



المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

مجلة علمية محكمة متخصصة (ربع سنوية)
يصدرها المعهد العالي للقضاء
سلطنة عُمان

ففيه هذا العدد:

- **الإشهاد على الرجعة وإعلام الزوجة بها فيه الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية العُماني (دراسة مقارنة)**
الدكتور / راشد بن حمود بن أحمد النظيري
- **المصارف الوقفية ودورها فيه تحقيق التنمية العلمية والثقافية**
الأستاذ الدكتور / عدنان بن عبد الرزاق الحموي العلي
- **نظرية الوكالة الظاهرة وتطبيقاتها فيه القضاء العُماني**
الدكتور / خليل بن حمد بن عبد الله البوسعيد
- **مبدأ استقلال القضاء بين النظرية والتطبيق فيه النظامين العُماني والسوداني (دراسة مقارنة)**
الدكتور / حسين بن سعيد بن سيف الغافري - الدكتور / ماهر إبراهيم عبيد إمام - الدكتور / محمد العالم آدم أبو زيد
- **التقاضي الإلكتروني العُماني والمأمول من العدالة التنبؤية (دراسة تحليلية مقارنة)**
الدكتور / عبد الرحيم بن سيف بن علي القصابي
- **المسؤولية الجنائية عن استعمال المنشطات فيه المنافسات الرياضية فيه التشريع الفرنسي**
الأستاذة الدكتورة / رنا إبراهيم سليمان العطور
- **تطور السلطات الرقابية للمحاكم الوطنية فيه مجال المعاهدات الدولية (دراسة مدعمة بأحدث الاجتهادات القضائية)**
الأستاذ الدكتور / سفيان عبد الله عبدلي



مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

مجلة علمية محكمة متخصصة (ربع سنوية)
يصدرها المعهد العالي للقضاء - سلطنة عُمان

المراسلات

ترسل البحوث إلى
رئيس هيئة التحرير
على البريد الإلكتروني للمجلة:
hji.journal@hji.edu.om

العنوان
المعهد العالي للقضاء
ص.ب : 330
الرمز البريدي : 611
نزوى - سلطنة عُمان

أرقام الهواتف
هاتف : 25432601 (00968)
فاكس : 25431127 (00968)

الموقع الإلكتروني للمعهد:
www.hji.edu.om

ISSN

Print: 2706-882X
Online: 2789-3294

رئيس هيئة التحرير

الدكتور / نبهان بن راشد المعولي
عميد المعهد العالي للقضاء

مدير التحرير

الدكتور / أيمن مصطفى البقلي

هيئة التحرير

الدكتور/عبدالرحيم بن سيف القصابي
الفاضل / أسعد بن راشد الريامي
الفاضلة / سائلة بنت سليمان الهنائية
الفاضلة / هالة بنت حمود الهشامية

منسق التحرير

الدكتور/ يوسف بن خليفة الحراصي

التدقيق اللغوي

الفاضل / منير بن راشد الخاطري
الفاضلة / نورة بنت سالم الخليلية

قواعد النشر في مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

أولاً- مواصفات البحوث المقدمة للنشر:

تقبل المجلة نشر البحوث التي تمتاز بالعمق والأصالة، والتي تقدم إسهاماً علمياً في مجال الشريعة أو القانون أو القضاء، سواء المكتوبة باللغة العربية أو الإنجليزية، وفي جميع الأحوال يجب مراعاة ما يأتي:

1. أن يرفق مع البحث ملخصين أحدهما باللغة العربية، والآخر باللغة الإنجليزية، بشرط ألا يزيد كل ملخص عن صفحة واحدة، وأن يُذيل بعدد خمس كلمات مفتاحية.
2. أن تحتوي الصفحة الأولى من البحث على عنوان البحث، واسم الباحث أو (الباحثين)، وجهة عمل الباحث أو (الباحثين) باللغتين العربية والإنجليزية.
3. ألا يكون البحث المقدم للنشر قد نُشر أو قُدم للنشر في مجلة أخرى أو في مؤتمر علمي أو في أي جهة أخرى، وألا يكون مستلاً من كتاب منشور أو رسالة ماجستير أو دكتوراه، وعلى الباحث أن يقدم إقراراً خطياً بذلك مرفقاً ببحثه مع الطلب الخاص بنشر البحث.
4. أن يتحلى الباحث بالأمانة العلمية أثناء كتابة بحثه، والمجلة غير مسؤولة عن أي مخالفة لأصول الأمانة العلمية في أي بحث منشور بها.
5. أن يلتزم الباحث بالأصول العلمية المتعارف عليها في إعداد البحوث والدراسات العلمية، ومن ذلك التقديم للبحث، وتحديد أهدافه، ومنهجيته، والخطة المتبعة في كتابته، وتنسيق أقسامه، والتوثيق الكامل للمراجع، وإدراج خاتمة تتضمن خلاصة ما توصل إليه الباحث من نتائج، وأهم التوصيات التي انتهى إليها، ويُذيل البحث بقائمة تشمل المصادر والمراجع التي استعان بها الباحث في إعداد البحث مرتبة أبجدياً.
6. أن يكون البحث مكتوباً بواسطة جهاز الحاسب الآلي بصيغة (Word Document)، وبصيغة (PDF).
7. ألا تقل عدد صفحات البحث عن 20 صفحة من حجم (A4)، وبحد أقصى 50 صفحة.
8. يشترط في البحوث المكتوبة باللغة العربية أن تكون بخط (Simplified (Arabic، بحجم (14 بالنسبة إلى المتن، وبالخط نفسه بحجم (12 بالنسبة إلى الإشارات المرجعية (الهوامش)، أما البحوث المكتوبة باللغة الإنجليزية فيشترط أن تكون بخط (Times New Roman)، بحجم (14) بالنسبة إلى المتن، وبالخط نفسه بحجم (12) بالنسبة إلى الإشارات المرجعية (الهوامش).
9. تثبت الإشارات المرجعية (الهوامش) في أسفل كل صفحة، ويتسلسل متصل.
10. لا تقبل البحوث غير المدققة لغوياً سواء المكتوبة باللغة العربية أو الإنجليزية.

ثانياً- إجراءات النشر:

1. يتم إرسال البحث على عنوان البريد الإلكتروني الخاص بالمجلة: hji.journal@hji.edu.om
2. جميع المراسلات الموجهة من الباحث إلى المجلة تكون باسم رئيس التحرير.
3. يرفق الباحث نبذة تعريفية عنه مع الطلب الخاص بنشر البحث.
4. تخضع البحوث الواردة إلى المجلة لفحص نسبة الاقتباس العلمي فيها، والتي يجب ألا تتجاوز (15%)، بحيث لا يقبل البحث إذا تجاوز الاقتباس هذه النسبة.
5. يحيل رئيس التحرير البحوث الواردة للمجلة إلى لجنة النشر العلمي؛ لفحصها والتأكد من عدم تعارضها مع أهداف المجلة، واتخاذ قرار بشأن إحالتها إلى التحكيم من عدمه، فإذا ارتأت اللجنة صلاحية البحث للعرض على المحكمين، عينت محكمين اثنين له، يكونان من ذوي الاختصاص بموضوع البحث.
6. تعامل البحوث الواردة إلى المجلة مع تقارير المحكمين المتعلقة بها بسرية تامة.
7. يرسل مدير التحرير إلى الباحث صورة من تقرير المحكمين مشفوعة بإشعار موجه إليه من رئيس التحرير بإجراء التعديلات المطلوبة على البحث إن وجد، وذلك طبقاً لما ورد في التقريرين، على أن يتضمن الإشعار تحديد مدة للباحث لتنفيذ هذه التعديلات لا تتجاوز شهراً من تاريخ استلامه للخطاب.
8. يرسل الباحث إلى رئيس التحرير نسخة من بحثه بعد إجراء التعديلات المطلوبة مشفوعة بتقرير منه، يبين فيه التعديلات التي أجراها على البحث، وذلك خلال المدة المحددة.
9. يحيل رئيس التحرير نسخة البحث بعد التعديلات التي أجراها الباحث إلى لجنة النشر العلمي، مشفوعة بصورة من تقرير الباحث، وصورة من تقرير المحكمين؛ للتأكد من إجراء الباحث للتعديلات المطلوبة كاملة، فإذا تيقنت اللجنة من ذلك، أحالت البحث إلى رئيس التحرير تمهيداً للقيام بإجراءات الطباعة والإصدار.
10. يتولى مدير التحرير مراسلة الباحث بإشعار موجه إليه من رئيس التحرير يفيد قبول البحث للنشر أو عدم قبوله، وذلك بناء على قرار لجنة النشر العلمي.
11. إذا قبل البحث للنشر، يحصل الباحث على إفادة معتمدة من المجلة بقبول البحث للنشر، ترسل له عبر البريد الإلكتروني.
12. يزود الباحث بنسخة ورقية واحدة من عدد المجلة المنشور فيه بحثه، إضافة إلى مستلة من بحثه ترسل له عبر البريد الإلكتروني.
13. البحث المنشور في المجلة لا يجوز إعادة نشره في أي مجلة أخرى، أو في أي مؤتمر علمي.
14. إضافة إلى إصدار أعداد المجلة في مطبوعات ورقية، يجوز لهيئة التحرير نشر هذه الأعداد على الموقع الإلكتروني للمعهد عبر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت).

محتويات العدد

الصفحة	الموضوع
	كلمة العدد
5	الدكتور / نبهان بن راشد المعولي رئيس هيئة التحرير عميد المعهد العالي للقضاء
	البحوث والدراسات
6	الإشهاد على الرجعة وإعلام الزوجة بها في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية العُماني (دراسة مقارنة) الدكتور / راشد بن حمود بن أحمد النظيري
60	المصارف الوقفية ودورها في تحقيق التنمية العلمية والثقافية الأستاذ الدكتور / عدنان بن عبد الرزاق الحموي الغلبي
130	نظرية الوكالة الظاهرة وتطبيقاتها في القضاء العُماني الدكتور / خليل بن حمد بن عبد الله البوسعيدي
156	مبدأ استقلال القضاء بين النظرية والتطبيق في النظامين العُماني والسوداني (دراسة مقارنة) الدكتور / حسين بن سعيد بن سيف الفافري - الدكتور / ماهر إبراهيم عبيد إمام - الدكتور / محمد العالم آدم أبو زيد
188	التقاضي الإلكتروني العُماني والمأمول من العدالة التنبؤية (دراسة تحليلية مقارنة) الدكتور / عبد الرحيم بن سيف بن علي القصابي
256	المسؤولية الجنائية عن استعمال المنشطات في المنافسات الرياضية في التشريع الفرنسي الأستاذة الدكتورة / رنا إبراهيم سليمان العطور
286	تطور السلطات الرقابية للمحاكم الوطنية في مجال المعاهدات الدولية (دراسة مدعمة بأحدث الاجتهادات القضائية) الأستاذ الدكتور / سفيان عبد الله عبدلي

* البحوث المنشورة في المجلة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن آراء هيئة التحرير أو المعهد ولا يجوز إعادة النشر أو الاقتباس إلا بإذن مسبق

كلمة العدد

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، سخر الشمس والقمر دائبين والنجوم بالليل بازغات، والصلاة والسلام على سيدنا محمد عبده المرسل مبشراً ونذيراً، وداعياً إلى الله بإذنه وسراجاً منيراً... وبعد،،،

اعتادت مجلة الدراسات الفقهية والقانونية أن تقدم لكم على مدار السنوات الأربع الماضية كل جديد من بحوث علمية في مجالات الشريعة والقانون والقضاء، حازت من خلالها ثقة الأكاديميين والباحثين في هذه المجالات، وهو ما يتضح من خلال أعداد البحوث الواردة إلى المجلة، ومدى الإقبال على النشر بها.

وسيراً على هذا النهج؛ نقدم لكم من خلال هذا العدد مجموعة من البحوث العلمية، مصاغة جميعها باللغة العربية، تناولت مجالات قانونية عدة إضافة إلى الشريعة الإسلامية، أعدها أكاديميون وباحثون أجلاء، لهم منا كل الشكر والتقدير، مع خالص الدعاء لهم بالتوفيق والسداد.

والله الموفق والمستعان،،،

د. نيهان بن راشد المعولي

رئيس هيئة التحرير

عميد المعهد العالي للقضاء

الإشهاد على الرجعة وإعلام الزوجة بها في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية العماني (دراسة مقارنة)

الدكتور/ راشد بن حمود بن أحمد النظيري*

المخلص:

تعرضت الدراسة لأحكام الإشهاد على الرجعة؛ نظرا لأهميته، وخطورته على مستقبل العلاقة الزوجية، من حيث عودة الرابطة الزوجية بتمامها أو انتفائها، وما يترتب على ذلك من آثار وأحكام لا تختص بالزوجين فقط، بل يعود أثرها على المجتمع وأفراده كافة، وقد كان لقانون الأحوال الشخصية العماني رأي خالف فيه جمهور العلماء، فأنت هذه الدراسة لتُوصل هذا الرأي، وتُبين مدى وجاهته وقوته من حيث النص الجزئي أو من حيث المآلات، والغايات، والسياسة الشرعية.

وجاءت الدراسة في ثلاثة مباحث: تحدثت في المبحث الأول عن مفهوم الإشهاد والرجعة، ثم تعرضت لأهمية الإشهاد على الرجعة، وكيف أن الفقهاء يقرون جميعا أهميتها، ودورها في دفع كثير من التهم والنزاعات. وتعرضت الدراسة في المبحث الثاني لحكم الإشهاد على الرجعة، ففصلت القول في الحكم التكليفي من حيث الوجوب والندب، كما أفاض القول في الحكم الوضعي من حيث الصحة والبطلان، وما يترتب على ذلك من آثار.

وفي المبحث الأخير بيّنت الدراسة ما يُشترط في الشاهدين من شروط وأحكام، ثم بيّنت تفصيلا حق الزوجة في الإعلام بالرجعة، من حيث الوجوب والندب، والصحة والفساد، وما يخلق ذلك من آثار.

الكلمات المفتاحية: الإشهاد - الرجعة - إعلام الزوجة - الأحوال.

* أستاذ مساعد في الفقه وأصوله - كلية الحقوق - جامعة السلطان قابوس.



Attestation of Divorcee's Return and Informing the Wife for The Return in Islamic Fiq'h and Oman Personal Status Law (A Comparative Study)

Dr. Rashid Hamood Ahmed Al-nadhairi*

Abstract:

The study discusses the attestation's conditions on the divorcee's return. That is attributed to this subject's significance in terms of returning marital life bond and the results of that action; such as, the impacts that do not only affect the couples, but it also impacts the society. Since the Omani personal status law has a different view in this regard than the one of Islamic scholars, this study is conducted sets bases for this legal opinion, explain the extent to which its' right in terms of outcomes, endeavors and Sharia policies.

This study explores three themes. In its first theme, the study discusses concepts of "Ish'had" and "Raj'ah"; "attestation" and "divorcee" return. It discusses how scholars think of its significance and role in defense against accusations. Further, the second theme discusses the attestation rule on returning the wife. Thus, it detailed the commissioning ruling in terms of its standing and probability. The last theme points out to the conditions required for those to fit being witnesses. The study concluded with couple of findings and recommendations that the scholar is calling for in his study.

Keywords: Attestation – Return – Informing the Wife – Status.

*Assistant Professor of Islamic Jurisprudence (Fiqh), College of Law, Sultan Qaboos University.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه، ومن سار على نهجه إلى يوم الدين، أما بعد،
فإن شرع الله تعالى قائم على الحق والقسط، يدفع المضار، ويمنع المفسد، وقد شرع الله تعالى الزواج لحكم جليلة، ومصالح عظيمة، فإن اختل الأمر، وفسد الحال بين الزوجين، وساد النزاع والخصام، ولم تجد الحلول طريقاً لها، كان الطلاق هو المفزع النهائي للتخلص من حياة النعرة والشقاق.

وفي أحيان كثيرة يلحظ أن الزوج الذي سلمه الشرع المقود يطيش في قراره بالانفصال بسبب جموح غضب، أو سوء تقدير، أو قلة اكتراث، وبعد لحظات معدودة يراجع نفسه، ويقف على ما أقدمت عليه نفسه، فيجد أنها أساءت ولم تحسن، تعجلت ولم تتأن، فيأسف على ما بدر وفرط، فينوي إصلاح ما أفسد وشرد، وهنا منحه الشرع فرصة ليمحو ما يجد في نفسه، ويعود إلى جادة الصواب، ويجمع ما تشتت، ويضم أسرته إلى جنبه، كل ذلك مقيد بضوابط شرعية وقانونية معلومة.

وإذا كانت الرجعة مباحة، ومقررة شرعاً وقانوناً، وتعطي الزوج حق المراجعة بلا موافقة فإن الخروج عما حدّه الشرع وأقره يوقع في الآثام، ويعود إلى الرجعة نفسها بالفساد والبطلان، ومن هنا لزم الوقوف على أحكام الرجعة؛ لأهميتها، وخطورتها، إلا أن ذلك يطول، فلزم الاختصار على أهم المباحث والقضايا التي كثر فيها النزاع، وتحتاج إلى تجلية وإيضاح تأصيل وتفريع، ألا وهي الإشهاد على الرجعة، وإعلام الزوجة بها.

أسباب اختيار البحث:

- هناك مجموعة من الأسباب دعت الباحث للكتابة في هذا الموضوع، ومنها:
١. الحاجة إلى بيان موقف قانون الأحوال الشخصية من الإشهاد على الطلاق، وهل خالف القانون ما هو مقرر عند فقهاء الشريعة؟
 ٢. كشف الغموض والإبهام المتعلق ببعض فقرات نصوص القانون المتعلقة بأحكام الرجعة.
 ٣. الحاجة إلى تجلية حقوق الزوجة المرتجعة.

٤. عرض الآثار المترتبة على ما اختاره القانون وعوّل عليه.

٥. الموازنة بين ما نصّ عليه القانون، وما أقره فقهاء الشريعة من أحكام.

الدراسات السابقة:

لم أجد -حسب اطلاعي- مَنْ خَصَّ موضوع الإشهاد على الرجعة أو بيان حق المرأة في الاطلاع عليها بالتحليل والدراسة موازنا بين الفقه الإسلامي، وقانون الأحوال الشخصية العُماني، ومع ذلك فإن الموضوع لم يُغفل من قبل الفقهاء قديما وحديثا، ولذلك كان بحاجة إلى تجميع ما قيل فيه، ودراسته دراسة موضوعية أكاديمية، تتناول الموضوع من مختلف زواياه، تحلل النصوص، وتأخذ بالمقاصد والمآلات، ومن الدراسات التي تعرضت للموضوع ما يلي:

١. الإشهاد على الرجعة، أعدّه الأستاذ/ عبد الله سالم عبد الله، ود. أحمد حميد سعيد النعيمي، وقد نشر في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٦)، العدد (٥٨)، والسنة (١٨)، وهو بحث مستل من رسالة الماجستير/ أحكام الرجعة (دراسة تحليلية مقارنة)، وقد قدمت إلى مجلس كلية حقوق، جامعة الموصل، (٢٠١٢م).

قسم الباحثون البحث إلى مبحثين: المبحث الأول خُصص للحديث عن الرجعة مفهومها ومشروعيتها، والحكمة منها، وخُصص المبحث الثاني لبيان الإشهاد على الرجعة في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي.

ومع أهمية الدراسة إلا أنها لم تتحدث عن الإشهاد إلا في النصف الثاني من البحث، وكانت دراسة سريعة غير متعمقة، لا تتجاوز أربع عشرة صفحة مع القانون (العراقي، والأردني، والسوري، والجزائري)، وقرارات بعض المحاكم، كما أنها لم تبيين حق الزوجة في الإعلام بالشهادة، وشروط الشهود، وتركت كثيرا من الأحكام التفصيلية المهمة، لاسيما تلك المتعلقة بالآثار، كما أنها لم تتعرض للفقه الإباضي، رغم أن له وجهة يخالف فيها جمهور الفقهاء، تحتاج إلى بيان، وتحليل وموازنة.

٢. حكم الإشهاد على الطلاق والرجعة في المذاهب الثمانية وآثاره، تأليف/ ماجد بن سعيد بن ناصر الناعبي، وهو كتاب مطبوع، أصله رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الدراسات الإسلامية من جامعة السلطان قابوس، كلية التربية، قسم العلوم الإسلامية، ٢٠١٨م.

والدراسة كما هو بيّن من عنوانها تتحدث عن أمرين أساسيين، وهما:

الأول: الإشهاد على الطلاق وآثاره، وقد تناوله الباحث في الفصل الأول من دراسته.

الثاني: الإشهاد على الرجعة، وآثاره، وقد عقد له الفصل الثاني من دراسته.

ولا شك أن الباحث تعرض لمسائل كثيرة متعلقة بموضوع بحثنا إلا أن دراستنا تعرضت لمسائل، وأدلة، وموازنات لم تتعرض لها تلك الدراسة رغم تخصصها، ومن ذلك:

- لم تتعرض الدراسة لقانون الأحوال الشخصية العُماني.
- لم تتعرض الدراسة لحق الزوجة في الإعلام بالرجعة.
- لم تتعرض الدراسة لشروط الإشهاد على الرجعة، وإن تعرضت لشروط الشهود في عقد النكاح بصورة مختصرة.
- درستنا تعرضت لأقوال، وأدلة، وتأصيلات، وآثار لم تتعرض لها تلك الدراسة؛ فهي لم تستوعب الأقوال مع أدلتها وتأصيلها، والاعتراضات الموجهة للأقوال مع الآثار المترتبة على ذلك.

ولهذا يمكن القول بأن درستنا تكمل تلك الدراسة القيمة، وتضيف إليها تفاصيل، وموازنات، وبيانا لما ذهب إليه القانون العُماني، ليتجلى الموضوع من جميع جوانبه.

٣. أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي، حامد عبده الفقّي، وهو كتاب منشور، (٢٠٠٣م)، وهو كتاب غير مخصص لبحث أحكام الشهادة على الرجعة وآثارها، ولذلك تعرّض لبعض الأحكام، والآثار بصورة مختصرة.

إشكالية الموضوع (مشكلة البحث):

١. ما الحكم التكليفي والوضعي للإشهاد على الرجعة فقها وقانونا؟
 ٢. ما الآثار الفقهية والقانونية المترتبة على حكم الرجعة؟
 ٣. ما المصدر الفقهي للقانون فيما نصّ عليه من أحكام؟
 ٤. هل للزوجة حق في الإعلام بالرجعة؟ وما درجة هذا الحق من حيث اللزوم والتكليف؟ وهل تبطل الرجعة بدونه؟ وما الآثار المترتبة على ذلك؟
- وللإجابة عن هذه التساؤلات نرى أهمية بحث هذا الموضوع، لا سيما أنه مرتبط بمسألة حساسة، تكتنفها جوانب متعددة، تبدو متعارضة.

أهمية البحث:

تكشف الدراسة عن جانب مهم يُواجه الزوجين مباشرة بعد وقوع فرقة الطلاق الرجعي، وتتعلق به مسائل دقيقة، من حيث حل هذه المطلقة مستقبلاً أو حرمتها عليه، والحقوق الثابتة لها، وأثر ذلك على الرجعة، فالدراسة تسعى إلى وضع قواعد عامة كلية بعد البحث والاستقصاء والتحليل، يُمكن الاعتماد عليها - بحول الله تعالى - من قبل الدارسين والمقننين.

منهج البحث:

1. المنهج الاستقرائي: وذلك باستقراء ما دَوَّنه الفقهاء في المذاهب الستة (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والإباضية، والظاهرية) حول الموضوع.
2. المنهج التحليلي: وذلك بتحليل النصوص الشرعية والقانونية، والوقوف على المقاصد والمآلات؛ للوصول إلى الرأي الراجح.
3. المنهج المقارن: بمقارنة الآراء الفقهية مع ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية العُماني؛ لاستخلاص أوجه الاتفاق والاختلاف، وبيان القول الفقهي الذي سار عليه القانون.

الهيكل التنظيمي للبحث (خطة البحث):

المبحث الأول: بيان المفاهيم المتعلقة بالموضوع، وأهمية الإشهاد على الرجعة.

المطلب الأول: بيان المفاهيم المتعلقة بالموضوع.

المطلب الثاني: أهمية الإشهاد على الرجعة.

المبحث الثاني: حكم الإشهاد على الرجعة.

المطلب الأول: الحكم التكليفي للإشهاد على الرجعة.

المطلب الثاني: الحكم الوضعي للإشهاد على الرجعة.

المطلب الثالث: آثار الخلاف في حكم الإشهاد على الرجعة.

المبحث الثالث: شروط الشهود على الرجعة، وحق الزوجة في الإعلام بها.

المطلب الأول: شروط الشهود على الرجعة.

المطلب الثاني: حق الزوجة في الإعلام بالرجعة.

الخاتمة.

المبحث الأول بيان المفاهيم المتعلقة بالموضوع وأهمية الإشهاد على الرجعة

المطلب الأول بيان المفاهيم المتعلقة بالموضوع

أولاً- الإشهاد في اللغة والاصطلاح:
أ. الإشهاد في اللغة:

الإشهاد مصدر لفعل أشهد يشهد إشهاداً، واسم الفاعل شاهداً، وشهيداً، والجمع شهود، وأشهاد، وشهداء^(١)، يُقال: (أشهده على كذا: جعله شاهداً له، واستشهده طلب منه الشهادة)^(٢).

وتأتي الشهادة في اللغة لعدة معانٍ، ومنها:
أولاً: الإخبار بما قد شوهد، مشاهدة عيان أو مشاهدة إيقان^(٣).
ثانياً: العلم، ومنه قوله تعالى: {شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ} (آل عمران: ١٨)^(٤).
ثالثاً: الحضور والإدراك، فيقال: شهد المكان: حضره، وشهد الجمعة أو صلاة العيد: أدركها^(٥)، ومنه قوله تعالى: {فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ} البقرة: ١٨٥، أي: كان حاضراً، مقيماً غير مسافر^(٦).

(١) عمر بن محمد النسفي، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، تحقيق خالد عبد الرحمن العك، دار النفائس، عمان، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م، ص ٢٧٥، ناصر بن عبد السيد المطرزي، المغرب في ترتيب المعرب، (بدون طبعة)، ج ١، ص ٤٥٩.

(٢) المطرزي، المغرب في ترتيب المعرب، ج ١، ص ٤٥٩.

(٣) النسفي، طلبة الطلبة، ص ٢٧٥.

(٤) أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، لبنان، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، ج ٣، ص ٢٢١.

(٥) ينظر: المطرزي، المغرب في ترتيب المعرب، ج ١، ص ٤٥٨، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت، ج ١، ص ٣٢٤.

(٦) ينظر: المطرزي، المغرب في ترتيب المعرب، ج ١، ص ٤٥٩.

قال ابن فارس في معجم مقاييس اللغة: (الشين والهاء والدال أصل يدل على حاضر، وعلم، وإعلام، لا يخرج شيء من فروعه عن الذي ذكرناه)^(٧).
 ب. الإشهاد اصطلاحاً: تحميل الشهادة على تصرف معين^(٨).
 ويراد به في موضوع بحثنا: جعل الشخص حجة على غيره في مراجعة الزوجة. وأما الشهادة فقد عرّفها الفقهاء بتعريفات كثيرة على النحو الآتي:
أولاً- الحنفية: عرّفها صاحب ملتقى الأبحر من الحنفية، بأنها: (إخبار بحق للغير على الغير عن مشاهدة لا عن ظن)^(٩)، وقال ملا خسروا: (إخبار بحق للغير على آخر عن يقين، لا عن حسابان وتخمين)^(١٠).
ثانياً- المالكية: عرّفها ابن عرفة، بقوله: (قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده، أو حلف طالبه)^(١١).
 وعرفها الدردير، بأنها: (إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه)^(١٢).
ثالثاً- الشافعية: عرّفها زكريا الأنصاري، بقوله: (إخبار عن شيء بلفظ خاص)^(١٣).
 وفي حاشية قليوبي: (إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد)^(١٤).

(٧) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج ٣، ص ٢٢١.

(٨) محمد رواس قلعه باجي، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م، ص ٧٠.

(٩) ينظر: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي (شيعي زاده)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تحقيق خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م، ج ١، ص ٢٥٧.

(١٠) محمد بن فراموز (ملا خسرو)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، (بدون طبعة)، ج ٨، ص ١٩٥.
 (١١) محمد بن قاسم الأنصاري (الرصاع)، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، الطبعة الأولى، ١٣٥٠هـ، ص ٤٤٥.

(١٢) أحمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير، تحقيق محمد عlish، دار الفكر، بيروت، ج ٤، ص ١٦٤.
 (١٣) زكريا بن محمد الأنصاري، فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، دار الفكر، بيروت، ج ٥، ص ٣٧٧.
 (١٤) أحمد سلامة القليوبي، وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م، ج ٤، ص ٣١٩.

رابعاً - الحنابلة:

جاء في الروض المربع للبهوتي: (الإخبار بما علمه بلفظ أشهد أو شهدت)^(١٥)، وقال في كشف القناع: (الإخبار بما علمه بلفظ خاص)، وهو أشهد أو شهدت بكذا^(١٦).
ويُمكن القول بأن الشهادة، هي: إخبار بحق للغير على الغير بلفظ خاص في مجلس القضاء، والتعريف يُبين حقيقة الشهادة، ولا يدخل الإقرار كما هو حاصل في تعريف الشيخ زكريا الأنصاري، ولم يتعرض التعريف لحكم الشهادة وأثرها كما هو بين من تعريف ابن عرفة، كما نصَّ التعريف على أن الشهادة تكون في مجلس القضاء، وقد خلت منه التعاريف السابقة.

ثانياً - الرجعة في اللغة والاصطلاح:

أ. الرجعة في اللغة: الرجعة بفتح الراء وكسرها، والفتح أفصح، المرّة من الرجوع، ورجع بمعنى رد، وأعاد^(١٧)، يُقال: (ارتجع المرأة، وراجعها مراجعة وإرجاعاً: رجعها إلى نفسه بعد الطلاق، والاسم: الرَّجعة، والرَّجعة، والرجعى)^(١٨).
ب. الرجعة في الاصطلاح: نص العلماء على عدد من التعريفات للرجعة في الاصطلاح الشرعي، ومنها: قال ابن نجيم: (استدامة الملك القائم في العدة)^(١٩). وقال ابن عرفة: (رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها)^(٢٠).

(١٥) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٣٩٠هـ، ج ٣، ص ٤١٥.

(١٦) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ، ج ٦، ص ٤٠٤.

(١٧) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج ٢، ص ٤٩٠، الفيومي، المصباح المنير، ج ١، ص ٢٢٠.

(١٨) علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق عبد الحميد هنداي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م، ج ١، ص ٣١٧.

(١٩) زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بيروت، دار المعرفة، الطبعة الثانية، ج ٤، ص ٥٤.

(٢٠) محمد بن قاسم الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، ج ١، ص ١٩٩.

وقال الشربيني: (رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص) ^(٢١)، وعرفها ابن مفلح في المبدع بقوله: (إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد) ^(٢٢).

وهذه التعاريف متقاربة، ويمكن القول بأن الرجعة، هي: إعادة المعتدة من طلاق غير بائن إلى عصمة مطلقها بدون عقد.

ومفاد ذلك: أن من فارق زوجته بالطلاق الرجعي (الطقة الأولى بعد الدخول أو الطقة الثانية) يثبت له شرعاً رجعة المرأة إلى عصمته ما دامت في عدتها دون عقد، ولا يطلب رضاها أو إذن وليها، ولا مهر جديد، ولا تسقط الرجعة بالإسقاط ^(٢٣)، لأنها حق ثابت بأمر الشرع، قال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ (البقرة: ٢٢٨)، وجاء في المادة (٩٢) من قانون الأحوال الشخصية العماني: (للزوج أن يرجع مطلقته رجعيًا ما دامت في العدة، ولا يسقط هذا الحق بالتنازل عنه).

وذكرت في التعريف لفظ (إعادة)، وليس (استدامة) كما قال الحنفية ^(٢٤)؛ وذلك لأن الرجعة ليست استدامة من كل الوجوه على الصحيح.

وبناء على ما سبق، فإن للرجعة شروطاً حسبما يفهم من التعاريف السابقة: أولاً: إن تكون الفرقة فرقة طلاق من نكاح صحيح، فلا رجعة في فرقة الفسخ بسبب بطلان العقد أو فساده، وسواء أكان سبب الفسخ مقارناً للعقد أو حصل بعد ذلك. ثانياً: إن يكون الطلاق رجعيًا، فالمطلقة قبل الدخول أم المبتوت طلاقها، أم المختلعة أم المطلقة من قبل القضاء أم بسبب الإيلاء أم الظهار لا يثبت للمطلق حق الرجعة؛ لأنه طلاق بائن، وهل تقوم الخلوة الصحيحة مقام الدخول؟ اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:

(٢١) محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، ج ٣، ص ٣٣٥.

(٢٢) إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠هـ، ج ٧، ص ٣٩٠.

(٢٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٣٣٧.

(٢٤) ينظر: أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ج ٣، ص ١٨١.

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء ^(٢٥) إلى أن الخلوة لا تقوم مقام الدخول، إمّا لعدم ثبوت العدة على المختلي بها عند الإمام الشافعي في المذهب الجديد ^(٢٦) أو لأن من شرط صحة الرجعة أن يقع الطلاق بعد الوطء ^(٢٧)؛ إذ لو (لم يحصل وطء كان الطلاق بائناً، فلو أرجعها لأدى إلى ابتداء نكاح بلا عقد ولا ولي ولا صداق) ^(٢٨).

القول الثاني: ذهب جمهور الحنابلة ^(٢٩) إلى أن الخلوة تقوم مقام الدخول، فيصح للمطلق الذي اختلى بزوجه أن يراجعها وإن لم يدخل بها؛ لثبوت العدة عليها، ومال إليه الإمام الشوكاني، فقال: (الخلوة توجب العدة، وكونه لا يثبت لزوجها عليها الرجعة فيها محتاج إلى دليل) ^(٣٠).

والذي يبدو لي: أن الأولى بالاعتبار هو أن الخلوة وإن كانت صحيحة فإنها لا تثبت عدة، وذلك لأن الله تعالى يقول: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمَنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا} (الأحزاب: ٤٩)، والمختلي بها لم تمس فلا عدة عليها، وإذا ثبت أنه لا عدة عليها فلا رجعة لمطلقها.

^(٢٥) أحمد بن عبد الله الكندي، المصنف، سلطنة عُمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م، ج ٣٨، ص ٢٢٥، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ج ٦، ص ٢٦، الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٣٣٧، محمد بن عبد الله الخرشي، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت، ج ٤، ص ٨٢. وهو الذي يفهم من كلام ابن حزم؛ إذ اشترط أن تكون الرجعة في العدة، ولا عدة -في رأيه- على المطلقة قبل الوطء.

علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلى، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ج ١٠، ص ٢٥١، ٢٥٦.

^(٢٦) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٣٣٧.

^(٢٧) الخرشي، شرح الخرشي، ج ٤، ص ٨٢.

^(٢٨) محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عlish، دار الفكر، بيروت، ج ٢، ص ٤١٨.

^(٢٩) علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج ٩، ص ١٥٠، البهوتي، كشف القناع، ج ٥، ص ٣٤١.

^(٣٠) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ، ج ٢، ص ٣٤٩.

ثالثاً: إن تكون الرجعة في العدة، فلا رجعة بعد العدة؛ لأنها غدت بائنة عنه.
رابعاً: الإشهاد على الرجعة، وقد اختلف العلماء في كونه شرطاً.
خامساً: إعلام الزوجة بالرجعة في العدة على قول (٣١).

المطلب الثاني

أهمية الإشهاد على الرجعة

أمر الله تعالى بالإشهاد على الديون والبيوع في آية الدين في قوله تعالى: لَيَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ... وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا... وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ (البقرة: ٢٨٢).
وإذا كانت الشهادة مأموراً بها في البيوع والمدانيات؛ نظراً لأهميتها في حفظ الحقوق، ومنعها من الخلاف والنزاع، والوقوع في الريب والشكوك، وتفرق الوحدة، وتمزق الكلمة، فإن هذه الأهمية متحققة في الإشهاد على الرجعة من باب أولى، وذلك كالآتي:

أولاً- الإشهاد يحول دون وقوع الخلاف بين الزوجين في حصول الرجعة، فقد تنكر المرأة الرجعة، وترتبط بزواج آخر فور انتهاء عدتها، ويدعي مطلقها أنه ردها إلى عصمته، وأن زواجها من بعل آخر باطل؛ لأنه نكاح لزوجة الغير.
ثانياً- الإشهاد على الرجعة يحجب الخلاف بين الزوجين في حصول الرجعة في العدة أو بعدها، فقد يزعم الزوج أن الرجعة كانت في العدة، وأن المرأة زوجته، وتدفع المرأة أن الرجعة كانت بعد العدة، ولذا فهي باطلة، لا ترتب آثاراً عليها.
ثالثاً- الإشهاد على الرجعة يمنع حصول الشكوك في الرجل وامرأته، هل ردها إلى عصمته بوجهه الشرعي أو لا؟ أي أن الإشهاد؛ لئلا يتهم في إمساكها (٣٢).
رابعاً- يحول الإشهاد دون وقوع النزاع بين الزوجين في عدد الطلقات، وعدد الرجعات.

(٣١) ينظر: ص ٣٣.

(٣٢) محمود بن عمر الزمخشري، الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج ٤، ص ٥٥٨.

وكم يحصل الخلاف بين الرجل ومطلقة، فيدعي أحدهما الرجعة، وينكرها الآخر، ويدعي أحدهما الطلاق، ويجحده الآخر، يقول ابن تيمية: (ومن حكمة ذلك [أي الإشهاد] ^(٣٣) أنه قد يطلقها، ويرجعها، فيزين له الشيطان كتمان ذلك حتى يطلقها بعد ذلك طلاقاً مُحَرِّماً، ولا يدري أحد فتكون معه حراماً، فأمر الله أن يشهد على الرجعة؛ ليظهر أنه قد وقعت به طلاقاً) ^(٣٤).

خامساً- أن المرأة قد تمنعه من قربانها بحجة أنه لم يردّها إلى عصمته، ولا شيء لدى الزوج يثبت رجعتها إذا لم يشهد.

والخلاصة: أن الإشهاد على الرجعة له أهميته للزوج والزوجة والمجتمع، يقول الحق تبارك وتعالى: {فَإِذَا بَلَغَ الْأَجَلُ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً} (الطلاق: ٢)، والله تعالى أعلم بمصالح العباد، فتشريعه سبحانه وتعالى حكيم ومنافع كله، {إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ} (البقرة: ٣٠)، {وَلَا يُنَبِّئُكَ مِثْلُ خَبِيرٍ} (فاطر: ١٤).

المبحث الثاني

حكم الإشهاد على الرجعة

المطلب الأول

الحكم التكليفي للإشهاد على الرجعة

لا يختلف أحد في أهمية الشهادة، ودورها في رفع الإشكالات والنزاع بين الزوجين، وأن الشارع أمر بها في قوله: {وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ}، إلا أن الخلاف حصل بين الفقهاء في تكييف هذا الأمر من حيث دلالاته على الأصل، وهو الوجوب، أو قامت قرينة صرفته إلى الندب والاستحباب والإرشاد، فكان الشأن فيه كالشأن في الأمر بالإشهاد على البيوع والمداينات والبيوع {وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ} (البقرة: ٢٨٢)،

(٣٣) ما بين المعكوفين من زيادة الباحث.

(٣٤) أحمد عبد الحليم بن تيمية الحراني، كتب ورسائل وفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، مكتبة ابن تيمية، الطبعة الثانية، ج ٣٣، ص ٣٤.

{وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ} (البقرة: ٢٨٢)، الذي حمّله الجمهور^(٣٥) على النذب والاستحباب؟ وبيان ذلك:

اختلف العلماء في الحكم التكليفي للإشهاد على الرجعة إلى قولين:
القول الأول: الأمر بالإشهاد على الرجعة في الآية الكريمة أمر نذب وإرشاد، وهو قول الحنفية^(٣٦)، والمالكية في المشهور^(٣٧)، والشافعي في الجديد^(٣٨)، وأحمد في رواية^(٣٩)، واستدلوا على ذلك بأدلة من الكتاب العزيز، والسنة النبوية المطهرة، والإجماع، والمعقول، وذلك كالآتي:
أولاً- القرآن الكريم:

١. قال الله تعالى: {فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوْي عَدْلٍ مِّنْكُمْ} (الطلاق: ٢).

وجه الاستدلال: تفيد الآية الكريمة أن الأمر بالإشهاد للنذب من وجهين:
الوجه الأول: إن الأمر في قوله تعالى: {وَأَشْهِدُوا} عائد إلى المفارقة (الطلاق)، والرجعة، وإذا كان الأمر بالشهادة على الطلاق أمر نذب وإرشاد واحتياط إجماعاً^(٤٠)، فكذلك الرجعة^(٤١)؛ لأنهما مقترنان في الآية الكريمة^(٤٢)، ولاستحالة إرادة معنيين

(٣٥) ينظر: أحمد بن علي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ، ج ٢، ص ٢٠٦، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الشعب، القاهرة، ج ٣، ص ٤٠٣، محمد بن يوسف اطفيش، تيسير التفسير، تحقيق إبراهيم بن محمد طلاي، المطبعة العربية، غرداية، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م، ج ٢، ص ٢١٨.

(٣٦) السرخسي المبسوط، ج ٦، ص ١٩، الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٣، ص ١٨١.

(٣٧) الخرخشي، شرح مختصر خليل، ج ٤، ص ٨٧.

(٣٨) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٣٣٦.

(٣٩) عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ، ج ٧، ص ٤٠٣.

(٤٠) محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتهى الأخبار، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣م، ج ٧، ص ٤٣.

(٤١) الجصاص، أحكام القرآن، ج ٥، ص ٣٥٠.

(٤٢) الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٧، ص ٤٣.

مختلفين بلفظ واحد^(٤٣)، وحذاري من الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد عند من يمنع الجمع بينهما في لفظ واحد^(٤٤).

الوجه الثاني: الرجعة استدامة للنكاح؛ لأن الله تعالى سمى الرجعة إمساكا، والإشهاد ليس شرطا في استدامة النكاح^(٤٥).

وحُمل الأمر في الآية الكريمة على الندب؛ احترازاً عن التجاحد، وعن الوقوف في مواضع التهم؛ لأن الناس عرفوه مطلقاً، فيتهم بالقعود معها^(٤٦).

وأفاد الإرشاد؛ لأن الأمر متعلق بمصلحة دنيوية، ولذلك صرح الحنفية^(٤٧)، والمالكية^(٤٨) بكراهة ترك الإشهاد على الرجعة.

٢. قال تعالى: {فَأَمْسِكُوهُمْ}، وقال: {وَبُعُولَتُهُمْ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ} (البقرة: ٢٢٨).

وجه الاستدلال: الإطلاق في هذه الأوامر من غير قيد بالإشهاد، وهو يقتضي عدم وجوبه^(٤٩)، وزاد الحنفية أن اشتراط الشهادة زيادة على النص، وهو نسخ فلا يجوز إلا بمثله^(٥٠).

(٤٣) عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب الإسلامي، القاهرة، ١٣١٣هـ، ج ٢، ص ٢٥٢.

(٤٤) ابن مفلح، المبدع، ج ٧، ص ٣٩٢، وينظر: محمد بن عبد الواحد السيواسي (الكمال بن الهمام)، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ج ٤، ص ١٦٢.

(٤٥) السرخسي المبسوط، ج ٦، ص ١٩.

(٤٦) الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٢، ص ٢٥٢، وينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٣٣٦.

(٤٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٣، ص ١٨٢.

(٤٨) محمد بن أحمد بن عlish، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م، ج ٤، ص ١٩٤.

(٤٩) الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٢، ص ٢٥٢، زكريا بن محمد الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تحقيق محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ/٢٠٠٠م، ج ٣، ص ٣٤١.

(٥٠) الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٢، ص ٢٥٢.

ثانياً- السنة النبوية الشريفة:

عن عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- أنه طلق امرأته، وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (مره فليراجعها) ^(٥١). وجه الاستدلال: أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر عمر -رضي الله عنه- أن يأمر ابنه بالرجعة مطلقاً، ولم يذكر الإشهاد، ولو كان واجباً لذكره ^(٥٢).

ثالثاً- الإجماع:

وقد أشار إليه الإمام الجصاص، فقال: (ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في صحة وقوع الرجعة بغير شهود إلا شيئاً يروى عن عطاء، فإن سفيان روى عن ابن جريج عن عطاء قال: الطلاق، والنكاح، والرجعة بالبينة، وهذا محمول على أنه مأمور بالإشهاد على ذلك احتياطاً من التجاهد، لا على أن الرجعة لا تصح بغير شهود، ألا ترى أنه ذكر الطلاق معها، ولا يشك أحد في وقوع الطلاق بغير بينة) ^(٥٣). رابعاً- المعقول: ولهم وجوه في الاستدلال به.

١. القياس على فرقة الطلاق من حيث إنها حق للزوج، وهي جائزة بغير إشهاد إذ لا يحتاج فيها إلى رضا غيره، ولما كانت الرجعة أيضاً حقاً له وجب أن تجوز بغير إشهاد ^(٥٤).

٢. القياس على البيع، يقول الله تعالى: {وَأَشْهُدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ} (البقرة: ٢٨٢)، وإذا كانت الشهادة مندوبة، والبيع صحيح من غير

^(٥١) محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م، كتاب الطلاق، حديث رقم ٤٩٥٣، ج ٥، ص ٢٠١١، مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها وأنه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعتها، حديث رقم ١٤٧١، ج ٢، ص ١٠٩٣.

^(٥٢) ينظر: الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٧، ص ٤٣.

^(٥٣) الجصاص، أحكام القرآن، ج ٥، ص ٣٥١.

^(٥٤) المرجع السابق، ج ٥، ص ٣٥٠، ٣٥١.

إشهاد، فذلك الإشهاد على الرجعة^(٥٥)، فعدل عن ظاهر الأمر بالإشهاد على الرجعة للقياس المذكور^(٥٦).

٣. القياس على دفع المال لليتيم بعد بلوغه سن الرشد، قال تعالى: {وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ} (النساء: ٦)، وإذا كان الإشهاد غير واجب فذلك الرجعة^(٥٧).

٤. أن الله تعالى سمى الرجعة إمساكاً في قوله: {فَأَمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ}، والإمساك إبقاء الشيء على ما كان^(٥٨)، وذلك يفيد استدامة الملك^(٥٩)، والشهادة ليست شرطاً في النكاح حال البقاء بالاتفاق، فكانت كالفيء في الإيلاء من حيث إن الشهادة عليه ليست شرطاً؛ لكونه حالة البقاء^(٦٠).

٥. إن الرجعة في حكم استدامة النكاح السابق، فلها النفقة والسكنى، ويلحقها طلاقه وخلعه، وإيلاؤه، وظهاره، وتوهم بالتزوين له، وإذا مات أحدهما ورثه الآخر ما دامت المرأة في عدتها، ولذلك لا تحتاج الرجعة إلى ولي ورضا، وصدق، وإذا كانت لا تحتاج إلى ذلك، فذلك لا تحتاج إلى إشهاد^(٦١).

واعترض: بأن (الحكمة في اشتراط الشهود دون سائر الشروط دفع ما يخشى من المفسدة من غالب العوام، فإن الواحد منهم لو لم يُشترط عليه ذلك جاء إلى مطلقة فيزعم مراجعتها، وهو لم يفعل، فيفضي إلى الفساد)^(٦٢).

(٥٥) السرخسي المبسوط، ج ٦، ص ١٩، زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، ج ٣، ص ٣٤١.

(٥٦) عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، تحقيق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، عالم الكتب، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م/١٤١٩هـ، ج ٣، ص ٣٦٥.

(٥٧) الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٢، ص ٢٥٢.

(٥٨) محمد بن محمد البابرتي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، ج ٤، ص ٦.

(٥٩) السرخسي المبسوط، ج ٦، ص ١٩، ٢٠.

(٦٠) البابرتي، العناية ج ٤، ص ١٦٢.

(٦١) الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٢، ص ٢٥٢، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، ج ٢، ص ١٠٣، البهوتي، الروض المربع، ج ٣، ص ١٨٤.

(٦٢) عبد الله بن حميد السالمي، جوابات الإمام السالمي، الطبعة الثانية، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م، ج ٣، ص ٣٦٥.

٦. لأن الرجعة لا تقتصر إلى قبول كسائر الحقوق، فلم تقتصر إلى شهادة^(٦٣).
القول الثاني: إن الأمر في الآية الكريمة للوجوب، وقال به الإباضية^(٦٤)،
وهو مذهب يحيى بن بكير من المالكية^(٦٥)، وقال به الإمام الشافعي في
القديم^(٦٦)، وابن حزم الظاهري^(٦٧)، وأحمد في رواية^(٦٨)، ونُسب إلى عطاء^(٦٩)،
ونسبه الفخر الرازي إلى ابن جرير الطبري^(٧٠)، وقال الإمام الصنعاني:
(والإشهاد على الرجعة ظاهر إذا كانت بالقول الصريح)^(٧١)، وقال الإمام
الشوكاني: (الظاهر وجوب الإشعار لمن يتصل به [أي الزوج]^(٧٢))، ويجاوزه؛
لئلا يظنوا به ما لا يحل، واجتناب ذلك واجب بل قد ورد ما يدل على وجوب

(٦٣) محمد بن عبد الله ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان، ج ٤، ص ٢٨٣، ابن مفلح، المبدع، ج ٧، ص ٣٩٢.

(٦٤) عبد الله بن محمد بن بركة، الجامع، تحقيق عيسى يحيى الباروني، سلطنة عُمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ج ٢، ص ١٨١، علي بن أحمد البسيوي، جامع أبي الحسن البسيوي، تحقيق الحاج سليمان بن إبراهيم الوارجلاني، داود بن عمر الوارجلاني، ج ٣، ص ١٧٢٨.

(٦٥) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م، ج ٢، ص ٢٨٠، محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، ١٩٩٧م، ج ٢٨، ص ٣١٠.

(٦٦) محمد بن عمر الرازي، التفسير الكبير (مفاتيح الغيب)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م، ج ٦، ص ٩٤، الشيرازي، المذهب، ج ٢، ص ١٠٣، الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٣٣٦.

(٦٧) ابن حزم، المحلى، ج ١٠، ص ٢٥١.

(٦٨) ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٤٠٣.

(٦٩) جاء في تفسير ابن كثير: (وقال ابن جريج: كان عطاء يقول: {وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ}، قال: لا يجوز في نكاح، ولا طلاق، ولا رجاء إلا شاهدا عدل كما قال الله عز وجل، إلا أن يكون من عذر).

إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر، بيروت، ١٤٠١هـ، ج ٤، ص ٣٨٠.

(٧٠) الرازي، التفسير الكبير، ج ٦، ص ٩٤.

(٧١) محمد بن إسماعيل الصنعاني الأمير، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تحقيق محمد عبد العزيز الخولي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٣٧٩هـ، ج ٣، ص ١٨٢.

(٧٢) ما بين المعكوفين من زيادة الباحث.

الإشهاد^(٧٣)، وقال ابن كثير: (وقد قال بهذا طائفة من العلماء)^(٧٤)، وهو الذي عوّل عليه قانون الأحوال الشخصية العُماني في المادة (٩٣)، واستدلوا على ذلك بأدلة من القرآن الكريم، والسنة النبوية المطهرة، والمعقول.

أولاً- القرآن الكريم:

قال تعالى: {وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ} (الطلاق: ٢).
وجه الاستدلال: أن هذا أمر، والأصل في الأمر الوجوب^(٧٥).

ثانياً- السنة النبوية:

عن عمران بن حصين أنه سُئِلَ عن الرجل يُطلق امرأته، ثم يقع بها، ولم يُشهد على طلاقها، ولا على رجعتها، فقال: (طلقت لغير سنة، وراجعت لغير سنة، أشهد على طلاقها، وعلى رجعتها، ولا تعد)^(٧٦)، قال القطب: (أي إلى مثل هذا)^(٧٧).
وجه الاستدلال: قول عمران بن حصين: (طلقت لغير سنة، وراجعت لغير سنة) له حكم المرفوع، ومعنى ذلك أن سنة الرسول صلى الله عليه وسلم جرت بذلك.
واعترض بأمريّن:

الأمر الأول: إن الأثر لا يصلح للاحتجاج؛ لأنه قول صحابي، وقوله ليس حجة^(٧٨).

(٧٣) الشوكاني، السيل الجرار، ج ٢، ص ٤٠٩.

(٧٤) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج ٤، ص ٣٨٠.

(٧٥) البسيوي، جامع أبي الحسن البسيوي، ج ٣، ص ١٧٢٩.

(٧٦) سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، كتاب الطلاق تفريع أبواب الطلاق، باب الرجل يراجع ولا يشهد، حديث رقم ٢١٨٦، ج ٢، ص ٢٥٧، ورواه ابن ماجه بدون لفظ (ولا تعد)، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، كتاب الطلاق، باب الرجعة، حديث رقم ٢٠٢٥، ج ١، ص ٦٥٢.

قال ابن حجر: (سنده صحيح)، وقال الصنعاني: (سنده صحيح)، وصححه الشوكاني.
أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تحقيق وتخرير وتعليق سمير بن أمين الزهري، دار الفلق، الرياض، الطبعة السابعة، ١٤٢٤هـ، ص ٣٣١، الصنعاني، سبل السلام، ج ٣، ص ١٨٢، الشوكاني، السيل الجرار، ج ٢، ص ٤٠٩.

(٧٧) محمد بن يوسف أطفيش، هميان الزاد إلى دار المعاد، سلطنة عُمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤١٢هـ/١٩٩١م، ج ١، ص ٢٩١.

(٧٨) الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٧، ص ٤٣.

وُرد بأن الاستدلال ليس برأيه، بل في قوله: (طلقت لغير سنة، وراجعت لغير سنة)، قال الإمام الشوكاني: (والاحتجاج بالأثر المذكور في الباب لا يصلح للاحتجاج؛ لأنه قول صحابي في أمر من مسarach الاجتهاد، وما كان كذلك، فليس بحجة، لولا ما وقع من قوله: طلقت لغير سنة، وراجعت لغير سنة) ^(٧٩)، وقال: (قوله لغير سنة يدل على أنه قد عرف من السنة ما يفيد الإشهاد، فهو كقول الصحابي من السنة كذا) ^(٨٠).

الأمر الثاني: إن الحديث وإن كان له حكم الحديث المرفوع إلا أنه لا يدل على الإيجاب؛ لتردد كونه من سنته صلى الله عليه وسلم بين الإيجاب والندب ^(٨١).

ثالثاً - المعقول:

القياس على النكاح؛ وذلك أن كل واحد منهما فيه استباحة بضع مقصود (أي يبح الوطء) ^(٨٢)، وإذا كان النكاح لا يصح دون شهادة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: (ولا نكاح إلا بولي، وصادق، وبينة) ^(٨٣)، فكذلك الرجعة ^(٨٤)، واعتُرض: بأن الإشهاد إنما وجب على النكاح؛ لإثبات الفراش، وهو ثابت هنا، فلا يحتاج إلى إشهاد ^(٨٥).

أسباب الخلاف:

١. هل قوله تعالى: {وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ} عائد إلى الطلاق والرجعة أو إلى الرجعة فقط؟

٢. الإطلاق في بعض النصوص التي تحدثت عن بعض أحكام الرجعة.

٣. تعارض الأقيسة.

٤. معارضة القياس للظاهر في رأي الإمام ابن رشد القرطبي، جاء في بداية المجتهد: (وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر؛ وذلك أن ظاهر قوله تعالى:

^(٧٩) المرجع السابق.

^(٨٠) الشوكاني، السبل الجرار، ج ٢، ص ٤٠٩.

^(٨١) الصنعاني، سبل السلام، ج ٣، ص ١٨٢.

^(٨٢) الشيرازي، المذهب، ج ٢، ص ١٠٣، السالمي، الجوابات، ج ٣، ص ٣٦٨.

^(٨٣) الربيع بن حبيب بن عمرو الأزدي، الجامع الصحيح مسند الإمام الربيع بن حبيب، تحقيق محمد إدريس، عاشور بن يوسف، مكتبة الاستقامة، سلطنة عُمان، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ، كتاب النكاح، باب الأولياء، حديث رقم ٥١٠، ص ٢٠٦.

^(٨٤) محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق د. محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م، ج ٢، ص ٥٠٣.

^(٨٥) زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، ج ٣، ص ٣٤١.

{وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ}، يقتضي الوجوب، وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الإنسان يقتضي أن لا يجب الإشهاد، فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على النذب^(٨٦).

الرأي الراجح: يرى الباحث أن القول الثاني القائل بالوجوب أقوى من جهة الاستدلال والنظر؛ وذلك لقوله تبارك وتعالى: {فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا} (الطلاق: ٢)، فالآية الكريمة أمرت بالإشهاد، والأمر للوجوب، ثم أكدت ذلك بجملة من المؤكدات، وهي: أولاً: قوله تعالى: {وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ}، فالإشهاد على الرجعة حق لله تعالى، وحق الله تعالى لا يسقطه إلا صاحب الحق، وهو الله.

فإن قيل: إن الخطاب هنا للشهود، ومعناه أنهم إن أشهدوا لزمهم أداء الشهادة لله لا لغرض آخر^(٨٧) قلت: لا مانع من أن يكون الخطاب للأزواج لا سيما وأن الآية تخاطب في بدايتها الأزواج، أو يقال: إن الخطاب يشمل الاثنين، فالأزواج يلزمهم الإشهاد، والشهود يؤدون الشهادة لله تعالى^(٨٨).

ثانياً: قوله تعالى: {ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ}، أي: إن كنتم مؤمنين حقاً، تؤمنون بالله تعالى العليم الخبير، وتؤمنون بيوم الحساب والجزاء، فأقيموا الشهادة لله، فالأزواج يشهدون على الرجعة، والشهود لا يبتغون من الشهادة إلا رضا الله، وإقامة الحق.

ثالثاً: قوله تعالى: {وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا}، أي: مَنْ يَتَّقِ اللَّهَ فِي أَحْكَامِهِ، فيلتزم بهديه، ويقف عند مرآشده، فإن الله جاعل له مخرجاً، وعلى ذلك كان من اتبع شرع الله في الطلاق أو الرجعة جعل الله له مخرجاً من كثير الرزايا، والمشاكل والبلايا، ولا دليل

(٨٦) محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، ج ٢، ص ٦٤.

(٨٧) ينظر: ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج ١، ص ٥٦٦، محمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الأندلسي، تفسير البحر المحيط، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض، شارك في التحقيق زكريا عبد المجيد النوقي، أحمد النجولي الجمل، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م، ج ٨، ص ٢٧٩.

(٨٨) الجصاص، أحكام القرآن، ج ٥، ص ٣٥١.

يوجب إقصار هذا الخاتمة على الطلاق وحده^(٨٩) مع أن الصيغة عامة ثم إنها جاءت بعد ذكر الطلاق والرجعة، قال السدي: (ومن يتق الله) يطلق للسنة، ويراجع للسنة^(٩٠)، وأما القول لو كان الإشهاد واجبا للزم القول بوجوب الإشهاد على الطلاق فإنه قول غير وجيه؛ وذلك أن الحق تعالى ذكر الإشهاد عقب قوله: {فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ}، وبلوغ الأجل معناه قرب انتهاء عدة الطلاق، وفي هذه الحالة هناك خياران للزوج:

أولهما: الإمساك بمعروف.

الثاني: المفارقة بالمعروف.

والمراد بالأول الرجعة، وأما المفارقة بالمعروف، فلا تدل على إنشاء الطلاق، وإلا لزم منه الأمر بالتطليق، ولا أحد يقول ذلك، فاقضى أن يكون المعنى فاتركوهن حتى تنتهي عدتهن ببلوغ أجلهن^(٩١)، وهذا الترك لا يحتاج للإشهاد، فدل على أن الأمر بالإشهاد عائد إلى الإمساك بالمعروف، وهو الرجعة^(٩٢).

(٨٩) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ١٨، ص ١٥٩.

(٩٠) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج ٤، ص ٣٨١.

(٩١) الجصاص، أحكام القرآن، ج ٢، ص ٨٨.

(٩٢) يقول الإمام الطبري: (وقوله: {وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ}، وأشهدوا على الإمساك إن أمسكتموهن، وذلك هو الرجعة)، وقال ابن عطية في تفسيره: ({وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ} يريد على الرجعة، وذلك شرط في صحة الرجعة)، وقال القرطبي: (قوله تعالى: {وَأَشْهَدُوا} أمر بالإشهاد على الطلاق، وقيل: على الرجعة، والظاهر رجوعه إلى الرجعة، لا إلى الطلاق)، وقال ابن تيمية: (ظن بعض الناس أن الإشهاد هو الطلاق، وظن أن الطلاق الذي لا يشهد عليه لا يقع، وهذا خلاف الإجماع، وخلاف الكتاب والسنة، ولم يقل أحد من العلماء المشهورين به، فإن الطلاق أن في أوله، ولم يأمر فيه بالإشهاد، وإنما أمر بالإشهاد حين قال: {فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ} الطلاق: ٢، والمراد هنا بالمفارقة تخلية سبيلها إذا قضت العدة، وهذا ليس بطلاق، ولا برجعة، ولا نكاح، والإشهاد في هذا باتفاق المسلمين، فعلم أن الإشهاد إنما هو على الرجعة، ومن حكمة ذلك أنه قد يطلقها، ويرجعها، فيزين له الشيطان كتمان ذلك حتى يطلقها بعد ذلك طلاقا محرما، ولا يدري أحد فتكون معه حراما، فأمر الله أن يشهد على الرجعة؛ ليظهر أنه قد وقعت به طلبة كما أمر النبي صلى الله عليه وسلم من وجد اللقطة أن يشهد عليها؛ لئلا يزين الشيطان كتمان اللقطة، وهذا بخلاف الطلاق فإنه إذا طلقها، ولم يراجعها بل خلى سبيلها فإنه يظهر للناس أنها ليست امرأته، بل هي مطلقة، بخلاف ما إذا بقيت زوجة عنده، فإنه لا يدري الناس أطلقها أم لم يطلقها).

على أنه لو قيل برجع ذلك إلى الطلاق والرجعة، فإن الإشهاد على الطلاق لم يُحمل على الوجوب؛ لقيام أدلة صرفت الأمر من الوجوب إلى الندب؛ فابن عمر لم يشهد على الطلاق حسبما يظهر، والنبي -صلى الله عليه وسلم- لم يأمره بالإشهاد على الطلاق، ولم يسأل أشهد أو لا؟

أما من حيث وجوب الإشهاد على الطلاق فهو محل خلاف بين العلماء، ولا إجماع فيه^(٩٣)؛ إذ الوجوب قول عمران بن حصين، وعطاء^(٩٤)، وابن حزم الظاهري^(٩٥)، الظاهري^(٩٥)، وغيرهم^(٩٦)، أما قصة ابن عمر -رضي الله عنهما- فلا دليل فيها؛ وذلك أن الوجوب علم من دليل آخر، والنبي -صلى الله عليه وسلم- ليس في مقام تعداد شروط الرجعة، ولذلك لم يذكر أي شرط لها، وأما حكاية الإجماع فمحل نظر، ولذلك لم يذكره أكثر القائلين بالندب، ولو صح الإجماع لما وقع الخلاف والنزاع، والخلاف واقع، وأما القياس على البيع، ودفع مال اليتيم فمردود من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن النص مقدم على القياس.

الوجه الثاني: أنه قياس مع الفارق، فأهمية النكاح، وخطورته، وآثاره ليست كالبيع^(٩٧).

محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ ج ٢٨، ص ١٣٦، عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م، ج ٥، ص ٣٢٤، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ١٨، ص ١٥٧، ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٣، ص ٣٣، ٣٤.

(٩٣) حكى بعض العلماء الإجماع، ينظر: الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٧، ص ٤٣.

(٩٤) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج ٤، ص ٣٨٠.

(٩٥) ابن حزم، المحلى، ج ١٠، ص ٢٥١.

(٩٦) جاء في التحرير والتنوير: (يكون الإشهاد على المراجعة، وعلى بت الطلاق واجبا على الأزواج؛ لأن الإشهاد يرفع أشكالا من النوازل، وهو قول ابن عباس، وأخذ به يحيى بن بكير من المالكية، والشافعي في أحد قوليه، وابن حنبل في أحد قوليه، وروي عن عمران بن حصين، وطاوس، وإبراهيم، وأبي قلابة، وعطاء).

ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج ٢٨، ص ٣٠٩.

(٩٧) قال ابن عاشور: (قياس الطلاق والرجعة على البيع قد يقدح فيه بوجود فارق معتبر، وهو خطر الطلاق والمراجعة، وأهمية ما يترتب عليهما من الخصومات بين الأنساب، وما في البيوعات مما يغني عن الإشهاد، وهو التقايض في الأعواض).

الوجه الثالث: لم يرد في البيع، وتسلم اليتيم أمواله مثل ما ورد في الإشهاد على الرجعة من مؤكدات، وأما القياس على الإيلاء، فيعترض عليه باعتراضين: الاعتراض الأول: إنه قياس في مقابل النص. الاعتراض الثاني: إنه قياس مع الفارق من وجهين^(٩٨): الوجه الأول: إن الرجعة تحصل بالقول على الصحيح، أما الإيلاء فالفيء بالوقاع. الوجه الثاني: إن المقصود من الفيء رفع الضرر عن المرأة، فإذا ارتفع الضرر بطلت المدة، ولم يقع الطلاق، أما الرجعة فليس المقصد أساسا رفع الضرر عنها، فقد لا يكون هناك ضرر، وإذا راجعها أو لم يراجعها لم يفرق الحال من حيث الطلاق، فالطلاق واقع بمجرد إيقاعه، ومحسوب عليه.

المطلب الثاني

الحكم الوضعي للإشهاد على الرجعة:

اختلف الفقهاء في ذلك، فأما القائلون بأن الإشهاد ندب، فهم متفقون على أن الرجعة صحيحة، وأما القائلون بالوجوب، فاختلفوا إلى قولين: القول الأول: إنه شرط صحة، فمن رد زوجته، ولم يشهد على ذلك فإن رجعته غير صحيحة، وذهب إليه الإباضية^(٩٩)، وهو قول الإمام الشافعي في القديم^(١٠٠)، وابن حزم الظاهري^(١٠١)، واستدلوا على ذلك بالأدلة الآتية:

١. قوله عليه الصلاة والسلام: (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد)^(١٠٢).

ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج ٢٨، ص ٣٠٩.

^(٩٨) ينظر: علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الشافعي، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م، ج ١٠، ص ٣١١.

^(٩٩) البسيوي، جامع أبي الحسن البسيوي، ج ٣، ص ١٦٠٤، السالمي، الجوابات، ج ٣، ص ٣٦٨، أطفيش، تيسير التفسير، ج ١٥، ص ١٣٠، ١٣١.

^(١٠٠) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ١٠، ص ٣١٩.

^(١٠١) ابن حزم، المحلى، ج ١٠، ص ٢٥١.

^(١٠٢) الربيع، الجامع الصحيح، حديث رقم ٤٩، ص ٣٩، البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب النجش، مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، حديث رقم ١٨١٧، ج ٣، ص ١٣٤٣.

وجه الاستدلال: أن الرجعة دون إشهاد ليست مما أمر النبي -صلى الله عليه وسلم- فكانت باطلة مردودة (١٠٣).

٢. القياس على النكاح، فإذا كان النكاح لا يصح دون الإشهاد فكذلك الرجعة (١٠٤).
القول الثاني: إن رجعته صحيحة مع إثمه؛ لتركه الواجب (١٠٥)، قال ابن رشد في المقدمات الممهدة بعد أن ذكر قول يحيى بن بكير من المالكية: (فإذا قلنا إنه واجب، فمعنى ذلك أنه يكون بتركه آثم؛ لتضييع الفروج، وما يتعلق بذلك، من غير أن يكون ذلك شرطاً في صحة الطلاق والرجعة) (١٠٦).

وحكى بعض العلماء الإجماع عليه، قال العلامة الطاهر بن عاشور: (واتفق الجميع على أن هذا الإشهاد ليس شرطاً في صحة المراجعة أو المفارقة؛ لأنه إنما شرع احتياطاً لحقهما، وتجنباً لنوازل الخصومات؛ خوفاً من أن يموت، فتدعي أنها زوجة لم تطلق، أو أن تموت هي فيدعي هو ذلك) (١٠٧).

قلت: لا إجماع في ذلك، يقول الإمام القرطبي: (فإن راجع من غير إشهاد ففي صحة الرجعة، قولان للفقهاء) (١٠٨)، وقال ابن تيمية: (...الشهادة في الرجعة فإنها مشروعة، إما واجبة، وإما مستحبة، وهي شرط في صحة الرجعة على قول) (١٠٩).
واستدلوا على ذلك بعدم وجود الدليل على الشرطية، فالدليل قام على الوجوب، وليس كل واجب شرط صحة (١١٠).

رأي قانون الأحوال الشخصية العُماني: أمرت المادة (٩٣) -التي بينت ما تحصل به الرجعة وشروطها- أن تُراعى أحكام المادة ٢٨ من هذا القانون، وعند العودة إلى المادة ٢٨ نجد أنها تتعلق بحكم الشهادة في عقد النكاح، ونصت على: (يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين....).

(١٠٣) ينظر: ابن حزم، المحلى، ج ١، ص ٦٩، وج ١٠، ص ٢٥١.

(١٠٤) أطفيش، تيسير التفسير، ج ١٥، ص ١٣٠، ١٣١.

(١٠٥) ابن عطية، المحرر الوجيز، ج ٥، ص ٣٢٤.

(١٠٦) ابن رشد، المقدمات الممهدة، ج ٢، ص ٢٨٠.

(١٠٧) ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج ٢٨، ص ٣٠٩.

(١٠٨) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ١٨، ص ١٥٧.

(١٠٩) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٢، ص ١٦.

(١١٠) ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج ٢٨، ص ٣٠٩، ٣١٠.

ومعنى ذلك: إن القانون العُماني قاس حكم الإشهاد في الرجعة على حكم الإشهاد في النكاح، وأعطاهما حكماً واحداً، وهو أن الشهادة شرط صحة، وهذا يدل على مدى عناية القانون بالتوثيق من أجل تقليل الخلاف، والنزاع بين الزوجين، ومن ثمّ تقليل المطالبات، والدعاوى القضائية.

الرأي الراجح: لعل القول الأول القائل بأن الشهادة شرط صحة في الرجعة هو الأظهر وذلك أخذاً بالقياس على النكاح، من حيث إن كلا منهما يبيح بضعا محرماً، فيتقن في الشروط إلا ما قام الدليل على استثنائه.

المطلب الثالث

آثار الخلاف في حكم الإشهاد على الرجعة

تترتب على الخلاف في الحكم التكليفي والوضعي مجموعة من الآثار، ومن أهمها: أولاً- إذا ترك المراجع الشهادة فإنه لا يَأْثُم على القول بالندب والإرشاد. ثانياً- تكون الرجعة صحيحة على القول بأن الإشهاد لا يعد شرط صحة، وتكون الرجعة باطلة على القول بأن الشهادة شرط صحة، ويترتب على هذا ما يلي:

١. يجوز للمراجع وطء المرأة بعد المراجعة بالقول، ولو لم يشهد، واختلف القائلون بالقول الآخر إلى قولين، فذهب الإباضية إلى المنع والتحريم، وقال ابن حزم بالجواز والإباحة، وتفصيل ذلك:

أ. المذهب الإباضي: ذهب الإباضية إلى تحريم وطء المرأة بعد المراجعة بالقول إذا لم يشهد، وعدوا ذلك زنى بها^(١١١)، واختلفوا في مسألتين:

المسألة الأولى: هل عليهما الحد؟ قولان^(١١٢):

القول الأول: لا حد عليه؛ لشبهة الخلاف.

القول الثاني: يحدان؛ لأنه زنى.

المسألة الثانية؟ هل تحرم عليه؟ قولان:

(١١١) ابن بركة، الجامع، ج ٢، ص ١٨١.

(١١٢) ابن بركة، الجامع، ج ٢، ص ١٨١، محمد بن يوسف اطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثالثة، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م، ج ٧، ص ١٠٩.

القول الأول: أنها تحرم عليه؛ لأن الزنى من أسباب تحريم النساء، وهو أكثر القول عند الإباضية^(١١٣)، قال القطب: (وإن جامعها قبل الإشهاد حرمت عليه على الصحيح)^(١١٤).

القول الثاني: لا تحرم عليه إن كان الجماع بسبب الجهل، وتحرم على العمد^(١١٥).
 ب: مذهب ابن حزم الظاهري^(١١٦): ذهب ابن حزم الظاهري إلى جواز وطء المعتدة من طلاق رجعي قبل الإشهاد مطلقاً؛ لأنها زوجته، يتوارثان، ويلحقها طلاقه، وإيلاؤه، وظهاره، ولعانه، وعليه نفقتها وكسوتها وإسكانها، وإذا كانت زوجته فله أن ينظر منها إلى ما كان ينظر إليه منها قبل أن يطلقها وأن يطأها؛ إذ لم يأت نص بمنعه من شيء من ذلك، وقد سمّاه الله تعالى بعلاً لها؛ إذ يقول عز وجل: {وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ} (البقرة: ٢٢٨).

الرأي المختار: يرى الباحث أنها تحرم عليه؛ إذ الزاني لا يجوز له أن يتزوج من زنى بها على الصحيح، وليس هنا محل بحث ذلك، ولا يثبت الحد عليهما؛ للشبهة، والشبهة تدرأ الحدود، وأما التقبيل واللمس والنظر فإنه مع حرمة إلا أنه لا يجرمها^(١١٧)، وما ذهب إليه ابن حزم مردود.

٢. الوطء قبل الإشهاد مُحرم، ولا يُعد الوطء مما تحصل به المراجعة على خلاف وتفصيل بين الفقهاء، وبيانه ذلك كالآتي:

أ. القائلون بأن الإشهاد شرط صحة الجماع قبل الإشهاد محرم عند الإباضية، مباح عند ابن حزم - كما تقدم ما دامت في العدة - وهل تحصل به المراجعة؟

(١١٣) يشر بن غانم الخراساني، مدونة أبي غانم الخراساني، تحقيق يحيى بن عبد الله النبهاني، وإبراهيم بن محمد العساكر، مكتبة الجيل الواعد، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م، ص ٢٤١، ابن بركة، الجامع، ج ٢، ص ١٨١، البسيوي، جامع أبي الحسن البسيوي، ج ٣، ص ١٦٠٤، أطفيش، شرح النيل، ج ٧، ص ١٠٨.

(١١٤) أطفيش، هميان الزاد، ج ١٤، ص ٢٩١.

(١١٥) أطفيش، شرح النيل، ج ٧، ص ١٠٩.

(١١٦) ابن حزم، المحلى، ج ١٠، ص ٢٥١.

(١١٧) سلمة بن مسلم العوتبي، كتاب الضياء، تحقيق الحاج سليمان بن إبراهيم الوارجلاني وداد بن عمر الوارجلاني، سلطنة عُمان، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ/٢٠١٥م، ج ١٦، ص ١٥٧.

ذهب الإباضية^(١١٨)، وابن حزم الظاهري^(١١٩) إلى أنه لا تحصل به المراجعة؛ وذلك للأدلة الآتية:

أولاً- لأنه لا يمكن الإشهاد عليه.

ثانياً- لأنه فعل محرم عند الإباضية، فكيف تحصل به الرجعة؟

ثالثاً- لم يأت دليل من الكتاب أو السنة على كونه رجعة، ولا خلاف في أن الرجعة بالكلام رجعة، فلا يكون رجعة إلا بما صح أنه رجعة^(١٢٠).

وهكذا الحال في التقبيل، واللمس بشهوة^(١٢١)، وقال الإمام السالمي: (النظر إلى فرج المرأة فلا أحبه وإن كان الطلاق رجعياً، وكان ذلك الحال في العدة، وظاهر كلام ابن النظر جواز ذلك في قوله: وإذا طلقها واحدة فرأى أو مس منها موضعاً ولو الفرج فلا بأس وقد عابه قوم عليه ودعا)^(١٢٢).

ب. القائلون بأن الإشهاد ليس شرط صحة، اختلف هؤلاء إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: الوطاء جائز، وتحصل به المراجعة، ولكن لا يستحب له ذلك قبل الإشهاد على المراجعة؛ لأنه يصير مراجعاً لها من غير شهود، وهو قول الحنفية^(١٢٣)، ورواية عن أحمد^(١٢٤)، وعليه جمهور الحنابلة^(١٢٥)، وعوّلوا على الأدلة الآتية^(١٢٦):

الأمر الأول: قوله تعالى: {وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ} (البقرة: ٢٢٨)، ولا يكون أحق بها إلا إذا كان مستبداً بها، وفي تسميته بعلاً إشارة إلى أن الجماع حلال؛ لأن البعل هو الزوج، والمباعدة هي المجامعة.

الأمر الثاني: إن الله تعالى سمى الرجعة إمساكاً في قوله: {فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ}، والإمساك معناه استدامة الملك، فدل على أن الملك باق، ولذلك يصح عليها طلاقه،

(١١٨) أبو غانم، الخراساني، المدونة، ص ٢٤٣، ابن بركة، الجامع، ج ٢، ص ١٨١.

(١١٩) ابن حزم، المحلى، ج ١٠، ص ٢٥٢.

(١٢٠) ابن حزم، المحلى، ج ١٠، ص ٢٥٢.

(١٢١) أطفيش، شرح النيل، ج ٧، ص ٣٩٤.

(١٢٢) السالمي، الجوابات، ج ٣، ص ٣٦٤.

(١٢٣) السرخسي، المبسوط، ج ٦، ص ١٩-٢١، الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٣، ص ١٨٣.

(١٢٤) ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٤٠٤.

(١٢٥) الرمداوي، الإنصاف، ج ٩، ص ١٥٤، البهوتي، كشف القناع، ج ٥، ص ٣٤٣.

(١٢٦) السرخسي، المبسوط، ج ٦، ص ١٩-٢١.

وظهاره، ولعانه، وأنهما يتوارثان، وبقاء ملك النكاح دليل على بقاء حل الوطء؛ لأنه لا يملك عينها ولا منافعها.

الأمر الثالث: القياس على الفیء في الإیلاء، فإذا كان الفیء يحصل بالجماع، فكذلك الرجعة تحصل بالجماع؛ لبقاء النكاح في كليهما^(١٢٧).

أما تقبيلها بشهوة أو لمسها بشهوة أو النظر إلى فرجها بشهوة فحكمه عند الحنفية^(١٢٨) حكم الوطء من حيث الجواز، وكونها مما تحصل به المراجعة؛ لأنها مختصة بالملك، والملك باق، وأما إذا قبلته بشهوة أو لمستة بشهوة أو نظرت إلى فرجه بشهوة، فقد اختلف قولهم إلى قولين^(١٢٩):

القول الأول: تثبت به الرجعة، وهو قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن؛ لأن فعلها به كفعله بها؛ إذ الحل مشترك بينهما.

القول الثاني: لا تثبت الرجعة، وهو قول أبي يوسف؛ وذلك لأن هذا الفعل من الزوج دليل استبقاء الملك، وليس لها ولاية استبقاء الملك، فلا يكون فعلها رجعة.

وأما الحنابلة، فلا تحصل الرجعة بمقدمات الوطء؛ لأن ذلك ليس في معنى الوطء؛ إذ الوطء يدل على ارتجاعها دلالة ظاهرة بخلاف المقدمات^(١٣٠).

القول الثاني: الوطء غير جائز؛ وكذلك سائر أنواع الاستمتاع؛ لأنها مفارقة كالبائن^(١٣١)، ولا تحصل به المراجعة، وإن نوى به الرجعة، فالموطوءة قبل الرجعة بالقول لا يكون المطلق مراجعا لها، فلا تنقطع عدتها، ولها أن تتكح زوجا غيره إذا انتهت عدتها، وهو قول الشافعية^(١٣٢)، وأحمد في رواية^(١٣٣)، وذلك للأدلة الآتية: **أولاً-** قال الله تعالى: {وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ} (البقرة: ٢٢٨).

(١٢٧) السرخسي، المبسوط، ج ٦، ص ٢١، البابرتي، العناية، ج ٤، ص ١٦٢.

(١٢٨) السرخسي، المبسوط، ج ٦، ص ٢١، الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٣، ص ١٨٣.

(١٢٩) المراجع السابقة.

(١٣٠) البهوتي، كشاف القناع، ج ٥، ص ٣٤٣.

(١٣١) زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، ج ٣، ص ٣٤٤.

(١٣٢) الشيرازي، المهذب، ج ٢، ص ١٠٣.

(١٣٣) ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٤٠٣.

وجه الاستدلال: الرد يقتضي أن يكون بالكلام لا بالفعل، والوطء فعل لا تصح به الرجعة^(١٣٤).

ثانياً- قال تعالى: {فَأَمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ} (الطلاق: ٢).

وجه الاستدلال^(١٣٥):

أ. تدل الآية على أن إباحة الامتلاك تكون بعد الإمساك لا قبله.

ب. أمر الله تعالى بالإشهاد وجوباً أو ندباً، فدل على أن الرجعة لا تصح إلا على وجه تصح فيه الشهادة، والوطء لا يمكن الإشهاد عليه عادة.

ج. قال النبي -صلى الله عليه وسلم- لعمر بن الخطاب رضي الله عنه:- (مره فليراجعها ثم ليمسكها)^(١٣٦).

وجه الاستدلال: أن الحديث يدل على وجوب الرجعة قبل إمساكها، أي لا يجوز له إمساكها قبل الرجعة، ولذلك كان ابن عمر رضي الله عنهما- لا يمر على مسكنها قبل الرجعة حتى راجع^(١٣٧).

د. القياس على النكاح من حيث إن كلا منهما فيه استباحة بضع مقصود، فإذا كان النكاح لا يصح بالفعل مع القدرة، فكذلك الرجعة^(١٣٨).

هـ. الوطء يوجب العدة فلا يقطعها^(١٣٩).

و. حكم الطلاق مضاد لحكم النكاح، فلما كان كل نكاح إذا صح أوجب الإباحة، وجب أن يكون كل طلاق إذا وقع أوجب التحريم^(١٤٠).

(١٣٤) الشافعي، الأم، ج ٥، ص ٢٤٤.

(١٣٥) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ١٠، ص ٣١١.

(١٣٦) تقدم تخريجه، ص ١٣.

(١٣٧) المرجع السابق، ج ١٠، ص ٣٠٩.

(١٣٨) الشيرازي، المهذب، ج ٢، ص ١٠٣، ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٤٠٣.

(١٣٩) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٣٣٧.

(١٤٠) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ١٠، ص ٣٠٩.

القول الثالث: ذهب المالكية إلى تحريم أنواع الاستمتاع كلها قبل المراجعة^(١٤١)، وقالوا: إن للمرأة الحق في منع زوجها من قربانها إذا راجعها قبل الإشهاد، وعدّوا ذلك دليلاً على رشدتها^(١٤٢).

وإذا جامعها أو قبّل أو لمس فإنه يُفَرَّق بين أمرين^(١٤٣):
الأمر الأول: إذا كان لديه قصد الرجعة عند الوطء أو التقبيل فهو مراجع.
الأمر الثاني: إذا لم تكن لديه قصد الرجعة وقت الوطء أو التقبيل لم يكن مراجعاً، ورتبوا على ذلك: (إذا وطئ ولم ينو الرجعة فهو وطء فاسد، ولا يعود لوطنها حتى يستبرئها من مائه الفاسد، وله الرجعة في بقية العدة الأولى، وليس له رجعة في هذا الاستبراء)^(١٤٤).

رأي قانون الأحوال الشخصية العُماني:

جاء في المادة (٩٣/أ) (تقع الرجعة بالقول....)، وعليه فإن الوطء لا تحصل به الرجعة، ولا يترتب أي أثر من آثار الرجعة على ذلك الفعل.
سبب الخلاف: من أسباب الخلاف ما ذكره الإمام الكاساني الحنفي مقارناً بين قولهم، وقول الإمام الشافعي، فقال: (الرجعة عنده إنشاء النكاح من وجه، وإنشاء النكاح من كل وجه لا يجوز إلا بالقول، فكذا إنشاؤه من وجه، وعندنا هي استدامة النكاح من كل وجه، فلا تختص بالقول)^(١٤٥).

^(١٤١) قال الخرشي: (الرجعية حكمها حكم الزوجة في وجوب النفقة، والكسوة، والموارثة بينهما، وغير ذلك إلا في تحريم الاستمتاع بها قبل المراجعة بنظرة أو غيرها من رؤية شعر، واختلاء بها؛ لأن الطلاق مضاد للنكاح الذي هو سبب للإباحة، ولا بقاء للضد مع وجود ضده، ولا يكلمها، ولا يدخل عليها ولو كان معها من يحفظها، ولا يأكل معها، ولو كانت نيته رجعتها حتى يراجعها، وهذا تشديد عليه؛ لئلا يتذكروا ما كان). الخرشي، شرح مختصر خليل، ج ٤، ص ٨٥.

^(١٤٢) قال الخرشي: (من طلق زوجته طلاقاً رجعياً ثم راجعها، وأراد أن يجامعها، فمنعته من ذلك إلا بعد الإشهاد، فإن ذلك من حقها، وهو دليل على رشدتها، ولا تكون بذلك عاصية لزوجها، بل تؤجر على المنع). الخرشي، شرح مختصر خليل، ج ٤، ص ٨٧.

^(١٤٣) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ١٨، ص ١٥٨، محمد بن عبد الرحمن المغربي (الخطاب)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٨هـ، ج ٤، ص ١٠١.

^(١٤٤) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ١٨، ص ١٥٨.

^(١٤٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٣، ص ١٨١، وينظر: محمود بن أحمد الزنجاني، تخرّيج الفروع على الأصول، تحقيق د. محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٨هـ، ص ٢٩٤.

الراجح: يرى الباحث أن القول بجرمة الوطء، وأنه لا تحصل به الرجعة أقوى حجة، وذلك:

أ. أن الإشهاد شرط صحة -كما تقدم- والمشروط ينتقي بانقضاء شرطه، وإذا كان الوطء لا يُشهد عليه، فمعنى ذلك أن الرجعة حصلت بغير شهود، فكانت باطلة.

ب. الزوج طلق زوجته، ومعنى ذلك أن العلاقة الزوجية أصابها نقص وخذش، فلا تعد زوجة من كامل الوجوه؛ لأنها غدت مطلقة، وليست المطلقة كالزوجة.

وإذا كان العقد أباح له الوطء، فإن الطلاق يمنعه من ذلك، وبقيّة الأحكام والآثار كالنفقة، والخلو، والتزين ونحوها دل النص الشرعي على اعتبارها؛ لأجل ردم الشقة والخلاف بينهما، وإعادة العلاقة الزوجية إلى كمالها وتمامها.

ج. قال تعالى: {وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ} (البقرة: ٢٢٨)، وهو دليل على منع الوطء، وإلا ما الذي يرده الزوج إليه؟ (فالرجعة رافعة لتحريم الطلاق)^(١٤٦).

وأما القول بأن الله سمّاه بعلاً، فيكون ذلك دليلاً على أنه زوج، تثبت له آثار الزواج كلها كال ميراث، والنفقة، والسكنى قول غير وجيه من وجهين:

الوجه الأول: إن تسميته بعلاً، لا يلزم منها إثبات حل الوطء، فالزوج قبل الطلاق لا يجوز له وطء المُحرمة، والحائض، والنفساء، والمظاهر منها^(١٤٧).

الوجه الثاني: يقول الطاهر بن عاشور في تفسيره: (المطلقين بحسب هذه الحالة حالة وسط بين حالة الأزواج، وحالة الأجانب، وعلى اعتبار هذه الحالة الوسط أوقع عليهم اسم البعولة هنا، وهو مجاز قرينته واضحة، وعلاقته اعتبار ما كان، مثل إطلاق اليتامى في قوله تعالى: {وَأَتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ} (النساء: ٢)، وقد حمّله الجمهور على المجاز، فإنهم اعتبروا المطلقة طلاقاً رجعياً امرأة أجنبية عن المطلق بحسب الطلاق، ولكن لما كان للمطلق حق المراجعة، ما دامت المرأة في العدة، ولو بدون رضاها، وجب إعمال مقتضى الحاليتين ... وإنما وجبت لها النفقة؛ لأنها محبوسة لانتظار مراجعته، ويشكل على قولهم إن عثمان قضى لها بالميراث إذا مات مطلقها، وهي في العدة؛ قضى بذلك في امرأة عبد الرحمن بن عوف، بموافقة علي، رواه في (الموطأ)، فيدفع الإشكال بأن انقضاء العدة شرط في إنفاذ الطلاق، وإنفاذ الطلاق مانع من

(١٤٦) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ١٠، ص ٣٠٢.

(١٤٧) المرجع السابق، ج ١٠، ص ٣٠٩، ٣١٠.

الميراث، فما لم تنتقض العدة فالطلاق متردد بين الإعمال والإلغاء، فصار ذلك شك في مانع الإرث، والشك في المانع يبطل إعماله^(١٤٨).

أما القياس على الإيلاء فقياس مع الفارق من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: إن الطلاق في الإيلاء لم يقع إلا بعد انقضاء المدة، ولم يفىء، أما هنا فالطلاق واقع.

الوجه الثاني: إن المدة في الإيلاء لا تنقطع إلا بالوطء، ولا تنقطع بالقول، وأما في الطلاق الرجعي فإنها تنقطع بالقول، والخلاف في الفعل^(١٤٩).

الوجه الثالث: يقول الإمام الماوردي: ((مدة الإيلاء المعتبر فيها أنها لا ترتفع بالقول فذلك ارتفعت بالوطء، وهذه لما ارتفعت بالقول لم ترتفع بالوطء)^(١٥٠)، والنكاح والطلاق يصحان بالقول، ولا يصحان بالفعل^(١٥١).

وإذا ثبت أن الوطء لا تثبت به الرجعة، فلا فرق بين أن يقصد الزوج الرجعة أو لا يقصد، فالأحكام الوضعية لا يفرق فيها بين قاصد وغير قاصد.

رابعاً-النسب:

من اشترط الإشهاد على الرجعة أو رأى أن الوطء لا تحصل به الرجعة حكم بأن الولد لا ينسب للمطلق إن أتت به بعد أقصى مدة الحمل، وعلى قول من لم يشترط الشهادة، وأفتى بأن الوطء تحصل به الرجعة فإن الولد له^(١٥٢)؛ وذلك لأنها زوجة له، فثبت النسب له.

وهكذا، يُقال في النفقة، والميراث، وبقية الأحكام المترتبة على ثبوت الزوجة، فإنها تترتب على القول الثاني بخلاف القول الأول الذي لم يثبت لها الزوجية؛ لعدم حصول الرجعة، فلا تثبت الأحكام الزوجية.

(١٤٨) ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج ٢ ص ٣٩٤.

(١٤٩) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ١٠، ص ٣١٠.

(١٥٠) المرجع السابق (بتصرف يسير).

(١٥١) ينظر: الشافعي، الأم، ج ٥، ص ٢٤٤.

(١٥٢) خميس بن سعيد الشقصي، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين، سلطنة عُمان، مسقط، مكتبة مسقط، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م، ج ٩، ص ٦٨.

المبحث الثالث

شروط الشهود على الرجعة وحق الزوجة في الإعلام بها

المطلب الأول

شروط الشهود على الرجعة

لتؤدي الشهادة مبتغاها، وتحقق مقاصدها اشترطت مجموعة من الشروط في الشهود، وقد اختلف في بعضها، وهي شروط الإشهاد على النكاح عند كثير من الفقهاء إلا ما خصها الشارع بدليل، وسوف أعددتها على الترتيب الذي سار عليه القانون العُماني، وذلك على النحو الآتي:

الشرط الأول - التعدد: لا تقم الشهادة صحيحة بشاهد واحد، ولذلك يلزم التعدد، وأقله اثنان^(١٥٣)، وهو ما دلت عليه الآية الكريمة {وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنْكُمْ}، (الطلاق: ٢)، وفي المادة (٢٨) من قانون الأحوال الشخصية العُماني: (يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين...).

وُحكي عن مسعدة بن تميم الإجزاء بالشاهد الواحد، ويبيّن الإمام السالمي ما يُمكن أن يكون مستندا له ثم اعترض عليه، فقال: (وأما قول مسعدة فلم يوافقته عليه أحد لكنه جعل رأيا، ولعل معناه: أن نفس الرجعة تصح بالعقد، وأن الغرض من الإشهاد الاطلاع على حصول العقد منه، وأن الواحد في ذلك مجز، فإن كان هذا معناه، وإلا فالله أعلم بمراده، وعلى كل حال فظاهر الكتاب، وهو قوله تعالى: {وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنْكُمْ} يدل على خلاف قوله، وله أن يحمل الأمر على النذب)^(١٥٤).

وقال في الجوهر:

وليس يجزي دون شاهدين وبعضهم بشاهد أمين
وهو مقال قد أتى عن مسعدة نجل تميم وسواه بعده
فغيره من سائر الأصحاب جميعهم لم يرض بالجواب
فهو به منفرد والأمر بشاهدي عدل يقول الذكر

(١٥٣) ينظر: الشقصي، منهج الطالبين، ج ٧، ص ٤٧٤، السرخسي، المبسوط، ج ٥، ص ٣٣، الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ١٤٤، البهوتي، كشف القناع، ج ٥، ص ٦٥.
(١٥٤) السالمي، الجوابات، ج ٣، ص ٣٦٨.

فنحن حيث أمر القرآن لا حيث ما قال لنا فلان^(١٥٥).

الشرط الثاني - الإسلام: إذا كان الطرفان مسلمين فيلزم أن يكون الشهود مسلمين؛ لقوله تعالى: {وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ}، أي: من المسلمون^(١٥٦)، كما أن الكافر ليس عدلاً، ولا يؤمن منه الكذب^(١٥٧).

وأما إذا كانت الزوجة من أهل الكتاب فاختلف الفقهاء إلى قولين:
القول الأول: اشتراط الإسلام، وهو قول الجمهور^(١٥٨)؛ لأنه نكاح مسلم، فلم ينعقد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين^(١٥٩).

القول الثاني: لا يشترط أن يكون الشاهدان أو أحدهما مسلماً، وهو قول أبي حنيفة، ومحمد بن الحسن^(١٦٠)، واستدلوا على ذلك بما يلي:

١. إسلام الشاهد كان شرطاً في نكاح الزوجين المسلمين بالإجماع، ولا دليل على كونه شرطاً في نكاح المسلم الذمية^(١٦١).

٢. أن الكافر يصلح أن يكون ولي في العقد، ويصلح أن يكون قابلاً لهذا العقد بنفسه، فيصلح أن يكون شاهداً فيه أيضاً كالمسلم.

رأي قانون الأحوال الشخصية العُماني:

ورد في المادة (٢٨): (يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين مسلمين...).

الرأي الراجح:

يظهر للباحث أن قول الجمهور أرجح؛ وذلك لأن الشهادة ولاية، ولا يصح للكافر أن يكون ولي على المسلم؛ لقوله تعالى: {وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا} النساء: ١٤١، وفي هذا العقد الزوج مسلم، فلا يصح أن يكون شاهد عليه أحد من أفراد الكفار.

(١٥٥) عبد الله بن حميد السالمي، جوهر النظام في علمي الأديان والأحكام، الطبعة الحادية عشرة، ١٤١٠هـ/١٩٨٩م، ج ٢، ص ٣٥٢.

(١٥٦) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٣، ص ٣٩٥.

(١٥٧) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٤٢٧.

(١٥٨) الخطاب، مواهب الجليل، ج ٣، ص ٤٠٨، الشربيني، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٤٢٧، ابن قدامة،

المغني، ج ٧، ص ٧.

(١٥٩) ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٧.

(١٦٠) السرخسي، المبسوط، ج ٥، ص ٣٣، الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٢، ص ٢٥٤.

(١٦١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٢، ص ٢٥٤.

الشرط الثالث- أهلية التكليف: لا يصح أن يكون الشاهد صبياً أو مجنوناً؛ لأن الشهادة ولاية، ولا ولاية لهما على أنفسهما، فلا تكون لهما ولاية على غيرهما من باب أولى^(١٦٢)، والله تعالى يقول: {وَأَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ} (البقرة: ٢٨٢)، والصبي لا يعد من الرجال^(١٦٣)، والمجنون وجوده كالعدم^(١٦٤).

جاء في المادة (٢٨): (يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين مسلمين بالغين عاقلين...).

الشرط الرابع- الذكورية: لا خلاف بين الفقهاء في صحة شهادة الذكور، واختلفوا في شهادة النساء إلى قولين:

القول الأول: لا تصح شهادة النساء في النكاح وإن كان معهن رجل، وقال به المالكية^(١٦٥)، والشافعية^(١٦٦)، والحنابلة^(١٦٧)، واستدلوا بما يلي:

١. قال تعالى: {وَأَشْهِدُوا ذَوْيَ عَدْلٍ مِّنْكُمْ}.

وجه الاستدلال: إن الخطاب في الآية الكريمة للرجال^(١٦٨)، فلا تدخل النساء.

٢. قال الزهري: مضت السنة عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أن لا يجوز شهادة النساء في الحدود، ولا في النكاح، ولا في الطلاق^(١٦٩).

(١٦٢) السرخسي، المبسوط، ج ٥، ص ٣٣.

(١٦٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٤٢٧.

(١٦٤) ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٨.

(١٦٥) أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب، بيروت، ١٩٩٤م، ج ٤، ص ٤٠٠.

(١٦٦) الشيرازي، المذهب، ج ٢، ص ٣٣٣.

(١٦٧) ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٨.

(١٦٨) الشيرازي، المذهب، ج ٢، ص ٣٣٣.

(١٦٩) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه بلفظ عن حجاج عن الزهري: (مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفين من بعده ألا تجوز شهادة النساء في الحدود)، وروي عن مالك في المدونة بلفظ: (مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفين من بعده أنه لا تجوز شهادة النساء في الطلاق، والنكاح، والحدود) من طريقين: أحدهما: من طريق الحجاج بن أرطاة، والثاني: الليث بن سعد عن عقيل عن ابن شهاب.

فالحديث الذي جاء من طريق الحجاج بن أرطاة لا يؤخذ به؛ لأن الحجاج ضعيف، وأما الرواية الثانية عن مالك من طريق عقيل، قال ابن حجر في التلخيص: (ولا يصح عن مالك).

وجه الاستدلال: أنه من سنة النبي -صلى الله عليه وسلم- أن شهادة النساء لا تجوز في النكاح^(١٧٠).

القول الثاني: تجوز شهادة النساء في النكاح إذا كان معهن رجل، وهو قول الإباضية^(١٧١) والحنفية^(١٧٢)، واستدلوا على ذلك بالأدلة الآتية:

١. حديث عمر -رضي الله تعالى عنه- حيث أجاز شهادة رجل وامرأتين في النكاح والفرقة، ولم يُنقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة الكرام -رضي الله عنهم- فكان إجماع منهم على الجواز^(١٧٣).

٢. النكاح يثبت مع الشبهة، فليس النكاح كالحدود، والقصاص^(١٧٤).
سبب الخلاف:

الاختلاف في القياس، إذ جعل أصحاب القول الأول النكاح كالحدود والقصاص، وإذا كان في شهادة المرأة شبهة فإن شهادتها لا تقبل في النكاح، وقاسها أصحاب القول الثاني على المال، والله تعالى يقول في الشهادة على المال: {وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ} (البقرة: ٢٨٢)^(١٧٥).

عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ، ج ٥، ص ٥٣٣، مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت، ج ١٣، ص ١٦٢، محمد بن حبان بن أحمد بن أبي حاتم التميمي، المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين، تحقيق محمود إبراهيم زايد الذهبي، دار الوعي، حلب، الطبعة الأولى، ١٣٩٦هـ، ج ١، ص ٢٦٦، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في أحاديث الرافي الكبير، تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة، ١٣٨٤هـ/١٩٦٤م، ج ٤، ص ٢٠٧.

