



• اللقيط وأحكام جنائته على المال والجماد

أ. د. حسني محمود عبد الدائم عبد الصمد

• الابتكار في المالية العامة

أ. د. محمد الحسين

• حق المسجون في الرعاية الصحية والإجتماعية والتعليمية

د. عادل خميس المعمرى

• دعوى مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة

د. محمد سامر القطان

• مصلحة المحضون بين الشريعة والقانون

أ. أحمد يعقوب أحمد

• الإرهاب الإلكتروني

د. أنيس بن علي العذار ود. خالد بن عبدالله الشافعي

• النظام القانوني للحساب الجاري المصرفي في التشريع الفلسطيني

د. أنس أبو العون

مجلة العلوم القانونية - مجلة دورية علمية محكمة
(نصف سنوية) تقبل النشر باللغات العربية والإنجليزية والفرنسية،
ترمي إلى الإسهام في تطوير المعرفة ونشرها، وذلك بنشر البحوث
والدراسات الشرعية والقانونية والاقتصادية، وتعتبر المجلة سجلاً وثائقياً
للبحوث والدراسات الشرعية والقانونية والاقتصادية.

مدير التحرير :
الدكتورة / لطيفة حميد محمد

المجلس الاستشاري :

القاضي الدكتور / عبد الوهاب عبدول
رئيس المحكمة الاتحادية العليا - الإمارات السابق

معالي الأستاذ الدكتور / أحمد جمال الدين موسى
وزير التعليم الأسبق - أستاذ الاقتصاد بكلية الحقوق - جامعة المنصورة

الأستاذ الدكتور / رفعت العوضي
رئيس مكتب هيئة الإعجاز العلمي بالقاهرة التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي
- أستاذ الاقتصاد بكلية التجارة - جامعة الأزهر

الأستاذ الدكتور / محمد المرسى زهرة
عميد كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة الأسبق -
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق - جامعة عين شمس

الأستاذ الدكتور / جاسم الشامسي
عميد كلية القانون الأسبق - جامعة الإمارات العربية المتحدة

القاضي الدكتور / جمال السميطي
مدير عام معهد دبي القضائي

أمين التحرير :
الدكتور محمد ولي الله عبد الرحمن

أهداف المجلة: تسعى مجلة العلوم القانونية إلى تحقيق عدة أهداف، أهمها:

- ١- تعميق المعرفة بأحكام الشريعة الإسلامية والتشريعات القانونية والإقتصادية على المستويين المحلي والإقليمي.
- ٢- المساهمة في إثراء البحث القانوني لدى المشتغلين بالقانون داخل الدولة وخارجها.
- ٣- التعاون مع كليات القانون والشريعة والحقوق على المستوى المحلي والإقليمي والدولي.
- ٤- تدعيم التواصل مع كافة الأجهزة الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة والخاصة العاملة في المجال القانوني.
- ٥- تقديم العون للجهات القضائية من خلال التعليق على الأحكام والمبادئ القضائية وتحليلها.

اهتمامات المجلة: تعنى المجلة بنشر ما يلي:

- ١- البحوث العلمية الرصينة في مجالات التخصص.
- ٢- البحوث والدراسات المعنية بالفقه الاسلامي.
- ٣- البحوث والدراسات النقدية التي تتصل بالإصدارات في مجالات التخصص التي تعنى بها المجلة.
- ٤- البحوث والدراسات العلمية المعنية بمعالجة المشكلات المعاصرة والقضايا المستجدة في مجال الشريعة والقانون والإقتصاد.
- ٥- البحوث والدراسات العلمية التي تساهم في رقي المجتمع حضارياً والمحافظة على هويته العربية والإسلامية.

قواعد النشر في المجلة:

- ١- تعهد من الباحث بأن البحث لم يسبق نشره وأنه يلتزم بالمبادرة بإخطار المجلة في حالة تقديم البحث للنشر في مجلة أخرى طالما لم تبد المجلة رأيها - بعد - في البحث.
- ٢- لا يجوز نشر البحث في مجلة أخرى (أو مؤتمر أو ندوة علمية أو بأي وسيلة أخرى) بعد قبوله للنشر في المجلة إلا بعد الحصول على إذن كتابي من مدير التحرير.
- ٣- أن يلتزم الباحث المنهجية العلمية والتوثيق العلمي لمادة البحث . وأن يتسم البحث بالأصالة والإضافة للمعرفة القانونية.
- ٤- ألا يكون البحث مستلماً من رسالة علمية (ماجستير أو دكتوراه) نال بها الباحث درجة علمية. أو منشوراً من قبل على أي صورة من صور النشر.
- ٥- ألا يتجاوز حجم البحث خمسين صفحة إلا إذا اقتضى ذلك الحفاظ على وحدة البحث.
- ٦- على الباحث أن يختتم بحثه بخاتمة يبين فيها أهم النتائج التي توصل إليها. وكذلك التوصيات التي يراها.
- ٧- تقدم البحوث مطبوعة بخط Simplified Arabic وتكتب العناوين الرئيسية والفرعية بالخط الأسود العريض بحجم (١٦) ، وحجم (١٤) للنصوص في المتن. وبحجم (١٢) للهوامش في أسفل كل صفحة. ويكتب البحث على وجه واحد، مع ترك مسافة ١,٥ بين السطور. وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في جميع النسخ.
- ٨- تكون الحواشي ٢,٥ سم على جوانب الصفحة الأربعة.



- ٩- أن يراعي في التهميش والترقيم والتواريخ وذكر المراجع والمؤلفين الآتي:
- أ. أن تكون الإشارة إلى صفحات المصادر والمراجع في الهامش وليس في صلب البحث.
 - ب. أن ترقيم هوامش كل صفحة على حده. ويراعي في الترقيم الأرقام المتعارف عليها في الأسلوب العربي.
 - ت. عند ذكر الأعلام والمؤلفين يذكر اسم الشخص أولاً ثم اسم أبيه وجده ثم لقبه.
 - ث. تثبت المصادر والمراجع العلمية ومؤلفوها في نهاية البحث بالترتيب الهجائي، مع بيانات الطباعة والنشر.
- ١٠- يقدم البحث في نسخة إلكترونية مع مراعاة التدقيق اللغوي.
- ١١- يقدم الباحث موجزاً لسيرته العلمية في حدود عشرة سطور في صفحة مستقلة، تتضمن: الاسم، وجهة عمله، ورتبته العلمية، وأهم أبحاثه، مع صورة شخصية حديثة، وملخص للبحث في حدود ٥٠٠ كلمة باللغتين العربية والإنجليزية.
- ١٢- يتم عرض البحث - على نحو سري - على محكمين من ذوي الكفاءة من يقع عليهم اختيار المجلة.
- ١٣- تخطر المجلة أصحاب البحوث المقدمة بموقفها من نشر بحوثهم على النحو التالي:
- أ. يخطر أصحاب البحوث الواردة بوصولها إلى المجلة خلال أسبوع من تاريخ الوصول.
 - ب. يخطر أصحاب البحوث المقبولة بإجازة بحوثهم للنشر.
 - ت. في حالة وجود ملاحظات على البحث، يعاد البحث لصاحبه لاستيفاء هذه الملاحظات ليكون صالحاً للنشر.
- ١٤- يعتذر للباحث الذي لم توافق لجنة المحكمين على نشر بحثه دون الالتزام بإبداء الأسباب.
- ١٥- أصول البحوث المقدمة للمجلة لا ترد سواءً نشرت أو لم تنشر.
- ١٦- ما ينشر في المجلة من آراء تعبر عن أفكار أصحابها ولا تمثل بالضرورة رأي المجلة أو الجامعة.
- ١٧- يمنح الباحث نسخة إلكترونية تحتوي على: بحثه المنشور، والعدد الذي نشر فيه البحث كاملاً، كل في ملف مستقل.
- ١٨- توجه جميع المراسلات باسم عميد كلية القانون، جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، على البريد الإلكتروني lawmagazine@ajman.ac.ae الآتي:

المستندات المطلوبة تسليمها:

- ١- طلب بنشر البحث.
- ٢- تقدم البحوث وجميع المراسلات إلكترونية من خلال البريد الإلكتروني المبين .

ص. ب.: ٣٤٦ عجمان، الإمارات العربية المتحدة، هاتف: +٩٧١ ٧٠٥ ٦١٣١ أو +٩٧١ ٧٠٥ ٦٤٤١
فاكس: +٩٧١ ٧٠٥ ٦٢٧٠، البريد الإلكتروني: lawmagazine@ajman.ac.ae

law.ajman.ac.ae

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة العدد

بسم الله والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبيه الأمين، وبعد:

يعد النشر العلمي من المتطلبات الأساسية لدعم وتنشيط البحث العلمي في مختلف المجالات وشتى التخصصات، حيث يوفر للباحثين فرصة عظيمة لتقييم بحوثهم عن طريق التحكيم العلمي الذي تخضع له البحوث العلمية كشرط أساسي لإجازة نشرها.

وتسعى هيئة التحرير حالياً وبالتعاون مع الهيئة الاستشارية للمجلة سعياً حثيثاً نحو رفع تصنيف المجلة عالمياً، وذلك من خلال تطوير قواعد النشر والتدقيق في اختيار البحوث التي تنشر فيها، واعتماد محكمين بمستوى عال من الكفاءة العلمية الرصينة.

ويطيب لي أن أقدم لكم هذا العدد وهو العدد الخامس . ويصدر هذا العدد بمواضيع متنوعة ومتعددة في تخصصات مختلفة في القانون والشرعية. فالبحث الأول عن اللقيط وأحكام جنايته على المال والجماة . وأما البحث الثاني فقد تناول موضوع الابتكار في المالية العامة، محاكاة حالة دولة الإمارات العربية المتحدة . وجاء البحث الثالث في تخصص القانون الجنائي عن حق المسجون في الرعاية الصحية والاجتماعية والتعليمية. وجاء البحث الرابع في تخصص الإجراءات المدنية عن دعوى مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة في ضوء قانون الإجراءات المدنية الإماراتي الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ وتعديلاته .

وأما البحث الخامس فقد جاء في بيان ودراسة مصلحة المحضون بين الشريعة والقانون.

وتضمن البحث السادس موضوعاً في تخصص القانون الجنائي خصصه الباحث للدراسة عن الإرهاب الإلكتروني.

وأما البحث السابع فكان في مجال القانون التجاري، تناول فيه الباحث دراسة النظام القانوني للحساب الجاري المصرفي في التشريع الفلسطيني.

وأخيراً أغتنم الفرصة لدعوة جميع الباحثين والمهتمين والمتخصصين في فروع القانون المختلفة بالانضمام إلى مسيرتنا العلمية لنشر بحوثهم الثرية في المجلة، ونتمنى من قرائنا الاعزاء ألا يخلوا علينا بملاحظاتهم واقتراحاتهم حول المجلة، التي تسعى دائماً للمحافظة على سمعتها ومكانتها.

ومن جهة أخرى فإنّ هذا العدد هو ثمرة الجهود المضنية لأعضاء هيئة التحرير واللجنة الاستشارية لهذا العدد والمدقق اللغوي، فلهم منا أسمى عبارات الشكر والثناء والتقدير.

والله الموفق

المحتويات

الموضوع	الصفحة
اللقيط وأحكام جنائته على المال والجماد أ. د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد	9
الابتكار في المالية العامة أ. د. محمد الحسين	43
حق المسجون في الرعاية الصحية والإجتماعية والتعليمية د. عادل خميس العمري	79
دعوى مُخاصمة القُضاة وأعضاء النيابة العامة د. محمد سامر القطان	137
مصلحة المحضون بين الشريعة والقانون أ. أحمد يعقوب أحمد	173
الإرهاب الإلكتروني د. أنيس بن علي العذار ود. خالد بن عبدالله الشافي	219
النظام القانوني للحساب الجاري المصرفي في التشريع الفلسطيني د. أنس أبو العون	257

اللقيط وأحكام جنائته على المال والجماهد في الفقه الإسلامي والقانونين المصري والإماراتي دراسة مقارنة

إعداد الأستاذ الدكتور

حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد

أستاذ القانون المدني بكلية القانون

جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

الملخص

هذا بحث عن اللقيط وأحكام جنائته على المال والجماذ ، تمت معالجته من خلال مقدمة ، ومبحثين ، وخاتمة .
عالج الباحث في المقدمة ، أهمية الموضوع ، وأسباب الكتابة فيه ، والدراسات السابقة ، والمنهج الذي اتبعه في
البحث ، والخطة التي صار عليها . وفي المبحث الأول ، تحدث الباحث عن التعريف باللقيط والجناية ، وتم تقسيمه
إلى مطلبين ، خُصص الأول منهما لمفهوم اللقيط ، وتناول المطلب الثاني التعريف بالجناية ، وبيان أنواعها . وفي
المبحث الثاني ، تناول الباحث جنائية اللقيط على المال والجماذ ، وتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، خُصص
المطلب الأول لنظرة الفقه الإسلامي لجناية اللقيط على المال والجماذ ، وعالج المطلب الثاني موقف المشرعان
المصري والإماراتي من جنائية اللقيط على المال والجماذ . وفي الخاتمة ، تناول الباحث أهم النتائج والتوصيات التي
توصل إليها من خلال بحثه .

وخلص البحث ، إلى أن اللقيط ، هو : اسم لمولود (ذكراً أو أنثى) آدمي حي حديث الولادة ، غالباً ، مجهول الوالدين
والهوية ، أو صغير لم يصل إلى سن التمييز ، وقيل : إلى البلوغ ، وقيل : إلى سن الرشد ، ولا كافل له معلوم ،
صَلَّ الطريق ، أو طرحه (نبذه) أهله خوفاً من العيلة ، أو فراراً من تهمة الرتبة ، أو لأي باعث آخر حملهم على
هذا ، التقط لحفظه ورعايته . هذا ، وقد أظهر البحث مدي عناية الشريعة الإسلامية بأمر اللقيط ، وحضها
على التقاطه وكفالاته ورعايته ، فالشريعة الإسلامية سبّاقة إلى كل مجال حيوي مفيد ، على نحو يفوق ما
تعارف عليه عالم اليوم من إقامة دور الحضانة والملاجئ ، للحفاظ على الأيتام ومن لا عائل لهم من الأطفال
والعجزة .

وفضلاً عن ذلك ، فقد خلص البحث ، إلى أنه لا خلاف بين الشريعة الإسلامية ، وكل من قانون المعاملات المدنية
الاتحادي والقانون المدني المصري فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية للصغير المميز - لقيطاً كان أو معروفاً نسبه -
حيث أقرّت هذه الشرائع مسؤولية الصغير المميز بتضمينه عن فعله الضار بمجرد تحقق الضرر . وإنما الخلاف
بينهم جاء ودّار ، حول مسؤولية الصغير غير المميز ، (أي عديم التمييز) ، ومَنْ في حكمه ، هل يُسأل عن فعله
الذي يترتب عليه إلحاق الضرر بأموال الآخرين أم لا ؟ . وقد أجاب البحث ، من خلال صفحاته ، عن هذا التساؤل
بالتفصيل .

Summary

This search for a foundling and the provisions of the capital crime of money and inanimate objects, has been processed through the introduction, two sections, and a conclusion. Researcher treated in the introduction, the importance of the subject, and the reasons for writing it, and previous studies, the methodology used in the search, and the plan that became them. In the first section, , A researcher from the definition Balgayt and crime occur, were divided into two demands, the first of them devoted to the concept of a foundling, eat Paljnaah second requirement definition, a statement of sorts. In the second section, the researcher felony foundling money and inanimate objects, were divided this section into two demands, devoted the first requirement to look at Islamic jurisprudence to felony foundling money and inanimate objects, and dealt with the second demand position of Egyptian lawmakers and the UAE of a felony foundling money and inanimate objects. In conclusion, the researcher the most important findings and recommendations reached through his research. The research found to be the bastard, is the following: name of Mouloud (male or female) Ademi neighborhood newborn, often, of unknown parentage, identity, or a young person up to the age of discretion, and was told: to adulthood, and was told: to adulthood, and tutor him known , lost their way, or put (About) his family for fear of Aila, or to escape from the charge of suspicion, or any other motive to get them to this, pick up the save and sponsorship. This, the research shows the extent of the attention of Islamic law ordered a foundling, and urge them to be captured and sponsorship and sponsorship, Sharia Islamic forerunner to every vital area useful, than has long upon the world today than the establishment of nurseries and shelters, to keep the orphans and not host them children and infirm. Moreover, research has concluded, that there is disagreement between the Islamic Sharia, and all of the Code of Federal Civil Transactions and civil law Masri respect of civil liability for a small privileged - an abandoned baby was or known lineage - where these laws approved small distinctive by including all do harmful Once responsibility check the damage. But their disagreement came and House, about the responsibility of the small non-privileged (ie, non-discrimination), and the like, would you ask about who did the consequent damage with others' money or not? . The research was answered, through its pages, this question in detail.

المقدمة

إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ، نَحْمَدُهُ وَنُسْتَغِينَهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شَرِّ أَنْفُسِنَا، وَمِنْ سَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا، مَنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلَا ضَلَّ لَهُ، وَمَنْ يَضِلَّ فَلَا هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ.

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ ﴾ (١).

﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾ (٢).

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴾ (٣) (٤).

أما بعد..

فإنَّ الشريعة الإسلامية الغراء لم تقصر رعايتها واهتمامها على الأولاد الذين يولدون من آباء وأمهات معروفين فحسب، بل امتدت رعايتها وحمايتها لتشمل كل ولد وُجِدَ في هذه الدنيا، وحُرِّمَ من الرعاية الوالدية لأي سبب كان (كاليتيم، أو مجهولية النسب - اللقيط - أو التشرد، وما في حكمها..)، حتى ولو عُرِفَ أَنَّهُ ابن زنى، لأنَّه نفس مصونة محترمة بريئة لم تجن في دنياها شيئاً، وقد قرر الإسلام مبدأ المسؤولية الشخصية عن كل عمل، قال تعالى: ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ (٥)، وقال تعالى: ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ (٦).

هذا، وقد عنيت الشريعة الإسلامية بحفظ حقوق اللقيط، وحمايته من التعدي عليها، وتقديم يد العون والمساعدة له، حتى إنَّ ذلك يعد باباً من أبواب الجنة في الثواب والأجر.

ولا شك في أنَّ تقديم هذه الحقوق للولد اللقيط والعمل على حمايته من الاعتداء، هو أمر بالغ الأهمية في مجال اندماج هذا اللقيط في المجتمع، الذي يجب عليه أن يُعامل هذا الولد على أساس الأخوة الإنسانية، وعدم النظر إليه على أنه صاحب الذنب أو الإثم في هذا الوضع، لأنَّه في الحقيقة هو المجني عليه أو الضحية (٧).

(١) سورة آل عمران الآية رقم : 102.

(٢) سورة النساء الآية الأولى.

(٣) سورة الأحزاب الآيتان رقما: 70 - 71.

(٤) هذه الخطبة هي خطبة الحاجة كما ذكرها ابن مسعود، وقد استحَبَّ أهل العلم البدء بها بين يدي كل خطبة، سواء كانت جمعة، أو عيداً، أو نكاحاً، أو درساً، أو محاضرة، تأسيساً بالنبي صلى الله عليه وسلم. وقد رواها أبو داود في سننه : في كتاب النكاح - باب : في خطبة النكاح - ج2 ص 291 - المحقق : محمد محيي الدين عبد الحميد - الناشر: المكتبة العصرية - صيدا - بيروت، والترمذي في سننه : كتاب النكاح - باب : ما جاء في خطبة النكاح - ج 3 ص 404 وقال : حديث حسن سنن الترمذي - المحقق : أحمد محمد شاكر، وآخرون - الناشر : دار إحياء التراث، كما رواها ابن ماجه في سننه : كتاب النكاح - باب : خطبة النكاح - ج 1 ص 609 - حديث رقم : 1892 - تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي - الناشر : دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي .

(٥) سورة الأنعام جزء من الآية رقم : 164، سورة الإسراء جزء من الآية رقم : 15، سورة فاطر جزء من الآية رقم : 18، سورة الزمر جزء من الآية رقم : 7. ومن المعلوم شرعاً وعقلاً أنَّ الولد غير الشرعي والولد اللقيط، أو مجهول النسب، لم يكن له ثمة اختيار أو ذنب فيما حدث، فليس له اختيار في طريقة خروجه إلى هذه الدنيا حتى يؤخذ بجريرة غيره، بل إنَّ التعامل معه من منطلق ذنب وخطيئة والديه يُخالف نصوص القرآن الكريم الصريحة في عدم تحميل الإنسان لأفعال وتبعات غيره.

(٦) سورة المدثر الآية رقم : 38، وعليه، فإنَّ الولد اللقيط ثبت له جميع الحقوق التي تثبت للمواليد الثابت نسبهم، ما عدا الحق في النسب. يقول السمرقندي : (إنَّ اللَّقِيطَ يُسَاوِي الصَّبِيَّ الَّذِي لَيْسَ بِلَقِيطٍ فِي عَامَّةِ الْأَحْكَامِ، وَلَهُ أَحْكَامُ عَلَى الْخُصُوصِ). انظر : حفة الفقهاء : محمد بن أحمد أبو بكر علاء الدين السمرقندي - ج 3 ص 351 - الطبعة الثانية عام 1414هـ/1994م - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

(٧) حماية حقوق الطفل دراسة مقارنة بين القانون الدولي العام والفقه الإسلامي : د/ منتصر سعيد حمودة - ص 285 - الطبعة الأولى عام 2010م - الناشر : دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، هذا، وعناية الشريعة الإسلامية للقيط لم تقف عند حث المسلمين على رحمته والعطف عليه والإحسان إليه، وإنما تجاوزت ذلك إلى إيلائه عناية مركزة، وسنت جملة من الأحكام الفقهية التي تُمثل نظاماً متكاملًا لرعاية اللقطاء في المجتمع المسلم بما يحفظ لهم كرامتهم، وحقوقهم المادية والمعنوية، وخاصة على الدولة، ويدفع عنهم ضرر التعيير والتحقيق، وضيق

وفي مقابل هذه العناية التي أولتها الشريعة الإسلامية للقيط، فرضت عليه ضرورة عدم التعدي على المال والجماد، وأوجبت عليه الضمان عند إتلافه وإهلاكه، لا فرق في ذلك بين العمد والخطأ، ولا بين البلوغ أو عدمه. وهذا الجانب هو ما سوف يُوضحه البحث، ويُظهره جلياً.

أهمية وأسباب الكتابة في الموضوع:

تنبع دواعي وأسباب اختياري للكتابة في هذا الموضوع بالذات - عدا ما فيه من أهمية وحيوية بالغة - من عدة أسباب، لعل من أبرزها ما يلي:

1- أنّ موضوع اللقطاء، بصفة عامة، يُعدّ في بعض البلدان العربية موضوعاً حساساً من النادر أن تتناوله وسائل الإعلام أو الندوات والأنشطة الاجتماعية، وذلك على أساس أنّ هؤلاء اللقطاء نتاج أخطاء مرفوضة في مجتمع محافظ ومراعٍ لتعاليم الشريعة الإسلامية. وبالرغم من الإنفاق المالي الضخم التي تبذله حكومات هذه الدول على دور اللقطاء من أجل توفير وضع معيشي جيد لهذه الفئة، إلا أنّ التعقيم الإعلامي على هذه القضية أدى لوجود عدد من القضايا الاجتماعية التي تؤثر على الحياة اليومية لهؤلاء اللقطاء، سواء في طفولتهم، أو حتى في شبابهم. وقد جاء هذا البحث ليوجه أنظار الباحثين، وأجهزة ووسائل الإعلام إلى أهمية موضوع جناية اللقطاء على المال والجماد، حتى يعطوه حقه من الإعلام الصحيح، والبحث الجاد.

2- إظهار عدالة وشمول أحكام الشريعة الإسلامية الغراء لكل متطلبات الحياة، وسبقها إلى كل مجال حيوي مفيد، على نحو يفوق ما تعارفت عليه التشريعات الوضعية في عالم اليوم، وكيفية معالجتها لمسألة اللقيط، وبيان حكم جنايته على المال والجماد. فالإسلام نظام فريد لم يُسبق، ولم يُلحق ركبته.

3- بيان مدى توافق وتناغم القوانين المصرية، والقوانين الإماراتية، لاسيما القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2012م بشأن رعاية الأطفال مجهولي النسب، وكذا قانون المعاملات المدنية (القانون المدني) في كلا البلدين، مع أحكام الشريعة الإسلامية ومدى انسجامهما معها في معالجة هذا الموضوع.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تحقيق ما يلي:

- تحديد مفهوم اللقيط، وبيان ماهية الجناية، وأنواعها، وتحديد الفرق بينها وبين الجريمة.

- بيان آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في جناية اللقيط على المال والجماد، وبيان موقف المشرع الإماراتي والمصري من هذه الجناية.

الدراسات السابقة:

أثناء كتابتي لهذا البحث، وقع بصري على مجموعة من المؤلفات والمراجع، تناولت موضوع اللقيط، وأظهرت العديد من الأحكام المتعلقة به، أذكر بعض منها على سبيل المثال لا الحصر:

- أحكام اللقيط في الإسلام مع دراسة ميدانية : د/ مريم أحمد الداغستاني - الطبعة الأولى عام 1413هـ/1992م - الناشر: المطبعة الإسلامية الحديثة - حلمية الزيتون - القاهرة.

- أحكام رعاية الطفل اللقيط في الشريعة الإسلامية : د/ أمين عبد المعبود زغلول - بحث منشور بمجلة الأحمدية والتي تصدرها دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث بدبي - الإمارات العربية المتحدة - العدد السادس - جمادى الأولى 1421هـ/ أغسطس (آب) 2000م.

الحقوق والمصالح. (راجع : أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية مقارنة - : د/ وليد خالد الربيع - ص 1 - جامعة الكويت عام 1425هـ/2004م - بحث منشور على الشبكة العالمية للمعلومات (الإنترنت). انظر الموقع التالي : <http://riyadhalelm.com/play-10736.html>)

- كفالة اللقيط وأثرها في الوقاية من الجريمة دراسة تأصيلية: علي بن محمد آل كليب - رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - قسم العدالة الاجتماعية - الرياض - عام 1432هـ/2011م.

- أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية مقارنة - : د/ وليد خالد الربيع - جامعة الكويت عام 1425هـ/2004م - بحث منشور على الشبكة العالمية للمعلومات (الإنترنت).

- أحكام اللقيط بين الشريعة الإسلامية والقانون : منير عبد الغني أبو الهيجاء - رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القضاء الشرعي بكلية الدراسات العليا بجامعة الخليل - مدينة نابلس - فلسطين - عام 1427هـ/2006م .

- أحكام اللقيط دراسة تأصيلية تطبيقية : سعيدي زيان - مذكرة لنيل شهادة الماجستير - تخصص أصول الفقه - كلية العلوم الإسلامية - جامعة الجزائر - عام 1426 - 1427هـ/2005 - 2006م.

هذه المؤلفات، وغيرها كثير، تناولت موضوع اللقيط غير أن غالبيتها تناولت دراسة اللقيط من الناحية الشرعية، ولم تعرض لمسألة جانيته، فضلاً عن عدم تناولها له من الناحية القانونية، وحتى المؤلفات التي عالجت جانيته، وتناولته من الناحية القانونية، لم تعرض لجانيته على المال والجماهد، فجاء هذا البحث ليغطي هذه المسألة من الناحيتين الشرعية والقانونية، وتحديدًا في القوانين المصرية والإماراتية.

منهج البحث:

هذا، والمنهج الذي سوف نسلكه في دراسة هذا الموضوع، هو المنهج الوصفي التحليلي المقارن، حيث نقوم بتحديد حقيقة اللقيط، وبيان أحكام جانيته على المال والجماهد كما تجلّت في فقهنا الإسلامي الذي شاهده علماءنا عبر التاريخ، والمقارنة بين تلك الجهود العلمية والترجيح بينها في دراسة مفردات هذا الموضوع، ثم يتطرق البحث للمقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، لاسيما قانون الطفل المصري رقم (12) لسنة 1996م، وقانون رعاية مجهولي النسب الإماراتي رقم (1) لسنة 2012م، وكذا القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي للوصول إلى بيان عظمة الشريعة الإسلامية، ورحمتها بالناس من خلال تلك الأحكام التي شرعتها في هذا الخصوص.

خطة البحث:

لقد اقتضت طبيعة البحث ضرورة معالجته في مقدمة، ومبحثين، وخاتمة، وثبت للمصادر والمراجع، وفهرس للموضوعات، وذلك على النحو التالي:

المقدمة: وتشمل الاستفتاحية، وأهمية الموضوع، ودواعي وأسباب الكتابة فيه، والدراسات السابقة، والمنهج المتبع في البحث، وخطته.

المبحث الأول: في التعريف باللقيط والجناية.

المبحث الثاني: جناية اللقيط على المال والجماهد.

الخاتمة : وجعلت فيها أهم ما توصلت إليه ووفقني الله تعالى إلى إثباته وتقريره من النتائج، ثم توجيه توصيات أراها نافعة خادمة لأهداف البحث، محققة لمقاصد الشرع وشرائح القانون.

وأخيراً، الفهارس: فهرس لثبت المصادر والمراجع، وفهرس للموضوعات.

الأستاذ الدكتور

حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد

المبحث الأول التعريف باللقيط والجناية

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : التعريف باللقيط.

المطلب الثاني : التعريف بالجناية وبيان أنواعها.

المطلب الأول

مفهوم اللقيط

أولاً: حقيقة اللقيط في اللغة:

اللقيط في اللغة: اسم لشئ موجود على وزن فاعيل بمعنى مفعول⁽⁸⁾، أي: ملقوط، كقولهم: قتل وجريح وطريح ودهين، بمعنى مقتول ومجروح ومطروح ومدھون⁽⁹⁾، مشتق من اللقط، يُقال: لَقَطَهُ يَلْقُطُهُ لَقْطاً وَالتَقَطَهُ فهو لقيط وملقوط، أي: أخذه ورفعته من الأرض⁽¹⁰⁾، مِنْ بَابِ نَصَرَ، وَالتَقَطَهُ أَيضاً، وَيُقَالُ لِكُلِّ سَاقِطَةٍ لَا قِطَّةً، أَي: لِكُلِّ مَا نَدَرَ مِنْ كَلِمَةٍ مَنْ يَسْمَعُهَا وَيُذِيعُهَا⁽¹¹⁾.

واللقيط مفرد اللقطاء، وَهُوَ فَعِيلٌ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ مِنَ اللَّقْطِ وَالْإِلْتِقَاطِ، وَمَعْنَاهُ الْعُثُورُ عَلَى الشَّيْءِ مُصَادَفَةً مِنْ غَيْرِ طَلَبٍ وَلَا قَصْدٍ. وفي التنزيل: ﴿فَالْتَقَطَهُ آلُ فِرْعَوْنَ لِيَكُونَ لَهُمْ عَدُوًّا وَحَزَنًا﴾⁽¹²⁾، وَقَالَ الرَّاجِزُ يَصِفُ مَاءً أَجَنًا:

وَمَنْهَلٍ وَرَدُّهُ الْتِقَاطًا أَحْضَرَ مِثْلَ الزَّيْتِ لَمْ شَاطَا

أَي: وَرَدُّهُ مِنْ غَيْرِ طَلَبٍ وَلَا قَصْدٍ، شَاطَا الزَّيْتُ إِذَا نَضَجَ حَتَّى احْتَرَقَ، وَكَذَلِكَ اللَّقِيطُ يُوجَدُ مِنْ غَيْرِ طَلَبٍ⁽¹³⁾.

(8) إِنَّ فَعِيلًا فِي اللغة العربية تأتي بمعنى مفعول في مواطن كثيرة، يُقال: قَتِلَ بِمَعْنَى مَقْتُولٍ، وَجَرِحَ بِمَعْنَى مَجْرُوحٍ، وَطَرِحَ بِمَعْنَى مَطْرُوحٍ، وَإِلَّا فَالْأَصْلُ أَنَّ فَعِيلًا بِمَعْنَى فَاعِلٍ، لَكِنَّا قَدْ تَأْتِي بِمَعْنَى مَفْعُولٍ حَسَبَ السِّيَاقِ وَالْقِرَائِنِ، فَلَقِيطٌ بِمَعْنَى مَلْقُوطٍ، أَي: مَأْخُوذٌ. (راجع : الشرح الممتع على زاد المستنقع : محمد بن صالح بن محمد العثيمين - ج 10 - ص 383 - الطبعة الأولى عام 1422 هـ - الناشر : دار ابن الجوزي - بالسعودية).

(9) راجع : البيان في مذهب الإمام الشافعي : أبو الحسين يحيى بن أبي الخير العمراني - ج 8 ص 7 - المحقق: قاسم محمد النووي - الطبعة الأولى عام 1421 هـ/2000م - الناشر: دار المنهاج - جدة.

(10) قال الكفوي : (اللقيط : هو في الأدبي يُقال: صبي منبوذ، اعتباراً بمن طرحه، ولقيط وملقوط أيضاً، اعتباراً بمن تناوله..)، انظر : الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية: أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، أبو البقاء الحنفي - ص 799 - المحقق : عدنان درويش، محمد المصري - الناشر : مؤسسة الرسالة - بيروت، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء : قاسم بن عبد الله بن أمير علي القنوي الرومي الحنفي - ص 67 - المحقق : يحيى حسن مراد - طبعة عام 1424 هـ/2004م - الناشر : دار الكتب العلمية.

(11) راجع : الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري - ج 3 ص 1157 - تحقيق : أحمد عبد الغفور عطار - الطبعة الرابعة عام 1407 هـ/1987م - الناشر : دار العلم للملايين - بيروت، مختار الصحاح : زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي - مادة : (ل ق ط) - ص 284 - المحقق : يوسف الشيخ محمد - الطبعة الخامسة عام 1420 هـ/1999م - الناشر : المكتبة العصرية - الدار النموذجية - بيروت - صيدا.

(12) سورة القصص جزء من الآية رقم 8، قال ابن عرفة: الالتقاط: وجود الشئ من غير طلب له، وعليه قوله تعالى: ﴿يَلْتَقِطُهُ بَعْضُ السَّيَّارَةِ﴾ (يوسف جزء من الآية رقم 10)، أَي : يجذوه على غير قصد منهم له، ومنه اللَّقْطَةُ، لَأَنَّ وَاجِدَهَا لَمْ يَتَحَسَّسْهَا. (انظر: عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ (معجم لغوي لألفاظ القرآن الكريم) تأليف : الشيخ / أحمد بن يوسف بن عبد الدائم، المعروف بالسمين الحلبي - ج 4 ص 35 - 36 - تحقيق : محمد باسل عيون السود - الطبعة الأولى عام 1417 هـ/1996م - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، لسان العرب : محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقي - ج 7 ص 394 - الطبعة الثالثة عام 1404 هـ/1984م - الناشر : دار صادر - بيروت، النهاية في غريب الحديث والأثر : مجد الدين أبو السعادات المبارك بن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير - ج 4 ص 264 - تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي - الطبعة الأولى عام 1399 هـ/1979م - الناشر : المكتبة العلمية - بيروت).

(13) الاختيار لتعليل المختار: عبد الله بن محمود بن مودود الموصل - ج 3 ص 29 - طبعة عام 1356 هـ/1937م - الناشر : مطبعة الحلبي - القاهرة.

والتقطت الشيء جمعته، وَلَقَطَ الثَّوْبَ، أي: رَفَأَهُ. ولقطت العلم من الكتب لقطاً، أي: أخذته من هذا الكتاب ومن هذا الكتاب⁽¹⁴⁾، وَلَقَطَ الطَّائِرُ الْحَبَّ: أخذه بمنقاره من الأرض بسرعة بدون مسّها⁽¹⁵⁾، وقد غلب اللقيط على الو لد المنبوذ⁽¹⁶⁾ من بني آدم⁽¹⁷⁾، لِأَنَّهُ عَلَى عَرَضٍ أَنْ يُلْقَطَ، وَالْأُنْثَى لَقِيْطَةٌ⁽¹⁸⁾، وَاللَّقِيْطَةُ وَاللَّاقِطَةُ: الرجل الساقط الرذل المهين، والمرأة كذلك. تَقُولُ: إِنَّهُ لَسَقِيْطٌ لَقِيْطٌ وَإِنَّهُ لَسَاقِطٌ لَاقِطٌ وَإِنَّهُ لَسَقِيْطَةٌ لَقِيْطَةٌ، والجمع: لقائط⁽¹⁹⁾، ولعله سُمي بهذا الاسم المهين على عادة العرب في تسمية أبنائهم بأهون الأسماء وأقلّها، حتى إذا قَتَلَهُ الأعداء لا يشعر أهله بشديد أسف، ولا تشعر الأعداء بكبير تشف⁽²⁰⁾.

والذي يأخذ ال صبي، أو الشيء ال ساقط يُقال له: الملتقط⁽²¹⁾، وفي الحديث: ﴿الْمَرْأَةُ حَوْرٌ ثَلَاثَةٌ مَوَارِيَتْ: عَتِيْقَهَا، وَلَقِيْطَهَا، وَوَلَدَهَا الَّذِي لَاعَنَتْ عَنْهُ﴾⁽²²⁾.

وَأَمَّا اللقيط في العُرف، فهو: اسْمٌ لِلطِّفْلِ الْمُفْقُودِ وَهُوَ الْمُتَلَقَّى⁽²³⁾، أَوْ الطِّفْلِ الْمَأْخُوذِ وَالْمَرْفُوعِ عَادَةً⁽²⁴⁾ فَكَانَ تَسْمِيَّتُهُ لَقِيْطًا بِاسْمِ الْعَاقِبَةِ؛ لِأَنَّهُ يُلْقَطُ عَادَةً، أَي: يُؤْخَذُ وَيَرْفَعُ مِنَ الْأَرْضِ⁽²⁵⁾، وَتَسْمِيَةُ الشَّيْءِ بِاسْمِ عَاقِبَتِهِ أَمْرٌ شَائِعٌ فِي اللُّغَةِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى جَلَّ شَأْنُهُ: ﴿إِنِّي أَرَانِي أَعِصِرُ حَمْرًا﴾⁽²⁶⁾، وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى جَلَّ شَأْنُهُ: ﴿إِنَّكَ

(14) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس - ج 2 ص 557 - مادة: (لقط) - الناشر: المكتبة العلمية - بيروت، دائرة معارف القرن العشرين / د/ محمد فريد وجدي - ج 8 ص 369 - الطبعة الثالثة عام 1971م - الناشر: دار الفكر - بيروت.

(15) راجع: معجم اللغة العربية المعاصرة: د/ أحمد مختار عبد الحميد عمر، بمساعدة فريق عمل - ج 3 ص 2027 - مادة: (ل ق ط) - الطبعة الأولى عام 1429هـ/2008م - الناشر: عالم الكتب، تكملة المعاجم العربية: رينهارت بيتر أن دوزي - ج 9 ص 264 - مادة: (لقط) - نَقَلَهُ إِلَى العربية وعلّق عليه: جمال الخياط - الطبعة الأولى عام من عام 2000/1979م - الناشر: وزارة الثقافة والإعلام - الجمهورية العراقية. (16) وَسُمِّيَ اللَّقِيْطُ مَنبُودًا: لِأَنَّ أُمَّه رَمَتْهُ عَلَى الطَّرِيقِ، وَالْمَنبُودُونَ طَائِفَةٌ فِي الْهِنْدِ يَتَجَنَّبُهُمُ الْجَمْعُ الْهِنْدِيُّ وَيَزْدَرِيهِمْ لَضَعْفِهِمْ وَفَقْرِهِمْ وَهُوَ أَنَّهُمْ عَلَى اللَّهِ فِي أَصْلِ الْخَلْقَةِ فِيمَا يَزْعُمُونَ (محدثه)، (راجع: المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية بالقاهرة - إبراهيم مصطفى، وأحمد الزيات، وحامد عبد القادر، ومحمد النجار - ص 897 - الناشر: دار الدعوة).

(17) قال ابن دريد: اللَّقِيْطُ وَالْمَلْقُوطُ: المولود الذي ينبذ قِلْقُطًا، وبنو لَقِيْطٍ: حيّ من العرب.. وقال الليث: اللَّقِيْطَةُ: الرَّجُلُ الْمُهِيْنُ الرَّذْلُ، وَالْمَرْأَةُ كَذَلِكَ، وَبنو اللَّقِيْطَةِ: سَمُّوا بِذَلِكَ لِأَنَّ أُمَّهَم - زعموا - التقطها حذيفة بن بدر في جوار قد أضرت بهن السنة، فضمها إليه، ثم أعجبته فخطبها إلى أبيها وتزوجها وهي بنتُ عَصَمِ بْنِ مَرْوَانَ بْنِ وَهْبٍ، (انظر: العباب الزاخر واللباب الفاخر: رضي الدين الحسن بن محمد بن الحسن بن حيدر العدوي العمري القرشي الصنعاني الحنفي - مادة: (لقط) - ج 1 ص 312 - مأخوذ من المكتبة الشاملة موافق للمطبوع بدون ذكر الطبعة ودار النشر).

(18) الْمُعْرَبُ فِي تَرْتِيبِ الْعَرَبِ: ناصر بن عبد السيد أبي المكارم الخوارزمي الْمُطَرَّرِيّ - مادة: (ل ق ط) - اللام مع القاف - ص 426 - بدون طبعة وبدون تاريخ - الناشر: دار الكتاب العربي.

(19) لسان العرب: ابن منظور - ج 7 ص 394، تاج العروس: للزبيدي - ج 20 ص 78، المعجم الوسيط: ج 2 ص 853.

(20) انظر: دراسة في نصوص العصر الجاهلي خليل وتذوق: د/ السيد أحمد عمارة - ص 119 - بدون تاريخ طبع أو سنة نشر - الناشر: مكتبة المتنبي.

(21) انظر: تهذيب اللغة: للأزهري الهروي - ج 9 ص 17.

(22) سنن الترمذي: محمد بن عيسى الترمذي - كتاب الفرائض - باب: ما يرث النساء من الولاء - ج 4 ص 429 - حديث رقم: 2115، قال عنه: (هذا حديث حسن غريب، لا يُعْرَفُ إِلَّا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ)، السنن الكبرى: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخرساني، أبو بكر البيهقي - كتاب الفرائض - باب: الولاء بالميراث - ج 6 ص 394 - حديث رقم: 12383، وقال عنه: (هذا غير ثابت..) - المحقق: محمد عبد القادر عطا - الطبعة الثالثة عام 1424هـ/2003م - الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، تاج العروس من جواهر القاموس: الزبيدي - ج 20 ص 76 وما بعدها. (23) وَيُقَالُ لِلصَّبِيِّ الْمُتَلَقَّى الضَّائِعِ: لَقِيْطٌ، وَمَلْفُوطٌ، وَمَنْبُودٌ، وَدَعِيٌّ، (انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي - ج 5 ص 418 - تحقيق: زهير الشاويش - الطبعة الثالثة عام 1412هـ/1991م - الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت - دمشق - عمان، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري - ج 1 ص 317 - الطبعة الأولى عام 1414هـ/1994م - الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر).

(24) راجع: دستور العلماء (جامع العلوم في اصطلاحات الفنون) : القاضي عبد النبي الأحمد نكري - ج 3 ص 125 - باب اللام مع القاف - عَرَّبَ عِبَارَتَهُ الْفَارْسِيَّةَ: حسن هاني فحص - الطبعة الأولى عام 1421هـ/2000م - الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

(25) وهو من ناحية أخرى من باب التفاؤل بالتقاطه بخلاف تسميته منبوزا.

(26) سورة يوسف جزء من الآية رقم: 36.

مَيِّتٌ وَإِنَّهُمْ مَيِّتُونَ»⁽²⁷⁾. سَمَّى الْعَنْبَ حَمْرًا، وَالْحَيَّ الَّذِي يَحْتَمِلُ الْمَوْتَ مَيِّتًا بِاِسْمِ الْعَاقِبَةِ فَكَذَا الذَّ سَبْة هِنَا لَاسْمَ لَقِيْطٍ⁽²⁸⁾، فَهِي تَطْلُقُ عَلَى الطِّفْلِ الَّذِي يَوْجَدُ مُلْقًى عَلَى الْأَرْضِ فِي الطَّرِيقِ الْعَامِ⁽²⁹⁾.
مَّا سَبَقَ يَتَبَيَّنُ لَنَا، أَنَّ اللَّقِيْطَ فِي اللُّغَةِ، هُوَ: الْوَلَدُ - ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى - الْمَنبُودُ أَوْ الْمَطْرُوحُ الْمُرْمِي بِهِ⁽³⁰⁾ فِي الطَّرِيقِ الْعَامِ، أَوْ بِالْأَسْوَاقِ، أَوْ بَبَابِ مَسْجِدٍ وَنَحْوِ ذَلِكَ، وَلَا يُعْرَفُ أَبُوهُ وَلَا أُمُّهُ وَلَا قَبِيلَتُهُ.
ثَانِيًا: حَقِيقَةُ اللَّقِيْطِ فِي الْإِصْطِلَاحِ الشَّرْعِيِّ:

يَتَقَارَبُ التَّعْرِيفُ اللَّغَوِيُّ لِلْقِيْطِ مَعَ تَعْرِيفِهِ الْإِصْطِلَاحِيِّ، وَتَعْرِيفَاتُ الْفُقَهَاءِ لِلْقِيْطِ فِي الْإِصْطِلَاحِ تَكَادُ تَتَّفَقُ فِي مَجْمَلِ مَعَانِيهَا، لَكِنِ الْخِلَافُ بَدَأَ وَاضِحًا فِي التَّسْمِيَةِ، حَيْثُ سَمَّاهُ الْبَعْضُ اسْمًا لِحَيِّ مَوْلُودٍ، وَآخَرُ طِفْلٍ مَنبُودٍ، وَغَيْرِهِ كُلِّ طِفْلٍ ضَائِعٍ، وَهِيَ مُصْطَلِحَاتٌ وَمُفْرَدَاتٌ ذَاتُ صِلَةٍ بِاللَّقِيْطِ، وَتَحْمِلُ صُورَةً مِنْ صُورِهِ. وَهَذَا مَا سَيَتَضَحُّ لَنَا جَلِيًّا مِنْ خِلَالِ التَّعْرِيفَاتِ الْآتِيَةِ:

1- تَعْرِيفُ الْحَنْفِيَّةِ :

عَرَّفَ بَعْضُ فُقَهَاءِ الْحَنْفِيَّةِ اللَّقِيْطَ، بِأَنَّهُ : (اسْمٌ لِحَيٍّ مَوْلُودٍ طَرَحَهُ أَهْلُهُ خَوْفًا مِنَ الْعِيْلَةِ⁽³¹⁾ أَوْ فِرَارًا مِنْ تَهْمَةِ الرِّبَةِ⁽³²⁾، مُضَيِّعُهُ آثِمٌ، وَمُحْرِزُهُ غَانِمٌ..)⁽³³⁾.
وَعَرَّفَهُ الْكَاسَانِيُّ، بِأَنَّهُ : (اسْمٌ لِلطِّفْلِ الْمَقْذُودِ، وَهُوَ الْمُلْقَى، أَوْ الطِّفْلِ الْمَأْخُوذِ وَالْمَرْفُوعِ عَادَةً)⁽³⁴⁾.
وَعَرَّفَهُ صَاحِبُ الْجَوْهَرَةِ النَّيِّرَةِ، بِأَنَّهُ : (اسْمٌ لِمَنْبُودٍ مِنْ بَنِي آدَمَ نَبَذَ خَوْفًا مِنَ الْعِيْلَةِ، أَوْ فِرَارًا مِنَ التَّهْمَةِ، مُضَيِّعُهُ آثِمٌ وَمُحْرِزُهُ غَانِمٌ..)⁽³⁵⁾.
وَعَرَّفَهُ صَاحِبُ دَرَرِ الْحُكَامِ، بِأَنَّهُ : (الْوَلَدُ الْمُتْرُوكُ فِي السَّوَارِعِ، مَجْهُولُ الْآبِ وَالْأَوَّلِيَاءِ)⁽³⁶⁾.

(27) سورة الزمر الآية رقم : 30.

(28) راجع : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني - ج 6 ص 197 - الطبعة الثانية عام 1406 هـ/ 1986 م - الناشر : دار الكتب العلمية.

(29) انظر : أحكام رعاية الطفل اللقيط في الشريعة الإسلامية : د/ أمين عبد المعبود زغلول - بحث منشور بمجلة الأحمديّة والتي تصدرها دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث بدبي - الإمارات العربية المتحدة - العدد السادس - جمادى الأولى 1421 هـ/ أغسطس (آب) 2000 م - ص 136.

(30) مأخوذ من نبذ الشيء، أي : رميته، ومنه قوله تعالى : ﴿ فَتَبَذُوهُ وَرَاءَ ظُهُورِهِمْ ﴾ (سورة آل عمران جزء من الآية رقم : 187)، ومنه سُمِّيَ النَبِذُ، لِأَنَّهُ يُطْرَحُ فِيهِ الْمَاءُ، وَيُسَمَّى مَلْقُوطًا بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ يَلْقَطُ، وَيُسَمَّى دَعِيًّا أَيْضًا، عَلَى أَنَّ تَسْمِيَتَهُ لَقِيْطًا أَوْ مَنبُودًا قَبْلَ الْإِخْذِ حَقِيقَةُ لُغَوِيَّةٌ، وَبَعْدَهَا مَجَازٌ بِنَاءً عَلَى زَوَالِ الْحَقِيقَةِ بِزَوَالِ الْمَعْنَى الْمَشْتَقِ مِنْهُ، أَوْ بِاعْتِبَارِ مَا كَانَ عَلَيْهِ، (راجع : فقه المعاملات : د/ عبد العزيز محمد عزام - ص 139 - الطبعة الأولى عام 1997/ 1998 م - الناشر : مكتب الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر - مصر).

(31) قَوْلُهُ : (خَوْفًا مِنَ الْعِيْلَةِ)، الْعِيْلَةُ بِالْفَتْحِ : الْفَقْرُ وَالْفَاقَةُ، وَهِيَ مَصْدَرٌ عَالٍ يَعْيَلُ، عَيْلَةً وَعَيْوَلًا، مِنْ بَابِ سَارَ، فَهُوَ عَائِلٌ، وَالْجَمْعُ : عَالَةٌ. (انظر : المصباح المنير : للفيومي - ج 2 ص 440 - العين والياء وما ينثلهما - مادة : (ع ي ل)، إعراب القرآن العظيم : زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري السنيكي - ص 303 - حققه وعلّق عليه : د/ موسى على موسى مسعود - الطبعة الأولى عام 1421 هـ/ 2001 م - بدون دار نشر).

(32) قَوْلُهُ : (فِرَارًا مِنْ تَهْمَةِ الرِّبَةِ) التَّهْمَةُ : يَفْتَحُ الْهَاءُ وَسُكُونُهَا الشَّكُّ، وَالرِّبَةُ : الظَّنُّ وَالشَّكُّ، وَجَمْعُهَا : رِبَبٌ، مِثْلُ : سِدْرَةٍ وَسِدَرٍ، وَالرِّبُّ الْحَاجَةُ، لَكِنَّ الْمُرَادَ بِهَا هُنَا الرِّئَا، (انظر المصباح المنير : للفيومي - ج 1 ص 247 - الراء مع الياء وما ينثلهما).

(33) المبسوط : محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي - ج 10 ص 209 - بدون رقم طبعة - الناشر : دار المعرفة - بيروت - عام 1414 هـ/ 1993 م، البحر الرائق شرح كنز الدقائق : زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم - ج 5 ص 155 - الطبعة الثانية بدون تاريخ - الناشر : دار الكتاب الإسلامي، رد المحتار على الدر المختار : محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين - ج 4 ص 269 - الطبعة الثانية عام 1412 هـ/ 1992 م - الناشر : دار الفكر - بيروت، كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان : محمد قدري باشا - الفصل الخامس في أحكام اللقيط - مادة 256 - ص 68 - الطبعة الثالثة عام 1895 م - الناشر : مطبعة التأليف بالفجالة بمصر.

(34) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : ج 6 ص 197.

(35) الجوهرة النيرة : أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي الزبيدي اليمني - ج 1 ص 353 - الطبعة الأولى عام 1322 هـ - المطبعة الخيرية - مصر، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، المدعو بشيخي زاده، ويُعَرَّفُ بِدَامَادِ أَفْنَدِي - ج 1 ص 701 - بدون طبعة وبدون تاريخ - الناشر : دار إحياء التراث العربي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : عثمان بن علي فخر الدين الزيلعي - ج 3 ص 297 - الطبعة الأولى عام 1313 هـ - الناشر : المطبعة الكبرى الأميرية - ببولاق - القاهرة.

(36) درر الحُكَامِ شرح غرر الأحكام : محمد بن فرامر بن علي، الشهير بملا خسرو - ج 1 ص 90 - بدون طبعة وبدون تاريخ - الناشر : دار إحياء الكتب العربية.

وعرّفه البابرتي، بأنه : (اسم لولود حي، طرحه أهله خوفاً من العيلة، أو فراراً من تهمة الزنا) (37).
وعرّفه الأسترو شي، بأنه : (اللقيط : اسم للولد الذي يوجد على قارعة الطريق، أو في المفازة) (38)، أو على باب المسجد، ولا يُعرف أبوه ولا أمه) (39).

هذا، ويؤخذ على تعريفات علماء الحنفية المتقدمة ما يلي :
- قولهم : (طَرَحَهُ أَهْلُهُ) أي نبذه أو تركه أهله، فليس جامعاً، فاللقيط قد يُطرح بغير سبب من أهله، كأن يكون ضائعاً، أو ضالاً، أو مفقوداً (40).

- يفهم من جملة تعريفات فقهاء الحنفية لللقيط، أنّ اللقيط مقتصر على الطفل حديث الولادة (41)، أو أنّه صغير غير مميز. أما الصبي المميز والمجنون - وإن كان بالغاً - فقد صرّح الشافعية - كما سيأتي - بجواز التقاطهما لحاجتهما إلى الحفظ والرعاية (42)، ولم يتعرض فقهاء الحنفية لذلك (43).

- قولهم : (خَوْفاً مِنَ الْعَيْلَةِ، أَوْ فِرَاراً مِنْ تَهْمَةِ الرِّبَةِ)، وهذا وإن كان الغالب في اللقيط (44)، إلا أنّ النبذ أو الطرح أو الإلقاء، قد يكون لأسباب أخرى (45)، كعدم رغبة أهله فيه إذا كان معاقاً، أو لوجود عيب خلقي فيه، وكالخوف من السلطنة الحاكمة الطاغية، كما وقع مع نبي الله موسى - عليه السلام - قال تعالى : ﴿ وَأَوْحَيْنَا إِلَىٰ أُمِّ مُوسَىٰ أَنْ أَرْضِعِيهِ فَإِذَا خِفْتِ عَلَيْهِ فَأَلْقِيهِ فِي الْيَمِّ وَلَا تَخَافِي وَلَا تَحْزَنِي إِنَّا رَادُّوهُ إِلَيْكِ وَجَاعِلُوهُ مِنَ الْمُرْسَلِينَ فَالتَقَطَهُ آلُ فِرْعَوْنَ لِيَكُونَ لَهُمْ عَدُوًّا وَحَزَنًا ﴾ (46)، ولم يكن خوف أم موسى من العيلة أو الزنا والعياذ بالله، بل الخوف كان من السلطنة الطاغية المتمثلة في فرعون (47).

2- تعريف المالكية:

(37) العناية شرح الهداية : محمد بن محمد بن محمود أكمل الدين البابرتي - ج 6 ص 110 - بدون طبعة وبدون تاريخ - الناشر : دار الفكر
البنية شرح البداية : أبو محمد محمود بن أحمد الحنفي بدر الدين العيني - ج 7 ص 312 - الطبعة الأولى عام 1420هـ/2000م - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

(38) المفازة، هي : الفلاة، أي القفر أو البادية، المهلكة التي لا ماء فيها ولا نبات ولا شئ، ولا يُسمع فيها صوت. (راجع : لسان العرب : ابن منظور - ج 5 ص 110، العين : للفراهيدي - ج 4 ص 101، تهذيب اللغة : للأزهري - ج 6 ص 247 - 251، الصحاح تاج اللغة : للجوهري - ج 2 ص 797، معجم مقاييس اللغة : أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين - ج 2 ص 230 - المحقق : عبد السلام محمد هارون - طبعة عام 1399هـ/1979م - الناشر : دار الفكر - عام النشر، المصباح المنير : للفيومي - ج 2 ص 511 - مادة : (ق ف ر).
(39) أحكام الصغار : الإمام محمد بن محمود الأستروشي - ص 149 - تحقيق : د/ مصطفى صميده - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

(40) فتعريف اللقيط بالمنبوذ، أي المطروح، يحتاج إلى إضمار، لتضاد ما بين اللقط والنبذ... ومع هذا، فليس جامعاً - لأنّ الطفل قد يكون ضائعاً، لا منبذاً. (انظر : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف : علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي - ج 6 ص 432 - الطبعة الثانية بدون تاريخ - الناشر : دار إحياء التراث العربي).

(41) ومع ذلك، فإننا نرى أنّ تعريف فقهاء الأحناف يشمل اللقيط الذي تجاوز حادثة الولادة، وهذا مستفاد من تعريف الأئقاني للقيط بقوله : (وفي الشريعة اسم لما يوجد مطروحاً على الأرض من صغار بني آدم). انظر : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : للزبلي - ج 3 ص 297).

(42) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج : شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني - ج 3 ص 598 - الطبعة الأولى عام 1415هـ/1994م - الناشر : دار الكتب العلمية، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : شمس الدين محمد بن أبي العباس بن حمزة الرملي - ج 5 ص 447 - الطبعة الأخيرة عام 1404هـ/1984م - الناشر : دار الفكر - بيروت.

(43) وعليه، فلا يدخل البالغ العاقل في مفهوم اللقيط عادة لاستغنائه عن الحفظ والرعاية.
(44) ومعنى ذلك : أنّ تعريف فقهاء الحنفية، جاء مقتصرًا على الصورة الغالبة، وهي النبذ والإلقاء والطرح، الذي هو نتاج عملية الزنا، أي خوفاً من التهمة، أو أنه نتاج لعملية الفقر الذي يعيشه أهله، فيلقونه خوفاً من العيلة.

(45) انظر : أخصر المختصرات في الفقه على المذهب الحنبلي : محمد بن بدر الدين البلباني - ج 1 ص 102 - تحقيق : محمد بن ناصر العجمي - الناشر : دار البشائر - بيروت، هذا، وفضلاً عن ذلك، فإن النبذ أو الطرح أو الإلقاء قد يكون بسبب ضياع اللقيط من أهله، إما بنفسه، كأن يضل الطريق، أو بسبب غيره، كأن يُختطف ويُبعد عن أهله، ولا يمكن الوصول إليه، أو بسبب الحروب والفتن، حيث يفقد الكافل والمعين.. وكل هذا ما يستوجب التقاطه.

(46) سورة القصص الآيتان رقما : 7 - 8.

(47) أحكام اللقيط بين الشريعة الإسلامية والقانون : منير عبد الغني أبو الهيجاء - رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القضاء الشرعي بكلية الدراسات العليا بجامعة الخليل - مدينة نابلس - فلسطين - عام 1427هـ/2006م - ص 6.

عَرَّفَ ابن الحاجب، اللقيط بقوله : (واللقيط طِفْل ضائع لَا كافل لَهُ) (48)، وزاد في التعريف ابن عبد السلام قوله : (وَسَوَاءٌ عَلِمَ نَسَبُهُ أَوْ لَمْ يُعْلَمْ) (49).

وَقَدْ عَرَّفَ ابْنُ عَرَفَةَ اللَّقِيطَ، بِقَوْلِهِ : (صَغِيرٌ آدَمِيٌّ لَمْ يُعْلَمْ أَبُوهُ وَلَا رِثَةُ) (50). قَالَ الْخَرَشِيُّ : (فَيَخْرُجُ وَلَدُ الزَّانِيَةِ، وَمَنْ عَلِمَ رِثَتَهُ لَقِطَةً لَا لَقِيطًا، فَقَوْلُهُ : وَيَخْرُجُ وَلَدُ الزَّانِيَةِ، بِقَوْلِهِ : لَمْ يُعْلَمْ أَبُوهُ؛ لِأَنَّ هَذَا قَدْ عَلِمَ أَحَدُهُمَا، وَفِي خُرُوجِ مَا ذَكَرَ نَظْرًا، إِلَّا أَنْ يُقَالَ مُرَادُهُ الْأَبُ وَلَوْ حُكْمًا، وَالْأُمُّ هُنَا مِمَّنْزِلَةُ الْأَبِ الْحَقِيقِيِّ؛ لِأَنَّهُ انْقَطَعَ نَسَبُهُ مِنْ أَبِيهِ وَتَبَتَ لَهَا) (51).

وَعَرَّفَهُ الصَّوَاي، بِقَوْلِهِ : (صَغِيرٌ لَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَى الْقِيَامِ بِمَصَالِحِ نَفْسِهِ مِنْ نَفَقَةٍ وَغِذَاءٍ) (52).

ويؤخذ على تعريف المالكية الأول القائل بأن اللقيط: (طِفْل ضائع لَا كافل لَهُ)، أَنَّهُ لَا يَدُلُّ صِرَاحَةً عَلَى اللَّقِيطِ الْمُنْبُذِ وَالْمُلْقَى مِنْ قِبَلِ أَهْلِهِ خَوْفًا مِنَ الْعِيْلَةِ، أَوْ خَوْفًا مِنَ الْعَارِ وَالرِّبَةِ، لِأَنَّ أَهْلَهُ الْقَوَاهِلُ يَعْلَمُهُمْ. وَيؤخذ على تعريف المالكية الثاني القائل بأن اللقيط: (صَغِيرٌ آدَمِيٌّ لَمْ يُعْلَمْ أَبُوهُ وَلَا رِثَتُهُ)، أَنَّهُ غَيْرُ مَانِعٍ، لِإِطْلَاقِهِ لَفْظًا: (صَغِيرٌ آدَمِيٌّ) سَوَاءٌ أُخِذَ أَمْ لَمْ يُؤْخَذَ، وَحَدِيثُنَا هُنَا عَنِ الْمَأْخُودِ، أَيْ الْمَلْتَقِطِ، دُونَ سِوَاهِ. وَكَانَ الْأَوَّلَى أَنْ تُذَكَّرَ فِي التَّعْرِيفِ لَفْظَةً : (يُؤْخَذُ)، لِيَكُونَ مَانِعًا، فنقول: (صَغِيرٌ آدَمِيٌّ يُؤْخَذُ لَمْ يُعْلَمْ أَبُوهُ وَلَا رِثَتُهُ).

3- تعريف الشافعية:

عَرَّفَ الشَّافِعِيَّةُ اللَّقِيطَ، بِأَنَّهُ : (كُلُّ صَبِيٍّ ضَائِعٍ لَا كَافِلَ لَهُ) (53). قَالَ النَّوَوِيُّ : (فَيَخْرُجُ بِقَيْدِ الصَّبِيِّ الْبَالِغِ، لِأَنَّهُ مُسْتَعْنٍ عَنِ الْحَصَانَةِ، وَالتَّعَهُدِ، فَلَا مَعْنَى لِلْإِنْقَاطِ. لَكِنْ لَوْ وَقَعَ فِي مَعْرِضِ هَلَاكِ، أُعِينَ لِيَتَحَلَّصَ. وَفِي الصَّبِيِّ الَّذِي بَلَغَ سِنَّ التَّمْيِيزِ (54) تَرَدَّدٌ لِلْإِمَامِ، وَالْأَوْفَقُ لِكَلَامِ الْأَصْحَابِ : أَنَّهُ يُلْتَقِطُ، لِحَاجَتِهِ إِلَى التَّعَهُدِ.

(48) جامع الأمهات : عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس بن الحاجب الكردي المالكي - ص 460 - المحقق : أبو عبد الرحمن الأخضر الأخصري - الطبعة الثانية عام 1421هـ/2000م - الناشر : اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، وعرفه ابن شاس بأنه : (كُلُّ صَبِيٍّ ضَائِعٍ لَا كَافِلَ لَهُ). انظر التاج والإكليل لمختصر خليل : محمد بن يوسف بن العبدري أبو عبد الله المواق - ج 8 ص 53 - الطبعة الأولى عام 1416هـ/1994م - الناشر : دار الكتب العلمية.

(49) راجع : مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : شمس الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن، المعروف بالخطاب - ج 6 ص 80 - الطبعة الثالثة عام 1412هـ/1992م - الناشر : دار الفكر.

(50) شرح مختصر خليل : محمد بن عبد الله الخرشني المالكي - ج 7 ص 130 - بدون طبعة وبدون تاريخ - الناشر : دار الفكر للطباعة - بيروت. وجاء في الفواكه الدواني : (وَأَمَّا اللَّقِيطُ فَهُوَ صَغِيرٌ آدَمِيٌّ لَمْ يُعْلَمْ أَبُوهُ وَلَا رِثَتُهُ، أَمَّا لَوْ عَلِمَ رِثَتُهُ، فَإِنْ كَانَ صَغِيرًا، فَهُوَ اللَّقِطَةُ، وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا، فَهُوَ الْأَبْقُ وَجَدَهُ رَقِيقٌ كَبِيرٌ مُحْتَرَمٌ وَجَدَ بَعِيرٌ حَرْزًا).

انظر : الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني : أحمد بن غانم بن سالم النفاوي الأزهرى - ج 2 ص 172 - بدون طبعة - الناشر : دار الفكر - عام 1415هـ/1995م، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني : أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي - ج 2 ص 279 - بدون طبعة - الناشر : دار الفكر - بيروت - عام 1414هـ/1994م

(51) شرح مختصر خليل : للخرشي المالكي - ج 7 ص 130، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي - ج 4 ص 124 - بدون طبعة وبدون تاريخ - الناشر : دار الفكر.

(52) بلغة السالك لأقرب المسالك، المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير : أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي - ج 4 ص 178 - بدون طبعة وبدون تاريخ - الناشر : دار المعارف، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ابن عرفة الدسوقي - ج 4 ص 124.

(53) روضة الطالبين وعمدة المفتين : للنووي - ج 5 ص 418، الوسيط في المذهب : أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي - ج 4 ص 303 - المحقق : أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر - الطبعة الأولى عام 1417هـ/1997م - الناشر : دار السلام - القاهرة، كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار : أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن الحسيني، تقي الدين الشافعي - ص 319 - المحقق : علي عبد الحميد بلطجي، ومحمد وهبي سليمان - الطبعة الأولى عام 1414هـ/1994م - الناشر : دار الخير - دمشق. هذا، ويُلاحظ أنَّ تعريف الشافعية هذا للقِيط يتطابق مع تعريف المالكية الأول.

(54) التَّمْيِيزُ فِي اللَّغَةِ : مَا أُخِذَ مِنْ : مِثْلُهُ مِيزًا، مِنْ بَابِ بَاعَ، وَهُوَ : عَزَلَ الشَّيْءَ وَفَصَّلَهُ مِنْ غَيْرِهِ. وَيَكُونُ فِي الْمُسْتَبْهَاتِ وَالْمُخْتَلِطَاتِ، وَمَعْنَى تَمَيُّزِ الشَّيْءِ : أَنْفِصَالُهُ عَنْ غَيْرِهِ. وَمِنْ هُنَا، فَإِنَّ الْفُقَهَاءَ يَقُولُونَ : سِنَّ التَّمْيِيزِ، وَمُرَادُهُمْ بِذَلِكَ : تِلْكَ السَّنُّ الَّتِي إِذَا انْتَهَى إِلَيْهَا عَرَفَ مَضَارَّهُ وَمَنَافِعَهُ، وَكَأَنَّهُ مَا أُخِذَ مِنْ مِيزَتِ الْأَشْيَاءِ إِذَا فَرَّقَتْهَا بَعْدَ الْمَعْرِفَةِ بِهَا، وَبَعْضُ النَّاسِ يَقُولُونَ : التَّمْيِيزُ قُوَّةٌ فِي الدِّمَاغِ يُسْتَنْبِطُ بِهَا الْمَعَانِي. وَيُعَرِّفُهُ آخَرُونَ بِأَنَّ : بِصِيرَ لِلإِنْسَانِ وَعِي وَإِدْرَاكَ يَفْهَمُ بِهِ خُطَابَ الشَّارِعِ إِجْمَالًا، فَيَدْرِكُ مَعَانِيَ الْأَلْفَاظِ الدِّينِيَّةِ وَالْمَعَامِلَاتِ الدِّينِيَّةِ، وَيَفْهَمُ نَتَائِجَ هَذِهِ الْمَعَامِلَاتِ فِي تَبَادُلِ الْحَقُوقِ وَالْإِتِمَارَاتِ وَلَوْ بِصُورَةٍ مُجْمَلَةٍ، فَيَعْرِفُ الْفَرْقَ بَيْنَ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، وَأَنَّ أَحَدَهُمَا سَالِبٌ، وَالْآخَرُ جَالِبٌ. (راجع : لسان العرب : ابن منظور - ج 5 ص 412 - مادة : (تَمَيَّزَ)، معجم مقاييس اللغة : ابن فارس - ج 5 ص 289 - مادة : (تَمَيَّزَ)، أصول الفقه : الشيخ/ محمد أبو زهرة - ص

وَالْمُرَادُ بِالضَّائِعِ : الْمُنْبُودُ. وَأَمَّا غَيْرُ الْمُنْبُودِ. فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَبٌ وَلَا جَدٌّ وَلَا وَصِيٌّ. فَحِفْظُهُ مِنْ وَظِيفَةِ الْقَاضِي. فَيَسْلَمُهُ إِلَى مَنْ يَقُومُ بِهِ. لِأَنَّهُ كَانَ لَهُ كَافِلٌ مَعْلُومٌ. فَإِذَا فَقِدَ. قَامَ الْقَاضِي مَقَامَهُ. وَقَوْلُنَا : (لَا كَافِلَ لَهُ). الْمُرَادُ بِالْكَافِلِ : الْأَبُ وَالْجَدُّ وَمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُمَا. وَالْمُلْتَقَطُ مِنْ هُوَ فِي حَصَانَةِ أَحَدٍ هُؤُلَاءِ. لَا مَعْنَى لِاتِّقَاطِهِ. إِلَّا أَنَّهُ لَوْ حَصَلَ فِي مَضِيْعَةٍ أُخِذَ لِيُرَدَّ إِلَى حَاضِنِهِ (55).

وَعَرَّفَهُ صَاحِبُ مَغْنِي الْمَحْتَاجِ بِقَوْلِهِ : (صَغِيرٌ مُنْبُودٌ فِي شَارِعٍ أَوْ مَسْجِدٍ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ لَا كَافِلَ لَهُ مَعْلُومٌ وَلَوْ مُبَيَّنًّا لِحَاجَتِهِ إِلَى التَّعَهُدِ. وَإِنْ أَفْهَمَ التَّعْيِيرُ بِالْمُنْبُودِ اخْتِصَاصَهُ بِغَيْرِ الْمُتَمَيِّزِ. فَإِنَّ الْمُنْبُودَ وَهُوَ الَّذِي يُنْبَذُ دُونَ التَّمْيِيزِ. وَنَبَذَهُ فِي الْعَالِبِ إِمَّا لِكَوْنِهِ مِنْ فَاحِشَةٍ خَوْفًا مِنَ الْعَارِ أَوْ لِلْعَجْزِ عَنْ مُؤَنَّتِهِ) (56).

ويؤخذ على تعريف الشافعية الأول ذات المآخذ التي وُجِّهَتْ إِلَى تعريف المالكية الأول. فالتعريف لا يدل صراحة على اللقيط المنبوذ والمُلْقَى مِنْ قِبَلِ أَهْلِهِ خَوْفًا مِنَ الْعِيْلَةِ. أَوْ خَوْفًا مِنَ الْعَارِ وَالرِّبَةِ. لِأَنَّ أَهْلَهُ أَلْفَوْهُ بِعِلْمِهِمْ. ويؤخذ على تعريف الشافعية الثاني - وكذا التعريف الأول - أَنَّ التعريف يشمل العبد وغيره. والعبد لقطة لا لقيط. لِأَنَّ الْعَبْدَ مَالٌ أَوْ فِي حَكْمِ الْمَالِ. كَمَا يُفْهَمُ مِنَ التَّعْرِيفَيْنِ أَنَّ الضَّائِعَ وَالْمُنْبُودَ شَيْءٌ وَاحِدٌ. وَفِي الْحَقِيقَةِ هُمَا مُخْتَلِفَانِ. إِذِ الْمُنْبُودُ مَنْ كَانَ تَرْكُهُ قَصْدًا. عَلَى خِلَافِ الضَّائِعِ (57).

4- تعريف الحنابلة:

عَرَّفَ الْحَنَابِلَةُ اللَّقِيطَ. بِأَنَّهُ : (الطِّفْلُ الْمُنْبُودُ) (58). قَالَ ابْنُ مَفْلُحٍ : (وَهُوَ الطِّفْلُ الْمُنْبُودُ) مِنْ نَبَذَ. أَيَّ طَرَحَ. سَوَاءً كَانَ فِي شَارِعٍ أَوْ غَيْرِهِ. وَلَيْسَ هُنَاكَ مَنْ يَدَّعِيهِ. وَقِيلَ : وَالْمُتَمَيِّزُ إِلَى الْبُلُوغِ. وَعَلَيْهِ الْأَكْثَرُ (59). وَعَرَّفَهُ الزَّرْكَاشِيُّ بِأَنَّهُ : (الَّذِي يَوْجَدُ مَرْمِيًا عَلَى الطَّرْقِ. لَا يُعْرَفُ أَبُوهُ. وَلَا أُمُّهُ. بِشَرْطِ أَنْ لَا يَبْلُغَ سِنَ التَّمْيِيزِ أَوْ بَلُغَهَا. وَلَمْ يَبْلُغْ عَلَى الْمَذْهَبِ) (60).

وَجَاءَ فِي دَفَائِقِ أُولَى النَّهْيِ. أَنَّ اللَّقِيطَ شَرْعًا : (طِفْلٌ لَا يُعْرَفُ نَسَبُهُ وَلَا رَهْهُ. يُنْبَذُ) بِالْبِنَاءِ لِلْمَجْهُولِ. أَيَّ : طَرَحَ فِي شَارِعٍ أَوْ غَيْرِهِ (أَوْ صَلَّى الطَّرِيقَ) مَا بَيْنَ وَلَدَتِهِ (إِلَى سِنِّ التَّمْيِيزِ) فَقَطَّ عَلَى الصَّحِيحِ. قَالَهُ فِي الْإِذْصَافِ (

333 - الطبعة الأولى عام 1958م - الناشر : دار الفكر العربي - القاهرة. الفقه الإسلامي في نوبه الجديد : د/ مصطفى أحمد الزرقاء - ج 1 ص 739 - الطبعة السادسة عام 1959م - الناشر : مطبعة جامعة دمشق - دمشق. أصول الفقه الإسلامي : د/ محمد سلام مذكور - ص 80 - الطبعة الأولى عام 1976م - الناشر : دار النهضة العربية - القاهرة. الموسوعة الفقهية الكويتية : ج 7 ص 157 - الطبعة الثانية عام 1410هـ/1990م - صادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت - الكويت - مطبعة الوزارة. (55) روضة الطالبين وعمدة المفتين : للنووي - ج 5 ص 418.

(56) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج : للخطيب الشربيني - ج 2 ص 598. وعرفه الرملي بقوله : (طِفْلٌ يُنْبَذُ بِنَحْوِ شَارِعٍ لَا يُعْرَفُ لَهُ مُدَّعٍ. رَاجِعٌ : نَهَايَةُ الْمَحْتَاجِ إِلَى شَرْحِ الْمُنْهَاجِ : ج 5 ص 446. وَجَاءَ فِي الْإِقْنَاعِ : (وَاللَّقِيطُ. وَهُوَ الرُّكْنُ الثَّانِي. صَغِيرٌ أَوْ مَجْنُونٌ مُنْبُودٌ لَا كَافِلَ لَهُ مَعْلُومٌ وَلَوْ مُبَيَّنًّا لِحَاجَتِهِ إِلَى التَّعَهُدِ). انظر الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع : محمد بن أحمد الخطيب الشربيني - ج 2 ص 375 - المحقق : مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر - بدون تاريخ طبع أو سنة نشر - الناشر : دار الفكر - بيروت.

(57) راجع تفصيل ذلك في : منح الجليل شرح مختصر خليل : محمد بن أحمد بن محمد بن عليش - ج 8 ص 245 وما بعدها - بدون طبعة - الناشر : دار الفكر - بيروت - عام 1409هـ/1989م. لسان العرب : ابن منظور - ج 3 ص 511 وما بعدها - مادة : (نبذ) - فصل النون.

(58) راجع في ذلك : الكافي في فقه الإمام أحمد : أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة - ج 2 ص 203 - الطبعة الأولى عام 1414هـ/1994م - الناشر : دار الكتب العلمية. المغني : لابن قدامة المقدسي - ج 6 ص 112 - بدون طبعة - الناشر : مكتبة القاهرة - عام 1388هـ - 1968م. العدة شرح العمدة : عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد. أبو محمد بهاء الدين المقدسي - ص 290 بدون طبعة - الناشر : دار الحديث - القاهرة - عام 1424هـ/2003م. الشرح الكبير على متن المقنع : عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي - ج 6 ص 374 - الناشر : دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع. كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي : محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج. أبو عبد الله - ج 7 ص 321 - المحقق : عبد الله بن عبد المحسن التركي - الطبعة الأولى عام 1424هـ/2003م. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف : للمرادوي - ج 6 ص 432.

(59) المبدع في شرح المقنع : إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح - ج 5 ص 135 - الطبعة الأولى عام 1418هـ/1997م - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

(60) شرح الزركشي على مختصر الخرقي : شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي - ج 4 ص 351 - الطبعة الأولى عام 1413هـ/1993م - الناشر : دار العبيكان.

وَعِنْدَ الْأَكْثَرِ : إِلَى الْبُلُوغِ) قَالَ فِي الْفَائِقِ : وَهُوَ الْمُتَشْهُورُ قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ. فَإِنْ نُبِذَ أَوْ ضَلَّ مَعْرُوفُ النَّسَبِ أَوْ الرَّقُّ، فَأَخَذَهُ مَنْ يُعْرِفُهُ أَوْ غَيْرُهُ فَلَيْسَ بِلَقِيْطٍ (٦١).

قال الرحيباني : (قَالَ فِي التَّلْخِيصِ، وَالْمُخْتَارُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا أَنَّ الْمُتَمَيِّزَ : يَكُونُ لَقِيْطًا. لِأَنَّهُمْ قَالُوا : إِذَا التَّقَطَّ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ مَعًا مِنْ لَهُ أَكْثَرُ مِنْ سَبْعِ سِنِينَ أَقْرَعَ وَلَمْ يُخَيَّرْ بِخِلَافِ الْأَبَوَيْنِ. وَعُلِمَ مِمَّا تَقَدَّمَ، أَنَّهُ لَوْ نُبِذَ أَوْ ضَلَّ طِفْلٌ مَعْرُوفُ النَّسَبِ أَوْ مَعْلُومُ الرَّقِّ فَرَفَعَهُ مَنْ يُعْرِفُهُ أَوْ غَيْرُهُ، فَهُوَ لَقِيْطٌ لَغَةً لَا شَرْعًا) (٦٢).

وقد اعترض على هذه التعريفات المتقدمة بأمرين : الأول : أَنَّ تعريف اللقيط بأنه الطفل المنبوذ، تعريفاً ليسَ جَامِعًا. لِأَنَّ الطِّفْلَ قَدْ يَكُونُ ضَائِعًا. والثاني : أَنَّها لم تحدد سن الطفل إلى سن التمييز أم إلى سن البلوغ (٦٣) العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي الشرعي:

إِنَّ التَّمَامَ فِي الْمَعْنَى اللَّغَوِيَّ وَالْمَعْنَى الْإِصْطِلَاحِيَّ الْإِشْرَاقِيَّ لِلْفِطَةِ : (اللَّقِيْطُ) يَتَبَيَّنُ لَهُ اخْتِلَافُ الْمَعْنَى الْإِشْرَاقِيَّةِ وَاللَّغَوِيَّةِ. فَالْمَعْنَى الْإِشْرَاقِيَّةُ أَوْ الْإِصْطِلَاحِيَّةُ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ لَا يَخْرُجُ عَنْ مَعْنَاهُ اللَّغَوِيَّةِ. وَإِنْ كُنَّا نَرَى أَنَّهَا افْتَرَقَا فِي التَّعْرِيفِ الْإِشْرَاقِيِّ، مِنْ نَاحِيَةِ جَعْلِ اللَّقِيْطِ أَوْ الْمُنْبُوذِ حَيًّا، فَلَوْ كَانَ غَيْرَ حَيٍّ، فَلَا يَعتَبَرُ مَنْدُجًا حَتَّى مَسْمُومٍ اللَّقِيْطِ. قَالَ ابْنُ عَابِدِينَ :

(قَوْلُهُ : وَشَرْعًا اسْمٌ لِحَيٍّ مَوْلُودٍ إِنْ خُ) كَذَا فِي الْبَحْرِ. وَظَاهِرُ الْفَتْحِ اخْتِلَافُ الْمَعْنَى الْإِشْرَاقِيَّةِ وَاللَّغَوِيَّةِ. وَعَلَى مَا هُنَا فَلِإِغْيَارِهِ بَيْنَهُمَا بِيَزَادَةِ قَيْدِ الْحَيَاةِ وَهُوَ غَيْرُ ظَاهِرٍ : لِأَنَّ الْمُتَيِّزَ كَذَلِكَ فِيمَا يَظْهَرُ حَتَّى يُحْكَمَ بِإِسْلَامِهِ تَبَعًا لِلدَّارِ فَيُغَسَّلُ وَيُصَلَّى عَلَيْهِ) (٦٤).

ثالثاً: حقيقة اللقيط في القانون :

عَرَّفَ الْمَشْرَعُ الْمِصْرِيَّ اللَّقِيْطَ، بِأَنَّهُ : مَنْ وُلِدَ عَلَى التَّرَابِ (الْإِقْلِيمِ) الْمِصْرِيِّ مِنْ أَبَوَيْنِ مَجْهُولَيْنِ. وَقَدْ أَشَارَتْ إِلَى هَذَا التَّعْرِيفِ الْفَقْرَةُ الرَّابِعَةُ مِنَ الْمَادَّةِ الثَّانِيَةِ مِنْ قَانُونِ الْجَنْسِيَةِ الْمِصْرِيِّ رَقْمَ ٢٦ لِسَنَةِ ١٩٧٥ م بِقَوْلِهَا : (يَكُونُ مِصْرِيًّا مَنْ وُلِدَ فِي مِصْرٍ مِنْ أَبَوَيْنِ مَجْهُولَيْنِ، وَيُعتَبَرُ اللَّقِيْطُ فِي مِصْرٍ مَوْلُودًا فِيهَا مَا لَمْ يَثْبُتِ الْعَكْسُ). كَمَا عَرَّفَتْهُ الْمَادَّةُ ٢٥ (٦٥) مِنْ قَانُونِ الْأَحْوَالِ الْمَدْنِيَّةِ الْمِصْرِيِّ رَقْمَ ١٤٣ لِسَنَةِ ١٩٩٤ م فِي شَأْنِ الْأَحْوَالِ الْمَدْنِيَّةِ بِأَنَّهُ : (يَقْصَدُ بِالطِّفْلِ الْمَعْتُورِ عَلَيْهِ كُلُّ طِفْلٍ حَدِيثِ الْوِلَادَةِ مَجْهُولِ الْوَالِدَيْنِ) (٦٦).

وَعَرَّفَهُ الْمَشْرَعُ الْإِمَارَاتِي، بِأَنَّهُ : (الطِّفْلُ الَّذِي يُعْثَرُ عَلَيْهِ فِي الدَّوْلَةِ لِوَالِدَيْنِ مَجْهُولَيْنِ) (٦٧).

(٦١) انظر : دقائق أولى النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات : منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي - ج ٢ ص ٣٨٧ - الطبعة الأولى عام ١٤١٤ هـ/ ١٩٩٣ م - الناشر : عالم الكتب. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل : موسى بن أحمد بن موسى بن سالم الجعاوي - ج ٢ ص ٤٠٥ - المحقق : عبد اللطيف محمد موسى السبكي - الناشر : دار المعرفة بيروت - لبنان. زاد المستقنع في اختصار المقنع : موسى بن أحمد بن موسى بن سالم الجعاوي - ص ١٣٩ - المحقق : عبد الرحمن بن علي بن محمد العسكرك - الناشر : دار الوطن للنشر - الرياض. دليل الطالب لنيل المطالب : مرعي بن يوسف بن أبي بكر بن أحمد الكرمي المقدسي - ١٨٢ - المحقق : أبو قتيبة نظر محمد الفارابي - الطبعة الأولى عام ١٤٢٥ هـ/ ٢٠٠٤ م - الناشر : دار طيبة للنشر والتوزيع - الرياض.

(٦٢) مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى : مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحيباني - ج ٤ ص ٢٤٣ - الطبعة الثانية عام ١٤١٥ هـ/ ١٩٩٤ م - الناشر : المكتب الإسلامي. كشف القناع عن متن الإقناع : منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي - ج ٤ ص ٢٢٦ - الناشر : دار الكتب العلمية.

(٦٣) ومن الملاحظات التي يُمكن أن توجه إلى هذه التعريفات أيضاً اشتراكها في معنى جامع بينها. وهو النبذ والطرح دون الإشارة إلى معنى الالتقاط وهو أولى. باعتباره المعنى الحقيقي للقيط الذي إليه يؤول أمره وعليه معقد جميع أحكامه.

(٦٤) رد المحتار على الدر المختار : ابن عابدين - ج ٤ ص ٢٦٩.

(٦٥) تنص المادة ٢٥ من قانون الأحوال المدنية المصري رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ م على الآتي : (إذا عثر على طفل حديث الولادة، يُسلم فوراً بالحالة التي عُثِرَ عليه بها لإحدى الجهات الآتية : ١- ٢- ٣- وتنظم اللائحة التنفيذية.. الإجراءات التي تُتبع حتى إصدار شهادة الميلاد على ألا يُذكر فيها أنه لقيط).

(٦٦) وهذا التعريف هو ذات التعريف الذي نصت عليه المادة ٣٢ من اللائحة التنفيذية لقانون الطفل المصري رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ م.

(٦٧) وهذا التعريف هو ما أشارت إليه المادة الأولى من القانون الاتحادي الإماراتي رقم ١ لسنة ٢٠١٢ م في شأن رعاية الأطفال مجهولي النسب بقولها : (في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالكلمات والعبارات التالية المعاني الموضحة قرين كل منها. ما لم يقض سياق النص بغير

هذا، وقد عرّفت المادة الأولى من القانون الاتحادي الإماراتي رقم (2) لسنة 2001م في شأن الضمان الاجتماعي، مجهول الأبوين، بأنّه : (من وُلِدَ لأبوين غير معلومين، ولم يُجاوز سن الرشد ⁽⁶⁸⁾، وليس له مصدر دخل، ولم يتكفل برعايته شخص مقدر، ولا تقوم جهة اعتبارية بالإتفاق عليه ورعايته).

والمتمأل في التعريفات المتقدمة، يتبين له أنّها تتفق في تعريف اللقيط من حيث كونه طفلاً حديث الولادة - باعتبار الواقع والغالب - مجهول الأبوين. كما أنّها تتفق في أنّ منح الجنسية للقيط مشروط بأمرين، هما : الأول : تحقق واقعة الميلاد في الإقليم. والثاني : عدم معرفة الوالدين. وهذا معناه أنّ الدولة تُقدّم خدمات الرعاية الاجتماعية للأطفال مجهولي النسب (اللقطاء) من المقيمين على التراب المصري أو الإماراتي، أي أنّ الرعاية تُغطي المواطنين والوافدين على حد سواء ⁽⁶⁹⁾.

هذا، وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الإماراتي - على خلاف سائر التشريعات العربية الأخرى - كان له فضل السبق ⁽⁷⁰⁾ حيث أصدر لرعاية فئة اللقطاء أو مجهولي النسب قانوناً خاصاً بهم يُعالج مشاكلهم وقضاياهم، وقد احتوى هذا القانون على خمسة وعشرين مادة من شأنها أن تلبي أهم احتياجات الرعاية الاجتماعية لهذه الفئة من الأطفال، والمتمثلة في تأمين الخدمات المعيشية اللازمة من الغذاء والملبس والسكن، وتوفير الرعاية الاجتماعية والصحية والنفسية لهم بما يتناسب ومراحل أعمارهم المختلفة، وغرس القيم النبيلة وترسيخ المبادئ والأخلاق الإسلامية فيهم، وتوفير فرص تعليم متكافئة في مراحل التعليم المختلفة في جميع المؤسسات التعليمية النظامية أو المتخصصة، وتعزيز الهوية الوطنية وتعزيز الانتماء إلى الدولة، وتنمية

ذلك... مجهول النسب : الطفل الذي يُعثر عليه في الدولة لوالدين مجهولين)، وهو ذات التعريف الذي جاء في المادة الأولى من قرار وزير الشؤون الاجتماعية رقم 368 لسنة 2014م بشأن اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2012م في شأن رعاية الأطفال مجهولي النسب. هذا، وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الإماراتي كان يصبو، من خلال هذا القانون، إلى تحقيق الأهداف الآتية : (1) تنظيم رعاية مجهولي النسب في الدولة من خلال إنشاء وتطوير دور الرعاية، وتأمين أسرار حاضنة لتوفير الرعاية الصحية والنفسية والاجتماعية والترفيهية والتعليمية لهم. (2) كفالة حقوق مجهولي النسب، وحرانيتهم المدنية، وحماية حياتهم الخاصة، وحقوقهم في الأمن الشخصي، والحفاظ على المصالح الفضلى للطفل. (3) حماية مجهولي النسب من التعرض للإساءة، أو المعاملة غير الإنسانية والإهمال. (4) تهيئة وتأمين الظروف المعيشية اللازمة لنموهم الطبيعي، وتنشئتهم النشأة الإسلامية والاجتماعية الواجبة (راجع : المادة الثانية من القانون الاتحادي الإماراتي رقم (1) لسنة 2012م في شأن رعاية الأطفال مجهولي النسب).

(68) وسن الرشد في القانون الإماراتي هي بلوغ الشخص إحدى وعشرين سنة قمرية، شريطة أن يبلغ هذه السن خالياً من عوارض الأهلية التي تنقص من أهلية الشخص (السفه أو الغفلة)، أو تعدد هذه الأهلية (الجنون أو العته)، (راجع المادة رقم 85 من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987م، وكذا المادة رقم 172 من قانون الأحوال الشخصية الاتحادي رقم (28) لسنة 2005م).

(69) هذا، وبإلا حظ، أنّ لفظة : (اللقيط) في تشريعات بعض الدول العربية غير موجودة، وإنما يُقابلها لفظة : (مجهولو الأبوين) أو لفظة : (مجهولي النسب) كما هو الحال والشأن في التشريع الاتحادي الإماراتي رقم 13 لسنة 1972م (مادة 6/3)، والمادة الأولى من التشريع الاتحادي الإماراتي رقم 1 لسنة 2012م، وكذلك تشريع رعاية الطفولة السوداني رقم 3 لسنة 1971م، كما لوحظ كذلك، أنّ لفظة : (اللقيط) يُقابلها في بعض التشريعات لفظاً : (مجهولو الأبوين)، و : (أب مجهول وأم معروفة)، كما في التشريع العماني قرار رقم 1988/96م (مادة 1 فقرة ج - رقم 1 - 2)، كما لوحظ أنّ هناك بعض التشريعات العربية الأخرى تُفرّق بين الطفل النائم، والطفل غير الشرعي، فالأول تُسمّيه : (لقيطاً) وتُقصّر عليه، وأما الآخر فتسميه : (مجهول النسب) كما في التشريع العراقي الصادر عام 1978م، (راجع : كفالة اللقيط وأثرها في الوقاية من الجريمة دراسة تأصيلية : علي بن محمد آل كليب - رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - قسم العدالة الاجتماعية - الرياض - عام 1432هـ/2011م - ص 15 - 16 والمراجع المشار إليها بالهامش).

(70) جاءت حماية غالبية التشريعات العربية للقيط في نصوص متناثرة وقليلة العدد، أو في إرفاق هذه النصوص الخاصة بالقيط ضمن قانون شامل يتعلق بحقوق الطفل، كما فعل المشرع المصري في قانون حماية الطفل رقم 12 لسنة 1996م وتعديلاته، ولم تهتم - كما فعلت دولة الإمارات العربية المتحدة - بوضع قانون خاص لحماية هذه الفئة من الأطفال. هذا، وتجدر الإشارة، ومن باب الأمانة العلمية، إلى أنّ المشرع السوري كان من أوائل المشرعين في إصدار قانون خاص بحماية فئة اللقطاء وهو : قانون رعاية اللقطاء السوري المرسوم التشريعي رقم 107 بتاريخ 1970/5/4م، ويتكون هذا القانون من إحدى وعشرين مادة، جاءت موزعة على ثلاثة فصول، وعرّف اللقيط في مادته الأولى بأنّه : (الوليد الذي يُعثر عليه ولم يُعرف والده)، كما نصّ هذا القانون على أنّ يُعامل اللقيط مُعاملة اليتيم فيما يتعلق بالوصاية على ماله، أو تسري عليه أحكام الوصاية الواردة في قانون الأحوال الشخصية (مادة 7)، ويُعدّ هذا القانون بحق نقلة حضارية رائعة، لأنّه جاء بأحكام مفصلة في رعاية الأطفال اللقطاء، كما أنّ أحكامه جاءت مستمدة من الشريعة الإسلامية الغراء ومتطابقة معها.

قدراتهم الإبداعية والفنية والفكرية واستثمارها في صقل شخصيتهم. بالإضافة إلى دمجهم مع غيرهم من الأطفال في المراكز والأندية الرياضية والثقافية والمخيمات وتوفير الأنشطة المناسبة لهم⁽⁷¹⁾.
رأينا في تعريف اللقيط:

بعد استعراض جملة من تعريفات اللقيط التي قال بها أهل اللغة، وفقهاء الشريعة الإسلامية الغراء، والقانون المصري والإماراتي، نستطيع أن نصل إلى أن اللقيط، هو :
اسم لمولود (ذكراً أو أنثى) آدمي حي حديث الولادة، غالباً، أو صغير لم يصل إلى سن التمييز. وقيل : إلى البلوغ⁽⁷²⁾، وقيل : إلى سن الرشد⁽⁷³⁾، مجهول الوالدين والهوية، ولا كافل له معلوم، ضل الطريق، أو طرحه (نبذه) أهله⁽⁷⁴⁾ خوفاً من العيلة⁽⁷⁵⁾، أو فراراً من تهمة الريبة⁽⁷⁶⁾، أو لأي باعث آخر حملهم على هذا، التقط لحفظه ورعايته⁽⁷⁷⁾.

(71) راجع : المادة الخامسة من القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2012م في شأن رعاية الأطفال مجهولي النسب، وانظر كذلك : الرعاية الاجتماعية بين الاتفاقيات الدولية والقوانين المحلية : دولة الإمارات العربية المتحدة نموذجاً : د/ عثمان سراج الدين فتح الرحمن - بحث منشور بدورية رؤى استراتيجية - دورية علمية فصلية محكمة يصدرها مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية - المجلد الأول - العدد الرابع - سبتمبر 2013م - ص 68.

(72) وهو الذي تطمئن إليه النفس، لاحتياجه إلى الحفظ والقيام بتربيته وتعهده أحواله.

(73) طبقاً لما نصت عليه المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2001م بشأن الضمان الاجتماعي.

(74) طرحه أهله، أي : ألقوه سراً على قارعة الطريق، أو عند باب مسجد، أو في المسجد، أو في المازة، أو في المستشفيات، أو في أماكن القمامة أو نحوه.

(75) أي لفقرهم وفاقتههم، ولعجزهم عن الإنفاق عليه.

(76) أي تخلصاً منه إذا كان قد وُلِدَ سِفاحاً من زنا.

(77) ومن خلال هذا التعريف الذي اخترناه للقيط يتبين لنا أنه لابد من توافر ركنين، هما : الأول : الدلالة على الصغر، والثاني : جهالة الأبوين، أو عدم معرفة الكافل له من قريب أو سيد أو وصي، أو من يقوم مقامهم في الرعاية.

المطلب الثاني

التعريف بالجناية وبيان أنواعها

وفيه فرعان:

الفرع الأول: التعريف بالجناية.

الفرع الثاني: أنواع الجناية.

الفرع الأول

التعريف بالجناية

أولاً: حقيقة الجناية في اللغة:

الجناية في اللغة، هي: اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه، تسمية بالمصدر من جنى الذنب عليه يجنيه جناية، أي: جرّه إليه⁽⁷⁸⁾. والفاعل جان وجناة. والجناية: الذنب، والجرم، وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة. وفي الحديث: ﴿لَا يَجْنِي جَانٌ إِلَّا عَلَى نَفْسِهِ﴾⁽⁷⁹⁾. أو هي: عامة في كل ما يقبح ويسوء، فيقال: جنى على نفسه، أي: أساء إليها، وجنى على قومه جناية، أي: أذنب ذنباً يؤاخذ به، وغلبت الجناية على ألسنة الفقهاء على الجرح والقطع⁽⁸⁰⁾.

وقيل هي: فعل كل محذور يضر بالنفس وغيرها. والتجني مثل التجريم، وهو أن يدعي عليه ذنباً لم يفعله. يُقال: جتّى فلان عليه ذنباً، إذا تقوّله عليه وهو بري⁽⁸¹⁾. وتطلق الجناية على كل ما يرتكبه الإنسان من شر، سواء وقع على النفس أو الأطراف أو المال، وسواء كانت العقوبة على ما ارتكبه في الدنيا أو الآخرة⁽⁸²⁾.

وجاء في دستور العلماء: (الجناية: بالكسر من جنى يعني. في الأصل أخذ الثمر من الشجر، فنقلت إلى إحداث الشر، ثم إلى الشر، ثم إلى فعل محرم. وهو كل فعل محذور يتصمّن ضرراً على النفس أو على غيرها)⁽⁸³⁾.

(78) جاء في البناية شرح الهداية: للعيني - ج 13 ص 62: (الجنايات.. وهي جمع جنابة. وهي لغة: اسم لما يجنيه من شر، أي يكسبه، تسميته بالمصدر إذ هي في الأصل مصدر جنى عليه شرًا، وأصله من جنى الثمر، وهو أخذه من الشجر، وهو عام، إلا أنه خصّ بما يحرم من الفعل شرعاً سواء جنى بنفسه، أو مال).

(79) انظر: سنن الترمذي - أبواب الفتن عن رسول الله صلى الله عليه وسلم - باب ما جاء دماؤكم وأموالكم عليكم حرام - ج 4 ص 31 - حديث رقم: 2159. وقال عنه: وهذا حديث حسن صحيح. سنن ابن ماجه: كتاب الديات - باب لا يجني أحد على أحد - ج 2 ص 890 - حديث رقم: 2669.

(80) راجع: لسان العرب: ابن منظور - ج 14 ص 154 وما بعدها - مادة: (جني)، المصباح المنير: للفيومي - ص 112 - مادة: (ج ن ي)، تاج العروس: للزبيدي - ج 37 ص 374 - مادة: (جني)، مختار الصحاح: للرازي - ص 62 - مادة: (ج ن ي)، المعجم الوسيط: ج 1 ص 141 - مادة: (جني). (81) قال ابن فارس: (جني، الجيم والتون والياء أصل واحد. وهو أخذ الثمرة من شجرها، ثم يحمل على ذلك، تقول: جنت الثمرة أجنيها. وأجنتها. وتجر جني، أي أخذ لوقت. ومن الحمل عليه: جنت الجناية أجنيها). انظر: معجم مقاييس اللغة: ابن فارس - ج 1 ص 482 - مادة: (جني).

(82) راجع: التعريفات: علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني - ص 79 - باب الجيم - مادة: (الجناية) - الطبعة الأولى عام 1403هـ/1983م - الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي: الشيخ/عبد القادر عودة - ج 1 ص 67 - بدون تاريخ طبع أو سنة نشر - الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت، الجناية على النفس وعقوبتها في الفقه الإسلامي: د/ محمد عبد الفتاح البنهاوي - ص 15 - 16 - طبعة عام 2003/2002م - الناشر: بدون دار نشر، الامتناع عن الإغاثة وتطبيقاتها المعاصرة من الوجهتين الشرعية والقانونية دراسة مقارنة (الامتناع عن المساعدة البحرية - الامتناع في حالة التصادم البحري - الامتناع عن المساعدة الطبية والعلاجية) - د/ حسني محمود عبد الدايم - ص 77 وما بعدها - الطبعة الأولى عام 1429هـ/2008م - الناشر: دار الفكر الجامعي - الإسكندرية.

(83) انظر: دستور العلماء (جامع العلوم في اصطلاحات الفنون): القاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري - ج 1 ص 285 - باب الجيم مع النون.

وهكذا، ومن جماع ما تقدم، يتبين لنا أَنَّ الجناية في اللغة تُطلق على أي ذنبٍ أو جُرْمٍ يصدر من الإنسان، مهما صغر أو كبر، كما تُطلق على ما يصدر من الإنسان مما يُوجب عليه العقاب في الدنيا والآخرة. هذا بالإضافة إلى أَنَّ معنى الجناية في اللغة أوسع كثيراً من معناها في الاصطلاح على نحو ما سيأتي.

ثانياً : حقيقة الجناية في الاصطلاح الشرعي :

وأما الجناية في اصطلاح الفقهاء، فقد تعددت تعريفاتها بتعدد المذاهب الفقهية، وذلك على النحو التالي :

(1) الجناية عند الحنفية :

عرفها الحنفية الجناية بأنها : (اِسْمٌ لِفِعْلٍ مُحَرَّمٍ حَلَّ بِمَالٍ أَوْ نَفْسٍ، وَخَصَّ الْفُقَهَاءُ الْعَصَبَ وَالسَّرِيقَةَ والنَّهْبَ والاختلاس والإتلاف بِمَا حَلَّ بِمَالٍ، وَالْجِنَايَةُ بِمَا حَلَّ بِنَفْسٍ وَأَطْرَافٍ) (84).

وجاء في درر الحكام : (الْجِنَايَةُ اِسْمٌ لِفِعْلٍ يَحْرُمُ سَرْعًا سَوَاءً تَعَلَّقَ بِمَالٍ أَوْ نَفْسٍ، وَفِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ خُصَّتْ بِمَا تَعَلَّقَ بِالنَّفُوسِ وَالْأَطْرَافِ، وَخَصَّ الْعَصَبُ وَالسَّرِيقَةُ بِمَا تَعَلَّقَ بِالْأَمْوَالِ) (85).

وقال العيني : (وَيُرَادُ بِإِطْلَاقِ اسْمِ الْجِنَايَةِ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ، فِعْلٌ حَلَّ فِي النَّفْسِ أَوْ الطَّرْفِ، وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ : الْجِنَايَةُ عَلَى النَّفْسِ يُسَمَّى قَتْلًا، وَفِيمَا دُونَ النَّفْسِ قَطْعًا وَجَرَحًا) (86).

(2) الجناية عند المالكية :

أما المالكية، فقد عرفوا الجناية بأنها : (مَا يُحْدِثُهُ الرَّجُلُ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ غَيْرِهِ مِمَّا يَضُرُّ حَالًا أَوْ مَالًا) (87). أو هي : (فِعْلٌ يُوجِبُ عُقُوبَةً فَاعِلِهِ بِحَدٍّ، أَوْ قَتْلٍ، أَوْ قَطْعٍ، أَوْ نَفْيٍ) (88).

أو هي : (اِتْلَافٌ مُكَلَّفٌ غَيْرُ حَرَبِيٍّ نَفْسَ إِنْسَانٍ مَعْصُومٍ، أَوْ عُضْوَهُ، أَوْ اِتِّصَالًا بِجِسْمِهِ، أَوْ مَعْنَى قَائِمًا بِهِ، أَوْ جَنِينَهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً، بِتَحْقِيقٍ أَوْ تَهْمَةٍ) (89).

(3) الجناية عند الشافعية :

عَبَّرَ الشَّافِعِيَّةُ عَنِ الْجِنَايَةِ بِالْجَرَّاحِ، وَالْجَرَّاحُ جَمْعُ جَرَّاحَةٍ (90)، وَالْجَرَّاحَةُ غُلِبَتْ عَلَى الْجِنَايَةِ ؛ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ طُرُقِ الزُّهُقِ (91).

والتعبير بلفظ الجناية عندهم أعم من الجراح، لشمولها القتل، والجراح، والقطع، ونحوها مما يوجب حداً أو تعزيراً. قال النووي : (كِتَابُ الْجِنَايَاتِ، وَهِيَ الْقَتْلُ وَالْقَطْعُ وَالْجُرْحُ الَّذِي لَا يَزْهُقُ وَلَا يَبِينُ) (92).

تكملة المجموع بقوله : (وَالْجِنَايَةُ الذَّنْبُ وَالْجُرْمُ، وَمَا يَفْعَلُهُ الْإِنْسَانُ مِمَّا يُوجِبُ عَلَيْهِ الْعِقَابَ أَوْ الْقِصَاصَ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ) (93).

(84) رد المحتار على الدر المختار : ابن عابدين - ج 6 ص 527، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : لداماد أفندي - ج 1 ص 292.

(85) درر الحكام شرح غرر الأحكام : ملا خسرو - ج 2 ص 88.

(86) البنابة شرح الهداية : للعيني - ج 13 ص 62.

(87) مواهب الجليل : للحطاب - ج 6 ص 277، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب : خليل بن إسحاق بن موسى الجندي المالكي - ج 8 ص 211 - المحقق / د/ أحمد بن عبد الكريم نجيب - الطبعة الأولى عام 1429 هـ/ 2008 م - الناشر : مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث.

(88) الهداية الكافية الشافعية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة للرصاع) : أبو عبد الله محمد بن قاسم الأنصاري

الرصاع - ص 489 - الطبعة الأولى عام 1350 هـ - الناشر : المكتبة العلمية.

(89) حاشية العدوي على شرح مختصر خليل : ج 8 ص 2 - 3.

(90) جاء في مغني المحتاج : ج 4 ص 96 : (كِتَابُ الْجَرَّاحِ، جَمْعُ جَرَّاحَةٍ، وَهِيَ إِمَّا مُزْهَقَةٌ لِلزُّوْجِ، أَوْ مُبَيَّنَّةٌ لِلْعُضْوِ، أَوْ لَا تُحْصِلُ وَاحِدًا مِنْهُمَا). وجاء

في الغرر البهية : ج 5 ص 2 : (بَابُ الْجَرَّاحِ، وَجَمْعُ جَرَّاحَةٍ، وَهِيَ إِمَّا مُزْهَقَةٌ لِلزُّوْجِ، أَوْ مُبَيَّنَّةٌ لِلْعُضْوِ، أَوْ غَيْرُ ذَلِكَ وَطَرِيقُ الْمُؤَاخَذَةِ لَا تَنْحَصِرُ فِي

الْجَرَّاحِ).

(91) نهاية المحتاج : للرملي - ج 7 ص 245، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل : سليمان بن عمر بن منصور

الأزهري، المعروف بالجمل - ج 5 ص 3 - بدون طبعة وبدون تاريخ - الناشر : دار الفكر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج : أحمد بن محمد بن علي بن

حجر الهيثمي - ج 8 ص 375 - بدون طبعة - الناشر : المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد - عام النشر 1357 هـ/ 1938 م.

(92) روضة الطالبين : ج 9 ص 121 - 122، أسنى المطالب في شرح روض الطالب : زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري - ج 4 ص 2 - بدون طبعة

وبدون تاريخ - الناشر : دار الكتاب الإسلامي.

(93) تكملة المجموع الثانية لمحمد نجيب المطيعي - ج 18 ص 344.

(4) تعريف الجناية عند الحنابلة :

وأما الحنابلة فعرفوا الجناية بأنها : (كُلُّ فِعْلٍ عُدْوَانٍ عَلَى نَفْسٍ أَوْ مَالٍ لِكَيْتَهَا فِي الْعُرْفِ مَخْصُوصَةً بِمَا يَحْصُلُ فِيهِ التَّعَدِّي عَلَى الْأَبْدَانِ. وَسَمَّوْا الْجُنَايَاتِ عَلَى الْأَمْوَالِ غَضَبًا، وَنَهَبًا، وَسَرِقَةً، وَخِيَانَةً، وَإِتْلَافًا) (94). قال البهوتي : (الْجُنَايَاتُ جَمْعُ جِنَايَةٍ، وَهِيَ لُغَةً : التَّعَدِّي عَلَى نَفْسٍ أَوْ مَالٍ. وَشَرْعًا التَّعَدِّي عَلَى الْبَدَنِ بِمَا يُوجِبُ قِصَاصًا أَوْ يُوجِبُ مَالًا. وَتُسَمَّى الْجِنَايَةُ عَلَى الْمَالِ غَضَبًا، وَسَرِقَةً، وَخِيَانَةً، وَإِتْلَافًا، وَنَهَبًا) (95).

هذا، والمتأمل في التعاريف المتقدمة، يتبين له أن أكثر الفقهاء يرون أن لفظ : (الجناية)، إذا أُطْلِقَ لا يُراد معناها العام، وهو الفعل المحرّم شرعاً، سواء تعلّق بنفس أو مال أو غيرهما، وإنما المعنى الخاص بالعرف، وهو الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه، وهي : القتل، والجرح، والضرب، والإجهاض (96).

بينما يطلق البعض من الفقهاء لفظ : (الجناية) على جرائم الحدود والقصاص (97)، فيعمّون بها الاعتداء على النفوس والأبدان، والفروج والأعراض والأموال. وكذلك استباحة ما حرّمه الله تعالى من المأكولات والمشروبات (98). قال ابن رشد : (وَالْجُنَايَاتُ الَّتِي لَهَا حُدُودٌ مَشْرُوعَةٌ أَرْبَعٌ : جُنَايَاتٌ عَلَى الْأَبْدَانِ وَالنُّفُوسِ وَالْأَعْضَاءِ، وَهُوَ الْمُسَمَّى قَتْلًا وَجَرْحًا. وَجُنَايَاتٌ عَلَى الْفُرُوجِ، وَهُوَ الْمُسَمَّى زِنًا وَسِفَاحًا. وَجُنَايَاتٌ عَلَى الْأَمْوَالِ، وَهَذِهِ مَا كَانَ مِنْهَا مَأْخُودًا بِحَرْبٍ سُمِّيَ جِرَابَةً إِذَا كَانَ بِغَيْرِ تَأْوِيلٍ، بِتَأْوِيلٍ سُمِّيَ بَغْيًا، وَإِنْ كَانَ مَأْخُودًا عَلَى وَجْهِ الْمُعَافَصَةِ مِنْ جِرْزٍ يُسَمَّى سَرِقَةً، وَمَا كَانَ مِنْهَا يَعْلو مرتبةً وقوةً سلطانٍ سُمِّيَ غَضَبًا. وَجُنَايَاتٌ عَلَى الْأَعْرَاضِ، وَهُوَ الْمُسَمَّى قَذْفًا. وَجُنَايَاتٌ بِالتَّعَدِّي عَلَى اسْتِبَاحَةِ مَا حَرَّمَهُ الشَّرْعُ مِنَ الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ) (99). بل وذهب ابن جزى المالكي إلى أنها تشمل أكثر من هذا، كالمحظورات الأخرى الموجبة للعقوبة (100).

والذي تميل وتطمئن إليه النفس في هذا المقام، هو أن يظل الاصطلاح الشرعي للجناية على عمومها، ويدخل تحته أنواع الجنايات، سواء أوجب القصاص، أو المال، أو الكفارة، أو أوجبت الحد، أو التعزير. على أن يُعَنَوْنَ لكل جنابة بنوعية الفعل الذي حصل من الجاني، فإن كانت الجناية على الآدمي، يُعَنَوْنَ لها بـ : (الجناية على الآدمي

(94) المغني : ابن قدامة - ج 8 ص 259، المبدع في شرح المقنع : ابن مفلح - ج 7 ص 190.
(95) دقائق أولى النهي لشرح دقائق المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات : البهوتي - ج 3 ص 253، دليل الطالب لنيل المطالب : مرعي بن يوسف المقدسي - ص 295.

(96) قال البكري : (بَابُ الْجِنَايَةِ، أَي : فِي بَيَانِ أَحْكَامِهَا.. وَالتَّعْيِيرُ بِهَا أَوَّلَى مِنْ تَعْيِيرِ بَعْضِهِمْ بِالْجِرَاحِ.. وَالْمَرَادُ بِهَا هُنَا الْجُنَايَاتُ عَلَى الْأَبْدَانِ. وَأَمَّا الْجِنَايَةُ عَلَى الْأَمْوَالِ وَالْأَعْرَاضِ وَالْأَنْسَابِ وَغَيْرِهَا فَسَتَأْتِي فِي كِتَابِ الْحُدُودِ).

راجع : إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (هو حاشية على فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين) : أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي - ج 4 ص 124 - الطبعة الأولى عام 1418 هـ/1997 م - الناشر : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان.

(97) ومن هنا، قال الخطاب المالكي : (وَالْجُنَايَاتُ الْمُوجِبَةُ لِلْعُقُوبَاتِ سَبْعٌ : الْبَغْيُ وَالزُّدَّةُ وَالزُّنَى وَالْقَذْفُ وَالسَّرِقَةُ وَالْجِرَابَةُ وَالشُّرْبُ). انظر : مواهب الجليل : ج 6 ص 277، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب : ج 8 ص 211، الذخيرة : أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، الشهير بالقرافي - ج 12 ص 5 - المحقق : محمد بو خبزة - الطبعة الأولى عام 1414 هـ/1994 م - الناشر : دار الغرب الإسلامي - بيروت، التاج والإكليل : للمواق - ج 8 ص 365، الوسيط في المذهب : للغزالي - ج 6 ص 413، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير : عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني - ج 11 ص 69 - المحقق : علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود - الطبعة الأولى عام 1417 هـ/1997 م - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

(98) الاختيار لتعليل الختار : الموصلي - ج 5 ص 22، بداية المجتهد ونهاية المقتصد : أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، الشهير بابن رشد الحفيد - ج 4 ص 177 - الطبعة : بدون - الناشر : دار الحديث - القاهرة - عام 1425 هـ/2004 م، حاشية الباجوري : ج 2 ص 199، أحكام جنابة البهائم والجناية عليها في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة : دا إسماعيل شندي - بحث منشور بمجلة الجامعة الإسلامية - سلسلة الدراسات الإسلامية - المجلد الخامس عشر - العدد الثاني يونيو علم 2007 م - ص 293.

(99) بداية المجتهد ونهاية المقتصد : ابن رشد - ج 4 ص 177.

(100) قال ابن جزى الغرناطي : (الْجُنَايَاتُ الْمُوجِبَةُ لِلْعُقُوبَةِ ثَلَاثَةٌ عَشْرَ، وَهِيَ : الْقَتْلُ، وَالْجَرْحُ، وَالزُّنَى، وَالْقَذْفُ، وَشَرْبُ الْخَمْرِ، وَالسَّرِقَةُ، وَالْبَغْيُ، وَالْجِرَابَةُ، وَالزُّدَّةُ، وَالزَّنْدَقَةُ، وَسَبُّ اللَّهِ وَسَبُّ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمَلَائِكَةِ، وَعَمَلُ السَّحَرِ، وَتَرْكُ الصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ). انظر : القوانين الفقهية : أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن جزى الكلبي الغرناطي - ص 226 - الطبعة الأولى - بدون تاريخ - الناشر : دار الفكر - بيروت - لبنان.

(. وإن كانت الجناية على العرض، يُعونون لها بـ : (الجناية على العرض). وإن كانت الجناية على المال، يُعونون لها بـ : (الجناية على المال).. وهكذا حتى تتميز كل جناية عن الأخرى (101).

ثالثاً : حقيقة الجريمة وعلاقتها بالجناية :

يُطلق بعض الفقهاء - أحياناً - لفظة : (الجريمة) بدل لفظة : (الجناية)، الأمر الذي يستوجب علينا أن نبين معناها وعلاقتها بالجناية :

(1) حقيقة الجريمة : الجريمة في اللغة، هي : مشتقة من الفعل جرم، وهو من باب ضرب، ومعناه : أذنب، أو اكتسب الإثم، وقطع. والجُرم - بضم الجيم - بمعنى التعدي والذنب، والجمع : أجرام، وجرم، وجرائم. فتقول : أجرم فلان يجرم جرماً، واجترم، وأجرم فهو مجرم، أي : مُذنب ومعتد، ويُقال : جرم إذا عظم جرمه، أي : أذنب ذنباً عظيماً، وفي الحديث : ﴿ إِنَّ أَعْظَمَ الْمُسْلِمِينَ جُرْماً، مَنْ سَأَلَ عَنْ شَيْءٍ لَمْ يُحَرِّمْ، فَحَرَّمَ مِنْ أَجْلِ مَسْأَلَتِهِ ﴾ (102)، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَكَذَلِكَ نَجْزِي الْمُجْرِمِينَ ﴾ (103)، قَالَ الزَّجَّاجُ : (أَيِ وَمِثْلُ ذَلِكَ الَّذِي وَصَفْنَا نَجْزِي الْمُجْرِمِينَ. وَالْمُجْرِمُونَ هَاهُنَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، الْكَافِرُونَ لِأَنَّ الَّذِي ذُكِرَ مِنْ قِصَّتِهِمُ التَّكْذِيبُ بِآيَاتِ اللَّهِ وَالْاِسْتِكْبَارُ عَنْهَا) (104)، كما تقول : جَرَمْتُ النخل، أي : قطعته، والجُرم - بكسر الجيم - الجسد (105).

(101) انظر : الجنايات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون : د/ حسن علي الشاذلي - ص 25 - الطبعة الثانية بدون تاريخ - الناشر : دار الكتاب الجامعي. وجاء في دستور العلماء : ج 1 ص 285 : (الْجِنَايَةُ : بِالْكَسْرِ مِنْ جَنِيَ يَجْنِي .. وَأَمَّا جَمْعُ عَلَى الْجِنَايَاتِ، لِأَنَّ الْفِعْلَ الْجَرَّمَ أَنْوَاعٌ، مِنْهَا : مَا يَتَعَلَّقُ بِالْعَرَضِ بِالْكَسْرِ، وَيُسَمَّى قَذْفًا أَوْ شَتْمًا أَوْ غِيْبَةً، وَمِنْهَا : بِالْمَالِ، وَيُسَمَّى غَصَبًا أَوْ سَرَقَةً أَوْ خِيَانَةً، وَمِنْهَا : بِالنَّفْسِ، وَيُسَمَّى قَتْلًا أَوْ إِحْرَاقًا أَوْ صَلْبًا أَوْ خَنْقًا أَوْ تَغْرِيقًا، وَمِنْهَا : بِالطَّرْفِ، وَيُسَمَّى قِطْعًا أَوْ كَسْرًا أَوْ شَجًّا أَوْ فَقًّا، وَلَكِنْ فِي عَرَفِ الْفُقَهَاءِ يُرَادُ بِالْجِنَايَةِ قَتْلُ النَّفْسِ وَقِطْعُ الْأَطْرَافِ).

(102) الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، المشهور بصحيح البخاري : محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي - كِتَابُ الْإِعْتِصَامِ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ - بَابُ مَا يُكْرَهُ مِنْ كَثْرَةِ السُّؤَالِ وَتَكْلُفِ مَا لَا يَغْنِيهِ - ج 9 ص 95 - حديث رقم : 7289 - المحقق : محمد زهير بن ناصر الناصر - الناشر : دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) الطبعة : الأولى عام 1422 هـ. وقال ابن حجر : (وَالصَّوَابُ الَّذِي قَالَهُ الْخَطَّابِيُّ وَالتَّبِيهِيُّ وَغَيْرُهُمَا - مِنْ جَمَاهِيرِ الْعُلَمَاءِ فِي شَرْحِ هَذَا الْحَدِيثِ - أَنَّ الْمُرَادَ بِالْجُرْمِ : الْإِثْمُ، وَالذَّنْبُ حَمْلُهُ عَلَى مَنْ سَأَلَ تَكْلُفًا وَتَعَنُّتًا فِيهَا لَا حَاجَةَ لَهُ بِهِ إِلَيْهِ). انظر فتح الباري شرح صحيح البخاري : أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي - كِتَابُ الْفَتَنِ - بَابُ مَا يُكْرَهُ مِنْ كَثْرَةِ السُّؤَالِ وَتَكْلُفِ مَا لَا يَغْنِيهِ - ج 13 ص 268 - رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه : محمد فؤاد عبد الباقي - قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه : محب الدين الخطيب - عليه تعليقات العلامة : عبد العزيز بن عبد الله بن باز- الطبعة الأولى عام 1379 هـ - الناشر : دار المعرفة - بيروت، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج : أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي - كِتَابُ الْفَضَائِلِ - بَابُ تَوْفِيرِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَتَرْكِ إِكْثَارِ سَوْأَلِهِ - ج 15 ص 111 - الطبعة الثانية عام 1392 هـ - الناشر : دار إحياء التراث العربي - بيروت، نيل الأوطار : محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني - كِتَابُ الْأَطْعَمَةِ وَالصَّيْدِ وَالذَّبَائِحِ - بَابُ فِي أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْأَعْيَانِ وَالْأَشْيَاءِ الْإِبَاحَةُ إِلَى أَنْ يَرِدَ مَنَعٌ أَوْ إِلْزَامٌ - ج 8 ص 123 - تحقيق : عصام الدين الصبابطي - الطبعة الأولى عام 1413 هـ/1993 م - الناشر : دار الحديث - مصر.

(103) سورة الأعراف جزء من الآية رقم : 40.

(104) معاني القرآن وإعرابه : أبو إسحاق إبراهيم بن السري بن سهل الزجاج - ج 2 ص 338 - المحقق : عبد الجليل عبده شلبي - الطبعة الأولى عام 1408 هـ/1988 م - الناشر : عالم الكتب - بيروت.

(105) لسان العرب : ابن منظور - ج 12 ص 90 - مادة : (جَرَمَ)، المصباح المنير : للفيومي - ج 1 ص 97 - مادة : (ج ر م)، الموسوعة الفقهية الكويتية : ج 16 ص 59، هذا، وتطلق كلمة الجريمة ويراد منها : الكسب المكروه غير المستحسن، ومنها الحمل علي فعل حملاً أثماً. قال تعالى : ﴿ وَبَا قَوْمٌ لَا يَجْرِمُكُمْ شِقَاقِي أَنْ يُصِيبَكُمْ مِثْلُ مَا أَصَابَ قَوْمَ نُوحٍ أَوْ قَوْمَ هُودٍ أَوْ قَوْمَ صَالِحٍ.. ﴾ (هود الآية : 89)، أي : لا يحملنكم حملاً أثماً شقائي ومنازعتكم لي علي أن يصيبكم من العذاب مثل ما أصاب من سبقكم من قوم نوح أو قوم هود أو قوم صالح. كما تطلق كلمة الجريمة علي ارتكاب كل ما خالف الحق والعدل والطريق المستقيم. وقد ورد في القرآن الكريم آيات كثيرة تدل علي هذا المعني، ومنها قوله تعالى : ﴿ إِنَّ الْمُجْرِمِينَ فِي ضَلَالٍ وَسُعُرٍ ﴾ (القمر الآية : 47)، وقوله تعالى : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ أَجْرَمُوا كَانُوا مِنَ الَّذِينَ آمَنُوا يَضْحَكُونَ ﴾ (المطففين الآية : 29)، وقوله تعالى : ﴿ قُلْ سِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُجْرِمِينَ ﴾ (سورة النمل الآية : 69)، وقوله تعالى : ﴿ كُلُّوا وَشَبَّهُوا قَلِيلًا إِنَّكُمْ مُجْرِمُونَ ﴾ (المرسلات الآية : 46)، وهكذا، نستخلص ما تقدم، أَنَّ الجريمة في معناها اللغوي يدور علي : الجرم، بمعنى القطع، والتعدي والذنب، والكسب، ولكنها تُستعمل في الأعم الأغلب في : فعل ما يستقبح، والجرم، هو : من يأتي المستقبح ويستمر في إتيانه، ويصر علي ارتكابه، ولا يرغب في تركه. (راجع : الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي : الشيخ/ محمد أبو زهرة - فقرة 19 ص 19 - الطبعة الأولى عام 1419 هـ/1998 م - مطبعة المدني - الناشر : دار الفكر العربي - القاهرة، د/ البنهاوي المرجع السابق : ص 12، بحوث في الحدود : محمد فهمي السرجاني - ص 5 - بدون دار طبع أو سنة نشر).

وأما الجريمة في الاصطلاح الشرعي، فقد تعددت تعريفاتها عند الفقهاء نظراً لتعدد مذاهبهم، ورغم كثرة التعاريف واختلاف ألفاظها إلا أن جميعها قريبة المعنى وسنذكر بعض من هذه التعاريف فيما يلي :

(أ) عَرَّفَهَا الإمام أبو الحسن الماوردي - من فقهاء الشافعية - بقوله : (الْجُرَائِمُ مَحْظُورَاتٌ شَّرْعِيَّةٌ زَجَرَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا بِحَدٍّ أَوْ تَعْزِيرٍ. وَلَهَا عِنْدَ التُّهْمَةِ حَالٌ اسْتِبْرَاءٍ تَقْتَضِيهِ السِّيَاسَةُ الدِّيْنِيَّةُ، وَلَهَا عِنْدَ ثُبُوتِهَا وَصَحَّتْهَا حَالٌ اسْتِيْقَاءٍ تُوْجِبُهُ الْأَحْكَامُ الشَّرْعِيَّةُ) (106).

والمحظورات، هي : إتيان فعل منهى عنه، كشرب الخمر، أو فعل الزنا، أو السرقة، وغيرها. أو ترك فعل مأمور به، كترك الفرائض الدينية، وقد وصفت المحظورات بأنها شرعية، إشارة إلى أنه يجب في الجريمة أن تكون محظورة بنصوص الشريعة، وأن الفعل والترك لا يعتبر بذاته جريمة، إلا إذا كان معاقباً عليه، وهذا العقاب إما أن يكون حداً، وإما أن يكون تعزيراً (107). أما إذا كانت المحظورات عن طريق الأعراف والتقاليد الاجتماعية، فلا تُسمى حينئذ جرائم (108).

(ب) وَعَرَّفَهَا بعض الفقهاء، بأنها : (إتيان فعل محرم معاقب على فعله، أو ترك فعل مأمور به معاقب على تركه). أو هي : (فعل أو ترك نصت الشريعة على تحريمه والعقاب عليه) (109). وذلك لأنَّ الله تعالى قرر عقاباً لكل من يخالف أوامره ونواهيه، وهو إما أن يكون عقاباً دنيوياً ينفذه الحاكم، وإما أن يكون تكليفاً دينياً يكفر به عما ارتكب في جنب الله ، وإما أن يكون عقاباً أخروياً يتولَّى تنفيذه الحاكم الديان يوم لا ينفع مال ولا بنون، إلا من أتى الله بقلب سليم. فكل جريمة لها في الشرع جزاء، إما عاجل في الدنيا، وإما آجل في الآخرة، ويتولَّى الآخرة رب العالمين، إلا أن يتوب توبة نصوحاً، ويتغمده الله برحمته وغفرانه، وهو الغفور الرحيم (110).

هذا، والناظر إلى التعريفين السابقين يتبين له، أنَّ الأول منهما تعريف خاص للجريمة يخضع للقضاء في توقيع العقوبة الدنيوية، والحد فيها عقوبة مُقَدَّرَةٌ، ومعنى مُقَدَّرَةٌ : أنها محددة معينة، فليس لها حد أدنى ولا حد أعلى تتراوح بينهما، ومعنى أنها حق لله، أي : أنها لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة (111). أما التعريف الثاني، فهو تعريف للجريمة بالمعنى العام إذ يعم كل معصية، بالإضافة إلى أنَّ الجريمة، وفقاً للتعريف بالمعنى العام، توجد ولو لم يكن لها عقاب دنيوي.. (112).

(2) العلاقة بين الجريمة والجناية : اختلف الفقهاء في تحديد العلاقة بين الجريمة والجناية، وجاء خلافهم علي رأيين :

(106) الأحكام السلطانية : أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي - ص 322 - الباب التاسع عشر في أحكام الجرائم - الناشر : دار الحديث - القاهرة، هذا، ويفهم من تعريف الإمام الماوردي أربعة أمور، وهي : (أ) أنَّ التجريم منوط بالله تعالى وحده، (ب) أنَّ هذا التعريف يتسع للفعل والترك (ج) أنَّ الفعل ليس جريمة، إلا إذا كان الله قد زجر عنه بعقوبة، (د) أنَّ الجريمة في الإسلام تنقسم إلى : جرائم حدية، وجرائم تعزيرية.

(107) التشريع الجنائي الإسلامي : الشيخ/ عبد القادر عودة - ج 1 ص 66، وج 1 ص 110.

(108) الشيخ/ عبد القادر عودة : المرجع السابق - ج 1 ص 110، الجنايات في الفقه الإسلامي : د/ حسن علي الشاذلي - ص 12، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون : د/ منصور محمد منصور الحفناوي - ص 25 - الطبعة الأولى عام 1406 هـ/ 1986 م - الناشر : مطبعة الأمانة بالقزاق - مصر.

(109) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي : الشيخ/ محمد أبو زهرة - ص 20، التشريع الجنائي الإسلامي : الشيخ/ عبد القادر عودة - ج 1 ص 66، هذا، والجريمة، وفقاً لهذا التعريف، تكون مساوية للإثم والخطيئة، إن كان لهما عقوبة في الدنيا، أو كانت العقوبة والجزاء في الآخرة فقط، كالغيبية والنميمة، فجزاؤهما عند الله تعالى في الآخرة، وليست لهما عقوبة في الدنيا، إلا أن يترتب عليهما جريمة أخرى. (راجع : الجناية على الأشخاص وعقوبتها في الفقه الإسلامي : د/ عبد الحكيم أحمد محمد عثمان - ص 53 - الطبعة الأولى عام 1422 هـ/ 2002 م - الناشر : مكتبة الأمانة بالمنصورة - مصر).

(110) انظر : د/ محمد عبد الفتاح البنهاوي : المرجع السابق ص 14 - 15.

(111) التشريع الجنائي الإسلامي : الشيخ/ عبد القادر عودة - ج 1 ص 79.

(112) راجع : د/ محمد عبد الفتاح البنهاوي : المرجع السابق - ص 15، د/ محمد فهمي السرجاني : المرجع السابق - ص 6، الموسوعة الفقهية الكويتية : ج 16 ص 59.

الرأي الأول : ذهب بعض الحنفية المالكية والشافعية إلى أن الجريمة والجناية لفظتان مترادفتان. وهما بمعنى واحد. فما تدل عليه الجريمة تدل عليه الجناية والعكس صحيح. لأنهما محظورات شرعية زجر الشارع عنها بحد أو تعزير. فكل ما أوجب الحد أو أوجب القصاص، يُعد جريمة أو جناية. سواء كان علي النفس أو العقل أو النسل أو المال⁽¹¹³⁾. وعليه، فإنه لا فرق بين الجريمة والجناية في المدلول عند هذا الفريق من الفقهاء. جاء في تبصرة الحكام : (الْفَصْلُ الْعَاشِرُ فِي الْجُنَايَاتِ.. وَهِيَ : الْجُنَايَةُ عَلَى النَّفْسِ، وَالْجُنَايَةُ عَلَى الْعَقْلِ، وَالْجُنَايَةُ عَلَى الْمَالِ، وَالْجُنَايَةُ عَلَى النَّسَبِ، وَالْجُنَايَةُ عَلَى الْعَرُضِ، وَجُنَايَةُ الْمُخَارِبِينَ، وَالْجُنَايَةُ فِي الْأَدْيَانِ) (114).

الرأي الثاني : ذهب جانب آخر من الفقهاء⁽¹¹⁵⁾ إلى التفريق بين الجريمة والجناية. فجعل كل ما يوجب الحد أو التعزير جريمة. وما يوجب القصاص أو الدية جناية. لأنَّ موجب الحد. وإن كان يجوز فيه الستر علي من ارتكبه، إلا أنَّه لا عفو فيه بعد رفعه للحاكم. بخلاف موجب القصاص. فيدخله العفو والتنازل إمَّا مجاناً أو بمقابل. ولا فرق في العفو بين أن يكون قد رُفِعَ الأمر للقاضي أو قبل رفعه إليه⁽¹¹⁶⁾.

هذا. وإذا نظرنا إلى تعريف الجريمة والجناية. نجد أن الجريمة أعم من الجناية. لأنَّ الجناية نوع من أنواع الجريمة. يكون محلها نفس الإنسان أو بدنه. أما الجريمة. فهي كل فعل محرم وقع على النفس أو البدن أو المال أو العرض.. أو غير ذلك من كل ما نهى الشارع عنه. وتوعد فاعله بالعقاب⁽¹¹⁷⁾. وعلي أي حال. فإذا ما غرضنا النظر عما تعارف عليه الفقهاء من إطلاق لفظ: (الجناية) علي بعض الجرائم دون البعض الآخر أمكننا القول بأنَّ : لفظ : (الجناية) في الاصطلاح الفقهي. مرادف للفظ : (الجريمة)⁽¹¹⁸⁾.

رابعاً : حقيقة الجناية في الاصطلاح القانوني :

تتفق القوانين الوضعية الحديثة مع الشريعة الإسلامية تمام الاتفاق في تعريفها للجريمة⁽¹¹⁹⁾. فهذه القوانين تُعرِّف الجريمة بأنها : إما عمل يُحرِّمه القانون. أو امتناع عما يقضي به القانون. ولا يُعتبر الفعل أو الترك جريمة في نظر القوانين الوضعية. إلا إذا كان مُعاقباً عليه طبقاً للتشريع الجنائي⁽¹²⁰⁾.

