



مجلة العلوم القانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها كلية القانون - ترهونة

جامعة الزيتونة

العدد السابع - السنة الرابعة - 2016م

التدقيق الوطني

2012-610م

دار الكتب الوطنية - بنغازي

ملاحظة /

الآراء الواردة في البحوث على مسؤولية أصحابها وهم وحدهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، وإدارة المجلة لاتتحمل أي مسؤولية في ذلك .

يمكنكم التواصل مع إدارة مجلة العلوم
القانونية/كلية القانون ترهونة عبر البريد

الإلكتروني: jjjournal9@gmail.com

وعبر الفيس بوك على العنوان التالي :

<https://www.facebook.com/ganon1991>

مجلة العلوم القانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها كلية القانون ترهونة جامعة الزيتونة

رئيس التحرير

د.محمد علي زبيدة

مدير التحرير

د.أشرف عمران محمد

المشرف العام

أ.عبدالمجيد العارف أحمد

لجنة التحرير

د.عمر رمضان العبيد

د.فرح سليمان حمودة

د.محمود رمضان أبوستة

د.مفتاح الصويعي الرقيبي

د.عبدالله عبدالسلام عريبي

محتويات العدد

- 5..... كلمة العدد
- عدول المحكمة العليا بدواثرها المجتمعة على المبادئ المتعلقة بالمجلس الطبي وأثر ذلك على الدعوى الجنائية .
- 6..... د.مفتاح الصويحي منصور
- العوارض وتأثيرها في الأحكام
- 14..... د.جمال محمد الغرياني
- الأفعال الإجرامية المخلة بإقامة العدالة أمام القضاء الدولي الجنائي الدائم
- 46..... د.أشرف عمران محمد
- تعليق على الحكم الصادر عن المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 29 لسنة 59ق
- 60..... د.خالد سالم فلاح
- الموقف الفقهي من إنشاء بنوك اللين
- 68..... د.محمد على زبيدة
- دور مجلس الأمن في مواجهة تصاعد الإرهاب الدولي " نظرة تحليلية نقدية "
- 84..... د.مصباح عبدالسلام النعاس
- غموض قانون الزواج والطلاق في تحديد الفرق بين العقد الباطل والفساد(القانون رقم 10 لسنة 1984م وتعديلاته)
- 106..... د.سليم عبد الدائم بشينه
- التنظيم القانوني لحقوق الموظف العام المتقاعد
- 119..... د.مفتاح خليفة عبد الحميد

- حق المتهم في الدفاع امام القضاء الجنائي
د. فرج عبدالواحد نويرات.....146
- وظائف الاعتمادات المستندية ومخاطرها على أطراف عقد البيع الدولي
د. جمال عمران المبروك اغنية.....178
- أحكام المحاربين في المدن والقرى (دراسة فقهية مقارنة)
د. محمد إبراهيم الكشر.....217
- حقوق المسنين في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية
د. أسمهان سالم على.....246
- ضرورة تجريم الاعتداء على البريد الإلكتروني
د. عبد الحلیم بن مشرى و د. حسينة شرون.....297

كلمة العدد

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلينوبعد

فيسرني أن أقدم العدد السابع من مجلة العلوم القانونية بكلية القانون ترهونة - جامعة الزيتونة، وألتقي بالقراء الأعزاء المتتبعي لأعداد هذه المجلة وهي تأخذ مكانتها بين المجالات العلمية المتخصصة في داخل هذه البلاد وخارجها .
والعلم لاشك أنه القاعدة التي نرتكز عليها لبناء ذلك الصرح الذي نتطلع لتشبيده، لإيماننا بأن العلم هو الأداة الحضارية لمعالجة ما هو مرفوض من العادات بما هو مقبول من جميل القيم والخصال .

ومن واجبنا أن نؤكد على أهمية أن تتحمل الجامعات دورها القيادي في المجتمع، لكي يكون لهذا الدور الأثر في توجيه أجيالنا المعاصرة بما يكفل سلامة ورقي مسيرة مجتمعنا الذي يعيش ذلك المخاض العسير خلال هذه السنوات التي ضلت فيها القوافل طريقها حتى أصبح الهدف المنشود تحيط به سحائب وغيوم لا يمكن من الرؤية السديدة .

ومن هنا تعظم المسؤولية في مواجهة المؤسسات العلمية لهذه التحديات والاستجابة لمتطلبات أبناء الوطن، ومناطق ذلك مرهون بمضاعفة جهود العلماء على اختلاف تخصصاتهم العلمية ، ومن كافة المؤسسات البحثية بطول الوطن وعرضه وتطويع البحث العلمي لخدمة المجتمع ، والمساهمة في تنمية مختلف جوانب الحياة فيه .

وصدوراً عن التوجه البناء جاء هذا العدد الجديد من مجلة العلوم القانونية حافلاً بالعديد من الأبحاث الشرعية والقانونية التي تمثل عمل علمي ناضج تيسر للقارئ الكريم السبل لفهم أعمق وثقافة شرعية وقانونية أرحب في ظل مناخ بحثي متحرر من كافة القيود والهواجس الأمنية التي تعيق حركة البحث العلمي .

وندعو الله أن يحفظ هذا الوطن من كل مكروه ، وأن يوفق المخلصين لمتابعة جهودهم التي تسعى نحو الخير والصلاح ، لكي يتمكن هذا الوطن من مواصلة طريقه نحو التقدم والازدهار .

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

د. محمد علي زبيدة

رئيس تحرير مجلة العلوم القانونية

عدول المحكمة العليا بدوائرها المجتمعة على المبادئ المتعلقة

بالمجلس الطبي، وأثر ذلك على الدعوى الجنائية

((تعليق على حكم المحكمة العليا في الطعن المدني))

35/811 ق الصادر بتاريخ 2013.12.23م

إعداد الدكتور: مفتاح الصويجي منصور

عميد كلية القانون - ترهونة / جامعة الزيتونة

أثار موضوع مدى إلزام المحاكم باختلاف أنواعها، باللجوء إلى المجلس الطبي، عند نظر القضايا المتعلقة بأخطاء الأطباء والعاملين بالمهن الطبية، جدلاً كبيراً في الأوساط الفقهية، كان انعكاساً طبيعياً لما يحدث في أروقة المحاكم، ففي حكم للمحكمة العليا بجلستها المنعقدة بتاريخ: (12/02/1992م)، وبمناسبة نظرها للطعن الجنائي رقم (36/364ق)،⁽¹⁾ قررت " أن المستفاد من نص المادة (27) من القانون رقم (86/17م)، بشأن المسؤولية الطبية المذكور أن اختصاص المجلس الطبي بشأن تقرير مدى قيام المسؤولية قاصر على الدعوى التأديبية دون الدعوى الجنائية التي يظل تقرير مدى قيام المسؤولية الجنائية عنها خاضعاً لسلطة محكمة الموضوع تحكم فيها بالدليل الذي تطمئن إليه، وحسب العقيدة التي تكونت لديها بكامل حريتها، ولا يشترط في هذا الشأن أن يعرض موضوع الدعوى على المجلس المذكور".

وقد بررت المحكمة قضائها السابق، بأن المشرّع لم يذكر قانون الإجراءات الجنائية ضمن القوانين التي أوردتها في ديباجة قانون المسؤولية الطبية المشار إليه، كما أن المواد التالية للمادة (27) من القانون المذكور تتعلق بتشكيل المحكمة المهنية التي تتولى محاكمة من يخالف هذا القانون تأديبياً، وكذلك الأحكام التي تسري على الدعوى التأديبية التي ترفع أمامها.

وفي حكم ثان لها بمناسبة نظرها للطعن المدني رقم: (41/191ق)،⁽²⁾ قررت أن المجلس الطبي يختص بتقرير مدى قيام المسؤولية المدنية.

(1) منشور بمجلة المحكمة العليا - العددان الأول والثاني - السنة - 32 - ص 172 .

(2) غير منشور .

وفي حكمها الصادر في الطعن الجنائي رقم: (45/1241ق)، جلسة (2001/6/25م) اعتبرت محكمتنا العليا أن التقرير المقدم من المجلس الطبي، كغيره من وسائل الإثبات يخضع لتقدير محكمة الموضوع. وأخيراً وبتاريخ (2013/12/23م)، وبمناسبة نظر الطعن المدني رقم: (53/811ق)، قررت المحكمة العدول عن المبادئ السابقة، وإرساء مبدأ جديد مفاده حق المحكمة في اختيار طريق الإثبات الذي تراه مؤدياً إلى ذلك. حقيقة أن عدول المحكمة عن المبادئ السابقة، التي سببت جدلاً كبيراً، هو في جانب منه صواب؛ فقد عادت محكمتنا العليا بالقانون إلى جادة الصواب، ورفعت ما كان موجوداً من تعارض وتضارب، بين القواعد العامة في الإثبات، وبين ما كان متصور وفق فهم البعض للمادة (27) من قانون المسؤولية الطبية سالف الذكر. ولكن بالنظر إلى المبررات التي ساقتها المحكمة تبريراً لعدولها عن المبادئ السابقة، نجد أن الأمر محل نظر، حيث أنها لم تكن مقنعة. عموماً دعونا أولاً نجاري المحكمة فيما انتهت إليه، ونسوق أسانيدنا التي بررت بها ما انتهت إليه من العدول عن المبادئ التي تقضي بلزوم اللجوء إلى المجلس، وكذلك حجية رأيه، والتي هي في حقيقتها تنقسم إلى نوعين: فهي إما مبررات تستند على القانون، ويمكن تسميتها بالمبررات القانونية، وأخرى تستند إلى الواقع، ويمكن تسميتها بالمبررات الواقعية، وذلك على النحو الآتي:

أولاً - المبررات القانونية :

- 1-** أن الأصل العام في التقاضي، حرية القاضي في استخلاص الدليل من المصدر الذي يراه، وحرية في الأخذ بالدليل أو طرحه وفقاً لما يقتنع به، ولا يجوز الخروج عن هذا الأصل العام، إلا بنص صريح في القانون، يحدد طريقاً معيناً للإثبات، و ينص على أن القاضي ملزم بالاستناد إليه دون غيره.
- 2-** إن نص المادة (27) من قانون المسؤولية الطبية لم يجعل من اختصاص المجلس الطبي بنظر قضايا الأخطاء الطبية، اختصاصاً حصرياً، كما أنه - أي النص - لم يرتب أي إجراء على اعتماد المحكمة في إثبات المسؤولية الطبية أو نفيها على دليل آخر يخالف ما ينتهي إليه تقرير المجلس تقرير المجلس الطبي.
- 3-** إن المستفاد من الإحالة في عجز المادة (27) إلى الأحكام المتعلقة بالخبراء المنصوص عليها في قانون المرافعات والإجراءات الجنائية، تدل دلالة واضحة بأن القاضي حر في الاستعانة بأي خبير.
- 4-** أن قانون المسؤولية الطبية ينص على عدد من الأخطاء الطبية التي لا يحتج إثباتها أو نفيها إلى أي تقرير فني من أي جهة كامتناع الطبيب عن علاج

المريض أو الانقطاع عن علاجه ، أو إجراء عملية جراحية دون أن تكون هناك موافقة كتابية من المريض ، أو وصف العلاج قبل إجراء الكشف على المريض وتشخيص مرضه أو تحرير تقرير طبي مخالف للحقيقة أو إدلاء الطبيب بمعلومات أو شهادة كاذبة مع علمه بذلك .

ثانياً - المبررات الواقعية :

1- حالة فشل المجلس في إحالة تقريره إلى المحكمة في الموعد المحدد وفقاً للمادة (4) من قرار إنشائه رقم: (182 لسنة 1989م).

2- حالة عدم تمكن المجلس من الحصول على المعلومات المطلوبة، أو من الإطلاع وفحص الوثائق والمستندات ذات العلاقة بالقضية، أو إذا كان هناك حكم جنائي يثبت أو ينفي نسبة الخطأ إلى الطبيب.

بعد استعراضنا للمبررات التي ساققتها المحكمة العليا، تبريراً للعدول عن المبادئ، يظهر جلياً أن المحكمة أرادت أن ترفع التضارب الحاصل بين بعض الأحكام، وأن تحسم الجدل الدائر في الفقه⁽¹⁾، حول تفسير المادة (27)، ولكنها - في واقع الأمر - لم تكن مبررات مقنعة، رغم اتفاقنا معها في النتيجة النهائية التي وصلت إليها.

فمن حيث قولها: بأن الأصل العام في التقاضي، حرية القاضي في استخلاص الدليل من المصدر الذي يراه، وحرية في الأخذ بالدليل أو طرحه وفقاً لما يقتنع به، ولا يجوز الخروج عن هذا الأصل العام، إلا بنص صريح في القانون، يحدد طريقاً معيناً للإثبات و ينص على أن القاضي ملزم بالاستناد إليه دون غيره، فهو استناد محل نظر، إذ أن المحكمة لم تبين لنا سبب إقرار المشرع للمادة (27)، وغايته من تحديد جهة الخبرة المتمثلة في المجلس الطبي، ولماذا لم تعتبر ذلك خروجاً عن الأصل، فهي في واقع الأمر تناقض نفسها، إذ أنها تقول تارة بأن الخروج على هذا الأصل يلزم إقراره قانوناً، ونجدها في الثانية تفسر أن إقرار المشرع وتدخله بتحديد جهة الخبرة الطبية الفنية المتمثلة في المجلس الطبي، ليس خروجاً عن الأصل، فيما

(1) كان هذا الموضوع مجالاً خصياً للدراسة والبحث، فقد حاز على اهتمام عدد من الفقه في ليبيا، ولمن يرغب بالمزيد من الاطلاع ينصح بالرجوع إلى: د. موسى مسعود ارحومة - الإشكاليات التي تثيرها الخبرة في ضوء أحكام قانون المسؤولية الطبية - بحث مقدم للندوة العلمية الثانية حول " قانون المسؤولية الطبية بين النظرية والتطبيق بعد قيام هيئة التأمين الطبي " - طرابلس ليبيا - 26:24 أبريل-1999م ((غير منشور)) ، د. مسعود محمد مادي - الخطأ الطبي وإثباته في القانون الليبي والفرنسي - بحث مقدم للندوة الأولى حول المسؤولية الطبية، هدى محمد بن يونس - دور الخبرة في إثبات الخطأ الطبي - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة قار يونس -1998م (غير منشورة) .

تسمى محكمتنا العليا الموقرة إقرار المشرع للمادة (27)، إذ لم يكن خروجاً بموضوع الأخطاء الطبية عن القواعد العامة.؟، هذه الأولى .

أما في المبرر الثاني: فقد اتبعت المحكمة العليا أسلوب التفسير اللغوي لنصوص القانون، وذلك عندما فسرت نص المادة (27) على أن المشرع لم يجعل من اختصاص المجلس الطبي بنظر قضايا الأخطاء الطبية اختصاصاً حصرياً، وهذه – في واقع الأمر – محل نظر من جهتين، لغوية وقانونية.

الأولى: أن المحكمة أغفلت تفسير وبيان معنى كلمة (يختص) التي استهل بها المشرع نص المادة (27)، وجاءت بها بداية نص المادة (3) من قرار اللجنة الشعبية العامة (سابقاً) رقم: رقم (182) لسنة (1989م) بإنشاء المجلس الطبي⁽¹⁾، وكان عليها قبل أن تمنع الاختصاص الحصري للمجلس الطبي، الرجوع إلى أي من القواميس اللغوية، لتتأكد أن كلمة يختص قد وردت بمعنى: ((خصه بالشيء أي فضله به، وهي ضد التعميم))⁽²⁾، والتي تدل دلالة واضحة على معنى لزوم ووجوب إحالة القضايا وعرضها على المجلس الطبي، ولو كان المشرع يرى غير هذا كجواز العرض مثلاً، لأستهل النص بأي لفظ آخر يدل على هذا المعنى، ومن هنا نجد أن المحكمة العليا لم تكن موفقة في تفسيرها اللغوي لنص المادة (27).

أما الثانية: فهي استناد المحكمة واستدلالها على عدم اختصاص المجلس الطبي، على عدم ذكر المشرع لأي إجراء في نص المادة (27)، حال اعتماد محكمة الموضوع في إثبات المسؤولية الطبية أو نفيها، على دليل آخر يخالف ما ينتهي إليه تقرير المجلس، وهذه يرد عليها بقلب الاستدلال، وتؤخذ لتأكيد الفقرة السابقة، إذ أن في ذلك دلالة واضحة على أن اختصاص المجلس الطبي هو اختصاص حصري، إذ لو فعل المشرع ونص على جزاء إجرائي أو ما شابه ذلك، عند استناد المحكمة على تقرير غير تقرير المجلس لكان معنى ذلك أن اختصاص المجلس اختصاص غير حصري، وسكوت المشرع الذي استندت عليه المحكمة العليا ليس له إلا تفسير واحد، وهو أن كلمة يختص التي استهل بها المشرع جعلت من اختصاص المجلس الطبي بنظر قضايا الأخطاء الطبية اختصاصاً حصرياً.

(1) نص المادة (1/3) من قرار اللجنة الشعبية العامة (سابقاً) لسنة 1989م المعدلة بالقرار رقم (17) لسنة 1424م على أنه: ((يختص المجلس بالنظر في القضايا المتعلقة بالمهنة الطبية والمهنة المرتبطة بها، التي تحال إليه من الهيئات القضائية وكذلك هيئة التأمين الطبي، ودراستها وتقييمها فنياً وتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية المترتبة على الخطأ الطبي الناجم عنها بشكل محدد أو إثبات العكس وإعداد تقرير، يرفع إلى الجهة المحالة منها القضية.)).

(2) راجع: الطاهر أحمد الزاوي - مختار القاموس - الدار العربية للكتاب - ليبيا تونس - بدون ذكر الطبعة - ص 182.

أما المبرر الثالث، المتمثل في استناد المحكمة على ورود عبارة الإحالة في عجز المادة (27)، إلى الأحكام المتعلقة بالخبراء المنصوص عليها في قانون المرافعات والإجراءات الجنائية، وما فيها من دلالة واضحة بأن القاضي حر في الاستعانة بأي خبير، فهي وإن صحت من جهة، فقد لا تصح من جهة أخرى، فعبارة الإحالة المقصودة هنا تعبر في حقيقتها عن خضوع أعمال الخبرة الصادرة عن المجلس الطبي لقانون المرافعات أو قانون الإجراءات الجنائية، وذلك من حيث الجزاءات التي تصيب هذا العمل أو الإجراء برمته إذا خالف هذه القوانين، ومن ذلك قضاء المحكمة العليا ببطلان تقرير المجلس الطبي المقدم في الدعوى، حالة كون الخبرة الطبية التي أدارها المجلس قد جرت دون إعلان الخصوم.⁽¹⁾

أما المبرر الرابع القائل بأن قانون المسؤولية الطبية ينص على عدد من الأخطاء الطبية التي لا يحتج إثباتها أو نفيها إلى أي تقرير فني من أي جهة، فهو كسابقه لا يمكن أن يصمد أمام سهام النقد، ذلك أن المقصود بالإحالة على المجلس الطبي ليس لكل الأخطاء المرتكبة من الأطباء والعاملين بالمهن الطبية، فهناك الخطأ الطبي المادي العادي، والذي لا يحتاج إلى كثير عناء لإثباته أو نفيه، وهناك الخطأ الطبي الفني، وهو المقصود بالمادة (27)، والذي لا يملك القاضي التصدي له والبحث فيه، لافتقاره للمعلومات الفنية التي تؤهله لذلك، حيث إن القاضي وإن كان حراً في استخلاص الدليل من المصدر الذي يراه، وحرراً في الأخذ بالدليل أو طرحه وفقاً لما يقتنع به، على النحو الذي ساقته المحكمة تبريراً لقضائها، إلا أنه مقيد في المسائل الفنية بالأخذ برأي الخبير الفني، الذي حددته المادة (27)، ولا يجوز له أن يقيم نفسه مقام الخبير ويتصدى للمسائل الفنية.⁽²⁾

(1) قضت المحكمة العليا بأن ((مفاد المادة 27 من القانون رقم 17 لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية، إن المجلس الطبي وهو يمارس عمله كخبير في الدعوى المحالة إليه لتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية من عدمه في الدعوى المدنية، يتعين عليه عند إجراء الخبرة أن يخطر بها الخصوم قبل ممارسته لها طبقاً للمادة (203) مرافعات وإلا كان إجراؤه باطلاً، ولما كان الثابت من الأوراق أن الجهة الطاعنة دفعت ببطلان الخبرة التي أجراها المجلس الطبي أمام محكمة أول درجة لعدم دعوة الخصوم للحضور أمامه وتمسكت بهذا الدفع أمام المحكمة المطعون في حكمها، وكان قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن عدم دعوة الخبير الخصوم لحضور أعمال الخبرة التي يجريها يعتبر عيباً جوهرياً يترتب عليه الإخلال بحق الدفاع والحيلولة دون استعمال الخصوم للحق المخول لهم بمقتضى المادة 203 من قانون المرافعات، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتمد في قضائه على ما ورد بتقرير المجلس في شأن إثبات خطأ طبيب التخدير التابع للطاعن دون دعوة الخصوم للحضور أمامه فإنه يكون قد خالف القانون.)) انظر مجلة المحكمة العليا - الطعن المدني رقم (45/127) جلسة - 2003/6/2م - العدد 37 - ص 266 .

(2) استقر قضاء المحكمة العليا على وجوب لجوء القاضي إلى الخبرة في المسائل الفنية البحتة، حيث ورد في أحد أحكامها " إن الإثبات يتم عن طريق الخبرة في المسائل الفنية البحتة أو المسائل التي يرى القاضي ضرورة الاستعانة بخبير لإثبات الواقعة " مجلة المحكمة العليا ، جلسة 1982/4/6م العدد 2، السنة 19، =

أما عن المبررات الواقعية التي ساقها الحكم محل الدراسة، فهي وإن كانت مبررات أثبتتها الواقع العملي، الذي جعل من المجلس الطبي جهة مسؤولة عن إطالة عمر الدعاوى المنظورة أمام القضاء، إلا أن المجلس ملزم قانوناً بإحالة تقريره إلى القضاء خلال مدة محددة، و إذا حدث ما يدعو إلى للتأخير ولأسباب اقتضتها طبيعة وظروف القضية، فإن للمجلس أن يطلب أجلاً أقصاه شهر من تاريخه⁽¹⁾، وإن قصر بعد ذلك فإنه يعود للمحكمة مطلق الحرية في الاستعانة بخبير غيره.

وعن استناد المحكمة العليا بعدم تمكن المجلس من الحصول على المعلومات المطلوبة، أو من الإطلاع وفحص الوثائق والمستندات ذات العلاقة بالقضية، أو إذا كان هناك حكم جنائي يثبت أو ينفي نسبة الخطأ إلى الطبيب، فهذا يتعلق بعلم المجلس بواجبات وظيفته ومهنته التي حلف اليمين القانونية قبل مزاولتها وإخلاصه فيها وعلمه بأصولها وقواعدها، أضف إلى ذلك أن هذا التقصير من الممكن أن يقع فيه الخبراء بجميع تخصصاتهم، ومنهم - بدون أي شك - الخبير الذي ترى المحكمة العودة إليه بهذا العدول.

الخلاصة أن قصد المشرع من إصدار قانون المسؤولية الطبية، هو جمع شتات هذه الأخيرة المبعثرة في عدة قوانين، وإخضاعها لقانون واحد، حيث صهرها

= ص226، وجاء في حكم آخر لها "إنه متى واجهت المحكمة دفاعاً يتعلق بمسألة فنية بحتة أن تتخذ ما تراه من الوسائل لتحقيقها بلوغاً إلى غاية الأمر فيها، وكان تحديد كنه السائل المضبوط مع الطاعنين والقطع بحقيقة كونه خمرأ من عدمه، إنما هو مسألة فنية لا صلح فيها غير التحليل وكانت المحكمة قد قطعت بأن السائل خمرأ دون الاستعانة بخبير فني فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بما يوجب نقضه " مجلة المحكمة العليا، جلسة 1978/6/20م - العدد 3 - السنة 15 - ص 246. كما قضت في حكم آخر أنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد أستند من بين ما أستند إليه في براءة المطعون ضده من تهمة التزوير إلى مخالفة الخبير في رأيه من أن المطعون ضده هو الكاتب للبيانات المزورة للأسباب التي أوردها، فإنه كان يتعين على المحكمة أن تحقق ذلك عن طريق المختص فنياً، وهو أحد خبراء الخطوط المنتدبين في الدعوى أم غيره من الخبراء المرجحين، إذ لا يجوز للمحكمة أن تحل نفسها محل الخبير، ومادامت لم تفعل فإن حكمها يكون معيباً بالقصور، مجلة المحكمة العليا - جلسة 1974 / 6 / 18 ف العدد 2 - ص159، وفي الطعن الجنائي رقم 28/140 ق، وبجلستها المنعقدة في قضت المحكمة العليا بأنه " متى كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر السائل المضبوط ليس خمرأ، وأن احتوائه على نسبة 8% من الكحول ليست دليلاً على أنه مسكر، دون أن يستند في ذلك على أي دليل فني، وكان على المحكمة وقد تبين أن التقرير وإن أثبت نسبة الكحول في السائل المضبوط، إلا أنه جاء قاصراً عن بيان ما إذا كانت هذه النسبة تجعل السائل مسكراً من عدمه، أن تتخذ من الوسائل ما يمكنها من الوصول إلى الحقيقة في هذه المسألة الفنية، التي لا تملك أن تقطع فيها، وإذا لم تفعل فإن حكمها يكون معيباً مما يوجب نقضه. انظر مجلة المحكمة العليا - العدد 4 - السنة 21 - ص184.

(¹) تنص المادة (1/4) من قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (17 لسنة 1424م) المعدل للقرار رقم (182) لسنة 1989م) على أنه: ((إذا تعذر على المجلس القيام بذلك خلال الموعد المحدد لأسباب اقتضتها ظروف القضية جاز له - ولمرة واحدة - أن يطلب من الجهة التي أحالت إليه الموضوع تمديد المدة لشهر يبدأ من تاريخ نهاية الشهر الأول مباشرة)).

جميعاً في بوتقة واحدة كانت هذا القانون، الذي ضم بين دفتيه قرابة الثماني وثلاثين مادة، ضمت جميع أنواع المسؤوليات القانونية، الجنائية منها والمدنية والتأديبية، وبالتالي فإن ما ذهبت إليه المحكمة العليا في حكمها في قضية الطعن الجنائي رقم (364/36ق) سنة 1992م، بحصر الإحالة إلى المجلس في قضايا المسؤولية التأديبية فقط، أو حكمها في قضية الطعن المدني رقم (41/191ق)، القاضي بحصر هذه الإحالة على قضايا المسؤولية المدنية فقط، هو أحرى بالعدول عنه، وقد أيدنا المحكمة العليا في هذا العدول، وحمدنا لها هذا الموقف الذي عاد بالشيء إلى أصله الطبيعي، وكنا قد انتقدناها في المبررات التي ساققتها تبريراً لما انتهت إليه، ولكن ماذا كنا نأمل من المحكمة العليا أن تقول:

1- كنا نأمل أن تقول أن تبعية المجلس الطبي لأمانة الصحة (سابقاً) الوزارة حالياً، يجعل من هذا المجلس جهة خصم وحكم في نفس الوقت، فالقضايا تُرفع ضد أطباء تابعين لوزارة الصحة، وهذه الأخيرة هي المسؤولة عن أعمال تابعيها، الذين ترفع عليهم الدعاوى، بل أن أنها تكون خصماً رئيساً في الدعوى، حتى يصدر الحكم في مواجهتها، والمجلس تابع لها، فكيف يتأتى لهذا المجلس أن يكون شفافاً في قراراته، فهو كمن يدين نفسه، ويشهد على نفسه بالخطأ، وبالتالي ستكون التقارير الصادرة عنه مطية للشك والطعن فيها، وإذا حدث وأن طعن في التقرير الصادر عن المجلس إمام القاضي، فإلى جهة سيلجأ القاضي، إذا كان هذا المجلس جهة الخبرة الطبية الوحيدة.

2- كنا نأمل أن تعقد مقارنة بين التقرير الطبي الصادر عن الطبيب الشرعي كجهة خبرة موازية للمجلس الطبي، والذي كان صاحب الاختصاص قبل صدور قانون المسؤولية الطبية، مع تقرير المجلس الطبي، لتخلص في النهاية إلى نتيجة مفادها، أنه لا فرق بين التقريرين، حيث أن المصلحة التي توخاها المشرع من تشكيكه للمجلس الطبي من جملة من الأطباء ذوي التخصصات العالية لم تتحقق، حيث إن المجلس وإن كان تشكليه على النحو سالف الذكر، إلا أنه في الحقيقة يتكون من أطباء من عدد من التخصصات، وبالتالي عند عرض قضية خطأ طبي من تخصص معين، لا يكون الدور الأمثل فيها إلا لذلك الطبيب الأخصائي صاحب الاختصاص، وليس لبقية أعضاء المجلس إلا المصادقة والتوقيع، الأمر الذي يجعل التقرير الصادر عن المجلس هو في حقيقته تقريراً فردياً، مساوياً ومماثلاً لتقرير الطبيب الشرعي، وإن أسبغ عليه القانون صفة الجماعية.

3- كنا نأمل أن تبحث المحكمة في بُعد المجلس الطبي عن المتقاضين وقضاء الحكم، حيث إن المقر الرئيسي للمجلس في بلدية طرابلس، فكيف يتأتى

للمحكمة المنعقدة في الجنوب أو في الشرق الليبي أو حتى في أقصى الغرب، مناقشة الخبير أن هي رأت ضرورة لذلك.

4- كنا نأمل أن تشير المحكمة لعيب الصياغة في نص المادة (27) الذي جعل من المجلس الطبي جهة تقرر قيام المسؤولية الطبية، وليس جهة خبرة تقرر توافر الخطأ الموجب للمسؤولية الطبية.

5- كنا نأمل أن تقول المحكمة إن التقرير المقدم من المجلس الطبي، يأتي في أغلب الأحيان مقتضياً وغير واضح، إذ أنه يأتي بلغة المصطلحات الطبية التي تحتاج بذاتها إلى خبير يفسرها.

أخيراً لقد عادت المحكمة العليا بالوضع إلى ما كان عليه قبل صدور القانون رقم (17) لسنة (1986م) بشأن المسؤولية الطبية، وصار بإمكان القاضي الجنائي اللجوء للمجلس الطبي أو غيره من جهات الخبرة الأخرى كالتطب الشرعي، أو الخبرة الاستشارية، فلم يعد ذلك قاصراً على الدعاوى التأديبية أو المدنية فقط، وصار بإمكان القاضي الجنائي الاعتماد على التقرير الصادر عن المجلس الطبي أو طرحه، وهذا ما يؤكد المبدأ السائد وهو حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، سواء من حيث البحث عن الدليل أو تقدير قيمته القانونية.

العوارض وتأثيرها في الأحكام

إعداد الدكتور: جمال محمد عز الدين الغرياني

رئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية القانون - ترهونة / جامعة الزيتونة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة :

الحمد لله الذي أنزل على عبده الكتاب ولم يجعل له عوجا ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه ، ومن انتهج نهجه واتبع خطاه إلى يوم الدين . وبعد

فمن بين المواضيع المهمة التي تنبغي الإشارة إليها وإلقاء الضوء عليها "العوارض وتأثيرها في الأحكام" هذا المفهوم الذي يعني ملاحظة ما يحيط بالفعل من توابع وملايسات وعوارض مختلفة ومدى تأثيرها في مجرى الأحكام ؛ ضمنا لتحقيق أنفع المقاصد وأرفعها ، ويتم ذلك على صعيدين:

الأول : عند عملية استنباط الأحكام ؛ لتتم وفق مقاصد الشرع .

الثاني : عند التطبيق في حال تغير الواقع بما يشتمل عليه من أحوال وظروف مختلفة .

ومن شأن الاهتمام بذلك إظهار ما يتمتع به الفقه الإسلامي من عناية بالواقع ، وعدم الانقطاع عنه في سائر التصرفات ، باعتباره فقها ينهج نهجا عمليا بعيدا عن المناهج النظرية المصبوغة بصبغة التكلف .

ومن بين الثمار المرجو قطافها من دراسة مثل هذه المواضيع العلم بأن الحكم الفقهي ليس قوالب جامدة ، تفصل الإنسان عن محيطه ، إلى جانب أنه تنعدم بغيا به الحكمة في الأمر والنهي ، إضافة إلى أنه بتفعيه تلغى الهوية التي استفحل أمرها بمرور الزمن بين هدي الشرع والواقع العملي .

والحاجة التي دعت إلى بيان تأثير العارض ومدى أهميته هو ما نراه من الفتاوى التي تملأ الفضاء والكون ، والتي تتجاهل الواقع بما يحتويه من عوارض تكون شديدة التأثير في الأحكام .

وقصدت من هذه الدراسة إلقاء الضوء على بعض ما يتعلق بذلك، وقسمتها إلى تمهيد وثلاثة مباحث :

المبحث الأول : مفهوم العوارض ، والدليل على اعتبارها .
المبحث الثاني : مكانة العوارض ، والفائدة من اعتبارها .
المبحث الثالث : خصصته لدراسة العوارض المؤثرة وغير المؤثرة ، وذلك في
النقاط الآتية :

أقسام العارض - الأحكام المتأثرة بالعارض وغير المتأثرة - العوارض
وعلاقة الكلي بالجزئي - أشكال تأثير العارض - أنواع العوارض المؤثرة -
العارض الطبيعي والشرعي - أنواع الأحكام التي ينقل إليها العارض -
العوارض غير المؤثرة .

تمهيد :

الأحكام الفقهية للفروع المختلفة متفرعة عن الفهم الأصولي للخطاب المستند إلى
مفاهيم أساسية متعددة ينبغي ضبطها وفهمها وإدراك العلاقة الرابطة بينها .
ومن بين المفاهيم الأساسية في الفكر الأصولي ثنائية الأصلي والتبعي ، تلك
الثنائية المسيطرة على ثنائيات كثيرة في هذا الفكر ، منها : الحقيقة والمجاز ،
والمنطوق والمفهوم ، والكلي والجزئي ، والدلالة الحقيقية والدلالة الإضافية
وغيرها ، فما من تقسيم ثنائي في هذا الفكر إلا وروح ثنائية الأصلي والتبعي
تستوعبه ، وهي ثنائية بالغة الأهمية ، وذات مكانة كبيرة يتعدى مجالها ما ذكر
لينسحب على الأحكام الشرعية ، بل والأدلة الشرعية نفسها في تقسيمها إلى أدلة
أصلية وأخرى تابعة .

وإذا كان القرآن الكريم هو أصل الأدلة الذي يظهر تأسس باقي الأدلة عليه ، فإن
من الأدلة التي تظهر تابعيتها فيما نحن فيه دليل الاستحسان الذي يقوم الأمر فيه
على ملاحظة الحكم الثابت بالأدلة ذات الاقتضاء الأصلي وإبطال موجبها ؛ نظرا
لوجود عارض ما يستوجب ذلك ، وذلك يستوجب علينا إحكام الربط بين طرفي هذه
الثنائية إحكاما دقيقا .

وإذا كان للأصلي والتبعي هذه المكانة ، فإنه ولاشك يصلح أن يكون أساسا
ومنطلقا لدراسات وبحوث كثيرة في الميادين اللغوية والأصولية والمقاصدية
والفقهية جميعا .

والميدان الفقهي الأصولي هو من أوسع تلك الميادين التي تظهر فيها هذه الثنائية ،
ونستند إلى الله ونعتمد عليه في إلقاء بعض ما يتعلق بذلك في دراسة متواضعة
للعوارض ومدى تأثيرها في الأحكام الشرعية .

مفهوم العوارض :

ماهيتها : تعرض الأصوليون لبعض ما يتعلق بهذا المفهوم في باب الاجتهاد عند حديثهم عن تحقيق المناط، وفي مباحث العلة في القياس عند تعرضهم للفرق باعتباره من قواعد العلة .

ففي باب الاجتهاد عند حديث الشاطبي⁽¹⁾ عن تحقيق المناط الذي يُعني به تدقيقُ النظر في تعيين محل الحكم ، بين - لضمان بلوغ الأحكام مقاصدها - أنه لا بد منه فيما يخص كل ناظر وحاكم ، بل فيما يتعلق بكل مكلف في نفسه ؛ لأنه لو لم يكن ، لم تنزل الأحكام الشرعية على أفعال المكلفين إلا في الذهن ، بوصفها مطلقات وعمومات ، بعكس الأفعال التي لا تقع في الوجود إلا مشخصة .

وبين أنه يجب تجديد النظر إلى المحالفي كل عملية اجتهادية ؛ لأن كل صورة هي نازلة مستأنفة في نفسها لم يتقدم لها نظير في نفس الأمر أو بالنسبة لنا ، وعليه فإنه يجب أن تتحمل كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها في وقت دون وقت ، وحال دون حال ، وما تتميز به النفوس بعضها من بعض ، إذ إنها ليست في قبول الأعمال الخالصة على وزان واحد ؛ لتأثر كل منها بعوارض قد لا يتأثر بها غيرها . ولم أر من ضبط حقيقة هذا المفهوم ووضح ماهيته ، إلا أنه من خلال دراسة الفروع الفقهية والجزئيات الشرعية وملاحظتها في العقائد والعبادات والمعاملات التي يمكن الاصطلاح على تسميتها بـ "محال تأثيرات العوارض" نستطيع أن نحدد ماهيته بذكر حد قد لا يسلم من نقص يعد به غير جامع ولا مانع ، أو غير ذلك مما يقدح في الحدود ، فنقول :

العوارض هي: "الاعتبارات التي تلوح في أحوال الأشياء ، فتمنع من اطراد ما عُدت عارضا فيه ، وتُغير حكمه بحسب ما يتجدد من مقصد فيه، والبناء على وفق ذلك" .

يقصد بـ "الاعتبارات التي تلوح في أحوال الأشياء " الظروف والملابسات والصفات والأحوال التي تحيط بموارد الأحكام التي هي الأفعال الصادرة عن المكلفين .

و"تمنع من اطراد ما عُدت عارضا فيه " أي تمنع من اطراد الحكم في المحل الذي عُدت العارض فيه ، فإذا تحققت مفسدة مساوية أو راجحة بفعل عوارض طارئة صار من الواجب :

أن يـ "تغير حكمه بحسب ما يتجدد من مقصد فيه" ؛ لأن عدم اعتبار ذلك يخالف مقصد الشارع ، بل ويناقضه ؛ لأن تطبيق الأحكام الشرعية ملاحظ فيه سلامة

¹ - الموافقات ج 4 ص 89- 94 ، وانظر روضة الناظر وجنة المناظر ص 248 .

النتائج والمآلات التي تؤول إليها الأحكام ، ويجب "البناء على وفق ذلك" باختيار الحكم المناسب الذي يقتضيه وجود تلك العوارض.

وهذا يستدعي التعرف على فقه المآل العام الذي يُعنى بالتعرف على مقصد الشارع العام وفي الأحكام الجزئية المختلفة ، وفقه المآل الخاص⁽¹⁾ الذي يُعنى بالكشف عن هذا المقصد والتحقق من وجوده في الحادثة محل النظر ، حتى إذا ما عدم فيها وتحققت مفسدة مساوية أو راجحة بفعل عوارض طارئة لم تتناولها الأحكام المنصوصة صار من الواجب : ضبط تلك التصرفات بإعطائها الحكم المناسب الذي يستدعيه ذلك النظر .

فالأحكام المنصوصة إنما تجري في الغالب بشكل عام ومطلق ، دون التقيد بخصوصيات معينة وتوابع مستجدة ؛ لأنها لو وضعت كذلك لم تحدها حدود ؛ لعدم حصرها ، إذ هي تكون بحسب الزمان والمكان والأحوال والأشخاص وسائر المؤثرات، ولا يخفى تنوع ما ذكر ، وسرعة تغيره ، وقوة تأثيره ، وارتباطه بمصالح عاجلة أو آجلة، وعدم اعتبار ذلك يؤول بالأحكام إلى أن تكون مقصودة لذاتها ، لا تابعة لموجباتها.

وأكثر أنواع الفقه التصاقا بهذا المفهوم الذي تبدو علاقته به كبيرة وواضحة هو فقه المآل الخاص الذي يعد الاستحسان من أعم القواعد التي انبنى عليها وأهمها ؛ لكثرة مسائله وشدة تشعبها ، وإذا كان الاستحسان مبدأ استثنائيا يحد من اطراد الأحكام الأصلية ، فإنما هو لأجل تلك المؤثرات المضافة إلى موارد الأحكام - التي هي الأفعال الصادرة عن المكلفين - التي جاء الحكم الأصلي مجردا عنها .

إن النظر الفقهي المسؤول يستوجب دراسة كل مسألة بعينها ، دون الاكتفاء بمعرفة حكم ما شابهها ؛ لأن كل نازلة هي مستأنفة في نفسها ، تحمل خصوصية تميزها من غيرها ، وإعطاء حكم لها يتوقف على تقدير الخصوصية فيها أو عدمه ، يرشدنا إلى ذلك قول الرسول ﷺ : (إذا حكم الحاكم فاجتهد ، ثم أصاب ، فله أجران . وإذا حكم فاجتهد ، ثم أخطأ ، فله أجر) (2) .

¹ - فقه المآل الخاص : هو مصطلح عندي للدلالة على ذلك "المآل الذي اعتبر الشارع ملاحظته عند اطراد القاعدة والحكم الأصلي فيما إذا ترتب مآل مناقض للمقصد المراعي لذلك الحكم بفعل ما احتف بفعل المكلف من التوابع الإضافية" ، أو بعبارة أخرى هو "العلم الذي تتم به مراقبة الأعمال المطلوبة إذا أدت إلى نتائج منهي عنها" ، ويتم ذلك بآليات الاستحسان وسد الذرائع ومنع الحيل ، ويقابله فقه المآل العام "الذي يُعنى بمعرفة الأثر المترتب على تشريع الأحكام وامتثالها من جلب المصالح ودرء المفاصد" . وهو وقسيمه ينفر عن " فقه المآل " وقمت بدارسته في رسالة دكتوراه تحت عنوان : " الاستحسان وعلاقته بفقه المآل " .

² - أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ . حديث رقم 7352 ، ومسلم في صحيحه ، كتب الأقضية ، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ، حديث رقم 1716 .

يقول القرطبي : "إن المجتهد يجب عليه أن يجدد نظرا عند وقوع النازلة، ولا يعتمد على اجتهاده المتقدم؛ لإمكان أن يظهر له ثانيا خلاف ما ظهر له أولا"⁽¹⁾ ، حتى إذا ما اشتمل الفعل على عارض فساد يمنعه .

إن ملاحظة العوارض والتوابع وإدراك مدى قوتها ودوامها وتأثيرها ، هو بحاجة إلى تمعن ودقة نظر وإحاطة بالواقع وتأثيره وبنقافة الزمان والمكان ؛ فمعيار الصحة للأحكام لا يقتصر على استنادها إلى أدلة صحيحة ، وإنما أيضا - زيادة على سلامة النص من التنقيح والإلغاء - على صحة الاستدلال بما يتضمنه ذلك من الإحاطة بكل المؤثرات ؛ ضمانا لصحة الأحكام .

والاجتهاد ليس منحصرًا في الاستنباط ، بل يتعداه ليشمل التطبيق أيضا ، وكلاهما يضع في الحسبان الظروف المحيطة بالواقع ، ويقوم على منهج معرفة الشريعة ، ومعرفة الواقع ، وتنزيل أحدهما على الآخر . واجتهاد التطبيق لا يعني ابتداء التشريع ، فذلك لله وحده ، وإنما يعني ما أسماه بعضهم⁽²⁾ بـ"ابتداء التشريع" الذي يعني الاعتماد على ثوابت قائمة ، فذلك شأن البناء .

وما قد ينشأ عن هذا الاجتهاد من تغيير للحكم الأصلي لا يمس أصل الخطاب ، فهو باق لا يتغير لانتهاء الوحي مصدر النسخ - بدليل رجوعه إلى الحكم الأصلي عند ارتفاع العوارض المسببة لذلك النقل ، فجواز النظر إلى المحرمات يرتفع عند انعدام الضرورة الداعية إليه ، والنهي عن سب ما يدعى من دون الله يرتفع إذا ما انعدم ذلك العارض - وإنما يعطي قيمة للظروف التي يمكن أن تمنع الأدلة من أن تنتج اقتضاءاتها الأصلية .

وتحكيم الواقع باعتبار العوارض ليس افتئاتا على الشارع ولا تعديا عليه ، بل هو مظهر من مظاهر مرونة هذه الشريعة وقابليتها للاستمرار ، بالتعامل مع مختلف الظروف والأحوال .

وهو ليس بدعا في الرأي الشرعي ، بل هو آلية للعمل فرضتها التوجهات العامة للشريعة بوجود تحكيم مقاصدها ، نظرا لما تتمتع به من صلاحية في الرقابة على كل الأحكام ، باعتبار أن " كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل"⁽³⁾ . واجتهاد التطبيق له المكانة الكبرى في العملية الاجتهادية ف"لم توضع الأدلة إلا لتُنزَّل أفعالُ المكلفين على حسبها"⁽⁴⁾ وهذا الاجتهاد دائم لا يتوقف ؛ لأنه يستوجب

1- الجامع لأحكام القرآن ج 11 ص 311 .

2- انظر : أصول الشريعة الإسلامية ص 24 .

3- ذكر ابن عبد السلام هذه القاعدة في قواعد الأحكام ج 2 ص 143 .

4- الموافقات ج 3 ص 33 .

النظر إلى كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية ، بحسب الأحوال المحيطة به ؛ إذ ينبغي أن تُحْمَلَ كُلُّ نَفْسٍ مِنَ الْأَحْكَامِ عَلَى مَا يَلِيْقُ بِهَا ، ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكاليف .

وإذا كان هذا النوع من الدراسات مطلوباً ، ويعدّ تجديدًا فيها ، فإنه لا بد من التفريق بين شيئين ربما باللبس بينهما يُعَدُّ هذا العمل مبتدعاً مرفوضاً ، وهما : التجديد في التشريع ، والتجديد في الشريعة .

وهذا التجديد لا يمس الشريعة ؛ لأن الوحي قديم ، بمعنى كون نصوصه غير تاريخية ، بل يمس التشريع بمعنى تنزيل النص على الواقع بواقعه المختلف زماناً ومكاناً وحالاً ، استرشاداً بالتنزلات الواردة في النصوص المقدسة ، واستفادةً من مناهجها في هذا الشأن ، فيضاف التجديد إلى التشريع لا إلى الشريعة .

وجه تسميتها بالعوارض :

سميت بالعوارض⁽¹⁾ ؛ لأنها تبطل أصلاً منظوراً إليه في الشريعة نظراً أول ، ولا يشترط في العوارض أن تكون مؤقتة كما يوهم ظاهرها من عدم ديمومتها ، بل قد تكون دائمة أو غالبية الحصول⁽²⁾ .

الدليل على اعتبار العوارض :

أول ما ينبغي الإشارة إليه في مثل هذا المقام هو أن عدم صحة فرع ما لا يقدح في صحة أصله ، فإن المجتهد إذا غلط في الاستنباط ، والقائس إذا سلك في طريقة القياس المسلك الذي لا يجوز سلوكه فيها ، فإن ذلك لا يقدح في صحة تلك الأصول ؛ لأن ذلك ليس طريقاً لإبطالها ، والأمر ظاهر ، وقد يكون عدم الالتفات إليه طريقاً لهدم الأدلة كلها .

فاختلاف المجتهدين في بعض الأحكام المبنية على أصلٍ ما لا يعني عدم اتفاقهم على الأخذ به ، وإنما يرجع إلى اختلافهم في النظر وتحقيق ماهيته في المحل ، وقد تنفق الأنظار ؛ فيندم الخلاف ، وقد تختلف ؛ فيوجد الخلاف .

وفي موضوعنا لا يعترض بإبطال تأثير العوارض في بعض المحال على أصل اعتبارها ، هذا ما لا ينبغي أن يختلف فيه .

والقول بتأثير العوارض على الأحكام هو بمنزلة الأصول ؛ لأن تأثيرها في الأحكام ومجرى النصوص يجري مجرى التخصيص لها ، وما كان هذا شأنه لا بد أن تتضافر الأدلة على اعتباره ولا بد فيه من القطع أو ما يقرب منه من الظن القوي .

والأدلة نوعان : نقلي وعقلي ، والدليل العقلي وإن كان قطعياً فإنه مستبعد هنا ؛ لأن الأحكام الشرعية مستندة الوحي ، وتحكيم العقول فيها ينافي ذلك .

¹ - قد يعبر عن العوارض بالتوابع ، وهو ما يلاحظ في ثنايا البحث .

² - انظر مقاصد الشريعة لابن عاشور ص 243 .

وهذا الاستبعاد للدليل العقلي إنما هو من حيث استقلاليته بالدلالة ، أما إذا استعمل مركبا على الأدلة السمعية⁽¹⁾ ، أو معيناً في طريقها ، أو محققاً لمناطقها ، أو ما أشبه ذلك ، فإنه يعد ضرورياً في إنتاج الأدلة السمعية بشكل عام .
وتنبغي الإشارة هنا إلى أن مثل هذا النوع من الأصول لا يستدل عليه بإيراد أدلة تنص على عينه ؛ لانعدامها ، بل بإيراد جملة من المسائل الشرعية والفقهية المبنية على ملاحظة التابع .

ولا يتصور فيه خلاف ؛ للتواتر المعنوي أو شبهه⁽²⁾ الحاصل من تلك الأدلة ، وما كان من اختلاف فهو في الفروع ، أعني في الإلحاق وعدم الإلحاق .

الطرق المعتمدة في الاستدلال :

الطريق الأول : يقوم على استقراء جملة من الأدلة الشرعية الجزئية والنظر في الأحكام الواردة فيها ، التي بنيت على اعتبار التوابع ، وبهذا الاستقراء نتحصل على أمر كلي عام يجرى مجرى العموم المستفاد من الصيغ ؛ لأن الأدلة إذا تكاثرت عضد بعضها بعضاً ، وصارت بمجموعها مفيدة للقطع⁽³⁾ .

أولاً : من الكتاب : ومما يظهر فيه ذلك من الكتاب العزيز :

1. أوضح آية في ذلك هي آية الأنعام ، تلك الآية المكية التي عُدَّت أصلاً في ضرورة اعتبار التوابع ، وهو ما يُعد نادراً في النص القرآني الجاري في أغلبه على المناط المعتاد في الأحكام ، قال تعالى : **{وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ}**⁽⁴⁾ ، فقد نهى الله سبحانه وتعالى عن سب ما يعبد الكفار من دون الله إذا كان ذلك من شأنه سبَّ الله تعالى ، وهو بذلك يشرِّع حكماً مخالفاً للأصل الذي يُجوزُ سبَّ آلهة المشركين ، وقد أشارت الآية إلى أن ذلك الأصل ليس على إطلاقه ، بل هو مشروط بالألا تنجر عنه أو تترتب عليه آثار غير مشروعة ، بفعل تأثير عارض ما ، مثل أن يكون ذلك ذريعة لسبهم الله تعالى ؛

¹ - ذكر الشاطبي هذه الأوجه في استعمال الأدلة العقلية في المقدمة الثالثة في الموافقات ج 1 ص 35 .

² - التواتر المعنوي هو : ما تأتي الأدلة فيه على نسق واحد ، كالوقائع الكثيرة المختلفة التي تأتي جميعها دالة على شجاعة علي مثلاً بطريق مباشر ، أما التواتر الشبيه بالمعنوي فهو : ما يأتي بعضه دالاً مباشرة على وجوب الصلاة مثلاً وبعضه بطريق غير مباشر لكن يستفاد منه الوجوب ، كمدح الفاعل لها ، وذم التارك ، والتوعد الشديد على إضاعتها ، وغير ذلك . انظر : هامش الشيخ عبد الله دراز على كتاب الموافقات ج 1 ص 36 . وإنما قلت "التواتر المعنوي أو شبهه" لاجتماع التبدليل عليه بكليهما .

³ - الموافقات ج 3 ص 298 . ومما تجدر الإشارة إليه أن الأمر في مآخذ الأدلة في كتاب الموافقات للشاطبي مبني على فكرة تعاضد الأدلة وعدم الاستدلال بأحاديها على حدثها ، وقد استفاد من إشارة وردت من الغزالي عند الاستدلال على كون الإجماع حجة ، إلا أنه توسع فيه وجعله خاصة كتابه . انظر الموافقات ج 1 ص 35 ، 37 ، ج 4 ص 327 ، وهامش الموافقات ج 1 ص 37 .

⁴ - سورة الأنعام الآية (108)

فيحكم بعدم جواز سب آلهتهم ترجيحاً لمصلحة صون الله تعالى عما ينقص شأنه ،
وإدراة لمفسدة إهانته سبحانه - تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً - فلولا هذا العارض لما
ألغى حكم الأصل ، ولبقي جائزاً ماؤونا فيه على الإطلاق.
وقد روي في سبب نزول هذه الآية عن ابن عباس : "قالت كفار قريش لأبي
طالب: إما أن تنهى محمداً وأصحابه عن سب آلهتنا والغضب منها ، وإما أن نسب
إلهه ونهجوّه ، فنزلت الآية"⁽¹⁾ .

وهذا الحكم باق ما بقي هذا العارض " فمتى كان الكافر في منعة ، وخيف أن
يسب الإسلام أو النبي ﷺ أو الله عز وجل ، فلا يحل لمسلم أن يسب صلبانهم ولا
دينهم ولا كنائسهم ، ولا يتعرض إلى ما يؤدي إلى ذلك ؛ لأنه بمنزلة البعث على
المعصية"⁽²⁾ .

وعامة الأصوليين يستدلون بهذه الآية على وجوب سد الذرائع⁽³⁾ ، بالنهاي عن سب
ما يعبد من دون الله؛ تغليبا لجانب المفسدة ، وتشكيلا للحكم بناء على ما توجيه الآية
وتقتضيه .

وقلنا : إن ذلك يعد نادرا في النص القرآني الذي لا يتعرض في الغالب لمثل هذا
التفريع المبني على المناط الخاص ، وعد قليلا فيه ، وقصد المشرع ذكر هذا الفرع فيه
؛ لينبه على وجوب اعتبار التوابع بشكل عام وما لوحظ في الآية بشكل خاص ،
واختار مسألة عقدية ؛ ليفيد أن غيرها من العبادات والعادات أولى منها فيما ذكر ،
وجاء في سورة الأنعام وهي مكية ؛ ليضع هذا المنهج في فترة مبكرة ، ولينص على
أن القرآن الكريم لا تنحصر مسؤوليته في وضع الأحكام فقط ، بل وتأسيس الأدلة
ووضع المناهج أيضا .

2. أنه لما أمن الناس وظهر من بعضهم الرغبة في الدنيا رغبة تميله عن الاعتدال
في طلبها أو أنه مظنة لذلك ، قال ﷺ : "أخوفنا أخاف عليكم ما يخرج الله لكم من
زهرة الدنيا ..."⁽⁴⁾ ، في حين أنه لما لم يظهر ذلك ولا مظنته ، خاطبهم الله - تعالى -
بقوله : { قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ
آمَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا خَالِصَةٌ يَوْمَ الْقِيَامَةِ }⁽⁵⁾ ، وبقوله تعالى : { يَا أَيُّهَا الرُّسُلُ كُلُوا مِنَ
الطَّيِّبَاتِ وَاعْمَلُوا صَالِحًا }⁽⁶⁾ ، وبقوله ﷺ : " من رغب عن سنتي فليس مني "⁽⁷⁾

¹ - الجامع لأحكام القرآن ج 7 ص 61 .

² - المرجع نفسه .

³ - هو كل عقد جائز في الظاهر يؤول أو يمكن أن يتوصل به إلى محذور . أحكام القرآن لابن العربي ج 2 ص 743 .

⁴ - مسلم ، كتاب الزكاة ، باب تخوف ما يخرج من زهرة الدنيا ، حديث رقم 1052 .

⁵ - سورة الأعراف الآية (32) .

⁶ - سورة المؤمنون الآية (51) .

⁷ - صحيح مسلم ، كتاب النكاح ، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ، حديث رقم 1401 .

وذلك لما ذم الله الدنيا ، وقد هم بعض الصحابة ﷺ أن يبتتلوا ويتركوا الدنيا وينقطعوا إلى العبادة ، فرد عليهم رسول الله ﷺ بذلك .
وقد وصف الله الدنيا بوصفين :

الأول : وصف يقتضي ذمها وعدم الالتفات إليها ، وذلك إما بمعنى أنها لا جدوى لها ولا محصول عندها في قول الله - تعالى : {اعْلَمُوا أَنَّمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا لَعِبٌ وَلَهُوَ زِينَةٌ وَتَفَاخُرٌ بَيْنَكُمْ وَتَكَاثُرٌ فِي الْأَمْوَالِ وَالْأَوْلَادِ} (1) ، وإما أنها كالظل الزائل والحلم المنقطع مثل قوله - تعالى : {وَاضْرِبْ لَهُم مَّثَلُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا كَمَا أَنزَلْنَاهُ مِنَ السَّمَاءِ فَاخْتَلَطَ بِهِ نَبَاتُ الْأَرْضِ فَأَصْبَحَ هَشِيمًا تَذْرُوهُ الرِّيَّاحُ} (2) .

الثاني : وصف يقتضي مدحها والالتفات إليها، وذلك إما من جهة ما فيها من الدلالة على وجود الصانع ووحدانيته ، كقوله - تعالى : {أَفَلَمْ يَنْظُرُوا إِلَى السَّمَاءِ فَوْقَهُمْ كَيْفَ بَنَيْنَاهَا وَزَيَّنَّاهَا وَمَا لَهَا مِنْ فُرُوجٍ} (3) ، وإما من جهة أنها ممن امتن الله بها على عباده ، كقوله تعالى : {الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ الْأَرْضَ فِرَاشًا وَالسَّمَاءَ بِنَاءً وَأَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَخْرَجَ بِهِ مِنَ الثَّمَرَاتِ رِزْقًا لَكُمْ فَلَا تَجْعَلُوا لِلَّهِ أَنْدَادًا وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ} (4) .
فالدنيا من جانب النظر الأول مذمومة ، وهي محمودة من جانب النظر الآخر ، ولذلك فإن ذمها بإطلاق لا يستقيم وكذلك مدحها ؛ فذمها إنما هو من جهة أخذها رغبة فيها وحباً في العاجلة ، وهو تابع سوغ ذمها وصير الزهد فيها محموداً ، ومدحها إنما هو باعتبار ملاحظة الحكمة التي وضعت لها الدنيا ، وهي ملأى بالمعارف والحكم ، وهو معنى استوجب مدحها وصير الزهد فيها مذموماً من جهة كونها مركبا للأخرة ، وطلب السلف لها إنما كان بهذا الاعتبار ، فصار طلبها من جملة عباداتهم .

فلم يُزهد الله تعالى المؤمنين في الدنيا إلا عند ظهور حرص منهم بالتكالب عليها أو بالمنع من حقه تعالى فيها ، وحيث تظهر مظنة مخالفة التوسط ؛ لأن الكليات الشرعية حاملة على التوسط ، فإذا وجد ميل إلى طرف من الأطراف فذلك في مقابلة واقع أو متوقع في الطرف الآخر .

ومراعاة هذا الاعتبار في هذه المسألة يمثل المنهج السليم للفصل الصحيح في الحكم على الفقر والغنى وأيهما أفضل ؟ فظهر أن أحدهما ليس بأفضل من الآخر بإطلاق ، فإذا أمال الغنى إلى إثارة العاجلة كان بالنسبة إلى صاحبه مذموماً وكان

1- سورة الحديد الآية (20) .

2- سورة الكهف الآية (45) .

3- سورة ق الآية (6،7) وما بعدهما .

4- سورة البقرة الآية (22) .

الفقر أفضل منه ، وإذا أمال إلى إثثار الآجلة والاستعانة به على التزود للمعاد فهو أفضل من الفقر⁽¹⁾ .

ثانيا : من السنة النبوية :

الفروع التي يظهر فيه ذلك من السنة الشريفة كثيرة لا تكاد تحصى ؛ نظرا لأن أغلبها أخبار آحاد وقضايا عينية، ومن ذلك :

1. شهود الصلاة في المسجد أمر حث عليه الشارع ورغب فيه ورتب عليه الجزاء الوفير ، ومن جملة ما يعد عارضا في هذا الأمر - يمنع صاحبه من هذا الشهود - الإيذاء بالثوم ونحوه .

وقد أخرج مسلم عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال : " من أكل من هذه الشجرة يعني الثوم فلا يأتين المساجد "⁽²⁾ .

وأكل الثوم يعد عارضا مؤثرا في مثل هذا المقام ، وهو ليس سببا في تحريمها ، فقد أخرج مسلم عن أبي سعيد الخدري قال : " لم نعد أن فتحت خير فوقعنا أصحاب رسول الله ﷺ في تلك البقلة . الثوم ، والناس جياح فأكلنا منها أكلا شديدا ، ثم رحنا إلى المسجد فوجد رسول الله ﷺ الريح ، فقال : من أكل من هذه الشجرة الخبيثة شيئا فلا يقربنا في المسجد ، فقال الناس : حرمت حرمت ، فبلغ ذلك النبي ﷺ ، فقال : أيها الناس : إنه ليس لي تحريم ما أحل الله لي ، ولكنها شجرة أكره ريحها "⁽³⁾ .

وأكل هذه الشجرة يُعد عارضا يبيح التخلف عن الجمعة والجماعة بسبب ريحها ، ويحرم أكلها في المسجد ، وأما خارجه فيحرم ما لم يكن عنده ما يزيل به رائحته . وفي دخوله المسجد لغير جمعة وجماعة قولان بالجواز والكراهة ، وقد صرح ابن رشد بالحرمة ، قال الشيخ العدوي : وهو الظاهر⁽⁴⁾ .

2. قول الرسول ﷺ : " اسق يا زبير ، ثم أرسل إلى جارك "⁽⁵⁾ والعارض في هذا الحكم هو عدم رضا الأنصاري بالصلح الذي أشار به الرسول ﷺ بما فيه سعة له

¹ - الموافقات ج 2 ص 163 - 167 ، ج 4 ص 304-310 .

² - صحيح مسلم ، كتاب الصلاة ، باب نهى من أكل ثوما أو بصلا أو كراثا أو نحوها ، حديث رقم 561 .

³ - مسلم ، كتاب الصلاة ، باب نهى من أكل ثوما أو بصلا أو كراثا أو نحوها ، حديث رقم 565 .

⁴ - الخرشي على مختصر خليل وحاشية الشيخ العدوي ج 2 ص 92 . ومثل الثوم شدة الجذام والبرص المضر الرائحة وهذا المنع هو لحق الناس ، ولذا فللسلطان منعهم من حضور الجماعات دون الجمعة ، أما في الجمعة فالمنع مقيد بما إذ لم يجدوا موضعا يتميزون فيه ، أما لو وجدوه بحيث لا يلحق ضررهم بالناس وجبت عليهم إذا كان المكان تجزئ فيه الجمعة ؛ لإمكان الجمع بين حق الله وحق الناس . انظر الخرشي ج 2 ص 90 ، 91 .

⁵ - فقد روي " أن الزبير كان يحدث أنه خاصم رجلا من الأنصار قد شهد بدرا إلى رسول الله ﷺ في سراج من الحرة كاتا يسقيان به كلاهما ، فقال رسول الله ﷺ للزبير : اسق يا زبير ثم أرسل إلى جارك . فغضب

وللأنصاري ، وإغضابه الرسول ﷺ، وقد أثار هذا العارض في الحكم فاستوعى رسول الله ﷺ حق الزبير ، وحكم على الأنصاري بالحكم البين .

ثالثا : من الإجماع :

من بين ما استند إليه الإجماع في ذلك عارض الضرورة : وذلك في كل موضع اقتضت القاعدة فيه حكما واقتضت الضرورة خلافه ، فترك القاعدة ؛ عملا بالضرورة المحوجة إلى ذلك ، ومن ذلك : النظر إلى ما يحرم من المرأة ، فإنه يُمنع بحكم القياس ، إلا أنه أبيح النظر إليها استحسانا لعارض الضرورة ؛ لكون ذلك أرفق بالناس⁽¹⁾ .

وكما في الآبار التي وقعت فيها نجاسة فإن القاعدة تقضي بدوام نجاستها ؛ لعدم إمكانية تطهيرها إلا أن الفقهاء حكموا بطهارتها⁽²⁾ استحسانا ؛ لعارض الحاجة إلى الماء في جميع شؤون حياة الناس وعباداتهم ، بإلقاء قدر من الماء فيها ، مع أن ما يلقي فيها من الماء لتطهيرها ينجس بمجرد إلقائه .

والضرورة عارض يبيح ما كان محظورا في حال الاختيار ، فلها أثر في سقوط الخطاب ، وقد جعل الله العجز الذي تعكسه الضرورة عذرا في سقوط العمل بكل خطاب – كما قال الدبوسي⁽³⁾ .

الطريق الثاني : من القواعد : إضافة إلى " قاعدة الاستحسان " هناك قاعدة " سد الذرائع " ، وهي قواعد تتكفل بضمان المصالح المقررة شرعا إذا كان اطراد الأحكام من شأنه تضييعها ، وتعد منألياتفقه المال الخاص ، حيث يأخذ تصرف المكلف حكما يتفق مع ما يؤول إليه تصرفه ، فإذا أدى إلى مطلوب فهو مطلوب ، وإذا أدى إلى ممنوع عدّ منهيا عنه .

هذا هو أساس الحكم فيها ، وهو مبني على ملاحظة التوابع والعارض التي يحكم بغلبة الظن بحصولها وتأثيرها ، وأمثلة ذلك كثيرة وظاهرة - كما لا يخفى .

= الأنصاري فقال : يا رسول ﷺ أن كان ابن عمك . فتلون وجه رسول ﷺ ثم قال اسق ، ثم احبس حتى يبلغ الجدر . فاستوعى رسول ﷺ حينئذ حقه للزبير . وكان رسول ﷺ قبل ذلك أشار على الزبير برأي سعة له وللأنصاري فلما أحفظ الأنصاري رسول ﷺ استوعى للزبير حقه في صريح الحكم ، قال عروة : قال الزبير : والله ما أحسب هذه الآية نزلت إلا في ذلك [فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما] ، البخاري ، كتاب الصلح ، باب إذا أشار الإمام بالصلح فأبى ، حكم عليه بالحكم البين . حديث رقم 2708 . وقوله : فلما أحفظ أي : أغضب . قال ابن حجر : وزعم الخطابي أن هذا من قول الزهري أدرجه في الخبر . انظر : فتح الباري ج 5 ص 365 . والآية (65) من سورة النساء .

¹ - انظر المبسوط ج 10 ص 145 .

² - انظر أصول السرخسي ج 2 ص 192 ، وكشف الأسرار ج 4 ص 6 .

³ - انظر تقويم الأدلة ص 405 .

مكانتها : ما يدل على علو شأن هذا المفهوم وعظم مكانته جريان بعض النصوص القرآنية وكثير من النصوص النبوية على ما يقتضيه بملاحظة الأوصاف المحيطة بمحل الحكم واعتبارها في إصدار الأحكام ، وهو ما أسماه الشاطبي⁽¹⁾ بالاعتبار الخارجي الذي يعد الفعل المكلف به من جهة ماهيته مقيدا بقيد الاتصاف بتلك الأوصاف ، في مقابلة الاعتبار العقلي الذي يلاحظ الفعل المكلف به من جهة ماهيته مجردا عن الأوصاف الزائدة عليه واللاحقة له .
وأهميته واضحة، وبالغفلة عنه يُخاف أن ينقلب ما أُودِع في الشرع فتنةً بالعرض وإن كان حكمةً بالذات.

ولذلك عظمت مكانته واشتدت الحاجة إليه ، وهو أمر يقتضيه - إضافة إلى الشرع - المنطق والواقع ، وقد لوحظ في غير مجال الأحكام - في مجالات كثيرة ، وهذه بعض النماذج في ذلك :

• حرص المتقدمين على سلوك أنفع الطريقتين في أخذ العلم عن أهله ، وهو طريق المشافهة⁽²⁾ - للخاصية التي جعلها الله تعالى بين المعلم والمتعلم - جعلهم يكرهون الكتابة في الجملة ، ولا يكتب منهم إلا القليل ، وخالفوا في ذلك عندما حدث النسيان ، وهو عارض مؤثر يوجب الترخيص ؛ خوفا على الشريعة من الاندراس .

• تنوع صياغة الجمل في صورة الإخبار بحسب التابع الملاحظ على حسب ما يقتضيه الحال من كون المخاطب خالي الذهن ، أو مترددا ، أو منكرا ، وبحسب المخبر والمخبر عنه والمخبر به ونفس الإخبار⁽³⁾ .

• يُجري العلماء المسائل عند تقريرها على الأصل ، لا ما كان بفعل العارض ، فيعدون من ممسوحات الوضوء : الرأس والأذنين ، دون ما يُمسح من المغسول كالجبيرة والخفين ؛ لأن ذلك ليس بأصل⁽⁴⁾ .

فاندها: اعتبار العوارض أمر مهم يحقق عدة فوائد . ويمكن أن نعد منها الآتي :

1. إظهار ما يتمتع به الفقه الإسلامي من عناية بالواقع ، وعدم الانقطاع عنه في سائر الأحكام بانتهاج النهج العملي ، بعيدا عن المناهج النظرية المصبوغة بصبغة التكلف .

¹ - انظر : الموافقات ج 3 ص 33،34.

² - ثاني الطريقتين هو مطالعة كتب المصنفين . انظر الموافقات ج 1 ص 96 ، 97 .

³ - الموافقات ج 2 ص 67.

⁴ - انظر شرح التلخين ج 1 ص 125 .

2. إضافة إلى أنه بتفعيله تلغى الهوة التي استفحل أمرها بمرور الزمن بين هدي الشرع والواقع العملي .
3. فيه شحذ للذهن، وتبصير بحقائق الشرع ، وتعرف على مكونات الحكم الشرعي .
4. يوفر آلية لتفهم الفروق الفقهية ، كالحكم بضمان ما أتلفته المواشي ليلا؛ لأجل أن على أربابها صيانتها بالليل ؛ لكونهم يقومون بحفظها لأنفسهم ، ولئلا يؤدي الناس ولا حاجة بهم حينئذ إلى تسريحها ، ولأن أرباب الزرع لا يمكنهم حفظ زرعهم وطرد المواشي عنها ليلا⁽¹⁾ .
5. إزالة الأوهام التي بنى عليها من اتهم الفقه الإسلامي بالتناقض ، وحل ما يبدو منه متعارضاً بحسب الظاهر ، بإظهار التأثير الحاصل بالعارض في بعض تلك المحال.
6. التناسق في الأحكام عند اختلاف الخطاب بين الكلي والجزئي المتأثر بالعارض؛ لأن التعميم في الكلي يقوم عادة على قدر من التجريد يجعله غير متأثر بالأوضاع العارضة ، فيبنى الحكم فيه على المناط المعتاد .
7. الأمن من الخطأ في الفتوى الحاصل من الغفلة عن ملاحظة تلك العوارض والإضافات .
8. الخروج من أمر التكليف بما لا يطاق ، كما هي الحال في العوارض الشرعية، مثل حالات التزاحم بين الواجبات الشرعية .
9. نفي الحكم الأصلي عن المحل المتأثر بالعوارض وإضافة حكم جديد له ، فيحكم بعدم انحتم وجوب الصوم والحج على العاجز ، وبجواز أخذ مال الغير عند الضرورة إليه ، وبفعل المحرم تحت الإكراه .
- تنوع الأدلة باعتبار العوارض :** للنصوص منهج في تناول الأحكام ، فالأصل في النص ذكر الحكم في المسائل المختلفة مبنيًا على المناط المعتاد⁽²⁾ القائم على القدرة والإقامة والاختيار ، مجردا عما يمكن أن يلحق بالفعل من الأوصاف الزائدة عليه مما عساها أن تحيط به، وقد يأتي الحكم متأثراً بتلك الأوصاف فيكون مبنيًا على المناط الخاص .
- فاقتضاء الأدلة بالنسبة إلى محالها يكون على وجهين⁽³⁾ :

1 - شرح التلقين ج 5 ص 513 .

2 - انظر الموافقات ج 3 ص 78 وما بعدها .

3 - انظر الموافقات ج 3 ص 78 ، 79 .

الأول : الاقتضاء الأصلي : وهو الواقع على المحل مجردا عن التوابع والإضافات، كالحكم بإباحة البيع والإجارة وسن النكاح ، وذلك قبل طروء العوارض فتكون مبنية على المناط المعتاد.

الثاني : الاقتضاء التبعي : وهو الواقع على المحل مع اعتبار التوابع والإضافات، كالحكم بوجوب النكاح على من خشي العنت ، وكراهية الصلاة لمن حضره الطعام، وذلك في كل ما اختلف حكمه الأصلي ؛ لاقتران أمر خارجي ، فتكون مبنية على المناط الخاص .

والغالب في القرآن جرّي نصوصه على الوجه الأول ، بعكس الحال في السنة ، فإنها لجزئيتها غالبا عُدَّت الأكثر تأثرا بالعارض ، فجرى قسم كبير من نصوصها على الاقتضاء التبعي .

ذلك أن النصوص تنوعت في أمر التشريع إلى أسلوبيين (1) :

الأسلوب الأول : نصوص تحمل أصول التشريع ووكلياته وقواعده العامة ، وهي أغلب ما ورد في القرآن (2) وبعض ما ورد في السنة ، مثل قول الله تعالى : {يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ} (3) ، وقوله تعالى: {وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ} (4) ، وقول الرسول ﷺ : " لا ضرر ولا ضرار" (5).

الأسلوب الثاني : نصوص تفيد أحكاما جزئية ، وهي بعض ما جاء في القرآن ، مثل قوله تعالى: {الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ} (6) ، وأغلب ما ورد في السنة ، مثل قول الرسول ﷺ: " اسق يا زبير ، ثم أرسل الماء إلى

1- ولهذا التنوع حكمة بالغة ليس هذا محلّ ذكرها .

2- وقد غلب على القرآن الكريم التشريع الكلي ؛ للآتي :

أولا : عموم شريعة الإسلام وكونها خاتمة الشرائع استلزم أن يكون مقصدُ الشارع فيها نوطَ أحكامها المختلفة بأوصاف مختلفة تقتضي تلك الأحكام ، وأن يؤثر تغيير الأوصاف - الناشئ من تغيير الأحوال الذي هو سنة إلهية في الخلق - في تغيير الأحكام فيه ، بخلاف ما لو كانت الشريعة مؤقتة بقوم أو بعصر ، فإن ما قرر فيها من الأحكام قد لا يختلف ؛ لأن غاية دوامها معلومة .

ثانيا : مما يقتضيه عموم الشريعة أن تكون أحكامها سواءً لسائر الأمم المتبعين لها بقدر الاستطاعة ؛ لأن التماثل في إجراء الأحكام والقوانين عون على حصول الوحدة الاجتماعية ، ولهذا جعلت أحكامها مبنية على اعتبار الحكَم والعِلل التي هي من مدركات العقول لا تختلف باختلاف الأمم والعوائد .

ثالثا : عدم إلزام الأمم الأخرى غير التي نزل فيها التشريع بعوائد الأمة التي نزل فيها التشريع مما عساه أن ينضمّن في التشريعات الجزئية أو يعلق بها . انظر مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور ص 233 ، 238 ، 296 .

3- سورة البقرة الآية (185).

4- سورة البقرة الآية (205) .

5- الموطأ كتاب الأفضية . باب القضاء في المرفق . حديث رقم 1412 .

6- سورة النور الآية (2) .

جارك"⁽¹⁾، ومما هو نادر في السنة ما أخذ الطابع الكلي، مثل قوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار".

ولهذا الأمر كان التعامل مع نصوص الحديث في غاية الخطورة؛ لأسباب كثيرة، وما يهمنا منها في هذا المقام هو الخوف من تحويل جزئي أحدها إلى أمر كلي يُنزل على كل ما يوهم أنه مندرج تحته نتيجة عدم فهم مكونات حكم ذلك الجزئي بتعميم حكمه وتصويره من قبيل الخاص الذي أريد به العام، وهو يؤول بصاحبه إلى أن يكون متلبسا بما يمكن تسميته بـ"وضع الاستعمال" الذي هو أشد خطورة من "وضع النص".

ويقصد بالحكم الجزئي الوارد في الأسلوب الثاني الحكم الشرعي المعطى لجزئية ما، وهو أعم من اشتمالها على عارض ما أو عدمه، ولذلك أوردت في الأسلوب الثاني مثالين: المحل في المثال الأول منهما غير متأثر بأي عارض، وقد بُني على المناط المعتاد ويُعدّ اقتضاء الدليل فيه أصليا، بخلاف الثاني حيث يعد عدم رضا الخصم بالصلح الذي أشار به الرسول ﷺ عارضا واضحا فيه، كما سيأتي في طرق الاستدلال.

ويظهر من وجود اللون الأول (التشريع الكلي) أن الشارع قصد التقليل من التفريع في وقت التشريع⁽²⁾، حيث تنقل كليات الدين وقواعده - عبر الزمان والمكان - خالية عن العوارض التي يمكن أن تكون متلبسة بالحكم الجزئي.

أنواع التشريع: شرع الشارع أحكامه لتحقيق مقاصده في دنيا المكلفين، وهذه الأحكام جارية في التكليف على الطريق الأوسط الذي لا مشقة فيه ولا انحلال. ويطرد ذلك فيما شرع ابتداء على غير سبب ظاهر اقتضى ذلك، كتكاليف الصلاة والصيام والزكاة وغير ذلك مما نوع اقتضاء الأدلة فيه أصليا.

ويستوي معه ما كان السبب فيه يرجع إلى عدم العلم بطريق العمل، كما في الأسئلة الواردة في القرآن عن أصل الإنفاق، وحكم الخمر والميسر، وغير ذلك، وأظن أنهما يرجعان إلى قسم واحد وهو ما كان الحكم فيه منفكا عن العارض، وأن الأدلة فيهما مما اقتضاؤه أصلي.

وهناك تشريع لأجل انحراف المكلف، أو وجود مظنة انحرافه عن الوسط إلى أحد الطرفين فيكون التشريع رادا له إلى الوسط الذي جرى عليه أمر التشريع العام في كل ما لوحظ فيه عارض ما.

¹ - تقدم تخريجه.

² - انظر مقاصد الشريعة الإسلامية 296.

ويجري مجراه ذلك التشريع للمسائل الملاحظ فيها خصوصيتها ، فالعوارض سبب في تشريع هذا القسم بمجمله ، بخلاف ما سبقه فإن العوارض ليست سببا في أمر تشريعه ، ويبقى عرضة للتأثر بالعارض في مسائله المختلفة ، وذلك عام في العقائد والعبادات والمعاملات على السواء، وظهور ذلك جلي وواضح في باب الرخص، ولا يحتاج لمزيد بيان .

تقسيم العوارض إلى مؤثرة وغير مؤثرة:

الفرع الأول : العوارض المؤثرة: يمكن تقسيم هذا النوع من العوارض إلى ما هو زمني وما هو مكاني ، وما يرجع منه إلى حال الشخص ومحيطه، ومنه ما ليس كذلك وهو في كل ما لا يكمل ثمرة الحكم إلا به ، أي ما أثر عدمه في كمال ثمرة الحكم الأصلي .

العوارض الزمانية :

تطلق العوارض الزمانية ويراد بها : تأثر محل التكليف بزمن وقوعه ، مثل : وقت الشروق والغروب في حرمة صلاة النفل ، وجواز الفطر وقصر الصلاة وجمعها زمن السفر ، وحرمة النفل - عند المالكية - وقت الخطبة يوم الجمعة .

العوارض المكانية :

تطلق العوارض المكانية ويراد بها : تأثر محل التكليف بمكان وقوعه ، مثل : عرفة في جمع الصلاة وقصرها ، والمسجد في حرمة ما لا يجوز فعله فيه من كل ما هو جائز خارجه .

عارض التكملة : ومن أمثلته ما يلي :

● العارض في عدم قتل الأعلى بالأدنى هو ضمان عدم ثوران نفوس العصابة الذي يحصل بالقتل الذي هو المقصد في القصاص ، والعارض في تحريم قليل السكر هو أن في القليل منه ما يُحصَلُ لذة الطرب الداعية إلى الكثير⁽¹⁾ ، ووجوب الكفء في الزواج إنما هو لضمان دوام النكاح وتمام الألفة الذي هو من مقاصده .

واشتراط عدم الغرر والجهالة في البيوع مطلب حاجي اعتبر تكملة لعارض عدم ضمان الانتقال للأملاك بشكل تام ، وهو أمر تكميلي استوجب ذلك الشرط .

بخلاف رفع الحرج والمشقة فهو مطلب حاجي في المرض اعتبر تكملة لعارض عدم الإتيان بأصل الفعل أو بوصفه الأصلي .

فالتكملة هي حكم يوجد وضعاً في المحل تكمل به ثمرة الحكم الأصلي ، ولها أشكال مختلفة كما هو واضح .

¹ - فاللذة في المسكرات في أولها ، أما في سائر المطاعم والمشروبات فهي في آخرها ، ولذلك فإن ما يحصل من لذة الطرب - من شرب القليل من المسكرات - الداعية إلى الكثير منها هو العارض الذي حرم من أجله القليل الذي لا يسكر وكانت القاعدة : بأن "ما أسكر كثيره فقليله حرام" .

وبما أن هذا الحكم تكميلي فإن طلبه ليس على الإطلاق ، بل هو مشروط بالألا يؤدي هذا الطلب إلى تضييع الأصل ، ولذلك وضعت قاعدة " كل تكملة فلها من حيث هي تكملة شرط ، وهو ألا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال "(1).

العوارض الحالية :

تطلق العوارض الحالية ويراد بها : تأثر محل التكليف بالتوابع المحيطة بالمكلف ، كالعجز الحاصل للمكلف المانع له من الوضوء أو المانع له من القيام في الصلاة . وهذا النوع من العوارض ينفك عن الفعل في حال القضاء ، فالقضاء فيها لا يحكي ما كان أداء ، فيقضي القادر بالقيام ولو فاتته حال عجزه.

بخلاف بعض العوارض الزمانية فإن أثرها يبقى وإن زالت ، فعارض السفر يؤثر بالقصر في الصلاة ، فإذا خرج الوقت ولم تصلَّ يبقى تأثير ذلك العارض وتقضى الصلاة قصرا ، وهذا يعني بقاء أثرها في الفعل بما يعد وصفا أشبه بالوصف الذاتي الذي يَبْقَى لصيقا بالفعل ولا ينفك عنه ، ويعد جزءا من ماهيته.

الأحكام المتأثرة بالعارض وغير المتأثرة :

تنقسم الأحكام بهذا الاعتبار إلى قسمين :

الأول : ما يتأثر بالعارض : وهو الأحكام العملية ؛ لتأثرها بالعوامل المحيطة بها ، والدليل على ذلك اختصاص الرخص بها دون غيرها . وتتأثر الأحكام الجزئية منها على وجه الخصوص ؛ لأنها أضعف شأنًا في الاعتبار من الكليات.

الثاني : ما لا يتأثر بالعارض : وهو الأعمال القلبية ؛ لخروجها عن مجال الإكراه، ولعدم طلب النية فيها ؛ لانعدام جهة أخرى ينصرف إليها الفعل ، وكذلك القواعد العامة والأحكام الكلية ؛ لأنها أمور ذهنية غير مشخصة وليست موجودة في الخارج.

ونشأ عن ملاحظة هذا التقسيم ما يلي :

أولا : كثرة الشروط في الأحكام المتعلقة بعمل الجوارح ؛ ليُضْمَنَ خلؤها عن العارض المؤثر.

الثاني : انعدام الشروط فيما يتعلق بعمل القلب ؛ لخلو المحل عن أي عارض يمكن أن يؤثر في الحكم ، بدليل قوله تعالى : {إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ عَذَابٌ مِّنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ} (2) فمن أكره لم ينشرح بالكفر صدره ، فجعل الشارع للإكراه تأثيرا في الإقرار ، دون الاعتقاد الذي محله القلب ، وقد ورد في الحديث : "فإن لم يستطع فبقلمه" (3).

1- الموافقات ج 2 ص 13.

2- سورة النحل الآية (106).

3- صحيح مسلم ، كتاب الإيمان ، باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان ، حديث رقم 49 .

فالإكراه على الكفر يُجَوِّز النطق - الذي هو من عمل الجوارح - بكلمته ، لا اعتقاد مضمونه ؛ لعدم الإكراه عليه ؛ لأنه عمل قلبي ، وهو خارج عن مجال تأثير الإكراه، كما هو معلوم .

الثالث : ملاحظة هذا التقسيم المبني على ملاحظة اعتبار العوارض يُعِينُ على إدراك بعض الأحكام وفهم أسرارها ، وإظهار الفارق بين ما تشابه منها ، كعدم سقوط الصلاة بحال وسقوط الصوم في بعض الأحوال .
ولبيان هذه النقطة ، أقول :

عارض المرض والسفر مثلا يؤثر في الصوم في إسقاط الإلزام به - زمنه - لأن للصوم صورة واحدة وهي الإمساك من طلوع الفجر إلى غروب الشمس ، بخلاف الصلاة فإن عارض المرض لا يؤثر في أصلها بل في بعض أوصافها ، وينقل صورتها ، فتندرج من الوقوف إلى الجلوس إلى الاضطجاع إلى الإيماء إلى أن تصير من أعمال القلوب ، ولذلك لم تسقط الصلاة بحال.
وعارض السفر يؤثر في صفتها : عددا في التقصير ، وزمنا في الجمع ؛ لأجل التيسير .

وعندما تصبح الصلاة عملا من أعمال القلوب فإنها تأخذ حكم الإيمان الذي - كما قال ابن رشد الجد⁽¹⁾ : "لا اختلاف بين أحد من أهل السنة في كونه من أفعال القلوب" فتكون في هذه الصورة بمنأى عن التأثير بأي عارض .

بحيث نفهم أن الحكمة من جعل الصلاة في أدنى صورها كذلك هو إعلاء شأنها وجعلها قرينة الإيمان ؛ ليكونا خارجين عن التأثير بأي عارض ، فلا تسقط المطالبة بهما عن أحد ، ولا يتركان بحال ، ومن هنا سمي أحدهما باسم الآخر في محلين :
الأول : في تسمية الصلاة باسم الإيمان في قوله تعالى : { وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِيعَ إِيمَانَكُمْ }⁽²⁾ ، أي صلاتكم ؛ لما ثبت من حديث البراء بن عازب قال : " مات قوم كانوا يصلون نحو بيت المقدس ، فقالوا : فكيف بأصحابنا الذين ماتوا وهم يصلون نحو بيت المقدس ، فأنزل الله عز وجل : { وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِيعَ إِيمَانَكُمْ } قال: صلاتكم إلى بيت المقدس"⁽³⁾ .

الثاني : في تسمية الإيمان باسم الصلاة في قوله تعالى : { مَا سَلَكَكُمْ فِي سَقَرٍ قَالُوا لَمْ نَكُ مِنَ الْمَصْلُومِينَ }⁽⁴⁾ قيل : " من المؤمنين الذين يصلون"⁽⁵⁾ .

¹ - مسائل ابن رشد ج 1 ص 191 .

² - البقرة الآية 143

³ - تفسير القرآن العظيم للإمام ابن أبي حاتم الرازي ج 1 ص 252 فقرة 1347 . وأخرجه البيهقي عن البراء ببعض الاختلاف . السنن الكبرى ج 2 ص 6 جماع أبواب استقبال القبلة ، حديث رقم 2233 .

⁴ - المدثر الآية (42،43) .

⁵ - الجامع لأحكام القرآن ج 20 ص 86 .

ومما له تعلق بذلك وتتميماً للفائدة ، أقول : إن التردد في سبب الترك في الصوم بين القصور: أي العجز عن أدائه ، والتقصير: أي التفريط فيه هو الشبهة التي درأت الحد عن تاركه ؛ لعدم القطع بالتقصير في الترك ، وقد ورد عن الرسول ﷺ قوله: "ادرعوا الحدود بالشبهات"⁽¹⁾ بخلاف الصلاة كما هو ظاهر .

العوارض وعلاقة الكلي بالجزئي :

قصد الشارع بالتشريع أن يكون وضعه أدياً وكلياً وعماماً في جميع الأحوال ، بحيث تنزل أحكامه على مواردها التي هي الأفعال الصادرة عن المكلفين ، وتُنزَلُ الأحكام الكلية إلى الجزئيات لا يخرجها عن كليتها ؛ لأن الجزئيات معتبرة في إقامة الكلي ، ولو لم تعتبر لما صح التكليف بالكل ؛ لأنه راجع إلى أمر معقول لا يتحقق في الخارج إلا في الجزئيات ، والمحافظة على الكلي يحصل بالمحافظة على الجزئي .

وإذا تخلف الجزئي فهل يقدر ذلك في كليه ؟ لذلك أحوال :

الأول : تخلف الجزئي لغير عارض لا يصح ؛ لارتفاع الكلي بهذا التخلف، فيجب أن يجري حكمه على ما يقتضيه في كل ما تحقق أنه جزئي له .

الثاني : أما تخلفه لعارض فإنه يصح ؛ تفعيلاً لأمر العارض .

فيرتفع الكلي إذا كان تخلف الجزئي ليس بسبب دخوله تحت جزئي آخر، ولا بسبب عارض ما ؛ لأن الكلي يحافظ عليه بما يقوم به وهو الجزئيات، فهي معتبرة في عدم تخلفه ، فإذا جاء الكلي بوجوب الصلاة فإن ترك العتاب والمواخذة على من تركها⁽²⁾ في غير موضع الأعذار لا يستقيم ، وإذا حصل ذلك صار الأمر إلى التناقض.

1- رواه الترمذي في كتاب الحدود ، باب ما جاء في درء الحدود حديث رقم 1424 من سننه ج4 ص789 ، باب ما جاء في درء الحدود مرفوعاً عن عائشة بلفظ : " ادرعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم " وقال : حديث عائشة لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه ، وفي الرواية يزيد بن زياد ضعيف . ورواه ابن ماجه في سننه عن أبي هريرة بلفظ مختلف ج4 ص219 كتاب الحدود ، باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات حديث رقم 2545 . وللحديث طرق متعددة أغلبها ضعيف ، لكن تتقوى ببعضها حتى يصلح للاحتجاج به على مشروعية درء الحدود بالشبهات المحتملة لا مطلق الشبهة . انظر نيل الأوطار ج7 ص105 . وهناك وجه آخر يصلح مستنداً لاعتبار الشبهة مانعاً من إقامة الحد ، وهو ما ذكره القرافي - الفرق الرابع والأربعون بعد المائتين - في الفرق بين قاعدة ما هو شبهة تدرأ بها الحدود والكفارات ، وقاعدة ما ليس كذلك - أنه سأل بعض الفضلاء عن حديث الدرء إذا لم يكن صحيحاً : ما يكون المعتمد في هذه الأحكام ؟ فأجاب بما معناه : قام الإجماع على إقامة الحد متى كان سالماً من الشبهة ، وما قصر عن محله ولم يسلم من الشبهة لا يلحق به ، عملاً بالأصل حتى يدل دليل على إقامة الحد في صورة الشبهات . انظر الفروق ج 4 ص 174 .

2- لا يخفى أن هذا من حيث الأصل فلا يتعارض مع ترك العتاب والمواخذة عليه بفعل العفو .

وإذا جاء الكلي برَبْوِيَّة المقتات والمدخر؛ فإن عدم إجرائه على الأرز بترك المؤاخذة على من باع رطلين برطل منه مثلا في غير موضع الأعدار⁽¹⁾ لا يستقيم؛ لأنه يعد رفعا لذلك الكلي ، وإذا حصل ذلك صار الأمر إلى التناقض أيضا . ذلك أن الكلي بجزئياته ، وهو غير منفصل عنها ، فلولا اعتبارها لم يصح الأمر به ؛ لرجوعه إلى أمر معقول لا يحصل في الخارج إلا ضمنها . فالقصد في الكلي هو أن تجري أمور الخلق في التشريع على نظام واحد، والجزئي المتأثر بالعارض يجري فيه ذلك الأمر على نظام واحد أيضا ، أي إلى كل جزئي وجد فيه ذلك العارض ، وهو السبب في تأثر الكلي بتخلف الجزئي لا عن عارض أو اندراجه تحت آخر ؛ لأن تخلف الجزئي حينئذ هو تخلف للكلي في المقصود منه⁽²⁾ . ولا يرتفع الكلي بتخلف أحد جزئياته إذا كان تخلف الجزئي عن حكم الكلي لعارض أخرجه من هذا الكلي وأدخله في كلي آخر ، أو كان تخلفه لمعارضة اعتبار جزئي آخر لهذا الكلي ورجح عليه ، فإذا سلم الجزئي عن مجموع العارض والمعارض فينبغي أن يأخذ حكم الكلي ولا يتخلف عنه . ومما يدل على اعتبار العوارض وضعهم⁽³⁾ قاعدة أنه لا يستغنى بالكلي دون النظر في الدليل الخاص بهذه الجزئية . فالأمر الكلي يمثل حقائق الأفعال المكلف بها ، وهي أمور ذهنية ، والمجتهدون يحتاجون - عند إصدار حكم فقهي لمسألة ما ، إضافة إلى ذلك المعقول الذهني - إلى ملاحظة الأوصاف الزائدة التي تحيط بالمحل ، والتي قد يكون لها تأثير في الحكم ، ذلك أن لأفعال المكلفين اعتبارين⁽⁴⁾ :

الأول : الاعتبار العقلي الذي يلاحظ الفعل المكلف به من جهة ماهيته مجردا عن الأوصاف الزائدة عليه.

الثاني : الاعتبار الخارجي الذي يعد الفعل المكلف به من جهة ماهيته بقيد الاتصاف بالأوصاف الزائدة اللاحقة في الخارج .

ولأن التشريعات الجزئية قد تتضمن بعض العوائد ويعلق بها بعض التوابع والأوصاف الخاصة ببعض المحال ، فإن القرآن الذي تعبد الله - تعالى - الجميع بتلاوته أجريت الأحكام فيه وبنيتفي الغالب الأكثر على المناط العام، وجرى التشريع فيه غالبا على الكليات⁽⁵⁾ .

¹ - كمن هو في حال الضرورة مثلا ، فإن الضرورة عارض مؤثر في مثل هذا المحل .

² - وهو أن يجري الأمر على نظام واحد .

³ - انظر الموافقات ج 3 ص 8 .

⁴ - انظر الموافقات ج 3 ص 34 .

⁵ - انظر مقاصد الشريعة الإسلامية ص 234 ، 235 .

وما ورد منه جزئياً فتعميمه إنما هو بحسب المناط المعتبر فيه : فإن كان مناطاً معتاداً فينسحب حكمه بإجراء آلية القياس عليه على كل محل كان مناطه معتاداً ، وإن بني على مناط خاص فينسحب حكمه كذلك على كل محل كان مناطه خاصاً شبيهاً به .

ولا بد من التوافق بين الدليل والمحل المراد إعطاؤه حكماً شرعياً في نوعية المناط ، فإذا كان اقتضاء الدليل أصلياً فيحكم به على الجزئي ذي المناط المعتاد ، وإذا كان اقتضاء الدليل تبعياً فإنما يحكم به على الجزئي ذي المناط الخاص المتأثر بتابع ما .

وينبغي أن يشار هنا إلى أن معظم التفريع الواقع في زمن الرسول ﷺ كان في أحكام العبادات ؛ لبنائها على مقاصد قارة ولا حرج في دوامها ولزومها لباقي الأمم والعصور ، بخلاف المعاملات فالحمل فيها على حكم لا يتغير حرج عظيم، فقلّ التفريع فيها⁽¹⁾ ، وقد سيقّت أحكامها في القرآن غالباً بصفة كلية .

أشكال تأثير العارض : يمكن تنويع أشكال تأثير العارض على النحو الآتي :

أولاً : في الحكم : وذلك إما على أصل الفعل وإما على أحد أوصافه :

• فإن كان على بعض أوصاف الفعل ، فإنه يؤثر فيما عد عارضاً فيه : كما في الصلاة فإن المرض لا يعد عارضاً يلغي تحتم طلبها ، بمعنى أنه لا يسقطها ، بل يسقط بعض أوصافها .

• وإن كان على أصل الفعل ، فإنه يسقط التكليف به: كما في الصلاة زمن المانع بالنسبة للمرأة ، أو يُجوّز تأخيرها: كما في الصوم لعارض المرض ، فإنه يلغي تحتم طلبه زمنه ، وقد يقلبه معصية إذا ترتب على فعله ما يقدم في الاعتبار عليه كإتلاف النفس ، وغير ذلك .

ثانياً : في قبول النص : ويظهر ذلك في قضية الاستئذان⁽²⁾ ، فإنه لما استأذن أبو موسى الأشعري على سيدنا عمر بن الخطاب ثلاثاً فلما لم يجبه انصرف ، فطالبه عمر بالبينة ؛ لأنه رأى أن تقييده بالثلاث عارض يمنع من مداومة الاستئذان الوارد بعدم تقييده بعدد في قوله تعالى : **{فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ}**⁽³⁾⁽⁴⁾ .

ثالثاً : في تخصيص النص : مثاله قول الرسول ﷺ : **"لا يخلون رجل بامرأة إلا ومعها ذو محرم"**⁽⁵⁾ وهذا الحديث يحرم أن يخلو الرجل بامرأة أجنبية ، وقد بني

¹ - انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية ص 298 .

² - انظر صحيح البخاري ، كتاب الاستئذان ، باب التسليم والاستئذان ثلاثاً ، حديث رقم 6245 .

³ - سورة النور الآية (28) .

⁴ - انظر مقاصد الشريعة الإسلامية ص 133 .

⁵ - صحيح البخاري ، كتاب جزاء الصيد ، باب حج النساء ، حديث رقم 1862 ، وصحيح مسلم ، كتاب الحج ، باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره ، حديث رقم 1341 .

النص على المناط المعتاد فيكون اقتضاؤه أصليا ، ويخصص هذا الحكم فلا ينطبق على صورة كان مناطها خاصا ، كما إذا وجدت المرأة في حالة يخاف عليها إذا تركت لوحدها فيكون موضع ضرورة يستثنى من النص المذكور ، فنحكم بإباحة بل بوجوب استصحابها إذا خاف عليها لو تركها ؛ تقديمًا للمحقق على المظنون. قال النووي⁽¹⁾ : "وهذا لا اختلاف فيه ، ويدل عليه حديث عائشة في قصة الإفك" .

رابعا : تأثيرها في مجرى النصوص : الأصل في التأسيس للأحكام اعتمادها على الوحي المنزل وفي بعض الأحوال العارضة - على خلاف الأصل⁽²⁾ - يقع الاعتماد في ذلك على الدافع الجبلي كما في الإنفاق على الأهل والولد والحرص عليهم .

ووقع التخلف في هذا في أحوال أخرى عرضت للعرب من التفريط في ذلك ، كما في وأد البنات وقد استدعت هذه الحالة من الشارع الوصاية بحفظهم ، كما في قوله تعالى : {وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا} ⁽³⁾ .

ذلك المبدأ يعد أحد أوجه الإعجاز التي يمتاز بها القرآن الكريم ، وهو الإيجاز في التنصيص على الأحكام ، فما طريقه الوحي يحرص الشارع على التنصيص والحث عليه بدرجات متفاوتة على حسب أهميته ، وما تدعو إليه الجبلة لا يتعرض له إلا عرضا ، فالدافع الجبلي⁽⁴⁾ هو عارض اعتمد الشارع عليه في بعض الأحكام ، تعويضا عن النص .

خامسا : في نزول الأحكام : للعوارض أثرها في تقديم نزول الأحكام و تأخير بعضها ، ويمكن لنا بتتبع الأحكام الشرعية وزمان وجوبها وتاريخه، تنويغ بعض مظاهر الوحي ، إلى ما يأتي:

المظهر الأول : في اختلاف الخطاب بالأحكام لشخص دون شخص وحال دون حال ، ويظهر ذلك في بعض أحاديث النبي ﷺ : فقد سئل ﷺ في أوقات مختلفة عن أفضل الأعمال⁽⁵⁾ وخيرها ، وعرف بذلك في بعض الأوقات من غير سؤال

1- شرح مسلم على النووي ج 6 ص 3625 .

2- انظر مقاصد الشريعة الإسلامية ص 283 .

3- سورة الإسراء الآية (31) .

4- انظر في ذلك موضوع للباحث بعنوان " الوازع : مراتبه ومقصده " نشر بمجلة العلوم القانونية - كلية القانون - ترهونة ، العدد الرابع ، السنة الثانية - 2014 م .

5- أخرج مسلم عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : " سئل رسول الله ﷺ أي الأعمال أفضل ؟ قال : إيمان بالله ، قال : ثم ماذا ؟ قال : الجهاد في سبيل الله ، قال : ثم ماذا ؟ قال : حج مبرور " كتاب الإيمان ، باب بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال ، حديث رقم 83 ، وانظر صحيح البخاري ، كتاب الحج ، باب فضل الحج المبرور ، حديث رقم 1519. وأخرج مسلم في نفس الكتاب والباب حديث رقم 85 عن ابن=

واختلفت أجوبته ﷺ عن ذلك بحسب الأحوال بحيث لو حُمِلَ كلُّ نص على إطلاقه لاقتضى مع غيره التضاد والاختلاف (1) .
فحديث بر الوالدين لمن له والدان يشتغل ببرهما ، والجهاد لمن سأله عن أفضل الأعمال بالنسبة إليه ، وقال لمن يعجز عن الحج والجهاد : "الصلاة على أول وقتها" (2) .

ويجب التنزيل على مثل هذا ؛ لشيئين :

أولاً : تجنباً للتناقض .

ثانياً : إظهاراً لقيمة العارض .

ثالثاً : تأصيلاً لاعتبار الشارع للمال الخاص في تحميل كل نفس على ما يليق بها .
وقد فرغ العلماء على ذلك كثيراً من الأحكام اعتباراً للأحوال ومراعاة للمال .
المظهر الثاني : في التأخر بالخطاب ببعض الواجبات دون بعض بشكل عام ، فبعد الخطاب بالتوحيد بمعرفة الله وصفاته ووجوب الإيمان بالكتب والرسول واليوم الآخر ، تأخرت الواجبات الأخرى ، ويعرف ذلك بتاريخ وجوبها ، وتأخير بعضها عن بعض بشكل مباشر أو مع تراخ ؛ للترغيب في الإسلام ، ولتهيئة النفوس للواجب الجديد .

فلو وجبت المطلوبات في الابتداء لنفروا من الإيمان ؛ لثقل تكاليفه على نفوسهم التي تعودت الحرية ، وإرخاء العنان لها .
وهذه بعض الأمثلة على ذلك :

- أخر الله إيجاب الصلاة – على أهميتها – إلى ليلة الإسراء ، قبل الهجرة إلى المدينة بسنة (3) ؛ لأنه لو أوجبها في ابتداء الإسلام لنفر الناس منه .
- وكذلك الأمر في الزكاة ، فقد تأخر إيجابها إلى ما بعد الهجرة ؛ فلو وجبت في الابتداء لكان إيجابها أشد تنفيراً منه ؛ لغلبة الضنة بالأموال .
- أما الخمر : فقد كان العرب مولعين بشربها إلى درجة أنه عند نزول آية التحريم البات لها - بعد فترة التمهد لذلك ، وقد أريققت - ملأت شوارع المدينة (4) ،

= مسعود قال : "سألت رسول الله ﷺ أي العمل أفضل ؟ ، قال : الصلاة لوقتها ، قال : قلت ثم أي ؟ قال : بر الوالدين ، قال : قلت ثم أي ؟ قال الجهاد في سبيل الله" . وأخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب مواقيت الصلاة ، باب فضل الصلاة لوقتها . حديث رقم 527 . وانظر ما أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب العتق ، باب أي الرقاب أفضل ، حديث رقم 2518 .

1- انظر الموافقات ج 4 ص 99 .

2- انظر قواعد الأحكام ج 1 ص 65 ، 66 .

3- انظر الجامع لأحكام القرآن ج 10 ص 210 .

4- الجامع لأحكام القرآن ج 6 ص 292 .

الأمر الذي استوجب لمعالجتها مراعاة أمرين ، كل منهما لو أهمل لنفر الناس من هذا الدين نفورا شديدا :

الأمر الأول : تحريمها بالتدريج ، وقد كان (1) .
الأمر الثاني : تأخير الفصل في هذا التحريم إلى زمان متأخر ، وهو ما بعد واقعة أحد ، أي بعد البعثة بستة عشر عاما ، مع أن الأصل يقتضي تحريمها ابتداء ؛ لمساسها بالعقل الذي هو " أصل المصالح " كما قال القرطبي (2) .
 وقال ابن عاشور : "إصلاح عقل الإنسان هو أساس إصلاح جميع خصاله" (3) ، فهو المحتاج إليه في الفهم والامتثال .

فهذه كلها مصالح أخرت ؛ لما في تقديمها من المفساد المذكورة ، نظرا لوجود تلك العوارض المذكورة.

في حين أن الشارع قدم الأمر ببعض المطلوبات في ابتداء الإسلام مما لو رتب مع ما أخر في سلم الواجبات لتأخر ؛ لأنه كان ملائما لطباعهم ، غير صاد لهم عن الدخول في الإسلام ، كإقضاء السلام ، وإطعام الطعام ، وصلة الأرحام ، والصدق ، والعفاف ، وغير ذلك (4) .

المظهر الثالث : نلاحظه في أبعد وأعم مما ذكر ، وذلك في تقديم بعض خصال النبوة على بعض ، ف(أول ما بدئ به رسول الله ﷺ من الوحي الرؤيا الصالحة في النوم ، فكان لا يرى رؤيا إلا جاءت مثل فلق الصبح، ثم حُبب إليه الخلاء ...) (5) .
 فقد تأخر نزول جبريل ﷺ إلى ما بعد الفترة التي استغرقتها "الرؤيا الصادقة" (6)؛ تمهيدا له ؛ ليتهبأ وجدانه ﷺ للتعامل مع الغيب ، فما يراه مناما يتحول إلى واقع ؛ لتقوى فكرة الاتصال بين الغيب والواقع في نفسه .

قال شهاب الدين القسطلاني: "وإنما ابتدئ ﷺ بالرؤيا ؛ لئلا يفجأه الملك ، ويأتيه بصريح النبوة بغتة ، فلا تحتل القوى البشرية ، فبدئ بأوائل خصال النبوة" (7) .

1- وما ينبغي أن يعد تمهيدا أيضا ما ورد في القرآن المكي من الأمر بحفظ النفس ، وسائر الأعضاء ومنافعها من السمع والبصر ، ولا شك أن العقل من أعظم منافعها. انظر الجامع لأحكام القرآن ج6 ص286، 287 ، والمواقفات ج3 ص47 ، 48 .

2- الجامع لأحكام القرآن ج6 ص287 .

3- أصول النظام الاجتماعي في الإسلام ص45 .

4- انظر هذه الأمثلة في قواعد الأحكام ج1 ص64 .

5- صحيح البخاري ، كتاب بدء الوحي ، حديث رقم " 3 " .

6- لا يقال: إن ذلك كان قبل الرسالة فلا حكم ؛ لأنها من الوحي - كما في الحديث السابق - ولأنهم عدوا ما لحقها كالخلوة في غار حراء حكما مرتبا على الوحي ، بدليل مشروعيتها ، وعدم النهي عنها ، بل قد استنبطوا منها أن الانقطاع الدائم عن الأهل ليس من السنة ؛ لأنه ﷺ لم ينقطع في الغار بالكلية ، فكان يرجع إلى أهله لضرورتهم ، ثم يخرج لتحنثه . انظر فتح الباري ج1 ص107 .

7- إرشاد الساري ج1 ص105 .

بدليل أنه ومع هذا التمهيد يدل حاله - وهو راجع إلى خديجة⁽¹⁾ "يرجف فواده" مع قوله : "لقد خشيت على نفسي" - على انفعال حصل له من مجيء الملك ، فماذا كان الحال لو خلا الأمر عن ذلك التمهيد .

والأصل في كل ما ذكر - في المظاهر الثلاثة - هو التعجيل ؛ لجملة المصالح المترتبة على تلك التكاليف ، أما وقد تم الأمر فيها على تلك الصورة ، ومع أنه تصرف من الشارع يحمل قيمة النص ، فإنه وضع استثنائي يجري في أذهاننا مجرى التخصيص للأصل ، تحقيقاً لمقصد الشارع ، فلو قُدّم ما أخر لم يؤمن معه ترتّب المآلات المذكورة .

أنواع العوارض المؤثرة : العوارض المؤثرة كثيرة ، منها :

1. المرض : ذكر السيوطي أن المرض من أسباب التخفيف ، وعد من رخصه : التيمم عند مشقة استعمال الماء ، والقعود في صلاة الفرض ، والاضطجاع في الصلاة ، والتخلف عن الجماعة والجمعة مع حصول الفضل ، والفطر في رمضان ، وإباحة محظورات الإحرام مع الفدية ، والتداوي بالنجاسات وبالخمر على وجه ، وإساعة اللقمة بها إذا غص بالاتفاق ، وإباحة النظر حتى للعورة والسواتين ، وغير ذلك⁽²⁾ .

2. الغضب في حال القضاء : فهو علة مانعة منه ؛ لقوله ﷺ : (لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان)⁽³⁾ ، وقد ذكر الرسول ﷺ وصفا في سياق الحكم - وهو الغضب - لا مسوغ لذكره لو لم يعد علة للحكم ، وقد استنبط العلماء منه أن معنى التشويش الحاصل من الغضب هو العلة التي يدور عليها النهي ؛ إذ هو العارض المانع من الحكم السليم ، ولأجل ذلك عمموا منع القضاء مع جميع المشوشات ، وخصصوا نوعا واحدا من الغضب وعدوه عارضا مؤثرا وهو الغضب المشوش ، حتى لا يعم كل غضب وإن كان قليلا .