(١٧٠) الشيرازي، المهذب، ج ٢، ص ٣٣٣، ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٨.

(١٧١) البسيوي، جامع أبي الحسن البسيوي، ج ٣، ص ١٥١٤، الشقصي، منهج الطالبين، ج ٥، ص ٥٤٢.

(١٧٢) السرخسي، المبسوط، ج ٥، ص ٣٣، الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٢، ص ٢٥٥.

(١٧٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٢٨٠.

(١٧٤) السرخسي، المبسوط، ج ٥، ص ٣٣.

(١٧٥) الزيلعي، تبیین الحقائق، ج ٤، ص ٢٠٩.

رأي قانون الأحوال الشخصية العُماني:

أخذ القانون العُماني بالقول الأول، فمنع شهادة النساء في النكاح، ومثلها الرجعة، ولعل ذلك أن النساء في الغالب لا يوجدن في أماكن اجتماع الرجال، وأن العادة قاضية أن الشهود في مثل هذه الأمور يكونون من قبل الرجال. جاء في المادة (٢٨): (يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين مسلمين بالغين عاقلين رجلين...).

الرأي الراجح:

يرى الباحث صحة شهادة النساء على النكاح إذا وجد معهن رجل واحد؛ لعدم وجود الدليل المانع من ذلك، والأصل هو قبول شهادتهن إلا لدليل، ولا دليل، أما الاستدلال بأن الخطاب للرجال في قوله تعالى: {وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ} فغير دقيق، وذلك أن النساء يدخلن في هذا الخطاب، فالشارع كثيرا ما يُغَلِّب جانب الرجال على النساء في الخطاب، كما هو الشأن في قوله تعالى: {وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ} (البقرة: ٤٣)، {وَأَتُوا الزَّكَاةَ} (البقرة: ٤٣).

وأما ما روي عن الزهري فغير ثابت، فلا يصح التعويل عليه.

الشرط الخامس - العدالة:

ويُراد بها: ملكة تحمل صاحبها على فعل المأمورات، والكف عن المنهيات، وترك ما يخلو بالمروءات^(١٧٦).

والعدالة شرط قضى بها الحق تبارك وتعالى: {وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ}، ونصت عليه المادة (٢٨)، فقالت: (يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين مسلمين بالغين عاقلين رجلين من أهل الثقة...).

الشرط السادس: اتحاد المكان والزمان عند سماع الشهادة، وأن يكون الشاهدان سامعين لكلام المتعاقدين غير أصمّين، وغير فاقدَيْن العقل بنوم أو سكر أو نحوهما، فاهمّين المراد من الكلام، فلا تصح الرجعة بلغة لا يفهما الشاهدان؛ إذ وجودهما كعدمهما^(١٧٧).

^(١٧٦) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٣، ص ٣٩٦، ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٢٨، ص ٣٦٨.

^(١٧٧) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج ٥، ص ٣٣، الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ١٤٤، البهوتي، كشف القناع، ج ٥، ص ٦٦، السالمي، جوهر النظام، ج ٢، ص ٢٤٥.

ورد في المادة (٢٨): (يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين مسلمين بالغين عاقلين رجلين من أهل الثقة سامعين معا كلام المتعاقدين فاهمين المراد منه). وبناء على ما سبق، إن اختل شرط من الشروط فالشهادة غير حاصلة، ولا إشكال يثور عند القائلين بأن الشهادة للندب أو أنها ليست شرط صحة، وأما القائلون بأنها شرط صحة فقد تقدم بيان ما يترتب على ذلك^(١٧٨)، وذكر الإمام الثميني أن من راجع بشهادة الأطفال، ولم يعلم أنهم أطفال حرمت عليه إن مس، وإن راجع بشهادة المشركين أو النساء، ولم يعلم ثم علم بعد مسه فلا تحرم عليه، ويعتزلها حتى يشهد الأمانة^(١٧٩).

المطلب الثاني

حق الزوجة في الإعلام بالرجعة

يؤمر الزوج بإعلام المرأة بالرجعة، واختلف العلماء في طبيعة هذا الأمر، وسوف أبين ذلك في قول جمهور الفقهاء ثم قول الإباضية ثم ابن حزم الظاهري على الترتيب، ثم بيان وجهة نظر قانون الأحوال الشخصية العُماني. أولاً: مذهب الجمهور (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة). ذهب جمهور العلماء^(١٨٠) إلى أن إعلام المرأة بالرجعة أمر مندوب ومستحب، وليس واجباً، ولا شرطاً؛ لأمرين: الأمر الأول: الرجعة حق خالص له، فلا تتوقف على غيره. الأمر الثاني: إن رضاها غير معتبر في الرجعة بخلاف النكاح، وإذا كان رضاها غير معتبر فلا يشترط علمها كالطلاق.

^(١٧٨) ينظر: ص ٢٢.

^(١٧٩) عبد العزيز بن الحاج بن إبراهيم الثميني، التاج المنظوم من درر المنهاج المعلوم، ضبط النص محمد بن موسى بابا عمي، مصطفى بن محمد شريف، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م، ج ٥، ص ٣٧٨.

^(١٨٠) السرخسي، المبسوط، ج ٦، ص ٢٣، الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٢، ص ٢٥٢، عlish، منح الجليل، ج ٤، ص ١٤٩، أحمد بن أحمد بن حمزة الرملي، فتح الرحمن بشرح زيد ابن رسلان، عني به الشيخ سيد بن شلتوت الشافعي، دار المنهاج، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م، ص ٧٩٦، البهوتي، كشف القناع، ج ٥، ص ٣٤٥.

وإنما استحب؛ لأمرين:

الأمر الأول: لئلا تقدم المرأة على الزواج من آخر.

الأمر الثاني: لئلا تمنعه من جماعها لا سيما على القول بأن الوطء محرم.

ويترتب على ذلك:

أولاً- إن الرجعة صحيحة.

ثانياً- إذا لم تعلم المرأة بالمراجعة لم يكن أثماً؛ لأنه لم يرتكب معصية، ولكنه أساء.

ثالثاً- لا تكون المرأة عاصية إذا تزوجت، ولم تعلم بالرجعة، وقال المرغيناني في الهداية: (ويستحب أن يعلمها؛ كيلا تقع في المعصية)^(١٨١)، أي: إذا تزوجت غيره^(١٨٢)، واستشكله الزيلعي، فقال: (وفيه إشكال؛ لأن المعصية لا تكون دون العلم ... إلا إن يُقال ينبغي أن لا تتزوج بغيره حتى تسأل عن ارتجاعه؛ لانفراده به، فإذا تزوجت بغير سؤال وقعت في المعصية، وهذا مشكل أيضاً، من حيث إنه أوجب عليها السؤال والمعصية بالعمل بما ظهر عندها)^(١٨٣)، ووجهه شيخي زاده توجيهاً آخر، فقال: (الوقوع في المعصية لا يوجب العصيان فإنه يجوز أن تقع في المعصية، ولا تكون عاصية؛ لعدم علمها بها، واستحقاق الفاعل بالعذاب مشروط بالعلم، ويؤيده قوله: كي لا تقع في المعصية، دون أن يقول: كي لا تكون عاصية)^(١٨٤)، إلا أن الإشكال لا يندفع؛ لأنها لا تسمى معصية حينئذ في الشرع.

رابعاً- إن ادعى بعد عدتها أنه راجعها نظر إلى حالين^(١٨٥):

الحال الأول: إن أقام البيئة فإنها ترد إليه.

الحال الثاني: إن لم يقم البيئة، فإنه يفرق بين أمرين:

الأمر الأول: إن صدقته فإنه ترد إليه.

الأمر الثاني: إن كذبت لم تثبت الرجعة؛ لأنه أخبر، والخبر مجرد دعوى^(١٨٦).

^(١٨١) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية،

ج ٢، ص ٧.

^(١٨٢) الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٢، ص ٢٥٢.

^(١٨٣) المرجع السابق.

^(١٨٤) شيخي زاده، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٨٢.

^(١٨٥) ابن الهمام، فتح القدير، ج ٤، ص ١٦٤.

^(١٨٦) المرجع السابق، ج ٤، ص ١٦٤.

خامساً- إن تزوجت بعد عدتها ثم ادعى أنه ردها.

أ. رأي الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة:

فصلت بعض المذاهب القول أكثر من غيرها، والذي يظهر للباحث أن هذه المذاهب متفقة ضمناً، مع الخلاف في ثبوت اليمين على المنكر في بعض الحالات، إلا المذهب المالكي فله تفصيل آخر، ولذلك سوف أذكر قول كل مذهب مستقل: المذهب الحنفي^(١٨٧): النكاح الثاني باطل، ويُفترق بينهما، دخل بها الثاني أو لم يدخل، وهي زوجة للأول.

المذهب المالكي^(١٨٨): زواج الثاني باطل إن لم يدخل بها أو يتلذذ؛ لأنه تزوج زوجة الغير، وإن دخل بها أو تلذذ كانت معه؛ قياساً على تزويج الوليين للمرأة. المذهب الشافعي^(١٨٩): يفرق بين حالين:

الحالة الأولى: أن يقيم بينة على دعواه، فإذا أقام البينة فالزواج الثاني باطل، واستدلوا بالأدلة الآتية:

١. قال عليه الصلاة والسلام: (إذا أنكح الوليان فالأول أحق)^(١٩٠).
٢. لأن الوطء الثاني حرام، والوطء المحرم لا يفسد نكاحاً صحيحاً، ولا يصح نكاحاً فاسداً.
٣. لأنهما قد استويا في الوطء، وفضل الأول لصحة العقد.

(١٨٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٣، ص ١٨١، نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، ١٤١١هـ/١٩٩١م، ج ٦، ص ٤٧٨.

(١٨٨) الحطاب، مواهب الجليل، ج ٣، ص ٤٤٠، الخرشي، شرح مختصر خليل، ج ٤، ص ٨٥.

(١٨٩) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ١٠، ص ٣١٦، الشيرازي، المهذب، ج ٢، ص ١٠٣.

(١٩٠) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب إذا أنكح الوليان، حديث رقم ٢٠٨٨، ج ٢، ص ٢٣٠، الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في الوليين يزوجان، حديث رقم ١١١٠، ج ٣، ص ٤١٨.

قال الترمذي: (هذا حديث حسن والعمل على هذا عند أهل العلم). محمد بن عيسى الترمذي السلمي، الجامع الصحيح سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج ٣، ص ٤١٨، وقال ابن حجر: (حسنه الترمذي، وصححه أبو زرعة، وأبو حاتم، والحاكم في المستدرک، وذكره في النكاح بالفاظ توافق اللفظ الأول، وصحته متوقفة على ثبوت سماع الحسن من سمرة، فإن رجاله ثقات، لكن قد اختلف فيه على الحسن). ابن حجر، تلخيص الحبير، ج ٣، ص ١٦٥.

الحالة الثانية: إذا لم يقيم البينة على دعواه، وهنا تفصل:

١. أن يصدقه الزوجان على الرجعة، فالزواج الثاني باطل.
 ٢. أن يكذبه فالقول قولهما مع أيمنهما؛ تمسكاً بالأصل، والأصل عدم الرجعة، والظاهر صحة النكاح، فلم يقبل دعوى الأول في إحداث الرجعة، وإبطال النكاح.
 ٣. أن تصدقه الزوجة، ويكذبه الزوج، فالقول قول الزوج الثاني مع يمينه، ولا تصدق عليه الزوجة في إبطال نكاحه، فإن حلف الثاني كانت زوجته دون الأول، وإن نكل الزوج الثاني عن اليمين ردت على الزوج الأول، فإن حلف حكم له بالنكاح، وإن نكل كانت زوجة الثاني، وعلى نكاحه.
 ٤. أن يصدقه الزوج الثاني، وتكذبه الزوجة فيبطل نكاح الثاني بتصديقه؛ لإقراره على نفسه بفساده، ولا تسلم المرأة إليه؛ لأنَّ إقراره يقبل على نفسه دونها.
- المذهب الحنبلي^(١٩١): وهو قريب من مذهب الشافعية غير أن المذهب الشافعي أكثر تفصيلاً، مع وجود خلاف عند الحنابلة في بعض الجزئيات.
- قالوا يفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يقيم الزوج الأول البينة، فإذا أقام البينة ردت إلى الأول؛ لأن رجعته صحيحة، ونكاح الثاني غير صحيح؛ لأنه تزوج امرأة غيره كما لو لم يكن طلقها.

الحالة الثانية: أن لا يقيم البينة، وهنا تفصيل:

١. إن تزوجها الثاني مع علم الزوج الثاني والمطلقة بالرجعة أو تزوجها مع علم أحدهما بالرجعة فالنكاح باطل؛ لأنها زوجة الغير، ولا شبهة.
 ٢. إن صدقته هي وزوجها الثاني ردت إلى الأول؛ لأن تصديقهما أبلغ من إقامة البينة.
 ٣. إن صدقه الزوج الثاني فقط انفسخ نكاحه؛ لاعترافه بفساده، ولا تسلم إلى الأول؛ لأن قول الثاني لا يقبل عليها، وإنما يقبل في حقه، والقول قولها بغير يمين.
 ٤. إن صدقته في دعوى رجعتها وحدها لم يقبل قولها في فسخ نكاح الثاني، ولا يستحلف الثاني في قول؛ لأنه دعوى في النكاح، وقيل: يحلف على نفي العلم.
- ب. المذهب الإباضي.

(١٩١) المرادوي، الإنصاف، ج ٩، ص ١٥٩، البهوتي، كشف القناع، ج ٥، ص ٣٤٥.

ذكر كثير من فقهاء الإباضية حالتين، وهما^(١٩٢):

الحالة الأولى: إذا طلقها بعلمها فليس له أن يردّها بغير علمها.

الحالة الثانية: إذا طلقها بغير علمها فله أن يردّها بغير علمها.

والسبب في التفريق بين الحالتين أمران:

الأمر الأول: لأنه إذا علمت بطلاقها كانت عند نفسها وعنده أنها مطلقة، فلا تحل

له حتى تعلم بالرجعة كما عُلِمَت بالطلاق، وإذا طلقها بغير علمها كانت عند نفسها

زوجته، فإن ردها ولم تعلم فإنما أصلح ما أفسد هو، ولم تعلم بذلك^(١٩٣).

الأمر الثاني: عن عطاء بن يسار، عن معاذ، قال: قلت: يا رسول الله، أوصني،

فقال: "عليك بتقوى الله ما استطعت، واذكر الله عند كل حجر وشجر، وما عملت من

سوء فأحدث لله فيه توبة، السر بالسر، والعلانية بالعلانية"^(١٩٤).

وتترتب على هذا بعض الأحكام، ومنها:

١. إن علمت بالطلاق ثم راجعها دون علمها، فإن أخبرها الشهود في العدة أجزى،

وهل تصدقه أنه راجعها قبل أن يعلمها الشهود؟ قولان^(١٩٥):

القول الأول: لا تصدقه وإن كان أميناً.

القول الثاني: تصدقه إن كان أميناً؛ أخذاً بالاطمئنان، وسكون النفس إلى قوله^(١٩٦).

واعترض عليه الإمام السالمي، فقال: (وهو مناف لظاهر الحكم، فإن مقتضى الحكم

أن تمنعه من ذلك حتى يحضر شاهديه)^(١٩٧).

(١٩٢) العوتبي، الضياء، ج ١٦، ص ١٥٨، البسيوي، جامع أبي الحسن البسيوي، ج ٣، ص ١٧٢٨.

(١٩٣) العوتبي، الضياء، ج ١٦، ص ١٥٨.

(١٩٤) ابن أبي شيبه، المصنف، كتاب الزهد، ما ذكر عن نبينا صلى الله عليه وسلم في الزهد، حديث

رقم ٣٤٣٢٥، ج ٧، ص ٧٨، سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني، المعجم الكبير، تحقيق حمدي بن

عبد المجيد السلفي، مكتبة الزهراء، الموصل، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ/١٩٨٣م، عطاء بن يسار عن

معاذ بن جبل، حديث رقم ٣٣١، ج ٢٠، ص ١٥٩.

الحديث ضعيف، فيه راو لم يسم.

ينظر: عبد الرحيم بن الحسين العراقي، المغني عن حمل الأسفار، تحقيق أشرف عبد المقصود،

مكتبة طبرية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م، ج ٢، ص ١٠٠٣.

(١٩٥) الثميني، التاج، ج ٥، ص ٣٧٨.

(١٩٦) السالمي، الجوابات، ج ٣، ص ٣٦٦.

(١٩٧) المرجع السابق.

وبناء على ذلك اختلف قولهم إن صدقته، ودخل بها قبل إخبار الشهود لها إلى قولين:

القول الأول: لا تحرم عليه.

القول الثاني: تحرم؛ لأنها تعجلت قبل أن تسمع الشهود^(١٩٨).

٢. إن لم تعلم، ولم يخبروها إلا بعد انقضاء عدتها، فقد اختلفوا إلى قولين^(١٩٩):

القول الأول: لا تشتغل بهم، ولها أن تتزوج.

القول الثاني: تصدقهم، وترجع إليه.

٣. إن أخبرها الشهود بعد أن تزوجت، هل تعود إلى الأول؟ اختلفوا في ذلك إلى ثلاثة أقوال^(٢٠٠):

القول الأول: لا سبيل للأول عليها، وهي حلال للآخر، وهو قول أكثر الإباضية^(٢٠١)، وعلل ذلك المحقق الخليلي بقوله: (إن الحجة منه لم تقم عليها في وقت ماله الحجة عليها، ولم تكن هي في الأصل متعبدة بها ما لم تقم عليها الحجة في عدتها، وإلا لمُنعت عن التزويج حتى تعلم أنه لم يردها حتى تنقضي العدة، سواء كان غائبا أو شاهداً، والإجماع والنص يشهد بخلافه، فلما كان الإجماع والسنة لا يوجبان عليها ذلك دل على أن ذلك من فعله ليس بشيء حتى تقوم به الحجة بالرد، وهي في العدة منه، فإذا تزوجت على ما جاز في الإجماع والسنة، وانقطع عنها حكم التزويج الأول؛ لمضي العدة، وعدم قيام الحجة في وقت ما تكون له الحجة عليها، فأى معنى يردها عليه، ويخرجها من زوجها الثابت تزويجه بها بالسنة والإجماع؟)^(٢٠٢).

وقال الإمام السالمي: (ووجهه سقوط شهادة الشهود حيث لم يؤديا شهادتهما في وقتها مع أنهما أمناء في ذلك، وقد خانا أمانتهما، مع ما يلزم من ذلك من إباحة الفروج، وأيضاً فلو قدرنا للشهود عذراً ببعد المكان لقلنا إن الوجه سقوط حجيتهم بعد التزويج

(١٩٨) السالمي، الجوابات، ج ٢، ص ٣٥٣.

(١٩٩) البسيوي، جامع أبي الحسن البسيوي، ج ٥، ص ١٧٣٠، الثميني، التاج، ج ٥، ص ٣٧٨.

(٢٠٠) أحمد بن حمد الخليلي، فتاوى النكاح، الأجيال للتسوق، الطبعة الثانية، ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م، ص ٣٤٠.

(٢٠١) أبو غانم الخراساني، المدونة، ص ٢٤٢، العوتبي، الضياء، ج ١٦، ص ١٥٣.

(٢٠٢) سعيد بن خلفان الخليلي، أجوبة المحقق الخليلي، تحقيق بدر بن عبد الله الرحبي وآخرون، الطبعة الثالثة، ١٤٣٢هـ/ ٢٠١١م، ج ٣، ص ٢٠١.

الثاني؛ وذلك أنهما إنما يكونان حجة قبل التزويج الثاني، فلما تزوجت صارت حجتها معارضة بأقوى منها، فوجب القول بسقوطها^(٢٠٣).

القول الثاني: تعود إلى الأول ما لم يدخل بها الثاني.

القول الثالث: تعود إليه وإن دخل بها الثاني؛ لأن الرجعة صحيحة، فكانت زوجة للأول^(٢٠٤).

٤. إن ادعى بعد انقضاء عدتها أنه ردها، وأنكرت ذلك، فإن أحضر بينة بالرد في العدة ردت إليه، وإلا فانتته، ولا أيمان عليها^(٢٠٥).

٥. إن طلقها بعلمها، ولم يُعلمها هو أو الشهود ثم وطأها في العدة بعد الرد ثم أخبرها الشهود بذلك في العدة، فهل تحرم عليه؟ قولان^(٢٠٦):

القول الأول: لا تحرم عليه، ولا تضرها نيتها؛ لأنه وطأ زوجته.

القول الثاني: تحرم عليه، وإن أخبروها بعد العدة لم يدركها، وقيل: يدركها^(٢٠٧).

٦. إن علمت بطلاقها ثم غاب، ولم تعلم أنه راجعها حتى تمت عدتها، فإنها تتزوج إن شاءت^(٢٠٨).

ج: المذهب الظاهري^(٢٠٩).

الإعلام واجب على الزوج، ولا تصح الرجعة بدونه، وهو قول ابن حزم الظاهري^(٢١٠)، الظاهري^(٢١١)، واستدل على ذلك بالأدلة الآتية^(٢١٢):

١. قال الله تعالى: {يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنْفُسَهُمْ} (البقرة: ٩). وجه الاستدلال: أن الزوج بكتمه الرجعة خادع زوجته، فعادت إليه الخيانة بفساد الرجعة وبطلانها.

٢. قال الله تعالى: {وَلَا تُصَارُوهِنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ} (الطلاق: ٦).

(٢٠٣) السالمي، الجوابات، ج ٢، ص ٤٩٣، ٤٩٤.

(٢٠٤) ينظر: الخليلي، فتاوى النكاح، ص ٣٤١.

(٢٠٥) البسيوي، جامع أبي الحسن البسيوي، ج ٥، ص ١٧٣٠.

(٢٠٦) العوتبي، الضياء، ج ١٦، ص ١٥٥.

(٢٠٧) السالمي، الجوابات، ج ٣، ص ٣٦٤.

(٢٠٨) الثميني، التاج، ج ٥، ص ٣٧٨.

(٢٠٩) ابن حزم، المحلى، ج ١٠، ص ٢٥٣.

(٢١٠) ابن حزم، المحلى، ج ١٠، ص ٢٥٣.

(٢١١) المرجع السابق.

وجه الاستدلال: أن الكتمان عين المضارة.

٣. قال تعالى: {فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ} (الطلاق: ٢).

وجه الاستدلال: أن الرجعة هي الإمساك، ولا تكون بنص كلام الله تعالى إلا بمعروف، والمعروف هو إعلامها وإعلام أهلها إن كانت صغيرة أو مجنونة، فإن لم يعلمها لم يمسك بمعروف، ولكن بمنكر؛ إذ منعها حقوق الزوجية من النفقة والكسوة والإسكان والقسمة فهو إمساك فاسد باطل ما لم يُشهد بإعلامها، فحينئذ يكون بمعروف.

٤. قال الله عز وجل: {وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ} (البقرة: ٢٢٨).

وجه الاستدلال: يكون البعل أحق بردها إن أراد إصلاحا بنص القرآن الكريم، ومن كتّمها الرد أو رد بحيث لا يبلغها فلم يرد إصلاحا بل أراد الفساد، فليس هناك رد، ولا رجعة أصلا.

٥. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد). وجه الاستدلال: إن المضارة عمل ليست مما عليه أمر النبي صلى الله عليه وسلم، فكانت مضارته مردودة باطلة.

ورتب ابن حزم الأحكام الآتية إذا لم يعلمها^(٢١٢):

١. لا تعود إليه إن انتهت عدتها إلا بعقد جديد، ولا ينفعه إعلامها بعد العدة.

٢. إن زواجها صحيح لو تزوجت بغيره بعد العدة.

رابعا: رأي قانون الأحوال الشخصية العُماني.

ورد في المادة (٩٣/ب): (توثق الرجعة، وتُعلم بها الزوجة في الحال).

أمر القانون في هذه الفقرة بتوثيق الرجعة حسب الإجراءات القانونية المتبعة، وعطف على ذلك الأمر بإعلام الزوجة بالرجعة.

وعليه، فإن إعلام المرأة بالمراجعة حق لها، فيجب إعلامها، ولم يُبين القانون الشخص المكلف بالإعلام، والذي يظهر للباحث أن الإعلام يكون رسميا من قبل الكاتب بالعدل.

فإن لم يكن هناك توثيق وإعلام للمرأة حسب القانون لم يعتد بالرجعة قانوناً.

وهل تعد الرجعة غير صحيحة قانوناً إذا تمّ التوثيق وإعلام المرأة بعد العدة؟

(٢١٢) ابن حزم، المحلى، ج ١٠، ص ٢٥٣.

لم يقيد القانون -حسب ظاهر الفقرة السابقة ٩٣/ب- التوثيق بوقت معين، ومفاده أنه لا إشكال في كون التوثيق بعد العدة، وأما إعلام الزوجة فأمر القانون أن يكون في الحال، أي مباشرة بعد التوثيق، ومع ذلك يحتمل أن يكون الأمر بالتوثيق والإعلام في زمن العدة؛ وذلك لأن الذي يقتضيه روح النص، والغاية من الأمر بالتوثيق والإعلام، وكون الإعلام حقاً للزوجة أن يكون التوثيق والإعلام في حال الرجعة إن أمكن أو زمن العدة بعد الرجعة، ولذلك فإن الفقرة السابقة فيها شيء من الإبهام والغموض، لا سيما أن النص لم يبين الطرف المكلف بالإعلام.

ومن هنا يظهر للباحث أن الرجعة صحيحة وإن تمّ التوثيق والإعلام بعد العدة؛ لأمرين، وهما:

الأمر الأول: إن القانون لم يقيد وقت التوثيق والإعلام بزمن العدة حسب ظاهر النص.

الأمر الثاني: إن الرجعة واقعة صحيحة بالإشهاد عليها، وهو الذي تدل عليه الفقرة (أ) من المادة ٩٣.

الرأي الرابع: يرى الباحث أن الإعلام حق للزوجة، واجب على الزوج والشهود؛ منعاً للمفاسد التي تحصل على عدم الإخبار، يقول الإمام الشوكاني: (هذا واجب على الزوج للزوجة ولاسيما إذا كان ترك الإشعار لها يؤدي إلى أن تقع في محذور من إجابة خطبة من يخطبها، أو الدخول في نكاح من يريد نكاحها بل الظاهر وجوب الإشعار لمن يتصل به ويجاوره؛ لئلا يظنوا به ما لا يحل، واجتناب ذلك واجب)^(٢١٣).

وأما الرجعة فصحيحة في نفسها، إذ الإعلام أمر خارج عن الرجعة، ولم يقدّم دليل على أنه شرط صحة، وما استدلل به ابن حزم لا يقوم على صحة المدعى؛ وذلك أن مضارته، وعدم إمساكه لها بالمعروف، فغاية ما تفيدته هو تحريم الكتمان، ولا تقوى على كون الإخبار شرط صحة للرجعة.

وبناء على ذلك فإن المرأة زوجها، فإن تزوجت لزمها العودة إلى زوجها الأول؛ إذ تبين أن الزواج الثاني باطل؛ لأنها منكوحة الغير.

(٢١٣) الشوكاني، السيل الجرار، ج ٢، ص ٤٠٩.

الخاتمة

بعد حمد الله تعالى، والثناء عليه بما هو أهله على توفيقه في إتمام هذا البحث،
فإنني خلصت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

أولاً- النتائج:

١. الرجعة، هي: إعادة المعتدة من طلاق غير بائن إلى عصمة مطلقها دون عقد.
٢. الإشهاد على الرجعة له أهمية لا تتكرر من حيث رفع الخلاف، ونبذ النزاع بين الزوجين، ودفع الشبه عنهما.
٣. الإشهاد على الرجعة واجب، وشرط صحة قانونا وشرعا كالإشهاد على النكاح على الصحيح.
٤. لا يجوز الوقاع أو مقدماته قبل الإشهاد، ويجب على الزوجة منعه من ذلك، فإن فعل وجامع حرمت عليه على الصحيح، ولا تحرم بالتقبيل واللمس والنظر وإن كان ذلك مع الشهوة.
٥. إن جامع الزوج بعد المراجعة بالقول، ولم يشهد فقد حرمت عليه.
٦. لا يعد الوقاع مما تحصل به الرجعة على الصحيح.
٧. يشترط في الشاهد مجموعة من الشروط وقت أداء الشهادة، فإن لم تتوافر لم تكن الشهادة صحيحة، وإن ظن المراجع أن الشاهد تتوافر فيه الشروط ثم بان خلاف ذلك فقد رخص العلماء في بعض الشروط.
٨. إعلام الزوجة بالرجعة حق ثابت لها، وليس شرط صحة.
٩. لا يجوز للزوجة أن تمكنه من الوقاع قبل أن تُعلم بالرجعة.

ثانياً- التوصيات:

١. إعادة صياغة الفقرة (ب) من المادة (٩٣) من قانون الأحوال الشخصية العماني لتكون واضحة جلية، من حيث إن الإعلام حق للزوجة على زوجها والشهود، وأن يكون الإعلام بعد حصول الرجعة في وقت العدة.
٢. إن تكون هناك نوات تعريفية بحقوق المطلقات الشرعية والقانونية.

المراجع

- (١) إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت.
- (٢) إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠هـ.
- (٣) أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية.
- (٤) أحمد بن أحمد بن حمزة الرملي، فتح الرحمن بشرح زيد ابن رسلان، عنى به الشيخ سيد بن شلتوت الشافعي، دار المنهاج، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م.
- (٥) أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب، بيروت، ١٩٩٤م.
- (٦) أحمد بن حمد الخليلي، فتاوى النكاح، الأجيال للتسوق، الطبعة الثانية، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م.
- (٧) أحمد بن عبد الله الكندي، المصنف، سلطنة عُمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.
- (٨) أحمد بن علي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ.
- (٩) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة، ١٣٨٤هـ/١٩٦٤م.
- (١٠) أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تحقيق وتخريج وتعليق سمير بن أمين الزهري، دار الفلق، الرياض، الطبعة السابعة، ١٤٢٤هـ.
- (١١) أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، لبنان، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.
- (١٢) أحمد بن محمد الرديري، الشرح الكبير، تحقيق محمد عlish، دار الفكر، بيروت.
- (١٣) أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت.
- (١٤) أحمد سلامة القليوبي، وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.

- ١٥) أحمد عبد الحليم بن تيمية الحراني، كتب ورسائل وفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، مكتبة ابن تيمية، الطبعة الثانية، ج ٣٣، ص ٣٤.
- ١٦) إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر، بيروت، ١٤٠١هـ.
- ١٧) بشر بن غانم الخراساني، مدونة أبي غانم الخراساني، تحقيق يحيى بن عبد الله النبهاني، وإبراهيم بن محمد العساكر، مكتبة الجيل الواعد، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م.
- ١٨) خميس بن سعيد الشقصي، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين، سلطنة عُمان، مسقط، مكتبة مسقط، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م.
- ١٩) الربيع بن حبيب بن عمرو الأزدي، الجامع الصحيح مسند الإمام الربيع بن حبيب، تحقيق محمد إدريس، وعاشور بن يوسف، مكتبة الاستقامة، سلطنة عُمان، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
- ٢٠) زكريا بن محمد الأنصاري، فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، دار الفكر، بيروت.
- ٢١) زكريا بن محمد الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تحقيق محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ/٢٠٠٠م.
- ٢٢) زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بيروت، دار المعرفة، الطبعة الثانية.
- ٢٣) سعيد بن خلفان الخليلي، أجوبة المحقق الخليلي، تحقيق بدر بن عبد الله الرحبي وآخرون، الطبعة الثالثة، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م.
- ٢٤) سلمة بن مسلم العوتبي، كتاب الضياء، تحقيق الحاج سليمان بن إبراهيم الوارجلاني وداد بن عمر الوارجلاني، سلطنة عُمان، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ/٢٠١٥م.
- ٢٥) سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني، المعجم الكبير، تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة الزهراء، الموصل، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ/١٩٨٣م.
- ٢٦) سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر.
- ٢٧) عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.

- ٢٨) عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي (شيخي زاده)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تحقيق خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.
- ٢٩) عبد الرحيم بن الحسين العراقي، المغني عن حمل الأسفار، تحقيق أشرف عبد المقصود، مكتبة طبرية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.
- ٣٠) عبد العزيز بن الحاج بن إبراهيم الثميني، التاج المنظوم من درر المنهاج المعلوم، ضبط النص محمد بن موسى بابا عمي، مصطفى بن محمد شريف، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.
- ٣١) عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
- ٣٢) عبد الله بن حميد السالمي، جوابات الإمام السالمي، الطبعة الثانية، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م.
- ٣٣) عبد الله بن حميد السالمي، جوهر النظام في علمي الأديان والأحكام، الطبعة الحادية عشرة، ١٤١٠هـ/ ١٩٨٩م.
- ٣٤) عبد الله بن محمد بن أبي شيبه الكوفي، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ.
- ٣٥) عبد الله بن محمد بن بركة، الجامع، تحقيق عيسى يحيى الباروني، سلطنة عُمان، وزارة التراث القومي والثقافة.
- ٣٦) عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، تحقيق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، عالم الكتب، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م/ ١٤١٩هـ.
- ٣٧) عثمان بن علي الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب الإسلامية، القاهرة، ١٣١٣هـ.
- ٣٨) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية.
- ٣٩) علي بن أحمد البسيوي، جامع أبي الحسن البسيوي، تحقيق الحاج سليمان بن إبراهيم الوارجلاني، داود بن عمر الوارجلاني.
- ٤٠) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلى، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت.

- ٤١) علي بن إسماعيل بن سيده المرسى، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق عبد الحميد هندوي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.
- ٤٢) علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٤٣) علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الشافعي، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م.
- ٤٤) عمر بن محمد النسفي، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، تحقيق خالد عبد الرحمن العك، دار النفائس، عمان، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.
- ٤٥) مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت.
- ٤٦) محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، ١٩٩٧م.
- ٤٧) محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الشعب، القاهرة.
- ٤٨) محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت.
- ٤٩) محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت.
- ٥٠) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
- ٥١) محمد بن أحمد بن عlish، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.
- ٥٢) محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت.
- ٥٣) محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م.
- ٥٤) محمد بن إسماعيل الصنعاني الأمير، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تحقيق محمد عبد العزيز الخولي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٣٧٩هـ.

- ٥٥) محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق د. محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.
- ٥٦) محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ.
- ٥٧) محمد بن حبان بن أحمد بن أبي حاتم التميمي، المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين، تحقيق محمود إبراهيم زايد الذهبي، دار الوعي، حلب، الطبعة الأولى، ١٣٩٦هـ.
- ٥٨) محمد بن عبد الرحمن المغربي (الحطاب)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٨هـ.
- ٥٩) محمد بن عبد الله ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان.
- ٦٠) محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح الخرخشي على مختصر سيدي خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت.
- ٦١) محمد بن عبد الواحد السيواسي (الكمال بن الهمام)، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية.
- ٦٢) محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منقّى الأخبار، دار الحبل، بيروت، ١٩٧٣م.
- ٦٣) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
- ٦٤) محمد بن عمر الرازي، التفسير الكبير (مفاتيح الغيب)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.
- ٦٥) محمد بن عيسى الترمذي السلمي، الجامع الصحيح سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٦٦) محمد بن فراموز (ملا خسرو)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، (بدون طبعة).
- ٦٧) محمد بن قاسم الأنصاري (الرصاص)، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، الطبعة الأولى، ١٣٥٠هـ.
- ٦٨) محمد بن محمد البابرتي، العناية شرح الهداية، دار الفكر.
- ٦٩) محمد بن يزيد القرويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت.

- (٧٠) محمد بن يوسف أطفيش، تيسير التفسير، تحقيق إبراهيم بن محمد طلاي، المطبعة العربية، غرداية، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.
- (٧١) محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثالثة، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.
- (٧٢) محمد بن يوسف أطفيش، هميان الزاد إلى دار المعاد، سلطنة عُمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤١٢هـ/١٩٩١م.
- (٧٣) محمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الأندلسي، تفسير البحر المحيط، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض، شارك في التحقيق زكريا عبد المجيد النوقي، أحمد النجولي الجمل دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.
- (٧٤) محمد رواس قلعه باجي، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.
- (٧٥) محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عlish، دار الفكر، بيروت.
- (٧٦) محمود بن أحمد الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، تحقيق د. محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٨هـ.
- (٧٧) محمود بن عمر الزمخشري، الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- (٧٨) مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- (٧٩) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٣٩٠هـ.
- (٨٠) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ.
- (٨١) ناصر بن عبد السيد المطرزي، المغرب في ترتيب المعرب، (بدون طبعة).
- (٨٢) نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، ١٤١١هـ/١٩٩١م.

المصارف الوقفية ودورها في تحقيق التنمية العلمية والثقافية

الأستاذ الدكتور/ عدنان بن عبد الرزاق الحموي العليبي *

المخلص:

تميّزت الشريعة الإسلامية بسبقها الحضاري في مجال العمل الخيري، بما ترسمته في خصائصها من الدعوة إلى الخير، والحث على استشعار حاجة البشر، وتلبية مطالب أفراد المجتمع، باعتبارهم جسداً واحداً، يحسُّ بألم أيِّ عضو فيه، ويشعر بفرحه، ولما كانت الصدقة إحدى أهم مجالات التكافل الاجتماعي، وهي بمفهومها العام لا تنحصر في الزكاة المفروضة، بل تتعداها لتشمل كافة مجالات النفع العام لسائر البشر، فضلاً عن غيرهم من مخلوقات أخرى. والوقف من أهم فروع هذه الصدقة، بما يحققه من تعاون وتكافل، يغطي جانباً مهماً من جوانب الحياة الاجتماعية، ويسهم في سدِّ ثغرة هامة من حاجات المجتمعات البشرية. ويتجلى دور المصارف الوقفية اجتماعياً في المساهمة بالتنمية العلمية والثقافية، وتنشيط عديد من الفعاليات الاجتماعية، بدءاً من تأدية العبادات في بناء المساجد، إلى نشر العلم والمراكز البحثية، ورعاية المرضى، وذوي الاحتياجات الخاصة، والشيوخ والضعفاء، وتزويج الشباب، وإغاثة المعسرّين، وتسبيل الماء لينتفع به أنواع الخلق، وغيره كثير مما فصله البحث، وبما يعمُّ مجالات التكافل الاجتماعي، ويزخر التاريخ الإسلامي بنماذج مشرقة ومشرقة تقصّيت الاستشهاد بعدد منها في تأسيس الوقف، وتنشيط منفعه عبر العصور السالفة، بما يعطي صورة وضّاءة للإسلام ورسوله ورسالته على أنه دين حضاري ببناء، لا كما ينعتّه الحاقدون بما يكيدون به من حقد نحوه وجفاء.

الكلمات المفتاحية: المصارف - الوقف - التنمية - العدالة - الثقافة.

* أستاذ التفسير وعلوم القرآن بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة قطر.



Endowment Funds and Their Role In Achieving Scientific and Cultural Development

Prof. Adnan Abd Al-razzak Al-Hamwi Al-Ulabi*

Abstract:

Islamic Shariaa was distinguished by its civilizational precedence in the field of charitable work, with what it embodied in its characteristics of calling to goodness, urging to feel the need of people, and meeting the demands of community members, as they are one body, who feels the pain of any member in it and feels its joy, and since charity is one of the most important aspects of social solidarity, which in its general concept, is not limited to the obligatory Zakat, but goes beyond it to include all areas of public benefit for all human beings, as well as other creatures. Waqf is one of the most important elements of this charity, with what it achieves in terms of cooperation and solidarity. It covers an important aspect of social life and contributes to filling an important gap in the needs of human societies. The role of endowment banks is an evident to contributing socially to scientific and cultural development, and activating many social activities, starting from performing various acts of worship by building mosques, to spreading knowledge and establishing research centers, in addition to taking care for the sick and people with special needs as well as the elderly and the powerless, facilitating marriage to grooms, relieving the insolvent, and seeking water for the benefit of all kind of creatures, and many different ways that were detailed in this research, and which pervades the areas of social solidarity. Islamic history is full of bright and honorable examples, which I quoted a number of them in establishing the endowment and activating its benefits throughout the ancient era, in a way that provides a bright image of Islam, and to its Messenger and his message as a constructive, civilized religion, unlike how the malevolent denounce it with what they intend to hate towards it.

Keywords: Funds – Endowment – Development – Justice – Culture.

* Professor of Interpretation and Qur'anic Sciences at The College of Sharia and Islamic Studies at Qatar University.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، نبينا محمد، وعلى آله وصحبه وتابعيه بإحسان إلى يوم الدين، وبعد: فتبدو أهمية موضوع البحث من خلال بيان العلاقة بين عنصرَي عنوانه الأساسيين، وهما الوقف والتنمية، وجلاء هذه الصلة الوثيقة بين هذين العنصرين يعزز أهمية البحث ويقدر قدره. فالوقف كمفهوم إسلامي وشعيرة تعبدية تهدف إلى ثلّة من القيم الروحية، والمعاني الإيمانية، والفضائل الأخلاقية؛ من عطف وإحسان، وبر وأجر، وصلة وإكرام، كما أن التنمية بمفهومها الشامل واقع حياتي، متجدد العطاء، متنامي الآثار، والصلة بين الشّقين والتفاعل بينهما يؤطر لبناء حضارة، وقيام أمة، وعمارة كون، وريادة رشيدة للبشرية، بما يحمله كل منهما من عوامل الانفتاح الحضاري، وما يهدف كلاهما إليه من خير وعطاء ونماء.

سبب اختياره:

يعايش المسلمون اليوم واقعاً اجتماعياً لا يُحسدون عليه؛ إذ طغت المادة فيه على الروح، وانصرف كثير من المسلمين عن اهتمامهم بطلب العلم، والتزود للآخرة، إلى الانشغال بأمور الدنيا، والسعي لها، والانغماس في شهواتها، خاصة ممن أغدق الله عليهم من نعمه وعطائه، وبات همّ المسلم اليوم تحقيق متّعه الحياتية، وتوفير سُبل ملذاته الفانية، والركون إلى حطام زائف، مما جعل الأمة في انحدار معرفي وتنموي، لتقف في مؤخرة الركب، في وقت تنهض فيه شعوب وأمم وحضارات أخرى على أساس من التقدم العلمي والمعرفي المعاصر، بعد أن كان لهذه الأمة المباركة مركز قيادة العالم، والصدارة بين الأمم؛ علماً، ونهضة، وانفتاحاً.

ولنا في الوقف الإسلامي موردٌ مبارك فيه، وباب خير معطاء، وسبيل برّ متدفق لا ينضب، يدعونا لأن نحسن استغلاله، ونُحكّم توظيفه، فيما يأتي بالأجر والثواب للواقف على مر الأيام وكرّ العصور، وبما يجزّ على الأجيال القادمة من الخير والنماء والعطاء. من هنا كان الباعث على اختيار البحث في هذا الميدان الفسيح، لتحديد مكانة المصارف الوقفية، وبيان دورها في تحقيق التنمية المستدامة للعلم والثقافة والمعرفة.

أهداف البحث:

1. يهدف البحث إلى ثلّة من الأهداف، أجمالها في النقاط التالية:
بيان حقيقة الوقف، وما يتعلق به من مصطلحات. وذكر أهدافه، ومكانته في التشريع.
2. تحديد عدد من المجالات الحيوية التي يمكن للمصارف الوقفية أن تؤثر فيها؛ عطاءً ونماءً في نهضة الأمم والشعوب. وتوضيح دور المصارف الوقفية في تعزيز التقدم العلمي والثقافي والمعرفي.
3. بيان دور المصارف الوقفية في الوقت المعاصر في التنمية المستدامة للعلم والمعرفة.
4. توضيح الحكم الشرعي للوقف مع الأدلة الشرعية عليه.
5. بيان الدور المعاصر للمصارف الوقفية، والصور والأساليب المقترحة لاستثمارها في تطوير الأفراد، وتنمية المجتمعات الإسلامية، علمياً وثقافياً ومعرفياً، من أجل تقليل الفجوة بينها وبين المجتمعات المتقدمة الأخرى.

منهج البحث:

اتبعت في البحث المنهج الاستقرائي والوصفي، مع الدراسة والتحليل والاستنتاج، والتزمت فيه قواعد المنهج العلمي من حيث: الاستدلال بالصحيح من النقول، وتوثيقها أصولاً، واكتفيت في الحاشية بذكر اسم المرجع ومؤلفه ورقم الجزء والصفحة، ووصّفته مفصلاً في قائمة المراجع نهاية البحث، مع التركيز على الاستشهاد بالحقائق العلمية والتاريخية الموثقة بموضوعية، معبراً عن الفكرة بوضوح، بعيداً عن الاستطراد.

خطة البحث:

- الفصل الأول: تعريف الوقف وأهميته ومكانته وحكمه وأنواعه.
- المبحث الأول: تعريف الوقف لغة واصطلاحاً والألفاظ ذات الصلة.
المطلب الأول: تعريف الوقف لغة.
المطلب الثاني: تعريف الوقف اصطلاحاً.
المطلب الثالث: الألفاظ ذات الصلة بمصطلح الوقف.
- المبحث الثاني: أهمية الوقف ومكانته وحكمه التكليفي وحكمته وأنواعه.
المطلب الأول: أهمية الوقف كرافد هام للعمل الخيري التطوعي.

المطلب الثاني: مكانة الوقف في الإسلام.

المطلب الثالث: الحُكم التكليفي للوقف.

المطلب الرابع: الحكمة من تشريع الوقف.

المطلب الخامس: أنواع الوقف.

المبحث الثالث: الأبعاد المختلفة للوقف. ويُقسَم إلى المطالب الثمانية التالية:

المطلب الأول: البُعد الديني.

المطلب الثاني: البُعد الخيري.

المطلب الثالث: البُعد الإنساني.

المطلب الرابع: البُعد الأخلاقي.

المطلب الخامس: البُعد الاجتماعي.

المطلب السادس: البُعد الاقتصادي.

المطلب السابع: البُعد العلمي.

المطلب الثامن: البُعد الفقهي.

المبحث الرابع: مجالات عملية مختلفة لتحقيق التنمية. ويُقسَم إلى المطالب الأربعة التالية:

المطلب الأول: المجال الإنساني.

المطلب الثاني: المجال المعرفي.

المطلب الثالث: المجال الاقتصادي.

المطلب الرابع: المجال الاجتماعي.

الفصل الثاني: دور المصارف الوقفية في تحقيق الأنواع المختلفة للتنمية.

المبحث الأول: دور المصارف الوقفية في تحقيق التنمية العلمية. ويُقسَم لمطالب أربعة تالية:

المطلب الأول: الاهتمام بالبحث العلمي.

المطلب الثاني: تأسيس المدارس والجامعات والمعاهد العلمية.

المطلب الثالث: إنشاء مؤسسات وقفية خيرية تتولى تقديم المنح المالية لطلاب العلم.

المطلب الرابع: الإسهام في تحقيق التنمية الشاملة.

المبحث الثاني: دور المصارف الوقفية في تحقيق التنمية الثقافية. ويُقسَم لمطالب أربعة تالية:

المطلب الأول: تنشيط المؤسسات الإعلامية والثقافية، وتفعيل دورها.

المطلب الثاني: تخصيص جوائز علمية وثقافية دولية مجزية.

المطلب الثالث: تبني الباحثين والموهوبين من الطلبة.

المطلب الرابع: إنشاء مراكز الحاسب الآلي.

المبحث الثالث: دور المصارف الوقفية في تحقيق التنمية الاجتماعية. ويُقسَم إلى المطالب السبعة التالية:

المطلب الأول: رعاية ذوي الاحتياجات الخاصة.

المطلب الثاني: إنشاء صندوق للوقف التعاوني الدولي.

المطلب الثالث: رعاية الأيتام واللقطاء وحماية الأرامل والمطلقات ومساعدة المرضعات.

المطلب الرابع: رعاية الحيوانات والطيور العاجزة.

المطلب الخامس: متابعة المنافع والمصالح العامة.

المطلب السادس: إنشاء المشاريع الوقفية لمحاربة الفقر.

المطلب السابع: إعادة النظر في سياسة إدارة الوقف.

المبحث الرابع: مجالات حيوية حاضرة ومعاصرة، ودور المصارف الوقفية في تنميتها. ويُقسَم إلى المطالب السبعة التالية:

المطلب الأول: تأدية العبادات.

المطلب الثاني: رعاية المرضى، والشيوخ، والضعفاء.

المطلب الثالث: تزويج الشباب.

المطلب الرابع: إغاثة المعسرّين.

المطلب الخامس: تسبيل الماء العذب.

المطلب السادس: تجهيز الجيوش، وتموين السلاح، وكفالة أسر الشهداء.

المطلب السابع: تجهيز الموتى، والمقابر.

الفصل الأول

تعريف الوقف وأهميته ومكانته وحكمه وأنواعه

ويُقسَم إلى المباحث الأربعة التالية:

المبحث الأول

تعريف الوقف لغة واصطلاحاً والألفاظ ذات الصلة

ويُقسَم إلى المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول

تعريف الوقف لغة

يطلق الوقف ويراد به الحبس، وهو مصدر (وَقَفَ)، يقال: وقفت الشيء وقفاً، أي: حبسته، ومنه وقفت الدار للمساكين وقفاً، أي: حبستها في سبيل الله، ووقفت الدابة إذا حبستها على مكانها، ومنه الموقف؛ لأن الناس يُوقَفُونَ أي يُحبسون للحساب. كما يطلق الوقف ويراد به المنع؛ لأن الواقف يمنع التصرف في الموقوف؛ فإن مقتضى المنع أن تحول بين الرجل وبين الشيء الذي يريده، وهو خلاف الإعطاء، وسمي الموقوف وقفاً وحسباً؛ لأن العين موقوفة ومحبوسة عن البيع والإرث ونحوهما، وقولهم: أوقف الدار بالآلف لغة رديئة غير فصيحة، ويجمع الوقف على وقوف، وأوقاف، ومنه وزارة الأوقاف^(١).

المطلب الثاني

تعريف الوقف اصطلاحاً

اختلفت تعريفات الفقهاء حول الوقف، وأنقل هنا أشهر تعريفات فقهاء المذاهب الأربعة؛

(١) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ٢٦٣/١٥، والقاموس المحيط، الفيروز آبادي: ص: ١١١٢، ومختار الصحاح، الرازي: ص: ٧٣٣، والمصباح المنير، الفيومي: ص: ٢٦٥.

فعند الحنفية: حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بمنفعتها على جهة مسماة، مع بقاء العين بمنزلة العارية^(٢).

وعند المالكية: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده، لازماً بقاؤه في ملك معطيه، ولو تقديراً^(٣).

وعند الشافعية: حبس مال يمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته، على مصرف مباح موجود^(٤).

وعند الحنابلة: تحبیس الأصل، وتسبيل الثمرة، أو المنفعة^(٥). ومن خلال استعراض هذه التعريفات يمكن تحديد التعريف المختار للوقف بأنه: (حبس العين على حكم الله تعالى، والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر؛ ابتداءً، أو انتهاءً)^(٦).

المطلب الثالث

الألفاظ ذات الصلة بمصطلح الوقف

التأييد: ومنه قولهم: أبَدَت الأرض، أي: وقفها، وذلك لأن الوقف مؤبَد المدة^(٧).
السبيل وجمعه سُبُل، ومنه التسبيل: وهو جعلُ الشيء في سبيل الله، وسبيل الله عامٌّ يقع على كل عمل خالص، سلك به طريق التقرب إلى الله تعالى، بأداء الفرائض والنوافل وأنواع التطوع، ولفظ التسبيل صريح في الوقف، لأنه موضوع له، ومعروف فيه، وثبت له عرف الشرع؛ فمنه تسبيل الثمرة، وتسبيل المنفعة، فإضافة التحبیس إلى الأصل، والتسبيل إلى الثمرة لا يقتضي المغايرة، فإن الثمرة محبسه أيضاً على ما شرط صرفها إليه^(٨).

(٢) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٢٠٠/٦، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٣٢٤/٣.

(٣) انظر: حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، العدوي: ٢١٠/٢، وحاشيته على شرح الخرشي: ٧٨/٧.

(٤) انظر: المهذب، الشيرازي: ٥١٠/٤، ومغني المحتاج، الشربيني: ٣٧٦/٢.

(٥) انظر: المغني، والشرح الكبير، ابن قدامة: ٢٠٦/٦، والمقنع، ابن قدامة: ٣/٧.

(٦) الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٨٤/١٦.

(٧) انظر: نيل الأوطار، الشوكاني: ٢٠/٦ و ٢٣.

(٨) الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٩٣/١١.

الْحَبْسُ وجمعه أحباس، وَحُبْسٌ، أو حُبْسٌ، ومنه التحبّيس: وهو لغة: المنع والإمساك، واصطلاحاً: تعويق الشخص، ومنعه من التصرف بنفسه، والخروج إلى أشغاله ومهامه الدينية والاجتماعية، والفرق بينه وبين الوقف: أن الحبس يكون في الأشخاص، والوقف يكون في الأعيان^(٩)، واشتهار أحكام الوقف في كتب المالكية تحت عنوان: (كتاب الحبس)^(١٠).

العارية: وهي العين المأخوذة من مالك، للانتفاع بها بلا عوض، أو هي إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به، مع بقاء عينه. والعلاقة بين الوقف والعارية: أن كليهما إباحة الانتفاع بالعين، غير أن العارية مملوكة لصاحبها فتردّ إليه، أما الوقف فالعين فيه باقية على ملك الله تعالى.

الوصية: وهي تمليك مضاف لما بعد الموت، أو تبرع بحق مضاف، ولو تقديراً لما بعد الموت، والعلاقة بين الوقف والوصية: أن كليهما تبرع، لكنهما يفترقان في: أن الوصية تكون بعد الموت، وقد تكون بالعين، أو بالمنفعة، أما الوقف فهو تبرع في حال الحياة، وبالمنفعة فقط.

التبرع: وهو في اللغة: مأخوذ من (برع). يقال: برع الرجل براعة: فاق أصحابه في العلم وغيره، وتبرّع بالأمر: فعّله غير طالب عوضاً، والمعنى الاصطلاحي للتبرع لا يخرج عن كونه التطوع بالشيء غير طالب عوضاً، بقصد البر والصلة غالباً، وعلى ذلك: فالتبرع أعم من الوقف.

الهبة: والفرق بين الوقف والهبة: أن الوقف تمليك المنفعة مع بقاء العين على ملك الله تعالى، فلا يجوز التصرف فيها. أما الهبة فهي تمليك للعين، فلموهوب له أن يتصرف فيها بما شاء.

الصدقة الجارية: وهي تمليك في الحياة بغير عوض. وهي أعم من الوقف، إذ قد تطلق على الوقف، كما في حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن عمر رضي الله عنه طلب من النبي ﷺ أن يدلّه على ما يفعله فيما أصابه من أرض، فقال له النبي ﷺ: (إن شئت حبست أصلها، وتصدّقت بها)^(١١).

(٩) مرجع سابق: ٢٨٢/١٦.

(١٠) انظر: كفاية الطالب الرباني، الشاذلي: ٢/٢١٠، والثمر الداني، الأبهري: ص: ٥٤٩.

(١١) الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٠٨/٤٤. وتنتمى نص الحديث في صحيح البخاري: رقم الحديث: ٢٧٣٧.

المبحث الثاني

أهمية الوقف ومكانته وحكمه التكليفي وحكمته وأنواعه

ويُقسَم إلى المطالب الخمسة التالية:

المطلب الأول

أهمية الوقف كرافد هام للعمل الخيري التطوعي

يُعدُّ العمل الخيري التطوعي من أهم القيم الإنسانية والحضارية التي قامت عليها نهضة الأمم المتحضرة، بما يهدف في آماله إلى إسعاد العنصر البشري، على اختلاف جنسه ولونه وعرقه، وبما يسعى في طموحاته إلى تحقيق الخير والسعادة للبشرية جمعاء. وقد كان للإسلام سبق عظيم وشريف وعزيز، يوم أن نادى بهذا المفهوم منذ بزغت شمس هذا الدين ساطعة على مهبط الوحي وقبلة المسلمين، حين شرفت الجزيرة العربية، بل والعالم كله، بتلقّي أحكام هذه الرسالة، وهي تنزل على قلب النبي محمد ﷺ ليتمثلها في شخصه وسلوكه، منهجاً عملياً، وقيماً سامية لدعوته، ومبادئ عادلة، وفضائل راشدة لرسالته. فعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (المسلم أخو المسلم، لا يظلمه ولا يُسلمه، ومَن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومَن فرَّج عن مسلم كربة فرَّج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة، ومَن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة)^(١٢)، وعن المنذر بن جرير عن أبيه قال: (كنا عند رسول الله ﷺ في صدر النهار، قال: فجاءه قوم حفاة عراة مجتابي النمار أو العباء، متقلّدي السيوف، عامتُهم من مضر، بل كلهم من مضر، فتمعّر وجه رسول الله ﷺ لما رأى بهم من الفاقة، فدخل ثم خرج، فأمر بلالاً فأذن وأقام فصلّى، ثم خطب، فقال: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا) [النساء: ١]، والآية التي في الحشر: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَلْتَنْتَظِرْ نَفْسٌ مَّا قَدَّمَتْ لِغَدٍ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ) [الحشر: ١٨]، تصدّق رجل من ديناره، من درهمه، من ثوبه، من صاع بُرّه، من صاع تمره، حتى قال: ولو بشقّ تمره، قال: فجاء رجل من الأنصار بصرة كادت كفه تعجز عنها، بل قد عجزت، قال: ثم تتابع الناس حتى رأيت كومين

(١٢) صحيح البخاري: كتاب المظالم والغصب، باب لا يظلم المسلم، رقم الحديث: ٢٤٤٢.

من طعام وثياب، حتى رأيت وجه رسول الله ﷺ يتهلّل كأنه مُذهبة. فقال رسول الله ﷺ: مَنْ سَنَّ في الإسلام سُنَّةً حسنة فله أجرها، وأجر مَنْ عمل بها بعده، مِنْ غير أن ينقص مِنْ أجورهم شيء، وَمَنْ سَنَّ في الإسلام سُنَّةً سيئة كان عليه وزرها، ووزر مَنْ عمل بها مِنْ بعده، مِنْ غير أن ينقص مِنْ أوزارهم شيء^(١٣)، وبقدْر ما يتجلّى العمل الخيري من إحساس بالمسؤولية تجاه الآخرين، بقدْر ما يُكُنُّ للآخرين من تقدير واحترام، فهو يقيّم كل جهد، ويقدّر كل معروف، بغيّض النظر عن مستواه وحجمه ومقداره، طالما يصبُّ في زاوية الخير والنفع. فعن أبي ذر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: قال لي النبي ﷺ: (لا تحقرنَّ من المعروف شيئاً، ولو أن تلقى أخاك بوجه طَلَق)^(١٤). ويتميز الإسلام في خصائصه أنه دين الجماعة، فهو العالمي الاجتماعي الإنساني، وهو بهذه الشمولية يستلزم استشعار حاجة جميع البشر، فهم ينتمون إلى الأسرة الكبيرة الواحدة (الأسرة الإنسانية)، وهنا لا بدّ لصحة هذا الاستشعار، وصدق هذا الانتماء من بذل وعطاء، وتضحية وفداء، للصالح العام الذي يعود نفعه على سائر بني البشر. ومن هنا يتنوع العمل الخيري؛ ما بين العمل الفردي على مستوى الأفراد، والعمل المؤسسي على مستوى الجماعات والهيئات والمنظمات. وكلاهما يخدم الفكرة من زاويته ونشاطه واستعداده. ولعل جولة استكشافية، أو رحلة استطلاعية في أرجاء العالم، _ خاصة البلاد الإسلامية الفقيرة، _ والاطلاع على أحوال أهلها، تجعل الفرد منا يستشعر أهمية العمل الخيري والتطوعي هناك، حينما تمتد يد الخير والحنان، ويُبسّط ساعد المساعدة والإحسان، لكفالة يتيم، أو توفير علاج مريض، أو إنقاذ قعيد، أو تأمين المأوى لشريد، أو نجدة لاجئ طريد، أو رعاية أرملة، أو إغاثة ثكلى، أو كفكفة جراح مصاب، خاصة إذا علمنا أن عدداً غير قليل من الهيئات الإنسانية من غير المسلمين لها باع ظاهر في هذا المجال، وإن كان لا يخفى جهدها التصيري، ولا ينكر دورها التبشيري في الأعمال الخيرية عموماً، وديننا الإسلامي دين الرحمة، قال الله تعالى: (وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ) [الأنبياء: ١٠٧].

(١٣) صحيح مسلم: كتاب الزكاة، باب الحث على الصدقة ولو بشقّ تمر، رقم الحديث: ١٠١٧. ومعنى (تمعّر): تغيّر لونه، كناية عن الغضب، وأصله: قَلَّةُ النضارة، وعدم إشراق اللون، من قولهم: مكان أمعر؛ وهو الجذب الذي لا خصب فيه. و(الفاقة): الحاجة والفقر. و(يتهلّل كأنه مُذهبة): استتار وظهرت عليه أمارات السرور. انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير: ٣٤٢/٤، و: ٢٧٢/٥.

(١٤) صحيح مسلم: كتاب البر والأدب والصلة، باب استحباب طلاقة الوجه، رقم الحديث: ٢٦٢٦.

١٠٧]، ونبينا محمد ﷺ نبي الرحمة، ففي الحديث عن أبي صالح قال: (كان النبي ﷺ يناديهم: يا أيها الناس، إنما أنا رحمة مهداة)^(١٥). ويتجلى دور الوقف كرافد هام وأساس للعمل الخيري التطوعي، يسعى لتحقيق مقاصد عديدة في المجتمعات الإنسانية، ويهدف إلى عمارة الأرض من منظور تعبدية وعقدي، وأخلاقي وإنساني، فبالإضافة إلى أنه باب جامع من أبواب الخير، لكسب الأجر والثواب في الدنيا والآخرة، فهو يلبي حاجات المجتمع المتنوعة، حين يساهم في التنمية العلمية والثقافية، ويدعم المسيرة الاقتصادية، ويشارك في النهضة الحضارية، ويؤسس للبنية التحتية، ويعضد في عملية النماء والبناء للمجتمعات البشرية، ويهدف إلى حماية البيئة بكافة عناصرها وشعبها من عوامل الزوال والفناء، وفي ذات الوقت يؤدي دوراً حيوياً نشطاً في سدّ متطلبات اجتماعية هامة، من حيث الاهتمام بالفرد والأسرة والجماعة، وعلى كافة الأصعدة؛ دينياً، واقتصادياً، واجتماعياً.

المطلب الثاني

مكانة الوقف في الإسلام

إن المتتبع لأحكام الوقف الفقهية، ومقاصده التشريعية يلحظ أنه يحتل مكانة مرموقة في الإسلام، ويحظى بمركز الصدارة في الأعمال الخيرية، التي ينال المسلم بها الأجر الدائم، والثواب المتصل غير المنقطع، بدءاً من لحظة إنشاء الوقف، وإلى قيام الساعة، ينتفع الواقف بأجره منذ لحظة إنشائه في حياته، وحتى في قبره بعد مماته، حين تنقطع الصلة بين الموتى وعالم الدنيا، كما ينتفع به عموم الخلق الموقوف عليهم، نفعاً دائماً مستمراً غير منقطع. وقد جاءت النصوص الشرعية تدعو إلى الاهتمام بإنشاء الوقف وتحضُّ عليه، كلون من ألوان القربات الدائمة. فهو الصدقة الجارية التي لا ينقطع أجرها عن صاحبها إلى يوم القيامة، فعن أبي هريرة ؓ أن رسول الله ﷺ قال: (إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة؛ إلا من صدقة جارية، أو علم يُنتفع به، أو ولد صالح يدعو له)^(١٦). بل ورد من النصوص ما يحثُّ المسلم على إنشاء المشاريع التي

(١٥) المستدرك على الصحيحين، الحاكم: ٣٥/١، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرطهما، وسنن الدارمي: المقدمة، باب كيف كان أول شأن النبي ﷺ، رقم الحديث: ١٥.
(١٦) صحيح مسلم: كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد موته، رقم الحديث: ١٦٣١.

يطمئن لانتقائها تخيراً وحباً وشغفاً، مما له نفع دائم، وخير جارٍ. قال الله تعالى: (لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ) [آل عمران: ٩٢]. وقد ذكر المفسرون أن هذه الآية نزلت في أبي طلحة الأنصاري ؓ. فعن أنس بن مالك ؓ يقول: كان أبو طلحة أكثر الأنصار بالمدينة مالاً من نخل، وكان أحب أمواله إليه بيرحاء، وكانت مستقبلة المسجد، وكان رسول الله ﷺ يدخلها، ويشرب من ماء فيها طيب. قال أنس: فلما أنزلت هذه الآية: (لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ) قام أبو طلحة إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، إن الله تبارك وتعالى يقول: (لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ)، وإن أحب أموالي إليّ بيرحاء، وإنها صدقة لله أرجو برّها وذخرها عند الله، فضعها يا رسول الله حيث أراك الله، قال: فقال رسول الله ﷺ: بخ، ذلك مال رابح، ذلك مال رابح، وقد سمعتُ ما قلت، وإني أرى أن تجعلها في الأقربين. فقال أبو طلحة: أفعل يا رسول الله، فقسمها أبو طلحة في أقاربه وبني عمه) (١٧)، ويُعدُّ النبي ﷺ أول من أنشأ الوقف في الإسلام، وطبقه عملياً؛ حيث أوقف ماله صدقة لله تعالى. فقد ثبت أنه ﷺ حينما دنا أجله تصدَّق بجميع ما لديه. فعن أبي هريرة ؓ أن رسول الله ﷺ قال: (لا يقسم ورثتي ديناراً ولا درهماً، ما تركت بعد نفقة نسائي ومؤنة عاملي، فهو صدقة) (١٨). وقد احتجَّ بقوله ﷺ: (فهو صدقة)، فقد فسره بعضهم بأنها وقف، لأنه ﷺ نصَّ على أنها لا تورث (١٩)، كما أن حديث عمر ؓ _ وهو الأصل في مشروعية الوقف _ يجسّد هذا المعنى، ويؤكد مكانة الوقف في التشريع، فعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: (أصاب عمر بخبير أرضاً، فأتى النبي ﷺ فقال: أصبت أرضاً لم أصب مالاً قطُّ أنفَس منه، فكيف تأمرني به؟ قال: إن شئت حبست أصلها، وتصدّقت بها، فتصدَّق عمر أنه لا يباع أصلها، ولا يوهب، ولا يورث في الفقراء والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، أو يُطعم صديقاً غير متمول فيه) (٢٠)، وقد تسابق الصحابة رضوان

(١٧) صحيح البخاري: كتاب الزكاة، باب الزكاة على الأقارب، رقم الحديث: ١٤٦١، وصحيح مسلم:

كتاب الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين والزوج، رقم الحديث: ٩٩٨.

(١٨) صحيح البخاري: كتاب الوصايا، باب نفقة القيم للوقف، رقم الحديث: ٢٧٧٦.

(١٩) الوقف الإسلامي، القحف: ص: ٨٧.

(٢٠) صحيح البخاري: كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يكتب، رقم الحديث: ٢٧٧٢.

الله عليهم في ميدان إنشاء الأوقاف تسابقاً مشرفاً: فهذا أنس ﷺ يوقف داراً له بالمدينة، فكان إذا قدم نزلها، يعني أنه اشترط لنفسه منفعة، كواحد من المسلمين، وتصدق الزبير ﷺ بدوره، وقال للمردودة من بناته أن تسكن غير مُضِرَّة، ولا مُضَرِّ بها، فإن استغنت بزوج فليس لها حق. وجعل ابن عمر رضي الله عنهما نصيبه من دار عمر ﷺ سُكنى لذوي الحاجة من آل عبد الله^(٢١). وتصدق بنو النجار بحائط لهم، جعله النبي ﷺ مسجداً، فعن أنس بن مالك ﷺ: (لما قدم رسول الله ﷺ المدينة أمر ببناء المسجد، وقال: يا بني النجار ثامنوني بحائطكم هذا، قالوا: لا والله، لا نطلب ثمنه إلا إلى الله)^(٢٢)، وهذا سعد بن عبادة ﷺ يتصدق عن أمه بحائط اسمه: (المخرف)، فعن ابن عباس رضي الله عنهما أن سعد بن عبادة ﷺ أبا بني ساعدة توفيت أمه وهو غائب عنها، فأتى النبي ﷺ، فقال: (يا رسول الله، إن أُمِّي توفيت، وأنا غائب عنها، فهل ينفعها شيء إن تصدقت به عنها؟ قال: نعم، قال: فإني أشهدك أن حائطي المخرف صدقة عليها)^(٢٣)، واشترى عثمان ﷺ بئر رومة بخمسة وثلاثين ألف درهم، لما بلغه أن النبي ﷺ ساوم فيها صاحبها بغير في الجنة، فاعتذر إليه الرجل بأنه ليس له ولا لعياله غيرها، وقال عثمان ﷺ لرسول الله ﷺ: (أتجعل لي فيها ما جعلت له؟ قال النبي ﷺ: نعم، فقال: قد جعلتها للمسلمين)، فحفرها استجابة لحث رسول الله ﷺ، وتشجيعه له بشرائها، ووقفها حسبة لله تعالى^(٢٤). وهكذا كان السلف الصالح من هذه الأمة لا يألون جهداً في المبادرة للخيرات، ويغتنمون الفرص للإنفاق في سبيل الله صدقة ووقفاً، مساعدة وبرّاً، يسارعون في فعل الخيرات، ويتسابقون في عمل المبرّات، ويتنافسون في ألوان القربات، وهذا منهج الأنبياء وخُلُق المرسلين في الدعوة والتطبيق، وهو ما أثنى

(٢١) صحيح البخاري: كتاب الوصايا، باب إذا وقف أرضاً أو بئراً، أو اشترط لنفسه مثل دلاء المسلمين.

(٢٢) صحيح البخاري: كتاب الوصايا، باب وقف الأرض للمسجد، رقم الحديث: ٢٧٧٤. ومعنى (ثامنوني بحائطكم): أي قرروا معي ثمنه، وبيعوني بالثمن. يقال: ثمنت الرجل في المبيع أثامه، إذا قالوته في ثمنه، وساوته على بيعه واشترائه. النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير: ١/١٨٢.

(٢٣) صحيح البخاري: كتاب الوصايا، باب الإشهاد في الوقف والوصية، رقم الحديث: ٢٧٦٢. و(المخرف): بستان النخل، وسُمِّيَ به لكثرة ثماره. وخَزَفُ النخل: جَنِي رُطْبِهِ حين تطيب. النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير: ٢/١٨.

(٢٤) صحيح البخاري: كتاب الوصايا، باب إذا وقف أرضاً أو بئراً، رقم الحديث: ٢٧٧٨، وسنن الدارقطني: ٥٠٨/٢، ونيل الأوطار، الشوكاني: ٤٢٤/٦، والسنن الكبرى، البيهقي: ١٦٨/٦.

عليهم ربهم في كتابه العزيز، حيث قال تعالى فيهم: (إِنَّهُمْ كَانُوا يُسَارِعُونَ فِي الْخَيْرَاتِ وَيَدْعُونَنَا رَغَبًا وَرَهَبًا وَكَانُوا لَنَا خَاشِعِينَ) [الأنبياء: ٩٠].

المطلب الثالث

الحكم التكليفي للوقف

الأصل في الحكم التكليفي للوقف أنه من القربات المندوب إليها، وقد تعتريه أحكام أخرى في حالات معينة: فقد يكون فرضاً؛ وهو الوقف المنذور، كما لو قال: إن قدم ولدي فعلي أن أقف هذه الدار على ابن السبيل. وقد يكون مباحاً؛ إذا كان بغير قصد القرية، ولذا يصح من الذمي ولا ثواب له. ويكون قرية؛ إذا كان من المسلم. وقد يكون حراماً؛ كما لو وقف مسلم على معصية. وقد يكون مكروهاً؛ كما لو وقف على البنين دون البنات، لأنه يشبه فعل الجاهلية في حرمان البنات إرث أبيهم^(٢٥).

المطلب الرابع

الحكمة من تشريع الوقف

تتجلى الحكمة من مشروعية الوقف في مظاهر جليلة ومقاصد شريفة، فهو يسعى لإيجاد مصدر تمويلي دائم، يهدف إلى تحقيق المصالح والمنافع العامة والخاصة، تفيض بالبر والإحسان على العباد والبلاد، يوقفه المحسنون من حلال أموالهم، وطيب ممتلكاتهم، بقصد القرية والعبادة، والأجر والثواب الدائم في الدنيا والآخرة.

(٢٥) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: ١١٢/٤٤، نقلاً عن: رد المحتار على الدر المختار، (حاشية ابن عابدين): ٣٥٨/٣، وحاشية الدسوقي، عرفة: ٧٩/٤، وحاشية العدوي على شرح الخرشي: ٧٩/٧، ومغني المحتاج، الشربيني: ٣٨٠/٢، وكشاف القناع، البهوتي: ٢٤٦/٤.

المطلب الخامس

أنواع الوقف

قسّم الفقهاء الوقف إلى قسمين أساسيين، باعتبار من ينتفع به، وهما: الوقف الذري أو الأهلي، والوقف الخيري العام.

أولاً: الوقف الذري أو الأهلي: وهو ما يجعل الواقف عائد الوقف وريعه ونتائجه على نفسه، أو الأهل والذرية في ابتداء الأمر، كالأبناء والأحفاد وغيرهم من الأهل والأقارب مدة معينة من الزمن، ثم يؤول بعده إلى جهة خيرية. كما فعلت حفصة رضي الله عنها في ذهبها، فقد روى خلال بسنده عن نافع قال: ابتاعت حفصة حُلِيًّا بعشرين ألفاً، فحبسته على نساء آل الخطاب، فكانت لا تخرج زكاته (٢٦)، ويُعدّ الوقف الذري أحد مظاهر التأمين الاجتماعي في الإسلام، حيث يعمل على توفير صيغة فاعلة، وصورة ناجحة، وظرف مستقر ومستمر، لمن يرغب في توفير معيشة كريمة لِعَقْبِهِ من بعده، وتتجلى فاعلية هذه الصورة في كونها وثيقة تأمين للأجيال المتعاقبة للواقف، فحيث وُجدت الذرية استحققت ذلك الوقف على مرّ السنين.

ثانياً: الوقف الخيري العام: وهو ما يجعل الواقف عائد الوقف وريعه ونتائجه تعود على جهات الخير والبر عموماً؛ كالصرف على الفقراء والمساكين والعجزة، أو على جهة خيرية معينة من جهات النفع العام؛ كالمساجد، والمدارس، والملاجئ، والمستشفيات، وغيرها، مما يعود نفعه على المجتمع بكافة فئاته وشرائحه. وإنما سمّي وقفاً خيرياً لاقتصار نفعه على المجالات والأهداف الخيرية العامة. ويمكن أن يوقف في أول الأمر على جهة خيرية، ولو لمدة معينة، يكون بعدها وقفاً على شخص معيّن، أو أشخاص معيّنين؛ كأن يوقف أرضه على مستشفى، أو مدرسة، ثم من بعد ذلك على نفسه وأولاده (٢٧).

(٢٦) انظر: المغني، ابن قدامة: ٢٣٥/٦، والفقہ الإسلامي وأدلته، الزحيلي: ٧٦٠٨/١٠.

(٢٧) انظر: الفقہ الإسلامي وأدلته، الزحيلي: ٧٦٠٧/١٠.

المبحث الثالث

الأبعاد المختلفة للوقف

ويُقسَم إلى المطالب الثمانية التالية:

المطلب الأول

البعد الديني

إن أيَّ مشروع استثماري يؤسسه الإنسان، إنما تتمثل فيه النظرة المستقبلية المتوقعة لتحقيق الكسب، وجني الربح، وتجنُّب الخسارة، فتقام الدراسات الاستشارية، وتُرسَم الاستراتيجيات المستقبلية، وتوضع الخطط التنفيذية، وتُرصَد الميزانيات اللازمة، وتُفترض الاحتمالات المتوقعة، وتُقدَّر الحلول الناجحة لتقادي مخاطر الخسارة، والوقف أحد هذه المشاريع الاستثمارية، إلا أنه مضمون الكسب والربح الأخروي، لما يطمع فيه الواقف من وعد الله تعالى من الأجر والثواب، فالواقف من منظوره الديني يؤسِّس وقفه صدقة جارية، يدوم أجرها بدوام استمرارها، ويبقى ثوابها ماضياً باقياً مستمراً غير منقطع إلى قيام الساعة يرجو برَّ صدقته في يوم لا ينفع فيه المال والبنون، ويأمل ثواب وقفه في وقت تنقطع فيه الصلوات، ووقفه صلة دائمة مستمرة إلى الجنة إن شاء الله تعالى بأجرها وثوابها، فالناس على اختلافهم، يتسابقون إلى حطام الدنيا الفانية، ويتنافسون في تحصيلها من خلال مشاريعهم الاستثمارية، والواقف يؤسِّس لمشروعه الربح مؤكداً دون أي خسارة؛ لأنه تعاقد مع الله تعالى، الذي لا أحد أوفى منه في العهد والذمة، وهو سبحانه وتعالى الذي وعد بالثواب والأجر الحسن لصاحب الصدقة الجارية، كما تتجلى النظرة الإيمانية الأخوية في وقف الواقف، فهو يقوم بواجب الأخوة الذي شرفه الله تعالى بالانتماء إليها، في قوله تعالى: (إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلَحُوا بَيْنَ أَخَوِيكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ) [الحجرات: ١٠]. ولهذه الأخوة حقوق عديدة، والتزامات عزيزة، للأخ نحو أخيه، منها ما جاء في الحديث الشريف؛ عن سالم عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: (المسلم أخو المسلم، لا يظلمه ولا يُسلمه، مَنْ كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومَنْ فرَّج عن مسلم كربة فرَّج الله عنه بها كربة من كرب يوم

القيامة، ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة^(٢٨). وقد تسابق السلف الصالح من هذه الأمة إلى الوقف، فكان من أوائل الأوقاف في الإسلام وقف (مخيريق النضري) وهو رجل يهودي أسلم يوم أحد، وقال: إن أنا أُصِبتُ فمالي لمحمد، يصنع فيه ما شاء، ثم غدا إلى رسول الله ﷺ، فقاتل معه حتى قُتل. فجعل رسول الله ﷺ ماله أوقافاً، وهي أول حُبسٍ حُبسٍ في الإسلام^(٢٩). وقد أوقفها رسول الله ﷺ على الفقراء والمساكين والغزاة وذوي الحاجات، وعن جابر ابن عبد الله رضي الله عنهما أنه قال: لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرة إلا وقف^(٣٠). وهذا رسول الله ﷺ حينما دنت وفاته تصدَّق بجميع ما لديه، فعن أبي هريرة ؓ أن رسول الله ﷺ قال: (لا يقسم ورثتي ديناراً ولا درهماً، ما تركت بعد نفقة نسائي ومؤنة عاملي، فهو صدقة)^(٣١)، ويقول الإمام الشافعي رحمه الله: (بلغني أن أكثر من ثمانين رجلاً من الصحابة من الأنصار وقفوا) ويقول أيضاً: (لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمته داراً ولا أرضاً تبرراً بحبسها، وإنما حبس أهل الإسلام)^(٣٢)، حيث كان الجاهليون يحبسون بقصد الخيلاء، وليس بنية البر والخير الدائم.

المطلب الثاني

البعد الخيري

إذا استعرضنا بعض الألفاظ ذات الصلة بالوقف، لوجدنا أن كلاً من التبرع والصدقة والهبة والعارية والوصية تشمل معنى الوقف، وبين معانيها ومعنى الوقف عموم وخصوص، وإطلاق وتقييد^(٣٣)، وقد جاء في الآثار ما يعزِّز هذا المعنى في تعيين هذا

(٢٨) صحيح مسلم: كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم، رقم الحديث: ٢٥٨٠.

(٢٩) وهو الذي قال رسول الله ﷺ فيه: (مخيريق سابق يهود، وسلمان سابق فارس، وبلال سابق الحبشة). انظر: الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر: ٥٨/٦، والروض الأنف شرح سيرة ابن هشام: ٩٩/٣. قال السهيلي: وكانت سبع حوائط، وهي: الأعراف، والأعواف، والصفافية، والدلال، وبرقة، وحسن، ومشربة أم إبراهيم، وسميت بذلك لأنها كانت تسكنها. انظر: الروض الأنف، السهيلي: ١٦٨/٣ و ١٨٠.

(٣٠) انظر: المغني، ابن قدامة: ١٨٧/٦، والمجموع شرح المذهب، النووي: ٢٤٥/١٦.

(٣١) صحيح البخاري: كتاب الوصايا، باب نفقة القِيم للوقف، رقم الحديث: ٢٧٧٦.

(٣٢) انظر: المجموع شرح المذهب، النووي: ٢٤٣/١٦.

(٣٣) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٠٩/٤٤.

البُعد بمفهومه الخيري في كل أصنافه. فعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: (كل معروف صدقة)^(٣٤)، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (إن مما يلحق المؤمن من عمله وحسناته بعد موته علماً علّمه ونشره، وولداً صالحاً تركه، ومصحفاً ورثه، أو مسجداً بناه، أو بيتاً لابن السبيل بناه، أو نهراً أجراه، أو صدقة أخرجها من ماله في صحته وحياته، يلحقه من بعد موته)^(٣٥) فتعميم وجوه المعروف؛ من تعليم العلم ونشره، وتربية الولد الصالح الذي بصلاحه يعمُّ البر والخير، وحفظ القرآن وتعليمه، وعمارة المساجد، وبناء الخانات والتُّرُل، وحفر الآبار، وتسييل المياه، وعموم الصدقة الجارية التي يبقى نفعها جارياً بعد الموت، فهذه الأصناف وغيرها مما يمكن إسقاطه عليها من أعمال خيرية، يمكن أن يشملها الوقف بمفهومه العام حين إنشائه، وجميعها يتجلى فيها البُعد الخيري للوقف بمفهومه الواسع، فأثار الوقف تعود على الموقوف عليهم بالخير والنفع، وعلى المجتمع بالخير والفائدة، وعلى الواقف نفسه بالخير والأجر الحسن، فالخير سمة الوقف العامة في جميع مناحيه ومجالاته وأبعاده.

المطلب الثالث البُعد الإنساني

المنتبّع لأهداف الوقف يلحظ بوضوح تجلّي النظرة الإنسانية المجردة، والرؤية المنصفة الثاقبة لهذا العمل الخيري المميّز. فالواقف في إنشائه للوقف إنما ينظر للأشياء من منظور إيماني، وبُعدٍ إنساني، بعيد عن معاني الأنانية والاستعلاء، والعصبية والتحيز، وهو يسعى في هذا العمل التطوعي بمحض إرادته لتشييد عمل خيري، وإقامة مشروع مثمر، يهدف إلى إغاثة الإنسان مطلق الإنسان، باعتباره من سلالة آدم عليه السلام أبي البشر، بغَضِّ النظر عن انتمائه وجنسه ولونه، فهو ينظر للإنسان، باعتباره نفساً تنتمي إلى هذه الأسرة الإنسانية الكبرى، التي دعا الإسلام إلى إحياؤها، كما في قول الله تعالى: (مَنْ أَجَلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا

(٣٤) صحيح البخاري: كتاب الأدب، باب كل معروف صدقة، رقم الحديث: ٦٠٢١.

(٣٥) سنن ابن ماجه: كتاب المقدمة، باب ثواب معلّم الناس الخير، رقم الحديث: ٢٤٢. ونقل عن ابن المنذر أنه قال: إسناده حسن، وفي الزوائد: إسناده غريب. ورواه ابن خزيمة في صحيحه عن محمد بن يحيى الذهلي عنه.

النَّاسَ جَمِيعًا) [المائدة: ٣٢]. كما عدَّ نفعها، وبذل كل خير ومنفعة لمصلحتها، من أقرب الوسائل لتحقيق مرضاة الله تعالى، ومن أفضل طرق الفلاح والصلاح، كما في قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَاعْبُدُوا رَبَّكُمْ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ) [الحج: ٧٧]. وهذا لا يُنقص من قدر المشاريع الوقفية الخاصة بالمسلمين؛ كالاهتمام بأمور العبادة وتفعيلها: من بناء المساجد، وتحفيظ القرآن، وغيرها. لكن يبقى الوقف في مجمل أهدافه يخدم الإنسانية، ويفيد البشرية، بل يتعداها إلى سائر المخلوقات من حيوان وطيور ونبات، بل يهدف إلى حماية البيئة والحفاظ عليها، وهذا كله من منظور إيماني، وبُعدٍ إنساني، وبدافع عقدي تعبدي، وتوجيه خيري وأخلاقي، وهدف اجتماعي واقتصادي. فبهذه الشمولية لهذه الأبعاد المختلفة يحتل الوقف المكانة المرموقة في الشعائر التعبدية، لما تميَّز به من بُعدٍ نظر، ونظرة تكاملية للفكرة في الأهداف والوسائل والتطبيق.

ولو استعرضنا مجالات العمل الخيري الإنساني، لألفينا كثيراً منها مما يواجه واقع المجتمعات الإنسانية، ويفاجئ بأحداث لا تنتهي، بل إن طالع كل يوم يُضيف إلى حاضر المجتمعات البشرية الجديد منها، وتتجدد المجالات بمستجدات الأيام وتتاليها. ويمكننا أن نضع لها الخطوط العريضة الثابتة، ليندرج تحتها عموم مجالات الخير التي تنتمي إليها، وهي بالطبع لا حصر لها، إلا أنها في مجملها تكاد تندرج تحت أربعة مجالات رئيسة؛ هي:

- مجال العمل الخيري الدعوي.
- مجال العمل الخيري الإغاثي.
- مجال العمل الخيري التنموي.
- مجال العمل الخيري البيئي.

ويمكن إسقاط واقع المجتمعات الإنسانية وما فيه من طوارئ ومستجدات على هذه المجالات.

المطلب الرابع البُعد الأخلاقي

إن أي نوع من الأوقاف التي يوجّه الوقف إلى إنشائه وإقامته، إنما تتمثل فيه المعاني الأخلاقية، حيث يتميز الوقف باستهداف المشاريع التنموية المستمرة الدائمة في نفعها وخيرها إلى يوم القيامة. ذلك أن عموم أنواع الأوقاف المنشأة مما استعرضناه في المطلب السابق إنما هي مشاريع تنموية، وأعمال خيرية، يلاحظ أن البُعد الأخلاقي فيها مهيم، والرؤية التعاونية فيها مؤصّلة، فالوقف في أي نوع من الأوقاف إنما يسعى من خلاله إلى مقصد أخلاقي، وهدف سام، ويكفي أن نلاحظ البُعد الأخلاقي في الوقف إذا أدركنا دافعية الوقف ورغبته، فهو _ دون أدنى شك _ حينما يوقف الوقف، إنما يوقفه بدافع من أخلاقيات الدين وتوجيهاته، وبحافز من نفس طاهرة، وقلب تقي، يرغب في المساهمة بنهضة المجتمع، ويسهم في وضع بصمة خير ثابتة مستمرة، على قدر طاقته واستعداده، ويؤسّس في وقفه لنشاط دائم النفع والحيوية، تفيد منه فئات شتى في المجتمع. ومن نافلة القول إن صلة الوصل بين الوقف وبين المستفيدين من وقفه هي تلك الرابطة الدينية، والشعور الأخلاقي، حين يسعى إلى إضافة لبنة طيبة مباركة في المجتمع، تسهم في النشاط الاقتصادي والاجتماعي والديني والأخلاقي للمجتمع الذي نشأ فيه، وانتمى إليه.

المطلب الخامس البُعد الاجتماعي

لعل من أهم معاني البُعد الاجتماعي للوقف هو إبراز ذلك الكيان الحسي والمعنوي الذي ينسج خيوطه المحكمة في التشابك بين أفراد المجتمع، وإقامة علاقات من الروابط الاجتماعية، يغذي بعضها بعضاً، وتبعث الروح في خلايا المجتمع، حتى يصير كالجسد الواحد، إذا اشتكى منه عضو، تداعى له سائر أعضاء هذا الجسد بالسهر والحمى، مصداقاً لما رواه النعمان بن بشير رضي الله عنه يقول: قال رسول الله ﷺ: (ترى المؤمنين في تراحمهم وتوادهم وتعاطفهم، كمثل الجسد، إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر جسده بالسهر والحمى)^(٣٦). كما أن من معاني البُعد الاجتماعي العمل على تقليل

(٣٦) صحيح البخاري: كتاب الأدب، باب رحمة الناس والبهائم، رقم الحديث: ٦٠١١.

الفروق الاجتماعية بين الثروات والطبقات، فلا تحكّم في أرزاق الآخرين، ولا حرمان لطبقة على حساب ثراء طبقة أخرى، وإنما تعاون وتآلف وتكاتف بين الناس، وإذابة لفروق الثروات الضخمة في مقابل الفقر المدقع، وقد حقق الوقف الإسلامي عبر العصور الغابرة هذا البُعد الاجتماعي، من خلال المساهمة في الوفاء بالحاجات الأساسية للفقراء، وهذه الحاجات قد لا تتجاوز حدود الغذاء والكساء والسكن، وبالتالي فحين يساهم الواقف عند إنشاء وقفه بسدّ هذه الحاجات الأساسية لمستحقيها من الفقراء والمحتاجين، فإنه يكون قد رفع عنهم قدرًا كبيراً من المعاناة، وحفظ لهم كرامتهم وعزة نفوسهم، حينما يوفر لهم متطلباتهم الأساسية التي بها قوام حياتهم، فيغيثهم عن ذلّ السؤال، ويكفيهم عوز الحاجة. من ناحية أخرى تغلب على طبيعة واقف الوقف عند إنشائه ظاهرة حبّ العون والمساعدة، والرغبة في عمل الخير الذي لا تخفى فيه مزية مساعدة الفقراء والمحتاجين، والتخفيف من معاناتهم، بدافع كسب الأجر والثواب. وإذا كان الفقر أساس الجهل والتخلف والمرض، فإن في إنشاء الوقف وتسييله فرجاً كبيراً للفقراء، لتوفير الحد الأدنى لهم من الحياة الكريمة، في ظروف صعبة يعيشونها، وبالتالي إزاحة كابوس الفقر وآثاره عنهم، أو على الأقل النهوض بحالهم، لرفع مستواهم إلى مرحلة الكفاف، والوصول بهم إلى شاطئ سدّ الحاجة، وتجاوز مرحلة العوز والعدم والحرمان؛ كي يستطيعوا أن ينهضوا بأنفسهم، ويسعوا لاكتساب رزقهم، بجهد إخوانهم ومساعدتهم، وما وقفوه لهم من خير وإحسان. كما تتميز الشريعة الإسلامية بمعانيها السامية في جعل أفراد الأمة الإسلامية كالبنين يشدّ بعضه بعضاً، واستشعارهم معاني الوحدة المتكاملة بين فئاتهم، فهم على اختلاف طبقاتهم وألوانهم وأعراقهم وأجناسهم كالجسد الواحد في وحدة الآمال والآلام، واتحاد المشاعر والإحساس، فعن أبي موسى رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وآله قال: (المؤمن للمؤمن كالبنين، يشدّ بعضه بعضاً، وشبك بين أصابعه)^(٣٧)، فالواقف يستشعر ألمه من آلام أفراد أمته، ويتحدّ أملهم بآمالهم، فهو يألم لآلامهم، ويسعد لسعادتهم، باعتبار هذا الانتماء لعقيدة قوية، وأخلاق رشيدة. وبالتالي فكلما ساهم الواقف بوقفه في مدّ يد العون لأخيه الفقير، ازداد قربة وطاعة وعبادة، وزاد من فرص القضاء على ظاهرة الفقر والحرمان والحاجة. ولا ريب أن من آثار الوقف ونتائجه زيادة عدد قنوات العون للفقراء، وهذه النتائج بدورها ستقلل من ظاهرة الفقر

(٣٧) صحيح البخاري: كتاب المظالم والغصب، باب نصر المظلوم، رقم الحديث: ٢٤٤٦.

تدريجياً؛ لأن فقير اليوم سيغدو غنياً إن شاء الله تعالى بفضل مؤازرة إخوانه الموسرين، واهتمامهم بحالته، وسيصبح في المستقبل القريب فاعلاً منتجاً مؤثراً، من خلال تعهد إخوانه به، ورعايتهم له، بعد أن كان من أهل الفاقة والفقر والحاجة.

المطلب السادس

البعد الاقتصادي

ينظر الفقه الإسلامي إلى الوقف على أنه مؤسسة تمويلية استثمارية، لها شخصيتها الاعتبارية، وهذه الشخصية الاعتبارية بمكوناتها لا تنحصر في أعيان الوقف، وإنما تتال الجهات المستفيدة من ريع هذا الوقف الذي رُصد من أجلها، وبالتالي فمما يميز الوقف بأنشطته المختلفة أنه يؤدي دوراً بارزاً، ويشغل حيزاً مهماً في الساحة الاقتصادية، من حيث أنه يساهم بشكل فاعل في عملية النشاط الاقتصادي، ودفع عجلة الاقتصاد نحو النماء والازدهار، وعليه فيمكننا أن نعد المؤسسات الوقفية مصدراً مالياً من مصادر الأمة، يمكن له أن يساهم في عملية التنمية والبناء، حيث يغلب على طبيعة المشاريع الوقفية ظاهرة الاستمرارية والإنتاج، ومثل هذه المشاريع حينما تُوجَّه بدافع ديني وأخلاقي فهي _ بالتأكيد _ تزيد بشكل أو بآخر في عملية النمو الاقتصادي، بل لها السبق في تبوء مركز الصدارة من بين المشاريع الاقتصادية الأخرى، والتي تحتل في نتائجها التوقعات المختلفة؛ سلباً أو إيجاباً، ربحاً أو خسارة.

المطلب السابع

البعد العلمي

يتجلى البعد العلمي للوقف في أن المصارف الوقفية تشكل ركناً أساساً في نشر العلم، وتسييله لطالبيه، من خلال المؤسسات العلمية الوقفية المتمثلة في المكتبات الوقفية، ومراكز الأبحاث العلمية، والمراكز الثقافية المختصة بتحقيق كتب التراث ونشرها، ويشار هنا إلى مراكز تخصصية مميّزة في هذا المضمار؛ كمركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية في الرياض، ومركز جمعة الماجد للثقافة والتراث في دبي، والمكتبة السليمانية في إستانبول، والمكتبة الظاهرية في دمشق، وغيرها كثير وكثير من المكتبات الوقفية العامة، والتي تضم أمهات المصادر والمراجع العلمية

القيّمة، وتوفر وسائل العلم والمعرفة سبيلاً ميسراً مفتوحاً مجاناً لطلابه، إذ لا يستطيع كل عالم وباحث أن يوفر ما يلزمه من مصادر العلم والمعرفة. وكثيراً ما نرى من وقف العلماء لمكتباتهم الثمينة على طلاب العلم، وما نشاهده من أركان مميزة في مكتبات علمية كبرى تحوي مكتبات خاصة لأوقاف علماء مشهورين، أو طبع كتب التراث وتسبيل توزيعها بالمجان، أو وقف طباعة كتب أخرى، والإذن في جعلها حقاً لكل مسلم في الطبع والنشر ولا شك أن هذا التصرف يضيف على الوقف البُعد العلمي الذي يميز به.

المطلب الثامن البعد الفقهي

من خلال إجراء مقارنة بين خصوصية الزكاة المفروضة، وشمولية العمل الخيري، يتبيّن لنا تميّز فريضة الزكاة كواحدة من التكاليف الشرعية التعبدية بخصوصيتها في الأحكام الشرعية مقداراً ومصرفاً، فتجب بشروطها المعروفة من حيث: النية، والأهلية، وملك النصاب، وحولان الحول، وغير ذلك من شروط الوجوب والصحة، كما تتحدد جهات دفعها حسب المصارف الثمانية، الواردة في الآية الكريمة في قوله تعالى: (إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ) [التوبة: ٦٠]، فلا تتجاوز هذه المصارف باعتبارها فريضة شرعية محكمة، محددة في مقاديرها، معيّنة في مصارفها، مقيدة في شروطها. بينما تتسع دائرة العمل الخيري لتشمل أكبر قدر من شرائح المجتمع، على اختلاف أنواعها وأجناسها وفئاتها، بل تتعدى هذه الدائرة الإنسان كأكرم مخلوق لله تعالى، شرفه الله عزّ وجلّ بخلافته في الأرض، وحمّله مسؤولية عمارتها، لتتوجه في استهدافها بهذا العمل الخيري إلى البهيمة من طائر وحيوان، وإلى النبات بشتى أصنافه من زرع وثمر وشجر، بل وإلى سائر الجمادات من أرض وسماء، ويابسة وماء، وحجر ومدر، من خلال المحافظة على البيئة، والدعوة لتعميم دائرة النفع الخيري العام فيها. وتتنوع دائرة العمل الخيري، وتتسع في تناولها أصنافاً من القربات، وألواناً من النوافل، تلتقي مع الزكاة، من حيث أنها موارد مالية هامة، يمكن أن تسهم

في سد حاجة الفقير، وتضاف كرافد حيوي وهام في مجال العمل الخيري. وتتطلق فكرة العمل الخيري من أصلين رئيسيين:

أحدهما: أن المال مال الله تعالى، والناس مستخلفون فيه، كما في قول الحق تبارك وتعالى: (وَلَيْسَتَغْفِبِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ وَلَا تَكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِيَبْتَتِغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهَنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِمْ غَفُورٌ رَحِيمٌ) [النور: ٣٣]، وقوله تعالى: (آمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ فَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَأَنْفَقُوا لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ) [الحديد: ٧].

الثاني: الدافع الإيماني في عمل الخير، والرغبة فيما عند الله تعالى من الأجر الحسن، والثواب الدائم لهذا العمل الخيري. ويأتي الوقف بأنواعه على رأس سُلَّم العمل الخيري، إضافة إلى: صدقة التطوع والنافلة، وزكاة الفطر، والنذر بأشكاله، والوصية المطلقة، والكفارات بفئاتها المختلفة.

ولنلق الضوء سريعاً على هذه الأنواع والفئات، لنرى مدى تأثيرها في مجال العمل الخيري العام:

أولاً- الوقف: الوقف باب واسع من أبواب الصدقات الجارية، ولون فريد من ألوان العمل الخيري الذي يدوم نفعه، ويَعْمُ خيره، ليشمل شرائح عديدة تنتفع منه، بنية فعل الخير وكسب الثواب، وهو مُلْكُ العين، وتسبيلُ الثمرة، على ألا يُباع ولا يُشترى، ولا يُوهب ولا يُؤجَّر، ولا يُورَث، إنما تبقى منفعة حصراً للموقوف عليهم، وتبقى عين ملكيته للواقف، كما أنه لا يزْغَى. ولقد ساهم المسلمون عبر التاريخ الإسلامي بإنشاء الأوقاف المتنوعة، التي اتسمت بألوان مختلفة من وجوه الخير؛ فمن عمارة المساجد، وإنشاء مراكز العلم والمعاهد، إلى تشييد دُور الأيتام، وملاجئ العجزة، إلى بناء المستشفيات، إلى تخصيص خانات لضيافة ابن السبيل، وأخرى لرعاية البهائم العاجزة، إلى حفر الآبار، وشق التُّرْع، وغيرها كثير، ولا تزال آثار هذه الأوقاف شاهدة إلى يومنا هذا، على ما تسابق إليه أسلافنا في فعل الخير، ولا يخفى ما يتضمنه مجال الوقف وعائداته الخيرة من أثر طيب، في مجال العمل الخيري التطوعي وإثرائه. ولا ننسى التنويه بفضل ما تطالعنا به وسائل الإعلام من حملات توعية في المساهمة في إنشاء

المصارف الوقفية، في شتى المجالات النفعية والخدمية. كما لا يخفى أن في أمر تنفيذ الوقف واحترام نية الواقف فرجاً كبيراً، ومتسعاً عظيماً لدائرة مجال العمل الخيري، خاصة إذا وُفق الواقف، وأحسن البحث، في تخيير المشاريع الإنمائية والاستثمارية، التي تحتاجها طبيعة البلاد النامية والفقيرة عموماً.

