيف تمثل هذه الضمانات حماية لحقوق المتهم خلال مرحلة المحاكمة.

3/ تحليل ضمانات الشرعية المستفادة من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية والمواثيق الدولية.

4/ تبصير القائمين علي العدالة وغيرهم، خاصة في ما يتعلق بالقوانين الدولية ومدي توافقها، أو اختلافها مع القواعد الداخلية فيما يتعلق بالمحاكمة العادلة.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة الدراسة في المشاكل المستمرة التي تمارسها السلطة السياسية في الدولة . وبما تملك الدولة من سلطان. تستطيع ومن خلال أجهزتها المختلفة . أن تمارس سلطانها علي الأفراد؛ وذلك لمساس التجريم والعقاب بحريات الأفراد. ولما كانت هذه العلاقة الشائكة بين السلطة والأفراد، كان لا بد من وجود ضمانات لحرية الأفراد ضد تحكم السلطة. ومن أهم المبادئ التي تحكم هذا التحكم هو مبدأ الشرعية الجنائية، فسوف نتطرق للضمانات التي ينص عليها المبدأ وأسسه في عملية التجريم والعقاب ويتفرع عن هذا المبدأ الأسئلة التالية:

1/ ما مدي تحقيق التوازن ما بين ما نص عليه الدستور من ضمانات، وما تضمنه قانون الإجراءات الجنائية من ضمانات تكفل حرية الأفراد، وإهدار هذا المبدأ يعني إهدار لأهم مبادئ حقوق الإنسان؟

2/ ما مدي تكريس هذه الضمانات في نصوص الشريعة الإسلامية والنصوص القانونية والدساتير الوطنية

والمواثيق الدولية؟

3/ توضيح مدي التوافق بين هذه الضمانات التي أقرتها المواثيق الدولية مع التي قررتها الشريعة الإسلامية؛ وبيان موقف القانون الجنائي السوداني منها؟

منهج البحث:

إتعبت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن.

هيكلة البحث:

المبحث الأول: مفهوم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

المبحث الثاني: أساس وصور مبدأ الشرعية الجنائية

المبحث الثالث: ضمانات مبدأ الشرعية الجنائية

المبحث الرابع: ضوابط مبدأ الشرعية الجنائية

المبحث الخامس: الآثار المترتبة علي مبدأ الشرعية الجنائية

المبحث الأول

مفهوم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

المطلب الأول: ماهية شرعية الجرائم والعقوبات

أولاً: تعريف مصطلح الشرعية في اللغة

الشرعية: نسبة إلى الشرع، من شرع الوارد يشرع شرعاً: ورد الماء أو تناول الماء بفيه. والشريعة والشراع والمشرعة: المواضع التي ينحدر إلي الماء منها. والشرعة والشريعة في كلام العرب: مشرعة الماء، وهي مورد الشاربة التي يشرعها الناس فيشربون منها ويستقون[702].

ثانياً: تعريف الشرعية في الاصطلاح الفقهي.

جاءت بمعني الشريعة والشرعة: ما سن الله من الدين وأمر به؛ كصوم والصلاة والحج والزكاة وسائر أعمال البر. ومنه قوله تعالي **ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون**[703] وقوله تعالي لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا[704] قيل في تفسيره: الشرعة الدين، والمنهاج الطريق، وقيل الشرعة والمنهاج جميعاً الطريق. وقال بن عباس رضي الله عنه: شرعة ومنهاجاً سبيلاً وسنة، وقال قتادة

---

[702]- د، أسامة علي مصطفي الفقير الربابعة، أصول المحاكمات الشرعية الجزائية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، سنة 2005، ص 32.

[703]- سورة الجاثية الآية 18.

[704]- سورة المائدة، الآية 48.

رحمه الله: شرعة ومنهاجاً الدين واحد والشريعة مختلفة.

وأيضاً عرفت بـ" نهج الطريق الواضح"[705]، كما عرفت الشرعية بأنها: حالة ما أصبح شرعيا). وفي الحديث: " فأشرع ناقته"؛ أي أدخلها في شريعة الماء.

ثالثاً: تعريف "مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في الاصطلاح القانوني

اختلف الفقه الجنائي في التسمية التي يطلقها علي مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" إذ أطلق عليه البعض مبدأ الشرعية والآخر أطلق عليه قانونية الجرائم والعقوبات. وذهب آخرون إلي تسميته بمبدأ المشروعية؛ ولكن رغم هذا الاختلاف إلا أن الفقه متفق علي مضمون هذا المبدأ وهذا يتضح من تعريفات الفقهاء لهذا المبدأ:

أ/ عرف المبدأ عند من أطلق عليه مبدأ الشرعية أنه " حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص القانون، فتحديد الأفعال التي تعد جريمة أو جرائم وبيان أركانها وتحديد العقوبات المقررة لها سواء من حيث نوعها أو مقدارها كل ذلك من اختصاص الشارع"[706] ومؤدي هذا المبدأ أن المشرع أن يحدد سلفاً ما يعتبر من الأفعال الصادرة عن الإنسان جريمة، فيحدد لكل جريمة نموذجها القانوني، كما يحدد لكل جريمة عقوبتها. لذا يجب أن نفرق بين الشرعية والمشروعية، حيث أن الشرعية تتمثل كما ذكرت في حصر مصادر التجريم والعقاب فهي بذلك تتعلق بالنص الجنائي (الركن الشرعي للجريمة) كما هو معروف، بينما يقصد بالمشروعية انتفاء التعارض بين الواقعة القانونية وبين نصوص التجريم والعقاب، بمعني آخر انتفاء التعارض بين النصوص والمصالح والأموال المشمولة بحماية هذه النصوص، فالمشروعية تتعلق بالفعل، في حين أن الشرعية تتعلق بالنص[707].

ب/ عرفت الشرعية في معجم القانون بأنها:(مبدأ يقرر خضوع الدولة والأفراد للقانون، والالتزام بما تقضي به أحكامه)[708].

ج/ عرفت الشرعية أيضاً بأنها: حكم القانون وسيطرته سيطرة كاملة ومطلقة علي عملية التجريم والعقاب وإجراءاتهما متابعة وحكما، وكيفية توقيع العقوبة وتنفيذ الأحكام بما يضمن حرية الأفراد، ويؤمن المجتمع

---

[705]- الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن الكريم، تحقيق صفوان داوودي، دار القلم، سوريا، دمشق، ط3، ص 231.

[706]- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للعقوبات والتدابير الاحترازية، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1989، ص 70 - 71.

[707]- د. ناصر حمودي، محاضرات في القانون الجنائي العام، الأحكام العامة لقانون العقوبات والنظرية العامة للجريمة، سنة 2010، ص 77

[708]- مجمع اللغة العربية معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، جمهورية مصر العربية، القاهرة، سنة 1999م، ص 322.

واضعاً بذلك حداً للسلطة من التحكم والتعسف بقواعد عامة ومجردة وضعت مسبقاً قبل التطبيق[709].

وهو التعريف الذي نراه شاملاً وملما بجوهر الشرعية، كونه ألم بمفهوم المبدأ، وأهدافه في جميع مراحل الدعوى الجنائية. لذلك يمكن تعريف مبدأ الشرعية في الفقه الجنائي بأنه خضوع الحاكم والمحكوم للقانون أثناء عمليتي التجريم والعقاب بما يضمن حرية الأفراد ويؤمن المجتمع.

يتبين من جملة التعريفات أن معني الشرعية في هذا المقام: استقامة الإجراء، وسلامته، والالتزام بمقتضياته، وخضوع الدولة والأفراد الخاضعين لولايتها للقانون، ووجوب التزامهم بما يقتضيه من أحكام.

الشرعية باعتبارها مصطلحاً مجردا تختلف باختلاف ما تضاف إليه، فإن أضيفت إلي الدستور كانت شرعية دستورية، وكان علي الدولة وجوباً الالتزام بأحكامه، وإن أضيفت إلي النظام كانت شرعية نظامية، وكان علي الأفراد المخاطبين به الالتزام بأحكامه[710]، وكذلك الشرعية إذا أضيفت إلي الجنائية كانت شرعية جنائية .. وهكذا[711].

المطلب الثاني: تعريف "مبدأ الشرعية الجنائية" وأدلته من الكتاب والسنة

أولاً: الأدلة من القرآن الكريم علي مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

يقول الله تعالي: **وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا** [712] وقوله تعالي: **وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا**[713]، هذه النصوص قاطعة المعني والدلالة في انه لا جريمة إلا بعد بيان ولا عقوبة إلا بعد إنذار وإن الله ما كان ليكلف نفساً إلا بما تطيقه[714].

وقوله تعالي: **شَرَعَ لَكُم مِّنَ الدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِ نُوحًا**[715] وشرع الأمر جعله مسنونا، والشرع شرعه الله تعالي، والشريعة هي المبادئ التي يتعين مراعاتها، في كل الأفعال والأقوال. وقد استقي الفقهاء مبدأ الشرعية من هذه الآيات.

ثانياً: الأدلة من السنة النبوية.

ما رواه عمرو بن العاص رضي الله عنه في قصة إسلامه قال: فلما جعل الله الإسلام في قلبي أتيت النبي صلي الله عليه وسلم فقلت: ابسط يمينك فلأبايعك، فبسط يمينه، قال: فقبضت يدي، قال: " ما لك يا

---

[709]- د، محمد محمدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، دار الهدي، عين مليلة، د ن، ج3، ط2، ص 176.

[710]- أحمد بن إبراهيم الورقان، مبدأ الشرعية الإجرائية في نظام الإجراءات الجزائية السعودي دراسة تأصيلية مقارنة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، رسالة دكتوراه، سنة 2011، ص 34.

[711]- د، وحيد الو ادعي، الضمانات الدولية للمحاكمة الجنائية العادلة، مرجع سابق، ص 119.

[712]- سورة الإسراء الآية 15.

[713]- سورة القصص الآية 59.

[714]- تأليف عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي بيروت، ج 1، (15 - 18).

[715]- سورة الشورى الآية 13.

عمرو؟" قال: قلت: أردت أن أشترط، قال: " تشترط ما ذا؟" قلت: أن يغفر لي، قال: " أما علمت أن الإسلام يهدم ما كان قبله، وأن الهجرة تهدم ما كان قبلها، وأن الحج يهدم ما كان قبله"[716].

وجه الاستشهاد من الحديث أن العقوبة الأخروية لا بد أن يسبقها إجراءات، وهذا ما حصل في هذا المقام من البشارة والإنذار، وإنذار الله تعالي ببعث رسول الله هو أكبر دليل علي اعتبار الدين الإسلامي لضمانة الشرعية الإجرائية ومراعاته لها[717].

المبحث الثاني

نشأة مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

المطلب الأول: إرساء مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

أولاً: التطور التاريخي لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

لقد مر مبدأ الشرعية بعدة مراحل تاريخية، ومن أهم العوامل التي ساهمت في ظهوره قيام الثورة الكبرى في انجلترا في عهد الملك جون في سنة 1216م نتيجة لتزايد استبداد الحكام والقضاة في تجريم الأفعال وتقرير العقوبات وذلك دون وجود نصوص سابقة علي ارتكاب تلك الأفعال بالتعسف والظلم اللذان كانا مسلطان علي مرتكبي الجرائم وضرورة قيام القاضي بالدور الذي تخوله له القوانين العادلة، ومن هنا ظهرت ضرورة تقييد سلطة القاضي بنصوص مكتوبة سابقة علي ارتكاب الجرائم. وفي نفس الفترة صدر كتاب الفقيه الايطالي "بكاريا" سنة 1764 تحت عنوان " الجرائم والعقوبات" حيث غير هذا الفقيه أسس القانون الجنائي القديم بصفة جذرية، وهو الرائد الأول الذي نادي بفكرة مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بمفهومها الحديث، حيث أكد علي ضرورة وضع نصوص تجرم الأفعال وتقرر لها العقوبات[718].

قال بيكاريا: (إن أولي النتائج التي تنبثق تكمن في أن القوانين وحدها تنص علي العقوبات للجرائم، فالسلطة في تحديد ذلك تعود فقط إلي المشرع الذي يمثل كل المجتمع الذي يستند إلي العقد الاجتماعي، ولا يستطيع القاضي الذي هو بدوره جزء من المجتمع، أن ينزل من تلقاء نفسه، ولو بشكل عادل، والعقوبات علي عضو آخر في المجتمع نفسه. وكل عقوبة تتجاوز الحد المقرر لها بالقانون تصبح في حقيقة الأمر، عقوبة أخرى، مضافة إلي العقوبة الأصلية. وهكذا، فإنه ليس في مقدور القاضي أن ينطق بعقوبة أكثر علي المتهم من

716- صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بيروت، د ت، ج1، ص 112.
717- د، وحيد الوادعي، الضمانات الدولية للمحاكمة الجنائية العادلة، مرجع سابق، ص 135.
718- د. عمر خوري، شرح قانون العقوبات القسم العام، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2011، ص 15

تلك المقررة قانوناً، تحت أية ذريعة، أو سبب مرتبط بالصالح العام[719].

المطلب الثاني: أساس مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

أولاً: الأساس الفلسفي

ثانياً: الأساس الدستوري

تحرص الدساتير في أغلب الدول علي تكريس مبدأ سيادة القانون، والتي تعبر عن التزامها به من خلال ضمان حقوق الأفراد وحرياتهم بالقوانين التي تصدرها، إلا أن مبدأ سيادة القوانين بحاجة إلى ما يكفل فاعليته، وهذه الفاعلية لا تتحقق إلا عن طريق مبدأ الشرعية الذي يضمن التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع، لذا فالدساتير تشكل أحد الضوابط الشرعية الإجرائية[720].

نجد أغلب الدساتير نصت علي مبدأ قرينة البراءة، وأحاطت المتهم بضمانات تكفل الجانب الايجابي لهذا المبدأ، كما نصت علي عدم جواز توقيع العقاب إلا بناء علي إجراءات محددة مسبقاً، ونظراً لأهمية مرحلة المحاكمة فإن أغلب الدساتير نصت علي ضرورة احترام مبدأ الشرعية كضمان أساسي لحماية الحقوق والحريات.

مبدأ الشرعية في ظل الشريعة الإسلامية.

لقد كانت الشريعة الإسلامية هي السابقة إلي إقرار هذا المبدأ وذلك قبل ظهور القوانين الوضعية بعدة قرون استنادا إلي قوله تعالي: **وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا** [721] ولقد رسمت الشريعة الإسلامية سياسة جنائية محكمة في مجال الجريمة عن طريق وضع عقوبات مستمدة من نصوص القرآن الكريم ومن السنة النبوية.

لذا فقد كرست الشريعة الإسلامية مبدأ الشرعية وطبقته تطبيقاً دقيقاً في جرائم الحدود والقصاص، تتضمن الحفاظ علي حقوق الأشخاص وحرياتهم، فمنحت لولي الأمر حق التشريع وأوجبت عليه أن يكون ذلك متفقاً مع أصولها العامة، وأحكامها الكلية[722]. حيث قسمت الجرائم إلي أنواع وهي الحدود والقصاص والتعازير[723].

---

[719] د. عوض الحسن النور، حقوق الإنسان في المجال الجنائي في ضوء الفقه والقانون السوداني والمواثيق الدولية دراسة مقارنة، د.ت، 1999م، الطبعة الأولي، ص181.

[720] ـ د. عبد الساتر سالم الكبيسي، ص 152.

[721] ـ سورة الإسراء الآية 15.

[722] ـ د. توفيق الشاري، سيادة الشريعة الإسلامية في مصر، القاهرة، الزهراء للإعلام العربي، 1987، ص 14.

[723] ـ د. عمر خوري، شرح قانون العقوبات، القسم العام، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2011، ص 13

وجاء تعريف الجريمة للما وردى "الجريمة محظور شرعي زجر الله عنها بعقوبة الحد أو التعزير"[724]. وقد وصف المحظورات بأنها شرعية إشارة إلي أنه يجب في الجريمة أن تحظرها الشريعة، ويتبين من التعريف أن الفعل أو الترك لا يعتبر جريمة إلا إذا تقررت عليه عقوبة ويعبر الفقهاء بالأجزية ومفردها جزاء[725].

والجريمة في القوانين الوضعية تطلق علي كل مخالف للتكليف الذي يطلقه القانون الجنائي الذي يأمر به الأشخاص الخاضعين لهذا القانون، فكل نشاط يقع خلاف لهذا التكليف القانوني يطلق عليه وصف الجريمة. وفي المواثيق الدولية لا نجد تعريفاً مباشرا للجريمة، إلا أنه وباستقراء النصوص يمكن القول بأن الجريمة هي عمل يشكل جرما بمقتضي القانون الوطني أو الدولي. فالشريعة الإسلامية تتفق في تعريفها للجريمة مع القانون السوداني والوضعي والمواثيق الدولية، وخاصة الجرائم ذات العقوبات المقدرة من حدود وقصاص. أما بالنسبة للجرائم التي تدخل في نطاق التعزير فالشريعة الإسلامية لم تعين عقوبة أو عقوبات معينة لكل جريمة علي حده مقدماً، أي أنها عقوبات غير مقدرة، وترك للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة، ورغم هذا الاتفاق بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في تعريفها، إلا أنه نجد الخلاف بينهما خاصة في علاقة القانون والأخلاق والتفرقة بينهما[726].

ثانياً: مبدأ الشرعية في ظل القوانين الوضعية.

ثالثاً: أسس مبدأ الشرعية.

يعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها التشريعات الجنائية الحديثة وعند ظهوره قام علي الأسس التالية:

أ/ الفصل بين السلطات: وهي السلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية فتنحصر مهمتها في تطبيق القوانين التي وضعتها السلطة التشريعية.

ب/ بناء وتكريس دولة القانون: بمعني أن القانون يعلو الجميع أي أن كل أفراد المجتمع يخضعون إلي القانون بغض النظر عن المركز الذي يحتله الفرد.

ويجب التفريق بين " الحكم بالقانون" وحكم القانون" (فالحكم بالقانون) يعني أن القانون أداة في يد الحكومة وأن الحكومة فوق القانون، وعلي النقيض من ذلك فإن "سيادة حكم القانون " تعني أن لا أحد فوق القانون حتى الحكومة نفسها. أساس " حكم القانون " هو وجود نظام قانوني مستقل.[727]

---

[724]- الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة، دار الفكر العربي، سنة 1976، ص 24

[725]- د. عبد السلام محمد الشريف، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، دار الغرب الإسلامي، بيروت،سنة 1986،ص 50

[726]- د. عوض الحسن النور، حقوق الإنسان في المجال الجنائي، مرجع سابق، 147– 148– 149.

[727]. أ.د. شهاب سليمان عبد الله وآخر، مبادئ العدالة الجنائية، مرجع سابق، ص 11.

خامساً: أساس المبدأ في الدساتير والمواثيق الدولية.

لأهمية مبدأ الشرعية، ورد النص عليه في أغلب الدساتير، ومنها الدستور السوداني الانتقالي في المادة 4/34 بأنه (لا يجوز توجيه الاتهام ضد أي شخص بسبب فعل أو امتناع عن فعل ما لم يشكل ذلك الفعل أو الامتناع جريمة عند وقوعه"[728].

تطرقت العديد من الاتفاقيات الدولية والإقليمية لمبدأ الشرعية فقد ورد في المادة السادسة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أنه (لا يجوز القبض علي أي إنسان أو حجزه أو ننفيه تعسفاً) كما نصت المادة الحادية عشرة من الإعلان نفسه علي انه (كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلي أن تثبت إدانته قانوناً)، كما ورد النص علي مبدأ الشرعية في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، الذي نصت عليه مادته التاسعة أنه (لكل فرد الحق في الحرية والسلامة الشخصية ولا يجوز القبض علي أحد أو إيقافه بشكل تعسفي، كما لا يجوز حرمان أحد من حريته إلا علي أساس من القانون وطبقاً للإجراءات المقررة فيه)، هذا ما أشارت إليه المادة (6) من الميثاق الأفريقي؛ والمادة (1) من الإعلان الأمريكي والمادة (5) من الاتفاقية الأوربية؛ والمادة (7) من الاتفاقية الأمريكية؛ والمادة (1/55/ د) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وجميع هذه النصوص العالمية والدستورية والإجرائية ما هي إلا تطبيق لمبدأ الشرعية[729]، لنجد من مجمل تلك النصوص أن مبدأ الشرعية، ضمانة مهمة لحقوق الأفراد وحرياتهم بشكل عام، والمتهم بشكل خاص، كونه يفترض أن جميع الإجراءات القانونية المتخذة في مواجهة المتهم، يتوجب ان تكون موافقة للقانون، وإذا صدرت تلك الإجراءات بغير مقتضي القانون واجب التطبيق، فإنها تكون غير مشروعة[730].

المطلب الثاني: صور مبدأ الشرعية الجنائية.

أولاً: الشرعية الموضوعية.

هو القسم الأول من أقسام الشرعية الجنائية وهو ما يندرج تحتها قانون العقوبات، أو ما يسمي قاعدة، "شرعية الجرائم والعقوبات"، المتمثلة في قاعدة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء علي قانون". والواقع أن هذا المبدأ يؤكد أن الأصل في الأشياء الإباحة[731]، وأن الاستثناء هو التجريم والعقاب واستنتاجا من إباحة الأشياء

---

[728]- أ.د، أحمد علي إبراهيم حمو، القانون الجنائي 1991م معلقاً عليه، القسم الأول، الباب الأول إلي الرابع، ط 6، سنة 2017، ص 200.

[729]- أ.د، يس عمر يوسف، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 44.

[730]- د، محمد الطروانة، الحق في المحكمة العادلة، مرجع سابق، ص 102.

[731]- قاعدة أن الأصل في المتهم البراءة كإنسان يحكمه دليل الاستصحاب وهو دليل شرعي، من المبادئ العامة المقررة في الشريعة الإسلامية أن الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة"

يجب النظر إلي الإنسان بوصفه بريئاً[732]. والغرض منها حماية الإنسان من خطر التجريم والعقاب بغير الأداة التشريعية، ولكي تجعله في مأمن من رجعية القانون وبعيدا عن خطر القياس في التجريم، وإن كان هذا المبدأ ظهر حديثاً في الفقه الوضعي إلا أن هذا المبدأ قد نص عليه القرآن الكريم صراحة في أكثر من موضع[733]. قوله تعالي: **وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا** [734] ورد هذا المبدأ في المواد (29) من قانون العقوبات 1925، و1974 و1983(الملغي) في تعريف كلمة جريمة بأنها تشمل جريمة بموجب أي قانون معمول به. كما جاء المشرع ونص في المادة (3) من القانون الجنائي السوداني النافذ علي تعريف كلمة جريمة بأنها:(كل فعل معاقب عليه بموجب أحكام هذا القانون، أو أي قانون آخر)، حيث يقرر النص الأتي:

أ/ أن كلمة جريمة لا تتناول الأفعال التي يجرمها القانون الجنائي لسنة 1991م فقط، وإنما تتناول جميع الأفعال التي تجرمها القوانين الأخرى الخاصة المكملة للقانون الجنائي.

ب/ أن كل جريمة لا تشمل إلا الأفعال المجرمة بموجب قانون معمول به. وبالتالي إذا لم يكن هناك قانون إلا أنه لم يعد معمولاً به فلا جريمة[735].

ثانياً: الشرعية الإجرائية.

أ/ المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية الإجرائية.

هو أن الأصل في المتهم البراءة، ويحدد القانون الإجراءات الجنائية، وتخضع مباشرتها لضمان القضاء)[736]، كما عرفت بأنها: (لا تحديد للإجراءات الجنائية إلا بقانون يكفل الضمانات للحرية الشخصية تحت إشراف القضاء)[737]. وهذا المبدأ قد نص عليه صراحة في المادة (4/ب) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة1991م التي نصت بأن لا تجريم ولا جزاء إلا بنص تشريعي سابق.

جوهر هذه الشرعية الإجرائية أن الشرعية الموضوعية لا تكفي وحدها لحماية حرية الإنسان وكرامته عند القبض عليه أو اتخاذ أي إجراء لازم لمحاكمته مع افتراض إدانته، فكل إجراء يتخذ ضد الإنسان المتهم دون افتراض براءته الأصلية يؤدي إلي مسألة أكثر خطورة وهي أن يتحمل عبء إثبات براءته مما نسب إليه، فإذا عجز عن إثبات براءته اعتبر مسئولاً عن جريمة لم تصدر عنه، ما سينتج عنه حتما قصور في الحماية التي

---

[732]- أ.د، يس عمر يوسف، القانون الجنائي السوداني ـ النظرية العامة مرجع السابق، ص 21.

[733]- أ.د. يس عمر يوسف، المرجع السابق، ص 19.

[734]- سورة الإسراء الآية 15.

[735]- د، محمد محي الدين عوض، قانون العقوبات السوداني معلقاً عليه، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، سنة 1989، ص 43.

[736]- د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، ص 166.

[737]- د، أحمد فتحي سرور، الشرعية الإجرائية الجنائية، المجلة الجنائية القومية، جمهورية مصر العربية، المجلد التاسع، العدد 3 نوفمبر سنة 1978، ص 340.

تكفلها القاعدة الموضوعية السابقة، لذلك كان من الضروري استكمال القاعدة الأولي، بأخرى إجرائية[738]، تشكل هذه القاعدة مبدأ أساسياً من المبادئ التي تقوم عليها الشرعية الجنائية الإجرائية، كونها تحمي حقوق المتهم، وتكفل معاملته المعاملة المطلوبة أثناء مرحلة المحاكمة[739].