والتعميم والتخصيص المذكوران استنبطاً إما بالمعنى المناسب المذكور فحُكّم في النص تخصيصاً له وزيادة عليه ، وإما من نفس اللفظ : فغضبان وزنه "فعلان" وهو في أسماء الفاعلين يقتضي الامتلاء مما اشتق منه⁽⁴⁾ ، فاستعمل غضبان في الممتلئ غضبا ، لا أنه استعمل في مطلق ما اشتق منه ، فصار معنى الحديث : لا يقضي القاضي وهو ممتلئ غضبا ، واعتبر غير الممتلئ غير مقصود في الخطاب .

قال النووي : "قال العلماء : ويلحق بالغضب كل حال يخرج الحاكم فيها عن سداد النظر واستقامة الحال كالشبع المفرط ، والجوع المقلق ، والهيم والفرح البالغ ،

¹ - في سياق الحديث السابق .

² - انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص 104 .

³ - رواه مسلم واللفظ له ، كتاب الأفضية ، باب كراهة قضاء القاضي وهو غضبان حديث رقم "1717" .
والبخاري ، كتاب الأحكام ، باب هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان ، حديث "7158" .

⁴ - كريان في الممتلئ ربا ، وعطشان في الممتلئ عطشا . انظر الموافقات ج 1 ص 90 .

ومدافعة الحدث ، وتعلق القلب بأمر ونحو ذلك ، وكل هذه الأحوال يكره له القضاء فيها ؛ خوفا من الغلط" (1).

وهل يمنع عارض الغضب وما جرى مجراه من صحة القضاء ، قال النووي (2) : فإن قضى فيها صح قضاؤه ؛ لأن النبي ﷺ قضى في شراج الحرة (3) ، وقال في اللقطة " مالك ولها" (4) وكان في حال غضب .

غير أنه لا يبعد أن يقال : إن غضبه ﷺ لم يكن مانعا من سداد النظر في الحكم في الحادثة ؛ إما لخفته وكونه غير مؤثر ، أو لأنه ﷺ كان يملك نفسه في تلك الحالة كما في غيرها من أحواله ﷺ ، فالغضب لا يُدخِل عليه ﷺ ما يدخله علينا ، فهو محفوظ من تأثير ذلك المشوش عليه ، فعن عبد الله بن عمر قال : "كنت أكتب كل شيء أسمع من رسول الله ﷺ أريد حفظه ، فنهتني قريش ، وقالوا : أكتب كل شيء تسمعه ورسول الله ﷺ بشر يتكلم في الغضب والرضى ، فأمسكت عن الكتاب ، فذكرت ذلك إلى رسول الله ﷺ ، فأوماً بإصبعه إلى فيه فقال : اكتب فوالذي نفسي بيده ما يخرج منه إلا حق" (5) فيكون خصوصية له ﷺ (6) .

3. السفر عارض مؤثر ، فهو سبب في الترخيص في بعض الأحكام ، وهو في الصلاة لا يوجب جمعا ولا قصرا ، بل الترخيص مستحب فيه ، ولا يخفى أن

1- النووي على مسلم ج 7 ص 4730 .

2- المرجع نفسه.

3- فقد روي " أن الزبير كان يحدث أنه خاصم رجلا من الأنصار قد شهد بدرا إلى رسول الله ﷺ في شراج من الحرة كأننا يسقيان به كلاهما ، فقال رسول الله ﷺ للزبير : اسق يا زبير ثم أرسل إلى جارك ، فغضب الأنصاري فقال : يا رسول الله ﷺ أن كان ابن عمك . فنلون وجه رسول ﷺ ثم قال اسق ، ثم احبس حتى يبلغ الجدر . فاستوعى رسول ﷺ حينئذ حقه للزبير ، وكان رسول ﷺ قبل ذلك أشار على الزبير برأي سعة له وللأنصاري فلما أحفظ الأنصاري رسول ﷺ استوعى للزبير حقه في صريح الحكم ، قال عروة : قال الزبير : والله ما أحسب هذه الآية نزلت إلا في ذلك {فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يَحْكُمُواكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا} . البخاري . كتاب الصلح . باب إذا أشار الإمام بالصلح فأبى ، حكم عليه بالحكم البين . حديث رقم 2708 . وقوله : فلما أحفظه أي : أغضبه . قال ابن حجر : وزعم الخطابي أن هذا من قول الزهري أدرجه في الخبر . فتح الباري ج 5 ص 365 . والآية (65) من سورة النساء .

4- فعن زيد بن خالد الجهني قال : " جاء أعرابي النبي ﷺ فسأله عما يلتقطه فقال : عرفها سنة ثم اعرف عفاصها وكعاصها ، فإن جاء أحد يخبرك بها وإلا فاستنفقها . قال : يا رسول الله ﷺ فضالة الغنم ؟ قال : لك أو لأخيك أو للذئب . قال : ضالة الإبل ؟ فتمعر وجه النبي ﷺ فقال : مالك ولها ؟ معها حذاؤها وسقاؤها ، ترد الماء وتأكل الشجر " . البخاري كتاب اللقطة باب ضالة الإبل . حديث رقم 2427 . وقوله فتمعر وجه النبي ﷺ أي تغير من الغضب . إرشاد الساري ج 5 ص 477 .

5- سنن أبي داود ، كتاب العلم ، باب كتابة العلم ، حديث رقم 3643 .

6- الموافقات ج 2 ص 140 .

الجمع أرفق من القصر ، فإن القائم إلى الصلاة لا يشق عليه ركعتان يضمهما إلى ركعتيه، ورفق الجمع واضح لمشفقة النزول على المسافر⁽¹⁾ . وهو في الصوم لا يوجب فطرا ، وعد ذلك خلاف الأولى ؛ لوجوب ملاحظة أمر آخر ووضعه في الاعتبار وهو تحصيل براءة الذمة من الفعل المكلف به - محل الرخصة - فما جمع الأمرين كان أفضل ، فحكم بتفضيل القصر على الإتمام ؛ لتحصيل براءة الذمة بفعل الرخصة ، وحكم بتفضيل الصوم على الفطر ؛ لوجوب أدائه بعد الترخص فيه ، قال تعالى: ﴿وَأَنْ تَصُومُوا خَيْرٌ لَكُمْ﴾⁽²⁾ .

4. عارض عموم الزمان والأشخاص : المداومة على الفعل للشخص الواحد في أزمان كثيرة أو لمجموع الأشخاص في زمن واحد أو أزمان كثيرة تكون عارضا ينقل حكم الفعل ، فيأخذ حكما آخر غير ما كان فيه ويتغير اللقب الحكمي فيه . وتطلق الأحكام في العادة من حيث النظر الجزئي⁽³⁾ عارية عن عارض الكلية وهو الأصل .

ومثال ما يظهر فيها تأثير هذا العارض حكم المباح ، الذي لا يتعلق بطلب بفعله ولا بتركه ، هذا من حيث الأصل ، أي من حيث تعلق بالمكلف الواحد⁽⁴⁾ والزمن الواحد ، فإذا تصور فعل المكلف لهذا المباح في الأزمان الكثيرة ، أو فعله من جميع المكلفين فإن الحكم يتغير إلى الكراهة أو التحريم بحسب ما يترتب عليه من مقصد فيه⁽⁵⁾ .

والغفلة عن أمر هذا العارض جعلت كثيرا ممن يتصدون للإفتاء لا يفرقون في إصدار الأحكام بين متعلقاتها فيما ذكر من هذه الأحوال المختلفة ، فيصدرون أحكاما تتعارض في الغالب الكثير مع قواعد الشرع ومقاصده .

العارض الطبيعي والشرعي : لا يشترط في العارض أن يكون طبعيا - كما سبق في الأمثلة - فقد يكون شرعيا ، فتزاحم هذه الواجبات يكون عارضا يسقط الطلب لبعضها ، بل قد يقلب الحكم فيه إلى الطرف الآخر، فإزالة النجاسة عن ثياب المصلي مطلب شرعي حتى إذا ما خيف خروج وقت الصلاة بالاشتغال بذلك أصبح ذلك الاشتغال محرما ، وغير ذلك من الأمثلة التي لا تكاد تحصى.

أنواع الأحكام التي ينقل إليها العارض : الأحكام التي ينقل إليها العارض في المحال المتعددة متنوعة بتنوع ما يترتب من مقصد فيها ، وسأكتفي بذكر بعض تلك الأحكام :

¹ - فتح الباري ج2 ص677 ، 678 بتصرف .

² - سورة البقرة الآية (184) .

³ - لا يخفى أن ما نحن فيه غير ما بحث في علاقة الكلي بالجزئي .

⁴ - ولم ينبو به ما يخرج عن دائرة المباح .

⁵ - انظر الموافقات ج1 ص130 - 140 ، 147 .

أولاً : المكروه : أكثر العوارض المؤثرة سدا للذريعة تنقل إلى الكراهة ؛ لأن مساحة المكروه أوسع الساحات بحسب العارض ، وليس كلها ينقل إلى الحرام ؛ لقلة مساحته ، ولعدم التضييق . والعارض الذي ينقل من المباح إلى المكروه ليس واحداً ، بل هو متعدد تبعاً لتعدد المقاصد المترتبة عليه ، ومن بين تلك العوارض:

• **توقع الضرر :** استعمال الأواني المعدنية جائز ، إلا أن الفقهاء حكموا بكراهة استعمال الماء المشمس فيها في البلاد الحارة ؛ لتوقع الضرر⁽¹⁾.

• **فساد الناس وقلة الدين :** كره مالك سفر المرأة مع ابن زوجها ؛ لفساد الناس بعد العصر الأول، ولأن كثيراً من الناس لا ينفرون من زوجة الأب نفرتهم من محارم النسب⁽²⁾.

وهذه الفروع هي بحسب الأصل من الجائز المباح الذي لا يتعلق حكم بالثواب والعقاب على فعله، إلا أن العوارض المذكورة نقلته إلى قسم آخر من أقسام الجائز⁽³⁾ وهو المكروه الذي يتعلق الثواب بتركه ، دون أن يخرج عنه.

ثانياً : الحرام: رد السلام أمر واجب ينبغي للمكلف الالتزام به ؛ لما يترتب عليه من إشاعة الأمن بين الناس ، فإذا كان وقت قضاء الحاجة فإنه ينهى عن الرد؛ لأن الشارع لم يمنع من ذكر الله إلا في الخلاء⁽⁴⁾.

العوارض غير المؤثرة:

ليست العوارض كلها مؤثرة ، فالعارض البسيط لا يؤثر ؛ لأنه لا يكاد يوجد فعل خال عن عارض ، فلو اعتبرت كل العوارض لما بقيت هناك فائدة من إذن ولا منع؛ لأنه لا يكاد يوجد انتفاع صرف خال عما يضر .
ومن العوارض التي لا تؤثر:

• **عارض هوى النفس وثقل الأحكام ،** وهو غير مؤثر ؛ لأنه يؤدي إلى إسقاط التكاليف جملة حتى لا يبقى على العبد تكليف ، فما سميت تكاليف إلا لأنها شاقة ثقيلة ؛ فهي مأخوذة من الكلفة وهي المشقة⁽⁵⁾.

وسماحة الشريعة لا يعني الجري على وفق ذلك الهوى ، بل هو مقيد بما هو جار على أصولها ، وعد هذا العارض واتباعه ينافي تلك الأصول ولا يعد من المشقات التي يترخص بسببها .

¹ - كتاب ضوء الشموع ج 1 ص 81 .

² - شرح النووي على صحيح مسلم ج 6 ص 3622 .

³ - لأن الجائز ما قابل الممنوع ، فتدخل فيه باقي الأحكام ، ويطلق الجواز على نفي الكراهة الشديدة ، كما يقل إطلاق الكراهة على المنع.

⁴ - شرح التلخين ج 1 ص 247 .

⁵ - الموافقات ج 4 ص 149، 259 .

- الأوصاف الطردية⁽¹⁾ كالطول والقصر في عموم الأحكام ، والذكورة والأنوثة في بعضها كما في باب العتق ، ذلك أن الأوصاف الطردية لا تخلو عنها بعض الأحكام ، فلو أثرت وفتح بابها لم تسلم كثير من تلك الأحكام .
- عارض البحر بما يحمله من ملح وما يلقي فيه ، فقد ورد أنه " جاء رجل إلى رسول الله ﷺ ، فقال : يا رسول الله ﷺ إنا نركب في البحر ونحمل معنا القليل من الماء، فإن توضأنا به عطشنا ، أفنتوضأ به ، فقال رسول الله ﷺ : "الطهور ماؤه الحل ميتته" ⁽²⁾ .

الخاتمة

- أود الإشارة في نهاية البحث إلى جملة أمور :
1. اعتبار العوارض وشرعية تأثيرها يُظهر ما يتمتع به الفقه الإسلامي من عناية بالواقع وعدم الانقطاع عنه في سائر الأحكام ، كما أنه يظهر التناسق في الأحكام عند اختلاف الخطاب بين العام والخاص المتأثر بالعارض .
 2. نفي الحكم الأصلي عن المحل المتأثر بالعوارض وإضافة حكم عارض له ، فنحكم بعدم انتام وجوب الصوم والحج عن العاجز ، وبجواز أخذ مال الغير عند الضرورة إليه ، وبفعل المحرم تحت الإكراه .
 3. الأحكام العملية تتأثر بالعارض ؛ لتأثرها بالعوامل المحيطة بها ، والدليل على ذلك اختصاص الرخص بها دون غيرها .
 4. الأعمال القلبية لا يتأثر بالعارض ؛ لخروجها عن مجال الإكراه ، وكذلك الأحكام الكلية ؛ لكونها أمور ذهنية غير مشخصة .
 5. يؤثر العارض في الحكم وفي قبول النص وتخصيصه وفي مجرى النصوص ونزول الأحكام أيضا .
 6. من العوارض ما هو مؤثر ، ومنها ما ليس كذلك .
 - 7.

المصادر والمراجع

- 1- أحكام القرآن لأبي بكر ابن العربي ، تحقيق :علي محمد البجاوي ، دار الفكر العربي.

¹ - وهي الأوصاف التي لم يلتفت إليها الشارع فيما عهد في تصرفه. انظر مقاصد الشريعة الإسلامية ص 254.

² - الموطأ ، كتاب الطهارة ، باب الطهور للوضوء ، حديث رقم 39 .

- 2- إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري لأبي العباسي شهاب الدين أحمد القسطلاني . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع . بيروت - لبنان 2000 م.
- 3- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية ، لأبي الفضل جلال الدين السيوطي، تخريج وتعليق :خالد عبد الفتاح شبل أبو سليمان ، مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الأولى 1994 .
- 4- أصول السرخسي ، لأبي بكر محمد بن أحمد السرخسي ، تحقيق : د . رفيق العجم دار المعرفة ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى 1997 .
- 5- أصول الشريعة الإسلامية ، مضمونها وخصائصها ، د .علي جريشة ، دار غريب للطباعة ، القاهرة ، الطبعة الأولى 1979 .
- 6- أصول النظام الاجتماعي في الإسلام . للشيخ محمد الطاهر ابن عاشور . الشركة القومية للنشر والتوزيع . تونس .
- 7- تفسير القرآن العظيم مسندا عن رسول الله ﷺ والصحابة والتابعين ، للإمام الحافظ ابن أبي حاتم عبد الرحمن الرازي ، تحقيق : أسعد محمد ، المكتبة العصرية صيدا بيروت .
- 8- تقويم الأدلة في أصول الفقه ، للإمام أبي زيد عبيد الله الدبوسي الحنفي، تقديم وتحقيق : الشيخ خليل محي الدين الميس ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الأولى 2001.
- 9- جامع الترمذي ، مع تحفة الأحوذني ، للإمام أبي العلا المباركفوري ، اعتنى بها: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود ، دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان .
- 10- الجامع لأحكام القرآن ، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، دار الشام للتراث بيروت – لبنان ، الطبعة الثانية .
- 11- حاشية الشيخ العدوي على الخرشي، مع الخرشي على مختصر خليل ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
- 12- الخرشي على مختصر خليل ، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي مع حاشية العدوي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
- 13- روضة الناظر وجنة المناظر ، لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقديسي ، دار الكتاب العربي – بيروت ، الطبعة الأولى 1981 .
- 14- سنن أبي داود لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، مع عون المعبود شرح سنن أبي داود ، لمحمد أشرف العظيم آبادي ، تحقيق : عبد الرحمن محمد عثمان ، دار إحياء التراث العربي الطبعة الثانية 2001 م .

مجلة العلوم القانونية ————— العدد السابع 2016م

- 15- سنن ابن ماجه ، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، مطبعة عيسى البابي الحلبي - مصر .
- 16- السنن الكبرى للإمام شيخ الإسلام أبي بكر البيهقي . ضبط وتقديم : أبو عبد الله عبد السلام علوش . مكتبة الرشد - ناشرون - الرياض . الطبعة الأولى 2004 .
- 17- شرح التلقين ، للإمام أبي عبد الله المازري ، تحقيق الشيخ محمد المختار السلامي ، دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الثانية 2008 م .
- 18- شرح النووي على صحيح مسلم ، للإمام زكريا يحيى بن شرف النووي . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع . بيروت - لبنان . الطبعة الأولى 1996 .
- 19- صحيح البخاري ، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، مع فتح الباري لابن حجر العسقلاني ، راجعه : قصي محب الدين الخطيب ، دار الريان للتراث ، الطبعة الأولى 1986 .
- 20- صحيح مسلم مع شرح الإمام أبي زكريا النووي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى 1996 .
- 21- فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، للإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، راجعه : قصي محب الدين الخطيب ، دار الريان للتراث ، القاهرة ، الطبعة الأولى 1986 .
- 22- الفروق ، للإمام شهاب الدين القرافي مع حاشية إدرار الشروق على أنواء الفروق لابن الشاط وتهديب الفروق لابن حسين المكي ، عالم الكتب ، بيروت .
- 23- قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، لسلطان العلماء أبي محمد عز الدين بن عبد السلام السلمي ، مراجعة وتعليق : طه عبد الرؤوف سعد ، دار الشرق للطباعة 1968
- 24- كتاب ضوء الشموع ، شرح المجموع في الفقه المالكي ، للإمام سيدي محمد الأمير المالكي ، مع حاشية الشيخ العدوي ، الناشر : المكتبة الأزهرية للتراث ، ودار يوسف بن تاشفين .
- 25- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ، للإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري ، دار الكتاب العربي ، بيروت - لبنان ، طبعة 1974 .
- 26- المبسوط ، للإمام شمس الدين أبوبكر السرخسي ، تقديم : الشيخ خليل محي الدين الميس ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 2000 .
- 27- مسائل ابن رشد ، لأبي الوليد ابن رشد الجد ، تحقيق : محمد الحبيب التجكاني ، منشورات مطبعة النجاح الجديدة ، المغرب ، الطبعة الأولى 1992 .

مجلة العلوم القانونية ————— العدد السابع 2016م

- 28- مقاصد الشريعة الإسلامية ، للشيخ محمد الطاهر بن عاشور ، تحقيق ودراسة: محمد الطاهر الميساوي ، دار الفجر ودار النفائس ، الأردن ، الطبعة الأولى 1999 .
- 29- الموافقات في أصول الشريعة ، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي مع شرح الشيخ عبد الله دراز ، دار المعرفة ، بيروت – لبنان .
- 30- الموطأ ، للإمام مالك بن أنس مع شرح الزرقاني عليه ، تحقيق: الشيخ طه عبد الرؤوف سعد ، مكتبة الثقافة الدينية ، القاهرة ، الطبعة الأولى 2003 .
- 31- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار ، للإمام محمد بن علي الشوكاني ، مكتبة دار التراث ، مصر – القاهرة .

الأفعال الإجرامية المخلة بإقامة العدالة أمام القضاء الدولي الجنائي الدائم

إعداد الدكتور: أشرف عمران محمد

أستاذ القانون الجنائي المساعد بكلية القانون - ترهونة / جامعة الزيتونة

مقدمة :

مُنحت المحكمة الجنائية الدولية الدائمة صلاحية حماية مكانتها ومصداقيتها وذلك بتجريم كل ما من شأنه إفساد المناخ القضائي وإفراغه من محتواه فكان تجريم بعض الأفعال المخلة بإقامة العدالة في نص المادة (70) من نظام روما الأساسي . وهذه الأفعال المجرمة تختلف عن الأفعال المنصوص عليها في المادة (1ف/71) من نظام روما الأساسي المتعلقة بسوء السلوك أمام المحكمة الجنائية الدولية التي جاء فيها : " للمحكمة أن تعاقب الأشخاص المائلين أمامها الذي يرتكبون سلوكا سيئا، بما في ذلك تعطيل إجراءاتها أو تعمد رفض الامتثال لتوجيهاتها، بتدابير إدارية خلاف السجن مثل الإبعاد المؤقت أو الدائم من غرفة المحكمة، أو الغرامة، أو بأية تدابير مماثلة أخرى تنص عليها القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات" ، فهذه الأفعال غير مجرمة، وكل ما تملكه المحكمة حيالها هو تطبيق بعض التدابير لمجابهتها مثل الإبعاد المؤقت أو الدائم من غرفة المحكمة ، أو الغرامة أو أية تدابير إدارية مماثلة أخرى .

وتبدو أهمية هذه الدراسة في كونها تسلط الضوء على اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بالجرائم المخلة بإقامة العدالة ، وهو اختصاص موضوعي للمحكمة إلى جانب اختصاصها بالجرائم الدولية الخطيرة المنصوص عليها في المادة (5) من نظام روما الأساسي المتمثلة في: (جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية جرائم الحرب، جريمة العدوان)، فكثير من الدراسات القانونية المتخصصة في مجال المحكمة الجنائية الدولية الدائمة تهمل الحديث عن الجرائم المخلة بإقامة العدالة أمام المحكمة الجنائية الدولية وتقتصر الاختصاص الموضوعي للمحكمة على الجرائم الدولية الواردة في نص المادة (5) سالف الذكر وهي مغالطة يجب تجنبها ، فالجرائم المخلة بإقامة العدالة أمام المحكمة الجنائية الدولية لا تقل أهمية عن الجرائم الدولية سالف الذكر فهي أفعال تعيق سير العدالة السليم ومن تم إفلات الجناة من العقاب كشهادة الزور مثلاً التي تغير مسار الحقيقة بإدانة إنسان بريء، أو تدمير الأدلة والعبث بها لغرض عدم الوصول إلى الجناة وإدانتهم ، أو

ممارسة الإكراه على أحد مسؤولي المحكمة للقيام بعمله بصورة غير نزيهة وهو ما يعني تبرئة جان أو إدانة برئ .

إن دراسة موضوع الأفعال الإجرامية المخلة بإقامة العدالة أمام القضاء الدولي الجنائي الدائم يثير بعض التساؤلات التي يقع على عاتقنا الإجابة عليها بدقة وحرص شديد لأهمية هذا الموضوع في المساهمة لتحقيق العدالة الجنائية التي يشهدها المجتمع الدولي بأسره ، وتتمثل هذه التساؤلات في : هل الجرائم الواردة في نص المادة (70/ف1) من نظام روما الأساسي تستوعب كل الأفعال المخلة بإقامة العدالة؟ وما هي العقوبات المطبقة على هذه الجرائم؟ وما مدى نجاعتها في تحقيق الغاية منها؟ وهل طبق مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في تجريم الأفعال المخلة بإقامة العدالة أمام المحكمة الجنائية الدولية والعقاب عليها بشكل سليم؟ وما هو دور الدول الأطراف في الاختصاص بهذه الجرائم ، فهل تختص هي الأخرى بنظر هذه الجرائم كما هو الحال بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في المادة (5) من نظام روما الأساسي؟ وهل تخضع الجرائم المخلة بإقامة العدالة للتقادم؟ أم أنها لا تتقادم عملاً بنص المادة (29) من نظام روما الأساسي ، كل هذه التساؤلات ستتم الإجابة عليها طبقاً للمنهج التحليلي النقدي في إطار خطة البحث التالية :

مقدمة

المطلب الأول : الجرائم المخلة بإقامة العدالة والعقاب عليها .
المطلب الثاني : إجراءات المعاقبة عن الأفعال الإجرامية المخلة بإقامة العدالة.
خاتمة

المطلب الأول

الجرائم المخلة بإقامة العدالة والعقاب عليها

إلى جانب الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية والمتمثل في نظر الجرائم الواردة في المادة الخامسة من نظام روما الأساسي ، هناك اختصاص موضوعي آخر يقع أثناء قيام المحكمة بمهمتها في إقامة العدالة ، وهو ما أطلق عليه نظام روما الأساسي (الأفعال الجرمية المخلة بإقامة العدالة) في المادة (70) منه والتي سنتعرف عليها في (الفرع الأول) ومن تم معرفة العقوبة المطبقة على هذه الجرائم في (الفرع الثاني).

الفرع الأول تحديد الجرائم المخلة بإقامة العدالة

حددت المادة (70 / 1) من نظام روما الأساسي الأفعال الإجرامية المخلّة بإقامة العدالة⁽¹⁾ والتي ترتكب عمداً⁽²⁾ والمتمثلة في:
(أولاً) الإدلاء بشهادة زور بعد التعهد بالتزام الصدق عملاً بالفقرة 1 من المادة 69.

تتمثل شهادة الزور في الإدلاء بشهادة لإخفاء الحقيقة أو إنكارها أو تغييرها أو السكوت عن كل أو بعض الوقائع التي يعلمها الشاهد ، ولذلك فرض نظام روما الأساسي على الشاهد التعهد بالتزام الصدق في المادة (1/69) منه أمام المحكمة الجنائية الدولية ، فإذا تبينت المحكمة أن شهادته التي أدلى بها أمامها هي شهادة زور محاولة منه لتغيير مسار الحقيقة فأنها تتخذ إجراءاتها لإدانته عملاً بنص المادة (70) من نظام روما الأساسي .
(ثانياً) تقديم أدلة يعرف الطرف أنها زائفة أو مزورة.

يستوي في هذا الفعل أن تقدم الأدلة الزائفة أو المزورة من أي شخص كان ، كأن يكون المتهم ، أو المجني عليه مثلاً ، أو الخبير ، أو المترجم .
(ثالثاً) ممارسة تأثير مفسد على شاهد، أو تعطيل مثوله أو إدلائه بشهادته أو التأثير عليهما، أو الانتقام من شاهد لإدلائه بشهادته⁽³⁾، و تدمير الأدلة أو العبث بها أو التأثير على جمعها.

(1) يطلق الدكتور :محمود شريف بسيوني على هذه الجرائم اسم (الجرائم المرتكبة ضد إدارة العدالة) د.محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، نادي القضاة، مصر، 2001م ، ط1 ، ص180.
(2) د. شريف سيد كامل ، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004م ، ط1 ، ص55.

(3) في الواقع أهتم نظام روما الأساسي بحماية الشهود في نص المادة (68) منه وذلك بفرض بعض التدابير مما يبعدهم عن مغبة التأثير عليهم أو الانتقام منهم أو إفساد الأدلة والعبث بها وتتمثل هذه التدابير في :
1- تتخذ المحكمة تدابير مناسبة لحماية أمان المجني عليهم والشهود وسلامتهم البدنية والنفسية، وكرامتهم وخصوصيتهم. وتولى المحكمة في ذلك اعتباراً لجميع العوامل ذات الصلة، بما فيها السن، ونوع الجنس على النحو المعرف في الفقرة 3 من المادة 7، والصحة، وطبيعة الجريمة، ولا سيما، ولكن دون حصر، عندما تنطوي الجريمة على عنف جنسي أو عنف بين الجنسين أو عنف ضد الأطفال. ويتخذ المدعي العام هذه التدابير وبخاصة في أثناء التحقيق في هذه الجرائم والمقاضاة عليها، ويجب ألا تمس هذه التدابير أو تتعارض مع حقوق المتهم أو مع مقتضيات إجراء محاكمة عادلة ونزيهة.

2- استثناء من مبدأ علانية الجلسات المنصوص عليه في المادة 67، لدوائر المحكمة أن تقوم، حماية للمجني عليهم والشهود أو المتهم، بإجراء أي جزء من المحاكمة في جلسات سرية أو بالسماح بتقديم الأدلة بوسائل إلكترونية أو بوسائل خاصة أخرى. وتنفذ هذه التدابير بشكل خاص في حالة ضحية العنف الجنسي أو الطفل=

إن ممارسة أحد هذه الأفعال الواردة في هذا البند يؤثر بشكل كبير في إقامة العدالة بشكل سليم أمام القضاء وذلك بالتأثير على الشاهد عمداً عن طريق إكراهه بالتهديد بالقتل أو بالإيذاء له أو لأحد أفراد عائلته، أو عن طريق إغرائه بالمال ليعدل عن شهادته أو ليدلي بشهادة منافية تماماً للواقع، أو القيام عمداً بتعطيل مثول الشاهد للإدلاء بشهادته أمام المحكمة ويكون هذا التعطيل بأي وسيلة ومن أي شخص، كعرقلة وصوله إلى المحكمة، أو تعمد عدم منحه إذن الخروج من مكان العمل للإدلاء بشهادته، أو تعمد عدم إعلانه من قبل الموظف المختص بذلك (المحضر) وذلك بغرض التأثير على سير العدالة.

كما يعتبر الانتقام من الشاهد بسبب إدلائه بشهادته من بين الأفعال التي تعيق سير العدالة أمام القضاء، وذلك بتأثيرها على باقي الشهود في الدعوى مما يجعلهم في خوف من الإدلاء بشهادتهم.

ويتمثل فعل تدمير الأدلة أو العبث بها أو التأثير على جمعها في القيام بمحو معالم الجريمة كإخفاء أداة الجريمة أو مسح البصمات منها، أو مسح ذكراة كاميرة التصوير الخاصة بمسرح الجريمة، أو إخفاء الأدلة المتمثلة في المستندات والوثائق من ملف الدعوى.

(رابعاً) إعاقة أحد مسؤولي المحكمة أو ترهيبه أو ممارسة تأثير مفسد عليه بغرض إجباره على عدم القيام بواجباته، أو القيام بها بصورة غير سليمة، أو لإقناعه بأن يفعل ذلك.

يعتبر هذا الفعل من الوسائل غير النزيهة التي تلحق ضرراً بالإجراءات وتعتبر انتهاكاً لحقوق الإنسان وتثير شكوكاً في الحصول على الأدلة⁽¹⁾، ويتم ذلك مثلاً بإجبار أحد قضاة المحكمة بإصدار حكم يخالف الحقيقة وذلك من خلال إكراهه من

=الذي يكون مجنيا عليه أو شاهداً، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك، مع مراعاة كافة الظروف، ولا سيما آراء المجني عليه أو الشاهد.

3- لوحة المجني عليهم والشهود أن تقدم المشورة إلى المدعي العام والمحكمة بشأن تدابير الحماية المناسبة والترتيبات الأمنية وتقديم النصح والمساعدة على النحو المشار إليه في الفقرة 6 من المادة 43.

4- يجوز للمدعي العام، لأغراض أية إجراءات تسبق الشروع في المحاكمة، أن يكتفم أية أدلة أو معلومات يمكن الكشف عنها بموجب هذا النظام الأساسي فيقدم بدلا من ذلك موجزا لها إذا كان الكشف عن هذه الأدلة يؤدي إلى تعريض سلامة أي شاهد أو أسرته لخطر جسيم، وتمارس هذه التدابير بطريقة لا تمس حقوق المتهم أو تتعارض معها أو مع مقتضيات إجراء محاكمة عادلة ونزيهة.

(1) د. علاء علي الدليمي، صلاحية المدعي العام القانونية لدى المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة والدائمة "دراسة قانونية"، دار غيداء للنشر والتوزيع، الأردن، 2013م، ط1، ص 208.

خلال التهديد بالقتل أو الإيذاء الجسدي أو التهديد بالشرف أو السمعة، أو من خلال إغرائه بالمال للقيام بعمله على وجه غير نزيه .
(خامساً) الانتقام من أحد مسؤولي المحكمة بسبب الواجبات التي يقوم بها ذلك المسؤول أو مسؤول آخر.

الانتقام بسبب المهام أو الواجبات التي يقوم بها أحد مسؤولي المحكمة الذي قد يكون: (المدعي العام ، أو مسجل المحكمة ، أو أحد رؤساء دوائر المحكمة) ، وذلك بغرض التأثير على سير العدالة وإفساد العمل القضائي الذي يجب أن يحاط بقدر كبير من الحماية ، لضمان استقلال المحكمة في القيام بأعمالها بكل مصداقية ونزاهة ، ومنعاً من إصدار أحكام لا تمت للواقع بصلة .
(سادساً) قيام أحد مسؤولي المحكمة بطلب أو قبول رشوة فيما يتصل بواجباته الرسمية.

تتمثل الرشوة في فرض مقابل أو فائدة لأداء عمل أو للامتناع عن عمل ما من أعمال الوظيفة ، وهي ممارسة غير مقبولة ناتجة عن التعسف في استعمال السلطة ، واستغلال الموظف لسلطته التقديرية وخيانتته للأمانة سعياً وراء الإثراء غير المشروع، فقبول الرشوة أو طلبها من قبل أحد مسؤولي المحكمة يساهم بشكل جدي في الإخلال بسير العدالة ، والمساهمة في إفلات الجناة من المحاكمة عن أكثر الجرائم خطورة .

ومن المعلوم أن هذه الرشوة تشكل إخلالاً من جانب مسؤول المحكمة بمهام وظيفته المسندة إليه بموجب نظام روما الأساسي ، كالإفصاح عن معلومات وأدلة ومستندات سرية رأت المحكمة أن تحيظها بالسرية تحقيقاً للعدالة وحماية الشهود والضحايا ، أو تلفيق بعض الأدلة أو تزييفها (1).

وبهذا يمكن القول أن الغاية من تجريم الأفعال سالفه الذكر تكمن في ضمان مصداقية قرارات وأحكام المحكمة الجنائية الدولية (2)، التي يجب أن تبنى على أدلة ووقائع سليمة ، وإلى حماية الشهود والعاملين في المحكمة من الفساد أو الترهيب، ومع ذلك توجد بعض الأفعال الأخرى التي كان من الأجدر النص عليها في نظام روما الأساسي واعتبارها ضمن الأفعال الإجرامية المخلة بإقامة العدالة ،

(1) د.منتصر سعيد حمودة ، المحكمة الجنائية الدولية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2009م ، ط1 ، ص250.

(2) فيدا نجيب حمد ، المحكمة الجنائية الدولية نحو العدالة الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت (لبنان)، 2006م ، ط1 ، ص 188.

وتتمثل في فعل الافتراء على النفس أو الغير ، و فعل اختلاق الجريمة (البلاغ الكاذب)، أو التقصير في التبليغ عن الجريمة، أو رفض القيام بما يستوجب قانوناً كرفض الخبير أو المترجم القيام بواجبهما، أو الامتناع عن أداء الشهادة .
هكذا انتهينا من تحديد الجرائم المخلة بإقامة العدالة أمام المحكمة الجنائية الدولية، ولكن ما هي العقوبة التي فرضها نظام روما الأساسي نتيجة إتيان أحد هذه الأفعال؟ وهو ما سنحاول الإجابة عليه في (الفرع الثاني).

الفرع الثاني

العقاب على الجرائم المخلة بإقامة العدالة

بينت المادة (3/ 70) من نظام روما الأساسي العقوبة التي تنطبق على الأفعال سابقة الذكر حيث يجوز للمحكمة الجنائية الدولية أن توقع عقوبة السجن لمدة لا تتجاوز خمس سنوات أو عقوبة الغرامة ، أو العقوبتين معا، فهذه العقوبة تنطبق على جميع الأفعال المذكورة سلفاً وبالتالي لم يحدد نظام روما الأساسي العقوبة المناسبة لكل صورة من صور الجرائم المذكورة على حدة ، بل ترك للمحكمة السلطة التقديرية في اختيار العقوبة المناسبة لكل جريمة من الجرائم المذكورة ، وهذا فيه إخلال كبير بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فالنص القانوني يجب أن يحدد العقوبة المناسبة لكل جريمة على حدة .

كما لا تنطبق العقوبات الواردة في المادة (77) من نظام روما الأساسي ولا أي من القواعد المندرجة تحتها، باستثناء عقوبة المصادرة الوارد في الفقرة 2 (ب) من المادة (77) من نظام روما الأساسي ، التي يجوز أن يؤمر بها بالإضافة إلى السجن أو الغرامة أو كليهما⁽¹⁾.

ويجوز فرض الغرامات على كل جريمة بصورة منفصلة، ويمكن أن تكون هذه الغرامات تراكمية. ولا تتجاوز القيمة الإجمالية بأي حال من الأحوال ما نسبته 50 في المائة من قيمة ما يمكن تحديده من أصول سائلة أو قابلة للتصريف، وأموال يملكها الشخص المدان، بعد خصم مبلغ مناسب يفي بالاحتياجات المالية للشخص المدان ومن يعولهم، و لدى فرض الغرامة، تعطي المحكمة للشخص المدان مهلة معقولة يدفع خلالها الغرامة، ويجوز أن تسمح المحكمة له بتسديدها كـمبلغ إجمالي دفعة واحدة أو على دفعات خلال تلك الفترة⁽²⁾.

(1) راجع القاعدة (2/166) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

(2) راجع القاعدة (4-3/166) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

وفي حالة عدم تسديد الشخص المدان الغرامة المفروضة عليه ، يجوز للمحكمة اتخاذ تدابير التنفيذ المنصوص عليها في نظام روما الأساسي ، والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية بحيث تحيل المحكمة نسخاً من حكم الغرامة إلى أي دولة يبدو أن للشخص المحكوم عليه صلة مباشرة بها إما بحكم جنسيته أو محل إقامته الدائم أو إقامته المعتادة، أو بحكم المكان الذي توجد فيه أصول وممتلكات المحكوم عليه أو التي يكون للضحية هذه الصلات بها.⁽¹⁾

وفي الحالات التي يستمر بها عدم التسديد عمداً، يجوز للمحكمة، بناء على مبادرة منها أو بطلب من المدعي العام، ونتيجة اقتناعها باستنفاد جميع تدابير الإنفاذ المتاحة، وكما لاذ أخير، أن تفرض السجن وفقاً للفقرة 3 من المادة (70)، وتراعي المحكمة في تحديد مدة السجن قيمة ما سدد من الغرامة⁽²⁾.

نخلص مما تقدم أن ارتكاب أحد الأفعال الإجرامية المخلة بإقامة العدالة المنصوص عليها في المادة (1/70) من نظام روما الأساسي ، يستوجب حتماً توقيع عقوبة السجن لمدة لا تتجاوز خمس سنوات أو عقوبة الغرامة ، أو العقوبتين معا طبقاً للسلطة التقديرية الممنوحة للمحكمة مع تطبيق عقوبة المصادرة التي من الممكن الاستفادة منها مثلاً في حالة ارتكاب جريمة الرشوة من أحد مسؤولي المحكمة المتمثلة في نقود أو أي فوائد مادية أخرى ، ولئن تعرفنا على الجانب الموضوعي المتعلق بـ (التجريم والعقاب) للأفعال الإجرامية المخلة بإقامة العدالة أمام القضاء الدولي الجنائي الدائم ، يبقى معرفة الجانب الإجرائي المتمثل في إجراءات المعاقبة على الأفعال المخلة بإقامة العدالة في (المطلب الثاني) .

المطلب الثاني

إجراءات المعاقبة عن الأفعال الإجرامية المخلة بإقامة العدالة

بعد التعرف على الجرائم المخلة بإقامة العدالة والعقاب عليها ، يجب علينا معرفة إجراءات المعاقبة على الأفعال المجرمة المخلة بإقامة العدالة المتمثلة في ممارسة الاختصاص في (الفرع الأول) ، وإجراءات الملاحقة والتحقيق والمحاكمة (الفرع الثاني) .

(¹) راجع القاعدة (5/166) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

(²) راجع القاعدة (5/166) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

الفرع الأول

إجراءات ممارسة الاختصاص بالجرائم المخلة بإقامة العدالة

يجوز للمحكمة الجنائية الدولية، قبل أن تقرر إن كانت ستمارس الاختصاص، التشاور مع الدول الأطراف التي قد يكون لها اختصاص بالنسبة للجريمة⁽¹⁾ * وفق المعايير التالية⁽²⁾:

- (أ) مدى إمكانية وفعالية إقامة الدعوى في الدولة الطرف.
- (ب) مدى جسامة الجريمة المرتكبة.
- (ج) إمكانية ضم التهم المنصوص عليها في المادة 70 إلى التهم المنصوص عليها في المواد من 5 إلى 8 من نظام روما الأساسي .
- (د) ضرورة التعجيل بإجراءات المحاكمة.
- (هـ) الصلات بتحقيق جارٍ أو بمحاكمة أمام المحكمة.
- (و) الاعتبارات المتعلقة بالأدلة.

يمكن القول أن الاختصاص بنظر هذه الجرائم يكون للمحكمة الجنائية الدولية والدول الأطراف في نظام روما الأساسي فقط⁽³⁾، وتكون مفاضلة الاختصاص بين المحكمة الجنائية الدولية والدولة الطرف في نظام روما الأساسي بالنظر إلى المعايير السابقة مجتمعة، فمثلاً بالنظر إلى المعيار المتعلق بمدى إمكانية وفعالية الدولة الطرف على إقامة الدعوى فإذا كانت هذه الدولة غير قادرة على إقامة الدعوى عن هذه الجرائم بالنظر إلى عدم فعالية قضائها الجنائي الوطني لأي سبب كان حرب أو ما شابه ذلك فهنا تختص المحكمة الجنائية الدولية بنظر هذه الجرائم، ويتم النظر أيضاً إلى مدى جسامة الجريمة المرتكبة وبالتالي التعجيل بنظرها، وذلك بالنظر إلى مدى إمكانية ضم التهم المنصوص عليها في المادة (70) من نظام روما الأساسي إلى التهم المنصوص عليها في المواد من (5 إلى 8) من نظام روما

(¹) دريدي وفاء، المحكمة الجنائية الدولية ودورها في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق، باتنة، الجزائر، 2009م، ص115.
* لقد تم وضع هذا القيد لعدم موافقة أغلبية الدول أثناء مناقشات اعتماد نظام المحكمة الجنائية الدولية، حيث رأيت بعض الوفود ترك هذه المسألة للقضاء الجنائي الوطني وبالأخص فيما يتعلق بجريمة الرشوة، بالإضافة إلى رفض الدول تسليم مواطنيها للمحكمة لارتكابهم جرائم تمس العدالة، وفي النهاية تم التوصل إلى حل مفاده الاعتماد على المعايير التي تضمنتها القاعدة (162) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية

William Bourdon , La Cour pénal internationale, éd. du seuil, Paris, 2000, p.208.

(²) راجع القاعدة (2-1/162) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية .

(³) يوسف محمد غومة، النطاق القانوني لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، غير منشورة، 2012م، ص142.

الأساسي ، فإذا كانت الدولة الطرف هي من تنظر الدعوى عن أي من الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية طبقاً لمبدأ الاختصاص التكميلي فإنه يمكنها ضم الجرائم المخلة بإقامة العدالة إلى ملف الدعوى للبحث فيها، أما إذا كان الاختصاص منعقدًا للمحكمة الجنائية الدولية فهنا تختص هي بالنظر في الجرائم المخلة بإقامة العدالة إلى جانب الجرائم الدولية سالفه الذكر، وتطبيق هذا المعيار بالفعل سيحقق المعيار الذي يليه وهو التعجيل في إجراءات المحاكمة بدون تأخير لا مبرر له ، ويتم النظر أيضاً ما إذا كانت المحكمة الجنائية الدولية هي من تنظر الدعوى بإجراء تحقيق أو محاكمة فيتم منحها الاختصاص بنظر هذه الجرائم ، كما أن لاعتبارات الأدلة دور كبير في الاختصاص بنظر الجرائم المخلة بإقامة العدالة فمثلاً توافر الشهود في الدولة الطرف يتيح لها نظر هذه الجرائم بسهولة ويسر .

وبما أن الجرائم المخلة بإقامة العدالة يمكن أن يرتكبها بعض موظفي المحكمة ، وبما أن هؤلاء يتمتعون بالحصانة استناداً إلى اتفاقية امتيازات وحصانات المحكمة الجنائية الدولية التي دخلت حيز النفاذ في 22 يونيو 2004م ، لذلك فإن تنازل المحكمة الجنائية الدولية عن ممارسة اختصاصها للدولة الطرف في هذه الحالة ، يجب أن يقتصر برفع الحصانة عن مرتكب الفعل ، لتتمكن المحاكم الجنائية الوطنية للدولة الطرف التي تنازلت لها المحكمة الجنائية الدولية عن ممارسة اختصاصها من ممارسة هذا الاختصاص على الصعيد العملي⁽¹⁾.

و تنظر المحكمة الجنائية الدولية بعين العطف في الطلب المقدم من الدولة المضيفة (هولندا) بتنازل المحكمة عن سلطتها في ممارسة الاختصاص في دعاوى حيث ترى الدولة المضيفة أن لهذا التنازل أهمية بالغة⁽²⁾، وإذا قررت المحكمة الجنائية الدولية عدم ممارسة اختصاصها، يجوز لها أن تطلب من الدولة الطرف أن تمارس هذا الاختصاص، عملاً بالفقرة 4 من المادة 70⁽³⁾.

حيث ورد في المادة (4/70) من نظام روما الأساسي مايلي " - (أ) توسع كل دولة طرف نطاق تطبيق قوانينها الجنائية التي تعاقب على الأفعال الجرمية المخلة بسلامة عملية التحقيق أو العملية القضائية فيها لتشمل الأفعال الجرمية المخلة بإقامة العدل، المشار إليها في هذه المادة، التي ترتكب في إقليمها أو التي يرتكبها أحد رعاياها.

(1) د. براء منذر عبداللطيف ، النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية ، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008م ، ط1، ص 310.

(2) د. حمدي رجب عطية، الجرائم الدولية والتشريعات الوطنية واختصاص المحكمة الجنائية الدولية ، دار محيسن للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة ، 2002م ، ط1، ص 158 وما بعدها .

(3) راجع القاعدة (4-3/162) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية .

(ب) بناء على طلب المحكمة، متى رأت ذلك مناسباً، تحيل الدولة الطرف الحالة إلى سلطاتها المختصة لأغراض المقاضاة، وتتناول تلك السلطات هذه الحالات بعناية وتكرس لها الموارد الكافية للتمكين من معالجتها بصورة فعالة. وهذا يعني أن ممارسة الاختصاص بالجرائم المخلة بإقامة العدالة يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة الجنائية الدولية- طبقاً للمعايير السابقة - التي لها أن تطلب من الدولة الطرف نظر هذه الجرائم بشرط أن ترتكب أي منها في إقليم دولة طرف أو من أحد رعاياها⁽¹⁾، مع النظر بعين العطف إلى الطلب المقدم من الدولة المضيفة للمحكمة الجنائية الدولية وهي هولندا، وبهذا فإذا تحدد الاختصاص بهذه الجرائم فإن القضاء المختص يتخذ إجراءاته بخصوص الملاحقة والتحقيق والمحاكمة وهو ما سنوضحه في (الفرع الثاني).

الفرع الثاني

إجراءات الملاحقة والتحقيق والمحاكمة

عند الادعاء بارتكاب إحدى الجرائم المخلة بإقامة العدالة أمام دائرة المحاكمة ، يجوز للمدعي العام أن يطلب شفويًا إلى هذه الدائرة أن تأمر بإلقاء القبض فوراً على الشخص المعني⁽²⁾، لضمان حضوره ومن ثم محاكمته عما هو موجه له من اتهام . ويجوز للمحكمة الجنائية الدولية أن تطلب إلى إحدى الدول تقديم أي شكل من التعاون أو المساعدة القضائية بخصوص هذه الجرائم . وتشير المحكمة الجنائية الدولية في أي من هذه الطلبات إلى أن أساس الطلب هو التحقيق أو الملاحقة على الجرائم المخلة بإقامة العدالة⁽³⁾.

ويجوز للمدعي العام أن يجري التحقيقات، فيما يتعلق بالجرائم المخلة بإقامة العدالة بمبادرة منه، استناداً إلى المعلومات التي تزوده بها دائرة المحكمة أو أي مصدر آخر موثوق به ، ويجوز للدائرة التمهيدية أن تتخذ دون عقد جلسة أياً من القرارات المتعلقة باعتماد التهم استناداً إلى طلبات كتابية، ما لم تستلزم مصلحة العدالة غير ذلك. كما يجوز للدائرة الابتدائية أن تأمر، حسب الاقتضاء ومع مراعاة حقوق الدفاع، بضم التهم المتعلقة بالجرائم المخلة بالعدالة إلى التهم الموجهة بموجب المواد 5 إلى 8 المتعلقة بالجرائم الدولية⁽⁴⁾.

(¹) William A. schabas, An Introduction To The International Criminal Court, Cambridge University, New York, SecoNd Edition,2004.p.66.

(²) راجع القاعدة (169) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية .

(³) راجع القاعدة (1/167) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

(⁴) راجع القاعدة (165) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية .

وإذا مارست المحكمة اختصاصها بالجرائم المخلة بإقامة العدالة فإن عليها أن تطبق مدة التقادم حيث تخضع هذه الجرائم لتقادم مدته خمس سنوات من تاريخ ارتكاب الجريمة، شريطة ألا يكون قد شرع خلال هذه الفترة بأي تحقيق أو ملاحقة قضائية، وتنقطع مدة التقادم إذا شرع خلال هذه الفترة في أي تحقيق أو ملاحقة أمام المحكمة الجنائية الدولية أو من قبل دولة طرف لها ولاية قضائية على الدعوى ، ويخضع إنفاذ العقوبات المفروضة فيما يتعلق بالجرائم المحددة في المادة 70، لتقادم مدته عشر سنوات من التاريخ الذي أصبحت فيه العقوبة نهائية. وتنقطع مدة التقادم باحتجاز الشخص المدان أو أثناء وجود الشخص المعني خارج إقليم الدول الأطراف⁽¹⁾.

إذن تنقضي الدعوى الجنائية عن الجرائم المخلة بإقامة العدالة بمضي خمس سنوات من تاريخ ارتكاب الجريمة ما لم تنقطع مدة التقادم بالشروع في أي تحقيق أو ملاحقة خلال الخمس سنوات ، وتنقضي أيضا العقوبة بالتقادم بمضي عشر سنوات من التاريخ الذي أصبحت فيه العقوبة نهائية ما لم تنقطع مدة التقادم باحتجاز الشخص المحكوم عليه أو تواجده خارج إقليم الدول الأطراف ، وهذا بخلاف ما نصت عليه المادة (29) من نظام روما الأساسي بخصوص الجرائم الواردة في نص المادة الخامسة من نظام روما الأساسي والمتمثلة في: (جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية جرائم الحرب، جريمة العدوان)، فهذه الجرائم لا تخضع للتقادم حيث جاء فيها ما يلي : " لا تسقط الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة بالتقادم أيا كانت أحكامه".

وكان من الأجدر أن لا تتقادم الدعوى الجنائية والعقوبة بخصوص الجرائم المخلة بإقامة العدالة أمام المحكمة الجنائية الدولية فهي لا تقل أهمية عن الجرائم الدولية سالفة الذكر فهي أفعال تعيق سير العدالة السليم ومن تم إفلات الجناة من العقاب ، وعلى الرغم من أن التقادم عن الجرائم المخلة بإقامة العدالة تم النص عليه في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية، ورغم نص المادة (51/ف5) من نظام روما الأساسي الذي جاء فيه : "في حالة حدوث تنازع بين النظام الأساسي والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، يعتد بالنظام الأساسي" ، إلا أن نظام روما الأساسي حسم المسألة في المادة (70/ف2) منه التي أحالت إلى المبادئ والإجراءات المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات فيما يتعلق بالجرائم المخلة بإقامة العدالة حيث جاء فيها : " تكون المبادئ والإجراءات المنظمة لممارسة المحكمة اختصاصها على الأفعال الجرمية المشمولة بهذه المادة

(¹) راجع القاعدة (164) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية .

هي الإجراءات المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات....."، ووفقاً لهذا النص أكد نظام روما الأساسي على تطبيق الإجراءات والمبادئ المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية ، فيما يتعلق بالجرائم المخلة بإقامة العدالة بما في ذلك أعمال نظام التقادم . جدير بالذكر أنه لا يحاكم أي شخص أمام المحكمة على سلوك يشكل إحدى الجرائم المخلة بإقامة العدالة إذا أُدين بارتكابها أو برئت ساحته منها من قبل هذه المحكمة أو محكمة أخرى⁽¹⁾.

الخاتمة

وبهذا نكون قد توصلنا إلى ختام هذه الدراسة التي خلصنا من خلالها إلى بعض النتائج والتوصيات التي نأمل أن تساهم بشكل كبير في دفع عجلة العدالة الجنائية التي ينشدها المجتمع الدولي بأسره وتتمثل هذه النتائج والتوصيات في الآتي :

- تكمن الغاية من تجريم الأفعال المخلة بإقامة العدالة في ضمان مصداقية قرارات وأحكام المحكمة الجنائية الدولية، التي يجب أن تبنى على أدلة ووقائع سليمة ، وإلى حماية الشهود والعاملين في المحكمة من الفساد أو التهيب .
- توجد بعض الأفعال الأخرى التي كان من الأجدر النص عليها في نظام روما الأساسي واعتبارها ضمن الأفعال المخلة بإقامة العدالة ، وتتمثل في فعل الافتراء على النفس أو الغير ، و فعل اختلاق الجريمة (البلاغ الكاذب)، أو التقصير في التبليغ عن الجريمة ، أو رفض القيام بما يستوجب قانوناً كرفض الخبير أو المترجم القيام بواجبهما ، أو الامتناع عن أداء الشهادة .
- أن ارتكاب أحد الأفعال الإجرامية المخلة بإقامة العدالة المنصوص عليها في المادة (1/70) من نظام روما الأساسي ، يستوجب حتماً توقيع عقوبة السجن لمدة لا تتجاوز خمس سنوات أو عقوبة الغرامة ، أو العقوبتين معاً طبقاً للسلطة التقديرية للمحكمة مع تطبيق عقوبة المصادرة

(¹) راجع القاعدة (168) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية .

- التي من الممكن الاستفادة منها في حالة ارتكاب جريمة الرشوة من أحد مسؤولي المحكمة المتمثلة في نقود أو أي فوائد مادية أخرى .
- لم يحدد نظام روما الأساسي العقوبة المناسبة لكل جريمة من الجرائم المخلة بإقامة على حدة ، بل ترك للمحكمة السلطة التقديرية في اختيار العقوبة المناسبة للجريمة المناسبة ، وهذا فيه إخلال كبير بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.
 - أن ممارسة الاختصاص بالجرائم المخلة بإقامة العدالة يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة الجنائية الدولية- طبقاً للمعايير التي حددها نظام روما الأساسي - التي لها أن تطلب من الدولة الطرف نظر هذه الجرائم بشرط أن ترتكب أي منها في إقليم أو من أحد رعاياها ، مع النظر بعين العطف إلى الطلب المقدم من الدولة المضيفة للمحكمة الجنائية الدولية وهي هولندا .
 - كان من الأجدر أن لا تتقدم الدعوى الجنائية أو العقوبة بخصوص الجرائم المخلة بإقامة العدالة أمام المحكمة الجنائية الدولية فهي لا تقل أهمية عن الجرائم الدولية المنصوص عليها في نظام روما الأساسي فهي أفعال تعيق سير العدالة السليم ومن تم إفلات الجناة من العقاب وتغيير مسار الحقيقة .

قائمة المراجع

أولاً : المراجع العربية :-

(أ) الكتب :-

- د.براء منذر عبد اللطيف ، النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، الأردن، 2008م ، ط1.
- د. حمدي رجب عطية ، الجرائم الدولية والتشريعات الوطنية واختصاص المحكمة الجنائية الدولية ، دار محيسن للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2002م ، ط1.
- د. شريف سيد كامل ، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2004م ، ط1 .

مجلة العلوم القانونية ————— العدد السابع 2016م

- د. علاء علي الدليمي، صلاحية المدعي العام القانونية لدى المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة والدائمة "دراسة قانونية"، دار غيداء للنشر والتوزيع، الأردن، 2013م، ط1.
- فيدا نجيب حمد، المحكمة الجنائية الدولية نحو العدالة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان)، 2006م، ط1.
- د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، نادي القضاة، مصر، 2001م، ط1.
- د. منتصر سعيد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009م، ط1.
- (ب) الرسائل العلمية :-
- دريدي وفاء، المحكمة الجنائية الدولية ودورها في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق، باتنة، الجزائر، 2009م.
- يوسف محمد غومة، النطاق القانوني لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، غير منشورة، 2012م.
- (ج) الوثائق الدولية :-
- وثيقة الأمم المتحدة رقم (A/conf.183/9) تتضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.
- وثيقة الأمم المتحدة رقم (ICC-ASP/1/3) تتضمن القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

ثانياً المراجع الأجنبية :-

- William A. schabas, An Introduction To The International Criminal Court, Cambridge University, New York, SecoNd Edition, 2004.
- William Bourdon , La Cour pénal internationale, éd. du seuil, Paris, 2000.

تعليق على الحكم الصادر عن المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 29 لسنة 59 ق

إعداد الدكتور: خالد سالم فلاح

رئيس قسم القانون الجنائي بكلية القانون- ترهونة / جامعة الزيتونة

مقدمة:

صدر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا حكما في الطعن الدستوري رقم "29" لسنة "59 ق" بالجلسة المنعقدة علناً يوم الاثنين 20 صفر 1434 هـ، الموافق 23.12.2013 م⁽¹⁾

وقد قضت في هذا الحكم بعدم دستورية نص المادة الثالثة مكرر من القانون رقم 7 لسنة 1430 م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ((6)) لسنة 1423 م بتعديل أحكام قانون القصاص والدية ، وأن ينشر هذا الحكم بالجريدة الرسمية .

وواقع نص المادة "3 مكرر" من القانون رقم 7 لسنة 1430 م المشار إليها ، المحكوم بعدم دستوريته ، يشير إلي ترك تحديد المقدار المالي للدية بما يقبل به ولي الدم .

وقد قررت المحكمة العليا في حكما المذكور بعدم دستورية نص المادة "3 مكرر" المشار إليه تأسيساً علي :

1- مخالفته للمادة الأولى من الإعلان الدستوري المؤقت الصادر بتاريخ 3.8.2011م ، التي تنص علي أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع .

2- مخالفته لنص المادة 31 من الإعلان الدستوري التي تقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء علي نص.

ونحن في هذا التعلق للإمام بالمسائل والحلول والمشاكل التي يثيرها هذا الحكم سنتبع بعون الله الخطة الآتية :

(1)- نُشر هذا الحكم بمجلة المحكمة العليا، ع 2 ، س 44 ، ص 28.

أولاً : عرض المسائل القانونية المثارة من قبل الطاعن .
ثانياً: الحلول القانونية التي تبنتها المحكمة العليا لهذه المسائل .

أولاً : المسائل القانونية المثارة من قبل الطاعن :

ينعى الطاعن علي النص المطعون فيه بمخالفته مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها ، ومخالفته أيضاً لقانون العقوبات والمرافعات ، وذلك من وجهين :

1- أن النص المطعون فيه قد خالف الشريعة الإسلامية بمصادرها المختلفة ، والتي تعد أساس القوانين في ليبيا استناداً علي الإعلان الدستوري :

ووجه ذلك ، وفق ما تقدم به الطاعن ، أن القرآن الكريم أوجب علي كل من قتل مؤمناً خطأً أن يدفع الدية إلي أهل المقتول ، وأن الأحاديث النبوية بيّنت مقدار تلك الدية وجنسها ، فهي مائة من الإبل أو ألف دينار من الذهب أو عشرة آلاف درهم من الفضة ، وقد بيّن الفقه الإسلامي وجوب القيام بذلك في آجال محددة بحسب اقتراف الجريمة هل هي علي العمد أو الخطأ .

وحيث أن النص المطعون فيه قد جاء علي خلاف هذه القواعد المستمدة من الشريعة، بحيث ترك تحديد مقدار الدية إلي ما يرضى ويقبل به أولياء الدم ، فذلك نكوص عن أحكام الشريعة ومخالفة صريحة للإعلان الدستوري الصادر في 3.1.2011م الذي جعل من الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع .

2- أن النص المطعون فيه قد خالف قانون العقوبات :

حيث أن قانون العقوبات الليبي يوجب في المادتين ((26 ، 27)) أن تكون العقوبة مقدرة بمبلغ مالي معين وليس علي سبيل الإجمال والإبهام ، ورغم أن الدية في الشريعة الإسلامية تدور بين العقوبة والتعويض ، إلا إنه يلزم مع ذلك تحديد مبلغها من قبل المشرع لاستيفاء الاشتراطات القانونية في كونها عقوبة حيث لا عقوبة إلا بنص يحددها.

3- أن النص المطعون فيه قد خالف قانون المرافعات المدنية والتجارية :

يُلزم هذا القانون بأن يكون الحكم متضمناً في منطوقه بياناً لما هو محكوم به، فلا يجوز الحكم بمجهول، كما لا يجوز تعليق توضيح منطوقه علي شرط غير متحقق وقت النطق به لأن ذلك يعيبه بالإبهام والغموض ويتعذر بالتالي تنفيذه .
ناهيك عن أن عدم تقدير الحكم للدية بالمال المقوم يترك الباب مفتوحاً لتحكم الخصوم وتقديراتهم بدل أن يكون حاسماً ومفهوماً للجميع .

ثانياً : الحلول القانونية التي تبنتها المحكمة العليا للمسائل المثارة من قبل الطاعن :

رأت المحكمة العليا في حكمها المشار إليه إجابة الطاعن لطعنه ، وقضت في منطوق حكمها بقبول الطعن شكلاً وبعدم دستورية نص المادة الثالثة مكرر من القانون رقم 7 لسنة 1423 م بتعديل أحكام قانون القصاص والدية ، علي أن ينشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية .

وقد استندت المحكمة العليا في قضائها المذكور علي الأسباب الآتية التي نوردها بتعليق منا عليها :

1- إن النص المطعون فيه قد خالف المادة الأولى من الإعلان الدستوري المؤقت الصادر بتاريخ 3. 8 2011م التي تنص علي أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع)) .

ولم تفصل المحكمة العليا في هذا السبب الذي استندت عليه ، ربما لأنه واضح بذاته ، أو ربما لأنها اكتفت بما ساقته من تفصيل علي لسان الطاعن في صدر أسباب الحكم ، وربما للأمرين معاً .

يبد أنه ما ينبغي إزالته من تشويش في ذهن القاري ، خاصة غير المتخصص، وما يحدثه ربما من غشاوة ناتجة عن التساؤل عن أي التشريعين قد خالف الآخر ، هل التعديل الوارد علي قانون القصاص والدية الصادر سنة 2000م هو الذي خالف الإعلان الدستوري الصادر سنة 2011م ، أم العكس ؟ . وهذا السؤال ناتج كما هو واضح عن التعاقب الزمني بين التشريعين (الدستور ، والتشريع العادي) .

إلا إنه من المعروف في فقه القانون الدستوري أن مخالفة التشريع العادي للدستور لا يُنظر فيها لزمن صدور التشريع العادي ، بل للمخالفة الموضوعية

لأحكام التشريع العادي لما هو موجود بالدستور ولو كان الأخير لا حق في الصدور زمنياً علي التشريع العادي . والقول بغير ذلك سيؤدي إلي إضفاء قدسية ومنعة للتشريعات العادية عن أن تطلبها الرقابة الدستورية للقضاء وتمكينه من الحكم بعدم دستوريته استناداً علي أن الأحكام الدستورية أحدث منها من حيث الصدور ، بمعنى أن التشريع العادي أصبح في هذه الحالة أقوى من الدستور، في إخلال واضح بمبدأ التدرج التشريعي ، و ترسيخ غير مبرر لأبدية التشريعات العادية ما لم تلغ من ذات الأداة التي أصدرتها .

1- إن النص المطعون فيه قد خالف المادة (31) من الإعلان الدستوري

المؤقت التي تقضي بأنه ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء علي نص)):

حيث رأت المحكمة العليا أن الدية في جرائم القتل تجمع بين وصفي العقوبة والتعويض ، ولذا يجب أن يحدد مقدارها بنص في القانون وفي الحدود المقررة في المصدر الرئيسي للتشريع عملاً بالقاعدة الدستورية التي تقضي بأنه ((لا عقوبة بدون نص)).

ويثير هذا القضاء مسألة قانونية، كما أنه يضع خطة للمشرع في كيفية تلافي النقص التشريعي الذي شاب النص القانوني المحكوم بعد دستورية :

أ- المسألة القانونية :

إن قاعدة ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء علي نص)) الواردة بالمادة الأولى من قانون العقوبات ، هي قاعدة دستورية تضمنتها أغلب دساتير العالم ، وإن وردت في تشريع عادي، فورودها في قانون العقوبات - وهو تشريع عادي - لا يلغي كونها قاعدة دستورية .

وربما يقول قائل أن هذا ليس محل خلاف ولا مثار مناقشة ، إنما المفيد فيه هو أنه لا عبرة بموضع القاعدة في أنواع التشريع المختلفة للقول بأنها دستورية من عدمه ، بل العبرة بموضوعها وجوهرها فإن كانت تقرر حقاً أو تلزم بواجب دستوري فهي قاعدة دستورية وإن كان مكانها قد وضع في تشريع عادي ، بل يصح القول مجازة لهذا التخريج أن القاعدة تظل دستورية ولو خلا الدستور الصادر في الدولة من النص عليها استناداً علي القيمة القانونية لها في المجتمع وتأسيساً علي ورودها في مواثيق دستورية دولية موازية للدساتير المحلية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان المرتبطة به الدولة.

ب- الخطة المقترحة من قبل المحكمة العليا علي المشرع لتلافي النقص أو العيب الدستوري الوارد في النص المحكوم بعدم دستوريته :

تضمن مقترح المحكمة العليا في ذلك خطوتين ينبغي علي المشرع إتباعهما لتلافي العيب الدستوري في النص الذي قاد إلي الحكم بعدم دستوريته ، وهما:

1- تضمين مقدار الدية في قانون القصاص والدية :

ولم تفصح المحكمة العليا بوضوح عن مقصدها من ذلك ، هل المطلوب من المشرع أن يحدد بدقة مبلغ الدية ، أم أنه يلزمه فقط وضع الأسس اللازمة لتقديرها من قبل المحكمة عند حكمها في موضوع الدعوى الجنائية .

والفرق واضح بين التحديد الدقيق ، ووضع أسس هذا التحديد فقط ، ولاختيار أحد الفرضين مزاياه وعيوبه ، فإن كان التحديد الدقيق يوحد قيمة الدية كعقوبة بما يحقق مبدأ دستورياً آخر وهو مبدأ المساواة أمام القانون بين جميع الأشخاص ، إلا إنه يهدم قاعدة قانونية أخرى وهي أن التعويض يُقدر علي حسب الضرر الحاصل الذي قد يتفاوت مقداره بين واقعة وأخرى .

وإن كان التحديد الدقيق يكفي المحاكم عناء التقدير والبحث في أسس هذا التقدير واقعياً ، إلا أنه بلا شك سيصرفها إلي الاتكال علي النص دون تلمس المقدار الواجب الحكم به في الدية كعقوبة وكتعويض بما يحقق الأهداف من كل منهما .

وإن كان وضع الأسس لهذا التقدير هو الملجأ الآخر للمشرع مع وجود العيوب المذكورة للتقدير المسبق ، فإن فيه تحويل شبه صريح من قبل المشرع للقاضي في أن يحل محله في تقدير العقوبة المناسبة ، وهو ما يقوض في النهاية من قاعدة ((لا عقوبة إلا بنص)) التي تحمل معني أنه لا يجوز للمشرع صاحب السلطة في تقرير العقوبات أن يتنازل عن هذه السلطة لغيره من السلطات الأخرى ولو كانت السلطة القضائية .

ربما يقول قائل أن المشرع قد لجأ إلي ذلك في بعض نصوص قانون العقوبات عندما وضع للقاضي في المواد 27، 28، 29 الأسس القانونية والموضوعية التي يستند عليها في تقديره للعقوبة التي ينطبق بها في حكمه ، فلا ضير إذاً أن يضع للقاضي هنا الأسس القانونية والموضوعية لتقدير قيمة الدية مالياً ، دون أن يحددها هو بنفسه .

ولكن الرد علي ذلك بسيط ، وهو أن المشرع في قانون العقوبات عندما وضع الأسس القانونية والموضوعية لتقدير العقوبة المحكوم بها من قبل القاضي ، إنما

ألزم القاضي بإعمالها في اختيار العقوبة المناسبة بين حديها الأعلى والأدنى المنصوص عليهما مسبقاً من قبل المشرع ؛ وهذا ما أكدته المادة ((27)) عقوبات عندما نصت علي أنه ((يحكم القاضي بالعقوبة التي يراها مناسبة في حدود ما نص عليه القانون ، وعليه أن يبين الأسباب التي تبرر تقديره)). وهو ما أعادت تأكيده المادتان 28، 29 عقوبات .

إذن ما الحل في ظل هذه الخيارات المتناقضة بسبب العيوب التي شابتها ؟.

أشارت المحكمة العليا للحل الذي يمكن إتباعه من قبل المشرع، وهو ما سنعالجه في الفقرة الموالية:

2- أن يكون تقدير الدية في القانون في الحدود المقررة في المصدر الرئيسي للتشريع ((الشريعة الإسلامية)):

يلزم الحكم الدستوري الصادر بأن يكون تقدير الدية الذي يجب أن يوضع في النص المعدل في الحدود المقررة في المصدر الرئيسي للتشريع ، وهو الشريعة الإسلامية. وبالرجوع إلي فقه الشريعة الإسلامية في هذا الصدد نجد أن الأمر فيه تفصيل .

فإن كان فقهاء الشريعة عموماً متفقون علي أن الأصل في أن الدية بصفة عامة هي مائة من الإبل ، وذلك علي من هم من أهل الإبل . ولكنهم اختلفوا فيما يجب علي غير أهل الإبل ، فقالت طائفة : علي أهل الذهب ألف دينار ، وهو قول مالك وأحمد وإسحاق والحنيفة والشافعي في أحد قوليه في القديم . وروي هذا عن عمر وعروة بين الزبير وقتادة. وأما أهل الورق مائتا عشر ألف درهم ، وهو مذهب الإمام مالك رحمه الله . وقال أبو حنيفة والثوري الدية من الورق عشرة ألف درهم .

وقد روي الشعبي عن عبيدة عن عمر أنه جعل الدية علي أهل الذهب ألف دينار ، وعلي أهل الورق عشرة ألف درهم ، وعلي أهل البقر مائتي بقرة وعلي أهل الشاة ألف شاة وعلي أهل الإبل مائة من الإبل ، وعلي أهل الحلل مائتي حلة⁽¹⁾

وإضافة إلي هذا التفصيل من حيث مقدار الدية ، فهناك تفصيل فيها من حيث سبب تقريرها من الأشخاص المجني عليهم ، فهي وإن كانت متحدة المقدار بين دية الصغير ودية الكبير ، ودية الضعيف ودية القوي ودية الوضيع ودية الشريف ،

(1)- راجع في ذلك: أبي عبد الله محمد القرطبي. الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي). تحقيق عبد الرزاق المهدي . دار الكتاب العربي . بيروت . ط2. الجزء الخامس . 1999م. ص 301. وأيضا د. أحمد فتحي بهنسي تطبيق الحدود في التشريعات الجنائية الحديثة . مؤسسة الخليج العربي . القاهرة ط1. 1988. ص 285.

ودية المحكوم ودية الحاكم ، إلا أن الفقهاء يقررون أن دية المرأة علي النصف من دية الرجل في القتل .

كما أنهم اختلفوا حول مقدار دية غير المسلم ، فالبعض يسوي بين دية المسلم وغير المسلم والبعض يفرق بينهما في المقدار⁽¹⁾

وفصل الفقهاء أيضا بين دية القتل العمد ، والقتل شبه العمد ، والقتل الخطأ، فتنوعت عندهم الدية لذلك بين دية مغلظة ودية مخففة ، وتستند الدية في النوعين علي سن أو أعمار الإبل وليس علي عددها⁽²⁾ كما أنهم فصلوا في دية قتل الجنين علي أنها غرة ((عبد أو وليدة)). ولهم ذلك بيان في النوع والمقدار⁽³⁾ ..

وحاصل ذلك أن تقدير الدية الملزم به المشرع وفقا للشريعة الإسلامية ، بحيث يضعه في نصوص القانون الذي سيصدر عنه تنفيذاً لقضاء المحكمة الدستورية العليا ، يجب أن يحتوي كل هذه التفاصيل ، وهذا بلا ريب سيضع المشرع في موقف غاية في الدقة ، لأنه كما هو معلوم إذا كانت التفاصيل محمودة من حيث حسم الخلاف ، إلا أن النقص فيها سيؤدي من ناحية أخرى إلي إيقاد جذوة هذا الخلاف .

وربما نقترح علي المشرع للحد من آثار النتائج السلبية التي قد تنتج عن نص غير متكامل، أن يلجأ إلي طريقة الجدول الملحق بالقانون لبيان الدية نوعاً ومقداراً ، وله في ذلك سوابق ، حيث لجأ لذلك في الجداول الملحقة بقانون التأمين ، والجداول الملحقة بقانون المخدرات وغيرها ؛ كما له ، أو ربما عليه ، أن يلجأ إلي المتخصصين في الفقه الجنائي الإسلامي ولدار الإفتاء لتحقيق أعلى قدر من الدقة وتلمساً للحكم الإلهي الصحيح في ذلك .

الخاتمة

رأينا أن حكم الدائرة الدستورية المشار إليه وإن كان قد ردّ الأمور إلي نصابها الصحيح، وهو تحري حكم الله في وضع نص يترجم إرادة الله في حكم الدية عند انتقاء القصاص ، إلا أن تأخر المشرع في تعديل هذا النص القانوني بما يتوافق وأحكام الشريعة الإسلامية سيضع المحاكم الجنائية في حالة جمود بين عدم تطبيق

(1)- انظر : عبد القادر عودة . التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي . الجزء الأول . بدون اسم الناشر أو مكان النشر . ط5 . 1968م . ص 669 .

(2)- انظر في هذا التفصيل : أبي عبد الله محمد القرطبي . المرجع السابق . ص 301 وما بعدها .

(3)- انظر ذات المرجع السابق مباشرة . ص 305 .

النص للحكم بعدم دستوريته، وبين عدم تطبيق بديله لعدم إيجاد هذا البديل من قبل المشرع ، بما ينتج عن ذلك ربما من تشجيع غير مقصود لعدم العفو من قبل أولياء الدم في القتل العمد لاعتقادهم المبرر في أنهم إن عفو سينتفي القصاص ولكن بدون دية ولو في المدى القريب . وهو ما لا يفي بالحاجة المجتمعية الملحة ، خاصة في الوقت الحالي ، إلي التصالح ووأد فتيل الخلاف والفرقة مع تزايد وانتشار جرائم القتل العمد والخطأ علي السواء .

مراجع التعليق

- 1- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي . الجامع لأحكام القرآن . تحقيق: عبد الرزاق المهدي . دار الكتاب العربي . بيروت . الطبعة ((2)) الجزء الخامس 1999م.
- 2- د. أحمد فتحي بهنسي . تطبيق الحدود في التشريعات الجنائية الحديثة . مؤسسة الخليج العربي . القاهرة . ط1 . 1988م.
- 2- عبد القادر عودة . التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي الجزء الأول . بدون اسم الناشر أو مكان النشر . الطبعة 5 . 1968م.
- 3- مجلة المحكمة العليا الليبية . المكتب الفني . العدد 2 ، السنة 44 ق .

الموقف الفقهي من إنشاء بنوك اللبن

إعداد الدكتور: محمد علي الهادي زبيدة

أستاذ الشريعة الإسلامية المشارك بكلية القانون - ترهونة / جامعة الزيتونة

المقدمة

الحمد لله الذي لا تستفتح الكتب إلا بحمده ، ولا تستمنح النعم إلا بواسطة كرمه ورزقه ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله الطيبين وأصحابه الطاهرين من بعده أما بعد

لقد انتشرت فكرة البنوك في المجتمعات الغربية مما يزيد على نصف قرن من الزمان ، هذا وقد أنشئت بنوك للدم وبنوك لتنظيف الرجال وبنوك لبييضات النساء ، وبنوك للأجنة ، وبنوك للأعضاء البشرية وهذه البنوك على غرار بنوك اللبن التي نحن بصدد الحديث عنها ، حيث يقوم بنك اللبن بتجميع لبن الأمهات عن طريق الشراء ثم يقوم المشرفون على هذه البنوك بعملية الخلط والحفظ لهذا الحليب أو تجفيفه ووضعها في معلبات تباع للناس بعد ذلك لاستخدامه لإرضاع أطفالهم ..

وفكرة إنشاء بنوك اللبن لم يتناولها فقهاء الإسلام القدامى ، ربما يرجع ذلك لعدم الحاجة إليها ، أو ربما لعدم وجود الوسائل التي تمكنهم من حفظ اللبن بالطريقة العلمية الموجودة اليوم وتتمثل المحاور الأساسية لهذا البحث في الآتي :-

المبحث الأول : حكم بيع لبن الادميات

المبحث الثاني : حكم إنشاء بنوك اللبن

المبحث الأول : حكم بيع لبن الادميات

لقد حاولت العديد من المراكز البحثية إجراء عملية مضاهاة لصناعة اللبن الحيوية ، والتي تتم من خلال العديد من التفاعلات الكيموحيوية داخل الغدد اللبنية بالكائنات الثديية ، وتحت إشراف كامل من الطاقم الوراثي للكائن الحي ، وكانت عملية المضاهاة تهدف إلى إنتاج لبن اصطناعي بنفس المكونات الكيميائية للبن الطبيعي ، وقد تم إنتاج اللبن الاصطناعي وأصبح متداولاً في السوق ، لكن التجارب أثبتت عدم وجود مضاهاة وظيفية بين اللبن الطبيعي واللبن الاصطناعي، حيث إن اللبن الطبيعي يحتوي على العديد من العناصر الغذائية

الضرورية للنمو والفيتامينات، كما يحتوي على نسبة عالية من الدهون وبعض المواد الغذائية الأخرى ، ومن تم يمكننا القول بأن لبن الأم يمثل غذاء كاملا يحتوي على معظم المواد الغذائية التي يحتاجها جسم الإنسان، بما يرفع من قيمته الحيوية بمختلف الأنسجة والخلايا الحية ، وهذا بخلاف اللبن الاصطناعي الذي لم ينجح في القيام بدور ووظيفة اللبن الطبيعي في أنسجة وخلايا الكائن الحي ، إذا أشارت بعض التجارب التي أجريت لفهم الجانب الوظيفي للبن الاصطناعي إلى احتمالية احتواء اللبن الاصطناعي على قليل من الجزيئات غير السليمة حيويا ، ومن ثم فقد تصيب بعض الخلايا بأضرار غير متوقعة، مما جعل العديد من المراكز البحثية تنادي بالعودة إلى اللبن الطبيعي حفاظا على صحة الأطفال ، وانقادا للأجيال البشرية من تراكم العديد من الجزيئات الخطرة حيويا ، بما يؤدي إلى حدوث العديد من عمليات الاختلال الوظيفي داخل الكائن الحي ، وكان من نتائج هذه المناداة الحث على استخدام بنوك اللبن في المجتمعات الغربية .

والسؤال الذي أخاله يتردد في أذهان الكثيرين هو ما حكم بيع لبن الأدميات ؟ اختلفت كلمة الفقهاء حول موقف الشريعة الإسلامية من بيع لبن الأمهات ومحل الاختلاف بين فقهاء الإسلام يدور حول طبيعة اللبن هل هو مال أم لا ؟ وذلك لصحة عقد البيع أن يكون محله مالا ، ويتمثل هذا الاختلاف في اتجاهين :
الاتجاه الأول :- يقول بجواز بيع لبن الأمهات ويمثل أصحاب هذا الاتجاه المالكية (1) و الشافعية (2) وهو ظاهر كلام الخرقى من الحنابلة ورجحه ابن قدامة (3) وهو مذهب بين حزم (4) .

واستدل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه بالآتي :-
1- استدلوا من القرآن بقوله تعالى ((واحل الله البيع)) (5)
وجه الدلالة من النص القرآني كما جاء عن ابن حزم الظاهري في قوله :فأما من سقي لبن امرأة فشربه من إناء أو حلب في فمه فبلعه أو أطعمه بخبز أو في طعام أو صب في فمه، أو في أنفه، أو في أذنه، فكل ذلك لا يحرم شيئا ، وهذا تمليك منها لهذا الرضيع وكل ما صح ملكه حل بيعه إلا ما ورد فيه نص بالتحريم (6)
2- كذلك استدل أصحاب هذا الاتجاه بقول الله تعالى ((فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن)) (7)

والذي ينعكس بجلاء من النص القرآني أن ثمن اللبن وأجرة الحضانة للرضيع يسرى على بيع اللبن ، وهو نقل الملك فيه للرضعة إلى مستأجرها (8)
وقد قيل أيضا أنه يكفي أن يكون العاقد مالكا للمنفعة ليصح البيع ، وهذا متحقق في بيع لبن الأدميات (9)

وناقش أصحاب الرأي المخالف هذا الأمر بأن جواز إجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها ، لأنه لما جازت الإجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع ، وليس سبيله سبيل الأموال (10)

وقد أجاب أصحاب الرأي القائل بالجواز عن هذا الاعتراض بقولهم : ((وأما قياسهم علي بيع المنافع بعله أنه يستباح بعقد الإجارة ، فعندنا أن بيع المنافع جائز إذا تقدرت بمدة وان خالفونا فيه) (11)

3 - واستدلوا من السنة بما جاء عن ابن عباس أنه قال :- رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم جالسا عند الركن قال : فرفع بصره إلى السماء فضحك فقال :- ((لعن الله اليهود ثلاثا)) إن الله حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها ، وإن الله إذا حرم على قوم أكل شي حرم عليهم ثمنه)) (12)

وجه الدلالة من الحديث :- أن ما لم يحرم أكله لم يحرم ثمنه ، وعلى هذا فاللبن يباح شربه وبالتالي فلا يحرم ثمنه . (13)

4- واستدلوا من المعقول على أن لبن الأدمية مال متقوم طاهر ، وفي عرف الناس أن اللبن غذاء يجوز بيعه كسائر الأغذية ، كما يضمنه متلفه . ((14))
وقد ناقش العلامة السرخسي هذا الأمر بقوله :- إن اللبن يضمنه متلفه بأن شرط وجوب الضمان هو العجز عن الانتفاع عن طريق الدوام ، أو أن الضمان يستحق عن النقصان المتمكن

في الأصل ، حتى أنه لو اندمجت الجروح بالبئر ، أو نبتت السن بعد القلع لا يجب شي منه ، فكذلك الإتلاف في اللبن . لا يتمكن نقصان في الأصل ولهذا لا يجب الضمان (15)

الاتجاه الثاني :- يقول بعدم جواز بيع لبن الأمهات ويمثل أصحاب هذا الاتجاه الحنفية ، وهو وجه ضعيف عند الشافعية ، وبه قال بعض الحنابلة واستدل أصحاب هذا الاتجاه بالآتي :-

1- بيع لبن الأدميات يتنافى والكرامة الإنسانية . وليس من الكرامة ابتذاله بالبيع والشراء ، فضلا عن كشف عورة المرأة التي هي محرمة شرعا .
ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه إذا كان هناك ضرورة تستدعي الاستفادة من لبن الأدمية فينبغي أن يكون على سبيل التبرع لشرف الإنسان وكرامته.

ويمكن مناقشة هذا الأمر الذي يركز على الكرامة الإنسانية كما أن بيعه بدون ضوابط يؤدي إلى الفساد بزواج المحرمات . ولكن مع ذلك فإن الشرع ذاته أذن بالتعاقد عليه ، مرجحا المصلحة التي تترتب عليه على قضية كرامة الإنسان ، إذ لا

ضرر يعود على المرضعة من انتفاع الطفل بشيء مخصص بطبيعته للخروج من جسمها .

وهذه المصلحة الراجحة هي التي أباحت أجازة الظئر عند الحنفية ، مع أن الإجازة عندهم تعني بيع المنفعة المعلومة في مقابل عوض معلوم (16) بالإضافة إلى أن الانتفاع باللبن يحقق مصلحة راجحة تعلق القيمة المتجسدة في كرامة الإنسان.

و يجب عن ذلك بما قاله الكاساني ((أن الأدمي لم يجعل محلا للبيع إلا بطول الرق فيه ، والرق لا يحل إلا في الحي ، واللبن لا حياة فيه فلا يحل الرق، فلا يكون محلا للبيع)) (17)

2- كما استدلت أصحاب هذا الاتجاه بأن اللبن فضلة آدمي فلم يجز بيعه كالدمع والعرق والمخاط ، وبأن مالا يؤكل لحمه لا يباع كالأثان . ((18)) ويمكن مناقشة هذا الأمر بأنه قياس مع الفارق كما جاء عن الإمام النووي في رده على حجم أصحاب هذا الرأي بقوله ((أنه لا يلزم من عدم بيع لبن الأدمية في العادة انه لا يصح بيعه ، فالطحال يجوز بيعه مع أنه لا يباع عادة ، والقياس مع الدمع والعرق والمخاط فاسد لأنه لا منفعة فيها بخلاف اللبن ، أما لبن الأثان فهو نجس بخلاف لبن الأدميات(19) ..

3- أن لبن الأدمي لا يباح الانتفاع به شرعا إلا لضرورة وهي تغذية طفل، وما كان حرام الانتفاع به شرعا إلا لضرورة لا يكون مالا كالخمر والخنزير (20) ويمكن مناقشة هذا الأمر بأنه إذا كان بعض الفقهاء قد أجازوا بيعه للضرورة (21) فإنه ولا شك لا يقصد أي وجه لمشروعية قيام مثل هذا البنك ، لأنه لا يعقل أن يخرق بمثل هذا الرأي الحرمة الواضحة ، ويستحل ما حرمه الله بسبب الرضاع. وأيضا أن مثل هذه الضرورة غير موجودة في زماننا بعد ما تنوعت أساليب التغذية وتعددت أنواع الألبان التي تحقق تلك الغاية ، ومن ثم لم يبق لمثل هذه الحالات وجود .

والذي يترجح في نظري بعد هذا العرض لأدلة الفريقين الرأي المانع لبيع لبن الأدميات لأن ذلك يتنافى مع الكرامة الإنسانية ولما في بيع لبن الأدميات من فتح لمفاسد عظيمة ، ويشيع فساد الأنكحة بين المسلمين .

ومن المعلوم شرعا أن ذرء المفسدة مقدم على جلب المصلحة ولأن المرأة لا تملك لبنها حتى تقوم ببيعه ، بل حدد لها طريقة التصرف فيه ، وحصر ذلك في إرضاع ولدها أو ولد غيرها بأجر أو تطوع وفق مقاصد الشريعة الإسلامية العزاء، وبذلك فلا توجد حاجة ملحة إلى تطبيق هذه الفكرة في المجتمع الإسلامي ، لأن الغالبية العظمى من الأطفال المسلمين ترضعهم أمهاتهم ، ومن احتاج إلى رضاع

يمكن أن يجد فرصة عند أم بديلة ، وتكون له أمًا بالرضاع ، ويترتب على ذلك حرمة المصاهرة .

المبحث الثاني :- حكم إنشاء بنوك اللبن

لقد اختلفت كلمة فقهاء الإسلام حول حكم إنشاء بنوك اللبن من حيث ثبوت الحرمة من عدمها . وفقهاء الإسلام في العصر الإسلامي الأول لم يتناولوا هذا الموضوع بالدراسة لعدم وجود الوسائل التي تمكنهم من حفظ اللبن ، ويتمثل اختلافهم في اتجاهين ..

الاتجاه الأول :- القائل بالحرمة ويمثله جمهور الفقهاء من الحنفية (22) والمالكية، (23) والشافعية ، (24) وفي اصح القولين للحنابلة (25) أن التحريم يثبت عن طريق مص الثدي أو عن طريق غيره كالوجور ، والسعوط (26) . والسؤال الذي أخاله بتردد في أذهان الكثيرين هو :- هل يقوم السعوط مقام مص الثدي في التحريم أو لا ؟

استدل أصحاب الاتجاه القائل بالتحريم على هذا الأمر بالسنة والمعقول

1- أما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم ((لا رضاع إلا ما شد العظم وانبت اللحم)) (27)

وجه الدلالة من الحديث أن الرضاع المحرم هو ما أنشز العظم وأنبت اللحم والسعوط ينشز العظم وينبت اللحم . ويمكن مناقشته هذا الأمر على أن الحديث ضعيف ، لأنه من رواية أبي موسى وابنه وهما مجهولان (28).

2- كما استدل أصحاب هذا الاتجاه بما رواه البخاري ومسلم وغيرهما عن عائشة رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل ، فكأنه تغير وجهه ، وكأنه كره ذلك ، فقالت :- انه أخي فقال: انظروا ما أخوانكن ، فإنما الرضاعة من المجاعة . ((29))

ووجه الدلالة من الحديث :- أنه يدل على أن الحكمة في التحريم بالرضاع في تغذية الجسم ، ولا شك أنها موجودة في الإسعاط، فيقع به التحريم لذلك.

3. واستدل أصحاب هذا الاتجاه بالمعقول على أن الإسعاط يصل به اللبن إلى حيث ما يصل بالارتضاع ويحصل به من إنبات اللحم وانشاز العظم ما يحصل من الإرتضاع ، فيجب أن يساويه في التحريم ((30))

كما اعترض أصحاب هذا الاتجاه على الفريق القائل بإنشاء مثل هذه البنوك بحجة أن الأمومة هي مناط التحريم وهي لا تتأتى إلا من الرضاعة بطريق الثدي والاتصاق بين الرضيع والمرضعة فاشتراط المص في هذه المسألة ليس حكماً مبنياً على مفهوم معقول ، لهذه القضية ، فالمص وحده لا دخل له في التحريم ، بدليل أن

الطفل لو مص الثدي ليس فيه حليب , فإنه لا يحرم، هذا من ناحية مص الثدي ، أما من ناحية الالتصاق والاحتضان فالأمومة منتفية ، ولا دخل لها في التحريم من الرضاع كذلك ، وذلك بأننا لو أتينا بأم احتضنت طفلا ما ، وأرضعته من لبن غيرها، أو لبن بقرة ، فإن هذه الأم الحاضنة لا تعتبر مرضعة لهذا الطفل ، ولا تثبت الحرمة بينهما ، مع أنها قد ضمته الى صدرها ، وقد أرضعته من غير ثديها (31)

الاتجاه الثاني :- القائل بالجواز ويمثله بعض المالكية الذين يقولون بأن الحرمة لا تقع إلا إذا وصل اللبن الى جوف الرضيع بطريق المص من الثدي المرضع ، ومقابل المذهب عند الشافعية ، وهو رواية أخرى عند الحنابلة ، وهو مذهب الظاهرية أيضا ، واستدلوا على ما ذهبوا إليه بالاتي :-

- 1- قول الله تعالى ((وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة)) (32)
- 2- قوله عليه الصلاة والسلام ((يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة)) (33)

وجه الدلالة من هذين الاستدلاليين عند أصحاب هذا الاتجاه بأن وصول اللبن إلى جوف الطفل بغير طريق المص لا يحرم شيئا ، ولا يسمى رضاعا ، وإنما الرضاع هو ما دل عليه الرضع من رضع يرضع رضاعا ، وهو لقم الثدي و التقامه وامتصاصه،وأما ما عدا ذلك إنما هو حلب وطعام وسقاء ، وشرب واكل وبلع ، ولم يحرم عز رجل بذلك شيئا (34)

وجاء في الفقه الحنبلي في رواية عندهم أنه ((لا يثبت التحريم بالوجود والسعوط ، ولأن هذا ليس برضاع ، إنما حرم الله تعالى بالرضاع ، ولأنه حصل من غير الارتضاع ، فأشبهه ما لو دخل من جرح في بدنه)) (35) وبالتالي لا حرمة عند أصحاب هذا الاتجاه في إنشاء بنوك اللبن لان التغذية فيها تقوم على غير طريقة مص الثدي على اعتبارهم أنهم اعتمدوا على التعريف اللغوي للرضاع .

- 3- كما استدل أصحاب الاتجاه القائل بالجواز على ما ذهبوا إليه بالمعقول بأن ((السعوط باللبن يشبه ما لو دخل اللبن من جرح في بدنه)) (36)

ويمكن مناقشة هذا الأمر بأنه قياس مع الفارق , فاللبن الواصل الى الجوف عن طريق السعوط يحصل به التغذي وإنبات اللحم وانشاز العظم بخلاف اللبن الذي يصل من جرح في بدنه . (37)

- ورد ابن حزم على الذين احتجوا بحديث :- ((إنما الرضاعة من المجاعة)) (38)

فكان مما قاله : إن هذا الخبر حجة لنا ، لأنه عليه الصلاة والسلام إنما حرم بالرضاعة التي تقابل به المجاعة ، ولم يحرم بغيرها شيئاً، فلا يقع تحريم بما قوبلت به المجاعة من أكل ، أو شرب ، أو غير ذلك إلا أن يكون رضاعاً (39) .
والذي يترجح في نظري بعد هذا الرد لأراء الفقهاء القول الرامي بالتحريم لأن السعوط تقع به تغذية الجسم وإنبات اللحم ، وإنشاز العظم ، وبالتالي يثبت به التحريم.

والسؤال الذي يفرض نفسه أيضا هو : هل الوجور (40) يقوم مقام مص الثدي في التحريم أم لا ؟

اختلفت كلمة الفقهاء حول هذا الأمر ويتمثل هذا الاختلاف في اتجاهين :-
الاتجاه الأول :- القائل بالتحريم ويمثله جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية وفي إحدى الروايتين عن الحنابلة (41)
واستدلوا على ما ذهبوا إليه بما استدلوا به على تحريم السعوط ، وكذا الاعتراضات الواردة عليها.

قال الكاساني :- ويستوي في تحريم الرضاع والارتضاع من الثدي والاسعاط والإيجار لأن المؤثر في التحريم هو حصول الغذاء باللبن وإنبات اللحم وإنشاز اللحم وسد المجاعة ، وذلك يحصل بالاسعاط والإيجار، لأن السعوط يصل إلى الدماغ وإلى الحلق ، فيغذي ويسد الجوع ، والوجور يصل إلى الجوف فيتغذى. (42)

الاتجاه الثاني :- يقول بالجواز ، ويمثل أصحاب هذا الاتجاه الظاهرية ، وهو مقتضى كلام الليث ورواية أخرى عن الحنابلة . (43)
واستدلوا من القراءان والسنة والمعقول ، وهي نفس الأدلة التي ساقها التي ساقها أصحاب هذا الاتجاه التي سبق ذكرها في السعوط وكذا الاعتراضات الواردة عليها.
ويقول أصحاب هذا الاتجاه على أننا لو سلمنا برأي الجمهور في عدم اشتراط الرضاع والامتصاص لكان هذا مانع آخر من التحريم .

وهو أننا لا نعرف من التي رضع منها الطفل ؟ وما مقدار ما رضع من لبنها ؟ هل أخذ من لبنها خمس رضعات مشبعات على ما هو القول المختار الذي دل عليه الأثر ، وهو مذهب الشافعية والحنابلة .

والمعروف أن الشك في الرضاع لا يترتب عليه التحريم وقد ورد في كتاب المغني للعلامة ابن قدامة أنه :- ((إذا وقع الشك في وجود الرضاع ، أو في عدد الرضاع المحرم ، هل كملا أو لا ؟ لم يثبت التحريم ، لأن الأصل عدمه فلا تزول عن اليقين بالشك ، كما لو شك في وجود الطلاق وعده)) (44) وبالتالي فلا حرمة

عند أصحاب هذا الاتجاه في إنشاء بنوك اللبن ، لان تغذية الطفل فيها تقوم على غير طريقة مص الثدي باعتبار التعريف اللغوي للرضاع .
والذي يترجح في نظري ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائل بالتحريم لأن المعني الشرعي للرضاع هو انشاز العظم و إنبات اللحم ، فهذا المعني هو الذي رتب عليه الشرع التحريم في الرضاع.

موقف بعض العلماء المعاصرين من إنشاء بنوك اللبن

لقد اختلفت كلمة فقهاء العصر حول حكم إنشاء اللبن ويتمثل هذا الاختلاف في اتجاهين:-

الاتجاه الأول:- القائل بالتحريم ويمثله كل من الشيخ محمد حسام الدين ، والشيخ عبدلرحمن النجار ، ومجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني في جده من 10 : 16 ربيع الثاني 1406 هـ - 22-28 ديسمبر 1985م وما جاء في توصيات ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام المنعقدة في دولة الكويت سنة 1983م.

وقد صدر قرار عن مجمع الفقه الإسلامي بعد أن عرض على المجمع دراسة فقهية ودراسة طبية حول بنوك الحليب ، وبعد التأمل فيما جاء في الدراستين ومناقشة كل منهما مناقشة مستفيضة شملت مختلف جوانب الموضوع تبين

1- أن بنوك الحليب تجربة قامت فيها الأمم الغربية ثم ظهرت مع التجربة بعض السلبيات الفنية والعلمية فيها فانكشفت وقل الاهتمام بها .

2- أن الإسلام يعتبر الرضاع لحمة كحمة النسب ، ويحرم به ما يحرم من النسب بإجماع المسلمين ، ومن مقاصد الشريعة الكلية المحافظة على النسب ، وبنوك الحليب ، مؤدية الى الاختلاط والريبة

3- أن العلاقات الاجتماعية في العالم الإسلامي توفر للمولود الخداج إلقاء المرأة ولدها قبل أوانه لغير تمام الأيام وان كان تام الخلق أو ناقص الوزن ، أو المحتاج الى اللبن البشري في الحالات الخاصة ما يحتاج إليه من الاسترضاع الطبيعي الأمر الذي يغني عن بنوك الحليب .

وبناء على ذلك قرر .

أولا :- منع إنشاء بنوك حليب الأمهات في العالم الإسلامي

الثاني :- حرمة الرضاع منها

كما أشار الشيخ محمد حسام الدين في فتواه أن القرءان الكريم نص في موضوع الرضاعة على التحريم مطلقا في قوله تعالى ((وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة)) (45) وجعل تحريم الرضاعة بمنزلة النسب والمصاهرة ، هذه الأمور والتنبيهات تعتبر حدودا بمعنى فاصل

تفصل بين الحلال والحرام لقوله تعالى ((تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار))(46) فجعل مسائل الميراث بنفس مستوى مسائل التحريم في الزواج ، ومن بين الأحكام التي تعتبر حدودا و فواصلا ، وكلها فواصل وثيقة الصلة بين التحريم والإباحة. وقد جاء في السنة النبوية أحاديث كثيرة تبين هذه الحدود منها قوله .. صلى الله

عليه وسلم ((يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)) (47) هذه التعليمات الإسلامية ينبغي أن تراعى في روحها وفي أهدافها ومقاصدها التشريعية ، والمولى عز وجل اعلم بالعلة أو الحكمة الحقيقية لهذه الأحكام ، وأعلم بما يترتب على انتهاك هذه الحدود وهذه المحرمات من أضرار في المجتمع الإسلامي ، وأقل ما يوصف به من أضرار وفي هذا الشأن هو التسهيل في أمر الرضاع أنه جراءة على حدود الله ، سواء أكان له مبرر أم لا ، ثم يقول : والخطورة أيضا في هذه القضية هي الجهالة بين السيدة أو السيدات اللاتي يقمن بإعطاء لبنهن، فلا يمكن معرفة الأم الحقيقية لهذا الطفل مما يؤدي إلى اختلاط الأنساب ، ومهما كان هذا القدر يعطي قدرا من الشك والريبة ، فلا يحق أن يقال أن مذهبنا من المذاهب أجاز الرضاعة إذا كان محتاطا بقدر كبير أو صغير ، فإن جوانب التحديثات الشكلية لا تجدي من الجوانب الروحية وجوانب الورع ، وبذلك يكون هذا المشروع غير إسلامي (48).

ويمكن مناقشة أصحاب هذا الرأي بأن النص الذي ذكره عن الشافعية وجعلوا منه دليلا على التحريم خاص بالمرضعة المعلومه دون المجهولة ودليل ذلك أن الشافعية اقرروا بعدم التحريم عند الشك أو الجهل، وقد ذكرنا نصهم فيما سبق ، وكذلك اقرروا بعدم التحريم في اللبن المختلط عند غلبه للطعام أو غيره عليه ، وقالوا:- ((أما إذا خلط بغيره بأن كان اللبن غالبا تعلق الحرمه بالمخلوط))(49) أما إذا كانت المرضعة معلومة ، فالحكم بالتحريم لا خلاف فيه، سواء أكان اللبن خالصا ، أو مخلوطا غالبا على غيره ، كما ذكرنا في النص عند الشافعية مما سبق بيانه .

والقول بـ ((أن الأمر المحرم له أضرار على من يتعاطاه وأقل ما يوصف من أضرار في هذا الشأن هو التسهيل في أمر الرضاع انه جراءة على حدود الله سواء كان له مبرر أم لا)) (50) قول لا يمكن التسليم به على إطلاقه ، لأنه حفظ الأطفال الخدج والمبتسرين والحرص على بقاء حياتهم ، وإنقاذهم من الهلاك من الضروريات التي جاءت بها الشريعة باعتبارها وحفظه، فيجب أمام مصلحة اجتماعية معتبرة والجراءة على حدود الله تتمثل في ضياع هذه النفس والتفكير في حقها ، أو عدم استصدار فتاوى تراعي مصلحتها ورعايتها ، ولو كان عن طريق

البنوك ، وإذا كان الإسلام قد جعل الأخذ بالرخصة واجب كما في تناول الميتة عند الضرورة بحيث إذا لم يأكلها المضطر مات جوعاً ، فإذا لم يفعل كان أثماً لتسببه في قتل نفسه لأن الله تعالى يقول :- ((ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً)) (51) وقوله عز من قائل ((ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة)) (52) وتعليل ذلك أن الميتة ونحوها من المحرمات كالخمر إنما حرمت لما فيها من إفساد النفوس والعقول ، ولكن إذا تعينت سبيلاً لحفظ النفس ودفع الهلاك عنها كان تناولها واجباً لأنه ليس من حق الإنسان أن يتلف نفسه أو يعرضها للتلف في غير الحالات المأذون فيها شرعاً ، لأن نفس الإنسان ليست ملكة حقيقة ، وإنما هي ملك خالقها وهو الله ، وقد أودعها عند الإنسان وليس من الوديع أن يتصرف في الوديعة بغير إذن مالكها(53)

ويقول الشيخ عبد الرحمن النجار ((إن هذا المشروع حرام شرعاً وليس هناك أدنى شبهة في حرمة هذا المشروع ... لأن النص في التحريم كان صريحاً ، ولأن مذهب الشافعية أقر غير ذلك وحرمه وكان النص صريحاً وكما يحرم اللبن الباقي على أصل خلقة يحرم تغييره على هيئة حالة انفصاله عن الثدي كالجبن والزبد ، وما عجن به دقيق ، أو خالطه ماء ، أو نحوه مغلب اللبن على الخليط بأن ظهرت إحدى صفاته الثلاث وهي الطعم ، واللون ، والرائحة ، أو وصول عين اللبن إلى الجوف ، وحصول التغذية به ، ويشترط في ثبوت التحريم في ذلك شرب الجميع ، فلو شرب بعضه متحققاً بأنه وصل منه شيء إلى الجوف كان بقى من المخلوط اقل من قدر اللبن حرم (54) .

وجاءت توصيات ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام التي عقدت في الكويت بتاريخ 13/ شعبان 1403 هـ الموافق 26 - مايو 1983 م ترمي إلى عدم تشجيع قيام بنوك الحليب المختلط ونصت على أن (فكرة إنشاء هذا البنك ، عمل يتنافى مع القواعد العامة ، والأصول الكلية للفكر الإسلامي ، ولا يتواءم مع أحكام الشرع الذي يقرر تحريم المصاهرة بسبب الرضاع .

والبنك في فكرته وفي دوافعه وفي الغايات التي يهدف إلى تحقيقها لا يتعدى كونه فكرة خبيثة تستهدف الإطاحة بجانب حيوي من شريعة الله عز وجل ، التي تصون النسب وتحفظ الأعراض ، وتقويم الحقوق على أساس من الطرق المشروعية..)(55) .

وبالتالي فإن القول المعتمد عند أصحاب هذا الاتجاه هو حرمة إنشاء مثل هذه البنوك لما في هذا الأمر من تسهيل بخصوص الرضاع ولما يؤدي إليه من اختلاط للأنساب أيضاً

الاتجاه الثاني :- الرامي إلى إباحة إنشاء مثل هذه البنوك ويمثله الشيخ عطية صقر مدير عام التدريب والدعوة بوزارة الأوقاف المصرية سابقا ، والشيخ احمد هويدي مفتي الديار المصرية سابقا ، والشيخ بدر المتولي عبدا لباسط ، والشيخ يوسف القرضاوي.

وجاء في الفتوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية بأنه : ((لا تحرم رضاعة أي طفل من هذا اللبن الزواج من ابنة الأم التي أعطت هذا اللبن ، واستندت دار الإفتاء في هذا إلى أن الرضاع لا يحرم إلا تحققت شروطه ومنها أن يكون اللبن الذي يتناوله الطفل لبن امرأة وأن يصل إلى جوفه عن طريق الفم ، ولا يكون مخلوطا بغيره كالماء ، أو الدواء ، أو لبن الشاه ، أو بجامد من أنواع الطعام . أو بلبن امرأة أخرى ، فإن خلط يتنوع من الطعام وطبخ معه على النار فلا يثبت به التحريم باتفاق أئمة المذاهب وإذا لم تمسه النار فلا يثبت به التحريم أيضا عند أبي حنيفة سواء أكان الطعام المضاف غالبا أو مغلوبا ، لأنه إذا خلط الجامد بالمائع صار المائع تبعا فيكون الحكم للمتبوع ، والعبرة للغلبة، ولو خلط لبن امرأتين فإن العبرة للغلبة، أيهما كان أكثر فإنه يثبت التحريم دون الآخر، وإن استويا يثبت التحريم بهما..

والرضاع لا يثبت بالشك ، ولا يحمل اللبن دائبا أو جينا ، فإن تناوله الصبي لا تثبت به الحرمة ، لان اسم الرضاع لا يقع عليه ، ومن عرض جميع الآراء قالت دار الإفتاء : ((إن اللبن المجفف بطريقة التبخير والذي صار مسحوقا جافا لا يعود سائلا بحيث لا يتيسر للأطفال تناوله إلا بعد خلطه ، بمقدار من الماء يكفي لإذابته هو مقدار يزيد عن حجم اللبن ، ويغير من أوصافه ويعد غالبا عليه ، وبالتطبيق على ما سبق من الأحكام لا يثبت التحريم عليه شرعا ، وبذلك فإن لبن الرضاعة الذي يجمع لإعداده لتغذية الأطفال بإحدى الطريقتين المشار إليهما وبجمع من نساء عديدات غير محصورات ولا متعينات بعد الخلط ، فالنصوص الفقهية واضحة في أنه لا مانع من الزواج بين الصغيرتين اللذين تناولا هذا اللبن من الوجهة الشرعية لعدم إمكان إثبات التحريم في حالة عدم تعيين السيدة أو السيدات اللاتي ينسب إليها أو إليهن لبن الرضاعة .

أما في حالة تبريد اللبن وبقائه من شهرين أو ثلاثة صالحا للتناول، أو إعطائه للأطفال بحالته الطبيعية ، فإن عامل الجهالة يبقى دائما أيضا ومن ثم لا يكون هناك مانع من الزواج بين أبناء الرضاع (56)

وسئل الشيخ القرضاوي عن إنشاء بنوك الحليب فكان جوابه إننا لا نجد هنا ما يمنع من إقامة هذا النوع من بنوك الحليب مادام يحقق مصلحة شرعية معتبره ، ويدفع حاجة يجب دفعها ، أخذنا الشيخ القرضاوي بأقوال من ذكر من الفقهاء أنفا.

وقد يقول بعض الناس :- ولماذا لا نأخذ بالأحوط ، ونخرج عن الخلاف ، والأخذ بالأحوط هو الأورع و الأبعد عن الشبهات .
هذا صحيح عندما يعمل الإنسان في خاصة نفسه ، فلا بأس أن يأخذ بالأحوط والأورع ، بل قد يرتقي فيدع ما لا بأس به حذرا مما به بأس ولكن عندما يتعلق الأمر بالعموم ، وبمصلحة اجتماعية معتبرة فالأولى بأهل الفتوى أن ييسروا ولا يعسروا، دون تجاوز النصوص المحكمة ، أو القواعد الثابتة. ولهذا جعل الفقهاء من موجبات التخفيف : عموم البلوى بالشيء مراعاة لحال الناس ورفقا بهم ، هذا بالإضافة إلى أن عصرنا الحاضر ، أحوج ما يكون إلى التيسير، والرفق بأهله .

على أن مما ينبغي التنبيه عليه هنا هو أن الاتجاه في كل أمر إلى الأخذ بالأحوط دون الأيسر أو الأرفق أو الأعدل ، قد ينتهي بنا إلى جعل أحكام الدين مجموعة احوطيات تجافي روح اليسر والسماحة التي قام عليها هذا الدين ، لقوله عليه الصلاة والسلام : ((بعثت بالحنيفية السمحة)) (57) وقوله عليه الصلاة والسلام : ((إنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين)) (58) وهذا هو الاتجاه الذي أخذ به الشيخ القرضاوي في هذا الأمر (59) كذلك يعد الشيخ عطية صقر من المؤيدين للقول بالجواز واستند في فتواه على فتوى الشيخ أحمد هويدي مفتي الديار المصرية التي ذكرت آنفا.
ومن المؤيدين لهذا الاتجاه أيضا الشيخ بدر المتولي عبدا لباسط ويميل جدا إلى الاتجاه الذي وصل إليه الشيخ القرضاوي .(60) والذي يترجح في نظري بعد هذا السرد لأراء الفقهاء القول الرامي بعدم جواز إنشاء هذه البنوك وذلك للأسباب التالية :-

1- هذه البنوك تتنافى وتعاليم الشرع في تكريم المرأة وصيانتها من الإبتدال بالتعامل معها كالبهائم المحلوبة ، فضلا عن انتهاك عورات لا يجيزها الشارع الحكيم .