ثانياً- صدقة التطوع والنافلة: تأتي صدقة التطوع والنافلة كلون من ألوان العمل الخيري، وقد توافرت نصوص الشريعة تحت عليها، وتحض على إخراجها، منها قوله تعالى: (وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ) [البقرة: ٣]، وقوله تعالى: (وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ فَلِأَنْفُسِكُمْ وَمَا تُنْفِقُونَ إِلَّا ابْتِغَاءَ وَجْهِ اللَّهِ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تُظْلَمُونَ) [البقرة: ٢٧٢]، وقوله تعالى: (وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا (٨) إِنَّمَا نُطْعِمُكُمْ لِوَجْهِ اللَّهِ لَا نُرِيدُ مِنْكُمْ جَزَاءً وَلَا شُكُورًا) [الإنسان: ٨-٩]، وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ بعث معاذاً رضي الله عنه إلى اليمن فقال: (ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله، وأني رسول الله، فإن هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أن الله قد افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة، فإن هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم، تؤخذ من أغنيائهم، وترد على فقرائهم)^(٣٨)، وعن فاطمة بنت قيس رضي الله عنها قالت: سألت أو سئل النبي ﷺ عن الزكاة، فقال: (إن في المال لحقاً سوى الزكاة)، ثم تلا هذه الآية التي في البقرة: (لَيْسَ الْبِرُّ أَنْ تُولُّوا وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ). [البقرة: ١٧٧]^(٣٩)، ويبقى الباب واسعاً

(٣٨) صحيح البخاري: كتاب الزكاة، باب وجوب الزكاة، رقم الحديث: ١٣٩٥.

(٣٩) سنن الترمذي: كتاب الزكاة، باب ما جاء أن في المال حقاً سوى الزكاة، رقم الحديث: ٦٦٠. قال أبو عيسى: هذا حديث إسناده ليس بذلك، وأبو حمزة ميمون الأعور يضعف، وروى بيان وإسماعيل بن سالم عن الشعبي هذا الحديث قوله وهذا أصح. وأخرجه ابن ماجه في سننه: كتاب الزكاة، باب ما أدى زكاته فليس بكنز، رقم الحديث: ١٧٧٩. قال القرطبي: والحديث وإن كان فيه مقال فقد دل على صحته معنى ما في الآية نفسها، من قوله تعالى: (وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ)، فذكر الزكاة مع الصلاة، وذلك دليل على أن المراد بقوله: (وَأَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ) ليس الزكاة المفروضة، فإن ذلك يكون تكراراً. انظر: الجامع لأحكام القرآن، القرطبي: ٢/٢٤٢.

مطلقاً غير مقيد بخصوص الصدقة النافلة، وصدقات التطوع، فالمتصدق حرٌّ في توزيع صدقته، والمتَّيِّل أمير نفسه، يضع صدقته أنَّى شاء، وحيث أراد، طالما يبذلها لمستحقيها، ويساهم بدفعها في سدِّ حاجة المعوزين، طالباً من الله تعالى الأجر والمثوبة، سيما إذا حقق في توزيعه هدفاً أو أكثر من مقاصد التكافل الاجتماعي، وحذا حذواً طيباً في العمل الخيري والإنساني، فالصدقة مهما قلَّ حجمها، لا تخلو من صلة وبرٍّ وإحسان على المتصدق عليه. وكلما اتسعت دائرة التوزيع اتسع مجال التلاحم والترابط بين الأفراد والأمم.

ثالثاً - زكاة الفطر: وهي صدقة الفطر الواجبة عقب صوم شهر رمضان، طهره للصائم من اللغو والرفث، وطعمة للمساكين. والاختلاف بينها وبين زكاة المال من حيث مكان الوجوب؛ فزكاة المال إنما تجب في بلد وجود المال، لا بلد صاحب المال، وهما حالتان متغايرتان تماماً، قد تلتقيان وهو الغالب؛ بأن يكون مال الغني في ذات بلد إقامته، يملكه ويستثمره بنفسه. وقد تفترقان؛ كأن يوكَّل باستثمار المال خارج بلده، كما هو في الواقع المحسوس. بينما صدقة الفطر إنما تجب في البلد الذي وُجد فيه الصائم، ولا يخفى أثر الخلاف بينهما من حيث التطبيق والتوزيع. والقاعدة العامة أن تُصرف زكاة كل قوم فيهم، لحديث معاذ رضي الله عنه المتقدم في قوله ﷺ: (فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم، تؤخذ من أغنيائهم، وتردُّ على فقرائهم)^(٤٠). والمعتبر عند الحنفية والشافعية والحنابلة في زكاة المال: المكان الذي وُجد فيه المال، والمعتبر في صدقة الفطر: المكان الذي يقيم فيه المتصدق، اعتباراً بسبب الوجوب فيهما. ومما يجدر تذكُّره هنا هو جواز إخراج القيمة في صدقة الفطر، كما هو المعتمد عند السادة الحنفية، فإذا ما أخذنا بهذا المذهب، في جواز أخذ القيمة، وعملنا أيضاً بجواز النقل خارج البلد، في توزيع هذا المورد، فإننا نكون قد كسبنا وفتحنا باباً واسعاً من أبواب العمل الخيري.

رابعاً - النذر: النذر أنواع؛ ومنه نذر طاعة أو قرينة مطلقة؛ كما لو نذر إطعام مائة مسكين، أو ذبح عشرة من الإبل، أو أن يتصدق بمبالغ معينة لمطلق الفقراء، أو أن يتكفَّل بحجِّ الغير عن عدد من الحجاج مطلقاً غير معين بمكان. فيلزم النذر بأنواعه، وينفذ حيث الأكثر أجراً، والأعظم فضلاً، والأعظم نفعاً لمصلحة المستفيد، ولا شك أن

(٤٠) صحيح البخاري: كتاب الزكاة، باب وجوب الزكاة، رقم الحديث: ١٣٠٨.

في هذا مدخلاً غزيراً، يضاف إلى مجالات العمل الخيري، إن أحسن تنفيذه وصرفه في وجوه الخير، ليشمل أكبر عدد من المستحقين.

خامساً- الوصية المطلقة: ومن الموارد المالية في باب النفل والصدقات: الوصية المطلقة، وهي ما يتبرع الموصي به حال حياته للموصى له، بوجه من وجوه الخير ينفذ بعد وفاته، وقد تكون الوصية لمعيّن، فيتعيّن صرفها له، احتراماً لإرادة الموصي، وقد يوصي بمطلق، وهذا رافد يضاف إلى الموارد المالية التي يمكن صرفها إلى المستحقين خارج بلد الموصي، إذا كانت الوصية مطلقة، ولا شك أنه يتعين هنا البحث عن الأشدّ حاجة، والأكثر استفادة. وهذا يتفاوت قلّة وكثرة باعتبار البلد الذي تنفّذ فيه هذه الوصية، وقيمة النقد للأشياء فيها.

سادساً- الكفارات بأنواعها: لقد أوجبت الشريعة عقوبات تأديبية على حالات معينة، أذنب الناس فيها عمداً أو خطأ، وجاءت العقوبة لتكفير هذا الذنب على نوعين؛ جزاء معنوي، يتعلق بحق الله تعالى، يتمثّل في الاستغفار والتوبة، ومجاله العفو عن الذنب، وغفرانه في الآخرة، بإذن الله تعالى. وجزاء مادي يتعلق بحق العباد، يتمثّل بعض منه في عقوبات مادية (الكفارات) تُفرض على المذنب، يعود ريعها على الفقير والمعوز، سعيّاً لسدّ حاجته، وتكفيراً للخطيئة عن إثمه وذنبه. وتتمثّل بعض هذه العقوبات المادية في: كفارة القتل الخطأ، وكفارة فطر رمضان عمداً، وكفارة الظهار، وكفارة اليمين، وكفارة المُحرّم في جزاء قتل الصيد، ونلاحظ أن في كل منها يدور الجزاء بين تحرير الرقبة، أو إطعام المساكين، أو كسوتهم، إضافة إلى الصيام. وقد أجاز فقهاء الحنفية إخراج القيمة النقدية للإطعام والكسوة بما يحقق منفعة الفقير، ولا شك أن مردود الكفارات من حيث قبول قيمة الإطعام والكسوة بدلاً عن الإطعام والكسوة نفسها يُعدّ مورداً هاماً، ورافداً حيوياً، يصبّ في دائرة العمل الخيري، ويسهم في تحقيق النفع العام للأفراد، خاصة إذا استقدنا من حكم جواز النقل إلى الخارج، فمما لا يخفى أن قيمة إطعام المسكين أو كسوته تختلف من بلد لآخر، وربما وصل الفارق إلى الضّعف أو أكثر، وفي هذا رحمة وتوسعة على الفقير، حين يستفيد من القيمة عدد كبير من أهل الصدقة.

المبحث الرابع

مجالات عملية مختلفة لتحقيق التنمية

ويُقسَم إلى المطالب الأربعة التالية:

المطلب الأول

الجال الإنساني

وهو باب واسع يتسع لأطراف البشرية، بشتى صنوفها وألوانها، ومختلف احتياجاتها المتجددة، والناظر في هذا الباب يجد أن الإسلام قد رسم صورته التعاونية التضامنية مع سائر بني الجلالة، من خلال استشعار ظرف الآخر، والإحساس بالمسؤولية تجاهه، فالخلق كلهم عيال الله، وأحبهم إلى الله أنفعهم لعياله، والمسلم في هذا الاستشعار يجد في باب الوقف مجالاً لخدمة الإنسانية، والتنمية المستدامة للبشرية؛ من إيجاد فرص عمل للعاطلين عنه، وتوفير حياة كريمة لفاقيديها، وإغاثة ملهوف، ونجدة محتاج، وعون مصاب، وعلاج مريض، ونصرة مظلوم، وإطعام جائع، وكسوة عارٍ، وسقاية عطشٍ، وحماية مُستضعفٍ، ودعوة كافر، وغيرها كثيرة وعديدة من المجالات الإنسانية المختلفة، يتجلى دور المصارف الوقفية جلياً قوياً في شمول أحوالها، واستيعاب متطلباتها، من خلال مواردها المالية المستديمة، إذ لا يخفى أن المال عصب الحياة، وشريان دورتها، وحيث وُجد المالُ مع الخطة الاستراتيجية لاستثماره كان النماء والعتاء، ولا يوجد أغلى من الإنسان في إحيائه ونمائه، خاصة إذا قُصد بإحيائه حياة الدين في قلبه، وبث روح الإسلام والتوحيد في جوانحه، من خلال التوظيف الناجح لمصارف الوقف فيه، عندها يكون دور الوقف من أعظم القربات، وأفضل الطاعات الرامية إلى إسعاد البشرية. قال الله تعالى: (مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ) [المائدة: ٣٢].

المطلب الثاني

المجال المعرفي

وهو مجال بديع فسيح، يشمل أطياً من أنواع الأوقاف التي تسهم في تنشئة الأجيال على حب المعرفة، وتنمية المعارف، ومنها على سبيل المثال:

وقف المصاحف والكتب الشرعية: وهو من أقدم أنواع الأوقاف في المساجد، لما فيه من حثٍّ على التلاوة، طمعاً في أجرها، وما يحمله الإقبال على كتاب الله من معاني إيمانية وتربوية لا تحصى، وتبدو الحاجة ماسة لهذا الوقف خاصة في بلاد الأعاجم، أو البلاد غير الإسلامية، أو التي يكثر فيها الغزو الفكري، والنشاط الإلحادي، حيث يكون توافر هذه المصاحف والكتب الشرعية بمثابة السلاح الحامي، والحصن الواقي ضد التيارات التائهة، والرياح العاتية، التي تهوي بمن تسيطر عليه في وادٍ سحيق.

وقف المكتبات: إن توفير المرجع العلمي لطالب العلم ليس بالسهل لفئات مختلفة من المتعلمين، وبالتالي فوقف المكتبات العلمية، المتضمن لصنوف المراجع والمصادر العلمية المختلفة على طلاب العلم، وتجهيز المكتبات بمستلزماتها؛ من أوراق، وأحبار، ونسخ، وسائر المتطلبات الكتابية، يوفر على طلاب العلم نقل أدوات العلم، وبذل سُبُل المعرفة للطلالين. وهذا ما اشتهرت به الأمصار الإسلامية عبر القرون الغابرة، من أوقاف المكتبات الكبيرة، على مستوى الأفراد والدول، فهناك المكتبة الظاهرية بدمشق، والمكتبة السلিমانيّة في إستانبول، ومكتبة الإسكندرية، ودار العلم في البصرة، ومكتبة الموصل، وخزانة الكتب في حلب، ودار الكتب المصرية في القاهرة، والمكتبة العامة في الرباط، ودار الكتب القطرية في الدوحة، ومركز جمعة الماجد للتراث والثقافة بذي، ومكتبة ندوة العلماء في لكنو الهند، ومكتبة دار العلوم في كراتشي، وغيرها كثير.

وقف المدارس الشرعية: يُعدُّ وقف المدارس الشرعية من أعظم منابع الخير لتخريج العلماء والحفاظ والدعاة، وقد شهد هذا الوقف نشاطاً مميزاً في العصور الخالية، سواء ما كان من هذه المدارس مستقلاً، أو كان تبعاً لمساجد شهيرة، وقد تسابق الخلفاء والعلماء وأهل الخير إلى إحياء هذه المدارس عبر التاريخ، وكان لها الأثر الطيب في نهضة العلم الشرعي وتقديم العلم والمعرفة.

ويصور ابن كثير مشهداً لهذه المدارس، فيقول: (لقد وضع ببغداد المدرسة المستنصرية للمذاهب الأربعة، وجعل فيها دار حديث، وحمامات، ودار طب، وجعل لمستحقّيه من الجوامك والأطعمة والحلاوات والفاكهة، ما يحتاجون إليه من أوقافه، ووقف عليها أوقافاً عظيمة، حتى قيل: إن ثمن التين من غلات ريعها كان يكفي المدرسة وأهلها، ووقف فيها كتب نفيسة، ليس في الدنيا لها نظير، فكانت هذه المدرسة جمالاً لبغداد وسائر البلاد)^(٤١).

وقف الوسائل التعليمية: إن تطور العلوم والمعارف يستلزم تطور الوسائل والأدوات التي تلازم هذا التطور، وهذا التطور متنامٍ لا يعرف لدورته حداً، ومتسارع لا يقف عند شاطئ، ولا يعرف القهقري، فإذا كانت الأقلام والأحبار المتواضعة في الأزمان الغابرة أهم الوسائل التعليمية المصاحبة لطلب العلم، فقد باتت هذه الوسائل اليوم أكثر توسعاً وشمولاً، لتدخل في عالم التقنية الحديثة من أجهزة الحواسيب وتوابعها. من هنا كان وقف الوسائل التعليمية من عظيم المنافع التي تنشط العلم والمعرفة، وتسعى في سُبُل التقدم والبناء المعرفي، بَعْضُ النظر عن مستوى أداء هذه الوسائل وطاقتها، وبات يطالعنا عصر التقنية في كل صباح الحديث والجديد من وسائل التطور والتنمية في عالم التقنيات المتلاحقة في الحداثة والإبداع، مما يجعل المؤسسات التعليمية لا تستطيع الانغلاق على نفسها، أو الإعراض عن هذه التقنيات، بل لا بد لها من متابعة الركب، وعليه فتوفير وقف الوسائل التعليمية، يذلّل للباحثين سُبُل توفير المعلومة بأيسر سبيل.

المطلب الثالث

المجال الاقتصادي

إن من حق كل فرد في المجتمع المسلم أن يوفّر له تمام الكفاية من مطالب الحياة الأساسية؛ له، ولمن يعول، وإذا كانت الدولة الحديثة تعتمد من خلال مواردها على استخدام أدوات مالياتها العامة من الإنفاق العام والضرائب والرسوم والعوائد وغير ذلك،

(٤١) البداية والنهاية، ابن كثير: ١٧٠/٧.

إلى ما يعرف بعملية إعادة توزيع الدخل القومي، فإن للإسلام تشريعاته الخاصة، بالعمل على إعادة توزيع الثروات والدخول، تحقيقاً للتوازن الاقتصادي، وعملاً على كفاية الحد الأدنى اللائق من مستوى المعيشة لكافة أفراد المجتمع. فإذا كان في مال الزكاة وفي الموارد الراتبه لبيت المال سعة لتحقيق هذه الكفاية فيها ونعمت، وإلا فلإمام أن يصدر من التشريعات الملائمة، التي تحتم على الأغنياء دفع ما يسد الحاجة، والحد من تفاوت نظام الطبقات^(٤٢). يقول ابن حزم: "وفرض على الأغنياء من أهل كل بلد أن يقوموا بفقرائهم، ويجبرهم السلطان على ذلك إن لم تقم الزكوات بهم، فيقام لهم بما يأكلون من القوت الذي لا بد منه، ومن اللباس للشتاء والصيف بمثل ذلك، وبمسكن يكتفهم من المطر والشمس وعيون المارة، وبرهان ذلك قوله تعالى: (فَأَبْذُرْ الْقُرْبَى حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ ذَلِكَ خَيْرٌ لِلَّذِينَ يُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ) [الروم: ٣٨]"^(٤٣). فهنا يأتي دور الوقف بما له من أثر توزيعي متعدد الأبعاد، لينهض بعملية إعادة توزيع الدخل القومي على جهات النفع العام، والفقراء، وغيرهم من فئات المجتمع. وإذا نظرنا إلى ما سبق من مجالات في اتساع دائرة الوقف؛ إذ شملت دور العبادة في تنمية القيم الروحية، ودور العلم في تنمية الوعي وزيادة المعرفة، والمستشفيات للمحافظة على الصحة العامة لأفراد الأمة، وغيرها من مجالات أخرى، فإن الوقف من أهم السبل التي جاء بها الإسلام لإتاحة فرص العمل، وزيادة التشغيل، وتخفيف حدة البطالة، والتقليل من نسبتها، ذلك أن المصارف الوقفية تستهدف قطاعات شتى، وكلها تقتدر إلى اليد العاملة في تلك القطاعات، مما يسهم بدور الوقف في القضاء على البطالة. إضافة إلى أن زيادة التشغيل تؤدي إلى ظهور قوة شرائية جديدة، أو زيادتها، وهذا بدوره يؤدي إلى زيادة الإنتاج، وإيجاد فرص عمل جديدة^(٤٤).

(٤٢) انظر: الأحكام الأساسية للشريعة الإسلامية، دقاق: ص: ٢٣٧.

(٤٣) المحلى، ابن حزم: ١٥٦/٦.

(٤٤) انظر: أثر الوقف في التنمية الاقتصادية، الخطيب: ص: ٢٦٢.

المطلب الرابع

المجال الاجتماعي

يدرك المتتبع للتاريخ الإسلامي أن المصارف الوقفية قد حققت نجاحاً متقدماً في تأمين خدمات اجتماعية متعددة، لمرافق حيوية عامة، ساهم الوقف في توفيرها ورعايتها؛ كحفر الآبار وشق الطرق، وتسبيل ينابيع المياه، وبناء المشافي، وتحقيق الرعاية الاجتماعية الشاملة للغرباء والعجزة وذوي الاحتياجات الخاصة، إذ كانت توقف البيوت لطلاب العلم الغرباء بجوار المدارس الوقفية، وتجري عليها جريات لما يحتاجه ساكنوها من نفقات؛ كالطعام، والكساء، وغيره، كذلك توقف بيوت خاصة للعجزة وكبار السن، ممن يفقد الكفيل والمعيّل، كما كانت توقف المساكن المؤقتة والنزل، لأبناء السبيل والعابرين ممن تعجزه النفقة، كذلك ساهم الوقف في استقلال العلماء في مواجهة الحكام، فتوفر للعالم مؤونته الحياتية، واحتياجاته اليومية، ليتفرغ للعلم، ويستقل بالفتوى بعيداً عن باب السلطان، والتزاماته الأدبية. كذلك ساهم الوقف في توفير الضمان الاجتماعي لطبقات مختلفة من المجتمع؛ بتوفير فرص العمل للأفراد العاطلين، واستنفاد طاقة الشباب في توظيفها بما يصلحهم، ويدفعهم للعمل والإنتاج، وينفع الأمة من بعدهم في نهضتها ورفيها وتقدمها. إضافة إلى توفير مطاعم مجانية، وتأمين وجبات غذائية منتظمة، في مواسم مباركة، أو أيام ثابتة، جرى العرف على تسبيلها، صدقة جارية عن أرواح فاعليها، ولا يزال بعض هذه المظاهر الاجتماعية قائماً نشطاً مستمراً إلى يومنا هذا، في بعض المدن الإسلامية العريقة؛ كمكة المكرمة، والمدينة المنورة، ودمشق، وحلب، والقاهرة، وبغداد، ومدن عديدة في المغرب العربي، وغيرها، ولا تترك الجهود الطبية مؤخراً، متمثلة في قيام مؤسسات خيرية في دول الخليج، في تنشيط ظاهرة الوقف، والدعوة لإحيائه؛ من خلال وزارات الأوقاف، ووسائل الإعلام المختلفة.

الفصل الثاني

دور المصارف الوقفية في تحقيق الأنواع المختلفة للتنمية

ويتضمن المباحث الأربعة التالية:

المبحث الأول

دور المصارف الوقفية في تحقيق التنمية العلمية

ويُقسَم إلى مطالب أربعة:

المطلب الأول

الاهتمام بالبحث العلمي

يتنافس عالم اليوم في سباق الزمن مع العلم تقدماً واكتشافاً، ولم يبق لمفهوم الجهل والتخلف مكان يحتلّه في خارطة الكون المعاصرة، إذ غدا وجوده شاذاً منكرّاً غريباً. والإسلام دين العلم، بمعنى أن له قصب السبق في هذا المضمار؛ قيادة، وتوجيهاً. ومما هو مقرر في أحكام الفقه أن طلب العلم التخصصي فرض كفائي على جمهور الأمة، تأثم الأمة كلها بتركه، ويسقط الإثم عنها بتخصص بعض أفرادها فيه. والغوص في غمار البحث العلمي لون من ألوان طلب العلم والمعرفة، بل هو أساس قوامه، ومن أهم متطلباته. ولا يخفى أن الغرب اليوم يولي البحث العلمي الاهتمام الأكبر، إن لم يكن أساس اهتماماته، ومن مقدمات أولوياته والعنوان العريض لمخطط استراتيجيته. وكثير من الدول المتقدمة تضع في اعتبارها هذا الاهتمام، وتخصص الميزانيات الهائلة في الصرف والإنفاق على البحث العلمي، بل تصل ميزانيات بعض الجامعات الغربية إلى مستوى ميزانيات دول كبيرة من دول العالم الثالث حجماً وكمّاً، مما يعطي المؤشر الهام لأهمية البحث العلمي على مستوى الشعوب المتقدمة، والأمم المتحضرة. وتُعدّ المصارف الوقفية في الإسلام مورداً حيويّاً هاماً، يمكن توظيفه لخدمة البحث العلمي. وهنا يتجلّى دور هذه المصارف الوقفية في إنشاء مؤسسات كبرى، مختصة بالبحث العلمي، على غرار مؤسسة (روكفلر للتقدم الصحي والعلمي)، والتي أنشأها رجل المال الأمريكي (جون روكفلر ١٨٣٩-١٩٣٧)، في نيويورك عام: ١٩١٣، بهبة قدرها (٢٥٠) مليون دولار، يساعده في ذلك ابنه (روكفلر

١٨٧٤_١٩٦٠)، والذي حدد هدفها بالعمل على رفع مستوى الجنس البشري في كافة أنحاء العالم، وذلك عن طريق تشجيع البحث العلمي، والإسهام في القضاء على الجوع، ورفع مستوى الصحة العامة. وقد أسهمت هذه المؤسسة إسهاماً كبيراً في ميادين الصحة العامة والبحوث الطبية، والعلوم الطبيعية والاجتماعية، ويعمل بها عدد كبير من الباحثين، وتقدم المؤسسة منحاً مالية لآلاف الطلاب^(٤٥)، ولا نذهب بعيداً إذا قلنا إن انبثاق فكرة هذه المؤسسة العلمية نابع أصلاً من المشروع الإسلامي الخيري، إذ هو الرائد في العمل الخيري بكل أطيافه، ولا ننكر وجود نماذج لهذه المؤسسة العلمية في العالم الإسلامي، على اختلاف في مستوياتها؛ ما بين المتواضع، وذي النطاق الضيق، أو الواسع، لكن المطلوب هو تنشيط ظاهرة الاهتمام بالبحث العلمي، وتعميم انتشارها في العالم الإسلامي، من خلال إنشاء المؤسسات الوقفية الكبرى، القادرة من خلال أهدافها واستراتيجياتها، على تبني هذه المشاريع البحثية والعلمية، والمتابعة الميدانية لها، وبما يحقق هدفها المنشود في مجال البحث.

المطلب الثاني

تأسيس المدارس والجامعات والمعاهد العلمية

لقد بات نشر العلم والثقافة في المجتمعات الإنسانية من الأهمية بمكان، والتاريخ الإسلامي يرصد نماذج رائعة لإقامة أوقاف المدارس، وإجراء الجارية لطلبة العلم المنتسبين لها، وكان لتلك المدارس الأثر الطيب في تخريج الأجيال من العلماء الذين احتضنتهم المدارس الوقفية من بسطاء الناس، وأصحاب الأحوال المتواضعة. وقد سجل النعيمي في كتابه الوثائقي: (الدارس في تاريخ المدارس) صوراً رائعة لهذه المدارس الوقفية وأنشطتها وأحوالها؛ حيث كانت المدرسة تتولى طالب العلم في معيشتة ومسكنه، وتوفر له من جارية الوقف مصروفه الشخصي، بحيث يكون متفرغاً للعلم، كما رصدَ لأماكن الخير الموقوفة بدمشق الشام من دُور القرآن والحديث والمدارس، وما يلحق بذلك من الرُّبُط، والخوانيق، والترَب، والزوايا، وأماكنها، وأوقاف إنشائها، وتراجع

(٤٥) بحث للدكتور مصطفى محمد عرجاوي، ندوة الوقف الإسلامي، كلية الشريعة، جامعة الإمارات: ١٩٩٧م.

واقفيها، وذكر أوقافهم وشروطهم^(٤٦)، ويذكر السبكي في: (طبقات الشافعية الكبرى) نماذج لهذه الأوقاف، وأخبار العلماء في صلتهم بها؛ كالإمام النووي في دار الحديث الأشرافية بدمشق^(٤٧)، وكذلك خبر الإمام أبي حامد الغزالي وأخيه أحمد، وكيف أن والدهما أوصى لوصيٍّ صالح بما لديه من مال لرعايته وأخيه، لكن المال نفذ لقلته، وكيف أن التجاءهما إلى مدرسة وقفية ضَمِنَ لهما متابعة العلم وتحصيله، فقد فنيت ثروة أبيهما المتواضعة، وعجز وليُّ أمرهما عن المتابعة، وكان لهذه المدرسة الوقفية الفضل _ بعد توفيق الله تعالى _ في نبوغ حجة الإسلام^(٤٨)، وغيرهم كثير، ممن كان للمدارس الوقفية الأثر الطيب في تأسيسهم وتخريجهم. وتبدو الحاجة ماسة إلى إقامة وقف المدارس والجامعات والمعاهد العلمية في المجتمعات الفقيرة، إذ أن الطبقات المنعمة قد تستغني عن الحاجة إلى المدارس في بعض ظروفها، حين يتمكن الأب من توفير المدرس الخاص لابنه، وإحضاره إلى بيته، وبالتالي هو في غنى عن اللحاق بالمدرسة في بعض الأحوال، كما يستطيع حسب إمكاناته المادية أن يلحق ولده بأرقى الجامعات العريقة، بينما الفقراء والبسطاء قد لا تتيسر لهم فرص التعليم أصلاً لظروفهم المادية، فقد يترك الفقير الدراسة، ويتخلى عن التعليم لظروفه المادية، ولا يخفى ما لهذه الظاهرة من آثار سلبية، ومخاطر اجتماعية، في تَقْشِي الأُمِّيَّة والبطالة، ناهيك عن انتشار العادات السيئة، والانحرافات السلوكية، جرّاء انتشار الجهل والفقر، ولا ننكر أن عدداً غير قليل ممن ترك الدراسة، إنما كان مبرر انقطاعه الفشل الدراسي، وعدم رغبته بالمتابعة والتحصيل العلمي، لكننا لا نكتم سراً إذا قلنا إن كثيراً من الأبناء قد عزف عن متابعة العلم لظروف مالية قاهرة، وإنه لو تيسرت له الأسباب المادية لكان أحد أولئك المبدعين المميزين. ولعل كثيراً من الحكومات اليوم تسعى بحكم مواردها وميزانياتها العامة إلى تعميم إلزامية التعليم، من خلال مجانية التعليم لأبنائها، فتُسَهِّل افتتاح الجامعات والمعاهد العلمية، إلا أن طبيعة هذه الدول ذات مستوى مادي مميز، وبالتالي

(٤٦) انظر: الدارس في تاريخ المدارس، لعبد القادر النعيمي، في مجلدين اثنين.

(٤٧) وقد بلغ من ورع الإمام النووي وزهده _ رحمه الله تعالى _ أنه كان لا يأكل شيئاً من فاكهة دمشق، ولا يقبل من أحد شيئاً، لأن أكثر غوطتها وبساتينها أموال أوقاف، وكان قوته من قِبَل والده، يجري عليه في الشهر الشيء الطفيف، في بلدته: (نوى)، كما أنه حين دنا أجله ردَّ الكتب المستعارة عنده من الأوقاف جميعها، رحمه الله تعالى. انظر: طبقات الشافعية الكبرى، السبكي: ٣٩٧/٨، وتذكرة الحفاظ، الذهبي: ١٤٧٢/٤.

(٤٨) انظر: طبقات الشافعية الكبرى، السبكي: ١٩٣/٦.

فلا يمكن تعميمها واقعياً، نظراً لاختلاف المستوى المادي والاقتصادي للدول. ولا شك أن تبني المصارف الوقفية والمؤسسات الخيرية لهذه الصروح العلمية والثقافية كفيل بتسخير العلم، وتذليله لطالبيه، ممن تضنُّ ذات اليد بهم لمتابعته وما أكثرهم، وحين نعلم نسبة الكثافة السكانية للعالم الإسلامي، بجانب ما تحوي هذه الكثافة من طاقات كامنة، وإمكانات بشرية هائلة، تستطيع لو تيسرت لها السُّبل المناسبة للتفوق على الغرب.

كذلك يجب ألا ننسى في هذا المقام هجرة العقول العربية والإسلامية إلى بلاد الغرب منتصف القرن الماضي، بحثاً عن الفرص المناسبة، والبديل العملي، والحافز المشجّع، واغتناماً للظروف المرغّبة، وكيف أن الغرب احتوهم علمياً ومادياً ومعنوياً، حتى غدوا ولا يزالون علماء متميزين، ولعل إحصاء عشوائياً لأعداد الأطباء العرب في أمريكا، أو بريطانيا، أو فرنسا كمثال، يعطي المؤشر على صحة ما نقول. والواقع الذي لا يمكن إغفاله أن التعليم غدا اليوم مكلفاً، وخاصة التعليم الجامعي، وباتت نفقاته في تزايد وتنامي، متأثراً بالظاهرة العالمية للغلاء، وأصبح مرهقاً ومحرّجاً في آن واحد لولي الأمر أن يتابع تعليم أبنائه، على حساب لقمة العيش. كذلك؛ فإن ظاهرة انتشار المدارس والمعاهد والجامعات الخاصة باتت موضة هذا العصر، بحجة التنافس الشريف، والتميز، وحسن الجودة، إضافة إلى أن الطاقة الاستيعابية للطلاب في المدارس أو الجامعات الحكومية المجانية في عدد من الدول باتت محدودة. والحل العملي للقضاء على هذه الظاهرة ومنافستها هو إنشاء الوقف التعليمي، الذي يتولى إقامة المدارس الوقفية، وفتح الجامعات، والمعاهد العلمية، ومجانية التعليم فيها، وفتح الباب على مصراعيه لطالبي العلم والمعرفة، دون قيد أو شرط، وتغذية هذه المشاريع من مال الوقف، الذي تتجلى أهدافه في نشر العلم الذي يُنتفع به، بحيث لا تبقى حجة لمعتذر.

المطلب الثالث

إنشاء مؤسسات وقفية خيرية تتولى تقديم المنح المالية لطلاب العلم

يسطر واقع عدد من الدول الإسلامية رصْد نماذج مشرّفة لهذه المؤسسات الوقفية الخيرية؛ كمؤسسة الشيخ عيد الخيرية في قطر، ومؤسسة الشيخ عبد العزيز بن باز الخيرية في المملكة العربية السعودية، ومؤسسة الشيخ زايد للأعمال الإنسانية والخيرية

في أبو ظبي، ومؤسسة الشيخ محمد بن راشد للأعمال الخيرية في دبي، ومعهد آل مكتوم للدراسات الإسلامية في بريطانيا بتمويل من الإمارات، ومؤسسة الحريري في لبنان، ومؤسسة آل البيت في الأردن، ومؤسسة بيت الخير في البحرين، وغالب الجامعات والمراكز البحثية. وغيرها كثير وكثير جداً في العالم، وهذه المؤسسات تتولى تقديم المنح المالية لطلاب العلم، بضوابط تشجيعية، وضمانات تحفيزية، تكفل للباحث خدمة أمته في مجال تخصصه مدة من الزمن بعد تخرجه، فتضمن له فرصة العمل مستقبلاً، كما تفيد الأمة والمجتمع من علمه وخبرته. ونستطيع من خلال هذا البرنامج الوقفي توظيف مبالغ جمّة لهذا المشروع العملاق، الذي يسهم في بناء الأجيال، والكل يدرك أهمية العلم، وتأسيس طلابه ورجاله، وتنمية مداركهم ومواهبهم، واستغلال طاقاتهم في بناء الدول، إذ قيام الأمم رهن بكفاءة أبنائها، وثبات الدول مرتبط بقدرة رجالها؛ علماً، وعطاءً، ونماءً. والمطلوب تكثير سواد هذه المؤسسات المباركة، وتعميم تجارب هذه النماذج الوقفية الخيرية على مستوى العالم الإسلامي، وتحفيزها ودعمها إعلامياً وإدارياً واجتماعياً، بحيث تذلل كل الصعوبات المتوقعة إدارياً، فتأخذ الطابع الرسمي في أماكن إنشائها، كما تتخذ الطابع القانوني عند استحداثها، بما يوفر لها الحماية والغطاء القانوني، كذلك يوجّه إعلامياً أصحاب الكفاءات المادية إلى توظيف جزء من أموالهم في المجال الوقفي، بما يفيد الأمة، ويساهم في خدمة المجتمع، إضافة لكسب الأجر والثواب.

المطلب الرابع

الإسهام في تحقيق التنمية الشاملة

وترتكز التنمية بمفهومها العام على عناصر أساسية أهمها: التنمية الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية، وتنمية المصادر الطبيعية، وجميعها أساس لتنمية الموارد البشرية. وتوفير العناصر الاقتصادية والتكنولوجية لا يكفي لتوفير هذه التنمية، بل هو أساس هام، ورافد حيوي للتنمية البشرية، التي لا غنى عن تأهيلها بالقيم الروحية والدينية والخلقية، إضافة إلى تزويدها بالخبرات العلمية، والمهارات التعليمية، وبالتالي تتكامل عناصر التنمية، بتكامل أجزائها، وتوافر مكوناتها الاقتصادية والطبيعية والبشرية. وهنا يتجلى دور المصارف الوقفية في إمكانياتها المالية، وطاقاتها المادية،

لاستيعاب هذا الجانب التنموي الحر، بما يخدم المجتمعات الإنسانية في الدعم المتنامي لتحقيق التنمية البشرية. فقد كان الوقف وما يزال المؤسسة العالمية الكبرى، التي تحيط العالم كله بسياج من المودة والرحمة والإنسانية، وتسعفه بحبل النجاة من كل المتاعب والمهالك المادية، وتنقذه من السيطرة الأنانية والفردية، لتنتقل به إلى أجواء التنمية الشاملة؛ بشرياً، واجتماعياً، وعلمياً، واقتصادياً. وتاريخ الوقف الإسلامي عبر محطات تاريخية يثبت هذه الحقيقة، ويسطرّ لنماذج من التنمية والعطاء. فقد عاش المسلمون في ظل الوقف حياة يسودها التعاون والتلاحم والتراحم، بل كانت آثار الوقف تتجلى في مظاهر الحياة العامة للمجتمعات، فكانت ترفل بالسعادة والوفاق، وتعلوها أمارات الحب والسخاء، وتترجم للنهضة الشاملة، لمظاهر التنمية المختلفة.

المبحث الثاني

دور المصارف الوقفية في تحقيق التنمية الثقافية

ويُقَسَم إلى المطالب التالية:

المطلب الأول

تنشيط المؤسسات الإعلامية والثقافية وتفعيل دورها

لا يخفى ما للقنوات الإعلامية بكافة أطيافها المسموعة والمرئية والمقروءة؛ من إذاعات، وقنوات فضائية، ودوريات منوعة، من أثر بالغ الأهمية في تبليغ الدعوة، والذود عن حياضها، إذ يمكن اعتبارها لسان حال دعوة هذا العصر، مقارنة بما كان عليه الحال في صدر الرسالة، من وسائل معينة مغايرة، لها خصوصيتها في التأثير والإبلاغ، كانت إذ ذاك لسان حال تلك المرحلة، ووسائل الإعلام والتبليغ فيها. وتعدّ الشبكة العنكبوتية (الإنترنت) اليوم واحدة من أهم هذه الوسائل الإعلامية والثقافية، وهي سلاح ذو حدين، لا يخفى على عاقل ما لها من آثار طيبة، ونتائج قيّمة، إذا ما أحسن توظيفها إيجابياً في خدمة الدعوة. ويتزايد أعداد المستخدمين للشبكة، ويتوقع أن يتجاوز العدد حدّ الألف مليون (مليار) مستخدم، وتتميز الشبكة بحرية الرأي والطرح دونما قيد، مما يجعلها فرصة طيبة للدعوة إلى الإسلام والتعريف به. ولكن هذه المؤسسات

الإعلامية والثقافية بأنواعها، لا بدّ من دعمها وتبنيها؛ مادياً ومعنوياً لتستطيع القيام بدورها الريادي، في تغطية الأحداث، ومعالجة القضايا الإسلامية، وخدمة الدعوة، وتنقيف الأجيال المسلمة، والوقوف في وجه الهجمة الشرسة ضد الإسلام ودعوته، بما يثار على الساحة الإعلامية من شبهات وأضاليل. ولعلنا نذكر بالفضل والدعاء، ونتوجّه بالشكر والتناء إلى القائمين على القنوات الإسلامية المشهورة، هدفاً ورؤية، والمواقع الإسلامية المميزة، نفعاً وصحوة، وخاصة المواقع الشخصية لعدد من العلماء والمفكرين البارزين على الشبكة العنكبوتية (الإنترنت)، أو المواقع العامة، ومحطات الرأي الهادفة، وإذاعات صوت القرآن الكريم المتعددة، والمجلات الدينية والعلمية والفكرية، والمؤسسات الإسلامية التي تتولى إصدار الشريط الإسلامي، والكتاب الإسلامي، والقرص الإسلامي، والنشيد الإسلامي، وما تؤديه جميعها من وعي ناضج، وجهد دعوي مميز، أثبتت مصداقيتها عبر طرحها الهادف، ومشروعها الواضح، وهي _ بحمد الله وتوفيقه _ في تزايد وتسابق وتنافس نحو الجودة والتميز. ومما لا شك فيه، أن هذه المؤسسات الإعلامية المميزة وأمثالها، تحتاج إلى دعم وتأييد، إضافة إلى أن سوق الإعلام الإسلامي اليوم، بات يشهد تحدياً وتنافساً في الساحة الإعلامية، فهو يحتاج إلى تشجيع ومؤازرة، ودعم ومساندة، وتنشيط وتفعيل. ولعل إنشاء المصارف الوقفية بشكل مؤسسي في هذا المجال الإعلامي، برؤيتها الشمولية الهادفة، يُعدّ من أجلّ المشاريع الإنمائية المعاصرة التي يحتاجها المسلمون، بل وتفتقر إليه الإنسانية بأسرها.

المطلب الثاني

تخصيص جوائز علمية وثقافية دولية مجزية

شاع في الأعراف الدولية تخصيص جوائز مجزية في مجالات العلم والمعرفة، وتخصيص كراسي مميّزة في الجامعات العريقة، ومراكز البحوث العلمية، والدراسات الاستكشافية، كجائزة نوبل في: الطب، والفيزياء، والكيمياء، وغيرها. ولا شك أن مثل هذه الكراسي تموّل بجهود فردية، قد يغلب الدافع الإنساني المجرد لدى بعض الممولين

لها، وقد يغلب الدافع المادي المجرد لدى الآخرين، حينما يتهرب من دفع الضريبة الحكومية المترتبة عليه، فيقوم متبرعاً بقسط من دخله الضخم لمثل هذه المشاريع الإنسانية، تخفيفاً من التزاماته المادية نحو الحكومة في دفع الضريبة. كما أن بعضها تتبنّاه الحكومات والدول بميزانيات مميزة، تخصص لأغراض البحث العلمي، وأياً كان الدافع والهدف، فإنها تحقق الخير والنفع للبشرية من منظور دنيوي مجرد. ويمكن للمصارف الوقفية بمشاريعها الخيرية والحضارية والإنسانية، أن تسهم في هذا المجال الحيوي، من خلال رصد جوائز مميزة ثابتة، تُبذل في خدمة الدعوة والعلم والإسلام، وتأخذ هذه الجوائز طابع العالمية والدولية، بمعنى أن يكون نطاقها عالمياً، واستهدافها دولياً. فالعلم رحّم بين أهله، وكلما توسعت الدائرة، وامتد النطاق شملت عتبات أكثر، ودخل في مجال التنافس أطراف أكثر. وفي هذا التعميم ضرب من ضروب الدعوة إلى الدين، ومجال رحب من مجالات التبليغ، وأعظم به من مقصد جليل ولدينا في عدد من الدول الإسلامية شواهد حيّة، في مساهمات مميّزة في مجال العلوم والمعرفة؛ منها على سبيل المثال: جوائز الملك عبد الله بن عبد العزيز في عدد من المجالات العلمية المختلفة، وجائزة الملك فيصل العالمية، وجائزة نايف بن عبد العزيز آل سعود العالمية للسنة النبوية والدراسات الإسلامية المعاصرة، وجائزة دبي الدولية للقرآن الكريم، وجائزة الشيخ حمدان بن راشد للعلوم الطبية، وغيرها من الجوائز السنوية في شتى المجالات المختلفة.

المطلب الثالث

تبني الباحثين والمهوبين من الطلبة

الإبداع والعبقرية والذكاء الخارق هبة من الله تعالى، يهبها من يشاء من عباده، وهذه الهبة لا تعرف لوناً ولا جنساً ولا بلداً، قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا مَنْ يَرْتَدَّ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَسَوْفَ يَأْتِي اللَّهَ بِقَوْمٍ يُحِبُّهُمْ وَيُحِبُّونَهُ أَذِلَّةٌ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ أَعِزَّةٌ عَلَى الْكَافِرِينَ يُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا يَخَافُونَ لَوْمَةَ لَائِمٍ ذَلِكَ فَضْلُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ) [المائدة: ٥٤]، والأمة الإسلامية على كثرتها وعددها، تحوي الكثير والكثير من

هذه النُخب المميزة، لو أردنا إحصاءها. ولا شك أنها مصدر ثروة نفيسة لا تتَمَن، وطاقه خير عظمة لنفسها وللأمة جمعاء. وإذا تذكّرنا أن الإمام أبا حنيفة رحمه الله تعالى، قد شكّل مجلسه العلمي الذي يربو على الثلاثين من نوابغ الطلاب، وأمده من ماله الخاص، حيث كان تاجراً، فقد ربّى طلابه، وتولّى أمرهم ومعيشتهم، برواتب شهرية على نفقته الخاصة، لقاء تفرغهم للعلم. وكان أولهم أبا يوسف، والذي غدا قاضي قضاة الدولة العباسية زمن هارون الرشيد، ولعل تجربة الإمام أبي حنيفة وأمثاله في تاريخ سلف الأمة، تحدد لنا خطة عمل هادفة ومثمرة، حبذا لو ترسّنا خطاها، في وضع برنامج خاص للموهوبين والمبدعين، بحيث يتولّى صندوق وقف خاص بهم رعايتهم، وتبني أمرهم، ومتابعتهم، ولقد عاصرت خلال إقامتي في كندا وجود مدرسة حكومية خاصة للمبدعين، تُستقطب فيها ثلّة محددة مميزة من الموهوبين العباقر، من مختلف الفئات، ممن هم فوق مستواهم العمري؛ ذكاءً، ونبلاً، وإبداعاً، وهذه المدرسة تهتم بهذه الفئة المبدعة اهتماماً فريداً بالبرامج الدراسية، والمناهج، والخطط، بحيث تؤهّل طلابها للقيادة في مجالات إبداعهم، وعلمتُ أن لهذه المدرسة نظائر من المراكز الخاصة للمبدعين، في عدد من الدول الراقية والمتحضرة اليوم، تتولى الدول والحكومات رعايتها، ويخرج منها كل عام أعداد مميّزون، أجَدْتُ فيهم تلك الرعاية الخاصة، فغدوا ثروة علمية وبشرية لتلك الدول، بل ربما يرتفع مستوى الدولة ذاتها بهذا العبقري المميز. ولنا في برامج المصارف الوقفية ما يليّ هذا الطموح، ويحقق هذا الهدف، من خلال إنشاء صندوق خاص بالمبدعين والموهوبين، يتولّى شؤونهم، ويحتضنهم، ويجذبهم إليه، من خلال ما يقدم لهم من مزايا وخصائص، تشجع على الإبداع والابتكار. إن اهتماماً مركزاً على طالب مبدع، وتعهّده إلى آخر مرحلة في تحصيل العلم، كفيل بأن يجزّ على أمته الخير والخير الكثير، فما بالك بتخصيص هيئة، أو مؤسسة وقفية خاصة، لرعاية هذه الفئة المميزة، على مستوى العالم الإسلامي، ومتابعتها، وتحفيزها، وتشجيعها، ودعمها للتفرغ العلمي والإبداع، إنها في الحقيقة ثروة عظيمة للأمة كلها، فالأمة بعلمائها ومبدعيها وبرامج المصارف الوقفية في أهدافها وأحكامها كفيلة بتنفيذ هذا المشروع الحيوي الاستراتيجي الهام.

المطلب الرابع

إنشاء مراكز الحاسب الآلي

يُعدُّ الحاسب الآلي اليوم واحداً من أهم الوسائل التكنولوجية المعاصرة، في عملية التوثيق وحفظ المعلومات، وإنشاء قواعد جمع البيانات، وعمليات الحساب والإحصاء، والتواصل العلمي والبحثي، عن طريق الشبكة العنكبوتية (الإنترنت)، ومن نافلة القول أن توظيف الحاسب الآلي في خدمة العلوم والمعارف، غداً باباً مهماً، من أولويات الحضارة المعاصرة، وبات استخدامه في شتى العلوم والمعارف الكونية عصب الحياة وروحها، فأصبح استخدام الحاسوب مألوفاً في خدمة العلوم الشرعية بأنواعها: كال تفسير، والحديث، والفقه، وأصوله، والدعوة، والفتاوى، والمحاكم، والقضاء؛ بحثاً، وتوثيقاً، والعلوم الإنسانية المتعلقة باللغات؛ إدراكاً، وفهماً، والعلوم الاجتماعية المتعلقة بالتاريخ، والجغرافيا، والفلسفة؛ اكتشافاً، وتحليلاً، والعلوم التجريبية المتعلقة بالطب، والفيزياء، والكيمياء، والأحياء، والجيولوجيا؛ استنتاجاً، وتطويراً، والعلوم التطبيقية المتعلقة بالهندسة، والرياضيات، والإدارة، والإحصاء؛ برمجةً، وتنفيذاً، وبات اليوم بهذا الحاسوب تقاد الطائرات، وترصد الحروب والغارات، وتستثمر الأسهم والأموال، وتكتشف الجرائم والأمراض، وتدار المصانع والشركات، إلى كثير وكثير من استخداماته المتنامية. وهذا ما يدعونا إلى تفعيل دور المصارف الوقفية إيجابياً في هذا المجال، من خلال إنشاء مراكز وقفية متخصصة في الحاسب الآلي، وتطويرها فنياً، ودعمها مادياً، وتفعيلها بما يخدم الدعوة الإسلامية، وذلك برصد المشاريع الدعوية والتنمية والبحثية، وتفعيل خدماتها على المستوى الإسلامي والإنساني، بحيث يُعدُّ رافداً حيوياً تقيد منه البشرية على اختلاف أنواعها. إذ الأصل في خصائص الشريعة الإسلامية صلاحيتها للتطبيق في كل زمان ومكان، وشموليتها، ومقتضى هذه الشمولية أن تلبي مقتضيات كل عصر، على اختلاف متطلباته، واحتياجاته. ومن غير المقبول أن يبقى مسلم اليوم في جمود ونأي، وبُعد عن عالم التكنولوجيا المعاصرة، في حداثتها وتطورها وتنميتها، وهو منها بموقع الأمية والجهل والتخلف، بل لا بدَّ من أخذ دوره فيها، وتحديد موقفه منها، وذلك باجتيازه إلى مقدمة الركب، وتحصيله قصب السبق في هذا المضمار.

المبحث الثالث

دور المصارف الوقفية في تحقيق التنمية الاجتماعية

ويُقَسَّم إلى ما يلي:

المطلب الأول

رعاية ذوي الاحتياجات الخاصة

تتفاوت الدول في مستواها الاجتماعي والمادي والحضاري، وينعكس هذا التفاوت سلباً أو إيجاباً على أفرادها، وتُعدُّ ظاهرة وجود ذوي الاحتياجات الخاصة ظاهرة صحية طبيعية في كل المجتمعات البشرية، لا يمكن إنكارها، أو التخلي عنها، إذ هي واقع مشهود، لكن التعامل مع هذه الظاهرة يتطلب شعوراً بالمسؤولية، وإيماناً وخلقاً، وهنا بالطبع تختلف أوضاع هذه الفئة؛ عناية، ورعاية، تبعاً لدولها، وطالما تتفاوت الدول بمستواها الاجتماعي والمادي والحضاري، كان لا بدَّ من أن تُؤلَّى هذه الفئة مزيد اهتمام وعناية، بحيث يوظف الوقف الإسلامي لاستقطابها، ورعايتها، وتُؤلَّى أمرها، بما يخفف من معاناتها، ويشركها في المجتمع الإسلامي مشاركة فاعلة، بعيداً عن أي عصبية، أو اشمئزاز، وتجاوزاً لخصوصية درجة الاحتياج التي أُلِّمَتْ بهذه الفئة، ورغبة في إدخال السرور عليها، وإسعادها، وكسب الطاقات الكامنة فيها، لاستغلالها إيجابياً نحو تحقيق الخير لها خاصة، وللمجتمع عامة. وهنا يمكن من خلال إيجاد اتحاد وقفي، أو مؤسسة خيرية وقفية كبرى، تتولى الإشراف على أحوال هذه الفئات، ومتابعة رعايتها، وتقديم الدعم المالي والمعنوي والصحي اللازم لها، ويمكن تخصيص كل فئة منها بجمعية، أو رابطة، أو هيئة ينتمي إليها صاحب الاحتياج الخاص، كجمعية الصم والبكم، وجمعية المكفوفين، وجمعية أمراض التوحد، وجمعية الأطراف الاصطناعية، وجمعية الإعاقات الجسدية، وجمعية مرض الصرع، وجمعية مرض الجذام، وجمعية مكافحة السرطان، وجمعية مكافحة السل، وغيرها من الجمعيات الأخرى الخاصة بكل فئة من ذوي الاحتياجات الخاصة، كلاً على حدة، بحيث يجمعها كاملة اتحاداً عام، يسمى الاتحاد الخيري الوقفي لذوي الاحتياجات الخاصة، ويتمتع بالحقوق الاجتماعية الكاملة في المجتمع، ويتلقى الرعاية المميزة من الجميع، كما يحظى بدعم قانوني واجتماعي وإنساني، وله موارده المالية الوقفية الخاصة به، ويؤهل صاحب الاحتياج الخاص من

خلال برامج هذا الاتحاد إلى التفاعل مع المجتمع، وأخذ دوره الطبيعي الفاعل فيه، والتأقلم معه كواقع طبيعي. ولا بدّ من التنويه بالجهود الفردية المحدودة لرعاية هذه الفئة، في عدد من الدول، وعلى نطاق ضيق ومستوى محدود، تبعاً لمستوى الدولة وقدراتها المادية والحضارية، ومدى التزامها بمسؤولياتها نحوهم، لكن الأمل معقود على احتواء هذه الفئة الخاصة، على مستوى العالم الإسلامي، من خلال إنشاء المؤسسات الوقفية المختصة بهذه الفئات، ورعاية ومتابعة منتسبيها.

المطلب الثاني

إنشاء صندوق للوقف التعاوني الدولي

يقود النظام العالمي اليوم اقتصادياً صندوق النقد الدولي، والذي يمول من القوى الكبرى في العالم، بهدف فرض هيمنة سياسية معينة، وهو يسعى من خلال برنامجه الاقتصادي إلى إقراض الشعوب الفقيرة والنامية للأخذ بيدها، ورفع مستوى معيشتها، وضمّها للركب الحضاري الذي تقوده الدول المتقدمة، شريطة إلزامها بالتبعية السياسية والاقتصادية والأخلاقية والثقافية لقاء هذا الاقتراض، وهذا هو الواقع على الساحة الدولية، ولا يخفى هذا اللون من الاستعمار المعاصر، بصورته الظاهرية المتحصّرة. كما لا يخفى خطر هذه الهيمنة، وشرّ هذه التبعية، حين يكون مستقبل هذه الدول الفقيرة والنامية، ومشاريعها القومية، ومواردها السيادية، رهناً بسداد هذه القروض، لحساب الصندوق المقرض. وفي أحكام الشريعة ما يكفي الأمة مضرّة هذه التبعية، وذلك بالدعوة إلى إحياء سنّة الوقف، وتفعيله عملياً، ويُعدّ إنشاء مثل هذه الصناديق الوقفية اليوم حاجة ماسّة، وضرورة ملحة، يفرضها واقع الأمة، وحالها المتردي، خاصة إذا ما تدكّرنا أن مراتب الدول الإسلامية في معيار المنظومة الدولية اليوم، تصنّف ضمن دول العالم الثالث، والدول النامية، وهي التي وهبها الله تعالى الخيرات، ومتّعها بالطيبات، وأغدق عليها من نعمه التي لو أحسنت استغلالها، لنافست تلك القوى العظمى، التي باتت تتحكّم في مصير الأمم الأخرى. فإ إنشاء صناديق الوقف بديل إسلامي تعاوني وعملي، لصندوق النقد الدولي الحالي، ويكون تمويل هذه الصناديق من مال الوقف، ويتعيّن توجيه أنشطتها، وتفعيلها، بما يحقق أهدافها الإنسانية المشروعة. وتكون مهمة هذه الصناديق الوقفية دعم مؤسسات العمل الخيري، وإنشاء

عدد من المشاريع الوقفية، التي تتطلب تمويلاً كافياً لأنشطتها وبرامجها الاجتماعية. وما أكثر ما تنتظره الدول الإسلامية، من متطلبات التنمية الاجتماعية، وكم هي كبيرة جداً قائمة تلك الأولويات على الساحة الإسلامية، والتي تنتظر النجدة والغوث، من مشاريع ومؤسسات وبرامج، يقف الإمداد المالي عائقاً في وجه تنفيذها. فإذا ما وُجدت النية الصادقة، والعزم الجاد، لتنفيذ مثل هذه الصناديق الوقفية، فإن كثيراً من هموم الأمة المسلمة وقضاياها ستجد الحل العملي، والعلاج السليم لها.

المطلب الثالث

رعاية الأيتام واللقطاء وحماية الأرامل والمطلقات ومساعدة المرضعات

تزخر أحكام الشريعة الإسلامية ونصوصها بوافر من التوجيهات في شأن اليتيم، وكفالاته، ورعايته، والعناية به، والحفاظ على ماله، والسعي لاحتضانه وتربيته، تعويضاً له عما افتقده من رعاية الأب وعطفه، وعناية الأم وشفقتها، حتى عدَّ الإسلام الإحسان إلى اليتيم من أعظم القربات، وأفضل المبرات، لما فيه من إدخال السرور على قلب هذا الصغير الضعيف، وتعويضاً له ما فاتته من عطف الأب، وحنان الأم، وما افتقده من الشعور بالحب والاهتمام، والذي لطالما شبع منه الولد من أبويه، وتربَّى في كيانه، ونما عليه، وجرى في عروقه مجرى حليب الرضاع. فعن أبي أمامة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: (مَنْ مسح رأس يтим أو يتيمة لم يمسه إلا الله، كان له بكل شعرة مرَّت عليها يده حسنات، ومَنْ أحسن إلى يتيمة أو يтим عنده، كنت أنا وهو في الجنة كهاتين)، وقرن ﷺ بين إصبعيه السبابة والوسطى^(٤٩). وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (كافل اليتيم له أو لغيره، أنا وهو كهاتين في الجنة)، وأشار مالك بالسبابة والوسطى^(٥٠). بيد أن هذه الرعاية والكفالة تتجاوز التعامل الإنساني والعاطفي إلى مستلزمات مادية محسوسة، يحتاجها اليتيم ليكفكف عنه مرارة اليتيم وبؤسه، وينقي بهذا الإحسان نوائب الدهر وتقلُّبه، فليس كل الأيتام أغنياء، بل يغلب على حالهم الفقر والحرمان. وهنا تسهم المصارف الوقفية في هذا الجانب إسهاماً طيباً، حين يقام للأيتام

(٤٩) الموسوعة الحديثية لمسند الإمام أحمد بن حنبل: ٤٧٤/٣٦، رقم الحديث: ٢٢١٥٣. وهو صحيح لغيره، دون الشطر الأول منه.

(٥٠) صحيح مسلم: كتاب الزهد والرقائق، باب الإحسان إلى الأرملة والمسكين واليتيم، رقم الحديث: ٢٩٨٣، والموسوعة الحديثية لمسند الإمام أحمد بن حنبل: ٤٦٥/١٤، رقم الحديث: ٨٨٨١. وإسناده صحيح. وعند أحمد زيادة: (إذا اتقى الله) بعد لفظ: (الجنة).

الوقف الدائم الذي يتولى شؤون القُصّر، ويرعى أحوالهم، وصولاً بهم إلى مرحلة البلوغ والنضج، بحيث يعينهم على مواجهة ظروف الحياة الصعبة، ويحفظ لهم كرامتهم من الامتهان. ولكن هذا المشروع لا يثمر إلا إذا كان متكاملًا، بحيث يقام للأيتام مؤسسات مستقلة، تتولى اليتيم منذ استلامه إلى بلوغه، بتعهده، وتولي أمره، وإعداده دينياً، وصحياً، واجتماعياً، وتربوياً، فلا يكفي الاحتضان الجزئي؛ كتحمل مصروفه، وإطعامه، وكسوته، بل يجب إعداد مشروع متكامل لليتيم، هدفه الإعداد الصحيح، والتجهيز الكامل، والمتابعة المستمرة، إلى أن يصبح رجلاً أو امرأة صالحين في المجتمع، يفيد في محيطه، ويؤثر في بيئته.

ومثل هذه العناية يحتاجها اللقيط أيضاً، بل هو والمجتمع معاً إليها أشد، كي لا يكون عالة سيئة على المجتمع، وليكون عضواً صالحاً فيه، وعنصر خير فاعل، يشعر بالانتماء إليه.

ولا تخفى جهود بعض الدول الإسلامية في إنشائها دوائر خاصة لمتابعة شؤون القُصّر كدولة قطر والإمارات وغيرها، ولعل من المفيد هنا أن ننبه إلى تميز دائرة شؤون القُصّر في الإمارات في شمول مسؤوليتها عن القُصّر غير البالغين، بغض النظر عن حالتهم المادية، فترعى فقراءهم، وتتولى أمرهم، كما تحفظ لأغنيائهم ثرواتهم، وترعى ذمتهم المالية رعاية مشددة، حتى يبلغوا، وهذا أمر له أهميته في الشريعة الغراء، بحيث يحافظ على مال القاصر حتى يبلغ سنّ الحلم، كي لا يضيع بضائع ماله. وهذا ما أشارت إليه الآية الكريمة بقول الحق سبحانه: (وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا) [النساء: ٦]. كما لا تترك المساعي الحميدة لعدد من أهل الخير ممن يتكفلون رعاية اللقطاء، لكن مثل هذا الواقع يحتاج إلى توفير مورد مالي دائم، يخصص لهذا المجال، والوقف من خلال أهدافه وأنشطته يمكن له تولي هذا المشروع الخير إذا أحسن تنظيمه، وتولّى القائمون عليه تأهيل اليتيم واللقيط، للانخراط في المجتمع بكفاءة وفاعلية، ونشاط وإنتاج، من خلال برنامج عملي، وجهد مؤسسي، يتابع أحوالهم، ويرعى شؤونهم. فكل من اليتيم واللقيط هو ابن للمجتمع، لا ينفك عنه، ولا يمكنه التخلي عن مسؤوليته نحوه. ولا ننسى أن سيد الأيتام نبينا محمد ﷺ، وقد آواه الله تعالى بفضله وعنايته، فقال تعالى: (أَلَمْ يَجِدْكَ يَتِيمًا فَآوَىٰ) [الضحى: ٦]. كما لا ننسى أن كثيراً من السلف الصالح من الصحابة والتابعين والأئمة والعلماء نشئوا أيتاماً، وكان

للعناية بهم الأثر الطيب في أن ينبتوا النبات الحسن، ويصبحوا أئمة وعلماء وفقهاء ومحدثين؛ كأبي هريرة رضي الله عنه والشافعي والبخاري ومسلم وأحمد بن حنبل وأبي يوسف القاضي والغزالي، وغيرهم كثير. ومثلهما في الحاجة إلى الرعاية المطلقات والأرامل والمرضعات، ممن يفقدن المعيل والسند، فهنّ أولى بالعناية والرعاية، وإيجاد الموئل والنصير الذي يتولّى أمرهنّ، وحين لا يتوفر ذلك يكنّ أدعى للفتنة، وظهور الفساد. فإقامة الوقف لسد هذه الثغرة من أعظم المبرات، وأفضل القربات، ولكن جميع هذه الحالات لا يمكن احتواؤها بشكل فردي، أو شخصي، إنما النجاح الحقيقي لاستيعاب هذه الظاهرة الاجتماعية غير الطبيعية، في وضعها المتقلب غير المستقر، إنما يكون من خلال عمل مؤسسي متكامل، ببرنامج المدروس، وخططه العملية، إذ المتابعة الميدانية، والعناية المستمرة، هي السبيل الكفيلة بالقضاء على المخاطر المتوقعة، لانتشار هذه الحالات في المجتمعات. وقد تنبّهت المجتمعات الغربية إلى هذه القضايا الإنسانية، فاهتمت بها من زاوية إنسانية محضة، وسنّت الحكومات القوانين والتشريعات، ورصدت الميزانيات الثابتة لها، فنشأ ما يُعرف بنفقة الحليب (Baby Bonus)، كعلاوة مالية للأم المرضعة عن كل طفل، و(Family Allowance)، كعلاوة للزوجة، وللمطلقة، و(Welfare)، للعاجز عن العمل، أو فاقده، وهكذا تخصص معونات عديدة بأسماء مختلفة، يتقاضاها الإنسان هناك لمجرد إنسانيته، والسبق والفضل للإسلام أولاً في إنشاء مثل هذه الأعمال الخيرية في نظام الوقف. وقد شهد التاريخ الإسلامي لنماذج من هذه المؤسسات الوقفية للأيتام، واللقطاء، ولختانهم، ورعايتهم. كما شهد لمؤسسات إمداد الأمهات بالحليب والسكر، وكان من مبرات صلاح الدين الأيوبي في دمشق أنه جعل أحد أبواب قلعتها المشهورة ميزاباً يسيل منه الحليب، وآخر يسيل منه الماء المذاب فيه السكر، تأتيه الأمهات يومين في الأسبوع يأخذن لأطفالهن حاجتهن من الحليب والسكر. ومن طرائف ما سجل تاريخنا المؤسسات الوقفية لزبادي الخدم والأولاد، الذين يكسرون الزبادي، وهم في طريقهم إلى البيت، فيأتون هذه المؤسسة ليأخذوا زبادي جديدة، بدلاً من المكسورة، ثم يرجعون لمخدوميهم وأهليهم، وكأنهم لم يصنعوا شيئاً^(٥١).

(٥١) من روائع حضارتنا، السباعي: ص: ١٢٧.

المطلب الرابع

رعاية الحيوانات والطيور العاجزة

سَطَّرَ لنا التاريخ الإسلامي صفحات وضاءة من جوانب العمل الخيري والإنساني، في التعامل الإنساني مع الإنسان، وغير الإنسان من البهائم المعجمة، والطيور المبهمة، واعتنى المحسنون بهذه الحيوانات اعتناءً باهراً، حتى إنهم خصصوا لها الأوقاف التي تكفل لها الرعاية الشاملة، وتؤمن لها الحياة الطبيعية كمخلوقات، تتمتع بحقها الطبيعي في هذه الحياة، بل ذهبوا أبعد من هذا، فاشتهرت الأوقاف الخاصة بالحيوانات المسنة العاجزة، وأخرى لتطبيب الحيوانات المريضة. وفي دمشق نماذج عديدة مشهورة من هذه الأوقاف، فهناك أرض المرج الأخضر (وهو أرض معرض دمشق الدولي الحالي)، أصلها وقف خُصِّص للخيول العاجزة الوافدة من الحروب، أو التي يأبى أصحابها الإنفاق عليها، لعدم الانتفاع بها، فكانت تأوي إليه، وتضمَّد، وتلقى العناية الطبية اللازمة إلى أن تموت، أو تتعافى. كذلك هناك أوقاف خاصة بالكلاب. كما اشتهر في دمشق أيضاً وقف خاص بالقطط، في مسجد عُرف باسمها: (مسجد القطط)، حيث تأوي إليه مئات القطط، تأكل منه وترعى وتنام^(٥٢)، ولقد عهدت في أيام صغري هذا الوقف، ولا أزال أذكر أهل ذاك الحي يتسابقون إلى تقديم المعروف للقطط، ويتعاهدونهم بالرعاية والإحسان، والكبار قدوة للصغار في احترام هذه البهيمة، وتقديم الإحسان إليها. كذلك هناك أوقاف خاصة بالطيور، ولعل الحرمين الشريفين وغيرهما من المساجد القديمة الكبرى، في البلاد الإسلامية، تشهد مثل هذه الأوقاف، في تخصيص الحبوب للطيور، وهكذا. ونحن لا نذهب بعيداً حين نتذكر هدي الإسلام في رعاية البهائم والحيوانات المعجمة، ولنا في حديثين شريفيين درسٌ عملي، يدعونا لتحفيز مثل هذه الأوقاف، والأعمال الإنسانية، مع البهائم، من منطلق ديني وأخلاقي. ففي الحديث الأول: عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (بيننا رجل بطريق اشتد عليه العطش، فوجد بئراً فنزل فيها فشرب ثم خرج، فإذا كلب يلهث، يأكل الثرى من العطش، فقال الرجل: لقد بلغ هذا الكلب من العطش مثل الذي كان بلغ مني، فنزل البئر فملأ خفّه ماءً، فسقى الكلب، فشكر الله له، فغفر له، قالوا: يا رسول الله، وإن لنا في البهائم

(٥٢) مرجع سابق: ص: ١١٥.

لأجراً؟ فقال: في كل ذات كبد رطبة أجر) (٥٣)، وفي الحديث الثاني: عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (عُدَّتْ امرأة في هَرَّةٍ سجنَها حتى ماتت، فدخلت فيها النار، لا هي أطعمتها، ولا سقتها إذ حبستها، ولا هي تركتها تأكل من خشاش الأرض) (٥٤). والتعامل مع البهيمة المعجمة رعاية وإحساناً وإكراماً، لا فرق بين الأليف المستأنس منها والمتوحش، والسليم الصحيح منها والعاجز، والطير الداجن منها والجارح، إنما ينطلق ذاك التعامل من دافع إيماني، يُعَدُّ القمة في الإنسانية، بل هو القمة في الإيمان والعمل الصالح. وما يشاع في العالم الغربي اليوم من إنشاء جمعيات الرفق بالحيوانات، وتخصيص مصحات خاصة بالكلاب والقطط، فالإسلام له سبق الحضاري في هذا الجانب، في إنشائه لوقف الحيوانات من منطلق ديني وإيماني وإنساني. ولا يفوتنا هنا أن نذكر سلبيات هذا الرفق المادي بالحيوان في بلاد الغرب، حين يتمادى الإنسان في تعسفه باستعمال حقِّه الشخصي، فيذهب ظملاً ليحرم ورثته من حقهم في إرثه، ويخصص وصيته لكلبه، أو هَرَّتِه. ولعل طغيان الحياة المادية هناك يخلط الأوراق في فهم القيم، فتتقلب الموازين لدى الناس، وتضطرب المعايير عندهم، كما هو واقع حالهم.

المطلب الخامس

متابعة المنافع والمصالح العامة

تتنوع المصالح العامة في المجتمع، وتختلف كمّاً وكيفاً تبعاً لمنافعها، وقد حرص الإسلام على ما يحقق لأفراد المجتمع كل خير ومصلحة ومنفعة، وعدّ بذل ذلك من أعلى القربات والطاعات، وأحد شعب الإيمان. فعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما يقول: قال رسول الله ﷺ: (أربعون خصلة أعلاهنّ منيحة العنز، ما من عامل يعمل بخصلة منها رجاء ثوابها، وتصديق موعودها، إلا أدخله الله بها الجنة. قال حسان:

(٥٣) صحيح البخاري: كتاب المساقاة، باب فضل سقي الماء، رقم الحديث: ٢٣٦٣، وكتاب المظالم والغصب، باب الآبار على الطرق إذا لم يتأدّ بها، رقم الحديث: ٢٤٦٦، وكتاب الأدب، باب رحمة الناس والبهائم، رقم الحديث: ٦٠٠٩، وصحيح مسلم: كتاب السلام، باب فضل سقي البهائم المحترمة وإطعامها، رقم الحديث: ٢٢٤٤.

(٥٤) صحيح البخاري: كتاب أحاديث الأنبياء، باب حديث الغار، رقم الحديث: ٣٤٢٨، وصحيح مسلم: كتاب السلام، باب تحريم قتل الهرة، رقم الحديث: ٢٢٤٢، بلفظ: (لا هي أطعمتها وسقتها..).

فعددنا ما دون منيحة العنز؛ من رد السلام، وتشميت العاطس، وإمالة الأذى عن الطريق، ونحوه، فما استطعنا أن نبلغ خمس عشرة خصلة^(٥٥)، وعن أبي أمامة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (أفضل الصدقات ظلٌ فسطاط في سبيل الله، ومنيحة خادم في سبيل الله، أو طروقة فحل في سبيل الله)^(٥٦). ويلاحظ أن النبي ﷺ قد قرر في هذين الحديثين أن أفضل الصدقات يتمثل في تقديم منافع الأدوات، وعوامل الإنتاج. فهذه الإرشادات تتناول تقديم أدوات الإنتاج، أو أدوات استعمال معيشي؛ فمنيحة العنز تعني تقديم مصدر إنتاجي، يحصل متلقّيه على ما يسدُّ حاجته، وظلُّ الفسطاط يعني: تقديم مصدر إنتاجي، يحصل متلقّيه على منفعة في صورة السكنى، وكذلك السماح بغرز الخشب في الجدار، يسهم في توفير السكن الذي يُعدُّ مطلباً ضرورياً من مطالب الحياة الأساسية، ومنيحة الخادم تعني: تقديم مصدر إنتاجي، يحصل متلقّيه على خدماته الإنتاجية، وطروقة الفحل تعني: تقديم مصدر إنتاجي، يحصل متلقّيه على خدمة إنتاجية تمثّل مصدراً لنماء الثروة الحيوانية. وعندما يجعلها النبي ﷺ أفضل الصدقات، فإنما لأثرها الإنتاجي، وعائدها المباشر على الدخل الفردي، وبالتالي الدخل القومي، كما أن جعلها أفضل الصدقات، يمثّل دعوة قوية من الشريعة الغراء، لجعل هذا السلوك متأصلاً في النفس المسلمة. عن أبي ذر رضي الله عنه قال: قلت يا رسول الله، أيُّ الأعمال أفضل؟ قال: (الإيمان بالله، والجهاد في سبيله. قال: قلت أيُّ الرقاب أفضل؟ قال: أنفسها عند أهلها، وأكثرها ثمناً. قال: قلت فإن لم أفعل؟ قال: تُعين صانعاً، أو تصنع لأخرق. قال: قلت يا رسول الله، أرايت إن ضعفت عن بعض العمل؟ قال: تكفَّ شركَ عن الناس، فإنها صدقة منك على نفسك)^(٥٧). وفي تاريخنا الإسلامي نماذج لأوقاف

(٥٥) صحيح البخاري: كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب فضل المنيحة، رقم الحديث: ٢٦٣١. و(منيحة العنز): الدابة الحلوب، تعار للانتفاع بحليبها. النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير: ٢٧٨/٣.

(٥٦) سنن الترمذي: كتاب فضائل الجهاد، باب ما جاء في فضل الخدمة في سبيل الله، رقم الحديث: ١٦٢٧. قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح غريب، وهو أصح عندي من حديث معاوية بن صالح. و(الفسطاط): الخيمة، والمراد بها الحصن. و(المنيحة): المنحة والعطية، و(طروقة الفحل): الناقة في سبيل يمكن أن يعلوها الجمل للضراب. النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير: ٩٣/٣، و٣٦٣/٣، و٢٨٤/٤.

(٥٧) صحيح مسلم: كتاب الإيمان، باب كون الإيمان بالله تعالى أفضل الإيمان، رقم الحديث: ٨٤. ومعنى (الأخرق): الجاهل بما يجب أن يعمل، ولم يكن في يديه صنعة يكتسب بها. النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير: ٢٠/٢.

هذه المنافع العامة؛ من بناء بيوت خاصة للفقراء يسكنها مَنْ لا يجد ما يشتري به، أو يستأجر داراً، ومنها حفر الآبار في الفلوات لسقي الماشية والزروع والمسافرين، ومنها المطاعم الشعبية التي كان يفرّق فيها الطعام من خبز ولحم وحساء وحلوى، ولا تزال بعض التكايا في دمشق إلى اليوم توزع مثل هذه الوجبات المجانية لعامة الناس، في أوقات محددة، ومناسبات معينة^(٥٨).

المطلب السادس

إنشاء المشاريع الوقفية لمحاربة الفقر

الفقر ظاهرة اجتماعية غير صحيّة، يؤدي انتشارها إلى مفاصد ومشاكل تعود بالخطر على جميع فئات الأمة، وقد استعاذ النبي ﷺ من الفقر في جملة ما استعاذ منه، فعن أبي بكر عن أبيه أن النبي ﷺ يقول: (اللهم إني أعوذ بك من الكفر، والفقر، وعذاب القبر)^(٥٩). وتسعى الدول جاهدة للتصدي لهذه الظاهرة، من خلال البرامج والخطط والاستراتيجيات التي تُعدّها، لمكافحة الفقر، إلا أن الظروف الاقتصادية، والمتغيرات الدولية، وغيرها، قد تزيد الطين بلة أحياناً، بل قد تأتي الرياح على عكس اتجاه السفن أحياناً أخرى، وليس بما لا تشتهي السفن. ويبقى للعمل الخيري موقعه الرشيد، ودوره الإيجابي في التصدي للقضايا الاجتماعية، ومنها الفقر كظاهرة مَرَضِيَّة متفشّية في العديد من المجتمعات، وما تخلفه من آثار سلبية؛ كانتشار البطالة، والحد من فرص العمل. وفي رأس هرم العمل الخيري الوقف بمشاريعه ومؤسساته الخيرية، فهو كفيل بالتصدي لظاهرة الفقر وآثارها السلبية، من خلال إنشائه، وتحقيق أهدافه، ووضوح رؤيته، وتحديد مقاصده. ولا نبالغ إذا قلنا إن أكثر الوزارات في دول العالم الإسلامي ثراءً وغنى، وذات موارد مالية جيدة هي وزارات الأوقاف، نسبةً لما يلحقها من مسؤولية رعاية الممتلكات الوقفية، التي بانّت في ذمتها، وهي المسؤولة عنها، فكثير من العمارات، والأبنية، والحوانيت، والبساتين المثمرة، والمؤسسات العامة؛ من مدارس، ومستشفيات، وملاجئ عجزة، وسجون، وغيرها، كلها أموال وقف، سبّلها

(٥٨) انظر: من روائع حضارتنا، السباعي: ص: ١٢٥.

(٥٩) الموسوعة الحديثية لمسند الإمام أحمد بن حنبل: رقم الحديث: ٢٠٣٨١، وإسناده قوي على شرط مسلم.

الواقفون سبيلاً خالصاً لوجه الله تعالى، جاريّاً أجره من ريعه المستمر، وهذه المنشآت العامة تحتاج إلى استثمار وتشغيل، وزيادة استثمارها سيؤدي إلى الطلب على اليد العاملة في هذه القطاعات المختلفة، وزيادة التشغيل سيؤدي إلى ظهور قوة شرائية جديدة، وإيجاد فرص عمل جديدة، مما سيروجّ لوضع اقتصادي منتعش، وبدوره سيقضي على ظاهرة البطالة والفقر تدريجياً. وهنا نؤكد أن حسن استغلال المال الموقوف، وحسن صرفه في وجوه الخير المعدّة له، كفيل بالقضاء على ظاهرة الفقر، وسدّ حاجة الفقير، إلا أن توزيع الوقف ورعايته يحتاج لأيدٍ أمينة تتولى شأنه، ويتجلى ذلك من خلال لجان خيرية متخصصة بإنشاء المشاريع الوقفية، وإقامة البرامج المنتظمة التي يتولّى ريعها سدّ حاجة المعوزين، وتوفير فرص العمل للعاطلين عنه، ورعاية المحتاجين والفقراء في مواجهة أعباء الحياة، وتوفير الفرص المناسبة للقضاء على هذه الظاهرة التي باتت منتشرة في كثير من المجتمعات الإسلامية ذات الكثافة السكانية، ممن تشكو انخفاض معدل الدخل القومي للفرد، وارتفاع نسبة التضخم، وانتشار البطالة، والذي يؤدي بدوره إلى تردي الحالة المادية للأفراد، وما ينتج عنه هذا التردي من مفاصد أخلاقية واجتماعية. والحل العملي للتصدي لظاهرة الفقر هو القضاء التدريجي على أصولها، واجتثاث جذورها، بتوفير البدائل العملية؛ من خلال توفير فرص العمل للباحثين عنه، واستغلال الطاقات البشرية في العمل، وتأتي المصارف الوقفية ببرامجها التطويرية، ومشاريعها الإنمائية، كبديل عملي، للتصدي لهذه الظاهرة السلبية الخطيرة.

المطلب السابع

إعادة النظر في سياسة إدارة الوقف

قد يصطدم مشروع الوقف في بعض أحواله بالتوقف عن التطوير والتنمية، وذلك عند تعارضه مع نية الواقف، المقيدة بشروط وقيود، تجعل منه محدودية النفع، بل ربما يؤدي به إلى تعطيله في المستقبل، وتوقفه عن الاستمرار. فمما ينبغي التنبيه له، هو أهمية وضع آليات عملية لتنمية الوقف، وعدم تجميده، من خلال تثمينه في مشاريع استثمارية تنموية فاعلة، وإعادة النظر في سياسة إدارة الوقف، مع احترام إرادة الواقف، والتقييد بنيته وقصده، وهنا لا بدّ من وضع استراتيجية بعيدة المدى، تيسّر للوقف مورداً

حيوياً فاعلاً ناشطاً مثمراً، ويتجلى ذلك من خلال البحث في الآليات القائمة على إعاقة حركة تنمية الوقف وعدم استثماره، والسعي لإيجاد البدائل العملية لكل ما يُعدُّ معوقاً لهدف الوقف، ومجال نفعه. فعلى سبيل المثال: وقف المسجد للعبادة، لا بدّ من احترام نية الواقف فيه عند إنشائه، بأن لا يتعدّها أحد عند التنفيذ، ولا يتخطّاها، فتتفدّ النية، ويوقف الوقف المسمّى، بيد أن هذا الإنشاء يحتاج إلى صيانة، ومصروف، ومتابعة، كي يستمر في عطائه، وأداء رسالته، ومن هنا تأتي تنمية دور هذا المسجد الريادي والتعبدي، من خلال إنشاء مشروع استثماري يُلحق به، يوفّر له دخلاً ثابتاً، ويدّر عليه ريعاً دائماً، يخدم مجال أهدافه العامة في: إقامة مركز تحفيظ للقرآن الكريم، واستحداث حلقات علمية دورية منتظمة، وتنشيط مجاله الثقافي والاجتماعي؛ كمركز عبادة، وملتقى اجتماعي، وموسم ثقافي، وهذا كله لا يتعارض مع نية الواقف، ورسالة الموقوف عليه، بل يُعدّ هذا التطوير من عوامل نماء الوقف، وتنشيطه، والمحافظة عليه، وديمومته. فيمكن إلحاق ما يسدّ نفقات المسجد بالصورة الثلاثة له، من خلال إنشاء مشاريع استثمارية تابعة له، وقاصرة عليه، تحقق هذه الأهداف وتتبنّاها؛ كإلحاق دكاكين، أو عقارات، أو أراض استثمارية، يعود ريعها على مصلحة الوقف حصراً، واستمرار نشاطه وديمومته، دون توقف أو تعطيل، وهكذا يعمّم الأمر في سائر أنشطة المشاريع الوقفية الأخرى.

المبحث الرابع

مجالات حيوية حاضرة ومعاصرة ودور المصارف الوقفية في تنميتها
ويُقسّم إلى المطالب السبعة التالية:

المطلب الأول

تأدية العبادات

ويتجلى ذلك من خلال ما يوقفه المحسنون من تخصيص بعض الأموال أو الأعيان، وحبسها للإنفاق من عوائدها على الفقراء والمساكين، تمكيناً لهم، وعوناً على تأدية بعض العبادات، والشعائر التعبديّة؛ كتخصيص إعانات سنوية خاصة، لراغبي أداء فريضة الحج، من الفقراء والمساكين، لتأدية فريضتهم، ومدهم بمئونة الزاد والراحلة،

ووقف بيوت للحجاج بمكة والمشارع، ينزلون فيها وقت الحج، وإعداد موائد السحور والإفطار، مما أصبح انتشاره في الوقت الحاضر مألوفاً، سواءً في المساجد الكبرى، أو في الساحات العامة، في مشروع إفطار الصائم، وهو امتداد لمظاهر الوقف السائدة قديماً في البلاد الإسلامية، كذلك تُلحق به هبة المصاحف، ووقفها لقارئها في المساجد في سبيل الله تعالى، يضاف إلى ذلك طبع الكتب الإسلامية، ونشرها وتوزيعها، أو تحويل المكتبات الشخصية لصالح طلبة العلم، ووقفها عليهم في المكتبات العامة، أو ما يُعرف بالمكتبات الوقفية، ومنه وقف المخطوطات العلمية، كذلك توزيع الأقراص المدمجة في خدمة الدعوة، والنشرات التوعوية والتذكيرية.

المطلب الثاني

رعاية المرضى والشيخوخ والضعفاء

راعى الإسلام في تشريعاته ظروف الضعفاء؛ من مرضى، وشيوخ، وعجزة مراعاة مميزة، ودعا إلى تقديم العون والمساعدة إليهم، وعدّ ذلك من أجل أعمال البر والإحسان؛ سواء كانوا آباءً أو أجداداً، أو غير أرحام، قال تعالى: (وَأَعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَى وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ مُخْتَالًا فَخُورًا) [النساء: ٣٦]. ويدخل في عموم الإحسان إلى الوالدين كل من ينطوي تحت هذا المقام، وقد عدّ الإسلام عقوق الوالدين من الكبائر، فعن عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيه رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: (أكبر الكبائر الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وشهادة الزور، وشهادة الزور ثلاثاً، أو قول الزور، فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت)^(٦٠). والعقوق عنوان عريض، يشمل في محتواه كل معاني جحود المعروف، ونكران الجميل للكبائر. فلمجرد الضعف والشيخوخة نجد أن الإسلام بتوجيهاته حتّى على رعايتهم، وحثّ على إكرامهم؛ من تسخير الأموال، ورصد الإمكانيات لسدّ حاجاتهم، وكفالة حياة حرة كريمة لهم، وحفظ إنسانيتهم وكرامتهم وعزة نفوسهم، ومنعاً من إراقة ماء الوجه في ذلّ سؤال الناس. فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال:

(٦٠) صحيح البخاري: كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم، باب إثم من أشرك بالله وعقوبته في الدنيا والآخرة، رقم الحديث: ٦٩١٩.

قال رسول الله ﷺ: (ليس منا من لم يرحم صغيرنا، ويعرف حق كبيرنا)^(٦١). وقد سطر الإسلام بأحرف من ذهب خبر أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه وموقفه من اليهودي الذي جاز الزمان عليه، وكان أيام شبابه صاحب صنعة وحانوت، فلما كف بصره، وتقطعت به السبل، ألجأته الحاجة والسئ أن يسأل الصدقة، فلما رآه عمر رضي الله عنه وعلم حاله، أخذه بيده إلى منزله فأعطاه شيئاً من المال، ثم أرسل إلى خازن بيت المال، فقال له: انظر هذا وضرباه، فوالله ما أنصفناه، أكلنا شببيته، ثم خذلناه عند الهرم^(٦٢). ولعل هذا ما تقدمه بعض الدول لرعاياها، كالإمارات مثلاً، مما يسمى بالرعاية للشؤون الاجتماعية، مما يعرف بنظام (الشونة)، وهو نظام إسلامي، ومبدأ أخلاقي، تكفل الدولة بموجبه رعاياها من خلال معونات مادية، تقدم على شكل رواتب مالية، ومساعدات طبية واجتماعية منتظمة، تكفل لهم الكرامة والاحترام في آخر أعمارهم.

كما أن الغرب قد حذا هذا الحذو في نظام المساعدات الاجتماعية بما يعرف بنظام الضمان الاجتماعي: (Social Insurance)، وكذلك نظام العاطلين عن العمل: (Unemployment). ولا شك أن نظام الوقف الإسلامي هو المجال الرحب والبرنامج المميز لهذا العمل الإنساني الرفيع، من خلال كفالة المرضى والشيخوخ والعجزة، ممن تضرن ذات اليد بهم، فيجدون في مال الوقف ما يحميهم، ويضمن لهم حاجتهم، ويكفل لهم متطلباتهم في ظروف لا يستطيعون فيها حيلة، ولا يملكون فيها وسيلة. ويضاف إلى رعاية المرضى والعجزة إنشاء المصحات، وملاجئ العجزة، والمستشفيات الوقفية، والتي تهتم برعاية المرضى، وتقديم العلاج والرعاية لهم، والاهتمام بالكهول والعجزة، وتوفير الأجواء النفسية الخاصة بهم، خاصة ممن يعجز أهله عن رعايته، أو تنقطع به السبيل من عناية ذريته وأرحامه، فتكون هذه الملاجئ المأوى الأخير في حياته، يتلقى فيها الرعاية الممكنة، إلى أن يفارق الدنيا، وما أعظم أجر هذا النوع من الأوقاف؛ حين يفرج الواقف فيه همّ مستضعف، أو يكون عوناً على إدخال السرور على قلب بائس، أو يعطي الأمل لفاقدته ممن أقعدته هموم الدنيا، ومصائب الزمان، ومحن هذه الحياة. وقد كان للبلاد الإسلامية قديماً الفضل في تنافس المحسنين لإقامة مثل هذه المؤسسات الوقفية لهذه الفئات، وكان ولا يزال قسم كبير منها يؤدي خدمته الإنسانية الوقفية إلى

(٦١) الموسوعة الحديثية لمسند الإمام أحمد بن حنبل: ٣٤٥/١١، رقم الحديث: ٦٧٣٣، حديث صحيح.

(٦٢) انظر: أخبار عمر وابن عمر، الطنطاوي: ص: ١٠٢.

اليوم، على اختلاف في المستويات، وهي ما كانت تعرف باسم: (البيمارستانات)^(٦٣)، ومن أشهرها: المستشفى النوري الكبير في دمشق، والمستشفى المنصوري الكبير، والمستشفى العضدي في بغداد، والمستشفى المنصوري في القاهرة، ومستشفى مراکش، ومارستان ابن طولون، وغيرها كثير^(٦٤).

المطلب الثالث

تزويج الشباب

الزواج سنة شرعية، وواجب ديني، حثَّ الإسلام عليه، ودعا إليه، ورغب فيه، وجعل الرغبة عنه مجانبية للصواب، لذا أعلن النبي ﷺ البراءة ممن يرغب عنه في جملة من التصرفات المخالفة لهدى الفطرة، فقال ﷺ: (وَأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ، فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي)^(٦٥). وهو من الأمور التي تلعب الظروف المادية فيها دورها؛ من حيث نفقاته، وتكلفة إنشائه، لذا جاء الحَضُّ على تيسير أمر الزواج، والنهي عن تعقيد متطلباته؛ من مغالاة المهور، والتكلف في الزواج بباهظ المصاريف، والمباهاة في التغالي بأمر إنشائه. فعن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: (إِنْ مِنْ الْمَرْأَةِ تَيْسِيرٌ لِمَنْ خَطَبَتْهَا، وَتَيْسِيرٌ صَدَاقِهَا، وَتَيْسِيرٌ رَحْمَتِهَا)^(٦٦). ولعل كثيراً من الشباب يعزف عن أمر الزواج خوفاً من أعبائه، وآخرين يفضلون العزوبة خشية ضيق حيلتهم عن الالتزام بنفقاته، ولا يخفى خطر العزوبة، وانتشار العنوسة على الأفراد والمجتمعات، إذ هو باب عريض لشيوع الرذيلة، وفرصة خطيرة لانتشار الفاحشة. لذا جاءت النصوص الشرعية

(٦٣) (المارستان) أو (البيمارستان): مفردة فارسية مثل الخان، وتعني: دار المريض، أو المستشفى في الاصطلاح المعاصر.

(٦٤) انظر: من روائع حضارتنا، السباعي: ص: ١٥٠، ١٤٣.

(٦٥) هذا جزء من حديث صحيح طويل، وتماهه: عن أنس بن مالك ؓ يقول: (جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي ﷺ، يسألون عن عبادة النبي ﷺ، فلما أخبروا كأنهم تقالوها، فقالوا: وأين نحن من النبي ﷺ؟ قد غُفِرَ له ما تَقَدَّمَ من ذنبه وما تأخَّرَ، قال أحدهم: أما أنا فإني أصلي الليل أبداً، وقال آخر: أنا أصوم الدهر ولا أفطر، وقال آخر: أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبداً، فجاء رسول الله ﷺ إليهم، فقال: أنتم الذين قلتم كذا وكذا؟ أما والله إني لأخشاكم لله وأنقاكم له، لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء، فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي). صحيح البخاري: كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، رقم الحديث: ٤٦٧٥.

(٦٦) الموسوعة الحديثية لمسند الإمام أحمد بن حنبل: ٢٧/٤١، رقم الحديث: ٢٤٤٧٨، وإسناده حسن.

تكسر هذا الحاجز، وتهدم هذا الهاجس، فقال الله تعالى: (وَأَنْكُحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْزِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ) [النور: ٣٢]. وعن عبد الرحمن بن يزيد قال: دخلت مع علقمة والأسود على عبد الله، فقال عبد الله: (كنا مع النبي ﷺ شباباً لا نجد شيئاً، فقال لنا رسول الله ﷺ: يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء)^(٦٧). وعن أبي هريرة ؓ قال: قال رسول الله ﷺ: (إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض، وفساد عريض)^(٦٨). ومن الظواهر الكريمة والسنة الحميدة إنشاء صناديق الزواج في بعض الدول الإسلامية؛ كدول الخليج مثلاً، والتي تتكفل بالمهور بشكل مجزٍ، وانتشار ما يُعرف أيضاً بالزواج الجماعي في كثير من الدول الإسلامية، بحيث يتكفل المحسنون بنفقة وليمة الزواج، وحفل العرس، لمجموعات من العرسان في حفل مشترك، وفرحة واحدة، فيخففون عن العروسين كلفة باهظة متوقعة يُتَراض صَرفها، مراعاة للتقاليد والأعراف، وهي حجر عثرة ثقيل، يبدأ الزوج به حياته الزوجية، وربما اضطر للاقتراض من البنك، أو أرهق نفسه بعبء مالي هو في غنى عنه، في بداية مرحلة جديدة من حياته. ومثل هذا المشروع الجماعي العظيم يمكن للوقف أن يتبنَّاه عملياً، من خلال تأسيس وقف خاص لتزويج العرسان، بحيث يُهيئ لكل راغب في الزواج ما يكفيه مؤونة الزواج، ومصروفه الأساسي العام؛ من قيمة المهر، والحلي، ووليمة العرس، وتأسيس بيت الزوجية، تأسيساً معتدلاً كريماً. وقد سجل تاريخنا الزاهر نماذج رائعة لهذا الوقف، تمثلت في إنشاء مؤسسات وقفية لتزويج الشباب، ممن تضيق ذات اليد بهم عن نفقات الزواج، وتقديم المهور. ولا يخفى فضل هذا الوقف وأثره في القضاء على مشكلة هي من أخطر المشاكل الاجتماعية في العالم الإسلامي، خاصة إذا علمنا ارتفاع معدل العزوبة، والعنوسة، مما يعطي المؤشر الخطير لهذه الظاهرة الاجتماعية الغريبة.

(٦٧) صحيح البخاري: كتاب النكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصم، رقم الحديث: ٤٦٧٨، وصحيح مسلم: كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه، رقم الحديث: ٣٤٨٦.
(٦٨) قال: وفي الباب عن أبي حاتم المزني وعائشة. قال أبو عيسى: حديث أبي هريرة قد خولف عبد الحميد بن سليمان في هذا الحديث، ورواه الليث بن سعد عن ابن عجلان عن أبي هريرة ؓ عن النبي ﷺ مرسلًا. قال أبو عيسى: قال محمد: وحديث الليث أشبهه، ولم يعد حديث عبد الحميد محفوظاً. سنن الترمذي: كتاب النكاح، باب ما جاء: إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، رقم الحديث: ١٠٠٤.

المطلب الرابع إغاثة المعسرین

تتباين أحوال الناس والأُمم ما بين يسر وعسر، ورخاء وشدة، والإعسار حالة من الضنك، تصيب الإنسان في بعض أحواله، فيجد في إخوانه العون والإغاثة، فيتبدل همُّه فرجاً، ويتحول عسرُه يسراً، والإنسان ضعيف بنفسه، قويٌّ بإخوانه، بل إن من الواجب على مَنْ وجد أن يعين مَنْ لا يجد. وهذا ما دعا إليه ديننا الحنيف في كثير من توجيهاته. فعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: بينما نحن في سفر مع النبي صلى الله عليه وآله، إذ جاء رجل على راحلة له، قال: فجعل يصرف بصره يميناً وشمالاً، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: (مَنْ كان معه فضل ظهرٍ فليعُدْ به على مَنْ لا ظهر له، ومَنْ كان له فضل من زاد فليعُدْ به على مَنْ لا زاد له، قال: فذكر من أصناف المال ما ذكر، حتى رأينا أنه لا حقَّ لأحد منا في فضل) ^(٦٩). وعن أبي أمامة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: (يا ابن آدم إنك أن تبذل الفضل خير لك، وأن تمسكه شر لك، ولا تلام على كفاف، وابدأ بمن تعول، واليد العليا خير من اليد السفلى) ^(٧٠). والإعسار في الذم المالية أمر يكثر بين الناس لظروف شتى، وتأتي توجيهات القرآن الكريم تضع للأمر حلاً رشيداً، فيقول تعالى: (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ) [البقرة: ٢٨٠]. ويأتي الوقف بمقاصده وأهدافه، فيجعل لحظه من الإعسار نصيباً، حينما يوقف الواقف وقفه لإغاثة المعسرین، ممن تتالت النكبات عليهم، وضافت السبل بهم، فنجد في الوقف الفرجة لهم، والعون والتيسير عليهم، لسداد ديون حلت، أو وفاء حقوق في الذمة وجبت. ومن هنا تظهر حكمة التشريع، والمبرر الفقهي في اعتبار الدية على العاقلة، لأنه يندر أن يقدر كل قاتل خطأً على تحمُّل دفع الدية كاملة بنفسه، فكان التكافل الاجتماعي فرجاً ومخرجاً لهذا الأمر القاهر. كذلك الأمر بالنسبة لإغاثة المنكوبين من الكوارث بأنواعها؛ من زلازل وأعاصير، وفيضانات ومجاعات، وحروب وتشريد، فالحاجة ماسة إلى وجود آلية تمويل مستمرة لمثل هذه الاحتياجات، والمصاريف الوقفية من أهم الآليات التي يمكن لها القيام بهذه المهمة، في إيواء

^(٦٩) صحيح مسلم: كتاب اللقطة، باب استحباب المواساة بفضول المال، رقم الحديث: ١٧٢٨.

^(٧٠) صحيح مسلم: كتاب الزكاة، باب بيان أن اليد العليا خير من اليد السفلى، رقم الحديث: ١٠٣٦.

المشردين، وتعويض المتضررين، وإغاثتهم بالطعام والكساء والعلاج، وما يدفع عنهم الحاجة والخطر.

المطلب الخامس

تسبيل الماء العذب

اهتم السلف الصالح من هذه الأمة في حفر الآبار وشق الترع وإنشاء القناطر، في المدن العريقة؛ فقد أمر أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه عامله على الكوفة أن يحفر لأهاليها نهراً يسقون منه، فقام رضي الله عنه بحفره، وحفر أنهاراً أخرى في نواحي أخرى^(٧١). وكثر في عهد عثمان بن عفان رضي الله عنه حفر الآبار والقنوات في مختلف أنحاء الدولة الإسلامية، بل امتد الأمر إلى إقامة السدود عند الحاجة، كما فعل عثمان رضي الله عنه مع وادي مهزور في المدينة، حيث أقام سداً لمنع وصول السيل إلى الحرم النبوي^(٧٢). وحفر أبو موسى الأشعري رضي الله عنه آباراً على طريق الحج للقادمين من البصرة، وهي المعروفة حالياً باسم (حفر الباطن)^(٧٣). واشتهر عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أثناء ولايته مصر، حرصه على بناء القناطر، وحفر الخجان، وإقامة الجسور، وإصلاح القنوات المائية في مصر، وكانوا لا يدعون ذلك صيفاً ولا شتاءً^(٧٤). واستمر المسلمون على ذلك في كثير من البلاد الإسلامية، وأصبح تسبيل الماء العذب، وتسهيل الحصول عليه من أهم الوجوه التي اهتم لها الواقفون، وانتشرت السبل أو (الأسبله)، والقناطر، والبرك، والتي كان الغرض من إقامتها توفير مياه الشرب للمحتاجين، داخل المدن في الأماكن المزدحمة، وعلى أبواب المساجد، وفي الأسواق العامة، وعلى محطات طرق المسافرين، ولا يخفى ما في هذا الأمر من عظيم الأجر والثواب للواقفين. وقد اهتم السلاطين والموسرون بهذا الجانب، سواء للناس، أم للحيوانات^(٧٥)، كما اشتهر توفير البرك، وحفر العيون

(٧١) انظر: فتوح البلدان، البلاذري: ص: ٢٧٤.