إذا كانت قاعدة "شرعية الجرائم والعقوبات" هي التي تحدد سياسة التجريم والعقاب في الدولة، فإن قاعدة الشرعية الإجرائية هي التي تحدد المسار الذي يجب أن ينتهجه المشرع الإجرائي، فإن الأساس الذي تقوم عليه الشرعية الإجرائية والذي يجب مراعاته أثناء سنه للإجراءات الجنائية أمران: الأول: موضوعي، ويقوم علي مبدأ حماية حقوق الإنسان وحرياته. الأمر الثاني: شكلي، يقوم علي المصدر الدستوري، كما أن أهمية ضمانة مبدأ الشرعية في القانون الجنائي عموماً تتجلي أيضاً في صيانتها لحقوق الإنسان من خطر التجريم والعقاب بغير الطرق التشريعية التي سمح بها النظام ومنحتها الدساتير لسلطة سن القوانين واللوائح الخاصة بمكافحة الجرائم وبسط الأمن في المجتمع[740].

ثالثاً: الغاية من الشرعية الإجرائية في المحاكمة الجنائية.

1/ تحديد المحاكم والسلطات القضائية التي تطبق قانون العقوبات بأسلوب محدد.

2/ تلمس الطريق الصحيح لمعرفة وقوع الأفعال المجرمة، ومعرفة فاعليها بأصح الطرق، وكيفية إنزال العقوبة المقررة شرعاً وقانوناً بهم، ما يعني ضرورة تقرير هذه الضمانة وأهميتها لإمكان تطبيق قانون العقوبات علي الوجه السليم[741].

3/ تكملة الشق الآخر للشرعية الموضوعية، فإذا كانت الشرعية الموضوعية تتناول الأساس والموضوع والحقوق وبعض الإجراءات أحياناً؛ فإن الشرعية تتناول الأصول والإجراءات والشكل في الغالب، وقد يتناول أحياناً بعض الحقوق كحق المتهم في الدفاع وحق المتهم في البراءة الأصلية حتى تثبت إدانته وغيرها[742].

من أجل تلك الأسس أقرت مواثيق كثيرة لحقوق الإنسان الدولية التي تناولت كل ما يعني المحاكمة الجنائية العادلة، رغبة منها في التأكيد علي الحريات، وكفالتها، وضبط تصرفات الدولة، عند الحاجة إلي اقتضاء حق

---

[738]- د، وحيد الو ادعي، الضمانات المحاكمة الجنائية العادلة، مرجع سابق، ص 121.

[739]- د، أحمد فتحي سرور، الضمانات الدستورية للحرية الشخصية في الخصوصية الجنائية، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، السنة 63 العدد 348، أبريل/ نيسان، 1972، ص 156.

[740]- د، أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية،المرجع السابق، ص 138.

[741]- أ.د، يس عمر يوسف، شرح قانون الإجراءات الجنائية لسنة 1991م، دار ومكتبة الهلال،الطبعة الأولي، سنة 1993، ص 19

[742]- د، وحيد الوادعي، الضمانات المحاكمة الجنائية العادلة، مرجع سابق، ص 123.

المجتمع في مساءلة المتهم، في حدود القانون[743].

رابعاً: شرعية التنفيذ العقابي.

شرعية التنفيذ العقابي بمعني أن ينظم القانون الإشراف القضائي علي حسن سير الإجراءات الجنائية لضمان الحريات. وهو ما يعبر عنه بشرعية التنفيذ العقابي. ويقتضي أن يجري تنفيذ الحكم الصادر ضد المتهم وفقاً للكيفية التي حددها القانون، تحت رقابة وإشراف القضاء؛ وتقوم شرعية التنفيذ العقابي علي ضرورة تحديد أساليب التنفيذ وضماناته وأهدافه المنصوص عليها بالقانون المعبر عن إرادة الشعب والذي لا يسمح بالمساس بحرية الشخص أو حمايته، وأن يكون تنفيذ العقوبة خاضعاً لإشراف قاضي يطلق عليه اسم قاضي تنفيذ العقوبات[744].

المبحث الرابع

ضمانات مبدأ الشرعية الجنائية

المطلب الأول: ضمانات مبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية

أولاً: أهمية مبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية

أ/ إن مبدأ الشرعية الجنائية يحقق توحيد الأحكام بالنسبة لجميع المتقاضين فلا يترك للقضاة أمر التجريم أو العقاب لما ينتج عنه تضارب في الأحكام نتيجة لاختلافهم في نظرتهم إلي صور السلوك الإجرامي المتنوع، وإلي العقوبات التي تلحق بالمجرمين[745].

ب/ إن مبدأ الشرعية الجنائية يفصل ما بين السلطات التشريعية، والتي تستمد أحكامها من النصوص الشرعية، والمبادئ الإسلامية، وبين السلطة القضائية التي تطبق هذه النصوص علي المتقاضين لتحقيق العدالة والمساواة.

ج/ أن مبدأ الشرعية الجنائية توضح لجميع أفراد المجتمع الأفعال المشروعة وغير المشروعة، مما يدفعهم إلي سلوك سبل الصلاح والرشاد، وهم آمنون مطمئنون من العقاب والجزاء.

د/ إن مبدأ الشرعية الجنائية لها قيمتها الكبيرة لدى كثير من أفراد الأمة حكاماً ومحكومين، لأنها تحفظ للعقوبة أهم خصائصها كونها مقدرة شرعاً، وتطبق باسم الله تعالي مما يجعل العقوبة مقبولة من معظم

---

[743]- أ.د. بسيونى محمود شريف، الوثائق الدولية والإقليمية المعنية بالعدالة الجنائية، دار النهضة العربية، مصر العربية، القاهرة، ط3، سنة 2012، ج1، ص 32.

[744]- د. ناصر حمودي، محاضرات في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 81

[745]- د، مسلم اليوسف، مبدأ الشرعية الجنائية في الجرائم والعقوبات التعزيرية، مرجع سابق شبكة الالوكة.

الناس، لأنها عقوبة عادلة.

د/ يترتب علي الأخذ بمبدأ المشروعية الجنائية أن لا جريمة، ولا عقوبة إلا بدليل شرعي يجرم هذا الفعل، ويعاقب عليه وفق ضوابط محددة ومعينة[746].

ثانياً: ضمانات مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية.

1/ أن تحقق الإجراءات مصالح المسلمين المقررة والمعتبرة شرعاً.

2/ أن تكون الإجراءات مستمدة من النصوص الشرعية العامة والقواعد الكلية المقررة وألا تخالفها بأي حال من الأحوال.

3/ أن تكون الإجراءات منسجمة مع ظروف الزمان والعصر، متسمة بالتطور والحداثة العلمية والتقنيات، وأن تكون مواكبة لتطور الحياة المعاصرة، ولذلك فهي متجددة متطورة تخضع دائما للتطوير والتجديد والتغيير والتبديل وفقاً لتغير المكان والزمان[747].

ثالثاً: ضمانات الشرعية للمحاكمة الجنائية

أ/ تحقيق أمن المجتمع: حيث إن توفير الوسائل التي تقوم عليها المحاكمة الجنائية العادلة، ومحاسبة المتهمين من قبل القاضي، تؤدي إلي كشف الحقائق بدقة، ما يساعد علي معرفة الفاعل الحقيقي للجريمة، وإنزال العقاب الملائم للجرم المرتكب، وبهذا يتحقق أمن المجتمع؛ لأنه يقلل من انتشار ظاهرة الجريمة في المجتمع من جهة، ولأنه يساعد علي حماية الأبرياء من العقاب بمجرد الشكوك والشبهات، والذي يرفضه المجتمع من جهة أخري[748].

ب/ علنية المحاكمة تولد عند الجمهور الإحساس بالعدالة؛ لأنهم يرون الطريقة التي يتم بها تطبيق العدالة، ومدى حياد ونزاهة القضاة، وبالتالي تتولد لديهم الثقة، والطمأنينة بعدالة الأحكام الصادرة في المحاكم، كما أن العلنية تساعد علي نشر الثقافة القانونية بين الجمهور الحاضر لجلسات المحاكمة.[749]

ج/ المحاكمات الجنائية العادلة تحقق الردع العام، فعندما يحضر الجمهور جلسات المحاكمة، ويرون ما سينزل بالجاني من العقوبة جزاء لما أقدم عليه، يدركون أن أي مخالفة للأنظمة، أو القوانين، سوف تعرضهم

---

[746]- د، مسلم اليوسف، مبدأ الشرعية الجنائية في الجرائم والعقوبات التعزيرية، المرجع نفسه.

[747]- د، محمد الزحيلي، الإجراءات الجنائية الشرعية، مرجع سابق، ص 16.

[748]- د، وحيد بن سعيد الو ادعي، الضمانات الدولية للمحاكمة الجنائية العادلة، مرجع سابق، ص 29.

[749]- د، محمد الطراونة، الحق في محاكمة عادلة، مركز عمان لدراسات حقوق الإنسان، دار الخليج للنشر والتوزيع، سنة 2014، ص 46.

للمساءلة، وبهذا يرتدع كل من تسول له نفسه ارتكاب جريمة أو مخالفة تستوجب العقاب لاحقاً[750].

تتفق الشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى في كثير من الأغراض التي تحققها العقوبة، المتمثل في منع الجريمة، بل تتفوق علي الأنظمة الوضعية بأنها تعمل علي منع الجريمة بوسائل أخري خلاف العقوبة بتربية الضمير كأساس أول في منع الجريمة[751].

يتضح أن الغاية من المحاكمة الجنائية منع الظلم، وإقامة العدل، فإن تلك الضمانات، تعد وسائل ضرورية لجميع أطراف المحاكمة الجنائية، حيث إنها ترشدهم إلي التزام الطريق السليم للكشف عن الحقيقة.

المطلب الثاني: ضوابط تفسير النصوص الجنائية وفقدها

أولاً: تعريف التفسير

يقصد بتفسير القانون، توضيح ما أبهم من ألفاظه وتكميل ما اقتضبت من التشريع وحده، أي القوانين المكتوبة بوجه عام، فتفسير القانون هو تبيين معناه من خلال نصوصه، فالتفسير هو الاستدلال علي الحكم القانوني وعلي الحالة النموذجية التي وضع لها هذا الحكم من واقع الألفاظ التي عبر الشارع عن ذلك[752].

فهو بحث عن إرادة المشرع بمساعدة العبارات التي يستخدمها[753].

ثانياً:عدم وجود النص القانوني المجرم للفعل.

1/ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص: يرسم الحد الفاصل بين اختصاص المشرع واختصاص القاضي، فالقاضي ليس له أن يعتبر فعلاً ما جريمة، إلا إذا وجد نص في القانون يصف صراحة الفعل أو الامتناع المنسوب إلي المتهم بأنه جريمة، فإذا لم يجد القاضي هذا النص فلا سبيل إلي اعتبار الفعل جريمة، ولو اقتنع بأن الفعل أو الامتناع مناف للعدالة أو الأخلاق أو الدين أو المصلحة العامة[754].

2/ الشك يفسر لمصلحة المتهم: الأصل براءة المتهم حتى تثبت إدانته، لذلك فإن تصرفات الأفراد مشروعة إلا ما استثني منها بنص، ولا يمتد الاستثناء إلي ما وراء حدوده، فيفسر الشك لمصلحة المتهم إذا قام شك لدي القاضي في ثبوت الواقعة أو في ثبوت نسبتها إلي المتهم لا بسبب نقص النصوص وإنما بسبب نقص الأدلة أو عدم كفايتها، وقد نصت العديد من الدساتير والقوانين علي أن الشك يفسر لمصلحة المتهم. فالنص الغامض

---

[750]- أ.د. شهاب سليمان عبد الله، ود، مصطفي إبراهيم محمد عبود، مبادئ العدالة الجنائية، بين المواثيق الدولية والتشريع السوداني، الدار القومية للثقافة والنشر، مصر، يناير 2009، ص 195.

[751]- د، عوض حسن النور، حقوق الإنسان في المجال الجنائي، مرجع سابق، ص 155 - 157.

[752]- د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، القاهرة،1967، ص 239.

[753]- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، القاهرة مطبعة دار الكتاب العرب، 1965، ص 331.

[754]- د. علي حسين خلف وآخر، المبادئ العامة في قانون العقوبات، الكويت مطابع الرسالة، 1982، ص 30.

لا يمكن أن يخلق جريمة أو عقاباً باعتبار أن جوهر مبدأ الشرعية هو إحاطة الأفراد علماً عن طريق التشريع بما يعتبر جريمة سلفاً والحيلولة دون غموض النص، وهذه النتيجة قد لا نتوصل إليها إذا فسرنا الشك لمصلحة المتهم، لأن هذا الشك قد يؤدي إلي تحميله عبء جريمة معينة أخف من جريمة أخري يثور في مدي انصراف قصد المشرع إليها[755].

ثالثاً: ضوابط القياس في تفسير النص الجنائي

يقيد التفسير في القانون الجنائي قاعدتان: قاعدة التفسير الضيق للنصوص الجنائية، وقاعدة حظر القياس في النصوص الجنائية.

أ/ التفسير الضيق للنصوص الجنائية.

يتمتع القاضي المدني عادة بحرية واسعة في تفسير النصوص المدنية، فهو يلجأ إلي القياس ومفهوم المخالفة وقواعد العرف، لكي يتحري المعني المراد من النص، ويصل إرادة المشرع الحقيقية.أما القاضي الجنائي فمقيد بقاعدة " التفسير الضيق للنصوص الجنائية" وتفترض هذه القاعدة علي القاضي الجنائي أن يتقيد بالنص، فلا يتوسع في تفسيره[756]، إذا كان النص مرنا يحتمل أكثر من تأويل، فعلي القاضي أن يحدد نطاقه من غير أن يوسع من مدلوله ولا أن يضيق منه، بحيث يجب أن يهدف التفسير إلي كشف قصد المشرع من خلال ألفاظ النص علي شرط أن لا يؤدي ذلك إلي الخروج عن قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، فالتفسير يجب أن يقف عند الحد الذي يخشي فيه خلق جرائم أو عقوبات لم ينص عليها القانون، أو إباحة أفعال كذلك جرمها القانون[757].

ب/ عدم جواز القياس في تفسير النصوص الجنائية.

قضية التفسير بطريق القياس، من القضايا المهمة التي درسها الفقه في نطاق تفسير القوانين الجنائية. فالقياس وسيلة للتوسع في تطبيق النص علي حالات مماثلة لم ينص المشرع صراحة عليها[758]. بمعني آخر قيام القاضي الجنائي بقياس واقعة لم يرد نص بتجريمها علي واقعة أخرى مجرمة لوجود تشابه (تناظر) بين الواقعتين[759]. وهذا معناه خلق جرائم جديدة وعقوبات لم يرد ذكرها في النص القانوني، ولما كان حظر التوسع والقياس في المواد الجنائية يهدف إلي حماية المتهم من التحايل علي قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فإنه

---

[755]- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، 1996، ص 96.
[756]- د. عبود السراج، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ج1، نظرية الجريمة، ص 52
[757]- د، رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائرية، الأحكام العامة للجريمة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 1976، ص 107.
[758]- د. عبود السراج، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 52.
[759]- د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات القسم العام، 1983، ص 94.

يجوز للقاضي علي العكس من ذلك أن يلجأ إلي التفسير الواسع وإلي القياس علي النصوص التي في صالح المتهمين، مثل تلك التي تقرر أسباباً للإباحة أو موانع للمسؤولية[760].علي النحو الأتي:

1/ في مجال نصوص الإباحة لا نتقيد بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فالاعتداد بالقياس لا يفضي إلي إهدار مبدأ الشرعية، وهذا الفهم الحديث لأسباب الإباحة ينسجم مع مقتضيات التطور الذي شهده المجتمع الإنساني، فالقانون لم ينص علي أسباب الإباحة علي سبيل الحصر، ومن ثم يصح القياس في مجال النصوص القانونية المتعلقة بأسباب الإباحة العامة[761].

2/ القياس في النصوص القانونية المتعلقة بموانع المسؤولية: إن موانع المسؤولية لا تمحو صفة الجريمة عن الفعل وأن أثرها يقتصر علي انتفاء مسؤولية مرتكب الفعل[762]. ولما كانت النصوص التشريعية المتعلقة بموانع المسؤولية لا تنشئ جرائم ولا تقرر عقوبات ومن ثم فإن القياس عليها لا ينطوي علي إهدار لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات[763]. فالقانون لم يرد موانع المسؤولية علي سبيل الحصر بل أوردها علي سبيل التمثيل، ويترتب علي ذلك أنه ليس هناك ما يمنع من وجود تطبيقات أخرى غير المنصوص عليها، وكشف عنها العلم ولم يكن ذلك معروف عند صياغة هذه النصوص، فإذا تحقق ذلك فيجوز الحكم بعدم المسؤولية مع عدم ورود نص خاص بها[764].

المبحث الخامس

الآثار المترتبة علي مبدأ الشرعية الجنائية

المطلب الأول: قاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية

أولاً: الأثر الفوري للنص الجنائي ـ قاعدة عدم رجعية النص الجنائي

يقصد به أن النص الجنائي الموضوعي يسري بأثر فوري ومباشر علي الوقائع التي تستجد بعد تطبيقه، ولا ينسحب كقاعدة عامة علي الماضي، أي لا تسري أحكامه علي وقائع حدثت في الماضي وكانت تشكل جريمة

760ـ أ.د. يس عمر يوسف، النظرية العامة للقانون الجنائي السوداني، مرجع السابق، ص 18.
761ـ د. ضياء الدين مهدي ألصالحي، أسباب الإباحة والجهل والغلط في القانون العراقي والألماني، مجلة القانون المقارن بغداد العدد (22) 1990، ص 115 -116. د. محمود نجيب حسني، القسم العام، ص 154.
762ـ د. عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية 1998، ص 462.
763ـ د. عبد الفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، بيروت الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، 1967، ص 387.
764ـ د. الشمري، نظرية تفسير النصوص الجزائية، ص 363.

معينة[765].

تستند هذه القاعدة علي مبدأ الشرعية، فتوقيع عقوبة علي فعل كان مباحا وقت ارتكابه معناه تجريم فعل بغير نص تشريعي، كما أن توقيع عقوبة أشد من تلك المحددة في النص الساري وقت ارتكاب الجريمة معناه تطبيق عقوبة بغير نص هذا ما يجعلنا أن هذه القاعدة نتيجة حتمية ومنطقية لمبدأ شرعية الجرائم[766].

تسري هذه القاعدة علي القواعد الموضوعية دون الشكلية، ذلك أن هذه الأخير تطبق فورا ولو علي وقائع سابقة لأنها تهدف دائما إلي تحقيق حسن سير العدالة، وكونها تحكمها قواعد خاصة مستمدة من طبيعة هذه النصوص ووظيفتها في النظام العام[767]. وقد ردد الفقه الجنائي مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجنائي الدولي بعبارة لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء علي قاعدة قانونية دولية[768].

ثانياً: النتائج المترتبة علي قاعدة عدم الرجعية النص الجنائي

أ/ لا تجوز إقامة الدعوى القضائية على أي شخص بسبب عمل قام به أو الامتناع عن القيام به لم يكن ارتكابه أو عدم ارتكابه مؤثماً جنائياً في وقت الارتكاب أو الامتناع. ولا يجوز إقامة الدعوى القضائية أكثر من مرة واحدة على نفس الجريمة في نطاق نفس الولاية القضائية.

ب/ لا يجوز إدانة أي شخص بسبب ارتكابه لفعل أو امتناعه ارتكاب فعل، لم يكن ارتكابه أو الامتناع عن ارتكابه، يمثل مخالفة في حينه بموجب القانون الوطني أو الدولي أو طبقاً للمبادئ العامة للقانون المعترف به لدى أسرة الأمم[769].

ج/ لا يجوز لإيقاف العمل بهذا الحظر لتطبيق القانون الجنائي بأثر رجعي في أية حالة، بما في ذلك حالات الطوارئ ويمنع هذا الحظر تطبيق القانون الجنائي بأثر رجعي. ولا يقتصر الحظر هنا على إقامة الدعوى بأثر رجعي، لكنه يلزم الدولة أيضاً أن تضع تعريفاً قانونياً دقيقاً لكل مخالفة جنائية. ويشمل تعريف المخالفة القانونية بمقتضى القانون الوطني تلك الأفعال التي تؤثمها القوانين المكتوبة وتلك التي تؤثمها مبادئ القانون

---

[765]- أ.د. يس عمر يوسف، النظرية العامة للقانون الجنائي السوداني لسنة 1991، جامعة النيلين، كلية القانون، دن، ص 44.

[766]- عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2001، ص 49.

[767]- أ.د، يس عمر يوسف، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 27.

[768]- د، محمود نجيب حسني، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1960، ص 67.

[769]- أ.د. شهاب سليمان عبد الله وأخر، مبادئ العدالة الجنائية بين المواثيق الدولية والتشريع السوداني، مرجع سابق، ص 267.

العام.

د/ يمنع الحظر على تطبيق القانون الجنائي بأثر رجعي فرض أية عقوبة أكبر من العقوبة التي كان منصوصاً عليه في القانون وقت ارتكابها، رغم أن الدولة ملزمة بأن تخفف العقوبة بأثر رجعي إذا خففت في القانون بعد تطبيقها[770].

المطلب الثاني: الاستثناء الوارد على قاعدة عدم رجعية النص الجنائي

أولاً: الأثر الرجعي للقانون (القانون الأصلح للمتهم).

مبدأ الشرعية كما أسلفنا هو عدم انطباق القوانين العقابية بأثر رجعي، وهذا هو الأصل العام، ومن الأصول الجوهرية التي يجب مراعاتها، إلا أن هذا الأصل ليس مطلقاً، فنجد المشرع السوداني قد أخذ باستثناء هو رجعية قواعد التجريم والعقاب، إذا كان هو القانون الأصلح للمتهم، بعلة أن المشرع إذا ألغي عقوبة أو خفضها، فلأنه رأي فيها أو في شدتها مالا يتماشي مع العدل أو ما لا يضر المجتمع، وقد حدد المشرع لتطبيق هذه القاعدة شرطين:

أ/ أن يكون القانون الجديد أصلح للمتهم، قد فسرت المحكمة القومية العليا السودانية "القانون" بأنه أصلح إذا كان التعديل الذي طرأ عليه أمر أو استحدث قد خفف درجة الجريمة أو أزالها[771].

ب/ أن يصدر القانون قبل الحكم النهائي.

يتفق القانون الجنائي السوداني لسنة 1991، في أخذه بمبدأ الشرعية، وما يترب عليه من آثار مع المواثيق الدولية. فمن أهم هذه الآثار مبدأ رجعية القانون الجنائي من ناحية الزمان بشرط أن يكون التشريع الجديد هو الأصلح للمتهم. وقد جاء في المادة 1/15 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية أنه إذا صدر بعد ارتكاب الجريمة قانون ينص علي عقوبة أخف وجب أن يستفيد مرتكب الجريمة من هذا النص[772].

هذا الاستثناء يعتبر من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها مبدأ الشرعية، كونه يترتب عليه حماية حقوق الأفراد وحرياتهم، كما أن إقرار المجتمع للقانون الجديد الأصلح دليل علي انه أكثر تحقيقاً لمقتضيات المصلحة

---

[770]- أ.د. شهاب سليمان عبد الله وأخر، مبادئ العدالة الجنائية بين المواثيق الدولية والتشريع السوداني، مرجع سابق، ص 267.

[771]- حكومة السودان ضد أونور أوهاج محمد، نشرة الأحكام الدورية يوليو، سبتمبر سنة 1977، ص 134، المجلة القضائية لسنة 1983. وأنظر أيضاً أ.د. يس عمر يوسف، النظرية العامة للقانون الجنائي لسنة 1991م، جامعة النيلين، كلية القانون، د ت، ص 52.

[772]- د، عوض حسن النور، حقوق الإنسان في المجال الجنائي، مرجع سابق، ص 187.

العامة[773].

نجد أن العلة في هذا الاستثناء وتطبيق القانون الأصلح للمتهم (القديم أو الجديد) كونه ينشئ مركزاً أو وضعاً أصلح له.

ثانياً: النتائج المترتبة علي مبدأ الشرعية الجنائية.

إن أهم النتائج المترتبة علي ربط قاعدة " شرعية الجرائم والعقوبات" بحماية الحرية الشخصية ما يلي:

1/ مراعاة ألا تكون العقوبة الجنائية التي توقعها الدولة بتشريعاتها مهينة في ذاتها وبالغة القسوة.

2/ مراعاة رجعية القانون الأصلح للمتهم، وأنه ضرورة حتمية، يقتضيها صون الحرية الفردية.

3/ أن تكون الأفعال المجرمة بنصوص قانون العقوبات واضحة ومحددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها، وبمراعاة أن تكون دوماً جلية وواضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها[774].

4/ مراعاة أن هناك ركناً مادياً لكل جريمة لا يمكن أن تقوم بدونه، يتمثل أساساً في فعل أو امتناع عن فعل وقع مخالفة لنص عقابي، فلا يجوز اعتبار النوايا المضمرة في نفس الإنسان واقعة في حدود التجريم[775].

5/ المشرع هو المختص وحده بتحديد الإجراءات الجزائية، فلا يجوز لأية جهة أخرى أن تقوم بهذا العمل كالسلطة التنفيذية عن طريق الأنظمة أو القرارات، لأن تنظيم هذه الإجراءات بموجب القانون، يحقق ضمانة مهمة للأفراد، يوجب علي السلطة التشريعية أن تراعي عند وضع النص، أن يكون واضحاً بعيداً عن الغموض[776].

6/ أيضاً يختص بتحديد الجهات القضائية التي تقوم بمباشرة الإجراءات الجنائية، وكذلك بتحديد اختصاصاتها وكيفية تشكيلها، ضماناً لفعالية هذه الإجراءات التي قد تعرض حرية الأفراد للخطر، يترتب علي أنه لا يجوز للمشرع أن يفوض السلطة التنفيذية في تشكيل أية محكمة، أو تحديد اختصاصها، أو تنظيم أية خصومة جنائية، وإذا وقع مثل هذا التفويض خلافاً للقانون، فإنه يكون باطلاً[777].