2- في إنشاء بنوك اللين تتحقق مصلحة الطفل بتوفير اللين له ، كما أن فيها مفسدة أيضا وهي إمكانية اختلاط الأنساب الذي قضى الشرع بتحريمه. وإذا تقابلت مصلحة بمفسدة قدم اعتبار المفسدة عملا بالقاعدة القائلة درء المفساد مقدم على جلب المصالح

3. حصول العدوى ، ويحدث ذلك بأن يكون بعض النساء اللاتي يؤخذ منهن اللين مصابات بأمراض معدية، فتنقل العدوى إلى الطفل الذي يتغذى بهذا اللين

4. هذه الفكرة قد تؤدي إلى الأضرار النفسية والاجتماعية في مستقبل حياة الطفل، وخاصة حين يتسع عمل هذه البنوك ، وحول هذا المعنى يقول ابن قدامة :- كره أبو عبيد الله الارتضاع بلبن الفجور والمشركات .

وقال عمر بن الخطاب، وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما :- اللبنة يشتهبها ، فلا تستق من يهودية ولا نصرانية ، ولا زانية ، ولأن ابن الفاجرة ربما أفضى إلى شبه المرضعة في الفجور ويجعلها أما لولده فيتغير بها ويتضرر طبعاً وتعبيراً.

ويكره الارتضاع بلبن الحمقاء كيلا يشبهها الولد في الحمق فإنه يقال إن الرضاع يغير الطباع . (61)
لذلك يجب حماية الطفل ، ولن يتأتى ذلك إلا من خلال سد الذرائع أمام فكرة إنشاء بنوك الحليب .

5. الاحتياط للدين يستوجب الابتعاد عن إنشاء هذه البنوك حتى لا يقع الإنسان المسلم فيما حرم الله ووقفا عدد قول الرسول صلى الله عليه وسلم ((دع ما يريبك إلى ما لا يريبك)) . (62)
و الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

هوامش البحث :-

- 1- انظر مواهب الجليل الحطاب 6 / 66 مكتبة النجاح ليبيا وبداية المجتهد ابن رشد (الحفيد) 146/2 مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة . ط 1970 م
- 2- انظر المجموع النووي 9 / 327 دار الفكر بيروت
- 3- انظر المغني ابن قدامة 4 / 288 ط عالم الكتب بيروت
- 4- انظر المحلي ، ابن حزم 8 / 392 دار الأفاق الجيدة .. بيروت
- 5- سورة البقرة من الآية 274
- 6- انظر المحلي .. ابن حزم 10 / 7
- 7- سورة الطلاق الآية (5)
- 8- انظر بداية المجتهد . ابن رشد (الحفيد) 247/2 ومواهب الجليل ، الحطاب 411/5 وبدائع الصنائع . الكاساني 4 / 174 . ط.. الجمالية القاهرة
- 9- انظر الفروق . القرافي 3 / 240 عالم الكتب بيروت
- 10- انظر بدائع الصنائع : الكاساني 4 / 1701
- 11- انظر المغني ابن قدامة 4 / 288
- 12- سنن أبي داود 3 / 280 رقم 3488 المكتبة العصرية . بيروت
- 13- انظر المغني :- ابن قدامة 4 / 288

مجلة العلوم القانونية ————— العدد السابع 2016م

- 14- انظر مواهب الجليل . الخطاب 66/6 والمجموع . النووي 327/9 والمغني . ابن قدامة 288/4
- 15- المبسوط السر خسي 15 / 125 – 126 دار المعرفة بيروت
- 16- انظر بدائع الصنائع . الكاساني 174/4
- 17 م – س 5-145
- 18 – انظر المجموع . النووي 9 / 307 والمغني ابن قدامة 4 / 288
- 19- انظر المجموع . النووي 9/307
- 20- البدائع. الكاساني 5/145
- 21- انظر بداية المجتهد . ابن رشيد (الحفيد) 2/146- 147.
- 22- البدائع الكاساني 4/5
- 23- المدونة . مالك ابن أنفس 2 / 405 مطبعة الحلبي. القاهرة
- 24- نهاية المحتاج الرملي 7/176 وما بعدها دار إحياء التراث العربي بيروت
- 25- المفتي ابن قدامة 7/537
- 26- السعوط في اللفة :- بفتح السين اسم الدواء يصب في الأنف . وفي الاصطلاح صب اللبن في انق الطفل من إناء أو غيره ليصل إلى دماغه أو حلقه . انظر مختار الصحاح الرازي . ص 299 مادة سعط وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد عرفه 2 / 503 مطبعة الحلبي القاهرة ..
- 27- سنن أبي داوود 2 / 222 رقم 2059
- 28- انظر نيل الاوطار الشوكاني 6/313 دار القلم بيروت
- 29- سنن أبي داوود 2 / 222 رقم 2058
- 30- انظر المغني . ابن قدامة 7 / 538
- 31- انظر حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية , د/ بشير احمد أبو قدندش ص122 ط- 1- 2005 . المكتب الوطني للبحث والتطوير . طرابلس
- 32- سورة النساء الآية 23
- 33- رواه مسلم
- 34- انظر المحلي . ابن حزم 10\7
- 35- المفتي . ابن قدامة 7 / 537 وما بعدها
- 36- المغني ابن قدامة 7/537
- 37- انظر رؤى فقهية في بعض المسائل الطبية , د/ محمود زكي عبدالعزيز ص120 ط-1

- 38- سنن أبي داود 222/2 رقم 2058
- 39- انظر المحلي. ابن حزم . 9-8 / 10
- 40- الوجور :- الدواء يصب في الحلق ,وفي الاصطلاح : أن يصب اللبن في حلق لا تصب صبا من غير الثدي , انظر مختار الصحاح –الرازي ص 710 مادة وجد وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد عرفه 503/2 .
- 41- انظر المغني ابن قدامة 537/7
- 42- انظر بدائع الصنائع , الكاساني 12/4
- 43- انظر المغني . ابن قدامة 546/7 والمحلي . ابن حزم . 9-8 / 10
- 44- المغني ابن قدامة 537 /7
- 45- سورة النساء الآية 23
- 46- سورة النساء الآية 13
- 47- البخاري باب الشهادة على الأنساب والرضاع
- 48- جريدة الأخبار المصرية عدد 16980 – 13 جمادي الأولى 1427 هـ
- 5-9-2006 م
- 49.كفاية الأخيار في حل غاية اختصار 138/2 تحقيق محمد بكر إسماعيل
50. جزء من مقال الشيخ محمد حسام الدين وقد سبق ذكره
51. سورة النساء الآية 29
- 52- سورة البقرة الآية 199
53. الوجيز في أصول الفقه , د .عبدلكريم زيدان ص53- 54- ط-7-1420 هـ
- 2000 م مؤسسة الرسالة .
- 54-سلسلة مطبوعات منظمة الطب الإسلامي((الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة)) ص463/ 464. ط.2.1991
55. انظر موقف الإسلام من بنك لبن الأمهات . . د/ عبد الله مبروك مجلة الأزهر ج 4 السنة 59 عدد ربيع الآخر سنة 1407 هـ
- 56.جريدة الأهرام المصرية تاريخ 21-8-1983
- 57- صحيح البخاري 86/1 دار الفكر العربي . القاهرة
- 58- سنن أبي داود 103 /1 رقم 380
- 59- انظر فتاوى معاصرة الدكتور يوسف القرضاوي 555/2- 556 دار القلم الكويت ط – 1 – 2001
- 60- سلسلة مطبوعات منظمة الطب الإسلامي ((الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة)) ص80- 81 – 82

- 61- انظر المغني ابن قدامة، 526/7 – 563.
- 62- اخرجه الترمذي : سنن الترمذي بشرح الإمامين السيوطي والسندي تحقيق د. السيد محمد السيد ، الأستاذ علي محمد علي . دار الحديث القاهرة ط, 1999 م ، 4/ 746 رقم 5727 قال الترمذي حديث حسن صحيح .

دور مجلس الأمن في مواجهة تصاعد الإرهاب الدولي " نظرة تحليلية نقدية "

إعداد الدكتور : مصباح عبد السلام النعاس

أستاذ القانون العام المساعد بكلية القانون – جامعة طرابلس

المقدمة

شهدت فترة ما بعد انتهاء الحرب الباردة تصاعد خطر الإرهاب الدولي ، بحيث أصبح من المصادر الرئيسية لتهديد الأمن والسلم الدوليين ، كما أكد ذلك القرار 1269 لعام 1999 .

وقد اتسم الإرهاب الدولي في التسعينيات وما بعدها باتساع مناطق وقوعه ، حيث لم تعد منطقة في العالم في مأمن منه سواء في الدول المتقدمة أو النامية نتيجة تطور وسائله وأساليبه وتوظيفه للتكنولوجيا والثورة المعرفية، كذلك تزايد عدد ضحاياه خاصة بين المدنيين ، فقد أدت أحداث 11 سبتمبر عام 2001 على نيويورك و واشنطن إلى قتل أكثر من أربعة آلاف شخص في لحظات بعد اصطدام طائرتين بيرجي مركز التجارة العالمي ، وهكذا فإن أخطارا كبيرة تهدد الأمن العالمي ولا يمكن مواجهتها بصورة منفردة ، بل تحتاج إلى تكاتف عالمي ودور أكثر فعالية من جانب الأمم المتحدة لمواجهة مخاطر هذه التهديدات غير التقليدية .

ومن ناحية أخرى فقد اتسمت أساليب الدول الغربية ، خاصة الولايات المتحدة ، في معالجة ومواجهة خطر الإرهاب الدولي بسمات خرجت عن هدفها الحقيقي ، منها أسلوب الحرب الاستباقية ، غير المشروعة ، الذي أدى بدوره إلى إشاعة الإرهاب الدولي ، كما أثبتت الأساليب العسكرية التي انتهجتها الولايات المتحدة عدم جدواها وفشلها في القضاء على الإرهاب ، ولم تلجأ إلى معالجة شاملة تحدد دوافع الإرهاب الدولي ومسبباته ، لهذا فإن خطر الإرهاب الدولي تسبب في تأثيرات سلبية مزدوجة سواء بتزايد خطره وأضراره وضحاياه ، أو بأساليب مواجهته والتي حادت عن طريقها الصحيح مما أدى إلى استفحال الظاهرة وتناميها ومن الناحية الأخرى ، فقد أدى عدم وجود تعريف محدد وواضح للإرهاب إلى خلط الدول الغربية ، خاصة الولايات المتحدة ، بين الإرهاب والمقاومة المشروعة ، بحيث أضحت العديد من أعمال المقاومة المشروعة التي تقوم بها المنظمات مثل

منظمة حماس وحزب الله وغيرهما، أعمالاً إرهابية تنتج عن منظمات إرهابية وفقاً للتصنيف والمفهوم الأمريكي للإرهاب. وبالتالي ، فإن قضية الإرهاب الدولي تثير عدداً من الأسئلة والإشكاليات المهمة، أبرزها : ما أسباب صعود ظاهرة الإرهاب الدولي بعد انتهاء الحرب الباردة بحيث أصبح أحد المصادر الرئيسية لتهديد السلم والأمن الدوليين؟ وهل نجحت الجهود الدولية في مواجهته والقضاء عليه؟ وما الإشكاليات التي تثيرها المعالجة القانونية الدولية ، خاصة قرارات مجلس الأمن الدولي؟ وهكذا ، فقد رأينا معالجة هذا الموضوع في ثلاثة مطالب :

خصصنا المطلب الأول لدراسة خصائص الإرهاب الدولي بعد الحرب الباردة، وتناولنا في المطلب الثاني مجلس الأمن والتعامل مع الإرهاب الدولي ، وفي المطلب الثالث والأخير، تحدثنا عن إشكاليات تعامل مجلس الأمن مع قضية الإرهاب الدولي.

المطلب الأول

خصائص الإرهاب الدولي بعد الحرب الباردة

تعددت تعريفات الإرهاب الدولي ولا يوجد حتى الآن تعريف مانع جامع له وسبل مواجهته ، وذلك نظراً لتباين وتعارض وجهات نظر الدول المختلفة حول تعريف الإرهاب ، فما تعتبره بعض الدول حق المقاومة المشروعة ، تعتبره الدول الكبرى خاصة الولايات المتحدة ، إرهاباً (I) ، ويعتبر هذا الاختلاف في تعريف الإرهاب إحدى الإشكاليات الأساسية في مواجهة هذه الظاهرة عالمياً والقضاء عليه. وهناك عدد لا حصر له من تعريفات الإرهاب الدولي ، ومن أبرزها أن الإرهاب معني باستخدام العنف من جانب أفراد وجماعات وتنظيمات سرية لإيجاد حالة من الخوف والهلع لدى المدنيين تساعد على تحقيق أهداف سياسية للإرهابيين تتمثل في تفويض أسس المجتمع السياسي للدولة وتفويض الشرعية السياسية للدولة أو الدول المستهدفة (2).

(1) محمد السيد سليم ، " تطور السياسة الدولية في القرنين التاسع عشر والعشرين " ، القاهرة : دار الفجر الجديد للنشر والتوزيع ، 2008 ، ص 702 .

(2) مصطفى علوى ، "قضايا الأمن العالمي " ، في على ليله (محرر) ، قضايا ومشكلات عالمية معاصرة، (الكويت : الجامعة العربية المفتوحة ، 2005) ، ص 211 .

وحيثما بدأت الجمعية العامة للأمم المتحدة بحث موضوع الإرهاب الدولي بواسطة اللجنة المتخصصة المعنية بالإرهاب الدولي ، وأجهدت خلافات عميقة بشأن تعريف الإرهاب الدولي ثم اقتنعت بأنه لا يمكن الاتفاق على تعريف موحد يجمع بين مختلف وجهات نظر الدول ، فذكر بعض الدول الغربية أن الإرهاب الدولي هو مجموعة الأعمال التي تدينها جميع الدول أيضاً كانت مشاعرها تجاه القضية التي يدعى مرتكبو هذه الأعمال أنهم يناصرونها.

واستناداً إلى هذا التعريف ، طلبت هذه الدول من حركات التحرر الوطني أن تعدل من سلوكها حتى لا تقارن بالجماعات الإجرامية أو الإرهابية التي تسعى إلى ربط نفسها بهذه الحركات بغية تحسين صورتها .

وفي هذا السياق ورد تعريف أولى للإرهاب الدولي في الاتفاقية الموقعة في جنيف عام 1973 والتي جاء فيها أنه يتمثل في الأعمال الإجرامية الموجهة ضد الدولة والتي من شأنها إثارة الرعب لدى شخصيات أو جماعات معينة أو لدى الجمهور ، إلا أياً من بنود تلك الاتفاقية لم يتحدد بعد⁽³⁾.

ويمكن القول أن مناقشات الجمعية العامة للأمم المتحدة، ولجنة القانون الدولي ، وقرارات المنظمة الدولية تحصر مفهوم الإرهاب الدولي بتلك (الأعمال التي تعرض أرواحاً بشرية أو تودي بها أو تهدد الحريات الأساسية أو تنتهك كرامة الإنسان) ، كما حددت حالات معينة يولد فيها أو جرائمها الإرهاب الدولي وهي : الاستعمار والعنصرية والحالات التي تنطوي على انتهاكات كثيرة وصارخة لحقوق الإنسان والحريات الإنسانية والحالات التي يوجد فيها احتلال أجنبي.

وحيثما عقدت دول أوروبا الغربية الأعضاء في المجلس الأوروبي الاتفاقية الأوروبية لمكافحة الإرهاب 1977، لم تعرف الإرهاب واكتفت بسرد أعمال محددة هي في نظرها من أعمال الإرهاب الدولي، واهتمت بموضوع تبادل مرتكبي هذه الأعمال، والإرهاب الدولي هو الإرهاب الذي تقوم به دولة واحدة أو إرهاب ثنائي تقوم به دولتان ، أو إرهاب جماعي تقوم به جماعة وتدعمها إحدى الدول وبالتالي ، فإن مصطلح الإرهاب الدولي يقبل تفسيرات متنوعة تختلف باختلاف المفاهيم الفلسفية والسياسية والاجتماعية .

ويحمل الإرهاب الدولي الجديد الذي ميز سنوات التسعينيات والعقد الأول من الألفية الثالثة بأنه يحمل خصائص جديدة عن الإرهاب القديم الذي ميز فترة الحرب الباردة والنظام الدولي ثنائي القطبية ، وتتجسد هذه السمات في :

⁽³⁾مصطفى العوجي ، القانون الجنائي العام ، النظرية العامة للجريمة ، (القاهرة : مؤسسة نوفل د.ت)، ص 244.

أ. صعوبة مراقبته ومنع انتشاره وردعه ويتسم بأنه أكثر عنفاً ويخلف عدداً أكبر من الضحايا ، كما أن هذا الإرهاب يأخذ صورة شبكية وليست هرمية كما هو الحال في الإرهاب القديم ، الذي كان يعمل من خلال سلسلة قيادة محددة ومعروفة يتولاها أشخاص معروفه ، أما الإرهاب الشبكي الجديد فهو الإرهاب بدون قيادة ، حيث يتكون من شبكة من الخلايا الخفية المنفصلة والتي يربطها أسلوب خاص في الاتصال من أجل ضمان أقصى مرونة هجومية ممكنة وأيضاً من أجل تحقيق أمنها الخاص من خطر القوى المضادة ، وبالتالي يعمل كل فرد داخل الخلية مستقلاً عن الآخرين دون أن يلجأ إلى مخاطبة قيادة مركزية .

وفى هذا النوع من الإرهاب بدون قيادة ، فإن المشاركين فيه يجب أن يكونوا على معرفة جيدة بما يجب عليهم فعله عن طريق التفاعل الفردي المباشر مع أحداث معينة تجرى أمامهم مستخدمين في ذلك تكتيكاتهم ووسائلهم الخاصة (4)، وهناك جزء ظاهر محدود من التنظيم الهلامي الواسع مهمته نشر المعلومات وتوزيعها عن طريق الصحف والمنشورات ومواقع الانترنت بدرجة تجعل كل عضو على علم بما يجرى بالقدر الذى يسمح له بالتخطيط لرد مناسب وبأشكال مختلفة مبكراً ..

وقد برز هذا الإرهاب بوضوح في هجمات 11 سبتمبر على الولايات المتحدة وباريس 2015م ، وقد دعم هذا الإرهاب الشبكي الجديد استخدامه الموسع والمتنامي لنظم المعلومات والاتصالات عالية التقنية ، وقد وفر ذلك للإرهابيين وسائل اتصال آمنة وسهلة وغير مكلفة وعلى مسافات تغطي العالم كله.

ب. إن معظم الإرهابيين الجدد من الهواة الذين يمارسون عملاً غير العمل السياسي بعكس إرهابي السبعينيات والثمانينيات ، الذين كانوا متفرغين تماماً للعمل الإرهابي وبشكل كامل وهذه الخاصية تساعد كثيراً في ذوبان هؤلاء الإرهابيين الجدد وسط حشود الناس وإبعاد الأضواء السياسية والإعلامية عنهم ، ويتركز دورهم عادة في الردع والعقاب وليس نشر فكر معين ، وبالتالي كثيراً ما يفاجأ أهالي وأقارب هؤلاء الإرهابيين بهم بعد القبض عليهم أو الكشف عنهم ، بعد أن كانوا يعيشون معهم في هدوء وسكينة ويمارسون حياتهم الطبيعية معهم ، كما رأينا في خلية هامبورج التي نفذت هجوم الطائرات على برجى مركز التجارة العالمي .

ج. اتساع ساحته لتشمل العالم كله ، كما حدث في تفجير أوكلاهوما 1995 ومركز التجارة العالمي 1993 ومترو الأنفاق في طوكيو باستخدام غاز السارين

(4) د. محمد قدرى سعيد ، "إرهاب بدون قيادة ، العالم والإرهاب الجديد " ، التقرير الاستراتيجي العربي، 2004- 2005 ، مركز الأهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية ، ص 82.

1995 ومركز التجارة العالمي في 2001 وتفجير سفارتي الولايات المتحدة في كينيا وتنزانيا عام 1998 ، وحادث الأقصر في مصر عام 1997 وعملية قطار مدريد في 11 مارس 2004 ، وتفجير لندن 2005 ، وتفجيرات سيناء عام 2006، وتفجيرات باريس وتونس عام 2015 وبالتالي فإن أهداف الإرهاب لم يقتصر على دول أو مناطق بعينها بل شملت الدول المتقدمة والدول النامية ، بل اتسعت المواجهة بين الولايات المتحدة وتنظيم القاعدة وتنظيم الدولة الإسلامية وتنظيمات أخرى لكي تكون على اتساع العالم بأسره من أفغانستان حتى والولايات المتحدة ذاتها مروراً بالسعودية والسودان واليمن⁽⁵⁾ وسوريا وليبيا والعراق وغيرها، كما يتسم هذا الإرهاب بقدرته العالية على الإيذاء وإيقاع أعداد هائلة من الضحايا كما رأينا في التفجيرات السابقة .

د. اختلاط الإرهاب الجديد بالدين ، كخلفية محرصة للعمل الإرهابي مما يصاحبه الغلو في العنف ، وقد ارتبط بذلك بروز ظاهرة العمليات الانتحارية كوسيلة مميزة الإرهاب الديني خاصة المرتبط بالإسلام السياسي ، وقد انتشر ذلك الأسلوب في مناطق كثيرة من العالم مثل فلسطين والعراق وكشمير وإندونيسيا وباكستان وأفغانستان والشيشان ومصر والسعودية والمغرب وغيرها ، وأشهر تلك العمليات كانت أحداث 11 سبتمبر، وتفجيرات باريس عام 2015 م . والدافع وراء العمليات الانتحارية عملياتي وديني وفكري ، وهو أسلوب يعزز أيضاً الاتجاه الفردي في العمل الإرهابي ، نظراً لعدم الحاجة إلى تجهيزات كثيرة أو تمويل مكلف ، ومن الناحية العملية يتيح هذا الأسلوب قدرة عالية على الاختراق والوصول إلى الهدف وإلى إحداث قدر هائل من القتل والتدمير ، خاصة وسط التجمعات البشرية ، ومن الناحية الدينية فإن القائم بالعملية بنظر إليه طبقاً لفتاوى معينة بوصفه شهيداً ، وكان مبرراً لكثير من العمليات الإرهابية مثل تلك التي وقعت في مصر في حي الأزهر وسيناء.

وصعوبة المواجهة والقضاء عليه في ظل انتشار الإرهاب الجديد واستخدامه وسائل التكنولوجيا الحديثة مثل الانترنت والبريد الإلكتروني ، وممارسته لأفعاله ضمن أسلوب الشبكة الهلامية وانتشاره بين الأفراد ، يصعب القضاء عليه بالأساليب التقليدية والأسلحة النظامية ، فالولايات المتحدة وبرغم هجومها العسكري على أفغانستان ووجود قواتها هناك ضمن حلف الأطلنطي لم تنجح في استئصال تنظيم القاعدة ، كما فشلت قبلها في توقع أحداث سبتمبر ، ويمكن القول أن العولمة

⁽⁵⁾ محمد السيد سليم ، " تطور السياسة الدولية في القرنين التاسع عشر والعشرين " ، مرجع سابق ، ص

ساعدت في انتشار الإرهاب وتطوره ، حيث يستخدم الإرهابيون أدوات العولمة خاصة الانترنت ووسائل الاتصال لتحقيق أهدافهم.

وقد برزت نظريتان لتفسير ظاهرة الإرهاب الدولي في فترة ما بعد الحرب الباردة : النظرية الأولى تحمل الدولة القومية مسئولية ظهور الإرهاب وانتشاره عالمياً ويحملها مسئولية التعامل معه والقضاء عليه ، وهذه النظرية تبنتها الولايات المتحدة وعدد من الدول الغربية وبالتالي فإن مقاومة الإرهاب من وجهة نظر هذه النظرية وأنصارها يجب أن تتحقق من خلال التأثير على الدول التي إما أنها تؤوى الإرهاب أو تشجعه ، أو أنها بفسادها ونظامها السياسي الاستبدادي وغير الديمقراطي ونظم تعليمها المختلفة واقتصادها المنهار ، قد أدت إلى ظهور الإرهاب وترعرعه ، حتى لو لم تكن الدولة تقصد ذلك عامدة أو غير عامدة .

وهذا المنطق تبنته إدارة الرئيس بوش في الولايات المتحدة ويتفق مع فكر المحافظين الجدد الذين يعتبرون أن تغيير الأنظمة الاستبدادية ونشر الحرية والديمقراطية على مستوى العالم هو أفضل الطرق لمواجهة الإرهاب من خلال تغيير البيئة الحاضنة له والمؤدية إلى وجوده.

وفى هذا الإطار ، طرحت الإدارة الأمريكية في عام 2006 مشروع " الشرق الأوسط الكبير" الذى يقدم رؤيته للإصلاح السياسي والاقتصادي والثقافي والاجتماعي بهدف ما اعتبرته تغيير البيئة المغذية للإرهاب في المنطقة ، وهذا المشروع قد لاقى ردود أفعال معارضة باعتبار أن الإصلاح لا يمكن فرضه من الخارج وأنه عملية تراكمية ، وينبع بالأساس من داخل شعوب المنطقة ، وبما يتوافق مع خصوصياتها الثقافية والحضارية .

كما نتج عن هذه النظرية تبني فكرة "الحرب على الإرهاب" وجزء منها تغيير الأنظمة بالقوة أو الضغط عليها ، وهناك جوانب أخرى غير عسكرية للحرب على الإرهاب تقوم على التعامل المباشر معه بالكشف عن الخلايا الإرهابية بواسطة أجهزة المخابرات ووسائلها البشرية والتكنولوجية واستخلاص المعلومات من المقبوض عليهم ، ثم تقوية الأساليب الدفاعية عن الأهداف الحساسة والحرجة وهي كثيرة بدرجة تجعل تكلفة الدفاع ضد الإرهاب باهظة⁽⁶⁾.

أما النظرية الثانية في تفسير الإرهاب الدولي وكيفية التعامل معه ، فهي لا تتجاهل النظرية الأولى لكن لا تعتبرها كافية وحدها لتفسير ظاهرة الإرهاب على مستوى العالم ، فهناك مظاهر عنف واحتجاج يعج بها العالم المتقدم الديمقراطي

(6) د. محمد قدرى سعيد ، " إرهاب بدون قيادة" ، مرجع سابق ، ص 86.

الحر لا يمكن تفسيرها بمنطق النظرية الأولى ، كما أن الدول المتقدمة خاصة الولايات المتحدة ، تقع عليها مسؤولية كبيرة في تغذية بيئة تفريخ الإرهابيين بسبب قراراتها الاقتصادية واستراتيجيتها السياسية وازدواجية المعايير التي تنتهجها في التعامل مع المشكلات الدولية ، كما هو الحال مثلاً في الصراع العربي – الاسرائيلي والتلكؤ في معالجة القضية الفلسطينية والانحياز لإسرائيل ودعمها وحمايتها داخل مجلس الأمن الدولي .

ومن ثم ، تعتبر هذه النظرية أن المسؤولية تقع على عاتق الدول الكبرى التي تتداخل مع التفاعلات العالمية الناتجة عن ثورة الاتصالات والاختراق والاعتماد المتبادل ، وهو ما يعكس طبيعة النظام العالمي الجديد القائم على التداخل والتفاعل اللحظي الكثيف دون وجود آلية للتحكم في هذا الحجم الهائل من التفاعلات ، وترى هذه النظرية أن ما تحتاجه الآن ليس الحرب على الإرهاب بمعناها العسكري والسياسي التقليدي في صورة تغيير الأنظمة أو القضاء على الخلايا الإرهابية والقبض على زعمائها ، بل السير في طريق جديد لفهم تحولات المجتمع العالمي وتلبية متطلباته ومعالجة الفقر وتحقيق العدالة في النظام الاقتصادي الدولي ، خاصة في ظل الإرهاب الجديد بدون قيادة .

المطلب الثاني

مجلس الأمن والتعامل مع الإرهاب الدولي

رغم الاتفاقيات الدولية التي أبرمت لمواجهة الإرهاب الدولي ، فإنها اتسمت بعدم الشمولية ومعالجة حالات محددة بعينها مثل خطف الطائرات وغيرها ، بينما جاءت قرارات مجلس الأمن ، خاصة بعد أحداث 11 سبتمبر وتفجيرات باريس عام 2015 م ، لتشكل نقلة نوعية في مواجهة خطر الإرهاب الدولي واتسمت بالشمولية رغم أنها أيضاً لم تضع تعريفاً محدداً للإرهاب .
أولاً . الاتفاقيات الدولية:

عالجت العديد من الاتفاقيات الدولية ظاهرة الإرهاب الدولي ، ومحاولات تقنينها عالمياً من خلال عدد من الاتفاقيات التي عقدت في إطار المنظمات الدولية والإقليمية والتي بلغت نحو 13 صكاً قانونياً لمنع الأعمال الإرهابية منذ عام 1963 ، وتلك الصكوك أعدت تحت إشراف الأمم المتحدة ووكالاتها أيضاً المتخصصة وباشتراك الدول الأعضاء .

ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية طوكيو عام 1963 ولاهاي 1970 ومونتريال، 1971 والبروتوكول الملحق بها عام 1984 الخاص بالجرائم التي ترتكب على

متن الطائرات واتفاقية نيويورك 1973 بشأن حماية الشخصيات العامة الدولية ،
واتفاقية منع اختطاف واحتجاز الرهائن 1979، واتفاقية الحماية المادية للمواد
النوية الموقعة في إطار الوكالة الدولية للطاقة الذرية في فيينا 1980.
إضافة إلى الجهود الإقليمية في هذا المجال والتي تمثلت في اتفاقية واشنطن
1971 في نطاق القارة الأمريكية والاتفاقية الأوروبية لمكافحة الإرهاب 1977 ،
ثم الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب 1988، ثم اتفاقية الجزائر 1999 التي عقدت
في إطار منظمة الوحدة الأفريقية ، الاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل
لعام 1997 ، والاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام 1999 ، ثم الاتفاقية
الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي لعام 2005 ، إلا أن هذه الجهود والاتفاقيات لم
تمنع انتشار ظاهرة الإرهاب عالمياً⁽⁷⁾، فهي جهود جزئية إما في مواطن المعالجة
أو الحدود الجغرافية للمعالجة .

وتتفاوض الدول الأعضاء في الأمم المتحدة حالياً على معاهدة دولية أخرى ،
وهي مشروع اتفاقية شاملة بشأن الإرهاب الدولي ، ومن شأن هذه الاتفاقية أن تكمل
الإطار القائم الذي تمثله الصكوك الدولية المناهضة للإرهاب.

ورغم كل هذه الاتفاقيات الدولية لتقنين الظاهرة الإرهابية ودعم التعاون الدولي
بشأنها حيث أصبحت تلك الاتفاقيات بمثابة عرف دولي وإحدى مصادر قواعد
القانون الدولي ، فإنها لم تنجح في حصار الإرهاب الدولي ، والقضاء عليه لنسبية
النظر للظاهرة الإرهابية من ناحية وازدواجية المعايير من جانب الدول الغربية من
ناحية أخرى ، والتركيز الإقليمي للظاهرة الإرهابية مما قلل من فاعلية التعاون
الدولي في مواجهتها.

ولقد ضمنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 3314 الصادر عام
1975 تعريف العدوان بأنه " أنواع معينة من النشاط الإرهابي من قبل الدول " ،
حيث تحدد الفقرة 35 من هذا القرار سلسلة من الأعمال ينبغي أن تعتبر عدواناً ،
وبطريقة مماثلة اعتبرت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر في قضية
نيكاراجوا عام 1986 الفقرة 195 أن الهجمات المستترة من قبل دولة يمكن
تصنيفها كهجوم مسلح إذا كانت لها خطورة كافية⁽⁸⁾، كما ازداد اهتمام الأمم
المتحدة بظاهرة الإرهاب مما دفع الجمعية العامة لإدراج الإرهاب في جدول أعمال
دورتها الأربعين عام 1985.

(7) د. مصطفى علوي ، "قضايا الأمن العالمي" ، في على ليله (محرر) ، مرجع سابق ، ص214.

(8) كريستوفر جرين وود ، القانون الدولي والحرب ضد الإرهاب، (أبو ظبي: مركز الإمارات للدراسات
والبحث ، العدد (47) ، ص15

ويمكن القول أن الجهود الدولية سواء الاتفاقيات أو قرارات الجمعية العامة ، لم تنجح في مواجهة شاملة للإرهاب والقضاء عليه نظراً لعدد من العراقيل أشار إليها د. بطرس غالي الأمين العام الأسبق للأمم المتحدة ، في خطابه أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة في سبتمبر 1996 ونشرته مجلة السياسة الدولية⁽⁹⁾ في يناير 1997، ومن أبرزها :

1. تردد بعض الحكومات في التعاون من أجل مواجهة الإرهاب الدولي لاعتبارات تتعلق بأمنها القومي وخشية من استهداف الإرهابيين لها .
2. تباين وتعارض القوانين في الدول المختلفة يُمكن الإرهابيين أحياناً من الحصول على وضع اللجوء أو على ملاذ آمن في بعض الدول.
3. عدم التوصل حتى الآن إلى تعيين الحدود الفاصلة بين مكافحة الجريمة المنظمة ومكافحة الإرهاب لاعتبارات تتعلق بسيادة الدولة مما يؤدي إلى الخلط بينهما ويعقد من مهمة مكافحة الإرهاب .
4. في بعض الأحيان ، تنطوي تدابير مكافحة الإرهاب على انتهاك حقوق الإنسان بالنسبة لأناس أبرياء لا صلة لهم بالمسألة ، كما قد تعتمد السلطات الحكومية إلى حرمان مواطنيها من بعض حقوق الإنسان تحت مزاوم أن هذا ضروري لمكافحة الإرهاب.

ثانياً - قرارات مجلس الأمن بشأن الإرهاب الدولي :

يمكن تمييز نمط معالجة قرارات مجلس الأمن الدولي للإرهاب الدولي بمرحلتين :

1. ما قبل أحداث 11 سبتمبر :

بدأ مجلس الأمن في التعامل بجدية مع قضية الإرهاب الدولي كتهديد للسلم والأمن الدوليين منذ بداية التسعينيات ، وقد برز ذلك في قراره رقم 748 لعام 1992 ، حينما وصف فشل ليبيا في أن تظهر بأعمال ملموسة بتخليها عن الإرهاب كنوع من أنواع تهديد السلم والأمن الدوليين وقد أثار هذا القرار إشكالية مدى مشروعية استناده للفصل السابع وتكييف العملية الإرهابية بأنها تهديد للسلم والأمن الدوليين⁽¹⁰⁾.

وقد أعاد المجلس تأكيد هذا الموقف في قراره 883 لعام 1993 ، كما اتخذ مجلس الأمن موقفاً مماثلاً في القرار 1044 لعام 1996 المتعلق بمحاولة اغتيال الرئيس

(9) د. بطرس بطرس غالي ، " الأمم المتحدة ومواجهة الإرهاب " ، مجلة السياسة الدولية ، العدد (127) يناير 1997، ص10.

(10) انظر قرار مجلس الأمن 748 ، لعام 1992 م.

المصري حسني مبارك ، والذي حدد فيه أن قمع أعمال الإرهاب الدولي بما فيها تلك التي تنورط فيها الدول ، وهو عنصر أساسي للحفاظ على السلم والأمن الدوليين، وكذلك في القرار 1189 المتعلق بالهجمات على سفارتي الولايات المتحدة الأمريكية في دار السلام ونيروبي رغم عدم ارتباط هذه الهجمات بدولة بعينها.

وقد اتسم تعامل مجلس الأمن في البداية مع ظاهرة الإرهاب بالجزئية وبمنظور حالة بحالة وليس وفق رؤية شاملة وكلية للظاهرة كما برز في القرار 1267 لعام 1999 الذي أنشأ لجنة كأحد الأجهزة الفرعية لمجلس الأمن تقوم برصد الجزاءات ضد طالبان والقاعدة والتي ركزت على إيجاد قوائم بأسماء الأشخاص أو المجموعات التي هي على صلة بتنظيم القاعدة أو بحكومة طالبان ، وموافقة اللجنة على إضافة أي اسم أو مجموعة للقائمة تستلزم موافقة الدول الخمس عشرة الأعضاء باللجنة ، وقد وجهت انتقادات عديدة لتلك اللجنة نتيجة غياب معايير واضحة ومحددة لضم أسماء الأشخاص إليها .

غير أن تعامل مجلس الأمن مع الإرهاب اتسم بالشمولية مع عام 1999 عندما تبني القرار 1269 الذي يدين الإرهاب الدولي عموماً كمهدد للسلم العالمي ، ويؤكد أن قمع أعمال الإرهاب الدولي ، بما في ذلك إرهاب الدولة ، يعد مساهمة أساسية في حفظ السلم والأمن الدوليين ، وأن هذه الأعمال تهدد السلم والأمن الدوليين ، وتميز هذا القرار بأنه يوسع من استخدام الفصل السابع ، كما ينقل مواجهة الإرهاب من مستوى الدولة إلى المستوى الدولي حيث نص قرار المجلس على دعم وتقوية رد الفعل القانوني للإرهاب على مستوى الدولة وعلى المستوى الدولي ، وطالب جميع الدول بتطبيق الآليات التي وضعتها الأمم المتحدة ضد الإرهاب ، إلا أن القرار لم يحدد آلية لمراقبة التزام الدول أو تقديم الخطوات التي تتخذها لمكافحة الإرهاب (11) مما أبقى القرارات دون آليات جادة لتنفيذ مكافحة الإرهاب .

كما لم يعالج القرار الجذور السياسية والاقتصادية والاجتماعية لظاهرة الإرهاب وكيفية وضع آليات مؤسسية لعلاجها ، ولذلك تفاقمت ظاهرة الإرهاب برغم قرارات مجلس الأمن (12).

(11) كريستوفر جرين وود ، القانون الدولي والحرب ضد الإرهاب ، مرجع سابق، ص 13.

(12) نهي علي بكر ، مشروعات إصلاح مجلس الأمن ، دراسة سياسية مقارنة في ضوء أزمات ما بعد الحرب الباردة، رسالة دكتوراه ، كلية الاقتصاد العلوم السياسية ، جامعة القاهرة ، 2007 ، ص 103.

2 - ما بعد أحداث 11 سبتمبر :

أدت أحداث 11 سبتمبر عام 2001 إلى نقلة نوعية في نمط تعامل مجلس الأمن مع ظاهرة الإرهاب الدولي ، وتركزت استراتيجية المجلس في التعامل مع الظاهرة على أربعة محاور أساسية هي : شجب الأعمال الإرهابية ، وفرض آليات ملزمة للدول في مجال مواجهة الإرهاب ، وبناء قدرات حكومية للتعامل مع الإرهاب ، وفرض عقوبات على الدول المصدرة للإرهاب. وبعد وقوع أحداث 11 سبتمبر أصدر المجلس قراره رقم 1368 لعام 2001 ، وذلك في اليوم التالي مباشرة لوقوع الهجمات ، ونص القرار على عزم المجلس على محاربة مهددات السلم والأمن الدوليين التي تتسبب فيها الأعمال الإرهابية بكل الوسائل ، وأدت الهجمات الإرهابية المروعة التي وقعت في 11 سبتمبر 2001 بوصفها مشابهة لأي عمل إرهابي دولي وتهديداً للسلم والأمن الدوليين⁽¹³⁾.

وبعد أسبوعين من القرار 1368 أصدر المجلس قراره 1373 والذي فعّل فيه آليات لمكافحة الإرهاب ، حيث دعا الدول الأعضاء إلى منع وقمع تمويل الإرهاب والامتناع عن تقديم أي شكل من أشكال الدعم للكيانات أو الأشخاص الضالعين في الأعمال الإرهابية ، وعدم توفير الملاذ الآمن لمن يمولون الأعمال الإرهابية أو من يديرونها أو يرتكبونها⁽¹⁴⁾.

وقد أقر المجلس في هذين القرارين ما ينص صراحة على حق الدفاع عن النفس في مواجهة هذه الهجمات ، وبالتالي تفعيل المادة 51 من الميثاق التي تبيح حق الدفاع عن النفس ضد أي تهديد مسلح ، وبالتالي كان القرار 1373 الإطار المرجعي للولايات المتحدة في شن الحرب الاستباقية في إطار حربها على الإرهاب وإسقاط نظامي طالبان وصدام حسين تحت زعم الدفاع عن النفس ، فقد أعطى هذا القرار حق الدولة في إعلان الحرب ، أو الحرب الاستباقية ضد من تعتقد أنه يمارس عملاً إرهابياً دون الرجوع إلى المرجعية الدولية التي يقرها ميثاق الأمم المتحدة.

كما يستند هذا القرار إلى الفصل السابع الخاص بالعقوبات ، وبالتالي فإن حججته القانونية تفترض من جميع الدول الأعضاء الالتزام به وإلا بإمكان مجلس الأمن أن يلجأ إلى العقوبات الاقتصادية وكذلك اللجوء إلى الأساليب العسكرية⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ كريستوفر جرين وود ، مرجع سابق ، ص 13.

⁽¹⁴⁾ انظر قرار مجلس الأمن الدولي 1373 بتاريخ 2001/9/28.

⁽¹⁵⁾ 18 - د. عبد الحسين شعبان ، "الإرهاب الدولي وحقوق الإنسان : رؤية عربية" دراسة منشورة على

موقع التجديد العربي على الانترنت بتاريخ 2007/4/21 ، WWW.arabnewal.com

ويتميز هذا القرار بأنه يفوق بأهميته وشموله جميع ما أتخذ من قرارات دولية وما وقع من معاهدات بشأن الإرهاب الدولي ، كما أن هذا القرار وأن كان لم يعرف الإرهاب الدولي إلا أنه يلزم الدول بموجبات تتعلق فقط بسلوك الأفراد والهيئات والشبكات وليس الدول التي تقوم بالأعمال الإرهابية ، ولو كان سمي تلك الدول ككانت الدول التي تساعد إسرائيل بالمال والسلاح فيما يشكل أعمالاً إرهابية تقع تحت أحكام قرار مجلس الأمن (16).

ثم أنشأ المجلس " لجنة مكافحة الإرهاب " لرصد تنفيذ القرار 1373 ، وهذه اللجنة تشبه لجنة الجزاءات ، وتستطيع واشنطن من خلالها التحكم في سلوك الدول وفق هذا القرار ، حيث تقدم واشنطن تصورها ومتابعاتها(17).

وفي 2001/11/12 اجتمع مجلس الأمن على مستوى وزراء الخارجية وأصدر القرار 1377 ، الذي أكد في ديباجته أن أعمال الإرهاب تشكل واحدة من أخطر مهددات السلم والأمن الدوليين في القرن الحادي والعشرين، وهي تهديد لكل الدول وللإنسانية جمعاء ، وأكد القرار أهمية المنهج الشامل والصامد الذي ينطوي على المساهمة الإيجابية والتعاون الشامل وفق الميثاق والقانون الدولي(18).

وهذا القرار أكد بوضوح اعتبار الإرهاب الدولي أحد المصادر الرئيسية لتهديد السلم والأمن الدوليين بما يعطى أهمية تعاون كل الدول في التعاون لمكافحته ، وبعبارة أخرى التعاون مع الولايات المتحدة في حربها على الإرهاب باعتباره يهدد جميع الدول .

وقد توالى بعد ذلك القرارات الصادرة من مجلس الأمن التي تدين الإرهاب ، حيث اتخذ المجلس القرار رقم 1438 لعام 2002 الذين يدين الهجمات التي وقعت في جزيرة بالي بإندونيسيا ، والقرار 1440 لعام 2002 الذين يدين عملية حجز الرهائن التي وقعت في موسكو في 23 أكتوبر 2002 ، والقرار 1450 لعام 2002 الذي يدين محاولة الهجوم بالقذائف على الطائرة التابعة لخطوط أركيا الإسرائيلية في رحلتها رقم 583 التي انطلقت من مومباسا في كينيا ، والقرار 1452 لعام 2002 الذي عدل أحكام المجلس المتعلقة بالأرصدة المجمدة لحركة طالبان وأعضاء تنظيم القاعدة.

(16) د. خير الله داود ، " في تعريف الإرهاب الدولي وشرعية وسائل القضاء عليه " دراسة منشورة بتاريخ

2008/3/8 ، على موقع العرب نيوز WWW.alarabnews.com

(17) د. عبد الله الأشعل ، القانون الدولي لمكافحة الإرهاب ، (القاهرة : مؤسسة الطوبجي ، 2003) ص

74.

(18) انظر مجلس الأمن 1377 بتاريخ 2001/11/12.

كما أصدر المجلس القرار 1455 لعام 2003 لتحسين التدابير المتخذة ضد طالبان وأعضاء منظمة القاعدة من خلال تجميد أموال طالبان وأسامة بن لادن ومساعديه وفرض حظر على الأسلحة وإجراءات السفر وتحسين التنسيق بين اللجنة المنشأة بالقرار 1267 ولجنة مكافحة الإرهاب⁽¹⁹⁾.

ثم أصدر المجلس قراره 1465 لعام 2003 الذي أدان فيه بأقوى العبارات الهجوم بالقنابل الذي وقع في بوجوتا وكولومبيا ، والهجوم الذي وقع على مقر الأمم المتحدة في بغداد بوصفه هجوماً ضد المجتمع الدولي ككل ، والقرار 1516 الذي أدان الهجوم بالقنابل الذي وقع في 15 و 20 نوفمبر 2003 في اسطنبول بتركيا.

كما أصدر مجلس الأمن القرار 1540 لعام 2004 الذي أوضح فيه " قلق " المجتمع الدولي من تمكن الفاعلين غير الدوليين المنصوص عليهم في قرار مجلس الأمن 1267 لعام 1999 والقرار 1373 لعام 2001 ، من حيازة وتطوير ونقل الأسلحة الكيماوية والنوية والبيولوجية بما يهدد السلم والأمن الدوليين ويستوجب تقوية التعاون وتنسيق الجهود على المستوى الدولي والإقليمي ، وقيام الدول بالسيطرة الكاملة الفعالة على ما يمر عبر حدودها وإصدار القوانين المدعمة لذلك لكشف وردع ومنع تهريب تلك الأسلحة ومراقبة الدول لصادراتها بما يمنع تهريب تلك الأسلحة وإصدار القوانين الفعلية الجنائية لمن يخالف ذلك .

كما أنشأ القرار لجنة من أعضاء مجلس الأمن لمراقبة تنفيذ القرار 1540 وتطالب الدول بتقديم تقارير لهذه اللجنة فيما يخص هذا الشأن ، ومن ثم ، يعد امتناع الدول عن التعاون خرقاً لاتفاقيات منع انتشار أو خطر أسلحة الدمار الشامل ، والواضح أن المغزى الرئيسي من هذا القرار هو منع وصول أسلحة الدمار الشامل إلى الإرهابيين لاستخدامها في عملياتهم.

وقد أصدر مجلس الأمن القرار 1566 لعام 2004 بموجب الفصل السابع من الميثاق ، وأعاد فيه التأكيد على القرارين 1267 و 1373 وقراراته الأخرى بشأن التهديدات التي يتعرض لها السلم والأمن الدوليين نتيجة للإرهاب ، حيث ذكر أن الأعمال الإجرامية بما في ذلك التي ترتكب ضد المدنيين بقصد القتل أو إلحاق إصابات خطيرة بأشخاص معينين أو لتخويف جماعة من السكان أو إرغام حكومة أو منظمة دولية على القيام أو عدم القيام به التي تشكل جرائم في نطاق الاتفاقيات ، والبروتوكولات الدولية ذات الصلة بالإرهاب ، ولا يبرر ذلك بأية اعتبارات ذات طابع سياسي أو فلسفي أو عقائدي أو عنصري أو عرقي أو ديني أو أي طابع آخر من هذا القبيل .

⁽¹⁹⁾نهي علي بكر ، مرجع سابق، ص105.

والسمة الثانية في هذا القرار، اشتراك المنظمات الدولية والإقليمية ذات الصلة في العمل على تعزيز التعاون الدولي في مجال مكافحة الإرهاب وتكثيف تفاعلها مع الأمم المتحدة وبخاصة لجنة مكافحة الإرهاب، ويقرر القرار إنشاء فريق عمل مشكل من جميع أعضاء مجلس الأمن للنظر في وضع التوصيات وتقديمها إلى المجلس فيما يتعلق بالتدابير العملية التي ستفرض على الأفراد والجماعات والكيانات الضالعة في الأنشطة الإرهابية أو المرتبطين بها، عدا التدابير التي وضعتها لجنة الجزاءات المتعلقة بتنظيم القاعدة وحركة طالبان بما في ذلك وضع ما يعد ملائماً من إجراءات أكثر فاعلية لتقديمها للعدالة عن طريق المقاضاة أو التسليم أو تجميد أرصدهم المالية لتحجيم تحركاتهم عبر أقاليم الدول الأعضاء ومنع تزويدهم بجميع أنواع الأسلحة والعتاد، وكذلك فيما يتعلق بتنفيذ تلك التدابير.

كما طالب القرار 1566 فريق العمل بالنظر في إمكان إنشاء صندوق لتعويض ضحايا الأعمال الإرهابية وأسرههم يمكن أن يمول عن طريق التبرعات من الأصول التي تم الاستيلاء عليها من المنظمات الإرهابية، وأن يقدم فريق العمل توصيات فيما يخص ذلك لمجلس الأمن⁽²⁰⁾.

ومما سبق نستطيع أن نخلص إلى نتيجة مفادها أن قرارات مجلس الأمن بشأن معالجة الظاهرة الإرهابية تتسم بعدة سمات منها:

- 1- زيادة دور مجلس الأمن مباشرة عبر استخدام الفصل السابع من خلال لجنة مناهضة الإرهاب، لمساندة الحملة العسكرية واستخدام واشنطن للمجلس في إحكام رقابتها على سلوك الدول ومدى التزامها بهذا القرار⁽²¹⁾.
- 2- شمول القرارات لكل المنافذ التي تحاصر الظاهرة الإرهابية وارتفاع القرارات إلى مستوى الإلزام القانوني والعملية لاستنادها للفصل السابع ووقوف الولايات المتحدة بحزم وراء تنفيذها.
- 3- أصبحت كل القرارات المتعلقة بمكافحة الإرهاب تحظى بحساسية خاصة وتنفيذ جبري، حتى دون أن تعرف الدول ما هو العمل الإرهابي الذي تستهدفه يكفي في هذا الشأن أن تصف الولايات المتحدة كل حالة على حده أنها عمل إرهابي.
- 4- أسهمت تلك القرارات إلى حد كبير في تكريس التعاون الدولي والمواجهة الصارمة لظاهرة الإرهاب الدولي مما كان له أثر إيجابي في الحد منها، حيث أصبحت تلك القرارات تتسم بالإلزامية مما جعلها تطويراً مهماً لقواعد القانون الدولي.

⁽²⁰⁾ انظر قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1566، لعام 2003م.

⁽²¹⁾ د. عبد الله الأشعل، القانون الدولي لمكافحة الإرهاب، مرجع سابق، ص 75.

المطلب الثالث

إشكاليات تعامل مجلس الأمن مع قضية الإرهاب الدولي

يثير نمط تعامل مجلس الأمن الدولي مع الإرهاب الدولي عدداً من الإشكاليات التي برزت في التطبيق العملي يمكن تلخيصها في النقاط التالية :

أولاً - إن غياب تعريف مانع جامع للإرهاب ، قد أثار الالتباس والخلط بينه وبين المقاومة المشروعة ، وهذا الأمر قد بدأ جلياً في موقف الولايات المتحدة وبعض الدول الغربية من حركات المقاومة المسلحة خاصة في المنطقة العربية ، مثل منظمة حماس في الأراضي الفلسطينية ومنظمة حزب الله في لبنان ، فالدول العربية تؤكد على حق الشعب الفلسطيني في المقاومة المسلحة ضد الاحتلال الاسرائيلي وذلك لتحرير الأراضي الفلسطينية في ضوء ممارسة حق تقرير المصير الذي كفلته الأمم المتحدة في ميثاقها في المادة الأولى والمادة الخامسة والخمسين ، وأصدرت عدداً من القرارات يؤكد هذا الحق منها القرار 637 لعام 1970 ، الذي اعتبرت فيه حق الشعوب في تقرير مصيرها شرطاً أساسياً لتمتعها بسائر الحريات والحقوق الأخرى ، ثم جاءت الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية لتدعم هذا الموقف ، وقد أجاز الفقه الدولي استخدام القوة لاستخلاص هذا الحق في حالة الإعتداء عليه.

كما أن تثبيت حق تقرير المصير في ميثاق الأمم المتحدة يعطى لهذه الشعوب الأساس القانوني والدولي للحصول على حقها في تقرير المصير بكل السبل ، وبالتالي مادام الاحتلال الاسرائيلي للأراضي الفلسطينية مستمرا ، وهو آخر احتلال في العالم ، فمن حق الفلسطينيين استخدام القوة المسلحة لتحرير أراضيهم دون وصف ذلك بالإرهاب.

لكن الولايات المتحدة قد صنفت حركة حماس ، كذلك حزب الله ، كمنظمات إرهابية وفرضت العقوبات عليها ، وقد سار الاتحاد الأوروبي على درب الولايات المتحدة في اعتبار حماس منظمة إرهابية ، وهو ما يحدد بوضوح تأثير النظام الدولي أحادي القطبية على التفاعلات الدولية وتأثير الولايات المتحدة على حلفائها الغربيين وبالتالي ، إذا كان الإرهاب عملاً مداناً قانونياً وسياسياً ، فمن الضروري أن يميز مجلس الأمن بين استخدام القوة المسلحة ضد الإرهاب ، وبين استخدام القوة المسلحة لتقرير المصير وتحرير الأراضي المحتلة طبقاً لميثاق المنظمة الدولية.

و من ناحية أخرى ، فإن هذا الخلط بين المقاومة المسلحة لتحرير الأرض وبين الإرهاب يظهر جلياً أيضاً في العراق ، فالولايات المتحدة استخدمت القوة المسلحة

ضد العراق وإسقاط نظام الحكم فيه وأصبحت قوة محتلة ، وبالتالي فإن الأعمال العسكرية التي تقوم بها المقاومة العراقية ضد القوات الأمريكية لا تعد من قبيل الأعمال الإرهابية التي تصنفها الولايات المتحدة، ومادام الاحتلال الأمريكي استمر حتى أخذ صفة القوات متعددة الجنسية بتفويض من مجلس الأمن الدولي ، فمن حق المقاومة العراقية أن تقاوم من أجل تحرير الأراضي العراقية من الاحتلال ، وهذه الأمثلة توضح إلى حد كبير غلبة الاعتبارات السياسية على الاعتبارات القانونية في نمط تعامل مجلس الأمن الدولي مع قضية الإرهاب .

ثانيا - عدم وجود ضوابط وآليات للمساءلة عن الأعمال التي تقوم بها الدول خاصة الولايات المتحدة في الرد على الأعمال الإرهابية ، فبرغم أن مجلس الأمن الدولي قد أصدر العديد من القرارات التي تدين الإرهاب ، وأنشأ عدداً من اللجان منها لجنة مكافحة الإرهاب لتطبيق ومتابعة الإجراءات والخطوات ضد الإرهاب ، فإنه في المقابل ، لم يضع ضوابط أو المحاذير من رد الفعل ضد الأعمال الإرهابية.

ففي حالة أفغانستان مثلاً ، أدت العلاقة بين نظام طالبان والقاعدة الذي استضافته على أراضيها إلى قيام الولايات المتحدة بشن حملة عسكرية ضخمة لإسقاط حكومة طالبان وأدت إلى تدمير البنية الأساسية لأفغانستان ، كما أدت الحرب إلى قتل وتشريد الآلاف ، وكذلك الحال في العراق ، فمجرد وجود أسباب ومزاعم واهية أطلقتها الولايات المتحدة على النظام العراقي لتبرير الحرب، قامت بغزو العراق وقد نجم عن تلك الحرب تدمير كامل الدولة العراقية ، ومقتل مئات الآلاف ونزوح وهجرة الملايين والمنتشدين من الشعب العراقي في الداخل والخارج ، دون أن تكون هناك مساءلة من جانب المنظمات الدولية ، خاصة مجلس الأمن، للولايات المتحدة عما ارتكبته في العراق وتحميلها المسؤولية عن تدمير دولة بأكملها تتنازعها الحروب الأهلية والطائفية ودوامه العنف اليومية ، وهذا يدفع إلى ضرورة تحديد العمل الإرهابي والرد على المسؤولين عنه في إطار الأمم المتحدة وبعيداً عن الاستخدام المفرط للقوة العسكرية ، وتكرر هذا السيناريو في كل من سوريا وليبيا واليمن الآن .

ثالثاً - عدم خضوع الرد على الأعمال الإرهابية للقانون الدولي الإنساني ، وقد برزت تلك الإشكالية مع ممارسات الولايات المتحدة في حربها على الإرهاب وانتهاكاتها لحقوق الإنسان وعدم التزامها بالقانون الدولي الإنساني ، كما أوضحت معسكرات جوانتانامو في كوبا ، والتي تعتقل فيها الأشخاص المشتبه بضلوعهم أو تورطهم أو صلتهم بالأعمال الإرهابية ، دون تقديم محاكمات عادلة لهم ، بل وتعرض هؤلاء لعمليات تعذيب من أجل الحصول على الاعترافات.

وبالرغم من أن الولايات المتحدة تعد طرفاً في اتفاقيات جنيف لعام 1949، وبالتالي تخضع لقواعد هذه الاتفاقية ، فإنها رفضت اعتبار هؤلاء المعتقلين من عمليات الحرب على الإرهاب أسرى حرب ينطبق عليهم القانون الدولي الإنساني ، واعتبرتهم مرتزقة وإرهابيين وهو أمر يخالف القانون الدولي ، ومن ناحية أخرى ، فقد أظهرت عمليات التعذيب بسجن أبو غريب في العراق للمعتقلين العراقيين إلى أي حد لم تلتزم القوات الأمريكية بضمان حقوق الإنسان ، كما لم يصدر مجلس الأمن الدولي قراراً أو بياناً يدين تلك الانتهاكات التي حدثت في سجن أبو غريب.

رابعا - إشكالية تعارض الحرب الاستباقية التي استئننتها الولايات المتحدة في حربها على الإرهاب من قواعد القانون الدولي وميثاق الأمم المتحدة ، فخطورة تلك الحرب ناتجة عن كونها مفتوحة الاحتمالات لا تتقيد بحدود الجغرافيا السياسية ولا تحترم قواعد القانون الدولي ولا تهتم بمقولة الأصدقاء والأعداء ، حيث يمكن أن تصنف الدولة الصديقة في خانة الأعداء في أية لحظة ولا مانع من حدوث العكس إذا تطلبت المصلحة القومية ذلك .

إضافة إلى وجود لائحة هلامية لما يسمى بالمنظمات بالإرهابية أو الجمعيات الداعمة لها ، كما أن انفراد الولايات المتحدة بالمسؤولية على استناب الأمن العالمي، لا يتسم بالواقعية وتحوطه مخاطر شتى ، كذلك فإن الاستراتيجية الأمريكية في الحرب الوقائية تفتح باب الفوضى في العلاقات الدولية ، فإذا أعطت الولايات المتحدة لنفسها الحق أن تضرب عسكرياً في أي زمان وأي مكان فما الذي يمنع دولاً مثل إسرائيل أو الهند أو باكستان أو الصين أو روسيا أن تسلك السلوك نفسه؟ . بل أن إسرائيل في اغتيالها لقادة المنظمات الفلسطينية وفي عدوانها على الشعب الفلسطيني تقوم بالسلوك نفسه تحت فلسفة الحرب الاستباقية والدفاع الشرعي عن النفس ، كما أن إسرائيل تحاول ضرب المنشآت النووية الإيرانية تحت المبرر نفسه، كما بدأت الهند في اعتماد تلك الاستراتيجية مع باكستان .

من ناحية أخرى فإن الحرب الاستباقية التي طبقتها الولايات المتحدة على أفغانستان والعراق تعد مخالفة للقانون الدولي ، تتمثل في الاعتداء المسلح على دولة أخرى ذات سيادة ، فالولايات المتحدة أجازت لنفسها استخدام القوة العسكرية من غير مسوغ قانوني دولي ومخالفة بذلك المادة 2 الفقرة 4 من الميثاق التي تحرم استخدام القوة في العلاقات الدولية ، إذ أن استخدام تلك القوة لا يجوز إلا في حالتين: الأولى - حق الدفاع الشرعي عن النفس طبقاً للمادة 51 من الميثاق ، والثانية - في حالة تفويض مجلس الأمن لدولة أو مجموعة من الدول استخدام القوة العسكرية ضد دولة أخرى قامت بخرق الميثاق ، كما أوضحت المادة 42 من الميثاق ، أما في حالة الدفاع الشرعي عن النفس المسموح بها في المادة 51 فهي

إنما تجيز ذلك في حال تعرض دولة ما لهجوم عسكري وشيك من جانب دولة أخرى ، وهو ما لم يحدث في العراق⁽²²⁾ . بل على العكس ، فمن حق العراق أن يمارس حق الدفاع الشرعي عن النفس ضد الهجوم العسكري من جانب الولايات المتحدة وأن يتدخل مجلس الأمن للرد على الهجوم العسكري الأمريكي ضد العراق وانتهاك سيادة دولة أخرى لكن الواقع غير ذلك ، وهو ما يظهر تأثير النظام الدولي على مجلس الأمن أي تأثير سياسي على القانوني ، فالمجلس لم يتخذ قراراً يدين العدوان ، وبالرغم من أن المجلس لم يعط تفويضاً للولايات المتحدة لغزو العراق ، فإنه أضفى الشرعية السياسية على الاحتلال بعد ذلك .

الخاتمة

إن الإرهاب الدولي بعد انتهاء الحرب الباردة تحول إلى ظاهرة واضحة ، ولم يعد يقتصر على أعمال فردية محدودة ، بل أصبح عالمياً ، خاصة بعد أحداث 11 سبتمبر وتفجيرات باريس 2015 ، وأصبح متشابك الأطراف ومتعدد التأثير عالمياً، بل أن الإرهاب الدولي كان سبباً رئيسياً في اندلاع العديد من الحروب الدولية، حيث أدت هجمات 11 سبتمبر إلى انطلاق الحرب العالمية على الإرهاب التي قادتها الولايات المتحدة ونجم عنها حرب أفغانستان ، وإسقاط نظام طالبان ، ثم الحرب الأمريكية على العراق وإسقاط النظام العراقي السابق بقيادة صدام حسين ، وكان الميرر المباشر وراء هاتين الحربين هو ارتباط كل من نظام طالبان و نظام صدام حسين بتنظيم القاعدة بزعامة أسامة بن لادن ، وقد أدت تلك الحربان إلى المزيد من الفوضى وعدم الاستقرار في العالم وتهديد السلم والأمن الدوليين . كما أدت الحرب على الإرهاب إلى قيام الولايات المتحدة بتصنيف العديد من حركات التحرر الوطني ، مثل المنظمات الفلسطينية وحزب الله بالحركات الإرهابية، في خلط واضح بين حق الشعوب في المقاومة المسلحة والذي يبيحه القانون الدولي وبين الإرهاب المدان والمرفوض عالمياً وأخلاقياً إن الإرهاب أخذ طابعاً عالمياً وسمة أساسية من سمات النظام الدولي الجديد ، فقد انتهى الصراع الأيديولوجي التقليدي بين الشيوعية والرأسمالية ، والذي أدى إلى استقطاب النظام الدولي بين معسكرين ، وكان هدف كل معسكر القضاء على

(22) د. عبد الله تركماني ، "الحرب الوقائية بعد أحداث 11 سبتمبر من وجهة نظر القانون الدولي وحقوق الإنسان ، العراق نموذجاً" ، ورقة مقدمة إلى ندوة "حقوق الإنسان : المخاطر والتحديات" ، نظمتها الرابطة التونسية للدفاع عن حقوق الإنسان 2003/5/3.

أيديولوجية الطرف الآخر ونشر أيديولوجيته ، وبعد انتهاء النظام الدولي ثنائي القطبية وانحسار الشيوعية ، ظهر تيار في الغرب وداخل المعسكر الرأسمالي يعتبر أن العدو الجديد هو الإسلام السياسي الذي ينتهج العنف والإرهاب في العالم ، بل ظهر تيار فكري يعتبر أن النظام الدولي أحادي القطبية الذي ميز التسعينيات قد تغير إلى ثنائي القطبية بعد أحداث 11 سبتمبر، حيث تمثل الولايات المتحدة وحلفاؤها أحد الأقطاب ، أما القطب الثاني فيتمثل في الإرهاب الدولي وتنظيماته وأبرزها تنظيم القاعدة وتنظيم الدولة الإسلامية وتنظيمات أخرى ، وأن الصراع بينهما هو صراع عقائدي وأيديولوجي . وفي 2015/12/17م إجتماع مجلس الأمن على مستوى وزراء المالية ولأول مرة وأصدر القرار رقم 2253 تحت الفصل السابع وأكد القرار على تجفيف مصادر تمويل الإرهاب الدولي وتشديد العقوبات على تنظيم الدولة الإسلامية وتنظيم القاعدة خاصة فيما يتعلق بتجميد الأموال ومنعهم من السفر وإمتلاك السلاح وعزلهم من المنظومة المالية العالمية وعلى الدول الأعضاء في الأمم المتحدة إبلاغ لجنة العقوبات بمجلس الأمن فيما يتعلق بذلك.

ولذلك كان من أبرز الصراعات الجديدة بعد الحرب الباردة هو الصراع بين الولايات المتحدة وحلفائها الغربيين وبين تنظيم القاعدة ، والذي أخذ بعداً عالمياً ، وأدى لنشوء نمط جديد من الصراع العالمي أصبح فيه أحد أطراف الصراع ، لأول مرة في السياسة الدولية ، تنظيمياً وليس دولة ، في مواجهة توافق وتحالف من القوى الكبرى تقوده الولايات المتحدة ، وشهدت فترة التسعينيات من القرن الماضي سلسلة من الهجمات العسكرية والهجمات العسكرية المضادة من تنظيم القاعدة والولايات المتحدة وصلت لذروتها في أحداث 11 سبتمبر 2001.

ومن ناحية أخرى ، فقد أدى تغير النظام الدولي إلى التغير في مفهوم الإرهاب وأشكاله وأهدافه ، فاستخدام العنف خلال التسعينيات والثمانينيات كان بشكل عام متصلاً بالنضال ضد الاستعمار والأنظمة الرأسمالية واعتبرته حركات التحرير الوطنية إحدى وسائلها المشروعة في التخلص من الاستعمار ، كما مارسته الحركات اليسارية ضد النظم الرأسمالية الوطنية لدوافع أيديولوجية، وكانت تلك الحركات تتلقى دعماً مباشراً من الاتحاد السوفيتي ومن دول الكتلة الشرقية ، أما بعد انتهاء الحرب الباردة فقد ظهر نوع جديد من الإرهاب الذي ينقسم إلى نوعين أساسيين:

الأول - إرهاب اليمين المتطرف الجديد وهو منتشر في الدول الغربية ولا يرتبط بجماعات محددة لها هياكل تنظيمية معروفة أو منتمية علنياً إلى أيديولوجيات محددة، ومنتشؤه في الأساس يعود إلى اليمين الأمريكي المتطرف المتأثر بمجموعة

جديدة من المفاهيم العملية والفكرية الجديدة مثل مفهوم " المقاومة بدون قيادة " أو ما يسمى بالإرهاب الفردي .

الثاني - هو الإرهاب الديني المتطرف الداعي إلى رؤية عالمية متشددة ترى في الدين مفتاحاً وحيداً إلى عالم مثالي ، وترى فيه في أحيان أخرى وسيلة فعالة للوصول إلى أهدافها دون أن يمثل الدين ركناً أساسياً في إيديولوجيتها السياسية ، ويتميز الإرهاب الديني بأنه قد يكون مناوئاً للغرب والحداثة والعولمة كما في حالة الإرهاب المتشع بالإسلام أو يمكن أن يأخذ شكل حركة رجعية متشددة كما في حالة الإرهاب اليهودي أو البوذي أو المسيحي .

إن الإرهاب الدولي قد أثر بشكل كبير على دور مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين ، حيث تميزت معالجة المجلس لهذه القضية بالتوسع في استخدام الفصل السابع الذي يتضمن تدابير قسرية ضد الدول والجماعات التي ترعى الإرهاب ، متأثراً بالنظام الدولي أحادي القطبية الذي تهيمن عليه الولايات المتحدة ، وهو ما أثار قضية مدى مشروعية هذا التوسع في الفصل السابع ، واتسمت تلك القرارات بالشمولية والإلزام لكل الدول ، فقد لعب المجلس دوراً مهماً خاصة بعد أحداث 11 سبتمبر وتفجيرات باريس 2015 ، في إصدار القرارات الدولية الخاصة بمعالجة الإرهاب بتوافقه مع توجهات الولايات المتحدة وحربها على الإرهاب ، لذلك لم يعتبر التدخل العسكري الأمريكي في كل من أفغانستان والعراق ودول أخرى عدواناً أو متناقضاً مع الميثاق خاصة الفقرة 2 مادة 4 ، بل أضفى الشرعية على العدوان الأمريكي على العراق برغم المبررات الواهية التي أعلنتها الولايات المتحدة لقيامها بالغزو من قبيل ارتباط النظام العراقي بتنظيم القاعدة وامتلاكه أسلحة الدمار الشامل .

كل ذلك يعني أن الإرهاب الدولي وما تبعه من أسلوب مواجهته من قبل الولايات المتحدة قد أثر بشكل كبير على المفاهيم والقواعد التقليدية في النظام الدولي ، وفي دور وصلاحيات مجلس الأمن ، وظهر مفاهيم جديدة في العلاقات الدولية مثل الحرب الاستباقية وغيرها من القواعد التي سنها المحافظون الجدد وعملوا على حشد الدعم لها وإضفاء الشرعية عليها من الأمم المتحدة سواء الجمعية العامة أو مجلس الأمن الدولي .

وهكذا فإن الإرهاب الدولي قد أصبح سمة عالمية ومن أبرز خصائص النظام الدولي الجديد في بداية الألفية الثالثة ، وبرغم تعامل مجلس الأمن بصورة قانونية مع الإرهاب الدولي ، فإنه يتفاهم يوماً بعد آخر ، نتيجة لانفراد القوة العظمى بمواجهة الإرهاب وحشد الدول الأخرى مع سياستها ، والقيام بممارسات في ردها على الإرهاب التي تخالف القانون الدولي وتهدم قواعده التقليدية ، بل أدت تلك

الممارسات وفي مقدمتها الحرب الاستباقية ، إلى المزيد من الفوضى وتهديد السلم والأمن الدوليين ، وهو ما يجب أن يراعيه مجلس الأمن في عملية الإصلاح المنتظرة .

كما أنه لن يكون بمقدور المجتمع الدولي أن يحقق إنجازاً باهراً في مجال مكافحة الإرهاب الدولي ، ما لم يسبق ذلك التواصل إلى تنسيق دولي شامل حول التدابير المضادة للإرهاب وأطرها القانونية الملائمة والملزمة (23) ، وأن يكون ذلك كله مستنداً في أساسه على مفهوم دولي متجانس لا خلاف عليه حول تعريف الإرهاب وسبل مواجهته .

قائمة المراجع

- 1- د. اسماعيل صبري مقلد ، "العلاقات السياسية الدولية ، النظرية والواقع " ، القاهرة ، بدون ناشر ، الطبعة الأولى ، 2001م
- 2- بطرس بطرس غالي ، " الأمم المتحدة ومواجهة الإرهاب " ، مجلة السياسة الدولية ، العدد (127) يناير 1997م.
- 3 - د. خير الله داود ، " في تعريف الإرهاب الدولي وشرعية وسائل القضاء عليه" ، دراسة منشورة بتاريخ 2008/3/8 ، على موقع العرب WWW.alarabnews.com
- 4 - د. عبد الحسين شعبان ، "الإرهاب الدولي وحقوق الإنسان : رؤية عربية" دراسة منشورة على موقع التجديد العربي على الانترنت بتاريخ 2007/4/21 www.arabranewal.com
- 5 - د. عبد الله الأشعل ، القانون الدولي لمكافحة الإرهاب ، القاهرة : مؤسسة الطوبجي ، 2003.

(23) د. اسماعيل صبري مقلد ، "العلاقات السياسية الدولية ، النظرية والواقع " ، القاهرة ، بدون ناشر ، الطبعة الأولى ، 2001م ص 54

- 6 - د. عبد الله تركماني، "الحرب الوقائية بعد أحداث 11 سبتمبر من وجهة نظر القانون الدولي وحقوق الإنسان، العراق نموذجاً"، ورقة مقدمة إلى ندوة "حقوق الإنسان: المخاطر والتحديات" ، نظمتها الرابطة التونسية للدفاع عن حقوق الإنسان 2003/5/3.
- 7 - كريستوفر جرين وود، القانون الدولي والحرب ضد الإرهاب - أبو ظبي : مركز الإمارات للدراسات والبحث ، العدد (47).
- 8 - قرار مجلس الأمن رقم 748 ، لسنة 1992 م.
- 9 - قرار مجلس الأمن رقم 1373 ، لسنة 2001 م.
- 10 - قرار مجلس الأمن رقم 1377 ، لسنة 2001 م.
- 11 - قرار مجلس الأمن رقم 1566 ، لسنة 2003 م.
- 12 - محمد السيد سليم ، " تطور السياسة الدولية في القرنين التاسع عشر والعشرين " القاهرة : دار الفجر الجديد للنشر والتوزيع ، 2008.
- 13 - د. محمد قدرى سعيد ، "إرهاب بدون قيادة ، العالم والإرهاب الجديد " ، التقرير الاستراتيجي العربي، 2004- 2005 ، مركز الاهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية.
- 14 - مصطفى العوجي ، القانون الجنائي العام ، النظرية العامة للجريمة ، القاهرة مؤسسة نوفل د.ت.
- 15 - د. مصطفى علوى ، "قضايا الأمن العالمي "، في على ليلة (محرر) ، قضايا ومشكلات عالمية معاصرة ، الكويت ، الجامعة العربية المفتوحة ، 2005م.
- 16- نهى علي بكر ، مشروعات إصلاح مجلس الأمن ، دراسة سياسية مقارنة في ضوء أزمات ما بعد الحرب الباردة ، رسالة دكتوراه ، كلية الاقتصاد العلوم السياسية ، جامعة القاهرة ، 2007.

غموض قانون الزواج والطلاق في تحديد
الفرق بين العقد الباطل والفاقد
(القانون رقم 10 لسنة 1984م وتعديلاته)

إعداد الدكتور: سليم عبد الدائم بشينه

أستاذ الشريعة الإسلامية المحاضر بكلية القانون - ترهونة / جامعة الزيتونة

وصف بغموضه في أهم مواده⁽¹⁾ ، وإبهامه في أدق مسائله، الأمر الذي قد يسبب مخالفة القطعي من الشريعة في تطبيقه إذا لم يرجع إلى مصادره .
ومع تقديرنا لهذا النقد إلا أنه يلاحظ عليه أن أغلبه اكتفى بمطالبة السلطة التشريعية بتعديل هذه المادة دون محاولة إيضاحها وبيانها على الأقل في هذه الفترة إلا أن يتم تعديلها إن كانت فعلاً تحتاج إلى تعديل.
وكمقدمة للموضوع نورد تعليقاً لأحد فقهاء وشرّاح القانون على تلك المادة معترضاً فيه على المشرع قائلاً: ((ولا أعتقد أن المشرع بترتيب هذه الآثار على العقد المتفق على فساد، يكون قد يسر عسيراً أو حمى مصلحة تستحق الحماية؛ لأن تصور وقوع الدخول في العقد الباطل على ندرته -مع ما استقر من توثيق عقود الزواج، وقيام أناس مختصين بإجراءاتها، وعلم الكافة بمسائل الحلال والحرام في هذا الموضوع- لا يكون إلا مع شبهة قوية، أو مع إصرار على ارتكاب المحذور، فإن كانت الشبهة القوية، فهي كافية لتبرير ترتب هذه الأحكام، وإن كان الإصرار على ارتكاب المحذور، فليس من الدين في شيء، أن يعتد بفعل منتهك حرّمت الدين وحرّمت المحارم، فيرتب عليها مثل هذه الآثار (يعني المذكورة بالمادة المشار إليها) كما أنه ليس من المنطق المقبول، أن نساوي بين الآثار المترتبة على الدخول في العقد المتفق على فساد، والآثار المترتبة على الدخول في العقد المتفق على فساد))⁽²⁾ .
وهو قول - إن صح فهمه من المشرع - لم يقل به أحد من الفقهاء المتقدمين ولا المتأخرين، لكن النص ليس على ظاهره كما سيعلم فيما بعد.

(1) المادة (16) من قانون رقم (10) لسنة 1984م.

(2) انظر: أحكام الأسرة، لسعيد الجليدي، ج1، ص 144-145.

- ولإزالة هذا الغموض وكشف هذا الإبهام نقوم بالتالي :
- أولاً: كتابة نص المادة المشار إليها.
- ثانياً: بيان موضع الغموض.
- ثالثاً: تعريف العقد الباطل
- رابعاً: تعريف العقد الفاسد.
- خامساً: تفسير النص بما يتلاءم هو وما ذهب إليه الفقهاء .
- سادساً: خاتمة البحث.
- أولاً: نص المادة السادسة عشرة:

نص المشرع الليبي في قانون الزواج والطلاق رقم (10 لسنة 1984ف) في مادته السادسة عشرة تحت عنوان: أنواع الزواج وآثاره على أن:

- ((الزواج صحيح، أو فاسد:
- (أ) الزواج الصحيح: ما توفرت شروطه، وأركانه، وتترتب عليه جميع أحكامه، وآثاره منذ انعقاده.
- (ب) الزواج الفاسد: ما اختل بعض شروطه، وأركانه، ولا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول، ويترتب عليه بعد الدخول ما يلي:
1. الأقل من المهر المسمى، ومهر المثل.
 2. النسب، وحرمة المصاهرة .
 3. العدة .
 4. نفقة العدة ما دامت المرأة جاهلة فساد العقد)) (1).

ثانياً: بيان موضع الغموض في النص:

قسم المشرع في المادة المذكورة عقد الزواج إلى قسمين: صحيح، وفاسد. ومحل الغموض: هو ماذا يقصد بالفاسد؟ هل يريد به الفاسد عند الأحناف، وعند المالكية أيضاً؟ أم يقصد بالفاسد المتفق على فساده عند المالكية الذي يسمونه هم أيضاً الباطل، والذي يساوي عند الأحناف الباطل؟ أم يقصد بالفاسد المتفق على فساده تارة، والمختلف في فساده تارة أخرى؟ من خلال النظر في عجز المادة وهو كونه رتب عليه آثاراً بعد الدخول، فإنه يقصد بالفاسد عند الأحناف والذي يساوي المختلف في فساده عند المالكية.

(1) ويزيد فقهاء المالكية الميراث قبل الفسخ بالإضافة إلى أن مهر المسمى أو مهر المثل كامل .

ومن خلال ذكره للأركان، وذلك لما عرف الفاسد بأنه: ((ما اختل بعض شروطه، وأركانه))، فإنه يقصد الباطل عند الأحناف، والذي يساوي المتفق على فساده عند المالكية.

ومن خلال كونه لم يترتب آثاراً قبل الدخول، فإنه يحتمل أنه يقصد الباطل عند الأحناف، والذي يساوي المتفق على فساده عند المالكية، ويحتمل أنه يقصد الفاسد عند الأحناف.

ومن شروط التفسير الصحيح أن يلتقي الشطر مع العجز مع المقدمة، أي: ألا يختلف مع السابق واللاحق .

ثالثاً: عقد الزواج الباطل:

فقهاء المالكية يسمونه العقد المتفق على فساده⁽¹⁾ وهو الذي اتفق جميع الفقهاء على بطلانه بسبب عدم توفر أحد أركانه، والأركان عندهم خمسة وهي: العاقدان، والمعقود عليه (الزوج والزوجة) والصيغة⁽²⁾ .

ولا يتصور عدم وجود المعقود عليه (الزوج والزوجة، أو أحدهما) فذلك صوري لا حقيقي، ولا آثار له، أما إذا فقد أحد العاقدين، أو كلاهما، فالعقد باطل، وكذلك الإيجاب، أو القبول، أو كلاهما.

وأيضاً الشروط المشترطة في المحل، ككون الزوج مسلماً، والزوجة غير محرمة على الرجل تحريماً مؤبداً. والشروط المشترطة في العاقدين، كالعقل، والشروط المشترطة في الصيغة، مثل تطابق الإيجاب مع القبول⁽³⁾ .

والخلاصة أن أي ركن من الأركان المتفق عليها، وأن أي شرط من الشروط المتفق عليها، والتي يسميها الأحناف بشروط الانعقاد كما سيأتي – فقدته يجعل العقد باطلاً، ويفسخ بمجرد الاطلاع عليه من غير طلاق، وفي هذا يقول صاحب تحفة الحكام:

وفسخ ما الفاسد فيه مجمع .: عليه من غير طلاق يقع⁽⁴⁾

فهذا العقد لا يترتب عليه عندهم أي آثار، لا قبل الدخول ولا بعده، ما عدا نشر الحرمة والحد، فإن انتفى الحد، ثبت المهر والنسب، وذلك إذا

(1) انظر المقدمات الممهديات ج1، ص 484، 485. والشرح الصغير ج2، ص386.

(2) انظر الشرح الصغير، ج2، ص335، 334.

(3) انظر الشرح الصغير، ج2، ص 386، 387.

(4) انظر: البهجة في شرح التحفة ج1 ص 448.

حصل دخول⁽¹⁾ وفقاً للقاعدة (لا وقاع في دار الإسلام إلا عن عقر أو عُقر)⁽²⁾ ووفقاً للقاعدة (وحيث درء الحد يلحق الولد)⁽³⁾.

كما يثبت النسب مع الحد إذا ثبت بإقرار لا ببينة، مظنة أنه يريد عدم إلحاق الولد به، وفي هذا يقول الزقاق:

ونسب والحد لم يجتمعا .: إلا بزوجات ثلاث فاسمعا

مبتوتة خامسة ومحرم .: .وأما إن ثبت الحد ببينة فلا نسب⁽⁴⁾.

وفقهاء الأحناف يسمونه باطلاً، وهو الذي فقد الإيجاب، أو القبول، أو كليهما، أو شرطاً من شروط الانعقاد، وهذا العقد لا تترتب عليه أي آثار لا قبل الدخول ولا بعده ما عدا نشر الحرمة والحد، وذلك إذا حصل دخول. فإن انتفى الحد، فالمهر والنسب⁽⁵⁾.

ومما يجدر ذكره أن المهر والنسب عند المالكية والحنفية ترتب على الدخول بشبهة على العقد الباطل؛ لأنه ليس عقداً، وتسميته بالعقد مجاز، فهو معدوم أصلاً ووصفاً.

رابعاً: عقد الزواج الفاسد:

فقهاء المالكية يسمونه العقد المختلف في فساد⁽⁶⁾ أي ((المختلف فيه بين أهل العلم بالصحة والفساد، ولو خارج المذهب، ولو في مذهب انقراض كغير الأئمة الأربعة، ولو أجمع على عدم جواز القبول عليه ابتداءً كالشغار، فإنه لا قائل بجوازه، وإنما قيل بصحته بعد الوقوع))⁽⁷⁾.

وعادة يمثلون بالشغار الصريح، وبزواج المحرم، وبالولي الذي فقد شرطاً كالعبد والمرأة، وبزواج المريض، وبزواج اليتيمة من غير شروطه، وبزواج الشريفة بالولاية العامة، وبزواج مخطوبة الغير، وبزواج السر⁽⁸⁾. فهذه كلها -إلا الأربعة الأخيرة إذا طال الزواج- تستوجب الفسخ بطلاق؛ لأنها مختلف فيها وفي هذا يقول صاحب تحفة الحكام:

(1) انظر: الشرح الصغير ج2 ص 389، 390.

(2) انظر: أحكام الأسرة، لسعيد الجلبي ج2 ص 140.

(3) انظر: البهجة في شرح التحفة ج1 ص 452.

(4) انظر: المصدر نفسه ج1 ص 452، 453.

(5) انظر رد المختار على الدر المختار ج3 ص 144، 145. والأحكام الشرعية، لزكي الدين شعبان

ص 135، 136. وأحكام الأسرة ج1 ص 141، 142.

(6) انظر المقدمات الممهدة ج1 ص 485.

(7) انظر الشرح الصغير، ج2، ص 388.

(8) انظر الشرح الصغير، ج2، ص 386. ومراعاة الخلاف في المذهب المالكي ص 382 وما بعدها.

وفسخ فاسد بلا وفاق .: بطلقة تعد في الطلاق⁽¹⁾ ولكن تترتب عليه بعض الآثار قبل الدخول: كحرمة المصاهرة، والميراث إذا مات أحد الزوجين قبل الفسخ، وكون الفسخ بطلاق، وبعده: كثبوت النسب، والعدة، ونشر الحرمة، والمهر، والميراث قبل الفسخ⁽²⁾ إلا نكاح المريض فلا ميراث فيه لـ (وجوب المعاملة بنقيض القصد الباطل)⁽³⁾. وفقهاء الأحناف يعرفونه بأنه: هو الذي فقد شرطاً من شروط الصحة، أو النفاذ، كالشهادة، وتأبيد الصيغة وهو قابل للفسخ، والاستمرار عليه حرام. ويرتبون عليه بعض الآثار بعد الدخول، لا قبله، مثل ما يرتبه المالكية على العقد الفاسد، إلا الميراث، وكون المهر أقل من المسمى ومهر المثل⁽⁴⁾. وسبب عدم جعل الميراث من الآثار؛ هو أن العقد الفاسد عندهم قابل للفسخ، فهو في حكم المفسوخ، وكونهم جعلوا المهر أقل من المسمى ومهر المثل؛ هو أن فساد العقد عندهم يفسد التسمية.

والخلاصة أن المالكية يسمون العقد المتفق على فساده باطلاً، ويسمون العقد المختلف في فساده فاسداً. وبالتالي، فالباطل عندهم فاسد، والفاسد باطل، والحنفية بالعكس؛ وبالتالي فالباطل عندهم غير الفاسد⁽⁵⁾، أما في الآثار وعدمها، فتكاد تكون واحدة بين المالكية والأحناف في الباطل؛ فالباطل عند الحنفية، لا آثار له، والمتفق على فساده عند المالكية، كذلك، وأما الفاسد عند الحنفية، فتترتب عليه بعض الآثار بعد الدخول فقط، والمختلف في فساده عند المالكية تترتب عليه بعض الآثار قبل الدخول وبعده. وعليه فالمالكية حين يسمون العقد الباطل فاسداً، أو الفاسد باطلاً، يعنون بهذا التساوي في أن كلاهما مستوجب الفسخ، أما من حيث الآثار وعدمها، فإنهما مختلفان تماماً.

- (1) انظر البهجة في شرح التحفة ج1 ص 450 .
- (2) انظر الشرح الكبير ج2 ص 236- 251 . والإكليل ص178 ، 180 ، 193 . والقوانين الفقهية 215، 216 . ومواهب الجليل ج3 ص513- 516 . والمقدمات الممهدة ج1 ص485 . والشرح الصغير ج2 ص388- 390 . والفواكه الدواني ج2 ص35-37 . والذخيرة ج4 ص400 . والبهجة ج1 ص450 . وكفاية الطالب الرباني ج2 ص 42 ، 43 .
- (3) انظر مراعاة الخلاف في المذهب المالكي ص 385 .
- (4) انظر رد المحتار على الدر المختار ج3 ص144 ، 145 . والأحكام الشرعية، لزكي الدين شعبان، ص134 ، 135 .
- (5) انظر الأحكام الشرعية، لزكي الدين شعبان، ص137 وما بعدها و134 وما بعدها . والزواج والطلاق، لعبد السلام الشريف، ص21 .

خامساً: تفسير النص بما يتلاءم هو وما ذهب إليه الفقهاء:

1. التعبير بـ(أو) في قوله ((الزواج صحيح أو فاسد)):

علماء المنطق يقولون إن (أو) لا يؤتى بها في التعريفات التي هي من قبيل التعريف بالحد؛ لأنها إن لم تعن التشكيك أو الشك، فهي تعني التقسيم، والمقابلة، لا الجمع في الحكم، والتعريف: هو حكم على المعرف⁽¹⁾ وفي هذا يقول صاحب السلم: ولا يجوز في الحدود ذكر (أو) .: وجائز في الرسم فادر ما دروا⁽²⁾

أما إذا قلنا: إن تعريف المشرع هو من قبيل التعريف بالرسم لا بالحد فإنه يجوز إيراد (أو) ويراد بها المقابلة والتضاد أي أنها على بابها وعليه فـ(أو) هنا في النص الذي أمامنا تفيد أن الزواج مقسم إلى قسمين، لا ثالث لهما؛ فهو: إما صحيح، وإما فاسد وهو الذي يراد به الباطل عند الأحناف، والمتفق على فساده عند المالكية، أما الفاسد عند الأحناف الذي يساوي المختلف في فساده عند المالكية، فيدخل معنا بطريق المفهوم الأولوي؛ لأنه لما رتب آثاراً على المتفق على فساده، فمن باب أولى أن ترتب الآثار على المختلف في فساده.

وهذا التفسير يتمشى مع رأي المالكية الذين يعنون بالفاسد الباطل وبالباطل الفاسد، أما على رأي الأحناف، فلا يستقيم، والذي دعانا إليه هو لفظة (الأركان) الموجودة بشرط المادة، وأن لفظ الصحيح يقابله ويضاده الباطل، لولا أن الباطل لا آثار له قبل الدخول وبعده.

ويمكن أن يراد بها التقسيم والتنويع⁽³⁾، أي أن (أو) بمعنى الواو، وعليه فيفهم من التعريف أن الزواج: صحيح، وفاسد، وباطل، وعليه فعقد الزواج الباطل هو أحد أنواع الزواج إلا أنه لم يذكر حكمه في هذا النص؛ لأنه يتكلم على الأنواع التي تترتب عليها آثاراً، كما يفهم من عنوان المادة، والباطل لا آثار له، أو أنه أخرج عن طريق لفظة (الزواج) نفسها؛ لأن معنى الزواج الاقتران، والعقد الباطل هو زنى محض، وتسميته بالعقد الباطل من باب المجاز، ولا يوجد فيه نية الاقتران، لكن هذا التفسير يعارضه عدم ترتب بعض الآثار قبل الدخول في العقد الفاسد، وتعارضه لفظة (الأركان) فإيا ترى كيف يمكن قبول عدم ترتب الآثار قبل الدخول في العقد الفاسد؟ وكيف يمكن تأويل لفظة (الأركان) حتى يستقيم صدر النص مع عجزه؟ .

2. الأقوى من حيث الدلالة اللغوية أن يُفسر الفاسد في النص بمعنى الفاسد عند الأحناف؛ لأن المالكية في مثل هذه المواضع التي تستوجب التحديد، يعبرون بالمختلف والمتفق، وما دامت العبارة لم تُصدّر بأحدهما، فمنعاً للبس نفسرها بمفهوم الأحناف،

(1) انظر مقدمات في الفلسفة ص 91، 90 .

(2) انظر شرح السلم ص 54-56 .

(3) انظر شرح السلم ص 54-56 .

وبخاصة أن عجز المادة يؤيدنا، وأن لفظة (الأركان) يمكن تأويلها وتفسيرها بما لا يتعارض هو وهذا المعنى الذي ذكرناه كما يأتي، وأنه لم يرتب أي أثر قبل الدخول؛ لأنه لا حكم له عند الحنفية في هذه الحالة، وأنه لم يجعل الميراث من الآثار المترتبة على العقد الفاسد بعد الدخول، ولم يجعل المسمى أو مهر المثل كاملاً⁽¹⁾ وعليه، فنستطيع القول بأن المشرع سار على تعبير الأحناف لا المالكية. ولا يمكن القول بأنه لما لم يرتب أثراً قبل الدخول، ثم رتب أثراً بعد الدخول؛ فإن المشرع رتب أثراً على العقد الباطل؛ لأن الحنفية كما مر لا يرتبون أي أثر على العقد الفاسد قبل الدخول وإنما بعد الدخول .

ولا يمكن القول أيضاً؛ بأن الفاسد في النص له معنيان مختلفان:

الأول: أنه المتفق على فساده، ولهذا لم يرتب عليه أثراً قبل الدخول.

والثاني: أنه المختلف في فساده، ولهذا رتب عليه أثراً بعد الدخول.

3. لفظة (بعض) في النص تعني جزءاً، أو قسماً، أو طائفةً، أو نوعاً، ولا تعني كل، أو أكثر، أو أقل، أو واحد؛ لأن واحد تصدق على الجميع؛ فحين نفسرها بمعنى واحد، يمكن أن نقول: إن أي شرط - وبالتالي فإن أي ركن - يُفقد يجعل العقد فاسداً، ولا قائل بهذا؛ لأن بعض الشروط فقدها يجعل العقد غير لازم، كما في شروط اللزوم حيث العقد صحيح غير لازم.

وأيضاً في كلمة (بعض) دلالة على أن بعضاً آخر من الأركان لا تجعل العقد باطلاً، مثل الولي، والدليل على هذا المعنى هو انقسام الشروط إلى أربعة أقسام: انعقاد، وصحة، ونفاد، ولزوم، وانقسام الأركان إلى قسمين: متفق عليها، ومختلف فيها .

4. معنى الركن في النص:

إما أن يفسر الركن بمعنى الشرط على قول من يقول بأن الركن: يطلق على الشرط مجازاً، علاقته أن الماهية لا توجد بدونهما⁽²⁾ وهو على تعريف الركن: بأنه ما تتوقف عليه حقيقة الشيء، سواء أكان جزءاً من حقيقته. أم لا⁽³⁾ وفيه مسامحة وتوسع وتجاوز؛ لأنه إدخال للشروط في الأركان⁽⁴⁾، وموجود في تعبيرات الفقهاء، كالمالكية فإنهم يسمون الشهادة والمهر أركاناً⁽⁵⁾ لكنه غير مقصود من المشرع؛ لأنه

(1) انظر الفقه الإسلامي وأدلته ج9، ص 6602.

(2) انظر الروض المبهج ص 73 .

(3) انظر أحكام الأسرة، لسعيد الجلدي، ج1 ص83.

(4) انظر الزواج والطلاق، لعبد السلام الشريف، ص 85 .

(5) انظر الشرح الصغير ج2 ص 335 - 337.

لما ذكر الشروط، وعطف عليها الأركان، دل كلامه على أن الأركان غير الشروط؛ لأن العطف يعني المغايرة.

وإما أن يفسر الركن بأنه: الركن الذي فقد جزءاً منه، أي: فقد شرطاً من شروطه، وذلك أن الماهية: تتكون من أجزاء (الأركان) وأن الركن: يتكون من أجزاء أيضاً (شروط الركن) وهو تعبير معروف في اللغة، ويسمى بالدلالة التضامنية: وهو دلالة اللفظ على جزء من معناه (1).

وإما أن يفسر الركن: بأنه الركن المختلف فيه بين المشرع والفقهاء، ومراعاة للخلاف، فإن فقد مثل هذا الركن يجعل العقد فاسداً لا باطلاً .

وتوضيح ذلك هو: أن الركن يمكن أن يفسر بأنه الولي الذي فقد شرط موافقة المحكمة، وذلك أن المشرع اشترطها في بعض الحالات (2) وإن كان يسميه بعض الفقهاء قيماً قانونياً، إلا أنه أحياناً يعده بعضهم شرط صحة (3) وذلك بما تملكه من ولاية عامة، تحقيقاً لعدة مصالح كإثبات العقد، وأنها خلية من زوج وعدة وغيرهما من الموانع الشرعية، ورضاها بالزوج، وأنه كفؤها في الدين والحرية والحال، وأن المهر مهر مثلها (4) ولذلك تترتب على فقده من الآثار ما يترتب على فقد الشرط لا الركن هذه نقطة، والثانية: أن البطلان الوارد بالقانون رقم (9 لسنة 1423 و.ر) في مادته الأولى لا يمكن أن يفسر بالبطلان المطلق، أي: بالباطل، أو بالمتفق على فساده، وإنما يفسر بالبطلان النسبي، أي: العقد صحيح غير لازم، أو بالفساد، أي: العقد مختلف في فساده، وعليه فموافقة المحكمة لا يخلو حاله من أن يكون: شرط لزوم، أو شرط صحة، والفرق بينهما: أنه إذا كان شرط لزوم، فإنه تترتب عليه الآثار كاملة في حالة فسخه، وإذا صحح (5) لا يشترط فيه انقضاء عدة ولا غيرها، وأما إذا كان شرط صحة فإن العقد يكون فاسداً، وتترتب عليه الآثار المذكورة بالمادة (16) وفي حالة تصحيحه لا بد من انقضاء العدة وغيرها من الشروط كالولي والمهر الجديد.

- (1) انظر ضوابط المعرفة ص 28 .
- (2) انظر المادة (6) الفقرة (ج) والمادة (7) الفقرة (د) والمادة (10) الفقرتين (أ،ب) والمادة (13) من قانون رقم (10 لسنة 1984م) المعدلة بقانون رقم (22 لسنة 1991م) المعدل بقانون رقم (9 لسنة 1423 و.ر) .
- (3) انظر الشرح الصغير ج 2 ص 357 .
- (4) انظر الشرح الصغير ج 2 ص 357 .
- (5) التصحيح أولى من الفسخ ويتم بموافقة الزوجة الأولى والمحكمة وإلا يفسخ القاضي العقد بناء على القانون رقم (9 لسنة 1423 و.ر) المبني على رأي الحنابلة الذين يجوزون اشتراط عدم الزواج في العقد وعند الإخلال به يحق للزوجة مطالبة القاضي بفسخ الزواج الثاني . انظر أحكام الأسرة ، لحسن حسنين ص 88 (هذا قبل التعديل).

هذا بالنسبة لشرط المحكمة في الزواج بامرأة ثانية، وأما الحالات الأخرى كزواج المجنون بواسطة وليه، والمعتوه، والسفيه، والصغير، فموافقة المحكمة فيها ليست شرط صحة ولا لزوم وإنما هي قيود قانونية؛ لأن الفقهاء في الحالات التي قالوا بأن موافقة المحكمة شرط صحة هي الحالات التي تعدم فيها ولاية الإيجاب كاليتمية الصغيرة (1).

ويمكن أن يفسر الركن: بولاية المحكمة، وذلك أن المشرع جعلها ركناً لمن لا ولي له (2) فهذا الشخص إذا زوج نفسه، وكان بالغاً بالنسبة للأنثى، أو زوجها غيرها برضاها، فإن العقد فاسد، لا باطل، وتترتب عليه الآثار المذكورة بالمادة (16)، وذلك مراعاة لمن يقول: بأن ولايتها قاصرة لا متعدية (3) ومراعاة لمن يقول: بأن الولاية العامة تثبت لكل رجل مسلم ليس ولياً خاصاً (4).

ويمكن أن يفسر الركن: بالولي الذي فقد شرط الحرية أو الذكورية؛ لأنهما شرطان مختلف فيهما (5) فالمرأة البكر البالغة العاقلة الرشيدة جعل المشرع ولايتها ولاية متعدية اختيارية، لا إجبارية، ولا قاصرة (6)، وعليه، فالإيجاب: مقسم بينها وبين وليها. ولكن الذي يتولى العقد، وينطق بالصيغة، هو الولي، وذلك لأنه هو الأصل، فولايته ثابتة له بالأصل، لا بالوكالة كما يقول الأحناف في تزويج البالغة العاقلة الرشيدة (7) ومراعاة لمن يقول من الفقهاء بأن ولايتها إجبارية وهم الجمهور (8) فإن عدم رضاها يجعل العقد فاسداً لا باطلاً، وتترتب عليه الآثار المذكورة بالمادة (16).

وأيضاً إذا زوجت نفسها بنفسها دون رضا وليها الذي جعله المشرع ركناً (9) فإنه مراعاة لمن يقول بصحة عقدها وهم الأحناف (10) فإن عدم رضا الولي يجعل العقد فاسداً لا باطلاً، وتترتب عليه الآثار المذكورة بالمادة (16). وكذلك إذا زوجت المرأة الشريفة بالولاية العامة مع وجود ولي خاص، فبالرغم من أن المشرع جعله ركناً (11) إلا أنه مراعاة لمن يقول من الفقهاء بعدم

(1) انظر الشرح الصغير ج 2 ص 357 .

(2) انظر المادة (7) الفقرة (هـ) من قانون رقم (10 لسنة 1984م) .

(3) انظر الأحكام الشرعية، لزكي الدين شعبان، ص 207.

(4) انظر الأحكام الشرعية، لزكي الدين شعبان، ص 212.

(5) انظر حاشية الدسوقي ج 2 ص 240 .

(6) انظر المواد (7، 8، 9) من قانون رقم (10 لسنة 1984م) .

(7) انظر أحكام الأسرة، لسعيد الجليدي، ج 1 ص 70، 71 .

(8) انظر أحكام الأسرة، لسعيد الجليدي، ج 1 ص 69، 70 .

(9) انظر المادة (7) من قانون رقم (10 لسنة 1984م) .

(10) انظر أحكام الأسرة ج 1 ص 62، 63 .

(11) انظر المادة (7) من قانون رقم (10 لسنة 1984م) .

اشتراط الولي لصحة النكاح (1) فإن العقد فاسد لا باطل، وتترتب عليه الآثار المذكورة بالمادة (16) إلا أن الفساد في هذه المسألة عند المالكية مشروط بعدم الطول: كالثلاث سنين، أو إنجاب ولدين في بطنين (2).

ويمكن أن يفسر الركن: بالصيغة (الإيجاب والقبول) التي فقدت شرطاً: مثل: التعبير غير الصريح أي الضمني كالكتابة أو الإشارة بدل القول للقادر على النطق، وكالتعبير بلفظ غير معتبر شرعاً، والمعاطاة. ففي هذه الحالات العقد فاسد لا باطل (3)؛ لأن من الفقهاء من يقول بأن الصيغة ليست من الأركان، فهي دليل على ماهية العقد، وليست من أجزاء ماهيته، وكونها دليلاً على ماهيته يقتضي خروجها من الأركان؛ لأن الدليل على الشيء غيره، وفي هذا يقول صاحب الروض المبهج:

وصيغة دليلها فالعد .: لها من الأركان فيه بعد

إذ الدليل غير مدلول وذا .: لنجل ابن عبد السلام فخذ (4)

والدليل يكون صريحاً، ويكون ضمناً. وعلى الرغم من أن المشرع جعلها ركناً كما في المادة (11) الفقرة (أ) من قانون رقم (10 لسنة 1984م) واشتراط أن تكون بالقول كما في الفقرة (ب، ج) من المادة السابقة، إلا أنه مراعاة لمن يقول: بأنها ليست ركناً، وأن التعبير الضمني لا يعدم الرضا؛ فإن العقد فاسد لا باطل، وتترتب عليه الآثار المذكورة بالمادة (16).

ومثل: الفصل بين الإيجاب والقبول كما في مسألة الإيصال بالنكاح في مرض الموت، ومسألة تعليق النكاح على قبول الزوج، ومسألة اشتراط خيار المجلس (5). فعلى الرغم من أن المشرع اشتراط الفورية كما في الفقرة (د) بند (3) من المادة السابقة، إلا أنه مراعاة لمن يقول من الفقهاء بعدم اشتراطها في هذه المسائل الثلاث؛ فإن العقد فاسد لا باطل وتترتب عليه الآثار المذكورة بالمادة (16).

أما مسألة الزوج أو الزوجة أو كلاهما حين يفقدان شرطاً مختلفاً فيه كالخلو من الإحرام؛ فإن العقد فاسد لا باطل عند المالكية (6) مراعاة لمن لا يشترطه من الفقهاء وهم الحنفية (7). ولكن لما لم يشترط المشرع الخلو من الإحرام فيهما وفي ولييهما فإن العقد

(1) انظر مراعاة الخلاف في المذهب المالكي ص 388 .

(2) انظر الشرح الصغير ج2 ص362 ، 358.

(3) انظر الشرح الصغير ج2 ص386 ، 387.

(4) انظر الروض المبهج ص 72 ، 73.

(5) انظر الأحكام الشرعية للهادي أبي الأصعب ص 34 ، 35.

(6) انظر الشرح الصغير ج2 ص386 ، 387.

(7) انظر مراعاة الخلاف في المذهب المالكي ص 383.

صحيح. وعليه فالخلاف الذي يراعى هو الخلاف الذي يكون بين المشرع والفقهاء وليس العكس؛ لأن مدلول الخلاف هنا هو إعمال دليل الطرف الثاني من قبل الطرف الأول وليس العكس؛ وعليه فالمشرع هو الطرف الأول، أي: هو الموضوع.

ومعنى مراعاة الخلاف هو: ((إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر))⁽¹⁾. وذلك مثل إعمال الإمام مالك دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار في لازم مدلوله الذي هو ثبوت الإرث بين الزوجين فيما إذا مات أحدهما، فالمدلول هو عدم الفسخ، وأعمل مالك في نقيضه وهو الفسخ دليلاً آخر، وهو دليل فسخه، فمذهب مالك وجوب الفسخ وثبوت الإرث، ومن خالفه يقول بعدم الفسخ⁽²⁾.

ويؤيدنا التعبير بالواو بدل (أو) في (ما اختل بعض شروطه وأركانه) لأن الواو يفهم منها الجمع في الحكم أي الاختلال يكون في الشروط والأركان معاً، وإذا كان يقصد بالأركان الإيجاب والقبول، فلا اعتبار للشروط؛ لأن العقد حين يفقد ركناً يصير باطلاً ولا آثار، حتى ولو كانت الشروط موجودة. وعليه، فلما عبر بالواو، فهم منه أن الاختلال لا بد أن يكون في الشروط والأركان معاً، وهذا لا معنى له، إلا بتفسير أن المراد بالأركان: الولاية التي فقدت شرط موافقة المحكمة، أو ولاية المحكمة لمن لا ولي له، أو الولي الذي فقد شرط الحرية أو الذكورية، أو الولي الخاص، أو الصيغة التي فقدت شرط التصريح بالقول، أو الصيغة التي فقدت شرط الفورية؛ لأن الاختلال فيها يرجع إلى الاختلال في شروط الصحة، أو شروط الأركان المختلف فيها بين المشرع والفقهاء، أو الأركان المختلف فيها بينهما أيضاً؛ لأنها تعامل معاملة شروط الصحة كما تقدم، وعليه فيجتمع الشرط والركن في عدم الوجود (الاختلال).

سادساً: خاتمة البحث

من خلال الدراسة السابقة تبين لنا أن المشرع يعني بالفساد، الفساد عند الأحناف؛ وبالتالي لم يرتب عليه أي أثر قبل الدخول، ورتب عليه بعد الدخول ما يرتبه الأحناف على العقد الفاسد دون زيادة أو نقصان.

أما بالنسبة لمعنى الشرط والركن: فإنه يقصد به الشرط والركن المختلف فيه بين الفقهاء، أو بين المشرع والفقهاء؛ لأنه لا يمكن بحال من الأحوال أن المشرع يقصد بالشروط والأركان المتفق عليها؛ وذلك لتعارضه مع الأحكام الشرعية القطعية التي لا يجوز مخالفتها، فلا حرية للمشرع ولا اختيار ولا سلطة له إلا في الأحكام الظنية فقط، فيختار منها ما يشاء، ويكون اختياره بعد ذلك قانوناً ملزماً، وهي دائرة

(1) انظر شرح حدود ابن عرفة ج2 ص 263.

(2) انظر مراعاة الخلاف في المذهب المالكي ص91.

كبيرة يستطيع أن يتحرك فيها كيف يشاء، أما دائرة القطعيات، فهي محكومة بالشريعة نصوصاً وإجمالاً، وما النص على القطعي في القانون إلا للعلم والتذكير، لا للتشريع والإلزام، وإلا فلا يحتاج على النص في مثل هذه الأحكام، وإنما يرجع إليها مباشرة، وهي مقدمة على النص المقنن؛ لأن قانون الزواج والطلاق محكوم بالشريعة كما يفهم من المادة الثانية حين قيد العقد بأنه: شرعي، أي: خاضع لأحكام الشريعة، وأيضاً من المادة الثانية والسبعين حين أحال على الشريعة تكميلاً وتفسيراً.

ومن الله وحده التوفيق والسداد

وصلي الله على سيدنا محمد الهادي للرشاد

سابعاً: مصادر البحث ومراجعته:

أولاً: الكتب

1. أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما لسعيد محمد الجلدي، المكتبة الوطنية بنغازي، الطبعة الأولى 1986م.
2. أحكام الأسرة الإسلامية لحسن حسنين، دار الآفاق العربية القاهرة، الطبعة الأولى 2001م.
3. الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية لزكي الدين شعبان، منشورات جامعة قاريونس بنغازي، الطبعة الأولى 1989م.
4. الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية للهادي إدريس أبي الأصبع، دار الكتب الوطنية بنغازي، الطبعة الأولى 1994م.
5. الإكليل في شرح مختصر خليل لمحمد الأمير، مكتبة القاهرة مصر.
6. البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن علي التسولي على تحفة الحكام لابن عاصم، دار المعرفة المغرب، الطبعة الأولى 1998م.
7. الذخيرة لشهاب الدين القرافي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى 1994م.
8. رد المحتار على الدر المختار لنجل ابن عابدين، دار الفكر بيروت 2000م.
9. الروض المبهج بشرح بستان فكر المهج في تكميل المنهج لمحمد بن أحمد ميارة، دراسة وتحقيق محمد فرج الزائدي، منشورات ELGA الطبعة الأولى 2001م.
10. الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية لعبد السلام محمد الشريف العالم، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، الطبعة الثالثة 1998م.
11. شرح السلم للملوي، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، مكتبة الجامعة الأزهرية، الطبعة الثالثة 1952م.