(٧٢) انظر: تاريخ المدينة، ابن شبة: ١/١٦٩.

(٧٣) انظر: المعجم الجغرافي للبلاد العربية السعودية، بلاد القصيم، العبودي: ١/٣٢٥.

(٧٤) انظر: فتوح مصر وأخبارها، ابن عبد الحكم: ص: ١٠٤.

(٧٥) انظر: الخطط المقريزية، المقريزي: ٢/٧٢٣.

والآبار، وإنشاء الصهاريج اللازمة للمياه العذبة^(٧٦). واشتهر أيضاً إقامة الحمامات العامة في الأسواق والمدن الكبيرة، وغالبها ما يتم تشييده مجاوراً للمساجد العامة في البلد، تُعين المصلين على عبادتهم، وتيسّر لهم أسباب التطهّر، وكان قسم كبير منها وقفاً يوقفه المحسنون، ويرتادها مَنْ لا يملك أجرة الاستحمام؛ كفقير، وطالب علم، أو يتعذر عليه توفير أسبابه؛ كغريب، وعابر سبيل. وهنا من المفيد أن ننّه إلى أن وقف الماء من أعظم الأوقاف والصدقات أجراً ومثوبة عند الله تعالى؛ باعتبار نفعه، ومجاليه، وآثاره، فالمستهدف فيه جميعُ الخلق، والمستفيدُ منه سائرُ الكائنات؛ إنساناً كان، أو حيواناً، أو طائراً، أو نباتاً، أو جماداً، فالبيئة بصنوفها المختلفة، تفيد من الماء؛ لأنه أصل الحياة، قال تعالى: (وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ) [الأنبياء: ٣٠]. لذلك وجّه النبي ﷺ إلى بذل الماء، وحثّ على سقيه، فقال ﷺ: (في كل ذات كبد رطبة أجر)^(٧٧). وعُدَّ سبيل الماء من أفضل الأوقاف.

المطلب السادس

تجهيز الجيوش، وتموين السلاح، وكفالة أسر الشهداء

اهتم الإسلام بالجهاد، وجعله ذروة سنامه، وعده أحد أهم مصارف الصدقات؛ الفريضة منها، والنافلة، لما له من مكانة عظيمة، وأهمية كبرى، في عظيم فضله، ونبل غايته، وشريف مقصده، حيث به يحافظ على عزة الأمة ورفعتها، وهو سبيل للنصر على العدو الطامع ودحره، لذا عدّ الإسلام الجهاد بالمال بصنوفه المختلفة؛ من إعداد للمجاهدين، وإمدادهم بالسلاح، وتجهيز الجيش، وشراء المؤونة والعتاد، وسائر نفقات

(٧٦) انظر: الوقف وأثره في تشييد بنية الحضارة الإسلامية، إبراهيم المزيني، ندوة المكتبات الوقفية: ص: ٢٥٠٢٤.

(٧٧) وتام الحديث: عن أبي هريرة ؓ أن النبي ﷺ قال: (بيننا رجل بطريق اشتد عليه العطش فوجد بئراً، فنزل فيها فشرب ثم خرج، فإذا كلب يلهث، يأكل الثرى من العطش، فقال الرجل: لقد بلغ هذا الكلب من العطش مثل الذي كان بلغ مني، فنزل البئر فملأ خفه ماءً، فسقى الكلب، فشكر الله له، فغفر له، قالوا: يا رسول الله وإن لنا في البهائم لأجراً؟ فقال: في كل ذات كبد رطبة أجر). صحيح البخاري: كتاب المساقاة، باب فضل سقي الماء، رقم الحديث: ٢٣٦٣، وكتاب المظالم والغصب، باب الآبار على الطرق إذا لم يتأد بها، رقم الحديث: ٢٤٦٦، وكتاب الأدب، باب رحمة الناس والبهائم، رقم الحديث: ٦٠٠٩، وصحيح مسلم: كتاب السلام، باب فضل سقي البهائم المحترمة وإطعامها، رقم الحديث: ٢٢٤٤.

التجهيز، كل ذلك من أنواع الجهاد بالمال يوازي منزلة الجهاد بالنفس في الأجر والمثوبة. وجاءت الآيات تساوي بينهم في الرتبة، فقال تعالى: (لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَكُلًّا وَعَدَ اللَّهُ الْحُسْنَى وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا) [النساء: ٩٥]. وقد أخرج البخاري في صحيحه: باب مناقب عثمان بن عفان أبي عمرو القرشي رضي الله عنه، وقال النبي ﷺ: (مَنْ يَحْفَرُ بئر رومة فله الجنة، فحفرها عثمان، وقال: مَنْ جَهَّز جيش العسرة فله الجنة، فجَهَّزه عثمان)^(٧٨). ولا شك أن لأهل الوقف القدوة الطيبة بالنبي الكريم ﷺ، الذي أوقف سلاحه ودابته وأرضاً له للجهاد في سبيل الله، فقد ثبت أنه ﷺ حينما دنت وفاته تصدَّق بجميع ما لديه. فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: (لا يقتسم ورثتي ديناراً ولا درهماً، ما تركت بعد نفقة نسائي ومؤنة عاملي، فهو صدقة)^(٧٩). كما أثنى على خالد بن الوليد رضي الله عنه الذي احتبس درعه وعتاده في سبيل الله. ففي حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: (وأما خالد؛ فإنكم تظلمون خالداً، فإنه احتبس أدرعه، وأعتده في سبيل الله)^(٨٠). وعن زيد بن خالد رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: (مَنْ جَهَّز غازياً في سبيل الله فقد غزا، ومَنْ خلف غازياً في سبيل الله بخير فقد غزا)^(٨١). وعن أبي هريرة رضي الله عنه يقول: قال النبي ﷺ: (مَنْ احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً بالله، وتصديقاً بوعده، فإن شبعه وريته وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة)^(٨٢). وتدور الأحكام مع علتها وجوداً وعدماً، وتتغير الأحكام بتغير الأزمان، كما هو مقرر عند علماء الأصول، بمعنى أن الحكم ماضٍ إلى يوم القيامة، فلا بد للأمة من النهوض بواجب الاستعداد، الموازي لاستعداد الأمم الأخرى تحصيناً، وتجهيزاً، وتخطيطاً. وإذا كانت الدعوة إلى الاهتمام بالخيال مبشّرة

(٧٨) صحيح البخاري: كتاب المناقب، باب مناقب عثمان بن عفان.

(٧٩) صحيح البخاري: كتاب الوصايا، باب نفقة القِيم للوقف، رقم الحديث: ٢٧٧٦.

(٨٠) صحيح البخاري: كتاب الزكاة، باب قول الله تعالى: (وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ)، رقم الحديث: ١٤٦٨، وانظر: الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي: ١٠/٧٦٠٨. والأعتدة: عدّة الرجل من السلاح والدواب وآلة الحرب. النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير: ٣/١٣٥.

(٨١) صحيح البخاري: كتاب الجهاد والسير، باب فضل مَنْ جَهَّز غازياً أو خلفه بخير، رقم الحديث: ٢٦٣١.

(٨٢) صحيح البخاري: كتاب الجهاد والسير، باب مَنْ احتبس فرساً في سبيل الله، رقم الحديث: ٢٦٤١.

بالخير الدائم إلى يوم القيامة، كما في حديث عروة البارقي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (الخير معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة؛ الأجر، والمغنم)^(٨٣). فإن هذه الإشارة تحمل معنىً أوسع، ومفهوماً أعمّ، وهو استمرار الإعداد في أتمّ أنواع السلاح المعاصر _ إذ كانت الخيل العنصر الأساس للجهاد زمن السلف _، ولأن الجهاد ماضٍ إلى يوم القيامة، فلا بدّ من التهيؤ له على أحسن وضع، وأعلى قدر، وأرقى مستوى. وهذا كله يتطلب الإمداد المادي إضافة للإمدادات البشرية والعلمية الأخرى، وغيرها، وتأتي المصارف الوقفية في تأثيرها وتنشيطها، كواحدة من أهمّ الممولّين، وأبرز المفعّلين لهذا الخيار الاستراتيجي الهام. وقد سجلت حضارتنا الإسلامية صوراً رائعة لوقف المرابطين على الثغور في سبيل الله، فأقيمت مؤسسات وقفية خاصة، يجد فيها المرابطون في سبيل الله كلّ ما يحتاجونه من سلاح، وذخيرة، وطعام، وشراب، وكان لها أثر كبير في صدّ غزوات الروم أيام العباسيين، وصدّ الحروب الصليبية عن بلاد الشام ومصر. ويتبع ذلك وقف الخيول، والسيوف، والنبال، وأدوات الجهاد على المقاتلين، وكان لذلك أثر في رواج الصناعة الحربية، وقيام المصانع الكبيرة لها في بلاد المسلمين، حتى إن الغرب كان يشتري السلاح من المسلمين أيام الهدنة، وكان العلماء يفتون بتحريم بيعه للأعداء^(٨٤).

المطلب السابع

تجهيز الموتى والمقابر

لقد جعل الإسلام الإنسان مسؤولاً عن نفسه مادياً، وجعل ماله لورثته من بعده، وحرص الإسلام على حق الإنسان الشخصي، حتى بعد موته، فجعل نفقة تجهيزه ودفنه من ماله، في مقدمة ما يُصرف من هذا المال بعد موته، قبل سداد الديون، وأداء الحقوق، وتنفيذ الوصية، وتوزيع الميراث، إلا أن يتبرع له الأهل والأقربان. ولعل نفقة التجهيز والدفن في بعض البلاد الإسلامية تُعدّ كارثة على الميت وأهله، من حيث ارتفاع كلفة التجهيز، وغلاء القبور، مما يجعل مراتب الدفن درجاتٍ متفاوتة في الكلفة

^(٨٣) صحيح البخاري: كتاب الجهاد والسير، باب الجهاد ماض مع البر والفاجر، رقم الحديث:

٢٦٤٠.

^(٨٤) انظر: من روائع حضارتنا، السباعي: ص: ١٢٦.

والميزات، إذا ما قورن بدول إسلامية أخرى؛ كدول الخليج مثلاً، حين تتكفل الدولة بكامل النفقة على درجة عالية من إكرام الميت وإعزازه، لمجرد آدميته وإنسانيته، بغض النظر عن جنسه وجنسيته وهويته وبلده، إلى أن يُوارى الثرى، ويلقى ربه سبحانه وتعالى. وقد تسابق المحسنون في تاريخنا الإسلامي إلى تخصيص وقف للمقابر، تحبس عائداته على مصلحة الميت؛ من تجهيز، وتكفين، والتبرع بالأرض الواسعة لتكون مقبرة، تعمّر فيها القبور، وتخصّص لدفن الفقراء، وهي ما تعرف في كثير من ديار الإسلام بمقابر الصدقة. ولا شك أن هذا الوقف من أعظم الخدمات الإنسانية التي يُسبِّلها المسلم خدمة للمجتمع، وابتغاء مرضات الله. أما هذا النوع من الوقف فإن المستهدف فيه قد لقي ربه، وطويت صحيفته، ولا يُنتظر منه مثوبة، لا في العاجل، ولا في الآجل، وبالتالي فأجر هذا الوقف إنما يتلقاه المحسن الواقف ثواباً كاملاً خالصاً من الله تعالى، بقدر إخلاصه في نيته، وأجرأ حسناً صافياً، بقدر صفاء مقصده في إنشاء هذا الوقف العظيم. خاصة إذا كان الميت غريباً، مجهول الهوية، فتجهيز مثل هذا الميت ودفنه، وإكرامه في لقاء ربه من أعظم القربات، لتجرد هذا العمل عن العوائق، وحفظ النفس، التي كثيراً ما تُحبط العمل وتفسده.

الخاتمة

أولاً- النتائج:

1. تأصيل الوقف كأساس هام من أسس التكافل الاجتماعي في البلاد الإسلامية كلها، وهو مصدر لما تستوجبه الدعوة إلى الإسلام، والتعريف بحقائقه.
2. تميّز الشريعة الغراء في بناء أحكامها على مقاصد أساسية عنوانها: تحقيق مصالح العباد، ودفع المضار عنهم، لذا جاءت أحكامها تعزّز هذه المقاصد وتؤكّدها، فكانت شريعة سمحة ميسّرة، تتسم بالرحمة والخير، بعيدة عن الجور والظلم والجفاء.
3. التقاء المصارف الوقفية والأعمال الخيرية في هدف إنساني واحد، وغاية عظمى، تتمثل في: إسعاد ذوي الفاقة، وسدّ عوز المحتاجين، وإغاثة الملهوفين والمنكوبين، إضافة إلى الأجر العظيم والثواب الجزيل، الذي تشتركان به في الأهداف والمقاصد.

٤. اشتتار المصارف الوقفية بديمومة نفعها، واستمرار نشاطها، يفتح مجالات رحبة لعمل الخير، والذي يمكن أن يؤسس لأنشطة تكافلية وتعاونية وتضامنية في المجتمع.

٥. اختصاص الزكاة كفريضة محكمة، ومورد مالي هام محدد ضمن المصارف الثمانية، بينما تتعدد الموارد المالية التعبديّة الأخرى كروافد لتشمل أصنافاً كثيرة يؤديها المسلم طاعة وقربة، ومنها الوقف، وهي بمجموعها تتعكس في آثارها نفعاً، ضمن الدائرة الكبرى لعمل الخير.

٦. تفرّد المصارف الوقفية بأنشطتها الخيرية، في إيجاد بُنية تحتية مؤسسية لأعمال البر والخير الاجتماعية والاقتصادية، وهذه بطبيعتها لا تقع تحت سلطان الحكومات، كما أنها لا تخضع لموازن الربح والخسارة؛ لأنها مشاريع خيرية غير ربحية، وبالتالي فإدارة الحكومات لا تصلح للمؤسسات الاقتصادية، ولا لمؤسسات الرحمة والبر والإحسان، ولا تخرج المصارف الوقفية بنوعيتها؛ المباشر، والاستثماري، عن كونها مؤسسات اقتصادية، ومؤسسات برّ وإحسان معاً.

ثانياً- التوصيات:

١. تفعيل المؤسسات الخيرية، وجمعيات النفع العام التي تقوم بواجب العمل الخيري، في كافة مناحيه الاجتماعية والإنسانية، وتقديم العون المادي والمعنوي اللازم لها، سواء من الجهات الحكومية الرسمية، أو من قبل الأفراد.

٢. تنشيط وسائل الإعلام بكافة أطيافها المقروءة والمسموعة والمكتوبة، للقيام بدورها الريادي في تبصير أفراد المجتمع بأهمية إنشاء المصارف الوقفية، وفضلها وثمارها، وفضيلة العمل الخيري، ومردوده الديني، وبعده الإنساني، وهدفه الأخلاقي، ومقصده الاجتماعي.

٣. الاهتمام بالناشئة في تبصيرهم بفضل العمل الخيري ومزاياه، من خلال إدراجه كمادة نظرية، تتضمنها البرامج التعليمية، ومناهج التعليم، يصاحبها النشاط العملي التطبيقي، في سائر مراحل التعليم المدرسية والجامعية، باعتبارها الشريحة الأكبر في المجتمعات، والتي تقع الآمال عليها في التطلع نحو مجتمع متعاون متوازن؛ دينياً وعلمياً وفكرياً ومنهجياً واجتماعياً.

٤. الاستفادة من خطبة الجمعة، لتوجيه الناس إلى المساهمة في إنشاء الوقف، وتنشيطه، والتركيز على فضله، وآثاره الدينية والأخلاقية والاجتماعية، وحث المسلمين على الاستثمار الحقيقي، من خلال اختيار أحد مجالات الوقف، عملاً بالقواعد العامة للدين، في الحث على فعل الخير، وأخذاً بمبدأ التنافس في عمل القربات، وتوسيع دائرة العمل الخيري، وتحقيق مقاصد التشريع. خاصة إذا علمنا خطورة ارتفاع مستوى الأمية، والمرض، والجهل، والتخلف، في كثير من بلاد المسلمين، ولا شك أن الفقر أحد أهم عوامل هذا الواقع المريع. وهذا يدعونا لاستشعار الواجب، في الاستفادة من هذا المورد الحيوي الهام، واستثماره في احتضان الأجيال الناشئة، ورعايتها علمياً واقتصادياً، وتنقيتها، وتوجيهها، وتسليحها بالعلم النافع، ودفع عجلة اقتصاد الدول النامية، بما يرفع من قدرها إلى مصاف الشعوب المتقدمة، كي تعود الريادة والسيادة لهذه الأمة، كما سلف أن تبوأ الصدارة في العالم وبين الأمم.

٥. توظيف المصارف الوقفية للاهتمام بالبحث العلمي، ورعاية الموهوبين والناخبين، من خلال توفير الفرص الملائمة لهم، وتنشيط الإسهامات العلمية بتحفيزها، وتقديم المنح المالية، والجوائز المميزة للمبدعين، والدعوة إلى تعميم جهة الاستفادة من الوقف العلمي، وعدم تخصيصه بدولة، أو بلد، أو جهة، بل يشمل عامة من ينطبق عليه.

٦. الاهتمام بإنشاء المدارس والجامعات الوقفية، والدعوة إلى مجانية التعليم في الدول الإسلامية، بل والعمل على إحياء سنة الوقف، كما كان عليه سلف هذه الأمة؛ من رعاية المساجد الوقفية لطلاب العلم، وكفالتهم.

٧. رعاية ذوي الاحتياجات الخاصة، من خلال برنامج الوقف الإسلامي، وإنشاء اتحاد وقفي خاص بهم، بحيث يوفر لهم فرص التجاوب مع المجتمع، والانخراط فيه.

٨. إنشاء صندوق الوقف الإسلامي الدولي، كبديل لصندوق النقد الدولي القائم، وتفعيل دوره الإيجابي السلمي الخيري المشروع، وتقديم الحلول العملية، للمشكلات الاقتصادية والإنمائية التي تواجه الدول، من خلال برنامجه الخيري المدروس.

٩. إعادة النظر في آليات الوقف الحالية، من خلال توحيد الخطط الاستراتيجية للأوقاف الإسلامية، وهنا يُرشد لإقامة مجمع وقفي عام، على غرار المجمع الفقهي العام، وتمثله سائر الدول الإسلامية، وتتحصر مهمته في الإشراف على إقامة مشاريع الوقف في هذه الدول، والتنسيق، والمتابعة الميدانية لها، كما يتميز هذا المجمع

بالمرجعية العلمية والفقهية المميزة، والتي تتولى النظر والحكم في المستجدات، ويتمتع بالصلاحيات التي تُمكنه من أداء مهمته بحرية ومرونة، إذ أن إدارة الأوقاف الإسلامية اليوم بحاجة ماسة إلى إعادة تنظيم وتأطير، وإحياء، وتنشيط، وتحديث، مع الحفاظ على الثوابت، والأسس الشرعية.

المراجع

- (١) الأحكام الأساسية للشرعية الإسلامية، شكري الدقاق، ومحمود عبد الفتاح، نشر المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية.
- (٢) أخبار عمر، وأخبار عبد الله بن عمر، علي الطنطاوي، وناجي الطنطاوي، المكتب الإسلامي، بيروت: ط/٨، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.
- (٣) الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر العسقلاني، تحقيق علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت: ط/١، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.
- (٤) البداية والنهاية، أبو الفداء عماد الدين إسماعيل بن كثير، المكتبة العصرية، بيروت: ٢٠٠٠ م.
- (٥) تاريخ المدينة المنورة، أبو زيد عمر بن شبيب النميري البصري، تحقيق فهم شلتوت: ١٩٧٩ م.
- (٦) تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي، دار المعرفة، بيروت.
- (٧) تذكرة الحفاظ، شمس الدين الذهبي، تصحيح عبد الرحمن اليماني، حيدر آباد، الهند: ١٣٩٥ هـ.
- (٨) الثمر الداني في تقريب المعاني، الأبى الأزهرى المالكي، طبع المكتبة الثقافية، بيروت.
- (٩) الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، دار إحياء التراث، بيروت، ١٩٨٥ م.
- (١٠) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، شمس الدين محمد عرفة، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- (١١) حاشية العدوي على شرح الخرشي على مختصر خليل، علي العدوي، دار الفكر، بيروت.

- ١٢) حاشية رد المحتار على الدر المختار للعلامة ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١٣) الدارس في تاريخ المدارس، عبد القادر بن محمد النعيمي الدمشقي، تحقيق جعفر الحسيني، مكتبة الثقافة الدينية: ١٩٨٨ م.
- ١٤) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، (حاشية ابن عابدين)، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة: ط/٢، ١٣٨٦ هـ.
- ١٥) الروض الأنف في تفسير السيرة النبوية لابن هشام، أبو القاسم عبد الرحمن بن عبد الله السهيلي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت: ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م.
- ١٦) سنن ابن ماجه، الحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الريان للتراث، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، بيروت: ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م.
- ١٧) سنن الترمذي، المكتبة التجارية، مصطفى الباز، دار الفكر، بيروت: ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.
- ١٨) سنن الدارقطني، الحافظ علي بن عمر الدارقطني، دار إحياء التراث العربي: ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م.
- ١٩) سنن الدارمي، الحافظ عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي السمرقندي، تحقيق فواز أحمد زمرلي، وخالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي، بيروت: ط/١، ١٤٩٧ هـ - ١٩٨٧ م.
- ٢٠) السنن الكبرى، الإمام أحمد بن حسين البيهقي، مطبعة دائرة المعارف العثمانية، الهند: ١٣٤٧ م.
- ٢١) سنن النسائي بشرح الحافظ السيوطي وحاشية الإمام السندي، الإمام أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، دار الحديث، القاهرة: ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م.
- ٢٢) صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت: ط/١، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.
- ٢٣) صحيح مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت: ١٣٧٦ هـ - ١٩٥٦ م.
- ٢٤) طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب بن علي السبكي، تحقيق عبد الفتاح الحلو، ومحمود محمد الطناحي، طبع مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة: ط/١، ١٩٦٨ م.

- ٢٥) فتح القدير شرح الهداية، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر: ط/١، ١٤١٧م.
- ٢٦) فتوح البلدان، الإمام أبو الحسن البلاذري، تحقيق رضوان محمد رضوان، دار الكتب العلمية، بيروت: ١٣٩٨م - ١٩٧٨م.
- ٢٧) فتوح مصر وأخبارها، أبو القاسم عبد الرحمن بن عبد الله بن عبد الحكم، تحقيق محمد صبيح، مؤسسة دار التعاون، القاهرة: ١٩٧٤م.
- ٢٨) الفقه الإسلامي وأدلته، الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر، دمشق: ط/٤، ١٩٩٧م.
- ٢٩) القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، مؤسسة الرسالة، بيروت: ط/٢، ١٩٨٧م.
- ٣٠) كفاية الطالب الرباني، أبو الحسن الشاذلي، طبع مصطفى البابي الحلبي بمصر: ١٩٣٨م.
- ٣١) لسان العرب، أبو الفضل جمال الدين محمد بن منظور، دار صادر، بيروت: ط/٦، ٢٠٠٨م.
- ٣٢) المجموع، أبو زكريا محيي الدين النووي، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة: ١٩٨٠م.
- ٣٣) المحلى بالآثار، ابن حزم الأندلسي، تحقيق أحمد محمد شاكر، نشر المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.
- ٣٤) المستدرک علی الصحیحین، الإمام الحافظ أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت: ط/١، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
- ٣٥) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد محمد الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت.
- ٣٦) المعجم الجغرافي للبلاد العربية السعودية/بلاد القصيم، محمد بن ناصر العبودي، منشورات دار اليمامة للبحث والترجمة والنشر، السعودية: ط/١، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- ٣٧) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن محمد الخطيب الشربيني، تحقيق علي معوض، وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت: ط/١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

- ٣٨) المغني، ويلييه الشرح الكبير، موفق الدين بن قدامة المقدسي، بعناية جماعة من العلماء، دار الكتاب العربي، بيروت: ١٤٠٣هـ - ١٩٨٩م.
- ٣٩) المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، مطابع الدجوى، القاهرة، نشر المؤسسة السعيدية، الرياض: ط/٣.
- ٤٠) من روائع حضارتنا، الدكتور مصطفى السباعي، المكتب الإسلامي، بيروت: ط/٣، ١٩٨٢م.
- ٤١) المهذب، إبراهيم بن علي الشيرازي، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة: ط/٣، ١٣٩٦هـ.
- ٤٢) المواعظ والاعتبار بذكر الخطط والآثار، المعروف بالخطط المقرئية، تقي الدين أحمد بن علي المقرئ، تحقيق الدكتور محمد زينهم، ومديحة الشراوي، مكتبة مدبولي، القاهرة: ١٩٩٨م.
- ٤٣) الموسوعة الحديثية لمسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق الشيخ شعيب الأرنؤوط وإخوانه، مؤسسة الرسالة، بيروت: ط/١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
- ٤٤) الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت: ط/٢، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ٤٥) ندوة المكتبات الوقفية في السعودية، المدينة المنورة، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف: ١٤٢٠هـ.
- ٤٦) ندوة الوقف الإسلامي، إعداد كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، في الفترة: ١٩٩٧/١٢/٦م.
- ٤٧) النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير مجد الدين أبو السعادات المبارك بن الجزري، تحقيق طاهر أحمد الزاوي، ومحمود محمد الطناحي، دار الكتب العلمية، بيروت: ١٩٦٣م.
- ٤٨) نيل الأوطار، من أحاديث سيد الأخيار، شرح منتقى الأخبار، محمد بن علي الشوكاني، تقيظ الدكتور وهبة الزحيلي، دار الخير، دمشق: ط/١، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.
- ٤٩) الوقف الإسلامي، تطوره، إدارته، تنميته، د منذر قحف، دار الفكر، دمشق: ط/١، ٢٠٠٠م.

نظرية الوكالة الظاهرة وتطبيقاتها في القضاء العماني

الدكتور/ خليل بن حمد بن عبدالله البوسعيدى *

المخلص:

تعتبر نظرية الوكالة الظاهرة نتاجاً للاجتهاد القضائي في أغلب دول العالم، حيث توسعت الاجتهادات القضائية العربية والأجنبية في أحكامها وحددت شروطها والأساس القانوني لها مع تفصيل الآثار القانونية التي قد تنتج عن تطبيقها، نظراً لخطورة هذه النظرية في الواقع العملي قام الاجتهاد القضائي بالموازنة الدقيقة بين الحقوق التي تحفظها الوكالة الظاهرة والمحدودية وشروط تطبيقها على النوازل القضائية أمام المحاكم. وحيث إن القضاء العماني قد أرسى عدة مبادئ قضائية تتعلق بتطبيقات الوكالة الظاهرة، أدرجها ضمن المبادئ القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في السلطنة، فإن الباحث وجد أهمية بيان توجهات القضاء العماني بشأن الوكالة الظاهرة، وهل توسعت في مفهومها وشروطها أم ضيق عليها وضيق مجال تطبيقها، ومدى العمق الذي وصل إليه الاجتهاد القضائي العماني في هذا الجانب؟ كل هذه الأسئلة سيحاول الباحث الإجابة عليها في هذه الدراسة المتعمقة، التي تحمل عنوان (نظرية الوكالة الظاهرة وتطبيقاتها القضائية).

الكلمات المفتاحية: الوكالة الظاهرة - شروط الوكالة الظاهرة - عناصر الوكالة الظاهرة - الآثار القانونية للوكالة الظاهرة - التطبيقات القضائية للوكالة الظاهرة.

* أستاذ مساعد - كلية الحقوق - جامعة الشرقية.



The Apparent Agency Theory And Its Applications in the Omani Judiciary

Dr. Khalil bin Hamed Bin Abdullah Albusaidi*

Abstract:

The apparent agency theory is considered a product of jurisprudence in most countries of the world, where Arab and foreign jurisprudence expanded in its rulings and defined its conditions and legal basis for it with detailing the legal effects that may result from its application, given the seriousness of this theory in practice, the judicial jurisprudence has carefully balanced the rights that The apparent agency preserves them and the limitations and conditions for their application to the legal issues before the courts.

Whereas the Omani judiciary has established several judicial principles related to apparent agency applications, and included them within the judicial principles issued by the Supreme Court in the Sultanate, the researcher found the importance of explaining the Omani judiciary's orientations regarding the apparent agency, and whether it expanded its concept and conditions, or narrowed it and narrowed its application, and the extent The depth reached by the Omani jurisprudence in this aspect? All these questions will be attempted by the researcher to answer them in this in-depth study, titled (The Theory of the Mandate Apparent and its Judicial Applications).

Keywords: The Apparent Agency – Apparent Agency Conditions – Apparent Agency Elements – Legal Effects of Apparent Agency – Judicial Applications of the Apparent Agency.

*Assistant Professor – College of Law – A'Sharqiyah University.

المقدمة

يعد عقد الوكالة من العقود المهمة في تعاملات الأفراد، وتصنفه القوانين المدنية بأنه من العقود المسماة ذات الصبغة التمثيلية أو النيابية، حيث إن مؤداه هو إعطاء شخص ما الصلاحيات اللازمة التي تمكنه من تمثيل الموكل.

ولعقد الوكالة أهمية قصوى على الصعيدين القانوني والتعامل اليومي بين الأفراد، وما يقتضيه هذا التعامل من اتساع مجالات التوكيل في حياة الناس، وما يتطلبه نمط الحياة السريع وتشعب العلاقات المدنية بين أفراد المجتمع لتوكيل الآخرين لإنجاز أعمالهم، خاصة في ظل التنوع الكبير لأنواع الوكالات وصورها، وبالتأكيد تنتج عن ذلك آثار وحقوق والتزامات على جميع الأطراف.

من هنا جاء المشرع وأعطى عقد الوكالة أهمية كبيرة وأحاطه بقواعد وشروط تتناسب مع خطورته وآثاره، مستهدفاً في ذلك استقرار المعاملات بين الأفراد، حيث نص قانون المعاملات المدنية العماني على أحكام عقد الوكالة في الفصل الثالث منه بداية من المادة (٦٧٢) وحتى المادة (٦٩٨).

ولقد وردت تعريفات كثيرة لعقد الوكالة في كتب القانون منها تعريف عقد الوكالة بأنه إقامة شخص لغيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم يملكه^(١)، وعرفه قانون المعاملات المدنية العماني بأنه عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم^(٢)، ولا حاجة لنا هنا للتعمق أكثر في تعريف عقد الوكالة، خاصة وأن أغلب التعريفات تتشارك نفس السمات تقريباً مع اختلاف بسيط فيما بينها.

(١) هيئة الموسوعة القانونية، الموسوعة القانونية المتخصصة، ج ٩، ص ٥٣٠، الجمهورية العربية السورية، الطبعة الأولى.

(٢) المادة (٦٧٢) من قانون المعاملات المدنية العماني.

وتنتج عن عقد الوكالة آثار مختلفة، وتتنوع هذه الآثار ما بين آثار تتعلق بالمتعاقدين، وكذلك آثار تتعلق بحقوق الغير الذي تعاقد معه الوكيل، وهذه الأخيرة تكون في حالتها هما: عندما يعمل الوكيل باسم الموكل أو عندما يعمل الوكيل باسمه الشخصي.

فإذا كان تعاقد الوكيل لحساب موكله فيكون عندها نائب في التعاقد، لذا تقتصر الوكالة هنا بالنيابة، أما إذا كان عمل الوكيل لاسمه الشخصي فلا يكون نائباً في تعاقد له حساب موكله، فتقوم الوكالة هنا دون أن تقوم النيابة.

ولذلك فإنه عند قيام الوكيل بعمل باسم موكله فإن هذا التصرف يقوم على إرادة الوكيل وليس إرادة الموكل، وبالتالي يجب أن يكون الوكيل أهلاً للتصرف، ويجب أن تكون إرادته خالية من عيوب الرضا، وأثر هذا التصرف لن ينصرف إلى الوكيل، وإنما سينصرف إلى الموكل الذي يجب كذلك أن تتوفر فيه أهلية التصرف^(٣)، وبناء عليه فإن القواعد القانونية تقتضي ألا يطالب الطرف الثالث الوكيل بالالتزامات التي تنشأ عن العقد، وإنما يطالب بها الموكل على اعتبار أن آثار التصرف ستصرف للموكل مباشرة.

وكذلك لا يجوز للوكيل أن يطالب الغير الذي تعاقد معه بالالتزامات التي ترتبت في ذمة هذا الغير بموجب العقد، بالإضافة إلى أن الوكيل لا يكون مسؤولاً عن التصرف الذي أبرمه مع الغير باسم الموكل ولو تبين بعد ذلك بطلانه ما لم يثبت إن سبب هذا البطلان لخطأ شخصي من جانب الوكيل، حيث إن الوكيل لا يكون مسؤولاً أمام الغير إلا إذا ارتكب خطأ يستوجب المسؤولية، فإذا لم يرتكب أي خطأ لم يكن مسؤولاً حتى لو أصاب الغير ضرراً من تنفيذ الوكالة.

ومن جانب آخر فإن الوكيل قد يتعامل مع الغير فيعتقد هذا غير المستند إلى مظاهر خارجية خلقها الموكل أنه يتعامل مع وكيل يعمل باسم الموكل بوكالة حقيقية أو رسمية،

(٣) محمد عزمي البكري، العقود المدنية الصغيرة، ج ١، ص ٨٧٠، دار محمود للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية.

عندئذ يحمي القانون هذا الغير حسن النية، وذلك بأن تتصرف آثار الوكالة إلى الموكل لا بموجب وكالة حقيقية بل بموجب ما يطلق عليه ب (الوكالة الظاهرة).

أهمية الدراسة:

تناقش هذه الدراسة نظرية الوكالة الظاهرة باعتبارها نتاج الاجتهاد القضائي في أغلب دول العالم^(٤)، حيث توسعت الاجتهادات القضائية العربية والأجنبية في أحكامها وحددت شروطها والأساس القانوني لها مع تفصيل الآثار القانونية التي قد تنتج عن تطبيق الوكالة الظاهرة، نظراً لخطورتها وبالتالي الموازنة بين الحقوق التي تحفظها الوكالة الظاهرة والمحدودية وشروط تطبيقها على النوازل القضائية أمام المحاكم.

وحيث إن القضاء العماني قد أرسى عدة مبادئ قضائية تتعلق بتطبيقات الوكالة الظاهرة أدرجها ضمن المبادئ القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في السلطنة، لذا كان من الأهمية بيان توجهات القضاء العماني بشأن الوكالة الظاهرة، وكذلك استشراف المستقبل إذا ما طرحت قضايا تنطبق عليها حالة الوكالة الظاهرة، ومدى الاستفادة من الأفضية المغارة في هذا الجانب.

تساؤلات الدراسة:

تسعى هذه الدراسة إلى الإجابة عن عدة تساؤلات هي: ما هي نظرية الوكالة الظاهرة وشروطها وآثارها؟ وهل توسع فيها القضاء العماني أم ضيق مجال تطبيقها؟ ومدى العمق الذي وصل إليه الاجتهاد القضائي العماني في هذا الجانب؟

(٤) بحث بعنوان: الوكالة الظاهرة، متاح بدون ذكر الكاتب على الموقع الإلكتروني:

الإسهام العلمي للدراسة:

تعتبر هذه الدراسة إضافة جديدة للمكتبة العمانية القانونية؛ وذلك لحرصها على دراسة موضوع الوكالة الظاهرة من خلال تطبيقات القضاء العماني، وجمع واستقصاء المبادئ القضائية لمحكمة المتعلقة بالوكالة الظاهرة، وبالتالي فالدراسة جمعت الجانبين النظري والتطبيقي من خلال توضيح نظرية الوكالة الظاهرة بصورة نظرية وربطها بتطبيقات القضاء العماني في الجانب العملي الواقعي، على خلاف ما انتهجه بعض الدراسات التي تناولت الموضوع من جانب نظري فقط.

تقسيم الدراسة:

وفي سبيل الإجابة على الأسئلة المذكورة وتحقيق أهداف البحث سيكون التمهيد بالحديث عن مفهوم الوكالة الظاهرة، ومن ثم الحديث عن الأساس القانوني للوكالة الظاهرة وأهم آراء العلماء في هذا الجانب، وأخيراً الحديث عن شروط الوكالة الظاهرة وعناصرها وآثارها القانونية لينتهي البحث إلى خاتمة تلخص فيها أهم النتائج التي توصل إليها البحث، خاصة ما يتعلق منها بتطبيقات القضاء العماني للوكالة الظاهرة من خلال المبادئ التي أرسنتها المحكمة العليا في سلطنة عمان.

لذا سيكون هذا البحث على مبحثين اثنين هما:

المبحث الأول: مفهوم الوكالة الظاهرة.

المبحث الثاني: شروط قيام الوكالة الظاهرة وآثارها.

المبحث الأول

مفهوم الوكالة الظاهرة

تعتبر نظرية الوكالة الظاهرة نتاج الاجتهاد القضائي من قبل المحاكم، لذلك لم تتطرق لها أغلب التشريعات القانونية ببيان أحكامها وصورها، وسائر قانون المعاملات المدنية العماني هذا المنهج فلم يتطرق لبيان أحكام الوكالة الظاهرة، مع أنه قد أفرد فصلاً كاملاً

لبيان أحكام عقد الوكالة بصفة عامة، ونتيجة لذلك كان لا بد من تحديد مفهوم الوكالة الظاهرة وبيان صورتها الحقيقية وحدودها، ومدى الفرق بينها وبين الوكالة الضمنية والتصرف الفضولي، بالإضافة إلى أهمية معرفة الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه النظرية ومنطلقها القانوني، حيث وجدت عدة آراء في هذا الجانب، وعليه يجب توضيحها ومناقشتها بصفة مستفيضة.

وبذا يتعين الحديث بداية عن مفهوم الوكالة الظاهرة في (المطلب الأول) وفي (المطلب الثاني) سيكون الحديث عن الأساس القانوني للوكالة الظاهرة.

المطلب الأول

مفهوم الوكالة الظاهرة (Mandat Apparent)

تكون الوكالة الظاهرة عندما يعتقد الغير بحسن نية أنه يتعامل مع وكيل ذي وكالة حقيقية، وأنه يعمل باسم الموكل بناء على ظروف واقعية أوجدها الموكل بنفسه، وبالتالي يأتي القانون هنا ويحمي الغير حسن النية من هذا التصرف، ويرتب آثاراً على هذه الوكالة الظاهرة^(٥).

أي أنه عندما يعتقد غير المستند إلى مظاهر خارجية خلقها الموكل بأنه يتعامل مع وكيل رسمي يعمل باسم الموكل، عندئذ يتعين حماية هذا الغير حسن النية بتحمل الموكل نتائج أعماله، وذلك بانصراف أثر الوكالة إلى الموكل لا بموجب وكالة حقيقة بل بموجب الوكالة الظاهرة^(٦).

(٥) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ٥٠٩، مرجع سابق.

(٦) جاء في أحكام المحكمة العليا في سلطنة عمان: "إنما استقر عليه قضاء المحكمة العليا أنه وفقاً للقواعد العامة للأحكام الغيابية أنما يجريه الوكيل من تصرفات وكل فيها تكون لحساب الأصيل وتعتبر كأنها صادرة عنه فينصرف أثرها القانوني إليه هو ويظل الوكيل بعيداً عن هذا الأثر فلا تجوز مقاضاته وإنما توجه الخصومة إلى الأصيل". الطعن رقم ٩٢ لسنة ٢٠٠٤ مدني - جلسة ١٢ يناير ٢٠٠٥ م.

إذا فالوكالة الظاهرة تظهر عندما يقوم شخص ما بتعاقد لآخر مع عدم وجود وكالة بينهما، إلا أن الظروف المحيطة بالتعاقد من شأنها أن تجعل شخصاً ثالثاً حسن النية يعتقد أن الشخص الذي يتعاقد معه هو وكيل في التصرف موضوع التعاقد^(٧)، فهذا الغير -حسن النية- يكون قد اعتمد على ظاهر الحال ولم يرتكب خطأ، أما الموكل فهو الذي جعل الغير يعتقد بأن الوكيل مفوض إليه بالعمل، فيتحمل نتائج أعماله، وبالتالي ينصرف أثر الوكالة على الموكل^(٨).

ويمكن أن نطلق على الوكيل في الوكالة الظاهرة مصطلح (الوكيل الظاهر)، حيث إنه الشخص الذي يبرم العمل القانوني باسم شخص آخر مع انصراف آثار العقد لحساب ومصلحة ذلك الشخص، فلا تستند المعاملة على وكالة حقيقية بينهما، وإنما تعتبر الوكالة في هذه الحالة قد أظهرتها الوقائع المحيطة بها.

جاء في مبادئ المحكمة العليا بسلطنة عمان أن: "الأصل أن التصرف الذي يبرمه الوكيل دون وكالة لا ينصرف أثره على الأصل، الوكالة الظاهرة استثناء من الأصل، فالآثار القانونية التي يقوم بها الوكيل لمصلحة الأصل ترجع الأصل وأثره عدم جواز مقاضاة الوكيل"^(٩).

ويكمن جوهر الوكالة الظاهرة في الاعتقاد المشروع لدى الغير حسن النية، فهي تتميز عن الوكالة الضمنية؛ حيث تتحقق إرادة الموكل الضمنية بإعطاء الوكيل حق تمثيله، أما

(٧) محمد عزمي البكري، العقود المدنية الصغيرة، ج ١، ص ٨٦٨، مرجع سابق، العقود المسماة، ٢٠٠٤م. جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، ج ١ ص ٢٥٥، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، طبعة ١٩٩٤م.

(٨) زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، مجلد ١٣، ص ١٨٤ دار صادر للطباعة والنشر، لبنان، طبعة ١٩٩٥م.

(٩) الطعن رقم ٢٢٥، لسنة ٢٠٠٥ مدني، جلسة ١٩ / ٣ / ٢٠٠٦م المبادئ القضائية للمحكمة العليا، ص ٤٣٦ - ٤٣٧، المكتب الفني بالمحكمة العليا، سلطنة عمان، ٢٠١٣م.

في الوكالة الظاهرة فلا توجد هذه الإرادة، كما يتم إثبات الوكالة الضمنية عن طريق إثبات الأعمال القانونية، أما الوكالة الظاهرة فتثبت عن طريق جميع وسائل قواعد الإثبات. ومن جانب آخر فإن الوكالة الضمنية تقوم كذلك على حق الغير نتيجة على المظاهر التي تشوب التعامل حين يتبين للغير بأنه يتعامل مع وكيل حقيقي، وهذا الاختلاف هو ما يميز الوكالة الظاهرة عن الفضالة، فالموكل المزعوم في الفضالة يلتزم بجميع أعمال الوكيل الظاهر، أما رب المال فإنه لا يلتزم إلا بالأعمال المفيدة التي قام بها الفضولي^(١٠). وعليه فالفضولي يقوم بعمل ضروري لصيانة حقوق الغير (رب المال) من الخطر الذي يهددها مما استدعى هذا التدخل العاجل، بينما الوكيل الظاهر يتدخل لغير حالة الضرورة، ومن غير أن يكون هناك خطر يهدد مصالح الموكل، وكذلك قد يكون عمل الوكيل الظاهر غير مفيد للموكل بل إنه في الغالب يكون عمله مضرًا بمصلحة الموكل المزعوم^(١١).

المطلب الثاني

الأساس القانوني لنظرية الوكالة الظاهرة

لقد كان للاجتهاد القضائي فضل كبير في تجسيد الوكالة الظاهرة في الواقع العملي^(١٢)، حيث إن فكرة الوكالة الظاهرة وجدت لحماية الأشخاص الذين يتعاقدون مع الوكيل الظاهر، ويعتقدون أنهم تعاقدوا مع الوكيل الحقيقي دون أي خطأ أو إهمال من قبلهم،

(١٠) مروان كركبي، العقود المسماة، ص ٦٤٩، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، الجمهورية اللبنانية، ٢٠٠٤م.

(١١) نجاح شمس، الوكالة، ج ١، ص ١٠٢، المكتبة القانونية، الجمهورية اللبنانية، ١٩٩٨م.

(١٢) هبة بوزراع، النظام القانوني لعقد الوكالة، ص ٥٩، رسالة ماجستير، جامعة العربي أبو مهدي، الجزائر، ٢٠١٥ - ٢٠١٦م.

فحماية هؤلاء الأشخاص تتجسد في التزام الموكل بالنتائج الخاصة بأعمال الوكيل الظاهر، وينصرف فيه أثر العقد إلى الموكل^(١٣).

فقد نصت على الوكالة الظاهرة أغلب الاجتهادات القضائية سواء في الدول العربية أو الأجنبية، ومن ذلك ما نصت عليه محكمة النقض الفرنسية^(١٤) بشأن الوكالة الظاهرة في كثير من أحكامها، وكذلك نصت عليها محكمة النقض المصرية في مواضع كثيرة، ومن ضمن ما جاء في مبادئها بأن: "الغير المتعامل مع الوكيل يعتبر أجنبياً عن تلك العلاقة بين الوكيل و الموكل، مما يوجب عليه في الأصل أن يتحقق من صفة من يتعامل معه بالنيابة عن الأصل ومن انصراف أثر التعامل تبعاً لذلك إلى هذا الأخير، إلا أنه قد يغنيه عن ذلك أن يقع من الأصل ما ينبئ في ظاهر الأمر عن انصراف إرادته إلى إنابته لسواه في التعامل باسمه كأن يقوم مظهر خارجي منسوب إليه يكون من شأنه أن يوهم الغير، ويجعله معذوراً في اعتقاده بأن ثمة وكالة قائمة بينهما، إذ يكون من حق الغير حسن النية في هذه الحالة أن يتمسك بانصراف أثر التعامل -الذي أبرمه مع من اعتقد بحق أنه وكيل- إلى الأصل على أساس وكالة حقيقية قائمة بينهما، وهي غير موجودة في الواقع بل على أساس الوكالة الظاهرة"^(١٥).

ونصت كذلك المحكمة العليا في السلطنة على الوكالة الظاهرة؛ حيث جاء من ضمن المبادئ القضائية لها أنه: "يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائباً أن يقع من الأصل بتقصير منه أو دون تقصير ما ينبئ في ظاهر الأمر انصراف إرادته إلى إنابته لسواه في التعامل باسمه كأن يقوم مظهر خارجي منسوب إليه من شأنه أن يضلل الغير،

(١٣) قدرى عبد الفتاح الشهاوي. احكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن، ص ٢٦٤، منشأة المعارف، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠١م.

(١٤) اعترفت محكمة التمييز الفرنسية بوجود الوكالة الظاهرة في كثير من أحكامها، ومثال على ذلك حكمها: Cass. Ass. plén. Civ. 13 Dec. 1962, J.C.P. 1963. II. 13015.

(١٥) محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية، قرار بتاريخ ٢٦ ديسمبر ١٩٤٦، طعن رقم ٦٤٨ لسنة ٧٩ ق.

ويجعله يعتقد بوجود الوكالة فيكون من حقه في هذه الحالة أن يتمسك بانصراف أثر التعامل الذي أبرمه مع من اعتقد بحق أنه وكيل إلى الأصيل لا على أساس وكالة حقيقية قائمة بينهما إذا هي غير موجودة في الواقع، وإنما على أساس الوكالة الظاهرة^(١٦).

وقد اختلفت الآراء في تحديد الأساس القانوني للوكالة الظاهرة، نظراً لعدم وجود نصوص قانونية تحكمها، ومع أن أغلب العلماء يرجعون فكرة الوكالة الظاهرة إلى أحكام المسؤولية، إلا أنهم اختلفوا في نوع هذه المسؤولية، فهناك من يرجعها إلى نظرية الظاهر في المسؤولية، والبعض الآخر يقيم الوكالة الظاهرة على أساس المسؤولية المبنية على الخطأ، لأن الموكل قد يخطئ في صنع المظهر الخارجي للوكالة الذي خدع به الغير.

ومثال ذلك: توكيل شخص آخر في اقتراض مبلغ معين من المال باسمه، فيقترض المبلغ نفسه بموجب هذا التوكيل مرتين من مصرفين مختلفين، فيكون القرض الأول مبنياً على وكالة حقيقية، أما القرض الثاني فيكون مبنياً على وكالة ظاهرة أساسها خطأ الموكل في تحديد البنك المقرض في الوكالة^(١٧)، وقد يشمل خطأ الموكل أيضاً عدم استرجاعه لسند التوكيل بعد انتهاء الوكالة، أو أن يكون التوكيل ذا صياغة غامضة أو كان التوكيل على بياض، أو أساء اختيار وكيله.

وقد أرجع بعض العلماء نظرية الوكالة الظاهرة إلى نظرية المسؤولية المبنية على نظرية المخاطر، وعليه فالموكل يتحمل تبعية نشاط الوكيل مقابل استفادته من هذا الشرط على أساس الغرم بالغنم^(١٨).

(١٦) الطعن رقم ١٢٤ لسنة ٢٠٠٣ م، مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي أقرتها المحكمة العليا، المكتب الفني بالمحكمة العليا، مسقط، سلطنة عمان، ٢٠١٣ م.

(١٧) سلامي لبنه، اثار عقد الوكالة في القانون الجزائري المقارن، ص ٢٨٠، مرجع سابق.

(١٨) أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، ص ٤٣٩، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية.

ويمكن حسب هذا الرأي أن ينعكس ذلك على أحكام الشركة الفعلية، حيث يتم فيها عدم سريان بطلان شركة الغير حسن النية الذي يتعامل مع المدير، وهو ليس لديه علم بأن الشركة باطلة، إلا أن الأخذ بهذا الرأي لن يمكن الموكل من الرجوع على الوكيل شيء النية بالتعويض، طالما أنه قد تحمل تبعه نشاطه بصفة كاملة^(١٩).

وقد أرجعت بعض الاجتهادات القضائية أساس نظرية الوكالة الظاهرة إلى المسؤولية عن أعمال الوكيل، فيكون الموكل المسؤول الأول عن أعمال الوكيل الظاهر حسب هذا الرأي، أي أن ينصرف أثر التصرف إليه وهو بعد ذلك يرجع بالتعويض على الوكيل، فالموكل بناء على هذا الرأي يكون مسؤولاً نحو الغير عن أعمال الوكيل، ومن ثم ينصرف أثر التصرف إلى الموكل ليرجع على الوكيل بالتعويض^(٢٠).

وكما نلاحظ فإن الأخذ بهذا الرأي سيؤدي إلى افتراض خطأ الوكيل دائماً حتى يكون الموكل مسؤولاً عنه، ولم يلتفت هذا الرأي إلى الأوضاع التي يكون فيها الوكيل حسن النية، أو أنه لم يرتكب أي خطأ، وبالتالي تتصرف آثار تصرفه مع الغير إلى الموكل، فيفترض أن الخطأ دائماً من جانب الموكل، وقد لا يرتكب الموكل أي خطأ، ومع ذلك يلتزم بتصرف الوكيل الظاهر^(٢١).

وأرجع بعض الفقهاء أساس نظرية الوكالة الظاهرة على المظهر^(٢٢)، إذ بسبب المظهر تعود إلى الغير حسن النية الذي لم يتسن له معرفة عدم مطابقة هذا المظهر للحقيقة آثار كافة التصرفات التي قام بها، والتي كان يتوقعها من شخص لا يريد الاعتراف بالتزامه تجاهه، ويرجع إلى قيام مظهر الوكالة من الناحية الواقعية رغم مخالفة ذلك للحقيقة أن تتولد عنه بالنسبة للغير حسن النية نفس الآثار التي تتولد عن الوكالة الحقيقية.

(١٩) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ٥٢٥ مرجع سابق.

(٢٠) أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، ص ٤٣٩، مرجع سابق.

(٢١) أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، ص ٤٣٩، مرجع سابق.

(٢٢) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ٥٢٤ مرجع سابق.

فالمظهر الخارجي يعطي صورة واقعية لمظهر قانوني، يلتزم بموجبها الموكل المزعوم كما لو كانت هناك وكالة حقيقية وقانونية وذات آثار حقيقية على جميع الأطراف، وحقيقة الواقع إن هذا التأويل يضع حداً لتنازع المصالح بين الغير المتعاقد مع الوكيل الظاهري الذي يتمسك بفائدة عقده، لأن سلامة المعاملات تستوجب الثقة بظاهر قوي وكاف ليتمكن على وجه صحيح من التعاقد، وبين الموكل المفترض الذي يتوخى ألا يكون مرتبطاً بهذا التعاقد طالما أنه كان مسلوباً من موافقته عليه^(٢٣).

وجاء القضاء العماني وأسس نظرية الوكالة الظاهرة على المظهر، إذ بسبب المظهر تعود إلى الغير حسن النية الذي لم يتسن له معرفة عدم مطابقة هذا المظهر للحقيقة آثار كافة التصرفات التي قام بها، حيث جاء في المبادئ القضائية للمحكمة العليا أنه: "يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائباً أن يقع من الأصل بتقصير منه أو دون تقصير ما ينبئ في ظاهر الأمر انصراف إرادته إلى إنابته لسواه في التعامل باسمه كأن يقوم مظهر خارجي منسوب إليه من شأنه أن يضلل الغير ويجعله يعتقد بوجود الوكالة فيكون من حقه في هذه الحالة أن يتمسك بانصراف أثر التعامل الذي أبرمه مع من اعتقد بحق إنه وكيل إلى الأصل لا على أساس وكالة حقيقية قائمة بينهما إذا هي غير موجودة في الواقع وإنما على أساس الوكالة الظاهرة"^(٢٤).

وكما بينا سابقاً فإن الآراء قد تباينت في تحديد الأساس القانوني للوكالة الظاهرة؛ نظراً لأن نظرية الوكالة الظاهرة هي من إفرازات الاجتهاد القضائي، فكل اجتهاد قضائي قد تشعب في بيانها من خلال القضايا المعروضة عليه؛ لذلك تباينت الآراء بشأن الأساس

(٢٣) نزيه كباره، العقود المسماة، ص ٧٥٨، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، الجمهورية اللبنانية، ٢٠١٠م.

(٢٤) الطعن رقم ٤٢٦ لسنة ٢٠٠٦م، مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي أقرتها المحكمة العليا، المكتب الفني بالمحكمة العليا، مسقط، سلطنة عمان، ٢٠١٣م.

القانوني لها، ومن وجهة نظر الباحث فإن رأي بعض الباحثين^(٢٥) الذين يرجعون الأساس القانوني للوكالة الظاهرة إلى أحكام المسؤولية الناتجة عن الخطأ يعد أفضل تفسير لأساس هذه النظرية، وذلك لعدة أسباب هي:

- ١- الموكل هو المسؤول عن خطأ الوكيل، وعليه يعد الموكل هو المتسبب فيه، كما لو أهمل رقابته على الوكيل.
- ٢- الموكل يتحمل المسؤولية خطأه الشخصي لأن خطأ الوكيل بالتأكيد سيكون ناشئاً عن تنفيذ تعليمات الموكل.
- ٣- وأيضاً فإن الموكل مسؤول عن عمل وكيله إذا كان تابعاً له.
- ٤- ومما يؤكد ذلك كله نظرية أن الوكيل يعمل بإرادته المرتبطة بإرادة الموكل، وبالتالي تحول إرادة الوكيل محل إرادة الأصيل، ويكون الموكل مسؤولاً عن الخطأ الذي قام به الوكيل، فالغير يرجع على الأصيل كأن الخطأ صدر عنه، لأن إرادة الوكيل حلت محل إرادة الموكل، وبذلك يكون مسؤولاً عن خطأ الوكيل^(٢٦).

المبحث الثاني

شروط قيام الوكالة الظاهرة وأثارها

بعد أن تبين معنا مفهوم الوكالة الظاهرة والفرق بينها وبين الوكالة الضمنية والتصرف الفضولي، وكذلك ناقشنا الآراء القانونية حول الأساس القانوني لنظرية الوكالة الظاهرة وتوجه المحكمة العليا في السلطنة في هذا الجانب مع ترجيح الرأي المناسب، يستلزم الحديث الآن عن شروط الوكالة الظاهرة وعناصرها والآثار المترتبة عليها.

^(٢٥) الموقع الإلكتروني: www.lebaneselows.com . زهدي يكن، ج ١٣، ص ١٨٥ مرجع سابق.

^(٢٦) زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، مجلد ١٣، ص ١٨٨ رقم ١٣٤.

لذا سيكون هذا المبحث على ثلاثة مطالب، (المطلب الأول) حول شروط الوكالة الظاهرة، و(المطلب الثاني) حول عناصر الوكالة الظاهرة، و(المطلب الثالث) حول الآثار المترتبة على الوكالة الظاهرة.

المطلب الأول

شروط قيام الوكالة الظاهرة

استقاض كثير من كتب القانون في الحديث عن شروط الوكالة الظاهرة، وباستقراء هذه الشروط نجد أن جميع العلماء والباحثين والاجتهادات القضائية المختلفة قد أجمعت على ثلاثة شروط للوكالة الظاهرة، فإذا اختل أحد هذه الشروط لم تقم الوكالة الظاهرة، ووجود هذه الشروط دليل على أهمية وخطورة الوكالة الظاهرة.

وقد أكدت المحكمة العليا على هذه الشروط الثلاثة، حيث ورد في أحكامها: "الوكالة الظاهرة التي تقتضي توافر شروط ثلاثة: ١- أن يعمل الوكيل باسم الموكل دون نيابة فعلية عنه، ٢- أن يكون الغير الذي تعامل مع الوكيل حسن النية على الغير وذلك بإثباته مظهره الخارجي المنسوب للموكل وهو المظهر الذي أوهمه بأن الوكيل نائب عنه، ٣- أن يقوم المظهر الخارجي للوكالة صادراً عن الموكل من شأنه أن يجعل غير معذوراً في تعاقدته أن هنالك علاقة وكالة قائمة"^(٢٧)، ونستعرض هذه الشروط بالتفصيل كالآتي:

الشرط الأول- أن يتعامل الوكيل باسم الموكل دون نيابة:

ويتحقق هذا الشرط إذا تعامل الوكيل مع الغير باسم الموكل المزعوم إما متجاوزاً حدود الوكالة، وإما أن يستمر في العمل كوكيل بعد انتهاء الوكالة، وإما أن يعمل كوكيل ولكن

(٢٧) الطعن رقم ٤٢٦ لسنة ٢٠٠٦ تجاري - جلسة ٢٧ فبراير ٢٠٠٨م، المبادئ القضائية للمحكمة العليا في سلطنة عمان، مرجع سابق.

دون وكالة، حتى إذا كانت الوكالة باطلة أو قابلة للإبطال، وفي الأخير نجد عبء الإثبات يقع على عاتق الموكل^(٢٨).

ويتجاوز الوكيل حدود وكالته عندما تكون عبارتها عامة وغامضة، لا يستطيع الغير أن يفسرها تفسيراً يعرف منه حقيقة التوكيل، فالشروط والاتفاقات السرية التي تتم بين الموكل والوكيل ولم يطلع عليها الغير المتعاقد معه، لا يمكن إلزامه بها لما فيها من تجاوز لحدود النصوص الواردة في عقد الوكالة المدنية^(٢٩) أو كانت العبارات واسعة المدى في ظاهرها ولكنها مقيدة في حقيقتها بقيود لا يستطيع معرفتها الغير الذي يتعامل مع الوكيل فيجاوز الوكيل حدود الوكالة متوسعا في تفسير العبارة الغامضة أو غير مراعية للشروط التحفظية والاتفاقات السرية التي عقدها مع الموكل^(٣٠).

ومثال ذلك: أن يكون نظام الشركة قد قيد على غير المألوف سلطات مدير الشركة، فيخرج المدير على هذه القيود في تعامله مع الغير ويعتقد الغير حسن النية أن المدير يعمل في حدود نظام الشركة^(٣١)، ويتعامل الوكيل مع الغير بعد انتهاء وكالته لأي سبب من أسباب انتهائها، وأكثر الأسباب شيوعاً وفاة الموكل أو عزل الوكيل، ومع ذلك يستمر هذا الأخير في العمل باسم الموكل لبقاء سند التوكيل بيده، وبالنسبة لعمل الوكيل دون وكالة أصلاً، كما لو كانت هناك مخالصة أعدّها الدائن، فسرقتها شخص آخر وتقدم بها إلى المدين وقبض الدين، فهذا الوفاء يكون صحيحاً رغم انعدام وكالة السارق^(٣٢)، أو قيام شخص باستئجار متجر لاستغلاله مقابل أجره شهرية يسدها لصاحب المتجر ويظل المستأجر يستعمل أوراق المتجر التي تحمل اسم صاحبه، فأى تصرف يقوم به المستأجر

(٢٨) محمد عزمي البكري، العقود المدنية الصغيرة، ج ١، ص ٨٦٩، مرجع سابق.

(٢٩) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ٥١١، مرجع سابق.

(٣٠) محمد عزمي البكري، العقود المدنية الصغيرة، ج ١، ص ٨٦٩، مرجع سابق.

(٣١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ٥١٤، مرجع سابق.

(٣٢) سلامي لبنه، آثار عقد الوكالة في القانون الجزائري المقارن، ص ٢٨٠، مرجع سابق.

تلتزم صاحب المتجر إذ يعتبر المستأجر وكيلاً ظاهراً إن لم تكن عنده وكالة عنه أصلاً^(٣٣).

ويقع كذلك أن يترك الموكل بيد وكيله توكيلاً على بياض، فيلتزم الموكل بما يجريه ذلك الوكيل من تصرفات يسيء بها استعمال ذلك التوكيل.

وعبء إثبات هذا الشرط الأول يقع على عاتق الموكل، إذ المفروض أن الوكيل عندما يعمل باسم الموكل يكون نائباً عنه في التصرف الذي يبرمه، فإذا أراد الموكل أن يتصل من هذا التصرف فعليه أن يثبت انعدام نيابة الوكيل^(٣٤).

الشرط الثاني - أن يكون المتعامل مع الوكيل الظاهر حسن النية:

ويقصد به أن يعتقد بحسن نية بأن الوكيل نائب للموكل، فإذا كان الغير يعلم بانعدام نيابة الوكيل، ومع ذلك أقدم على التعاقد معه، فإنه في هذه الحالة ليس من حقه أن يحتج بعد ذلك على الموكل بالتصرف الذي عقده مع الوكيل، ولكن قد يكون إقدامه على التعلق بناء على تعهد من الوكيل يقر التصرف، ففي هذه الحالة لا يلتزم الموكل بالتصرف إذا لم يقره، وإنما يرجع الغير على الوكيل بالتعويض، وينظر إلى حسن نية الغير وقت التعاقد، فإذا كان لا يعلم في هذا الوقت بالذات انعدام صفة الوكيل، انصرف أثر التصرف المبرم إلى الموكل المزعوم^(٣٥).

والأصل في الإنسان حسن النية وبراءة الذمة، ومن يدعي خلاف الأصل يقع عليه عبء الإثبات، وبالتالي فإن الوكالة الظاهرة تتطلب من الغير إثبات المظهر المضلل الذي جعله مطمئناً إلى قيام الوكالة كانت بصورة طبيعية وقانونية^(٣٦)، وله في سبيل

(٣٣) محمد عزمي البكري، العقود المدنية الصغيرة، ج ١، ص ٨٦٩، مرجع سابق.

(٣٤) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ٥١٤، مرجع سابق.

(٣٥) محي الدين إسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة، ص ٤٢٧، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٥م.

(٣٦) جاء ضمن المبادئ المحكمة العليا القضائية للمحكمة العليا: "الأصل أن التصرف الذي يبرمه الوكيل دون وكالة لا ينصرف أثره على الأصيل، الوكالة الظاهرة استثناء من الأصل، وإثبات شرط

ذلك أن يثبت أن المظاهر هي التي أدت إلى إيهامه بأن الوكيل الظاهر وكيل حقيقي، وأن الظروف سمحت له بعدم مراقبة الحدود الحقيقية لسلطات هذا الوكيل، وتتعلق هذه الظروف بشخصية الغير المتعاقد معه وشخصية الوكيل الظاهر، وطبيعة وأهمية العمل المنجز، وكذا العلاقات التي تربط كلا من الموكل المزعوم والوكيل الظاهر ببعضهما ببعض^(٣٧).

وأكدت المحكمة العليا العمانية في الطعن رقم (٤٢٦) لسنة ٢٠٠٦ بتاريخ ٢٧ فبراير ٢٠٠٨م هذا المسلك بأن يكون عبء الإثبات على الغير الذي تعاقد مع الوكيل؛ حيث جاء في المبدأ: "يقع على الغير الذي تعاقد مع الوكيل عبء إثبات وجود هذا المظهر المضلل وأنه مظهر من شأنه أن يجعله مطمئناً إلى قيام الوكالة بأن يثبت على الرغم من اتخاذ الاحتياطات الواجبة فإن هذا المظهر من شأنه أن يخدعه".

وتقدير مدى تأثير الغير المتعامل معه بالظروف يستند على تقدير الحيلة اللازمة إلى كفاءات ومهارات هذا الغير، إذ تتشدد المحاكم في قبول الوكالة الظاهرة عندما يكون الغير مهنيًا ومحترفاً يجري عمل قانونية ضمن نطاق مهنته، وتتساهل عندما يكون الغير شخصاً عادياً غير محترف، ويكون سريع التصديق والتأثر، لكن يشترط عليه أن يكون قد اتخذ الاحتياطات اللازمة التي يتخذها الشخص المعتاد في الظروف عينها، ولم يقصر فيها^(٣٨).

الوكالة الظاهرة يقع على الغير الذي تعاقد مع الوكيل". الطعن رقم ٤٢٦ لسنة ٢٠٠٦، تجاري عليا، جلسة ٢٧ / ٢ / ٢٠٠٨م.

(٣٧) خالد بنيس، عقد الوكالة، ص ٦٤، شركة باسل للطباعة، طبعة ١٩٩٧ - ١٩٩٨م، الرباط، المملكة المغربية.

(٣٨) قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل أن يكون المظهر الخارجي الذي أحدثه هذا الأخير خائفاً وأن يكون الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر قد انخدع بمظهر الوكالة الخارجي دون أن يرتكب خطأ أو تقصير في استطلاع الحقيقة". الطعن رقم ٢٢٥ لسنة ٣٦ ق - جلسة ٢١ / ١ / ١٩٧١م.

ولا تعتبر شخصية الوكيل الظاهر معياراً لتحديد الوكالة الظاهرة، فبلا شك يوجد أشخاص بطبيعتهم وكلاء، ولم يكن للغير المتعامل معهم مراقبة سلطاتهم وحدودها كالمسؤول في الجهة الحكومية، وأحياناً تكون العلاقة بين الوكيل الظاهر والموكل المزعوم هي السبب في عدم مطالبة الغير المتعامل مع الوكيل الظاهر بمراقبة سلطاته ومداه، كونها تشكل عنصراً هاماً في الأخذ بالاعتقاد المشروع لدى هذا الغير، كالعلاقات والروابط العائلية وروابط الأعمال.

هذه العناصر تشكل مرتكزاً للأخذ بالاعتقاد المشروع لدى الغير المتعامل معه من قبل الوكيل الظاهر، ولا يشترط توفر حسن نية هذا الأخير، فالعمل الذي قام به يسري على الموكل ولو كان سيء النية، عالم بتجاوزه حدود وكالته أو بانقضائها، أو بعدم وجودها أصلاً أو هي باطلة أو قابلة لإبطال، طالما أن الغير حسن النية، وبقيّة شروط الوكالة الظاهرة متوفرة.

وحقيقة الحال لم تفصل الأفضية الصادرة عن المحكمة العليا في السلطنة المعيار الدقيق لتحديد مدى حسن النية من الغير الذي يمكن أن تقوم عليه الوكالة الظاهرة، ولكن يستشف من استقراء الأحكام القضائية أن المحكمة العليا ترجع معيار تحديد حسن النية باتخاذ الاحتياطات الواجبة من الإنسان الطبيعي، وما يؤكد ذلك نص المحكمة العليا العمانية في الطعن رقم (٤٢٦) لسنة ٢٠٠٦ بتاريخ ٢٧ فبراير ٢٠٠٨ على أن "..... وجود هذا المظهر المضلل وأنه مظهر من شأنه أن يجعله مطمئناً إلى قيام الوكالة بأن يثبت بأنه على الرغم من اتخاذ الاحتياطات الواجبة فإن هذا المظهر من شأنه أن يخدعه".

الشرط الثالث - أن يكون المظهر الخارجي للوكالة منسوباً إلى الموكل:

ويقصد به أنه حتى يكون المظهر الخارجي منسوباً للموكل، فهذا لا يكفي حتى وإن كان الغير حسن النية والذي كان يتعامل حينها مع الوكيل، بل يجب عليه القيام على أساس مظهر خارجي للوكالة صادر من الموكل، ومن شأنه أن يجعل غير المعذور

والذي يعتقد بأن عقد الوكالة قائم، فهذا الشرط هو الذي يميز لنا الوكالة الظاهرة، ويحدد لنا الأساس القانوني الذي تقوم عليه^(٣٩)، فلا شك في أن قواعد العدل والمنطق تقضي بأن انصراف أثر عقد الوكيل الظاهر إلى الموكل لا يكفي فيه حسن نية الغير فقط، بل لابد من اشتراط مظهر خارجي منسوب للموكل قوي بكفاية ليجعل غير المعذور في اعتقاده بوجود وكالة، فهو لم يرتكب أي خطأ أو تقصير، وانسياقه وراء هذا المظهر مبرر؛ لكونه اتخذ الاحتياطات التي يتخذها الشخص المعتاد في الظروف عينها لاستطلاع الحقيقة^(٤٠).

ويضيف بعض الباحثين شروطاً أخرى للوكالة الظاهرة مثل وجوب إثبات الغير أن المظهر الخارجي خدعه، وكذلك وجوب تصرف الوكيل باسم الموكل دون وكالة، أو أن يكون الموكل قد أسهم بخطئه في ظهور الشخص بمظهر الوكيل، ويمكن القول بأن هذه الشروط الإضافية هي تعد فقط من قبيل التوسع في شروط الوكالة الثلاثة، حيث إن أغلب الاجتهادات القضائية تشترط ثلاثة شروط فقط للوكالة الظاهرة^(٤١).

المطلب الثاني

عناصر الوكالة الظاهرة

من خلال استعراض شروط الوكالة الظاهرة يمكن القول: إن الوكالة الظاهرة تقوم على عنصرين اثنين، ويتحقق بوجودهما معاً هما:

^(٣٩) محمد عزمي البكري، العقود المدنية الصغيرة، ج ١، ص ٨٧٧، مرجع سابق.

^(٤٠) قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل قيام مظهر خارجي منسوب للموكل من شأنه أن يخدع الغير الذي يتعامل مع الوكيل الظاهر". الطعن رقم ٦٣٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ٢٢ / ١ / ١٩٧٥م.

^(٤١) زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، ج ١٣، ص ١٨٥ مرجع سابق. مروان كركبي، العقود المسماة، ص ٦٥٢، مرجع سابق.

أ- **العنصر المادي:** وهو يتمثل في الجانب السلوكي، أي المظاهر الخارجية التي تصدر عن الموكل أو التي تنسب إليه، وبالتالي يتولد اعتقاد لدى الغير بأن المظاهر الخارجية تعكس وضعاً يحميه القانون.

ب- **العنصر المعنوي:** وهو يتمثل في الجانب الاعتقادي والأبعاد الأدبية والأخلاقية في التعامل، فالوكالة الظاهرة تقدم المبرر للتعامل مع الغير صاحب المركز، وليس صاحب الحق ذي المركز الحقيقي والقانوني، وبالتالي يوفر ذلك للغير الحماية القانونية.

المطلب الثالث

الآثار المترتبة على الوكالة الظاهرة

يترتب على الوكالة الظاهرة مثلما يترتب على الوكالة الحقيقية فيما بين الموكل والغير^(٤٢)، ويكون الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل كما لو كانت الوكالة حقيقية؛ حيث إن العلاقة تعتبر قائمة بين الموكل والوكيل الظاهر.

وما يؤكد هذا المسلك ما نصت عليه المادة (٨٩) من قانون المعاملات المدنية على أنه: "إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت إبرام العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذي يبرمه النائب ينصرف إلى الأصيل أو خلفائه" مقروءة مع المادة (٦٩٣) من ذات القانون على أنه: "تسري أحكام النيابة في التعاقد المنصوص عليها في هذا القانون على علاقة الموكل والوكيل بالغير الذي يتعامل مع الوكيل"، ويترتب على الوكالة الظاهرة كذلك فيما بين الموكل المزعوم والغير المتعاقد معه الذي ظن بوجود سلطات للوكيل الظاهر، الأثر الرئيسي لهذه الوكالة والهدف المنشود منها، والمتمثل في انصراف آثار التصرف المبرم إلى الموكل المفترض، كما لو كان صادراً منه مباشرة بموجب وكالة

^(٤٢) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ٥٢٠ مرجع سابق. محمد عزمي البكري، العقود المدنية الصغيرة، ج ١، ص ٨٨٧ مرجع سابق.

حقيقية، فمثلاً يصبح نقل الملكية الصادر عن رضاها - الموكل المزعوم والمتعاقد معه - واقعاً عملياً وفعالاً، ويحرر الوفاء المتلقى الموكل المدين منه.

وقد جاء في أحكام المحكمة العليا بالسلطنة: "المقرر أنه إذا عمل الوكيل دون وكالة صادرة من الموكل فإن أثر التصرف الذي يعقده مع الغير لا ينصرف إلى الموكل حتى ولو كان المتعاقد مع الوكيل حسن النية إلا في حالة الوكالة الظاهرة فإذا توافرت شروطها انصرف أثر التصرف الذي عقده الغير مع الغير إلى الموكل بموجب تلك الوكالة الظاهرة..."^(٤٣)، وهذا الأثر القانوني للوكالة الظاهرة يعد ذو مصدر قانوني يكون نطاقه في حدود التصرف أو العقد المبرم من قبل الوكيل الظاهر، وطالما أنه حق للغير حسن النية، فإن لديه الخيار في النزول عنه إن كان يفضل التمسك بغياب صفة الوكيل الظاهر للتملص من التصرف أو العقد المبرم، ذلك أن نظرية الوكالة الظاهرة معدة لحماية لا واجب عليه فلا يمكن أن تتقلب ضده، ولا يمكن أبداً إثارتها من طرف الموكل المزعوم أو لفائدته.

وقد تواترت أحكام المحكمة العليا في ذلك بأن الآثار القانونية التي يقوم بها الوكيل لمصلحة الأصيل ترجع إلى الأصيل وبالتالي عدم جواز مقاضاة الوكيل، حيث نص الطعن رقم (٩٢) لسنة ٢٠٠٤ مدنيين في الجلسة ١٢ يناير ٢٠٠٥ على أنه: "إنما استقر عليه قضاء المحكمة العليا أنه وفقاً للقواعد العامة للأحكام الغيابية أنما يجريه الوكيل من تصرفات وكل فيها تكون لحساب الأصيل وتعتبر كأنها صادرة عنه فينصرف أثرها القانوني إليه هو ويظل الوكيل بعيداً عن هذا الأثر فلا تجوز مقاضاته وإنما توجه الخصومة إلى الأصيل".

ولتوضيح موضوع مسؤولية الموكل في الوكالة الظاهرة بصورة أكبر يجب أن نفرق ونميز بين حالة حسن نية الوكيل وسوء نيته كما يلي:

(٤٣) الطعن رقم (٩٢) لسنة ٢٠٠٤ مدني جلسة ١٢ يناير ٢٠٠٥، مبادئ المحكمة العليا، المكتب الفني بالمحكمة العليا، سنة ٢٠١٣.

أولاً: إذا كان الوكيل حسن النية في تعامله: إذا كان يعتقد بأنه يعمل في حدود الوكالة المرسومة، وجاوز هذه الحدود أو إذا كان يظن أن الوكالة صحيحة وهي باطلة في حقيقتها، فإنه لا يرجع على الوكيل بالتعويض من جراء ذلك الفعل^(٤٤).

ثانياً: إذا كان الوكيل سيء النية في تعامله: فإذا كان الوكيل الظاهر سيء النية يعلم بأن الوكالة غير قائمة، والذي أقدم على التعاقد مع الغير كما في حالة ما إذا ارتكب خطأ في حق الموكل، وعليه مما سبق ذكره يمكن القول بأنه في هذه الأخيرة لا بد من تطبيق المسؤولية التقصيرية، هذا من خلال رجوع الموكل عليه بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء انصراف أثر العمل القانوني الذي عقده الوكيل مع الغير إليه، ويكون قد ارتكب خطأ يستوجب قيام مسؤوليته التقصيرية تجاه الموكل المزعوم، فيلتزم بالتعويض عن الضرر اللاحق بهذا الأخير الذي يجد نفسه متعهداً رغماً عنه بتنفيذ العمل المبني على الوكالة الظاهرة^(٤٥).

الخاتمة

الوكالة الظاهرة تكون عندما يقوم شخص ما بتصرف لآخر للقيام بتعاقد ما على الرغم من عدم وجود وكالة بينهما، إلا أن الظروف المحيطة بالتعاقد من شأنها أن تجعل شخصاً ثالثاً حسن النية يعتقد أن الشخص الذي يتعاقد معه هو وكيل في التصرف موضوع التعاقد، فهذا الغير -حسن النية- يكون قد أعتمد على ظاهر الحال ولم يرتكب خطأ، أما الموكل فهو الذي جعل الغير يعتقد بأن الوكيل مفوض إليه بالعمل، فيتحمل نتائج أعماله، وبالتالي ينصرف أثر الوكالة على الموكل.

وقد اختلفت الآراء في تحديد الأساس القانوني للوكالة الظاهرة، نظراً لعدم وجود نصوص قانونية تحكمها، ومع أن أغلب العلماء يرجعون فكرة الوكالة الظاهرة إلى أحكام المسؤولية،

(٤٤) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١ ص ٥٢١ مرجع سابق.

(٤٥) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١ ص ٥١٦ مرجع سابق.

إلا أنهم اختلفوا في نوع هذه المسؤولية، فهناك من يرجعها إلى نظرية الظاهر في المسؤولية، والبعض الآخر يقيم الوكالة الظاهرة على أساس المسؤولية المبنية على الخطأ، لأن الموكل قد يخطئ في صنع المظهر الخارجي للوكالة الذي خدع به الغير، وقد أرجع بعض العلماء نظرية الوكالة الظاهرة إلى نظرية المسؤولية المبنية على نظرية المخاطر. وأسس القضاء العماني نظرية الوكالة الظاهرة من خلال الأحكام الصادرة عنه على المظهر، إذ بسبب المظهر تعود إلى الغير حسن النية الذي لم يتسن له معرفة عدم مطابقة هذا المظهر للحقيقة آثار كافة التصرفات التي قام بها، وحتى تقوم الوكالة الظاهرة أوجب القضاء العماني وجود ثلاثة شروط لها هي:

١. أن يعمل الوكيل باسم الموكل دون نيابة فعلية عنه.
٢. أن يكون الغير الذي تعامل مع الوكيل حسن النية على الغير وذلك بإثباته مظهره الخارجي المنسوب للموكل وهو المظهر الذي أوهمه بأن الوكيل نائب عنه.
٣. أن يقوم المظهر الخارجي للوكالة صادراً عن الموكل من شأنه أن يجعل غير معذور في تعاقدته أن هنالك علاقة وكالة قائمة.

وحقيقة الحال لم تفصل الأقضية الصادرة عن المحكمة العليا في السلطنة المعيار الدقيق لتحديد مدى حسن النية من الغير الذي يمكن أن تقوم عليه الوكالة الظاهرة، ولكن يستشف من استقراء الأحكام القضائية أن المحكمة العليا ترجع معيار تحديد حسن النية باتخاذ الاحتياطات الواجبة من الإنسان الطبيعي.

ويترتب على الوكالة الظاهرة مثلاً يترتب على الوكالة الحقيقية فيما بين الموكل والغير، ويكون الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل كما لو كانت الوكالة حقيقية حيث إن العلاقة تعتبر القائمة بين الموكل والوكيل الظاهر، وهو ما أكدت عليه كذلك أحكام المحكمة العليا في السلطنة، مع التفريق بين حالة تعامل الوكيل بحسن نية مع الغير أو تعامله بسوء نية، مما يعطي مجالاً للموكل للرجوع عليه بالتعويض في هذه الحالة.

التوصيات:

وتوصي الدراسة بالمقترحات التالية:

١. أن يأخذ القضاء العماني بنظرية الوكالة الظاهرة في حدود ضيقة نظراً لخطورتها.

٢. أن يقوم القضاء العماني بوضع حدود واضحة للوكالة الظاهرة من خلال الأحكام القضائية التي تصدر عنه، ويحدد الشروط والآثار التي تنتج عنها.
٣. دعوة المشرع العماني للاستفادة من الاجتهاد القضائي بشأن الوكالة الظاهرة، وإدراج نصوص قانونية شاملة تنظمها في القانون المدني أسوة بما هو متبع في بعض الدول، وبطريقة تتسق مع واقع المعاملات اليومية للناس وحفظاً لحقوقهم.

المراجع

أولاً- المراجع العامة:

- (١) هيئة الموسوعة القانونية، الموسوعة القانونية المتخصصة، الجمهورية السورية، الطبعة الأولى.
- (٢) أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية.
- (٣) جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، طبعة ١٩٩٤م.
- (٤) زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، دار صادر للطباعة والنشر، لبنان، طبعة ١٩٩٥م.
- (٥) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، دار الشروق الطبعة الاولى، القاهرة جمهورية مصر العربية.
- (٦) محمد عزمي البكري، العقود المدنية الصغيرة، دار محمود للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية.
- (٧) محي الدين إسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٥م.
- (٨) مروان كركبي، العقود المسماة، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، الجمهورية اللبنانية، ٢٠٠٤م.

٩) نزيه كباره، العقود المسماة، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، الجمهورية اللبنانية، ٢٠١٠م.

ثانياً- المراجع الخاصة:

- ١) خالد بنيس، عقد الوكالة، شركة باسل للطباعة، طبعة ١٩٩٧ - ١٩٩٨م، الرباط، المملكة المغربية.
- ٢) سلامى لبنه، آثار عقد الوكالة في القانون الجزائري المقارن، رسالة ماجستير، جامعة الأخوة منتوري، الجزائر ٢٠١٦م.
- ٣) قدري عبد الفتاح الشهاوي. احكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠١م.
- ٤) نجاح شمس، الوكالة، المكتبة القانونية، الجمهورية اللبنانية، ١٩٩٨م.
- ٥) هبة بوزراع، النظام القانوني لعقد الوكالة، رسالة ماجستير، جامعة العربي ابو مهدي، الجزائر، ٢٠١٥ - ٢٠١٦م.

ثالثاً- المجموعات القضائية:

- ١) المبادئ القضائية للمحكمة العليا في سلطنة عمان، المكتب الفني بالمحكمة العليا، مسقط، سلطنة عمان، ٢٠١٣م.
- ٢) مبادئ محكمة النقض المصرية، محكمة النقض، جمهورية مصر العربية، لعام ١٩٩٧م.

رابعاً- المواقع الإلكترونية:

- 1) <https://www.mohamah.net>
- 2) www.lebaneselow.com

خامساً- المراجع الأجنبية:

- 1) Cass. Ass. plén. Civ. 13 Dec. 1962, J.C.P. 1963. II. 13015.

مبدأ استقلال القضاء بين النظرية والتطبيق في النظامين العماني والسوداني (دراسة مقارنة)

الدكتور/ حسين بن سعيد بن سيف الغافري*

الدكتور/ ماهر إبراهيم عبيد إمام**

الدكتور/ محمد العالم آدم أبو زيد***

الملخص:

جاءت هذه الورقة بعنوان: مبدأ استقلال القضاء بين النظرية والتطبيق في النظام العُماني والسوداني دراسة مقارنة.

سلطت الورقة الضوء على مفهوم استقلال القضاء في الفقه والقانون من خلال دراسة الأنظمة القانونية المختلفة في العالم، وكيفية تنظيمها للقضاء، وشروط تولية ومتطلبات الاستقلال والمبادئ التي تحكم ذلك، علاوة على دراسة مبدأ استقلال القضاء في النظام الإسلامي.

اهتمت الورقة بموضوع استقلال القضاء لما له من تأثير مباشر على حقوق الناس بصورة عامة، وحقوق المتقاضين على وجه الخصوص.

اعتمدت الورقة على المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن، وذلك لوصف وتحليل النصوص التي أوردها المشرع بشأن مبدأ استقلال القضاء، علاوة على دراسة الآراء الفقهية الواردة بهذا الخصوص، ومقارنة كل ذلك بالأنظمة القانونية السائدة في العالم، والنظام الإسلامي.

هدفت هذه الورقة لإبراز التجربة السودانية والعمانية في معالجتها لمبدأ استقلال القضاء في النصوص والتطبيق، علاوة على الوقوف على الجوانب النظرية والتطبيقية لمبدأ استقلال القضاء في النظم القانونية المعاصرة والنظام الإسلامي.

استنتجت هذه الدراسة أن النص على مبدأ استقلال القضاء أصبح جزء لا يتجزأ من النظم الداخلية للدول، علاوة على تضمينه في المواثيق الدولية، أما الناحية العملية وتطبيق المبدأ في أرض الواقع فيختلف من دولة لأخرى.

توصي الدراسة بضرورة إسناد أمر السلطة القضائية بالكامل لجهة مستقلة تتصل بمرفق القضاء بصلة، وبعيداً عن السلطة التنفيذية.

الكلمات المفتاحية: استقلال - القضاء - ولاية القضاء - تعيين القضاة - إسناد القضاء.

*أستاذ القانون الجنائي المساعد وعميد عمادة القانون بالجامعة العربية المفتوحة - سلطنة عُمان.

**أستاذ القانون الدستوري المساعد بعمادة القانون بالجامعة العربية المفتوحة - سلطنة عُمان.

***أستاذ القانون المدني المشارك بعمادة القانون بالجامعة العربية المفتوحة - سلطنة عُمان.



Principle of Judicial Independence between Theory and Practice in the Omani and Sudanese System (A Comparative Study)

Dr. Hussain Said Saif Al-Ghafri*

Dr. Maher Ibrahim Ebed Emam**

Dr. Mohamed Elaalim Adam Ahmed***

Abstract:

This paper came under the title of the principle of judicial independence between theory and practice in the Sudanese and Omani system, a comparative study. The paper sheds light on the concept of the independence of the judiciary in jurisprudence and law by studying the different legal systems in the world and how they organize the judiciary and the conditions for its assumption, requirements for independence and the principles that govern it, in addition to studying the principle of judicial independence in the Islamic system. The paper focused on the issue of judicial independence because of its direct impact on the rights of people in general and the rights of litigants in particular. The paper relied on the descriptive, analytical and comparative approach in order to describe and analyze the texts cited by the legislator regarding the principle of judicial independence, in addition to studying the jurisprudential opinions expressed in this regard, and comparing all of this with the prevailing legal systems in the world and the Islamic system. This paper aimed to highlight the Sudanese and Omani experience in their treatment of the principle of judicial independence in texts and application, in addition to standing on the theoretical and practical aspects of the principle of judicial independence in contemporary legal systems and the Islamic system. This study concluded that the text on the principle of judicial independence has become an integral part of the internal systems of states in addition to its inclusion in international covenants. As for the practical aspect and the application of the principle on the ground, it varies from one country to another.

The study recommends that the paper recommends the necessity of entrusting the entire judicial authority to an independent body that is related to the judicial facility and away from the executive authority.

Keywords: Independence - The Judiciary - The Mandate of the Judiciary - The Appointment of Judges - The Assignment of the Judiciary.

*Assistant Professor of Criminal Law and Dean of the Deanship of Law, Arab Open University, Oman.

**Assistant Professor of Constitutional Law at the Deanship of Law, Arab Open University, Oman.

***Associate Professor of Civil Law at the Deanship of Law, Arab Open University, Oman.

المقدمة

يعد مبدأ استقلال القضاء من المبادئ المسلم بها في العصر الحديث، ولم تخلو غالبية دساتير العالم ومواثيق حقوق الإنسان من إيراد النصوص التي تؤكد على مبدأ استقلال القضاء؛ كالنص {أن السلطة القضائية مستقلة} أو أن {القضاة مستقلون ولا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون}، بل إن بعض الدساتير كال دستور الفرنسي لعام ١٩٥٨م نص صراحة على ضمان استقلال القضاء، إذ تنص المادة (٦٤) منه على أن: {يكون رئيس الجمهورية هو الضامن لاستقلالية السلطة القضائية} ^(١)، والواقع أن استقلال القضاء لم يعد مسألة تخص دساتير الدول فحسب؛ بل أصبح معياراً دولياً، فعلى سبيل المثال ينص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في العام ١٩٤٨م في المادة العاشرة {لكل إنسان الحق بكامل المساواة في محاكمة عادلة وعلنية أمام محكمة مستقلة ومحايدة عند تقرير حقوقه وواجباته وأي اتهام جنائي يوجه ضده} ^(٢).

وفضلاً عن ذلك فقد اعتمد مجلس الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاقبة المجرمين عام ١٩٨٥م عدد من المبادئ القانونية التي تكفل استقلال القضاء، والمعروفة باسم المبادئ الأساسية لاستقلال القضاء، وهي عبارة عن عشرون مبدأ عام واجبة التطبيق بغض النظر عن النظام السياسي أو القانوني السائد، ويرتكز هذا المبدأ على مبدأ الفصل بين السلطات الذي أضحى المحور الرئيسي لعملية تنظيم السلطات في الدولة الديمقراطية الحديثة، كما يعد هذا المبدأ من أهم الضمانات للحقوق والحريات، ويعد مبدأ استقلال القضاء حصناً للحريات وحارساً للحقوق، فاستقلال القضاء أصبح جزءاً من الضمير الإنساني، بحيث لم يعد من المقبول إنكاره، بل وغدا تعميق هذا المبدأ وترسيخه أمراً حتمياً لتأمين العدالة، وكفالة الحقوق، وصون الحريات، وحماية المواطن في مواجهة السلطة العامة، وهذا يفترض أن يكون القضاء متحررين من أي تدخل بوعد أو وعيد، بترغيب أو ترهيب، غير متأثرين في قضائهم إلا بكلمة

(١) الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨م المادة (٦٤).

(٢) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ المادة العاشرة.

القانون العادل فالقانون يتجرد من كل قيمة إذا لم يحم على حمايته قضاء محايد ومستقل، ويصبح هو والعدم سواء، ويقول الفقيه [شارل ديباش] في هذا: {إن استقلال القضاء يقتضي إبعاد القاضي عن كل الضغوط الخارجية حال ممارسته للوظيفة القضائية}^(٣).

أولاً- أسباب اختيار الورقة العلمية:

هناك عدد من الأسباب التي دعتنا للبحث والتنقيب في "مبدأ استقلال القضاء بين النظرية والتطبيق - دراسة في النظام السوداني والعُماني - دراسة مقارنة"، وتتمثل هذه الأسباب في الآتي:-

١. الوقوف على المصادر التي توطر لمبدأ استقلال القضاء في الأنظمة القانونية المقارنة والنظام القانوني السوداني والعُماني.
٢. بيان مفهوم استقلال القضاء في الأنظمة القانونية المعاصرة علاوة على بيانه في النظام القانوني السوداني والعُماني والنظام الإسلامي.
٣. الإضافة الموجبة التي يمكن أن يقدمها الباحث في موضوع هذه الورقة لإثراء المكتبة القانونية.

ثانياً- أهمية موضوع الورقة العلمية:

لهذه الورقة أهمية نظرية، تتمثل في بيان الأسس والمباني والنصوص التي يستند عليها مبدأ استقلال القضاء في الأنظمة القانونية المقارنة، والنظام القانوني السوداني والعُماني والنظام الإسلامي، إضافة لأهمية عملية تتمثل في الوقوف على التطبيق العملي لمبدأ استقلال القضاء في الأنظمة القانونية المعاصرة، علاوة على التطبيق في النظام الإسلامي.

(٣) ورقة علمية مقدمة من مكيد حميدة بعنوان: مبدأ استقلال القضاء يضمن السير الحسن للجهاز القضائي، جامعة الجزائر، منشورة بتاريخ الثامن من يناير ٢٠٢٠م، وردت بالمجلة في الصفحات من ١٣٣-١٤٥، ص ٤.

ثالثاً- أهداف الورقة العلمية:

- هناك عدد من الأهداف يبتغيها الباحثون من هذه الورقة العلمية منها:
١. الوقوف على العقبات التي تواجه تطبيق مبدأ استقلال القضاء.
 ٢. إبراز التطبيق العملي لمبدأ استقلال القضاء في الأنظمة القانونية المعاصرة والنظام الإسلامي.

رابعاً- منهج الورقة العلمية:

سوف نتبع في هذه الورقة العلمية المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن.

خامساً- المشكلة التي تناقشها الورقة العلمية:

تكمّن مشكلة الدراسة في هذه الورقة العلمية في الإجابة على الأسئلة التي يثيرها مبدأ استقلال السلطة القضائية وهي: ما هي الأسس والمبادئ التي يرتكز عليها مبدأ استقلال السلطة القضائية؟ وما هي المصادر التي يستند عليها هذا المبدأ؟ وما هو أثر تطبيق هذا المبدأ على العلاقة بين السلطتين القضائية والتنفيذية؟ وما هي الفلسفة التي ينشدها المشرع الدستوري من إيراد مبدأ استقلال القضاء في الأنظمة الأساسية والدساتير؟ وهل هناك اختلاف بين النظرية والتطبيق لمبدأ استقلال القضاء في النظم القانونية المعاصرة؟

سادساً- خطة البحث:

تناولت الورقة العلمية الموضوع في مبحثين، في المبحث الأول تطرقت لمبدأ استقلال القضاء في النظم الوضعية، وفيه سلطنا الضوء على مفهوم الولاية القضائية ومفهوم استقلال القضاء، وشروط تولية القضاء وطرق إسناد الوظيفة القضائية، وفي المبحث الثاني تناولنا مبدأ استقلال القضاء في النظام الإسلامي، وذلك من حيث مفهوم هذا المبدأ في النظام الإسلامي وتأثيره وتطبيقاته، والعلاقة التي تربط السلطة القضائية والحكام في ظله.

المبحث الأول

مبدأ استقلال القضاء في النظم الوضعية

سوف نتناول في هذا المبحث مفهوم ولاية القضاء ومفهوم استقلال القضاء وتعريفاته وتنظيمه في الأنظمة القانونية والأنظمة الأساسية الداخلية، علاوة على التطرق لشروط تولية القضاء، وكيفية إسناده، وذلك من خلال الآتي:-

أولاً- مفهوم استقلال القضاء:

وقد وردت تعريفات عدة لاستقلال القضاء منها يقصد باستقلال القضاء: أن لا يخضع القضاة والمحاكم في الدولة لسلطان أي جهة أخرى، وأن يكون عملهم خالصاً لإقرار الحق والعدل، خاضعاً لما يمليه الشرع أو القانون والضمير دون أي اعتبار آخر، وأن تكون الأحكام والقرارات الصادرة منهم نافذة غير ممكن التعديل أو الإلغاء أو التعليق عليها من قبل أي جهة، كما عرفت منظمة العفو الدولية استقلال القضاء: {أن يصدر الحكم في أي قضية مطروحة أمامها في إطار من الحيادة وعلى أساس الوقائع وطبقاً لأحكام القانون دون أي تدخل أو ضغوط أو تأثير غير مناسب من أي سلطة حكومية أو غير حكومية، كما أن الاستقلالية تعني أن يكون المعيار في اختيار الأشخاص الذين يتولون مناصب القضاء هو خبرتهم القانونية^(٤).

وقد نص المشرع الدستوري بسلطنة عمان على مبدأ استقلال القضاء في المادة (٧٧) من النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٦) العام ٢٠٢١م بقوله: (السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون ويرتب القانون المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ويبين وظائفها واختصاصاته)، كما تنص المادة (٧٨) من النظام الأساسي على عدم

(٤) بحث بعنوان استقلال القضاء كونه ركيزة من ركائز المحاكمات العادلة، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مجلة الرافدين، مجلد ١١، العدد ٣٩، سنة ٢٠٠٩م، صفحة ٢١٧، مقدم من الباحث رازكار محمد قادر.

التدخل في شؤون القضاء بقولها: (لا سلطان على القضاة في قضائهم لغير القانون، وهم غير قابلين للعزل إلا في الحالات التي يحددها القانون، ولا يجوز لأي جهة التدخل في القضايا أو في شؤون العدالة، ويعد هذا التدخل جريمة يعاقب عليها القانون، ويبين القانون جميع الأحكام الخاصة بالقضاة)^(٥).

وباستقراء النصين السابقين نجد أن المشرع الدستوري بسلطنة عمان حرص على صون استقلال القضاء، بمنع أي تدخل من أي جهة كانت في شؤون، بل أعد مثل هذا التدخل جريمة يعاقب عليها القانون، علاوة على ذلك تنص أغلب القوانين الجزائية على جريمة ازدياء المحكمة وتعاقب عليها، وقد فعل المشرع العماني ونص على هذه الجريمة في المادة (٢٤٨) من القانون الجزائي بقوله: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٦) ستة أشهر، ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات كل من أخل علانية بالاحترام الواجب للقضاء على نحو يشكك في نزاهته أو التزامه بأحكام القانون"^(٦).

كما انتهج المشرع الدستوري في السودان ذات النهج، ونص على استقلال السلطة القضائية في كل الدساتير التي تعاقبت على السودان منذ قانون الحكم الذاتي الصادر سنة ١٩٥٣م إلى الوثيقة الدستورية للفترة الانتقالية لسنة ٢٠١٩م، والتي نصت على استقلال القضاء في المادة (٣٠) في الفقرة الثانية والتي جاء نصها: "تكون السلطة القضائية مستقلة عن مجلس السيادة والمجلس التشريعي الانتقالي والسلطة التنفيذية ويكون لها الاستقلال المالي والإداري اللازم"^(٧)، وقد نص المشرع السوداني في القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م على جريمة التأثير على سير العدالة في المادة (١١٥) بغرض صيانة استقلال السلطة القضائية عن أي مؤثرات خارجية وذلك بقولها: "من يقوم،

(٥) النظام الأساسي للدولة العماني لعام ٢٠٢١م، المواد (٧٧ و ٧٨).

(٦) القانون الجزائي العماني، المادة (٢٤٨).

(٧) الوثيقة الدستورية للفترة الانتقالية لسنة ٢٠١٩م، المادة (٣٠).

قصداً، بفعل من شأنه التأثير على عدالة الإجراءات القضائية أو أي إجراءات قانونية متعلقة بها يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً^(٨). ومفهوم استقلال القضاء أوسع من مفهوم استقلال السلطة القضائية، فالعلاقة بينهما هي علاقة الجزء بالكل وبتعبير آخر أن استقلال القضاء يتضمن مظهرين هما الاستقلال الفردي للقضاة، والاستقلال المؤسسي للسلطة القضائية؛ وذلك لأن استقلال السلطة القضائية يعني تحررها من تعسف السلطتين التنفيذية والتشريعية، أما استقلال القاضي فهو تحرره من التأثيرات مهما كان مصدرها، وهو يعني كذلك تجرد القاضي ونزاهته وعدم انصياعه لأي تأثير سوى العدالة المستمدة من نصوص القانون وضميره، ومن ناحية أخرى هناك اختلاف بين مفهوم استقلال القضاء وحيدة القاضي، فالحياد اصطلاح يقصد به عدم ميل القاضي إلى أطراف الخصومة، بل عدم مساعدة أي منهما أثناء النظر في الدعوى، وعدم إضافة أي واقعة من عنده للنزاع، وعدم قيامه نيابة عن الخصوم أو أحدهم بإثبات طلب أو حق، ويكتفي بالفصل فيما يقدم إليه من وقائع تم طرحها وإثباتها أمامه من طرف الخصوم^(٩).