7/ كما لا يجوز للسلطة التنفيذية، أن تنفذ أية عقوبة، إلا إذا كانت صادرة بموجب حكم جنائي، فهذا الحكم وحده هو الذي يكشف عن وقوع الجريمة وخضوعها لنصوص قانون العقوبات، ولا يحق لها أن تصدر قراراً بعقوبة من العقوبات الجنائية؛ لأن ذلك من اختصاص القضاء الجنائي ولا يتقرر إلا بحكم قضائي.

---

[773]- د، محمد الطراونة، الحق في المحاكمة العادلة، مرجع سابق، ص 110.

[774]- د، وحيد الوادعي، مرجع سابق، الضمانات المحاكمة الجنائية العادلة، ص 284 - 285.

[775]- د، أحمد فحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 135.

[776]- د، سمير عالية، أصول قانون العقوبات، القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، مجد، ط1، بيروت، سنة 1994، ص 46.

[777]- د، محمود محمود مصطفي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، ط 10، سنة 1983، ص 25.

8/ عدم جواز تعريض المتهم لخطر العقاب عن الفعل الواحد أكثر من مرة، فمتى حكم علي شخص بالإدانة أو حكم له بالبراءة طبقاً للقانون، فلا يجوز محاكمته عن الفعل مرة ثانية ولو تحت وصف آخر[778]. نجد أن القانون السوداني أشار إلي هذا المبدأ حيث قرر أنه لا يجوز العود لمحاكمة أي شخص)[779].

الخاتمة:

أولاً: النتائج.

1/ اتفاق القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية في التأكيد علي حق المتهم في الدفاع عن نفسه، بل الشريعة الإسلامية جعلته من الوسائل الواجبة التي تأخذ أحكام المقاصد من المحاكمة الجنائية.

2/ تهدف ضمانات الشرعية إلي تحقيق مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، آلا وهو إقامة الحق ونشر العدل بين أفراد المجتمع.

3/ الشريعة الإسلامية سبقت القوانين والمواثيق الدولية الوضعية، وذلك بإقرارها ضمانات المحاكمة الجنائية العادلة واحترامها لحقوق الإنسان وصيانتها وتكريمها له.

4/ يعتبر الالتزام بمبدأ الشرعية، يضمن عدم تضارب أحكام القضاء وفي نفس الوقت يحقق ضمانات مهمة لإطراف المحاكمة الجنائية.

5/ التزام الدولة بكفالة حق المتهم في التجريم والعقاب ينبغي أن يقوم علي أسس واضحة تأسيساً علي قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

6/ نشر القوانين بصورة واضحة، وإعلام الجميع، بوسائل الإعلام المختلفة وهذا يساعد علي تكييف سلوك الأفراد تبعا لهذه القوانين.

7/ المحاكمات التي تكون مراعية لمبدأ الشرعية هي محاكمات عادلة، وهذا مما يساعد علي الردع العام والخاص، إضافة إلي الاستقرار القانوني.

ثانياً: التوصيات:

1/ ضرورة مراعاة تطبيق مبدأ الشرعية، والالتزام به من قبل الأجهزة العدلية النيابة والقضاء والشرطة، وإصدار تشريع يجرم هذه السلطات عند اختراق هذا المبدأ.

---

[778]- أ.د، شهاب سليمان عبد الله، مبادئ العدالة الجنائية بين المواثيق الدولية والتشريع السوداني، الدار القومية للثقافة والنشر، مصر، سنة 2009، ص 268.

[779]- المادة 132 من قانون الإجراءات الجنائية لسنة 1991.

2/ قيام الجهات المختصة، بوضع آليات تتمثل في إقامة دورات قانونية تثقيفية، لحماية هذا المبدأ حفاظاً علي الحقوق والحريات، وإضفاء للشرعية علي الأعمال المتخذة في شأن ذلك.

3/ مراعاة الموازنة بين حق المتهم وضمان حريته، وحق المجتمع في العقاب؛ بحيث يأتي وفقاً للنصوص القانونية ومعايير المحاكمة العادلة.

4/ أوصي المشرع السوداني، عند سنه للقوانين بالرجوع إلي مصادر الشريعة الإسلامية، وتطبيق مبادئها الكلية.

5/ أوصي الجهات القضائية بمنح المتهم الحق الكامل في الدفاع عن نفسه أمام المحاكم الجنائية.

6/ تبصير القائمين علي العدالة وغيرهم، خاصة في ما يتعلق بالقوانين الدولية ومدي توافقها، أو اختلافها مع القواعد الداخلية فيما يتعلق بالمحاكمة العادلة.

7/ أوصي الجهات القضائية وأي جهة ذات اختصاص الإشراف علي تنفيذ العقوبة بصورة عامة، خاصة في حالة إبادة المعروضات، وتنفيذ العقوبات الجسدية.

المصادر والمراجع:

القرآن الكريم.

1/ كتب الحديث:

1/صحيح مسلم. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. دار إحياء التراث العربي. لبنان، بيروت. الجزء الأول

2/ كتب اللغة:

2/ مجمع اللغة العربية معجم القانون. الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية. جمهورية مصر العربية. القاهرة. سنة 1999م. ص 322.

3/ المعجم الوسيط. مجمع اللغة العربية. مصر، الجزء الأول. الطبعة الثانية

4/ ابن منظور. لسان العرب. ج 13. ص 257.المعجم الوسيط ج.1

3/ كتب القانون.

5/ د. وحيد بن سعيد الوادعي. الضمانات الدولية للمحاكمة الجنائية العادلة. دار جامعة نايف للنشر.الرياض المملكة العربية السعودية. سنة 2017م.

6/ العلامة أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. مصر. صححه . د. مصطفي السقا. د ت، الجزء الثاني.

7/ د. خليل شيبوب. المعجم القانوني. مطبعة دار نشر الثقافة. الإسكندرية. سنة 1949.

8/ تأليف عبد القادر عودة. التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي. دار الكتاب العربي بيروت، الجز الأول.

9/ د، محمد الطراونة. الحق في محاكمة عادلة. مركز عمان لدراسات حقوق الإنسان، دار الخليج للنشر والتوزيع. سنة 2014م.

10/ أ.د. شهاب سليمان عبد الله، ود.مصطفي إبراهيم محمد عبود. مبادئ العدالة الجنائية. بين المواثيق الدولية والتشريع السوداني. الدار القومية للثقافة والنشر. مصر. يناير 2009م.

11/ د. الزحيلي محمد. الإجراءات الجنائية الشرعية. دراسة مقارنة مع الأنظمة والقوانين المعاصرة. دار الفكر. سوريا. دمشق. الجزء الأول.

12/ د.أسامة علي مصطفي الفقير الربابعة.أصول المحاكمات الشرعية الجزائية. دار النفائس للنشر والتوزيع. الأردن. الطبعة الأولي. سنة .2005

13/ الأصفهاني. الراغب، مفردات ألفاظ القرآن الكريم، تحقيق صفوان داوودي، دار القلم، سوريا، دمشق، الطبعة الثالثة.

14/ د. محمد محمدة. ضمانات المتهم أثناء التحقيق. دار الهدي. عين مليلة. الجزء الثالث. الطبعة الثانية.

15/ أ.د. يس عمر يوسف.النظرية العامة للقانون الجنائي لسنة 1991م. جامعة النيلين. كلية القانون.

16/ أ.د. يس عمر يوسف. شرح قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة 1991م. الطبعة الأولي. سنة 1993م.

17/ د. رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائرية. الأحكام العامة للجريمة. الشركة الوطنية للنشر والتوزيع. الجزائر. الطبعة الثانية. سنة 1976م.

18/د. محمد محي الدين عوض. قانون العقوبات السوداني معلقاً عليه. مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي. سنة 1989م.

20/ د. أحمد فتحي سرور. الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية.

21/أ.د. بسيونى محمود شريف، الوثائق الدولية والإقليمية المعنية بالعدالة الجنائية، دار النهضة العربية. مصر العربية. القاهرة، الطبعة الثالثة. سنة 2012، الجزء الأول.

22/د. عوض حسن النور.حقوق الإنسان في المجال الجنائي. الطبعة الأولي. سنة 1999م.

23/د. سمير عالية. أصول قانون العقوبات. القسم العام. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. مجد. الطبعة الأولي. بيروت. سنة 1994م.

24/د. محمود محمود مصطفي. شرح قانون العقوبات القسم العام. دار النهضة العربية.الطبعة العاشرة. سنة

1983م.

25/ أ.د. شهاب سليمان عبد الله، مبادئ العدالة الجنائية بين المواثيق الدولية والتشريع السوداني. الدار القومية للثقافة والنشر. مصر. سنة 2009م.

26/ المستشار. خالد بن محمد بن أحمد آل فقيري. ضمانات حقوق المؤمن له لدي شركة التأمين. مكتبة القانون والاقتصاد. ط 1. سنة 2012.

27/ سورة الجاثية الآية 18.

28/ سورة المائدة الآية 48.

29/ الراغب الأصفهاني. مفردات ألفاظ القرآن الكريم. تحقيق صفوان داوودي. دار القلم، سوريا. دمشق. الطبعة الثالثة.

30/ د. محمود نجيب حسني. شرح قانون العقوبات. القسم العام. النظرية العامة للعقوبات والتدابير الاحترازية. دار النهضة العربية القاهرة. سنة 1989.

31/ د. ناصر حمودي. محاضرات في القانون الجنائي العام. الأحكام العامة لقانون العقوبات والنظرية العامة للجريمة. سنة 2010.

32/ د. توفيق الشاري. سيادة الشريعة الإسلامية في مصر.القاهرة، الزهراء للإعلام العربي 1987. .

33/ د. عمر خوري. شرح قانون العقوبات. القسم العام. جامعة الجزائر. كلية الحقوق. سنة 2011.

34/ الإمام محمد أبو زهرة. الجريمة. دار الفكر العربي. سنة 1976.

35/ د. عبد السلام محمد الشريف. المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي. دار الغرب الإسلامي. بيروت. سنة 1986. ص 50

36/ د. عوض الحسن النور. حقوق الإنسان في المجال الجنائي في ضوء الفقه والقانون السوداني والمواثيق الدولية دراسة مقارنة. د.ت، 1999م. الطبعة الأولي.

37/ د. عبد الساتر سالم الكبيسي.

38/ أ.د. أحمد علي إبراهيم حمو. القانون الجنائي 1991م معلقاً عليه. القسم الأول. الباب الأول إلي الرابع. ط 6. سنة 2017. ص 200.

39/ د. مسلم اليوسف. مبدأ الشرعية الجنائية في الجرائم والعقوبات التعزيرية. شبكة الالوكة.

40/ د. سليمان مرقس. المدخل للعلوم القانونية. القاهرة. 1967.

41/ عبد الفتاح عبد الباقي. نظرية القانون. القاهرة مطبعة دار الكتاب العرب. 1965.

42/ د. علي حسين خلف وآخر. المبادئ العامة في قانون العقوبات. الكويت مطابع الرسالة. 1982.

43/ د. محمود نجيب حسني. شرح قانون العقوبات القسم العام. 1996.

44/ د. عبود السراج.شرح قانون العقوبات، القسم العام. ج1. نظرية الجريمة.

45/ د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات القسم العام، 1983.

46/ د. عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية 1998.

47/ د. عبد الفتاح الصيفي. القاعدة الجنائية. بيروت الشركة الشرقية للنشر والتوزيع. 1967.

48/ د. الشمري. نظرية تفسير النصوص الجزائية.

49/ عادل قورة. محاضرات في قانون العقوبات. القسم العام. الجريمة. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. سنة 2001.

50/ د. محمود نجيب حسني. دروس في القانون الجنائي الدولي. دار النهضة العربية. القاهرة. 1960.

4/ المجلات العلمية والمقالات.

51/ المجلة القضائية لسنة 1983..

52/ د. ضياء الدين مهدي ألصالحي. أسباب الإباحة والجهل والغلط في القانون العراقي والألماني. مجلة القانون المقارن بغداد العدد (22) 1990.

53/ د. أحمد فتحي سرور. الضمانات الدستورية للحرية الشخصية في الخصوصية الجنائية. بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، السنة 63 العدد 348، أبريل/ سنة 1972م.

54/د. أحمد فتحي سرور. الشرعية الإجرائية الجنائية. المجلة الجنائية القومية. جمهورية مصر العربية. الجزء التاسع. العدد 3 نوفمبر سنة 1978م.

55/ الجوفان ناصر بن محمد، ضمانات عدالة القضاء في الفقه والنظام. جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية. رسالة دكتوراه، الرياض. المملكة العربية السعودية. الجزء الأول.

56/ أحمد بن إبراهيم الورقان. مبدأ الشرعية الإجرائية في نظام الإجراءات الجزائية السعودي دراسة تأصيلية مقارنة. جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، رسالة دكتوراه. سنة 2011م.

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي
International Journal of Legal Interpretative Judgement
المجلد 04، العدد 14
ISSN : 2748-5056

منازعات سن الرشد القانوني للترشيح في انتخابات الجماعات الترابية

Disputes of the legal age of majority for candidacy in the elections of territorial collectives

إعداد: الدكتور عبد الواحد القريشي، أستاذ باحث

منسق ماستر المنازعات الإدارية والتنمية الترابية

مدير مختبر الدراسات الاستراتيجية والتحاليل القانونية والسياسية

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس

elqoraychi@gmail.com

الملخص التنفيذي

تتناول هذه الدراسة موضوعا مهما يتعلق بالإشكالات القانونية والعملية للسن القانوني للترشيح للانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية ورؤساء مجالسها، حيث سيتم الوقوف على عدم الانسجام التشريعية بين المقتضيات القانونية المنظمة لشرط السن، وعدم الاتفاق فقها حول تفسيرها وقراءتها، إلى جانب تضارب الأحكام القضائية بخصوصها، وهو ما يؤثر حتما على الأمن القانون والقضائي وعلى التدبير الترابي وعلى مطلب تحقيق التنمية.

الكلمات المفتاحية :المنازعات، سن الترشيح القانوني للترشيح، الانتخابات، الجماعات الترابية.

Abstract

This study deals with an important topic related to the legal and practical problems of the legal age of candidacy for election members of the councils of territorial communities and the heads of their councils, where the lack of legislative harmony between the legal requirements regulating the age requirement, and the lack of agreement jurisprudence on their interpretation and reading, in addition to the conflict of judicial rulings regarding them, which inevitably affects the legal and judicial security, the territorial management and the demand to achieve development.

Keywords: Disputes , Age of legal candidacy for candidacy, Elections, Territorial collectives.

مقدمة

مع كل استحقاق انتخابي إلا وتثار مجموعة من الاشكالات القانونية، والنقاشات الفقهية التي عرض بعضها على المحاكم للبت في النزاعات المتعلقة بها، ولعل من أهم النقط التي شكلت موضوع بعض الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم الإدارية مسألة سن الرشد القانوني للترشح لعضوية المجلس الجماعي أو شغل منصب رئاسته.

ويعزى هذا النقاش إلى القراءة المختلفة لأطراف النزاع حسب ما يحقق مصلحتهم من الدعوى، حيث يستند كل طرف إلى نصوص قانونية لتأييد وجهة نظره، ومما يزيد من أهمية هذا النقاش القانوني أن الاحكام الصادرة بخصوصه تؤكد اختلاف وجهات النظر ولم تتفق على نفس القراءة للنصوص القانونية المنظمة لسن الرشد القانوني للترشيح لانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية.

وقد انطلق هذا النقاش القانوني مع صدور القانون التنظيمي لانتخاب أعضاء الجماعات الترابية سنة 2011، تنزيلا للفصل 146 من الدستور المغربي الذي جاء فيه:" تحدد بقانون تنظيمي بصفة خاصة :

- شروط تدبير الجهات والجماعات الترابية الأخرى لشؤونها بكيفية ديمقراطية، وعدد أعضاء مجالسها، والقواعد المتعلقة بأهلية الترشيح، وحالات التنافي، وحالات منع الجمع بين الانتدابات، وكذا النظام الانتخابي، وأحكام تحسين تمثيلية النساء داخل المجالس المذكورة ..."، غير الإبقاء على المقتضيات المتعلقة بسن الرشد القانوني بمدونة الانتخابات الصادرة لسنة 1997، وبالمقتضيات القانونية المتعلقة بسن الرشد القانوني المضمنة بمدونة الاسرة لسنة 2004، خلق نوعا من الصعوبة في تفسير مقتضيات النصوص القانونية المذكورة لدى الممارسين، وخلق نوعا من التضارب في أحكام القضاء.

تحديد مشكلة الدراسة

تسعى هذه الدراسة لمعالجة إشكالية رئيسية تتمثل في صعوبة الحسم في تحديد سن الرشد القانوني المعتمد للترشيح لعضوية مجالس الجماعات الترابية وأثره على سير العملية الانتخابية والتدبير الترابي، وتنتج

هذه الاشكالية عن ثلاث عوامل أساسية، فالعامل الأول يتعلق بالصياغة التشريعية للمقتضيات القانونية المتعلقة بتحديد سن الرشد القانوني، وبمحاولة تفسير عبارة ترتيب الآثار القانونية التي تضمن بمنطوق الأحكام القضائية إلى جانب الحكم ببطلان العملية الانتخابية، العامل الثاني فيسائل وظائف كل من السلطتين القضائية والتشريعية، أما العامل الثالث فهو المتمثل في التساؤل حول الأثر القانوني حول مشروعية التصرفات المتخذة من طرف من حكم ببطلان انتخابهم، وعن المقتضيات القانونية الواجبة التطبيق، وعن الأثر حول جودة التدبير الترابي الرهين بتحقق الأن القانوني والقضائي.

التعريف بأهداف لدراسة

من خلال دراسة المقتضيات القانونية لسن الرشد القانوني للترشيح، تهدف الدراسة إلى إثارة الانتباه إلى ثلاث مسائل أساسية:

- المسألة الأولى: ضرورة العناية بالصياغة التشريعية للنصوص القانونية تحقيقا للأمنين القانوني والقضائي وتوخيا لجودة تدبير الشأن العام؛
- المسألة الثانية: إبراز أهمية التعاضد في تدبير الشأن العام، وتحقيق مبدأ التعاون بين السلطات المنصوص عليه في الفصل الأول من الدستور المغربي، وترصيد واستثمار ما يصدر عن الجهاز القضائي من قرارات أحكام قضائية في إطار تناغم بين الوظائف وفي احترام تام للفصل بين السلط؛
- المسألة الثالثة: تعزيز آليات العمل التشاركي الذي من شأنه أن يدعم نقائص الديمقراطية التمثيلة، وتجويد التدبير الترابي.

أهمية الدراسة

تتجسد أهمية هذه الدراسة في أنها تناول بالتحليل نقطة دقيقة تبدو من حيث ظاهرها أنها مسألة تحديد سن فقط، ومسألة اختيار بين رقمين ثمانية عشر أو واحد وعشرين سنة، كسن للرشد القانوني للانتخاب لعضوية المجالس الترابية، وربما لهذا السبب لم تحظ هذه النقطة بالدراسة المعمقة، حيث إنه بالبحث عن

الدراسات السابقة لم نقف على دراسة معمقة حول هذه النقطة، في حين وقفنا على دراسات أكثر عمومية وتهتم بباقي المواضيع ذلت الصلة بالانتخابات المغربية[780].

هذا فضلا على أن الدراسة لم تقتصر على معالجة إشكاليتها بمقاربة قانونية محضة، وإنما تجاوزت ذلك لدراسة الأحكام القضائية الصادرة بخصوص هذا الموضوع، وكذا أثره على التدبير الترابي وجودة تدبير العمليات الانتخابية. .

فرضيات البحث

تعتمد هذه الدراسة على فرضيتين، فالأولى تتعلق بأن المشرع توخى التوحيد بين سن الرشد القانوني للانتخاب وسن الرشد القانوني للترشيح، وتستند على ما تضمنه الفصل 30 من الدستور المغربي الذي ينص على أنه:" لكل مواطن ومواطنة، الحق في التصويت، وفي الترشح للانتخابات شرط بلوغ سن الرشد القانونية، والتمتع بالحقوق المدنية والسياسية. وينص القانون على مقتضيات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية.

التصويت حق شخصي وواجب وطني."، وبالتالي يجب اعتماد سن ثمانية عشر سنة، بينما تتأسس الفرضية الثانية على أن تحديد سن الرشد القانونية لانتخابات أعضاء مجالس الجماعة الترابية يجب أن يتم في إطار مقتضيات مدونة الانتخابات وبالتالي يجب اعتماد سن واحد وعشرين سنة، وأن غموض النص له ارتباط وثيق بجودة صياغة النصوص التشريعية وبمطلب الانسجام التشريعي.

منهج الدراسة

لقد اعتمد في التحقق من هاتين الفرضيتين على المنهج الوصفي والذي يتيح قرارة النصوص القانونية المؤطرة لسن الرشد القانوني للانتخاب أو للترشيح والتمحيص في العبارات المستعملة بما فيها عبارة التمتع

[780] بيرنابي لويس كارسيا، الانتخابات المغربية منذ 1960 إلى الآن ...دراسة علمية موثقة ترجمة بديعة الخرازي، منشورات الزمن، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، 2007، 413 ص.

بالحقوق المدنية والسياسية الواردة في الفصل الثلاثين من الدستور المغربي، في ضوء الاستناد على الأحكام القضائية الصادرة في نفس الموضوع ودراسة التعليلات المعتمدة وإبراز التضارب حتى بين منطوق الأحكام بحد ذاتها، وهو ما استدعى الأمر تعميق الدراسة لنتناول بالتحليل أثر غموض النص القانوني بصفة عامة على الأمنين القانونية والقضائي وعلى جودة تدبير الشأن الترابي الشأن العام عموما.

وعلى ضوء ما سبق فقد تم تناول التعليلات التي اعتمدت لتبني سن ثمانية عشر أو واحد وعشرين وتوضيحها من خلال الأحكام القضائية **(أولا)**، ثم توضيح الأثر القانوني لمشروعية تصرفات الأعضاء المنتخبين والمحكوم ببطلان عملية انتخابهم **(ثانيا)**، مع توضيح أثر غموض تحديد سن الرشد القانوني للترشيح على الأمنين القانوني والقضائي **(ثالثا)**، مما يستدعي تجويد التدبير الترابي والوظيفة التشريعية .

أولا: التعليلات المعتمدة لاعتماد شرط السن القانوني للترشيح

من الواضح أنه لا يكفي وضع ترسانة من القوانين والضوابط تحدد كيفية وضع اللوائح الانتخابية وتحيينها وترسم سبل الترشيح للمرشحين لها ...، بل لا بد لمراقبة حسن التطبيق وشرعيته من فتح باب الطعن في المقررات ذات الصلة بتلك الانتخابات، أمام جهة محايدة تلغي المقررات غير المشروعة التي تخرق القواعد القانونية والضوابط المرسومة[781].

بالاطلاع على النصوص القانونية المؤطرة لسن الترشيح القانوني للانتخاب لعضوية المجالس الجماعية أو منصب رئاستها، نجد أن الاختلاف ناتج عدم التطابق في السن بين ما نصت عليه مدونة الانتخابات[782]، وبين العبارات الواردة في القانون التنظيمي لانتخابات أعضاء الجماعات الترابية[783] والفصل 30 من الدستور

[781] محمد بورمضان، " طبيعة الطعون في المقررات ذات الصلة بالانتخابات"، مجلة المحامي، العدد: 50،مطبعة فضالة، مراكش،2007، ص: 39.
[782] القانون رقم 9.97 المتعلق بمدونة الانتخابات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.97.83 صادر في 23 من ذي القعدة 1417 موافق ل02 أبريل 1997 ، الجريدة الرسمية عدد: 4470 بتاريخ 24 ذي القعدة 1417 موافق 03 أبريل 1997.
[783] القانون التنظيمي رقم 34.15 المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية ، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.173 صادر في 24 من ذي الحجة 1442 موافق 21 نونبر 2011، الجريدة الرسمية عدد: 5997 بتاريخ 22 نونبر 2011.

المغربي[784] والفصل 209 من مدونة الأسرة[785]، وهو ما نتج عنه اختلاف في قراءة هذه النصوص القانونية بين مكتف بالقول بأن سن الترشيح القانوني هو ثمانية عشر سنة فقط، وبين من اعتمد واحد وعشرين سنة، وهو ما يظهر حتى في التطبيقات القضائية.

1 – مبررات إلزامية بلوغ سن واحد وعشرين سنة

تعتمد الأحكام القضائية الصادرة في القول باعتبار سن واحد وعشرين سنة كسن للرشد القانوني للترشيح لعضوية مجالس الجماعات الترابية على المادة الواحد والأربعين من مدونة الانتخابات والتي ينص على أنه:" يشترط في من يترشح للانتخابات أن يكون ناخبا وبالغا من العمر واحدا وعشرين سنة شمسية كاملة على الأقل في التاريخ المحدد للاقتراع."، حيث قضت محكمة النقض في قرارها[786] بأن سن الترشيح القانوني للترشيح لعضوية المجالس الجماعية هو واحد وعشرين سنة معللة قرارها بنقض قرار محكمة الاستئناف الادارية القاضي بخلاف ذلك بناء على التعليلات التالية:

- إن مقتضيات الفصل 30 من الدستور التي تنص على أنه:" لكل مواطن ومواطنة، الحق في التصويت، وفي الترشح للانتخابات، شرط بلوغ سن الرشد القانونية، والتمتع بالحقوق المدنية والسياسية..." لم يحدد السن المعتبرة لبلوغ سن الرشد القانوني، وأن مقتضيات الفصلين 43 و 44 من الدستور التي تشير إلى سن الثامنة عشر، إنما هي مقتضيات خاصة بسن الرشد القانوني للملك ولا تتعلق بسن الرشد القانوني للانتخابات الجماعية؛

[784] دستور المملكة المغربية لسنة 2011 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 27 من شعبان 1432 الموافق لـ29 يوليوز 2011، الجريدة الرسمية عدد: الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادرة بتاريخ 28 شعبان 1432 الموافق لـ30 يوليو 2011.