(113) الاختيار لتعليل المختار : الموصلي - ج5 ص 22. بداية المجتهد : ابن رشد - ج4 ص 177. القوانين الفقهية : ابن جزي - ص 226. حاشية الباجوري : ج2 ص 199.

(114) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام : إبراهيم بن علي بن محمد. ابن فرحون - ج2 ص 227 - الطبعة الأولى عام 1406هـ/1986م - الناشر : مكتبة الكليات الأزهرية.

(115) روضة الطالبين : ج9 ص 121 - 122. أسنى المطالب : أبو يحيى السنيكي - ج4 ص 2. إغاثة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين : البكري - ج4 ص 124. المغني : ابن قدامة - ج8 ص 259. المبدع في شرح المقنع : ابن مفلح - ج7 ص 190.

(116) وبالإضافة إلى ذلك. فإن القصاص يثبت بإشارة الأخرس وكتابته. والحد لا يثبت بشيء من ذلك. ومن ثم. كانت هذه التفرقة في التسمية مراعاة لهذه الاعتبارات. وعليه. فالجريمة عندهم أعم من الجناية.

(117) التشريع الجنائي الإسلامي : الشيخ/ عبد القادر عودة - ج1 ص 67. د/ محمد عبد الفتاح البنهاوي : المرجع السابق - ص 24. الموسوعة الفقهية الكويتية : ج16 ص 59.

(118) التشريع الجنائي الإسلامي : الشيخ/ عبد القادر عودة - ج1 ص 67.

(119) أغفل المشرعان المصري والإماراتي تعريف الجريمة. وهذا المسلك لا يعتبر بدعاً من جانبهما. فالأغلبية الساحقة من التشريعات المعاصرة تسلك هذا المسلك. ومع ذلك. فإن هناك بعض التشريعات القليلة اهتمت بوضع تعريف للجريمة. ومنها : التشريع المكسيكي الصادر في عام 1935م (المادة السابعة). والتشريع الإسباني الصادر في عام 1928م (المادة الأولى). والتشريع البولوني الصادر في عام 1932م (المادة الأولى). والتشريع اليوناني الصادر عام 1950م (المادة الرابعة عشر). والتشريع المجري الصادر في عام 1950م (المادتان الثانية والثالثة). والتشريع الروسي الصادر في عام 1960م (المادة السابعة). والتشريع الشيك وسلوفاكيا الصادر في عام 1961م (المادة الثالثة) والتشريع الروماني الصادر في عام 1968م (المادة السابعة عشر). (انظر : شرح قانون العقوبات (القسم العام) : د/ محمود محمود مصطفى - ص 35 - الطبعة العاشرة عام 1983م - الناشر : مطبعة جامعة القاهرة).

(120) التشريع الجنائي الإسلامي : الشيخ/ عبد القادر عودة - ج1 ص 67. شرح قانون العقوبات (القسم العام) النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي : د/ محمود نجيب حسني - فقرة 44 - ص 60 - الطبعة السابعة عام 2012م - الناشر : دار النهضة العربية - القاهرة. الموسوعة الجنائية : جندي عبد الملك - ج3 ص 3 وما بعدها - الطبعة : بدون طبعة وسنة نشر - الناشر : دار إحياء التراث العربي - بيروت.

هذا، ويختلف معنى الجناية الاصطلاحي في القوانين الوضعية عنه في الشريعة الإسلامية. فيعتبر الفعل في القانون جنائية، إذا كان مُعاقباً عليه بالإعدام، أو السجن المؤبد، أو السجن المشدد، أو السجن⁽¹²¹⁾. وإذا كانت عقوبة الفعل حبساً، أو الدية، أو الغرامة التي تزيد على مائة جنيه، في القانون المصري، أو تزيد على ألف درهم، في القانون الإماراتي، فالفعل جنحة⁽¹²²⁾. وإذا كانت عقوبة الفعل الغرامة التي لا تزيد على مائة جنيه، في القانون المصري، أو ألف درهم، في القانون الإماراتي، فالفعل مخالفة⁽¹²³⁾.

أما في الشريعة الإسلامية، فكل جريمة هي جنائية، سواء عوقب عليها بالحبس والغرامة أم بأشد منهما. وعلى ذلك، فالمخالفة القانونية تعتبر جنائية في الشريعة، والجنحة تعتبر جنائية، والجناية في القانون تعتبر جنائية في الشريعة أيضاً. وأساس الخلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون هو أنَّ الجناية في الشريعة تعني الجريمة أيًا كانت درجة الفعل من الجسامة. أما الجناية في القانون فتعني الجريمة الجسيمة دون غيرها⁽¹²⁴⁾. هذا، وترتيباً على ما تقدم، فإنَّ مفهوم الجناية في الشريعة الإسلامية أوسع منه في القوانين والتشريعات الوضعية، نظراً لشمول مفهوم المعصية الذي يمتد إلى كل عمل آثم يغضب الله تعالى.

الفرع الثاني

أنواع الجناية⁽¹²⁵⁾

الجناية بمعناها العام الشامل للاعتداء على النفوس والأطراف والأموال تنقسم في الشريعة الإسلامية إلى نوعين: الجناية الواقعة على النفوس، والجناية الواقعة على البهائم والجمادات من عقار ومنقول⁽¹²⁶⁾.

(121) هذا، ويُلاحظ أنَّ العقوبات المقررة لجرائم الجنايات في القانون الإماراتي تختلف بعض الشيء عن العقوبات المقررة لجرائم الجنايات في القانون المصري. ففي قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1973م وتعديلاته، تنص المادة العاشرة منه على الآتي: (الجنايات هي الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الآتية: الإعدام، السجن المؤبد، السجن المشدد، السجن). بينما تنص المادة 28 من قانون العقوبات الاتحادي رقم (3) لسنة 1987م وتعديلاته على أنه: (الجناية هي الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبات الآتية: (1) أية عقوبة من عقوبات الحدود أو القصاص فيما عدى حدي الشرب والكذب، (2) الإعدام، (3) السجن المؤبد، (4) السجن المؤقت).

(122) الجنحة في قانون العقوبات المصري، هي الجريمة المعاقب عليها بالعقوبات الآتية: الحبس، الغرامة التي يزيد أقصى مقدار لها على مائة جنيه (مادة 11). بينما الجنحة في قانون العقوبات الاتحادي، فهي الجريمة المعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من العقوبات الآتية: (1) الحبس، (2) الغرامة التي تزيد على ألف درهم، (3) الدية، (4) الجلد في حدي الشرب والكذب (مادة 29).

(123) المخالفة في قانون العقوبات المصري، هي الجريمة المعاقب عليها بالغرامة التي لا يزيد أقصى مقدار لها على مائة جنيه (مادة 12)، بينما المخالفة في قانون العقوبات الاتحادي، فهي الجريمة المعاقب عليها بالعقوبتين التاليتين أو بإحدهما: (1) الحجز مدة لا تقل عن أربع وعشرين ساعة، ولا تزيد على عشرة أيام، ويكون الحجز بوضع المحكوم عليه في أماكن تخصص لذلك، (2) الغرامة التي لا تزيد على ألف درهم، (مادة 30).

(124) التشريع الجنائي الإسلامي: عبد القادر عودة - ج 1 ص 68، الجنايات في الفقه الإسلامي: د/ حسن علي الشاذلي - ص 27 وما بعدها، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية: د/ منصور محمد منصور الحفناوي - ص 28 وما بعدها، أحكام المتهم في الفقه الإسلامي: نزار رجا سبتي صبرة - رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية - نابلس - فلسطين - عام 2006م - ص 22، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي (القانون الجزائري نموذجاً) : أمينة زواوي - رسالة مقدمة إلى كلية العلوم الإسلامية - الخروبة - جامعة الجزائر - عام 1426 - 1427 هـ/ 2005-2006م - ص 29.

(125) قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: (نَقَلَ الْأُصُولِيُّونَ إِجْمَاعَ اللَّيْلِ عَلَى وُجُوبِ حِفْظِ الْأَذْيَانِ، وَالنَّفُوسِ، وَالْعُقُولِ، وَالْأَعْرَاضِ، وَالْأَمْوَالِ، وَذَكَرَ بَعْضُهُمُ الْأَنْسَابَ بَدَلِ الْأَمْوَالِ، وَلَا شَكَّ أَنَّ قَتْلَ الْمُسْلِمِ عَمْدًا عُدْوَانًا كَبِيرَةً لَيْسَ بَعْدَ الْكُفْرِ أَعْظَمُ مِنْهَا، وَفِي قَبُولِ تَوْبَتِهِ وَعَدَمِهِ خِلَافٌ بَيْنَ الصَّحَابَةِ وَمَنْ بَعْدَهُمْ). انظر: منح الجليل: الشيخ/ عليش - ج 9 ص 3.

وقال العدوي: (وَهَلِ الْحُدُودُ زَوَاجِرٌ عَنْ إِتْلَافِ الْعُقُولِ وَالنَّفُوسِ وَالْأَذْيَانِ وَالْأَعْرَاضِ وَالْأَمْوَالِ وَالْأَنْسَابِ، فَبِئْسَ الْقِصَاصُ حِفْظُ النَّفْسِ، وَفِي الْقَطْعِ لِلْسَّرِقَةِ حِفْظُ الْأَمْوَالِ، وَفِي الْحَدِّ لِلزَّنا حِفْظُ الْأَنْسَابِ، وَفِي الْحَدِّ لِلشَّرْبِ حِفْظُ الْعُقُولِ، وَفِي الْحَدِّ لِلْقَذْفِ حِفْظُ الْأَعْرَاضِ، وَفِي الْقَتْلِ لِلرَّدَّةِ حِفْظُ الدِّينِ). راجع: حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني: ج 2 ص 288.

(126) قال الكاساني: (الْجِنَايَةُ فِي الْأَصْلِ نَوْعَانِ: جِنَايَةٌ عَلَى الْبَهَائِمِ وَالْجَمَادَاتِ، وَجِنَايَةٌ عَلَى الْإِنْسَانِ. أَمَّا الْجِنَايَةُ عَلَى الْبَهَائِمِ وَالْجَمَادَاتِ فَتَوَعَّانِ أَيْضًا: غَضَبٌ وَإِتْلَافٌ.. وَالْجِنَايَةُ عَلَى الْإِنْسَانِ فِي الْأَصْلِ أَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ: جِنَايَةٌ عَلَى النَّفْسِ مُطْلَقًا، وَجِنَايَةٌ عَلَى مَا دُونَ النَّفْسِ مُطْلَقًا، وَجِنَايَةٌ عَلَى مَا هُوَ نَفْسٌ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ). راجع: بدائع الصنائع: ج 7 ص 233، بداية المجتهد: ابن رشد - ج 4 ص 177، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب:

أولاً: الجناية الواقعة على النفوس

وتكون هذه الجناية إما بالاعتداء على النفس، وهي جناية القتل، أو بالاعتداء على ما دون النفس وهي الضرب والجرح، وإما أن تكون بالاعتداء على ما هو نفس من وجه دون وجه، وهي الجناية على الجنين في بطن أمه، أو الإجهاض في اصطلاح القانونيين (127).

(1) الجناية على النفس الإنسانية بالقتل: وقد اشتهر تعريف القتل في الشريعة - كما اشتهر في القانون - بأنه: (فَعَلَ مِنَ الْعَبَادِ تَزْوُلَ بِهِ الْحَيَاةَ) (128)، أي: أَنَّهُ إِزْهَاقُ رُوحِ آدَمِي بِفِعْلِ آدَمِي آخَرَ (129).

هذا، وقد حرمت الشريعة الإسلامية الاعتداء على النفس الإنسانية كلا وبعضاً، سواء أكان الاعتداء صادراً من الإنسان على نفسه، أم منه على غيره، بل وجعلت القتل من أكبر الكبائر، وأخطر الجرائم، قال المواق: (الدَّمَاءُ حَاطِرَةُ الْقَدْرِ فِي الدِّينِ، وَالْقَتْلُ كَبِيرَةٌ فَاحِشَةٌ مُوجِبَةٌ الْعُقُوبَةِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، وَمُوجِبَاتُهَا فِي الدُّنْيَا خَمْسَةٌ: الْقِصَاصُ، وَالْدِّيَّةُ، وَالْكَفَّارَةُ، وَالتَّعْزِيرُ، وَالْقِيَمَةُ) (130).

وقد أفاضت في حرم القتل نصوص الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

- فمن الكتاب، قال تعالى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ (131). وقال تعالى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا ﴾ (132). وقال تعالى، في وصفه لعباد الرحمن: ﴿ وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا ﴾ (133).

- ومن السنة، قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنِّي رَسُولُ اللَّهِ، إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ: النَّفْسُ بِالنَّفْسِ، وَالثَّيْبُ الزَّانِي، وَالْمَارِقُ مِنَ الدِّينِ التَّارِكُ لِلْجَمَاعَةِ ﴾ (134). وقوله صلى الله عليه

أبو يحيى السنيكي - ج2 ص 154، الموسوعة الفقهية الكويتية: ج16 ص 60، الفقه الإسلامي وأدلته: د/ وهبة الزحيلي - ج7 ص 5612 - الطبعة الرابعة عام 1405هـ/1985م - الناشر: دار الفكر - سورية - دمشق، الشيخ/ عبد القادر عودة: المرجع السابق - ج2 ص 5.

(127) وسميت كذلك، لأن الجنين يُعد جزءاً من أمه، غير مستقل عنها في الواقع، حيث يتحرك بحركتها، ويستقر بقرارها، فليس نفساً، ومن جهة أخرى، يُعد نفساً مستقلة عن أمه بالنظر للمستقبل، لأنَّ له حياة خاصة، وهو يتهيأ لأن يفصل عنها بعد حين، ويُصبح ذا وجود مستقل، وتثبت له بعض الحقوق. (انظر: بدائع الصنائع: الكاساني - ج7 ص 325، حكم الجناية على الجنين (الإجهاض) دراسة فقهية مقارنة: د/ عبد الله بن عبد العزيز العجلان - بحث منشور بمجلة البحوث الإسلامية - مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد - العدد الثالث والستون من ربيع الأول إلى جمادى الثانية عام 1422هـ/2002م - ص 241، الجناية على الجنين وعقوبتها دراسة فقهية مقارنة: د/ سيف رجب قزامل - ص 19 - الطبعة الأولى عام 1433هـ/2012م - الناشر: مكتبة الوفاء القانونية - مصر، الفقه الإسلامي وأدلته: د/ وهبة الزحيلي - ج7 ص 5612، الشيخ/ عبد القادر عودة: المرجع السابق - ج2 ص 5).

(128) البحر الرائق: ابن نجيم - ج8 ص 326، فتح القدير: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن الهمام - ج10 ص 203 - بدون طبعة وبدون تاريخ - الناشر: دار الفكر، العناية شرح الهداية: البابرتي - ج10 ص 203، الفتاوى الهندية: لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي - ج6 ص 2 - الطبعة الثانية عام 1310هـ - الناشر: دار الفكر.

(129) التشريع الجنائي الإسلامي: الشيخ/ عبد القادر عودة - ج2 ص 6، هذا، ويلاحظ على هذا التعريف المذكور للقتل أَنَّهُ غير جامع، لأنَّه قصر القتل على كونه (فعل) أو (بفعل) فقط، علماً بأنَّ القتل قد يحدث بالترك أيضاً وبغيره، والترك هو إسقاط ما ثبت شرعاً، ومثاله: أن تترك الأم وليدها دون رضاعة حتى يموت، فهذا قتل، وفضلاً عن ذلك، فإنَّ القتل قد يحدث لغير آدمي، ويسمَّى قتلاً، ومنه قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيِّدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ) (سورة المائدة جزء من الآية رقم: 95)، وقد يحدث القتل من غير آدمي، كما لو صال حيوان على إنسان فقتله، وعليه، يري أحد الباحثين، بحق، أن القتل هو: إزهاق روح آدمي أو غيره بفعل أو غيره من آدمي أو غيره. (راجع: الشرح الكبير: للرافعي - ص 74، د/ عبد الحكيم أحمد عثمان: المرجع السابق - ص 85).

(130) التاج والإكلیل: للمواق - ج8 ص 289.

(131) سورة النساء جزء من الآية رقم: 29.

(132) سورة الإسراء الآية رقم: 33.

(133) سورة الفرقان الآية رقم: 68.

(134) صحيح البخاري: كِتَابُ الدِّيَاتِ - بَابُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: (أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأَذْنَ بِالْأَذَنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) [المائدة: 45] - ج9 ص 5 - حديث رقم: 6878، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم المشهور بصحيح مسلم: مسلم بن الحجاج أبو الحسن

وسلم : ﴿ اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمُوبِقَاتِ ﴾. قَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ وَمَا هُنَّ ؟ قَالَ : ﴿ الشِّرْكُ بِاللَّهِ، وَالسَّحَرُ، وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ. ﴾ (135). وقوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ قَتْلُ الْمُؤْمِنِ أَعْظَمُ عِنْدَ اللَّهِ مِنْ زَوَالِ الدُّنْيَا ﴾ (136). وقوله صلى الله عليه وسلم : (لَا يَزَالُ الْمُؤْمِنُ فِي فُسْحَةٍ مِنْ دِينِهِ مَا لَمْ يُصِبْ دَمًا حَرَامًا) (137).

- وأما الإجماع، فقد أجمعت الأمة الإسلامية منذ الصدر الأول إلى يومنا هذا على حرمة القتل وسفك الدماء - ولم يعلم مخالف في ذلك فكان إجماعاً. قال ابن قدامة : (وَلَا خِلَافَ بَيْنَ الْأُمَّةِ فِي حَرَمِهِ، فَإِنْ فَعَلَهُ إِنْسَانٌ مُتَعَمِّدًا، فَسَقَ، وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ، إِنْ شَاءَ عَذَّبَهُ، وَإِنْ شَاءَ غَفَرَ لَهُ، وَتَوْبَتُهُ مَقْبُولَةٌ فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ. وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : إِنْ تَوْبَتُهُ لَا تُقْبَلُ) (138).

- وأما المعقول، فقد حَرَّمَ الله الجناية صيانة عن الهلاك، لأنَّه فعل مُحَرَّم حظه الشارع ومنع منه، لما فيه من ضرر واقع على الدين، أو النفس، أو العقل، أو العرض، أو المال، وهذه هي مقاصد الشريعة التي تؤكد دوماً على حفظها، فاقترضت الضرورة حرمتها، والجنايات أوكد الضروريات التي يجب مُراعاتها (139). هذا، واختلف العلماء - رحمهم الله تعالى - في أنواع الجناية على النفس، وذلك على النحو التالي:

القشيري النيسابوري - كِتَابُ الْقَسَامَةِ وَالْحَارِبِينَ وَالْقَصَاصِ وَالْدِّيَّاتِ - بَابُ مَا يُبَاحُ بِهِ دَمُ الْمُسْلِمِ - ج 3 ص 1302 - حديث رقم : 1676 - المحقق : محمد فؤاد عبد الباقي الناشر : دار إحياء التراث العربي - بيروت.

(135) صحيح البخاري : كِتَابُ الْوَصَايَا - بَابُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : (إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا، إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا) [النساء : 10] - ج 4 ص 10 - حديث رقم : 2766، صحيح مسلم : كِتَابُ الْإِيمَانِ - بَابُ بَيَانِ الْكِبَائِرِ وَأَكْبَرِهَا - ج 1 ص 92 - حديث رقم : 145 (89).

(136) سنن النسائي : كِتَابُ حَرَمِ الدَّمِ - تَعْظِيمُ الدَّمِ - ج 7 ص 82 - حديث رقم : 3988.
(137) شرح السنة : أبو محمد الحسين بن مسعود بن الفراء البغوي - كِتَابُ الْقَصَاصِ - بَابُ حَرَمِ الْقَتْلِ - ج 10 ص 149 - حديث رقم : 2520 - تحقيق : شعيب الأرنؤوط، محمد زهير الشاويش - الطبعة الثانية عام 1403 هـ/ 1983 م - الناشر : المكتب الإسلامي - دمشق - بيروت. وقال عنه : هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ أَخْرَجَهُ مُحَمَّدٌ عَنْ عَلِيٍّ، عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عُمَرُو بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ أَبِيهِ، فِيضُ الْقَدِيرِ شَرَحَ الْجَامِعَ الصَّغِيرَ : زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي - ج 4 ص 506 - حديث رقم : 7810 - حرف القاف - الطبعة الأولى عام 1356 هـ - الناشر : المكتبة التجارية الكبرى - مصر.

(138) المغني : ابن قدامة - ج 8 ص 259.
(139) الجنايات وموجبها في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة : د/ بديعة علي أحمد الطملاوي - ص 6 - الطبعة الأولى عام 1426 هـ/ 2007 م - الناشر : دار الوفاء لدنيا للنشر والتوزيع - الإسكندرية - مصر. كفالة اللقيط وأثرها في الوقاية من الجريمة دراسة تأصيلية : علي بن محمد آل كليب - ص 57.

- فَذَهَبَ أَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ إِلَى أَنَّ الْجَنَائَةَ عَلَى النَّفْسِ تُنْقَسِمُ بِحَسَبِ الْقَصْدِ وَعَدَمِهِ إِلَى : عَمْدٍ ⁽¹⁴⁰⁾، وَشِبْهِ عَمْدٍ ⁽¹⁴¹⁾، وَخَطَأٍ ⁽¹⁴²⁾، فَالتَّقْسِيمُ عِنْدَهُمْ ثَلَاثِيٌّ ⁽¹⁴³⁾.

- وذهب المالكية، في المعتمد عندهم، والظاهرية، والليث بن سعد، إلى تقسيم الجنابة على النفس إلى قسمين. وهما : العمد، والخطأ، ونفوا شبه العمد. لأنَّ الله تعالى ذكر الخطأ والعمد، ولم يذكر غيرهما. فالتقسيم عندهم ثنائي ⁽¹⁴⁴⁾. جاء في المدونة : (قَالَ سَحْنُونُ : قُلْتُ لِابْنِ الْقَاسِمِ : هَلْ كَانَ يَعْرِفُ مَالِكٌ شِبْهَ الْعَمْدِ فِي الْجَرَاحَاتِ، أَوْ فِي قَتْلِ النَّفْسِ ؟ قَالَ : قَالَ مَالِكٌ : شِبْهُ الْعَمْدِ بَاطِلٌ، وَإِنَّمَا هُوَ عَمْدٌ أَوْ خَطَأٌ، وَلَا أَعْرِفُ شِبْهَ الْعَمْدِ) ⁽¹⁴⁵⁾.

(140) اختلف الفقهاء في تعريف القتل العمد. فذهب المالكية والشافعية والحنابلة، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية، إلى أنَّ القتل العمد. هو : الضرب مَحْدَدٍ أَوْ غَيْرَ مُحْدَدٍ، وَالْحَدُّ، هُوَ : مَا يَقْطَعُ، وَيَدْخُلُ فِي الْبَدَنِ، كَالسَّيْفِ وَالسَّكَنِ وَأُمْنَالِهِمَا مِمَّا يُحْدَدُ وَيَجْرَحُ، وَغَيْرُ الْحَدِّ، هُوَ : مَا يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ حُصُولُ الزَّهْوِ بِهِ عِنْدَ اسْتِعْمَالِهِ، كَحَجَرٍ كَبِيرٍ أَوْ خَشَبَةٍ كَبِيرَةٍ، وَبِهِ قَالَ النَّحَّيُّ، وَالزُّهْرِيُّ، وَابْنُ سِيرِينَ وَحَقَّادٌ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى، وَاسْحَاقُ، وَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ، إِلَى أَنَّ الْقَتْلَ الْعَمْدَ، هُوَ : أَنْ يَتَعَمَّدَ ضَرْبَ الْمُقْتُولِ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ مِنْ جَسَدِهِ بِأَيِّ تَفَرُّقِ الْأَجْزَاءِ، كَالسَّيْفِ، وَاللِّيطَةِ - وَهِيَ فَلَقَةُ الْقَضْبِ - وَالرَّوْزَةِ وَالنَّارِ : لِأَنَّ الْعَمْدَ فِعْلُ الْقَلْبِ : لِأَنَّهُ الْقَصْدُ، وَلَا يُوقَفُ عَلَيْهِ إِلَّا بِدَلِيلِهِ، وَهُوَ مَبَاشَرَةُ الْأَلَةِ الْمُوجِبَةُ لِلْقَتْلِ عَادَةً، وَهَذَا بِخِلَافِ الْمُتَقَلَّلِ فَلَيْسَ الْقَتْلُ بِهِ عَمْدًا عِنْدَهُ. (راجع : الاختيار لتعليل المختار : الموصلي - ج 5 ص 23، كنز الدقائق : أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي - ص 633 - المحقق : د/ سائد بكداش - الطبعة الأولى عام 1432 هـ/ 2011 م - الناشر : دار البشائر الإسلامية - دار السراج تبين الحقائق : الزيلعي - ج 6 ص 97، فتح القدير : ابن الهمام - ج 10 ص 205، المبسوط : السرخسي - ج 30 ص 47، التاج والإكليل : للمواق - ج 8 ص 304، شرح ميارة : أبو عبد الله محمد الفاسي - ج 2 ص 269، شرح حدود ابن عرفة : للرصاع - ص 473، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي : أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي - ج 12 ص 34 - المحقق : الشيخ/ علي محمد معوض، والشيخ/ عادل أحمد عبد الموجود - الطبعة الأولى عام 1419 هـ/ 1999 م - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع : الخطيب الشربيني - ج 2 ص 494، المغني : ابن قدامة - ج 8 ص 260، الموسوعة الفقهية الكويتية : ج 16 ص 60، الفقه الإسلامي وأدلته : د/ وهبة الزحيلي - ج 7 ص 5617 وما بعدها، الجنايات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة : د/ حسن الشاذلي - ص 54 وما بعدها).

(141) ذَهَبَ الشَّافِعِيَّةُ، وَالْحَنَابِلَةُ، وَأَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ مِنَ الْحَنَفِيَّةِ، إِلَى أَنَّ شِبْهَ الْعَمْدِ، هُوَ : أَنْ يَقْصِدَ الْفِعْلَ وَالشَّخْصَ، بِمَا لَا يَقْتُلُ غَالِبًا كَالضَّرْبِ بِالسَّوْطِ، وَالْعَصَا الصَّغِيرَةِ، فَيُؤْدِي إِلَى مَوْتِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ مَعْنَى الْعُمْدِيَّةِ قَاصِرٌ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْأَفْعَالِ : لِأَنَّهَا لَا تَقْتُلُ عَادَةً، وَيُقْصَدُ بِهِ غَيْرُ الْقَتْلِ، كَالتَّأْيِيبِ وَنَحْوِهِ، فَكَانَ شِبْهُ الْعَمْدِ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : شِبْهُ الْعَمْدِ أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا لَا يُفَرِّقُ الْأَجْزَاءَ، كَالْحَجَرِ وَالْعَصَا، وَالْيَدِ، وَأَمَّا الْمَالِكِيَّةُ، فَلَا يَقُولُونَ بِشِبْهِ الْعَمْدِ فِي قَوْلٍ، وَعَلَى الْقَوْلِ الْأَخَرِ شِبْهُ الْعَمْدِ : هُوَ أَنْ يَقْصِدَ الضَّرْبَ وَلَا يَقْصِدَ الْقَتْلَ، فَلْيُشْهُرُ أَنَّهُ كَالْعَمْدِ، وَقِيلَ : كَالْخَطَأِ، وَهَنَّاكَ قَوْلٌ تَالَتْ : وَهُوَ أَنَّهُ تَغَلَّظَ فِيهِ الدِّبَّةُ، وَمَوْجِبُهُ الْإِثْمُ، وَالْكَفَّارَةُ، وَدِيَّةٌ مُعَلَّظَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ فِي قَوْلِ جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ. (انظر : كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار : الحسيني الحصري - ص 451، حاشيتنا قليوبي وعميرة : أحمد سلامة القليوبي، وأحمد البرلسي عميرة - ج 4 ص 97 - الطبعة : بدون - الناشر : دار الفكر - بيروت - عام 1415 هـ/ 1995 م، المغني : ابن قدامة - ج 8 ص 271، الموسوعة الفقهية الكويتية : ج 16 ص 61).

(142) لَا خِلَافَ بَيْنَ الْفُقَهَاءِ فِي أَنَّ الْقَتْلَ الْخَطَأَ، هُوَ : مَا وَقَعَ مَوْنٌ قَصْدُ الْفِعْلِ وَالشَّخْصِ، أَوْ دُونَ قَصْدِ أَحَدِهِمَا أَوْ هُوَ : أَنْ لَا يَقْصِدَ الضَّرْبَ وَلَا الْقَتْلَ، مِثْلُ : أَنْ يَرْمِيَ صَبْدًا أَوْ هَدَفًا فَيَصِيبَ إِنْسَانًا، أَوْ يَنْقَلِبَ النَّائِمُ عَلَى إِنْسَانٍ فَيَقْتُلَهُ، وَمَوْجِبُهُ الدِّبَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ وَالْكَفَّارَةُ. (راجع : المبسوط : السرخسي - ج 27 ص 85، خفة الفقهاء : للسمرقندي - ج 3 ص 103، بدائع الصنائع : الكاساني - ج 7 ص 233، القوانين الفقهية : ابن جزي - ص 226، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية : أبو يحيى السنيكي - ج 5 ص 11، المغني : ابن قدامة - ج 8 ص 271 - 272، العدة شرح العمدة : عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي - ص 529، الموسوعة الفقهية الكويتية : ج 16 ص 61، وج 32 ص 325).

(143) وهذا التقسيم الثلاثي قال به محمد من الحنفية، وهو قول للمالكية، والشافعية، والمشهور للحنابلة، وقد رُوِيَ عن بعض الصحابة، كعمر، وعثمان، وعلي، وأبي موسى الأشعري، وزيد بن ثابت، كما روي عن بعض التابعين، كالشَّعْبِيِّ، وَالنَّحَّعِيِّ، وَالثَّوْرِيِّ، وَحَمَادٍ، وَقَتَادَةَ، وَأَهْلَ الْعِرَاقِ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ.

(راجع : المبسوط : السرخسي - ج 26 ص 59، الاختيار لتعليل المختار : الموصلي - ج 5 ص 23، فتح القدير : ابن الهمام - ج 10 ص 205، التلخيص في الفقه المالكي : أبو محمد عبد الوهاب بن علي الثعلبي البغدادي ج 2 ص 184 - المحقق : أبي أويس محمد بو خبزة - الطبعة الأولى عام 1425 هـ/ 2004 م - الناشر : دار الكتب العلمية، التاج والإكليل : للمواق - ج 8 ص 304، الحاوي الكبير : للماوردي - ج 12 ص 34، المغني : ابن قدامة - ج 8 ص 260، متن الخرقى على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني : أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقى - ص 123 - الطبعة الأولى عام 1413 هـ/ 1993 م - الناشر : دار الصحابة للتراث، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة : حسين بن عودة العوايشة - ج 6 ص 151 - الطبعة الأولى عام 1423 - 1429 هـ/ 2004 - 2009 م - الناشر : المكتبة الإسلامية - عمان - الأردن، ودار ابن حزم - بيروت - لبنان).

(144) التلخين في الفقه المالكي : أبو محمد بن نصر الثعلبي - ج 2 ص 184، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس : أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي - ج 1 ص 1306 - تحقيق ودراسة : حميش عبد الحق - والكتاب في الأصل رسالة دكتوراه بجامعة أم القرى بمكة المكرمة - الطبعة : بدون - الناشر : المكتبة التجارية - مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة، الجنابة على الأطراف في الفقه الإسلامي : د/ نجم عبد الله إبراهيم العيساوي - ص 34 - الطبعة الأولى عام 1422 هـ/ 2002 م - الناشر : دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - دبي - دولة الإمارات العربية المتحدة.

(145) المدونة : الإمام مالك بن أنس بن عامر الأصبحي - ج 4 ص 558 - الطبعة الأولى عام 1415 هـ/ 1994 م - الناشر : دار الكتب العلمية.

وقال ابن حزم الظاهري :

(وَالْقَتْلُ قِسْمَانِ : عَمْدٌ ، وَخَطَأٌ . فَلَمْ يَجْعَلْ عَزَّ وَجَلَّ فِي الْقَتْلِ قِسْمًا ثَالِثًا ، وَادَّعى قَوْمٌ أَنَّ هَاهُنَا قِسْمًا ثَالِثًا ، وَهُوَ عَمْدُ الْخَطَأِ ، وَهُوَ قَوْلُ فَاسِدٍ : لِأَنَّهُ لَمْ يَصَحَّ فِي ذَلِكَ نَصٌّ أَصْلًا) (146).

- وذهب الكاساني، من الحنفية، وجماعة من الحنابلة، كأبي الخطاب، وصاحب المذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعائيتين، والحاوي، وغيرهم، إلى تقسيم الجناية على النفس إلى أربعة أقسام، هي : العمد، وشبه العمد، والخطأ، وما جرى مجرى الخطأ (147). ولم يقولوا بقتل السبب؛ لأنهم يدخلونه في ما جرى مجرى الخطأ، فالتقسيم عندهم رباعي (148). قال الكاساني :

(فَالْقَتْلُ أَرْبَعَةٌ أَنْوَاعٌ : قَتْلٌ هُوَ عَمْدٌ مُحْضٌ لَيْسَ فِيهِ شُبْهَةٌ الْخَطَأِ ، وَقَتْلٌ عَمْدٌ فِيهِ شُبْهَةٌ الْخَطَأِ ، وَهُوَ الْمُسَمَّى بِشُبْهِ الْعَمْدِ ، وَقَتْلٌ هُوَ خَطَأٌ مُحْضٌ لَيْسَ فِيهِ شُبْهَةٌ الْعَمْدِ ، وَقَتْلٌ هُوَ فِي مَعْنَى الْقَتْلِ الْخَطَأِ) (149). وجاء في الإنصاف : (أَعْلَمُ أَنَّ الْمُصَنَّفَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - قَسَّمَ الْقَتْلَ إِلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ . وَكَذَا فَعَلَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي الْهَدَايَةِ . وَصَاحِبِ الْمَذْهَبِ ، وَمَسْبُوكِ الذَّهَبِ ، وَالْمُسْتَوْعِبِ ، وَالْخُلَاصَةِ ، وَالرَّعَائِيَّتَيْنِ ، وَالْحَاوِي ، وَالْوَجِيزِ ، وَإِدْرَاكِ الْعَايَةِ ، وَغَيْرِهِمْ . فَزَادُوا : مَا أُجْرِيَ مَجْرَى الْخَطَأِ ، كَالنَّائِمِ يَنْقَلِبُ عَلَى إِنْسَانٍ فَيَقْتُلُهُ ، أَوْ يَقْتُلُ بِالسَّبَبِ ، مِثْلُ أَنْ يَحْفَرَ بُئْرًا ، أَوْ يَنْصَبَ سِكِّينًا ، أَوْ حَجَرًا ، فَيَوُولُ إِلَى إِتْلَافِ إِنْسَانٍ) (150).

- وذهب جماعة من الحنفية، كالرازي، والجصاص، والقُدوري، والنسفي، إلى تقسيم الجناية على النفس إلى خمسة أقسام، وهي : العمد، وشبه العمد، والخطأ، والجاري مجرى الخطأ، والقتل بالسبب (151). فالتقسيم

(146) المحلى بالآثار : أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي - ج 10 ص 214 - بدون طبعة وبدون تاريخ - الناشر دار الفكر - بيروت.
(147) النتنف في الفتاوى : أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السُّعْدِي - ج 2 ص 662 - المحقق : د/ صلاح الدين الناهي - الطبعة الثانية عام 1404هـ/1984م - الناشر : دار الفرقان - مؤسسة الرسالة - عمان - الأردن - بيروت - لبنان. بدائع الصنائع : الكاساني - ج 7 ص 233، المبدع في شرح المقنع : ابن مفلح - ج 7 ص 190، الاشتراك المتعمد في الجناية على النفس بالقتل أو الجرح : عبد الله بن معتق السهلي - بحث منشور بمجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة - العدد 119 - السنة 25 - عام 1423هـ/2004م - ص 342، الموسوعة الفقهية الكويتية : ج 16 ص 59، التشريع الجنائي الإسلامي : عبد القادر عودة - ج 1 ص 405 وما بعدها.

(148) والقتل بالسبب، هو ما كان بغير قصد ومباشرة، بأن يتسبب الجاني في وقوع الفعل المحرم دون أن يقصد إتيانه، كمن يحفر حفرة في الطريق لتصريف ماء، مثلاً، فيسقط فيها أحد المارة ليلاً . قال : ملا خسرو : (وَإِمَّا قَتْلٌ بِالسَّبَبِ ، أَيُ : يَكُونُهُ سَبَبًا لِلْقَتْلِ ، كَاتْلَافِهِ بِحَفْرِ الْبُئْرِ أَوْ وَضْعِ الْحَجَرِ فِي غَيْرِ مَلِكِهِ .. أَوْ وَضْعِ حَسْبِيٍّ عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ وَنَحْوِهِ مِمَّا هُوَ سَبَبٌ لِلْإِتْلَافِ ، إِلَّا أَنْ يَمْشِيَ الْهَالِكُ عَلَيْهِ ، أَوْ عَلَى الْبُئْرِ وَنَحْوِهِ ، بَعْدَ عِلْمِهِ بِالْحَفْرِ وَنَحْوِهِ ، فَجَبْنَزٌ لَا يَلْزَمُ شَيْءٌ عَلَى الْخَافِرِ وَنَحْوِهِ . وَحُكْمُهُ الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، لِأَنَّ الْفَاعِلَ سَبَبُ التَّلَفِ ، وَهُوَ مُتَعَدٍّ فِيهِ ، فَكَانَتْهُ مُوقِعٌ فِي الْبُئْرِ وَدَافِعٌ عَلَيْهِ الْحَجَرِ ، فَوَجَبَ الدِّيَّةُ ، وَهِيَ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، بِلَا كَفَّارَةٍ وَلَا إِثْمٍ الْقَتْلِ ، لِأَنَّ الْقَتْلَ مِنْهُ مَعْدُومٌ حَقِيقَةً) . راجع : درر الحكام شرح غرر الأحكام : ملا خسرو - ج 2 ص 91، عبد القادر عودة : المرجع السابق - ج 1 ص 407.

(149) بدائع الصنائع : الكاساني - ج 7 ص 233.

(150) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف : المرداوي - ج 9 ص 433.

(151) انظر : المبسوط : السرخسي - ج 26 ص 59، الاختيار لتعليل المختار : الموصلي - ج 5 ص 23، البحر الرائق : ابن نجيم - ج 8 ص 328، حاشية رد المختار على الدر المختار : ابن عابدين - ج 6 ص 527، عبد القادر عودة : المرجع السابق - ج 2 ص 8 وما بعدها، الفقه الإسلامي وأدلته : د/ وهبة الزحيلي - ج 7 ص 5617، درر الحكام : ملا خسرو - ج 2 ص 90، الموسوعة الفقهية الكويتية : ج 16 ص 59، عبد الله بن معتق السهلي : البحث السابق الإشارة إليه - ص 347، الجناية على الأشخاص : د/ عبد الحكيم أحمد عثمان - ص 91.

عندهم خماسي ⁽¹⁵²⁾. قال الموصلي : (الْقَتْلُ الْمُتَعَلِّقُ بِالْأَحْكَامِ خَمْسَةٌ : عَمْدٌ، وَشِبْهُ عَمْدٍ، وَخَطَأٌ، وَمَا أُجْرِيَ مَجْرَى الْخَطَأِ، وَالْقَتْلُ بِسَبَبٍ) ⁽¹⁵³⁾.

وجاء في المبسوط : (كَانَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ يَقُولُ : الْقَتْلُ عَلَى خَمْسَةِ أَوْجُهٍ : عَمْدٌ، وَشِبْهُ عَمْدٍ، وَخَطَأٌ، وَمَا أُجْرِيَ مَجْرَى الْخَطَأِ، وَمَا لَيْسَ بِعَمْدٍ وَلَا خَطَأٍ وَلَا أُجْرِيَ مَجْرَى الْخَطَأِ) ⁽¹⁵⁴⁾.

هذا، وقد سَرَّعَتِ الشريعة الإسلامية عقوبة رادعة وزاجرة لهذه الجريمة الشنعاء (جريمة القتل) في الدنيا والآخرة، وهي عقوبة تختلف باختلاف نوعها. وهي في الدنيا، إن كان القتل عمداً وقصداً، القصاص، إلا أن يعفو أولياء المقتول، والدية، والكفارة - على خلاف بين الفقهاء - وتعزير القاتل، والحرمان من الوصية والميراث. قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ﴾ ⁽¹⁵⁵⁾. وقال تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ ⁽¹⁵⁶⁾. وفي الحديث، قوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ لَا يَحِلُّ دَمُ أَمْرِي مُسْلِمٍ، يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنِّي رَسُولُ اللَّهِ، إِلَّا بِإِحدى ثَلَاثٍ : النَّفْسُ بِالنَّفْسِ، وَالنَّيْبُ الرَّأْيِي، وَالْمَارِقُ مِنَ الدِّينِ التَّارِكُ لِلْجَمَاعَةِ ﴾ ⁽¹⁵⁷⁾، وقوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ وَمَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ : إِمَّا يُودَى وَإِمَّا يُقَادَ ﴾ ⁽¹⁵⁸⁾، وقوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ لَيْسَ لِقَاتِلٍ وَصِيَّةٌ ﴾ ⁽¹⁵⁹⁾، وقوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ لَا يَرِثُ الْقَاتِلُ مِنَ الْمَقْتُولِ شَيْئاً ﴾ ⁽¹⁶⁰⁾.

(152) هذا، ويُعزَى التقسيم الخماسي إلى أبي بكر الرازي، فقد أداه منطقُه إلى اختراع هذا التقسيم، حيث رأى أن الخطأ على ضربين : أحدهما خطأ في الفعل، كأن يقصد رمي طائر، فيصيب شخصاً، والثاني : خطأ في قصد، كأن يقصد إصابة من يظنه حربياً، لأنه في صفوفهم أو عليه لباسهم، فيتبين أنه معصوم، وإذا كان هذا هو الخطأ، فإنه لا ينطبق على فعل الساهي أو النائم، لأن الفعل في الخطأ مقصود، إلا أن الخطأ يقع تارة في الفعل وتارة في القصد، وفعل الساهي والنائم غير مقصود أصلاً، فليس هو إذن في حيز الخطأ، كما أنه ليس في حيز العمد أو شبه العمد، ولما كان حكم فعل الساهي والنائم هو حكم الخطأ من حيث الجزاء، فقد رأى أبو بكر الرازي إحقاقه بالخطأ باعتباره جاريًا مجراه، كذلك لاحظ هذا الفقيه أن الفقهاء يلحقون بحكم القتل ما ليس بقتل في الحقيقة لا عمداً ولا غير عمد، وذلك نحو فعل حافر البئر وواضع الحجر في الطريق إذا عطب به إنسان، وقال : إن هذا ليس بقاتل في الحقيقة إذ ليس له فعل في قتل الجاني عليه، لأن القاتل إما أن يكون مباشراً من الجاني أو متولداً عن فعله، وليس من واطع الحجر وحافر البئر فعل في العائر بالحجر والواقع في البئر لا مباشرة ولا متولداً، فلم يكن قاتلاً في الحقيقة، وإنما يمكن اعتباره قاتلاً بالتسبب. (راجع : أحكام القرآن : أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي - ج 3 ص 193 - المحقق : محمد صادق القمحاوي - الطبعة الأولى عام 1405 هـ/ 1985 م - الناشر : دار إحياء التراث العربي - بيروت، التشريع الجنائي الإسلامي : الشيخ/ عبد القادر عودة - ج 2 ص 9).

(153) الاختيار لتعليل المختار : الموصلي - ج 5 ص 23.

(154) المبسوط : للسرخسي - ج 26 ص 59.

(155) سورة البقرة الآية رقم : 178.

(156) سورة البقرة الآية رقم : 179.

(157) صحيح البخاري : كِتَابُ الدِّيَّاتِ - بَابُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : { أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ } [المائدة : 45] - ج 9 ص 5 - حديث رقم : 6878، صحيح مسلم : كِتَابُ الْقِسَامَةِ وَالْحَرْبِ وَالْقِصَاصِ وَالْدِّيَّاتِ - بَابُ مَا يَبَاحُ بِهِ دَمُ الْمُسْلِمِ - ج 3 ص 1302 - حديث رقم : 1676.

(158) صحيح البخاري : كِتَابُ الدِّيَّاتِ - بَابُ مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ - ج 9 ص 5 - حديث رقم : 6880.

(159) السنن الكبرى : للبيهقي - كِتَابُ الْوَصَايَا - بَابُ مَا جَاءَ فِي الْوَصِيَّةِ لِلْقَاتِلِ - ج 6 ص 460 - حديث رقم : 12652، فتح القدير : للمناوي :

باب ليس لقاتل وصية - ج 5 ص 380 - حديث رقم : 7664 - حرف اللام، المعجم الأوسط : سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير الطبراني - بَابُ الْمَيِّمِ مَنِ اسْمُهُ : مُحَمَّدٌ - ج 8 ص 161 - حديث رقم : 8271 - المحقق : طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني - الناشر : دار الحرمين - القاهرة.

(160) مسند الدارمي المعروف بـ (سنن الدارمي) : وَمِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ - بَابُ : مِيرَاثُ الْقَاتِلِ - ج 4 ص 1988 - حديث رقم : 3122.

هذا، وإن كان القتل شبه عمد، فلا خلاف بين الفقهاء، من يقولون بشبهه العمد، في أنه موجب للدية، والدية في شبه العمد مغلطة. ودليل وجوبها وتغليظها في القتل شبه العمد قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿أَلَا وَإِنَّ قَتِيلَ الْخَطَا يُشَبُّهُ الْعَمْدُ مَا كَانَ بِالسَّوْطِ وَالْعَصَا، مِائَةً مِنَ الْإِبِلِ أَرْبَعُونَ فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا﴾ (161).

وأما إذا كان القتل خطأً، ففيه الدية، والكفارة، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا﴾ (162).

وأما عقوبة هذه الجريمة في الآخرة، وهي خاصة بالقتل العمد الذي لم يتب منه صاحبه، فهي دخول جهنم والخلود فيها. واستحقاق الغضب واللعنة من الله تعالى، والعذاب العظيم الذي أعده الله للقاتل في الآخرة. قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾ (163).

(2) الجناية على ما دون النفس: يراد بالجناية على ما دون النفس لدى الفقهاء: كل اعتداء أو أذى يقع على الإنسان من الغير مما لا يوجب موته (164)، أو قُل - إن شئت - كل سلوك مُحَرَّم يقع على جسم الإنسان، يفضي إلي تفويت عضو أو منفعة، أو جرحه دون أن يصل أثر ذلك العدوان إلي زهوق روح المجني عليه، يستوي في ذلك أن يكون هذا الاعتداء بقطع طرف أو انفصاله، أو توقف معنى من المعاني، مثل: تعطيل وظيفة عضو أو جهاز من الأجهزة الإنسانية، أو تمثل هذا العدوان في شج أو جرح أو ضرر مادي لحق بالمجني عليه (165).

هذا، والجناية على ما دون النفس أربعة أنواع: الأول: قطع الأطراف، كاليد والرجل والأصبع واللسان ونحوها. والثاني: إذهاب منافع الأطراف، كإذهاب البصر مع بقاء العين، وإذهاب السمع مع بقاء الأذن، وشلل الرجل مع بقائها. الثالث: جرح البدن، كجرح اليد أو الصدر أو البطن. الرابع: كسر العظام، ككسر عظم اليد أو الساق ونحوهما (166).

والعقوبة المقدرة في الشرع للجناية على ما دون النفس، تختلف بحسب ما إذا كانت عمداً، أو غير عمد، سواء في ذلك الخطأ وشبه العمد، فإن كانت عمداً، فعقوبتها القصاص لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ (167)، وإن

(161) سنن النسائي: كِتَابُ الْقِسَامَةِ - باب: كَمْ دِيَّةٌ يُشَبُّ الْعَمْدُ - ج 8 ص 41 - حديث رقم: 4793، معرفة السنن والآثار: أبو بكر البيهقي أحمد بن الحسين بن موسى الحُسْرُو جردى - كِتَابُ الدِّيَاتِ - بَابُ: مَا جَاءَ فِي أَسْتَنَانِ الْأَيْلِ الْمُغْلَطَةِ - ج 12 ص 93 - حديث رقم: 15984 - المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي - الطبعة الأولى عام 1412 هـ/1991 م - الناشر: جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار قتيبة (دمشق - بيروت)، دار الوعي (حلب - دمشق)، دار الوفاء (المنصورة - القاهرة).

(162) سورة النساء جزء من الآية رقم: 92.

(163) سورة النساء الآية رقم: 93.

(164) التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي: الشيخ/ عبد القادر عودة - ج 2 ص 204، الاشتراك المتعمد في الجناية على النفس بالقتل أو الجرح: عبد الله بن معتق السهلي - ص 351، الفقه الإسلامي وأدلته: د/ وهبة الزحيلي - ج 7 ص 5737، الجناية على الأطراف في الفقه الإسلامي: د/ نجم العيساوي - ص 37.

(165) الموسوعة الفقهية الكويتية: ج 16 ص 60، وج 25 ص 344، الجناية على ما دون النفس: د/ كيلاني محمد المهدي - ص 11 - الطبعة الأولى عام 1422 هـ/2002 م - الناشر: مكتبة الأمانة بالمنصورة - مصر، الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة: مجموعة من المؤلفين - ص 350.

(166) قال الكاساني: (فَالْجُنَايَةُ عَلَى مَا دُونَ النَّفْسِ مُطْلَقًا أَنْوَاعٌ أَرْبَعَةٌ: أَحَدُهَا: إِبَانَةُ الْأَطْرَافِ، وَمَا يَجْرِي مَجْرَى الْأَطْرَافِ، وَالثَّانِي: إِذْهَابُ مَعَانِي الْأَطْرَافِ مَعَ إِبْقَاءِ أَعْيَانِهَا، وَالثَّلَاثُ: الشَّجَاخُ، وَالرَّابِعُ: الْجِرَاحُ..)، انظر: بدائع الصنائع: الكاساني - ج 7 ص 296، موسوعة الفقه الإسلامي: محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري - ج 5 ص 83 - الطبعة الأولى عام 1430 هـ/2009 م - الناشر: بيت الأفكار الدولية، الفقه الجنائي في الإسلام (ضروب القتل - القصاص - الديات - الحدود - التعازير - أمثلة وتطبيقات) - د/ أمير عبد العزيز - ص 117 - الطبعة الرابعة عام 1431 هـ/2010 م - الناشر: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة - القاهرة.

(167) سورة المائدة جزء من الآية رقم: 45.

كانت غير عمدي. فعقوبتها الدية. أو الأرض⁽¹⁶⁸⁾. أو حكومة عدل⁽¹⁶⁹⁾ على حسب الأحوال⁽¹⁷⁰⁾. وفي الحديث: أَنَّ الرَّبَّيْعَ، وَهِيَ ابْنَةُ النَّضْرِ، كَسَرَتْ نَيْتَةَ جَارِيَةٍ، فَطَلَبُوا الْأَرْضَ، وَطَلَبُوا الْعَفْوَ، فَأَبَوْا، فَأَتَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَمَرَهُم بِالْقِصَاصِ، فَقَالَ أَنَسُ بْنُ النَّضْرِ: أَتُكْسَرُ نَيْتَةُ الرَّبَّيْعِ يَا رَسُولَ اللَّهِ، لَا وَالَّذِي بَعَنَكَ بِالْحَقِّ، لَا تُكْسَرُ نَيْتُهَا، فَقَالَ: ﴿يَا أَنَسُ كِتَابُ اللَّهِ الْقِصَاصُ﴾. فَرَضِيَ الْقَوْمُ وَعَفَوْا، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ﴿إِنَّ مِنْ عِبَادِ اللَّهِ مَنْ لَوْ أَقْسَمَ عَلَى اللَّهِ لَأَبْرَهُ﴾. زَادَ الْفَزَارِيُّ، عَنْ حَمِيدٍ، عَنْ أَنَسٍ، فَرَضِيَ الْقَوْمُ وَقِيلُوا الْأَرْضَ⁽¹⁷¹⁾.

(3) الجنابة على نفس غير مكتملة (الجنابة على الجنين، أو الإجهاض)⁽¹⁷²⁾ :

الجنابة على ما هو نفس من وجه دون وجه، وهو الجنين فإذا ضرب أحد امرأة حاملاً على بطنها أو ظهرها، أو جنبها أو رأسها أو عضو من أعضائها، أو أخافها بالضرب أو القتل أو الصياح عليها، فأجهضت وألقت جنينها، فإن ألقته ميتاً، فعقوبة الجاني هي دية الجنين غُرَّةً⁽¹⁷³⁾، عبد أو أمة، قيمتها خمس من الإبل، وهي نصف عشر الدية.

(168) والأرض، هُوَ : اسْمٌ لِلْمَالِ الْوَاجِبِ عَلَى مَا دُونَ النَّفْسِ يَعْني دِيَةَ الْجَرَاحَاتِ، والجمع : أَرْضٌ. (انظر : قواعد الفقه : محمد عميم الإحسان المجدي البركتي- ص 168 - الطبعة الأولى عام 1407هـ/1986م - الناشر : الصدف ببلشرز - كراتشي، التعريفات : للشريف الجرجاني - ص 17، القاموس المحيط : للفيروزآبادي - ص 584، الكليات : للكفوي - ص 78).

(169) الحكومة في اللغة : مصدر الثلاثي (حكم)، واسم مصدر من (غير الثلاثي)، ومن معانيها رد الظالم عن الظلم. قال الأزهري في تعليقه على حديث : ﴿ في أرش الجراحات الحكومة ﴾. معنى الحكومة في أرش الجراحات التي ليس فيها دية معلومة، أن يجرح الإنسان في بدنه ما يبقى شينه، ولا يبطل العضو، فيقتاس (يقدر) الحاكم أرشه، هذا، ولا يخرج استعمال الفقهاء لهذا اللفظ عن المعنى اللغوي، فقد أطلقوه على الواجب الذي يقدره عدل في جنابة ليس فيها مقدار معين من المال. قال ابن عَاشِرٍ : (انْفَقَتِ الْأَنْقَالَ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِالْحُكُومَةِ : الْإِجْتِهَادُ وَإِعْمَالُ الْفِكْرِ فِيمَا يَسْتَحِقُّهُ الْجَنِيُّ عَلَيْهِ مِنَ الْجَانِي).

راجع : لسان العرب : ابن منظور : ج 12 ص 145 - مادة : (حكم)، شرح مختصر خليل : للخرشي - ج 8 ث 34، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ج 4 ص 381، النهاية في غريب الحديث والأثر : ابن الأثير - ج 1 ص 420، الموسوعة الفقهية الكويتية : ج 18 ص 68 - 69، (170) بدائع الصنائع : الكاساني - ج 7 ص 297، الموسوعة الفقهية الكويتية : ج 16 ص 62، (171) صحيح البخاري : كِتَابُ الصَّلَاحِ - بَابُ الصَّلَاحِ فِي الدِّيَةِ - ج 3 ص 186 - حديث رقم : 2703.

(172) يُعْبَرُ فقهاء الحنفية عن هذه الجنابة بالجنابة على ما هو نفس من وجه دون وجه : لأن الجنين يعتبر نفساً من وجه، ولا يعتبر كذلك من وجه آخر، فيعتبر نفساً من وجه لأنه آدمي، ولا يعتبر كذلك، لأنه لم ينفصل عن أمه، ويعلمون ذلك بأن : الجنين ما دام مختبئاً في بطن أمه، فليس له ذمة صالحة أو كاملة، ولا يعتبر أهلاً لوجوب الحق عليه لكونه في حكم جزء من الأم، لكنه لما كان منفرداً بالحياة، فهو نفس وله ذمة، وباعتبار هذا الوجه، يكون أهلاً لوجوب الحق له من إرث ونسب ووصية.. ولذلك اعتبر نفساً من وجه، إذا نظرنا إلى أنه أهل لوجوب الحق له، ولم يعتبر كذلك من وجه آخر، إذا نظرنا إلى أنه ليس أهلاً لوجوب الحق عليه وصار نفساً من كل وجه : فإذا انقلب على مال إنسان فأتلفه، ضمنه، وإذا زوجه وليه، لزمه مهر امرأته في ماله، ويُعْبَرُ المالكية والشافعية والحنابلة عن هذه الجنابة بالجنابة على الجنين، ولكن اختلاف الفقهاء في التعبير عن الجنابة ليس له أية أهمية، لأن ما يقصده هؤلاء من تعبيرهم هو ما يقصده الآخرون بالذات، ومحل الجنابة عندهم جميعاً هو إجهاض الحامل والاعتداء على حياة الجنين، أو هو كل ما يؤدي إلى انفصال الجنين عن أمه. (راجع : البحر الرائق : ج 4 ص 250، رد المحتار : ج 6 ص 590، المدونة : ج 4 ص 631، بداية المجتهد : ج 4 ص 198، الأم : ج 6 ص 110، أسنى المطالب : ج 4 ص 90، المغني : ج 8 ص 404، المبدع في شرح المقنع : ج 7 ص 294، التشريع الجنائي الإسلامي : الشيخ/ عبد القادر عودة - ج 2 ص 292).

(173) الْغُرَّةُ - بِضَمِّ الْغَيْنِ الْمُعْجَمَةِ وَتَشْدِيدِ الرَّاءِ - وَهُوَ جَمْعُ أَغْرَ أَي : ذُو غُرَّةٍ بِالضَّمِّ، وَالْغُرَّةُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ أَوَّلُهُ وَأَكْرَمُهُ، وَالْجُمُوعُ : غُرَرٌ، مِثْلُ : غُرْفَةٍ، وَغُرْفٍ، فَغُرَّةُ الْإِسْلَامِ : أَوَّلُهُ، وَالْغُرَّةُ : ثَلَاثُ لَيَالٍ مِنْ أَوَّلِ كُلِّ شَهْرٍ قَمَرِيٍّ، وَغُرَّةُ الشَّهْرِ : لَيْلَةُ اسْتِهْلَالِ الْقَمَرِ لِبَيَاضِ أَوَّلِهَا، وَقِيلَ : غُرَّةُ الْهَلَالِ طَلْعُهُ، وَغُرَّةُ الْأُسْتَانِ : بَيَاضُهَا، وَكُلُّ ذَلِكَ مِنَ الْبَيَاضِ، وَالْغُرَّةُ فِي جَبْهَةِ الْفَرَسِ : بَيَاضٌ فَوْقَ الدَّرْهِمِ، يُقَالُ : فَرَسٌ أَغْرَ وَمُهِرَةٌ غَرَاءٌ، مِثْلُ : أَحْمَرٌ وَحُمْرَاءٌ، وَرَجُلٌ أَغْرٌ أَي : شَرِيفٌ، أَوْ صَبِيحٌ، أَوْ سَبْدٌ فِي قَوْمِهِ، وَ (الْأَغْرُ) أَيْضًا الْأَبْيَضُ، وَغُرَّةُ الْمَتَاعِ : خِيَارُهُ وَرَأْسُهُ، وَالْمُرَادُ بِتَطْوِيلِ الْغُرَّةِ فِي الْوُضُوءِ : غَسْلُ مُقَدِّمِ الرَّأْسِ مَعَ الْوُجُوهِ، وَغَسْلُ صَفْحَةِ الْعُنُقِ، وَقِيلَ : غَسَلَ شَيْءٌ مِنَ الْعَصِيدِ وَالسَّاقِ مَعَ الْيَدِ وَالرَّجْلِ، قَالَ ابْنُ حَجَرٍ : (الْغُرَّةُ بَيَاضٌ فِي الْوَجْهِ غَيْرُ فَاحِشٍ، وَمِنْهُ يُطِيلُ غُرَّتَهُ، وَقَوْلُهُ : غَرَّ الذَّرَى، أَي : بَيَضَ الْأَعَالِي، وَتَطْلُقُ الْغُرَّةُ عَلَى النَّسَمَةِ، وَمِنْهُ بَغْرَةٌ عَبْدًا وَأَمَةً، وَقِيلَ : الْغُرَّةُ الْخِيَارُ وَقِيلَ : الْبَيَاضُ).

وَأَمَّا الْغُرَّةُ فِي الْأَصْطِلَاحِ، فَهِيَ : الْعَبْدُ أَوْ الْأَمَةُ فِي قَوْلِ الْأَكْثَرِ، وَهُوَ الْخِتَارُ، قَالَ ابْنُ مَفْلَحٍ : (وَالْغُرَّةُ هِيَ عَبْدٌ، أَوْ أَمَةٌ فِي قَوْلِ الْأَكْثَرِ، وَمَا رُوِيَ عَنْ عُرْوَةَ، وَمُجَاهِدٍ، وَطَاوُوسٍ : أَوْ فَرَسٌ، فَجَوَابُهُ : أَنَّهُ وَهُمْ أَنْفَرَدَ بِهِ عِيسَى بْنُ مَوْسَى عَنِ الرُّوَاةِ، وَهُوَ مَثْرُوكٌ فِي النَّفْلِ، وَجَعَلَ ابْنُ سِيرِينَ مَكَانَ الْفَرَسِ مَائَةً شَاةً)، وَمِنْ مَعَانِي الْغُرَّةِ فِي الشَّرْعِ، أَيْضًا : ضَمَانٌ يَجِبُ فِي الْجَنَابَةِ عَلَى الْجَنِينِ، وَتَبْلُغُ قِيَمَتُهَا نِصْفَ عَشْرِ الدِّيَةِ، وَهِيَ خُمُسٌ مِنَ الْإِبِلِ، أَوْ خَمْسُمِائَةٍ دِرْهَمٍ، وَسُمِّيَتْ غُرَّةً : لِأَنَّهَا أَوَّلُ مَقَادِيرِ الدِّيَةِ، وَأَقَلُّ مَا قَدَّرَهُ الشَّرْعُ فِي الْجَنَابَاتِ.

هَذَا، وَلَا تَكُونُ الْغُرَّةُ إِلَّا بَيَضًا، قَالَ أَبُو عَمْرٍو بْنُ الْعَلَاءِ فِي قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : ﴿ فِي الْجَنِينِ غُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ ﴾، لَوْلَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَرَادَ بِالْغُرَّةِ مَعْنَى لَقَالَ : فِي الْجَنِينِ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ، وَلَكِنَّهُ عَنَى الْبَيَاضَ، فَلَا يَقْبَلُ فِي الدِّيَةِ، إِلَّا غُلَامٌ أَبْيَضٌ، أَوْ جَارِيَةٌ بَيَضَاءً، فَلَا يَقْبَلُ فِيهَا أَسْوَدٌ وَلَا سُودَاءٌ، وَلَمْ يَشْتَرَطِ الْأَكْثَرُونَ ذَلِكَ.

(راجع : لسان العرب : لابن منظور - ج 5 ص 15 وما بعدها - مادة : (غرر)، تهذيب اللغة : للأزهري - ج 8 ص 15 وما بعدها، معجم مقاييس اللغة : لابن فارس - ج 4 ص 382 - مادة : (غرر)، العين : للفراهيدي - ج 3 ص 266، المصباح المنير : للفيومي - ج 2 ص 444 - 445 - مادة : (غرر)، مختار :

أو ما يعادلها وهو خمسون ديناراً، أو خمس مئة درهم عند الحنفية، أو ست مئة درهم عند الجمهور. على الخلاف في تقويم الدينار بالدرهم⁽¹⁷⁴⁾. فإن كانت الجناية عمداً، وجبت حائلة في مال الجاني، وإن كانت الجناية خطأ أو شبه عمد، وجبت الدية على العاقلة⁽¹⁷⁵⁾. وتتعدد الغرة بتعدد الأجنة، ولا يرث الضارب منها شيئاً، وإن انفصل الجنين حياً، ثم مات بسبب الجناية، فتجب الدية كاملة، فإن ماتت الأم من الضرب بعد موت الجنين، فعلى الضارب ديتان للأم والجنين، ولا يرث منها شيئاً. وجب الكفارة في الإجهاض على الضارب، سواء أُلقت الجنين حياً أو ميتاً؛ لأنه نفس معصومة مضمونة⁽¹⁷⁶⁾.

ولعل الدليل على صحة ما تقدم أحاديث صحيحة متعددة، منها: ما رواه أبو هريرة قال: اقْتَتَلَتِ امْرَأَتَانِ مِنْ هَذِيلٍ، فَرَمَتْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِحَجَرٍ فَقَتَلَتْهَا وَمَا فِي بَطْنِهَا، فَاخْتَصَمُوا إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ﴿ فَقَضَى أَنَّ دِيَةَ جَنِينِهَا غُرَّةٌ، عَبْدٌ أَوْ وَلِيدَةٌ، وَقَضَى أَنَّ دِيَةَ الْمَرْأَةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا ﴾⁽¹⁷⁷⁾.

الصالح: للرازي - ص 225 - مادة: (غ ر ر)، فتح الباري: ابن حجر - ج 1 ص 162، عمدة القاري شرح صحيح البخاري: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني - ج 2 ص 247 - الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، فيض القدير: للمناوي - ج 3 ص 184، الجامع لأحكام القرآن: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن فرح الأنصاري القرطبي - ج 5 ص 321 - 322 - حقيق: أحمد البردوني، وإبراهيم أطفيش - الطبعة الثانية عام 1384 هـ/1964 م - الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة، المبسوط: للسرخسي - ج 26 ص 87، حفة الفقهاء: للسمرقندي - ج 3 ص 118، المدونة: للإمام مالك - ج 2 ص 139، الذخيرة: للقرافي - ج 12 ص 405، الأم: للإمام الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان - ج 6 ص 117 - الطبعة: بدون طبعة - الناشر: دار المعرفة - بيروت - عام 1410 هـ/1990 م، الحاوي الكبير: للماوردي - ج 12 ص 384 - 385، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: للخطيب الشربيني - ج 2 ص 513، المغني: لابن قدامة - ج 8 ص 404، المبدع في شرح المقنع: ابن مفلح - ج 7 ص 295، كشف القناع: للبهوتي - ج 6 ص 23، المحلى بالآثار: لابن حزم الظاهري - ج 11 ص 235، الموسوعة الفقهية الكويتية: ج 2 ص 59 و ج 18 ص 270 و ج 21 ص 45).

(174) جاء في البدائع، في وجوب الغرة في الجنين: (فَالْغُرَّةُ وَاجِبَةٌ اسْتِحْسَانًا، وَالْقِيَاسُ أَنَّ لَا شَيْءَ عَلَى الضَّارِبِ، لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ حَيًّا وَقَتَ الضَّرْبِ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ يَأْنٍ لَمْ تَخْلُقْ فِيهِ الْحَيَاةَ بَعْدَ، فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ بِالسَّكِّ) وهذا هو رأي سائر الفقهاء، وأساسه عدم اليقين من وجود الجنين أو موته. (انظر: بدائع الصنائع: الكاساني - ج 7 ص 325، الذخيرة: ج 12 ص 402، الحاوي الكبير: ج 12 ص 397، الوسيط في المذهب: ج 6 ص 380، المغني: ج 8 ص 404، المبدع في شرح المقنع: ج 7 ص 294، الموسوعة الفقهية الكويتية: ج 16 ص 63، التشريع الجنائي الإسلامي: الشيخ/ عبد القادر عودة - ج 2 ص 292).

(175) إِنَّ لَفْظَةَ الْعَاقِلَةِ - يَكْسُرُ الْقَافَ - جَمْعُ عَاقِلٍ، وَتُطْلَقُ فِي اللُّغَةِ عَلَى الْجَمَاعَةِ لَا عَلَى الْوَاحِدِ، كَمَا يُفْصِحُ عَنْهُ كَلَامُ الْمُفَقَّهَاءِ أَيْضًا، فَإِنَّ الْمُفَقَّهَاءَ قَالُوا: الْعَاقِلَةُ الَّذِينَ يَعْقِلُونَ، أَيْ: يُؤَدُّونَ الْعَقْلَ، وَهُوَ الدِّيَّةُ، وَفِي الْمُعْرَبِ: الْعَاقِلَةُ، هِيَ: الْجَمَاعَةُ الَّتِي تَعْرِمُ الدِّيَّةَ، وَهُمْ عَشِيرَةُ الرَّجُلِ، أَوْ أَهْلُ دِيَوَانِهِ، أَيْ: الَّذِينَ يَرْتَفِقُونَ مِنْ دِيَوَانٍ عَلَى جِدَةٍ، وَقَالَ فِي الصَّحَاحِ: وَعَاقِلَةُ الرَّجُلِ عَصْبَتُهُ، وَهُمْ الْقَرَابَةُ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ الَّذِينَ يُعْطُونَ دِيَّةَ مَنْ قَتَلَهُ خَطَأً، وَسَمَّيَتِ الدِّيَّةَ عَقْلًا تَسْمِيَةً بِالمُصْدَرِ، لِأَنَّ الْإِبِلَ كَانَتْ تُعْقَلُ بِفَنَاءٍ وَلِي الْقَتِيلِ، ثُمَّ كَثُرَ الاسْتِعْمَالُ حَتَّى أُطْلِقَ الْعَقْلُ عَلَى الدِّيَّةِ، وَلَوْ لَمْ تَكُنْ إِبِلًا؛ لأنها تعقل الدماء من أن تسفك، أَيْ: تَمْسُكُهُ، وَقِيلَ: سَمِيَتْ عَقْلًا، لِأَنَّهُا تَعْقِلُ لِسَانَ وَلِيِّ المَقْتُولِ، أَوْ لِأَنَّهُمْ يَنْتَعُونَ عَنْ الْقَائِلِ الْأَضْرَارَ مِنْ قِصَاصٍ وَدِيَّةٍ، إِذْ مَادَّةُ عَقْلٍ تُفِيدُ الْمُتَع. (راجع: المغرب في ترتيب المغرب: للمطرزي - ث 324 - مادة: (ع ق ل)، الصالح تاج اللغة: الجوهري - ج 5 ص 1771 - مادة: (عقل)، معجم مقاييس اللغة: ابن فارس - ج 4 ص 71 - مادة: (عقل)، البناية شرح الهداية: للعيني - ج 13 ص 363، فتح القدير: ابن الهمام - ج 10 ص 340، فتح الباري: ابن حجر - ج 12 ص 246، الفقه الإسلامي وأدلته: د/ وهبة الزحيلي - ج 7 ص 5727، التشريع الجنائي لإسلامي: الشيخ/ عبد القادر عودة - ج 1 ص 673، العاقلة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة: د/ سيف رجب قزامل - ص 8 - الطبعة الأولى عام 1433 هـ/2012 م - الناشر: مكتبة الوفاء القانونية - مصر).

(176) انظر في ذلك: بدائع الصنائع: ج 7 ص 326، الذخيرة: ج 12 ص 401، التاج والإكليل: ج 8 ص 352، عقد الجواهر الثمينة: ج 3 ص 1126، الحاوي الكبير: ج 12 ص 403، مغني المحتاج: ج 5 ص 372، أسنى المطالب: ج 4 ص 94، العزيز شرح الوجيز: ج 10 ص 517، شرح منتهى الإرادات: ج 3 ص 304 وما بعدها، الموسوعة الفقهية الكويتية: ج 14 ص 107، ج 16 ص 62، الفقه الإسلامي وأدلته: د/ وهبة الزحيلي - ج 7 ص 5771 وما بعدها، موسوعة الفقه الإسلامي: للتويجري - ج 5 ص 70، التشريع الجنائي الإسلامي: الشيخ/ عبد القادر عودة - ج 2 ص 292 وما بعدها. (177) صحيح البخاري: كِتَابُ الدِّيَّاتِ - بَابُ جَنِينِ الْمَرْأَةِ، وَأَنَّ الْعَقْلَ عَلَى الْوَالِدِ وَعَصْبَتِ الْوَالِدِ، لَا عَلَى الْوَلَدِ - ج 9 ص 11 - حديث رقم: 6910، صحيح مسلم: كِتَابُ الْقَسَامَةِ وَالْحَرَابِينَ وَالْفِصَاصِ وَالِدِّيَّاتِ - بَابُ دِيَةِ الْجَنِينِ، وَوُجُوبِ الدِّيَّةِ فِي قَتْلِ الْخَطَا، وَيُسَبِّحُ الْعُمْدُ عَلَى عَاقِلَةِ الْجَانِي - ج 3 ص 1309 - حديث رقم: 1681.

هذا، والقول بتقسيم الجناية على النفس وما دونها إلى : عمد، وشبه عمد، وخطأ، هو التقسيم الراجح عند الباحثين في الفقه الجنائي الإسلامي⁽¹⁷⁸⁾، وهو ما أخذت به واعتنقته القوانين الوضعية، فقد قسم قانون العقوبات المصري القتل إلى : عمد، وخطأ، وضرب أفضى إلى موت، أي القتل شبه العمد⁽¹⁷⁹⁾. هذا، ونظراً لاستمداد قانون العقوبات الاتحادي من نصوص المذاهب الفقهية، لاسيما المذهب المالكي، فقد اتبع في تقسيم الجناية الواقعة على النفس وما دونها ما قرره فقهاء المالكية، في المعتمد عندهم، وهو تقسيم هذه الجناية إلى قسمين، وهما : العمد، والخطأ، ونفوا شبه العمد، لأنَّ الله تعالى ذكر الخطأ والعمد، ولم يذكر غيرهما⁽¹⁸⁰⁾.

ثانياً: الجناية الواقعة على البهائم والجمادات من عقار ومنقول

وهذه الجناية تكون بالتعدي على المال غصباً وسرقةً وخيانةً وإتلافاً ونهباً،⁽¹⁸¹⁾ وهي : فعل محرم؛ لأنَّه عدوان وظلم، قال القرافي: (قَالَ صَاحِبُ الْمُقَدِّمَاتِ : التَّعَدِّي عَلَى رِقَابِ الْأَمْوَالِ سَبْعَةُ أَقْسَامٍ، لِكُلِّ مِنْهَا حُكْمٌ يَخُصُّهُ، وَهِيَ كُلُّهَا مُجْمَعٌ عَلَى حَرَمِهَا، وَهِيَ : الْحِرَابَةُ، وَالْغَضَبُ، وَالْإِخْتِلَاسُ، وَالسَّرِقَةُ، وَالْخِيَانَةُ، وَالْإِذْلَالُ، وَالْجَحْدُ فَجَعَلَ الظُّلْمَ فِي الْأَخْذِ أَنْوَاعًا مُتَبَايِنَةً)⁽¹⁸²⁾. وَيَدُلُّ عَلَى حَرَمِهِ فِي الشَّرْعِ الْكِتَابُ، وَالسُّنَّةُ، وَإِجْمَاعُ الْأُمَّةِ⁽¹⁸³⁾.

- أما الكتاب، فبقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾⁽¹⁸⁴⁾. وقال تعالى: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾⁽¹⁸⁵⁾.

(178) التشريع الجنائي الإسلامي : عبد القادر عودة - ج2 ص 10، شرح قانون العقوبات (القسم العام) : د/ محمود نجيب حسني - ص 60. قانون العقوبات (القسم العام) النظرية العامة للجريمة : د/ محمد نجم - ص 311 وما بعدها - الطبعة الأولى عام 2008م - الإصدار الثاني. الناشر : دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن. شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات الأردني دراسة مقارنة : د/ كامل السعيد - ص 279 وما بعدها - الطبعة الأولى عام 2002م - الناشر : الدار العلمية الدولية، ودار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن. الجناية على الأطراف في الفقه الإسلامي : د/ نجم عبد الله العيساوي - ص 37. الفقه الجنائي في الإسلام : د/ أمير عبد العزيز - ص 10، الجناية على الأشخاص : د/ عبد الحكيم عثمان - ص 97. الجنايات المختلف في تحمل العقاب لها في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة : د/ إسماعيل شندي - ص 7 - الطبعة الأولى عام 1431هـ/2010م - الناشر : منشورات جامعة القدس المفتوحة - فلسطين.

(179) فقد خصص المشرع المصري في قانون العقوبات كتاب خاص بهذه الجرائم، وهو الكتاب الثالث، والذي جاء بعنوان : (الجنايات والجناح التي تحصل لأحد الناس)، وجاء الباب الأول منه تحت عنوان : (القتل والجرح والضرب)، وخصص المواد من 230 وحتى 251 مكرر لمعالجة هذا الباب. وفضلاً عن ذلك، فقد خصص المشرع الباب الثالث من هذا الكتاب الثالث سالف الذكر لمعالجة جرائم إسقاط الحوامل ووضع وبيع الأثرية، أو الجواهر المغشوشة المضرة بالصحة (المواد 260 - 265).

(180) وقد أشارت إلى هذا التقسيم صراحة المادة 38 من هذا القانون بقولها : (يتكون الركن المعنوي للجريمة من : العمد أو الخطأ. ويتوفر العمد بإجاء إرادة الجاني إلى ارتكاب فعل أو الامتناع عن فعل متى كان هذا الارتكاب أو الامتناع مُجَرِّمًا قانوناً، وذلك بقصد إحداث نتيجة مباشرة أو أية نتيجة أخرى مُجَرِّمَةٌ قانوناً يكون الجاني قد توقعها. ويتوفر الخطأ إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء أكان هذا الخطأ إهمالاً، أم عدم انتباه، أم عدم احتياط أو طيشاً أو رعونة، أم عدم مراعاة القوانين أو اللوائح أو الأنظمة أو الأوامر).

(181) شرح منتهى الإرادات : البهوتي - ج3 ص 253، مطالب أولي النهى : الرحيباني - ج6 ص 3، قال الكاساني، في بدائعه - ج7 ص 233 : (الْجَنَائَةُ فِي الْأَصْلِ تَوْعَانِ : جَنَائَةُ عَلَى الْبَهَائِمِ وَالْجَمَادَاتِ، وَجَنَائَةُ عَلَى الْإِنْسَانِ، أَمَّا الْجَنَائَةُ عَلَى الْبَهَائِمِ وَالْجَمَادَاتِ، فَتَوْعَانِ أَيْضًا : غَضَبٌ، وَإِتْلَافٌ).

(182) الذخيرة : القرافي - ج8 ص 255 - كِتَابُ الْغَضَبِ وَالْإِسْتِحْقَاقِ.

(183) المبسوط : للسرخسي - ج11 ص 49، موسوعة الفقه الإسلامي : للتويجري - ج3 ص 622 وما بعدها.

(184) سورة النساء جزء من الآية رقم : 29.

(185) سورة النساء الآية رقم : 10.

- وأما السُّنَّةُ، فقولهُ صلى الله عليه وسلم : ﴿ لَا يَجِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ ﴾ ⁽¹⁸⁶⁾، وقولهُ صلى الله عليه وسلم : ﴿ سَبَابُ الْمُسْلِمِ أَخَاهُ فُسُوقٌ، وَقِتَالُهُ كُفْرٌ، وَحُرْمَةُ مَالِهِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ ﴾ ⁽¹⁸⁷⁾، وأما الإجماع، فإنه واقعٌ ومُنْعَقِدٌ عَلَى حَرَمِ مَالِ الْمُسْلِمِ، إِلَّا بِطِيبَةِ مِنْ نَفْسِهِ، وَإِنْ قُلَّ ⁽¹⁸⁸⁾، وبناءً على ما تقدم، فقد ثبت أن الفعل الذي فيه أخذ مال معصوم بغير رضا مالكه عدوان محض وظلم صرف، والاعتداء عليه مُحَرَّمٌ كحرمة الاعتداء على النفس ؛ ولهذا تترتب عليه آثار شرعية. وهذه الآثار الشرعية تختلف باختلاف نوع التعدي، إذ قد يكون عن طريق الغصب، أو السرقة، أو الخيانة، أو النهب، أو الإتلاف بقصد أو بغير قصد، بطريق مباشر، أو عن طريق التسبب، وكل نوع من أنواع التعدي هذه له آثاره المترتبة عليه والخاصة به، ويمكننا إجمال هذه الآثار في الآتي :

(1) المأثم في الآخرة، كما قال صلى الله عليه وسلم : ﴿ مَنِ اقْتَتَعَ شَبْرًا مِنَ الْأَرْضِ ظُلْمًا، طَوَّقَهُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ ﴾ ⁽¹⁸⁹⁾، إلا أن المأثم عند قصد الفاعل للفعل مع العلم به، لأن ارتكاب المعصية عمداً، يُوجب المأثم والمؤاخذه ⁽¹⁹⁰⁾.

(2) وجوب رد الأموال المأخوذة بالغصب أو السرقة، أو التعويض والضمان لما أُتْلِفَ وأُخِذَ من الأموال ⁽¹⁹¹⁾، لقولهُ صلى الله عليه وسلم : ﴿ عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تَرُدَّ ﴾، وفي رواية : ﴿ تُؤَدِّي ﴾ ⁽¹⁹²⁾، وقولهُ صلى الله عليه وسلم :

(186) مسند الإمام أحمد بن حنبل : أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني - كتاب أول مُسْتَدِرِّ البَصْرِيِّينَ - حَدِيثُ عَمِّ أَبِي حُرَّةَ الرَّقَاشِيِّ : ج 34 ص 299 - حديث رقم : 20695 - المحقق : شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، وآخرون - إشراف : د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي - الطبعة الأولى عام 1421هـ/2001م - الناشر : مؤسسة الرسالة، معرفة السنن والآثار : للبيهقي - كِتَابُ قِتَالِ أَهْلِ الْبَغْيِ - بَابُ قِتَالِ أَهْلِ الْبَغْيِ - ج 12 ص 216 - حديث رقم : 16483، شرح صحيح البخاري لابن بطال : كِتَابُ الْحَيْلِ - بَابُ إِذَا غَضِبَ جَارِيَتُهُ فَرَعَمَ أَنَّهَا مَاتَتْ، فَقَضَى بِقِيَمَةِ الْجَارِيَةِ الْمَيِّتَةِ، ثُمَّ وَجَدَهَا صَاحِبُهَا، فَهِيَ لَهُ وَبَرْدُ الْقِيَمَةِ، وَلَا تَكُونُ الْقِيَمَةُ ثَمَنًا - ج 8 ص 321.

(187) مسند الإمام أحمد : مُسْتَدِرُّ الْمُكْثَرِينَ مِنَ الصَّحَابَةِ : مُسْتَدِرُّ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ - ج 7 ص 296 - حديث رقم : 4262.

أمالي بن بشران : أبو القاسم عبد الملك بن محمد بن عبد الله بن بشران - ص 260 - حديث رقم : 602 - ضبط نصه : أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف العزازي - الطبعة الأولى عام 1418هـ/1997م - الناشر : دار الوطن - الرياض، فيض القدير شرح الجامع الصغير : للمناوي - ج 4 ص 84 - حديث رقم : 4634 - حرف السين.

(188) جاء في المغني : لابن قدامة - ج 5 ص 177 : (وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى حَرَمِ الْعَصَبِ فِي الْجُمْلَةِ، وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا فِي فُرُوعِ مِنْهُ)، وقال الصنعاني : (وَالْأَحَابِيثُ دَالَّةٌ عَلَى حَرَمِ مَالِ الْمُسْلِمِ إِلَّا بِطِيبَةِ مِنْ نَفْسِهِ، وَإِنْ قُلَّ، وَالْإِجْمَاعُ وَاقِعٌ عَلَى ذَلِكَ)، راجع : سبل السلام : محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسن الكحلاني الصنعاني، المعروف كأُسلافه بالأمير - كِتَابُ الْبُيُوعِ - بَابُ الصَّلَاحِ (حرمة اغتصاب المال) - ج 2 ص 86 - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ - الناشر : دار الحديث، الإحكام شرح أصول الأحكام : عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي - ج 3 ص 218 - الطبعة الثانية عام 1406هـ/1985م - الناشر : بدون دار نشر، الحاوي الكبير : الماوردي - ج 7 ص 133.

(189) انظر : صحيح مسلم : كِتَابُ الْمُسَاقَاةِ - بَابُ حَرَمِ الظُّلْمِ وَغَضَبِ الْأَرْضِ وَغَيْرِهَا - ج 3 ص 1230 - حديث رقم : 1610.

(190) أما إذا كان مخطئاً، بأن ظن المأخوذ ماله، أو كان جاهلاً، بأن اشترى عيناً، ثم ظهر استحقاقه، لم يكن أثماً لقولهُ صلى الله عليه وسلم : ﴿ رَفَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنَّسْيَانَ ﴾، أي : إِنْثَمَهُمَا وَحُكْمَهُمَا . وقيل : المراد المأثم فقط دون الحكم.

(راجع المبسوط : ج 11 ص 49، والحديث أخرجه الصنعاني في كتابه : سبل السلام - مَا ذَكَرَ عَلَيْهِ اسْمُ اللَّهِ وَمَا لَمْ يَذْكُرْ - ج 2 ص 518، شرح صحيح البخاري : لابن بطال - كِتَابُ الْأَيْمَانِ وَالنَّذْرِ - بَابُ إِذَا حِينَ تَنَاسَبًا، وَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ ﴾ [الأحزاب : 5]، وَقَالَ : ﴿ لَا تُؤَاخِذْنِي بِمَا نَسِيتُ ﴾ [الكهف : 73] - ج 6 ص 127، فتح الباري : ابن حجر - ج 3 ص 102)،

(191) انظر في ذلك : فتح القدير : ابن الهمام : ج 9 ص 363، المبسوط : السرخسي - ج 14 ص 52، بدائع الصنائع : الكاساني - ج 7 ص 143، المدونة : الإمام مالك - ج 4 ص 169، التاج والإكليل : المواق - ج 7 ص 311، الحاوي الكبير : الماوردي - ج 7 ص 135، المجموع شرح المذهب : النووي - ج 14 ص 227، المغني : ابن قدامة - ج 5 ص 177، المبدع في شرح المنع : ابن مفلح - ج 5 ص 16، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف : المرادوي - ج 6 ص 121، المحلى بالآثار : ابن حزم - ج 6 ص 431 وما بعدها.

(192) عمدة القاري شرح صحيح البخاري : بدر الدين العيني - كِتَابُ الْمُطَالِمِ وَالْعَصَبِ - بَابُ إِنْثَمَ مِنْ ظَلَمَ شَيْئًا مِنَ الْأَرْضِ - ج 12 ص 299، وقال عنه الزيلعي في نصب الراية - كِتَابُ الْعَصَبِ - ج 4 ص 167 : (وَأَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ فِي الْمُسْتَدْرَكِ فِي الْبُيُوعِ، وَقَالَ : حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى سُرْطِ الْبُخَارِيِّ)،

وسلم : ﴿ لَا يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ أَخِيهِ لَاعِبًا أَوْ جَادًّا، وَإِذَا أَخَذَ أَحَدُكُمْ عَصَا أَخِيهِ فَلْيَرْدِّهَا إِلَيْهِ ﴾ ⁽¹⁹³⁾، وقوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ﴾ ⁽¹⁹⁴⁾.

(3) الحد، وهو : العقوبة المقررة شرعاً في الدنيا، إذا كان التعدي عن طريق السرقة أو الحرابة. هذا، ونلفت النظر، إلي أنّ المشرعين المصري والإماراتي قد عالجا في قانون العقوبات في كلا البلدين الجرائم الواقعة على الأموال والممتلكات من : غصب، وسرقة ⁽¹⁹⁵⁾، وخيانة ⁽¹⁹⁶⁾، ونهب

، وإتلاف ⁽¹⁹⁷⁾.

(193) سنن أبي داود : كِتَابُ الْأَدَبِ - بَابُ مَنْ يَأْخُذُ الشَّيْءَ عَلَى الْمِرَاحِ - ج 4 ص 301 - حديث رقم : 5003، شرح السنة : للبغوي - كِتَابُ قِتَالِ أَهْلِ الْبُغْيِ - بَابُ لَا يَجِلُّ لِلْمُسْلِمِ أَنْ يُرَوِّعَ مُسْلِمًا - ج 10 ص 264 - حديث رقم : 2572، السنن الكبرى : للبيهقي - كِتَابُ الْعَصَبِ - بَابُ حَرَمِ الْعَصَبِ وَأَخْذِ أَمْوَالِ النَّاسِ بِغَيْرِ حَقٍّ - ج 6 ص 154 - حديث رقم : 11499.

(194) المعجم الكبير : للطبراني - بَابُ قِتَادَةِ عَيْنِ الْحُسَيْنِ - ج 7 ص 207 - حديث رقم : 6860، وجاء في المبسوط : السرخسي - ج 11 ص 49 - 50 : (ومن ضرورة كونه أحق بالعين وجوب الرد على الآخذ، والمعنى فيه أنه مفوت عليه يده بالآخذ، واليد لصاحب المال في ماله مقصود به يتوصل إلى التصرف والانتفاع ويحصل ثمرات الملك، فعلى المفوت بطريق العدوان نسخ فعله ليندفع به الضرر والخسران عن صاحبه، وأتم وجوهه رد العين إليه، ففيه إعادة العين إلى يده كما كان، فهو الواجب الأصلي لا يصار إلى غيره، إلا عند العجز عنه، فإن عجز عن ذلك، بهلاكه في يده بفعله أو بغير فعله، فعليه ضمان المثل جبراً لما فوت على صاحبه : لأن تفويت اليد المقصودة كتفويت الملك عليه بالاستهلاك).

(195) راجع المواد من 311 وحتى 327 من الباب الثامن (السرقة والاغتصاب) من قانون العقوبات المصري، وكذا المواد 381 وحتى 398 من الفصل الأول الخاص بـ (السرقة) من الباب الثامن المتسمّى : (الجرائم الواقعة على الأموال) من قانون العقوبات الاتحادي.

(196) راجع المواد من 337 وحتى 343 من الباب العاشر (النصب وخيانة الأمانة) من قانون العقوبات المصري، وكذا المواد من 399 وحتى 406 وهي متعلقة بالفصلين الثاني الخاص بـ : (الاحتيال)، والثالث الخاص بـ : (خيانة الأمانة وما يتصل بها) من الباب الثامن المتسمّى : (الجرائم الواقعة على الأموال) من قانون العقوبات الاتحادي.

(197) راجع المواد من 354 وحتى 368 من الباب الثالث عشر (التخريب والتعيب والإتلاف) من قانون العقوبات المصري، والمادة 163 من القانون المدني المصري، وكذا المواد من 424 وحتى 433 من الفصل التاسع الخاص بـ : (إتلاف المال، والتعدي على الحيوان) من الباب الثامن المتسمّى : (الجرائم الواقعة على المال) من قانون العقوبات الاتحادي، وكذا المادتان 282، و 303 من قانون المعاملات المدنية الاتحادي.

الابتكار في المالية العامة
محاكاة حالة دولة الامارات العربية المتحدة
Innovation in public finance
U.A.E. Simulation

إعداد الأستاذ الدكتور
محمد الحسين
أستاذ المالية والاقتصاد بكلية القانون
جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

ملخص البحث

عنوان البحث: " الابتكار في المالية العامة. محاكاة حالة دولة الإمارات العربية المتحدة "

إن المالية العامة تمثل ميداناً خصباً للإبداع والابتكار بما يشمل جانبيها الرئيسيين: النفقات العامة والإيرادات العامة، بالإضافة إلى جانب إدارة المالية العامة.

إن ترسيخ أخلاقيات العمل في القطاع وتطبيق الحوكمة وإحداث إدارة للمخاطر وكذلك للإمتثال في إدارة المالية العامة يعد أمراً بالغ الضرورة. لأنه يساهم تحقيق الشفافية والمسؤولية والمساءلة والحد من المخاطر المختلفة. كما أن من الضروري التفكير بوسائل دعم للمالية العامة، باستخدام صيغ مبتكرة منها عقود الامتياز BOT، وعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص PPP وهوما قامت به القيادة الرشيدة في إمارة دبي بإصدار القانون رقم 22 لسنة 2015م، قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

إن بعض القرارات المالية تعد مؤلمة للناس من حيث آثارها الأولية، لكن هذه القرارات تعطي نتائج إيجابية على المدى الطويل، مثل فرض ضرائب جديدة أو رسوم أو تقليص الدعم العيني أو استبداله بصيغ ذكية مبتكرة تقوم على التعويض النقدي المباشر، ما يحافظ على المال وينعكس إيجابياً على خطط التنمية، كما تقوم به الآن دول مجلس التعاون ومن ضمنها دولة الإمارات، ومن ضمن ذلك تطبيق الضريبة على القيمة المضافة VAT وإدارة أفضل للمال العام وعقلنة الدعم وخاصة دعم حوامل الطاقة.

Abstract

"Innovation in public finance, U.A.E. Simulation"

Public finance represented fertile arena for creativity and innovation, including the main aspects: public expenditure and revenue, in addition to Public Financial Management: PFM

To solidify the work ethic in the sector, and application of Governance and Risk Management as well as Compliance in managing public finance is crucial, because it contributes to Transparency, Responsibility and Accountability and reduce risk.

It is also necessary to think about the means of public financial support, using innovative formats including BOT concession contracts, contracts of public-private partnership PPP as what its leadership in Dubai issued law number 22 for the year 2015, law of public-private partnership PPP.

Some financial decisions are painful for people in terms of the initial impact, but these decisions give positive results in the long term, such as imposing some new taxes or fees or even cancel subsidy, and replace it with a smart innovative formulas based on direct cash compensation, which keeps the money and positively affect development plans, as it does now, GCC, including the U.A.E., including the application of Value Added Tax VAT and better management of public money and rationalize subsidy the power holder's subsidy.

المالية العامة من أكثر القطاعات التي يتم الاهتمام بإدارتها. لأنها تمثل العصب الحساس في الاقتصاد. بالطبع إلى جانب المالية الخاصة. لأن الإدارة الناجحة للمالية العامة تعني الاستقرار المالي في الدولة. و توازن الموازنة العامة. و تحقيق أهداف التنمية و إشباع الحاجات العامة. لذلك يكون الحرص كبيراً على إدارة أفضل لهذا القطاع الحيوي..

أهمية البحث

البحث يمثل محاولة لبيان أهمية الابتكار في إدارة المالية العامة. و أهمية تطبيق بعض الأساليب والنماذج التي سجلت نجاحاً في إدارة المالية الخاصة لتطبيقها على إدارة المالية العامة. مثل الحوكمة . الشفافية . إدارة المخاطر. الامتثال و غيرها . انطلاقاً من أهمية المالية العامة وكون إدارتها بشكل أفضل تنعكس إيجابياً على عامة المجتمع . وعكس ذلك بالعكس.

منهج البحث

لقد اعتمدنا المنهجين الوصفي والاستقرائي (التأصيلي) معاً.

مشكلة البحث

تتمثل مشكلة البحث في محاولة تكييف وتطبيق مفاهيم إدارية نجح تطبيقها في إدارة المالية الخاصة على إدارة المالية العامة. بهدف إدارتها بنجاح والحفاظ على المال العام وتنميته وحسن استخدامه وتوظيفه.

مخطط البحث

مقدمة
المبحث الأول- ماهية الابتكار المطلب الأول: مفهوم الابتكار المطلب الثاني- البيئة الابتكارية المطلب الثالث - المؤسسة الابتكارية
المبحث الثاني: الابتكار المالي المطلب الأول- ماهية الابتكار المالي المطلب الثاني- محاور الابتكار في المالية العامة الفرع الأول - تنمية الموارد -الضريبة على القيمة المضافة الفرع الثاني- الاستخدام الكفؤ و الفعال للموارد 1) الابتكار في توظيف الموارد المالية -عقود الامتياز " البوت BOT " -عقود الشركة بين القطاعين العام والخاص PPP -حالة إمارة دبي 2)- ضبط وترشيد الإنفاق العام 3) الدعم الحكومي
المبحث الثالث- الحوكمة في إدارة المالية العامة المطلب الأول- الشفافية في المالية العامة -مبادئ الشفافية المالية المطلب الثاني- الحوكمة و إدارة المخاطر و الامتثال في المالية العامة -إدارة الخطر -الامتثال المطلب الثالث- الابتكار المالي عالمياً
الخاتمة
التوصيات
المراجع

متن البحث

مقدمة

من المعلوم أن علم الاقتصاد هو العلم يدرس كيفية المواءمة بين الحاجات العامة ، وهي متنامية ولا محدودة. بقصد إشباعها من جهة، وبين الموارد الاقتصادية و هي محدودة وتتصف بالندرة من جهة ثانية، و هذا يعني أن المشكلة في هذه المعادلة هي ندرة الموارد ومحدوديتها. لذلك جاء علم الإدارة ليركز على كيفية إدارة الموارد بطريقة تجعلها قادرة على إشباع الحاجات العامة بطريقة فعالة.

إن مسألة شح الموارد أو ندرتها و محدوديتها تتطلب جهودا كبيرة، و تفكيراً مختلفاً ، و سلوكاً ابتكارياً يؤدي إلى تعزيز هذه الموارد و تنميتها وجعلها مستدامة و قادرة على تلبية متطلبات إشباع الحاجات العامة.

ان محدودية الموارد تعد ظاهرة عامة و تحدياً أو مشكلة تواجه الدول والمؤسسات والأسر والأفراد، فثمة مورد هام للغاية من بين الموارد المتاحة للدول والمؤسسات والأفراد هي الموارد المالية Financial Resources، و هي كباقي الموارد تتصف بالمحدودية والندرة، فما لم تتم إدارتها بالشكل الأمثل -لابل و تنميتها- لن تتمكن الحكومات ولا المؤسسات ولا الأفراد من تحقيق الغايات والأهداف المحددة، فبدون توفر موارد مالية كافية لا يمكن للحكومة القيام بواجباتها تجاه مواطنيها حسب تطلعاتهم، و لا يمكن للمؤسسة أن تحقق النتائج المتوخاة لأصحاب العمل، و لا يمكن للأسرة أن تحقق مستوى مرغوباً من الحياة الكريمة لأفرادها.

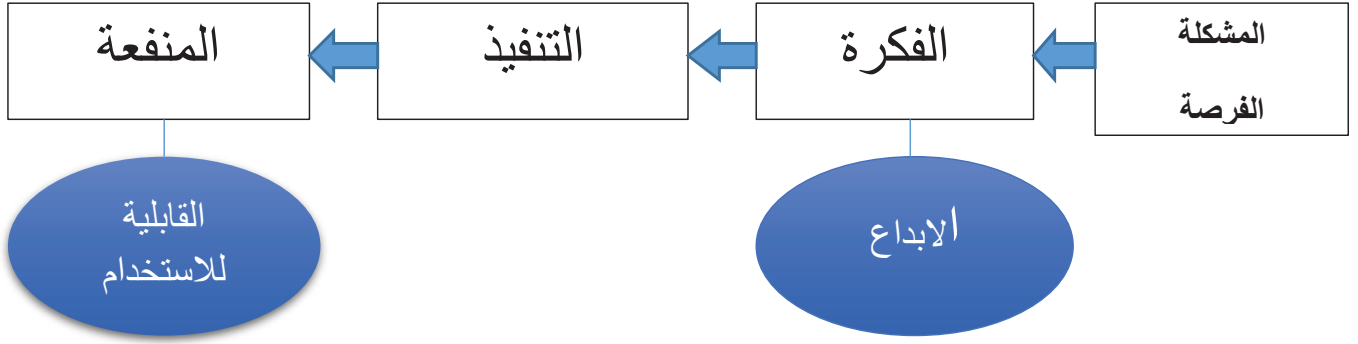
إذاً فإن الموارد المالية تمثل العنصر الحيوي Vital في تحقيق الرغبات وإشباع الحاجات، من هنا كان لابد من بذل جهود حثيثة لتحقيق كفاءة وفعالية إدارة هذه الموارد، لا بل تعزيزها و تطويرها عن طريق ابتكار أساليب جديدة وذكية لتأمين استمرارياتها و زيادتها وكذلك للحفاظ عليها من الهدر والتبذير والفساد.

المبحث الأول- ماهية الابتكار

المطلب الأول- مفهوم الابتكار

الابتكار Innovation يعني استخدام فكرة جديدة أو أسلوب جديد، أو استحداث نظرية أو اختراع أو طريقة جديدة تنتج عنها فوائد ومنافع سواء كانت عامة أو خاصة.

ويحدث الابتكار عندما يحاول الفرد البحث والإجابة عن الكثير من التساؤلات التي تخرج عن المألوف أو التي لم يتم بحثها من قبل، مما ينتج عنه نوع من المحاكاة والتفكير بشكل متميز عن التفكير والمحاكاة التقليديين.



الشكل رقم (1) ماهية الابتكار

تتعدد أوجه الابتكار وتختلف أشكاله وهو يتضمن عادة أحد الأمور التالية:

- تطوير طرائق أو أساليب عمل جديدة و مبتكرة ، أي تختلف عما سبقها، تحقق منافع للمبتكر سواء أكان فرداً أو مؤسسة أو حكومة.
 - تطوير أو إنتاج منتجات أو مواد جديدة، وتصريفها تبعاً لنوعية الطلب ، وليس لكميته ، في الأسواق التي تتبع لأذواق وتفضيلات المستهلكين.
 - تطوير الأجهزة والآلات والأدوات؛ وما يرافقها من ابتكار في طرائق: النقل والتوزيع والتجميع والتصنيع المؤدية إلى زيادة الإنتاجية.
 - تطوير الأداء والسلوك الإداري: أي تطوير نماذج و أساليب إدارية و تنظيمية و تخطيطية ، تساهم في تطوير أداء الأفراد و زيادة ولائهم ورضاهم وزيادة إنتاجيتهم ، وتؤدي إلى تحقيق منافع للمؤسسة، سواء لأصحابها أو للعاملين فيها، أو تحديث الطرائق والأساليب الإدارية المتبعة لإيجاد حلول للمشكلات التي تواجه المؤسسة.
- المطلب الثاني- البيئة الابتكارية
- يمكننا القول إن البيئة الابتكارية هي مجموعة من العوامل و العناصر و الظروف المناسبة و التي إن توفرت فإنها ستسهم في حفز الأفراد على الإبداع والابتكار في مختلف المجالات.

أي أن الابتكار يبدأ وينطلق من الفرد أو من مجموعة أفراد ومن الظروف المحيطة به، و يساعد الفرد على الابتكار توفر خصائص معينة فيه، وأن تكون أسرته داعمة و مشجعة له ، و أن تكون هناك مؤسسة تتبنى إبداعه، وأن تكون الدولة راعية و مشجعة للابتكار..

أولاً- الخصائص والصفات الشخصية
حتى يكون الفرد مبتكراً ينبغي أن تتوفر فيه الصفات والخصائص الشخصية الآتية:

الثقة بالنفس والفضول والرغبة في البحث والطموح وُبُعد النظر والرغبة في التجديد والحرص على التفوق والقدرة على التحمل والمثابرة. ومستوى عالٍ من الذكاء والمعرفة العلمية في مجال اختصاصه. فقد دلت بعض الدراسات على أن المبتكرين هم ، على الغالب، أشخاص أذكىاء لكنهم ليسوا عابرة بالضرورة. وأنهم أفراد مثقفون لكنهم لا يحملون بالضرورة شهادات عالية. يدفعهم في عملهم حماسهم ورغبتهم في العمل ومثابرتهم عليه، و الحافز الذاتي إلى تحقيق الأفضل.

ثانياً- الأسرة

إن للأسرة دوراً مهماً في تكوين شخصية المبتكر و تطويرها ، فهي تغرس فيه الثقة بالنفس والطموح والنزوع إلى الإبداع، وتنمي لديه الموهبة والقدرات الابتكارية وتشجعه على إبداء الرأي بحرية والدفاع عن رأيه.

ثالثاً- المؤسسة الداعمة

إن دور المؤسسات الاقتصادية والعلمية والثقافية والاجتماعية، يعد هاماً في تطوير الفكر الإبداعي والسلوك الابتكاري سواء للعاملين فيها أو لغير العاملين فيها. و المؤسسة الابتكارية هي التي تتبنى سياسة تحفيز الابتكار للعاملين لديها من حيث توفير البيئة المناسبة لطرح الأفكار بحرية وتوفير مستلزمات العمل الابتكاري المادية من آلات و تجهيزات و مواد و أماكن مناسبة، و من حيث تشجيع العاملين على الابتكار سواء مادياً أو معنوياً، فالفكر الإبداعي يحتاج إلى حاضنة ينمو فيها و تقدم له الرعاية اللازمة، و خاصة أن ابتكار العاملين في المؤسسة سينطلق في الغالب من المشكلات التي تواجهها المؤسسة، أو ينطلق من الرغبة لتطوير أداء المؤسسة و زيادة حصتها السوقية و أرباحها، إذاً فإن الابتكار سيكون في صالح المنظمة و بالتالي عليها تبنيه ورعايته .

من ناحية ثانية فإن للمؤسسات بشكل عام، و خاصة المؤسسات الاقتصادية منها، دور مهم في تبني بعض المبدعين و مساعدتهم على طرح أفكار و طرائق وأساليب جديدة تكون في مصلحة المجتمع والبيئة، و إن لم تكن في صالح المؤسسة نفسها وبما يخدم أغراضها، إن ذلك يمكن وضعه في خانة المسؤولية الاجتماعية لمؤسسات الأعمال، و كم سمعنا، و خاصة في الدول المتقدمة، عن مؤسسات اقتصادية حكومية أو خاصة وفرت الدعم المادي و المالي لإجراز بحوث و إنتاج تقنيات و طرائق جديدة تخدم المجتمع. و ما يؤسف له أن عدد المؤسسات الراعية للبحوث والتطوير والابتكار في الدول النامية عدد محدود جداً رغم الحاجة الماسة للتطوير في هذه الدول.

إن ما ذكرناه عن ضرورة توافر مؤسسات ترعى البحث والتطوير هو أن التطوير والابتكار له تكلفة قد لا يستطيع الفرد تحملها لوحده، لذلك لابد من جهة راعية له، وتأخذ على عاتقها تمويل تحويل الفكرة والناجى الابتكاري إلى منتج جديد وتسويقه تجارياً.

إن وجهة نظرنا هي أن المؤسسة التي لا ترعى ابتكارات موظفيها فهي بالتأكيد لن ترعى ابتكارات من هم من خارجها، وعكس ذلك صحيح.

رابعاً- دور الدولة

إن اهتمام الدولة بالبحث والتطوير وتخصيص موازنة كافية له يعد من المؤشرات على اهتمام الدولة بالإبداع والابتكار، فالدولة من خلال وضع وتنفيذ سياسات داعمة تستطيع أن تؤمن الرعاية للمبتكرين وتحفيزهم وتشجيعهم وتأمين المستلزمات الضرورية لتهيئة بيئة ابتكارية..

والسؤال الذي يطرح نفسه هو كيف يمكن للدولة دعم النشاط الابتكاري في المجتمع؟

إن الإجابة على هذا السؤال هي أن الدولة تستطيع توفير بيئة ابتكارية وذلك بطريقتين للدعم: مباشرة وغير مباشرة.

أ-الدعم المباشر

أي أن الدولة يمكن أن:

- تضع سياسات وبرامج لدعم الإبداع والابتكار.
- تخصص بندا خاصا في إطار الموازنة العامة للدولة لتمويل الابتكار وتخفيف المبتكرين (كما تفعل حكومة دبي حالياً).
- تحدث صندوقا لتمويل الأفكار الابتكارية وتحويلها إلى منتج جديد.
- تنشئ ما تسمى حاضنات للابتكار وتؤمن لها كل ما يلزم.
- تحتضن الأطفال المتميزين وتنشئ مدارس خاصة بهم، وكذلك تساعد الشباب المبدع سواء في تنمية مواهبهم أو متابعة تحصيلهم العلمي.

ب- الدعم غير المباشر

- عندما تكون الحالة الاقتصادية جيدة ومستوى الحياة أفضل فإن ذلك يشجع على الابتكار. فالفرد الذي يقضي جل وقته في تأمين معيشته لن يكون بإمكانه الابتكار.
- طبيعة النظام السياسي واستقراره مهمان لتشكيل بيئة ابتكارية. لأن الظلم والاستبداد وقمع الحريات بما فيها حرية التعبير لا يشجع على الابتكار.
- العدالة الاجتماعية والتوازن الاجتماعي تعد هامة لتشجيع الابتكار. فإننا نرى أن وجود الطبقة الوسطى في المجتمع يساعد على تشجيع الابتكار. من ناحية ثانية فإن المجتمع المثقف والحضاري يشجع على الابتكار ويؤمن بيئة للإبداع.

تعد دولة الامارات العربية المتحدة من الدول الأولى التي تمتلك استراتيجية للابتكار. حيث أطلق صاحب السمو الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم، نائب رئيس الدولة، رئيس مجلس الوزراء ، حاكم دبي ، في أكتوبر 2014 "الاستراتيجية الوطنية للابتكار"¹ والتي تهدف لجعل الإمارات ضمن الدول الأكثر ابتكاراً على مستوى العالم خلال السنوات السبع القادمة، و كانت أهم مسارات الاستراتيجية هي:

1. المسار الأول يركز على إرساء بيئة محفزة للابتكار.
2. المسار الثاني يركز على تطوير الابتكار الحكومي من خلال تحويل الابتكار الحكومي لعمل مؤسسي، وتوجيه جميع الجهات الحكومية بخفض مصروفاتها بنسبة 1 % ليتم تخصيصها لدعم مشاريع الابتكار.
3. المسار الثالث يركز على دفع القطاع الخاص نحو مزيد من الابتكار.
4. المسار الرابع يركز على بناء أفراد يمتلكون مهارات عالية في الابتكار من خلال بناء المواهب والقدرات الوطنية في مجال الابتكار. وترسيخ ثقافة وطنية تشجع على الابتكار وريادة الأعمال.

¹ منشورة على موقع حكومة دولة الامارات العربية المتحدة www.uaecabinet.ae

أما أهم القطاعات الاستراتيجية السبعة التي ستركز عليها الاستراتيجية فهي: الطاقة المتجددة، النقل، التعليم، الصحة، المياه، التكنولوجيا، الفضاء.

المطلب الثالث - المؤسسة الابتكارية

حتى تكون المؤسسة ابتكارية ينبغي أن تتوفر فيها عناصر محددة و خاصة في البيئة الداخلية للمؤسسة و كذلك في محيطها (بيئتها الخارجية).

أ- البيئة الداخلية

إن البيئة الداخلية للمؤسسة تشمل عناصر عديدة، لكننا نرى أن أكثر العناصر المتصلة بالابتكار هي: الثقافة التنظيمية

إذ ينبغي أن تكون ثقافة المؤسسة بما تتضمنه من سلوكيات وقواعد وقيم محفزة للابتكار وليست محبطة. فالفرد المبتكر ينبغي أن يشجعه زملاؤه ورؤساؤه لأن الجميع مؤمن بأهمية الابتكار وتشجيعه.

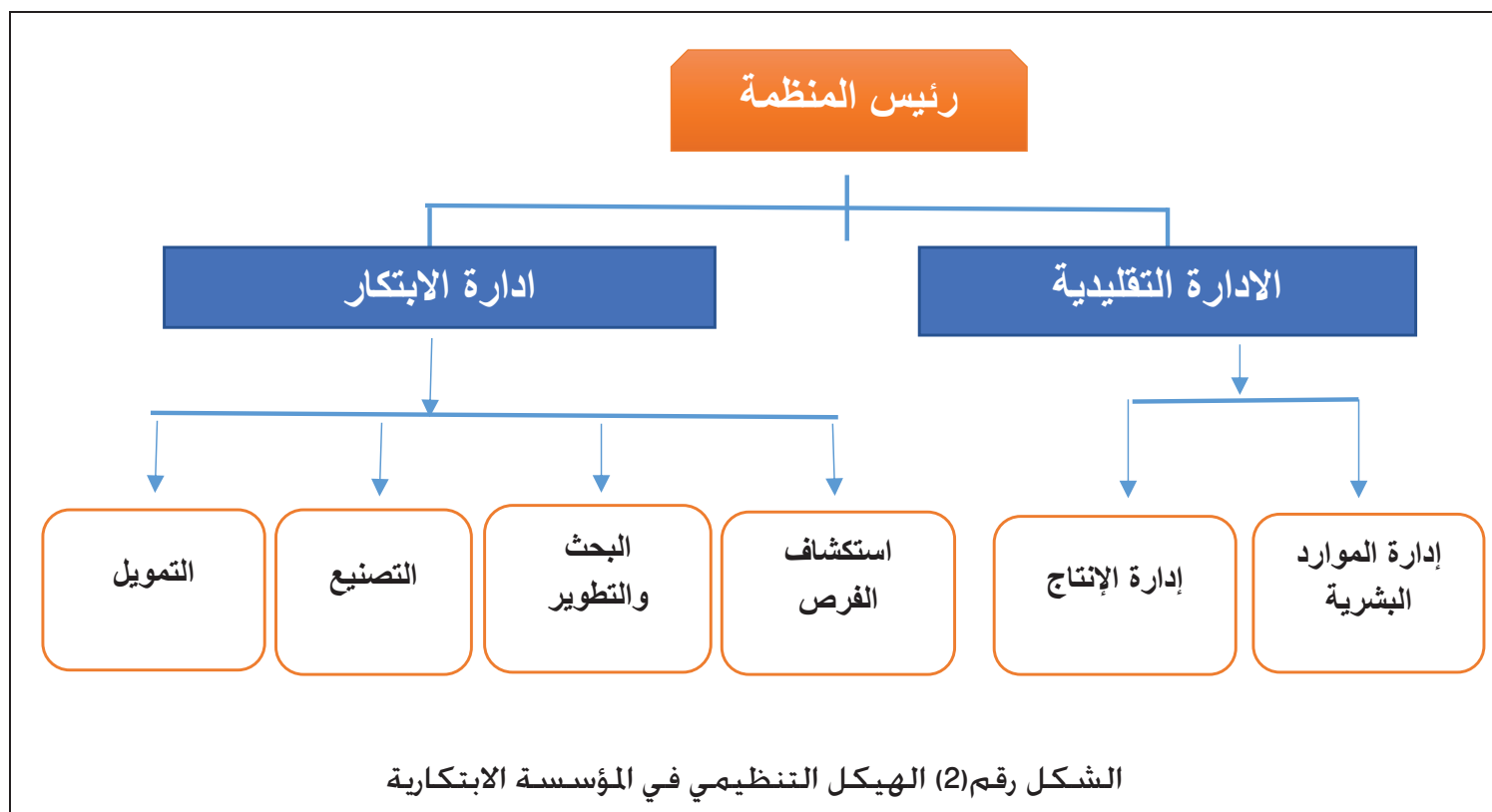
ب- أسلوب الإدارة

نعتقد أن أفضل أساليب الإدارة المناسبة للابتكار هي الإدارة بالمشاركة، و اللامركزية، و تطبيق سياسة الباب المفتوح، و فتح قنوات اتصال مع الرؤوسين و مع البيئة المحيطة لتلقي الأفكار و ردود الفعل، و أن تضع الإدارة أهدافاً محددة ومتنوعة، وتدعم وسائل تحقيقها، وأن تشجع جميع من يعمل بالمؤسسة على الابتكار و تحفزهم وترعى ابتكاراتهم وتؤمن المستلزمات المادية والمالية للابتكار. و كذلك تنظم جلسات للعصف الذهني لطرح الأفكار، وتشجع على التغيير و على تجرب الأفكار الجديدة و ترعاها، وتنمي ثقة الأفراد بأنفسهم وتنمي عندهم القدرة على التساؤل و تقبل الانتقادات و طلب مساعدة الجميع في حل المشكلات التي تواجه المؤسسة، أو في نقلها الى مرحلة أفضل.

بالمقابل فإن البيئة غير المبتكرة تتبنى الإدارة فيها قيماً تنظيمية تقتل المناخ الإبداعي و تحبط السلوك الابتكاري وترفض أية آراء أو مقترحات جديدة فلا تقبل التغيير وترفض النقد، وتتبع أسلوب الادارة المستبدة، مما يؤدي في النهاية إلى سيادة مشاعر الإحباط وبالتالي إلى انخفاض الروح المعنوية وانعدام الثقة بالنفس لدى الموظفين.

ج- الهيكل التنظيمي

ينبغي تصميم البناء التنظيمي للمؤسسة و خطوط السلطة فيها، بطريقة مرنة و سهلة جعلها مناسبة للابتكار. إننا نرى أن الهيكل التنظيمي المناسب للابتكار هو الهيكل التنظيمي الأفقي وهو أفضل من الهيكل العمودي (الرأسي). ثمة اتجاه آخر هو أن تحدث المؤسسة في بنائها التنظيمي إدارات خاصة تتولى مهمة البحث و التطوير و الابتكار والتطبيق، تكون منفصلة عن الإدارات التقليدية في المؤسسة.. كما يوضح الشكل التالي:



المبحث الثاني- الابتكار المالي

المطلب الأول- ماهية الابتكار المالي

في بيئة عالمية معقدة وغير مؤكدة بشكل متزايد، فإن إدارة المالية العامة Public Finance Management يتطور اهتمامها من التركيز الضيق على الموازنة العامة نحو مجالات أوسع حيث تكون المالية العامة هي محرك رئيسي للسياسات والاستراتيجيات في جميع المستويات الحكومية والخدمات العامة والمؤسسات العامة و مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

إننا نعتقد بأن قطاع المالية العامة يعد واحداً من أكثر القطاعات أهميةً وبالتالي فهو يمثل ميداناً خصباً للابتكار، لأن نظرة بسيطة على الواقع المالي العالمي تبين بجلاء ووضوح الأوضاع المالية الصعبة التي تعاني منها دول عديدة في العالم، وأستطيع الجزم بأن معظم دول العالم تعاني من مشكلات في ماليتها العامة، وهذا يشمل دول متقدمة وصناعية ناهيك عن الدول النامية فأغلبها يعاني من صعوبات مالية و هو ما يؤخر فرص تحقيق التنمية في تلك الدول.

إن المشكلات التي تواجه المالية العامة في الدول النامية عديدة ومتنوعة منها على سبيل المثال لا الحصر:

- شح الموارد المالية بسبب ضعف النمو الاقتصادي.
- معدلات التزايد السكاني المرتفعة وتنامي الحاجات العامة تبعاً لذلك.
- سوء إدارة المالية العامة، ومنها ضعف الشفافية.

- ضعف أجهزة تحصيل الإيرادات العامة وفي المقدمة منها ضعف النظام الضريبي حيث إن الضرائب والرسوم تمثلان العمود الفقري للإيرادات العامة في دول العالم كافة.
 - الهدر والتبذير والإسراف في النفقات العامة ناهيك عن الفساد ونتائجه الخطيرة على المالية العامة.
 - سيادة عقلية "أبوية الدولة" التي ترى أن مالية الدولة هي الوحيدة المطلوب منها تحقيق التنمية وتوفير فرص العمل والتعليم والصحة وفي كافة المجالات.
 - قصور التشريعات المحفزة على الاستثمار الخاص و كذلك استمرار الصعوبات أمام تنفيذ برامج عقود الامتياز BOT و مشتقاته وعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (PPP)، هذا إن وجدت التشريعات لهذه الصيغ الاستثمارية، فحسب علمنا أنها لم تسن في بعض دول العالم الثالث.
 - الأزمات المالية العالمية وآثارها المباشرة وغير المباشرة على مالية الدول.
 - عدم شفافية الأسواق العالمية لمواد الطاقة وغيرها مما يؤدي إلى تقلبات شديدة في أسعارها مما ينعكس سلباً على الدول المصدرة وكذلك المستوردة لها.
 - الدين الحكومي، والذي تعاني منه الدول المتقدمة والنامية على حد سواء.
 - ضعف التنسيق بين السياسة المالية من جهة، وبين السياسة النقدية من جهة أخرى.
- هذه المشكلات وغيرها تجعل من الضروري بل من الواجب البحث في أساليب وطرائق عمل جديدة يمكن تطبيقها في قطاع المالية العامة لتجاوز هذه المشكلات وإلا فإن دولا عديدة في العالم تنحدر نحو الهاوية المالية.

مفهوم الابتكار في المالية العامة

الابتكار في المالية العامة يقصد به:

استحداث أو تصميم طرائق وأساليب جديدة تسهم في تنمية المالية العامة وفي حسن إدارة المال العام بشقيه النفقات والإيرادات لتحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية.

فكما نقول الحاجة أم الاختراع فإن الصعوبات التي تواجهها المالية العامة ينبغي أن تكون مصدر إلهام للباحثين وصناع القرار في ميدان المالية العامة على تطوير أساليب جديدة حتى لو كان ذلك انطلاقاً من المشكلات القائمة في المرحلة الأولى.

منطلقات الابتكار في المالية العامة

إن الابتكار في قطاع المالية العامة ينبغي أن ينطلق من:

- المشكلات والصعوبات التي تواجهها الدولة في مالياتها العامة، وإن كان ثمة مشكلات عديدة، وهي كذلك، فينبغي وضع أولويات وترتيب لهذه المشكلات حسب أهميتها. ويبدأ الابتكار باستنباط أو تصميم حلول تخص المشكلة الأكثر أهمية أو الأكثر إلحاحاً.
- الاستفادة من النجاحات التي حققتها دول أخرى في إدارة مالياتها العامة، عندها يكون الابتكار في تكييف وأقلمة الأساليب التي نجحت فيها دول أخرى مع واقع الدولة المهتمة بالابتكار.

المطلب الثاني-محاوّر الابتكار في المالية العامة

ثمان سنوات بعد أن ضربت الأزمة المالية العالمية، وما تزال باقية آثارها على إدارة المالية العامة في بلدان عديدة حول العالم، فبينما كان للأزمة العديد من الآثار السلبية مثل: زيادة العجز وانخفاض فرص الحصول على الموارد، فقد وجد فيها مارسو المالية العامة أيضاً تأثيرات إيجابية، مثل إصلاح أنظمة التحصيل، وتعزيز الشفافية المالية.

انطلاقاً من المشكلات التي تواجهها المالية العامة، والتي أشرنا إلى بعض منها آنفاً، فإن المسألة الصعبة في إدارة المالية العامة هي أن الإيرادات العامة ليست كافية لتغطية النفقات العامة، وبالتالي ستقع الموازنة العامة للدولة في عجز، وهذا العجز سوف تتم تغطيته عن طريق الاقتراض أو عن طريق الإصدار النقدي (الذي لا نؤيد استخدامه إلا في حالات الضرورة القصوى). إذاً فإن المشكلة هي ذات وجهين:

فمن جهة عدم القدرة على زيادة الإيرادات العامة، وفي الجهة المقابلة هناك تزايد ضروري في النفقات العامة يستلزمه زيادة الحاجات العامة المطلوب إشباعها.

لذلك فإننا نرى التركيز على عدة محاور لإصلاح المالية العامة هي:

- تطبيق برامج للإصلاح الاقتصادي، تهدف إلى زيادة النمو الاقتصادي وهذا من شأنه زيادة الإيرادات العامة.
- مراجعة البيئة الاستثمارية في البلاد وتحديث التشريعات وتسهيل الإجراءات وتقديم المزيد من التسهيلات والخدمات للمستثمرين.

- تسهيل عمليات عقود الامتياز BOT ومشروعاته.

- تسهيل عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص PPP

- تحسين كفاءة إدارة المالية العامة وذلك من خلال:

- تطوير آليات تحصيل الإيرادات العامة، وخاصة من النظام الضريبي.
- تحسين كفاءة النفقات العامة، والحيولة دون مظاهر الإسراف والتبذير والهدر في الإنفاق العام.
- تطبيق الحوكمة في إدارة المالية العامة.
- إحداث إدارة للامتثال في الإدارة المركزية .
- تطبيق معايير الشفافية في إدارة المالية العامة سواء في النفقات أو في الإيرادات العامة.
- إدماج نظم المعلومات بشكل معمق في ممارسة إدارة المالية العامة، والاستخدام الواسع لوسائل التواصل الاجتماعي Social Media .
- الاستخدام الفعال لأدوات الحاسبة الحكومية.

- تنويع مصادر الدخل للخزانة العامة للدولة وعدم الاعتماد على مورد واحد أو مصدرين، بل يجب أن تنوع مصادر الإيرادات.

- إعطاء دور أكبر لمكاتب التدقيق والمراجعة المالية والمحاسبية، وأن يكون التدقيق متزامناً مع تنفيذ الموازنة.

يمكننا القول إن المحاور الرئيسية للابتكار في إدارة المالية العامة هي:

1. التركيز أكثر من أي وقت مضى، على تنمية موارد الخزانة العامة والاستخدام الكفء والفعال للموارد بما يلبي احتياجات المواطنين بشكل أفضل.

2. زيادة التركيز على إدارة المخاطر.
 3. ضرورات تطبيق الحوكمة في إدارة المالية العامة.
 4. تطبيق الشفافية.
 5. الاستخدام الواسع لتكنولوجيا المعلومات ونظم المعلومات والمواقع الالكترونية التفاعلية.
- إننا نرى أن الابتكارات ممكنة في كل محور من المحاور أعلاه.

أ- تنمية الموارد

بعد هذا المحور هو العمود الفقري للمالية العامة، فنحن هنا نتحدث عن جانب الإيرادات العامة، فالمطلوب هو استحداث طرائق وأساليب جديدة ومبتكرة لغاية تنمية الموارد العامة، أي زيادتها، حيث إن زيادة الموارد العامة تأتي عن طريق:

تنويع مصادرها؛ أو تحسين كفاءة المصادر الموجودة

إن تنويع المصادر يعني البحث عن مصادر جديدة لرفد الخزنة العامة بالموارد، وهذا يكون عبر مسارات عديدة من بينها: فرض ضرائب جديدة أو زيادة معدلات الضريبة النافذة، أو فرض رسوم جديدة أو زيادة معدلات الرسوم النافذة.

إن فرض رسم أو ضريبة جديدة أو زيادة الرسم أو الضريبة النافذة ليس أمراً يسيراً إذ ينبغي دراسة أثر ذلك على الاستقرار الاقتصادي والتوازنات الكلية في الاقتصاد وعلى الاستقرار الاجتماعي أيضاً. وهنا يكون الابتكار في تحديد أي من الضرائب والرسوم ينبغي فرضها أو زيادة معدلاتها.

كما قد تفكر الإدارة المالية بمصادر أخرى لتنويع أو زيادة الموارد وذلك من خلال توظيفات أو استثمارات لأموالها الفائضة، مع التأكيد على حسن هذه التوظيفات بما يحقق عائداً لصالح الخزنة العامة، كما أن الدولة ستفكر بالاقتراض، وهذا أمر طبيعي ووارد، لكن الابتكار هنا سيكون في إيجاد أفضل مصدر للاقتراض وأفضل الشروط، وبنفس الوقت أفضل استخدام للقرض حيث إننا نؤكد على استخدام القروض فقط في تمويل مشروعات إنتاجية ذات جدوى اقتصادية أو اجتماعية.

في حالة دولة الامارات العربية المتحدة، فإن الموازنة العامة للحكومة الاتحادية تتمول من مصادر عديدة من بينها الرسوم، ومساهمة كل إمارة في الموازنة، وبعض العائدات من النفط، وبعض العوائد الاستثمارية. إذاً فهناك تنوع في مصادر الإيرادات العامة، لكن هذه المصادر تغيب عنها الضرائب كلياً، حيث لا توجد ضرائب على الدخل Income tax في الدولة، واليوم وبعد سنتين من تدهور أسعار النفط عالمياً (أي منذ سنة 2014م) فإن من حق دولة الإمارات أن تبحث عن مصادر إضافية لتمويل الموازنة الاتحادية وكذلك لتمويل موازنات الحكومات المحلية. نحن هنا وبتواضع، ندعم ما تقوم به قيادة دولة الإمارات في التوجه نحو تنويع مصادر تمويل الموازنة الاتحادية و الموازنات المحلية عبر البحث عن مصادر أخرى مستدامة والاستغناء عن الاعتماد، وإن كان هذا الاعتماد جزئياً على عائدات النفط، ولهذه الغاية عقدت الحكومة الاتحادية في دولة الامارات العربية المتحدة بحضور مسؤولين اقتصاديين وماليين من الدولة وخبراء ومستشارين، خلوة وزارية موسعة، أو جلسة عصف ذهني بتاريخ 30 يناير 2016م في منتجع باب الشمس في دبي، لمناقشة سبل تعزيز اقتصاد دولة الامارات بعيداً عن النفط، ورسم تصورات مختلفة و مناقشة سيناريوهات محتملة في قطاعات جديدة، أي أنها كانت جلسة لابتكار طرائق جديدة لتنويع مصادر دخل الدولة وتعزيز اقتصادها، وقد كانت هذه الخلوة هي البداية، ورسمت الإطار العام، ومن المؤكد أن ثمة فنيين وخبراء ومستشارين يعكفون اليوم على بلورة أساليب جديدة لترجمة ما أقرته الخلوة الوزارية.

الضريبة على القيمة المضافة

إن دولة الإمارات العربية المتحدة تنسق مع دول مجلس التعاون الخليجي الأخرى لفرض الضريبة على القيمة المضافة Value-Added Tax-VAT. فهذه الضريبة مطبقة في 150 دولة حول العالم و منذ عقود (حيث عرفت في فرنسا و طبقت منذ سنة 1954م). حيث إن الضريبة على القيمة المضافة سيتم بدء تطبيقها خليجياً اعتباراً من مطلع سنة 2018م. وأنه سيسبق ذلك قيام دول مجلس التعاون الخليجي بتوحيد سياساتها الضريبية .

ماهية ومزايا الضريبة على القيمة المضافة

عرفت الضريبة على القيمة المضافة بأنها: "فريضة إلزامية يلتزم الممول بأدائها إلى الدولة تبعاً لمقدرته على الدفع. بغض النظر عن المنافع التي تعود عليه من وراء الخدمات التي تؤديها السلطات العامة. و تستخدم حصيلتها في تغطية النفقات العامة من ناحية، وتحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية و السياسية و غيرها من الأغراض التي تنشده الدولة تحقيقها من ناحية أخرى".¹

تتميز هذه الضريبة بأنها ضريبة غير مباشرة على الإنفاق. لأنها لا تجب مباشرة من المستهلك بل تستوفى من المؤسسات والأفراد المكلفين بدفعها. وأنها ضريبة عامة لأنها تفرض على جميع السلع والخدمات. سواء كانت محلية الصنع أم مستوردة ولا يعفى منها إلا ما استثنى منها بنص خاص في قانون فرضها. وأنها ضريبة تدفع مجزأة على مراحل (متعددة) لأنها تفرض على السلعة في مختلف مراحل إنتاجها أو تداولها عند انتقالها من المنتج إلى المستهلك. فتفرض على مبيعات كل من المنتجين وتجار الجملة وتجار التجزئة والمستوردين. بحيث تفرض على القيمة المضافة التي يضيفها كل منهم على السلعة. وأنها ضريبة تقوم على نظام الخصم الضريبي أي أنها تتيح تنزيل مجموع الضرائب المدفوعة على السلع والخدمات المشتراة ، من مجموع الضرائب المحصلة على بيع المنتجات أو تقديم الخدمات. و أنها تساعد على الحد من التهرب الضريبي فكل مكلف بها يصبح حريصاً على تنظيم فاتورة ضريبية عند البيع والشراء من أجل إثبات ذلك عند تقديم الإقرار الضريبي لمعرفة رقم أعماله وطلب الخصم والاسترداد.

إن من أهم أسباب لجوء الدول لتطبيق ضريبة VAT هي الحاجة الملحة لزيادة الإيرادات العامة وتمويل الموازنة العامة للدولة. يشار إلى أن عائدات هذه الضريبة تصل إلى نسبة تتراوح بين 5-7% من الناتج المحلي الإجمالي ، وفي الدانمارك تصل عائداتها إلى حوالي 10% من الناتج المحلي الإجمالي ، و بالتالي فهي مصدر دخل مهم جداً لتمويل الموازنة العامة.

لذلك تعتبر الضريبة على القيمة المضافة من أهم صور الضرائب غير المباشرة وأكثرها انتشاراً وشيوعاً و أهمية. ليس لكونها ضريبة تحقق العدالة الضريبية في حال تطبيقها ، ولكن بسبب قدرتها على تأمين موارد هامة لخزائن الدول التي تطبقها. إذ تطبق على كافة السلع والخدمات أو معظمها بمناسبة تداول تلك السلع أو أداء الخدمات²

في دولة الإمارات قدرت أوساط وزارة المالية أن حصيلة تطبيق هذه الضريبة في العام الأول لها ستتراوح بين 10-12 مليار درهم.

¹ د. محمد فؤاد ابراهيم، مبادئ علم المالية العامة، القاهرة، مكتبة النهضة العلمية، ص 261

² د. خالد عبد الحليم السيد عوض، الضريبة على القيمة المضافة، دراسة مقارنة للنظم الضريبية العالمية، إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2007، ص 5

إن الابتكار هنا ليس في إقرار تطبيق ضريبة VAT فهي معروفة منذ ما يزيد على 60 عاماً، بل إن الابتكار سيكون في:

❖ تحديد معدلها: فهل سيكون معدلاً وحيداً أم سيكون هناك أكثر من معدل؟ إن وجهة نظرنا هي أن يتم تطبيقها في البداية بمعدل واحد لأن ذلك سيكون أسهل إدارياً، ويساعد على بناء القدرات البشرية وتراكم الخبرة والمعرفة.

❖ تحديد مجالات فرضها: فهل ستشمل كافة السلع والخدمات أم أنه سيكون هناك استثناءات من فرضها؟ إننا نميل إلى استثناء قطاعات التعليم والتدريب والصحة والقوات المسلحة ووزارة الداخلية والمؤسسات الخيرية والوقفية، إضافة إلى استثناء السلع الأساسية الاستهلاكية من هذه الضريبة.

❖ المشمولين بها: فقد يفكر البعض في أن الدولة يمكن أن تستثني المواطنين الإماراتيين من تطبيقها بحيث يتم فرضها على المقيمين فقط، إن وجهة نظرنا أن ذلك غير مفيد، لأن هذا الاستثناء سيخلق تجاوزات و سوء استخدام لهذه الميزة. لذلك فنحن ندعم فكرة التعويض المالي (يصرف نقداً) لمن ترغب الدولة تعويضهم، سواء أكانوا عاملين في الدولة (الاتحادية أو المحلية) أو لا يعملون ممن يستحقون الدعم، كما تستطيع الدولة إلزام القطاع الخاص بتعويض منتسبيه عن طريق منحهم علاوات على الراتب توازي الزيادة المترتبة على تكاليف المعيشة بسبب تطبيق الضريبة.