مجلة العلوم القانونية ————— العدد السابع 2016م

12. الشرح الصغير بحاشية الصاوي لأبي البركات أحمد الدردير، دار المعارف، القاهرة (اعتناء وتخريج وفهرسة مصطفى كمال وصفي) .
13. الشرح الكبير بحاشية الدسوقي لأبي البركات أحمد الدردير، دار إحياء الكتب العربية.
14. ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة لعبد الرحمن الميداني، دار القلم، دمشق، الطبعة الرابعة 1993م.
15. الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبه الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة 2002م.
16. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني لأحمد النفرأوي، مكتبة الحلبي مصر، الطبعة الثالثة 1955م.
17. القوانين الفقهية لمحمد بن القاسم بن جزي، دار العربية للكتاب، ليبيا وتونس 1988م.
18. كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني بحاشية العدوي لأبي الحسن الشاذلي، مكتبة الحلبي، مصر 1938م.
19. مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، لمحمد الأمين بن الشيخ، دار البحوث، دبي، الطبعة الأولى 2002م .
20. المقدمات الممهدة، لأبي الوليد محمد بن رشد، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى 1988م.
21. مقدمات في الفلسفة، لعلي عبد المعطي محمد، دار النهضة العربية، بيروت 1985م.

ثانياً: القوانين:

23. القانون رقم (176 لسنة 1972م) غير نافذ.
24. القانون رقم (18 لسنة 1973م) غير نافذ.
25. القانون رقم (10 لسنة 1984م) نافذ.
26. القانون رقم (22 لسنة 1991م) معدل.
27. القانون رقم (9 لسنة 1423م) نافذ.
28. مشروع قانون (سنة 1972م) غير نافذ.

التنظيم القانوني لحقوق الموظف العام المتقاعد

إعداد الدكتور: مفتاح خليفة عبد الحميد

أستاذ القانون العام المشارك بكلية الحقوق – جامعة بنغازي

مقدمة ..

ارتبط مفهوم الوظيفة العامة بمفهوم الدولة الحديثة ، الناتج عن زيادة واجباتها ، وتتنوع الخدمات التي تقدمها لأفراد المجتمع . فالدولة تمارس وظائفها والقيام بمهامها بواسطة موظفيها أو عمالها المدنيين ، ومن ثم يكون الموظفون أداة الدولة ، لتحقيق أهدافها العامة ؛ لأن الشخص المعنوي بطبيعته لا يمكن أن يؤدي رسالته إلا عن طريق شخص طبيعي ، يكون المعبر عن إدارته ، وهذا الشخص الطبيعي هو الموظف العام .

وقد أدركت الدول ، أهمية الدور الذي يقوم به الموظف العام في تسيير المرافق العامة ، حيث يتوقف نجاح الإدارة في تحقيق الأهداف المرسومة لها ، إلي حد بعيد ، علي مدي العناية التي تحيط بها موظفيها ، ومدي احتضانها لعناصر منتجة وخلاقة وذات كفاءة ، تؤثر المصلحة العامة علي كل ما عداها ، وتضع نصب أعينها ، انجاز العمل بأسرع وقت ممكن ، وبأقل تكلفة ممكنة وبأفضل نوعية . فالوظيفة العامة خدمة وطنية ، تناط بأهلها مجموعة عناصر من الواجبات التي يتحملها الموظف ، مقابل ما تكفل له الوظيفة من حقوق وامتيازات . سواء أثناء الخدمة أو بعد نهايتها لتضمن للموظف ولأسرته حياة كريمة ، وذلك انسجاماً مع المادة 8 من الإعلان الدستوري الصادر في 2011/8/3 التي تنص علي توفير الرعاية الصحية والضمان الاجتماعي ، وكذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي ينص في مادته (22) علي أن " لكل فرد بصفته عضواً في المجتمع الحق في الضمانة الاجتماعية " وكذلك المادة 9 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تنص علي "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل شخص في الضمان الاجتماعي بما في ذلك التأمينات الاجتماعية "

لذا فإن حقوق الموظف العام سواء أثناء عمله أم بعد تقاعده تكتسب أهميته خاصة في ليبيا ، نظرا لخطورة المسؤوليات والمهام الملقاة علي عاتقه في ظل المرحلة السياسية الراهنة ، وطموح الشعب المشروع نحو بناء دولته الديمقراطية .

وقد حرصت الدولة الليبية علي إصدار القوانين التي تحمي الموظف وتمنحه حقوقه ، منذ إعلان استقلالها في 1951 ، لتكون مرجعية قانونية واضحة لا مجال للتعسف فيها ، مما يساهم في استقرارهم بوظائفهم وشعورهم بالثقة والطمأنينة فعلاقة الموظف بالإدارة ليست علاقة أبدية ، رغم ديمومة الوظيفة العامة نفسها ، فالرابطة الوظيفية تنتهي عادة متى حال أي سبب من الأسباب الموجبة لانتهاج الخدمة التي حددها قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010 علي سبيل الحصر في المواد (42-43-172) منه .

وقد حرص المشرع الليبي علي إصدار عدة قوانين تتعلق بالضمان الاجتماعي فأصدر القانون رقم 53 لسنة 1957 حدّد فيه المشمولين بهذه الرعاية ، ثم القانون رقم 58 لسنة 1957 وقانون التقاعد العام الصادر سنة 1967 ، وأخيراً القانون رقم 13 لسنة 1980 والذي أدخلت عليه عدة تعديلات مهمة ، حددت حقوق الموظف العام بعد انتهاء خدمته ، بما يضمن حقه وأسرته في مستوى معيشي لائق يجنبه الحاجة للآخرين بعد مسيرة عمل طويلة .

وتقوم جهة الإدارة التي يعمل بها الموظف باستقطاع نسبة من مرتبه حسبما تقرر في قانون الضمان الاجتماعي رقم 13 لسنة 1980 منذ تعيينه في الوظيفة العامة ، ونسبة أخرى تتحملها جهة الإدارة وتقوم بدفعها لصندوق الضمان بشكل دوري كل نهاية شهر ، حيث تختلف هذه النسبة من موظف إلي آخر حسب درجته الوظيفية والمرتب الذي يتقاضاه ، تدفع له عند تقاعده كمعاش تقاعدي وفقاً للأسس المتبعة في قانون الضمان الاجتماعي .

أهمية الدراسة :

تبرز أهمية هذه الدراسة في أنها تلقي الضوء على حقوق الموظفين المتقاعدين بعد نهاية خدمتهم باعتبارهم شريحة كبيرة ، وتحدد القوانين التي تنظم هذه الشريحة الواسعة من الموظفين .

أهداف الدراسة :

نتطلع أن تكون هذه الدراسة إسهاماً منا في إثراء المكتبة القانونية بالمراجع المتخصصة في مجال حقوق الموظف العام المتقاعد لتعزيز الدعم القانوني للموظفين المخاطبين بأحكام قانون الضمان الاجتماعي وذلك بسبب ندرة المراجع المتخصصة والأبحاث القانونية في هذا المجال .

نطاق الدراسة :

تعنى هذه الدراسة بالمنافع النقدية التي يقدمها صندوق التقاعد للموظف العام المتقاعد فقط طبقاً لقانون الضمان الاجتماعي رقم (13) لسنة 1980م وتعديلاته ،

وبذلك يخرج عن دراستنا المعاش الأساس لفاقد العائل أو لعديمي الدخل مثل الأيتام والأرامل والعاجزين كلياً عن العمل وغيرهم .
منهج الدراسة :

سننتج في هذه الدراسة أسلوب المنهج التحليلي الوصفي من خلال تحليل نص قانون الضمان الاجتماعي ولائحة التسجيل والاشتراكات ، ولائحة المعاش الضماني للوقوف على حقوق الموظف العام المتقاعد مسترشدين بالمبادئ القانونية والأحكام القضائية الصادرة بهذا الشأن .

خطة الدراسة :

سوف تقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : القوانين التي تنظم حقوق الموظف العام المتقاعد
المبحث الثاني : الاستقطاعات التي تخصم من الموظف العام لصالح صندوق الضمان
المبحث الثالث : الاستحقاقات المالية للموظف العام المتقاعد

المبحث الأول

القوانين التي تنظم حقوق الموظف العام المتقاعد

مرت ليبيا بمرحلتين أساسيتين فيما يتعلق بتنظيم الضمان الاجتماعي :
المرحلة الأولى : قبل صدور قانون الضمان الاجتماعي رقم 13 لسنة 1980
المرحلة الثانية : بعد صدور ذلك القانون
وسوف نتناول دراسة هذه المراحل من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول

المرحلة الأولى : قبل صدور القانون رقم 13 لسنة 1980

مما لا شك أن الشعور بالطمأنينة عند الإنسان غاية أساسية منذ القدم، حيث يحاول الإنسان الابتعاد عن مواطن التهديد والخطر ، وبالتالي أصبح الشعور بالطمأنينة يرتبط بتاريخ البشرية ولا يتصور فصله عنها وعندما يصل الإنسان إلي هذا الشعور فقد وصل إلي الرفاهية .

والشعور بالطمأنينة في المجتمع هو ما يطلق عليه الأمن الاجتماعي ، وعلي وجه أدق ، فإن الأمن الاجتماعي هو شعور الأفراد في المجتمع بالطمأنينة والحماية

الاجتماعية التي يوفرها الضمان الاجتماعي بالنسبة للأخطار التي قد يتعرضون لها مثل : العجز والمرض وإصابة العمل وأمراض المهنة والشيخوخة والوفاة ، هذا هو المفهوم الذي تصبو كافة الدول المختلفة إلي تحقيقه والوصول إليه ، والأمن الاجتماعي علي هذا الأساس واحد لا يتغير ، ولكن الذي يتغير هو الوسيلة أو الأسلوب الذي تستخدمه كل دولة في سبيل الوصول إليه .

ومن هنا برز الضمان الاجتماعي كأداة هامة وفعالة وجوهرية لخلق التلاحم الاجتماعي وهو حق أساسي من حقوق الإنسان لا غني عنه ، ويؤدي دوراً هاماً في الحماية الاجتماعية ، وفي إمكان الضمان الاجتماعي من خلال الضامن الوطني والمشاركة العادلة في الأعباء ، أن يسهم في تحقيق كرامة الإنسان ، وفي المساواة، والعدالة الاجتماعية .

ولما كانت الدولة الليبية شأنها شأن الكثير من دول العالم قد عرفت قبل الضمان الاجتماعي أنظمة التقاعد والمساعدات الاجتماعية و التأمين الاجتماعي وأنها سارت نحو الضمان الاجتماعي عبر طريق نظم من الأنظمة ، وأول قانون عرفت له ليبيا هو قانون التأمين الاجتماعي رقم (53) لسنة 1957 فهذا القانون جاء علي أنقاض المؤسسة الوطنية للتأمين ضد إصابات العمل وسمي وقتئذٍ (الأيناثيل) الإيطالية ، ثم المؤسسة الوطنية للمساعدات الاجتماعية لأفريقيا الإيطالية وعرفت بـ(إياس) الإيطالية ، ثم المؤسسة الوطنية للضمان الاجتماعي والتي عرفت بـ(إيناسي) الإيطالية ، وهي مؤسسات التأمينات الاجتماعية التي كانت تعمل في ليبيا وكان نطاق عملها مدينة طرابلس فقط ، وفيما يلي نتناول أهم القوانين التي نظمت الضمان الاجتماعي وهي:

أولاً : القانون رقم (53) لسنة 1957 م تناول هذا القانون تنظيم التأمين الاجتماعي بموجب قرار رقم (3) لسنة 1959 ف الصادر عن وزير المالية بتاريخ 59/2/12 آنذاك حيث بدء العمل به تدريجياً في مدينة طرابلس بتاريخ 59/3/28م⁽¹⁾ ، ثم مدينة بنغازي بتاريخ 60/12/31 م وأخيراً مدينة سبها بتاريخ 62/12/19 م . وعلى رغم من صدوره إلا أنه لم يكن شمولياً حيث استثنى الفئات التالية من التأمين:

1. أي مؤسسة تستخدم أقل من خمسة أفراد .
2. خدم المنازل إلا إذا كانوا يعملون في مؤسسة تجارية .
3. المستخدمون الذين يشتغلون في منازلهم .
4. زوجة صاحب العمل أو زوج صاحبة العمل وأولادها ووالدها.
5. موظفو الدولة والمؤسسات العامة (المصنفين وغير المصنفين) وأفراد القوات المسلحة وقوات الشرطة .

6. الموظفون الأجانب الذين يعملون بالدولة أو مؤسسة عامة بمقتضى عقود العمل .
 7. أفراد طاقم السفن والطائرات الأجنبية خلال وجودها داخل الحدود الليبية لغير الملاحة الداخلية .
 8. الرعايا الأجانب المقيمون في ليبيا بسبب عملهم في البعثات الدولية أو الدبلوماسية أو القوات المسلحة الأجنبية .
 9. كافة المناشط الفردية .
- وكان هذا القانون يعتمد علي صرف المساعدات المالية وبشروط قاسية ، كما شدد إجراءات الحصول علي المعاشات بوضع شروط مجحفة تتحكم في مصير حياة الإنسان وعلی سبيل المثال لا الحصر :
- أ - نصت المادة (32) من القانون علي أنه لاستحقاق هذا المعاش يجب أن يكون مدفوعاً لحساب عدد (250) اشتراكاً واشترطت أن يكون من بين الاشتراكات المطلوبة (50) اشتراكاً ، علي الأقل مدفوعة في السنة والثلاثين شهراً السابقة مباشرة علي تقاعده في سن 1960 سنة أو ما بعدها.
- ب - كما حددت المادة تدرج الأعمال بجدول يبدأ من سنة 1914 إلي سنة 1934 وبدأت الاشتراكات بالنسبة لمواليد 1914 ، عدد الاشتراكات (250) اشتراك وأخذت تتدرج إلي مواليد 1934 وعدد الاشتراكات (750) اشتراكاً أي بزيادة (25) اشتراك سنوياً .
- ج - اشتراكات التأمين عن ألف أسبوع علي الأقل مدفوعة في أي وقت .

ويستحق معاش اعتلال الصحة كل مؤمن عليه إذا أصيب بعجز مستديم أفقده القدرة علي العمل بنسبة الثلثين فأكثر بحيث لم يعد قادراً بسبب هذا العجز ويدفع إليه هذا المعاش بعد انتهاء المدة التي يستحق عليها هذا المعاش إذا كان العجز غير ناشئ عن إصابة عمل وأن تكون الاشتراكات قد دفعت لحساب المؤمن عليه إلي تاريخ توقف المساعدة المالية في حالة المرض ، وهي اشتراك التأمين عن ألف أسبوع علي الأقل مدفوعة في أي وقت ، أما معاش اعتلال الصحة بسبب العجز الناشئ عن إصابة العمل فلا ينظر في استحقاقه إلي عدد الاشتراكات المدفوعة .

ثانياً : قانون التقاعد رقم (58) لسنة 1957 :

نظم هذا القانون فئة العاملين بالدولة (المصنفين) فقط والذين لهم درجات مصنفة بالملكات الوظيفية دون سواهم ، ورتب لهم حقوقاً إلا أن شروط الاستحقاق للمعاش كانت قاسية جداً يصعب معها الحصول علي المعاش⁽²⁾ .

ثالثاً : لائحة الموظفين غير المصنفين :

صدرت هذه اللائحة سنة 1964، وقد نظمت هذه اللائحة الموظفين غير المصنفين وقد عرفت بنظام الفئات وقد رتبت بعض الحقوق لهؤلاء ، لكنها تعتبر مثل سبقها من قوانين وضعت اشتراطات قاسية للحصول على أي منفعة⁽³⁾ .

رابعاً: صدرت بعد ذلك مجموعة من القوانين تنظم بقية الفئات الأخرى التي لم تنطرق إليها القوانين السابقة وهي :

1. قانون تقاعد أصحاب المناصب العامة الصادر في 59/12/24 وهو يعالج الحقوق التقاعدية لهذه الشريحة .

2. قانون التقاعد العسكري للضباط الصادر في 59/10/21 وهو يعالج الحقوق التقاعدية لضباط الجيش .

3. قانون صندوق الضمان لضباط الصف والجنود الصادر في 59/10/21 وهو يعالج الحقوق التقاعدية لهذه الفئة .

4. قانون تقاعد رجال البوليس رقم (11) لسنة 1964 وهذا القانون يعالج الحقوق التقاعدية لهذه الشريحة .

خامساً : قانون التقاعد لعام 1967 :

صدر هذا القانون في 1967/3/28م وبدأ العمل به في 67/4/1 ويسري على الفئات التالية(4) :

1. أصحاب المناصب العامة .

2. رجال القضاء والنيابة العامة.

3. أعضاء السلك الدبلوماسي والقنصلي .

4. أعضاء القوات المسلحة .

5. الموظفون المصنفون في الدولة .

6. الموظفون غير المصنفين في الهيئات والمؤسسات العامة .

علي أن يكون من بين المؤسسات التي ينطبق عليها قانون الخدمة العامة

رقم (19) لسنة 1964م والتي كان يطبق على موظفيها قانون التقاعد رقم (58) لسنة 1957م ، وهذا القانون جمع كل الشرائح التي كانت تحكم أوضاعها

التقاعدية قوانين خاصة وأصبح هذا القانون قانوناً موحداً لكل الشرائح الواردة بالمادة(1) منه . وتجدر الإشارة أن هذا القانون قد وحد الحقوق التقاعدية

للشرائح الواردة به من ناحية ، ووحدة الإدارة من ناحية أخرى ، إلا أن من وجهة نظرنا كان مجحفا فيما يتعلق بالمعاشات حيث أنه وضع شروطاً قاسية

لاستحقاق المعاشات ، وهي على سبيل المثال لا الحصر .

أ_ معاش الشيخوخة طبقاً لنص المادة (16) منه :

يحق للمنتفع عند تقاعده بعد مضي عشرين سنة من الخدمة أن يتقاضى معاشاً تقاعدياً سنوياً يحسب على أساس 50 % من مرتبه المشار إليه بالمادة (11) وتزداد هذه النسبة بواقع 2 % عن كل سنة خدمة يقضيها بعد عشرين سنة ، وإذا لم تبلغ مدة خدمة المنتفع عشرين سنة ، فيستحق مكافأة مقدرها مرتب شهر عن كل سنة خدمة من السنوات الخمس الأولى ، ومرتب شهرين عن كل سنة خدمة من السنوات الخمس التالية ، ومرتب ثلاثة أشهر عن كل سنة تزيد عن ذلك .

ب_ معاش الوفاة أو العجز أو عدم اللياقة الصحية بغير سبب الخدمة :

إذا انتهت خدمة المنتفع بسبب الوفاة أو العجز الطبي أو عدم اللياقة الصحية للعمل بغير أسباب الخدمة وكان مدة خدمته لا تقل عن (عشرة سنوات) استحق معاشاً تقاعدياً يحسب على أساس 40% من مرتبه الشهري وتزداد هذه النسبة بواقع 2% من مرتبه عن كل سنة خدمة بعد السنة العاشرة بحد أقصى لا يجاوز 80% من المرتب ، فإن قلت مدة خدمة المنتفع عن عشر سنوات استحق مكافأة مقدرها مرتب ثلاثة أشهر عن مدة خدمته ، أما فيما يتعلق بالاشتراك المفروض على المنتفع والذي يجب خصمه من مرتبه فهو 5% طبقاً لنص المادة (3) من القانون وتدفع الخزانة العامة والمؤسسات العامة التي يستفيد موظفوها بأحكام هذا القانون مبالغ لا تقل عن 5% من مجموعة المرتبات المعتمدة في ميزانيتها السنوية.

سادساً : قانون الضمان الاجتماعي رقم (72) لسنة 1973م⁽⁵⁾ :

صدر هذا القانون في 73/10/10 م وحدد في المادة (28) منه (المستفيدين) وهم :

1. مستخدمو الدولة والهيئات والمؤسسات العامة وأفراد القوات المسلحة والشرطة .
2. العاملون بعقود عمل شفهوية أو مكتوبة بالدولة في القطاعين الخاص والعام.
3. أصحاب المهن الحرة .
4. أصحاب الحرف الحرة والعاملون بمنزلهم .
5. أصحاب العمل .
6. الشيوخ والأرامل والأيتام ممن لا عائل لهم .
7. من انقطعت أو ضاقت بهم سبل العيش ولم يكن لهم من تجب عليهم نفقتهم .
8. غير الليبيين المقيمين بسبب العمل فيما عدا نظام المعاش الأساسي ورعاية الطفولة والشيخوخة والجناحات والمنحرفين ومن مميزات هذا القانون ما يلي:

○ رفع شعار الضمان الاجتماعي .

- أصبحت التشريعات الضمانية بالدولة الليبية متفقة مع المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية في تحقيق التضامن والتكامل الاجتماعي وإصلاح حال الفرد والجماعة واستلهاهما لمبادئها السمحة التي مبناهما وأساسها العدل والرحمة والإخاء ورعاية مصالح العباد والبر بهم .
 - أصبح الضمان الاجتماعي حق تكفله الدولة لجميع المواطنين وحماية المواطنين غير المقيمين بسبب العمل .
 - لم تستثنى هناك أي شريحة من شرائح المجتمع التي تزاوّل أعمالاً بالتسجيل في الضمان الاجتماعي.
 - توحدت الإدارة حيث ضم إليه التأمين الاجتماعي و أنظمة التقاعد- البر والمساعدات الاجتماعية.
- سابعاً : قانون رقم 43 لسنة 1974 بشأن تقاعد العسكريين :**
صدر هذا القانون في 7/7/27 ف وأستهدف شريحة العسكريين بالقوات المسلحة ورتب لهم حقوقاً ضمانية خاصة كفلها هذا القانون .

المطلب الثاني

المرحلة الثانية : بعد صدور القانون رقم 13 لسنة 1980م

لقد خطت ليبيا خطوة عملاقة نحو تحقيق العدالة الاجتماعية عندما أصدرت القانون رقم (72) سنة 1973 م فكان ذلك إيذاناً بعمل كبير وعظيم يدعم كيان الدولة ويوطد أركانها ويحقق فيها الأمن والرعاية للأسرة والدعم والحماية للمواطنين وللعاملين من غير الليبيين حتى يسود في المجتمع الاطمئنان والتراحم والتضامن والتكافل وتزيد فيه طاقات الإنتاج .

إلا أن الدولة رأت أن هذا القانون لم يحقق ما تصبو إليه من النهضة الاجتماعية وهو في حاجة إلي إدخال تعديلات عليه ، فارتأت ضرورة تشكيل لجان فنية متخصصة لدراسة هذا القانون وإحداث تغييرات هامة ، وذلك من خلال اهتمامها الكبير بمبدأ الضمان الاجتماعي الذي اعتبرته ركناً هاماً من أركان النهضة الاجتماعية وفي هذا الإطار فرغت هذه اللجان ووضعت صيغة وأعمالاً جديدة لقانون الضمان الاجتماعي بعد ثم إقرار هذا القانون من الجهة التشريعية و صدر بتاريخ 1980/1/6م.

وبذلك أصبح هذا القانون نقطة مضيئة من ضمن النقاط العديدة والكثيرة التي لا يمكن حصرها ، أعادت للإنسان كرامته ووفرت له الحماية الاجتماعية بين

كافة أنواع المخاطر وأنه يتميز بالشمولية والوحدة ويطبق مبدأ عدم التفرقة بين المواطنين المقيمين بالدولة .

وعلى الصعيد العربي أقر المؤتمر العام لمنظمة العمل العربية في سنة 1970م اتفاقية عربية بشأن وضع بعض المستويات الأساسية المتعارف عليها دولياً للأخذ بها كحد أدنى في تشريعات التأمينات الاجتماعية بالدول العربية ، حيث أوجبت أن يشمل التشريع الوطني فرعين اثنين على الأقل من فروع التأمينات الاجتماعية الآتية :

1. إصابات العمل.
2. الشيخوخة.
3. المرض.
4. الوفاة.
5. الأمومة.
6. البطالة.
7. العجز .
8. المنافع العائلية .

بالتالي يتضح أن قانون الضمان الاجتماعي رقم (13) لسنة 1980 قد غطي كافة المستويات سواء الواردة من منظمة العمل الدولية أو المنظمة العمل العربية ، مما يدل على أن هذا القانون جاء منسجماً والشريعة الإسلامية لأنه يستهدف مبدأ التضامن والتراحم والبر والتكافل وسد حاجة العجز وتقرير حق المحروم في مال الدولة يتقاضاه بحكم الشرع والقانون⁽⁶⁾ .

كما أنه يشمل كل فرد في الدولة علي أداء واجبه وممارسة عمله وعلى مواصلة البذل والعطاء والإنتاج علي أن تظله مظلة الضمان الاجتماعي أينما كان حتى إذا أدرك نهاية المطاف بأن انتهت خدماته وأعماله ببلوغ السن المحددة أو سقط عاجزاً عن العمل أو الخدمة كفلت له الدولة حقوقه بمرتب مناسب يعيش منه لبقية حياته .

كما أنه يخول المضمونين في المجتمع الجديد معاشات دائمة لا مكافآت مقطوعة ولا إعانات إجمالية كما أنه يبسر مدة العمل والخدمة جميعاً لمصلحة المضمون وضم مدة العمل والخدمة السابقة أضف إلى ذلك أنه يراعي مبدأ التلازم بين ما يعطيه المضمون المشترك من اشتراكات وبين ما يتقاضاه من منافع .

وقد أدخلت عدة تعديلات علي القانون رقم 13 لسنة 1980 منها :

1. القانون رقم 8 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قانون الضمان الاجتماعي وحيث أضاف هذا التعديل مادة جديدة تحت رقم 16 مكرر يتعلق بجواز جمع

- أصحاب المعاشات المستحقة وفقاً لقانون التقاعد أن يجمعوا بين معاشاتهم وبين أي دخل آخر ، إضافة إلى جواز طلب التقاعد المبكر متى بلغت خدمته عشرون عاماً .
2. القانون رقم 14 لسنة 1986 بتعديل بعض أحكام قانون الضمان الاجتماعي الذي استبدل نص المادة 13 بمادة جديدة تتعلق بسن الإحالة إلى التقاعد وهي 65 سنة بالنسبة للرجال و60 سنة بالنسبة للنساء .
3. القانون رقم 1991 بشأن تعديل بعض أحكام قانون الضمان الاجتماعي يتعلق بكيفية إدارة الصندوق وصلاحياته .
4. القانون رقم 5 لسنة 2013 بتعديل بعض أحكام قانون الضمان الاجتماعي بإضافة مادة جديدة تحت رقم 21 مكرر بحيث إذ زادت مرتبات العاملين بالدولة زيد معاش المتقاعدين منهم بذات النسبة التي يزداد بها المرتب المقابل لدرجة صاحب المعاش عند التقاعد .
- إضافة إلى لائحة معاشات الضمان الاجتماعي الصادر بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة سابقاً رقم 669 لسنة 1980 واللائحة المالية لصندوق الضمان الاجتماعي الصادر بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم 176 لسنة 1988 ولائحة التسجيل والاشتراكات الصادر بقرار اللجنة الشعبية العامة سابقاً بتاريخ 1980/11/24 .

المبحث الثاني

الاستقطاعات التي تخصم من الموظف العام لصالح صندوق الضمان

نظمت لائحة التسجيل والاشتراكات والتفتيش الصادر بقرار اللجنة الشعبية العامة سابقاً رقم 17 لسنة 1980 بشكل دقيق تحديد الاشتراكات المفروضة علي المشترك⁽⁷⁾ الذي ينتفع بقانون الضمان الاجتماعي رقم 13 لسنة 1980 ، إضافة إلى كيفية أداء هذه الاشتراكات وسوف نتناول دراسة هذا المبحث من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول

تحديد اشتراك المشترك

تناولت لائحة التسجيل اشتراكات المبالغ النقدية المفروضة على فئة المشتركين في مقابل المنافع النقدية التي يتحصلون عليها عند الإحالة إلى التقاعد وسوف نتناول شرحها علي النحو الآتي:

أولاً : اشتراك المعاش :

وهو اشتراك واحد يفرض بالنسبة إلى جميع فئات المشتركين مقابل معاشات الشيخوخة والعجز بسبب إصابة العمل . والعجز الكلي لغير إصابة العمل ، ومعاشات الوراثة ، والمنح المقطوعة ، وقد حددت قيمة هذه الاشتراك بعشرة ونصف في المائة طبقاً لنص المادة 29 من لائحة التسجيل والاشتراكات(8) .

ثانياً : اشتراك المساعدات :

ويفرض بالنسبة إلى فئة المشتركين العاملين لحساب أنفسهم في مقابل المنافع النقدية قصيرة الأمد التي تستحق لهم ، وقد حدد قيمة هذا الاشتراك بواحد ونصف في المائة .

ثالثاً : اشتراك الرعاية الصحية :

ويفرض بالنسبة لجميع فئات المشتركين وينقسم إلى قسمين :

القسم الأول : مقابل خدمات الرعاية الصحية النوعية التي يقدمها صندوق الضمان الاجتماعي للمشاركين ، وقد حدد بواحد في المائة .

القسم الثاني : مقابل الخدمات الطبية الأساسية التي تقدمها وزارة الصحة للمشاركين وأفراد أسرهم وقد حدد باثنين ونصف في المائة .

أما عن دخل الشريك في الإنتاج فقد حددت لائحة التسجيل والاشتراكات في المادة 30 هذا الدخل ، حيث حددت الاشتراكات بالنسبة إلى الشركاء في المنشآت الإنتاجية على أساس دخل مفترض يختاره الشريك من بين قائمة الدخل المفترضة الآتية :

150 ديناراً شهرياً ، 200 ديناراً شهرياً ، 250 ديناراً شهرياً ، 300 ديناراً شهرياً 350 ديناراً شهرياً ، 400 ديناراً شهرياً ، 450 ديناراً شهرياً ، 500 ديناراً شهرياً 550 ديناراً شهرياً ، 600 ديناراً شهرياً ، ويخضع اختيار الشريك للدخل المفترض لموافقة المنشأة الإنتاجية واعتماد فرع الصندوق المختص "فرع الصندوق في كل بلدية" ، ويراعي أن يتناسب الدخل المفترض الذي يتم اختياره مع النصيب من الأرباح الصافية للمنشأة الذي يتوقع حصوله عليه ، وعلى ألا يتعدى الحد الأعلى المقرر للدخل المفترض(9) ، وفيما يتعلق بدخل العامل لحساب نفسه فقد تناولت المادة 31 من لائحة التسجيل توضيحه ، حيث حددت الاشتراكات ، فيما يتعلق بالعاملين لحساب أنفسهم ، على أساس دخل مفترض يختاره المشترك من بين قائمة الدخل المفترضة الآتية :

150 ديناراً شهرياً ، 200 ديناراً شهرياً ، 250 ديناراً شهرياً ، 300 ديناراً شهرياً 350 ديناراً شهرياً ، 400 ديناراً شهرياً ، 450 ديناراً شهرياً ، 500 ديناراً شهرياً 550 ديناراً ، 600 ديناراً شهرياً ؛ ويخضع اختيار الشريك للدخل

المفترض لاعتماد فرع الصندوق المختص ويراعى أن يتناسب ذلك الدخل المفترض مع دخله الصافي الفعلي ، وتحدد بقرار من اللجنة الإدارية لصندوق الضمان شرائح الدخل المفترضة لكافة المهن والحرف والأنشطة المختلفة بحد أدنى ، وحد أقصى لكل حرفة أو نشاط في حدود أحكام هذه المادة ، وذلك بالتنسيق مع وزارة العمل .

ضوابط اختيار الدخل المفترض :

عندما يتم اختيار الدخل المفترض هناك مؤشرات يهتدي بها كعوامل لتحديد ذلك الدخل وهي :

1. رأس مال المنشأة .
 2. حجم أعمالها وأنشطتها وميزانيتها التقديرية .
 3. حساب الأرباح والخسائر في السنة أو السنوات الماضية .
 4. الضرائب المدفوعة عن دخلها في السنوات المذكورة .
- وإذا قامت لدى فرع الصندوق المختص دلائل قوية على عدم صحة الدخل المفترض الذي اختاره المشترك ، فيعدل الدخل بقرار مسبب من جانبه ويحدد الاشتراكات على أساس ما ورد بهذا القرار ، ويضل هذا القرار سارياً ما لم يلغى أو يعدل بقرار من لجنة المنازعات المختصة وفقاً للقانون ومتى تم اختيار الدخل المفترض فإنه يضل مستقراً لمدة سنة على الأقل ، ولا يجوز تغيير خلال هذه المدة، وتتبع في شأن طلب تغيير الدخل المفترض بعد هذه المدة ذات القواعد المقررة في ذلك ، ويسري العمل بالدخل المفترض المعدل اعتباراً من أول السنة الميلادية التالية لقبول طلب التغيير .

المقصود بالمرتب والمزايا العينية في قانون الضمان الاجتماعي :

أولاً : المرتب

يقصد بالمرتب الذي يستحقه الاشتراك فيما يتعلق بالموظفين الوارد بينهم بالمادة (5) من هذه لائحة التسجيل والاشتراكات المرتب الفعلي وهو المرتب الأساسي للموظف المشترك أي أول مربوط درجته وما يستحقه في هذه الدرجة من علاوات سنوية وتشجيعية وعلاوة ترقية ، مضافاً إلى ذلك ما يستحق له من علاوة السكن ، وعلاوة العائلة وسائر العلاوات والبدلات والمزايا المالية الأخرى ذات الصفة المستقرة الثابتة المنتظمة التي يحددها صندوق الضمان ، وتراعى بالنسبة لبدل العمل الإضافي الذي يتقاضاه الموظف متى توفرت له صفة الثبات والاستقرار لمدة ستة أشهر على الأقل خلال السنة الميلادية الواحدة ، أحكام التشريعات المنظمة لبدل العمل الإضافي ، وفي حالة تخصيص مسكن للموظف من جانب جهة العمل

تقدر هذه الميزة العينية بقيمة علاوة السكن التي كانت تستحق له لو لم يخصص له ذلك المسكن ، ولا يشمل المرتب المبالغ التي يتقاضاها الموظف عوضاً عن نفقات فعلية كبذل السفر وعلاوة المبيت وما في حكمها .

وتجدر الإشارة إلى أن محكمتنا العليا في حكمها بتاريخ 1999/3/21 م ، أكدت على أن علاوة النذب تدخل في حساب المرتب التقاعدي حيث ورد في الحكم: " المزايا المالية التي تدخل في حساب المرتب الفعلي الذي يستحق عنه الاشتراك للموظف ، ومن بينها علاوة النذب ، ومن المقرر أن المرتب الذي تحسب علي أساسه اشتراكات الموظفين هو نفسه الذي يسوى على أساسه المعاش الضماني ، ومن ثم فإن علاوة النذب تدخل ضمن المزايا المالية التي يسوى على أساسها المعاشات الضمانية" (10) .

أما عن أجر العامل بمقتضى عقد عمل :

يقصد بالأجر الذي يستحق عنه الاشتراك فيما يتعلق بالعاملين بعقود عمل الوارد بينهم في المادتين (6-7) من هذه اللائحة الأجر الفعلي وهو كل ما يستحق العامل المشترك لقاء عمله من مقابل نقدي أو عيني أياً كانت الفترة التي يستحق عنها .

ويشمل ذلك الأجر الأساسي للعامل مضافاً إليه ما يتقاضاه في مقابل الإسكان ومقابل الأعباء العائلية والعلاوات والبدلات والمزايا الآتية ذات الصفة المستقرة والثابتة والمنتظمة وهي (11) :

- البدلات النقدية عن الأعمال الخطرة أو شبة الخطرة أو الضارة بالصحة.
- المكافآت والمنح وغيرها من المبالغ التي تعطي مقابل نشاطه أو جزاء أمانته أو كفايته متى كانت مقرررة في عقد العمل أو اللوائح والأنظمة أو جري العمل بمنحها .
- نصيب العامل في الأرباح .
- العلاوات التي تصرف بسبب غلاء المعيشة .
- المزايا العينية التي تقدم للعاملين .
- ما يحصل عليه العاملون بالفنادق والمطاعم والمقاهي وغيرها من المحال العامة من هبات من غير صاحب العمل إذا تضمن عقد العمل أو لوائح وأنظمة العمل قواعد لضبطها .
- بدل العمل الإضافي متى كانت له صفة الثبات والاستقرار لمدة ستة أشهر على الأقل خلال السنة الميلادية الواحدة مع مراعاة أحكام التشريعات المنظمة لبذل العمل الإضافي ، وهذا ما أكدته محكمتنا العليا في حكمها بتاريخ 1999/4/25

الذي أكد على أن : " العمل الإضافي يدخل في حساب المعاش الضماني عند التقاعد "(12) ، ولا يشمل الأجر ما يتقاضاه العامل من مبالغ عوضاً عن نفقات فعلية كبذل السفر وعلاوة المبيت وما في حكمها ، ويتم احتساب الاشتراك الضماني بالنسبة للعاملين الوطنيين في الشركات الأجنبية وجهات العمل غير الوطنية وفقاً لأحكام القوانين النافذة .

ثانياً : المزايا العينية :

تقدرا المزايا العينية التي تقدم كأجور للعمال بقيمتها ، على أنه إذا كانت هذه المزايا طعاماً أو مسكناً فيكون تقديرها على الوجه الآتي :

[1] الطعام :

- وجبة رئيسية واحدة في اليوم : تقدر بنصف دينار يومياً .
- وجبتان رئيسيتان أو أكثر في اليوم : تقدر بدينار واحد يومياً .

[2] المسكن :

ويقدر بقيمة علاوة السكن التي تستحق لعامل مماثل له في الأجر من العاملين الخاضعين لنظام علاوة السكن ، وتحدد الأسس والقواعد والضوابط التي تنظم ميزة علاوة السكن للمضمونين المشتركين بقرار من صندوق التقاعد .

ثالثاً : الأجر بالقطعة أو بالإنتاج :

إذا كان العامل بعقد يتقاضى أجره بالقطعة أو على أساس الإنتاج أو مقابل عمولة تتحدد بحجم المبيعات أو هبة من العملاء أو بالساعة ، فيحسب أجره على أساس متوسط ما يتقاضاه عن مدة عمله في الأشهر الثلاثة الأخيرة ، وبالنسبة إلى العاملين الجدد يؤخذ متوسط أجر عامل مماثل أساساً للحساب ، أما عن تقدير الأجر ، فإنه إذا لم تقر جهة العمل بالأجر الفعلي للعامل بعقد أو لم يقتنع فرع الصندوق المختص بما حصل الإقرار به ، فيتولى هذا الفرع تقدير الأجر وحساب الاشتراك على أساسه .

رابعاً : حالة الجمع بين عدة أعمال أو خدمات :

إذا كان المشترك يعمل لدى أكثر من جهة عمل أو خدمة وسجل طبقاً للمادة (12) فقرة "2" من لائحة التسجيل والاشتراكات فإن ما يتحصل عليه من دخل أو أجر أو مرتب من غير جهة عمله الأصلية يحسب ضمن الوعاء الضماني في حدود

50 % من أجره أو مرتبه الأساسي دون علاوات ، فإذا كان المشترك عاملاً لحساب نفسه وسجل طبقاً للمادة (13) من هذه لائحة التسجيل والاشتراكات بهذه الصفة وقام بعدة أنشطة أخرى فإن ما يحصل عليه من دخل ، تطبيق بشأنها أحكام الفقرة (أ) من المادة 39 من لائحة التسجيل والاشتراكات ، وفي جميع الأحوال تراعى التشريعات الخاصة بمزاولة الحرف والمهن والأنشطة المختلفة إلى جانب العمل الأصلي .

تحديد الوعاء الإجمالي للاشتراك :

يحسب كل اشتراك بنسبة مئوية من المرتب الفعلي أو الأجر الفعلي أو الدخل المفترض على النحو السالف بيانه وذلك قبل استئصال أية استقطاعات تجرى عليه كالضرائب والرسوم وقبل خصم الديون والأقساط المستحقة على المشترك والاستقطاعات الأخرى بسبب الجزاءات أو الغرامات أو الخصم مقابل أيام الغياب أو ساعات التأخير أو لغير ذلك من الأسباب التي دعت إلي خفض الأجر أو الضرائب أو الدخل وذلك مع مراعاة حكم المادة 34 من لائحة التسجيل والاشتراكات .

وتجدر الإشارة أن الشهر هو الوحدة الزمنية للاشتراك ، حيث تكون العبرة في تحديد الاشتراك في جميع الأحوال بما يستحق للمشارك في كل شهر من أجر فعلي أو مرتب فعلي أو بدخله المفترض عن شهر ، وذلك سواء كان يحصل عليه فعلاً يومياً أو أسبوعياً أو شهرياً أو سنوياً أو كان يستحقه عن أية وحدة زمنية أخرى، ويقصد بالشهر في هذا الخصوص الشهر بحسب التقويم الميلادي.

ويستحق الاشتراك عن الشهر الذي يبدأ فيه المشترك العمل أو الخدمة وكذلك عن الشهر الذي ينتهي فيه عمله أو خدمته وذلك على أساس نسبة أسهام العمل أو الخدمة الفعلية لذلك المشترك في الشهر المذكور إلي مدة شهر كامل ، وفي حالة انتقال المشترك من جهة عمل أو خدمة أخرى تحسب الاشتراكات المستحقة عن عمله أو خدمته على أساس المدة الفعلية التي قضاها في كل جهة منها .

فقد الأجر بسبب المرض أو الإصابة أو الوقف عن العمل (13) :

إذا فقد المشترك كامل أجره أو مرتبه أو دخله لمدة معينة بسبب المرض أو إصابة العمل أو الولادة فيعفى من أداء حصته من الاشتراك عن المدة المذكورة ، على أن تعتبر هذه المدة كما لو كنت مسددة عنها الاشتراكات بالكامل وذلك فيما عدا اشتراك المساعدات ، فإذا كان فقد الأجر أو المرتب أو الدخل جزئياً فيعفى من أداء الاشتراك عن القدر الذي فقده ، ولا يحول دون استحقاق الاشتراك الضماني كاملاً

وقف المشترك عن العمل أو الخدمة دون مرتب أو اجر أو دخل ، أو بمرتب أو أجر أو دخل منخفض أو حرمانه كلياً أو جزئياً من مرتبه أو أجره أو دخله بمقتضى أنظمة العمل أو الخدمة أو نقص مرتبه أو أجره أو دخله بسبب الخصم أو الجزاءات أو الاستقطاعات أياً كانت ، ويبقى قائماً في هذه الحالات التزام جهة العمل أو الخدمة بأداء حصة المشترك في الاشتراك نيابة عنه على أن تعتبر هذه الحصة المؤدا عنه في حكم القرض الذي يلتزم المشترك بالوفاء به لجهة العمل أو الخدمة وفقاً للأنظمة المعمول بها فيها .

كيفية احتساب الاشتراك في حالة النذب والإعارة والدراسة طبقاً للائحة التسجيل والاشتراكات:

ويكون الاشتراك الضماني مستحقاً في حالة إعارة المشترك أو نذبه للعمل بجهة أخرى داخل الدولة على أساس ما يتقاضاه من مرتب أو أجر ومزايا مالية مقررّة من جهة عمله المنتدب أو المعار إليها وذلك طيلة فترة النذب أو الإعارة ، يكون الاشتراك الضماني مستحقاً في حالة إعارة المشترك أو نذبه أو تكليفه بالعمل خارج الدولة أو إيفاده في بعثة دراسية أو دورة تدريبية أو الاستدعاء للخدمة العسكرية أو الوطنية على أساس المرتب أو الأجر الذي كان يستحق له من جهة عمله الأصلية مضافاً إليه الترقّيات والعلاوات الدورية التي تستحق له ، وتلتزم الجهة التي يصرف منها مرتبه أو أجره أو دخله في هذه الحالات بأداء حصتها من الاشتراك بوصفها جهة عمل أو خدمة أو أداء حصة المشترك نيابة عنه ، ويظل الاشتراك الضماني مستحقاً في الحالات التي لا يستحق فيها للمشارك أجر أو مرتب أو دخل الدولة بسبب إجازة دراسية أو إعارة أو إجازة خاصة ، ويحتسب الاشتراك في هذه الحالات على أساس آخر مرتب أو أجر أساسي يتقاضاه مضافاً إليه علاوات السكن والعائلة ، وتستمر جهة العمل أو الخدمة في أداء حصتها من الاشتراك وحصة المشترك نيابة عنه مع مراعاة الفقرة (ب) من المادة (44) من لائحة التسجيل والاشتراكات .

المطلب الثاني

كيفية أداء الاشتراكات

فإن أداء الاشتراكات إلزامياً وذلك فيما يتعلق بجميع أفراد فئات المضمونين المشتركين ما قرره القانون المذكور ، ويستمر الالتزام بأداء الاشتراك طوال مدة خدمة المشترك أو عمله وحتى تاريخ انتهاء الخدمة أو العمل ، وذلك مع مراعاة أنه يتعين وقف اقتطاع اشتراك المعاش من مرتب المشترك أو أجره أو دخله ابتداء من

التاريخ الذي تخوله فيه مده خدمته أو عمله المحسوبة الحد الأقصى للمعاش وذلك وفقاً لنص الفقرة (ج) من المادة (14) من قانون الضمان الاجتماعي⁽¹⁴⁾ .

الجهات الملزمة بأداء الاشتراك :

تلتزم بأداء الاشتراكات الضمانية الجهات الآتية :

• **الشركات الإنتاجية :**

تلتزم بأداء 100 % من الاشتراكات التي تستحق عن الشركاء فيها وذلك خصماً من نصيب الشركاء في دخل المنشآت .

• **الخزانة العامة :**

وتلتزم بأداء 5% من الاشتراكات التي تستحق عن المشتركين من الموظفين والعاملين لدى الجهات الوطنية ولحساب أنفسهم .

• **جهات العمل الوطنية :**

تلتزم بأداء 70 % من الاشتراكات التي تستحق عن المشتركين من الموظفين والعاملين لديها كما تلتزم هذه الجهات بأن تؤدي نيابة عن هؤلاء الموظفين والعاملين الحصة التي يتحملونها وقدرها 25 % من الاشتراكات المستحقة عنهم .

• **جهات العمل غير الوطنية :**

وتلتزم بأداء 75 % من الاشتراكات التي تستحق عن المشتركين من العاملين لديها كما تلتزم هذه الجهات بأن تؤدي نيابة عن هؤلاء العاملين الحصة التي يتحملونها وقدرها 25 % من الاشتراكات المستحقة عنهم .

• **العاملون لحساب أنفسهم :**

يلتزمون بأداء 95 % من الاشتراكات التي تستحق عنهم وتكون كل جهة من الجهات سالفة الذكر هي المخاطبة بأحكام قانون الضمان الاجتماعي وأحكام لائحة التسجيل والاشتراكات باعتبارها الملزم بأداء الاشتراكات قانوناً ، و إذا كان المشترك يعمل أو يخدم لدى أكثر من جهة عمل فيكون علي كل جهة منها أن تؤدي ما تلتزم بأدائه من الاشتراكات عنه بحسب الأجر أو المرتب الذي يتقاضاه فيها .

أما بشأن حصة الخزانة العامة ، والتي تقدر 5 % من الاشتراكات المستحقة عن المشتركين من الموظفين أو العاملين لدى جهات عمل وطنية والعاملين لحساب أنفسهم ، تدفع بطريق التحويل مباشرة من وزارة المالية إلى حساب صندوق الضمان الاجتماعي بالمصرف ، خلال مدة لا تجاوز العشرة أيام الأولى من الشهر الميلادي التالي لتاريخ المطالبة .

وتلتزم جهات الخدمة والعمل بالآتي⁽¹⁵⁾ :

1. علي كل جهة من جهات الخدمة أو العمل سواء كانت عامة أو خاصة، بما في ذلك الوزارات والمصالح والإدارات العامة والأجهزة العامة القائمة بذاتها والهيئات والمؤسسات العامة والبلديات والمنشآت والشركات الوطنية والأجنبية وأصحاب الأعمال ، أن تستقطع من مرتبات وأجور الموظفين والعاملون جهة الضمان الاجتماعي وقدرها 25 % من الاشتراكات المستحقة عنهم ، وعليها أن تؤدي شهرياً هذه الحصة بالإضافة إلى الحصة التي تلتزم بها وقدرها 70% أو 75 % من الاشتراك المستحق حسب الأحوال إلى فرع الصندوق المختص بالبلدية الذي يقع بدائرتة مقر العمل أو الخدمة وذلك لحساب صندوق التقاعد .
2. فإذا كان لجهة العمل أو الخدمة أكثر من مقر أو كان لها مقر رئيسي ومقر فرعية فيتعين أداء الاشتراكات المتعلقة بالموظفين والعاملين في كل فرع الصندوق المختص بالبلدية الكائن بدائرتة كل مقر أو فرع علي حدة ، وذلك لحساب الصندوق .
3. وفي الحالات التي يكون فيها أجور العاملين كلها مما تدفقه غير جهة العمل ، يلتزم هؤلاء العاملون بأداء حصتهم من الاشتراك وقدرها 25 % ، وتلتزم جهة العمل بأداء الحصة التي تتحمل بها من الاشتراك وفقاً لأحكام لائحة التسجيل .
4. على كل مشترك من العاملين لحساب أنفسهم أن يؤدي شهرياً حصته في الاشتراك المستحق عنه وقدرها 95 % منه ، إلى فرع الصندوق المختص بالبلدية الذي يقع بدائرة اختصاصه مقر عمله أو نشاطه وذلك لحساب صندوق الضمان الاجتماعي .

مواعيد استحقاق الاشتراكات الضمانية(16):

1. يستحق الاشتراك المتعلق بكل شهر ميلادي في اليوم الأول من الشهر الميلادي التالي له مباشرة ويكون الاشتراك واجب الأداء شهرياً فور استحقاقه
2. على كل من يلتزم بأداء الاشتراك كله أو حصته منه أن يبادر إلي الأداء في اليوم الأول من الشهر المذكور أو على الأكثر في ميعاد لا يجاوز – بأي حال – اليوم العاشر ، وألا استحققت عليه غرامة التأخير فضلاً عن الجزاءات القانونية الأخرى ، وعلي أنه يجوز لفرع الصندوق المختص أن يقبل أداء المشترك العامل لحساب نفسه حصته من الاشتراك المستحق مقدماً ، يكون أداء الاشتراكات في جميع الأحوال بطريق الأداء مباشرة لحساب صندوق التقاعد بإحدى الوسائل الآتية :

- بالدفع إلي فرع الصندوق المختص نقداً أو بصك معتمد من أحد المصارف العاملة بالدولة وذلك لحساب الصندوق .
 - بالإيداع لحساب الصندوق بأحد المصارف .
3. على الملزم بالأداء أن يقدم إلي الموظف المكلف بمراجعة التحصيل بفرع الصندوق المختص خلال عشرة أيام على الأكثر من تاريخ الدفع أو الإيداع إيصال التوريد أو قسيمة الدفع وصوره من الاستمارة المعدة لهذا الغرض ، ويقوم الموظف المذكور بختم إيصال التوريد أو قسيمة الدفع بعد مراجعته أو التثبت من مطابقة المبلغ المدفوع لمستحقات صندوق الضمان ، كما يختم صورة الاستمارة المذكورة ويعيدها لصاحب الشأن ، ويتحدد تاريخ أداء الاشتراكات بتاريخ إيصال التوريد (أو قسيمة الدفع) أو تاريخ تسليم الصك أو تاريخ إيداع المبلغ لحساب صندوق الضمان في المصرف .

المبحث الثالث

الاستحقاقات المالية للموظف العام المتقاعد

يعتبر التقاعد مركزاً تنظيمياً ، يضمن حقوق للموظف المتقاعد مقابل الاستقطاعات الشهرية التي دفعها لإدارة التقاعد ، ويستفيد المتقاعد من هذه الحقوق طيلة حياته والمعاليين من بعده ، وهذه الحقوق نظمها المشرع في قوانين التقاعد المختلفة، وتتمثل في التزام إدارة التقاعد بصرف منحه ومصاريف الجنازة في حالة الوفاة ، وتعطي هذه النفقات إلى من يثبت قيامه بدفعها ، كما تتمثل بدفع راتب شهرياً للموظف المتقاعد ليضمن له حياة كريمة بعد فترة طويلة من العطاء للدولة ، وسوف نتناول دراسة هذا المبحث من خلال المطالبين الآتيين حيث تخصص :

المطلب الأول

حق الموظف العام في المعاش لبلوغه سن التقاعد

يستحق الموظف العام معاشاً تقاعدياً في حالة انتهاء خدمته الوظيفية لأحد الأسباب التي حددتها المادة 13 من القانون رقم 13 لسنة 1980 المعدلة بالقانون 14 لسنة 1986 ، إذا كان مستوفياً لشروط استحقاق المعاش ، فالمعاش هو حق مالي نسبي يستمده المؤمن عليه من القانون مباشرة بمجرد انتهاء خدمته حيث ينشأ له هذا الحق بقوة القانون دون توقف ذلك على إرادة الإدارة .

وتنتهي مدة خدمة أو عمل كل من الموظفين المشتركين لبلوغه سن انتهاء العمل أو الخدمة بحسب ما هو منصوص عليه في الفقرة ب من المادة 13 من

قانون الضمان الاجتماعي المعدلة بالقانون رقم (14) لسنة 1986 ، وهي 65 سنة ميلادية كاملة بالنسبة للرجال الذين يقومون بالأعمال والوظائف العادية ، و60 سنة ميلادية بالنسبة للنساء والرجال العاملين في الأعمال أو الصناعات المضرة بالصحة، وكذلك الرجال الذين يرغبون في الإحالة للمعاش قبل بلوغهم سن التقاعد بشرط موافقة جهة عمله الأصلية بناءً على طلب كتابي منه.

وقد حددت المادة 43 من القانون رقم 12 لسنة 2010 بشأن علاقات العمل سن إنهاء خدمة الموظف حيث نصت على :- " أن تنتهي خدمة العامل أو الموظف ببلوغه سن 65 سنة شمسية من الرجال و60 سنة شمسية من النساء وللعاملين في الأعمال أو الصناعات المضرة بالصحة والتي تحددها اللوائح ذات العلاقة "(17) ، كما حدد قانون التعليم رقم 18 لسنة 2010 سن إحالة أعضاء هيئة التدريس للتقاعد وهي 68 سنة ميلادية ، وأخيراً نص القانون رقم 33 لسنة 2012 بشأن تعديل أحكام القانون رقم 6 لسنة 1982 بإعادة تنظيم المحكمة العليا :- "بأن يحال رئيس ومستشاري المحكمة العليا على المعاش ببلوغهم سنة 65 سنة ميلادية ويجوز بناءً على طلب صاحب الشأن وموافقة الجمعية العمومية للمحكمة وباقتراح ساري ويقر فيها أن تمد خدمته مدة أو مدد حتى بلوغ سن السبعين" أما أفراد الشرطة وحرس الجمارك والحرس البلدي فأن خدمتهم تنتهي وفقاً للآتي:

1. تنتهي ببلوغ سن الستين سنة ميلادية كاملة خدمة الضباط من رتب لواء وعميد وعقيد ومقدم ورائد .
2. وتنتهي ببلوغ سن الخامسة والخمسين سنة ميلادية كاملة خدمة الضباط من رتب نقيب ، وملازم أول ، وملازم .
3. وتنتهي ببلوغ سن الخمسين سنة ميلادية كاملة خدمة ضباط الصف والأفراد .
4. كل ذلك ما لم تمد مدة الخدمة وفقاً لقانون الشرطة أو لقانون حرس الجمارك .

كما قام المشرع بإصدار القانون 5 لسنة 2013 بإضافة حكم إلى القانون رقم 13 لسنة 1980 بشأن الضمان الاجتماعي لمواجهة أعباء العيشة وازدياد الأسعار حيث أضاف مادة جديدة لقانون الضمان الاجتماعي تحت رقم 21 مكرر نصت على أن : "إذا زيدت مرتبات العاملين بالدولة زيد معاش المتقاعدين بذات النسبة التي يزداد بها المرتب المقابل لدرجة صاحب المعاش عند التقاعد "

".. كما يجوز لأي من العاملين الخاضعين لأحكام قانون الخدمة المدنية متى بلغت مدة عمله أو خدمته المحسوبة عشرين سنة أن يطلب وان لم يكن قد بلغ سن الشيخوخة المبينة في المادة 13 من قانون الضمان الاجتماعي أن يطلب إحالة للتقاعد المبكر ، ويتقاضى في هذه الحالة معاشاً ضمانياً يسوي طبقاً لأحكام المادة من قانون الضمان الاجتماعي) ، وتنتهي خدمة رجال الحرس البلدي وفقاً لما ينص

عليه قانون الحرس البلدي رقم (30) لسنة 1977 م ومعادلة وظائف الحرس البلدي برتب رجال الشرطة⁽¹⁸⁾.

كيفية إثبات السن :

طبقاً للائحة الضمان الاجتماعي فإن إثبات السن يتم وفقاً للآتي⁽¹⁹⁾ :

1. تثبت السن بموجب شهادة الميلاد المستخرجة من سجل الأحوال المدنية أو بشهادة لإثبات السن تحرر من واقع البيانات الواردة في ذلك السجل أو في كتيب العائلة وتراعي بشأن إصدار الشهادة وحجبتها أحكام قانون الأحوال المدنية ، وقانون كتيب العائلة .
2. إذا لم يكن تاريخ الميلاد ثابتاً باليوم والشهر في الشهادة فيعتبر المشترك مولوداً في اليوم الأول من شهر يوليو من السنة الثابت ميلاده فيها ، فإذا كانت السن معينة بالشهر والسنة دون بيان اليوم فيعتبر اليوم السادس عشر من الشهر المبين في الشهادة هو تاريخ الميلاد.
3. في الحالات الاستثنائية التي يتعذر فيها تقديم الشهادة السالف ذكرها يجوز إثبات السن بتقديم وثيقة رسمية أخرى كجواز السفر أو البطاقة الشخصية كما يجوز إذا اقتضت الضرورة تقدير السن بقرار تصدره اللجنة الطبية المختصة بتقدير العجز في اللجنة بصندوق الضمان بالبلدية المختصة وذلك في الحالات الاستثنائية المذكورة.

شروط استحقاق المعاش :

طبقاً لنص المادة (12) من لائحة الضمان الاجتماعي يشترط لاستحقاق معاش الشيخوخة وفقاً لقانون الضمان الاجتماعي جملةً من الشروط هي :

1. أن يكون الشخص من فئات المشتركين في نظام الضمان الاجتماعي وذلك بأن يكون من الشركاء في الإنتاج ، أو الموظفين ، أو العمال ، أو العاملين لحساب أنفسهم.
2. أن تكون أعماله أو خدماته قد انتهت جميعاً ، بحيث يثبت أن خدمته الأخيرة أو عمله الأخير قد انتهى وان يقر بأنه غير مستمر في أي عمل أو خدمة مما تنطبق عليه أحكام قانون الضمان الاجتماعي .
3. أن يكون قد بلغ السن المحددة قانوناً لانتهاء الخدمة أو العمل وهي السن المبينة أحكامها في المادة الأولى من القانون رقم (14) لسنة 1986 بتعديل نص أحكام قانون الضمان الاجتماعي .

كيفية حساب المتوسط :

طبقاً لنص المادة (23) من لائحة المعاشات الضمانية فإنه يتم حساب المعاش التقاعدي وذلك بحسب متوسط المرتب أو الأجر الداخل للمشاركين من فئات الموظفين والعمال والشركاء والعاملين لأنفسهم وفقاً للضوابط الآتية :

1. يجمع كل ما استحقه المشترك من مرتبات أو أجور شهرية فعليه (للموظفين أو العمال) أو دخول مفترضة (للشركاء والعاملين لأنفسهم) مما تحسب على أساسه الاشتراكات الضمانية خلال السنوات الثلاث الأخيرة من مدة خدمته أو عمله المحسوبة في نظام الضمان الاجتماعي ، وهي مدة الستة وثلاثين شهراً ويكون الناتج هو متوسط المرتب أو الأجر أو الدخل الذي يتخذ أساساً لتسوية معاشه التقاعدي .
2. تحدد مدة السنوات الثلاثة المتعلقة بحساب المتوسط ، حيث تكون العبرة بالسنوات الثلاث الأخيرة من مدة العمل أو الخدمة التالية ليوم أول يونيو سنة 1981 م ولا يعتد في شأن حساب المتوسط بأي مدة سابقة على ذلك التاريخ .
3. إذا قلت مدة الخدمة أو العمل المحسوبة التالية لأول يونيو سنة 1981م عن ستة وثلاثين شهراً فيقسم مجموع المرتبات أو الأجر أو الدخل التي استحققت عن مدة الخدمة أو العمل المذكورة على عدد أشهر الخدمة أو العمل الفعلية المحسوبة التالية للتاريخ المذكور وذلك لاستخراج المتوسط.
4. المدد المحسوبة التي يدخل مرتبها أو أجرها أو دخلها في حساب المتوسط هي مدد الخدمة أو العمل- السالف بيانها- التي استحققت عنها الاشتراكات الضمانية والمدد التي أعفى فيها من أداء الاشتراكات عنها وفقاً لأحكام المواد (43 ، 44 ، 45 ، 46) من لائحة التسجيل والاشتراكات والتفتيش ، والمدد التي أوقف اقتطاع اشتراك المعاش عنها عملاً بالمادة(50) من اللائحة المذكورة .
5. وإذا كان المشترك قد حرم - كلياً أو جزئياً- من مرتبه أو أجره أو دخله عن كل أو بعض المدة السابقة على انتهاء خدمته أو عمله أو اعفي من أداء الاشتراك عنها دون أن يمنع ذلك من حساب هذه المدة له ضمن مدة خدمته أو عمله ، فيعتد في حساب المتوسط بالمرتب أو الأجر (الفعلي) أو الدخل .
6. (المفترض) الكامل الذي استحققت عنه الاشتراكات أو الذي حسب على أساسه الاشتراك المجاني.
7. ويقصد بالمرتب أو الأجر أو الدخل مدلوله الوارد بيانه في المادة (1) من لائحة المعاشات الضمانية دون أي معاش جزئي لإصابة العمل أو إعانة مقطوعة أو منفعة قصيرة الأمد يكون المشترك قد استحقها خلال مدة السنوات الثلاثة الأخيرة (من عمله أو خدمته) التي حسب على أساسها المتوسط.

تسوية المعاش :

أما عنه فيتم ذلك بضرب المتوسط الناتج عن تطبيق أحكام المادة (23) من لائحة المعاشات الضمانية في (2.5%) في عدد سنوات الخدمة أو العمل المحسوبة للمشارك بحكم المادة (22) وإذا كانت عشرين سنة فيضرب المتوسط (المذكور) في (2.5%) في العشرين سنة الأولى من مدة خدمة المشارك أو عمله ويضاف الى الناتج من ذلك حاصل ضرب المتوسط ذاته (2%) في عدد سنوات الخدمة أو العمل المحسوبة التي تزيد على العشرين .

أما الحد الأدنى لمعاش الشيخوخة :

طبقاً لنص المادة (25) من لائحة المعاشات الضمانية فقد حدّد المعاش وفقاً الضوابط الآتية :

1. لا يقل معاش الشيخوخة الذي يستحق للمشارك عن ثمانين في المائة من الحد الأدنى للأجور الساري في ليبيا في وقت استحقاق المعاش .
2. فإذا كان ناتج التسوية بمقتضى حكم المادة (24) من لائحة الاشتراكات يقل عن ذلك الحد الأدنى , فان المعاش يرفع بالقدر الذي يصل به إلى قيمة الحد الأدنى المذكور .
3. ويراعي رفع المعاش إلى ما يوازي الحد الأدنى المذكور كلما تقرر زيادة الحد الأدنى للأجور في ليبيا بحيث لا يقل معاش الشيخوخة الذي يستحقه المشارك في أي وقت عن (80%) من الحد الأدنى ، وكل ذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة (26) من اللائحة المتعلقة بالحد الأقصى للمعاش المادة للمعاش، والتي نصت على أنه : " لا يجوز أن يزيد معاش الشيخوخة بأي حال من الأحوال عن 80% من متوسط المرتب الفعلي أو الأجر الفعلي أو الدخل المفترض الذي سوى على أساس المعاش".

المطلب الثاني

حق الموظف في طلب التقاعد المبكر

نص المشرع الليبي في الفقرة (6) من المادة (172) من القانون رقم (12) لسنة 2010 بشأن علاقات العمل على حق الموظف في طلب التقاعد الاختياري متى بلغت خدمته عشرين سنة، وهو ما يطلق عليه الاستقالة التيسيرية حيث منح لبعض الموظفين هذا الحق تشجيعاً لهم على ترك الخدمة مبكراً عندما يمضوا المدة التي حددها القانون لمثل هذه الطلبات⁽²⁰⁾ .

وكذلك يجوز للرجال العاملين بالأعمال المضرة بالصحة والأعمال العادية لمن بلغ منهم 60 سنة ميلادية أن يتقدم بطلب لأحاليته للمعاش مبكراً، بشرط موافقة جهة عمله الأصلية ، إضافة إلى الشروط الأخرى طبقاً لنص المادة الأولى من القانون رقم 14 لسنة 1986 بشأن تعديل المادة 13 من قانون الضمان الاجتماعي رقم (13) لسنة 1980 ، وقد نص المشرع في القانون رقم (8) لسنة 1985 بشأن تعديله لنص أحكام قانون الضمان الاجتماعي .

في المادة الأولى منه علي:- " .. كما يجوز لأي من العاملين الخاضعين لأحكام قانون الخدمة متى بلغت مدة عمله أو خدمته المحسوبة عشرين سنة أن يطلب إنهاء خدمته وان لم يكن قد بلغ الشيخوخة المبينة في المادة (13) من قانون الضمان الاجتماعي ، ويتقاضى في هذه الحالة معاشاً ضمانياً يسوى طبقاً لأحكام المادة (14) من ذلك القانون .. " . وتجدر الإشارة إلى أن الاستقالة التيسيرية تشبه الاستقالة الصريحة في ضرورة أن يتقدم الموظف بطلب كتابي إلى جهة الإدارة لتعيين رغبته في ترك الوظيفة بصفة نهائية وان تكون إرادة حرة خالية من أي عيب يشوبها⁽²¹⁾ .

وحيث أن العلاقة التي تربط الموظف بالإدارة علاقة لأئحيه تنظيمية فإن مركزه القانوني يستمر حكماً إلى ما بعد تقاعده وهذا ما أكدته محكمتنا العليا في حكمها بتاريخ 2001/12/9 الذي جاء فيه " استقر قضاء المحكمة على أن علاقة الموظف المتقاعد بالدولة شأنها في ذلك شأن الموظف العامل علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح"⁽²²⁾ ، كما أن المعاش التقاعدي لا يخضع إلى أية استقطاعات ويعفى من الضرائب عملاً بأحكام المادة (43) من القانون رقم (13) لسنة 1980 .

الخاتمة ..

صدر قانون الضمان الاجتماعي في ليبيا كوسيلة لضمان العيش الكريم للفرد ولأسرته حينما يتجاوز سن التقاعد المقررة وهي 65 سنة بالنسبة للرجال و 60 سنة بالنسبة للنساء ، حيث لا يستطيع جلب الأموال لتغطية احتياجات أسرته الضرورية ، كما أصبح أيضاً ضماناً لحاجات أفراد الأسرة القصر الغير قادرين على العمل عند وفاة رب الأسرة أو عجزه عن العمل ، وقد توافقت الآراء في جميع الدول على أن الضمان الاجتماعي من مسؤولية المجتمع والدولة التي يجب عليها تأمين كل فرد من أفراد المجتمع دون إقصاء لأي فئة من طبقاته ، بحيث أصبح القانون الضماني يكفل لكل مواطن من أفراد الدولة هذا الحق سواء كان يعمل في القطاع الخاص أو القطاع العام ، أو لا يعمل إطلاقاً ، إذ يحق له الحصول على المعاش التقاعدي بعد وصوله السن المقرر لذلك وفقاً لقانون التقاعد إضافة إلى التمتع بالمزايا الأخرى التي يمنحها هذا القانون .

وقد أصدرت الدولة الليبية عدة قوانين لتنظيم هذا الحق كان آخرها القانون الحالي رقم (13) لسنة 1980م والذي أدخلت عليه تعديلات عدة إذ يتم بموجب هذا القانون استقطاع الأقساط الشهرية من أصحاب العمل سواءً في الدولة أو في الشركات العامة والخاصة ، أما أصحاب الأعمال الحرة فيتم استقطاع أقساطهم بعد تقديم إقرارات الضرائب وحسابات الأرباح والخسائر ، ويُعفى كل الأفراد الذين ليس لديهم دخلاً شهرياً أو سنوياً ، وقد حددت هذه الأقساط بنسبة مئوية معينة تستقطع من دخل الفرد ، وقد ألزم قانون الضمان الاجتماعي أصحاب العمل باستقطاع هذه الأقساط عن العاملين بشركاتهم ، أو المؤسسات العامة شهرياً ، وقد أبقى هذا القانون الأفراد الذين ليس لديهم دخل واعتبرهم مؤمناً عليهم رغم عدم إمكانية تسديد تلك الأقساط .

وقد خلصت هذه الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات نجلها في الآتي :

النتائج :

1. لاحظت أن رب الأسرة يقوم بتسديد الأقساط بداية عمله وهو يعول أسرة مكونة من عشرة أفراد ، ثم يفصل أبنائه وبناته عنه ويكونون أسر لهم ، إلا أن قانون الضمان الاجتماعي لا يعتبرهم سددوا أقساطهم في الفترات السابقة قبل انفصالهم عن الأسرة ويعتبرهم لم يقوموا بسداد أقساط الضمان الاجتماعي ودفع أقساط السنوات التي مضت وعليه سوف يجرمون من مبلغ التقاعد والمزايا الأخرى .
2. يُلزم القانون كل فرد من أصحاب الأعمال الحرة بدفع الأقساط بغض النظر إلى دخله أو أرباحه المادية فهناك الكثيرون الذين يزاولون أعمال حرة ، إلا أنهم لا يتمتعون بأرباح حتى نعتبرهم يحصلون على دخل شهري أو سنوي ، ورغم ذلك يطبق عليهم قانون الضمان الاجتماعي إجبارياً ويلزمون بدفع أقساط التأمين أو حرمانهم من مزاياه مستقبلاً.
3. قانون الضمان الاجتماعي في اعتقادي غير منصف وغير صالح لجميع أفراد المجتمع ، إذ يجب أن يتجه الضمان الاجتماعي ويتحدث عن تأمين الفرد وليس الأسرة حتى تكون هناك عدالة في منح كل مواطن حقه في الضمان .

التوصيات ..

1. أَدْعُو المشرِّع في ليبيا إلى إصدار قانون جديد ينظم قانون الضمان الاجتماعي ويتضمن جميع المواد الواردة في اللوائح التي نظمت الاشتراكات والمعاش التقاعدي ، والاعتماد بشكل أساسي على القانون دون اللائحة .

2. يجب أن يُمنح كل فرد الحق في الحصول على هذا الضمان بعد اجتيازه سن التقاعد أو عجزه عن العمل بإجراءات ميسرة لا تعقيد فيها ، ولا يستثنى أي فرد من الحصول على هذا الضمان .
3. يجب أن تُلزم الجهات العامة والخاصة عن استقطاع قيمة الضمان بشكل دوري وإحالتها إلى صندوق التقاعد دون تأخير باعتبار أن ذلك حق من حقوق الموظف العام ، وهذه الأقساط قد خصمت من مرتبه فعلاً .
4. تفعيل القانون رقم 5 لسنة 2013م بتعديل بعض أحكام قانون الضمان الاجتماعي الذي ينص على أنه إذا زادت مرتبات العاملين بالدولة زيد معاش المتقاعدين منهم بذات النسبة التي يزداد بها المرتب المقابل لدرجة صاحب المعاش عند التقاعد .

قائمة المراجع

1. انظر القانون رقم 1957/53م بشأن تنظيم التأمين .
2. انظر القانون رقم 1957/58م بشأن التأمين .
3. انظر لائحة الموظفين غير المصنفين .
4. انظر قانون التقاعد الصادر عام 1967م .
5. انظر قانون الضمان الاجتماعي رقم 1973/72م .
6. انظر قانون الضمان الاجتماعي رقم 1980/13م .
7. انظر المادة (1) من لائحة التسجيل والاشتراكات .
8. انظر المادة (29) من لائحة التسجيل والاشتراكات .
9. انظر المادة (30) من لائحة التسجيل والاشتراكات .
10. حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم (42/122) بتاريخ 1999/3/21م .
11. انظر المادة (11) من لائحة الاشتراك والتسجيل .
12. انظر حكم المحكمة العليا بتاريخ 1999/4/25م .
13. انظر المادة (12) من لائحة التسجيل والاشتراكات .
14. انظر المادة (13) من لائحة التسجيل والاشتراكات .
15. انظر المادة (14) من لائحة التسجيل والاشتراكات .
16. انظر المادة (15) من لائحة التسجيل والاشتراكات .
17. انظر المادة (43) من قانون علاقات العمل رقم 2010/12م .

18. انظر القانون رقم (30) لسنة 1977م بشأن الحرس البلدي .
19. انظر المادة (11) من لائحة معاشات الضمان الاجتماعي .
20. انظر المادة (172) من قانون علاقات العمل رقم 2010/12م .
21. د. محمد عبدالحميد بوزيد ، دوام سير المرافق العامة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1995م ، ص166 .
22. حكم المحكمة العليا بتاريخ 2001/11/29م .

حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي

د. فرج عبدالواحد نويرات

أستاذ القانون الجنائي المحاضر بكلية القانون – ترهونة / جامعة الزيتونة

مقدمة

الحق هو كل صالح مشروع يحميه القانون وبإضافة هذا الحق إلى الإنسان يعني أن هذا الحق يتمتع به الإنسان بسبب إنسانيته⁽¹⁾. وحق الدفاع حق طبيعي للإنسان، ومن هنا كان الحرص على احترامه وكفالاته، سواءً في النصوص أو في العمل، وإذا كان حق الدفاع من لوازم القضاء عموماً، فإنه ألزم في مجال القضاء الجنائي، حيث خسارة المتهم دعواه في عقوبة جنائية تلحق به، قد تصل إلى الإعدام⁽²⁾. ومن ثم كان لزاماً على المشرع أن يتدخل لإعطاء بعض المزايا للمتهم لتحفظ التوازن بين ضعفه وانفراده ونقص خبرته، وبين قوة خصمه وتعدد أجهزته وكثرة وسائله⁽³⁾، لذا فإن الحق في الدفاع الذي منحه المشرع للمتهم يأتي في طليعة كل الحقوق الأخرى، و حظي هذا الحق بقيمة دستورية حيث نص الإعلان الدستوري للمجلس الوطني الانتقالي الليبي على حق الدفاع في المادة (31).

وفضلاً عن القيمة الدستورية التي حظي بها حق الدفاع فقد تكرر أيضاً في الإعلانات والمواثيق الدولية، منها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة (1/11) كما نص على هذا الحق في المادة (3/14) من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية والمادة (3/6ب) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. كما نص على حق الدفاع الدول الأعضاء في البرلمان الأوروبي⁽⁴⁾.

أما عن تعريف حق الدفاع فقد خلت النصوص الدستورية والقانونية من وضع تعريف له الأمر الذي حدا بالفقه إلى أن يدلي بدلوه في هذا الخضم، ورغم وضع

(1) د. محمود محي الدين عوض، حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، 1989، ص 4
(2) د. عمر فاروق الحسيني، حق الدفاع وحرية الاثبات الجنائي مؤتمر حق الدفاع، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 1996 ص 415

(3) د. محمد محمود الشركسي، ضمانات المتهم خلال مرحلة التحقيق الابتدائي والمحاكمة في قانون الإجراءات الجنائية الليبي، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2011م، ص 402.

(4) European Parliament, Right to Defence and Fair Legal Procedures in the Member States and the Candidate Countries, Civil Liberties Series Libe 115 en, November 2001

الفقهاء لعدة تعريفات، ظل وضع تعريف جامع لمفترضات حق الدفاع هدفاً عزيز المنال، فكل محاولة لتعريفه تأتي ناقصة، بسبب كونه مفهوماً متطوراً الأمر الذي حدا ببعض الفقهاء إلى الاكتفاء بوضع إطار شامل لحق الدفاع دون وضع تعريف له، هذا الإطار هو "حق المتهم في محاكمة عادلة مؤسسة على إجراءات مشروعة"⁽¹⁾.

صعيد القضاء عنيت المحكمة الدستورية العليا بمصر بحق الدفاع وعلى فقررت بأن "حق الدفاع قاعدة تقع في إطارها مجموعة من الضمانات الأساسية تكفل بتكاملها مفهوماً للعدالة يتفق بوجه عام مع المقاييس المعاصرة المعمول بها في الدول المتحضرة"⁽²⁾.

وتتجلى أهمية حق الدفاع في كونه من الحقوق الطبيعية، ومن أهم ضمانات المحاكمة، وهو حق أصيل يحتل مكان الصدارة بين الحقوق الفردية العامة، فهو لم يتقرر لمصلحة الفرد فحسب بل لمصلحة المجتمع في تحقيق العدالة أيضاً⁽³⁾.

أما على صعيد الفقه الإسلامي فقد استقر حق الدفاع كمبدأ أصيل في النظام القضائي الإسلامي حيث كانت الشريعة الإسلامية صاحبة السبق لتقرير هذا الحق قبل المواثيق الدولية والداستير والقوانين الوضعية. حيث ورد في سنة خير الخلق سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم فيما روي عن أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي على نحو ما أسمع، فمن قضيتُ له بحق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار"⁽⁴⁾.

وفي هذا الحديث دلالة واضحة على حق الدفاع، فالخصم عندما يقدم حجته يعني أنه يمارس حقه في الدفاع بتقديم ما لديه من حجج لبيان حقيقة دعواه .
وعليه فإننا سنقوم ببحث هذا الموضوع على على مبحثين الأول: لركائز حق الدفاع والثاني لممارسة حق الدفاع .

(1) د. حسن محمد علوب، استعانة المتهم بمحامٍ رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1970، ص71.

(2) المحكمة الدستورية العليا، جلسة 2007/1/14 الطعن رقم 124، لسنة قضائية 25، مكتب فني 12، رقم الجزء 1، ص194.

(3) د. حسن صادق المرصفاوي، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، 1973م، ص 14.

(4) رواه البخاري حديث رقم 7169 انظر فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني، دار الريان للتراث، ج13، ص184 وما بعدها.

المبحث الأول ركائز حق الدفاع

تمهيد وتقسيم:

لا يكون حق الدفاع فعالاً من غير احاطة المتهم علماً بالتهمة المنسوبة اليه (المطلب الأول) وكذا حرите في إبداء اقواله (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حق المتهم في الإحاطة بالتهمة

تمهيد وتقسيم:

نتعرض في هذا المطلب إلى حق المتهم في الإحاطة بالتهمة وأدلتها (الفرع الأول)، ثم حقه في الإحاطة بالتهمة عند تغيير الاتهام (الفرع الثاني) على التفصيل التالي:

الفرع الأول

حق المتهم في الإحاطة بالتهمة وأدلتها

يعتبر العلم بالتهمة من المستلزمات الأساسية لحق الدفاع، لأن المتهم لا يستطيع الدفاع عن نفسه ولا يمكنه مباشرة حقه في الدفاع إلا إذا كان على علم كافٍ بالاتهام المنسوب إليه وبالأدلة القائمة ضده حتى يتسنى له إعداد دفاعه لدحض هذه الاتهامات⁽¹⁾.

فالدفاع لا يكون فعالاً ما لم يكن للمتهم حق في أن يعلم بكل ما يتعلق به في الدعوى، وبدون هذه المعرفة يضحى حق الدفاع مشوباً بالغموض فاقد الفاعلية⁽²⁾. والإحاطة بالتهمة تتحقق في صورتين الأولى بعد الانتهاء من التحقيق الابتدائي وقبل بدء جلسات المحاكمة والثانية أثناء جلسات المحاكمة. وأولاً: الإحاطة بالتهمة قبل بدء جلسات المحاكمة

فيجب إحاطة المتهم علماً بالوقائع المنسوبة إليه وذلك عند حضوره لأول مرة التحقيق الابتدائي، سواء تم توجيه التهمة بشكل صريح عن طريق استجوابه فيما يوجه إليه من اتهامات⁽³⁾، أو ضمناً عندما يتم القبض على المتهم فبمجرد القبض عليه يجب إخطاره بالتهمة الموجهة إليه والتي بسببها أُلقي القبض عليه وهو ما نص

(1) د. علاء الصاوي سلام، حق المتهم في محاكمة عادلة، رسالة دكتوراه، منشورة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2002م، ص 618.

(2) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار النهضة العربية، 1995م، ص 741.

(3) د. أحمد فتحي سرور، ضمانات الفرد في المرحلة السابقة على المحاكمة، الحلقة العربية الثالثة، للدفاع الاجتماعي، المجلة العربية للدفاع الاجتماعي، القاهرة، 1973، ص 23.

عليه المشرع الإجرائي الليبي في المادة (105) بقوله "عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق يجب على المحقق أن يثبت من شخصيته، ثم يحيطه علماً بالتهمة المنسوبة إليه ويثبت أقواله في المحضر".

والغرض من إحاطة المتهم بالتهمة الموجهة إليه هو تمكينه من استعمال حقه في الدفاع وتفنيد الأدلة الموجهة ضده، لذلك يرى بعض الشراح أن إحاطة المتهم علماً بالتهمة الموجهة ضده التي منحها له القانون وفقاً للنص السابق، هي إحاطة ناقصة لكونها لم تشمل إحاطته بحقيقة الشبهات القائمة ضده حتى يكون على بينة تامة بما نسب إليه، بينما يقلل آخرون من أهمية هذا الاعتراض بحجة أن المتهم له حق الطعن وفقاً لنص المادة (306) إجراءات ليبي، 333 إجراءات مصري، إذ في إمكانه أن يدفع ببطلان الاستجواب إذا كانت إحاطته بالتهمة المنسوبة إليه قد شابها غموض أو إبهام⁽¹⁾.

ونذهب مع الرأي القائل بأنها إحاطة ناقصة؛ لأن حق الدفاع يتأتى ليس من منظور بيان التهمة للمتهم فقط، وإنما يتأتى أيضاً من بيان الشبهات التي حامت حول المتهم لكي يتسنى له إعداد دفاعه لتفنيد هذه الشبهات.

ويستلزم المشرع، بالإضافة إلى الإحاطة بالتهمة، أن يحاط المتهم علماً بكافة الأوامر والقرارات المتعلقة بالتحقيق، مادة (67) من قانون الإجراءات الجنائية.

وفي النهاية تعتبر إحاطة المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه وأدلتها حقاً لاغنى عنه لتمكين المتهم من الدفاع عن نفسه وتفنيد هذه الأدلة، وإذا كان البعض⁽²⁾ قد أبدى تخوفه من مراعاة اعطاء هذا الحق في وقت مبكر من التحقيق أو قبل استجواب المتهم بوقت طويل؛ لأنه يعطيه فرصة للكذب وتضليل العدالة، وهذا النظر مردود بأنه تطبيقاً لقرينة البراءة، فإنه ليس من واجب المتهم إثبات براءته، وكل ماله هو مناقشة أدلة الاتهام المتوافرة ضده بكافة الوسائل الممكنة لديه⁽³⁾.

ثانياً: الإحاطة بالتهمة في مرحلة المحاكمة

والمقصود بحق المتهم في الإحاطة بالتهمة في مرحلة المحاكمة هو إعلامه بنوع وطبيعة الاتهام الموجه إليه والذي يحاكم على أساسه، وكذا بالأدلة القائمة ضده على نحو كافٍ وشفاف، بما يكون من شأنه نفي مظنة كل تجهيل وإزالة أي لبس لدى المتهم في هذا الخصوص. فحق الدفاع يفترض بداهة أن هناك اتهام يحاول المتهم

(1) انظر د. سعد حماد القبائلي، ضمانات حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1998م، ص112، 113.

(2) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1985 ص.523.

(3) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط، المرجع السابق، ص523.

أو محاميه درأه من خلال استعمال ذلك الحق، وهو ما لا يتأتى إلا إذا كان المتهم قد أحيط علماً بذلك الاتهام والأدلة عليه (1) .
ولقد قرر المشرع الليبي مدى أهمية إحاطة المتهم بالاتهام المنسوب إليه عند مثوله لأول مرة أمام المحكمة، فنص في المادة (1/244) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه "يبدأ التحقيق في الجلسة بالمناداة على الخصوم والشهود، ويسأل المتهم عن اسمه ولقبه وسنه وصناعته ومحل إقامته ومولده، وتتلى التهمة الموجهة إليه بأمر الإحالة أو بورقة التكليف بالحضور على حسب الأحوال..".

1- وسيلة الإحاطة بالتهمة

يقصد بوسيلة إحاطة المتهم بالتهمة المسندة إليه الطرق التي وضعها المشرع والتي من شأنها إعلام المتهم بما نسب إليه وبالأدلة القائمة ضده، وهذه الوسائل لا تنتج أثرها ما لم تقترن بإعلان المتهم حتى يعد دفاعه ويتمكن من حضور المحاكمة، وتختلف وسيلة إحاطة المتهم بالتهمة تبعاً لنوع الجريمة مخالفة أو جنحة أو جنائية .

أ- في الجنح والمخالفات:

يحاط المتهم بالتهمة هنا بورقة التكليف بالحضور إذا كان المتصرف في الدعوى النيابة العامة سواءً كان ذلك بناءً على محضر جمع الاستدلالات، أو بعد إجراء تحقيق بمعرفة النيابة العامة طبقاً للمادة (205) من قانون الإجراءات الجنائية، ويكون ميعاد الحضور أمام المحكمة قبل انعقاد الجلسة بيوم واحد في المخالفات، وبثلاثة أيام في الجنح (2) .

أما إذا كان التصرف في التهمة من قبل قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام فإن وسيلة إعلام المتهم تكون عن طريق أمر الإحالة وفقاً لنص المادة (135) من قانون الإجراءات الجنائية .

ب- في الجنايات:

أما في الجنايات فإن وسيلة الإحاطة بالتهمة تكون عن طريق أمر الإحالة، وأمر الإحالة هو الأمر الذي يقرر به المحقق إدخال الدعوى في حوزة المحكمة

(1) د. محمد أبو شقة، ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005م، ص 407 وما بعدها.

(2) تنص المادة (205) من قانون الإجراءات الجنائية على "تحال الدعوى في الجنح والمخالفات بناءً على أمر يصدر من قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام، أو بناءً على تكليف المتهم مباشرة بالحضور من قبل أحد أعضاء النيابة العامة". وتنص المادة (135) "إذا رأى القاضي أن الواقعة جنحة أو مخالفة يحيل المتهم إلى المحكمة..." ويقابل هذه النصوص المادتين (1/63، 1/214) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

المختصة وهو - على هذا النحو- قرار بنقل الدعوى من مرحلة التحقيق الابتدائي إلى مرحلة المحاكمة (1).

- إعلان المتهم وأثره:

إعلان المتهم كما أسلفنا سواء كان بورقة التكليف بالحضور كما في الجرح والمخالفات، أو بأمر الإحالة في الجنايات، لا بد لكي ينتج أثره أن يكون صحيحاً ويكون ذلك بمراعاة الإجراءات اللازمة .

فإذا كانت الدعوى قد رفعت إلى المحكمة بناءً على التكليف بالحضور، فإن هذا التكليف يجب أن يكون صحيحاً كي ينتج أثره في اتصال المحكمة بالدعوى تطبيقاً للقاعدة العامة في اشتراط صحة الإجراء لينتج أثره، فإذا كان المتهم لم يحضر اقتضت المحكمة على تقرير بطلان التكليف، ولا يجوز لها أن تتعرض للدعوى، إذ لم تدخل في حوزتها، وإذا حكمت على المتهم غيابياً كان حكمها باطل (2).

أما فيما يتعلق بأمر الإحالة سواء كان صادراً من قاضي التحقيق في الجرح أو المخالفات أو كان صادراً في الجنايات عموماً من قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام فقد اختلف الفقه في الأثر المترتب على عدم إعلان أمر الإحالة للمتهم، فذهب البعض إلى أن الإحالة إلى المحكمة بناءً على أمر الإحالة فإن الدعوى تعتبر قد دخلت في حوزة المحكمة بناءً على هذا الأمر، فلا يرتب دخولها بالتكليف بالحضور الذي يصدر بعد ذلك (3)، بينما ذهب الرأي الآخر إلى أن أمر الإحالة إذا صدر ولم يعلن للمتهم ظلت الدعوى في حوزة النيابة العامة إلى أن يعلن المتهم بهذا الأمر (4). وأميل إلى تأييد الرأي الأخير نظراً لما يحمله من ضمانات أكيدة للمتهم تتمثل في ترتيب أثر هام على عدم إعلان المتهم بأمر الإحالة يتمثل في عدم دخول الدعوى في حوزة المحكمة لما يحمله هذا الإعلان من ضمانات لحق المتهم في الإحاطة بالاتهام وهو ما لا يتحقق إلا بإعلانه .

2- ضوابط تفعيل حق المتهم في الإحاطة بالتهمة

إن حق المتهم في الإحاطة بالتهمة الموجهة إليه لا يمكن أن يؤول ثماره المرجوة منها، أو ينتج أثره المطلوب لممارسة حق الدفاع، ما لم يراع عند إحاطة المتهم بالاتهام الذي سيجري محاكمته على أساسه ثلاثة أمور وهذه الأمور الثلاثة بمثابة ضوابط لازمة لتفعيل هذه الضمانة .

(1) انظر د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1988، ص 617، د. أحمد فتحي سرور، الإجراءات، مرجع سبق ذكره، ص 633.

(2) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، رقم 998، ص 923.

(3) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، رقم 993، ص 919.

(4) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 635.

ويتعلق الضابط الأول بمدلول زمني يتمثل في وجوب مرور فترة زمنية كافية بين إحاطة المتهم بالاتهام وبدء جلسات المحاكمة، ويتصل الثاني بمدلول نوعي ويتمثل في نوعية البيانات التي يتعين إحاطة المتهم بها، بينما يتحدد الثالث بحق المتهم في الاطلاع على ملف الدعوى التي يجري محاكمته على أساسها⁽¹⁾.

أ. إحاطة المتهم بالاتهام قبل بدء جلسات المحاكمة بوقت كاف

لما كان الغرض من إخطار المتهم بالتهمة هو تمكينه من الدفاع عن نفسه، فلا فائدة من إعلام المتهم بالتهمة إن لم يعط الوقت الكافي والتسهيلات اللازمة لإعداد دفاعه على ضوء ما وجه إليه من اتهام⁽²⁾، إلا أن الاستعداد لتقديم الدفاع يحتاج إلى فسحة من الوقت يتعين أن تكون كافية، لذلك جعل المشرع الحصول على هذا الوقت يكون بقوة القانون، وذلك بصورة مطلقة أو بناءً على توافر أمر معين، ويكون الحصول على الوقت الكافي لإعداد الدفاع بقوة القانون مطلقاً من خلال المواعيد التي أوجب المشرع مرورها قبل بدء جلسات المحاكمة حيث نص المشرع في المادة (206) من قانون الإجراءات الجنائية على "يكون تكليف الخصوم بالحضور أمام المحكمة قبل انعقاد الجلسة بيوم كامل في المخالفات، وبثلاثة أيام كاملة على الأقل في الجرح، في غير مواعيد مسافة الطريق". أما في الجنايات فإن الميعاد الذي أوجبه المشرع هو ثمانية أيام كما نصت عليه المادة (338)، وعلة تقرير الميعاد كما بيّنا هو تمكين المتهم من إعداد دفاعه، وقد افترض المشرع كفاية الميعاد الذي نص عليه لتحقيق هذا الغرض⁽³⁾، وهو ما أكدته المحكمة العليا بقولها "يعتبر إعلان المتهم بموعد الجلسة إجراءً جوهرياً يترتب على تخلفه أو بطلانه بطلان الإجراءات التالية له"⁽⁴⁾.

ومن خلال هذا السرد للمواعيد نسطر الملاحظات التالية:

الأولى: أن مدة المخالفات تبدو قصيرة للغاية بما يفقدها قيمتها وجدواها من الناحية العلمية

فمدة يوم واحد - أي أربع وعشرون ساعة- أقصر من أن تفي بالمطلوب أو أن تحقق المقصود في تحضير المتهم دفاعه أو في توكيل محام يدافع عنه - إن قرر هو ذلك- حتى ولو كان الأمر يتعلق بمخالفة⁽⁵⁾، لاسيما في ضوء المادة (274) من

(1) د. محمد أبو شقة، المرجع السابق، ص415.

(2) د. سعد حماد القبائلي، المرجع السابق، ص129.

(3) د. محمود نجيب حسني، الإجراءات، المرجع السابق، رقم 995، ص921.

(4) المحكمة العليا الليبية، طعن جنائي رقم 34/34 ق جلسة 1988/03/14 م. م. ع، س26، ع1-2، ص84.

(5) د. محمد أبو شقة، المرجع السابق، ص418.

قانون الإجراءات الجنائية والتي أعطت لمحاضر المخالفات حجية قلبت بها عبء الإثبات، بحيث أصبح عبء نفي ما جاء بهذه المحاضر واقع على عاتق المتهم، وهو ما يستوجب أن يعطي فترة من الزمن لكي يطلع على الأدلة ويحضر دفاعه ليتمكن من إثبات عكس ما جاء في محضر المخالفة .

الثانية أما في الجرح فيبدو لنا أيضاً أن الوقت في حده الأدنى الذي نص عليه المشرع في المادة (206) يعتبر غير كافٍ للاستعداد ومن تمّ أتفق مع من يرى أن تزداد هذه المدة لتصبح عشرة أيام على الأقل أسوة بما قرره المشرع الفرنسي، حيث أن الأخير يحدد ميعاد التكليف بالحضور في الجرح والمخالفات بعشرة أيام على الأقل بين تسليم الإعلان واليوم المحدد لجلسة المحاكمة طبقاً للمادة (1/552) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، ولاشك أن النص على مدة عشرة أيام كحد أدنى تمثل ضماناً أوفى لحق المتهم في الحصول على الوقت الكافي لإعداد دفاعه⁽¹⁾.

هذا عن الحصول على وقت كافٍ لكي يعد المتهم دفاعه بناءً على نص القانون، نأتي الآن للإجابة على التساؤل التالي: هل يتعين على المحكمة أن تستجيب لطلب المتهم أو المدافع عنه بمنحه وقتاً للاستعداد للدفاع رغم أنه أعلن في الموعد القانوني؟

من المعلوم أن القضاء يعيش على أرض الواقع، وبالتالي فهو يلمس ظروف وملايسات كل قضية على حدة، لذا يرى المشرع أنه من المناسب أن تترك للمحكمة السلطة التقديرية التي تسمح لها بتقدير مدى ملائمة إتاحة الوقت للمتهم لكي يرتب دفاعه من عدمه. والقاعدة التي يسير عليها القضاء أنه إذا كان المتهم قد أعلن بالحضور إعلاناً صحيحاً لجلسة المحاكمة، فيجب أن يحضر أمام المحكمة مستعداً لإبداء أوجه دفاعه⁽²⁾، ولكن إذا اتضح للمحكمة أن المتهم أو محاميه قد طرأ عليه عذر قهري حال دون الاستفادة من الوقت ومن ثمّ عدم الاستعداد، ففي هذه الحالة يجب عليه أن يبين عذره للمحكمة، وعلى الأخيرة أن تمنحه الوقت الكافي لتحضير دفاعه وإلا كان حكمها مشوباً بالإخلال بالدفاع⁽³⁾.

إذاً يصلح العذر القهري - بوجه خاص- سبباً لتمسك صاحب الشأن بتأجيل الدعوى حتى يتمكن من الحضور، أو من إبداء دفاعه بنفسه، أو بواسطة محاميه،

(1) د. علاء سلام، المرجع السابق، ص 662.

(2) نقض مصري، جلسة 1942/11/16، الطعن رقم 6097، السنة 12 قضائية، مكتب فني 46، رقم الجزء

1، ص 19

(3) نقض مصري، جلسة 2001/4/24، الطعن رقم 27755، السنة 64 قضائية، مكتب فني 52، رقم

الجزء 0، ص 454

وعلى المحكمة إجابة طلب التأجيل حتى زوال المانع، أو التعرض له في أسباب حكمها بما يفنده إذا لم تر وجهاً لإجابته، ويستند التزام المحكمة بإجابة طلب المتهم تأجيل الدعوى عند قيام عذر قهري بنفس الخصم أو بمحاميه إلى اعتبارات قانونية متعددة، فضلاً عن اعتبارات إنسانية واقعية، فمن الاعتبارات الإنسانية مثلاً إلزام الخصم المريض بالحضور رغم وطأة مرضه قد يعرضه لاستفحال دائه، وربما لخطر داهم على حياته ومثل ذلك يقال على المدافع عنه⁽¹⁾.

ب- مراعاة بيانات معينة في وسيلة إحاطة المتهم بالاتهام:

يقصد بأمر الإحالة كما بينا سلفاً القرار الذي يصدر من قاضي التحقيق أو النيابة العامة بعد الانتهاء من التحقيق بإحالة المتهم إلى المحكمة المختصة إذا توافرت الأدلة الكافية على ارتكاب الجريمة ونسبتها للمتهم⁽²⁾. ولتفعيل وسيلة إحاطة المتهم بالاتهام الموجه إليه نص المشرع على بيانات في المادة (155) والمادة (138) والمادة (2/206) من قانون الإجراءات الجنائية والمادة (10) من قانون المرافعات⁽³⁾، وهي اسم ولقب وسن المتهم ومحل ميلاده وسكنه وصناعته وبيان الواقعة المنسوبة إليه ووصفها القانوني، وما يهمنا في هذه البيانات للإحاطة بالتهمة بيان الواقعة ووصفها القانوني".

فيما يتعلق ببيان التهمة: فيجب أن تذكر التهمة تفصيلاً أي الأفعال المادية المنسوب إلى المتهم ارتكابها والتي تكوّن الجريمة محل المحاكمة، بمعنى أنه لا يكفي بذكر الوصف القانوني للفعل دون ذكر الفعل ذاته، فلو ورد في ورقة التكليف بالحضور المعلنة إلى شخص بأنه متهم بارتكاب جريمة نصب مثلاً دون تحديد للأفعال المادية التي أتاها والتي تكون هذه الجريمة فإن ورقة التكليف بالحضور تكون باطلة إذ لا يجوز إلزام المتهم بالتوجه إلى النيابة لمعرفة حقيقة التهمة المسندة إليه، وسيرتب على خلو أمر الإحالة من تحديد الأفعال المادية المنسوب إلى المتهم ارتكابها خلو الحكم الصادر من ذكر واقعة الدعوى بما

(1) انظر د. رؤوف عبيد، المشكلات العلمية الهامة في الإجراءات الجنائية، دار الفكر العربي، ج1، ط3، 1980، ص683 وما بعدها.

(2) د. السيد خلف الله الحامدي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، طرابلس، منشورات الجامعة المفتوحة، ج1، ط1، 2006، ص617.

(3) تنص المادة (10) من قانون المرافعات على " يجب أن تشتمل الأوراق التي يقوم المحضرون بإعلانها على البيانات الآتية :

أ- اسم الطالب ولقبه ومهنته. ب- اسم المحضر والمحكمة التي يعمل بها ج- اسم المعلن ولقبه ومهنته ووظيفته وموطنه د- اسم من سلمت إليه الورقة وتوقيعه أو بصمة إصبعه على الأصل وتوقيع المحضر على كل من الأصل والصورة.

بيطله⁽¹⁾، وعلّة بيان التهمة هو إتاحة الفرصة للمتهم كي يعلم بها ويعد دفاعه، وهي من ناحية أخرى رسم حدود الدعوى كي تنقيد المحكمة بها⁽²⁾.
أما في الجنايات فيما يخص بيان التهمة زادت الفقرة الثالثة من المادة (136) من قانون الإجراءات الجنائية بحيث أوجبت أن يشتمل أمر الإحالة على بيان الأعدار أو الظروف المخففة.

وتجدر الإشارة إلى أن عدم مراعاة البيانات السابقة في أمر الإحالة أو ورقة التكليف بالحضور على التفصيل السابق لا يترتب عليه بطلان إذا حضر المتهم أمام المحكمة وكل ما يملكه المتهم هو طلب تأجيل نظر الدعوى لكي يعد دفاعه عملاً بنص المادة (307) من قانون الإجراءات الجنائية التي تنص على "إذا حضر المتهم في الجلسة بنفسه أو بواسطة وكيل عنه فليس له أن يتمسك ببطلان ورقة التكليف بالحضور، وإنما له أن يطلب تصحيح التكليف أو استيفاء أي نقص فيه وإعطائه ميعاداً لتحضير دفاعه قبل البدء في سماع الدعوى، وعلى المحكمة إجابته إلى طلبه".

وهو ما قرره المحكمة العليا حيث قضت بأن إعلان المتهم بموعد الجلسة إجراء جوهري يترتب على تخلفه بطلان الإجراءات التالية له غير أن بطلان الإعلان هذا يصححه حضور المتهم، أو وكيله الجلسة بناءً على ذات الإعلان الباطل وليس بناءً على إعلان آخر صحيح⁽³⁾.

وأسير مع هذا القضاء، ذلك أن الغرض من إعلان المتهم بورقة التكليف بالحضور، أو بأمر الإحالة، هو إعطاؤه مهلة لتحضير دفاعه، وبالتالي فإن غرض المشرع هو عدم الإخلال بحق الدفاع، وقد تحقق بإعطائه فترة للمتهم لتحضير دفاعه.
ج - إطلاع المتهم على ملف الدعوى:

إطلاع المتهم على أوراق الدعوى المقامة ضده يعتبر رافداً أساسياً لإحاطته بالتهمة المسندة إليه وبأدلتها توطئة للاستعداد للدفاع عن نفسه، وهو وإن أثار الجدل في مرحلة التحقيق الابتدائي - وهي خارج نطاق البحث- فإنه لاخلاف بشأنه البتة في مرحلة المحاكمة، ولا مرأى في أنه يحق للأخصام أن يطلعوا على إجراءات الدعوى، بغير استثناء متى طلبوا ذلك، ويعتبر عدم تمكين المتهم من الاطلاع على ملف الدعوى وجهاً للإخلال بحق الدفاع⁽⁴⁾. وهو ما نص عليه المشرع في المادة

(1) د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2007، ص 644.

(2) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، رقم 994، ص 920.

(3) المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 34/34 ق سبقت الإشارة إليه.

(4) انظر د. حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، رسالة دكتوراه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997م، ص 244، د. أحمد فتحي سرور، الإجراءات، المرجع السابق، ص 720.

(209) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه: "للخصوم أن يطلعوا على أوراق الدعوى بمجرد إعلانهم بالحضور أمام المحكمة".

وانطلاقاً من نفس الهدف نص المشرع في المادة (163) من قانون الإجراءات الجنائية على حق محامي المتهم في أن يطلب ميعاداً للإطلاع على ملف القضية، وتحدد له غرفة الاتهام أو المحكمة ميعاداً لا يجاوز عشرة أيام يبقى أثناءها ملف القضية في قلم الكتاب حتى يتسنى للمحامي الاطلاع عليه .

صحيح أن هذا النص ورد في مواد الجنايات التي يكون فيها وجوباً حضور محام عن المتهم، وخص الأخير بالاطلاع دون المتهم، إلا أن أننا نرى بأنه لا يوجد ما يمنع قانوناً من امتداد هذا الإجراء إلى المتهم نفسه حيث يتم تمكينه من الاطلاع لأن المتهم هو المعني بالاتهام وهو الأصيل، فمن باب أولى أن لا يحرم من هذا الحق الذي منحه المشرع لوكيله (1) .

أما في القانون الفرنسي يخطر المتهم بصورة من ملف الدعوى للإطلاع، أما في مواد الجنح يختلف وضع المتهم بحسب ما إذا كان يستعين بمحام للدفاع عنه أم يتولى الدفاع عن نفسه بنفسه، ففي الحالة الأولى يحق للمحامي الاطلاع على ملف الدعوى وتصوير الأوراق التي يتضمنها هذا الملف، أما إذا كان المتهم يتولى الدفاع عن نفسه فلا يحق له الاطلاع على ملف الدعوى (2) .

أما القانون الليبي لم يفرق بين المتهم في جنحة والمتهم في جناية فيما يتعلق بالاطلاع على ملف الدعوى، ففي مواد الجنح نصت المادة (209) من قانون الإجراءات الجنائية على "للخصوم أن يطلعوا على أوراق الدعوى بمجرد إعلانهم بالحضور أمام المحكمة". وهنا نلاحظ تفوق القانون الليبي على القانون الفرنسي حيث اعتبر الاطلاع من حق الخصوم سواء كانت الواقعة جنحة أم جناية، وسواء كان المتهم يصطحب محام أم لا، وبذلك كفل المشرع الليبي هذا الحق للمتهم في أن يطلع على الأوراق ليعد دفاعه بعد ذلك.

الفرع الثاني

حقوق المتهم عند تعديل أو تغيير الإتهام من قبل المحكمة

تبنى على قاعدة ضرورة إعلان المتهم بالتهمة المسندة إليه ضماناً لحقه في الدفاع، قاعدة جوهرية أخرى هي قاعدة تقيد المحكمة بحدود الدعوى، حيث نصت المادة (280) من قانون الإجراءات الجنائية على "لا تجوز معاقبة المتهم عن واقعة

(1) انظر عكس هذا الرأي د. محمد محمود الشركسي، المرجع السابق، ص 414 حيث يذهب إلى القول بأنه "لا يجوز تمكين المتهم بذاته - وهو واجب بالنسبة لمحاميهِ - من الاطلاع على ملف القضية ويؤسس صاحب هذا القول رأيه على احتمالية تولد آثار ضارة لدى المتهم تفقده جهوده في الإمساك بزمام نفسه".

(2) د. علاء سلام، المرجع السابق، ص 676، 677.

غير التي وردت بأمر الإحالة أو طلب التكليف بالحضور، كما لا يجوز الحكم على غير المتهم المقامة عليه الدعوى "، بمعنى انحسار سلطة المحكمة في نطاق الدعوى التي أدخلت في حوزتها، محددة بحدودها الشخصية والعينية،⁽¹⁾ فإن فعلت المحكمة ذلك ولم تتقيد بحدود الدعوى فإنها تكون قد خالفت قاعدتين أساسيتين متعلقتين بالنظام العام وهما : قاعدة الفصل بين سلطة الاتهام وسلطة الحكم، وقاعدة الالتزام بما يطلبه الخصم وهما تتعلقان بولاية الحكم في الدعوى ضماناً لتحقيق العدالة الجنائية⁽²⁾. وتهدف هذه القاعدة إلى رعاية مصلحة المتهم من خلال محافظتها على حقه في الدفاع لأنها تحميه من التعرض للاتهام المفاجئ، ومن ثمّ تؤكد حقه في أن يحاط علماً بالتهمة المنسوبة إليه لكي يستطيع إعداد دفاعه، لا أن يؤخذ على غرة دون أن يمنح الفرصة الكافية للدفاع عن نفسه⁽³⁾.

وقد أوجب الفقه الإسلامي عند وجود الجريمة أن تحرك فيها الدعوى الجنائية، ومن الأصول المتعلقة بالقاضي إلزامه بالتقيد بحدود الدعوى المرفوعة، وقد ذكر العلماء ذلك وبيّنوا أن القاضي ليس حراً في إطلاق حدود الدعوى بل هو مقيد بموضوع الدعوى وحدود المطلوب منها، وهذا واضح في حالة ما إذا كان الحق لأدمي محض، لأن صاحب الحق له أن لا يرفع للقضاء أصلاً، فإذا رفع فيتقيد القاضي بحدود ما رفع فيه، أما إذا كان الحق لله تعالى أو كان حقاً مشتركاً فإن القاضي لا يتقيد بحدود الدعوى وله تعديل صفة الدعوى وحدودها بناءً على فقهه لصورة المسألة لكي يعطي الدعوى وصفها اللائق بها⁽⁴⁾.

أولاً: تنبيه المتهم إلى التعديل أو التغيير

نصت على هذا القيد الفقرة الثالثة من المادة (281) من قانون الإجراءات حيث نصت على "وعلى المحكمة أن تنبه المتهم إلى هذا التغيير... وهو ما نص عليه المشرع المصري في المادة (308) من قانون الإجراءات الجنائية في فقرتها الأخيرة.

وعملاً بهذا النص يتعين على المحكمة - إذا عدلت التهمة المسندة إلى المتهم أو غيرت وصفها القانوني- بأن تنبه المتهم لذلك. وعلة هذا القيد هي احترام حق

(1) انظر في مفهوم هذه القاعدة د. محمود نجيب حسني، الإجراءات، المرجع السابق، رقم 970، ص 892، مأمون سلامة، الإجراءات، ج2، المرجع السابق، ص125، د. عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص1297، د. أحمد فتحي سرور، الإجراءات، المرجع السابق، ص773.

(2) المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 56/2862 ق، جلسة 2012/6/24، غير منشور

(3) د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تحليلاً وتفصيلاً، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1977، ص647.

(4) أكرم بن فهد الرقبيبة، تقيد المحكمة بالاتهام في النظام السعودي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1427هـ، 2006، ص32.

الدفاع، ذلك أن المتهم قد وضع خطة دفاعه على أساس هذا الوصف القانوني الذي أسبغه الاتهام عليها، فإذا أدخل التعديل على ذلك تعين تنبيهه حتى يعدل تبعاً لذلك خطة دفاعه⁽¹⁾.

فإذا قامت المحكمة بإجراء تعديل على التهمة دون أن تنبه المتهم إلى هذا التعديل في التهمة فإنها تكون قد أخلت بحقه في الدفاع ويكون حكمها معيباً ببطلان الإجراءات مما يستتبع بطلان الحكم⁽²⁾، فكما أنه من حق المحكمة أن تعدل التهمة أثناء المحاكمة فإن من واجبها المقرر عليها بمقتضى المادة (281) من قانون الإجراءات الجنائية هو تنبيه المتهم إلى التهمة المعدلة⁽³⁾.