[785] القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 موافق 03 فبراير 2004.

[786] قرار محكمة النقض عدد 1/340 بتاريخ 25 فبراير 2016، ملف إداري 2016/1/4/16، غير منشور.

- إن اعتماد محكمة الاستئناف الإدارية على القول بأن سن الرشد القانوني هو ثمانية عشر سنة بالاستناد على المادة 209 من مدونة الأسرة قول لا يصح خاصة أن مدونة الأسرة تتضمن عدة أهليات كأهلية الزواج والطلاق وأهلية الحاضن وأهلية الموصي فضلا عن أهلية الأداء والوجوب؛
- إن سن الترشيح الانتخابي هو فقط ذاك المنصوص علية في المادة 41 من مدونة الانتخابات التي لم يتم نسخها بالرغم من نسخ مقتضيات القسم الرابع من مدونة الانتخابات المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الحضرية والقروية ومجالس المقاطعات.

وعلى ضوء ذلك، وبناء على تعليلات مماثلة قضت المحكمة الإدارية في حكمها بوجدة[787] باعتبار بأن:" ثبوت عدم توفر المطلوبة في الطعن المطعون في فوزها على السن القانوني للترشيح للعملية الانتخابية وهو 21 سنة شمسية كاملة كما هو محدد في المادة 41 من القانون 9.97 المتعلق بمدونة الانتخابات يترتب عنه فقدانها أهلية الترشيح ويعرض العملية الانتخابية التي فازت بالمقعد الملحق فيها للإلغاء"

وردا على أن الفصل الثلاثين أعلى مرتبة قانونية من مدونة الانتخابات فقد اعتبرت نفس المحكمة أن : " المادة 19 من مدونة الأسرة حددت سن الرشد في 18 سنة، فإنه لئن كان الدستور قد أرسى هذا المبدأ الدستوري فإنه لم يحدد السن على أساس أن الدستور يتولى تحديد المبادئ العامة ويترك تفسيرها وتفاصيلها للقوانين المنظمة وهي في نازلة الحال القانون رقم 11.59 في المادة الرابعة منه والمادة 41 من مدونة الانتخابات".

إن التعليلات المستنبطة من قرار محكمة النقض وأحكام المحكمة الادارية بوجدة على سبيل المثال ليس متفقا عليها فقهيا ولا قضائيا وهو ما نتج عنه صدور أحكام قضائية تقضي بأنه سن الثمانية عشر سنة هو سن الرشد القانوني للانتخاب والترشيح معا.

[787] حكم المحكمة الإدارية بوجدة رقم 2293 بتاريخ: 23 شتنبر 2021 ملف رقم 21/107/1507، غير منشور.
وحكمها أيضا رقم 2292 بتاريخ: 23 شتنبر 2021 ملف رقم 21/107/1507، غير منشور.

2 – اعتماد سن ثمانية عشر سنة كسن للرشد القانوني للترشيح

على خلاف ما ذكر أعلاه من أن سن الرشد القانوني للترشيح في الانتخابات الجماعية هو واحد وعشرين سنة، فإن محاكم أخرى اعتبرت بأن سن الرشد القانوني للترشيح هو فقط ثمانية عشر سنة معللة أحكامها[788] بما يلي:

- نصت المادة الأولى من القانون التنظيمي رقم 59.11 المتعلق بانتخابات أعضاء مجالس الجماعات الترابية على أنه: " تطبق أحكام هذا القانون التنظيمي على انتخاب أعضاء مجالس الجهات وأعضاء مجالس العمالات والأقاليم وأعضاء مجالس الجماعات والمقاطعات"؛
- نصت المادة الرابعة من القانون التنظيمي المذكور على أنه:" يشترط في من يترشح للانتخابات أن يكون ناخبا ومتمتعا بحقوقه المدنية والسياسية"؛
- نصت المادة 209 من مدونة الأسرة على أن سن الرشد القانوني هو 18 سنة شمسية كاملة، والمادة العاشرة منها على أن كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته؛
- إن الأهلية الانتخابية تخول للناخب حق ممارسة حقوقه المدنية والسياسية وهي بذلك أهلية وجوب لا يجوز فصلها عن باقي الحقوق والواجبات المحددة بمقتضى القانون، وبالتالي فإن اكتساب تلك الأهلية يتم ببلوغ سن الرشد القانونية المحدد في ثمانية عشر سنة شمسية كاملة"

وعلى ضوء ما سبق وتأكيدا له اعتبر ت المحكمة الإدارية بالرباط[789] أنه:" تطبيقا لقاعدة تراتبية القوانين المقررة بنص الدستور، وقواعد النسخ في الزمان، فإن الأولوية تكون لتطبيق مقتضيات القانون التنظيمي رقم 59-11 المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية، باعتباره النص الخاص والقانون الوحيد

[788] حكم المحكمة الادارية بأكادير 2591 بتاريخ 2021/09/17، ملف عدد: 3107/ 2021/7107، غير منشور.
[789] حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد: 3815 بتاريخ: 30 شتنبر 2021، ملف عدد: 2021/7107/515.، غير منشور

الواجب التطبيق وتكون شروط الترشيح محددة باستيفاء شرط الاهلية للانتخاب أي ببلوغ سن 18 سنة شمسية كاملة بتاريخ الاقتراع."

ولئن كان يمكن أن نقبل الاختلاف في تفسير النصوص القانونية وحتى في تطبيقها في حالات خاصة من طرف المحاكم، فإن هذه الوضعية من شأنها أن تؤثر في الأمن القانوني[790] باعتباره أحد دعائم دولة الحق والقانون، وبالتالي فإن من الواجب أن يتدخل المشرع لرفع هذا اللبس، وذلك عبر تحيين المنظومة القانونية كمرتكز لتحقيق رهانات الاستحقاقات الانتخابية[791]، الذي لا يمكن اعتباره على أن الأمر لا يعدو أن يكون مسألة بسيطة مادام ان الأمر محل تعارض بين الأحكام القضائية، ومن شأنه أن يؤثر على الديمقراطية التمثيلة وأيضا حول مشروعية ما يتخذه المنتخبون المحكوم ببطلان انتخابهم.

ثانيا: مشروعية تصرفات المحكوم عليهم ببطلان انتخابهم

مادام أن الاختلاف يبقى قائما بين سن الرشد القانوني المعتبر قانونا للترشيح لانتخابات الجماعات الترابية، فإن السؤال يبقى قائما أيضا بخصوص مشروعية التصرفات القانونية التي يتخذها من صدر في حقهم أحكام قضائية حائزة لقوة الشيء المقضي به، فهل تعتبر التصرفات المتخذة من طرفهم سليمة؟ أم أن الحكم ببطلان انتخابهم يجعل ما اتخذوه من تصرفات قانونية باطلا؟ وكيف يمكن التوفيق بين الحكم ببطلان انتخابهم وبين مبدأ الحقوق المكتسبة.

1 – الأصل تمتع التصرفات الادارية بقرينة المشروعية

ميز المشرع في إطار مسطرة المنازعة بين الطعون المتعلقة بالترشيحات والطعون المتعلقة بالعمليات الانتخابية، وهكذا يتضح أنه في إطار الحرص على سلامة العملية الانتخابية فقد أتيحت مسطرة الطعن في

[790] يراجع: عبد الواحد القريشي، القضاء الإداري ودولة الحق والقانون بالمغرب، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء، 2009، 303صز.

[791] لبنة أشقيف، انتخابات 2015 بين المقتضيات القانونية والقضائية ورهان الديمقراطية المحلية، في: الانتخابات المحلية لسنة 2015: أية حكامة لامركزية لأية تنمية بشرية؟ تنسيق فؤاد إدريسي أيت والي وآخرين، سلسلة المؤتمرات والندوات ، العدد: 50 سنة 2016، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، المطبعة والوراقة الوطنية، 2016، ص: 116.

قرار رفض الترشيح وفق مقتضيات المادة 26 من القانون التنظيمي لانتخاب أعضاء الجماعات الترابية وفق شروط دقيقة نوضحها كما يلي:

- لا صفة للطعن في قرار رفض الترشيح إلا من طرف المعني به؛
- يرفع الطعن داخل أجل ... إلى المحكمة الادارية التي يشمل نطاق اختصاصاها الدائرة الانتخابية التي ترشح فيها؛
- تبت المحكمة في الطعن ابتدائيا وانتهائيا ويعتبر حكمها غير قابل للطعن إلا بمناسبة الطعن في عملية الانتخاب.

بينما لا يمكن الطعن في قبول الترشيح إلا بمناسبة الطعن في نتيجة العملية الانتخابية، وبناء على مقتضيات المادة 28 من القانون التنظيمي لانتخابات اعضاء الجماعات الترابية فإنه يحق لكل من له مصلحة أو الوالي أو العامل أو الباشا أو رئيس الدائرة أو القائد الذين تقع الدائرة الانتخابية في نطاق اختصاصهم الطعن في العملية الانتخابية، بعريضة كتابية في ظرف ثمانية أيام طبقا لمقتضيات المادة 29 من القانون التنظيمي لانتخابات اعضاء الجماعات الترابية[792].

ويبدو من خلال هذه المقتضيات وغيرها أن المشرع اتبع منهجا وقائيا لكي تكون مجريات العمليات الانتخابية سليمة بسنه لمسطرة الطعن في قرارات رفض قبول الترشيح وداخل آجال قصيرة ما أمكن، وفي نفس الوقت حاول ما أمكن أن تتاح الطعون انطلاقا من إيداع المحضر المتضمن لنتيجة العملية الانتخابية.

وحرصا على ألا تتضرر العملية الانتخابية من كثرة الطعون الناتجة عن مختلف مجريات العملية الانتخابية، وعلى أن يمارس من تم انتخابهم المهام المسندة إليهم فقد نص المشرع مقتضيين مهمين

[792] تنص المادة 29 على أنه:" يقدم الطعن بعريضة كتابة في ظرف ثمانية أيام كاملة تبتدئ من يوم إيداع المحضر والذي يتضمن إعلان نتائج الاقتراح ويكون غير مقبول إذا قدم خارج هذا الأجل.
تودع عريضة الطعن بكتابة ضبط المحكمة الادارية المختصة وتسجل فيها مجانا ويجب أن تتضمن أسباب الطعن المطلوب من المحكمة البت فيها."

يؤكدان قرينة مشروعية التصرفات الإدارية للمنتخبين حتى ولو تم الطعن في انتخابهم ويتعلق الأمر بما ورد في المقطع الأخير من المادة 31 من القانون التنظيمي لانتخابات الجماعات الترابية والذي جاء فيه:

- يوقف الطعن بالنقض أمام محكمة النقض تنفيذ الأحكام القضائية بإلغاء نتيجة الانتخاب؛
- يستمر المترشحون المعلن عن انتخابهم في ممارسة مهامهم إلى أن يصير الحكم القاضي بإلغاء انتخابهم نهائيا.

لكن سؤالا أساسيا يثار بخصوص مدى مشروعية التصرفات المتخذة من طرف من صدر بخصوص انتخابهم أحكام قضائية نهائية تقضي بإلغاء نتيجة انتخابهم أعضاء أو رؤساء لمجلس الجماعات الترابية؟

2 – إعمال إمكانية الحكم بالبطلان في كل وقت وحين

انسجاما مع أن القوانين المنظمة للعمليات الانتخابية من النظام العام واعتبارا لكون الطعن الانتخابي يهدف إلى الدفاع عن المشروعية وسلامة وحرية عملية الاقتراع، فلأن القضاء اعتبر بأنه إذا جرى الانتخاب خلافا للقانون تعين التصريح ببطلانه بصرف تنازل الطاعن عن الدعوى مادام الطعن قد انصب على مخالفة القانون الانتخابي[793]، انطلاقا من أن وظيفة الإدارة هي تحقيق المصلحة العامة، فقد خولها المشرع التمتع بالعديد من الامتيازات منها قرينة المشروعية بالنسبة لقراراتها الادارية، وضمان الوسائل الكفيلة باستقرار ما تتخذه من تصرفات ما لم يكن باطلا بحكم القانون ومندرجا في إطار التصرفات المنعدمة[794].

وفي هذا الإطار يبدو من المهم محاولة الجواب عن مشروعية التصرفات الادارية المتخذة ممن صدرت أحكام قضائية بإلغاء انتخابهم، خاصة وأن من الوارد أن يكون منهم رؤساء لمجالس الجماعات الترابية أو كتابا لها أو رؤساء للجن أو غيرها من الوظائف والمهام.

[793] الحسين المنتصر، " انتخاب مكاتب المجالس الجماعية وإشكالياتها القضائية"، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد: 4 ، 2004، ص: 92.

[794] يراجع: عبد الواحد القريشي، المرجع في دعوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة بالمغرب، مكتبة دار السلام، مطبعة الأمنية ، الرباط، 2022، 255 ص.

بالرجوع إلى القانون التنظيمي للجماعات على سبيل المثال نجد المادة 115 منه تنص على أنه:" تطبيقا لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 145 من الدستور، يمارس عامل العمالة أو الإقليم مهام المراقبة الإدارية على شرعية قرارات رئيس المجلس ومقررات مجلس الجماعة.

كل نزاع في هذا الشأن تبت فيه المحكمة الإدارية.

تعتبر باطلة بحكم القانون المقررات والقرارات التي لا تدخل في صلاحيات مجلس الجماعة أو رئيسه أو المتخذة خرقا لأحكام هذا القانون التنظيمي والنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل. وتبت المحكمة الإدارية في طلب البطلان بعد إحالة الأمر إليها في كل وقت وحين من قبل عامل العمالة أو الإقليم أو من ينوب عنه."

بالقراءة الدقيقة لهذه المادة يتضح أن المشرع تشدد في الرقابة على التصرفات الإدارية لمقررات المجالس الجماعية وقرارات رؤسائها، ذلك أنه اعتبر المقررات والقرارات الادارية غير المحترمة للاختصاص أو المتخذة خرقا لأحكام القانون التنظيمي للجماعات ولباقي النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل باطلة بحكم القانون، وهو جزاء جد جسيم إذا ما علمنا أن التصرفات المندرجة ضمن هذا النوع تعتبر باطلة وكأنها لم تكن، ويحق الطعن فيها في كل وقت وحين، غير أن ما يمكن اعتباره حماية للتصرفات الادارية ودعما لاستقرارها هو أن تحريك هذه المسطرة رهين بمن له الصفة في الادعاء.

فالأصل أن أجل الطعن في مقررات مجالس الجماعات الترابية محدد وفق القواعد العامة، وإذا ما فات أجل الطعن تحصنت هذه المقررات والقرارات الادارية عن الطعن وأصبحت نهائية ورتبت آثارها القانونية، كما يحق الطعن فيها لكل من له صفة ومصلة وأهلية طبقا لمقتضيات الفصل الأول لمن قانون المسطرة المدنية، وهي قواعد عامة تتساوى فيها مقررات الجماعات وقرارات رؤسائها مع باقي مقررات المجالس الأخرى والقرارات الادارية، مما يجعلنا ننظر إلى أن إمكانية رفع الدعوى للحكم ببطلان مقررات المجالس أو قرارات رؤسائها في كل وقت وحين مقتضى محصور على العامل أو من ينوب عنه.

وبالرغم من أن صفة الادعاء للحكم ببطلان مقررات المجالس وقرارات رؤساء الجماعات الترابية محصورة على السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية [795] أو العامل حسب الحالة[796]، فإنه مما لا شك فيه أن من شأن الحكم ببطلان هذه التصرفات الادارية أن يمس بالأمن القانوني وبالتنمية الترابية.

ثالثا: أثر غموض تحديد سن الرشد القانوني للترشيح على الأمنين القانوني والقضائي

من الواضح أن غموض النص القانوني يؤدي إلى عدم تحقيق الأمن القانوني، فغموض النص القانوني وعدم انسجام النصوص القانونية أو حتى عدم استقرارها[797] حول نفس المقتضى يؤدي بلا شك إلى خلق وضعيات غير مقبولة ويؤدي إلى المساس بالثقة المفروض أن تتمتع بها النصوص القانونية، وبالتالي فإن غموض تحديد سن الترشيح لمن شأنه أن يمس بالعملية الانتخابية برمتها، وبالتبعية بالتنمية الترابية. .

1 – أثر غموض تحديد سن الرشد القانوني للترشيح على تحقيق الأمن القانوني

تنطبق إلى حد كبير مقولة " كثرة القوانين تقتل القانون " [798] على مسألة تحديد سن الرشد القانوني للترشيح في انتخابات الجماعات الترابية، وهو ما يعد بحق أحد المظاهر المؤدية إلى عدم تحقيق الأمن القانوني، مما تترتب عنه بالنتيجة آثار سلبية على سير العملية الانتخابية وعلى تحقيق التنمية الترابية.

---

[795] تنص المادة 112 من القانون التنظيمي للجهات على أنه:" تطبيقا لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 145 من الدستور، يمارس والي الجهة المراقبة الإدارية على شرعية قرارات رئيس المجلس ومقررات مجلس الجهة.
كل نزاع في هذا الشأن تبت فيه المحكمة الإدارية.
تعتبر باطلة بحكم القانون المقررات والقرارات التي لا تدخل في صلاحيات مجلس الجهة أو رئيسه أو المتخذة خرقا لأحكام هذا القانون التنظيمي والنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل. وتبت المحكمة الإدارية في طلب البطلان بعد إحالة الأمر إليها في كل وقت وحين من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية."

[796] تنص المادة 106 من القانون التنظيمي للعمالات والأقاليم أنه:" تطبيقا لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 145 من الدستور، يمارس عامل العمالة أو الإقليم المراقبة الإدارية على شرعية قرارات رئيس المجلس ومقررات مجلس العمالة أو الإقليم.
كل نزاع في هذا الشأن تبت فيه المحكمة الإدارية.
تعتبر باطلة بحكم القانون المقررات والقرارات التي لا تدخل في صلاحيات مجلس العمالة أو الإقليم أو رئيسه أو المتخذة خرقا لأحكام هذا القانون التنظيمي والنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل. وتبت المحكمة الإدارية في طلب البطلان بعد إحالة الأمر إليها في كل وقت وحين من قبل عامل العمالة أو الإقليم."

[797] FABIEN Grech , Le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français, Revue française de droit constitutionnel 2015/2 (n°102), pages 405 à 428 , Éditions Presses Universitaires de France , file:///C:/Users/HP/Downloads/RFDC_102_0405.pdf, consulté le:28/11/2023.

[798] Soulas de Russel Dominique, Raimbault Philippe. Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 55 N°1, Janvier-mars 2003. pp. 85-103. https://publications.ut-capitole.fr/id/eprint/14293/1/14293.pdf. consulté le: 29/11/2023.

بقراءة النصوص القانونية المنظمة لسن الرشد القانوني للترشيح في انتخابات الجماعات الترابية نجد أنها تتوزع بين الفصل الثلاثين من الدستور و مواد من القوانين التنظيمية للجماعات الترابية ومواد من مدونة الأسرة، وكلها مقتضيات قانونية لم تسعف لا الباحث القانوني ولا المدبر العمومي ولا حتى القضاء في القول الفصل بالسن المعتبر قانونا سنا للترشيح في انتخابات الجماعات الترابية.

إن لهذ الوضعية تأثيرا سلبيا على العملية الانتخابية وخصوصا على المستويات التالية:

- يؤدي عدم تحديد سن الرشد القانوني إلى منازعات إدارية وقضائية، ويساهم في سوء تدبير العملية الانتخابية وضياع جهود القضاء في منازعات كان من الممكن تفاديها بضمان حسن صياغة النصوص القانونية والسهر على انسجامها؛
- يؤدي غموض سن الرشد القانوني إلى التردد في الترشيح خاصة بالنسبة لمن يعتقد أن سن الرشد القانوني هو واحد وعشرين سنة، كما يؤدي إلى إيجاد جو من الغموض حول باقي التصرفات الادارية المرافقة للعمليات الانتخابية؛
- يؤدي الحكم بإلغاء العمليات الانتخابية بناء على عدم توفر سن الرشد القانونية إلى التساؤل بقوة عن المانع من تدخل التشريعي لإزالة هذا الغموض، خاصة وأن المنازعات القضائية بخصوصه انطلقت منذ دخول القوانين التنظيمية المنظمة لانتخابات الجماعات الترابية حيز التنفيذ ومع الإعلان عن نتائج أول انتخابات تلته.

إن مما يزيد الأمر حدة بخصوص آثار عدم إزالة الغموض عن سن الرشد القانوني المعتبر سليما للترشيح في انتخابات الجماعات الترابية لهو أن آثاره السلبية تمتد لتشمل تحقيق الأمن القضائي.

2 – أثر غموض تحديد سن الرشد القانوني على تحقيق الأمن القضائي

يحيل مفهوم الأمن القضائي إلى مقومات أو ضمانات قضائية تتمثل في سهولة اللجوء إلى القضاء وجودة الأداء للهيئات القضائية وجودة الأحكام الصادرة عنها واستقرار وتوحيد الاجتهاد القضائي[799]، وانطلاقا من هذه المقومات يبدو لكل منها علاقة بغموض تحديد سن الرشد القانوني للترشيح، وبالتالي التأثير بشكل سلبي على تحقيق الأن القضائي.

ولئن كان الجدل القائم حول دور القاضي الإداري في حالة غموض النص أهو تفسير يعتمد طرق الاستدلال اللفظي والمنطقي للوصول إلى نية المشرع أم هو تفسير إنشائي تلعب ذاتية وشخصية القاضي الدور الحاسم في ترجيح التأويل الذي يراه مناسبا، فإن دور القاضي ثابت من حيث تقييد سلطة الإدارة التي تريد أن تتخذ من غموض النص سندا لحرية تقديرها[800].

وبالنظر إلى جودة الأحكام القضائية وبالاطلاع على الاحكام القضائية المستند إليها أعلاه، نقف أنه من الصعب الحسم بجودة الأحكام الصادرة في موضوع سن الرشد القانونية، والأمر لا يعزى بالأساس إلى هيئة الحكم فقط، بل يعزى بقوة إلى النصوص القانونية الواجبة التطبيق وهو ما يرتبط بقوة بمطلب تحقيق الأمن القانوني في هذا الجانب.

وبالاطلاع على الأحكام القضائية موضوع الدراسة وعلاقة بخاصية جودتها وارتباطها بمبدأ الأمن القضائي يكون من المهم بسط الملاحظات التالية:

- تناقض الأحكام في منطوقها: حيث يتضح ذلك من خلال الاختلاف بين منطوق الأحكام القضائية حول نفس موضوع النزاع، إذ في الوقت الذي اعتبرت فيه المحكمة الادارية بالرباط والمحكمة الادارية بأكادير بأن سن الرشد القانوني للترشيح في انتخابات الجماعات الترابية هو ثمانية عشر سنة، فإنه

[799] هانم أحمد محمود سالم،" المقومات الدستورية لتحقيق الأمن القضائي" مجلة البحوث الفقهية والقانونية ، العدد التاسع والثلاثون، إصدار أكتوبر 2022، الرابط الالكتروني: https://jlr.journals.ekb.eg/article_266112_18f31ecbf5ca22b1828cb98bd03e4244.pdf، تاريخ الزيارة: 29 نونبر 2023.

[800] عصام بنجلون، " السلطة التقديرية للإدارة بين قواعد التشريع واجتهاد القضاء الإداري"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العددان: 81-82، يوليوز أكتوبر 2008، ص: 51.

على خلاف ذلك اعتبرت المحكمة الإدارية بوجدة أن سن الرشد القانوني المعتبر في انتخابات الجماعات الترابية هو واحد وعشرين سنة؛

- بالاطلاع على زمن صدور الأحكام القضائية المذكورة نجد أنها صادرة معا في شهر شتنبر من سنة 2021، أي إنها جاءت لاحقة على قرار محكمة النقض حول نفس الموضوع الذي صدر سنة 2016 معتبرا أن سن الرشد المعتبر قانونا في انتخابات الجماعات الترابية هو واحد وعشرين سنة؛
- يلاحظ أيضا اختلاف بين المحاكم الإدارية حول الأخذ بما سارت عليه محكمة النقض من أن سن الرشد القانوني في انتخابات الجماعات الترابية هو واحد وعشرين سنة، وهو ما يطرح معه وظيفة محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون تسهر على توحيد الاجتهاد القضائي ومراقبة مدى التزام المحاكم بالتطبيق العادل للقانون وتكريس حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا؛[801] وهو ما يستدعي التقليل من أسباب الخلاف حتى لا يشعر المواطن ببعده عن القانون الانتخابي[802].
- إن عدم التزام بعض المحاكم الادارية بما قضت به محكمة النقض في قراره يمكن تفسيره بأن و إذا كان من الواجب على المحاكم الإدارية أن تلتزم باجتهادات محكمة النقض المستقرة فإنه لا يتعين بأن يتم هذا الالتزام بصفة مطلقة فهو التزام معنوي يقتضي العمل به تحقيقا لتوحيد الاجتهاد بين المحاكم، و إلا فإنه عندما تظهر لهذه المحاكم ضرورة مخالفة اجتهاد ما، فبإمكانها ذلك و لو كان الاجتهاد مستقرا، بشرط أن تكون المخالفة مبنية على أسس قانونية أو فقهية أو علمية متينة.[803]

ولئن كان تحقيق الأمن القضائي متوقف في جزء هام منه على الجسم القضائي بما في ذلك تحقيق الأمن المهني في صفوف الهيئة القضائية[804] ، فإنه يتوقف بشكل أكبر على تحقيق الأمن القانوني.