❖ كيفية معالجة آثارها على معيشة الناس: خاصة وأن تطبيقها يمكن أن يؤدي إلى ضغوط تضخمية، فإن الجهات الرقابية على الأسواق في الدولة ينبغي أن تقوم بجهد إضافي لمنع استغلال تطبيق الضريبة لزيادة أسعار المستهلك بطريقة مبالغ فيها أو بدافع الجشع.

❖ تأمين مستلزمات تطبيقها ونجاحها، من كوادرات بشرية مدربة تدريباً خاصاً، ونظم معلومات وتكنولوجيا معلومات متطورة، ونظام فوترة (تطبيق حازم لنظام الفواتير في كافة الأنشطة التجارية).

❖ إحداث كيان مستقل على صيغة دائرة أو إدارة الضريبة على القيمة المضافة ترتبط بوزارة المالية الاتحادية.

❖ تنفيذ حملة ترويجية كبيرة قبل تطبيقها لشرح مضمونها وقواعد تطبيقها وأهميتها.

ب- الاستخدام الكفؤ والفعال للموارد

إن وفرة الموارد المالية لدى الدولة يعد أمراً هاماً لكن الأكثر أهمية هو كيفية استخدام هذه الموارد بشكل أمثل. إن إدارة الموارد المالية يعد تحدياً آخر تواجهه إدارة المالية العامة إلى جانب تحدي تنمية الموارد (أي زيادتها وتنويع المصادر)، إن هذا المحور من محاور الابتكار المالي يتعلق بالإنفاق العام و كيفية توزيع و توجيه استخدامات المال العام بغية إشباع الحاجات العامة.

1) الابتكار في توظيف الموارد المالية

في أي بلد من البلدان تكون أمام الحكومة مشروعات اقتصادية واجتماعية كثيرة مطلوب منها القيام بها. فإذا كانت الموارد غير كافية فما العمل؟ وإن كانت الموارد كافية فكيف سيتم توظيف هذه الأموال في المشروعات المخططة وتنفيذها بما يحقق كفاءة وفاعلية استخدام هذه الأموال؟ إن الابتكار هنا يكون في:

- وضع تصنيف لهذه المشروعات تبعاً لأهميتها وتبعاً لأولويتها. بعدها يجب على الحكومة أن تقرر في ضوء مواردها المالية:

- ماهي المشروعات التي ينبغي أن تقوم الدولة بتنفيذها اعتماداً على مواردها المالية ولا يمكن تركها للقطاع الخاص، ولا تمكنه المشاركة في تنفيذها؟
 - و ماهي المشروعات التي يمكن أن تقوم بتنفيذها بالشراكة بين القطاعين العام و الخاص PPP ؟
 - و ماهي المشروعات التي يمكن أن تعهد بها للقطاع الخاص لتنفيذها و وفق صيغة عقود الامتياز BOT أو غيرها ؟
 - و ماهي المشروعات التي يمكن أن تتركها للقطاع الخاص ليقوم بتنفيذها لصالحه ؟
- إن هذه التساؤلات تدفعنا للحديث عن الاستثمار المشترك بين الدولة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها من جهة، وبين القطاع الخاص من جهة ثانية.

عقود الامتياز " البوت BOT "

يمثل الإنفاق الحكومي على مشروعات البنية التحتية و المرافق العامة و مشروعات الطاقة نسبة كبيرة جداً من الانفاق الاستثماري العام، و لأن هذه المشروعات تعد ضرورة و لابد من تنفيذها، ولما كانت تتطلب إنفاق أموال طائلة قد تعجز مالية الحكومة عن تنفيذها مما يؤدي إلى إطالة أمد تنفيذها و معاناة المواطنين من جراء ذلك، لذلك بدأت بالظهور، منذ ثمانينيات القرن 20 صيغ جديدة لعقود الأشغال و المرافق العامة، وفق صيغة:

بناء، تشغيل، تحويل BOT: Built-Operate-Transfer

إن فكرة هذا العقد أو الاتفاقية تقوم على أن المستثمر من القطاع الخاص (المتعهد أو الملتزم) يتفق مع الحكومة أو إحدى الجهات التابعة لها سواء أكانت اتحادية أو محلية، ببناء مشروع جديد أو إعادة تأهيل مشروع موجود، وتشغيله لحسابه لفترة يتفق عليها، ثم إعادة المشروع للجهة الحكومية المعنية. لقد انتشرت هذه الصيغة من العقود أو الاتفاقيات في الدول حول العالم، وتطورت هذه الصيغ واشتقت منها صيغ عديدة بما يخدم مصالح الطرفين: الحكومة والمتعهد. لقد أقيمت الطرق السريعة، المطارات، الموانئ، المستشفيات، المسارح، وغيرها من مشروعات البنى التحتية في دول كثيرة في العالم بموجب هذه العقود..

إن الابتكار في هذه العقود هو أنها تعمل على تنفيذ مشروعات عامة بأموال القطاع الخاص، تخدم المجتمع و يستفيد منها القطاع الخاص، أما المالية العامة فتستفيد منها في تخفيف الضغوط التمويلية عليها و تقليص عجز الموازنة العامة، و إمكانية استخدام الأموال التي كانت ستصرف من الحكومة على تنفيذ هذه المشروعات؛ في مجالات أخرى تكون أكثر أهمية .

إننا نرى أن هذه العقود مفيدة وتساهم في إراحة المالية العامة، مع أننا نود التأكيد على ضرورة توخي الدقة خلال صياغة هذه العقود، والرقابة على المتعهدين وخاصة فيما يخص بيع السلع أو الخدمات حتى لا يبالغ المتعهد برفع الأسعار، وكذلك التدقيق في المستوى الفني للمشروع عند إعادته إلى الجهة الحكومية، بحيث يكون بكامل طاقته وليس متهاكاً.

الشراكة بين القطاع العام و الخاص PPP - public-private partnership هي نوع من أنواع التعاقدات التي تتم بين قطاعات الدولة مع القطاع الخاص، لتنفيذ مشروعات تحتاج إلى تمويل كبير، مثل مشروعات البنية التحتية. أي أنها تقوم على التفاعل والتعاون بين القطاعين العام والخاص وتوظيف إمكانياتهما البشرية والمالية والإدارية والتكنولوجية والمعرفية على أساس من المشاركة والمسؤولية المشتركة والالتزام بالأهداف من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية التي تهم العدد الأكبر من أفراد المجتمع.

ظهر هذا النوع من العقود في تسعينيات القرن 20 ، و يزداد الطلب عليها في الوقت الحالي نظراً لعدم كفاية الأموال الحكومية ، والطلب المتزايد على مشاريع البنية التحتية نظراً للزيادة المضطردة في عدد السكان. بالرغم من أن مفهوم الشراكة بين القطاع العام والخاص حديث العهد لكنه أصبح ثقافة حديثة تبنتها معظم الدول المتقدمة في نشاطاتها الاقتصادية ومشاريعها الخدمية، وبدرجة أقل في الدول النامية. مع ذلك فعلى الرغم من أن الشراكة بين القطاعين العام والخاص تتيح وسيلة ذات شعبية متزايدة لتوفير خدمات البنية التحتية، فإنها ليست بالحل السحري الذي يصلح في جميع الحالات. فمن الضروري التأكد من تنفيذ الشراكات بين القطاعين للأسباب الصحيحة (زيادة الكفاءة) وليس لتلبية رغبة في تحويل بنود النفقات خارج الموازنة والديون خارج الميزانية العمومية¹.

مفهوم عقد الشراكة PPP

إن عقد الشراكة يعد نوعاً من العقود الإدارية، ومضمونه هو: أن يقوم القطاع الخاص بتمويل وإنشاء المشروعات وتشغيلها مقابل هامش ربح متفق عليه، تدفعه الدولة على شكل أقساط شهرية أو ربع سنوية أو سنوية (حسب الاتفاق)، وهذا يفضي إلى انخفاض الأعباء المالية التي تتحملها خزانة الدولة، وبذات الوقت إلى تنفيذ مشاريع وخصوصاً في المشاريع المتعلقة بالبنية التحتية، أو مراكز لتقديم خدمات للمواطنين.

مبررات وأهداف الشراكة بين القطاعين العام والخاص

إن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بدأ ينظر إليها في كثير من الدول على أنها الملاذ الآمن لجميع الأطراف وخاصة في تمويل مشاريع البنية الأساسية. حيث تعتبر الشراكة بين القطاعين العام والخاص نموذجاً متطوراً لأنشطة الأعمال يساعد على زيادة استثمارات القطاع الخاص في كافة مجالات النشاط الاقتصادي والاجتماعي من أجل الوفاء باحتياجات المجتمع من السلع والخدمات ، كما أن أهميتها تزداد بسبب عدم قدرة الحكومات على تحقيق التنمية المستدامة بأموالها الذاتية، ناهيك عن محدودية الموارد المالية والبشرية والتكنولوجية².

لذلك فإن عقود الشراكة تفيد في تنفيذ مشروعات التنمية في الوقت المحدد، كما تساعد على منع تدهور الأصول والمؤسسات والمرافق العامة نتيجة عدم توفر الأموال الكافية للصيانة أو نتيجة التشغيل السيء لها.

¹ الاستثمار العام والشراكة بين القطاعين العام والخاص، برناردين أكيثوبي، ريتشارد همينغ، غيرد شوارتز، منشورات صندوق النقد الدولي، 2007.

² Irwin, Timothy, 2003, "Public Money for Private Infrastructure-Deciding When to Offer Guarantees, Output-Based Subsidies, and Other Fiscal Support," World Bank Working Paper No. 10 (Washington: World Bank).

كما أن عقود الشراكة تساهم في إدخال الابتكارات على هذه القطاعات، من ناحية أخرى فإن القطاع الخاص سيكون شريكاً في تحمل المخاطر في هذه العقود.

تجربة إمارة دبي

انطلاقاً من أهمية عقود الشراكة وضرورتها فقد أصدر صاحب السمو الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم، نائب رئيس الدولة رئيس مجلس الوزراء، بصفته حاكماً لإمارة دبي القانون رقم 22 في شهر أغسطس من سنة 2015م بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي.

يهدف القانون الجديد إلى تشجيع القطاع الخاص على المشاركة في المشاريع التنموية وزيادة الاستثمار في مجالاتها المختلفة بما يخدم التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الإمارة. وكذلك إلى تمكين الحكومة من تنفيذ مشاريعها الاستراتيجية بكفاءة وفعالية والاستفادة من الطاقات والخبرات المالية والإدارية والتنظيمية والفنية والتكنولوجية المتوفرة لدى القطاع الخاص بما يمكن أفراد المجتمع من الحصول على أفضل الخدمات وبأقل التكاليف. كما يهدف القانون إلى زيادة الإنتاجية، وتحسين جودة الخدمات العامة، ونقل المعرفة والخبرة من القطاع الخاص إلى القطاع العام، وتدريب موظفي الجهات الحكومية وتأهيلهم لإدارة المشاريع وتشغيلها. علاوة على تخفيف الأعباء التمويلية عن الموازنة العامة للحكومة في تحمل تكاليف المشاريع. ويهدف القانون كذلك إلى توفير قدرة تنافسية أعلى للمشاريع، وتعزيز مبادئ الحوكمة في إدارة النشاط الاقتصادي وتحسين إجراءات إدارة الموارد المالية. ضوابط عقد الشراكة حسب القانون رقم 22 لسنة 2015م

- يشترط إبرام عقد الشراكة وفقاً لأحكام هذا القانون أن يكون المشروع ذا جدوى اقتصادية ومالية وفنية واجتماعية.

- لا يجوز إبرام أي عقد للشراكة يرتب دفعات مالية على الجهة الحكومية دون أن تكون مخصصات تلك الدفعات مرصودة في موازنة هذه الجهة.

- حدد القانون السلطة المختصة باعتماد المشاريع حيث يتم اعتماد العقد من:

- مدير عام الجهة الحكومية أو من يفوضه؛ للمشاريع في حال كانت الكلفة الإجمالية التي سوف تتحملها الجهة الحكومية عن عقد الشراكة لا تزيد على 200 مليون درهم.
 - الدائرة المالية؛ للمشاريع التي تزيد كلفتها الإجمالية على 200 مليون درهم ولغاية 500 مليون درهم.
 - اللجنة العليا للسياسة المالية؛ للمشاريع في حال زادت كلفة عقد الشراكة على 500 مليون درهم.
- وأناط القانون بدائرة المالية وضع السياسة العامة لتنظيم مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص ورفعها إلى اللجنة العليا للسياسة المالية لاعتمادها واقتراح تحديث وتطوير التشريعات المنظمة للشراكة، وتقديم العون والمساعدة للجهات الحكومية في إعداد وتطوير مبادراتها في مجال الشراكة، والترويج لمشاريع الشراكة داخل الإمارة وخارجها بالتنسيق مع الجهات المختصة في الإمارة. وإعداد دليل عام يتضمن القواعد والإجراءات الواجب مراعاتها في حال رغبة الجهة الحكومية في إبرام عقد الشراكة وتذليل كافة الصعوبات. كما نص القانون على أن تشكل لدى الجهة الحكومية لجنة داخلية تسمى "لجنة الشراكة"، كما تضمن القانون العديد من المواد المتعلقة بأسس اختيار الشريك وآليات تأهيل الشركات، ومضمون ومدة عقد الشراكة والرقابة عليها.

في شهر مايو 2016م أصدرت دائرة المالية في حكومة دبي دليل الشراكة بين القطاعين العام والخاص، تنفيذاً لما نص عليه القانون رقم 22 لسنة 2015م، ويعد الدليل نظام إرشاد وتوضيح وتعريف للمعنيين في تفعيل منظومة الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سواء من الجهات الحكومية أو من الشركات العاملة في شتى المجالات بالقطاع الخاص.

وبذلك اكتمل الإطار التشريعي والقانوني في إمارة دبي، ما يمهّد لانطلاقة قوية لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ونحن نتوقع نجاحاً باهراً لهذه المنظومة التشريعية نظراً لما تمتلكه إمارة دبي من مشروعات طموحة وعدد كبير من الشركات الخاصة والمتخصصة في مختلف المجالات، و الابتكار سيكون في كيفية اختيار الجهات العامة في دبي للمشروعات التي ستعرض للشراكة و ذلك وفقاً لأولويات الحكومة مستهدفةً بأهداف و غايات رؤية دبي 2021 .

إننا نقترح على الجهات الاتحادية في الدولة ، وفي المقدمة منها وزارة المالية بالتعاون مع باقي الجهات الاتحادية المعنية، إعداد تشريع اتحادي للشراكة بين القطاعين العام والخاص ينظم هذا المجال الحيوي على مستوى الدولة، لأن وجود تشريع كهذا سيساعد في الوصول للغايات التي تنشدها الحكومة الاتحادية، بناءً على توجيهات القيادة الرشيدة في الدولة، و المتمثلة بابتكار أساليب جديدة لتنمية المالية العامة وإدارتها بشكل يضمن تنفيذ مشروعات التنمية وإشباع حاجات المواطنين، وفي نفس الوقت يمنع الهدر والتبذير والإسراف في المالية العامة. ونرى أن تطبيقها سيسهم بلا شك، وبشكل كبير، في تحقيق نتائج إيجابية على مجمل حركة الاقتصاد الوطني.

(2) ضبط وترشيد الإنفاق العام

إن من أهم التحديات التي تواجه إدارة المالية العامة هو إدارة النفقات العامة بهدف منع الهدر والإسراف والتبذير، ومنع التجاوزات على المال العام من قبيل الفساد المالي بكافة صوره، من ناحية ثانية يمكن أن يأخذ هدر المال العام صيغة الإنفاق الزائد على بعض الهيئات العامة مع وجود ضعف في الإدارة يتسبب بخسائر مالية وتبديد الإنفاق العام.

إن الهدر في المال العام يعني إنفاقه في مجالات لا تعطي أية نتيجة مفيدة ولا تحقق الغايات المنشودة منه. أما الإسراف فنحن نراه يتمثل في إنفاق مال عام زيادة عن المستوى اللازم.

في حين أن الفساد يمثل آفة تفتك بالمال العام يمارسه موظفون كبار في الأجهزة الحكومية مستغلين مناصبهم أو مسؤولياتهم، لتحقيق مصالح شخصية على حساب المصلحة العامة.

إن مكافحة الهدر والإسراف ليست من الصعوبة بمكان إذا توفرت الإرادة القوية لذلك، فينبغي على الحكومة أن تصدر تشريعات وقرارات وقواعد ناظمة لذلك، مع وجود آلية فعالة للرقابة على ذلك سواء رقابة إدارية أو رقابة مالية وخاصة الرقابة المسبقة على المصروفات العامة.

هنا يأتي دور الابتكار في تصميم طرائق وأساليب جديدة في الرقابة تكون فعالة، وتستفيد من النظم الرقابية التي كانت تسود على مدى عقود ولم تنجح في منع الهدر والإسراف.

إننا ندعو هنا إلى تطبيق الحوكمة في إدارة المالية العامة، حيث أن الحوكمة تهدف، من بين ما تهدف إليه، إلى تحقيق الشفافية والمساءلة في المالية العامة سواء في جانب النفقات العامة أو في جانب الإيرادات العامة.

(3) الدعم الحكومي

الدعم الحكومي subsidy هو مساعدات مالية تقدّم من الحكومة لتخفيض الأسعار إما لصالح قطاع اقتصادي ما (صناعة، زراعة، صحة، تعليم، ..) وإما لصالح المواطن. و في مجتمعات عديدة يهدد إلغاء الدعم الحكومي أو تقليصه بردات فعل قوية من الشعب، ومن أهم السلع التي يتم دعمها عادة: الدقيق (الطحين)، السكر، الحليب، الكهرباء، الأدوية، المشتقات النفطية.

أما في قطاع الصناعة فيكون هدف الدعم هو تنمية تلك الصناعة أو جعلها ذات تنافسية أعلى في الأسواق العالمية. من أشكال دعم الصناعة: الإعفاء من الضرائب، منح تخفيضات على أسعار المواد الخام، تقديم محفزات مادية للمستهلك لشراء منتجات الصناعة (كما في خطط تحفيز قطاع الطاقات المتجددة).

وفي قطاع الزراعة يكون الدعم بتأمين مستلزمات الزراعة (بذور، سماد، مبيدات..) بأقل من تكلفتها الحقيقية. كذلك قد يأخذ الدعم في الزراعة شراء بعض المحاصيل الزراعية بأسعار تفوق الأسعار العالمية، وذلك تشجيعاً للعاملين في الزراعة وتأمين الغذاء للشعب، و تثبيت الفلاحين في مناطقهم (أي للحد من الهجرة الى المدن). إذاً فإن للدعم أنواعاً وصوراً مختلفة منها: دعم الإنتاج، دعم الاستهلاك، دعم التصدير، دعم النقل، الدعم البيئي، الدعم الضريبي، دعم حوامل الطاقة (مشتقات نفطية، كهرباء) وغيرها من أشكال الدعم والإعانات التي تقدمها الحكومة.

والدعم يمكن أن يكون مباشراً كالدعم التمويني (دعم أسعار السلع الغذائية الأساسية)، أو دعم أسعار المشتقات النفطية، أو دعم الأدوية حيث يصل إلى المستفيد مباشرة، وقد يكون الدعم غير مباشر من خلال منح إعفاءات ضريبية، أو منح قروض بدون فائدة، أو تخفيض الضرائب الجمركية على المواد الأولية دعماً للصناعة وغيرها..

ونحن هنا لا نريد الدخول في مزيد من التفصيل في موضوع الدعم لأن المجال لا يتسع لذلك وهو ليس موضوع بحثنا، لذلك سنقتصر على مناقشة أثر الدعم على المالية العامة وجدوى هذا الدعم. إن العبء الذي تتحمله الحكومة أو المالية العامة يتمثل بدفع الفرق بين أسعار السلع المدعومة وبين أسعارها الفعلية. المعارضون على الدعم يرون فيه أن الدولة تقوم بشراء السلم الاجتماعي بطريقة تحمل الدولة ديوناً كبيرة، خصوصاً أن الشرائح الاجتماعية الميسورة كثيراً ما تستفيد من الدعم بدرجة أكبر من الفئات الفقيرة. في الدول العربية يشكل الدعم حوالي نحو 5.7% من الناتج المحلي الإجمالي، وهي نسبة تفوق بكثير المعدل الموجود في بقية الدول النامية والذي يبلغ نحو 1.3% فقط.

يعد دعم المشتقات النفطية هو الأكبر بين عناصر الدعم الحكومي، وتكون فاتورته هي الأكثر ثقلًا على المالية العامة، فقد كان تبرير دعم المشتقات النفطية أنها الأداة الرئيسية لتوفير الحماية الاجتماعية وتقاسم الثروة النفطية. وتشير تقديرات صندوق النقد الدولي¹ إلى أن دعم الطاقة قبل الضريبة - أي الدعم المقاس باعتباره الفرق بين قيمة الاستهلاك بالسعر العالمي وقيمه بالسعر المحلي - في منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا ككل بلغت حوالي 237 مليار دولار في سنة 2011م، وتعادل هذه القيمة 6.8% من إجمالي الناتج المحلي للمنطقة، أو 22% من الإيراد الحكومي، وتمثل أكثر من 48% من دعم الطاقة على مستوى العالم حيث وصل مجموع الدعم العالمي للطاقة الى ما قيمته 492 مليار دولار في سنة 2011م. ويتجاوز دعم الطاقة بكثير في قيمته أنواعاً

¹ المصدر: دراسة أعدها إدارة الشرق الأوسط وآسيا الوسطى، في صندوق النقد الدولي بعنوان: دعم الطاقة في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا: دروس مستفادة للإصلاح مارس 2014م. منشورة على موقع صندوق النقد الدولي www.imf.org

أخرى من الدعم يجري تقديمها في الوقت الراهن في عدد كبير من بلدان منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا. فعلى سبيل المثال، بلغ دعم الغذاء حسب التقديرات 0.7% من إجمالي الناتج المحلي في سنة 2011م مقارنة بـ 6.8% كدعم لحوامل الطاقة في المنطقة. وتمثل المنتجات البترولية نحو نصف مجموع دعم الطاقة في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، بينما يمثل النصف الآخر دعم الكهرباء والغاز الطبيعي.

فعلى سبيل المثال كان توزيع فاتورة الدعم للمشتقات النفطية في المملكة العربية السعودية لسنة 2013م كما يوضح الجدول الآتي:

الوقود	تكلفة الدعم (مليار ريال)	إجمالي الدعم
قطاع الكهرباء	150	451 مليار ريال
قطاع النقل (البنزين والديزل)	168	
الغاز الطبيعي و الإيثان	92	
سوائل الغاز الطبيعي	14.6	
زيت الوقود	23.3	
غاز البترول المسال	3.5	

إن إجمالي الدعم للمشتقات النفطية المذكور أعلاه يعادل نصف النفقات العامة أو يزيد عن ذلك و هو أمر جداً مقلق. لذلك بادرت المملكة للبدء بمعالجة هذا الوضع و بشكل تدريجي اعتباراً من سنة 2016م. إن معدلات نمو استهلاك الطاقة سنوياً تتضاعف في الوطن العربي مقارنة بالمعدلات العالمية، حيث تتراوح نسبة النمو عربياً بين 7%-8%، بينما لا تتجاوز عالمياً 2%-3% في السنة. إن أسباب ذلك في الغالب، تعود إلى انخفاض الأسعار، وبالتالي عدم التشديد. إضافة إلى عمليات التهرب للمنتجات التهلهلة. و انطلاقاً من ضرورة ترشيد استهلاك الطاقة و التخفيف من وطأة فاتورة الدعم الحكومي فقد بادرت دول المنطقة العربية و منها دول مجلس التعاون الخليجي بتحرير أسعار المشتقات النفطية، فقد بدأت دولة الإمارات العربية المتحدة بتحرير الأسعار منذ بداية أغسطس 2015م فقد اختارت دولة الامارات التوقيت المناسب لهذه الخطوة الهامة حيث جاءت في ظل الانخفاض المستمر لأسعار النفط و بالتالي لم يكن لها أثر واضح على الاقتصاد الوطني، و تبعتها دول المجلس الأخرى، حيث أعلنت السعودية عن رفع أسعار البنزين والغاز و الكهرباء و المياه والصرف الصحي، إضافة إلى تطبيق ضرائب على المشروبات الغازية و منتجات التبغ ضمن إعلان موازنة الدولة لسنة 2016م. كذلك فعلت دول المجلس الأخرى. أما باقي الدول العربية فقد بدأت قبل ذلك بتحرير الدعم على حوامل الطاقة.

إن وجهة نظرنا، حول الكلفة المالية للدعم وأثر ذلك على المالية العامة، تتلخص في الآتي: نحن نرى أن استمرار الدعم بالطرق التقليدية (أي دعم الأسعار أو الطاقة، و حتى الدعم التمويني، و الدعم القطاعي) فيه هدر للمال العام و لا طائل منه، خاصة وأننا نتفق مع الكثير من الدراسات التي أثبتت بالدليل القاطع أن المستفيد الأكبر من الدعم هم فئة الأغنياء، وليس فئة الفقراء المستهدفة بالدعم. إن فاتورة الدعم تزداد مع زيادة السكان، و في ظل محدودية الموارد المالية، فلا بد من ابتكار أساليب أفضل لإيصال الدعم

الى مستحقه فعلاً، إننا ندعم فكرة التعويض المالي لمستحقي الدعم على شكل تعويض يصرف مع الراتب لمن يعمل بأجر و يصرف على شكل إعانة مالية نقدية لمن لا يعمل.

حتى الدعم الصحي عن طريق تمويل المستشفيات الحكومية و غير ذلك، فإننا لا نرى جدوى منه لأن خدمات هذه المستشفيات في تراجع بادعاء أنها تقدم الخدمة مجاناً، و المالية العامة تهدر أموالاً طائلة عليها. لذلك فإننا ندعم أسلوب التأمين الصحي لمن هم مستهدفون بالدعم الصحي من غير الموظفين. أما الموظفون فتتكفل مؤسساتهم بالتأمين الصحي عليهم وعلى أفراد أسرهم، وعند تطبيق هذا الأسلوب ستستفيد الخزنة العامة بشكل أفضل، مع أنها ستتكفل بالتأمين الصحي للناس المستحقين له (أي على نفقة الدولة)، لكن فاتورة ذلك ستكون أقل بكثير من الأموال التي تصرف على المستشفيات العامة. و من ناحية ثانية فإن هذه المستشفيات بعد تطبيق هذا الأسلوب ستعمل على أسس تجارية فتطور أعمالها و تبدأ بالتنافس مع مستشفيات القطاع الخاص، إذاً فنحن نضرب ثلاثة عصافير بحجر واحد:

- فالدولة تكفلت بالتأمين الصحي للمستحقين ممن لا يعملون، أو المعاقين أو الفقراء، أو كبار السن في كافة المستشفيات، بموجب بطاقات التأمين الصحي.
- المستشفيات العامة ستتخلص من عبء الخدمة المجانية و تبدأ تتقاضى الأموال ولا مناص لها من أن تطور أعمالها وتنافس القطاع الخاص.
- الخزنة العامة ستستفيد من ضبط الإنفاق العام وسيكون ذلك أوفر عليها.

من ناحية ثانية فإن دعم قطاعات الصناعة والزراعة والتعليم والتصدير وغيرها، أمر وارد على شكل دعم غير مباشر، ونحن نؤيده، لكننا ندعو الى توجيه هذا الدعم إلى مستحقه فعلاً، وأن يأخذ صيغة الدعم النقدي؛ كمنح المنتجين تخفيضا ضريبيا أو جمركيا، أو دعم الفائدة، أو شراء المحاصيل بأسعار فيها دعم، بمعنى أن يكون الدعم مباشرا بحيث لا تضطر الخزنة العامة إلى دعم مواد أو مستلزمات إنتاج أو غيرها يمكن أن تباع في السوق غير النظامية، فليكن دعماً مباشراً يذهب إلى المنتجين فعلاً في هذه القطاعات.

إن إدارة المال العام وترشيده استخدام، ومكافحة الهدر والتبذير والاسراف ليس بالأمر العسير. فذلك يحتاج إلى إرادة من الحكومة، وتفهم من المجتمع في ضوء حملة معلومات وتوضيحات وشرح لهذه الخطوة.

العقود والمناقصات

آخر ما نود الإشارة إليه في محور ضبط استخدام المال العام، هو مسألة العقود أو المناقصات، حيث إننا نعتقد أن هذا البند يمثل أكثر بنود الإنفاق العام عرضة لتغلغل الفساد فيه.. لذلك فلا بد من تطبيق الشفافية بدرجة أكبر في مسائل العقود، ولا بد من أن تركز الجهات الرقابية معظم جهدها في الرقابة على المناقصات وتنفيذ العقود، وينبغي إشراك المواطنين في الرقابة على ذلك، لأن التنفيذ السيء للعقود سيضر بالناس وخاصة بالنسبة للمشروعات ذات الصلة المباشرة بالناس مثل الطرق، الجسور، بناء المدارس، مد خطوط الكهرباء والمياه والاتصالات وغيرها.

المبحث الثالث-الحوكمة في إدارة المالية العامة

الحوكمة Governance تعني الحكم الرشيد Good Governance أو الإدارة الرشيدة. وهي مصطلح حديث العهد ظهر في تسعينيات القرن 20 ، يتركز استخدامها منذ وجودها على تحقيق إدارة أفضل لمؤسسات الأعمال¹.

إننا نرى إمكانية تطبيق الحوكمة في كافة القطاعات سواء أكانت خاصة أم عامة بما فيها الإدارات الحكومية و من ضمنها إدارة المالية العامة، بل إن تطبيقها في ميدان إدارة المالية العامة يعد هاماً و ضرورياً، نظراً لاهتمام جميع المواطنين بالمالية العامة من منظمات أعمال تنتظر اتجاهات الضرائب و الدين العام و توقعات عجز الموازنة العامة ، إلى موظفي الدولة الذين يستلمون معاشاتهم وعلاواتهم منها، إلى أفراد المجتمع العاديين من غير الموظفين، فهذا ينتظر شق طريق إلى بلده، و ثأن ينتظر بناء مركز صحي في منطقته، و ثالث ينتظر ليرى المشروعات الجديدة عله يحصل على فرصة عمل، و هكذا فإن الجميع بأكمله يهتم بالمالية العامة و بشكل خاص بالموازنة العامة للدولة، فإذا عُدت الحوكمة بالغة الضرورة في الشركات المساهمة، حيث يوجد مئات المساهمين أو أكثر أو أقل، لتحقيق مصالح الأطراف الثلاثة فيها و هم؛ إدارة الشركة و مجلس الإدارة و الجمعية العمومية للشركة، فما بالك بإدارة المالية العامة التي تهم ملايين الناس، فهي من باب أولى أن تخضع لمعايير الحوكمة ، حيث إن الحوكمة من بين أهدافها العمل على تحقيق الشفافية، والمسؤولية، والمساءلة².

المطلب الأول-الشفافية في المالية العامة

يقصد بالشفافية في المالية العامة Transparency in Public Finance توفير معلومات شاملة وموثوقة للجمهور عن الأنشطة المالية للحكومة و هيئاتها المركزية والفرعية في الماضي والحاضر والمستقبل، لأن توفير هذه المعلومات يساعد المواطنين على الحكم على أداء الحكومة ومؤسساتها و مساءلتها، كما أن توفير هذه المعلومات يساعد وسائل الإعلام و مؤسسات المجتمع المدني على رقابة الحكومة، مما يقلل من حالات الضعف في الأداء أو الهدر أو الفساد. حتى الأسواق و قطاع الأعمال تستفيد من نشر المعلومات عن اتجاهات و سياسات المالية العامة³.

إننا نرى أن التطبيق الحقيقي للشفافية في المالية العامة وفي أداء الجهات العامة يعد أمراً مهماً لضبط الإنفاق العام وترشيد أوجه صرف المال العام وجدواه.

قام صندوق النقد الدولي IMF بوضع دليل شفافية المالية العامة⁴ في سنة 2007 Manual on Fiscal Transparency 2007، و هذا الدليل جاء تطويراً لميثاق الممارسات السليمة في مجال شفافية المالية العامة، الذي كان وضعه الصندوق في سنة 1998 م ، لقد جاء إصدار هذا الدليل نتيجة توافق الآراء الواضح حول ما

¹ محمد الحسين، الحوكمة في البنوك الإسلامية، مجلة العلوم القانونية التي تصدرها كلية القانون في جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، العدد 4، يوليو 2014م، ص16

² دليل الحوكمة، منشورات مركز أبوظبي للحوكمة، ص 10، منشورة على موقعه www.adccg.ae

³ Hameed, Farhan, 2005, "Fiscal Transparency and Economic Outcomes," IMF WP/05/225 (Washington: International Monetary Fund).

⁴ صندوق النقد الدولي دليل شفافية المالية العامة (٢٠٠٧) ، Manual on Fiscal Transparency (2007) ، منشور على موقع صندوق النقد الدولي WWW.imf.org

تشكله شفافية المالية العامة من عنصر هام في إدارة المالية العامة و نحن نراه داعماً قوياً لتطبيق الحوكمة في إدارة المالية العامة.

وقد ازداد الاهتمام بتعزيز شفافية المالية العامة منذ إعلان الميثاق سنة 1998م. فقد ظهر عدد من المبادرات المعنية بالشفافية في مجال المالية العامة. منها:

مبادرة ” أفضل الممارسات المتعلقة بشفافية الموازنة“.

Best Practices for Budget Transparency الصادرة عن منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OECD في سنة 2001م.

”مبادرة الموازنة المفتوحة Open budget initiative “ لتقييم المعلومات المتاحة للمواطنين في أهم وثائق الموازنة. والصادرة في سنة 2005م.

مبادئ الشفافية المالية

يرتكز ميثاق الممارسات السليمة في مجال الشفافية في المالية العامة، الذي تمت الإشارة إليه آنفاً، على أربعة مبادئ عامة هي:

المبدأ الأول - وضوح الأدوات والمسؤوليات.

المبدأ الثاني- إتاحة المعلومات للجمهور.

المبدأ الثالث- علانية اعداد الموازنة وتنفيذها.

المبدأ الرابع - ضمانات صحة المعلومات.

- وضوح الأدوات والمسؤوليات: أي تحديد هيكل القطاع الحكومي ووظائفه، والمسؤوليات داخل الحكومة. والعلاقة بين القطاع الحكومي وباقي قطاعات الاقتصاد، حيث يتعين على المؤسسات والقطاعات المالية ومؤسسات الأعمال العامة مراعاة متطلبات الإفصاح والشفافية، ومراعاة أخلاقيات الإدارة Ethics Management في القطاع العام .

- إتاحة المعلومات للجمهور: ويؤكد هذا المبدأ على أهمية نشر المعلومات المالية الشاملة عن المالية العامة في أوقات يتم تحديدها بوضوح، حيث ينبغي أن تتضمن وثائق الموازنة العامة عرضاً للتوقعات في المالية العامة في الفترة المستقبلية، و عرض التكلفة التقديرية لجميع بنود النفقات، وكذلك نشر المعلومات عن الدين العام .

- علانية إعداد الموازنة وتنفيذها؛ أي نشر المعلومات للجمهور فيما يخص عملية الموازنة وذلك من خلال :

- عرض تقرير عن الموازنة قبل تاريخ مناقشة واعتماد الموازنة السنوية وبوقت كافٍ، مع بيان توجهات الحكومة الاقتصادية والمالية العامة في المدى المتوسط، وإبراز مجموع الإيرادات ومجموع النفقات والفائض أو العجز و الدين العام، وعرض مشروع الموازنة على السلطة التشريعية قبل بداية السنة المالية بثلاثة أشهر على الأقل واعتماد الموازنة قبل بداية السنة المالية.
- اطلاع الجمهور على الآثار المالية العامة التقديرية لجميع التشريعات المقترحة في مشروع الموازنة .

- ينبغي تصنيف المعاملات حسب الأنشطة أو المخرجات وحسب البرامج أو النتائج، وينبغي أن تشمل وثائق الموازنة معلومات أداء تفصيلية مالية وغير مالية عن جميع المخرجات والأنشطة والبرامج مع بيانات مقارنة عن سنوات سابقة.
 - ينبغي عرض تقارير المصروفات والإيرادات الشهرية والربع والنصف سنوية في مواعيد محدد قانوناً على السلطة التشريعية.
 - ينبغي إجراء مراجعة مستقلة للنتائج المتحققة بالقياس إلى جميع أهداف الأداء وعرضها على الجهات ذات الاختصاص في مواعيد محددة قانوناً.
 - ضمانات صحة المعلومات: أي جودة بيانات المالية العامة والحاجة إلى التدقيق المستقل لها، فينبغي وضع آليات تكفل علانية إرساء المعايير الخاصة بالمحاسبة الحكومية وإبلاغ المعلومات المالية، كما تكفل استقلالها عن الحكومة.
- كما ينبغي أن تقوم الأجهزة العليا للرقابة والمحاسبة بمطابقة توقعات ونتائج المالية العامة وتحليل جميع الفروق الملحوظة وعرض تقريرها على السلطة التشريعية والجمهور بشأن جميع الأمور المتعلقة بسلامة سياسات المالية العامة وشفافيتها.
- من ناحية ثانية، و بغية دعم وتحسين الشفافية في المالية العامة، هناك عدة أساليب وإجراءات لتحسين مستوى الشفافية في أداء المؤسسات العامة سواء الاقتصادية والاجتماعية وحتى النظام السياسي وصولاً إلى إشاعة الشفافية في المجتمع كله، ومن هذه الأساليب: تطوير النظام القانوني، وتكوين لجان للنزاهة في المؤسسات المختلفة، و تنمية الممارسات الإدارية الأخلاقية والالتزام بالقيم في أداء الوظائف المختلفة التي تقوم بها مؤسسات الدولة، و إنشاء وكالات لمحاربة الفساد، و تنمية القيم الدينية والتركيز على البعد الأخلاقي في محاربة الفساد لأن القيم الدينية تدعو إلى الفضيلة والالتزام بالأخلاق في جميع نواحي السلوك البشري، ويقوم جوهر تلك القيم على فرض رقابة ذاتية على الفرد في كل أعماله، وتبني برنامج لتنمية ثقافة حق المعرفة والاطلاع لدى المواطن وحق الحصول على البيانات والمعلومات من الموظفين، و تضيق ضرورات الأمن وأخطار الإفشاء لحجب المعلومات والبيانات التي قد تكون أهمية وصولها للمواطنين تفوق مخاطر إخفائها.
- إن الشفافية تساوي الانفتاح والتخلي عن الغموض والسرية والتضليل، وجعل كل شيء قابلاً للتحقق والرؤية الواضحة، وتطبيق ذلك يعد هاماً في المالية العامة، وعندها سيكون الجميع رقيباً على إدارة المالية العامة وإدارة الجهات العامة بشكل عام.
- المسؤولية
- نحن نرى أن حوكمة الإدارة في المالية العامة ستسهم في تحديد المسؤوليات بشكل أوضح وتسهم في رفع الإحساس بالمسؤولية لدى الموظف المعني بالمال العام وخاصة مع تطبيق الشفافية، وستتطور مع مرور الوقت الأخلاقيات في المالية العامة Ethics in Public finance وهو أمر بالغ الأهمية إذا سادت المعايير الأخلاقية في إدارة المالية العامة.

المساءلة

عندما تسود الشفافية، ويتعمق الإحساس بالمسؤولية وتسود القيم الأخلاقية، ستصبح مساءلة أو محاسبة المقصرين أو المسيئين للمال العام أمراً مشروعاً وسهلاً ومطلباً جماهيرياً وسيشكل ذلك رادعاً أكبر لهؤلاء بعدم تكرار إساءاتهم مستقبلاً.

يمكننا القول بأن الشفافية والمسؤولية والمساءلة ليست غاية في حد ذاتها كما أنها ليست علاجاً شاملاً ومضموناً بشكل مطلق لحل جميع المشاكل، لكن الهدف منها هو المساعدة في رفع فاعلية الأداء وتعظيم جودة اتخاذ القرار ومساهمة ومشاركة ذوي العلاقة في صنع القرار السليم والقضاء على الهدر والإسراف والفساد.

المطلب الثاني- الحوكمة وإدارة المخاطر والامتثال في المالية العامة

Governance, Risk Management, and Compliance: GRC

نظراً لكون المجالات الثلاثة متقاربة إلى حد كبير، و توجد نقاط تماس بينها، وبما أن الاستخدام المشترك لها سيؤدي إلى تقليل تبذير الموارد و تجنب المخاطر و الأزمات و حالات عدم التأكد، ففي الشركات يشمل GRC عدة أنشطة مثل حوكمة الشركات و إدارة المخاطر و امتثال الشركات للقوانين واللوائح المعمول بها، لقد خلصت دراسة عالمية أجرتها شركة ارنست ويونغ Ernst & Young مؤخراً على ٢٥٠ من المؤسسات الرائدة إلى وجود صلة مباشرة بين الممارسات الفعالة لإدارة المخاطر وتحسُّن الأداء المالي. ولكن لكي تقوم الشركات بتنفيذ ممارسات فعالة لإدارة المخاطر وجُئي الفوائد المالية ستحتاج إلى عملية متكاملة ومستدامة للحوكمة (الحكم الرشيد) وإدارة المخاطر والامتثال GRC .

إننا نرى ضرورة لتطبيق هذه الثلاثية في إدارة المالية العامة، فهي بأمر الحاجة لتطبيق معايير الحوكمة وإدارة المخاطر والامتثال (الالتزام) حفاظاً على المال العام وحسن إدارته وتوظيفه.

إدارة الخطر

إدارة الخطر أو إدارة المخاطر Risk Management هي النشاط الإداري الذي يهدف إلى التحكم بالمخاطر وتخفيضها إلى مستويات مقبولة. وبشكل أدق هي عملية التحديد والقياس والسيطرة والتخفيض للمخاطر التي تواجه المنظمة.

المخاطر المالية Financial risk : هو مصطلح يعبر عن أية مخاطر مرتبطة بأي شكل من أشكال التمويل. والمخاطر هنا تأخذ شكلاً سلبياً يعبر عن الفرق بين العوائد الحقيقية والعوائد المتوقعة (حيث تكون العوائد الحقيقية أقل).¹

إن قطاع المالية العامة يعد من أكثر القطاعات تعرضاً للمخاطر، فالإيرادات العامة تعد معرضة للخطر بشكل دائم و خاصة ما يتصل منها بانخفاض الإيرادات الفعلية إلى أقل من الإيرادات المتوقعة أو المقدرة. ثمة مثال واضح و هو مدى الخطر الذي يكتنف إيرادات النفط ، التي يتم تقديرها عند إعداد الموازنة العامة، ولكن أسعارها عرضة للتقلبات في السوق العالمية، من ناحية ثانية هناك مخاطر بعدم تنفيذ نفقات الموازنة كما تم تقديرها.

¹ Grant Thornton, Public financial management reform in a period of global adjustment. Results of a worldwide survey December 2013, PP 4

بسبب صعوبات و عوائق مختلفة، أو حصول أزمات اقتصادية أو مالية محلية أو اقليمية أو دولية تؤثر سلباً على الموازنة العامة. هذا يعني أن المخاطر تعد جدية في المالية العامة وتترك أثراً على عموم الشعب و ليس على أصحاب الشركة فقط كما في حال الشركات.. لذلك فنحن نؤكد على ضرورة وجود إدارة للمخاطر في الإدارة المركزية للمالية العامة على الأقل ، تكون مهمتها دراسة متواصلة لظروف تنفيذ الموازنة العامة وتوقع ورصد أية مصاعب و أحداث غير متوقعة بهدف إيجاد الحلول المناسبة لها إما بتجنبها، أو للتقليل من آثارها، أو لمواجهةها.

على الرغم من وجود العديد من النماذج الدولية لإدارة المخاطر لكن معظمها يركز على القطاع الخاص. فقد قامت المنظمة العالمية للمعايير (التقييس)-آيزو

International Organization for Standardization-ISO

بوضع معيار ISO 31000 ، وهو المعيار الأكثر تطبيقاً لدى الجهات الحكومية ، لبساطته في توضيح دورة إدارة المخاطر والطبيعة المباشرة لها. و في مقارنة المخاطر وربطها بالجهات المعنية. حيث يهدف هذا المعيار الى تقديم أساسيات وخطوات إرشادية لإدارة المخاطر.

الامتثال

الامتثال (أو الالتزام) Compliance يعني الالتزام بتنفيذ أمر ما أو إرادة ما. في ظل ظرف معين يكون طوعاً و ليس قسراً.¹

إذا فإن الامتثال له علاقة وثيقة بكل من إدارة المخاطر والحوكمة. فوجود إدارة أو مكتب للامتثال في المؤسسة يقلل من المخاطر ويساهم في خلق الظروف الملائمة لتطبيق الحوكمة. أما في قطاع المالية العامة، فإننا نرى ضرورة وجود مكتب للامتثال على الأقل في الإدارة المركزية تكون مهمته المتابعة والتأكد من التزام إدارة المالية العامة بالقوانين واللوائح والقواعد النازمة للمالية العامة. ويكون هذا المكتب مرتبطاً بوزير المالية مباشرة. أي أنه يرفع تقاريره وملاحظاته إلى وزير المالية مباشرة. حتى يكون بمثابة المرصد لرصد أية انحرافات عن الخطة المقررة والمعتمدة من الحكومة ومن السلطة التشريعية.

المطلب الثالث-الابتكار المالي عالمياً

من خلال عملية مسح² تمت في سنة 2015 لوحظ وجود زيادة ملحوظة في الابتكار وتنامي العديد من الاتجاهات العالمية الهامة. تندرج ضمن أربعة مجالات رئيسية تؤثر في إدارة المالية العامة هي:

- برامج الإصلاح.
- تطوير البنية التحتية، وخاصة عن طريق الشراكات بين القطاعين العام والخاص (ppp).
- الشفافية Transparency خاصة عبر القنوات الرقمية Digital Channels
- العمل على تجنب آثار الأزمات الاقتصادية والمالية العالمية.

¹ محمد الحسين، مرجع سبق ذكره، ص 18

² المسح نشر في 8 ديسمبر 2015 ، شمل 278 مارس لإدارة المالية العامة في العالم. إضافة إلى رؤى من خبراء تابعين للاتحاد الدولي للإدارة المالية الحكومية (ICGFM). مركز جامعة ماساشوسيتس للمالية و السياسة، و جرانت ثورنتون الدولية Grant Thornton. وهذه هي أحدث حلقة في سلسلة طويلة العقد نشرت بالاشتراك مع جرانت ثورنتون. منشور على موقع مؤسسة جرانت ثورنتون الدولية المتخصصة بالبحوث www.gti.org

النتائج الرئيسية للمسح

- 68% من المستطلعين قالوا إن بلدانهم لديها برنامج حكومي جار تنفيذه لإصلاح إدارة المالية العامة. لكنهم يواجهون مصاعب في القدرة على تحقيق الإصلاحات. 38% منهم قالوا إنها بسبب ضعف الجانب التقني. في حين أن 33% منهم قالوا إنها بسبب قلة الموظفين المدربين. و بعض من المصاعب كانت بسبب قدم التشريعات.
- تسعة من أصل عشرة شملهم الاستطلاع قالوا إن بلدانهم تحتاج إلى استثمارات كبيرة في البنية التحتية لدعم النمو الاقتصادي وما يقارب 75% منهم يأملون في الشراكات بين القطاعين العام والخاص PPP في تمويل مشروعات البنى التحتية.
- يتوقع معظمهم أن وسائل التواصل الاجتماعي ستصبح في نهاية المطاف القناة الرئيسية لزيادة الشفافية. مع أن 43% فقط يستخدمونها في سنة 2013م. ويعتقد 73% من المشاركين أن وسائل التواصل الاجتماعي فعالة في تحقيق قدر أكبر من الشفافية. وترى 53% منهم يرى أن التوظيفات المالية الحكومية ستكون أكثر استجابة لأولويات المواطنين. كما أن نحو 75% من المستطلعين يستخدمون وسائل التواصل الاجتماعي لزيادة الشفافية. ومع أن النسبة تبدو مرتفعة، لكنها مازال منخفضة مقارنة بعمر هذه الوسائل.
- في سنة 2013م. قال 76% من المستطلعين إن الأزمة المالية العالمية تستمر في التأثير على جدول أعمال إصلاح إدارة المالية العامة في بلادهم. وقد شهد عام 2015م انخفاضاً ملحوظاً في هذه النتيجة حيث بلغت ذات النسبة 66%. وفي الوقت نفسه. فقد أشار 59% من المستطلعين في سنة 2015م إلى أن الأزمة دفعتهم إلى اعتماد أساليب جديدة لإدارة المخاطر. بعد أن كانت هذه النسبة 38% في سنة 2013م.

الختامة

يعد قطاع المالية العامة واحداً من القطاعات المحورية في الاقتصاد والمجتمع. لذلك فإن وجهة نظرنا أن إدارة المالية العامة ينبغي أن تكون على أعلى درجات الاقتدار والحداثة. وأن المالية العامة تمثل ميداناً خصباً للإبداع والابتكار بما يشمل جانبيها الرئيسيين: النفقات العامة والإيرادات العامة. بالإضافة إلى إدارة المالية العامة.

لقد دأب الباحثون والمبتكرون على تركيز معظم اهتمامهم على تطوير منظمات الأعمال في القطاع الخاص. سواء في المجالات الإدارية أو التنظيمية أو المالية أو التقنية حيث نجحوا في استحداث وتطبيق العديد من الأساليب الجديدة والمبتكرة أعطت نتائج إيجابية لهذه المنظمات. ولم تحظ الإدارة العامة بذات القدر من اهتماماتهم. إننا نعتقد أن معظم الأفكار التي كتب لها النجاح في القطاع الخاص يمكن أن تنجح في الإدارة العامة وفي مؤسسات القطاع العام مع إجراء بعض التعديلات لتناسب مع واقع الإدارة العامة.

إن تطبيق الحوكمة في إدارة المالية العامة يساهم في تحقيق الشفافية والمسؤولية والمساءلة ما يعد أمراً مطلوباً وضرورياً. كما أن إحداث إدارة للمخاطر ومكتب للامتثال في إدارة المالية العامة يدعم جهود تطبيق الحوكمة في هذا القطاع. كما أن ترسيخ القيم الأخلاقية و ما يسمى أخلاقيات العمل يعد ضرورياً أيضاً في إدارة المالية العامة.

إن التفكير التقليدي المستند إلى مبدأ الرعاية الأبوية للدولة. في دور و أهداف المالية العامة لم يعد ممكناً في العصر الراهن. في ظل تنامي الحاجات العامة الناجمة عن تزايد السكان و تطور حاجاتهم من جهة. و محدودية الموارد المالية المتاحة للحكومات من جهة ثانية. ما يجعل من الضروري التفكير في وسائل دعم للمالية العامة. باستخدام صيغ مبتكرة منها عقود الامتياز (BOT). و عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (PPP) التي ينتشر استخدامها في الدول المتقدمة حيث الأوضاع الاقتصادية والمالية فيها جيدة. لكن استخدامها كان أقل بكثير في الدول النامية. بل إن العديد من هذه الدول لم تهيئ البيئة التشريعية والإدارية المناسبة لتطبيق ذلك. على الرغم من معاناة هذه الدول من شح كبير في الموارد المالية وبالتالي استمرارها في متهاتات التخلف. إنني أشيد وأدعم ما قامت به القيادة الرشيدة في إمارة دبي بإصدار القانون رقم 22 لسنة 2015م قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص PPP.

إن بعض القرارات المالية تعد مؤلة للناس من حيث آثارها الأولية. لكن هذه القرارات تعطي نتائج ايجابية على المدى الطويل. مثل فرض بعض الضرائب الجديدة أو الرسوم أو تقليص الدعم أو حتى إلغاؤه و استبداله بصيغ ذكية مبتكرة تقوم على التعويض النقدي المباشر. مما يحافظ على المال و ينعكس إيجابياً على خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية. كما تقوم به الآن دول مجلس التعاون الخليجي ومن ضمنها دولة الإمارات العربية المتحدة. فهذه الدول تعاني منذ أكثر من عامين من نقص الإيرادات النفطية. و بالتالي فهي كانت أمام ثلاثة خيارات:

1) إما تقليص الإنفاق العام بما يوازي انخفاض إيرادات النفط ما يؤدي إلى توقف العديد من الأنشطة والبرامج ومن ضمنها المشروعات الجديدة وما ينجم عن ذلك من بطالة وانخفاض في معدل النمو الاقتصادي وغيرها من الصعوبات والمشكلات الاقتصادية والاجتماعية.

2) أو تمويل العجز في جزء منه عن طريق السحب من الاحتياطي العام للدولة (فقد كان الهدف من تكوين هذه الاحتياطيات هو ترك موجوداتها للأجيال القادمة أو لظروف قاهرة)، و الجزء الآخر سيتم تغطيته عن طريق الاقتراض، و في كلتا الحالتين: السحب من الاحتياطي و الاقتراض سيترك آثاراً سلبية على المدى الطويل، حيث سيتم استنزاف الاحتياطيات خلال فترة ليست طويلة، و ستتراكم الديون على الحكومة مما يخلق صعوبات مالية واقتصادية جديدة.

3) أو إيجاد مصادر جديدة لتمويل الموازنة العامة، ومن ضمن ذلك تطبيق الضريبة على القيمة المضافة VAT وإدارة أفضل للمال العام و عقلنة الدعم و خاصة دعم حوامل الطاقة، مما يساعد حكومات هذه الدول على الاستمرار بذات الوتيرة من النمو التي سادت في السنين الماضية.

لقد اختارت حكومات دول المجلس الخيار الثالث وهو الخيار الصحيح، و نحن نؤيد و ندعم ذلك.

Conclusion

"Innovation in public finance, U.A.E. Simulation"

Public finance sector as one of the focal sectors in the economy and society, so it is our view that public finance management should be at the highest level of competence and modernity, and public finance represent fertile for creativity and innovation, including the main aspects: public expenditure and revenue, plus management of public finance.

Researchers and innovators must focus most of their attention on the development of business organizations in the private sector, both in the administrative areas, organizational or technical or financial terms they succeeded in developing and implementing new and innovative methods many yielded positive results for these organizations, and public administration are not equally concerns.

We believe that the most successful ideas in the private sector can work in public administration and in public sector institutions with some modifications to suit the reality Public administration.

The application of governance in public finance management contributes to transparency and accountability and responsibility which is required and necessary, as the establishing the Risk Management, and Office of Compliance in the public finance management supports the application of governance in the sector.

As to inculcate moral values and what is called work ethics is also necessary in public finance management.

The conventional thinking, based on the principle of parental care of government, the role and objectives of public finance is no longer possible in the current era, under growing public needs arising from population growth and increasing public needs on the one hand, and the limited financial resources available to Governments on the other hand, what makes it necessary to think about supporting the public finance, using innovative formats including concession contracts (BOT) contracts of public-private partnership (PPP) that spreads used in developed countries where good economic and financial conditions , But their use was much less in developing countries, even some of these States have not provided legislative and administrative environment to apply, although these States suffering from the scarcity of financial resources and thus continuing the maze of underdevelopment. I applaud and support the Leadership of Dubai issued law number 22 for the year 2015 law of public-private partnership PPP.

Some financial decisions are painful for people in terms of the initial impact, but these decisions give positive results in the long term, such as imposing some new taxes or fees or reduce or even cancel subsidy , and replace it with a clever innovative formulas based on direct monetary compensation, which keeps the money and positively affect economic and social development plans, as it does now, GCC, including the U.A.E. State, these countries suffer more than two years of lack of oil revenues, So they was in front of three options:

1) Reduce public spending equivalent to lower oil revenues leading to stop many activities and programs, including new projects and consequent unemployment and low economic growth rate and other economic and social difficulties and problems.

2) Or financing deficit in part by withdrawals from general reserve of the State (it was the target of the composition of these reserves is to leave assets for future generations or to force majeure), and the other part will be covered by borrowing, and in both cases: dragging from the reserve and borrow would leave a negative impact in the long term, which will drain the reserves during the period is not long, and the Government debt will accumulate which creates new financial and economic difficulties.

3) Or find new sources of financing of the general budget, including the application of value added tax VAT and better management of public money and rationalize subsidy the power holder's subsidy, helping the Governments of these States to continue with the same pace of growth that had prevailed in the past years.

GCC Governments have chosen the third option and is the right choice.

And I support and strengthen it.

التوصيات

في ضوء ما تم عرضه في متن البحث، فإننا نوصي بالآتي:

(1) ضرورة تطوير الإدارة في المالية العامة، وذلك عن طريق:

- تطبيق الحوكمة وتحقيق الشفافية ووضوح المسؤولية والمساءلة.
- إحداث إدارة للمخاطر في إدارة المالية العامة.
- إحداث مكتب للامتثال في إدارة المالية العامة، فهو سيساعد على تطبيق الحوكمة.
- تطبيق واسع لنظم المعلومات وتكنولوجيا المعلومات والخدمات الإلكترونية، بما يساهم في تحقيق الشفافية وتقديم الخدمات بشكل أفضل.
- إلغاء ما يسمى بسرية العمل المالي وإخفاء المعلومات المالية، فنحن ندعو إلى الإفصاح عن كل المعلومات المالية، عدا ما يخص قطاعات الدفاع والأمن الوطني، وبعض البنود التي تخص المناصب العليا في الدولة.

(2) ضرورة مراجعة المصروفات الإدارية في إدارات الدولة لضبط هذه المصروفات وتقنينها ومنع الهدر والإسراف.

(3) ابتكار أساليب جديدة لإيصال الدعم الحكومي إلى مستحقيه، فنحن نؤيد التعويض المادي الذي يمنح على شكل علاوات على المعاش أو الراتب، والاستغناء عن الدعم بالأساليب التقليدية، فقد ثبت أنه كان لمصلحة الأغنياء وليس الفقراء.

(4) نشيد بما قامت به حكومة دبي من إصدار قانون للشراكة بين القطاعين العام والخاص PPP، و تطبيقها لعقود البوت BOT. ونقترح على الحكومة الاتحادية في دولة الإمارات إصدار قانون اتحادي للشراكة بين القطاعين العام والخاص PPP.

(5) نؤيد ما تخطط له حكومة دولة الإمارات و قيادتها الرشيدة في الاستغناء عن النفط كممول للموازنة العامة، و ابتكار مصادر جديدة للتمويل من بينها الضريبة على القيمة المضافة VAT، وإنني على ثقة من أن هذه الضريبة ستنجح نجاحاً باهراً في الدولة، كما أنني أقترح على الحكومة الاتحادية أن تعمل من الآن على تدريب الكوادر، و تحضير نظم المعلومات و التكنولوجيا اللازمة، وإحداث دائرة متخصصة في ضريبة VAT في وزارة المالية، والتأكد من جاهزية نظام الفواتير في الدولة، كذلك البدء في حملة توعية و تثقيف للناس حول هذه الضريبة، كما نقترح البدء بتطبيق هذه الضريبة بمعدل واحد في البداية ريثما يتم بناء المهارات وتتوفر الخبرة الكافية عندها يمكن تطبيق أكثر من معدل (لأن تطبيق أكثر من معدل يعد أكثر عدالة من معدل واحد)، وأخيراً نقترح أن يعفى منها السلع الأساسية لحياة الناس، وقطاعات الجيش والشرطة والتعليم والتدريب والصحة والمؤسسات الوقفية والخيرية ودور العبادة.

ومع تطبيق هذه الضريبة المخطط له في بداية 2018م ينبغي أن تكون وزارة الاقتصاد ودوائر التنمية الاقتصادية في كل إمارة، وكافة الجهات المعنية بالأسواق، وكذلك مؤسسات المجتمع الأهلي مستعدة للعمل معاً لضبط الأسعار مع بداية التطبيق لكي لا يستغلها التجار لرفع أسعار منتجاتهم أو خدماتهم بطريقة مبالغ فيها.

المراجع

آ-باللغة العربية

- (1) برناردين أكيثوبي، ريتشارد همينغ، غيرد شوارتز، الاستثمار العام والشراكة بين القطاعين العام والخاص، منشورات صندوق النقد الدولي، 2007.
- (2) محمد الحسين، الحوكمة في البنوك الإسلامية، مجلة العلوم القانونية التي تصدرها كلية القانون في جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، العدد 4، يوليو 2014م.
- (3) خالد عبد الحليم السيد عوض، الضريبة على القيمة المضافة، دراسة مقارنة للنظم الضريبية العالمية، إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2007.
- (4) محمد فؤاد إبراهيم، مبادئ علم المالية العامة، القاهرة، مكتبة النهضة العلمية.
- (5) الاستراتيجية الوطنية للابتكار الصادرة في سنة 2014م، منشورة على موقع حكومة دولة الامارات العربية المتحدة www.uaecabinet.ae
- (6) دليل الحوكمة، منشورات مركز أبوظبي للحوكمة، منشور على موقعه www.adccg.ae
- (7) دليل شفافية المالية العامة 2007، منشور على موقع صندوق النقد الدولي www.imf.org
- (8) دعم الطاقة في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا؛ دروس مستفادة للإصلاح، دراسة أعدتها ادارة الشرق الأوسط وآسيا الوسطى في صندوق النقد الدولي، مارس 2014م، منشورة على موقع صندوق النقد الدولي www.imf.org.

ب- باللغة الإنجليزية:

- 1) Grant Thornton, 2013, Public Financial Management reform in a period of global adjustment.
- 2) Hameed, Farhan, 2005, "Fiscal Transparency and Economic Outcomes," IMWP/05/225 (Washington: International Monetary Fund).
- 3) Irwin, Timothy, 2003, "Public Money for Private Infrastructure—Deciding When to Offer Guarantees, Output-Based Subsidies, and Other Fiscal Support," Working Paper No. 10 (World Bank, Washington).

حق المسجون في الرعاية الصحية والاجتماعية والتعليمية

إعداد الدكتور

عادل خميس المعمرى

أستاذ القانون الجنائي بكلية القانون

جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

ملخص البحث

عملاً بأحكام الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع ومراعاة لقواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين الصادر عن مؤتمر جنيف المنعقد في 1955. وانطلاقاً من تمسك دولة الإمارات العربية بالحريات الفردية والجماعية ومبدأ شريعة العقوبة.

تأسيساً على أن العقوبة السالبة للحرية تستهدف أساس إصلاح المحكوم عليهم وتهذيبهم وتكيفهم الاجتماعي. وتأكيداً على أن التهذيب والتأهيل والأعمال النافعة هي وسائل فعالة في إصلاح المسجونين. مع العمل الدائم لترقيتها وتطويرها

ومن هنا جاء هذا البحث ليعالج موضوع حق المسجون في الرعاية الصحية والاجتماعية والتعليمية وطبيعة هذا الحق وبيان أنواع الرعاية التي كفلتها الأنظمة المقارنة والمشرع الاتحادي رقم 43 لسنة 1992 بشأن تنظيم المنشآت العقابية. ومدى فائدتها للمسجون، وبيان نصوصها ولوائحها القانونية التي فرضها القانون الإماراتي في مرحلة التنفيذ العقابي، وأسلوب وطريقة تقديمها حسب طبيعة المؤسسة العقابية وفقاً للمعايير الدولية، وكذلك مدى ملائمتها للمحكوم عليه سواء كانت مصلحة عمل أو رعاية صحية أو تعليمية أو اجتماعية أو تهذيبية. إلخ.

Extract

Pursuant to the provisions of Islamic, the main source of legislation and taking into account the minimum rules for treatment of prisoners adopted by the meeting in 1955. The Geneva Conference based on adherence to the UAE individual and collective liberties and the principle of the law of punishment. Based on the negative punishment for freedom of targeting based reform convicts and politeness and social adaptation, and confirmation that discipline, rehabilitation and beneficial business is an effective means to reform prisoners, with a permanent work for the promotion and development in

This research to address the issue of a prisoner in the health, social and educational care is a right and the nature of this right and the statement of care guaranteed by the comparison of the Federal regulations and a federal legislator No. 43 of 1992 on the organization of penal institution types. The usefulness of the jail, the statement texts are legal and regulations imposed by the UAE law in the enforcement of penalties, and style of the stage and the method presented by the nature of the penal institution in accordance with international standards, as well as the suitability of the convicted, whether the interests of the work, health, educational, social or care. etc. Finally we will address the nature of the care provided to the convicted juveniles period of implementation of punitive and knowledge of the legal and practical for this care privacy.

1- المقدمة

رعاية المسجون ما هي إلا ثمرة الجهود الدولية والإقليمية التي ينص عليها القانون الداخلي بالدولة، وتشرف عليها الجهة القضائية، وتنفذها الإدارة العقابية، بحيث ترتقي هذه الرعاية إلى درجة من المثالية في الإصلاح والتأهيل تسعى إليها كل دولة، ولذلك فإننا نرى أن الطريق الذي يوصلنا إلى ضمان حق المحكوم عليه في التأهيل هي طبيعة الرعاية التي تقدم له والتي تتحدد أحكامها بحيث تكفل أن تكون رعاية مناسبة لضمان هذا الحق.⁽¹⁾

وفي ضوء ذلك سوف نتناول في هذا البحث طبيعة هذه الرعاية ومدى فائدتها للمسجون، وبيان نصوصها ولوائحها القانونية التي فرضها القانون الإماراتي في مرحلة التنفيذ العقابي، وأسلوب وطريقة تقديمها حسب طبيعة المؤسسة العقابية وفقاً للمعايير الدولية، وكذلك مدى ملاءمتها للمحكوم عليه سواء كانت مصلحة عمل أو رعاية صحية أو تعليمية أو اجتماعية أو ترفيهية إلخ.. وأخيراً سوف نتطرق إلى طبيعة الرعاية التي تقدم للأحداث المحكوم عليهم بفترة تنفيذ عقابي ومعرفة الخصوصية القانونية والعملية لهذه الرعاية.⁽²⁾

2- أهمية وأهداف الدراسة:

تتمثل أهمية موضوع هذه الدراسة في إبراز حقوق الإنسان في مرحلة مهمة من مراحل حياة المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية ألا وهي مرحلة التنفيذ العقابي.

ويتم ذلك من خلال المقارنة بين المواثيق والعهود والقوانين المنظمة لذلك، لتكون وسيلة من وسائل التقارب التشريعي بين هذه المواثيق، رغبة في خدمة التجمعات الدولية والإقليمية العربية والإسلامية، حيث يسعى هذا البحث إلى إيجاد أوجه التشابه والاختلاف في هذه النظم والتشريعات، وذلك تمهيداً للسير في طريق توحيد التشريعات المنظمة للتنفيذ العقابي على المستوى العربي والإسلامي.

كما تبدو أهمية موضوع الدراسة في إلقاء الضوء على الوضع القائم في دولة الإمارات العربية المتحدة، بغية الوصول إلى الهدف المنشود الذي يتمثل في احترام حقوق الإنسان في مرحلة التنفيذ العقابي حتى يخرج المحكوم عليه للمجتمع عضواً صالحاً يساهم في مسيرة التنمية بناءً لوطنه.

(1) راجع حول رعاية المحكوم عليهم وعنايتهم وكيفية التعامل معهم: د. عبد الله محمد بوهندي، حقوق الإنسان في مرحلة التنفيذ العقابي، الناشر: القاهرة: أكاديمية مبارك للأمن، كلية الدراسات العليا سنة النشر: 2005، ص 319.

(2) تم تقسيم المباحث بصورة تتفق مع الدراسات السابقة في هذا المجال وذهن الباحث ينصب حول أولوية الرعاية التي تقدم للمسجون وترابطها وقد روعي فيها مستوى تطبيقها في المؤسسات العقابية بدولة الإمارات العربية ومدى توافقها مع المعايير الدولية محاولاً تقديم صورة خاصة عن طبيعتها في هذه الدولة ودراساتها دراسة تفصيلية وتحليلية.

وأخيراً فإن الباحث يهدف من وراء هذه الدراسة إلى الإسهام -ولو بجزء ضئيل- في إثراء المكتبة العربية بإحدى الدراسات المتخصصة في مجال حقوق الإنسان، والذي يمثل في وقتنا الحاضر موضوع الساعة.

3- مشكلة الدراسة:

أثبتت الدراسات الحديثة أن معدل الجرائم يقل تدريجياً عند قيام المؤسسات الإصلاحية والعقابية بكامل عملها الإصلاحي، ويرتبط ذلك بكفاءتها في إعادة المحكوم عليهم إلى مجتمعهم أفراداً صالحين يشاركون المجتمع في تحقيق أهدافه وقيمه السائدة، بدلاً من رجوعهم إلى عالم الجريمة مرة أخرى مسلحين بسلاح الخبرة الإجرامية؛ لذلك وجب البحث في أساليب عمل المؤسسات العقابية، وأيضاً تكمن مشكلة الدراسة في كيفية المحافظة على حقوق الإنسان المحكوم عليه في مرحلة التنفيذ العقابي بدولة الإمارات العربية المتحدة، ومدى توافقها مع المعايير الدولية. ورغم عدم وجود قانون موحد يحكم التنفيذ بالمؤسسات الإصلاحية والعقابية في الدولة وذلك نظراً لتعدد الجنسيات والأديان بصورة كبيرة داخل المؤسسات الإصلاحية، حيث هنالك مسائل لم يتم تنظيمها.

4- منهجية الدراسة:

تم الاعتماد في هذه الدراسة على المنهج المقارن، ويقصد به تلك الطريقة أو أسلوب البحث الذي يقوم على المقابلة بين قوانين أو موثائق أو عهود قانونية مختلفة، وذلك إما بدراسة الخصائص العامة المميزة للقوانين والمواثيق الأجنبية، وإما بدراسة خصائص قطاع أو مشكلة قانونية معينة في أكثر من قانون وضعي أو أكثر من تشريع قانوني، مع التركيز بصفة خاصة على تشريع دولة الإمارات العربية المتحدة. وتهدف الدراسة المقارنة إلى الرغبة في فهم القواعد القانونية لدى كثير من الدول وذلك بتقريب وجهات النظر والحلول المعمول بها في أنظمتها المختلفة، وأيضاً تنظيم القدر المشترك بينها بأمل تحقيق أكبر قدر من التفاهم الدولي بما ينعكس أثره بالتأكيد على حسن تفهم القانون الوطني والسعي إلى تحقيق تطويره إلى الأفضل دائماً.

5- أهم القضايا التي تثيرها الدراسة:

هناك عدة تساؤلات تسعى الدراسة للإجابة عليها وهي:

- 1- ما هي أهداف ونظم المؤسسات الإصلاحية والعقابية وأساليب التنفيذ بوجه عام؟ وما هي تلك الأهداف والنظم في دولة الإمارات العربية المتحدة بالخصوص؟ وما هي كيفية إدارتها على وجه أخص؟
- 2- ما هي أحكام وقواعد المواثيق المنظمة لحقوق الإنسان المحكوم عليهم خلال فتره التنفيذ العقابي على المستويين الدولي والإقليمي؟ وكذلك على المستويين العربي والإسلامي؟ وما هي الطبيعة القانونية والعملية للتنفيذ العقابي بدولة الإمارات العربية المتحدة؟

3- ما هي ضمانات حقوق الإنسان المحكوم عليه بفترة تنفيذ عقابي وفقاً للقانون الدولي والإماراتي؟

6- خطة الدراسة:

تنقسم هذه الدراسة إلى مبحثين وذلك على النحو التالي:

نتناول في المبحث الأول التصنيف والرعاية الصحية والاجتماعية، وينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب وهي كالآتي: المطلب الأول: الفحص والتصنيف، والمطلب الثاني: الرعاية الصحية، والمطلب الثالث: الرعاية الاجتماعية. أما المبحث الثاني فقد تناول الرعاية التعليمية والتأهيلية وحقوق العمل.

المبحث الأول

الفحص والتصنيف والرعاية الصحية والاجتماعية

تمهيد وتقسيم:

سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نبين في الأول الفحص والتصنيف، ثم نتناول في الثاني الرعاية الصحية، وأخيراً الرعاية الاجتماعية.

المطلب الأول

فحص وتصنيف المحكوم عليهم

تعد عمليتا الفحص والتصنيف من أهم الضمانات التي تقدم للمحكوم عليه لتأهيله وإصلاحه. وذلك بوضعه في المكان المناسب داخل المؤسسة الإصلاحية والعقابية، وكذلك أيضاً تساعد على تقديم الرعاية الصحية والاجتماعية له.

أولاً: الفحص

الفحص هو نوع الدراسة الفنية التي يقوم بها اختصاصيون في مجالات مختلفة لإجراء الدراسة على المحكوم عليه لتحديد شخصية وبيان العوامل الإجرامية التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة، حتى تمكن الملاءمة بين ظروفه الإجرامية وبين الأساليب العقابية التي تجعل الجزاء الجنائي المحكوم به يحقق تأهيله. ويعتبر الفحص خطوة تمهيدية لتصنيف المحكوم عليه. ولذلك يجب أن يحدد الفحص درجة خطورة المحكوم عليه على المجتمع، ثم مدى استعدادده للتجاوب مع الأساليب العقابية.⁽³⁾

وبذلك يتضح أن الفحص في جوهره عمل فني يفترض تضافر جهود فريق من المختصين في علوم الطب وعلم النفس والاجتماع، وهو ما يفترض بعد ذلك تأهيل النتائج التي أثمرتها أعمالهم وإعدادها في صورة صالحة لتكون أساساً للتصنيف.

⁽³⁾ د. فوزية عبد الستار، مبادئ علم العقاب، دار النهضة العربية، طبعة 2000، ص351

يقصد بالتصنيف: وضع المحكوم عليه بفترة تنفيذ عقابي في إحدى المؤسسات الإصلاحية والعقابية الملائمة؛ من حيث حاجته للتأهيل ونوع المعاملة العقابية المناسبة لتأهيله، وذلك عن طريق تقسيم المحكوم عليهم إلى فئات متجانسة على ضوء الفحص الذي يسبق التصنيف وتوزيعهم بداخل المؤسسات العقابية إلى مجموعات متشابهة في الظروف ومدى نوع العلاج والمعاملة المطلوبة.⁽⁴⁾

ويعد فحص السجين أهم مقومات السياسة العقابية الحديثة، وهو عمل فني يقوم به متخصصون يتولون دراسة شخصية المحكوم عليه من مختلف النواحي الصحية؛ سواء كانت عقلية أو نفسية أو اجتماعية أو عضوية، للوقوف على مدى صحتها وكشف أي خلل فيها، ومدى تأثير ذلك على السلوك ومدى إمكانية علاج أي منها، وتحديد المدة اللازمة لذلك وكيفية تنفيذ العلاج، وتقدير الخطورة الإجرامية الكامنة في الشخص ومدى تجاوبه مع الأساليب العقابية. ويهدف الفحص إلى الوقوف على الحالة النفسية والبيولوجية والاجتماعية لمرتكب الجريمة لتحديد خطورته الإجرامية، كما أنه يعتبر مقدمة لعملية تصنيف المحكوم عليهم إلى فئات وذلك بوضع كل فئة من المحكوم عليهم المتشابهين في الظروف في أماكن معينة.⁽⁵⁾ وكذلك التأكد من مدى تجاوب المحكوم عليه مع الأسلوب العقابي وبيان مدى اكتمال شفائه تمهيداً للإفراج عنه.

ويتم التصنيف على النحو الآتي:

- (أ) التصنيف على أساس الجنس، ويتم فصل الرجال عن النساء وتخصيص مؤسسه إصلاحية لكل فئة.
- (ب) التصنيف على أساس السن، ويكون بفصل البالغين عن الأحداث وتخصيص مؤسسه إصلاحية خاصة لكل فئة تتميز كل منها بنظام معين يتلاءم مع طبيعة النزلاء.

⁽⁴⁾ حتى تحقق أساليب المعاملة العقابية الغرض منها يتعين "أن يوجد جهاز متخصص لتصنيف المحكوم عليهم. ويؤدي هذا الجهاز وظيفته على مرحلتين: الأولى مرحلة التشخيص والفحص، ويقوم بها متخصصون في النواحي الطبية والنفسية والاجتماعية، وتشمل دراسة شخصية المحكوم عليهم من جميع جوانبها، ومعرفة العوامل التي دفعت بهم إلى الإجرام واقتراح سبل مواجهتها، والثانية: تتمثل في توزيع المحكوم عليهم حسب فئاتهم على المؤسسات العقابية المختلفة، ويتولى هذه المرحلة إداريون لديهم خبرة في المعاملة العقابية": انظر في ذلك: د. فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام والعقاب، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000م، ص 234.

⁽⁵⁾ د. أحمد عوض بلال، مبادئ علم العقاب، د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، دار النهضة العربية، طبعة 2000، ص 443، د. علي القهوجي، علم الإجرام والعقاب، دار الفهر العربي، طبعة 2002، ص 331 وما بعدها، د. فتوح عبد الله الشاذلي، مبادئ علم الإجرام والعقاب، منشأة المعارف، طبعة 2000، ص 268 وما بعدها.

ج) التصنيف على أساس السوابق. ويكون الفصل بين المحكوم عليهم الذين يدخلون السجن لأول مره، وبين المحكوم عليهم الذين لهم سوابق دخول السجن.

د) التصنيف على أساس نوع الجريمة، وذلك بفصل المحكوم عليهم لارتكابهم جرائم سرقة عن مرتكبي الجرائم الأخرى.

هـ) التصنيف على أساس الخلق الشخصي لكل سجين ومدى استعداداه واستيعابه للإصلاح.

فالمشرع الإماراتي قد ابتدع نظاماً حديثاً لبرامج التصنيف بالنسبة للأحداث ونزلاء المؤسسة الإصلاحية دمج فيه برنامج الاستقبال الذي يعنى بحسن استقبال الحدث في جناح خاص يضم مجموعة من المتخصصين. ويعتبر تصنيف النزلاء في مقدمة أساليب المعاملة العقابية الحديثة التي نص عليها المشرع الإماراتي وفقاً للقانون الاتحادي رقم (43) لسنة 1992م الخاص بتنظيم المنشآت العقابية.⁽⁶⁾

وينقسم التصنيف إلى التصنيف الأفقي: وهو توزيع المحكوم عليهم على المؤسسات العقابية المختلفة حسب تخصص كل منهم، كتوزيع السجناء الرجال على سجون الرجال، والنساء على سجون النساء، والأحداث على سجون الأحداث. وهناك التصنيف الرأسي: وهو توزيع المحكوم عليهم داخل المؤسسة الواحدة حسب مقتضيات المعاملة العقابية لكل شخص، وكلا هذين النوعين مكمل للآخر حيث يبدأ التصنيف أفقياً ثم رأسياً.⁽⁷⁾

كما يراعى في فصل المحكوم عليهم أن يكون أيضاً على أساس نوع الجرائم التي يرتكبونها، فيوضع الذين يحكم عليهم لأسباب مدنية، بما في ذلك الديون، في أماكن منفصلة عن الذين يرتكبون جرائم جنائية، وفي الحالة الأخيرة يراعى أيضاً مدى جسامة الجريمة المرتكبة ومدى خطورة الجاني الإجرامية. ويرى لفيف من علماء العقاب أن التصنيف يعد أهم خطوة في أساليب المعاملة العقابية، وعليه فإن إعادة تأهيل النزلاء داخل المؤسسة الإصلاحية والعقابية تبدأ بتقسيم النزلاء والمحكوم عليهم وفق معطيات توضح الحالة الصحية والأوضاع النفسية والقدرات العقلية والمستوى التعليمي للمحكوم عليهم.⁽⁸⁾

⁽⁶⁾ وفقاً للمواد (57-58-59-60-61) من القانون الاتحادي رقم (43) لسنة 1992م التي إختصت بتصنيف النزلاء.

⁽⁷⁾ للمزيد في ذلك راجع كل من: د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، حق الدولة في العقاب، دار النهضة العربية طبعة 1996، ص 50 وما بعدها، د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 229، د. فوزية عبد الستار، مبادئ علم العقاب، مرجع سابق، ص 331، د. عمر الفاروق الحسيني، علم الإجرام والعقاب، منشأة المعارف، طبعة 1990، ص 410، د. مأمون محمد سلامة، علم الإجرام والعقاب، دار الفكر العربي، 1983، ص 160 وما بعدها.

⁽⁸⁾ د. علي محمد جعفر، السجنون وسياسة تطوير وظائفها الإصلاحية، دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني، يوليو 2000م، ص 65 وما بعدها.

وللتصنيف وظائف عديدة وأدوار مهمة في تأهيل النزلاء يمكن تلخيصها فيما يلي:

(1) أن التصنيف يساعد على فصل فئة النزلاء الأكثر انحرافاً عن رفقاءهم الأقل انحرافاً مما يقلل من فرص (التلوث الإجرامي).⁽⁹⁾

(2) أن تقسيم السجون وتوزيعهم بناء على تصنيفهم يساعد على إنجاح برامج التأهيل النفسي والتربوي والمهني للفئات المستفيدة من تلك البرامج.⁽¹⁰⁾

ومن الملاحظ أن قوانين المؤسسات العقابية في معظم دول العالم تتفاوت في تقديرها لكثير من المسائل التفصيلية في عمليات التصنيف العقابية حسب تشريعاتها وقوانينها ولوائحها الداخلية وأنظمة مؤسساتها وبرامجها التأهيلية، ولكنها جميعاً تتفق على أهمية التصنيف ووجوده كأسلوب أساسي من أساليب المعاملة العقابية، حيث إنه الأساس الذي يتم تكليفهم وفقه بالانخراط في بعض الأنشطة والفعاليات التي تهدف إلى إعادة تأهيلهم ورفع كفاءاتهم وقدراتهم العقلية والجسدية والنفسية والثقافية والدينية.⁽¹¹⁾

وينقسم الفحص من حيث معيار مواعيد إجرائه إلى ثلاثة أقسام:

⁽⁹⁾ إن الاختلاط بين المحكوم عليهم يؤدي إلى جعل المؤسسة العقابية (مدرسة لتعليم وتعلم الجريمة)، حيث يتلقى المجرم المبتدئ أساليب وفنون ارتكاب الجريمة على أيدي المجرمين العائدين أو المجرمين الخطرين. كما أن اختلاط المحكوم عليهم يمكن أن يؤدي إلى إنشاء عصابات إجرامية تمارس عملها بعد الخروج من المؤسسة العقابية. راجع في ذلك: د. حسن طالب، المجرم والسجن والمجتمع، الفكر الشرطي، شرطة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثامن، العدد الرابع، يناير 2000م، ص 14 وما بعدها.

⁽¹⁰⁾ د. حسن إسماعيل عبيد، أساليب إعادة تأهيل نزلاء السجون، لماذا وكيف، الفكر الشرطي، المجلد السابع، العدد الأول، تصدر عن شرطة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، أبريل 1998، ص 249 وما بعدها.

⁽¹¹⁾ عند تصنيف المحكوم عليهم نجد أن هناك فئة المحكوم عليهم بالسجن باقي مدة الحياة وهؤلاء يعتبرون فئة خاصة جداً لأن عقوباتهم غير محددة وبالتالي ينجم عنها آثار نفسية سيئة لديهم بسبب طول المدة من ناحية ولعزلهم تماماً عن الحياة الاجتماعية مدة غير محددة من ناحية أخرى، خصوصاً وأن هناك الكثير من الدول توجد في قوانينها نصوص حول دون الإفراج عنهم أو منحهم العفو. ومن المعلوم أن كل محكوم عليه ولو كان لباقي مدة الحياة يجب أن يعطي فرصة لإعادة التأهيل خصوصاً وأنهم من مرتكبي الجرائم الخطيرة. وإعطاء فرصة للتأهيل دون أن يكون لدى النزير أمل في الإفراج عنه بعد مدة محددة يكون عديم الجدوى. وبالتالي فإن تطبيق عقوبة السجن باقي مدة الحياة ينطوي على إنكار حق المحكوم عليه في إعطائه فرصة للتأهيل والمعاملة الإنسانية لحرمانه من إمكان الإفراج عنه، بما ينطوي بالتالي على حرمانه من الأمل في التحرر وأن يعود مواطناً مسؤولاً. ولذلك قررت اللجنة الأوروبية لمشكلات الجريمة التابعة لمجلس دول أوروبا وهي لجنة خبراء لمنع الجريمة ومعاملة المذنبين إمضاء الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في سنة 1977م بأن السياسة الجنائية التي تنطوي على إبقاء السجين باقي مدة حياته في السجن حتى لو قوّم نفسه بنفسه ولم يصبح خطراً على المجتمع تتعارض مع المبادئ الحديثة في معاملة السجناء أثناء التنفيذ الجزائي وأيضاً مع فكرة إعادة دمج المجرمين في المجتمع من جديد. ولهذا لا توجد من الناحية العملية عقوبة سجن مؤبد في دولة الإمارات العربية المتحدة، فإذا كان القانون نص على هذه العقوبة لبعض الجرائم إلا أنه أخضعها للإفراج الشرطي بعد مضي عشرين عاماً، وأخضعها كذلك لنوع خاص من الإفراج بعد مضي خمسة عشر عاماً. وفي هذه الحالة الأخيرة يكون الأمر بالإفراج من اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم.

أنظر في ذلك د. محمد محي الدين عوض، الاتجاهات الحديثة في السياسات العقابية ومدى انعكاسها في العالم العربي، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، تصدر عن المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض، العدد 21، مايو 1996، ص 17 وما بعدها.

الأول: فحص سابق على صدور الحكم بالجزاء الجنائي، وهو فحص تدرج نتائجه بملف الشخصية الذي يحدد حالة الشخص من خلال نتائج الفحص المختلفة على شخصية الجاني.

الثاني: فحص يجرى بعد صدور الحكم بالجزاء الجنائي. ويقصد به تحديد المعاملة العقابية الملائمة، أي أسلوب تنفيذ العقوبة والمكان المخصص له داخل المنشآت ضمن الطائفة التي تتلاءم وتتشابه معه في الظروف، أو في مكان منفرد إذا كان له خطورة خاصة.

الثالث: فحص يجرى بعد صدور الحكم بالجزاء الجنائي، والبدء في تنفيذه. ويهدف هذا الفحص إلى ملاحظة المجرم وسلوكه خلال مرحلة الجزاء الجنائي، أي مرحلة التنفيذ العقابي لبيان مدى التجاوب مع المعاملة العقابية المحددة له ومدى احترام النظام والتعاون مع المسؤولين والزملاء.⁽¹²⁾

ثالثاً: التصنيف في دولة الإمارات⁽¹³⁾

إن تصنيف النزلاء في مقدمة أساليب المعاملة العقابية التي نص عليها التشريع الإماراتي، وهو يبدأ لحظة دخول النزير إلى المؤسسة الإصلاحية والعقابية وحتى الانتهاء من تنفيذ العقوبة.

وقد راعى المشرع الإماراتي تصنيف المحكوم عليهم حسب الجنس، وقد نصت المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم (43) لسنة 1992م الخاص بتنظيم المنشآت العقابية على تصنيف المنشآت العقابية إلى ثلاثة أنواع: 1- منشآت للرجال. 2- منشآت للنساء. 3- منشآت للأحداث المحكوم عليهم بالحبس، ويراعي فيها فصل الجنسين.

ويلاحظ في هذا الصدد أن الحدث ينفذ العقوبة المحكوم بها عليه في الأماكن المخصصة للأحداث شرط ألا يتجاوز الثمانية عشرة من العمر طبقاً لقانون الأحداث رقم (9) لسنة 1976، وبالتالي لا ينطبق هذا الأمر على من توافر فيه عذر حادثة السن، وأساس ذلك -كما تقول محكمة تمييز دبي- أن (القانون السالفة الإشارة إليه قد حدد سن الحدث والعقوبات المقررة للجرائم التي يرتكبها ونوع العقوبات والتدابير الواجب إعمالها تبعاً لسن الحدث، فمن ثم يكون هو القانون الواجب التطبيق على كل من يعد حدثاً طبقاً لهذا القانون. أما المقصود بعذر حادثة سن المجرم الذي يعتبر من الأعذار المخففة عملاً بالمادة (96) من قانون

⁽¹²⁾ د. محمد أبو شادي، مبادئ علم العقاب، كلية الشرطة، الكويت، مطابع الكلية، 1983، ص 150 وما بعدها.

⁽¹³⁾ انظر تفصيلاً حول تصنيف النزلاء في دولة الإمارات: د. شريف سيد كامل، د. موسى مصطفى شحاته، قواعد الحد الأدنى لمعاملة النزلاء وأثرها على قانون تنظيم المنشآت العقابية في دولة الإمارات العربية المتحدة، الفكر الشرطي، شرطة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، مركز البحوث والدراسات، المجلد العاشر، العدد (13)، أكتوبر 2001، ص 178 وما بعدها.

العقوبات فهو أن يكون المجرم قد تجاوز سن الحدث أي من تجاوز سن الثامنة عشرة، ولا يجوز الجمع بين قانون الأحداث وعذر حداثة السن الوارد في قانون العقوبات لأن لكل مجال ونطاق لإعماله، ومن ثم يكون منعى الطاعن في هذا الصدد في غير محله⁽¹⁴⁾

ونصت المادة (16) من القانون الاتحادي رقم (43) لسنة 1992 الخاص بتنظيم المنشآت العقابية على أن النزلاء في تطبيق أحكام هذا القانون أربع فئات:

الفئة (أ): وتشمل المحبوسين احتياطياً، والمحبوسين في دين مدني أو نفقة شرعية أو لسداد الدية أو حالة الإكراه البدني، وكذلك المحكوم عليهم في التحالفات بعقوبة الحجز.

الفئة (ب): وتشمل المودعين على ذمة تنفيذ عقوبات الإعدام والحدود والقصاص.

الفئة (ج): وتشمل المحكوم عليهم بعقوبة الحبس أو السجن المؤقت أو السجن المؤبد.

الفئة (د): وتشمل الأحداث المحكوم عليهم بعقوبة الحبس.⁽¹⁵⁾

ومع عدم الإخلال بحكم المادة الثالثة⁽¹⁶⁾ من هذا القانون، تخصص في كل منشأة أماكن خاصة لكل فئة من الفئات المذكورة، وتصنف كل فئة إلى درجات بحسب السن والسوابق الإجرامية ونوعها. وتبين اللائحة التنفيذية هذه الدرجات والأحكام المتعلقة بنقل النزير من درجة إلى أخرى.⁽¹⁷⁾

⁽¹⁴⁾ حيث قضى بأنه لما كان ذلك الثابت من إفادة الإدارة العامة للمؤسسات العقابية المؤرخة 23 / 1 / 1999 والمرفقة بالأوراق أن الطاعن ينفذ الحكم الصادر عليه بمركز المنحول الخاص بالأحداث نفاذاً لحكم المادة 3 / 3 من القانون رقم (43) لسنة 1992 فمن ثم يكون منعى الطاعن في هذا الخصوص غير مقبول، لما كان ما تقدم فإن الطعن برمته يكون على غير أساس متعيناً رفضه موضوعاً. محكمة تمييز دبي - الأحكام الجزائية - الطعن رقم 1 - لسنة 1999 قضائية - تاريخ الجلسة 27-2-1999 - مكتب فني 10 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 1163

⁽¹⁵⁾ جاء القانون المصري رقم 396 لسنة 1956م في شأن تنظيم السجون في مادته (13) ليقسم المحكوم عليهم إلى درجات لا تقل عن ثلاث. وتبين كيفية المعاملة والمعيشة لكل درجة بقرار من وزير الداخلية بناء على اقتراح مدير عام السجون وموافقة النائب العام. وتراعى اللوائح الداخلية للسجون في ترتيب وضع المسجونين في كل درجة وفي نقلهم من درجة إلى أخرى مع مراعاة السن.

⁽¹⁶⁾ تنص المادة الثالثة من القانون الاتحادي الإماراتي رقم (43) لسنة 1992 على أن المنشآت العقابية ثلاثة أنواع: 1 - منشأة للرجال، 2 - منشأة للنساء، 3 - منشأة للأحداث المحكوم عليهم بالحبس، ويراعى فيها فصل الجنسين.

⁽¹⁷⁾ ويجب أن يتوافر العدد الكافي من المؤسسات العقابية المتخصصة، حتى توضع كل فئة تتشابه ظروفها - استناداً إلى مرحلة التصنيف - في مؤسسة عقابية مستقلة، أو على الأقل في جناح مستقل من المؤسسات العقابية فيوجد مثلاً سجن للرجال وآخر للنساء، وثالث للأحداث ورابع لمرضى العقل، وخامس لمرضى البدن، ويكون منها ما هو مغلق، ومنها ما هو شبه مفتوح، وما هو مفتوح وهكذا. وأن يراعى في تشييد تلك المؤسسات الاشتراطات العامة الملائمة لكل منها. فمن الشروط العامة أن تكون المؤسسة الإصلاحية والعقابية خارج المدينة حتى لا يساعد على الهرب أو بالأجهزة الحديثة للتنبيه عن محاولات الهرب وكذلك لمراقبة سير حركات المحكوم عليهم والحراس في المؤسسة ويجب أن تكون قاعات الطعام، وأماكن الزيارة فسيحة، وأن تخصص أماكن للعبادة إلى آخر ذلك من الأمور المهمة والتي تساعد في عمليات التصنيف وكذلك على تطبيق وسائل التأهيل الأخرى. أنظر في ذلك الدكتور: فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 235 وما بعدها.

والأسس التي اعتمد عليها المشرع الإماراتي في تقسيم المحكوم عليهم يمكن إجمالها في الآتي:

(1) بالنسبة للمحكوم عليهم من الفئة (ب) فقد تم تقسيمهم إلى درجتين: الأولى تشمل المودعين لتنفيذ عقوبة الإعدام. وتقسم هذه الفئة إلى مجموعتين: المجموعة (أ) وتضم المودعين الذين تزيد أعمارهم على 18 سنة وحتى 25 سنة. المجموعة (ب) وتضم المودعين الذين تزيد أعمارهم على 25 سنة. الدرجة الثانية: وتضم المودعين لتنفيذ عقوبات الحدود والقصاص. وتقسم هذه الدرجة إلى أربع مجموعات: المجموعة (أ) للذين تتراوح أعمارهم ما بين 15 سنة وحتى 18 سنة. المجموعة (ب) للذين تزيد أعمارهم على 18 سنة وحتى 25 سنة. المجموعة (ج) للذين تزيد أعمارهم على 25 سنة وحتى 40 سنة. المجموعة (د) للذين تزيد أعمارهم على 40 سنة. وتقسم كل مجموعة إلى قسمين: القسم الأول: للمودعين لأول مرة. القسم الثاني: لذوي السوابق⁽¹⁸⁾.

(2) تقسم الفئة (د) من فئات المسجونين المنصوص عليها المادة (16) من القانون الاتحادي رقم (43) لسنة 1992 المشار إليه إلى درجتين هما: الدرجة الأولى: وتضم الأحداث المحكوم عليهم بعقوبة الحبس والذين تزيد أعمارهم على 16 سنة وحتى 18 سنة. وتقسم هذه الدرجة إلى قسمين: يضم القسم الأول المحبوسين لأول مرة. ويضم القسم الثاني المحبوسين من ذوي السوابق. أما الدرجة الثانية فتشمل الذين تجاوزت أعمارهم 18 سنة أثناء إيداعهم المنشأة العقابية.

ويستفاد مما تقدم أن النظام المعمول به لتصنيف المحكوم عليهم في دولة الإمارات العربية يتخذ من الخطورة الإجرامية أساساً للتصنيف؛ فهو يجنب المحكوم عليهم لأول مرة مخاطر الاختلاط بالمجرمين ذوي السوابق. ومن ثم فهو يتفق مع القانون النموذجي العربي الموحد لتنظيم السجون الصادر بتاريخ : 2000/04/23 حيث يتم تصنيف المسجونين وتوزيعهم في السجون. حسب العقوبات المقررة عليهم. وخطورة الجرائم التي حبسوا من أجلها. وسنهم وشخصيتهم. وقدرتهم على تحسين حالتهم. ثانياً: يقع التعامل مع المسجونين حسب الفئة التي ينتمون إليها وفق ما يلي: الفئة أ: وتشمل المحبوسين احتياطياً. والمسجونين في دين مدني أو نفقة شرعية أو سداد لدية أو في حالات الإكراه البدني. الفئة ب: وتشمل المودعين على ذمة تنفيذ عقوبات الإعدام أو الحدود أو القصاص. الفئة ج: وتشمل المحكوم عليهم بعقوبة السجن المؤبد أو المؤقت. الفئة د: وتشمل الأحداث المحكوم عليهم بعقوبة الحبس.

(18) المادة (32) من قرار وزير الداخلية رقم 471 لسنة 1995 بشأن إصدار اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم (43) لسنة 1992م في شأن تنظيم المنشآت العقابية. الجريدة الرسمية.

المطلب الثاني

الرعاية الصحية

يقصد بالرعاية الصحية الوقاية واتخاذ كافة الإجراءات لمنع إصابة السجين بالمرض المعدى الذي قد يصب غيره من المساجين وقد يمتد إلى خارج المؤسسة العقابية ويتفشى بين أفراد المجتمع عن طريق الزائرين أو موظفي المؤسسات العقابية الذين يقيمون خارجها.⁽¹⁹⁾

والرعاية الصحية هي حق لكل إنسان، ومن ثم يجب على الدولة أن توفر الرعاية الصحية أو العلاج الطبي للمحكوم عليه بوصفه إنساناً، فإذا كانت الدولة سلبته حريته، وحرمته من الذهاب أو التردد على الطبيب من أجل العلاج، فإن واجب هذه الدولة أن تقدم له البديل عما حرمته منه، بحيث توفر له العلاج والرعاية الصحية في المؤسسة العقابية، والغرض منها منع إصابة المحكوم عليه بالمرض المعدى الذي قد يصيب غيره من المحكوم عليهم، الذي قد يمتد إلى خارج المؤسسة العقابية ويتفشى بين أفراد المجتمع. ولحماية السجين من الأمراض المعدية أثناء فترة التنفيذ العقابي داخل المنشأة العقابية، يلزم توافر شروط معينة في كل من الهيكل المادي لهذه المنشأة وفي السجين ذاته.

كما أن حرمان المحكوم عليهم من الرعاية الصحية يتضمن إيلافاً إضافياً يقره القانون لكونه يزيد عن الألم الذي يستهدفه القانون والمتمثل في سلب الحرية فقط.⁽²⁰⁾

وقد أكدت القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء الصادرة بتاريخ 1957/07/31 والقوانين المقارنة ومنها القانون الإماراتي على أهمية الرعاية الصحية للسجناء فنصت على أساليب وقائية وأخرى علاجية وسوف نتناول كلا منهما على النحو التالي:

أولاً: الأساليب الوقائية للرعاية الصحية للسجناء:

تتنوع الأساليب الوقائية الصحية للسجناء؛ فمنها ما يتعلق بمباني السجن، ومنها ما يتعلق بالطعام المخصص للسجين.

⁽¹⁹⁾ د. شريف زيفر هاللي، واقع السجون في الوطن العربي بين التشريعات الداخلية والمواثيق الدولية، دراسة مقارنة، المنظمة العربية للإصلاح الجنائي، دار النهضة العربية، ص 90، 2004.

⁽²⁰⁾ راجع في ذلك د. نبيه صالح، دراسة في علمي الإجرام والعقاب، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 256، د. شريف سيد كامل، المعاملة العقابية، مرجع سابق، ص 56 وما بعدها، د. حسن محمد ربيع، الإجرام والعقاب، دار النهضة العربية، طبعة 2000، ص 549.

يتعين أن تتوافر في جميع أجنحة المؤسسة العقابية أسس فنية تكفل جميع الشروط الصحية. سواء من حيث: المساحة والتهوية والإضاءة والمرافق الصحية والنظافة. ومن ثم يجب أن تساعد هذه المؤسسات على تنفيذ برامج الإصلاح العقابي المنشود. كما يجب أن يخصص لكل محكوم عليه سرير مزود بالغطاء الذي يتناسب مع فصول السنة. وأن تتخذ كافة الاحتياطات الصحية اللازمة لعدم تعرض المحكوم عليهم للأخطار والأمراض الوبائية⁽²¹⁾. وأن تكون هناك صيانة ورقابة ومتابعة دائمة لها. وقد أكدت المادة العاشرة من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء على ضرورة أن يتوافر لجميع الغرف المعدة لاستخدام المسجونين، ولاسيما حجرات النوم ليلاً، جميع المتطلبات الصحية مع الحرص على مراعاة الظروف المناخية؛ وخصوصاً من حيث حجم الهواء والمساحة الدنيا المخصصة لكل سجين والإضاءة والتدفئة والتهوية. كما نصت المادة (11) من هذه القواعد على أنه يجب أن تكون النوافذ من الاتساع بحيث تمكن السجناء من استخدام الضوء الطبيعي في القراءة والعمل. وأن تكون مركبة على نحو يتيح دخول الهواء النقي سواء وجدت أم لم توجد تهوية صناعية. ويجب أن تكون الإضاءة الصناعية كافية لتمكين السجناء من القراءة والعمل دون إرهاق نظرهم. هذا مع أنه يجب أن تكون المرايح كافية لتمكين كل سجين من تلبية احتياجاته الطبيعية في حين ضرورتها وبصورة نظيفة ولائقة (م12). ويجب أن تتوفر منشآت الاستحمام والاعتسال بالمش بحدس بحيث يكون في مقدور كل سجين أو نزيل أن يستحم أو يغتسل بدرجة حرارة متكيفة مع الطقس بالقدر الذي تتطلبه الصحة العامة تبعاً للفصل والموقع الجغرافي للمنطقة على ألا يقل ذلك عن مرة في الأسبوع في مناخ معتدل (م13). ولا تشمل النظافة الصحية مكان إبداع المحكوم عليهم بل يجب أن تكون جميع الأماكن التي يتردد عليها السجناء بانتظام في المؤسسة مستوفاة الصيانة والنظافة في كل حين (م14).

⁽²¹⁾ الأمراض الوبائية: هي الأمراض سريعة الانتشار، تؤدي غالباً إلى الوفاة، وتنقسم إلى وباء انفجاري، وهو الذي يوجد له مصدر مشترك أو أداة نقل مشتركة حيث يظهر عدد كبير من الحالات في المجتمع في فترة قصيرة من الوقت تتراوح ما بين يوم إلى خمسة أيام، والأوبئة ذات النمط طويل الأمد حيث تحدث حالات قليلة فقط كل يوم أو أسبوع على امتداد عدة أسابيع. كما أن بعض هذه الأمراض يتم انتقال العدوى بها من الهواء أو من تناول أطعمة معينة. أما من ناحية أساليب مواجهة الأمراض الوبائية فهي تكمن في:

وضع خطط للوقاية من هذه الأمراض، من خلال التعريف بالأمراض، ومسبباتها، وطرق العدوى، وطرق المناعة، وطرق المكافحة. تدريب فرق طبية على الاكتشاف المبكر للحالات وسرعة الإبلاغ عنها، تجهيز معامل متحركة لبحث الحالات المشتبه بها، واتخاذ الإجراءات الوقائية وتوفير الأدوية اللازمة لعلاج الأمراض الوبائية وتوفير الأمصال واللقاحات اللازمة لمنع انتشار الوباء بين الأصحاء. راجع حول ذلك: د. عزة عبد الله، أساليب مواجهة الكوارث الطبيعية، مجلة مركز بحوث الشرطة، أكاديمية مبارك للأمن، جمهورية مصر العربية، العدد الحادي والعشرون، يناير 2002، ص 549 - 550.

2- النظافة الشخصية للسجناء

يجب توفير الأدوات الخاصة بالنظافة الشخصية، كما يجب إلزام المحكوم عليه بالنظافة الشخصية المناسبة، وهذا الإلزام إنما هو حق من حقوق النزلاء للحصول على النظافة العامة فلا يؤدي أي محكوم عليه زملاءه بسوء نظافته أو إهماله الذي قد يؤدي للأمراض المعدية. وبخصوص النظافة الشخصية تنص المادة (15) من هذه القواعد على أنه تفرض على السجناء العناية بنظافتهم الشخصية، ومن أجل ذلك يجب أن يوفر لهم الماء وما تتطلبه الصحة والنظافة من أدوات. وبغية تمكين السجناء من الحفاظ على مظهر مناسب يساعدهم على احترام ذواتهم يزود السجن بالتسهيلات اللازمة للعناية بالشعر والذقن ويجب تمكين الذكور من الحلاقة بانتظام. (م 16).

3- توافر الغذاء المناسب للسجناء

يجب أن تكون وجبات الطعام التي تقدم للمحكومين متنوعة وكافية من حيث الكمية والقيمة الغذائية، وأن يتم إعدادها وتقديمها بطريقة نظيفة، وما من شك أن تنوع وجبات الغذاء، والاهتمام بالطريقة التي يعد بها الطعام ونظافة المطبخ ونظافة القائمين عليه، وتقديم الطعام بطريقة كريمة ومهذبة، إنما هي أهم مقومات حفظ كرامة الإنسان وكرامة المحكوم عليه. كما يجب أن تقدم وجبات خاصة للنساء أثناء الحمل، أو الرضاعة، وكذلك الحال بالنسبة لأي محكوم عليه يقرر الطبيب له ذلك وهو ما أكدته المادة (20) من قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء بقولها "على إدارة السجن أن توفر -في الساعات المعتادة - وجبة طعام ذات قيمة غذائية كافية للحفاظ على صحته وقواه، جيدة النوعية وحسنة الإعداد والتقديم. وتوفر لكل سجين إمكانية الحصول على ماء صالح للشرب كلما احتاج إليه".

4- حق السجناء في ممارسة الأنشطة الرياضية

في الواقع أن التمرينات والأنشطة الرياضية والترفيهية وخاصة التنزه في الهواء الطلق لها أكبر الأثر في صحة المحكوم عليه، حيث يكون من الضروري توفير الأماكن والأدوات اللازمة لتحقيق هذا الهدف. كما يجب أن يتوافر المدرب الرياضي في المؤسسة الإصلاحية والعقابية، حتى يقوم بمساعدة المحكوم عليه على ممارسة التمارين الرياضية المناسبة، ثم يجب تخصيص أوقات محددة للقيام بهذه التمرينات، أو التمتع بهواء الطلق. وقد تضمنت قواعد معاملة السجناء ضرورة أن يكون لكل سجين غير مستخدم في عمل في الهواء الطلق حق في ساعة على الأقل في كل يوم يمارس فيها التمارين الرياضية المناسبة في الهواء الطلق، إذا سمح الطقس بذلك. كما توفر تربية رياضية وترفيهية خلال الفترة المخصصة للتمارين للسجناء

الأحداث وغيرهم ممن يسمح لهم عمرهم ووضعهم الصحي، ويجب أن توفر لهم - على هذا القصد - الأرض والمنشآت والمعدات اللازمة (م21).

5- حق السجناء في الرعاية الطبية

يجب أن يتولى الإشراف على تنفيذ جميع الوسائل الوقائية التي سبق ذكرها الإدارة الطبية داخل المؤسسة الإصلاحية والعقابية، بحيث يجب على طبيب السجن التأكد من توفر الشروط الصحية اللازمة، وذلك حتى تتقن الوسائل الوقائية دورها في تحقيق بيئة صحية مناسبة داخل المؤسسة العقابية.

ولا تقتصر الرعاية الصحية على تلك الوسائل التي تهدف إلى حماية المحكوم عليه من مختلف الأمراض والاضطرابات، بل تشمل أيضاً العلاج الطبي كلما تطلب ذلك. ويتولى ذلك جهاز فني مستقل يتألف من طبيب أو أطباء في التخصصات المختلفة، وهيئة تريض بجانب المكان الخاص باستقبال المرضى والأجهزة الطبية اللازمة.

وتجمع النظم العقابية الحديثة على حق الإنسان المحكوم عليه بفترة تنفيذ عقابي في العلاج إذا أصابه مرض أثناء خضوعه لتنفيذ العقوبة، بل إن هذا الحق يمتد إلى العلاج من الأمراض التي كان مصاباً بها قبل دخوله المؤسسة العقابية، ولا سيما إذا كانت هي أحد العوامل التي دفعته للسلوك الإجرامي، فضلاً عن أن الإنسان المحكوم عليه في وضع لا يمكنه من الذهاب للطبيب المختص لعلاجه. واختيار الطبيب يخضع لظروف كل مؤسسة والإمكانيات المتوافرة لها. كما أن العلاج الذي يمس سلامة الجسم أو الخاضع لعمليات جراحية يتطلب رضا المريض أو ولي أمره تطبيقاً للقواعد العامة. أما فيما يختص بالعلاج الذي يستهدف برامج للتهذيب والتأهيل فيجب إخضاعه له وذلك حسب القانون دون أن يكون هناك إهدار لكرامته كإنسان.⁽²²⁾

وقد جاء التشريع الإماراتي مراعيّاً لأهم المبادئ في مجال الرعاية الصحية، وتضمنها في القانون الاتحادي رقم (43) الخاص بتنظيم المنشآت العقابية وكذلك لائحته التنفيذية وفقاً لما يلي:

أ- أوجبت المادة (29) من القانون أن يكون لكل منشأة طبيب أو أكثر. أحدهم مقيم تناط به الرعاية الصحية للمسجونين، وعليه أن يفحص كل مسجون عند دخوله المنشأة، ويثبت

⁽²²⁾ راجع في ذلك كل من: د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، مرجع سابق، ص 438. د. محمد صبحي نجم، علم الإجرام والعقاب، منشأة المعارف، طبعة 1989، ص 144.

حالته الصحية والعقلية في السجل العام لكل فئة من المسجونين، وأن يحدد الأعمال التي تمكنه صحته من أدائها.⁽²³⁾

ب- يوجب القانون على إدارة المنشأة أن تهئ للمسجونين وسائل النظافة الشخصية الضرورية. بحيث يلزم بنظافة جسمه وملابسه وكل ما هو متعلق بحالته العامة الشخصية.

ت- للمسجونين حق التجمع ساعتين على الأقل يومياً في أوقات الفراغ يقضونها في الهواء الطلق.

ث- يجب أن يحتوي طعام المحكوم عليهم على القيمة الغذائية التي تحفظ الصحة والقوى ويكون متنوعاً وجيد التجهيز.

ج- إذا بلغت حالة المسجون المريض درجة الخطورة وجب على إدارة المنشأة أن تبادر إلى إخطار أهله وأن ترخص لهم بزيارته دون التقيد بالمواعيد الرسمية للزيارة.

كذلك تبين المادة (33) من القانون وكذلك اللائحة التنفيذية الإجراءات الواجب اتخاذها في حالة الوفاة.⁽²⁴⁾

⁽²³⁾ تنص المادة (23) من قانون تنظيم السجون المصري على أن يكون في كل ليمان أو سجن غير مركزي طبيب أو أكثر. أحدهم مقيم. تُنَاط به الأعمال الصحية وفقاً لما حدده اللائحة الداخلية. ويكون للسجن المركزي طبيب. فإذا لم يعين له طبيب كلف أحد الأطباء الحكوميين بأداء الأعمال المنوطة بطبيب السجن.

كما تقضي القاعدة (22) من قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين أنه يجب أن يتوافر لكل مؤسسة طبيب واحد على الأقل مؤهل لذلك ولديه بعض المعرفة بطب الأمراض العقلية والنفسية. ويجب أن تنظم الخدمات الطبية على أساس اتصالها اتصالاً وثيقاً بخدمات الإدارة الصحية العامة للمجتمع المحلي والأمة. كما يجب أن تتضمن حتماً لطب الأمراض العقلية للتشخيص ولعلاج حالات الشذوذ العقلي المناسبة.

⁽²⁴⁾ إن الإجراءات التي يجب اتخاذها في حالة الوفاة تتضمنها المادة (33) التي تنص على أنه: "إذا بلغت حالة المسجون المريض درجة الخطورة بناءً على تقرير طبيب المنشأة وجب على إدارة المنشأة أن تبادر لإخطار أهله وأن ترخص لهم في زيارته دون التقيد بالمواعيد الرسمية للزيارة. وإذا ما توفي المسجون يقدم الطبيب إلى النيابة تقرير يدون فيه التفاصيل التالية - بقدر ما يتاح له التأكد منها:

- 1 - اليوم الذي اشتكى فيه المريض المتوفى من المرض لأول مرة أو اليوم الذي لوحظ فيه لأول مرة أنه مريض.
- 2 - العمل الذي يقوم به في ذلك اليوم.
- 3 - صنف الطعام الذي تناول في ذلك اليوم.
- 4 - اليوم الذي دخل فيه إلى المستشفى.
- 5 - اليوم الذي بلغ فيه نوباً مرض السجين لأول مرة.
- 6 - نوع المرض.
- 7 - آخر مرة كشف فيها الطبيب على المريض قبل وفاته والعلاج الذي وصف له.
- 8 - الوقت الذي توفي فيه السجين.

ويخطر أهل المريض فوراً لاستلام جثته وفي جميع الأحوال لا يجوز دفنه قبل إخطار النيابة العامة المختصة بواقع حالة الوفاة وسببها والحصول على تصريح منها بالدفن وإذا لم يحضروا بالوقت المناسب جاز دفنه في مقبرة الجهة الكائنة بها المنشأة العقابية بعد أداء الشعائر الدينية المقررة.

كما يحق لمدير المؤسسة إرسال المحكوم عليه المريض لأقرب مستشفى متوافر فيه العلاج المناسب له في حالة ما إذا رأى طبيب المؤسسة ذلك، مع مراعاة الأمن والسلامة حسب خطورة الحالة وتقديرها وأخذ الاحتياطات الضرورية.⁽²⁵⁾

ومن أبرز الأساليب الوقائية للرعاية الصحية رعاية المرأة الحامل؛ ففي سجون النساء يجب أن تتوفر المنشآت الخاصة الضرورية لتوفير الرعاية والعلاج قبل الولادة وبعدها ويجب - حيثما كان ذلك في الإمكان - اتخاذ ترتيبات لجعل الأطفال يولدون في مستشفى مدني، وإذا ولد الطفل في السجن لا ينبغي أن يذكر ذلك في شهادة ميلاده. حين يكون من المسموح به بقاء الأطفال الرضع إلى جانب أمهاتهم في السجن، وتتخذ التدابير اللازمة لتوفير دار حضانة مجهزة بموظفين مؤهلين يوضع فيها الرضع خلال الفترات التي لا يكونون أثناءها في رعاية أمهاتهم. (م23)

ثانياً: الأساليب العلاجية للسجناء

الأساليب العلاجية للسجناء تشمل الفحص الطبي الدوري للسجناء، والتقارير الطبية؛ فمن حيث الفحص الطبي يقوم الطبيب بفحص كل سجين في أقرب وقت ممكن بعد دخوله السجن، ثم يفحصه بعد ذلك كلما اقتضت الضرورة، وخصوصاً بغية اكتشاف أي مرض جسدي أو عقلي يمكن أن يكون مصاباً به، واتخاذ جميع التدابير الضرورية لعلاج، وعزل السجناء الذين يشك في كونهم مصابين بأمراض معدية أو سارية، واستنباه جوانب القصور الجسدية أو العقلية التي يمكن أن تشكل عائقاً دون إعادة التأهيل، والبت في الطاقة البدنية على العمل لدى كل سجين. (م25)

وفيما يتعلق بالتقارير الطبية فعلى الطبيب أن يقابل يومياً جميع السجناء المرضى وجميع أولئك الذين يشكون من اعتلال وأي سجين استرعى انتباهه إليه على وجه خاص، وأن يقدم تقريراً إلى المدير كلما بدا له أن الصحة الجسدية أو العقلية لسجين ما قد تضررت أو ستتضرر من جراء استمرار سجنه أو من جراء أي ظرف من ظروف هذا السجن. (م26)

وقد جاءت قواعد الرعاية الصحية للسجناء في الفصل الثالث من القانون الاتحادي رقم 43 لسنة 1992 بشأن تنظيم المنشآت العقابية متوافقة مع القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء على النحو التالي:

⁽²⁵⁾ انظر في ذلك المادة (31) من القانون الإماراتي الخاص بتنظيم المؤسسات الإصلاحية والعقابية وطبقاً لما جاء بالقاعدة رقم (9) من المبادئ الأساسية لمعاملة السجناء ينبغي أن توفر للسجناء سبل الحصول على الخدمات الصحية المتوافرة في البلد دون تمييز على أساس وضعهم القانوني. (الوثيقة رقم 12).
انظر في ذلك د. عدنان زيدان، الاتجاهات الحديثة في قانون المنشآت العقابية الإماراتي، مرجع سابق، ص 42.

- 1- يكون لكل منشأة طبيب أو أكثر أحدهم مقيم تناط به الرعاية الصحية للمسجونين وفقا لما تحدده اللائحة التنفيذية، وعليه أن يفحص كل مسجون عند دخوله المنشأة ويثبت حالته الصحية والعقلية في السجل العام لكل فئة من المسجونين وأن يحدد الأعمال التي تمكنه صحته من أدائها. على أنه بالنسبة للمنشآت الخاصة بالنساء يتعين أن يكون الأطباء فيها من النساء إلا إذا اقتضت الضرورة أن يكون بالمنشأة طبيب أو أكثر من الرجال (م29).
- 2- على الطبيب تفقد المنشأة والمسجونين للتحقق من النواحي الصحية وخاصة ما يتعلق منها بالنظافة والغذاء. وعلى ضابط المنشأة تنفيذ التدابير الصحية التي يرى الطبيب اتخاذها. وعلى إدارة المنشأة المختصة أن تهئ للمسجونين وسائل النظافة والرياضة البدنية. وللمسجونين حق التمتع بساعتين على الأقل يوميا من أوقات الفراغ يقضونها في الهواء الطلق وذلك في حدود ما تقررته اللائحة التنفيذية (م30).
- 3- وإذا تبين لطبيب المنشأة أن المسجون مصاب بمرض عقلي قرر عرضه على لجنة طبية تشكل بقرار من وزير الصحة يكون من بين أعضائها أحد أطباء السجن والطبيب الشرعي لفحصه والتثبت من حالته فإذا تقرر نقله إلى مستشفى للأمراض العقلية نقل إليه بأمر من مدير الإدارة المختصة مع إخطار النيابة العامة، وتحسب المدة التي يقضيها المسجون في المستشفى من مدة العقوبة (م31).
- 4- وإذا تبين لطبيب المنشأة أن المسجون مصاب بمرض يهدد حياته أو حياة الآخرين أو يعجزه كليا فعلى إدارة المنشأة أن تعرضه على اللجنة الطبية المشار إليها في المادة السابقة وذلك لفحصه والنظر في الإفراج الصحي عنه. ويصدر بالإفراج الصحي قرار من النائب العام وتخطر به وزارة الداخلية. وعلى مركز الشرطة الذي يقيم المسجون في دائرته عرضه على الطبيب الحكومي المختص كل ثلاثة أشهر على الأكثر ما لم يتم إبعاده عن البلاد لتقديم تقرير طبي عنه توطئة لإلغاء أمر الإفراج الصحي إذا اقتضى الحال ذلك. ويعرض التقرير على اللجنة الطبية المذكورة فإذا قررت زوال الحالة المرضية التي استوجبت الإفراج عنه يعرض الأمر على النائب العام ليقرر إعادة المسجون إلى المنشأة لاستيفاء باقي مدة العقوبة. وتحسب المدة التي يقضيها المسجون المفرج عنه خارج المنشأة من مدة العقوبة (م32).
- 5- وإذا بلغت حالة المسجون المريض درجة الخطورة بناء على تقرير طبيب المنشأة وجب على إدارة المنشأة أن تبادر إلى إخطار أهله وأن ترخص لهم في زيارته دون التقييد بالمواعيد الرسمية للزيارة. وإذا توفي المسجون يقدم الطبيب إلى النيابة العامة تقريرا يدون به التفاصيل التالية بقدر ما يتاح له التأكد منها:
- اليوم الذي اشتكى فيه المريض المتوفى من المرض لأول مرة. أو اليوم الذي لوحظ فيه لأول مرة أنه مريض.

- العمل الذي كان يقوم به في ذلك اليوم.
 - صنف الطعام الذي تناوله في ذلك اليوم.
 - اليوم الذي أدخل فيه إلى المستشفى.
 - اليوم الذي بلغ فيه نبأ مرض السجين لأول مرة.
 - نوع المرض.
 - آخر مرة كشف فيها الطبيب على المريض قبل وفاته والعلاج الذي وصف له.
 - الوقت الذي توفى فيه السجين.
 - ويخطر أهل المتوفى فوراً لاستلام جثته، فإذا لم يحضروا في الوقت المناسب، جاز دفنه بمقبرة الجهة الكائنة بها المنشأة بعد أداء الشعائر الدينية المقررة. وفي جميع الأحوال لا يجوز دفنه قبل إخطار النيابة العامة المختصة بواقعة الوفاة وسببها، والحصول على تصريح منها بالدفن.
- كما خص المشرع الاتحادي المرأة الحامل ببعض قواعد الرعاية الصحية تتميز عن تلك الواردة في قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء؛ فمن ناحية يؤجل تنفيذ عقوبة الإعدام على المرأة الحامل إلى أن تضع حملها، وتتم رضاعته في عامين هجريين وتحبس حتى يحين وقت التنفيذ (المادة 289 عقوبات اتحادي).
- ويتفق ذلك وقواعد الشريعة الإسلامية لأن تنفيذ حكم الإعدام على المرأة الحامل من شأنه قتل الجنين دون ذنب اقترفه، فضلاً عن أن ذلك يخالف مبدأ شخصية العقوبة.
- ومن ناحية أخرى تعامل المسجونة الحامل ابتداءً من وقت ظهور الحمل معاملة المسجونين من الفئة (أ) إذا لم تكن من هذه الفئة وتعفى من العمل بالمنشأة وتمنح رعاية طبية خاصة من حيث الغذاء والنوم، ويؤجل تنفيذ أية جزاءات تأديبية عليها إلى ما بعد الوضع أو إلى حين انتهاء فترة وجود مولودها معها بحسب الأحوال، ويجب نقلها إلى المستشفى عند اقتراب الوضع وتبقى فيه حتى تضع حملها وإلى أن يقرر الطبيب خروجها منه، وتبذل لها ولمولودها العناية الصحية اللازمة مع الغذاء والملبس المناسب والراحة. وللمسجونة أن تحتفظ بمولودها حتى يبلغ من العمر عامين هجريين فإذا لم ترغب في بقاءه معها أو بلغ هذه السن سلم لمن تختاره من لهم حق الحضانة وإلا سلم لأبيه، وإذا لم يوجد يودع في إحدى دور رعاية الأطفال مع إخطار الأم في جميع الحالات بمكانه وتفسير رؤيتها له في أوقات دورية على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية. وفي جميع الأحوال يجب ألا يذكر في شهادة ميلاد الطفل ما يشير إلى مولده في المنشأة أو في مستشفى خاص بها أو إلى واقعة سجن أمه.⁽²⁶⁾

⁽²⁶⁾ المادة (21) من القانون الاتحادي رقم (43) لسنة 1992 م في شأن تنظيم المنشآت العقابية واللائحة التنفيذية

وبعد دراسة الرعاية الصحية للمحكوم عليه خلال فترة التنفيذ العقابي نجد أنها تحقق الأغراض التالية:

(1) الوقاية الصحية العامة

لا بد أن تتخذ الإجراءات الضرورية لحماية المحكوم عليهم من الأمراض المختلفة أثناء إيداعهم بالمنشأة العقابية للحيلولة دون تفشي الأمراض بينهم داخل المؤسسة. ومن ثم بين أفراد المجتمع عند عودتهم إليه.⁽²⁷⁾

(2) منع العود للجريمة

أكدت أبحاث ودراسات علم الإجرام وجود علاقة بين المرض والجريمة. فقد يكون المرض بالنسبة لبعض المحكوم عليه أحد العوامل في إقدامهم على اقتراف الجريمة. ومن ثم يحقق علاجهم وشفائهم من تلك الأمراض استئصال أحد العوامل الإجرامية⁽²⁸⁾. خاصة وأن تدهور الصحة يجعل المحكوم عليهم فريسة للأمراض المختلفة. ومن ثم فعدم سلامة المفرج عنهم من الناحية الصحية قد يؤدي إلى الفشل في الدراسة إذا كان صغير السن. أو الفشل في مزاولة أعماله. وبالتالي تدفع هذه الحالة الصحية المحكوم عليه إلى الفشل والبطالة. وهي ظواهر اجتماعية ضارة كثيرا ما تُعيد المفرج عنه مرة أخرى إلى الجريمة.⁽²⁹⁾

(3) إزالة الآثار النفسية الضارة

إن سلب الحرية وما يسبقه من إجراءات قبض وحجز وتحقيق ومحاكم. تترك أثراً على نفسية المحكوم عليه قد يقوده للإحساس بالمرارة واليأس نتيجة كثرة التفكير في وضعه الجديد. فالصحة العامة تكفل سلامة عمليات التهذيب والتأهيل. فكلما كان المحكوم عليه سليم البدن والعقل والتفكير. كلما ساعده ذلك في الابتعاد عن أوجه السلوك غير المشروع. وإزالة تلك الآثار الضارة أو في التخفيف من حدتها.⁽³⁰⁾

⁽²⁷⁾ د. محمد زكي أبو عامر. د. فتوح عبد الله الشاذلي. أساسيات علم الإجرام، مرجع سابق، ص 264. وهذا ما نصت عليه القاعدا (24) من مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين التي أقرتها الجمعية العامة للمؤتمر الدولي سنة 1995م بقولها أن "يوقع الطبيب الكشف على كل مسجون عقب قبوله بالسجن بأسرع ما يمكن. وكلما دعت الضرورة بعد ذلك. لغرض الكشف بصفة خاصة عما يحتمل أن يكون مصابا به من مرض جسماني أو عقلي واتخاذ كل التدابير الضرورية. كعزل المسجونين المشتبه في إصابتهم بأمراض معدية أو وبائية. وإثبات العجز الجسماني أو العقلي الذي قد يعوق التأهيل وتحديد مدى القدرة البدنية لكل مسجون للعمل".

⁽²⁸⁾ محمد زكي أبو عامر. د. فتوح عبد الله الشاذلي. أساسيات علم الإجرام. مرجع سابق، ص 264.

⁽²⁹⁾ راجع في ذلك كلا من:

د. محمود نجيب حسني. علم العقاب. مرجع سابق، ص 412. حسنين عبيد. الوجيز في علم الإجرام والعقاب. دار النهضة العربية. طبعة 1996، ص 432. د. نبيه صالح. دراسة في علمي الإجرام والعقاب. منشأة المعارف. طبعة 2004، ص 259.

⁽³⁰⁾ د. يسر أنور علي. د. أمال عبد الرحيم عثمان. علم الإجرام والعقاب. مطبعة جامعة عين شمس. 2010، ص 217 وما بعدها.

ويرى الباحث أن الرعاية الصحية لا تقتصر على علاج المحكوم عليه من المرض، إنما تشمل هذه الرعاية الصحية أيضا إجراءات احتياطية لوقاية المحكوم عليهم من الأمراض، وبالتالي فإن الرعاية الصحية تتضمن أساليب وقائية وأساليب علاجية.

المطلب الثالث

الرعاية الاجتماعية

تعد الرعاية الاجتماعية من أهم الحقوق للمحكوم عليه التي تجب المحافظة عليها ودعمها في عمليات الإصلاح والتأهيل، وهذا ما عنيت به النظم العقابية الحديثة، سواء تمثلت هذه الرعاية في صورة إقامة إدارة للخدمة الاجتماعية العقابية كما هو الحال في فرنسا، أو في صورة اختصاصي اجتماعي فأكثر كما هو الحال في أغلب المؤسسات الإصلاحية العقابية العربية.

وتكمن أهمية الرعاية الاجتماعية في التعرف على المشكلات التي يعاني منها المحكوم عليه قبل دخوله المؤسسة العقابية وكذلك التي يعاني منها بعد دخوله إليها، إذ لابد من مواجهة هذه المشكلات وحلها حتى يتوافر له الهدوء النفسي الذي يتيح له الاستجابة لجهود التهذيب والتأهيل. فضلا عن أن الرعاية الاجتماعية أثناء التنفيذ هي تمهيد للرعاية اللاحقة التي تعقب الإفراج، ذلك أنه لا يمكن إرجاء الرعاية إلى حين الإفراج، إذ تكون عندئذ متأخرة فلا يتاح لها الوقت لقطف ثمرتها، خاصة وأن هذه الرعاية الاجتماعية إذا ما نجحت جهودها فهي تعتبر حلقة الوصل بين هذا الإنسان المحكوم عليه بفترة تنفيذ عقابي وبين عالمه الخارجي، فهي المسؤولة عن مراسلاته وزياراته وترتيبها والعناية بها.⁽³¹⁾

أولاً: أساليب الرعاية الاجتماعية

وتشمل هذه الأساليب دراسة مشكلات المحكوم عليه، وتنظيم أوقات فراغه، وكفالة الصلة بين المحكوم عليه والمجتمع الخارجي.

⁽³¹⁾ راجع في ذلك تفصيلاً: د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، مرجع سابق، ص 470، د. فوزية عبد الستار، مبادئ علم الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 366، د. يسر أنور، آمال عثمان عبد الرحيم، علم الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 48 وما بعدها، د. فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علمي الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 272، د. إبراهيم جابر خالد عبد العزيز، رعاية المسجونين والمفرج عنهم، مرجع سابق، ص 283.

لا شك أن الإنسان المحكوم عليه كانت له حياته قبل دخوله المنشأة العقابية، ومن الممكن أن تكون هذه الحياة هي السبب في ارتكاب الجرم والتسبب بمعاقبته في دخول المؤسسة العقابية، أو أن هذه الحياة الخاصة ليست هي السبب لدخوله للمنشأة العقابية ولكن هناك موقف تعرض له، وعلى سبيل المثال حادث السير الذي يؤدي للوفاة مثلاً، فهذا خطأ قانوني ارتكبه السائق نتيجة الإهمال أدى إلى الوفاة مما أدى إلى دخوله المؤسسة العقابية، وبالتالي فدراسة مشكلات المحكوم عليه تحدد كيفية وطريقة تأهيله وإصلاحه وكيفية قضائه لفترة عقوبته. وكذلك الوقوف على مشكلات المحكوم عليه أثناء وجوده في المؤسسة العقابية يساعد على رعايته والأخذ بيده، فلا شك أن الحياة في المؤسسة العقابية مختلفة عن خارجها، والأسرة التي يعولها قد تركها، والعمل الذي كانت تعيش منه أسرته قد توقف، والزوجة فارقها زوجها وخملت وحدها مسؤولية الأسرة، والأم أو الابنة مريضة مثلاً.. كل ذلك يحتاج للرعاية والحلول للمشاكل التي يعتبرها أكبر المشكلات ولا يجد لها حلاً.⁽³²⁾

وهنا يظهر دور الاختصاصي الاجتماعي في الأخذ بيد المحكوم عليه ومساعدته على اجتياز الأزمة، وتوجيهه إلى الوسائل التي يستطيع عن طريقها حل مشاكله والاندماج والتجاوب مع النظام المفروض في المؤسسة العقابية، والاتصال بأسرته، وكذلك الاتصال بالهيئات الاجتماعية المختصة برعاية نزلاء المؤسسات العقابية وأسرههم لتقديم المساعدة والعون له، وإبلاغه بذلك كي يطمئن نفسياً ويذهب عنه القلق والاضطراب، ويكون مؤهلاً لاستقبال برامج التأهيل والتأهيل داخل المؤسسة.⁽³³⁾

⁽³²⁾ انظر في ذلك د. أحمد عبد المجيد الصمادي، د. عبد القادر عبد الله، الاتجاهات الحديثة في إرشاد نزلاء مراكز الإصلاح والتأهيل، مرجع سابق، ص 29، وما بعدها، كما تأتي أهمية الرعاية الاجتماعية وتفرض وجودها كحق مكتسب للمحكوم عليه أثناء فترة التنفيذ العقابي، ما نتج في تاريخ مهنة الإرشاد النفسي من مجموعة كبيرة من الطرق والنظريات لدراسة وتفسير السلوك الإنساني من زاويتها الخاصة والتي تساعد على حل مشاكله الاجتماعية. كما تحدد ملامح وأساليب العملية الإرشادية (العملية الإصلاحية) الخاصة بها، مما يعطيها أسلوباً منفرداً نستطيع من خلالها الوصول بالمحكوم عليه لمرحلة ممتازة لوضعه الاجتماعي وجعله في منطقة الأمان من التفكير بالنواحي الاجتماعية. وهذه النظريات تكمل بعضها البعض وتعطي بعداً جديداً لعملية الإرشاد (الإصلاح والتأهيل). ولكن هناك أربع نظريات معاصرة سيطرت على الميدان تدرس كل نظرية المناهج الأساسية وتطور الشخصية السوية واللا سوية وتفسير السلوك الإجرامي وإهداره العملية الإرشادية وهي كالآتي:

1 - نظرية التحليل النفسي

2 - نظرية المدرسة السلوكية

3 - نظرية الاتجاه الوجودي

4 - نظرية الضبط والعلاج الواقعي

⁽³³⁾ راجع في ذلك: د. خالد عبد العزيز الشريدة، تكامل التكافل في تنمية وتطوير أساليب الرعاية القبلية والبعدية للمسجونين، ورقة عمل مقدمة لندوة الإصلاح والتأهيل في المؤسسات العقابية والإصلاحية بالملكة العربية السعودية، 10/30-11/1/2001، ص 64، د. علي محمد جعفر السجون وسياسة تطوير وظائفها الإصلاحية، مرجع سابق، ص 73 وما بعدها، وأيضاً - أدوين هـ. سنذر لاند، دونالدر. كريسي، ترجمة اللواء / محمود السباعي، مبادئ علم الإجرام، مؤسسة فرنكلين للطباعة والنشر، 1968م، ص 228.