ثانياً: منح المتهم أجلاً لتحضير دفاعه

من حقوق المتهم أيضاً عند تعديل أو تغيير الاتهام أن تمنح المحكمة المتهم أجلاً لتحضير دفاعه بناءً على الوصف أو التعديل الجديد إذا طلب ذلك⁽⁴⁾. وهو ما نصت عليه المادة (3/281) من قانون الإجراءات الجنائية.

ويعد طلب التأجيل من الحقوق الجوهرية للمتهم في مرحلة المحاكمة، لأنه يعطيه الفسحة الكافية من الوقت لإعداد خطته الدفاعية، والاستعداد للمرافعة، والتمكن من الاطلاع، وتقديم المستندات⁽⁵⁾. وحسب نص المادة (3/381) سالف الذكر فإن المحكمة ملزمة بتلبية طلب التأجيل الذي يقدمه الدفاع إذا حدث تغيير أو تعديل في وصف التهمة. وحسناً فعل المشرع حينما جعل تأجيل الجلسة رهناً بطلب المتهم، لأن الأخير قد تكون من مصلحته إنها المحاكمة على وجه السرعة. وأخيراً يظهر لنا مدى الارتباط بين هذا الحق وسابقه وذلك من خلال حق الدفاع، وإلما فائدة التنبيه إذا طلب المتهم أجلاً لإعداد دفاعه ولم تستجيب المحكمة لهذا الطلب.

3- عدم جواز رجوع المحكمة إلى الوصف الأول قبل التعديل:

بيّنا سلفاً بأنه يتوجب على المحكمة أن تنبه المتهم إذا قامت بإحداث تعديل أو تغيير في وصف التهمة وأن تمنح المتهم أجلاً لتحضير دفاعه، وبالتالي فإن المتهم هنا أصبح يحاكم على ضوء التعديل الجديد مادام المحكمة قد نبهته إلى ذلك التعديل وبات المتهم يتبع خطة دفاعية تجاه تنفيذ الاتهام الجديد - والحالة هذه - لايحوز

(1) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، رقم 980، ص906، وانظر د. عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص1312، د. مأمون سلامة، المرجع السابق، ج2، ص142.

(2) المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 23/188 ق، جلسة 1977/06/28، م.م.ع س2، ع14، ص211.

(3) المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 22/227 ق، جلسة 1976/06/01، م.م.ع س2، ع13، ص204.

(4) المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 23/188 ق، جلسة 1977/06/28، طعن رقم 24/433 ق، جلسة 1978/03/14، طعن رقم 19/243 ق، جلسة 1973/12/11.

(5) د. محمد خميس، المرجع السابق، ص292.

للمحكمة أن تبني حكمها على التهمة التي استبعدتها وإلا كان حكمها باطلاً ومخلاً بحق المتهم في الدفاع، لأن ذلك تغريراً بالدفاع وإخلالاً بحقوقه. وتجدر الإشارة إلى أنه يجوز للمحكمة أن تطلب من المتهم أن يدافع على أساس الوصفين وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تتبنى في حكمها أيهما⁽¹⁾.

المطلب الثاني

حرية المتهم في إبداء أقواله

نتعرض في هذا المطلب لبيان مفهوم هذا الحق (الفرع الأول) ومظاهره (الفرع الثاني) على النحو التالي:

الفرع الأول

مفهوم حرية المتهم في إبداء أقواله

المتهم حر في إبداء أقواله ، حيث يجوز له أن يقدم ما شاء من دفاع شفوي أو كتابي، وله أن يقدم المستندات المدعمة لدفاعه، ولا قيد على المتهم في كمية المستندات ونوعها التي يقدمها والتي يراها لازمة لدفاعه⁽²⁾، أي أن يكون المحامي حراً فيما يقول، فلا يلزم بأداء يمين يؤكد به صحة ما يقول⁽³⁾. ولا يعتبر تقييداً لحرية المتهم في التعبير منع المتهم أو محاميه من الاسترسال في المرافعة إذا خرج عن موضوع الدعوى، ونص القانون صريح في هذا الصدد حيث نصت المادة (3/248) من قانون الإجراءات الجنائية على "للمحكمة أن تمنع المتهم أو محاميه من الاسترسال في المرافعة إذا خرج عن موضوع الدعوى أو كرر أقواله". وبغرض توفير حرية التعبير للمدافع وزيادة من المشرع في تفعيل هذا الحق فقد حصن دفاع المتهم بسبب من أسباب الإباحة بما مؤداه نفي الصفة غير المشروعة عما عساه أن يقع أثناء ممارسة حق الدفاع من أقوال أو قذف أو سب، ويعتبر هذا الحق رخصة منحها القانون للمتهم بحيث لا يجوز أن يترتب على استعماله له مساءلته أو محاميه عما تتضمنه عبارات الدفاع أو مذكراته من إسناد لأشخاص آخرين قد يعاقب عليها القانون في الأحوال العادية⁽⁴⁾. ويجد هذا الحق سنده القانوني في نص المادة (442) من قانون العقوبات الليبي حيث نصت على أنه "... لا عقاب على ما تضمنته المحررات التي يقدمها أو يدلي بها الأخصام أو وكلاؤهم في المرافعات أمام السلطات القضائية...".

(1) بهذا المعنى د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، رقم 980، ص 907.

(2) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سبق ذكره، ص 744.

(3) بهذا المعنى د. أحمد فتحي سرور، الوسيط، مرجع سبق ذكره، ص 521.

(4) د. حاتم بكار، المرجع السابق، ص 451.

الفرع الثاني
مظاهر حرية المتهم في إبداء أقواله

أولاً: الحق في الكلمة الأخيرة:

تجسيداً من المشرع لحرية المتهم في إبداء أقواله جعله آخر من يتكلم في الجلسة، كيف لا وهو المعني لكل ما يقال في الجلسة، فقد نص المشرع فيم(2/248) من قانون الإجراءات على "وفي كل الأحوال يكون المتهم آخر من يتكلم"، وعلّة هذا النص أن يتاح للمتهم إبداء رأيه في جميع الأدلة التي قدمت في الدعوى فيعين ذلك المحكمة على تقييمها، ويتاح له أن يؤكد دفاعه فيكون واضحاً لدى المحكمة حينما تخلو بعد ذلك للمداولة⁽¹⁾.

أ- أهمية القاعدة:

يعد حق المتهم أو المدافع عنه في أن يكون آخر من يتكلم من الحقوق ذات الأهمية الكبرى لضمان فعالية الحق في الدفاع، وعدم احترام هذه القاعدة قد يترتب عليه أضرار جسيمة فيما يتعلق بحق المتهم في محاكمة عادلة، إذ تعتبر هذه القاعدة من الامتيازات التي يتمتع بها المتهم والتي تحقق التوازن العادل بين الاتهام والدفاع. وتهدف هذه القاعدة في المقام الأول إلى إتاحة الفرصة للمتهم أو المدافع عنه في دحض أدلة الخصم وتفنيد دفوعه. وكذلك من خلال هذه القاعدة يزيل المتهم ما قد يكون قد رسخ في ذهن القاضي من قناعة تجاه الاتهام المنسوب إليه، خاصة إذا كان آخر المتكلمين النيابة العامة، أو المدعي المدني أو حتى أحد الشهود⁽²⁾.

وهناك من أسس هذا الحق على افتراض البراءة التي توجب أن تقدم سلطة الاتهام الأدلة التي تثبت التهمة المنسوبة للمتهم، وكذلك يوجب إتاحة الفرصة للمتهم لدحض تلك الأدلة، وهو ما يعني أن يكون دور المتهم تالياً لدور الادعاء وهذا يؤدي إلى أن يكون آخر ما تسمعه المحكمة هو كلام المتهم⁽³⁾.

ب- ضوابط تطبيق القاعدة:

السؤال الذي يثار في تطبيق هذه القاعدة هو: هل المحكمة ملزمة بتطبيق هذه القاعدة وإذا ما خالفت ذلك فهل يكون حكمها باطلاً؟
أجابت المحكمة العليا الليبية على هذا السؤال بقولها "إن الإجراءات الواردة في

(1) د. محمود نجيب حسني، الإجراءات، المرجع السابق، رقم 1005، ص 929-930، د. عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص 1338.

(2) د. علاء سلام، المرجع السابق، ص 745.

(3) د. حسن المرصفاوي، المرجع السابق، ص 141.

نصوص المواد (244، 246، 248) ليست إلا إجراءات تنظيمية لا يترتب على عدم مراعاتها بطلان إجراءات المحاكمة ما لم تتضمن إهدار لحق الدفاع ويتحقق ذلك إذا طلب المتهم التعقيب وباعتبار أنه آخر من يتكلم ورفضت المحكمة طلبه⁽¹⁾. ولا نوافق هذا القضاء فيما انتهى إليه، ذلك أن نص المادة (2/248) من قانون الإجراءات الجنائية جاء صريحاً بقوله وفي كل الأحوال يكون المتهم آخر من يتكلم، وبالتالي يتعين على المحكمة أنه تنبه المتهم قبل أن تخلو للمداولة بأن من حقه أن تكون الكلمة الأخيرة له، فإذا ما سكت بعد تنبيهه عد ذلك رضاً منه وتصح الإجراءات التي تقوم بها المحاكمة.

ونتفق مع من يرى⁽²⁾ أن يتم تعديل على النص المتعلق بهذا الحق "وفي القانون الليبي نرى أن يضاف إلى المادة (2/248) التعديل التالي "ويجب تنبيه المتهم لذلك ويثبت ذلك في محضر الجلسة".

ثانياً: عدم جواز تقييد حرية إبداء الدفاع بمدة معينة

يقصد بذلك أنه لا يجوز - بحال- وضع قيد زمني على حرية المتهم في إبداء أقواله أو دفاعه، بما يجعله مرتهاً في ممارسته لحق الدفاع بهذا القيد، فإذا تمسك الدفاع بهذه الحرية، فإن المحكمة لا تستطيع أن تلزمه بالانتهاء في مدة معينة وإلا كان ذلك منها إخلالاً بحق الدفاع بما يبطل إجراءات المحاكمة وكذا الحكم الصادر فيها⁽³⁾، الأمر الذي يقودنا إلى طرح التساؤل الآتي: هل يعتبر إقفال باب المرافعة تقييداً لحرية إبداء الدفاع بمدة معينة؟

أجابت محكمة النقض المصرية على هذا التساؤل بقولها: أن قفل باب المرافعة لا يعتبر قيداً على حرية الدفاع في إبداء الأقوال، مادام المحكمة قد أفسحت له الوقت اللازم لإبداء الدفاع قبل قفل باب المرافعة⁽⁴⁾، فإذا أفل باب المرافعة فإن المحكمة تكون في حل من قبول طلباته أو دفعه ذلك أن للمرافعات مدى يجب أن تنتهي إليه⁽⁵⁾.

وهذا الاتجاه الذي قضت به محكمة النقض هناك من يراه محل نظر، ذلك أن تحقيق المصلحة التي قصد إليها قضاء النقض بوضع مدى للمرافعات والمحاكمات

(1) المحكمة العليا، الطعن رقم 21/132 ق، السابق الإشارة إليه.

(2) د. محمد خميس، المرجع السابق، رقم 89، ص 144.

(3) د. محمد أبو شقة، المرجع السابق، ص 380، 381.

(4) نقض مصري، جلسة 8-5-1972، الطعن رقم 303، السنة 42 قضائية، مكتب فني 23، رقم الجزء 2، ص 661.

(5) نقض مصري، جلسة 3-1-1929، الطعن رقم 291، السنة 46 قضائية، مكتب فني 41، رقم الجزء 1

بحيث لا تستطيل مدتها دون مقتضى، من الممكن الوصول إليه وتحقيقه دون افتئات على حرية وحق المتهم في إبداء دفاعه وهو ما حمل جانب من الفقه إلى القول بالتزام المحكمة بقبول طلب فتح باب المرافعة، متى كان هذا الطلب جوهرياً من شأنه إن صح تغيير وجه الرأي في الدعوى، مع الاعتراف للمحكمة بحقها في رفض هذا الطلب بلا تزيب عليها متى كان غير جوهرى والغرض منه المماثلة فحسب⁽¹⁾. وكذلك بوضع قيد زمني على حرية ممارسة حق الدفاع، فتتمثل في أن يقيد المشرع بنص قانوني حق المتهم وحرية في أن يبدي دفاعه بوقت معين، فإذا انقضى هذا الوقت سقط حقه في الدفاع⁽²⁾.

المبحث الثاني ممارسة حق الدفاع

تمهيد وتقسيم

رأينا في المبحث السابق ركائز حق الدفاع والمتمثلة في حق المتهم في الاحاطة بالتهمة المسندة اليه وكذا حقه في إبداء أقواله بحرية إلا أن المتهم قد تعوزه الخبرة والدارية بالاجراءات التي تتخذ تجاهه والتي قد تحمل في ثناياها ما من شأنه أن يؤدي الى براءته او تخفيف العقاب عليه، لذا كفل له المشرع حقه في الاستعانة بمحام (المطلب الأول) وإذا لم يرضى بالحكم الصادر ضده فمن حقه أن يطعن عليه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حق المتهم في الاستعانة بمحام

تمهيد وتقسيم

قلنا أن حق الدفاع من الحقوق التي تأتي في طبيعة كل الحقوق التي يتمتع بها المتهم أمام القضاء الجنائي وهذا الحق قد يبا شره المتهم أصالة أو بالوكالة بأن يسند مهمة الدفاع عنه لمحام يختاره أو تعيينه له المحكمة على التفصيل التالي:

الفرع الأول

مفهوم حق المتهم في الاستعانة بمحام وأهميته

أولاً: مفهوم استعانة المتهم بمحام
عامة فقهاء الشريعة الاسلامية يجيزون لكل واحد من الخصمين أن يوكل عنه وكيلاً في الخصومة وهو مذهب مالك، والشافعي، وأحمد،⁽³⁾.
فحق الإنسان في أن يدافع عن نفسه بنفسه، أو عن طريق محام يختاره، أكدت عليه الإعلانات والمواثيق الدولية حيث نصت عليه المادة (3/14) من العهد الدولي، والمادة

(1) د. محمد أبو شقة، المرجع السابق، ص382، د. محمد خميس، المرجع السابق، ص303.

(2) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سبق ذكره، ص425.

(3) انظر د. عدنان الدقيان الدعوى القضائية في الفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه منشورة، كلية الشريعة جامعة دمشق، ط1، دار ابن الجوزي، ص136 وما بعدها.

(1/7/ج) من الميثاق الأفريقي لحقوق الشعوب، والمادة (2/8/د) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والمادة (3/6/ج) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وحق الاستعانة بمحامٍ تضمنته المؤتمرات الدولية أيضاً، منها على سبيل المثال وليس الحصر المؤتمر السادس لقانون العقوبات الذي عقد في روما عام 1953 حيث نص على "قبل أن يسأل المتهم عن شخصيته وقبل أن يدلي بأية أقوال يجب أن يخطر المحقق بأن من حقه أن لا يجيب إلا بحضور محاميه، وهذا ما أكدته مؤتمر هامبورغ لقانون العقوبات سنة 1979⁽¹⁾ .

ولم يشد المشرع الليبي عن النص في الدستور على حق المتهم في الاستعانة بمحامٍ حيث نص عليه في المادة (31) من الإعلان الدستوري للمجلس الوطني الانتقالي الليبي . هذا ويسود مبدأ الاستعانة بمحامٍ كل الأنظمة القانونية، ففي ليبيا نصت المادة الأولى من القانون رقم 4 لسنة 1981 بشأن المحاماة الشعبية في ليبيا بأنه "يحق لمواطني ليبيا الاستعانة دون مقابل بمحامٍ في القضايا التي ترفع منهم أو عليهم أمام الجهات القضائية". وقد نص المشرع في المادة (1/162) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي على "ضرورة تعيين مدافع لكل متهم بجناية من قبل غرفة الاتهام إذا لم يكن قد اختار محامياً، وهو ما أوجبه أيضاً المادة (321) من نفس القانون بالنسبة للمتهمين الأحداث فيما ينسب إليهم من الجنايات، وهو ما نص عليه المشرع المصري في المادة (2/214) من قانون الإجراءات الجنائية .

ثانياً: أهمية استعانة المتهم بمحامٍ

قد يعجز المتهم عن تقديم كل ما من شأنه أن يؤدي إلى اثبات براءته، لاسيما وأنه يواجه خصماً أكثر دراية وتأهيلاً ألا وهو النيابة العامة، الأمر الذي تتجلى فيه أهمية استعانة المتهم بمحامٍ يشد من أزره في مواجهة سلطة الاتهام. كما أن الاستعانة بمحامٍ من شأنها معاونته قضاء الحكم في الوصول إلى الحقيقة من خلال ما يقدمونه من دفوع تشكل في مجموعها عقيدة المحكمة.

الفرع الثاني

نطاق استعانة المتهم بمحامٍ

أولاً: استعانة المتهم بمحامٍ في مواد الجنح والمخالفات:

لم يشترط القانون في الجنح والمخالفات أن يكون للمتهم مدافع يستعين به، بل ترك ذلك لتقدير المتهم، على أنه متى عهد المتهم إلى محامٍ بمهمة الدفاع فإنه يتعين على المحكمة أن تستمع إلى مرافعته أو أن تتيح له الفرصة للقيام بمهمته. فقد نصت المادة (210) من قانون الإجراءات الجنائية على "يجب على المتهم في جنحة معاقباً عليها بالحبس أن يحضر بنفسه، أما في الجنح الأخرى وفي المخالفات فيجوز له أن ينيب عنه

⁽¹⁾ Celiahampton: Criminal Procedure, Sweet and Maxwell, London, 1982, P. 39-41

وكيلاً لتقديم دفاعه...".

إذاً طبقاً لهذا النص فإن القانون أوجب على المتهم الحضور بنفسه في الجرح المعاقب عليها بالحبس، كما أجاز له في الجرح الأخرى وفي المخالفات أن ينيب عنه وكيلاً لتقديم دفاعه، وبالتالي فإن مسألة حضور محام مع المتهم في جنحة جوازياً وليس وجوبياً أمام المحكمة في التشريع والقضاء الليبيين⁽¹⁾، معلقة على اختياره، بحيث إذا لم يتم بالاستعانة بمحام جاز للمحكمة أن تباشر نظر الدعوى بحضوره دون مدافع ولا بطلان في إجراءاتها.

ثانياً: استعانة المتهم بمحام في مواد الجنايات

نص المشرع في المادة (1/162) من قانون الإجراءات الجنائية ضرورة حضور محامي المتهم في جناية حيث نصت على "تعيين غرفة الاتهام من تلقاء نفسها مدافعاً لكل متهم بجناية صدر أمر بإحالاته إلى محكمة الجنايات إذا لم يكن قد انتخب من يقوم بالدفاع عنه". وأوضحت المحكمة العليا الغرض من ذلك بقولها "إن المشرع قد أوجب في قانون الإجراءات الجنائية ضرورة وجود محام مع المتهم بجناية أمام محكمة الجنايات لخطورة الجناية والعقوبات المترتبة عليها وأعطى لمحكمة الموضوع حق انتداب محام للدفاع عنه حين لا يكون له محام وذلك لأن وجود محام مع المتهم في جناية لضمان الدفاع عنه من المبادئ الأساسية التي يكفلها القانون للمتهم والتي لا يجوز مخالفتها"⁽²⁾.

وبالتالي فإن حضور محام عن المتهم بجناية أمر حتمي استلزمه المشرع وهو من الإجراءات الجوهرية وجعله من النظام العام⁽³⁾، ارتقاء بحق الدفاع بحيث إذا لم يستخدم المتهم حقه في حضور محاميه التزمت المحكمة بنسب محام له⁽⁴⁾. ويمتد هذا الحق حتى في الجنايات التي تنظرها محكمة الجرح، لأن النص ورد على الجريمة وليس على المحكمة، وبالتالي يستفيد منها المتهم أمام محكمة الجرح، فإذا ما نظرت الجناية أمام محكمة الجرح فإنه يكون على الأخيرة أن تعين له محام إن لم يكن له محام يدافع عنه⁽⁵⁾.

(1) المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 25/115 ق، جلسة 17/10/1978، م.م.ع 4ع س15، ص283

(2) المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 55/2663 ق، جلسة 20/6/2010 غير منشور .

(3) المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 20/184 ق، جلسة 05/02/1974.

(4) انظر د. محمد خميس، المرجع السابق، ص169.

(5) بهذا المعنى د. عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص1348.

الفرع الثالث متطلبات فاعلية الاستعانة بمحام

أولاً: حق المتهم في اختيار محاميه
يعتبر حق المتهم في اختيار محاميه من أولويات حقه في الاستعانة بمحام، وذلك متى توافرت للمتهم القدرة المالية التي تمكنه من اختيار المحامي الذي سيدافع عنه⁽¹⁾، فهو حر في اختيار محاميه فلا تلزمه المحكمة بمحام، فله أن يختار من يشاء للدفاع عنه، لأن حقه في ذلك أصيل مقدم على حق القاضي في اختيار من يدافع عنه، فإن اختار المتهم مدافعاً فليس للقاضي الافتئات عليه في ذلك ويعين مدافعاً آخر⁽²⁾.

وتكمن الحكمة في إعطاء المتهم هذا الحق في أن يختار المحامي الذي يتوسم فيه أنه الأقدر - لعلمه وخبرته وكفاءته وتخصصه- على ترجيح كفته والوصول إلى تبرئته أو تخفيف عقوبته⁽³⁾. كما تكمن الحكمة في تمكين المتهم من اختيار من يحسن الظن به، ويجعله مكن أسراراً، ومستودعاً⁽⁴⁾.

ثانياً: تيسير الاتصال بين المتهم ومحاميه:

من المعلوم أن فعالية الإعداد للدفاع تتوقف على الفهم الجيد للوقائع والظروف والملابسات التي تحيط بالتهمة، والاطلاع على ملف الدعوى لا يكفي وحده لإعداد الدفاع، بل يجب أن يكون هناك اتصال بين المتهم ومحاميه، وهذا الاتصال يفترض أن يجلس المتهم مع محاميه بغرض التنظيم الأمثل لهذا الدفاع، ولا يتحقق هذا الأخير إلا إذا كان هناك اتصال دائم بين المتهم ومحاميه وأن يتحاور المتهم مع محاميه بحرية⁽⁵⁾. ويعد حق المتهم في الاتصال بمحاميه من المتطلبات المبدئية لحقه في الاستعانة بمحام، ويجب أن يعطى المتهم هذا الحق سواء أكان محبوساً، أو مطلق السراح، وتبدو الحاجة إليه أكثر إلحاحاً حينما يكون محبوساً؛ ذلك أن المتهم مطلق السراح يكون حراً في الاتصال بمن شاء ومتى شاء، أما المتهم المحبوس فمقيد في ذلك، وبالتالي يجب تيسير الاتصال بمحاميه، والتحدث إليه، ومحاورته دون وجود أحد وفي ذلك تحقيق لمبدأ المساواة بين المتهمين⁽⁶⁾.

ثالثاً: جدية الدفاع

بمجرد اختيار المتهم محامياً للدفاع عنه أو انتداب المحكمة له، فإنه يترتب على هذا المحامي الالتزام بحضور الجلسة والقيام بعبء الدفاع عن المتهم، أو تكليف غيره من

(1) د. أحمد حامد البدرى، الضمانات الدستورية للمتهم في مرحلة المحاكمة الجنائية، رسالة دكتوراه، منشورة، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2002م، ص 198.

(2) المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 5/712 ق، جلسة 2001/02/27.

(3) د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية، مرجع سبق ذكره، ص 235.

(4) د. حسن علوب، مرجع سبق ذكره، ص 73.

(5) د. علاء الصاوي سلام، المرجع السابق، ص 682.

(6) د. حسن علوب، المرجع السابق، ص 73.

المحامين للقيام بذلك، وإخلاله بهذا الالتزام يعرضه للجزاء التأديبي فضلاً عن الجزاء الجنائي وهو الحكم عليه بغرامة لاتجاوز خمسين جنيهاً ويجوز للمحكمة إعفائه من الغرامة إذا أثبت أنه كان من المستحيل عليه أن يحضر في الجلسة بنفسه، أو أن ينيب عنه غيره المادة (339) إجراءات جنائية. وبالتالي فكل ما يتصل بواجب المحامي، وإخلاقه في أداء رسالته، إنما يرجع إلى ما يمليه عليه ضميره، واجتهاده، وتقاليده مهنته⁽¹⁾.
رابعاً: متابعة المحامي لكافة إجراءات المحاكمة

تحقيقاً لغرض المشرع من ضرورة حضور محامٍ مع المتهم فلا بد أن يكون المحامي قد حضر إجراءات المحاكمة وبوشرت في حضوره، إذ يجب أن يكون سماع الشهود والتحقيقات التي أجريت قد وقعت في حضوره حتى يستطيع تكوين عناصر دفاعه بما يكفل حق المتهم الذي حرص عليه المشرع، ولذلك إذا حدث ولم يحضر المحامي بعض إجراءات التحقيق الجنائي بسبب خارج عن إرادته فعلى المحكمة أن تستجيب لطلبه إذا كان دفاعه يقضي مناقشة الشهود الذين سبق سماعهم⁽²⁾ وإذا استمرت المرافعة عدة جلسات وحضر المحامي إحداها وغاب عن البعض الآخر كانت المحاكمة باطلة⁽³⁾.

خامساً: استقلال كل متهم بمحامٍ عند تعارض المصالح
لا يوجد مانع قانوني من أن يتولى أكثر من محامٍ الدفاع عن متهم واحد، وفي الوقت نفسه يجوز أن يتولى محامٍ واحد الدفاع عن أكثر من متهم في جريمة واحدة، بشرط أن لا تكون مصالحهم متعارضة ومناطق التعارض الحقيقي المخل بحق الدفاع هو أن يكون القضاء ببراءة أحد المتهمين يترتب عليه القضاء بإدانة الآخر⁽⁴⁾.

وتفادياً لمخاطر التعارض بين مصالح المتهمين على حقهم في الدفاع أمام القضاء، أوجب المشرع الليبي في المادة (1/28) من القانون رقم (10) لسنة 1990 بشأن إعادة تنظيم مهنة المحاماة، ألا يمثل المحامي المصالح المتعارضة، وألا يبدي أية مساعدة ولو من قبيل الشورى لخصم موكله في النزاع ذاته، أو في نزاع مرتبط به إذا كان قد أبدى رأياً للخصم، أو سبقت له وكالته.

سادساً: إبداء الدفوع والطلبات

يتعين لكي يكون الدفاع عن المتهم فعالاً، أن يقوم المحامي الذي استعان به المتهم أو ندبته له المحكمة بالذود عن المتهم تجاه الاتهام المنسوب إليه، بتقديم الطلبات وإبداء الدفوع، ويتوجب على المحكمة أن تفصل في الطلبات التي يتقدم بها، وهو ما نصت عليه المادة (284) من قانون الإجراءات الجنائية بقولها "يجب على المحكمة أن تفصل في الطلبات التي تقدم لها من الخصوم وتبين الأسباب التي تستند إليها. إن ما تتأذى منه العدالة

(1) المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 2/113ق، جلسة 1956/04/11.

(2) د. مأمون سلامة، الإجراءات، ج2، المرجع السابق، ص111.

(3) د. أحمد فتحي سرور، الإجراءات، المرجع السابق، ص738.

(4) المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 42/578ق، جلسة 2001/06/19.

ويعتبر إخلالا بحق الدفاع هو عدم تحقيق المحكمة للدفع الجوهري التي يتقدم بها المتهم في الدعوى حيث قضت المحكمة العليا في حكم حديث لها "المحكمة حرة في تكوين عقيدتها بدليل دون آخر وتخضع طلبات الخصوم ودفعهم الى مطلق تقديرها إلا أنه يتعين أن تتصدى لأوجه دفاعهم الجوهري بمناقشتها والرد عليها"⁽¹⁾ فإذا ما تجاهلت المحكمة طلب الدفاع ولم تتناوله في أسباب حكمها إيراداً ورداً فإنها تكون قد أخلت بحق الدفاع.⁽²⁾

المطلب الثاني حق المتهم في الطعن على الأحكام

تمهيد وتقسيم

العصمة لله وحده، والكمال له جلت قدرته أما نحن البشر فلسنا معصومين من الخطأ، والقضاة بشر و ليسوا معصومين من الخطأ؛ لذا منح المشرع المتهم حق الطعن على الأحكام، وبما أن الطعن على الأحكام يهدف إلى تقويمها، وإصلاح الأخطاء والعيوب الإجرائية والموضوعية التي قد تشوبها، وتعديلها إن جد بعد صدورها ما يجعلها مجافية للواقع أو القانون وذلك بغية الوصول إلى الحقيقة، وحسن تطبيق القانون، وتحقيق أهدافه⁽³⁾، فإنه - أي حق الطعن على الأحكام - يعتبر دعامة أساسية لحق الدفاع، خاصة أنه يتيح للمتهم فرصة عرض القضية - في بعض الأحيان - مرة أخرى على القضاء، ومن ثم إبداء دفاعه مجدداً⁽⁴⁾.

ونظم المشرع الليبي في قانون الإجراءات الجنائية طرق الطعن على الأحكام على سبيل الحصر وهي المعارضة، والاستئناف، والنقض، وإعادة النظر، ونظم أحكامها في المواد (361 - 414).

وعلى صعيد الفقه الإسلامي، فقد قرر الفقهاء مبدأ قيام المحكوم عليه بالطعن في الحكم الصادر عليه إذا توفر مسوغ الطعن، وقد حدد الفقهاء مسوغات الطعن في الحكم وذلك عندما يخالف الحكم لنص من القرآن الكريم فإنه أي الحكم يكون غير مستقر ويجب نقضه، كذلك إذا كان مخالفاً لحكم السنة، أو مخالفاً لحكم الإجماع، أو لحكم القياس، أو مخالفاً لحكم القواعد الشرعية⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ المحكمة العليا طعن جنائي رقم 57/ 15 ق جلسة 24 / 11 / 2013 غير منشور

⁽²⁾ المحكمة العليا طعن جنائي رقم 60/ 344 ق جلسة 20 / 1 / 2015 غير منشور

⁽³⁾ د. أحمد فتحي سرور، الوسيط، المرجع السابق ص 887، د. عوض محمد عوض، ج 2، ص 222

⁽⁴⁾ د. علاء سلام، المرجع السابق، ص 689.

⁽⁵⁾ انظر تفصيل ذلك أ. بندر بن فهد السويلم، المتهم، معاملته وحقوقه في الفقه الإسلامي، الرياض، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، 1408هـ، ص 314 وما بعدها.

الفرع الأول

حقوق المتهم المرتبطة بالطعن بالمعارضة

يترتب على الطعن بالمعارضة أن المتهم يتمتع بمجموعة من الحقوق يمكن إجمالها فيما يلي:

1- وقف تنفيذ الحكم المعارض فيه

يترتب على ممارسة المتهم لحقه في الطعن على الحكم الصادر ضده غيابياً بالمعارضة أنه لايجوز تنفيذ هذا الحكم وهو ما أكدته المشرع في المادة (421) من قانون الإجراءات الجنائية حيث نصت على "لا تنفذ الأحكام الصادرة من المحاكم الجنائية إلا متى صارت نهائية، مالم يكن في القانون نص على خلاف ذلك".

2- إعادة طرح الدعوى من جديد على ذات المحكمة

لم يتمكن المتهم من الدفاع عن نفسه أمام المحكمة التي اصدرت الحكم الغيابي وذلك لأنه لم يكن حاضراً، وعندما يعارض يترتب على المعارضه إعادة نظر الدعوى بالنسبة إلى المعارض أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي (م 364) إجراءات.

3- عدم جواز إضرار المعارض بسبب معارضته

وهذه القاعدة عامة في جميع أنواع الطعون، ذلك أن الطاعن إنما يريد رفع ضرر أصابه من الحكم في غير صالحه ولذلك فإن طعنه، لا ينقلب وبالأعلى عليه، وبالتالي فإنه لايجوز أن يضار المتهم بمعارضته في الحكم الغيابي الصادر ضده⁽¹⁾. وقد أكد المشرع الليبي على هذه القاعدة في المادة (364) إجراءات بأنه لايجوز بأية حال أن يضار المعارض بناءً على المعارضة المرفوعة منه، وللمحكمة أن تؤيد الحكم الغيابي أو تلغيه أو تعدله دون تشديد في العقوبة.

الفرع الثاني

حقوق المتهم المرتبطة بالطعن بالاستئناف

يترتب على الطعن بالاستئناف مجموعة من الآثار والتي في مجملها تشكل حقوقاً للمتهم نجمها فيما يلي:

1- وقف تنفيذ الحكم المستأنف

يترتب على الطعن بالاستئناف وقف تنفيذ الحكم الابتدائي المطعون فيه، فقد نص المشرع في المادة (427) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه يوقف التنفيذ أثناء الميعاد المقرر للاستئناف، وأثناء رفع الاستئناف الذي يرفع في الميعاد، فالقاعدة في

(1) د. مأمون سلامة، ج2، المرجع السابق، ص 361.

الأحكام الجنائية تقضي بأنه لا يجوز تنفيذ الأحكام ما لم تكن نهائية، والحكم المستأنف أو القابل للاستئناف هو حكم غير نهائي ومن ثم لا يجوز تنفيذه، وذلك لاحتمال تعديله أو إلغائه بمعرفة المحكمة التي تنظر الاستئناف (1). وما يؤخذ على المشرع الليبي أنه لم يسير على قاعدة وقف تنفيذ الحكم الغير نهائي، وذلك عندما نص في المادة (424) إجراءات جنائية على الأحكام الواجبة التنفيذ فوراً، وهي الأحكام الصادرة بالغرامة والمصاريف ولو حصل استئنافها، وكذلك الأحكام الصادرة بالحبس في سرقة أو على متهم عائد، أو على متهم ليس له محل إقامة ثابت ومعروف في ليبيا، وكذلك إذا كان المتهم محبوس احتياطياً يجوز تنفيذ الحكم مؤقتاً. وأرى بأن المشرع قد جانب الصواب في هذه الأحكام التي خرق بها قاعدة عدم جواز تنفيذ الحكم ما لم يكن نهائياً، فهذا التنفيذ الفوري أو المؤقت لحكم لم يصبح عنواناً للحقيقة بعد ما هو إلا هدم لقرينة البراءة التي يتمسك بها المتهم طيلة فترة الدعوى الجنائية، وبالتالي نأمل من المشرع أن يخضع هذه الأحكام للقاعدة العامة في عدم جواز تنفيذها ما لم تصبح نهائية.

2- إعادة طرح الدعوى على المحكمة الاستئنافية

يترتب على الاستئناف طرح الدعوى (الجنائية والمدنية) على المحكمة الاستئنافية لكي تفحصها من جديد، سواء من حيث الوقائع أو من حيث القانون، وتصدر حكماً فاصلاً في الموضوع (2).

وكضمان للمتهم أيضاً يشترط في الوقائع المطروحة أمام المحكمة الجزئية أن تكون فصلت فيها بالحكم المستأنف، فإذا أغفلت محكمة أول درجة الفصل في بعض الطلبات أو الوقائع فلا يجوز للمحكمة الاستئنافية التعرض بنظرها والفصل فيها لما في ذلك من حرمان من درجة من درجات التقاضي (3).

3- عدم الإضرار بالمتهم بسبب استئنافه

إذا لم يرفع الاستئناف إلا من المتهم وحده، فإنه من حقوقه أن لا يضر بطعنه على نحو ما سلف في المعارضة، حيث لا يجوز للمحكمة الاستئنافية أن تشدد العقاب عليه، فالقاعدة أنه لا يصح أن يضر المتهم بناءً على الاستئناف المرفوع منه وحده (4).

الحرمان من التقاضي على درجتين في الجنايات

من المعلوم أن المحاكمة أمام محكمة الجنايات تجري على درجة واحدة وهو مذهب القانون الليبي - كنظيره المصري - لم يسمح بازواجية درجة التقاضي إلا في مواد الجرح

(1) انظر د. مأمون سلامة، ج 2، المرجع السابق، ص 425. د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 1086.

(2) د. محمود نجيب حسني، الموجز في شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سبق ذكره، ص 146.

(3) د. مأمون سلامة، المرجع السابق، ص 429.

(4) المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 29/393 ق جلسة 1983/5/31.

والمخالفات، وهذا يدل على التهاون التشريعي إزاء حق المتهم في المحاكمة العادلة في مواد الجنايات، ولا يشفع لذلك القول بأن الأحكام الصادرة فيها تخضع لرقابة النقض فمثل هذا الطريق لا يبرر حرمان المتهم من إحدى درجتي

التقاضي في الجنايات، في الوقت الذي يتيح له ذلك في مواد الجنايات والمخالفات وهي دونها خطورة وجسامة⁽¹⁾. وفي الحقيقة إن استئناف أحكام الجنايات قد لقي تأييداً واسع النطاق ولاسيما على مستوى الفقه الجنائي، وتنوعت الحجج والبراهين في محاولة لإظهار القصور والظلم الفادح الناجم عن عدم وجود درجة ثانية للتقاضي في الجنايات⁽²⁾.

الأمر الذي حدى بالمشروع الفرنسي إلى إجراء تعديل في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في 15 يونيو سنة 2000 والذي اعتبره البعض بمنزلة ثورة إجرائية؛ لأنه يقرر - لأول مرة - حق استئناف الأحكام الصادرة في الجنايات⁽³⁾.

كما أن القانون الإنجليزي من القوانين الموسعة من الحق في استئناف أحكام الجنايات، حيث كرس البرلمان الإنجليزي الطعن بالاستئناف ضد أحكام محاكم التاج **crown courts** بموجب قانون الاستئناف الجنائي الصادر سنة 1907 وهي صنف من المحاكم يختص بنظر الدعاوى الناشئة عن الجرائم الجسيمة، وتتكون من محلفين للفصل في الوقائع سواء بالإدانة أو بالبراءة، وقضاة للنطق بالعقوبة⁽⁴⁾، حيث يحق لمن صدر ضده حكم بالعقوبة من محكمة التاج أن يطعن بالاستئناف أمام المحكمة الجنائية الملكية وهي دائرة من دوائر محكمة الاستئناف الملكية، ويتم استئناف أحكام هذه الأخيرة أمام لجنة قضائية من مجلس اللوردات⁽⁵⁾. أما في التشريعات الأمريكية فقد ظهرت فكرة

(1) د. حاتم بكار، المرجع السابق، ص 309، 310.

(2) انظر في هذا الموضوع د. بشير سعد زغلول، استئناف أحكام محاكم الجنايات بين المعارضة والتأييد، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 2006، ص107 وما بعدها.

(3) ويجري نص المادة 381 -1 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي علي النحو التالي :

"Les arrêts de condamnation rendus par la cour d'assises en premier ressort peuvent faire l'objet d'un appel dans les conditions prévues par le présent chapitre. Cet appel est porté devant une autre cour d'assises désignée par la chambre criminelle de la Cour de cassation et qui procède au réexamen de l'affaire selon les modalités et dans les conditions prévues par les chapitres II à VII du présent titre".

انظر د. حاتم عبدالرحمن الشحات، استئناف أحكام الجنايات في القانون الفرنسي، مقال منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 3، السنة 30، 1427هـ، سبتمبر 2006، ص 13 وما بعدها.

(4) Bing, criminal procedure and sentencing in the magistrates' court, 5 th edition, sweet & Maxwell, London, 1999, n° 3 – 41, 3- 42, p. 85

(5) Steve Uglow, criminal justice, london, sweet & Maxwell, 1995, p.139

استئناف الأحكام الصادرة من محاكم يدخل ضمن تشكيلاها محفون عام 1963 حيث أقرت المحكمة العليا للولايات المتحدة حق المتهم المحكوم عليه في الطعن بالاستئناف على الحكم الذي صدر ضده (1).

ونظرا لما تنطوي عليه الجنايات من خطورة التي قد تصل فيها الأحكام إلى الإعدام، فإنني أناشد المشرع الليبي أن يقوم على غرار ما فعل المشرع الفرنسي وذلك بفتح باب التقاضي على درجتين في الجنايات أمام محكمة الجنايات، لاسيما وأن الدستور المصري الصادر سنة 2012 قد فتح الطريق أمام المشرع في المادة 3/77 لإصدار قانون ينظم استئناف الأحكام الصادرة في الجنايات .

الفرع الثالث

حقوق المتهم المرتبطة بالطعن بالنقض

يوفر الطعن بالنقض للمحكوم عليه عدة حقوق نجلها في الآتي:

- 1- أن الطعن بالنقض يسمح بالتحقق من أن محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية تجاه المسائل الواقعية قد طبقت القانون تطبيقا سليما، وهو ما يعلي شأن قواعده ويمكن لسيادتها، ومن ثم يحقق الأمن القومي الأمر الذي ييبث الطمأنينة لدى المتهم في عدالة المحاكمة التي أجريت .
- 2- إن كفالة احترام مبادئ ووحدة القانون الوطني، بضمان توحيد تفسيره، يؤدي إلى تحقيق المساواة بين الخاضعين لأحكامه، والاضطلاع بهذه المهمة، اعتمادا على رقابة النقض يكفل للضمان القضائي فاعليته ويحفظ له تماسك وحدته، بحسبانه أحد الركائز الأساسية للشرعية الإجرائية (2) .
- 3- نظراً لأهمية ودقة إجراءات رقابة محكمة النقض، لذا أوجب المشرع الليبي توافر درجة معينة في المحامين المقبولين للترافع أمام المحكمة العليا وذلك لتمتعهم بكفاءة عالية في المهنة (3) .
- 4- تلتزم المحكمة المحالة إليها الدعوى بتحقيق عدالة المحاكمة، ويترتب على قبول الطعن بالنقض وإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة بنظرها، أن الدعوى تعود إلى حالتها الأولى قبل صدور الحكم المنقوض، ولكن أوجب المشرع تحقيق مفترضات الحق في محاكمة عادلة بأن نص على إحالة الدعوى إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم، ولكن مشكلة من قضاة آخرين غير الذين أصدروا الحكم المنقوض (م 3/393) إجراءات جنائية ليبي، وإذا لم يكن بالمحكمة قضاة آخرون يجوز إحالتها

(1) J.o Halloram: " Development of the right of appeal in England in criminal cases" Canadian bar review 27 (1949).p.153

(2) د. حاتم بكار، المرجع السابق، ص 316.

(3) المادة (12) من قرار رئاسة الوزراء رقم 1990/558.

إلى محكمة أخرى (م 4/393) إجراءات جنائية. ولا شك أن المشرع قد قصد بهذا النص أن يحقق للمتهم المفترضات التي يركز عليها حقه في محاكمة عادلة، خاصة الحق في القاضي المحايد والمستقل، ويتعين على محكمة الإحالة أن تحقق المحاكمة من جديد، فتتظر الدعوى في علانية وبحضور الخصوم وتحقق الشفوية وتحقق للمتهم كافة الضمانات اللازمة للدفاع تجاه الاتهام المنسوب إليه⁽¹⁾.

- 5- نظراً لخطورة الحكم بالإعدام فقد نص المشرع في المادة (400) إجراءات جنائية على المحامي الذي قام بالدفاع عن المتهم، موكلاً كان أو معيناً، أن يقوم بإجراءات الطعن بطريق النقض في الحكم إذا كان لذلك وجه، وهذا بغير إخلال بما للمحكوم عليه من الحق في رفع الطعن بنفسه أو بواسطة محامٍ آخر .
- 6- ألا يضار الطاعن بطعنه ونحيل إلى ما سبق بخصوص هذا الحق.

الفرع الرابع

حقوق المتهم المرتبطة بالتماس إعادة النظر

يترتب على الطعن في الحكم بإعادة النظر مجموعة من الآثار التي تعتبر في مجملها عبارة عن حقوق للمحكوم عليه تجاه الحكم البات الذي شابه خطأ في الواقع، وذلك على النحو التالي:

- 1- أفسح المشرع المجال لإثبات براءة المحكوم عليه، وذلك بعدم تقييد طلب إعادة النظر بمدة معينة - كما هو متبع في بقية طرق الطعن - وهو ما يحافظ على حق الإنسان الذي أدين ظلماً في الدفاع عن نفسه، خاصة وأن غالبية حالات إعادة النظر مرتبهة بظهور واقعة أو حكم غير معلوم ولم يكن في مقدور أحد التهكن به⁽²⁾.
- 2- ومن الحقوق المقررة للمحكوم عليه (المتهم) في إعادة النظر وقف تنفيذ حكم الإعدام عند تقديم طلب إعادة النظر لحين الفصل في الطلب مادة (409) إجراءات جنائية .
- 3- عدم جواز تشديد العقوبة المحكوم بها، فلا يجوز أن يضار الطاعن بطعنه مادة (2/414) إجراءات جنائية حيث نصت هذه المادة على "الأحكام التي تصدر في موضوع الدعوى بناءً على إعادة النظر من غير محكمة النقض، يجوز الطعن فيها بجميع الطرق المقررة في القانون، ولا يجوز أن يقضى على المتهم بأشد من العقوبة السابق الحكم بها عليه .

(1) د. علاء الصاوي سلام، المرجع السابق، ص 782، 783.

(2) د. علاء الصاوي سلام، المرجع السابق، ص 785.

الخاتمة

بحمد الله وتوفيقه وبعد اتمام هذا البحث كما نعلم فإن الخاتمة ليست تكراراً أو ترديداً لما جاء في هذا البحث أو تلخيصاً له، ولكنها تتويجٌ لما حواه هذا البحث من نتائج وتوصيات نسطرها على النحو التالي:

أولاً: النتائج

1. يعتبر حق الدفاع من أهم حقوق المتهم في مرحلة المحاكمة، ولذلك لا تخلو أية وثيقة أو معاهدة دولية أو إقليمية من النص عليه وحث الدول على تكريسه وكفالة احترامه سواء في القوانين أو التطبيق العملي، كما لا يخلو دستور دولة من الدول من النص عليه وضمن فاعليته.
2. يعتبر العلم بالتهمة من المستلزمات الأساسية لحق الدفاع؛ لأن المتهم لا يستطيع الدفاع عن نفسه ولا يمكنه مباشرة حقه في الدفاع إلا إذا كان على علم كافٍ بالاتهام المنسوب إليه وبالأدلة القائمة ضده حتى يتسنى له إعداد دفاعه لضد هذه الاتهامات، فالدفاع لا يكون فعالاً ما لم يكن للمتهم حق في أن يعلم بكل ما يتعلق به في الدعوى، وبدون هذه المعرفة يضحى حق الدفاع مشوباً بالغموض فاقداً للفاعلية.
3. أعطى المشرع الليبي الحق للمتهم في أن يطلع على ملف الدعوى سواء كان متهماً بجنحة أو جناية.

ثانياً: التوصيات

بعد هذا السرد لأهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة نأتي على أهم التوصيات والمقترحات التي يراها الباحث جديرة بأن تدون لكي يستفيد منها المشرع الليبي - لاسيما وأن بلادنا مقبلة على اصدار دستور وجملة من التعديلات لمختلف التشريعات - ومن هذه التوصيات ما يلي:.

- 1- النص في الدستور على حق المتهم في الإحاطة بالتهمة وأدلتها ويكون النص على النحو التالي " يبلغ كل من يقبض عليه أو يعتقل بأسباب القبض عليه واعتقاله ".
- 2- انطلاقاً من حق المتهم في الاستعداد للدفاع عن نفسه أرى بأن يتم تعديل مواعيد حضور المتهم أمام المحكمة في الجرح والمخالفات بحيث تصبح على النحو التالي " يكون تكليف الخصوم بالحضور في الجرح والمخالفات أمام المحكمة بعشرة أيام على الأقل من تسليم الإعلان وانعقاد الجلسة ".
- 3- يجب على المحكمة أن تنبه المتهم إلى كل تعديل يطرأ على التهمة، وبالتالي يرى الباحث تعديل الفقرة الأخيرة من المادة 281 من قانون الإجراءات الجنائية بحيث تصبح على النحو التالي " وعلى المحكمة أن تنبه المتهم إلى التغيير أو التعديل أو إصلاح الخطأ المادي، وتدون هذا التنبيه في محضر الجلسة وأن تمنحه أجلاً لتحضير دفاعه إذا طلب المتهم ذلك ".
- 4- تعديل نص المادة 248 من قانون الإجراءات الجنائية بحيث تصبح على النحو التالي " وفي كل الأحوال يكون المتهم آخر من يتكلم، ويجب تنبيه المتهم لذلك ويثبت

- ذلك في محضر الجلسة".
- 5- تعديل نص المادة 361 من قانون الإجراءات الجنائية بحيث يكون ميعاد الطعن بالمعارضة عشرة أيام بدلاً من ثلاثة أيام لكي يتسنى للمتهم الذي حكم في غيبته أن يُعد دفاعه.
- 6- النص على مبدأ التقاضي على درجتين في أحكام محكمة الجنايات وذلك بأن ينص الدستور على اصدار قانون ينظم استئناف الأحكام الصادرة في الجنايات

قائمة المراجع

- أحمد بن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري بيروت ، دار الريان للتراث ، القاهرة ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي 1986 .
- د.أحمد العطار، حق الإنسان في اللجوء إلى قاضيه وارتباطه بحق الدفاع أمام القضاء الجنائي ، مؤتمر حق الدفاع، جامعة عين شمس، مركز الدراسات القانونية بكلية الحقوق، إبريل 1996م.
- د.أحمد عوض بلال: الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية، القاهرة، دار النهضة العربية 1411 هـ 1990م
- د.أحمد حامد البدري ، الضمانات الدستورية للمتهم في مرحلة المحاكمة الجنائية، رسالة دكتوراه، منشورة ، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2002م
- أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، القاهرة، دار النهضة العربية، 1985 .
- _____ القانون الجنائي الدستوري، القاهرة، دار الشروق، الطبعة الثالثة، 1424 هـ - 2004م
- _____ الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1995م .
- السيد خلف الله الحامدي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، طرابلس، منشورات الجامعة المفتوحة، الجزء الاول، الطبعة الاولى، 2006.
- بشير سعد زغلول، استئناف أحكام محاكم الجنايات بين المعارضة والتأييد، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى، 2006
- بندر بن فهد السويلم ، المتهم معاملته وحقوقه في الفقه الإسلامي، الرياض، المركز العربي للدراسات الأمنية والبحوث، 1408 هـ - 1987م .
- حسن صادق المرصفاوي ، اصول الإجراءات الجنائية، الإسكندرية، منشأة المعارف ، 1964م .
- _____ ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، 1973م .

- الإسكندرية، منشأة المعارف، 1996م .
- حاتم حسن بكار ، أصول الإجراءات الجنائية ، الإسكندرية، منشأة المعارف الطبعة الأولى، 2007م.
 - حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، رسالة دكتوراه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997م
 - حاتم عبدالرحمن الشحات، استئناف أحكام الجنايات في القانون الفرنسي، مقال منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 3، السنة 30، 1427هـ، سبتمبر 2006
 - حسن بشيت خوين، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة المحاكمة، رسالة دكتوراه منشورة ، عمان، مكتبة دار الثقافة ، الطبعة الأولى، 1998م.
 - حسن محمد علوب ، استعانة المتهم بمحام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، 1970م
 - خميس ، حق المتهم في الدفاع، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة الثانية ، 2006م .
 - رؤوف عبيد- المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، 1980م .
 - رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً ، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1978م .
 - سعد حماد القبائلي ، ضمانات حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1998م .
 - عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2007.
 - عوض محمد عوض- قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2008 .
 - علاء محمد الصاوي سلام ، حق المتهم في محاكمة عادلة، رسالة دكتوراه ، منشورة، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2002م .
 - عدنان الدقيلان الدعوى القضائية في الفقه الاسلامي ،رسالة دكتوراه منشورة،كلية الشريعة جامعة دمشق ،الطبعة الاولى ،دار ابن الجوزي
 - عبد الله بن منصور البراك ، حق المتهم في الدفاع في نظام الإجراءات الجزائية

مجلة العلوم القانونية ————— العدد السابع 2016م

- السعودي والمواثيق الدولية، رسالة ماجستير ،جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض 1428 هـ - 2007م .
- عمر فاروق الحسيني، حق الدفاع، وحرية الإثبات مؤتمر حق الدفاع، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1996م .
- محمد صبحي نجم، حق المتهم أو الظنين في محاكمة عادلة في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مجلة كلية الحقوق الجامعة الأردنية، مجلد 32، العدد الأول، 2005
- مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، بنغازي، منشورات الجامعة الليبية، الطبعة الأولى، 1971م .
- محمد نيازي حتاتة ، شرح قانون الإجراءات الجنائية في القانون الليبي، بنغازي، منشورات جامعة قاريونس، الطبعة الأولى، 1400 هـ - 1980م .
- محمد محي الدين عوض، حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، بدون مكان نشر 1989م .
- محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ، 1988
- محمد بهاء الدين أبو شقة، ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة الجنائية , رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005م
- محمد محمود الشركسي ، ضمانات المتهم خلال مرحلة التحقيق الابتدائي والمحاكمة في قانون الإجراءات الجنائية الليبي، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2011م
- مجلة المحكمة العليا الليبية
- أحكام محكمة النقض المصرية
- Bing, criminal procedure and sentencing in the magistrates' court, 5 th -edition, sweet & Maxwell, London, 1999, n° 3 – 41, 3- 42
- European Parliament, Right to Defence and Fair Legal Procedures in the Member States and the Candidate Countries, Civil Liberties Series Libe 115 en, November 2001
- Steve Uglow ,criminal justice ,london , sweet & Maxwell -,1995
- J.o Halloram: " Development of the right of appeal in England

مجلة العلوم القانونية ————— العدد السابع 2016م

in criminal cases" Canadian bar review 27 (1949
-Celiahampton: Criminal Procedure, Sweet and Maxwell,
London, 1982

وظائف الاعتمادات المستندية ومخاطرها على أطراف عقد البيع الدولي

إعداد الدكتور: جمال عمران المبروك اغنية

عضو هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة طرابلس

تقديم

أدى تطور قطاع تمويل التجارة الدولية إلى ازدياد أهمية هذا القطاع، وتوسعه وازدهاره، بل وتعاضم دوره ، كل ذلك كان سبباً كافياً لمحاولة إيجاد القواعد القانونية الرصينة التي من شأنها تنظيم هذا القطاع وتطويره بما يخدم الاقتصاد المحلي ، والدولي على حد سواء ، وهو ما تسعى العديد من المؤسسات المالية المصرفية إلى تحقيقه ، حيث إنه لا يكاد يخلو أي عقد من عقود البيع الدولي وخصوصاً البيوع البحرية من شرطٍ يقضي بالتزام المشتري (المستورد) بفتح اعتماد مستندي لصالح (المورد) ، وهو ما دفع غرفة التجارة الدولية للاهتمام بالتنظيم القانوني المتعلق بتعامل المصارف في قطاع التجارة الدولية ومحاولة وضع القواعد القانونية الناظمة لأهم العمليات المصرفية ؛ ألا وهو الاعتماد المستندي الذي ابتكره الفكر المصرفي لخدمة التجارة الدولية عن طريق تسوية المشتريات الدولية بضمن مستندات تمثل البضاعة ، أو السلعة المستوردة ؛ لذا سمي الاعتماد المستندي بهذا الاسم نسبة للمستندات المرافقة له ، والتي تعد أساسية لإتمام عملية الاعتماد المستندي.

لذا حظي نظام الاعتماد المستندي بالتنظيم القانوني في معظم دول العالم هذا مع كون الاعتماد المستندي محكوماً أساساً بمجموعة من الأصول ، والأعراف الدولية المستقرة في العمل المصرفي الدولي ومن هنا كان اهتمام غرفة التجارة الدولية بضرورة توحيد هذه الأصول والأعراف المصرفية وذلك منذ العام 1933 ، حيث أقرت أول نسخة من هذه الأصول والأعراف بموجب مؤتمر قبينا ثم في فترة لاحقة ثم تنقيح هذه الأعراف الدولية في العام 1962م ، ثم في عام 1971م، و عام 1983م و عام 1993م. وأخيراً النشرة (600) لسنة 2007م وهي النسخة المعمول بها حالياً والتي روعى فيها آخر التطورات والمستجدات في مجال العمل المصرفي

الدولي ، وتلافي كافة أوجه القصور والنقص في النشرات السابقة التي كان معمولاً بها ، وخصوصاً النشرة (500) لسنة 1994م.

وتجدر الإشارة إلى أن الغرض من التنظيم القانوني لهذه الأصول والأعراف الدولية المصرفية هو : محاولة جادة من غرفة التجارة الدولية لتوحيد النظام القانوني للاعتمادات المستندية في كافة دول العالم ؛ للوصول إلى الانسجام المأمول بين مختلف التشريعات الوطنية بخصوص نظام الاعتماد المستندي، مما يؤدي إلى تقوية التجارة الدولية عن طريق رفع الاختلاف والالتباس بشأن هذه الآلية القانونية التي أضحت من أهم وسائل تسوية مدفوعات عقد البيع الدولي نظراً لوظيفتها كأداة وفاء وأداة ائتمان في ذات الوقت ، وباعتبارها قليلة المخاطر إذا ما قورنت بوسائل الدفع التقليدية المعروفة.

هذا وقد قام المشرع الليبي بتنظيم فكرة الاعتماد المستندي تنظيمياً تشريعياً وذلك بموجب قانون النشاط التجاري الليبي⁽¹⁾ رقم (23) لسنة 2010 في مواد الباب السادس من المادة(740) حتى المادة (751).

وبناء على ما تقدم ارتأى الباحث دراسة نظام الاعتماد المستندي للوقوف على الوظائف الحيوية للغاية التي يؤديها هذا النظام وخصوصاً مع عدم كفاية التنظيم التشريعي الناظم للاعتمادات المستندية ، وقلة المراجع الفقهية في هذا الموضوع البالغ الأهمية ، مقارنة بالأنظمة القانونية الأخرى التي لاقت الدراسة القانونية الكافية والواقفية وهو ما واجه الباحث حقيقة عند إعداد هذه الدراسة فمع انعدام المراجع القانونية الليبية في هذا الشأن وهو أمر معلوم للباحثين في هذا المجال - نجد قلة في المراجع القانونية في المكتبة العربية التي تتناول نظام الاعتماد المستندي وحتى تلك الموجودة فإنها تعد قاصرة عن تحقيق المطلوب نظراً لعدم مواكبتها للتطورات القانونية التي شهدتها نظام الاعتماد المستندي على المستوي الدولي. فنجد هذه المراجع تتناول بالشرح والتفصيل فكرة الاعتماد المستندي بموجب النشرة (500) لسنة 1994م من الأصول والأعراف الدولية الموحدة والتي ألغيت منذ العام 2007م بأن حلت محلها النشرة (600) الصادر في العام 2007م.

لذا سيجاول الباحث من خلال هذه الدراسة أن يلقي الضوء على نظام الاعتماد المستندي من زاوية وظائف ومخاطر هذا النظام في مجال التجارة الدولية عموماً ، وعقد البيع الدولي خصوصاً ، محاولة لسد النقص الكبير في بعض الجوانب القانونية لنظام الاعتماد المستندي من خلال الإجابة عن التساؤلات الآتية:-

¹ - المنشور في مدونه التشريعات بتاريخ 21-8-2010 ، ع 12 ، ص 726.

- ما هي الوظائف التي يؤديها نظام الاعتماد المستندي كأداة لتسوية مدفوعات عقد البيع الدولي والتي جعلت منه وسيلة بالغة الفعالية بالمقارنة بغيره من وسائل الدفع التقليدية؟
- هل تعتبر عملية الاعتماد المستندي عملية ذات مخاطر على الأطراف المختلفة؟ وهل توفر وظائف الاعتماد المستندي الملاذ الآمن لأطرافه من هذه المخاطر المحتملة؟
- ما هي المخاطر التي قد تلحق بالبائع أو المشتري أو المصرف من جراء استخدام نظام لاعتماد المستندي والتي تعيق استخدام هذا النظام كأداة وفاء وانتمان مضمونة ومقبولة من كافة أطراف التجارة الدولية؟ وهل من الممكن استبعاد هذه المخاطر مطلقاً أو على الأقل التخفيف من حدتها من خلال نظام الاعتماد المستندي ذاته؟

هذا وسنحاول بعون الله تعالى الإجابة عن كافة التساؤلات التي تمثل الإشكالية القانونية لهذه الدراسة من خلال خطة علمية منهجية نقسمها إلى مطلبين أساسيين نتناول في المطلب الأول الحديث عن ماهية وظائف الاعتماد المستندي التي جعلت منه أداة متميزة لتسوية المرفوعات في نطاق التجارة الدولية. أما المطلب الثاني فقد خصصناه للحديث عن مخاطر التعامل في الاعتمادات المستندية على كافة الأطراف في عقد الاعتماد ، والوسائل الواجب اتخاذها لدرء هذه المخاطر أو التقليل من أثارها وحدتها.

المطلب الأول : وظائف الاعتماد المستندي

للاعتدال المستندي دور بالغ الأهمية باعتباره أهم وسائل تمويل التجارة الدولية ، كما أنه في ذات الوقت يكتسي أهمية قصوى بالنسبة للمصارف لاعتماد نشاطها التجاري عليه لأنه يمثل عماد العمليات المصرفية التي تجريها هذه المصارف ، وذلك كله بفضل الوظائف التي يقدمها الاعتماد المستندي لمختلف أطرافه مقارنة بأساليب الوفاء التقليدية الأخرى ، حيث إنه يبيث روح الطمأنينة والثقة بين البائع والمشتري ، لأنه وكما نعلم بأن أطراف التجارة الدولية قد لا يرتبطون بعلاقة تعارف شخصية مع بعضهم البعض مما يعني عدم وجود سابق تعامل ومعرفة بينهم ، لأن المستورد (المشتري) عادة يكون من دولة معينة والمورد (البائع) من دولة أخرى ، ذلك لأن الاعتماد المستندي يتعامل مع أطراف في دول مختلفة الأمر الذي دَعَا إلى ضرورة وجود آلية قانونية ترسخ الثقة بين المستورد والمورد على حد سواء ، لإتمام الصفقات التجارية وطمأننتهم بأن كلاً منهم سوف يستوفي حقوقه في مواجهة الآخر.

لهذا وتلبية لكافة هذه المتطلبات ودرءاً لهذه المخاوف : نجد أن الاعتماد المستندي يقوم بدوره كأداة وفاء مضمونة في التجارة الدولية (الفرع الأول) ، كما أنه وفي الوقت ذاته يعد أداة إئتمان مقبولة من كافة الأطراف (الفرع الثاني).

الفرع الأول : وظيفة الاعتماد المستندي كأداة وفاء

تأتي هذه الوظيفة للاعتماد المستندي على رأس الوظائف الأساسية التي تقوم بها الاعتمادات المستندية ، حيث أن ظهور هذه الاعتمادات ابتداءً قد كان كوسيلة وفاء في مجال التجارة الدولية عموماً وعقود البيع الدولي خصوصاً ، نظراً لعدم كفاية وفعالية وسائل الوفاء التقليدية وعدم قدرتها على درء المخاطر المحتملة التي قد يتعرض لها أطراف عقد البيع الدولي، والذي كما نعلم يبرم بين عدة أشخاص ينتمون إلى دول مختلفة ، كما أنه يتطلب نقل سلع وبضائع من دولة إلى أخرى وهذه العملية تستغرق وقتاً ليس بالقليل وخصوصاً في البيوع البحرية. وفي هذا الصدد يذهب البعض⁽¹⁾ إلى أن ظهور وظيفة الاعتماد المستندي باعتباره أداة وفاء – مضمونة المخاطر – إنما ترجع بالأساس إلى طبيعة تنفيذ عقد البيع الدولي لأنه في هذا العقد يتراخى التنفيذ إلى فترة زمنية طويلة نسبياً تمتد من وقت إبرام العقد حتى تمام تنفيذه وخلال هذه الفترة قد تطرأ العديد من الظروف التي قد تؤدي إلى إخلال أحد أطراف عقد البيع الدولي بالتزاماته مما يشيع جواً من الشك وعدم الطمأنينة بين الأطراف بسبب عدم المعرفة المسبقة والتعامل المسبق بين البائع (المورد) والمشتري (المستورد).

ولإيضاح الصورة أكثر حول آلية وفكرة عمل الاعتماد المستندي باعتباره أداة وفاء فإننا نضرب مثلاً على ذلك فلو أن تاجراً من ليبيا أراد أن يشتري سلعة معينة من تاجر في إيطاليا واتفق الطرفان على شحن البضاعة شحناً بحرياً على متن باخرة على أن يتم الوفاء بثمن هذه البضاعة بواسطة اعتماد مستندي فإنه ولإتمام هذه الصفقة بين الطرفين: المشتري ، والبائع فعلى التاجر الليبي (ويسمى العميل الأمر) أن يتقدم إلى مصرفه الذي يتعامل معه ليفتح له اعتماداً مستندياً لتغطية هذه الصفقة ، وهنا يقوم المصرف (ويسمى المصرف المصدر) بتقديم نموذج فتح الاعتماد إلى المشتري والذي يحتوي على شروط الاعتماد المستندي حيث يتضمن مبلغ الاعتماد ونوعه ومدته ومدى خضوع عقد الاعتماد للأصول

(1) لمزيد من التفصيل انظر ، أحمد نوري الزيادات ، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري في عملية الاعتماد المستندي ، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ، المجلد (29) ، ع 1 ، 2002 ، ص 58 ، كامل الوادي ، الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان ، مطابع الدوحة الحديثة ، ط 1 ، 2001 ، ص 17.

والأعراف الدولية الموحدة بالإضافة إلى نوع المستندات التي يرغب المشتري أن يقدمها البائع لإمكانية الوفاء بقيمة الاعتماد ومن ثم يقوم المشتري بالتوقيع على عقد الاعتماد وبعدها يبدأ المصرف المصدر بمخاطبة البائع وهو المستفيد من عقد الاعتماد المستندي لإبلاغه بالاعتماد وشروطه والذي بدوره يبدي موافقته على شروط عقد الاعتماد ويبلغ المصرف المصدر بذلك فينعد عقد الاعتماد المستندي. وهنا تجدر الإشارة إلى أن المادة (2) من الأصول والأعراف الموحدة قد عرفت المصرف المصدر للاعتماد بأنه ((المصرف الذي يصدر اعتماداً بناء على طالب الإصدار أو بالأصالة عن المصرف نفسه)).

هذه هي الصورة البسيطة لعقد الاعتماد المستندي إلا أنه في كثير من الأحيان قد تنشأ علاقات تعاقدية أخرى بموجب عقد الاعتماد ، وذلك متى كان المصرف المصدر للاعتماد محتاج لخدمات بعض المصارف الوسيطة لإتمام عملية الاعتماد على أكمل وجه ومن هذه المصارف المصرف المبلغ الذي يقوم بإبلاغ المستفيد شروط الاعتماد المستندي ، والذي عرفته المادة (2) من الأصول والأعراف الدولية الموحدة بأنه ((المصرف الذي يقوم بتبليغ الاعتماد بناء على طلب المصرف المصدر))، كما قد تكون هناك حاجة إلى خدمات المصرف المعزز الذي يقوم بتعزيز الاعتماد المستندي والالتزام بالوفاء به في حالة إخلال المصرف المصدر بالتزامه ، والذي عرفته المادة (2) من الأصول والأعراف الدولية الموحدة بأنه ((المصرف المعزز (المؤكد) يعني المصرف الذي يضيف تعزيره (تأكيده) على الاعتماد بناء على طلب أو تفويض من المصرف المصدر))، كما أن هناك المصرف المسمى، والذي عرفته المادة (2) من الأصول والأعراف الدولية الموحدة بأنه ((يعني المصرف الذي يكون الاعتماد متاحاً لديه أو أي مصرف في حال كان الاعتماد متاحاً لدى المصرف)) أي أنه المصرف الذي يتم تسميته من قبل المصرف المصدر ليقوم بالوفاء بقيمة الاعتماد للمستفيد بدلاً عن المصرف المصدر.

ومما تقدم يتضح لنا بأن عقد الاعتماد المستندي محل هذه الدراسة إنما يقوم على ثلاثة علاقات تعاقدية في آن واحد، كحد أدنى وهي: عقد البيع المبرم بين العميل الأمر والمستفيد والذي يسمى (عقد الأساس)، وبموجب هذا العقد تم الاتفاق بين البائع والمشتري على تسوية مدفوعات عقد البيع الدولي بواسطة الاعتماد المستندي والاتفاق على شروط الاعتماد.

أما العلاقة التعاقدية الثانية هي عقد الاعتماد المستندي المبرم بين العميل الأمر من جهة والمصرف المصدر من جهة أخرى. وبموجب هذا العقد يلتزم

المصرف المصدر بفتح الاعتماد المطلوب لصالح المستفيد ووفقاً للشروط المحددة بناء على طلب فتح الاعتماد من قبل العميل الأمر.

أما العلاقة التعاقدية الثالثة فهي عقد الاعتماد المستندي المبرم بين البنك المصدر للاعتماد والمستفيد بموجب هذا العقد يلتزم المصرف المصدر بالوفاء بقيمة الاعتماد المستندي للمستفيد مقابل أن يقوم هذا الأخير بتقديم المستندات المطلوبة بموجب عقد الاعتماد وأن تكون مطابقة ظاهرية لشروط عقد الاعتماد.

أما في حالة استعانة المصرف المصدر بخدمات البنوك الوسيطة فإن العلاقات التعاقدية في إطار عقد الاعتماد المستندي تتجاوز الثلاث علاقات كتلك العلاقات التعاقدية التي تنشأ بين المصرف المصدر من جهة والمصرف المعزز أو المبلغ أو المسمى من جهة أخرى، هذا بالإضافة إلى العلاقات التعاقدية التي قد تنشأ بين المستفيد والبنوك الوسيطة كالبنك المبلغ أو البنك المعزز في حالة ما طلب المستفيد من هذه البنوك تبليغ المستندات أو إيصالها أو تعزيز الاعتماد.

وبعد هذا الإيضاح الموجز لفكرة وآلية استخدام الاعتماد المستندي كأداة وفاء لعقد البيع الدولي، والذي ارتأى الباحث ضرورة توضيحه لاستكمال الصورة المثالية لوظيفة الاعتماد المستندي في مجال التجارة الدولية لأن هذه الوظيفة هي التي كانت وراء إمكانية تسوية مدفوعات عقد البيع الدولي، فبدونها لن تتحقق الثقة والطمأنينة اللازمة لإبرام عقد الاعتماد لأن البائع لن يكون على استعداد لشحن البضائع وتسليمها للمشتري إلا بعد حصوله على ثمنها أو على ضمانه كافية وأكيدة بأنه سيحصل على الثمن بسبب خوفه من إفلاس المشتري مثلاً أو رفضه التعسفي للوفاء بهدف الاحتيال على البائع.⁽¹⁾

وكذلك الحال بالنسبة للمشتري الذي لن يكون على استعداد لدفع ثمن بضاعة مقدماً لأنه لم يتسلمها بعد. ولأنه يرى حماية مصلحته من خلال استلامه للبضاعة أولاً، ومعاينتها ومدى مطابقتها لشروط البيع (عقد الأساس) بينه وبين البائع. ومن ثم دفع الثمن وذلك لتفادي المخاطر المترتبة على عدم الثقة في البائع الذي لا يعرفه أصلاً كأن يمتنع عن شحن البضاعة احتيالياً منه على المشتري أو إفلاسه أو سوء نيته بأن يشحن بضائع مخالفة لشروط عقد الأساس بينه وبين المشتري.⁽²⁾

(1)- انظر، كامل الوادي، المرجع السابق، ص 20، أحمد نوري الزيادات، دراسات في الاعتماد المستندي، محاضرات غير منشورة إقيت على طلبة الدراسات العليا، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، 2001، ص39.

(2)- انظر، أحمد نوري الزيادات، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري، مرجع سابق، ص50.

ولتفادي كل هذه المعوقات في عملية تنفيذ عقد البيع الدولي كان الاعتماد المستندي الوسيلة الأمثل للوفاء ، حيث إن البائع سيقوم بشحن البضاعة للمشتري دون استلام الثمن ، ودون خشية إفلاس المشتري ، أو سوء نيته وذلك لوجود وسيط موثوق به يضمن الوفاء للبائع ألا وهو المصرف المصدر للاعتماد هذا بالإضافة إلى وجود أهم المبادئ التي يقوم عليها عقد الاعتماد ألا وهو مبدأ استقلال الاعتماد المستندي عن عقد الأساس المبرم بين الطرفين. فوفقاً لهذا المبدأ يكون المصرف المصدر ملتزماً بشكل مباشر في مواجهة البائع بدفع قيمة الاعتماد إليه نظير أن يقوم البائع بتقديم المستندات المطلوبة بموجب عقد الاعتماد وكونها مطابقة ظاهرياً لشروط الاعتماد الممنوح. (1)

حيث إن مبدأ استقلال الاعتماد المستندي لا يعطي الحق للمصرف المصدر في إثارة أي دفع من الدفع المستمدة من علاقته بالعميل الأمر (المشتري) كإفلاسه أو رفضه التعسفي للوفاء بالتزامه تجاه المصرف المصدر ، وفي ذات الوقت لا يحق للمصرف المصدر إثارة أي دفع من الدفع المستمدة من علاقة العميل الأمر مع المستفيد (البائع)، كعدم تنفيذ عقد البيع طالما أن المستفيد قد قدم للمصرف المصدر مستندات مطابقة لشروط الاعتماد بغض النظر عن مطابقتها لعقد الأساس (عقد البيع) المبرم بين البائع والمشتري ؛ ذلك لأن تعهد المصرف المصدر تجاه المستفيد تعهد قطعي غير مرتبط بعقد الأساس ومستقل عنه بذاته. (2)

وهو ما أكدته نصوص الأصول والأعراف الدولية الموحدة الإعتمادات المستندية نشرة (600) لسنة 2007م والتي نصت بموجب المادة الرابعة منها على أنه ((أ- الاعتماد بطبيعته عملية مستقلة عن عقد البيع أو غيره من العقود التي قد يستند إليها ، المصارف بأي حال غير معنية أو ملزمة بمثل ذلك العقد حتى ولو تضمن الاعتماد أي إشارة بأي شكل إلى ذلك العقد ، وبناء عليه فإن تعهد المصرف بالوفاء أو بالتداول أو بأداء أي التزام آخر بموجب الاعتماد لا يكون خاضعاً لأي ادعاء أو حجج من طالب الإصدار ناتجة عن علاقته بالمصرف المصدر أو بالمستفيد ، لا يحق للمستفيد بأي حال من الأحوال أن ينتفع من العلاقات التعاقدية القائمة بين المصارف أو بين طالب الإصدار والمصرف المصدر....)).

(1)- انظر ، أكرم إبراهيم حمدان ، مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي ، دار وائل للنشر ، ط1 ، 2000 ، ص 18 وما بعدها.

(2)- لمزيد من التفصيل انظر، عماد أبو الصد، أحكام الاعتمادات المستندية المصرفية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1995، ص83، تيسير عفاكي ، الأسس القانونية في الأعراف الموحدة ، مجلة المحامون السورية ، ع2 ، 1998 ، ص212.

و ذات المبدأ نص عليه قانون النشاط التجاري الليبي بموجب المادة (740) و التي جاء فيها ((... يعتبر عقد الاعتماد المستندي مستقلاً عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه ، ويبقى المصرف أجنبياً عن هذا العقد)).
وهو ما أكدته أيضاً في هذا الصدد القضاء الأمريكي (1) في قضية (CCF.Inc(VS)National bank) - حيث قرر ((أن الاعتماد المستندي منفصل ومستقل عن إلتزامات المدين في عقد الأساس)).

ومما تقدم تبين لنا بأن مبدأ استقلال الاعتماد المستندي هو الذي يقوي ويدعم وظيفة الاعتماد المستندي كأداة وفاء مضمونة في عقد البيع الدولي ، لأن وجود هذا المبدأ إنما يخدم مصالح كل من المصرف والعميل الأمر والمستفيد على حدٍ سواء .

حيث يذهب البعض في معرض التعليق على هذا المبدأ (2) إلى أن وجود هذا المبدأ يجنب المصرف الدخول في منازعات قانونية قد تنشأ بين العميل الأمر والمستفيد نتيجة عدم تنفيذ عقد الأساس بينهما ، كما أنه في ذات الوقت يحمي مصلحة المستفيد من الاعتماد ويضمن له عدم ضياع حقوقه لأن المصرف المصدر ملتزمٌ أمامه كمدین أصلي وليس وكيلاً عن العميل الأمر ذلك كله متى كان الاعتماد المستندي قطعياً وغير قابل للإلغاء.

كما أن وظيفة الاعتماد المستندي باعتباره أداة وفاء وبالإضافة إلى كونها تحمي مصالح البائع (المستفيد) من الاعتماد فإنها تحمي وتطمئن المشتري بأنه سيحصل على البضاعة في الوقت المحدد من خلال شروط فتح الاعتماد المستندي التي تلزم البائع بتقديم مستندات تفيد بشحن البضاعة بالفعل والتي يأتي على رأسها ما يعرف بسند الشحن أو بوليصة الشحن ، حيث إن المصرف المصدر لن يقوم بوفاء قيمة الاعتماد للمستفيد إلا بعد أن يقدم هذا الأخير المستندات المطلوبة تحديداً وأن تكون مطابقة لشروط الاعتماد ، حيث إن المصارف في إطار منح الاعتمادات المستندية إنما تتعامل بالمستندات وليس بالبضائع.

وهو ما أكدته الأصول والأعراف الدولية الموحدة في المادة (5) بقولها ((تتعامل المصارف بمستندات ولا تتعامل ببضائع أو خدمات التي من الممكن أن تتعلق بها المستندات)).

(1)- مشار إليه لدى ، أكرم إبراهيم حمدان ، المرجع السابق ، ص19.
(2)- لمزيد من التفصيل انظر ، محمد أبو هزيم ، أهمية الاعتماد المستندي ، مجلة البنوك في الأردن ، المجلد الواحد والعشرين ، ع5، 2002 ، ص9 ، أكرم إبراهيم حمدان ، المرجع السابق ، ص19 وما بعدها.

وفي معرض التعليق على هذه المادة يرى باحثون⁽¹⁾ أنه من خلال مبدأ تعامل المصارف بالمستندات وليس بالبيضاء متى قدم المستفيد من الاعتماد المستندات المطلوبة وكانت مطابقة ظاهرياً لشروط الاعتماد فإن المصرف المصدر يكون ملزماً بالوفاء للمستفيد ودون النظر إلى الحالة الحقيقية للبيضاء التي تمثلها المستندات المقدمة ، كما أنه ووفقاً لهذا المبدأ لا يستطيع العميل الأمر أن يرفض استلام المستندات من المصرف المصدر بحجة أن البيضاء لم تكن مطابقة لشروط ومواصفات عقد البيع (عقد الأساس) بينه وبين البائع!!؟

أما في حال كون المستندات المقدمة ليست المتفق عليها بموجب عقد الاعتماد فإن من حق المصرف رفضها حتى وإن كانت تؤدي نفس وظيفة المستندات المحددة في الاعتماد وهو ما أكده القضاء الانجليزي⁽²⁾ في قضية (**J.H.Rayner and Co.Ltd and Oil Seeds Trading Co.) Ltd(VS)Hambros Bank**) حيث قررت المحكمة بأنه ((يجب علي البائع تقديم المستندات المحددة تماماً في عقد الاعتماد وإذا لم يفعل ذلك فإنه يجب على المصرف عدم الوفاء بقيمة الاعتماد ، والسبب في ذلك يعود إلى أن كل مستند في الاعتماد إنما يخدم غاية معينة لدى العميل الأمر وليس للمصرف الاجتهاد على تعليماته ، كأن يقبل مستندات مشابهه للمستندات التي نص عليها الاعتماد بل يجب أن تكون المستندات ذاتها التي نص عليها الاعتماد حيث إنه لا مجال لقبول المستندات المشابهه لشروط الاعتماد أو التي تؤدي الغرض ذاته (...))

وهو ما رسخه أيضاً القضاء الأمريكي⁽³⁾ في قضية (**Insurance Co. Of North America (VS) Heritage Bank**) حيث قررت محكمة التمييز الأمريكية بأنه ((عقد الاعتماد المستندي عقد قائم علي المستندات، وكل مستند يخدم غاية معينة، وإذا ما أخفق المستفيد في تقديم مستند معين فإن المصرف غير ملزم بالوفاء بقيمة الاعتماد...)).

كما أنه وما يعزز وظيفة الاعتماد المستندي كوسيلة وفاء مضمونة من خلال هذا المبدأ، هو أن التزام المصرف المصدر بمطابقة المستندات لشروط الاعتماد إنما هي مطابقة ظاهرية فقط ، وبالتالي لا يرهق البنك المصدر في تتبع حقيقة المستندات ، وإنما عليه أن يطابقها بشكل ظاهري- إن جاز التعبير - يدعمه في ذلك مبدأ الكفاية الذاتية للمستندات المقدمة فمتى كانت مطابقة في ظاهرها

(1)- انظر ، أحمد نوري الزيادات ، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري ، مرجع سابق ، ص 57 ، كامل الوادي ، مرجع سابق ، ص 20.

(2)- مشار إليه لدى ، أكرم إبراهيم حمدان ، المرجع السابق ، ص 57 .

(3)- مشار إليه لدى ، أحمد نوري الزيادات ، دراسات في الاعتماد المستندي ، المرجع السابق ، ص 40 .

لشروط الاعتماد يلتزم المصرف بالوفاء للمستفيد مع احتفاظه بحقه في مواجهة العميل الأمر حتى ولو تبين فيما بعد أن المستندات كانت مزورة أو أن البضائع غير مطابقة لشروط عقد الأساس.

لذا يتضح جلياً بأن هذا المبدأ يقلل من حجم المخاطر التي يتعرض لها المصرف المصدر في هذا الشأن، ويجعله يقدم دون أي تردد لمنح الاعتمادات المستندية لطالبيها من العملاء مما يدعم وظيفة هذه الاعتمادات كأداة وفاء في عقد البيع الدولي.

وهو ما نصت عليه وأكدته في هذا الصدد المادة (14) من الأصول والأعراف الموحدة بقولها ((أ- يجب على المصرف المسمى الذي يتصرف بناء على تسميته والمصرف المعزز إن وجد والمصرف المصدر أن يفحصوا التقديم استناداً إلى المستندات وحدها بتحديد ما إذا كانت المستندات تشكل في ظاهرها تقديماً مطابقاً أم لا)).

وذاًت المبدأ أعادت تأكيده المادة (34) من الأصول والأعراف الدولية الموحدة والتي جاءت معنونة بعبارة (عدم المسؤولية عن فعالية المستندات) والتي جاء فيها ((لا يتحمل المصرف أي التزام أو مسؤولية عن الشكل أو الكفاية أو الدقة أو الصحة أو الزيف أو الأثر القانوني لأي مستند أو عن الشروط العامة أو الخاصة المنصوص عليها في المستند أو المضافة إليه ، كما لا يتحمل المصرف أي التزام أو مسؤولية عن الوصف، أو الكمية، أو الوزن، أو النوعية، أو الحالة، أو التغليف، أو التسليم، أو القيمة، أو وجود البضائع، أو الخدمات، أو أي أداء آخر يمثله أي مستند...)).

هذا وقد تم ترسيخ مبدأ المطابقة الظاهرية بموجب المادة (747) من قانون النشاط التجاري الليبي بقولها ((على المصرف أن يتحقق من مطابقة المستندات للشروط المنصوص عليها في الاعتماد...)) كما أن المادة (748) من ذات القانون قد أكدت على هذا المبدأ بقولها ((لا يسأل المصرف إذا كانت المستندات المقدمة مطابقة في ظاهرها للتعليمات التي تلقاها من الأمر ، كما لا يتحمل المصرف أية مسؤولية فيما يتعلق بتعيين البضاعة التي فتح بسببها الاعتماد ، أو بكميتها ، أو بوزنها ، أو حالتها الخارجية ، أو تغليفها ، أو قيمتها ، لا فيما يتعلق بتنفيذ المرسلين أو المؤمنين لالتزاماتهم)).

كما أن المحكمة العليا الليبية⁽¹⁾ قد رأست هذا المبدأ بقولها ((من المقرر أن فتح الاعتماد المستندي يرتب على المصرف وعلى ما جرى به العرف التجاري

(1) طعن تجاري رقم (40/90 ق) بتاريخ 1994/5/1.

إلتزاماً بفحص المستندات والتحقق من مطابقة البيانات الواردة بها للشروط الواردة في خطاب الاعتماد وأن يرفض المستندات إذا وجدها غير مطابقة لهذه الشروط ويمتنع عن دفع قيمة البضاعة وإلا كان المصرف مسؤولاً قبل العميل⁽¹⁾. وهو ما أكدته في هذا الصدد القضاء المصري⁽¹⁾ في حكم محكمة النقض المصرية بقولها ((الاعتماد المستندي غير قابل للإلغاء يلزم بمقتضاه البنك الذي فتح الاعتماد بالوفاء بقيمته متى كانت المستندات المقدمة إليه مطابقة تماماً بما تضمنه خطاب الاعتماد دون أن يكون له في ذلك أدنى سلطة في التقرير أو التفسير أو الاستنتاج...)).

ومن ثم ومن خلال نصوص الأعراف الدولية الموحدة وكذلك نصوص القانون الليبي وما جرى عليه العمل القضائي ، يتبين لنا جلياً بأن مبدأ المطابقة الظاهرية قد رسخ وبشكل عميق دور الاعتمادات المستندية كأداة وفاء مرغوبة ومقبولة من قبل أشخاص التجارة الدولية ، حيث إنه بفضل هذا المبدأ يتم تفعيل عنصر السرعة في إتمام الصفقات التجارية وتشجيع المصارف على الإقدام بثقة كبيرة على منح الاعتمادات المستندية لزبائنها دون التخوف من أية مخاطرة أو تبعات لأن المصارف وبموجب هذا المبدأ لا تتحمل أية مسؤولية قانونية قد تترتب على تزوير المستندات المطلوب تقديمها بموجب عقد الاعتماد أو متى اتضح بأن هذه المستندات غير مطابقة للبضاعة. وإنما يقع على المصارف التزام بالمطابقة الظاهرية لهذه المستندات مع شروط عقد الاعتماد وفي إطار الكفاية الذاتية للمستند المقدم دون البحث من أية حقائق موضوعية خارجة عن نطاق هذه المستندات.

الفرع الثاني : وظيفة الاعتماد المستندي كأداة ائتمان

يقوم الاعتماد المستندي بدور مهم للغاية في تمويل أطراف عقد البيع الدولي حيث أوجد التعامل بالاعتمادات المستندية نوعاً من الثقة بين البائع والمشتري نتيجة لوجود وسيط محايد يتمتع بالمصداقية والثقة التجارية المأمولة ألا وهو المصرف المصدر للاعتماد المستندي.

وفي هذا الصدد يري البعض بأن⁽²⁾ وظيفة الاعتماد المستندي باعتباره أداة ائتمان تبرز في كونه يوفر الثقة اللازمة بين أطرافه ، ويحل مشكلة ارتفاع تكاليف إنتاج السلع ، وشحنها والتي عادة ما ترهق البائع (المستفيد) لأنه قد لا يكون قادراً على تغطية هذه النفقات ابتداءً. ومن ثم يبرز دور الاعتماد المستندي باعتباره أداة ائتمان تمكن البائع من تمويل الصفقة من خلال عقد الاعتماد.

(1)- قضاء النقض المصري ، طعن رقم (372) لسنة 90 ق جلسة 18-2-1990.

(2)- انظر ، أحمد نوري الزيادات ، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري ، مرجع سابق ، ص60 وما بعدها ، أكرم إبراهيم حمدان ، مرجع سابق ، ص7 وما بعدها.

حيث يذهب هذا الجانب من الفقه إلى أن ذات الإشكالية والمخاوف تواجه المشتري فقد لا يكون قادراً على دفع ثمن البضاعة مقدماً في الوقت الحالي. أو أنه لو فعل ذلك فإنه سيحرم من استغلال جزء من رأس ماله خلال الفترة الممتدة من تاريخ إبرام عقد الاعتماد حتى تاريخ وصول البضاعة إليه ، واستلامها. ومن ثم بيعها وهي مدة زمنية كما سبق وبيننا ، طويلة نسبياً وخاصة في عقود البيوع البحرية ، إلا أنه وعن طريق استخدام الاعتماد المستندي فإنه يستطيع تمويل الصفقة دون إثارة هذه المخاوف.

حيث إنه سيتم تقاسم تكاليف تمويل الصفقة بين الطرفين وبشكل متوازن وعادل لأن دفع الثمن في الاعتماد المستندي لا يتم إلا بعد أن يتم شحن البضاعة وتقديم مستندات مطابقة لشروط الاعتماد فتكون تكاليف تمويل الصفقة خلال الفترة من إبرام العقد إلى تقديم المستندات على البائع ، أما تكاليف تمويل الصفقة خلال الفترة من استلام المستندات ووصول البضاعة فتكون على المشتري .

إلا أنه وعلى الرغم مما تقدم فإن وظيفة الاعتماد المستندي باعتباره أداة الائتمان بالنسبة لطرفي عقد البيع الدولي ، إنما تظهر جلياً في بعض أنواع الاعتمادات المستندية التي تمنح الائتمان اللازم للبائع والمشتري على حد سواء. حيث يذهب جانب من الفقه⁽¹⁾ إلى أنه بالنسبة للبائع في عقد البيع الدولي قد

لا يكون هو منتج البضاعة وإنما يتحصل عليها من طرف ثانٍ خارجي يصر على أن يتم الوفاء بواسطة اعتماد مستندي فيصبح البائع في هذه الحالة مجرد وسيط في هذه العملية بين هذا الطرف الخارج عن علاقة الاعتماد المستندي والمشتري ولكنه وعن طريق الاعتماد المستندي الممنوح للبائع من قبل المشتري يستطيع البائع المستفيد تمويل الصفقة مع الطرف الخارجي. من خلال الاتفاق المسبق بين البائع والمشتري على أن يكون الاعتماد الذي سيمنح قابلاً للتحويل، وبالتالي يستطيع البائع أن يقوم بتحويل جزء من قيمة هذا الاعتماد إلى الطرف الخارجي ، والحصول على الائتمان المطلوب لتمويل هذه الصفقة.

وهو ما أكدته المادة (38) من الأصول والأعراف الدولية الموحدة والتي جاءت معنونة بعبارة ((الاعتمادات القابلة للتحويل)) حيث نصت على أنه ((ب) - لغايات هذه المادة: الاعتماد القابل للتحويل هو الاعتماد الذي ينص صراحة على أنه قابل للتحويل والذي يمكن أن يكون متاحاً إما كلياً أو جزئياً لمستفيد آخر (المستفيد الثاني) بناء على طلب المستفيد (المستفيد الأول)...)).

(1)- انظر ، أحمد نوري الزيادات ، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري ، مرجع سابق ، ص 60 ، كامل الوادي ، مرجع سابق ، ص 39.

حيث تتم إجراءات تحويل الاعتماد عن طريق قيام البائع بإعادة الاعتماد الأصلي إلى البنك المصدر مصحوباً بطلب تحويل جزء من هذا الاعتماد لصالح الطرف الخارجي. فيقوم المصرف المصدر بإصدار اعتماد جديد يكون المستفيد منه هو الطرف الخارجي ، وبضمانة الاعتماد الأصلي ، وبنفس شروط الاعتماد الأصلي باستثناء بعض التعديلات التي تهدف إلى حماية البائع. حيث لا يذكر فيه اسم المشتري (العميل الأول) وإنما اسم البائع باعتباره هنا العميل الأمر ، كما أن قيمة الاعتماد الجديد تكون أقل من قيمة الاعتماد الأصلي والفرق في القيمة هو هامش ربح البائع.

وهو ما أكدته الفقرة (ز) من المادة (38) المشار إليها آنفاً بقولها ((ز) – يجب أن يعكس الاعتماد المحول بشكل دقيق شروط وأزمنة الاعتماد ، بالإضافة إلى التعزيز إن وجد باستثناء ما يلي : مبلغ الاعتماد ، أي سعر وحدة مذكور في الاعتماد ، تاريخ الانتهاء ، فترة التقديم أو آخر موعد للشحن أو الفترة المعطاة للشحن...)).

وبعد قيام البنك بدفع قيمة الاعتماد المحول للطرف الخارجي ، يتم استبدال الفواتير والمستندات باسم البائع ، ويتم دفع بقية مبلغ الاعتماد الأصلي إلى البائع ، حيث أنه بموجب الاعتماد القابل للتحويل استطاع البائع الحصول على الائتمان اللازم لتمويل الصفقة مع الطرف الخارجي على حساب المشتري.⁽¹⁾

وهو ما نصت عليه الفقرة (ز) والفقرة (ح) من المادة (38) بقولها ((يمكن استبدال اسم طالب الإصدار باسم المستفيد الأول ، إذا اشترط الاعتماد الأصلي أن يظهر اسم طالب الإصدار بالتحديد على أي مستند من المستندات خلاف الفاتورة ، فيتوجب أن يظهر ذلك الشرط في الاعتماد المحول.....(ح) . يحق للمستفيد الأول أن يستبدل فاتورته وسحوباته أن وجدت، بفاتورة وسحوبات المستفيد الثاني، وذلك في حدود مبالغ لا تتجاوز المبلغ الأصلي المنصوص عليه في الاعتماد بهذا الاستبدال يمكن للمستفيد الأول أن يسحب بموجب الاعتماد الفرق إن وجد بين فاتورته وفاتورة المستفيد الثاني...))

كما أن هناك وجهاً آخر لمنح الائتمان للبائع وذلك عن طريق نوع آخر من الاعتمادات المستندية ، هو المعروف بالاعتماد الظهيري ، فعن طريق هذا الاعتماد يستطيع البائع الحصول على الائتمان اللازم لتحويل الصفقة عن طريق حوالة حقه

(1)- انظر ، كامل الوادي ، مرجع سابق ، ص 40 – 41 ، أحمد نوري الزيادات ، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري ، مرجع سابق ، ص 60 .

في الاعتماد الأصلي الممنوح له من قبل المشتري إلى الطرف الخارجي ، فيتم إصدار اعتماد جديد لمصلحة هذا الأخير وبضمانة الاعتماد الأصلي. أما بالنسبة للحالة التي يصر فيها الطرف الخارجي على ضرورة الوفاء له نقداً ومقديماً. وليس عن طريق أي نوع من أنواع الاعتمادات المستندية. ففي هذه الأحوال يستطيع البائع وبفضل الوظيفة الائتمانية للاعتماد المستندي من الحصول على الائتمان اللازم لتمويل صفقته مع الطرف الخارجي. عن طريق نوع ثالث من الاعتمادات المستندية يسمى بالاعتماد ذي الشرط الأحمر ، حيث يتم الاتفاق بين البائع والمشتري ابتداءً على فتح اعتماد مستندي ذي الشرط الأحمر لمصلحة البائع، ففي هذا الاعتماد يتعهد البنك بأن يدفع للمستفيد مبلغ الاعتماد كاملاً ، أو جزءاً منه حتى قبل قيام البائع بتقديم المستندات التي تدل على شحن البضاعة فبموجب هذا الاعتماد يحصل البائع على السيولة اللازمة لتمويل صفقته مع الطرف الخارجي وذلك كله على حساب المشتري⁽¹⁾.

أما إذا رفض المشتري فتح الاعتماد ذي الشرط الأحمر لمصلحة البائع فإن هذا الأخير باستطاعته الحصول على الائتمان اللازم لتمويل صفقته طريق حوالة حقوقه بموجب الاعتماد الأصلي إلى البنك الذي يتعامل معه البائع ، ويحصل مقابل ذلك على قرض مالي من هذا البنك ، ويقوم بتمويل الصفقة مع الطرف الخارجي بإنتاج السلعة وشحنها والتأمين عليها وغيرها من المسائل اللازمة لإتمام الصفقة مع المشتري.

ومن جهة أخرى وإن كان باستطاعة البائع الحصول على الائتمان بموجب عقد الاعتماد المستندي فإن المشتري هو الآخر بإمكانه الحصول على ذات الائتمان اللازم لتمويل صفقته مع البائع مستفيداً من الميزة الائتمانية لنظام الاعتماد ، حيث إنه في بعض الأحيان قد لا يستطيع المشتري أو لا يرغب في دفع ثمن البضاعة إلا بعد استلامها وبيعها ، ومن ثم تسديد قيمة الاعتماد للمصرف المصدر ففي هذه الحالة يستطيع المشتري أن يحصل على الائتمان اللازم من خلال نوع معين من أنواع الاعتمادات المستندية وهو اعتماد القبول.

فعن طريق هذا النوع من الاعتماد يتم الاتفاق بين البائع والمشتري على أن يقوم البائع بسحب سفتجة بقيمة البضاعة تكون مستحقة الوفاء بعد فترة معينة من تقديم المستندات يتعهد البنك المصدر بقبولها ، ووفاء قيمتها في ميعاد الاستحقاق مقابل تقديم مستندات مطابقة لشروط الاعتماد ، ومن ثم يقوم المصرف المصدر

(1)- انظر ، أحمد نوري الزيادات ، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري ، مرجع سابق ، ص 61 .

بتسليم هذه المستندات إلى المشتري ، والذي بدوره يستلم البضاعة ويقوم ببيعها وإيداع ثمنها لدى المصرف المصدر قبل ميعاد استحقاق السفتجة.⁽¹⁾ كما أن المشتري في إطار عقد الاعتماد المستندي بإمكانه الحصول على الائتمان بطريقة أخرى وذلك عن طريق نوع ثاني من الاعتمادات المستندية يسمى اعتماد الدفع المؤجل، فبموجب هذا النوع من الاعتمادات يلتزم المصرف المصدر بمقتضاه بأن يدفع ثمن البضاعة في ميعاد محدد بعد تسلم المستندات من البائع متى كانت مطابقة لشروط الاعتماد.⁽²⁾

وهذا النوع من الاعتمادات لا يختلف عن اعتماد القبول المشار إليه آنفاً والفرق بينهما يكمن في أنه في اعتماد القبول توجد سفتجة يقبلها المصرف المصدر مقابل حصوله على مستندات مطابقة ، بحيث يتمكن البائع إذا احتاج إلى السيولة قبل موعد استحقاق السفتجة أن يقوم بخصمها لدى أي مصرف ويحصل على مبلغها الذي هو مبلغ الاعتماد وهذا ما لا يوجد في اعتماد الدفع المؤجل نظراً لعدم وجود أية سفتجة.

وفي نهاية هذا المطلب نود التأكيد علي أن تميّز نظام الاعتماد المستندي عن غيره من وسائل الدفع الأخرى إنما يكمن في كونه أداة متميزة للدفع والائتمان مما يشجع كافة أطراف التجارة الدولية على قبوله لتسوية مدفوعاتهم المترتبة عن عقد البيع الدولي نظراً لما يوفره من ثقة بين المتعاملين من أطراف التجارة الدولية، وما يتميز به من سرعة في تسوية المدفوعات.

هذا بالإضافة إلى السعة التي، يمنحها لأطرافه في الحصول على الائتمان المطلوب في الوقت المناسب عن طريق الاعتماد ذاته وعلى النحو السالف بيانه مما يجعله وسيلة آمنة للوفاء والائتمان على حد سواء.

إلا أنه وعلى الرغم مما تقدم فإنه يوجد هامش من المخاطر الائتمانية وخصوصاً على البنك المصدر للاعتماد التي يمكن الحد منها أو التغلب عليها متى ما أحسن فهم واستيعاب القواعد القانونية الحاكمة لنظام الاعتماد وهو ما سنتناوله من المطلب الثاني.

المطلب الثاني : مخاطر الاعتماد المستندي ووسائل الحد منها

إن عملية منح الاعتمادات المستندية باعتبارها من العمليات المصرفية التي تقوم بها المصارف تتعرض لمخاطر مختلفة شأنها في ذلك شأن العمليات المصرفية

(1)- لمزيد من التفصيل انظر ، أحمد نوري الزيادات ، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري في الاعتمادات المستندية ، مرجع سابق ، ص 61 .

(2)- لمزيد من التفصيل انظر ، أحمد نوري الزيادات ، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري في الاعتمادات المستندية ، مرجع سابق ، ص 61 .

الأخرى ، وإن كانت عملية الاعتماد أكثر مخاطر من غيرها ، وذلك لأنها تستعمل في تمويل وتسوية الصفقات التجارية على المستوى الدولي مما يؤدي إلى مخاطر أوسع وأكثر تعقيداً بالنسبة لأطراف عقد البيع الدولي سواء المورد أو المستورد أو المصرف المصدر للاعتماد ، وسنحاول من خلال هذا المطلب الحديث عن المخاطر الناتجة عن استخدام الاعتماد المستندي كأداة لتسوية عقد البيع الدولي (الفرع الأول) وكذلك الحديث عن الوسائل التي يمكن اتخاذها للحد من هذه المخاطر (الفرع الثاني).

الفرع الأول : ماهية المخاطر الناجمة عن استخدام الاعتماد المستندي

على الرغم من المميزات الكبيرة لنظام الاعتمادات المستندية في مجال التجارة الدولية عموماً ، وعقد البيع الدولي خصوصاً باعتباره أداة وفاء وأداة ائتمان مضمونة المخاطر – إلا إن هذه المميزات الفريدة لم تشفع للاعتماد المستندي بان يكون الأداة المثالية في تسوية المدفوعات الدولية حيث لا تزال عملية الاعتماد المستندي تعاني من بعض المخاطر التي تعاني منها وسائل الوفاء التقليدية الأخرى، وذلك باعتباره من العمليات المصرفية الدولية الأوسع انتشاراً واستعمالاً ، لأن عقد الاعتماد المستندي إذا لم يحسن فهمه والتعامل معه على درجة من الحرفية القانونية - إن جاز التعبير - فإنه قد يعرض أطرافه إلى بعض المخاطر سواء منهم المشتري (أولاً) أو البائع (ثانياً) أو المصرف المصدر (ثالثاً).

أولاً : المخاطر التي يتعرض لها المشتري (العميل الأمر)

على الرغم من الوظائف المهمة التي يقوم بها الاعتماد المستندي باعتباره أداة وفاء وأداة ائتمان في الوقت ذاته ، والتي أعطته أفضلية عن وسائل الوفاء التقليدية الأخرى نظراً للمبادئ التي يقوم عليها الاعتماد المستندي والمتمثلة في كونه مستقلاً عن عقد الأساس المبرم بين البائع والمشتري وكونه يتعامل من خلال المستندات دون البضائع ، وكذلك مبدأ الفحص الظاهري لهذه المستندات حيث إن هذه المبادئ مجتمعة كانت وراء فعالية وظيفة الاعتماد المستندي المتميزة في مجال التجارة الدولية.

إلا أنه بموجب آلية عمل الاعتماد المستندي فإن المشتري وهو العميل الأمر في معادلة الاعتماد المستندي قد يتعرض إلى مخاطر كثيرة بسبب آلية العمل هذه ، حيث إنه و بمجرد إبرام عقد الاعتماد فإن المشتري وتنفيذاً لالتزامه بموجب هذا العقد سيقوم بالوفاء مقدماً بقيمة الاعتماد إلى البنك المصدر ، وهذا الأخير يقوم بدوره باستلام المستندات المطلوبة من قبل البائع والوفاء بقيمة الاعتماد متى كانت هذه المستندات مطابقة في ظاهرها لشروط الاعتماد وليس بالضرورة لشروط عقد الأساس المبرم بين البائع والمشتري.

ووفقاً لهذه الآلية المتبعة يذهب جانب من الفقه (1) إلى أن المشتري قد يتعرض لخطر قيام البائع بشحن بضائع وسلع غير مطابقة لمواصفات وشروط عقد الأساس المبرم بينه وبين البائع ، وأحياناً قد لا يقوم بشحن أية بضائع أصلاً فيكون المشتري قد خسر حقوقه بموجب نظام الاعتماد المستندي ، وذلك لأنه قام بالوفاء للمصرف المصدر ولكنه استلم بضائع وسلعاً غير مطابقة.

وفي ذات الوقت لا يحق للمشتري الرجوع على المصرف المصدر الذي قام بتنفيذ التزامه باستلام مستندات مطابقة لشروط الاعتماد المستندي ، لأنه وكما نعلم بأن المصارف تتعامل في إطار عقد الاعتماد بالمستندات ، وليس بالبضائع والسلع التي تمثلها هذه المستندات.

وبالتالي لا يبقى أمام المشتري إلا الرجوع على البائع (المستفيد) بموجب القواعد العامة ، وليس بموجب عقد الاعتماد المستندي مما يتطلب إقامة دعوى قضائية أمام المحاكم المختصة ؛ الأمر الذي قد يستغرق وقتاً طويلاً هذا بالإضافة إلى الوقوع في إشكالية تنازع القوانين بين دولة المشتري ودولة البائع ، مما يجعل المسألة أكثر تعقيداً الأمر الذي قد يعرض المشتري لضياع حقوقه حتى بموجب القواعد العامة أحياناً.

وهذه المخاطر قد أكدتها إحدى القضايا الشهيرة التي عرضت على القضاء العراقي (2) وهي قضية تتعلق بفتح ثلاث اعتمادات مستندية من قبل أحد المصارف العراقية لحساب تاجر عراقي لتغطية قيمة صفقة استيراد كميات من الأخشاب والحديد من شركة نمساوية وبعد قيام المصرف بفتح الاعتمادات الثلاثة ودفع ما قيمته 25% من مبالغ هذه الاعتمادات إلى الطرف النمساوي علي أن يُدفع الباقي بسحوبات آجلة وذلك بحسب الاتفاق ، إلا أنه وفي فترة لاحقة اكتشف بأن المجهز الأجنبي هو أحد المحتالين والمتمرسين في أعمال الغش والتزوير فلم يتم بشحن أية بضاعة وأن المستندات التي قدمت للمصرف كانت مزورة ، وكانت نتيجة الحكم عدم مسؤولية المصرف لأن التزامه هو المطابقة الظاهرية للمستندات

(1)- لمزيد من التفصيل انظر ، عبد الله حسين الخشروم ، مؤيد أحمد عبيدات ، المخاطر المترتبة على الاعتماد المستندي دراسة تحليلية ، بحث منشور في مجلة المنارة ، المجلد الخامس عشر ، ع2 ، 2009 ، ص159 ، ومدوح محمد الرشيدان ، التشريعات المالية والمصرفية في الأردن ، دار وائل للنشر ، ط2 ، 2005 ، ص172 وما بعدها ، أحمد خليل جلال ، مدى مسؤولية البنك في عقد الاعتماد المستندي ، بحث منشور في مجلة المحاماة ، ع5 ، 1998 ، ص76.

(2)- حكم محكمة التمييز العراقية ، رقم (627) في 1986/11/28 ، مشار إليه لدى ، نسيبة إبراهيم حمو ، بختيار صابر بايز ، مخاطر الاعتماد المستندي ووسائل الحد منها ، دراسة منشورة في مجلة الرافدين للحقوق ، ع48 ، لسنة 2011 ، ص 12 - 13.

وغير مسؤول عن سلامة هذه المستندات من الغش متى كان ظاهرها لا يوحي بذلك. مما أدى إلى خسارة المشتري حقوقه بموجب عقد الاعتماد.

كما أنه ومن المخاطر التي قد يتعرض لها المشتري بموجب التعامل بعقد الاعتماد المستندي كأداة لتسوية عقد البيع الدولي عدم التزام المصرف المصدر بتعليمات العميل الأمر (المشتري) بخصوص شروط فتح الاعتماد المستندي ، حيث إنه في بعض الأحيان قد يتجاوز البنك المصدر صلاحياته بموجب عقد الاعتماد كنوع الاعتماد الواجب منحه للبائع أو صلاحيته أو نوع العملة أو بتعزيز الاعتماد أو زيادة مبلغ الاعتماد على المتفق عليه ، أو التنازلي عن بعض المستندات التي طلبها العميل عند فتح عقد الاعتماد أو قبول مستندات غير مطابقة.⁽¹⁾

لذا وجب على المصرف المصدر ولدرء هذه المخاطر ضرورة الالتزام الحرفي بتعليمات العميل الأمر. حيث يقع عليه التزام بقبول المستندات المقدمة متى كانت مطابقة ظاهرياً لشروط فتح الاعتماد المتفق عليها مع المشتري (العميل).

وهو ما أكدته محكمة التمييز الأردنية⁽²⁾ في أحد أحكامها بالقول ((... إن البنك الذي ينشئ الاعتماد لا يقبل المستندات المقدمة من المستفيد إلا إذا كان بينها وبين شروط الاعتماد تطابق تام...)).

حيث إنه وكما نعلم بأن شروط منح الاعتماد المستندي ما هي في حقيقتها إلا انعكاسٌ لشروط عقد الأساس المبرم بين البائع والمشتري. لذا يجب على المصرف المصدر الالتزام بتعليمات العميل الأمر بخصوص شروط فتح الاعتماد وعدم التجاوز بشأنها ، ولو كان لمصلحة العميل الأمر متى كانت هذه التعليمات واضحة ومحددة ومفصلة لا لبس فيها.

وفي هذا الصدد ذهب بعض الفقه⁽³⁾ إلى أن تجاوز البنك المصدر وعدم التزامه بتعليمات العميل الأمر كأن يفتح اعتماداً بشروط ذات أفضلية للمستفيد أو فتح اعتماد بشروط أضيق بكثير مما طلبه العميل الأمر ، فإن البنك يكون قد أخل بالتزامه بموجب عقد الاعتماد مما يعرضه للمسؤولية القانونية في مواجهة عميله

(1)- انظر ، علي جمال الدين عوض ، الاعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، ط1، 1993 ، ص8 ، عبد الله حسين الخشروم ، مؤيد أحمد عبيدات ، المرجع سابق ، ص166 ، ممدوح محمد الرشيدان ، مرجع سابق ، ص 176.

