



جامعة الزيتونة الأردنية  
Al-Zaytoonah University of Jordan



مجلة جامعة الزيتونة الأردنية  
Al-Zaytoonah University of Jordan Journal  
لدراسات القانونية  
for LEGAL STUDIES  
•ZUJLS



# مجلة جامعة الزيتونة الأردنية لدراسات القانونية

## Al-Zaytoonah University of Jordan Journal for Legal Studies

ISSN Print: 2708 - 793X Online 2708 - 7948

المجلد الثاني: الإصدار الثاني

# 2021

Volume(2): Issue(2)





# مجلة جامعة الزيتونة الاردنية للدراسات القانونية

Al-Zaytoonah University of Jordan Journal for Legal Studies

ISSN Print: 2704-793X Online: 2708-7948

المجلد الثاني: الاصدار الثاني

Volume (2): Issue (2)

## هيئة التحرير

د. سارة محمود العراسي  
رئيس هيئة التحرير

د. علي عوض الجبرة  
مساعد رئيس هيئة التحرير

## اعضاء هيئة التحرير

أ. د. ياسين محمد الجبوري  
د. منير محمد العفيشات  
د. محمد حسين المجالي  
د. محمد فهمي الغزوي  
د. سكينة محمد القطاونه

د. محمد خليل ابو بكر  
د. هشام حامد الكساسبة

## التدقيق اللغوي

د. علاء الدين زكي موسى  
( اللغة العربية )

د. بلال محمد عياصرة  
( اللغة الانجليزية )

## سكرتاريا المجلة

ميساء حسن ابوداود

تموز 2021



## تعليمات النشر

- على الباحث (الباحثين) إرسال نسخة إلكترونية من البحث/المخطوط بصيغة (Word) إلى البريد الإلكتروني الخاص بمجلة جامعة الزيتونة للدراسات القانونية (zujjls@zuj.edu.jo).
- على الباحث (الباحثين) إرسال نسخة إلكترونية تتضمن طلباً لنشر البحث في المجلة؛ وذلك بتعبئة النموذج المعتمد لهذا الغرض على موقع المجلة وفق معايير متطلبات البحث العلمي التابع لعمادة البحث العلمي في جامعة الزيتونة الأردنية.
- يجب أن تضم صفحة العنوان: عنوان البحث واسم الباحث /أسماء الباحثين من أربعة مقاطع مع ذكر درجاتهم العلمية، كما تضم اسم المؤسسة التي يعمل بها الباحث/الباحثين، والبريد الإلكتروني الخاص به/بهم، واسم الدولة، بالإضافة إلى ذكر اسم الباحث الرئيس في حال تعدد أسماء الباحثين للبحث الواحد.
- على الباحث (الباحثين) تسليم ملخصين أحدهما باللغة العربية والآخر بالإنجليزية، على ألا يتجاوز عدد كلماته عن 200 كلمة. وتتضمن الملخصات عنوان الدراسة، أولاً ثم الملخص، والذي يجب أن يتضمن الأهداف والمنهجية وأهم نتائج الدراسة. يلي الملخص الكلمات المفتاحية للبحث.
- ينبغي ألا تتجاوز عدد كلمات البحث عن (8000) كلمة، شاملة الملخصين، والمصادر والمراجع، والملاحق - إن وجدت -.
- عدم كتابة اسم الباحث أو الإشارة إليه في متن البحث؛ حفاظاً على سرية التحكيم وموضوعيته.
- على الباحث مراعاة الأصول العلمية لكتابة البحث العلمي الرصين، من حيث صحة اللغة ومراعاة علامات الترقيم. ومن حيث هيكلية البحث العلمي القائم على الالتزام بالتعليمات الواردة في بنود (تعليمات التنسيق والتقسيم والتوثيق وكيفية كتابة المصادر والمراجع) الخاصة بالمجلة.
- على الباحث (الباحثين) تسليم المجلة إقراراً خطياً ينص على عدم إرسال البحث أو نشره في كتاب أو مجلة تابعة لمؤسسة علمية أخرى.
- يتعين على الباحث بعد قبول البحث للنشر تعبئة نموذج انتقال حقوق الملكية وإرساله إلى عمادة البحث العلمي في جامعة الزيتونة الأردنية.
- على الباحث دفع النفقات المالية المترتبة على إجراء التحكيم في حال طلب سحب البحث، وعدم استكمال متابعة إجراءات التحكيم.
- يمكن للباحث الحصول على نسخ إلكترونية من بحثه من موقع المجلة.
- في حال توقفت المجلة عن النشر - لأي سبب كان - يبقى الموقع الخاص بها متاحاً لأي باحث، إذ يستطيع من خلاله الدخول إلى أرشيف المجلة.
- أصول البحوث التي تصل إلى المجلة لا ترد؛ سواء نشرت أم لم تنشر.
- قد تلجأ هيئة تحرير مجلة الزيتونة للدراسات القانونية إلى سحب البحث/المخطوط إذا وجدت فيه دليلاً قاطعاً على الانتحال أو السرقة، أو ثبت فيه وجود معلومات مُضلّلة غير موثوق بها بهدف الإساءة أو ما شابه، أو اكتشاف لاحق لأي سلوك غير أخلاقي في البحث، أو نشر بحث هو في الأصل منشور، ويتكلف الباحث أجور تحكيمه، ولا يسمح له بالتقدم للنشر في المجلة ثانيةً.
- لا يجوز نشر البحث أو أجزاء منه في مكان آخر بعد إقرار نشره في مجلة الزيتونة للدراسات القانونية إلا بعد الحصول على إذن كتابي بذلك من رئيس التحرير