ب) تنظيم أوقات الفراغ

لابد من تنظيم أوقات فراغ المحكوم عليهم عن طريق وضع برنامج يومي لهم. يبدأ من استيقاظهم صباحاً وحتى وقت نومهم ليلاً، ويضم هذا البرنامج أساليب الرعاية المختلفة، من حيث التعليم والتثقيف والنواحي الصحية وطرق العمل التي من شأنها أن تنظم أوقات الفراغ وتجعل وقت المحكوم عليه وقتاً مفيداً مع إدخال بعض البرامج عليها مثل: الوجبات الغذائية والنظافة العامة، ويعتمد فيها المحكوم عليه على نفسه من ناحية تنظيف مكان السكن سواء كان العنبر أو الحوش وغرفته وكل متعلقاته الشخصية، وبالتالي يتعلم المحكوم عليه ضبط برنامجه اليومي بعد أن كان عديم الاحترام للوقت والنظام. ومن الأنشطة التي لابد من إضافتها لأي برنامج يومي:

1- الأنشطة الاجتماعية

لابد من عمل أنشطة اجتماعية متنوعة للمحكوم عليهم تستهدف تغيير الروتين اليومي؛ منها المسابقات الدينية والثقافية والعلمية ويجب الإكثار منها، وكذلك المسابقات الشهرية والأسبوعية وأثناء المناسبات مثل شهر رمضان والأعياد، وتخصيص الجوائز المناسبة لما لها من تأثير على حرص المحكوم عليه لاستكمال عملية التأهيل المخصصة له.⁽³⁴⁾

2- تنظيم الأنشطة الرياضية البدنية

كما أن للرياضة البدنية أهمية كبرى في المحافظة على صحة المحكوم عليه، وعلى اندماجه مع باقي الجماعة، وتعليمه الاختلاط وروح الجماعة، وبالتالي زيادة تفاعله الاجتماعي وذلك بتنظيم تمارين رياضية بدنية. ويجب أن تعد المنشأة العقابية المساحات والساحات الرياضية والمعدات اللازمة وتعيين مدربين.⁽³⁵⁾

ثانياً: كفالة الصلة بين المحكوم عليه والمجتمع الخارجي

عزل المحكوم عليه عن العالم يؤثر في نفسية المسجون بشكل سلبي ويضعه في ضيق نفسي، ويعوده على اعتزال الناس وحب الوحدة، وقد يكره التعاون معهم وهذا راجع إلى العزلة الطويلة عن المجتمع، فلا بد من

(34) د. شريف سيد كامل، موسى مصطفى شحاته، قواعد الحد الأدنى لمعاملة النزلاء وأثرها على قانون تنظيم المؤسسات العقابية في دولة الإمارات، مرجع سابق، ص 179 وما بعدها، علي محمد جعفر، السجون وسياسة تطوير وظائفها الإصلاحية، مرجع سابق، ص 73.

(35) أحمد عبد المجيد الصمادي، عبد القادر عبد الله، الاتجاهات الحديثة في إرشاد نزلاء مراكز الإصلاح والتأهيل، مرجع سابق، ص 31.

الاتصال الخارجي حتى يستطيع المحكوم عليه الإلمام والمعرفة بالأمور الخارجية سواء كانت الخاصة أو الأسرية أو العامة. وبالتالي تسهل من عودته للمجتمع. ويكون هذا الاتصال بالعالم الخارجي بإحدى الطرق التالية:

1 - الزيارات

تجوز زيارة المحكوم عليه من خلال اللقاء مع (أسرته - أصدقائه...). وتعتبر حقاً من حقوقه؛ لما لها من أثر كبير في تخفيف الأعباء الكثيرة والآثار النفسية للمحكوم عليه بسبب وجوده بالمؤسسة العقابية، وخاصة عدم جلوسه واجتماعه بمن يحب من الأهل والأصدقاء. ولكنه لا بد من المراقبة التامة للمحكوم عليه أثناء الزيارة عن قرب لمنع أية مخالفات قد تحدث للقواعد التنظيمية للمؤسسة العقابية.⁽³⁶⁾

وتتم الزيارة وفقاً لضوابط معينة بحيث تخصص ثلاثة أيام في الأسبوع لزيارة المسجونين. ويراعى أن تكون الأوقات المخصصة غير تلك المخصصة للزائرات. وتحدد أيام ومواعيد وأماكن الزيارة بقرار من مدير المنشأة الإصلاحية والعقابية على ألا تقل مدة الزيارة الواحدة عن خمس عشرة دقيقة. كما يُسمح بزيارة المسجونين في أيام الأعياد والمناسبات الرسمية. ويكون تحديد موعد الزيارة بقرار من مدير المنشأة الإصلاحية والعقابية.⁽³⁷⁾

وفي السابق كانت الزيارة التي يسمح بها للمحكوم عليه تنحصر فقط في سماع أصوات أسرته وأقربائه. ولكن تغير هذا الحال باعتبار أن ذلك يمثل إهداراً لحقوق الإنسان المحكوم عليه وأدميته. وقد عدلت بعد ذلك بحيث يستطيع المحكوم عليه التواصل واللقاء ورؤية أسرته وأصدقائه والاجتماع بهم في غرفة مخصصة لذلك وفي جلسات شبه عائلية.⁽³⁸⁾

(36) خالد محمود الخمري، ضمانات المحكوم عليه خلال التنفيذ العقابي، أطروحة (دكتوراه)-جامعة القاهرة، 1999، ص 421.

(37) انظر المادتان (16، 17) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المنشآت العقابية الإماراتية.

(38) د. أحمد عبد المجيد الصمادي، عبد القادر عبد الله، الاتجاهات الحديثة في إرشاد نزلاء مراكز الإصلاح والتأهيل، مرجع سابق، ص 32.

ومن الجدير بالذكر أنه في جمهورية مصر العربية- وفي إطار توجهات وزارة الداخلية بالاهتمام بحقوق الإنسان في مرحلة التنفيذ العقابي - ثم إلغاء حاجز الأسلاك بين المحكوم عليهم وذويهم أثناء الزيارة لمراعاة شعورهم أثناء الزيارة والتي كان عبارة عن حواجز فاصلة بينهم وأهليهم إمعاناً في مراعاة شعورهم وصون كرامتهم... وتمشياً مع الاتجاه العالمي المناهض بالانهوض برعاية السجناء ورعاية حقوقهم. وقد بدأ التنفيذ اعتباراً من منتصف شهر سبتمبر في عام 2004، راجع حول ذلك د. أحمد جاد منصور، دور وزارة الداخلية في حماية وتعديل مفاهيم حقوق الإنسان، مجلة الشرطة، وزارة الداخلية، الإصدار الثاني، العدد الأول، القاهرة، 2005، ص 25. العقيد خالد إسماعيل، دور قطاع السجون ومنظمات المجتمع المدني في إعادة تأهيل السجناء وأثره في منع الجريمة، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة دور المجتمع المدني في منع الجريمة، مركز بحوث الشرطة، أكاديمية الشرطة، القاهرة، 12 يناير 2005، ص 5.

المراسلة هي طريقة قديمة مفيدة للإنسان على وجه العموم، وعلى المحكوم عليه بفترة تنفيذ عقابي على وجه الخصوص، لما لها من تأثير إيجابي على معنوياته النفسية، لأنها تقوم بدور التخفيف عنه بكتابة ما يضيق به صدره لمن يحب ويرتاح له، وهو على يقين أن هذه الرسالة سوف تصل لصاحبها وكذلك استقباله الرد والخطابات المكتوبة إليه. ووصول الأخبار والمعلومات عن طريق مراسلته تعتبر أفضل طريقة لراحته النفسية واطمئنانه وسكونه.⁽³⁹⁾

وعلى الرغم من أن أغلب القوانين المقارنة تقر بحق المسجون في تلقي المراسلات وتفرض السرية على هذه المراسلات⁽⁴⁰⁾ إلا أن بعض من هذه التشريعات تفرض قيوداً على هذه المراسلات فعلى سبيل المثال المشرع المصري نص في المادة (61) من القرار بقانون 396 لسنة 1956 الخاص بتنظيم السجون على التزام مدير السجون بالاطلاع على هذه المراسلات كما جعل المشرع المصري الحرمان من المراسلة لمدة مؤقتة من الجزاءات التي يجوز توقيعها على السجين.⁽⁴¹⁾

بينما المشرع الإماراتي قصر حق المراسلات على المسجونين من الفئة (ج) فتنص المادة (23) من قانون تنظيم المنشآت العقابية رقم (43) لسنة 1992 على أنه للمسجون من الفئة (ج) الحق في مراسلة ذويه وأصدقائه واستقبالهم في حدود ما تقرره اللائحة التنفيذية، ويرخص لمحاميه في مقابلته على انفراد بشرط الحصول على إذن كتابي من النيابة العامة المختصة، وتتم المقابلة على مرأى من أحد المسؤولين بالمنشأة بحيث لا يسمع ما يدور من حديث. وعلى ضابط المنشأة أن يطلع على مراسلات المسجونين من الفئة المذكورة وله أن يمنع إرسالها أو تسليمها له إذا رأى ما يبرر ذلك مع إثبات الواقعة في الملف الخاص بالمسجون. والحكمة من ذلك أن المسجونين من هذه الفئة قد تكون مدة العقوبة عليهم كبيرة فهي تشمل المحكوم عليهم بعقوبة الحبس أو السجن المؤقت أو السجن المؤبد، ومن ثم ينبغي السماح لهم بالحق في المراسلات ولكن وفقاً للقيود سالف الذكر.

⁽³⁹⁾ خالد محمود الخمري، مرجع سابق، ص 421 وما بعدها.

⁽⁴⁰⁾ حيث تنص المادة 1-6-57 R من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي المضاعفة بالمرسوم رقم 1634-2010 في 23 ديسمبر 2010 على أنه توفر إدارة السجن للمحتجز في أي وقت الحق في تلقي المراسلات، في مظاريف مغلقة لحفظها والحفاظة على سرية جميع الوثائق الشخصية، سواء المرسلة منه أو تلك التي ترد إليه <http://www.legifrance.gouv.fr>

⁽⁴¹⁾ وفي المقابل لم ينص المشرع الكويتي في القانون رقم 26 لسنة 1962 على جزاء الحرمان من المراسلات لمزيد من التفصيل راجع د. غنام محمد غنام، حقوق الإنسان في السجون، مطبعة جامعة المنصورة، طبعة 2011 ص 157 وما بعدها.

ويرى الباحث ضرورة عدم قصر الحق في المراسلات على فئة معينة من المسجونين دون ما عداها مع عدم تقييد ذلك إلا لضرورات الحفاظ على الأمن العام.

المبحث الثاني

الرعاية التعليمية والتأهيلية وحقوق العمل

تتواصل الرعاية التي تقدم للمحكوم عليهم لتأهيلهم وإصلاحهم والعودة بهم إلى المجتمع أفراداً صالحين. فكما تناولنا في المبحث السابق التصنيف والرعاية الصحية والاجتماعية كحق للمحكوم عليه. نتناول في هذا المبحث الرعاية التعليمية والتأهيلية وحقوق العمل وفق المطالب التالية:

المطلب الأول: الرعاية التعليمية

المطلب الثاني: الرعاية التأهيلية

المطلب الثالث: حقوق العمل

المطلب الأول

الرعاية التعليمية

ترجع أحقية المحكوم عليه أثناء فترة التنفيذ العقابي في الرعاية التعليمية لكونها تسهم -بدور أساسي- في تأهيل المحكوم عليه، فالتعليم يستأصل أحد العوامل الإجرامية فيزيل بذلك عاملاً للعودة إلى الإجرام. ويعتبر من هذه الناحية نظاماً تأهلياً؛ فالأمية والجهل قد يوفران المناخ الملائم للسلوك الإجرامي. ومن شأن العلم استئصالهما.⁽⁴²⁾

والتعليم يؤدي إلى تأهيل المحكوم عليه، ويجعله أكثر قدرة على التحكم في أفعاله، والتكيف مع الأشخاص المحيطين به، والتصرف على النحو المطابق للقانون، نظراً لنضوج إمكانياته الذهنية، وأسلوب تفكيره.

⁽⁴²⁾ تناول العديد من العلماء والدارسين العلاقة بين التعليم والجريمة. وظهر أن للتعليم أثراً واضحاً في البعد عن ارتكاب الجريمة. وبالتالي في تحقيق الأمن. حيث إن التعليم يزود الشخص بالوعي الأمني ومخاطر الجريمة على الشخص والمجتمع. بالإضافة إلى أنه يتيح للشخص سبل العيش والاكتساب التي تنأى به عن الوقوع في براثن الجريمة. على عكس الشخص الذي لم ينل قسطاً من التعليم فيشعر بعدم الثقة في الحاضر والمستقبل ويكون عرضة للانحراف.

وكيفية الحكم على الأشياء. ومنهج التصرف في الحياة⁽⁴³⁾. كما أن التعليم يتيح له فرصاً للحصول على عمل شريف بعد الإفراج عنه، مما يسهل عليه التكيف الاجتماعي، هذا بالإضافة لما للتعليم من دور في شغل أوقات فراغ الإنسان المحكوم عليه فيما هو مفيد كالقراءة أو التحصيل الدراسي، وكذلك يساعده على تنمية معلوماته، ويجنبه الشعور بالملل الذي يدفعه لارتكاب الكثير من المخالفات القانونية.⁽⁴⁴⁾

وبالتالي فإذا كان تعليم المحكوم عليه ينتقل من فئة يفتقد أفرادها التفكير السليم، مما يجعلهم يسيئون الحكم والتصرف فيقدمون على الجريمة، إلى فئة أفرادها ذوو تفكير وتصرف أدنى إلى السلامة فيستنكرون الإجرام ويرونه سلوكاً غير لائق بهم، والتعليم بذلك يكفل النأي بالمرج عنه عن طريق الإجرام فيعتبر أسلوب تأهيل فعال.⁽⁴⁵⁾

ومن أجل ذلك نصت المادة (35) من القانون الاتحادي بشأن تنظيم المنشآت العقابية على أنه "تقوم إدارة المنشأة بتعليم المسجونين وتدريبهم مهنيًا كلما أمكن ذلك وذلك مع مراعاة السن ومدى الاستعداد ومدة العقوبة، ويضع وزير الداخلية بالاتفاق مع وزير التربية والتعليم منهج الدراسة العلمية والمهنية بعد أخذ رأي الإدارة المختصة. ويكون في كل منشأة مكتبة تحوي كتباً وصحفاً ومجلات لتثقيف المسجونين من النواحي الدينية والخلقية والاجتماعية وغيرها مع تشجيعهم على الانتفاع بها في وقت فراغهم. ويجوز للمسجون أن يستحضر على نفقته الكتب والمجلات والصحف وفقاً لما تقرره اللائحة التنفيذية".

غير أنه يلزم في رأينا لمنح السجين حق إحضار كتب أو مجلات أو صحف من الخارج أن يكون المحكوم عليه محكوماً عليه وليس محبوساً احتياطياً وألا تكون الجريمة من الجرائم الماسة بأمن الدولة.

هذا وقد أضاف القانون الفرنسي -وبحق- قيوداً على السجين فتنص المادة 8-9-57 R المعدلة المرسوم رقم 1634-2010 من 23 ديسمبر 2010 على أنه يحظر على المعتقلين نشر كتب أو شرائط سمعية أو بصرية

⁽⁴³⁾ فعلى قدر العلم والمعرفة بكون الخوف المحمود الصادق الذي يحول بين صاحبه وبين محارم الله عز وجل، وتأتي بعدها الإرادة التي يفسدها عدم الجد، وهو اللهو واللعب، فالعالم يشفق على إرادته مما يفسدها، فإذا صح له عمله وخلقه وإرادته استقام سلوكه وقلبه وحاله، والله المستعان. انظر: الإمام أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (691-751) رحمه الله، كتاب مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين، الجزء الأول، دار الحديث، القاهرة، ص 550 وما بعدها.

⁽⁴⁴⁾ راجع في ذلك كل من د. محمود نجيب حسني، حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية مرحلة ما بعد المحاكمة، تقرير مقدم للمؤتمر الدولي الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي، الإسكندرية، 9-12 أبريل 1988، بالاشتراك مع المعهد الدولي للدراسات الجنائية العليا ص 76، وما بعدها. محمود نجيب حسني، علم العقاب، ص 403، د. مأمون محمد سلامة، أصول علم الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 343، د. فوزية عبد الستار، مبادئ علم العقاب، مرجع سابق، ص 129.

⁽⁴⁵⁾ جعلت المادة (452 م) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي التعليم إجبارياً بالنسبة للمحكوم عليهم الذين تقل أعمارهم عن الخامسة والعشرين، ثم أجازت لمن تزيد أعمارهم على ذلك أن يطلبوه. ونصت الفقرة الثالثة من القاعدة (29) من مجموعة قواعد السجون الإنجليزية على وجوب توجيه عناية خاصة إلى تعليم المحكوم عليهم الأميين، وأجازت، إذا اقتضت الضرورة ذلك - أن يقتطع لتعليمهم بعض الوقت المخصص للعمل. كما جاءت المادة (28) من قانون تنظيم السجون المصري لتنص على أن: "تقوم إدارة السجن بتعليم المسجونين مع مراعاة السن ومدى الاستعداد ومدى العقوبة".

تحتوي على المساس بأمن الأشخاص والمؤسسات أو كلمات مهينة أو تشهيرية ضد ضباط وموظفي إدارة السجون العامة⁽⁴⁶⁾.

أولاً: صور التعليم في المؤسسات العقابية: هناك عدة صور للتعليم بداخل المؤسسات العقابية منها:

أ) التعليم الأولي

يقصد به: محو أمية الإنسان المحكوم عليه والذي لا يعرف القراءة والكتابة، ولهذه الصورة أهمية كبرى بالنظر إلى تفشي الأمية بين المحكوم عليهم والحاجة إلى محوها كي يتاح لهم طريق التأهيل، ويجب أن يكون هذا التعليم إلزامياً حسب القاعدة رقم (77) من قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين، والتي تنص على أن "تعليم الأميين وشبان المحكوم عليهم ينبغي أن يكون إجبارياً، وعلى الإدارة العقابية أن تبذل جهدها لتحقيق ذلك"⁽⁴⁷⁾

ب) استكمال الدراسة

لا يقتصر التعليم في المؤسسات العقابية والإصلاحية على مرحلة محو الأمية، وإنما يتعين أن تتاح الفرصة للمحكوم عليه لاستكمال دراسته التي قد تصل إلى مراحل الجامعة، وفي هذا المعنى تنص المادة (31) من قانون تنظيم السجون الإماراتي على أن "على إدارة السجن أن تشجع المسجونين على الاطلاع والتعليم وأن تيسر الاستذكار للمسجونين الذين لديهم الرغبة في مواصلة الدراسة، وأن تسمح لهم بتأدية الامتحانات الخاصة بها في مقام اللجان". وهذا طبعاً يخلق حقاً للمحكوم عليه في مواصلة دراسته للتعليم خارج المؤسسة الإصلاحية والعقابية ولكن في حدود التزاماته العقابية. ونظراً لخلو الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان من نص صريح يقرر التزام الإدارة العقابية بهذا الخصوص، قررت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان في 1980 عدم تعارض موقف إدارة المنشأة العقابية مع أحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وخاصة بالمادة (2) من البروتوكول الأول الملحق بالاتفاقية والذي يقرر الحق لكل فرد في التعليم، إذا ما كان المسجون يريد متابعة دراسته العليا بالمراسلة مع أحد المعاهد المتخصصة.

⁽⁴⁶⁾ <http://www.legifrance.gouv.fr/>

⁽⁴⁷⁾ ووفقاً للمادة (452) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي يجب توفير التعليم الأولي في جميع المؤسسات العقابية، فيلزم به المحكوم عليهم الذين تقل أعمارهم عن الخامسة والعشرين الذين لا يجيدون القراءة والكتابة ولا الحساب، ويجوز لغيرهم أن يطلبوا ذلك. كما تجيز المادة (454) من نفس القانون للمحكوم عليهم أن يتلقوا ويواصلوا الدراسة عن طريق المراسلة. كما نص قانون تنظيم السجون المصري في المادة (29) منه على أنه: "يضع وزير الداخلية بالاتفاق مع وزير التربية والتعليم منهج الدراسة للرجال والنساء وذلك بعد أخذ رأي مدير عام السجون".

فقد انتهت اللجنة في قرارها بأنه يجوز وضع قيد على الحق في التعليم فيما يتعلق بالمستويات العليا للتعليم لما يتطلبه من حرية أكثر من ناحية الحضور ومواعيد الامتحانات، الأمر الذي يصعب في بعض الأحيان أن يتماشى مع طبيعة المؤسسة العقابية.⁽⁴⁸⁾

ويرى الباحث هنا أنه يجب على الإدارة العقابية مساعدة الإنسان المحكوم عليه بفترة تنفيذ عقابي في استكمال دراسته، بمعنى ألا تفوت عليه الفرصة بدون أن يتعارض ذلك مع واجبات المحكوم عليه وسنه ومدى الاستعداد ومدة العقوبة، والدواعي الأمنية.

ج) التعليم الثقيفي

بمعنى ألا يكون التعليم لمحو الأمية وليس للحصول على شهادة وإنما لتثقيف هذا الإنسان المحكوم عليه. بحيث تتغير معالم شخصيته وأسلوب ومنهجه على الأمور. وكيفية التصرف في المواقف المختلفة. ويتنقل بهذا التغيير إلى فئة المثقفين الذين يدركون أصول الحياة في المجتمع ويعتقدون القيم الاجتماعية السوية، ويؤثرون الطرق السلمية المشروعة ويستنكرون الإجرام.⁽⁴⁹⁾ ويكون ذلك بالدروس والمحاضرات سواء كانت من قبل محاضرين يحضرون من خارج المؤسسة أو أنهم مدرسين متخصصين بداخل المؤسسة.

وتعتبر المكتبة في المؤسسة الإصلاحية والعقابية من أهم الوسائل الثقيفية التي يجب الحرص عليها. نظراً لأهمية القراءة والاطلاع في تنمية شخصية المحكوم عليهم الثقافية. كما أننا لا ننسى دور الصحف والمجلات في تثقيف المحكوم عليهم، فهي تتيح لهم العلم بالأخبار العامة في المجتمع، مما يوفر نوعاً من الصلة بينهم وبين المجتمع الحر. الأمر الذي يسهل عليهم التكيف الاجتماعي.⁽⁵⁰⁾

⁽⁴⁸⁾ راجع في ذلك. غنام محمد غنام، حقوق الإنسان في السجون، مرجع سابق، ص 167، د. شريف سيد كامل، المعاملة العقابية، مرجع سابق، ص 167. كما جاء في القانون الكويتي لتنظيم السجون في مادة (88) لتنص على أن تقوم إدارة السجن بتعليم المسجونين مع مراعاة السن ومدى الاستعداد ومدة العقوبة. ويضع وزير الداخلية بالاتفاق مع وزير التربية والتعليم منهج الدراسة العلمية والمهنية للرجال والنساء وقد جاء في هذا القانون في المادة (90) "وجب إمداده بالكتب العلمية التي يحتاج إليها في مواصلة دراسته". ويعتبر هذا نصاً صريحاً على حق الإنسان المحكوم عليه في الحصول على الكتب الدراسية إذا كان راعياً في مواصلة دراسته. غير أنه جاء صامتاً حول حق هذا الإنسان في الاستذكار. وبالتالي ترجع المسألة إلى مدى توفر الوقت لهذا الاستذكار وتقدير إدارة المؤسسة الإصلاحية والعقابية.

⁽⁴⁹⁾ والثقافة ما هي إلا محصلة تجارب ماضية وحاضرة في المجتمع. وتختلف مكونات الثقافة من مجتمع لآخر ومن زمن لآخر رغم ثباتها النسبي. وتكتسب من العلاقات الاجتماعية كالتعليم والتربية، ويتأثر سلوك الفرد بثقافته منذ الطفولة. فالثقافة إذن عبارة عن مجموعة القيم والأفكار والعادات والتقاليد والنظم التي تخافض المجتمعات على بقائها. راجع في ذلك: د. عبد الرزاق حليبي، دراسات في المجتمع والثقافة والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984م، ص 65 وما بعدها.

⁽⁵⁰⁾ نصت المادة (30) من قانون تنظيم السجون المصري على أن تنشأ في كل سجن مكتبة للمسجونين تحوي كتباً دينية وعلمية ويشجع المسجون على الانتفاع بها في أوقات فراغه. وأجاز القانون للمحكوم عليهم أن يستحضروا على نفقتهم الكتاب والصحف من جرائد ومجلات".

اهتم القانون الإماراتي بتعليم النزلاء. فقد نصت المادة (35) من القانون الاتحادي رقم 43 لسنة 1992، في شأن تنظيم المنشآت العقابية في دولة الإمارات العربية المتحدة، على أن تقوم إدارة المنشأة بتعليم المسجونين وتدريبهم مهنياً كلما أمكن ذلك مع مراعاة السن ومدى الاستعداد ومدة العقوبة. و"يضع وزير الداخلية بالاتفاق مع وزير التربية والتعليم منهج الدراسة العلمية والمهنية بعد أخذ رأي الإدارة المختصة". كما نصت المادة (36) من نفس القانون على أنه "على إدارة المنشأة أن تشجع المسجونين على الاطلاع والتعلم، وأن تيسر الاستذكار للمسجونين الذين لديهم الرغبة في مواصلة الدراسة، وأن تسمح بتأدية الامتحانات الخاصة بمباني مقار اللجان". وفي ذلك تذهب المادة (77) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أنه "يجوز السماح بتأدية الامتحان في الأماكن المحددة من قبل وزارة التربية والتعليم أو جامعة الإمارات العربية المتحدة، إذا تعذر إرسال لجنة إلى المنشأة العقابية، وتتخذ الاحتياطات الأمنية في هذا الشأن...". وتسري هذه الأحكام السابقة على منتسبي المدارس والكليات الخاصة من المسجونين بعد موافقة مدير المنشأة العقابية حيث جاءت المادة (78) من اللائحة التنفيذية لنفس القانون صريحة بذلك، وكما جاءت المادة (84) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون في فقرتها الثالثة على أنه: "في جميع الأحوال يجب السماح للمسجون المحب للدراسة بإحضار كتبه الدراسية والاحتفاظ بها".

ويري الباحث أن الحق في التعليم كما ورد بالمادة (35) سابقة الذكر ليس حقاً ثابتاً، وقد جاءت جملة "كلما أمكن ذلك" لتثبت المعنى، ولكن إذا أمكن التعليم من جميع الجوانب المذكورة، من حيث إنه لا يتعارض مع واجبات المحكوم عليه وسنه ومدى الاستعداد ومدة العقوبة وليست هناك دواع أمنية فإنه يحق للمحكوم عليه وفق هذه المادة المطالبة بحق التعليم. كما أن هذه المادة لم تحدد كيفية تنظيم التعليم الوارد بها، واكتفت بالتنظيم الذي يضعه وزير الداخلية بالاتفاق مع وزير التربية والتعليم حول منهج الدراسة العلمية والمهنية بعد أخذ رأي الإدارة المختصة، وهذه المادة وما تحتويه بهذا المعنى هو أمر غير متصور تطبيقه على أرض الواقع، لأن المحكوم عليه إذا ما أراد إكمال تعليمه فإن ذلك يتطلب خروجه خارج المؤسسة العقابية لتابعة هذه الدروس بالخارج، وهو ليس من حقه، وإما أن يكون هناك عدد من التلاميذ والمدرسين والإمكانات التدريسية داخل المؤسسة العقابية تلبي الغرض، وهو أمر ليس باليسير. هذا بالإضافة إلى أن برنامج المحكوم عليه اليومي لا يترك له المجال في كثير من الأحيان. ويجب هنا وضع تصور مدروس في كيفية تطبيق

نظام الدراسة في المؤسسات العقابية، ومن ثم النص عليها في قانون المنشآت العقابية حتى يكون الأمر أكثر وضوحاً ويسهل تطبيقه.⁽⁵¹⁾

ولقد أحسن القانون بأن جعل الفرصة متاحة للمحكوم عليه بأن يواصل دراسته التي قد تصل إلى مراحل الجامعة حسبما نصت عليه المادة (36) المذكورة سابقاً، بل أضافت عليه تمكين المحكوم عليه من الخروج لأداء الامتحانات، مع الأخذ بالاحتياطات اللازمة، كل ذلك في سبيل التشجيع على التعليم.

كما نصت المادة (79) من اللائحة التنفيذية على لقانون الاتحادي في تنظيم المنشآت العقابية في دولة الإمارات العربية المتحدة على أنه يجوز عقد ندوات تعليمية وتدريبية متخصصة مثل (الطباعة، والسكرتارية، الكمبيوتر...) لتأهيل المحكوم عليهم، وفقاً للنظام الذي يتقرر بالاتفاق مع وزير التربية والتعليم. وحرصاً على مستقبل المحكوم عليهم، ولمساعدتهم على الاندماج في المجتمع تنص المادة (80) من اللائحة المشار إليها على أنه يجب أن لا يذكر في الشهادة العلمية أو التدريبية الممنوحة للمسجون ما يشير إلى واقعة سجنه أو الجريمة المرتبطة أو عقوبته.

المطلب الثاني

الرعاية التهذيبية

لا يكفي التعليم في مجال تأهيل المحكوم عليه، إلا إذا أضيف إليه عنصر آخر هو التهذيب، وحسن التوجيه. فالتعليم لا يفيد من الناحية الأخلاقية فيما إذا اقتصر على إعطاء المعلومات، بل يجب أن يلاحظ فيه التهذيب الخلقي والتربية الاجتماعية والنفسية، إذ يهدف ذلك لاندماجهم في المجتمع وتكيفهم معه بعد الإفراج.⁽⁵²⁾ وعلى ذلك فإن التهذيب يعني غرس وتنمية القيم المعنوية لدى الإنسان سواء من الناحية الدينية أو الأخلاقية، وندرس ذلك كما يلي:

⁽⁵¹⁾ وقد تم تدارك هذا الموضوع عند فتح مركز الأحداث (بالمفرق) التابع للإدارة العامة لشرطة أبوظبي في دولة الإمارات العربية المتحدة والذي يشترك بالإشراف عليه بالإضافة للإدارة العامة لشرطة أبوظبي وزارة العمل والشؤون الاجتماعية ووزارة التربية والتعليم حيث تم تخصيص مدرسة كاملة متكاملة من جميع النواحي ومطبق بها الدراسة تحت نظام تعليم الكبار المسائي متمشياً مع تعليم الكبار نفسه بوزارة التربية والتعليم وبالتالي تمت الاستفادة من هذا النظام استفادة تامة لدرجة أن كثيراً من الأحداث الموجودين بالمركز المذكور قد أنهوا دراسة الثانوية العامة عن طريق هذا المركز. راجع في ذلك: تقرير مركز دار رعاية الأحداث بالمفرق التابع للإدارة العامة لشرطة أبوظبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، والمقدم لإدارة المؤسسات الإصلاحية والعقابية، مارس 2000.

⁽⁵²⁾ د. عمر الفاروق الحسيني، أصول علمي الإجرام والعقاب، دار النهضة العربية، طبعة 2000، ص 415.

خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان على الفطرة السليمة التي تقبل الحلال وتأبى الحرام، تنشد الحق والعدل، وترفض الظلم والاستبداد، ويرى الإنسان - بفطرته - أن أي خروج على السنن أو التقاليد والأعراف، من شأنه أن يغضب الله، ولا يرتفع غضب الله إلا بإنزال العقاب بالمجرم، وهذا هو العدل، ومن صور العدل في الحياة: القصاص من (الظالم) ورد الحق لصاحبه.⁽⁵³⁾

وتفسر العديد من الدراسات أن السلوك الجنائي ناتج عن ضعف الإيمان لدى مرتكب هذا السلوك، حيث لا توجد قوى داخلية تردع الفرد عن ارتكاب الجرائم، من هنا كانت الحاجة إلى التهذيب الديني، الذي يُقصد به غرس المبادئ والقيم الدينية التي تحض على الخير وتنهي عن الشر وتُذكر بالله سبحانه وتعالى وبقدرته وعدله وعقابه على الشر وثوابه على الخير. وقد لوحظ أن نقص الوازع الديني من أسباب إقدام المحكوم عليهم على سلوك الإجرام، فمتى ما عرفوا وأدركوا أن الله غفار رحيم يقبل توبة التائبين متى صدقت توبتهم وخلصت نيتهم في عدم ارتكاب الآثام في المستقبل، فإن ذلك من شأنه استئصال العامل الإجرامي لديهم.

كما يجب أن يلم علماء الدين بقدر كاف من علم النفس وعلم الاجتماع، وكيفية معاملة المحكوم عليهم، وطرق جذبهم والتأثير في عقولهم، كما يجب أن يكون رجال الدين قدوة حسنة للمحكوم عليهم في أقوالهم وأفعالهم.⁽⁵⁴⁾

وقد اعتبر التهذيب الديني الوسيلة لتحقيق التوبة، ومن ثم بدأ التهذيب في المؤسسات الإصلاحية العقابية التي أصبحت حقا من حقوق المحكوم عليه يجب المحافظة عليها وتشجيعها والاهتمام بها بعدة طرق أهمها:

⁽⁵³⁾ راجع حول التهذيب الديني كل من: لواء، سراج الدين الروبي، البحث الجنائي في جرائم النفس، العدد العشرون، يوليو 2001، ص 295، د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، مرجع سابق، ص 404، د. يسر أنور علي، د. أمال عبد الرحيم عثمان، علم العقاب، مرجع سابق، ص 233 وما بعدها، د. فتوح عبد الله الشاذلي، مبادئ علم الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 261 وما بعدها، د. فتوح عبد الشاذلي، علم الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 261 وما بعدها، د. علي القهوجي - علم الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص 324.

⁽⁵⁴⁾ إن الوعظ بالقرآن الكريم والسنة المطهرة المصدر الأساسي للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وذلك نتيجة للعلاقة المتبادلة بين الفرد والمجتمع الإسلامي المتميز عن غيره من المجتمعات الإنسانية أو الدينية الأخرى، لذلك فللقرآن الكريم والسنة المطهرة دور كبير في الوقاية من الجريمة بصورة عامة، ومن بعض الجرائم بصورة خاصة حيث حث القرآن الكريم بالآيات الكريمة من جهة، والسنة المطهرة والأحاديث الشريفة من جهة أخرى، على عدم ارتكاب الجرائم عموما وجرائم خاصة على وجه الخصوص، انظر في ذلك: د. محمد رياض الخاني، دور الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في الوقاية من الجريمة في التشريع الجزائري الإسلامي "دراسة مقارنة مع التشريعات الجزائية والوضعية العربية والأجنبية"، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، العدد السادس، سبتمبر 1992م، ص 381 وما بعدها.

أولاً: تنظيم الندوات والمحاضرات والمناقشات الجماعية

لتحقيق الأهداف المطلوبة من التهذيب والإرشاد الديني⁽⁵⁵⁾ فإنه لابد من تنظيم برامج للمحاضرات والندوات والدروس الدينية وتوزيع الكتب والمنشورات، وعقد اللقاءات داخل المؤسسات الإصلاحية والعقابية، ويتعين مع ذلك إجابة رجال الدين على استفسارات المحكوم عليه وبيان حكم الدين فيها، كما يجب أن يجتمع رجل الدين على انفراد بأحد المحكوم عليهم إذا وجد أن هناك ما يستوجب أو ما يقتضي هذا الاجتماع.⁽⁵⁶⁾ كما يمكن استضافة رجال الدين والإعلام البارزين في المجتمع والذين لهم تأثير في سلوك الآخرين، لما لذلك من دور فعال لدى المحكوم عليهم ليسمعوا نصائحهم ويتقبلوا توجيهاتهم، وما يعقب ذلك من تنمية الوازع الديني لديهم.⁽⁵⁷⁾

ثانياً: إقامة الشعائر الدينية

من أهم الحقوق الواجب المحافظة عليها للإنسان المحكوم عليه هو أن يخصص في داخل المؤسسة مكاناً لإقامة الشعائر الدينية التي أهمها الصلاة⁽⁵⁸⁾، وكذلك التزام المؤسسة العقابية بوجوب إقامة الاحتفالات أثناء حلول الأعياد الدينية.⁽⁵⁹⁾ كما يجب احترام الشعائر الدينية الأخرى، مثل شعائر صوم شهر رمضان المبارك، وما يلزم ذلك من تعديل البرنامج اليومي للمحكوم عليه مثل: تعديل الوجبات اليومية وتغيير بقية الأنشطة وبرامج العمل العقابي، وأمور أخرى من مستلزمات إقامة هذه الفريضة الغراء وهي فريضة الصوم، إذ أن مقتضيات التأهيل تستلزم أن يشعر المحكوم عليه بأنه لا يزال على اتصال بالظروف العامة والخاصة بمجتمعه، فضلاً عن إضفاء روح البهجة والسعادة في قلبه.⁽⁶⁰⁾

وهذا ما ذهب إليه القانون الإماراتي حيث ذكر في الفقرة الأولى من المادة (34) من القانون الاتحادي رقم 43 لسنة 1992 في شأن تنظيم المنشآت العقابية في دولة الإمارات العربية المتحدة أن يكون لكل منشأة عقابية واعظ ديني أو أكثر لحث المحكوم عليهم على مراعاة أحكام الدين والتحلي بمكارم الأخلاق وترسيخ

(55) التهذيب والإرشاد الديني: المراد به إصلاح الأخلاق وتصفيتهما بموجب العلم، فلا يتحرك الإنسان بحركة ظاهرة أو باطنة إلا بمقتضى العلم، فتكون حركات ظاهره وباطنه موزونة بميزان الشرع. راجع في ذلك: الإمام العلامة أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، كتاب مدارج السالكين، مرجع سابق، ص 511.

(56) د. نبيه الصالح، مرجع سابق، ص 253.

(57) د. أحمد عبد المجيد الصمادي، د. عبد القادر عبد الله، مرجع سابق، ص 99 وما بعدها.

(58) للصلاة في الإسلام منزلة لا تعدلها منزلة أي عبادة أخرى؛ فهي عماد الدين الذي لا يقوم إلا به قال ﷺ (رأس الأمر الإسلام، وعموده الصلاة، وذروة سنامه الجهاد في سبيل الله) رواه الترمذي وقال حسن صحيح، ولا يختلف المسلمون في أن ترك الصلاة عمداً من أعظم الذنوب وأكبر الكبائر، وأن إثمه عند الله أعظم من إثم قتل النفس وأخذ الأموال، ومن إثم الزنا والسرقة وشرب الخمر، وأنه متعرض لعقوبة الله وسخطه وخزيه في الدنيا والآخرة. راجع في ذلك: الإمام أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن القيم الجوزية، الصلاة وحكم تاركها، تحقيق: سيد إبراهيم، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1418هـ/1997م، ص 13.

(59) د. خالد الخمري، مرجع سابق، ص 451.

(60) د. محمود نجيب حسني، دروس في علم العقاب، مرجع سابق، ص 110.

ويجب أن يكون في المنشأة مكان تقام فيه الصلاة في مواعيدها ويسمح لكل مسجون بالصلاة فيه إلا إذا اقتضت ضرورة الأمن غير ذلك... وقد أشارت إلى نفس المعنى المادة (74) من اللائحة التنفيذية بهذا القانون.

وأضافت المادة (72) من هذه اللائحة: "يخصص مسجد أو مكان مناسب لأداء صلاة الجماعة في المنشأة العقابية، ويسمح للمسجون بالصلاة في جماعة مستقلة، وذلك ما لم تقتض ضرورة الأمن غير ذلك."⁽⁶²⁾

كما أقر النظام العقابي الإماراتي وسيلة إلقاء الندوات والمحاضرات والدروس الدينية ووسائل عديدة من وسائل التهذيب الديني، فقد نصت المادة (73) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 43 لسنة 1992 في شأن تنظيم المنشآت العقابية على أن تعقد ندوات ومحاضرات دينية وعملية وثقافية، وفق برنامج مرتب تعدّه إدارة المنشآت العقابية بحيث لا يقل عدد المحاضرات والندوات عن مرتين في الأسبوع، ويحدد مكان المحاضرة أو الندوة بقرار من مدير المنشأة العقابية، مع مراعاة النواحي الأمنية الضرورية، كما تعقد الندوات والمناقشات والمحاضرات في المنشآت العقابية الخاصة بالنساء مع مراعاة عدم اختلاط الرجال بالمسجونات.

والجدير بالذكر أن "حرية القيام بشعائر الدين طبقاً للعادات المرعية مصونة، على ألا يخل ذلك بالنظام العام، أو يناهض الآداب العامة."⁽⁶³⁾ وهذا ما ينطبق على الحال في المؤسسات الإصلاحية والعقابية بحيث يسمح للشخص غير المسلم بأخذ حريته الدينية، دون الإخلال بحق الفرد في الاعتقاد أو ممارسة الشعائر الدينية، غير الخلة بالنظام العام، أو المنافية للآداب العامة.

ويرى الباحث أن دستور دولة الإمارات العربية المتحدة نص على أن "الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيها. وعلى ذلك فإن الشخص غير المسلم يجب أن يلتزم بالنظام العام الإسلامي، فلا يخرج عليه أو يخل به بإقامة شعائر غير إسلامية بصورة علنية، وليس هناك

⁽⁶¹⁾ إن ترسيخ الوازع الديني في النفس البشرية والأخذ بها في مسالك الهداية والنور تقضي إلى انفساح الآفاق أمام النفس لزيادة السمو والارتقاء، والإشراق، وقد قال الله سبحانه وتعالى: ﴿والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبيلنا﴾ جزء من الآية (69) سورة العنكبوت فكلما زادت المجاهدة قويت البصيرة وعظمت معرفة الإنسان بالله ثم النفس وبالعالم من حوله، كما جاء في قول الله تعالى: ﴿والذين اهتدوا زادهم هدى وآتاهم تقواهم﴾ الآية (17) سورة محمد، وفعل الأوامر واتباع المواعظ يفضي إلى الأجر العظيم في الدنيا والآخرة ويفضي إلى زيادة الهداية والاستقامة على نهج الحق، وفي ذلك قال تعالى: ﴿...ولو أنهم فعلوا ما يوعظون به لكان خيراً لهم وأشدّ ثبثاً. وإذا لآتيناهم من لدنا أجراً عظيماً. ولهديناهم صراطاً مستقيماً﴾ الآيات (66-67) سورة النساء، راجع في ذلك د. أكرم ضياء العمري، السيرة النبوية الصحيحة، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، مكتبة العبيكان، الرياض، 1416هـ/1995م، ص 601.

⁽⁶²⁾ جاءت المادة (19) من اللائحة الداخلية للمسجون المركزية في مصر العربية لتنص على ذلك بأنه "....ويكلف واعظ المركز أو القسم بزيارة المسجونين مرتين كل أسبوع لترغيبهم في الفضيلة وحثهم على الشعائر الدينية".

⁽⁶³⁾ المادة (6) من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة، بالمقابل نصت المادة (46) من الدستور المصري الدائم والصادر سنة 1971م على أن: "تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية".

ما يمنعه من القيام بممارسة شعائره الدينية بصورة منفردة. لا تخل بالعادات المرعية ولا النظام العام أو البرنامج اليومي الإصلاحية للمؤسسة ولا تزعج أي إنسان آخر محكوم عليه، كما يجب أن يتقيد بالشعائر الإسلامية وفرائضها بحيث لا يخل مثلاً بحرمه شهر رمضان بصورة علنية، وهو بالمقابل غير ملزم بالصيام أو القيام بأية شعائر دينية إسلامية.⁽⁶⁴⁾

ثالثاً: التهذيب الأخلاقي

المقصود بالتهذيب الأخلاقي هو: غرس القيم والمبادئ الأخلاقية في نفس المحكوم عليه، وتنمية روح التعاون لديه وإقناعه وتدريبه على أن يستمد منها معيار السلوك في المجتمع ثم يلتزم بها.⁽⁶⁵⁾

ولهذا النوع من التهذيب أهمية واضحة بالنسبة لجميع المحكوم عليهم، سواء الذين يحتل الدين في قلوبهم مكانة كبيرة أو الذين لا أثر للدين في نفوسهم وتصرفاتهم، ولذلك فقدرة أكبر بالنسبة لأفراد الطائفة الثانية لأن المهذب يخاطبهم بأسلوب أقرب إلى طريقة تفكيرهم⁽⁶⁶⁾، ويوجه المحكوم عليه بفترة تنفيذ عقابي إلى كيفية حل مشاكله، وإلى احترام النظام والقانون وإلى معرفة واجباته الاجتماعية، وأهمية أدائها على الوجه المطلوب عن طريق بث الفضيلة والقيم الأخلاقية في نفسه وبداخل وجدانه، ليدفعه إلى السلوك المشروع واحترام الآخرين ويتجنب الإقدام على الأفعال غير المشروعة.⁽⁶⁷⁾

وهو ما حرص عليه القانون الإماراتي واهتم به القائمون على المؤسسات الإصلاحية والعقابية بدولة الإمارات بإيجاد اختصاصيين مؤهلين لذلك، لديهم المعرفة بقواعد علوم القانون والأخلاق وعلم النفس والتربية وعلم الاجتماع... إلخ، ويكون دورهم دراسة شخصية المحكوم عليه للتعرف على جوانبها المتعددة، وبالتالي كسب ثقته للوصول إلى العوامل التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة، ثم توضح له القيم الأخلاقية التي ينبغي أن يتحلى بها ويتمسك بها، وتدريبه على العادات والتقاليد الحميدة في مجتمعه⁽⁶⁸⁾، وكيفية احترام الغير فلا

⁽⁶⁴⁾ وهذا ما جاء في المادة (18) من العهد الدولي لحقوق الإنسان والمدنية والسياسية والتي نصت على الحق في حرية العقيدة والعبادة ولكن قيدها في الفقرة الثالثة بأنه لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو حقوق الآخرين وحياتهم الأساسية. وكذلك نصت المادة (9) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمادة (12) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والمادة (9) من مشروع الميثاق العربي لحقوق الإنسان على نفس المعنى.
⁽⁶⁵⁾ د. محمود نجيب حسني، السجنون اللبنانيون في ضوء النظريات الحديثة في معاملة السجناء، جامعة بيروت العربية، بيروت، 1970، ص 82.

⁽⁶⁶⁾ د. شريف سيد كامل، المعاملة العقابية، مرجع سابق، ص 175.

⁽⁶⁷⁾ د. يسر أنور علي، د. أمال عبد الرحيم عثمان، علم الإجرام، مرجع سابق، ص 224.

⁽⁶⁸⁾ د. حسن محمد ربيع، دور الشرطة في تعزيز حقوق الإنسان وحياته الأساسية في دولة الإمارات العربية المتحدة، الفكر الشرطي، شرطة الشارقة، مركز البحوث المجلد الثالث، العدد الرابع، مارس 1995م، ص 69 وما بعدها.

يعتدي بالفعل أو القول أو الكتابة أو بأية طريقة أخرى من طرق التعبير على أي من العاملين في المنشأة العقابية أو غيرهم.

كما يجب عليه تنفيذ التعليمات والأوامر الصادرة من المسؤولين بالمنشأة العقابية، وجنب ارتكاب الأفعال المحظور ارتكابها من تعاطي أو حيازة أو ترويج المخدرات والمسكرات أو السرقة أو الرشوة أو انتهاك حرمة شهر رمضان المبارك وبرنامج اليوم، وألا يتسبب في إتلاف أو تشويه ممتلكات المنشأة العقابية أو الإهمال في عمله أو برنامج المطلوب منه تنفيذه، أو عدم التعاون مع العاملين في المنشأة العقابية بخصوص ذلك أو الإزعاج والإخلال بالنظام بأية طريقة، وكل ما يتعلق بتنفيذ تعليمات ولوائح المنشأة العقابية، فيجب التعود على احترام ذلك وبالتالي احترام القانون فلا يعود لاتباع هواه في سلوكه غير المشروع.⁽⁶⁹⁾

المطلب الثالث

حق العمل

من أساليب التأهيل المهمة للمحكوم عليهم بفترة تنفيذ عقابي هو أن يكفل البرنامج التأهيلي - بغض النظر عن نوع من يوجه لهم من النزلاء - مجموعة من المهن والأعمال يمكن أن يمتهنها النزيل ويمارسها، فهناك فرق بين العمل الذي كان يكلف به النزلاء كنوع من العقاب في الماضي، الذي كان طابعه إنزال الإيلام بهم كجزء من تنفيذ العقوبة المقررة لسلب الحرية، دون اعتبار لطابعه الإنساني أو الإنتاجي أو التأهيلي، وبين العمل حالياً وما يتطلبه من توافر مجموعة المهن التي تهين النزيل للتعايش مع المجتمع الكبير بعد الإفراج عنه مما يشكل له فرصة ووسيلة لدفع الملل والكسب المادي وإعادة الاندماج مع المجتمع.

(70)

وبالتالي صار العمل حقاً للمحكوم عليه تلتزم الدولة بتوفيره وتدفع مقابلته للنزيل، وأصبح من الأمور المستقرة في الفكر العقابي ألا يكلف المحكوم عليه بعمل يفوق طاقته وألا يعمل في ظروف غير ملائمة، بل

(69) د. علي محمد جعفر، مرجع سابق، ص 66.

(70) كان العمل بمثابة عقوبة إضافية إلى جانب سلب الحرية، وكانت قسوة العمل تتناسب وقسوة العقوبة، فحين كانت العقوبة الأشغال الشاقة، كان يستخدم المحكوم عليهم في أشق الأعمال وأقساها، وتخف حدة تلك القسوة تدريجياً إذا كانت هذه العقوبة السجن أو الحبس، وكانت الدولة تستخدم المحكوم عليهم طبقاً لحاجتها أو حاجة رجال الصناعة، دون اهتمام بأمر المحكوم عليهم من حيث تلقينهم أصول مهنة يتعيشون منها بعد الإفراج، أو من حيث الظروف التي يعملون فيها. انظر في ذلك: د. محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص 120 وما بعدها.

لقد بلغ الأمر أن أصبح الحرمان من العمل جزاءً تأديبياً لما يرتبط به من فراغ يحدثه في حياة النزير، وما يحدثه هذا الفراغ من ملل وضجر في حياته.⁽⁷¹⁾

أولاً: ضوابط عمل نزلاء المؤسسات العقابية

والعمل باعتباره الوسيلة الأولى من وسائل تأهيل نزلاء المؤسسات العقابية ينبغي أن يكون في إطار ضوابط معينة من شأنها إعادة تأهيل النزلاء للاندماج في المجتمع مرة أخرى، وإلا فإن عمل النزلاء بدون تلك الضوابط من شأنه أن يؤدي إلى نتيجة عكسية تتمثل في النظر إلى العمل من وجهة نظر النزلاء، وكأنه أمر يتسم بصفة العقوبة ولا طائل من ورائه سوى الجهد والمشقة.⁽⁷²⁾

وبالرغم من تعدد وضوابط عمل نزلاء المؤسسات العقابية التي تحمي حقوق المحكوم عليهم أثناء فترة التنفيذ العقابي إلا أنه يمكن ردها إلى ثلاث فئات رئيسية:

الأولى: تتعلق بالعمل ذاته، فتتمثل في وجوب كونه غير متسم بالتعذيب في طبيعته وأن يكون كافياً ومفيداً ويستحوذ على نشاط النزلاء طوال الفترة العادية ليوم العمل، وأن يكون من شأنه المساعدة على كسب أرزاقهم بطريقة شريفة، وأن يتم تحديد ساعات عمل النزلاء يومياً وأسبوعياً، بما يتماثل مع ساعات العمل المقررة لنظرائهم الأحرار، وأن يتم تخصيص يوم للراحة الأسبوعية.⁽⁷³⁾

الثانية: تتعلق بالمحكوم عليهم فتجب مراعاة مدى استعدادهم الجسماني والعقلي، وأن يتم تمكينهم من اختيار نوع العمل الذي يرغبون في أدائه، وأن يتم تعويضهم عن حوادث العمل، بما فيها أمراض المهنة

(71) د. فوزية عبد الستار، مبادئ علم العتاب، مرجع سابق، ص 242 د. عمر السعيد رمضان، علم الإجرام والعقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978 م، ص 118 وما بعدها، د. إبراهيم جابر عبد العزيز، رعاية المسجونين والمفرج عنهم، مرجع سابق، ص 254 وما بعدها.

(72) د. فتوح عبد الله الشاذلي، مبادئ علم العقاب، مرجع سابق، ص 238 والذي يقرر: أن للعمل غرضاً إنسانياً يتمثل في حفظ التوازن النفسي والبدني للمحكوم عليه، ويتحقق هذا التوازن على نحو أفضل كلما كان ذلك العمل منتجاً ويستغرق الوقت المحدد له. ولقد أكدت القاعدة (3/72) من قواعد الحد الأدنى هذا المعنى كما أكدته المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم السجون في مصر على هذا النحو. وتظهر إنسانية العمل العقابي كذلك في وفاء المحكوم عليه بقدر من التزامه وتخفيف جانب من الأعباء التي تثقل كاهله، إذ يتم توزيع مقابل العمل بطريقة تحقق هذا الغرض: فجزء منه يساعد به أسرته، وجزء ثالث يدفع للمضار أو الجني عليه كتعويض، وجزء رابع يسد به الغرامات والمصاريف التي تجب عليه للخزانة العامة. إلخ، وهو ما جاء بالمادة 14 من اللائحة الداخلية للمسجون الصادرة بقرار من وزير الداخلية المصري رقم 79 لسنة 1961 م.

(73) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 379 وما بعدها، د. يسر أنور علي، آمال عثمان، مرجع سابق، ص 443 وما بعدها، خالد حمود الخمري، مرجع سابق، ص 455.

كما نصت المادة (74) من قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين على:

يجب أن تتخذ المؤسسات العقابية جميع الاحتياطات المقررة لحماية صحة العمال من غير المسجونين وسلامتهم. يجب اتخاذ الوسائل اللازمة لتعويض المسجونين عن إصابات العمل بما فيها أمراض المهنة طبقاً لنفس الشروط التي يقررها القانون للعمال الأحرار. كما حددت القاعدة (75) من قواعد الحد الأدنى عدد ساعات العمل يومياً وأسبوعياً وأوجبت تحديد يوم للراحة الأسبوعية وكذا وقت كاف للتعليم وأوجه النشاط الأخرى لإصلاح المسجونين وتأهيلهم.

طبقاً لنفس الشروط التي يقررها القانون للعمال الأحرار. وأن تتم إثابتهم على عملهم طبقاً لنظام مكافآت عادلة. وأن يسمح لهم بإنفاق جزء من أجرهم لشراء الأشياء المصرح لهم بها لاستعمالهم الشخصي. وإرسال جزء من الأجر إلى أسرهم. وأن يتم تسليمهم الجزء الذي تحتفظ به إدارة المؤسسة الإصلاحية والعقابية من أجرهم عند الإفراج عنهم.⁽⁷⁴⁾

الثالثة: أما ما يتعلق بإدارة العمل، فيتمثل في قيام المؤسسة الإصلاحية والعقابية بإدارة مشروعات سواء مصانع أو مزارع أو غيرها مباشرة. وليس عن طريق متعهدين مختصين. وفي حالة العمل الذي لا تتحكم فيه إدارة المؤسسة بنفسها، فيجب أن يكون النزلاء تحت إشراف موظفي المؤسسة على الأقل. ولا يمنع ذلك من أن يوضع برنامج للتدريب ضمن خطة العمل العقابي بالمؤسسة العقابية يتضمن التدريب على مثل هذه المهن والأعمال الجديدة.

ويرى الباحث أن الأعمال التي يقوم بها المحكوم عليهم تتوقف على طبيعة المؤسسة في أية دولة وما يحكمها من قوانين ولوائح السوق الفعلية. وهذه الأعمال بما أنها سوف تفيد المحكوم عليه بعدما يتم الإفراج عنه، يجب أن تكون تحت إشراف فريق متخصص يضمن مهندسين ومساعدين وحرفيين ومعلمين على مستوى عال. ويتم القيام بهذه الأعمال بعد وضع خطة من قبل الإدارة، بما يفيد ويكمل عمليات التأهيل المتوافرة الأخرى وحصولاً على الأغراض المطلوبة من العمل لتحقيقها بما يحقق الهدف العام المنشود وهو الإصلاح والتأهيل.⁽⁷⁵⁾

ثانياً: حق العمل وفق التشريع الإماراتي

وقد نظم القانون الوطني الإماراتي موضوع عمل المحكوم عليهم بفترة تنفيذ عقابي من خلال نصوص عديدة وردت بالقانون رقم (43) الخاص بتنظيم المنشآت الإصلاحية والعقابية وكذلك لائحته التنفيذية، كما هو الحال في النظم العقابية الحديثة باعتباره من أهم المجالات التي تسهم في المحافظة على الصحة النفسية والعقلية للإنسان المحكوم عليه⁽⁷⁶⁾، ويعتبر حقاً من حقوقه يجب المحافظة عليه، لما له من دور يساعد

(74) د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، مرجع سابق، ص 231، عبود السراج، الوجيز في علم الإجرام والعقاب، الكويت، 1979، ص 218.

(75) ولقد بينت التوصية الأولى لمؤتمر لاهاي، تنظيم تلك الحرية وحدودها حيث قررت أنه يكون للمحكوم عليهم الحق بحرية الاختيار للعمل الذي يرغبون في أدائه، وذلك في الحدود التي تتفق مع اعتبارات التوجيه المهني ومقتضيات الإدارة العقابية والنظام التأديبي والعقابي. كما أشارت إلى هذا الحق كذلك التوصية الخامسة بمؤتمر جنيف والقاعدة (6/71) من مجموعة الحد الأدنى لمعاملة المسجونين، والمادة الثانية من اللائحة الداخلية للمسجون المصرية، والمادة (50) من اللائحة الداخلية لقانون تنظيم المؤسسات العقابية الإماراتي.

(76) انظر المادة (31) وما بعدها من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المنشآت العقابية الاتحادي، وأيضا د. شريف سيد كامل، د. موسى مصطفى شحاده، قواعد الحد الأدنى لمعاملة النزلاء وأثرها على قانون تنظيم المنشآت العقابية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص 178.

على تأهيله مهنيًا لمرحلة ما بعد الإفراج. هذا إلى جانب ما يوفره العمل من أجر يمكن للمحكوم عليه من تحمل نفقاته الشخصية خلال فترة وجوده بالمؤسسة الإصلاحية والعقابية، علاوة على تكوين بعض المدخرات التي يواجه بها المتطلبات الأساسية عقب الإفراج عنه، وحتى إن كان لا يحتاج لأي عائد مالي فيكفي أنه يستغل وقته في شيء مفيد، وكذلك يرجع للمؤسسة بفائدة الهدوء والحد من مشكلات النزلاء.

وأخذ القانون الإماراتي بما أوصت به المواثيق العالمية والإقليمية فيما يخص بعمل المحكوم عليهم بفترة تنفيذ عقابية.⁽⁷⁷⁾

وفيما يلي أهم الضوابط التي وردت بالقانون في هذا الخصوص:

(1) تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى ما نصت عليه المادة (24) بشأن المسجونين من الفئة (ج) باعتبارهم أكثر الفئات اتصالاً بموضوع العمل داخل المنشأة العقابية، حيث تقرر هذه المادة أهم المبادئ المنظمة لعمل المحكوم عليهم ومن ذلك:

(أ) عدم جواز تشغيلهم إلا في الأعمال التي حددها اللائحة التنفيذية.⁽⁷⁸⁾

(ب) أن يُمنحوا أجراً مناسباً عن قيامهم بهذه الأعمال.

(ت) لا يجوز أن تزيد مدة التشغيل على بضع ساعات في اليوم.

(ث) أن تراعى في تشغيلهم حالتهم الصحية.

(ج) أن يعملوا بقدر الإمكان في الحرف التي كانوا يعملون بها قبل دخول المنشأة.

(ح) كما لا يجوز تشغيلهم في أيام الجمع والأعياد الرسمية، فيما عدا أعمال المؤسسة الإصلاحية والعقابية الضرورية كالنظافة والطهي.

(2) حددت اللائحة التنفيذية بالمادة (47) الأعمال التي يجوز تشغيل المسجونين فيها في ثلاثة أقسام هي:

(أ) الأعمال الخفيفة (مثل الطباعة، التجليد، النجارة...)

(ب) الأعمال الشاقة (مثل الطابوق والبناء - تعبيد الطرق - صناعة الخبز).

⁽⁷⁷⁾ راجع في ذلك: د. محمود محمد عبد النبي، دور المؤسسات العقابية في إعادة تأهيل النزلاء، الفكر الشرطي، إصدارات شرطة الشارقة، دولة الإمارات، المجلد السابع، العدد الأول، أبريل 1998م، ص 229 وما بعدها، د. عبد الله عبد الغني غانم، التأهيل والسياسات العقابية، شرطة الشارقة مركز البحوث والدراسات، 1999، ص 31.

⁽⁷⁸⁾ يجوز للنزلاء الذين يظهرون اتجاهات دينية أو حرفية خاصة أو أدبية أو فنية أن يحصلوا على الإعفاء من العمل الإصلاحي والعادي، ويسمح لهم بممارسة هذا النشاط الخاص أو الأدبي أو الفني تحت الرقابة والإشراف. راجع في ذلك: المواد من (10-15) من النظام القانوني الاسترشادي الموحد للمؤسسات الإصلاحية والعقابية في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.

(ت) أعمال المنشآت الإصلاحية والعقابية الضرورية (مثل النظافة، طهو الطعام، غسيل الملابس...)، وجميعها لا تخرج عن صور الأعمال التقليدية في المنشآت العقابية.⁽⁷⁹⁾

ويرى الباحث أن هذه المبادئ لا تتفق في مجملها مع ما جرى الأخذ به في مجال العمل العقابي بالنسبة للمحكوم عليهم في النظم العقابية المقارنة، إذ لابد من فتح المجال أمام مجموعة معينة من المحكوم عليهم حسني السلوك والذين أكملوا ثلثي المدة المحكوم بها عليهم بالعمل خارج المؤسسة العقابية - وفق ما تراه الإدارة العقابية مناسباً لذلك - لزرع الثقة في نفس المحكوم عليه وخاصة الملزم بالقوانين واللوائح، وكذلك تشجيع باقي المحكوم عليهم على ذلك، وللتفرقة بين المتلزمين وغيرهم، وكذلك للتدرج في عملية الإفراج بحيث تكون هذه المرحلة سابقة للإفراج بفترة معينة.⁽⁸⁰⁾

كما يرى الباحث أن وسائل العمل خل مشكلة تعدد الجنسيات بالمؤسسات العقابية بدولة الإمارات العربية المتحدة⁽⁸¹⁾ وذلك متى ما طبق التطبيق السليم من حيث تشغيل المحكوم عليهم في العمل الذي يناسب إمكانياتهم وطبيعتهم، وبالتالي تعود الفائدة عليهم من ناحية تحقيق الربح المادي لهم، وأيضاً من ناحية الاستفادة من أوقات الفراغ لديهم خاصة لصعوبة توفير الإمكانيات التأهيلية لهم على كافة مستوياتها، من حيث طبيعتهم الثقافية والتعليمية واختلاف لغاتهم، كما أن ذلك يفيد الإدارة العقابية بتنظيم برامجها التأهيلية وجعلها تتماشى مع مشكلة تعدد الجنسيات المعقدة في المؤسسات العقابية الإماراتية، ولكن ينبغي أن يكون هناك تنظيم قانوني للعمل العقابي بدولة الإمارات يختلف باختلاف الدور الذي تحتفظ به الإدارة لنفسها في الإشراف على هذا العمل؛ فقد ينعدم الإشراف كلياً وقد يكون كاملاً، وقد يكون وسطاً بين هذا وذاك.⁽⁸²⁾ وتحقق الصورة الأولى من ذلك في نظام المقالوة؛ ففي هذا النظام تلجأ الإدارة العقابية إلى أحد مقاولي القطاع الخاص وتعهد إليه بالنزلاء لكي يتولى تشغيلهم وإعاشتهم، ويجب أن يقتصر هذا النظام على الفئة التي تتمتع بحسن السير والسلوك من قائمة المحكوم عليهم، وتوضع له اللوائح الداخلية التي تنظمه وتشرف عليه الإدارة العقابية. مع الاعتبار بأنه لا يصلح حالياً في المؤسسات العقابية الإماراتية ذات النظام المغلق والذي لا يسمح بخروج السجناء خارج المؤسسة العقابية.

⁽⁷⁹⁾ أقرت هذا المعنى القاعدة (2/72) من مجموعة القواعد الدنيا لمعاملة المسجونين حيث نصت على أنه يجب أن يلزم بالعمل جميع المسجونين المحكوم عليهم مع مراعاة مدى استعدادهم الجسماني والعقلي وفق ما يقرره الطبيب، وكذلك التوصية الأولى لكل من مؤتمر جنيف ولاهاي، وكذلك جاءت المادة (21) من قانون تنظيم السجون في مصر متوافقة مع هذا المعنى وأكدته المادة الأولى من اللائحة الداخلية للسجون المصرية.

⁽⁸⁰⁾ راجع في ذلك: د. شريف سيد كامل، المعاملة العقابية، مرجع سابق، ص 27.

⁽⁸¹⁾ راجع مشكلات تعدد الجنسيات في المؤسسات العقابية في دولة الإمارات العربية المتحدة في الباب الأول - الفصل الثالث من هذه الدراسة.

⁽⁸²⁾ انظر في التنظيم القانوني للعمل العقابي بصوره الثلاث المختلفة سواء (المقالوة أو الاستغلال المباشر أو التوريد) تفصيلاً لدى: فتوح عبد الله الشاذلي، مبادئ علم العقاب، مرجع سابق، ص 248 وما بعدها.

ولكنه يمكن تطبيقه في حالة وضع أسس علمية مدروسة للاتجاه إلى النظام شبه المفتوح في المؤسسات العقابية كخطوة مستقبلية للنظام العقابي بدولة الإمارات العربية المتحدة.

أما الصورة الثانية والتي تكون في نظام الاستغلال المباشر، فتقوم على العكس تماماً من النظام السابق، على أساس أن الإدارة هي التي تتولى تشغيل النزلاء وإعاشتهم. ويكون هذا بالنسبة للنزلاء الخطرين الذين يجب أن يكونوا تحت سيطرة الإدارة العقابية ويكون سبب خطورتهم إما نوع جريمة المحكوم عليهم، أو مستوى سلوكهم في المؤسسة العقابية، وكذلك يوضع لهم من اللوائح الداخلية ما تحكم به نظام العمل.

وأخيراً الصورة الثالثة المتمثلة في نظام التوريد، وهذا النظام وسط بين النظامين السابقين، فلا تتخلى الإدارة العقابية عن النزلاء كلية كما في نظام المقاول، ولا تخضعهم لها كلية كما في نظام الاستغلال المباشر وإنما تتعاقد مع أحد رجال الأعمال على أن يقدم الآلات والمواد الأولية، ويتولى النزلاء الإنتاج تحت إشرافها لحسابه مقابل مبلغ من المال يلتزم بدفعه للإدارة. وهذا النظام هو الأنسب لإدارة المؤسسات العقابية في دولة الإمارات العربية المتحدة والتي هي من النوع (المغلق)، الذي يعتمد على التركيز في المحافظة على مستوى المؤسسات العقابية المتميزة بحفاظها على حقوق الإنسان المحكوم بفترة التنفيذ العقابي، ويجب العمل بالسرعة الممكنة لوضع نظام معين يتفق مع التوجه الحديث الذي تنتهجه دولة الإمارات في رفع مستوى كفاءة المؤسسات العقابية.⁽⁸³⁾

⁽⁸³⁾ وذلك لأن العمل يحقق أهم أهداف المؤسسات العقابية عن طريق الأخذ في الاعتبار أن يكون العمل في المؤسسة العقابية على غرار مثله في المجتمع الخارج حتى يتحقق هدف دمج المحكوم عليه إلى حد كبير في المجتمع عند خروجه. والعمل أهم وسيلة لتأهيل المحكوم عليه، ويجب أن يكون بضوابط وقيود لضبط العملية في اتجاه إعادة التأهيل والاستعداد للاندماج في المجتمع مرة أخرى. ومن هذه الضوابط ألا يتسم بتعذيب السجين في طبيعته وإنما تأهيله، وأن يكون مفيداً وأن يكون لساعات محدودة ومع راحة حسب ما هو معمول به. وأن يتناسب مع الاستعداد الجسماني والعقلي للنزيل، وأن يمنح الفرصة في اختيار نوع العمل الذي يرغب في أدائه، وأن تكون هناك مكافآت على العمل. انظر في ذلك: الفريق الدكتور، عباس أبو شامة، دور المؤسسات الإصلاحية والعقابية في تحقيق الأمة، الفكر الشرطي، شرطة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، مركز البحوث، مجلد (12) العدد (1) أبريل 2003، ص 101 وما بعدها، خالد حمود الحمري، مرجع سابق، ص 456 وما بعدها.

الخاتمة

مرت الإنسانية بظروف قاسية عبر عصور التاريخ المتعاقبة، أهدرت فيها كرامة الشعوب عسراً بعد عصر. وشهد الناس ما ارتكبته بعض من يملكون القوة المتخلفة من استعباد للشعوب، وإذلال للأمم في صور مختلفة تحت شعار الحماية والوصاية تاره، وبالاحتلال العسكري تاره أخرى وبالنفوذ الاقتصادي تاره ثالثة.

وإذا كانت كافة المواثيق والعهود والاتفاقيات العالمية والإقليمية، وكذلك الدساتير والتشريعات الوطنية تحرس على النص على حقوق الإنسان، والضمانات التي تكفل ممارستها والتمتع بها دون الانتقاص منها أو إهدارها. فإنها لا تنص بالقدر الكافي على حقوق هذه الفئة، فئة المسجونين، والحقيقة أن حقوق الإنسان المسجون وحرياته الأساسية كثيرة ومتنوعة، فمنها الحقوق الشخصية ومنها أيضاً الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وغيرها من الحقوق وقد آثرنا انتقاء أحد أهم تلك الحقوق وهي حقوق الإنسان في مرحلة التنفيذ العقابي باعتبارها من الحقوق الأساسية للصيقة بشخصية كل إنسان مسجون.

وتناولت هذه الدراسة موضوعاً حديثاً يتعلق بالأهداف التي ترمي إليها دولة الإمارات العربية المتحدة من التنفيذ العقابي على السجين ومدى ملاءمة هذه الأهداف للمعايير الدولية. كما تناولت الدراسة الحقوق الأساسية والنسبية للمساكين في المواثيق الدولية والقانون الإماراتي من حيث الرعاية التي تقدم إليهم، ورعاية المحكوم عليهم، وحماية المسجون من التعذيب.

ولا نريد أن نجعل من خاتمة هذه الدراسة تلخيصاً فيما ورد في متنها، إلا أن الواقع يتطلب منا أن نتعرض لما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات تتمثل بما يأتي:

أولاً: النتائج:

من خلال دراستنا توصلنا إلى عدد من الاستنتاجات أهمها:

- 1- أن حقوق الإنسان المسجون لم تعد كما كانت في الماضي مسألة داخلية تعالج في نطاق القوانين والأنظمة الداخلية بل أصبحت قضية عالمية وإنسانية تهم كل إنسان فالإنسان في الأنظمة الديمقراطية هو محور كل الحقوق ومن ضمنها الحق في أن يتم التخفيف عليه من عنصر الإيلاء والتركيز على التأهيل الاجتماعي للإنسان المحكوم عليه.

- 2- يلقي السجين خلال فترة التنفيذ العقابي بالمؤسسات الإصلاحية والعقابية بدولة الإمارات الكثير من الرعاية لتحقيق الأهداف الأخلاقية للتنفيذ العقابي كالرعاية الصحية والاجتماعية والنفسية للمحكوم عليه خلال فترة التنفيذ العقابي.
 - 3- أن حقوق الإنسان المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ العقابي في دولة الإمارات العربية المتحدة، وما تعانيه من تعدد الجنسيات بداخل المؤسسة العقابية تتضمن مجموعة من الأساليب التي يضمنها القانون ويشرف عليها القضاء، وينفذها موظفو الإدارة العقابية التي تؤدي في النهاية إلى تأهيل المحكوم عليه.
 - 4- الرعاية الصحية لا تقتصر على تلقي العلاج بل تشمل أيضاً إجراءات احتياطية لوقاية المحكوم عليهم من الأمراض. تتضمن أساليب وقائية وأساليب علاجية.
 - 6- جمع النظم العقابية الحديثة على حق المحكوم عليه خلال فترة التنفيذ العقابي في الرعاية التعليمية والعمل، والرعاية الخاصة بالأحداث أيضاً. وقد نظم القانون الإماراتي تلك الحقوق من خلال نصوص عديدة وردت بالقانون الاتحادي رقم (43) الخاص بتنظيم المنشآت الإصلاحية، وكذلك لائحته التنفيذية.
- ثانياً: التوصيات

- 1- لابد من ضرورة الاستفادة من معطيات وتوجيهات المغفور له بإذن الله صاحب السمو الشيخ زايد نحو تحقيق العدل والمساواة والمحافظة على حقوق الإنسان بصفة عامة وحقوق الإنسان المحكوم عليه في فترة التنفيذ العقابي بصفة خاصة.
- 2- إدراج مادة تهتم بحقوق السجين أثناء فترة التنفيذ العقابي في الجامعات والمدارس وبخاصة كليات الشرطة لما لذلك من دور في تثبيت مفاهيم دعم حقوق الإنسان والمحافظة عليه.
- 3- تشكيل مجلس أعلى للمؤسسات الإصلاحية والعقابية يعمل على تعديل قانون تنظيم المؤسسات الإصلاحية والعقابية بما يتوافق مع الضرورة العملية.
- 4- الإعداد الجيد والتدريب والتأهيل المستمر للعاملين بالمؤسسات الإصلاحية والعقابية بدولة الإمارات الذي يرتبط بالبحث العلمي للأخذ بالفكر الحديث المتطور للنظام العقابي وأهدافه.
- 5- ضرورة تدخل المشرع الإماراتي لتنظيم زيارة الزوجة " الخلوة الشرعية " في السجون حيث أن نزلاء السجون يعانون من متاعب جمّة ومعقدة من جراء حرمانهم من المعاشرة الزوجية الطبيعية لاسيما بالنسبة المتزوجين منهم مما يجعلهم فريسة سهلة للعلاقات الجنسية الشاذة والمحرمة، خصوصاً مع ازدحام السجون.
- 6- التوسع في تطبيق الإشراف القضائي بمفهومه الحديث على جميع المراحل، لما له من دور كبير في مجال التنفيذ العقابي وفقاً للسياسة الجنائية الحديثة.
- 7- إتمام تنظيم الرعاية اللاحقة من خلال إقرار قوانين خاصة بها، بما يؤكد ضرورة توجيه العناية منذ بدأ تنفيذ العقوبة على مستقبل المحكوم عليه بعد الإفراج، وكفالة أسباب العيش الشريف.

- 8- وضع برامج للتأهيل والإصلاح تطبق من خلال مؤسسة مختصة تراعي عملية الخصائص الأساسية للنظام التدريجي لتحقيق التأهيل والإصلاح للمحكوم عليهم. كما يجب التوسع في إنشاء المصانع والمزارع الخاصة لتدريب المحكوم عليهم مع ضرورة وضع خطة شاملة للبرامج التأهيلية والإصلاحية للمحكوم عليهم.
- 9- ضرورة عدم قصر الحق في المراسلات على فئة معينة من المسجونين مع عدم تقييد ذلك إلا لضرورات الحفاظ على الأمن العام.

قائمة المراجع

المؤلفات العامة:

- 1- د. إبراهيم نافع، جنون الخطر الأخضر وحملة تشويه الإسلام، كتاب تحت الطبع عرضته جريدة الخليج الإماراتية، في عددها 9235، الموافق 31/أغسطس / 2015م، الحلقة الأولى
- 2- د. أحمد أبو الوفا الحماية الدولية لحقوق الإنسان، الطبعة الثانية، 2005م.
- 3- د. أحمد الدبايغه، أثر الثقافة والمجتمع إلى إرتكاب الجريمة، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، بدون سنة نشر.
- 4- د. أحمد بدر، الرأي العام طبيعته وتكوينه وقياسه دوره في السياسة العامة، مكتبة غريب، القاهرة، 1977م.
- 5- د. أحمد بن عبدالله بن باز، تطور النظام السياسي والإداري في المملكة العربية السعودية، ط1، 1417هـ / 1996م .
- 6- د. أحمد حبيب السماك، عن ظاهرة العودة إلى الجريمة في الشريعة الإسلامية والفقهاء الجنائي الوضعي، مطبوعات جامعة الكويت، 1985م.
- 7- د. أحمد عبد الحميد الدسوقي، الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة قبل المحاكمة، دار النهضة العربية، 2007م.
- 8- د. أحمد عوض بلال:
- النظرية العامة للجزاء الجنائي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.
- محاضرات في الجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.
- 9- د. أحمد فتحي سرور:
- الوسيط في القانون العام، دار المطبوعات، القاهرة، 1997م.
- أحوال السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972م.
- 10- د. أحمد هبه، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، ط1، عالم الكتب القاهرة، 1985م.
- 11- د. إدريس بالحجوب، قواعد تنفيذ العقوبات، الجزء الأول، بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1988م.
- 12- د. أديب الجادر، حقوق الإنسان والحاجات الأساسية، حقوق الإنسان في الوطن العربي، المنظمة العربية لحقوق الإنسان، العدد 19، يوليو 1986م.

- 13- د.أسامة عبدالله قايد، مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990م.
- 14- د.آمال عبدالرحيم عثمان، علم العقاب، الجزء الثاني، الطبعة السادسة عشرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م.
- 15- د.أمنية مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، ظاهرة الحد من العقاب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996م.
- 16- د.أنور أحمد رسلان، الحقوق والحريات العامة في عالم متغير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م.
- 17- د.باسيل يوسف باسيل، سيادة الدول في ضوء الحماية الدولية لحقوق الإنسان، دراسات إستراتيجية، العدد (49)، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، أبوظبي، 2001م.
- 18- د.بركات المهدي، سياسات الرعاية الإجتماعية وتدعيم المواطنة للمسجونين، دار النهضة العربية، 2010م.
- 19- د.حازم عبدالمتعال الصعيدي، الإسلام والخلافة في العصر الحديث، مكتبة الآداب، 1984م.
- 20- د.حامد راشد، شرح قانون العقوبات - القسم العام، الجزء الثاني، النظرية العامة للعقوبة، النسر للطباعة، القاهرة، 2002م.
- 21- د.حسام أحمد محمد هنداوي، القانون الدولي العام وحماية الحريات الشخصية، القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م.
- 22- د.حسام الدين محمد أحمد، النظرية العامة للعقوبة والتدابير الاحترازية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988م.
- 23- د.حسن المرصفاوي، الإجرام والعقاب في مصر، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995م.
- 24- د.حسن أيوب، السلوك الإجتماعي بالإسلام، دار التوزيع والنشر الإسلامية، القاهرة 1417 هـ / 1996م.
- 25- د.حسن محمد ربيع:
- مبادئ علمي الإجرام والعقاب، كلية الشرطة، مطابع البيان التجارية، دبي، 1991م.
- شرح قانون العقوبات الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، القسم العام، الجزء الثاني، مطابع البيان التجارية، دبي، 1993م.
- المبادئ العامة للجزاء الجنائي، " العقوبة والتدبير"، مطابع البيان التجارية، دبي، 1993م.
- 26- فضيلة الشيخ حسن أيوب، السلوك الإجتماعي بالإسلام، دار التوزيع والنشر الإسلامية، القاهرة 1417 هـ / 1996م.

- 27- د.خالد حمود العامري، ضمانات المحكوم عليهم خلال التنفيذ العقابي، كلية الشرطة، مطابع البيان التجارية، 1999م.
- 28- د.رفيق أسعد سيدهم، دور القاضي الجنائي في تنفيذ العقوبة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م.
- 29- د.رمسيس بهنام، علم الإجرام والعقاب، ناشئة المعارف، الإسكندرية، 1986م.
- 30- د. رؤوف عبيد:
- مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979م.
 - أصول علمي الإجرام والعقاب، دار الجيل للطباعة، القاهرة، 1988م.
- 31- د.زينب أحمد عوين، قضاء الأحداث: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003م.
- 32- د.سليمان الطماوي، القضاء الإداري قضاء التأديب، دار الفكر العربي، 1987م
- 33- د.سليمان عبدالمنعم:
- القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2002م.
 - أصول علم الجزاء الجنائي، الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 1994م.
- 34- د.الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان، الناشر مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1988م.
- 35- د.شريف زيفر هاللي، واقع السجون في الوطن العربي بين التشريعات الدخلية والمواثيق الدولية، دراسة مقارنة، المنظمة العربية للإصلاح الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
- 36- د.شريف سيد كامل:
- علم العقاب، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م.
 - جرائم الصحافة في القانون المصري، الطبعة الأولى، دار النهضة المصرية، القاهرة، 1994م
- 37- د.طارق عزت رخا، قانون حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق في الفكر الوضعي والشرعية الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.
- 38- د.عبد الحميد الشورابي، التنفيذ الجنائي في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف الإسكندرية، 1988م.
- 39- د.عبد الرزاق حليبي، دراسات في المجتمع والثقافة والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984م.

- 40- د.عبدالرحيم رضا عبدالعال، الرعاية اللاحقة للمفرج عنهم بين النظرية والتطبيق، المركز العربي للدراسات الأمنية في الرياض، سنة 1987م.
- 41- د.عبدالرحيم محمد الكاشف، " الرقابة الدولية على تطبيق العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية: دراسة مقارنة حول دور اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في تفسير وحماية الحقوق التي تضمنها العهد والمبادئ التي أرستها في هذا الخصوص "، القاهرة، دار النهضة العربية 2012م.
- 42- د.عبدالواحد محمد الفار، قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، 1991م.
- 43- د.عبود السراج، قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثانية، جامعة مطبوعات دمشق، 1985م.
- 44- د.عزت حسنين، النظرية العامة للعقوبة والتدابير الاحترازية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1988م.
- علم العقاب، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م.
- علم العقاب، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973م.
- 45- د.علي راشد:
- دروس في القانون الجنائي، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1960م.
- نظرية القانون الجنائي الاجتماعي أو المفهوم الاجتماعي للقانون الجنائي، دروس أقيمت على طلبه الدراسات العليا بجامعة بغداد، خلال العام الجامعي 1979 - 1980م.
- 46- د.علي عبد الواحد وافي، حقوق الإنسان في الإسلام، نهضة مصر للطباعة، الطبعة السادسة، القاهرة، 1999م.
- 47- د.علي عبدالقادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات، 1997م.
- 48- د.عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991م.
- 49- د.عمر الفاروق الحسيني:
- أصول علم الإجرام والعقاب، الطبعة الرابعة، مطبعة الإيمان، القاهرة - 1990م - 1991م
- تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، الجريمة والمسئولية، دراسة تحليلية على ضوء أحكام القانونين المصري والفرنسي وآراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م.

- 50- د. عمر سالم، المراقبة الإلكترونية طريقة حديثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية خارج السجن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
- 51- د. عمر سعد الله، مدخل القانون الدولي لحقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004م.
- 52- عمر محمد محمد سالم، القانون الجنائي الإمارات وحقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.
- 53- د. غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 1997م.
- 54- د. غنام محمد غنام، حقوق الإنسان المسجون في مرحلة التنفيذ العقابي، مطبعة جامعة المنصورة، 2011.
- 55- د. فتوح عبد الله الشاذلي:
- مبادئ علم الإجرام والعقاب، منشأة المعارف الاسكندرية، 2000م.
- أساسيات علم الإجرام والعقاب، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000م.
- 56- د. فوزية عبد الستار، مبادئ علم العقاب، دار النهضة العربية، طبعة 2000.

الكتب المتخصصة:

- 1- د. أحمد منيسي، حقوق الإنسان، موسوعة الشباب، مركز الأهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية.
- 2- د. أحمد عبد الحميد الصماوي، عبد القادر عبد الله، الاتجاهات الحديثة في إرشاد نزلاء مراكز الإصلاح والتأهيل، منشورات مركز البحوث والدراسات الأمنية والاجتماعية، الإدارة العامة لشرطة أبوظبي وزارة الداخلية، دولة الإمارات العربية المتحدة، بدون تاريخ نشر.
- 3- د. أحمد جاد منصور، حقوق الإنسان في ضوء المواثيق الدولية والإقليمية والتشريعية الداخلية ودور الشرطة في حمايتها، مطبعة كلية الشرطة، القاهرة، 2000م.
- 4- د. أحمد ضياء الدين محمد خليل، الجزاء الجنائي بين العقوبة والتدبير، مطابع الطوبجي التجارية، القاهرة، 1996 - 1997م.
- 5- د. الشحات إبراهيم محمد منصور، ضمانات الحكم عليه في مرحلة التنفيذ العقابي، بحث فقهي مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م.
- 6- د. جعفر عبدالسلام، القانون الدولي لحقوق الإنسان، دراسات في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، دار الكتاب المصري، 1999م.

- 7- د. جمال العفيفي، محمد وفيق أبو أتلة، موسوعة حقوق الإنسان، المجلد الأول، حقوق الإنسان في الاتفاقيات والقرارات الدولية التي صدرت في ظل الأمم المتحدة، القاهرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، 1970م.
- 8- د. خير الدين عبد اللطيف محمد، د. عز الدين فودة، اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، ودورها في تفسير حماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد والجماعات، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة 1991م.
- 9- د. سعاد محمد الصباح، حقوق الإنسان في العالم المعاصر، الطبعة الأولى، دار سعاد الصباح للنشر والتوزيع، الكويت، 1996م.
- 10- د. عبد الحميد الشواربي، التنفيذ الجنائي في ضوء القضاء والفقه، منشأة دار المعارف، الاسكندرية، 2003م.
- 11- د. عبدالعزيز محمد سرحان، الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 12- د. عبدالعزيز محمد محسن، حماية حقوق الإنسان في مرحلة تنفيذ الأحكام الجنائية- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
- 13- د. عبدالفتاح مصطفى الصيفي:
- الأحكام العامة للنظام الجنائي والشرعية والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.
- حق الدولة في العقاب، الطبعة الثانية، دار الهدى للمطبوعات، الاسكندرية، 1985م.
- 14- د. عبدالله خليل، أمير سالم، السجون في مصر، الطبعة الأولى، مكتبة المحامي، نقابة المحامين لجنة المكتبة والفكر القانوني، القاهرة، 1990م.
- 15- د. عبدالواحد محمد الفار، قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشرعية الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991م.
- 16- د. عزت حجازي، الشباب العربي والمشكلات التي يواجهها، دار الكتب الوطنية، أبوظبي، 2005م.
- 17- د. علي سالم الناعوق، حقوق الإنسان طبقاً للقوانين الفلسطينية والأنظمة الدولية الأخرى، غزة، إصدار المحامون العرب من أجل حقوق الإنسان، فلسطين، 2007م.
- 18- د. عمر رضا بيومي، أحوال المرأة داخل السجون المصرية، دراسة تطبيقية، مركز حقوق الإنسان لمساعدة السجناء، القاهرة، 2002م.
- 19- د. فوزية عبدالستار، المبادئ العامة في علم الإجرام والعقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972م.
- 20- د. محمد عبدالله الركن، حقوق الإنسان بين التنظيم والإستباحة (بحوث ومقالات)، الطبعة الأولى، مطابع البيان التجارية، دبي، 1999م.

- 1- د. أحمد أبو الوفا، احتجاز الأشخاص بدون وجه حق في القانون المصري والقانون الدولي، مجلة مركز بحوث الشرطة، أكاديمية مبارك للأمن، العدد الخامس والعشرون، يناير 2004م
- 2- د. أحمد الرشيد، الضمانات الدولية لحقوق الإنسان وتطبيقاتها في بعض الدساتير العربية، سلسلة بحوث سياسية، العدد رقم 110 الدراسات السياسية، القاهرة، سبتمبر - أيلول، 1996م
- 3- د. أحمد جاد منصور:
- حقوق الإنسان في ضوء المواثيق الدولية والإقليمية والتشريعات الداخلية ودور الشرطة في حمايتها، مطبعة كلية الشرطة، القاهرة، 1999-2000م.
- دور وزارة الداخلية في حماية وتعديل مفاهيم حقوق الإنسان، مجلة الشرطة، وزارة الداخلية، الإصدار الثاني، العدد الأول، القاهرة، 2005م.
- 4- د. أحمد حويتي، أسلوب تطوير العمل الإصلاحي والتهديبي في الدول العربية، مجلة الفكر الشرطي، شرطة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الرابع، العدد الثاني، سبتمبر 1995م.
- 5- د. أحمد ضياء محمد خليل، آفاق تطوير العقوبة وأبعادها المستقبلية وردوده على ترشيد السياسة الجنائية، مجلة مركز بحوث الشرطة، أكاديمية الشرطة، جمهورية مصر العربية، العدد الثالث عشر، يناير 1998م.
- 6- د. أسامة عبد الله قايد، علم الإجرام وعلم العقاب، ص 376، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، مارس، 1980م.
- 7- د. أماني قنديل، حقوق الإنسان بين العهود الدولية والعمل الدولي المنظم، السياسة الدولية، العدد رقم (99)، إبريل 1989م.
- 8- د. باسيل يوسف باسيل، سيادة الدول في ضوء الحماية الدولية لحقوق الإنسان، دراسات إستراتيجية، العدد (49)، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبوظبي، 2001م.
- 9- د. حسن طالب، المجرم والسجن، والمجتمع، الفكر الشرطي، شرطة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثامن، العدد الرابع، يناير 2000م.
- 10- د. حسن محمد المرزوقي، أهمية الطب وتعلمه في نظر الشريعة الإسلامية، مجلة العدالة، مجلة قانونية تصدرها وزارة العدل، دول الإمارات العربية المتحدة، العدد المائة، أكتوبر 1999م.
- 11- د. حسن إسماعيل عبيد، أساليب إعادة تأهيل نزلاء السجون، لماذا وكيف، الفكر الشرطي، المجلد السابع، العدد الأول، تصدر عن شرطة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، أبريل 1998م.
- 12- خالد محمود الخمري، ضمانات المحكوم عليه خلال التنفيذ العقابي، أطروحة (دكتوراه)-جامعة القاهرة، 1999.

- 13- د. طه زهران، معوقات تطبيق قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين في المؤسسات العقابية، المجلة العربية للدفاع الاجتماعي، يوليو 1984م.
- 14- د. عادل أمين، هيئة الأمم المتحدة، وحقوق الإنسان في مصر، مجلة المحاماة، العددان التاسع والعاشر، نوفمبر وديسمبر 1984م.
- 15- د. عبد الله عبد الغني غانم، التأهيل والسياسات العقابية، شرطة الشارقة مركز البحوث والدراسات، 1999م.
- 16- د. عبد المنعم محمد بدر، عدم تقبل المجتمع للمفرج عنهم من المؤسسات الإصلاحية (المأزق والمخرج)، مجلة الفكر الشرطي، شرطة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، المجلد السابع، العدد الأول، إبريل 1998م.
- 17- د. عبدالرؤوف مهدي:
- السجن كجزء جنائي في ضوء العدالة الجنائية الحديثة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 48، العدد الأول والثاني، جامعة القاهرة، 2003م.
- الإثبات بالدليل الفني، مجلة مركز بحوث الشرطة، أكاديمية مبارك للأمن، جمهورية مصر العربية، العدد الثالث والعشرون، يناير 2003م.
- 18- د. عزة عبد الله، أساليب مواجهة الكوارث الطبيعية، مجلة مركز بحوث الشرطة، أكاديمية مبارك للأمن، جمهورية مصر العربية، العدد الحادي والعشرون، يناير 2002م.
- 19- د. محمد أحمد بن فهد، الهجرة إلى دولة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، القيادة العامة لشرطة دبي، مركز البحوث، الطبعة الأولى، 2000م.
- 20- د. محمد أمين الميداني، الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بني سويف، جامعة القاهرة، عدد يناير ويوليو، سنة 1994م.
- 21- د. محمد سامي الشوا، ظاهرة الحد من العقاب، مجلة مركز بحوث الشرطة، أكاديمية مبارك للأمن، وزارة الداخلية، جمهورية مصر العربية، القاهرة، 1996م.
- 22- د. محمد محي الدين عوض، الاتجاهات الحديثة في السياسات العقابية ومدى انعكاسها في العالم العربي، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، تصدر عن المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض، العدد 21، مايو 1996م.
- 23- د. محمد مراد عبدالله، الأمن والتنمية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الوعي الاجتماعي، جمعية توعية ورعاية الأحداث دولة الإمارات، دبي، العدد 13، ديسمبر 2001م.

- 1- د. التهامي نقره، حقوق الإنسان بين دافع الممارسة وتعاليم الأديان، الملتقى الإسلامي المسيحي الثالث في قرطاج، وحول حقوق الإنسان، مركز الدراسات والأبحاث الاقتصادية والاجتماعية، سلسلة الدراسات الإسلامية، رقم 91، تونس، 24-29 مايو 1985م.
- 2- د. خالد عبد العزيز الشريدة، تكامل التكافل في تنمية وتطوير أساليب الرعاية القبلية والبعدية للمسجونين، ورقة عمل مقدمة لندوة الإصلاح والتأهيل في المؤسسات العقابية والإصلاحية بالملكة العربية السعودية، 10/30-11/1/2001م.
- 3- د. سهير عبد المنعم، إشكاليات تطبيق حقوق الإنسان بين المعايير التشريعية والواقع في السجون المصرية ورشة العمل حول الحقوق الدنيا للمسجونين في ضوء المواثيق الدولية والتشريعات المحلية، المجلس القومي لحقوق الإنسان، القاهرة في 29 أغسطس 2008م.
- 4- د. عبدالعظيم مرسي وزير، الحماية الوطنية والدولية لحقوق الإنسان وحياته الأساسية، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة: " دور وزارة الداخلية في حماية حقوق الإنسان وصون حرياته الأساسية"، مركز بحوث الشرطة، أكاديمية مبارك للأمن، وزارة الداخلية، جمهورية مصر العربية، يناير 2003م.
- 5- د. عبد الله محمد بوهندي، صالح البليسي، تصور لمركز رعاية الأحداث، بحث مقدم للمؤتمر الأول للمنشآت الإصلاحية والعقابية، الإدارة العامة لشرطة أبو ظبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، الفترة 14-16/6/1999م.
- 6- د. عدنان زيدان، الاتجاهات الحديثة في قانون المنشآت العقابية، بحث مقدم للمؤتمر الأول للمنشآت الإصلاحية والعقابية الحاضر والمستقبل، أبو ظبي، وزارة الداخلية، الإدارة العامة لشرطة أبو ظبي، 14-16/6/1998م.
- 7- فوزية عبد الستار، تطور الفكر العقابي حول حقوق المسجون، بحث حقوق المسجونين في الاتفاقيات الدولية والنظام العقابي المصري، دراسة مقارنة المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية بأكاديمية البحث العملي والتكنولوجيا، 2007م.
- 8- د. محمد عبد العزيز "صياغة وتطبيق معايير الأمم المتحدة في القضاء الجنائي" تقرير مقدم إلى ندوة حقوق الإنسان في العالم العربي، سيراكوزا، إيطاليا، يناير 1988م.
- 9- د. محي حسن درويش، الرعاية اللاحقة آثارها في الحد من العود للجريمة، بحث مقدم للندوة العلمية الثامنة عشر بعنوان: الرعاية اللاحقة للمفرج عنهم بين النظرية والتطبيق، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 22-23 شوال 1406 هجري/ 1986م.

- 10- د. محمد خليفة المعلا. قانون الشرطة وحقوق الإنسان، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة الشرطة وحقوق الإنسان. كلية الشرطة، معهد تدريب الضباط، وزارة الداخلية، أبوظبي، 27-28 نوفمبر 2004م.
- 11- د. محمد رياض الخاني، معاملة النزلاء.. ومتطلبات القانون، وقواعد الحد الأدنى النموذجية لمعاملة المسجونين، بحث مقدم للمؤتمر الأول للمنشآت الإصلاحية والعقابية الحاضر والمستقبل، دولة الإمارات العربية المتحدة، وزارة الداخلية، الإدارة العامة للمنشآت الإصلاحية والعقابية، 14-16/6/1998م، أبوظبي.
- 12- د. محمد عبد الله المطوع، مشكلات الشباب في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة ميدانية، بحث مقدم للندوة العلمية التي نظمتها جمعية الاجتماعيين، الشارقة، ديسمبر 1999م.
- 13- د. محمد يس الرفاعي، الشرطة وحقوق الإنسان من منظور إسلامي، بحث مقدم لندوة الشرطة وحقوق الإنسان، معهد تدريب الضباط بكلية الشرطة، وزارة الداخلية، دولة الإمارات العربية المتحدة، أبوظبي، 27-28 نوفمبر 2004م.
- 14- د. محمود نجيب حسني، حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية (مرحلة ما بعد المحاكمة)، تقرير مقدم للمؤتمر الرابع للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة، 1989م.
- 15- محمود حسين موسى، حقوق المسجونين في التشريعات الوطنية ورقة عمل وزارة العدل بورشة العمل حول "الحقوق الدنيا للمسجونين في ضوء المواثيق الدولية والتشريعات المحلية" التي نظمها المشروع القومي لنشر ثقافة حقوق الإنسان، القاهرة، الأربعاء الموافق 29/8/2007م.
- 16- د. مراد عبد الله، أمن الطفل ومؤشرات اختلافه، بحث مقدم لندوة أمن الطفل، مركز دعم اتخاذ القرار، القيادة العامة لشرطة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول 2002م.
- 17- د. نوال خليفة الحوسني دور عمارة المنشآت الإصلاحية والعقابية في إستدامة برامج التأهيل الحديثة في دولة الإمارات العربية المتحدة، ورقة عمل مقدمة لندوة الإصلاح والتأهيل بين الواقع والتطلعات، معهد تدريب الضباط بكلية الشرطة، وزارة الداخلية، أبوظبي، الموافق 10-11 مارس 2013م.
- 18- د. هشام مخلوف، إستخدام المقاييس الديموجرافية في بناء المؤشرات الأمنية، بحث مقدم للمؤتمر الشرطي الثالث لتطوير العلوم الأمنية، مركز البحوث والدراسات، القيادة العامة لشرطة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، دبي، 1999م.
- 19- العقيد خالد إسماعيل، دور قطاع السجون ومنظمات المجتمع المدني في إعادة تأهيل السجناء وأثره في منع الجريمة، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة دور المجتمع المدني في منع الجريمة، مركز بحوث الشرطة، أكاديمية الشرطة، القاهرة، 12 يناير 2005م.

التقارير:

- 1- التقرير المقدم حول حقوق الإنسان وواقعها في دولة الإمارات العربية المتحدة. من إصدار مركز زايد للتنسيق والمتابعة، أبوظبي، 2006/1/3م.
- 2- تقرير مركز دار رعاية الأحداث بالمفرق التابع للإدارة العامة لشرطة أبوظبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، والمقدم لإدارة المؤسسات الإصلاحية والعقابية، مارس 2000م.
- 3- تقرير من إعداد الأمانة العامة، مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، الأمم المتحدة، نيويورك، 1991م.
- 4- حقوق الإنسان وواقعها في دولة الإمارات العربية المتحدة. من إصدار مركز زايد للتنسيق والمتابعة، أبوظبي، 2001م.

دعوى مُخاصمة
القضاة وأعضاء النيابة العامة
في ضوء قانون الإجراءات المدنية الإماراتي الاتحادي
رقم 11 لسنة 1992 وتعديلاته

د. محمد سامر القطان
أستاذ مساعد - كلية القانون
جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

بسم الله الرحمن الرحيم

ملخص البحث

المُخاصمة هي دعوى مسؤولية مدنية خاصة، تُتيح لمن يتضرر من أخطاء القضاة أو أعضاء النيابة العامة - العمدية أو غير العمدية - التي تقع منهم أثناء قيامهم بأعمالهم القضائية، المطالبة بالتعويض ورفع الضرر. وهي دعوى حديثة العهد نسبياً في دولة الإمارات؛ حيث أدخلها المشرع لأول مرة في قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم 11 لسنة 1992، وأفرد لها نصوصاً خاصة أوردها في الباب الثاني المُعنون "مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة"، من الكتاب الثاني (المواد من 197 إلى 202) من هذا القانون. وبموجب هذه النصوص، أباح المشرع دعوى المُخاصمة في حالات معينة حددها على سبيل الحصر، ووضع لها شرائط شكلية وموضوعية، ورسم إجراءات إقامتها والبت فيها.

وتناولنا في هذا البحث دراسة هذه النصوص، وما تيسر لنا من اجتهادات قضائية وآراء فقهية حولها، من خلال مباحث ثلاثة: خصصنا الأول منها لدراسة ماهية دعوى مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة، والثاني لدراسة نطاق هذه الدعوى من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع، والثالث لدراسة الإجراءات الواجب اتباعها في هذه الدعوى والحكم فيها، وختمنا بحثنا هذا بالنتائج والتوصيات التي أمكننا التوصل إليها.

والله من وراء القصد

Judge suing lawsuit is one of the guarantees of the litigation process, even though a Judge must have a lot of characteristics that he has to fit in order to match the criteria of a Judge to be appointed, a Judge is still a human being that can do wrongs and rights, since then, Legislations has to set rules for protecting rights of litigants from this kind of acts that a Judge might has a fault Judgment that affects these rights. This research focuses light on Judge Suing Lawsuit, its nature, conditions, and its range, this study aims to analyze the legal provisions governing judicial work in the UAE legislation and comparative legislations that set rules for.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. اللهم لا علم لنا إلا ما علّمتنا إنك أنت العليم الحكيم. اللهم أرنا الحق حقاً وارزقنا اتباعه، وأرنا الباطل باطلاً وارزقنا اجتنابه، واجعلنا ممن يستمعون القول فيتبعون أحسنه.

1- أهمية القضاء

القضاء هو بحق من أهم الوظائف العامة المناطة بالدولة على مر العصور؛ نظراً لدوره الأساس في حماية حياة الناس وحياتهم وحقوقهم، وحفظ كراماتهم، وصون أموالهم، وتحقيق العدالة فيما بينهم.

والقضاء في الشريعة الإسلامية هو " فَرِيضَةٌ مُحْكَمَةٌ وَسُنَّةٌ مُتَّبَعَةٌ " وفق ما بيّنه الخليفة العادل عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- في رسالته الشهيرة التي بعث بها إلى الصحابي الجليل القاضي أبي موسى الأشعري عندما ولاه القضاء⁽¹⁾.

2- العدل في القضاء

ولقد أوجب الله عز وجل العدل في القضاء في آيات كثيرة من القرآن الكريم؛ منها قوله تعالى: "وَأِنْ حَكَمْتُمْ فَاَحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ"⁽²⁾. وقوله جلّ شأنه مخاطباً الناس كلهم: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ حَكُمُوا بِالْعَدْلِ..."⁽³⁾.

ونظراً لأهمية القضاء في تحقيق العدل في المجتمع، كان لابد فيمن يتولاه أن يكون أهلاً له؛ حتى يؤدي هذا الغرض النبيل من وجوده⁽⁴⁾. ولهذا اهتمت مختلف التشريعات السماوية والوضعية بالقائمين بمرافق العدالة وهم القضاة بالدرجة الأولى، وحرصت على وضع القواعد التي تعنى بأسلوب اختيارهم، وفق معايير تضمن توافر العلم والأمانة والنزاهة والكفاءة والسمعة الحميدة فيهم؛ فالقضاة هم عماد النظام القضائي في أي مجتمع من المجتمعات⁽⁵⁾، والقاضي هو العنصر الأساس في القيام بأعباء الوظيفة القضائية⁽⁶⁾.

(1) انظر: ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، جزء 1، ط1، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، بيروت، المكتبة العصرية، 2003، ص 69.

(2) الآية (42) من سورة المائدة.

(3) الآية (58)، سورة النساء.

(4) د. أيمن نصر عبد العال، ضمانات حياد القاضي كأحد مظاهر وضمانات المساواة في النظام الإجمالي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد التاسع والأربعون، إبريل 2011، ص 644.

(5) د. علي الشحات الحديدي، القضاء والتقاضى وفقاً لقانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ج 1 القضاء، ط 3، أكاديمية شرطة دبي، 2008، ص 73.

(6) د. علي عبد الحميد تركي، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 54.

وكي يؤدي القضاء دوره في تحقيق العدل، ومن أجل أن يطمئن المتقاضون إلى الأحكام التي تصدر عنه، أحاطت مختلف الدول - ومنها دولة الإمارات العربية المتحدة- القاضي بجملة من الضمانات التي تهدف إلى الحفاظ على استقلاله وحياده ونزاهته، والتي من أهمها الحصانة الشخصية التي تعفيه من المسؤولية عن الأضرار التي قد تلحق بمصالح المتخاصمين أمامه من جراء قيامه بعمله القضائي⁽⁷⁾.

3- مسؤولية القاضي

القاضي من البشر. ومن ثمّ هو غير معصوم من الخطأ. فقد يرتكب -كغيره من أفراد المجتمع - بعض الأفعال التي ترتب مسؤوليته القانونية، جنائية كانت أم مدنية حسب الفعل المرتكب.

وتنظم قوانين مختلف الدول - ومنها دولة الإمارات - عادةً المسؤولية الجنائية للقاضي، وتخضعها لإجراءات خاصة من شأنها تحقيق العدالة، والمحافظة في ذات الوقت على هيبة القضاء ومكانته في المجتمع⁽⁸⁾. أما بشأن المسؤولية المدنية للقاضي، فتميّز تشريعات الدول عادةً، ومنها التشريع الإماراتي، بين شقين منها:

الشق الأول: المسؤولية المدنية للقاضي التي تتعلق بأعماله وتصرفاته الشخصية في حياته اليومية؛ كتلك التي تتعلق بإخلاله بأي من التزاماته التعاقدية (مسؤولية تعاقدية)، أو تلك التي تتعلق بالأفعال أو الحوادث التي قد يرتكبها وتلحق أضراراً بالغير (مسؤولية تقصيرية)، وفي كل منها يخضع القاضي لما يخضع له باقي أفراد المجتمع من أحكام وإجراءات.

الشق الثاني: المسؤولية المدنية للقاضي التي تتعلق حصراً بأعمال وظيفته القضائية، وهذه خصّها المشرعون في أكثر الدول بإجراءات خاصة وشروط محددة من شأنها المحافظة على مكانة القضاء في المجتمع من جهة أولى، وإيصال كل ذي حق إلى حقه - ولو كان خصمه قاضياً - من جهة ثانية، وترمي في ذات الوقت إلى حماية القاضي نفسه بما قد يوجه ضده من دعاوى التعويض الكيدية أو الانتقامية من جهة ثالثة.

هذا بالإضافة إلى المسؤولية التأديبية أو المسلكية التي تنص عليها تشريعات مختلف الدول إزاء إخلال القاضي بأي من الواجبات التي يفرضها عليه القانون، شأنه في ذلك شأن باقي موظفي الدولة⁽⁹⁾.

4- نطاق البحث

(7) انظر لاحقاً البند (9.4) وما بعد.

(8) انظر: المادة 52 وما بعد من قانون السلطة القضائية الاتحادية الإماراتي رقم (3) لسنة 1983.

(9) انظر: المادة 41 وما بعد من القانون السابق.

ينحصر موضوع بحثنا هذا في الشق من المسؤولية المدنية الذي يتعلق بالأعمال القضائية، والتي من أجلها منحت التشريعات الإجرائية في معظم الدول، ومنها دولة الإمارات، الخصم المتضرر من أخطاء القضاة أو أعضاء النيابة العامة حق إقامة ما يسمى بدعوى المُخاصمة من أجل المطالبة بالتعويض ورفع الضرر.

وعلى ذلك، تخرج عن نطاق بحثنا هذا كل من المسؤولية الجزائية، والتأديبية أو المسلكية، والمسؤولية المدنية التي تترتب على النشاطات والعقود التي يباشرها القضاة وأعضاء النيابة العامة في حياتهم الخاصة.

5- أهمية البحث وإشكالياته

تكمن أهمية هذا البحث من حيث أن دعوى مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة هي دعوى حديثة العهد نسبياً في دولة الإمارات؛ حيث أدخلها المشرع لأول مرة في قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم 11 لسنة 1992. وقد خلت القوانين السابقة، الاتحادية منها والمحلية، من النص على هذه الدعوى. ولعلّ هذا ما يفسر ندرة الاجتهادات القضائية وندرة الكتابات الفقهية بشأن هذه الدعوى في دولة الإمارات.

وما من شك أن فهم مختلف الجوانب القانونية لدعوى المُخاصمة، الموضوعية منها والاجرائية، وإدراك الغرض منها، يساهم في الابتعاد عن إقامة هذا النوع من الدعاوى إن لم يكن لها أساس سليم من حيث الواقع والقانون، ويساهم أيضاً في الابتعاد عن اللجوء إلى هذه الدعاوى كوسيلة ضغط أو تهديد للقضاة وأعضاء النيابة، حتى لا ينشغلوا بالدفاع عن أنفسهم إلى جانب قيامهم بأعباء الوظيفة القضائية الملقاة على عاتقهم، مما ينعكس سلباً على مستوى أدائهم، وعلى مرفق العدالة برمته.

6- منهج البحث

سنقوم في هذا البحث - إن شاء الله - بدراسة تحليلية لمتن الجوانب القانونية لدعوى المُخاصمة، منطلقين بصورة أساسية من القواعد التشريعية الواردة في قانون الإجراءات المدنية الاتحادي الإماراتي رقم 11 لسنة 1992. ومستنيرين - كلما أمكن - بأحكام القضاء وآراء الفقه في دولة الإمارات رغم قلتها، وبالمقارنة أحياناً مع بعض نصوص التشريعات والآراء الفقهية والاجتهادات القضائية في بعض الدول؛ كمصر وسورية وليبيا وغيرها، والتي تساهم بوجه أو بآخر في توضيح بعض النقاط التي يشوبها نقص أو غموض. وسنستبعد من نطاق البحث القوانين المحلية في الإمارات ذات القضاء المحلي، كإمارة دبي، التي لا تجيز دعوى المُخاصمة على قضاتها وأعضاء النيابة العامة لديها وفق ما استقر عليه اجتهاد محكمة تمييز دبي⁽¹⁰⁾.

(10) انظر لاحقاً البند (24).

وعليه، سنتناول هذا البحث من خلال المخطط الآتي:

المبحث الأول: ماهية دعوى مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لدعوى المُخاصمة

المطلب الثاني: تعريف دعوى المُخاصمة

المطلب الثالث: الأساس القانوني لدعوى المُخاصمة

المبحث الثاني: نطاق دعوى مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة

المطلب الأول: نطاق دعوى المُخاصمة من حيث الأشخاص (أطراف الدعوى)

المطلب الثاني: نطاق دعوى المُخاصمة من حيث الموضوع (حالاتها أو أسبابها)

المبحث الثالث: إجراءات دعوى مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة

المطلب الأول: المحكمة المختصة بنظر دعوى المُخاصمة

المطلب الثاني: قيد دعوى المُخاصمة وميعاده

المطلب الثالث: مراحل نظر دعوى المُخاصمة والحكم فيها

الخاتمة: نتائج وتوصيات

المبحث الأول

ماهية دعوى مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة

من أجل تبيان ماهية دعوى المُخاصمة، لابد لنا من إيضاح طبيعتها القانونية في المطلب الأول، وتعريفها في المطلب الثاني، وأساسها القانوني في المطلب الثالث.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لدعوى المُخاصمة

7- تكمن أهمية تحديد الطبيعة القانونية لدعوى مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة في معرفة القواعد والإجراءات التي تخضع لها هذه الدعوى، لا سيما عند الغياب أو النقص في النصوص الخاصة التي تنظم أحكامها. وقد اختلف رجال الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لدعوى المُخاصمة⁽¹¹⁾، ولعل السبب في ذلك يرجع - برأينا - إلى بعض الاختلافات الواردة في النصوص التشريعية والاجتهادات القضائية المحلية التي تم الاستناد إليها.

7.1- ففي سورية مثلاً، نجد تضارب في آراء الفقه والقضاء حول طبيعة هذه الدعوى في ظل قانون أصول المحاكمات المدنية - السابق - الصادر بالمرسوم التشريعي (84) لعام 1953:

- فمنهم من عدّها، انطلاقاً من الواقع العملي المتواتر، كطريق من طرق الطعن غير العادية في الأحكام؛ على اعتبار أن الغرض الأساسي منها يكمن في إلغاء الحكم محل دعوى المُخاصمة لا في الحصول على التعويض. خاصة وأن العادة جرت في مثل هذه الدعاوى أن يطلب المدعي مبلغاً رمزياً من النقود كتعويض⁽¹²⁾. وفي هذا السياق، كانت محكمة النقض في سورية قد ذكرت في عدة قرارات صدرت عن هيئتها العامة أن: "الاجتهاد مستقر على أن المراد الحقيقي من دعوى المُخاصمة هو الطعن الاستثنائي بالأحكام المبرمة إضافة إلى مساءلة القاضي"⁽¹³⁾.

(11) انظر: د. عيد محمد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 86.
(12) انظر: د. محمد واصل، أصول المحاكمات المدنية، الجزء (1)، منشورات جامعة دمشق - كلية الحقوق، 2010-2011، ص 116.
(13) انظر: قرار هيئة عامة، محكمة النقض في سورية، رقم (72/204) تاريخ 1996/4/15، والقرار رقم (122/253) تاريخ 1996/7/22، والقرار رقم (59/ 27) تاريخ 1987/9/22، منشورين في المجموعة القضائية، ياسين دركزلي، القاعدتان 201 و536.

- ومنهم من عدّها دعوى من دعاوى المسؤولية المدنية التي تقوم على الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما. والتي ينتج عن إثباتها بالأدلة المقبولة قانوناً، إلغاء الحكم محلها؛ وهذا ما ذهب إليه أيضاً محكمة النقض في سورية في قرارات أخرى صادرة عن هيئتها العامة⁽¹⁴⁾.

7.2- وفي ليبيا، يرى البعض أن دعوى الخاصمة هي نوع من أنواع الرقابة، التي أوجدها المشرع للوقوف على مدى صحة تطبيق القضاء والنيابة العامة لنصوص القانون، وبمعنى أوضح يذكر أصحاب هذا الرأي أنها: "رقابة الخصوم والدفاع عن ضمير القضاء والنيابة"؛ لأنها تتعلق بمسألة إثبات انحراف القضاة وأعضاء النيابة العامة عن التطبيق الصحيح للقانون، ولذا يخلص أصحاب هذا الرأي إلى القول أنّ غاية دعوى الخاصمة هي "تقويم ما اعوج من عمل القضاء أو النيابة إذا جاء عن خطأ مهني جسيم أو غش أو تدليس أو غدر"⁽¹⁵⁾.

7.3- وفي مصر، كانت قد أثّرت أيضاً نقاشات فقهية عديدة حول التكييف القانوني لدعوى الخاصمة⁽¹⁶⁾؛ ودارت معظمها حول ما إذا كانت هذه الدعوى عبارة عن إجراء من إجراءات تأديب القضاة تتولاها الهيئة القائمة على تأديب القضاة؟ أم أنها مجرد إجراء من إجراءات المرافعات التي تهدف إلى تصحيح خطأ القاضي؟ أي أنها عبارة عن طريق من طرق الطعن بالأحكام؟ أم هي دعوى من دعاوى المسؤولية المدنية يقصد بها تعويض الخصم المتضرر من عمل القاضي؟

ويبدو أن هذه النقاشات - وغيرها - انتهت إلى اعتبار الخاصمة دعوى من دعاوى المسؤولية، لها طابع خاص وتخضع لإجراءات خاصة⁽¹⁷⁾.

7.4- وعليه، يُمكن القول أن الخاصمة هي دعوى مسؤولية مدنية خاصة مسماها؛ لا ترفع إلا على القضاة وأعضاء النيابة العامة الذين أجاز المشرع مُخاصمتهم، وقد أطلق عليها المشرع نفسه هذا الاسم "مخاصمة"، وخصّها بنصوص بينت شروطها وحالاتها بطريقة ترمي إلى المحافظة على هيبة القضاء من جهة، وتُمكن المضرور من أخطاء القاضي أو عضو النيابة العامة - العمدية أو غير العمدية - من الوصول إلى حقه في التعويض ورفع الضرر.

(14) انظر: قرار هيئة عامة، محكمة النقض في سورية، رقم (639/188) تاريخ 2002/5/13، والقرار رقم (488) تاريخ 2002/11/18، مشار إليهما في مؤلف: د. محمد واصل، مرجع سابق، هامش (1)، ص 117.

(15) المحامي عبد الباري عبد الله تريب، دعوى الخاصمة بين النصوص والتطبيق وتداعياتها في القانون الليبي، بحث منشور في الشبكة العنكبوتية، 2010، في الموقع: <http://www.f-law.net/law/archive/index.php/t-41451.html>

(16) انظر: د. محمد عبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ج 1، مكتبة الآداب، القاهرة، 1957، ص 171، هامش (2).

(17) انظر: د. علي عبد الحميد تركي، مرجع سابق، ص 198 وص 199.

المطلب الثاني

تعريف دعوى المُخاصمة

المُخاصمة في اللغة اسم مصدره خَاصَمَ (بَيْنَهُمَا مُخَاصَمَةٌ شَدِيدَةٌ: مُنَازَعَةٌ، نِزَاعٌ، مُعَادَاةٌ)، والفعل خَاصَمَ (خَاصَمَ يَخَاصِمُ، خِصَامًا وَمَخَاصِمَةً، فَهُوَ مَخَاصِمٌ، وَخَصِيمٌ، والمفعول مَخَاصِمٌ وجمع الأخير خُصَمَاءٌ، وَخُصَمَانٌ)⁽¹⁸⁾.

8- وفي الاصطلاح القانوني، اختلف رجال القانون في تعريف المُخاصمة تبعاً لاختلافهم في تحديد طبيعتها القانونية:

8.1- ففي الفقه الليبي جُذ من عرّفها بقوله: "هي نوع من الرقابة الخاصة على أعمال وتصرفات الهيئة القضائية الكريمة أو هي مكنة منحها المشرع للمتضرر والدفاع لِيُتمكّن بواسطتها من تصحيح أخطاء الهيئة القضائية"⁽¹⁹⁾.

8.2- وفي الفقه المصري، عرّفها البعض "بأنها دعوى مسئولية تُرفع من أحد الخصوم على القاضي أو عضو النيابة في الحالات ووفقاً للشروط والإجراءات المُحددة قانوناً، يُطالبه فيها، بصفة أساسية، بالتعويض عما ناله من ضرر نتيجة للحُكم الذي صدر أو للتصرف الخاطئ المنسوب إلى القاضي أو عضو النيابة العامة"⁽²⁰⁾.

8.3- ودون الغوص كثيراً في التعريفات التي أعطيت للمُخاصمة، يُمكننا القول أنّ المُخاصمة هي نظام قانوني يتيح للمضرور أن يُخاصم القاضي أو عضو النيابة، الذي يرتكب في عمله القضائي أي من الأخطاء العمدية أو غير العمدية التي حددها المشرع على سبيل الحصر، ومطالبته بالتعويض ورفع الضرر، وذلك من خلال دعوى قضائية يرفعها عليه أمام المحكمة المختصة وفق الإجراءات والشروط المحددة في القانون⁽²¹⁾.

8.4- وبذلك تُشكل دعوى المُخاصمة ضمانة هامة تضاف إلى غيرها من الضمانات التي قررها المشرع لحماية استقلال القضاء؛ فبموجبها لا يخضع القضاء ولا أعضاء النيابة العامة - بشأن أعمالهم القضائية - لذات

(18) انظر: معنى "مُخاصمة" في معجم المعاني الجامع، الشبكة العنكبوتية: <http://www.almaany.com>

(19) الحامي عبد الباري عبد الله تريل، مرجع سابق، على الشبكة العنكبوتية.

(20) د. علي عبد الحميد تركي، مرجع سابق، ص 199.

(21) حول تعريف المُخاصمة انظر: عبد الفتاح مراد، الخالفات التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1993، ص 603، ود. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980، ص 190 وما بعد، ود. عادل محمد جبر الشريف، حماية القاضي وضمانات نزاهته، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 191.

المسؤولية المدنية التي يخضع لها سائر الأشخاص أو الموظفين الآخرين، وإنما يُمكن ملاحقتهم بدعوى المُخاصمة في الحالات التي حددها المشرع على سبيل الحصر، ومن خلال الإجراءات التي رسمها لذلك.

المطلب الثالث

الأساس القانوني لدعوى المُخاصمة

9- لم تولد دعوى مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة من فراغ، وإنما كانت حصيلة فكر قانوني تطور مع الزمن لتلبية مقتضيات تحقيق العدالة، وطمأنة الناس في وصول كل ذي حق إلى حقه، حتى لو كان خصمه قاض أو عضو نيابة عامة⁽²²⁾.

9.1- فمما لا شك فيه، أنّ حياد القاضي هو أحد أهم الأركان التي يقوم عليها مبدأ استقلال القضاء؛ إذ لا عدل من دون حياد ولا حياد من دون استقلال، ولا قيمة لأي منهما من دون الآخر⁽²³⁾. ومن أجل ضمان حياد القضاة وحمايتهم من أي تدخل في عملهم القضائي أو التأثير على أحكامهم، كرّست مختلف دول العالم، ومنها دولة الإمارات، مبدأ استقلال القضاء في دساتيرها وفي تشريعاتها الداخلية⁽²⁴⁾. فقد تبنى المشرع الاتحادي مبدأ استقلال القضاء بنص صريح في دستور الدولة الصادر سنة 1971؛ حيث نصت المادة (94) منه على أن: "العدل أساس الملك والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في أداء واجبهم لغير القانون وضمايرهم". وكذلك، نصت المادة الأولى من قانون السلطة القضائية الاتحادية الصادر سنة 1983 على أن: "العدل أساس الملك والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في أداء واجبهم لغير أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين المرعية وضمايرهم، ولا يجوز لأي شخص أو سلطة المساس باستقلال القضاء أو التدخل في شئون العدالة".

9.2- ولكن، لطالما أن القاضي هو من البشر، فهو غير معصوم من الخطأ، وقد يرتكب في معرض ممارسته لأعماله القضائية أخطاءً عمدية أو غير عمدية تلحق أضراراً بمصالح أي من الخصوم؛ كما لو تسبب مثلاً في فقدان بعض الأدلة الخطية الموجودة في ملف الدعوى المنظورة من قبله، على سبيل العمد أو الإهمال، بشكل يُغيّر

(22) حول نشأة فكرة مُخاصمة القضاة، انظر: د. إبراهيم محمد الشرفي، مُخاصمة القضاة في القانون اليمني - دراسة مقارنة - مجلة الدراسات الاجتماعية، جامعة العلوم والتكنولوجيا اليمنية، العدد 34، يناير - يونيو، 2012، ص 31 وما بعد.

(23) انظر: د. إيمان نصر، مرجع سابق، ص 677.

(24) انظر المادة 186 من الدستور المصري لسنة 2014.

كلياً وجهة الحكم في الدعوى ... وتأبى العدالة طبعاً ألا يُزال الضرر عن المضروب أو يعوّض عنه؛ فالقاعدة العامة في الشريعة الإسلامية تقضي بأن "لا ضرر ولا ضرار"⁽²⁵⁾.

9.3- وإذا كان قانون المعاملات المدنية الإماراتي قد قضى، كغيره من القوانين المدنية في مختلف الدول، بما يسمى بالمسؤولية التقصيرية التي عبّر عنها بالنص على أن: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر" (م 282)، وكذلك عبّر عنها القانون المدني المصري بالمادة 163 من القانون المدني بالنص على أن: "كل خطأ سبّب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، فإن تطبيق هذه القاعدة العامة في المسؤولية على القضاة وأعضاء النيابة العامة بشأن أعمالهم القضائية، قد يعرضهم من - الناحية العملية - للعديد من دعاوى التعويض بناءً على هذا النوع من المسؤولية، من قبل الخصوم الذين لا تلبى جميع طلباتهم أو ادعاءاتهم أو دفعوهم أمام القضاء.

وقد يُعبر المتقاضون عن عدم رضاهم بالقرارات أو الأحكام التي تصدر بحقهم بالطعن في حياد القاضي أو في مهنيته أو حتى في علمه أو فهمه، فيلاحقوه بدعوى المسؤولية التقصيرية أو الضمان أو التعويض. فالقاضي لا يعمل على استرضاء الخصوم، بل إن طبيعة عمله تفرض عليه إعمال حكم القانون بغض النظر عن رضا أو عدم رضا الخصوم.

9.4- لذلك، وكلي لا يتم وضع القضاة وأعضاء النيابة العامة تحت دائرة التهديد المستمر بملاحقتهم من قبل الخصوم بدعاوى المسؤولية التقصيرية أو التعويض، مما قد يشغلهم بالدفاع عن أنفسهم على حساب أدائهم لمهامهم القضائية، ومن أجل ألا يفقد القضاة شعورهم بالاستقلال في عملهم، كان لابد من أن يتمتعوا بضمانات تؤمن لهم حصانة شخصية في مواجهة هذا النوع من الدعاوى؛ ذلك لأن شعور القضاة بانعدام مثل هذه الحصانة يمكن أن يؤدي إلى الإرباك في عملهم، وقد يحول دون إبداعاتهم في العمل والاجتهاد، ولا سيما في المسائل التي يُحيلها المشرع إلى سلطتهم التقديرية، الأمر الذي يؤثر سلباً على تسيير مرفق القضاء عموماً، والذي هو بالطبع من أهم المرافق العامة المناطة بالدولة.

9.5- ولذلك أوجد الفكر القانوني في هذا الشأن، قاعدة عامة تقضي بعدم مسؤولية القضاة عن أعمال السلطة القضائية⁽²⁶⁾. وهذا ما يعبر عنه أيضاً بالحصانة القضائية للعمل القضائي ومن يقوم به⁽²⁷⁾. ولكن، وفي الوقت ذاته، يُجمع الفقه القانوني عموماً على أن هذه الحصانة ليست مطلقة، بل لها شروط وحدود تبينها

(25) انظر: محمد بن يزيد بن ماجة، السنن، المجلد (2)، من دون تاريخ، ص 784.

(26) انظر: د. محمد واصل، مرجع سابق، ص 113.

(27) انظر: سلطان بن عثمان البصري، مفهوم الحصانة القضائية، الشبكة العنكبوتية: موقع صيد الفوائد:

<http://www.saaaid.net/Doat/busairi/56.htm>

القواعد والنصوص القانونية في كل دولة؛ ذلك لأن إعفاء القاضي بشكل مطلق من كل مسؤولية بشأن أعماله القضائية، فيه ظلم وإجحاف بحق المضرور، ويتعارض بالنتيجة مع مقتضيات العدل والإنصاف.

9.6- ومن أجل التوفيق بين ضرورة الحصانة الشخصية للقضاة وأعضاء النيابة العامة عن أعمالهم القضائية من جهة، وبين ضرورة حماية حقوق من قد يتضرر من هذه الأعمال من جهة أخرى، قرر الفكر القانوني قواعد خاصة لمسؤولية القضاة وأعضاء النيابة العامة عن أعمالهم القضائية، تتيح لمن قد يتضرر منها من المتقاضين، إقامة دعوى مدنية خاصة تسمى "دعوى المُخاصمة" أي مُخاصمة القاضي أو عضو النيابة العامة المسبب للضرر، ولكن بشروط وإجراءات خاصة تبينها عادةً القوانين الإجرائية الداخلية لكل دولة، وتهدف إلى ضمان حماية القضاة من الدعاوى العبثية أو الكيدية، وتضمن في الوقت ذاته إيصال كل متضرر إلى حقه حتى لو كان خصمه قاض أو عضو نيابة عامة⁽²⁸⁾.

9.7- وفي هذا السياق تقول المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية: "لما كان الأصل هو عدم مسؤولية القاضي عما يصدر منه من تصرفات أثناء عمله فلا ينطبق عليه الأحكام العامة للمسؤولية المدنية التي قررها المشرع في المواد 282 وما بعدها من قانون المعاملات المدنية لأنه يستعمل في ذلك حقاً خوله له القانون وترك له سلطة التقدير فيه وقد رأى المشرع أن يقرر مسؤوليته على سبيل الاستثناء إذا انحرف عن واجبات وظيفته وأساء استعمالها فنص في المادة 197 من قانون الإجراءات المدنية على جواز المُخاصمة إذا وقع من القاضي في عمله غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم..."⁽²⁹⁾.

9.8- ومن جهة أخرى، تستند دعوى مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة إلى النصوص التشريعية الداخلية الواردة في قوانين الإجراءات أو المرافعات المدنية في كل دولة؛ فهي التي تبيحها في حالات معينة، وتبين شروطها وترسم إجراءاتها⁽³⁰⁾. وفي دولة الإمارات العربية المتحدة، لم تكن دعوى مُخاصمة القاضي أو عضو النيابة العامة معروفة في النظام القانوني الإماراتي قبل سنة 1992؛ فقد خلت القوانين النافذة آنذاك من نص يبيح هذه الدعوى، حتى تدخل المشرع الإماراتي وأصدر قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم (11) لعام 1992؛ فأجاز إقامة هذه الدعوى ونظم أحكامها في الباب الثاني: "مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة"، من الكتاب الثاني "إجراءات وخصومات متنوعة"، في المواد من 197 إلى 202 من هذا القانون.

(28) انظر: د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، الجزء (1)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، البند (101)، ص 169.

(29) انظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الصادر بالطعن رقم 351، تاريخ 7-11-2012، منشور في موقع شبكة قوانين الشرق: <http://www.eastlaws.com>

(30) انظر: د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2007، ص 373.

9.9- وكانت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات قد رفضت صراحةً الاستعانة بالقوانين المقارنة لاستحداث نظام "مُخاصمة القضاء"؛ ورفضت تطبيقها بشأن الوقائع التي حدثت قبل صدور قانون الإجراءات المدنية رقم (11) لعام 1992. فمثلاً، امتنعت في حكم لها صدر سنة 1993، عن تطبيق قواعد القانون المقارن بشأن دعوى مُخاصمة، كان قد رفعها أحد المتقاضين على أحد رؤساء النيابة العامة مسنداً إلى هذا الأخير ارتكاب خطأ مهني جسيم إلى جانب التدليس؛ فقد ورد في هذا الحكم: "... وحيث إنه لما كان نظام مُخاصمة أعضاء السلطة القضائية غير معروف في ظل القوانين السابقة على صدور القانون الاتحادي رقم (11) لسنة 1992 في شأن الإجراءات المدنية، بل كان بعضها ينص صراحة على عدم جواز محاكمتهم مدنياً أو جنائياً. ولا يجوز تقرير هذا النظام بالاستعانة من القوانين المقارنة في هذا الصدد حيث لا يجوز إعمالها في خلق نظام بأكمله ..."⁽³¹⁾.

9.10- وجدير بالذكر أن الأحكام الخاصة النازمة لدعوى المُخاصمة تتصل بالنظام العام؛ لأنها تتعلق بمبادئ التنظيم القضائي وأساسه؛ ولذا لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، تحت طائلة البطلان⁽³²⁾.

9.11- وعلاوة على النصوص الخاصة التي تحكم دعوى المُخاصمة، فإن هذه الدعوى تخضع أيضاً إلى القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية الاتحادي الإماراتي رقم 11 لسنة 1992 التي تخضع لها سائر الدعاوى⁽³³⁾. وذلك فيما لا يتعارض طبعاً مع القواعد الخاصة.

المبحث الثاني

نطاق دعوى مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة

رأينا أن دعوى مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة تمثل خروجاً عن الأصل العام الذي يقرر حصانة خاصة - شخصية- حمي القضاة وأعضاء النيابة العامة من المساءلة تقصيراً عما يلحق المتداعين من أضرار من جراء أعمالهم القضائية⁽³⁴⁾؛ وإنما يمكن مساءلتهم استثناءً من خلال دعوى المُخاصمة؛ وقد عيّنت التشريعات الإجرائية، في الدول التي أباحت هذه الدعوى - ومنها دولة الإمارات- بتحديد نطاق هذه الدعوى من حيث موضوعها أو من حيث أشخاصها، وفق مقتضيات سياستها التشريعية. وهذا ما سنتناوله بالدراسة وفق الآتي:

(31) المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم (1)، تاريخ 1993/2/9، وبذات السياق القرار الصادر بالطعن رقم (2)، تاريخ 1997/9/17، منشوران في موقع شبكة قوانين الشرق: <http://www.eastlaws.com>

(32) د. أحمد ماهر زغلول، الموجز في أصول وقواعد المرافعات، 1991، البند (119)، ص 226.

(33) د. انظر: د. علي عبد الحميد تركي، مرجع سابق، ص 203.

(34) انظر ما سبق البند رقم (9.4).

المطلب الأول

نطاق دعوى المُخاصمة من حيث الأشخاص (أطراف الدعوى)

10 - يقصد بنطاق دعوى مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة من حيث الأشخاص أي أطراف هذه الدعوى. وهم:

10.1 - أولاً- المدعي في دعوى المُخاصمة: وهو الخصم الذي أصابه ضرر من جراء قيام القاضي أو عضو النيابة العامة بأي عمل من الأعمال التي أجاز المشرع من أجلها مُخاصمته⁽³⁵⁾. وهو حتماً أحد أطراف الدعوى الأصلية التي من خلالها أتى القاضي أو عضو النيابة هذا العمل. أما إذا لم يكن طرفاً فيها، فتكون دعواه بالمُخاصمة غير مقبولة؛ وذلك لانعدام الصفة. وكذلك تكون غير مقبولة، ولو كان المدعي فيها خصماً في الدعوى المشار إليها ولكن لم يصبه أي ضرر من جراء العمل الذي أتاه القاضي أو عضو النيابة المُخاصم، وذلك لانتفاء المصلحة؛ إذ لا يقبل في القضاء أي طلب لا تكون لصاحبه مصلحة فيه⁽³⁶⁾.

وعليه، من أجل أن تقبل دعوى المُخاصمة، لابد مبدئياً من أن تقام من أحد الخصوم - في الدعوى التي من خلالها أتى القاضي أو عضو النيابة أي من الأعمال التي حددها المشرع كسبب يُبيح مُخاصمته - مهما كان مركزه فيها؛ أي سواء أكان مدعياً أم مدعى عليه أم متدخلاً أم مدخلاً فيها، طالما أنه أصيب بضرر من جراء العمل المشار إليه.

ويجوز أن يكون المدعي في دعوى المُخاصمة واحداً أو أكثر، وإذا توفي من له الحق في إقامتها، انتقل حقه إلى خلفه العام وفق القواعد العامة⁽³⁷⁾.