(2)- تمييز حقوق قرار رقم (316) ، مجلة المحامين ع 5، لسنة 1990 ، ص2092 وما بعدها.
(3)- لمزيد من التفصيل انظر ، عبد الله حسين الخشروم ، مؤيد أحمد عبيدات ، مرجع سابق ، ص 167 ، علي جمال الدين عوض ، المرجع السابق ، ص144، عزيز العكيلي ، شرح القانون التجاري ، الأوراق التجارية وعمليات البنوك ، ج2 ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، 2005 ، ص 430 وما بعدها ، هاني محمد أدويدر ، الوحي في العقود والعمليات المصرفية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2008، ص303.

الأمر ، لأن هذا التجاوز يلحق ضرراً بمصالح المشتري بموجب عقد الاعتماد المستندي كما أنه يعطى للمستفيد مميزات غير متفق عليها بموجب عقد الأساس مما قد يلحق ضرراً بحقوق المشتري ويطيل أمد استيفاء حقوقه.

ويرى آخرون ⁽¹⁾ بأن ذات المخاطر قد تواجه المشتري في حالة إهمال المصرف المصدر أو تقصيره في تنفيذ عقد الاعتماد المستندي كإهمال المصرف المصدر فتح الاعتماد ابتداءً أو تقصيره في تبليغ المستفيد من الاعتماد في الموعد المحدد والمتفق عليه مع المشتري بموجب شروط فتح الاعتماد المستندي ، حيث إن المصرف لا يكون ملزماً بعقد الاعتماد إلا من تاريخ وصول خطاب الاعتماد إلى المستفيد في الموعد المتفق عليه ، أو في أقرب وقت ممكن ، وأن يبذل المصرف المصدر في ذلك العناية التي يقدرها قاضي الموضوع لأن إهمال المصرف أو تقصيره يقيم مسؤوليته القانونية أمام العميل الأمر ، ويطيل أمد النزاع أمام المحاكم المختصة.

ثانياً : المخاطر التي يتعرض لها البائع (المستفيد)

إن استخدام الاعتماد المستندي لتسوية مدفوعات عقد البيع الدولي وكما قد يرتب مخاطر على المشتري فإنه في الوقت ذاته قد يرتب مخاطر على البائع بسبب آلية عمل الاعتماد المستندي. حيث إنه وكما نعلم يجب على البائع (المستفيد) أن يقدم إلى البنك المصدر ما يفيد قيامه بشحن البضاعة وبقية المستندات الأخرى التي يشترطها عقد الاعتماد ، ومن ثم يقوم المصرف المصدر – بعد استلامه لهذه المستندات ومطابقتها ظاهرياً – بالوفاء للمستفيد ، ففي الحالات التي يقوم فيها البائع بشحن البضاعة قبل الحصول على ثمنها فقد يتعرض لبعض المخاطر كضياع المستندات التي تمثل البضاعة أثناء إرسالها للبنك المصدر الأمر الذي يعرضه لفقدان حقوقه بموجب عقد الاعتماد. ⁽²⁾

هذا لأن البنك المصدر وبموجب الأصول والأعراف الدولية الموحدة لا يتحمل أية مسؤولية قانونية في حالة ضياع أو فقدان المستندات وهي في طريقها إليه وهو ما أكدته المادة (35) من هذه الأعراف والتي نقرأ فيها ((لا يتحمل المصرف أي التزام أو مسؤولية عن النتائج الناجمة عن التأخير ، أو فقدان خلال

(1)- انظر ، عبد الله حسين الخشروم ، مؤيد أحمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 162 وما بعدها ، زينب السيد سلامة ، دور البنوك في الاعتمادات المستندية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية ، 1990 ، ص 259 ، محمد الشحات الجندي ، فقه التعامل المالي والمصرفي ، دار النهضة العربية ، ط 1 ، 1989م ، ص 144.

(2)- انظر ، حسن شحادة الحسين ، موقف البنوك من المستندات المخالفة في الاعتماد المستندي ، اطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة، 2001 ، ص 138 ، عزيز العكيلي ، مرجع سابق ، ص 341.

الإرسال أو التشوية ... ناجمة عن إرسال أية ... مستندات عندما تكون هذه المستندات قد تم إرسالها أو نقلها طبقاً لمتطلبات الاعتماد)).

حيث إن المصرف المصدر لن يقوم بالوفاء ما لم تقدم إليه هذه المستندات في فترة صلاحية الاعتماد. فهنا لن يحصل البائع على ثمن البضاعة على الرغم من كونه قد قام بشحنها فعلياً وهي في طريقها إلى المشتري.

وفي هذا الصدد ذهب جانب من الفقه (1) إلى أنه وعلى الرغم من ذلك فإن باستطاعة المستفيد (البائع) أن يقوم بتقديم مستندات جديدة تمثل البضاعة بدلاً من تلك التي ضاعت ، أن كان ذلك قد يستغرق وقتاً ، وبالتالي ولضمان حقوقه بموجب الاعتماد المستندي الممنوح له يجب على البائع (المورد) أن يقوم بتقديم هذه المستندات البديلة أثناء صلاحية الاعتماد وإلا كان من حق المصرف المصدر رفض المستندات المقدمة خارج تاريخ الصلاحية حتى وإن كانت مطابقة لشروط الاعتماد وبالتالي عدم الوفاء للمستفيد فلا يكون أمام هذه الأخير إلا الرجوع على المشتري بموجب القواعد العامة ، وليس بموجب عقد الاعتماد المستندي الأمر الذي يتطلب رفع دعوى قضائية قد تأخذ وقتاً طويلاً أمام المحاكم هذا بالإضافة إلى إشكالية تنازع القوانين بين دولة المشتري ودولة البائع مما يهدد هذا الأخير بخسارة حقوقه.

وهو ما أكدته في هذا الصدد محكمة التمييز الأمريكية (2) أن من حق المصرف المصدر للاعتماد رفض الوفاء للمستفيد لتقديمه المستندات بعد انتهاء مدة صلاحية الاعتماد الممنوح لصالحه وذلك في قضية (**Zenith Electronics Crop (VS) Panal Pina, LNC**) حيث تتلخص وقائع هذه القضية في قيام مصرف (Hamilton) بمنح اعتماد مستندي لمصلحة أحد المستفيدين واشترط من خلال الاعتماد ضرورة أن يقوم المستفيد بتقديم المستندات وعلى رأسها سند الشحن قبل تاريخ 1991/9/30 م . إلا أن المستفيد قام بتقديم بعض المستندات في الموعد المحدد في حين أنه تأخر في تقديم سند الشحن بعد الموعد المحدد بثلاثة أيام أي في تاريخ 1991/10/3. فقرر المصرف المصدر رفض الوفاء بقيمة الاعتماد لتقديم المستندات خارج مدة صلاحية الاعتماد ، وهذا الموقف أيده القضاء من خلال محكمة التمييز الأمريكية.

(1) - لمزيد من التفصيل انظر ، عبد الله حسين الخشروم ، مؤيد أحمد عبيدات ، مرجع سابق، ص 165 ، عزيز العكيلي ، المرجع السابق ، ص 440 ، وما بعدها.

(2) - قرار محكمة التمييز الأمريكية ، الصادر في 1995 ، مشار إليه لدى ، أكرم إبراهيم حمدان ، المرجع السابق ، ص 61.

كما أنه من المخاطر التي تواجه البائع بموجب عقد الاعتماد المستندي أن يقوم البائع بتسليم مستندات الاعتماد وعلى رأسها وثيقة الشحن إلى بنك وسيط ليقوم هذا الأخير بدوره بتسليمها إلى المصرف المصدر. إلا أنه يهمل في إرسال المستندات أصلاً أو يقوم بإرسالها إلى البنك المصدر بعد فوات صلاحية الاعتماد مما يؤدي إلى ضياع حقوق المستفيد بموجب عقد الاعتماد لأن المصرف المصدر وكما سبق وأسلفنا لن يقوم بالوفاء للمستفيد ما لم يتم تقديم مستندات مطابقة لشروط الاعتماد وخلال صلاحية الاعتماد المحددة بموجب عقد الاعتماد ، لأن ذلك يعد التزاماً أساسياً يقع على المستفيد لإمكانية استيفاء حقوقه بموجب عقد الاعتماد وإمكانية حصوله على ثمن البضاعة التي تمثلها هذه المستندات.⁽¹⁾

فهنا وعلى الرغم من قيام المستفيد (البائع) بشحن البضاعة إلى المشتري ولكنه لن يحصل على ثمنها بسبب إهمال أو تقصير البنك الوسيط الذي اختاره المستفيد لتسليم المستندات إلى المصرف المصدر في موعد معين وبالتالي لا يكون أمام المستفيد إلا الرجوع بالمسئولية القانونية على البنك الوسيط بموجب القواعد العامة للمسئولية المدنية وليس على أساس عقد الاعتماد المستندي الأمر الذي قد يأخذ وقتاً طويلاً أمام المحاكم.

ثالثاً : المخاطر التي يتعرض لها المصرف المصدر للاعتماد المستندي

إن قيام المصارف بالعمليات المصرفية الدولية عادة ما يتضمن العديد من المخاطر، وخصوصاً إذا كنا نتحدث عن الاعتماد المستندي الذي ينتمي أطرافه إلى دول مختلفة ويغطي صفقات تجارية دولية. الأمر الذي يتطلب من المصارف المصدرة للاعتمادات المستندية أخذ الاحتياطات اللازمة عند منحها للائتمانات المصرفية لكي تحافظ على حقوقها ومدخراتها المالية أثناء تنفيذ عقد الاعتماد المستندي .

حيث أنه وفي إطار عملية الاعتماد المستندي قد تتعرض بعض المصارف- التي لا تتخذ الإجراءات الاحترازية استعداداً لهذه العملية - إلى العديد من المخاطر ومنها تلك الناجمة عن إهمال أو تقصير المصرف المصدر في تعامله مع المستندات المقدمة من المستفيد متى كانت غير مطابقة لشروط الاعتماد المستندي ، أو وجود نقص في المستندات المشروطة ، حيث أنه وكما نعلم يقع على المصرف المصدر واجب رفض المستندات غير المطابقة لشروط الاعتماد أو

(1)- انظر ، علي جمال الدين عوض ، المرجع السابق ، ص 67 وما بعدها ، أحمد خليل جلال ، مرجع سابق ، ص 77 ، عبد الله حسين الخشروم ، مؤيد أحمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 166 وما بعدها.

الناقصة وإبلاغ المستفيد في أقرب وقت ممكن ودون أي تأخير ، وإرجاع المستندات غير المطابقة أو الناقصة.⁽¹⁾

وهو ما أكدته الأصول والأعراف الموحدة بموجب المواد (14 /ب) والمادة (16) حيث نصت المادة (14) على أنه ((أ- يجب علي المصرف المسمى الذي يتصرف بناء على تسميته ، والمصرف المعزز إن وجد ، والمصرف المصدر، أن يفحصوا التقديم استناداً إلى المستندات وحدها لتحديد ما إذا كانت المستندات تشكل في ظاهرها تقديماً مطابقاً أم لا.

ب- يكون لكل من المصرف المسمى الذي يتصرف بناء على تسميته ، والمصرف المعزز إن وجد ، والمصرف المصدر ، مدة أقصاها خمسة أيام عمل مصرفية تلي يوم التقديم ، لتحديد ما إذا كان التقديم مطابقاً ، إن هذه المدة لا تختصر أو لا تتأثر بوقوعها في أو بعد تاريخ التقديم بأي تاريخ انتهاء أو بأخر يوم التقديم (...)).

هذا وقد نصت المادة (16) من الأصول والأعراف الدولية الموحدة على أنه ((أ- عندما يقرر المصرف المسمى الذي يتصرف بناء على تسميته ، أو المصرف المعزز أن وجد ، أو المصرف المصدر ، بأن التقديم غير مطابق يمكن أن يرفض الوفاء أو التداول ... (ج) إذا قرر ... المصرف ... رفض الوفاء أو التداول يجب عليه أن يرسل إشعاراً واحداً بذلك إلى المقدم يجب أن يرسل الإشعار المذكور في الفقرة (ج) من المادة (6) بوسائل الاتصال عن بعد ، وإن تعذر ذلك بوسائل سريعة أخرى ، وعلى أن لا يتجاوز ذلك وقت إغلاق اليوم المصرفي الخامس الذي يلي يوم التقديم (و) إذا أخفق المصرف المصدر أو المصرف المعزز في العمل وفقاً لأحكام هذه المادة يتمتع عليه أن يدعي بأن المستندات لا تشكل تقديماً مطابقاً (...)).

وهذا ما أكدته كذلك قانون النشاط الاقتصادي الليبي في المادة (747) والتي جاء فيها ((علي المصرف أن يتحقق من مطابقة المستندات للشروط المنصوص عليها في الاعتماد وإذا رفض المصرف المستندات فعليه أن يخطر الأمر فوراً بالرفض مبيناً له أسبابه)).

وفي معرض التعليق على هذه المسألة يرى جانب من الفقه (2) أنه إذا ما قبل المصرف المصدر المستندات غير مطابقة لشروط الاعتماد أو الناقضة فإنه سيتعرض إلى خسارة حقوقه في مواجهة العميل الأمر الذي لن يقوم بوفاء قيمة الاعتماد

(1)- انظر، محي الدين إسماعيل ، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، دار النهضة العربية ، ط1، 1999 ، ص157 وما بعدها ، ماهر شكري ، العمليات المصرفية الخارجية ، دار الحامد للنشر ، ط1 ، 2004 ، ص273 وما بعدها.

(2)- انظر ، هاني محمد ادويدر ، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية ، دار الجامعة الجديدة ، ط1 ، 2003 ، ص 135 ، علي الأمير إبراهيم ، كيفية فحص المستندات في الاعتماد المستندي ، دار النهضة العربية ، ط1، 1998 ، ص 12 وما بعدها.

المستندي إلى المصرف المخل بالتزامه الأساسي ألا وهو فحص المستندات وتحديد موقفه منها في وقت قصير وإبلاغ المستفيد بذلك دون تأخير لكي يستطيع هذا الأخير تدبير أمره بتصحيح المستندات غير المطابقة أو استكمال المستندات الناقصة على وجه السرعة ومن ثم إعادة تقديمها للمصرف المصدر قبل إنتهاء صلاحية الاعتماد.

ومما تقدم يتضح لنا بأنه إذا أهمل المصرف المصدر أو قصر في تنفيذ التزاماته بموجب عقد الاعتماد وعلى رأسها فحص المستندات. فلا يقبل منه بعد ذلك الدفع بكون المستندات غير مطابقة ، وبالتالي فإنه سيضطر لقبول مستندات غير مطابقة لشروط الاعتماد أو مستندات ناقصة ثم وفاء قيمة الاعتماد للمستفيد وفي المقابل فإنه لن يحصل على حقوقه في مواجهة العميل الأمر الذي سيرفض استلام هذه المستندات لمخالفتها شروط منح الاعتماد مما يعرض المصرف كما سبق وذكرنا إلى خسارة حقوقه بموجب عقد الاعتماد المستندي.

كما أنه ومن المخاطر التي تتعرض لها المصارف المصدرة للاعتمادات المستندية تلك المخاطر المتعلقة بكون سند الشحن – وهو من أهم مستندات الاعتماد – اسماً أي أن يصدر سند الشحن – الذي يتبث أن البضاعة قد تم شحنها: باسم العميل الأمر وليس المصرف المصدر.

ففي مثل هذه الحالة فإن المخول قانوناً باستلام البضاعة المرسلة هو المشتري وليس المصرف المصدر وبالتالي في حالة امتناع العميل الأمر أو عدم قدرته على سداد قيمة الاعتماد للمصرف المصدر فإن هذا الأخير يتعرض لخسارة حقوقه في مواجهة العميل ، لأن الاعتماد أصبح غير مضمون بالبضاعة.

حيث يرى البعض⁽¹⁾ تعليقاً على هذه المخاطر بان المصرف قد قام بالوفاء للمستفيد بقيمة الاعتماد ولم يتلقَ حقه من العميل الأمر ذلك راجع إلى كون وثيقة الشحن اسمية. الأمر الذي لا يعطي للمصرف المصدر الحق في استلامها وممارسة حق الرهن على البضاعة لكونها ليست باسمه ، وحتى لو حاول المصرف المصدر في هذه الحالة ممارسة حقه في حبس المستندات بما فيها سند الشحن عن العميل الأمر ، فإن باستطاعة هذا الأخير استصدار نسخة جديدة من وثيقة الشحن والقيام باستلام البضاعة والتصرف فيها بالبيع ودون سداد قيمة الاعتماد للمصرف المصدر.

(1)- لمزيد من التفصيل انظر ، نسيبة إبراهيم حمو ، بختيار صابر بايز ، مرجع سابق ، علي الأمير إبراهيم ، مرجع سابق ، ص12.

كما يرى آخرون⁽¹⁾ بأنه من المخاطر الشائعة الأخرى التي قد يتعرض لها المصرف المصدر هي : تعدد نسخ سند الشحن حتى ولو لم يكن اسماً ، حيث إنه قد يعتمد المشتري إلى الحصول على إحدى نسخ وثيقة الشحن والإسراع لاستلام البضاعة وبيعها، ثم الامتناع عن الوفاء للمصرف المصدر الذي كان قد دفع قيمة الاعتماد للمستفيد بمجرد تقديم هذا الأخير للمستندات المطلوبة والمطابقة لشروط الاعتماد ، وبالتالي فإن المصرف المصدر سيتعرض لخسارة حقوقه بسبب عدم قدرته على ممارسة حقه في رهن البضاعة ، لأن أصبح الاعتماد غير مضمون مما يلحق الضرر بالمصرف المصدر.

هذا وقد يتعرض المصرف المصدر لذات المخاطر حالة ما إذا كان سند الشحن يشتمل على بيانات غير مطابقة للواقع فإن ذلك قد يعرض المصرف لأخطار غير متوقعة حيث إنه قد يدون في وثيقة الشحن – التي يصدرها الربان أو الناقل – بأن البضاعة قد تم شحنها في حين أن الواقع خلاف ذلك بأن كانت البضاعة قد شحنت جزئياً وليس كلياً ، أو في بعض الأحيان لم تشحن أصلاً سواء كان ذلك بهدف الاحتيال والغش من قبل الربان أو الناقل ، أو كان ذلك عن طريق الخطأ. الأمر الذي يترتب عليه قيام المصرف المصدر باستلام المستندات بما فيها سند الشحن المخالف لواقع الحال وبعد فحصها والتأكد من مطابقتها لشروط الاعتماد ، يقوم المصرف المصدر بوفاء قيمة الاعتماد إلى المستفيد بحيث يصبح الاعتماد غير مضمون بالبضاعة مما يؤدي إلى تعرض المصرف المصدر إلى خسارة حقوقه بموجب عقد الاعتماد في حالة رفض العميل الوفاء للمصرف بحجة أنه لم يستلم البضاعة أو استلم جزءاً منها.

كما أن بعض هذه المخاطر التي تتعرض لها المصارف لا تكون ناجمة عن مستندات الاعتماد كسند الشحن وعلى النحو السالف بيانه وإنما هذه المخاطر راجعة إلى طبيعة وألية استخدام بعض أنواع الاعتمادات المستندية التي لا توفر ضماناً كافياً لحقوق المصرف المصدر في إطار عقد الاعتماد المستندي - كاعتماد الدفع المقدم والمعروف بالاعتماد (ذو الشرط الأحمر)، والذي سمي كذلك لأن السماح بالدفع المقدم يكتب باللون الأحمر للفت الانتباه إلى طبيعة التعامل بهذا النوع الخطير من الاعتمادات لتسوية عقود البيع الدولي.

(1)- لمزيد من التفصيل ، أحمد غنيم ، مستندات الشحن البحري في إطار الاعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، ط2 ، 2003 ، ص45 ، نسيبة إبراهيم حمو ، بختيار صابر بايز ، مرجع سابق ص6.

وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه (1) أنه بموجب اعتماد الدفع المقدم يقوم المصرف المصدر بدفع قيمة الاعتماد مقدماً للمستفيد، كلياً أو جزئياً وقبل أن يقوم هذا الأخير بتقديم المستندات المطلوبة والتأكد من مطابقتها ظاهرياً لشروط الاعتماد المستندي، والتي تمثل الضمانة لحقوق المصرف المصدر باعتبارها تمثل البضاعة ففي هذا النوع من الاعتمادات يتعرض المصرف لمخاطر عدم استيفاء حقه في إطار عقد الاعتماد المستندي، وذلك في حالة كون المستفيد سيئ النية فيحصل على قيمة الاعتماد دون أن يقوم بشحن البضاعة. بل إنه قد لا يقوم بتصنيعها أصلاً. الأمر الذي يترتب عليه ضياع حقوق المصرف المصدر وذلك بفعل ضياع الضمان الأساسي لحق المصرف وهي المستندات التي تمثل البضاعة.

وذات المخاطر قد يتعرض لها المصرف المصدر في نوع آخر من أنواع الاعتمادات المستندية ، وهو اعتماد القبول فبموجب هذا الاعتماد – الذي يعد وسيلة ائتمانية للمشتري – يقوم المصرف المصدر بقبول سفتجة مسحوبة عليه من قبل المستفيد بقيمة الاعتماد الممنوح تكون مستحقة الوفاء بعد فترة من تسليم المستندات للمصرف المصدر ، وذلك نظير قيام المستفيد بشحن البضاعة وتسليم المستندات دون أن يتم الوفاء الفوري له ، وإنما ينتظر الوفاء في ميعاد استحقاق السفتجة ، هنا يقوم المصرف المصدر بتسليم المستندات للمشتري الذي يستلم البضاعة ويقوم ببيعها ، وإيداع مبلغ الاعتماد لدى البنك قبل حلول ميعاد استحقاق السفتجة، فإذا كان هذا المشتري سيئ النية فبإمكانه عدم دفع قيمة الاعتماد للمصرف المصدر ، والتوصل من التزامه مما سيضطر المصرف المصدر إلى الوفاء بقيمة السفتجة في ميعاد الاستحقاق دون الحصول على حقوقه في مواجهة المشتري المفلس ، أو الذي يرفض الوفاء تعسفاً مما يعرض حقوق المصرف للضياع حيث لم يعد أمامه إلا اللجوء إلى القواعد العامة للمطالبة بحقوقه وسيكون الأمر عسيراً للغاية في حالة كون المشتري مفلساً لأن المصرف سيضطر إلى مزاحمة بقية الدائنين العاديين في التقلية. (2)

(1)- انظر ، رشاد العطار ، وهشام شاهين ، التشريعات المالية والمصرفية ، دار البركة للنشر ، ط2 ، 2001 ، ص127 ، أحمد غنيم ، المرجع سابق ، ص15 ، كامل الوادي ، المرجع السابق ، ص42 وما بعدها ، حياة شحاته سليمان ، مخاطر الائتمان في البنوك التجارية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1998 ، ص127.

(2)- لمزيد من التفصيل انظر ، نسيبه إبراهيم حمو ، بختيار صابر بايز ، مرجع سابق ، ص16 ، أحمد نوري الزيادات ، إبراهيم العموش ، ص357 وما بعدها ، أحمد غنيم ، مرجع سابق ، ص20 ، خالد إبراهيم التلاحمة ، التشريعات المالية والمصرفية ، دار الإسراء للنشر ، عمان ، ط1 ، 2004 ، ص129 وما بعدها.

الفرع الثاني : وسائل الحد من مخاطر الاعتماد المستندي

يتعرض أطراف عقد البيع الدولي إلى العديد من المخاطر جراء استخدام الاعتمادات المستندية كأداة وفاء وائتمان لتسوية عقود التجارة الدولية وذلك على النحو السابق بيانه في طيات هذه الدراسة ، حيث إن هذه المخاطر متعددة ومتنوعة نظراً لتعدد أسبابها. وحيث يرجع بعضها إلى طبيعة وآلية استخدام الاعتماد المستندي ، أو إلى طبيعة المستندات التي تمثل البضاعة في حين يرجع بعضها الآخر إلى طبيعة بعض أنواع الاعتمادات المستندية ، ولذلك كله فإننا لا نجد اعتماداً مستندياً يكاد يخلو من هذه المخاطر التي إذا ما استفحلت فإنها قد تهدد مستقبل التعامل بالاعتمادات المستندية على الرغم من الوظائف المهمة للغاية التي تؤديها هذه الوسيلة المميزة لمختلف أطراف عقد البيع الدولي.

مما يتطلب منا محاولة البحث في الكيفية التي يمكننا من خلالها استبعاد هذه المخاطر أو على الأقل التخفيف من حدتها على نحو تكون غير ذات أثر كبير على نظام الاعتماد المستندي.

في هذا الصدد يذهب البعض⁽¹⁾ - كمحاولة للحد من هذه المخاطر - إلى القول بضرورة أن يقوم المصرف المصدر للاعتماد المستندي باتخاذ الإجراءات الاحتياطية والاحترازية اللازمة قبل الموافقة على فتح الاعتماد، وذلك للمحافظة على حقوقه بموجب عقد الاعتماد وخصوصاً في العمليات المصرفية التي تقوم المصارف بموجبها بالدفع على المكشوف، أي تدفع دون وجود غطاء مالي لعملية الاعتماد الممنوح.

ولذلك يجب على المصرف المصدر ومن خلال إدارته المتخصصة وعلي رأسها إدارة الاعتمادات المستندية ، القيام بالدراسات المستفيضة للتأكد من المركز المالي للعملاء ومدى حسن سمعتهم التجارية ، وعدم الاعتماد على المعلومات التي يدلي بها العميل حول وضعه المالي ، سواء أكان هذا العميل المشتري أو البائع في عقد الاعتماد لأن المصرف المصدر وفي إطار هذه المخاطر قد يكون مضطراً للرجوع بحقه في مواجهة المستفيد أو العميل الأمر⁽²⁾.

كما أن المصرف المصدر الحريص يجب عليه الاتصال أو طلب المعلومات حول أطراف عقد الاعتماد- من المصارف الأخرى لتزويده بالمعلومات الضرورية عن العميل أو المستفيد ، استناداً إلى مبدأ المعاملة بالمثل بين المصارف

(1)- انظر ، علي البارودي ، القانون التجاري، منشورات الحلبي ، بيروت ، ط2، 2001 ، ص12 وما بعدها ، عبد الله حسين الخشروم ، مؤيد أحمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص169، حسن دياب ، الاعتمادات المستندية التجارية ، المؤسسة الجامعية للنشر ، بيروت، ط2، 1999 م ، ص65 وما بعدها.

(2)- انظر ، ماهر شكري، مرجع سابق ، ص274 ، حسن دياب، المرجع السابق ، ص67.

والتي عادة ما تزود المصرف المصدر بالمعلومات التي توضح المركز المالي وحسن السمعة التجارية المتعلقة بالعملاء ، وذلك في حدود المحافظة علي سرية الأسرار التجارية الخاصة بهؤلاء العملاء ، كما أن للمصرف المصدر وقبل فتح الاعتماد أن يطلب من العميل تقديم بيانات أو مستندات توضح مركزه المالي وتمتعه بالملاءة قبل الدخول معه في أية علاقة تعاقدية.⁽¹⁾

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن قانون المصارف الليبي رقم (1) لسنة 2005 قد ألزم المصارف التجارية الليبية بضرورة التقيد بالقواعد المنظمة لمنح الائتمان ، والتأكد من الجدارة الائتمانية للعملاء قبل منح أية تسهيلات أو عمليات ائتمانية وهو ما نصت عليه المادة (79) بقولها ((أولاً : يضع مجلس إدارة كل مصرف في إطار السياسة الائتمانية التي يقرها مصرف ليبيا المركزي القواعد المنظمة لمنح الائتمان والإجراءات الواجب أتباعها للتأكد من الجدارة الائتمانية وصحة المعلومات والبيانات المقدمة ونظام الرقابة على استخدامه في الأغراض والمجالات التي حددت في الموافقة الائتمانية.....)).

وفي ذات الشأن فإن بعض المصارف تستدل على ملاءة العميل وحسن سيرته التجارية من خلال مدى انتظامه في الوفاء بالتزاماته التجارية في تعامله مع الموردين والمصدرين على الساحة التجارية الدولية – إن جاز التعبير – كما يجب علي المصرف المصدر في سبيل ذلك أن يتحقق ويطلع على قائمة أسماء التجار الموجودة في النشرة التي تصدرها غرفة التجارة الدولية ، بحق التجار الذين توقفوا عن دفع التزاماتهم ، أو أولئك الذين تم إشهار إفلاسهم ، فكل هذه المعطيات كفيلاً بأن تعطي أطراف عقد الاعتماد سواء المصرف المصدر ، أو العميل الأمر أو المستفيد – الصورة الواضحة والدقيقة قبل إبرام عقد الاعتماد المستندي.⁽²⁾

كما أنه ولدرء المخاطر المتعلقة بالتعامل التجاري بالاعتمادات المستندية فإنه لا يُكتفى بالبحث عن مدى حسن السيرة المالية والتجارية لأطراف عقد الاعتماد في مرحلة ما قبل إبرام عقد الاعتماد المستندي. أي الظروف الحالية للعميل ، وإنما يجب أن يكون هذا الاستدلال وتدقق المعلومات مستمراً حتى تمام تنفيذ العقد.

وهو ما أكده قانون المصارف الليبي بموجب المادة (79) فقرة (ثانياً) بقولها ((ثانياً : يشترط في من يمنح ائتماناً مصرفياً أن يكون حسن السمعة ، وأن يقدم ضماناً كافياً مرفق بدراسة جدوى تثبت أن التدفقات المستندية المتوقعة للنشاط الممنوح من أجله الائتمان كافية للوفاء بالتزاماته...)).

(1)- انظر ، نسبية إبراهيم حمو ، بختيار صابر بايز ، مرجع سابق ، ص 23.

(2)- انظر ، نسبية إبراهيم حمو ، بختيار صابر بايز ، مرجع سابق ، ص 21 وما بعدها ، عباس عيسى هلال ، مسؤولية البنوك في عقود الائتمان ، اطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1993 ، ص 330.

وهو ما يفهم أيضاً من نص المادة (80) من ذات القانون والتي نصت على أنه ((على كل مصرف أن ينشئ نظاماً للتسجيل الفوري والمستمر لمراكز زبائنه الذين يحصلون منه على قروض وتسهيلات ائتمانية ، ويجب ربط هذا النظام بقاعدة المعلومات المجمعة بمصرف ليبيا المركزي ، وإبلاغه خلال عشرة أيام من نهاية كل شهر ببيان عن مركز كل زبون يحصل على قروض أو تسهيلات ائتمانية وما يطرأ عليها من تغييرات)).

لأنه وكما نعلم بأن عقد الاعتماد المستندي يغطي صفقة تجارية تأخذ فترة زمنية طويلة يتراخي فيها تنفيذ العقد. وخصوصاً في البيوع البحرية التي تتعامل بالنقل البحري عن طريق السفن ، والتي قد تأخذ أشهراً تمخر عباب البحر وتكون عرضة أكثر من غيرها من وسائل النقل لخطر البحر مما يتطلب تنبه أطراف عقد الاعتماد سواء المصرف المصدر أو العميل أو المستفيد إلى كل هذه المخاطر المستقبلية كنوع البضاعة المشحونة ومدى قابليتها للتلف ، وهل تتمتع بمرونة كبيرة في التسويق ، كما يجب البحث في حقيقة النشاط التجاري الذي سيعطيه الاعتماد ، ومدى مشروعيته ، وعدم مخالفته للقانون كتجارة المخدرات مثلاً مما يهدد حقوق ومصالح أطراف عقد الاعتماد عند نشوب الخلاف.⁽¹⁾

وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه⁽²⁾ ضرورة أن يقوم المصرف المصدر ولضمان حقوقه بموجب عقد الاعتماد المستندي بطلب ضمانات إضافية من الأطراف في عقد الاعتماد. وأن تقدر قيمة هذه الضمانات بمدى حجم العملية المصرفية أو الصفقة التي يغطيها عقد الاعتماد لكي يستطيع المصرف المصدر فيما لو وقعت أي من المخاطر أن يضمن حقوقه من خلال التنفيذ علي هذه الضمانات في حالة إخلال أي من الأطراف بالتزاماته هذا بالإضافة إلى الضمان العام المتمثل في جميع أموال المدين وفقاً للقواعد العامة.

لذا يجب أن تكون هذه الضمانات قابلة للتنفيذ عليها كأن يطلب المصرف المصدر من العميل الأمر بتقديم ضمانة عبارة عن غطاء نقدي بقيمة الاعتماد الممنوح، وذلك قبل فتح الاعتماد ، وقد يكون الضمان غطاءً عينياً كأوراق مالية أو أوراق

(1)- لمزيد من التفصيل ، محي الدين إسماعيل علم الدين ، مرجع سابق ، ص570 ، محمود مختار بربري، المسؤولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط1 ، 1986 ، ص35 وما بعدها.

(2)- انظر ، نسيبة إبراهيم حمو ، بختيار صابر بايز ، مرجع سابق ، ص21 وما بعدها ، نجوي محمد أبو الخير ، مرجع سابق ، ص460 وما بعدها ، سرحان محمد سرحان ، الاعتمادات المستندية في ضوء الأعراف الدولية الموحدة ، دار الجيل للنشر ، عمان ، ط1 ، 2006 ، ص180 وما بعدها ، محي الدين إسماعيل ، المرجع السابق ، ص195.

تجارية أو منقولات أو عقارات وذلك ليتسنى للمصرف المصدر التنفيذ علي هذه الضمانات في حالة إخلال العميل الأمر بالتزاماته بموجب عقد الاعتماد ، الأمر الذي يجنب المصرف الوقوع في المخاطر المنوه عنها.

ويذهب آخرون ⁽¹⁾ إلى أنه من أهم وسائل مواجهة المخاطر الائتمانية من قبل المصرف المصدر هي أن يطلب المصرف من عميله تقديم ضمانات قابلة للتنفيذ عليها ، ولعل مستندات الاعتماد المستندي تعد أكثر هذه الضمانات شيوعاً حيث إن هذه المستندات تمثل البضاعة وخصوصاً سند الشحن. لذا يجب علي البنك عدم التخلي لأي سببٍ كان عن هذه المستندات ، وبأن يطلب من عميله صراحة ومن خلال عقد الاعتماد أن يكون للمصرف حق الرهن علي البضاعة لأن مجرد حيازة المصرف للمستندات لا تعد رهناً ، وإن كان بإمكان المصرف استعمال حقه في حبس المستندات للضغط علي العميل لتنفيذ التزامه ، إلا أنه يظل ضماناً ضعيفاً. ناهيك إذا علمنا أنه في بعض الأحيان تتعدد نسخ سند الشحن كما أن سند الشحن قد يكون اسماً مما يعطي للعميل الأمر إمكانية استصدار نسخة جديدة لسند الشحن الاسمي أو استعمال نسخة ثانية من سند الشحن والقيام باستلام البضاعة وبيعها دون الحاجة إلى النسخة المحبوسة لدى المصرف المصدر ، وبالتالي يظل رهن البضاعة وسيلة البنك في استيفاء حقوقه في حالة نشوب الخلاف. ⁽²⁾

إلا أنه وعلي الرغم من شيوع استخدام هذه الضمانة في مجال الاعتمادات المستندية إلا أن البعض ⁽³⁾ يرى أنه في بعض الأحيان قد لا يكون هذا الضمان قوياً كفايةً لحفظ وصون حقوق المصرف المصدر لأنه مرتبط بالبضاعة ، وهذه الأخيرة قد تتعرض للتلف أو الهلاك الذي قد لا تغطيه وثيقة التأمين عليها ، كما أن البضائع باعتبارها سلعة تتعرض كغيرها من السلع إلى تقلبات الأسعار فيتعرض المصرف المصدر ولو جزئياً لخسارة حقوقه بموجب هذه الضمانة لذا يري هذا الجانب من الفقه أن يتم تكملة هذه الضمانة بأن يطلب المصرف من عميله تقديم غطاء مالي يدعم هذه الضمانة لمواجهة المخاطر المحتملة المشار إليها.

كما ذهب آخرون ⁽⁴⁾ في محاولة لمجابهة هذه المخاطر التي يتعرض لها أطراف عقد الاعتماد المستندي المنوه عنها سواء المصرف المصدر أو العميل أو

(1)- انظر ، نسيبة إبراهيم حمو ، بختيار صابر بايز ، مرجع سابق ، ص23 ، محي الدين إسماعيل علم

الدين ، نجوي محمد أبو الخير ، مرجع سابق ، ص 463 ، المرجع السابق ، ص572.

(2)- انظر ، سرحان محمد سرحان ، مرجع سابق ، ص193 ، نسيبة إبراهيم حمو ، بختيار صابر بايز ، مرجع سابق، ص38.

(3)- انظر ، عبد الله حسين الخشروم ، مؤيد أحمد عبيدات ، مرجع سابق ، ص170 ، محي الدين إسماعيل، مرجع سابق ، ص571، نجوي محمد أبو الخير ، مرجع سابق ، ص300 وما بعدها.

(4)- انظر ، نسيبة إبراهيم حمو ، بختيار صابر بايز ، مرجع سابق ، ص40 وما بعدها.

المستفيد إلى ضرورة تدعيم عملية الاعتماد المستندي عن طريق تقديم كفالة شخصية متى ما أثير الشك حول ملاءة أو سمعة أي من أطراف عقد الاعتماد حيث تعد الضمانات الشخصية من الضمانات المهمة التي تصون حقوق كافة الأطراف وتدرأ عنهم المخاوف المتعلقة بالغش أو الاحتيال أو إفلاس أي من المشتري أو البائع.

هذا وقد دأبت بعض المصارف أن تطلب من عملائها تقديم كفالة شخصية من قبل أحد الأشخاص وعادة ما يكون من التجار المرموقين ذوي السمعة والملاءة المالية الواسعة في الأوساط التجارية بحيث يكون هذا الشخص الكفيل ضامناً لوفاء العميل الأمر بالتزاماته حيال البنك بالإضافة إلى ذمة العميل مما يزيد من فرص تحصيل المصرف لحقوقه في عقد الاعتماد نظراً لوجود ذمتين ماليتين تضمنان حق المصرف المصدر وما يصدق على المصارف التجارية يمكن أن يصدق على المشتري وعلى البائع في عقد الاعتماد المستندي أي أن يطلب أحدهما أو كلاهما لتقديم ضمانات شخصية للطرف الآخر.

ولكنه ومع رصانة هذه الضمانة بالنسبة لأطراف عقد الاعتماد المستندي إلا أنها قد لا تكون كافية على الوجه المطلوب فقد يكون الكفيل الشخصي ذا سمعة تجارية سيئة أو شخصاً مثقلاً بالديون لا يتمتع بالملاءة المالية المرجوة فيه ناهيك إذا علمنا بأن بعضاً من أطراف التجارة الدولية سيئي السمعة يضمنون بعضهم بعضاً ككفلاء شخصيين على الرغم من تأزم أوضاعهم المالية لذا يجب على أطراف الاعتماد المستندي المستفيدين من هذه النوع من الضمانات الاستعلام عن الكفيل الشخصي للتأكد من مدى ملاءته المالية وحسن سمعته التجارية قبل القبول بكفالاته للأطراف الأخرى في عملية الاعتماد المستندي ، وبالتالي تصبح هذه الضمانة من الضمانات التي يمكن أن يعول عليها لدرء المخاطر التي تحيق بنظام الاعتماد المستندي.(1)

هذا ولكي يتمكن المشتري (العميل الأمر) في عقد الاعتماد المستندي من درء بعض المخاطر المتعلقة بمسندات الاعتماد كعدم مطابقتها لشروط الاعتماد أو كونها مزورة فإنه يجب على المشتري - بعد استعلامه عن البائع ، ومدى ملاءته المالية وسمعته التجارية - أن يشترط على المستفيد (البائع) تقديم شهادة معاينة تثبت مطابقة البضائع المشحونة للمواصفات والشروط المتفق عليها بموجب عقد الأساس المبرم بين البائع والمشتري وكذلك التأكد من حالة البضاعة عند شحنها على ظهر السفينة تكون صادرة من طرف ثالث مستقل عن البائع والمشتري.(2)

(1)- انظر ، نسيبه إبراهيم حمو ، بختيار صابر بايز ، مرجع سابق ، ص40 وما بعدها.

(2)- انظر ، أحمد نوري الزيادات ، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري في الاعتماد المستندي ، مرجع سابق ، ص58 وما بعدها.

حيث إن طلب المشتري من البائع ضرورة تقديم شهادة معاينة صادرة من جهة معتمدة تتمتع بقوة قانونية وتجارية عالية كان له بالغ الأثر في درء بعض المخاطر التي كان سيتعرض لها المشتري في قضية⁽¹⁾ (Voest – Alpine Internations 1 Corp . V . Chase. Manhattan Bank) ففي هذه القضية اشترط في الاعتماد شحن البضاعة في أو قبل تاريخ 1-31-1981 وقد طلب المشتري من ضمن مستندات الاعتماد ضرورة تقديم شهادة معاينة للبضاعة من قبل طرف ثالث أثناء عملية شحنها ، قدم المستفيد سند الشحن الذي يفيد شحن البضاعة في 1-31-1981 ، غير أن شهادة المعاينة المقدمة أثبتت أن شحن البضاعة قد تم في الفترة الواقعة بين يوم (2-6) - 2-1981. ونظراً لهذا التناقض فيما بين سند الشحن من جهة ، وشهادة المعاينة من جهة أخرى ، رفض المصرف المصدر الوفاء للمستفيد بقيمة الاعتماد. علماً بأن السفينة التي شحنت عليها البضاعة لا تزال راسية في ميناء بوسطن ولم تبحر بسبب إضراب التجار مما أدى إلى إنزال البضاعة وبيعها بثمن أقل من ثمن العقد بحوالي نصف مليون دولار.

ومن خلال هذه القضية يتضح لنا أهمية حرص المشتري على ضرورة تقديم شهادة المعاينة مما يدرأ عنه مخاطر أن يقوم المصرف بدفع قيمة الاعتماد للمستفيد (الذي لم يتمكن من شحن البضاعة) ثم ممارسة حقه أي المصرف قبل المشتري في قبض قيمة الاعتماد فهنا كان المشتري سيتعرض إلى خسارة فادحة. وفي نهاية هذا الفرع نود التأكيد على ضرورة أن يراعي كافة أطراف عقد الاعتماد المستندي – سواء المصرف المصدر أو العميل الأمر أو المستفيد – أخذ التدابير الاحترازية اللازمة لإتمام عملية الاعتماد بشكل آمن وبعيداً عن كافة المخاطر المنوه عنها آنفاً.

لأنه وكما نعلم لا توجد عملية مصرفية آمنة تماماً ناهيك إذا كنا نتحدث عن أهم وأدق هذه العمليات ألا وهي عملية الاعتماد المستندي التي يتعدد أطرافها وأغراضها وأنواعها بحسب ما تقتضيه التجارة الدولية القائمة أساساً على السرعة والائتمان.

لذا يجب على كافة أطراف عقد الاعتماد المستندي أن يكونوا على درجة عالية من الحرفية لإمكانية الفهم العميق لهذا النظام سواء من النواحي الفنية أو القانونية عن طريق رفع المستوى التأهيلي والعلمي في هذا المجال مع ضرورة بذل

(1)- مشار إليه لدى ، أحمد نوري الزيادات ، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري في الاعتماد المستندي ، مرجع سابق ، ص 69.

الكثير من الجهد قبل التفكير في الإقدام على إبرام عقد الاعتماد وذلك بالاستعلام عن كل طرف في هذه العملية ومدى تمتعه بالسمعة التجارية الحسنة ومدى ملاءته المالية هذا بالإضافة إلى أن يحرص كلٌّ من المصرف المصدر من جهة والعميل من جهة أخرى على حسن صياغة شروط فتح الاعتماد ابتداءً وأن تكون واضحة ومفصلة لإمكانية استيعابها من طرف المستفيد.

كما أنه يجب على المصرف المصدر أن لا يتساهل في فتح الاعتمادات المستندية عالية المخاطر كالاعتماد ذوي الشرط الأحمر أو اعتماد القبول مثلاً وأن يكون ذلك في حدود ضيقة ولا يتم منحها إلا لصالح العملاء الموثوق بهم تماماً دون غيرهم من عامة العملاء الذين يفضل أن تصدر لهم اعتمادات مستندية مغطاة بالكامل أو جزئياً على الأقل.

وأن يتبنى المصرف المصدر معيار المطابقة الظاهرية للمستندات وفي حدود الكفاية الذاتية للمستفيد لكي لا يضطر إلى البحث عن الحقائق الموضوعية لهذه المستندات خارج حدود عقد الاعتماد وأن يتم فحص هذه المستندات بتركيز كبير من قبل موظفين مختصين وذوي خبرة عالية وأن يتم رفض المستندات المخالفة وإبلاغ المستفيد بها في أقرب وقت وأن يحرص على أن يستلم من المستفيد سند شحن غير الاسمي وإذا تعددت النسخ أن يطالب المستفيد بضرورة حصوله على كافة هذه النسخ.

لأنه وكما نعلم بأن المستندات إنما تمثل البضاعة التي تعد الضمانة الأساسية لحقوق المصرف المصدر هذا بالإضافة إلى أن يقوم المصرف المصدر بمتابعة المصارف الأخرى الوسيطة للوقوف على قيامها بدورها في عقد الاعتماد على الوجه المطلوب ودون تقصير أو إهمال.

كما يجب على المصارف التجارية إعداد البنية البشرية المؤهلة في مجال الاعتمادات المستندية من خلال الرفع من المستوي العلمي والتأهيلي لموظفيها العاملين بإدارات الاعتمادات المستندية وكذلك الأقسام والمكاتب المتخصصة في المخاطر الائتمانية عن طريق إعطاء الدورات المستمرة في المجال القانوني والفني وتوفير ميزانيات مالية للتدريب والتأهيل.

أما بالنسبة للمشتري فيقع عليه واجب التأكد من مدى ملاءة المستفيد ومدى حسن سمعته التجارية قبل إبرام عقد الاعتماد ابتداءً وذلك بالاستعلام عنه بواسطة الموردين والمصدرين في السوق العالمية أو عن طريق الاستعانة بمصرفه للمساعدة في الحصول على المعلومات الصحيحة.

هذا بالإضافة إلى ضرورة أن يشترط المشتري بموجب عقد الاعتماد ضرورة تقديم شهادة المعاينة للبضاعة من ضمن مستندات الاعتماد والتي من شأنها

أن تدرء المخاطر المتعلقة بعدم مطابقة البضاعة لشروط عقد البيع (عقد الأساس) المبرم بينه وبين المستفيد أو تلك المتعلقة بعدم سلامة البضاعة عند شحنها على ظهر السفينة وأن يشترط المشتري ضرورة صدور شهادة المعاينة من جهة مشهود لها بالخبرة والمصداقية والسمعة التجارية الحسنة.

كما أنه يجب على المشتري أن يكون وثيق الصلة بمصرفه المصدر للاعتماد وأن يكون على اتصال مستمر معه لمتابعة تطورات سير عملية الاعتماد على الوجه المطلوب وأن لا يكتفي بفتح الاعتماد وانتظار مرحلة تسلم المستندات والتي تأخذ فترة طويلة نسبياً ، حيث إن المتابعة المستمرة مع المصرف المصدر من شأنها أن تساعد هذا الأخير في الاستيضاح عن بعض المستندات المقدمة حال تقديمها. كما أن الاتصال المستمر مع المصرف المصدر من شأنه أن يتلافى أي تقصير أو إهمال في فتح الاعتماد ابتداءً أو تقصير في إبلاغه أو تجاوز للصلاحيات من قبل المصرف المصدر في فحصه للمستندات.

وهذه المتابعة المنوه عنها كما تصدق على المصرف المصدر في علاقته مع العميل الأمر فإنها تصدق على المستفيد في عقد الاعتماد حيث يجب على المشتري الاتصال الدائم أو المستمر مع المستفيد لمعرفة أين وصلت التجهيزات المتعلقة بإنتاج السلعة أو شرائها أو إعدادها للشحن وماهية الصعوبات التي قد تواجه المستفيد في هذا الشأن وعدم الاكتفاء بانتظار وصول البضاعة فقط لأن من شأن ذلك أن يعطي العميل الأمر الصورة الواضحة عن المستفيد ومدى جديته في تنفيذ عقد الاعتماد والتأكد من سمعته التجارية وملاءته المالية مما يدرأ عنه مخاطر كون المستفيد جهة وهمية لا وجود لها فيعلم المشتري مبكراً بعملية الاحتيال فيقوم بإبلاغ المصرف المصدر بذلك هذا بالإضافة إلى أن المتابعة المستمرة من شأنها أن تتلافى أي إهمال أو تقصير من قبل المستفيد في إنتاج أو توفير أو شحن البضاعة.

أما بالنسبة للمستفيد وإمكانية درء أية مخاطر يمكن أن يتعرض لها في إطار عقد الاعتماد المستندي فإنه وإن كان مطالباً بضرورة الاستعلام عن المشتري من حيث سمعته التجارية ومدى ملاءته المالية على النحو السالف بيانه فإنه يجب عليه أيضاً الحرص على سلامة مستنداته واختيار المصرف محل الثقة والسمعة الحسنة للقيام بعملية تسليم المستندات إلى المصرف المصدر خلال الوقت المحدد أي قبل انتهاء صلاحية الاعتماد وهذا لا يتأتى إلا من خلال المتابعة المستمرة والاتصال الوثيق بين المستفيد من جهة والمصارف والوسيطات والمصرف المصدر من جهة أخرى لأن إهمال المستفيد وتقصيره في المتابعة المستمرة لعملية سير الاعتماد المستندي يعرضه إلى مخاطر لا تحمد عقباها.

كما يجب على المستفيد في إطار عملية الاعتماد أن يحتفظ دائماً بنسخ إضافية لكافة المستندات المطلوبة منه بموجب عقد الاعتماد وذلك لتلافي حالات الضياع والسرقة وغيرها من المخاطر التي تعرض حقوقه للضياع في مواجهة المصرف المصدر للاعتماد.

هذا بالإضافة إلى وجوب أن يقوم المستفيد بالإشراف والمتابعة لسير الصفقة التجارية مع نظيره المشتري وذلك بأن يقوم بإنتاج السلعة أو شراء البضاعة محل عقد البيع (عقد الأساس) في الوقت المناسب والقيام بشحنها على ظهر السفينة بحالة جيدة وذلك لكي يضمن حصوله على مستندات نظيفة من الناقل أو الشاحن ويدراً عنه المخاطر المتعلقة بعدم القيام بشحن البضاعة أصلاً أو شحنها وهي ليست بحالة جيدة كوجود تكسير أو فاقد أو غيرها من المخاطر التي تنذر بخسارته لحقوقه بموجب عقد الاعتماد والذي قد يتطلب شهادة للمعاينة أو وثيقة شحن نظيفة.

الخاتمة

نأتي إلى خاتمة هذه الدراسة التي تناولنا فيها الباحث موضوعاً بالغ الأهمية في مجال التجارة الدولية وعقود البيع الدولي ألا هو نظام الاعتماد المستندي والذي خلصنا منه إلى العديد من النتائج والتوصيات التي نرجو أن تضيف شيئاً في مكتبة القانونية الليبية التي تعد فقيرة للغاية لمثل هذه الدراسات بل والمكتبة القانونية العربية أيضاً وخصوصاً إذا ما كنا نتحدث عن أن هذه الدراسة كانت قد تناولت بالتحليل والشرح آخر النشرات الصادرة عن غرفة التجارة الدولية (ICC) ألا وهي النشرة (600) لسنة 2007 المعمول بها حالياً .

أما بخصوص النتائج التي توصل إليها الباحث فهي على النحو التالي :-
أولاً : يعد نظام الاعتماد المستندي من الأنظمة الأكثر فعالية وأصالة في مجال تسوية مدفوعات عقد البيع الدولي وذلك نظراً لما يتمتع به من وظائف جعلت منه الأهم دون منازع كأداة وفاء وائتمان قليلة المخاطر ومقبولة لدى كافة أطراف التجارة الدولية.

ثانياً : على الرغم من الأهمية القصوى لنظام الاعتماد المستندي في المجال الدولي إلا أنه كغيره من العمليات المصرفية الدولية ينطوي على بعض المخاطر القانونية الناجمة عن آلية استخدام هذا النظام وإلى بعض أنواع الاعتمادات المستندية عالية المخاطر وأخص هنا الاعتماد المستندي ذا الشرط الأحمر وكذلك الاعتماد المستندي المعروف باعتماد القبول أو تلك المخاطر المتعلقة بمستندات الاعتماد وحالات تجاوز المصرف المصدر لتعليمات العميل ، أو إهماله في تنفيذها، أو تلك المتعلقة بكون سند الشحن اسماً أو متعدد النسخ أو ضياع المستندات بفعل

إهمال وتقصير أحد المصارف الوسيطة أو تقصير المصرف المصدر في التعامل مع المستندات.

ثالثاً : لا يمكننا الجزم بأن هناك اعتماداً مستندياً خالياً كلياً من أية مخاطر مهما بذلت من جهود من قبل المصرف أو المشتري أو المستفيد وذلك راجع بالمقام الأول إلى طبيعة العمليات المصرفية الدولية عموماً وإلى عدم الفهم الكافي والوافي لأصول التعامل في الاعتمادات المستندية من الناحية القانونية والفنية.

رابعاً : بإمكان المتعاملين في مجال التجارة الدولية وعقود البيع الدولي التقليل قدر الإمكان من هذه المخاطر عن طريق توخي الحذر المطلوب عند التعامل في الاعتمادات المستندية ومحاولة فهم الأسس القانونية والفنية لنظام الاعتماد المستندي واتخاذ كافة الإجراءات الاحترازية قبل القيام بهذه العملية وأثناء القيام بها ومع ذلك كله يظل الاعتماد المستندي الوسيلة المثلى لتسوية مدفوعات عقود البيع الدولي وإن مزايا ووظائف هذا النظام تعلق ولا شك على احتمالية المخاطر فيه. التوصيات

أولاً : لإمكانية قيام الاعتمادات المستندية بدورها المتميز كأداة وفاء وائتمان في مجال عقود البيع الدولي يجب علي كافة أطراف عقد الاعتماد المستندي التعامل في إطار من حسن النية والمصادقية لأنها الأساس المتين لإنجاح أي نظام قانوني وخصوصاً إتمام العمليات المصرفية الدولية والتي يأتي على رأسها الاعتماد المستندي حيث إن هذا النظام لن يقوم بوظائفه على أكمل وجه ما لم يبنأ أطرافه عن السلوك غير الشريف كالاختيال والغش التجاري والرفض التعسفي للوفاء بالالتزامات لأن ذلك كله من شأنه أن يهدم بنيان نظام الاعتمادات المستندية ويفاقم من المخاطر التي ستطال كافة أطرافه دون استثناء فالبدائية الصحيحة والأكيدة لدرء أية مخاطر يأتي في مقدمتها السلوك التجاري الحسن أو الأخلاق التجارية الشريفة.

ثانياً : ضرورة قيام كافة أطراف عقد الاعتماد المستندي – سواء المصرف المصدر أو العميل الأمر أو المستفيد بالاستعلام و الاستيتاق من بعضهم البعض بمدى حسن السمعة التجارية ومدى ملاءتهم المالية هذا بالإضافة إلى ضرورة أن يقوم أطراف عقد الاعتماد بالمتابعة المستمرة والاتصال الوثيق فيما بينهم للوقوف على حسن سير عقد الاعتماد منذ إبرام عقد الاعتماد حتى تمام تنفيذه لأن من شأن ذلك درء كافة المخاطر التي قد تطال هذه الأطراف مجتمعة أو كلاً على حدة دون الحاجة إلى أية تدابير استثنائية في هذا الشأن قد تكون مرهقة لأطرافه.

ثالثاً : أن تطلب المصارف ضمن عقد الاعتماد المستندي إصدار سندات الشحن باسمها وأن لا تتعدد سندات الشحن وذلك لدرء المخاطر المتعلقة برفض المشتري الوفاء بقيمة الاعتماد المستندي تعسفاً ، لأن هذه المستندات تمثل حيازة

المصرف للبضاعة ، بالتالي فإنها تعد ضماناً للمصرف لاستقاء حقه عن طريق استلام البضاعة وبيعها والحصول على قيمة الاعتماد من ثمنها.

رابعاً: أن تقوم المصارف باستحداث مكاتب أو أقسام متخصصة في دراسة المخاطر الائتمانية تكون تابعة لإدارة الاعتمادات المستندية يكون من اختصاصها تجميع المعلومات الدقيقة المتعلقة بمخاطر كل عقد من عقود الاعتمادات المستندية المزمع فتحها لصالح العملاء ، ومن ثم مساعدة المصرف المصدر في اتخاذ القرار الصائب في فتح الاعتماد من عدمه ابتداءً وأن يترأس هذه الأقسام أو المكاتب أحد الموظفين المشهود لهم بالخبرة العالية والتخصص العلمي والتأهيل القانوني والفني الرفيع.

خامساً: التركيز على التنمية البشرية للكوادر المصرفية العاملة في إدارات الاعتمادات المستندية من خلال إعطاء الدورات الفنية والقانونية المتخصصة في مجال الاعتمادات المستندية ، وتقوية الخبرة العملية لديهم بما يمكنهم من فهم آلية عمل هذا النظام ، وإلمامهم الكافي بشتى أنواع المخاطر الائتمانية التي قد تعيق نظام الاعتماد المستندي كما يجب على كل من العميل الأمر والمستفيد من عقد الاعتماد الرفع من مستواهم العلمي في هذا المجال فما يصدق على موظفي المصارف يصدق على بقية أطراف عقد الاعتماد.

سادساً: على جميع أطراف عقد الاعتماد المستندي سواء المصرف المصدر أو العميل الأمر أو المستفيد التركيز على ضرورة الحصول على ضمانات قانونية كافية قبل القيام بعملية الاعتماد المستندي ، و أقصد هنا طلب الكفالة المصرفية من أحد أشخاص التجارة الدولية المرموقين وحسني السمعة والصيت التجاري وإن كان من شأن ذلك أن يعرقل عنصر السرعة في مجال العلاقات التجارية ذات الطابع الدولي إلا أنه ولا شك يظل خياراً مناسباً إذا ما قورن بالمخاطر المحتملة.

سابعاً: يجب على المصارف اللجوء إلى فتح الاعتمادات المستندية المغطاة بالكامل من قبل العميل قبل عملية فتح الاعتماد ابتداءً وعلى أقل تقدير أن تقصر المصارف مثل هذا التعامل على العملاء الذين لا يتمتعون لديها بالثقة الكاملة مقارنة بالعملاء الدائمين والموثوقين من خلال التجربة العملية الطويلة معهم.

تم بعون الله وتوفيقه

قائمة المراجع والمصادر

أولاً : الكتب:

1. أحمد خليل جلال ، مدى مسؤولية البنك في عقد الاعتماد المستندي ، بحث منشور في مجلة المحاماة ، ع5 ، 1998 .
2. أحمد غنيم ، مستندات الشحن البحري في إطار الاعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية، ط2 ، 2003
3. أحمد نوري الزيادات ، إبراهيم العموش ، الوجيز في التشريعات التجارية الأردنية ، دار وائل للنشر ، ط2 ، 2001 .
4. أحمد نوري الزيادات ، دراسات في الاعتماد المستندي ، محاضرات غير منشورة ، أقيمت على طلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق ، الجامعة الأردنية ، 2001.
5. أكرم إبراهيم حمدان ، مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي ، دار وائل للنشر، عمان ، ط1، 2001.
6. حسن دياب ، الاعتمادات المستندية التجارية ، المؤسسة الجامعية للنشر ، بيروت، ط2، 1999.
7. خالد إبراهيم التلاحمة ، التشريعات المالية والمصرفية ، دار الإسراء للنشر ، عمان ، ط1 ، 2004.
8. رشاد العطار ، وهشام شاهين ، التشريعات المالية والمصرفية ، دار البركة للنشر ، ط2 ، 2001 .
9. سرحان محمد سرحان ، الاعتمادات المستندية في ضوء الأعراف الدولية الموحدة ، دار الجيل للطباعة والنشر ، عمان ، ط2، 2006 .
10. عزيز العكيلي ، شرح القانون التجاري ، الأوراق التجارية وعمليات البنوك ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، ط2 ، 2005.
11. عزيز العكيلي ، دور سند الشحن في تنفيذ عقد البيع سيف ، دار النهضة العربية ، 1990.
12. علي الأمير إبراهيم ، كيفية فحص المستندات في الاعتماد المستندي ، دار النهضة العربية، ط1 ، 1998 .
13. علي البارودي ، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط2، 2001.
14. علي جمال الدين عوض ، الاعتمادات المستندية ، دار النهضة العربية ، ط1، 1993.

مجلة العلوم القانونية ————— العدد السابع 2016م

15. كامل الوادي ، الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان ، مطابع الدوحة الحديثة ، ط1 ، 2001.
 16. ماهر شكري ، العمليات المصرفية الخارجية ، دار الحامد للنشر ، ط1 ، 2004 .
 17. محي الدين إسماعيل ، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، دار النهضة العربية ، ط1، 1999 .
 18. محمد الشحات الجندي ، فقه التعامل المالي والمصرفي، دار النهضة العربية ، ط3 ، 1989.
 19. محمود مختار بريري ، المسؤولية التصهيرية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط1 ، 1986
 20. ممدوح محمد الرشيدان ، التشريعات المالية والمصرفية في الأردن ، دار وائل للنشر ، 2005 .
 21. نجوى محمد أبو الخير ، البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي ، دار النهضة العربية ، ط2 ، 1993.
 22. هاني محمد أدويدر ، الوجيز في العقود والعمليات المصرفية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، 2008.
- ثانياً : الرسائل العلمية:**
1. حسن شحادة الحسين ، موقف البنوك من المستندات المخالفة في الاعتماد المستندي ، اطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2001 .
 2. حياة شحاته سليمان ، مخاطر الائتمان في البنوك التجارية ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1998 .
 3. زينب السيد سلامة ، دور البنوك في الاعتمادات المستندية ، اطروحة دكتوراه، جامعة الاسكندرية ، 1990.
 4. عماد أبو الصيد ، أحكام الاعتمادات المستندية المصرفية ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، 1995 .
 5. عباس عيسى هلال ، مسؤولية البنوك في عقود الائتمان ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، 1993.
- ثالثاً : الدوريات العلمية:**
1. أحمد نوري الزيادات ، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري في عملية الاعتماد المستندي ، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ع1 ، 2002.

مجلة العلوم القانونية ————— العدد السابع 2016م

2. تيسير عفاكي ، الأسس القانونية في الأعراف الموحدة ، مجلة المحامون السورية ، ع2 ، 1998 .
3. عبد الله حسين الخشروم ، مؤيد أحمد عبيدات ، المخاطر المترتبة على الاعتماد المستندي ، دراسة تحليلية ، بحث منشور في مجلة المنارة ، ع2 ، 2009 .
4. محمد أبو هزيم ، أهمية الاعتماد المستندي ، مجلة البنوك في الأردن ، ع5 ، 2002 .
5. نسبية إبراهيم حمو ، بختيار صابر بايز ، مخاطر الاعتماد المستندي ووسائل الحد منها ، دراسة منشورة في مجلة الرافدين للحقوق ، ع48 ، 2011 .

رابعاً : الوثائق القانونية:

1. قانون النشاط التجاري الليبي رقم (23) لسنة 2010.
2. الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، النشرة (600) لسنة 2007.
3. القانون رقم (1) لسنة 2005 بشأن المصارف وتعديلاته.

أحكام المحاربين في المدن والقرى (دراسة فقهية مقارنة)

إعداد الدكتور: محمد إبراهيم الكشر

أستاذ الفقه الإسلامي بالجامعة الأسمرية الإسلامية . زليتن

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، القائل في محكم كتابه: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص﴾ والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، القائل ﷺ - : «لا يجل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا يأخذى ثلاثاً، النفس بالنفس، والثيب الزاني، والمفارق لدينه التارك للجماعة» (1).

وبعد...

فهذه مقدمة نبين فيها أسباب اختيار الموضوع، وأهميته، والمنهج المتبع في الدراسة، وخطة البحث.

أولاً: أسباب اختيار الموضوع، وأهميته:

أ. أسباب اختيار الموضوع:

من الأسباب التي دعت إلى اختيار هذا الموضوع والكتابة فيه ما يجري على أرض الوطن، وبخاصة في الأونة الأخيرة من انتشار ظاهرة خطف وترويع الأمنيين داخل (المدن والقرى)، وابتزاز ذويهم من خلال مطالبتهم بدفع مبالغ مالية عالية مقابل إطلاق صراح من تمّ خطفهم، وقطع الطريق أمامهم، وقد اختلفت أقوال الفقهاء فيمن يقومون بمثل هذه الأعمال الإجرامية، هل هم محاربين أم لا يتصور ذلك إلا في خارج الأمصار كالصحاري، والجبال، والبراري؟ وهو ما تسعى هذه الدراسة إلى تناوله، وبيانه، من خلال عرض أقوال العلماء في المسألة، وتحرير محل النزاع فيها، وبيان أدلة كل فريق، ومناقشتها، والإجابة عليها، وصولاً إلى القول الراجح

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، (4) باب: قول الله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص﴾، [المائدة، من الآية: (45)]، (6484): 2521/6، ومسلم في صحيحه، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص، (6) باب: ما يباح به دم المسلم، (1678): 150/6.

منها، وهذه الدراسة مكملة لما سبق طرحه وتناوله في الدراسة السابقة التي وسمت بعنوان: (عقوبة الحرابة في الفقه الإسلامي)، وهي قيد النشر، حيث تمّ بيان أحكام عقوبة الحرابة التي وردت في آية المحاربة، وأقوال العلماء فيها، والقول الراجح منها.

ب - أهمية الموضوع:

إنّ طرح مثل هذا الموضوع ووضع على بساط البحث في مثل هذا الوقت، وبيان أقوال العلماء فيه، وذكر أدلتهم، ومناقشتها، وبيان القول الراجح منها له أهميته البالغة في تنزيل النوازل المستجدة وبيان أحكامها وفقاً لمقاصد الشريعة، سعياً منّا لمحاربة الظواهر الغريبة، التي بدأت تنتامي وتنتشر في مختلف أنحاء البلاد التي تمرّ بمرحلة انتقالية وفراغ سياسي، غريبة على مجتمعنا؛ لوضعه أمام ولاية الأمر، وجهات الاختصاص، للاطلاع عليه، والاستفادة منه، وإنزاله على من يقومون بمثل هذه الأعمال الإجرامية، ويسعون في الأرض فساداً.

لذا كان من الواجب أن نعمل جهدنا وأن نبذل وسعنا من أجل الوصول إلى القول الراجح فيها، وبيان التبعات والآثار المترتبة عليها؛ لاستئصال هذا الورم قبل استفحاله من خلال إيقاع العقوبات الرادعة على مرتكبي مثل هذه الجرائم البشعة، ومحاسبتهم على ما اقترفوه في حقّ الأمنين، لينزجر كلّ من تسوّّل له نفسه التفكير في القيام بمثل هذه الأعمال الإجرامية، وأخذ التدابير اللازمة، ووضع الخطط المحكمة التي تحدّ من انتشار مثل هذا المرض العضال.

- المنهج المتبع في الدراسة:

المنهج المتبع في هذه الدراسة: هو (المنهج الاستقرائي المقارن)، وذلك من خلال تتبع أقوال علماء المذاهب الفقهية المعتمدة مع بيان أدلتهم ومناقشتها والإجابة عليها وصولاً إلى القول الراجح منها.

- خطة البحث:

وهي على النحو الآتي:

1. المقدمة: وفيها يتم بيان سبب اختيار الموضوع وأهميته، والمنهج المتبع في الدراسة.

2. مباحث الدراسة: تحتوي هذه الدراسة على مبحثين:

المبحث الأول: اختلاف العلماء في حكم المحاربين في المدن والقرى، وصفة توبتهم.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: فيمن شهر سلاحه وأخاف السبيل داخل المدن والقرى.

المطلب الثاني: صفة توبة المحاربين.

المطلب الثالث: التبعات التي تلزم المحارب بعد توبته.

المطلب الرابع: في الجماعة إن ولي أحدهم القتل، أو أخذ المال، ثم تابوا، أو ظفروا بهم، أو ببعضهم.

المبحث الثاني: أدلة الفقهاء، ومناقشتها، والإجابة عليها.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أدلتهم على قبول توبة المحارب.

المطلب الثاني: أدلتهم على أنّ التبعات تلحق المحارب بعد توبته.

المطلب الثالث: أدلتهم على أنّ الجماعة إن ولي أحدهم القتل تلحقهم جميعاً عقوبة الحرابة.

3. الخاتمة: وفيها يتم بيان القول الراجح في المسائل التي تناولها البحث، اعتماداً

على قوة الدليل، ومراعاة مقاصد الشريعة القائمة على درء المفسد، وجلب المصالح.

المبحث الأول: اختلاف العلماء في حكم المحاربين في المدن والقرى، وصفة توبتهم.

المطلب الأول: فيمن شهر سلاحه، وأخاف السبيل داخل المدن والقرى.

اتفق العلماء على أنّ من برز وشهر السلاح مَخِيفًا للسبيل خارج المدن والقرى

بحيث لا يدركه الغوث محارب قاطع للطريق جارية عليه أحكام المحاربين (1).

(1) ينظر: مختصر القدوري: 485، وبدائع الصنائع، للكاساني: 323/9، والمبسوط، للسرخسي: 171/9، والهداية، للمرغيناني: 807/2، وحاشية ابن عابدين: 179/6، واللباب في شرح الكتاب، للميداني: 81/3، واختلاف الأئمة العلماء، لابن هبيرة: 288/2، والمنقذ، لأبي وليد الباجي: 204/9، والمعونة، للقاضي عبد الوهاب البغدادي: 1366/3، والمسالك في شرح موطأ مالك، لابن العربي: 157/7، وأحكام القرآن، لابن العربي: 93/2، ومختصر المزني: 353، والحاوي الكبير، للماوردي: 360/13، والمهذب، للشيرازي: 366/3، وروضة الطالبين، للنووي: 469/8، وعمدة الفقه، لابن قدامة: 117، والمحزر في الفقه، لأبي=

واختلفوا فيمن فعل ذلك داخل المصرفي (المدن أو القرى) أيكون محارباً أم لا يتصور ذلك إلا في الصحاري، والجبال، والبراري؛ على قولين:

القول الأول: إن قطع الطريق لا يُتصور في داخل المدن والقرى، إذ يمكن النجدة، وطلب العون، وحصوله عند الاستغاثة، ويد السلطان مبسوطة في داخل المدن والقرى؛ فإن حصل منهم الإرعاب وأخذ المال في المدن والقرى فليسوا بمحاربين، وإنما هم مختلسين⁽¹⁾، ولا حدّ عليهم، ولا تجري عليهم عقوبات الحرابة، وهو قول أبي حنيفة، وصاحبه محمد بن الحنفية، ومذهب الحنابلة⁽²⁾.

ووجه هذا القول: أنّ القطع لا يحصل بدون الانقطاع، والطريق لا ينقطع داخل المدن، ولا فيما بين القرى؛ لأنّ المارة لا تُمنع عن المرور عادة فلم يوجد السبب.

وأجيب على هذا بأنّ أبا حنيفة أفتى بما شاهده في زمانه؛ لأنّ أهل المدن كانوا يحملون السلاح، ويصعب على المحاربين مغالبتهم فيها، والآن ترك الناس هذه العادة وتغيّر الزمن؛ فتمكنهم المغالبة فتجري عليهم عقوبة المحاربين⁽³⁾.

والقول الثاني: لا يشترط البعد عن العمران أو مكاناً معيّناً لقطع الطريق، فمتى تحققت إخافة المارة، وقُطعت الطريق؛ فهي حرابة لا فرق بين أن يكون ذلك في الفيافي والقفار، أو في المدن والقرى، فحيث لا يأمن السابلة الطريق، ولا يجدون من يسعفهم ويغيثهم ويدفع الشر عنهم؛ فإنّ الحرابة تتحقق، وهو المشهور عند المالكية⁽⁴⁾، وقول الشافعية، ورأي أبي يوسف من الحنفية، وكثير من أصحاب

=البركات: 160/2، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي: 1764/2، والوجيز في الفقه، لأبي عبد الله النجيلي: 486، والمحلّي، لابن حزم: 308/11.

(1) الاختلاس: هو خطف الشيء بسرعة على غفلة. ينظر: الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري، لأبي بكر الزبيدي: 410/2، 517/2، وأحكام القرآن، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص: 517/2.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني: 323/9، والهداية، للمرغيناني: 807/2، 808، والمبسوط، للسرخسي: 171/9، ومختصر القدوري: 484، 485، والمغني، لموفق الدين بن قدامة: 351/12، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي: 1764/2، وتفسير القرآن الحكيم المشهور (بتفسير المنار)، لمحمد رشيد رضا: 297/6.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني: 324/9، والمغني، لموفق الدين بن قدامة: 351/12.

(4) ينظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد القيرواني: 478/14، والمعونة، للقاضي عبد الوهاب البغدادي: 1366/3، وعيون المجالس، للقاضي عبد الوهاب البغدادي: 2146/5، 2147، والإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب البغدادي: 853/2، والمعلم بفوائد مسلم لأبي عبد الله المازري: 247/2، والمسالك في شرح موطأ مالك، لابن العربي: 157/7، وجواهر الإكليل شرح مختصر خليل: 438/2.

أحمد، ومذهب الظاهرية(1).

ووجه هذا القول: إنّ للغوث أسباب كثيرة، لا تنحصر في البعد عن العمران: فقد يكون السبب البعد عن العمران أو السلطان، وقد يكون لضعف أهل العمران، أو لضعف الدولة وشوكة السلطان.

فإن دخل قوم بيتًا، وشهروا السلاح، ومنعوا أهل البيت من الاستغاثة؛ فهم قطع طريق في حقهم(2).

المطلب الثاني: صفة توبة المحاربين.

ليس للتوبة مظهر خاص أو إجراءات شكلية؛ وإنما يدلّ عليها ردّ المال لصاحبه إن كان هناك مال عند القدرة على رده، ويكفي في التوبة الندم والعزم على ترك ما حدث.

ويشترط في التوبة أن تكون قبل القدرة على المحارب، فإن تاب بعد القدرة عليه لم يسقط عنه شيء لا من حقوق الله ولا من الحقوق المتعلقة بالأفراد؛ لقوله تعالى: إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم(3)، حيث أوجب - سبحانه وتعالى - الحدّ على كلّ محارب ثم استثنى من ذلك التائبين قبل القدرة عليهم، أما ما عداهم فيبقوا على حكم العموم، وعلة قبول التوبة قبل القدرة: أن التوبة قبل القدرة تكون غالبًا توبة إخلاص، أما بعد القدرة: فغالبًا ما تكون توبة نفيّة خوفًا من إقامة الحدّ عليه؛ ولأنّ في قبول التوبة قبل القدرة ترغيبًا للمحارب في التوبة والرجوع عن المحاربة والإفساد في الأرض، فناسب ذلك إسقاط الحدّ عنه، أمّا بعد القدرة فلا حاجة لترغيبه؛ لأنّه قد عجز عن الفساد في الأرض والمحاربة، وإيقاع الضرر بالأمنين.

والمراد بقيل القدرة: أن لا تصل إلى المحارب يد الإمام، فإن تاب بعد أن امتدت إليه يد الإمام لم تعتبر التوبة قبل القدرة، ولو كان هاربًا، أو مستخفيًا، أو

(1) ينظر: الأم، للإمام الشافعي: 213/6، ومختصر المزني: 353، والشافي في شرح مسند الشافعي، لابن الأثير: 304/5، ومختصر القدوري: 485، وتحفة الفقهاء، للسمرقندي: 155/3، ورد المحتار (أو حاشية ابن عابدين) على الدر المختار: 179/6، وأحكام القرآن، للجصاص: 517/2، والمغني، لموفق الدين بن قدامة: 352/12، والكافي في الفقه، لموفق الدين بن قدامة: 144/4، والمحزر في الفقه، لأبي البركات: 161/2، والمحلى، لابن حزم: 308/11.

(2) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي: 361/13، وأحكام القرآن، للجصاص: 517/2، وأضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، للشنقيطي: 397/1.

(3) سورة المائدة، من الآية: (34).

ممتنعاً(1).

ويعدّ المحارب تائباً إذا أتى الإمام طائعاً قبل القدرة عليه ملقياً سلاحه؛ وإن لم يدلّ على توبته مظهر آخر، كذلك إذا ترك ما هو عليه من الحرابة؛ وإن لم يأت الإمام، وإذا طلب المحارب الأمان ليُسَلِّمَ نفسه فلا أمان له، ولا يعدّ بتسليم نفسه تائباً قبل القدرة عليه؛ لأنه كان مطلوباً(2).

المطلب الثالث: التعبات التي تلزم المحارب بعد توبته.

من المتفق عليه بين العلماء أنّ توبة المحارب قبل القدرة عليه تُسقط عنه حدود الله تعالى - ويؤخذ بحقوق الأدميين من الأنفس والجراح والأموال إلا أن يُعفى له عنها، ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم(3).

والأصل في هذا قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾، وعلى هذا يسقط عنه كل ما وجب عليه من القتل والصلب والقطع والنفى، ويبقى عليه القصاص في النفس والجرح وغرامة المال والدية لما لا قصاص فيه(4).

وإذا فعل المحارب ما يوجب حداً لا يختص بالمحاربة كالزنا، والقذف، وشرب الخمر، والسرقه، فقد اختلفت أقوال العلماء في ذلك على النحو الآتي:

1. اتفقوا على أنّ السرقة داخلة في الحرابة، فإذا سرقوا ثم تابوا فالحّد يسقط، ولكن يجب ردّ المال إلى صاحبه؛ لأنّ الحدّ يقبل السقوط بالتوبة، ولأنّ الله - تعالى - قد وعد بغفران ما ارتكبوا من آثام إذا تابوا فحقّ وعد الله، وأما حقّ العبد؛ فإنّه لم يدخل في الوعد ابتداءً، ولأنّ الحرابة: وهي (الجريمة الكبرى) قد عُفِرَتْ، فيغفر ما في أطوائها

(1) ينظر: اللباب في شرح الكتاب، للميداني: 83/3، والمسالك في شرح موطأ مالك، لابن العربي 160/7، 161، وأحكام القرآن، لابن الفرس: 402/2، والجامع لأحكام القرآن، للقرطبي: 150/6، 151، والحاوي الكبير، للماوردي: 370/13، 371، وروضة الطالبين، للنووي: 475/8، والمجموع، للنووي، تكملة المطيعي: 170/22، والكافي في الفقه، لموفق الدين بن قدامة: 145/4، والمغني، لموفق الدين بن قدامة: 363/12، ومرويات الحدود في الكتب الستة، لحسين سمره: 430/2.

(2) ينظر: الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري، لأبي بكر الزبيدي: 422/2، وأحكام القرآن، لابن الفرس: 404/2، والحاوي الكبير، للماوردي: 370/13.

(3) ينظر: المغني، لموفق الدين بن قدامة: 363/12.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني: 333/9، والمجموع، للنووي، تكملة المطيعي: 170/22، والكافي في الفقه، لموفق الدين بن قدامة: 145/4.

من حدود هي في ذاتها دونها(1).

2. وأما بالنسبة إلى الحدود الأخرى (الزنا، والقذف، والسكر) إذا ارتكبوها أثناء حرابتهم، فهل تسقط عنهم أم لا؟ محل خلاف بين العلماء.
فمذهب أبي حنيفة عدم سقوطها، وعدم قبول التوبة عنها، ولو كانت خاصة(2).

أما المالكية فقد اختلفوا في ذلك على أربعة أقوال:

أحدها: أن التوبة إنما تُسقط عنه حدّ الحراية فقط، ويُؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله والعباد، كما لو فعلها بغير حراية، وهو قول الإمام مالك - رحمه الله تعالى -.
والثاني: أن التوبة تُسقط عنه حدّ الحراية، وجميع حقوق الله من (الزنا، والشرب، والقطع، والسرقه)، ويتبع بحقوق العباد من (الأموال، والدماء) إلا أن يعفوا أولياء المقتول.

والثالث: أن التوبة ترفع عنه حقوق الله، ويؤخذ بـ(الدماء)، وفي (الأموال) بما وجد بعينه في أيديهم، ولا تتبع ذمهم.

والرابع: أنها تسقط جميع حقوق الله وحقوق العباد من (مال ودم) إلا ما كان من (الأموال) قائم العين بيده(3).

وعند الشافعية: لا تُسقطها؛ لأنها غير داخله في الحراية، والتوبة هنا تكون خاصة بها، ولا تكون الحراية شاملة لها، فإن تابوا عنها توبة خاصة بها - والأصغر يدخل في الأكبر - قُبِلَتْ ما عدا (القذف)؛ لأنه حقّ للآدمي، فلم يسقط بالتوبة كالقصاص(4).

وقال الحنابلة: تدخل التوبة عنها في ضمن التوبة عن الحراية؛ لأنها أصغر

(1) ينظر: الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري، لأبي بكر الزبيدي: 422/2، وبدائع الصنائع، للكاساني: 333/9، واللباب في شرح الكتاب، للميداني: 83/3، والحاوي الكبير، للماوردي: 371/13، والوسيط في المذهب، لأبي حامد الغزالي: 498/6، ودليل الطالب لنيل المطالب، للكرمي الحنبلي: 365.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني: 333/9، والمبسوط، للسرخسي: 169/9، والإشراف على مذاهب العلماء، لأبي بكر بن المنذر: 244/7.

(3) ينظر: المقدمات الممهّدات، لابن رشد (الجد): 236/3، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد (الحفيد): 2286/4.

(4) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي: 371/13، والمجموع، للنووي، تكملة المطيعي: 170/22، 171، والتفسير الكبير (أو مفاتيح الغيب) لفخر الدين الرازي: 172/11، والإشراف على مذاهب العلماء، لأبي بكر بن المنذر: 244/7.

منها إلا حدّ (القذف)، فإنه لا يسقط؛ لأنه حقّ آدمي، ولأنّ في إسقاطها ترغيباً في التوبة(1).

وذهب ابن حزم الظاهري إلى القول: بأنّ هذه الحدود لا تدخل في أعمال المحاربيين؛ لأنّ المحارب عنده هو من أخاف السبيل وأفسد في الأرض.

واحتجّ بأنّ هذه المعاصي من (الزنا، والقذف، والسرقه، والغصب، وشرب الخمر، والمحرّمات، أو أكلها، والفرار من الزحف) وغيرها، لم يدل عليها نصّ، أو إجماع على أنّها من أعمال المحارب، فبطل أنّ يكون فاعل شيء منها محارباً، وأنّ جميع هذه المعاصي التي ذكرت، والتي لم تذكر لا تخلو من وجهين:

إمّا أنّ يكون فيها نصّ محدّد، أو لا يكون: فالتّي فيها نصّ محدّد محدود: وهي (الردة، والزنا، والقذف، والخمر، والسرقه، وجدد العارية)، وليس لشيء من هذه حكم في آية المحاربة، بطل أنّ يكون شيء من هذه محاربة، وهذا إجماع متيقّن. وأمّا ما ليس فيها من الله - تعالى - حدّ محدود لا في القرآن، ولا في السنّة، فلا يحلّ لأحد أنّ يلحقها بحدّ الحرابة، فيكون شارعاً في الدين ما لم يأذن به الله(2).

وقرّر ابن القيم: أنّ حقوق العباد لا تسقط بإجماع الفقهاء، وذلك لأنّ أساس التوبة أولاً: هو أداء ما عليه من حقوق للناس، وأمّا حقوق الله تعالى، وهي الحدود؛ فإنّها لا تسقط بالتوبة بعد القدرة والتّمكّن منه(3).

وابن القيم يرحّج المذهب الحنبلي والشافعي، إذ يقرّر أنّه لا عقوبة إذا كانت التوبة قبل القدرة عليه، ويعتبر الاعتراف حيث لا دليل سواه، بل الصلاة توبة، ويقول في ذلك: وإذا كان الله - تعالى - لا يعذب تائباً، فهكذا الحدود لا تقام على تائب، وقد نصّ الله - سبحانه وتعالى - على سقوط الحدّ عن المحاربيين بالتوبة قبل القدرة عليهم، مع عظيم جرمهم، وذلك تنبيه على سقوط ما دون الحرابة بالتوبة الصحيحة بطريق الأولى(4). واستدل على ما ذهب إليه: بما جاء في سنن النسائي من حديث سِمَاك عن

(1) ينظر: المغني، لموفق الدين بن قدامة: 363/12، وكشاف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي: 160/6.

(2) ينظر: المحلى، لابن حزم: 305/11، 306.

(3) ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية: 49/2، 7/3، والحدود والتعزيرات عند ابن القيم، لبكر بن عبد الله أبو زيد: 72.

(4) ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية 5/3، والجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، لأبي زهرة: 282، والحدود والتعزيرات عند ابن القيم، لبكر بن عبد الله أبو زيد: 72، 73.

علقمة بن وائل عن أبيه: أنّ امرأة وقع عليها في سواد الصباح — وهي تعمد إلى المسجد — بمكروه على نفسها، فاستغاثت برجل مرّ عليها، وفرّ صاحبها، ثم مرّ عليها ذوو عدد، فاستغاثت بهم، فأدركوا الرجل الذي كانت استغاثت به، فأخذوه، وسبقهم الآخر فلم يدركوه، فجاءوا بالذي أخذوه يقودونه وسلم إليها، فقال: أنا الذي أغتكت، وقد ذهب الآخر، فأتوا به النبي — ﷺ — فأخبرته أنّه هو الذي وقع عليها، وأخبر القوم أنّهم أدركوه يشتد، فقال: إنّما كنت أغيثها على صاحبها فأدركني هؤلاء فأخذوني، فقالت: كذب هو الذي وقع عليّ، فقال النبي — ﷺ —: «انطلقوا به فارجموه»، فقام رجل من الناس، فقال: لا ترجموه وارجموني، فأنا الذي فعلت بها هذا الفعل، فاعترف، فاجتمع ثلاثة عند رسول الله — ﷺ — الذي وقع عليها، والذي أغانها، والمرأة، فقال — ﷺ —: «أما أنت فقد غفر الله لك، وقال للذي أغانها قولاً حسناً»، فطلب عمر إقامة الحدّ على الذي اعترف بالزنا، فأبى رسول الله — ﷺ — فقال: «لأنّه قد تاب إلى الله» (1).

قال ابن القيم: "سقوط الحدّ عن هذا المعترف إذا لم يتسع له نطاق أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، فأحرى ألا يتسع له نطاق كثير من الفقهاء، ولكن اتسع له نطاق الرؤف الرحيم، فقال — ﷺ —: «إنّه تاب الله عليه» وأبى أن يحده، ولا ريب أنّ الحسنة التي جاء بها من اعترافه طوعاً واختياراً خشية من الله وحده، ولإنقاذ الرجل المسلم من الهلاك، وتقديم حياة أخيه على حياته، واستسلامه للقتل أكبر من السيئة التي فعلها، فقاوم هذا الدواء ذاك الداء، وكان القدوة الصالحة فزال المرض، وعاد القلب إلى حال الصحة، فقيل له: لا حاجة لنا بحدك، وإنّما جعلناه طهرةً ودواءً، فإذا تطهّرت بغيره فعفونا يسعك، فأبى حكم أحسن من هذا الحكم، وأشدّ مطابقة للرحمة، والحكمة، والمصلحة، وبالله التوفيق" (2).

ويفهم من كلام ابن القيم — رحمه الله تعالى — أنّه قد وضع مقامين للحدود. أولهما: الحدود قبل ثبوتها، والثبوت عنها، فإنّه يرى أنّ التوبة فيها تسقط الحد، وهو قول الشافعي، وأحمد بن حنبل، وقد وجّه هذا القول فيها توجيهاً. والمقام الثاني: وهو التوبة التي تكون بعد ثبوت الحدود وقبل إقامتها، فقد ذكر

(1) أخرجه النسائي في سننه الكبرى، كتاب الرجم، (39) باب: ذكر الاختلاف على يعقوب بن عبد الله ابن الأشج فيه، (7311): 313/4، وأعله، وهو من رواية أسباط بن نصر عن سيمّك بن حرب، قال زكريا الساجي: روى أحاديث لا يتابع عليها عن سماك، ينظر: تهذيب الكمال، لأبي الحجاج يوسف المزي: (321): 357/2، وتهذيب التهذيب، لابن حجر العسقلاني، (396): 85/1، وإعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية: 5/3، 6.

(2) إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية: 7/3.

أنّ الفقهاء قرّروا أنّ التوبة لا تسقط الحدّ بالاتّفاق، وفي ادعاء الاتّفاق نظر، فقد نُقل عن الشافعي أنّه قال بقبول التوبة أيضاً، وقد ورد ذلك القول في التفسير الكبير للفخر الرازي (1)، حيث ذكر أنّ الشافعي قال: "ويحتمل أن يسقط كلّ حدّ لله بالتوبة (2)؛ لأنّ (مأعزاً) لمّا رُجم أظهر توبته، فلما انتهوا من رجمه ذكروا ذلك لرسول الله - ﷺ - فقال: «هلا تركتموه» أو بلفظ هذا معناه، وذلك يدلّ على أنّ التوبة تُسقط عن المكف كلّ ما يتعلق بحقّ الله - تعالى -" (3).

فهذا النصّ بلا ريب يفيد أنّ الشافعي - رحمه الله تعالى - كان يقول باحتمال سقوط الحدّ بالتوبة بعد ثبوت الحدّ والحكم به. وتحرير محلّ النزاع في هذه المسألة: أنّ التوبة من حيث إسقاطها للعقوبة قبل الإثبات اختلف فيها العلماء على قولين: الأول: قول الإمام الشافعي: وهو ما سبق تحريره، ويوافقه في هذا الرأي بعض الحنابلة، أو قلّ: هو وجه من وجوه المذهب الحنبلي (4).

والثاني: إنّ التوبة لا تُسقط الحدّ بعد وقوع الجريمة، وهو مذهب الحنفية، ورواية ابن القاسم، وأشهب، وابن وهب، عن الإمام مالك، وقول في المذهب الحنبلي (5).

المطلب الرابع: في الجماعة إنّ ولي أحدهم القتل، أو أخذ المال، ثمّ تابوا، أو ظفّر بهم، أو ببعضهم. اختلف الفقهاء في ما إذا اجتمع محاربون فباشروا بعضهم القتل والأخذ، وكان بعضهم رداءً، أو عوناً، فهل يقتل الرداء؟ أو تُجرى عليه بقية أحكام المحاربين؟ على مذهبيّن:

الأول: ذهب الجمهور إلى أنّه إذا اجتمع المحاربون فقتل بعضهم وكان الباقون

(1) ينظر: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، لأبي زهرة: 283.
(2) قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: "ومن تاب منهم قبل أن يقدر عليه، سقط عنه الحد. ولا تسقط حقوق الأدميين، ويحتمل أن يسقط كلّ حدّ لله بالتوبة، وقال في كتاب الحدود: وبه أقول". مختصر المزني: 353.

(3) التفسير الكبير (مفتاح الغيب)، للرازي: 172/11.

(4) ينظر: الكافي في الفقه، لموفق الدين بن قدامة: 146/4.

(5) ينظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد القيرواني: 485/14، والمعونة، للقاضي عبد الوهاب البغدادي: 1368/3، والهداية، للمرغيناني: 805/2، والجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، لأبي زهرة: 283، 284، والكافي في الفقه، لموفق الدين بن قدامة: 146/4.

ردءًا وأعوأنا لم يباشروا القتل؛ فإن جميعهم يُقتلون(1).

والثاني: ذهب الشافعية إلى القول بعدم وجوب حدّ الحرابة إلا على من باشر أخذ المال والقتل، أمّا من حضر فكثّر وهيب وكان ردءًا لهم، أو طليعةً، فلا يجب عليه قتل ولا قطع، وإنما يُعزّر ويُحبس(2).

والتحقيق: قتل الجميع؛ لأنّ المحاربة مبنية على حصول المنعة والمعاضدة والمناصرة، فلا يتمكّن المباشر من فعله إلا بقوة الآخر الذي هو ردء له، ومعين له على حرابته، ولو قتل بعضهم، وأخذ بعضهم المال، جاز قتلهم كلّهم، وصلبهم كلّهم؛ لأنّهم شركاء في هذا العمل الإجرامي(3).

المبحث الثاني: أدلة الفقهاء، ومناقشتها، والإجابة عليها.

المطلب الأول: أدلتهم على قبول توبة المحارب.

ذهب جمهور العلماء إلى أنّ المحارب يعدّ تائبًا إذا أتى الإمام طائعا قبل القدرة عليه، ملقيا سلاحه؛ وإن لم يدلّ على توبته مظهر آخر، كذلك إذا ترك ما هو عليه من الحرابة وإن لم يأت الإمام، وإذا طلب المحارب الأمان ليسلم نفسه فلا أمان له، ولا يعدّ بتسليم نفسه تائبًا قبل القدرة عليه؛ لأنّه كان مطلوبًا(4).

واستدلوا على قولهم هذا بعموم قوله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾(5)، فلم تحدد الآية صفة للتوبة، وإنما قيدتها بعدم القدرة عليهم، دون شرط إصلاح الأمر كما في التوبة من السرقة والزنا(6).

(1) ينظر: واختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة: 288/2، وأحكام القرآن، للجصاص: 518/2، والمغني، لموفق الدين بن قدامة: 365/12، والكافي في الفقه، لموفق الدين بن قدامة: 143/4، 144.

(2) ينظر: مختصر المزني: 353، والحاوي الكبير، للماوردي: 363/13، والمجموع، للنووي، تكملة المطيعي: 165/22.

(3) ينظر: أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن لمحمد الشنقيطي: 398/1.

(4) ينظر: الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري، لأبي بكر الزبيدي: 422/2، وأحكام القرآن، لابن الفرس: 404/2، والحاوي الكبير، للماوردي: 370/13.

(5) سورة المائدة، من الآية: (34).

(6) ينظر: أحكام القرآن، للجصاص: 516/2، والحاوي الكبير، للماوردي: 370/13، وأضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، للشنقيطي: 399/1.

وبما روي عن سيدنا علي - كرم الله وجهه - أنه كتب إليه عامله بالبصرة أن حارثة بن زيد الغداني حارب الله ورسوله - ﷺ - وسعى في الأرض فساداً، فكتب إليه سيدنا علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - : «أن حارثة قد تاب قبل أن تقدر عليه فلا تتعرض له إلا بخير» (1).
المطلب الثاني: أدلتهم على أن التبعات تلحق المحارب بعد توبته.

اختلفوا في ذلك على قولين، واحتج كل فريق على ما ذهب إليه بالآتي:

1- حجة أصحاب القول الأول:

وتقوم على أمرين:

أحدهما: أن الله تعالى قال في حدّ السرقة: «فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم» (2)، وقوله - ﷺ - : «التائب من الذنب كمن لا ذنب له» (3)، وإنّ ماعزاً حكم عليه الرسول - ﷺ - بالحدّ، وحاول الهرب؛ ولكن الصحابة أدركوه وتمموا رجمه، فقال النبي - ﷺ - : «هلا تركتموه؛ لعله أن يتوب فيتوب الله عليه» (4)، فهذه النصوص تفيد أن التوبة النّصح تكفّر الحدود؛ لأنّها

(1) أخرجه الطبري في تفسيره: 221/6، وذكره الثعالبي في تفسيره الجواهر الحسان في تفسير القرآن: 58/4.

(2) سورة المائدة، الآية: (39).

(3) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الزهد، (30) باب: ذكر التوبة، (4250): 639/5، 640، من طريق عبد الكريم، عن أبي عبيدة بن عبد الله، عن أبيه، ومنه أيضاً أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الشهادات (9) باب: شهادة القاذف، (20561): 259/10، وقال فيه: وهم، والحديث عن عبد الكريم عن زياد بن أبي مريم عن عبد الله بن معقل عن عبد الله بن مسعود، ثم قال وروي من أوجه ضعيفة بهذا اللفظ وفيما ذكرناه كفاية، وقال الهيثمي في زوائده: كتاب التوبة، باب: التائب من الذنب كمن لا ذنب له: 200/10، رواه الطبراني ورجاله رجال الصحيح إلا أنّ أبا عبيدة لم يسمع من أبيه، وقال السخاوي بعد أن ذكر الحديث: ورجاله ثقاة بل حسنة شيخنا - ابن حجر - يعني لشواهد. وإلا فأبو عبيدة جزم غير واحد بأنّه لم يسمع من أبيه، ومن شواهد ما أخرجه البيهقي عن أبي عتبة الخولاني، وابن أبي الدنيا عن ابن عباس، وعنده فيه من الزيادة «والمستغفر من الذنب وهو مقيم عليه كالمستهزئ بربه ومن أذى مسلماً كان عليه من الإثم مثل كذا وكذا»، وسنده ضعيف فيه من لا يعرف، وروي موقوفاً، قال المنذري: ولعله أشبه بل هو الراجح، ولأبي نعيم في حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، والطبراني في معجمه الكبير من حديث ابن أبي سعيد الأنصاري عن أبيه مرفوعاً «الندم توبة والتائب من الذنب كمن لا ذنب له» وسنده ضعيف. المقاصد الحسنة، للسخاوي: 249/1، وينظر: الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة للشوكاني: 250/1.

(4) أخرجه مسلم في صحيحه بلفظ قريب من هذا، ولم يذكر فيه لفظ: "هلا تركتموه؛ لعله أن يتوب فيتوب الله عليه". في كتاب الحدود، (5) باب: من اعترف على نفسه بالزنا، (1694): 177/6، لا وباللفظ المثبت في الصلب أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، (24) باب: رجم ماعز بن مالك، (4419): 1891/4، =

عقوبة دنيوية على الذنوب، وهي تكفرها في الآخرة، فأولى أن تكفرها في الدنيا، وأن الله - سبحانه وتعالى - قال: ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾ (1).

والثاني: أن التوبة تطهر النفس، والحدود شرعت لتطهيرها، فإذا كانت قد طهرت نفس الجاني بالتوبة، فلا موضع للحد بعد ذلك (2).

قال أبو زهرة في هذا السياق: "ونرى من هذا التوجيه أن ذلك الرأي يتجه بالعقوبة إلى الناحية الفردية من حيث إنها إصلاح للجاني، ولا يتجه بها اتجاهاً اجتماعياً من حيث إنها للزجر العام، ومنع الشرور والآثام من أن تظهر" (3).

2. حجة أصحاب القول الثاني:

اعتمدوا في تأييد ما ذهبوا إليه على أصليين:

أحدهما: أن جرائم الحدود تطهيرها يكون بإقامة الحد نفسه، ولذلك كان الذين يرتكبون ما يوجب الحد يجيئون إلى الرسول - ﷺ - يعترفون بجرائمهم، ويطلبون تطهير نفوسهم بإقامة الحد عليهم، ولو كانت التوبة كافية لإسقاط الحد ما أقيم الحد على معترف؛ لأن الاعتراف وخصوصاً إذا لم يسبق ادعاء كاف لإثبات التوبة، وإثبات كونها توبة نصوحاً، إذ فيه تعريض النفس للتلف، وقبول تلف النفس وإيثاره على السكوت دليل على التوبة أي دليل، ومع ذلك فقد روى ثعلبة الأنصاري، عن أبيه، أن عمرو بن سمرّة بن حبيب بن عبد شمس جاء إلى النبي: فقال يا رسول الله: «إني سرقتُ جَمَلاً لِنَبِيِّ فُلان، فَطَهَرَنِي، فَأَرْسَلَ إِلَيْهِمُ النَّبِي، فَقَالُوا: إِنَّا افْتَقَدْنَا جَمَلاً لَنَا، فَأَمَرَ بِهِ النَّبِي - ﷺ - فَفُطِعَتْ يَدُهُ، قَالَ ثَعْلَبَةُ: أَنَا أَنْظَرُ إِلَيْهِ حِينَ وَقَعَتْ يَدُهُ، وَهُوَ يَقُول: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي طَهَّرَنِي مِنْكَ، أَرَدْتُ أَنْ تُدْخِلِي جَسَدِي النَّارَ» (4). أفلا يدل كلامه هذا على التوبة، ومع ذلك لم

عوالترمذي في جامعه الكبير، في أبواب الحدود، (5) باب: ما جاء في درء الحد عن المعترف إذا رجع، (1428): 98/3، وقال: هذا حديث حسن، وابن ماجه في سننه، كتاب الحدود، (9) باب: الرجم، (2554): 168/4، وأخرجه ابن الجارود في المنتقى، لأبي وليد الباجي: (819) 208/1، وأخرجه الدرامي في سننه، كتاب الحدود، (13) باب: المعترف يرجع عن اعترافه، (2318): 27/2.

(1) سورة المائدة، من الآية: (34).

(2) ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية: 48/2، 49، والحدود والتعزيرات عند ابن القيم، لبكر بن عبد الله أبو زيد: 80 - 82.

(3) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، لأبي زهرة: 284.

(4) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الحدود، (24) باب: السارق يعترف، (2588): 192/4، وقال البوصيري في مصباح الزجاجة، للبوصيري، باب: (12) السارق يعترف، (920): 112/3، الحديث إسناده ضعيف، لضعف ابن لهيعة عند التفرد.

يعفه النبي ﷺ - من العقاب (1).

والثاني: أنّ هذه الحدود للزجر العام، ولو فُتِحَ هذا الباب فيها لأدى إلى تعطيل الحدود؛ لأنّ هذه التوبة قد يدّعيها كلّ مرتكب للجريمة، ولا يكاد يوجد مرتكب يجد سوط العقاب مسلطاً على رأسه، وسيف الحدّ مشهوراً عليه، ولا يدعي الندم في هذه الحال، وقد يعتبر الندم على ما ارتكب لما يراه من سوء المغيبة، وقد يجول بخاطره نيّة عدم الرجوع إلى مثل هذا الجرم، ولكنها حالٌ يوجد لها ذات العقاب، وليست هي التوبة التي يقبلها الله تعالى، ويرتضيها لعباده، إذ يقول سبحانه وتعالى بعد أن قرّر قبول توبة من وجب عليه الحدّ، وأقيم عليه: ﴿لَا إِلَهَ إِلَّا الَّذِينَ تابوا من قبل أن تقدروا

عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾ (2).

والأصل الذي نبع منه هذا الخلاف: هو قوله - تعالى - في آية المحاربة: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾.

فقدّاس الشافعية على هؤلاء كلّ مرتكب للحدّ، وقصّر الأكثر من غير الشافعية إسقاط الحدّ في التوبة على التي تكون قبل القدرة على الحراية؛ لأنّ كلّ مرتكب لحدّ يستطيع ادعاء التوبة، ويعلنها قبل القدرة عليه، ولقد قال ابن العربي في هذا المقام موجّهاً اللوم إلى الشافعية: "يا معشر الشافعية، أين الدقائق الفقهية، والحكم الشرعية التي تستنبطونها في غوامض المسائل، ألم تروا إلى المحارب المستبد بنفسه، المجترئ بسلاحه، الذي يفتقر الإمام معه إلى الإيجاف (3) بالخيل والركاب، كيف أسقط جزاءه بالتوبة استنزاً عن تلك الحالة، كما فعل بالكافر في مغفرة جميع ما سلف استئلاً على الإسلام، فأما السارق والزاني، وهما في قبضة المسلمين، وتحت حكم الإمام، فما الذي يُسقط عنهم حكم ما وجب عليهم؟ أو كيف يجوز أن يُقاس على المحارب، وقد فرقت بينهما الحالة والحكمة؟ هذا ما لا يليق بمتلكم يا معشر المحققين" (4).

ويبدو من هذا أنّ قياس الحدود الأخرى على حدّ الحراية قياس مع الفارق الكبير، إذ إنّ المحاربين لهم قوة وصول، فيجب أن يشجعوا على التسليم، لتكتفي

(1) ينظر: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، لأبي زهرة: 284.

(2) سورة النساء، الآية: (17).

(3) الإيجاف: سرعة السير. ينظر: لسان العرب، لابن منظور، (وجف): 404/6.

(4) تفسير أحكام القرآن، لابن العربي: 114/2، 115.

الدولة مئونة إعداد القوة لنزالهم، ومقارعتهم، وإنه إذا فُكَّ جمعهم سهلت مراقبة أحادهم، وأصبح الشر في حدود ضيقة يمكن القضاء عليه في موطنه(1).

ويظهر من هذا العرض أن إسقاط الحد بالتوبة بعد الإثبات والقدرة قول أصله في الفقه الشافعي احتمال، نسبه المزني في مختصره، والفخر الدين الرازي في تفسيره إلى الإمام الشافعي، كما نسبه إلى غيره، ولكن يظهر أن الصحيح عند الشافعية خلافه، ولذا قال ابن القيم الإجماع على عدم قبول التوبة في هذه الحال، وإلا تساقطت الحدود الإسلامية، وتعطلت بادعاء التوبة في كل حال يجب استيفاؤها، وخاصة في وقت مثل وقتنا الحاضر الذي فسدت فيه الذمم، وقلَّ فيه الوازع الديني، والخوف من عقاب الله - سبحانه وتعالى .

المطلب الثالث: أدلتهم على أن الجماعة إن ولي أحدهم القتل تلحقهم جميعاً عقوبة الحراية.

استدل كل فريق على ما ذهب إليه بالآتي:

أولاً: أدلة الجمهور

استدلوا بالقرآن، والسنة، والقياس:

أ- من القرآن الكريم:

استدلوا بقوله - تعالى - : ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض﴾(2)، فعمّ ولم يخص، فوجب حمل الآية على عمومها، وبقوله: ﴿ويسعون في الأرض فساداً﴾، وهو معنى موجود في المباشر للقتل، والمعين عليه(3).

ب - من السنة النبوية الشريفة:

استدلوا بما رواه إبراهيم بن طهمان عن عبد العزيز بن رفيع عن عبيد بن عمير عن عائشة أم المؤمنين عن رسول الله - ﷺ - أنه قال: «لا يجل قتل مسلم، إلا في إحدى ثلاث خصال: زان مُحصنٌ فيرجم، ورجلٌ يقتل مسلماً متعمداً، فيقتل به، ورجلٌ يخرج من الإسلام فيحارب الله - عز وجل - ورسوله؛ فيقتل، أو يصلب، أو

(1) ينظر: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، لأبي زهرة: 285.

(2) سورة المائدة، من الآية: (33).

(3) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب البغدادي: 853/2، وتهذيب السالك في نصرة مذهب مالك: 549، وأحكام القرآن لابن الفرس: 404/2.

يُنْفَى من الأَرْض»(1).

وجه الاستدلال:

قالوا: عمّ في المحارب، ولم يفرّق بين مباشر ولا مكثّر.

ج - من القياس:

قالوا: إنّ من حضر الواقعة يشارك في الغنيمة، وإن لم يباشر القتل، فكذلك هنا؛ لأنّ المغنم يستحقه من قاتل ومن لم يقاتل؛ لأنّ القتل وإن حصل من أحدهم، فالمال لا يحصل إلاّ باجتماعهم وحمائيتهم، فصار حكم بعضهم معتبراً كحكم الباقين، وصار من لم يباشر القتل في الحكم بمنزلة من باشره؛ لأنّ المحاربة مبنية على حصول المنعة والمعاضدة والمناصرة فلا يتمكن المباشر من فعله إلاّ بقوة الردء بخلاف سائر الحدود؛ ولأنّهم قتلة محاربون، فوجب قتل جميعهم أصله: إذا قتلوا؛ ولأنّ كلّ معنى أوجب قتل الواحد بالواحد، أوجب قتل الجماعة بالواحد، أصله القود، والقتل بالحراية أكد وأغلظ من القتل بالقود؛ لأنّ العفو في القود جائز، والانتقال به إلى عوض عنه مباح، والحراية لا عفو فيها، ولا يجوز أخذ العوض فيها، فإذا جاز في القتل الذي هو أخف من الحراية أن يقتل فيه الجماعة بالواحد، كان في الأكّد الذي هو الحراية أولى وأحرى(2).

ثانياً: أدلة الشافعية

استدلوا على ما ذهبوا إليه بالسنة، والقياس:

أ - من السنة النبوية المطهرة:

1. بما روي عن أبي أمامة بن سهلٍ حُنَيْفٍ، أنّه قال: كنّا مع عثمان، وهو محصور في الدار، وكان في الدار مدخل، من دخله سمع كلام من على البلاط، فدخله عثمان، فخرج إلينا وهو متغير لونه، فقال: إنّهم ليتوعدوني بالقتل أنفاً، فلنا: يَكْفِيكُهُمُ اللهُ يا أمير المؤمنين، قال: وَبِمَ يقتلونني؟ فأني سمعت رسول الله - ﷺ -

(1) أخرجه أبو داود في سننه، (33) كتاب الحدود، (1) باب: الحكم فمن ارتد، (4353): 1861/4، والنسائي في سننه الكبرى، كتاب القسامة، (2) باب: سقوط القود من المسلم للكافر، (6945): 219/4، والدارقطني في سننه، (4) كتاب الحدود والديات وغيره، (1): 81/3، وقال الألباني: إسناده صحيح على شرط الشيخين، ينظر: الإرواء، كتاب الجنائيات، (2196): 254/7.
(2) ينظر: المبسوط، للسرخسي: 168/9، وأحكام القرآن، للجصاص: 518/2، والمنتنقى، لأبي وليد الباجي: 211/9، وتهذيب السالك في نصره مذهب مالك: 550، والجامع لأحكام القرآن، للقرطبي: 148/6، والمغني لموفق الدين بن قدامة: 365/12، 366.

يقول: «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا فِي إِحْدَى ثَلَاثٍ: رَجُلٌ كَفَرَ بَعْدَ إِسْلَامِهِ، أَوْ زَنَى بَعْدَ إِحْصَانِهِ، أَوْ قَتَلَ نَفْسًا بغيرِ نَفْسٍ»، فَوَاللَّهِ مَا زَنَيْتُ فِي جَاهِلِيَّةٍ وَلَا فِي إِسْلَامٍ قَطُّ، وَلَا تَمَنَّيْتُ بَدَلًا بَدِينِي مُذْ هَدَانِي اللَّهُ - عَزَّ وَجَلَّ - ، وَلَا قَتَلْتُ نَفْسًا، فَبِمَ يَقْتُلُونِي؟! (1).