وعبرت المحكمة الدستورية العليا في مصر عن ذلك في أحد قراراتها المهمة في العام ١٩٩٦م، وفترت بين المبدأين؛ حيث ذكرت: «أن استقلال القضاء يرجع إلى التحرر من تدخل السلطات الأخرى في الشؤون القضائية، في حين أن حييدة القضاة تتعلق بقدرة القاضي نفسه على القضاء في أي دعوى دون أي تحيز شخصي ضد أي طرف من أطراف الدعوى... ولا تعني الحييدة مجرد خلو القاضي من التعصب أو التحيز

(٨) القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م، المادة (١١٥).

(٩) بحث مقدم من الدكتور رزق فايدة ومحي الدين عبد المجيد بعنوان: مبدأ حياد القاضي في الإثبات على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، لمجلة القانون العلوم السياسية، المجلد ٨ العدد ٢ الصفحات من ٢٦٠-٢٧١، صفحة ٢٦٢.

الشخصي، بل أيضاً استبعاد أية اعتبارات ذات صلة منه مثل أرائه السياسية أو الدينية، إذ يتوقع كل متقاض أن تسمع دعواه بإنصاف وبالكامل، وأن تحقق له العدالة^(١٠).

ويعني استقلال القضاء واحداً من مظهرين، الأول: استقلال القضاء بصفته سلطة من سلطات الدولة الثلاث تقف على قدم المساواة مع كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية وهذا المظهر هو الذي يعطي استقلال القضاء معناه الحقيقي؛ لأن إنكار وصف السلطة على القضاء يجرده من استقلاله، وأما المظهر الثاني: استقلال القضاة كأفراد أثناء اضطلاعهم بمهام وظائفهم؛ بحيث يمارس القاضي واجبه دون تأثير أو تدخل من أية جهة كانت، فلا يخضع إلا لحكم القانون والضمير، فإذا لم يكن القضاء مستقلاً فإنه لن يستطيع أن يمارس سلطته في الرقابة سواء على تصرفات السلطة التنفيذية أو التشريعية بشكل فعال، وبالتالي فإنه لن يستطيع حماية مسار الحقوق والحريات الفردية في المجتمع، فهذه الحقوق والحريات تغدو لا قيمة لها دون وجود قضاء مستقل يعطيها معانيها المحددة في ضوء النصوص القانونية ومقاصد صائغها، وتعبير آخر الاستقلال العضوي والوظيفي للقضاء، فالاستقلال الوظيفي يفترض أن السلطة القضائية هي المرجع الوحيد لفض المنازعات، أما الاستقلال العضوي فيعني توفير الحرية الكاملة للقاضي لكي يؤدي وظيفته على أكمل وجه^(١١).

ثانياً - مفهوم ولاية القضاء :

وقد تم التعبير عن ولاية القضاء في الدساتير والقوانين بمصطلحات مختلفة، وهذا هو سبب الاختلاف في تعريف القضاء، وعدم وجود تعريف مانع جامع متفق عليه بين فقهاء القانون العام والخاص على السواء، وإن كان معظم فقهاء القانون الخاص قد ذهب إلى أن ولاية القضاء تعني: اختصاص المحاكم بالفصل في المنازعات، ولكن ثار

(١٠) الدكتور خليل حميد عبد الحميد في بحث بعنوان: استقلال القضاء بين النظرية والتطبيق، مجلة كلية المأمون الجامعية، العدد ١٦، سنة ٢٠١٠م، صفحة ١٢٦.
(١١) أشار لهذا الحكم الدكتور خليل حميد، المصدر السابق، صفحة ١٢٨.

الخلاف حول ما إذا كان مصطلح ولاية القضاء مرادفاً لمصطلح الاختصاص أم أنهما متغايران غير مترادفين، وهناك اتجاهين في هذا الأمر، يذهب الاتجاه الأول: إلى أن لفظ الاختصاص لفظ عام معناه الولاية القضائية الممنوحة لمحكمة من المحاكم في أن تنظر وتحكم في قضية ما فتكون المحكمة مختصة إذا كانت لها هذه الولاية وغير مختصة إذا لم تكن لها ولاية، وتقسم القوانين الإجرائية الاختصاص إلى عدة أنواع، منها القيمي الذي يستند لقيمة الدعوى والنوعي الذي يستند لنوع الدعوى والمحلي أو المكاني الذي يستند إلى مكان إقامة الدعوى.

وذهب الاتجاه الثاني: إلى أن الاختصاص معناه السلطة التي خولها المشرع هيئة من الهيئات القضائية للفصل في المنازعات، لذلك فقواعد الاختصاص تبين المنازعات التي تدخل في سلطة المحكمة أي تبين نصيب كل محكمة من ولاية القضاء^(١٢)، ومضمون هذا الاتجاه هو اعتبار أن الاصطلاحين مترادفين بمعنى واحد، فالاختصاص والولاية هما مفهوم واحد، وإن كان يرى البعض ضرورة التفرقة بين فكرة الاختصاص وفكرة الولاية، وقد ذهب رأي حديث في تعريف ولاية القضاء بأنه: يقصد بها الوظيفة القضائية وما تمنحه من سلطات أو هي مجموع الاختصاصات المسندة لكافة المحاكم في الدولة.

ومن جهة أخرى فإن النظامين القانونيين في كل من المملكة المتحدة والولايات المتحدة يعبران عن ولاية القضاء بالاختصاص Jurisdiction ، فيرى بعض الفقهاء أن الاختصاص يقصد به الخصومات والمنازعات التي ترفع للمحاكم للفصل فيها، أما دستور الولايات المتحدة الأمريكية فقد عبر عن ولاية القضاء بمعنيين مختلفين؛ فقد نص في صدر المادة الثالثة على ولاية القضاء بالهيئة التي تتولى الفصل في المنازعات أي عبر عنها بولاية القضاء العضوية؛ حيث نصت تلك المادة على أن

(١٢) د. رمزي سيف، الوسيط في المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة التاسعة، ١٩٦٩م - ١٩٧٠م،

د. ن، ص ٧٢.

السلطة القضائية في الولايات المتحدة مخولة لمحكمة عليا واحدة، وفي تلك المحاكم الدنيا التي ينشئها الكونجرس وينظمها من وقت إلى آخر^(١٣)، وعبرت المادة الثالثة نفسها في فترتيها الثانية والثالثة عن الولاية القضائية بالوظيفة القضائية، أي باختصاصات الولاية الموضوعية؛ حيث نصت على أن تمتد السلطة القضائية على القضايا عدا المحاكمة عن طريق الاتهام، والتي يتولاها مجلس الشيوخ في القضايا التي تتعلق بمحاكمة رئيس الدولة والقضاة والوزراء وكبار رجال الإدارة الأمريكية، وقد استخدم القضاء الأمريكي نفس الاصطلاح للتعبير عن الوظيفة القضائية بقوله: إن السلطة القضائية هي المحاكم التي تتولى الفصل في الخصومات والمنازعات وإعلان الأحكام فيها لكي تكون نافذة بين الخصوم الذين أقاموا الدعوى أمامها، ويتبين من العرض السابق أن النظم الدستورية عرفت الولاية القضائية مرة بالهيئة التي تتولى الفصل في المنازعات، ثم عرفت مرة أخرى بالاختصاصات التي تمارسها تلك الهيئة، وهنالك تعريف شامل لولاية القضاء أورده المشرع الدستوري المصري في المواد (١٦٥)، (١٦٧) من دستور ١٩٧١م المعدل في ٢٠١١م، والتي تنص على: (السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وفقاً للقانون)، وتنص المادة الأخرى على أن: (يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها ويبين شروط وإجراءات تعيين أعضائها ونقلهم)^(١٤)، فنجد أن تعريف المشرع الدستوري المصري شامل لولاية القضاء العضوية والموضوعية، خلاصة تعريف الولاية القضائية هي هيئة تتطلب في عضويتها شروطاً خاصة، وتشكل بطريقة معينة، وتمارس وظيفتها وفقاً لإجراءات محددة^(١٥)، وقد عبر عنها المشرع العماني في قانون السلطة القضائية

(١٣) دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٧٨٧م، المادة (٣).

(١٤) الدستور المصري لسنة ١٩٧١ المواد (١٦٥، ١٦٧).

(١٥) د. يس عمر يوسف، إستقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والإسلامي، الطبعة الأولى، دار ومكتبة الهلال للطباعة والنشر، ص ٣.

لسنة ١٩٩٩م بولاية القضاء، وجاء في المادة الثامنة من هذا القانون: (فيما عدا الخصومات الإدارية، تختص المحاكم المنصوص عليها في هذا القانون بالحكم في الدعاوى المدنية والتجارية، وطلبات التحكيم، ودعاوى الأحوال الشخصية، والدعاوى العمومية والعمالية والضريبية والإيجارية، وغيرها، التي ترفع إليها طبقاً للقانون، إلا ما استثنى بنص خاص، وتبين النصوص الإجرائية قواعد اختصاص المحاكم)^(١٦).

ثالثاً- شروط تولية القضاء :

إن الشروط الواجب توافرها فيمن يلي القضاء بالإضافة إلى أنها تحدد صلاحيته لذلك المنصب فإنها تعد من العوامل الموضوعية التي تقيد سلطة التعيين في عدم تحكمها في اختيار من تشاء، خاصة إذا كانت هذه الجهة غير قضائية، الأمر الذي يؤدي إلى المساس باستقلال القضاء، إلا أن شروط اختيار القضاة تختلف بحسب نظرة النظام القانوني الذي تتبعه الدولة للمنصب القضائي، فنجد أن دول النظام القاري Continental system يعد القضاء مهنة، ولذلك يشترط فيمن يرشح لهذا المنصب في هذه الدول أن تتوفر فيه شروط الموظف العام التي تنص عليها عادة قوانين الخدمة المدنية، بينما نجد في بلاد الشريعة العامة Common Law وفي مقدمتها المملكة المتحدة والولايات المتحدة أن النظرة إلى منصب القضاء مختلفة، فينظر له على أنه مكافأة ينعم بها على ذلك الشخص الذي تدرس في العمل القانوني في المحاكم في مهنة المحاماة فترة طويلة حتى صقلت التجربة، وقد بلغت أهمية الشروط الواجب توافرها في شخصية القاضي حد القول بأن المنصب القضائي يجب أن يسعى للإنسان لا أن يسعى إليه الإنسان، وتحدث بروفسيور (كار) عن الشروط التي يجب توافرها في شخصية القاضي، وربط بين شخصيته وبين الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ويرى أن لسلوك القاضي وأخلاقه ومعدنه ثم خبرته القانونية والقضائية أهمية عظيمة

(١٦) قانون السلطة القضائية العماني لسنة ١٩٩٩م.

على التحكم في وجهة نظره وهو على منصة القضاء، ولذلك فقد جمعت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية خبرات ومؤهلات مختلفة؛ فقد جمعت بين قضاة أحرزوا نجاحاً في المجالات المالية أمثال ماسويس وفولر وبتلر وروبرت، وجمعت كذلك قضاة كانوا أساتذة للقانون في أرقى الجامعات مثل فرانكفورت و دوجلاس وأستون، ثم ضمت قضاة تمارسوا في العمل القضائي من أدنى المحاكم إلى أعلاها أمثال كاردوز وهولمز، وقضاة عركوا الحياة السياسية أمثال بلاك، ويختم بروفيسور كار بقوله (إن الحقيقة أن قضائنا العظماء من عهد مارشال وتاني وحتى عهد هولمز وبرانديز قد نالوا سمعة وشهرة؛ لأنهم نجحوا في مزج تخصصاتهم الأكاديمية المختلفة وقدراتهم المهنية مع تجاربهم وخبراتهم القانونية)^(١٧).

ويتبين من ذلك أن المؤهل العلمي لا يشترط أن يكون بالضرورة مؤهلاً قانونياً، وإن كان ينبغي أن يكون كذلك، ولذلك لا يشترط أن تكون الخبرة القانونية أو قضائية، فقد تكون خبرة مالية أو دبلوماسية أو حتى العمل التنفيذي أو التشريعي أو السياسي أو التدريس في كليات الحقوق أما عامل السن والذي له أثر على قرارات القاضي كما يقول البروفيسور أونج كان في المتوسط ما بين ٤٠ - ٤٥ سنة حسب الإحصائيات التي قام بها منذ تأسيس المحكمة العليا الأمريكية.

وفي السودان نص قانون الهيئة القضائية لسنة ١٩٨٦م في عدد من المواد على شروط تولية القضاء، وتتمثل هذه الشروط وفقاً للمادة (٢٣) من هذا القانون -وهو نص مشابه للمادة (٣٨) من قانون السلطة القضائية المصري رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢م- في الآتي:

١- يجب فيمن يتولى القضاء أن يكون سودانياً كاملاً الأهلية^(١٨)، ووفقاً لهذا النص لا يجوز تولية القضاء للأجانب؛ وذلك لأن القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة، ولا

(١٧) نقلاً عن د. يس عمر يوسف، استقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ٢٥.

(١٨) انظر قانون الهيئة القضائية لسنة ١٩٨٦م، المادة (٢٣)، الفقرة (١) و (٢).

يجوز أن تسمح الدولة في تولي سلطتها إلا لمن تمتع بجنسيتها، وهناك نص مشابه في النظام العماني، كذلك يجب فيمن يتولى القضاء وفقاً لهذا النص أن يكون كامل الأهلية، والمقصود بكامل الأهلية هو ممارسة الحقوق المدنية، ولكن لا يكفي أن يكون الشخص كامل الأهلية فقط بل يجب أن يكون على درجة من الذكاء والفطنة، ويمكن التحقق من ذلك عن طريق الاختبارات التي يخضع فيها القاضي لتطبيقات عملية كما هو الحال في النظام المصري؛ حيث يعمل معاوناً في النيابة، ومن خلال التفتيش على عمله وتقييمه من كل الوجوه يمكن تعيينه بعد ذلك في القضاء، وهذا خلاف ما كان عليه الوضع في السودان؛ حيث كان يعين الخريج من كلية القانون مباشرة في القضاء دون أن يمارس أي تدريب عملي.

ولكن يجب قبل تعيين الشخص في السلطة القضائية أن يمارس تدريباً عملياً على أعمال كتبة المحاكم والشرطة، ويجلس مع القضاة لسماع الإجراءات العملية، وحتى صدور الأحكام في القضايا المدنية والجنائية والأحوال الشخصية، وبعد ذلك يتم تعيينه وإعطائه سلطة الفصل في الدعاوي، ولكن في تاريخ لاحق تمت إضافة بعض الشروط للتعيين في السلطة القضائية، ومن ضمنها شرط الخبرة؛ حيث أصبح يشترط لاستيعاب الشخص في وظيفة مساعد قضائي أن يكون لديه خبرة عملية سابقة ٤ سنوات.

٢- المؤهل العلمي: كذلك من ضمن شروط تولي القضاء في السودان وفي سلطنة عمان المؤهل العلمي، ووفقاً لهذا الشرط يجب أن يكون المترشح لمنصب القضاء حاصلاً على درجة في القانون من جامعة معترف بها في السودان، وذلك مع عدم الإخلال بأي شرط آخر ينص عليه أي قانون في السودان بشأن تولي القضاء، كقانون تنظيم مهنة القانون لسنة ١٩٦٦م، الذي يشترط لممارسة المهن القانونية أن يجلس الشخص لامتحان تنظيم مهنة القانون، ويجتاز الامتحان، وقد جاء تفسير المهن القانونية في المادة (٣) من هذا القانون بقولها: (يقصد بالمهن القانونية العمل في

القضاء أو المحاماة ووزارة العدل والقضاء العسكري أو في أي مرفق آخر يستلزم تقديم الاستشارة القانونية^(١٩).

وقد جاءت المادة (١٠) من قانون تنظيم مهنة القانون لسنة ١٩٦٦م تحت عنوان تقييد الاشتغال بالمحاماة أو العمل في الهيئة القضائية أو القضاء العسكري أو كمستشار قانوني، وتنص هذه المادة على الآتي:

١. لا يعد من يطلب رخصة بموجب قانون المحاماة لسنة ١٩٨٣م للاشتغال بمهنة المحاماة أمام المحاكم المدنية والجنائية بعد نفاذ هذا القانون أنه حائز على مؤهلات بالمعنى الوارد في ذلك القانون إلا إذا اجتاز الامتحان المشار إليه في المادة (٧) من قانون تنظيم مهنة القانون لسنة ١٩٦٦م.

٢. لا يعد مقدم الطلب لائقاً للتعيين في الخدمة المستديمة بالمعاش كعضو في الهيئة القضائية أو القضاء العسكري أو كمستشار قانوني بوزارة العدل أو في أي وزارة أو مصلحة حكومية اتحادية أو مؤسسة شبه حكومية اتحادية أو مستشار قانوني في الوزارة الولائية للإدارة والشؤون القانونية والتنسيق أو أي وزارة ولائية أخرى أو مصلحة حكومية ولائية أو مؤسسة شبه حكومية ولائية إلا إذا اجتاز الامتحانات التي يتطلبها هذا القانون^(٢٠)، وفقاً لهذه المادة لا يجوز للشخص أن يعمل بأي من المهن القانونية إلا بعد أن يجتاز امتحان تنظيم مهنة القانون الذي نص عليه القانون المذكور في المادة (٧) منه.

٣- أن يكون حسن الأخلاق محمود السيرة: وهذا الشرط أساسي وضروري، ويجب أن يتوفر فيمن يلي القضاء؛ وذلك لأن القاضي هو الأمين على حقوق الناس، وهو الذي يرد الحق المغصوب إلى صاحبه، لذلك يجب أن تتوفر فيه الأخلاق الحميدة حتى يطمئن المتقاضين إلى حكمه وعدله.

^(١٩) انظر قانون تنظيم مهنة القانون لسنة ١٩٦٦م، المادة (٣).

^(٢٠) انظر المادة (١٠) من قانون تنظيم مهنة القانون لسنة ١٩٦٦م.

٤- ألا يكون قد صدر حكم من محكمة مختصة أو من مجلس محاسبة في أمر مغل بالشرف أو الأمانة حتى لو صدر قرار بالعفو عنه. وهذا الشرط أيضاً تم وضعه للتأكد من نزاهة الشخص المرشح للهيئة القضائية.

٥- ألا يقل عمره عن ثلاثة وعشرين سنة إذا كان التعيين في وظيفة مساعد قضائي، وعن خمس وعشرين سنة إذا كان التعيين في المحاكم الجزئية، وعن ثلاثين سنة إذا كان التعيين في المحاكم العامة، وعن خمس وثلاثين سنة إذا كان التعيين في محاكم الاستئناف، وعن أربعين سنة إذا كان التعيين في المحكمة العليا^(٢١).

وما نصت عليه المادة (٢٣) من شروط يمثل الشروط العامة للتعين في الهيئة القضائية، بالإضافة إلى ذلك نص قانون الهيئة القضائية لسنة ١٩٨٦م على شروط خاصة للتعين لكل درجة من درجات القضاء من وظيفة مساعد قضائي إلى درجة قاضي المحكمة العليا، وذلك في المواد (٢٤، ٢٥، ٢٦، ٢٧، ٢٨، ٢٩) منه^(٢٢)، كما نص المشرع العماني في قانون السلطة القضائية لسنة ١٩٩٩م على ذلك في المادة (٢٥) بقوله: (مع مراعاة أحكام المادة (٢١)، يجوز أن يعين في إحدى الوظائف القضائية التالية من اشتغل بتدريس الشريعة الإسلامية أو القانون في الجامعات والمعاهد العليا المعترف بها، أو مارس المحاماة مدة لا تقل عن:

- أ- ثلاث سنوات، إذا كان التعيين في وظيفة قاض.
- ب- ست سنوات، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي محكمة ابتدائية ثان، منها بالنسبة إلى المحامين سنتان أمام المحاكم الابتدائية.
- ج- ثماني سنوات، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي محكمة ابتدائية أول، منها بالنسبة إلى المحامين ثلاث سنوات أمام المحاكم الابتدائية.

(٢١) انظر المادة (٢٣)، من قانون الهيئة القضائية لسنة ١٩٨٦م، الفقرات ٣، ٤، ٥.

(٢٢) انظر قانون الهيئة القضائية لسنة ١٩٨٦م المصدر السابق، المواد (٢٤، ٢٥، ٢٦، ٢٧، ٢٨، ٢٩).

د- اثنتي عشرة سنة، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي محكمة استئناف، منها بالنسبة إلى المحامين سنتان أمام محاكم الاستئناف.

هـ- سبع عشرة سنة إذا كان التعيين في وظيفة قاضي المحكمة العليا، منها بالنسبة إلى المحامين سنتان أمام المحكمة العليا^(٢٣).

كما نصت المادة (٢٦) على جواز التعيين في الوظائف القضائية من اشتغل في أعمال نظيره بقوله: (مع مراعاة أحكام المادة (٢١)، يجوز أن يعين في إحدى الوظائف القضائية التالية، من مضى على اشتغاله بأعمال قانونية نظيرة، مدة لا تقل عن:

أ- خمس سنوات، إذا كان التعيين في وظيفة قاض.

ب- ثماني سنوات، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي محكمة ابتدائية ثان.

ج- عشر سنوات، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي محكمة ابتدائية أول.

د- أربع عشرة سنة، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي محكمة استئناف.

هـ- تسع عشرة سنة، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي المحكمة العليا).

كما تنص المادة (٣٢) من القانون ذاته على أن يكون التعيين بناء على مرسوم سلطاني، ماعدا التعيين في وظيفة مساعد قضائي بقولها: (يكون التعيين في الوظائف القضائية بمرسوم سلطاني، بناء على ترشيح مجلس الشؤون الإدارية، وذلك فيما عدا وظيفة قاض مساعد فيكون التعيين فيها بقرار من وزير العدل بعد موافقة المجلس)^(٢٤).

رابعاً- إسناد ولاية القضاء:

لكي يكون القاضي مستقلاً في أداء واجبه يجب أن يشعر بأنه ليس مديناً لشخص معين ولا إلى جهة معينة في اختياره لمنصب القضاء، وأنه حصل عليه بكفاءته وأهليته دون أن يكون لأحد فضل عليه في ذلك، لذلك اجتهد فقهاء القانون الدستوري والعلوم السياسية في البحث عن وسيلة مثلى لاختيار القاضي بحيث يكون مستقلاً أتم

(٢٣) انظر قانون السلطة القضائية العماني المادة (٢٥).

(٢٤) انظر: قانون السلطة القضائية العماني المادة (٢٦ و ٣٢).

الاستقلال^(٢٥)، عن الجهة التي اختارته، وقد إستقر جهدهم على طريقتين لاختيار القضاة طريقة التعيين ثم طريقة الانتخاب، وسوف نتناول هاتين الطريقتين لإسناد السلطة القضائية تفصيلاً.

١ - طريقة الانتخاب:

هذه الطريقة تعني اختيار القضاة عن طريق جمهور الناخبين مباشرة أو غير مباشرة، ويزكي هذه الطريقة في أنها تتماشى مع مبدأ أن الشعب هو مصدر السلطات، فكما أنه يختار رجال السلطة التشريعية يختار رجال السلطة القضائية، وتتفق هذه الطريقة أيضاً في إسناد السلطة القضائية مع مبدأ الفصل بين السلطات، ومع استقلال السلطة القضائية من تدخل وتغول السلطين التشريعية والتنفيذية، كما تؤدي هذه الطريقة إلى اهتمام الشعب بالقضاء، وزيادة الصلة بين الشعب والمحاكم وطريقة الانتخاب متبعة في بعض الولايات الأمريكية، وفي سويسرا، ولكنها متبعة بصورة أساسية في دول الكتلة الاشتراكية، وقد نص الدستور الأمريكي في المادة الثانية على طريقة إسناد السلطة

(٢٥) يعني استقلال القضاء واحداً من مظهرين الأول استقلال القضاء بصفته سلطة من سلطات الدولة الثلاث تقف علي قدم المساواة مع كل من السلطين التشريعية والتنفيذية، وهذا المظهر هو الذي يعطي استقلال القضاء معناه الحقيقي؛ لأن إنكار وصف السلطة على القضاء يجرده من استقلاله، وأما المظهر الثاني استقلال القضاة كأفراد أثناء اضطلاعهم بمهام وظائفهم؛ بحيث يمارس القاضي واجبه دون تأثير أو تدخل من أية جهة كانت، فلا يخضع إلا لحكم القانون والضمير، فإذا لم يكن القضاء مستقلاً فإنه لن يستطيع أن يمارس سلطته في الرقابة سواء على تصرفات السلطة التنفيذية أو التشريعية بشكل فعال، وبالتالي فإنه لن يستطيع حماية مسار الحقوق والحريات الفردية في المجتمع، فهذه الحقوق والحريات تغدو لا قيمة لها دون وجود قضاء مستقل يعطيها معانيها المحددة في ضوء النصوص القانونية ومقاصد صانعيها، انظر فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، الطبعة الثانية، ١٩٩٩م، بيروت / لبنان، د.ن، ص ١٩.

القضائية لقضاة الولايات عن طريق الاقتراع العام المباشر من الشعب في ست وثلاثين ولاية^(٢٦).

وعلى الرغم من أن أغلب الفقهاء في النظام الإسلامي قد أجمعوا على أن طريقة التعيين هي الطريقة الوحيدة لإسناد السلطة القضائية في النظام الإسلامي؛ إلا أن هناك من يرى أن فكرة انتخاب القاضي لم تكن غريبة عن نظام الحكم الإسلامي في المشرق والمغرب على السواء، وربما كان الجمهور هو الذي يولي مباشرة، وربما كان هو الذي يرشح ويلزم المولي بتسمية المرشح وتعيينه، وإستدل هؤلاء برأي الماوردي في تقليد أهل البلد للقاضي^(٢٧)، ولكن يتبين أن الماوردي يتحدث عن حالة الضرورة حين يخلو العصر من إمام بصفة مؤقتة أو دائمة، وهناك من يرى على الرغم من محاسن طريقة الانتخاب لإسناد السلطة القضائية؛ إلا أنها تنطوي على كثير من العيوب تجهض كل تلك المحاسن، وتقضي على استقلال القضاء ومن أهم تلك العيوب:

أ) تدخل العوامل السياسية: من الثابت أن الانتخابات العامة تنظمها وتمارسها الأحزاب السياسية، وأن القاضي لا يضمن فوزه في تلك الانتخابات ما لم يجد الدعم والتأييد من حزب سياسي معين، ومن ثم فإن ترشيح القاضي يتم عن طريق الهيئات السياسية للحزب، وأن فوزه يتوقف على اختيار جمهور ذلك الحزب له، ولذا فإن القاضي يشعر بأنه مدين لذلك الحزب وجماهيره، ويكون متعاطفاً مع وجهات نظره مما يفقده حياده الذي هو أهم سمات استقلاله، وبالرغم من الطابع الديمقراطي الظاهري لهذه الطريقة فإنها أسوأ الطرق؛ نظراً لخضوع القضاة للأحزاب السياسية^(٢٨).

(٢٦) د.يس عمر يوسف، استقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ٣٣.

(٢٧) الماوردي، أدب القاضي، تحقيق يحيى هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، سنة ١٩٧١م، ص ١٣٩.

(٢٨) د. عوض الحسن النور، بحث بعنوان: القضاء في السودان، مجلة القانون والمجتمع، صادرة من معهد التدريب والإصلاح القانوني السنة الأولى، العدد الثاني، سبتمبر ١٩٩٩م، ص ٥٧.

ب) سوء الاختيار: والثابت كذلك أن انتخاب القاضي لا يقوم على كفاءته العلمية وخبرته القضائية وسلوكه، وهي الصفات الواجب توفرها فيمن يرشح لمنصب القضاء، ولكنه يقوم على الرغبة الشعبية والصدقات والعلاقات والقرابة، وبذلك قد يصل إلى منصب القضاء رجال ضعفاء غير مؤهلين علمياً وخلقاً، وذلك لعدم تقدير الناخبين للمؤهلات والمزايا التي يتعين توفرها في القاضي^(٢٩).

ج) توقيت المنصب: إن الانتخاب مهما كانت مدته يعتبر مؤقتاً؛ لأنه بعد انتهاء فترة الانتخاب قد لا يعاد انتخاب القاضي مرة أخرى، وهذا يتعارض مع مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل، ويجعل النظام القضائي يفترق إلى الخبرة والتجربة؛ لأن فترة الانتخاب غير كافية لأن يكتسب فيها الخبرة والتجربة اللازمتين لتدعيم المنصب القضائي، ولهذه الأسباب وغيرها لم تأخذ كثير من النظم القانونية بطريقة اختيار القضاة عن طريق الانتخاب.

٢ - طريقة التعيين:

وجوهر هذه الطريقة أن تقوم جهة معينة في الدولة بتعيين القضاة، فقد تكون تلك الجهة السلطة التشريعية، وقد تكون السلطة التنفيذية، وقد تكون مشاركة بين السلطة التنفيذية والتشريعية، وقد تكون مشاركة بين السلطة التنفيذية والسلطة القضائية، وإن كان اختيار القضاة عن طريق السلطة التنفيذية أكثر الطرق انتشاراً^(٣٠).

رغم ما يعاب على هذه الطريقة الأخيرة في أنها تخالف مبدأ الفصل بين السلطات، وتخضع السلطة القضائية للحكومة مما يعرض استقلال السلطة القضائية إلى خطر فعلي، فيرى [الدكتور سليمان الطماوي] أن تعيين القضاة بواسطة السلطة التنفيذية لا

(٢٩) د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة السادسة، ص ٢٨٧.

(٣٠) د. يس عمر يوسف، استقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ٣٦.

يتعارض مع استقلال القضاء؛ لأن القانون يحدد الطرق التي يتعين على السلطة التنفيذية أن تراعيها، وهي تعين القضاة بالشروط والمؤهلات التي يجب توفرها في المرشحين لمنصب القضاء، ومثال للدول التي تأخذ بتعيين القضاة المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية، فيتم تعيين قضاة المحاكم العليا وقضاة المحاكم الجزئية وقضاة محاكم الأقاليم الجنائية وقضاة الصلح بقرار يصدر من قاضي القضاة في بريطانيا، وهنا يتم التعيين بواسطة السلطة القضائية نفسها، وهذه أضمن طريقة لاستقلال السلطة القضائية، ولكن يتم تعيين رئيس محكمة الاستئناف ولوردات الاستئناف معاونون ورئيس دائرة مجلس الملك الخاص من قبل رئيس الوزراء، وفي هذه الحالة يتم التعيين من قبل السلطة التنفيذية، أما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد نص الدستور الأمريكي في المادة الثانية على أن رئيس الولايات المتحدة الأمريكية هو الذي يتولى تعيين قضاة المحاكم الاتحادية بناء على مشورة وموافقة مجلس الشيوخ، وتأخذ بلجيكا في تعيين السلطة القضائية بنظام وسط يمزج بين الانتخاب والتعيين، ورئيس الدولة يقوم باختيار قضاة محكمة النقض ومحاكم الاستئناف ورؤساء ووكلاء المحاكم الابتدائية، لكن هذا الاختيار يتم من بين قائمتين للمرشحين تقوم الهيئة القضائية التي يراد تعيين القضاة بها بإعداد أولها، وتعد الثانية الهيئات المنتخبة، وهي مجلس الأعيان عند تعيين قضاة محكمة النقض، ومجلس المديرية عند تعيين قضاة محاكم الاستئناف ورؤساء ووكلاء المحاكم الابتدائية، أما في ألمانيا فهناك طريقة مختلفة تماماً حيث يتم تعيين القضاة عن طريق الهيئة التشريعية التي تقوم بتعيين أعضاء المحكمة الدستورية عن طريق انتخابهم بواسطة مجلس النواب والاتحاد لمدة اثني عشر عاماً مع جواز انتخابهم مرة أخرى، وطريقة التعيين هي الطريقة المثلى لاختيار أعضاء السلطة القضائية؛ وذلك لأن هذا الأسلوب يحقق ميزة حسن الاختيار باعتبار أن رجال السلطة التي تعين القضاة أقدر من الناخبين على التعرف على

الكفاءات المؤهلة والصالحة لتشغل وظائف القضاة، ويعاب على هذا النظام خشية خضوع القضاة للسلطة التي تولت تعيينهم بما يؤثر على استقلالهم وحيادهم من ناحية، والتخوف من أن تتعرض عملية التعيين لمؤثرات سلطة التعيين ويكون للاعتبارات السياسية والأهواء الحزبية دخل كبير، ودفعاً لهذه الخشية تنص التشريعات التي تأخذ بهذا الأسلوب على تقييد حق السلطة التنفيذية بقيود تحول دون تسلطها أو استبدادها، وذلك بالنص على ضرورة توفر شروط موضوعية دقيقة يجب توفرها فيمن يعينون في مناصب القضاة، بما يحد من احتمال تحكم سلطة التعيين^(٣١).

وفي السودان نص قانون الهيئة القضائية على كيفية إسناد السلطة القضائية في المادة (٢٢) بقوله: (يعين رئيس الجمهورية رئيس القضاء ونوابه وقضاة المحكمة العليا وقضاة الاستئناف وقضاة المحاكم العامة والقضاة الجزئيين ويعفيهم من مناصبهم)^(٣٢)، ولكن وفقاً لدستور السودان الانتقالي الملغي لسنة ٢٠٠٥م، تم إنشاء مفوضية للخدمة القضائية تتولى تعيين القضاة بناء على توصية من رئيس الجمهورية وفق للمادة (١٣٠) الفقرة (١) التي تنص على: (مع مراعاة الكفاءة والنزاهة والمصادقية يعين رئيس الجمهورية وفقاً للمادة (٥٨) (٢) (ج) من هذا الدستور متى كان ذلك منطبقاً، وبناءً على توصية المفوضية القومية للخدمة القضائية، كل من رئيس القضاء لجمهورية السودان ونوابه وقضاة المحكمة القومية العليا وكل قضاة السودان)، وقد ألغت الوثيقة الدستورية للفترة الانتقالية لعام ٢٠١٩م مفوضية الخدمة القضائية التي نص عليها دستور ٢٠٠٥م الملغي، واستعاضت عنها بمجلس القضاء العالي الذي يتولى سلطاتها واختصاصاتها حسب نص المادة (٢٩) من الوثيقة التي تنص على: (ينشأ مجلس

(٣١) د. عوض الحسن النور، مرجع سابق، ص ٦٠.

(٣٢) قانون الهيئة القضائية السوداني لعام ١٩٨٦م، المادة (٢٢).

القضاء العالي ليحل محل المفوضية القومية للخدمة القضائية، ويتولى مهامها، ويحدد القانون تشكيكه واختصاصاته وسلطاته^(٣٣).

وفي تقديري أن هذا الوضع يلائم استقلال القضاء في أن تعطي السلطة في اختيار القضاة للقضاة أنفسهم، علاوة على ذلك فقد نصت المادة (٣٠) الفقرة الثانية من الوثيقة بصورة واضحة لا لبس فيها على استقلال السلطة القضائية من الناحية الإدارية والمالية بقولها: {تكون السلطة القضائية مستقلة عن مجلس السيادة والمجلس التشريعي الانتقالي والسلطة التنفيذية ويكون لها الاستقلال المالي والإداري اللازم}، وفي ذلك أفرد النظام الأساسي للدولة العماني المادة (٨٢) منه لتشكيل مجلس يقوم على أمر القضاء بقوله: (يكون للقضاء مجلس أعلى يشرف على حسن سير العمل في المحاكم وفي الأجهزة المعاونة، يصدر بتشكيكه ونظام عمله مرسوم سلطاني، ويبين القانون صلاحياته في الشؤون الوظيفية للقضاة، والادعاء العام)^(٣٤)، وتنفيذاً لهذا النص أورد المشرع العماني في قانون السلطة القضائية لسنة ١٩٩٩م وضع مماثل للوضع في السودان؛ فتنص المادة (١٦) على أن: (يكون للقضاء مجلس للشؤون الإدارية برئاسة رئيس المحكمة العليا...)، وطبقاً للمادة (١٧): (يختص مجلس الشؤون الإدارية بالنظر في كل ما يتعلق بتعيين وترقية ونقل وندب وإعارة القضاة، وسائر شؤونهم الوظيفية، وغير ذلك من الاختصاصات التي يقرها القانون، وللمجلس اقتراح مشروعات القوانين المتعلقة بالقضاء، ويجب أخذ رأيه في هذه المشروعات)^(٣٥).

(٣٣) المادة (٢٩) من الوثيقة الدستورية للفترة الانتقالية للعام ٢٠١٩م.

(٣٤) النظام الأساسي للدولة العماني مصدر سابق المادة (٨٢).

(٣٥) قانون السلطة القضائية العماني المواد (١٦ و ١٧).

المبحث الثاني

مبدأ استقلال القضاء في النظام الإسلامي

في هذا المبحث سوف نتناول مفهوم استقلال القضاء في النظام الإسلامي، والمظاهر والتطبيقات التي تدل عليه، والعلاقة بين القضاء وحكام الدولة الإسلامية، وذلك من خلال الآتي:

أورد الماوردي في كتاب الأحكام السلطانية أن الخليفة (رئيس الدولة الإسلامية) له حق تقليد (تعيين) القاضي إذا تكاملت فيه سبع شروط^(٣٦) ذكرها بالتفصيل، وكذا عزلهم وتحديد مرتباتهم ونقلهم ومحاسبتهم، ولكن تصرفات رئيس الدولة الإسلامية في هذا الصدد محكومة بدستور الدولة الإسلامية؛ فيجب ألا تتعارض هذه التصرفات مع الدستور أو مقاصد الشريعة الإسلامية وإلا وقعت تصرفاته باطلة، وكذلك نجد أن القضاء في الدولة الإسلامية يتدخل لمراقبة القرارات الصادرة من السلطة التنفيذية، وذلك للتأكد من عدم مخالفتها لدستور الدولة الإسلامية، وبناء على ذلك سوف نتناول مفهوم القضاء ودوره في النظام الإسلامي.

القضاء في الإسلام مختص بنظر جميع المنازعات سواء كانت بين الأفراد بعضهم البعض، أم بين الأفراد والسلطة التنفيذية، ولا يتدخل المشرع باستثناء السلطة التنفيذية من الوقوف أمام القضاء كمدعي عليه في بعض الحالات، كما هو الوضع في النظام الوضعي بتحسين بعض قرارات السلطة التنفيذية فيما يعرف بأعمال السيادة، والفقهاء المسلمون في كلامهم عن المدعى عليه لا يعيرون إهتماماً للفرقة بين أن يكون المدعى عليه فرداً أو والياً أو حتى رئيس الدولة؛ وذلك لأنه من البديهيات لديهم أن كل ظلم يجب على القاضي رفعه سواء وقع من الأفراد أو من الإدارة، وعلى ذلك فأى عمل تقوم به الإدارة، أي كان، قراراً إدارياً أو عملاً مادياً، ينطوي على ظلم وفيه إعتداء على

(٣٦) الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ص ٨٨.

حقوق الأفراد أو حرياتهم المقررة في القانون الإسلامي؛ فإن القضاء الإسلامي يختص برفعه والتعويض عنه، تحقيقاً للعدل الذي أمر به القرآن الكريم في مواضع عديدة، ودفعاً للظلم الذي نهى عنه^(٣٧).

وقد ذكر ابن خلدون الظلم الذي يمكن أن يحصل من الإدارة فقال: (ولا تحسبن الظلم إنما هو أخذ المال أو الملك من يد مالكة من غير عوض ولا سبب، كما هو المشهور بل الظلم أعم من ذلك وكل من أخذ ملك أحد أو غصبه في عمله أو طالبه بغير حق أو فرض عليه حقاً لم يفرضه الشرع فقد ظلمه، فجباة الأموال بغير حقها ظلمة والمنتهبون لها ظلمة والمانعون لحقوق الناس ظلمة، ووبال ذلك كله عائد على الدولة بخراب العمران)^(٣٨).

والفرد في الإسلام سواء كان أجيراً أو فلاحاً أو فقيراً معدماً له الحق في أن يرفع الدعوى أمام القضاء ضد العلية من الناس حتى على الخليفة نفسه، وعلى القاضي أن يحكم بالعدل والحق مطبقاً نصوص القانون الإسلامي، ويحكم على الخليفة إذا كانت القضية ضده، كما يحكم على أي فرد من المواطنين، كما أن الخليفة نفسه إذا كانت له شكوى ضد أي أحد فليس أمامه إلا القضاء شأنه شأن أي فرد عادي من المواطنين، ويتضح بنتبع النظام الإسلامي أن الإدارة والفرد سواء وهو ما يطلق عليه الفقهاء التسوية بين الخصوم وهو في عبارة الماوردي (التسوية بين الخصوم في المدخل واللفظ والمجلس من دون تمييز بين الشريف والمشروف والحر والعبد والمسلم وغير المسلم)، وأيد الماوردي ذلك بما رواه عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب أنه تقاضى وأبي بن كعب إلى القاضي زيد بن ثابت في محاكمة بينهم فقصداه في داره فقال زيد لعمر: لو أرسلت إلى لجنتك. فقال عمر: في بيته يؤتي الحكم، فأخذ زيد

^(٣٧) منير حميد البياتي، النظام السياسي الإسلامي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م، دار وائل للنشر،

ص ٢٧٩.

^(٣٨) ابن خلدون، المقدمة، د ن/ د ط، ص ٢٢٣.

وسادته ليجلس عليها عمر فقال عمر: هذا أول جورك ساوى بيننا في المجلس فجلسا بين يديه، ويظهر من الكتاب المشهور الذي أرسله عمر بن الخطاب إلى قاضيه أبي موسى الأشعري، والذي يسميه العلماء (دستور القضاء) أنه لا فرق بين دعوى يرفعها الفرد العادي على الآخر ودعوى يرفعها الفرد على الإدارة فكلها خاضع لنظر القضاء، ونجد أن القاضي في الإسلام وقد أوكل إليه الله عز وجل إحقاق الحق ودفع الظلم بما أنزل الله، وتطبيق الشريعة على الإدارة والأفراد وأخذ الحق من الظالم كائناً من كان ورده إلى المظلوم أي كان، ونصوص الشريعة الإسلامية التي تحرم الظلم جاءت عامة ومطلقة فتشمل ظلم الأفراد لبعضهم وظلم الإدارة للأفراد، والقضاء في الإسلام يملك السلطة الكاملة لإجبار الإدارة للخضوع للقانون الإسلامي، وحماية حقوق الأفراد وحياتهم إذا عسفت بها أو صادرتها، والتاريخ الإسلامي زاخر بالأمثلة الفريدة التي يقف فيها أمام القاضي رئيس الدولة في الإسلام مع خصمه على قدم المساواة ليقضي القاضي بينهم بالعدالة التي أنزل الله وقد قضى في مواضيع عديدة ضد رئيس الدولة، ومع أن القضاء الإسلامي العادي يملك الرقابة على أعمال الإدارة في إعتدائها على حقوق الأفراد وحياتهم؛ إلا أن صورة هذه الرقابة وأحكامها يظهر بصورة أقوى وأمكن وأوضح في قضاء المظالم الذي كان السبب الأصيل في إنشائه النظر في ظلم الولاية واعتدائهم على حقوق الأفراد^(٣٩).

وحرص أغلب الخلفاء في العصور الإسلامية المختلفة على الحفاظ على حرمة القضاء، وعدم التدخل في شؤونه وتوفير المهابة له، وضمان استقلال القضاء وحياتهم، وكذلك كان أكثر القضاة يترفعون عن كل ما يخل باستقلالهم وحياتهم، ولكن على الرغم من ذلك كانت هنالك علاقة بين القضاء والخليفة تتمثل في توجيه الخليفة للقضاء، وكان ذلك واضحاً في عهد الخليفة عمر بن الخطاب من خلال العهد الذي

(٣٩) منير حميد البياتي، مرجع سابق، ص ٢٨١.

بعث به إلى قاضيه أبو موسى الأشعري، فهناك توجيه واضح من الخليفة للقاضي حول كيفية القضاء والذي يجب أن يفعله القاضي، إذا عرضت عليه القضية^(٤٠) بقوله: (إقض بما إستبان لك من كتاب الله، فإن لم تعلم كتاب الله كله، فاقض بما إستبان لك من قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإن لم تعلم كل أقضية الرسول صلى الله عليه وسلم فاقض بما إستبان لك من أمر الأئمة المهتدين، فإن لم تعلم كل ما قضت به الأئمة المهتدين فاجتهد رأيك وإستشر أهل العلم والصلاح)، وفي رواية ثانية (وإن شئت أن تؤامرني فأمرني ولا أرى مؤامرتك إياي إلا خيراً لك والسلام).

والمؤامرة تعني المشاورة، وهي أمر مشروع لا ينقص من حرية القاضي واستقلاله، وهي ليست ملزمة ولكنها طريقة من طرق التحقيق والتماس الحقيقة، والقاضي مخير في أن يأخذ بها أو يدع فإذا كان جائزاً مشاورة أهل العلم والصلاح فتكون مشاورة الخليفة جائزة من باب أولى، ولا سيما إذا كان الخليفة كعمر بن الخطاب، ولكن يجب أن تنحصر هذه المشاورة فيما إستعصى على القاضي من القضايا، ولكن لا تعني بأي حال جواز تبذل القضاة على أبواب الخلفاء والملوك والولاة والأمراء وغيرهم، فكان كثير من القضاة يرون في الترفع من التردد على الخليفة وجهاً من وجوه الاستقلال، ولقد نظر بعض العلماء المؤرخين هذه النظرة إلى القاضي الذي يكتر من التردد على السلاطين، وذلك خوفاً من تدخل السلطة التنفيذية في أعمال القضاء.

ولقد اتخذ القضاء في النظام الإسلامي مواقف واضحة تجاه تدخل السلطة التنفيذية، وذلك حتى لا تؤثر السلطة التنفيذية في استقلاله فرفض أي نوع من أنواع التدخل في أحكامه، وظل على مدى تاريخ الدولة الإسلامية قلعة قوية شامخة وحارسة وحامياً للشرعية، ومنقذاً للحق حتى ولو كان بين فكي السلطان أو أنياب عماله، وإذا كانت الأمثلة في ذلك لم تسعها بطون كتب التاريخ؛ فإننا نقدم بعض النماذج لتأكيد مدى

(٤٠) د.يس عمر يوسف، استقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ٣٥٨.

الاستقلال الذي كانت تقوم عليه علاقة الخليفة بالقضاء، والذي خضع له الخليفة مجبراً أو طائعاً ومختاراً، فقد رُوي أن أحد كبار قادة الجيش في زمن الخليفة المنصور قد ادعى ملكية أرض في حياة تاجر وكان النزاع أمام القاضي أبي سود بن عبد الله قاضي البصرة فكتب له الخليفة المنصور أن ينظر في تلك الأرض وأن يدفع بها للقائد فرد عليه القاضي، أن البينة قامت عنده للتاجر ولم يخرجها إلا بينة، وكان القاضي على حق؛ لأن الأرض كانت في حياة التاجر، وهذه الحياة قرينة على الملكية ما لم يتقدم القائد ببينة أخرى تدحض تلك القرينة، ولكن الخليفة المنصور كتب للقاضي مرة أخرى، وقال: (والله العظيم الذي لا إله إلا هو لتدفعها للقائد)، فرد عليه القاضي (والله العظيم الذي لا إله إلا هو لا أخرجها من يد التاجر إلا بحق)، فماذا كان رد الخليفة على هذا التحدي السافر من القاضي؟ هل عزله؟ لا بل إنصاع الخليفة إلى حكم القاضي مسروراً ومعتزلاً بقضائه، وأنه قد أرسى قواعد العدل حتى أصبح القضاء يراقبه ويرده إلى الطريق الحق فقال: ملأتها والله عدلاً وصارت قضاتي تردني إلى الحق^(٤١). ولعل في موقف شريك ما يدل على صرامة القاضي في الحق، وهو بحق موقف غريب يثير الدهشة والإعجاب، فهو رجل قد اعتصم بالحق ووقف أمام السلطان حتى أرغم الحاكم على الخضوع للحق والنزول على رأي العدالة والوقوف موقف المساواة من خصمه ولو كان امرأة ضعيفة لا حول لها ولا قوة، فقد روى الخطيب البغدادي، أن امرأة شكت للقاضي شريك بأن الأمير موسى بن عيسى أمير الكوفة قد ساومها على أن تبيع له بستاناً ورثته عن آبائها فرفضت، فأرسل خمسمائة فاعل فاقتلعوا الحائط الذي كان يسور البستان، أمر القاضي بإعلان الأمير الذي استنكر هذا الإجراء، وأمر رجل الشرطة بتبليغه للقاضي، فما كان من القاضي إلا أن وضع الشرطي في الحبس، ولما علم الأمير بذلك بعث إليه بحاجبه فوضعه القاضي أيضاً في الحبس، ثم بعث له بأصدقائه ليتشفعوا في الأمر فهددهم بوضعهم في الحبس فلما يئس الأمير ذهب وأخرج كل من كان في الحبس، ولما علم القاضي بذلك شد رحاله إلى الخليفة في بغداد وقال

(٤١) د. يس عمر يوسف، استقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ٣٦٢-٣٦٣.

(والله ما طلبنا هذا الأمر منهم) علم الأمير بذلك ولحق به واستعطفه بالرجوع، وخضع للمثول أمامه فوافق القاضي على أن يعاد كل من كان في الحبس مرة أخرى فأعيدوا إلى الحبس، ووقف الأمير مع خصمه المرأة وأقر بدعواها فحكم عليه القاضي برد جميع ما أخذه وألزمه ببناء الحائط وبيت الفارس ومتاعه، ثم وثب بعد الحكم فأخذ بيد الأمير فأجلسه في مجلسه ، ثم قال (السلام عليك يا أيها الأمير أتأمر بشيء) قال: أي شيء أمر! وضحك.

وموقف آخر للقاضي شريك بينه وبين الخليفة المهدي، حيث كانت الصلة بين القاضي شريك وبين الربيع صاحب الخليفة صلة ليست على مايرام، واتهمه الربيع عند الخليفة بأنه فاطمي، وكان هذا اتهام سياسي خطير، فاستدعاه المهدي وقال له: بلغني أنك فاطمي. فقال شريك: أعيد بالله يا أمير المؤمنين أن تكون غير فاطمي إلا أن تعني فاطمة بنت كسرى، فقال: ولكنني أعني فاطمة بنت محمد صلى الله عليه وسلم، قال: أقتلنها يا أمير المؤمنين؟ قال: معاذ الله. فماذا تقول فيمن يلعنها؟ قال: عليه لعنة الله. فألعن هذا وأشار إلى الربيع فإنه يلعنها، لعنه الله قال المهدي: دعني من هذا فإنني رأيتك في منامي كأن وجهك مصروف عني وقفاك إليّ، وما ذاك إلا بخلافك علي ورأيت في منامي أقتل زنديقاً. قال شريك: إن رؤياك يا أمير المؤمنين ليست برؤيا الصديق يوسف صلوات الله على محمد وعليه، وإن الدماء لا تستحل بالأحلام، وإن علامة الزندقة بينة. قال: وما هي؟ قال: شرب الخمر والرشي في الحكم، ومهر البغي. قال: صدقت والله يا عبد الله، أنت والله خير من الذي حملني عليك^(٤٢).

والحق أن هذه المواقف من القاضي شريكاً، ينحني لها التاريخ إجلالاً وإعجاباً، ويسجل مفاخر القضاء واستقلاله في النظام الإسلامي بحروف من نور، فعلى الرغم من أن شريك كان يقف موقف الاتهام أمام الخليفة في أخطر قضية في ذلك الوقت وهي مشايعة آل البيت التي كانت في عهد العباسيين عقوبتها القتل، ودينية لأن الزندقة جريمة أيضاً عقوبتها القتل، ومع ذلك فإن الحق كان ينساب بين شفثيه قوة وجراً وصلت إلى حد تسفيهه أحلام الخليفة، وأنها ليست من أحلام الأنبياء، وسخريته من

(٤٢) العقد الفريد، لابن عبد ربه، الجزء ٢، ص ٥٠/٥١، تحقيق: محمد سعيد العريان.

الإعتماد على أحلامه؛ لأن الأحكام لا تبنى على الأحلام إذ أن هذه هي العلاقة التي تحكم صلة الخليفة بالقاضي تقوم على الحق والحق، ويتبين من هذا العرض أن القضاة وقفوا بصلاية ضد تدخل الخليفة، إذا ما أراد التدخل والتأثير في أحكامهم، وبذلك صانوا استقلالهم.

الخاتمة

أولاً- النتائج:

١. رغم وجود علاقة بين السلطة القضائية والتنفيذية في النظام الإسلامي تتمثل في تعيين القضاة بواسطة السلطة التنفيذية، إلا أن ذلك لم يؤثر على استقلال القضاء؛ لأن السلطة القضائية كانت تولى لأشخاص أقوياء لا يخشون الحاكم.
٢. وقف القضاة في النظام الإسلامي بصلاية ضد تدخل الولاة والخلفاء إذا ما أرادوا التدخل والتأثير في أحكامهم وبذلك صانوا استقلالهم.
٣. أصبح النص على مبدأ استقلال القضاء جزء لا يتجزأ من النظم الداخلية للدول، علاوة على تضمينه في المواثيق الدولية، أما الناحية العملية وتطبيق المبدأ في أرض الواقع فيختلف من دولة لأخرى.
٤. يوجد اختلاف بين مبدأ استقلال القضاء ومبدأ حياد القاضي.
٥. شروط تولية القضاء من العوامل الموضوعية المقيدة لسلطة التعيين باختيار المستوفين من المتقدمين للوظيفة القضائية.
٦. تختلف النظرة للمنصب القضائي باختلاف النظم القانونية؛ فينظر إليه في بعض النظم على أنه وظيفة، وتعتبره نظم أخرى على أنه مكافأة.

ثانياً- التوصيات:

١. توصي الورقة بضرورة إسناد أمر السلطة القضائية بالكامل لجهة مستقلة تتصل بمرفق القضاء بصلة، وبعيداً عن السلطة التنفيذية.
٢. طريقة التعيين في المنصب القضائي هي الأفضل للمحافظة على استقلال القضاء.

المراجع

أولاً - المصادر:

(١) القرآن الكريم.

(٢) السنة النبوية.

ثانياً- الكتب الفقهية:

(١) أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط.

(٢) الماوردي، أدب القاضي، تحقيق يحيى هلال السرحان، مطبعة الإرشاد بغداد، سنة ١٩٧١م.

(٣) ابن عبد ربه، العقد الفريد الجزء ٢، ص ٥١/٥٠، تحقيق: محمد سعيد العريان.

ثالثاً- الكتب القانونية والفقهية:

(١) د. رمزي سيف، الوسيط في المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة التاسعة، ١٩٦٩م-١٩٧٠م، د.ن.

(٢) د. يس عمر يوسف، إستقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والإسلامي، الطبعة الأولى، دار ومكتبة الهلال للطباعة والنشر.

(٣) فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، الطبعة الثانية، ١٩٩٩م، بيروت / لبنان، د.ن.

(٤) د. دسليمان الطماوى، السلطات الثلاث فى الدساتير العربية المعاصرة وفى الفكر السياسى الإسلامى، دار الفكر العربى، القاهرة، الطبعة السادسة.

(٥) د. منير حميد البياتي، النظام السياسي الإسلامي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م، دار وائل للنشر.

(٦) عبد الرحمن محمد بن خلدون، المقدمة، د ن / د ط.

رابعاً- الأوراق العلمية:

(١) ورقة علمية مقدمة من مكيد حميدة بعنوان: مبدأ استقلال القضاء يضمن السير

الحسن للجهاز القضائي، جامعة الجزائر، منشورة بتاريخ الثامن من يناير ٢٠٢٠م،

وردت بالمجلة في الصفحات من ١٣٣-١٤٥.

- ٢) بحث بعنوان استقلال القضاء بين النظرية والتطبيق، مجلة كلية المأمون الجامعية العدد الـ ١٦، سنة ٢٠١٠م، الدكتور خليل حميد عبدالحميد.
- ٣) بحث بعنوان: استقلال القضاء كونه ركيزة من ركائز المحاكمات العادلة، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مجلة الرافدين، مجلد ١١، العدد ٣٩، سنة ٢٠٠٩م، صفحة ٢١٧، مقدم من الباحث رازكار محمد قادر.
- ٤) بحث مقدم من الدكاترة رزق فايدة ومحي الدين عبد المجيد بعنوان: مبدأ حياد القاضي في الإثبات على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مجلة القانون العلوم السياسية، المجلد ٨، العدد ٢، الصفحات من ٢٦٠-٢٧١.

خامساً-الدساتير والقوانين والمواثيق الدولية:

- ١) دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٧٨٧م.
- ٢) الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.
- ٣) قانون الهيئة القضائية لسنة ١٩٨٦م.
- ٤) النظام الاساسي للدولة العماني لسنة ٢٠٢١م.
- ٥) قانون السلطة القضائية العماني لسنة ١٩٩٩.
- ٦) القانون الجزائري العماني لسنة ٢٠١٨م.
- ٧) القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١.
- ٨) قانون تنظيم مهنة القانون لسنة ١٩٦٦م.
- ٩) دستور السودان لسنة ٢٠٠٥م.
- ١٠) الوثيقة الدستورية للفترة الانتقالية للعام ٢٠١٩م.
- ١١) الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة ١٩٤٨م.

سادساً-المجلات القانونية:

- ١) د. عوض الحسن النور، بحث بعنوان القضاء في السودان، مجلة القانون والمجتمع، صادرة من معهد التدريب والإصلاح القانوني السنة الأولى، العدد الثاني، سبتمبر ١٩٩٩م.

التقاضي الإلكتروني العماني والمأمول من العدالة التنبؤية (دراسة تحليلية مقارنة)

الدكتور/ عبد الرحيم بن سيف بن علي القصابي *

المخلص:

تناولت تلك الدراسة "واقع التقاضي الإلكتروني العماني والمأمول من العدالة التنبؤية"، وذلك من خلال منهج تحليلي مقارن، لتوضيح واقع التقاضي الإلكتروني العماني، في المبحث الأول ثم في المبحث الثاني دراسة المأمول من العدالة التنبؤية، حتى نقف في هذه الدراسة على تجربة القانون المقارن باعتباره المرجع الأساسي للمشروع العماني، ومنه نستمد معظم قواعدنا القانونية، ونقف على ما يلائمنا من هذه التجربة مساهمتهم في سد ثغرات النصوص التشريعية وإكمال نواقصها.

الكلمات المفتاحية: التقاضي - التقاضي الإلكتروني - العدالة التنبؤية - التقاضي الافتراضي.

*دكتوراه في القانون الخاص.



Omani Electronic Litigation And The Desired from Predictive Justice (A Comparative Analytical Study)

Dr. Abdul Rahim Saif Ali Al-Qassabi*

Abstract:

This study dealt with "the reality of Omani electronic litigation and the expectations of predictive justice", through a comparative analytical approach, to clarify the reality of Omani electronic litigation, in the first topic and then in the second topic studying the expectations of predictive justice, so that we stand in this study on the experience of comparative law as The main reference for the Omani legislator, from which we derive most of our legal rules, and we stand on what suits us from this experience, their contribution to filling gaps in legislative texts and completing their shortcomings.

Keywords: Litigation – Electronic Litigation – Predictive Justice – Virtual Litigation.

* PhD in Private Law.

المقدمة

شهد العالم ثورة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، التي اجتاحت مختلف القطاعات بشكل واسع حتى أصبحت جزءاً لا يتجزأ من حياتنا اليومية، ويبدو ذلك واضحاً من خلال دخول هذه الثورة المعلوماتية في المجال التجاري، حيث أخذت المعاملات، ولا سيما العقود تعريفاً جديداً عبر هذه التكنولوجيا الحديثة، والتي أوجدت بيئة جديدة حولت أنماط التعاقدات من النمط المادي التقليدي إلى نمط حديث رقمي وإلكتروني، والذي كان السبب الرئيسي وراء انتشار طائفة جديدة من العقود التي تبرم عبر الإنترنت، والتي تسمى العقود الإلكترونية، كما أضفت التكنولوجيا الحديثة بظلالها على التحكيم فجعلته إلكترونياً، إذ أصبح يركز على دعائم إلكترونية بدلاً من الدعائم الورقية، كما يستند على قواعد وأصول الحياة الإلكترونية بكافة خصائصها ومقوماتها.

وقد تطور الأمر وصولاً إلى المحكمة الإلكترونية التي أصبح بالإمكان اللجوء إليها حيث يقوم الحاسوب مقام القاضي ويعمل على تطبيق القانون، وقد طبقت بعض الدول الأوروبية هذه الطريقة بالنسبة لمخالفات السير، حيث يقوم القاضي الإلكتروني بتحديد الغرامة بحسب ما ينص عليه القانون الوطني، ما يسمى بالقاضي الإلكتروني، أما التقاضي الإلكتروني فهو الذي يتم بين قاض حقيقي وأطراف الدعوى الذين - وإن كانوا لا يجتمعون في مكان واحد إلا أنهم- يجتمعون جميعاً أمام الحاسوب عن طريق الفيديو كونفرانس الذي يجمعهم، معاً في وقت واحد، صوتاً وصورة.

ومما لا شك فيه أن هذه المتغيرات دفعت المشرعين في كثير من الدول إلى مراجعة القوانين القديمة، وتغييرها واستحداث قوانين جديدة تتلاءم مع طبيعة هذه المرحلة، ويثور التساؤل هنا، هل وصلت هذه الثورة المعلوماتية لقانون الإجراءات المدنية والتجارية؟ وهل أثرت هذه التكنولوجيا على عملية التقاضي الإلكتروني، والذي يسمى أيضاً بالتقاضي العادي؟ وهل حولته لصورة إلكترونية أو استحدثت إلى جانبه طريقاً آخر جديداً للتقاضي يحمل الوجه الإلكتروني؟ وهل جردت التكنولوجيا التصرفات الإجرائية من طابعها الورقي وحولته إلى طابع إلكتروني؟ وهل يصح القول بأننا أصبحنا أمام إيصال واستلام إلكتروني رقمي للتقاضي الإلكتروني؟ وهل استبدال

التدخل البشري أي يقلل من قيمة التقاضي الإلكتروني أو يشكك به، أو يجرده من مفهومه؟ وما هو موقف القاضي من هذا التبادل الإلكتروني؟ وهل له سلطة تقديرية في الأخذ به أو تركه؟ وإن أخذ به القاضي، فما هي شروطه؟ وكيف يتم؟ وما هي معالمه؟ وهل يتم بالمنهجية لجميع أطراف الدعوى، أي للخصوم والمحامين؟ وهل يمكن تطبيقه خاصة في بيئة لم تعرف سوى التقاضي العادي؟ وما هي نتائجه؟ وما هي المجتمعات التي لها أرضية خصبة لتطبيقه؟

ويمكن القول في هذا الصدد إن قانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٢٠/١٢٥، يمثل دعامة أساسية في البناء القانوني الواجب وضعه في خدمة مجتمع المعلومات، وهو يتصدر التغييرات الحديثة التي تمت في تشريعات الدولة لمواجهة التكنولوجيا الحديثة وتأثيرها وانعكاساتها على نظام التقاضي، حيث وصلت أصداء التطورات التقنية إلى سلطنة عمان بدليل صدور قانون تبسيط إجراءات التقاضي.

وقد حاولنا من خلال هذه الدراسة الجمع بين الواقع، أي ما نعرفه عن التقاضي الإلكتروني العماني، وبين المأمول من العدالة التنبؤية أو القضاء الافتراضي بفعل التكنولوجيا الحديثة، مع حرصنا على إظهار المخزون الاجتهادي والفقه في القانون المقارن والقانون العماني حول هذا الموضوع، وإبراز مساهمتهم في سد ثغرات النصوص التشريعية وإكمال نواقصها.

أهمية الدراسة:

إن لدراسة النظام القانوني للتقاضي الإلكتروني أهمية كبيرة، كأحد الموضوعات الحديثة والمهمة في مجال القانون والقضاء، لما يتمتع به التقاضي الإلكتروني من إيجابيات تميزه عن التقاضي العادي، ومنها: إضفاء المرونة على الإجراءات القضائية، والمساهمة في توفير الوقت والجهد والنفقات، واختصار المسافات الجغرافية، وسرعة الفصل في المنازعات مما يبعث الطمأنينة والثقة في النظام القضائي، وتحسين فعالية القضاء. ولما كان للتقاضي الإلكتروني هذه الأهمية العملية البالغة، كان من الطبيعي

هذه الدراسة واحداً من المواضيع القانونية الجديرة باهتمام الباحثين، خاصةً لكونه ما يزال غير متبع في بعض الدول.

أسباب اختيار الموضوع:

ترجع أهم أسباب اختيار موضوع البحث إلى ندرة المراجع المتخصصة في موضوع التقاضي الإلكتروني والعدالة التنبؤية في سلطنة عمان، ثم إلى أن للموضوع أهمية بالغة، لذلك فقد عنت الكثير من التشريعات بتنظيمه، وقد واجهت تحديات تتمثل في مدى ملائمة قواعدها العامة التقليدية للواقع العملي المتطور في مجالاته المختلفة.

إشكالية البحث:

تكمن في أن النظام المعلوماتي لا يزال يكتنفه الغموض في نواح متعددة، لا سيما من ناحية تجريد الإجراءات من الورقية، وكيفية القيام بعملية التقاضي الإلكتروني، والضمانات التي توفرها، ومدى ملائمتها لاستبدالها محل التقاضي العادي، ومدى إمكانية نجاح هذه التجربة. والتساؤل الذي تثيره تلك الدراسة هل قانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ١٢٥ / ٢٠٢٠. يمثل عدالة تنبؤية أم تقاضياً إلكترونياً يتم من خلال الوسائل الإلكترونية؟ وغيرها من الإشكاليات والتساؤلات التي تحتاج للدراسة داخل هذا البحث.

منهج البحث:

اعتمد البحث على المنهج التحليلي والاستقرائي من خلال الاطلاع على التشريعات القانونية المنظمة لإجراءات التقاضي الإلكتروني، إضافة إلى التشريعات المنظمة للتعاملات الإلكترونية، واستقراء هذه النصوص وتحليلها وتفسيرها، بما يساهم في الوصول إلى مدى إمكانية تطوير القضاء من خلال اللجوء إلى التقاضي الإلكتروني.

وتم الاعتماد أيضاً على المنهج المقارن من خلال تسليط الضوء على ما توصلت إليه الدول الأخرى في نطاق التقاضي الإلكتروني، بغية الوقوف على طبيعة نظام التقاضي الإلكتروني المعمول به لديها، والموازنة والمقاربة بينه وبين النظام القضائي

الإلكتروني في سلطنة عمان وإمكانية استخدام الوسائل الإلكترونية في هذا النظام القضائي.

خطه الدراسة:

تنقسم تلك الدراسة إلى مبحثين هما: دراسة واقع التقاضي الإلكتروني العماني في المبحث الأول وذلك في ثلاثة مطالب: الأول في ماهية التقاضي الإلكتروني، والثاني في متطلبات التقاضي الإلكتروني والوسائل اللازمة لمباشرته، أما الثالث فتناول إدارة التقاضي الإلكتروني وإجراءاته.

وتناول المبحث الثاني العدالة التنبؤية وماهيتها، وذلك في أربعة مطالب: الأول في فكرة العدالة التنبؤية في القانون المقارن، والثاني في بيان مدى إمكانية الأخذ بالعدالة التنبؤية في سلطنة عمان والدول العربية، والثالث، موقف الفقه القانوني من فكرة العدالة التنبؤية ومخاطرها على الإجراءات المدنية، أما الرابع فتضمن رأي الباحث في هذه المسألة.

المبحث الأول

فكرة التقاضي الإلكتروني ومتطلباته بين الواقع والمأمول

سعت الأنظمة القضائية في مختلف الدول إلى الاستفادة من التطور التقني وثورة التكنولوجيا التي تجتاح العالم، والتفاعل مع المستجدات التقنية باستخدام الوسائل الإلكترونية، التي تمضي بوتيرة متسارعة تعكس القدرة على التعامل مع هذه التطورات التقنية، وإيجاد الأطر التي تنظم عملها بالمجال القضائي، والإداري، والمالي للمحاكم؛ وذلك ليتماشى مع خطط الحكومات في ميكنة المؤسسات الحكومية (الحكومة الإلكترونية)، وتفعيل التقاضي الإلكتروني، وكذا بعض الخدمات المرتبطة بهذا النظام القضائي التقني، كقيد الدعوى إلكترونياً، والإعلان القضائي الإلكتروني، ومعرفة مواعيد الجلسات، والقرارات الصادرة عبر وسائل الاتصال الحديثة، ومنها رسائل البريد الإلكتروني والرسائل القصيرة SMS للتذكير بمواعيد الجلسات، وخدمات تسمح

للمحامي بالقيام بجل الإجراءات من مكتبه عبر شبكة الإنترنت، ولا سيما خدمة تتبع ملفات القضايا من جلسات، وأحكام، وتنفيذ...^(١).

وأصبح نظام التقاضي الإلكتروني يعتمد على استعمال الوسائل الإلكترونية في التقاضي - كوسيلة، أو أداة، أو طريقة مساعدة للعنصر البشري في ممارسة العمل الإجرائي، تكون أمام محكمة قضائية ترفع أمامها الدعوى إلكترونياً، ويتم تخزينها آلياً، والاطلاع عليها عبر موقع المحكمة مع إعلان الأوراق بالبريد الإلكتروني، وسداد الرسوم بوسائل الدفع الإلكتروني، مع التبادل المعلوماتي، وتخزين كافة القوانين، وأحكام المحاكم، وأنواع الدعاوى، وما يخصها على الإنترنت، وتظل الدعوى منظورة إلكترونياً أمام المحكمة في جلسة علنية يحضرها الخصوم، ويترافعون فيها أمام المحكمة، ويتولى تحقيق الدعوى القضاة والخبراء في حضور الخصوم، فيما بات يعرف بنظام "التقاضي الإلكتروني"^(٢).

ويقتضي بيان ماهية التقاضي الإلكتروني ومتطلباته ووسائله وإجراءاته، أن نقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب على النحو الآتي:

(١) د. محمد محمد الألفي: المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول، مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس "الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية" دبي، الإمارات ٩-١٢ ديسمبر ٢٠٠٧م، ص ٦٢. د. محمد عصام الترساوي: تداول الدعوى القضائية أمام المحاكم الإلكترونية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٣م، ص ١٤١. د. سيد أحمد محمود، نحو إلكترونية القضاء المدني الإماراتي، مؤتمر القانون والتكنولوجيا، حقوق عين شمس، ديسمبر ٢٠١٧م، ج ١، ص ٣١٥. د. يوسف سيد عواض، خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، ص ٣٠ وما بعدها.

(٢) د. سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص ٣١٥. د. يوسف سيد عواض، مرجع سابق، ص ٣٠ وما بعدها.

المطلب الأول

ماهية التقاضي الإلكتروني

واكب المشرع العماني التطورات التي لحقت معاملات بين الأفراد فيما بينهم أو فيما بينهم وبين الدوائر الحكومية، والتي صاحبها استخدام الوسائل الإلكترونية لإتمام وتنفيذ هذه المعاملات، وهو ما يتجلى في صدور قانون المعاملات الإلكترونية بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/٦٩) والذي أشار في المادة (١) منه إلى مفهوم المعاملات الإلكترونية بأنها: "المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية"، وبموجب المادة ذاتها فإن الوسائل الإلكترونية يقصد بها: "أية وسيلة تتصل بالتقنية الحديثة وذات قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لاسلكية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو ضوئية أو أية قدرات مماثلة لذلك"، وتتم المعاملات الإلكترونية وفق هذا القانون بموجب نظام المعلومات الإلكترونية، والذي يقصد به بموجب المادة (١) من القانون ذاته بأنه: "معلومات أو بيانات يتم تبادلها إلكترونياً في شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم أو صور أو خرائط أو برامج حاسب آلي أو غيرها من قواعد البيانات".

ومن خلال هذه المفاهيم، نجد أن قانون المعاملات الإلكترونية العماني واكب التطورات التقنية في العالم، وتوسع في مدلولات التعاملات الإلكترونية بحيث تشمل التعاملات بين الأفراد بصورة تكتمل معها مفاهيم الحكومات الإلكترونية كافة، والذي يشير مفهومها للدلالة على الانتقال من تقديم الخدمات والمعاملات بشكلها الروتيني الورقي إلى الشكل الإلكتروني، وذلك عبر شبكة الإنترنت، فهي إعادة إدارة للأداء الحكومي، تمثل وسيلة فاعلة لإدارة الوقت ضمن الاستراتيجيات الجديدة للتعامل مع الوقت^(٣).

(٣) د. أحمد هندي: التقاضي الإلكتروني، ص ١٥-١٧؛ ص ٧٣. د. سحر عبد الستار إمام: نحو نظام تخصص القضاء، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٥م، ص ٥٠. د. عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٤م،

وفي واقع الأمر، وبالنظر إلى فكرة الحكومة الإلكترونية، يلاحظ أنها تولي اهتماماً بالغاً لنظام التقاضي الإلكتروني، والذي يعد نظاماً حديثاً نسبياً، ظهر مع ظهور التقنيات الحديثة في عالم الاتصالات والذي جاء نتيجة للتطورات التكنولوجية الحديثة المصاحبة لثورة الاتصالات العالمية، حيث عمدت الدول - عند تطبيقها لنظام الحكومة الإلكترونية الشامل - إلى إتباع هذا النظام في مرفق القضاء نتيجة لأهميته في تطوير أنظمة التقاضي، بما يتلاءم مع التطورات المعاصرة في التكنولوجيا.

ومصطلح التقاضي الإلكتروني من المصطلحات القانونية حديثة النشأة، ولم يتم استخدامه من قبل شراح الأنظمة على المستوى العربي والدولي؛ إلا في نطاق محدود، ويقصد به رفع الدعوى إلى المحاكم ومباشرتها بطرق إلكترونية، وهو من أهم ما قدمه العقل البشري من إبداع في التقاضي في ظل التقدم التقني، ولا شك في أن له انعكاساً إيجابياً على عملية التقاضي بأكملها^(٤).

فالتقاضي الإلكتروني يقتضي استخدام تقنيات وتكنولوجيا المعلومات ووسائل الاتصال الحديثة في إجراءات التقاضي، وذلك بحلول نظم المعلومات والاتصالات محل الوسائل العادية التي اعتاد الخصوم القيام بها لرفع ومباشرة الدعاوى أمام المحاكم، ومتابعة ما يستجد فيها من قرارات وإجراءات قضائية حتى صدور الحكم النهائي والطعن عليه أمام المحكمة الأعلى^(٥).

ص ٨٩٤. صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية: المفهوم والتطبيق، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٨، العدد الأول، دمشق، ص ١٣٦.

(٤) د. خالد حسن أحمد لطفي: التقاضي الإلكتروني كنظام قضائي معلوماتي، دار الفكر الجامعي، ٢٠٢٠م، ص ٦.

(٥) د. محمود مختار عبدالمغيث: استخدام تكنولوجيا المعلومات لتيسير إجراءات التقاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣م، ص ١٦.

أولاً- تعريف التقاضي الإلكتروني:

لم يعرف المشرع العماني التقاضي الإلكتروني؛ وإن كان قد أظهر اهتمام بالغ به وبتنظيم بعض أحكامه في القانون رقم (١٢٥) لسنة (٢٠٢٠م) بشأن تبسيط إجراءات التقاضي في بعض المنازعات.

ومصطلح التقاضي الإلكتروني، هو التعبير الذي يدل ويقصد به استخدام التكنولوجيا في مجال التقاضي ومباشرة الإجراءات القضائية عبر وسائلها، وعلى الرغم من التعريفات المتعددة للتقاضي عن بعد؛ إلا أن جميعها لا تخرج عن معنى واحد، وهو استخدام التكنولوجيا ووسائل الاتصال الحديثة في تطوير الإجراءات القضائية، "من خلال وجود محكمة إلكترونية تعمل بواسطة تكنولوجيا المعلومات ومهياة بوسائل ونظم اتصالات حديثة، تختلف عن المحاكم التقليدية من حيث امتيازها بسرعة الإنجاز للمعاملات والقضايا والدقة في مواعيد الجلسات وتبسيط إجراءات العمل وحضور الأطراف إلكترونياً من أي مكان دون الحضور الشخصي للمحكمة والمساهمة في أمن المعلومات وحفظها، مع إمكانية الاطلاع عليها للأشخاص المصرح لهم، بحيث تعمل هذه المحاكم على تمكين الأشخاص من تسجيل الدعاوى ودفع رسومها، وحضور أطرافها أو حضور وكلائهم وتقديم أدلة الإثبات الرسمية وغير الرسمية والترافع وتقديم الطعون وتدوين الإجراءات كافة من خلال مباشرة المحاكمات بصورة عامة والحصول على قرار الحكم وتنفيذه"^(٦).

ومن تعريفات التقاضي الإلكتروني، أنه:

١- "تنظيم تقني معلوماتي يتيح للمتقاضين تسجيل دعواهم وتقديم أدلتهم وحضور جلسات المحاكمة، تمهيدا لإصدار الحكم وتنفيذه، من خلال وسائل الاتصال

(٦) د. ماجد أحمد صالح العدوان: التقاضي الإداري الإلكتروني في النظام القانوني الأردني، مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، الإمارات، الإصدار الأول، السنة الثالثة، ٢٠١٩م، ص ٩٠.

الإلكتروني، والتي هي جزء من نظام معلوماتي يمكن القضاة من الاتصال بالمتقاضين دون حضورهم الشخصي، من خلال هذا النظام^(٧).

٢- "عملية نقل مستندات التقاضي إلكترونياً إلى المحكمة عبر البريد الإلكتروني، حيث يتم فحص هذه المستندات بواسطة الموظف المختص وإصدار قرار بشأنها بالقبول أو الرفض، وإرسال إشعار إلى المتقاضى يفيد علمه بما تم في شأن هذه المستندات^(٨).

٣- "سلطات لمجموعة متخصصة من القضاة النظاميين بنظر الدعوى ومباشرة الإجراءات القضائية بوسائل الكترونية مستحدثة، ضمن نظام أو أنظمة قضائية معلوماتية متكاملة الأطراف والوسائل، تعتمد منهج تقنية شبكة الربط الدولية "الإنترنت" وبرامج الملفات الحاسوبية الإلكترونية، للنظر في الدعاوى والفصل فيها، بغية الوصول لفصل سريع بالدعاوى والتسهيل على المتقاضين"^(٩).

٤- "منظومات قضائية إلكترونية من خلال الغرف الإلكترونية يمكنها تطبيق إجراءات التقاضي كافة، مستعينة بما تقدمه المعلوماتية من أنظمة وبرامج وأجهزة، للوصول إلى سرعة الفصل والتيسير على المتقاضين، علاوة على تنفيذ الأحكام إلكترونياً"^(١٠).

٥- "وأتفق مع تعريفه بأنه: "نظام قضائي تقني معلوماتي جديد، يتيح للمتقاضين تسجيل دعواهم وتقديم مستنداتهم وحضور الجلسات، من خلال وسائل الاتصال

(٧) د. خالد ممدوح إبراهيم: الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٨م، ص ١٨.

(٨) د. محمد عصام الترساوي: الكترونية القضاء بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ٢٠١٩م، ص ١٥٧.

(٩) د. حازم محمد الشرعة: التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية كنظام قضائي معلوماتي عالي التقنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٠م، ص ٥٧.

(١٠) د. إيمان بنت محمد بن عبدالله الفخامي: التقاضي عن بعد "دراسة فقهية تطبيقية على النظام السعودي"، مجلة علوم الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، العدد ٨٤، رجب ١٤٤٢هـ، مارس ٢٠٢١م، ص ٩٨١.

الإلكتروني بواسطة الحاسوب وأجهزة الاتصال المرتبطة بشبكة الإنترنت وعبر البريد الإلكتروني، وصولاً إلى إصدار الحكم^(١١).

ثانياً- خصائص التقاضي الإلكتروني وأهميته:

لا شك في أن للتقاضي الإلكتروني آثاراً إيجابية متعددة على نظام التقاضي، كما هو الحال في كافة الأنظمة الإدارية والخدمية التي تم تطبيق نظام الرقمنة الإلكترونية فيها، ومن خلال تعريفات التقاضي عن بعد، نجد أن أهم الخصائص التي يتميز بها، ما يلي^(١٢):

- ١- سرعة الإجراءات القضائية والاعتماد على الوسائط الإلكترونية في مباشرة إجراءات التقاضي؛ حيث تتم كافة الإجراءات عبر الإنترنت دون حاجة لانتقال طرفي النزاع، وهذا يؤدي إلى توفير الوقت والجهد والمال، فضل جودة مستوى الخدمات.
- ٢- أن الوثائق الإلكترونية حلت محل الوثائق الورقية، بحيث تصبح الرسالة الإلكترونية هي السند النظامي الذي يعتمد عليه كدليل إثبات إلكتروني، مما ساعد على التخلص من الكميات الهائلة للملفات الورقية التي تزدحم بها المحاكم، ومن ثم يسهل الوصول إلى المستندات.
- ٣- التسليم الحكمي للمستندات إلكترونياً عبر شبكة الاتصال، من خلال الأجهزة الإلكترونية وأجهزة الاتصال الإلكتروني.
- ٤- حلول وسائل الدفع الإلكتروني محل الوسائل التقليدية، ويؤدي ذلك إلى رفع المعاناة عن المتقاضين، حيث أصبحت وسائل الدفع الإلكتروني بديلاً عن النقود التقليدية.

(١١) د. عبدالله عبدالحى الصاوي: تكنولوجيا القضاء وتطوير إجراءات التقاضي المدني، مجلة قطاع الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، العدد الثاني عشر، ٢٠٢١م، ص ٧١٩.

(١٢) د. خالد حسن لطفي، مرجع سابق، ص ١٥.

٥- الاطلاع الإلكتروني: وذلك بتبادل المذكرات بين الخصوم وممثليهم خصوصا من المحامين، قبل الجلسة، عبر أجهزة الحاسب الآلي والانترنت، مع اعتماد التوقيع الإلكتروني تشريعيا.

٦- القضاء على البيروقراطية ومكافحة الفساد: حيث يؤدي التحول إلى النظم الإلكترونية إلى العديد من المزايا التي تساعد على الحد من الفساد الإداري وتقليل آثاره السلبية (١٣).

ثالثاً- فلسفة التقاضي الإلكتروني وأهدافه:

تقوم أهداف التقاضي الإلكتروني على سرعة الفصل في النزاع، قياسا على السرعة التي تتميز بها المعاملات المدنية والتجارية في الوقت الحاضر (١٤) في ظل التقدم التقني، وكذلك سرية المستندات والمعلومات التي يقدمها الخصوم، بحيث تتحول الإجراءات إلى الوسائل التقنية بدلا من الوسائل العادية، عبر محكمة إلكترونية تعمل بالوسائل التكنولوجية بدلا من الوسائل العادية، من خلال أجهزة وبرمجيات الحاسب الآلي ووسائل التكنولوجيا والاتصالات الحديثة، وبما يحول دون بطء التقاضي ويحقق العدالة الناجزة (١٥).

رابعاً- اهتمام المشرع العماني بالتقاضي الإلكتروني:

جاء اختيار المشرع العماني لعنوان القانون رقم (١٢٥) لسنة (٢٠٢٠م)، واضحا ومعبرا عن الغاية من القانون، وهي الرغبة في تبسيط وتيسير الإجراءات في المنازعات التي ينظمها؛ لما لها من طبيعة خاصة تتطلب تبسيط إجراءاتها؛ لئتم حسمها والفصل فيها في أسرع وقت وفق إجراءات ميسرة، وفي هذا السياق عمد المشرع إلى تنظيم

(١٣) د. محمد عصام الترساوي، الكترونية القضاء، مرجع سابق، ص ١٦٩.

(١٤) سمية دميث: التجارة الإلكترونية حقيقتها وواقعها في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التيسير، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، ٢٠١١م، ص ١٦.

(١٥) د. عبدالله عبدالحى الصاوي، تكنولوجيا القضاء، مرجع سابق، ص ٧٢٩.

الإجراءات بشكل مبسط عبر الوسائل الإلكترونية، وفي مواعيد قصيرة، كما جاءت اللائحة التنظيمية للقانون محققة للغاية من إصداره^(١٦).

ومن السمات البارزة لقانون تبسيط إجراءات التقاضي، حرصه على تنظيم مباشرة الإجراءات عبر الوسائل الإلكترونية، مواكبة لما تشهده الأنظمة القضائية في شتى دول العالم من تطور تقني للإجراءات القضائية، والتحول نحو استخدام التكنولوجيا في الإجراءات؛ فقد حرص المشرع العماني على التقاضي الإلكتروني في المنازعات التي ينظمها هذا القانون، وهي المنازعات التجارية للمشروع الاستثماري، والمنازعات التي تنشأ بين ملاك ومستأجري المساكن والمحال التجارية والصناعية، ومنازعات العمل الفردية الناشئة عن تطبيق قانون العمل، والمنازعات الناشئة عن عقود مقاولات البناء، والمنازعات المتعلقة بالمحرمات المشتملة على إقرار بدين، المحررة، أو المصادق على توقيعات ذوي الشأن فيها، من الكاتب بالعدل تطبيقاً لأحكام قانون الكتاب بالعدل^(١٧).

حيث يجيز القانون رفع الدعاوى المتعلقة بهذه المنازعات، والطعن في الأحكام الصادرة فيها، بصحيفة تودع أمانة سر المحكمة عن طريق الأنظمة الإلكترونية المخصصة لذلك، كما يجوز إيداع المذكرات وتقديم المستندات والطلبات والاطلاع على أوراق الدعوى أو الطعن إلكترونياً^(١٨)، وفي هذا السياق جاءت أحكام اللائحة التنظيمية في المواد (٢-١٢) لتنظم إجراءات التقاضي الإلكتروني في هذه المنازعات، كما أفرد القانون المادة (١٨) منه للنص على أحكام الإعلان الإلكتروني، وهو إعلان الخصم في الدعوى بأي إجراء قضائي يتخذ في مواجهته، باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، دون الحاجة إلى الانتقال المادي، والبحث عن موطن المعلن إليه، ولا يختلف هذا

(١٦) د. عبدالله عبدالحى الصاوي: الحماية الإجرائية ودورها في تشجيع الاستثمار الأجنبي، المؤتمر العلمي السابع، كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس، ٢٠٢٣م، ص ١٥.

(١٧) المادة (١) من القانون رقم ١٢٥ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تبسيط إجراءات التقاضي في بعض المنازعات.

(١٨) المادة (٥) من قانون تبسيط إجراءات التقاضي رقم ١٢٥ لسنة ٢٠٢٠.

الإعلان عن الإعلان التقليدي، سوى في وسيلة القيام به من خلال الوسائل التقنية الحديثة بمختلف أنواعها^(١٩).

وقد جاء تنظيم الإجراءات الإلكترونية في القانون ولأئحته التنظيمية، دقيقاً ومبسّطاً وحريصاً على إدارة الدعوى إلكترونياً منذ قيدها وحتى الفصل فيها، وأوجب تخزين البيانات المتعلقة بالدعوى في سجلات وملفات إلكترونية، وسمح بنقل وتبادل البيانات إلكترونياً فيما بين المحاكم، ووحدات الجهاز الإداري للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة، ويسر على المتقاضين إيداع صحف الدعوى والطعون والعرائض والتظلمات والمنازعات في التنفيذ وسائر الطلبات بالوسائل الإلكترونية، وكذلك تقديم المذكرات والمستندات وتبادلها إلكترونياً، ومتابعة إجراءات الدعوى والاطلاع على أوراقها، واتخاذ إجراءات تنفيذ الأحكام، وتذليلها بالصيغة التنفيذية، وطلب تنفيذها، وإعلان الخبراء وإيداع تقاريرهم، وذلك من خلال برامج معلوماتية معدة لهذا الغرض، كبرنامج إدارة القضايا، وبرنامج تنفيذ الأحكام، وبوابة المحامين، وبوابة المتقاضين، وغيرها من البرامج التي يعلها المجلس الأعلى للقضاء^(٢٠)، ولا شك في أن مباشرة الإجراءات بهذه الوسائل الإلكترونية، ووفقاً للتنظيم الإجرائي الذي حدده القانون ولأئحته التنظيمية، يمثل آلية مهمة لتيسير الإجراءات وتحقيق العدالة الناجزة في هذه المنازعات، لما تمثله تلك الإجراءات من تبسيط للإجراءات وسرعة مباشرتها، وبما يؤدي إليه ذلك من توفير الوقت والجهد وتقليل النفقات^(٢١).

خامساً- أثر التقاضي الإلكتروني في تبسيط الإجراءات القضائية:

بالنظر إلى نظام التقاضي الإلكتروني بشكل عام، نجد أنه يشير إلى وجود محكمة إلكترونية تعمل بواسطة تكنولوجيا المعلومات ومهياةً بوسائل ونظم اتصالات حديثة، تختلف عن المحاكم التقليدية من حيث امتيازها بسرعة الإنجاز للمعاملات والقضايا، والدقة في مواعيد الجلسات وتبسيط إجراءات العمل، وحضور الأطراف إلكترونياً من أي مكان دون الحضور الشخصي للمحكمة، والمساهمة في أمن المعلومات وحفظها مع

(١٩) د. محمد عصام الترساوي، إلكترونية القضاء، مرجع سابق، ص ٢١٠.

(٢٠) اللائحة التنظيمية لقانون تبسيط إجراءات التقاضي.

(٢١) د. خالد حسن لطفي، مرجع سابق، ص ٧٢٤.

إمكانية الاطلاع عليها للأشخاص المصرح لهم. بحيث تعمل هذه المحاكم على تمكين الأشخاص من تسجيل الدعاوى ودفع رسومها، وحضور أطرافها أو حضور وكلائهم وتقديم أدلة الإثبات الرسمية وغير الرسمية والترافع وتقديم الطعون وتدوين الإجراءات كافة من خلال مباشرة الدعوى بصورة عامة والحصول على قرار الحكم وتنفيذه^(٢٢).

ومفاد ذلك، أن النظام الإلكتروني للتقاضي يقوم على التخلي عن الإجراءات التقليدية المنظمة لإجراءات التقاضي والقائمة على (الإجراءات الورقية)، والتحول إلى إجراءات إلكترونية قائمة على استخدام تقنيات المعلومات والاتصال في إنجاز إجراءات التقاضي أمام المحاكم، بحيث تزول الآلية التقليدية في التدوين لإجراءات التقاضي، وتحل محلها آليات برمجية متطورة تختلف من حيث الشكل والمضمون، إضافة إلى إجراءات تقديم المستندات والبيانات المتعلقة بالدعوى، النظام الإلكتروني، الإعلان الإلكتروني، السجل الإلكتروني، ملف الدعوى الإلكتروني، وهو ما يشكل الاختلاف الجوهرى هنا عن الإجراءات المتبعة في إجراءات التقاضي التقليدية^(٢٣).

وبهذه الصورة، فإن التقاضي الإلكتروني يشير تبعاً لمفهومه العام إلى وجود محاكم إلكترونية، تنطلق ابتداءً من ربط الأجهزة القضائية كافة ضمن إطار شبكة واحدة وفي إطار تقاعلي واحد، وهو ما يتطلب ابتداءً حوسبة عمل كل دائرة قضائية على حدة، ومن ثم وربطها معاً لتؤدي عملها عبر الوسائل الإلكترونية، ولتجري الاتصالات بين المؤسسات القضائية عبر الوسائل ذاتها، ولتقوم قواعد البيانات مقام الوثائق الورقية والملفات، والأعمال الأرشيفية على نحو يتيح سرعة الوصول إلى المعلومات، وسرعة استرجاعها، والربط فيما بينها^(٢٤).

(٢٢) د. هادي الكعبي ونصيف الكرعوي، مفهوم التقاضي عن بعد ومستلزماته، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الثامن، العدد الأول، العراق، جامعة بابل، العراق، ٢٠١٦م، ص ٢٨٠.

(٢٣) د. خالد ممدوح، مرجع سابق، ص ١٢.

(٢٤) د. نهى الجلاء، المحكمة الإلكترونية، مجلة المعلوماتية، السنة الخامسة، العدد ٤٧، كانون الثاني، دمشق، ٢٠١٠م، ص ٥٠.

المطلب الثاني

متطلبات التقاضي الإلكتروني والوسائل اللازمة لمباشرة

على ضوء ما سبق بيانه لفكرة التقاضي الإلكتروني، نكون أمام محكمة إلكترونية تعمل على تطبيق نظام التقاضي الإلكتروني بصورته الشاملة، إذ يشير مفهوم هذه المحكمة للدلالة على "حيز تقني معلوماتي ثنائي الوجود، يسمح ببرمجة الدعوى الإلكترونية، ويتألف من شبكة الربط الدولية إضافة إلى مبنى المحكمة، بحيث يتيح الظهور المكاني الإلكتروني لوحداث قضائية وإدارية، ويباشر من خلاله مجموعة من القضاة مهمة النظر في الدعاوى والفصل فيها، بموجب تشريعات تخولهم مباشرة الإجراءات القضائية مع اعتماد آليات تقنية فائقة الحداثة لتدوين الإجراءات القضائية وحفظ وتداول ملفات الدعاوى"^(٢٥).

ونظام التقاضي الإلكتروني ينطلق ابتداءً من التأكيد على المبادئ العامة الكفيلة في ضمان التقاضي وتحقيق العدالة وعدم المساس بهذه المبادئ، حيث يقتصر فقط على التطوير في آلية إجراءات التقاضي والتي تعتمد على الوسائل الإلكترونية، وتنظيم هذه الإجراءات تشريعياً بحيث تتفق مع القواعد والمبادئ العامة في القوانين المنظمة للتقاضي مع مراعاة الطبيعة الخاصة للوسائل الإلكترونية، والتي تعمل على تسهيل هذه الإجراءات وحماية المستندات المتعلقة بالدعوى، وسهولة متابعة الدعوى من قبل أطرافها، وما ينعكس من سرعة البت والفصل في الدعوى. ويقتضي ذلك ضرورة توفر متطلبات ووسائل نبينها في الفرعين الآتيين:

(٢٥) د. خالد ممدوح، الدعوى، مرجع سابق، ص ٣٤ وما بعدها. د. صفاء أوتاني، مرجع سابق، ص ١٧٢.

الفرع الأول

متطلبات التقاضي الإلكتروني

أولاً- ضرورة توفير المتطلبات الفنية والتشريعية والإدارية:

يجب لاستخدام، وسائل الاتصالات الإلكترونية في التقاضي الإلكتروني توفير أجهزة الحاسب الآلي، وشبكات الإنترنت، وبرامج الحاسب الآلي، وقواعد البيانات، والمعلومات، والمقتضيات القانونية، والفنية، والبنية الأساسية، والموارد المالية، وتعديل البنية التشريعية، والإدارية، وتأهيل، وتدريب الكوادر البشرية، والبرامج الإلكترونية اللازمة.

بالإضافة إلى ضرورة توفير الحماية القانونية الوطنية، والدولية لوسائل الاتصالات الإلكترونية، والبرامج المستخدمة، بتجريم الاعتداء عليها. وضرورة تأهيل، وتنمية الوعي الإلكتروني للمتقاضين، والمحامين، وأعضاء النيابة، والقضاة، وأعاونهم للتعامل مع البرامج، والوسائل الإلكترونية، وتجهيز المحاكم، وتزويدها بأجهزة الحاسوب، والإنترنت^(٢٦).

ثانياً- توفير متطلبات الحماية في حالات الطوارئ والأزمات:

يجب اتخاذ خطط الطوارئ، والتدابير الاحترازية الوقائية لمواجهة، وتجنب الأزمات: كقطع التيار الكهربائي، والإنترنت، وأعطال الأجهزة، والمعدات، وأنظمة التشغيل، وتوفير البدائل الاحتياطية. وتعديل التشريعات بما يسمح بالتعامل الملفات الإلكترونية من المتقاضين، والقاضي، وأعاونيه. والقيام بتجهيز مؤسسي، وتكنولوجي

(٢٦) د. أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني، بند ٦، ص ١٥-١٧. د. سيد أحمد محمود، إلكترونية القضاء، ص ١٣ وما بعدها. د. صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية (المفهوم والتطبيق)، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، تصدرها كلية حقوق دمشق، ج ٢٨، ع ١، ٢٠١٢م، ص ١٧٥-١٧٦. د. محمد سليمان محمد عبد الرحمن، القاضي وبطء العدالة، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١م، ص ٣٨٧. د. يوسف سيد عواض، خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، ص ٣٠، ٣٧.

للنيابات، وللمحاكم، والجهات المعاونة بما يسمح باستخدام، وسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة في التقاضي.

كما يستلزم نظام التقاضي بوسائل إلكترونية، تخزين القوانين، والأحكام، والمبادئ القضائية على شبكة الإنترنت، وربط المحاكم ببعضها بشبكة، واحدة؛ فتقدم الملفات والأوراق على موقع المحكمة، وحفظها عبر، وسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة، وتمكين الخصوم من الاطلاع عليها بدلاً من الذهاب إلى مقر المحكمة. كما يقوم الخصوم فيما بينهم، ومع المحكمة بتبادل المعلومات عن القضية، وتبادل الأوراق القضائية، وتقديم الطلبات فيها عبر شبكة الإنترنت، وحوسبة الدورة المستندية لسير القضية، واعتماد نظام المسح الضوئي للأرشفة الإلكترونية لجميع، وثائق مرفق العدالة^(٢٧).

ثالثاً - توفير برامج الحماية الفنية:

ويقتضي ذلك اتخاذ التدابير الاحترازية؛ لتحقيق الحماية المعلوماتية، والفنية، والثقة، والفاعلية في التقاضي الإلكتروني، بالتشفير، وتأمين سرية، وخصوصية المعلومات، ومكافحة فيروسات الحاسب الآلي. كما يجب تحقيق الحماية الجنائية لنظام التقاضي الإلكتروني باتخاذ التدابير الاحترازية لمواجهة الجرائم المعلوماتية كالتزوير المعلوماتي للمحركات، والوثائق الإلكترونية، وإتلافها.

وذلك من خلال برامج معلوماتية معدة لهذا الغرض كبرنامج إدارة القضايا، وبرنامج تنفيذ الأحكام، وبوابة المحامين، وبوابة المتقاضين وغيرها من البرامج التي يعدها مجلس الشؤون الإدارية للقضاء المنصوص عليه في قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٠ / ٩٩) وأيضاً عدة نظم منها: نظام إدارة البوابة الإلكترونية، ونظام الاتصالات الإدارية، ونظام إدارة القضايا، ونظام التسجيل الصوتي، ونظام إدارة المحتويات، ونظام إدارة الأداء، نظام إدارة خدمات تقنية المعلومات التحتية

(٢٧) د. أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني، بند ٦، ص ١٥-١٧. د. محمد سليمان محمد عبد الرحمن، القاضي وبطء العدالة، ص ٣٨٧. د. يوسف سيد عواض، خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، ص ٣٠، ٣٧.

من أجهزة، وبرامج، وأمن المعلومات، ونظم التحقق من الهوية الإلكترونية، والمستندات الإلكترونية، ويساعد نظام التقاضي الإلكتروني على تحقيق السرعة، والدقة في الإجراءات، وتوفير الوقت، والجهد، والنفقات للمتناقضين^(٢٨).

رابعاً- تطوير التشريعات والبنية القضائية بما يناسب نظام التقاضي الإلكتروني:

يقتضي نظام التقاضي الإلكتروني أن تجرى تعديلات تشريعية وهوية على القوانين الإجرائية القائمة، وتطوير مرفق القضاء ليتفاعل مع المستندات الإلكترونية، باستخدام، وسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة في تطوير وتعديل إجراءات التقاضي، ويقتضي ذلك تعديل القوانين الإجرائية -كقانون الإجراءات المدنية، وقانون الإجراءات الجزائية، وكافة القوانين ذات الصلة بإجراءات التقاضي- لتعتمد ملفاً إلكترونياً للدعوى، والاعتراف بالتوقيع، والمحرر الإلكتروني، وتكون إجراءات رفع الدعوى، وإعلانها إلكترونياً، وتبادل المستندات، والإطلاع عليها، وإدخال البيانات، والتوقيع عليها إلكترونياً، وضرورة، وجود استعداد لدى المحامين في التجهيز، والتأهيل الشخصي، وضرورة تجهيز مكاتب المحامين بالحواسب، وما يتبعها من السكاكر، وآلات للطبع، وكاميرات، والاشتراك في شبكة الإنترنت، وفي المواقع القانونية^(٢٩).