[801] أنظر الموقع الالكتروني لوزارة العدل: https://justice.gov.ma/، تاريخ الزيارة: 29 نونبر 2023.
[802] عبد القدر مساعد،" دراسة نظرية تحليلية في القضاء الانتخابي المغربي"، في الجامع في الانتخابات الجماعية والمهنية، إعداد عبد القادر مساعد، منشورات المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، عدد خاص 2 فبراير 2009، ص: 19.
[803] هداية الله عبد اللطيف، "الحاجة إلى توحيد اجتهاد المجلس الأعلى من خلال استعراض بعض تطبيقات" المجلة المغربية لقانون اقتصاد التنمية، العدد: 17-1988، ص: 130.
[804] أنظر بلاغ نادي قضاة المغرب بتاريخ 25 نونبر 2023

خاتمة

في ختام هذه الدراسة يتضح أن المفيد إبراز مجموعة من الاستنتاجات التي من شأنها أن تحد من الآثار السلبية لعدم التحديد الواضح للسن المتعمد قانونا في انتخابات مجالس الجماعات الترابية في الانتخابات المغربية، إلى جانب مجموعة من التوصيات التي من شأن المؤسسات ذات الصلة الأخذ بها والترافع من أجلها للرفع من مستوى تدبير الشأن العام وتحسين مستوى النظام الانتخابي في التجربة المغربية، بما في ذلك تحسين مستوى الرقابة بما في ذلك آليات الملاحظة المستقلة والمحايدة[805].

استنتاجات

من خلال قراءة النصوص القانونية ومع استحضار مستوى التدبير الترابي نقف على مجموعة من الاستنتاجات والتي يمكن توضيحها كما يلي:

- إن لغموض النص القانوني أثر سلبي على التدبير الترابي وعلى التنمية، فغموض النص القانوني المنظم لسن الترشيح يؤثر سلبا على مستوى ثلاث جوانب على الأقل:
  - الجانب الأول: يتعلق بنشوء منازعات كان من الممكن تفاديها بمجرد تدخل تشريعي يكسب النص القانوني الوضوح اللازم لتحقيق الأمن القانوني والمساهم في تحقيق الأمن القضائي؛
  - يساهم غموض النص القانوني في هدر الزمن الانتخابي وتحوير النقاشات حول قضايا هامشية بدل التركيز على القضايا الأساسية والتنموية؛
  - يؤثر غموض النص القانوني بنية المجالس المنتخبة وتجانسها، خاصة عندما يتم الحكم بإلغاء نتيجة العملية الانتخابية؛
- يؤثر غموض النص القانوني على قرار الترشيح على مستوى الأحزاب السياسية، وهو ما له علاقة وثيقة بالأمن القانوني وكذا تحقيق الأمن القضائي؛

[805] عبد الواحد القريشي، أسئلة الحكامة في الانتخابات المغربية، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، مكتبة الأورومتوسطية ، فاس، 2016، ص: 59.

- يبدو واضحا من خلال ما سبق ضرورة تدخل تشريعي وقبل الاستحقاقات الانتخابية المقبلة، انسجاما واليقظة التي يجب أن تتصف بها المؤسسة التشريعية في أداء وظائفها؛
- ضرورة العمل على تجويد شروط الانتخاب، وبدل أن ينصب النقاش حول السن القانوني للترشيح، يجب أن ينصب حول شروط ومؤهلات من شأنها تجويد التدبير الترابي وتحقيق التنمية.

توصيات

من خلال الاستنتاجات المتعلقة بهذه الدراسة، يكون بسط مجموعة من التوصيات التي من شأنها تجويد سير العملية الانتخابية وهي تخاطب مؤسسات مختلفة وفق ما يلي:

- تجويد وظيفة العمل المؤسسة التشريعية لتعالج الاشكالات الناتجة عن غموض تشريعي إما ناتج عن عدم الانسجام بين نصوص قانونية أو تقادمها، وخاصة تلك التي ترتب عليها منازعات عرضت على القضاء؛
- تيسير مسطرة التقدم بملتمسات في مجال التشريع، حتى يتسنى إمكانية تعديل النصوص القانونية التي طرحت إشكالا على مستوى الممارسة وحتى يتحقق من خلال ذلك دعم الديمقراطية التمثيلة من خلال آليات الديمقراطية التشاركية؛
- تعزيز شروط الترشيح لعضوية مجالس الجماعات الترابية بشروط من شأنها أن تدعم جودة المشاركة السياسية ومن شأنها أن ترفع من أداء المنتخبين على مستوى الجماعات الترابية؛
- نؤكد إلى جانب من يدعو إلى ضرورة إقرار مجموعة من الشروط المرتبطة بالمستوى العلمي في تحمل المسؤولية، وبالتالي التنصيص عليها في القانون الانتخابي كإطار لتجاوز النقص الحاصل في نوعية العمل وطبيعة النتائج[806].

[806] خليل الفاهي، " المجالس الجماعية والتنمية: نحو صياغة دور جديد للعمل الجماعي في ظل بلورة دور جديد للسلطة"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد: 35،سنة 2000 ص: 50.

- الحسم في مسألة السن المعتمد للترشيح لعضوية مجالس الجماعات الترابية، وبشكل واضح تفاديا لأي لبس وتوخيا لعقلنة المشهد الانتخابي.

تلك بعض التوصيات التي نسعى من خلالها إلى إثارة الانتباه إلى معالجة إشكالية أعمق وهي تلك المتعلقة بضرورة الرقي بتجويد تدبير الشأن العام بما يضمن تحقيق التعاضد في السعي لتحقيق تنمية مستدامة.

لائحة المراجع

مؤلفات

- بيرنابي لويس كارسيا، الانتخابات المغربية منذ 1960 إلى الآن ...دراسة علمية موثقة ترجمة بديعة الخرازي، منشورات الزمن، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، 2007.
- عبد الواحد القريشي، القضاء الإداري ودولة الحق والقانون بالمغرب، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء، 2009.
- عبد الواحد القريشي، أسئلة الحكامة في الانتخابات المغربية، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، مكتبة الأوروموتوسطية ، فاس، 2016.
- عبد الواحد القريشي، المرجع في دعوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة بالمغرب، مكتبة دار السلام، مطبعة الأمنية ، الرباط، 2022.
- عبد القدر مساعد،" دراسة نظرية تحليلية في القضاء الانتخابي المغربي"، في الجامع في الانتخابات الجماعية والمهنية، إعداد عبد القادر مساعد، منشورات المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، عدد خاص 2 فبراير 2009.

مقالات

- الحسين المنتصر، " انتخاب مكاتب المجالس الجماعية وإشكالياتها القضائية"، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد: 4 ، 2004.

- خليل الفاهي، " المجالس الجماعية والتنمية: نحو صياغة دور جديد للعمل الجماعي في ظل بلورة دور جديد للسلطة"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد: 35،سنة 2000.
- عبد اللطيف هداية الله ، "الحاجة إلى توحيد اجتهاد المجلس الأعلى من خلال استعراض بعض تطبيقات" المجلة المغربية لقانون اقتصاد التنمية، العدد: 17-1988.
- عصام بنجلون، " السلطة التقديرية للإدارة بين قواعد التشريع واجتهاد القضاء الإداري"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العددان: 81-82، يوليوز أكتوبر 2008.
- لبنة أشقيف، انتخابات 2015 بين المقتضيات القانونية والقضائية ورهان الديمقراطية المحلية، في: الانتخابات المحلية لسنة 2015: أية حكامة لامركزية لأية تنمية بشرية؟ تنسيق فؤاد إدريسي أيت والي وآخرين، سلسلة المؤتمرات والندوات ، العدد: 50 سنة 2016، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، المطبعة والوراقة الوطنية، 2016.
- محمد بورمضان، " طبيعة الطعون في المقررات ذات الصلة بالانتخابات"، مجلة المحامي، العدد: 50،مطبعة فضالة، مراكش،2007، ص: 39.
- هانم أحمد محمود سالم،" المقومات الدستورية لتحقيق الأمن القضائي" مجلة البحوث الفقهية والقانونية ، العدد التاسع والثلاثون، إصدار أكتوبر 2022، الرابط الالكتروني: https://jlr.journals.ekb.eg/article_266112_18f31ecbf5ca22b1828cb98bd03e4244.pdf، تاريخ الزيارة: 29 نونبر 2023.
- FABIEN Grech , Le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français, Revue française de droit constitutionnel 2015/2 (n°102), pages 405 à 428 , Éditions Presses Universitaires de France , file:///C:/Users/HP/Downloads/RFDC_102_0405.pdf,consulté le:28/11/2023.
- Soulas de Russel Dominique, Raimbault Philippe. Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 55 N°1,

Janvier-mars 2003. pp. 85-103. https://publications.ut-capitole.fr/id/eprint/14293/1/14293.pdf. consulté le: 29/11/2023.

نصوص قانونية

- دستور المملكة المغربية لسنة 2011 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 27 من شعبان 1432 الموافق ل29 يوليوز 2011، الجريدة الرسمية عدد: الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادرة بتاريخ 28 شعبان 1432 الموافق ل30 يوليو 2011.
- القانون التنظيمي رقم 34.15 المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية ، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.173 صادر في 24 من ذي الحجة 1442 موافق 21 نونبر 2011، الجريدة الرسمية عدد: 5997 بتاريخ 22 نونبر 2011.
- القانون رقم 9.97 المتعلق بمدونة الانتخابات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.97.83 صادر في 23 من ذي القعدة 1417 موافق ل02 أبريل 1997 ، الجريدة الرسمية عدد: 4470 بتاريخ 24 ذي القعدة 1417 موافق 03 أبريل 1997.
- القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه الظهير االشريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 موافق 03 فبراير 2004.

قرارات وأحكام قضائية

- قرار محكمة النقض عدد 1/340 بتاريخ 25 فبراير 2016، ملف إداري 2016/1/4/16، غير منشور.
- حكم المحكمة الإدارية بوجدة رقم 2293 بتاريخ: 23 شتنبر 2021 ملف رقم 21/107/1507، غير منشور .
- حكم المحكمة الإدارية بوجدة رقم 2292 بتاريخ: 23 شتنبر 2021 ملف رقم 21/107/1507، غير منشور.

- حكم المحكمة الادارية بأكادير 2591 بتاريخ 2021/09/17، ملف عدد: 3107/ 2021/7107، غير منشور.
- حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد: 3815 بتاريخ: 30 شتنبر 2021، ملف عدد: 2021/7107/515.، غير منشور.

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي
International Journal of Legal Interpretative Judgement
المجلد 04، العدد 14
ISSN : 2748-5056

جذب الاستثمارات الخاصة من خلال ترقية القضاء والتحكيم في المغرب

"Attracting private investments through the promotion of judiciary and arbitration in Morocco."

أمال بوحسون
طالبة باحثة بسلك الدكتوراه
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الاول، وجدة، المغرب.
0667025085
amal.bouhassoun@ump.ac.ma

ملخص

تأتي هذه الورقة البحثية لتسليط الضوء على أهم الضمانات القانونية لحماية الاستثمار الأجنبي والوطني، والمتمثلة في توفير قضاء متخصص وسريع لحل المنازعات المرتبطة بالاستثمار، بالإضافة إلى وجود وسائل بديلة لحل هذه المنازعات وفي مقدمتها التحكيم. ومثل هذا الأمر الذي يستدعي الوقوف في هذه الورقة البحثية عند جوانب اهتمام الدولة بتطوير وتفعيل دور القضاءين الإداري والتجاري، لما لهما من أثر مباشر على تقوية الثقة لدى المستثمرين وتحسين مناخ الاستثمار. بالإضافة إلى التحكيم باعتباره أهم وسيلة لفض نزاعات الاستثمار، خاصة الاجنبية منها، وهو ما دفع بالمغرب إلى اعتماد القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية الذي يروم تطوير الطرق القضائية البديلة؛ كالوساطة والتحكيم والصلح لحل النزاعات المرتبطة بالاستثمار. وهذا توجه تسير عليه معظم التجارب الدولية؛ بهدف تشجيع الاستثمار.

الكلمات المفتاحية: الاستثمارات الخاصة، القضاء الإداري، القضاء التجاري، التحكيم.

Abstract

This research paper aims to shed light on the most important legal guarantees for protecting foreign and domestic investment, which include providing a specialized and expedited judicial system for resolving investment-related disputes, as well as alternative means of dispute resolution, foremost among them being arbitration. Such a matter necessitates a focus in this research paper on the aspects of the state's interest in developing and activating the roles of administrative and

commercial judiciaries, given their direct impact on building investor confidence and improving the investment climate. In addition to arbitration as the most important means of resolving investment disputes, especially foreign ones, this prompted Morocco to adopt Law No. 95.17 on Arbitration and Conciliation, which aims to develop alternative judicial mechanisms such as mediation, arbitration, and reconciliation to resolve investment-related disputes. This direction aligns with most international experiences, with the goal of promoting investment.

keywords: Private Investments, Administrative Judiciary, Commercial Judiciary, Arbitration

مقدمة

القضاء والتحكيم الفعّالان يضطلعان بدور حاسم في جذب الاستثمارات الخاصة إلى المغرب. فبغض النظر عن الجنسية، يشعر المستثمرون بالثقة والأمان عند وجود نظام قضائي مستقل وقوانين فعّالة تساهم في تحقيق العدالة والمساواة[807]، وبالتالي يتم تشجيعهم على الاستثمار وتقديم مشروعاتهم. علاوةً على ذلك، يبحث المستثمر دائمًا عن الفعالية والسرعة والأمن والثقة في تنفيذ المعاملات التجارية؛ وفي حال نشوب نزاع حولها، فإن هناك آليات قانونية تضمن حماية حقوقه، وعليه فإن المستثمر قبل القيام بأي مبادرة بشأن الاستثمار يبحث عن[808] الضمانات القانونية والقضائية الممنوحة للمستثمر، مدى انخراط المغرب في الاتفاقات الدولية المتعلقة بالاستثمار، القوانين المنظمة لقطاع الاستثمار، والامتيازات التي يمنحها قانون الاستثمار للمستثمرين الأجانب سواء من حيث الإعفاءات الضريبية أو الجمركية أم رسوم التسجيل، بالإضافة إلى التسهيلات التي تمنحها الدولة من أجل الاستفادة من الأراضي الواقعة في المناطق الصناعية، قانون الصرف وما يخوله للمستثمر الأجنبي من إمكانية تحويل الأموال المستثمرة والأرباح الناتجة عنها إلى الخارج..

ويمكن إبراز **أهمية مؤسسة القضاء من خلال مجموعة من الدراسات**، نذكر منها دراسة عن أثر البناء المؤسسي في 155 دولة على معدلات النمو، وهي الدراسة التي انتهت إلى ثلاث نتائج هامة[809]:

[807] أحمد السكسيوي، "تأملات حول وضعية القضاء بالمغرب كدعامة للاستثمار وتحسين مناخ الأعمال على ضوء إصلاح منظومة العدالة"، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، سلسلة الأعداد الخاصة: منازعات الأعمال بين التشريع والممارسة، العدد 1، دار الأفاق المغربية، الدار البيضاء، ص.90.

[808] عبد الرحيم بحار، "دور القضاء التجاري في تشجيع الاستثمار وصون حقوق المستثمرين"، مجلة العلوم القانونية، محور العدد – الوسائل البديلة لحل المنازعات وإشكالية الاستثمار –، مكتبة دار السلام، الرباط العدد الأول، ماي 2013، ص. 41-42.

[809] أحمد عبد الله المراغي، المحاكم الاقتصادية كوسيلة لجذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط. الأولى 2016، ص.108.

- ✓ الدول المتمتعة بنظام مؤسسي جيد "ترعاه السلطة القضائية" كأن يكون المجتمع منفتحاً سياسيا، وهناك احترام ذاتي للقانون والملكيات الخاصة ينمو هذا المجتمع بثلاثة أضعاف النمو في الدول ذات بناء مؤسسي ضعيف.
- ✓ يكون معدل الكفاءة في الدول ذات البناء المؤسسي الضعيف نصف معدل الكفاءة في الدول ذات البناء المؤسسي القوي.
- ✓ تكون الدول ذات البناء المؤسسي الضعيف أكثر ميلا لانخفاض معدل الكفاءة. ففي السوق، يتم تبادل السلع والخدمات والمعلومات، والنظام المؤسسي هو الذي يحدد إطار عمل تلك السوق، وتأتي السلطة القضائية على قمة تلك المؤسسات. وكأي مؤسسة أخرى، تكون الفعالية والكفاءة مطلبا حيويا، ففي ظلها ينمو الاقتصاد والعكس صحيح.

وبالتالي تتجلى أهم الضمانات القانونية لحماية الاستثمار الأجنبي والوطني، في توفير قضاء متخصص وسريع لحل المنازعات المرتبطة بالاستثمار، بالإضافة إلى ضرورة وجود وسائل بديلة لحل هاته المنازعات في مقدمتها التحكيم. حيث أن جميع العقود الاستثمارية لا تكاد تخلو من شرط إحالة جميع منازعاتها إلى التحكيم التجاري، فالمستثمر خاصة الأجنبي يصر دائما على إضافة شرط التحكيم نظرا للمزايا التي يوفرها التحكيم إليه، فبدون إضافة هذا الشرط لا تتمكن الدولة المضيفة من جذب عقود الاستثمارات الأجنبية. كما يعتبر التحكيم من أهم الوسائل البديلة لحل المنازعات ذات الارتباط بالاستثمار والسبب في ذلك يعود لتعقيد الأنظمة القانونية المختلفة، لاسيما في ميدان تنازع القوانين وخاصة ايضا عندما تكون الدولة المضيفة طرفا في العقد وما يترتب على ذلك من حساسية تتعلق بممارسة الدولة لحقها في السيادة. فإلى أي حد تمكن المشرع من توفير الضمانات الكافية لجذب الاستثمارات الخاصة سواء على مستوى القضاء أو التحكيم؟ وهو ما سنحاول تناوله من خلال المحاور التالية:

المحور الأول: المحاكم المختصة كضمانات قضائية لترقية الاستثمار.

المحور الثاني: ترقية التحكيم كوسيلة لتعزيز الاقتصاد الوطني وجذب الاستثمارات الأجنبية.

المبحث الاول: المحاكم المختصة كضمانات قضائية لترقية الاستثمار.

ينطوي موضوع الحماية القضائية لتشجيع الاستثمار على أهمية قصوى، خاصة إذا علمنا أن سمعة الدول اليوم تقاس بمستوى قضائها والانطباع الذي يخلفه في نفوس المتقاضين. فبقدر ما يكون هذا الانطباع إيجابيا بقدر ما تزداد الثقة وتتكرس في كافة مؤسسات الدولة[810]. فالحماية القضائية عنصر هام وأساسي في تدعيم القدرة التنافسية وترسيخ مكانة الدولة كمصدر لجلب الاستثمار من خلال دعم الثقة لدى الفاعلين الاقتصاديين، ولدى المستثمرين الوطنيين والأجانب على حد سواء؛ علما بأن الهدف ليس فقط جلب الاستثمار، وإنما الحفاظ عليه وتشجيعه. ويعد تدخل القضاء في موضوع التنمية والاستثمار حقلا واسعا

[810] محمد المزوغي،" القضاء الإداري ومجال تدخله في حماية الاستثمار"، مجلة المناظرة، ع. 9.، 2004، ص:9.

يتنوع بتنوع الجهات القضائية. وتشمل تخصصاتها جل فروعه ولا تقتصر على القضاء التجاري فحسب، وإن كان ارتباط الاستثمار بالقضاء التجاري أساسي ووثيق، فإنه مرتبط كذلك بالقضاء في المادة الإدارية، في الجانب المتعلق بالقضايا الاقتصادية كما هو الشأن بالنسبة للصفقات العمومية والتدبير المفوض[811]. الأمر الذي يستدعي الوقوف في هذا المحور عند جوانب اهتمام الدولة بتطوير وتفعيل دور القضاءين الإداري والتجاري، لما لهما من أثر مباشر على تقوية الثقة لدى المستثمرين وتحسين مناخ الاستثمار.

المطلب الأول: المحاكم الإدارية

شكل إحداث المحاكم الإدارية[812] خطوة مهمة في صرح بناء دولة الحق والقانون والمؤسسات، وترسيخ ثقافة المشروعية، وبث الثقة والطمأنينة والإحساس بالاستقرار في نفوس المتعاقدين مع الإدارة، باعتبار أن القضاء آلية للحفاظ على الشرعية، وحسن تطبيق القانون، والحد من شطط السلطة، والسهر على الدفع بمطابقة تدخلات الإدارة مع المقتضيات القانونية. وقد عرف القضاء قفزة نوعية بعد إحداث المحاكم الإدارية التي أصبحت علامة ووجها مشرقا للقضاء المغربي باعتراف كل الفاعلين والمهتمين بالقضاء الإداري.[813] هذا الإصلاح جاء بسبب حدة الانتقادات الموجهة للدولة في مجال حقوق الانسان، والحاجة إلى جهاز قضائي يضمن حماية المستثمرين من تعسفات الإدارة، والنظر في التعرضات التي تحدث بين الإدارة والمرتفقين[814]. ولإقرار المزيد من الضمانات للمتقاضين، تم إنشاء محاكم استئناف إدارية، تختص بالنظر في استئناف احكام المحاكم الإدارية.[815]

الفقرة الأولى: المنازعات المرتبطة بالعقود الإدارية

ترتبط غالبية المنازعات المقدمة أمام القضاء الإداري بفسخ العقد الإداري، إذ غالبا ما تلجأ الإدارة إلى فسخ العقد الإداري كجزاء على إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية أو ارتكاب مخالفات واضحة وخطيرة من شأنها أن تؤثر سلبا على سير المرفق العام.[816] وتستمد الإدارة هاته السلطة ليس من نصوص العقد الإداري فحسب، بل كذلك من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها والمصلحة العامة التي تمثلها، وتتمتع في هذا الشأن

---

811 محمد بوزوبع، قضايا الاستثمار والتحكيم من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الرابعة، محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، أيام 18 و19 أبريل 2007، ص.15.

812 راجع: ظهير شريف رقم 1.1.225 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، الجريدة الرسمية عدد 4227، 18 جمادى الأولى 1414 (3 نوفمبر 1993)، ص.2618. والمرسوم رقم 2.92.59 الصادر في 18 من جمادى الأولى 1414 (3 نوفمبر 1993) تطبيقا لأحكام القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، الجريدة الرسمية عدد 4229، 2 جمادى الاخرة 1414 (17 نوفمبر 1993)، ص.2261.

813الطيب البقالي، دور القضاء في حماية الاستثمار، مقال منشور على مجلة القانون والأعمال الدولية، https://www.droitetentreprise.com/، تاريخ الاطلاع 2023/04/22، 12:45.

814 جواد النوحي، مقاربة سياسية للاستثمارات الأجنبية في المغرب، مؤسسة الملك عبد العزيز آل سعود للدراسات الإسلامية والعلوم الإنسانية– سلسلة أبحاث–، منشورات عكاظ، الرباط، 2010، ص. 171.

815 ظهير شريف رقم 1.06.07 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006)بتنفيذ القانون رقم 80.03 المحدثة بموجبه محاكم استئناف إدارية، الجريدة الرسمية عدد 5398، 24 محرم 1427 (23 فبراير 2006)، ص.491-490.

816 محمد القصري، "القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، مجلة المحاكم الإدارية"، عدد خاص بالمنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، العدد الرابع يونيو 2011، ص.26.

بسلطة تقديرية في إنهاء العقد متى قررت أن الصالح العام يقتضي ذلك حتى ولو لم يقع أي خطأ من جانب المتعاقد. إلا أن سلطتها في ذلك مقيدة بعامل المصلحة العامة وتخضع في ذلك لرقابة القاضي الإداري.

بالإضافة إلى وجوب مراعاة المصلحة العامة، فإن مشروعية قرار الفسخ رهينة كذلك بوجوب مراعاة الإدارة للإجراءات القانونية المنصوص عليها في اتخاذ قرار الفسخ والتي تشكل ضمانات التعاقد مع الإدارة خصوصا منها حق الإعلام بالمخالفة وتداركها والاجراء المزمع اتخاذه. وعلاوة على ذلك يجب أن يكون قرار الفسخ هذا، مبنيا على أسباب مشروعة والتي تبقى مراقبة من طرف القاضي الإداري، وحتى في حالة توافر هذه الشروط، فإن ذلك لا يعني بالضرورة مشروعية قرار الفسخ، وإنما يجب أن يكون الجزاء ملائما لطبيعة وخطورة الخطأ المرتكب بحكم أن القضاء الإداري يراقب مدى التناسب بين المخالفة المرتكبة والعقوبة المتخذة. كما يوازي سلطة الإدارة في اتخاذ قرار فسخ العقد الإداري، حق المتعاقد معها في الحصول على تعويض شامل لمجموع الأضرار الناتجة له من جراء الفسخ الذي شمل ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة متى كان الفسخ مبني على إجراءات غير قانونية أو كانت الأسباب التي قام عليها غير ثابتة، أو كان غير ملائم لطبيعة وخطورة المخالفة أو الإخلال المنسوب إلى المتعاقد مع الإدارة[817].

ويتبين مما سبق، أن القضاء الإداري يقوم بدور هام للغاية في تشجيع الاستثمار، عبر توفير الحماية اللازمة للمستثمرين وطنيين كانوا أم أجانب من خلال مختلف العقود الإدارية المبرمة من طرفهم مع أشخاص القانون العام سواء عقود الصفقات العمومية، أو عقود التدبير المفوض.

الفقرة الثانية: المنازعات الجبائية

نص الفصل الثامن من القانون المحدث للمحاكم الإدارية على الاختصاص الشامل في المجال الضريبي. ويشكل التدخل القضائي في المنازعات الضريبية آلية أساسية لإقرار مختلف الضمانات الممنوحة للمستثمرين نظرا للطابع الذي يقوم به الاستثمار في التنمية الاقتصادية والحفاظ على السلم الاجتماعي، كما يجب عليه في الوقت نفسه الحفاظ على المصالح المالية للدولة. ومن هذا المنطلق فإن القاضي الإداري دائما يقوم بدور هام في توفير الضمانات اللازمة لحماية المستثمر سواء في مسطرة الوعاء[818] أو في مسطرة التحصيل[819].