10.2 - ثانياً- المدعى عليه في دعوى المُخاصمة: نصت المادة 197 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي في مطلعها على أنه: " تجوز مخاصمة قضاة المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف وأعضاء النيابة العامة ... ". وعليه، لا تقام دعوى المُخاصمة على كافة القضاة، وإنما ترفع فقط على القضاة وأعضاء النيابة العامة الذين حددهم المشرع الاتحادي في النص المشار إليه، والذين يُمكن حصرهم في الفئات الثلاث الآتية:

(35) انظر: لاحقاً، البند (12).

(36) نصت المادة الثانية من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي الإماراتي على أنه: " لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة ومشروعة ... ".

(37) محمد مرعي صعب، مُخاصمة القضاة - دراسة مقارنة - الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان، 2006، ص70.

10.2. (أ)- قضاة المحاكم الابتدائية الاتحادية: يُمكن أن ترفع دعوى المُخاصمة على أي قاض من قضاة المحاكم الابتدائية الاتحادية. سواء أكان يعمل في محكمة فردية؛ كالمحكمة الجزئية أو محكمة الأمور المستعجلة أو محكمة التنفيذ. أو كان يعمل في محاكم جماعية؛ كالمحاكم الكلية.

10.2. (ب)- قضاة المحاكم الاستئنافية الاتحادية: كذلك، يُمكن أن ترفع دعوى المُخاصمة على أي قاض من قضاة المحاكم الاستئنافية الاتحادية.

10.2. (ج)- أعضاء النيابة العامة: دعوى المُخاصمة لا تخص القضاة فقط. وإنما تشمل أعضاء النيابة العامة؛ على اعتبار أن دورهم يُعد مكملاً لدور القضاة في تطبيق القانون. ولا سيما في القضايا الجنائية⁽³⁸⁾. وقد أجاز المشرع الاتحادي في دولة الإمارات مُخاصمة أي عضو من أعضاء النيابة العامة، أياً كانت درجته أو مرتبته؛ فالنص جاء مطلقاً في هذا الشأن؛ والقاعدة العامة تقضي بأن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يَقم دليلاً على تقييده.

10.2. (د)- الدولة: يذهب بعض الفقهاء إلى جواز اختصام الدولة (أو إدخالها أو تدخلها) في دعوى المُخاصمة. إضافة للمدعى عليه القاضي أو عضو النيابة العامة الذي انطوى عمله على أي من أسباب المُخاصمة؛ وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع⁽³⁹⁾. وفي جميع الأحوال. سواء تم اختصام الدولة ابتداءً أو تم إدخالها أو تدخلها في الدعوى أثناء نظرها. أو إذا لم تكن طرفاً في الدعوى. فقد قضى المشرع صراحةً في هذا الصدد بمسؤولية الدولة عما يحكم به من التضمينات على القاضي أو عضو النيابة المُخاصم. كما أجاز التنفيذ عليها مباشرة بالحكم الصادر في دعوى المُخاصمة. وللدولة حق الرجوع على القاضي أو عضو النيابة العامة المحكوم ضده (الفقرة الثانية من المادة 201 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي).

وعليه. إن إقامة دعوى المُخاصمة بمواجهة القاضي أو عضو النيابة المعني هو أمر حتمي تحت طائلة الحكم بعدم قبولها؛ ذلك لأنه هو خصم أصلي فيها. أما إقامة هذه الدعوى بمواجهة الدولة. إضافة للقاضي أو عضو النيابة العامة. أو حتى إدخالها أو تدخلها فيها. فهو أمر جوازي.

10.2. (ه)- الخصم الذي صدر الحكم لمصلحته في الدعوى الأصلية: يتطلب المشرع الإماراتي إدخال الخصم الذي صدر الحكم لمصلحته في الدعوى الأصلية⁽⁴⁰⁾. إن لم يكن مدخلاً أو متدخلًا فيها. وفي حال اتجهت المحكمة النازرة في دعوى المُخاصمة إلى إبطال هذا الحكم؛ فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 201 من قانون الإجراءات المدنية على أنه: "ومع ذلك لا يقضى ببطلان الحكم الصادر لمصلحة خصم آخر غير المدعي في دعوى المُخاصمة إلا بعد

(38) انظر: د. علي الشحات الحديدي. مرجع سابق. ص 149.

(39) انظر: د. علي عبد الحميد تركي. مرجع سابق. ص 216.

(40) أي الدعوى التي من خلالها أتى القاضي أو عضو النيابة المُخاصم أي من الأخطاء التي حددها المشرع كسبب يُبطل مَخاصمته.

إعلانه لإبداء أقواله ويجوز في هذه الحالة أن تصدر المحكمة في الدعوى الأصلية حكماً جديداً إذا رأت أنها صالحة للفصل وذلك بعد سماع أقوال الخصوم".

10.3- وتجدر الملاحظة إلى جواز مُخاصمة جميع قضاة الدائرة التي نظرت الدعوى، سواء أكانت من الدوائر الكلية أو الاستئنافية، وذلك في حال كان سبب المُخاصمة قد صدر عن كامل أعضائها، أو كان من المتعذر معرفة القاضي أو القاضيان المتسببان بالمُخاصمة. أما لو أمكن معرفة القاضي أو القاضيين المتسببين بالمُخاصمة فترفع الدعوى حينئذٍ بمواجهة هذا - أو هذين القاضيين- دون الآخرين.

11- ثالثاً- استثناء رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا: يستنتج من منطوق المادة 197 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي الإماراتي - المذكورة آنفاً - أنه يستثنى من دعوى المُخاصمة رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا، ويقتصر تطبيقها فقط على قضاة المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف وأعضاء النيابة العامة دون غيرهم.

وبهذا يكون قانون الإجراءات المدنية الاتحادي الإماراتي قد حصّن رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا من المُخاصمة -كما حصّنهم من الرد⁽⁴¹⁾- وهذا موقف محل نظر لدى بعض الفقهاء⁽⁴²⁾؛ حيث يرون أنه لا مبرر منطقي لهذا الاستثناء؛ على اعتبار أن القاضي أو عضو النيابة العامة من البشر مهما كانت منزلته؛ وهو بذلك ليس معصوماً من الخطأ؛ فضلاً عن أن نظام المُخاصمة هو في ذاته ضماناً للقاضي وللمتقاضي في الوقت ذاته، وأن تحصين أي من القضاة من إقامة دعوى المُخاصمة بواجهته، يعني حرمان المتضرر من أخطائهم من حقه في المطالبة بالتعويض ورفع الضرر.

11.1- أما في مصر، فقد أجاز قانون المرافعات المدنية المصري رقم 13 لسنة 1968 مُخاصمة جميع القضاة وأعضاء النيابة العامة دون استثناء؛ حيث نصت المادة 494 منه على أنه: "تجوز مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة في الأحوال الآتية: ..."، ولم يورد المشرع المصري أي استثناء على هذه القاعدة. وكذلك فعل المشرع السوري في قانون أصول المحاكمات الجديد الصادر سنة 2016⁽⁴³⁾.

11.2- ومن جانبنا، نرى - كما رأى غيرنا- أنه خير للعدالة العدول عن هذا الاستثناء، وتطبيق نظام المُخاصمة على جميع القضاة؛ كي لا يترك مضرور من دون تعويض، سيما وأن المشرع حدد أسباب المُخاصمة على سبيل الحصر، وفي ذلك تحصين للقضاء من جهة، وطمأنة للمتقاضين من جهة أخرى. ومن غير المنطقي إباحة مُخاصمة

(41) وكذلك، استثنى المشرع الاتحادي الإماراتي رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا من الرد؛ حيث نصت المادة 34 من قانون المحكمة الاتحادية العليا الإماراتي، رقم 10 لسنة 1973، صراحة على أنه: "لا يجوز رد رئيس أو قضاة المحكمة الاتحادية العليا"، وجدير بالذكر أن نظام رد القاضي يهدف إلى مجرد إبعاد القاضي عن نظر الدعوى ولا يرتب أية مسؤولية عليه.

(42) انظر: د. علي عبد الحميد تركي، مرجع سابق، ص 201 و 202، ود. علي الحديدي، مرجع سابق، ص 166.

(43) انظر: المادة 466 وما بعد من قانون أصول المحاكمات السوري الجديد رقم 1 الصادر سنة 2016.

قضاة المحاكم الابتدائية والاستئنافية الاتحادية من أجل الأخطاء التي حددها المشرع نفسه. ومنع مُخاصمة قضاة المحكمة الاتحادية العليا فيما لو ارتكبوا في عملهم ذات الأخطاء!

المطلب الثاني

نطاق دعوى المُخاصمة من حيث الموضوع (حالاتها أو أسبابها)

12- لا يكفي لإقامة دعوى المُخاصمة أن يكون المدعي ذا صفة فيها وله مصلحة منها. وأن يكون المدعى عليه من أجاز القانون مُخاصمته. على النحو الذي بيناه في المطلب السابق. بل لابد فوق ذلك من أن تتوافر إحدى الحالات أو الأسباب التي حددها المشرع الإماراتي في المادة 197 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادية. التي نصت على أنه: " تجوز مُخاصمة قضاة المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف وأعضاء النيابة العامة في الأحوال الآتية: 1- إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة العامة في عملهما غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم 2- في الأحوال الأخرى التي يقضي فيها القانون بمسئولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات".

ومفاد هذا النص. بحسب تعبير المحكمة الاتحادية العليا. أنه: " ... لا تجوز المُخاصمة إلا لسبب من أسباب معينة نصت عليها المادة سالفة الذكر على سبيل الحصر حتى يبعد القاضي من دعاوي المسئولية غير الجدية ... "(44).

وعليه. يتضح أن المشرع الإماراتي حدد. كغيره من المشرعين⁽⁴⁵⁾. حالات المُخاصمة على سبيل الحصر. ومن ثم لا يجوز القياس عليها ولا التوسع في تفسيرها. وسنتناول كل من هذه الحالات على حدة تباعاً فيما يأتي:

12.1- أولاً- إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة العامة في عملهما غش أو تدليس: حالة الغش أو التدليس هي أولى الحالات التي أجاز فيها المشرع الإماراتي رفع دعوى المُخاصمة على القاضي أو عضو النيابة الذي يقوم بهذا الغش أو التدليس. وهناك من المشرعين من ألحق بهاتين الحالتين حالة الغدر؛ كالمشرع المصري (م 1/494 من قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968) وغيره.

(44) انظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا. الأحكام المدنية والتجارية. الصادر بالطعن رقم 297. تاريخ 2009-10-27. منشور في موقع شبكة قوانين الشرق: <http://www.eastlaws.com>

(45) انظر على سبيل المثال المادة 466 من قانون أصول المحاكمات السوري الجديد الصادر سنة 2016.

وفي الواقع، لا يفرق فقهاء قانون الإجراءات المدنية (أو المرافعات) - كما الاجتهاد القضائي - بين الغش والتدليس، وحتى الغدر أو الخداع⁽⁴⁶⁾، في معرض شرحهم لأسباب مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة؛ إذ يرى كل من الفقه والقضاء - في أغلب الدول - في كل من الغش والتدليس والغدر أو الخداع، أنه انحراف القاضي أو عضو النيابة العامة في عمله عما تقتضيه قواعد القانون، بقصد وسوء نية، وذلك لاعتبارات خاصة تتنافى مع مبدأ الحياد والنزاهة؛ كالرغبة في الإضرار بأحد الخصوم أو في محاباته دون وجه حق، أو الرغبة في تحقيق مصلحة خاصة للقاضي أو عضو النيابة العامة، أو غير ذلك من الاعتبارات الخاصة ...⁽⁴⁷⁾.

وهذا ما عبّرت عنه المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات، في إحدى قراراتها، بقولها أنّ: "... الغش أو التدليس هو ارتكاب الظلم ومخالفة العدالة بالتحريف في المستندات أو الوقائع أو الأقوال عمداً لتحقيق مصلحة شخصية أو لمحاباة أحد الخصوم أو لتحيزه ضده وهذه الصور يجمعها جامع واحد وهو حصولها بسوء نية من القاضي بقصد الانحراف عن العدالة لقاء الحصول على منفعة أو فائدة ..."⁽⁴⁸⁾. وورد في قرار آخر لها: "ويقصد بالغش انحراف القاضي في عمله عما يقتضيه القانون قاصداً هذا الانحراف وذلك إما إثارة لأحد الخصوم أو نكاية في خصم أو تحقيقاً لمصلحة خاصة للقاضي"⁽⁴⁹⁾.

وتجدر الملاحظة إلى أن الغش أو التدليس قد يحصل في أي مرحلة من مراحل الدعوى، فالانحراف عن العدالة قد يقع أثناء التحقيق أو أثناء المحاكمة؛ كما لو غيّر أقوال أي من الشهود أو أقوال أي من الخصوم، أو في مرحلة الحكم؛ كما لو غيّر القاضي في مسودة الحكم بعد تلاوتها أصولاً⁽⁵⁰⁾، وقد أورد القضاء كما الفقه أمثلة متعددة عن الغش أو التدليس؛ كإخفاء أو إتلاف مستند مودع بملف الدعوى ...⁽⁵¹⁾.

(46) يعتقد البعض في هذا الصدد، أن لا فارق في المعنى بين هذه المصطلحات، وأن الفارق بينهم يكمن فقط في الدافع أو الرغبة التي تدفع القاضي إلى الانحراف عن واجباته الوظيفية، حيث يتميز الغدر بتوافر منفعة معينة يحصل عليها القاضي في مقابل انحرافه، انظر: د. عید محمد القصاص، مرجع سابق، ص 87.

(47) انظر: د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، البند (43) ص 58، ود. فتحي والي، مرجع سابق، البند (102) ص 170.

(48) انظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الصادر بالطعن رقم 297، تاريخ 27-10-2009، منشور في موقع شبكة قوانين الشرق: <http://www.eastlaws.com>

(49) قرار المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الصادر بالطعن رقم 351، تاريخ 7-11-2012، منشور في موقع شبكة قوانين الشرق: <http://www.eastlaws.com>

(50) انظر: د. فتحي والي، مرجع سابق، البند (102) ص 170.

(51) انظر: د. علي عبد الحميد تركي، مرجع سابق، ص 205.

ويستوي أن يكون انحراف القاضي أو عضو النيابة العامة في عمله بقصد حصوله على منفعة له أو لغيره. ولا يشترط هنا أن يُشكل فعله جريمة مكتملة الأركان كالرشوة أو التزوير⁽⁵²⁾. وعليه، يلزم لتوافر الغش أو التدليس اجتماع الشرطين الآتين⁽⁵³⁾:

أ- سوء النية: وهو انحراف القاضي أو عضو النيابة العامة عن إدراك وعمد عن مقتضيات القانون والعدالة التي تفرض عليه الحيادية والنزاهة في عمله القضائي. وسوء النية هو أمر ضروري ولازم لتوافر الغش أو التدليس كسبب يُبيح المحاصمة، فإذا لم يتم إثباته بالطرق القانونية فلا يكون هناك غش أو تدليس.

ب- تحقيق مصلحة خاصة: لا بد من أن يثبت أيضاً ارتكاب القاضي أو عضو النيابة العامة الغش أو التدليس في عمله بقصد تحقيق مصلحة خاصة له، أو لأحد المتخاصمين أمامه، أو بقصد الإضرار بأحد الخصوم انتقاماً منه أو نكاية به أو لأي سبب كان.

ويقع عبء إثبات الغش أو التدليس على من يدعيه، أي على المدعي طالب المحاصمة؛ تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأن البيئة على من ادعى. ولا يخفى على أحد صعوبة إثبات سوء النية في الغش أو التدليس في الواقع العملي؛ نظراً لأن العمد أو سوء القصد هو أمر يتطلب البحث عنه في النية الداخلية للقاضي أو عضو النيابة العامة.

12.2- ثانياً- إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة العامة في عملهما خطأً مهنيًا جسيمًا: كذلك يرى القضاء والفقه في أغلب الدول في الخطأ المهني الجسيم، الذي من أجله يبيح المشرع المحاصمة، أنه الخطأ الذي لا يقع من القاضي أو عضو النيابة العامة الذي يهتم بواجبات وظيفته اهتماماً عادياً. أو هو، بمعنى آخر، الخطأ الفادح الذي لا يرتكبه القاضي أو عضو النيابة العامة المتبصر والحريص في عمله⁽⁵⁴⁾.

وهذا ما عبّرت عنه المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات بقولها أن: "... الخطأ المهني الجسيم هو الخطأ الذي لا يغتفر إذا وقع من قاضٍ ولا يشترط فيه أن يكون عمداً أو بسوء قصد إذ لا يتطلب الأمر البحث عن النية الداخلية للقاضي، فهو خطأ فاحش ينشأ عن الاستهتار وعدم الحيطة بدرجة تجعله في مرتبة الغش كإغفال الوقائع الثابتة بالدعوى أو الجهل بالمبادئ الأولية للقانون التي لا يحتاج الإلمام بها إلى خبرة خاصة لا تتوافر في القاضي ذي المستوى المعتاد. ولا يعد خطأً مهنيًا جسيماً تفسير القاضي للقانون ولو كان على وجه يخالف

(52) د. علي الحديدي، مرجع سابق، ص 163.

(53) انظر: د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 170 وما بعد. وقرار المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الصادر بالطعن رقم 297، تاريخ 27-10-2009، منشور في موقع شبكة قوانين الشرق: <http://www.eastlaws.com>

(54) د. علي عبد الحميد تركي، مرجع سابق، ص 206.

المتعارف عليه بين رجاله ما دام قد انتفت سوء النية والجهل الفاضح والإهمال المفرط، أما ما يذهب إليه القاضي في تقدير الأدلة واستخراج النتائج منها أو عدم إجابة بعض الطلبات أو عدم بحث بعض الدفوع أو الميل في مسألة تقديرية إلى جانب دون آخر لأن التقدير ليس له معيار ثابت أو القصور في أسباب الحكم وعدم الأخذ بتقرير الخبر أو استناده إلى مستند دون آخر، فإن هذه الأخطاء لا تستوجب في حد ذاتها مساءلة القاضي لأنها أسباب تصلح للطعن في الحكم إن كان مما يقبل الطعن إذ القاضي بشر يخطئ ويصيب وما قررت طرق الطعن في الأحكام إلا لتلافي ما قد يعتريها من عيوب⁽⁵⁵⁾.

وعليه لا يسأل القاضي أو عضو النيابة العامة عن الهفوات أو الأخطاء غير الجسيمة التي قد يرتكبها أثناء قيامه بأعباء وظيفته.

وبما لا شك فيه أن إثبات ارتكاب القاضي أو عضو النيابة العامة خطأ مهني جسيم يقع على عاتق المدعي طالب المحاسبة: تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأن البينة على من ادعى.

12.3 - ثالثاً- في الأحوال الأخرى التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بتعويضات:

خلافاً للحالتين السابقتين من حالات المحاسبة اللتين حصرهما المشرع بالغش أو التدليس وبالخطأ المهني الجسيم، أورد المشرع الحالة الثالثة بنص عام ومطلق، يبيح بموجبها المحاسبة في كل مرة ينص فيها المشرع على مسؤولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات⁽⁵⁶⁾.

ولم نعثر - في هذا الصدد - على أي تطبيق مباشر لهذه الحالة في القانون الإماراتي، إلا أن الفقه المصري أورد كمثال عليها؛ الحالة المنصوص عنها في المادة 175 من قانون المرافعات المدنية المصري: "يجب في جميع الأحوال أن تودع مسودة الحكم المشتعلة على أسبابه موقعة من الرئيس ومن القضاة عند النطق به وإلا كان الحكم باطلاً، ويكون المتسبب بالبطلان ملزماً بالتعويضات".

وجدير بالذكر، أن المشرع الإماراتي قضى - في هذا المجال - بما ذهب إليه المشرع المصري، لكن مع الاكتفاء بجزء بطلان الحكم دون إلزام القاضي المعني بالتعويضات⁽⁵⁷⁾.

(55) انظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الصادر بالطعن رقم 297، تاريخ 27-10-2009، والقرار الصادر بالطعن رقم 351، تاريخ 7-11-2012، منشوران في موقع شبكة قوانين الشرق: <http://www.eastlaws.com>

(56) د. جمال الدين عبد الله مكناس ود. محمد ناصر الخوالدة، النطاق الموضوعي لدعوى مخاصمة القضاة بين النظرية والتطبيق، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 42، العدد 1، 2015، ص 214.

(57) انظر: المادة 129 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي الإماراتي.

ويرى البعض⁽⁵⁸⁾، أن إمكانية مُخاصمة القاضي استناداً إلى هذه الحالة، أي الحالة التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات، منوط بتحقيق الشرطين الآتيين:

1- الحكم بمسؤولية القاضي: حيث تقضي النصوص الإجرائية - في دولة الإمارات كما في غيرها - لا سيما تلك الواردة في قانون السلطة القضائية، بإحالة القاضي إلى مجلس التأديب⁽⁵⁹⁾، إذا أخل بواجباته المنصوص عنها في القانون⁽⁶⁰⁾، وإذا شكّل الفعل المرتكب من قبل القاضي جريمة، فتتم ملاحقته وفقاً للإجراءات الخاصة الواردة في قانون السلطة القضائية الاتحادية⁽⁶¹⁾، ويكون هذا الشرط قد تحقق إذا انتهت الدائرة أو المحكمة المختصة إلى إدانته وثبوت مسؤوليته.

2- الحكم على القاضي بالتعويض: من أجل توافر حالة المُخاصمة التي نحن بصدها، لا تكفي ملاحقة القاضي جزائياً أمام الدائرة أو المحكمة المختصة وفق الإجراءات التي حددها المشرع، بل لابد من مدعٍ شخصي كطرف في هذه الدعوى، وأن تحكم المحكمة على القاضي بالتعويض عن الضرر الذي أصاب هذا المدعي الشخصي من جراء الفعل الجرمي المرتكب من قبل القاضي.

هذه هي إذاً الحالات الثلاث التي تُبيح إقامة دعوى المُخاصمة. فإذا لم تتوافر إحداها، فلا تجوز مُخاصمة القاضي أو عضو النيابة العامة، وإذا ما رفعت دعوى مُخاصمة لأسباب أخرى - مهما كانت - فسيكون مصيرها الحكم بعدم قبولها منذ المرحلة الأولى من نظرها على النحو الذي سنبينه لاحقاً⁽⁶²⁾.

(58) د. جمال الدين عبد الله مكناس ود. محمد ناصر الخوالدة، مرجع سابق، ص 215.

(59) انظر إلى الفصل الرابع " في مساءلة رجال القضاء " من الباب الثالث " في القضاة " المواد 41 وما بعد من قانون السلطة القضائية الاتحادية الإماراتي رقم 3، لسنة 1983.

(60) انظر: إلى الفصل الثالث " في واجبات القضاة " من الباب الثالث " في القضاة " المواد 35 وما بعد من قانون السلطة القضائية الاتحادية الإماراتي رقم 3، لسنة 1983.

(61) المواد 35 وما بعد من قانون السلطة القضائية الاتحادية الإماراتي رقم 3، لسنة 1983.

⁶² انظر: لاحقاً، البند رقم (17) وما بعد.

المبحث الثالث

إجراءات دعوى مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة

13- تنظم التشريعات الإجرائية في الدول التي أباحت مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة، ومنها دولة الإمارات، دعوى المُخاصمة بقواعد إجرائية خاصة، تختلف في الكثير من الوجوه عن القواعد الإجرائية العامة التي تخضع لها سائر الدعاوى الأخرى، وذلك بقصد توفير الضمانات اللازمة لحماية القضاة وأعضاء النيابة العامة وتخصينهم من الدعاوى الكيدية أو العبثية، التي ليس لها من هدف سوى الكيد أو الانتقام. وما من شك، أن النصوص الخاصة بدعوى المُخاصمة هي الأولى بالتطبيق، ولا يرجع إلى النصوص العامة التي تحكم سائر الدعاوى إلا في حالات النقص، تطبيقاً للقاعدة القانونية التي تقضي بأن الخاص أولى بالتطبيق من العام. وعليه سنتناول إجراءات دعوى المُخاصمة من خلال ما يأتي:

المطلب الأول

المحكمة المختصة بنظر دعوى المُخاصمة

14- حرصت التشريعات الإجرائية التي تبنت نظام المُخاصمة، ومنها التشريع الإماراتي، على جعل اختصاص النظر في دعوى المُخاصمة لمحكمة أعلى درجة من المحكمة التي يتبع لها القاضي أو عضو النيابة العامة؛ ولعل المبرر في ذلك هو عدم عرض هذه الدعوى على قضاة أحدث من القاضي أو عضو النيابة العامة المُخاصم أو قضاة أقل مرتبة أو درجة منه، دفعاً للحرج الذي قد يؤثر في حيادهم⁽⁶³⁾.

وعليه، تختلف المحكمة المختصة بنظر دعوى المُخاصمة بحسب درجة القاضي أو عضو النيابة العامة المراد مُخاصمته، وفق ما يأتي:

14.1- أولاً- اختصاص محكمة الاستئناف: إذا كان القاضي المراد مُخاصمته من قضاة المحاكم الابتدائية، جزئية كانت أم كلية، أو كان عضواً في النيابة العامة تقل درجته عن محامٍ عام، فترفع الدعوى عليه أمام محكمة الاستئناف التي يتبع لها، وذلك بعد تقرير قبولها من إحدى دوائر محكمة الاستئناف؛ فبعد أن أجاز المشرع الإماراتي، في مطلع المادة 197 من قانون الإجراءات، مُخاصمة قضاة المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف وأعضاء النيابة العامة في الأحوال التي نص عليها، قضى في الفقرة الأولى من المادة 198 من ذات القانون بأن ترفع دعوى المُخاصمة بتقرير يقدم إلى مكتب إدارة الدعوى في محكمة الاستئناف التي يتبع لها القاضي أو عضو

(63) انظر: د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 910.

النيابة العامة المُخَاصِم⁽⁶⁴⁾. ومن ثم قضى، في الفقرة الثانية من ذات المادة، بعرض هذه الدعوى للنظر في جواز أو عدم جواز قبولها، على إحدى دوائر محكمة الاستئناف بأمر من رئيسها.

14.2 - ثانياً - اختصاص المحكمة الاتحادية العليا: إذا كان المراد مُخاصمته هو قاضياً من قضاة محكمة الاستئناف، أو كان عضواً في النيابة العامة بدرجة محامي عام أو نائب عام، فترفع الدعوى في هذه الحالة أمام دائرة خاصة تتألف من خمسة من أقدم قضاة المحكمة الاتحادية العليا، ولكن بعد أن تقرر جواز قبولها إحدى دوائر النقض فيها؛ وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة 198 من قانون الإجراءات: " ... وإذا كان القاضي المُخَاصِم قاضياً بمحكمة الاستئناف أو كان عضو النيابة المُخَاصِم النائب العام أو محامياً عاماً على الأقل تولت الفصل في قبول المُخَاصِم إحدى دوائر النقض في غرفة المداولة فإذا حكمت بقبولها أحالت نظر موضوع المُخَاصِم إلى دائرة خاصة مؤلفة من خمسة من قضاتها بحسب ترتيب أقدمياتهم".

14.3 - واختصاص النظر بدعوى المُخَاصِم من قبل محكمة الاستئناف أو المحكمة الاتحادية العليا، بحسب درجة القاضي أو عضو النيابة العامة المُخَاصِم، هو اختصاص نوعي متعلق بالنظام العام، ولا يجوز بالتالي الاتفاق على خلافه، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها⁽⁶⁵⁾. أما الاختصاص المكاني، فهو لا يثار إذا كان المُخَاصِم قاضياً بمحكمة الاستئناف أو كان هو النائب العام أو محامياً عاماً على الأقل؛ لأن المحكمة الاتحادية العليا هي الوحيدة التي تتولى وظيفة النقض في القضاء الاتحادي⁽⁶⁶⁾. أما لو كان القاضي المراد مُخاصمته من قضاة المحاكم الابتدائية أو كان عضواً في النيابة العامة تقل درجته عن محامي عام، فترفع الدعوى أمام محكمة الاستئناف التي يتبع لها مكانياً هذا القاضي أو عضو النيابة العامة.

14.4 - والعبرة في تحديد المحكمة المختصة - نوعياً أو مكانياً - بالنظر في دعوى المُخَاصِم، هي بصفة القاضي أو عضو النيابة العامة المراد مُخاصمته وقت صدور الحكم أو العمل الذي كان السبب في إقامة دعوى المُخَاصِم، ولا يؤثر على تحديد المحكمة المختصة نقل أو ندب القاضي إلى دائرة أو محكمة أخرى، أو حتى إحالته إلى التقاعد⁽⁶⁷⁾.

14.5 - وبحسب القواعد العامة، يجب أن تقدم دعوى مُخاصمة أي قاض من قضاة محكمة الاستئناف أو أي عضو من أعضاء النيابة العامة إن كان بدرجة محامي عام أو نائب عام، من أحد المحامين المقبولين للمرافعة أمام المحكمة الاتحادية العليا؛ وفي هذا الشأن قضت هذه الأخيرة بأنه: " ... إذا ما رفعت دعوى المُخَاصِم بتقرير في قلم

(64) جدر الإشارة إلى أن القانون رقم (10) لسنة 2014 - المعدل لبعض أحكام قانون الإجراءات المدنية الاتحادي - نص على استخدام عبارة "مكتب إدارة الدعوى" بدلاً عن عبارة " قلم الكتاب".

(65) د. إبراهيم محمد الشرفي، مرجع سابق، ص 62.

(66) انظر: المادة 2/188 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي.

(67) انظر: نقض مدني، مجموعة النقض المصرية، ص 1241، مشار إليه في كتاب: د. علي بركات، دعوى مُخاصمة القضاة بين النظرية والتطبيق، دار النهضة، القاهرة، 2001.

كتاب المحكمة العليا فإنه يجب على طالب التنفيذ التقيد بالإجراءات المتبعة أمام هذه المحكمة ومنها المادة 21 من القانون رقم 91/23 في شأن تنظيم مهنة المحاماة التي تنص على أنه لا يجوز لغير المحامين المقبولين للمرافعة أمام المحكمة الاتحادية العليا الحضور أمامها نيابة عن أطراف الدعوى أو تقديم الطلبات أو الطعون أو صحف الدعوى وهو ما يوافق نص المادة 52 من القانون رقم 73/10 في شأن المحكمة الاتحادية العليا تحت عنوان الإجراءات أمام المحكمة العليا الذي يوجب رفع الدعوى والطلبات المقدمة من الأفراد من أحد المحامين المقبولين للمرافعة أمامها ...⁽⁶⁸⁾.

المطلب الثاني

قيد دعوى الخاصمة وميعاده

ترفع دعوى الخاصمة بقيدها في مكتب إدارة الدعوى في المحكمة المختصة ضمن الميعاد القانوني، وذلك وفق الآتي:

15- أولاً- قيد دعوى الخاصمة: قضى المشرع الإماراتي في الفقرة الأولى من المادة 198 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي الإماراتي بأن: " ترفع دعوى الخاصمة بتقرير يقدم إلى مكتب إدارة الدعوى في محكمة الاستئناف التابع لها القاضي أو عضو النيابة يوقعه الطالب أو من يفوضه في ذلك ويجب أن يشتمل التقرير على بيان أوجه الخاصمة وأدلتها وأن تودع معه الأوراق المؤيدة لها مع تأمين مقداره ألف درهم". وحول هذا النص، يمكننا ذكر الملاحظات الآتية:

15.1- (أ)- فيما يتعلق بمصطلح " تقرير" الذي ورد في نص الفقرة المشار إليها أعلاه، وهو ذات التعبير الذي استخدمه المشرع المصري⁽⁶⁹⁾، والذي ترفع دعوى الخاصمة بتقيده أو تسجيله - مع مرفقاته- في مكتب إدارة الدعوى في المحكمة المختصة، نرى أن المقصود به هو عبارة عن صحيفة دعوى ليس إلا؛ إذ إن الخاصمة لا تكون إلا بدعوى مبتدئة، ولابد من أن تفتح -كسائر الدعاوى- بصحيفة تشتمل بشكل عام على كافة البيانات التي نصت عليها المادة (42) من قانون الإجراءات المدنية، والتي من بينها اسم المدعي ولقبه ...⁽⁷⁰⁾، إضافة طبعاً إلى البيانات التي أوجبتها النصوص الخاصة بالخاصمة؛ والتي من بينها بيان أوجه الخاصمة ... وباعتقادنا أنه من الأنسب استخدام مصطلح "صحيفة" بدلاً من " تقرير" انسجاماً مع المصطلحات المستخدمة في القانون

(68) انظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الصادر بالطعن رقم 308، تاريخ 27-5-2002، منشور في موقع شبكة قوانين الشرق: <http://www.eastlaws.com>

(69) تنص المادة 495 من قانون المرافعات المصري على أن: " ترفع دعوى الخاصمة بتقرير ...".

(70) انظر: المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي الإماراتي.

ذاته. وربما في غيره من القوانين النافذة في الدولة وفي غيرها⁽⁷¹⁾. ومن جهة أخرى، تصدر التقارير عادةً - وبرأينا - عن أشخاص عامة أو مكلفين بخدمة عامة.

15.2-(ب)- وفيما يتعلق بمبلغ التأمين الذي حدده المشرع الإماراتي بألف درهم، فهو شرط ضروري لقيود دعوى الخُاصمة مهما كانت درجة القاضي أو عضو النيابة العامة المخاصم، ويتوجب على مدعي الخُاصمة أن يرفق بإصال الدفع أو ما يثبت هذا الإيداع مع تقرير الدعوى. وجدير بالذكر أن بعض التشريعات بدأت تميل إلى رفع مبلغ التأمين في دعوى الخُاصمة للحد من الدعاوى الكيدية؛ كما فعل مؤخراً المشرع اليمني الذي حدد مبلغ التأمين بخمسين ألف، ومئة ألف ريال يمني، حسب درجة القاضي المخاصم⁽⁷²⁾. إلا أن المشرع الإماراتي أبقى على مبلغ الألف درهم كتأمين لدعوى الخُاصمة، مهما كانت درجة القاضي أو عضو النيابة العامة المخاصم، رغم تعديل 2014 الذي تناول بعض من جوانب قانون الإجراءات المدنية⁽⁷³⁾. ونحن بدورنا نؤيد إبقاء مبلغ التأمين في حدود المعقول، بحيث لا يُشكل عقبة في وجه من يتضرر من أعمال القضاة أو أعضاء النيابة العامة التي أجاز المشرع بشأنها دعوى الخُاصمة من جهة، ويضمن حماية القضاة وأعضاء النيابة العامة من الدعاوى الكيدية أو العبثية من جهة أخرى، حيث يُحكم بمصادرة التأمين في حال ثبت عدم جدية الدعوى (المادة 1/201 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي).

16 - ثانياً - ميعاد رفع دعوى الخُاصمة: لم يحدد المشرع الإماراتي، كالمصري والسوري وغيرهما، ميعاداً معيناً لرفع دعوى الخُاصمة. لذا نرى - مع غيرنا⁽⁷⁴⁾ - أنه من الجائز رفعها طالما أن الحق في رفعها لم يسقط بمرور الزمن (بالتقادم).

16.1 - وعليه، تخضع هذه الدعوى، باعتبارها من دعاوى المسؤولية المدنية، إلى القواعد العامة التي تحكم مسألة مرور الزمن (التقادم) على هذا النوع من الدعاوى⁽⁷⁵⁾. وبالرجوع إلى نصوص قانون المعاملات المدنية الإماراتي نجد أنها تقضي بسقوط دعوى الضمان الناشئة عن الفعل الضار بانقضاء ثلاث سنوات، تبدأ من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسؤول عنه (م 1/298). أما لو كانت دعوى المسؤولية ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى العامة لاتزال منظورة بعد انقضاء الموعد المذكور أعلاه، ففي هذه الحالة لا يمتنع نظر دعوى

(71) ففي سورية مثلاً نصت المادة 471 من قانون أصول المحاكمات الجديد الصادر سنة 2015 على أن: " ... أ- تقدم الدعوى باستدعاء من قبل محام أستاذ مضي على تسجيله في جدول المحامين الأساتذة مدة لا تقل عن عشر سنوات بالاستناد إلى سند توكيل يتضمن تفويضه بخُاصمة القضاة.

(72) المادة 148 من قانون المرافعات اليمني رقم 40 الصادر سنة 2002.

(73) القانون رقم (10) لسنة 2014 المعدل لبعض أحكام قانون الإجراءات المدنية الاتحادي.

(74) انظر: د. علي عبد الحميد تركي، مرجع سابق، ص 213.

(75) انظر: د. أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، البند (125)، ص 234.

الضمان (م 2/298). وفي جميع الأحوال، يسقط الحق في رفع هذه الدعوى بانقضاء خمس عشرة سنة. تبدأ من يوم وقوع الفعل الضار (م 3/298). أي الفعل المنسوب للقاضي أو عضو النيابة العامة المراد مخصصته بسببه.

16.2- في حين أننا نجد أن المشرع اليمني، هو من المشرعين النادرين الذين وضعوا ميعاداً خاصاً لرفع دعوى الخصمة؛ إذ نص في المادة 155 من قانون المرافعات الصادر سنة 2002 على أنه: " لا يجوز قبول دعوى الخصمة بعد مرور ثلاثين يوماً تبدأ من تاريخ إعدار القاضي إذا تعلق الأمر بسبب الامتناع عن الفصل في الدعوى كما لا يجوز قبولها بعد مضي المدة المذكورة من تاريخ العلم بالواقعة بالنسبة لبقية أسباب الخصمة الواردة في هذا الفصل".

16.3- ويرى البعض⁽⁷⁶⁾، أن الغرض من تحديد الميعاد الذي نص عليه قانون المرافعات اليمني هو التقليل من دعاوى المرفوعة ضد القضاة، وربما جاء هذا التحديد كرد فعل في مواجهة الانتقادات الموجهة لنظام مخصصه القضاة من قبل رجال السلطة القضائية نفسها.

16.4- ونحن بدورنا نعتقد أنه، لطالما أن دعوى الخصمة هي دعوى مسؤولية مدنية من نوع خاص وتخضع لإجراءات وشروط خاصة -كما مر معنا- لذلك كان من الأنسب النص على مهلة قصيرة ومعقولة لرفع هذه الدعوى. بحيث إذا لم ترفع خلالها يسقط الحق في إقامتها؛ كي لا تُشكّل مثل هذه الدعاوى تهديداً يستمر مدة طويلة من الزمن للقضاة وأعضاء النيابة العامة، وخاصة هؤلاء الذين يرتكبون أخطاء مهنية جسيمة لكنها غير عمدية، ونقترح أيضاً أن تكون مدة هذا التقادم الخاص أطول في حال ارتكاب الغش أو التدليس؛ نظراً لتوافر سوء النية - لدى القاضي أو عضو النيابة المعني - في الحالة الثانية خلافاً للحالة الأولى.

المطلب الثالث

مراحل نظر دعوى الخصمة والحكم فيها

نستنتج من النصوص النازمة لإجراءات الخصمة في قانون الإجراءات المدنية الاتحادي الإماراتي أن هذه الدعوى تنظر على مرحلتين: في المرحلة الأولى ينظر بشكل مبدئي في جواز أو عدم جواز قبول الخصمة، وفي المرحلة الثانية تنظر الدعوى بعمق ويتم إصدار الحكم النهائي فيها. وسنتناول كل من هاتين المرحلتين تباعاً فيما يأتي:

(76) د. إبراهيم محمد الشرفي، مرجع سابق، ص 63.

17- أولاً- مرحلة البت في جواز أو عدم جواز قبول دعوى المُخاصمة: بعد قيد دعوى المُخاصمة في مكتب إدارة الدعوى في المحكمة المختصة على النحو الذي بيناه آنفاً، وقبل الفصل نهائياً في موضوعها، لابد من التأكد من جديتها ومن توافر شروطها الشكلية، عن طريق فحصها فحصاً مبدئياً وظاهرياً من قبل إحدى دوائر المحكمة المختصة؛ وفق التفصيل الآتي:

17.1- (أ)- إذا كان القاضي المراد مُخاصمته من قضاة المحاكم الابتدائية، أو كان عضواً من أعضاء النيابة العامة تقل درجته عن محامي عام، تعرض الدعوى على إحدى دوائر محكمة الاستئناف بأمر من رئيسها(المادة 1/198 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادية).

17.2- (ب)- وإذا كان المراد مُخاصمته هو قاض في محكمة الاستئناف، أو كان عضواً في النيابة العامة بدرجة محامي عام أو نائب عام، تعرض الدعوى على إحدى دوائر النقض في المحكمة الاتحادية العليا بأمر من رئيسها (المادة 2/198 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادية).

17.3- ويُصار إلى إعلان صورة عن تقرير دعوى المُخاصمة إلى القاضي أو عضو النيابة المطلوب مُخاصمته، ومن ثم تُنظر الدعوى من قبل الدائرة المختصة في غرفة المدولة في أول جلسة تعقد بعد انقضاء ثمانية أيام تلي الإعلان، ويقوم مكتب إدارة الدعوى التابع للمحكمة المختصة بإخطار موعدها إلى كل من طالب المُخاصمة والمطلوب مُخاصمته (المادة 2/198 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادية).

17.4- وفي هذه المرحلة، تقوم الدائرة أو المحكمة المختصة ببحث سريع وظاهري لملف الدعوى، من أجل التأكد من أن رفعها تم وفق الإجراءات، وتوافرت فيها إحدى الحالات، المنصوص عنها في القانون، وكذلك تقوم المحكمة بسماع أقوال كل من طالب المُخاصمة أو وكيله، والقاضي أو عضو النيابة المُخاصم سواء بنفسه أو بواسطة وكيل من رجال القضاء، وسماع أقوال النيابة العامة إن تدخلت في الدعوى (المادة 199 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادية)، ومن ثم تحكم - في ضوء كل ذلك، وعلى وجه السرعة، بقبول أو عدم قبول المُخاصمة.

17.5- وفي هذا الشأن، يقرر الاجتهاد القضائي في مصر أن البت في دعوى المُخاصمة في مرحلتها الأولى، لا يكون إلا على أساس ما يرد في تقرير المُخاصمة والأوراق أو الوثائق المودعة معه، ولا يجوز لطالب المُخاصمة في هذه المرحلة تقديم أي مستندات أخرى، أما القاضي أو عضو النيابة العامة المُخاصم فيمكنه تقديم المستندات والوثائق التي تؤيد دفاعه⁽⁷⁷⁾.

(77) انظر: قرار محكمة النقض المصرية الصادر بالطعن رقم (8569)، تاريخ 8-7-1997، والقرار الصادر بالطعن رقم (3447)، تاريخ 28-2-1994، منشوران في موقع شبكة قوانين الشرق: <http://www.eastlaws.com>

17.6- وهذا ما أكدته أيضاً المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات بقولها: " لما كان نص المادة 199 من قانون الإجراءات المدنية على أنه " تحكم المحكمة على وجه السرعة في تعلق أوجه الخصامة بالدعوى وقبولها وذلك بعد سماع الطالب أو وكيله والقاضي أو عضو النيابة المخاصم حسب الأحوال بنفسه أو بوكيل من رجال القضاء وأقوال النيابة العامة إذا تدخلت في الدعوى " يدل بجلاء على أن الفصل في دعوى الخصامة وهى في مرحلتها الأولى مرحلة الفصل في تعلق أوجه الخصامة بالدعوى وجواز قبولها لا يكون إلا على أساس ما يرد في تقرير الخصامة والأوراق المودعة معه وعلى أنه لا يجوز في هذه المرحلة تقديم أو قبول أوراق أو مستندات غير تلك التي أودعت مع التقرير. الأمر الذي ينبني عليه أنه لا يجوز في هذه المرحلة الأولى الاستماع إلى الشهود أو اتخاذ إجراءات التحقيق سواء بادعاء تزوير مستندات أو شهادات الزور ... "(78).

17.7- ويتضح من كل ذلك أن الغرض من هذه المرحلة المبدئية يكمن في استبعاد الدعاوى لا تتوافر فيها كافة الشروط الشكلية التي رسمها القانون. أو التي لا تستند إلى أي من الأسباب الحصرية التي أباح المشرع من أجلها إقامة دعوى الخصامة. ففي مثل هذه الحالات تقضي الدائرة المختصة بعدم قبول دعوى الخصامة وبمصادرة التأمين (المادة 1/201 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي). أما لو وجدت أنها مستوفية لشروطها الشكلية وجديرة بالنظر. فتحكم بقبولها وتحدد جلسة علنية للنظر في موضوعها (المادة 1/200 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي). وبذلك، تبدأ المرحلة الثانية من نظر دعوى الخصامة. ويُعد القاضي المخاصم - من تاريخ الحكم بقبول دعوى الخصامة في هذه المرحلة - غير صالح لمتابعة النظر في الدعوى الأصلية. هذا في حال كانت الدعوى لازالت معروضة أمام المحكمة التي يعمل بها (المادة 2/200 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي).

17.8- وباعتقادنا. كان من الأنسب النص على قيام المحكمة بفحص تقرير الدعوى (أي صحتها) مع الوثائق المرفقة فيها دون حاجة إلى إعلان القاضي أو عضو النيابة المطلوب مُخاصمته. فإذا تبين لها عدم جديتها أو عدم قانونيتها تحكم من تلقاء نفسها بعد قبولها. ما لم ترى ضرورة الاستماع إليه فتقرر حينئذ إعلانه. وذلك كي لا ينشغل القضاة وأعضاء النيابة بدعاوى مُخاصمة لا أساس قانوني لها.

18- ثانياً- مرحلة البت نهائياً في دعوى الخصامة: إذا توصلت الدائرة المختصة إلى الحكم بقبول دعوى الخصامة في مرحلتها الأولى المشار إليها أعلاه. تَحد بذات الحكم موعداً لنظرها مجدداً في جلسة علنية يُعلن الأطراف بموعدها أصولاً. وفي هذه المرحلة يُبت في الدعوى من حيث الشكل ومن حيث الموضوع. وذلك بعد أن تستمع

(78) انظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا الصادر بالطعن رقم 187. الأحكام الجزائية. تاريخ 27-1-1999. منشور في موقع شبكة قوانين الشرق: <http://www.eastlaws.com>

الدائرة المختصة - من جديد- إلى أقوال كل من طالب المُخاصمة والمُخاصم وأقوال النيابة العامة إذا تدخلت في الدعوى (المادة 1/200 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي).

وتجدر الملاحظة هنا إلى أن الفقرة الخامسة من المادة 61 من ذات القانون، تلزم النيابة العامة بالتدخل في بعض الدعاوى ومنها دعاوى مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة وردهم ... تحت طائلة بطلان الحكم الذي سيصدر. بينما الفقرة الأولى من المادة 200 المشار إليها أعلاه، أوجبت سماع أقوال النيابة العامة إن تدخلت في الدعوى. مما يفيد بأن تدخلها في دعوى المُخاصمة هو أمر جوازي وليس وجوبي خلافاً لما أوجبه المادة 61 من ذات القانون! ولإزالة هذا التناقض، نرى أن نص المادة 1/200 هو الأول بالتطبيق لسببين: الأول يكمن في أنه نص خاص؛ حيث ورد في الباب المخصص لمُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة⁽⁷⁹⁾، بينما نص المادة 61 ورد في الكتاب الأول الذي تناول أحكام التداعي أمام المحاكم، أما السبب الثاني فيكمن في أن نص المادة 200 لاحق على نص المادة 61.

18.1- وإذا وجدت الدائرة المختصة أن الدعوى غير جديرة بالقبول من الناحية الشكلية حكمت بعدم قبول المُخاصمة شكلاً، وإذا وجدت أنها غير جديرة بالقبول من الناحية الموضوعية، حكمت برفضها موضوعاً، وفي الحالتين تقضي الدائرة على طالب المُخاصمة بمصادرة التأمين مع الحكم عليه بالتعويضات إن كان لها وجه (المادة 1/201 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي).

18.2- أما لو وجدت الدائرة المختصة أن الدعوى صحيحة من الناحيتين الشكلية والموضوعية، فتقضي عندئذٍ بصحة المُخاصمة، وتحكم على القاضي أو عضو النيابة المُخاصم بالتضمينات والمصروفات وببطلان تصرفه. وتكون الدولة مسؤولة عما يحكم به من التضمينات على القاضي أو عضو النيابة، ويجوز التنفيذ عليها مباشرة، ولها طبعاً حق الرجوع عليه بما دفعته (المادة 2/201 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي).

18.3- وإذا أجهت الدائرة المختصة إلى الحكم ببطلان القرار - أو الحكم- الصادر لمصلحة خصم آخر غير المدعي في دعوى المُخاصمة، فلا تقضي ببطلان هذا الحكم إلا بعد إعلان هذا الخصم - ان لم يكن طرفاً أصلياً أو متدخلاً في دعوى المُخاصمة- وذلك من أجل إبداء أقواله. وفي هذه الحالة، يجوز أن تُصدر الدائرة النازرة بدعوى المُخاصمة حكماً جديداً بالدعوى الأصلية إن رأت أنها صالحة للفصل فيها، وذلك بعد سماع أقوال كافة الأطراف (المادة 3/201 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي).

(79) انظر: ما سبق، البند رقم (9.5).

219- ثالثاً- الطعن في الحكم الصادر بدعوى المُخاصمة: نصت المادة 202 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي صراحةً على أنه: "لا يجوز الطعن في الحكم الصادر في دعوى المُخاصمة إلا بطريق النقض". وعلى اعتبار أن المحكمة المختصة بنظر دعوى المُخاصمة قد تكون محكمة الاستئناف أو المحكمة الاتحادية العليا، وذلك بحسب درجة القاضي أو عضو النيابة العامة المراد مُخاصمته⁽⁸⁰⁾، الأمر الذي يقتضي التفرقة في هذا الشأن بين الحالتين الآتيتين:

19.1- الحالة الأولى- إذا كان الحكم صادراً عن إحدى دوائر محكمة الاستئناف: وهي المختصة، كما رأينا، بنظر دعاوى مُخاصمة قضاة المحاكم الابتدائية وأعضاء النيابة العامة التي تقل درجتهم عن محامي عام، وهنا نفرق أيضاً بين الحكم الصادر بشأن قبول أو عدم قبول دعوى المُخاصمة، أي الحكم الصادر في المرحلة الأولى من نظر الدعوى، على النحو الآتي:

19.1- (أ)- إذا قضى الحكم بعدم قبول المُخاصمة فإنه يقبل، في هذه الحالة فقط، الطعن بطريق النقض أمام المحكمة الاتحادية العليا، من قبل طالب المُخاصمة - الذي له مصلحة طبعاً من الطعن- وذلك وفقاً للمادة 202 المشار إليها أعلاه.

19.1- (ب)- أما إذا قضى الحكم بقبول المُخاصمة، فلا يقبل هذا الحكم عندئذٍ الطعن بطريق النقض بشكل مستقل؛ لأنه لا ينهي الخصومة، ولكن يجوز الطعن فيه مع الحكم المنهي للخصومة؛ استناداً للمادة 151 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أنه: " لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها...".

19.2- الحالة الثانية- إذا كان الحكم صادراً عن إحدى دوائر النقض في المحكمة الاتحادية العليا: وهي المختصة، كما رأينا، بنظر دعاوى مُخاصمته قضاة محاكم الاستئناف وأعضاء النيابة العامة من درجة محامي عام أو نائب عام، فهنا لابد من تطبيق نص المادة 187 من قانون الإجراءات المدنية الذي يقضي بأنه: " لا يجوز الطعن في أحكام النقض بأي طريق من طرق الطعن وذلك فيما عدا ما صدر منها في أصل النزاع فيجوز الطعن فيها بطريق التماس إعادة النظر في الحالات المنصوص عليها في البنود أ، ب، ج، من المادة (169)".

(80) انظر ما سبق البند (14).

وبالرجوع إلى نص المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي، نجد أنها تقضي بأن: " للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية في الأحوال الآتية: 1- إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم 2- إذا كان الحكم قد بني على أوراق حصل بعد صدوره إقرار بتزويرها أو قضي بتزويرها أو بني على شهادة شاهد قضي بعد صدوره بأنها شهادة زور 3- إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها..."

وعليه، لا يجوز الطعن في حكم دائرة النقض المختصة في المحكمة الاتحادية العليا، الصادر بقبول أو عدم قبول الخصمة الذي انتهت إليه في المرحلة الأولى من نظر الدعوى، ولكن يمكن الطعن - وبطريق التماس إعادة النظر فقط - في حكمها " النهائي " الذي تتوصل إليه بنتيجة نظر الدعوى في مرحلتها الثانية، وذلك إذا توافرت حالة أو أكثر من الحالات الثلاث المذكورة أعلاه، وسواء قضى الحكم بصحة الخصمة أو بعدم صحتها.

الخاتمة

20- وبنتيجة بحثنا هذا، وجدنا أن دعوى مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة هي دعوى مسؤولية مدنية خاصة تتمتع بأهمية كبيرة؛ باعتبارها تمثل استثناءً من الأصل العام الذي يُقر حصانة شخصية للقضاة وأعضاء النيابة العامة تعفيهم من المسائلة عن الأضرار التي قد تنشأ للمتداعين من جراء قيامهم بمهامهم القضائية، وذلك حماية لهم من الدعاوى العبثية والكيدية التي تسيء إليهم وتنال بوجه أو بآخر من هيبة القضاء. ولكن باعتبار أن القضاة وأعضاء النيابة العامة من البشر، وقد يرتكبون في أعمالهم أخطاءً عمدية أو غير عمدية تلحق أضراراً بأي من المتداعين أمامهم، فإن من مقتضيات العدل والانصاف رفع هذه الأضرار.

21- وقد سُرّعت دعوى المُخاصمة لتُتيح للمتضرر من أخطاء القاضي أو عضو النيابة العامة التي تقع منه أثناء قيامه بعمله القضائي، المطالبة بالتعويض وجبر الضرر في حالات، وضمن شروط، وإجراءات حددها المشرع بنصوص خاصة. وكان المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة قد تبنى هذه الدعوى لأول مرة في قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم (11) لعام 1992؛ ووضع لها أحكاماً خاصة بينّها في المواد من 197 إلى 202 من هذا القانون، والتي انصب عليها جوهر بحثنا هذا بشكل أساسي.

22- ووفقاً لذلك، وجدنا أن دعوى المُخاصمة تتناول جميع أعضاء النيابة العامة دون استثناء، لكنها لا تتناول من القضاة سوى قضاة المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف الاتحادية. وبذلك استثنى قانون الإجراءات المدنية الاتحادي من المُخاصمة رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا. ونحن بدورنا نرى -مع جانب من الفقه- إلغاء هذا الاستثناء لتشمل دعوى المُخاصمة جميع القضاة؛ باعتبار أن القاضي أو عضو النيابة العامة هو من البشر مهما

كانت منزلته أو درجته؛ وهو بذلك ليس معصوماً من الخطأ؛ فضلاً عن أن نظام المحاصمة هو في ذاته ضماناً للقاضي وللمتقاضى في ذات الوقت.

23- ومن جهة أخرى، نرى أن تحصين قضاة المحكمة الاتحادية العليا - أو غيرهم- من إقامة دعوى المحاصمة بمواجهتهم، يعني حرمان المتضرر من أخطائهم - العمدية وغير العمدية - من حقه في المطالبة بالتعويض وجبر الضرر الذي يلحق به من جراء اتيانهم أي من الأخطاء التي أجاز المشرع بشأنها دعوى المحاصمة لغيرهم من القضاة الأقل مرتبة أو درجة، وهذا باعتقادنا لا ينسجم مع مقتضيات العدالة.

فمن غير المنطقي إباحة مُحاصمة قضاة المحاكم الابتدائية والاستئنافية الاتحادية من أجل الأخطاء التي حددها المشرع نفسه، ومنع مُحاصمة قضاة المحكمة الاتحادية العليا فيما لو ارتكبوا في عملهم ذات الأخطاء!

24- وكذلك، جدر الملاحظة إلى أن بعض الإمارات، ذات القضاء المحلي كإمارة دبي، لا تجيز دعوى المحاصمة على قضاتها وأعضاء النيابة العامة لديها؛ وهو ما استقر عليه اجتهاد محكمة تمييز دبي⁽⁸¹⁾؛ المستند إلى القوانين المحلية السائدة في الإمارة⁽⁸²⁾. وقد استبعدنا التطرق إلى هذا الأمر في بحثنا هذا؛ إذ يحتاج الغوص فيه إلى بحث مستقل. ولكننا نرى ضرورة تطبيق نظام المحاصمة الوارد في قانون الإجراءات المدنية الاتحادي على جميع القضاة وأعضاء النيابة العامة، وفي كافة الإمارات سواء أكان قضاؤها اتحادياً أم محلياً، للأسباب التي بينها أعلاه.

25- ومن جهة أخرى، حسناً فعل المشرع الاتحادي الإماراتي عندما حصر، على غرار ما هو سائد في تشريعات أخرى- دعوى المحاصمة في حالات معينة؛ وهي ارتكاب القاضي أو عضو النيابة العامة في عمله غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم، أو في الحالات الأخرى التي ينص فيها القانون على مسؤولية القاضي والحكم عليه بالتضمينات، حتى لا يبقى باب المحاصمة مفتوحاً على مصراعيه، فينشغل القضاة بالدفاع عن أنفسهم في دعاوى المحاصمة التي تقام عليهم، مما يؤدي إلى الإرباك في عملهم، وقد يحول ذلك دون إبداعاتهم في العمل والاجتهاد، ولا سيما في المسائل التي يحيلها المشرع إلى سلطتهم التقديرية، الأمر الذي يؤثر سلباً على تسيير مرفق القضاء عموماً، والذي هو بالطبع من أهم المرافق العامة المناطة بالدولة.

26- ورأينا أيضاً، أن دعوى المحاصمة ترفع بتقرير يقدم إلى مكتب إدارة الدعوى في المحكمة المختصة، وكان من الأنسب - باعتقادنا- استخدام مصطلح "صحيفة" بدلاً من "تقرير" انسجاماً مع المصطلحات المستخدمة

(81) انظر قرار محكمة تمييز دبي - الأحكام المدنية - الصادر بالطعن رقم (1)، تاريخ 14-3-1993. والقرار الصادر بالطعن رقم (109)، تاريخ 24-6-2007. منشوران في موقع شبكة قوانين الشرق: <http://www.eastlaws.com>

(82) نصت المادة 1/14 من قانون تشكييل المحاكم في إمارة دبي رقم 3 لسنة 1992 على أنه: " لا يجوز الدعوى الجزائية أو الحقوقية ضد أي قاض من قضاة المحاكم لأي وقائع تتصل بواجبه كقاضي". ونصت المادة 25 منه على أن " يلغى أي نص في أي تشريع آخر إلى المدى الذي يتعارض فيه وأحكام هذا القانون". وهذا ما قرره أيضاً القانون رقم 8 لسنة 1992 بشأن النيابة العامة (م 9 وما بعد).

في القانون ذاته وفي غيره من القوانين النافذة في الدولة؛ فالتقرير الذي تفتتح به دعوى المُخاصمة لا يختلف عن صحيفة أي دعوى أخرى لا من حيث الشكل ولا المضمون.

27- وكان من الأنسب في رأينا أيضاً، النص على قيام المحكمة المختصة بفحص تقرير الدعوى (أي صحيفتها) مع الوثائق المرفقة به دون حاجة إلى إعلان القاضي أو عضو النيابة العامة المطلوب مُخاصمته، فإذا تبين لها عدم جدية الدعوى أو عدم قانونيتها حُكم من تلقاء نفسها بعدم قبولها، ما لم ترى ضرورة الاستماع إلى القاضي أو عضو النيابة العامة فتقرر حينئذ إعلانه بالدعوى، وذلك كيلا ينشغل القضاء بدعاوى مُخاصمة لا أساس قانوني سليم لها.

28- وأمام إغفال قوانين معظم الدول، ومنها دولة الإمارات، عن إخضاع دعوى المُخاصمة لتقادم خاص، إسوةً بالإجراءات الخاصة التي أحاطتها بها، كنا قد اقترحنا النص على مهلة قصيرة ومعقولة لرفع هذه الدعوى، بحيث إذا لم ترفع خلالها يسقط الحق في إقامتها؛ كيلا تُشكّل مثل هذه الدعاوى تهديداً يستمر مدة طويلة من الزمن للقضاة وأعضاء النيابة العامة، وخاصة الذين يرتكبون منهم أخطاءً مهنيةً جسيمةً لكنها غير عمدية، واقترحنا أيضاً أن تكون مدة هذا التقادم الخاص أطول في حال ارتكابهم الغش أو التدليس؛ نظراً لتوافر سوء النية - لدى القاضي أو عضو النيابة المعني - في الحالة الثانية خلافاً للحالة الأولى.

29- وأخيراً، نذكر أن رجال القانون، من قضاة وأعضاء نيابة عامة وأسانذة ومحامين، هم كبقية أفراد المجتمع من البشر، وجلّ من لا يخطئ؛ ورسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " كل بني آدم خطاء وخير الخطائين التوابون"⁽⁸³⁾. لذا نأمل بأن يمتد تشريع دعوى مُخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة، في دولة الإمارات العربية المتحدة، كما في غيرها، ليشمل كافة القضاة مهما كانت درجتهم، وسواء كانوا يعملون في المحاكم الاتحادية أو في المحاكم المحلية⁽⁸⁴⁾، وذلك من أجل تحقيق عدالة متوازنة توصل كل ذي حق إلى حقه من جهة، وتمنع بذات الوقت احتمالات الكيد أو التعسف في استخدام هذه الدعوى.

فمما لا شك فيه أن إجازة دعوى المُخاصمة تلعب دوراً أساسياً في تأمين ثقة الناس بمؤسسة القضاء وبما تمثله من قيم الحق والعدالة. فعندما يخضع القاضي أو عضو النيابة العامة للمسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالمتداعين أمامه، من جراء أخطائه العمدية وغير العمدية، فهذا أمر يعزز مبدأ سيادة القانون على الجميع.

(83) انظر: أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، المجلد 4، دار الكتاب العربي، بيروت، من دون تاريخ نشر، ص 272.

(84) انظر ما سبق البند رقم (24).

وفي النهاية نأمل من الله عز وجل أن يساهم بحثنا هذا - ما أمكن- في ثراء المكتبة القانونية الإماراتية خاصة والعربية على وجه العموم.

والله ولي الأمر والتوفيق

قائمة المصادر والمراجع

أولاً- كتب ورسائل ومقالات:

- إبراهيم محمد الشرفي، مخاصمة القضاة في القانون اليمني - دراسة مقارنة - مجلة الدراسات الاجتماعية، جامعة العلوم والتكنولوجيا اليمنية، العدد 34، يناير - يونيو، 2012.
- إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980.
- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، جزء 1، ط1، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، بيروت، المكتبة العصرية، 2003.
- أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، المجلد 4، دار الكتاب العربي، بيروت، من دون تاريخ نشر.
- أحمد ماهر زغلول، الموجز في أصول وقواعد المرافعات، 1991.
- أيمن نصر عبد العال، ضمانات حياد القاضي كأحد مظاهر وضمانات المساواة في النظام الاجرائي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد التاسع والأربعون، إبريل 2011.
- جمال الدين عبد الله مكناس ود. محمد ناصر الخوالدة، النطاق الموضوعي لدعوى مخاصمة القضاة بين النظرية والتطبيق، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 42، العدد 1، 2015.
- رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.
- سلطان بن عثمان البصري، مفهوم الحصانة القضائية، منشور على الشبكة العنكبوتية: موقع صيد الفوائد: <http://www.saaaid.net/Doat/busairi/56.htm>
- سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2007.
- عادل محمد جبر الشريف، حماية القاضي وضمانات نزاهته، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.
- عبد الباري عبد الله تريل، دعوى المخاصمة بين النصوص والتطبيق وتداعياتها في القانون الليبي، بحث منشور في الشبكة العنكبوتية، 2010، في الموقع: <http://www.f-law.net/law/archive/index.php/t-41451.html>
- عبد الفتاح مراد، المخالفات التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1993.
- علي الشحات الحديدي، القضاء والتقاضى وفقاً لقانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ج1 القضاء، ط3، أكاديمية شرطة دبي، 2008.
- علي بركات، دعوى مخاصمة القضاة بين النظرية والتطبيق، دار النهضة، القاهرة، 2001.
- علي عبد الحميد تركي، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- عيد محمد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، الجزء (1)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- محمد بن يزيد بن ماجة، السنن، المجلد (2)، دار الرسالة العالمية، من دون تاريخ.
- محمد عبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ج1، مكتبة الآداب، القاهرة، 1957.
- محمد مرعي صعب، مخاصمة القضاة - دراسة مقارنة - ج1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان، 2006.
- محمد واصل، أصول المحاكمات المدنية، منشورات جامعة دمشق، 2010-2011.

ثانياً- دساتير وقوانين:

- دستور دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر سنة 1971.
- قانون الإجراءات المدنية الاتحادي الإماراتي رقم 11 لسنة 1992.
- قانون السلطة القضائية الاتحادية الإماراتي رقم 3 لسنة 1983.
- قانون المحكمة الاتحادية العليا الإماراتي رقم 10 لسنة 1973.
- قانون تشكيل المحاكم في إمارة دبي رقم 3 لسنة 1992.
- دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2014.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968.
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- قانون أصول المحاكمات السوري القديم، الصادر بالمرسوم التشريعي 84 لعام 1953.
- قانون أصول المحاكمات السوري الجديد، القانون رقم 1 لعام 2016.
- قانون المرافعات اليمني رقم (40) الصادر سنة 2002.

ثالثاً- الشبكة العنكبوتية:

- موقع شبكة قوانين الشرق: <http://www.eastlaws.com>

رابعاً- مجلات ومجموعات ومعاجم:

- مجلة " المحامون " تصدر عن نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية.
- المجموعة القضائية، سورية، ياسين دركزلي، دمشق، 1999.
- معجم المعاني الجامع، الشبكة العنكبوتية: <http://www.almaany.com>

مصلحة المحضون بين الشريعة والقانون

أ. أحمد يقوب أحمد

المحاضر في كلية الدراسات العامة

جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة.

ملخص

يتناول هذا البحث موضوعاً في غاية الأهمية، ألا وهو مراعاة مصلحة المحضون في الشريعة الإسلامية مقارنة بالتوجهات القانونية في هذا المجال. لكنه قبل ذلك يلقي نظرة عجل على مفهوم المصلحة وأنواعها ودرجات مراعاتها في الفقه الإسلامي، وعلاقة مصلحة المحضون ومكانتها من كل ذلك. ثم يسلط البحث الضوء على مفهوم مصلحة المحضون في الشريعة الإسلامية وفي بعض المعاهدات والنظم والقوانين العالمية والعربية ومدى قرب كل منها أو بعده عن مراعاة مصالح المحضون نظرياً وعملياً. ويفصل بعض التفصيل في أحكام الحضانة في الشريعة الإسلامية مع التركيز بقدر كبير على المذهب المالكي مقارنة بإياه بالمذاهب الأخرى ومبيناً أين كان الفقه مراعيًا للمصالح وأين كان فيه اهتمام بالظواهر على حساب البواطن. ويقترح البحث ضرورة مراعاة مصلحة المحضون أولاً وقبل كل شيء، ويرى أن مصلحة المحضون هي المعيار الأساسي في منح الحضانة ومنعها دون إهمال للاعتبارات الشرعية الأخرى لكن مع إعطاء الأولوية لمصلحة المحضون التي من أجلها شرعت الحضانة من الأصل.

Abstract

The research "interests of the child between the law and the law" focuses on the concept of MASLAHA in general, and on the concept of child custody particularly; explaining its meaning and its place in jurisprudence and Shara, and explaining the rules of the Islamic ruling and edict jurisprudence and governance judiciary on the subject of the MASLAHA of the child between the consideration of the MASLAHA and spin them where they are, and considered among the phenomena of religious texts and legal rules and stand with them in all circumstances. The study concludes after consideration of the religious texts contained in the subject and some of the legal rules governing him to the need to find a middle way in which texts and rules phenomena considered without prejudice to the MASLAHA of the child, and even give it a priority because they are initiated for her nursery in the Shara and in the p

مقدمة

نظرا لأهمية الأسرة في بناء المجتمع؛ إذ هي لبنته الأولى وهي مصنع الأجيال. ونظرا لحساسية مرحلة الطفولة؛ من حيث إنها مرحلة ضعف ونمو بدني وعقلي ركز عليها التشريع وأوضح كل ما يتعلق بها ما يكفل صلاح الأسرة والطفل. فأخذ الاحتياطات الضرورية لذلك حتى فيما قبل ولادة الطفل بمراحل ليجد أمامه الجو الملائم لحضانه وتربيته ماديا ومعنويا. ويستمر ذلك معه إلى انتهاء مرحلة الطفولة.

ولهذه الأهمية. ولإحساس العالم الأخطار التي تهدد الطفولة بدأ بتصديق المعاهدات وتأسيس المنظمات التي تهدف إلى حماية وإصلاح الطفولة. وكانت درة تاجها منظمة الأمم المتحدة الخاصة بالأمومة والطفولة. وكذلك بدأت الدول تصدر القوانين الخاصة بالمجال انطلاقا من المؤثرات المختلفة؛ الدينية والحضارية والعقلية والواقعية.

وأهم المنطلقات التي تأثرت بها قوانين الأحوال الشخصية -ومن ضمنها نظام حضانه الطفل- التشريع الإسلامي الذي يعتبر في أغلب البلدان المصدر الوحيد أو الأساسي للقوانين عموما ولقوانين الأسرة على سبيل الخصوص. وإن كان في بعض الأحيان يتأثر بفهم واضعي القوانين في كل بلد. وببعض الممارسات الاجتماعية المحلية والوافدة.

إلا أنه يمكن أن يقال -نظريا على الأقل- إن مصدر التشريع في مجال الأسرة هو الشريعة الإسلامية في أغلب البلدان الإسلامية. ومن ثم كان أغلب القوانين المتعلقة بموضوع الحضانه لا تخالف الشريعة الإسلامية من جميع الوجوه غالبا؛ إذ منها ما يحيل للشريعة الإسلامية جملة أحيانا. وتفصيلا أحيانا آخر. ومنها ما يترك المجال برمته خاضعا للتشريع الإسلامي.

ولما كان الأمر كذلك ركزت في هذا البحث على رؤية الشريعة الإسلامية للموضوع محاولا استيعابه ما أمكن من خلال عرض مختلف الآراء مرجحا ما أراه راجحا بالدليل والمصلحة الراجحة. مقارنا ذلك بالقوانين في بعض الدول العربية مع شيء من التركيز على آراء المذهب المالكي.

ومع أنني لا أدعي الاستيعاب فإني حاولت استقراء أحكام الحضانه في الفقه الإسلامي مع التركيز على الفقه المالكي. وقارنت ذلك ببعض ما نصت عليه مدونات الأحوال الشخصية المتأثرة بالمذهب المالكي مثل مدونة الأسرة المغربية وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي وقانون الأحوال الشخصية الموريتاني. وحاولت أن أدرس مدى قرب أو بعد كل منها عن المرونة الضرورية لمراعاة مصالح المحضون. ولم يفتني أن أقترح بعض التعديلات والترجيحات التي أرى أنها ضرورية لحفظ مصالح المحضون.

وقد قسمت الموضوع إلى أربعة مباحث درست فيها أصل الحضانه وهو المصلحة الشرعية ومصلحة المحضون على وجه الخصوص. وألقيت فيها نظرة على مفهوم الحضانه في مختلف القوانين والتشريعات. وبينت فيها ما أمكن بيانه من أحكام الحضانه وعلاقتها بمصلحة المحضون. هذا على سبيل الإجمال وأما تفصيلا فقد قسمت البحث للمحاور التالية:

المبحث الأول: مفهوم المصلحة وأنواعها واعتبارها الشرعي

المطلب الأول: مفهوم المصلحة

المطلب الثاني: أنواع المصلحة

المبحث الثاني: مفهوم مصلحة المحضون

المطلب الأول: مفهوم مصلحة المحضون في المعاهدات الدولية

المطلب الثاني: مفهوم مصلحة المحضون في القوانين المحلية العربية

المطلب الثالث: مفهوم مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي

المبحث الثالث: أوجه النظر في مصالح المحضون

المطلب الأول: افتراض مصلحة المحضون

المطلب الثاني: الدوران مع مصلحة المحضون

المبحث الرابع: طبيعة الحضانة وأحكامها

المطلب الأول: مصلحة المحضون وطبيعة الحضانة

المطلب الثاني: مصلحة المحضون وأحكام الحضانة

المبحث الأول: مفهوم المصلحة وأنواعها واعتبارها الشرعي

قبل الدخول في تفاصيل مصلحة المحضون كجزء محدد من المصالح المعتبرة شرعا، لا بد من إلقاء نظرة سريعة على المصلحة بشكل عام لتتعرف على مفهومها (المطلب الأول) وعلى أنواعها (المطلب الثاني) وعلى اعتبارها الشرعي (المطلب الثالث) ليكون ذلك فاتحة لهذا البحث.

المطلب الأول: مفهوم المصلحة

تختلف تفاسير المصلحة تبعا لاختلاف الفلسفات والآراء والمذاهب والأديان، إذ الجميع يتفق على أن المصلحة والمنفعة غاية فطرية، لكنهم جميعا يختلفون في تحديد مفهوم هذه المصلحة وقياسها وأين تكمن ومن الأولى بتقديرها. لذلك يمكن أن يقال إن المصلحة لغة معروفة لا خلاف فيها (الفقرة الأولى) وإنما الخلاف في تحديدها في اصطلاح كل ذي اصطلاح (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المصلحة لغة

المصلحة لغة هي المنفعة وزنا ومعنى، فهي مصدر بمعنى الصلاح كالمنفعة بمعنى النفع، وهذا هو تفسيرهما المعنوي المصدر، أي في حال جعلهما مصدرا للفعلين نفع وصلاح، وأما من الناحية الاسمية المادية فتطلق المصلحة على المكمن المادي للمصالح، ومن هنا تطلق المصلحة على واحدة المصالح، لأن التاء -كما هو معروف- تأتي للواحدة¹، والواحدة تدل على أمر محسوس قابل للعد، بخلاف المصادر فإنها تدل على المعاني المطلقة التي لا تقبل العد. وقد قال ابن منظور موجزا لذلك إن "المصلحة: الصلاح، والمصلحة واحدة المصالح"².

وانطلاقا من هذا المعنى اللغوي العام يمكن أن يقال إن "كل ما فيه نفع بأي معيار كان؛ جلبا أو تحصيلًا، دفعا أو اتقاء يطلق عليه: مصلحة"³، هذا من حيث موضوع المصلحة، وأما من حيث فعل المكلف فيمكن أن يقال إنها "جلب المنفعة ودفع المضرة"⁴.

إذن لا خلاف بين جميع الأعراف اللغوية والاجتماعية أن المصلحة تطلق على المنفعة بشكل عام، دون تحديد من يحق له تقديرها، والذي هو مكمن الخلاف تبعا للاصطلاحات، فنجد من ربطها بمجرد اللذة كبعض الفلسفات الوجودية، ولا يبعد منه تعريف بعض الفقهاء المصلحة بأنها "اللذة تحصيلًا أو بقاء"⁵ وأرى أن من عرف هذا التعريف من الفقهاء المسلمين؛ إما أنه أراد التعريف اللغوي، ولا يبعد عدم اتفاقه مع التعريف الاصطلاحي في بعض الأحيان، وإما أنه أراد اللذة مقيدة بالقيود الشرعية التي يعرفها كل مصنف ويذكرها كل مؤلف، ويمكن أن تكون (ال) هنا عهدية تشير إلى اللذة المعهودة المعروفة في اصطلاح علماء الشرع.

¹ محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة، ط. مؤسسة الرسالة، 1982، الرياض، ص 23

² ابن منظور، لسان العرب، مادة: ص ل ح (وقد اكتفيت في المعجم بالمادة عن الصفحة والطبعة لاستواء الطباعات)

³ البوطي، مرجع سابق، ص 23

⁴ محمد أحمد خزرجي، المصالح المرسله، من بحوث المؤتمر الرابع للفقهاء المالكي، ط. القضاء الشرعي بالإمارات، 1986، ص 3 وما بعدها

⁵ البوطي، م.س، ص 23

الفقرة الثانية: المصلحة في اصطلاح الشرع

لم تترك الشريعة الإسلامية الباب مفتوحا في تقدير المصلحة حتى لا يقول كل إنسان ما يحلو له وينسبه للدين، بل نجد أنها قيدتها بقيود وجعلت لها ضوابط وأوكلت تقديرها إلى الشارع الحكيم،⁶ أو من ينوب عنه من أهل العلم والاختصاص. وتظهر تلك الضوابط مختصرة في تعريف الفقهاء للمصلحة الشرعية بأنها "المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من ضبط دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها".⁷

والملاحظ في هذا التعريف أنه يحصر المصلحة في الضروريات الخمس أو ما يؤدي لها، ذلك أنها هي أصول جميع الشرائع، ومبدأ جميع المصالح، ومن ثم قالوا إنه "ما من حكم فرعي إلا ويرجع إليها وله دور في حفظها أو تكميلها".⁸ وهذا لا مرأى فيه، إلا أنه قد يخرج عليه بعض المباحث كالبيع، وما هو حاجي أو تحسني فقط. ويمكن أن يضاف إليهما ما لا يعارض القواعد العامة للتشريع.⁹

وأرى أن الأولى ألا تحصر المصلحة في الضروريات وإن كانت هي الأساس، فيقال إن المصلحة هي "السبب المؤدي إلى مقصد الشرع عبادة أو عادة".¹⁰ وبذلك يشمل التعريف المصالح كلها وأنواعها المختلفة والسبل المؤدية إليها، إلا أنه أيضا يمكن أن يقال إن الضروريات أصل للحاجيات والتحسينيات،¹¹ فنعود للتعريف الأول، إلا أن ذلك لا يخلو من تكلف في بعض الأحيان في رد بعض الأحكام إلى الضروريات الخمس ومن هنا يترجح التعريف الثاني.

المطلب الثاني: أنواع المصلحة

درج الأصوليون على تقسيم المصالح الشرعية باعتبار عدة، أولها ترتيبها تنازليا في درجات متفاوت أهميتها. وذلك حسب الدور الذي تقوم به والفرغ الذي تسده في مقاصد الشرع ومصالح المكلفين، والثاني هو النظرة في المصالح من حيث الاعتبار والإلغاء في الشرع الحنيف.

الفقرة الأولى: درجات المصالح

قسم الأصوليون المصالح إلى درجات ثلاث هي: الضروريات، والحاجيات، والتحسينيات، وسنعرف بكل منها بإيجاز.

أولا: الضروريات، وهي التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت للحياة، وفي الآخرة فوت النعيم والخسران والمبين.¹² وقد استغنى كثير من

⁶ الشاطبي، الموافقات، ط. مكتبة الرياض الحديثة، دون تاريخ، ج2، ص 37

⁷ البوطي، م. س، ص 23

⁸ محمد الختار، المصالح المرسل، بحوث المؤتمر الرابع للفقهاء المالكي، الإمارات، ط. مؤسسة الرسالة، 1986، ص 614

⁹ عبد الرحمن بلال، الضروريات الحاجيات التحسينيات، من بحوث المؤتمر الرابع للفقهاء المالكي، ط. رئاسة القضاء الشرعي بالإمارات العربية المتحدة، 1986، ص 525-526

¹⁰ الطوفي، مختصر الروضة، والغزالي في المستصفى، نقلا عن: الخزرجي م. س، ص 557-558

¹¹ الشاطبي، م. س، ج2، ص 16

¹² الشاطبي، الموافقات، م. س ج2، ص 8

الأصولين عن تعريفها بعدها وحصرها في الكليات الخمس، ومن المعروف أن المحصور بالعد لا يحتاج إلى الحد كما قيل، وهذه الضروريات هي:¹³

- الدين.
- النفس.
- العقل.
- النسل.
- المال.
- وزاد بعضهم العرض.¹⁴

وذلك بناء على أنه هو والنسل متغايران، وأما من جعلها خمسا فقط - وهو الأكثر - فإنه جعل النسل داخلا في العرض. وقد جعل الفقهاء والأصوليون هذه الضروريات أصلا لجميع الأحكام وذلك إما أصالة أو تبعا، ومن أكثر الأبواب التي تجدهم يربطون بها المقاصد باب العقوبات والحدود الشرعية فربطوا كل واحد منها بإحدى الضروريات، فشرع الجهاد وحد الردة والعبادات لحفظ الدين، وشرع القصاص لحفظ النفس، وشرع حد الخمر والسكر لحفظ العقل، وشرع حد الزنا وحد القذف لحفظ النسل، وشرع حد السرقة لحفظ المال، ويمكن أن يقال إن حد القذف شرع لحفظ العرض بناء على استقلاله، وأما إن قلنا باندراجه في الرابع فلا داعي لذكره.

ثانيا: الحاجيات، وهي المفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة، فإذا لم تراع وقع الحرج لكن لا يبلغ ما يبلغ الفساد الحاصل بفوات الضروري، ومثالها في العبادات الرخص، وفي العادات التمتع بالطيبات، وفي المعاملات العقود المختلفة.¹⁵

ثالثا: التحسينيات، وهي الأخذ بما يليق من محاسن، وتجنب الأحوال المندسات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق.¹⁶ وهي في العبادات كإزالة النجاسة والطهارة والتقرب بالنوافل والصدقات، وفي العادات مثل آداب الأكل والشرب وغيرها، وفي المعاملات كمنع بيع المستقذرات.

فكل دائرة من دوائر المصالح أقل دورا من التي قبلها، والأخيرتان مكملتان للأولى، لذلك فإنها مقدمة عليهما. كما أن التأثير عليها يؤثر فيهما، والتأثير في الحاجيات يقتضي التأثير على التحسينيات من غير عكس، ومن هنا اشتراطها في كل رتبة ألا تعود على ما أهم منها بالإبطال. وعلى هذا التقسيم سار جمهور الأصوليين قديما وحديثا، وبينوا أنه لا يمكن أن يخرج عنه مقصد من مقاصد الشرع ولا فعل من أفعال المكلفين.

¹³ الشاطبي/ الموافقات/ ج 2 ص 10

¹⁴ الخزرجي م س ص 565

¹⁵ الشاطبي/ الموافقات/ ج 2 ص 10-11

¹⁶ الشاطبي/ الموافقات/ ج 2 ص 10-11

أخصر وأوضح وأضبط وأشمل ما وقفت عليه من تلك التقسيمات هو تقسيم الشيخ محمد يحيى بن الشيخ الحسين¹⁷، وأكتفي بتقسيمه دون اختياراته وتعريفاته، حيث جعل القسمة أولاً رباعية، فقسم الوصف إلى أربعة أقسام رئيسية هي:

1- المؤثر: وهو عند الحنفية: ما شهد الشارع باعتباره عينه في عين الحكم أو جنس الحكم، وعند الشافعية: ما شهد الشارع باعتباره عينه في عين الحكم وهو رأي الآمدي وابن الحاجب، وعند الرازي ما أثر جنسه في نوع الحكم.¹⁸ وعرفه الغزالي بأنه ما ظهر تأثيره في الحكم، أي الذي عرف إضافة الحكم إليه وجعله منطوقاً.¹⁹

ويظهر من خلال هذه التعريفات أمور أهمها أن التأثير هنا مبني على المعرفة وهي العلم، وكان من المفروض أن يذكروا سبيل الحصول على ذلك العلم الذي يحصل به التأثير في التعريف، وإن لم يفعلوا هنا فقد بينوا في مواضع أخر أن ذلك "لا يكون إلا بنص أو إجماع".²⁰

إلا أن الآمدي رأى أن التأثير يكون على حالين، أحدهما ما كانت العلة الجامعة فيه منصوبة بالصريح أو الإيماء أو مجمعاً عليها، (وكان هذا هو التأثير الشرعي)، وظاهر كلامه أنه لا يشترط أن يكون تأثير المؤثر قد علم بنص أو إيماء أو إجماع، بدليل أنه ذكره على أنه قسم من أقسام التأثير لا أنه هو نفسه، وقسيمه هو ما أثر فيه عين الوصف الجامع في عين الحكم، أو عينه في جنس الحكم أو جنسه في عين الحكم، وبهذا يكون قد وسع دائرة التأثير ليشمل كل أوجل المناسب والملائم، وهو ما لا يتماشى مع التعريف المنسوب إليه فوق، ولا مخرج من ذلك إلا أن نقول إنه لا يقسم التأثير الذي اصطلح عليه بما مر، وإنما يقسم مطلق التأثير الذي يراد به انصباب وصف أياً كان بالتأثير على حكم معين، ويكون بذلك شاملاً لكل أنواع الأوصاف، ولكن ذلك أيضاً ينافيه قوله "ومن الناس من جعل المؤثر هو الأول لا غير والملائم ما بعده"²¹ مما يدل على أنه يرى أن المؤثر يشمل كل ما ذكر في التقسيم السابق، وكأنه يرى أن التأثير نوعان: تأثير ثابت بالنص أو الإجماع، ويمكن أن نسميه تأثير شرعي، وتأثير ثابت بطرق الاستدلال الأخرى ويمكن أن نسميه تأثيراً عقلياً، ولا مشاحة في الاصطلاح.

17 محمد يحيى ولد الشيخ الحسين / لب النقول في اختصار علم الأصول / ت ابنه محمد عبدالله ط. أبو ظبي 1997، ص 217

18 د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه، ط. دار الفكر 1996 ج 1، ص 688

19 الغزالي، المستصفى ط. دار الكتب العلمية، 1413، ت محمد عبد السلام عبد الشافي، ج 2 ص 320

20 الزحيلي، م. س. ج 1 ص 653

21 الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تعليق وتحقيق عبد الرزاق عفيفي / ط. المكتب الإسلامي / بيروت 1402 هـ، ج 4 ص 3

أما من حيث القبول والاعتبار فإن "المؤثر مقبول باتفاق القائلين بالقياس"²² وهو قبول يرقى من مرحلة الجواز إلى مرحلة الوجوب، إذ أن التأثير شرط لوجوب العمل بالوصف، لقربه من النص ودلالة النص ومقتضى الإجماع. بخلاف الملاءمة التي هي شرط لجواز العمل به، ويبقى مشمولها محل أخذ ورأي واجتهاد²³.

2- الملائم: وهو عند الحنفية: ما اعتبر الشارع جنسه في عين الحكم، وعند الشافعية ما شهد الشارع باعتباره عينه أو جنسه في جنس الحكم، ومن التعريفين ومقارنتهما بتعريف أصوليي المذهبين للمؤثر يظهر أن الحنفية وسعوا دائرة المؤثر وضيقوا دائرة الملائم، بينما عكس الشافعية فضيقوا دائرة المؤثر ووسعوا دائرة الملائم، فنجد مثلا أن ما اعتبر الشارع عينه في جنس الحكم من المؤثر عند الحنفية وهو من الملائم عند الشافعية، كما يتبين أن الشافعية جعلوا ما أثر جنسه في جنس الحكم من الملائم، بينما لم يعتبره الحنفية لا من المؤثر ولا من الملائم.

وأهم ما يميز الملائم عن سابقه أن المؤثر ظهر تأثيره بنص أو إجماع كما مر. بينما الملائم هو "الوصف الذي اعتبره الشارع لا من جهة النص على أنه علة"²⁴ بل من وجه أو أوجه أخرى من أوجه الاستدلال وبذلك يخرج القسم الثاني من تقسيم الآمدي الذي ذكرنا من قبل من دائرة التأثير إلى دائرة الملاءمة.

كما يتميز الملائم عن المؤثر بسعته وشموله وكثرة ما يصدق عليه، فالمؤثر مرتبط بالنص والإجماع ومن المعلوم أن ما نص عليه وما أجمع عليه من العلل والأحكام غير كثير مقارنة بغيره، في حين نجد أن الملائم أيسر وأسهل في الاستدلال عليه، ويكتفى فيه بأدلة غير قاطعة قطع النص والإجماع.

أما من حيث الاعتبار فالفرق أوضح، إذ اعتبار الأول كاعتبار الأصول واعتبار الثاني كاعتبار الفروع؛ فالملائم الذي شهد له أصل معين يقبل قطعاً عند القائسين، بخلاف المناسب الذي لا يلائم ولا يشهد له أصل معين فلا يقبل قطعاً لأنه استحسان ورأي، وهذا بناء على رأي الشافعية القائلين بمنع الاستحسان، ومثاله حرمان القاتل لو لم يرد فيه نص. وأما المناسب الذي يشهد له أصل معين لكن لا يلائم فهو في محل الاجتهاد، مثله في ذلك مثل الملائم الذي لا يشهد له أصل معين وهو الاستدلال المرسل وهو أيضاً محل اجتهاد²⁵.

وقسم ابن الشيخ الحسين وغيره الملائم إلى أقسام أربعة تبعا لاحتمالات اعتبار العين والجنس وأهمل النوع. وأراه بذلك يحمله محمل الجنس لا اشتراكه معه في العموم، وتلك الأقسام الأربعة، يجمع بينها أنها اعتبرت في الشرع بدرجات متفاوتة، وهي:

- ما اعتبر عينه في عين الحكم من جهة ترتيب الحكم على وفقه لا من جهة النص مثل علة تحريم الخمر.
- ما اعتبر فيه نوع الوصف في جنس الحكم مثل اعتبار القتل العمد العدوان في جنس الحكم الذي هو القصاص.
- ما اعتبر فيه جنس الوصف في عين الحكم، كاعتبار القرابة في الإرث.

22 الغزالي، المستصفى، م.س، ج.2، ص312

23 السعدي/ العلة في القياس عند الأصوليين/ عبد الحكيم السعدي/ ط. دار البشائر الإسلامية/ بيروت 2000 ص 395

24 لب النقول (م س) 217
25 الغزالي/ المستصفى 315/2

- ما اعتبر فيه جنس الوصف في جنس الحكم، مثل عدم حفظ المال في جنس الحجر الذي هو أنواع مختلفة.

3- الغريب: وهو الطردي وهو ما طرده الشارع عن الاعتبار مع مناسبته كعدم اعتبار مشقة سفر المترف أربعة برد.

4- المصلحة المرسلية: ويسمى الاعتماد عليها وبناء الأحكام الفقهية على مقتضاها بالاستصلاح²⁶، وهي الوصف المناسب الذي لم يثبت فيه عن الشارع اعتبار ولا إلغاء، وهو معتبر عند المالكية والحنفية، وعند أكثر الحنابلة، وهي المقصودة بالقول المنسوب إليهما بعدم اشتراط اعتبار الشارع للمناسبة بنص أو إجماع والاكتفاء بمجرد إبداء المناسبة، قيل وما من أحد من الأئمة إلا عمل به إلا أنه يسميه بغير اسمه.²⁷

القرة الثالثة: علاقة مقاصد الحضانة بهذه الأقسام

إذا أردنا تحقيق مناهل هذه الأقسام في موضوع الحضانة نرى بدون شك أو تردد أن الحضانة ورعاية المحضون داخلان في القسم الأول الذي هو قسم الضروريات، وذلك لعدة اعتبارات:

أولها: أنها داخلية في حفظ الدين، لأن من مصالح المحضون حفظ دينه، والدين هو أول وأولى المصالح بالرعاية والحفظ، سواء كان ذلك في أصله جلباً أو حفظاً أو فروعه تعليمها وتوجيهها وتربية.

ثانيها: أن الحضانة وسيلة مباشرة لحفظ النفس مادياً ومعنوياً جلباً ودفعاً.

ثالثها: أن هذا التقسيم نسبي؛ ومن ثم فإنه لا توجد حدود فاصلة بين كل قسم وآخر، لذلك فإن من الحاجيات بل وأحياناً من التحسينيات ما يتحول إلى ضروريات إن كان لا بد منه في استقامة أمور الدنيا أو صلاح الدين، لذلك نرى مثلاً أن كثيراً من المعاملات في الأصل من باب التحسينيات لكنها لما تعلقت في بعض صورها بضروري -هو النفس- صارت من باب الضروريات، ومن أمثلة ذلك القربة من موضوعنا مسألة الإجارة لتربية الطفل.²⁸ التي عدّها بعض الفقهاء من الضروريات لتأديتها إلى ضروري هو حفظ النفس، ولهذا قال الفهري: "وليس من هذا -بعض الحاجيات- تسليط الولي على تربية الطفل ورضاعه فإن ذلك من باب الضروريات."²⁹

فحضانة المحضون إنما شرعت لأجل مصلحة عليا تتقاطع فيها جميع المصالح الضرورية، لذلك فهي ضرورية شرعاً وعادة وعقلاً لترتب صلاح الدين والدنيا عليها، بل إن متعلقاتها وفروعها قد تتحول إلى ضروريات، لكن هذا التعلق لا ينفي أنه قد يكون من مصالح المحضون ما هو في دائرة الحاجيات أو التحسينيات شأنه في ذلك شأن كل إنسان في هذه الدنيا، ولا بد من التنبيه هنا إلى أن تصنيف فعل أو تكليف ضمن دائرة التحسينيات لا يعني إهماله ولا إلغاءه شرعاً بل إنه قد يكون حاجياً أو تحسينياً وهو ضمن أهم الفرائض ولذلك نجدهم يمثلون للتحسينيات بالطهارة وهي من أهم الفرائض الشرعية.

²⁶ الشاطبي/ الاعتصام، ط. دار الكتب العلمية، 1988 ج 2 ص 324

²⁷ الزحيلي (م س) ج 1 ص 679

²⁸ ابن بلال، (م س)، ص 526 و 567

²⁹ محمود الأصبهاني، بيان المختصر، شرح مختصر بن الحاجب، ت د. مظهر بقا، ط. جامعة أم القرى، ج 3، ص 120

أما بالنسبة للتقسيم الثاني فنرى أن مصلحة المحضون تتناولها الأصناف الثلاثة؛ فإن منها ما هو مؤثر لاعتبار الشرع في نصوص عديدة لمصالح المحضون اعتباراً أوجب رضاعته وحضنته وكفالتة، وهذا الجزء هو الأغلب وهو الأصل، إلا ذلك لا ينفي أن من مصالح المحضون ما هو ملائم لاعتبار جنسه دون عينه في إناطة الحكم، كما أنها منها ما هو مرسل، ولكن إرساله لا يعني عدم اعتباره كما فصلنا من قبل.

المبحث الثاني: مفهوم مصلحة المحضون

إن تحديد مفهوم مصلحة المحضون لا يكتمل إلا بالنظر في المفهوم ضمن الأطر القانونية الدولية والمحلية وقبلها ومعها وبعدها النظر في دلالة المفهوم في الشريعة الإسلامية؛ فإنها أصل معاني الحضنة وأحكامها في أغلب القوانين العربية.

المطلب الأول: مفهوم مصلحة المحضون في المعاهدات الدولية

تتجه المعاهدات الدولية في هذا المضمون -وفي غيره- إلى العمومية عادة، ولذلك ما يبرره؛ إذ أن هذه المعاهدات موجهة إلى دول مختلفة وشعوب متباينة الموارد والمصادر، مما يتطلب تكوين مسارات عامة تدور فيها أفلاك جميع الدول تضمن الحد الأدنى من الخلاف والحد الأعلى من الاتفاق. لذلك تنص المعاهدات الدولية في مجال حقوق الطفل دائماً على ضرورات لا خلاف فيها، ثم تحيل تصريحاً أو ضمناً إلى القوانين والنظم المحلية في التفاصيل، ولكن ذلك في إطار القواعد العامة المتفق عليها طبيعياً ودولياً.

ولما كان الطفل إنساناً فإن جميع الحقوق المكفولة للإنسان في المعاهدات الدولية تشمل الطفل، لكن بحكم وضع الطفولة ووضع الطفل وتعرضه للمخاطر انضافت حقوق آخر تضمن له حماية خاصة تقيه المخاطر التي يعجز عن دفعها عن نفسه وتجلب له المصالح التي لا يقدر على جلبها لنفسه. ومن هنا بدأت المنظمات الدولية في صياغة الإعلانات والمعاهدات التي تضمن حماية الطفل منذ نشأة المجتمع الدولي إلى اليوم.

فقد تمت المصادقة على بيان جنيف من قبل عصبة الأمم، والذي كان الأساس لبيان حقوق الطفل الذي تمت المصادقة عليه في 20 من نوفمبر 1959 م.³⁰ وقد نص في المبدأ الثاني من المبادئ العشرة التي أقرها على أنه "يجب أن يتمتع الطفل بحماية خاصة، وأن يعطى كافة الفرص والتسهيلات بموجب القانون أو أي وسيلة أخرى حتى يتمكن من النمو جسدياً وعقلياً وأخلاقياً واجتماعياً بصورة صحيحة وطبيعية".³¹

ومن الواضح أن هذا الإيجاب موجه إلى الدول الموقعة بالدرجة الأولى، ما يجعلها ملزمة بتطبيق تلك المعاهدة مباشرة إذا كانت الدولة تقدم المعاهدات على قوانينها المحلية أو تساوبها بها، أو بشكل غير مباشر عن طريق سن القوانين وتعديلها بطريقة تتلاءم مع هذه المعاهدة، ثم بعد ذلك من خلال اتباع السياسات الكفيلة بضمان تنفيذ المعاهدة وتطبيق القانون بطريقة تحمي مصالح الطفل حسب المتاح.

³⁰ الشيخ ولد حرم، إشكالية حقوق الطفل في معاهدة نيويورك، مجلة القانون والاقتصاد الموريتانية، عدد 11، سنة 1996، ص 21

³¹ للتوسع انظر: مصطفى العوجي، الحدث المنحرف والمهدد بالانحراف في التشريعات العربية، ط. مؤسسة الرسالة، 1986، ص 8

وبالإضافة إلى إحالة المعاهدات الدولية على القوانين المحلية نجدها كذلك تلزم الأسر بضمان حقوق ومصالح أطفالهم وأن يضمنوا لهم التربية داخل الإطار الأسري الذي هو البوتقة الأولى للسلوك والقيم، لذلك نص الالتزام الذي صادقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها 86/41 الصادر في 3 ديسمبر 1986م والمتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية وخاصة في الجزء الذي تعلق بالحماية حيث نص على أن "الطفل كائن بشري تتوقف رفاهيته على رفاهية الأسرة".³² وكذلك فعلت اتفاقية حقوق الطفل المصادق عليها من الأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989م والتي تعترف للطفل بحقوق منها: "أسرة توفر له الحماية الكافية".³³ وتبعاً لذلك أوصى ميثاق حقوق الطفل العربي بما يحقق مصلحة الطفل والأسرة ورعايتهما ورعاية الطفل وحمايته.³⁴

من هنا يمكن أن نقول إن الدول ملزمة -بشكل أو بآخر- بتطبيق المعاهدات التي صادقت عليها. كما أن الأسرة ملزمة بمقتضى هذه المعاهدات أيضاً بمقتضى القوانين المحلية للدول الموقعة ثانياً. الكل ملزم بتشريع وتطبيق النظم والمبادئ والقواعد والسياسات الكفيلة بحماية المحضون وضمان مصالحه. ولا يهمنا هنا سرد الحقوق التي نصت عليه المعاهدات والمواثيق الدولية الخاصة بالطفل فهي كثيرة ومتشعبة، إذ أن منها ما هو داخل في الإطار العام لحقوق الإنسان. ومنها ما هو مخصص بعهود ومواثيق محددة مثل الحقوق الاقتصادية والمدنية والثقافية والاجتماعية للطفل.³⁵ بل يكفي هنا أن نشير إلى ما يلي:

- 1- أن المواثيق الدولية نصت على أغلب حقوق الطفل الأساسية وألزمت الدول بالسير وفقها وتكييف المجتمع والأسرة بما يضمنها حسب الإمكان.
 - 2- أن من تلك الحقوق: أسرة تكفل الرعاية والحماية للطفل، ومؤسسات تقوم مقامها عند فقدانها حقيقة أو حكماً، ما يضمن حضانة الطفل في جو يصون مصالحه ويدفع عنه المخاطر.
 - 3- تلك الرعاية التي تقع على كاهل الدولة وعاتق الأسرة أو من يقوم مقامها تشمل جميع الجوانب الأخلاقية والنفسية والاقتصادية وغيرها.. أي كل ما يكفل الراحة والطمأنينة والرفاهية للطفل، ولكن مع ترك القانون الدولي للتقديرات والتطبيقات والتفسيرات الفرعية للقوانين المحلية.
- إلا أن هذه النصوص الدولية -على أهميتها- لا تكفي وحدها لضمان مصلحة الطفولة في جميع الأحيان، إذ أنها تصطدم بعقبات عديدة أهمها:

- 1- أن التوقيع على هذه المعاهدات يرجع لاختيار الدول وليس ملزماً للجميع من الأساس.
- 2- كون بعض هذه المعاهدات شبيهة بالنظرية غير القابلة للتطبيق في كثير من المجتمعات التي تعاني مشاكل اجتماعية واقتصادية عميقة ومزمنة.

³² الشيخ ولد حرم، م. س. ص 19

³³ عبد الفتاح باباه، المجال المتاح لمصلحة المحضون من طرف مبادئ وتطبيقات قانون الأسرة الموريتاني، بحث مقدم للملتقى الأول حول قوانين الأسرة المغربية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 6-7-8 يونيو 1999

³⁴ العوجي، م. س. ص 21

³⁵ للتفصيل انظر: الشيخ ولد حرم، م. س. ص 22 وما بعدها

3- كون بعض هذه المبادئ لا يرقى إلى مستوى المعاهدة وليست له أي صفة إلزامية للدول الموقعة والمصادقة أخرى غيرها.

4- ضعف المتابعة والتقييم، حيث إن التقارير عن تطبيق هذه المعاهدات ترفع لهيئة الأمم المتحدة كل خمس سنوات -وهذه مشكلة- ومن قبل الدول المعنية -وهذه مشكلة أكبر-³⁶

5- أن المعاهدات الموقع عليها ما زال تطبيقها على المستوى المحلي يثير جدلا سياسيا وقانونيا في بعض الدول. فرغم وجود من يدعو لتطبيقها محليا مباشرة لا يزال هناك رأي قانوني وفقهي بعكس ذلك تماما، وهذا ما يفسر -مثلا- عدم إثارة أي قضية من هذا القبيل أمام المحاكم الموريتانية، وقد كان مجلس الدولة الفرنسي أصرح بكثير عندما أصدر قرارا بتاريخ 30 يونيو 1993 بشأن (قضية كمارا) يعتبر أن التطبيق المباشر لمعاهدة نيويورك لحقوق الطفل لا يعتبر مسألة مطروحة،³⁷ ولذلك كان لا بد من سن القوانين والتشريعات المحلية التي تخرجنا من هذا الخلاف.

المطلب الثاني: مفهوم مصلحة المحضون في القوانين المحلية العربية

أوصت المعاهدات الإقليمية العربية من جهتها أيضا بحماية ورعاية حقوق الطفل المادية والمعنوية، وقد بدأ ذلك الاهتمام مبكرا جدا فعمره يكاد يقترب من عمر أهم وأوسع منظمة في المنطقة هي جامعة الدول العربية. فقد أوصى مؤتمر الجامعة العربية لحل مشاكل الطفولة في بيروت سنة 1949 بما يلي:³⁸

1- إعداد البيئة الصالحة لتنشئة الطفل.

2- سن القوانين والتشريعات الكفيلة بذلك.

إلا أن هذه التوصية الأخيرة لم يصل صدى صوتها إلى كثير من الدول العربية إلا في فترات متأخرة، فقد ظل مجال الأسرة والأحوال الشخصية لفترة طويلة يعاني فقرا في التقنين جعلته من المسكوت عنه أو المؤجل في بعض الدول، وربما كان ذلك اكتفاء بخضوع مجال الأحوال الشخصية للشريعة الإسلامية أو لبعض مذاهبها أو للجهات الوصية على تلك المذاهب، وربما كان سبب ذلك عمق الخلافات التي ظلت عتبة في سبيل تقنين متفق عليه بين جميع الآراء والتوجهات داخل المجتمع كما حدث في المغرب.

إلا أننا وبحمد الله شهدنا في الخمس عشرة سنة الأخيرة مزيدا من التقنين والتطوير القانوني في مجال الأسرة فصدرت مدونات للأحوال الشخصية في كثير من الدول وعدلت أخرى لتواكب التطور الفقهي والقانوني والاجتماعي في المجتمعات المعاصرة، وأهم ما يهمننا من ذلك مدونات الأسرة الإماراتية والمغربية والموريتانية التي يجمع بينها جميعا الأخذ بالشريعة الإسلامية، والتأثر بأصول وفروع المذهب المالكي، ولكن دون تضيق للفهم أو تحجير لمرونة الشريعة الإسلامية ومذاهبها الفقهية كما سنرى فيما بعد. فقد أخذت هذه المدونات بآراء تقدمية تعتمد على جلب مصلحة المحضون ودفع المضار عنه وإن خالف ذلك ما هو معهود في مشهور المذهب

³⁶ الشيخ ولد حرم، م. س، ص 27

³⁷ الشيخ ولد حرم، م. س، ص 30-32

³⁸ مصطفى الخشاب، دراسات في الاجتماع العائلي، ط. لجنة البيان العربي، 1957، ص 112

أو الذي سارت عليه الفتاوى في القديم، وغالبا ما يكون ذلك مراعاة لقول من أقوال المذاهب الفقهية الأخرى. ومراعاة الخلاف -كما هو معلوم- أصل أصيل من أصول مذهب الإمام مالك رحمه الله.

وربما يؤخذ على بعض القوانين العربية في هذا المجال أنه حاول التوفيق بين الشريعة ومصادر القانون الوضعية. وبين مختلف المذاهب والأفهام للشريعة. وبين مختلف الطوائف والأديان والفرق المؤلفة للمجتمعات في الدول العربية ذات التعددية الدينية والمذهبية. ونتيجة لكل هذه التباينات وقعت إشكالية كبرى هي الازدواجية في المصادر التي نتج عنها ازدواجية أخرى في التقنين وحتى في القضاء. ونتج عن تلك النظرة انشطار في بعض قوانين الأسرة العربية أدى بدوره إلى تباين في النظر إلى مصالح المحضون.³⁹

لكن هذا الخلاف في موضوع مصالح المحضون يقلل الجدال فيه إذ أن ضمان مصلحة المحضون -وإن اختلف في تقديره- مجمع عليه. والتشريع الإسلامي كذلك من جدا في مراعاة مصالح الطفل مهما كانت الظروف والعوامل والمسؤول عن ذلك. ولذا نجد أن الفقه لم يمنع الأم الكتابية من حضانة مولودها. وهذا ربما كان سببا لتقليل الخلاف في موضوع الحضانة بسبب اختلاف الأديان. ومن هنا نجد دولا مذهبية تأخذ أحكام وتطبيقات الحضانة من التشريع الإسلامي.⁴⁰

فمصلحة المحضون في أغلب التشريعات العربية تحدد وتفصل -غالبا- وفق التشريع الإسلامي متمثلا في المذاهب الفقهية المختلفة. والمذهب الأكثر تطبيقا وتأثيرا في هذا المجال هما المذهب الحنفي والمذهب المالكي. إلا أن هذا الأخذ والتأثر بالمذاهب الفقهية في القوانين لا يخلو من مشاكل يجب بحثها حتى يتم التغلب عليها قدر المستطاع ومنها:

1- أخذ بعض القوانين والنظم القضائية بالمذهب بشكل حرفي. يتمثل في مشهور المذهب. أو ما سارت عليه الفتوى قديما. أو نص عليه ضمن أحد المختصرات الفقهية الأكثر تداولاً مثل مختصر خليل في المذهب المالكي في موريتانيا مثلا. وهذه الحرفية قد تتناقض أو على الأقل لا تضمن مصالح المحضون بشكل كامل. بينما لو أعطي القاضي مستوى من المرونة في تقدير الأصلاح للطفل لكان ذلك أولى بكثير من إلزامه بنص فقهي اجتهادي يناسب في بعض الظروف دون بعض. ويساعد في هذه النظرة المصلحية قلة النصوص الواردة في موضوع الحضانة وهذا ما يجعل المصلحة هي الأصل الوحيد الذي يتفق عليه الجميع.

2- أخذت بعض القوانين بنصوص واضحة المخالفة لمبادئ التشريع الإسلامي -وهذه القوانين قليلة- والواقع يشهد أن التشريع الإسلامي لو فهم على عمومه وأخذ به بشكل صحيح قادر على حل جميع المشاكل واستيعاب جميع المستجدات وإنصاف جميع الناس دون استثناء.

ولا تزال الأحوال الشخصية ومنها أحكام الحضانة بين أن تكون خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية إما بشكل مرسل. وإما اعتمادا على مدونات لا يخفى فيها التأثير بالشريعة الإسلامية وخاصة بالمذهبين الحنفي والمالكي.

³⁹ عبد الفتاح باباه، م. س. ص 2

⁴⁰ معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ط. دار المعارف، 1995، ج3، ص 2066

ويظهر ذلك بوضوح من خلال تعريف الحضانة في بعض هذه القوانين فهي تبين ماهيتها وحدودها. فقد عرفت مدونة الأسرة المغربية الحضانة تعريفاً مجملاً في المادة 163 إلا أنه يراعي الناحيتين الرئيسيتين وهما درء المفسد عن المحضون وجلب المصالح له فقالت إنها: "حفظ الولد بما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه".⁴¹ كما أنه شامل للناحيتين المعنوية والمادية. ولعل الأولى هي المقصود بعبارة "تربيته" ولعل الثانية هي المقصود بعبارة "مصالحه" الواردتان في المادة المذكورة.

وتقريباً لمصلحة المحضون وانطلاقاً من قول ابن رشد إنه ليس في نقل الحضانة إلى ما بعد الأم من القرابات شيء يعول عليه اكتفت المدونة بالنص في المادة 164 على أن "الحضانة من واجبات الأبوين ما دامت علاقة الزوجية قائمة"⁴² وفي حالة الانفصال بين الأبوين اكتفت بالنص على ثلاث درجات لانتقال ترتيب أصحاب الحضانة في المادة 171 وهم: الأم ثم الأب ثم أم الأم⁴³ وفيما عدا ذلك أطلقت للمحكمة واسع النظر في التقدير والتقديم بناء على مصالح المحضون. وهنا تنص المادة نفسها: "فإن تعذر ذلك فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة".⁴⁴ وهذا المعنى تكرر للحكم الأعم المنصوص عليه في المادة 165: "إذا لم يوجد بين مستحقي الحضانة من يقبلها أو وجد ولم تتوفر فيه الشروط رفع من يعنيه الأمر أو النيابة العامة الأمر إلى المحكمة لتقرر من تراه صالحاً من أقارب المحضون أو غيرهم وإلا اختارت إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك".⁴⁵

ولعل أهم ما يذكر للمدونة المغربية عموماً ولهذه المواد منها على الخصوص التزامها إلى حد كبير بالمذهب المالكي. لكن دون تقيد حرفي بالقول الواحد الذي يعبر عنه المقتون غالباً بالمشهور. كما أنها تجت من طول القائمة للحاضنين الذي نجد في كتب الفقه وفي بعض القوانين، وبدلاً من ذلك اعتمدت أمرين: أولهما فتح الباب واسعاً أمام المحكمة لنقل الحضانة بناء على تقدير مصالح المحضون وفق المعطيات المتاحة، وثانيهما إدخال حاضن جديد لم نجد له ذكراً من قبل في كتب الفقه القديمة لأنه لم يكن شائعاً في ذلك الزمن مثل ما هو الآن ألا وهو "المؤسسات المؤهلة". إلا أنه ربما يؤخذ على المادة 164 شيء من عدم التحديد لأنه نصت على بقاء "الزوجية قائمة" وقيام الزوجية يقصد به شرعاً عدم الطلاق أو ما في معناه، والملاحظ في الواقع أن الزوجية بمعناها الشرعي قد تكون قائمة لكنها بمعناها الواقعي قد تكون بعيداً من ذلك. وهذا ما تنبه له المشرع الإماراتي بنصه على أن "لكل من الأم والأب ضم الأولاد إليه إذا كان بينهما نزاع وخرجت الأم من مسكن الزوجية ولو كانت الزوجية قائمة بينهما" وأضاف إضافة أخرى في غاية الأهمية وهي أن القاضي "يفصل (...)" في الطلب اعتباراً بمصلحة الأولاد".⁴⁶

أما قانون الأحوال الشخصية الموريتاني فعباراته لا تبعد كثيراً عن مدونة الأسرة المغربية فقد عرف الحضانة بأنها: "حفظ الولد بما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه ولا تترتب عليها ولاية"⁴⁷ وربما تميز القانون في هذه المادة بالتنبيه على أن كل الواجبات على الحاضن منوطة بالاستطاعة. وبالتفريق بين الحضانة

⁴¹ مدونة الأسرة المغربية المادة 163 الجريدة الرسمية المغربية، ع 5859، 26 يوليو 2010

⁴² مدونة الأسرة المغربية المادة 164

⁴³ نص المادة 171 من مدونة الأسرة المغربية: "تخول الحضانة للأم ثم للأب ثم لأم الأم.."

⁴⁴ مدونة الأسرة المغربية المادة 171

⁴⁵ مدونة الأسرة المغربية المادة 165

⁴⁶ قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المادة 146

⁴⁷ قانون الأحوال الشخصية الموريتاني، المادة 121

والولاية. وتبين كون الثانية لا تترتب على الأولى. وإن كنت أرى من ناحية الصياغة فقط أن محل هذه الجزئية ينبغي أن ينص عليه في مكان آخر.

وعلى عكس مدونة الأسرة المغربية نجد القانون الموريتاني يقيد كثيرا نظر القاضي وتقدير المحكمة لمصالح المحضون بنصه على قائمة طويلة من الحاضنين والحاضنات تجاوز عددهم عشرين.⁴⁸ بناء على مشهور المذهب المالكي الذي سارت عليه فتاوى المتأخرين ونص عليه في المختصرات. ولم تترك للقاضي النظر إلا في حالتين: ففي الأولى أعطت القاضي حق "تعيين أمين يثق فيه لتولي حضانة من ليس له حاضن".⁴⁹ وفي الثانية أعطته "اختيار الأصلح للمحضون"⁵⁰ إذا اتخذت رتبة مستحقي الحضانة. وهذا ما نصت عليه المادة 155 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي بالقول: "إذا تعدد أصحاب الحق في الحضانة وكانوا في درجة واحدة اختار القاضي الأصلح للولد".⁵¹

وأرى أن الحالة الأولى يصعب أو يندر أن تتحقق في ظل هذا العدد الهائل من الخيارات المرتبة مسبقا. والتي نصت المادة 124 على ترتيبها ترتيبا وجوبيا بالقول: "يراعى الترتيب المشار إليه في المادة 123" وهو ما زاد نظر القاضي في مصلحة المحضون تقييدا. وأما الحالة الثانية فكأن المادة التي نصت عليها تريد أن تقول إن النظر في رتبة الحاضن مقدم على النظر في تقدير مصالح المحضون.

في المقابل نجد قانون الأحوال الشخصية الإماراتي يرتب الحاضنين ترتيبا قريبا من المعهود في مشهور المذهب المالكي. وإن أضاف إليها اختيارات حنبلية وحنفية. إلا أنه امتاز بخاصيتين: أولاها اختصار ترتيب الحواضن وإجمالهن بالصفة مثل "الحارم من النساء"⁵² وثانيتهما أنه أشار إلى أن الترتيب المذكور في المادة 146 غير ملزم بل "على القاضي أن يراعي عند البت في ذلك مصلحة المحضون".⁵³

وقد كان القانون الإماراتي متحفظا بتعريفه للحضانة في المادة 142 بأنها "حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس"⁵⁴ وكأن المادة المعرفة تريد أن تقيد سلوك الحاضن وأعماله وتصرفاته المتعلقة بالمحضون لصالح الولي على النفس وإن كان تصرفه هو أيضا مقيدا في بعض الحالات التي نص عليها القانون مثل السفر بالمحضون مراعاة لمصلحته ولحق الحاضن أيضا في الحضانة.

المطلب الثالث: مفهوم مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي

سبق أن قررنا ما هو معلوم من أن أحكام الشريعة إنما جاءت كلها من أجل جلب المصالح ودفع المفسدات عن الإنسان. وأن الشرع يدور مع المصلحة وجودا وعدما ولو عكسنا العبارة وقلنا إن المصلحة تدور مع الشرع حيث دار لكان التعبير صحيحا أيضا. كما سلمنا أن الشرع هو الأولى والأجدر بتقدير المصالح ولكن دون إهمال ما للعقل من دور بديهي لا يتناقض مع مقاصد الشريعة. ومن شأن الشريعة أن تنحاز دائما للضعيف ولا تضعف من الطفل. ومن ثم نجد الشريعة تقرر أولوية مصالح المحضون وتوجب ما يكفلها وتلزم بما يحميها. وما امتاز به

⁴⁸ قانون الأحوال الشخصية الموريتاني. المادة 123 الجريدة الرسمية الموريتانية. ع 1004. 15 اغسطس 2001

⁴⁹ قانون الأحوال الشخصية الموريتاني. المادة 123

⁵⁰ قانون الأحوال الشخصية الموريتاني. المادة 125

⁵¹ قانون الأحوال الشخصية الإماراتي المادة 155 فقرة 7. انظر القانون مع مذكرته الإيضاحية. ملحق مجلة الشريعة والقانون. ع 26. إبريل 2006 ص 13

⁵² قانون الأحوال الشخصية الإماراتي المادة 146

⁵³ قانون الأحوال الشخصية الإماراتي المادة 146

⁵⁴ قانون الأحوال الشخصية الإماراتي المادة 142

التشريع الإسلامي أنه راعى مصالح المحضون التي كفلتها النظم والقوانين الوضعية وزاد على ذلك بمراعاة ما غاب عنها من حقوق معنوية؛ فكفل الشرع للطفل أمور دينه ودنياه، وضمن حقوقه العاجلة والآجلة، وراعى مصالحه المادية والمعنوية.

الفقرة الأولى: المصالح المعنوية للمحضون في الفقه الإسلامي

يضمن التشريع الإسلامي للمحضون مصالح المعنوية التي تعنى برعاية أدبه وعلمه ودينه وخلقه لينشأ عضوا صالحا ومصلحا بعد ذلك في المجتمع. ومن أهم الحقوق المعنوية التي نص الشرع على مراعاتها:

أولاً: حفظ الدين: ونقصد بالدين هنا مفهومه العام الذي يشمل العقائد والشرائع والآداب على تنوعها، إذ من المعروف أن المحضون في صغره تابع لحاضنه متأثر به لا محالة في دينه وخلقه. ومن هنا كان من أهداف الحضانة شرعا حفظ دين المحضون وتنمية فطرته الدينية والخلقية السوية وحمايتها من أن تنتكس، وذلك من خلال حسن القول والفعل بالنسبة للمحضون، ومن خلال حسن التربية والتوجيه من قبل الحاضن، وقد ورد في الحديث الصحيح: "ما من مولود إلا يولد إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء هل تحسون فيها من جدعاء ثم يقول فطرة الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله ذلك الدين القيم."⁵⁵ وهذا الحديث وإن كان ظاهره الإخبار فإنه معناه الأمر بوجوب الاهتمام بحال الأبوين إذا أردنا أن نصلح حال الأبناء، وفيه النهي عن تضييع مصالح الأبناء بالتفريط في دين وخلق الآباء.

وليس دور الأبوين الحاضنين مقتصر على التوجيه فيما يتعلق بأصول الإيمان ومبادئ الاعتقاد بل يشمل كذلك التربية على شرائع الإسلام وآدابه وأخلاقه وتوفير البيئة السكنية والاجتماعية الملائمة لذلك، ففي الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع واضربوهم وهم أبناء عشر وفرقوا بينهم في المضاجع."⁵⁶

وقد كان الفقه وفروعه وفيين لهذه المبادئ التي أرستها السنة ففي حين لم يشترط الفقهاء في الحضانة الإسلام، نجد أنهم اشترطوا فيها الأمانة وأن لا تهدد حضانتها للطفل دينه ولا خلقه في المستقبل، قال خليل في مختصره الذي يعتبر أهم مصدر فقهي لمشهور مذهب الإمام مالك: "لا إسلام، وضمت إن خيف لمسلمين"⁵⁷ أي لا يشترط في الحضانة الإسلام بل إنه إن خيف منها عليه لا ينتزع منها وإنما يضم لمسلمين إن كان ذلك كافيا في حماية دينه وخلقه. وبما أن المرتدة عن الإسلام في وضع غير طبيعي وغير شرعي أفتى الفقهاء بانتزاع الحضانة منها مراعاة لمصلحة الطفل الدينية وربما كان في الأمر تأديب لها هي أيضا، وألقوا بها الفاسقة التي لا يؤمن تأثيرها على خلق المحضون تأثيرا سلبيا، وإن كان كل ذلك ينبغي أن تراعى فيه مصالح المحضون، ولا أدل على ذلك من كون بعض الفقهاء قصر انتزاع الحضانة في الحالات السابقة على ما إذا كان المحضون يعي سلوك الحاضن

⁵⁵ رواه البخاري في كتاب تفسير القرآن (سورة الروم) رقم 4497، ورواه مسلم في كتاب القدر برقم 2658

⁵⁶ رواه أبو داود في كتاب الصلاة، الحديث رقم 26

⁵⁷ محمد سالم عبد الودود، مختصر خليل مع شرحه التسهيل والتكميل، ط. دار الرضوان، موريتانيا، 2012 ج 2 ص 744

ويتأثر به.⁵⁸ ولا يرد على ذلك السماح للكتابية بتربيتها إذ أن ذلك مشروط بما إذا كانت لا تربيته على مبادئ دينها إن كان أبوه مسلماً. وبالتأكيد من أنها لا تغذيه بخمر أو خنزير⁵⁹ أو غيرهما من المحرمات الشرعية.

إذن الحاضن مسؤول عن الحفاظ على أخلاق المحضون بمساعدة من عليه ذلك من الأولياء والأوصياء والقضاة والمجتمع المسلم. وفي حال عجز من له الحضانة عن حماية دين المحضون وخلقه أو توقع ذلك منه يجب على القاضي أو من ينوب عنه انتزاع الحضانة من هي له أصلاً إن كان مارسها فعلاً، أو تجاوزها بها إذا ثبت أن به فسقاً أو فساداً في الدين أو الأخلاق قد يتأثر به المحضون.

ولا شك أن الآداب والأخلاق منها الواجب المفروض ومنها ما هو دون ذلك. ولا شك أيضاً أن مصلحة المحضون تشملها جميعاً. بل تشمل الأمور النفسية وشخصية الحاضن ورحمته ورفقه ليعيش المحضون في جو من العطف والحنان والحب يجعله في المستقبل سليماً معنوياً معافى نفسياً من العقد والاضطرابات. قال اللخمي: "إن علم جفاء الأحق لقسوته ورأفة الأبعد قدم الأبعد"⁶⁰ وهذا نص مالكي أصيل صريح على وجوب رعاية مصلحة المحضون المعنوية والنفسية.

الفقرة الثانية: المصالح المادية للمحضون في الفقه الإسلامي

لعل خير تلخيص لمستلزمات الحضانة المادية ما عبر عنه الفقيه المالكي ابن عرفة الشهير بحدوده وتعريفاته التي لم تستثن باباً ولا مصطلحاً جديراً بالتعريف في الشريعة الإسلامية وفي الفقه المالكي إلا حدثه حداً جامعاً للمحدود مانعاً من غيره من وجهة نظره. فقد عرف الحضانة بأنها "هي محصول قول الباجي: حفظ الولد في مبيته ومؤونة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسده"⁶¹. قال شارح الحدود: " قصر الحفظ للحاضن على ما ذكر فلا نظر له في غير هذا"⁶² ولعل الملاحظ يرى أن هذا التعريف قصر الحضانة على المصالح المادية وسكت عن غيرها. وربما كان ذلك لكونها تابعة للمصالح المادية غالباً مقترنة بها، وربما اكتفاء بشروط الحاضن التي تضمن أغلب الأمور المعنوية. وربما كان ذلك عن قصد يراد به التمييز بين مقتضيات الحضانة ومقتضيات الولاية. ولذا قال الفقهاء إن الحضانة إذا كانت "عند غير الأب فإن له (ولمن يقوم مقامه من ولي أو وصي) تعاهد ولده وتأديبه وإرساله للمكتب لتعلم القراءة والكتابة والقرآن"⁶³. إلا أن الملاحظ على هذا التفريق صعوبة أو استحالة الفصل بين المصالح المادية والمعنوية للطفل الواحد في المكان الواحد وفي الزمان الواحد أيضاً. ولا يبعد من التعريف السابق وإن كان أعم منه تعريف الحضانة بأنها "حفظ الولد في مبيته ونومه

⁵⁸ عزة ضاحي. المبادئ التي قررتها محكمة النقض السورية في الأحوال الشخصية من 1953-1976 ص 121
⁵⁹ محمد محيي الدين. الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط. دار السعادة، 1958، ص 432

⁶⁰ محمد سالم عبد الودود، م. س. ج. 2، ص 742

⁶¹ الرصاع أبو عبد الله الأنصاري. شرح حدود ابن عرفة. الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية. تحقيق: محمد أبو الأجنان وآخر. ط. دار الغرب الإسلامي، 1993، ج. 1، ص 324، محمد الشيباني، تبين المسالك، ط. دار الغرب الإسلامي، 1988، ج. 3، ص 251

⁶² الرصاع أبو عبد الله الأنصاري، م. س. ج. 1، ص 324

⁶³ محمد الشيباني، م. س. ج. 3، ص 253

وطعامه ولباسه ومصيفه وتنظيف جسمه⁶⁴ ويلاحظ عليه ما لوحظ على سابقه ومحاولة حصر واجبات الحضانة بالعد وهو أمر لا يخلو من صعوبة بسبب تغير الأحوال والأعراف والمجتمعات.

ويمكن أن يصاغ ضابط أعم من التعريف السابق نقول فيه: إن جميع الحاجات المادية الضرورية أو المحتاج لها من قبل المحضون يجب على الحاضن ومساعديه توفيرها وحمايتها حسب المستطاع ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر:

أولاً: المسكن الملائم بقدر الاستطاعة؛ فقد اشترط الفقهاء في الحاضن أن يكون مكان إقامته الذي يجمعه بالمحضون آمناً، وأن لا يشكل أي خطر مادي أو معنوي على المحضون. ونجد النصوص الفقهية المالكية تزيد موضوع المسكن تأكيداً إذا تعلق الأمر بحضانة بنت، ولهذا حكموا بنزع حضانة البنت من حاضنتها إن لم يكن لها مسكن محرز يكفل حماية المحضونة من الضرر الواقع أو المظنون.

ثانياً: الرعاية، أي توفير جميع المستلزمات المادية للمحضون من طعام ولباس ونظافة، وذلك بدعم وتوجيه من الشركاء في رعاية المحضون، لأن الحاضن قد لا يكون هو الولي، وقد يكون غير المنفق فيكون هو صاحب الرعاية المباشرة ويكون كل طرف آخر مسؤولاً عن توفير ما يجب عليه توفيره للمحضون.

ونرى أنه لا يمكن حصر جميع المصالح المادية ولا المعنوية المطلوب جلبها أو توفيرها للمحضون، إذ هي تتجدد عبر الأزمنة وتختلف عبر الأمكنة، وإنما تكفي الإشارة إلى أن الشرع لم يهمل أي جانب من جوانب مصالح المحضون، وأنه أوجب حضانته شرعاً، وحضانتها مكونة من شقين أساسيين لا قيام لأحدهما دون الآخر هما: "التوجيه السلوكي للطفل والقيام بشؤونه الشخصية".⁶⁵ إلا أننا لا ننسى أن كل ذلك مقيد بالإمكان وبعدم الإضرار بالحاضن أيضاً، كما أن عبء كل التكاليف ليس على الحاضن وحده بالضرورة فقد يكون له في التوجيه والتعليم والنفقة شركاء مثل الأولياء والأوصياء وغيرهم من عليه حق للمحضون بل إن الطفل نفسه قد يكون شريكاً في الإنفاق إذا كان له مال ولكن تحت رعاية وليه بالطبع.

ونلاحظ أن النصوص الشرعية في هذا المقام محدودة جداً، وأغلبها قضايا وحوادث عينية وليست نصوصاً عامة عند جميع الفقهاء، ولعل أول ما يعول عليه الفقهاء ويجب أن يعتمدوا عليه هو باب الاستصلاح الذي هو المصدر الأساس والرئيس لأحكام الحضانة في التشريع الإسلامي، وهذا ما يفسر لنا كذلك كثرة الاختلافات المذهبية وتعدد التفسيرات الفقهية وتنوع التطبيقات القضائية في هذا الموضوع، ولعل هذا ما أراد ابن رشد الإشارة إليه عندما قال: "وأما نقل الحضانة من الأم إلى غير الأب فليس في ذلك شيء يعتمد عليه"⁶⁶ وما أراه يقصد بـ"شيء" إلا النصوص الشرعية من القرآن والسنة، وهذا يعني أن كل ذلك اجتهادات استصلاحية فينبغي أن تكون مصلحة المحضون هي الأساس الذي تبنى عليه أحكام الحضانة.

المبحث الثالث: أوجه النظر في مصالح المحضون

⁶⁴ نبيلة إسماعيل سلامة، حقوق الطفل في القانون المصري، ط. الهيئة المصرية العامة للكتاب، بدون تاريخ، ص 79

⁶⁵ نبيلة إسماعيل، م. س، ص 79

⁶⁶ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، تحقيق عبد الزاق المهدي، ط. دار الكتاب العربي 2006، ص 410

من المسلمات الأصولية أن الشريعة إنما جاءت لمصالح العباد عاجلا وآجلا، وأن الأحكام والاجتهادات يجب أن تكون وفق ذلك الأصل، وما الحضانة إلا جزء مهم من كل من أحكام الشرع المبنية على المصلحة. لهذا نجد الفقهاء اشتراطوا الشروط ووضعوها الضوابط الكفيلة بحماية مصالح المحضون، ومن هنا لم تجعل على أساس القرابة فقط، وإنما بنيت على كلي تتفرع عنه كثير من الجزئيات والفرعيات ألا وهو المصلحة. وما يؤكد ذلك أن الشارع الحكيم لا يعطي الحضانة لمستحقها بالقرابة إلا إذا توفرت الشروط اللازمة والتي تدور كلها حول مصالح المحضون، فإن فقد منها واحد أو اختلف كان ذلك كافيا في البحث عن بديل له يكفل مصالح المحضون.

صحيح أن هذه المصلحة غالبا ما تكون مفترضة في مظانها في كثير من حالات المحضون، لكن ذلك لا يعني أن ذلك الافتراض دائم، بل هو قابل لإثبات العكس شرعا وواقعا. والمتأمل يجد أن أحكام المحضون تدور مع المصلحة المفترضة أو الواقعة، ومن المعروف في أصول الفقه أن من مسالك تعليل الأحكام ومن شروط العلة: الدوران، أي بوجود الحكم مع العلة أو الحكمة وفقده بفقدانها. وفي المقابل فإن ما يظهر فساد التعليل وجود الحكم دون العلة أو الحكمة أو العكس،⁶⁷ ولا أرى أن هذه الضوابط تنطبق على أي علة أو حكمة للحضانة غير مصلحة المحضون.

وأرى أن هذا الأصل متفق عليه وإنما يختلف في بعض الجزئيات للاختلاف في مكن المصلحة أو للاختلاف في مظنتها. وربما كان ذلك راجعا للمنهج العام في التعامل مع الحكمة والمصلحة والتعليل بها بشكل مباشر، فهناك من الفقهاء من يكتفي بالمظان، وهناك من يرى دوران الحكم مع المصلحة والحكمة في حال الوجود وفي حال العدم.

المطلب الأول: افتراض مصلحة المحضون

يرى جمهور الأصوليين أن الأحكام الشرعية لا تناط بالمصلحة ولا بالحكمة، ويعللون ذلك بإجمال المصلحة وعدم انضباط الحكمة،⁶⁸ وبما أن مصلحة المحضون هي حكمة الحضانة نجد جماهير الفقهاء وأغلب القوانين يذهبون إلى نصب مظان وعلل وضوابط ظاهرة منضبطة للحضانة واستحقاقها وسقوطها وتحديد من هو الأولي بها. مثل وجود المولود وصغره وأبوته وقرابته، ويستدل أصحاب هذا الرأي عموما بأن الغالب وجود الحكمة والمصلحة عند وجود المظنة، والقاعدة الفقهية تقول إن "العبرة بالغالب لا بالنادر من الأحكام والأعراف".⁶⁹ وانطلاقا من هذا الأصل نجد أغلب التشريعات يفترض مظان غالبا ما تكون مناطا للمصلحة، ومن ثم تكون علة للحضانة، وإن كانت التشريعات تختلف بعد ذلك من حيث المرونة في إثبات عكس ذلك الافتراض من عدمه.

الفقرة الأولى: افتراض مصلحة المحضون مع أبويه إن كانا معا

⁶⁷ الباجي، المنهاج في ترتيب الحجاج، تحقيق: عبد المجيد تركي، ط. دار الغرب الإسلامي، 1987، ص 185

⁶⁸ ابن الحاجب، مختصر ابن الحاجب، مع شرح شمس الدين الأصبهاني، تحقيق: مظهر بقا، ط. جامعة أم القرى، ج 3، ص 26

⁶⁹ عبد الله العجلان، القواعد الكبرى في الفقه الإسلامي، ط. دار طيبة، الرياض، ص 1416، ص 1416

لما كانت الأسرة هي الخلية الاجتماعية الحاضنة ونظرا "لغريزة الأمومة وغريزة الأبوة"⁷⁰ التي فطر الله عليها الأبوين نجد الفقهاء والقوانين تفترض افتراضا -في محله- وهو أن مصلحة الطفل تكمن في حضنته وتربيته بيدي وخت أعين والديه، وتبعاً لهذه الغريزة زود الله الوالدين بغريزة أخرى لم يشذ عنها إلا من شذ وهي "محبة الطفل ورحمته والعناية به وشعور الأنس والطمأنينة للقاءه"⁷¹ وهذا يلخص كثيراً من معاني الحضانة.