خامساً- توفير حلول عملية وتقنية للمشاكل والعقبات الإجرائية:

ذلك فكرة التقاضي الإلكتروني، تطرح إشكاليات عملية، وعقبات معقدة بالنسبة لكيفية الاستعمال فيما يتعلق بالتحقق من الشخصية، وتحديد الأهلية اللازمة لصحة العمل الإجرائي، والسر المهني، ومشاكل الإثبات الإلكتروني، ومشاكل القرصنة الإلكترونية، والتلاعب بالأدلة الإلكترونية، وتهديد اختراق خصوصيات الأفراد، ومشاكل الإعلان الإلكتروني، والمساس بضمانات المحاكمة العادلة، وإلغاء روح القانون، والعصف بمبادئ علانية القضاء، وشفوية المرافعة، والمواجهة بين الخصوم، والعصف بروح العدالة، ومبدأ حرية القاضي في الاقتناع، وتكوين عقيدته عند عدم حضور

(٢٨) د. محمد محمد الألفي، مرجع سابق، ص ٤. د. صفاء أوتاني، مرجع سابق، ص ١٧٥. د. يوسف سيد عواض، ص ٧٥.

(٢٩) د. أحمد هندي، مرجع سابق، ص ١٥-١٧. د. صفاء أوتاني، مرجع سابق، ص ١٧٥. د. يوسف سيد عواض، مرجع سابق، ص ٧٣ وما بعدها.

الخصوم أمام المحكمة، وسماع أقوالهم، وشهاداتهم بشكل شفوي، ورؤية المحكمة لملاحم، وجوهم أثناء استجوابهم بالجلسة، وقلة التشريعات العربية التي تنظم المعاملات الإلكترونية، وعدم وجود تشريعات تنظم إجراءات التقاضي الإلكتروني، صعوبة تحديد قواعد الطعن في الأحكام الإلكترونية، وكذلك صعوبة تنفيذها، غير أن معظم هذه الإشكاليات سيوجد لها حلاً إن عاجلاً، أو أجلاً، عن طريق تطوير البرامج الإلكترونية، وخدمات التوثيق الإلكتروني، والأمن المعلوماتي^(٣٠).

سادساً- استحدث الآليات اللازمة للتغلب على المشكلات والعوائق التقنية والإجرائية:

حيث يمكن عرض محتوى ملف الدعوى الإلكترونية على الرابط الإلكتروني بالموقع الإلكتروني للمحكمة على الإنترنت. وتمثل تقنية الفاكس أو البريد الإلكتروني إثباتاً لعملية إعلان الأوراق القضائية للمعلن إليه. كما تعد تقنية ال الفيديو كونفرانس وسيلة اتصال مرئية مسموعة لاجتماع عدة أشخاص في أماكن مختلفة بالحضور عن بعد، كإحدى وسائل مباشرة للمرافعة وإجراءات التحقيق والمحاكمة عن بعد خروج عن الطابع التقليدي في التحقيق والمحاكمة الذي اتسم به مرفق العدالة، فهي افتراض مجاز لحضور أطراف الدعوى لقاعة الجلسة، يترتب على تطبيقها امتداد النطاق الجغرافي للجلسات، ويتحقق بموجبها مبدأ المواجهة بين أطراف الدعوى والإمام والإحاطة بكافة إجراءات المحاكمة، حيث يستطيعون المشاركة بالصوت عن طريق سماعات، وبالصورة عبر شاشة عرض، ودون حاجة إلى وجودهم الفعلي بأجسادهم في مكان واحد الجلسات الإلكترونية عقد الجلسات باستخدام تقنية الاتصال المرئي والمسموع عن بعد من اللائحة التنظيمية لقانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات؛ وذلك توفيراً للوقت والجهد، ولتجنب ترحيل وهروب المسجونين، ولحماية الشهود والخبراء من تهديدات الخصوم^(٣١).

(٣٠) د. يوسف سيد عواض، مرجع سابق، ص ١٢٦ وما بعدها-د. صفاء اوتاني، المحكمة الإلكترونية، ص ١٧٥-١٧٦.

(٣١) د. عادل يحيي، التحقيق والمحاكمة الجنائية عن بعد، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٦م، ص ٢٥-د. رامي متولي القاضي، توظيف تكنولوجيا المعلومات في مجال الإجراءات الجنائية (الفيديو كونفرنس نموذجاً)، مؤتمر القانون والتكنولوجيا، حقوق عين شمس، ديسمبر

الفرع الثاني

الوسائل اللازمة لمباشرة التقاضي الإلكتروني

يتطلب تنظيم إجراءات التقاضي الإلكتروني وجود وسائله الإلكترونية من معدات حاسوبية وملحقاتها وبرامج خاصة لأجهزة الحاسوب، إضافة إلى توفير شبكة داخلية يتم من خلالها ربط جميع الأقسام والوحدات وقاعات المحكمة فيما بينها، بحيث تكون هذه الشبكة مقيدة على خط الاتصال الذي يربطها ببعضها، ويمكن لجميع العاملين في المحكمة الاتصال فيما بينهم وتبادل المستندات وملفات الدعاوى دون الحضور الشخصي وإرسال موظف لاستلام أو تسليم الملفات والوثائق والمخاطبات المعمول بها في المحاكم التقليدية^(٣٢)، كما يتطلب نظام التقاضي الإلكتروني وجود قاعات مجهزة بمنظومة ربط داخلية مصغرة تتألف من محور وموزع خطوط على كافة الحواسيب الموجودة داخل كل قاعة ترتبط بحاسبة رئيسية كبيرة الحجم تختص بعرض محتويات ملف الدعوى، مع إظهار كافة الإجراءات التي تطرأ عليها، ويستطيع الحاضرون مشاهدتها بشكل مباشر.

والحواسيب الأخرى الموزعة داخل قاعة المحكمة في الأماكن المخصصة والمفترضة للمدعي أو وكيله وللمدعى عليه أو وكيله، والشاهد في حال حضورهم الشخصي إلى قاعة المحكمة، جميعها ترتبط مع حاسوب القاضي الذي يتم بواسطته عرض البرنامج الكامل لملف الدعوى مع تدوين الإجراءات كافة والتسجيل المرئي لها، بحيث تعرض هذه الإجراءات على شاشة الحاسوب الرئيسي في القاعة، وكذلك للحاضرين إلكترونياً من خارج مبنى التي تنقل عن طريق كاميرا موجودة داخل قاعة المحكمة تؤدي مهمة تصوير وقائع الجلسات مع تصوير الحاضرين، وكل ما تحتويه القاعة، ونقل هذه الوقائع للصفحة الرئيسية للموقع الإلكتروني على الإنترنت بحيث

٢٠١٧م، ج١، ص ٧ ومابعدھا. د. يوسف أحمد نوافلة، الإثبات الإلكتروني، رسالة دكتوراه، حقوق
إسكندرية ٢٠١٠م، ص ٢٦٢. د. يوسف سيد عواض، مرجع سابق، ص ٢٩٧ وما بعدها.
(٣٢) د. هادي الكعبي ونصيف الكرعوي، مرجع سابق، ص ٣٠١.

يستطيع كلاً من ذوي العلاقة في الدعوى من الدخول إلى قاعة المحكمة وحضور جلساتها وهذا ما يسمى بالقضاء التقليدي بعلنية المحاكمة، ويمكن أيضاً عرض محتوى محضر ملف الدعوى الإلكترونية على جزئية علنية المحاكمة في الموقع الرئيسي للمحكمة على الإنترنت في حالة عدم الحضور الشخصي للأطراف وذلك بوساطة كاميرات القاعة وبالإمكان ربط محتوى شاشة الحاسوب الرئيسية بجزئته علنية المحكمة مباشرة دون تصوير من الكاميرا، وفي حالة قرر القاضي رؤية الدعوى سراً يتم وقف التصوير الناقل لجزئية (علنية المحكمة)، وتشغيله بعد ذلك^(٣٣).

ومن جهة أخرى، يتم إنشاء سجل إلكتروني لكل محكمة إلكترونية يحتوي في هذا السجل على قاعدة بيانات لكل دعوى، لذلك يمكن تعريف السجل الإلكتروني بأنه عبارة عن قاعدة بيانات على الشبكة الداخلية لكل محكمة يتم من خلالها قيد بيانات الدعوى أو إعطائها رقماً معلوماتياً متسلسلاً، بحيث يمكن أن يستخرج من هذا السجل ملف الدعوى الإلكترونية الذي هو عبارة عن برنامج حاسوبي يحتوي على المستندات والوثائق ولوائح الادعاء والوكالة التي أرسلت من المتداعيين على ملفات (PDF)، كنوع من أنواع الملفات التي تحفظ التخزين وتمنع تغيير محتواه بسهولة. إضافة إلى اشتماله على المحاضر الإلكترونية يتم تدوين كافة إجراءات المحاكمة بداخلها وفق آلية مباشرة للتدوين التقني، وبعد اكتمال تصميم ملف الدعوى ترسل عبر الشبكة الداخلية إلى مكتب المتابعة لقاضي المعلومات ليتم عرضها في موعد الجلسة المحدد ضمن أسس وآليات برمجية^(٣٤)، وأهم الوسائل اللازمة لمباشرة التقاضي الإلكتروني هي:

(٣٣) د. حازم الشرعة، مرجع سابق، ص ٦٠.

(٣٤) هادي الكعبي ونصيف الكرعوي، مفهوم التقاضي عن بعد ومستلزماته، المرجع السابق، ص ٣٠٢-٣٠٣.

أولاً- البريد الإلكتروني:

وهو وسيلة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة المعلومات^(٣٥)، ويعرف إجرائياً بأنه: "كل رسالة أياً كان شكلها، نصية أو صوتية أو مصحوبة بصور أو أصوات، يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات، ويتم تخزينها على أحد خوادم هذه الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه حتى يتمكن هذا الأخير من استعادتها"^(٣٦).

ويعتبر من أهم تطبيقات الإنترنت وأكثرها استخداماً من الناحية العملية، وذلك لسرعته الفائقة وسهولة استخدامه وتكلفته البسيطة مقارنة بوسائل الاتصال الأخرى كالفاكس والتلكس، ولقد أصبح متاحاً من خلال البريد الإلكتروني أن يرسل أي شخص رسالة لآخر، وأصبح لهذا البريد حجية قانونية، تختلف بحسب ما إذا كان مزيل بتوقيع إلكتروني أم غير مزيل بهذا التوقيع^(٣٧)، ويمكن من خلاله إرسال صحيفة الدعوى إلكترونياً إلى المحكمة وإعلان الأوراق القضائية، وتقديم المذكرات والمستندات، وتلقي مذكرات الخصوم ومستنداتهم، والتواصل مع المحكمة والعاملين بها، دون حاجة إلى الانتقال لمقر المحكمة لتسليم الأوراق أو استلامها، ويستطيع المتقاضي عبر تقنية البريد الإلكتروني تقديم صحيفة الدعوى، وطلباته الجوهرية، والمستندات المؤيدة لها إلى المحكمة المختصة، كما أن للخصم أن يرد على طلبات خصمه بإرسال ما يراه لازماً من الوثائق والطلبات عبر البريد الإلكتروني، وللقاضي أن يرسل حكمه إلى جهة التنفيذ، وإلى محامي الخصوم تحقيقاً لمبدأ علم أطراف الدعوى بالحكم النهائي الصادر في النزاع، حتى يتسنى للمحكوم عليه الطعن فيه^(٣٨).

(٣٥) د. خالد حسن أحمد لطفي، مرجع سابق، ص ١٠٠-١٠٢.

(٣٦) عبد الهادي فوزي العوضي: الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، (د.ت)، ص ١٣.

(٣٧) د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٣٧ وما بعدها.

(٣٨) د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٣٧ وما بعدها.

ثانياً - المحررات الإلكترونية:

وتعرف بأنها: البيانات والمعلومات التي يتم تبادلها من خلال المراسلات التي تتم بين طرفي العلاقة بوسائل إلكترونية سواء أكانت من خلال شبكة الإنترنت أم من خلال الأقراص الصلبة أو شاشات الحاسب الآلي أو أية وسيلة إلكترونية أخرى، لتوصيل المعلومة بينهما، أو إثبات حق أو القيام بعمل، فهي الوسيلة التي من خلالها يتمكن المتلقون عبر الإنترنت من توصيل المعلومة لبعضهم البعض.

وقد منح المشرع العماني المحرر الإلكتروني حجية تعدل المحرر الورقي متى توافرت الشروط اللازمة لذلك، إذ نص على أن "تنتج الرسالة الإلكترونية أثرها القانوني وتعتبر صحيحة وقابلة للتنفيذ شأنها في ذلك شأن الوثيقة المكتوبة إذا روعيت في إنشائها واعتمادها الشروط المنصوص عليها في هذا القانون واللوائح والقرارات الصادرة تنفيذاً لأحكامه"^(٣٩)، ويعد المحرر الإلكتروني وسيلة مهمة من وسائل مباشرة الدعوى الإلكترونية، والتي يتم من خلالها تبادل المعلومات والمستندات والطلبات والدفع وأوجه الدفاع، وغيرها من المستندات والمذكرات المكتوبة، والتي يغني المحرر الإلكتروني عنها في ظل نظام التقاضي الإلكتروني.

ثالثاً - التقاضي بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات:

وهو مجموعة من المعايير المستخدمة في تبادل معلومات المعاملات الإلكترونية بين أجهزة الكمبيوتر، ويتم نقل وتبادل البيانات والمعلومات إلكترونياً عبر مواقع الويب باستخدام برامج التصفح، وتنتج رسالة البيانات حجية وقوة في التعامل وفي نظم التقاضي الإلكتروني، إذ يكون لها كالمحرر الورقي من قوة، وفقاً لشروط معينة.

رابعاً - تقنية الفيديو كونفرانس:

وتعد من أهم التقنيات في مجال التقاضي الإلكتروني، وتتضمن افتراضاً مجازياً لحضور أطراف الدعوى. ويتطلب تطبيق هذه التقنية توافر أجهزة تقنية حديثة لنقل وعرض الصوت والصورة.

(٣٩) المادة (٧) من المرسوم السلطاني رقم ٦٩ لسنة ٢٠٠٨ بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية.

المطلب الثالث

إدارة التقاضي الإلكتروني وإجراءاته

تهدف نظم إدارة الدعوى في التقاضي الإلكتروني، إلى خدمة العمل داخل المحاكم من خلال التطبيقات المتعلقة بالإجراءات الإلكترونية، وهذه التطبيقات تستخدم لتجميع وتنظيم ومعالجة وتخزين البيانات، ومن ثم توزيعها داخل المحكمة والجهات الخارجية. وهو ما ينعكس على زيادة إنتاجية العاملين وتحسين أدائهم واختصار الوقت وتحسين الخدمات المقدمة للجمهور وتوفير المعلومات التي تخدم إدارة المحكمة من خلال خطوات إلكترونية، بالإضافة إلى إمكانية طباعة الكثير من الأوراق المتداولة في الدعاوى مثل الإعلانات مع إعداد التقارير والإحصاءات الدقيقة والتفصيلية بما يمكنها من الإعلان والإشراف والرقابة. ونتناول ذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

إدارة التقاضي الإلكتروني

أولاً- نظام صحف الدعاوى والإعلان والحضور في الدعوى الإلكترونية:

يقتضي نظام التقاضي الإلكتروني أن يتم إعداد صحيفة الدعوى إلكترونياً، ثم قيدها إلكترونياً أيضاً في قلم كتاب المحكمة المختصة، وهو ما يعرف في هذا النظام التقني بـ "قلم الكتاب الإلكتروني".

وبعد أن تُقيد وتسجل الدعوى أمام المحكمة تنتقل الخصوم لمرحلة النظر في دعواهم أمام المحكمة، فيتم إعلان الخصوم إلكترونياً بموعد الجلسة، وتبدأ إجراءات المرافعة بحضور الخصوم للجلسات وتقديم المذكرات ويحاول كل منهما تقديم الأدلة والمستندات، واللجوء إلى أي وسيلة من وسائل الإثبات التي من شأنها حصوله على حقه، والدفاع عن نفسه ولا يوجد ما يمنع من حضور الجلسات والمرافعة أمام المحكمة باستخدام الوسائل الإلكترونية متى ما كان النظام يسمح بذلك، والمرافعة سواءً أكانت مكتوبة أم شفوية فإنها تعد من أساسيات الحكم القضائي، وبدونها لا يستطيع القاضي

الوقوف واستجلاء الحقيقة، ومن جانب آخر نجد أن المشرع العماني قد أخذ بالإثبات باستخدام الوسائل الإلكترونية واعتبره مساوياً للإثبات التقليدي في الأنظمة ذات العلاقة بذات الأثر القانوني المقرر في لقانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٨ / ٢٠٠٨).

وتتعدد جلسات المحاكمة بالتقنيات الحديثة ومنها تقنية الفيديو كونفرانس، وتعتقد المحكمة جلساتها بهذه الطريقة الإلكترونية سمعياً وبصرياً، كما لو تم عقد الجلسة بحضور الأطراف شخصياً قاعة المحاكمة، ونظراً إلى كون الدعوى تعتمد في الغالب على المرافعة الكتابية دون المرافعة الشفهية مما يسهل على الخصوم الحضور أمام المحكمة عن طريق إيداع المستندات والأوراق المتعلقة بالدعوى ويدافع من خلالها عن حقه ووجهة نظره^(٤٠).

ثانياً - تحقق مبدأ المواجهة في نظام التقاضي الإلكتروني:

يتم تمكين الخصوم من حقهم في المواجهة بالإعلان الإلكتروني لمواعيد الجلسات، حيث يستطيع كلا الخصمين تقديم أدلتهم والمستندات التي تعزز دعواهم ويطلعون على لائحة الدعوى والردود عليها وعلى كافة المستندات وأدلة الطرف الآخر لكي يستطيع أيًا منهم بالرد عليها، كما يتحقق مبدأ المواجهة بين الخصوم، عبر الوسائل الإلكترونية، بإمكانية حضور الجلسات عبر وسائل الاتصال الحديثة، وذلك من خلال استخدام تقنيات الصوت والصورة بين جميع أطراف الدعوى وتحت رقابة وإدارة المحكمة، وذلك لرؤية جميع المعنيين بالدعوى، ويرى كل منهم الآخر ويتبادلون كافة الآراء والمناقشات وكأن الجميع يجلسون في مكان واحد^(٤١).

(٤٠) د. خالد ممدوح، مرجع سابق، ص ٤٢.

(٤١) د. هشام عبد السيد الصافي، القضاء الإداري المصري والتكنولوجيا الحديثة، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، ٢٠١٧م، ص ٣٠١.

وقد أوضحت اللائحة التنظيمية لقانون تبسيط إجراءات التقاضي لخدمة التقاضي الإلكتروني أنه يمكن لأي من أطراف الدعوى الاطلاع على كامل ما يقدم في القضية من المستندات والمذكرات التي تقدم أثناء الجلسة ومواجهة الأطراف بها. وتعد تقنية ال (الفيديو كونفراس) إحدى وسائل الاتصالات المرئية الحديثة التي تتم من خلال شبكة الإنترنت وتعزز من تحقق مبدأ المواجهة بين الخصوم، فمن خلالها يتم نقل الصوت والصورة لشخص أو أكثر في مكان ما إلى قاعة المحاكمة في أي مكان آخر من العالم، وأهم متطلبات تطبيق هذه التقنية هو وجود إنترنت سريع جدًا، وميكروفونات وساعات ذات جودة معقولة، وكذلك كاميرات ويب و دعامات لتخزين المرافعات، فضلًا أن هذه التقنية توفر الوقت والجهد وتتيح إدارة الحوار المرئي بين مجموعة من الأشخاص يصعب أحيانًا جمعهم في مكان ووقت واحد، لا سيما أنه يمكن تبادل الملفات والوثائق بينهم دون وجود أي صعوبة بذلك^(٤٢).

ثالثًا- مراعاة قواعد الحضور والغياب في التقاضي الإلكتروني:

لمعالجة مسألة حضور وغياب أطراف الدعوى ووكلائهم، وما يترتب على هذه المسائل من آثار قانونية، لا بد من الإشارة هنا إلى أن التقاضي الإلكتروني يوفر في طبيعته مدخلًا ومستوعبًا ورابطًا شبكيًا بينهما، إذ إن المدخل هو الصفحة الرئيسية لموقع النظام على شبكة الإنترنت، والتي من خلالها يستطيع الخصوم ووكلاءهم وبقية الأشخاص الدخول إليه وتحديد نوع الخدمة أو الإجراء المراد تنفيذه، والمستوعب هو وحدات من الأجهزة الإدارية والقضائية التي تستقبل المراجعين وبرامج حاسوبية تقوم بعملية التوثيق التقني لكل إجراء، والربط الشبكي بينهما هو وسيلة التواصل والدخول من صفحات ضمن موقع إلكتروني على خط شبكي عالمي إلى خط شبكي حاسوبي

(٤٢) د. صفوان محمد، التحقيق والمحاكمة الجزائية عن بُعد عبر تقنية ال (video conference)، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد (٤٢)، العدد (١)، (٢٠١٥م)، ص ٣٥٣.

مقيد له أنظمة حماية مانعة من دخول الغير لقواعد البيانات الداخلية الخاصة بالدعاوي.

وبالتالي لا يشترط الحضور الشخصي للخصوم إلى مكان المحكمة، بحيث يستطيع الخصوم الدخول للمحكمة الإلكترونية من أي مكان فيه جهاز حاسوب متصل بشبكة الإنترنت بواسطة موقع نظام التقاضي الإلكتروني، إذ يستطيع من خلال ذلك الحضور والمثول بواسطة الموقع بالدخول إلى صفحة القاضي وقاعة المحكمة ليقوم كتابة الموقع الإلكتروني بالتأكد من صفته وإدخاله إلى قاعة المحكمة ليتمكن القاضي من المباشرة بالإجراءات القضائية، وكذلك الأمر بالنسبة لجهة المدعى عليه، ويتم توثيق هذا الحضور تقنياً.

ولا بد من الإشارة هنا، إلى أن وكلاء أطراف الدعوى يستطيعون تمثيل الخصوم من مكاتبتهم دون حاجة للحضور الشخصي إلى المحكمة في مواعيد الجلسات، ويمكنهم تجهيز وتصميم ملفات إلكترونية تتضمن صحيفة الدعوى والبيانات والوثائق المطلوبة، وإرسالها إلى وحدة تسجيل الدعاوى القضائية^(٤٣).

رابعاً - تنظيم الحق في المرافعة في الدعوى الإلكترونية:

حتى تتم المرافعة أمام المحكمة الإلكترونية يجب أن يتزامن حضور أطراف الخصومة مع المحكمة للقيام بإجراء المرافعة على نحو تقني بوسائل الاتصال الحديثة، ويباشر القاضي فتح باب المرافعة الإلكترونية من خلال التقنيات المتبعة في هذا المجال، فيظهر صوت وصورة كل من المدعي والمدعى عليه أو وكلائهم، ويتم التخزين التلقائي لمجريات الجلسة، بحيث يستطيع الخصوم وممثليهم الدخول لقاعة المحكمة الافتراضية وحضور الجلسات إلكترونياً.

(٤٣) د. محمد عصام الترساوي، تداول والدعوى القضائية أمام المحاكم الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٩٤.

خامساً- تحقق مبدأ العلانية في التقاضي الإلكتروني:

وفيما يتعلق بتحقيق مبدأ علانية الجلسات ما لم تقرر المحكمة سريتها، فإنه يمكن تحقيقها من خلال استخدام وسائل الاتصال الحديثة، حيث تتحقق أحكام الحضور والعلانية في المحاكمات الجزائية إذا تمت باستخدام تقنية الاتصال المرئي والمسموع عن بعد، وتطبق عليها القواعد العامة بشأن ضبط الجلسة وإدارتها وإجراءات نظر الدعوى وإثباتها وإصدار الأحكام.

سادساً- محضر الجلسة الإلكتروني في التقاضي الإلكتروني:

تسجل جلسات المحاكمة التي تعقد باستخدام تقنية الاتصال المرئي والمسموع عن بعد، وتحفظ، في دعامات إلكترونية تكون لها صفة السرية، ولا يجوز تداولها أو الاطلاع عليها أو نسخها إلا بإذن من رئيس المحكمة المختصة أو رئيس الدائرة التي أصدرت الحكم، وللمحكمة أن تأمر بتفريغها في محاضر يوقعها رئيس الجلسة وأمين السر، وتعتبر سنداً رسمياً بما دون فيها، وتنتج كافة آثارها القانونية، ويباشر القاضي إدارة الجلسة عبر الموقع الإلكتروني من خلال جلوسه في قاعة المحكمة، على أن تكون قاعة المحكمة مزودة بشاشات مرتبطة بأجهزة الحاسوب لكي يكون بالإمكان مشاهدة أطراف الدعوى شخصياً والاستماع للشهود والخبراء عند الحاجة، ويستطيع الخصوم الحصول على نسخة من الملف المسجل والمخزن تقنياً أو إرسالها إليهم بواسطة البريد الإلكتروني^(٤٤).

وفي حالة طلب أصل الوثائق والأدلة المقدمة في الدعوى يستطيع المحامي تأمين إرسالها إما بالحضور الشخصي إلى المحكمة أو إرسالها بواسطة بريد النظام الإلكتروني الذي يعتبر جزءاً من وحدة الاعلانات الإلكترونية.

أما عن سير جلسات الدعوى في التقاضي الإلكتروني، فإنها تبدأ بسماع أقوال وكلاء أطراف الدعوى، حيث يقوم كاتب الضبط بإدخال أقوالهم على الحاسوب في المحرر الإلكتروني للدعوى، وهو شبيه بمحضر الجلسة في التقاضي العادي، ويتم عرض دفع

(٤٤) د. حازم الشرعة، التقاضي، مرجع سابق، ص ٦٠، ص ٧٠.

الخصوم وطلباتهم على شاشة العرض. كما ويمكن أن يتحدث الخصوم بواسطة (المايك) المخصص لذلك ويقوم البرنامج بنقل تلك الإشارات الصوتية وترجمتها إلى كلمات تدون في المحرر الإلكتروني ويظهر على شاشة العرض الموجود في قاعة المحكمة. ومن جهة أخرى يقوم الخصوم بتقديم مستندات الدعوى ووثائقها وبياناتها بشكل إلكتروني^(٤٥).

ونؤكد أن تدوين إجراءات التقاضي الإلكتروني يتم تقنين في ملف الدعوى الإلكترونية، الذي يكون عبارة عن برنامج يحتوي على قدرة تخزينية للصوت والصورة، بحيث يستطيع القاضي مباشرة المحاكمة إلكترونياً من خلال المحضر الإلكتروني الذي يظهر فيه صوت وصورة القاضي وصوت وصورة أطراف الدعوى، وبعد الانتهاء من كل جلسة يقوم أمناء السر بطباعة محضر الجلسة كما حصلت تماماً. أما مرفقات الدعوى من مستندات وبيانات، فإنها تحفظ مع ملف الدعوى وتخزن صورة المسح الضوئي لها على ملفات معينة^(٤٦).

حيث إن الدعامة الورقية هي التي تجسّد الوجود المادي للمعاملات التقليدية ولا تعد الكتابة دليلاً كاملاً للإثبات إلا إذا كانت موقعة بالتوقيع اليدوي، أما التقاضي الإلكتروني فيتم إثباته عبر المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، فالمستند الإلكتروني يتبلور فيه حقوق طرفي التعاقد، فهو المرجع للوقوف على ما اتفق عليه الطرفان وتحديد التزاماتها القانونية، والتوقيع الإلكتروني هو الذي يضفي حجية على هذا المستند.

وبعد الانتهاء من جلسات المحاكمة في التقاضي الإلكتروني كافة، تكون إجراءات الدعوى ومستنداتها وأقوال أطرافها كافة مدونة على دعامات إلكترونية من خلال صفحات المحكمة الإلكترونية الآمنة، والتي يكون لكل قاض في هيئة المحاكمة نسخة

(٤٥) المرجع السابق، ص ٧٣.

(٤٦) د. عبد العزيز الغانم: المحكمة الإلكترونية، دراسة تأصيلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠١٦م، ص ٢٦٤.

منها، بحيث تجري المداولة الإلكترونية بين أعضاء الهيئة لتوصلهم إلى حكمهم النهائي في الدعوى، حيث يصدر القرار ويتم التوقيع عليه من قبلهم من خلال تفعيل التوقيع الإلكتروني على ملف الدعوى القضائية. وبعد التوقيع على الحكم، يقوم موظف قلم المحكمة الإلكترونية بالإعلان عن الحكم للأطراف فور صدوره، وبذات الوقت يتم إيداعه في ملف الدعوى ليتمكن الأطراف من الاطلاع عليه، وهو ما يضمن الإعلان الشخصي للأحكام، ومن ثم يكون الحكم محلاً للتنفيذ بالنسبة للمحكوم له، ويمكن المحكوم عليه الطعن به حسب القواعد العامة للطعن وأحكامها وشروطها^(٤٧).

الفرع الثاني

إجراءات التقاضي الإلكتروني

تعرف الدعوى الإلكترونية بأنها: سلطة اللجوء للقضاء الإلكتروني من أجل الحصول على تقرير حق موضوعي، أو حمايته ويتم ذلك عبر وسائط إلكترونية ومن خلال شبكة الإنترنت^(٤٨).

وتتضمن الدعوى الإلكترونية التي تبأشر عبر الوسائل التقنية، ذات الإجراءات التي يجب اتباعها في الدعوى بالوسائل التقليدية، ولا تختلف الأولى عن الثانية إلا في مباشرة الإجراءات بالوسائل الإلكترونية، وذلك على النحو الآتي:

أولاً- الإيداع الإلكتروني لصحيفة الدعوى:

يُعد أول إجراء يقوم به المدعي هو إيداع صحيفة الدعوى مباشرة إلى المحكمة المختصة، وقد أجاز قانون تبسيط إجراءات التقاضي ولائحته التنظيمية، تقديم صفح الدعوى وطلبات التنفيذ والطعون والمذكرات والمستندات وتبادلها إلكترونياً.

(٤٧) المرجع السابق، ص ٣٨١.

(٤٨) د. نادية أبو طالب: إجراءات المحكمة الإلكترونية ومدى قانونية تطبيقها في الأردن، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة عمان العربية، عمان، ٢٠١٨م، ص ٤٨.

حيث نصت المادة الخامسة منه على أنه: "استثناء من قانون المعاملات الإلكترونية، يجوز رفع الدعاوى المنصوص عليها في المادة (١) من هذا القانون، والطعن في الأحكام الصادرة فيها، بصحيفة تودع أمانة سر المحكمة عن طريق الأنظمة الإلكترونية المخصصة لذلك، وفقاً للضوابط المحددة من قبل رئيس مجلس الشئون الإدارية للقضاء، كما يجوز كذلك إيداع المذكرات وتقديم المستندات والطلبات والإطلاع على أوراق الدعوى أو الطعن إلكترونياً، ويسري حكم هذه المادة على جميع الدعاوى غير المنصوص عليها في هذا الفصل، وعلى الطعن في الأحكام الصادرة فيها". كما أوجبت اللائحة التنظيمية للقانون في المادتين (٣ و ٤) إنشاء سجلات في النظام الإلكتروني في كل محكمة لقيد الدعاوى وطلبات التنفيذ، وإنشاء ملف بالنظام الإلكتروني لكل دعوى.

ويتم تسجيل الدعوى إلكترونياً من خلال شبكة الإنترنت؛ حيث يدخل المدعي على شبكة الويب، والولوج إلى المواقع الإلكترونية ذات العلاقة بتسجيل الدعوى، وهي عن طريق النظام الإلكتروني، ما لم يرخص لهم من رئيس المحكمة المختصة أو رئيس الدائرة المعنية، بتقديمها ورقياً إلى أمانة سر المحكمة. هذه الخدمة بتقديم الدعاوى وتسجيلها إلكترونياً عبر بوابة لنظام الإلكتروني المحدد في الفقرة الثالثة من المادة الأولى من اللائحة التنظيمية لقانون تبسيط إجراءات التقاضي وهذه الخدمة تتيح لطالب قيد الدعوى تقديمها عبر الوسائل الإلكترونية وفقاً للمواد والإجراءات القانونية، والقواعد المرسومة في الخدمة، وفي بيئة إلكترونية تقنية آمنة، وذلك دون الحاجة إلى مراجعة المحكمة^(٤٩).

ثانياً- إعلان صحيفة الدعوى إلكترونياً:

يتم الإعلان الإلكتروني لأطراف الدعوى بوسائل التقنية الحديثة كالهاتف المحمول من خلال إرسال رسالة نصية (sms) أو بواسطة البريد الإلكتروني الرسمي للجهات

(٤٩) د. ليلي عصماني، نظام التقاضي الإلكتروني آلية لإنجاح الخطط التنموية، مجلة المفكر، العدد ١٣، جامعة محمد خيضر، الجزائر، ٢٠١٦م، ص ٢٢١-٢٢٢.

الحكومية أو غير الحكومية، وحتى نكون أمام الإعلان الإلكتروني سليم من الناحية القانونية يجب أن يتم وصول علم للخصوم بمضمون الدعوى وصحيفتها، ورقم الدعوى، ومكانها وتاريخ انعقادها، وأمام أي دائرة من دوائر المحكمة في حال تعدد دوائرها^(٥٠). وقد نصت المادة (١/١٨) من قانون تبسيط إجراءات التقاضي على أنه: "استثناء من قانون المعاملات الإلكترونية، ومع مراعاة الأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية والتجارية بشأن إعلان الأوراق القضائية، يجوز أن يتم الإعلان برسالة هاتفية مكتوبة، أو بأي وسيلة اتصال إلكترونية قابلة لحفظه، واستخراجه، يصدر بتحديد قرار من رئيس مجلس الشؤون الإدارية للقضاء". كما نظمت المواد (٣٢-٣٩) من اللائحة التنظيمية أحكام وضوابط وإجراءات الإعلان الإلكتروني، تنفيذا لهذا النص. ويعد تطبيق هذه الأساليب في نظام الإعلان الإلكتروني للدعوى بالاعتماد على الثورة الإلكترونية الهائلة خطوة رائدة وفعالة تسهم في تقليل أمد التقاضي وتسريع الفصل في القضايا، بيد أن هذه الوسائل تكاد تستخدم يوميا وعلى نحو كبير لدى غالبية الأفراد، وتسهم هذه الوسائل بتقليل معاناة الخصوم ووكلائهم في عملية الإعلان الإلكتروني^(٥١).

ثالثاً - المرافعة إلكترونياً:

حيث يمكن من خلال تقنية البريد الإلكتروني، تقديم الخصوم لمذكراتهم ودفاعهم ودفعهم بطريقة إلكترونية من خلال المحررات الإلكترونية والصور والتسجيلات الصوتية والفيديوية، التي يعن لهم تقديمها إلى المحكمة. وقد نصت المادة (٢٧) من اللائحة التنظيمية لقانون تبسيط إجراءات التقاضي على أنه: "...يجوز لأطراف الدعوى إيداع مذكرات الرد أو التعقيب وسائر المستندات وما في حكمها لدى أمانة سر المحكمة المختصة عن طريق النظام الإلكتروني..."، وقد اعتبرت المادة (٢٩) من اللائحة أن تقديم الذكريات والمستندات وتبادلها إلكترونياً بين

(٥٠) المرجع السابق، ص ٢٢٣.

(٥١) د. أسعد منديل، ص ٢١-٢٢.

أطراف الدعوى عن طريق النظام الإلكتروني، تعتبر إجراءات حضورية وتنتج آثارها القانونية، كما نصت المادة (٤٨) من ذات اللائحة على أنه: "يعتد بحضور المتهم وباقي الأطراف للجلسة باستخدام تقنية الاتصال المرئي والمسموع عن بعد ولو كانوا خارج نطاق الاختصاص المحلي للمحكمة أو خارج الدولة...". ونصت المادة (٥١) من اللائحة ذاتها على أنه: "تتحقق أحكام الحضور والعلانية في المحاكمات الجزائية إذا تمت باستخدام تقنية الاتصال المرئي والمسموع عن بعد...". ووفقاً للمادة (٥٦) من اللائحة، يجوز في سائر الدعاوى أن تستعين المحاكم بالاتصال المرئي والمسموع عن بعد، في سماع المرافعات وأقوال الشهود والخبراء والمترجمين وغيرهم.

رابعاً- الإثبات الإلكتروني والأدلة الإلكترونية:

وأهم وسائل الإثبات الإلكتروني؛ الإثبات بالمحركات الإلكترونية، وبالتوقيع الإلكتروني، وقد سبق القول بأن المشرع العماني يعطي لهذه المحركات حجية المحركات الورقية، متى توافرت فيها الشروط القانونية، كما يأخذ التوقيع الإلكتروني حجية التوقيع التقليدي وفقاً لشروط معينة.

خامساً- إلكترونية المداولة في الحكم القضائي بالوسائل التقنية:

يجوز اعتماد هيئة المحكمة على تقنية اجتماعات الفيديو كونفرنس أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة، ومن ثم يمكن إجراء المداولة إلكترونياً بين القضاة بشأن الحكم في القضية المعروضة عليهم لو تعذر الاجتماع المادي بينهم شريطة اتخاذ التدابير التكنولوجية التي تضمن سرية المداولة التي تجرى عبر شبكة الإنترنت، وعدم انتهاك الغير لها مما يخل بأمن وسرية المداولة^(٥٢).

(٥٢) د. محمود مختار عبدالمغيث، مرجع سابق، ص ٢٠٣-٢٠٤. محمد علي سويلم، النقاضي عبر الوسائل الإلكترونية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ٨٢١.

سادساً- تحرير الحكم والنطق به في الدعوى الإلكترونية:

نتفق مع الفقه القانوني^(٥٣)، ومع أحكام القضاء في جواز الاستعانة بالوسائل التكنولوجية في كتابة الحكم، حتى في ظل القانون الحالي، ودون حاجة إلى تعديل تشريعي يسمح بذلك، حيث إن القانون ليس فيه ما يمنع القاضي من الاستعانة بالوسائل الآلية الحديثة كالحاسب الآلي في كتابة الحكم، ولا ينال ذلك من سرية المداولة فيه، ويتميز الحكم الإلكتروني بأن عملية إصداره تكون بشكل أسرع بكثير مما هو عليه الحكم التقليدي، وذلك لما توفره التقنيات الحديثة من مكنة حفظ واسترجاع المعلومات، وإتاحة الفرصة للقاضي للاستعلام من المراجع القانونية ومدونات الأحكام القضائية والسوابق القضائية، بسرعة وسهولة، كما يوفر للخصوم الدخول على ملف الدعوى بموقع المحكمة الذي تم تزويده بالحكم القضائي، والطعن عليه من خلال الرقم السري الخاص بالخصم^(٥٤).

سابعاً- إعلان الحكم القضائي إلكترونياً:

إذا أقيمت الدعوى بالطريق الإلكتروني، جاز إعلان الخصوم بالأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة بذات الطريق، وإذا حضر المدعى عليه في أية جلسة، أو رفع المستندات والمذكرات إلكترونياً اعتبر الحكم المنهي للخصومة حضوراً في مواجهته. ويتم نشر الحكم على الموقع الإلكتروني للقضية وإبلاغه للخصوم بالوسائل الإلكترونية.

ثامناً- قانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات:

إجابة على التساؤل الذي طرحناه في إشكالية البحث، بشأن قانون تبسيط إجراءات التقاضي، وهل يعد تقاض إلكتروني أم عدالة تنبؤية؛ فإنه يمكن القول وفي ضوء ما سبق، إن هذا القانون يمثل صورة من صور التقاضي الإلكتروني بالوسائل الإلكترونية، وليس من صور العدالة التنبؤية؛ لأن العدالة التنبؤية تقوم على النحو الذي سيأتي بيانه

(٥٣) د. سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص ٣٣١.

(٥٤) د. خالد حسن لطفي، مرجع سابق، ص ١٣٩-١٤٠.

على حلول التكنولوجيا وخوارزميات الذكاء الاصطناعي محل العنصر البشري (القاضي)، أما التقاضي الإلكتروني، ففكرته تكمن في استعانة القاضي بالوسائل الإلكترونية في مباشرة الإجراءات، على النحو المبين في قانون تبسيط إجراءات التقاضي ولائحته التنفيذية.

المبحث الثاني

العدالة التنبؤية ودورها في الواقع القضائي المعاصر

شاع في الآونة الأخيرة مصطلح القضاء الإلكتروني، وهو فكرة تختلف عن فكرة التقاضي الإلكتروني التي سبق تناولها في المبحث الأول، حيث يختلف المقصود من إلكترونية القضاء (أو التقاضي الإلكتروني) تمامًا عن المقصود من القضاء الإلكتروني، وذلك لما يلي^(٥٥):

١- إلكترونية القضاء: مصطلح يقصد به استخدام الوسائط الإلكترونية في إجراءات التقاضي، بداية من المطالبة القضائية والإعلان والإخطار، ومرورًا بإجراءات سير الدعوى وما يجرى في جلساتها، وانتهاءً بصدر الحكم النهائي فيها والطعن فيه وتنفيذه، وهذا يعني اعتبار الوسائط الإلكترونية وسائل مساعدة للقاضي في عملية التقاضي، وليست بديلة للقاضي ولا تحل محله.

٢- أما القضاء الإلكتروني: فيقصد به حلول الوسائط الإلكترونية محل الشخص الطبيعي (كالقاضي أو المحكم)، بحيث تقوم هذه الوسائط بدوره في إصدار القرارات أو الأحكام، في المنازعات الناشئة عن المعاملات المالية الإلكترونية، كأعمال البنوك والنفقات والمواريث والوصايا وغيرها، وتوجد لهذا النوع تطبيقات في بعض الأنظمة القضائية، كالقاضي الافتراضي أو الإلكتروني في أمريكا، وكذلك توجد تجربة على ذلك

(٥٥) د. سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص ٣١٥.

في بيروت بلبنان^(٥٦)، وهي فكرة تعتمد على الذكاء الاصطناعي^(٥٧)، والحلول محل الذكاء البشري فيها^(٥٨).

(٥٦) د. سيد أحمد محمود: إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني وإلكترونية التحكيم والتحكيم الإلكتروني، دار الفكر والقانون، ٢٠١٥م، ص ٩٧ وما بعدها.
(٥٧) مصطلح الذكاء الاصطناعي (AI) يشير إلى الأنظمة أو الأجهزة التي تحاكي الذكاء البشري لأداء المهام والتي يمكنها أن تحسن من نفسها استناداً إلى المعلومات التي تجمعها. وهو يتعلق بالقدرة على التفكير الفائق وتحليل البيانات أكثر من تعلقه بشكل معين أو وظيفة معينة؛ وعلى الرغم من أن الذكاء الاصطناعي يقدم صوراً عن الروبوتات عالية الأداء الشبيهة بالإنسان التي تسيطر على العالم؛ إلا أنه لا يهدف إلى أن يحل محل البشر؛ وإنما يهدف إلى تعزيز القدرات والمساهمات البشرية بشكل كبير؛ مما يجعله أصلاً ذا قيمة كبيرة من أصول الأعمال. وعلم الذكاء الاصطناعي هو أحد علوم الحاسب الآلي الحديثة، التي تبحث عن أساليب برمجية متطورة للقيام بأعمال واستنتاجات تشابه ولو في حدود حقيقة تلك الأساليب التي تنسب لذكاء الإنسان، فهو بذلك علم يبحث أولاً في تعريف الذكاء الإنساني وتحديد أبعاده، ومن ثم محاكاة بعض خواصه. (د. ثائر محمود، د. صادق عطيات: مقدمة في الذكاء الاصطناعي، مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٦م، ص ١٤).

ويعرف الذكاء الاصطناعي بأنه: "عملية محاكاة الذكاء البشري عبر أنظمة الكمبيوتر، في محاولة لتقليد سلوك البشر ونمط تفكيرهم وطريقة اتخاذهم للقرار، أي إعطاء الآلة القدرة على التفكير مثل الإنسان والتصرف مثل الإنسان". (د. أحمد فوزي ملوخية: نظم المعلومات الإدارية، مركز الإسكندرية للكتاب، ٢٠٠٩م، ص ٢٧٤).

(٥٨) هناك فارق بين "تكنولوجيا القضاء" و "الذكاء الاصطناعي"، إذ يقصد بالأول: التحول من إجراءات التقاضي التقليدية التي تمارس عبر مستندات ورقية تقليدية وإجراءات تتم بكاملها بمعرفة العنصر البشري، إلى الإجراءات الإلكترونية التي تباشر من خلال وسائل التكنولوجيا وتقنيات الاتصال الحديثة، وأهمها أجهزة الحاسب الآلي ووسائل الاتصال المسموعة، والمرئية، والمقروءة، والتي تحل فيها المحررات الإلكترونية محل المحررات التقليدية ويقتصر دور العنصر البشري فيها على تغذية الجهاز بالمعلومات والبيانات والمستندات، بحيث يقوم هذا الأخير بعملية تخزينها وحفظها، لاسترجاعها بسهولة عند طلبها أو البحث عنها، وهذه الأجهزة التقنية لا تحل تماماً محل العنصر البشري؛ وإنما تعد وسائل مساعدة في تيسير وتسيير إجراءات التقاضي، ولا يمكن حلها محل القاضي -أو المحكم- في اتخاذ القرارات وإصدار الأحكام؛ وإنما له أن يستعين بها في ذلك من خلال ما تم تخزينه وحفظه من وثائق وقوانين وسوابق قضائية ومناقشات مع الخصوم والشهود، وغير ذلك.

وقد أصبحت فكرة القاضي الإلكتروني أو الروبوت القاضي أو القضاء اعتمادًا على وسائل العدالة التنبؤية، محور نقاش فقهي وقانوني قائم نتيجة لتطور الذكاء الاصطناعي، فهي ظاهرة لا تبدو في يوم من الأيام وكأنها تهديد للمهنيين القانونيين، بل هي بمثابة مساعدة ثمينة، سواء بالنسبة لهم أو للمتقاضين من وجهة نظر البعض ومرفوضة ومحكوم عليها بالفشل من وجهة نظر البعض الآخر⁽⁵⁹⁾، لكن ما هي التقنية المستخدمة في هذا المجال؟ وماذا تجلب من مزايا ومن مثالب؟

تأتي "العدالة التنبؤية" في طليعة الممارسات القانونية المستقبلية. فما هو القاضي الإلكتروني أو الذكاء الاصطناعي أو "العدالة التنبؤية"؟

هي أداة حاسوبية، تستند إلى قاعدة بيانات فقهيّة، والتي، باستخدام خوارزميات الفرز و"الشبكات الإلكترونية" (الأكثر تقدمًا)، ستساعد على توقع ما سيكون إحصاءات

بينما يقصد بالذكاء الاصطناعي في المجال القضائي -أو التحكيمي- أحد أمرين؛ الأول: أن تحل الآلة محل القاضي -أو المحكم- فتقوم باتخاذ القرار أو إصدار الحكم بدلا منه، عبر خوارزميات الذكاء الاصطناعي وبرامج محاكاة السلوك البشري التي تتم تغذية الآلة بها، لإجراء عمليات تحاكي التفكير البشري وتستننتج القرار الصحيح، وهذا الأمر مرفوض من جانبنا. والثاني: الاستعانة في الإجراءات بالوسائل التكنولوجية الحديثة التي تعتمد في عملها على خوارزميات الذكاء الاصطناعي، كوسيلة مساعدة للعنصر البشري في بعض الإجراءات، كالقيد الإلكتروني لصحيفة الدعوى، وتحديد الجلسة إلكترونياً، والإعلان الإلكتروني، والاطلاع الإلكتروني، وتبادل المستندات إلكترونياً، وسماع الخصوم والشهود إلكترونياً، والمداولة الإلكترونية، وإعلان الحكم كذلك، وغير ذلك من الإجراءات التي يكون حلول الذكاء الاصطناعي فيها محل العنصر البشري المعاون للقاضي نسبياً، دون التدخل في إصدار الحكم أو اتخاذ القرار. وهذه الصورة الثانية من صور استخدامات الذكاء الاصطناعي هي التي نعنى بها هنا ونتناولها من خلال هذه الدراسة، مناشدين المشرعين إلى التحول التقني في الإجراءات باستخدام وسائل تكنولوجية ذكية تسهم في سهولة الإجراءات لتحقيق عدالة ناجزة تحترم فيها الضمانات القانونية والقضائية والتحكيمية. (عبدالله عبدالحى الصاوي: انعكاس الذكاء الاصطناعي على الإجراءات القضائية والتحكيمية"، مؤتمر "التكنولوجيا الحديثة أحد التحديات القانونية المعاصرة"، كلية القانون، جامعة الشارقة، مارس ٢٠٢١م، ص ١٨).

(59) Laurine Tavitian، JUSTICE PRÉDICTIVE: OU EN EST-ON? JUILLET 2016: <https://www.villagejustice.com/articles/local/>

واحتمالات نجاح هذه الحجة أو تلك. هذا هو على الأقل الطموحات المعلنة لهذا النوع من الأدوات.

إن الذكاء الاصطناعي يعرف بأنه مجموعة من النظريات والخوارزميات والتقنيات المستخدمة لإنشاء آلات قادرة على محاكاة الذكاء البشري. نحن نتحدث أيضًا عن التنبؤ، وهو شكل من أشكال القوالب القانونية أو ما يعرف بقانون النمذجة، من خلال أتمتة العملية القضائية والاجتهادات القضائية المصاحبة للحكم أو القرار وأتمتة إنتاج تلك الأعمال على أساس قرارات محتملة^(٦٠). والذكاء الاصطناعي يمكن أن يخلق برامج حاسوبية يمكنها إعادة إنتاج وأداء المهام التي يقوم بها البشر الذين يحتاجون إلى التعلم والتنظيم والذاكرة والتفكير. ويستند إلى تقدم التعلم العميق المدعوم من خلال الوصول إلى البيانات الكبيرة للفقه، تقوم الخوارزمية بحساب احتمالات حل النزاع، ومقدار التعويضات المحتملة وتحديد وسائل القانون أو الحقائق الأكثر صلة في القرارات والأحكام السابقة التي أصدرتها المحاكم^(٦١).

والسؤال المطروح هو ما إذا كان هذا النظام الجديد سيغير ممارساتنا القانونية والقضائية، أو يزيل مهام إجراءات معينة، إن لم يكن هذا الأخير نفسه، أو إذا لم نتعلم، من اليوم، للعمل والتفكير في القانون وفقًا لاستخدام هذه الوسائل الحديثة. وفي ظل قيام بعض المحامين وغير المحامين باختبار هذه المنتجات "الجديدة". سرعان ما سيكون لدينا قضاة إلكترونيين ولكن هل ستمكن هذه العدالة التنبؤية من الاستجابة

(٦٠) انظر مقال Daniel Mainguy نظرة تنبؤية على العدالة التنبؤية ١٧ مارس ٢٠١٧م على الرابط التالي:

<http://www.daniel-mainguy.fr/2017/02/regard-predictif-sur-la-justice-predictive.html>

(٦١) ميريام كويمنر الذكاء الاصطناعي والعدالة مجلة SDmagazine بتاريخ ٢٤ نوفمبر ٢٠١٧م على الرابط التالي:

<https://sd-magazine.com/securite-numerique-cybersecurite/intelligence-artificielle-justice>

للعود المقدمة لمستخدميها؟ إذا كان الأمر كذلك، فما هي الآثار العملية لهذا الاستخدام؟^(٦٢).

ومتى يتم اتخاذ حكم قضائي بواسطة روبوت؟ مثل هذا المستقبل أصبح واقع ذلك أن تطوير الذكاء الاصطناعي وتطبيقه على عالم القانون يسمحان بتنبؤ مثل هذا المستقبل. ونتناول فكرة العدالة التنبؤية في المطالب الآتية:

المطلب الأول

فكرة العدالة التنبؤية في القانون المقارن

أولاً- المقصود بالعدالة التنبؤية:

تقوم فكرة العدالة التنبؤية على استخدام خوارزميات الذكاء الاصطناعي في عملية التقاضي، بحيث تحل الآلة محل البشر في الفصل في النزاع المطروح، وفي ظل القاضي الروبوت، توجد خوارزميات تجعل من الممكن حساب (التنبؤ) معدل نجاح النزاع. وفي الواقع، يعد تحليل القانون والتنبؤ أحد تطبيقات تطوير الذكاء الاصطناعي باستخدام البيانات الكبيرة^(٦٣).

وبدءاً من تاريخ الحالات القريبة، للإجابة على الأسئلة المثيرة للجدل. يمكن القول بأن التحليلات التنبؤية تقتصر على اقتراح استراتيجيات قانونية مبنية على سيناريوهات، ولكنها يمكن أن تذهب إلى أبعد من ذلك من خلال التنبؤ بمعدل النجاح أو الفشل في قضية معينة. في الواقع، يعد استخدام الذكاء الاصطناعي نقطة تحول في القانون والعدالة بعمق كبير^(٦٤).

⁽⁶²⁾ Romain Boucque, 'La justice prédictive en question' 14 Juin 2017 <http://www.dalloz-actualite.fr/chronique/justice-predictive-en-question>.

⁽⁶³⁾ R.Moorhead, "Lawyers learning about prediction" (19 janvier 2017): <https://lawyerwatch.wordpress.com/2017/01/19/lawyers-learning-about-prediction/>

⁽⁶⁴⁾ Cf. l'excellent article très complet sur ce sujet de Julie Sobowale dans l'American Bar Association Journal: <http://www.abajournal.com/magazine/article/how-artificial-intelligence-is-transforming-the-legal-profession>

وقد ركز استخدام التحليل القانوني التنبؤي في السابق على تحليل الوثائق والحجج في سياق تقديم الأدلة أثناء المحاكمة، لا سيما في النظم الأنجلو-أمريكية التي تعرف قواعد محددة جدًا من الأدلة، وحيث يجب فحص الآلاف والمئات من الوثائق في بعض الأحيان، ما يسمى الاكتشاف^(٦٥).

ثانياً- أساس نشأة فكرة العدالة التنبؤية والتقاضي بالذكاء الاصطناعي:

تم الاعتراف بتكامل ودقة استخدام التنبؤ في إطار "النشر الإلكتروني للأحكام"، ففي عام (٢٠١٦م) تم التنبؤ بالقرارات القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بدقة (٧٩٪) باستخدام طريقة الذكاء الاصطناعي التي طورها علماء حواسيب في جامعة كوليدج لندن، هذه الطريقة هي الأولى للتنبؤ بنتائج محكمة دولية رئيسية من خلال تحليل نصوص وكلمات القضية تلقائياً باستخدام خوارزمية آلية. صحيح أنه في هذا النزاع، كان هناك أكثر من (١٣) مليون قضية لفحصها! يستخدم برنامج التشفير التنبؤي نموذجاً رياضياً وبرمجة الذكاء الاصطناعي لرقمته المستندات الإلكترونية وتحديد البيانات ذات الصلة بالقضية أو بمسألة قانونية محددة. يتلقى برنامج التشفير التنبؤي سلسلة من الوثائق ويطلب منه تحديد الوثائق ذات الصلة، والتي كان يجري دراستها وفحصها من قبل القاضي البشري.

وفي مشروع الذكاء الاصطناعي للمنظمة العفو الدولية تم الإعلان عن أن أنظمة الذكاء الاصطناعي "القاضي" التي ابتكرها علماء حواسيب في جامعة كوليدج لندن برمجيات قادرة على تقييم الأدلة القانونية والمسائل الأخلاقية المتعلقة بالصواب والخطأ، واستخدمت للتنبؤ بدقة بنتائج المئات من القضايا الواقعية^(٦٦). وقد توصل "قاضي" الذكاء الاصطناعي إلى نفس الأحكام الصادرة عن القضاة في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في ما يقرب من أربع حالات من كل خمسة حالات تنطوي على

(65) Romain Boucqlé, La justice prédictive en question, op.cit.

(٦٦) للمزيد انظر: Chris Johnston and agencies مقال بعنوان "الذكاء الاصطناعي "القاضي"،

جريدة الجارديان البريطانية بتاريخ ٢٤ / ١٠ / ٢٠١٦م، على الرابط التالي:

https://www.theguardian.com/technology/2016/oct/24/artificial-intelligence_judge-university-college-london-computer-scientists?CMP=share_btn_tw.

التعذيب والمعاملة المهينة وانتهاك الخصوصية^(٦٧)، وقد تسببت تجربة كلية لندن الجامعية في إثارة ضجة عندما قام الباحثون بتحليل (٥٨٤) حالة من قضايا المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، في الانتهاكات المتعلقة بثلاث مواد من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وكانت نتيجة معدل التنبؤ أكثر من (٧٠٪)^(٦٨).

ثالثاً- متطلبات التحليل التنبؤي باستخدام الذكاء الاصطناعي:

يتطلب التحليل التنبؤي لقرارات المحكمة أولاً وجود تراث من قرارات وأحكام المحاكم، وعلى قدر الإمكان والأهمية بنفس الطريقة، تحتاج إلى قاعدة بيانات قانونية شاملة. في هذا الصدد، في فرنسا يجرى إتاحة جميع قرارات العدالة لجميع المواطنين^(٦٩)، ويرى بعض من الفقه أن التحليل التنبؤي لأحكام وقرارات المحاكم منطقي في النظم الأنجلو أمريكية، حيث تبنى الأحكام بشكل أساسي على دراسة واتباع السوابق القضائية الذي يعد أمراً أساسياً في واقع هذا النظام، تتطلب هذه القاعدة من المحاكم إصدار قرارات وفقاً للقرارات السابقة. وفي الولايات المتحدة تكون المحكمة ملزمة بأحكامها القضائية الخاصة بها.

^(٦٧) توقع منظمة العفو الدولية نتائج تجارب حقوق الإنسان منشور على موقع جامعة كوليدج لندن على الرابط التالي:

<http://www.ucl.ac.uk/news/news-articles/1016/241016-AI-predicts-outcomeshuman-rights-trials>

^(٦٨) توقع القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان: منظور معالجة اللغات الطبيعية مقالته بحثه للقائمين على مشروع التجربة:

Nikolaos Aletras، Dimitrios Tsarapatsanis، Daniel Preotiuc-Pietro، Vasileios Lamos، "Predicting judicial decisions of the European Court of Human Peer Computer Rights: a Natural Language Processing perspective"، Science2:e93 (2016): <https://peerj.com/articles/cs-93/>

للمزيد انظر:

Daniel Martin Katz، Michael J Bommarito II، Josh Blackman، "Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States: A General Approach"، Cornell University، 2014؟ Theodore W. Ruger، Pauline T. Kim، Andrew D. Martin، and Kevin M. Quinn، "The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decision making"، 104 Colum. L. Rev. 1150 (2004).

^(٦٩) وقرارات المحكمة متاحة على الرابط التالي: www.justice.gouv.fr

وبالتالي فإن مفهوم "الرأي المخالف" -وهو أن القاضي قد يعبر عن عدم موافقته لأسباب الأحكام والقرارات السابقة للمحكمة التي يعمل بها- وهذا النظام يستخدم في بعض المحاكم العليا مثل الولايات المتحدة أو المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في أوروبا. ومن ثم فإن تحليل هذه الآراء والأحكام المخالفة يجعل من الممكن تشكيل تحليل للمواقف الفردية للقضاة، وبالتالي التنبؤ بما يفكر فيه كل قاض فيما يتعلق بالقرارات التي شارك فيها في الماضي. وهذا ما يسمى بـ "التميط" للقضاة⁽⁷⁰⁾.

ويرى هذا الجانب من الفقه وخاصة النظم اللاتينية أنه، وإن كان التوقع القضائي والعدالة التنبؤية، وإن كانت مفيدة في بعض عمليات التقاضي إلا أن فكرة وجود القاضي الإلكتروني غير مستساغة بالنسبة لطبيعة العملية القضائية وأن هذه العدالة التنبؤية تأتي من العالم الأنجلوسكسوني ولا تتماشى مع النظم اللاتينية بل تؤثر على عمل القاضي البشري⁽⁷¹⁾، ومن ثم فإننا نرى أن الاعتماد على القاضي الإلكتروني يعد تحد للقاضي البشري بما ينطوي عليه من مخاطر وما يمثله من فرص جيدة ومواتية لتبسيط التقاضي، حيث تنطوي العدالة التنبؤية، والاعتماد على القاضي الإلكتروني على تحولات كبيرة ولكنها متناقضة.

الفرع الأول

تحديات العدالة التنبؤية وأهدافها

لطالما واجهت العدالة تحديات متعددة: كاستقلالها، وكفاءتها ونوعيتها، ومواردها، وتكنولوجيات المعلومات. وقد تم التغلب على بعضها، والبعض الآخر ما زال باقياً، وأحياناً تظل تلك التحديات ولكن في صور أشكال أخرى. وتعرض لنا التحديات الجديدة، والمثيرة، والتي يمكن أن تعلن عن تعطيل الوصول إلى القاضي ومكتبه، كطرق عمل للقضاة والكتابة وموظفي المحاكم، حيث إنه بعد صعود الإنترنت وإضفاء

(70) LE BLOG DEHUBERT DE VAUPLANE, Quand les robots remplaceront les juges-17/06/2017.

(71) Romain Boucqlle, La justice prédictive en question 14 Juin 2017, op.cit

الطابع الإلكتروني على البيانات، فإن البيانات المفتوحة للقرارات القضائية، مقترنة بتطوير الخوارزميات والذكاء الاصطناعي، يجعل القاضي يخضع لتحديد جديد في الواقع وهو: العدالة التنبؤية^(٧٢).

أهداف العدالة التنبؤية:

١- تهدف العدالة التنبؤية، المستندة إلى الكم الهائل والمجاني للقانون والأحكام والبيانات المفتوحة، إلى تسريع حل النزاعات وزيادة اليقين القانوني، من خلال تحسين القدرة على التنبؤ بالقرارات القضائية.

وفي الواقع سيكون لدى القضاة، من خلال استخدامه لتلك البيانات معرفة أفضل بالممارسات القضائية لزملائهم وستتمكن الأطراف من تحديد أدق لفرص نجاح الإجراء القضائي، بالإضافة إلى أكثر الوسائل ذات الصلة، وفي المقابل، ينبغي أن يعزز التزام المفتوح للبيانات والذكاء الاصطناعي إلى إمكانية الوصول إلى القانون والمساواة في نظام العدالة، فضلاً عن تحقيق الاستقرار والمواءمة والتقارب في الفقه القانوني، ومن المؤكد أنها أساليب أكثر مثالية وفعالة بنفس القدر لتحقيق هذه الغاية. ولكن في حقيقة الأمر من الممكن أن تحقق التطورات التكنولوجية المتوقعة على المدى القصير وحدة وترابط فقه السوابق القضائية.

٢- من شأن استخدام الخوارزميات للتنبؤ في أكثر الملفات تكراراً وسهولة -كتلك التي لا تتطلب سوى تقييم الضرر أو تطبيق معيار أو إطار محدد سلفاً- أن يشجع ويدعم تسوية العديد من الخلافات في مرحلة ما قبل اللجوء إلى القاضي، من خلال تطوير أساليب بديلة للتسوية، مثل الوساطة أو التوفيق. ومن خلال تقليص الوقت الذي يستغرقه البحث الدقيق على أساس الوقائع القانونية المتشابهة، فإن استخدام أنظمة العدالة التنبؤية أو ما يعرف (بالخوارزميات) من شأنه أن يسمح للقضاة بالقيام بأكثر

(٧٢) انظر: كلمة "جان مارك" نص مكتوب بالتعاون مع سارة أوليه، القاضية الإدارية، نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي في مؤتمر عقد مؤخراً في محكمة النقض، تحدث (جان مارك سوف)، نائب رئيس مجلس الدولة، عن العدالة التنبؤية في ١٢ فبراير ٢٠١٨م.

Jean-Marc Sauvé, La justice predictive, 12 février 2018; <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-justice-predictive>.

المهام استهلاكاً للوقت للنظر في قضايا جديدة أو معقدة^(٧٣) وعندما تكون نتيجة التنبؤ بالقرارات مؤكدة حسب مقتضى الحال فقد تؤدي إلى تجنب اللجوء إلى القضاء أو إثارة توفير جهد التقاضي وتكلفته.

ومن ثم، فإن العدالة التنبؤية ستقضي إلى إعادة تركيز القضاة في القضايا التي تجلب فيها خبرتهم قيمة مضافة أكبر. ومن شأن هذه التطورات أن تسفر عن زيادة الثقة في العدالة من خلال الأحكام التي يمكن تطهيرها من مخاطرها الخاصة والقضاة المحررين من مهام متكررة أو أقل تعقيداً، فذلك لصالح نظام عدالة أسرع وأكثر أمناً وكفاءة^(٧٤).

الفرع الثاني

أطر العدالة التنبؤية

يكمن خطر البرمجيات التنبؤية في أن القاضي، تحت تأثير المراقبة والاطلاع الناتجة عن المعالجة الإلكترونية الواسعة لقرارات المحكمة، يفقد حريته في التقدير والاستقلال ويفضل الارتكان إلى الرأي السائد أو الأغلبية من نظرائه. ومع ذلك، فإن خاصية العدالة هي أن كل حالة يتم فحصها على حقيقتها، مع نصيبها من اليسر والتعقيد غير القابل للاختزال الذي لا يمكن تنظيمه بواسطة البرامج الإلكترونية مهما كانت قوية حتى في الدعاوى الجماعية أو التكرار الشديد، فإن الخبرة الشخصية والمهنية للقضاة أمر ضروري، في حين تتم برمجة الخوارزميات لتنفيذ المهام المستهدفة، من مجموعة كبيرة من البيانات المعتمدة على التشابه^(٧٥).

⁽⁷³⁾T. Cassuto, « La justice à l'épreuve de sa prédictibilité », AJ Pénal, 2017, p. 334. Voir aussi les propos de Cédric Villani rapporté par L. Ronfaut dans l'article « Cédric Villani avance sur l'intelligence artificielle », Le Figaro, 29 novembre 2017.

⁽⁷⁴⁾A. Garapon, « Les enjeux de la justice prédictive », JCP G, 9 janvier 2017, doctr. 31.

⁽⁷⁵⁾C. Villani dans une interview au Figaro, 19 janvier 2018, « L'Europe peut relever le défi de l'intelligence artificielle ».

لذلك فإن أنظمة الذكاء الاصطناعي غير قادرة على الإجابة عن الأسئلة المباشرة أو على الأقل بصورة غير مباشرة ولا أن تحدد بمبادرة منها المسائل القانونية التي تنشأ عن تلك الأسئلة، ولا أن يفهمه القاضي البشري من التسلسل الهرمي للقواعد والعلاقات بين الأوامر القانونية الوطنية والدولية، ولهذا السبب يجب أن يظل القاضي مسيطراً على المسألة المطروحة بقدر تفسير النتيجة التي تعطيها الخوارزميات والنتائج التي يتعين استخلاصها^(٧٦)، ومن ناحية أخرى، إذا كانت قابلية القانون للتنبؤ ضرورية، فيجب ألا تجمد الاجتهادات القضائية، ونظراً لأن المحامين سوف يعتمدون علي نتائجها اعتماداً كلياً، ولأن القضاة يمكن أن يثثوا عن الخروج عن اتجاه الأغلبية في قرارات المحكمة، فإن النتائج التي تقدمها أنظمة الذكاء الاصطناعي قد تتكرر وتتضخم وأي حكم أو قرار "غير نمطي" أو غير تقليدي، حتى لو كان مبرراً، قد يبدو غير مقبول إذا لم يكن له دوافع خاصة وقوية للغاية^(٧٧).

وإذا كان صحيحاً أن "صفة" الخوارزميات التنبؤية يمكن أن تجعل من الممكن تجنب إجراء طويل ومكلف في نزاع يبدو أن نصيبه من المخاطر قد انخفض، إلا أن الوصول إلى القاضي ومبادئ المحاكمة العادلة يجب أن يظل القاعدة. وإن كان ينبغي تشجيع اللجوء إلى حل بديل للنزاع - التسوية الإلكترونية عبر الإنترنت (القاضي الإلكتروني) - كلما أمكن، ولكن لا يجب أن يحول ذلك دون الحق في المحاكمة أمام القاضي البشري.

(76) F. Rouvière, «La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal», RTD Civ., 2017, p.527.

(77) Menard ، "الذاكرة الرقمية للقرارات القضائية. البيانات المفتوحة لقرارات المحكمة والحكم القضائي.

E. Buat-Ménard et P. Gambiasi, «La mémoire numérique des décisions judiciaires. L'open data des décisions de justice de l'ordre judiciaire», Recueil Dalloz, 2017, p.1483.

المطلب الثاني

مدى إمكانية الأخذ بالعدالة التنبؤية في سلطنة عمان والدول العربية

من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الدستور العماني ودساتير الدول العربية، مبدأ تحقيق العدل، وتلتزم الدولة بإقامة العدل بين مواطنيها عن طريق القضاء، الذي يقوم بالتحقق من مدى التطابق بين المراكز الواقعية للخصوم، والقواعد القانونية الواجبة التطبيق على مراكزهم القانونية^(٧٨)، والدولة تعهد إلي القضاء بهذا الدور وتستأثر بتنظيم القضاء على إقليمها عن طريق إصدار التشريعات والاتفاقات الدولية التي تعتبر جزءاً من قوانينها بعد التصديق عليها، ويشترك كل من القضاء الإلكتروني والقضاء العادي فيما يتعلق بسلطة الدولة في تنظيم أحكامه، سواء من خلال التشريعات القائمة وما يتناسب منها لتفعيل منظومة القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، أو من خلال إصدار تشريعات تتوافق مع خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية.

ويجب النظر إلى المحاكم باعتبارها الأداة التي تنظم الدولة بها القضاء، والتي يجب أن يكون نظام العمل بها متوافقاً مع استخدام الوسائل الإلكترونية، ولذا فإن من الضروري إنشاء المحاكم الإلكترونية لمواكبة الأخذ بنظام القاضي الإلكتروني في الكثير من دول العالم، وإمكانية الفصل في القضايا المعروضة، والعمل على إصدار التشريعات المتعلقة بنظام عمل القاضي الإلكتروني، والإجراءات المنظمة للجوء إليه الأمر كذلك بالنسبة للنظام القانوني لإنشاء قواعد البيانات التي يعتمد عليها القاضي والنقاضي الإلكتروني ووضع نظام قانوني للمسؤولية تجاه القائمين على النواحي التقنية المتعلقة بعمل القاضي الإلكتروني، والقائمين على التحديث والتعديل في قواعد البيانات، وتحديد وقت التعديل، وحقوق الخصوم في العلم بهذه التعديلات، وبيان حجية الأحكام الصادرة عنه، ومدى إمكانية الطعن وشروطه في تلك الأحكام^(٧٩).

(٧٨) عبد الحميد أبو هيف: المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة الاعتماد، ١٩٢١م، ص ١١٥.

(٧٩) انظر: HUBERT DE VAUPLANE مقال بعنوان (نحو شخصية قانونية للروبوتات) بتاريخ ١٧

/ ٦ / ٢٠١٧م، على الرابط التالي:

ومن الضروري تعديل وإصدار التشريعات التي تتماشى وتتناسب مع نظام القاضي الإلكتروني والإلكترونية القضاء في ظل مزايا القاضي الإلكتروني، ومنها السرعة في الفصل في المنازعات، والحيدة والنزاهة والاستقلال، بالإضافة إلى توفير الوقت والجهد، وهي المشاكل الموجودة بالفعل في القضاء العادي، وتعتبر من أهم المميزات التي تتوفر في القضاء عبر الوسائل الإلكترونية ويفتقدها القضاء التقليدي^(٨٠).

وقد أقرت العديد من تشريعات الدول العربية ونظمت تدخل أنظمة الذكاء الاصطناعي في التجارة الإلكترونية، بل ورتبت الصحة على التصرفات القانونية (التعاقدات) التي تتم دون تدخل بشري بمعرفة تلك الأنظمة ومن بين هذه الدول سلطنة عمان والسعودية والإمارات.

وكما أسلفنا -موقف دول القانون المقارن- فإنه في ضوء إمكانية تطوير الأنظمة المؤتمتة وأنظمة الذكاء الصناعي حتى صارت قاضياً إلكترونياً له قدرة على تقييم الصواب والخطأ والفصل في المنازعات البسيطة ثم تطور الأمر إلى أن أخذت به أهم منظمة دولية "منظمة العفو" ومحكمة من أعلى درجات المحاكم، فهل تسمح البيئة التشريعية لسلطنة عمان وللدول العربية وتمهد للأخذ بنظام القاضي الإلكتروني؟ وهل يمهّد إقرار تصرفات النظام الإلكتروني المؤتمت في التجارة إلى إقرار القضاء الإلكتروني عبر أجهزة الذكاء الإلكتروني المؤتمت (العدالة التنبؤية)؟

وفي الحقيقة أن العلاقة وثيقة بين القضاء عبر الوسائل الإلكترونية والأنظمة المؤتمتة، وقوة تلك العلاقة تختلف بحسب دور الوسائل الإلكترونية كمعاون للقضاء أو الاستعانة بالوسائل الإلكترونية في الحصول على صور الحماية القضائية دون أي تدخل بشري، كالاتجاه نحو القاضي الإلكتروني، وأهمية الأنظمة المؤتمتة تظهر بوضوح من خلال القاضي الإلكتروني فهي جوهر عمله والاعتماد على الوسائل

<https://blogs.alternativeseconomiques.fr/vauplane/2017/06/17/vers-une-personnalite-juridique-des-robots.>

(٨٠) د. اسماعيل سيد اسماعيل، الاعلان القضائي بالطرق الحديثة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، ٢٠١٨م، ص ٦٠ وما بعدها.

الإلكترونية في الفصل في المنازعات من خلال البرامج المترابطة التي يتم إدخالها للحاسب الإلكتروني، على أن يتم إدخال البيانات التي تمثل موضوع النزاع المعروف على القاضي الإلكتروني، ويفصل في النزاع من خلال التفاعل بين البرامج المدخلة على الحاسب الإلكتروني واستخلاص الرأي القانوني من خلال قواعد البيانات الموجودة داخل الحاسب الآلي. وعليه فإن الأنظمة المؤتمتة تماثل القانون الإجرائي داخل جهاز الحاسب الآلي، ويقوم النظام المؤتمت بالتفاعل مع قواعد البيانات لاستخلاص النتائج القانونية للوصول إلى النتيجة القانونية المنطقية^(٨١).

ولذا فإن الأنظمة المؤتمتة تمثل أحد العناصر الأساسية التي يقوم عليها القضاء عبر الوسائل الإلكترونية^(٨٢)، كما أن الإقرار والاعتداد بالأثر الإجرائي والقانوني الذي يتم بواسطة النظام المؤتمت يطرح عدة أسئلة تحتاج إلى إجابات من بينها حالة خطأ النظام المؤتمت في أو أثناء التقاضي أو الإعلان فهل يبطل التصرف أو الإجراء أم يجوز طلب إبطاله، ومن يتحمل تبعة ذلك الخطأ إذا كان التصرف أو الإجراء يجري بين نظام إلكتروني مؤتمت ونظام آخر مثله أو عدة أنظمة أو كان يجري بين نظام أو عدة أنظمة وشخص طبيعي فنرى في هذه الحالة سريان القواعد العامة للبطلان، مع الأخذ بمعيار الغاية من الإجراء إذا تحققت من عدمه كميّار للبطلان.

ونرى أن يتم تعديل القوانين الإجرائية لتحديد حالات على الأقل استرشاديه يستهدي بها القضاء في حالات الأخطاء التي يترتب عليها البطلان الإجرائي، وعدم ترك الأمر للاجتهاد وما يترتب عليه من تضارب في الأحكام لاختلاف تفسير وتقدير كل قاض

(81) Can Computers Make Contracts, Harvard "Tom Allen" and Robin Widdison, 1 I Winter 1996, p 27. Technology, Volume 9, Number & Journal of Law. See, Cheryl B. Preston, THE INFANCY DOCTRINE FOR OFF AND ONLINE CONTRACTS

[https://www.law.berkeley.edu/files/bclt_IPSC2010_Preston\(1\).pdf](https://www.law.berkeley.edu/files/bclt_IPSC2010_Preston(1).pdf)

حيث يرى ضرورة التخفيف من شروط الأهلية المطلوبة للتعاقد التصرف بالنسبة لغير البالغين الذين يتعاملون الأنظمة المؤتمتة عبر الانترنت؛ لأنه قد يكون في ذلك مصلحة لهم إذا كانوا بحاجة مثلاً لشراء سلعة عبر الانترنت وهي دعوى إلى التخلي عن الأحكام التقليدية بشأن الأهلية الإجرائية.

(٨٢) د. يوسف سيد سيد عواض، خصوصية التقاضي، المرجع السابق، ص ٣٠.

بشكل فردي بل قد يقوم ذات القاضي بتفسير مختلف في كل حالة مع تماثل الوقائع وأسباب والنتائج.

ونرى أن هذا الاعتراف بالأثر الإجرائي بل واعتبار النظام الإلكتروني وسيطاً فإن ذلك يمكن أن يمثل أساساً تشريعياً للأخذ بنظام القاضي الإلكتروني في الدول العربية، وفي هذه الحالة يكون القضاء الإلكتروني وسيلة بديلة عن القاضي في بعض القضايا المالية (البنكية أو الضريبية أو الجمركية أو قضايا النفقات أو الإرث أو الوصية)^(٨٣)، شريطة أن تستند على عمليات حسابية وتكون قواعد العملية الحسابية مخزونة ومجمعة على الكمبيوتر^(٨٤).

المطلب الثالث

موقف الفقه القانوني من فكرة العدالة التنبؤية

ومخاطرها على الإجراءات المدنية

على الرغم من التطبيق الفعلي للقاضي الإلكتروني في بعض الدول؛ إلا أن جانباً من الفقه القانوني يشكك في ذلك، ويرى أنه وإن كان يمكن إدخال تقنيات جديدة مثل برامج العمل المشتركة لتسهيل المداولة، ووضع العناصر الإجرائية مثل الملفات والوثائق التي تم إعدادها، وحجج الأطراف ومذكرات المحامين، وبما يؤدي إلى تبسيط الإجراء عن طريق استخدام عمليات الكمبيوتر، فهل يمكن استبدال القاضي بالكمبيوتر؟

(٨٣) د. إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، ط ٢٠٠٩م، ص ٣٩ وما بعدها. أحمد هندي، التحكيم دراسة إجرائية، دار الجامعة الجديدة، ط ٢٠١٣م، ص ٢٩٣ وما بعدها. هند عبد القادر سليمان، دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر المغربي الأول عن المعلوماتية والقانون، على موقع موسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي. J.Huet et S.Valmachino; Réflexions sur l'Arbitrag électronique dans le commerce international. Gaz.pal, janv.-fév. 2000, p.14 et s Caprioli E.A; Arbitrag et médiation dans le commerce électronique, l'expérience du cyber tribunal, R.A 1999.

(٨٤) د. سيد أحمد محمود، نحو إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني، ص ٢٧.

من المسلم به أن الحكم ليس سوى ذروة الإجراء، ولكنه قد يبدو مصطنعاً في فصله؛ لذلك، كيف يمكن تحليل تدخل التكنولوجيات الجديدة في عمل القاضي الذي ينطوي على صعوبة وتعقيد؟ هل تسمح هذه التقنية للقاضي ببنيتها أو استبدالها؟ بالنظر إلى أن الاستخدام غير السليم للعمليات الفنية من المرجح أن يخل بدور القاضي في دوره كصانع للقرار القضائي، فمن المناسب تحديد الفكرة التي تقول إنه يمكن للتكنولوجيات الجديدة أن تساعد بشكل إيجابي^(٨٥).

الفرع الأول

هل يمكن للتكنولوجيات الجديدة أن تحل محل القاضي كإنسان

هل يمكن تبادل النقاشات الشفهية والمرافعات التي تؤدي إلى القرار، وكذلك الحكم نفسه، عن طريق أتمتة الإجراء؟ أم يبدو أن استخدام هذا الأسلوب غير قادر على استبدال مسار الفكر المؤدي إلى القرار أو الحكم؟

أولاً- الحماية اللازمة للعلاقات الإنسانية بين القاضي وأطراف الدعوى:

تبقى الدعوى القضائية على الدور المتزايد المعترف به في الوقت الحاضر للقاضي. وإن كانت المبادرة الإجرائية في معظم الأحيان بيد الخصوم، باعتبارهم من يبادرون بالإجراءات ولديهم الحرية في إيقافها قبل أن يتم إنهاؤها بتأثير حكم أو بموجب القانون، ومطالبات كل منهما هي التي تحدد موضوع النزاع. ودور القاضي في معظم الوقت هو ضمان حسن سير الإجراءات واتخاذ قرار بشأن كل ما هو مطلوب^(٨٦).

لذلك، نرى أنه حتى إذا كان نظام الكمبيوتر يمكنه إدارة جزء من الإجراءات المدنية وتسهيل المناقشة الجماعية بمجرد تسجيل القضية، ينتظر الخصم في بعض المواقف حتى يستمع القاضي إليه، وهذا يعني القول دون وساطة بشرية أو فنية، وبالفعل، وبعيداً عن مسألة فقدان المساواة بين المتقاضين التي قد يولدها إجراء تلقائياً بالكامل،

(٨٥) اسماعيل سيد اسماعيل، مرجع سابق ص ٦٥.

(٨٦) المرجع السابق ص ٦٥.

ربما يحتاج المستخدم إلى طمأنة الكلمات، والاستماع، والحضور الجسدي. وفي كثير من الأحيان، يكون القانون الجديد خاسراً في النظام الإلكتروني، وقد يتعرض لخطر الغرق كلياً إذا ما أنشئ مثل هذا الإجراء. ذلك من أهم مهام القاضي السماح للخصوم بالحديث ومناقشة حجة وسند كل منهم من أجل البحث عن حكم عادل.

إن إجراء مدنياً تقنياً كاملاً من شأنه أن يؤدي إلى تجريد العدالة من إنسانيتها وهو أمر غير مرغوب فيه لأنه لم يعد من الممكن الدفاع عن اعتقاد الإدارة الجيدة لنظامنا القضائي، الذي أسسه الرجال ومغروسون في أذهاننا: توفير الوقت الذي يتم شراؤه التكنولوجيات الجديدة ستعرض للخطر مبدأ الحوار وقبل كل شيء، سيكون من الوهم الاعتقاد بأن جميع مستخدمي العدالة سوف يتم حوسبتهم في يوم من الأيام.

ولذلك من المهم التمييز مرة أخرى بين المكاسب التي سيتم نقلها بالوسائل التقنية وما تبقى في العلاقات المباشرة بين الأفراد في هذا الصدد، يبدو من الممكن السماح وتطوير التبادلات الإلكترونية بين المهنيين القانونيين (المحامون، المحضرين، وكتاب العدل، والكتبة، والقضاة) بحيث يسهل إدارة الدعوى، ولكن من غير المعقول محو الحوار بين القاضي والخصوم للأسباب المذكورة أعلاه.

ثانياً- أهمية القاضي البشري:

إذا كان التقدم التقني والاتصال في نهاية المطاف يعدل العلاقات بين المحكمة والمواطن أو المساعدين للعدالة، فهل تمكنت علوم الكمبيوتر التسلل إلى قلب الوظيفة القضائية، إلى استبدال الإنسان بواسطة الأنظمة المؤتمتة⁽⁸⁷⁾؟ وهل من المقبول أن يتم استبدال وظائف السلطة القضائية بآلة؟ للإجابة على هذه الأسئلة بحكمة، يبدو من الضروري في البداية تحديد المشكلة.

(87) P. CATALA, 'Procedure and Judgment Chapter 10 in The Right to the Digital Test Jux ex Machina Paris Ed. Puf. 1998.

أ- تحديد المشكلة:

السؤال الأساسي هل تقدم الوسائل الإلكترونية نفس المهارات والضمانات التي يقدمها الإنسان، وتستطيع وتملك القدرة على تقدير ملاءمة القرارات والأحكام بنفس ملكات وقدرات القاضي البشري وإذا كان الحكم يصدر بعد دراسة وفحص كافة عناصر الدعوى وإعطائها الحل، بشكل عام بعد التحقيق والنقاش^(٨٨). وبالتالي، فإن إجراء فحص شامل للنزاع ضروري للحكم بطريقة عادلة ومنصفة، ولا يمكن أن يكون هناك حكم دون هذا العمل السابق. فهل التقنيات قادرة على القيام بمثل هذا العمل الفكري لتحقيق نتيجة مماثلة أو تقترب من تلك التي قدمها الإنسان؟ نرى أن الأمر يجب أن يأخذ حظه من البحث والدراسة لبيان ما تسفر عنه التجارب.

ب- دور الإنسان الذي لا غنى عنه:

إن الذكاء الاصطناعي ليس له خبرة الرجل ونضجه وحكمته التي تتكون في مراحل العمر للقاضي من ذوي الخبرة، علاوة على ذلك، فإن استغلال بيانات الكمبيوتر يرجع إلى الإنسان، وعلى وجه الدقة إلى مهندس مؤهل يعرف كيف يدمج المعرفة في الآلة، مما يشكك في استقلال هذه التقنية، ويجعلنا نتفق مع الاتجاه الذي يرى أنه يبدو من الصعب استبدال الذكاء البشري بالتكنولوجيا بشكل كامل، مع العلم أن القانون والمعتقدات القانونية لها خصائص خاصة: فالتكنولوجيات الجديدة قد تشوه، أو تبسط عملية التقاضي^(٨٩)، أيضاً، قد يكون من الصعب على المرء أن يتصور أن فكرة أن قرار النزاع الذي هو أهم جزء منه قد تم وضعه بواسطة آلة وليس من قبل إنسان؟ إذا جاءت هذه التقنية لتحل محل القاضي، فإن الثقة التي يتمتع بها المتقاضي في خطر والعدالة تتدهور^(٩٠)، لذلك وإن كان يمكن للعمليات التقنية بالتأكيد تقديم مساهمات قيمة

(88) G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, Quadrige, Ed. PUF, 2001.

(89) د. اسماعيل سيد اسماعيل، مرجع سابق، ص ٧١.

(90) Romain Boucqlé, La justice prédictive en question, 14 Juin 2017; <http://www.dalloz-actualite.fr/chronique/justice-predictive-en-question>

ولكن تأمل الإنسان، وطبيعة النزاع، وكل ما يلزم لإصدار الأحكام بعد سماع الأطراف ومحاميهم، لا يزال يحتاج إلى تركيز للعمل اللازم لإصدار حكم حتى يكون منصفًا وعادلًا. وعلى الرغم من ترجيح جانب التقنيات الجديدة من حيث الوقت والإنتاجية، إلا أن قيمة الحكم الصادر من الآلة ما زال يجد من يقوم بالتشكيك فيه⁽⁹¹⁾.

الفرع الثاني

مخاطر العدالة التنبؤية على الإجراءات المدنية

إن التقدم في مجال الوسائل الحديثة يمكن أن يعمل على نجاح تجربة القاضي الإلكتروني بشكل أوسع على الأقل في أنواع محددة من القضايا مع الحرص على عدم جعله السبيل الوحيد للفصل في النزاعات، والعمل على توفير الوسائل التي تدعم المساواة في المعرفة والوسائل والأدوات. ومما لا شك فيه أن التحول الكامل نحو إلكترونية القضاء وحوسبة الإجراءات المدنية بالكامل محفوف بكثير من المخاطر والسلبيات أيضًا تتمثل الآتي:

١ - فقدان المساواة بين الخصوم وبين المهنيين القانونيين:

حيث يبدو أنه من خلال خلق الوصول إلى العدالة بشكل كامل، فإن الخطر الأكثر أهمية هو أن تشهد اتساع الفجوة بين عالمين: أولئك الذين لديهم مهارات الكمبيوتر واتصال الإنترنت، وغيرها، يؤثر هذا السؤال على كل من المواطنين ومهنة القانون.

٢ - عدم المساواة بين المستخدمين قبل الوصول إلى العدالة:

حيث قد يؤدي فقدان القدرة على استخدام الإنترنت إلى تهميش للخصم غير المتصل، ولذلك يجب أن تكون بحث مسألة مدى تأثير ذلك على النتائج التي قد تترتب على حق المستخدم في الوصول إلى العدالة.

⁽⁹¹⁾Romain Boucqlé, La justice prédictive en question, op.cit.

٣- الانخفاض المحتمل للمهن القانونية غير المحوسبة:

قد يواجه شركاء العدالة حواجز مالية (كيانات صغيرة في الريف على سبيل المثال) أو يختارون التركيز على الجانب الإنساني بدلاً من النظر في وجود علاقات خارجية من خلال التكنولوجيا. وهكذا، إذا كانت التبادلات ولإجراءات ستتم غدا إلكترونياً، فإنها ستجبر جميع المهن القانونية على تجهيز نفسها بأدوات الكمبيوتر وستشهد في أحد جوانبها تهميش المحامين غير المحوسبين، وتصبح النتائج الناجمة عن الظاهرة سيئة التحكم. لذا نرى أنه يجب أن تظل عمليات التبادل الإلكترونية والإجراءات خياراً وليس التزاماً إجبارياً^(٩٢).

٤- خطر الوصول إلى العدالة:

إن خطر الوصول السهل إلى القضاء من خلال الإجراءات الإلكترونية قد يؤدي إلى تحويل المتقاضين إلى مستهلك للعدالة والعدالة إلى سلعة، ويصبح الحكم منتجاً، ويؤدي هذا الإفراط إلى عدم استيعاب القضاء كل عمليات اللجوء السريع إلى العدالة الذي أصبح متاحاً إلكترونياً لفئة كبيرة من مستخدمي التكنولوجيا.

٥- تدهور جودة المناقشات القانونية:

إن التحول نحو استخدام الوسائل الإلكترونية في الإجراءات المدنية يثير عدداً من علامات الاستفهام حول ما إذا كان ينبغي الإبقاء على التمييز بين الإجراءات المكتوبة والشفوية، وإذا كانت الإجابة بنعم، فيجب أن تكون كل من هذه الإجراءات محددة لنزاعات معينة وأن يكون الخيار الآخر متاحاً دائماً، ويكون خيار استخدامه أو الانتقال من واحد إلى آخر ممكن بناءً على طلب الأطراف أو بقرار من القاضي^(٩٣).

^(٩٢) للمزيد حول الفجوة الرقمية وانعدام المساواة بين الخصوم انظر: مقال Serge Guinchard الحياة والعمل: بين النزعة القانونية والإنسانية للقانون الإجرائي؛ Vie et oeuvre: du légalisme (procedural à l'humanisme processual).

^(٩٣) انظر: Isabelle COLLINET-MARCHAL & Claude BRENNER (الشكليات والقيود النصية)، بحث منشور في مجلة مؤتمر رابطة المحامين الممارسين الإجراءات والإنفاذ AAPPE، باريس ٣ أكتوبر ٢٠١٤م، ص ٢٠: منشور على الرابط:

المطلب الرابع رأي الباحث

نرى ضرورة تفاعل مرفق القضاء مع المستجدات الإلكترونية باستخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية، التي تمضي بوتيرة متسارعة تعكس القدرة على التعامل مع هذه التطورات، وإيجاد الأطر التي تنظم عملها بالمجال القضائي، والإداري، والمالي للمحاكم؛ وذلك ليتماشى مع خطط الحكومة في ميكنة المؤسسات الحكومية (الحكومة الإلكترونية)، وتفعيل التقاضي الإلكتروني، واعتماد خدمة الرد الآلي التفاعلي (call center) التي تخدم جهات رسمية كالبنوك، والسفارات، إلى جانب خدمة استعلام المواطنين عن سير المعاملات في وزارة العدل دون الذهاب لمراجعة المحاكم، وكذلك بعض الخدمات في تفعيل نظم التقاضي الإلكتروني بمعرفة مواعيد الجلسات، والقرارات الصادرة عبر رسائل قصيرة (SMS) للتذكير بمواعيد الجلسات، وخدمات تسمح للمحامي بالقيام بجل الإجراءات من مكتبه عبر شبكة الإنترنت، ولا سيما خدمة تتبع ملفات القضايا من جلسات، وأحكام، وتنفيذ...^(٩٤).

وعلى ذلك ففي نظام التقاضي الإلكتروني واستعمال الوسائل الإلكترونية في التقاضي كوسيلة، أو أداة، أو طريقة مساعدة للعنصر البشري في ممارسة العمل الإجرائي، تكون أمام محكمة قضائية ترفع أمامها الدعوى إلكترونياً، ويتم تخزينها آلياً، والاطلاع عليها عبر موقع المحكمة مع إعلان الأوراق بالبريد الإلكتروني، وسداد الرسوم بوسائل الدفع الإلكتروني، مع التبادل المعلوماتي، وتخزين كافة القوانين، وأحكام المحاكم، وأنواع الدعاوى، وما يخصها على الإنترنت، وتظل الدعوى منظورة أمام المحكمة في جلسة علنية يحضرها الخصوم، ويترافعون فيها أمام المحكمة، ويتولى

<https://aappe.fr/wp-content/uploads/2016/07/vdef-gabarit-21x29-7cm-paris-3-10-2014.pdf>

^(٩٤) د. محمد محمد الألفي، ص ٦٢. د. محمد عصام الترساوي، ص ١٤١. د. سيد أحمد محمود، د. يوسف سيد عواض، ص ٣٠.

تحقيق الدعوى القضاة والخبراء في حضور الخصوم، فهذه "محكمة بوسائل إلكترونية"^(٩٥).

ويختلف نظام التقاضي الإلكتروني الصورة البسيطة عن الصورة المركبة للتقاضي الإلكتروني "القاضي الإلكتروني، أو المحكمة الافتراضية"، وهو يمكن النظام القضائي بأكمله إلكترونياً، بحيث يستجيب لتنفيذ أمر دون تدخل بشري في سير، ومخرجات، ونتائج العمل بعد ميكنته، ومتابعته، والإشراف عليه من فريق عمل بشري، حيث يمكن الاعتماد على العقل الإلكتروني في إصدار القرارات، والأحكام في بعض القضايا التي لا تتطلب بحثاً، وتقديراً شخصياً، أو سلطة تقديرية للقاضي، وإنما تعتمد على القدرة المعلوماتية كقضايا العقود الإلكترونية، وحسابات البنوك، والضرائب، والميراث، والنفقة، والمخالفات المرورية... حيث يتم تقديم، وتبادل أوراق الدعوى، ونظرها، والفصل فيها عبر الإنترنت، من محكمة افتراضية تدير الدعوى إلكترونياً، بمعنى الانتقال من القيام بإجراءات التقاضي بشكلها الورقي التقليدي إلى الشكل الإلكتروني الكامل عبر الإنترنت. أي أنه يتم استبدال القاضي البشري بجهاز كمبيوتر يعمل قاضي إلكتروني في قضايا معينة، حيث يتم الإجراء الإلكتروني بإدخال جميع بيانات الدعوى على جهاز الكمبيوتر (القاضي الإلكتروني)؛ ليقوم بالمعالجة، وتفاعل بيانات القضية مع قواعد البيانات، والأنظمة لينتهي بالمخرجات التي تتمثل في إصدار حكم إلكتروني من محكمة افتراضية، وفق القوانين، والأنظمة المحفوظة موقعاً عليه إلكترونياً من الجهة المنظمة للقضاء الإلكتروني. بمعنى أن المحكمة الإلكترونية هي محكمة لا حضور فيها للخصوم، أو ممثليهم، وتقدم فيها جميع المستندات عبر الإنترنت... دون حاجة إلى التقاء الخصوم، والقضاة في مكان معين، وتوجد لهذا النوع تطبيقات أمريكية، وأخرى لبنانية في بيروت. ويعتبر نظام القاضي الإلكتروني تطبيقاً لنظام المحاكم المتخصصة التي تختص بنوع معين من القضايا إعمالاً لمبدأ تخصص القضاة^(٩٦).

(٩٥) د. سيد أحمد محمود، نحو إلكترونية القضاء، ص ٣٠ وما بعدها.

(٩٦) د. أحمد هندي، ص ١٥. د. سيد أحمد محمود، ص ٣١٥. سحر عبد الستار إمام، ص ٥٠. د.

يوسف سيد عواض، د. عزة محمود أحمد خليل، ص ٨٩٤.

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة نكشف عن أهم النتائج التي توصلنا إليها؛ وذلك على النحو التالي:

١- الوسائل الإلكترونية في التعاملات المختلفة لم تعد خياراً بل أصبحت واقعاً، مما دفع بالمشروع العماني للعمل على تطوير قواعده القانونية بما يتلاءم مع هذه المستجدات، وقد عمد المشرع العماني على تطوير القواعد القانونية في الإثبات في قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٨ / ٢٠٠٨) لتتلاءم مع الطبيعة التكنولوجية الحديثة التي اجتاحت العالم.

٢- كشفت الدراسة أن التقاضي الإلكتروني له أساس تشريعي يقوم عليه في قانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات الصادرة بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٠/١٢٥)، وقد وصلت أصداء الثورة المعلوماتية والتطور التكنولوجي إلى منظومة القضاء، حيث تم إدخال مواد قانونية تحت عنوان (النظام الإلكتروني) (الإعلان الإلكتروني)، (السجل الإلكتروني) (ملف الدعوى الإلكتروني) الذي حمل معه التبليغ الإلكتروني، باعتبارها من أهم صور وانعكاسات التقاضي الإلكتروني فعملت هذه المواد على تجريد الإجراءات من الماديات المحافظة على المفاهيم القانونية الأساسية في القانون. كما كشفت هذه الدراسة أن التقاضي الإلكتروني أصبح واجب التطبيق أمام بعض المحاكم العمانية وبمختلف درجاتها.

٣- أوضحت الدراسة أن اعتماد هذه الوسائل الإلكترونية لتبادل المستندات والأدلة والطلبات والمذكرات، فرضت الحاجة إلى إعداد المساعدين القضائيين من موظفين ومحامين، بالإضافة إلى القضاة ورؤساء المحاكم لاكتساب الكفاءة اللازمة لاستخدام الوسائل الإلكترونية في عملية التقاضي الإلكتروني.

٤- بعد الكشف عن الأساس التشريعي للتقاضي الإلكتروني، كان لا بد لهذه الدراسة أن توضح مفهوم هذا الإجراء وتميزه عن غيره من الأفكار التي قد تختلط به من العدالة التنبؤية أو القضاء الافتراضي، ذلك أن التقاضي الإلكتروني له نظامه الخاص، وبالتالي لا يمكن تشبيهه بالعدالة التنبؤية أو القضاء الافتراضي الذي هو

يمكنه النظام القضائي بأكمله إلكترونياً بحيث يستجيب لتنفيذ أمر دون تدخل بشري في سير، ومخرجات، ونتائج العمل بعد ميكنته، ومتابعته، والإشراف عليه من فريق عمل بشري، حيث يمكن الاعتماد على العقل الإلكتروني في إصدار القرارات، والأحكام في بعض القضايا التي لا تتطلب بحثاً، وتقدير شخصي، أو سلطة تقديرية للقاضي.

٥- كشفت هذه الدراسة إلى أن القانون المقارن ومنها المشرع الفرنسي خص الإعلان الإلكتروني بشروط خاصة به -والتي لم يتطلبها في المشرع العماني- فالمشرع الفرنسي قد أخذ بمبدأ تمديد مهل الإعلان الإلكتروني الذي لا يمكن القيام بها في اليوم الأخير من المهلة لسبب خارج عن إرادة من يقوم به فتُمدد المهلة لأول يوم عمل بعد انقضاء السبب (وفقاً للمادة ٧٤٨-٧ أ.م. م)، وبالتالي للاستفادة من هذا التمديد لا بد من توفر الشروط المحددة.