ب. بما رواه مسروق عن عبد الله بن مسعود، أنه قال: قال رسول الله ﷺ: -
«لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّي رَسُولَ اللَّهِ إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ، النَّفْسُ بِالنَّفْسِ، وَالثَّيْبُ الزَّانِي، وَالْمَفَارِقُ لِدِينِهِ النَّارِكُ لِلْجَمَاعَةِ» (2).

وجه الاستدلال:

دلّ هذان الحديثان على أنّ الردء لا يحلّ قتله؛ لأنه لم يوجد منه إحدى هذه الخصال الثلاثة (3).

ب - من القياس:

قالوا: إنّه حدّ يجب بارتكابه كبيرة، فوجب أنّ لا يجب على المعين عليها كحد الزنا والسرقة والقتل؛ ولأنهم قالوا: لا يقتل المعين إذا كان المباشر امرأة، وكذلك إذا كان رجلاً.

وتحريره قياساً: إنّ من لم يباشر القتل والأخذ لم يجب عليه حدّهما كالمرأة إذا باشرت، فإنّ قالوا: إنّ المرأة لا يجري عليها حكم الحرابة، قلنا: يجري عليها عندنا حكم الحرابة؛ ولأنّ السبب والمباشر إذا اجتمعا تعلق الضمان بالمباشر، وسقط حكم السبب كالممسك والذابح، وحافر البئر والدافع، يجب الضمان على الذابح دون

(1) أخرجه أحمد في مسنده، (437): 61/1، وفي (437): 65/1، وفي (509): 70/1، وأبو داود في سننه، كتاب الديات، (3) باب: الإمام يأمر بالعفو في الدم، (4502) 1927/4، والترمذي في جامعه الكبير، في أبواب الفتن، (1) باب: ما جاء لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث، (2158): 33/4، وقال: هذا حديث حسن، ورواه حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد فرغعه، وروى يحيى بن سعيد القطان وغير واحد، عن يحيى بن سعيد (الأنصاري) هذا الحديث فأوقفوه ولم يرفعه. وأخرجه النسائي في سننه، كتاب تحريم الدم، (5) باب: ذكر ما يحل به دم المسلم، (4031): 767/3، وابن ماجه في سننه، كتاب الحدود، (1) باب: لا يحل دم امرئ مسلم إلا في ثلاث، (2533): 153/4، 154، والدارمي في سننه، كتاب الحدود، (2) باب: ما يحل به دم المسلم، (2297): 19/2، وينظر: المسند الجامع، (9708): 463/12، 464.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، (4) باب: قول الله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا﴾، [المائدة، من الآية: (45)]، (6484): 2521/6، ومسلم في صحيحه، كتاب القسامة والمحاربيين والقصاص، (6) باب: ما يباح به دم المسلم، (1678): 150/6.

(3) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي: 364/13.

الممسك، وعلى الدافع في البئر دون الحافر، وكما لو شدد رجل امرأة لآخر حتى زنى بها؛ فإن الحدّ يقام على الزاني دون الذي أمسك، كذلك اجتماع الردء والمباشر في الحراية (1).

ثالثاً: إجابة الجمهور على أدلة الشافعية
أجابوا عليها بالآتي:

1. قالوا: إذا ثبت ما قلناه، فقولهم: قتل وقع بسبب، فوجب ألاّ يجب القتل إلاّ على مباشر السبب دون غيره. أصله: القصاص.

فالجواب عنه بما تقدّم: وهو أنّ وجوب القتل في الحراية أكد، بدليل انحتامه، ومنع العفو عنه؛ ولأنّهُ حقّ يتعلّق بنفس الحراية، وإنّ لم يكن هناك قتل إذا رأى الإمام ذلك، وكان سبب الحراية لهذا أوسع (2).

2. أمّا قولهم: إنّه قد وجب بارتكاب كبيرة، فلم يجب على غير المباشر كالزنا والسرقه والقذف.

فالجواب عنه: أنّ المقصود من الزنا نفس الفعل فسببه أضيّق، وجهات وجوبه أضعف؛ لأنّه فعل يدرأ فيه الحدّ بالشبهة، وليس كذلك القتل في الحراية؛ لأنّه يتعلّق بالمقاتلة، والمعونة، والمغالبة، فبطل ما قالوه (3).

3. وقولهم: لأنّه فعل لا يجب فيه القصاص في غير الحراية، فوجب أنّ يكون كذلك في الحراية أصله: قتل الخطأ.

الجواب عنه: أنّ ما قالوه لا معنى له؛ ولأنّه قد ثبت الفرق بين القصاص والحراية، وأنّ الحراية أكد من القصاص. والله أعلم.

رابعاً: رد الشافعية على أدلة وإجابات الجمهور

انتقدوا أدلتهم، وردّوا على إجاباتهم بالآتي:

قالوا: أمّا الآية، فإنّ القتل وأخذ المال مضمران فيها، فكأنّه قال: أن يقتلوا إن قتلوا.

(1) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي: 364/13، والمجموع للنووي، تكملة المطيعي: 165/22.

(2) ينظر: تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك، للفندلاوي: 550.

(3) ينظر: المصدر السابق: 550.

فإن قيل: يكون المضمَر فيها، أو قتل بعضهم. قلنا: لم يصح ذلك من وجهين:

أحدهما: إنه زيادة إضمار لا يفتقر إليها في الكلام.

والثاني: إنَّ إضمار ما اتَّفَق عليه أولى من إضمار ما اختلف فيه (1).

وانتقدوا استدلالهم بحديث عائشة من وجهين:

أحدهما: إنَّ راوي الحديث إبراهيم بن طهمان وهذا لا يحتجُّ به، وذلك لما حكاه الدار قطني عن أبي بكر النيسابوري، أنه سأل عنه محمد بن يحيى، فقال: لا يحتجُّ به.

والثاني: إنَّ القتل في الحراية مضمَر في الخبر، كما هو مضمَر في الآية.

وأما قياسهم عن الغنيمة، فأجابوا عنه من وجهين:

أحدهما: إننا لا نسلم لهم إنَّ القطع والقتل يجب بالمحاربة، وإنما يجب القتل بالقتل، ويجب القطع بأخذ المال.

والثاني: إذا كان من لم يشهد الواقعة من أهل الخمس يشارك في الغنيمة فمن الأولى أن يشارك فيها من شهدها، والحراية لا يشارك فيها من لم يشهدا، فلم يشارك فيها من لم يباشرها.

وأما استدلالهم بتأثير النَّصْرَة والتكثير.

فأجابوا عنه: بأنه باطل قياساً على الممسك والذابح، قالوا: فإذا ثبت أنه لا

حدَّ على الردء المكثَر والمهيب، كان عليه التعزير أدباً وحبساً (2).

الخاتمة

من خلال عرض أقوال الفقهاء في المسائل المطروحة على بساط البحث وبيان أدلة كل فريق ومناقشتها والإجابة عليها، ومعرفة أيها أقرب إلى تحقيق مقاصد الشريعة، تبين أن القول الراجح في قاطع الطريق أنه يكون محارباً داخل المصر (القرية أو المدينة) وخارجه، ولا يشترط فيه البعد عن العمران، أو لوجه مكاناً معيناً كي يكون قاطعاً للطريق، فحيث تتحقَّق إخافة المارة فهي حراية لا فرق بين أن يكون ذلك في الفيافي والقفار، أو في المدن والقرى، فحيث لا يأمن السابِلة

(1) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي: 364/13.

(2) ينظر: المصدر السابق: 365/13.

الطريق، ولا يجدون من يسعفهم بدفع الشر عنهم؛ فإنَّ الحرابة تتحقق، وهذا هو المشهور عند المالكية، وبه قال الشافعية، وهو رأي أبي يوسف من الحنفية، وكثير من أصحاب أحمد، وهو مذهب الظاهرية.

وذلك لعموم آية المحاربة؛ ولأنَّ ذلك إذا وجد في العمران والأمصار والقرى كان أعظم خوفًا وأكثر ضررًا، وهو أولى بأن يكون من ضمن أعمال الحرابة.

أما صفة توبة المحارب: فالذي يظهر أنَّ القول الراجح هو الذي يرى أنَّ المحارب يعدُّ تائبًا إذا أتى الإمام طائعًا قبل القدرة عليه ملقيًا سلاحه، وإن لم يدل على توبته مظهر آخر، كذلك إذا ترك ما هو عليه من أعمال الحرابة؛ وإن لم يأت الإمام.

وإذا طلب المحارب الأمان ليُسَلِّم نفسه فلا أمان له، ولا يُعدُّ بتسليم نفسه تائبًا قبل القدرة عليه؛ لأنه كان مطلوبًا، وهو مذهب جمهور الفقهاء، وذلك لعموم قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (1)، فلم تحدد الآية صفةً للتوبة، وإنما قيدتها بعدم القدرة عليهم دون شرط إصلاح الأمر، كما في التوبة من السرقة والزنا، ولما روي عن سيدنا علي - رضي الله عنه - أنه أسقط حدَّ الحرابة عن الذي تاب قبل القدرة عليه.

وأما ما يلزم المحارب بعد توبته: فمن المتفق عليه بين الفقهاء أنَّ توبة المحارب قبل القدرة عليه تسقط عنه حدود الله تعالى، ويؤخذ بحقوق الأدميين من الأنفس والجراح والأموال إلا أن يُعفى له عنها.

وإذا فعل المحارب ما يوجب حدًّا لا يختص بالمحاربة كالزنا، والقذف، وشرب الخمر، والسرقة، فقد اختلفت أقوال العلماء في ذلك، والراجح منها ما ذهب إليه جمهور الفقهاء (2) من أنَّ التوبة لا تُسقط هذه الحدود بعد وقوع الجريمة.

ولذا قال ابن القيم: الإجماع على عدم قبول التوبة في هذه الحال، وإلا تساقطت الحدود الإسلامية، وتعطلت بادعاء التوبة في كلِّ حال يجب استيفؤها، وخاصة في وقت فسدت فيه الذمم، وقلَّ فيه الخوف من الله تعالى، وقد بُيِّنَت الأدلة التي تؤكد صحة هذا القول، وترجحه على غيره في موضعها.

ومثار الخلاف: فهمهم لقوله تعالى في آية المحاربة: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ

(1) سورة المائدة، من الآية: (34).

(2) المراد بهم: ابن القاسم وأشهب وابن وهب في روايتهم عن الإمام مالك، وهو المذهب عند الحنفية، ورأي عند الحنابلة، وهو الصحيح من مذهب الشافعية.

أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم ﴿1﴾، فمن فهم منها أن التوبة عامة: وهم الشافعية، قاسوا عليها كل مرتكب للحدّ.

ومن قال: إنّها خاصة اقتصر إسقاط الحدّ في التوبة على التي تكون قبل القدرة على الحراية؛ لأنّ كلّ مرتكب لحدّ يستطيع ادعاء التوبة ويعلمها قبل القدرة عليه، ولا يخفى في ذلك من الفساد، وتعطيل لحدود الله، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والحنابلة.

وأما حكم الردء: أي المعين للقاطع بجاهه، أو بتكثير السواد، أو بتقديم أي عون له، وإن لم يباشِر القطع؛ فالقول الراجح فيه: ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والحنابلة من أنّ حكمه حكم المباشِر؛ لأنّهم متمثلون، وقطع الطريق يحصل بالكلّ، ولأنّ من عادة القاطع أن يباشِر البعض، ويدافع عنهم البعض الآخر، فلو لم يلحق الردء بالمباشِر في سبب وجوب الحدّ لأدى ذلك إلى انفتاح باب قطع الطريق، وانفلات الأمن، وهروب المجرم من عقوبة الشارع.

وقول الشافعية: بأنّه لا يحدّ، وإنّما يُعزّر كسائر الجرائم التي لا حدّ فيها، فهذا لا يكون زاجراً ورادعاً لمن تسبّب في إهلاك الحرث والنسل، وسعى في الأرض فساداً، وقد تبين عدم قوة أدلتهم، وضعف قياسهم الذي قاسوه على حدّ الزنا والسرقة، وهو بخلاف أدلة الجمهور؛ فإنّها قوية، وواضحة الدلالة؛ ولأنّ الغاية من إقامة الحدود انزجار المجرم، وردع الآخرين؛ ولأنّ درء المفسد مقدم على جلب المصالح، وهذا لا يتحقق مع ترك من تسبّب في قطع الطريق، وأعان على بثّ الذعر، وقذف الرعب في قلوب الأمنين، طليقاً يعيث في الأرض فساداً، دون أن يُقام عليه حدّ الله الذي بيّنه في كتابه، ولا يخفى ما يترتب على هذا من المفساد.

والله - سبحانه وتعالى - أعلم، وصلى الله على سيدنا محمد وسلم تسليمًا كثيرًا.

انتهى

* * *

فهرس المصادر والمراجع

1- القرآن الكريم.....

2- أحكام القرآن، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، ضبط نصّه

وخرّج آياته: عبد السلام محمد شاهين، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: بلا.

(1) سورة المائدة، من الآية: (34).

- 3- أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، تحقيق: عماد زكي البارودي، المكتبة التوفيقية - القاهرة، ط: بلا.
- 4- أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، تحقيق: عماد زكي البارودي، المكتبة التوفيقية - القاهرة، ط: بلا.
- 5- اختلاف الأئمة العلماء، للوزير بن هبيرة الشيباني، تحقيق: السيد -6- يوسف أحمد، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى 2002م.
- 7- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لمحمد الألباني، إشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت، ط: الأولى 1979م.
- 8- الإشراف على مذاهب العلماء، لأبي بكر بن المنذر، تحقيق: أبو حماد صغير الأنصاري، توزيع: مكتبة مكة الثقافية - رأس الخيمة، ودار روائع الأثير - الرياض، ودار المدينة للطباعة - رأس الخيمة، ومكتبة عباد الرحمن - مصر، ط: الأولى 2007م.
- 9- الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، تقديم وتخرىج: الحبيب ابن طاهر، دار ابن حزم - بيروت، ط: 1999م.
- 10- ضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن لمحمد الشنقيطي، إشراف: مكتب البحوث والدراسات، (دار الفكر - بيروت، ط 1995م)، و(دار الكتب العلمية - بيروت، ط 1995م).
- 11- إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الجوزية، دار الحديث - القاهرة، ط: بلا.
- 12- الأم، للإمام الشافعي، تعليق وتخرىج: محمود مطرجي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى 1993م.
- 13- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين المرادوي، تقديم رائد أبي علفة، بيت الأفكار الدولية - عمان، الرياض، والشارقة، ط: بلا، و(بيت الأفكار الدولية - بيروت، ط: 2004م).

- 14- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن رشد الأندلسي (الحفيد)، وبهامشه السبيل المرشد إلى بداية المجتهد ونهاية المقتصد، شرح وتحقيق: عبد الله العبادي، دار السلام - القاهرة، ط: الثالثة 2006م.
- 15- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين الكساني الحنفي، تحقيق: محمد تامر ورفاقه، دار الحديث - القاهرة، ط: 2005م.
- 16- تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: بلا.
- 17- تفسير القرآن الحكيم المشهور (بتفسير المنار) لمحمد رشيد رضا، خرّج آياته وأحاديثه وشرح غريبه: إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى 1999م.
- 18- التفسير الكبير (أو مفاتيح الغيب)، لفخر الدين الرازي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى 2000م.
- 19- تهذيب التهذيب، لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي، (دار الفكر - بيروت، ط: الأولى 1984م).
- 20- تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك، لأبي الحجاج يوسف بن دوناس بن عيسى الفندلاوي المغربي، تحقيق: عثمان غزال، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى 2007م.
- 21- الجامع الكبير، للترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط: الثانية 1998م.
- 22- الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله القرطبي، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي - بيروت، ط: الثانية 1999م.
- 23- الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، لمحمد أبي زهرة، دار الفكر العربي - القاهرة، ط: 1998م.
- 24- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل للأبي الأزهري، ضبط: محمد

- الخالدي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: 1997م.
- 25- الجواهر الحسان في تفسير القرآن، لعبد الرحمن بن محمد الثعالبي، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات - بيروت، ط: بلا.
- 26- الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري في فروع الحنفية، لأبي بكر الزبيدي، تحقيق: إلياس قبلان، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى 2006م.
- 27- الحاوي الكبير، (هو شرح مختصر المزني)، لأبي الحسن علي الماوردي، تحقيق: مجموعة من الأساتذة، (دار الكتب العلمية - بيروت، ط: 1994م)، و(دار الفكر - بيروت، ط: 2003م).
- 28- الحدود والتعزيرات عند ابن القيم (دراسة وموازنة)، لبكر بن عبد الله أبو زيد، دار العاصمة - الرياض، ط: الثانية 1415هـ.
- 29- دليل الطالب لنيل المطالب، لمرعي الكرمي الحنبلي، تحقيق: أبو قتيبة الفاريابي، دار طيبة - الرياض، ط: الثانية 2006م.
- 30- رد المحتار على الدر المختار، أو حاشية ابن عابدين على شرح علاء الدين الحصكفي لمتن تنوير الأبصار لشمس الدين التمرتاشي، تحقيق: عبد المجيد طعمه حنبل، دار المعرفة - بيروت، ط: الأولى 2000م.
- 31- روضة الطالبين وعمدة المفتين، لمحبي الدين النووي، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت، ط: الثانية 1985م، و(إشراف: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر - بيروت، ط: 2005م).
- 32- سنن ابن ماجه، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الجيل - بيروت، ط: الأولى 1998م.
- 33- سنن ابن ماجه، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الجيل - بيروت، ط: الأولى 1998م.
- 34- سنن أبي داود، تحقيق: السيد محمد وآخرون، دار الحديث - القاهرة، ط:

1999م.

35- سنن الدارقطني، لأبي الحسن علي بن عمر الدارقطني البغدادي، تحقيق:

السيد عبد الله هاشم المدني، دار المعرفة - بيروت، ط: 1969م.

36- السنن الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، تحقيق: محمد

عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: 1999م.

37- السنن الكبرى للنسائي، لأبي عبد الرحمن بن شعيب النسائي، تحقيق: عبد

الغفار سليمان البنداري، وسيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية - بيروت،

ط: 1992م.

38- السنن الكبرى للنسائي، لأبي عبد الرحمن بن شعيب النسائي، تحقيق: عبد

الغفار سليمان البنداري، وسيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية - بيروت،

1992م، و(دار الحديث - القاهرة، ط: 1999م).

39- الشافي في شرح مسند الشافعي، لابن الأثير، مجد الدين أبي السعادات،

المبارك بن محمد بن عبد الكريم الجزري، تحقيق: أحمد بن سلمان، وأبي تميم

بن إبراهيم، مكتبة الرشد - الرياض، ط: الأولى 2005م.

40- شرح صحيح مسلم للنووي، اعتنى به أبو الفضل الدمياطي، دار البيان

العربي - القاهرة، ط: بلا.

41- صحيح البخاري، للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي،

ضبطه، ورقمه، وخرّج أحاديثه: مصطفى ديب البغا، ط: بلا.

42- عمدة الفقه على مذهب الإمام أحمد، لموفق الدين أبي محمد بن قدامة

المقديسي، تحقيق: سعيد نصر محمد، دار الأختار للنشر - الرياض، ط:

الأولى 2004م.

43- عيون المجالس، اختصار القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، تحقيق:

امباي بن كيباكاه، مكتبة الرشد - الرياض، ط: الأولى 2000م.

44- الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة للشوكاني، تحقيق: عبد الرحمن

- يحيى المعلمي، دار النشر: المكتب الإسلامي — بيروت ط: الثالثة 1407هـ.
- 45- الكافي في الفقه على مذهب الإمام أحمد، لموفق الدين بن قدامة المقدسي، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي معوض، دار الكتاب العربي — بيروت، ط: الأولى 2000م.
- 46- كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: محمد درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط: الأولى 1999م.
- 47- اللباب في شرح الكتاب، لعبد الغني الغنيمي الميداني، ومعه تثبت أولي الألباب بتخريج أحاديث اللباب، خرّج أحاديثه وعلّق عليه، عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي — بيروت، ط: 2004م.
- 48- لسان العرب، لمحمد بن منظور الإفريقي المصري، دار صادر — بيروت، ط: الأولى 1997م.
- 49- المبسوط للسرخسي، تقديم خليل محيي الدين الميس، دار الفكر — بيروت، ط: الأولى 2000م.
- 50- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، لنور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، دار الفكر — بيروت، ط: 1412هـ.
- 51- المجموع شرح المذهب للشيرازي، للإمام أبي زكريا محيي الدين النووي، حققه وعلّق عليه وأكمّله: محمد نجيب المطيعي، دار عالم الكتاب — الرياض، ط: الأولى 2006م، (مكتبة الإرشاد — جدة - السعودية — ط: بلا).
- 52- المحرر في الفقه على مذهب أحمد بن حنبل، لمجد الدين أبي البركات بن تيمية، ومعه النكت على مشكل المحرر، تأليف شمس الدين ابن مفلح، مكتبة الرشد، الرياض، ط: الثانية 1984م.
- 53- المحلى بالآثار، لابن حزم، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، دار الجيل — بيروت ط: بلا.
- 54- مختصر القدوري، لأبي الحسين أحمد بن محمد البغدادي، المعروف

مجلة العلوم القانونية ————— العدد السابع 2016م

بـ(القدوري) وبهامشه الترجيح والتصحيح على القدوري، لابن قطلوبغا المصري الحنفي، تحقيق: عبد الله مزي، مؤسسة الريان - بيروت، ط: الأولى 2005م.

55- مختصر المزني، اعتنى به: خليل بن مأمون، دار المعارف - بيروت، ط: الأولى 2004م.

56- مرويات الحدود في الكتب الستة لحسين سمرة، مكتبة مصطفى الباز - مكة المكرمة، ط: الثانية 2001م.

57- المسالك في شرح موطأ مالك، للقاضي أبي بكر محمد بن العربي المعافري، تعليق محمد بن حسين السليمانى وأخته عائشة، دار الغرب الإسلامي، ط: الأولى 2007م.

58- مسند أحمد، إشراف عبد الله التركي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين، (مؤسسة الرسالة - بيروت، ط: الأولى 2001م)، و(مؤسسة قرطبة - القاهرة، ط: بلا).

59- المسند الجامع لأحاديث الكتب الستة، ومؤلفات أصحابها الأخرى، وموطأ مالك، ومسانيد الحميدي، وأحمد بن حنبل، وعبد بن حميد، وسنن الدارمي، وصحيح ابن خزيمة، حققه ورتبه وضبط نصه: بشار عواد معروف، ورفاقه، دار الجيل - بيروت، والشركة المتحدة - الكويت، ط: الأولى 1992م.

60- مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، لأحمد بن أبي بكر بن إسماعيل الكنانى البوصيرى، تحقيق: محمد المنتقى الكشناوى، دار العربية - بيروت، ط: الثانية 1403هـ.

61- المعلم بفوائد مسلم، للإمام أبي عبد الله المازرى، تحقيق: محمد الشاذلى النفر، دار الغرب الإسلامى - بيروت، ط: الثانية 1992م.

62- المعونة على مذهب عالم المدينة (لإمام مالك بن أنس)، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق ودراسة: حميش عبد الحق، وأصل الكتاب (رسالة

مجلة العلوم القانونية ————— العدد السابع 2016م

دكتوراه من جامعة أم القرى بمكة المكرمة)، مكتبة نزار الباز — مكة المكرمة - الرياض، ط: الثانية 1999م.

63- المغني، لموفق الدين بن قدامة المقدسي الحنبلي، (ويليه الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة المقدسي)، تحقيق: محمد خطاب ورفاقه، دار الحديث — القاهرة، ط: 2004م.

64- المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، لعبد الرحمن السخاوي، تحقيق: محمد عثمان الخشت، دار الكتاب العربي — بيروت، ط: الأولى 1985م.

65- المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، لأبي الوليد محمد بن رشد القرطبي (الجد)، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، ط: الأولى 1988م.

66- المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية — بيروت، ط: الأولى 1999م.

67- المنتقى من السنن المسندة، لأبي محمد عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري، تحقيق: عبد الله عمر البارودي، مؤسسة الكتاب الثقافية — بيروت، ط: 1988م.

68- المهذب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق إبراهيم الشيرازي، وبذيله (النظم المستعذب في شرح غريب المهذب) لمحمد بن أحمد بن بطل اليمني، تحقيق: مجدي فتحي السيد، وأشرف عبيد، المكتبة التوفيقية — القاهرة، ط: بلا.

69- النواذر والزيادات على في المدونة من غيرها من الأمهات، لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي — بيروت، ط: الأولى 1999م.

مجلة العلوم القانونية ————— العدد السابع 2016م

- 70- الهداية شرح بداية المبتدي، لبرهان الدين المرغيناني، مجموعة من الأساتذة، دار السلام — القاهرة، ط: الأولى 2000م.
- 71- الوجيز في الفقه على مذهب الإمام أحمد، لأبي عبد الله الدجيلي، تحقيق: مركز البحث العلمي، مكتبة الرشد، الرياض، ط: الأولى 2004م.
- 72- الوسيط في المذهب لمحمد الغزالي، تحقيق: أحمد إبراهيم، ومحمد تامر، دار السلام — القاهرة، ط: الأولى 1997م.

حقوق المسنين في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية

إعداد الدكتورة: أسمهان سالم علي

عضو هيئة التدريس بكلية القانون - سوق الأحد / جامعة الزيتونة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن سار على هديه إلى يوم الدين ، وبعد:

يشهد العالم اهتماماً واضحاً بالمسنين على المستوى الدولي والإقليمي والوطني نتيجة لازدياد ظاهرة الشيخوخة بشكل مطرد ، وأمام عدم وجود اتفاقية دولية مستقلة مختصة بحقوق المسنين على غرار اتفاقيات حقوق المرأة والطفل ، يظهر ضرورة مشاركة العالم الإسلامي في طرح بديل ، وذلك من خلال إلقاء الضوء على النموذج الحضاري الإسلامي في رعايته وحمايته لحقوق المسنين ، وصونه للكرامة الإنسانية في كافة المجالات في جميع مراحل العمر الإنساني، وخاصة في مرحلة كبر السن وهو وقت الحاجة في الغالب ، وذلك من خلال استعراض النصوص الشرعية التي أضافت إلى الإنسانية حقوقاً لا تعرفها القوانين الدولية، مع الالتفات لحاجات المسنين الروحية والمادية على صعيد الأسرة والمجتمع والدولة، وضمانات رعايتها وحمايتها في الشريعة الإسلامية بالمقارنة مع ما تضمنته المواثيق الدولية.

أهمية البحث :

تتحدد أهمية البحث من خلال محاولة إلقاء الضوء على حقوق المسنين في الشريعة الإسلامية، مقارنة بما نصت عليه المواثيق الدولية، وذلك من خلال بيان الآتي:

- أن قضية المسنين قضية إنسانية ، فلقد حرصت كافة الأديان السماوية على ضرورة توفير الاحترام والرعاية لكبار السن وبخاصة الدين الإسلامي، باعتبارهم قيمة إنسانية وروحية (1).

¹ - فؤاد أحمد علي، الأبعاد الاجتماعية لرعاية المسنين في (رعاية المسنين في المجتمعات المعاصرة) ،

- بيان مفهوم المسن ، وما مكانته في الشريعة الإسلامية ، وفي المواثيق الدولية ، وبيان أهم المواثيق والاتفاقيات والمؤتمرات التي انبثقت عنها .
- بيان الحقوق المتعلقة في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية في المجال الاجتماعي والثقافي والاقتصادي.
- **منهج البحث :**
 - لقد اعتمدت الباحثة على المنهج الوصفي التحليلي من خلال :
 - استقراء جزيئات الموضوع من مضائه، ومناقشة الآراء والترجيح بينها بما يتفق وروح العصر، ولا يتعارض مع أصول الشريعة وكلياتها ومقاصدها الشرعية.
 - الوقوف على نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية ، والمقارنة بالمواثيق الدولية مع التحليل وفق الرؤية الإسلامية.
- **محتوي البحث:**
- **المبحث الأول:** مفهوم المسن ومكانته في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية .
 - **المطلب الأول:** تعريف المسن لغة واصطلاحاً.
 - **المطلب الثاني :** الخصائص المميزة للمسنين.
 - **المطلب الثالث:** مكانة المسنين في الشريعة الإسلامية.
 - **المطلب الرابع:** مكانة المسنين في المواثيق الدولية.
 - **المبحث الثاني:** حقوق المسنين الاجتماعية والثقافية والاقتصادية.
 - **المطلب الأول:** حق المسن في الرعاية الأسرية في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية.
 - **المطلب الثاني :** حق المسن في الرعاية الصحية في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية.
 - **المطلب الثالث:** حق المسن في التعليم في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية.
 - **المطلب الرابع:** حق المسن في الضمان الاجتماعي في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية .
- **الخاتمة.**

المبحث الأول

مفهوم المسن ومكانته في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية

المطلب الأول

تعريف المسن لغة واصطلاحاً

أولاً: تعريف المسن لغة: هو أسم فاعل من الفعل أسن ، أطلقت العرب لفظ المسن على الرجل الكبير، يقال: "أسن الرجل أي كُبر وكُبرت سنه، يسُنُّ إنساناً فهو مُسَّنٌ ، وهرم ، وكهل هو أقصى الكبر" (1)، ، ويقال للرجل مُسَّنٌ وللأنثى مسانٌ (2). وقد بين القرآن الكريم مراحل حياة الفرد، وجعل الشيخوخة هي مرحلة الأخيرة، من حياة الإنسان الدنيوية، يقول سبحانه: ((هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تَرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلاً ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ ثُمَّ لِتَكُونُوا شُيُوخًا وَمِنْكُمْ مَنْ يُتَوَفَّى مِنْ قَبْلُ وَلِتَبْلُغُوا أَجَلاً مُسَمًّى وَلَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ)) (3)، ووصف مرحلة الشيخوخة بالضعف والشيب، فقال جلا وعلا: ((اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفًا وَشَيْبَةً يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَهُوَ الْعَلِيمُ الْقَدِيرُ)) (4)، وإذا زاد الإنسان في الكبر ، وصل إلى أرذل العمر فقال تعالى: ((وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ ثُمَّ يَتَوَفَّاكُمْ وَمِنْكُمْ مَنْ يُرَدُّ إِلَىٰ أَرْذَلِ الْعُمُرِ لِكَيْ لَا يَعْلَمَ بَعْدَ عِلْمٍ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ قَدِيرٌ)) (5)، وأرذل العمر: هو الهرم لأنه ينقص قوته، وعقله ويصيره إلى الخرف، ويرجع إلى حالته الطفولية فلا يعلم ما كان يعلم قبل من الأمور لفرط الكبر (6).

ثانياً: تعريفه اصطلاحاً: لم يخرج الفقهاء رحمهم الله في تعريفهم للمسّن عن التعريف اللغوي ، فهو عندهم أيضاً: من كُبرت سنه وإن تعددت تعبيراتهم له.

1- ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب الطبعة الأولى، 1990م، دار صادر، بيروت، لبنان، مادة (سن)، 222/13.

2- الرافعي: أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة والنشر، والتوزيع، بيروت، لبنان، مادة (سن)، 292.

3- غافر: 67.

4- الروم: 54.

5- النحل: 70.

6- الرازي: لأبي عبد الله محمد ، تفسير غريب القرآن، تحقيق : حسين امالي ، أنقرة، تركيا، الطبعة الأولى، 1997م، مادة (رذل)، 396، القرطبي: لأبي عبدالله محمد، الجامع لأحكام القرآن، بيروت، دار أحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، 1995م، 140/1-141.

فوجد المالكية والحنابلة عبروا عن المُسن بالهرم ، وهو عندهم : " الشيخ الكبير الذي لا يقدر الصوم" (1) وأما الحنفية فيعبرون عنه بأنه : " الشيخ الفاني" (2)، وفسر ابن نجيم الحنفي الشيخ الفاني بأنه : " هو الذي كل يوم في نقص إلى أن يموت وسمي به، أما لأنه قرب من الفناء أو لأنه فنيت قوته" (3). وعبر عنه الشافعية: بأنه من جاز له الفطر لكبير ، كأن صار شيخاً هرمًا (4). ومما سبق يتضح أن الشيخ المسن عند الفقهاء هو من انتهى شبابه وكان بلوغه الكبر في سنه سبباً في ضعفه وعجزه عن أداء التكاليف الشرعية المنوطة به ، مع الأخذ بعين الاعتبار أن هذا الضعف لا ترجى منه العودة إلى القوة.

ثالثاً: تعريف المسن في المواثيق الدولية: يتجه مفهوم المسنين في الوثائق الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة إلى التعبير عن عملية مستمرة من المتغيرات التي تصاحب المرحلة الأخيرة من حياة الإنسان ، أكثر منها تعبيراً عن فترة ثابتة محددة من حياته، ويشير الاتجاه العام إلى أن المسنين هم فئة السكان التي تبلغ ستين عاماً فأكثر، والتي ترتبط ببداية التقاعد الرسمي عن العمل (5).

- عرف المسن عالمياً ووفقاً لمنظمة الأمم المتحدة ومنظمة الصحة العالمية : من بلغ الستين من عمره، وهذا التقدير مبني على مدى قدرة الشخص على أداء وظيفته (6).

- وعرفت إدارة الإحصاءات التابعة للاتحاد الأوروبي المسنون بأنهم: "الذين بلغوا من العمر 65 سنة أو أكثر" (7).

وقد قسم بعض علماء الكبر المسنين إلى مجموعتين :

- 1 - الحطاب: محمد بن محمد، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، الطبعة الثانية، دار الفكر ، بيروت، لبنان،، 1978م، 114/2، البهوتي: منصور بن يونس، كشاف القناع على متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، لبنان، 309/2.
- 2 - ابن الهمام: محمد بن عبدالواحد السيواسي، شرح فتح القدير، دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 308/2.
- 3 - ابن نجيم: ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الأولى، دار الكتاب الإسلامية بولاق، مصر ، 308/2.
- 4 - الرملي: محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الطبعة الأخيرة، 1984م، دار الفكر ، بيروت، لبنان ، 193/2.
- 5 - قناوي: هدى محمد ، سيكولوجية المسنين ، مركز التنمية الشهرية ، الطبعة الأولى، 1978 م ، 29.
- 6 - جيردا ج، فيانباوم، رفاهية المسنين، منظمة الصحة العالمية، جنيف، سويسرا، 1984م، 9.
- 7 - العصفور : خلف أحمد، التخطيط الاجتماعي لرصد وتلبية احتياجات كبار السن، مقدمة ليحيى حداد، من سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية (38)، إصدار المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العمل والشؤون الاجتماعية بدول الخليج العربي ، الطبعة الأولى، 1999م، 15.

1- صغار كبار السن من سن (65) سنة إلى (74) سنة .

2- كبار المسنين من سن (75) سنة فأكثر⁽¹⁾.

هذه التعريفات عرفت المسن وفق المعيار الزمني الوظيفي ، والذي يرتبط بمدى قدرة المسن على أداء وظائفه، والذي يرتبط بسن التقاعد عن العمل والمقدر بستين سنة أو أكثر.

وإن كانت أكبر الهيئات العالمية المتخصصة في شؤون السكان، وهي قسم السكان التابع للأمم المتحدة، تعيد صياغة تعريفاتها المعتمدة، فاصطلاح المسن Elderly يعني الآن "الشخص الذي يبلغ الخامسة والثمانين من العمر أو أكثر ، وليس الخامسة والستين كما كان يشير إليه التعريف منذ زمن قريب"⁽²⁾.

وقد تنوعت المصطلحات المستخدمة لوصف كبار السن في الوثائق الدولية فهي تشمل: كبار السن، والمسنون، والأكبر سناً، وفئة العمر الثالثة، والشيخوخة، تشمل هذه المصطلحات وفقاً للإدارات الإحصائية للأمم المتحدة، الأشخاص البالغين من العمر 60 سنة فأكثر، كما أطلق مصطلح فئة العمر الرابعة للدلالة على الأشخاص الذين يزيد عمرهم على 80 عاماً⁽³⁾.

- ووقع اختيار اللجنة العامة للأمم المتحدة على مصطلح كبار السن ، وهو التعبير الذي استخدم في قراري الجمعية العامة رقم (5/47 و98/48) واعتبر أكثر المصطلحات دقة⁽⁴⁾.

المطلب الثاني

الخصائص المميزة للمسنين

يصاحب مرحلة الكبر للإنسان بعض التغيرات التي يمكن وصفها بأنها تميز هذه المرحلة العمرية للفرد ووقفنا على بيان هذه الخصائص ومعرفتنا بها تساعدنا على الوقوف على كيفية التعامل مع هذه الفئة، والتعرف على ما يحتاجونه من رعاية بكافة أوجهها واتجاهاتها وعلى وضع برامج وقائية وعلاجية يستفيد منه المسنين ،

1 -هايفليك : ليونارد ،كيف يهرم الانسان ولماذا ،ترجمة : رمو: أحمد، دمشق، دار علاء الدين للنشر والتوزيع والترجمة، 2003م،3.

2 - مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الثانية عشر،3.

3 - اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الدورة الثالثة، 1995م، التعليم العام، رقم 6،مكتبة حقوق الإنسان ، جامعة منيسوتا.

4 - أحمد خلف حلف، كبار السن والمدنية، من سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية (18)، رعاية المسنين في المجتمعات المعاصرة قضايا واتجاهات ، إعداد المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العمل والشؤون الاجتماعية في دول الخليج العربية الطبعة الأولى، 1950م ، 162.

وسنحاول الوقوف على بعض هذه الخصائص والمتغيرات المصاحبة هذه المرحلة من وجهة نظر علماء النفس والاجتماع ومن وجهة النظر الشرعية الإسلامية :

1- **الخصائص الجسمية** : يتكامل نمو الفرد في مرحلة الشباب ، ثم ينحدر تدريجيا في سن الكهولة، ويتفاقم الوضع حيث يحصل تدهور مستمر ، نتيجة التغيرات الجسمية المعقدة التي تحصل في هذه المرحلة من العمر، ومن مظاهر هذه التغيرات، جفاف الجلد وتجعده ، وتحول الشعر إلى اللون الأبيض ، ونقص الوزن وضعف القوة العضلية وعدم ثبات الأطراف ونقصان الطول بسبب انحناء القامة⁽¹⁾.

وقد أشارت نصوص القرآن الكريم إلى هذه المرحلة في قول الله تعالى : ((اللهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفًا وَشَيْبَةً يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَهُوَ الْعَلِيمُ الْقَدِيرُ))⁽²⁾.

وجه الدلالة : يشير النص إلى أن الشيخوخة انحدار إلى الطفولة والصغر بكل ظواهرها من حال الضعف والشيبه والهرم ، كدلالة واضحة على دخولها⁽³⁾. ولمواجهة هذه المرحلة دعا الإسلام إلى التزام حدود الله وحفظ الجوارح في الصغر، والمداومة على الطاعات كقيام الليل والاستغفار والصيام فقد أظهرت الأبحاث الطبية الحديثة أن الصوم يطيل مرحلة الشباب ويؤخر الشيخوخة⁽⁴⁾.

2- **الخصائص العقلية**: يحصل تدهور في كثير من الوظائف العقلية من أبرزها ضعف الذاكرة والنسيان ، وتتضاءل القدرة على الإدراك والقدرة على التعلم ، وهذه العمليات تتأثر بنشاط خلايا المخ التي تطرأ عليها تغيرات تؤثر على نشاطها وفعاليتها نتيجة الشيخوخة ، مما يؤدي إلى صعوبة التكيف على المستوى الشخصي والاجتماعي⁽⁵⁾.

1 - صادق : أمال فواد ابو حطب ، نمو الجنين من مرحلة الجنين الى مرحلة الشيخوخة ، مركز التنمية البشرية والمعلومات ، الطبعة الأولى، 1988م ، 372 ، قناوي:هدى ، سيكولوجية المسنين، 80 ، الطحان: خالد، نظرة مستقبلية حول رعاية المسنين في ضوء خصائصهم النفسية (قضايا واتجاهات)من سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية (18)، إعداد المكتب التنفيذي مجلس وزراء العمل والشؤون الاجتماعية في دول الخليج العربية الطبعة الأولى، 1950م ، 20.

2 - الروم : 54.

3 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ، 46/14.

4 - السدحان: عبد الله بن ناصر ، رؤية اسلامية معاصرة حول كيفية التعايش مع مرحلة الشيخوخة من سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية(39)، (قضايا المسنين بين متطلبات العصر ومسؤوليات المجتمع)، 85.

5 - ميخائيل اسعد : يوسف ، رعاية الشيخوخة، دار الغريب للطباعة والنشر، 2007م، 6.

وقد أشارت نصوص القرآن الكريم إلى هذه المرحلة في قول الله تعالى: ((وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ ثُمَّ يَتَوَفَّاكُمْ وَمِنْكُمْ مَنْ يُرَدُّ إِلَى أَرْذَلِ الْعُمُرِ لِكَيْ لَا يَعْلَمَ بَعْدَ عِلْمٍ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ قَدِيرٌ)) (1).

ووجه الدلالة: يشير النص إلى حالة المسن في مرحلة أَرذَلِ العَمُرِ ، والذي ينقص قوته وعقله، ويصيره إلى ضعف القوى والخرف ، بعد ما كان عالماً أصبح لا يدري شيئاً (2).

وهي المرحلة التي يفتقد فيها المسن القدرة على التعلم ، مما يشير إلى أن التعلم هو جوهر قوة الإنسان ، والعجز عنه علامة الضعف الإنساني ، وفقدانه هو مؤشر الانحدار (3).

ولمواجهة هذه المرحلة حث الإسلام على حفظ القرآن للوقاية من خرف الشيخوخة (4) .

3- الخصائص الانفعالية: مظاهر الضعف الجسمي لدى المسن ، تجعله عرضة للخوف والقلق نتيجة الأمراض المزمنة ، وإحالته إلى التقاعد ، وترك العمل ، واقتتاد بعض الأصدقاء ، وموت الأقارب ، وضعف الأحوال المالية (5).
ويظهر ذلك في قول الله تعالى على لسان زكريا عليه السلام : ((قَالَ رَبِّ إِنِّي وَهَنَ الْعَظْمُ مِنِّي وَاسْتَعَلَ الرَّأْسُ شَيْبًا وَلَمْ أَكُنْ بِدُعَائِكَ رَبِّ شَقِيًّا)) (6).
وجه الدلالة: عبر النص القرآني عن الشيخوخة وضعفها الذي يعانيه زكريا عليه السلام ، ويشكوه إلى ربه وهو يعرض عليه حاله ورجائه ، مما يدل على استيلاء الضعف على الباطن والظاهر (7).

1 - النحل : 70.

2 - ابن كثير : اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي ، تفسير القرآن العظيم، مؤسسة الرسالة للنشر ، الطبعة الأولى، 2001 م ، 751/2 ، القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، 14/10.

3 - صادق : أمال، وأبو حطب فؤاد ، نمو الإنسان من مرحلة الجنين إلى مرحلة الشيخوخة ، 372.
5- السدحان ، عبد الله بن ناصر ، رؤية إسلامية معاصرة حول كيفية التعايش مع مرحلة الشيخوخة من سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية (39) ، (قضايا المسنين بين متطلبات العصر ومسؤوليات المجتمع) ، 9.

5 - شريم : محمد بشر ، الشيخوخة تعريفها وأمراضها ، مؤسسة البلسم للنشر ، عمان، 1998 م ، 6، الطحان ، خالد، نظرة مستقبلية حول رعاية المسنين في ضوء خصائصهم النفسي في رعاية المسنين في المجتمعات المعاصرة (قضايا واتجاهات) من (سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية) (18) ، إعداد المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العمل والشؤون الاجتماعية في دول الخليج العربية الطبعة الأولى، 1950م، 2.

6 - مريم : 4.
7 - الرازي: محمد بن عمر التميمي ، مفاتيح الغيب، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م ، 264 /10 ، الزمخشري :محمود بن عمر ،الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجه التأويل، تحقيق: عبدالرزاق المهدي، دار أحياء التراث العربي ، بيروت، 60/4 .

4- الخصائص الاجتماعية : تختلف الخصائص الاجتماعية للمسن ، باختلاف الإطار الحضاري والثقافي الذي ينتمي إليه المسن ، كما ترتبط بسمات شخصية المسن ، وبالجنس ، وبالحالة الاجتماعية ، وبالمستوى لاقتصادي والتعليمي ، حيث تصاحب الشيخوخة مظاهر حتمية من التغيير في المجال الاجتماعي للإنسان ، منها فقدان العلاقات الاجتماعية ، وفقدان العديد من الأنشطة والاهتمامات ، وفقدان الرغبة في العمل أكثر من فقد القدرة عليه ، مما يؤدي إلى الشعور بالوحدة والاعتماد على الآخرين ، مما يشعر المسن وبأنه أداة عاطلة في المجتمع ، لا يستطيع القيام بأعمال إيجابية مهمة ⁽¹⁾، مما يتطلب ضرورة تكيف المسنين لمقتضيات تلك التغييرات في مرونة، حتى يمكنهم مساندة ركب الحضارة ⁽²⁾. وقد عبر النص القرآني عن هذه المرحلة في قوله تعالى علي لسان يعقوب عليه السلام: ((قَالُوا تَاللَّهِ تَفَنَّا تَذَكَّرُ يُوسُفُ حَتَّى تَكُونَ حَرَضًا أَوْ تَكُونَ مِنَ الْهَالِكِينَ (85) قَالَ إِنَّمَا أَشْكُو بَثِّي وَحُزْنِي إِلَى اللَّهِ وَأَعْلَمُ مِنَ اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ)) ⁽³⁾.

وجه الدلالة : يعرض النص صورة إنسانية مؤثرة للوالد المفجوع على فراق ابنه الحبيب ، وهو شيخ كبير لا يستطيع فراقه، ولا يقدر على الوصول إليه ، مما يشعره بأنه وحيد بمصابه ⁽⁴⁾.

ولمواجهة هذه التغييرات ، ولمعالجة الشعور بالوحشة والعزلة ، التي قد يصل إليها المسن ،حث الإسلام على المخالطة الاجتماعية لعامة الناس والصبر، ودعا الإسلام إلى الاجتماعات في مناسبات وعبادات عدة ، وحث على أدائها وإقامتها في المساجد التي هي ملتقى المسلمين ، كما في صلاة الجمعة والجماعات في الصلاة الخمس اليومية وفي صلاة العيدين وفي الحج ⁽⁵⁾.

¹ - العصفور : خلف أحمد، التخطيط الاجتماعي لرصد وتلبية احتياجات كبار السن، مقدمة ليحيى حداد، من سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية(38) ، 25، اقلاديوس ، أنيس فهمي ، السينما والمسرح والشيخوخة، دار المعارف، 1962م، 3.

² - محمد العادلي : فاروق، التربية والتنمية المجتمع العربي، دار العربية للكتاب، 1985م، 276، العمران:هالة، التوافق عند المسنين، من سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية (18)، إعداد المكتب التنفيذي مجلس وزراء العمل والشؤون الاجتماعية في دول الخليج العربية الطبعة الأولى، 1950م ، 70.

³ - يوسف: 84-86.

4 - قطب : سيد ، في ظلال القرآن ، دار الشروق ، طبعة جديدة، 4/ 438، الشوكاني : محمد بن علي بن محمد ، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير ، دار الفكر بيروت، 4/40.

5 - السدحان ، عبد الله بن ناصر ، رؤية إسلامية معاصرة حول كيفية التعايش مع مرحلة الشيخوخة من سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية(39) ، (قضايا المسنين بين متطلبات العصر ومسؤوليات المجتمع)=

5- الخصائص الاقتصادية: يعاني المسن من نقص في الدخل بسبب إحالته للتقاعد ، إذا كان عاملاً أو بسبب عجزه عن العمل بسبب سنه ، مما يؤدي إلى زيادة في الأعباء المالية المترتبة عليه ، فضلاً عن الغلاء المتزايد للأسعار ، وضعف القوة الشرائية للنقود ، مع إصابة المسن ببعض الأمراض التي تتطلب زيارات للأطباء ، وشراء للأدوية بشكل مستمر⁽¹⁾.

وقد عالج الإسلام هذه التغيرات ، من خلال إعداد المسن وحثه على العمل والادخار في مرحلة الشباب ، فإن عجز المسن عن الوفاء بحاجاته انتقلت المسؤولية إلى الأسرة ، فإن عجزت الأسرة انتقلت المسؤولية إلى المجتمع، لتوفير ما يحتاج إليه المسن إلى حد تمام الكفاية من المأكل والمشرب والملبس والسكن والعلاج ، وإذا كان بحاجة إلى من يخدمه فالواجب توفير ذلك له، كحق من حقوقه وليس منة وتفضلاً . ويؤيد ذلك ما روي النبي صلى الله عليه وسلم قال : (والذي نفس محمد بيده إن على الأرض من مؤمن إلا أنا أولى الناس به فايكم ما ترك ديناً أو ضياعاً فأنا مولاه وأيكم ترك مالا فإلى العصابة من كان)⁽²⁾.

وجه الدلالة : النص عام في الحث في تقديم الإعانة والنصرة لكل محتاج⁽³⁾. وأرى أن الإسلام سبق علماء الشيخوخة في تقرير حقيقة الشيخوخة ، كمرحلة عمرية حتمية ، وحلقة في سلسلة حلقات دورة الحياة ، لا يمكن منعها مع ما يصاحبها من تغيرات ، وخصوصاً مرحلة الانحدار في القوى العقلية . ولكن يمكن تأخيرها أو تقليل عوارضها من خلال الإعداد النفسي والإيماني لتقبل هذه المرحلة ابتداء ، ثم إتباع الوسائل الوقائية والعلاجية السليمة لمواجهتها .

= اصدار لمجلس وزراء العمل والشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي عدد خاص بمناسبة اختتام فعاليات السنة الدولية لكبار السن ، الطبعة الأولى، 1999 م بيروت ، 1989 م، 85.

1 - ابراهيم سيد سلامة ، رعاية المسنين ، الشعاع للنشر - 1997م، 42/2 ، ميخائيل اسعد ، يوسف ، رعاية الشيخوخة، دار الغريب للطباعة والنشر، 2007م ، 6، الطحان ، خالد ، قضايا الشيخوخة، في (التقدم في السن)، دراسة اجتماعية نفسية، 14.

2 - مسلم ، ابو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء التراث ، بيروت ، 1973م، كتاب الفرائض، باب ما توك مالا فلورثته، 1619، 12/3.

3 - النووي : ابو زكريا يحيى بن شرف ، شرح النووي على صحيح مسلم ، الطبعة الثانية، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 61/11.

المطلب الثالث مكانة المسنين في الشريعة الإسلامية

حفلت تعاليم الشريعة الإسلامية بالنصوص الدالة على مكانة المسنين، واحترام المسنين وإكرامهم وتقديرهم في عدة نصوص منها:

- عن ابن العباس قال: جاء شيخ يريد النبي صلى الله عليه وسلم، فأبطأ القوم عنه أن يوسعوا له، قال النبي صلى الله عليه وسلم: " ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا ويأمر بالمعروف وينهى عن المنكر" (1).

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم ينفى أن يكون من المسلمين من لا يحترم الكبير، ومعلوم أن المسن هو أولى الناس بالتوقير.

- عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " إن من إجلال الله إكرام ذي الشبهة المسلم، وحامل القرآن غير الغالي فيه والجافي عنه، وإكرام ذي السلطان المقسط" (2).

وجه الدلالة: جعل إكرام المسنين من إجلال الله وتعظيمه، وتعظيم الشيخ الكبير في الإسلام بتوقيره في المجالس والرفق به والشفقة عليه ونحو ذلك (3).

وتحت لفظ " إكرام ذي الشبهة المسلم" تأتي كل صور الرعاية والإكرام للمسنين، كالرعاية الصحية، والرعاية النفسية، والرعاية الاجتماعية والاقتصادية، ومحو الأمية، والتعليم والتنقيف، وغيرها من صور العناية التي ينادي بها المجتمع الدولي الآن (4).

- عن أنس بن مالك رضي الله عنهما قال، قال رسول الله عليه وسلم: " ما أكرم شاب شيخاً لسنه إلا قبض الله له من يكرمه عند سنه" (5).

1 - البخاري: محمد بن اسماعيل، الصحيح، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد. مكتبة الإيمان بالمنصورة، طبعة جديدة ماثبوتة محققة 1998 م، كتاب الأخلاق، باب الرحمة والبهائم، 6011، 105/4.

2 - ابي داود، سليمان بن الأشعث بن اسحق، السنن، الطبعة الأولى، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، كتاب الأدب، في تنزيل الناس منازلهم، رقم (4842)، 261/4، حقه الألباني في صحيح الجامع، 2195 وقال: حسن صحيح.

3-الهيثمي: علي بن ابي بكر، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الريان للتراث، القاهرة، 1407 هـ، باب تنزيل الناس منازلهم، 13/ 132. 3 -

4 - خلف أحمد، التخطيط الاجتماعي لرصد وتلبية احتياجات كبار السن من (سلسلة الدراسات الجامعية (38)، 48.

5 - سنن الترمذي، كتاب الصلة، باب ما جاء في اجلال الكبير، رقم (2022)، 372/4، وقال حديث غريب.

وجه الدلالة: أي شاب يعظم ويوقر إنسانا لكبر عمره وضعفه ، ولزيادة علمه وطول خبرته ، إلا سلط ووكل له من يكرمه ويخدمه في حال كبره مجازاة له على فعله، ويفدر له عمرا يبلغ به إلى الشيخوخة لأن من خدم خُدم (1).

- عن ابن عباس رضي الله عنهما قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " البركة مع أكابركم " (2) .

عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال، قال رسول الله " خير شبابكم من تشبه بكهولكم " (3).

وجه الدلالة في النصوص: حث للشباب على التشبه بكبار السن لما لديهم من خصال لا تكون عند الشباب فغالبا، بمعنى التشبه في سيرتهم ، فإنه يغلب عليهم الوقار والحلم وهما صفتان محمودتان (4).

- عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " مهلا عن الله مهلا فإنه لولا شباب خشع، وبهائم رتع، وشيوخ رقع، وأطفال رضع، لصب عليكم العذاب صباً (5).

وجه الدلالة : من تكريم الإسلام لكبار السن الصالحين إن الله تعالى يكرم لأجلهم العصاة وأصحاب الذنوب فلا يعجل بالعقوبة إكراما لهم .

- عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " رغم أنف، ثم رغم أنف، ثم رغم أنف، قيل من يا رسول الله؟ قال من أدرك أبويه عند الكبر أحدهما أو كليهما فلم يدخل الجنة" (6).

وجه الدلالة: إرشاد إلى أن بر الوالدين عند كبرهما وضعفهما بالخدمة ، أو النفقة ، أو غير ذلك سبب لدخول الجنة فمن قصر في ذلك فاتته دخول الجنة وأرغم (7).

1 - المباركفوري : محمد بن عبد الرحمن ، تحفة الاخوذي ، المكتبة السفلية ، المدينة المنورة ، 1986م ، 141/6 .

2- الحاكم ، محمد بن عبدالله النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، تحقیق: مصطفی عبدالقادر عطا، دار الکتب العلمیة، بیروت، 1990م، کتاب الإیمان، البرکة مع أكبرکم ، حدیث صحیح علی شرط البخاری ولم یخرجاه.

3 -الهیثمی ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، باب فیمن تشبه بالشباب الکھول وغیر ذلك، 271/1، رواه الطبرانی و الزار وهو ضعيف.

4- القرضاوي: يوسف، حقوق الشيوخ المسنين في الشريعة الإسلامية، 16.

5 - البیهقي، أحمد بن الحسين بن علي ، سنن البیهقي الکبری، باب استحباب الخروج بالضعفاء ، والصبيان والعبيد والعجائز، رقم 6183 ، 345 /3.

6 - مسلم ، صحیح ، کتاب القسامة والمحاربین والقصاص والديات، باب القسامة، 1669.

7 - المناوي ، زين الدين عبد الرؤوف ، فیض القدير شرح الجامع الصغير، الطبعة الثانية، دار المعرفة ، بیروت ، 1972م، 80/5 (6454).

ومن النماذج الحية على توقير المسنين وإجلالهم واحترامهم في السنة ، تقديمهم وإعطائهم أفضلية في وجوه الإكرام المختلفة ومنها:
- تسليم الصغير على الكبير: فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " يسلم الصغير على الكبير والمارء على القاعد، والقليل على الكثير⁽¹⁾ .

وجه الدلالة: أن يبدأ الصغير بالتحية ويلقيها على الكبير احتراماً وتقدير له.
- تصدر المسنين في المجالس: ومما روي مسلم في صحيحه، خرج عبدالله بن سهل بن زيد ومحبيصة بن مسعود بن زيد حتى إذا كانا بخيبر تفرقا في بعض ما هنالك ثم إذا محبيصة يجد عبدالله بن سهل ، قتيلا فدفنه، ثم أقبل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم هو وحويصة بن مسعود وعبد الرحمن بن سهل وكان أصغر القوم، فذهب عبد الرحمن ليتكلم قبل صاحبيه، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر الكبر في السن" فصمت، فتكلم صاحباه وتكلم معهما فذكروا لرسول الله صلى الله عليه وسلم مقتله عبدالله بن سهل فقال لهم: (أتخلفون خمسين يمينا فتستحقون صاحبكم، أو قاتلكم، قالوا : وكيف نحلف ولم نشهد، قال : فتبرئكم يهود بخصمين يمينا" قالوا : وكيف نقبل أيمان قوم كفار فلما رأى ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى عقله" ⁽²⁾ .

ووجه الدلالة : إرشادا إلى الأدب في تقديم الأسن لرفعة منزلته وقدره ⁽³⁾؛ ولأن أكرمهم سنا أعظمهم حرمة ورغبة الناس في الاقتداء به أكثر⁽⁴⁾ .
ويشير النص إلى أن الكبير أحق بالمبادأة في الكلام ، والحوار، وتقديم الكبير حيث يقع التساوي في باقي الأوصاف ، أما لو كان عند الصغير ما ليس عند الكبير، فلا يمنع من الكلام بحضرة الكبير⁽⁵⁾ .

- وعن عائشة رضي الله عنها مر بها سائل ، فأعطته كسرة، ومر بها رجل عليه ثياب وهيئة ، فأقعدته ، فأكل ، فقيل لها في ذلك ؟ فقالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أنزلوا الناس منازلهم" ⁽⁶⁾ .
ووجه الدلالة: للكبير في السن منزلة وقد ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار.

1 - ابن حجر ، أحمد بن علي العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، تحقيق : عبد العزيز بن عبدالله بن باز ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2003 م ، باب اكرام الكبير، رقم (5719) ، 536/10.
2 - المناوي: زين الدين ، فيض القدير شرح الجامع الصغير، 6454، 80/5.
3 - المرجع السابق نفسه .
4 - السرخسي: محمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعرفة ، بيروت، 114/1.
5 - ابن حجر، فتح الباري، باب اكرام الكبير، رقم (5719) ، 536/10.
6 - أبو داود، السنن، كتاب الأدب، باب في تنزيل الناس منازلهم، 4842، 261/4.

- تلقي المسن القيام: ومن ذلك رفقته صلى الله عليه وسلم بأبي قحافة وتوقيره له وتلقيه بالقيام لما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة فاتحاً ، ودخل المسجد الحرام، أتى أبو بكر بأبيه يقوده إلى حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ليبايع ويسلم، فلما رآه رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " هلا تركت الشيخ في بيته حتى أكون أنا آتية فيه؟ " فقال يمشي هو إليك يا رسول الله هو أحق أن يمشي إليك من أن تمشي أنت إليه ، فأجلسه بين يديه، ثم مسح صدره وقال أسلم فأسلم" (1).

ووجه الدلالة : النص يدل على إكرام أهل الفضل وتلقيهم بالقيام إذا أقبلوا ، وتقديراً لهم (2).

المطلب الرابع

مكانة المسنين في المواثيق الدولية

تشغل مسألة الشيخوخة حيزاً مهماً في الأجندة الدولية، وقد لعبت الأمم المتحدة دوراً أساسياً في تنبيه دول العالم، إلى أهمية قضايا المسنين ، ولا توجد بعد اتفاقية دولية شاملة تتعلق بحقوق كبار السن، كما لا توجد ترتيبات إشرافية ملزمة تتعلق بشتى مجموعات مبادئ الأمم المتحدة في هذا المجال، ولا يتضمن العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أية إشارة صريحة إلى حقوق كبار السن، وإن كانت المادة 9 التي تتناول " حق كل شخص في الضمان الاجتماعي، بما في ذلك التأمينات الاجتماعية، والتي تعترف ضمناً بحق الحصول على ضمانات الشيخوخة، وحيث أن أحكام العهد تطبق تطبيقاً كاملاً على جميع أفراد المجتمع ، يصبح من الواضح أنه يحق لكبار السن التمتع بالطائفة الكاملة للحقوق المعترف بها في العهد، وقد وجد هذا النهج التعبير الكامل عنه أيضاً في خطة عمل فيينا الدولية للشيخوخة؛ ونظراً لأن احترام حقوق كبار السن يتطلب اتخاذ تدابير خاصة، فإن العهد يطالب الدول الأطراف بأن تفعل ذلك بأقصى قدر من مواردها المتاحة (3).

أولاً: المواثيق المتعلقة بالمساواة ومنع التمييز على أساس السن :

لم تنص المواثيق الدولية بصراحة إلى السن كأحد الاعتبارات التي يحظر التمييز على أساسها ، ويرجع ذلك إلى أن مشكلة الشيخوخة عندما اعتمدت هذه الصكوك

1- الحاكم، المستدرك ، كتاب المغازي والسرايا، رقم (4363)، 48/3 وقال حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

2- النووي، شرح النووي على مسلم ، باب جواز إكرام أهل الفضل في مجلس السلطان الأكبر، 216/6.

3- مكتبة حقوق الإنسان ، جامعة منيسوتا، (اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية) الدورة الثالثة عشرة، 1995) التعليق العام رقم (6) الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لكبار السن.

لم تكن واضحة أو ملحة كما هي الآن، ومع ذلك يمكن تفسير منع التمييز بسبب " أي وضع آخر " على أنه ينطبق على السن ، وهذا المبدأ لا يحتاج إلى اعتراف صريح، بل يفترض افتراضاً باعتباره حقاً طبيعياً للفرد، لا يمكن سلبه أو تقييده أو تعليقه، بدون سبب مشروع ينص عليه القانون (1).

ويعبر عن مبدأ المساواة عملياً، بالالتزام بعدم التمييز بين الناس أو الشعوب، على أي أساس كان، وتعني المساواة منح فرص متكافئة للجميع، والامتناع عن القيام بأي عمل يحول دون تمتع كل منهم ودون أي تمييز بالحقوق الأخرى كافة والخضوع لذات الواجبات ، مع جواز منح مزايا أو إعفاءات لفئات معينة تحتاج إلى عناية خاصة ، لغرض تمتيعها بصورة فعلية بحقوقها في المساواة مع الآخرين (2).

ومن أهم هذه الوثائق ميثاق الأمم المتحدة ، الذي يؤكد في أكثر من مادة مبدأ المساواة ، ومنع التمييز، وقد تضمنت ديباجته تصويراً عاماً للغايات والأهداف والمبادئ التي أسفرت في أذهان واضعي الميثاق، وتضمنت الديباجة مبادئ هما: الحفاظ على الأمن والسلم الدوليين، وكل من هذين المبدأين يمثل برنامج عمل في مجاله، فأما المبدأ الأول: فهو احترام حقوق الإنسان فرداً كان أو جماعة دون تمييز لأي سبب عنصري أو اقتصادي أو جغرافي، وكذلك احترام المساواة بين الدول صغيرها وكبيرها، أما المبدأ الثاني : فيؤكد على احترام العدالة والالتزامات الدولية المنبثقة عن المعاهدات وغيرها من مصادر القانون الدولي الأخرى (3).

وتضمنت أغلب الاتفاقيات الأخرى ، أحكاماً تتعلق بالتسوية في الحقوق بين الأفراد، وعدم التمييز بينهم على أي أساس كان ، وأغلبها أبرم في إطار الأمم المتحدة ، أو إحدى وكالاتها المتخصصة ، وبعضها الآخر أبرم في إطار المنظمات الإقليمية التي تكون الدول العربية بعضها أو كلها أعضاء فيها (4).

1 - شعبان، الصادق، الاتفاقيات الدولية وغيرها من النصوص المتعلقة بمجالات هامة من حقوق الإنسان ، (من حقوق الإنسان ، دراسات حول الوثائق العالمية والإقليمية) ، المجلد الثاني، 138- مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا (اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية) (الدورة الثالثة عشرة، 1995) التعليق العام رقم (6) الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لكبار السن.

2 - نص المادة (1) من الاتفاقية الدولية للقضاء على التمييز العنصري بجميع أشكاله، شعبان: الصادق، الاتفاقيات الدولية وغيرها من النصوص المتعلقة بمجالات هامة من حقوق الإنسان، من (حقوق الإنسان، دراسات حول الوثائق العالمية والإقليمية)، المجلد الثاني، 137، مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، (اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية) (الدورة الثالثة عشرة، 1995م) التعليق العام رقم (6) الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لكبار السن.

3 - الدفاق : محمد السعيد، حقوق الإنسان في إطار نظام الأمم المتحدة ، من (حقوق الإنسان ، دراسات حول الوثائق العالمية والإقليمية)، المجلد الثاني، 57.

4 - المرجع السابق نفسه.

ويتبين أن المساواة وعدم التمييز ضد كبار السن ، تؤكد على العموم في كثير من الوثائق الدولية، وأغلب دول العالم التزمت في دساتيرها الداخلية بمقررات الأمم المتحدة ، ونصت على حقوق الإنسان بالمفهوم التي تضمنه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وقد سبق الإسلام كل المواثيق والمنظمات العالمية حين أقر هذا الحق ، وأصبح مبدأ أساسياً من مبادئ الإسلام ، حيث قال الله تعالى : ((يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ)) (1) .

أهم السياسات بخصوص المسنين على المستوى الدولي (2):

بدأ الاهتمام الدولي بقضايا المسنين في منتصف السبعينات ، حيث أنشأت الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة (1978) الجمعية العامة للشيخوخة " حيث بينت الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الثالثة والثلاثين رقم (52/23) عام (1978 م) أن الهدف من الجمعية هو عقد محفل للشروع في برنامج عمل دولي يستهدف تأمين الضمان الاقتصادي والاجتماعي لكبار السن ، وإتاحة الفرص لهم للإسهام في التنمية الوطنية ، من خلال وضع خطة عمل دولية تستهدف تلبية احتياجات الشيخوخة ومتطلباتها ، وقد اعتمدت هذه الجمعية عام 1982 خطة عمل فيينا الدولية للشيخوخة . التي كانت بمثابة أول وثيقة عالمية تعني بالمسنين، وصادقت الجمعية العامة على هذه الوثيقة الهامة في اجتماع لمنتدى 124 دولة ، معلنة العقد التاسع من القرن العشرين عقد المسنين، وتعتبر هذه الخطة مرشدا للعمل ، لأنها تبين بالتفصيل التدابير التي ينبغي للدول الأعضاء اتخاذها من أجل المحافظة على حقوق كبار السن ، في إطار الحقوق التي أعلنها العهدان الدوليان الخاصان بحقوق الإنسان . وهي تتضمن 62 توصية يتصل كثير منها مباشرة بالعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

1 - الحجرات : 13.

2 - مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، (اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية) (الدورة الثالثة عشرة، 1995م) التعليق العام رقم (6) الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لكبار السن، العوضي: بدرية عبد الله، التشريع ورعاية المسنين في دول التعاون الخليجي ، من سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية(18) رعاية المسنين في المجتمعات المعاصرة قضايا واتجاهات، الطحان: خالد، نظرة مستقبلية حول رعاية المسنين في ضوء خصائصهم النفسية، في رعاية المسنين في المجتمعات المعاصرة(قضايا واتجاهات) من سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية(18)،201.

- ورفعت منظمة الصحة العالمية عام 1983 شعار (فلننصف الحياة إلى سنين العمر) ، وطلبت من فروعها في مختلف المناطق أن تقدم مشروعها العملي لتحقيق هذا الشعار.

- وقدم المؤتمر الدولي الذي انعقد في مكسيكوستي عام 1984م ، توصية بضرورة قيام الدول بالاهتمام بالمسنين، لا باعتبارهم فئة تبعية تلقي بثقلها على المجتمع ، بل باعتبارهم مجموعات قدمت معونات كبرى إلى الحياة الاقتصادية والتربوية والاجتماعية والثقافية لعوائلها ومازالت تستطيع أن تقدم ذلك ،وقد أكد المؤتمر الدولي في فيينا عام 1988م على قواعد المشروع العملي المتعلق بالمسنين، مشيراً إلى أن هدف التنمية هو تحسين رفاهية وسلامة كل المجتمع على أساس المشاركة الكاملة في مسيرة التنمية والتوزيع العادل للنتائج الحاصلة، وأن على مسيرة التنمية أن تعمل على رفع مقام الأفراد وتحقيق المساواة من خلال توزيع المصادر والحقوق والمسؤوليات الاجتماعية بين كل الفئات من شتى الأعمار.

- وعلى المستوى الإقليمي وفي عام 1989م ، أعدت اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا (الاسكوا) أول دراسة إقليمية حول أوضاع المسنين في المنطقة العربية، وعقدت هذه اللجنة اجتماعاً على مستوى الخبراء عام 1993 ، بتبني (خطة عمل فينا) لوضع سياسات وبرامج خاصة بالمسنين .

- ثم في عام 1991م اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة مبادئ الأمم المتحدة المتعلقة بكبار السن (القرار 91/46) في 16 ديسمبر 1991م، وشجعت الحكومات على إدراجها في خططها الوطنية ، متى ما أمكن ذلك ، وترد أدناه لمحات من هذه المبادئ : وقعت الجمعية العامة للأمم المتحدة على مبادئ لرعاية كبار السن، تحقق لهم مفهوم الاستقلالية ، والمشاركة، والرعاية، والرضا الشخصي ، والكرامة، وعقد في اكتوبر من نفس العام، ولأول مرة اليوم الدولي للمسنين.

- وفي عام 1992م اعتمدت الجمعية العامة ، ثمانية أهداف عالمية في مجال الشيخوخة لسنة 2001 ، ودليلاً مقتضياً لوضع الأهداف الوطنية في مجال الشيخوخة ، تفيده هذه الأهداف العالمية في تعزيز التزامات الدول الأطراف في العهد.

- كما أكد المؤتمر الآسيوي الرابع الذي انعقد في جزيرة بالي 1992م، أن سياسة (التأهيل في جميع سني العمر لمرحلة الشيخوخة) هي وسيلة للوصول إلى تلك الأهداف، ومع الاعتراف بأنه في أكثر الأوقات تقوم الأسر برعاية المسنين ، فقد أوصى الدول بتوفير امتيازات اقتصادية كالإعفاء من الضرائب لمثل هذه الأسر.

- وكذلك في عام 1992م، وبمناسبة الذكرى السنوية العاشرة لاعتماد مؤتمر الشيخوخة لخطة عمل فيينا الدولية، اعتمدت الجمعية العامة الإعلان بشأن الشيخوخة التي حثت فيه على دعم المبادرات الوطنية المتعلقة بالشيخوخة، بحيث يقدم الدعم الكافي إلى المسنات لقاء مساهماتهن في المجتمع غير المعترف بها إلى حد كبير، ويشجع كبار السن من الرجال على تطوير قدراتهم الاجتماعية والثقافية والعاطفية التي ربما يكونون قد منعوا من تطويرها في سنوات كسبهم للعيش، ويقدم الدعم إلى الأسر من أجل توفير الرعاية ويشجع جميع أفراد الأسرة على التعاون في توفير الرعاية، ويوسع التعاون الدولي في إطار الاستراتيجيات الموضوعية لبلوغ الأهداف العالمية في مجال الشيخوخة لسنة 2001م.

- وصدر عام 1993م عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في الدورة السابعة والأربعين قرار بشأن إعلان الشيخوخة والذي يعد وثيقة مهمة وخطوة إيجابية على مسار إعطاء مزيداً من الحقوق والاهتمام بشؤون المسنين في العالم.

- أما المؤتمر الدولي للسكان والتنمية الذي انعقد في القاهرة 1994م ونال شهرة واسعة، فقد أشار البند (ج) من الفصل السادس للنمو السكاني، إلى أن على الدول أن تستهدف مسألة تعزيز الاعتماد على الذات للمسنين، وتعزيز نوعية الحياة وتمكينهم من العمل والعيش بصورة مستقلة لأطول وقت ممكن، ووضع نظم للرعاية الصحية علاوة على نظم للضمان الاقتصادي والاجتماعي عند الشيخوخة حسب الاقتضاء، مع إيلاء اهتمام خاص بالمرأة (لكونها تعمر أكثر من الرجل في معظم المجتمعات - ولذلك فإنها تشكل الأغلبية من المسنين، وهي في الغالب ضعيفة للغاية فتستحق العناية الأكبر)، ووضع نظام للدعم الاجتماعي على الصعيد الرسمي وغير الرسمي بغية تعزيز قدرة الأسرة على رعاية كبار السن داخلها، وأكد ضرورة أن تكفل الحكومات تهيئة الظروف اللازمة لتمكين المسنين من أن يعيشوا حياة صحيحة ومنتجة يحدونها بأنفسهم، واستغلال مهاراتهم وقدراتهم التي اكتسبوها في حياتهم استغلالاً كاملاً، بما يعود بالفائدة على المجتمع، وينبغي أن تحظى المساهمة القيمة التي يقدمها كبار السن للأسرة والمجتمع، وخاصة كمتطوعين ومتقدمين للرعاية، بالاعتراف والتشجيع ودعا إلى تعزيز نظم الدعم وشبكات الأمان الرسمية وغير الرسمية، والقضاء على كل أشكال العنف والتمييز ضدهم مع التركيز على المسنات.

- وفي الإطار ذاته فإن المؤتمر الذي عقده قادة الدول في مجال (التنمية الاجتماعية) عام 1995م في كوبنهاجن، أوصى الدول ببذل مساع خاصة في حماية المسنين، وخصوصاً المعوقين منهم، من خلال تقوية نظام الحماية العائلية، وتحسين مكانتهم الاجتماعية، وضمان وصولهم إلى الخدمات الأساسية الاجتماعية، وضمان الأمن

مجلة العلوم القانونية - العدد السابع 2016م

المالي ، وإيجاد الجو الاقتصادي المساعد لتأمين صناديق التوفير لمرحلة الشيخوخة وطرحتها فيها ثلاث مسائل رئيسية هي : التفاعل الاجتماعي ، ومعالجة الفقر ، والإنتاج والعمل.

- وقد ساعدت خطة عمل فيينا الدولية ، ومبادئ الأمم المتحدة المتعلقة بكبار السن ، بالإضافة إلى برنامج عمل مؤتمر القمة العالمي للتنمية الاجتماعية والبرامج الأخرى التي تم الاتفاق عليها دولياً ، على توفير التوجه لصياغة إطار العمل المفاهيمي للسنة الدولية لكبار السن ، الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1999م، بوصفه السنة الدولية لكبار السن ، والذي حدد موضوعاً وهدفاً شاملاً، وجوانب أربعة للمناقشة حيث كان الموضوع مجتمعاً لكل الأعمار ، أما الهدف الشامل ، فهو تعزيز مبادئ الأمم المتحدة لكبار السن ، أما الأبعاد الأربعة فتتمثل في حالة كبار السن ، نماء الفرد مدى الحياة ، العلاقة بين الأجيال ، شيخوخة السكان والتنمية.

- وفي عام 1999م ، عقدت الجمعية العامة للأمم المتحدة تحت شعارين أساسيين (نحو عصر جديد للمسنين) و (مجتمع امن لكل الأعمار) ونظمت (المؤتمر السابع للاتحاد الدولي للشيخوخة) في سنغافورة ، الذي عقد بين 5 و8 سبتمبر في عام 1999م، وكذلك (المؤتمر العالمي للمسنين) الذي استضافته مدينة مونتريال الكندية بين 3 و5 أكتوبر الفائت . وتضع المنظمة الدولية على جدول أعمالها راهناً، عقد مؤتمر مماثل في كوبنهاغن (الدنمارك) بين 30 و2 يونيو من العام 2006م.

- وفي عام 1999م نظمت الجمعية العامة للأمم المتحدة العام الدولي للمسنين ، من أجل المبادئ الأساسية لهم، ومحاولة تنمية الاتجاهات والقدرات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والمعنوية للمسنين في القرن القادم ، ووعدت الجمعية العامة للأمم المتحدة لجعل عام 2001م (العام الدولي للمسنين) ولتطبيق المفاهيم على الواقع في الألفية الثالثة.

كما تقرر في الإعلان بعام 1999م بوصفه السنة الدولية لكبار السن ، اعترافاً ببلوغ البشرية (سن النضج) الديموغرافي .

- وفي عام 2000م عقدت اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا اجتماع خبراء، نتج عنه إعداد خطة العمل العربية للمسنين عام 2012م.

- وقد تبنى مؤتمر الأمم المتحدة الذي انعقد في مدريد خلال الفترة من 8 إلى 12 ابريل 2002م، خطة عمل لمعالجة مشاكل المسنين في مختلف بلدان العالم وأقر عدداً من الالتزامات ، كزيادة فرص العمل والنشاط لكبار السن ، لكنها مع ذلك لم تحدد الآلية المناسبة لتنفيذ هذا الالتزامات وطريقة تمويلها ، وكما انعقد في قارة آسيا

في سنغافورة أول مؤتمر من نوعه لمقاومة أمراض الشيخوخة ، وللحفاظ على الصحة والشبابية الدائمة ، وناقشت المنتديات العامة في هذا المؤتمر سبل استخدام الطب البديل والعلاج بالهرمونات التقليدي لمكافحة الشيخوخة⁽¹⁾. وهكذا يتبين أن الموثيق والخطط الصادرة عن الأمم المتحدة ، تسعى إلى تحسين نوعية حياة الإنسان من خلال آليات تعكس وجهة النظر الغربية في عدم الاهتمام بالحاجات الدينية الروحية، مما نتج عنه بعض الآثار والمشكلات التي لا تتناسب مع البيئة الاجتماعية والثقافية للمجتمعات الإسلامية، ولذلك تصبح الحاجة ماسة لابتداع صيغ مناسبة تعبر عن المثل والتقاليد وتراعي الخصوصية الحضارية لأمتنا ، في ظل المتغيرات التي تشهدها الحياة المعاصرة في جوانبها المختلفة.

المبحث الثاني

حقوق المسنين الاجتماعية والثقافية والاقتصادية

المطلب الأول

حق المسن في الرعاية الأسرية في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية
تدرجت الشريعة الإسلامية التي تحض على تكريم ورعاية المسنين ، وسنفت على مظاهر هذا التكريم وهذه الرعاية على سعيد الأسرة ، بدأ من رعاية الزوجين المسنين لبعضهما ، فرعاية الأولاد للمسنين أبا كان أو أما فالأحفاد ، فباقي الأقارب من ذوي الأرحام فالجيران ، فباقي المجتمع على التفصيل الآتي :

1- رعاية الزوجين المسلمين لبعضهما : عندما يصبح المسن ضعيفا عاجزا ، فإن زوجته أولى الناس برعايته ، كما أن الزوج أولى الناس برعاية زوجته، ويؤيد ذلك العديد من النصوص ومنها (2) :-

- قال الله تعالى: (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) (3).

وجه الدلالة : يشير النص إلى أن بين الزوجين من التراحم ما لا يوجد بين القرابة وذوي الأرحام ، فلا ألفة بين روحين أعظم مما بين الزوجين ، وليس ذلك بمجرد

1 - مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، (اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية) (الدورة الثالثة عشرة، 1995م) التعليق العام رقم (6) الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لكبار السن، العوضي: بدرية عبد الله، التشريع ورعاية المسنين في دول التعاون الخليجي ، من سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية(18) رعاية المسنين في المجتمعات المعاصرة قضايا واتجاهات، الطحان: خالد، نظرة مستقبلية حول رعاية المسنين في ضوء خصائصهم النفسية، في رعاية المسنين في المجتمعات المعاصرة(قضايا واتجاهات) من سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية(18)، 201 وما بعدها .

2 - السباعي، مصطفى، الفقر الجوع الحرمان مشكلات وحلول ، الطبعة الثانية، دار الورق للنشر، 2002م، 100.

3 - الروم: 21.

الشهوة ، فإنها قد تنتفي بالكبر أو المرض وتبقى الرحمة التي يتوادون بها ويتواصلون من أجلها ويعطف بعضهم بها على بعض⁽¹⁾.

فعلى الزوجة يقع واجب رعاية زوجها المسن ، وعليها الصبر إن بدا منه ما تكره فالشيخوخة في الإسلام حرمتها وكلما طال أمد رعايتها ازداد رصيدها في الآخرة وعلت منزلتها عند الله (2) وهو واجب الزوج كذلك تجاه زوجته إن احتاجت إلى الرعاية ، وقد درج في كثير من مجتمعاتنا العربية عدم اهتمام الأسرة ، بتربية الذكور على القيام بما تقوم به الإناث من العناية المنزلية ، وأمام تطور الحياة المعاصرة ، وخروج المرأة إلى العمل ، أصبح الرجل المسن يشكل عبئا على نفسه وعلى أسرته ، فهو لم يعتد في طفولته ولا في شبابه على القيام بالأعباء المنزلية من إعداد طعامه أو غسل ثيابه ، ونحوها ، مما يؤثر سلبا على نفسية المسن ، ويضعف قدرته على التكيف مع هذه المرحلة .

2- رعاية المسن من قبل الأولاد والأحفاد وباقي الأرحام الأقرب فالأقرب: حق المسن والمسننة في الرعاية بعد الزوجين على أولادهم وأحفادهم ، ثم على باقي ذوي الأرحام من أقاربهم الأقرب فالأقرب.

حيث قال الله تعالى: ((وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَةِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ))⁽³⁾.
وجه الدلالة : البنون وهم أولاد الرجل لصلبة ، والحفدة أولاد ولده ، وهم بمثابة الأنصار والأعوان والخدام للرجل⁽⁴⁾.

وهذه المعونة والنصرة تكون للوالدين في جميع مراحل حياتهم ، ومن باب أولى في حال الكبر والحاجة ، ولذلك تعددت النصوص التي توصي ببر الوالدين والإحسان

1 - ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، 2 / 275 ، الرازي ، مفاتيح الغيب ، 12 / 225. ولنا في النبي صلى الله عليه وسلم خير قدوة ، سأل رجل عائشة رضي الله عنها أكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعمل في بيته قالت : نعم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخصف نعله ويخيط ثوبه في بيته كما يعمل أحدكم في بيته ، ابن حجر ، فتح الباري ، 10 / 461 ، 5692 ، يخصف نعله أي كان يخرزها من الخصف الضم والمجمع ، ابن منظور ، لسان العرب ، 9 / 71.

2-القرضاوي : يوسف ، برامج ولقاءات الشريعة والحياة (حقوق المسنين في الإسلام)، 11، www.qaradawi.net.

3 -النحل: 72.

4 - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، 10 / 144 ، ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، 2 / 578 ، الرازي ، مختار الصحاح ، 1 / 60 ، الجصاص ، أحمد بن علي الرازي ، أحكام القرآن ، تحقيق محمد الصادق قمحاوي ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 1405 هـ، 6/5 ، وأصل الحفد : الخدمة والعمل ، ابن منظور ، لسان العرب، 3 / 153.

إليهم خاصة عندما يكبرون، وللدلالة على عظم حق الوالدين ، نجد أن الله تعالى قرن الإحسان إليهما بتوحيده في عدة نصوص منها:

قال الله تعالى (وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا (23) وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا) (1).

ووجه الدلالة : مبالغة في التوصية بالوالدين ، فهو أمر مطلق ببر الوالدين والإحسان إليهما بجمع وجوه الإحسان القولي والعملي والمادي والمعنوي (2).

وقد تدرج النص في رعاية الوالدين وتكريمهما ، مع مراعاة الحالة النفسية لهما في هذه المرحلة من العمر، حيث أمر الله تعالى بالإحسان إلى الوالدين بصفة عامة من خلال استجابة وجدان البر والرحمة في قلوب الأبناء، لتغيير الحال عليهما بالضعف والكبر ، وكأنما صاروا عبئا عليه وفي هذه الحالة تكون حساسية الأبوين بالغة الحدة، بحيث يتأثر بأدنى كلمة ، ثم حدد أوجه هذه الرعاية والإحسان بصفة خاصة ، ومن أوجه التدرج في الرعاية والإحسان الخاص بالوالدين المسنين :

أ- النهي عن الإساءة لهما ماديا ومعنويا فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وهي أول مرتبة من مراتب الرعاية والأدب إلا يصدر من الولد ما يوحى بالإهانة وسوء الأدب (3).

ب- التوجيه لهما القول الكريم ((وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا)) أي قولاً طيباً حسناً ، وهي مرتبة أرقى وأعلى ، ولم يكتف بالنهي عن خشونة القول (4).

والقول الكريم ، يكون بالقول اللين الحسن الذي يتضمن الإجلال والرحمة كأن يقول له يا أبت كما رأينا سيدنا إبراهيم يقول لأبيه وهو مشرك في قوله تعالى: ((يَا أَبَتِ إِنَّي قَدْ جَاءَنِي مِنَ الْعِلْمِ مَا لَمْ يَأْتِكَ فَاتَّبِعْنِي أَهْدِكَ صِرَاطًا سَوِيًّا (43) يَا أَبَتِ لَا تَعْبُدِ الشَّيْطَانَ إِنَّ الشَّيْطَانَ كَانَ لِلرَّحْمَنِ عَصِيًّا (44) يَا أَبَتِ إِنَّي أَخَافُ أَنْ يَمَسَّكَ عَذَابٌ مِنَ الرَّحْمَنِ فَتَكُونَ لِلشَّيْطَانِ وَلِيًّا)) (5).

1 - الإسراء:23-24.

2 - الجصاص ، أحكام القرآن ، 1 / 179 ، الشوكاني ، فتح القدير ، 3 / 219 ، الالوسي : ابو الفضل شهاب الدين السيد محمود ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، الطبعة الرابعة ، بيروت دار احياء التراث العربي، 10 / 426 ، قطب : سيد ، الظلال ، 15 / 2221.

3 - ابن كثير ، تفسير القرآن الكريم ، 2 / 35 ، تفسير القرطبي ، 10 ، 241 ، قطب : سيد ، الظلال ، 15 / 2221) ، ابن عاشور، محمد الطاهر ، تفسير التحرير والتنوير ، دار سحنون ، تونس ، 8 / 210 .

4 - المراجع السابقة.

5 - مريم: 42-45.

ثالثاً: الإشفاق عليهما سلوكاً ومعاملة كما في قوله تعالى: ((وَخَفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ))⁽¹⁾ حيث ارتقى النص في الوصاية بالوالدين إلى أمر الولد بالتواضع لهما تواضعاً يبلغ حد الذل لهما، وكأنما للذل جناح يخفضه إيداناً بالسلام والاستسلام رحمة بهما ، وذلك لإزالة وحشة نفوسهما إذ صارا في حاجة إلى معونة الولد ، بعد أن كان هما النافعين له ، وذلك بقصد التخلق بشكره على أنعامهما السابقة عليه⁽²⁾.
وقد نبهنا النبي صلى الله عليه وسلم وحذرننا من أي تقصير مع الأبوين خاصة في مرحلة الشيخوخة، كما روي أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (رغم أنف، ثم رغم أنف، ثم رغم أنف، قيل من يا رسول الله؟ قال من أدرك أبويه عند الكبر أحدهما أو كليهما فلم يدخل الجنة)⁽³⁾.

رابعاً: الدعاء إلى الله تعالى أن يرحمهما برحمته الباقية ، وهي رحمة الآخرة ، وعدم الاكتفاء بالرحمة الفانية الزائلة في الحياة الدنيا⁽⁴⁾ ، كما في قوله تعالى : ((وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا))⁽⁵⁾ .
وفي النص تذكير بالطفولة الضعيفة التي سبق أن رعاها الوالدان ، وهما اليوم في مثلهما من الضعف والحاجة إلى الرعاية ، فرحمة الله أوسع ، ورعاية الله أشمل ، وهو أقدر على جزائهما بما بذلا مما يعجز عن جزائه الأبناء⁽⁶⁾.
وقد ذكر الله تعالى أمر الوالدين ، ثم نوه بشأن الأم خاصة لزيادة العناية والاهتمام ، وليبيان أن حق الأم أعظم.
قال الله تعالى: ((وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَمَيْنِ إِنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ))⁽⁷⁾.

1 - الأسراء: 24.

2- ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، 2 / 35 ، القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن 10 / 241 ، قطب ، سيد الظلال ، 15 / 2221 ، ابن عاشور ، التحرير والتنوير ، 8 / 210 ، الالوسي ، روح المعاني ، 10 ، 426 .

3 - سبق تخريجه ص 257.

4 - ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، 2 / 35 ر القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن 10 / 241 ، قطب ، سيد الظلال ، 15 / 2221 ، ابن عاشور ، التحرير والتنوير ، 8 / 210 ، الالوسي ، روح المعاني ، 10 ، 426 ،

5 - الأسراء: 24.

6 - ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، 2 / 35 ، القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، 10 / 241 ، قطب ، سيد الظلال ، 15 / 2221 ، ابن عاشور ، تفسير التحرير والتنوير ، 8 / 210 ، الالوسي ، روح المعاني ، 10 ، 426 .

7 - لقمان: 14-15.

ووجه الدلالة : قرن النص قضية الشكر لله تعالى لهذين الوالدين وعرض لعلاقة الأبوة والأمومة بأسلوب يفيض رحمة بهما (1).

وترتقي الآيات القرآنية في موضوع بر الوالدين ، حتى عند اختلاف الدين ، واتخاذهما موقفا يحاولان فيه حمل ابنهما على الشرك بالله ، حيث قال الله تعالى : ((وَإِنْ جَاهِدَاكَ عَلَىٰ أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا)) (2).

ووجه الدلالة : أمر ببر الوالدين بكل أنواع البر وزجر عن العقوق ولو كانا مشركين ، حيث يسقط واجب الطاعة ، وتعلو رابطة العقيدة على كل رابطة ، والمصاحبة بالمعروف تعني أن يكون الصاحب سندا لمن يصاحبه في كل دقائق حياته ، وأن يراعي الله فيما يقدمه له من الناحية المادية بالانفاق عليه ومن الناحية المعنوية بتوقيره وإحترامه ورعايته (3).

- وقد عرض القرآن الكريم نموذجين وصورتين متقابلتين : أولهما لبنوة شاكرة تنبض بالحب والعرفان بالجميل للوالدين ، حيث تلثقي أصرة الإيمان وأصرة الوالدين في طريقهما المستقيم المهتدي الواصل إلى الله فكان جزاؤهما العفو والغفران ، والثانية وهي صورة قائمة لبنوة عاقبة جاحدة ، لا تأبه ينصح الأبوين تفترق فيها أصرة النسب عن أصرة الإيمان ، فكان جزاؤهما الخسران (4).

قال الله تعالى : ((وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي دُرِّيَّتِي إِنَِّّي أَنُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ (15) أُولَئِكَ الَّذِينَ نَنْقَبِلُ عَنْهُمْ أَحْسَنَ مَا عَمِلُوا وَتَتَجَاوَزُ عَنْ سَيِّئَاتِهِمْ فِي أَصْحَابِ الْجَنَّةِ وَعَدَّ الصَّدَقِ الَّذِي كَانُوا يُوعَدُونَ)) (5) .

ووجه الدلالة : وصية لجنس الإنسان كله قائمة على أساس إنسانيته ، مطلقة من كل شرط ومن كل قيد ، بدون حاجة إلي أية صفة أخرى وراء كونه إنساناً ، فصفة الوالدية تقتضي هذا الإحسان بذاتها وقد خص النص زمان بلوغه الأشد لأنه زمن

1 - ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، 35 / 2 ، القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، 241 / 10 ، قطب ، سيد الظلال ، 2221 / 15 ، ابن عاصور ، التحرير والتنوير ، 210 / 8 ، الالوسي ، روح المعاني ، 10 ، 426 .

2 - لقمان : 15 .

3 - ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، 35 / 2 ، القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، 241 / 10 ، قطب ، سيد الظلال ، 2221 / 15 ، ابن عاصور ، التحرير والتنوير ، 210 / 8 ، الالوسي ، روح المعاني ، 10 ، 426 .

4 - ابن كثير : تفسير القرآن العظيم ، 121 / 3 ، قطب : الظلال ، المجلد السادس ، 26 / 3261 .

5 - الاحقاف : 17-15 .

يكثر فيه الكلف بالسعي للرزق ويكون له فيه زوجة وأبناء وتكثر تكاليف المرأة فيكون لها فيه زوج وبيت وأبناء ، فيكونان مظنة أن تشغلها التكاليف عن تعهد والديهما والإحسان إليهما . فنبها بأن لا يفترأ عن الإحسان إلي الوالدين ، وأن لا يشغله الدعاء لنفسه عن الدعاء لهما والإحسان إليهما ، بظهر الغيب ، ليكون له من إحسان ذريته إليه مثل ما كان منه لأبويه فالجزء من جنس العمل⁽¹⁾ .

- وتسوق الآيات بعد ذلك مباشرة النموذج الثاني الانحراف والفسوق والضلال ، وهي صورة قائمة لبنوة عاقبة جاحدة ، لا تأبه بنصح الأبوين فحق عليها البوار والخسران .

قال الله تعالى : ((وَالَّذِي قَالَ لَوْلَا إِلَهُي لَمَّا أُنزِلْتُ عَلَيَّ لَوْلَا إِلَهُي لَقَدْ كُنْتُ مِنَ الْخٰسِرِينَ))⁽²⁾ .

وجه الدلالة : يشير النص إلي صورة الابن العاق لوالديه ، الجاحد فيكون مصيره

المحتوم الخسران (3) .

3- حق المسن على باقي أقاربه من ذوي الأرحام : بعد الأولاد يكون حق المسن على باقي أقاربه من ذوي الأرحام، الأقرب فالأقرب ، ويصل بهم المساكين وابن السبيل ، متوسعا في القرابات حتي تشمل الروابط الإنسانية بمعناها الكبير ، وما ينطبق على الوالدين ينطبق على غيرهما من الأقارب ، والأبعد الضعفاء وكبار السن ، وقد تعددت النصوص في حق التعاون بين الأقارب والأرحام ، في جميع مراحل العمر وبخاصة في حالة الكبر والحاجة ومنها :

- قال الله تعالى : ((وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ))⁽⁴⁾ .

وجه الدلالة : يشير النص إلي طريقة التنظيم الاجتماعي الإسلامية ، من جعل التكافل يبدأ في محيط الأسرة ، ثم في محيط الجماعة ، وفي تراحم وود يجعل جو

1 - ابن عاشور ، التحرير والتنوير ، 210/8 ، قطب ، الضلال ، 10 / 2221 .

2 - الاحقاف: 15 .

3 - ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، 160/4، قطب: الضلال، 26/3264.

4 - النساء: 36.

الحياة لائق ببني الإنسان ، ويبدأ بالإحسان إلي الوالدين ، ويتوسع منهما إلي ذوي القربى ، قرابة خاصة أو عامة ، ثم يمتد الأسرة الإنسانية الكبيرة (1) . قال الله تعالى : ((إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى)) (2). وجه الدلالة : جعل لذي القربى حق في الإنفاق عند الحاجة ، ووصله بعبادته وتوحيده (3).

4- حق المسن في الرعاية على الجيران : يكون حق المسن في الرعاية الوالدين والأقربين ، الجار الأقرب فالأقرب ، كنوع من التكافل قال الله تعالى : ((وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَى وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ)) (4) . ووجه الدلالة : بعد الوالدين والأقربين ، يكون حق المسن في الرعاية على الجار ذي القربى أي القريب ، والجار الجنب أي ، وقيل الجار ذي القربى هو القريب في المسكن ، والجار الجنب هو البعيد في المسكن (5) .

5- دور المجتمع بشكل عام في رعاية المسن : يأتي دور المجتمع في رعاية المسن من خلال التربية المجتمعية والتكافل الاجتماعي الذي يمارسه أفراد المجتمع وهيئاته ، في النواحي المادية والمعنوية (6) . قال الله تعالى : ((مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ وَالَّذِينَ مَعَهُ أَشِدَّاءُ عَلَى الْكُفَّارِ رُحَمَاءُ بَيْنَهُمْ تَرَاهُمْ رُكَّعًا سُجَّدًا يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا سِيمَاهُمْ فِي وُجُوهِهِمْ مِنْ أَثَرِ السُّجُودِ ذَلِكَ مَثَلُهُمْ فِي التَّوْرَةِ وَمَثَلُهُمْ فِي الْإِنْجِيلِ كَزَرْعٍ أَخْرَجَ شَطْأَهُ فَآزَرَهُ فَاسْتَغْلَظَ فَاسْتَوَى عَلَى سُوقِهِ يُعْجِبُ الزُّرَّاعَ لِيُغَيِّظَ بِهِمُ الْكُفَّارَ وَعَدَّ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ مِنْهُمْ مَغْفِرَةً وَأَجْرًا عَظِيمًا)) (7) . ووجه الدلالة : بمعنى متحابون متراحمون متعاطفون ، كالجسد الواحد يحب أحدهم لأخيه ما يحب لنفسه ، هذه معاملتهم مع الخلق (8) . وقد ورد في القرآن الكريم إعلان الإخاء بين أفراد المجتمع ، وتصوير رائع للتكافل في قول الله تعالى : ((إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ)) (9) .

1 - ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، 759/2، قطب ، الظلال ، 2189 /14 .

2 - النحل:90.

3 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 183/5 .

4 - النساء: 36.

5 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 183/5 .

6 - قمبر محمود ، دراسات تراثية في التربية الإسلامية ، دار الثقافة ، الطبعة الأولى ، 1987م ، المجلد الثاني ، 226 ، عبد الواحد ، عطية ، السياسة المالية والتنمية الاقتصادية والاجتماعية ، 981 .

7 - الفتح:29.

8 - السعدي ، تفسير تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان ، 795/1 .

9 - الحجرات:10.

ومقتضي هذا التكافل هو شعور الجميع بمسئولية بعضهم عن بعض ، و إن كل منهم حامل لتبعات أخيه ومحمول على أخيه ، يسأل عن غيره كتقرير للتكافل والتضامن في المشاعر والأحاسيس ، وفي المطالب والحاجيات ، وفي المنازل والكرامات⁽¹⁾ .

قال الله تعالى : في مدح المجتمع المسلم المتكافل : ((ويطعمون الطعام على حبه مسكيناً ويتيماً وأسيراً إنما نطعمكم لوجه الله لا نريد منكم جزاء ولا شكوراً))⁽²⁾ . ووجه الدلالة : تنبيهه على المواساة ، ومن أفضل المواساة وضعها في هذه الأصناف الثلاثة وهي : تصور شعور البر والعطف والخير ممثلاً في إطعام الطعام ، مع حبه بسبب الحاجة إليه رغبة في الخير ابتغاء وجه الله ، مع التجرد عن البواعث الأراضية من جزاء أو شكر أو نفع من منافع الحياة الدنيا الزائلة الفانية⁽³⁾ . وقال الله تعالى في ذم المجتمع الجاهلي : ((أَرَأَيْتَ الَّذِي يُكذِّبُ بِالْدينِ (1) فَذَلِكَ الَّذِي يَدْعُ الْيَتِيمَ (2) وَلَا يَحْضُ عَلَى طَعَامِ الْمَسْكِينِ))⁽⁴⁾ . وجه الدلالة : توبيخ على ترك الإطعام وعدم الأمر به ، من أجل بخله وتكذيبه بالجزاء وليس عجزاً⁽⁵⁾ .

وما ينطبق على الوالدين على غيرهما من الضعفاء ، فقد حثت تعاليم الإسلام أفراد المجتمع المسلم على التعاون والتراحم فيما بينهم بشتى صورة ، ومنها مساعدة المسن في شيخوخته وقضاء حوائجه المادية منها والمعنوية .

وذكرت النصوص مجتمع المؤمنين المتكافلين في تحقيق العدالة الاجتماعية للفئات التي تجهلها ظروف الحياة في أوضاع تعجز فيها عن العيش بمظهر كريم ، يحفظ لها إنسانيتها الكريمة بلا مهانة ولا تعاسة ولا شفعاء⁽⁶⁾ .

ثانياً: حق المسنين في الرعاية الأسرية في المواثيق الدولية:

جاءت المواثيق الدولية موافقة لما ورد في الشريعة الإسلامية من تأكيد على توفير حق المسن في مجال حماية رعاية الأسرة، إلا أنها خالفت الشريعة الإسلامية في صياغة بعض المفاهيم المتعلقة بهذا الحق؛ لأنها جاءت وفق المعايير الغربية التي

1 - شلتوت ، محمود ، الإسلام عقيدة وشريعة ، دار الشروق ، الطبعة الثانية عشر ، 1983 م ، 435 .

السباعي ، مصطفى ، الفقر الجوع الحرمان (مشكلات وحلول) ، 154 .

2 - الإنسان: 8-9.

3 - ابن العربي: محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، 353/4، قطب: سيد، الظلال، المجلد السادس، 3781/29.

4 - الماعون: 1-3.

5 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ، 211/20.

6 - السباعي: مصطفى، الفقر الجوع الحرمان(مشكلات وحلول)، دار الوراق، الطبعة الأولى، 1985م، 98.

صاغت تلك الحقوق وفق الرؤية الغربية التي تتناسب مع ثقافة تلك المجتمعات، وهذا يقتضى منا كمجتمعات إسلامية وكأعضاء في المجتمع الدولي ضرورة التمسك بالنصوص الدولية التي تؤكد على احترام الخصوصية الثقافية والحضارية للمجتمعات وفق منظور وثقافة كل مجتمع ومنها التوصيتين (25) و(29)⁽¹⁾ من توصيات خطة عمل فيينا الدولية للشيخوخة، والتي توصي بتوفير كل الجهود اللازمة لدعم وحماية وتعزيز الأسرة ومساعدتها، وفقاً لنظام القيم الثقافية في كل مجتمع، وذلك من خلال طرح النموذج الإسلامي الذي يتوافق مع ثقافتنا وخصوصيتنا الحضارية، ويقوم على أساس من العقيدة ولا يتوقف عند الجوانب المادية النفعية كما درجت على ذلك الأنظمة الوضعية وإنما يتعدى إلى الجوانب الروحية والمعنوية والنفسية التي تحقق للمسئ السعادة في الدنيا والآخرة.

وقد ثبت الحق في حماية الأسرة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة (16) فقرة(3) والتي تنص على أن الأسرة هي الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة⁽²⁾، جاء النص عاماً ولم يختص بفئة عمرية معينة، ولم يحدد آلية تلك الحماية وضماناتها.

وجاء في المادة (23) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بأن الأسرة هي الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة، وهذا ما أكده العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، حيث تقر الدول الأطراف في هذا العهد في المادة (10) فقرة (1) بوجود منح الأسرة التي تشكل الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، أكبر قدر ممكن من الحماية والمساعدة⁽³⁾.

وحماية الأسرة وأعضائها مكفولة أيضاً، على نحو مباشر أو غير مباشر، في أحكام أخرى من العهدين الدوليين، مع التأكيد على حظر التدخل التعسفي أو غير المشروع في شؤون الأسرة في عدة نصوص أخرى⁽⁴⁾، وتلاحظ اللجنة المعنية

¹ - مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، موقع دائم على الانترنت،

www.umn.edu/humanrts/arabic

² - عكاوي : ديب، دليل حقوق الانسان، مؤسسة الاسوار عكا، 1997م، 121.

³ - مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، من منشورات الأمم المتحدة، مكتبة حقوق الانسان، جامعة

منيسوتا، دائم على الانترنت www.umn.edu/humanrts/arabic.

⁴ - البدارين، فالج، حقوق الانسان في الدستور في الشريعة والشرعية الدولية، دار الاخوة للنشر،

بالحقوق المدنية والسياسية في الدورة التاسعة والثلاثون (1990م) أن مفهوم الأسرة قد يختلف في بعض الجوانب من دولة إلى أخرى ، بل ومن منطقة إلى أخرى في نفس الدولة، ومن ثم يتعذر إعطاء تعريف موحد لهذا المفهوم ، ومع ذلك تشدد اللجنة على أنه إذا ما اعتبرت مجموعة من الأشخاص وفقاً للتشريع والممارسة في دولة ما بمثابة أسرة، فينبغي أن تتمتع بالحماية المنصوص عليها في المادة (23)⁽¹⁾.

وتضيف اللجنة المذكورة على أنه ينبغي أن تعرض الدول الأطراف في تقاريرها التفسير أو التعريف الذي أعطى لمفهوم الأسرة ولنطاقها في مجتمعها وفي نظامها القانوني، وإذا وجدت مفاهيم متعددة كالأسرة "النواة" والأسرة " الموسعة" ، فينبغي الإشارة إلى ذلك مع تفسير لدرجة الحماية التي تسبغ على هذه وتلك؛ ونظراً لوجود أنواع مختلفة من الأسر، - وفق النمط الغربي- كالرفيقيين غير المتزوجين وأولادهما أو كالأب أو الأم المنفردين وأولادهما ، فينبغي للدول الأطراف أن توضح أيضاً ما إذا كان القانون والممارسة الوطنيان يعترفان بهذه الأنواع من الأسر وأعضائها ويحميها وإلى أي مدى⁽²⁾.

وهذا يستوجب منا كدول عالم إسلامي التمسك بمفهوم الأسرة وفق الرؤية الإسلامية التي تتفق مع الفطرة السليمة، وعدم الاستجابة للدعوات المعرضة التي تدعو إلى تغيير الأدوار النمطية للأسرة المسلمة وفق الرؤية الغربية التي تتناسب وتتفق إلى حد ما مع ثقافة تلك المجتمعات، إلا أنها لا تتفق بأية حال مع رؤيتنا وثقافتنا كأمة إسلامية ذات رسالة خالدة ، جاءت لخير الأسرة الإنسانية بصرف النظر عن اللون أو الجنس أو الدين أو الفئة العمرية.

ويقضي العهد من الدول الأطراف ، لضمان الحماية المنصوص عليها في المادة (23) أن تعتمد تدابير تشريعية أو إدارية أو غيرها من التدابير، وينبغي للدول الأطراف أن توفر معلومات تفصيلية عن طبيعة هذه التدابير وعن الوسائل المستخدمة لتأمين تنفيذها الفعلي، وبما أن العهد في الحقيقة يعترف أيضاً للأسرة بحقها في أن يحميها المجتمع، فينبغي للدول الأطراف أن تشير في تقاريرها إلى كيفية منح الحماية الضرورية للأسرة من جانب الدولة وغيرها من المؤسسات الاجتماعية، وما إذا كانت الدولة تشجع أنشطة

1 - مجموعة صكوك دولية ، المجلد الأول، من منشورات الأمم المتحدة ، مكتبة حقوق الانسان، جامعة

منيسوتا، دائم على الانترنت www.umn.edu/humanrts/arabic

2 - المرجع السابق نفسه.

هذه المؤسسات بالوسائل المالية أو غيرها، وإلى أي مدى ، وكيف تكفل تمشي الأنشطة المذكورة مع العهد (1).

وجاء في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة (10) من العهد المتعلقة بحماية الأسرة ، " يعامل جميع المحرومين من حريتهم معاملة إنسانية ، تحترم الكرامة الأصلية في الشخص الإنساني " (2).

وحيث جاءت النصوص عامة مما يجعلها شاملة للمسنن وغيره وينبغي للدول الأطراف أن تبذل على أساس الفقرة (1) من المادة (10) من العهد والتوصيتين (25) و(29) من توصيات خطة فيينا الدولية للشيخوخة ، كل الجهود اللازمة لدعم وحماية تعزيز الأسرة ولمساعدتها، وفقاً لنظام القيم الثقافية في كل مجتمع، على تلبية احتياجات أفرادها المسنين الذين تعولهم، وتشجع التوصية 29 الحكومات والمنظمات غير الحكومية على إنشاء إدارات اجتماعية لدعم الأسرة بأكملها عندما تؤدي مسنين في مسكنها ، وعلى تنفيذ تدابير توجه بصفة خاصة لصالح الأسر ذات الدخل المنخفض التي ترغب في رعاية المسنين منها المسكن، وينبغي تقديم المساعدة أيضاً إلى الأشخاص الذين يعيشون وحدهم، أو إلى الأزواج المسنين الذين يرغبون في البقاء في المنزل، وأوصت تقارير الأمم المتحدة بالإقلال كلما أمكن من إنشاء دور المسنين وفي التوسع في أداء الخدمات المنزلية للمسنين، وأن تقتصر الرعاية في دور المسنين على الحالات التي تقتضي أوضاعهم الصحية أن يكونوا تحت المراقبة الدائمة(3).

وجاء في الميثاق العربي لحقوق الإنسان بالصيغة المرفقة (4) في المادة (33) أن الأسرة هي الوحدة الطبيعية والأساسية للمجتمع، كما تكفل الدولة والمجتمع حماية الأسرة وتقوية أواصرها وحماية الأفراد داخلها ، وحظر مختلف أشكال العنف وإساءة المعاملة بين أعضائها ، وبخاصة ضد المرأة والطفل ، كما تكفل للأئمة والطفولة والشيخوخة وذوي الاحتياجات الخاصة الحماية والرعاية اللازمين ، وتكفل أيضاً للناشئين والشباب أكبر فرص التنمية البدنية والعقلية(5).

1 - المرجع السابق نفسه.

2 - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية ، مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول ، من منشورات الأمم المتحدة.

3 - الطحان: خالد، رعاية المسنين في المجتمعات المعاصرة في ضوء خصائصهم الشخصية (قضايا واتجاهات) من سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية(18)، 213.