ففي العادة يضمن داخل بيئة الأسرة الطبيعية المتكاملة أكبر وأكثر مصالح المحضون؛ إذ أن كلا من الأب والأم يقوم بدوره المنوط به شرعاً والمهيأ له بالفطرة والعادة، ومن هنا فلا غرابة في كون الفقه كافة ومختلف التشريعات تجمع على افتراض كون مصلحة المحضون تقع في حضن والديه.⁷² وليس بالسهل إثبات العكس. وهذه الحالة لوضوحها لم تأخذ كثيراً من الفقهاء لأنها معلومة ضرورة وليست محلاً للنزاع ولا للاختلاف في الغالب، إلا أنه وفي بعض الأحيان النادرة قد لا تكون مصلحة المحضون في عيشه تحت حضانة أبيه وأمه إذا اختل شرط أو أكثر من الشروط، مما يدعو إلى الرقابة والمتابعة الجيدة للطفل من المؤسسات الاجتماعية المتخصصة وهو ما يزال للأسف ضعيفاً في كثير من المجتمعات العربية.

الفقرة الثانية: افتراض مصلحة المحضون مع أمه

عندما يفترق الوالدان لأي سبب كان نجد أن الشرع يفترض أن مصلحة الصغير مع أمه، ما دامت تتوفر فيها الشروط وتنتمي عنها الموانع، قال ابن قدامة بعد أن أسند هذا الحكم إلى القائلين به: "لا نعلم أحداً خالفهم".⁷³ وهذا الافتراض المتفق عليه أصل يستند إليه ولا يعمل بخلافه إلا إذا وجدت بينة قوية صادقة على ضده، وقد سئل ابن أبي زيد عن أب يدعي أن الأم غير مأمونة على الولد؟ فأفتى بأنه ليس له نزع ولده حتى يأتي ببينة على عدم أمانتها".⁷⁴ وقد حكم أبو بكر الصديق بعاصم بن عمر بن الخطاب لأمه وقال: "هي أعطف والطف وأرضى وأرحم".⁷⁵

وهذا الحكم لم يأت من فراغ وإنما هو مستند إلى مقومات شرعية ونفسية وعاطفية لا تخصي، فالأم بحكم قربها من الطفل وأنه لا أحد أقرب منه إليها ولا منها إليه أحق بحضنته، إذ في تجاوزها بالحضانة ظلم لها وله، والأم تتوفر غالباً فيها كل المقومات اللازمة لتوفير مصلحة المحضون المعنوية والجسمية.⁷⁶ ولما كانت الحضانة مبنية على مصلحة المحضون أولاً فإن الأم "مظنة الشفقة والرحمة والمصلحة".⁷⁷

الفقرة الثالثة: افتراض مصلحة المحضون مع النساء

⁷⁰ حسن ملا عثمان، الطفولة في الإسلام، ط. دار المريخ، 1982، ص5

⁷¹ حسن ملا عثمان، م. س، ص5

⁷² عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ط. دار جامعة دمشق، 1392 هـ، ج2، ص254

⁷³ ابن قدامة، المغني، ط. دار الرياض الحديثة، 1981، ج7، ص614

⁷⁴ أحمد الونشريسي، المعيار، ط. دار الغرب الإسلامي، بدون تاريخ، ج4، ص43

⁷⁵ رواه عبد الرزاق في مصنفه، ج7، رقم 12600

⁷⁶ أحمد العزب، الأمومة في عهد النبي صلى الله عليه وسلم، مجلة البحوث الإسلامية، المجلد 1، العدد 3، 1397 هـ، ص294

⁷⁷ محمد مجيد، الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، ط. إحياء التراث العربي بقطر، 1403 هـ، ص294

يفترض الفقه ان مصلحة المحضون يظن حصولها مع النساء أكثر من الرجال. ومن ثم نجد القوانين بين مقتصر على النساء لا يتجاوزهن إلا في حالات قليلة يشترط فيها أن يكون الحاضن الذكر "مع أنه أنثى تحضن"⁷⁸ أي تصلح للحضانة. ومنها ما يتجاوز النساء إلى العصبية لكن بعد قائمة طويلة من النساء الأولى بالحضانة كما فعل قانون الأحوال الشخصية الإماراتي. ولا شك أن هذا الافتراض أيضا في محله. لأن النساء أقدر على رعاية المحضون والقيام بحاجياته والتي منها ما لا يقدر على القيام به إلا النساء لأنهن أرأف وأرحم وأرق عاطفة وهن أولى وأقرب بدليل عن الأم. ولكن ليس كل النساء بل بشروط دقيقة تضمن أن المصلحة واقعة في مظنتها ومنها كون النساء الأولى بالحضانة من ذوات المحارم.⁷⁹ وقد وضع ابن عرفة ضابطا لنساء الأم والأب المستحقات للحضانة. فضبط الأوائل بقوله: "من لها عليه أمومة ولادة بسببها ولو بعدت وأول فصل منها" وضبط الأواخر بقوله: "من له عليه أمومة كما مر وأول فصل لمن هي له عليه" قال شارحه: "ويعني بقوله: كما مر. في نساء الأم فيقال: من له عليه أمومة ولادة بسببه ولو بعدت. فتدخل جدة الأب وإن علت. وقوله: "وأول فصل لمن هي له عليه" فتدخل العمة وتخرج الأخت لأب".⁸⁰

الفقرة الرابعة: افتراض مصلحة المحضون مع قرابات الأم

الافتراضات الثلاثة السابقة تكاد تكون مجمعا عليها في الفقه الإسلامي. ويأتي بعدها في الاتفاق افتراض كون مصلحة المحضون في أن تكون حضانتهم عند قرابات أمه قبل أي حاضن آخر.⁸¹ وذلك راجع لكون الأم أقرب وأكثر حنانا. فكانت قريباتها مثل أمها وأختها من أولى المظان التي يتوقع معها وجود تلك المصلحة وتلك العاطفة. ومن هنا جعلت قراباتها مقدمة على قرابات الأب. وإنما الخلاف في تقديمهن على الأب نفسه أو تقديمه عليهن. وليس الأمر محسوما في المذهب المالكي الذي هو العمدة الأولى لقوانين الأحوال الشخصية الإماراتية والمغربية والموريتانية. إذ أن فقهاء المذهب المالكي مختلفون في تقديم قرابات الأب عليه أو تقديمه عليهن بحيث يكون هو الحاضن الثاني بعد الأم. وهو ما أخذت به مدونة الأسرة المغربية. متبعة بذلك حفة ابن عاصم التي هي من أشهر المراجع في القضاء في المذهب المالكي. قال محمد سالم عبد الودود في نظمه لمختصر خليل:⁸²

والأب بين أمه وجدته ** قد أدرج ابن عاصم في حفته

وذلك خلافا لما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الإماراتي والموريتاني. لأن مشهور المذهب تقديم نساء الأب عليه. وقول جماهير أهل العلم تقديمهن على نساء الأب كذلك. ولم يخالف في ذلك إلا بعض الحنابلة في بعض الجزئيات. مثل تقديم العمة وأم الأب على الخالة.⁸³ ورأى بعضهم تقديم نساء الأب على نساء الأم مطلقا واستدلوا على ذلك بأن الأبوة أصل الولاية.⁸⁴ وربما كان هذا من مظاهر التداخل بين الحضانة والولاية في رأي بعض الفقهاء.

⁷⁸ محيي الدين عبد الحميد. م. س. ص. 406

⁷⁹ محيي الدين عبد الحميد. م. س. ص. 406

⁸⁰ الرصاع. م. س. ج. 2. ص. 325

⁸¹ خليل. مختصر خليل. ط. المكتبة التجارية الكبرى. 1972. ص. 168

⁸² محمد سالم عبد الودود. م. س. ج. 2. ص. 742

⁸³ ابن قدامة. المغني. م. س. ج. 7. ص. 619

⁸⁴ ابن القيم. زاد المعاد. ط. البابي الحلبي. 1955. ج. 2. ص. 153

وكذلك المذهب الشافعي فإنه يقدم نساء الأم على غيرهن إلا في حالات مستثناة كاجتماع الأختين لأم ولأب فالأخت لأب مقدمة على الجديد من مذهب الشافعي.⁸⁵

الفقرة الخامسة: افتراض الاستغناء عن الحضانة

يفترض أغلب الفقهاء أن حضانة الصغير يستغنى عنها في مرحلة معينة، وذلك بناء على الغالب ومراعاة لمصالح المحضون ومصالح الحاضن أيضاً، لكن العلماء اختلفوا اختلافاً كثيراً في تحديد هذه المرحلة التي تكون فيها المصلحة في رفع الحضانة، أو تغيير مضمونها وإحالتها إلى جهات أخرى. فرجوع المحضون لأبيه مثلاً قد لا يعني بالضرورة انتهاء الحضانة واستغناء المحضون عنها وإنما يعني أنه استغنى عن خدمة النساء وأصبح الأصلح له أن يكون تحت ساعد أبيه بدلاً من حضن أمه وحاضنته.

أ- المذهب الحنفي: المشهور في المذهب الحنفي عدم تحديد الحضانة بسن معينة بل بحد معين وهو استغناء المحضون.⁸⁶ ولا يسعني هنا - رغم تمذهبي بمذهب الإمام مالك - إلا أن أعبر عن دقة نظر هذا الرأي وتقديره لمصلحة المحضون، فإنها إنما شرعت لحكمة فلا ينبغي أن ترفع إلا بزوال أو تحقق تلك الحكمة. وقال بعض الأحناف بتحديد أمانة لانتهاء الحضانة بالنسبة للبنت وذهبوا إلى أنها تنقضي عندما تحيض الجارية أو تشتهي، ومنهم من حدد مدى الحضانة بالأعوام فجعل انتهاء حضانة الغلام ببلوغه سبع سنين أو تسعا، وانتهاء حضانة الفتاة تسعا أو إحدى عشرة سنة.⁸⁷

ب - المذهب المالكي: أما المالكية فيفترضون أن الحضانة تنتهي باحتلام الغلام، وهذا هو مشهور المذهب المروي عن ابن القاسم، وقيل بإثغاره وهي رواية ابن وهب عن الإمام مالك، والأنثى حتى تتزوج ويدخل بها زوجها.⁸⁸ ولا يخفى أن الحدين مبنيان على الواقع وعلى الغالب، لكن هذا الغالب قد يتخلف فالفتاة قد تتزوج ويدخل بها زوجها فتطلق أو يتوفى زوجها، وتعود حاجتها للحضانة، وهنا يختلف الفقهاء المالكية في عودة الحضانة بسبب الخلاف في أي المصلحتين أولى بالترجيح؟ مصلحة الحاضن أم مصلحة المحضون؟ كما لا يخفى تباعد الحدين بالنسبة للولد في الروايتين؛ فرواية ابن القاسم تحدد بالبلوغ بأماراته الشرعية المعروفة، ومنتهى ذلك نحو الثامنة عشرة من العمر، ورواية ابن وهب تحدد بالإثغار وهو اكتمال نمو الأسنان الدائمة للطفل وهذا عادة ما يكون ذلك نحو العاشرة من العمر.

ج - المذهب الشافعي: يرى الشافعية أن الحضانة تكون بيد مستحقها حتى يبلغ الولد سبع سنين أو ثمانية، وإذا كان الولد مع أمه في هذه المرحلة وبلغ هذا المبلغ وأصبح يعقل ويدرك خير بين أبيه وأمه فأيهما اختار كان

⁸⁵ السيوطي، الأشباه والنظائر، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، 1979، ص 483

⁸⁶ محيي الدين، م. س، ص 408

⁸⁷ أحمد عثمان، آثار عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، ط. جامعة الإمام محمد بن سعود، 1981، ص 250

⁸⁸ المدونة، ج 2، ص 244، والكافي لابن عبد البر، ص 97، نقلاً عن: محمد عبد الله محمد، ما انفرد به المذهب المالكي في مسائل الأسرة والأفضية، ط. جامعة الإمام محمد بن سعود، 1995، ص 385

معه.⁸⁹ وهذا كذلك بناء على مصلحته المادية والمعنوية، واعتباراً لإرادته وتطبيقاً لبعض الأحاديث الواردة في التخيير.

د - المذهب الحنبلي: أما الحنابلة ففرقوا بين الولد والبنت؛ فيحكمون بانتهاء حضانة الولد الذكر ببلوغه سبع سنين، فإن كان عند أمه وبلغها خير بين أبويه فكان مع من اختار منهما. وإذا بلغت الجارية سبعا فالأب أولى بها.⁹⁰ دون تخيير، ولعل ذلك منهم نظر إلى حاجتها للرعاية والحماية أكثر من الولد، واستدلال بأن كافة النصوص التي وردت في التخيير كانت متعلقة بأولاد ذكور، كما أن الأب عند وجوده هو ولي البنت في الزواج فكانت بحاجة لقربه، لا بمعنى أن للولد الذكر رأي ولا رأي للبنت في أمر الحضانة. وأما مسألة تخيير الولد ففيها شبه استثناء من الافتراض السابق وهو كون الأم أولى بالحضانة، وذلك إذا قلنا إن انتقال المحضون إلى أبيه لا يعني انتهاء الحضانة بل يعني انتقالاً لها وتخفيفاً في أعبائها، وأما إذا قلنا بأنه انتهاء فلا إشكال.

هـ - وذهب ابن حزم الظاهري إلى انتهاء الحضانة للولد الذكر والبنت ببلوغها مع التمييز وصحة الجسم دون تفريق، فظهر أن رفع الحضانة منوط عنده بسببين هما: السن والاستغناء.⁹¹ ومأخذ ذلك عنده النصوص لا التعليل لأنه لا يراه ولا يبني عليه الأحكام، ولكن جاء قوله من حيث لا يحتسب معللاً بعله مركبة فيها شبه جمع وتوفيق بين المذاهب المختلفة.

وانتهاء الحضانة قد يكون بسبب استغناء المحضون أو افتراض استغنائه عن الحضانة مطلقاً أو استغنائه عنها على الحالة التي كانت عليها من قبل، كما أنه انتهاءها قد يكون بسبب مسقطات؛ منها ما يرجع للحاضن، ومنها ما يرتبط بعوامل خارجية، والجامع بين كل ذلك هو مراعاة مصلحة المحضون أولاً، ومن أهم المسقطات: فقدان شرط أو شروط ضرورية لمصلحة المحضون، ولذا أسقط الفقهاء الحضانة برودة الحاضنة وفسقها، احتياطاً لمصالح المحضون المعنوية، كما أسقطوها بزواج الحاضنة من أجنبي، والحق أن هذا المسقط الأخير سهل إثبات عكسه ويمكن أن تستمر الحضانة معه، لأنه إنما شرع لمقاصد قد لا تتعارض مع مصلحة المحضون، ومن تلك المقاصد:

أولاً: خوف تهديد مصلحة المحضون لأن الرجل الأجنبي مظنة لذلك، ولكن قد لا يكون كذلك.

ثانياً: خوف تهديد مصلحة المحضون لمصلحة هذا الرجل الأجنبي وذلك بالأخذ من وقت زوجه أو شغلها عن مصالح زوجها الأجنبي عن الطفل.

ولذلك إذا انعدم السببان وانتفى المقصدان اللذان من أجلهما أسقطت الحضانة بهذا السبب بأن لم يكن في بقاء المحضون مع أمه المتزوجة من أجنبي تهديد لمصالحه ولا لمصالحها ولا لمصالح الزوج ورضي الزوج اختياراً ببقائه معها، وهذا الرضا لا يطلب بالتصريح به وإنما يكفي مظنته بحيث إذا سكنت من له الحضانة عن طلب نقل

⁸⁹ أحمد عثمان، م. س. ص 82

⁹⁰ ابن قدامة، المغني، م. س. ج 7، ص 614

⁹¹ معوض عبد التواب، م. س. ص 2006

الحضانة إليه نحو السنة فإن ذلك يعتبر أمارة الرضا ولا يحق له بعد ذلك أن يطالب بالحضانة. ويؤيد هذا ما قال به ابن حزم من أن زواج الأم لا يعتبر مسقطاً للحضانة والدليل أن ذلك لم يدل عليه دليل صحيح يعتمد عليه.⁹²

صحيح أن كل ما سبق ما هو إلا افتراضات للمصالح في مظانها درج عليها الفقه وبنائها على سلسلة من المبررات الغالبة عادية وفطرية وشرعية. وهدفها هو إيجاد مناط وعلة ظاهرة منضبطة لأحكام الحضانة وإثباتها ونفيها وتثبيتها ونقلها. يغلب كون المصلحة معها لأن الغلبة معتبرة شرعاً ولا يمكن الاستغناء عن الاعتماد عليها في العادة. إلا هذه الضوابط لا ينبغي أن تعتبر إلا في حدود الشروط الضامنة لمصلحة المحضون، ولا ينبغي أن يكون التعلق بها على حساب مصلحة المحضون الذي يدندن حوله الفقه في اتفائه على بعض الافتراضات وفي اختلافه حول بعضها الآخر.

المطلب الثاني: الدوران مع مصلحة المحضون

لما كانت مصلحة المحضون هي الحكمة من تشريع الحضانة، ولما كان علماء الأصول ينصون على أن الحكمة يمكن أن تكون علة ومناطاً للحكم الشرعي وتطبيقه بشكل عملي وذلك إذا أمكن تحديدها واعتبارها⁹³ لذلك ذهب بعض الفقهاء والباحثين إلى أنه يمكن تقدير المصلحة والدوران معها دون اعتبار لكثير من المظان المفترضة التي قد لا تكون مقارنة لمصلحة المحضون بالفعل، لكن هذا الدوران مع المصلحة يبقى دائماً في إطار الثوابت النصية الصريحة الصحيحة - وهي قليلة - والمسلمات الفقهية الضرورية لضمان استقرار الأحكام وانضباطها، فلا يمكن مثلاً تقديم الأم لمجرد أنها أم إن فقدت شرطاً أساسياً من شروط الحواضن، بل إنها تنتقل بداهة إلى من تتوفر فيه الشروط أو جلها.

والسالكون لهذا المسلك يقيمون فكرتهم على مجموعة من الأدلة من أهمها:

1- أن الأحاديث الواردة في الحضانة في الغالب حوادث عين يقول بعض علماء الأصول إنها لا عموم لها، ومن أشهر تلك الأحاديث:

- قضاؤه صلى الله عليه وسلم بابنة حمزة لجعفر رضي الله عن الجميع.⁹⁴ فإنه قد يكون بناء على رؤيته صلى الله عليه وسلم أن مصلحتها هي خاصة في ذلك الحكم، ولو كان ثمة من هو أصلح منه ومن زوجته لها لقضا بها له. لذلك اختلف الفقهاء في وجه قضاؤه صلى الله عليه وسلم بها لجعفر: هل لكونه عمها وعاصبها؟ أم لكون خالتها حته رضي الله عنه وعنهما.⁹⁵ كما يمكن أن يختلف فيه من وجه آخر هو اختلاف تصرفات النبي صلى الله عليه وسلم وتردها بين أن تكون تشريعاً عاماً أو فتوى محددة أو حكماً قضائياً يخص محله الذي حكم فيه.⁹⁶

⁹² ابن حزم، المحلى، ط. دار الفكر، دون تاريخ، ج 10، ص 323

⁹³ ابن الحاجب، المختصر مع بيانه، م. س. ج 3، ص 26

⁹⁴ البخاري، كتاب المغازي، رقم 43

⁹⁵ ابن القيم، زاد المعاد، م. س. ج 2، ص 153

⁹⁶ انظر للاستزادة في هذا الموضوع رسالة القرافي الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القضاة والإمام، للقرافي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، ط. مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ودار البشائر، بيروت، 2، 1995

- قوله صلى الله عليه وسلم للأم المترافعة مع زوجها في شأن ولده وولدها: "أنت أحق به ما لم تنكحي"⁹⁷ وهذا الحديث في سنده مقال. وعلى فرض صحته قد لا يعني أن كل أم كذلك بل يمكن أن يكون معناه: أنت أيتها الأم المخاطبة أحق بولدك ما لم تتزوجي.⁹⁸
- كما ورد في حديث آخر أنه صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبويه.⁹⁹ وهو كذلك حادثة عينية قضائية جاءت بعد التنازع بين الأب والأم. وقد تكون راجعة إلى ما ظهر من القرائن أن مصلحة الغلام تستوي عند الأب وعند الأم أو أن الغلام يعرف مصلحته وسيختار الأصلح. بل قد يكون لذلك سبب غيبي خاص وهو أن التخيير جاء مقرونا بدعائه صلى الله عليه وسلم الذي لا يرد بقوله عندما خير غلاما: "اللهم سدده"¹⁰⁰ مع أنه قد يكون هذا الصبي أو غيره.

وما يؤكد أن أحكام الحضانة ليست عامة اختلاف أفضيته صلى الله عليه وسلم في قضايا الحضانة المختلفة. فتدأ أحيانا بالحكم للأم، وأحيانا للخاله، وأحيانا بالتخيير. لكن لم ترد نصوص عامة لجميع الحالات في أي من تلك النصوص. ولذا قال ابن تيمية مع أنه أقرب للمذهب الحنبلي: "لم يرد نص عام يجيز تخيير الولد".¹⁰¹

2- أن مناط الحضانة كما قررنا هو مصلحة المحضون. ولما كان الأمر كذلك فإن على الفقيه وعلى القاضي أن يبحث بالقرائن والأدلة عن الموضع الذي هي فيه، فاين وجدت حكمنا بالحضانة، ومتى انعدمت حكمنا بعدمها أو بنزعها إن كانت ثابتة في الأصل، ونحكم بالراجع من المصلحتين عن التعارض أو التنازع. وإن كان في كل منهما مفسدة ولم يوجد بدل ولو أجنبي يقدم أخفهما ضررا.

وهذا الأمر وإن كان يكلف جهدا إداريا وقضائيا في البحث والتشخيص إلا أنه أجدر بضمان مصلحة المحضون ومن ثم حماية المجتمع والأسرة بأسرها من الأضرار التي يمكن أن تنجم عن الخلل في الوقع عند فقد تلك المصلحة. فالمواد القانونية الجامدة لا يمكن أن تحل مشاكل إنسانية واجتماعية متغيرة ومتحولة. لذلك نرى أن القوانين في هذا الباب يجب أن تكون مرنة بقدر الإمكان، وأن يتمتع القاضي في هذا الباب بمساحة تقديرية واسعة يحكم من خلالها الحكم المناسب للمحضون "والأحوط له في دينه ودنياه فحيث ما كانت الحيلة له وجبت هنالك عند الأم وعند الأب أو الأخ أو الأخت أو العمة".¹⁰²

ومن الغريب أن يكون المذهب الظاهري المعروف بحرفيته في فهم النصوص هو أكثر المذاهب مرونة في هذا الباب لأنه لم يأخذ بأي من النصوص السابقة على عمومها، وربما كان المذهب الحنفي هو الذي يليه في تلك المرونة، حيث إن ابن عابدين نص على نحوه فقال: "إذا كان الزوج الأجنبي أكثر شفقة من الحاضنة التي ينقل إليها فللقاضي إبقاؤه مع أمه المتزوجة"¹⁰³ وهذا الرأي يؤكد ما مر سابقا من أن حديث أحقية الأم ما لم تتزوج ليس على سبيل العموم بل على سبيل الخصوص. وقال أيضا: ينبغي للمفتي أن يكون ذا بصيرة فإنه

⁹⁷ رواه أبو داود برقم 2276

⁹⁸ عبد الرحمن الصابوني، م. س.، ج 2، ص 269

⁹⁹ رواه أبو داود برقم 2277 والترمذي برقم 1357 وابن ماجه برقم 2373

¹⁰⁰ رواه ابن ماجه برقم 2374

¹⁰¹ ابن تيمية، الفتاوى، ط. دار عالم الكتب، 1991، ج 34، ص 116

¹⁰² ابن حزم، المحلى، م. س.، ج 10، ص 323

¹⁰³ ابن عابدين، الدر المختار، ج 2، ص 565 نقلا عن الصابوني، م. س.، ص 630

قد يكون زوج الأم مشفقاً عليه وإذا علم المفتي شيئاً من ذلك فلا يحل له نزعها من أمه لأن مدار الحضانة على نفع الولد.¹⁰⁴

وأما المذاهب الأخرى فإنها أقرب إلى مسلك التنصيص والتحديد وافترض المصلحة في مظانها الظاهرة. فتكون بذلك أقرب إلى العلل منها إلى المقاصد. إلا أنه مع ذلك كثيراً ما نجد عبارات وفتاوى عن بعض فقهاء هذه المذاهب توحى بأنهم قد يأخذون بهذا المسلك المقاصدي أحياناً أو في بعض الحالات. قال ابن قدامة الحنبلي: استقر القضاء على أن مدار الحضانة على نفع المحضون فمتى تحققت مصلحة الصغير بوجه وجب المصير إليها.¹⁰⁵ وهذا نص واضح إلا أنه قد تغمره الفروع الفقهية في بعض الأحيان. كما نص الفقهاء على تقديم الأرفق والأشفق من المتساويين في القرابة.¹⁰⁶

وهنا لنا أن نسأل كما سأل كثير من الأصوليين: إذا كانت الحكمة هي مقصود الحكم، وكانت شرطاً في العلة الواحدة ومرجحاً بين العلل المتعددة فلم لا تكون هي العلة نفسها إذا كان ذلك ممكناً. ونرى أنها بالفعل كذلك في موضوع الحضانة. ومن هنا ينبغي النظر فيها للأصلح مطلقاً سواء كان المتقدمون للحضانة متساوون في القرابة أو بعضهم أدنى من بعض. إذ مناط الحضانة المصلحة لا مجرد القرابة. ولولا أن في إعطاء الحضانة للأجنبي عن الطفل ظلماً له بتكليفه حضانة صغير لا علاقة له به وظلم للصغير بفصله عن قرابته لولا هذان الأمران لكان إعطاء الحضانة للأجنبي مشروعاً. وعليه لو كان الأقربون ممن لا يحمون المحضون أو لم تتوفر فيهم الشروط نقلت الحضانة لأجنبي إن رضي بذلك وكان كفيلاً بضمان مصالح المحضون أو تنقل حضانتهم إلى المؤسسات المعنية حكومية أو غيرها إن كانت موجودة.

وقد قال ابن القيم إنه لم يرد نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقاً ولا تخييره مطلقاً.¹⁰⁷ مما يشي بيله للرأي المذكور آنفاً. كما أن شيخه ابن تيمية أفتى بالتخيير للولد بين والديه. إذا كان فيه مصلحة ورأي لا شهوة.¹⁰⁸ وطبق ذلك المبدأ عملياً عندما أفتى بسلام لأمه بعدما اختار أباه لأنه عرف أن سبب اختياره لأبيه أنه كان يتركه يلعب وأن أمه كانت ترسله للكتاب.¹⁰⁹

وهذا كله بالرغم من أن ابن تيمية والقيم يقولان بالتخيير من حيث المبدأ لوروده في حديث صحيح. لكن ذلك ليس على عمومته ولا إطلاقه بل بشرط كونه محققاً لمصلحة الصغير التي هي أساس النظر في هذا الموضوع. وبناء على هذه الأقوال وغيرها رجح عبد الرحمن الصابوني أن على القاضي النظر لمصلحة المحضون بصرف النظر عن العوارض التي يذكرها الفقهاء مثل زواج الأم رغم أن المادة 138 من قانون الأحوال الشخصية السوري تنص على خلاف ذلك.¹¹⁰

وخلاصة القول أن مدار الحضانة على مصلحة المحضون. وبناء على ذلك يجب الدوران مع تلك المصلحة حيث دارت دون تقييد حرفي بالفتاوى الفقهية. كما أنه من الضرورة بمكان مراجعة كثير من المواد القانونية في

¹⁰⁴ ابن عابدين. الدر المختار، ج2، ص 565 نقلاً عن الصابوني، م. س. ص 630

¹⁰⁵ عن معوض عبد التواب، م. س. ج3، ص 1098

¹⁰⁶ عبد السميع الآبي، جواهر الإكليل، شرح مختصر خليل، ط. دار الفكر، دون تاريخ، ج 1، ص 409

¹⁰⁷ ابن القيم، زاد المعاد، م. س. ج4، ص 270-271

¹⁰⁸ ابن تيمية، الفتاوى، ج4، ص 117

¹⁰⁹ محمود مجيد، م. س. ص 303

¹¹⁰ الصابوني، م. س. ص 270

مدونات الأحوال الشخصية التي تجعل نقل الحضانة والحق فيها مسألة تسلسل نمطي لا مسألة نظر في المقاصد والحكم والمصالح. لأن في بعض تلك الفتاوى والمواد تهديدا لمصالح المحضون في حين أنها جاءت لتحميهم من المخاطر. وعليه ينبغي احترام الشروط المنصوصة والمجمع عليها وترك مجال تقدير واسع للقاضي دون إلزامه بالتقليد الفقهي الجامد وإن كان لا بد منه فليكن في إطار من المرونة التي تحمي المصالح وترسخ المقاصد الشرعية.

المبحث الرابع: طبيعة الحضانة وأحكامها

سلك التشريع الإسلامي مسلكا فريدا في أحكام رعاية المحضون والقاصر عموما فقسمها إلى مجموعة من الاختصاصات يقوم بكل منها أشخاص مختلفون. وذلك ليلي كل شأن من هو أكثر أهلية للقيام به، ولكيلا يقع عبء كل تلك الالتزامات على طرف واحد، ولكي تضمن استقلالية كل من تلك المصالح عن الأخرى بحيث إذا انهار طرف منها لا ينهار جميع جوانبها المتنوعة. وهذه المهام تقوم على أركان أربعة هي: الولاية، والنفقة، والرضاعة، والحضانة. وهذه الأربعة تميز الطبيعة الطبيعية للحضانة (المطلب الأول) وبالتعرض لحكمها وعلى من تجب ومتى تنتقل ومتى تسقط تتميز لنا طبيعتها التشريعية (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مصلحة المحضون وطبيعة للحضانة

يحسم التشريع الإسلامي الجدل في العلاقة بين الحضانة وغيرها. ومن ثم فإن واجبات الحضانة متميزة بوضوح عن غيرها من الواجبات ونستنتج ذلك من خلال التعريف والأحكام.

الفقرة الأولى: تعريف الحضانة:

أولاً: الحضانة لغة واصطلاحاً:

الحضانة بالكسر تعني لغة وضع الشيء في الحضان الذي هو ما بين الإبط والكشح، وتطلق اشتقاقاً من ذلك على تربية الولد.¹¹¹ وقد وجدتها في الصحاح مضبوطة بالفتح، والذي في القاموس المحيط أنها بالفتح تعني معنى آخر وهو التنحية والمنع، ولا يبعد ربط هذا المعنى الأخير أيضاً بمصطلح الحضانة إذ أن فيها ومنها ما هو وقاية للمحضون مما يضره، بل إن المعنى الأول قد يرجع للثاني بوجه وهو أن الحضان هو وسيلة من وسائل ذلك المنع وتلك الوقاية وعليه يكون ضبط الجوهر لها بالفتح صحيحاً بناء على اشتقاقها من المعنى الأخير لا من الأول.

وفي الاصطلاح عرفت الحضانة بكثير من التعاريف تدور كلها على مصلحة المحضون وحماية مصالحه المختلفة. ومن تلك التعاريف:

- أنها حفظ الولد في مبيته وقوته ولبسه وتنظيف جسمه.¹¹²

¹¹¹ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مادة حضان، ولم أحل للصفحة والطبعة لاستواء المعاجم في المادة.
¹¹² محمد مولود الموسوي، الرحمة، ط. مكتبة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1991، ج 1 ص 446

- أو هي تربية الطفل الذي لا يستقل بشؤون نفسه في سن معينة من له الحق في ذلك.¹¹³
- أو هي صيانة العاجز والقيام بمصالحه.¹¹⁴
- أو هي تربية من لا يستقل بنفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير ومجنون.¹¹⁵

وهذه التعريفات متقاربة، وسليمة إلى حد ما ولكنها لا تخلو من بعض الثغرات، إذ بعضها غير جامع كالأول لحصره أعمال الحضانة، والثاني لنصه على الطفل والمحضون قد لا يكون كذلك، والرابع لنصه على دفع المؤذيات دون جلب المنافع، ومنها ما هو غير مانع وهو الثالث لدخول ما ليس من الحضانة فيها من رعاية كل عاجز، وعليه يمكن أن نعرف الحضانة تعريفاً يتفادى نواقص التعاريف السابقة فنقول إنها: القيام بالمصالح الشخصية للطفل ومن في معناه وجلب ما ينفعه ودفع ما يضره من له الحق في ذلك.

ثانياً: التزامات الحضانة

من خلال ما سبق نستنتج أن الحضانة تتمثل في ما يلي:

- 1- الحماية الشخصية للطفل.
- 2- الجانب الحفظي، أي درء المخاطر.
- 3- الجانب الكسبي، أي جلب المصالح.
- 4- الجانب الروحي والمعنوي مثل التربية على الأصول الدينية والسلوك الخلقي الحسن.
- 5- الجانب المادي مثل النظافة والصحة وغيرهما.
- 6- كل ما من شأنه ضمان مصالح المحضون لكن بالمعروف.

وهذا ما يؤكد أن الحضانة يجب أن تكون مرنة منوطة بالمصالح وألا تركز في أعمال جزئية محددة وإن كان يمكن ذكرها على أنها هي الأساس أو المثال لا أنها على سبيل الحصر.

الفقرة الثانية: علاقة الحضانة بغيرها من مصالح المحضون

نستشف من خلال تعريفات الحضانة وبقية الحقوق المترتبة لضمان مصالح القاصر أن هناك تمايزاً واضحاً بين هذه الحقوق فلنلق نظرة على كل منها باختصار:

أولاً: الولاية وعلاقتها بالحضانة

أ- تعريف الولاية:

الولاية لغة تأتي بمعنى الدنو والنصرة والمحبة.¹¹⁶ وتأتي بمعنى تولي أمر الشخص،¹¹⁷ فهي في أصل اللغة تطلق على المعنى شأنها شأن جميع المصادر لكنها استعملت اسماً وصارت تطلق على هذه المهمة، ومعنى الولاية

¹¹³ محيي الدين، م. س. ص 404

¹¹⁴ عبد السمیع الآبی، م. س. ص 408

¹¹⁵ أحمد عثمان، م. س. ص 236

¹¹⁶ الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مادة (و ل ي)

¹¹⁷ الجوهري، الصحاح، مادة (و ل ي)

على الصغير في الاصطلاح يلحق في المعنى اللغوي إلا أنه أكثر تحديدا ويمكن أن يقال إنها: "السلطة والإدارة القانونية للطفل"¹¹⁸ فهي تشمل السلطة عليه من خلال الرقابة والتوجيه وإدارة جميع التصرفات القانونية.

وأهل هذه الولاية في النواحي غير المالية في الفقه المالكي مرتبون كآلتي: الابن فابن الابن فالأب فوصيه فالأخ فابنه فالجد فالعم فابنه فالمعتق فالكافل¹¹⁹ ويلحق بالولاية الإدارة المالية للمولى عليه والأحقق بها: الأب فالوصي فالقاضي وفق المذهب المالكي. ولضمان مصالح المولى عليه يشترط في الولي شرط من أهمها: الإسلام إذا كان المولى عليه مسلما، والتكليف ويشمل البلوغ والعقل، والقدرة على تسيير ممتلكات القاصر.¹²⁰ وهو ما يمكن أن يعبر عنه بالرشد.

ب - علاقة الولاية بالحضانة

تتقاطع الولاية مع الحضانة في بعض النقاط مثل الوجوب ورعاية المصالح، وذلك رغم تمايزهما في أكثر الأحكام، ومن أهم نقاط التمايز بينهما:

1- كون الولاية مهمة عمومية بينما الحضانة واجب معين يكلف به مأمور معين وإن كان فيه نوع التوسعة في الاختيار.

2- من حيث الطبيعة يختلفان: فالولاية رعاية وسلطة قانونية تعنى بالتصرفات القانونية، بينما تعنى الحضانة بتوفير المصالح المادية والمعنوية للمحضون.

3- من حيث الأحكام يشترط الإسلام في الولي دون الحاضن عند الجمهور.

4- من حيث المكلف بكل منهما: الأصل في الولاية الرجال العصبية الأقربون، والأصل في الحضانة النساء مراعاة لطبيعة كل مهمة.

ثانيا: النفقة وعلاقتها بالحضانة

أ- تعريف النفقة:

عرفها ابن عرفة بأنها "ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف"¹²¹ وهذا تعريف لها بالمعنى المادي وفصله بعضهم بالقول إنها تشمل المسكن والكسوة والطعام والإدام بالمعروف، ويمكن أن تعرف بالنظر إلى معناها القانوني بالقول إنها التزام الشخص أو إلزامه بإعالة من تلزمه إعالته شرعا. وأهم أسبابها الزوجية فتجب نفقة الزوجة غير الناشز على زوجها والقربة وأولى تلك القربة الأبوة والبنوة.

ب - علاقة النفقة بالحضانة

¹¹⁸ باباه، م. س. ص 6

¹¹⁹ محمد مولود الموسوي، الرحمة، م. س. ج 1، ص 345

¹²⁰ باباه، م. س. ص 6

121 الدردير، الشرح الصغير، ط. دار الفكر، دون تاريخ، ص 590

تشارك النفقة الحضانة في بعض الخصائص أيضا مثل الوجوب بغض النظر عن يقع على عاتقه هذا الإلزام. ومثل حدود انتهاء كل منهما فإن ذلك متقارب في الفقه المالكي. وتختلفان في كثير من الحقائق والأحكام منها:

1- طبيعة كل منهما إذ النفقة عبارة عن توفير الضروريات المادية للمنفق عليه. والحضانة هي الرعاية والإشراف المستمر على المحضون.

2- النفقة أعم من وجه من الحضانة إذ أنه تجب نفقة منفقين لا تلزم حضانتهم.

3- نفقة الصغير يكلف بها الأب أولا. وأما الحضانة فعليه مع الأم عند الاجتماع ولها وعليها عند الافتراق.

ثالثا: الرضاة وعلاقتها بالحضانة

أ- حقيقة الرضاة

الرضاة في طبيعتها أقرب للنفقة من الناحية القانونية لأن وجوبها عند المالكية على الأب. ومن هنا وجبت عليه النفقة على الولد وعلى أمه المرضع ووجب عليه الإيجار للإرضاع عند الحاجة إليه. وهي أقرب إليها كذلك من الناحية المادية لأنها غذاء للولد لوقت مخصوص محدد بحولين كاملين كما بينت الآية: (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين...) إلى قوله تعالى: (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ولأجل صيغة هذه الآية اختلف الفقهاء في إيجاب الرضاة هل هو على العين فتكلف به الأم شرعا؟ أم هو على الكفاية ولا يجب على الأم تحديدا إلا في حالات مخصوصة وهي: ألا يقبل الولد غير الأم. أو لا توجد مرضع غيرها. أو توجد ولكن الأب معسر عاجز عن دفع أجره الرضاة.

ب - علاقتها بالحضانة

تشبه الرضاة الحضانة في أوجه عدة منها الوجوب العيني أو الكفائي عند من قال بكل منهما. وأن الأصل في الرضاة أن تقوم بها الأم نفسها مثل الحضانة. ومن أوجه الاختلاف بين الاثنين:

1- اختلاف طبيعة الرضاة عن الحضانة إذ الرضاة هو توفير اللبن للطفل. والحضانة حفظه وتربيته.

2- يختلفان كذلك في المأمور بهما فبعد أصالة الأم في الرضاة ينتقل الوجوب مباشرة إلى الأب بعدها. أما الحضانة فلا تصله في الفقه المالكي إلا عند انعدام الخواضن من النساء.

يتبين من كل ما سبق أن هذه المصالح متميزة بشكل واضح وإن كانت في الواقع يستحيل الفصل الكامل بينها لأنها يخدم بعضها بعضا ولا يمكن تصور تام ولا حكم صحيح لمصالح المحضون إلا بتأدية جميع هذه الواجبات على الوجه الشرعي الصحيح.

المطلب الثاني: مصلحة المحضون وأحكام الحضانة

من المتفق عليه بين المذاهب أن الحضانة مشروعة لضمان مصالح المحضون، وأن الحضانة في نفسها ضرورة من الضروريات، لكنها تختلف بعد ذلك في كثير من الفروع الفقهية وأهم سبب للاختلاف مدى ضمان هذا الفرع أو ذاك لهذه المصلحة.

الفقرة الأولى: حكم الحضانة

اتفق الفقهاء بل والعقلاء جميعاً على وجوب الحضانة وجوباً ضرورياً، واستدلوا على ذلك بأدلة كثيرة منها: قوله تعالى: (لا تضار والدة بولدها)¹²² وقوله صلى الله عليه وسلم: (أنت أحق به ما لم تنكحي)¹²³ ونقل ابن المنذر¹²⁴ والخطاب المالكي¹²⁵ الإجماع على وجوب الحضانة على العموم وإن كثّر الخلاف في الفروع والتفاصيل. ويؤكد الأدلة السابقة دلالة العقل والضرورة على وجوب الحضانة إذ بدونها تفسد الأجيال وتنهار المجتمعات، وما نقص جزء من الحضانة والرعاية إلا ظهر ما يوازيه من الانحراف في النشء، وما تمت الحضانة على وجهها إلا وظهر ذلك سعادة للمحضون وصالحاً وسكينة للمجتمع.

وبناء على هذه الأدلة نص الفقهاء في مؤلفاتهم على وجوب الحضانة وجوباً مسلماً به لا جدال فيه، فقد قال خليل المالكي عاطفاً الحضانة على النفقة الواجبة: "وحضانة الذكر للبلوغ..."¹²⁶ وقال ابن قدامة الحنبلي: "وكفالة الطفل وحضانتها واجبة لأنه يهلك بتركها فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه".¹²⁷

ومن كل هذا نستنتج أن وجوب الحضانة محل إجماع لا خلاف فيه وإنما محل الخلاف في نوع هذا الواجب هل هو عيني أو كفائي، وهل هو حق لله أم للحاضن أم للمحضون أم لهما معا أم هي حق للجميع؟

الفقرة الثانية: من له الحق في الحضانة

اختلف الفقهاء في أصل حق الحضانة، إلى أقوال تتفرع عنها فروع كثيرة تعددت فيها الآراء تبعاً للاختلاف في هذا الأصل:

1- فقل إن الحضانة حق لله تعالى، وعليه فإن القيام بها أمر إلزامي تعبداً لله تعالى، وينبني على هذا الرأي التضييق في التصرف في هذا الحق والتنازل عنه.¹²⁸

2- وقيل إنها حق للحاضن، وهو مشهور المذهب المالكي.¹²⁹ وعلى هذا القول فهي ليست أمراً تكليفاً بل منحة شرعية للمستحق، وينبني على هذا القول التوسع في نقل هذا الحق والتصرف فيه بما لا يخل بمصالح المحضون.

¹²² سورة البقرة 233

¹²³ سبق

¹²⁴ انظر: سعاد إبراهيم، علاقة الآباء بالأبناء، ط. دار تهامة، جدة، دون تاريخ، ص 180 وقد تصفحت كتاب الإجماع لابن المنذر من باب النكاح إلى باب البيع فما وفقت في العثور عليه.

¹²⁵ الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ط. دار الفكر، 1978، ج 4، ص 214

¹²⁶ خليل، م. س. ص 168

¹²⁷ ابن قدامة، م. س. ج 7، ص 612

¹²⁸ محمد مولود، م. س. ص 446

¹²⁹ محمد مولود، م. س. ص 446

3- وقيل إنها حق للمحضون وبهذا قال جمع من الفقهاء وهو مقتضى إحدى الروايات في المذهب المالكي. وهذا القول أقرب إلى القول الأول وإن اختلفت التسمية وعليه تلزم الحاضنة بمقتضيات الحضانة ولا يجوز التصرف فيها أو التنازل عنها إلا إذا كان ذلك في مصلحة المحضون بحيث إنه إذا قدر راشدا عاقلا فإنه سيقبل بذلك.¹³⁰

4- وقيل إنها حق للحاضن والمحضون معا وهي رواية كذلك في المذهب المالكي.¹³¹ وبها أخذ بعض الباحثين المعاصرين ورجحوها على غيرها لجمعها بين الأقوال ورعايتها مصالح جميع الأطراف.¹³²

وهذا القول الأخير وإن حاول الجمع بين الأقوال فإنه لم يعط حلا واضحا للإشكالات المتعارضة التي تنبني على التعارض بين الطرفين، مثل القول بصحة اختلاع الأم مقابل حقها في الحضانة وعدمه، ومثل إجبار صاحبة الحق في الحضانة على القيام بها بالفعل. والحق الذي لا مرأى فيه أن الحضانة فيها وجوه من جميع هذه الحقوق ولكن حلول المسائل المبنية على التعارض والتداخل بينها يمكن أن يرجح بينها على أساس مصلحة المحضون لأنها أساس حكم الحضانة. ومن هنا تكسب الحضانة الإلزام من جعلها حقا لله، والمصلحة من جعلها حقا للمحضون، والأولوية من جعلها حقا للحاضن.

الفقرة الثالثة: شروط الحضانة

ويمكن تقسيمها إلى ثلاثة أنواع من الشروط: أولها الشروط العامة، وثانيها الشروط الخاصة بالمرأة الحاضنة، وثالثها الشروط الخاصة بالرجل الحاضن.

أولاً: الشروط العامة للحضانة:

1- لا بد للحاضن أيا كان من توفر شروط أساسية تضمن مصلحة المحضون، وهذه الشروط منها ما هو بدني يتعلق بقدرة الحاضن، ومنها ما هو معنوي يتعلق بكفاءته لهذه المهمة.

أ- الشروط المتعلقة بالقدرة البدنية وأهمها:

- الكفاءة وهي القدرة على القيام بأمر المحضون.¹³³ ويخرج بهذا الشرط العاجز عن توفير مصالح المحضون عجزاً بدنياً لكونه زمناً (بكسر الميم ضعيفاً) أو كبيراً لا يمكنه التصرف إلا بمشقة وكذلك الأعمى والأصم والأخرس.¹³⁴
- عدم استخدام مضر.¹³⁵ ريحه أو رؤيته، وعدم المرض الذي تخاف منه العدوى، حتى ولو كان المحضون فيه من المرض مثل ما في الحاضن خوف الزيادة.¹³⁶

¹³⁰ انظر محمد مولود، م. س. ص 446، وأحمد عثمان م. س. ص 259

¹³¹ محمد مولود، م. س. ص 446

¹³² عبد الرحمن تاج، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط. دار الكتاب العربي، 1955، ص 433

¹³³ الزرقاني، شرح الزرقاني مختصر خليل، ط. دار الفكر، 1978 ج 4، ص 266

¹³⁴ شرح الزرقاني، ج 4، ص 266

¹³⁵ خليل، م. س. ص 168

¹³⁶ شرح الزرقاني، ج 4، ص 266

وقد حاول بعض الفقهاء سرد الأمراض التي تعد سببا لزوال أهلية الحاضن. والأصح أن ذلك شامل لكل مرض سواء كان معديا أو مؤذيا أو منفرا أو غير ذلك حفاظا على مصالح المحضون. إلا أنه لما كان المرض سببا طارئاً فإن للحاضنة استرجاع الحضانة بعد زواله بخلاف ما لو تنازلت عنها فإنها لا تعود إليها عند المالكية خلافا للمذاهب الثلاثة.¹³⁷

2- الشروط المعنوية للحاضن:

مع السلامة البدنية لا بد للحاضن من السلامة المعنوية التي تنبثق عنها مصالح المحضون المعنوية ومن أهم الشروط المتعلقة بهذه الناحية:

- العقل،¹³⁸ وهو أول الشروط وأهمها لأن فاقده بحاجة إلى من يحضنه فكيف يحضن غيره؟!
- الشفقة، ويعبر عنها أحيانا بعدم القسوة.¹³⁹ فإن علمت قسوة الحاضن قدم عليه الأبعد والأجنبي.¹⁴⁰ والشفقة كما هي شرط لاستحقاق الحضانة واستمرارها تعتبر كذلك مرجحة بين مستحقي الحضانة المتساوين في الدرجة عند التنازع.¹⁴¹
- الرشيد، ويشمل ناحيتين: الأولى سلامة الدين بمعنى أن لا يكون الحاضن فاسقا خصوصا إذا كان الولد يعقل ممارسات الحاضن.¹⁴² والفقهاء المالكية يعطي حق الحضانة للكافرة غير المرتدة دون الفاسقة.¹⁴³ ويمكن أن يفسر ذلك بأن الكافر له دين ومبادئ يحترمها ويمكن أن يقر عليه بخلاف الفاسق. لكن يشترط في الكافرة إذا كان الولد له حكم المسلم أن تمارس الحضانة حسب الإسلام لا حسب دينها، وألا تغذي الولد بمحرم، فإن خيف منها ذلك لا تنزع منها الحضانة وإنما تضم لمسلمين كما في المدونة.¹⁴⁴ والثانية ما يقتضيه الرشيد القدرة على التسيير المالي وعدم السفه، لأن للحاضنة قبض نفقة المحضون.¹⁴⁵ فلا بد من رشدها حفاظا على ماله. فإن لم تكن كذلك أفتى بعض الفقهاء بنزع الحضانة منها وأفتى آخرون بخلافه، وأرى أن يمكن حل هذه المسألة بالنظر إلى مصلحة المحضون فإن كانت مع هذه الحضانة غير الرشيدة في تصريف المال روعيت هذه الناحية بتوكيل طرف آخر بصرف مال المحضون أو تشديد الرقابة على الحاضنة في صرف نفقة المحضون.

¹³⁷ محمد عبد الله محمد، م. س. ص 396

¹³⁸ خليل، م. س. ص 168

¹³⁹ الزرقاني، م. س. ج 4، ص 266

¹⁴⁰ محمد مولود، م. س. ص 260

¹⁴¹ خليل، م. س. ص 168

¹⁴² محمد مولود، م. س. ص 447

¹⁴³ الزرقاني، م. س. ج 4، ص 268

¹⁴⁴ الخطاب، م. س. ج 4، ص 217

¹⁴⁵ خليل، م. س. ص 168

ثانيا: الشروط الخاصة بالمرأة الحاضنة

بالإضافة إلى الشروط العامة يشترط في المرأة الحاضنة ما يلي:

أن يكون وضعها الأسري مناسباً للمحضون مثل أن تكون زوجة أب المحضون، أو تكون أياً إن لم تكن زوجته أو خالية من زوج دخل بها.¹⁴⁶ وتفسير هذه الأحوال أن الزوج الأجنبي قد يشكل ضرراً على المحضون كما قد يكون المحضون سبباً للإضرار بالزوج الذي لا تربطه به صلة، ويستثنى من شرط عدم زواج الحاضنة من أجنبي حالات يظن ألا ضرر فيها على الطرفين:¹⁴⁷

- أن يعلم الزوج أو الأب إعلاماً صريحاً ببقاء الولد مع زوجته الحاضنة.

- أن يسكت الزوج أو من له الحضانة بعد الأم عن ذلك عاماً كاملاً.

- أن يكون الزوج محرماً للمحضون.

- أن يكون ولياً للمحضون.

- ألا يقبل الولد غير أمه أو حاضنته المتزوجة بأجنبي.

- ألا تقبل المرضعة -أماً أو غيرها- إرضاعه عند الحاضنة الجديدة.

- أن ينعدم غيرها حقيقة أو حكماً.

وهذا كله يؤكد الدوران مع مصلحة المحضون دون إضرار بمصالح جميع الأطراف ذات العلاقة بمسألة الحضانة.

ثالثاً: شروط خاصة بالرجل الحاضن:

مع الشروط العامة كذلك يشترط في الرجل إن وصل إليه الحق في الحضانة أن تتوفر فيه شروط تخصه وأهمها:

- أن يكون له انثى تخضن جامعة لشروط الحضانة.¹⁴⁸

- أن يكون محرماً للمحضونة الأنثى المطيقة.¹⁴⁹

ومع توفر هذه الشروط في جميع الحاضنين تشترط شروط أخرى خارجية من أهمها أمن المكان الذي تمارس فيه الحضانة وعدم سفر الحاضنة بالمحضون عن أبيه وأوليائه رعاية لمصالحهم وحماية لمصلحته.

الفقرة الرابعة نقل الحضانة على أساس مصلحة المحضون

¹⁴⁶ خليل . م. س. ص 168

¹⁴⁷ الزرقاني. م. س. ج. 4، ص 269-270

¹⁴⁸ خليل . م. س. ص 168

¹⁴⁹ الزرقاني. م. س. ج. 4، ص 268

في إطار الشروط السابقة يفترض الفقه المالكي مصلحة المحضون مع قرابته وفق ترتيب تنازلي تقدم فيه الإناث لأنهن مظنة المصلحة والشفقة على المحضون. وسواء كان نقل الحضانة إلى الحاضن التالي لأجل فقد الحاضن السابق حقيقة بموته مثلاً، أو حكماً بفقده بعض الشروط أو كلها فإن نقل الحضانة في مشهور المذهب المالكي يتم حسب الترتيب التالي:¹⁵⁰

- 1- أم المحضون.
- 2- أم أمه.
- 3- أم أم أمه.
- 4- أم أم أبيه أو أبيها وهما في رتبة واحدة، وعليه فالترجيح بينهما إنما يكون بالصلاح.
- 5- الخالة الشقيقة ثم لأم ثم لأب.
- 6- خالة أم المحضون.
- 7- خالة أب المحضون.
- 8- عمّة أم المحضون ولم يذكرها خليل مع أنه حاول جمع فروع المذهب المالكي.
- 9- عمّة جدته.
- 10- جدته لأبيه وهي أم الأب.
- 11- أمها.
- 12- أم أم الأب.
- 13- أب المحضون.
- 14- أخت المحضون.
- 15- عمته.
- 16- عمّة أبيه.
- 17- خالة أبيه.
- 18- بنت أخيه الشقيق ثم لأم ثم لأب.

¹⁵⁰ انظر الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدريز، ط. المكتبة التجارية الكبرى، ج2، ص 269

19- بنت أخته الشقيقة ثم لأب ثم لأم.

20- الوصي.

21- أخ المحضون الشقيق ثم لأب، وروي أن لا حضانة للأخير لأنه ابن ضرة.

22- الجد للأب الأقرب فالأقرب ولم يذكره خليل أيضاً.

23- ابن أخ المحضون.

24- عمه.

25- ابن عمه.

هذا الترتيب هو المشهور في المذهب المالكي وعليه درج الشيخ خليل في مختصره مع زيادات طفيفة، وهو ترتيب اجتهادي مبني على مجموعة من المحددات منها مظنة المصلحة والشفقة، ولكن تلك المظنة قد لا تقع في جميع الأحوال فكان لا بد من رعاية ذلك.

الفقرة الخامسة: ممارسة الحضانة على أساس مصلحة المحضون

لا تنتهي الضوابط والشروط التي وضعها الشرع عند استحقاق الحضانة وإنما تستمر خلال ممارستها عملياً. ولضمان ذلك وضع الشرع عدة رقابات على أداء الحاضن، أولها الرقابة الأخلاقية التي يتضمنها اشتراط الوازع الديني والخلقي لدى الحاضن، وثانيها الرقابة القانونية والقضائية التي تتابع أداء كل الأطراف، وثالثها رقابة الأب أو من ينوب عنه في ولاية المحضون، ورابعها رقابة المجتمع الذي يطلب منه الشرع والقانون متابعة تلك المصالح حسب ما تقتضيه الأحوال. وعلى كل حال يجب على الحاضن أياً كان أن يعمل وفق المصالح التالية:

1- توفير المصالح المادية للمحضون من غذاء وملبس ونظافة ورعاية للنمو البدني ووقاية من الأمراض والعمل على علاجها إن وقعت، وكل ذلك بمساعدة الأب ودعمه المالي.

2- توفير الرعاية النفسية للمحضون، وذلك بخلق الجو الملائم للنمو النفسي السليم والتوازن في الانفعالات، فإن الطفل كثيراً ما يتأثر بالممارسات الخاطئة فيجب مراعاة ذلك حسب الإمكان.

3- القدوة الحسنة، ومن هنا اشترط في الحاضن والحاضنة كثير من الشروط منها الدين في أغلب الأحوال والخلق في جميعها ابتداء واستمراراً، ولذلك تنزع الحضانة عند الفسق الطارئ على الحاضن أو الحاضنة.

4- أمن المحضون، إذ يجب على الحاضن توفير سكن مقبول للمحضون حسب الحال، وأهم شروط ذلك السكن أن يكون نظيفاً وآمناً وخصوصاً إذا كان المحضون بنتاً كما أكد الفقهاء. وهذا الشرط كذلك لا بد منه ابتداء وانتهاء فلو طرأ الخوف على المكان وتعذر على الحاضن غيره مما فيه الضوابط المذكورة نزع الحضانة من ذلك الحاضن وأعطيت لغيره، ولكن هذا العذر الطارئ الذي ليس من فعل الحاضن تعود الحضانة بزواله، بخلاف العذر الذي هو من فعله كالامتناع والفسق فلا تعود بعدهما إليه.

5- الإقامة بالحاضن بين أوليائه وعدم السفر به سفر نقلة. وحدده الفقهاء ببريدين أو ستة والبريد نحو 12 ميلا. وحدده بعضهم بما ينقطع خبر الولد فيه. والظاهر أن الضابط الأول ضيق جدا. والثاني يصعب تحديده في عصر الاتصال والتواصل. ولذا وضع جل القوانين ضابط السفر متعلقا بالحدود بين الدول. فمنع سفر الحاضنة بالمحزون من دولته إلا لمصلحته وبإذن من وليه وموافقة الجهات المختصة.

6- مساهمة حاجات المحزون. فالمحزون ينمو من حال إلى حال. وفي كل طور له متطلبات تختلف عن سابقتها ففي مرحلة الطفولة الصغرى يحتاج للحنان والرعاية البدنية. فلما يكبر قليلا يحتاج معهما إلى التوجيه والتربية والتعليم فكان لا بد من مرونة النظر في أعمال الحضانة ومراعاة جميع مصالح المحزون. وإن كان جزء كبير من ذلك يسأل عنه الأب أو من ينوب عنه.

الفقرة السادسة: انتهاء الحضانة على أساس مصلحة المحزون

من مقتضيات الأحوال. ومن مصلحة المحزون والحاضن أن تكون للحضانة حدود تنتهي بها. إلا أن نهايتها قسمان:

الأول: انتهاء الحضانة بالنسبة للحاضن. وهذا لا يعني بالضرورة انتهاءها بالنسبة للمحزون وإنما يعني نقلها إلى آخر. وتنتهي الحضانة بالنسبة للحاضن في ثلاث حالات:

1- فقد شرط من الشروط كان موجودا وقت استحقاقه للحضانة.

2- وجود مانع كان معدوما وقت استحقاقه الحضانة كردة الحاضنة وتزوجها من أجنبي عن المحزون. ومثل بلوغ المحضونة التي هي في رعاية رجل غير محرم. وألحق بذلك بعض الفقهاء ما إذا كانت المرأة تعمل عملا يمنعها من أداء حقوق المحزون.¹⁵¹

3- الخلل في ممارسة الحضانة. كما إذا لم توفر مصالح المحزون أو ظهر خلل في تسييرها المالي لنفقته كما سبق. أو خيف تأثره بدينها إن كانت كتابية ولم ينفع ضمها لمسلمين.

الثاني: انتهاء الحضانة بالنسبة للمحزون: فإذا زالت الحاجة للحضانة رفع حكمها. وقد وضع الفقهاء لذلك ضوابط من أهمها:¹⁵²

1- البلوغ بالنسبة للولد الذكر. وذلك بالأمارات المعروفة فقها وعادة.

2- دخول الزوج بالبنات.

وهنا ينبغي التذكير بأن انتهاء الحضانة بالنسبة للمحزون لا يعني رفع القلم عنه. وإنما يعني الانتقال من نوع من الرعاية إلى نوع آخر. ومن هنا نرى أن نقل الرعاية من الأم للأب لا يعني انتهاء الحضانة وإنما يعني نقلها وتطورها من حال إلى آخر.

¹⁵¹ باباه م س ص 15

¹⁵² خليل. م س ص 167

مع ما يمتاز به المذهب المالكي من مرونة في الأصول والفروع نجده من أكثر المذاهب تضيقاً في مسألة تمديد الحضانة حيث يرى جمهور المالكية أن الحضانة تنقضي تلقائياً في حال ظهور أحد المناطين الذين علق بهما انتهاء أمد الحضانة مهما كان حال المحضون وهما:¹⁵³

- البلوغ للذكر.

- ودخول الزوج بالأنثى.

وذهب ابن شعبان من المالكية خلافاً للمشهور إلى تمديد حضانة الذكر إلى أن يبلغ عاقلاً غير زمن (بكسر الميم أي غير عاجز)¹⁵⁴ وهو أقرب لمصلحة المحضون وإلى المقصد الذي من أجله شرعت الحضانة، لأن هذين الوصفين؛ البلوغ والدخول قد لا يتوفر عندهما بالضرورة الاستغناء عن الحضانة، بل إن الواقع يشهد بالحاجة الملحة للحضانة رغم وجود الوصفين في بعض الأحوال. فبالنسبة للولد قد يبلغ مع عدم النضج ما يتطلب تمديد الحضانة إلى حين يقرر القاضي بعد التمهيص والاستقصاء الاستغناء عنها. وأما بالنسبة للبنت فتمديد الحضانة قد يكون أكثر إلحاحاً، لأن بعض الأزواج قد لا يقوم بكامل مسؤولياته وقد يكون غير قادر على ذلك من الأصل بشكل كامل.

ويزداد تمديد الحضانة تأكيداً مع ظهور بعض العادات مثل التزويج المبكر للأولاد والبنات، ومثل الطلاق المبكر بعد ذلك، مما يتطلب تمديد الحضانة عند الحاجة، أو على أقل تقدير عودتها بعد زوال المناط الذي علق به انتهاءها، والحكم بعودة الحضانة في حال عود البنت مطلقاً إلى بيت أهلها مثلاً. ولما كان هذا الضابط الجامد لا يحمي المصالح بشكل كامل ذهب بعض الفقهاء وخصوصاً الحنابلة كابن تيمية وابن القيم وكذلك الزيدية إلى عدم تحديد سن معينة ولا أمانة معينة محددة لانتهاء الحضانة، بل علقوا الأمر ابتداء وانتهاء بالاستغناء وعدمه، وهذا أقرب إلى مقاصد الشرع وأضمن لمصالح المحضون.¹⁵⁵

وبهذا الرأي نادى باحثون معاصرون مطالبين بتعديل القوانين التي تقف في وجه ذلك.¹⁵⁶ كما قضت به محاكم عدة منها على سبيل المثال المحكمة السودانية العليا حيث حكمت بأن "الأصلحية التي يترتب على ثبوتها حق الحضانة بالرغم من انقضائه بالمدة المحددة شرعاً (وأرى أن يكون بدل كلمة شرعاً هنا كلمة فقها) تعني أمراً يتوفر لدى الحاضنة يحقق مصلحة المحضون لا يوجد عند الأب".¹⁵⁷

¹⁵³ الدردير، الشرح الصغير، م. س. ص 632

¹⁵⁴ الدردير، الشرح الكبير، ط. المكتبة التجارية الكبرى، دون تاريخ، ص 468

الصابوني، م. س. ص 293، ومحبي الدين، م. س. ص 408¹⁵⁵

الصابوني، م. س. ص 296¹⁵⁶

¹⁵⁷ قرار رقم 1984/2/28/84/25 المجلة العربية للفقهاء والقضاء، عدد 5، إبريل 1987، ط. الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب، ص 98

خاتمة:

بعد التطواف في المقاصد الشرعية والتجول في أهداف وغايات الشرع من توفير مصالح المحضونين وحمياتهم توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج:

- 1- أن الشرع الحنيف يدور مع المصالح المعتبرة الخالصة والراجعة. مع وضع ضوابط تحمي الناظرين في تلك المصالح من تجاوز حدود النصوص الشرعية.
- 2- أن مصلحة المحضون إنما شرعت من أجل مصلحة المحضون أولاً ومصلحة الخاضعة ثانياً ومصلحة المجتمع ثالثاً. وكل ذلك فيه شائبة من التعبد تجعل كل مكلف يؤدي واجبه برضى وبنية التقرب إلى الله.
- 3- أن مراعاة مصالح المحضون محل إجماع بين الفقهاء بل والعقلاء وإن اختلفت الاجتهادات والتشريعات في التفاصيل في كثير من الأحيان.
- 4- أن النصوص الشرعية في هذا الباب محدودة وأغلبها وقائع عين وهو ما يفتح باب الاجتهاد واسعاً في هذا المجال.
- 5- أن الفقهاء قديماً وضعوا ضوابط واجتهادات صارمة في استحقاق الحضانة ونقلها تبعها بعض القوانين المعاصرة فأدت إلى التزام المبني أكثر من المعنى في بعض الفروع.

ثانياً: التوصيات:

- 1- ضرورة ربط الأحكام الشرعية بمعانيها ومقاصدها الشرعية دون إفراط ولا تفريط.
- 2- التمييز الواضح بين ما هو وحي معصوم عام لكل الناس، وبين ما هو اجتهادات فقهية جاءت في سياق زمانها ومكانها دون أن يدعي أصحابها أنها شرع ثابت أو وحي منزل.
- 3- جعل مصلحة المحضون هي معيار ومناط استحقاق الحضانة دون النظر في اعتبارات أخرى قد تخل بأصل المعنى الذي من أجله شرعت الحضانة.
- 4- إعطاء سلطة تقديرية واسعة للقضاة في هذا الباب وعدم تقييد نظرهم بفتاوى جامدة أو بنصوص قانونية لا تترك فرصة لاعتبار الأصل للمحضون.
- 5- فتح الباب أمام إمكان تمديد الحضانة إن كان في ذلك مصلحة وعدم تعليقها بشروط شكلية بدل تعليقها بالمقاصد الشرعية.

المراجع

- الآبي، جواهر الإكليل، شرح مختصر خليل، ط. دار الفكر، دون تاريخ
- الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تعليق وتحقيق عبد الرزاق عفيفي / ط. المكتب الإسلامي/ بيروت 1402 هـ
- الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب ، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، عدد 5، أبريل 1987
- ابن تيمية، الفتاوى، ط. دار عالم الكتب، 1991
- ابن حزم، ج 10، المحلى، ط. دار الفكر، دون تاريخ
- ابن منظور، لسان العرب
- ابن الحاجب، مختصر ابن الحاجب، مع شرح شمس الدين الأصبهاني، تحقيق: مظهر بقا، ط. جامعة أم القرى
- ابن القيم، زاد المعاد، ط. البابي الحلبي، 1955
- ابن قدامة، المغني، ط. دار الرياض الحديثة، 1981
- الباجي، المنهاج في ترتيب الحجاج، تحقيق: عبد المجيد تركي، ط. دار الغرب الإسلامي، 1987
- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، تحقيق عبد الزاق المهدي، ط. دار الكتاب العربي 2006
- أحمد العزب، الأمومة في عهد النبي صلى الله عليه وسلم، مجلة البحوث الإسلامية، المجلد 1، العدد 3، 1397 هـ
- أحمد الونشريسسي، المعيار، ط. دار الغرب الإسلامي، بدون تاريخ
- أحمد عثمان، آثار عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، ط. جامعة الإمام محمد بن سعود، 1981
- الرصاع أبو عبد الله الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، الهداية الكافية الشافعية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تحقيق: محمد أبو الأجفان وآخر، ط. دار الغرب الإسلامي، 1993
- الجوهري، الصحاح
- الخطاب، مواهب الجليل، ط. دار الفكر، 1978
- حسن ملا عثمان، الطفولة في الإسلام، ط. دار المريخ، 1982
- خليل، مختصر خليل، ط. المكتبة التجارية الكبرى، 1972
- الدردير، الشرح الكبير، ط. المكتبة التجارية الكبرى، دون تاريخ.

الدردير، الشرح الصغير، ط. دار الفكر، دون تاريخ.

الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ط. المكتبة التجارية الكبرى.

الزحيلي، أصول الفقه، / ط. دار الفكر 1996

الزرقاني، شرح الزرقاني، ط. دار الفكر، 1978

الفيروز آبادي، القاموس المحيط

القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، ط.

مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ودار البشائر، بيروت، 2، 1995

السعدي/ العلة في القياس عند الأصوليين/ عبد الحكيم السعدي/ ط. دار البشائر الإسلامية/ بيروت 2000

السيوطي، الأشباه والنظائر، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، 1979

الشيخ ولد حرم، إشكالية حقوق الطفل في معاهدة نيويورك، مجلة القانون والاقتصاد الموريتانية، عدد 11،

سنة 1996

الشاطبي، الموافقات، ط. مكتبة الرياض الحديثة، دون تاريخ

الشاطبي/ الاعتصام، ط. دار الكتب العلمية، 1988

عزة ضاحي، المبادئ التي قررتها محكمة النقض السورية في الأحوال الشخصية من 1953-1976

الغزالي، المستصفى ط. دار الكتب العلمية، 1413، ت محمد عبد السلام عبد الشافي

قانون الأحوال الشخصية الموريتاني، المادة 123 الجريدة الرسمية الموريتانية، ع 1004، 15 اغسطس 2001

قانون الأحوال الشخصية الإماراتي المادة 155 فقرة 7، انظر القانون مع مذكرته الإيضاحية، ملحق مجلة

الشرعية والقانون، ع 26، ابريل 2006

سعاد إبراهيم، علاقة الآباء بالأبناء، ط. دار تهامة، جدة، دون تاريخ

عبد الفتاح باباه، المجال المتاح لمصلحة المحضون من طرف مبادئ وتطبيقات قانون الأسرة الموريتاني، بحث مقدم

للملتقى الأول حول قوانين الأسرة المغاربية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 6-7-8 يونيو 1999

عبد الرحمن بلال، الضرورات الحاجيات التحسينيات، من بحوث المؤتمر الرابع للفقهاء المالكي، ط. رئاسة القضاء

الشرعي بالإمارات العربية المتحدة، 1986

عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ط. دار جامعة دمشق، 1392هـ

عبد الرحمن تاج، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط. دار الكتاب العربي، 1955

- عبد الله العجلان، القواعد الكبرى في الفقه الإسلامي، ط. دار طيبة، الرياض، ص 1416
- محمد مولود الموسوي، الرحمة، ط. مكتبة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1991
- محمد عبد الله محمد، ما انفرد به المذهب المالكي في مسائل الأسرة والأقضية، ط. جامعة الإمام محمد بن سعود، 1995
- محمد مجيد، الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، ط. إحياء التراث العربي بقطر، 1403 هـ
- محمد الشيباني، تبيين المسالك، ط. دار الغرب الإسلامي، 1988
- محمد محي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط. دار السعادة، 1958
- محمد سالم عبد الودود، مختصر خليل مع شرحه التسهيل والتكميل، ط. دار الرضوان، موريتانيا، 2012
- مدونة الأسرة المغربية المادة 163 الجريدة الرسمية المغربية، ع 5859، 26 يوليو 2010
- معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ط. دار المعارف، 1995
- مصطفى الخشاب، دراسات في الاجتماع العائلي، ط. لجنة البيان العربي، 1957.
- مصطفى العوجي، الحدث المنحرف والمهدد بالانحراف في التشريعات العربية، ط. مؤسسة الرسالة، 1986
- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة، ط. مؤسسة الرسالة، 1982، الرياض
- محمد أحمد خزرجي، المصالح المرسله، من بحوث المؤتمر الرابع للفقه المالكي، ط. القضاء الشرعي بالإمارات، 1986
- محمد المختار، المصالح المرسله، بحوث المؤتمر الرابع للفقه المالكي، الإمارات
- محمد يحيى ولد الشيخ الحسين/ لب النقول في اختصار علم الأصول/ ت ابنه محمد عبد الله ط. أبو ظبي 1997
- محمود الأصبهاني، بيان المختصر، شرح مختصر بن الحاجب، ت د. مظهر بقا، ط. جامعة أم القرى
- نبيلة إسماعيل سلامة، حقوق الطفل في القانون المصري، ط. الهيئة المصرية العامة للكتاب، بدون تاريخ

الموضوعات:

المبحث الأول: مفهوم المصلحة وأنواعها واعتبارها الشرعي

المطلب الأول: مفهوم المصلحة

الفقرة الأولى: المصلحة لغة

الفقرة الثانية: المصلحة في اصطلاح الشرع

المطلب الثاني: أنواع المصلحة

الفقرة الأولى: درجات المصالح

الفقرة الثانية: اعتبار المصلحة في الشرع

الفقرة الثالثة: علاقة مقاصد الحضانة بهذه الأقسام

المبحث الثاني: مفهوم مصلحة المحضون

المطلب الأول: مفهوم مصلحة المحضون في المعاهدات الدولية

المطلب الثاني: مفهوم مصلحة المحضون في القوانين المحلية العربية

المطلب الثالث: مفهوم مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي

الفقرة الأولى: المصالح المعنوية للمحضون في الفقه الإسلامي

الفقرة الثانية: المصالح المادية للمحضون في الفقه الإسلامي

المبحث الثالث: أوجه النظر في مصالح المحضون

المطلب الأول: افتراض مصلحة المحضون

المطلب الثاني: الدوران مع مصلحة المحضون

المبحث الرابع: طبيعة الحضانة وأحكامها

المطلب الأول: مصلحة المحضون وطبيعة الحضانة

الفقرة الأولى: تعريف الحضانة

الفقرة الثانية: علاقة الحضانة بغيرها من مصالح المحضون

المطلب الثاني: مصلحة المحضون وأحكام الحضانة

الفقرة الأولى: حكم الحضانة

الفقرة الثانية: من له الحق في الحضانة

الفقرة الثالثة: شروط الحضانة

الفقرة الرابعة: نقل الحضانة على أساس مصلحة المحضون

الفقرة الخامسة: ممارسة الحضانة على أساس مصلحة المحضون

الفقرة السابعة: تمديد الحضانة على أساس مصلحة المحضون

والله الموفق

الإرهاب الإلكتروني

د. خالد بن عبدالله الشافعي
أستاذ القانون الجنائي المشارك

د. أنيس بن علي العذار
أستاذ القانون المدني المساعد

بحث مدعوم من مركز العلوم الإنسانية والإدارية بعمادة البحث العلمي
بجامعة المجمعة بالملكة العربية السعودية

ملخص البحث

يهتم هذا البحث بدراسة الإرهاب الإلكتروني الذي أصبح اليوم ظاهرة عالمية خطيرة نظرا لاعتماده على الإنترنت و وسائل الاتصال الحديثة التي سهلت نشر مقاطع الفيديو على الأنترنت و التي مكّنت الإرهابيين من معطيات حيوية يمكنهم قرصنتها. و رغم أن الإرهاب الإلكتروني لا يتطلب اللجوء إلى العنف، إلا أن أضراره لا تقل خطورة عن أضرار الإرهاب التقليدي. و يحاول البحث تحديد مفهوم الإرهاب الإلكتروني و استعراض صوره، إضافة إلى إظهار خطورته الناجمة عن خصوصية الجريمة. كما يهدف البحث إلى استعراض الحلول الممكنة لكافحته.

The purpose of this paper is to study the cyber terrorism, which is today a serious global phenomenon. This is mainly due to its usage of internet and modern communication, which are facilitating the publication of videos and also allowing the terrorists to get access to vital data through computer hack. Even if the cyber terrorism does not require the usage of violence, its impact is not less dangerous than the effect caused by the traditional one. This research is trying to define the concept of cyber terrorism. In addition, it shows the seriousness of this crime due to its privacy. This research also aims to review possible solutions to fight cyber terrorism.

المقدمة:

يُعتبر الإرهاب الإلكتروني من المفاهيم المُعقدة والخطيرة. لاعتبارات عدة. منها ما يتصف به هذا النوع من الإرهاب من تعقيدات فنية ناجمة عن ثورة التقنيات والمعلومات. ومنها ما يتصل بقدرة الجماعات الإرهابية على استغلال وسائل الاتصال الرقمي في الوصول إلى شرائح متعددة ومختلفة من البشر. لنشر فكرها المتطرف. إن مفهوم الإرهاب لم يعد ذلك المفهوم الضيق الذي يحده المكان والزمان. بل أصبح الإرهاب يتشكل تهديدا للدول والمجتمعات على مستوى أنظمتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية. ويندرج هذا النوع من الإرهاب ضمن صور الجريمة المنظّمة العابرة للحدود.

وقد ساهمت عدة أسباب في توسع مجال الإرهاب الإلكتروني. من ذلك تدني نسبة المخاطرة بالنسبة للمجرم وقلة كلفتها وصعوبة ضبط الجريمة وتبّعها. إضافة إلى وجود الثغرات في التشريعات الخاصة بمكافحة الإرهاب الإلكتروني.

مشكلة البحث:

أصبح الإرهاب اليوم واحداً من أخطر الآفات التي تهدد أمن الدول واستقرارها. وقد ساهمت شبكة الإنترنت في تنامي خطورته. إذ لم يعد ينحصر في المفهوم التقليدي الذي يقوم على العنف والترويع. بل تجاوزه إلى صنف مستحدث من الإرهاب. وهو الإرهاب الإلكتروني.

لقد أضحت مواقع التنظيمات الإرهابية مصدراً لهجمات إلكترونية يصعب صدّها. ويكمن الإشكال فيما يتعلق بالإرهاب الإلكتروني. في صعوبة التنبؤ بما يستجد من صوره ومساراته. ومن ثم صعوبة مكافحته. إذ يصعب عملياً مراقبة كل المواقع الإلكترونية عبر العالم وحجب المواقع ذات النزعة الإرهابية. ولا شيء يمنع الإرهابيين من إعادة إنشاء المواقع الإلكترونية المحجوبة. كما أن تعقّب كل اتصالات المجرمين المعلوماتيين عبر الإنترنت أمر صعب التحقيق. فبإمكانهم تبادل رسائل إلكترونية مشفرة في شكل صورة عادية أو مقطع فيديو.

إن التقدم الحاصل في مجال تكنولوجيا المعلومات وشيوع الإنترنت. جعل معظم الدول تعتمد في تسيير أنشطتها (المرافق الصناعية. البورصات. المصارف. الأنظمة العسكرية. التحكم في الملاحة الجوية. توليد الطاقة) على برامج معلوماتية. ومهما كانت نجاعة هذه البرامج. فإنها ليست في منأى عن القرصنة. وقد تكون هدفاً مغرياً للإرهاب الإلكتروني.

أهمية البحث:

يهتم هذا البحث بدراسة الإرهاب الإلكتروني الذي أضحى اليوم ظاهرة عالمية خطيرة. ولا يخفى ما تشكّله هذه الآفة من خطورة على الأمن الفكري. فإذا كان الإرهاب التقليدي في حد ذاته لا يعترف بالحدود الدولية بالنسبة للأضرار التي يسببها. فإن الإرهاب الإلكتروني يحقق انتشاراً أوسع على مستوى العالم نظراً لاعتماده على الإنترنت ووسائل الاتصال الحديثة. وبقدر ما يتزايد استعمال وسائل تقنية المعلومات الحديثة. بقدر ما تشتد خطورة الإرهاب الإلكتروني. وتُعدّ مقاطع الفيديو التي تسربها بعض المنظمات الإرهابية بين الفينة والأخرى على مواقع الإنترنت. والتي تصور عمليات قتل للأسرى بطرق همجية. بزعم أنها بطولات تتضمن دعوات

ضمنية لفئة الشباب للانضمام لها، تعد دليلاً على خطورة هذه الظاهرة وتفشيها. وفي العالم الإسلامي، أسهمت الإنترنت بشكل واضح في بسط نفوذ التطرف الفكري لمختلف التيارات من خلال المواقع والمنديات التي تديرها الجماعات الإرهابية.

ويتناول البحث من خلال المطالب والمباحث التي يوردها عدداً من القوانين في محيطنا العربي والخليجي مع العناية بما صدر من قوانين في المملكة العربية السعودية.

فقد شهدت السنوات القليلة الماضية هبة تشريعية على مستوى الدول العربية تهدف إلى التصدي للإرهاب الإلكتروني، فقد اعتمدت المملكة العربية السعودية نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م 17) بتاريخ 1428/3/8 هـ، إضافة إلى نظام جرائم الإرهاب وتمويله الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م 16) بتاريخ 1435/2/24 هـ (1).

وفي إطار مكافحة الإرهاب، صدر بالإمارات العربية المتحدة القانون الاتحادي رقم 7 لسنة 2014 م الخاص بمكافحة الجرائم الإرهابية. وفي تونس، صدر مؤخراً القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت (أغسطس) 2015 والذي يتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسيل الأموال. وقد أخذ هذا القانون بعين الاعتبار تطور مفهوم الإرهاب وتنامي خطورته، محاولاً إيجاد توازن بين المقاربتين، الأمنية والحقوقية.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى:

- أولاً: إلقاء الضوء على خطورة الإرهاب الإلكتروني الذي يعتبر وليد التطور التكنولوجي الذي نعيشه اليوم.
- ثانياً: إيجاد مفهوم للإرهاب الإلكتروني.
- ثالثاً: إلقاء الضوء على مدى كفاءة وكفاية التشريعات الجزائية في مواجهة الإرهاب الإلكتروني.
- رابعاً: استعراض السياسة الجنائية في مكافحة الإرهاب الإلكتروني.

منهجية البحث:

اتبعت المنهج الوصفي الاستقرائي التحليلي النقدي. وقد اعتمدنا في هذا البحث على المراجع والبحوث العلمية القانونية، والأنظمة والقوانين الخاصة بمكافحة الإرهاب وتمويله، والجرائم الإلكترونية، لاستجلاء الحلول الكفيلة بالتصدي للإرهاب الإلكتروني.

1 عرّف نظام جرائم الإرهاب وتمويله الصادر في السعودية الجريمة الإرهابية بأنها " كل فعل يقوم به الجاني تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي بشكل مباشر أو غير مباشر، يُقصد به الإخلال بالنظام العام، أو زعزعة أمن المجتمع واستقرار الدولة أو تعريض وحدتها الوطنية للخطر، أو تعطيل النظام الأساسي للحكم أو بعض مبادئه، أو الإساءة إلى سمعة الدولة أو مكانتها، أو إلحاق الضرر بأحد مرافق الدولة أو مواردها الطبيعية، أو محاولة إرغام إحدى سلطاتها على القيام بعمل ما أو الامتناع عنه، أو التهديد بتنفيذ أعمال تؤدي إلى المقاصد المذكورة أو التحريض عليها". وقد سمح النظام وفقاً للمادة (17) لوزارة الداخلية أو لمن يفوضه بأن يأمر بمراقبة الرسائل والخطابات والمطبوعات والطرود و سائر وسائل الاتصال والمحادثات الهاتفية، وضبطها وتسجيلها - سواء أكان ذلك في جريمة وقعت أو يحتمل وقوعها - إذا كانت لها فائدة في ظهور الحقيقة، على أن يكون الأمر مسبباً.

خطة البحث:

مقدمة.

المبحث الأول: مفهوم الإرهاب الإلكتروني

المطلب الأول: الإرهاب المرتكب بوسائل معلوماتية

المطلب الثاني: الإرهاب المستهدف للوسائل المعلوماتية

المبحث الثاني: خصوصية الإرهاب الإلكتروني

المطلب الأول: خصوصية الجريمة

المطلب الثاني: خصوصية المجرم

المبحث الثالث: مكافحة الإرهاب الإلكتروني

المطلب الأول: المكافحة الآنية

المطلب الثاني: المكافحة طويلة الأمد

الخاتمة

المبحث الأول: مفهوم الإرهاب الإلكتروني

يتعَيّن التمييز بين الإرهاب الإلكتروني الذي تكون فيه الوسائط المعلوماتية وسيلة لارتكاب الجريمة الإلكترونية، والإرهاب الإلكتروني الذي تكون فيه الوسائط المعلوماتية هدفاً في حد ذاتها للاعتداء الإرهابي. إن الإرهاب الإلكتروني هو السلوك الإجرامي المستند إلى دوافع سياسية أو إيديولوجية والذي يستهدف المعطيات بأنواعها ونظم وبرامج الكمبيوتر والاتصالات تحقيقاً لأغراض إرهابية. كما يستهدف هذا الصنف المستحدث من الإرهاب الأفراد ويسعى لإثارة الفوضى وإشاعة الخوف وتعطيل الأداء الطبيعي لنظم السيطرة والرقابة الإلكترونية وتعطيل عمل الأجهزة والهيئات الحكومية والمرافق الاستراتيجية في الدولة. وبهذا الوصف، تدرج جرائم الإرهاب الإلكتروني ضمن الجرائم الإلكترونية التي تستهدف المعطيات والنظم كهدف للجريمة أو تستخدم نظم الكمبيوتر والشبكات كوسيلة لارتكاب الجرائم التقليدية ضد الأشخاص والأموال⁽¹⁾.

لقد أضحى الإرهاب الإلكتروني هاجساً يخيف العالم الذي أصبح مسرحاً للهجمات الإلكترونية. وتتفاقم هذه المخاطر يوماً بعد يوم، لأن التقنية الحديثة غير قادرة بمفردها على تجنب العمليات الإرهابية الإلكترونية. وقد سعت عديد الدول إلى اتخاذ التدابير الوقائية لمواجهة الإرهاب الإلكتروني، إلا أن هذه الجهود تبقى محدودة الأثر. ويتعين مضاعفة الجهد لمواجهة هذا العدو الخطير⁽²⁾. ويمكن للإرهاب الإلكتروني أن يصبح عاملاً مساعداً للإرهاب التقليدي، عبر توفير المعلومات عن الأماكن المستهدفة وعبر نشر الكراهية والتطرف. وقد استغلت الجماعات الإرهابية الإنترنت لتلميع صورتها ونشر أفكارها الهدامة بشكل يُغري ويُقنع ضعاف العقول.

وتتسم التعريفات التي تناولت مفهوم الارهاب بالتعدد والاختلاف، وهو ما انعكس بدوره على تعريف الإرهاب الإلكتروني. وقد عرّف نظام جرائم الإرهاب وتمويله الصادر في السعودية الجريمة الارهابية في مادته الأولى بأنها: "كل فعل يقوم به الجاني تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي بشكل مباشر أو غير مباشر، يقصد به الإخلال بالنظام العام، أو زعزعة أمن المجتمع واستقرار الدولة أو تعريض وحدتها الوطنية للخطر، أو تعطيل النظام الأساسي للحكم أو بعض مواده، أو الإساءة إلى سمعة الدولة أو مكانتها، أو إلحاق الضرر بأحد مرافق الدولة أو مواردها الطبيعية أو محاولة إرغام إحدى سلطاتها على القيام بعمل ما أو الامتناع عنه، أو التهديد بتنفيذ أعمال تؤدي إلى المقاصد المذكورة أو التحريض عليها". وبذلك ينطبق هذا التعريف على ما تقوم به التنظيمات الإرهابية من نشر لمقاطع فيديو وصور لعمليات قتل وتعذيب.

ويُعرّف الإرهاب الإلكتروني بأنه "نشاط إجرامي يتم من خلال شبكة الإنترنت بهدف بث الأفكار المتطرفة سواء كانت سياسية أو دينية أو عنصرية للسيطرة على وجدان الأفراد وإفساد عقائدهم وإذكاء تمردهم واستغلال معاناتهم في تحقيق مآرب خاصة تتعارض مع مصالح المجتمع"⁽³⁾.

وجاء في تعريف آخر للجريمة الإلكترونية ذات الخلفية الإرهابية بأنها "استخدام الحاسوب الرقمي بنظمه وبرامجه وملحقاته ووسائل الاتصال في ارتكاب الجرائم الإرهابية سواء كانت تلك التقنية هي محل

1 يونس محمد عرب، بحث بعنوان "الإطار القانوني للإرهاب الإلكتروني واستخدام الإنترنت للأغراض الإرهابية"، منشور ضمن كتاب "استعمال الإنترنت في تمويل الإرهاب وجنيد الإرهابين، نشر مركز البحوث والدراسات بجامعة نايف العربية، 1433 هـ، ص.

2 أيسر محمد عطية القيسي، ورقة علمية بعنوان "الآليات الحديثة للحد من الجرائم المستحدثة "الإرهاب الإلكتروني وطرق مواجهته" ضمن الملتقى العلمي "الجرائم المستحدثة في ظل المتغيرات والتحديات الإقليمية والدولية" الذي نظّمته كلية العلوم الاستراتيجية، بالملكة الأردنية الهاشمية، 1435 هـ.

3 حسنين بواوي، "الإرهاب"، الرياض، مكتبة العبيكان، ط، 2006 م، ص 54.

الجريمة أو كانت وسيلة في ارتكابها وسواء كانت عبر شبكة الإنترنت أو بدونها^(١). وقد استغل الإرهابيون الإنترنت في نشر ما يعرف " بالرعب الإلكتروني " باعتباره أحد الصور الجديدة للإرهاب. وصورة مطورة من الإرهاب الصامت^(٢).

ويمكننا أن نعرّف الإرهاب الإلكتروني بأنه " العدوان أو التخويف أو التهديد ماديا أو معنويا باستخدام الوسائل الإلكترونية الصادر من الدول أو الجماعات أو الأفراد على الإنسان في دينه، أو نفسه، أو عرضه، أو عقله، أو ماله، بغير حق، بشتى صنوف وصور الإفساد في الأرض " ^(٣). وعادة ما تُستخدم الوسائل الإلكترونية كوسيلة لنشر الإرهاب (مثل نشر مقاطع الفيديو أو الكتب الإلكترونية التي تُحرّض على الإرهاب). كما يمكن أن يكون الإرهاب الإلكتروني تقنيا بحتا. يُرتكب عبر استهداف وتخريب الوسائط الإلكترونية للفئة المستهدفة. ويستهدف الإرهاب الإلكتروني بالأساس المعلومات وأنظمة وبرامج الكمبيوتر والبيانات. ويُعد بذلك نمطاً مستحدثاً من الإرهاب. لا يعتمد على استخدام الأسلحة والمتفجرات، وإنما يركز على استغلال المجرمين للثغرات الموجودة في النظم الإلكترونية. لذلك يشهد القرن الحادي والعشرون أسوء أنواع الإرهاب الإلكتروني^(٤).

ولتحديد مفهوم الإرهاب الإلكتروني بدقة، سوف نتناول في المطلب الأول "الإرهاب المرتكب بوسائط معلوماتية"، لتتعرّض في المطلب الثاني إلى "الإرهاب المستهدف للوسائط المعلوماتية".

المطلب الأول: الإرهاب المرتكب بوسائط معلوماتية

ساهم تطور العلوم والمعارف واقتحام التكنولوجيا شتى مناحي الحياة، في دخول الجريمة مرحلة جديدة. فبدأت تخرج عن نمطها التقليدي لتدخل مرحلة استغلال مخرجات العلوم والمعرفة في ارتكاب الجريمة. وأصبحت الأسلحة والمواد الكيميائية والإرهاب عنصرا من العناصر المكونة للجريمة^(٥). وقد تصاعدت حدة الإرهاب نظرا لاستخدامه للشبكة العنكبوتية كأداة لتصدير الإرهاب حول العالم. إضافة إلى ظهور مواقع إلكترونية ذات خلفية إرهابية شكلت نواة لشبكة عنكبوتية خاصة بالإرهاب^(٦). وفيما يلي نتناول صورا من الإرهاب التي يتم ارتكابها بوسائط معلوماتية، والتي تُشكل خطورة بالغة على الأفراد والدول:

1. التهديد والترويع الإلكتروني عبر نشر الصور ومقاطع الفيديو الإرهابية

استفادت الجماعات الإرهابية من شبكة الإنترنت لنشر الخوف والترويع. وتتعدد أساليب التهديد وتنوع طرقه، والهدف واحد، وهو نشر الخوف والرعب ومحاولة الضغط على الفئة المستهدفة بالإرهاب للرضوخ لأهداف

1 مصطفى موسى. أساليب إجرامية بالتقنية الرقمية ماهيتها... مكافحتها. دار الكتب القانونية. المحلة الكبرى. مصر. 2005م، ص. 74.
2 د. محمد مؤنس محب الدين. تحديث أجهزة مكافحة الإرهاب وتطوير أساليبها. الرياض. جامعة نايف العربية. ط1، 1427هـ. ص 119.
3 د. عبدالرحمن بن عبدالله السند. وسائل الارهاب الإلكتروني وحكمها في الإسلام وطرق مكافحتها. بحث علمي مقدم لمؤتمر " موقف الإسلام من الارهاب. جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية. الرياض. 2004م.
4 د. أحمد فلاح العموش. مستقبل الإرهاب في هذا القرن. جامعة نايف العربية. الرياض. ط1، 1427هـ. ص 90.
5 محمد أمين البشري. التحقيق في الجرائم المستحدثة. جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية. ط1، الرياض. 1425هـ.
6 حسني الجندي. جرائم المساس بأمن الدولة والإنترنت. ندوة الأمن والإنترنت. القاهرة. أكاديمية الشرطة. 2003م.

تلك التنظيمات الإرهابية من ناحية، ولإبراز قوة هذه التنظيمات من ناحية أخرى. والمقصود بالتهديد: الوعيد ببث الخوف في النفس وذلك بالضغط على إرادة الإنسان وتخويله من ضرر ما سيلحقه أو سيلحق أشخاصاً أو أشياء له بها صلة (1).

ويعد التهديد والترويع بواسطة وسائل التقنية الحديثة، من الأساليب المستحدثة التي تستخدمها المنظمات الإرهابية لخلق ما يسمى بتوازن الرعب، وإحداث الصدمة وترويع الأفراد والدول، ولذلك تسعى تلك الجماعات والمنظمات لبث أقصى درجات الترويع من خلال نشر مقاطع وصور مُفجعة وهي تمارس القتل والإبادة والتنكيل، بأسلوب همجي منحط.

وتكمن الخطورة في أن هذا التهديد والترويع بنشر تلك المقاطع والصور يتم في أغلب الحالات على خلفية دينية، حيث يزعم مرتكبو هذه الجرائم بأنهم يمثلون الإسلام وبأنهم يطبقون تعاليمه، كما أنهم يُكفّرون من لا يشاركونهم فكرهم المتطرف، في تشويه صارخ لسماحة الإسلام ومبادئه السامية. ويجب التأكيد على أن هذا النوع من الإرهاب ليس حكراً على تلك المنظمات الإرهابية التي تنسب نفسها للإسلام بل تنتهج هذا المنحى جماعات وتنظيمات إرهابية من ديانات وملل أخرى. ومن صور التهديد والترويع الإلكتروني، قيام تنظيم "داعش" بنشر مقاطع فيديو وصور على شبكة الإنترنت لأفعال تقشعر لها الإبدان، ومنها حرق الطيار الأردني "معاذ الكساسبه" حياً داخل قفص حديدي، وقطع الرؤوس بالسكين، ورمي الأسرى من بناء شاهق، وغيرها من طرق القتل الهمجية والمبتدعة البشعة. ولا شك أن نشر مثل هذا المقاطع والصور هو توظيف من قبل هذا التنظيم الإرهابي للرعب والخوف، ومحاولة منه لترويع خصومه.

وتتعيّن الإشارة إلى أن المادة الثالثة من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي (2) قد نصت في فقرتها الثالثة على تجريم "الدخول غير المشروع لتهديد شخص أو ابتزازه، لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه، ولو كان القيام بهذا الفعل أو الامتناع عنه مشروعاً"، كما نصت الفقرة الخامسة من المادة الثالثة من النظام على تجريم إلحاق الضرر بالآخرين عبر وسائل تقنيات المعلومات المختلفة. ويكون العقاب المستوجب هو السجن مدة لا تزيد على سنة وبغرامة مالية أو بإحدى هاتين العقوبتين.

2 . تبادل المعلومات الإرهابية عبر شبكة الإنترنت :

استطاعت المنظمات الإرهابية توظيف شبكة الإنترنت في الحصول على كم هائل من المعلومات تتبادلها أفرادها فيما بينها بغية تحديد أهداف محتملة للاعتداءات أو لتكوين قاعدة بيانات تساعد في توجيه ضربات مستقبلية لهم. تستهدفين بالإرهاب. وتشمل هذه الأنشطة جميع المعطيات والمعلومات المتاحة عبر الإنترنت من تقارير وقوائم البريد الإلكتروني والمدونات وغيرها، فalcاسم المشترك لهذه الأنشطة هو استغلال الإنترنت كبيئة حاضنة للجريمة والإرهاب (3).

ولا شك في أن المنظمات الإرهابية قد استغلت شبكة الإنترنت كمصدر ثري للمعلومات والبيانات بما ساعدها في إعداد "موسوعة إجرامية" تضم زخماً من الأعمال الإجرامية العنيفة أو الإرهابية التي قامت بها أو التي يمكنها القيام بها عبر دول العالم. وتضم هذه المعلومات المواقع الحساسة داخل الدولة، مثل البنوك

1 عبدالله بن عبدالعزيز العجلان، الإرهاب الإلكتروني في عصر المعلومات، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الأول حول "حماية أمن المعلومات والخصوصية في قانون الإنترنت"، والمنعقد بالقاهرة، يونيو 2008م.

2 نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/17) بتاريخ 1428/3/8 هـ.

3 أنظر: يونس محمد عرب، الإطار القانوني للإرهاب الإلكتروني واستخدام الإنترنت للأغراض الإرهابية، بحث منشور ضمن كتاب "استعمال الإنترنت في تمويل الإرهاب وجنيد الإرهابين، مرجع سابق.

والسفارات والمستشفيات وغيرها من المواقع المهمة التي تسجلها الدولة كمواقع يحتاج إليها المواطن للحصول على الخدمات، أو كمواقع تنشر المعرفة وتوفر المعلومات للجماهير⁽¹⁾.

وتُقدم الإنترنت خدمات حيوية للمنظمات الإرهابية، حيث تمكنهم من تبادل المعلومات، من خلال الرسائل النصية أو رسائل الوسائط أو المحادثات الفورية. وتستطيع هذه المنظمات حماية اتصالاتها بنظم مشفرة وباستخدام حيل تجعل من كشفها وملاحقتها أمراً مستعصياً. وقد أكدت تقارير إعلامية استخدام الإنترنت كوسيلة اتصال للتنسيق بين منفذي الهجوم على مبنى مركز التجارة العالمية في نيويورك ومبنى "البنّاغون" في 11 سبتمبر 2001 م⁽²⁾.

وقد أصبح الآن متاحاً للمنظمات الإرهابية نقل المعلومات والأفكار والتوجيهات من الرؤوس المدبرة إلى بقية الأعضاء والأنصار، حيث يتم إرسال تلك المعلومات والتوجيهات من قيادات المنظمات الإرهابية إلى الكوادر التي تتولى التنفيذ عبر شبكة الإنترنت. وتُظهر هذه التراتبية طبيعة الأدوار وقوة الالتزام بين قادة التنظيمات الإرهابية ومتلقي المعلومات ومنفذها⁽³⁾.

ويشمل تبادل المعلومات عبر الشبكة العنكبوتية، المعلومات الحساسة، كمواقع المنشآت النووية، ومصادر توليد الطاقة، وأماكن القيادة والسيطرة والاتصالات، ومواعيد الرحلات الجوية الدولية، والمعلومات المرتبطة بمكافحة الإرهاب، ونحو ذلك من المعلومات التي تعتبر بمثابة الكنز الثمين بالنسبة للإرهابيين، نظراً لما تحتويه من معلومات تفصيلية مدعمة بالصور الضوئية، مما أعطى مساحة للمنظمات الإرهابية لجمع المعلومات وتبادلها في تنفيذ الأعمال الإرهابية⁽⁴⁾.

وفي هذا الإطار، نص نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية في المملكة العربية السعودية في الفقرة الثانية من المادة السابعة على تجريم "الدخول غير المشروع إلى موقع إلكتروني، أو نظام معلوماتي مباشرة، أو عن طريق الشبكة المعلوماتية، أو أحد أجهزة الحاسب الآلي للحصول على بيانات تمس الأمن الداخلي أو الخارجي للدولة أو اقتصادها الوطني". ويعاقب مرتكب هذه الأفعال بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات وبغرامة مالية أو بإحدى هاتين العقوبتين.

3. نشر الأفكار المتطرفة عبر الوسائط المعلوماتية

قد لا يدرك كثيرون أن الجماعات المتطرفة الغربية كانت من أوائل الجماعات التي استغلت الفضاء الإلكتروني لنشر فكرها الهدّام. وتشير بعض المصادر الغربية إلى أن "توم ميتزغر" Tom Metzger، أحد أشهر المتطرفين الأمريكيين العنصرين (اليمن المتطرف) ومؤسس مجموعة "المقاومة الآرية البيضاء" white Aryan Resistance، كان أول من أسس مجموعة بريدية إلكترونية بهدف التواصل مع أتباعه وبث أفكاره، وذلك سنة 1985 م⁽⁵⁾.

1 د. محمد مؤنس محب الدين، تحديث أجهزة مكافحة الإرهاب وتطوير أساليبها، مرجع سابق، ص 122.
2 د. فايز بن عبدالله الشهري، استخدامات شبكة الإنترنت في مجال الإعلام الأمني العربي، مجلة البحوث الأمنية، مركز الدراسات بكلية الملك فهد الأمنية، الرياض، المجلد (10) العدد (19)، نوفمبر 2001 م، ص 182.
3 أنظر: د. فايز بن عبدالله الشهري، "ثقافة التطرف والعنف على شبكة الانترنت: الملامح والاتجاهات"، "استعمال الإنترنت في تمويل الإرهاب وجنيد الإرهابيين"، نشر مركز البحوث والدراسات بجامعة نايف العربية، 1433 هـ.
4 عبدالله بن عبدالعزيز العجلان، الإرهاب الإلكتروني في عصر المعلومات، المرجع السابق.

5 Phyllis B. Gerstenfeld & Others (2002) Hate Online: A Content Analysis of Extremist Internet Sites In Analyses of Social Issues and Public Policy, Vol. 3, No. 1, 2003, pp. 29-44.

نقلاً عن د. فايز بن عبدالله الشهري، بحث بعنوان "ثقافة التطرف والعنف على شبكة الانترنت: الملامح والاتجاهات"، مرجع سابق، ص 9.

وقد عرفت جماعات كثيرة عبر شبكات المعلومات، مثل مجموعة المتطرف الأمريكي " دان جاننون " Dan Gannon الذي يعد بحسب المصادر الغربية أول من أنشأ موقعاً متطرفاً. وكان ذلك في شهر ديسمبر من عام 1991م. وقد بث من خلاله أفكاره العنصرية ومجد فيه نقاء العرق الأبيض. وتلى ذلك عدة مجموعات مثل مجموعة " جبهة العاصفة " Storm front الأمريكية المسيحية المتطرفة بقيادة " دون بلاك " Don Black التي أنشأت أول موقع متكامل عن التطرف وثقافة الكراهية في عام 1995م. وقد ظهرت فيما بعد مواقع تابعة لجماعات متطرفة من الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا وبشكل خاص بريطانيا وأستراليا. ثم انتشرت عدد من المواقع في بقية دول العالم انتشار النار في الهشيم.

وفي العالم الإسلامي، ساهمت شبكة الانترنت بشكل واضح في بسط نفوذ التطرف الفكري لتيارات، من خلال المواقع والمنتديات التي تديرها الجماعات والرموز المتطرفة. وهي تقدم أفكارها وتصوراتها وفق خطاب جذاب، مستغلة حالة الاحتقان والسخط التي تعيشها بعض الشعوب الإسلامية. ومع أن التطرف لا دين له ولا جنس، إلا أن ما أصاب المسلمين من شرور التطرف في العقود الماضية يتجاوز ما حصل لبقية شعوب الأرض⁽¹⁾.

وتشير الدراسات إلى تزايد نشر الإرهابيين لأفكارهم المتطرفة سواءً كانت هذه الأفكار دينية أو سياسية من خلال مواقعهم على شبكة الانترنت، وتكمن خطورة ذلك في أن العديد من هذه المواقع متاحة للجميع بدون أي رقابة⁽²⁾.

وتتخذ المنظمات الإرهابية أساليب مختلفة لترويج أفكارها المنحرفة واستهداف الشباب وصغار السن. وهي تستغل العوامل النفسية للتأثير على الغير، كما تقوم بقلب الحقائق وتسمية الأمور بغير اسمياتها. ويتمتع الفكر المنحرف لهذه المنظمات الإرهابية بالقدرة على قلب المفاهيم وتشويه الحقائق وطمسها، ومناقضة الواقع، إضافة إلى تغذية الخلاف وتنمية الصراع وعدم القبول بتعدد الآراء. وقد مكنت الوسائط المعلوماتية من نشر الفكر الإرهابي، من خلال توظيف عدد من الأساليب التي تركز على المجال الفكري، والذي يُحوّل الشباب وصغار السن إلى أدوات طيّعة في يد التنظيمات الإرهابية⁽³⁾.

4. تمويل الإرهاب عن طريق تحويل الأموال بالإنترنت

يُعتبر المال بمثابة "الشريان المغذي للجماعات المتطرفة والإرهاب"⁽⁴⁾. وقد عرّفت المادة الثانية من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام 1999م تمويل الإرهاب كالآتي: "يرتكب جريمة بمفهوم هذه الاتفاقية كل شخص يقوم بأية وسيلة كانت مباشرة أو غير مباشرة وبشكل غير مشروع وبإرادته بتقديم أو جمع أموال بنّية استخدامها، أو هو يعلم أنها ستستخدم كلياً أو جزئياً للقيام بعمل إرهابي".

1 أنظر: د. فايز بن عبدالله الشهري، بحث بعنوان " ثقافة التطرف والعنف على شبكة الانترنت : الملامح والاتجاهات " ضمن كتاب " استعمال الإنترنت في تمويل الإرهاب وتجنيدهم الإرهابيين، مرجع سابق، ص 12-13.

2 وليد محمد أبو ربة، بحث بعنوان " التعرف على الإرهاب الإلكتروني "، منشور ضمن كتاب " استعمال الإنترنت في تمويل الإرهاب وتجنيدهم الإرهابيين، نشر مركز البحوث والدراسات بجامعة نايف العربية، 1433هـ.

3 يُجرّم نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية في المملكة العربية السعودية في الفقرة الأولى من المادة السابعة " إنشاء موقع لمنظمات الإرهابية على الشبكة المعلوماتية، أو أحد أجهزة الحاسب الآلي أو نشره لتسهيل الاتصال بقيادات تلك المنظمات، أو أي من أعضائها أو ترويج أفكارها....." و يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات وبغرامة لا تزيد على خمسة ملايين ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص يرتكب تلك الجرائم.

4 د. نايف بن محمد المرواني، "تمويل الإرهاب إلكترونياً وطرق المواجهة" التجربة السعودية، "المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 29، العدد 58، محرم 1435، ص 11.

كما عرّفت المادة الأولى من الاتفاقية ذاتها الأموال بأنها: " أي نوع من الأموال المادية أو غير المادية، المنقولة أو غير المنقولة التي يحصل عليها بأي وسيلة كانت، والوثائق أو الصكوك القانونية أيا كان شكلها، بما في ذلك الشكل الإلكتروني أو الرقمي، والتي تدل على ملكية تلك الأموال أو مصلحة فيها، بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، الائتمانات المصرفية، وشيكات السفر، والشيكات المصرفية، والحوالات، والأسهم، والأوراق المالية والسندات والكمبيالات، وخطابات الاعتماد (1) .

و تستغل بعض التنظيمات الإرهابية شبكة الإنترنت لجمع الأموال بغية تمويل نشاطها الإرهابي، مستفيدة بذلك من الفرص التي وفرتها الإنترنت في حقل الاستثمار الرقمي والتواصل مع المتعاطفين معها من مختلف أرجاء المعمورة.

وتمثل تشريعات مكافحة تمويل الإرهاب، بما فيها تلك التي جُرم غسيل الأموال، أدوات فعّالة في مكافحة الإرهاب الإلكتروني، لكنها لا تُشكّل بديلاً عن التدابير التشريعية المنطبقة على الفضاء الافتراضي، وفي مقدمتها التشريعات التي تحيط بصور الإرهاب الإلكتروني وتمويله في البيئة الرقمية سواءً كان هذا التدبير جزءاً من تشريعات الجرائم الإلكترونية الموضوعية أو الإجرائية أو كان مستقلاً عنها (2) .

وللإرهاب منابع تمويل متعددة، "قد تأخذ شكل التمويل المباشر، بالأموال النقدية والعينية التي يقدمها بعض الأفراد والجماعات والمؤسسات، كما قد تكون في شكل تدريب للجماعات الإرهابية من أجل اقتراف أعمال تخريبية. ويمكن أن ينتج التمويل من الهبات والتبرعات، أو التهديد والابتزاز" (3) .

وقد يستعين الإرهابيون ببيانات إحصائية سكانية منتقاة من المعطيات الشخصية التي يدخلها المستخدمون على الشبكة عند الإجابة على الاستفسارات والاستطلاعات الموجودة على المواقع الإلكترونية، بما يسمح بالتعرف على الأشخاص ذوي القلوب الرحيمة ومن ثم يتم استجداؤهم للحصول على تبرعات مالية لأشخاص اعتباريين، يمثلون واجهة لهؤلاء الإرهابيين. ويتم ذلك بواسطة البريد الإلكتروني بطريقة مأكرة لا يشك فيها المتبرع بأنه يساعد إحدى المنظمات الإرهابية (4) .

ولتجفيف منابع الإرهاب، نص نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي في المادة الرابعة منه على معاقبة كل من يقوم "بالاستيلاء لنفسه أو غيره على مال منقول أو على سند، وذلك عن طريق الاحتيال، أو اتخاذ اسم كاذب، أو انتحال صفة غير صحيحة"، كما نصت الفقرة الثانية من المادة ذاتها على جرم "الوصول - دون مسوغ نظامي صحيح - إلى بيانات بنكية، أو ائتمانية، أو بيانات متعلقة بملكية أوراق مالية للحصول على بيانات، أو معلومات، أو أموال، أو ما تتيحه من خدمات".

وفي نفس السياق، نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي على جرم "إنشاء موقع لمنظمات إرهابية على الشبكة المعلوماتية، أو أحد أجهزة الحاسب الآلي أو نشره لتسهيل الاتصال بقيادات تلك المنظمات، أو أي من أعضائها أو ترويج أفكارها أو تمويلها.....".

5. شراء الأسلحة والذخيرة عبر الإنترنت لاستعمالها في أعمال إرهابية

1 انظر: موقع الأمم المتحدة على الرابط : www.un.org/ar/index.html

2 يونس محمد عرب، بحث بعنوان " الإطار القانوني للإرهاب الإلكتروني واستخدام الانترنت للأغراض الإرهابية "، مرجع سابق.

3 د. محمد السيد عرفة، "جفيف مصادر تمويل الإرهاب"، الرياض، جامعة نايف العربية، ط 1، 1430 هـ ص 73.

4 أيسر محمد عطية القيسي، " الآليات الحديثة للحد من الجرائم المستحدثة: "الإرهاب الإلكتروني وطرق مواجهته"، مرجع سابق.

الأصل أن يخضع شراء الأسلحة والذخيرة إلى إجراءات مقننة. غير أن الإنترنت تسمح اليوم ببيعها في الخفاء ودون رقابة. كما تسمح بإبرام صفقات بين بعض الشركات المنتجة وبعض التنظيمات الإرهابية. وبواسطة عملاء متخصصين في هذا المجال⁽¹⁾.

وتكمن الخطورة في إمكانية وصول الجماعات والمنظمات الإرهابية للأسلحة غير التقليدية. عبر التواصل عن طريق شبكة الإنترنت. بما يمكنهم من حظوظ أوفر في العثور على من يزودهم بالعتاد. وقد تجاوز الإرهاب اليوم المفهوم التقليدي وأصبح بالإمكان استخدام أسلحة مستحدثة يتسع نطاق تأثيرها ليمتد من الناحية المكانية إلى مساحة واسعة لتشمل دولة كاملة أو مجموعة من الدول. كما قد يمتد تأثيرها لتشمل الكائنات الحية بمختلف أصنافها. وهو ما يسمى في هذا العصر بأسلحة الدمار الشامل⁽²⁾.

و للحد من خطر المنظمات الإرهابية فقد نصت الفقرة (1) من المادة السابعة من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية على جرم " إنشاء موقع لمنظمات الإرهابية على الشبكة المعلوماتية. أو أحد أجهزة الحاسب الآلي أو نشره. لتسهيل الاتصال بقيادات تلك المنظمات. أو أي من أعضائها أو ترويج أفكارها أو تمويلها. أو نشر كيفية تصنيع الأجهزة الحارقة. أو المتفجرات. أو أي أداة تستخدم في الأعمال الإرهابية..".

المطلب الثاني: الإرهاب المستهدف للوسائط المعلوماتية

يمكن اعتبار هذا الصنف من الإرهاب بأنه الإرهاب الإلكتروني بالمعنى الدقيق. وهو يتطلب إلاما بأنظمة الحاسب ومهارة يفتقر إليها الشخص العادي. وتكون فيه الوسائط المعلوماتية هدفاً للإرهاب وليست وسيلة لارتكابه. ويمكن أن يأخذ الإرهاب المستهدف للوسائط المعلوماتية عدة أشكال: مثل تدمير وقرصنة مواقع بالإنترنت أو تعطيل الأجهزة الإلكترونية. كما قد يتخذ هذا الإرهاب شكل التجسس الإلكتروني أو سرقة الأموال إلكترونياً من أجل تمويل الإرهاب.

1. تدمير وقرصنة مواقع بالإنترنت

لقد أصبح تدمير وقرصنة مواقع الإنترنت شبحاً يهدد العالم. مما يستدعي تأمين البيانات والمعلومات. لبعث الثقة والأمان في التعامل في البيئة الرقمية المفتوحة التي نعيشها اليوم⁽³⁾. ولا يتوانى الإرهابيون عن اختراق المواقع وسرقة البيانات والمعلومات ومن ثم تدميرها أو ابتزاز أصحابها للحصول على مطالب غير مشروعة. ويُقصد بتدمير المواقع: "الدخول غير المشروع إلى نقطة ارتباط أساسية أو فرعية متصلة بالإنترنت من خلال نظام آلي " Server-PC " أو مجموعة نظم مترابطة شبكياً "Intranet". بهدف تخريب نقطة الاتصال أو النظام.

1 أنظر د. محمد جمال مظلوم: التجارة غير المشروعة للأسلحة والإرهاب. بحث مقدم ضمن الحلقة العلمية: " تجارة السلاح غير المشروعة وغسل الأموال ". الرياض. جامعة نايف العربية. 1434هـ.

2 د. محمد عبدالله ولد محمد. الإرهاب البيولوجي من منظور الشريعة. بحث منشور ضمن حلقة عمل الإنترنت الخاصة بمنع الإرهاب البيولوجي. مسقط - سلطنة عمان. مارس 2007م.

3 أنظر: د. ليتيم فتيحة. بحث بعنوان " الأمن المعلوماتي للحكومة الإلكترونية وإرهاب القرصنة ". الجزائر. مجلة المفكر. كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة محمد خيضر بسكرة. العدد (12). ص 238.

ويمكن تعريف القرصنة بأنها "عملية دخول غير مصرّح به إلى أجهزة الغير وشبكاتهم الإلكترونية: أي توجيه هجمات إلى معلومات الكمبيوتر أو خدماته، بقصد المساس بالسرية أو المساس بسلامة المحتوى والتكاملية، أو تعطيل القدرة والكفاءة للأنظمة للقيام بأعمالها، فهدف هذا النمط الإجرامي هو نظام الكمبيوتر وبشكل خاص المعلومات المخزنة داخله. وبذلك، فإن القرصنة هي الوصول بطريقة غير مشروعة إلى الهدف من خلال ثغرات في نظام الحماية الخاص به"⁽¹⁾.

وليس هناك وسيلة تقنية أو تنظيمية تحول تماماً دون تدمير المواقع أو اختراقها، فالمتغيرات التقنية، وإلزام الختراق بالثغرات في التطبيقات التي بنيت في معظمها على أساس التصميم المفتوح لمعظم الأجزاء "Open source"، سواء كان ذلك في مكونات نقطة الاتصال أو النظم أو الشبكة أو البرمجة، جعلت الوقاية من الاختراقات أمراً صعباً. ويزداد الأمر تعقيداً مع وجود مؤسسات تعمل على الاختراق وتدمير المواقع لمعرفة القدرة على اختراق نظم الحواسيب الآلية، والتجسس السياسي والعسكري وتدمير المواقع المضادة، وسرقة بيانات مخزنة أو برامج أو ملفات أو الألعاب بموجودات أو أصول كالحسابات البنكية وبطاقات الائتمان⁽²⁾.

ويستطيع قراصنة الحاسب الآلي (Hackers) التوصل إلى المعلومات المالية والشخصية واختراق الخصوصية وسرية المعلومات. وقد أضحت القرصنة أكثر سهولة مع التطور المذهل الذي شهده الحاسب الآلي، لا سيما وأن مرتكبيها ليسوا مستخدمين عاديين بل لهم خبرة في مجال الحاسب الآلي. ومن الحالات الواقعية للقرصنة المعلوماتية ما حدث في ألمانيا، حين قام أحد القراصنة بالتحكم في مزود خدمة الإنترنت، مستولياً على معلومات مخزنة على بطاقات الائتمان. وقد حاول ابتزاز مزود الخدمة من خلال طلب مبلغ مالي، إلا أن السلطات الألمانية تمكنت من القبض على الجاني لحظة تسلمه المبلغ المالي. ولم يكن لهذه الجريمة أن تُكشف لو لم يطلب الجاني مالا⁽³⁾.

وفي إطار مكافحة القرصنة، اعتبر نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية في المملكة العربية السعودية، في صلب المادة الرابعة، من قبيل الجرائم المعلوماتية: تدمير وقرصنة مواقع بالإنترنت للاستيلاء على البيانات والمعلومات وسرقتها. وبذلك، يعتبر مجرماً معلوماتياً من يقوم "بالاستيلاء لنفسه أو غيره على مال منقول أو على سند، وذلك عن طريق الاحتيال، أو اتخاذ اسم كاذب، أو انتحال صفة غير صحيحة". كما نصت الفقرة (2) من المادة الرابعة من النظام على جرم "الوصول - دون مسوغ نظامي صحيح - إلى بيانات بنكية، أو ائتمانية، أو بيانات متعلقة بملكية أوراق مالية للحصول على بيانات، أو معلومات، أو أموال، أو ما تتيحه من خدمات"، والمعاقبة على ذلك بالسجن مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة، أو بإحدى هاتين العقوبتين لكل شخص يرتكب تلك الجرائم.

وقد نصت الفقرة (1) من المادة الخامسة على جرم "الدخول غير المشروع لإلغاء بيانات خاصة، أو حذفها، أو تدميرها، أو تسريبها، أو إتلافها أو تغييرها، أو إعادة نشرها"، كما نصت الفقرة (2) من المادة ذاتها على جرم: "إيقاف الشبكة المعلوماتية عن العمل، أو تعطيلها أو تدميرها، أو تسريبها، أو إتلافها أو تغييرها.

1 جميل زكريا محمود، ورقة بحثية عن "الجريمة المعلوماتية وأساليب التأمين"، مقدم للمؤتمر الدولي لأمن المعلومات الإلكترونية: "معاً نحو تعامل رقمي آمن"، سلطنة عمان، 2005م، ص 147.

2 أنظر: د. عبدالرحمن بن عبدالله السند، "الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية - الحاسب الآلي وشبكة المعلومات -"، بيروت، دار الوفاق، ط1، 1424هـ، ص 283.

3 أنظر: د. سهير حجازي، التهديدات الإجرامية للتجارة الإلكترونية، مركز البحوث والدراسات، شرطة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، العدد (91).

أو إعادة نشرها " والمعاقبة على ذلك بالسجن مدة لا تزيد على أربع سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثة ملايين ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين لكل شخص يرتكب تلك الجرائم.

2. تعطيل الأجهزة الإلكترونية

تزداد خطورة الإرهاب الإلكتروني في الدول المتقدمة، حيث تُدار بنيتها التحتية بالحواسيب الآلية والشبكات المعلوماتية. و بإمكان الجماعات والمنظمات الإرهابية شن هجومات إرهابية مدمرة من خلال تعطيل الأجهزة الإلكترونية، وهو ما قد يؤدي إلى إغلاق المواقع الحيوية بالبلاد وإحراق الشلل بأنظمة القيادة والسيطرة والاتصالات. كما قد يؤول إلى قطع شبكات الاتصال بين الوحدات والقيادات المركزية، أو تعطيل أنظمة الدفاع الجوي، أو إخراج الصواريخ عن مسارها، أو التحكم في خطوط الملاحة الجوية والبرية والبحرية، أو شل محطات إمداد الطاقة والماء، أو شل النظام المصرفي وإحراق الأعمال البنوك وأ سواق المال العالمية. ويؤدي تعطيل الأجهزة الإلكترونية، إلى تعطيل المرافق الحيوية في الدولة، ومن ثم سيادة الفوضى، وشل الحركة في عموم البلاد(1).

وقد تعتمد التنظيمات الإرهابية إلى تعطيل الأجهزة الإلكترونية لبث الفوضى في مؤسسات الدولة ذات العلاقة بالشبكات المتعطلة. وهو ما يسبب خسائر مالية كبيرة، قد تؤدي إلى الإفلاس (2). وتسعى الدول المتقدمة إلى تطوير برامجها الإلكترونية وتحقيق أعلى درجات أمن المعلومات، للحيلولة دون تمكن المنظمات الإرهابية من تعطيل الأجهزة الإلكترونية وإحداث أثارها المدمرة.

ولحماية شبكة الإنترنت من الهجمات، جرّمت الفقرة (2) من المادة الخامسة من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية: "إيقاف الشبكة المعلوماتية عن العمل، أو تعطيلها أو تدميرها، أو تسريبها، أو إتلافها أو تغييرها، أو إعادة نشرها"، كما جرّمت الفقرة (3) من المادة ذاتها "إعاقة الوصول إلى الخدمة، أو تشويشها، أو تعطيلها، بأي وسيلة كانت". ونصت على معاقبة مرتكب هذه الأفعال بالسجن مدة لا تزيد على أربع سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثة ملايين ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

3. التجسس الإلكتروني

يُقصد بالتجسس الإلكتروني الاطلاع على معلومات خاصة بالغير مؤمنة في جهاز آخر، و ليس مسموحاً لغير المعنيين الاطلاع عليها (3). ويعتمد التجسس الإلكتروني على استخدام الوسائط الإلكترونية في الحصول على المعلومات. وهناك عدة أنواع من التجسس الإلكتروني، كالتجسس عن طريق الانترنت على الأفراد، والتجسس من خلال الشبكات السلكية واللاسلكية، والتجسس الإلكتروني عن طريق الجوال (4).

1 أنظر : د.عبدالله بن عبدالعزيز العجلان، "الإرهاب الإلكتروني في عصر المعلومات"، مرجع سابق.

2 انظر: زكريا أحمد عمار، "حماية الشبكات الرئيسية من الاختراق والبرامج الضارة"، رسالة ماجستير، جامعة النيلين، السودان، 2011م، ص 2.

3 محمد عبدالرحيم سلطان العلماء، بحث بعنوان " جرائم الانترنت والاحتمساب عليها " ضمن مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت " المنعقد من 1-3/ 2000م، بجامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، المجلد الثالث، ط3، 2004م، ص 880.

4 د. حسن بن أحمد الشهري، بحث بعنوان: " الأنظمة الإلكترونية الرقمية المطورة لحفظ وحماية سرية المعلومات من التجسس " المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 28، العدد 56، الصادرة عن جامعة نايف العربية، الرياض، ص 11.

لقد أضحت التجسس اليوم أكثر خطورة نظراً للتقدم التقني الذي نعيشه والذي وفر أجهزة عديدة ومعدات دقيقة، وصغيرة الحجم، وذات كفاءة في التنصت والاستشعار عن بعد^(١). وقد سهلت شبكة الانترنت الأعمال التجسسية بشكل كبير، حيث يقوم المجرمون بالتجسس على الأشخاص أو الدول أو المنظمات أو الهيئات أو المؤسسات الدولية، أو الوطنية. وتستهدف عملية التجسس في عصر المعلومات ثلاثة مجالات رئيسية، وهي المجال العسكري، والمجال السياسي، والمجال الاقتصادي^(٢).

وتختلف خطورة التجسس الإلكتروني بحسب ما إذا كان موجهاً ضد الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص الاعتباريين. ويتم التجسس الإلكتروني عادة عن طريق إدخال ملف تجسس إلى حاسوب الجني عليه. ويسمى هذا الملف "حصان طروادة". وفي حالة إصابة ملف الجهاز بملف التجسس، يقوم على الفور بفتح أحد المنافذ في جهاز الشخص الجني عليه، وهذا المنفذ هو الباب الخلفي لحدوث اتصال بين جهاز الشخص الجني عليه وجهاز المخترق^(٣). ويسمى الملف الذي يكون لدى الجني عليه "بالخادم"، بينما يسمى الجزء الآخر منه "بالعميل" ويكون لدى المخترق. ويمكن للمخترق من خلاله أن يسيطر على جهاز الجني عليه دون أن يشعر، فبإمكان المخترق فتح القرص الصلب لجهاز الجني عليه والعبث به كيفما يشاء سواء بحذف أو إضافة ملفات جديدة. ويمكن كذلك للمخترق معرفة كلمة السر المخزنة في الجهاز وحتى رقم بطاقة الائتمان، كما يستطيع المخترق، إذا كان لدى الجني عليه ميكروفون أو كاميرا، سماع ورؤية كل ما يفعله الجني عليه في المساحة التي يغطيها الميكروفون أو الكاميرا^(٤).

وغالباً ما يتم التجسس الإلكتروني عن طريق لجوء المجرم إلى إخفاء المعلومة الحساسة المستهدفة داخل معلومة أخرى موجودة داخل الحاسب الآلي، ومن ثم يجد وسيلة ما لتهرب تلك المعلومات العادية في مظهرها وغير العادية في محتواها، بحيث لا يشك أحد أن هناك معلومات حساسة يتم تهريبها. وحتى ولو تم ضبط الشخص متلبساً، فمن الصعب جداً الوصول إلى تلك المعلومات المخزنة في ملفات أخرى غير مشكوك فيها على الإطلاق^(٥). وتُصبح أعمال التجسس الإلكتروني أكثر خطورة إذا كانت تقف خلفها التنظيمات الإرهابية التي توظف ما تصل إليه من معلومات وملفات وبيانات في عملياتها الإرهابية.

وللوقاية من مخاطر التجسس الإلكتروني جرّم نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي في الفقرة الأولى من المادة الثالثة "التنصت على ما هو مرسل عن طريق الشبكة المعلوماتية أو أحد أجهزة الحاسب الآلي، دون مسوغ نظامي صحيح أو التقاطه أو اعتراضه"، كما نصت الفقرة الخامسة من المادة الثالثة منه على تجريم "إلحاق الضرر بالآخرين عبر وسائل تقنيات المعلومات المختلفة. ويُعاقب مرتكب تلك الأفعال بالسجن مدة لا تزيد على سنة وبغرامة قدرها خمسمائة ألف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين.

4. سرقة الأموال إلكترونياً من أجل تمويل الإرهاب

ساهم التطور التقني الذي شهدته التعاملات المالية في تنامي التجارة الإلكترونية. وقد انتهزت التنظيمات الإرهابية، القدرة على اختراق الحسابات البنكية إلكترونياً، الفرصة لسرقة الأموال إلكترونياً بهدف تمويل عملياتها الإرهابية. وتمكن سرقة الأموال باستعمال المعطيات الشخصية للضحية مثل الاسم والعنوان

1 د. حسن بن أحمد الشهري، بحث بعنوان: "الأنظمة الإلكترونية الرقمية المطورة لحفظ وحماية سرية المعلومات من التجسس" مرجع سابق، ص 7.

2 علي عدنان الفيل، الإجرام الإلكتروني، ط 1، دمشق، منشورات زين الحقوقية، 2011م، ص 96-97.

3 محمد أمين الرومي، "جرائم الكمبيوتر والانترنت" دار المطبوعات الجامعية، 2003م، ص 136.

4 محمد أمين الرومي، "جرائم الكمبيوتر والانترنت" مرجع سابق، ص 137.

5 منير محمد الجنبهي، "جرائم الانترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها" دار الفكر الجامعية، ط 2004م، ص 86.

والأرقام الخاصة. ومن ثم انتحال شخصية المجني عليه لسرقة حسابه البنكي⁽¹⁾. ويمكن أن يشمل السطو أموال البنوك عن طريق استخدام الحاسب الآلي للدخول إلى شبكة الإنترنت والوصول غير المشروع إلى البنوك والمصارف والمؤسسات المالية⁽²⁾. ويزداد الأمر خطورة مع سهولة الاستيلاء على بطاقات الائتمان مقارنة بالماضي. فلصوص بطاقات الائتمان يستطيعون اليوم سرقة مئات الألوف من أرقام البطاقات في يوم واحد من خلال شبكة الانترنت ومن ثم بيع هذه المعلومات للغير⁽³⁾.

وتستطيع التنظيمات الإرهابية تحويل الأموال إلكترونياً. من خلال الحصول على كلمة السر المدرجة في ملفات أنظمة الكمبيوتر الخاصة بالمجني عليه، مما يسمح للجاني بالتوغل في النظام المعلوماتي. وعادة ما يكون هؤلاء من العاملين على إدخال البيانات في ذاكرة الجهاز أو من قبل الموجودين على الشبكة أثناء عملية تبادل البيانات⁽⁴⁾.

وقد تتم عمليات التحويل الإلكتروني غير المشروعة من خلال إيهام المجني عليه بمشروع كاذب أو إغرائه بالحصول على ربح سريع. فيتم تحويل المال بطريق التحويل الإلكتروني السريع ومن ثم التصرف فيه⁵. كما يمكن الاحتيال باستخدام بطاقات الدفع الإلكتروني والتي بموجبها يتم التحويل من حساب بطاقة العميل بالبنك المصدر للبطاقة إلى رصيد التاجر أو الدائن الذي يوجد به حسابه من خلال شبكة التسوية الإلكترونية للبطاقات الائتمانية "هيئة الفيزا كارد"، "هيئة الماستر كارد"⁽⁶⁾.

وقد دفعت هذه الأخطار المتزايدة، المنبثقة عن المنظمات الإرهابية، وقدرتها على اختراق البيانات والمنظومة التجارية والمالية، إلى ظهور الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام 1999م، وعلى ضوءها صدرت التشريعات في عدد من الدول لقطع سبل التمويل للمنظمات الإرهابية، وأعطيت أهمية للتصدي لعمليات السطو والسرقة والتزوير والاحتيال في البيانات والمعلومات من خلال مواد وخصوص قانونية تتناول هذا الجانب تحديداً، إضافة لغيره من الجوانب التي تتصدى للمنظمات الإرهابية.

المبحث الثاني: خصوصية الإرهاب الإلكتروني

عادة ما يقترن مفهوم الإرهاب بالعنف والترويع. غير أن الإرهاب الإلكتروني لا يتطلب استعمال العنف والقوة، ما يجعله يختلف عن الإرهاب التقليدي. ورغم أن مفهوم الإرهاب الإلكتروني يعتبر من قبيل المفاهيم المستحدثة، إلا أنه أصبح هاجساً يورق الدول والمجتمعات المعاصرة. ويعود ذلك بالأساس إلى تنامي ظاهرة الإرهاب، من جهة، وتزايد الاعتماد على الحواسيب والشبكات المعلوماتية، من جهة أخرى. ولا غرو في أن الإرهاب الإلكتروني هو إرهاب المستقبل، حيث ستتضاعف وتيرته مع تزايد الاعتماد على التكنولوجيا الحديثة. ويعتبر الإرهاب الإلكتروني إجراماً من نوع خاص. وتظهر هذه الخصوصية على مستوى الجريمة (المطلب الأول) وعلى مستوى المجرم (المطلب الثاني).

1 نايف بن محمد المرواني، "جريمة السرقة دراسة نفسية اجتماعية"، رسالة ماجستير غير منشورة، الرياض، جامعة نايف العربية، ط 1، 2011م، ص 59.

2 د. عباس أبو شامة عبد الحمود، عولة الجريمة الاقتصادية، الرياض جامعة نايف العربية، 2007م، ص 20.

3 حسن طاهر داود، رسالة ماجستير غير منشورة "جرائم نظم المعلومات"، الرياض، جامعة نايف العربية، ط 1، 2000م، ص 73.

4 خالد مدوح إبراهيم، أمن الجريمة المعلوماتية، الإسكندرية، الدار الجامعية، 2010م، ص 76.

5 أنظر: يونس عرب، "قراءة في الاتجاهات التشريعية للجرائم الإلكترونية مع بيان موقف الدول العربية وتجربة سلطنة عمان، بحث قدم ضمن ورشة عمل تطوير التشريعات في مجال مكافحة الجرائم الإلكترونية المنعقدة بمسقط، 2-4/4/2006م، ص 16.

6 أنظر: عمر الشيخ الأصم، "البطاقات الائتمانية المستخدمة الأكثر انتشاراً في البلاد العربية"، بحث مقدم ضمن أعمال ندوة «تزيوير البطاقات الائتمانية»، الرياض، جامعة نايف العربية، ط 1، 2002م، ص 12.

المطلب الأول: خصوصية الجريمة

يجمع الإرهاب الإلكتروني بين سهولة الحصول على أداة الجريمة، المتمثلة في الحاسب الآلي، وخطورة الأضرار المترتبة عن الجريمة، والتي تهدف إلى ترويع الناس وبث الرعب في نفوسهم. وتزداد خطورة الجريمة، مع سهولة تحميل البرامج المعلوماتية التي يمكن استخدامها في الإرهاب الإلكتروني، حيث يمكن تحميل مقاطع الفيديو أو الصور أو الكتب الإلكترونية دون عناء يذكر(1).

ويمكن للمجرم نشر الفيروسات الإلكترونية أو تنزيل مقاطع الفيديو أو المعطيات ذات الصبغة الإرهابية وهو موجود في منزله أو في مقهى أو حتى في غرفة أحد الفنادق(2). وتتجلى الصبغة الخاصة لجريمة الإرهاب الإلكتروني على مستوى طابعها الدولي (1) وعلى مستوى صعوبة تعقبها (2).