وبالنسبة للمنازعات المرتبطة بمسطرة الوعاء: حينما لا يتم الاتفاق على أساس فرض الضريبة بين الإدارة الضريبية والمستثمر الخاضع للضريبة، أو يشعر هذا الأخير بخرق حقوقه من خلال انتهاك مسطرة فرض الضريبة والرقابة عليها فإن المسألة تتطور ليتم التنازع بشأنها أمام إدارة الضرائب نفسها أو داخل

817 محمد القصري، م. س.، ص، 27.

818تعتبر مرحلة تحديد الوعاء الضريبي هي مجموع العمليات التي تتم بين الإدارة والمواطن من أجل تحديد الوعاء الضريبي لتصفية الضريبة من خلاله، وقد أحاطها المشرع بمجموعة من القيود منعا لكل تعسف محتمل وتفاديا لأي مفاجأة قد تمس المركز المالي للملزم، ويقصد بالمنازعات في الوعاء الضريبي كل النزاعات التي تثار بشأن تأسيس الضرائب والرسوم الضريبية سواء تعلق الأمر بالأساس القانوني أو الواقعي لهذا التأسيس

819 يقصد بالتحصيل مجموع العمليات والإجراءات التي تهدف إلى حمل مدينين الدولة أو الجماعات المحلية وهيآتها والمؤسسات العمومية على تسديد ما بذمتهم من ديون بمقتضى القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، أو الناتجة عن أحكام وقرارات القضاء أو عن الاتفاقات.

اللجان الضريبية، أو أمام القضاء. باعتبار أن الإجراءات المتعلقة بالمنازعات الضريبية على مستوى فرض الضريبة واحتسابها يشتمل على عدة أحكام الغاية منها تخويل الملزمين/المستثمرين ضمانات مهمة. علما بأن الهدف المتوخى من هذه الإجراءات هو إقرار توازن أكثر بين الواجبات المفروضة على الخاضعين للضريبة وبين السلطة التي يخولها القانون للإدارة. فهذه السلطة مقيدة بشروط كلما أخلت بها تتعرض لجزاء بطلان الإجراء الممارس، وتتم عملية فرض الضريبة بصفة أولية استنادا إلى ما تم التصريح به من قبل الخاضعين[820]. لذا رتب العمل القضائي في المادة الضريبية البطلان، على الإخلال بمقتضيات مسطرة الفرض التلقائي للضريبة، اعتبارا لتعلقها بحق من حقوق الدفاع الذي يعتبر من قبيل الإجراءات الجوهرية الآمرة.

أما بالنسبة للمنازعات المرتبطة بمسطرة التحصيل: فقد يحدث أن يقوم القابض المكلف بتحصيل الضريبة ببعض الأخطاء أثناء قيامه باستخلاص الدين الضريبي، وهو الأمر الذي يلحق ضررا بالغا بالملزم دون سبب وجيه. مما يمنح للقاضي سلطة بسط رقابته على هذا الإجراء والتأكد من مدى احترام الإدارة الضريبة للمقتضيات القانونية المنظمة له، تفاديا لحدوث أي خلل قد يعرقل سير هذه المسطرة وبالتالي إثارة المسؤولية الإدارية عن التحصيل الضريبي المعيب أو التصريح ببطلان إجراءات التحصيل الضريبي[821].

أما في إطار القضاء الاستعجالي لوقف تنفيذ الحجز الضريبي، فيظهر من مجموعة الأحكام الصادرة في السنوات الأخيرة[822]، أن موقف القضاء الإداري استقر على قبول الطلبات الرامية إلى إيقاف إجراءات التحصيل في إطار القضاء الاستعجالي نظرا لطابعها المؤقت من جهة، ومن جهة أخرى نظرا لما تستدعيه الضرورة الملحة كحل مؤقت للحفاظ على مصالح الإدارة والملزم المدين بالضريبة بالحفاظ على نشاطه الاستثماري إلى حين البث في جوهر النزاع.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق، هو أن المنازعات المعروضة على القضاء الإداري بهذا الخصوص ترفع من طرف المستثمرين المغاربة لكون الاتفاقيات التي تبرم مع الأجانب في إطار الاستثمار غالبا ما تنص على أن النزاعات التي قد تحصل تسوى بواسطة الطرق الديبلوماسية، ثم اللجان المختلطة وأخيرا عن طريق التحكيم الذي اتخذ صيتا دوليا إن لم نقل هيمن على كل المساطر المتعلقة بعالم التجارة والصناعة[823]،غير أنهم قد يتصلون بالنزاع بشكل غير مباشر عندما تتضرر مصالحهم في حالة ارتباطهم في علاقات تعاقدية مع شركات مغربية أبرمت مع الإدارة عقدا إداريا ونشأ عنه نزاع قضائي[824].

820 سفيان سروتي، «الاستثمار في ضوء التشريع الضريبي والعمل القضائي»، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، العدد 48 ، 2021، ص.87.

821سفيان سروتي، م. س.، ص. 114.

822 راجع مجموع الأحكام التي أوردها سفيان سروتي. م. س.

823 ادريس بوزيان، " دور القضاء في التنمية الشاملة"، مجلة المحاماة، العدد 38، دجنبر 1995، أشغال المناظرة الوطنية حول العدالة بالمغرب، واقع ومعالجة، ص.57.

824 محمد لمزوغي،" القضاء الإداري ومجال تدخله في حماية الاستثمار"، م. س.، ص.27 .

المطلب الثاني: المحاكم التجارية

يشكل القضاء التجاري إلى جانب القضاء الإداري الجانب القضائي لعملية الإصلاح الاقتصادي المؤسساتي وتنمية المقاولة وتشجيع الاستثمارات الأجنبية التي نهجها المغرب. وفي هذا الإطار يعتبر القضاء التجاري مولودا جديدا بأسرة القضاء في إطار التنظيم القضائي للمملكة، إذ حل هذا القضاء محل القسم التجاري بالمحاكم الابتدائية والغرفة التجارية بمحاكم الاستئناف.

الفقرة الأولى: اختصاص المحاكم التجارية

ويختص بالنظر في مجموع النزاعات التجارية، سواء تعلق الأمر بالدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية؛ الدعاوى التي تنشأ بين التجار المتعلقة بأعمالهم التجارية؛ الدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية؛ النزاعات الناشئة بين شركاء في شركة تجارية؛ النزاعات المتعلقة بالأصول التجارية؛ قضايا صعوبات المقاولة؛ قضايا السجل التجاري [825].هذا فضلا عن الاختصاص بقضايا حماية حقوق الملكية الصناعية الذي أسند لها بمقتضى المادة 15من قانون رقم 97-17 المتعلق بحماية الملكية الصناعية. فمن جملة القضايا التي لها علاقة بميدان الاستثمار نجد قضايا حماية الملكية الصناعية والتجارية، وقضايا النقل البحري الدولي للبضائع وقضايا الاعتماد المستندي والتي تبرز بحق أهمية هاته المحاكم في تحقيق الأمن القضائي.[826]

رافق إحداث المحاكم التجارية، إحداث قضاء تجاري مستعجل نظرا لضخامة عدد النزاعات المتعلقة بالاستثمار وأهميتها، وتأثيرها على الحياة التجارية والاقتصادية للبلاد خاصة بعد فتح المجال أمام الاستثمارات والشركات الأجنبية، ليطمئن المستثمر إلى أن هناك قضاء استعجالي متخصص في المادة التجارية ومن الحصول على الحماية العاجلة لحقه كما تقتضي طبيعة المعاملات التجارية[827].

الفقرة الثانية: أهمية ومزايا القضاء التجاري

تزامن مجيء هذه المحاكم مع المناخ الاقتصادي المتطور ودخول المغرب عهد جديد يسوده نظام مبني على الحرية وتشجيع المبادرات الخاصة والمبادلات التجارية واستثمار الأموال[828] . ومن الأسباب الرئيسية التي دفعت المشرع إلى التفكير في إحداث هذه المحاكم سببان رئيسيان:

- تحفيز وتدعيم وتقوية الاستثمارات الداخلية والخارجية باعتبار القضاء عنصر فاعل وحيوي في تحريك عجلة الاقتصاد واتخاذها المسار الصحيح[829]؛

[825] حدد المشرع المغربي الاختصاص النوعي للقضاء التجاري في المواد من 5 إلى 9 من قانون إحداث المحاكم التجارية.

[826] عبد الرحيم بحار، م. س.، ص. 53.

[827] أسماء العمراني، م. س.، ص93

[828] محمد محبوبي، "أساسيات في التنظيم القضائي"، دار ابي رقراق للطباعة والنشر، الرباط، ط. الثانية 2010، ص.145.

[829] محمد محبوبي، " دور التشريع والقضاء في تنمية المقاولة وتشجيع الاستثمارات"، مقال منشور على مجلة الفقه والقانون، www.majalah.new.ma.2010

- التوقيع على اتفاقية GAT التي تمخض عنها ميلاد المنظمة العالمية للتجارة والتي نصت ديباجتها على ضرورة تحديث جميع الدول النامية لترسانتها التشريعية خاصة في مجال المال والأعمال، وبما أن المغرب قد صادق على هذه الاتفاقية فقد قام بتحديث ترسانته التشريعية وأحدث المحاكم التجارية[830] في سياق تحديث وعصرنة قطاع الأعمال والمعاملات التجارية والاقتصادية وتطوير أساليب دور القضاء في حل النزاعات والخلافات المرتبطة بالأعمال التجارية[831].

وقد تم إحداث المحاكم التجارية بمقتضى القانون رقم 95-53 [832]. وعلقت الدولة أهمية كبرى على هذا التوجه لتطوير مناخ الاستثمار، كآلية من شأنها أن تمكن من تعزيز الثقة الضرورية لتشجيع الاستثمارات المحلية والأجنبية، وآلية تحقق المصداقية للأعمال التجارية.[833]

ولأجل أن يقوم القضاء التجاري المتخصص بالدور المنوط به؛ لاسيما في التحفيز على الاستثمار والمساهمة في خلق النشاطات الاقتصادية، فإنه يضمن الأمن للمستثمرين، ويصون حقوقهم في ظل سيادة القانون واستقلال القضاء، سواء كانوا وطنيين أم أجانب، وألا يكون الاستثمار بدون ضمانات قضائية واضحة.[834] وقد عرف قانون إحداث المحاكم التجارية تفردا عن القواعد العامة في مجموعة من الإجراءات، بسبب طبيعة القضايا التي تختص بها، والتي تقتضي سن قواعد خاصة تبتعد عما هو مألوف في القواعد العامة المسطرية.

كما عمل المشرع المغربي على تبني خاصية السرعة عن طريق سن آجال قصيرة تتخذ شكلين إما رقمية أو بلاغية، الشيء الذي يجعل حسم النزاع يتم في وقت وجيز وسريع وفعال، وهذا ما دعت إليه جل التشريعات والمحافل العلمية [835].

ومنحت المادة 21 من القانون رقم 95-53 صلاحيات واسعة لرئيس المحكمة التجارية بصفته قاضي المستعجلات لاتخاذ التدابير التحفظية ولو كانت هناك منازعة جدية بين الأطراف. كما تم تبني مؤسسة القاضي المكلف بتتبع إجراءات التنفيذ، والذي شكل قفزة نوعية في الميدان التجاري، وتناط به مهمة الاشراف والرقابة على أعمال التنفيذ التي يباشرها أعوان التنفيذ والمفوضين القضائيين، ومن حقه اصدار أوامر ولائية

---

[830] يبلغ حاليا عدد المحاكم التجارية ثمان محاكم (الرباط، الدار البيضاء، فاس، طنجة، مراكش، أكادير، مكناس، وجدة) وثلاث محاكم الاستئناف التجارية (الدار البيضاء، فاس، مراكش).

[831] محمد محبوبي، " دور التشريع والقضاء في تنمية المقاولة وتشجيع الاستثمارات"، مقال منشور على مجلة الفقه والقانون، www.majalah.new.ma.2010

[832] الظهير الشريف رقم 1.97.65 الصادر في 4 شوال 1417 (12 فبراير1997)بتنفيذ القانون رقم 95-53 القاضي بإحداث محاكم تجارية، الجريدة الرسمية عدد 4482، 8 محرم 1418 (15 ماي 1997)، ص. 1141-1144.

[833] جواد النوحي، م. س.، ص. 172.

[834] عبد الرحيم بحار، م. س.، ص.42.

[835] كما هو الحال بالنسبة لإعلان مراكش حول استقلال السلطة القضائية وضمان حقوق المتقاضين واحترام قواعد سير العدالة بتاريخ 4 ابريل 2018، ص.4. الذي كان من بين توصياته ترشيد تدبير الزمن القضائي والبت في آجال معقولة،

كالحجز التحفظي على المنقول إذا ما اسند له رئيس المحكمة التجارية هذه المهام، وكذلك البت في الصعوبات الوقتية في حالة ما انيب اليه ذلك وتوفر فيه شرط أقدم القضاة[836]. وتبرز أهمية هذا الجهاز بالنظر إلى دوره في مراقبة إجراءات التنفيذ خاصة أن هذه الأحكام لا ترتبط بالمستثمرين المغاربة فقط بل حتى الأجانب، ومن شأن تنفيذ الأحكام الصادرة في الميدان التجاري دون مماطلة أو تراخي، للدفع بالمستثمرين الأجانب إلى الاستثمار في المغرب بالنظر لجودة قضائه التجاري المتمثل في وجود جهة مكلفة بتتبع إجراءات التنفيذ[837]. إذ لا يمكن تصور قضاء قوي دون أن يكون فعالا، فلا فائدة ترجى من حكم يصدر ويبقى بدون تنفيذ.

ومن خلال ما سبق الوقوف عنده، تبرز أهمية المحاكم التجارية للبث في المنازعات التجارية بالسرعة والفعالية المطلوبتين في ميدان الأعمال التجارية وقضايا الاستثمار. وتجدر الإشارة إلى أن المحاكم التجارية على مختلف درجاتها لا تساهم فقط في جلب الاستثمار واستقطابه كما سبق بيانه، وانما أيضا لها دور مهم في تثبيته وذلك من خلال اختصاصها الأصيل في مادة صعوبة المقاولة، بإصدار المشرع المغربي للقانون رقم 73.17[838]. ولعل ما تضمنته مدونة التجارة في الكتاب الخامس المتعلق بمساطر صعوبات المقاولة الذي شكل طفرة نوعية في الطريقة التي يتم بها التعامل مع المقاولات التي تعرف صعوبات سواء كانت مالية أو اقتصادية أو اجتماعية أو هيكلية، بحيث ثم الانتقال من نظرة سوداوية مبنية على افتراض سوء نية رئيس المقاولة وعلى الحماية المفرطة للدائنين، إلى نظرة تعتمد التشخيص الحقيقي من أجل الكشف عن الداء الحقيقي الذي تعاني منه المقاولة حتى يوصف لها دواء لكي تسترجع عافيتها[839]، فهدف المشرع من فتح مساطر المعالجة هو محاولة إنقاذ المقاولة وبالتالي حماية مصالح المستثمرين، ولم يجعل منها أبدا وسيلة للحصول على الديون وتنفيذ الأحكام. إلا أنه، وبالرغم مما سبق ذكره، فإن معظم الشركات تفضل اللجوء إلى التحكيم؛ إما لعدم ثقتها في قضاء الدولة المستقبلة، أو طمعا في السرعة والسرية التي قد يوفرها التحكيم؛ الشيء الذي يخدم مصالحها أكثر.. وفي هذا السياق ، يمكننا أن نشير إلى قضية **الشركة المغربية المجهولة الاسم للصناعة والتكرير**، أو المعروفة اختصارا بـ "لاسامير". التي توقف الإنتاج بها في 2015، بسبب تراكم ديونها التي بلغت أكثر 40 مليار درهم، ولجوء إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة لتبليغ كل الأبناك والشركات بإشعار غير الحائز، ليلج الملف بعد ذلك لردهات المحكمة التجارية التي قضت ابتدائيا في 21 مارس 2016، واستئنافيا في 1 يونيو 2016، بالتصفية القضائية[840] مع الإذن باستمرار النشاط[841]، ليأكد قرار محكمة النقض صحة الحكم الأولي بتصفية مصفاة "لاسامير"..

---

[836] طبقا للفصل 149 من قانون المسطرة المدنية

[837] أيوب صبحي، م. س.، 306-307.

[838] القانون رقم 73.17 بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، فيما يخص مساطر صعوبات المقاولة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.26 بتاريخ 2 شعبان 1439 (19 أبريل 2018)، الجريدة الرسمية عدد 6667 بتاريخ 6 شعبان 1439 (23 أبريل 2018)، ص 2345

[839] علال فالي، مساطر صعوبات المقاولة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط. الثالثة 2019، ص. 9.

[840] تصفية شركة لاسمير بالمحمدية – حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، عدد 38، الصادر بتاريخ 21-03-2016، في الملف رقم 23-8302-2016.

نتيجة لقرار التصفية القضائية، قامت شركة "كورال موروكو هولدينغ" التابعة لمجموعة "كورال بيتروليوم هولدينغ" السويدية، باعتبارها المساهم الرئيسي في مصفاة "لاسامير"، بتقديم طلب للتحكيم الدولي في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بتاريخ 14 مارس 2018. لتطالب بتعويض عن الضرر الذي لحق باستثماراتها في المغرب، بدعوى عدم احترام اتفاقية الاستثمار. ووفقًا لبنود الاتفاقية الموقعة بين المغرب والسويد[842]، ، تم تحديد الالتزام بإحالة النزاعات المتعلقة بالاستثمار بين الأطراف إلى المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار. كما تقدمت مجموعة الشركات الأمريكية (كارلايل) بطلب تحكيمي، في مواجهة الحكومة المغربية امام نفس المركز، للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها نتيجة تعاملاتها المالية مع شركة لاسامير[843].

مما سبق يمكن القول أن الشركات، وبشكل خاص الشركات الأجنبية، يميلون نحو التحكيم لحل النزاعات بسبب عدة عوامل. يشمل ذلك السرية، والسرعة، والتخصص، والقدرة على تحديد قوانين وإجراءات النزاع، وإمكانية التنفيذ الدولي، والثقة بفعالية التحكيم. كما يتيح التحكيم للشركات تجنب التأثيرات السياسية والتحفظات الوطنية، وقد يكون أقل تكلفة مقارنة بالمحاكم التقليدية. هذه العوامل تجعل التحكيم خيارًا مثلى للشركات لحل النزاعات.

المبحث الثاني: ترقية التحكيم كوسيلة لتعزيز الاقتصاد الوطني وجذب الاستثمارات الأجنبية

يعتبر التحكيم من أهم آليات فض المنازعات المتعلقة بالأعمال والاستثمار عموما، وذلك بالنظر لما يتميز به التحكيم من فعالية وسرعة وسرية واقتصاد في التكاليف، ويقصد به لجوء المتعاقدين لفض منازعاتهم الآنية والمستقبلية الى جهة غير قضائية[844]، وقد عرفه الفقيه ROBERT بكونه نظام للقضاء الخاص تقصى فيها خصومة معينة من اختصاص القضاء العادي، ويعهد بها إلى أشخاص يتم اختيارهم للفصل فيها، وقد عبر الفيلسوف أرسطو عن أهمية التحكيم بمقولته الشهيرة:" إن أطراف النزاع يفضلون التحكيم على القضاء لأن المحكم يرى العدالة بينما القاضي لا يعتد إلا بالتشريع".

---

[841] هذا الحكم تم بناء على مقتضيات المادة 652 من مدونة التجارة، هذه الأخيرة تجيز الإذن باستمرار نشاط الشركات في طور التصفية القضائية، إذا اقتضت المصلحة العامة أو مصلحة الدائنين ذلك، إما تلقائيا أو بطلب من السنديك أو وكيل الملك.

[842] الاتفاق الموقع بين المغرب والسويد في عام 1990 بشأن إنعاش وحماية الاستثمار المتبادل. وقد دخل هذا الاتفاق حيز التنفيذ في عام 2009، وينص على ضرورة حماية مستثمري كلتا الدولتين.

[843] تصريحات الوزير السابق للطاقة والمعادن والبيئة،لموقع 2M، بتاريخ 15 أكتوبر 2019، www.2M.ma

[844] يونس العياشي،" مدى ملائمة مشروع قانون التحكيم التجاري رقم 08.05 مع الاتفاقيات الدولية ومبادئ التحكيم الدولي"، مجلة محاكمة، ع.2، مار/ ماي 2007، ص73، كما أوردته أسماء العمارتي في رسالتها الأمن القضائي ودوره في تشجيع الاستثمار بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكدال، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2021/2020، ص.140.

المطلب الأول: مراحل تطور قانون التحكيم بالمغرب وصولا الى القانون الحالي 17-95 (2022)

الفقرة الأولى: ما قبل قانون17-95

عرف المغرب التحكيم لأول مرة في شكله النظامي منذ صدور قانون المسطرة المدنية لسنة 1913 في بابه الخامس عشر من الفصل 527 إلى الفصل 543.

بعد ذلك صادق المغرب على عدة اتفاقيات دولية وإقليمية وثنائية في هذا المجال، خاصة منها اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بالمقررات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها[845]، واتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بتسوية الخلافات الراجعة للاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى.[846] علاوة على اتفاقيات أخرى مع عدة دول تتضمن شرط اللجوء للتحكيم.

وفي إطار الإصلاح القضائي لسنة 1974، صدر ظهير شريف بمثابة قانون بالمصادقة على قانون المسطرة المدنية، إذ تضمن في بابه الثامن تنظيم مسطرة التحكيم في الفصول من 306 إلى 327. ونظرا لكون هذا القانون لم يتعرض للوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات ولم ينظم التحكيم الدولي، إضافة إلى كونه لم يلم بكل قواعد التحكيم، ومراعاة للتطور الاقتصادي الذي عرفته جل دول المعمور، وما صاحبه من ازدهار للتجارة الدولية وتحريرها، خاصة بعد توقيع اتفاقية مراكش[847]، واعتبارا لما نص عليه القانون الإطار رقم 18.95بمثابة ميثاق الاستثمارات من تدابير لتشجيع الاستثمار الأجنبي، منها إمكانية فض المنازعات الناشئ عن العقود الدولية للاستثمار عن طريق التحكيم الدولي وفقا للاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب في هذا المجال[848]. وبالإضافة لما سبق فقد التزم المغرب باتفاقيات مراكش المحدثة للمنظمة العالمية للتجارة والتي تضمنت ملحقا خاصا بمجال التحكيم تحت عنوان:" تفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات عن طريق التحكيم والتوفيق والوساطة... ناهيك عن الخطاب الملكي السامي لسنة 2003 الذي أكد على ضرورة الإعداد السريع لمشروع قانون التحكيم التجاري الوطني والدولي...

وعلى إثر إحداث القطب المالي بالدار البيضاء[849]، على غرار الأقطاب المالية للدول التجارية الكبرى في العالم، والذي صاحبه تدشين المركز الدولي للوساطة والتحكيم، واستجابة للرغبة الملحة للمستثمرين في

---

845 اعتمدتها اللجنة الاقتصادية والاجتماعية التابعة لهيئة الأمم المتحدة بتاريخ 10 يونيو 1958، والمصادق عليها بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.59.266 المؤرخ في 19 فبراير 1960.

846 انضم إليها المغرب بمقتضى المرسوم الملكي رقم 564.65 المؤرخ في 31 أكتوبر 1966.

847 أعلنت اتفاقية مراكش عن ميلاد " منظمة التجارة العالمية"، والتي دخلت حيز التنفيذ في بداية يناير 1995، وارفقت هذه الاتفاقية بملحق خاص تحت عنوان" تفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات، عن طريق التحكيم والتوفيق والوساطة

848 المادة 17 من القانون الإطار رقم 18.95 بمثابة ميثاق للاستثمارات. الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.213 الصادر في 14 من جمادى الآخرة 1416(8 نوفمبر 1995)

849 بمقتضى القانون رقم 44.10 المتعلق بصفة القطب المالي للدار البيضاء، الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ 30 ديسمبر 2010، كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 68.12 الصادر في الجريدة الرسمة بتاريخ 12 يونيو 2014.

تبسيط وتسريع المساطر الإدارية والقضائية في عملية الاستثمار، ومنها مسطرة التحكيم والوساطة، وسعيا إلى تأهيل القضاء لمواكبة التحكيم من خلال تبسيط مسطرة التذييل بالصيغة التنفيذية، والاعتراف بأحكام المحكمين الصادرة فيها، وتنفيذا للتعليمات الملكية السامية[850]، وتنزيلا لأهداف وتوصيات ميثاق إصلاح منظومة العدالة الصادر سنة 2013، وخاصة التوصية رقم 137 الرامية إلى تشجيع اللجوء إلى الوساطة والصلح والتحكيم لحل النزاعات، أصبح على هذا الأساس، من الضروري فصل المقتضيات المنظمة للتحكيم والوساطة الاتفاقية عن قانون المسطرة المدنية مع تحيينها وإدخال التعديلات اللازمة عليها لتواكب المستجدات التي عرفتها التجارة الدولية.

كما حث الملك محمد السادس في مناسبات عديدة: "على ضرورة مراجعة مساطر التسوية التوافقية لما قد ينشأ من منازعات بين التجار، وذلك لتمكينهم من اللجوء أكثر ما يمكن إلى التحكيم وتنويع مساطر التسوية التوافقية لما قد ينشأ من منازعات بين التجار وذلك من خلال الإعداد السريع لمشروع قانون التحكيم التجاري الوطني والدولي ليستجيب نظامنا القضائي لمتطلبات عولمة الاقتصاد وتنافسيته ويسهم في جلب الاستثمار الأجنبي[851]." ذلك أن الممارسة التحكيمية بالمغرب لازالت تتسم إما بسبب النص القانوني تارة أو الممارسين للتحكيم تارة أخرى بالكثير من الضعف والهشاشة[852]...