٦- أوضحت الدراسة أن لأدوات الإعلان الإلكتروني أساساً تشريعياً في قانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (١٢٥ / ٢٠٢٠)، تستند إليه وتقوم عليه، حيث كشفت أيضاً أن المشرع العماني نص صراحة على اعتماد البريد الإلكتروني، والرسائل النصية التي ترسل إلى الهاتف المحمول كوسيلة للإعلان الإلكتروني.

التوصيات والاقتراحات:

١- نأمل من المشرع العماني أن يضع التكنولوجيا في خدمة العدالة القضائية ليسهل إمكانية الوصول إليها وجعلها أكثر فعالية، وأن يستفيد من تجربة دول القانون المقارن وأن يتوصل إلى رسم إطار واضح حول النظام القانوني للتقاضي الإلكتروني.

٢- تطبيق العدالة التنبؤية حيث يمكن الاعتماد على العقل الإلكتروني في إصدار القرارات، والأحكام في بعض القضايا التي لا تتطلب بحثاً، وتقديراً شخصياً، أو سلطة تقديرية للقاضي، وإنما تعتمد على القدرة المعلوماتية كقضايا العقود الإلكترونية، وحسابات البنوك، والضرائب، والميراث، والنفقة، والمخالفات المرورية.

- ٣- استكمالاً للنظام القانوني "التقاضي الإلكتروني" نصي المشرع العماني لتطبيق التقاضي الإلكتروني بالوسائل الإلكترونية أمام كافة درجات التقاضي وكافة المحاكم العمانية أسوة بالمشرع الفرنسي بتطبيق التقاضي الإلكتروني أمام المحاكم الفرنسية من محكمة بداية واستئناف وتميز ومجلس شورى الدولة، باعتبارها الساحة الواقعية له، أي التطبيق العملي الذي يكشف عن مدى نجاح هذه التجربة.
- ٤- نصي لمشرع العماني بالنص على فيما يتعلق بالآثار المترتبة على الإعلان الإلكتروني الغير صحيح أسوة بالقانون المقارن ومنها المشرع الفرنسي.

المراجع

أولاً- المراجع العامة والمتخصصة:

- (١) أحمد محمود، نحو إلكترونية التحكيم والتحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، ط ٢٠١٠.
- (٢) أحمد هندي، التحكيم دراسة إجرائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط ٢٠١٣.
- (٣) إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢٠٠٩.
- (٤) بيبير دلماس-جويون قاضي القرن الواحد والعشرين "مواطن فاعل في فريق من العدالة تقرير مقدم لوزارة العدل الفرنسية، ديسمبر ٢٠١٣.
- (٥) توجان فيصل الشريدة، ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني " التحكيم عبر الانترنت" كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، دون دار نشر، دون تاريخ نشر.
- (٦) حازم الشرعة، التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- (٧) خالد ممدوح، الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٨.
- (٨) خليل صابات - جمال عبد العظيم وسائل الاتصال نشأتها وتطورها الطبعة التاسعة، بدون دار نشر، بدون تاريخ نشر.
- (٩) خيرى عبد الفتاح السيد، فض المنازعات بالتحكيم الإلكتروني عبر وسائل الاتصال

- الإلكترونية، دار النهضة العربية، دون تاريخ نشر.
- ١٠) رامي متولي القاضي، توظيف تكنولوجيا المعلومات في مجال الإجراءات الجنائية (الفيديو كونفرنس نموذجاً)، مؤتمر القانون والتكنولوجيا، حقوق عين شمس، ٢٠١٧م.
- ١١) سحر عبد الستار إمام، نحو نظام تخصص القضاة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- ١٢) سيد أحمد محمود، دور الحاسوب الكمبيوتر " أمام القضاء المصري والكويتي، نحو إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م.
- ١٣) سيد أحمد محمود، نحو إلكترونية القضاء المدني الإماراتي، مؤتمر القانون والتكنولوجيا، حقوق عين شمس، ٢٠١٧م.
- ١٤) صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، آليات فض المنازعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣م.
- ١٥) عادل يحيى، التحقيق والمحاكمة الجنائية عن بعد، ط ١، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٦م.
- ١٦) عبد الحميد أبو هيف المرافعات المدنية والتجارية مطبوعه الاعتماد، ١٩٢١م.
- ١٧) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي الطبعة الأولى، دون تاريخ نشر.
- ١٨) عبدالله عبدالحى الصاوي، تكنولوجيا القضاء وتطوير إجراءات التقاضي المدني، مجلة قطاع الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، العدد الثاني عشر، ٢٠٢١م.
- ١٩) عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤م.
- ٢٠) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط ٢٠٠٩م.
- ٢١) محمد الترساوي، تداول والدعوى القضائية أمام المحاكم الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣م.
- ٢٢) محمد سليمان محمد عبد الرحمن، القاضي وببطء العدالة، ط ١، دار النهضة

- العربية بالقاهرة، ٢٠١١م.
- (٢٣) محمد عصام الترساوي، تداول الدعوي القضائية أمام المحاكم الإلكترونية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠١٣م.
- (٢٤) محمد عصام الترساوي، تداول الدعوي القضائية أمام المحاكم الإلكترونية، دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠١٣م.
- (٢٥) محمد محمد الألفي، المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول، مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس "الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية" دبي/ الإمارات ٩-١٢ ديسمبر ٢٠٠٧م.
- (٢٦) معتز سيد محمد أحمد عفيفي: قواعد الاختصاص بالمسؤولية عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣م.
- (٢٧) يوسف سيد عواض، خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، دون دار نشر، دون تاريخ نشر.

ثانياً- الرسائل العلمية (الدكتوراه-الماجستير):

- (١) عبد العزيز الغانم، المحكمة الإلكترونية - دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠١٦م.
- (٢) اسماعيل سيد اسماعيل، الاعلان القضائي بالطرق الحديثة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية، ٢٠١٨م.
- (٣) يوسف أحمد نوافلة، الإثبات الإلكتروني، رسالة دكتوراه، حقوق إسكندرية، ٢٠١٠م.
- (٤) نادية أبو طالب، إجراءات المحكمة الإلكترونية ومدى قانونية تطبيقها في الأردن، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة عمان العربية، عمان، (٢٠١٨م).

ثالثاً- المقالات والأبحاث والدوريات:

- (١) أسعد منديل، التقاضي عن بعد: دراسة قانونية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٧، العدد ٢١، العراق، ٢٠١٤م.
- (٢) جريدة الجارديان البريطانية بتاريخ ٢٠١٦/١٠/٢٤. على الرابط التالي:
- (٣) <https://www.theguardian.com/technology/2016/oct/24/artificial-intelligence>
- (٤) خيرى عبدالفتاح السيد، لنظام الإجرائي للمرافعة وحجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية.
- (٥) الشكليات والقيود النصية، بحث منشور في مجلة مؤتمر رابطة المحامين الممارسين الإجراءات والإنفاذ (AAPPE) باريس، ٢٠١٤م.
- (٦) صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية (المفهوم والتطبيق)، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، تصدرها كلية حقوق دمشق، ج ٢٨، ع ١، ٢٠١٢م.
- (٧) صفوان محمد، التحقيق والمحكمة الجزائية عن بُعد عبر تقنية الـ (video conference)، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد (٤٢)، العدد (١)، (٢٠١٥م).
- (٨) ليلي عصماني، نظام التقاضي الإلكتروني آلية لإنجاح الخطط التنموية، مجلة المفكر، العدد (١٣)، جامعة محمد خيضر، الجزائر، ٢٠١٦م.
- (٩) محمد إبراهيم موسى، التحكيم الإلكتروني، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر "التحكيم التجاري الدولي" الذي نظّمته كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- (١٠) محمد بن خلفان بن سالم في مقالة بعنوان التقاضي الإلكتروني: دراسة مقارنة في مجلة الوقائع القانونية، مج ٢، ع ١، صادر بتاريخ يوليو ٢٠٢١م.
- (١١) محمد محمد الألفي، المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول، مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس "الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية" دبي/ الإمارات ٩-١٢ ديسمبر ٢٠٠٧م.
- (١٢) موسى شحادة، الإدارة الإلكترونية وإمكانية تطبيقها في رفع الدعوى أمام القضاء

الإداري بالبريد الإلكتروني، مجلة الحقوق القانونية الاقتصادية، العدد ١، مصر، ٢٠١٠م.

١٣) ميريام كويمز الذكاء الاصطناعي والعدالة مجلة SDmagazine بتاريخ ٢٤ نوفمبر ٢٠١٧م، على الرابط التالي:

<https://sd-magazine.com/securite-numerique-cybersecurite/intelligence-artificielle-justice>

١٤) نحو شخصية قانونية للروبوتات، مقال منشور بتاريخ ١٧ / ٦ / ٢٠١٧م على الرابط التالي:

<https://blogs.alternativeseconomiques.fr/vauplane/2017/06/17/vers-une>

١٥) نهى الجلاء، المحكمة الإلكترونية، مجلة المعلوماتية، السنة الخامسة، العدد ٤٧، كانون الثاني، دمشق، ٢٠١٠م.

١٦) هادي الكعبي ونصيف الكراوي، مفهوم التقاضي عن بعد ومستلزماته، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الثامن، العدد الأول، العراق، جامعة بابل، العراق، ٢٠١٦م.

١٧) هشام عبد السيد الصافي، القضاء الإداري المصري والتكنولوجيا الحديثة، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، بدون دار نشر، ٢٠١٧م.

١٨) هل يستطيع الكمبيوتر أن يبرم عقداً، بحث منشور على مجلة هارفارد للعلوم والتكنولوجيا، العدد ٩، نوفمبر ١٩٩٦م.

١٩) هند عبد القادر سليمان، دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر المغربي الأول عن المعلوماتية والقانون، على موقع موسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي.

٢٠) هيثم عبد الرحمن البقلي، التحكيم الإلكتروني كأحد وسائل تسوية المنازعات، ورقة مقدمة للجمعية المصرية لمكافحة جرائم المعلوماتية والانترنت، نقلاً عن الموقع

الإلكتروني: www.kenanaonline.com

رابعاً- مواقع شبكة الإنترنت العالمية:

- 1) <http://www.dalloz-actualite.fr/chronique/justice-predictive-en-question>.
- 2) <http://www.daniel-mainguy.fr/2017/02/regard-predictif-sur-la-justice-predictive.html>
- 3) <http://www.ucl.ac.uk/news/news-articles/1016/241016-AI-predicts-outcomes>
- 4) [https://www.law.berkeley.edu/files/bclt_IPSC2010_Preston\(1\).pdf](https://www.law.berkeley.edu/files/bclt_IPSC2010_Preston(1).pdf)
- 5) HTTPS://AAPPE.FR/WP-CONTENT/UPLOADS/2016/07/VDEF_GABARIT-21X29-7CM-PARIS-3_10-2014.

خامساً- المراجع باللغة الأجنبية:

- 1) GARAPON, « LES ENJEUX DE LA JUSTICE PRÉDICTIVE », JCP G., 9 JANVIER 2017.
- 2) VILLANI DANS UNE INTERVIEW AU FIGARO, 19 JANVIER 2018.
- 3) CAN COMPUTERS MAKE CONTRACTS , HARVARD "TOM ALLEN" AND ROBIN WIDDISON, 1 I WINTER 1996.
- 4) CEDH 31 MAI 2007, MILHOPA C/ LETTONIE, § 19, D. 2007.
- 5) E. BUAT-MÉNARD ET P. GAMBIASI, «LA MÉMOIRE NUMÉRIQUE DES DÉCISIONS JUDICIAIRES. L'OPEN DATA DES DÉCISIONS DE JUSTICE DE L'ORDRE JUDICIAIRE », RECUEIL DALLOZ, 2017.
- 6) ET S CAPRIOLI E.A, ARBITRAG ET MÉDITATION DANS LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, L'EXPÉRIENCE DU CYBER TRIBUNAL, R.A. 1999.
- 7) F. ROUVIÈRE, « LA JUSTICE PRÉDICTIVE, VERSION MODERNE DE LA BOULE DE CRISTAL », RTD CIV., 2017.

- 8) G. CORNU, VOCABULAIRE JURIDIQUE, ASSOCIATION HENRI CAPITANT, QUADRIGE,ED. PUF, 2001.
- 9) J.HUET ET S.VALMACHINO; RÉFLEXIONS SUR L'ARBITRAG ÉLECTRONIQUE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL. GAZ.PAL, JANVÉV. 2000.
- 10) JANV. 2010, NO 53451/07, POPOVITSI C/ GRÈCE, PROCÉDURES 2010.
- 11) JEAN-MARC SAUVÉ, LA JUSTICE PREDICTIVE, 12 FÉVRIER 2018; [HTTP://WWW.CONSEIL ETAT.FR/ACTUALITES/DISCOURS-INTERVENTIONS/LA-JUSTICE-PREDICTIVE](http://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-interventions/la-justice-predictive)
- 12) L'AMERICAN BAR ASSOCIATION JOURNAL: [HTTP://WWW.ABAJOURNAL.COM/MAGAZINE/ARTICLE/HOW ARTIFICIAL INTELLIGENCE IS TRA](http://www.abajournal.com/magazine/article/how-artificial-intelligence-is-train)
- 13) LAURINE TAVITIAN, JUSTICE PRÉDICTIVE: OU EN EST-ON? JUILLET 2016: [HTTPS://WWW.VILLAGEJUSTICE.COM/ARTICLES/LOCAL/CACHEGD2/](https://www.villagejustice.com/articles/local/cacheGD2/)
- 14) LE BLOG DEHUBERT DE VAUPLANE, QUAND LES ROBOTS REMPLACERONT LES JUGES-17/06/2017.
- 15) NIKOLAOS ALETRAS,DIMITRIOS TSARAPATSANIS,DANIEL PREOȚIUC-PIETRO,VASILEIOS LAMPOS,"PREDICTING JUDICIAL DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN PEER COMPUTER RIGHTS: A NATURAL LANGUAGE PROCESSING PERSPECTIVE",SCIENCE2:E93 (2016): [HTTPS://PEERJ.COM/ARTICLES/CS-93/](https://peerj.com/articles/cs-93/)
- 16) P. CATALA, PROCEDURE AND JUDGMENT CHAPTER 10 IN THE RIGHT TO THE DIGITAL TEST JUX EX MACHINA PARIS ED. PUF. 1998 .
- 17) PIERRE DELMAS-GOYON-« LE JUGE DU 21ÈME SIÈCLE» UN CITOYEN ACTEUR,UNE ÉQUIPE DE

JUSTICE-RAPPORT À MME LA GARDE DES
SCEAUX, MINISTRE DE LA JUSTICE
[HTTP://WWW.JUSTICE.GOUV.FR/PUBLICATION/RAPP
ORT DG 2013.PDF](http://www.justice.gouv.fr/publication/rapp
ort_dg_2013.pdf)

- 18) R. MOORHEAD, "LAWYERS LEARNING ABOUT PREDICTION" (19 JANVIER 2017) : [HTTPS://LAWYERWATCH.WORDPRESS.COM/2017/01/19/LAWYERS-LEARNING-ABOUT PREDICTION/](https://lawyerwatch.wordpress.com/2017/01/19/lawyers-learning-about-prediction/)
- 19) ROMAIN BOUCQLE, LA JUSTICE PRÉDICTIVE EN QUESTION 14 JUIN 2017.
- 20) ROMAIN BOUCQLE, LA JUSTICE PRÉDICTIVE EN QUESTION, 14 JUIN 2017; [HTTP://WWW.DALLOZ-ACTUALITE.FR/CHRONIQUE/JUSTICE-PREDICTIVE-EN-QUESTION](http://www.dalloz-actualite.fr/chronique/justice-predictive-en-question)
- 21) SOMM. 2429, OBS. N. FRICERO; DR. ET PROC. 2007.
- 22) T. CASSUTO, « LA JUSTICE À L'ÉPREUVE DE SA PRÉDICTIONNABILITÉ », AJ PÉNAL, 2017.
- 23) VOIR AUSSI LES PROPOS DE CÉDRIC VILLANI RAPPORTÉ PAR L. RONFAUT DANS L'ARTICLE « CÉDRIC VILLANI AVANCE SUR L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE », LE FIGARO, 29 NOVEMBRE 2017.
- 24) W. RUGER, PAULINE T. KIM, ANDREW D. MARTIN, AND KEVIN M. QUINN, "THE SUPREME COURT FORECASTING PROJECT: LEGAL AND POLITICAL SCIENCE APPROACHES TO PREDICTING SUPREME COURT DECISION MAKING", 104 COLUM. L. REV. 1150 (2004) .

المسؤولية الجنائية عن استعمال المنشطات في المنافسات الرياضية في التشريع الفرنسي

الأستاذة الدكتورة/ رنا إبراهيم سليمان العطور*

المخلص:

نظراً لاعتبار فرنسا رائدة أوروباً وعالمياً في وضع قوانين رادعة لاستعمال المنشطات، تتناول هذه الورقة مفهوم المنشطات الرياضية، وموقف المشرع الفرنسي في قانون الرياضة وتعديلاته، من التنظيم والرقابة على المنشطات الرياضية من حيث الوسائل الوقائية وطرق الكشف عنها، والإجراءات المتبعة في تقصي هذه الجرائم وكشفها ومدى مراعاتها لحقوق الدفاع.

كما تسلط الضوء أيضاً على المسؤولية الجنائية المترتبة على الرياضي والمحيطين به في كل ما من شأنه أن يؤدي إلى استعمال المنشطات الرياضية. وبالتالي لا بد من تحديد الأفعال المجرمة، والأشخاص المسؤولين عنها، والجزاءات المترتبة عليها، تأديبية كانت أو جنائية، من عقوبات رئيسية وتكميلية. والظروف المشددة التي قد تقترن بها، وكذلك مدى المعاقبة على الشروع في تلك الأفعال، وفيما إذا توافر سبب للإباحة والتبرير.

الكلمات المفتاحية: منشطات - منافسات رياضية - مسؤولية تأديبية - مسؤولية جنائية - أشخاص اعتبارية.

* أستاذة القانون الجنائي - كلية القانون - جامعة قطر.



Criminal Liability for Doping in Sports Competitions in French Legislation

Prof. Rana Ibrahim Suleiman Atour*

Abstract:

Given that France is considered a European and global leader in the development of deterrent laws for the use of doping, this paper deals with the concept of sports doping, and the position of the French legislator in the Sports Law (and its amendments) regarding the regulation and control of sports doping in terms of preventive means and methods of detection, and the procedures followed in the investigation and detection of these crimes and their observance of the rights of the defense.

It also highlights the criminal responsibility of the athlete and those around him in everything that may lead to the use of sports stimulants. Therefore, it is necessary to identify the criminal acts, the persons responsible for them, and the consequent penalties, whether disciplinary or criminal, including main and supplementary penalties and the aggravating circumstances that may be associated with it. As well as the extent of the punishment for attempting such acts, and whether there is a reason for their permissibility and justification.

Keywords: Doping - Sports Competitions - Disciplinary Responsibility - Criminal Liability - Moral Persons.

* Professor of Criminal Law, College of Law, Qatar University.

المقدمة

١- **التعريف بموضوع البحث وأهمية دراسته:** قديمة قدم الرياضة نفسها، تستعمل المواد أو الوسائل المنشطة لتحسين أداء الرياضيين تلبية لمطالب دائمة ومتزايدة إما من قبل الرياضيين تجاه أنفسهم، أو من قبل المحيطين بهم، أو من الجمهور أيضاً، متفجرين كانوا أو مشاهدين، على حد سواء؛ حيث تدفع الحدود المأمولة أكثر فأكثر باستمرار. وقد غدى استعمال المنشطات الرياضية ظاهرة اجتماعية ونفسية تهدد جموع الرياضيين لما لها من مخاطر على حياتهم وسلامتهم البدنية والذهنية.

يبدو أن استعمال المنشطات ينطوي على مخاطر صحية من جهة، وأخلاقية من جهة أخرى. فثمة أدلة علمية قاطعة تؤكد ما لتعاطي المنشطات من آثار طبية بيولوجية جانبية على كل من الجهاز القلبي الوعائي والجهاز العضلي الهيكلي والجهاز التناسلي والغدد الصماء والجهاز المناعي والجهاز التنفسي، وتبرز تأثيراته كذلك على القناة الهضمية والكبد والكلى وعلى استقلاب الإلكتروليتات، فضلاً عن تأثيراته النفسية^(١)، كما أن الرياضي الذي يتعاطى المواد المنشطة بغية الوصول لكفاءة أعلى في أدائه الرياضي إنما يكون بذلك قد خالف كافة القيم والمبادئ الأخلاقية التي تقوم عليها الرياضة، فيخرج بعمله هذا من نطاق المنافسة الشريفة ليدخل في زمرة الغش والتدليس ما قد يؤدي في نهاية المطاف إلى تدمير الرياضة وتجريدها من قيمها وأهدافها النبيلة. وبالتالي، فإنه بهذا الغش لن يكون أفضل الرياضيين من يحقق الفوز النزيه بل سيكون الشخص الأكثر قدرة على الخداع، ما قد يؤدي إلى جعل نتائج المسابقات الرياضية غير معبرة عن قيمة الرياضي الحقيقية.

(١) أسامة رياض: "المنشطات والرياضة أنواعها - أخطارها - الرقابة عليها"، دار الفكر العربي، ١٩٩٨م، ص ٥٠ وما تلاها.

S Diagona: « Psychologie du dopage », books.google.com, 2016, p. 20.

وعلى الرغم من ارتباط الرياضة مع الأخلاق والصحة^(٢)، ما يناشد التسامي، ويفرض احترام قواعد اللعبة والمنافسين^(٣)، إلا أننا نلاحظ اليوم وفي كثير من الأحيان تجاوز هذه القيم والادعاء بعدم صلاحيتها تماما في وقتنا الراهن^(٤).

وما زال الجمهور، في الواقع، ووسائل الإعلام ينتظرون من الرياضيين تحقيق مآثر وإنجازات مدوية وعلى نحو متزايد، إلى جانب الضغوط الكبيرة من قبل البيئة المحيطة بالرياضيين كالمدربين، والاتحادات، والأطباء والمعالجين بل والأسرة، والتي تشكل عبئا على كاهلهم لا يطاق في بعض الأحيان.

أمام خطورة وتفاقم مشكلة وظاهرة المنشطات واتساع دائرة استعمالها في الآونة الأخيرة، وأمام العواقب الأخلاقية والصحية والخطر الذي تجره على صحة الرياضيين، وحتى لا تصير هذه الآفة إحدى الأدوات الفتاكة في تدمير المجتمعات عبر تدمير شبابه، بدت ضجة واسعة من السخط والاستنكار، وأمام هذا الخطر الداهم كان لا بد من إيجاد حماية فعالة للرياضيين لا سيما من البطانة أو الحاشية المحيطة بهم والتي لا تتردد في العمل على تشجيع الرياضي أو تحريضه على مقارفة هذا السلوك المدمر. **اتفاقية دولية:** أمام تصاعد حالات انتشار العقاقير والوسائل المساعدة على تحسين الأداء في مجال الرياضة ولاستخدامها الذي بات أكثر استتاراً، شعر المجتمع الدولي بمسؤولية التصدي لهذه الظاهرة، والمخاطر الناجمة عنها والتي لم تعد مجرد مخاطر

(٢) أصدرت دولة قطر القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٦م بتنظيم الأندية الرياضية المعدل كما سبق، وتم تنظيم اللجنة الأولمبية القطرية بموجب المرسوم رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢م، وقد أشارت المادة الأولى من قانون تنظيم الأندية الرياضية إلى التعاريف منها ما يتعلق بالوكالة العالمية لمكافحة المنشطات والمدونة العالمية لمكافحة المنشطات، غير أن هذا القانون لم يعالج حالة تعاطي المنشطات أو المساعدة في تعاطيها ولم يبين بالتالي عقوبات لهذه الحالة.

(٣) هذه المبادئ مكرسة في الميثاق الدولي للتربية البدنية الصادر عام ١٩٧٨م، والمعدل عام ١٩٩١م بغرض الإشارة إلى مشكلة تعاطي المنشطات. فجوهر الرياضة يتميز بقيمة مثل الأمانة والنزاهة والاحترام والشجاعة والإخلاص والتضامن.

(٤) علاء الدين عليوه: "الصحة في المجال الرياضي"، منشأة المعارف، القاهرة، ١٩٩٥م، ص ٣٢ وما تلاها.

داهمه بل قائمة. وتظهر المسؤولية الدولية في هذا الصدد كمسؤولية جماعية بغية تأمين بيئة رياضية تتسم بالنزاهة والإنصاف لجميع الرياضيين. وبناء عليه، تم توقيع اتفاقية لمكافحة المنشطات في ستراسبورغ في ١٦ نوفمبر ١٩٨٩م من قبل الدول الأعضاء في مجلس أوروبا إلى جانب الاتفاقية الدولية لمكافحة المنشطات في مجال الرياضة (٢٠٠٥) والتي دخلت حيز النفاذ (٢٠٠٧): حيث تسابقت الدول في الانضمام إلى هذه الاتفاقية التي قدمت الإطار القانوني الذي كان غائبا في السابق لتقييد المواد والأساليب المحظورة من أجل تقييد استخدامها في مجال الرياضة^(٥). كما وكثرت المؤتمرات والمقترحات التي تدعو لتجريم هذا السلوك دفعا لأضراره ومخاطره الحالية والمستقبلية^(٦). وبناء عليه، استجابت العديد من التشريعات لهذه النداءات كالتشريع البلجيكي^(٧) والفرنسي^(٨) وغيرها^(٩)، مرتئين ضرورة عرض تجربة التشريع الفرنسي في مجال تجريم تلك الظاهرة وسياساته الجنائية حيالها أملا في أن يقتدي به المشرع.

التشريع الفرنسي: تُعد فرنسا من أوائل الدول الأوروبية التي اتخذت تدابير تشريعية ضد سلوك المنشطات في عالم الرياضة عالية الأداء. وذلك عبر تخصيصها الباب

(٥) انضمت دولة قطر لهذه الاتفاقية بموجب المرسوم رقم (٤٩) لسنة ٢٠٠٧م ونصت المادة الأولى من هذا المرسوم بأن يكون لهذه الاتفاقية قوة القانون وفقا للمادة (٦٨) من دستور دولة قطر.

(٦) أسير جاري: "دراسة تحليلية لوقائع استخدام المنشطات الرياضية في نظام العولمة"، مجلة كلية التربية الرياضية، جامعة بغداد، ٢٠١٢م، المجلد ٢٤، العدد ٣، ص ٧٦.

(٧) الصادر في ٢ أبريل ١٩٦٥م.

(٨) الصادر في أول يونيو ١٩٦٥م.

(٩) تختلف القوانين بين البلدان إلى حد كبير، من حيث نطاقها ومضمونها، وطرق تغطيتها. وتشير كل من المشاريع البحثية أن هناك ثلاثة أطر تشريعية رئيسية، والتي يمكن أن تتداخل في بعض الأحيان، لمعالجة مشكلة توافر والممرور عقاقير لتحسين الأداء، وهي: (١) تشريع شامل لمكافحة المنشطات تشمل قضايا مختلفة، بما في ذلك بيع وتوريد الأدوية لتحسين الأداء، واستنادا إلى قائمة المحظورات؛ و(٢) تشريع يحظر المنتجات غير المشروعة (في المخدرات العامة، المنبهات والمؤثرات العقلية)؛ و(٣) وتشريع حول مراقبة الأدوية.

الثالث من قانون الرياضة لـ "الصحة الرياضية ومكافحة المنشطات." ويتعلق هذا التشريع أساساً بالرياضيين في مستوى الأداء العالي والرياضيين المهنيين^(١٠).

وتعرف المنشطات في القانون، بأنها "استخدام المواد أو الأساليب التي من شأنها أن تؤدي إلى تغيير مصطنع في قدرات رياضي. كما يعد أيضاً جزءاً من المنشطات القيام باستعمال المنتجات أو العمليات التي تهدف للتغطية على استعمال المواد المنشطة، ويتم تحديث قائمة المواد المنشطة والطرق كل عام وتخضع لقرار مشترك من وزير الرياضة والصحة^(١١).

٢- منهجية البحث: تتبع هذه الدراسة المنهج الوصفي والتحليلي، بالإشارة للنصوص القانونية وتحليل أحكامها.

٣- خطة البحث: اعتبر المشرع الفرنسي استعمال المنشطات في المسابقات الرياضية ظاهرة جنائية تستحق التنظيم من جهة (مبحث أول) والتجريم والعقاب من جهة أخرى (مبحث ثان) لما لها من أضرار بالكيان الجسدي والنفسي للرياضي. وبذلك تم تقسيم هذه الدراسة إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: تنظيم مكافحة المنشطات الرياضية.

المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية للرياضي والمحيطين به عن استعمال المنشطات الرياضية.

^(١٠) ينبغي ملاحظة أن المنشطات في المجالات الأخرى غير الرياضة لم تؤخذ بعين الاعتبار في هذا التشريع.

^(١١) وترد قائمة المواد والأساليب المحظورة حالياً بموجب المرسوم الوزاري لـ ٢ فبراير ٢٠٠٠م، والذي يتضمن قائمة اللجنة الأولمبية الدولية. وتصدر الوكالة الدولية لمكافحة المنشطات «الوادا» تصدر سنوياً قائمة العقاقير المحظورة، والمواد التي تؤدي إلى الفشل في اجتياز اختبار المنشطات، وذلك في الأول من يناير، حيث يتم تعميم القائمة الجديد على الاتحادات الرياضية لتكون مرجعاً أساسياً ومهماً للرياضيين كافة قبل تعاطي أي دواء أو مواد تدمر مسيرته. ولا توجد حجة حالياً لدى الرياضيين ممن يقولون إنه تم التغرير بهم، يجب أن يكون الرياضي أكثر وعياً، وألا يتناول أي أدوية دون الرجوع إلى طبيب الفريق أو أحد الأطباء المعتمدين.

المبحث الأول

تنظيم مكافحة المنشطات الرياضية

حاول المشرع الفرنسي تنظيم مكافحة المنشطات الرياضية باتجاهين: وذلك من خلال تخويله صلاحيات لبعض الهيئات الإدارية والطبية في الوقاية من استعمال المنشطات الرياضية (مطلب أول)، وفي رقابة وملاحظة هذا الأمر (مطلب ثان).

المطلب الأول

دور الهيئات الإدارية والطبية في الوقاية من استعمال المنشطات الرياضية

أمام الجدل القانوني في مدى اعتبار الرياضي جانياً أم ضحية؟ ومدى إمكانية مساءلته القانونية عن استخدام المنشطات في المنافسات الرياضية؟ تتجه الآراء إلى أن المساءلة الرياضية تتطلب بالتأكيد اتخاذ تدابير وقائية في وقت مبكر، كما هو الشأن في حملات التوعية، والمدعومة بالدراسات حول الآثار السلبية للمواد المستعملة، والتي من شأنها أن تساهم في مكافحة المنشطات، لا سيما لدى استهدافها هواة الشباب، مراعاة تحديث هذه الدراسات بشكل منتظم لتغذية المعرفة في هذا الشأن إلى جانب عمليات التشريح المنهجية في حالة الوفيات المبكرة للرياضيين، والتي يمكن أن تحدد الأسباب وتساهم في صياغة ملاحظات حول مدى تواتر الأمراض وارتباطها بالمواد المختلفة المستعملة^(١٢).

وتجدر الإشارة إلى أنه في سبيل تفعيل الاتفاقية الدولية لمكافحة المنشطات في مجال الرياضة التي انضمت لها دولة قطر، صدر القرار الأميري رقم (١٤) لسنة ٢٠١١م بإنشاء مختبر مكافحة المنشطات، بهدف مكافحة المنشطات في مجال

(١٢) أحمد سعد أحمد: "المسؤولية الجزائية عن تعاطي المنشطات الجسدية في الألعاب الرياضية وآثارها، دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، ٢٠١١م، ص ٤٥ وما تلاها.

الرياضة، بما يحمي صحة اللاعبين وأخلاقيات الرياضة ويدعم دور الرياضة في التربية الأخلاقية والثقافية والبدنية، كما أشارت لذلك المادة الثالثة من القرار الأميري وللمختبر ممارسة الصلاحيات اللازمة لتحقيق أهدافه مستعينا بعمليات المراقبة والفحص والتنسيق والتعاون مع المؤسسات العلمية المحلية والإقليمية والدولية المعنية بمكافحة المنشطات^(١٣).

وتلعب جهود رواد العمل والقائمين حالياً على اللجنة الوطنية لمكافحة المنشطات دوراً محورياً في نشر التوعية وتعميم ثقافة المساواة الرياضية في المنافسات الرياضية كافة وترسيخ مفهوم العدالة الرياضية، مؤكدة الحرص على توفير مقومات النجاح كافة للرياضيين ودعم مسيرتهم المزهرة^(١٤).

وفي فرنسا، اعتبر المشرع وزير الرياضة هو المسؤول عن تنسيق الإجراءات بمساعدة من الاتحادات الرياضية المعتمدة^(١٥)، ثم أناط ببعض الهيئات الإدارية والطبية مهمة الوقاية من استعمال المنشطات الرياضية، ويتمثل الغرض من الضوابط المطلوبة من قبل وزارة الشباب والرياضة أو مجلس الوقاية ومكافحة المنشطات في البحث عن المواد المحظورة^(١٦).

⁽¹³⁾ <http://www.addlinkat.com/daleel/browse>

^(١٤) وديع التكريتي وآخرون: "المسؤولية الجزائية عن استخدام المنشطات في المجال الرياضي دراسة مقارنة في القانون الجنائي"، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، ٢٠١١م، ص ٥٢.

^(١٥) المادة (L230-1) من قانون الرياضة: يتعهد "وزير الرياضة، بالتعاون مع الوزارات والجهات المعنية الأخرى، وينسق الوقاية والإشراف الطبي والبحوث والتعليم المنفذة بمساعدة، الاتحادات الرياضية المعتمدة على وجه الخصوص، في الشروط المحددة في المادة (L131-8) لحماية صحة الرياضيين ومكافحة المنشطات".

⁽¹⁶⁾ P Laure: «Epidémiologie du dopage », Immune-analyse et Biologie spécialisée, Elsevier, 2001, p.19.

الفرع الأول

دور الهيئات الإدارية في الوقاية من استعمال المنشطات الرياضية

أنشأ المشرع الفرنسي مجموعة من الهيئات الإدارية تلعب دوراً كبيراً في الوقاية من استعمال المنشطات الرياضية كالوكالة الفرنسية لمكافحة المنشطات، والاتحادات الرياضية إلى جانب بعض الوحدات الطبية^(١٧).

أولاً- الوكالة الفرنسية لمكافحة المنشطات والمكلفة بـ "تحديد وتنفيذ الإجراءات لمكافحة المنشطات"^(١٨): هذه الوكالة تعرف وتنفذ برامج مكافحة، كما أن لديها القدرة على فرض جزاءات، وتشارك هذه الهيئة في الوقاية والتتقيق والأبحاث المنفذة في مجال مكافحة المنشطات، كما ويتم استشارتها بصدد أي مشروع قانون أو نظام أو لائحة بشأن مكافحة المنشطات، ويرتبط ذلك مع الأنشطة الدولية في مجال مكافحة المنشطات، بحيث تقدم سنوياً تقريراً مرحلياً إلى الحكومة والبرلمان يرصد على الملأ^(١٩).

ثانياً- الاتحادات الرياضية: تحرص الاتحادات الرياضية على ضمان صحة المرخص لهم واتخاذ التدابير اللازمة لهذه الغاية، كما تعمل هذه الاتحادات على تطوير المعلومات لدى المرخص لهم والمحيطين بهم للوقاية من استخدام المواد المنشطة بدعم من الوحدات الطبية للوقاية من المنشطات^(٢٠).

⁽¹⁷⁾ C Binsinger, A Friser: « Du dopage en particulier aux conduites dopantes en général: le point sur les connaissances », Carin info, Psychotropes, 2002, p.23.

⁽¹⁸⁾ لمنع ومكافحة المنشطات، أنشأ قانون ٥ أبريل ٢٠٠٦م بصيغته المعدلة في قانون ٣ يوليو ٢٠٠٨م سلطة عليا، الوكالة الفرنسية لمكافحة المنشطات، والمكلفة بـ "تحديد وتنفيذ الإجراءات لمكافحة المنشطات" (المواد L232-5 إلى ٨ قانون الرياضة).

⁽¹⁹⁾ وقد حلت هذه الوكالة محل المجلس السابق "مجلس وقاية ومكافحة المنشطات" (CPLD).

⁽²⁰⁾ المادة (L231-5) من قانون الرياضة الفرنسي.

- وتضمن الاتحادات الرياضية القانونية تنظيم إشراف طبي خاص يخضع له المرخصون المسجلون ضمن قائمة كبار الرياضيين (النخب الرياضية)، وكذلك المرخصين المسجلين ضمن قائمة قنوات الوصول للرياضة عالية الأداء^(٢١).

- يتم إصدار دفتر لكل رياضي على قائمة من كبار الرياضيين أو في قنوات الوصول إلى هذه الرياضة العليا من قبل الاتحاد الرياضي الذي ينتمي إليه. ويحتوي هذا الكتيب على معلومات تتعلق بالرياضة فقط، والمعلومات الطبية المتصلة بها^(٢٢).

- لدى معاقبة رياضي لمخالفة قوانين المنشطات وسعيه لرد التصريح أو التجديد أو إصدار رخصة رياضية، فإن الاتحاد المختص يجعل هذه العودة أو التجديد أو التسليم موقوف على صدور شهادة صادرة عن وحدة طبية للوقاية من المنشطات بعد مقابلة بين الطبيب والشخص المعني^(٢٣).

ثالثاً- الوحدات الطبية: وهي وحدات طبية لمكافحة المنشطات، تقدم استشارات عامة، وتقتراح الرعاية الطبية.

ينبغي على الأشخاص^(٢٤) (الرياضيين المقربين بانتهاك قوانين المنشطات والساعين لرد أو تجديد أو إصدار الترخيص الرياضي) أن يقوموا بزيارة واحدة على الأقل لطبيب في واحد من هذه الوحدات، ويتم التحقق من صحة هذه المقابلة من خلال إصدار شهادة، بحيث يتم إدارة كل وحدة طبية من قبل طبيب مسؤول^(٢٥).

^(٢١) المادة (L231-6) من مدونة الرياضة.

^(٢٢) المادة (L231-7) من قانون الرياضة.

^(٢٣) المادة (L231-8) من قانون الرياضة.

^(٢٤) المذكورين في المادة (L231-8).

^(٢٥) المادة (L232-1) من قانون الرياضة.

الفرع الثاني

دور الهيئات الطبية في الوقاية من استعمال المنشطات الرياضية

لم يقتصر المشرع الفرنسي في الوقاية من استعمال المنشطات الرياضية على دور الهيئات الإدارية السابقة، بل أضاف لها إلزام الرياضيين بالخضوع للإشراف الطبي، من خلال ما يلي^(٢٦):

أولاً- الشهادة الطبية: يخضع أول تسليم للرخصة الرياضية على تقديم شهادة طبية تثبت غياب أية دلائل سلبية لممارسة النشاط البدني أو الرياضي الذي طلبت من أجله^(٢٧).

- كما أن المشاركة في المسابقات الرياضية التي تنظمها الاتحادات الرياضية أو تأذن بها تخضع للالتزام بإبراز الرخصة الرياضية المثبت فيها إصدار شهادة طبية^(٢٨).

- النخب الرياضية لديهم دفتر فردي تذكر فيه النتائج الطبية، بحيث يحتوي هذا الكتيب على كافة المعلومات المتعلقة بالرياضة فقط، والمعلومات الطبية المتصلة بها. ويجوز للأطباء المرخص لهم (المعتمدين) الاطلاع على هذه الرخصة خلال عمليات التفتيش و(الرقابة)^(٢٩).

ثانياً- دور الأطباء: ينبغي على كل رياضي يشارك في مسابقات أو أحداث رياضية أن يعلن عن كل استشارة طبية مؤدية إلى وصفة طبية.

وبالتالي، فإن استعمال أو حيازة المواد أو الأساليب المحظورة لا يستتبع جزاءً تأديبياً ولا جنائياً بالضرورة، طالما كان هذا الاستعمال أو الحيازة يتفق إما مع منح الإذن الذي تم الموافقة عليه للرياضي للاستعمال لغايات علاجية من قبل الوكالة الفرنسية لمكافحة

⁽²⁶⁾ C Brissonneau: « Le dopage dans le cyclisme professionnel au milieu des années 1990 : une reconstruction des valeurs sportives », Carin info, Déviance et société, 2007, p.12.

^(٢٧) المادة (L231-2) من قانون الرياضة.

^(٢٨) المادة (L231-3) من قانون الرياضة.

^(٢٩) المادة (L231-7) من قانون الرياضة.

المخدرات بموافقة لجنة أطباء موضوعة من قبل الوكالة، أو الترخيص بالاستعمال لغايات علاجية تم الاعتراف بصحته من قبل الوكالة^(٣٠).

- وفيما يتعلق بالطبيب الذي يكشف علامات تشير إلى ممارسة المنشطات غير المبررة، فينبغي عليه أن يرفض إصدار الشهادة الطبية، وإبلاغ المريض بالمخاطر وإبلاغ الطبيب المسؤول عن الوحدة الطبية^(٣١)، وإلا فإن الامتناع عن القيام بذلك، يعرضه لطائلة الجزاءات التأديبية^(٣٢).

المطلب الثاني

رقابة وملاحظة استعمال المنشطات الرياضية

- تجرى الرقابة (والتفتيش) بقرار من الوكالة الفرنسية لمكافحة المنشطات أو بناء على طلب من الاتحادات^(٣٣).

ويخول ضباط وأعوان الشرطة القضائية ومن هم تحت إشراف وزير الرياضة والأشخاص المرخص لهم من الوكالة المفوضين والمكلفين وفق الشروط المنصوص عليها بمرسوم في مجلس الدولة القيام بعمليات الرقابة و(التفتيش)، بحيث تخضع هذه الجهات والأشخاص للسرية المهنية^(٣٤).

(٣٠) المادة (L.232-2) من قانون الرياضة.

(٣١) المادة (L.232-3) من قانون الرياضة.

(٣٢) المادة (L.232-4) من قانون الرياضة.

(٣٣) F Pillard, P Grosclaude, F Navarro, E Godeau: « Enquête épidémiologique sur le dopage sportif en milieu scolaire dans la région Midi-Pyrénées en 1999, résultats préliminaires », médiathèque lecrips net, Bull., 2000, p.43.

(٣٤) وفقا للمادة ٢٢٦-١٣ من قانون العقوبات الفرنسي، بموجب المادة (L.232-11) من قانون الرياضة الفرنسي.

- يمكن للأشخاص المصرح لهم أداء العينات البيولوجية، ولكن فقط الأطباء والمرمضات المسجلين يمكنهم أخذ عينات الدم، ويمكن للأطباء فقط أداء الفحوصات السريرية^(٣٥).

- ينبغي على جميع الأشخاص الذين لهم الحق في الوصول إلى أماكن لدى الرياضيين أن يقوموا بالزيارة ما بين الساعة ٠٦:٠٠ صباحاً و ٢١:٠٠ مساءً، وفي أي وقت خلال المسابقات والدورات التدريبية، وفي حالة البحث عن جريمة، لا بد من إبلاغ أو إخطار وكيل النيابة والذي له حق الاعتراض^(٣٦).

- في كل الأماكن التي يجوز زيارتها ولممارسة مهام الشرطة القضائية، يمكن للوكلاء تحت إشراف وزير الرياضة والأشخاص المرخص لهم من الوكالة ضبط الأشياء أو وثائق معينة بإذن من المحكمة بأمر من رئيس المحكمة (الابتدائية) التي تقع في دائرة الاختصاص وفق مكان وجود المواد التي يتم ضبطها.

يتم تقديم الطلب في الموقع في وقت زيارة الأماكن أو الضبط، ويقدم لمدير الموقع أو من ينوب عنه، الذي يحصل على نسخة منه. ويتم جرد المضبوطات على الفور بوجود مدير الموقع أو الأماكن، أو من ينوب عنه.

- ويرد الجرد في محضر يبين تقدم العمليات التي أعدت حول الموقع، وترسل النسخة الأصلية من التقرير (المحضر) المذكور والجرد إلى القاضي الذي أذن للمعاملات في غضون خمسة أيام بعد إغلاقهما، وتعطى نسخة للشخص المعني^(٣٧).

ويجوز لرئيس المحكمة الابتدائية في أي وقت أن يأمر بالإفراج عن المضبوطات^(٣٨).

^(٣٥) المادة (L232-12) من قانون الرياضة.

^(٣٦) المادة (L232-14) من قانون الرياضة.

^(٣٧) L Guerreschi, C Garnier: « Les représentations sociales du dopage sportif, étude qualitative auprès d'athlètes de haut niveau français et canadiens », erudit : org, Drogues, santé et société, 2008, p.10.

^(٣٨) المادة (L232-19) من قانون الرياضة.

- الرياضيون الخاضعون للرقابة ينبغي عليهم تحديد موقعهم، ولتنفيذ الرقابة الفردية، يعين مدير الرقابة الأشخاص الذين يجب أن يقدموا المعلومات إلى الوكالة الفرنسية لمكافحة المنشطات؛ أي كافة المعلومات لتحديد موقعهم خلال فترات التدريب وبرنامج المنافسة أو الفعاليات التي يشاركون فيها.

ويتم اختيار هؤلاء الأشخاص، أولاً: من تلك الفئة المدرجة في القائمة الرياضية العليا (النخب)، وثانياً: من الرياضيين المهنيين المرخص لهم من الاتحادات الرياضية المرخصة.

وهذه المعلومات يمكن أن تكون محل معالجة إلكترونية من قبل الوكالة، في سبيل تنظيم الرقابة. وهذه المعالجة الآلية بصدد المعلومات المتعلقة بتحديد المكان الفردي للرياضيين يتم التصريح به بقرار من مجلس الوكالة المتخذ بعد رأي مسبب ومنشور من قبل اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات^(٣٩).

- الرياضيون المشاركون في مسابقة أو تدريب مناسب ينبغي عليهم الخضوع للرقابة. ووفق المادة (L232-17) من قانون الرياضة:

أولاً- إن رفض الانصياع إلى الرقابة^(٤٠)، أو الامتثال للشروط الواردة فيها، من شأنه أن يعرض للجزاءات الإدارية^(٤١).

وثانياً- الإخلال بالتزامات تحديد الأماكن^(٤٢) هي أيضاً عرضة للجزاءات الإدارية^(٤٣).

^(٣٩) المادة (L232-15) من قانون الرياضة.

^(٤٠) المنصوص عليها في المواد (L232-12 إلى L232-15).

^(٤١) المنصوص عليها في المادتين (L232-21 , L232-23).

^(٤٢) بموجب المادة (L232-15).

^(٤٣) المنصوص عليها في المادتين (L232-21 , L232-23).

الجزاءات الإدارية:

- لدى ارتكاب مخالفة من قبل الرياضيين فمن الممكن أن يخضع لجزاءات تأديبية من قبل الاتحادات^(٤٤) أو الوكالة الفرنسية لمكافحة المنشطات، والتي يمكن أن تصل إلى الحظر الدائم من المشاركة في المسابقات والفعاليات الرياضية^(٤٥).

- فالوكالة الفرنسية لمكافحة المنشطات يمكن أن تفرض جزاءات في ظل ظروف معينة؛ فقد تفرض حظراً مؤقتاً أو دائماً من المشاركة في المسابقات والتدريب والمنافسات الرياضية ضد المخالفين الرياضيين، وحظر تنظيم المنافسات الرياضية ضد المسؤولين المنظمين^(٤٦).

ووفق المادة (L232-22) من قانون الرياضة الفرنسي: يمكن للوكالة الفرنسية لمكافحة المنشطات^(٤٧) ممارسة صلاحيات اتخاذ جزاءات تأديبية وفقاً للشروط التالية:

١. هي تختص بفرض جزاءات تأديبية على الأشخاص غير المرخص لهم بالمشاركة في التدريبات والمسابقات والفعاليات الرياضية^(٤٨).

٢. تختص بفرض جزاءات تأديبية على الأشخاص الخاضعين للسلطة التأديبية للاتحاد الرياضي عندما لا تتخذ في الوقت المحدد^(٤٩)، حيث تصبح المداخلات تلقائية، في هذه الحالة، بانتهاء تلك المهلة.

^(٤٤) يمكن أن تصل الجزاءات التأديبية المتخذة من الاتحادات الرياضية إلى فرض حظر دائم من المشاركة في المسابقات والفعاليات الرياضية المنصوص عليها في المادة 9-L232-9. [...]؛ خلود العنزي: "المسؤولية الجنائية عن استعمال المنشطات الرياضية"، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، كلية العدالة الجنائية، قسم الشريعة والقانون، ٢٠١٦م، ص ٧٩ وما تلاها.

^(٤٥) المادة (L232-21) من قانون الرياضة: "الرياضيون المرخصون أو الأعضاء المرخصون من الجماعات الرياضية التابعة للاتحادات الرياضية [...] والذين يخالفون أحكام المواد 9-L232-9 , 10-L232 , 17-L232، تخضع لعقوبات تأديبية. وتقرض هذه العقوبات من قبل الاتحادات الرياضية [...]".

^(٤٦) L Sallé, L Lestrelin, JC Basson: « Le Tour de France 1998 et la régulation du dopage sportif, reconfiguration des rapports de force », Carin.info, Staps, 2006, p.16.

^(٤٧) في حالة مخالفة أحكام المواد (9-L232-9 , 10-L232 , 17-L232).

^(٤٨) المذكورة في ٢ من البند الأول من المادة (5-L232).

^(٤٩) في المادة (21-L232).

٣. ويمكنها تعديل القرارات المتخذة^(٥٠) خلال شهر واحد من التاريخ الذي أعلنت فيه بتلك القرارات^(٥١).

٤. يجوز لها أن تقرر تمديد العقوبات التأديبية المتخذة من قبل الاتحاد على أنشطة المعني الخاضعة للاتحادات الأخرى، إما من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من الاتحاد الذي فرض الجزاءات. ويعد اختصاص الوكالة غير معلق، ما لم يصدر قرار مخالف من قبلها.

ووفق المادة (٢٣٢-٢٣) من قانون الرياضة الفرنسي: يمكن للوكالة الفرنسية لمكافحة المنشطات، في ممارسة السلطة لفرض جزاءات^(٥٢)، أن تحكم:
١ ضد الرياضيين^(٥٣)، الحظر المؤقت أو الدائم من المشاركة في المسابقات والفعاليات الرياضية^(٥٤).

٢. ضد المرخص لهم المشاركين في تنظيم وتشغيل هذه المسابقات والفعاليات أو الدورات التدريبية التحضيرية المخالفين^(٥٥) بفرض حظر مؤقت أو دائم من المشاركة، مباشرة أو غير مباشرة، في تنظيم وإجراء المسابقات الرياضية والفعاليات الرياضية^(٥٦)، والدورات التدريبية التحضيرية، فضلاً عن الحظر المؤقت أو الدائم من أداء المهام^(٥٧).

وينبغي في فرض هذه الجزاءات مراعاة احترام حقوق الدفاع، ومن ذلك:

- عندما يطلب الرياضي المعاقب رخصته، فإن هذه المسألة تتطلب شهادة صادرة عن وحدة طبية^(٥٨).

^(٥٠) إعمالاً للمادة (L232-21).

^(٥١) بموجب البند الثالث من المادة (L232-5).

^(٥٢) وفقاً للمادة (L232-22).

^(٥٣) المرتكبين لأحد الأفعال المحظورة في المواد (L232-9 , L232-17).

^(٥٤) المذكورة في المادة (L232-9).

^(٥٥) للحظر الوارد في المادة (L232-10).

^(٥٦) المذكورة في المادة (L232-9).

^(٥٧) المحددة في الفقرة الأولى من المادة (L212-1).

^(٥٨) المادة (L231-8) من قانون الرياضة.

- الأطباء الذين لا ينقلون المعلومات عن وجود علامات للمنشطات يخضعون لعقوبات تأديبية أيضاً^(٥٩).

يتم توفير معدات أخذ العينات مختومة للطبيب المعين، ويتم اختيار الرياضيين بالقرعة، وفقاً لنتائج مسابقة أو حرية اختيار الطبيب، حيث يتلقى المعني شخصياً إخطار. ومن تلك اللحظة لديه ساعة واحدة ليعرض نفسه على الرقابة المنصوص عليها مع تحديد الهوية، سواء أكان ذلك سرا أو بمرافقة عضو في الوفد المرافق له، أما في حالة الرفض أو الغياب يعاقب اللاعب كما لو كان مذنباً باستعمال المنشطات.

ينبغي على الرياضي أن يقدم جميع المعلومات بشأن الأدوية التي تناولها مؤخراً أو العلاجات، وفي حالة الاشتباه في تعاطي المنشطات، ستكون هذه المعلومات الهامة في التحقيق في قضيته، بما في ذلك التأكيد على المبرر العلاجي المحتمل للمواد المحظورة. ولا بد من ذكر هذه الحقائق في المحضر.

إذا كان الاختبار إيجابياً، فيمكن للرياضي أن يطلب خبرة مضادة خلال ٥ أيام من استلام الرسالة التي تفيد قيد قضيته ضده (أو في غضون ١٠ أيام إذا كان خارج المدينة)، وينبغي عليه أن يوفر التبرير الممكن للجنة الانضباط كدرجة أولى في الاتحاد.

ويفتح التحقيق من قبل معهد فدرالي ذي الصلة حيث تجري جلسات استماع الرياضي، ثم تقرر لجنة الانضباط الاتحادي الجزاءات المترتبة على المنشطات في غضون ١٠ أسابيع من المحاكمة، بحيث يجوز استئنافه خلال فترة من ٤ أشهر، كما ويجوز لمجلس الوقاية ومكافحة المنشطات (CPLD) إعادة النظر في الجزاءات التي تقررها الاتحادات في غضون ٣ أشهر ومعاقبة الرياضيين غير المرخصين، علماً بأن قرارات المجلس خاضعة للطعن من قبل مجلس الدولة الفرنسي^(٦٠).

^(٥٩) المادة (L232-4) من قانون الرياضة.

^(٦٠) P Franques, M Auriacombe: « Sport, doping et addictions », academia edu-med interne, 2001, p.27.

وتتلخص الجزاءات التي يتعرض لها اللاعبون لدى ثبوت تعاطيهم للمنشطات حسب لائحة الاتحادات واللجان الرياضية على جزاءات تأديبية توقع على من يثبت عليه استعمال المنشطات^(٦١) فيما يلي:

(١) وقف اللاعب مدة معينة عن الاشتراك في البطولات حسب لائحة كل اتحاد.
(٢) الشطب النهائي من اتحاد اللعبة إذا ثبت تكرار اللاعب نفسه لتعاطي المنشطات.
(٣) سحب الميدالية منه أو المركز الذي حصل عليه أثناء البطولات وشطب جميع نتائجه.

(٤) الحبس أو الغرامة إذا ثبت ترويج اللاعب نفسه للمنشطات أثناء الدورات الأولمبية أو المحفلات الدولية كما سنرى.

تبدأ عقوبة الإيقاف من ٤ سنوات، ونقل إلى سنتين أو الإنذار فقط في حالة ثبوت عدم النية من قبل اللاعب أو دخول المادة المحظورة إلى جسمه نتيجة الإهمال أو نتيجة تلوث مادة غير محظورة بمادة محظورة بغير علم؛ كما أن عقوبة التهرب من الكشف أو محاولة التلاعب في نتيجته تبدأ أيضاً من ٤ سنوات. كما تنص اللوائح أيضاً صراحة على وجوب إيقاف اللاعب مباشرة إلى حين اكتمال نتيجة التحقيق؛ ولكن مع

(٦١) وفي تونس مثلاً تضمن مشروع القانون حزمة عقوباتٍ استصدرها في حق الرياضيين المتعاطين للمنشطات، والتي تتمثل - إلى جانب الإنذار والتوبيخ - في "إلغاء النتائج المحرزة أثناء تظاهرة أو منافسة رياضية ما، تم فيها خرق قاعدة من قواعد مكافحة المنشطات، وذلك مع كل ما يترتب عن هذا الإلغاء من سحب الميداليات و الألقاب، وكذا الجوائز والنقط المُتَحَصَّل عليها"، و"التوقيف المؤقت أو النهائي من المشاركة في التظاهرات أو المنافسات الرياضية، وأيضاً في التدريبات الإعدادية لها"، ثم "المنع المؤقت أو النهائي من المشاركة، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، في تنظيم أو إجراء التظاهرات أو المنافسات الرياضية، وكذا التدريبات الإعدادية لها". كما يتضمن مشروع القانون عقوبة "المنع المؤقت أو النهائي من تنظيم التظاهرات أو المنافسات الرياضية، وكذا التدريبات الإعدادية لها"، و"السحب المؤقت أو النهائي للإجازات والرخص التي تسلمها الجامعات الرياضية". وتنص المادة ٤٥ من مشروع القانون كذلك، على أنه: "في حالة ارتكاب خرق لقواعد مكافحة المنشطات، بمناسبة حدث رياضي ما، من قبل عضوين أو أكثر من أعضاء فريق في رياضة جماعية، يجب على الهيئة المشرفة على تنظيم الحدث المعني فرض عقوبة تأديبية ملائمة على كافة أفراد الفريق، كإلغاء النتائج المحرزة، أو المنع من المشاركة في المنافسة أو التظاهرة الرياضية أو غيرها".

إخطار اللاعب وناديه وتبدأ فترة الإيقاف بمجرد الإخطار ولا ترفع إلا في حالة تقديم اللاعب لدفوعات تثبت عدم تناوله للمادة المحظورة بقصد؛ وفي حالة ثبوت تعاطي أكثر من لاعب بنفس الفريق لمادة محظورة يجب إجراء كشف على بقية اللاعبين؛ وفي حالة ثبوت تعاطي أكثر من لاعبين لمادة محظورة فيمكن أن تطال العقوبة النادي بالإيقاف وخصم نتائجه بحسب لوائح البطولة الأخرى.

ومع كل ما تقدم، يبدو أن الوقاية ليست كافية دائماً. ذلك أنه في كثير من الأحيان على الرغم من معرفة المخاطر والأمراض والوفيات المفاجئة والتقصير الممكن لمتوسط العمر المتوقع، إلا أن ذلك لا يمنع العاملين الفنيين والرياضيين من اللجوء إلى المنشطات، حتى بوجود جزاءات تأديبية، وأمام هذا الخطر الداهم كان لا بد من إيجاد حماية فعالة للرياضيين لا سيما من البطانة أو الحاشية المحيطة بهم والتي لا تتردد في العمل على تشجيع الرياضي أو تحريضه على مقارفة هذا السلوك المدمر، فلا يمكن الاكتفاء بالقرارات الصادرة عن المؤسسة الرياضية لمواجهة هذه الظاهرة وبات لزاماً على المشرع أن يتدخل لإدراج هذه الظاهرة في النطاق العقابي. في إطار مواجهة الانتشار المتزايد لهذه الآفة الخطيرة على الأفراد والمجتمع ككل.

لذا فقد توسعت قواعد مكافحة المنشطات لتصبح ٨ قواعد مؤخراً، وهي: وجود عقار محظور في عينة اللاعب، واستخدام أو محاولة استخدام وسيلة محظورة، والرفض أو الامتناع عن تقديم عينة، والتقصير في تقديم معلومات عن مكان وجود اللاعب، والتلاعب بأي وسيلة كانت قبل أخذ العينة، والحياسة لعقاقير محظورة من اللاعب، والاتجار أو محاولة الاتجار بالعقاقير المحظورة، وأخيراً التعاطي أو محاولة إعطاء اللاعب أو مساعدته أو تشجيعه أو تحريضه، ما يقتضي المواجهة الجنائية للرياضي والمحيطين به عن استعمال المنشطات الرياضية^(٦٢).

(٦٢) محمود سليمان كبش: "المسؤولية الجنائية عن استعمال المنشطات في المسابقات الرياضية"، ط١، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٩١م، ص ٢٢.

المبحث الثاني

المسؤولية الجنائية للرياضي والمحيطين به

عن استعمال المنشطات الرياضية

تقتضي دراسة هذا المبحث دراسة المسؤولية الجنائية للرياضي والمحيطين به عن الجرائم الرئيسية (مطلب أول)، قبل دراسة الجرائم المجاورة (مطلب ثان).

المطلب الأول

المسؤولية الجنائية للرياضي والمحيطين به عن الجرائم الرئيسية

نص المشرع الفرنسي على جرائم رئيسية تستوجب المسؤولية الجنائية للرياضي (فرع أول)، كما نص على جرائم رئيسية تستوجب المسؤولية الجنائية للمحيطين به (فرع ثان).

الفرع الأول

المسؤولية الجنائية للرياضي

مما لا شك فيه أن الرياضي لدى إقدامه على تناول المنشطات الرياضية فإنه يكون بذلك قد خرج على أسباب الإباحة وخرقها في عدة جوانب^(٦٣)، فالعرف الرياضي وكذلك القوانين الرياضية تأبى بل وتمنع استعمال المنشطات أثناء الإعداد أو الممارسة الفعلية للرياضة وتفرض لذلك جزاءات تأديبية وجنائية^(٦٤).

^(٦٣) وعلى ذلك، فاستعمال الرياضي للمنشطات الرياضية يؤدي إلى انتفاء سبب الإباحة بالنسبة له، وبالتالي تتعقد مسؤوليته كاملة عن كل الأفعال التي تقع منه أثناء الممارسة الرياضية، وكذلك عن كل أثارها سواء تمثلت في قتل أم جرح أم إصابة. وتكون المسؤولية عمدية أو غير عمدية حسبما يتوافر القصد الجنائي أو الخطأ غير العمدي وفقاً للقواعد العامة في قانون العقوبات.

^(٦٤) د. إبراهيم عيد نايل: "المنشطات الرياضية والقانون الجنائي"، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م، ص ٢٠ وما تلاها.

ومن الحالات التي تستوجب قيام المسؤولية الجنائية للرياضي في قانون الرياضة الفرنسي، امتناع الرياضي عن الخضوع للفحص الطبي وأخذ العينات للتثبت من عدم تعاطيه للمواد المنشطة. أو خرقه الحظر التأديبي المفروض عليه؛ ومسؤولية الرياضي عن استعمال مادة أو وسيلة منشطة حال اشتراكه في مسابقة رياضية؛ ومسؤوليته كذلك عن حيازة المواد المنشطة^(٦٥).

أولاً- جريمة امتناع الرياضي عن الخضوع للفحص الطبي وأخذ العينات أو خرق الحظر المفروض عليه:

نص قانون الرياضة الفرنسي على معاقبة الرياضي الذي يتمتع عن الخضوع للفحص وأخذ العينات للتثبت من عدم تعاطيه لمواد منشطة، ويمتد نطاق التجريم ليشمل فضلاً عن الرياضي المشرف الصحي القائم بمتابعة حالة اللاعب الصحية والبدنية أيضاً، وذلك وصولاً للحقيقة وضمان حصول المسابقات الرياضية على أساس من الثقة والشرف والنزاهة الرياضية.

العقوبات الجنائية: الحبس ٦ أشهر والغرامة حتى ٧٥٠٠ يورو^(٦٦).

كما تطبق هذه العقوبات على مخالفة حظر ممارسة اللعبة كجريمة أخرى ويشدد العقاب لدى العود.

ثانياً- مسؤولية الرياضي عن استعمال مادة أو وسيلة منشطة حال اشتراكه في مسابقة رياضية:

تقع جريمة استعمال المنشطات الرياضية سواء أتى الفاعل بسلوك إيجابي بنفسه أم اتخذ مجرد موقف سلبي بأن ترك الفعل يقع عليه برضاه. هذا ولم يشترط المشرع شكلاً معيناً للاستعمال، إذ يستوي أن يتم بطريق التناول بالفم أو الحقن أو الاستنشاق أو تسليط أشعة أو مواد معينة على جسم الرياضي.

⁽⁶⁵⁾ J-F Bourg, J-J Couguet: « La société dopée: peut-on lutter contre le dopage sportif dans une société de marché ? », catalogue-bu.bourgogne.fr, 2017, p.22.

^(٦٦) وفق المادة (L. 232-25) من قانون الرياضة الفرنسي.

ويتمثل الركن المعنوي في هذه الجريمة في اتجاه النية إلى استعمال هذه المنشطات بقصد الغش وإحداث الزيادة المصطنعة في قدراته الرياضية.

ويبقى أن نقول إن إثبات ذلك من الناحية الواقعية يصادف صعوبات كثيرة، إذ يمكن انتقاء مسؤوليته لدى ثبوت جهله بأن المادة التي استعملها مادة منشطة، كما لو قدمت إليه من أحد المشجعين بطريق التدليس.

العقوبات الجنائية: الحبس سنة وغرامة مقدارها ٣٧٥٠ يورو^(٦٧). إلى جانب العقوبات التكميلية التالية:

١. مصادرة المواد أو الوسائل أو الوثائق التي ساهمت في ارتكاب الجريمة أو سهلت ارتكابها؛

٢. نشر الحكم أو بثه؛

٣. إغلاق المحل لمدة سنة على الأكثر لواحد أو أكثر من مرافق المؤسسة التي ساهمت في ارتكاب الجريمة والعائدة إلى الشخص المدان؛

٤. الحرمان من ممارسة النشاط المهني أو الاجتماعي الذي وقعت الجريمة أثناء ممارسته أو بسببه.

٥. الحرمان من تقلد الوظائف العامة^(٦٨).

كما يعاقب الأشخاص المعنوية: إلى جانب الغرامة التي تبلغ خمسة أضعاف تلك المطبقة على الأشخاص الطبيعيين^(٦٩)، بالعقوبات التكميلية التالية: الحرمان المؤبد أو لمدة ٥ سنوات على الأكثر من الممارسة بشكل مباشر أو غير مباشر لواحد أو أكثر من النشاطات المهنية أو الاجتماعية؛ والمصادرة؛ ولصق الحكم أو بثه سواء عبر الصحافة المكتوبة أو بأية وسيلة تواصل اجتماعي من الوسائل الإلكترونية، وكذلك

^(٦٧) وفق المادة (L. 232-26) من قانون الرياضة الفرنسي.

^(٦٨) وفق المادة (L. 232-27) من قانون الرياضة الفرنسي.

^(٦٩) وفق المادة (131-38) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد.

الإغلاق، لمدة سنة أو أكثر، لمرفق أو أكثر للمؤسسة التي ساهمت في ارتكاب الجريمة، والعائدة للشخص المدان^(٧٠).

ثالثاً- مسؤولية الرياضي عن حياة المواد المنشطة:

العقوبات الجنائية: الحبس سنة وغرامة مقدارها ٣٧٥٠ يورو^(٧١).
إلى جانب العقوبات التكميلية^(٧٢) والعقوبات المكرسة للأشخاص المعنوية^(٧٣) المشار إليها أعلاه.

وتعد هذه الجريمة من قبيل الجرائم العمدية التي تقوم على القصد الجرمي بعنصريه العلم والإرادة، بحيث تنتفي المسؤولية الجنائية متى ما كانت الحياة دون علمه أو رضاه.

الفرع الثاني

المسؤولية الجنائية للأشخاص المتصلين بالرياضة واستعمال المواد المنشطة

يمكن القول بأن استعمال المنشطات في المسابقات الرياضية لا يمكن أن يقتصر التجريم حيالها على الرياضي فقط، بل يجب أن ينال التجريم مسؤولية الأشخاص المتصلين بالرياضة واستعماله للمواد المنشطة؛ إذ لا يمكن القول إن استعمال الرياضي للمواد المنشطة هو سلوكه وحده، فالأمر لا يسلم من بطانة أو حاشية للرياضي يكون لهم دور عظيم في دفعه للوقوع في هذا السلوك سواء علم منه بذلك أو بطريق التدليس، الأمر الذي يقتضي أمام خطورة دورهم ضرورة التعرض لمسؤوليتهم عن هذه الجرائم.

لذلك يعاقب المشرع على تحريض الرياضي وحضه على تناول المادة المنشطة أو مساعدته في ذلك عن طريق تقديمها له أو تسهيل حصوله عليها أو عن طريق حقنه

^(٧٠) وفق المادة (L. 232-28) من قانون الرياضة الفرنسي.

^(٧١) وفق المادة (L. 232-26) من قانون الرياضة الفرنسي.

^(٧٢) وفق المادة (L. 232-27) من قانون الرياضة الفرنسي.

^(٧٣) وفق المادة (L. 232-28) من قانون الرياضة الفرنسي.

بها أو تجهيزها له، ولكن، أمام إمكانية عدم توافر شروط قيام الاشتراك الجرمي بصد من يحرض أو يساعد على استعمال المنشطات الرياضية، أثر المشرع الجنائي النص على جريمة الاشتراك في استعمال المنشطات الرياضية بنص خاص في قانون الرياضة، كجريمة مستقلة في حد ذاتها.

وبذلك يعاقب المشرع الفرنسي على صور عديدة من الاشتراك في استعمال المنشطات الرياضية، فيعاقب كل من وصف أو قدم أو طبق أو تنازل أو منح الرياضي مادة منشطة، دون سبب طبي مشروع^(٧٤)، أو سهل استخدامها أو حض على استعمالها^(٧٥).

العقوبات الرئيسية: الحبس ٥ سنوات والغرامة حتى ٧٥٠٠٠ يورو^(٧٦). إلى جانب العقوبات التكميلية^(٧٧)، والعقوبات المكرسة للأشخاص المعنوية^(٧٨) المشار إليها أعلاه.

المطلب الثاني

الجرائم المجاورة لاستعمال المنشطات الرياضية

مما لا شك فيه أن جهود مكافحة المنشطات تبقى ناقصة ما لم يتم حظر تصنيع وبيع وتوريد مواد ومنتجات تحسين الأداء في التشريعات الوطنية. وذلك نظراً لوجود شبكات نشطة على هامش الشرعية، بهدف ملء ألة وهو توفير الوسائل والمواد الرامية

^(٧٤) الطبيب: إذا أثبت أن تحريضه أو مساعدته للرياضي على تناول المنشط كان بسبب العلاج فإنه ينتقي لديه القصد الجنائي ولا تتعد مسؤوليته عن الجريمة طالما لم يوجد أي عقال بديل له لا يحوي هذه المادة المنشطة، وكانت المادة المستعملة وكميتها تتناسب مع المرض المراد علاج الرياضي منه. أما إذا ثبت عكس ذلك فإن ذلك يعد قرينة على أن نية الطبيب من ذلك هي الغش والتدليس في الألعاب الرياضية وقامت مسؤوليته.

^(٧٥) كما قد تتعد مسؤولية المحيطين بالرياضي عن جريمة القتل أو الاعتداء على سلامة الجسد إذا ترتب على استعمال المادة المنشطة الموصوفة له منهم الموت أو الإصابة.

^(٧٦) وفق المادة (L. 232-26-b) من قانون الرياضة الفرنسي.

^(٧٧) وفق المادة (L. 232-27) من قانون الرياضة الفرنسي.

^(٧٨) وفق المادة (L. 232-28) من قانون الرياضة الفرنسي.

لتحسين الأداء الرياضي. وبالإضافة إلى ذلك، تستمد هذه المؤسسات فوائد مالية كبيرة من هذه التجارة، كون عدد الرياضيين الذين يترددون عليها عال جداً. الأمر الذي يتطلب اتخاذ الحكومات تدابير ملموسة في إطار اتفاقي للحد من توفير المواد وأساليب تحسين الأداء، ما يتطلب فرض الرقابة على الحدود إلى جانب العقوبات الجنائية^(٧٩). في الواقع، إن إبرام الاتفاقات الدولية لا يمكن تنفيذها بالكامل دون نص التشريع الداخلي على حظر بيع وتوريد مواد تحسين الأداء^(٨٠).

لذلك، يعاقب المشرع الفرنسي، في قانون الرياضة، كل من أنتج أو صنع أو استورد أو صدر أو حاز أو أحرز إحدى المنشطات لغايات الاستعمال الرياضي... العقوبات الرئيسية: الحبس ٥ سنوات والغرامة حتى ٧٥٠٠٠ يورو^(٨١). إلى جانب العقوبات التكميلية^(٨٢)، والعقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية^(٨٣). كما نص أيضاً على بعض الظروف المشددة: فإذا تم ارتكاب الأفعال من قبل عصابة منظمة أو إذا تم وقوعها على قاصر، أو من قبل من يتمتع بالسلطة على الرياضيين، فترفع العقوبة لتصل إلى الحبس ٧ سنوات والغرامة حتى ١٥٠ ألف يورو^(٨٤).

(٧٩) مصطفى بوخاري: "المسؤولية الجزائية عن تناول الرياضيين للمنشطات في التشريع الجزائري"، مجلة المجتمع والرياضة، المجلد الأول، العدد ٢، ص ١٧-٢٤.

(٨٠) أسير جاري، المرجع السابق، ص ٧٦.

(٨١) وفق المادة (L. 232-26-b) من قانون الرياضة الفرنسي.

(٨٢) وفق المادة (L. 232-27) من قانون الرياضة الفرنسي.

(٨٣) وفق المادة (L. 232-28) من قانون الرياضة الفرنسي.

(٨٤) وفق المادة (L. 232-26-b) من قانون الرياضة الفرنسي؛ أما في مشروع القانون التونسي، جنائياً، فقد نصّ على أنه: "يعاقب بالحبس من ٦ أشهر إلى سنتين، وبغرامة من ٢٠ ألفاً إلى ٥٠ ألف درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من خرق إحدى قواعد مكافحة المنشطات"، على أن يرفع الحدان الأدنى والأقصى من العقوبات على التوالي إلى "سنتين و ٥ سنوات حبساً، وما بين ٥٠ ألفاً و ١٠٠ ألف درهم غرامة، عندما تُرتكب الأفعال في إطار عصابة منظمة، أو تجاه قاصر، أو من طرف شخص له سلطة على رياضي أو عدة رياضيين".

الخاتمة

لا يمكن أن ينكر أحد أهمية التصدي لظاهرة تعاطي المنشطات الرياضية باعتبارها إحدى الظواهر الاجتماعية الخطيرة في الوقت الراهن، وكعادتها سارعت الدول الغربية إلى التصدي لها منذ وقت طويل فأصدرت التشريعات التي جرمت مثل هذه السلوكيات وقررت لها جزاءات تأديبية وجنائية. والتي تهدف الى "الوقاية من تعاطي المنشطات في مجال الرياضة ومكافحتها، بغرض الحفاظ على صحة الرياضيين، وحظر الممارسات التي تخل باحترام أخلاقيات الرياضة وقيمها المعنوية".

وقد استعرضت هذه الدراسة جهود المشرع الفرنسي التنظيمية والعقابية في مواجهة ظاهرة تعاطي المنشطات الرياضية كنموذج يمكن أخذ ما يناسب منه بما يتناسب مع السياسة الجنائية الوطنية والقيم الأخلاقية المحلية، مع الإشارة إلى فقر المكتبة العربية عموماً لأبحاث متخصصة تعالج هذا الموضوع الحيوي الهام، خاصة وأن دولة عربية هي الأولى التي تنظم الأولمبياد العالمي وهي دولة قطر، ومع الجهود الكبيرة التي تبذل والمنشآت المتطورة ما يتطلب وجود تشريعات وطنية تعالج هذه الحالة، وإكمال أوجه من الاتفاقية الدولية بمكافحة المنشطات التي انضمت لها الدولة واعتبرتها قانوناً وهذه مرحلة تحول سليم ضمن الاتجاه الصحيح .

تتطور وسائل الرقابة وتعزيز التعاون والتنسيق بين جميع أصحاب المصلحة في مجال مكافحة المنشطات. وبذلك تظهر أهمية إنشاء جواز السفر البيولوجي في بعض الاتحادات -الرفيع المستوى والمهنيين- واستخدام التقنيات التكنولوجية لتمرير مواضيع الكشف. والذي يرتبط عادة مع زيادة عمليات تفتيش مفاجئة، في استهداف عشوائي لكشف المواد وبذلك تظهر أهمية استخدام الشهادات الطبية، وجواز السفر البيولوجي كأداة هائلة للكشف عن انتهاكات الأخلاق والنزاهة الرياضية⁽⁸⁵⁾.

إضافة إلى نص المشرع الفرنسي على جزاءات تأديبية، وعقوبات جنائية، رئيسية وتكميلية، ومساءلة الأشخاص المعنوية، وتشديده العقاب أيضاً على أولئك الذين يستمدون فائدة مباشرة من هذا الاعتداء على الصحة العامة، فمن المعلوم أنه يوجد في بعض الأحيان شبكات منظمة تنظيماً جيداً ومتعددة الأنشطة ومعاقبته على الشروع

(85) www.drugabuse.gov/pubs/csa.html

بالعقوبات ذاتها^(٨٦)، ونصه على إمكانية الادعاء بالحق الشخصي: في الجرائم المنصوص عليها في فصل مكافحة المنشطات في قانون الرياضة الفرنسي، حيث أجاز المشرع الفرنسي لبعض الجهات الإدارية إمكانية الادعاء بالحق الشخصي، ومن ذلك:

أولاً: اللجنة الأولمبية الوطنية والرياضية الفرنسية بالنسبة للأفعال المرتكبة بمناسبة المنافسات التي تشرف عليها.

ثانياً: الاتحادات الرياضية المرخصة من وزير العدل كل فيما يعنيه، ما لم يكن الجاني ضمن صلاحياتها التأديبية.

كما تستطيع الوكالة الفرنسية لمكافحة المنشطات التدخل في الدعوى وممارسة الادعاء بالحق الشخصي مبدئياً. ومع ذلك، إذا تعلق الأمر بالشخص ذاته وبالوقائع ذاتها، فلا تستطيع الجمع بين اتخاذ الجزاءات التي تملك صلاحية اتخاذها قانوناً والادعاء بالحق الشخصي بالتزامن^(٨٧).

النتائج والتوصيات:

أولاً: نص المشرع الفرنسي على منظومة وقائية متكاملة في سبيل مكافحة المنشطات الرياضية. وإذا كان المشرع الوطني في تشريعاتنا العربية لم يتحرك حتى الآن لمواجهة هذه الظاهرة -فيما خلا بعض الاستثناءات كالتشريع التونسي- فإننا نهيب بالمشرع العربي أن يعمل على سرعة إصدار مثل هذه التشريعات الرياضية التي تكفل للرياضة الحفاظ على قيمها السامية، وتحفظ للمتبارين أبسط حقوقهم، وهي احترام التقاليد والأعراف الرياضية التي تضمن لهم منافسة شريفة دون غش أو تدليس من المنافس الآخر.

فمد تطبيق النصوص العامة لقانون العقوبات والقوانين الأخرى المكمل له، وغيرها من القوانين لا يفي بالغرض السابق، فضلاً عن أن احترام مبدأ الشرعية الذي يوجب ألا تكون هناك جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص، ما يقتضي وضع نصوص قانونية خاصة بهذه الممارسات لمنع اللجوء إلى القياس في التجريم والعقاب.

^(٨٦) المادة (29-232 L.) من قانون الرياضة الفرنسي.

^(٨٧) وفق المادة (30-232 L.) من قانون الرياضة الفرنسي.

ثانياً: تقتصر التشريعات الرياضية على مكافحة المنشطات على مستوى الاتحادات والرياضيين في القطاعات التنافسية بإشراف مباشر من اللجنة الوطنية لمكافحة المنشطات، ولكن ما يورق البال هو الطرف الآخر والمرتبط أيضاً بمجموعات كبيرة من الشباب الذين يمارسون أنشطتهم البدنية في الصالات الرياضية الخاصة، في ظل غياب التوعية الكافية لهذه الشريحة المهمة بخطورة المنشطات.

وها قد آن الأوان لوضع نظام يعالج القصور في عمل هذه الصالات والأندية الخاصة، ويشدد الرقابة على العاملين فيها، بجانب سن قوانين تفرض عقوبات على متعاطي المنشطات في هذه الصالات، وعقوبات أخرى تتال أيضاً من يساعدون ويشجعون الأبناء على استعمال المنشطات، بالنظر إلى المضار الكبيرة للمنشطات والمكملات الغذائية على الصحة في المستقبل.

ثالثاً: من المعلوم أن لائحة السلوك العام في الأندية الرياضية الخاصة تمنع ترويج المنشطات فيها. في الجانب المتعلق بالصالات الرياضية الخاصة يعد من أولويات المجالس الرياضية والتي قد تصدر لائحة السلوك العام في الأندية الرياضية الخاصة بها، لوضع الضوابط المحددة لهذه الأماكن التي تعنى بنشر اللياقة البدنية والتشجيع على ممارسة النشاط البدني، ونأمل ألا تحيد عن مسارها وأن تكون خالية من المنشطات.

رابعاً: من الجدير بالذكر أن العديد من البلدان العربية تفكر جدياً بشأن وضع قانون جديد لمكافحة المنشطات الذي تزمع الهيئة إصداره في إطار دورها التشريعي، ويشمل القانون الجديد كل الجهات، بما فيها الرياضة المجتمعية والتنافسية، بحيث يركز في مواده على مشاركة كل الجهات الرسمية في الدولة، خاصة أن العمل في هذا الجانب متعلق بفئات المجتمع كافة، ويغطي القانون الجوانب المتعلقة بمكافحة المنشطات، التوزيع والتصنيع، ويشمل كل الأنشطة الرياضية بما فيها الصالات الرياضية والتجمعات وغيرها. ليؤكد على أنه يحظر على الأندية الرياضية الخاصة تقديم المشروبات الكحولية أو السماح بتناولها، منع التدخين بأشكاله كافة، منع الترويج لأي مواد يعاقب على حيازتها أو تعاطيها أو تداولها بموجب القانون، بما في ذلك الأدوية التي لا يتم صرفها إلا بوصفات طبية، منع ممارسة ألعاب القمار أو الرهانات بمختلف

أنواعها، منع إدخال الأسلحة النارية أو البيضاء باستثناء المرخص لها لممارسة الرماية، وغيرها من البنود المحددة لصلاحياتها وواجباتها، إضافة إلى تأكيد الحظر على الإداريين الترويج أو بيع أي منشطات أو مكملات غذائية غير مرخصة داخل النادي أو في أي من مرافقه بأي شكل من الأشكال.

خامساً: ضرورة التأكيد على أن الوقوف في مواجهة «آفة المنشطات» مسؤولية جماعية، يجب أن يسهم فيها الجميع لبناء مجتمع رياضي صحي وخالٍ من المنشطات.

المراجع

أولاً- المراجع العربية:

- ١- د. إبراهيم عيد نايل: "المنشطات الرياضية والقانون الجنائي"، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م.
- ٢- أحمد سعد أحمد: "المسؤولية الجزائية عن تعاطي المنشطات الجسدية في الألعاب الرياضية وآثارها، دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، ٢٠١١م.
- ٣- أسامة رياض: "المنشطات والرياضة أنواعها - أخطارها - الرقابة عليها"، دار الفكر العربي، ١٩٩٨م.
- ٤- أسير جاري: "دراسة تحليلية لوقائع استخدام المنشطات الرياضية في نظام العولمة"، مجلة كلية التربية الرياضية، جامعة بغداد، ٢٠١٢م، المجلد ٢٤، العدد ٣، ص ٧٦.
- ٥- خلود العنزي: "المسؤولية الجنائية عن استعمال المنشطات الرياضية"، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، كلية العدالة الجنائية، قسم الشريعة والقانون، ٢٠١٦م.
- ٦- علاء الدين عليوه: "الصحة في المجال الرياضي"، منشأة المعارف، القاهرة، ١٩٩٥م.
- ٧- محمود سليمان كبيش: "المسؤولية الجنائية عن استعمال المنشطات في المسابقات الرياضية"، ط ١، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٩١م.
- ٨- مصطفى بوخاري: "المسؤولية الجزائية عن تناول الرياضيين للمنشطات في التشريع الجزائري"، مجلة المجتمع والرياضة، المجلد الأول، العدد ٢، ص ١٧-٢٤.
- ٩- وديع التكريتي وآخرون: "المسؤولية الجزائية عن استخدام المنشطات في المجال الرياضي دراسة مقارنة في القانون الجنائي"، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، ٢٠١١م.

ثانياً- المراجع الفرنسية:

- 1- C Binsinger, A Friser : « Du dopage en particulier aux conduites dopantes en général : le point sur les connaissances », Carin info, Psychotropes, 2002.
- 2- C Brissonneau: « Le dopage dans le cyclisme professionnel au milieu des années 1990 : une reconstruction des valeurs sportives », Carin info, Déviance et société, 2007.
- 3- F Pillard, P Grosclaude, F Navarro, E Godeau : « Enquête épidémiologique sur le dopage sportif en milieu scolaire dans la région Midi-Pyrénées en 1999, résultats préliminaires », médiathèque lecrips net, Bull., 2000.
- 4- J-F Bourg, J-J Couguet: « La société dopée : peut-on lutter contre le dopage sportif dans une société de marché ? », catalogue-bu.bourgogne.fr, 2017.
- 5-L Guerreschi, C Garnier: « Les représentations sociales du dopage sportif, étude qualitative auprès d'athlètes de haut niveau français et canadiens », erudit : org, Drogues, santé et société, 2008.
- 6- L Sallé, L Lestrelin, JC Basson: « Le Tour de France 1998 et la régulation du dopage sportif, reconfiguration des rapports de force », Carin.info, Staps, 2006.
- 7- P Laure: « Epidémiologie du dopage », Immune-analyse et Biologie spécialisée, Elsevier, 2001.
- 8- P Franques, M Auriacombe: « Sport, dopage et addictions », academia edu-med interne, 2001.
- 10- S Diagana: « Psychologie du dopage »,books.google.com, 2016.

ثالثاً- المواقع الإلكترونية:

- <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/legiOrKali?id=LEGITEXT000006071318.pdf&size=2%20Mo&pathToFile=/LEGITEXT/00/00/06/07/13/18/LEGITEXT000006071318/LEGITEXT000006071318.pdf&title=Code%20du%20sport>
- www.drugabuse.gov/pubs/csa.html
- <http://www.addlinkat.com/daleel/browse>

تطور السلطات الرقابية للمحاكم الوطنية في مجال المعاهدات الدولية (دراسة مدعمة بأحدث الاجتهادات القضائية)

الأستاذ الدكتور/ سفيان عبدالله عبدلي *

الملخص:

يثير تدخل المحاكم الوطنية في مجال تطبيق المعاهدات الدولية العديد من الإشكاليات. لذلك تتناول هذه الدراسة بالتحليل مختلف الأدوار التي يمارسها القضاء الوطني في مجال الرقابة على مراحل تطبيق المعاهدات الدولية من خلال مراقبة صحة إجراءات التصديق على المعاهدة الدولية، ثم مراقبة شرط نشر أحكام المعاهدات الدولية، ومراقبة شرط الأثر المباشر، والقابلية للاحتجاج، ومراقبة شرط المعاملة بالمثل، كل ذلك في ظل أحدث التطورات التي توصل إليها الاجتهاد القضائي.

الكلمات المفتاحية: القانون الدولي - القضاء الوطني - الرقابة - التطبيق - المعاهدات.

*أستاذ القانون العام - جامعة بسكرة - الجزائر.



The Evolution of Monitoring Authorities of Domestic Courts In the Area of International Treaties (A Study Supported by the Latest Jurisprudence)

Prof. Sofiane Abdullah Abdelli*

Abstract:

The involvement of the national judiciary in the implementation of conventional international law raises many problems. This study examines the different roles played by the national judiciary in monitoring the various stages of the implementation of international treaties by monitoring the validity of the ratification procedures of the international treaty, monitoring the requirement of publishing the provisions of international conventions, monitoring the requirement of direct effect, the justiciability and monitoring the condition of reciprocity. All this under the most recent findings of jurisprudence.

Keywords: International Law – National Judiciary – Monitoring – Implementation – Treaties.

*Professor of Public Law, University of Biskra, Algeria.

المقدمة

أدى نمو الوعي لدى الأفراد وتزايد الاهتمام بالقانون الدولي، لاسيما في مجال حقوق الإنسان، وتضخم المرجعية القانونية الدولية للدولة، لتزايد التدخل القضائي في المجال الدولي عن طريق تطبيق المعاهدات الدولية وتمسك مختلف الأطراف بها في مختلف مجالات الحقوق وفي مواجهة أطرف عديدة الدولة، الأفراد والمؤسسات، فأصبح من الطبيعي جدا أن يؤسس الفرد ادعاءاته أمام المحاكم الوطنية على القانون الدولي، كما أن تكريس الحقوق العالمية الممنوحة للإنسان من طرف مختلف الصكوك الدولية سمح بتدويل المنازعة أمام المحاكم الوطنية.

وبهذا، يتمظهر تخصيص النشاط القضائي اليومي بالقانون الدولي، فيجد القاضي نفسه في مواجهة قواعد قانونية دولية متميزة من حيث صياغتها، تطبيقها وتفسيرها وفي مواجهة دفع لم يعتدها؛ ومسائل تقنية تتطلب الدقة في معالجتها فيلجأ للبحث عن مناهج تطبيق القاعدة الدولية ووسائل الرقابة في مادة المعاهدات الدولية وعن مدى سلطاته واختصاصاته في تفعيلها.

ولئن كان من السهولة بمكان ضمان سمو النظام القانوني الدولي من ناحية مجردة، إلا أن توليد نتائج هذا المبدأ عملياً، وتكييفها مع المتطلبات السياسية أو التقنية للقانون الدستوري والقانون العام الداخلي يثير الكثير من الصعوبات.

وهكذا، يتدخل القضاء الوطني في عملية الرقابة على إنفاذ الاتفاقيات الدولية على مستويين، يتعلق المستوى الأول بمراقبة القاضي الوطني لشروط تطبيق الاتفاقيات الدولية وتطوير سلطاته الرقابية عليها وهو موضوع هذه الدراسة، أما المستوى الثاني فيتعلق بسلطة القاضي الوطني في تفسير الاتفاقيات الدولية وهو مجال آخر سنفرده له دراسة متخصصة.

أهمية موضوع الدراسة:

إن الإلمام بآليات التزام الدولة بالاتفاقيات الدولية ووضع هذه الأخيرة في ظل النظام القانوني للدولة، وشروط تطبيقها والسلطات الرقابية التي تحظى بها المحاكم الوطنية على المعاهدات الدولية ينطوي على أهمية بالغة لكونها تنعكس حتماً على تفعيل

وتطوير قواعد المعاهدات الدولية. كما أنه ومن جهة أخرى فالتزام الدولة بالاتفاقيات الدولية، وتأسيس المنازعة القضائية على أحكام القانون الدولي الاتفاقي، يفتح المجال للقضاء الوطني لممارسة رقابته على مجموع شروط تطبيق أحكام تلك الاتفاقيات ما فوق الوطنية.

وهكذا، يقدم موضوع هذا البحث دليلاً علمياً منهجاً للقضاة والباحثين ومختلف المشتغلين بالحقل القانوني، سيساهم بشكل ما في تسهيل استيعاب مجمل أفكار هذه المادة، بطريقة عملية دقيقة، مدعمة بأحدث تطورات الاجتهاد القضائي، لاسيما الممارسة القضائية الفرنسية في مادة تطبيق المعاهدات الدولية، دون إهمال للأسس الفقهية في هذا الصدد.

إشكالية البحث وأهدافه:

يثير موضوع الدراسة وأهميته العديد من الإشكاليات وأبرزها يتعلق بـ:

(١) إلى أي مدى ساهم القضاء الوطني للدول في تطوير أحكام تطبيق المعاهدات الدولية؟

(٢) ماهي سلطات المحاكم الوطنية في مادة الرقابة على المعاهدات الدولية؟

(٣) ما هو أساس الحلول القضائية المتبناة في هذا الشأن؟

وتهدف معالجة المشكل البحثي لهذه الدراسة، وما يتفرع عنه من تساؤلات،

للوصول لعدة أهداف لعل أبرزها:

(١) الكشف عن الأسس القانونية لتدخل المحاكم الوطنية في مجال الرقابة على تطبيق المعاهدات الدولية.

(٢) تحليل أبرز العوامل المؤثرة في تطوّر السلطات الرقابية للمحاكم الوطنية على المعاهدات الدولية، على الصعيدين الفرنسي والأوروبي.

(٣) محاول تحليل وتأسيس أبرز الأسس التي طورها القضاة الوطنيون في مجال الرقابة على تطبيق المعاهدات الدولية.

(٤) محاولة قياس مدى تأثير تطور سلطات المحاكم الوطنية في مجال الرقابة على تطبيق المعاهدات الدولية، على تفعيل قواعد المعاهدات الدولية.

المنهج المعتمد في الدراسة:

بُغية الوصول إلى الأهداف المأمولة من البحث، ومعالجة المشكل البحثي لهذه الدراسة وما يتفرع عنه من تساؤلات، فرضت طبيعة الموضوع على الباحث استخدام المنهج التحليلي؛ قصد تحليل مختلف النصوص القانونية، وهكذا لتحليل الأسس التي اعتمدتها قرارات المحاكم الوطنية ذات الصلة بموضوع الدراسة. ولكون الأمر يتعلق بدراسة الرقابة على تطبيق المعاهدات الدولية على ضوء التحولات الجديدة التي عرفها، فكان لا بد من استعمال أسلوب المقارنة في تحليل الأسس المنتهجة من قبل المحاكم الوطنية في مجال تطوير أحكام تطبيق المعاهدات الدولية.

خطة الدراسة:

لمعالجة هذه الإشكاليات، ارتأينا تقسيم الدراسة إلى أربع مطالب نتناول من خلالها مدى سلطة القضاء الوطني في الرقابة على صحة إجراءات التصديق على المعاهدة الدولية (المطلب الأول) ثم مراقبة شرط نشر أحكام الانتفاقيات الدولية (المطلب الثاني) مراقبة شرط الأثر المباشر والقابلية للاحتجاج *l'effet direct et l'invocabilité* (المطلب الثالث) لنصل إلى مراقبة شرط المعاملة بالمثل *La réciprocité* (المطلب الرابع)، ثم لننتهي بموضوع الدراسة لخاتمة مركزة لكل ما سبق.

المطلب الأول

مراقبة صحة إجراءات التصديق على المعاهدة الدولية

حسب المادة (١٥٠) من الدستور الجزائري^(١)، فالمعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون. وهكذا، تطرح مسألة فحص القاضي للشروط الإجرائية للتصديق على المعاهدة، وكذا لشرط نشر مضمونها في الجريدة الرسمية العديد من الإشكالات لدى الفقه والقضاء، العديد

(١) في آخر تعديلاته، القانون رقم ١٦-٠١ المؤرخ في ٦ مارس ٢٠١٦م، المتضمن التعديل الدستوري.

من التساؤلات. وبما أن الاتفاقيات الدولية تسمو على القانون، فهناك عدة شروط أخرى يتعين على القاضي بحثها، قبل تطبيقها.

أثيرت لدى القضاء الفرنسي مسألة فحص نظامية إجراءات التصديق على المعاهدة. فهل بإمكان القاضي مراقبة مدى صحة إجراءات التصديق، قبل تطبيقه للاتفاق الدولي؟

إن مبدأ الشرعية التدريجية للنصوص القانونية، يحتم على القاضي استبعاد تطبيق نصوص قانونية تسلت إلى المنظومة القانونية للدولة بطريق غير نظامية^(٢) أو مخالفة

(٢) القرارات الإدارية غير الشرعية، بإبطالها، تزول بأثر رجعي. فلا يمكن السماح بإدراجها في المنظومة القانونية للدولة وتوليد آثار فيها، مع ملاحظة التطور الاجتهادي لمجلس الدولة الفرنسي. ففي قرار Association AC وآخرون، المؤرخ في ١١ ماي ٢٠٠٤م، ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه "ولئن كان من حيث المبدأ، أن العمل الإداري المبطل قضائياً، لا يمكن أن يعود للوجود مطلقاً. هذا الأثر الرجعي للإبطال يمكن أن يحمل في طياته نتائج غير متقبلة، وظاهرة في التجاوز، بسبب الآثار التي ولدها هذا العمل وللوضعيات التي أنشأها، لما تقتضي المصلحة العامة الحفاظ المؤقت على تلك الآثار، فيعود للقاضي الإداري، بعد استجماع ملاحظات الأطراف حول هذه النقطة، وبعد فحص مجموع الأوجه المثارة أمامه أو تلك المتعلقة بالنظام العام، معاينة شرعية العمل الإداري، مع الأخذ بعين الاعتبار من جهة للنتائج المترتبة عن رجعية الإبطال على مختلف المصالح العامة أو الخاصة في النزاع، ومن جهة أخرى، "الآثار السيئة" التي قد تظهر على مبدأي "الشرعية" و "حق المتقاضي في طعن فعال"، وتحديد آثار الإبطال من حيث الزمن (تقييد الأثر الرجعي للإبطال زمنياً)؛ فيرجع للقاضي، بمقاربة هذه العناصر، تقدير إمكانية تبرير هذا الخروج "الاستثنائي" عن مبدأ الأثر الرجعي للإبطال التنازعي وفي حالة الإيجاب، يحدد في قرار الإبطال أنه ومع مراعاة دعاوى المنازعات الجارية منذ تاريخ الطعن ضد القرارات المتخذة تأسيساً على العمل الإداري محل الطعن، فكل أو جزء من آثار هذا العمل الإداري السابق بإبطالها يتعين أن تعتبر نهائية أو حتى، عند الاقتضاء، أن الإبطال لا يرتب آثاره إلا بتاريخ لاحق يتم تحديده". نستخلص من هذا القرار الشهير، أن الإبطال المتولد عن دعوى تجاوز حد السلطة، لم يعد له أثر رجعي بصفة مطلقة متى تطلب الأمر حماية لمصالح عامة أو خاصة. فمع مراعاة مبدأي الشرعية والحق في التقاضي الفعال، يقوم القاضي بعد موازنة المصالح، بتحديد أثر الإبطال من حيث الزمن، محققاً بذلك الأمن القانوني. هذا المبدأ أكد لاحقاً في قرار آخر سنة ٢٠٠٧م.

CE. 11 mai 2004. Association AC. Jurisprudence confirmée par l'arrêt du 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation.

لتفاصيل أكثر، حول التمييز بين الإبطال والإلغاء انظر:

للدستور^(٣)، فقبل كل شيء القاضي هو حامي الشرعية في الدولة، ولا بد أن يضمن سلامة تلك النصوص الدولية من حيث إجراءات دخولها في النظام القانوني الوطني، قبل قيامه بتطبيقها.

دون شك، أول موقف سيعارض هذه الفكرة سيستند مباشرة لنظرية أعمال السيادة، التي من المستقر فيها أن القاضي يتمتع عن مراقبتها، احتراماً لمبدأ فصل السلطات لكن ومع ذلك لا يوجد نص صريح في الدستور يحدد قائمة حصرية بأعمال السيادة^(٤)، فضلاً على أن المعاهدات والاتفاقيات الدولية تسمو على القانون، ولكنها لا تعلو الدستور الذي قد يحدد شروطاً يجب استكمالها لصحة الالتزام بالمعاهدة ونفاذها في المنظومة القانونية.

في فرنسا، تطور الأمر نحو هجر فكرة اعتبار إجراءات التصديق على المعاهدات ضمن طائفة أعمال السيادة، وكان لمجلس الدولة الفرنسي الفضل في توسيع اختصاصه في مسائل المعاهدات الدولية بصفة عامة، وبالمقابل تضيق نطاق ما تضمنه منها نظرية أعمال السيادة وتسحبه من ولايته.

في ٢٠ أكتوبر ١٩٨٩م صدر قرار Nicolo الشهير، ومعه بدأ الفقه الفرنسي يستشعر ملامح تطور في اتجاهات مجلس الدولة الذي يستهدف تأكيد سلطته القضائية

سفيان عبدلي: ضمانات استقلالية السلطة القضائية بين الجزائر وفرنسا، الجزائر، ٢٠١١م، ص ٨٠.
(٣) فلا يمكن للقاضي أن يطبق مراسيم تخالف القانون أو قانون يتضمن ما يخالف مقتضيات دستورية.