4 - مجموعة صكوك دولية ، المجلد الأول، من منشورات الأمم المتحدة ، مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، دائم على الانترنت www.umn.edu/humanrts/arabic

5 - البدارين: فالج ، حقوق الإنسان في الدستور ، 46.

ولم يتناول الميثاق العربي لحقوق الإنسان بالتفصيل الكافي الذي يعبر عن ثقافتنا وخصوصيتنا الحضارية، واكتفى في الغالب بتكرار ما جاء في الوثائق العالمية. وهذا نفس اتجاه الميثاق الأفريقي وهذا نفس ما جاء في المادة (18) منه ، والتي جاءت تكراراً لما جاءت به المواثيق الدولية دون إضافة جديد⁽¹⁾.

المطلب الثاني

حق المسنين في الرعاية الصحية في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية

أولاً: حق المسن في الرعاية الصحية في الشريعة الإسلامية : من حق المسن التمتع بالرعاية الصحية ، و تتطلب الحاجات الصحية للمسنين نموذجاً للرعاية ذا طابع خاص يعرف باسم الرعاية المستمرة، والتي تركز على الوقاية والعلاج والتأهيل⁽²⁾، وقد دعا الإسلام إلى التداوي من الأمراض التي تصيب الإنسان ، وكثيراً ما يصاب المسن ببعض الأمراض التي تتطلب زيارات للأطباء وشراء للأدوية ، وقد حث الشرع الحكيم على التداوي من كل مرض ، وفي هذا ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم : ((ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء))⁽³⁾.

وجاء الأعراب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا: يا رسول أنتداوي ؟ فقال: نعم يا عباد الله تداووا، فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له شفاء غير داء واحد ، قالوا : ما هو قال: الهرم⁽⁴⁾.

وقد راعى الإسلام حالة المسنين فخفف عليهم في العبادات مثل:

- في الصلاة: إن عجز المسن عن أدائها بصورتها الكاملة شرع له أن يؤديها حسب استطاعته ؛ فيمكنه أن يجلس ويصلي دون قيام فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم

1 - مجموعة صكوك دولية، من منشورات الأمم المتحدة ، 1993م، جنيف، البدارين: فالج ، حقوق الإنسان في الدستور، 46.

2 - فهمي ، محمد سيد ، الرعاية الاجتماعية لكبار السن ، دار المعرفة الجامعية ، 1995م، 145، الهاشمي: مبارك سيف، العمري: عبد المنعم حسين، حقوق الإنسان في الإسلام، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، 2006م، 167.

3 - مسلم ، صحيح مسلم، كتاب السلام، باب لكل داء دواء واستحباب التداوي، 2204، 1729/3،

4 - الترمذي ، أبو عيسى بن محمد بن عيسى السلمي ، الجامع الصحيح ، سنن الترمذي ، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، كتاب الطب، باب ما جاء في الدواء والحث عليه، وإسناده صحيح، 2039.

لعمران بن حصين رضي الله عنه: ((صل قائماً؛ فإن لم تستطع فقاعداً؛ فإن لم تستطع فعلى جنب)) (1).

- وفي الصوم : إذا عجز المسن عن الصوم فإن له أن يفطر ويفدي عن كل يوم أفطره بإطعام مسكين لقوله تعالى : ((وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مَسْكِينٍ)) (2). والمسن إذا مات ولم يصم رمضان لعجزه من صيامه يقوم أبناؤه أو أولياؤه بالصوم عنه، بدليل حديث ابن عباس رضي الله عنه قال: جاءت امرأة إلى رسول اله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول إن أُمي ماتت، وعليها صوم نذر، أفصوم عنها؟ قال : ((أرأيت لو كان علي أمك دين ففضيته أكان يؤدي ذلك عنها؟ قالت : نعم ، قال: فصومي عن أمك)) (3).

- وفي الحج : أجاز الإسلام للمسن النيابة في الحج ولا يلزم النائب في الحج ابناً أو ابنة للمسن، إذ يجوز إنابة الشخص الأجنبي بشرط أن يكون قد حج عن نفسه قبل ذلك وينبغي على ذلك ضرورة التخفيف على المسنين في سائر الأعمال التي تتطلب جهداً بدنياً (4).

والرعاية الصحية للمسنين يمكن أن تقدم من خلال مستويين:

1- الرعاية الصحية الأولية: والمتمثلة في حصول المسنين على نصيب عادل من الخدمات الصحية بما يتناسب مع احتياجاتهم.

2- خدمات طب الشيخوخة : وهي الخدمات تضم طاقماً متعدد الاختصاصات، ومنهم الطبيب والممرضة والاختصاصي والاجتماعي والنفسي وغيرهم، ولا بد من وجود أقسام أو مستشفيات وقفاً على أمراض الشيخوخة ، والعناية الصحية بالمسنين ليست محصورة في مستشفى أو عيادة ، بل في نظام يمتد إلى المنزل والمؤسسات والمجتمع.

وقد لا يحتاج بعض المسنين إلى رعاية خاصة ، ويستطيعون العناية بأنفسهم ، ويملكون زمام أنفسهم واستقلالهم أما من تستدعي حالتهم تقديم هذه العناية ، فيجب أن تكون في جميع مجالاتها بدنياً واجتماعياً ونفسياً.

وفي مجال السكن : توفير الأمان بمكان الإقامة من حيث الكهرباء والأسلاك الكهربائية، وتأمين الغاز، ومعالجة أرضية الحمام والبانيو، بما يمنع من انزلاقهم وسقوطهم، ونصحهم بالامتناع عن التدخين ، فإن تعذر عليهم ذلك، فعليهم عدم

1 - البخاري ، الصحيح، كتاب تقصير الصلاة، باب إذا لم يطق قاعداً صلى على جنب، 1066، 376/1.

2 - البقرة: 184.

3 - مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الصيام، باب قضاء الصيام عن الميت، 1945، حديث مرفوع.

4 - غنيم: عادل رشيد، معالجة الإسلام لمشكلات المسنين ، ضمن مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 47، السنة 12، ربيع الآخر- جمادي الآخرة، 1421هـ، 196.

التدخين في الفراش..، حيث قد يستسلم البعض للنوم ومعه سيجارة مشتعلة، مما قد تتسبب في حدوث حريق لا تحمد عاقبته.

وفي مجال النشاط الاجتماعي:

1- من الأهمية بمكان العمل على استمرار المسن متحركاً بقدر الإمكان مزاوياً أي نشاط مناسب، مشاركاً في الحياة والعطاء ، مثبتاً ذاته ، وأنه مرغوب فيه، وفي خبراته وعطائه، وإظهار الوفاء والاحترام له، وتشجيعه على ممارسة نشاطاته وخبراته أن يشعر أنه مازال قادراً على العطاء .

2- ينبغي أن نعمل على تشجيعه على مقابلة الأفراد والزملاء ، والقيام بالرحلات غير المرهقة إذا تيسر وسمحت الظروف، وحضور الندوات والمشاركة فيها، وخاصة في موضوعات الساعة ، والندوات الثقافية والعلمية والدينية.

3- إقامة جمعيات يشمل نشاطها الاهتمامات التي تلائم كل متقدم في السن.

ثانياً: حق المسن في الرعاية الصحية في المواثيق الدولية : جاء في المادة (12) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، إقرار الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه ، مع تحديد التدابير التي يتعين على الدول الأطراف في العهد اتخاذها لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق، مع تحسين جميع جوانب الصحة البيئية والصناعية ، والوقاية من الأمراض البوائية والمهنية والأمراض الأخرى وعلاجها ومكافحتها ، وتهيئة ظروف من شأنها تأمين الخدمات الطبية والعناية الطبية للجميع في حالة المرض⁽¹⁾.

وينبغي للدول الأطراف بهدف إعمال حق كبار السن في التمتع بمستوى مُرضٍ من الصحة البدنية والعقلية، وفقاً للفقرة(1) من المادة (12) من العهد، وأن تأخذ في الاعتبار مضمون التوصيات (1-17) من خطة عمل فيينا الدولية للشيخوخة، التي تركز بشكل كامل على تقديم مبادئ توجيهية بشأن السياسة الصحية للمحافظة على صحة المسنين، وتستند إلى نظرة شاملة تتراوح بين الوقاية وإعادة التأهيل ورعاية المرضى في نهاية العمر، نتيجة تزايد عدد الأمراض المزمنة والمنتكسة ، وارتفاع تكاليف العلاج في المستشفيات التي تتطلبها هذه الأمراض ، والتي لا يمكن معالجتها بالوسائل العلاجية فقط، وينبغي للدول الأطراف أن تأخذ في الاعتبار أن المحافظة على الصحة في العمر المتقدم تتطلب استثمارات طوال فترة الحياة،

¹ -يجيسون ، جون ، معجم قانون حقوق الانسان العالمي ، ترجمة سمير عزت نصار ،مراجعة : فاروق منصور ،دار النسر للنشر ، 1996 م ، 17.

وبصفة أساسية من خلال اعتماد أساليب حياة صحية، من ناحية الغذاء والتدريبات البدنية وعدم التدخين أو تناول المشروبات الكحولية وغيرها، وتلعب الوقاية من خلال عمليات الفحص المنتظمة التي تناسب احتياجات المسنين دوراً حاسماً، مثلما تفعل عملية إعادة التأهيل من خلال المحافظة على القدرات الوظيفية للمسنين ، مما يؤدي إلى انخفاض تكاليف الاستثمارات في مجال الرعاية الصحية والخدمات الاجتماعية⁽¹⁾.

وورد في مبادئ حماية الأشخاص المصابين بمرض عقلي وتحسين العناية بالصحة العقلية⁽²⁾ إلى دور المجتمع المحلي والثقافة في العناية الصحية ، حيث ورد في المبدأ (7) منه على أن لكل مريض الحق في أن يعالج وأن يعتني به قدر الإمكان في المجتمع المحلي الذي يعيش فيه، وحينما يجري العلاج في مصحة للأمراض العقلية يكون من حق المريض أن يعالج بالقرب من منزله أو منزل أقربائه أو أصدقائه متى أمكن ذلك، وأن يعود إلى مجتمعه المحلي في أقرب وقت ممكن. ولكل مريض الحق في علاج يناسب خلفيته الثقافية، بحيث يكفل له الاحترام الكامل، وقد أوصت تقارير الأمم المتحدة بالإقلال كلما أمكن ذلك من إنشاء دور المسنين وفي التوسع في توفير الخدمات المنزلية للمسنين ، وأن تقتصر الرعاية في دور المسنين على الحالات التي تقتضي أوضاعهم الصحية أن يكونوا تحت المراقبة الدائمة⁽³⁾.

وأرى أن ما توصلت إليه المواثيق الدولية والنظم المعاصرة في الرعاية الصحية ، قد أقره الإسلام على أفضل صورة وأوفى مضمون ، فقد كفل الإسلام للمسن حق التمتع بالرعاية الصحية في جميع أحواله كجزء من عقيدته وشريعته، كما ألزم الدولة بضمان تنفيذ ذلك المبدأ ، حيث ينبثق حق المسن في الرعاية الصحية عن حق الحياة الذي أقرته المواثيق الدولية وقانون حقوق الإنسان، وقد أفاض التشريع الإسلامي بالأحكام المتفرعة عنه في جوانبه المختلفة الجسمية والنفسية والروحية.

1 - مجموعة صكوك دولية، من منشورات الأمم المتحدة 1993م، نيويورك، و مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، موقع دائم على الانترنت. www.umn.edu/humanrts/arabic
2 - مبادئ حماية الأشخاص المصابين بمرض عقلي وتحسين العناية بالصحة العقلية اعتمدت ونشرت على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم:19، المؤرخ في 17 كانون الأول/ ديسمبر 1991م.
3 - الطحان: خالد، نظرة مستقبلية حول رعاية المسنين في ضوء خصائصهم النفسية، من سلسلة الدراسات الاجتماعية والعملية(18)، 213.

المطلب الثالث

حق المسن في التعليم في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية
أولاً: حق المسن في التعليم في الشريعة الإسلامية: دعا الإسلام إلى العلم وحث على الاستمرار فيه والاستزادة منه، ولم يجعل له حد ينته عنده، ولم يقصره على سن معين، ورفع من قدر العلم والعلماء إلى أعلى الدرجات (1).

والإسلام أول مذهب في التاريخ قال بالزامية التعليم، وكانت أولى الآيات التي نزل بها الوحي تدعو إلى العلم وتحارب الأمية وتوصي بتعليم الكتابة، قال تعالى: ((اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ (2) اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ (3) الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ (4) عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ)) (2).

ووجه الدلالة: أمر بالعلم والتعلم باعتباره نعمة من الله عظيمة لولا ذلك لم يتم ولم يصلح عيش (3).

وقال النبي صلى الله عليه وسلم: ((طلب العلم فريضة على كل مسلم)) (4).
ووجد الدلالة: النص عام في الأشخاص وفي كل علم وهو يدل على وجوب النظر (5) مما يعني إلزامية التعليم دون تفریق أو تمييز بين كبير و صغير.
ويرتبط حق المسن في حرية التعليم والثقافة ارتباطاً وثيقاً بحرية الفكر والرأي والاعتقاد ونقل الأفكار والمبادئ السياسية والعقائدية والفلسفية ومنهج الحياة، وما يتفرع عنها من حريات وحقوق، والتي تعني حق الفرد أن يلحق العلم بالآخرين، وحقه أن يتلقى قدراً من التعليم، وحقه أن يختار من المعلمين من يشاء، وهذا يعتبر مظهراً لحرية الرأي وتبادل الأفكار، ويعد التعليم إحدى صور التقارب بين الدول والشعوب عن طريق تبادل المعلومات والخبرات والدراسات العلمية والثقافية (6).

1 - غوشة: عبدالله، رعاية الإسلام للقيم والمعاني الإنسانية في الدولة الإسلامية، المؤتمر السادس لمجمع البحوث الإسلامي في الأزهر، 1971م، 197.

2 - العلق: 1-5.

3 - ابن جرير، تفسير الطبري، 251/30.

4 - الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، كتاب العلم، باب في طلب العلم، 119/1، وقال عنه إسناده ضعف.

5 - الأمدي: علي بن محمد، الأحكام في أصول الأحكام، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 2010م، 236/4.

6 - بدوي، ثروت، النظرية العامة للنظم السياسية، دار النهضة العربية، 1964م، 181، ربيع: منيب محمد، ضمانات الحرية في النظام الإسلامي، الأزهر الشريف، 1983م، 40.

والتعبير عن الرأي من أهم حقوق الإنسان في الإسلام، بل أنه واجب على كل مسلم في كل ما يمس الأخلاق والمصالح العامة والنظام العام، والتفكير هو بداية الطريق للدعوة إلى التعبير وإبداء الرأي بهدف تحقيق الخير والرشاد⁽¹⁾. قال تعالى: ((كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْرًا لَهُمْ مِنْهُمُ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ))⁽²⁾.

ووجه الدلالة: الخيرية لهذه الأمة مرتبطة بمقدار الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والذي يرتبط بالإيمان بالله⁽³⁾، وهذا يتوصل إليه من خلال التعلم والتعليم. والهدف من التعليم في الإسلام ليس مجرد نقل المعرفة وإنما صناعة نموذج بشري وأمة حاملين رسالة في هذا الوجود هي رسالة الإسلام التحريرية في مرحلة مواجهة التحديات من خلال تيسير التعليم للجميع بدون إقصاء لمتعلم أو معلم⁽⁴⁾، وعلى الدولة الإسلامية أن تعمل جاهدة على نشر علوم الدين والدنيا ورفيها والقيام بمهمة التعليم بمختلف مراحلها وتيسير وسائل الثقافة لجميع أفراد الشعب، وذلك ليعلم كل مسلم حقيقة الإسلام وجوهره وللانفتاح بعلمو الدنيا المتنوعة من طب وزراعة وصناعة وغيرها من العلوم التي تساهم في التطور والازدهار الحضاري⁽⁵⁾. والتعليم والتدريب الموجه للمسنين يهدف إلى تحسين مستواهم المهني كوسيلة لتحسين المجتمع ورفع مستواه، بهدف تحسين وتطوير التعليم بما يتواءم ومتطلباتها الآنية والمستقبلية.

ويشير المهتمون بشؤون المسنين إلى المبدأ الذي ارتفع بين رجال التربية عن "التعليم مدى الحياة"، وأهمية ذلك للمسنين فقد ارتبط التعليم في معظم الدول وخاصة النامية بمتطلبات العمل، وبالتالي لما كان هناك ارتباط بين المسنين والتقاعد، فقد أغفلت المجتمعات توفير فرص التعليم للمسنين، وبرز خلال العشرين سنة الأخيرة اتجاه بدأ في فرنسا بإنشاء ما يعرف بجامعات العمر الثالث - والتي يشير بها الفرنسيين إلى مرحلة المسنين - بهدف توسيع آفاق الثقافة إلى الأشخاص المتقاعدين لتجديد معارفهم، وتمكينهم من توسيع

1 - الدقس: كامل سلامة، العلاقات الدولية في الإسلام على ضوء الإعجاز البياني في سورة التوبة، جدة، دار الشروق، 1975م، 565، البياتي: منير حميد، النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدولة القانونية، دار البشير، الطبعة الثانية، 1994م، 131.

2 - آل عمران: 110.

3 - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 508/1.

4 - الزحيلي: وهبة، حق الحرية في العالم، دار الفكر المعاصر، الطبعة الأولى، 2000م، 508/1.

5 - بسبيوني، أسس التنظيم السياسي، الدولة الحكومة الحقوق والحريات العامة، منشأة المعارف، 2000م، 160.

صلااتهم الإنسانية ، وتستخدم تسهيلات وإمكانيات، ويوجد الآن أكثر من مائة جامعة للعمر الثالث، وبجانب الجامعات هناك نماذج لأنشطة ثقافية وترويجية عديدة للمسنين من ضمنها الأندية لشغل وقت الفراغ، وإتاحة الفرص لتعلم الأشغال اليدوية وممارسة الرياضة والاستماع إلى المحاضرات (1).

ثانياً: الحق في التعليم والثقافة في المواثيق الدولية: تؤكد التوصيات الواردة في المبدأ 16 من مبادئ الأمم المتحدة المتعلقة بكبار السن، والتي مؤداها وجوب أن تتاح لكبار السن إمكانية الاستفادة من البرامج التعليمية المناسبة لهم، والحصول على التدريب، ومن ثم ينبغي على أساس إعدادهم وقدراتهم ومدى ما لديهم من حوافز ، أن تتاح لهم فرص الوصول إلى مختلف مستويات التعليم من خلال اعتماد التدابير المناسبة فيما يتعلق بتعليم القراءة والكتابة، والتعليم مدى الحياة والوصول إلى التعليم الجامعي.. الخ (2)

والتوصية 47 من توصيات خطة عمل فيينا الدولية للشيخوخة التي تدعو وفقاً لمفهوم التعليم مدى الحياة الذي أصدرته اليونسكو إلى وضع برامج للمسنين غير رسمية ومعتمدة على المجتمع المحلي وموجهة نحو الترويج، بغية تنمية شعورهم بالاعتماد على الذات وشعور المجتمع المحلي بالمسؤولية ، وينبغي أن تحظى برامج كهذه بتأييد الحكومات الوطنية والمنظمات الدولية (3).

- وفيما يتعلق بالاستفادة من الدراية التقنية والخبرة المتوافرة لكبار السن، على النحو المشار إليه في الجزء من توصيات خطة عمل فيينا الدولية للشيخوخة المتعلق بالتعليم (الفقرات 74-76)، يوجه الانتباه إلى الدور الهام الذي لا يزال المسنون يلعبونه في معظم المجتمعات باعتبارهم ناقلين للمعلومات والمعارف والتقاليد والقيم الروحية، وإلى وجوب عدم فقد هذا العرف، ومن ثم تعلق اللجنة أهمية خاصة على الرسالة الواردة في التوصية 44 من الخطة (4). التي تشير إلى تنمية البرامج التعليمية التي تصور كبار السن بصفة وناقلي المعرفة والثقافة والقيم الروحية.

1 - فؤاد: علي أحمد، الأبعاد الاجتماعية لرعاية المسنين - جوانب من التجربة العالمية، من سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية (18)، في رعاية المسنين في المجتمعات المعاصرة، 196.

2 - خطة فيينا الدولية للشيخوخة ، مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، موقع دائم على الانترنت، www.umn.edu/humanrts/arabic

3 - خطة عمل فيينا الدولية للشيخوخة ، مكتبة حقوق الإنسان ، جامعة منيسوتا، موقع دائم على الانترنت ، www.umn.edu/humanrts/arabic

4 - خطة عمل فيينا الدولية للشيخوخة، مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، موقع دائم على الانترنت ، www.umn.edu/humanrts/arabic

- وتقر الدول الأطراف في الفقرة 1 (أ) و(ب) من العهد بحق الفرد في أن يشارك في الحياة الثقافية وأن يتمتع بفوائد التقدم العلمي وبتطبيقاته، وفي هذا الخصوص تحت اللجنة الدول الأطراف على أن تأخذ في الاعتبار التوصيات الواردة في مبادئ الأمم المتحدة المتعلقة بكبار السن، وبوجه خاص المبدأ 7 والذي ينص على أنه ينبغي أن يظل كبار السن مندمجين في المجتمع، وأن يشاركوا بنشاط في صوغ وتنفيذ السياسات التي تؤثر مباشرة في رفاههم، وأن يقدموا إلى الأجيال الشابة معارفهم ومهاراتهم، والمبدأ (16) والذي ينص على أنه تتاح لكبار السن إمكانية الاستفادة من موارد المجتمع التعليمية والثقافية والروحية والترويحية⁽¹⁾.

- وبالمثل فإن التوصية 48 من التوصيات خطة عمل فيينا الدولية للشيخوخة، تشجع الحكومات والمنظمات الدولية على دعم البرامج الرامية إلى تسهيل وصول المسنين إلى المؤسسات الثقافية (كالمتاحف والمسارح ودور الموسيقى ودور السينما وهلم جرا).

- وتركز التوصية 50 على ضرورة أن تبذل الحكومات والمنظمات غير الحكومية والمسنون أنفسهم الجهود للتغلب على تصوير المسنين في قوالب على أنهم مصابون دائما بعاهات بدنية ونفسانية، وأنهم عاجزون عن التصرف على نحو مستقل، وأن لا دور ولا مركز لهم في المجتمع، وهذه الجهود التي ينبغي لوسائل الإعلام والمؤسسات التربوية أن تشارك فيها أيضا، ضرورية لتحقيق مجتمع يدافع عن الاندماج الكامل للمسنين فيه.

- وفيما يتعلق بالحق في التمتع بفوائد التقدم العلمي وبتطبيقاته، ينبغي للدول الأطراف أن تأخذ في الحسبان التوصيات 60 و61 و62 من توصيات خطة عمل فيينا الدولية للشيخوخة، وأن تبذل جهودها لتعزيز البحوث المتعلقة بالجوانب البيولوجية والعقلية والاجتماعية للشيخوخة، وبوسائل المحافظة على القدرات الوظيفية للمسنين ومنع أو أرجاء بدء الأمراض المزمنة وصنوف العجز، وفي هذا الخصوص يوصي بوجود قيام الدول والمنظمات الحكومية الدولية والمنظمات غير الحكومية بإنشاء مؤسسات متخصصة في تدريس على الشيخوخة والطب النفسي للشيخوخة في البلدان التي لا توجد فيها مؤسسات من هذا القبيل⁽²⁾.

- وعلى الصعيد العربي اقتصر المشروع العربي لحقوق الإنسان على حق التعليم في المادة (26) وجاء التفصيل على هذا الحق في الميثاق العربي لحقوق الإنسان بالصيغة

1 - مجموعة صكوك دولية، من منشورات الأمم المتحدة، جنيف، 1993م.

2 - مجموعة صكوك دولية، من منشورات الأمم المتحدة، جنيف، 1993م، خطة عمل فيينا الدولية للشيخوخة، مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، موقع دائم على الانترنت،

المرفقة (41) وجوب التزام الدولة بتوفير الحق في التعليم وضمان وسائله، ووضع الآليات الكفيلة بتحقيق التعلم المستمر مدى الحياة لكل المواطنين، ووضع خطة وطنية لتعليم الكبار (1).

ونرى بأن هناك اختلاف بين حرية التعليم والثقافة في المواثيق، عنه في النظام الإسلامي، حيث أن التعليم والثقافة في المواثيق الدولية تعتبر حقوقاً خاصة وليست فريضة عامة، وقد جاء التعبير عن هذا الحق الخاص بصيغة سلبية لا بصيغة إيجابية، فلا يجوز أن يرفض حق أحد في التعلم، ولكل إنسان أن يتنازل عن حقه الخاص وتنازله لا يشكل جرماً، لأنه لا يمس غير شخصه، وفي ذلك إضعاف لهذا الحق الذي هو ضرورة أساسية لحياة الإنسان وهبوط به إلى مستوى الوصايا من غير ضمان للتنفيذ (2).

وفي المقابل نجد هذه الحقوق فريضة إجبارية عامة، لا يجوز التنازل عنها وبناء عليه فهي ليست مجرد حقوق، وإنما ضرورات إنسانية واجبة، تقع على عاتق الفرد والمجتمع، وهي فريضة حيوية عامة وليست حقوقاً خاصة، وبالتالي فهي تتمتع في الإسلام بضمانات جزائية وليست مجرد توصيات أو أحكام أدبية لا ضامن لها، كما هو الأمر في المواثيق الدولية وبالنتيجة فإن للسلطة العامة في الإسلام حق الإجبار على تنفيذ هذه الفريضة، خلافاً لمفهوم هذه الحقوق في المواثيق الدولية التي تعتبرها حقاً شخصياً يسقط بالإسقاط، مما لا يمكن الإجبار عليه إذا تنازل عنه صاحبه (3).

المطلب الرابع

حق المسن في الضمان الاجتماعي في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية

أولاً: حق المسنين في الضمان الاجتماعي في الشريعة الإسلامية: اعترف الإسلام بكرامة الإنسان، وكفل له في أطواره وأحواله حياة بعيدة عن الأخطار محاطة بالرعاية والعناية، وخصوصاً في وقت الكبر والضعف وهو وقت الحاجة في الغالب، بينما لم تتضمن مواثيق وقوانين حقوق الإنسان مفهوم الضمان إلا في وقت

1 - شهاب: مفيد مشروع الميثاق العربي لحقوق الإنسان في ضوء العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، من حقوق الإنسان دراسات حول الوثائق العالمية والأقليمية، 29، فضل الله: علي سليمان، ماهية الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان، من حقوق الإنسان دراسات حول الوثائق العالمية والأقليمية، 393.

2 - حقوق الإنسان الثقافية في الإسلام، دار الكتاب اللبناني، 1974م، ندوة الفاتكان، 179.

3 - الغنوشي: راشد، الحريات العامة في الدولة الإسلامية، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، 1993م، 42، حقوق الإنسان الثقافية في الإسلام، دار الكتاب اللبناني، ندوة الاتكان، 1974م، 95.

متأخر وكان ثمرة ضغوط أكثر منها اعتراف بكرامة الإنسان، وجاءت الإعلانات المعاصرة متأخرة جداً في الفكر والممارسة عن الإسلام⁽¹⁾. وقد تفرد الإسلام في التصور والتطبيق لمفهوم الضمان الاجتماعي من حيث ارتباط تلك الحقوق بتكريم الله تعالى للإنسان باستخلافه له، ومن حيث مؤسسات هذا الضمان لتشمل الأسرة، الجوار، الحي، المجتمع، والدولة، حيث تقوم فكرة الضمان الاجتماعي في الإسلام على بناء فكري متكامل له أساسه من العقيدة ومن المنظومة الأخلاقية الإسلامية، التي تأتي حصول وضع اجتماعي تتغول فيه الدولة، ويتضائل الفرد والمجتمع تجاهها فيرتبط مصير المجتمع كله بها، ولذلك حرص الإسلام على تحقيق قدر كبير من الاستقلال للفرد والمجتمع عن السلطة وذلك من خلال تكريم الإلهي للإنسان بما يكسبه حقوقاً ويفرض عليه واجبات لا سلطان لأحد غير الله عليها، ومن خلال حرصه على إقامة المؤسسات الشعبية المستقلة عن السلطة كالأسرة والقبيلة وأهل الحي ومؤسسة التعليم وأنواع كثيرة من المؤسسات الاجتماعية الشعبية⁽²⁾، التي تعترف بشخصية الفرد وحقه وكرامته وتوجب العمل بمبدأ التضامن والتكافل الذي يركز على أسس إنسانية وأخلاقية رفيعة⁽³⁾، التي تعترف بشخصية الفرد وحقه وكرامته وتوجب العمل بمبدأ العدالة الاجتماعية، بحيث تصبح عدالة إنسانية شاملة لكل مقومات الحياة الإنسانية وقاسماً مشتركاً لا تقف عند حدود الماديات الاقتصادية الضيقة.

الضمان الاجتماعي في المفهوم المعاصر: مصطلح عرف في الربع الثاني من القرن العشرين وقد أحلته الدول محل الرعاية الاجتماعية أو بعض أنواع منها، وقد توسع معناها حتى شمل التزام الدولة نحو الأفراد بمساعدتهم وتأمين العمل الكريم لهم وتوفير العناية الطبية وتعويض المصابين في العمل وإعطاء الرواتب التقاعدية لمن عجز عن العمل أو بلغ سنّاً معينة، وإعطاء رواتب لورثة المتوفى⁽⁴⁾.

وقصر مفهوم الضمان الاجتماعي في العصر الحديث على تحقيق المطالب المعاشية المادية للفئات المحرومة من الغذاء والكساء والسكن وما أشبهها، أما الإسلام فلم يجعله مقصوراً على ذلك، بل جعله شاملاً للحقوق الخمسة في النواحي الحياة المادية والمعنوية وقاسماً مشتركاً بين بني الإنسان، ولم يكن تقرير هذا الحق وليد تجارب بشرية فرضته فرضاً، كما هو الشأن في

¹ - الغنوشي، الحريات العامة، 64، العمري: مبارك الهاشمي عبدالمنعم، حقوق الإنسان في الإسلام، 177.

² - الغنوشي: راشد، الحريات العامة، 66، عثمان: محمد فتحي، حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون والفكر القانوني العربي، دار الشروق، الطبعة الأولى، 1982م، 156.

³ - الدريني: فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، دار البشير، الطبعة الأولى، 1997م، 321.

⁴ - الخياط: عبد العزيز، الضمان والتكافل، من ندوة التنمية من منظور إسلامي، عقدت في عمان 1991م، بالتعاون مع المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية، 26.

نظم الضمان الاجتماعي التي تسود العالم الحديث⁽¹⁾، حيث يعتبر مبدأ التكافل الأساس الأول للضمان الاجتماعي الذي فرضه الإسلام وجعل تحقيقه واجباً دينياً للفرد وواجباً جماعياً للمجتمع .

والتكافل الاجتماعي في النظام الإسلامي يشمل نظام التأمين الاجتماعي والضمان الاجتماعي مجتمعين، والفرق بين التأمين والضمان أن كل فرد في التأمين يؤدي قسطاً من دخله في نظير تأمينه عند عجزه الدائم أو المؤقت، أما في الضمان فالدولة هي التي تقوم بها من ميزانيتها العامة بدون أن يشترك أفراد المجتمع بأداء قسط معين⁽²⁾.

والتأمين الاجتماعي: وسائله رعاية الأفراد وكفالة معيشتهم في حالات الشيخوخة والعجز عن العمل وذلك بتقرير المعاشات لهم وتهيئ العناية الطبية بهم وإنشاء المراكز الطبية، كما تتضمن رعاية ذوي العاهات وإنشاء المعاهد وتأهيلهم عقلياً ومهنياً⁽³⁾.

وتكفل مشاريع الضمان الاجتماعي بأن يكون الحد الأدنى للاستحقاقات كافياً لسد الاحتياجات الأساسية لكبار السن، كما يجب المحافظة على قوتهم الشرائية، واكتشاف الطرق لحماية مدخراتهم ضد آثار التضخم⁽⁴⁾.

- أهمية الحق في الضمان الاجتماعي للمسنين: قيام الدولة بتحقيق الضمان للمسنين مع ازدياد عددهم وفقاً للإحصائيات العالمية، من شأنه أن يضم إلى أفراد المجتمع طاقات بشرية كان من الممكن أن يفقد دورها بافتقار الضمان، مما يهيئ للدولة مورداً بشرية يمكنها الاعتماد عليه في تحقيق التنمية البشرية، ورفع الطاقة الإنتاجية البشرية للأفراد⁽⁵⁾، فلا يجوز أن ينظر إلى المسنين بمعزل عن فئات العمر الأخرى، فالمجتمع ليس إلا مجموعة أفراد فكل ما يقوي شخصية الفرد وينمي مواهبه وطاقاته المادية والمعنوية هو تقوية للمجتمع وترقية له وكل ما يؤثر في المجتمع بصفة عامة يؤثر في أفراد⁽⁶⁾ه كالجيش لا تتم له قوة كاملة إلا إذا كان

¹ - البكري، عبد السلام، المنهاج الإسلامي في التربية على حقوق الإنسان، دار الامان، الطبعة الأولى، 2001م، 101.

² - القرضاوي " يوسف، فقه الزكاة، الجزء الثاني، 880.

³ - العيلي : عبد الحكيم حسن، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1974م، 130.

⁴ - التخطيط الاجتماعي لرصد وتلبية احتياجات كبار السن، مبادئ وموجهات، اصدار المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العمل والشؤون الاجتماعية بدول الخليج، من سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية (38)، 94.

⁵ - عبدالواحد: عطية، السياسة المالية والتنمية الاقتصادية والاجتماعية، 987.

⁶ - القرضاوي " يوسف، فقه الزكاة، الجزء الثاني، 880.

كل فرد فيه قوياً في جسمه ومعنوياته وبمقدار ما تتوفر هذه القوة للأفراد يعتبر المجتمع قوياً بمقدار السعادة لكل فرد فيه يعتبر سعيداً⁽¹⁾.

وقد أدرك الإسلام أن مشكلة الفقر لن يحلها الإحسان الفردي، ولن تتداركها الإجراءات الإصلاحية التي تستهدف تسكين الألام أو تخفيف الحرمان بل لابد من حل جذري، يتمثل في البحث على العمل وإتقانه وزيادة الإنتاج ورفع التنمية الاقتصادية إلى مرتبة العبادة ثم يأتي ما تقرره الدولة عن مؤسسة الزكاة وذلك إذا لم تمكنه ظروفه الخاصة من مرض أو شيخوخة أو تعطل عن العمل⁽²⁾، أما مبدأ الماديين القائلين من لا يعمل لا يأكل مبدأ غير أخلاقي وغير إنساني⁽³⁾.

- مجالات التكافل ووسائله: بين الشرع الإسلامي صور التكافل، وحدد مسؤولية القادرين عليه من أفراد المجتمع، وحق المسن في الضمان الاجتماعي، يتحقق في شريعة الإسلام على مستويات وصور شتى ويتعدى مصلحة الجيل إلى مصلحة الأجيال القادمة⁽⁴⁾، فقد أقام الإسلام المجتمع على أساس من الأخوة والمساواة والعدالة ويبرز إعلان الإسلام لمبدأ التضامن في نصوص كثيرة من القرآن والسنة، قال الله تعالى: ((إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ))⁽⁵⁾.

قال الله تعالى: ((وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ))⁽⁶⁾.

ووجه الدلالة في النصوص: أنها تشير إلى صورة المؤمنين في تعاطفهم وتواصلهم⁽⁷⁾، وذلك عبر إعلان الإخاء بينهم مما يوجب التكافل والتضامن بينهما في المشاعر والأحاسيس وفي المطالب والحاجيات وفي المنازل والكرامات، لا في الطعام والشراب وحاجيات الجسم فحسب بل في كل حاجة من حاجيات الحياة⁽⁸⁾، والشريعة الإسلامية تحمل الفرد المسؤولية في ترك غيره يموت جوعاً، ولا تكاد توجد حالة ضعف أو محنة، يتعرض لها الفرد في المجتمع الإسلامي، إلا يجد توجيهات في الإسلام تدعو إلى مد يد

1 - السباعي: مصطفى، الفقر الجوع لحرمان مشكلات وحلول، 154.

2 - محمد: علي جمعة، أبحاث ندوة الخدمة الاجتماعية، 215.

3 - القرضاوي: يوسف، فقه الزكاة، الجزء الثاني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة والعشرون، 2000م، 560، عثمان: محمد رأفت، الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية في الإسلام، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى، 1973م، 43.

4 - عثمان: محمد فتحي، حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون والفكر القانوني العربي، 156.

5 - الحجرات: 10.

6 - التوبة: 71.

7 - الجصاص، أحكام القرآن، 215/4.

8 - السباعي: مصطفى، الفقر الجوع لحرمان مشكلات وحلول، 154.

المساعدة إليه، أو توجب عليهم هذه المعونة مالا أو نفعاً، أو حتى مواساة وشفقة ورحمة، فكيف بالدولة وهي الأمانة على مقاصد الشريعة الحارسة لأحكامها (1)، وهذا ما تقتقر إليه الأنظمة الوضعية الحالية.

وقد اعتنى الإسلام عناية كبيرة بوسائل التكافل الفردية وجعل بعضها إلزامياً وترك البعض الآخر للتطوع، ولم يكتفِ بها أقام إلى جانبها الوسائل العامة التي جعلها من مسؤولية الدولة ومن واجباتها الاجتماعية (2)، ومن الوسائل الإلزامية التي شرعها الإسلام لتحقيق التكافل ما يلي:

- الزكاة : حيث بدأ الحديث القرآني عنها كصفة للمؤمنين ، قال تعالى : ((إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ)) (3).
ووجه الدلالة في الآية الكريمة : إلى وجوب الزكاة إلى الأصناف المذكورة (4)، وتعتبر الزكاة مؤسسة للأمن الاجتماعي، وأول صور التكافل الاجتماعي ، وأهم مورد لمؤسسة الضمان الاجتماعي في الإسلام (5).

وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((والذي نفس محمد بيده إن على الأرض من مؤمن إلا أنا أولى الناس به فأياكم ما ترك ديناً أو ضياعاً فأنا مولاه وأيكم ترك مالا فإلى العصابة من كان)) (6).
ووجه الدلالة من الحديث : أن النص عام في الحث على تقديم الإعانة والنصرة لكل محتاج (7).

ويضع النص الأساس للتكافل الاجتماعي كحق من حقوق الإنسان، والذي يضع على الدولة مسؤولية ضمان وكفالة المحتاجين وتخصيص مرتبات خاصة للعجزة والمحتاجين العاطلين وذوي العاهات وترتب أرزاقاً مناسبة ومن مات من أهل المعاشات فهي مكلفة برزق زوجته وأولاده(8)، ولهذا قررت الدولة الإسلامية نظام التأمين من بيت المال ضد المرض والفقر والعجز قبل أن تقررره المواثيق الدولية

1 - الزحيلي: وهبة، حق الحرية، 206، عثمان: محمد فتحي، حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون والفكر القانوني العربي، 162.

2- عمارة : محمد، الإسلام و الأمن الاجتماعي ، دار الشروق ، الطبعة الأولى، 1998م ، 5.

3 - التوبة: 60.

4- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المجلد الثاني، 478/2.

5 - عمارة ، محمد ، الإسلام والأمن الاجتماعي ، 55.

6 - مسلم، صحيح مسلم، كتاب الفرائض، باب ما ترك مالا فلورثته، رقم الحديث: 1619، 1237/3.

7 - النووي، شرح النووي على مسلم، 61/11.

8 - الدغمي: محمد أركان، في الإسلام غذاء لكل فم، 89.

وقوانين حقوق الإنسان⁽¹⁾، ومسؤولية الفرد على أخوانه تصل إلى حد مقاضاته إذا فرط ولم يقيم بحاجاتهم مع القدرة⁽²⁾.

- صدقة التطوع : والتي قد حث الله عزوجل على الإنفاق والصدقة وإعانة المحتاج، فالصدقة متروكة لاختيار الأفراد في قدرها، وفيمن توجه إليه المحتاجين، وذلك على خلاف الزكاة التي فرضها الله تعالى في أنواع المال التي حددها الشارع ، وبين نصاب كل نوع ومقدار الزكاة فيه⁽³⁾.

قال تعالى: ((مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً وَاللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْسُطُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ))⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة : فهي تحث على الإنفاق في سبيل الله وإعانة المحتاج⁽⁵⁾. وقال النبي صلى الله عليه وسلم: ((من كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له، ومن كان له فضل من زاد فليعد به على من لا زاد له))⁽⁶⁾.

ووجه الدلالة : الحث على الصدقة والجود والمواساة والإحسان إلى المحتاج⁽⁷⁾.

ويختلف الضمان في النظام الإسلامي عنه في الأنظمة الوضعية بما يلي:

أ- الضمان في الإسلام التزام أساسي يقع على عاتق الدولة، ويساهم في تحقيقه، كافة الجهود سواء الدولة أو المجتمع بدافع العقيدة التي تعتبر الأساس الفكري لنظرية الضمان، أما في الأنظمة غير الإسلامية فيندر أن يقوم بذلك الأفراد طواعية واختياراً لافتقار الباعث.

ب- الضمان في الإسلام له ضوابط فهو لا يشمل إلا غير القادر على العمل والكسب لأسباب خارجة عن إرادته، أما في النظم غير الإسلامية فهو يشمل العاطلين حتى ولو كان لديهم القدرة على الكسب والعمل، أي أنها بطلالة اختيارية إلى حد يصل ببعضهم إلى تفضيل إعانة البطالة على العمل.

ج- الضمان حق لكل فرد ، وليس مجرد إحسان من المجتمع، ولكل فرد مطالبة الدولة به، ويحق لولي الأمر أن يعتمد على وسائل متعددة الإلزامية والطوعية⁽⁸⁾.

1 - الزحيلي: وهبة، حق الحرية، 192، عثمان خليل، وسليمان طماوي، موجز القانون الدستوري، 382.

2 - الغنوشي: راشد، الحريات العامة، 66.

3 - عثمان: محمد فتحي، حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون والفكر القانوني العربي، 162.

4 - البقرة: 245، القرض في اللغة القطع والمعنى من يقطع الله جزءاً من ماله فيضاعف له ثوابه أضعافاً كثيرة، ابن العربي، أحكام القرآن، 1/162.

5 - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المجلد الأول، 390/1.

6 - مسلم، صحيح مسلم، كتاب اللقطة، باب استحباب المواساة بفضول المال، 3/1354/1728.

7 - النووي، شرح النووي على صحيح مسلم، 33/12.

8 - عبدالواحد: عطية، السياسة المالية والتنمية الاقتصادية والاجتماعية، 981.

ثانياً: حق المسن في الضمان في المواثيق الدولية: ثبت الحق في الضمان الاجتماعي في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، حيث ورد في نص المادة (22) على أن لكل شخص بصفته عضواً في المجتمع الحق في الضمانة الاجتماعية وفي أن تحقق بوساطة المجهود القومي والتعاون الدولي وبما يتفق ونظم كل دولة ومواردها الاقتصادية والاجتماعية والتربوية التي لا غنى عنها لكرامته وللنمو الحر لشخصيته، كما ورد في نص المادة (25) لكل شخص الحق في مستوى من المعيشة كاف للمحافظة على الصحة والرفاهية له ولأسرته، ويتضمن ذلك التغذية والملبس والسكن والعناية الطبية، وكذلك الخدمات الاجتماعية اللازمة ، وله الحق في تأمين معيشته في حالات البطالة والمرض والعجز والترمل والشيخوخة وغير ذلك من فقدان وسائل العيش نتيجة لظروف خارجة عن إرادته (1).

ويلاحظ أن مواد الإعلان جميعها تبدأ بكلمة شخص أو كل فرد ولا نكاد نجد سوى مواد محددة جداً تشير إلى الحريات والحقوق الاجتماعية ولكن من زاوية الحريات الفردية، حيث يطغى الأنا في هذا الإعلان على النحن والحرية، بالإضافة إلى أنه ليس لها مقومات تحفظها أو مضمون يجعلها حقيقة ملموسة (2).

وقد ورد الحق في الضمان في العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في المواد (9) و(11) حيث تقرر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل شخص في الضمان الاجتماعي بما في ذلك التأمينات الاجتماعية (3). وقد ورد النص عاماً دون تحديد نوع أو مستوى الحماية التي يتعين ضمانها، ولم يتم النص عليه في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

ومع ذلك يمكن تفسير مصطلح " الضمان الاجتماعي " ليشمل جميع المخاطر المترتبة عن فقد وسائل الإعاشة لأسباب خارجة عن إرادة الشخص، كما عبر عنها الإعلان (4).

وقد تضمنت اتفاقيات وتوصيات منظمة العمل الدولية دائرة واسعة من الحقوق في مجال الضمان الاجتماعي، وقد عرفت منظمة العمل الدولية عام 1952م الضمان الاجتماعي : بأنه الضمان الذي يعطيه المجتمع بواسطة التنظيم الجيد من بعض المخاطر التي يتعرض لها أفراد هذا المجتمع وهذه المخاطر هي طوارئ هامة لا يمكن للفرد بما يملك من وسائل قليلة أن يرفعها أو يتنبأ بها، وقد تبنى مؤتمر العمل

1 - مجموعة صكوك دولية، من منشورات الأمم المتحدة 1993م، نيويورك.

2 - عمليات: محمود، حقوق الإنسان بين الواقع والخيال، 107، من مؤتمر كلية الحقوق الثاني 2001م.

3 - مجموعة صكوك دولية، من منشورات الأمم المتحدة 1993م، نيويورك.

4 - البدارين:فالح، حقوق الإنسان في الدستور، 46.

الدولي 1952 اتفاقية الحد الأدنى لمستويات الضمان الاجتماعي والمعروفة باسم اتفاقية رقم 102 وتقوم هذه الاتفاقية على مبدأ نظام عام للضمان الاجتماعي يشمل جميع السكان وجميع التعويضات والحالات الطارئة كالرعاية الطبية والشيخوخة وتعويض إصابات العمل ، وقد دخلت التنفيذ في عام 1955م⁽¹⁾.

والاتفاقية رقم(128) بشأن إعانات العجز والشيخوخة والورثة والصادرة في عام 1967م، حيث ينبغي للدول الأطراف أن تتخذ التدابير الملائمة لوضع نظم عامة للتأمين الإلزامي على كبار السن، بدءاً من سن معينة، يحددها القانون الوطني، وتماشياً مع التوصيات الواردة في اتفاقيتي منظمة العمل الدولية المذكورتين أعلاه، والتوصية رقم 162، تدعو اللجنة الدول الأطراف إلى تحديد سن التقاعد بحيث تكون مرنة، تبعاً للوظائف المؤداه ولقدرة الأشخاص المسنين على العمل، مع إيلاء الاعتبار للعوامل الديموغرافية والاقتصادية والاجتماعية، وينبغي للدول الأطراف أن تضمن تقديم إعانات الورثة والأيتام عند وفاة الشخص المعيل الذي كان مشمولاً بالضمان الاجتماعي أو الذي كان يتلقى معاشاً تقاعدياً.

وجاء في الميثاق العربي لحقوق الإنسان بالصيغة المرفقة(36) ، حق كل مواطن في الضمان الاجتماعي بما في ذلك التأمين الاجتماعي⁽²⁾، وهو تكرار ما جاء في العهود والمواثيق الدولية⁽³⁾.

ويتضح سبق الإسلام للأنظمة الوضعية بقرون في إقامة ضمان اجتماعي يفرضه الدين وتنظمه الدولة، بحيث يتجاوز التعاون المتبادل لمصلحة إلى معنى العون بدون مقابل ، وذلك رجاء في ثواب الله عز وجل ، مع شموله للنواحي الأدبية والمادية، المتمثلة بمد يد العون والمساعدة في سبيل سد حاجات المجتمع وأفراده وخصوصاً في حالة الكبر والضعف، وأدبية بالتعليم والنصح والإرشاد والتوجيه لجميع فئات المجتمع الإنساني بغض النظر عن الجنس أو اللون أو الفئة العمرية أو الدين.

الخاتمة :

1- تعتبر قضية المسنين قضية إنسانية عالمية تتطلب اهتماماً بارزاً على كافة

الأصعدة الدولي والأقليمي والمحلي، وذلك لمحاولة التكيف مع احتياجات هذه الفئة،

¹ - العوضي: بدرية عبدالله، التشريع ورعاية المسنين في دول مجلس التعاون الخليجي من سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية (18) رعاية المسنين في المجتمعات المعاصرة قضايا واتجاهات، 93.

² - الميثاق العربي لحقوق الإنسان بالصيغة المرفقة، مجموعة صكوك دولية، من منشورات الأمم المتحدة، 1993م، جنيف.

³ - المرجع السابق نفسه.

ومطالبها الجديدة ، سواء بدوافع إنسانية حضارية ، أو بدوافع عادية تنظيمية، حتى أصبح الهدف الأسمى لرعاية المسن ليس مجرد توفير الغذاء والكساء وتدبير الضروريات، وإنما تحسين نوعية الإنسان المسن وجعلها أكثر رقياً وجمالاً ومتعة.

2- سمو الشريعة الإسلامية، وأنها صالحة لكل زمان ومكان ، وشاملة لشؤون البشر كله لا يعترئها نقص ولا تبديل ولقد جاءت لحفظ الإنسان ومراعاته في كل مرحلة من مراحل حياته ومنها مرحلة الشيخوخة حتى لا يتعرض لذل ولا هوان ولا هلاك حتى ضمنت له حياته في ظل أسرته ومجتمعه، وقد أسست الشريعة الإسلامية مبدأ عظيماً، في الوقت الذي عجزت القوانين الوضعية على الوصول إليه، وهذا المبدأ هو التكافل الاجتماعي ولقد وسعت الشريعة هذا المبدأ الذي شمل الفرد والأسرة والمجتمع بأسره.

3- كفلت الشريعة للمسنين حق الحياة الكريمة التي يحقق فيها الأمن الاقتصادي والرعاية الصحية والاجتماعية دخل الأسرة، فإن تعذر ذلك تقوم الدولة مقامها.

4- تركز الحقوق والحريات وفق الرؤية الغربية على الجوانب المادية المحسوسة، وتغفل الجوانب الأخرى، حيث تركز على جسم الإنسان وتنتهي بموته، بينما تركز الحقوق والحريات وفق الرؤية الإسلامية على نفس الإنسان وروحه ومعنوياته، وتمتد إلى ما بعد الموت وتتجاوز الحدود المادية الضيقة ، مما أضاف إلى الإنسانية حقوقاً لا تعرفها القوانين الدولية ومواثيق حقوق الإنسان.

التوصيات:

1- وضع استراتيجيات وطنية شاملة، في جوانبها المادية والمعنوية، تتضمن سلسلة من البرامج الاقتصادية والاجتماعية والإنمائية، وإنشاء مؤسسات تقوم على أسس إسلامية .

مجلة العلوم القانونية ————— العدد السابع 2016م

2- توعية المسن بما يحفظ صحته الجسدية والروحية والاجتماعية ، ومواصلة تعريفه بالأحكام الدينية التي يحتاجها في عبادته ومعاملاته وأحواله، وتقوية صلته بربه وحسن ظنه بعفو ربه ومغفرته.

3- الاهتمام بطب الشيخوخة في كليات الطب والمعاهد الصحية وتدريب بعض الأطباء على اكتشاف وعلاج أمراض المسنين ، مع تخصيص أقسام لأمراض الشيخوخة في المستشفيات.

المراجع:

1. ابن العربي ،ابو بكر محمد بن عبد الله ، أحكام القران ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، دار الفكر ، لبنان.
2. ابن حجر ، أحمد بن علي العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، تحقيق :عبد العزيز بن عبدالله بن باز ، دار الكتب العلمية، بيروت ، 2003م .
3. ابن عاشور، محمد الطاهر ، تفسير التحرير والتنوير ، دار سحنون ، تونس
4. ابن كثير : اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي ، تفسير القرآن العظيم، مؤسسة الرسالة للنشر ،الطبعة الأولى، 2001 م .
5. ابي داود ، سليمان بن الاشعث بن اسحق ، السنن، الطبعة الأولى ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر .
6. اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 16ديسمبر 1966م، انظر مجموعة صكوك دولية، عالمية ، الأمم المتحدة نيويورك ، 1993م ، من منشورات الامم المتحدة ،مركز حقوق الانسان جنيف .
7. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 10
8. الالوسي : ابو الفضل شهاب الدين السيد محمود ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، ط ٤ ، بيروت دار احياء التراث العربي.

9. البخاري : محمد بن اسماعيل ، الصحيح ، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد . مكتبة الايمان بالمنصورة ، طبعة جديدة مثبتة محققة 1998 م .
10. البدارين ، فالح ، حقوق الانسان في الدستور في الشريعة والشرعية الدولية، دار الاخوة للنشر ، 2004 م .
11. بدوي ، ثروت ، النظرية العامة للنظم السياسية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى، 1964م.
12. بيسيوني، أسس التنظيم السياسي، الدولة الحكومة الحقوق والحريات العامة، منشأة المعارف، 2000م.
13. البكاري، عبد السلام ، المنهاج الاسلامي في التربية على حقوق الانسان ، دار الامان ، الطبعة الأولى، 2001م.
14. البياتي ، منير حميد ، النظام السياسي الاسلامي مقارنا بالدولة القانونية ، دار البشير ، الطبعة الثانية، 1994م.
15. الترمذي ، أبو عيسى بن محمد بن عيسى السلمي ، الجامع الصحيح ، سنن الترمذي ، تحقيق : احمد محمد شاكر واخرون ، دار احياء التراث العربي ، بيروت .
16. الجصاص ، احمد بن علي الرازي ، أحكام القران ، تحقيق محمد الصادق قمحاوي ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 1405 هـ.
17. الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 16 كانون الأول 1966 م - انظر مجموعة صكوك دولية ، عالمية ، الأمم المتحدة نيويورك ، 1993م ، من منشورات الامم المتحدة ، مركز حقوق الانسان جنيف.
18. جيسون ، جون ، معجم قانون حقوق الانسان العالمي ، ترجمة سمير عزت نصار ،مراجعة : فاروق منصور ، دار النسر للنشر ، 1996 م .
19. الحاكم ، محمد بن عبدالله النبيسابوري، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990م.
20. الدريني ، فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، دار البشير، الطبعة الأولى ، 1997 م .
21. الدقس: كامل سلامة، العلاقات الدولية في الإسلام على ضوء الإعجاز البياني في سورة التوبة، جدة، دار الشروق، 1975م

مجلة العلوم القانونية ————— العدد السابع 2016م

- 22.ديسمبر ، 1948م ، نظر مجموعة صكوك دولية ، عالمية ، الأمم المتحدة نيويورك ، 1993م ، من منشورات الامم المتحدة ، مركز حقوق الانسان جنيف .
- 23.ربيع: منيب محمد، ضمانات الحرية غي النظام الإسلامي، الأزهر الشريف، 1983م.
- 24.الزحيلي: وهبة ، حق الحرية في العالم ،دار الفكر المعاصر ،الطبعة الأولى، 2000م.
- 25.السباعي ، مصطفى ، الفقر الجوع الحرمان مشكلات وحلول ، الطبعة الثانية، دار الورق للنشر، 2002 م.
- 26.السرخسي: محمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعرفة ، بيروت.
- 27.سلامة ابراهيم : سيد ، رعاية المسنين ، الشعاع للنشر- 1997م.
- 28.عثمان: محمد رأفت، الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية في الإسلام، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى، 1973م.
- 29.عكاوي ، ديب ، دليل حقوق الانسان ، مؤسسة الاسوار عكا ، 1997.
- 30.عمارة ، محمد ،الاسلام والامن الاجتماعي ، دار الشروق ، الطبعة الأولى، 1998 م .
- 31.العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار
- 32.العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية ، مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول ، من منشورات الأمم المتحدة.
- 33.العوضي: بدرية عبد الله، التشريع ورعاية المسنين في دول التعاون الخليجي ، من سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية(18) رعاية المسنين في المجتمعات المعاصرة قضايا واتجاهات.
- 34.العيلي : عبد الحكيم حسن ، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الاسلام دراسة مقارنة، دار الفكر العربي ، 1974 م .
- 35.الغنوشي: راشد، الحريات العامة في الدولة الإسلامية، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، 1993م.

مجلة العلوم القانونية ————— العدد السابع 2016م

36. غنيم: عادل رشيد، معالجة الإسلام لمشكلات المسنين ، ضمن مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 47، السنة 12، ربيع الآخر- جمادي الآخرة، 1421هـ.
37. غوشة: عبدالله، رعاية الإسلام للقيم والمعاني الإنسانية في الدولة الإسلامية، المؤتمر السادس لمجمع البحوث الإسلامي في الأزهر ، 1971م.
38. فهمي ، محمد سيد ، الرعاية الاجتماعية لكبار السن ، دار المعرفة الجامعية، 1995م.
39. فؤاد: علي أحمد، الأبعاد الاجتماعية لرعاية المسنين - جوانب من التجربة العالمية- من سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية (18)، في رعاية المسنين في المجتمعات المعاصرة.
40. القرضاوي: يوسف ، حقوق الشيوخ والمسنيين في ضوء الشريعة الإسلامية ، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، 2009م.
41. القرضاوي: يوسف، فقه الزكاة، الجزء الثاني، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الرابعة والعشرون، 2000م.
42. القرطبي: لأبي عبدالله محمد، الجامع لأحكام القرآن، بيروت، دار أحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، 1995م.
43. مبادئ حماية الأشخاص المصابين بمرض عقلي وتحسين العناية بالصحة العقلية اعتمدت ونشرت على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 19، المؤرخ في 17 كانون الأول/ ديسمبر 1991م.
44. المباركفوري : محمد بن عبد الرحمن ، تحفة الاخوذي ، المكتبة السفلية ، المدينة المنورة ، 1986م.
45. مجموعة صكوك دولية ، المجلد الأول، من منشورات الأمم المتحدة ، مكتبة حقوق الانسان، جامعة منيسوتا، دائم على الانترنت

www.umn.edu/humanrts/arabic

مجلة العلوم القانونية ————— العدد السابع 2016م

46. محمد العادلي : فاروق ، التربية والتنمية المجتمع العربي، دار العربية للكتاب، 1985م.
47. الأمدي: علي بن محمد ، الأحكام في أصول الأحكام ،المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 2010م.
48. مسلم ، ابو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم ،تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار احياء التراث ، بيروت، 1973م.
49. مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، (اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية) (الدورة الثالثة عشرة، 1995م) التعليق العام رقم (6) الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لكبار السن.
50. المناوي ، زين الدين عبد الرؤوف ، فيض القدير شرح الجامع الصغير، الطبعة الثانية، دار المعرفة ، بيروت ، 1972م.
51. ميخائيل اسعد ، يوسف ، رعاية الشيخوخة، دار الغريب للطباعة والنشر، 2007م.
52. النووي : ابو زكريا يحيى بن شرف ، شرح النووي على صحيح مسلم ، الطبعة الثانية، دار احياء التراث العربي ، بيروت .
53. الهيثمي : علي بن ابي بكر ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، دار الريان للتراث ، القاهرة ، 1407هـ.

ضرورة تجريم الاعتداء على البريد الإلكتروني

إعداد: أ.د. عبد الحليم بن مشري/ ود. حسينة شرون

كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بسكرة - الجزائر

مقدمة:

إن التطور الهائل في الحياة السيبرية قابله أيضا تطور تقنيات عدد كبير من الجرائم التقليدية، حيث أصبحت ترتكب بشكل أسهل وبأقل جهد، ناهيك عن ظهور جرائم جديدة مرتبطة أساسا بهذا الفضاء الافتراضي، حيث أن الإحصائيات تشير إلى أرقام مخيفة⁽¹⁾، وتكمن خطورة هذه الجرائم بداية في مرتكبيها الذين يتسمون بالذكاء، حيث أنهم يستعملون وسائل التدمير الناعمة كالفيروسات والقنابل المنطقية، ولا يلجؤون إلى العنف كما هو الحال في الإجرام التقليدي⁽²⁾، فهذا المجرم يكون في العادة خبيرا في أنظمة المعالجة المعلوماتية الأمر الذي يصعب من إمكانية تعقبه. كما أن الجرائم المعلوماتية التي تنصب بالأساس على البيانات ذات الطبيعة غير المادية تطرح العديد من المشاكل على المستوى العملي من حيث إثباتها وتعقب مرتكبيها، خاصة وأن الأدلة في هذا المجال سهلة المحو والإخفاء في زمن قصير جدا، كما أن المجرم يرتكب أفعاله عن بعد عبر الشبكة ولا يحتاج إلى التنقل إلى مسرح الجريمة⁽³⁾. وما يزيد في صعوبة مكافحة هذه الجرائم هو عدم التبليغ عن وقوعها، والسبب في ذلك يرجع إلى عدم اكتشافها أو عدم العلم بوقوعها أصلا، فقد قدرت إحدى الدراسات أن حوالي 80 % من ضحايا جرائم الكمبيوتر لا يعلمون بأن أنظمتهم قد اخترقت⁽⁴⁾. بالإضافة إلى عدم وجود أجهزة كافية ومتخصصة في البحث والحري والتحقيق في هذا النوع من الجرائم، ذلك أن جرائم الكمبيوتر والانترنت تحتاج للكشف عنها وإثباتها ومعاقبة مرتكبيها إلى أشخاص متخصصين في الإعلام الآلي والانترنت، وعلى دراية كافية بكل برامج القرصنة والفيروسات، كما يجب عليهم أن يحسنوا استعمال أجهزة ذات تقنيات عالية من أجل تعقب وضبط المجرمين⁽⁵⁾.

ولأن البريد الإلكتروني يعتبر أحد أهم مفرزات الشبكة العنكبوتية، فإن أهميته تزداد يوما بعد يوم بازدياد عدد المتصلين بهاته الشبكة، حيث أصبحت هذه الوسيلة

على ما توفره من تسهيل الاتصال بين الأشخاص والمؤسسات، لا غنى عنها في الكثير من المجالات، فهي على صعيد الحياة الخاصة توفر للأفراد طريقة للاتصال المكتوب كبديل للرسالة والفاكس والتلغراف، والاتصال السمعي كبديل للهاتف، وحتى الاتصال المصور بشكل مباشر وغير مباشر. أما على صعيد العمل فالبريد الإلكتروني يوفر للشركات الاتصال فيما بينها، وكذا الاتصال بالعملاء، ويوفر تبادل خطط وبرامج العمل، ويمكن من إبرام العقود والصفقات والاطلاع على التصاميم المختلفة، وهو الأمر ذاته على الصعيد العلمي، فالبريد الإلكتروني يسهل الاتصال بين الباحثين في عمليات الإشراف والمتابعة وتبادل المعلومات والآراء، وكل هذا وأكثر في ظرف ثوان أو دقائق معدودة، وهي المدة التي تستغرقها الرسالة الإلكترونية في الانتقال من أي مكان على الأرض إلى أي مكان آخر يكون متصلا بشبكة الانترنت.

بالنظر إلى أهمية البريد الإلكتروني وخصوصية المعلومات التي قد يتضمنها من جهة، وبالنظر إلى خطورة الجرائم المرتكبة على شبكة الانترنت وصعوبة كشفها والتصدي لها من جهة أخرى، نجد أنفسنا أمام تساؤل جدي مفاده: هل وضع المشرع الجزائري نصوص قانونية كافية بحماية البريد الإلكتروني من كل اعتداء قد يقع عليه؟

ويتفرع عن هذا التساؤل الرئيسي مجموعة من التساؤلات الفرعية التي نوجزها فيما يلي: ما المقصود بالبريد الإلكتروني؟ وما مزاياه وعيوبه؟ وما هي الجرائم التي يمكن أن ترتكب على البريد الإلكتروني؟ وهل من مواجهة تشريعية لها في القانون الجزائري؟

للإجابة على هاته الأسئلة قسمنا موضوعنا إلى جزأين أساسيين تناولنا في الجزء الأول ماهية البريد الإلكتروني، أما الجزء الثاني فقد خصص لجرائم الاختراق والإغراق الواقعة على البريد الإلكتروني.

أولا / ماهية البريد الإلكتروني:

ظهر البريد الإلكتروني لأول مرة على يد العالم الأمريكي راي توملينسون Ray Tomlinson، حيث صمم على شبكة الانترنت برنامج لكتابة الرسائل يسمى Send message، وذلك لتمكين العاملين على الشبكة من تبادل الرسائل فيما بينهم، ولم ينتظر طويلا ليخترع برنامج جديد أطلق عليه تسمية Cypnet الذي يسمح بنقل الملفات من جهاز كمبيوتر إلى آخر، ثم دمج فيما بعد البرنامجين في برنامج واحد هو البريد الإلكتروني. ولأن الرسائل لم تكن تحمل اسم مرسلها فقد وضع توملينسون الرمز @ بين اسم المرسل والموقع الذي ترسل منه الرسالة ليخرج في خريف 1971 أول عنوان بريد إلكتروني في التاريخ وهو:

Tomlinson@bbn-tenexa. وقد عرف البريد الإلكتروني في بلده الأصلي الولايات المتحدة الأمريكية بتسمية E Mail وهي اختصار للعبارة Electronic Mail، وترجم في اللغة الفرنسية إلى Courrier électronique، وقد عرف البريد الإلكتروني تعديلات وإضافات كثيرة، حيث ظهر البريد الإلكتروني الصوتي، وتقنية إرفاق الملفات السمعية والمرئية والمكتوبة، كما ظهرت تقنية حفظ الرسائل وترتيبها، وربط البريد الإلكتروني بقوائم العملاء والجهات المرسل إليها البريد بانتظام، كما طورت تقنية استقبال البريد الإلكتروني بواسطة المفكرات الإلكترونية المحمولة باليد وكذا عن طريق الهاتف النقال⁽⁶⁾، وهناك العديد من المواقع التي اشتهرت بتقديم خدمة البريد الإلكتروني كوقع Yahoo، Hotmail، Google. وطريقة الاستفادة من خدمات البريد الإلكتروني سهلة وميسورة لكل من يحسن استخدام شبكة الانترنت، خاصة عند إنشاء هذا البريد على المواقع العامة التي تقدم هذه الخدمة مجاناً، وهذا عن طريق إبرام عقد يسمى بعقد تقديم خدمة البريد الإلكتروني، وهي عبارة عن استمارة يملؤها المستفيد بمجموعة من البيانات الشخصية (قد تكون هذه البيانات سليمة أو غير ذلك)، ويصادق على مجموعة من الشروط التي يفرضها مقدم الخدمة على الشبكة، ويدخل هذا العقد ضمن عقود الخدمات الإلكترونية، ويمكن أن ينشأ مستقلاً أو ضمن عقود الخدمات الإلكترونية الأخرى⁽⁷⁾.

بعد هذه التوطئة التاريخية البسيطة نحاول فيما يلي التطرق إلى تعريف البريد الإلكتروني وأهم مزاياه وعيوبه، وذلك من خلال ما يلي:

1 - تعريف البريد الإلكتروني:

عرّف القانون الأمريكي لسنة 1986، المتعلق بخصوصية الاتصالات الإلكترونية، البريد الإلكتروني على أنه: "وسيلة يتم بواسطتها نقل المراسلات الخاصة عبر شبكة خطوط تليفونية عامة أو خاصة، وغالباً ما يتم كتابة الرسالة على جهاز كمبيوتر ثم يتم إرسالها إلكترونياً إلى كمبيوتر مورد الخدمة الذي يتولى تخزينها لديه حيث يتم إرسالها عبر نظام خطوط التليفون إلى كمبيوتر المرسل إليه"، كما عرف القانون الفرنسي الصادر في 22 جوان 2004، المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي الرسالة الإلكترونية على أنها: "كل رسالة سواء كانت نصية أو صوتية أو مرفق بها صور أو أصوات، ويتم إرسالها عبر شبكة اتصالات عامة، وتخزن عند أخذ خوادم تلك الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه ليتمكن هذا الأخير من استعادتها"⁽⁸⁾.

أما التعاريف الفقهية فهي عديدة، نذكر منها بأن البريد الإلكتروني هو: "تلك المستندات التي يتم إرسالها واستلامها بواسطة نظام اتصالات بريدي إلكتروني،

وتتضمن ملحوظات مختصرة ذات طابع شكلي حقيقي، ويمكنه استصحاب مرفقات به، مثل نظام معالجة أو أية مستندات أخرى يتم إرسالها رفقة الرسالة ذاتها"، كما عرف بأنه: "طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة المتصلة بشبكة المعلومات"، وهو كذلك: "مكنة التبادل الإلكتروني غير المتزامن للرسائل بين أجهزة الحاسب الآلي" (9).

وفي تقديرنا لهذه التعريفات، نشير إلى أنها تعريفات تقنية، تصب في مصب واحد مفاده أن البريد الإلكتروني هو عبارة عن فضاء افتراضي داخل شبكة المعلومات، يحوزه شخص عن طريق اسمه (قد يكون حقيقيا أو مستعارا)، ولا يلج إليه إلا عن طريق رقم سري، ويستطيع الشخص من خلال هذا الفضاء الافتراضي الذي يحوزه أن يرسل أو يستقبل رسائل مكتوبة أو صوتية أو مصورة إلى / من شخص أو مجموعة من الأشخاص لديهم أيضا بريد إلكتروني على شبكة الانترنت، وذلك من خلال عبور هاته الرسائل إلى مقدم الخدمة (الخادم، المقلّم، **Serveur**) على الشبكة لتصل إلى العنوان الإلكتروني المحدد على هاته الرسالة مباشرة إلى المرسل إليه إذا كان متصلا بالشبكة **On line**، أو تسجل عند الخادم في حالة عدم اتصال المرسل إليه بالشبكة **Off line**، وتبقى هناك حتى يتصل هذا الأخير بصندوق بريده الإلكتروني ويطلب جلب هذه الرسالة.

2 – مزايا وعيوب البريد الإلكتروني:

إن وسائل الاتصال بصورة عامة تعتبر من أكبر النعم على البشرية، بما تقدمه من خدمات جليلة في شتى المجالات، غير أننا نطرق باب معرفة مزايا وعيوب البريد الإلكتروني في سبيل المفاضلة بين هاته الوسيلة وغيرها من وسائل الاتصال من جهة، ومن جهة ثانية فإن عيوب وسائل الاتصال قد لا تكمن في الوسيلة ذاتها وإنما في سوء استخدامها على غرار ما هو موجود من فض للرسائل والاطلاع عليها والتنصت على المكالمات الخاصة في الوسائل التقليدية للاتصال، وعلى هذا سنتطرق في البداية إلى مزايا البريد الإلكتروني، ثم نتطرق إلى عيوبه من خلال ما يلي:

أ – مزايا البريد الإلكتروني:

للبريد الإلكتروني العديد من المزايا التي حاولنا إجمالها فيما يلي:
– يستخدم البريد الإلكتروني كبديل كامل عن المعاملات الورقية، سواء على مستوى الإدارات أو الشركات التجارية، في إطار ما يطلق عليه الآن تسمية التجارة الإلكترونية.

- يؤمن البريد الإلكتروني للأشخاص الطبيعية والمعنوية حاجياتهم دون عناء التنقل، وذلك من خلال طلب البضائع والاشتراك في الدوريات، بمجرد ذكر بيانات البطاقة الائتمانية، وهو ما يطلق عليه اليوم تسمية السوق الإلكترونية⁽¹⁰⁾.
 - يعتبر البريد الإلكتروني وسيلة سريعة للاتصال، حيث لا تستغرق الرسالة أكثر من ثوان أو دقائق لتصل إلى المرسل إليه، بغض النظر عن مكان تواجده سواء كان في البلدة المرسل منها البريد الإلكتروني أو في دولة بعيدة.
 - إن تكلفة البريد الإلكتروني لا تزيد عن تكلفة الاتصال بشبكة الانترنت، فهي لا تحتاج إلى رسوم أو طابع ولا إلى مؤسسة توصيل، كما أن تكلفتها غير مرتبطة بطول أو قصر الرسالة، ولا بطول زمن الاتصال.
 - إذا كان العنوان الإلكتروني المرسل إليه صحيحا فإن الرسالة لا تضل طريقها مثلما يحدث في البريد العادي.
 - إن الشبكة العنكبوتية مصممة على أن لا تتعرض للأعطال، وعلى ذلك فإن خدمة البريد الإلكتروني متوفرة طوال الوقت، فلا إجازة ولا عطل رسمية وغير رسمية، الأمر الذي يمكن مستعملي البريد الإلكتروني من إرسال بريدهم في أي وقت، ويقابل ذلك استقبال رسائلهم في أي وقت وكذا في أي مكان، طالما كانوا على اتصال بالشبكة وبريدهم متاح.
 - كل الرسائل المرسلة أو المستقبلية تكون معنونة، وعليها تاريخ ووقت الإرسال والحفظ والاستقبال، وإن كان هذا التوقيت لا يتسم بالدقة المطلقة.
 - يمكن لمستعمل البريد الإلكتروني إرسال أكثر من رسالة لأكثر من شخص في وقت واحد.
 - إذا كان البريد الإلكتروني مأمنا بالشكل اللازم، فإن نسبة التطفل والاطلاع على ما فيه تنقلص بشكل كبير⁽¹¹⁾.
- ب – عيوب البريد الإلكتروني:**
- ويمكننا أن نقسم هذه العيوب إلى عيوب متعلقة بالبريد الإلكتروني كوسيلة للاتصال، وعيوب متعلقة بإساءة استخدام هذه الوسيلة.
- بالنسبة للعيوب المتعلقة بالبريد الإلكتروني كوسيلة اتصال، فإنه يمكننا حصرها فيما يلي:
- عدم إمكانية استعمال البريد الإلكتروني إلا من خلال جهاز معد لذلك (كمبيوتر، هاتف نقال، مفكرة إلكترونية)، ويجب أن يكون هذا الجهاز متصل بشبكة اتصال، وهو ما ينجر عنه أن تعطل هذه الشبكة أو عدم توفرها يعني عدم إمكانية إجراء الاتصالات المرغوبة.

- إن تخزين الرسائل الإلكترونية يتم في أكثر من مكان في صندوق البريد الإلكتروني مما قد يؤدي إلى مشاكل عملية التخزين.
- عدم وجود هيئة مسؤولة عن إدارة البريد الإلكتروني يتيح فرصة طبع الرسائل من خلال الانترنت بدون موافقة من جهة معينة، كما أن هناك إمكانية لحذف أو تعديل محتوى الرسائل الإلكترونية⁽¹²⁾.
أما عن العيوب المتعلقة بإساءة استعمال البريد الإلكتروني فهي كثيرة نذكر منها ما يلي:

- لا توجد وسيلة للسيطرة على المسار الذي يسلكه البريد الإلكتروني خلال رحلته عبر الشبكة، وهذا ما يشكل ثغرة في جدار أمن المعلومات، حيث يستطيع قراصنة الانترنت اصطياد الرسائل والاطلاع عليها وتزييف محتواها أو محوه.
- سهولة تزييف البريد الإلكتروني، انطلاقاً من المرسل الذي يمكنه تزييف شخصيته وانتحال صفات الغير، ووصولاً إلى إمكانية تزييف محتويات البريد نفسه، وهذا دون ترك أثر يثير الشبهات حول صحة الرسالة⁽¹³⁾، أو أنه تم الإطلاع عليها.

- إن حذف الرسالة من البريد الإلكتروني لا يعني عدم إمكانية استرجاعها والاطلاع عليها من طرف الغير.

- إن عدم رسمية إدارة البريد الإلكتروني قد يؤدي إلى الانحراف في استخدام هذه الوسيلة، ذلك أن عدم وجود إدارة منهجية للبريد الإلكتروني المنظمة سوف يحدث ارتباكاً في المساحة المخصصة لتخزين الرسائل خاصة عند حذف رسائل معينة، مما يؤدي إلى خلل شديد في العمل الإداري⁽¹⁴⁾، ناهيك عن استغلال الغير سيء النية لهذه الثغرة من خلال إغراق البريد الإلكتروني برسائل لا قيمة لها من أجل تعطيل خدمة البريد الإلكتروني أو حذف الرسائل ذات الأهمية.

- إمكانية تعرض البريد الإلكتروني لهجمات إلكترونية عن طريق الفيروسات والقنابل المنطقية، مما قد يؤثر على الأداء الإيجابي لهذه الخدمة.

ثانياً / جرائم الاعتداء على البريد الإلكتروني (الاختراق والإغراق):

من خلال عرضنا السابق، تبين لنا أن البريد الإلكتروني تزداد أهميته في كل يوم وذلك بزيادة عدد المشتركين من جهة، وبزيادة أهمية وحساسية المعلومات المتبادلة من خلال جهة ثانية، فمع زيادة أهمية البريد الإلكتروني تزداد أيضاً خطورة الاعتداء عليه أو إساءة استعماله، فقد ظهرت في الوقت الحالي العديد من الجرائم المتعلقة بالبريد الإلكتروني، ويمكننا أن نصنفها ضمن فئتين أساسيتين؛ حيث تتضمن الفئة الأولى الجرائم المرتكبة بواسطة البريد الإلكتروني، وهي كثيرة لا يمكننا حصرها، نذكر منها جريمة التهديد بالقتل، الابتزاز، النصب والاحتيال،

التحريض على القيام بأفعال جرمية، كالتحريض على الفسوق والدعارة والتحريض على القتل، التشهير والدعاية للإجرام، وكذا تبادل الرسائل بين المجرمين الدوليين، وإرسال الصور والرسائل الماجنة، والترويج للمخدرات والإرهاب⁽¹⁵⁾، وغير ذلك الكثير مما يمكننا أن نتصوره من أفعال يعتبر البريد الإلكتروني وسيلة لارتكابها، والملاحظ أن هذه الفئة من الجرائم يمكن إخضاعها لقواعد قانون العقوبات التقليدية، على الأقل من ناحية التجريم والعقاب.

أما الفئة الثانية من الجرائم المتعلقة بالبريد الإلكتروني، فهي الجرائم الواقعة على البريد الإلكتروني، ويمكننا حصرها في جريمتين أساسيتين هما: جريمة اختراق البريد الإلكتروني وتسمى أيضا بجريمة انتهاك سرية رسائل البريد الإلكتروني، وجريمة تضخيم البريد الإلكتروني وتسمى أيضا بجريمة الإغراق بالرسائل الإلكترونية، وسوف نتعرض لهاتين الجريمتين بالتفصيل من خلال ما يلي:

1 - جريمة اختراق البريد الإلكتروني:

الهجوم على المواقع واختراقها على شبكة الانترنت من الجرائم الشائعة في عصر المعلومات، وتشمل جرائم الاختراق تدمير المواقع، واختراق المواقع الرسمية والشخصية، واختراق البريد الإلكتروني أو الاستيلاء عليه، وكذا الاستيلاء على اشتراكات الغير وأرقامهم السرية⁽¹⁶⁾، ويمكننا أن نصنف الاختراق إلى ثلاثة أنواع وهي⁽¹⁷⁾: اختراق الأجهزة، اختراق المواقع، اختراق البريد الإلكتروني وهو ما يهمننا في هذه الدراسة، واختراق البريد الإلكتروني مفاده الدخول إلى البريد الإلكتروني والاطلاع على الرسائل الموجودة بداخله بدون إذن من صاحب البريد⁽¹⁸⁾. من خلال هذا التعريف نجد أن جريمة البريد الإلكتروني ليست جريمة واحدة فهناك الاختراق وهناك أيضا انتهاك سرية رسائل البريد الإلكتروني، وفعل الاختراق قد يحتاج هو الآخر إلى ارتكاب جريمة أخرى كجريمة اصطیاد كلمات المرور⁽¹⁹⁾، أو استعمال إحدى برامج الاختراق⁽²⁰⁾ التي تصنف على أنها برامج محظورة وغير شرعية.

والمهم في هذا المقام أن جميع جرائم الاختراق مع اختلافها إلا أنه يجمعها أمر واحد، وهو كونها جميعها تصب في مصب واحد هو انتهاك خصوصية الأشخاص، وهذا يعتبر سببا كافيا لتجريمها، بغض النظر عن الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق بالمجني عليه⁽²¹⁾.

فالخصوصية وإن لم تكن قضية تكنولوجية، فإنها تعتبر اليوم من أبرز القضايا الاجتماعية والأخلاقية في عصر تكنولوجيا الإعلام الآلي والانترنت، والاختراق يعد بمثابة انتهاك صريح للخصوصية⁽²²⁾ أو ما يسمى بالخصوصية الإلكترونية

E.privacy. وإن لم يكن هناك اتفاق حول مفهوم الخصوصية سواء على المستوى التشريعي أو الفقهي⁽²³⁾، فإن الأمر الأكيد أن المراسلات بمختلف أنواعها تعتبر من بين الأمور الخصوصية للشخص، والتي لا يحق للغير الإطلاع عليها أو اعتراضها بأي وجه من الأوجه، ولا أدل على قولي هذا من أن مؤتمر رجال القانون الذي انعقد بستوكهولم في ماي 1967 قد عرف الحق في الخصوصية بأنه: "حق المرء في أن يترك ليعيش حياته الخاصة بأقل درجات التدخل وحمائته من:

1 - ...

8 - مراقبة مراسلاته،

9 - الاستخدام السيئ لاتصالاته الشخصية الكتابية والشفوية،

10 - استخدام المعلومات المأخوذة أو المعطاة بواسطته في حالات الثقة المهنية"⁽²⁴⁾.

وهذا الأمر يؤكد دستوريا في الجزائر حيث تنص المادة 39 من الدستور على أنه: "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، وحميها القانون. سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة".

وإطلاق حكم النص بتوظيف المؤسس الدستوري لعبارة "بكل أشكالها" يجعل من سرية مراسلات البريد الإلكتروني محمية دستوريا من أي اعتداء.

والمطلع على النصوص العقابية المتعلقة بحماية الحياة الخاصة للأشخاص وسرية مراسلاتهم، وخصوصا المادة 303 و303 مكرر من قانون العقوبات الجزائري يجد بأن هذه النصوص في حاجة للتعديل لمواكبة التطورات التكنولوجية الراهنة، حيث جاء في المادة 303 أنه: "كل من يفض أو يتلف رسائل أو مراسلات موجهة إلى الغير وذلك بسوء نية وفي غير الحالات المنصوص عليها في المادة 137 يعاقب بالحبس..."، فالمصطلحات المستعملة في هذه المادة "يفض"، "يتلف" لا يمكن أن تنطبق بأي حال من الأحوال على اختراق وإغراق البريد الإلكتروني. فالمراسلات المحمية بنص هذه المادة هي تلك المسلمة إلى مصلحة البريد، وإن كان هذا الشرط غير منصوص عليه صراحة في متن هذه المادة إلا أنه يستخلص بصفة منطوقية من نص المادة 137، والمقصود بالمراسلات في المادة 303 هو الرسالة المغلقة، والبطاقة البريدية، والبرقية (التلغراف)، والمطبوعات والنشريات⁽²⁵⁾.

أما المادة 303 مكرر التي جاء فيها أنه: "يعاقب... كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص، بأي تقنية كانت وذلك:

- 1 - بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة، أو سرية بغير إذن صاحبها أو رضاه،
- 2 - بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص، بغير إذن صاحبها أو رضاه"،

والملاحظ أنه إذا كانت الفقرة الأولى منسجمة مع نص المادة 39 من الدستور وهذا في عبارة "كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأي تقنية كانت"، غير أن المشرع لما بدأ في تعداد التقنيات المستعملة للمساس بالحياة الخاصة، أهمل التطرق للتقنيات المستعملة في الاعتداء على البريد الإلكتروني، حيث يفهم من هذا النص أن الأفعال المجرمة تنحصر في الاعتداء على المحادثات التليفونية، المحادثات الخاصة والسرية المباشرة، وأخذ صورة لشخص في مكان خاص (26). وحتى إن سلمنا بأن عبارة "الأحاديث الخاصة" تتسع لتشمل مراسلات البريد الإلكتروني، فإنها تنطبق على جزء من هذه المراسلات فقط (غرف الدردشة الخاصة) وليست كل المراسلات هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن القاضي الجزائي مقيد بمبدأ الشرعية ولا يجوز له القياس خاصة في مجال التجريم. وبالرجوع إلى القسم السابع مكرر من قانون العقوبات الجزائي المتعلق بالمساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، المستحدث بموجب القانون رقم 04 - 15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، وعند إطلاعنا على المادة 394 مكرر التي جاء فيها أنه: "يعاقب... كل من يدخل أو يبقى عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك.

تضاعف العقوبة إذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة. وإذا ترتب على الأفعال المذكورة أعلاه تخريب نظام اشتغال المنظومة تكون العقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين والغرامة من 50000 دج إلى 150 000 دج".

وكذا المادة 394 مكرر 1 التي جاء فيها أنه: "يعاقب... كل من أدخل بطريق الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية أو أزال أو عدل بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها".

نجد بأن هاتين المادتين تنصبان على تجريم الأفعال المنصبة على المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، وهو ما يطلق على تسميته جرائم الحاسب الآلي أو جرائم الكمبيوتر (27)، حيث تقسم هذه الجرائم بحسب دور الكمبيوتر فيها إلى ثلاثة أنواع هي: الكمبيوتر هدف للجريمة وهذا في حالة الدخول غير المصرح به إلى النظام، أو زراعة الفيروسات لتدمير المعطيات والملفات المخزنة أو تعديلها، أو الاستيلاء على البيانات المخزنة أو المنقولة عبر النظام. أما النوع الثاني فهو

الحالة التي يكون فيها الكمبيوتر أداة لارتكاب الجريمة، ومثال ذلك استعمال الكمبيوتر في الاستيلاء على الأموال (تحويل الأرصدة) أو ارتكاب جرائم التزوير أو التأثير على برمجيات التحكم في الطائرات والسفن بشكل يؤدي إلى تدميرها وقتل ركابها. أما النوع الثالث فهو الحالة التي يكون فيها الكمبيوتر بيئة للجريمة، وهذا في حال تخزين البرامج التي تمت قرصنتها فيه، أو استخدامه لتخزين مواد غير قانونية أو إباحية كالترويج للمخدرات أو تحميل الصور الإباحية⁽²⁸⁾. من خلال هذا التقسيم نلاحظ أن المادتين 394 مكرر و394 مكرر 1 وما بعدهما من قانون العقوبات لا تخرج عن النوعين الأول والثالث، أما النوع الثاني فإن العقاب على جرائمه يكون وفقا للنصوص التقليدية لقانون العقوبات.

والسؤال الذي يطرح في هذا المقام هو: ما هو المقصود بنظام المعالجة الآلية للبيانات؟ وعند بحثنا عن إجابة لهذا السؤال وجدنا بأن المعالجة الآلية للمعطيات أو البيانات هي كافة العمليات والمهام التي تخضع لها البيانات معطيات الكمبيوتر بما في ذلك إنشاؤها وإرسالها واستقبالها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر⁽²⁹⁾.

ويرى خبراء المنظمة الأوروبية للتعاون والتنمية الاقتصادية أن المقصود بالجريمة المعلوماتية هي كل سلوك غير مشروع أو منافع للأخلاق أو غير مسموح به يرتبط بالمعالجة الآلية للبيانات أو بنقلها⁽³⁰⁾. من خلال هذين التعريفين يمكننا القول بأن البريد الإلكتروني يندمج ضمن برامج أو أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، ومن ثمة فإن اختراق البريد الإلكتروني مجرم وفقا للمادة 394 مكرر التي تنص على معاقبة "كل من يدخل أو يبقى عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك"، فمجرد الدخول غير المشروع معاقب عليه، وكذا البقاء، بل وحتى المحاولة على ذلك معاقب عليها وإن كان من الصعب تصور إثبات المحاولة في مثل هذا النوع من الجرائم.

وإن كان هذا التحليل قد جرننا إلى أن اختراق البريد الإلكتروني مجرم في نصوص قانون العقوبات الجزائري، فإننا نعتقد أن مثل هذه التحليلات هي عبارة عن توسيع لمضمون النصوص الجنائية بما لا يوجد فيها صراحة، خاصة إذا علمنا أن القاضي الجزائري ملزم بمبدأ الشرعية الجنائية، ومن ثمة يجب أن لا نحمل النصوص الجنائية ما لا تطبق من معنى، بل يجب على المشرع تدارك هذا النقص والعمومية في النصوص، والعمل على تطويرها وفقا لمتطلبات هذا العصر.

غير أنه وفي تحليل آخر وفقا لما قرره مجلس الشيوخ الفرنسي في إطار تحديده لمدلول النظام الآلي لمعالجة المعطيات في مشروع قانون غش المعلومات الفرنسي رقم 88 لسنة 1988 الصادر في 05 جانفي 1988 الذي عرفه بأنه: "كل مركب

يتكون من وحدة أو مجموعة وحدات معالجة تتكون كل منها من الذاكرة والبرامج والمعطيات وأجهزة الإدخال والإخراج وأجهزة الربط، والتي يربط بينها مجموعة من العلاقات التي عن طريقها يمكن تحقيق نتيجة معينة هي معالجة المعطيات أو التي تتصافر فيما بينها نحو تحقيق نتيجة معينة وهي معالجة المعطيات على أن يكون هذا المركب خاضع لنظام الحماية التقنية"، فقد حدد مجلس الشيوخ الشروط التي ينبغي أن تتحقق في وحدات النظام التي تحدد جانباً منها عبارة المجلس بأنه عبارة عن: مركب يتكون من وحدة أو مجموعة وحدات معالجة والتي تتكون كل منها من الذاكرة والبرامج والمعطيات وأجهزة الإدخال والإخراج وأجهزة الربط. والتي تكشف من جانب آخر عن أن النظام الآلي يتكون من عنصرين: الأول عنصر مادي يتكون من وحدة أو مجموعة من وحدات المعالجة أو الإدخال أو الإخراج أو الربط، والثاني عنصر من طبيعة غير مادية يتكون من البرامج والمعطيات تتصافر أو تتألف فيما بينها من أجل تحقيق غاية محددة هي معالجة المعطيات⁽³¹⁾. وبالتالي فإن الحديث هنا لا يخرج عن كون نظام المعالجة الآلية للبيانات لا يخرج عن جرائم الكمبيوتر وهي لا تتعدى وفقاً لهذا التعريف إلى الجرائم الواقعة في حقل الانترنت، وهذا الاتجاه الثاني هو المرجح في تفسرنا لنصوص قانون العقوبات الجزائري، وذلك بالنظر إلى الأهداف المسطرة في مشروع قانون العقوبات رقم 04 - 15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، وما يؤكد توجهاً هذا هو استعمال المشرع لعبارة "المعالجة الآلية للبيانات" التي تمثل أول صور المعالجة الآلية، وهي أولى تطبيقات الكمبيوتر مع بداية ظهوره، لذا نفضل لو وظف المشرع عبارة نظام المعالجة الآلية للمعلومات⁽³²⁾.

2 - جريمة تضخيم البريد الإلكتروني:

يطلق على هذه الجريمة أيضاً تسمية الإغراق بالبريد الإلكتروني SPAM⁽³³⁾، وقد عرف الإغراق أو تضخيم البريد الإلكتروني بأنه: "تراسل نسخ مكررة بعدد كبير من نفس الرسالة عبر النظام التراسلي لبريد إلكتروني بما يترتب عليه عدم انتظام سير النظام التقني المعلوماتي"، كما عرف أيضاً بأنه: "استقبال عدد كبير من الرسائل الإلكترونية المزعجة"⁽³⁴⁾، ففي هذه الجريمة يقوم شخص أو مجموعة من الأشخاص بإرسال عدد كبير من الرسائل إلى البريد الإلكتروني لشخص ما بقصد الإضرار به، وهذا من خلال استخدام برامج متخصصة تعمل على استنساخ الرسالة الواحدة بشكل متكرر، وقد يصاحب هذه الرسالة فيروسات، أو صور وملفات كبيرة الحجم، حيث يؤدي هذا العمل إلى ملء المساحة المخصصة للبريد الإلكتروني للشخص المستهدف، وبالتالي تتعطل عنه الخدمة المقدمة من الشبكة ولا يستطيع استقبال أي رسالة، ورسائل الإغراق تستخدم للإضرار بمستخدم

البريد الإلكتروني، والتي تصل إلى جهازه مرة واحدة فتؤدي إلى توقفه عن العمل على الفور، نظرا لما تسببه هذه الرسائل من ملء منافذ الاتصال أو ملء المساحة المتاحة لهذا الجهاز وكذا ملء قوائم الانتظار، الأمر الذي يترتب عنه انقطاع الخدمة وبالتالي تكبد خسائر مادية ومعنوية غير محدودة⁽³⁵⁾.

وبالنظر إلى الضرر الهائل الذي يمكن أن تسببه رسائل الإغراق سواء بالنسبة للأشخاص الطبيعية أو المعنوية، فقد عملت العديد من التشريعات على تجريم هذا العمل غير المشروع، ففي الولايات المتحدة الأمريكية نذكر على سبيل المثال لا الحصر قانون مكافحة تضخيم البريد الإلكتروني لسنة 1989 المعدل في ماي 1990 لولاية واشنطن، وقانون ولاية أوهايو الصادر سنة 2002 الذي نص على تجريم رسائل البريد الإلكتروني مجهولة المصدر. أما في فرنسا فقد قام المشرع بتضمين قانون العقوبات الجديد نصا جرم فيه التعدي على قواعد البيانات باستخدام أسلوب تضخيم البريد الإلكتروني، حيث جاء في نص المادة 323 - 02 أن: الفعل الذي بمقتضاه يتم إعاقة عمل نظام المعالجة الآلية للبيانات يعاقب عليه بالحبس والغرامة⁽³⁶⁾.

وبالرجوع إلى نص المادة 394 مكرر وما بعدها في قانون العقوبات الجزائي لا نجد أي نص يجرم إغراق البريد الإلكتروني، ولا وجود حتى لنص عام مماثل لما هو معمول به في التشريع الفرنسي يفيد أن أي عمل من شأنه تعطيل أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات يترتب عليه العقاب، ذلك أن الفقرة الأخيرة من المادة 394 مكرر تجرم تخريب نظام اشتغال المنظومة، والأمر الأكيد أن التخريب غير تعطيل نظام المعالجة، هذا إذا سلمنا بأن نظم المعالجة الآلية للمعطيات تتضمن معالجة البيانات والمعلومات على مستوى البريد الإلكتروني.

الخاتمة:

ما نخلص إليه في نهاية هذا المقال، أن التطور التكنولوجي الهائل في مجال المعلومات الذي أسهم بشكل كبير في رخاء البشرية في جوانب عديدة من الحياة، هو نفسه الذي وفر ملاذا أكثر أمانا لنوع جديد من المجرمين، وهياً مجالا خصبا لنمو جرائم جديدة تتسم بالنعومة في ظاهرها وبالخطورة الشديدة في نتائجها المدمرة.

وإن كنا قد ركزنا في هذه الدراسة على جرائم البريد الإلكتروني، فهذا لا يعني أن الجريمة الإلكترونية منحصرة فيها، فهناك كم هائل من الأفعال الجرمية التي وجدت في فضاء الانترنت مرتعا لها، وهي في تطور وتزايد مستمر، إلا أن الاعتداء على البريد الإلكتروني يمثل اعتداء على جانب مهم في حياتنا اليومية ألا وهو الحق في الخصوصية، وتحديد الحق في سرية المراسلات والاتصالات.

بالإضافة إلى النتائج التي توصلنا إليها خلال هاته الدراسة، هناك مجموعة من التوصيات التي نأمل أن تسهم في تفعيل مكافحة الجرائم الإلكترونية بشكل عام وجرائم البريد الإلكتروني بشكل خاص، وقد أوجزناها فيما يلي:

إن أمن الجريمة الإلكترونية يقوم على جانبين أولهما وقائي والثاني علاجي، فعلى المستوى الوقائي يجب تطوير برامج الحماية من القرصنة والولوج غير المشروع وحماية الكلمات السرية وكذا التصدي للبريد المزعج وهذا بشكل دوري، ذلك أن أساليب الاعتداء في إطار الإجرام المعلوماتي في تطور مستمر، كما يجب على مستخدمي البريد الإلكتروني المواظبة على تعلم استخدام هاته البرامج الوقائية.

دائماً وفي الإطار الوقائي يجب على الخوادم على مستوى الشبكة أن يطورا برامج لحماية البريد الإلكتروني من كل خرق أو إغراق، كما يجب أن يعملوا على حماية بيانات عملائهم وخصوصيتهم، بوضع برامج لمنع التجسس الإلكتروني وبرامج مضادة للفيروسات وأخرى مضادة لفسك التشفير.

أما على المستوى الثاني العلاجي، والذي يأتي بعد وقوع الجريمة من أجل جبر أضرارها، فإن المعول عليه في هذا المقام هو تكثف الجهود والتعاون بين الأفراد ضحية الاعتداء على البريد الإلكتروني ومختلف أجهزة مكافحة الإجرام المعلوماتي المحلية والدولية.

فيجب على الأفراد الذين تعرض بريدهم الإلكتروني للاختراق أو الإغراق التبليغ عن هاته الجرائم للجهات المعنية.

أما الدولة فيجب عليها أن تتدخل لوضع حد لهذه الظواهر الإجرامية، وذلك عن طريق إنشاء هيئات متخصصة في مكافحة الجريمة الإلكترونية، أو باستحداث مصالح على مستوى أجهزة مكافحة الجريمة، تعطى الأولوية في التوظيف فيها للمتخصصين في الإعلام الآلي، كما يجب أن تسهر الدولة على إعادة رسكلة مهارات هؤلاء المتخصصين بشكل دوري، وذلك من خلال دورات تدريب بالخارج، وتكثيف الدورات التكوينية على أيدي خبراء محليين ودوليين.

كما يجب على الدولة أن تكثف جهودها في إطار التعاون الدولي لمكافحة الجريمة الإلكترونية، وذلك من خلال المصادقة أو الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية المنصبة على تنظيم هذا المجال، وكذا العمل على تسهيل الاتصال والتعاون بين مختلف أجهزة مكافحة الجريمة الإلكترونية المحلية والدولية.

كما يقع إلزام على الدولة بتحديث الوسائل التقنية لمكافحة الجريمة الإلكترونية، وذلك باقتناء أحدث الوسائل وأعلىها تقنية أو بفتح المجال أمام الخبراء لاختراع هذه الأجهزة من خلال تدعيمهم مادياً ومعنوياً.

ضرورة وضع قانون خاص بمكافحة الجريمة الإلكترونية، يأتي على تفصيل كل الجرائم الراهنة المتعلقة بهذا المجال كمطلب أساسي، واحتياطياً إعادة صياغة نصوص قانون العقوبات الحالية لكي تتمكن من مواجهة هذه الجرائم المستحدثة، فيجب أن تتغير صياغة المادة 303 من قانون العقوبات لتصبح على الشكل التالي: "كل من يعتدي على مراسلات الغير مهما كان شكلها يعاقب...". كما أن المادة 394 مكرر وما بعدها تحتاج أن يضاف إليها فقرات جديدة متعلقة بشرح المفردات المستحدثة في مجال الجريمة الإلكترونية، وكذا تخصيص نصوص لكل جريمة على حده، والابتعاد عن النصوص العامة التي رأينا بأنها تتعارض في الكثير من الأحيان مع مبدأ الشرعية. فالسلطة التشريعية ملزمة في هذا المجال بالاستعانة بالقوانين التي توصلت إليها الدول المتقدمة في مجال الحماية من الجرائم الإلكترونية، مع مراعاة متطلبات البيئة الداخلية.

ضرورة تكثيف عقد اللقاءات العلمية في مجال الجريمة الإلكترونية والمعلوماتية، والسهر على حضور متخصصين من مختلف المجالات الذين تنصب اهتماماتهم على مكافحة الإجرام الإلكتروني والمعلوماتي، مع تخصيص دورات تكوينية لرجال القانون (أساتذة، قضاة، محامين، رجال الضبطية القضائية...) وكل المهتمين بهذا المجال من أجل رفع خبراتهم في مكافحة هذا النوع من الإجرام.

الهوامش:

- (1) تشير الدراسات التي قدمها معهد أمن الحاسب بسان فرانسيسكو التابع لمكتب التحقيقات الفيدرالي أن جملة الخسائر الناجمة عن الجرائم المعلوماتية قد بلغت سنة 2001 حوالي 378 مليون دولار ثم ارتفعت لتصل إلى 526 مليون دولار سنة 2004 في الولايات المتحدة الأمريكية وحدها، كما أكدت إحدى التقارير العالمية أن قطاع تكنولوجيا المعلومات حول العالم يتكبد خسائر تجاوزت 32 مليار دولار خلال سنة واحدة، وجاء في التقرير الذي أصدرته الجمعية الدولية لمنتجي برامج الكمبيوتر التجارية أن خسائر قطاع تكنولوجيا المعلومات قد بلغت سنة 2006 حوالي 32,7 مليار دولار. أنظر: هلالى عبد اللاه أحمد، جرائم المعلوماتية عابرة الحدود، القاهرة: دار النهضة العربية، 2007، هامش 5، ص 05 وما بعدها.
- (2) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2002، هامش 1، ص 80.
- (3) جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، القاهرة: دار النهضة العربية، 2002، ص 113 وما بعدها.

(4) Glenn Wahlert, Crime in cyberspace: trends in computer crime in Australia, paper presented at the

conference : internet crime, Melbourne, 16 - 17 February 1998, by the Australian institute of criminology, P 04.

(5) Barbara Etter, computer crime, paper presented at the 4th national outlook symposium on crime in Australia: new crimes or new responses, Canberra, 21 - 22 June 2001, Australian institute Of criminology, P 02.

(6) خالد ممدوح إبراهيم، أمن مراسلات البريد الإلكتروني، الإسكندرية: الدار الجامعية، 2008، ص ص: 53، 54. هلالى عبد اللاه أحمد، مرجع سابق، هامش 5، ص ص: 36، 37.

(7) محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص 30.

(8) خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 56. وأنظر كذلك:

Florence Celen, Laurence Lomme, « Application de la Loi sur la Confiance dans l'Économie Numérique au CNRS », Sécurité Informatique, N°: 54, Septembre 2005 , P 03.

(9) خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 55.

(10) حسن طاهر داود، جرائم نظم المعلومات، الرياض: أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 2000، ص 100.

(11) خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 52.

(12) المرجع نفسه، ص 53.

(13) حسن طاهر داود، مرجع سابق، ص ص: 98، 99.

(14) خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 53.

(15) أنظر أكثر تفصيلا في هذا النوع من الجرائم: هاني خميس أحمد، "الإرهاب الإلكتروني"، سلسلة مفاهيم، القاهرة: المركز الدولي للدراسات المستقبلية والإستراتيجية، العدد 27، السنة الثالثة، مارس 2007، ص ص: 12 - 14. محمد محمد الألفي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الأخلاقية عبر الانترنت، القاهرة: المكتب المصري الحديث، 2005، ص 46 وما بعدها. عبد الرحمن فرزات، "المعلوماتية وقانون العقوبات الواقع والآفاق"، مجلة المحامون، نقابة المحامين، سوريا، السنة 66، العددان: 07، 08، تموز/ آب 2001، ص 643

وما بعدها. عثمان سعيد المحيشي، "جريمة السطو على الإيميل من جذور الماضي إلى آفاق المستقبل التشريعية"، ورقة عمل مقدمة إلى المنظمة العربية للتنمية الإدارية، المؤتمر الدولي الأول لقانون الانترنت، 21 – 25 أغسطس 2005، مقال منشور على الموقع: www.mishawi.com.

(16) محمد محمد الألفي، مرجع سابق، ص 38.

(17) منير محمد الجهيني وممدوح محمد الجهيني، جرائم الانترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2006، ص 46.

(18) خالد ممدوح إبراهيم، أمن الجريمة الإلكترونية، الإسكندرية: الدار الجامعية، 2008، ص 91.

(19) جريمة اصطيد كلمات المرور تعني: سرقة كلمات السر الإلكترونية، عن طريق تظاهر المجرم بأنه شخص جدير بالثقة أو مؤسسة أعمال، وذلك عبر اتصال إلكتروني يبدوا وكأنه رسمي، ويطلب من صاحب البريد كلمات المرور السرية من أجل خدمات وهمية في حقيقتها. أنظر أكثر تفصيلا لهذا الموضوع في: دانيال لاركين، "محاكمة جرائم الانترنت"، 17 ماي 2008، مقال انترنت أطلع عليه على الموقع: www.america.gov.

(20) يتطلب الاختراق برنامجا يتم تصميمه خصيصا ليتيح للمخترق الولوج إلى المواقع المحظورة أو أجهزة الكمبيوتر الخاصة أو البريد الإلكتروني، وأشهر هذه البرامج هو برنامج حصان طروادة، الذي يعمل بصورة خفية داخل أنظمة الكمبيوتر أو داخل شبكة الانترنت، وهدفه هو تمكين المخترق من الحصول على كلمة السر. أنظر: مرشد الأمم المتحدة لعام 1999، التحكم في جرائم الحاسوب وردعها "المراقبة الدولية للسياسة الجنائية"، ترجمة: عمر محمد بن يونس، القاهرة: دار النهضة العربية، 2005، ص ص: 46، 47. محمد محمد الألفي، مرجع سابق، ص 39. منير محمد الجهيني وممدوح محمد الجهيني، مرجع سابق، ص 55 وما بعدها.

(21) محمد محمد الألفي، مرجع سابق، ص 38. لؤي ديب، "أهمية وجود تشريعات لحماية الخصوصية من أجل الالتحاق بالثورة الرقمية"، مقال منشور على الموقع: <http://Elibs.info/lib-law>.

(22) هاني خميس أحمد، "الخصوصية: انتهاكها وحمايتها في ظل مجتمع المعلومات"، سلسلة قضايا، القاهرة: المركز الدولي للدراسات المستقبلية والإستراتيجية، العدد 34، السنة الثالثة، أكتوبر 2007، ص 06.

(23) أنظر أكثر تفصيلا لمفهوم الخصوصية: أسامة عبد الله قايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات "دراسة مقارنة"، القاهرة: دار النهضة العربية، 2008، ص 17 وما بعدها. فريدة بن يونس، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في مواجهة الصحافة، رسالة ماجستير في القانون الجنائي، جامعة بسكرة، غير منشورة، 2006، ص 09 وما بعدها. هاني خميس أحمد، "الخصوصية: انتهاكها وحمايتها في ظل مجتمع المعلومات"، مرجع سابق، ص 07 وما بعدها. (24) زهير حرح، الحق في الحياة الخاصة، ط 02، منشورات جامعة دمشق، 2005 / 2006، ص ص: 46، 47.

(25) أنظر أكثر تفصيلا: مكي دردوس، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ج 02، قسنطينة: المطبعة الجهوية ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 29 وما بعدها.

(26) أنظر التعليق على المادة 309 مكرر من قانون العقوبات المصري المقابلة للمادة 303 مكرر من قانون العقوبات الجزائري في: محمود أحمد طه، التعدي على حق الإنسان في سرية اتصالاته الشخصية بين التجريم والمشروعية، ط 02، القاهرة: دار النهضة العربية، 1999، ص 16 وما بعدها.

(27) مرشد الأمم المتحدة لعام 1999، مرجع سابق، ص 46.

(28) خالد ممدوح إبراهيم، أمن الجريمة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ص: 62، 63. يونس عرب، "قانون الكمبيوتر: النظرية والمشتكلات"، ص 02، بحث منشور على الموقع: www.arablaw.org. وأنظر كذلك:

Hollis Stambaugh and authers, Electronic crime needs assessment for state and local law enforcement , U S department of justice, National institute of justice, March 2001, P 09.

(29) يونس عرب، "مشروع قانون نموذجي عربي لجرائم الكمبيوتر والانترنت وللجرائم الإلكترونية"، ورقة عمل مقدمة في ملتقى: "تطوير التشريعات في مجال مكافحة الجرائم الإلكترونية"، مسقط - عمان، 02 - 04 أبريل 2006، ص 09، منشور على موقع: www.arablaw.org.

(30) عارف خليل أبو عيد، "جرائم الانترنت دراسة مقارنة"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 05، العدد 03، أكتوبر 2008، ص 82.

(31) محمد حماد مرهج الهيتي، "المواجهة التشريعية لإتلاف المكونات المادية للنظام الآلي لمعالجة المعطيات"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 05، العدد 02، جوان 2008، ص 252.

(32) إن نظام معالجة المعلومات لا يعد هو الآخر آخر تطور لنظم المعالجة الآلية، إذ مرت هذه الأخيرة بأربعة مراحل هي: نظام المعالجة الآلية للبيانات، نظام المعالجة الآلية للمعطيات، نظام معالجة المعارف، النظم الذكية للتعلم الذاتي، غير أن البيانات، والمعلومات، والمعارف، والذكاء، تدمج اختصاراً في مصطلح جامع شامل هو "المعلومات"، أنظر أكثر تفصيلاً لهذا الموضوع في: نبيل علي، العرب وعصر المعلومات، سلسلة عالم المعرفة، الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، العدد 184، أبريل 1994، ص 42 وما بعدها.

(33) SPAM: Solicited Pornography and Marketing. Guillaume Teissonnière, La lutte contre le spamming : de la confiance en l'économie numérique à la méfiance envers ses acteurs, Juriscom.net, 2 avril 2004, <http://www.juriscom.net>. P 03.

(34) خالد ممدوح إبراهيم، أمن الجريمة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 94. وأنظر نفس المعنى في:

Guillaume Teissonnière, OP Cit. P 01.

(35) محمد محمد الألفي، مرجع سابق، ص ص: 40، 41. منير محمد الجهيني وممدوح محمد الجهيني، مرجع سابق، ص 67. خالد ممدوح إبراهيم، أمن الجريمة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ص: 93 – 95. صالح أحمد البربري، "دور الشرطة في مكافحة جرائم الانترنت في إطار الاتفاقية الأوروبية الموقعة في بودابست في 23 / 11 / 2001"، ص 05، مقال منشور على الموقع: www.arablawinfo.com.

(36) خالد ممدوح إبراهيم، أمن الجريمة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ص: 95 – 97.