فلكل هذه الأسباب كان من الضروري تعديل المقتضيات القانونية المنظمة للتحكيم في ق. م. م.، بسن قواعد جديدة تنظم التحكيم الدولي والوساطة الاتفاقية، وقد صدر القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية الصادر بتاريخ 30 نونبر 2007[853]، الفصول من 306 إلى 327-70. الذي شكل نقلة نوعية في تحديث الإطار القانوني الناظم للتحكيم بالمغرب، حيث أنه لا يمكن نفي الصبغة الحداثية لهذا القانون سواء شكلا أو مضمونا. بالرغم من الخلل الشكلي الذي اعترى الفصول المنظمة للتحكيم فيه[854].

غير أن القانون رقم 08.05 (2007) لم يضع حدا نهائيا للنقاش الفقهي والرسمي بشأن وضع التحكيم في المغرب وحول ضرورة تطويره وأقلمته مع التشريعات المقارنة الرائدة، ومع التحولات الاقتصادية السريعة التي شهدها ويشهدها المغرب ومحيطه الجهوي والدولي، وأيضا مع استراتيجية جلب وتحريك المزيد من الاستثمارات الخاصة، الوطنية منها والأجنبية، العامة منها والخاصة. وترجمة لهذا المسعى صدر القانون

850 الخطاب الملكي ليوم 20 غشت 2009، بمناسبة الذكرى 56 لثورة الملك والشعب الذي أعلن عن إطلاق الإصلاح الشامل والعميق للقضاء، والذي أكد فيه جلالته على " ضرورة تطوير الطرق القضائية البديلة كالوساطة والتحكيم والصلح".

851 عبد الرحيم بحار، م. س.، ص .57.

852 مصطفى بونجة،" مداخل إصلاح التحكيم التجاري بالمغرب بين القانون والممارسة"، م. س.، ص. 8.

853 القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ و تعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 6 ديسمبر 2007،وذلك في الفصول من 306 إلى 327-70

854 مصطفى بونجة،" مداخل إصلاح التحكيم التجاري بالمغرب بين القانون والممارسة"، منشورات المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد الخاص رقم 20، الوسائل البديلة لحل النزاعات الصلح – التحكيم– الوساطة، تنسيق أحمد أجعون، ص.7.

رقم 95-17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية[855] بتاريخ 24 ماي 2022 وكانت وزارة العدل قد بدأت في إعداد مشروعه منذ 2017 ، وقد أقيمت عدة لقاءات استشارية وعلمية بشأنه.

الفقرة الثانية: القانون رقم 95-17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية

من أبرز مستجداته فصله للقواعد القانونية المنظمة للتحكيم والوساطة الاتفاقية عن مقتضيات قانون المسطرة المدنية خلافا لما كان عليه الأمر في القانون 05-08 الصادر سنة 2007 المدمج في قانون المسطرة المدنية والذي كان يعاب عليه تنظيم التحكيم كنوع من القضاء الخاص ضمن قانون إجرائي عام ينظم التقاضي أمام المحاكم الرسمية. وقد تحسنت هندسة القانون وجاءت مقتضياته أكثر تفصيلا ودقة ووضوحا. خاصة على مستوى التأصيل المفاهيمي الذي يتصدر بنود القانون وإسناد مهمة المحكم لذوي الخبرة والكفاءة العلمية، والخبرة القانونية؛ وجواز إبرام اتفاق الوساطة من قبل الأشخاص الذاتيين أو الاعتباريين المتمتعين بالأهلية الكاملة. مع ترك أمر تحديد لائحة المحكمين لنص تنظيمي بخلاف ما هو منصوص عليه في الفصل 321 من القانون الحالي.

ومن أهم إيجابيات القانون الجديد أيضا تحديده الواضح للجهة القضائية المكلفة بتذييل الأحكام التحكيمية بالصيغة التنفيذية[856]... وذلك انسجاما مع القانون رقم 38.15 المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة الذي نص على إحداث أقسام متخصصة بالقضاء الإداري والقضاء التجاري داخل المحاكم الابتدائية، وبهدف توحيد جهة الاختصاص المانحة للصيغة التنفيذية في رئيس المحكمة بحسب اختصاصه، كما تم تخويل الرئيس الأول لمحكمة ثاني درجة اختصاص منح الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي إذا كان النزاع معروضا عليها واتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم وتطبيق القواعد المتعلقة بالتنفيذ المعجل للأحكام القضائية على الأحكام التحكيمية التي لا تطلب فيها صيغة التنفيذ، وتماشيا مع التطورات الرقمية تم إتاحة إمكانية إبرام اتفاق التحكيم بواسطة رسالة الكترونية وفقا للقواعد المنظمة للمعاملات الالكترونية[857]، وبالتالي خضوعها لقانون 53.05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، على عكس القانون السابق الذي لا يتيح هذه الإمكانية.[858] كما تَمَّ تدارك الإشكاليات المتعلقة بعملية التبليغ، وخاصة فيما يتعلق بالتحكيم الدولي، من خلال المادة 60 من القانون الجديد، والتي تضمنت إمكانية تبليغ الحكم التحكيمي الصادر داخل المملكة عبر

---

[855] ظهير شريف رقم 1.22.34، 23 شوال 1443(ماي 2022) بتنفيذ القانون رقم 17-95 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية – ج.ر. 7099 بتاريخ 23 يونيو 22 20 ص. 3579.

[856] تم التنصيص في المادة 66 من المشروع على منح الاختصاص بإضفاء الصيغة التنفيذية على المحاكم التحكيمية في المادة الإدارية لرئيس المحكمة الإدارية او رئيس القسم المتخصص في القضاء الإداري بالمحكمة الابتدائية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي الداخلي في دائرتها، او لرئيس المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني، وحسب المادة 77 من المشروع فقد تم منح اختصاص إضفاء الصيغة التنفيذية على الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في المغرب لرئيس المحكمة التجارية او رئيس القسم المتخصص في القضاء التجاري بالمحكمة الابتدائية التي صدرت في دائرة نفوذها تلك الأحكام، وإذا كان الحكم التحكيمي الدولي قد صدر خارج المملكة انعقد هذا الاختصاص لرئيس المحكمة التجارية او لرئيس القسم المتخصص في القضاء التجاري بالمحكمة الابتدائية التابعة لدائرة نفوذها مكان التنفيذ.

[857] المادة 3 من قانون التحكيم

[858] الفصل 313

جميع الوسائل، بما في ذلك وسيلة التبليغ الإلكتروني. هذا يشكل تطورًا مهمًا مقارنةً مع القانون السابق رقم 08.05 الذي لا يتيح هذه الخيارات. هذا الإجراء يهدف إلى تسهيل وتسريع عملية التبليغ على الأطراف المشاركة في التحكيم، ويعكس التطورات التكنولوجية الحديثة في تبادل المعلومات والاتصالات. هذا وبالإضافة إلى تبني خيار توسيع المعايير الدولية في مجال التحكيم.. فكل هذه المقتضيات الجديدة المنصوص عليها في القانون 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية يهدف من خلالها المشرع تجاوز المشاكل والاكراهات الواقعية والقانونية التي كان يطرحها القانون السابق. وكل هذا سيؤدي حتما إلى توفير المناخ الملائم للاستثمار وترسيخ دعائم الأمن القانوني في ميدان الأعمال، خاصة مع اتساع العلاقات الدولية في مجال الأعمال وكذا عولمة الاقتصاد وسرعة تحرك الأموال.

المطلب الثاني: تبني المغرب للاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف المقرة للتحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار

اعتبارا لكون الاستثمار الأجنبي المباشر هو المحرك الأساسي للاقتصاد الدولي، فإن حمايته تتطلب البحث عن الوسائل والآليات القانونية الكفيلة بذلك. فتسوية المنازعات الاستثمارية بواسطة القضاء الوطني في الدول المستقطبة للاستثمار لا يقدم الضمان الكافي للمستثمر الأجنبي. وذلك يرفع أساسا إلى اختلاف المركز القانوني لأطراف النزاع، فأحدهما دولة ذات سيادة، بينما الآخر شخص طبيعي أو قانوني من أشخاص القانون الخاص، مما قد يؤدي إلى صعوبة تحقيق المساواة الكاملة بينهما أمام القضاء الوطني في الدولة. كما قد يساور المستثمر الأجنبي بعض الشك في أن الأحكام التي تصدر من ذلك القضاء لا تتسم بالحياد الواجب، زيادة على أن الإجراءات القضائية في القضاء الوطني تتسم عموما بالبطء، لذا قد لا يطمئن المستثمر الأجنبي على نتيجة دعواه المقامة ضده الدولة بما تكتسبه من سلطة أمام محاكمها الداخلية، مما قد يكون له أثر سلبي على اتخاذه قرارا باستثمار أمواله في تلك الدولة، مالم توجد وسيلة قانونية أخرى بديلة لفض المنازعات الاستثمارية بينه وبين تلك الدولة. تتضمن الاتفاقيات الدولية مجموعة من البنود التي تنظم جميع مراحل العملية الاستثمارية، من تاريخ قيامها إلى تاريخ انحلالها. لكل ما سبق، تم إحداث وسيلة دولية لحل منازعات الاستثمار تتمثل في التحكيم التجاري الدولي. وسيرا على النهج الذي نهجته معظم دول العالم، الغنية منها والفقيرة، النامية والمتقدمة. نص كل من القانون الإطار السابق رقم 18.95بمثابة ميثاق الاستثمارات من تدابير لتشجيع الاستثمار الأجنبي، والقانون الإطار الحالي رقم 03.22 بمثابة ميثاق الاستثمار إمكانية فض المنازعات الناشئة عن العقود الدولية للاستثمار عن طريق التحكيم الدولي وفقا للاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب في هذا المجال.

وتعتبر الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمار أحد هذه الأليات التي تعني بحماية حقوق المستثمرين الأجانب، والتي وصل عددها سنة 2021 إلى أكثر من 3200 اتفاقية دولية حسب الموقع الرسمي ل .UNCTAD وتتضمن كل الاتفاقيات الدولية والثنائية في مجال تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة

تحديد طرق لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار والتي يمكن أن تثور بين الدولة المضيفة ورعايا الدولة الأخرى المتعاقدة، فأدرجت في بنودها شرط التحكيم، رغم أنها تسمح باللجوء في البداية إلى الطرق الودية والدبلوماسية. ومن بعض نماذجها نجد كلا من الاتفاقيتين المغربية- الارجنتينية ، والمغربية – البلغارية بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات على وجه التبادل .

وقد أجاز المغرب في الاتفاقيات الدولية المبرمة للمستثمر الأجنبي حق اللجوء إلى التحكيم الدولي كطريقة لتسوية المنازعات التي تنشب بينه وبين الدولة المضيفة لرؤوس أمواله، تدعيما منه لهذا لتوجه في قانونه الداخلي، وإدراكا منه لأهمية القانون الاتفاقي في تعزيز وتقوية العلاقات التجارية بين الدول.

الفقرة الأولى: الاتفاقيات المتعددة الأطراف

دعم المغرب نظامه القانوني ببعض الاتفاقيات المتعددة الأطراف لعل أهمها:

اتفاقية نيويورك، المبرمة بتاريخ 10 يونيو 1958 والتي تنظم الاعتراف بالأحكام التحكيمية الصادرة بالخارج.؛ وقد صادق المغرب عليها بتاريخ 12 فبراير 1959 على أن تدخل حيز التنفيذ بالنسبة اليه ابتداء من 07 يونو 1959.

اتفاقية واشنطن، المبرمة بتاريخ 18 مارس 1965، أحدثت المركز الدولي لتسوية منازعات التحكيم؛ وقد صادق المغرب عليها بتاريخ 11 ماي 1967 على أن تدخل حيز التنفيذ بالنسبة اليه ابتداء من 10 يونيو 1967. ومن أبرز خصائص ومميزات الأداء التحكيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات التحكيم عدم التزام المستثمر بقاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية قبل طلب تحكيم المركز، ماعدا إذا اشترطت الدولة المحتضنة للاستثمار ذلك، مقابل تنازل الدول عن ممارسة الحماية الدبلوماسية لفائدة المستثمرين المنتمين لها والذين قبلوا تحكيم المركز الدولي ما عدا إذا رفضت الدولة المستضيفة للاستثمار تنفيذ القرار التحكيمي. علما بأن القرارات التحكيمية للمركز، قابلة للتنفيذ المباشر دون الحاجة لتذييلها بالصيغة التنفيذية كما هو الشأن بالنسبة للقرارات التحكيمية الأخرى. ومن سمات تحكيم المركز أيضا، كون قراراته توصي باتخاذ الإجراءات التحفظية والمؤقتة في حين أن قرارات غيره من محاكم التحكيم تأمر بها[859]، وإن كان الاجتهاد التحكيمي للمركز في قضية مافيزيني ضد إسبانيا، أقر بأن التوصية بالإجراءات التحفظية تعادل الأمر بها.[860]

وقد أفرزت هيئات التحكيم خاصة منها التابعة ل CIRDI اجتهادات وتوجهات بشكل متواتر، مع الإقرار ببعض الارتدادات بخصوص تعريف الاستثمار ومفهومه الموسع، وأيضا طرفي النزاع من دولة وأشخاصها العامة ومستثمر أجنبي طبيعي ومعنوي....وبرز توجه واضح ومستديم بشأن تليين الرضائية في

[859] راجع على التوالي المواد: 26-1، 26-2 ، 27، 54، 47 من اتفاقية واشنطن

[860] عبد الحق الجناتي الادريسي،" اختصاص المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين النص الاتفاقي والاجتهاد التحكيمي"، م.س.ص. 12-13.

التحكيم (شرط التحكيم بالإحالة، التحكيم الرضائي الغير تعاقدي...)، والاقرار بأشكال غير مسبوقة لسند التحكيم بناء على تشريع داخلي أو اتفاقية دولية.[861] فبعدما كانت اسس اختصاص المركز تستند على تقدم الأطراف بطلب تحكيمه بناء على مقتضيات عقود الاستثمار المبرمة بين المستثمرين الأجانب والدول المستضيفة لاستثماراتهم إلى حدود بداية التسعينات من القرن الماضي، برزت بقوة فائقة طلبات التحكيم على أساس اتفاقيات دولية أبرزها الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمار TBI الموقعة بين الدول المستقبلة للاستثمار والدول التي ينتمي إليها المستثمر أو يحمل جنسيتها[862].

الفقرة الثانية: الاتفاقيات الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار

وبخصوص **الاتفاقيات الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار**، فإن المغرب أبرم ويلتزم بحيث 75 اتفاقية تغطي لائحة شركائه في هذا المجال كافة الدول المصدرة لرؤوس الأموال (دول الخليج العربي، أغلب دول الاتحاد الأوربي، دول أمريكا الشمالية، والهند، وروسيا، وإندونيسيا....) بالإضافة إلى العديد من الدول الإفريقية التي يرتبط المغرب معها بعلاقات اقتصادية... وتبقى اللائحة مرشحة لضم المزيد من الدول مستقبلا.

وتعتبر الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمار أحد هذه الأليات التي تعني بحماية حقوق المستثمرين الأجانب، والتي وصل عددها سنة 2021 إلى أكثر من **3200** اتفاقية دولية حسب الموقع الرسمي لـUNCTAD . وتتضمن كل الاتفاقيات الدولية الثنائية في مجال تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة تحديد طرق لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار والتي يمكن أن تثور بين الدولة المضيفة ورعايا الدولة الأخرى المتعاقدة، فأدرجت في بنودها شرط التحكيم، رغم أنها تسمح باللجوء في البداية إلى الطرق الودية والدبلوماسية. ومن بعض نماذجها نجد كلا من الاتفاقيتين المغربية- الارجنتينية[863]، والمغربية – البلغارية[864] بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات على وجه التبادل.

861 عبد الحق الجناتي الادريسي وأمين الجناتي الادريسي، "الاجتهاد التحكيمي: منازعات الاستثمار نموذجا"، مجلة الأبحاث في القانون، الاقتصاد والتدبير عدد 7، 2019، ص. 163.

862 عبد الحق الجناتي الادريسي، م. س.، ص. 13.

863 ظهير شريف رقم 1.97.81، صادر في 3 ماي 2000، بنشر الاتفاق الموقع بصوفيا في 22 ماي 1996، بين المملكة المغربية وحكومة جمهورية بلغاريا، بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة، ج. ر. ع. 4807، صادرة في 26 يونيو 2000 ،تضمنت المادة 9 منها، تسوية الخلافات بين المستثمر والطرف المتعاقد الأخر، بقدر الإمكان بالتراضي عن طريق المشاورات والمفاوضات، وإذا ما تعذرت التسوية الودية للخلاف في ظرف 6 أشهر من تاريخ تبليغه المكتوب، يتم عرض الخلاف باختيار المستثمر على: المحاكم الوطنية للطرف المتعاقد المتورط في النزاع، تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات.

864 ظهير شريف رقم 1.97.129، صادر في 3 ماي 2000، بنشر الاتفاق الموقع بالرباط في 13 يونيو1996، بين المملكة المغربية وحكومة الجمهورية الأرجنتينية، بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة، ج. ر. ع. 4807، صادرة في 26 يونيو 2000 ، تبنت نفس الطرق المنصوص عليها في الاتفاقية المغربية البلجيكية، إلا أن الاتفاق حدد اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، في هذا الاتفاق على الخلافات المتعلقة بالمواد 4-5-6-7-8، من الاتفاق، وبالرجوع إلى مضمون هذه المواد نجدها تتعلق بنزع الملكية والتعويض، التعويض عن الضرر في حالة القوة القاهرة، التحويلات، الحلول محل المستثمر، التزامات أخرى. فالاتفاق لم يستثني إلا المادة الثانية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار والمادة الثالثة المتضمنة معاملة الاستثمارات.

خاتمة

بالرغم من ما تم ذكره، إلا أن أوضاع النظام القضائي في المغرب تُعدّ من بين أبرز العوائق التي تعيق الاستثمار الخاص. فقد شهدت فعالية النظام القضائي تراجعًا حسب مؤسسة (إيريتاج فونديشن) من 41.9 إلى 32.7 بين عامي 2017 و2022. ولضمان حماية حقوق الملكية وتنفيذ العقود بفعالية، يجب وجود مؤسسات قانونية قوية[865]. فالاقتصادات التي لا تقدم حماية كافية للملكية الخاصة تجد صعوبة في جذب الاستثمارات البشرية والمادية وتعزيز الإبداع[866]. لهذا السبب، تمت إعادة النظر في الأنظمة القانونية والمؤسساتية لمجال الاستثمار، والتركيز على الإصلاحات اللازمة في منظومة العدالة بالمغرب، خاصةً فيما يتعلق بقضايا الأعمال والنزاعات التجارية. وذلك لتعزيز الثقة لدى المستثمرين وتشجيع استقرار الاستثمارات الأجنبية في البلاد. وعلى الرغم من العناية الخاصة التي أولاها المغرب لمجال الأعمال بهدف جذب الاستثمارات وتشجيع المستثمرين، ومحاولته توفير بيئة استثمارية متكاملة، إلا أن تباطؤ النظام القضائي وتعقيدات النزاعات المالية والتجارية دفعت إلى اعتماد أنظمة بديلة مثل التحكيم والوساطة لحل هذه النزاعات بشكل أسرع وأكثر فعالية. وبالأخص، تُفضّل الشركات، وبخاصة الشركات الأجنبية منها، اللجوء إلى التحكيم وتثق فيه كوسيلة لحل النزاعات.. الشيء دفع المغرب إلى الاهتمام أكثر بالقوانين المؤطرة للتحكيم في المغرب، وإصدار قانون يحمل بصمات التطور والتحسين عن القانون السابق. ويتميز بتجاوبه مع الاحتياجات الملحة للمستثمرين في تبسيط الإجراءات وتسريع العمليات القضائية في مجال الاستثمار. وتحقيقاً للأهداف المنشودة، يهدف القانون إلى تعزيز وتطوير منظومة العدالة والاستجابة لتطلعات المستثمر مما يستدعي:

- التركيز على تفعيل مستجدات هذا القانون والاستفادة القصوى من فوائده ومزاياه. يتطلب ذلك بذل المزيد من الجهود لتعريف جميع الأطراف المعنية بالقانون وتدريبها على تطبيقه بشكل صحيح. كما ينبغي تنظيم ندوات وبرامج تثقيفية لنشر الوعي حول هذا الموضوع وتعزيز فهمه.

- تحسين نظام القضاء والقضاة في المغرب وتوفير التدريب المستمر لهم، لضمان العدالة والشفافية في المحاكمات التجارية.

[865] في مجال حماية الملكية الصناعية، يعتبر تزايد عمليات التزوير واحدة من العقبات الرئيسية التي تحد من الاستثمار، حيث يقدر التزوير بما بين 6 و12 مليار درهم في السوق المغربية. وهو ما يمثل ما بين 0.7 %و1.3%من الناتج المحلي الإجمالي. الأمر الذي تترتب عنه خسارة ضريبية تقدر بحوالي مليار درهم، ويحول دون توفير حوالي 30.000 منصب شغل. وعلى مستوى السجل التجاري الذي يتم تسييره من طرف المحاكم التجارية والمكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية، فقد لوحظ أن إنشاء الشركات ومتابعة مراحلها القانونية لا يتم تتبعه بواسطة نظام موحد متناسق ومتكامل داخل الإدارات العامة. كما أن النظام الحالي لا يسمح بشكل رسمي من إشراك مختلف المتدخلين المعنيين) السجلات التجارية المحلية والسجل المركزي التجاري وإدارة الضرائب والمراكز الجهوية للاستثمار والمندوبية السامية للتخطيط والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، الخ.... مما تترتب عنه أثار سلبية تتعلق بالتكلفة والكفاءة وجودة المعلومات. حسب التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات برسم سنتي 2016و2017 الجزء الأول، ص.135.

[866] شيد أوراز، "مناخ الأعمال في المغرب: منجزات كبيرة لكنها حبر على ورق"، بحث منشور من طرف المعهد المغربي لتحليل السياسات، 2020، ص. 14-15.

- تعزيز التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات بين المستثمرين والجهات المستثمرة، لتجنب التقاضي الطويل أمام المحاكم، بحيث تتوزع القضايا ما بين التحكيم والقضاء. ليلجأ المستثمر للجهة التي تناسب قناعاته.

❖ **لائحة المراجع**

➢ **الكتب**

- أحمد عبد الله المراغي، المحاكم الاقتصادية كوسيلة لجذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط. الأولى 2016
- جواد النوحي، مقاربة سياسية للاستثمارات الأجنبية في المغرب، مؤسسة الملك عبد العزيز آل سعود للدراسات الإسلامية والعلوم الإنسانية- سلسلة أبحاث-، منشورات عكاظ، الرباط، 2010
- محمد محبوبي، "أساسيات في التنظيم القضائي"، دار ابي رقراق للطباعة والنشر، الرباط، ط. الثانية 2010
- علال فالي، مساطر صعوبات المقاولة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط. الثالثة 2019

➢ **البحوث الجامعية**

- أسماء العمارتي، الأمن القضائي ودوره في تشجيع الاستثمار بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكدال، جامعة محمد الخامس، الرباط، . 2021/2020
- أيوب صبحي، الاستثمار كرافعة للنموذج التنموي الجديد، بحث لنيل دبلوم الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل، 2020/2019

➢ **المجلات**

- أحمد السكسيوي، "تأملات حول وضعية القضاء بالمغرب كدعامة للاستثمار وتحسين مناخ الأعمال على ضوء إصلاح منظومة العدالة"، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، سلسلة الأعداد الخاصة: منازعات الأعمال بين التشريع والممارسة، العدد 1، دار الأفاق المغربية، الدار البيضاء
- عبد الرحيم بحار، "دور القضاء التجاري في تشجيع الاستثمار وصون حقوق المستثمرين"، مجلة العلوم القانونية، محور العدد – الوسائل البديلة لحل المنازعات وإشكالية الاستثمار -، مكتبة دار السلام، الرباط العدد الأول، ماي 2013
- محمد المزوغي،" القضاء الإداري ومجال تدخله في حماية الاستثمار"، مجلة المناظرة، ع. 9، 2004

- سفيان سروتي، "الاستثمار في ضوء التشريع الضريبي والعمل القضائي"، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، العدد 48، 2021
- محمد القصري، "القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، مجلة المحاكم الإدارية"، عدد خاص بالمنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، العدد الرابع يونيو 2011
- مصطفى بونجة،" مداخل إصلاح التحكيم التجاري بالمغرب بين القانون والممارسة"، منشورات المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد الخاص رقم 20، الوسائل البديلة لحل النزاعات الصلح – التحكيم- الوساطة، تنسيق أحمد أجعون
- عبد الحق الجناتي الادريسي،" اختصاص المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين النص الاتفاقي والاجتهاد التحكيمي"، المجلد 2008، العدد 7-8 (31 ديسمبر/كانون الأول 2008)
- عبد الحق الجناتي الادريسي وأمين الجناتي الادريسي، "الاجتهاد التحكيمي: منازعات الاستثمار نموذجا"، مجلة الأبحاث في القانون، الاقتصاد والتدبير عدد 7، 2019

➢ **المقالات على المواقع الإلكترونية**

- الطيب البقالي، دور القضاء في حماية الاستثمار، مقال منشور على مجلة القانون والأعمال الدولية، https://www.droitetentreprise.com/، تاريخ الاطلاع 2023/04/22، 12:45.
- محمد محبوبي، " دور التشريع والقضاء في تنمية المقاولة وتشجيع الاستثمارات"، مقال منشور على مجلة الفقه والقانون، www.majalah.new.ma.2010
- رشيد أوراز، الاقتصاد المغربي من خلال مؤشر دوين بيزنس، مقال منشور على موقع https://www.mei.edu/، تاريخ الاطلاع 2023/04/20، 11:17

➢ **الظهائر والمراسيم والقوانين**

- ظهير شريف رقم 1.1.225 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993)بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، الجريدة الرسمية عدد 4227، 18 جمادى الأولى 1414 (3 نوفمبر 1993)، ص.2618.
- الظهير الشريف رقم 1.97.65 الصادر في 4 شوال 1417(12 فبراير1997) بتنفيذ القانون رقم 95-53 القاضي بإحداث محاكم تجارية، الجريدة الرسمية عدد 4482، 8 محرم 1418 (15 ماي 1997)، ص. 1141-1144.