(٤) نظرية أعمال الحكومة هي نظرية قضائية من خلق مجلس الدولة الفرنسي. ما كان ابتداء هذه النظرية، إلا لحماية مجلس الدولة لوجوده واختصاصه من رد فعل الحكومة، عشية عودة النظام الملكي، فما كان إلا أن حصّن بعض أعمال الحكومة من رقابته، لا أحد ينكر أن مجلس الدولة الفرنسي كثيراً ما جامل الإدارة لا سيما في بدايات ظهوره أما الآن، أصبح مجلس الدولة هو حامي الشرعية والحريات الأساسية، وفي كثير من قراراته ألزم الدولة حدود القانون. إن نظرية أعمال الحكومة (السيادة) تسيّر نحو الأقول، لتفاصيل أكثر انظر:

Pr. Gilles Guglielmi, Droit administratif général, Tome I, Les structures. Universitoo, 2003, P.97.

Christophe Guettier, Le contrôle juridictionnel des actes du Président de la République, Revue du Droit Public, 1998, P.1719.

واستقلاليتها التي يكفلها له الدستور في مواجهة بقية السلطات. إن قرار Nicolò سجل خطوة حاسمة في أحكام مجلس الدولة المتعلقة بمكانة القانون والمعاهدات في النظام القانوني الداخلي^(٥)، وهكذا، قام مجلس الدولة الفرنسي، من خلال هذا القرار ولأول مرة، بمطابقة أو بمقابلة قانون بمعاهدة سابقة عليه لتقضي المطابقة من عدمها، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل ذهب لأبعد من ذلك، ففي قرار^(٦) صدر بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٩٨م مَدّد مجلس الدولة الفرنسي رقابته إلى إجراءات التصديق اللازمة لاندرج المعاهدة الدولية في النظام القانوني الداخلي وإنتاج أثارها فيه؛ وبذلك لم يعد القاضي الإداري الفرنسي يكتفي بالتحقق من الوجود المادي للاتفاقية أو المعاهدة الدولية فقط و لكن، أيضاً، يراقب مدى نظامية و شرعية إجراءات التصديق عليها و في ذلك تأكيد للتلازم بين علوية المعاهدة على سابقتها ولاحقتها من القوانين من جهة، مع شرعية إجراءات التصديق عليها من جهة أخرى. وهذا إعمالاً لنص المادة ٥٥ من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨م.

وأكد مجلس الدولة توجّهه هذا بتاريخ ٢٣ فيفري ٢٠٠٠م (Bamba Dieng Et Autres) بالحد من مطلق الحصانة التي كانت تتمتع بها أعمال السلطة التنفيذية المتعلقة بإبرام المعاهدات، وهذا ما يعد تراجعاً من مجلس الدولة الفرنسي عن سابق اجتهاده^(٧). وفي ذلك كله تعزيز لاستقلالية القضاء وسيادته، في إطار الشرعية.

(٥) "L'arrêt NICOLO marque une étape décisive de la jurisprudence du conseil d'état relative à la place respective de la loi et du traité dans l'ordre juridique interne".

M. Long, P. Weil, G. Braibant, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 9^{ème} édition, 1990, P.749.

لتفاصيل أكثر انظر أيضاً: محمد فؤاد عبد الباسط، اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧م، ص ١٨٣.

(٦) CE Ass. 18 décembre 1998, Affaire SARL du Parc d'activité de Blotzeim.

(٧) سابقاً، كان مجلس الدولة الفرنسي مستقراً على أن إجراءات التصديق والإقرار المنصوص دستورياً على وجوب استيفائها لإندرج المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي، تعد من أعمال السيادة التي تخرج بطبيعتها عن نطاق الرقابة القضائية، وتعد بنفس الطابع والأثر كذلك المراسيم الصادرة بنشر هذه المعاهدات، أيضاً.

ربما هذا ما جعل الأستاذ Florence POIRAT، يعتبر أن مجلس الدولة بهذه التحولات بدأ يقترب فعلا من رقابة الدستورية.

والأكثر من ذلك، هناك دعوات لامتداد رقابة مجلس الدولة إلى تقدير مدى توافر شرط التطبيق المتبادل للمعاهدة (مبدأ المعاملة بالمثل) وكذا الرقابة على التكييف بعدما شملت الرقابة شرعية إجراءات التصديق على المعاهدة والإذن البرلماني المسبق، متى تطلبه الدستور، وإقرار المعاهدة لتندرج في النظام القانوني للدولة.

وهكذا، وفي حالة تجاوز رئيس الجمهورية للقيود الدستورية المفروضة على اختصاصه بإبرام المعاهدات، كمصادقته على المعاهدة قبل الحصول على موافقة البرلمان، متى اشترطها الدستور^(٨)، أو رغم اعتراض هذا الأخير عليها، فإن القاضي يعاين هذا التجاوز في حكمه، وبالتالي يستبعد من التطبيق أحكام الاتفاقية الدولية، المصدق عليها بإجراءات غير شرعية أو غير نظامية^(٩).

^(٨) تنص المادة (١٤٩) من الدستور الجزائري المعدل بموجب القانون رقم ١٦-٠١ المؤرخ في ٦ مارس ٢٠١٦م، المتضمن التعديل الدستوري على أن رئيس الجمهورية "يصادق على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد، والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة، والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص، والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، والاتفاقات الثنائية أو المتعددة الأطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحر والشراكة والتكامل الاقتصادي، بعد أن توافق عليها كلّ غرفة من البرلمان صراحة". فسلطة رئيس الجمهورية في التصديق على المعاهدات، بموجب أحكام المواد ٩١ فقرة ٩، ١١١، ١٤٩، و ١٥٠ من الدستور، مقيدة بضرورة استيفاء الشرط المتعلق بالموافقة البرلمانية في الحالات المشار لها في نص المادة ١٤٩ من الدستور.

^(٩) في هذا الصدد نشير لمضمون المادة (٤٦) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩م التي تنص على أنه: "ليس للدولة أن تحتج بأن التعبير عن رضاها بالالتزام بالمعاهدة قد تم بالمخالفة لحكم في قانونها الداخلي يتعلق بالاختصاص بعقد المعاهدات كسبب لإبطال هذا الرضا إلا إذا كانت المخالفة بينة وتعلقت بقاعدة أساسية من قواعد القانون الداخلي. وتعتبر المخالفة بينة إذا كانت واضحة بصورة موضوعية لأية دولة تتصرف في هذا الشأن وفق التعامل المعتاد وبحسن نية". فالخرق الواضح للقواعد الدستورية المانحة لاختصاص التصديق، وتحديد الأشخاص الذين يمثلون الدولة في ذلك وحدود سلطاتهم، تخول للدولة التمسك بانعدام رضاها بالالتزام بالنص الاتفاقي الدولي، وبطلان التزامها به.

إن القاضي العادي أو الإداري، حال فحصه لإجراءات اندراج المعاهدة في النظام القانوني للدولة، لا يصرح ببطلان تلك الإجراءات. ولكن يقتصر دوره فقط على استبعاد تطبيق تلك الأحكام على النزاع المعروض أمامه، مسببا بذلك عدم نظامية -أو صحة- هذه الإجراءات ولو أدى ذلك إلى تحميل الدولة للمسؤولية الدولية عن خرق التزاماتها الدولية؛ ولا يبقى أمام الدولة سوى إعادة التصديق على المعاهدة المصرح باستبعادها، بعد اتخاذ الإجراءات الدستورية التي تم تجاوزها. وفي كل الحالات، لا يمكن أن تطبق بأثر رجعي.

المطلب الثاني

مراقبة شرط نشر أحكام الاتفاقيات الدولية

نشر مضمون الاتفاقية الدولية شرط أساسي لتطبيقها، لكن متى تطلبه الدستور صراحة. ولذلك، ذهب المؤسس الدستوري الفرنسي، في نص المادة (٥٥) من دستور الجمهورية الخامسة إلى أن: "المعاهدات أو الاتفاقيات التي يتم التصديق أو الموافقة عليها نظاميا تحوز بعد نشرها قوة تعلق القانون، مع مراعاة تطبيقها من الطرف الآخر"^(١٠).

كما تنص المادة (٤٧) من ذات الاتفاقية أنه: "إذا كانت سلطة الممثل في التعبير عن رضا الدولة الالتزام بمعاهدة ما خاضعة لقيد معين فلا يجوز الاحتجاج بإغفال الممثل مراعاة هذا القيد كسبب لإبطال ما عبر عنه من رضا إلا إذا كانت الدول المتفاوضة الأخرى قد أخطرت بالقيد قبل قيام الممثل بالتعبير عن هذا الرضا".

⁽¹⁰⁾ L'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que: «Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

وهكذا، وبنص صريح في الدستور، وحال تطبيقه لاتفاقية دولية، يعاين القاضي الفرنسي في أحكامه، وجوباً، نشر الاتفاقات الدولية كشرط مسبق^(١١) لإمكانية تطبيق أحكامها.

أثار الفقه هذه الإشكالية في القانون الجزائري، رغم عدم وجود نص صريح في الدستور الجزائري يوجب نشر المعاهدة أو الاتفاقية لإدراجها ضمن القانون الداخلي، فالمادة (١٥٠) من الدستور ترمي إلى أن المعاهدات التي صادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون إن الدستور الجزائري ببساطة لا يتطلب النشر^(١٢).

^(١١) والمقصود هنا النشر على المستوى الداخلي. أما النشر على المستوى الدولي، فهو مكرس، عملاً بنص المادة (١٠٢) من ميثاق الأمم المتحدة، فـ "كل معاهدة وكل اتفاق دولي يعقده أي عضو من أعضاء الأمم المتحدة بعد العمل بهذا الاتفاق يجب أن يسجل في أمانة الهيئة وأن تقوم بنشره بأسرع ما يمكن". كما ذهبت المادة (٨٠) من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات إلى أن "المعاهدات ترسل بعد دخولها حيز التنفيذ إلى الأمانة العامة للأمم المتحدة لتسجيلها وحفظها، بحسب الحال، وكذلك لنشرها".

^(١٢) بتاريخ ٢٠ غشت سنة ١٩٨٩م صدر قرار مبدأ شهير للمجلس الدستوري الجزائري، جاء فيه أنه: "ونظراً لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها، تدرج في القانون الوطني، وتكتسب بمقتضى المادة (١٢٣) من الدستور سلطة السمو على القوانين، وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية، وهكذا الشأن خاصة بالنسبة إلى ميثاق الأمم المتحدة لسنة ١٩٦٦م المصادق عليه بالقانون رقم ٨٩ - ٠٨ المؤرخ ٢٥ أبريل سنة ١٩٨٩م الذي انضمت الجزائر إليه بمرسوم رئاسي رقم ٨٩-٦٧ المؤرخ في ١٦ مايو سنة ١٩٨٩م (...). أنظر القرار رقم ١ - ق.ق - م د - المؤرخ في ١٨ محرم عام ١٤١٠هـ الموافق ٢٠ غشت سنة ١٩٨٩م يتعلق بقانون الانتخابات.

نلاحظ أن المجلس الدستوري أضاف شرطاً لم ينص عليه الدستور نفسه وهو شرط نشر الاتفاقية الدولية عقب التصديق عليها لتتدرج ضمن النظام القانوني للدولة وتكتسب مكانة تعلق القانون. إن دور المجلس الدستوري ليس تعديل أحكام الدستور بل تفسيرها و رقابة تطبيقها. و في تسببه إستند المجلس الدستوري على العهد الدولي لحقوق الإنسان والشعوب المصادق عليهما من طرف الجزائر. بمصطلح "الميثاق" والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب المصادق عليهما من طرف الجزائر. ولم ينتبه القاضي الدستوري أن النصين الدوليين الذين عزز بهما تأسيسه القانوني لم يكونا في حد ذاتهما منشورين، وهنا المفارقة.

إن مسألة نشر أحكام المعاهدة الدولية كشرط لدخول المعاهدة حيز التنفيذ غير واردة، ولا أثر لها في الدستور الجزائري.

دونما شك، المبدأ الدستوري واضح في أنه لا يعذر أحد بجهل القانون، وأن القوانين تطبق في تراب الجمهورية ابتداءً من يوم نشرها في الجريدة الرسمية، وتكون نافذة، وفقاً لما ورد في أحكام المادة (٤) من القانون المدني، المطبقة في هذا الشأن. لكن، هل يمكن الاستناد إلى أحكام المادة (٤) من القانون المدني، لاعتبار نشر مضمون الاتفاقيات الدولية شرطاً ملزماً لتطبيقها؟ الجواب سيكون حتماً بالنفي ويبرر هذا الجواب اعتبارين أحدهما قانوني والآخر عملي:

أما الاعتبار القانوني فيتعلق بعدم إمكانية الاحتجاج بنص قانوني عادي يضيف شرطاً لم يورده النص الدستوري، كما لا يمكن السماح بتعطيل تطبيق التزام دولي بإضافة شرط لم ينص عليه الدستور ذاته إن الدولة، بكل سلطاتها، مسؤولة عن تطبيق التزاماتها الدولية، وفقاً لمبدأ حسن النية.

وبخصوص الاعتبار العملي، فكون العديد من الاتفاقيات الدولية، لا سيما تلك المتعلقة منها بحقوق الإنسان، لم تقم الجزائر بنشرها في الجريدة الرسمية، وهو ما يجعلها تغلت من التطبيق، الأمر الذي يشكل خطراً من شأنه تحريك مسؤولية الدولة الدولية في حال رفض القاضي الوطني تطبيقها استناداً لحجة عدم نشر أحكامها كما أن الواقع اليوم، يؤكد أن النشر بهدف الإعلام أصبح حجة كلاسيكية في ظل تطور وسائل تنقل المعلومات عبر العالم وتدفقها اللامحدود.

ولعل الفرصة كانت سانحة للمؤسس الدستوري، أكثر من مرة، لإضافة هكذا شرط في التعديلات المختلفة التي عرفها دستور ١٩٩٦م، وآخر تعديل الدستوري للعام ٢٠١٦م المشار له أعلاه.

المطلب الثالث

مراقبة شرط الأثر المباشر والقابلية للاحتجاج

l'effet direct et l'invocabilité

من حيث المبدأ، الأثر المباشر لاتفاقية دولية ما هو وليد إرادة الأطراف المتعاقدة. وقد تظهر هذه الإرادة بشكل صريح كما هو الحال في الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية (المادة الأولى).

يعبر عن مفهوم الأثر المباشر بعدة مصطلحات؛ القابلية للتطبيق المباشر l'applicabilité directe ويوصف بطابع التطبيق-التلقائي caractère exécutoire أو ذاتية التطبيق Self-executing. ويقصد بالأثر المباشر فتح الإمكانية للمتقاضين لإثارة القاعدة الدولية والاحتجاج بها مباشرة أمام القاضي الوطني، دون الحاجة لتبني إجراء مسبق لتنفيذها في النظام القانوني الداخلي. فبعد تأكيد القاضي من استقبال المعاهدة على المستوى الداخلي عبر تقنية التصديق أو غيرها، يبحث في نية الأطراف في منحها أثرًا تطبيقيًا مباشرًا من عدمه، ثم يفحص مدى قابلية قواعدها للتطبيق المباشر بمعاينة الطابع الكامل والدقيق للقاعدة المعنية.

مع ذلك، فعادة ما تتضمن الاتفاقيات الدولية بنودًا ومصطلحات غامضة، تلتزم بموجبها الأطراف المتعاقدة باحترام الحقوق المقررة، وليس بتقرير حقوق للأفراد، وهو ما يبعث على الاعتقاد بأنه مجرد التزام دولي على الدولة وليست قاعدة ذات تطبيق مباشر في القانون الداخلي. وكان الاجتهاد القضائي في السابق يمنح اهتمامًا كبيرًا لصياغة بنود المعاهدات كتلك التي تبتدئ بصياغة أن "الدول تلتزم. Les Etats s'engagent" أو أن "الدول تسهر على ضمان. Les Etats veillent à".

إن غموض العمل التعاقدية لتلك الدول يمنح الإمكانية للقاضي للتدخل عبر تقنيات التفسير، وهكذا، وفي العديد من الفرضيات، فدقة البنود التعاقدية من شأنها رفع اللبس حول مدى تطبيقها مباشرة، فكلما كانت القاعدة واضحة ودقيقة كلما اعترف لها القضاة، تلقائيًا بالأثر المباشر، ويصبح كل هذا من السهل قبوله في ظل وجود قاعدة

احترامها لا يتطلب سوى امتناع من جانب الدولة المتعاقدة، وكلما كان توفير الوسائل من جانب السلطات العامة ضروريًا.

دون شك، هذا ما يفسر أن الجهات القضائية الفرنسية اعترفت بالأثر المباشر للعهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، في حين رفضت ذلك بوجه عام، بالنسبة لعهد الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الذي جاء بعبارات في شكل أهداف قصد التحقيق وبالنسبة للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، يجب الفحص حالة بحالة ما إذا كانت البنود التعاقدية الدولية جاءت بشكل دقيق وكاف لتصبح قابلة للتطبيق المباشر؛ وهذا ما جعل مجلس الدولة الفرنسي، يتراجع، و يعترف بالأثر المباشر للمادة (٢٤) من الميثاق الاجتماعي الأوروبي (C.E. 10 février 2014. Décision n°358992). ومع ذلك، من الخطأ الاعتقاد بأنه يعترف لكل أحكام الميثاق بذات الأثر، وقد طبق مجلس الدولة في هذا القرار الاجتهاد الذي سبق وأن خرج به في قرار GISTI-FAPIL الذي سجل انعطافاً نحو تليين شروط السماح بالأثر المباشر لاتفاقية دولية^(١٣).

هذا القرار أكد على أن: "بنود المعاهدة أو الاتفاقية الدولية، المندرجة نظامياً في النظام القانوني الداخلي، وفقاً لمقتضيات المادة (٥٥) من الدستور، يمكن الاستفادة منها وإثارة تطبيقها سواء بطلب إبطال عمل إداري أو استبعاد تطبيق قانون أو تنظيم إداري لا يتوافق مع القاعدة القانونية الدولية، ونتيجة لذلك، فتلك القواعد عندما تنشئ حقوقاً للأفراد يمكنهم مباشرة، تغليبها"، ويضيف القرار معتبراً بأنه: "وباستثناء حالات المعاهدات التي أعلنت فيها محكمة العدل للاتحاد الأوروبي اختصاصها المانع لتحديد أثرها المباشر، فبنود أي اتفاقية دولية يتعين على القاضي الإداري أن يُقر لها بالأثر

^(١٣) رغم هذا التطور في الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي، غير أنه وللأسف لم يذهب نحو الاحتفاظ، في حالة غياب الأثر المباشر، بالرقابة الموضوعية التي اقترحتها Gaëlle Dumortier في خلاصتها الممتازة وقبلها أيضاً Ronny Abraham في خلاصته في قرار GISTI المؤرخ في ٢٣ أبريل ١٩٩٧م. فحتى لو لم يوجد للاتفاقية أثر مباشر في مواجهة الأفراد، فيبقى لها دائماً قوة قانونية. ويمكنها أن تثير مسؤولية فرنسا على المستوى الدولي؛ فهي تمتلك، داخلياً، قوة القانون، حسب ما جاء في ديباجة دستور العام ١٩٤٦م، وبذلك يمكن الاحتجاج بها أمام القاضي الوطني.

المباشر، بعد مراعاة النية الصريحة للأطراف المتعاقدة وللاقتصاد العام للمعاهدة المثارة وبالنظر كذلك لمضمونها ومصطلحاتها عندما لا يكون هدفها الحصري تنظيم العلاقات بين الدول، ولا تحتاج لتدخل أي عمل قانوني مكمل لتوليد آثارها تجاه الخواص؛ كما أن غياب أحد الآثار لا يمكن استنتاجه من الظرف الوحيد؛ بالقول أن البند يخاطب الدول المتعاقدة كأطراف في الالتزام الذي ينص عليه^(١٤).

وبذلك، يمكننا القول، أن البند الاتفاقي الدولي، لكي يكون ذا أثر مباشر، يجب أن يستجمع معيارين^(١٥):

(14) C.E. 11 avril 2012, Gisti-FAPIL, cet arrêt, il est affirmé que: «les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir (...) que sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ».

(١٥) في دراسة متميزة، للدكتور Bérangère TAXIL، أستاذ القانون العام من جامعة باريس الأولى، خلص فيها إلى أن هذه المعايير هي نفسها في القانونين الأمريكي والفرنسي، غير أن مناهج التفسير لقضاة البلدين مختلفة، وهكذا، فقابلية التطبيق المباشر للاتفاقيات الدولية، معترف بها في فرنسا أكثر من الولايات المتحدة الأمريكية، فإذا كان التطبيق الداخلي للقاعدة الدولية منظم عبر القواعد الدستورية، فإن التطبيق المباشر لها مشروط بقبالية تطبيقها قضائياً، وبآثارها من قبل الأطراف، وبعبارة أخرى، يمكن أن نسمي ذلك بالحاجز الدستوري l'écran constitutionnel، فالقاعدة الدولية مرتبطة بخيارات القضاة من ناحية تطبيقها مباشرة.

إن الممارسة الأمريكية في مادة التطبيق المباشر للاتفاقيات الدولية، هي ممارسة براغماتية نفعية إلى حد بعيد. مثلاً، بالنسبة للمعيار الموضوعي للمعيارية؛ المتعلق بالطابع الدقيق والكامل للقاعدة الدولية، يتم تقديره من طرف القضاة الأمريكيين بالنظر لإرادة السلطات السياسية الوطنية وليس للقواعد الدولية للتفسير، فالمعاهدات الدولية غير الدقيقة وغير الكاملة تخاطب قبل كل شيء السلطات السياسية وليس القضائية، ويمكننا القول إن تفسير القاعدة الدولية من طرف القاضي ضروري، لكنه مرتبط في النهاية، ليس بإرادة أطراف الاتفاقية ولكن الطرف الأمريكي فقط. غير أنه في فرنسا، القاضي نفسه هو من يفسر الطابع التطبيقي للقاعدة، متبعاً في ذلك القواعد التي وضعتها اتفاقية فيينا

- معيار ذاتي: بأن حكم البند الدولي لم يأتي، حصراً، لتنظيم أو حكم العلاقات بين الدول، وأن يكون بالنتيجة قد أنشأ حقوقاً شخصية لفائدة الخواص.
- معيار موضوعي: بعدم وجود أي عمل قانوني، ضروري، لتطبيق البند، وهذا باستعمال صيغة فعل الإلزام "requérir": وهو ما يعني أنه لا يكفي أن يحيل البند إلى سن عمل قانوني وطني معين للاستبعاد الآلي للأثر المباشر^(١٦).

لقانون المعاهدات، ولا سيما، كما ألح على ذلك مفوض الحكومة Abraham، بإمكانية القاضي "استعمال التقنيات المستخلصة من المبادئ العامة للقانون الدولي المشار إليها في المواد من (٣١) إلى (٣٣) من اتفاقية فيينا لسنة ١٩٦٩".

Bérangère TAXIL, Les Critères De L'applicabilité Directe Des Traités Internationaux Aux Etats-Unis Et En France, R.I.D.C. n°1, 2007, pp.159-165.
(١٦) يمكن للقاضي الجزائري الاستئناس بهذا التطور الاجتهادي المتميز. تقليدياً، يكون للاتفاقية الدولية أثر مباشر في حالة خلقها لحقوق أو التزامات لصالح أو على عائق الأفراد ومتى لم تتطلب ضرورة سن إجراءات تطبيقية من جانب السلطات الداخلية (C.E 30 décembre. 2002. Féd Française de basketball) غير أن المعايير القضائية للقول بالأثر المباشر لأحكام الاتفاقية تتميز بعدم وضوحها (C.E 23 avril 1997. GISTI).

ولتحديد ذلك يلجأ القاضي لاستعمال معيارين رئيسيين: فيفحص، أن الاتفاقية لا تنشئ فقط سوى التزامات بين الدول، وبأنها لا تتطلب سن إجراءات وطنية لتطبيقها. الحقيقة أن قرار GISTI لـ ١١ أبريل ٢٠١٢ م كرس هذين المعيارين، لكن مع جعلهما أكثر مرونة. أما بالنسبة للمعيارين الثانويين، المتعلقان بالمظهر الصياغي والمعياري للاتفاقية، فيندرجان في خانة القرائن البسيطة. ويجب الانتباه، إلى أن ما سبق من حلول، صالح للتطبيق على كل الاتفاقيات باستثناء قانون المجموعة الأوربية: أين احتفظت محكمة العدل للمجموعة الأوروبية، باختصاصها المانع، للقول بالأثر المباشر لاتفاقية ما.

كمعيار أول، يجب الإجابة عن سؤال "من هو المخاطب بأحكام الاتفاقية الدولية؟" لتحديد مدى تمتعها بأثر مباشر. يقصد بذلك أن الاتفاقية أو البند منها لا يجب أن يكون موضوعه حصراً لتنظيم العلاقات بين الدول، فلو أن الاتفاقية -أو أحد بنودها- غرضها تنظيم علاقات بين الدول فإنها لا تمتع بالأثر المباشر، ولو أنشأت حقوقاً للأفراد. هذا هو التفسير التقليدي الذي أصبح أكثر ليبرالية مع قرار مجلس الدولة. هذا الأخير الذي استعمل مصطلح "حصراً" exclusif الذي يدل على أن الأثر المباشر يجب أن يعترف به للاتفاقية التي تنشئ حقوقاً للأفراد، حتى ولو كان غرضها في الوقت نفسه تنظيم علاقات بين الدول. وهو ما جعل مجلس الدولة الفرنسي يدقق القول بأن غياب الأثر المباشر "لا يمكن أن يستخلص من ظرف وحيد بأن البند يخاطب الدول المصادقة كأطراف في الالتزام الذي يتضمنه". وبعبارة وجيزة، فالبند الاتفاقي الدولي، الذي ينشئ حقوقاً للأفراد، يكون ذا أثر مباشر، ولو تضمن في الوقت ذاته، تنظيمًا للعلاقات بين الدول.

المعيار الثاني، ومفاده أن الاتفاقية الدولية لا يجب أن تستلزم تدخل أي عمل قانوني تكميلي لتوليد آثارها في مواجهة الأفراد: وهذا مكرس تقليدياً أيضاً. وهكذا، يكون للمعاهدة أثر مباشر إذا كان تطبيقها لا يستوجب أي إجراء تنفيذي داخلي. الجديد الذي أتى به مجلس الدولة، استعماله لمصطلح

وبالرجوع لقرار GISTI لمجلس الدولة^(١٧) الصادر في ١١ أبريل ٢٠١٢م فجمعية المعلومات ومساعدة الأجانب (groupement d'information et de soutien des immigrants) طلبت من مجلس الدولة إبطال المرسوم ٩٠٨-٢٠٠٨ الصادر في ٠٨ سبتمبر ٢٠٠٨م المتعلق بشروط البقاء في الاقامات للمستفيدين من حق السكن اللائق والمستقل ، المتخذ تطبيقاً لقانون ٠٥ مارس ٢٠٠٧ ، الذي أنشأ المادة (R.300-2) من قانون السكن والعمارة code de la construction et de l'habitation للأجانب الآخرين غير الحائزين على بطاقة مقيم أو سند إقامة ممنوح بموجب المعاهدات والاتفاقيات الدولية، تمنحهم حقوقاً تعادل تلك المخولة بموجب

"يستلزم requérir"، الذي يدل على أن ضرورة وجود إجراء وطني تطبيقي يجب أن يكون واضحاً، ولذلك، لا يكون للمعاهدة أثر مباشر، إلا إذا استوجبت، فعلياً، عمل قانوني داخلي لتطبيقها. ويجب الانتباه أن مجرد نص الاتفاقية على الإجراء التطبيقي الداخلي، غير كافٍ بذاته، بل يجب أن يكون هذا الإجراء ضرورياً، فعلاً لتطبيقها. إذن مجلس الدولة واضح هنا: القاضي نفسه، فقط، هو من يقدر بكل سيادة، وحالة بحالة، حقيقة وجود تلك الضرورة "الفعلية".

إذن، هما معياران حصريان، ذوا تطبيق تركيبي، يحددان ما إذا كان لاتفاقية ما أثر مباشر. أما المعياران الثانويان الأخران، فوجودهما تقليدي، ومنذ هذا القرار، ذو النفس الليبرالي، أدرجا في مصف القرائن البسيطة، وبعبارة أوضح: فهذين المعيارين، كانا يعتبران في السابق كمعيارين محددين، أما اليوم فمجرد قرينتين بسيطتين، وهما:

- معيار التحرير أو الصياغة: ويفحص القاضي من خلاله مظاهر صياغة الاتفاقية. فالبند الذي يصاغ في شكل أن: "الدول الأطراف...." نادراً ما يكون له أثر مباشر، ونفس الأمر لصياغة "الدول تتعهد/ تلتزم...."، فتفسر هذه الصياغة بأنها تتطلب إجراءات داخلية للتطبيق.

- معيار الكثافة المعيارية للاتفاقية: وينظر من خلاله لدقة أحكام الاتفاقية أو الغالبية العظمى منها؛ أي مدى دقة القاعدة الاتفاقية الدولية وتكاملتها -كفايتها- بحد ذاتها.

ما يميز هذين المعيارين صعوبة استعمالهما نسبياً من طرف القاضي. كما أن آثار عدم احترامهما راديكالية - استثنائية: فيندم أي أثر مباشر للاتفاقية بانتقائهما. ففيما يتعلق بمعيار الكثافة المعيارية للاتفاقية، فأحكام نفس الاتفاقية قد يعترف لها بالأثر المباشر من طرف البعض، وترفض تلك الصفة من آخرين، رغم قلة أحكامها غير الدقيقة.

أما معيار الصياغة، فيجب تطبيقه بطريقة جد آلية. لذلك، نجد مجلس الدولة، جعل من هذين المعيارين الثانويين مجرد أمارات (قرائن). فذهب إلى أن الأثر المباشر يتحدد "بالنظر لنية الأطراف المعلنة وللاقتصاد العام للاتفاقية، وكذلك بالنظر للمضمون والمصطلحات"، بهذه الفكرة، قرّر القاضي الإداري الأعلى في فرنسا جعل المعيارين القديمين مجرد قرائن بسيطة قابليين لدحضهما بإثبات العكس.

⁽¹⁷⁾ C.E. Ass. 11 avril 2012. GISTI et FAPIL. Req. n° 322326.

بطاقة المقيم بإثبات إقامة لمدة سنتين متتاليتين في فرنسا تحت عنوان إحدى الفئات الخمس لسندات الإقامة والتي تم تجديدها مرتين على الأقل، ويقصى من هذه القائمة بطاقة الإقامة المؤقتة التي تحتوي على إشارة "طالب étudiant" أو "أجير في مهمة salarié en mission" وبطاقة الإقامة لـ "الكفاءات والمواهب compétences et talents"، وحسب منظمة GISTI فالمرسوم يخرق المادة ٦-١ من الاتفاقية الدولية للعمل رقم ٩٧ المؤرخة في ٠١ يوليو ١٩٤٩م المتعلقة بالعمال الأجانب^(١٨)، كونه

(18) La Convention n°97 de l'OIT du 1^{er} juillet 1949 relative les travailleurs migrants, ratifiée par la France et publiée par le décret du 4 août 1954 (JORF du 7 août 1954).

L'article 6 de la Convention internationale du travail n° 97 de l'OIT dsipose que:

« 1. Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à appliquer, sans discrimination de nationalité, de race, de religion ni de sexe, aux immigrants qui se trouvent légalement dans les limites de son territoire, un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'il applique à ses propres ressortissants en ce qui concerne les matières suivantes:

a) dans la mesure où ces questions sont réglementées par la législation ou dépendent des autorités administratives:

i) la rémunération, y compris les allocations familiales lorsque ces allocations font partie de la rémunération, la durée du travail, les heures supplémentaires, les congés payés, les restrictions au travail à domicile, l'âge d'admission à l'emploi, l'apprentissage et la formation professionnelle, le travail des femmes et des adolescents;

ii) l'affiliation aux organisations syndicales et la jouissance des avantages offerts par les conventions collectives;

iii) le logement;

b) la sécurité sociale (à savoir les dispositions légales relatives aux accidents du travail, aux maladies professionnelles, à la maternité, à la maladie, à la vieillesse et au décès, au chômage et aux charges de famille, ainsi qu'à tout autre risque qui, conformément à la législation nationale, est couvert par un système de sécurité sociale), sous réserve:

i) des arrangements appropriés visant le maintien des droits acquis et des droits en cours d'acquisition;

ii) des dispositions particulières prescrites par la législation nationale du pays d'immigration et visant les prestations ou fractions de prestations payables exclusivement sur les fonds publics, ainsi que les allocations versées aux personnes qui ne réunissent pas les conditions de cotisation exigées pour l'attribution d'une pension normale;

c) les impôts, taxes et contributions afférents au travail, perçus au titre du travailleur;

d) les actions en justice concernant les questions mentionnées dans la présente convention.

يؤسس الاستفادة من حق السكن على الإقامة الدائمة في فرنسا ويميّز ضدّ ثلاث فئات من الأجانب.

مجلس الدولة أقرّ بعدم شرعية المرسوم معتبراً أن الأحكام المثارة من الاتفاقية الدولية للعمل كافية، للتطبيق بحد ذاتها والرسوم المهاجم -المنتقد- لا يتوافق وهذه الأحكام فضلاً على أن التمييز في معالجة الوضعيات المختلفة، المتولّدة عن هذا المرسوم، لا يجد له مبرراً لا في المصلحة العامة ولا في تمايز الوضعيات بالنظر لشرط استمرار الإقامة بين الأشخاص الحائزين على بطاقة الإقامة المقصيين من المادة (R.300-2) من قانون السكن والعمران وبين أصحاب سندات الإقامة ممن يدخلون في مجال تطبيق المادة. وهكذا فالمرسوم المنشئ للمادة R.300-2 يخرق مبدأ المساواة لما يقضي من الحق في السكن ثلاث فئات من حائزي سندات إقامة (بطاقات الإقامة المؤقتة التي تحوي على إشارة "طالب"، "أجير في مهمة" وبطاقة الإقامة "للكفاءات والمواهب") بالنتيجة، أبطل مجلس الدولة المادة الأولى من مرسوم ٢٠٠٨ الذي أنشأ المادة (R.300-2) على أن يسري هذا الإبطال من تاريخ ٠١ أكتوبر ٢٠١٢م. وهكذا، يكون مجلس الدولة من خلال قرار GISTI لـ ١١ أبريل ٢٠١٢م، قد أعطى لمفهوم الأثر المباشر للمعاهدات بعداً أكثر ليبرالية وتحرراً.

كما نلمس من خلال خلاصات المقرر العام السيدة Gaëlle Dumortier في هذا القرار اقتراح هذه الأخيرة فصل مفهوم الأثر المباشر عن مفهوم قابلية الاحتجاج

2. Dans le cas où il s'agit d'un État fédératif, les dispositions du présent article devront être appliquées dans la mesure où les questions auxquelles elles ont trait sont réglementées par la législation fédérale ou dépendent des autorités administratives fédérales. Il appartiendra à chaque Membre de déterminer dans quelle mesure et dans quelles conditions ces dispositions seront appliquées aux questions qui sont réglementées par la législation des États constitutants, provinces ou cantons, ou qui dépendent de leurs autorités administratives. Le Membre indiquera, dans son rapport annuel sur l'application de la convention, dans quelle mesure les questions visées au présent article sont réglementées par la législation fédérale ou dépendent des autorités administratives fédérales. En ce qui concerne les questions qui sont réglementées par la législation des États constitutants, provinces ou cantons ou qui dépendent de leurs autorités administratives, le Membre agira conformément aux dispositions prévues au paragraphe 7 b) de l'article 19 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail. »

l'invocabilité بالاتفاقية وهذا مالم يسايره مجلس الدولة متمسكا بالعقيدة القضائية القديمة الراسخة لديه.

الحل الذي اقترحه ودافع عنه المقرر العام لدى مجلس الدولة، هو التمييز بين محل المسألة هل هو بند تنظيمي، تشريعي أو قرار فردي، ومن ناحية عملية، يجب فصل الأثر المباشر عن الاحتجاج في الحالتين الأولى والثانية فقط. فالفكرة، إذن، هي التسليم بأن كل اتفاقية، يُحتج بها دائما *toujours invocable*، في مواجهة أي بند تشريعي أو تنظيمي وبعبارة أخرى، بالاتفاقية قابلة للاحتجاج بها دائما، حتى ولو لم تتمتع بالأثر المباشر في مواجهة النصوص التشريعية أو التنظيمية وبالمقابل، في حال تعارض معاهدة مع عمل إداري فردي، فلا يحتج بها إلا إذا استجمعت المعيارين السابق ذكرهما معا؛ أي إذا كان لها أثر مباشر.

خلاصة الفكرة، في عبارة مركزة، أن الاتفاقية الدولية قابلة للاحتجاج بها سواء أكانت ذات أثر مباشر أم لا في مواجهة الأحكام التشريعية أو التنظيمية، وفيما يتعلق بالقرارات الفردية، فلا يمكن الاحتجاج بالاتفاقية الدولية في مواجهتها إلا إذا كانت ذات أثر مباشر.

أثارت المقرر العام العديد من الحجج لدفع الاجتهاد القضائي الإداري لهذا الحل التركيبي بين الأثر المباشر وقابلية الاحتجاج لكن خشية القاضي الإداري من توسيع باب الاحتجاج بالقانون الدولي بما يؤدي للاعتراف، في حالات عدة بإمكانية الاحتجاج بالمعاهدات التي ليس لها أثر مباشر، قد يضعف دور الدستور كقاعدة مرجع أساسية لكن وحسب Gaëlle Dumortier فوجود المسألة ذات الأولوية الدستورية حالياً، تسمح للقواعد الدستورية بالحفاظ على كل مكانتها. ومن جهة أخرى، فالقاضي الإداري الفرنسي منذ العام ١٩٨٩م، قد طوّر سلطاته في مادة الرقابة على تطبيق الاتفاقيات الدولية؛ فمارس، كما سنرى لاحقاً، سلطته في تفسير الاتفاقيات الدولية ومراقبة شرط المعاملة بالمثل، والرقابة على مجموع شروط نظامية اندراج المعاهدة في النظام الداخلي، وكذلك مؤخراً، مراقبة التنازع بين المعاهدات الدولية. فأصبح القاضي الوطني -شيئاً فشيئاً- خبيراً في مادة القانون الدولي مستعملاً في ذلك كل الأدوات الضرورية

لممارسته الرقابية من هنا جاء اقتراح المقرر العام لهذا الحل الأكثر جرأة، في مسألة قابلية الاحتجاج والأثر المباشر. لكن القاضي الإداري الأعلى في فرنسا، خشي إحداث صدمة للإدارة، التي يراقبها، بإلزامها باحترام عدد هائل من البنود الاتفاقية الدولية. إذاً، مجلس الدولة لما صرح بأنه لا يمكن الاحتجاج بغير المعاهدات "التي تنشئ حقوقاً للأفراد بإمكانهم إثارتها مباشرة"، يكون قد كرس موقفه التقليدي: بعدم إمكانية الاحتجاج إلا بالمعاهدات التي لها أثر مباشر هنا تظهر وبشكل ملموس المزوجة بين مفهومي الأثر المباشر وقابلية الاحتجاج، وبذلك لم يساير مجلس الدولة موقف المقرر العام، الرامي إلى التسليم آلياً، بقابلية الاحتجاج بالمعاهدات الدولية في مواجهة البنود التنظيمية أو التشريعية؛ حتى ولو لم يكن لتلك المعاهدات أثر مباشر فما الذي دفع مجلس الدولة للحفاظ على موقفه هذا؟

الحقيقة، هناك سببين يفسران موقف مجلس الدولة المحافظ في قرار GISTI لـ ١١ أبريل ٢٠١٢ بخصوص هذه المسألة فالقاضي الإداري استند على الطبيعة التعاقدية للمعاهدات الدولية واعتبر أنه بغياب الأثر المباشر فالأفراد يجدون أنفسهم في مركز "الغير" أمام هذه "العقود" *contrats*، وهذا ما يفسر عدم إمكانهم إثارتها مطلقاً. لكن السبب الرئيسي، دون شك هو الخوف الذي ولّدته الحركية التي أثّرت على الاجتهاد القضائي في مادة التوجيهات الأوروبية المشتركة في الواقع وبعد التسليم بعدم قابلية الاحتجاج بتوجيه أوروبي في مواجهة عمل إداري فردي^(١٩)، أقر القاضي الإداري،

(١٩) وهذا مكرس منذ قرار Cohn Bendit الذي أكد أن التوجيهات الأوروبية ليس لها أثر مباشر في غياب عمل قانوني داخلي يحدد كفاءات تطبيقها. انظر:

C.E. 22 décembre 1978, Cohn Bendit.

مجلس الدولة، تراجع، واعترف بالقوة القانونية الملزمة للتوجيهات الأوروبية، حتى في غياب عمل قانوني داخلي يحدد كفاءات تطبيقها. فأبطل تنظيمًا إداريًا يخالف الأهداف المقررة في التوجيه الأوروبي بل وذهب إلى أن القانون نفسه يجب أن يحترم الأهداف التي حددها التوجيه الأوروبي المشترك. كما يمكن الدفع بعدم شرعية تنظيم يتناقض مع الأحكام الأوروبية المشتركة ولا يمكن لقاعدة وطنية، متناقضة مع أهداف التوجيهات الأوروبية، أن تمنح الشرعية لقرار فردي، محل طعن قضائي، وأن هذا التناقض يتم تقديره ليس بالنظر إلى القانون بل بالنظر إلى المبادئ العامة للقانون. ثم، وفي تطور آخر، ذهب مجلس الدولة إلى أن كل متقاض له الحق، بمناسبة طعن موجه ضد عمل إداري

بسرعة، بقابلية الاحتجاج بإحلال التوجيهات الأوروبية وبعبارة أخرى يمكن بمناسبة منازعة عمل إداري فردي إثارة التناقض بين قواعد (القانون، التنظيم، الاجتهاد) التي يستند عليها هذا العمل الإداري الفردي وبين التوجيهات الأوروبية المشتركة بهذه الفكرة، تم إفراغ قرار Cohn Bendit من كل محتواه تخوفات مجلس الدولة إذن، تتمركز في حقيقتها حول أن القبول بإمكانية الاحتجاج الآلي بالاتفاقيات في مواجهة الأعمال التنظيمية أو التشريعية الذي يمكن أن يؤدي إلى حركية قضائية شبيهة بتلك التي أثّرت على التوجيهات الأوروبية؛ أي قابلية الاحتجاج بالاتفاقيات الدولية التي ليس لها أثر مباشر في مواجهة عمل إداري انفرادي متى كان مؤسسا على قاعدة وطنية تنظيمية أو تشريعية مخالفة للاتفاقية.

وبالرجوع إلى ما كتبه البروفيسور Denys Simon حول قانون الاتحاد الأوروبي فإن "الأثر المباشر (...)" مرتبط بالحالة القصوى للمعيارية *normativité* وبقابلية التطبيق القضائي *justiciabilité* في النظام الداخلي^(٢٠) بهذه الحالة المعيارية، تُؤدّد القاعدة الدولية آثارها في مواجهة الأفراد، وتسمح لهم بالدفع بها أمام الجهات القضائية. لكن، القاعدة الدولية يمكن أن تولد آثارًا أخرى تعرف في ظل قانون الاتحاد الأوروبي بالآثار "التنزيلية" *descendant*: فالأفراد يمكنهم مطالبة الدولة باحترامها في حين يقصد بالآثار "الصاعدة" *ascendants* تلك التي يمكن للدولة فرضها على الأفراد. أما الآثار "الأفقية" *horizontaux* فتلك التي يكون عبرها للقواعد الدولية آثار فيما بين الأفراد^(٢١)، وحسب السيّد Gaëlle Dumortier، فإن مسألة الأثر المباشر *l'effet*

تنظيمي، طلب تفضيل أحكام توجيه أوروبي وتطبيقها لما لا تتخذ الدولة في الآجال المحددة، الإجراءات التحويلية الضرورية. انظر:

C.E. 03 février 1989, Compagnie Alitalia; C.E. Ass. 28 février 1992, SA Rothmans International; C.E. Ass. 30 octobre 1996, Cabinet Revert et Badelon; C.E. Ass. 06 février 1998, Tête, Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais; C.E. 30 octobre 2009, Mme Perreux.

⁽²⁰⁾ Serge Slama, Adoption de nouveaux critères de détermination de l'effet direct des normes internationales sans consacrer leur invocabilité systématique, In Lettre Actualités Droits-Libertés, CREDOF, 14 mai 2012.

⁽²¹⁾ Antoine Masson, Droit communautaire, Droit institutionnel et droit matériel, 2^e édition, Larcier, 2009, P.271.

direct يمكن النظر إليها على أنها منفصلة عن مسألة القابلية للاحتجاج l'invocabilité وبعبارة أخرى، حتى ولو لم يكن للقاعدة الأوروبية أثر مباشر فيمكن، للأفراد، الاحتجاج بها أمام القاضي الوطني في حالة خرقها، وترتيب الجزاء عن ذلك، ورغم عدم إمكانية إحلال القواعد الأوروبية - غير المتمتعة بالأثر المباشر - مكان القواعد الوطنية، فإنه يمكن الاحتجاج أمام القاضي بـ: تفسير القاعدة، التعويض عن النتائج الضارة من جراء خرق القانون الأوروبي واستبعاد تطبيق القاعدة الوطنية المخالفة^(٢٢).

وهكذا، يمكن أن يطلب من القاضي تفسيرها بطريقة تجعل القانون الوطني يطابق القاعدة الدولية وهو ما يسمى بـ "التفسير المطابق" interprétation conforme^(٢٣)، أو طلب إصلاح الضرر (كالتعويض) الناتج عن عدم اتفاقية l'inconventionnalité قانون أو قرار ما وهو ما يسمى بـ "احتجاج جبر الأضرار" invocabilité de réparation^(٢٤)، أو باستبعاد القاعدة الداخلية

(22) Marie Gautier. Droit institutionnel de l'Union européenne. Presses universitaires de France. 2010.

(23) وهو أول نموذج تم تكريسه ويمكن من خلاله للقاضي الوطني تفسير القانون الوطني على ضوء القانون الأوروبي المشترك ولو كان هذا الأخير غير ذي أثر مباشر. ففي قرار Von Colson et Kamann لـ ١٠ أبريل ١٩٨٤م أقرت محكمة العدل للاتحاد الأوروبي للأفراد بإمكانية الاحتجاج بالتوجيهات الأوروبية، التي ليس لها أثر مباشر أمام القاضي الوطني، لدفعه لتفسير القانون الوطني على ضوء تلك التوجيهات. ونفس التوجه في قرار Maria Pupino لـ ١٦ جوان ٢٠٠٥م، والهدف من هذا التفسير هو حماية تمتع الأفراد بالحقوق التي يضمنها القانون الأوروبي المشترك، عبر تفسير فعال وموسع للقواعد الوطنية؛ خاصة إذا كانت صياغتها في شكل مبادئ عامة قابلة لعدة تفسيرات. ومع ذلك، لا يمكن لهذا التفسير المطابق أن يذهب نحو مُنَاقَضة المصطلحات الصريحة للقانون الداخلي.

Antoine Masson, Droit communautaire, Droit institutionnel et droit matériel, Op.cit., P.269-272.

(24) وهو ما يعرف كذلك بمبدأ مسؤولية الدولة عن فعل خرق القانون الأوروبي المشترك. في قرار Francovich et Bonifaci لـ ١٩ ديسمبر ١٩٩١م، لم تقم دولة إيطاليا بتحويل توجيه أوروبي يؤسس لنظام تعويضي لفائدة العمال الأجراء هذا التوجيه الأوروبي ليس له أثر مباشر بالنتيجة العمال الأجراء ليس بإمكانهم أن يطلبوا فرض تطبيق الحقوق التي يخولها التوجيه مع ذلك، فمحكمة العدل

غير المطابقة للاتفاقية ويسمى ذلك بـ "الاحتجاج الإقصائي" L'invocabilité d'exclusion^(٢٥).

وبذلك، فالقواعد الأوروبية المشتركة ملزمة كلها بالاستقلال عن مضمونها وبسموها على الأنظمة القانونية الوطنية قابلة للاحتجاج بها أمام القاضي الوطني عبر أحد الأشكال السابقة: تعويضاً، تفسيراً وإقصاءً ونشير هنا، إلى أن القواعد التي لها أثر مباشر تختلف عن تلك التي لا تتمتع به في نقطة وحيدة وهي "الاحتجاج الحلولي" L'invocabilité de substitution^(٢٦) الذي لا يكون إلا في القواعد ذات الأثر المباشر^(٢٧).

صرحت بإمكانية الاحتجاج بالتوجيه لمطالبة الدولة الإيطالية بإصلاح الأضرار المتولدة عن "عدم تحويل" التوجيه الأوروبي للقانون الداخلي.

Laurence Potvin-Solis, Les effets du droit de l'Union européenne sur les compétences des collectivités territoriales, L'Harmattan, 2013, P.49.

^(٢٥) في حالة عدم السماح بإحلال القاعدة الأوروبية المشتركة مكان القاعدة الوطنية المخالفة لها يمكن دائماً استبعاد تطبيق القاعدة الوطنية المخالفة ورغم ذلك، فهذا المبدأ ظل لمدة طويلة غامضاً ومحل حساسية من طرف محكمة العدل لكن في قرار Linster لـ ١٩ سبتمبر ٢٠٠٠م قبلت محكمة العدل بالاحتجاج الإقصائي للقواعد غير المتمتعة بالأثر المباشر، وهذا ما اعتبر كقفزة نوعية، فذهبت المحكمة إلى أن القاعدة الأوروبية، وبالأستقلال عن أثرها المباشر من عدمه، يمكن الاحتجاج باستبعاد -إقصاء- تطبيق قانون وطني يخالفها. وكذلك في قرار Unilever Italia لـ ٢٦ سبتمبر ٢٠٠٠م، بمناسبة نزاع بين أفراد، وحتى ولو أن التوجيهات لا يمكن في كل الفرضيات أن تولّد أثراً مباشراً أفعياً، قبلت محكمة العدل بالاحتجاج الإقصائي للتوجيه الأوروبي، ولو في نزاع بين الأفراد.

^(٢٦) عند الحاجة لإحلال أو إضافة بند اتفاقي للقانون الوطني غير المتوافق أو غير الكامل، لتسوية النزاع ويسمى هذا بـ "الاحتجاج الحلولي".

^(٢٧) فخاصية الأثر المباشر، هي في الواقع ضرورية لإدخال القاعدة الأوروبية ضمن النظام القانوني الوطني، وجعلها في مصف السمو مقارنة بالقانون الوطني وهكذا، فالقاضي الوطني ملزم بترك تطبيق كل قاعدة وطنية مناقضة لقاعدة أوروبية لها أثر مباشر وتطبيق هذه الأخيرة هذا ما يسمى بالحلول.

Catherine Weniger, La Responsabilité du Fait des Produits pour les Dommages Causes à un Tiers au Sein de la Communauté Européenne, Etude de droit comparé, Librairie DROZ, Genève, 1994, P.231.

إذاً، وفي خلاصة مركزة، فالقواعد التي لها أثر مباشر قابلة للاحتجاج بها بكل الأشكال: الاحتجاج التعويضي التفسيري الإقصائي والحلوي أما القواعد التي ليس لها أثر مباشر فتقبل كل أشكال الاحتجاج السابقة باستثناء الاحتجاج الحلوي. عبر الثلاثين عاماً الأخيرة، انتهى مجلس الدولة لتكييف هذه الحلول المختلفة لـ"ضمان" التطبيق القضائي للتوجيهات الأوروبية المشتركة.

والسؤال الذي يبقى عالماً، لماذا لم يتخذ مجلس الدولة خطوة حاسمة لبقية قواعد القانون الدولي غير الأوروبية، كما دعت إلى ذلك المقررة العامة في خلاصتها؟ من المفيد هنا الإشارة إلى أنه و بعد صدور قرار GISTI لـ ١١ أبريل ٢٠١٢م، نلاحظ تواجد المزيد من أحكام الاتفاقيات الدولية أو الاتفاقات الثنائية التي لا تولد أي أثر في القانون الداخلي، ولو بطريقة غير مباشرة^(٢٨). وهذا ما جعل الأمر محل نقد فقهي؛ وصل لحد التشكيك في دستورية هذا التوجه خاصة وأن أي اتفاقية دولية، مصادق عليها نظامياً يجب أن تحترم من طرف كافة سلطات الدولة، وأن نزع كل قابلية "لتطبيقها قضائياً" يمس بمبادئ القانون الدولي وبالمبادئ الدستورية ففي نطاق القانون الدستوري قاعدة العقد قانون المتعاقدين «Pacta sunt servanda»^(٢٩)، هي واحدة من قواعد القانون الدستوري التي تتبناها فرنسا بموجب الفقرة ١٤ من ديباجة دستور العام ١٩٤٦م، ونفس الأمر تنص عليه المادة (٥٥) من الدستور، ومؤخراً قانون الاتحاد الأوروبي عبر المادة ٨٨-١، التي أنشأت مبدأ "إلزام مختلف هيئات الدولة أن تسهر على تطبيق الاتفاقيات الدولية، حسب اختصاصها"، وهو ما كرسه أيضاً المجلس الدستوري الفرنسي^(٣٠). وبموجب قرار Commune d'Annecy

(28) C.E. Ass. 23 décembre 2011, M. Eduardo José Kandyrine de Brito Paiva.

(29) هذه القاعدة مكرسة بموجب المادة (٢٦) من اتفاقية فيينا ١٩٦٩م: "تلتزم الدولة الأطراف بالمعاهدات السارية ويجب أن تطبقها بحسن نية".

(30) Cons. Constit. décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, Entrée et séjour des étrangers en France; Cons. Constit. décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, Traité sur l'Union européenne.

لمجلس الدولة، أقر بأن: "كل قاعدة أو مبدأ ذو قيمة دستورية له بالضرورة قوة معيارية"، وبالنتيجة "قابلية للاحتجاج به"⁽³¹⁾.

أما في القانون الدولي فيوجد "مبدأ التدخل الذاتي" *allant de soi* ⁽³²⁾ الذي يعني أن: "الدولة التي تعاقبت بالتزامات دولية ملزمة بأن تدرج في تشريعها الداخلي التعديلات الضرورية لضمان تنفيذ تعهداتها"⁽³³⁾.

ولذلك، فحرمان بعض البنود من الاتفاقيات الدولية من كل قابلية للاحتجاج بها يعني منع المواطن والقاضي من تطبيقها وإرجاع ذلك إلى مشيئة المشرع أو الحكومة وهكذا، وعلى سبيل المثال، على مستوى القانون الدولي، فالبروتوكول الإضافي الملحق بالعهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المعتمد في ١٠ ديسمبر ٢٠٠٨م يقرر للأفراد أو لجماعات الأفراد بعد استنفاد سبل الانتصاف (طرق الطعن) الداخلية، حق إخطار لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، متى كانوا ضحايا انتهاكات للعهد إن التصديق على هذا البروتوكول يجعل من الضروري تطوير الأمر نحو قابلية الاحتجاج ببنود هذا العهد أمام الجهات القضائية الداخلية، والمشكل نفسه مطروح حول الاتفاقية المتعلقة بحقوق الأشخاص المعاقين (التي صادقت عليها فرنسا في ٣١/١٢/٢٠٠٩م)، لأن فرنسا أقرت في ١٨/٠٢/٢٠١٠م باختصاص اللجنة بمصادقتها على البروتوكول الاختياري.

هذه القابلية للتطبيق القضائي، لتلك النصوص الدولية ضرورية للقاضي الإداري على المستوى الوطني، كما ذهبت الى ذلك محكمة النقض الفرنسية منذ سنوات، لما أقرت بإمكانية الاحتجاج بالمادة (٠٦ و ٠٧) من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية

(31) C.E. Ass. 3 octobre 2008, Commune d'Annecy, n° 297931.

(32) Bob Kieffer, L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public, Larcier, 2008, P.42.

(33) Cour permanente internationale de justice, Avis, 21 février 1925 sur l'échange des populations grecques et turques.

والاجتماعية والثقافية^(٣٤) بل وأثارت من تلقاء نفسها وجهاً بخرق المادة (٠٦) من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية^(٣٥).

إن حرمان بعض أحكام الاتفاقية الدولية من قابلية الاحتجاج بها، كان لأسباب براغماتية مفادها: خطر التوسيع المعتبر لكثرة قواعد القانون الدولي القابلة للاحتجاج بها أمام القاضي الوطني، ليس في مواجهة الأعمال التنظيمية فقط، ولكن القوانين أيضاً وقد أجابت المقرر العام في قضية GISTI لـ ١١ أبريل ٢٠١٢م، على هذه الحجة باعتباره أنه: "من المستبعد أن تتخذ السلطات العمومية يومياً قرارات تخالف الاتفاقيات الدولية (...). فضلاً على أن الدفع بعدم الاتفاقية ليس من النظام العام -أمام القاضي الإداري- وما يثار من مخالفات للاتفاقيات الدولية هي نفسها المتكررة".

أخيراً، يبقى السؤال مطروحاً، إلى متى سيبقى مجلس الدولة الفرنسي محافظاً على هذا الاتجاه؟ لأنه في النهاية، لا مناص من التسليم بقابلية كل قواعد القانون الدولي للاحتجاج بها أمام القاضي الوطني.

المطلب الرابع

مراقبة شرط المعاملة بالمثل

La réciprocité

حسب المادة (٥٥) من الدستور الفرنسي، فسمو الاتفاقيات الدولية على القانون مرهون بمبدأ المعاملة بالمثل. ولفحص مدى توافر هذا الشرط، يرجع القاضي إلى وزير الخارجية^(٣٦) كون الأمر يتعلق بعلاقات سياسية فيما بين الدول، وبالتالي لا يتعلق بمسألة تفسير قانونية بحتة، يختص بها القاضي وحده ويثيرها من تلقاء نفسه، إنما هي مسألة واقع يتم إحالتها إلى الوزير ليس بغرض تفسيرها؛ ولكن كإجراء تحقيقي لدى الوزير نفسه، وبالتالي فهي مسألة أولية، كما أن غياب شرط المعاملة بالمثل لا

(34) Cass. Crim. 15 octobre 1991, n° 90-86-791; Cass. Crim. 31 janvier 2001, N° 00-82.341.

(35) Cass. Soc. 16 décembre 2008, Eichenlaub c/ Axia. N°05-40876.

(36) CE. Ass. 29 mai 1981, Affaire Rekhoul.

يفقد الاتفاقية الدولية بالضرورة، قيمتها القانونية داخل النظام القانوني للدولة كما أكد على ذلك المجلس الدستوري الفرنسي^(٣٧).

ورغم نص الدستور الفرنسي على شرط المعاملة بالمثل لسمو الاتفاقية الدولية إلا أنه وفي حالات خاصة، لا يكون لهذا المبدأ أي معنى لما يتعلق الأمر مثلاً بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وكذلك الأمر بالنسبة للاتفاقيات المؤسسة للاتحاد الأوروبي. فلهذه المعاهدات أثر مباشر^(٣٨) كون الدول التزمت بتطبيقها لكل الأشخاص المتواجدين بإقليمها، وهكذا استبعد مجلس الدولة الفرنسي شرط المعاملة بالمثل لما يتعلق الأمر بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(٣٩) كما أن المجلس الدستوري استبعد تطبيق هذا الشرط لما تعلق الأمر بالاتفاقية المتعلقة بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية^(٤٠).

(37) « La règle de réciprocité énoncée à cet article n'a d'autre portée que de constituer une réserve mise à l'application du principe selon lequel les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ... Cette règle ne trouve à s'appliquer que dans le cas où il existe une discordance entre un texte de loi et les stipulations d'un traité...

En revanche, l'article 55 de la Constitution ne s'oppose pas à ce que la loi édicte, comme l'article 13 de la loi de finances pour 1981 le fait en l'espèce, des mesures ayant pour objet d'harmoniser la législation nationale avec les dispositions découlant d'un traité, alors même que celles-ci ne seraient pas appliquées par l'ensemble des parties signataires... La règle de réciprocité posée à l'article 55 de la Constitution, si elle affecte la supériorité des traités ou accords sur les lois, n'est pas une condition de la conformité des lois à la Constitution».

Conseil constitutionnel, Décision n° 80-126 DC 30 décembre 1980.

(38) فهي ذاتية التطبيق self-executing. وهو حال كل المعاهدات التي تحمي حقوق وحريات الإنسان، وتستثنى كذلك، من تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن وضع اللاجئين لعام ١٩٥١م. أيضًا، يستبعد تطبيق هذا المبدأ على اتفاقيات منظمة العمل الدولية.

(39) CE Ass. 21 décembre 1990, Confédération nationale des associations familiales.

(40) Conseil constitutionnel, Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999.

بعبارة مركزة، لا محل لمراقبة القاضي لشرط المعاملة بالمثل، حال تطبيقه لاتفاقيات دولية تتعلق بحقوق الإنسان، أو يتعلق موضوعها بإنشاء ميكانيزمات قضائية تضمن الحقوق الأساسية لحماية الإنسان ضد الانتهاكات الجسيمة كالمحكمة الجنائية الدولية. محكمة النقض الفرنسية اعتبرت في أحد قراراتها^(٤١) أن شرط المعاملة بالمثل، يعتبر قائماً بقرينة غير قابلة لإثبات العكس (irréfragable)، طالما أن الحكومة لم تتخذ المبادرة بإعلان وقف تطبيق اتفاقية دولية.

أما مجلس الدولة الفرنسي، ومنذ قرار Rekhov المشار إليه أعلاه، فلم يعتمد معيار القرينة غير القابلة لإثبات العكس فنجده لا يفحص شرط المعاملة بالمثل من تلقاء نفسه (d'office) وإذا ما أثار الاطراف ذلك فإنه يعتبر ذلك مسألة أولية يحيلها إلى وزير الخارجية، الذي يحدد ما إذا كان شرط المعاملة بالمثل محترماً إن النتيجة المنطقية لذلك، هي ارتباط قرار حل النزاع من طرف القاضي الإداري بقرار وزير الخارجية، وفي ذلك تجاوز لاستقلالية القاضي الإداري.

في آخر تحولات مجلس الدولة الفرنسي، صدر بتاريخ ٠٩ يوليو ٢٠١٠ قرار "السيدة سعاد بن صغير"^(٤٢) والذي أنهى من خلاله موقفه القديم بإحالة مسألة مراقبة شرط المعاملة بالمثل إلى وزير الشؤون الخارجية فلأول مرة في تاريخه، صرح مجلس الدولة باختصاصه السيادي المطلق بمراقبة شرط التطبيق المتبادل للاتفاقيات الدولية (مبدأ المعاملة بالمثل)، ضمناً للمحاكمة العادلة. وهكذا، من الآن فصاعداً، يختص القاضي الإداري، بفحص شرط التطبيق المتبادل للالتزام دولي ما دون الحاجة للرجوع إلى وزير الشؤون الخارجية.

هذا التحول في موقف مجلس الدولة يعود في حقيقة الأمر إلى قرار صدر عن مجلس الدولة^(٤٣) أديننت بسببه فرنسا من طرف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان^(٤٤)؛

(41) Cass. Civ. 6 Mars 1984, Affaire Kryla.

(42) CE Ass. 9 juillet 2010, Affaire M^{me} Souad Cheriet-Benseghir.

(43) CE. 9 avril 1999, Affaire M^{me} Chevrol-Benkeddach.

(44) CEDH. 13 février 2003, N° 49636/99, Chevrol c. France.

لانتهاكها حق المحاكمة العادلة التي تضمنه المادة (٠٦) فقرة ٠١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

بالنسبة لوقائع قضية "السيدة بن صغير"، فهذه الأخيرة من جنسية فرنسية، وبموجب المادة (٠٥) من الإعلان الحكومي لـ ١٩ مارس ١٩٦٢م المتعلق بالتعاون الثقافي بين الجزائر وفرنسا^(٤٥)؛ فإن الرتب العلمية والشهادات التعليمية الممنوحة في الجزائر وفي فرنسا، في إطار نفس شروط البرامج التعليمية والامتحانات، تكون نافذة بقوة القانون في كلا البلدين السيدة بن صغير، تحصلت على دبلوم بدرجة (دكتور في الطب) سنة ١٩٩٧م من طرف المعهد الوطني للتعليم العالي في العلوم الطبية بوهران. تقدمت بطلب لإدراج اسمها في قائمة منظمة الأطباء؛ فقبل طلبها بالرفض من طرف المجلس الإقليمي لمنظمة الأطباء (Le Conseil départemental de l'ordre des médecins) فلجأت بالطعن ضد قرار الرفض إلى المجلس الجهوي، ثم المجلس الوطني لمنظمة الأطباء، لكن دون جدوى، فتقدمت بطعن يتجاوز حد السلطة ضد قرار المجلس الوطني المؤرخ في ١٩ مارس ٢٠٠٨م، والذي كان مسبباً كما يلي: (بأن شهادة الدكتوراه في الطب، التي تحوزها العارضة، ليست نافذة بقوة القانون في فرنسا ففي إطار اتفاقيات إيفيان المبرمة بين الجزائر وفرنسا، التزم البلدان باعتبار الرتب والشهادات الممنوحة بتوافر نفس البرامج الدراسية والامتحانات، نافذة بقوة القانون وفي كلا البلدين وهذا بموجب أحكام المادة (٠٥) المشار إليها أعلاه وأسس المجلس الوطني قراره برفض طلب السيدة بن صغير على أن مقتضيات المادة (٠٥) لم تكن محل تطبيق متبادل في الجزائر، طبقاً للمادة ٥٥ من الدستور الفرنسي، وبالنسبة لمقتضيات اتفاقية ١٢ مارس ١٩٦٢م تستبعد من التطبيق).

حال فصله في الطعن، أكد مجلس الدولة الفرنسي على أنه ولئن كانت أحكام المادة ٥٥ من الدستور، تنص على أن: "المصادقة النظامية على المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية ونشرها يجعلها تسمو على القانون شرط مراعاة التطبيق المتبادل من الأطراف

(45) La déclaration gouvernementale du 19 mars 1962 relative à la coopération culturelle entre la France et l'Algérie.

الأخرى؛ أي مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل"، فإن عدم تطبيق أحكام الاتفاقية من الطرف الآخر يؤدي فقط الى عدم اعتبار هذا الالتزام الدولي سَامٍ على القانون. وهكذا، فعدم المعاملة بالمثل تجعل منزلة المعاهدة الدولية التي كانت تسمو على القانون تنتهقر في الرتبة، فتصبح بذلك، قاعدة قابلة لتطبيقها، لكن بدرجة أقل من القانون.

بعبارة أدق، فإن معايينة الإخلال بشرط المعاملة بالمثل في تطبيق أحكام الاتفاقية الدولية لا يفقدها طبيعتها كقاعدة قانونية قابلة للتطبيق، غاية ما في الأمر أن القانون في هذه الحالة يسمو على الاتفاقية الدولية، وأن الإخلال بالتطبيق المتبادل لاتفاقية دولية يجعلها أدنى مرتبة من القانون.

إن تفسير مجلس الدولة هذا، يجعل شرط المعاملة بالمثل هو معيار سمو (علوية) الاتفاقية الدولية على القانون الوطني، وبغياحه ينقلب مركز الاتفاقية داخل النظام القانوني للدولة.

اعتمد مجلس الدولة الفرنسي، في هذا القرار "التاريخي" على أسس دستورية وأخرى مصدرها القانون الدولي العام فالفقرة ١٤ من ديباجة دستور ١٩٤٦م، تقرّر بأن الجمهورية الفرنسية وفيّة لتقاليدها، بما يتوافق والقانون الدولي العام. كما أن قواعد القانون الدولي العام تقرّر بأنه: "يجب تنفيذ الاتفاقيات الدولية السارية في حق أطرافها، بحسن نية"^(٤٦).

وأكد مجلس الدولة أيضًا من خلال هذا القرار، على أن: "القاضي الإداري متى أثبتت أمامه وسيلة مستمدة من أن قرارًا إداريًا أخطأ في التأسيس على التحفظ الوارد في المادة (٥٥) من الدستور سواء باستبعاده تطبيق مقتضيات التزام دولي، أو بتطبيقها، يختص بمراقبة شرط التطبيق المتبادل للاتفاقية هل تم استيفاءه من عدمه".

وبالرجوع إلى قرار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الذي يشكل الخلفية الفلسفية لقرار "السيدة بن صغير" الصادر عن مجلس الدولة، نجد أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان اعتبرت أن القاضي الوطني سيّد، وأن سلطته تقتضي أن "لا يقيّد نفسه" برأي وزير الخارجية، في مسألة التطبيق المتبادل لاتفاقية دولية. كما أنه، يتعين على

^(٤٦) وهذا ما تقرره القاعدة اللاتينية: "pacta sunt servanda".

القاضي الوطني أن يمارس اختصاصه الكامل في حسم النزاع، وأن يأخذ بعين الاعتبار حال فحصه شرط التطبيق المتبادل لاتفاق دولي ما العناصر الواقعية والقانونية المقدمة من قبل طرفي النزاع، وكذلك يتعين عليه احترام أحكام المادة (١٠٦-١) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تضمن حق المحاكمة العادلة، بأن يطرح مسألة التطبيق المتبادل للاتفاقية في "مناقشة وجاهية".

ساير مجلس الدولة الفرنسي توجّه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فجاء في إحدى حيثيات قرار "السيدة بن صغير" أن: "القاضي الإداري لدى ممارسته لسلطات التحقيق في المنازعة الإدارية، يتلقى عرضاً بملاحظات وزير الشؤون الخارجية، وعند الاقتضاء، يمكن للدولة أن تعرض ملاحظاتها في مناقشة وجاهية، وبعدها يعاين مدى كفاية عناصر الواقع والقانون ليستخلص من مجموع إجراءات التحقيق بأنواعها هل هي كافية لتوافر شرط التطبيق المتبادل للاتفاقية من عدمه"، وانتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه: "لم يثبت لا من وثائق ملف القضية ولا من جلسة التحقيق، وجود رتب أو شهادات في الطب ممنوحة في فرنسا بنفس شروط مناهج التعليم والامتحانات لم تعتبر نافذة بقوة القانون في الجزائر"، وبذلك، فشرط التطبيق المتبادل للاتفاقية قائم طالما لم يثبت هذا العكس، وبالتالي يتعين إبطال قرار المجلس الوطني لمنظمة الأطباء".

نستخلص من هذا القرار أن مجلس الدولة افترض قرينة "التطبيق المتبادل للاتفاقية" إلى حين إثبات العكس غير أن إثبات هذا العكس لا يكون إلا من خلال مناقشة وجاهية يضمن فيها حق الدفاع والمساواة في الأسلحة، فيتعين على الدولة تقديم الدليل على "عدم التطبيق المتبادل للاتفاقية"، وفي الوقت نفسه للطرف الآخر دحض ذلك بالدليل العكسي أو تقديم الإشارة على وجود هذا الدليل؛ ليستكمل القاضي البحث عنه بموجب الدور الإيجابي المنوط به. وفي الأخير يفصل القاضي، بكل سيادة، في مسألة توافر شرط المعاملة بالمثل من عدمه، دون التقيّد بما قد يبديه وزير الخارجية. بالنسبة للجزائر، شرط المعاملة بالمثل لم ينص عليه الدستور الوطني. ومتى أثير أمام القاضي الوطني، فيتعين عليه، من حيث المبدأ استبعاده من النقاش^(٤٧) وبالتالي،

(٤٧) مع ذلك، هناك من يرى أن مبدأ المعاملة بالمثل هو عرف دولي راسخ ومستقر لا يحتاج لإقراره ضمن نص دستوري. كما أن اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات للعام ١٩٦٩م، في مادتها السنتين، تكرس

فالإشكال المتعلق بمدى سلطة القاضي الوطني واختصاصه بتقدير وجود تطبيق متبادل للاتفاقية، ومدى مساس ذلك بمبدأ فصل السلطات لا محل له في الدستور الجزائري الذي لم يتناول أصلاً ولم يشير لمبدأ المعاملة بالمثل كأساس لاستبعاد أو تطبيق الالتزامات الدولية.

وفي المقابل، تنص المادة (٦٠) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ١٩٦٩م، على حالات الإخلال الجوهري بالمعاهدات الثنائية أو الجماعية من قبل أحد أطرافها. قد يستند إلى هذا النص من أحد أطراف النزاع القضائي لتأسيس تحله من التزاماته الدولية، والجدير بالذكر في هذه الحالة أنه وعلى عكس تضمين مبدأ المعاملة بالمثل في نص دستوري كشرط لدخول المعاهدة في النظام القانوني للدولة يخاطب سلطات الدولة الدستورية، فإن نص المادة (٦٠) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات يخاطب الأطراف السامية المتعاقدة على الصعيد الدولي، ويحولها بشروط إمكانية التنصل من التزاماتها الدولية أو إيقاف العمل بها في حالة ثبوت الإخلال الجوهري من أحد الأطراف.

في الأخير، نخلص إلى أن الاتفاقيات الدولية التي لا تستجمع الشروط المقررة لها في الدستور لا يمكن أن تدخل إلى المنظومة القانونية للدولة. وبتوافر هذه الشروط، يطبقها القاضي الوطني على أن تكون صالحة للتطبيق المباشر^(٤٨)، بأن تتضمن أحكاماً دقيقة، واضحة بشكل كاف وقابلة للتطبيق فوراً، دونما حاجة للعودة إلى عمل

هذا المبدأ. وقد صادقت الجزائر على اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بموجب المرسوم الرئاسي رقم ٨٧-٢٢٢ المؤرخ في ١٣ أكتوبر ١٩٨٧م.

كما أن تناولنا لهذا الشرط في ظل القانون الفرنسي، ومعاينة التطور الاجتهادي في هذه المسألة، مرجعه أن الكثير من الاتفاقيات الدولية تتناول في موادها صراحة هذا الشرط، مما يجعل إلمام القاضي الجزائري بالمسألة ضرورياً، رغم عدم تناول الدستور الوطني للمسألة.

^(٤٨) من الصعب التمييز بين الاتفاقيات القابلة للتطبيق المباشر -أو ذات الأثر المباشر أو ذاتية التطبيق- self-executing والأخرى التي تخاطب الدول وتحتاج لآليات تشريعية لتحويلها لنصوص قانونية قابلة للتطبيق قضائياً؛ فالمعاهدة الواحدة قد تحوي أحكاماً من كلا الصنفين. لا توجد معايير واضحة، دقيقة ومتفق عليها في القانون الدولي. غير أنه، يمكن الاستعانة بما سبق لنا الإشارة إليه عند تناولنا للمسألة.

قانوني آخر؛ ولهذا الغرض على القاضي أن يميز بين الاتفاقيات التي تولّد التزامات بين الدول، وبين تلك التي تنشأ التزامات مباشرة لصالح الأفراد بمجرد نفاذها^(٤٩)، فمثلاً، تراجعت^(٥٠) محكمة النقض الفرنسية عن سابق اجتهادها^(٥١)، وأكدت التطبيق المباشر لأحكام المادتين (٣٠٣) من اتفاقية لحقوق الطفل (نيويورك ٢٦ جانفي ١٩٩٠م)، التي تنص بأنه في كل القرارات المتعلقة بالطفل، يجب أن تكون مصلحته العليا محل اعتبار أساسي، وكذا المادة (١٢-٢) المتعلقة بإمكانية سماع الطفل في كل الإجراءات القضائية أو الإدارية التي تخصه. أما مجلس الدولة الفرنسي، فموقفه منذ البداية، يؤكد على ضرورة تقدير نصوص الاتفاقية مادة بمادة للقول بمدى قابليتها للتطبيق المباشر^(٥٢).

(49) Pr Gilles J. Guglielmi, Droit administratif général, Université PANTHEON-ASSAS (Paris II). 2008-2009, pp.108-109.

(50) Cass. 1^{ère} civ. 18 mai 2005, N° 02-20613.

(٥١) سابقاً، كان اجتهاد محكمة النقض الفرنسية، يتجه نحو عدم إمكانية التطبيق المباشر لاتفاقية حقوق الطفل "بمجمليها"؛ فالاتفاقية "كل" ليس لها أثر المباشر. فهذا الاتجاه يقوم على فحص شامل للاتفاقية؛ فإما أنها ذات تطبيق مباشر كلها، أو العكس. هذا التفسير الضيق كان محل نقد الفقه القانوني، وحتى من طرف بعض قضاة محكمة النقض.

Cass. 1^{ère} civ. 10 mars 1993, Le jeune, D. 1993, 361, note Massip; 3 juin 1993, Babinet, Bull. Civ. I. n° 195.

(٥٢) وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي ذلك، بفحصه كل مادة من الاتفاقية -على حدى- والقول بمدى قابلية تطبيقها مباشرة من عدمه. فالمواد (٠٤، ٠٣، ٠١، ١٠ و ١٦) التي تضمن حق الطفل في احترام حياته الخاصة والعائلية، بنفس المصطلحات الواردة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تقريباً، تم التصريح بأن لتلك المواد أثر تطبيقي مباشر.

CE. 10 mars 1995. Demirpence; CE. 22 septembre 1997. Cinar; CE. Sect. 23 avril 1997. GISTI.

وقد صدر مؤخراً، كذلك، قرار عن مجلس الدولة الفرنسي (GISTI et autres, du 7 juin 2006)، بمناسبة طعن قضائي ضد مرسوم يحظر التكفل بالعناية الطبية للأجانب الذين هم في وضعية غير نظامية (غير شرعية) في فرنسا. مجلس الدولة اعتبر أن المواد ٠٩ و ١٠ من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية، الذي بموجبه أقرّت الدول الأطراف بحق كل شخص في التأمين الاجتماعي، بما في ذلك الضمان الاجتماعي، وكذلك في حماية مساعدة واسعة قدر الإمكان للعائلة، كما جاءت بذلك المواد ١١، ١٢، ١٣ و ١٧ من العهد الاجتماعي الأوروبي التي تنص على أن: "الدول الأطراف تلتزم باتخاذ التدابير اللازمة لضمان الممارسة الفعلية والصارمة للحق في الأمن الصحي والحق في التأمين الاجتماعي والحق في المساعدة الاجتماعية والطبية وحق الأطفال

الخاتمة

خلص البحث عن تطورات السلطات الرقابية للمحاكم الوطنية في مجال تطبيق المعاهدات الدولية إلى النتائج التالية:

- تقليديًا كانت فكرة مراقبة القاضي الوطني لصحة إجراءات التصديق على المعاهدة مرفوضة عبر الزمن استنادًا لنظرية أعمال السيادة التي من المستقر فيها أن القاضي يمتنع عن مراقبتها احترامًا لمبدأ فصل السلطات. لكن، في ٢٠ أكتوبر ١٩٨٩م صدر قرار Nicolo الشهير، ومعه بدأ الفقه الفرنسي يستشعر ملامح تطور في اتجاهات مجلس الدولة يستهدف تأكيد سلطته القضائية واستقلاليتها التي يكفلها له الدستور في مواجهة بقية السلطات. فقام مجلس الدولة الفرنسي من خلال هذا القرار ولأول مرة بمطابقة أو بمقابلة قانون بمعاهدة سابقة عليه لتقضي المطابقة من عدمها متخليًا عن مفاهيمه الكلاسيكية، وبدأ الأمر يتجه نحو أقول نظرية أعمال الحكومة.
- مدّد مجلس الدولة الفرنسي في قرار صدر بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٩٨م رقابته إلى إجراءات التصديق اللازمة لإندراج المعاهدة الدولية في النظام القانوني الداخلي وإنتاج آثارها فيه؛ وبذلك لم يعد القاضي الإداري الفرنسي يكتفي بالتحقق من الوجود المادي للاتفاقية فقط، ولكن، أيضًا يراقب نظامية وشرعية إجراءات التصديق عليها، وفي ذلك تأكيد للتلازم بين علو المعاهدة على سابقتها ولاحقها من القوانين من جهة مع شرعية إجراءات التصديق عليها من جهة أخرى. وهذا إعمالًا لنص المادة ٥٥ من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨م. وهكذا، وفي حالة تجاوز رئيس الجمهورية للقيود الدستورية المفروضة على اختصاصه بإبرام المعاهدات، كمصادقته على

والمراهقين في النمو في محيط ملائم وتفتح شخصياتهم وتطوير قدراتهم الجسمية والعقلية"، اعتبر مجلس الدولة، ما سبق من مواد، ليست ذات أثر مباشر. في الواقع، "هذه المواد لا تولد آثارًا مباشرة في مواجهة الأفراد، فلا يمكن إثارتها في أوجه إبطال المرسوم المهاجم". مع ذلك، وفي نفس القرار، اعترف القاضي الإداري للمادة ٣ فقرة ١ من اتفاقية حقوق الطفل لـ ٢٦ جانفي ١٩٩٠م (المتعلقة بالأخذ بعين الاعتبار المصلحة العليا للطفل) بالأثر المباشر. إن قوة منطق إقناع توجهات مجلس الدولة هاته، هي محل تشكيك وتحفظات من طرف الفقه.

المعاهدة قبل الحصول على موافقة البرلمان متى اشترطها الدستور، أو رغم اعتراض هذا الأخير عليها، فإن القاضي يعاين هذا التجاوز في حكمه، وبالتالي يستبعد من التطبيق أحكام الاتفاقية الدولية، المصادق عليه بإجراءات غير شرعية.

• يتمتع القاضي الإداري بسلطة مراقبة شرط نشر أحكام الاتفاقيات الدولية في فرنسا. وأكدت الدراسة على عدم وجود نص صريح في الدستور الجزائري يوجب نشر المعاهدة أو الاتفاقية لإندراجها ضمن القانون الداخلي فالمادة (١٥٠) من الدستور ترمي الى أن المعاهدات التي صادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون إن الدستور الجزائري ببساطة لا يتطلب النشر. إن مسألة نشر أحكام المعاهدة الدولية كشرط لدخول المعاهدة حيز النفاذ غير واردة ولا أثر لها في الدستور الجزائري، وعرضنا حججا تدعم هذا الموقف.

• تناولنا بالبحث والتحليل موضوع مراقبة القاضي الوطني لشرط الأثر المباشر والقابلية للاحتجاج للاتفاقيات الدولية، في أحدث ما توصل إليه القضاء الفرنسي. وخلصنا من خلاله إلى أن البند الاتفاقي الدولي، لكي يكون ذا أثر مباشر يجب أن يستجمع معيارين ذوا تطبيق تركيبي:

- معيار ذاتي: بأن حكم البند الدولي لم يأتي، حصراً، لتنظيم أو حكم العلاقات بين الدول. وأن يكون، بالنتيجة، قد أنشأ حقوقاً شخصية لفائدة الخواص. التساؤل الذي يطرحه القاضي هنا "من هو المخاطب بأحكام الاتفاقية الدولية؟". مجلس الدولة الفرنسي، تبنى وطور هذا المعيار، في قرار GISTI لـ ١١ أبريل ٢٠١٢م بتوجه ذو نفس ليبييرالي لما اعتبر أن البند الاتفاقي، الذي ينشئ حقوقاً للأفراد، يكون ذا أثر مباشر، ولو تضمن في الوقت ذاته تنظيماً لعلاقات بين الدول

- معيار موضوعي: بعدم وجود أي عمل قانوني ضروري لتطبيق البند الدولي، وهذا باستعمال صيغة فعل الإلزام "requérir". ويجب الانتباه هنا، أنه لا يكفي أن يحيل البند الدولي إلى سن عمل قانوني وطني معين للاستبعاد الآلي للأثر المباشر؛

أي يجب أن يتحقق القاضي بأن يطرح التساؤل التالي: "هل وجود نص قانوني هو ضروري فعلاً لتطبيق النص الدولي؟".

- عالجت مسألة قابلية الاحتجاج بالاتفاقيات الدولية من خلال خلاصات المقرر العام السيدة Gaëlle Dumortier التي طرحت على مجلس الدولة فكرة فصل مفهوم الأثر المباشر عن مفهوم قابلية الإحتجاج l'invocabilité بالاتفاقية، ومفادها أن الاتفاقية الدولية قابلة للاحتجاج بها سواء أكانت ذات أثر مباشر أم لا في مواجهة الأحكام التشريعية أو التنظيمية. وفيما يتعلق بالقرارات الفردية، فلا يمكن الاحتجاج بالاتفاقية الدولية في مواجهتها إلا إذا كانت ذات أثر مباشر غير أن مجلس الدولة رفض هذا التوجه، لأسباب عدّة ذكرناها، وصرح بأنه لا يمكن الاحتجاج بغير المعاهدات "التي تنشئ حقوقاً للأفراد بإمكانهم إثارتها مباشرة"، مكرساً موقفه التقليدي: بعدم إمكانية الاحتجاج إلا بالمعاهدات التي لها أثر مباشر، هنا تظهر، وبشكل ملموس المزاوجة بين مفهومي الأثر المباشر وقابلية الاحتجاج كما لم يهمل البحث تناول المسألة فيما يتعلق بالقانون الأوروبي المشترك ونشير هنا إلى خلاصتنا في ذلك وهي أن القواعد الأوروبية التي لها أثر مباشر قابلة للاحتجاج بها بكل الأشكال: الاحتجاج التعويضي، التفسيري، الإقصائي والحلوي، أما القواعد التي ليس لها أثر مباشر فتقبل كل أشكال الاحتجاج السابقة باستثناء الإحتجاج الحلوي. غير أن المؤكد أن توجهات مجلس الدولة الفرنسي ستتغير حتماً في اتجاه الفصل بين مفهومي الأثر المباشر والقابلية للاحتجاج، في مجمل أحكام القانون الدولي، فليس من المتقبل دستورياً ولا دولياً وجود العديد من أحكام الاتفاقيات الدولية أو الاتفاقات الثنائية غير المولدة لأي أثر في القانون الداخلي ففي النهاية، وبعيداً عن كل الحجج البراغماتية، لا مناص من التسليم بقابلية كل قواعد القانون الدولي للاحتجاج بها أمام القاضي الوطني.

- فيما يتعلق بمراقبة القاضي الوطني لشرط المعاملة بالمثل أو كما يسمى بالتطبيق المتبادل للاتفاقية، فمن حيث المبدأ، لا محل لمراقبة القاضي لشرط المعاملة بالمثل

حال تطبيقه لاتفاقيات دولية تتعلق بحقوق الإنسان، أو يتعلق موضوعها بإنشاء ميكانيزمات قضائية لحماية الحقوق الأساسية لحماية الإنسان ضد الانتهاكات الجسيمة كالمحكمة الجنائية الدولية. وبالنسبة لمختلف المعاهدات الدولية الأخرى، غير معاهدات حقوق الإنسان وحماية الحريات الأساسية، فالمبدأ الكلاسيكي هو عدم اختصاص القاضي الوطني بمراقبة شرط التطبيق المتبادل للاتفاقية نظراً لطابعه السياسي، والذي تختص السلطات الحكومية، بتقديره، وفقاً لمعطيات واقعية وسياسية.

- بتاريخ ٠٩ يوليو ٢٠١٠م صدر عن مجلس الدولة الفرنسي قرار شهير "السيدة سعاد بن صغير" والذي أنهى من خلاله موقفه القديم بإحالة مسألة مراقبة شرط المعاملة بالمثل إلى وزير الشؤون الخارجية. فأول مرة في تاريخه، صرح مجلس الدولة باختصاصه السيادي المطلق بمراقبة شرط التطبيق المتبادل للاتفاقيات الدولية (مبدأ المعاملة بالمثل)، ضماناً للمحاكمة العادلة، وهكذا من الآن فصاعداً يختص القاضي الإداري، بفحص شرط التطبيق المتبادل لالتزام دولي ما دون الحاجة للرجوع إلى وزير الشؤون الخارجية. هذا التحول في موقف مجلس الدولة يعود في حقيقة الأمر إلى إدانة فرنسا من طرف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لانتهاكها حق المحاكمة العادلة التي تضمنها المادة (٠٦ فقرة ٠١) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان مجلس الدولة الفرنسي أكد في القرار على أنه: ولئن كانت أحكام المادة (٥٥) من الدستور تنص على أن: "المصادقة النظامية على المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية ونشرها يجعلها تسمو على القانون شرط مراعاة التطبيق المتبادل من الأطراف الأخرى؛ أي مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل؛ فإن عدم تطبيق أحكام الاتفاقية من الطرف الآخر يؤدي فقط إلى عدم اعتبار هذا الالتزام الدولي ساماً على القانون؛ وهكذا، فعدم المعاملة بالمثل تجعل منزلة المعاهدة الدولية التي كانت تسمو على القانون تتقهقر في المرتبة، فتصبح بذلك، قاعدة قابلة لتطبيقها، لكن بدرجة أقل من القانون، وبعبارة أدق، فإن معاينة الإخلال بشرط المعاملة بالمثل في تطبيق

أحكام الاتفاقية الدولية لا يفقدها طبيعتها كقاعدة قانونية قابلة للتطبيق غاية ما في الأمر أن القانون الداخلي في هذه الحالة يسمو على الاتفاقية الدولية إن الإخلال بالتطبيق المتبادل لاتفاقية دولية يجعلها أدنى مرتبة من القانون.

• إن الممارسة القضائية الحذرة لم تعد مُرحبًا بها اليوم وخوف القاضي من إعمال القانون الدولي خشية التدخل في السياسة الخارجية للدولة، والتي يقودها بنص الدستور رئيس الجمهورية، لم يعد مبررًا، طالما أن شرط المعاملة بالمثل أضحي بفعل هذا الاجتهاد المتميز، مكنة مطلقة بيد القاضي، يقدره دون إحالة أو تعقيب.

التوصيات:

عبر هذا التطور الاجتهادي المتميز للقضاء الأجنبي، في مادة السلطات الرقابية على المعاهدات الدولية يمكن أن نخلص للتوصيات التالية:

(١) دعوة القضاة الوطنيين، لاسيما القضاة العرب، إلى الانخراط أكثر فأكثر في المجال الدولي عبر تطبيق مختلف أحكام القانون الدولي، لاسيما القواعد الاتفاقية منها مما سيعزز من فعالية قواعد القانون الدولي وإنفاذها على المستوى الوطني، وهو ما سينعكس أثره على تطوير قواعد القانون الدولي عبر الزمن.

(٢) دعوة القضاة الوطنيين إلى تطوير أحكام تطبيق الاتفاقيات الدولية والخروج بها من نطاق التطبيق الكلاسيكي، ومحاولة اقتفاء أثر القضاء الأجنبي في مسار تطويره لتلك الأحكام عبر الاجتهاد المتميز الذي شكل التراكم المعرفي لهذه المادة.

(٣) دعوة القضاة الوطنيين إلى ممارسة كامل الدور المنوط بهم في مجال تطوير القواعد القانونية، لاسيما في مادة الرقابة على تطبيق القانون الدولي، والتخلي عن تبعيتهم للمشرعين الوطنيين وللسلطات التنفيذية التي أضحي دورها في تقلص مستمر لصالح السلطة القضائية بفعل تنامي مفاهيم دولة القانون، وسمو القانون الدولي.

المراجع

أولاً- المراجع العربية:

١ - منظومة قانونية:

- الدستور الجزائري لـ ٢٢ نوفمبر ١٩٩٦.
- القانون رقم ٠١-١٦ المؤرخ في ٦ مارس ٢٠١٦، المتضمن التعديل الدستوري.

٢ - نصوص فقهية:

- سفيان عبدلي. ضمانات إستقلالية السلطة القضائية بين الجزائر وفرنسا. نرو للنشر. ألمانيا. ٢٠١١.
- محمد فؤاد عبد الباسط. اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية. دار الجامعة الجديدة. ٢٠٠٧.

ثانياً- المراجع الأجنبية:

- 1- Antoine Masson. Droit communautaire: Droit institutionnel et droit matériel. 2e édition. Larcier. 2009.
- 2- Bérangère Taxil. Les Critères De L'applicabilité Directe Des Traités Internationaux Aux Etats-Unis Et En France. R.I.D.C. no.1. 2007.
- 3- Bernard Stirn, Duncan Fairgrieve, Mattias Guyomar. Droits et libertés en France et au Royaume-Uni. Odile Jacob. Paris. 2006.
- 4- Bob Kieffer. L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public. Larcier. 2008.
- 5- Catherine Weniger. La Responsabilité du Fait des Produits pour les Dommages Causes à un Tiers au Sein de la Communauté Européenne. Etude de droit comparé. Librairie DROZ. Genève. 1994.

- 6- Guettier. Le contrôle juridictionnel des actes du Président de la République. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger. Tome 114. Numéro spécial 5-6. 1998
- 7- Gilles Guglielmi. Droit administratif général. Tome I : Les structures. Universitoo. 2003.
- 8- Gilles Guglielmi. Droit administratif général. Université PANTHEON-ASSAS (Paris II). 2008.
- 9- Jean Combacau et Serge Sur. Droit international public. Montchrestien. Paris. 2009.
- 10- Laurence Potvin-Solis. Les effets du droit de l'Union européenne sur les compétences des collectivités territoriales. L'Harmattan. 2013.
- 11- M. Long, P. Weil, G. Braibant. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. 9^{ème} édition. 1990.
- 12- Marie Gautier. Droit insitutionnel de l'Union européenne. Presses universitaires de France. 2010.
- 13- Michel Rousset, Olivier Rousset. Droit administratif : L'action administrative. 2^e édition. Presses Universitaires De Grenoble. 2004.
- 14- Serge Slama. Adoption de nouveaux critères de détermination de l'effet direct des normes internationales sans consacrer leur invocabilité systématique. In Lettre Actualités Droits-Libertés. CREDOF. 14 mai 2012.
- 15- Tim Corthaut, Koen Lenaerts. Of birds and hedges: The role of primacy invoking norms of EU law. European law review. Vol. 31 ; issue. 3. 2006.

ثالثاً- الاجتهادات القضائية:

- C.E. 22 février 1952. Sieur Simon.
- C.E. 9 juin 1952. Géný.
- C.E. Sect. 11 décembre 1959. Commissaire du Gouvernement près la commission de répartition de l'indemnité des nationalisations tchécoslovaques.
- C.E. 5 février 1962. Dame Caraco.
- C.E. Ass. 2 mars 1962. Rubin de Servens et autres.
- C.E. 11 avril 1962. Société Savana et Société des Etablissements textiles de Modeliaperth.
- C.E. Ass. 13 juillet 1965. Requête n°5278. Société Navigator.
- C.E. Ass. 30 mars 1966. Compagnie générale d'énergie radioélectrique.
- C.E. Ass. 30 mars 1966. Guyot.
- C.E. 4 novembre 1970. Sieur de Malglaive.
- C.E. 22 décembre 1978. Cohn Bendit.
- C.E. Ass. 29 mai 1981. Affaire Rekhoul.
- C.E. Ass. 23 novembre 1984. Association «Les Verts».
- C.E. Ass. 8 avril 1987. Requête n° 79840. Procopio.
- C.E. 29 avril 1987. Consorts Yener et Erez.
- C.E. 03 février 1989. Compagnie Alitalia.
- C.E. 20 février 1989. Allain.
- C.E. Ass. 21 décembre 1990. Confédération nationale des associations familiales.
- C.E. Ass. 28 février 1992. SA Rothmans International
- C.E. 23 septembre 1992. GISTI.
- C.E. Ass. 18 décembre 1992. Préfet de la Gironde c. Mahmedi.

- C.E. Ass. 15 octobre 1993. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong Kong.
- C.E. 29 juillet 1994. requête n° 143866. Préfet de la Seine-maritime.
- C.E. Ass. 29 septembre 1995. Association Greenpeace France.
- C.E. Ass. 30 octobre 1996. Cabinet Revert et Badelon.
- CE. 10 mars 1995. Demirpence; CE. 22 septembre 1997. Cinar; CE. sect. 23 avril 1997. GISTI.
- C.E. Ass. 06 février 1998. Tête, Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais.
- C.E. 25 Septembre 1998. Megret.
- C.E. 16 novembre 1998. Lombo.
- C.E. Ass. 18 décembre 1998. Affaire SARL du Parc d'activité de Blotzeim.
- C.E. Ass. 9 avril 1999. Mme Bâ.
- C.E. 9 avril 1999. Affaire Mme Chevrol-Benkeddach.
- C.E. 5 juillet 2000. Mégret et Mekhantar.
- C.E. 7 novembre 2001. Tabaka.
- C.E. 12 novembre 2001. Requête n° 214101. Watenne.
- C.E. Ass. 5 mars 2003. Requête n° 242860. Aggoun.
- C.E. 10 avril 2003. Comité contre la guerre en Irak.
- C.E. 11 mai 2004. Association AC.
- C.E. 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation.
- C.E. Ass. 3 octobre 2008. Commune d'Annecy. n° 297931.
- C.E. 30 octobre 2009. Mme Perreux.
- C.E. Ass. 9 juillet 2010. Affaire Mme Souad Cheriet-Benseghir.
- C.E. Ass. 23 décembre 2011. M. Eduardo José Kandyryne de Brito Paiva.

- C.E. Ass. 11 avril 2012. GISTI et FAPIL. Req. n° 322326.
- C.E. Sect. 28 mars 2014. Groupe français de la Cour permanente d'arbitrage.
- C.E. 11 avril 2014. Décision des 3e, 8e, 9e et 10e sous-sections réunies. n° 362237, à publier au Lebon.
- Cass. Crim. 15 octobre 1991, n° 90-86-791; Cass. Crim. 31 janvier 2001. N° 00-82.341.
- Cour permanente internationale de justice. Avis, 21 février 1925 sur l'échange des populations grecques et turques.
- Conseil constitutionnel. Décision n° 80-126 DC 30 décembre 1980.
- Cass. Civ. 6 Mars 1984. Affaire Kryla.
- Cons. Constit. décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986. Entrée et séjour des étrangers en France; Cons. Constit. décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992. Traité sur l'Union européenne.
- Cass. 1ere civ. 10 mars 1993. Le jeune, D. 1993.361. note Massip; 3 juin 1993. Babinet, Bull. civ. I. n° 195.
- Conseil constitutionnel. Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999.
- Cass. civ. I. 29 mai 2001. pourvoi n° 99-16.673. Association pour la sécurité aérienne en Afrique et à Madagascar.
- CEDH. 13 février 2003. N° 49636-99. Chevrol c. France.
- Cass. 1ere civ. 18 mai 2005. N° 02-20613.
- Cass. Civ. 1re, 11 juillet 2006. n° 02- 20.389. Bull. civ. 2006- I. n ° 378. Tunisian Sea Transport Company c. Etat français. p. 325. D. 2006. 2277; Rev. crit. DIP. 2007. 391, note M. Audit.
- Cass. Soc. 16 décembre 2008. Eichenlaub c/ Axia. N°05-40876.









المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

Journal Of Jurisprudence And Legal Studies

Specialized & Refereed Scientific Journal (Quarterly)
Issued by the Higher Judicial Institute
Sultanate of Oman

In This Issue:

- **Attestation of Divorcee's Return and Informing the Wife for the Return in Islamic Figh'h and Oman Personal Status Law (A Comparative Study)**
Dr. Rashid Hamood Ahmed Al-nadhairi
- **Endowment Funds and Their Role in Achieving Scientific and Cultural Development**
Prof. Adnan Abd Al-razzak Al-Hamwi Al-Ulabi
- **The Apparent Agency Theory and Its Applications in the Omani Judiciary**
Dr. Khalil bin Hamed Bin Abdullah Albusaidi
- **Principle of Judicial Independence between Theory and Practice in the Omani and Sudanese System (A Comparative Study)**
Dr. Hussain Said Saif Al-Ghafri - Dr. Maher Ibrahim Ebed Emam - Dr. Mohamed Elaalim Adam Ahmed
- **Omani Electronic Litigation and the Desired from Predictive Justice (A Comparative Analytical Study)**
Dr. Abdul Rahim Saif Ali Al-Qassabi
- **Criminal Liability for Doping in Sports Competitions in French Legislation**
Prof. Rana Ibrahim Suleiman Atour
- **The Evolution of Monitoring Authorities of Domestic Courts in the Area of International Treaties (A Study Supported by the Latest Jurisprudence)**
Prof. Sofiane Abdullah Abdelli