1. الصبغة الدولية للإرهاب الإلكتروني

يعد الإرهاب اليوم ظاهرة عالمية. وقد سمحت عولمة الاتصالات وتبادل المعلومات للإرهاب بأن تكون له أبعاد عالمية (3). "فالنشاط الإرهابي قد يقع في شرق الكرة الأرضية والنتيجة الضارة تقع في غربها، الأمر الذي يُثير التنازع في الاختصاص في شأنها، وهو ما يتطلب صياغة قواعد قانونية ملائمة لهذا النمط من الإجرام"(4).

وقد ساهمت شبكة الإنترنت في سهولة انتشار الإرهاب، حيث يمكن للمجرم نشر أفكاره الإرهابية بسرعة الضوء (5)، من خلال بث خطب تحريضية ضد السلطات التشريعية أو إصدار فتاوى تكفيرية تؤجج نار الفتنة والحقن. كما أن مننديات الدردشة ومواقع التواصل الاجتماعي جعلت من تلاقي أفراد متباعدين ومنششرين في أرجاء المعمورة، أمراً ممكناً ويسيراً (6). وقد استطاعت بعض المنظمات الإرهابية استغلال المزايا التي توفرها الإنترنت أياً استغلال، عبر تطوير استراتيجيات الاتصال، ليس فقط فيما بينها، وإنما كذلك بينها وبين العالم. فأضحى العالم الافتراضي وسيلة لتبادل الأفكار الهدامة والمتطرفة. ويسمح الفضاء الافتراضي للمجرمين المعلوماتيين بتقليل فرص ضبطهم، من خلال تجنيبهم التنقل من بلد إلى بلد آخر. كما تسمح تقنيات التشفير بجعل محادثاتهم سرية وآمنة إزاء التعقب.

وقد تطورت استراتيجيات تواصل الشبكات الإرهابية متحوّلة من النمط المركزي إلى النمط اللامركزي، عبر التوظيف الإعلامي وعبر الاعتماد على شبكة اتصال مفتوحة ومعقدة التركيب. وقد ترتب على ذلك تنامي قدرة الجماعات الإرهابية على الوصول إلى جمهورها مهما كان مشتتاً عبر العالم. وقد شهد عام 2001 م نشأة "مؤسسة السحاب للإنتاج الإعلامي الإسلامي" الصادرة عن "تنظيم القاعدة"، كما أطلق

1 عبد الله بن عبد العزيز العجلان، "الإرهاب المعلوماتي"، بحث مقدم ضمن المؤتمر الدولي الأول لمكافحة الجرائم المعلوماتية، الرياض، 2015، ص 50.

2 علي عدنان الفيل، "الإرهاب الإلكتروني"، مجلة الجامعة الخليجية، المجلد 2، قسم القانون، العدد 2، 2010، ص 237.

3 انظر: د. مها عبد الحميد صلاح "استراتيجيات الاتصال في مواقع الجماعات الإرهابية على شبكة الأنترنت"، مجلة شؤون اجتماعية، العدد 121، ربيع 2014، ص 2.

4 انظر: د. موسى مسعود أرحومة، "السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الأنترنت"، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي لجامعة الطفيلة التقنية حول "التنمية البشرية والأمن في عالم متغير"، الأردن، 10-12/7/2007 م، ص 8.

5 هذا التعبير ليس مجازياً، فالمعطيات تتدفق عبر الأنترنت بسرعة الضوء.

6 د. أي سر محمد عطية، "دور الآليات الحديثة للحد من الجرائم المستحدثة الإرهاب الإلكتروني وطرق مواجهته"، ملتقى الجرائم المستحدثة في ظل المتغيرات والتحويلات الإقليمية، ص 17.

التنظيم مؤسسية "الملاحم للإنتاج الإعلامي" والتي أنتجت المجلة الإلكترونية الأولى التي تصدر باللغة الإنجليزية عن "تنظيم القاعدة" في شبه الجزيرة العربية(1).

2. صعوبة تعقب الجريمة

رغم أن الجريمة الإرهابية تهدف إلى الترويع والترويع الإعلامي، إلا أنها من أكثر الجرائم صعوبة في التعقب، إلى حد اعتبارها من طرف البعض من قبيل الجرائم "النظيفة"(2). وتعود هذه الصعوبة إلى سهولة محو آثارها، وإلى السرية التي يعمل بها الإرهابيون عند إعدادهم لخططاتهم، حيث يعتمدون إلى تشفير مراسلاتهم، كما يعتمد الإرهابيون إلى المراوغة، فإذا ظهر موقع إرهابي اليوم فسرعان ما يُغير نمطه الإلكتروني، ثم يختفي ليظهر بشكل جديد وعنوان إلكتروني جديد (3). وعادة ما يشن الإرهابي هجماته الإلكترونية من دول غير مستقرة سياسياً أو تعيش حروباً أهلية للإفلات من المساءلة والعقاب. ويزداد الأمر صعوبة مع التباين الكبير في مواقف الدول من ظاهرة الإرهاب، فما تعتبره بعض الدول إرهاباً قد تراه دول أخرى مقاومة شرعية. بل إن مواقف بعض الدول قد تتغير جذرياً بمرور الوقت حول بعض التنظيمات الإرهابية (4).

المطلب الثاني: خصوصية المجرم

تناولت عدة دراسات وبحوث شخصية المجرم المعلوماتي مقارنة بالمجرم التقليدي. وتكاد تجمع على أن المجرم المعلوماتي شخص يتميز بارتفاع مستوى الذكاء وبتمكنه من ناصية التكنولوجيا(5). إضافة إلى احترافه العالي وقدرته على التخفي، ويُحاول مرتكب الجريمة المعلوماتية دائماً إخفاء آثاره حتى لا يتم القبض عليه(6). ويجمع المجرم المعلوماتي ذو الخلفية الإرهابية بين المهارة والخطورة الإجرامية. وتكمن المهارة في "قدرته على كسر حواجز الشفرة وأنظمة الأمن المعلوماتي وارتكاب الجريمة بحرفية كبيرة تعتمد على تطويع التقنية في سبيل تحقيق أهدافه"(7). ويزداد الأمر صعوبة مع قدرة المجرم المعلوماتي على محو وتدمير الدليل الرقمي، ما يجعل من إدانته أمراً في غاية الصعوبة(8). وعادة ما يتخذ المجرم المعلوماتي كلمات سر تزيد من صعوبة إجراءات التفتيش. وقد يلجأ إلى دس تعليمات خفية (Hidden instructions) بين هذه البيانات أو استخدام الرمز أو التشفير، بحيث يستحيل على المحققين الاطلاع عليها(9).

وتكمن الخطورة الإجرامية في طبيعة الجريمة المرتكبة والتي تهدف إلى الترويع ونشر الرعب. ويُشكل التخفي استراتيجية يهدف من خلالها المجرم إلى خلق عنصر المفاجأة قصد مباغتة أهدافه. ويسعى الإرهابي

1 انظر: د. مها عبد الحميد صلاح، "استراتيجيات الاتصال في مواقع الجماعات الإرهابية على شبكة الإنترنت"، مجلة شؤون اجتماعية، العدد 121، ربيع 2014، ص 173.

2 انظر: د. أيسر محمد عطية، "دور الآليات الحديثة للحد من الجرائم المستحدثة الإرهاب الإلكتروني وطرق مواجهته"، المرجع السابق، ص 22.

3 انظر: د. أيسر محمد عطية، "دور الآليات الحديثة للحد من الجرائم المستحدثة الإرهاب الإلكتروني وطرق مواجهته"، المرجع السابق، ص 17.

4 ويرى البعض أنه قد تنهج بعض الدول إلى دعم بعض التيارات السياسية أو التنظيمات الإرهابية و تمويلها، لتتخلى عنها فيما بعد، لتغير مصالحها وأولوياتها السياسية.

5 انظر: محمد قاسم أحمد الردفاني، "تحقيقات الشرطة في مواجهة تحديات الجرائم السيبرانية"، المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب، الرياض، جامعة نايف العربية، المجلد 30، العدد 61، صفر 1436 هـ/ 2014 م، ص 6.

6 د. أسامة بن غانم العبيدي، "التفتيش عن الدليل في الجرائم المعلوماتية"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 29، العدد 58، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1435 هـ، ص 121.

7 ناصر بن محمد البقمي، جرائم المعلوماتية ومكافحتها في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، الرياض، 1430 هجري - 2009 م، ص 45.

8 من الأمثلة على سهولة محو الدليل الرقمي، قيام أحد مرتكبي جرائم غسل الأموال في فرنسا بإدخال تعديلات على الأوامر العادية لنظام تشغيل الحاسب الآلي الذي يستخدمه في تخزين عناوين عملائه بحيث يترتب على إدخال أمر النسخ أو الطباعة إلى هذا الحاسب محو وتدمير كل البيانات المخزنة فيه. (انظر: علي الفيل، المرجع السابق، ص 521).

9 د. أسامة بن غانم العبيدي، المرجع السابق، ص 121.

المعلوماتي إلى التوا صل سواءً مع أشخاص يتبنون نفس فكره الإجرامي، وذلك بتبادل المعلومات وبتجنيد من يرى فيهم إرهابيين محتملين، أو مع ضحاياه المحتملين من خلال القيام بأعمال إجرامية تخرج عن المألوف بهدف إيصال رسالة معينة إلى الفئة المستهدفة. إن الحرب التي يشنّها الإرهابي هي حرب دعائية بالأساس، فضحايا الإرهاب يمثلون أدوات الحرب الدعائية.

المبحث الثالث: مكافحة الإرهاب الإلكتروني

تُعد ظاهرة الإرهاب من أكثر الظواهر تعقيداً، فهو نتيجة لعوامل متضافرة ومتداخلة (إيديولوجية وثقافية واجتماعية واقتصادية). ولذا، فإن مكافحته يجب أن تتم وفق رؤية استراتيجية واضحة تركز على التشخيص العلمي والصحيح للمشكلة. ولكي تحقّق مكافحة الإرهاب الإلكتروني النجاعة المرجوة، يجب أن تتم في شكل حلول آنية (المطلب الأول)، كما يجب اعتماد حلول طويلة الأمد (المطلب الثاني) لاجتثاث الإرهاب من جذوره.

المطلب الأول: المكافحة الآنية

يمكن أن تأخذ المكافحة الآنية شكل مكافحة تقنية (1) أو مكافحة قانونية (2).

1. المكافحة التقنية

يمكن للمكافحة التقنية أن تأخذ شكل حماية من الاعتداءات الإلكترونية (أ) أو مراقبة المواقع والمنتديات ذات الخلفية الإرهابية (ب) أو حجب المواقع التي تمجّد الإرهاب و تنشر الأفكار المتطرفة (ج)، ويمكننا بيان بعض تلك الجوانب من خلال ما يلي:

أ. الحماية من الاعتداءات الإلكترونية

يستدعي شن الهجمات الإلكترونية اجتماع ثلاثة عناصر: وجود الدافع ووجود طريقة لتنفيذ الهجوم ووجود الثغرة. ويقصد بالثغرة وجود نقطة ضعف في تصميم أو تهيئة البرمجيات أو قواعد تخزين البيانات أو الأجهزة المخزّنة فيها المعطيات. ويستغل المهاجم الثغرات لإحداث الدمار الذي يريده (1).

وقد تأخذ الاعتداءات أشكالاً عدة، كالفيروسات الإلكترونية أو برامج التجسس أو أحصنة طروادة. وقد ازدادت هذه الاعتداءات خطورة مع تنامي دور الحاسب الآلي في المجتمعات المعاصرة، فلم يعد أثر الفيروسات ينحصر في تعطيل و تخريب الحاسب الآلي بل أصبح يشمل المنظومات التي تعتمد عليه، من ذلك إدارة منظومة الطاقة و سوق البورصة والنظم العسكرية (2). ولا يخفى ما قد يسببه اختراق هذه المنظومات من أضرار للدول والأفراد. وبالفعل، توجد سوابق على هجمات إلكترونية ضد بعض الدول. من ذلك الهجوم الإلكتروني الذي تعرضت له إستونيا في عام 2007 م من خلال استهداف خوادم المصارف البنكية لديها. ولم يتم التعرف آنذاك على مرتكب هذا الاعتداء. وقد استغلت إستونيا هذا الاعتداء لتدضيي تحت منظومة حلف الشمال الأطلسي والتي أحدثت منذ ذلك التاريخ مركزين للدفاع الإلكتروني، أحدهما ببروكسل والثاني بالعاصمة الإستونية (3).

1 د. خالد بن سليمان الغنبر و د. محمد بن براهم السويل، "أمن المعلومات بلغة ميسرة"، مركز التميز لأمن المعلومات، جامعة الملك سعود، 1429 هـ - 2009 م، طبعة أولى، ص 25.

2 عبد الله بن عبد العزيز العجلان، "الإرهاب المعلوماتي"، مرجع سابق.

3 أنظر المقال:

ويمكن أن تتخذ الحماية من الاعتداءات الإلكترونية شكل حماية عامة أو حماية خاصة من خلال تقنية التشفير.

1- الحماية العامة:

تتمثل أهم أشكال هذه الحماية في اتخاذ الإجراءات التالية:

1. استخدام كلمات سر للدخول للحاسب الآلي ولبرمجيات الحساسة داخل الدوائر الحكومية والشركات (الشركات البترولية، المطارات، مراكز الأمن، المؤسسات العسكرية).
2. القيام بنسخ احتياطي للبيانات وتخزينها بانتظام في أقراص صلبة مؤمنة.
3. استعمال برامج الحماية من الفيروسات الإلكترونية وتحديثها بصفة دورية.
4. استخدام وسائل أمن تعتمد القياسات الحيوية (اعتماد بصمة الإصبع أو بصمة الشبكية) قبل السماح بالنفاذ لمراكز الحاسب الآلي داخل المؤسسات والمنشآت الحساسة.
5. تكليف مهندسين مختصين في علوم الحاسب بمتابعة أمن شبكة المعلومات والبرمجيات وتدريب منسوبي المنشآت الحساسة على الوقاية من الجرائم المعلوماتية.

2- الحماية الخاصة: تشفير المعطيات الحساسة المتبادلة عبر الإنترنت

أ- التشفير

والتشفير هو "استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب في تمريرها غير قابلة للفهم من قبل الغير، أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها" (1). ويمكن للمستخدم معرفة ما إذا كان موقع الإنترنت آمناً من خلال طريقتين:

الأولى: عندما تشير مواقع الويب إلى أن التحويلات مشفرة.

الثانية: عند وجود رمز التشفير، الذي يأخذ عادة شكل قفل في أعلى الزاوية اليسرى أو اليمنى لصفحة الويب. ويكتسب تشفير البيانات أهمية كبيرة عندما يتعلق الأمر بتبادل المعطيات الحساسة، مثل أرقام بطاقات الائتمان أو المعطيات العسكرية، إذ يمكن للإرهابيين استغلال هذه المعطيات الحساسة المتبادلة عبر الإنترنت أو المخزنة في الحواسيب لشن هجمات إلكترونية تشمل مرافق الدولة الحيوية. وغني عن البيان أن شبكة الإنترنت أضحت اليوم موسوعة إلكترونية شاملة، مثقلة بالمعلومات الحساسة التي يمكن للإرهابيين الحصول عليها دون عناء. كمواقع المنشآت النووية ومصادر توليد الطاقة وأماكن القيادة والسيطرة والاتصالات ومواعيد الرحلات الجوية (2). وقد نادى الكاتب رونالد كريلنستين بحماية البنية التحتية الحساسة للدولة والتي تشمل

« Cyber terrorism, la guerre de l'information », L'Atlas du monde diplomatique, p. 46, téléchargeable sur le site internet www.monde-diplomatique.fr.

1 الفصل 1 من القانون التونسي عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 2000/8/9م، المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

2 انظر: عبد الله بن عبد العزيز العجلان، "الإرهاب المعلوماتي"، المؤتمر الدولي الأول لمكافحة الجرائم المعلوماتية، الرياض، 2015، ص 58.

قطاعات حيوية (1)، ولا تزال دعوات المنظمات الدولية والبحوث العلمية تنادي بشكل ملح إلى تحقيق أعلى درجات الحماية وأمن المعلومات.

ب - مراقبة المواقع والمنتديات ذات الخلفية الإرهابية

لئن مكنت الإنترنت المجرمين المعلوماتيين من نشر الإرهاب ومن استقطاب وتجنيد المتعاطفين معهم، إلا أنه من الممكن أن ينقلب السحر على الساحر. بأن تتحول الإنترنت إلى أداة لمراقبة الإرهابيين ورصد تحركاتهم وشبكاتهم. ويكون ذلك من خلال مراقبة المواقع ذات الإيديولوجيا المتطرفة، إضافة إلى مراقبة صفحات مواقع التواصل الاجتماعي ذات الخلفية الإرهابية ومنتديات الحوار المشبوهة. من طرف أعوان أمن مختصين في الإجرام المعلوماتي. وتمثل المعلومة خط الدفاع الأول ضد الإرهاب الإلكتروني، فمن يملك المعلومة يملك القوة (2). ويسمح تخزين بيانات الاتصال الخاصة بمستعملي شبكة الإنترنت بجمع معطيات هامة في صورة ما إذا اكتشف بأن الشخص المستهدف إرهابي. وبالفعل، فقد سمح تخزين معطيات الاتصالات الخاصة بالهواتف المحمولة والإنترنت بتعقب مرتكبي تفجيرات مدريد في ربيع 2004 م. وتشمل هذه المعطيات تحديد توقيت ومكان الاتصالات دون التجسس على المعطيات الخاصة التي تبقى محمية بالسرية (3).

ويعبر بعض الناس عن تخوفه من إمكانية استغلال بيانات الاتصال أو المعطيات الشخصية التي يتم جمعها عند القيام بالتتبع الإلكتروني للتجسس على الأفراد والاطلاع على حياتهم الخاصة (4). ورغم مشروعية هذا التخوف، إلا أنه لا ينبغي أن يقف حاجزا أمام حق المجتمع في الحماية من الإرهاب، مع إقرار عقوبات صارمة لكل من يستغل السلطة المسندة له على مستوى مراقبة المواقع الإلكترونية أو جميع بيانات الاتصال لأغراض مخالفة لما أعدت له.

وقد صرّح منسق الاتحاد الأوروبي لمكافحة الإرهاب أمام البرلمان الأوروبي في 7/4/2008 م بأن حوالي خمسة آلاف موقع على الإنترنت تساهم في تشدد الشباب في أوروبا، وعلى أساس ذلك أوصى بالعمل باقتراح قدمته ألمانيا يقضي بتحويل شرطة "يوروبول" مهمة مراقبة الإنترنت (5). وبناءً على هذه التوصية فقد قرر وزراء العدل في الاتحاد الأوروبي تجريم التحريض على ارتكاب أعمال إرهابية، بما في ذلك التحريض عبر الإنترنت، عند استخدامها وسيلة للدعاية واستقطاب العناصر.

1 انظر: رونالد كريبنستن "مكافحة الإرهاب"، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، الطبعة الأولى، 2011 م، ص 176-177.

2 عز الدين أحمد جلال، "استراتيجية مكافحة الإرهاب"، مجلة الفكر الشرطي، المجلد 8، العدد 2، الإمارات العربية المتحدة، ص 237.

3 أنظر: La France face au terrorisme, Livre blanc de la sécurité intérieure, La documentation française, 2006, p. 52.

4 أنظر: La France face au terrorisme, Livre blanc de la sécurité intérieure, La documentation française, 2006, p. 52.

« Soumaya AKKOUR, « La lutte anti-terroriste et le traçage électronique une antinomie stérile entre « sécurité » et « liberté », Revue marocaine des politique publique, n° 3, 2010, p. 19.

5 انظر المقال المنشور على الإنترنت: "الاتحاد الأوروبي يجرم الدعاية للإرهاب عبر الإنترنت"، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لجريدة "القبس" على الرابط : <http://beta.www.skedaddle.co.uk>.

من جهة أخرى، فقد لجأت بعض الدول الغربية إلى إنشاء نظام "إيشلون" (1) "Echelon"، وهو نظام عالمي لرصد البيانات، واعتراضها، ونقلها، يتم تشغيله من قبل مؤسسات استخباراتية في خمس دول (الولايات المتحدة، والمملكة المتحدة، وكندا، وأستراليا، ونيوزلندا). وطبقاً للتقرير الذي أعدته اللجنة الأوروبية، فإن بإمكان "إيشلون" اعتراض وتعقب أكثر من ثلاثة مليارات عملية اتصال يوميا (تشمل المكالمات الهاتفية العادية، ومكالمات الجوال، واتصالات الإنترنت، والاتصالات التي تتم عبر الأقمار الاصطناعية). ويقوم نظام "إيشلون" بجمع كافة هذه الاتصالات دون تمييز ومن ثم تصنيفها وفلترتها باستخدام برامج الذكاء الاصطناعي لإنشاء تقارير استخباراتية. وبذلك، فإن حماية الأمن الوطني تستدعي حداً أدنى من الرقابة على تكنولوجيا الاتصال، دون أن تكون مبرراً للتجسس على المعطيات الشخصية للأفراد العاديين الذين لا يشكلون خطراً على الغير. ويجب أن تكون عملية المراقبة متنسقة مع الهدف المحدد من أجلها، وأن تكون مقيدة زمنياً وتحت إشراف القضاء.

ويضطلع القانون هنا بمهمة سنّ تشريعات محددة وواضحة تعطي توازناً بين حماية الحياة الخاصة وحقوق الخصوصية وبين متطلبات الحفاظ على الأمن الوطني.

ج. حجب المواقع التي تمجّد الإرهاب وتنشر الأفكار المتطرفة

إن الحرب على الإرهاب هي بالأساس حرب أفكار. وعادة ما يستقطب المجرم المعلوماتي ذو الخلفية الإرهابية أتباعه من خلال خطاب ديني جذاب يجيش المشاعر. كما يعتمد شعارات حماسية بهدف استقطاب الشباب المتحمس الراغب في تغيير الوضع الراهن. وقد استفادت الجماعات الإرهابية من شبكة الإنترنت واستغللتها لنشر أفكارها واستقطاب أكبر عدد ممكن من الأشخاص، حيث ففز عدد المواقع الإلكترونية التي تديرها المنظمات الإرهابية على شبكة الإنترنت من 12 موقعاً في عام 1998م إلى 4800 موقعاً في عام 2006م (2). وقد ساهم ظهور الويب 2.0 الذي نشأ بظهور المواقع التفاعلية مثل المدونات والشبكات الاجتماعية، في فتح المجال أمام الجميع للمشاركة والتفاعل بلا قيود. وبذلك أصبح بإمكان كل شخص التعبير عن رأيه على شبكة الإنترنت بسهولة وبلا رقابة مسبقة.

وقد سمحت المنتديات ومواقع التواصل الاجتماعي للإرهابيين بتحديد الأشخاص المتعاطفين معهم (من خلال تعليقاتهم أو نشرهم لمقطع فيديو أو عبر محادثاتهم داخل المنتديات) في مرحلة أولى، واستقطابهم في مرحلة ثانية، وجنيدهم في مرحلة ثالثة. ولا يجد الإرهابيون اليوم صعوبة في الحصول على معلومات حساسة، مثل مواقع بعض المنشآت الحيوية أو صورها الملتقطة من الفضاء عبر موقع Google earth. كما أن بإمكانهم تصنيع قنابل بالاسترشاد بمقاطع فيديو منتشرة عبر الإنترنت. وقد بينت التحقيقات الأولية في حادث الأزهر بمصر (2005/4/8م)، أن منفذ الحادث، الذي ذهب ضحيته، حصل على معلومات عبر شبكة الإنترنت، ساعدته على تصنيع قنبلة بدائية الصنع انفجرت في وجهه (3). وفي نفس السياق، نشرت مؤخراً مجموعة من

1 انظر: علي عدنان الفيل، "الإرهاب الإلكتروني" مجلة الجامعة الخليجية، المجلد 2، قسم القانون، العدد 2/ 2010، ص 272.

2 انظر: Gabriel Weimann, « Terror on the internet », USP Press Books, 2006.

3 أنظر محمد سيد سلطان، "قضايا قانونية في أمن المعلومات وحماية البيئة الإلكترونية"، دار ناشرين للنشر الإلكتروني، ربيع الأول 1433 هـ/ يناير 2012 م، ص 13.

القراصنة الإلكترونيين التابعين لتنظيم "داعش" قائمة "اغتيالات" تضم أسماء عشرات العسكريين الأمريكيين زعموا أنهم شاركوا في الغارات الجوية ضد التنظيم في سوريا والعراق. وقامت المجموعة بنشر أسماء وعناوين منازل وصور أكثر من 70 من العسكريين الأمريكيين وفي مقدمتهم الفريق "شون ماكفرلاند"، القائد الأمريكي لقوات التحالف(1). وتُبرز هذه الأمثلة الواقعية ضرورة حجب المواقع ذات الخلفية الإرهابية كطريقة وقائية لتجفيف منابع الاستقطاب والتجنيد الإرهابي وقطع الطريق أمام توظيف الإرهابيين للإنترنت للدعاية لأعمالهم الإرهابية.

وقد اعتمدت عدة دول تقنية الدخول على الإنترنت لحجب المواقع الضارة؛ ففي المملكة العربية السعودية -مثلاً- يتم حجب المواقع الإباحية والمفسدة لأخلاق الشباب، حيث صدر في 1417/10/24 هـ قرار مجلس الوزراء السعودي رقم (163) الذي أوكل لمدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية مهمة إدخال خدمة الإنترنت للمملكة، إضافة إلى ترشيح محتواها وحجب المواقع الضارة والمخلة بالآداب. وتختص "هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات"(2) بعملية ترشيح الإنترنت. ورغم الانتقادات التي توجه لتقنية الحجب، بحجة أنها تحد من حرية التعبير، إلا أنها ضرورية فيما يتعلق بمواقع الإنترنت المخالفة للقوانين كالمنظمات الإرهابية ومواقعها، أو المخالفة لأحكام الشريعة والأخلاق الحميدة. ولم يقتصر استعمال تقنية الحجب على الدول العربية، فقد لجأت بعض الدول الغربية إلى هذا الحل، من ذلك قيام أستراليا، منذ سنة 1999م، بتكليف هيئة مستقلة بمراقبة الإنترنت. وقد اعتمدت هذه الهيئة قائمة سوداء للمواقع الأسترالية المخالفة للقانون التي يتعين على مزودي الاستضافة إغلاقها. وفي السياق نفسه اعتمدت عدة محركات بحث ألمانية منذ سنة 2005م، قائمة سوداء تشمل المواقع المخالفة للقانون الألماني.

2. مكافحة القانونية

إن الحاجة لاتخاذ تدابير تشريعية (دولية ووطنية) جُرم الإرهاب الإلكتروني ترجع إلى ثلاث حقائق قانونية: الأولى: أن مجال جرائم الكمبيوتر ذو طبيعة غير مادية، على خلاف الجرائم التقليدية، فعندما يكون الكمبيوتر هدفاً للجريمة فإن السلوك يستهدف المعلومات المخزنة فيه أو المنقولة منه أو إليه، وعندما يكون وسيلة لارتكاب الفعل، فإن السلوك يستهدف بيانات ذات قيمة مادية، وعندما يكون الحاسوب ذاته بيئة حاضنة للجريمة فإن محتوى الفعل غير المشروع هو المعلومات غير المشروعة المخزنة فيه.

الثانية: أن مبدأ الشرعية الجنائية يمنع المساءلة الجنائية في غياب نص قانوني سابق الوضع، فلا جريمة ولا عقوبة بدون نص، ومتى انتفى التنصيص على جرم مثل هذه الأفعال، انعدمت المسؤولية وأصبح هناك قصور في مكافحة هذه الجرائم.

1 انظر مقال : "البنتاغون يستنفر بعد نشر داعش "قائمة اغتيالات"، مقال منشور على موقع <https://arabic.rt.com>

2 يوضح موقع الأنترنت الخاص بهيئة الاتصالات وتقنية المعلومات كيف تتم خدمة الترشيح : " تقوم هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات بتقديم خدمة ترشيح محتوى الأنترنت في المملكة، وذلك من خلال وضع الضوابط والمتطلبات الخاصة بترشيح خدمات الأنترنت بالتنسيق مع اللجنة الأمنية الدائمة للأنترنت، كما تقوم بتوفير القوائم الخاصة بالمواقع المحجوبة يومياً لمزودي خدمة المعطيات، في حين يتولى مزودو خدمة المعطيات مسؤولية توفير الحلول التقنية بما يتوافق مع متطلبات الهيئة وسياساتها، ويتم حجب المواقع والمواد التي تتنافى مع الدين الحنيف والأنظمة الوطنية بناءً على توجيهات اللجنة الأمنية الدائمة. وقد أوكلت اللجنة مهمة حجب المواقع التي تروج للإباحية وتوفير وسائل لتجاوز الحجب إلى هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات، وتتم عملية الترشيح من خلال قائمتين إحداها تجارية تضم أكثر من 90 تصنيفاً، ويتم حجب التصنيفات المتعلقة بالمواد الإباحية والقمار والمخدرات. هذه القائمة يتم تحديثها يومياً، ومن ثم توفيرها لمزودي خدمة المعطيات بعد دمجها مع القائمة المحلية لتطبيقها على أجهزة الترشيح لديهم. كما يتوفر لدى الهيئة قائمة أخرى محلية، وهي عبارة عن قائمة داخلية يتم إعدادها من قبل هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات وذلك من خلال إضافة المواقع الواردة إلى الهيئة من قبل عموم المستخدمين أو التوجيهات الواردة من الجهات المختصة. (انظر : موقع هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات www.citc.gov.sa)

الثالثة : أن القياس في النصوص الجنائية الموضوعية محظور، ويكاد ينحصر مجاله في الحقل الجنائي في نصوص الإجراءات الجنائية كلما كانت أصلح للمتهم، ومؤدى ذلك امتناع قياس أنماط جرائم الكمبيوتر على الجرائم التقليدية التي تستهدف الأموال والاعتبار المالي⁽¹⁾.

ولكي تكون مكافحة الإرهاب الإلكتروني فاعلة فإنها تستدعي التحرك على مستوى دولي (أ) وعلى مستوى داخلي (ب).

أ. المكافحة القانونية على المستوى الدولي

يُشكل الإرهاب آفة دولية بامتياز، حيث اتسعت خارطة ضحاياه لتشمل كل دول العالم. وقد لعبت منظمة الأمم المتحدة دوراً فاعلاً في مكافحة الإرهاب⁽¹⁾، كما ساهمت اتفاقية بودابست في وضع الأسس القانونية لمكافحة الجرائم المعلوماتية على مستوى دولي، بما فيها جرائم الإرهاب المعلوماتية⁽²⁾.

1. دور منظمة الأمم المتحدة

اهتمت منظمة الأمم المتحدة بمكافحة الإرهاب منذ عشرات السنين، حيث أصدرت بين عامي 1963م و2005م ثلاث عشرة اتفاقية مناهضة للإرهاب⁽²⁾، وقد ساهمت أحداث 11 سبتمبر 2001م، في تزايد وتيرة القرارات الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة التي تهدف لمكافحة الإرهاب، حيث أصدرت المنظمة ثلاثة من أهم القرارات المناهضة للإرهاب: القرار (1368) الذي اتخذ مجلس الأمن في جلسته 4370، المنعقدة في 2001/9/12 م، والقرار (1373)، والقرار (1390) الذي صدر في 2002/2/16م⁽³⁾.

وقد ألزم قرار مجلس الأمن رقم (1373) لسنة 2001 م، والقرار رقم (1566) لسنة 2004م كل الدول الأعضاء بالمنظمة، بما فيها الدول التي لم تنخرط في الاتفاقيات الثلاث عشرة، بتجريم الأعمال التي نصت عليها هذه الاتفاقيات، كما أنها ملزمة بالتصديق على هذه الاتفاقيات والعمل على نحو عاجل على منع الأعمال الإرهابية والقضاء عليها من خلال التعاون المتزايد فيما بينها⁽⁴⁾.

2. دور اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم المعلوماتية

تم توقيع هذه الاتفاقية في العاصمة المجرية "بودابست" في 23/11/2001م⁽⁵⁾ من طرف نحو ثلاثين دولة بما فيها دول خارج مجلس أوروبا. وهي تعتبر ثمرة الجهود التي بذلها الاتحاد الأوروبي والمجلس الأوروبي، كما تعتبر إطاراً مرجعياً لمكافحة الجرائم المعلوماتية، بما فيها جرائم الإرهاب الإلكتروني. وقد نصت الاتفاقية في مقدمتها على الحاجة لاتخاذ تدابير تشريعية لمكافحة الجرائم المعلوماتية، وتشتمل اتفاقية بودابست على مقدمة وأربعة

1. يونس محمد عرب، بحث بعنوان "الإطار القانوني للإرهاب الإلكتروني واستخدام الانترنت للأغراض الإرهابية"، ضمن كتاب "استعمال الإنترنت في تمويل الإرهاب وجنيد الإرهابين، مرجع سابق، ص 4.

2. انظر: د. جلاء فليح و د. عبد الرحمن الطحان، "دور الأمم المتحدة في مكافحة الإرهاب في العصر الرقمي"، مقال منشور على موقع www.f-law.net.

3. يمكن الاطلاع على قرارات منظمة الأمم المتحدة، من خلال موقعها الإلكتروني على الرابط: <http://www.un.org>.

4. يفرض البند الثالث من القرار 1373 على الدول المعنية تقديم التقارير، والتي تركز على أربعة ميادين يجب على الدول الإفصاح عنها، فيما ترفعه إلى لجنة مكافحة الإرهاب وهي على الآتي:

أولاً - ما هي التشريعات ذات الصلة بالإرهاب المتخذة، أو التي ستتخذ في إطار الحملة الدولية لمكافحة الإرهاب؟

ثانياً - ما هو التحرك العملي الذي اتخذ، أو الذي سيتم اتخاذه في هذا الإطار؟

ثالثاً - ما هي المبادرات الأخرى، إن وجدت، والتي قامت بها الدول المعنية لتنفيذ نص وروح القرار 1373؟

رابعاً - ما هي الخطوات التي اتخذت أو التي من المتوقع اتخاذه لتعزيز التعاون الدولي في المجالات التي يشملها القرار. (انظر: د. جلاء فليح و د. عبد الرحمن الطحان، "دور الأمم المتحدة في مكافحة الإرهاب في العصر الرقمي"، مقال منشور على الرابط: www.f-law.net).

5. انظر: د. هلال عبد الله أحمد، "اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية معلقاً عليها"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثامنة، 2011.

فصول توضح أهداف الاتفاقية ومنطقاتها ومرجعياتها السابقة وجهودها الإرشادية والتوجيهية. وتغطي المصطلحات الأساسية، وتعالج النصوص الموضوعية لجرائم الحاسوب، وتوضح القواعد الإجرائية وجهات الاختصاص المكلفة بتطبيقها، إضافة إلى المبادئ العامة الخاصة بالتعاون الدولي في مكافحة الجريمة المعلوماتية(1).

وتبعاً لذلك، صدرت عديد الاتفاقيات والتشريعات الدولية والإقليمية التي تتصدى للإرهاب بصورة شاملة ومنها الإرهاب الإلكتروني وطرقه وتمويله بشكل أخص.

ب. مكافحة القانونية على المستوى الداخلي

يُعد الإرهاب الإلكتروني من الجرائم المستحدثة، وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من الدول الأولى التي أصدرت قانوناً لمكافحة، فقد أصدرت في أكتوبر 2001م اتفاقية لمكافحة الإرهاب الإلكتروني، وسّعت من خلالها سلطات البحث والتحقيق والمراقبة الإلكترونية، كما أنشأت وزارة العدل الأمريكية لجنة لمكافحة الإرهاب الإلكتروني، وقد دُعي البننتاغون في عام 2005 م إلى إنشاء لجنة تضم عباقرة الاختراق لتأمين وتحسين الفضاء الإلكتروني(2).

ولم تبق الدول العربية مكتوفة الأيدي أمام تنامي ظاهرة الإرهاب الإلكتروني، فقد جرّم التشريع السعودي الإرهاب الإلكتروني في صلب نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية(3)، حيث أقرت المادة السابعة من النظام عقوبة السجن لمدة لا تزيد على عشر سنوات وغرامة مالية أو بإحداهما ضد كل شخص يرتكب الجرائم التالية: "1. إنشاء موقع لمنظمات إرهابية على الشبكة المعلوماتية، أو أحد أجهزة الحاسب الآلي أو نشره لتسهيل الاتصال بقيادات تلك المنظمات، أو أي من أعضائها أو ترويج أفكارها أو تمويلها، أو نشر كيفية تصنيع الأجهزة الحارقة، أو المتفجرات، أو أداة تستخدم في الأعمال الإرهابية. 2. الدخول غير المشروع إلى موقع إلكتروني، أو نظام معلوماتي مباشرة، أو عن طريق الشبكة المعلوماتية، أو أحد أجهزة الحاسب الآلي للحصول على بيانات تمس الأمن الداخلي أو الخارجي للدولة، أو اقتصادها الوطني".

و في نفس السياق، يعاقب قانون جرائم أنظمة المعلومات الأردني رقم 30 لسنة 2010م في المادة العاشرة منه بالأشغال الشاقة المؤقتة: "كل من استخدم نظام المعلومات أو الشبكة المعلوماتية أو أنشأ موقعاً إلكترونياً لتسهيل القيام بأعمال إرهابية أو دعم لجماعة أو تنظيم أو جمعية تقوم بأعمال إرهابية أو الترويج لاتباع أفكارها، أو تمويلها".

وقد أصدرت في السنوات الأخيرة في بعض الدول العربية قوانين لمكافحة الإرهاب تعتمد نظرة مستحدثة لمكافحة الإرهاب. ومن بين هذه القوانين: نظام جرائم الإرهاب وتمويله السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/16 بتاريخ 1435/2/24 هـ. والقانون الاتحادي الإماراتي رقم 7 لسنة 2014م في شأن مكافحة الجرائم

1 انظر: د. رائد العدوان، "المعالجة الدولية لقضايا الإرهاب الإلكتروني" دورة تدريبية منعقدة بالرياض حول "توظيف شبكات التواصل الاجتماعي في مكافحة الإرهاب" 23-27/2/2013 م، ص14، (يمكن تحميل البحث على موقع <http://repository.nauss.edu.sa>).

2 أنظر محمد سيد سلطان، "قضايا قانونية في أمن المعلومات وحماية البيئة الإلكترونية"، دار ناشرين للنشر الإلكتروني، ربيع الأول 1433 هـ/ يناير 2012 م، ص 42.

3 الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م 17) و بتاريخ 1428/7/8 هـ.

الإرهابية، والقانون الأساسي التونسي عدد (26) لسنة 2015 المؤرخ في 7/8/2015م المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال.

وعلى خلاف ما هو معمول به في قوانين مكافحة الإرهاب، لم يتضمن نظام جرائم الإرهاب وتمويله السعودي فصلاً جُرم الإرهاب. ويسمح هذا الحل للقاضي الجزائي بتطبيق أحكام الشريعة على الجريمة الإرهابية كلما انطبقت عليها هذه الأحكام. ومن ذلك تطبيق حد الحاربة إذا ما توفرت في الجريمة شروط الحاربة⁽¹⁾. ويمكن للقاضي الجزائي إصدار عقوبة تعزيرية⁽²⁾ في الأعمال الإرهابية التي لم يرد فيها نص جرمي صريح. وقد حدد نظام جرائم الإرهاب وتمويله السعودي المفاهيم المرتبطة بالإرهاب، حيث عرّف الجريمة الإرهابية بأنها "كل فعل يقوم به الجاني تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي بشكل مباشر أو غير مباشر، يقصد به الإخلال بالنظام العام، أو زعزعة أمن المجتمع واستقرار الدولة أو تعريض وحدتها الوطنية للخطر، أو تعطيل النظام الأساسي للحكم أو بعض مبادئه، أو الإساءة إلى سمعة الدولة أو مكانتها، أو إلحاق الضرر بأحد مرافق الدولة أو مواردها الطبيعية أو محاولة إرغام إحدى سلطاتها على القيام بعمل ما أو الامتناع عنه، أو التهديد بتنفيذ أعمال تؤدي إلى المقاصد المذكورة أو التحريض عليها". ورغم أهمية هذا التعريف، إلا أنه قد يطرح إشكالات عملية نتيجة مرونته⁽³⁾، مما يسمح بالتوسع في الجريمة الإرهابية.

وقد أقر النظام استثناء هذا النوع من الجرائم من مبدأ إقليمية النص الجزائي⁽⁴⁾، كما اعتمد إجراءات جزائية خاصة بالجرائم الإرهابية، تتماشى مع خطورة هذا الصنف من الجرائم. فقد خوّلت المادة السابعة عشرة من النظام "لوزير الداخلية أو من يفوضه بأن يأمر بمراقبة الرسائل والخطابات والمطبوعات والطرود وسائر وسائل الاتصال والمحادثات وضبطها وتسجيلها سواء كان ذلك في جريمة وقعت أو يحتمل وقوعها إذا كانت لها فائدة في ظهور الحقيقة، على أن يكون الأمر مسبباً". كما سمحت المادة التاسعة عشرة "للمحكمة الجزائية المتخصصة أثناء نظر الدعوى بأن تأمر بالحجز التحفظي على الأموال أو المتحصلات أو الوسائط واستمراره إلى حين الانتهاء من المحاكمة".

وتسمح هذه المواد بتتبع الإرهابي جزائياً عند ارتكابه جريمة معلوماتية، حتى ولو كان قاطناً خارج البلاد. كما أن رقابة وسائل الاتصال تشمل الإنترنت، بما يسمح بالقيام بعمليات استباقية قبل ارتكاب الجريمة الإرهابية. وتسمح المادة التاسعة عشرة من النظام للقاضي الجزائي بحجز الوسائل التي تستعمل في الإرهاب الإلكتروني، بما يقلل من إمكانية إتلافها أو محو محتواها من طرف المجرم المعلوماتي.

1 في 2/1/2016، نَفَّذَت المملكة العربية السعودية حكم الحاربة و التعزير في حق 47 إرهابياً. (انظر جريدة الرياض ليوم 2016/1/2 : "الداخلية: تنفيذ حكم الحاربة والتعزير بحق 47 شخصاً من الفئة الضالة" (<http://www.alriyadh.com/1115750>)).

2 جرائم التعزير هي كل جنائية ليس فيها حد. والتعزير: هو تأديب على معاص لم تُشرع فيها عقوبات مقدرة ابتداءً. وقد نصت الشريعة على بعض الجرائم، مثل جريمة الربا وخيانة الأمانة والسب والشتم، دون تحديد عقابها، وترك الأمر للنص على بعضها الآخر (مثل الجرائم المعلوماتية وغيرها من الجرائم المستحدثة). وهو القسم الأكبر من جرائم التعزير. (انظر ناصر البقمي، جرائم المعلوماتية ومكافحتها في المملكة العربية السعودية" المرجع السابق، ص 206-207)

3 تتجلى مرونة التعريف في اعتبار المادة 7 من النظام من قبيل الجريمة الإرهابية «الإساءة إلى سمعة الدولة أو مكانتها». وهو أم قد يرتكبه صحفي عن حسن نية عند نقده للأوضاع الاقتصادية أو الاجتماعية داخل الدولة.

4 نصّت المادة الثالثة من النظام على عدم تطبيق مبدأ إقليمية النص الجزائي من خلال تطبيق أحكام النظام على كل شخص، سعودي كان أو أجنبياً، ارتكب خارج المملكة العربية السعودية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام.

وبالنسبة للنظام القانوني للإرهاب الإلكتروني بالملكة العربية السعودية، يمكن القول أن النص المنطبق على هذا الصنف من الإجرام هو المادة السابعة من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية، وذلك وفقاً لضوابط نظام جرائم الإرهاب وتمويله، الذي أفرد الجريمة الإرهابية بإجراءات أكثر صرامة (وجوبية التوقيف، الاستثناء من مبدأ إقليمية النص الجزائي، منع المتهم من الاتصال بالغير خلال مدة قد تصل إلى تسعين يوماً) من تلك المقررة لجرائم الحق العام.

وفي السياق نفسه، صدر القانون الاتحادي الإماراتي رقم 7 لسنة 2014م في شأن مكافحة الجرائم الإرهابية الذي يعتبر نقلة نوعية مقارنة بسابقه الصادر في 2004م، وتضمن القانون سبعين مادة. وقد عرّفت المادة الأولى من القانون بعض المفاهيم الدقيقة، من ذلك «الجريمة الإرهابية»، و«الغرض الإرهابي» و«التنظيم الإرهابي». وتنص المادة 14 من القانون على أنه «يعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد كل من ارتكب فعلاً أو امتنع عن فعل من شأنه أو قصد به تهديد استقرار الدولة أو سلامتها أو وحدتها أو سيادتها أو أمنها، أو مناهضاً للمبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام الحكم فيها، أو قصد به قلب نظام الحكم فيها أو الاستيلاء عليه، أو تعطيل بعض أحكام الدستور بطريقة غير مشروعة، أو منع إحدى مؤسسات الدولة أو إحدى السلطات العامة من ممارسة أعمالها، أو الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلم الاجتماعي». وقد أقر القانون الاتحادي عقوبات صارمة تجاه الجرائم الإرهابية قد تصل إلى الإعدام(1).

ومن بين القوانين العربية الحديثة الخاصة بمكافحة الجرائم الإرهابية، القانون الأساسي التونسي عدد (26) لسنة 2015 المؤرخ في 2015/8/7م المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال(2). وقد تفادى هذا القانون تعريف مفهوم الإرهاب، خوفاً من المنزقات التي قد يؤول إليها هذا التعريف، ويحتوي هذا القانون على فصول خاصة بالإرهاب الإلكتروني، حيث اعتبر الفصل (34) في فقرته الثانية أنه «من قبيل ارتكاب جريمة إرهابية مستوجبة لعقاب من عشرة أعوام إلى عشرين عاماً وبخطية من خمسين ألف دينار إلى مائة ألف دينار، توفير -بأي وسيلة كانت المعدات- للمواد أو المعدات أو الأزياء أو وسائل النقل أو التجهيزات أو المؤونة أو المواقع الإلكترونية أو الوثائق أو الصور لفائدة تنظيم أو وفاق إرهابي أو أشخاص لهم علاقة بالجرائم الإرهابية المنصوص عليها بهذا القانون». ويسمح الفصل 57 من قانون 2015/8/7م باختراق الجماعات الإرهابية بواسطة عون أمن متخف أو مخبر معتمد من قبل مأموري الضابطة العدلية التحول لهم معاينة الجرائم الإرهابية. وقد وردت عبارة «الاختراق» مطلقة مما يسمح بأن تشمل عدة صور، كالانضمام للمنتديات ومواقع التواصل الاجتماعي وجميع البيانات والمعطيات حول الأشخاص الذين يشكلون تهديداً إرهابياً محتملاً.

ويُجرّم الفصل 32 من القانون التونسي المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال، الانضمام إلى أي تنظيم إرهابي أو وفاق إرهابي له علاقة بالجرائم الإرهابية. ويمكن اعتبار الانضمام إلى المنتديات التي تمجد الأعمال الإرهابية أو تشجّع عليها من قبيل الانضمام إلى تنظيم إرهابي. ولم يقف القانون عند هذا الحد، بل اعتبر من قبيل الجريمة الإرهابية المستوجبة للسجن من عام إلى خمسة أعوام وبخطية من خمسة آلاف دينار إلى عشرة آلاف دينار «كل من يتعمد داخل الجمهورية وخارجها علناً وبصفة صريحة الإشادة أو التمجيد بأي وسيلة كانت

1 انظر المقال: "قانون مكافحة الجرائم الإرهابية... الدوافع والمضمون والمردود على الأمن الوطني"، مقال منشور بالمجلة الإلكترونية العسكرية والاستراتيجية "درع الوطن" (<http://www.nationshield.ae>).

2 قانون أساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 2015/8/7 متعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 63، صادر في 7 أوت 2015، ص 2163.

بجريمة إرهابية أو بمرتكبها أو بتنظيم أو وفاق له علاقة بجرائم إرهابية أو بأعضائه أو بنشاطه أو بآرائه وأفكاره المرتبطة بهذه الجرائم الإرهابية".

ويمكن أن يأخذ هذا التمجيد المستوجب للعقاب شكل مقطع فيديو أو تسجيل صوتي منشور على موقع تواصل اجتماعي أو داخل مدوّنة أو تغريدة على "تويتر" أو تعليق على خبر تم تداوله على صفحات الإنترنت. وقد أحيل أمام القضاء التونسي بعض الأشخاص من أجل جريمة تمجيد الإرهاب، من ذلك إيقاف فتاة، على إثر نشرها تعليقا في أحد مواقع التواصل الاجتماعي تمت فيه الموت مع عناصر إرهابية تم القضاء عليها في مدينة بن قردان التونسية، حيث كتبت تعليقا على صور الإرهابيين القتلى التي تم تداولها في مواقع التواصل الاجتماعي: "اللهم أرزقني الشهادة معهم"(1).

ويكتسي تجريم تجيد الإرهاب أهمية وقائية، حيث يحول دون تعبير الأشخاص المتعاطفين مع الإرهابيين عن ميولتهم الشخصية خوفا من المساءلة القانونية، وهو ما يحول دون معرفة الإرهابيين لخلفيتهم الإيديولوجية، ويجعل من استقطابهم وتجنيدهم أمرا أكثر صعوبة.

وفي الوقت الذي ينادي فيه عدد من الباحثين بضرورة وجود تشريعات وقوانين موحدة وملزمة على مستوى دول الخليج العربي، أو الدول العربية، أو على مستوى العالم إلا أن الواقع أن غالب الدول تميل إلى الاكتفاء بالقانون الوطني لكل دولة، وما يوجد من قوانين موحدة في مجال مكافحة الإرهاب يمثل الحد الأدنى من التعاون وفي ما هو محل اتفاق فقط، وهذا في حد ذاته يعد خطوة نحو تحرك فاعل لمكافحة الإرهاب إقليمياً ودولياً مع احترام سيادة الدول القانونية فيما تراه من تشريعات وقوانين.

ويبقى مستغرباً تأخر وتخلف عدد من دول العالم في إصدار القوانين التي تتصدى للإرهاب وهو ظاهرة عالمية لم تعد أي دولة في منأى عنه.

المطلب الثاني: المكافحة طويلة الأمد

الجريمة الإرهابية هي جريمة من نوع خاص، فعلى خلاف المجرم التقليدي الذي يسعى جاهداً إلى تفادي العقاب، فإن الإرهابي لا يخشى عادة من العقاب، ويتجلى ذلك خاصة في الإرهاب الناتج عن التطرف الديني، حيث لا يتوانى الإرهابي عن تفجير نفسه وسط الحشود، وبالنسبة لهذا النوع من الإرهاب، فإن عقوبة الإعدام، والتي تعد أشد عقوبة يمكن أن تصدر عن القاضي، غير قادرة على ردع المجرم الذي يعتمد أصلاً إلى الانتحار بتفجير نفسه. ويمكن القول بأنه "لا يوجد حل سريع لمشكلة الإرهاب"(2) و أن الحلول الفعالة لمجابهة الظاهرة الإرهابية لا يمكن أن تكون حلولاً قانونية وتقنية صرفة، بل يجب أن تكون حلولاً متعددة الزوايا وطويلة الأمد. ويكون ذلك من خلال نشر ثقافة الحوار(1) وتعزيز ثقافة المواطنة(2).

1. نشر ثقافة الحوار

1 انظر : المقال المنشور على الموقع الإلكتروني " إيقاف امرأة منقبة بتهمة تمجيد الإرهاب"، <http://www.kapitalis.com>.
2 رونالد كريلنستن، " مكافحة الإرهاب"، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، الطبعة الأولى، 2011 م، ص 203.

يعتبر الإرهاب من أكثر الظواهر الإجرامية تعقيداً. ولا يمكن لسلطات الأمن بمفردها حل مشكلة لها جذور متشعبة (اقتصادية وسياسية واجتماعية ونفسية وثقافية وتربوية)(1). وتتطلب مكافحة الإرهاب استنباط حلول جذرية ومنهجية لاستئصال الفكر المتطرف الذي يقوم على الدغمائية(2) ونفي الآخر، كما يتعين تخفيف منابع هذا الفكر المتطرف الذي يُعد أحد مظاهر التلوث الفكري(3)، من خلال نشر ثقافة الحوار والتسامح، سواءً على مستوى المؤسسات التعليمية أو الدينية.

ويمكن للمؤسسات التعليمية أن تساهم في الوقاية من الإرهاب الإلكتروني، خاصة وأن الإرهاب الإلكتروني يتطلب حداً أدنى من التعلم وإلماماً بعلوم الحاسب وتكنولوجيا الاتصال. ويكمن دور المنظومة التعليمية في تنمية الحس النقدي لدى الطالب وتعويدده على الحوار وتفهم الفكر المخالف، ومعرفة الحقوق العامة والخاصة، وتقدير ولاية الأمر والعلماء وأهل الحل والعقد في المجتمع. وتحذير الطلاب من الانخداع بأفكار أصحاب التيارات الفكرية المنحرفة والتي هي ضد ثوابتهم وواقعهم الديني والسياسي والاجتماعي(4). ويمكن للنظام التعليمي أن يساهم في مكافحة الفكر المتطرف الذي قد يؤدي إلى الإرهاب من خلال تعويد طالب العلم على قبول بعض المبادئ التربوية، من قبيل مبدأ النسبية الثقافية(5) ومبدأ عالمية السمات الإنسانية(6) ومبدأ التوافق مع الآخرين(7).

وتستطيع المؤسسات الدينية -من جهتها- أن تلعب دوراً محورياً في تخفيف منابع الإرهاب، من خلال تجديد الخطاب الديني(8) ونشر فكر ديني وسطي ومعتدل ينبذ العنف والغلو في الدين. وترى عديد الدراسات أن التربية الإسلامية تُكسب الشباب التسامح واللين والرحمة والمحبة والرفق، والوسطية، والاعتدال، والاستقامة، والثبات، واتباع منهج الله القويم، كما أنها تبعده عن التشدد، والقسوة والعنف، والكراهية، والحق(9).

- 1 انظر: د. نهى حامد عبد الكريم، "دور التربية في مواجهة الإرهاب"، المؤتمر العلمي الثاني لكلية الشريعة القانون (الإرهاب في ضوء الشريعة والقانون)، جامعة إربد الأهلية، الأردن، 2002 م، ص 31.
- 2 الدوغمائية أو الوثوقية هي التعصب لفكرة معينة من قبل مجموعة دون قبول النقاش فيها أو الإتيان بأي دليل ينقضها لمناقشتها. وهي التشدد في الاعتقاد الديني أو الإيديولوجي، أو موضوع غير مفتوح للنقاش أو للشك.
- 3 انظر: د. منيرة عبد الله السنبل، "التلوث الفكري لدى الشباب و دور خدمة الفرد في التعامل معه"، المجلة العربية للعلوم الأمنية والتدريب، المجلد 29، العدد 58، محرم 1435 هـ، ص 146.
- 4 انظر: د. مفلح بن دخيل الأكلبي و د. محمد آدم أحمد، " دور محتوى مناهج التعليم الثانوي بالملكة العربية السعودية في مواجهة الإرهاب الفكري والتقني (الواقع والمأمول)، بحث مقدم للمؤتمر الوطني الأول للأمن الفكري "المفاهيم والتحديات"، 1430 هـ، ص 20.
- 5 يقوم هذا المبدأ على اعتبار أن كل ثقافة نشأت لإشباع حاجات خاصة بشعب معين في زمان و مكان محدد، ومن ثم لا توجد ثقافة أفضل من ثقافة أخرى، بما يعني نسبية الثقافات و احترام المؤسسات الدولية و المنظمات العالمية لجميع الثقافات دون تفرقة أو تمييز بينها. (انظر: نهى حامد عبد الكريم، "دور التربية في مواجهة الإرهاب"، مرجع سابق، ص 38).
- 6 يعني هذا المبدأ أن اختلاف الثقافات و القوميات و العادات و الشخصيات القومية المميّزة لكل شعب من شعوب العالم لا ينفي وجود سمات إنسانية مشتركة بين جميع البشر مثل الحق في الحرية ودرء الأخطار و الأمراض و مواجهة الإرهاب و العنف و المجاعات والكوارث الطبيعية. (انظر: د. نهى حامد عبد الكريم، "دور التربية في مواجهة الإرهاب"، مرجع سابق، ص 39).
- 7 يعني هذا المبدأ قبول الآخرين و قبول حقهم في الوجود والحياة بالرغم من اختلاف عقيدتهم و حضارتهم و ثقافتهم منعا لحدوث تصادم الحضارات والثقافات. و يترتب على هذا المبدأ إحلال مبدأ المفاوضات محل مبدأ المواجهات و توازن المصالح، بدلا من توازن المخاوف، أي بعبارة أخرى التوازن بين الآن و الآخرين. (انظر: د. نهى حامد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 40).
- 8 انظر: د. نهى حامد عبد الكريم، "دور التربية في مواجهة الإرهاب"، مرجع سابق، ص 46.
- 9 فالح سعيد المغامسي، "أثر التربية الإسلامية في تخمين الشباب ضد الانحراف"، بحث مقدم لمؤتمر "تخمين شباب الجامعات ضد الغزو الفكري" الذي أقيم في رحاب الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ١٤٢٤ هـ. (انظر: د. مفلح بن دخيل الأكلبي و د. محمد آدم أحمد، " دور محتوى مناهج التعليم الثانوي بالملكة العربية السعودية في مواجهة الإرهاب الفكري والتقني (الواقع والمأمول)، بحث مقدم للمؤتمر الوطني الأول للأمن الفكري "المفاهيم والتحديات"، 1430 هـ، ص 4).

وتبيّن مقاطع الفيديو المبثوثة عبر الإنترنت من طرف بعض التنظيمات الإرهابية، وخصوصاً تنظيم "داعش"، استغلالها للدين الإسلامي الحنيف لمحاولة تبرير تصرفاتها الإرهابية، وذلك من خلال الاستشهاد ببعض الآيات القرآنية أو الأحاديث النبوية المعزولة عن سياقها، أو الاعتماد على تأويل خاطئ لأقوال بعض العلماء. وقد تصدر عنها بعض الفتاوى التي تحلل القتل وتستبجح الأعراس⁽¹⁾. ومن ذلك الفتوى الصادرة في عام 2005 م من طرف "جماعة الدعوة والجهاد"، والمعروفة حالياً "بتنظيم القاعدة في المغرب العربي"، والتي تقضي بالجهاد ضد الأجانب في الجزائر. والأصل في الأمور أن إصدار الفتوى "حق من حقوق أولياء الأمور العامة ومن صلاحياتهم الزمنية"⁽²⁾. كما أنها تخضع لضوابط وقيود، "فتنظيم الفتوى يختلف باختلاف الزمان والمكان، فقد يوجب المنظم اليوم طريقة ثم يرى غدا ما هو أسهل وأحوط وأفضل فيعدل إليه"⁽³⁾. وقد ساهمت الإنترنت في تنامي خطر الفتاوى التي تعطي غطاء دينياً للإرهاب⁽⁴⁾. ويرى خبير الإرهاب الدولي "جابريل ويمن" أن الإنترنت قد أصبحت قاعدة عملية لوضع الفتاوى وتأويلها"⁽⁵⁾. وقد أدى ذلك إلى خروج الخطاب الديني عن السيطرة، فأضحى بعض الشباب المتحمّس، من يفتقر إلى الحس النقدي والتضلع في الدين، وقوداً للإرهاب بعد أن تشبّع بالفكر المتطرف الصادر من بعض المثاليين في الدين، والحال أن الدين الإسلامي هو دين رحمة، جاء ليوحد الناس لا للتفرقة بينهم. يقول الله عز وجل مخاطباً نبيه الكريم صلى الله عليه وسلم: "وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ"⁽⁶⁾. كما يقول تبارك وتعالى: "وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ النَّاسَ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ.."⁽⁷⁾.

2. تعزيز ثقافة المواطنة:

المواطنة في معناها العام هي "انتماء الإنسان لبقعة أرض"⁽⁸⁾. وتعرّف أيضاً بأنها "العضوية الكاملة والمتساوية في المجتمع بما يترتب عنها من حقوق وواجبات"⁽⁹⁾. وبما أنها تستند على فكرة الانتماء إلى الوطن، فإن المواطنة تعتبر أهم دعائم وحدة المجتمع. كما تساهم في تدعيم الشراكة المجتمعية والحد من الفتن والصراعات الطائفية والعرقية. ورغم أن المواطنة تعتبر من المفاهيم الحديثة نسبياً، إلا أننا نجد لها جذوراً تاريخية في الدين الإسلامي، فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم مخاطباً وطنه مكة المكرمة: "والله إنك خير أرض الله وأحب أرض الله إلى الله ولولا أني أخرجت منك ما خرجت"⁽¹⁰⁾.

ويستهدف الإرهابيون ذوي الخلفية الدينية إضعاف حس المواطنة في الفئات التي يسعون لتجنيدها عبر الإنترنت، من خلال عدم اعترافهم بالدولة القطرية وطرح مفهوم مغلوطة لتشكيل دولة إسلامية مترامية

1 انظر: Gabriel Weiman، « Cyber-Fatwa and terrorism »، Studies in Conflict & Terrorism، 34، volume 10، Issue 10، 2011، p. 765.
2 انظر: فهد بن سعد الماجد، "الإفتاء بين المؤسسات الفقهية والاجتهادات الفردية"، ملتقى "دور العلماء في الوقاية من الإرهاب و التطرف"، ملتقى دولي نظّمته جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالرياض في 7-9 2015 م، ص 7.
3 فهد بن سعد الماجد، "الإفتاء بين المؤسسات الفقهية والاجتهادات الفردية"، ملتقى "دور العلماء في الوقاية من الإرهاب و التطرف"، ص 7.
4 انظر: Weiman Gabriel، « Cyber-Fatwa and terrorism »، Studies in Conflict & Terrorism، 34، volume 10، Issue 10، 2011، p. 765.

5 انظر: المرجع السابق.
6 سورة الأنبياء، الآية 107، 29.
7 سورة هود، الآية 118.
8 انظر: د. نهاد فاروق عباس محمود: "المواطنة و دورها في مكافحة الإرهاب في المملكة العربية السعودية"، مجلة الفكر الشرطي، المجلد الثالث والعشرون، العدد 89، أبريل 2014، ص 151.
9 انظر: د. نهاد فاروق عباس محمود: "المواطنة و دورها في مكافحة الإرهاب في المملكة العربية السعودية"، المرجع السابق، ص 156.
10 أخرجه الترمذي.

الأطراف، على نمط الخلافة، تجمع شتات الأمة الإسلامية. ويفتقر هؤلاء إلى فهم مستجدات العصر واستقلالية الدول وسيادتها السياسية والقانونية، وفي الوقت نفسه لا يمنع وجود قواسم مشتركة بين الدول للتكامل والتعاون. ولعل تجربة مجلس تعاون الخليج العربي ومراحل الاتحاد التي يمر بها خير دليل.

ولذلك يمكن إحباط مخططات هذه الجماعات الإرهابية بتعزيز ثقافة الانتماء لدى المواطن وإعلاء قيمة الوطن لديه حتى لا يتم استقطابه إيديولوجيا من طرف التنظيمات الإرهابية، ولكي يكون العين الساهرة للدولة على المخططات الإرهابية المزمع ارتكابها وخط دفاع أول ضد الإرهاب.

وما يشار إليه، وجود دراسات وبحوث أكاديمية متميزة تناولت سبل المكافحة والمعالجة لظاهرة الإرهاب وبالإمكان اعتمادها عند اتخاذ التدابير والحلول لهذا الداء بالغ الخطورة.

الخاتمة

في ختام هذا البحث، يمكن القول إن الإرهاب الإلكتروني من الجرائم المستحدثة بالغة التعقيد، فهو وليد عوامل عديدة ومتضافرة (اجتماعية، أيديولوجية، ثقافية). ورغم أهمية النصوص القانونية، فإن القضاء على هذا النوع من الإجرام يستدعي حلولاً تتجاوز فكرة العقاب وتكرس ما يمكن تسميته بمكافحة الإرهاب "الإقناعية" (1)، التي تقوم على كسب القلوب والعقول في مكافحة الإرهاب.

وقد سمح البحث بالتوصل إلى النتائج التالية:

- النتائج

1. يستهدف الإرهاب الإلكتروني بعدين هامين: يتمثل أولهما في أنه أصبح عاملاً مساعداً للإرهاب التقليدي، من خلال توفير المعطيات عن الأماكن المستهدفة أو المساهمة في تنفيذ العملية الإرهابية، والبعد الثاني معنوي، يتمثل في بث الكراهية ونشر الأفكار الهدامة عبر خطاب إعلامي منهجي.
2. استطاعت المنظمات الإرهابية توظيف شبكة الإنترنت في الحصول على كم هائل من المعلومات ومن ثم تبادلها بين أفرادها بصورة خفية لتحقيق أهدافها الإجرامية.
3. أسهمت شبكة الانترنت بشكل واضح في بسط نفوذ التطرف الفكري لمختلف التيارات من خلال المواقع والمنديات التي تديرها الجماعات والرموز المتطرفة التي تقدم منتجاتها الفكرية وفق خطاب جاذب، مستغلين في ذلك الهشاشة الفكرية لبعض الفئات الاجتماعية في العالمين العربي والإسلامي.
4. تستغل المنظمات الإرهابية شبكة الانترنت لجمع الأموال لتمويل النشاط الإرهابي ومساندته، وقد استفادت من الفرص الكبرى التي وفّرتها الانترنت في حقل الاستثمار الرقمي والتواصل بين شتى الدول.

1 انظر: رونالد كريبنستن "مكافحة الإرهاب"، مرجع سابق، ص 133.

5. أصبح تدمير وقرصنة مواقع الإنترنت هدفاً للمنظمات الإرهابية من خلال اختراق المواقع وسرقة البيانات والمعلومات ومن ثم تدميرها وممارسة الابتزاز بهذه الطريقة للحصول على مطالب غير مشروعة لها.
6. هناك إمكانية لشن الجماعات والمنظمات الإرهابية هجوماً إرهابياً مدمراً بواسطة تعطيل الأجهزة الإلكترونية مما يترتب عنه إغلاق المواقع الحيوية وإحراق الشلل بأنظمة القيادة والسيطرة والاتصالات، أو قطع شبكات الاتصال بين الوحدات والقيادات المركزية، أو تعطيل أنظمة الدفاع الجوي، أو إخراج الصواريخ عن مسارها، أو التحكم في خطوط الملاحة الجوية والبحرية، أو شل النظام المصرفي وإحراق الضرر بأعمال البنوك وأسواق المال العالمية.
7. أسهمت شبكة الإنترنت في توسع الأعمال التجسسية بشكل كبير. حيث تقوم المنظمات الإرهابية بالتجسس على الأشخاص والدول والمنظمات والهيئات أو المؤسسات الدولية، وتستهدف عملية التجسس المجال العسكري والسياسي والاقتصادي والأمني.

التوصيات :

1. ضرورة حماية الشبكات وأجهزة الحاسب الآلي من خلال تشفير المعطيات الحساسة المتبادلة عبر الإنترنت، وتعزيز أعلى قدرة لأمن المعلومات.
2. ضرورة تعقب وحجب المواقع ذات الخلفية الإرهابية، كطريقة وقائية لتجفيف منابع الاستقطاب والتجنيد الإرهابي وقطع الطريق أمام توظيف الإرهابيين للإنترنت للدعاية لأعمالهم الإرهابية.
3. نظراً لعولمة الاتصالات وتبادل المعلومات للإرهاب، فالنشاط الإرهابي قد يقع في شرق الكرة الأرضية والنتيجة الضارة تقع في غربها، وهذا يثير التنازع في الاختصاص مما يتطلب معه صياغة قواعد قانونية ملائمة لهذا النمط من الإجرام.
4. ضرورة تحديد نوع الأدلة وطرق الإثبات للجرائم المندرجة ضمن الإرهاب الإلكتروني، نظراً لصعوبة اكتشاف دليل إثباتها وسهولة محو آثارها، ولسرية عمل الإرهابيين عند إعدادهم لمخططاتهم.
5. ضرورة تكليف مهنين مختصين في علوم الحاسب بمتابعة أمن شبكة المعلومات والبرمجيات وتدريب منسوبي المنشآت الحساسة على الوقاية من الجرائم المعلوماتية.
6. ضرورة فرض حد أدنى من الرقابة على تكنولوجيا الاتصال، دون أن تكون مبرراً للتجسس على المعطيات الشخصية للأفراد العاديين الذين لا يشكلون خطراً على الغير. ويتعين سن تشريعات محددة وواضحة تعطي توازناً بين حماية الحياة الخاصة وحقوق الخصوصية وبين متطلبات الحفاظ على الأمن الوطني للقضايا بالغة الخطورة كقضايا الإرهاب.
7. ضرورة تجنب الفراغ التشريعي في مكافحة الإرهاب الإلكتروني.
8. أهمية التكامل والتنسيق بين التشريعات الدولية والإقليمية من جهة، والتشريعات والقوانين الوطنية من جهة أخرى للتصدي للإرهاب الإلكتروني بجميع أشكاله وصوره.
9. إن الحلول الفعالة لمجابهة الظاهرة الإرهابية لا يمكن أن تكون حلولاً قانونية وتقنية صرفة، بل يجب أن تكون حلولاً متعددة الزوايا، آنية وطويلة الأمد في نفس الوقت، ويتعين اتباع رؤية استراتيجية تحترم العدالة وحقوق الإنسان.

فهرس المراجع

الكتب

1. د. أحمد فلاح العموش، "مستقبل الإرهاب في هذا القرن"، الرياض، جامعة نايف العربية، ط1، 1427هـ.
2. د. حسنين بواوي، "الإرهاب"، الرياض، مكتبة العبيكان، ط1، 2006م.
3. خالد بن سليمان الغنبر و د. محمد بن براهيم السويل، "أمن المعلومات بلغة ميسرة"، مركز التميز لأمن المعلومات، جامعة الملك سعود، 1429 هـ (2009 م)، طبعة أولى.
4. د. خالد مدوح إبراهيم، "أمن الجريمة المعلوماتية"، الإسكندرية، الدار الجامعية، 2010م.
5. رونالد كريلنسستن، "مكافحة الإرهاب"، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، الطبعة الأولى، 2011 م.
6. د. عباس أبو شامة عبد الحمود، "عولة الجريمة الاقتصادية"، الرياض، جامعة نايف العربية، 2007م.
7. د. عبدالرحمن بن عبدالله السند، "الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية- الحاسب الآلي و شبكة المعلومات"، بيروت، دار الوراق، ط1، 1424هـ.
8. د. علي عدنان الفيل، "الإجرام الإلكتروني"، ط1، دمشق، منشورات زين الحقوقية، 2011م.
9. د. محمد السيد عرفة، "جفيف مصادر تمويل الارهاب"، الرياض، جامعة نايف العربية، ط1، 1430هـ.
10. د. محمد أمين البشري، "التحقيق في الجرائم المستحدثة"، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ط1، الرياض، 1425هـ.
11. د. محمد أمين الرومي، "جرائم الكمبيوتر والإنترنت"، دار المطبوعات الجامعية، 2003 م.
12. د. محمد سيد سلطان، "قضايا قانونية في أمن المعلومات و حماية البيئة الإلكترونية"، دار نا شرين للنشر الإلكتروني، ربيع الأول 1433 هـ/ يناير 2012 م.
13. د. محمد مؤنس محب الدين، "تحديث أجهزة مكافحة الإرهاب وتطوير أساليبها"، الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ط1، 1427هـ.
14. د. مصطفى موسى، "أساليب إجرامية بالتقنية الرقمية ماهيتها، مكافحتها"، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2005م.
15. د. منير محمد الجنبهي، "جرائم الانترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها"، دار الفكر الجامعية، 2004م.
16. د. نا صر بن محمد البقمي، "جرائم المعلوماتية ومكافحتها في المملكة العربية السعودية"، الطبعة الأولى، الرياض، 2009 م.
17. د. هلالى عبد الله أحمد، "اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية معلقا عليها"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثامنة، 2011 م.

الرسائل الجامعية

1. د. حسن طاهر داود، رسالة ماجستير غير منشورة، " جرائم نظم المعلومات"، الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ط1، 2000 م.
2. د. زكريا أحمد عمار، رسالة ماجستير غير منشورة، " حماية الشبكات الرئيسية من الاختراق والبرامج الضارة"، جامعة النيلين، السودان، 2011م.
3. د. نايف بن محمد المرواني، " جريمة السرقة، دراسة نفسية اجتماعية"، رسالة ماجستير الرياض، جامعة نايف العربية، ط1، 2011م.

البحوث

1. د. أسامة بن غانم العبيدي، " التفتيش عن الدليل في الجرائم المعلوماتية"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 29، العدد 58، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، محرم 1435 هـ.
2. د. حسن بن أحمد الشهري، " الأنظمة الإلكترونية الرقمية المطورة لحفظ وحماية سرية المعلومات من التجسس"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 28، العدد 56، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1434 هـ - نوفمبر/ديسمبر 2012.
3. د. حسني الجندي، " جرائم المساس بأمن الدولة والإنترنت " ندوة الأمن والإنترنت"، القاهرة، أكاديمية الشرطة 2003م.
4. د. سهير حجازي، "التحديات الإجرامية للتجارة الإلكترونية"، مركز البحوث والدراسات، شرطة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، العدد (91).
5. د. عز الدين أحمد جلال، "استراتيجية مكافحة الإرهاب"، مجلة الفكر الشرطي، المجلد 8، العدد 2، الإمارات العربية المتحدة.
6. د. علي عدنان الفيل، "الإرهاب الإلكتروني"، مجلة الجامعة الخليجية، المجلد 2، قسم القانون، العدد 2/2010م.
7. د. فايز بن عبدالله الشهري، " ثقافة التطرف والعنف على شبكة الانترنت : الملامح والاتجاهات"، بحث منشور ضمن كتاب " استعمال الإنترنت في تمويل الإرهاب وتجنيد الإرهابين"، مركز البحوث والدراسات بجامعة نايف العربية، 1433 هـ.
8. د. فايز بن عبدالله الشهري، " استخدامات شبكة الإنترنت في مجال الإعلام الأمني العربي"، مجلة البحوث الأمنية، مركز الدراسات بكلية الملك فهد الأمنية، الرياض، المجلد (10)، العدد (19)، نوفمبر 2001 م.
9. د. لتييم فتيحة و د. لتييم نادية، " الأمن المعلوماتي للحكومة الإلكترونية وإرهاب القراصنة"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد (12).
10. د. محمد قاسم أحمد الردفاني، "تحقيقات الشرطة في مواجهة تحديات الجرائم السيبرانية"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، جامعة نايف العربية، المجلد 30، العدد 61، صفر 1436 هـ/ 2014 م.

11. د. مها عبد الحميد صلاح، "استراتيجيات الاتصال في مواقع الجماعات الإرهابية على شبكة الأنترنت"، مجلة شؤون اجتماعية، العدد 121، ربيع 2014 م.
12. نجلاء فليح و د. عبد الرحمن الطحان، " دور الامم المتحدة في مكافحة الارهاب في العصر الرقمي"، مقال منشور على الرابط : www.f-law.net
13. د. نهاد فاروق عباس محمود، "المواطنة ودورها في مكافحة الإرهاب في المملكة العربية السعودية"، مجلة الفكر الشرطي، المجلد الثالث والعشرون، العدد 89، أبريل 2014 م.
14. د. وليد محمد أبو رية، " التعرف على الإرهاب الإلكتروني"، بحث منشور ضمن كتاب " استعمال الإنترنت في تمويل الإرهاب وتجنيب الإرهابين"، نشر مركز البحوث والدراسات بجامعة نايف العربية، 1433هـ.
15. د. يونس محمد عرب، " الإطار القانوني للإرهاب الإلكتروني واستخدام الانترنت للأغراض الإرهابية"، بحث منشور ضمن كتاب " استعمال الإنترنت في تمويل الإرهاب وتجنيب الإرهابين"، نشر مركز البحوث والدراسات بجامعة نايف العربية، 1433هـ.

أعمال المؤتمرات

1. د. أيسر محمد عطية القيسي، ورقة علمية بعنوان " الآليات الحديثة للحد من الجرائم المستحدثة "الإرهاب الإلكتروني وطرق مواجهته"، ضمن الملتقى العلمي " الجرائم المستحدثة في ظل المتغيرات والتحولات الإقليمية والدولية " الذي نظمته كلية العلوم الاستراتيجية، بالملكة الأردنية الهاشمية، 1435هـ.
2. د. جميل زكريا محمود، " الجريمة المعلوماتية وأساليب التأمين"، ورقة بحثية مقدمة في المؤتمر الدولي لأمن المعلومات الإلكترونية: "معاً نحو تعامل رقمي آمن"، سلطنة عمان، 2005م.
3. د. رائد العدوان، " المعالجة الدولية لقضايا الإرهاب الإلكتروني"، دورة تدريبية منعقدة بالرياض حول "توظيف شبكات التواصل الاجتماعي في مكافحة الإرهاب" 23-27/ 2013/2 م.
4. د. عبدالله بن عبدالعزيز العجلان، "الإرهاب - أب الإلكترون - سي في عصر المعلومات"، بحث مقدم في المؤتمر الدولي الأول حول "حماية أمن المعلومات والخصوصية في قانون الإنترنت"، والمنعقد بالقاهرة في يونيو 2008م.
5. د. عبد الله بن عبد العزيز العجلان، "الإرهاب المعلوماتي"، المؤتمر الدولي الأول لمكافحة الجرائم المعلوماتية، الرياض، 2015م.
6. د. عمر الشيخ الأصم، بحث بعنوان: " البطاقات الائتمانية المستخدمة الأكثر انتشاراً في البلاد العربية"، منشور ضمن أعمال ندوة "تزوير البطاقات الائتمانية"، الرياض، جامعة نايف العربية، ط1، 2002م.
7. د. عبدالرحمن بن عبدالله السند، "وسائل الارهاب الإلكتروني وحكمها في الإسلام وطرق مكافحتها"، بحث علمي مقدم في مؤتمر " موقف الإسلام من الارهاب"، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2004م.

8. د. فالح سعيد المغامسي، "أثر التربية الإيمانية في تحصيل الشباب ضد الانحراف"، بحث مقدم في مؤتمر "تخصيص شباب الجامعات ضد الغزو الفكري"، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، 1433 هـ.
9. د. فهد بن سعد الماجد، "الإفتاء بين المؤسسات الفقهية والاجتهادات الفردية"، بحث مقدم في ملتقى "دور العلماء في الوقاية من الإرهاب والتطرف"، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 7-9 2015 م.
10. د. محمد جمال مظلوم، "التجارة غير المشروعة للسلاح والإرهاب"، بحث منشور ضمن الحلقة العلمية "تجارة السلاح غير المشروعة وغسل الأموال"، الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 1434/4-3-1 هـ.
11. د. محمد عبدالرحيم سلطان العلماء، "جرائم الانترنت والاحتساب عليها"، بحث مقدم ضمن مؤتمر "القانون والكمبيوتر والانترنت"، 1-3/ 2000/5 م، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، المجلد الثالث، ط3، 2004 م.
12. د. محمد عبدالله ولد محمد، "الإرهاب البيولوجي من منظور الشريعة"، بحث مقدم ضمن حلقة عمل الإنترنت الخاصة بمنع الإرهاب البيولوجي، مسقط، مارس 2007 م.
13. د. مفلح بن دخيل الأكلبي و د. محمد آدم أحمد، " دور محتوى مناهج التعليم الثانوي بالملكة العربية السعودية في مواجهة الإرهاب الفكري والتقني (الواقع والمأمول)"، بحث مقدم للمؤتمر الوطني الأول للأمن الفكري "المفاهيم والتحديات"، 1430 هـ.
14. د. نهى حامد عبد الكريم، "دور التربية في مواجهة الإرهاب"، المؤتمر العلمي الثاني لكلية الشريعة والقانون، "الإرهاب في ضوء الشريعة والقانون"، جامعة إربد الأهلية، الأردن، 2002 م.
15. د. يونس محمد عرب، "قراءة في الاتجاهات التشريعية للجرائم الالكترونية مع بيان موقف الدول العربية وتجربة سلطنة عمان"، بحث قُدم ضمن ورشة عمل تطوير التشريعات في مجال مكافحة الجرائم الالكترونية المنعقدة بمسقط، سلطنة عمان، 2-4/4-2006 م.

المراجع الأجنبية:

1. Gabriel Weiman, « Cyber-Fatwa and terrorism », Studies in Conflict & Terrorism, volume 34, issue 10, 2011; « Terror on the internet », USIP Press Books, 2006.
2. Phyllis B. Gerstenfeld & Others (2002) Hate Online: A Content Analysis of Extremist Internet Sites In Analyses of Social Issues and Public Policy, Vol. 3, No. 1, 2003.
3. Soumaya AKKOUR, « La lutte anti-terroriste et le traçage électronique une antinomie stérile entre « sécurité » et « liberté », Revue marocaine des politique publique, n° 3, 2010.
4. « Cyber terrorisme, la guerre de l'information », L'Atlas du monde diplomatique, p. 46, téléchargeable sur le site internet www.monde-diplomatique.fr.
5. « La France face au terrorisme, Livre blanc de la sécurité intérieure face au terrorisme », La documentation française, 2006.

المواقع الإلكترونية:

1. موقع الأمم المتحدة على الرابط: www.un.org/ar/index.html
2. موقع هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات بالملكة العربية السعودية: www.citc.gov.sa
3. قرارات منظمة الأمم المتحدة, من خلال موقعها الإلكتروني على الرابط: www.un.org

النظام القانوني للحساب الجاري المصرفي في التشريع الفلسطيني

إعداد الدكتور
أنس أبو العون

ملخص البحث

تناول هذا البحث عقد الحساب الجاري الذي يشكل إطاراً لتقديم العديد من العمليات والخدمات البنكية. والهدف من هذا العقد هو تحقيق وظيفة البنك الأساسية ألا وهي خلق النقود. ويستفيد كل من العميل والبنك في تسوية جميع المعاملات التي تتم بين الطرفين من خلال هذا العقد. وقد توصلنا إلى أن عقد الحساب الجاري كعقد تجاري يقوم على ثلاث مرتكزات أساسية، وأن تطبيق هذه المرتكزات التي يقوم عليها عقد الحساب الجاري المصرفي يؤدي لعدم قيام هذا الأخير بوظيفته بالطريقة المطلوبة.

لذلك تدخل القضاء في تطوير قواعد هذا العقد وتجاوز المرتكزات الأساسية التي يقوم عليها العقد لمواكبة التطور الاقتصادي لعمليات البنوك، علماً بأن القواعد القانونية التي تقوم عليها هذه المرتكزات قواعد مكتملة بما دفع البنوك لصياغة عقود الحساب الجاري بما يواكب التطور الاقتصادي الذي طاله. وحتى يواكب القانون هذا التطور قامت بعض التشريعات المقارنة بتبني بعض القواعد التي أقرها العمل القضائي والاتفاقات البنكية. وهذا ما جاء به مشروع القانون التجاري الفلسطيني عند تنظيمه لعقد الحساب الجاري المصرفي والذي تجاوز ما كان ينص عليه قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966، ومن هنا فقد انصب البحث على رصد مواطن تبني المشرع والقضاء للتوجهات الحديثة في الحساب الجاري.

Abstract

This research tackles the current account contract which is considered the framework for offering various operations and banking services. The goal of this contract is to realize the bank core function which is the creation money. Both the customers and the bank get benefits from the settlement of the transactions between the both parties through this contract. Thus, this research concludes that the current account contract is a commercial contract based on three basic pillars. The application of the commercial pillars on the current account contract will end up with the failure of the latter to function properly.

As a result, the jurisdiction has contributed in enhancing the pillars of this contract by disregarding its basic pillars in order to keep up with the economic development of banking operations. Rules of law on which these pillars based on are complementary rules. This forced banks to formulate the contracts of current account in a way that keeps up with economic development. For that reason, comparative laws adopted a number of rules which are approved by jurisdiction and banking agreements. And this is what the bill of the Palestinian commercial law has stated at in the regulation of the banking current account contract. This regulation has exceeded what was stated in the Jordanian commercial law number 12 of 1966. Based on this point this research has focused on the adoption of the law for the new trends of the current account contract.

المقدمة

تعاني المنظومة القانونية الفلسطينية من نقص كبير في التشريعات وخصوصاً المتعلقة بالجانب الاقتصادي والمالي، ومع مجيء السلطة الوطنية الفلسطينية حاول المشرع رغم محدودية الإمكانيات إعادة بناء المنظومة القانونية التي تحكم المجال الاقتصادي، للنهوض بالاقتصاد الوطني والتخلص من الإرث القانوني القديم الذي لم يعد يواكب التطورات الاقتصادية على المستوى المحلي والدولي، فبادرت إلى إنشاء سلطة النقد التي تعتبر بمثابة البنك المركزي، كما أصدرت قانون المصارف رقم (9) لسنة 2010¹، ومع ذلك لم يتطرق المشرع في هذا القانون إلى العقود المصرفية وبقيت خاضعة لقانون التجارة الأردني الصادر أيام الحقبة الأردنية قبل عام 1967، وقد بادر المشرع بوضع مشروع القانون التجاري والذي لم يرى النور بسبب تعطل عمل المجلس التشريعي. في ظل هذا الواقع حاول القضاء الفلسطيني تطويع القواعد القانونية لمواكبة التطورات الاقتصادية على المستوى المصرفي.

يعتبر الحساب الجاري أداة لتسوية جل المعاملات التي تربط العميل مع المصرف، وبالتالي فإن الحساب الجاري يعتبر الوعاء الذي يستوعب أغلب العمليات والخدمات التي يقدمها المصرف، ونتيجة لذلك يلعب هذا الحساب دوراً في إعطاء صورة واضحة عن وضعية العميل الاقتصادية، مما يشكل منطلقاً لإبرام عقود مصرفية. كما أن تشغيل الحساب يعود على المصرف بمداخل هامة من خلال الفوائد والعمولات التي يحصل عليها من العميل في حال اتصفت العمليات المدرجة بالحساب بطابع الاستمرارية.

لذلك تسعى المصارف من خلال العقود التي تبرمها مع عملائها إلى ضبط العلاقة بينها وبين العملاء من خلال التأكيد على أن الأمر يتعلق بعقد حساب جارٍ²، ويتربط على ذلك أن هذا العقد يستقبل عمليات متعددة تشكل في الأصل عقوداً والتزامات مستقلة عن عقد الحساب، ولكن تقيّد في الجانب الدائن والمدين حسب طبيعة المدفوع.

إن الاتفاق الذي يبرمه المصرف مع العميل يكرس ما وصل إليه التطور الاقتصادي والقانوني لعقد الحساب الجاري من إمكانية التصرف في الرصيد المؤقت الذي يظهر فوراً عند تقييد أي دين داخل الحساب الجاري، وهذا ما يتعارض مع الأحكام القانونية التي جاء بها قانون التجارة الأردني (12) لسنة 1966³ التي تمنع التصرف بالرصيد المؤقت كما تتعارض مع الوظيفة الاقتصادية للعقد.

في ظل هذه التطورات التي شهدتها الميدان المصرفي وعجز قانون التجارة الأردني (12) لسنة 1966 عن مواكبة هذه التطورات جاء مشروع القانون التجاري الفلسطيني كمحاولة لتبني التوجهات الحديثة في الحساب الجاري التي أفرزها واقع العمل المصرفي وأقرتها أحكام المحاكم المقارنة.

1 - القرار بقانون رقم (9) لسنة 2010 بشأن المصارف المنشور عدد ممتاز رقم 4 من الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2010/11/27، ص 5.
2 - يتم إضافة بنود مطبوعة إلى الشروط العامة لفتح الحساب يتم الإشارة إليها عند فتح حساب جارٍ، انظر الشروط العامة لفتح الحساب لدى البنك العربي فرع فلسطين، وبنك القدس، والبنك العقاري المصري، والعربي الإسلامي. ويذهب البعض إلى أنه يمكن استنباط وجود العقد من النية المشتركة للمتعاقدين. انظر محمد الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الرابع، عمليات البنوك "دراسة مقارنة"، دار الثقافة، عمان، 2014، ص 133-134.
3 - قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966، المنشور في العدد (1910) من الجريدة الرسمية الأردنية (الحكم الأردني)، بتاريخ 1966/03/30، صفحة 469.

بناءً على سبق فإن الحساب الجاري له أهميته العملية لأنه يشكل الوعاء الذي من خلاله تجرى جل العمليات والخدمات المصرفية. وأصبحت شريحة واسعة من الناس يتوفرون على حسابات جارية. ولكن الأحكام القانونية المنظمة للموضوع في قانون التجارة النافذ جاءت قاصرة عن معالجة جميع المشكلات التي يثيرها البحث، وبالتالي جاءت الدراسة كمحاولة لسد النقص في الأحكام القانونية التي تنظم الموضوع. ومعرفة مدى مواكبة مشروع قانون التجارة الفلسطيني للتطورات التي طالت العقد على المستوى القانوني والاقتصادي. كما تكمن أهمية الموضوع في معرفة مصير الشخص الذي يرفض فتح حساب مصرفي له والذي يكون في أمس الحاجة إليه من أجل تلقي الرواتب من خلال هذا الحساب، حيث تشترط كل المؤسسات العامة والخاصة تحويل الراتب على حساب بنكي، أو من أجل الحصول على دفتر الشيكات الذي يعتبر وسيلة مهمة للحصول على الائتمان⁴.

أهداف الدراسة:

وجاءت هذه الدراسة لتركز على أحد العقود المصرفية ألا وهو الحساب الجاري المصرفي. وتناول رصد القواعد التي تحكمه، والتي أرستها الاتفاقات المصرفية وأقرها القضاء، متجاوزاً نصوص التشريع الذي أصبح عاجزاً عن مواكبة هذا التطور. ولتعرف الجديد الذي جاء به مشروع القانون التجاري ومدى تبنيه للتوجهات الحديثة للحساب الجاري.

إشكالية البحث

يطرح موضوع البحث عدة تساؤلات حول مدى تبني قانون التجارة الأردني (9) لسنة 1966 ومشروع القانون التجاري التوجه الحديث في الحساب؟ وفي ظل هذا التوجه هل بقيت مرتكزات الحساب الجاري من تحديد وعدم تجزئة وعمومية قادرة على تمكين الحساب الجاري من لعب دوره أم تم تجاوز هذه المرتكزات، ومدى إمكانية وقف الحساب مؤقتاً واستخراج الرصيد المتوفر والتصرف فيه والحجز عليه؟ لكي يستطيع لعب الدور المناط به رغم قصور التنظيم التشريعي؟ وهل يعتبر التوفر على حساب جاري حق للشخص الطبيعي؟ وما مصير الشخص الذي يرفض فتح حساب جاري له؟ هل من الواجب تحديد مدة لاشتغال الحساب الجاري؟ أم أنه يمكن فتح حساب جار دون تحديد مدة انتهائه؟ كيف يتم إغلاق الحساب غير محدد المدة؟ وما هو مصير الديون المؤجلة عند إقفال الحساب الجاري؟ ونتساءل هل من الممكن أن يكون الحساب الجاري موصوفاً. وبالتالي فتح حساب لعدة أشخاص، أو فتح عدة حسابات لشخص واحد؟

الدراسات السابقة

يوجد هناك العديد من الدراسات التي تناولت الحساب الجاري، ففي مصر أبرزها كتاب الدكتور على جمال الدين عوض عمليات البنوك من الوجهة القانونية، وفي الأردن كتاب الدكتور فائق الشماخ الحساب المصرفي، ودراسة

4 - أمر عسكري (للاحتلال الإسرائيلي) بشأن تعديل قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 (يهودا والسامرة) (رقم 889) لسنة 1981، والذي حول الشيك من أداة وفاء إلى أداة ائتمان.

الدكتور محمد لفروجي في المغرب، ولكن لا توجد أي دراسة عامة أو خاصة للحساب الجاري في التشريع الفلسطيني، ومن هنا جاءت الدراسة من أجل إبراز النظام القانوني الذي يحكم العقد.

المنهجية المتبعة

لقد اتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي والمنهج التحليلي المقارن من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 والمتعلقة بالحساب الجاري، وتحليل نصوص مشروع قانون التجارة الفلسطيني المنظمة للحساب الجاري، وتحليل بعض نصوص القوانين المقارنة وخصوصا القانون المصري الذي اقتبس منه مشروع القانون التجاري الفلسطيني، كما تمت المقارنة مع القانون الفرنسي والذي يعتبر المصدر التاريخي لقانون (12) لسنة 1966، كما تم تحليل أحكام المحاكم العربية والمقارنة والتي عالجت موضوع الحساب الجاري.

وبناء على ما سبق تتطلب معالجة الموضوع تقسيمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: ماهية الحساب الجاري المصرفي

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على تشغيل الحساب الجاري المصرفي

المبحث الأول: ماهية الحساب الجاري المصرفي

تمهيد

إن تحديد الماهية يقتضي في البداية تحديد مفهوم الحساب الجاري سواءً في قانون التجارة رقم (12) لسنة 1966 أو في مشروع القانون التجاري الفلسطيني، وذلك لمعرفة مدى مواكبة المشرع للمفهوم الحديث للحساب الجاري الذي أقره كل من التشريع الفرنسي والمصري.

ويقتضي أيضاً تحديد صور وأشكال الحساب الجاري المصرفي والذي قد يكون طرفه عميل واحد أو عدة عملاء بسبب وجودهم في وضعية واحدة، مما يثير التساؤل حول مدى إمكانية تحول الحساب الفردي تلقائياً بعد وفاة صاحبه إلى حساب شائع بين الورثة؟ وهل يمكن للعميل أن يفتح أكثر من حساب مصرفي جار في نفس المصرف سواءً بنفس الفرع أو في عدة أفرع أخرى؟ هل يعتبر التوفر على حساب جار مصرفي لدى البنك حقاً؟ وهذا ما سنتناوله في "المطلب الأول".

ولا يكتمل هذا التحديد إلا إذا تعرفنا على الطريقة التقنية والقانونية التي يتم فيها تشغيل الحساب الجاري، والذي يتحكم في هذا التشغيل مبدأ يطلق عليه "عمومية الحساب الجاري"، فما هو هذا المبدأ؟

إن الوظيفة التي يقوم بها الحساب الجاري كطريقة للوفاء بواسطة القيد في الحساب، يقتضي أن تتوافر في الديون المقيدة به بعض الشروط، منها أن تكون متبادلة، وعلى سبيل التملك، وأن تكون مستحقة الأداء، ومعينة المقدار، ومؤكدة، وخالية من النزاع. وهذا ما سنبحثه في "المطلب الثاني".

المطلب الأول: مفهوم الحساب الجاري المصرفي

إن تعريف الحساب الجاري المصرفي يجب أن يتوافق مع الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه هذا العقد، فهو بالإضافة إلى أنه أداة تسوية، هو أداة ضمان للعميل والمصرف، وهنا نتساءل حول قدرة التعريفات التشريعية على استيعاب مفهوم الحساب الجاري المصرفي في ظل هذه الغايات "الفرع الأول".

كما نتعرف على مدى أحقية الأشخاص بفتح حساب جار، كما نتعرف على الصور المختلفة للحساب الجاري المصرفي "الفرع الثاني".

الفرع الأول: تعريف الحساب الجاري المصرفي

تنص المادة (106) من القانون التجاري (12) لسنة 1966 الأردني على أنه "يراد بعقد الحساب الجاري، الاتفاق الحاصل بين شخصين على أن ما يسلمه كل منهما للآخر بدفعات مختلفة من نقود وأموال وأسناد تجارية قابلة

للمتلك، يسجل في حساب واحد لمصلحة الدافع ودينا على القابض، دون أن يكون لأي منهما حق مطالبة الآخر بكل دفعة على حدة، بحيث يصبح الرصيد النهائي وحده عند إقفال هذا الحساب ديناً مستحقاً ومهيأً للأداء⁵.

وقد جاء مشروع القانون التجاري بتعريف للحساب الجاري قريب من التعريف السابق، فقد نصت المادة (393) من مشروع القانون التجاري على أن "الحساب الجاري عقد يتفق بمقتضاه طرفان على أن يقيدا في حساب عن طريق مدفوعات متبادلة ومتداخلة الديون التي تنشأ عن العمليات التي تتم بينهما، بحيث يستعاضان عن تسوية هذه الديون تباعاً بتسوية واحدة تقع عند قفله".

من الملاحظ أن مشروع القانون التجاري مازال ينظر إلى الحساب الجاري بتلك النظرة القديمة التي كانت تجعل رصيد هذا الحساب غير قابل للتصرف فيه قبل إقفال الحساب بصفة نهائية.

وبالتالي فالتساؤل المطروح حول مدى قدرة هذا التعريف على استيعاب مدلول الحساب الجاري المفتوح لدى مؤسسة مصرفية؟

الحساب الجاري يعتبر أداة لتسوية الحقوق والديون الناشئة عن العمليات الجارية والمتبادلة بشكل مستمر بين الطرفين، والطريق الوحيد لهذه التسوية هو اتفاق الطرفين على أن حق كل منهما يندمج في الرصيد⁶، وهذا الاندماج مع الرصيد يتم بشكل فوري بموجب النظرية الحديثة، على عكس النظرية التقليدية التي لا تندمج فيها المفردات إلا عند إقفال الحساب وعمل تسوية نهائية.

ولكن التساؤل المطروح هل تبنى مشروع القانون الجديد المفهوم الجديد للحساب الجاري؟

بالرجوع إلى المادة (393) من مشروع القانون التجاري نجد أنه تبنى النظرية التقليدية للحساب الجاري، ولكن المادة (397) من نفس المشروع تنص على أنه "يجوز وقف الحساب مؤقتاً أثناء سيره لبيان مركز كل من الطرفين وذلك في المواعيد التي يتفق عليها الطرفان، أو يحددها القانون ويكون لكل طرف أن يتصرف في الرصيد

5- وقد رفضت محكمة التمييز الأردنية تكبيف أي علاقة متبادلة بين البنك والعميل على أنها حساب جار إذا لم تتوافر فيها خصائص الحساب الواردة في التعريف فذهبت إلى أن " 1 - الحساب الجاري هو اتفاق بين شخصين على أن ما يسلمه كل منهما للآخر بدفعات مختلفة من نقود وأموال وأسناد تجارية قابلة للملك يسجل في حساب واحد لمصلحة الدافع ودينا على القابض دون أن يكون لأي منهما حق مطالبة الآخر بما سلمه له بكل دفعة على حدة بحيث يصبح الرصيد النهائي وحده عند إقفال هذا الحساب ديناً مستحقاً ومهيأً للأداء، عملاً بنص المادة 106 من قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966 .

2- يتوقف مدى الحساب الجاري على إرادة المتعاقدين فلهما أن يجعلاه شاملاً لجميع معاملتهما أو لنوع معين منها فقط، عملاً بنص المادة 107 من قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966.

3- عملاً بنص الفقرتين الأولى والثانية من المادة 112 من قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966 فإنه لا يعد أحد الطرفين دائناً أو مديناً للفريق الآخر قبل ختام الحساب الجاري، إذ أن إيقاف هذا الحساب هو وحده الذي يحدد حالة العلاقات القانونية بين الطرفين وهو الذي تنشأ عنه حتماً المقاصة الاجتماعية لجميع بنود الحساب من تسليف واستلاف وهو الذي يعين الدائن والمدين .

4- إذا كانت العلاقات بين الطرفين المدعي والمدعى عليهما لا تقوم على أساس فتح حساب جار للمدعى عليهما لدى البنك المدعي وإنما لفتح اعتماد مستندي غير قابل للنقض بالمبلغ المذكور بالاعتماد وقام البنك المدعي بدفع هذا المبلغ عن المدعى عليها الأولى فيكون المبلغ المذكور والذي استحق بالتاريخ المحدد بالاعتماد دين بذمة المدعى عليهما ولا يحتاج إلى قفل أو ختام أو إيقاف كالحساب الجاري لأنه مبلغ محدد ومعلوم ويستحق الدفع بتاريخ محدد بفائدة وعمولة معلومة حسب الشرط الوارد في طلب فتح الاعتماد المبرز بالدعوى وتعليمات وأوامر البنك المركزي. ولا يغير من ذلك قيام المدعى عليهما بدفع قيمة التأمين المقتطع لتنفيذ الاعتماد ودفعتين بمبالغ بسيطة كتسديد جزئي من الرصيد المستحق لأن الدين محدد المقدار ومحدد الاستحقاق".

- قرار محكمة التمييز الأردنية 1989/1068 مجلة المحامين الأردنيين 1991، ص 1333.

6 - الياس ناصيف، الحساب الجاري في القانون المقارن، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، دون ذكر دار النشر، بيروت، 1992، ص 12

الدائن الذي قد يظهر في الوقف المؤقت في أي وقت مالم يتفق على غير ذلك". ومن هنا نجد أن المشروع التجاري تبنى النظرية الحديثة للحساب الجاري وإن لم يشر لها في التعريف.⁷

ومن خلال ما سبق وبما جرى عليه العمل المصرفي⁸ نقترح إعطاء تعريف لعقد الحساب الجاري المصرفي بحيث يكون " اتفاق المصرف مع العميل على تحويل الديون والحقوق الناشئة عن علاقتهما المتبادلة إلى قيود في الحساب ودمجها على شكل أبواب دائنة ومدينة. على أنه يجوز استخراج الرصيد المؤقت لفائدة أحد الطرفين في أي وقت".

الفرع الثاني: فتح الحساب الجاري المصرفي

قد يفتح البنك حساب لشخص واحد ومن الممكن أن يشترك أكثر من شخص في نفس الحساب وقد تتعدد الحسابات المصرفية لنفس الشخص.

أولاً: فتح الحساب الجاري

تختلف الشروط التي تتطلبها سلطة النقد والمصارف عند فتح الحساب. بحسب إذا ما تعلق الأمر بشخص طبيعي أو معنوي نظرا لقيام العقد على الاعتبار الشخصي.

1- فتح حساب جار لشخص طبيعي

يلاحظ من خلال المادة (106) من القانون التجاري الأردني رقم (12) لسنة 1966 والمادة (393) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني أن ما يميز الحساب الجاري كونه يشكل عقدا يبرم بين المصرف وعميله من أجل تسوية ديونهما المتبادلة الناجمة عن معاملتهما الحالية والمستقبلية، فهذا العقد يقوم على الاعتبار الشخصي. إذ أن لشخصية المتعاقدين أثر في إبرامه. ذلك لأن آثاره تتضمن مخاطر لا يقبل عليها طرفاه إلا بوجود الثقة المتبادلة. إذ قد يتعرض البنك لمخاطر عدم الحصول على حقه إذا كان الطرف الآخر وقت قفل الحساب معسرا. ولذلك من المفروض أن يقوم بإجراء تحريات عميقة عن عميله قبل الإقدام على فتح حساب له. وغالبا ما يرفض البنك فتح الحساب عندما يتبين أن المقصود منه الإضرار بالغير وذلك حرصا على سمعته وسمعة عملائه.⁹

وبناء على هذه الخاصية ألزمت سلطة النقد المصارف بمتطلبات الحد الأدنى من المعلومات التي يجب أن يحصل عليها البنك من عميله. وذلك بموجب تعليمات رقم (2009/8)¹⁰ في فقرتها الأولى والتي جاءت تحت عنوان

7- للمزيد من التفاصيل حول مبدأ عدم التجزئة نحيل للمبحث الثاني من هذا البحث عندما نتناوله بالتحليل كأثر لدخول الدين للحساب الجاري المصرفي.

8 -- <http://www.bankofpalestine.com/ar/retail/accounts/current> موقع بنك فلسطين

- <http://www.qudsbank.ps/page/current-account> موقع بنك القدس فلسطين

- http://ahli.com/palestine/arabic/Current_Checking_Account_pl_ar.shtml موقع البنك الأهلي الأردني فلسطين

- <http://www.arabbank.ps/ar> موقع البنك العربي فلسطين

9- د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 890-891.

10 - منشور على موقع سلطة النقد الفلسطينية <http://www.pma.ps/ar-eg/home.aspx>

تعليمات فتح الحسابات للعملاء وتحديثها وإغلاقها. إن الهدف من الحصول على هذه المعلومات هو التأكد من ملائمة العميل لمثل هذا العقد، ومن أبرز هذه الواجبات.

- 1- الحصول على المعلومات والبيانات والمستندات الكافية لتحقيق متطلبات "اعرف عميلك"، وهذه المستندات تختلف باختلاف الشكل القانوني للجهة مقدمة طلب الحساب، ويجب على موظف البنك المختص أن يتأكد من المستندات الأصلية ومقارنتها مع المرفقات، وكافة البيانات المقدمة لغايات فتح الحساب بما في ذلك نشاط العميل التجاري والصناعي.
- 2- عملية فتح الحساب تكون على النماذج الخاصة بالبنك والتي يتعين تعبئتها وتوقيعها من قبل العملاء.
- 3- توقيع العميل على إقرار يسمح بموجبه للمصرف بتزويد سلطة النقد بالبيانات اللازمة لأغراض الرقابة، وتوقيع إقرار آخر يسمح للمصرف بالاستعلام عنه لدى مكتب معلومات الائتمان في حال رغبته الحصول على ائتمان من المصرف أو دفتر شيكات.
- 4- التأكد من مصداقية العميل فيما يتعلق بإصدار شيكات والالتزام بتسديد قيمتها.
- 5- إقرار من قبل فاح الحساب بأنه المالك الأصلي والمستفيد الوحيد من فتح الحساب، وإقراره بعدم ايداع مبالغ مجهولة المصدر أو مشبوهة¹¹.
- 6- عدم حصر مهام عملية فتح الحساب بموظف واحد، بحيث يقوم موظف بتعبئة الطلب وموظف آخر بمراجعتها. كما يصادق المسؤول الرئيسي للفرع على كل الحسابات التي يتم فتحها باليوم.
- 7- يتم ربط رقم الحساب الرئيسي والملف الأساسي برقم هوية العميل أو جواز سفره بالنسبة للأشخاص الطبيعيين، ورقم تسجيله بالنسبة للأشخاص المعنويين.

لذلك ألزمت تعليمات رقم (2009/8) الصادرة عن سلطة النقد الفلسطينية المصرف عند تقديم شخص لفتح حساب لديه، أن يضع التوقيع الخاص بالعميل أو البصمة على نموذج بطاقة التوقيع، وأن يحصل على صورة عن إثبات الشخصية، وتوقيع شاهدي عدل على البصمة بالنسبة للعميل الأمي والمكفوف، كما يجب ربط رقم الحساب الرئيسي برقم هوية العميل¹².

ولكن في ظل هذا الطابع الشخصي هل يمكن إلزام المصرف بفتح حساب لشخص في حال رفض طلبه بفتح حساب جارٍ؟

11 - وهذا يتناقض مع الشروط التي تضعها المصارف لفتح الحساب، فعلى سبيل المثال البند الخامس من الشروط العامة التي تخضع لها جميع الحسابات المفتوحة لدى البنك العربي فرع فلسطين تنص على أنه "يوافق المعتمد على أية إيداعات قد تتم في حسابه من الغير سواء كان الإيداع نقداً أو أوراقاً تجارية أو حوالات واردة شريطة موافقة البنك على قبول هذه الإيداعات"، فكيف يمكن للعميل مراقبة ما يدخل حسابه من أموال ومعرفة مصدرها إذا لم يعلمه المصرف مسبقاً بهذه الإيداعات ويطلب موافقته عليها.

12 - يجب على العميل أن يقوم شخصياً بعمليات السحب والإيداع في الحساب مهما كانت الأداة المستخدمة في ذلك، ولكن بإمكانه أن يفوض شخصاً آخر بالسحب والإيداع، وبهذا الشأن تنص المادة 22 من الشروط العامة لفتح الحساب لدى البنك العربي على إن "أية وكالة أو تفويض قد يصدره المعتمد بعد فتح الحسابات عاماً كان أو خاصاً إذا كان من شأنه أن يتيح للوكيل أو المفوض التصرف بحسابات المعتمد يبقى نافذاً إلى حين قيام المعتمد بإخطار البنك خطياً بخلاف ذلك".

كما منح البنك لنفسه ودون أي إلزام عليه اعتماد أي تفويض أو توكيل مصادق على صحة التوقيع الذي يعود للعميل من المراجع الرسمية لأي دولة أو البنوك المراسلة حتى لو كان توقيع المعتمد غير مطابق لنموذج التوقيع المحفوظ لدى البنك (المادة 23) من الشروط العامة لفتح الحساب لدى البنك العربي فرع فلسطين. أعتقد أن مثل هذا الشرط فيه خطورة على حقوق مودعي الأموال لدى البنك خصوصاً إذا ما تم تزوير توقيع العميل، فيجب على البنك في مثل هذه الحالات الاتصال بعميله والتأكد من صحة التفويض.

بالرجوع إلى تعليمات سلطة النقد (2012/3)¹³ والتي جاءت تحت عنوان حساب لكل مواطن وتهدف هذه التعليمات إلى حث المصارف لتشجيع المواطنين ذوي الدخل المحدود والمتوسط على فتح حسابات أساسية، من أجل تحسين ظروف معيشتهم من خلال منحهم قروضا وائتمانات صغيرة تتناسب مع ميزانياتهم مثل بطاقات الائتمان وغيرها من المنتجات المصرفية. كما تسعى هذه التعليمات إلى منح فرصة للعملاء الذين مروا بحالات تعثر في السابق من أجل إعادة التعامل مع المصارف .

ومن أجل تحقيق هذا الهدف أوجبت هذه التعليمات على المصارف اتباع منهجية فعالة للوصول إلى المواطنين الذين لا يملكون حسابا مصرفيا. كتقديم منتجات غير معقدة تتناسب مع احتياجاتهم وبتكاليف معقولة، وتسهيل شروط فتح الحساب في المصارف، وعدم فرض أي رسوم، وإلغاء رصيد الحد الأدنى، ونشر الثقافة والتوعية المصرفية، وبشكل عام تقديم محفزات مناسبة لتشجيع الفئات غير المتعاملة مع المصارف.

ومثل هذه الحسابات تعطي للعميل خدمات الصندوق فقط من إيداع وسحب أموال من خلال الصندوق أو الصراف الآلي أو التحويل، وتوفير خدمة صناديق الحفظ الآمن. يلاحظ من خلال الوظائف التي يقوم بها الحساب أنه لا يمنح عنه دفتر شيكات، نظرا لخطورة التعامل بالشيك في فلسطين والذي حوله الأمر العسكري إلى أداة ائتمان، وبالتالي هذا النوع من الحسابات يوفر حدا أدنى من الخدمات.

من خلال صيغة الوجوب التي جاءت بها الفقرة الأولى من التعليمات يمكن أن نستنتج أن التوفر على حساب مصرفي أصبح حقا لكل مواطن فرد¹⁴، ولكن هذا الحق كرس بشكل واضح في القانون الفرنسي، ففي مقابل حق البنك برفض فتح حساب جار للشخص الذي تختل فيه الثقة، أعطى المشرع الفرنسي بمقتضى قانون 29 يوليو 1998 في المادة (137) الحق لكل شخص طبيعي يقطن في فرنسا بفتح حساب ودائع في مؤسسة مصرفية باختياره، أو لدى مصلحة بريدية، أو لدى الخزينة¹⁵.

ولكن يجوز أن يكون صاحب الحساب الجاري شخصا معنويا مهما كانت طبيعته ما دام يتمتع بالشخصية القانونية.

13 - منشور على موقع سلطة النقد <http://www.pma.ps/ar-eg/home.aspx>

14 - فقد استثنت الفقرة السابعة من تعليمات سلطة النقد رقم (2012/3) بعض الأشخاص من نطاق تطبيق هذه التعليمات وهم: الأفراد الذين تزيد عدد الحركات الشهرية في حساباتهم الجارية عن عشر حركات سحب وإيداع، أو في حال التوفر على ودائع لأجل، والأفراد الحاصلون على تسهيلات لأغراض استهلاكية، والأفراد الحاصلون على تسهيلات استثمارية طويلة الأجل، والأشخاص الاعتباريون بكافة أشكالهم القانونية.

15- Modifié par Loi n°98-657 du 29 juillet 1998 - art. 137 JORF 31 juillet 1998

« Toute personne physique résidant en France, dépourvue d'un compte de dépôt, a droit à l'ouverture d'un tel compte dans l'établissement de crédit de son choix ou auprès des services financiers de La Poste ou du Trésor public... »

نشأ مفهوم الحق في الحساب مع القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 24 يناير 1984 الذي فسح المجال أمام الأفراد الذين رفض الطلب الذي تقدموا به لفتح حساب من طرف عدة مؤسسات مصرفية وسمح لهم أن يتوجهوا إلى البنك المركزي لطلب تعيين أحد المصارف. وذلك في المادة 58 من القانون.

- HUGON (Christine), Le droit au compte, Mélanges Michel Cabrillac, 1999, p.483.

2- فتح حساب جار للأشخاص المعنويين

أ- الحسابات الجارية للشركات والمؤسسات والهيئات

نظمت التعليمات رقم (2009/8) الحسابات الجارية الخاصة بالأشخاص المعنويين، فيما يتعلق بالشخص المعنوي فإن المؤسسة المصرفية ملزمة أيضاً بالتحقق من الوجود القانوني للشخص المعنوي. قبل أن تفتح له حساباً مصرفياً باسمه، ويتم هذا التحقق عن طريق مطابقة الممثل القانوني لهذا الشخص بالإدلاء بما يثبت إتمام إجراءات التأسيس بالكيفية التي ينص عليها القانون الجاري به العمل بالنسبة لكل شخص معنوي على حدة. أي حسب ما إذا كان الأمر يتعلق بشركة أو مؤسسة أو جمعية إلى غير ذلك. ونكتفي بالإشارة إلى حساب الشركات والجمعيات الخيرية والتعاونية والهيئات المحلية.

• الشركات المساهمة العامة والخاصة

- يجب على المصرف استكمال المستندات التالية عند فتح الحساب للشركات المساهمة العامة والخاصة¹⁶.
- صورة مصدقة من السجل التجاري.
- صورة مصدقة ومحدثة من عقد التأسيس والنظام الداخلي.
- قائمة محدثة بالأشخاص المفوضين بالتوقيع وفق شهادة التسجيل وصلاحياتهم وشروط تحريك الحساب.
- قرار مجلس الإدارة المتعلق بالموافقة على فتح الحساب.
- نموذج يحمل اسم الشركة وعنوانها وخاتمها الرسمي.
- تعهد خطي من قبل مجلس الإدارة بضرورة إجراء ما يلزم لدى المصرف في حال حدوث أي تغييرات بخصوص المفوضين بالتوقيع.
- يكون التعامل على هذه الحسابات بواسطة المفوض بالتوقيع عن الشركة وبحدود صلاحياته، ولا تعتبر هذه الحسابات حسابات مشتركة وإنما حسابات شخصية لأشخاص معنويين.

• حسابات الجمعيات الخيرية والتعاونية

- اشتراطت التعليمات رقم (2012/8) والتي عدلت التعليمات (2009/8) والصادرة عن سلطة النقد الفلسطينية، لفتح حساب للجمعيات الخيرية والتعاونية والهيئات ما يلي:
- شهادة تسجيل للجمعية الخيرية أو التعاونية أو الهيئة الأهلية صادرة من وزارة الداخلية أو جهة الاختصاص حسب القانون.

16 - تنص الشروط الخاصة بفتح حساب جار لدى بنك القدس فرع فلسطين على أنه "6- في حالة كون صاحب الحساب من الأشخاص الحكيمة (الاعتبارية) فعليه تزويد البنك بما يلي:
أ- عقد تأسيسه ونظامه الأساسي وشهادة تسجيله.
ب- قائمة بأسماء المفوضين بالتوقيع على الحساب منظمة ومعتمدة حسب الأصول وشروط ونماذج توقيعات المفوضين المعدة من قبل البنك لهذا الغرض.
ت- يلتزم صاحب الحساب بإبلاغ البنك عن أي تعديل يطرأ على أسماء المفوضين بالتوقيع على الحساب ويتحمل كافة المسؤوليات المترتبة بما في ذلك القانونية والمالية الناجمة عن تقصيره في تنفيذ ذلك في حينه"

- نسخة من النظام الأساسي للجمعية الخيرية أو التعاونية مصادقا عليه من وزارة الداخلية أو الجهة ذات الاختصاص.
 - التحقق عند فتح حسابات للجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية من الوضع القانوني للجمعية والمفوضين بالتوقيع عنها.¹⁷
- وأيضاً هذه الحسابات لا تعتبر من الحسابات المشتركة وإنما هي حسابات لهيئات تتمتع بشخصية معنوية، وهذا ما يدعوا للحديث عن الحسابات المشتركة.
- ثانياً: فتح حساب واحد لأكثر من شخص
- قد يتم فتح حساب جار مصرفي لأطراف متعددة بسبب وجودهم في وضعية واحدة، حيث يكون لكل طرف حق في هذا الحساب، كما هو الشأن في الحالة التي يتوفى صاحب الحساب مما يفرض انتقال هذا الحساب من شخص واحد إلى الورثة انتظاراً لما تسفر عنه قسمة التركة.
- الأصل في الحساب الشائع الناتج عن وفاة صاحب الحساب أن يكون بغير تضامن بين أصحابه، ومن ثم إذا أصبح الحساب مديناً، فيكون على البنك الرجوع إلى كل منهم لانتفاء التضامن بينهم، الأمر الذي يوجب على المصرف معرفة حصة كل شريك من الشركاء، وينتهي الحساب الشائع بانتهاء حالة الشيع بالقسمة بين المستحقين، ومن ثم لا تبرأ ذمة البنك إلا بتوزيع الرصيد الدائن الموجود في الحساب الشائع على المستحقين كل بحسب نصيبه في القسمة.
- بالرجوع إلى المادة (338) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني نجد أنها تنص في فقرتها الأولى على أنه "يجوز أن يفتح المصرف حساباً مشتركاً بين شخصين أو أكثر بالتساوي فيما بينهم، ما لم يتفق على غير ذلك. ويفتح الحساب المشترك بناءً على طلب أصحابه جميعاً، ولا يجوز السحب من هذا الحساب إلا بموافقتهم جميعاً، ما لم يتفق على غير ذلك"¹⁸. ومعنى ذلك أن المشرع لم ينظم الحساب الشائع الناتج عن وفاة صاحب الحساب الأصلي، والدليل على ذلك أن المشرع وبنفس القانون نص في المادة (401) في الفقرة الثالثة على أنه "في جميع الأحوال يقفل الحساب الجاري بوفاة أحد طرفيه أو شهر إفلاسه أو إعساره أو الحجر عليه".
- وبالتالي فإن استمرار المصرف في علاقته مع ورثة صاحب الحساب الجاري المتوفى أمر اختياري ما دام هذا الحساب يقفل ويصفى عند الوفاة، ولكن يبقى مفتوحاً لغايات التصفية فقط لا غير¹⁹. وإذا أراد ورثة صاحب الحساب فتح حساب مشترك فيما بينهم يجب عليهم الاتفاق ابتداءً على فتح مثل هذا الحساب وفق مفهوم المادة (338) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني²⁰.
- ومن هنا كنا نتمنى على المشرع الفلسطيني أن يتناول الحساب الشائع بالتنظيم وخصوصاً بالفترة الفاصلة بين قفل الحساب بسبب الوفاة وتصفيته نهائياً.

17 - راجع تعليمات (200/8) والمتعلقة بفتح الحسابات وإغلاقها والحسابات الجامدة والسرية المصرفية والحوالات وصناديق الأمانات، منشور على موقع سلطة النقد الفلسطينية.

18 - ويرى بعض الفقه أن الحساب الشائع هي الصورة التي قام بتقنينها المشرع في هذه المادة وهي التي لا تقوم على التضامن السلبي والإيجابي. - جديع فهد الرشيد، الودائع المصرفية في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2002، ص 307.

19 - د. محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2001، ص 147.

20 - ولكن من المتصور أن يكون الحساب الجاري شائعاً بين أصحابه منذ فتحه، كما هو الحال للحساب الجاري المصرفي المفتوح لشركاء في شركة محاصة، ويلاحظ أن شركة المحاصة ليس لها شخصية اعتبارية، ومن ثم لا يجوز فتح حساب باسمها بيد أنه يجوز فتح حساب باسم الشريك الذي يباشر عمليات الشركة، كما يمكن فتح الحساب باسم جميع الشركاء الذين يباشرون عمليات شركة المحاصة.

- د جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، ط3، القاهرة، 2000، ص220.

وهناك نوع آخر من الحساب الجماعي هو الحساب المشترك سواءً كان مع التضامن السلبي، أو الحساب المشترك مع التضامن الإيجابي، وهذا النوع نصت عليه المادة (338) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني. فالنوع الأول يكون مفتوحاً لأكثر من عميل في مواجهة البنك، ويشترط البنك عند إبرام اتفاقية الحساب على أصحاب الحساب أن يكونوا ملتزمين قبله بالتضامن عن الرصيد المدين الذي ينجم عنه، وبالتالي يحق للبنك مطالبة أي مشتاع بكل الرصيد، فلا يجب على البنك العلم بحصة كل شريك، والحساب الشائع يستلزم إجماعاً من أصحابه في تشغيله، بعكس الإيداع الذي يجوز أن يقوم به أي واحد من أصحاب الحساب.²¹ وانطلاقاً من ذلك لا يستطيع أحد أصحاب الحساب الشائع السحب من الحساب منفرداً بصفته الشخصية طالما لم يكن يحمل وكالة للتصرف بالرصيد بالأصالة عن نفسه وبالنيابة عن غيره.²²

أما النوع الثاني فهو الحساب المشترك التضامني (التضامن الإيجابي) والذي يعطي لكل أطراف الحساب المتعديدين سلطة تشغيل الحساب بتوقيعه، دون ضرورة موافقة بقية الشركاء في الحساب، ويجوز لأحد الشركاء إنذار البنك لمنع أي شريك من السحب من الحساب، ويسأل البنك في حالة الدفع بعد الإنذار، وهذا ما نصت عليه المادة (338) في فقرتها الثالثة "3- إذا أخطر أحد أصحاب الحساب المشترك المصرف كتابة بوجود خلاف بينهم، وجب على المصرف تجميد الحساب حتى تتم تسوية الخلاف رضاء أو قضاء".²³

كما أنه يجوز توقيع الحجز على الحساب المشترك لدين على بعض الشركاء ولكن في حدود نصيبه فقط،²⁴ أما إذا كان الحجز على جميع الشركاء فإنه يسري على جميع أموال الحساب المشترك، ومن يوم إبلاغ المصرف بالحجز يجب عليه أن يوقف السحب من الحساب الجاري بحدود الحصة المحجوزة، ويجب عليه إبلاغ جميع الشركاء بالحساب أو من يمثلهم بوقوع الحجز خلال مدة خمسة أيام.²⁵

أما إذا توفي أحد أطراف الحساب المشترك أو فقد أهليته فعلى باقي الأطراف إخطار المصرف بذلك، مع إعلان رغبتهم في الاستمرار بتشغيل الحساب المشترك أو قفله خلال مدة لا تتجاوز 10 أيام.²⁶ ويجب على المصرف تجميد الحساب حتى يتم تحديد الورثة ولا يترتب على ذلك حلول ورثته محله تلقائياً لأن هذا العقد قائم على

21 - د عبد الرحمن سيد قرمان، عمليات البنوك طبقاً لقانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 2000، ص 190.

22 - د. علي البارودي، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص302.

22 - د. محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك، مطابع جامعة الملك سعود، الرياض ط2، 1997، ص227.

23 - تدرج البنوك شرطاً صريحاً في بنود طلب فتح الحساب تنص من خلاله على أن نشوء نزاع يتعلق بالحساب فيما بين العملاء أو جميعهم سبب من أسباب تجميد أو إغلاق الحساب فور إبلاغ أي من عملاء البنك بذلك.

- انظر شروط طلب فتح الحساب لدى البنك العقاري المصري فرع فلسطين المادة 15

24 - علي البارودي، مرجع سابق، ص303.

25 - تنص المادة (338) من مشروع القانون التجاري على أنه "4-... إذا وقع حجز على رصيد أحد أصحاب الحساب المشترك، سري الحجز على حصة المحجوز عليه من رصيد الحساب يوم إبلاغ المصرف بالحجز، وعليه وقف السحب من الحساب المشترك بما يساوي الحصة المحجوز عليها، وإخطار أصحابه أو من يمثلهم بالحجز خلال مدة لا تجاوز خمسة أيام".

وهذا ما كرسته شروط طلب فتح الحساب في البنك العقاري المصري العربي فرع فلسطين، حيث نص البند 15 منه في الفقرة هـ على أنه "يجهد أو يغلق الحساب حسب مقتضى الحال لدى حدوث أي من الحالات المدرجة في الفقرات من (1-6)

2-وقوع حجز قضائي أو إداري تحت يد البنك على حصة عميل أو أكثر وفي هذه الحالة يجهد البنك حصة المحجوز عليه ونقلها إلى حساب خاص يفتح لهذه الغاية أو تحول الحصة المحجوزة للجهة طالبة الحجز حسب مقتضى الحال....."

26- الفقرة الرابعة من المادة (338) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني.

الاعتبار الشخصي.²⁷ ويذهب بعض الفقه²⁸ إلى أن الحساب لا يجمد ولا يوقف إذا كان ورثة المتوفي هم باقي أطراف الحساب.²⁹

تذهب بعض البنوك إلى اعفاء نفسها من المسؤولية في حال عدم اتخاذ الإجراءات المناسبة إذا وقعت إحدى الحالات التي قد تؤدي إلى إغلاق الحساب أو تجميده.³⁰

ولكن ما هو الأثر المترتب على هذا الشرط المعفي من المسؤولية عنها؟

يرى الباحث أن المسؤولية الملقاة على عاتق البنك إذا ما أخل بالواجبات المفروضة عليه بالعقد هي مسؤولية عقدية ومادام أن البنك قد أعفى نفسه منها فإنه لا يتحمل المسؤولية، إلا إذا ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، حيث إن هذه الأخطاء لا يجوز الاتفاق على خلافها لأنها تدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية، ومادام أن البنك مهني محترف فإن ما يعتبر خطأ يسيراً بالنسبة لغيره، يعتبر خطأ جسيماً له وبالتالي فإن أثر الشرط يقتصر على قلب عبء الإثبات، فيثبت العميل خطأ البنك الجسيم أو غشه.

ثالثاً: فتح أكثر من حساب للعميل الواحد في نفس المصرف

بالرجوع إلى المادة (393) من مشروع القانون³¹ نجد أنها أحالت في فقرتها الرابعة على المادة (338) من نفس المشروع³²، ولكنها لم تقم بالإحالة على المادة (337) من نفس المشروع³³، مما يدعونا للتساؤل حول مدى جواز تعدد الحسابات الجارية لدى المؤسسة المصرفية، سواءً في نفس الفرع أم بأفرع مختلفة تعود لنفس المؤسسة؟

يرى الباحث أنه للإجابة على هذا التساؤل يجب الرجوع إلى ما تقرره المادة (399) من مشروع القانون التجاري، والتي تنص في فقرتها الأولى على أنه "تقيد في الحساب الجاري جميع الديون الناشئة عن علاقات

27 - د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 619. نصت المادة 15 من شروط طلب فتح الحساب في البنك العقاري المصري العربي فرع فلسطين السابق الإشارة إليها في فقرتها هـ على أنه "يجمد أو يغلق الحساب حسب مقتضى الحال لدى حدوث أي من الحالات المدرجة في الفقرات 3.... وفاة أحد العملاء وفي هذه الحالة تدفع حصته لورثته الشرعيين حسب أحكام القانون".

ولكن العقود البنكية لم تلزم العميل بمدة لإعلامها في حال وفاة أحد عملاء الحساب المشترك ونصت في نفس الفقرة السابقة على أنه ".... ويتعهد كل عميل بإعلام البنك خطياً فور علمه بحدوث أي من الحالات المدرجة في الفقرات (1-6) أدناه والا كان مسؤولاً...."

28- د. مراد منير فهمي، القانون التجاري عمليات البنوك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982، ص 184

29 - ولكن هذا الرأي الأخير يتناقض مع ما جاء بالمادة 401 من مشروع القانون التجاري والمادة (111) من قانون التجارة الأردني (12) لسنة 1966.

30 - تنص شروط فتح الحساب لدى البنك العربي الإسلامي فرع فلسطين: يجمد أو يلغى الحساب حسب مقتضى الحال، ويقسم الرصيد الدائن ويوزع بالتساوي أو حسب تحديد الحصص المذكورة في البند (2) لدى حدوث أي من الحالات التالية دون أن يترتب على البنك أية مسؤولية نتيجة عدم التجميد أو الإلغاء بسبب السهو أو الخطأ أو نتيجة لعدم علم البنك لأي من تلك الحالات أو لأي سبب كان، ويتعهد كل من الشركاء بإعلام البنك خطياً فور علمه بحدوث أي من الحالات المدرجة أدناه وإلا كان مسؤولاً تجاه البنك واتجاه شركائه الآخرين واتجاه الغير عن أية أضرار قد تترتب على عدم إعلام البنك بها:

نشوء نزاع يتعلق بالحساب بين الشركاء.

وقوع حجز قضائي أو إداري على حصة أحدهم /جميعهم.

وفاة أحد الشركاء، وفي هذه الحالة تدفع حصة المتوفى لورثته الشرعيين وفق أحكام القانون.

إشهار إفلاس أحد أصحاب الحساب، وفي هذه الحالة ينفذ البنك بالنسبة لحصة المفلس التعليمات التي يتلقاها من وكيل التفليسة أو الجهة

القضائية القائمة على طابق الإفلاس .

فقدان أو نقص أهلية أحد أصحاب الحساب، وفي هذه الحالة يتم التصرف بحصة فاقد الأهلية أو ناقضها من قبل الشخص المعين من الجهة

القضائية المختصة.

قيام البنك بإجراء التقاص بين حصة أي فرد من أصحاب الحساب وبين الالتزامات المترتبة بذمة صاحب الحصة تجاه البنك أو أي فرع من فروع.

31 - تنص الفقرة الرابعة من المادة (393) على أنه "تسري الأحكام المنصوص عليها في المادة (338) من هذا القانون على الحساب الجاري المشترك المفتوح لدى مصرف".

32 - انظر نص المادة (338) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني والتي سبق دراستها عند دراسة تعدد أطراف الحساب الجاري المصرفي.

33 - تنص المادة (337) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني على أنه "إذا تعددت حسابات المودع في مصرف واحد أو في فروعته اعتبر كل حساب منها مستقلاً عن الحسابات الأخرى، ما لم يتفق على غير ذلك".

الأعمال التي تتم بين طرفي الحساب. ما لم تكن هذه الديون مصحوبة بتأمينات قانونية أو اتفاقية. أو اتفق على استبعادها من الحساب".

هذه المادة تقرر مبدأ يجمع عليه الفقه والقضاء³⁴ وهو مبدأ شمولية الحساب الجاري. ذلك أن الإجماع منعقد على أن المبدأ بالنسبة للحساب الجاري هو عموميته ليشمل جميع الديون الناشئة عن علاقات طرفيه. وأن الاستثناء هو عدم عمومية هذا الحساب فيما يخص تسجيل الديون فيه.

وبناءً على ذلك يذهب هذا الاتجاه³⁵ إلى أنه لا يحتاج تسجيل دين من هذه الديون إلى اتفاق خاص لهذا الغرض. كما لا يكون في المقابل من حق أي واحد من طرفي الحساب أن يمنع ديناً من التقيد في هذا الأخير. لأن هذا التقيد يعد من جهة واجباً على أحدهما ومن جهة أخرى حقاً للآخر. ومبدأ الشمول هذا لا يعني أن كل واحد من الطرفين ملزم بالتعامل مع الآخر. بل إن لكل منهما كامل الحرية في اللجوء إلى هذا التعامل. ولكن إذا ما تم التعامل فإن الدين الناتج عن ذلك يسجل في الحساب الجاري.

نستنتج من المبدأ السابق أنه لا يجوز أن تتعدد الحسابات الجارية للعميل الواحد داخل المصرف إلا استثناءً. لأنه من الواجب تسوية الديون بين الطرفين عن طريق حساب واحد. وما يؤكد ذلك ما ذهبت إليه المادة (400) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني التي نصت على أنه " 1. إذا تضمنت مفردات الحساب ديونا نقدية مقومة بعملات مختلفة. أو أشياء قيمية جاز للطرفين أن يتفقا على إدخالها في الحساب بشرط أن تقيد في أقسام مستقلة يراعى التماثل في المدفوعات التي تتضمنها وأن يصرح الطرفان ببقاء الحساب رغم تعدد أقسامه محتفظاً بوحدة".

2. يجب أن تكون أرصده الأقسام المستقلة قابلة للتحويل فيما بينها. بحيث يمكن في الوقت الذي حدده الطرفان. أو عند القفل على الأكثر. إجراء المقاصة بينها لاستخراج رصيد واحد".

ويرى الباحث أن السماح بفتح حساب بعدة عملات هو تكريس لمبدأ عمومية الحساب لأنه من الواجب تسوية جميع الحقوق بين المصرف وعميله من خلال حساب واحد. وهذا ما جرى عليه العمل المصرفي في فلسطين بفتح حساب بالشيك و حساب فرعي تابع للحساب بالدينار والدولار أو العكس ويتم الاتفاق على إمكانية إجراء المقاصة بين أقسام الحساب في الوقت المتفق عليه بين الطرفين أو عند إغلاق الحساب.

إن السحب والإيداع في مثل هذه الحسابات يكون بالعملية التي فتح لها قسم بالحساب.³⁶ كما أن الاتفاق على المقاصة لا يترتب عليه سوى أحقية المصرف في إجراء المقاصة كلما رأى ذلك في مصلحته³⁷. ويكون سعر الصرف حسب اتفاق الأطراف فإن لم يوجد اتفاق. يتم تحديد سعر الصرف في تاريخ إجراء المقاصة حسب القواعد العامة³⁸.