- القانون رقم 73.17 بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، فيما يخص مساطر صعوبات المقاولة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.26 بتاريخ 2 شعبان 1439 (19 أبريل 2018)، الجريدة الرسمية عدد 6667 بتاريخ 6 شعبان 1439 (23 أبريل 2018)، ص 2345
- ظهير شريف رقم 1.22.34 ،23 شوال 1443) ماي 2022 (بتنفيذ القانون رقم 17-95 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية - ج. ر. 7099 بتاريخ 23 يونيو2022 ص. 3579.
- القانون الإطار رقم 18.95 بمثابة ميثاق للاستثمارات. الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.213 الصادر في 14 من جمادى الآخرة 1416 (8 نوفمبر 1995).

➢ **الندوات العلمية**

- محمد بوزوبع، قضايا الاستثمار والتحكيم من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الرابعة، محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، أيام 18 و19 أبريل 2007،
- ادريس بوزيان، " دور القضاء في التنمية الشاملة"، مجلة المحاماة، العدد 38، دجنبر 1995، أشغال المناظرة الوطنية حول العدالة بالمغرب، واقع ومعالجة

➢ **التقارير**

- التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات برسم سنتي 2016و2017 الجزء الأول

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي
International Journal of Legal Interpretative Judgement
المجلد 04، العدد 14
ISSN : 2748-5056

An analysis of the competitive challenges posed by oligopolistic market structures

Essai d'analyse des enjeux concurrentiels posés par les structures de marché oligopolistiques

Youssef OUBEJJA

Docteur en droit privé de l'Université Sidi Mohamed Ben Abdellah, Laboratoire Droit des Obligations et des Contrats.

Email : oubejjayoussef@gmail.com

Résumé

Les oligopoles sont des structures de marché potentiellement attentatoires à la concurrence et propices à la commission des ententes sournoises. De simples parallélismes de comportements des acteurs d'un oligopole ne constituant qu'un indice de présomption d'une entente peuvent être répréhensibles. Les régulateurs de la concurrence doivent faire preuve de sévérité dans la sanction et le contrôle des acteurs d'un oligopole responsables des dysfonctionnements du marché et des restrictions de concurrence qui peuvent être verticales ou horizontales. Néanmoins ce contrôle devrait s'opérer au cas par cas dans la mesure où les oligopoles permettent de dégager des gains d'efficience et d'efficacité favorables à la croissance en général.

Mots clés: Oligopole. Concurrence. Parallélisme de comportement. Restrictions verticales. Restrictions horizontals.

Abstract

Oligopolies are market structures that are potentially detrimental to competition and conducive to underhand agreements. Simple parallels in the behavior of players in an oligopoly can be reprehensible, even if they only constitute a presumptive indication of a cartel. Competition regulators must be severe in sanctioning and controlling the players in an oligopoly who are responsible for market malfunctions and restrictions of competition, whether vertical or horizontal. Nonetheless, such control should be exercised on a case-by-case basis, since oligopolies can generate efficiency and effectiveness gains that benefit the economy.

Keywords: Oligopoly**.** Competition. Parallelism of behavior. Vertical restrictions. Horizontal restrictions.

Introduction :

L'intérêt de l'étude des enjeux concurrentiels des oligopoles présente des avantages à plusieurs égards permettant de cerner avec une assez large précision, les contours des éventuels dysfonctionnements pouvant émaner de ce type de structure de marché, susceptibles de toucher l'économie dans son intégralité.

Tout récemment, les conclusions du rapport[867] du conseil de la concurrence consacrées aux carburants ont fait ressortir que la concurrence par les prix sur ces marchés fortement concentrés est quasi inexistante voire neutralisée. C'est un verdict pointant du doigt les opérateurs au sein de ce secteur, remettant en cause le mode de régulation classique et les réglementations désuètes qui encadrent ce dernier, ne permettant pas d'insuffler un degré de concurrence suffisant favorable aux consommateurs. Ce secteur, à l'instar d'autres secteurs comme la banque et l'assurance présentant une structure de marché oligopolistique pose plusieurs enjeux concurrentiels. Nous essayerons d'exposer certains aspects de ces enjeux qui s'articulent autour de la notion de parallélisme de comportement (I), et des éventuelles restrictions de concurrence verticales et horizontales, à la lumière de l'expérience européenne et française (II). L'analyse de ces enjeux permet de dégager une problématique centrale qui consiste à se demander quid de la pertinence des recommandations du Conseil de la Concurrence au Maroc dans ces rapports récents appelant à une mise en garde contre ces structures de marché potentiellement nocives à la concurrence ? Est-ce que les oligopoles sont notoirement

[867] **Avis sur la flambée des prix des intrants et matières premières au niveau mondial et ses conséquences sur le fonctionnement concurrentiel des marchés nationaux Cas des carburants (Gasoil et Essence).**

attentatoires à la concurrence malgré les gains d'efficience qu'ils sont susceptibles de dégager, et la croissance à laquelle les acteurs de ces derniers peuvent contribuer ?

La réponse nuancée a ces problématique nécessite d'étudier amplement les enjeux concurrentiels posés par les oligopoles, dans la mesure où ces structures de marché constituent une réalité de fait qui caractérisent l'économie marocaine.

I- Parallélisme de comportement au sein des oligopoles.

Il arrive que des entreprises suivent des politiques parallèles et néfastes à la concurrence sans pour autant, que ce parallélisme soit le fruit d'un accord. Ainsi peut-il en être, par exemple, du comportement des opérateurs sur un marché oligopolistique. D'autres facteurs que la structure oligopolistique du marché peut conduire à un parallélisme de comportement, comme par exemple, le respect d'une réglementation administrative.

Selon Denise Flouzat « Un marché peut être qualifié d'oligopole quand le nombre de firmes dans une branche est si faible que chacune doit prendre en considération les prix de ses rivales pour formuler sa politique de prix »[868]. A cet égard, importe surtout, plus que leur nombre, l'attitude des offreurs sur le marché. Dans cette situation, les agents économiques peuvent être conduits, en suivant la seule rationalité du marché, à adopter des comportements qui par leur similarité, risquent de lui être nuisibles.

Les autorités de concurrence françaises, considèrent que ce parallélisme de comportement n'est pas, en lui-même, constitutif d'une entente. Sa simple constatation est « à elle seule insuffisante à inférer l'existence d'une entente concertée prohibée, puisque ce parallélisme peut être la résultante de décisions identiques mais indépendantes, prises par des entreprises s'adaptant naturellement à un même contexte

[868]. D. FLOUZAT, Economie contemporaine, t. 1, Les fonctions économiques, PUF, coll. « Thémis », 18e éd. 1997, p. 181.. Et v. encore, sur le mécanisme de l'alignement des prix sur un marché d'oligopole : A. PERROT et L. VOGEL, « Entente tacite, oligopole et parallélisme de comportements », JCP 1993, éd. E, I, 299, n°7 et s.

sur un même marché »[869]. Dans un arrêt rendu contre *la société impérial chimical LTD* opérant dans les matières colorantes La Cour de justice des communautés européennes estime de même à juste titre liminaire, qu'un « parallélisme de comportement ne peut être à lui seul identifié à une pratique concertée »[870] . Pour rappel succinct des circonstances de cette affaire. La Commission Européenne avait ouvert une procédure contre dix sept producteurs de matières colorantes établis dans et en dehors du marché commun ainsi que contre de nombreuses filiales et représentants de ces entreprises dont *la société impérial chimicak LTD*. Constatant que La quasi-totalité des producteurs ont appliqué dans tous les pays du marché commun à l'exception de la France une augmentation uniforme du prix des colorants et des pigments, la Commission avait condamné l'ensemble des opérateurs à des amendes administratives variées pour pratique concertée. *La société impérial chimical* à introduit un recours contre la décision rendue par la commission auprès de la Cour des communautés européennes arguant qu'il s'agit d'un parallélisme de comportent indépendant de sa volonté et qui n'implique aucune responsabilité de participation de sa part à une quelconque pratique concertée. La Cour a rejeté le recours et a souligné dans sa décision qu'une pratique concertée consiste en « une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussé jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence ». Elle ajoute que cette pratique « ne réunit donc pas tous les éléments d'un accord, mais peut notamment résulter d'une coordination qui s'extériorise par le comportement des participants ». Aussi, la Cour précise –t-elle dans le même arrêt qu'un parallélisme de comportement est susceptible de constituer un indice sérieux d'une pratique concertée « lorsqu'il aboutit à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché, compte tenu de la nature des produits, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume du dit marché ».

[869]. Conseil de la concurrence français, 5 oct. 1993, Appels d'offres lancés par la ville de Toulouse pour la construction, la transformation et l'aménagement de trottoirs, n°93-D-39, B.O.C.C.R.F., 4 déc 1993, p. 321.

[870]. CJCE, 14 juillet 1972, Impérial Chemical Industrie Ltd c/ Commission.

Louis Vogel précise sous un autre angle que l'adoption de conduites interdépendantes sur un marché d'oligopole peut ainsi échapper à la prohibition. Cet auteur souligne que « L'entente tacite dont se préoccupe la théorie économique ne se confond pas à son équipollent juridique »[871]. Les acteurs, guidés par le marché, suivent des comportements qui peuvent lui être nuisibles. Néanmoins, ce seul effet ne suffit pas, à défaut de concertation des auteurs, pour sanctionner leur attitude. Comme le relève le dit auteur, « alors que la finalité économique du contrôle impliquerait de sanctionner tout dysfonctionnement se manifestant sur un marché d'oligopole, le caractère normatif de son support impose de limiter la prohibition aux comportements volontaires adoptés par les entreprises » . La nécessité d'un comportement conscient des parties à l'accord limite l'impérialisme de l'économie sur le droit, en intégrant, dans la définition même de l'entente des éléments d'ordre subjectif tenant à la volonté des participants.

Toutefois, bien que le simple parallélisme de comportement ne soit pas constitutif d'une pratique concertée, il en constitue un indice révélateur. Les autorités de contrôle européennes, utilisent le mécanisme de présomptions, recherchent l'existence d'un accord à l'origine des comportements.

L'alignement des comportements ne permet en effet d'établir que son résultat, l'effet restrictif de concurrence. Reste donc finalement à prouver l'entente, la concertation qui en est à l'origine. Les solutions adoptées en droit français, sont telles que l'alignement des comportements ne peut à lui seul démontrer l'entente : « le simple constat d'un parallélisme de comportement ne peut suffire à établir l'existence d'une pratique concertée »[872]. Pour autant il est susceptible d'en constituer un indice sérieux, dans la mesure où il ne peut s'expliquer par la structure du marché, sa réglementation, ou la poursuite de l'intérêt individuel des entreprises. En l'absence d'autres explications

[871]. A. PERROT et L. VOGEL, « Entente tacite, oligopole et parallélisme de comportement », op. cit., n°1, p. 539.

[872]. Conseil, 5 oct. 1993, Appels d'offres lancés par la ville de Toulouse pour la construction, la transformation et l'aménagement des trottoirs, décision précitée.

possibles, l'alignement des comportements permet de présumer l'action concertée[873]. Le parallélisme de comportements est de nature à constituer un indice sérieux de l'entente « lorsqu'il ne peut être le résultat de décisions prises de façon autonome par chacune des entreprises concernées au regard des caractéristiques du marché en cause, mais ne s'explique que par le choix délibéré de ces entreprises de s'entendre »[874].

II - Les risques d'atteinte à la concurrence et aux intérêts des consommateurs posés par les structures de marchés oligopolistiques

Les restrictions de concurrence posées par les structures de marché oligopolistiques et interdites par la loi peuvent être verticales (1) comme elles peuvent être horizontales (2). Ces restrictions de concurrence concernent les réseaux de distribution et ne sont pas proprement dit spécifiques strictement aux oligopoles mais peuvent se dérouler au sein de ces derniers.

1- Les restrictions verticales de concurrence interdites :

Les restrictions verticales de concurrence interdites dans les réseaux de distribution et au sein des oligopoles peuvent résulter d'une entente restreignant la liberté de l'acheteur de fixer le prix de vente des produits comme d'une entente organisant des restrictions territoriales ou de clientèle.

1-1 Ententes restreignant la liberté de l'acheteur de fixer le prix de vente des produits :

L'acheteur doit rester libre de fixer ses prix de vente. Il ne peut être obligé de pratiquer un prix plus haut que celui qui résulte du libre jeu de la concurrence. Pour cette raison, les ententes ayant pour objet d'imposer de manière directe ou indirecte un prix minimale de vente des produits sont interdites par leur objet même, entrainant une fixation artificiellement haute des prix. Ces ententes verticales, tout en limitant la

[873]. En présence d'une autre explication possible, la preuve est donc écartée : Conseil, 13 octobre. 1992, Conditions de commercialisation du supercarburant sans plomb à indice d'octane, n°92-D-56, B.O.C.C.R.F., 5 novembre 1992, p. 344

[874]. Conseil, 5 octobre. 1993, Appels d'offres lancés par la ville de Toulouse pour la construction, la transformation et l'aménagement de trottoirs, décision précitée.

concurrence entre revendeurs, favorisent, sur le plan horizontale, la coordination des fournisseurs, notamment sur un marché concentré notamment un oligopole.

La pertinence de l'interdiction *per se* des prix imposés dans les réseaux de distribution ne fait pas l'unanimité[875]. La maitrise des prix pratiqués dans le réseau peut permettre de garantir la qualité des services associés au produit. En outre, si la pratique est de nature à faciliter la collusion entre entreprises, d'autres types de restrictions peuvent avoir cet effet, comme les restrictions territoriales. Les doctrinaires économistes à l'instar d'Emmanuel Combe vice-président de l'Autorité de la concurrence en France reprochent à l'interdiction *perse* son systématisme. Ce n'est en réalité selon ces économistes qu'en présence d'un important pouvoir de marché du fabricant que la politique de prix imposés comporte de véritables risques. En droit marocain la pratique de prix imposés fait également l'objet d'une interdiction pénale au titre des pratiques restrictives de concurrence[876]. Le conseil de la concurrence au Maroc souligne dans son rapport que le secteur des hydrocarbures présente une forte dépendance des stations-services vis-à-vis des sociétés de distribution se traduisant par une incitation à la détermination des prix empêchant de faire jouer la concurrence. Cette situation est préjudiciable aux consommateurs. En effet, il est fort probable que le caractère passif de ces stations de services à initier des actions devant la justice sous couvert d'être victimes de prix imposés recèle derrière une pratique sournoise d'entente ou de pratique concertée bien plus dommageable pour la collectivité. Si une pratique de prix imposée est vérifiée en l'espèce, cela peut constituer un élément important du faisceau d'indices sur lequel pourrait s'appuyer le Conseil de la concurrence pour prouver l'éventualité d'un parallélisme de comportement matérialisé par une action concertée.

---

[875]. E. Combe Emmanuel Combe. Quelles sanctions dans la lutte contre les cartels ? Une perspective économique, R.I.D.E n°1, 2006. n°77 et s., p. 178 et s., et, spéc. N° 80, p. 181 : M. Glais, « Analyse typologique des ententes illicites soumises à l'appréciation des autorités concurrentielles françaises et communautaires », Rev. Eco.indus. 1993, n°63, spéc. P. 68 et s. ; H. Lepage, « Distribution sélective : une défense économique des clauses de prix imposés », RRJ 1987, p. 523.

[876]. Article 60 de la loi 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence.

1-2 Entente organisant des restrictions territoriales ou de clientèle :

Par son adhésion au réseau, l'acheteur peut s'obliger à vendre les produits sur un territoire ou à une clientèle définis. Une telle exclusivité, par nature, limite la concurrence entre revendeurs. Elle n'est cependant interdite que dans la mesure où elle crée une restriction territoriale ou de clientèle absolue, faisant obstacle à la fois aux ventes actives et aux ventes passives réalisées par les membres du réseau[877]. Lorsque le revendeur bénéficie sur son territoire d'une exclusivité absolue, les autres revendeurs sont empêchés non seulement de démarcher les clients de ce territoire-ventes actives- mais encore de répondre aux demandes non sollicitées de ces clients-ventes passives-[878]. Il en résulte un cloisonnement des marchés qui offre à chaque revendeur la possibilité de fixer ses prix au-dessus du niveau de la concurrence. L'objet même de l'entente impose alors son interdiction[879].

2- Les restrictions horizontales de concurrence interdites.

Ces restrictions peuvent concerner les ententes de fixation de prix et de répartition des marchés et des clients, les ententes limitant la production ou les ventes, ou encore les ententes permettant l'éviction d'un concurrent :

2-1 Ententes de fixation de prix :

La coopération qui permet aux concurrents de s'entendre sur leur politique de prix n'est pas permise. Les entreprises doivent suivre une politique de prix autonome. Pour cette raison, les ententes visant à imposer un prix uniforme des produits sont toujours interdites, par leur objet même. Les entreprises doivent conserver leur autonomie pour la fixation des prix, des échanges d'informations sur cette donnée concurrentielle ayant en outre souvent pour conséquence une répartition des marchés entre concurrents.

[877]. Règlement du 22 décembre 1999, article 4 b : L'exemption est accordée pour l'entente organisant une restriction « des ventes actives sur un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive réservés au fournisseur ou concédés par le fournisseur à un autre acheteur, lorsqu'une telle restriction ne limite pas les ventes de la part des clients de l'acheteur ».

[878]. Termes définis au point 50 des lignes directrices sur les restrictions verticales, préc. Et noter, point 51, sur la liberté qui doit être garantie de recourir à internet pour faire de la publicité et vendre ses produits.

[879]. CJCE, 13 juilet 1966, Constern et Grindigc/ Commission.

2-2 Entente de répartition des marchés ou des clients :

L'entente par laquelle des entreprises concurrentes se répartissent des marchés est interdite par son objet même. Les entreprises déterminent des zones où elles ne se font pas concurrence. Opérant un cloisonnement des marchés, l'entente offre à chacune des entreprises un pouvoir sur le marché géographique qui lui est attribué, de nature, une fois encore, à favoriser une hausse artificielle des prix.

2-3 Entente limitant la production ou les ventes :

La limitation de la production par l'effet d'un accord, fausse la concurrence et favorise à nouveau une hausse artificielle des prix. Des producteurs qui mettraient en place des mesures destinées à créer des conditions favorables à une hausse artificielle des prix, notamment par une réduction de l'offre du produit, d'un commun accord, sont constitutifs d'entente interdite par son objet. Sur ce point les conclusions du rapport du Conseil de la concurrence relativement à l'exploitation de juste 50¨% de la capacité de stockage des carburants par les sociétés opérant dans le secteur pourrait constituer une mesure destinée à créer des conditions favorables à une hausse artificielle des prix. L'argument de ces opérateurs relatif aux couts élevés de stockage devrait être apprécié en priorisant les intérêts des consommateurs.

2-4 Entente permettant l'éviction d'un concurrent :

Les ententes horizontales portant sur une donnée concurrentielle notamment le prix, la répartition des marchés, la production- peuvent elles-mêmes s'inscrire dans un projet d'éviction d'un concurrent. La mise en place de prix prédateurs, peut ainsi être sanctionnée au titre d'une entente[880]. De même, encore la pratique du boycott constitue, pour le conseil de la concurrence français, « l'une des formes les plus poussées d'atteinte à la concurrence »[881]. La pratique est interdite *per se* indépendamment de son effet. La Cour de cassation française a eu l'occasion de définir la notion comme

[880]. Com., 4 février 1997, Bull.n° 41, sur le marché du béton prêt à l'emploi.
[881]. Rapport du conseil de la concurrence français pour l'année 2003, études thématiques, Objet, effet, intention anticoncurrentielle, spéc. P. 60

« l'action délibérée en vue d'évincer un opérateur du marché », mettant ainsi en avant le caractère intentionnel de la pratique[882].

En effet le boycott implique des échanges d'informations sur une donnée concurrentielle ; il est souvent mis en œuvre par la voie d'une fixation commune des prix ou d'une stratégie de répartition des marchés. Cela suffit à dicter son illicéité et à affirmer que l'entente visant à exclure un concurrent du marché présente un objet anticoncurrentiel.

Dans ces différentes hypothèses, la gravité de l'atteinte à la concurrence organisée par l'entente atteste par elle-même de son illicéité. En l'absence de « clause noire », en revanche, cette illégitimité devra être appréciée, concrètement, sur le marché en cause.

Conclusion :

Après avoir essayé d'exposé les éventuels effets restrictifs de concurrence des oligopoles nous pouvons conclure que ces derniers restent à redouter du point de vue concurrentiel. Dans la mesure où, les acteurs de ces derniers disposent d'une puissance économique qui résulte de la structure de marché, la potentialité de commission de parallélisme de comportements semblable à une entente reste fortement probable. De même la commission d'une entente purement et simplement est à craindre, comme il a été tout récemment reproché aux acteurs du secteur des hydrocarbures qui ont fait l'objet d'une sanction de 1, 8 milliard de dirhams. De surcroit, nous considérons qu'il est nécessaire de se prémunir contre le lobbying qui caractérise ces structures de marché et auquel adhèrent les acteurs de ces derniers. En effet, lorsque les pouvoirs publics ont à faire avec des acteurs d'un oligopole opérant dans un secteur sensible et stratégique, ils doivent réfléchir à mettre en place les gardes fou adéquats pour anticiper d'éventuels pratiques anticoncurrentielles susceptibles de porter une atteinte significative au pouvoir d'achat des consommateurs ou même compromettre la stabilité sociale. Ces gardes fou pourraient indéniablement consister à introduire plus de concurrence, en conférant le droit d'établissement à une large majorité d'entreprises. C'est d'ailleurs dans ce sens

[882]. Com., 22 octobre 2002, Bull., n° 148.

que s'inscrit le nouveau projet de décret n° 2.23.962 modifiant et complétant le décret n°2.72.513 du 7 avril 1973 pris en Conseil de Gouvernement, relatif à l'importation, l'exportation, le raffinage, la reprise en raffinerie et en centre emplisseur, le stockage, et la distribution des hydrocarbures. Ce nouveau texte vise en l'occurrence à opérer une réforme en profondeur capable de stimuler la concurrence pour faire bénéficier les consommateurs et les entreprises de ses vertus, en termes de baisse des prix et d'élargissement de l'éventail de l'offre disponible sur le marché, d'autre part de garantir l'approvisionnement du marché et la disponibilité des stocks. Cette réforme s'inscrit dans une volonté de parachever la libéralisation du secteur certes à un rythme maitrisable par la levée progressive des barrières à l'entrée. Il est indéniablement incontestable qu'une spécialisation et une diversification des acteurs opérant au niveau de la chaine de valeur est requise pour réussir le chantier ; c'est d'ailleurs ce que prévoit la réforme. Par ailleurs, la stimulation de la concurrence à travers les mesures prises par le nouveau décret constitue une sorte de mise en garde indirecte faite aux opérateurs contre le recours à la commission de certaines pratiques anticoncurrentielles, jadis facilités par le couplage d'activités et la détention de parts de marché significatives dans ces dernières. Cette détention renforce ainsi la présence dans le secteur des trois principaux opérateurs et accroit fortement leur pouvoir de marché, et peut favoriser des pratiques de ciseaux tarifaire.

Bibliographie :

- COMBE, E. « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », Revue internationale de droit économique, vol. xx, no. 1, 2006, pp. 11-46.
- Commission européenne, Règlement (CE) 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées
- Conseil de la Concurrence français, Décision du 13 octobre 1992 relative aux conditions de commercialisation du supercarburant sans plomb à indice d'octane, n°92-D-56, B.O.C.C.R.F., 5 novembre 1992.

- Conseil de la concurrence français, Décision du 5 octobre 1993 relative aux Appels d'offres lancés par la ville de Toulouse pour la construction, la transformation et l'aménagement de trottoirs, n°93-D-39, B.O.C.C.R.F., 4 déc. 1993.
- Conseil de la concurrence français, Rapport du Conseil pour l'année 2003, études thématiques, Objet, effet, intention anticoncurrentielle.
- Conseil de la concurrence, Avis du Conseil de la concurrence A/1/23 sur l'état de la concurrence dans le marché de l'assurance au Maroc. 28 juin 2023.
- Conseil de la concurrence, Avis du Conseil de la concurrence A/3/22 relatif à la flambée des prix des intrants et matières premières au niveau mondial et ses conséquences sur le fonctionnement concurrentiel des marchés nationaux – cas des carburants (Gasoil et Essence), 31 aout 2022
- Cour de Justice des Communautés Européennes, Décision du 14 juillet 1972, Impérial Chemical Industrie Ltd c/ Commission.
- Flouzat, D. Economie contemporaine, Tome 1, Les fonctions économiques, PUF, coll. « Thémis », 18e éd. 1997.
- GLAIS, M. « Analyse typologique des ententes illicites soumises à l'appréciation des autorités concurrentielles françaises et communautaires », Revue d'économie industrielle, 1993, n°63.
- Lepage, H. « Distribution sélective : une défense économique des clauses de prix imposés », RRJ, 1987.
- Loi 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence, BO n° 6280
- PERROT, A. et L. VOGEL « Entente tacite, oligopole et parallélisme de comportements », JCPE, 1993. I. 299
- Projet de décret n° 2.23.962 modifiant et complétant le décret n°2.72.513 du 7 avril 1973 relatif à l'importation, l'exportation, le raffinage, la reprise en raffinerie et en centre emplisseur, le stockage, et la distribution des hydrocarbures.