ولكن ماذا لو كانت طبيعة الحسابات يختلف بعضها عن بعض؟ كما لو كان حساب مفتوح لأحد المحامين ويتعلق بأمور مهنته وآخر شخصي له. ففي هذه الحالة يحق فتح حساب مستقل. كما لأطراف الحساب أن يدخلوا التقييدات في نفس الحساب بشرط أن تكون أقسامه مستقلة بعضها عن بعض. وأن يتفق على وحدة الأقسام صراحة وإلا اعتبرت هذه الأقسام مستقلة.

34 - لمزيد من التفاصيل يراجع المطلب الثاني من هذا البحث عند تناول مبدأ العمومية بالدرس والتحليل.

35 - د محمد لفروجي. مرجع سابق. ص 105.

36 - المادة 4 من شروط فتح الحساب لدى البنك العقاري المصري العربي.

37 - محمد لفروجي. مرجع سابق. ص 82. صفوت بنهساوي. مرجع سابق. 415.

38 - عدنان إبراهيم السرحان. نوري حمد خاطر. شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات" دراسة مقارنة. دار الثقافة للنشر والتوزيع. الطبعة الخامسة 2012. ص 174.

ففي هذا السياق قضت محكمة استئناف باريس في قرار لها بتاريخ 25 سبتمبر 1990³⁹ بأن الحساب المصرفي المهني الذي يفرض القانون على بعض الأشخاص كالمحامين والموثقين فتحه لإيداع الأموال المأخوذة من عملائهم، لا يكون موضوع أي إدماج أو وحدة مع الحساب الشخصي المفتوح لدى نفس المؤسسة المصرفية باسم كل واحد من هؤلاء الأشخاص.

وهذا ما ذهب إليه الفقه⁴⁰ من جواز فتح أكثر من حساب مصرفي للعميل الواحد، ومن ثم يخضع كل حساب من هذه الأنواع إلى القواعد الخاصة في وقفه وتشغيله، ويتمتع كل منها باستقلالية تامة عن الآخر⁴¹. إلا إذا كان هناك اتفاق صريح بين البنك وعميله، وهذا ما يعرف عملاً (باتفاق أو خطاب وحدة الحساب) أو (خطاب المقاصة)⁴². ويرى الباحث أن هذا التعدد لا يكون إلا استثناءً وفي حالة كانت الحسابات ليست من طبيعة واحدة.

39 - cour d'appel de paris - 25 septembre 1990 - revue de droit bancaire et bourse. 1991. P 62.

40 - د رضا سيد عبد الحميد، النظام المصرفي، وعمليات البنوك، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 226.

- د علي البارودي العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 301

- د. د. حسن المصري الحسابات المصرفية في القانون الكويتي، ط1، الناشر جامعة الكويت، الكويت، 1994، ص 93.

41 - رغم أن كل حساب من الحسابات المتعدد منفصل عن الآخر في طريقة تشغيله إلا أن المصارف تشترط كون " حسابات المؤسسات الفردية المملوكة لأشخاص طبيعيين شأنها شأن الحسابات التي تكون بأسماء مالكي تلك الحسابات وتكون الوكالة أو التفويض الصادر عن مالكي تلك المؤسسات نافذاً للتعامل بحساباتهم الشخصية وحسابات المؤسسات المملوكة لهم. المادة 24 من الشروط العامة لفتح الحساب لدى البنك العربي فرع فلسطين.

42 - تنص المادة 25 من الشروط العامة لفتح الحساب لدى البنك العربي فرع فلسطين على أنه " إذا كان المعتمد مديناً أو كفيلاً لأية التزامات مهما كان سببها بما فيها الكمبيالات المحصورة أو المكفولة...أو لغايات تعزيز الضمانات والتأمينات المقررة لصالح البنك، يحق للبنك أن يتخذ كل أو أياً من الإجراءات المبينة لاحقاً على الرغم من اختلاف عملات تلك الحسابات أو الالتزامات:-

1- أن يجري المقاصة الاتفاقية بين أرصدة حسابات المعتمد القائمة حالياً أو التي يتم فتحها مستقبلاً وبين ما للبنك من حقوق مالية.

2- أن يدمج كل أو بعض حسابات المعتمد في حساب واحد وأن يجري المناقلة من حساب لآخر .

3- أن ينقل أية أموال أو أرصدة للمعتمد إلى حساب تأمينات بأسماء البنك تأميناً لأي دين مستحق أو يستحق".

من خال ما سبق يتبين أن البنك يعطي لنفسه إمكانية المقاصة بين الحسابات ويعتبر أن الحسابات في نفس الوقت وحدة واحدة . إن الاتفاق على وحدة الحسابات المتعددة التي للعميل بنفس البنك يجعل هذه الحسابات أقساماً من حساب بنكي واحد، وبالتالي لايجوز أن يكون اتفاق الوحدة منصب على حسابات من طبيعة مختلفة.

أما اتفاق المقاصة فلا يجعل الحسابات المتعددة حساباً واحداً، وإنما يترتب عليه إعطاء الحق للمصرف في إجراء المقاصة بين الأرصدة كلما أن ذلك في مصلحته. محمد لفروجي، مرجع سابق، 76-82

المطلب الثاني: تشغيل الحساب الجاري

نتناول في هذا المطلب نطاق الحساب الجاري والذي يتحكم فيه مبدأ العمومية ولكن ترد على هذا المبدأ استثناءات سنتناولها في (الفرع الأول). كما أنه يجب أن تتصف الديون الداخلة في الحساب ببعض الصفات لكي تتمكن من الدخول فيه. وهذا ما نتطرق إليه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نطاق الحساب الجاري

أولاً: مبدأ عمومية الحساب الجاري

يفترض هذا المبدأ وجود مدفوعات متعددة ومتبادلة بين الطرفين يتم تسويتها من خلال الحساب الجاري. والحساب الجاري كما سبق القول عقد متبادل وملزم لجانبين، وإرادة الطرفين هي المناط الوحيد في تحديد نطاقه ورسم حدوده. فإذا لم ترسم هذه الحدود اعتبر عاماً شاملاً لكل الديون المترتبة بين المصرف والعميل وهذا هو الأصل.⁴³ وذلك على أساس الإرادة الضمنية لأطرافه⁴⁴، وبالتالي لا يعد حساباً جارياً العقد الذي يعطي الحق لأي من الطرفين استبعاد دين من الديون القائمة بين الطرفين من الدخول في الحساب إلا ما اتفق على استبعادها منذ البداية.

وهذا المبدأ جاءت به المادة (399) من مشروع القانون التجاري حيث نصت على أنه " 1. تقييد في الحساب الجاري جميع الديون الناشئة عن علاقات الأعمال التي تتم بين طرفي الحساب. ما لم تكن هذه الديون مصحوبة بتأمينات قانونية أو اتفاقيه، أو اتفق على استبعادها من الحساب".
وأشارت المادة (107) من قانون التجارة الأردني (12) لسنة 1966 على هذا المبدأ في فقرتها الأولى حيث نصت على أنه " 1- يتوقف مدى الحساب الجاري على إرادة المتعاقدين فلهما أن يجعلاه شاملاً لجميع معاملتهما أو لنوع معين منها فقط".

وتعتبر العمومية خاصية مميزة للحساب الجاري، حيث يفترض في أطراف الحساب الجاري العلم بهذا المبدأ الذي يشمل كل المدفوعات المتبادلة بينهما. لأن حسن تشغيل الحساب يتطلب عدم انفراد طرف واحد بتحديد وضعيته، مما يؤدي إلى دعم الثقة وتقوية الروابط بين طرفيه. وهذا ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية فقد اعتبرت المتراسل الذي لم يقم بإدراج دين ناشئ عن علاقة الطرفين داخل الحساب الجاري مرتكباً جريمة خيانة الأمانة⁴⁵.

ويترتب على هذا المبدأ أن الديون تدخل في الحساب الجاري بمجرد توفر الشروط اللازمة لها دون حاجة إلى اتفاق جديد، أو انتظار القيد المادي⁴⁶، وإنما تترتب مسؤولية المصرف إذا تأخر بالقيد، وهذا ما ذهب إليه القضاء

43 - د علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 281.

44 - د-صفوت بهنساوي، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 433.

45- Cass. com. RTD civ, 1975 , p 385.

أورده عبد الرحيم المودن، النظام القانوني لعقد الحساب الجاري البنكي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، ص 117.

46 - د. علي البارودي، د.محمد فريد العريني، القانون التجاري، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 337.

الفرنسي الذي حمل المصرف كامل المسؤولية عن عدم تقييده قيمة الشيكات التي تسلمها كمدفوع في الحساب، مما مكن مثل الشركة التي تعتبر طرفاً في الحساب من قبض قيمتها واختلاسها⁴⁷. وكما سبقت الإشارة فإن وجوب إدراج جميع العمليات التي تقع بين طرفي الحساب الجاري لا يعني فرض التزام على كل طرف بالتعامل مع الآخر. بل يظل كل منهما حراً في هذا التعامل فله أن يتعامل مع الطرف الآخر. وله أن يتعامل مع غيره. كل ما في الأمر أنه إذا قبل أحد الطرفين التعامل مع الآخر، فإنه يلتزم بمبدأ العمومية ويقيد الدين أو الحق الناتج عن هذا التعامل في الحساب الجاري المفتوح بينهما⁴⁸. ولكن التقييدات في الحساب الجاري لا تشمل كل الديون المترتبة بين الطرفين طوال فترة تشغيله، وإنما تشمل الديون الناتجة عن علاقات الأعمال حسب ما نصت على ذلك المادة (399) من مشروع القانون التجاري. وهي العلاقات التي فتح الحساب من أجلها كنتائج العمليات التجارية والائتمانية وفقاً للاتفاق بين الطرفين⁴⁹. وهذا ما يدعونا للحديث عن الاستثناءات التي ترد على مبدأ عمومية الحساب الجاري.

ثانياً: استثناءات مبدأ العمومية

بالرجوع إلى المادة (399) من مشروع القانون التجاري نجد أن مبدأ العمومية لا يتعلق بالنظام العام، وإنما جاء فقط لحماية مصلحة طرفي الحساب، وبالتالي يمكن بإرادة الطرفين استبعاد بعض العمليات خارج نطاق الحساب الجاري. وهذا الاستبعاد إما أن يكون بالإرادة الصريحة أو الضمنية لأطرافه. كما سبقت الإشارة فإن الحساب الجاري يشمل فقط الديون الناشئة عن علاقات الأعمال بين الطرفين. وبالتالي تخرج عن نطاقه الديون والحقوق التي لا تنشأ عن علاقات الأعمال المتوقعة بين الطرفين.

ولكن ماهي الديون الناشئة عن علاقات الأعمال؟

ذهب الفقه والقضاء الفرنسي⁵⁰ إلى تحديد المقصود بهذه الأعمال، موضحين أن مضمون هذه الأخيرة يشمل جميع الديون ذات المصدر التعاقدية، بما فيها المترتبة على فوائد التأخير أو الناجمة عن الشرط الجزائي. وبالتالي تستبعد من نطاق الحساب الجاري، الديون الناتجة عن المسؤولية التقصيرية، وكذلك تخرج من الحساب الجاري الديون الناتجة عن أشباه العقود كالإثراء بلا سبب واسترداد غير مستحق.

وفي هذا السياق تقول محكمة النقض الفرنسية⁵¹ بأن التعويض الذي يكون مصدره عدم تنفيذ أحد طرفي الحساب الجاري التزاماً تعاقدياً مرتبطاً بذات الحساب يدخل في نطاق هذا الأخير لأنه ناتج عن حدث متوقع من الطرفين، وذلك عكس التعويض الناتج عن خطأ غير تعاقدي الذي لا يدخل في هذا النطاق لأنه لا يشكل واقعة غير محتملة من قبل طرفي الحساب الجاري. وفسر بعض الفقه استبعاد الحقوق والديون غير الناتجة عن علاقات الأعمال إلى الإرادة الضمنية للطرفين⁵².

وإذا كان يترتب على قيد العمليات التي تتم بين طرفي الحساب الجاري فقدانها لطبيعتها الأصلية ولذاتيتها الخاصة، فتتحول بفعل التجديد إلى مفردات دائنة ومدينة تتقاص فيما بينها من أجل استخراج

47 - Rea - 28 dec 1937. G P. 1938. I. 345

أشار إلى هذا القرار د. محمد جنكل، العمليات البنكية المباشرة، الجزء الأول، ط1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2003، ص52.

48 - رفعت فخري، دروس في عمليات البنوك، ط1، بدون ذكر ناشر، القاهرة، 1991، 147-155.

49 - د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص914.

50 - انظر هذه الآراء للقضاء والفقه الفرنسي الدكتور محمد جنكل، العمليات البنكية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص54.

51 - Cour de cassation Française, chambre civile 3, 3 juin 1982, JCP, 1985, I. 3221.

أشار إليه د. محمد لفروجي، مرجع، ص 106

52 - د. صفوت بنهساوي، مرجع سابق، ص 434-433.

الرصيد المؤقت أو النهائي، وهذا هو المظهر الرئيسي للتسوية السريعة لعقد الحساب الجاري، وبالتالي فإن أي دين مضمون بتأمين شخصي أو عيني يفقد بمجرد دخوله في الحساب الجاري التأمين الخاص به، بعد أن يتحول إلى مفرد مندمج في هذا الحساب، ولما كان الدائن بالدين المضمون يستطيع اقتضائه كاملاً بفضل ماله من ضمان، فإن من مصلحته عدم دخول هذا الدين في الحساب حتى لا تزول ضماناته⁵³.

ومن هذا المنطلق نصت المادة (399) من مشروع القانون التجاري على استبعاد الديون المصحوبة بتأمينات قانونية أو اتفاقية، وبالتالي يجوز استبعاد مثل هذه الديون بالإرادة المنفردة كما في حالة الخصم في الحساب الجاري، فالقيد العكسي للورقة المضمومة لدى المصرف التي لا يتم تحصيل قيمتها اختياري بالنسبة للمصرف، فهو مجرد رخصة يستطيع الإفادة منها أو التنازل عنها ومباشرة حقوقه المصرفية كمستفيد تجاه العميل الدافع والضامين الموقعين على الورقة عن طريق دعوى الرجوع المصرفي التي توفر له ضماناً أكبر من قيدها بالحساب الجاري⁵⁴.

ونلاحظ أن المادة (399) من مشروع القانون التجاري بعد أن نصت على مبدأ العمومية والاستثناءات الواردة عليه في فقرتها الأولى، جاءت فقرتها الثانية تقضي بما يلي:

” مع ذلك يجوز قيد الديون المصحوبة بتأمينات اتفاقية، سواء أكانت تلك التأمينات مقررة من المدين أم من الغير، في الحساب الجاري إذا اتفق جميع ذوي الشأن كتابة على ذلك....”

وهذا يعني أن الديون المضمونة بتأمينات قانونية يكون استثنائها الزامياً، فلا يمكن الاتفاق على إدخالها في الحساب الجاري، أما الديون المضمونة بتأمينات اتفاقية فيكون استثنائها قاعدة يمكن للأطراف مخالفتها والاتفاق على إدخالها في الحساب الجاري⁵⁵.

كما أنه يجوز لأطراف الحساب الجاري أن يتفقوا على استبعاد بعض الحقوق من نطاق الحساب الجاري أو تخصيصها لغرض معين، سواء بمقتضى عقد الحساب نفسه أو بمقتضى عقد لاحق لا لبس فيه.

الفرع الثاني: شروط الديون القابلة للتقييد في الحساب

هناك عدة شروط يجب أن تتوفر في الديون لتمكن من إجراء المقاصة المؤقتة أو النهائية تتمثل فيما يأتي:

1- أن يكون الدين معين المقدار محقق الوجود.

تقضي القواعد العامة أن يكون الدين محقق الوجود، الأمر الذي يلزم أن يكون قائماً وخالياً من النزاع، لذا لا يدخل في الحساب الدين المعلق على شرط واقف، ولكن يجوز دخول الدين إذا كان معلقاً على شرط فاسخ لأن الحق في هذه الحالة موجود ولكنه مهدد بالزوال، والدين المؤجل يعد ديناً محقق الوجود وبالتالي يدخل في الحساب، كما يلزم لدخول الديون في الحساب من أجل تسويته مع بقية مفردات الحساب أن يكون معين المقدار، وهذا الشرط تنص عليه القواعد العامة أيضاً التي تشترط تعيين المحل⁵⁶.

53 - عبد الرحمن مودن، مرجع سابق، ص 123.

54 - صفوت بهنساوي، مرجع سابق، ص 434.

55 - محمد جنكل، مرجع سابق، ص 53.

56 - فايق محمود الشماغ، الحساب المصرفي دراسة قانونية مقارنة، ط 1، الدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 108، 109.

2- أن تكون الديون متبادلة

يعني هذا الشرط أن يقوم كل من طرفي الحساب الجاري بدور الدافع أحيانا وبدور القابض في أحيان أخرى. وشرط تبادل الديون لا يحتم استمرارية وعدم انقطاع الطرفين عن التعامل، بل يمكن الاكتفاء بالاتفاق الصريح أو الضمني على التبادل وإن لم يحصل التبادل فعلا.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية⁵⁷ "لحساب صفة الجاري ولو لم تحصل المدفوعات فيه إلا من أحد الطرفين عندما يكون الاتفاق قد حصل على أن تكون المدفوعات متبادلة". وعلى ذلك إذا أجهت إرادة أحد الطرفين إلى أن يكون فقط قابضا فإننا لا نكون بصدد حساب جار.

وفي اتجاه آخر ذهبت نفس المحكمة⁵⁸ إلى أن الاتفاق على التبادل لا يكفي لاعتبار الحساب جارياً، وإنما يجب أن يتم التبادل الفعلي للمدفوعات، وتتلخص وقائع القضية موضوع القرار المطعون فيه أن مورداً فتح حساباً لعميله وأخذ يسجل في جانبه المدين ثمن البضاعة التي يوردها لهذا العميل وفي جانبه الدائن ما يدفعه العميل كوفاء لهذا الثمن، مما جعل محكمة النقض تقضي بأن التسجيلات التي تمت من الجانب الدائن من حساب العميل المعني بالأمر لا تمثل حقوقاً له في مواجهة المورد، وإنما تعبر فقط عن وفاء حقوق هذا الأخير وبالتالي فليس هناك تبادل في الديون بين طرفي الحساب يؤدي إلى كشفه في جانبهما معاً. ويرى بعض الفقه بالاستناد إلى هذا القرار أن توافر العنصر القسدي لا يكفي للقول بوجود الحساب الجاري وإنما يجب أن يتوفر العنصر المادي⁵⁹.

وقد ثار خلاف حول الطبيعة القانونية للحساب الجاري بين الشريك والشركة، والذي عرفه الفقه الفرنسي⁶⁰ بأنه "تلك المبالغ المالية أو التقديمات أو القروض التي يرتضي المسكرون والشركاء منحها للشركة، وما تركوه تحت تصرفها من المكافآت سواء كانت أتعاباً أو خدمات أدوها أو أرباحاً".

تتجه محكمة النقض الفرنسية بشأن الطبيعة القانونية للحساب الجاري للشركاء، على أنه عقد قرض، حيث يكون فيه الشريك المقرض دائناً للشركة ويستطيع استرداد هذا المبلغ في أي وقت يطلبه، أو عند حلول الأجل المحدد⁶¹. وقد سارت في ذات الاتجاه، محكمة استئناف أبيدجان في ساحل العاج حيث قضت بأن: "الحساب الجاري للشركاء هو عقد قرض طالما لا يشتمل على دفعات متبادلة وهو يخضع لنظام قانوني مختلف عن الحساب الجاري البنكي، ويعد قرضاً وافق عليه الشريك لمصلحة الشركة"⁶².

57 - قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2 يوليو 1890

civ. 2 juill 1890. S. 1890. I. P. 177, not Wahl, D. 1891, I. p 377.

- أشار إليه الدكتور محمد جنكل، العمليات البنكية المباشرة، ج1، ط1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2003، ص47.
58 Cour de français, Arrêt commercial - 26 novembre 1974- RTD Com - 1975. p 571. Nate Cabrillac et R. Lange.

أشار إليه محمد لفروجي، مرجع سابق، ص 98.

59 - سمير عبد العليم محمد محسن، تبادل المدفوعات وتشابكها في الحساب الجاري في ضوء أحكام قانون التجارة الجديد رقم (17) لسنة 1999، المؤتمر العلمي الثاني للقانونيين المصريين، تحت رعاية الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، 2000، ص 15.
60 - Philippe merle, droit commercial, sociétés commerciales, 9ème éd, Dalloz, Paris, 2003, p 47.

Cass. com., 24 juin 1997, n° 95-20.056 : Joly Sociétés 1997, p. 871 ; voir aussi, Cass. com. 10 mai 2011, n° 10-18749. 61

CA Abidjan, n° 401, 13/4/2001, World City c/Sow Souleymane, Ecodroit, n° 11, mai 2002, p. 57, cité par Delabriere A., 62
Aguemon K., "Le compte courant d'associés en droit (OHADA)", Revue du droit des affaires en Afrique (RDAA), sept. 2015,
note n° 3, p. 4.

ويرى الباحث أن هذا الحكم لا ينطبق على الحساب الجاري المفتوح بين البنك وعميله، فطبيعة علاقة طرفي الحساب الجاري المصرفي ببعضهما تختلف عن طبيعة علاقة طرفي الحساب الجاري المتعارف عليه لدى التجار. ذلك أن علاقة المصرفي بعميله علاقة مودع بمودع لديه أي رابطة دائن بمدين باتجاه واحد من حيث المبدأ، مما يستوجب ألا يتحول العميل المودع إلى مدين للمصرف إلا بموافقة هذا الأخير طبقاً لأحكام المادة (333) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني⁶³.

ويظهر هذا جلياً من الشروط التي تدرجها المصارف في نماذج فتح الحساب، حيث تفرض المصارف أن يكون الحساب دائماً وكافياً لمقابلة السحوبات عليه في جميع الأوقات⁶⁴. ويحق للمصرف رفض الوفاء بقيمة الشيكات أو السحوبات وأوامر الدفع الأخرى على حساب العميل إذا لم يف رصيد الحساب المسحوب عليه بذلك⁶⁵.

3- تقييد الديون في الحساب على سبيل التملك

يعني هذا الشرط أن الديون لا تدخل كقيد في الحساب الجاري إلا إذا انتقلت إلى القابض على سبيل التملك، بحيث يقوم كل واحد من طرفي هذا الحساب بدور الدافع أحياناً وبدور القابض أحياناً أخرى. ويعتبر هذا الشرط نتيجة طبيعية للوظيفة التي يقوم بها الحساب الجاري كطريقة للوفاء بواسطة القيد في الحساب. وبذلك فكل دفعة لم يتم تسجيلها في الحساب على سبيل التملك فإنها لا تشكل قيداً في الحساب⁶⁶.

والعبرة في تحديد تاريخ دخول القيد للحساب الجاري ليس بتاريخ قيده المادي، ولكن في الوقت الذي انتقلت فيه ملكية المدفوع من الدافع إلى القابض، فإذا ظهرت ورقة تجارية تظهراً ناقلاً للملكية، فإن ملكيتها تنتقل من العميل المظهر إلى المصرف بمجرد التظهير لو تراخى القيد إلى وقت لاحق⁶⁷.

وقد قضت محكمة النقض المصرية⁶⁸ بخصوص هذا الشرط بأنه: "متى كان المدفوع في الحساب الجاري ديناً ثابتاً بورقة تجارية حررها العميل لصالح الجهة المفتوح لديها الحساب، فإن مجرد قيد قيمتها في الجانب الدائن من الحساب الجاري لا يمنع من مطالبة العميل بقيمتها في ميعاد الاستحقاق، وليس له أن يحتج بدخول الورقة التجارية في الحساب واندماجها فيه، بل من تاريخ الوفاء وحده، يعتبر المدفوع قد دخل الحساب الجاري واندمج فيه بغض النظر عن تاريخ قيده. إذ يعتبر القيد في هذه الحالة قيداً مؤقتاً بشرط الوفاء...".

63 - تنص المادة 333 من مشروع القانون الفلسطيني على أنه "1- لا يترتب على عقد وديعة النقود حق للمودع في سحب مبالغ من حساب الوديعة إذا لم يكن رصيد هذا الحساب دائماً.

2- وإذا أجرى المصرف عمليات لحساب المودع ترتب عليها أن صار حساب الوديعة مدينياً، فيجب على المصرف إخطار المودع فوراً لتسوية مركزه". = وهذا ما تذهب إليه الشروط العامة لفتح الحساب الجاري لدى البنك العربي فرع فلسطين في المادة 32، فحسب هذه الأخيرة للبنك أن يقوم بكشف أية من حسابات المئتمن طبقاً لتقديره وهو غير ملزم بذلك ولا يعتبر كشف الحساب حقاً مكتسباً للمئتمن، وإنما يعتبر من باب التسهيل والتيسير من البنك، ويلتزم المئتمن بتغطية قيمة الكشف خلال شهر من تاريخ الكشف على أبعد تقدير مع ما يترتب عليه من فوائد وعمولات يحتسبها البنك على القروض والتسهيلات أيهما أفضل للبنك".

64 - الشروط العامة لفتح الحساب في بنك القدس فرع فلسطين.

65 - الشروط الخاصة بفتح الحساب الجاري ببنك القدس فرع فلسطين.

66 - د. محمد جنكل مرجع سابق، ص 45.

- فائق محمود الشماخ، دراسة قانونية مقارنة، ط1، دار الثقافة، عمان، 2003، ص 110 وذهب إلى أن القابض للشيء إذ يتلقى الشيء المقبوض يقوم بقيد قيمته في الجانب الدائن من حساب الدافع، فكأنه إذا قد دفع مقابلاً لما يتلقاه، مما يتطلب أن يكون قد تسلم الشيء على السبيل التملك.

67 - عبد الرحمن السيد قرمان، العقود التجارية وعمليات البنوك طبقاً للأنظمة القانونية بالملكة العربية السعودية، ط2، مكتبة الشقري، المملكة العربية السعودية، 2010، ص 348.

68 - قرار صادر عن محكمة النقض المصرية، بتاريخ 17 ماي 1976 أشار إليه د علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ط 4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 334.

وكان محكمة النقض اعتبرت أن قيد الأوراق التجارية المؤجلة بالحساب هو قيد مؤقت إلى حين الوفاء بها. وإلى حين الوفاء بهذه الأوراق تبقى ذمة مقدمها مشغولة بالدين الثابت فيها. وبالتالي لا يستطيع نقل هذا الحق من ذمته إلى ذمة المصرف. وبالتالي لم يتحقق شرط نقل الملكية الضروري لدخول المدفوع في (التخصيص العام للحساب) أو مبدأ العمومية.

وهذا الشرط أشارت إليه المادة (106) من القانون التجاري الأردني رقم (12) لسنة 1966⁶⁹. ولكن مشروع القانون أشار بشكل غير مباشر إلى عدم دخول الدين في الحساب الجاري إذا لم يكن على سبيل التملك، فقد نصت المادة 407 من المشروع على أنه " 1- إذا قيدت حصيلة خصم ورقة تجارية في الحساب الجاري ولم تدفع قيمتها في ميعاد استحقاقها جاز لمن خصم الورقة، ولو بعد شهر افلاس من قدمها للخصم، إلغاء القيد بإجراء قيد عكسي.

2- لا يجوز إجراء القيد العكسي إلا فيما يتعلق بالأوراق التجارية التي لم تدفع قيمتها في مواعيد استحقاقها. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

مما يلاحظ أن مشروع القانون التجاري الفلسطيني قد تبنى النظرية الحديثة التي تذهب إلى أن المصرف بمجرد تسلمه ورقة تجارية من عميله قصد استخلاصها يعتبر مدينًا بقيمتها من تاريخ تسلمه إياها. بالرغم من تعلق المديونية على شرط مفاده تحقق واقعة الاستخلاص أو التحصيل. وهكذا واستناداً إلى هذه النظرية فإن الدين الناتج عن تسلم المصرف ورقة تجارية من أجل التحصيل، يدخل في الحساب ويقيد في الجانب المؤجل إلى حين وقوع هذا التحصيل ثم ينتقل إلى الجانب الحال. ولكن إذا سلم صاحب الحساب سندات على سبيل الرهن فإن هذه السندات لا تقيد في الحساب لانعدام توافر شرط التملك⁷⁰.

ومن النتائج التي تترتب على هذا المبدأ أن القابض إذا تلقى المدفوع على سبيل التملك تكون له حرية التصرف فيه ولا يعد مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة إذا استعمل الحق. ومتى دخل المدفوع على الحساب الجاري لا يمكن استرداده، والعبرة في إمكانية الاسترداد أو عدمه بتاريخ نقل ملكية المدفوع والذي قد يختلف أو يتفق مع تاريخ القيد في الحساب، ونتيجة لنقل الملكية لا يستطيع الدافع استرداد المدفوع من تفليسة القابض⁷¹.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على تشغيل الحساب الجاري

تمهيد

توجد ثلاث قواعد تحكم في كيفية تشغيل الحساب المصرفي، حيث إن هذه القواعد تساعد في تحقيق التسوية السريعة وتضمن تسوية هذه الديون. ومن هذه القواعد قاعدة عمومية الحساب الجاري والتي تمت دراستها في المبحث الأول من هذا البحث عند الحديث عن كيفية تشغيل الحساب.

69 - تنص المادة (109) من قانون (12) لسنة 1966 في فقرتها الأولى على أنه " إن الدفع بواسطة سند تجاري لا يعد حاصلًا إلا بشرط قبض قيمته ما لم يكن اتفاق مخالف..."

70 - د. محمد لفروجي، مرجع سابق، ص 100-101

71 - د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص336.

ولكن القاعدتين اللتين تشكلان مرتكزات تشغيل الحساب الجاري المصرفي، هما قاعدتا التجديد وعدم التجزئة، ولكن هل مازالت هذه المرتكزات قادرة على حكم الحساب الجاري المصرفي مع كل التطورات الاقتصادية التي طالت هذا العقد؟

وكباقي العقود فلا بد لعقد الحساب الجاري من نهاية، وينتهي عقد الحساب الجاري المصرفي إما لأسباب إرادية أو لأسباب خارجة عن إرادة أطرافه، وفي كلتا الحالتين تترتب آثار على هذا الإقفال. وعليه سنقوم بدراسة هذا المبحث من خلال مطلبين نتناول في (المطلب الأول) الآثار المترتبة على تقييد الديون في الحساب وفي (المطلب الثاني) الآثار التي تترتب على إقفال الحساب الجاري.

المطلب الأول: الآثار المترتبة على التقييد في الحساب الجاري

نتناول في هذا المطلب تجديد الدين كأثر لتقييد الدين في الحساب الجاري (الفرع الأول) وكما سبق القول يترتب على دخول الديون أن جميع المفردات تصبح متماسكة ومرتبطة بالحساب ولا يجوز استخراج أي مفرد من مفردات الحساب، وإنما يجب انتظار تحديد الرصيد النهائي، أو يتشكل الرصيد المؤقت بشكل فوري عند دخول الدين إلى الحساب وهذا ما يسمى مبدأ عدم التجزئة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تجديد الدين كأثر لتقييد الدين في الحساب الجاري

أولاً: قاعدة تجديد الدين

من القواعد المتفق عليها في الحساب الجاري خضوع الدين الداخل في الحساب الجاري للأثر التجديدي، والمقصود بذلك أن دخول الدين للحساب يزيل عنه هذه الصفة، كما يحرره من الضمانات التي حميه ليصبح مفرداً من مفردات الحساب، فالتحول الحاصل للحق من مدفوع إلى مفرد محاسبي هو تجديد من نوع خاص، بمعنى أنه نشأت علاقة قانونية جديدة حلت محل العلاقة الأصلية أو العقد الأصلي الذي كان سبباً في نشوء الدين الذي دخل في الحساب⁷².

إن هذا المعنى للتجديد يحقق غاية الحساب الجاري في تفادي تعدد التسويات وتأجيلها لتسوية واحدة عند إيقاف الحساب أو غلقه، إن هذه الغاية لا تتحقق طالما بقي المدفوع المقيد بالحساب محتفظاً بذاتيته واستقلاله، ذلك أن الحساب الجاري في هذه الحالة لا يعدو أن يكون مجرد تمثيل حسابي لعلاقة الطرفين، أو أداة لإثبات حصول العملية التجارية يستلزم أن يتبع ذلك تسوية فورية لما في الحساب بحيث يدفع المدين ما يتوجب عليه للدائن، ومن هنا كان لابد من إخضاع كل المدفوعات في الحساب الجاري لتكييف واحد وإخضاعها لنظام قانوني واحد مهما كان أصل تلك الحقوق، إيداعاً، أو سحباً أو خصم ورقة تجارية أو غير ذلك⁷³.

فالتحول الحاصل للحق من مدفوع إلى مفرد محاسبي هو تجديد من نوع خاص، لأن التجديد الذي يحصل للمدفوعات التي تدخل في الحساب الجاري ليس هو نفسه الذي يتم في إطار القانون المدني، فإذا كان التجديد

72 - علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، ط 2008، مرجع سابق، ص 374

73 - يوسف عودة غانم، الأثر التجديدي للحساب الجاري، مجلة جامعة ذي قار، العدد (4)، المجلد (2)، العراق، 2007، ص 153.

في القانون المدني يتعلق بالتزامين يحل الالتزام الجديد محل الالتزام القديم⁷⁴، فإنه في إطار عقد الحساب الجاري يتعلق بانقضاء الدين الأصلي ليحل محله مفرد محاسبي يندمج مع غيره من المفردات داخل هذا الحساب⁷⁵. فالتجديد في القانون المدني كصورة من صور انقضاء الالتزام بصفة عامة لا يُفترض. وإنما يجب الاتفاق عليه بين الأطراف المعنية بالأمر. إلا أنه خلافاً لهذه القاعدة. فالتجديد المترتب على تقييد الديون في الحساب الجاري مفروض بقوة القانون. أي أن الأمر في ذلك لا يتوقف على رغبة الطرفين وإنما هو نتيجة حتمية يقررها القانون⁷⁶.

وتجد هذه الفكرة أساسها ومصدرها في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر في 25 يناير 1955⁷⁷. ففي هذا القرار اعتبرت المحكمة أن الدفع في الحساب الجاري يساوي الوفاء. مما شكل آنذاك قطيعة مع ما كان البعض يراه بخصوص الحساب الجاري. إذ كان هناك من يعارض هذه الفكرة لما تؤدي إليه من نتائج قاسية ولاسيما بالنسبة للطرف الذي تكون ديونه مضمونة بتأمينات مهمة.

أما الفقه في مصر⁷⁸ فقد كان قبل صدور القانون التجاري رقم (17) لسنة 1999 يتجه إلى رفض فكرة التجديد في الحساب الجاري مستنداً في ذلك إلى المادة (355) من القانون المدني المصري⁷⁹ والتي تنص على "1 - لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جار. 2- وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره. على أنه إذا كان الالتزام مكفولاً بتأمين خاص. فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك".

في حين اعتبر جانب فقهي⁸⁰ آخر هذه المادة تراجعاً عن فكرة التجديد ما دام أن مضمون هذا النص يوحي بأن الحق يظل محتفظاً بوجوده وكيانه وصفاته ودفعاته. كما يحتفظ بتأميناته حتى بعد قيده بالحساب الجاري ولا يمكن استبعاد هذه التأمينات إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك. ولما كان الدين عندما يدخل الحساب يختفي دون أن يحل محله دين آخر وإنما مفرد حسابي غير مستحق الأداء. فإن التجديد لا يتم بمجرد دخول الدين الحساب. بل إنه لا يتم إلا عند قفل الحساب واستخراج الرصيد وإقراره. لأن هذه هي اللحظة التي يظهر فيها الدين الجديد الذي يحل محل الدين الذي انقضى بدخوله إلى الحساب.

أما فيما يتعلق بالتأمينات التي تضمن الوفاء بالدين الذي أدرج في الحساب الجاري. فالقاعدة في التجديد أن تنقضي التأمينات الضامنة للالتزام القديم إلا إذا تم الاتفاق صراحة على نقل التأمينات إلى الالتزام الجديد⁸¹. وهذا ما تخالفه المادة (355) من القانون المدني المصري سالف الذكر.

74 - د. عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني، ج3. دار المعارف القانونية. القاهرة. بدون تاريخ نشر. ص 1176

75 - د. محمد جنكل. مرجع سابق. ص 57.

- يرى بعض الفقه أن المفهوم التقليدي للتجديد لا يسعف في تبرير التجديد الحاصل في الحساب الجاري. فالمدين والدائن ومحل الدين ومصدره هي عناصر موجودة في الدين قبل دخوله في الحساب الجاري وهي موجودة في الرصيد الناتج عن الحساب. الأمر الذي يستدعي فهم التجديد بمعنى أوسع أو معنى آخر يناسب الحساب الجاري. لذا يلزم وجود عنصر قانوني جديد يضاف إلى الدين بعد دخوله الحساب الجاري يثبت وجود التجديد. وهذا العنصر هو الدعوى. فالدين قبل دخوله الحساب الجاري لم يكن مضموناً بدعوى الحساب الجاري ولكن بعد دخوله أصبح مضموناً بتلك الدعوى. فالذي تغير في الدين هو عنصر المسؤولية دون عنصر المديونية إذ أن الأخير لم يطرأ عليه أي تغيير. ويشبه ذلك بالكفيل قبل الكفالة وبعد الكفالة. فائق محمود الشماغ. مرجع سابق. ص؟

76 - د. محمد لفروجي. العقود البنكية. مرجع سابق. ص 107.

77 - Cour de cassation française - Arrêt Commercial - 25 Janvier 1955 - JCP- 1955 II - 854 bis not H. Cabrillac

78 - د محمد حسني عباس. القانون التجاري. عمليات البنوك والعقود التجارية. جامعة الكويت. كلية الحقوق. 1966. ص 206.

د. عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني، ج3. مرجع سابق. ص 838.

79 - القانون المدني: جمهورية مصر العربية قانون رقم (131) لسنة 1948 بتاريخ 1948 / 7 / 29

80 - د. علي جمال الدين عوض. عمليات البنوك من الوجهة القانونية. ط1989. دار النهضة العربية القاهرة. ص 313.

81 - د-عبد القادر الفار. أحكام الالتزام " آثار الحق في القانون المدني الأردني "، ط 6. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان 2001. ص55

ولكن تغير الحال بعد صدور القانون التجاري المصري رقم (17) لسنة 1999 والذي يعد مصدر مشروع القانون التجاري الفلسطيني) تم إلغاء المادة 355 من القانون المدني وحلت محلها المادة (367) من القانون التجاري. التي أرست قاعدة جديدة تتمثل في أن الأصل هو عدم قيد الديون المصحوبة بتأمينات قانونية أو اتفاقية في الحساب الجاري إلا إذا اتفق على خلاف ذلك⁸².

وبمقتضى هذه القاعدة يكون المشرع قد أبقى على فكرة التجديد مع ضمان بقاء التأمينات في حال اتفاق الأطراف على إدخال الدين المضمون في الحساب⁸³، ومادامت هذه الضمانات تابعة للدين، ولأن الدين فقد ذاتيته واستقلاله واندمج مع بقية العناصر المكونة للحساب، فإن الضمانات التابعة تزول. وقد اعتبر الفقه الفرنسي أن هذا الأثر أهم نتائج قاعدة التجديد⁸⁴.

إن الاتفاق على قيد الديون المصحوبة بتأمينات اتفاقية في الحساب الجاري، سواء كانت مقررة من المدين أو من الغير، يفترض أن يتم نقل التأمين لضمان رصيد الحساب الجاري عند قفله، ولكن في حدود مقدار الدين المضمون ابتداء قبل دخوله للحساب، دون ما اعتبار لما قد يطرأ على الحساب أثناء تشغيله من تغيرات، اللهم إذا تم الاتفاق على غير ذلك⁸⁵.

وسبب النص على إمكانية نقل الضمان إلى رصيد الحساب هو أن زوال هذه الضمانات من شأنه أن يضعف مركز الطرف الذي تكون له ديون من هذا النوع تجاه الطرف الآخر، أما الغاية من النص على أن الضمان ينتقل إلى الرصيد المستخرج عند قفل الحساب لا على المفرد الحسابي المقابل للدين المعني بالأمر في الحساب، فيعود إلى أن نقل هذه الضمانات إلى المفردات الحسابية يؤدي إلى المساس بمبدأ عدم التجزئة⁸⁶.

و أعتقد أن هذا المعنى للتجديد تم النص عليه في المادة (399) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني⁸⁷ والتي اقتبست من المادة (367) من القانون التجاري المصري رقم (17) لسنة 1999.

ويثار التساؤل عند قراءة المادة (399) من مشروع القانون التجاري حول التاريخ الذي يجب أن يتم فيه الاتفاق على تحويل الضمانات على رصيد الحساب الجاري، هل هي لحظة تقييد الدين في الحساب أم بعد ذلك؟ لم تبين لنا المادة السابقة الوقت الذي يجب الاتفاق فيه على نقل الضمانات، كل ما اشترطته هذه المادة أن يتم اتفاق جميع ذوي الشأن كتابة على ذلك، ويذهب بعض الفقه⁸⁸ إلى أنه يتعين أن يبرم الاتفاق في نفس الوقت الذي يتم فيه تسجيل الدين المعني بالأمر في الحساب الجاري لكي ينتج أثره بالنسبة للغير. ونؤيد هذا الرأي فيما ذهب إليه وذلك قياساً على ما جاء في المادة (389) من مشروع القانون المدني الفلسطيني الفقرة الأخيرة والتي نصت على أنه " ... لا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذا بحق

82 - أحمد بركات مصطفى، العقود التجارية وعمليات البنوك، ط3، دار النهضة العربية القاهرة، دون ذكر تاريخ النشر، ص269.

83 عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص472.

84 - Calais - Auloy MT, "Compte Courant, banque et crédit", fasc 210. N 86.

- Riper et Roblot, "Traité élémentaire de droit commercial", T.II. LGDJ, Paris, 1992, n2335

أورده د. محمد جنكل، مرجع سابق، ص 59

85 - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 472.

86 - محمد جنكل، العمليات البنكية، ج1، مرجع سابق، ص 59-60.

87 - المادة (399) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني

٢ . ومع ذلك يجوز قيد الديون المصحوبة بتأمينات اتفاقية، سواء أكانت تلك التأمينات مقررة من المدين أم من الغير، في الحساب الجاري إذا اتفق جميع ذوي الشأن كتابة على ذلك. وفي هذه الحالة ينتقل التأمين لضمان رصيد الحساب الجاري عند قفله بمقدار الدين المضمون، دون اعتبار لما يطرأ على الحساب أثناء تشغيله من تغيرات، إلا إذا اتفق على غير ذلك. ولا يحتج على الغير بانتقال التأمين إلى رصيد الحساب إلا من تاريخ شهره إذا كان القانون يستلزم هذا الشهر.

88 - د. محمد لفروجي، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 109.

الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد، مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل". ولكن إذا كان الضمان يستلزم التسجيل فقد نصت المادة (399) من مشروع القانون التجاري على أنه لا يحتج بانتقال التأمين على رصيد الحساب إلا في الوقت الذي يتم فيه التسجيل.

ويرى الباحث أن القانون التجاري الأردني رقم (12) لسنة 1966 أكثر وضوحاً في إبراز خاصية التجديد، حيث نصت المادة (111) من هذا القانون على أن "... الديون المترتبة لأحد الفريقين إذا أدخلت في الحساب الجاري فقدت صفاتها الخاصة وكيانها الذاتي فلا تكون بعد ذلك قابلة على حدة للوفاء ولا المقاصة ولا للمدعاة ولا إحدى طرق التنفيذ ولا للسقوط منفردة بالتقادم".

وبالتالي إن الدين بدخوله في الحساب الجاري لا يكون قابلاً للسقوط منفرداً بمرور الزمان، وتصبح خاضعة للتقادم الذي يخضع له الحساب عند إقفاله، لأنه لا يوجد لا دائن ولا مدين إلا عند إقفال الحساب، والسبب في ذلك أن التقادم يفترض إمكانية المطالبة بالدين خلال مدة بفعل قاعدة التجديد⁸⁹.

ثانياً: الاستثناءات على قاعدة التجديد

هنالك بعض الاستثناءات التي ترد على قاعدة الأثر التجديدي لدخول الدين في الحساب الجاري، مما يحول دون اندماج هذا الدين في رصيد الحساب بصورة نهائية، وذلك لأن تقييد الدين في الحساب الجاري يعتبر كأنه وفاء، فإن هذا الوفاء لا يكون نهائياً إلا إذا توافرت فيه الشروط القانونية لصحة الوفاء، فتقييد الدين في الحساب الجاري يمكن أن يتبع بقيد عكسي يلغيه في الحالات التالية:

1- تعديل التقييد في حالة بطلان العلاقة الأصلية

هذا الاستثناء يستوجب النظر إلى الدين المدرج في الحساب بصفة مستقلة عن الحساب الجاري، لأنه لا يجوز التمسك باندماج الدين في الحساب الجاري إذا كان الدين متسماً بأحد أسباب البطلان كأن يكون محله غير مشروع⁹⁰.

إن مبدأ التجديد لا يُغطي على عدم مشروعية الديون المقيدة، بل تبقى تلك الديون غير مشروعة رغم قيدها في الحساب الجاري، ويلزم في هذه الحالة إلغاء ذلك القيد، بمعنى أن المدفوع المقيد في الحساب الجاري رغم تجديده يبقى مستنداً في وجوده على صحة العلاقة الأصلية التي نشأ عنها⁹¹.

وعليه فقد اتجه الفقه الفرنسي⁹² إلى وضع استثناء على قاعدة التجديد، يتعلق بعدم قطع كل ارتباط بين الدين الأصلي والمفرد الخاص به في الحساب، فالأصل أن اندماج الدين مع باقي مفردات الحساب الجاري يفترض أن هذا الدين صحيح لا يشوبه أي عيب مبطل. أما إذا كان الوضع غير ذلك، فإن دخوله في الحساب لا يقطع صلة المفرد تماماً مع أصله، فلا يمكن استناداً إلى قاعدة التجديد غرض النظر عن بطلانه، ولا إقرار استمراريته بالرغم من انقضائه بانقضاء العقد الذي تولد عنه الدين، فإذا حكم بعد قيد الدين في الحساب ببطلان العقد الذي

89 - د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ط2008، ص

90 - محمد جنكل، مرجع سابق، ص 60

91 - يوسف عودة غانم، الأثر التجديدي للحساب الجاري، مرجع سابق، ص159

92- Rives- Lange et Contamine- Raynaud, op. cit. n 238.

نشأ عنه الدين أو بفسخه وجب الغاء هذا القيد بقيد عكسي يلغيه وذلك تطبيقاً لقاعدة استرجاع القيد غير المستحق.

وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة النقض الفرنسية⁹³ في أحد قراراتها إلى أن إجراء قيد عكسي كلي أو جزئي في الحساب الجاري من أجل تسوية وضعية الحساب الجاري، يمكن أن تتم إذا ما كان دفعه أحد الطرفين غير واجب دفعه أو أكثر ما يجب دفعه، وبالتالي تعتبر التسوية وجهاً من أوجه استرجاع غير المستحق.

ويرى الباحث أن مشروع القانون التجاري الفلسطيني لم يبتعد عن هذا التوجه، حيث ذهبت المادة (395) منه إلى أن "قيد الدين في الحساب الجاري لا يحول دون استعمال الحقوق المتعلقة بالعملية المنشئة لهذا الدين". ومن هنا يمكن القول بأن قيد الدين في الحساب الجاري لا يقطع الصلة مع العلاقة الأصلية التي أوجدته، بل يحق لأطراف الحساب الاعتداد بهذه العلاقة التي ترتب عليها دخول المدفوعات للحساب⁹⁴.

كما نصت المادة (396) منه على أنه "إذا انقضى القيد في الحساب الجاري أو خفض مقداره بسبب لاحق لدخوله الحساب وجب إلغاء قيده أو تخفيضه وتعديل الحساب تبعاً لذلك".

وبالتالي إذا أبطل الدين الذي أدخل في الحساب نتيجة بطلان العقد الذي كان مصدره وجب إلغاء القيد في الحساب، أو تخفيض مقدار الدين المدرج فيه في حال كان الفسخ أو البطلان جزئياً، حيث يقوم أطراف الحساب بتعديله تعديلاً جزئياً.

وقد خلا قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 من الإشارة إلى مصير التقييد في الحساب في حال بطلان العقد الذي أنشأ الدين، ولكن من الممكن إبطال هذا القيد بالاستناد إلى القواعد العامة وخصوصاً قاعدة استرجاع غير المستحق.

2- القيد العكسي للأوراق التجارية

سبق القول إن مبدأ التجديد يقتضي انقضاء الدين تلقائياً عندما يدخل إلى الحساب الجاري، وفقدانه لذاتيته وتنقضي تبعاً لذلك الدعاوي والتأمينات الضامنة له، ولكن هذا المبدأ لا يطبق حسب المادة (407) من المشروع في حالة ما إذا ما كان المدفوع حصيلة ورقة تجارية مخصومة⁹⁵. طالما لم تدفع قيمتها في تاريخ استحقاقها. وهذا ما نصت عليه بشكل واضح المادة (109) من قانون التجارة الأردني (12) لسنة 1966 في فقرتها الأولى والتي ذهبت إلى القول إن "1- إن الدفع بواسطة سند تجاري لا يعد حاصلاً إلا بشرط قبض قيمته ما لم يكن اتفاق مخالف"⁹⁶.

93- قرار محكمة النقض الفرنسية 25 ماي 1993 أورده محمد لفروجي، مرجع سابق، ص 110

94 - يوسف عودة غانم المنصوري، نحو تطورات في المسائل التجارية والمصرفية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013، ص 29-31.

95 - يمكن تعريف عملية الخصم بأنها "عقد يلتزم بمقتضاه البنك أن يدفع قيمة الورقة التجارية إلى حاملها قبل تاريخ استحقاقها، مقابل خصم جزء من قيمتها تمثل عمولة البنك والفائدة ومصاريف تحصيل قيمتها، على أن يلتزم حاملها بنقل ملكية الحق الثابت فيها، وهو مبلغ من النقود إلى البنك ورد قيمتها الاسمية إليه إذا لم يدفعها المدين الأصلي في تاريخ الاستحقاق".

- د. عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، الجزء الثاني، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 463.

- تنص المادة 16 من الشروط العامة لفتح الحساب لدى البنك العربي فرع فلسطين على أن "تظهر المعتمد أية ورقة لإيداعها في حساباته المدينة هو تظهير ناقل للملكية مالم يذكر صراحة أن القيمة للتحويل، ولا يعتبر ذكر رقم حساب المعتمد إزاء التظهير قرينة على أن التظهير توكيلي/للتحويل"

96 - ذهبت محكمة التمييز الأردنية إلى أنه "1- لا يعد الدفع بواسطة سند تجاري حاصلاً إلا بقبض قيمته عملاً بالمادة (109) من قانون التجارة، فإذا أودع المميز ضده شيكا في حسابه لدى البنك التعاوني فللميز بعد أن قيد قيمته في الحساب أن يعكس هذا القيد إذا لم يتم صرف

وهذا المعنى للخصم أكدته محكمة النقض الفلسطينية⁹⁷ "... خصم الكمبيالات عند تظهيرها للبنك تظهيراً ناقلاً للملكية يجعل البنك حاملاً شرعياً لها. وعليه يجب أن يتم السداد للبنك ذاته المظهر له وفي تاريخ الاستحقاق وليس في حساب المستفيد الأصلي من الكمبيالة الذي لديه حساب لدى البنك. وإذا تم الوفاء بطريقة أخرى فإن ذلك لا يبرئ ذمة العميل تجاه البنك."

وقد حاول الفقه الفرنسي⁹⁸ تبرير هذا الاستثناء لقاعدة التجديد. فقد ذهب رأي أول إلى أن هذا الاستثناء يستشف من القاعدة المنصوص عليها في القواعد العامة والمتمثلة في وجود الشرط الفاسخ في العقود الملزمة للجانبين. ففي حال عدم تنفيذ الالتزام من أحد طرفي العقد يحق للطرف الآخر فسخ العقد. فيما ذهب رأي آخر إلى أن هذا الاستثناء يستند إلى الإرادة الضمنية للطرفين. حيث إن أساس القيد العكسي هو الشرط الضمني المستمد من إرادة الطرفين.

أما الفقه المصري⁹⁹ فيذهب إلى أنه تنشأ للمصرف دعويان: الأولى مصدرها الورقة التجارية المخصوصة (الدعوى الصرفية) أي متابعة الموقعين من أجل استخلاص الورقة التجارية. ومن ضمن الموقعين على الورقة التجارية العميل الذي قدم الورقة التجارية للخصم. أما الدعوى الثانية فمصدرها عقد الخصم ذاته وليس الورقة المخصوصة. وفي هذه الحالة الأخيرة يكون المصرف ملزماً بإرجاع الورقة إلى العميل. وبالتالي يحرم المصرف من كل الحقوق المتصلة بالورقة التجارية.

لقد أعطت المادة (407) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني للمصرف إجازة بإجراء القيد العكسي للورقة المخصوصة التي لم تدفع في ميعاد استحقاقها. لأنه حسب القواعد العامة يحق للمصرف أيضاً أن يقوم بتقديم الورقة التجارية للقبول والوفاء في الأجل. كما يتعين عليه تحرير ورقة الاحتجاج لعدم الدفع وإلا اعتبر حاملاً مهماً. ليتمكن من الرجوع على الضامنين وهم الموقعون على الورقة التجارية ومن فيهم المظهر عميل البنك¹⁰⁰. وهو نفس توجه الفقه المصري السابقة الإشارة إليه.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية¹⁰¹ من أن "حق البنك في إجراء القيد العكسي بالحساب الجاري للأوراق التجارية التي تخصص لديه ولا يتم تحصيلها. حق يستند إلى حقه في دعوى الضمان الناشئة عن عقد الخصم والتي تخول البنك الرجوع على طالب الخصم بقيمة الورقة في حال عدم الوفاء بقيمتها في تاريخ الاستحقاق. كما يستند كذلك إلى حقه في دعوى الصرف الناشئة عن تظهير الورقة إليه تظهيراً ناقلاً للملكية يخوله حق الرجوع على المظهر طبقاً للإجراءات والمواعيد المنصوص عليها في القانون التجاري. بحيث إذا سقط حق البنك في تلك الدعوى لعدم مراعاة تلك الإجراءات والمواعيد امتنع عليه إجراء القيد العكسي

الشيك. ولا يرد الاحتجاج بأن البنك المسحوب عليه (بنك الأردن والخليج) قد حصل على كمبيالة من الجير لقاء قيمة الشيك ذلك أن الدفع أيضاً بهذه الطريقة لا يعتبر أيضاً دفعاً صحيحاً ووفاء للدين بالمعنى المقصود في المادة المشار إليها."

- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1993/1042 مجلة نقابة المحامين الأردنيين. تاريخ النشر 1995، ص 642.

97 - قرار محكمة النقض في رام الله رقم 2011/125 منشور على موقع جمعية البنوك الفلسطينية على الرابط <http://www.abp.ps/files/server/Court%20decisions.pdf>

98 - راجع آراء الفقه الفرنسي. محمد جنكل. مرجع سابق. ص 62

99 - د. محمود مختار محمد أحمد بري. قانون المعاملات التجارية (عمليات البنوك والأوراق التجارية). دار النهضة العربية. القاهرة 2001. ص 101-102.

- د. أحمد محمود جمعة. أحكام عقد الحساب الجاري في قانون التجارة. ط 1. منشأة المعارف. الإسكندرية 2001. ص 29.

100 - د. عزيز العكيلي. مرجع سابق. ص 471.

101 - قرار محكمة النقض المصرية رقم 346 بتاريخ 1976/05/17 المستشار سعيد أحمد شعلة. قضاء النقض في المواد التجارية خلال ثلاثة وسبعين عاماً (1931-2003) منشأة المعارف. الإسكندرية. 2004. ص 372.

للسقوط حقه في دعوى الصرف، على أن سقوط حق البنك في دعوى الصرف لا يخل بحقه في إجراء القيد العكسي استناداً إلى حقه في دعوى الضمان الناشئة عن عقد الخصم".

ويرى الباحث أن هذا التوجه من قبل محكمة النقض يتوافق مع ما جاءت به المادة (584) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني والمستمدة من المادة (549) من القانون التجاري المصري والتي تنص على أنه " لا يترتب على قبول الدائن تسلم ورقة تجارية وفاء لدينه جديد هذا الدين إلا إذا أثبت بوضوح اتجاه قصد المتعاقدين إلى إحداث التجديد".

واستناداً إلى هذه المخاطر، أي حرمان المصرف من الحقوق المتصلة بالورقة خصوصاً إذا كان الحساب لا يتضمن موجودات كافية في حال اختار المصرف إجراء القيد العكسي، فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية¹⁰² المصرف دائناً مرتبهاً يمكنه الاحتفاظ بالورقة التجارية على سبيل الرهن رغم إجراء القيد العكسي.

وهذا هو نفس الحكم الذي تنص عليه المادة (109) من قانون التجارة (12) الأردني لسنة 1966 والتي جاء فيها " 2- وإذا لم تسدد قيمة السند في موعد استحقاقه فيحق لمستلمه مع الاحتفاظ به على سبيل التأمين ومع استعمال الحقوق المنوطة به، أن يقيد قيمته على حساب مسلمه". ونلاحظ أن مشروع القانون التجاري قد تراجع عن هذا المقتضى ولم يعط للمصرف الحامل للورقة التجارية الاحتفاظ بها على سبيل الرهن.

الفرع الثاني: مبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري

نتحدث في البداية عن المفهوم التقليدي لعدم التجزئة ثم نتعرض للمفهوم الحديث.

أولاً: المفهوم التقليدي لمبدأ عدم التجزئة

يقصد بمبدأ عدم التجزئة وفق هذا المفهوم أن المفردات الموجودة بالحساب تشكل فيما بينها كلاً واحداً متماسكاً لا يقبل الانفصال عنه قبل إقفاله، ووقوع المقاصة بين المفردات الدائنة والمدينة واستخراج الرصيد النهائي الذي يمثل وحده الدين المستحق¹⁰³.

وقد تمت صياغة هذا المبدأ في القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية¹⁰⁴ بتاريخ 26 يوليو 1903 حيث ذهب إلى أن " عمليات الحساب الجاري تتابع كل منها تلو الأخرى إلى حين تسويتها نهائياً، وتكون كلا واحداً غير قابل للتجزئة، فطالما أن الحساب مفتوح فلا يوجد أي حق أو دين، وإنما يوجد فقط مفردات دائنة ومدينة وأن الميزان النهائي للحساب هو وحده الذي يحدد المديونية على عاتق أي من الطرفين، و نتيجة لذلك، فإن صفتي الدائن والمدين لا تتحقق إلا وقت قفل الحساب".

102 Com . 14 avril 1959. R T D Com, 915. Banque, 1959, p608

103 - د. محمد توفيق بطاح، آثار الحساب الجاري في العمليات المصرفية، مؤسسة الوراق للنشر، عمان، الأردن، 2003، ص84.

- د. منير محمد الجنيبي، د. ممدوح محمد الجنيبي، أعمال البنوك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص269.

- د. محمود مختار أحمد بري، المرجع السابق، ص70.

104 - Cour de cassation française- Arrêt civil- 24 juin 1903, Sirey, 1904, p 220

أورده محمد لفروجي، مرجع سابق، ص 112

وهذا ما سارت عليه محكمة التمييز الأردنية حيث ذهبت إلى أنه " بناء على المادة (112) بفقرتها الأولى والثانية أنه لا يعد أحد الطرفين دائناً أو مديناً للفريق الآخر قبل ختام الحساب الجاري" قرار تمييز حقوق 89/1068 مجلة نقابة المحامين لسنة 1991، ص1333 .

وكرست التشريعات التجارية العربية¹⁰⁵ ومنها التشريع التجاري الأردني رقم (12) لسنة 1966 في المادة (112) منه هذا المبدأ حيث ذهبت إلى أنه "1- لا يعد أحد الفريقين دائناً أو مديناً للفريق الآخر قبل ختام الحساب الجاري".

2- إن إيقاف هذا الحساب هو وحده الذي يحدد حالة العلاقات القانونية بين الطرفين وهو الذي تنشأ عنه حتماً المقاصة الاجتماعية لجميع بنود الحساب من تسليف واستلاف وهو الذي يعين الدائن والمدين.¹⁰⁶ وهذا ما كرسته محكمة النقض الفلسطينية¹⁰⁶ في أحد قراراتها "... كذلك يتضح أن البنك أغلق الحساب الجاري للطاعن بتاريخ 24/7/2001 بموجب المبرز م/7 وقد أقيمت الدعوى بتاريخ 30/7/2001. وهذا يتفق مع أحكام المادة (106) من قانون التجارة رقم (12) لسنة 66 التي تنص في ذيلها على اعتبار أن قيمة الدين مستحقه الأداء عند إقفال الحساب. والمادة 7/ب من عقد فتح الاعتماد المبرز م/1، و ذلك يتفق مع نص المادة (85) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية الساري المفعول في ذلك الحين لأغراض إلقاء الحجز". نستنتج من هذا القرار أن محكمة النقض اعتبرت أن دين الحساب لا يعتبر مستحقاً إلا عند إقفال الحساب، ومادام أن الحساب أغلق قبل رفع دعوى الحجز فإن الحجز يكون صحيحاً.

وهذا ما نصت عليه المادة (396) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني "1. لا تقبل المفردات المقيدة في الحساب الجاري التجزئة قبل قفل الحساب واستخراج الرصيد. 2. ولا تجوز المقاصة بين مفرد في الحساب ومفرد آخر في نفس الحساب".

ويذهب أنصار هذا المبدأ من الفقه الفرنسي¹⁰⁷ إلى القول إن المفردات داخل الحساب الجاري تشكل كتلة واحدة متماسكة مع الحساب، إذ لا يمكن استخراج رصيد منها أو المطالبة بأحد مفردات هذه الكتلة أو معاملة مفرد معاملة خاصة، ومع ذلك تبقى المفردات المقيدة بالحساب مستقلة بعضها عن بعض، فلا علاقة بين مفرد وآخر، ويترتب على ذلك أن قيد مفرد في الحساب لا يعد وفاء لقيد مفرد آخر¹⁰⁸.

وبالتالي لا تجوز المطالبة باستحقاق أي مفرد في الحساب، ويقوم هذا الحكم على إرادة الطرفين إذ قصدا تأجيل تسوية الديون حتى وقت قفل الحساب، كما لا يجوز أن تصدر المطالبة من دائن لأحد طرفي الحساب على حق دخل للحساب¹⁰⁹، كما أنه لا يجوز أثناء تشغيل الحساب الجاري إجراء مقاصة بين مفرد في الحساب ومفرد آخر في الحساب ذاته، لأن المقاصة عملية وفاء واستيفاء، وهذه العملية لا يمكن إجراؤها إلا إجمالاً ولمرة واحدة عند إقفال الحساب، فالمقاصة النهائية تتم فقط عند قفل الحساب¹¹⁰.

ويلاحظ من خلال الموقف التشريعي والقضائي والفقه السابغ إنكار القيمة القانونية للرصيد المؤقت في حالة الوقف المؤقت للحساب، حيث يمكن معرفة الدائن ليتمكن من الإفادة من صفته كدائن أو يستفيد منها الغير الدائن له، باعتبار أن ما يسفر عنه الوقف المؤقت يعتبر جزءاً من الضمان العام لطرفي الحساب

106 - قرار محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 37 لسنة 2003، صادر بتاريخ 2004/01/25. <http://muqtafi.birzeit.edu> / منظومة التشريع والقضاء في فلسطين

107 - ESCARRA- Principes de droit commercial - Tome VI- (Banque et Commerce de banque) Sirey 1937, n° 413.

108 هامل -372 أشار إليه الدكتور علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، مرجع سابق، ط 2008، ص 402

109 - د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، المرجع السابق، ط 2008، ص 403.

110 - د. هاني دويدار، القانون التجاري (العقود التجارية والعمليات المصرفية، الأوراق التجارية، الإفلاس)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 323.

الجاري، مما دفع بعض الفقه¹¹¹ إلى القول بأن اتفاق طرفي الحساب على تحقيق ديون متبادلة ومنتشابة وعلى تحديد الرصيد النهائي مرة واحدة عند قفل الحساب، لا ينفي وجود دين لفائدة طرف من طرفي الحساب على الآخر خلال مدة تشغيل الحساب، وإنما يعني أن الدين لا يكون حالاً إلا عند قفل الحساب.

وقد سائر القضاء الفرنسي هذا الاتجاه تماشياً مع العرف المصرفي السائد، فإذا كان لا يرتب أي أثر على الرصيد المؤقت تطبيقاً لقاعدة عدم التجزئة، إلا أنه استثناء من هذه القاعدة أخذ هذا القضاء¹¹² يقر ببعض الآثار القانونية لهذا الرصيد، فذهب إلى أنه يجوز لعميل المصرف أثناء اشتغال الحساب الجاري وعندما يكون رصيد الحساب دائماً لمصلحته أن يسحب شيكاً على المصرف.

وقضت أيضاً محكمة النقض الفرنسية استثناءً على مبدأ عدم التجزئة، أن لدائن صاحب الرصيد المؤقت الحق في رفع الدعوى البوليصة للطعن في تصرفات الطرف الآخر والتي تنطوي على غش للإضرار بمصالحه. ويعتبر الإقرار للطرف المضرور برفع دعوى إبطال التصرفات التي تنطوي على غش بمثابة اعتراف بدائية أحد الطرفين للآخر رغم استمرار تشغيل الحساب الجاري وعدم قفله¹¹³.

كما أقر هذا القضاء¹¹⁴ للمصرف إمكانية مطالبة الشركاء المتضامنين المنسحبين من الشركة بالرصيد المؤقت الذي يظهر في تاريخ انسحابهم من الشركة، وذلك لأن هؤلاء الشركاء مسؤولون مسؤولية تضامنية وشخصية عن ديون الشركة.

ويذهب رأي فقهي¹¹⁵ إلى أن الأصل أنه لا يوجد لا دائن ولا مدين أثناء اشتغال الحساب، واستثناء يصلح الرصيد المؤقت مؤونة للشيك استناداً إلى الغاية الاقتصادية للحساب المتمثلة بتقديم العديد من الخدمات من خلال الحساب الجاري عن طريق استخدام الرصيد الموجود في الحساب والذي يجب أن يكون دائماً دائماً من جهة العميل، وإلى الإرادة الضمنية للطرفين بمنح اعتماد للزبون بكل وقت، فإن استخدم العميل الاعتماد دخل في الحساب ويسجل في الجانب المدين من الحساب، وهذا الرأي يتفق مع ما جرى عليه العرف المصرفي.

ثانياً: - المفهوم الحديث لمبدأ عدم التجزئة

إن المفهوم الحديث لمبدأ عدم التجزئة يسمح بتحديد صفة الدائن والمدين قبل الإقفال النهائي للحساب، وذلك من خلال الدين الذي يسفر عنه الرصيد المؤقت الذي يظهر في كل وقت بفعل المقاصة المتتابعة والسريعة بين المدفوع المقيد في الحساب وبقية المدفوعات المقيدة لتشكل كلاً لا يمكن تجزئته عن طريق اندماجها في رصيد

111 - Calais- Auloy MT, "Compte Courant, banque et Credit", fasc - C.210. N° 106

112- Paris, 25 Oct 1967

113 - نقض فرنسي مدني جلسة 21 يوليو 1931 دالوز الأسبوعي 435 - 1931 أشار إليه محمد توفيق عبد الفتاح بطاح، مرجع سابق، ص 113، د. سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، 518.

114 - Ripert et Roblot. " Traité Clémentaire Commercial". T. II, LGDT. Paris, 1992. N° 2344.

مشار إليه عند محمد جنكل، مرجع سابق، ص 66

وهذا التوجه ذات توجه محكمة التمييز الأردنية والتي ذهبت إلى أنه " يجوز للبنك أن يطالب الشريك المتضامن الذي يخرج من الشركة بأن يدفع رصيدها المدين في الحساب الجاري المفتوح بينها وبين البنك، والعلة من هذا هو عدم تجريد الدين من ضمانات الشركات بانسحابهم من الشركة الواحد تلو الآخر قبل إقفال الحساب فيجد الدائن نفسه أمام شركة منحلة أو عاجزة عن الوفاء"

- قرار محكمة التمييز الأردنية 160/1989 صفحة 2161 أورده محمد توفيق عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 117. وهو المبدأ الذي أقرته محكمة التمييز الأردنية 1994/1362 مجلة نقابة المحامين الأردنيين، تاريخ نشر المجلة 1995، ص 2543.

كما ذهبت نفس المحكمة إلى أنه " تلتزم الشركة والشركاء الكفلاء بكامل الدين المتراكم بموجب تسهيلات الحساب الجاري سواء انسحبوا من الشركة أم لا، ولكنهم لا يسألون عن الديون التي تترتب على الشركة بعد انسحابهم"

- قرار محكمة التمييز الأردنية 93/1045 مجلة نقابة المحامين، العدد (8-6) ص 2161، سنة 1991.

115 - د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، ط 2008، ص 416-417.

واحد، مما يسفر عنه ظهور رصيد جديد عند دخول كل دين في الحساب يسمى الرصيد المؤقت، وبالتالي فإن حقوق كل من طرفي الحساب تنتقل مباشرة من المفردات المقيدة إلى الرصيد الجديد الذي ينشأ تلقائياً بفعل اندماج هذه المفردات¹¹⁶.

إن نظرية المقاصة المتتابعة تحاول التخفيف من الانتقادات التي تعرضت لها نظرية عدم تجزئة الحساب الجاري، وهي تهدف إلى تحقيق ذات الآثار المترتبة على عقد الحساب دون الاستناد إلى فكرتي التجديد وعدم التجزئة، بل تستند إلى تطبيق القواعد المدنية المرتبطة بالمقاصة، لأن عدم تجزئة مفردات الحساب الجاري ما هي إلا نتيجة مباشرة للمقاصة¹¹⁷. فالمقاصة أداة وفاء تساعد على التسوية السريعة للديون المتبادلة.

ولا ينحصر دور المقاصة داخل الحساب الجاري في التسوية السريعة للديون المتبادلة فقط، بل إن المقاصة تشكل أداة ضمان، ويتجلى ذلك في كون الدائن يستوفي حقه من ذمة المدين بالأسبقية على باقي الدائنين مما يجعلها بمثابة تأمين¹¹⁸.

ويعتبر بعض الفقه الفرنسي¹¹⁹ مبدأ عدم تجزئة مفردات الحساب الجاري المصرفي وفق مفهومه الحديث يعبر عن الطريقة التي يحقق بمقتضاها هذا الحساب وظيفته في مجال التسوية السريعة للمعاملات المتبادلة. وتتم هذه التسوية وفق المفهوم الحديث بطريقتين:

الطريقة الأولى: وبمقتضاها يتفق الطرفان على إبرام عقد الحساب الجاري لمدة محددة لا يتم خلالها استخراج الرصيد إلى حين انتهاء هذه المدة، وتعرف هذه الطريقة بالحسابات الجارية العادية التي تكون بين التجار ولا يكون طرفها مصرف.

والطريقة الثانية: يتم من خلالها تسوية كل عملية تدخل الحساب بعد تحويلها إلى مفرد محاسبي باندماجها المباشر في الرصيد المؤقت الذي يظهر في كل وقت بفعل المقاصة السريعة والمتتالية، حيث أن كل عملية تدخل تؤثر في الرصيد المؤقت بالزيادة أو النقصان، والتطبيق العملي لهذه الطريقة يمكن تلمسه في الحسابات الجارية البنكية¹²⁰.

وقد بدأت مظاهر هذا التوجه الحديث بالظهور في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 13 نوفمبر 1973¹²¹، حيث ذهبت إلى أنه لما كان الرصيد المؤقت للحساب الجاري يعد بالضرورة عنصراً في ذمة المدين التي هي الضمان العام لدائنه فإن هذا الرصيد المؤقت يشمل الحجز الذي وقعه الدائن، وعلى القاضي أن يبحث في هذا الرصيد عن العناصر الجائز التصرف فيها وقت الحجز".

يذهب جانب فقهي إلى أن هذا الحل يتفق مع ما تأخذ به النظرية الحديثة وتقوم على فهم صحيح لإرادة الطرفين، فليس صحيحاً أنهما أرادا إرجاء استحقاق حقوقهما وتسويتها إلى حين قفل الحساب، بل المؤكد أن كلا الطرفين ينظر إلى مركزه دائناً أو مديناً ويرتب على ذلك نتائج قانونية، وأهمها أنه عقب كل مدفوع ينشأ

116 - د- محمد الفروجي، مرجع سابق، ص 112-113

117 - Zamfresco (G), Contribution à l'étude du contrat de compte courant en droit comparé- thèse de doctorat paris 1923, 108. أشار إليه عبد الرحمن المدون، مرجع سابق، ص 172.

118 - مصطفى عبد الحميد عدوي، المقاصة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنوفية، مصر 1991، ص 53.

119 - Didier Martin, Elements de droit bancaire- 3 édition - I.T.B - 1996, 162

120 - عبد الرحيم المدون، مرجع سابق، ص 155.

121 د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، طبعة 2008 ص 428

رصيد جديد، وهو حق أو دين بالمعنى القانوني، مؤكد ومقدر ويمكن التصرف به، وبالتالي قابل لإيقاع الحجز عليه¹²².

ويرى الباحث أن القضاء الفلسطيني¹²³ قد جانب الصواب في تفسيره للمادة 106 من قانون التجارة الأردني 12 لسنة 1966، ففي نفس الوقت الذي يعطي للعميل إمكانية التصرف بالرصيد الموقت أثناء اشتغال الحساب إلا أنه لا يوجد لا دائن ولا مدين إلا عند إغلاقه، حيث ذهبت محكمة النقض إلى أنه "وبالنسبة للسبب الأول المتعلق بتفسير المادة 106 من قانون التجارة، وعدم التزام البنك ببيان مبلغ المديونية، والفوائد، ولما كانت المادة المذكورة تفيد أن الحساب الجاري يتكون من دفعات مختلفة هي عمليات إيداع وسحب تندمج في الحساب بحيث يصبح الرصيد النهائي وحده عند إقفال الحساب ديناً مستحقاً ومهياً للأداء سواء لمصلحة العميل أو البنك...."

ومن هنا يرى الباحث أن دائنية العميل للبنك تحققت قبل إغلاق الحساب، وإلا لما كان باستطاعة العميل أن يسحب من الحساب ويغض النظر عن مصدر هذه المبالغ، سواء إيداعات من العميل أو الغير أو عبارة عن مبلغ اعتماد وضع تحت يد البنك. ومن هنا نرى أن القضاء يخلط بين استحقاق مبلغ الاعتماد المدرج في حساب جار والذي يربط عادة بإغلاق الحساب، وبين الوقت الذي تصبح فيه أطراف الحساب دائناً ومديناً.

ولكن ما هو الأساس القانوني الذي يعطي العميل إمكانية السحب من الحساب قبل إقفاله؟ أعتقد أن اتفاقية الحساب الجاري المبرمة بين العميل والمصرف هي من تعطيه إمكانية ذلك ولكن في حدود ما يكون له من حقوق لدى المصرف، وهذا ما يدفعنا إلى القول إن المصرف يقوم بعمل ميزان مؤقت للجانب الدائن والمدين عقب كل مدفوع يدخل في الحساب، وكأننا ضمنياً أمام نظرية المقاصة المتتابعة ولكن مكرسة بمقتضى الانفاقات المصرفية.

وفي هذا الإطار ذهبت محكمة النقض الفلسطينية¹²⁴ إلى أنه " ... بالرجوع إلى العقد المذكور نجد أنه حساب جار، وينص في شروطه على أنه (يكون صاحب الحساب الجاري مقيداً في الحساب في حدود الرصيد الجاهز والمهياً للأداء ولو كان لديه شيكات مودعة لم يتم تحصيل قيمتها...".

ولكن ما هي الديون التي تشملها المقاصة المتتابعة؟ فهل يشمل الديون المقيدة بالجانب الحال أم يمتد ليشمل الديون المسجلة بالجانب المؤقت؟

122 نفس المرجع السابق، ص 429

وهو ذات توجه محكمة التمييز الأردنية حيث ذهبت إلى أن المادة (112) السابقة ليست من النظام العام وأنه يجوز الاتفاق على خلافها وقضت " 1 -وان كانت المادة (112) من قانون التجارة تنص على أنه لا يعد أحد الفريقين في الحساب الجاري دائناً أو مديناً قبل ختام هذا الحساب، إلا أن هذا النص لا يكون نافذاً إلا إذا ورد شرط في العقد على خلافه عملاً بالمادة (174) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية.

2-إن تعهد المدين والكفيل في عقد الحساب الجاري بأن يدفعوا للبنك جميع المبالغ المطلوبة منهما في أي وقت مع الفوائد والمصاريف والعمولات، هو تعهد غير ممنوع بقانون أو نظام خاص ولا مخل بالأداب أو النظام العام ويعتبر واجب التنفيذ بحيث يكون من حق البنك مطالبة المدين والكفيل بما ترتب بذمتهم في الحساب الجاري في أي وقت ولو لم يتم إقفال الحساب الجاري"

-وهذا ما ذهبت إليه المادة (362) من القانون التجاري المصري رقم (17) لسنة 1999 " 1-لا تقبل المفردات المقيدة في الحساب الجاري التجزئة قبل قفل الحساب واستخراج الرصيد. 2 -ولا تجوز المقاصة بين مفرد في الحساب ومفرد آخر في نفس الحساب"

123 - حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 261 لسنة 2010، صادر بتاريخ 2011/06/06 <http://muqtafi.birzeit.edu> منظومة التشريع و القضاء في فلسطين

124 - حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 57 لسنة 2010، صادر بتاريخ 2011/01/20 <http://muqtafi.birzeit.edu> منظومة التشريع و القضاء في فلسطين

إن الجانب المؤجل من الحساب يتضمن الديون التي لم يحل أجل استحقاقها بعد، ويتم تقييدها بالحساب وفق نظام خاص بها. وهذه الديون لا تخضع للتجديد بل تظل محافظة على خصائصها الأصلية ونظامها القانوني الأصلي. وتظل مقيدة على شكل مفردات محاسبية إلى أن تستوفي الشروط اللازمة للوفاء بها تنتقل إلى الجانب الحال وتتقاص مع الرصيد المؤقت¹²⁵.

ويرى جانب من الفقه أن الديون المؤجلة ليست منفصلة عن الرصيد المؤقت المفتوح لدى المصرف. بل تعتبر الديون المقيدة بالجانب الدائن ضماناً بالنسبة للموجود بالجانب المدين. فلو أوقع دائن العميل حجزاً لدى المصرف على الرصيد المؤقت الموجود في الحساب فإن الحجز يشمل حتى الحقوق المؤجلة الموجودة بالحساب¹²⁶. وإن كان المشرع الفلسطيني لم يحدد نصاً لتصفية العمليات الجارية المؤجلة على غرار كرسنه المادة 47 من المساطر المدنية للتنفيذ الفرنسي الصادرة في 9 يوليوز 1991، حيث نصت على أنه يظل رصيد الحساب الجاري المفتوح لدى البنك، طيلة مدة 15 يوماً من تاريخ الحجز قابلاً للتغير إما بالزيادة أو النقص بفعل تسجيل ديون كان تاريخ نشأتها سابقاً على الحجز. وترتفع المدة لشهر إذا تعلق الأمر بالأوراق التجارية المحصومة التي لم توف في تاريخ الاستحقاق¹²⁷.

ولكن وجهت انتقادات إلى هذه النظرية؛ فإن كانت تفسر بعض الاستثناءات التي أقرها القضاء، إلا أنها تعجز في الوقت نفسه عن تفسير آثار كثيرة وهامة كاستبعاد قواعد اقتطاع المدفوعات، ومنع المطالبة به من أحد الطرفين قبل قفل الحساب. كما أن مبدأ عدم التماسك فكرة نشأت على أساس إرادة طرفي الحساب. وهذه الإرادة هي التي تحدد حدوده وآثاره. فهما أرادا أن يكون أداة لتسوية ديونهما بطريقة سهلة يتوافر فيها ضمان لكل منهما في مواجهة الآخر. وقد قدر القضاء أن إرادة الأطراف لم تنصرف إلى حرمان كل منهما من التصرف بالرصيد المؤقت. كما أن القضاء أهدر مبدأ عدم التجزئة إذا خالف نصاً قانونياً آمراً¹²⁸.

ويرى الباحث أن واضعي مشروع القانون التجاري الفلسطيني كان حاضراً في ذهنهم هذا النقاش وأخذوا برأي الفقهاء الذين وجهوا انتقادات للمفهوم الحديث للحساب الجاري. وتبنوا وجهة نظرهم في المادة (394) من المشروع. وقد اعتبرت هذه المادة أن الأصل أنه لا يوجد دائن ولا مدين حتى إقفال الحساب في الموعد المتفق عليه. ولكن يحتاج الخروج على الأصل الوارد النص عليه في المادة (394) من مشروع القانون التجاري الاتفاق على ذلك أو ورود نص في القانون يبرر الخروج. وهذا ما أكدته المادة (397) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني¹²⁹. حيث ذهبت إلى أنه "يجوز وقف الحساب مؤقتاً أثناء سيره لبيان مركز كل من الطرفين. وذلك في المواعيد التي يتفق عليها الطرفان، أو يحددها القانون. ويكون لكل طرف أن يتصرف في رصيده الدائن الذي قد يظهر عن الوقف المؤقت في أي وقت، ما لم يتفق على غير ذلك".

ومن النصوص القانونية التي تبرر الخروج على مبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري ما جاءت به المادة (٤٠٥) من مشروع القانون التجاري حيث نصت على أنه: "يجوز لدائن أحد طرفي الحساب الجاري توقيع الحجز أثناء سير

125 - د. أحمد محمود جمعة، مرجع سابق، ص 289.

126 - د. محمد لفروجي، مرجع سابق، ص 131.

127 نفس المرجع السابق ص 133.

128 - مراجعة هذه الانتقادات انظر د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك ط 2008، مرجع سابق، ص 443-444.

129 - وتشير المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون التجاري إلى أن المادة (٣٩٧) من المشروع أكدت ما استقر عليه العرف وما كانت قد نصت عليه (المادة ١١٣) من قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ وهو جواز وقف الحساب مؤقتاً وذلك بهدف معرفة مركز الطرفين وذلك في المواعيد التي يتفق عليها الطرفان أو يحددها القانون ويكون لكل طرف أن يتصرف في رصيده الدائن الذي قد يظهر عند الوقف المؤقت في أي وقت ما لم يتفق على غير ذلك. وقد جرى العمل في البنوك الفلسطينية استناداً إلى نص المادة (١١٣) من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ أن يكون الإيقاف الدوري للحسابات الجارية كل ستة أشهر ما لم يتفق على غير ذلك. وعادة تستخلص المصارف لنفسها الرصيد المؤقت بعد كل عملية تقييد في الحساب لكي تتأكد من أن العميل لم يتجاوز الحد الأقصى المتفق عليه.

الحساب على الرصيد الدائن لمدينه وقت توقيع الحجز. وفي هذه الحالة يجري الطرف المفتوح لديه الحساب ميزاناً مؤقتاً للحساب للكشف عن مركز المحجوز عليه وقت توقيع الحجز".

المطلب الثاني: أحكام قفل الحساب الجاري

تنص المادة (401) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني على أنه "1- إذا حددت مدة للحساب الجاري. فيجب قفله بانتهائها ويجوز قفله قبل المدة باتفاق الطرفين.

3- وإذا لم تحدد مدة للحساب الجاري. جاز قفله في كل وقت بإرادة أي من الطرفين. مع مراعاة مواعيد الإخطار المتفق عليها والتي يجري عليها العرف.

4- وفي جميع الأحوال يقفل الحساب الجاري بوفاة أحد طرفيه أو شهر إفلاسه أو إعساره أو الحجر عليه." يتبين من خلال المادة السابقة أن الحساب الجاري إما أن يقفل بإرادة أحد طرفيه أو بفعل تغير الوضعية القانونية للعميل أو المصرف. وهذا ما سنبحثه في (الفرع الأول). ويترتب على هذا الإقفال العديد من النتائج. سوف نبينها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أسباب إقفال الحساب الجاري

تتعدد الأسباب التي تؤدي إلى إقفال الحساب الجاري. ويمكن تصنيف هذه الأسباب إلى صنفين. أسباب إرادية وأسباب تتعلق بتغيير الوضعية القانونية للعميل. أولاً: إقفال الحساب الجاري بإرادة الطرفين

تنتهي اتفاقية الحساب الجاري كباقي الاتفاقات بحلول أجلها إذا كان عقد الحساب محدد المدة. وإذا لم يكن محدد المدة وهذا الوضع الغالب بالنسبة للحسابات الجارية البنكية. يحق لأي طرف إقفاله تحت ضغط أسباب معقولة¹³⁰.

وقد ألزمت المادة (401) من مشروع القانون التجاري كلا من المصرف والعميل بمراعاة مواعيد الإخطار المتفق عليها بين الطرفين أو التي يجري بها العرف. وهذا يعني أن الإنهاء من قبل العميل أو المصرف يجب أن يكون صريحاً من خلال الإنذار الذي يوجهه المصرف ومراعاة مدة يحددها العرف والاتفاق. وليس للإنذار شكل خاص فيمكن أن يتم بأي وسيلة¹³¹.

وقد ألزمت محكمة النقض الفلسطينية¹³² المصرف بإخطار كتابي حتى يعتبر الحساب الجاري مغلقاً. حيث ذهبت إلى أنه "... يجب على البنك تقديم بينة للمحكمة أنه قام بإبلاغ العميل بإغلاق حسابه. وقيام البنك بإبراز كتاب إغلاق الحساب غير كاف، بل يجب على البنك أن يثبت إخطار العميل بإغلاق حسابه عن طريق البريد أو عن طريق تسليمه كتاب الإغلاق بيده أو غير ذلك من الوسائل المتاحة والمتعامل بها."

130 - الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، عمليات المصارف، ج3، ط1، منشورات البحر المتوسط، بيروت، 1989، ص516.

131 - د. صفوت بهنساوي، مرجع سابق، ص 447

132 - قرار محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 57 لسنة 2010، صادر بتاريخ 2011/01/20.

ويحق للمصرف أن ينهي اتفاقية الحساب الجاري إذا كانت غير محددة المدة بشرط مراعاة الإخطار المنصوص عليه في المادة (401) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني، ولكن المشروع لم يحدد شكل الإخطار الذي يوجهه البنك لعميله، ويرى الباحث أنه كان من الواجب النص على الإشعار الكتابي لكي يتمكن البنك من إثبات توجيهه الإخطار وإثبات بداية مدة الإخطار.

ويذهب بعض الفقه¹³³ إلى أن العرف المصرفي لم يجر على تحديد ميعاد لقفل الحساب عند الاتفاق على فتحه، إذ جرت العادة على فتح الحساب بغير تحديد مدته، والوضع العادي أن يأتي طلب قفل الحساب الجاري من جانب العميل، إذ لا مصلحة للمصرف في قفله في الظروف التي يسير فيها الحساب سيراً طبيعياً. والمصرف الذي لا يلتزم بالإخطار ولا يحترم مدته يكون مسؤولاً عما يلحق بصاحب الحساب الجاري من ضرر. وهذا ما أكدته القضاء الفرنسي¹³⁴ حيث جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 مايو 1980 ما يلي " أن المصرف الذي يعمل على وضع حد للحساب بإرادته المنفردة بدون احترام مهلة الإشعار المحددة بمقتضى القانون أو الاتفاق يكون مسؤولاً تجاه صاحب هذا الحساب عن الضرر الحاصل له بفعل ذلك".

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفلسطينية¹³⁵ " العلاقة التي تحكم الطاعن بالمطعون ضدها هي علاقة تعاقدية بنيت على اتفاقية موقعة بين الطرفين تعطي للمصرف الحق في إغلاق الحساب كما جاء في المبرز ط 4 والمبرز ط 2 في البند 13 منه... وجميعها أكدت حق المصرف -وفي أي وقت من الاوقات وبمحض إرادته وبمجرد إشعار الطاعن خطياً بذلك- أن يقفل الحساب ويطلب تسديده فوراً ويوافق العميل على إجراء المصرف بإقفال الحساب، ويصبح نافذاً وملزماً من تاريخ الإشعار. وحيث تخلف شرط الإشعار فإن الخصومة تغدو غير منعقدة..." وبالتالي خلصت المحكمة إلى أن الحساب مازال مفتوحاً على اعتبار أن الإشعار إجراء تطلبه العقد. ولكن هل يمكن إنهاء عقد الحساب الجاري بالإرادة الضمنية للعميل؟

لقد استخلص القضاء المقارن الإرادة الضمنية من ظروف الحال، كما لو كانت العمليات بين الطرفين قد توقفت لمدة طويلة، فذهبت محكمة التمييز الأردنية¹³⁶، إلى أنه " إذا لم يحدد طرفا الحساب الجاري تاريخاً معيناً لوقف الحساب الجاري، فإن توقف الحساب الجاري فعلاً منذ تاريخ قيد آخر حركة فيه يجعل من هذا التاريخ تاريخاً لتوقف حركة الحساب عملاً بالمواد (113 و114) من قانون التجارة".

وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة النقض الفلسطينية¹³⁷ في قرار لها إلى ما يلي: " ...وعن أسباب الطعن كافة وحاصلها النعي على محكمة البداية بصفتها الاستئنافية خطأها في عدم اعتماد آخر حركة في

133 - د. عبد الفتاح مراد، موسوعة أعمال البنوك، الجزء الأول، الناشر الكاتب نفسه، الإسكندرية، 2003، ص 187
134- Com. 20 mai 1980 . D.P.185. NOT, Vasseur.

- مشار إليه عند د. محمد لفروجي، مرجع سابق، ص 143
وقد ذهب إلى أن عدم احترام هذا الالتزام من قبل البنك تترتب عليه نتيجة مهمة تكمن في اعتبار الحساب مازال مفتوحاً بالنسبة للزبون، بل يمكنه مقاضاة هذا البنك في حالة ما إذا امتنع عن وفاء الشيكات التي يسحبها عليه بين تاريخ إقفال الحساب وتاريخ تصفيته بصفة نهائية.
135 - قرار محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 8 لسنة 2013، صادر بتاريخ 2014/10/27.
<http://muqtafi.birzeit.edu> / منظومة التشريع و القضاء في فلسطين

136 قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1995/157 مجلة نقابة المحامين 1998، ص 1501
137 - قرار محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 394 لسنة 2009 صادر بتاريخ 2010/04/25.
<http://muqtafi.birzeit.edu> / منظومة التشريع و القضاء في فلسطين

الحساب الجاري مدينا إغلاقاً فعلياً له بدلاً من التاريخ الذي حدده البنك لغايات الإغلاق. وفي ذلك نجد أن الأوراق تشير بأن الجهة المدعية (المصرف) أغلق الحساب الجاري مدينا موضوع الدعوى الماثلة بتاريخ 2004/03/09... ونجد أن الجهة المدعى عليها وفي جوابها على لائحة الدعوى تنذر بأن الحساب غير منذ العام 1999 ... وحيث إن العقد المبرم بين الطرفين هو حساب جار مدين وإن كشف الحساب شأبته حركات بعد عام 1999....".

نستنتج من قرار محكمة النقض أنها تعترف بإنهاء عقد الحساب الجاري بالإرادة الضمنية. ولكن لم تطبقه في القرار السابق لأن شروط انطباقه لم تتوفر. حيث إن كشف الحساب شأبته حركات بعد الموعد المحدد للإغلاق من قبل العميل.

وقد نصت تعليمات سلطة النقد الفلسطينية رقم (2009/8)¹³⁸ على أنه يجوز للمصرف القيام بإغلاق الحسابات التي لا تتوفر فيها أرصدة دائنة أو الحسابات المكشوفة بعد مرور فترة لا تقل عن ستة أشهر من التاريخ الذي أصبح فيه الرصيد صفراً. أما بالنسبة للحسابات الخاملة أو الجامدة والتي لا يجري عليها أي تعامل خلال فترة معينة. فإن الحساب الجاري يغلق بعد مرور مدة عام على آخر حركة.

ثانياً: إقفال الحساب بسبب تغير الوضعية القانونية للعميل

لما كان عقد الحساب الجاري يقوم على الاعتبار الشخصي فإنه يقفل كقاعدة عامة إذا طرأت حادثة تؤثر على هذا الاعتبار. كإفلاس أحد طرفيه أو إعساره أو وفاته أو الحجر عليه. وهذا ما ذهبت إليه المادة (401) من مشروع القانون التجاري في فقرتها الثالثة " في جميع الأحوال يقفل الحساب الجاري بوفاة أحد طرفيه أو شهر إفلاسه أو إعساره أو الحجر عليه".

1- الإفلاس والإعسار

يترتب على شهر إفلاس أحد طرفي الحساب الجاري إقفاله. إذ تغل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها بحكم القانون من تاريخ صدور حكم شهر الإفلاس.¹³⁹ ويظل غل يد المدين قائماً ما بقيت التفليسة قائمة. وليس لانتهاء غل اليد أي أثر رجعي. ولذلك لا يؤدي الصلح مع المفلس إلى إعادة الحساب الذي انتهى. بل يمكن للمفلس أن يفتح حساباً جديداً إن توفرت الشروط. وكما يقفل الحساب بإفلاس أحد طرفيه فإنه يقفل بإعساره.¹⁴⁰

2- الوفاة

إذا كان صاحب الحساب شخصاً طبيعياً وتوفي فإن الحساب يغلق فوراً. ولكن هل من الممكن استمرار الحساب مع ورثته؟

تعليمات <http://www.pma.ps/Portals/1/Users/002/02/2/Legislation/Instructions/Banks/2009/instructions-8-2009.pdf> - 138

منشورة على موقع سلطة النقد الفلسطينية

139- نصت المادة (327) من القانون التجاري الأردني رقم (12) لسنة 1966 على أنه " 1- يترتب حتماً على الحكم بشهر الإفلاس ومن تاريخ صدوره تخلي المفلس لوكلالة التفليسة عن إدارة جميع أمواله بما فيها الأموال التي يمكن أن يحوزها في مدة الإفلاس.

2- ولا يجوز للمفلس على الخصوص أن يبيع شيئاً من أمواله ولا يحق له القيام بأي وفاء أو قبض إلا إذا كان الوفاء عن حسن نية لسند تجاري...". وهذا هو نفس مقتضى المادة (625) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني.

140 - د. صفوت بنهساوي. مرجع سابق. ص 448

ويرى الباحث أنه مع صراحة نص المادة (401) من مشروع القانون التجاري. ينتهي الحساب الجاري. ولكن من الممكن الاستمرار في تشغيله مع الورثة. ويتحول في هذه الحالة إلى حساب شركة بناء على اتفاق جديد بين البنك وبقية الشركاء.

أما إذا كان صاحب الحساب جماعة لها شخصية معنوية كالجمعيات والشركات. فإن حلها يشبه الموت بالنسبة للشخص الطبيعي. وكذلك الحكم إذا انقضت الجماعة لأي سبب من أسباب الانقضاء. على أنه إذا كان المستفيد من الحساب شركة فإن الحساب يستمر في التشغيل خلال فترة التصفية وذلك بالقدر اللازم لعمليات التصفية. والمصفي هو الوحيد الذي يستطيع تشغيل الحساب خلال فترة التصفية. كما أنه هو الذي يقدم طلب قفله. إذ هو الممثل القانوني للشركة خلال فترة التصفية¹⁴¹.

3- الحجر على أحد أطراف الحساب الجاري

اعتبرت المادة 393 من مشروع القانون التجاري الفلسطيني أن الحساب الجاري هو عبارة عن عقد. ومادام أنه عقد فإنه يشترط أن تتوفر في طرفيه الأهلية اللازمة لإبرام العقود. أو أن يبرم العقد عن ناقص الأهلية وفاقدها نائبه القانوني. وذلك نظراً للآثار الهامة التي تترتب على تشغيل الحساب البنكي وتعقيد العمليات المصرفية التي تتخلل هذا التشغيل والتي غالباً تستوجب أهلية التصرف في الشخص الذي يجريها.

ونتيجة لذلك. يكون من المنطقي أن يتم السماح للمؤسسة المصرفية بإقفال الحساب الجاري المفتوح عندها في حال أصبح العميل عديم الأهلية. وإعطاء النائب إمكانية إدارة هذا الحساب في حدود السلطات المخولة له بالقانون وبما يحقق مصلحة فاقد الأهلية¹⁴².

ويرى الباحث أنه أمام وضوح نص المادة (401) في فقرتها الثالثة والتي تنص على أنه " وفي جميع الأحوال يقفل الحساب الجاري...." أي سواء كان محدد المدة أو غير محدد المدة ولا خيار للبنك ولا للنائب القانوني في استمرار الحساب في هذه الحالات بل إن عملية قفل الحساب هنا عملية وجوبية. وهو نفس توجه المادة (114) من قانون التجارة الأردني (12) لسنة 1966.

4- إغلاق الحساب بسبب ارتكاب العميل لفعل مخالف للقانون

يذهب اتجاه فقهي¹⁴³ إلى أنه يقفل الحساب بمبادرة من البنك كإجراء عقابي ضد الزبون الذي يظهر سلوكاً سيئاً في معاملاته فيخل بمصداقيته. وفي هذه الحالة يتم إخطار البنك المركزي بذلك. وهذا ما تكرسه الشروط العامة لفتح الحساب الجاري في فلسطين حيث تنص المادة الرابعة من الشروط العامة لفتح الحساب لدى البنك العربي على أنه " يقر المعتمد بأن إدارته لحسابه لدى البنك تتفق مع الغرض الذي فتح الحساب من أجله... وأن حسابه يستخدم لأغراض مشروعة ومتفقة مع القوانين والتعليمات السارية في فلسطين. مع حق البنك في إغلاق الحساب دون إشعار مسبق وفقاً لخياره. وفي أي وقت يشاء في حال ثبت خلاف ذلك".

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على إقفال الحساب الجاري

تنص المادة (402) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني على أنه " يستخرج رصيد الحساب الجاري عند قفله. ويكون دين الرصيد حالاً. ما لم يتفق على غير ذلك. أو كانت بعض العمليات الواجب قيدها في الحساب

141- د. صفوت بهنساوي. مرجع سابق. ص 448-449.

142- د. محمد لفروجي. مرجع سابق. ص 149

143- الطاهر لطرش. تقنيات البنوك، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 23.

لا يزال جاريًا وكان من شأن قيدها تعديل مقدار الرصيد. وفي هذه الحالة يكون دين الرصيد حلاً من اليوم التالي
لآخر قيد تستلزمه تلك العمليات¹⁴⁴.

يترتب على قفل الحساب الجاري منع أي من طرفيه قيد مدفوعات أخرى أو تسجيل عمليات تتم بين
الطرفين بعد ذلك، إذ أن صفة الحساب الجاري تزول عنه فور إقفاله. وتصبح الديون المقيدة بعد هذا التاريخ خارجة
عن نطاق وخصائص الحساب الجاري¹⁴⁵.

كل ذلك يأتي من أجل التمهيد لوقوع المقاصة العامة بين مفرداته. ويستخلص من هذه المقاصة رصيد
وحيد هو الذي يحل محل حقوق كل من الطرفين في مواجهة الآخر. أي أنه متى أقفل الحساب قام كل من
المصرف والعميل بعمل ميزان للديون يظهر على إثره الرصيد النهائي¹⁴⁶. ويعتبر دين الرصيد حال الأداء بعد قفل
الحساب¹⁴⁷.

ويرى الباحث أن قاعدة حلول دين الرصيد عند قفل الحساب ليست من النظام العام، بل يجوز الاتفاق على
خلافها. بمعنى أنه يجوز أن يتفق المصرف مع العميل على إدراج الرصيد الدائن لمصلحة العميل في حساب لأجل
لمدة سنتين مثلاً وبعدها يصبح الرصيد حالاً. وهذا ما نصت عليه المادة (402) من مشروع القانون التجاري
الפלستيني.

ولكن ما هي الطبيعة القانونية للرصيد النهائي بعد إقفال الحساب الجاري؟
يتحول الرصيد إلى دين عادي بعد الإقفال فتجوز المقاصة في الرصيد النهائي والحجز عليه والمطالبة به.
بالإضافة إلى أن المطالبة بدين الرصيد يعتبر مبرئاً لذمة المدين. ودين الرصيد يتقدم وفقاً للأحكام العامة
للتقدم ووفقاً لطبيعة دين الرصيد¹⁴⁸.

كما أنه يخضع للقواعد العامة في طريقة احتساب الفوائد على الرصيد النهائي. وهذا ما أكدته المادة
(404) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني¹⁴⁹ والفقرة الثانية من المادة (113) من قانون التجارة الأردني (12)
لسنة 1966.

144 - نصت المادة 113 من قانون التجارة 12 لسنة 1966 " يوقف الحساب ويصفى في آجال الاستحقاق المعينة بمقتضى العقد أو بحسب
العرف المحلي وإلا ففي نهاية كل ستة أشهر.

2- ويؤلف الرصيد الباقي ديناً صافياً مستحق الأداء ينتج ابتداء من يوم التصفية فائدة بالمعدل المعين في الحساب الجاري إذا نقل هذا الرصيد
إلى حساب جديد وإلا فالمعدل القانوني.

3 - إن الدعاوى المختصة بتصحيح الحساب من جراء خطأ أو إغفال أو تكرار أو غير ذلك من التصحيحات يجب أن تقام في مهلة ستة أشهر".

145 - د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 945.

146 - د. صفوت بنهساوي، مرجع سابق، ص 449.

147 - د. عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، دار الفكر والقانون، المنصورة (مصر)، 2010، ص 105.

148 - د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 946-948.

149 - تنص المادة (404) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني على أنه " تسري القواعد العامة على تقدم الرصيد وعائده. وبحسب العائد
على دين الرصيد من تاريخ قفل الحساب ما لم يتفق على خلاف ذلك". وهو نفس ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (113) من قانون التجارة
12 لسنة 1966.

وهذا الحكم الذي جاءت به المادة السابقة يخالف ما كرسه محكمة النقض الفرنسية والتي ذهبت إلى إخضاع الرصيد النهائي للحساب
الجاري البنكي من حيث التقدم لمقتضيات القانون التجاري باعتبار الرصيد التزاماً ناشئاً عن عمل تجاري فقد ورد في أحد قراراتها أنه " تطبيقاً
لأحكام المادة (189) مكرر من قانون التجارة المعدل بقانون 3 يوليوز 1977، يتقدم رصيد الحساب البنكي بمرور عشر سنوات سواء كان الحساب
تجارياً من جانب الزبون أو غير تجاري من جانبه..."

- Cour de Cassation Française - Arrêt Civil- 1 Chambre, 29 avril 1997, Dalloz 1997- jurisprudence- p. 327 not y. Chartier.

- وفيما يتعلق بالعائد على الرصيد النهائي تركت محكمة النقض الفرنسية لقاضي الموضوع تطبيق السعر الذي يستخلصه في كل حالة
بذاتها من قصد المتعاقدين وفي حال عدم الاتفاق نرجع إلى قصد صاحب الحساب عند فتح الحساب الجاري، فصحيح أن صاحب الحساب يقبل
بأسعار فائدة مرتفعة أثناء تشغيل الحساب الجاري وهو يقبل ذلك نظراً للمنافع العديدة التي يجنيها أثناء فترة تشغيل الحساب، ويترتب
على ذلك إذا أغلق الحساب فإنه لم يعد هناك مبرر لبقاء العميل ملتزماً بهذه الأعباء الباهظة.

- محمد لفروجي، مرجع سابق، ص 166-167

وهو نفس توجه محكمة النقض المصرية نقض 13 مايو 1974 والتي ذهبت إلى أن دين الرصيد دين عادي تسري عليه الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية بها لا الفوائد الاتفاقية التي خلا العقد من الاتفاق على سريانها بعد قفل الحساب الجاري.

- د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، ط2008، مرجع سابق، ص 492-494
لم تكن طريقة حساب الفوائد سواء أثناء تشغيل الحساب الجاري أو بعد إقفاله تطرح مشكلة في فلسطين. حيث تم تحديد الحد الأقصى للفائدة سواء الاتفاقية أو القانونية بـ 9% وفق نظام المربحة العثماني الساري المفعول. وبالتالي لا يجوز للبنك اشتراط فوائد تزيد عن 9% أثناء تشغيل الحساب. ولكن إذا اشترط فائدة أقل من 9% أثناء اشتغال الحساب واغلق الحساب الجاري يحق له أن يطالب بفائدة عن الرصيد النهائي تقدر بـ 9% لأن العقد الحساب قد انتهى وخول دين الرصيد إلى دين عادي يستطيع أن يطالب البنك بالعائد من تاريخ قفل الحساب. وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفلسطينية " ولما كان الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية 9% وفق نظام المربحة العثماني الساري المفعول. فقد كان على المحكمة وفق المادة 2 من قانون الربا الفاحش 20 لسنة 1934 أن تدقق في الحساب الذي تم بين الطرفين وأن تنقص الفائدة السنوية إلى 9% وبعد ذلك تقرر معدل الفائدة بالمعدل القانوني على الرصيد الباقي ديناً صافياً مستحق الأداء من يوم التصفية عملاً بالمادة (2/113) من قانون التجارة رقم (12) لسنة 1966 ولما لم تفعل فإن السبب من سببي الطعن يكون وارداً ويكون الحكم المطعون فيه بناءً على ذلك حرياً بالنقض".

- قرار محكمة النقض الفلسطينية، نقض مدني رقم 2009/152 صادر بتاريخ 2010/03/08.

- <http://muqtafi.birzeit.edu> / منظومة التشريع و القضاء في فلسطين

- انظر أيضاً بنفس المعنى قرار محكمة التمييز الأردنية 2005/1459، منشور في مجلة نقابة المحامين 2005، 32121
أما في الوقت الحاضر فقد أصبحت الفوائد على التسهيلات والتمويلات الممنوحة لصاحب الحساب الجاري تخضع لتعليمات رقم 2009/1 والذی أُلغی سقف الفوائد المحدد بـ 9% وأصبحت نسبة الفوائد تخضع للمنافسة بين المصارف.

لقد سعت هذه التعليمات إلى توحيد نسب الفائدة على الحساب الجاري وعدم التمييز بالنسبة حسب العملة المفتوح بها الحساب. والذي كرسه الاحتلال الصهيوني في الأمر العسكري رقم 980 لسنة 1982 الذي نص على عدم سريان قانون المربحة بشأن مقدار الفائدة إذا كان الأمر يتعلق بعملة الشيك. ولقد رفضت محكمة النقض الفلسطينية تطبيق هذا الأمر بعد مجيء السلطة الوطنية الفلسطينية حيث ذهبت محكمة النقض إلى أنه " ... ولما كانت محكمة الاستئناف قد قررت أن نسبة الفائدة الواردة في العقد هي 22% وهي نسبة ضمن النسبة القانونية لأن المبلغ بالشيك وأن قانون المربحة لا يحكم العلاقة ولما كانت المادة 43 من لائحة لاهي لعام 1907 الخاصة بالحرب البرية قد أوجبت على سلطة الاحتلال المحافظة على القوانين المطبقة في البلد المحتل ما لم يحل دون ذلك مانع مطلق، بحيث تبقى التشريعات التي كانت عسقية الاحتلال سارية المفعول ولا يجوز لسلطة الاحتلال تعديل هذه التشريعات، إلا إذا تطلب ذلك المحافظة على أمن قواته أو اقتضت ذلك مصلحة السكان. ولما كان الأمر 980 الذي استثنى عملة الشيك من الخضوع لنظام المربحة بالنسبة للحد الأقصى لسعر الفائدة لا يتعلق بأمن قوات الاحتلال ولا مصلحة ظاهرة للسكان. بل يظهر جلياً أنه تقرر لمصلحة الاحتلال ومواطنيه ومؤسساته العاملة في مناطه المحتلة حين صدوره، وبذا فإنه يغدو مخالفاً لأحكام القانون الدولي ويتعين على القضاء الوطني استبعاده...".

- حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 156 لسنة 2006، صادر بتاريخ 2007/07/04.

- <http://muqtafi.birzeit.edu> / منظومة التشريع و القضاء في فلسطين

كما سعت سلطة النقد من خلال هذه التعليمات الى خفض نسبه الفائدة من خلال فتح باب المنافسة بين المصارف من أجل جذب العملاء.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفلسطينية في تفسيرها لتعليمات سلطة النقد 2009/1 حيث ذهبت إلى أن " تعميم سلطة النقد برفع الرقابة على نسبة الفائدة جاء لخلق جو من التنافس بين المصارف. وكان ينطلق أن هذا القرار سيخفض نسبة الفائدة حيث أن المنافسة لا تكون بزيادة أسعار الفائدة..."

- حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 381 لسنة 2010، صادر بتاريخ 2011/05/21.

- <http://muqtafi.birzeit.edu> / منظومة التشريع و القضاء في فلسطين

ولكن هل يجوز للبنك تفاضي فائدة مركبة في حال كان رصيد الحساب الجاري مدين؟

ذهبت المادة الخامسة من قانون المربحة العثماني إلى استثناء أعمال البنوك من الحظر على تلقي فوائد مركبة.

وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية " ... إن الطعن بعدم جواز إجراء فائدة مركبة طعن مردود لأن معاملات الفائض المركب الناشئ عن الحساب الجاري بين التجار توفيقاً لأحكام قانون التجارة هو جائز لأنه من المعاملات المستثناة من الحظر المنصوص عليه في المادة الخامسة من نظام المربحة بحكم الفقرة الأخيرة من نص المادة الخامسة ذاتها". قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1986/834 مجلة نقابة المحامين 1990، ص 17.

ومع ذلك يجب أن لا تتجاوز مقدار رأس المال وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة النقض الفلسطينية " وعليه لما كان الثابت من عقد التسهيلات الائتمانية حساب جاري مدين حسب (المبرز م/1) ان القيمة الكلية الممنوحة للمدعي عليه هو مبالغ مائة وثلاثون ألف شيكلاً فقط وحيث نصت المادة الرابعة من نظام المربحة على أن فائدة الدين مهما مر عليها من السنين يجب أن لا تتجاوز مقدار رأس المال وان جميع الحكام منوعون من الحكم بالفائدة التي تتجاوز ذلك المقدار".

- حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 184 لسنة 2011، صادر بتاريخ 2012/2/12

إن تحديد الرصيد النهائي للحساب الجاري لا يتم فقط من خلال إمساك أطراف الحساب الجاري عن تقييد الديون المتبادلة ابتداء من تاريخ إقفاله، وإنما يلزم لتحديد هذا الرصيد أن تتم تصفية العمليات الجارية بين المصرف وزبونه من تاريخ إقفال الحساب الجاري المفتوح بينهما، وهذه التصفية تحتاج إلى مدة معينة يتحدد بمرورها الرصيد النهائي للحساب.

ويمنع على الأطراف أن يقوموا بتقييد ديونهما المتبادلة في الحساب بعد إقفاله، إلا أن ذلك لا يعني إلا الديون الجديدة اللاحقة لهذا الإقفال، أما بالنسبة للعمليات التي كانت قبل إقفال الحساب والتي كانت في الجانب المؤجل للحساب الجاري، فإن انتقالها للجانب الحال لهذا الحساب خلال فترة التصفية ليس سوى انتقال لفردات مؤجلة دخلت الحساب قبل إقفاله.¹⁵⁰

فالأوراق التجارية المقدمة للمصرف أثناء فترة تشغيل الحساب الجاري والتي لم توف في تاريخ تحصيلها، أو أغلق الحساب قبل عملية التحصيل يجوز إجراء قيد عكسي بمبلغها في مديونية العميل في الجانب الحال من رصيد الحساب، وهذه قاعدة مكملية يجوز للأطراف الاتفاق على خلافها، فقد يتفق المصرف مع العميل على عدم إجراء القيد العكسي إلا إذا كان رصيد الحساب دائماً، وعندها يجب أعمال هذا الاتفاق، ولا يحق للبنك قيدها عكسياً حتى بعد الإقفال¹⁵¹، ولكن يحق له أن يطالب بها وفقاً للدعاوي التي حميها.

ولكن هل يعني إقفال الحساب الجاري حلول أجل الأوراق التجارية المضمومة أو المقدمة للاستخلاص؟ يذهب بعض الفقه¹⁵² إلى أنه عند قفل الحساب الجاري لا يساهم في تكوين الرصيد النهائي سوى القيود الظاهرة في الجانب الحال، والقيود المقيدة في الجانب المؤجل عندما تنتقل إلى الجانب الحال، والديون المقيدة في الجانب المؤجل لا تصلح للوفاء بسبب كونها غير مؤكدة أو غير حالة، والأوراق التجارية التي خصمت عند المصرف أو قدمت له من أجل التحصيل هي ديون معلقة على شرط واقف وهو التحصيل، وهذه الديون الموقوفة تظهر في الجانب المؤجل، وعند تحقق الشرط يمكن للبنك أن يقيد في الجانب الحال الدين الناتج عن عدم الوفاء بالورقة التجارية في تاريخ الوفاء.

وبالرجوع إلى المادة (407) من مشروع القانون التجاري نجد أنها تشير إلى أن المصرف لا يجري تقييداً عكسياً إلا بالنسبة للأوراق التجارية التي لم تخصص في تاريخ الاستحقاق، وبالتالي لا يجوز للمصرف إجراء قيد عكسي عند إقفال الحساب وإنما عليه انتظار أجل استحقاقها، وبالتالي لا يعتبر قفل الحساب الجاري سبباً لسقوط آجال الأوراق التجارية المقيدة فيه.

ولكن هل ينطبق هذا الحكم إذا كان سبب إقفال الحساب الجاري هو الإفلاس، وما مدى صحة القيد العكسي الذي يجريه المصرف بعد إقفال الحساب للإفلاس؟

الأصل أنه لا يجوز للمدين إجراء أية تصرفات خارج نطاق أمين التفليسة، لكن محكمة النقض الفرنسية في قرار لها سنة 1991¹⁵³ اعتبرت "أن التقييد العكسي للورقة المضمومة خلال اشتغال الحساب الجاري يساوي

<http://muqtafi.birzeit.edu> / منظومة التشريع و القضاء في فلسطين

150 - د. محمد لفروجي، مرجع سابق، 162.

151 - حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 57 لسنة 2010، صادر بتاريخ 2011/01/20

<http://muqtafi.birzeit.edu> / منظومة التشريع و القضاء في فلسطين

152 - د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، مرجع سابق، ط 2008، ص 485.

153 - Cass Comm. Arrêt, commercial, 5 November 1991, Revue Banque 1992.p 952.

الوفاء نتيجة الأثر التجديدي لهذا الحساب، وبالمقابل فإن التقييد بعد التوقف عن الدفع لا يساوي الوفاء، والطرف الذي يقيد عكسيا يظل ماسكا للورقة التجارية". ولكن اشترط هذا القضاء أن يكون المدفوع قد تم بصدق وأمانة بأن يكون الهدف منه تحقيق وسيلة مشروعة لا تغليب مصلحة القابض ووضعه بمركز ممتاز على بقية الدائنين¹⁵⁴.

وهذا ذات توجه المادة (109) من قانون التجارة الأردني (12) لسنة 1966 والتي نصت على أن "... 2. وإذا لم تسدد قيمة السند في موعد استحقاقه فيحق لمستلمه مع الاحتفاظ به على سبيل التأمين ومع استعمال الحقوق المنوطة به، أن يقيد قيمته على حساب مسلمه.

3. وفي حالة إفلاس مسلم السند لا يحق للمستلم بالرغم من كل اتفاق مخالف أن يقيده في الحساب إلا بعد أن يحل أجل الاستحقاق ويثبت عدم الوفاء.

4. وإذا قيدت سندات على هذه الصورة وجب على متسلمها أن يخفض مبلغ طلباته في التفليسة بنسبة الدفعات التي أداها موقعو تلك السندات".

ونتيجة لذلك فإن المصرف الذي يقوم بإجراء قيد عكسي للأوراق التجارية التي سلمت له من أجل الاستخلاص أو التحصيل عند إفلاس صاحب الحساب الجاري لا يعتبر قد استوفى حقه من الورقة التجارية، مما يعطي للمصرف إمكانية الاحتفاظ بالورقة التجارية ومتابعة الموقعين عليها لاستيفاء ما قد ينتج عنه الرصيد النهائي للحساب من حقوق لمصلحتها في مواجهة العميل صاحب الحساب¹⁵⁵.

ويرى الباحث أن هذا التوجه فيه حماية أكبر للمصرف مما جاء به مشروع القانون التجاري الفلسطيني في المادة (407) الذي أجاز إجراء القيد العكسي للورقة التجارية التي لم تدفع قيمتها في ميعاد الاستحقاق. ولو تم ذلك القيد العكسي بعد شهر إفلاس من قدمها للخصم، ولكن لم يعط المصرف حق الاحتفاظ بالورقة على سبيل الرهن، وهذا الحق قاصر على الأوراق التجارية التي لم تدفع قيمتها في مواعيد الاستحقاق¹⁵⁶، وبذلك خالف المشروع قاعدة عدم إجراء المدين المفلس لأية تصرفات خارج نطاق أمين التفليسة، ويخالف أيضا قاعدة سقوط آجال الديون بالإفلاس.

أورده محمد لفروجي. مرجع سابق، ص 164

154 - د. أحمد عبد الجليل حسنين. دراسة تحليلية لبعض المشاكل العملية التي يثيرها الحساب الجاري خلال فترة الرتبة. المؤتمر العلمي الثالث للقانونيين المصريين. الجوانب القانونية للعمليات المصرفية. الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع. 2002، ص 15.

155 - Cour de cassation française- Arrêt commercial- 8 juin 1982, Dalloz, 1983, I, 186, obs. Vassaeur.

أشار إليه محمد لفروجي. مرجع سابق، ص 165

والقاعدة السابقة وضعت من أجل حماية المصرف في مواجهة صاحب الحساب الذي يفلس بعد أن يكون قد قدم ورقة تجارية للبنك من أجل الخصم، ولكن القضاء الفرنسي طبق هذه القاعدة على جميع الحالات التي يقفل فيها الحساب الجاري سواء الإرادية أو التي تقع بقوة القانون. 156 - الفقرة الأولى من المادة (407) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني.

الختامة:

لقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى أن المصارف جعلت الحساب وعاءً لعملياتها وخدماتها نظراً لقيامها على ثلاث مرتكزات أساسية، وهي مبدأ عمومية الحساب الجاري، ومبدأ التجديد، ومبدأ عدم التجزئة. وأن الهدف من هذه المبادئ هو تحقيق التسوية السريعة للمعاملات القائمة بين أطرافه، وخضوعها لنظام قانوني موحد حتى لا يضطر الأطراف إلى إجراء تسوية لكل تصرف على حدة. في نفس الوقت، كانت هذه المبادئ وخصوصاً مبدأ عدم التجزئة عائقاً في سبيل تحقيق الهدف الذي تسعى إليه المصارف.

فالمبدأ السابق كان يمنع التصرف في الرصيد المؤقت قبل إقفال الحساب الجاري، فالقاعدة السابقة كانت تعلق كل الحقوق المترتبة على هذا العقد على إقفال الحساب واستخراج الرصيد النهائي، ولكن التطورات الاقتصادية فرضت ضرورة تطوير هذه القاعدة بما يحقق مصالح أطراف العقد وحقوق الغير. وبناءً على ذلك أصبح بإمكان أطراف هذا العقد السحب من الحساب بواسطة شيك أو مباشرة من صندوق المصرف أو بواسطة التحويل من حساب إلى حساب آخر. وأيضاً أصبح بإمكان دائن العميل الحجز على الرصيد المؤقت للحساب. وبالتالي أصبح الحساب الجاري قادراً على تأدية وظيفة المصرف بخلق النقود القيدية، وكذلك أداء وظيفته بتسوية المعاملات بين أطرافه مع خضوع هذه التسوية لنظام قانوني واحد.

لقد كان للقضاء الفرنسي الدور الكبير في تطوير القاعدة السابقة، وتبعه في ذلك كل من محكمة التمييز الأردنية ومحكمة النقض الفلسطينية، فمحكمة التمييز اعتبرت القواعد التي يقوم عليها الحساب الجاري قواعد مكملة، وبالتالي يجوز الاتفاق على خلافها، وهذا ما تسير عليه أغلب المصارف من خلال إعطاء القيمة القانونية للرصيد المؤقت الذي يظهر نتيجة تسجيل أي مفرد، أما محكمة النقض الفلسطينية فقد أسست إمكانية التصرف بالرصيد المؤقت من قبل أطرافه والحجز عليه من قبل الغير للعرف الذي استقر في العمل المصرفي. وهذا ما حاول مشروع القانون التجاري تبنيه والذي نتمنى أن يخرج إلى التطبيق في أسرع وقت ممكن.

إن اتفاقية الحساب الجاري المبرمة بين العميل والمصرف تلعب دوراً مهماً في تجاوز النتائج اللامنتظية لمبدأ عدم التجزئة، بحيث تعطي للعميل إمكانية التصرف في حدود ما يكون له من حقوق لدى المصرف، وهذا ما يدفعنا إلى القول إن المصرف يقوم بعمل ميزان مؤقت للجانب الدائن والمدين عقب كل مدفوع يدخل في الحساب، وكأننا ضمناً أمام نظرية المقاصة المتتابعة ولكن مكرسة بمقتضى الاتفاقات المصرفية. وما دام أن الحساب المصرفي يستخدم لتسوية الالتزامات المترتبة بين الطرفين خلال فترة تشغيل الحساب، فقد اعتبر القضاء أن توقف هذا الحساب عن تلقي أي مدفوع خلال فترة طويلة يجعل الحساب مغلقاً من تاريخ قيد آخر عملية فيه.

إن الحساب الجاري عقد كأى عقد من العقود لابد من نهاية له، حيث ينتهي لعدة أسباب من ضمنها اختلال الثقة في شخص العميل، كما أن الرصيد الذي يسفر عنه إقفال الحساب الجاري يتحول من رصيد خاضع للنظام القانوني للحساب إلى دين عادي يخضع للقواعد العامة، مع مراعاة ما يكون قد قيد في الجانب المؤجل من الحساب فلا يقفل الحساب بشكل نهائي حتى يحل أجل هذه القيود الموجودة في الجانب المؤجل.

من النتائج التي توصلنا اليها أن القضاء الفلسطيني لا يفرق بين إنهاء الاعتماد كعقد قائم بذاته مع بقاء الحساب الجاري المرتبط به، فتبادر المصارف إلى إغلاق الحساب من أجل المطالبة بمبلغ الاعتماد، وبالتالي ابتعدت عن الدور الحقيقي الذي يجب أن تلعبه من مصرف شريك إلى تاجر نقود.

التوصيات

- 1- الإسراع في إصدار مشروع القانون التجاري الفلسطيني، كتشريع تجاري حديث قادر على مواكبة التطورات الاقتصادية.
- 2- إفراد تعريف لعقد الحساب الجاري المصرفي بحيث يكون " اتفاق المصرف مع العميل على تحويل الديون والحقوق الناشئة عن علاقتهما المتبادلة إلى قيود في الحساب ودمجها على شكل أبواب دائنة ومدينة، على أنه يجوز استخراج الرصيد المؤقت لفائدة أحد الطرفين في أي وقت". حتى يحسم المشرع الطبيعة القانونية لهذا العقد.
- 3- توصلنا إلى أن مشروع القانون التجاري لم يتبن النظرية الحديثة للحساب الجاري، ونص على أن الأصل أنه لا يوجد دائن ولا مدين حتى إقفال الحساب في الموعد المتفق عليه. ولكن يحتاج الخروج على الأصل الوارد النص عليه في المادة (394) من مشروع القانون التجاري الاتفاق على ذلك أو ورود نص في القانون يبرر الخروج. وهذا ما أكدته المادة (397) من مشروع القانون التجاري الفلسطيني.
- 4- ندعو القضاء إلى تكييف عقد الحساب المصرفي وفقا للإرادة المشتركة للطرفين. حيث إن العميل في أغلب الحالات يقصد إبرام عقد حساب تحت الطلب والبنك يقصد فتح حساب جار حتى يتمكن من إدراج جميع المعاملات بينه وبين العميل في هذا الحساب لكي يوفر أكبر حماية له.
- 5- تعديل الفقرة (2) من المادة (399) لكي يتم تحديد الوقت الذي يجب أن يتم فيه الاتفاق على نقل الضمانات بحيث تصبح " ٢. ومع ذلك يجوز قيد الديون المصحوبة بتأمينات اتفقيه، سواء أكانت تلك التأمينات مقررة من المدين أم من الغير، في الحساب الجاري إذا اتفق جميع ذوي الشأن كتابة على ذلك في لحظة دخول الدين".
- 6- النص صراحة على أن الحساب الجاري لا يعتبر مقفلا إلا بتوجيه إخطار كتابي من المصرف إلى العميل.
- 7- عدم الربط بين إغلاق الحساب الجاري وإغلاق الاعتماد، والنص بشكل صريح بالقانون على ذلك، ووضع أسباب خاصة بإنهاء الاعتماد، وحميل البنوك المسؤولية عن الأضرار التي تصيب العميل نتيجة تعسفها في إغلاق الحساب الجاري والذي يترتب عليه تلقائيا إغلاق الحساب.
- 8- وبناء على التوصية السابقة نتمنى من القضاء عدم مسايرة المصارف بهذا الإجراء الذي تستند فيه إلى بنود العقد الذي يعطيها حق إغلاق الحساب بأي وقت واعتباره من الشروط التعسفية وما يترتب على ذلك من نتائج.
- 9- التنصيص صراحة في مشروع القانون التجاري على أن الحساب الجاري المصرفي يعتبر مقفلا في حال توقفت الحركة فيه لمدة طويلة من تاريخ آخر حركة تمت فيه، ويعود تقدير المدة للقاضي.
- 10- جعل الحساب المصرفي حقا للمواطنين، بحيث يستطيع إجبار المصرف على فتح هذا الحساب من خلال التوجه لسلطة النقد كسلطة مشرفة على المصارف، على غرار ما ذهب إليه المشرع الفرنسي بمقتضى قانون 29 يوليو 1998 في المادة 137.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

القوانين:

- 1- قانون التجارة، رقم 12 لسنة 1966، المنشور في العدد 1910 من الجريدة الرسمية الأردنية (الحكم الأردني)، بتاريخ 1966/03/30 صفحة، 469.
- 2- قرار بقانون 9 لسنة 2010 بشأن المصارف المنشور بالعدد؟ من الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2010/11/27، ص 5.
- 3- قانون التجارة المصري رقم القانون 17 لسنة 1999 نشر بالجريدة الرسمية العدد (19) مكررا الصادر في 1999/5/17.
- 4- القانون المدني: جمهورية مصر العربية قانون رقم 131 لسنة 1948 بتاريخ 1948 / 7 / 29.

الاحكام القضائية

- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1986/834 مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1990.
- قرار محكمة التمييز الأردنية 1989/1068 مجلة المحامين الاردنيين 1991، ص1333.
- قرار محكمة التمييز الأردنية 93 / 1045 مجلة نقابة المحامين، العدد 6-8 ص2161.
- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1993/1042 مجلة نقابة المحامين الأردنيين، تاريخ النشر 1995.
- قرار محكمة التمييز الأردنية 1994/1362 مجلة نقابة المحامين الأردنيين، تاريخ نشر 1995.
- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1995/157 منشور في مجلة نقابة المحامين 1998، ص 1501.
- قرار محكمة التمييز الأردنية 2005/1459، منشور في مجلة نقابة المحامين 2005.
- قرار محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 37 لسنة 2003، صادر بتاريخ 2004/01/25.
- قرار محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 37 لسنة 2003، صادر بتاريخ 2004/01/25.
- حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 156 لسنة 2006، صادر بتاريخ 2007/07/04.
- قرار محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 57 لسنة 2010، صادر بتاريخ 2011/01/20.
- قرار محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 394 لسنة 2009، صادر بتاريخ 2010/04/25.
- قرار محكمة النقض الفلسطينية، نقض مدني رقم 2009/152 صادر بتاريخ 2010/03/08.

- قرار محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 381 لسنة 2010، صادر بتاريخ 2011/05/21
- قرار محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 261 لسنة 2010، صادر بتاريخ 2011/06/06
- حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 184 لسنة 2011، صادر بتاريخ 2012/2/12
- قرار محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 8 لسنة 2013، صادر بتاريخ 2014/10/27.

المراجع:

أولاً: الكتب

- 1- أحمد بركات مصطفى، العقود التجارية وعمليات البنوك، ط3، دار النهضة العربية القاهرة، دون ذكر تاريخ النشر.
- 2- أحمد محمود جمعة، أحكام عقد الحساب الجاري في قانون التجارة، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية 2001.
- 3- احمد محمود جمعة، مبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري في الفقه والقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية، 1980.
- 4- حسن المصري الحسابات المصرفية في القانون الكويتي، ط1، الناشر جامعة الكويت، الكويت، 1994.
- 5- رزق الله الانطاكي، الحسابات والاعتمادات المصرفية، دار الفكر، بيروت، 1969، ص12
- 6- رضا سيد عبد الحميد، النظام المصرفي، وعمليات البنوك، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 7- رفعت فخري، دروس في عمليات البنوك، ط1، بدون ذكر ناشر، القاهرة، 1991.
- 8- سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 9- صفوت بهنساوي، الاوراق التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- 10- عبد الرحمن سيد قرمان، عمليات البنوك طبقا لقانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 2000.
- 11- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج3، دار المعارف القانونية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- 12- - عبد الرحمن السيد قرمان، العقود التجارية وعمليات البنوك طبقا للأنظمة القانونية بالملكة العربية السعودية، ط2، مكتبة الشقري، المملكة العربية السعودية، 2010.
- 13- عبد الفتاح مراد، موسوعة اعمال البنوك، الجزء الأول، الناشر الكاتب نفسه، الاسكندرية، 2003.
- 14- عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، دار الفكر والقانون، المنصورة (مصر)، 2010
- 15- عبد القادر الفار، أحكام الالتزام " آثار الحق في القانون المدني الاردني"، ط 6، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2001.
- 16- عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، الاوراق التجارية وعمليات البنوك، الجزء الثاني، دار الثقافة، عمان، 2010.
- 17- علي البارودي، د. محمد فريد العريني، القانون التجاري، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2000.
- 18- علي البارودي، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1999.
- 19- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 20- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، ط3، القاهرة، 2000.
- 21- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
- 22- فائق محمود الشماع، الحساب المصرفي دراسة قانونية مقارنة، ط1، دار الثقافة، عمان، 2003.
- 23- محسن شفيق، الوجيز في القانون التجاري، دار النهضة العربية القاهرة، 1969.

- 24- محمد توفيق بطاح، آثار الحساب الجاري في العمليات المصرفية، مؤسسة الوراق للنشر، عمان، الاردن، 2003.
- 25- محمد جنكل، العمليات البنكية المباشرة، الجزء الاول، ط1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2003.
- 26- محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك، مطابع جامعة الملك سعود، الرياض ط2، 1997.
- 27- محمد حسني عباس، القانون التجاري، عمليات البنوك والعقود التجاري، جامعة الكويت، كلية الحقوق، 1966.
- 28- محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2001.
- 29- محمد الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الرابع، عمليات البنوك "دراسة مقارنة"، دار الثقافة، عمان، 2014.
- 30- محمود مختار محمد أحمد بربري، قانون المعاملات التجارية (عمليات البنوك والأوراق التجارية)، دار النهضة العربية، القاهرة 2001.
- 31- مراد منير فهمي، القانون التجاري عمليات البنوك، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1982.
- 32- منير محمد الجنبهي، د. ممدوح محمد الجنبهي، أعمال البنوك، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2000.
- 33- هاني دويدار، القانون التجاري (العقود التجارية والعمليات المصرفية، الأوراق التجارية، الإفلاس)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- 34- إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، عمليات المصارف، ج3، ط1، منشورات البحر المتوسط، بيروت، 1989.
- 35- إلياس ناصيف، الحساب الجاري في القانون المقارن، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، دون ذكر دار النشر، بيروت، 1992.
- 36- يوسف عودة غانم المنصوري، نحو تطورات في المسائل التجارية والمصرفية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013.

ثانياً: الرسائل والاطروحات

- 1- جديع فهد الرشدي، الودائع المصرفية في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2002.
- 2- عبد الرحيم المودن، النظام القانوني لعقد الحساب الجاري البنكي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2003-2004.
- 3- عبد السلام المريني، الوديعة النقدية المصرفية في القانون المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني عين الشق، 2004.

- يوسف عودة غانم، الأثر التجديدي للحساب الجاري، مجلة جامعة ذي قار، العدد 4، المجلد 2، العراق، 2007.

رابعاً: المؤتمرات والندوات:

- سمير عبد العليم محمد محسن، تبادل المدفوعات وتشابكها في الحساب الجاري في ضوء أحكام قانون التجارة الجديد 17 لسنة 1999، المؤتمر العلمي الثاني للقانونيين المصريين، تحت رعاية الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، 2000.
- د. أحمد عبد الجليل حسنين، دراسة تحليلية لبعض المشاكل العملية التي يثيرها الحساب الجاري خلال فترة الريبة، المؤتمر العلمي الثالث للقانونيين المصريين، الجوانب القانونية للعمليات المصرفية، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، 2002.

المراجع باللغة الفرنسية:

- 1- Le François (Alfred) , "Traité du crédit ouvert en compte courant moyennant affectation hypothécaire" , 1978 , n 4 et suivant.
- 2- J.-L. Rives-Langes et M. Contamine-Raynaud, Précis de Droit bancaire, Dalloz 6è Edition, 1995 ; p 220
- 3- ESCARRA- Principes de droit commercial - Tome VI- (Banque et Commerce de banque) Sirey 1937, n° 413.
- 4- Christine Hugon ,le droit au compte , in Mélange Michel Cabrilac , litec Dalloz 1999.
- 5- Calais- Auly MT, "Compte Courant, banque et Credit" , fasc - C.210. N° 106
- 6- Didier Martin, Elementes de droit bancaire- 3 édition - I.T.B - 1996, 162
- 7- HUGON (Christine), Le droit au compte, Mélanges Michel Cabrillac, 1999, p.483