## فهرس الابحاث

الترقيم	الباحث/الباحثون	عنوان البحث	الصفحة
1	شاكر ابراهيم سلامة العموش	النفاز المعجل للأحكام في المادة 188 مكرر من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني "دراسة مقارنة"	4
2	حامد حسن الحسنات الزبيديين	المسؤولية المدنية عن تعويض الضرر المتحقق بما يجاوز مبلغ العربون نتيجة العدول في القانون المدني الأردني	31
3	منى السيد عادل عبدالشافى عمار	مكناات اتفاقية التريبس تتهاوى أمام الطوارئ الصحية العالمية مع التطبيق على فيروس كورونا	47
4	ايمان خليل، شين خثير	تفعيل حماية الغير في عقد الشركة (دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريعات الأخرى)	64
5	حماده خير محمود	مدى حاجة الدول العربية إلى التنسيق الضريبي بما يسهم فى تحقيق التنمية الاقتصادية	89
6	ريناد كمال الدين حسن الحسين	التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة في فلسطين في ضوء أحكام القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية	107

126	العملية السياسية وعلاقتها ببناء الدستور (دراسة مقارنة بين الدستور الأردني والمصري والكويتي والقانون الأساسي الفلسطيني) The political process and its relationship to constitution building: A comparative study between the Jordanian, Egyptian, Kuwaiti constitution and the Palestinian Basic Law	محمود ياسين محمود النمروطي	7
147	العلم اليقيني الإلكتروني في القضاء الإداري الأردني بين النظرية والتطبيق Certainty in the Administrative Jurisdiction in Jordan: Theory and Application	صفاء محمود السويلمين بكر محمود السويلمين	8
162	إثبات النسب بالبصمة الوراثية بين القانون الوضعي التونسي والفقہ الإسلامي Establishing the Lineage by the Genetic Fingerprint between Positive Law in Tunisia and Islamic Fiqh	هدى بنت نورالدين الطاهري، عمارة سعد شندول	9
186	الإمام الشافعي بين مدرستي الرأي والحديث Al-Emam Al Shafi'i between the Two Schools of Opinion and Al-hadith	خالد عبد الجابر الصليبي	10
210	حكم إثبات دخول الشهر القمري بالحساب الفلكي The Rule of Proving the Entry of the Lunar Month by Astronomical Calculation	أحمد شحادة بشير الزعبي	11
244	أثر المنطق القضائي في جودة الأحكام الجزائية The Impact of Judicial Logic on the Quality of Criminal Judgments	عاطف فهد مفلح المغاريز	12



## النفاز المعجل للأحكام في المادة 188 مكرر من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني

"دراسة مقارنة"

### Expedited Enforcement of Judgments in Accordance with the Legal Text of Article 188 in the 2017 Jordanian Civil Procedure Law: A Comparative Study

شاكر ابراهيم سلامة العموش \*

#### الملخص

جاءت هذه الدراسة في ظل تبني المشرع الأردني النظام القانوني للنفاز المعجل للأحكام الصادرة بالدعاوى المدنية لأول مرة بقانون أصول المحاكمات المدنية بموجب التعديل الساري المفعول بتاريخ 2018/2/26 ، على خلاف التشريعات العربية المقارنه التي عرفت هذه الفكرة القانونية منذ زمن بعيد ، لذا فإن أهمية هذه الدراسة تكمن في تسلط الضوء على ماهية النفاز المعجل وخصائصه ، وماهية الأحكام التي يمكن أن يشملها النفاز المعجل ، وأنواعه، وفي أي مرحلة من مراحل المحاكمة يصدر هذا الأمر وهل هذا الحكم قابل للطعن أم لا ؟ وما هو الأثر القانوني للنفاز المعجل في حال التنفيذ على المحكوم عليه وتبين بنتيجة الطعن التي تقدم به المحكوم عليه أن ردت دعوى المدعي؟ وبالتالي عدم أحقية المحكوم له بالمبلغ المقبوض لدى دائرة التنفيذ ، وهل يستلزم الأمر أن يقيم المحكوم عليه الذي نفذ على أمواله جبراً من دائرة التنفيذ دعوى موضوعيه لإسترداد ما قبضه المدعي؟ وهل يسأل المحكوم له المدعي عن الأضرار التي قد تلحق بالمحكوم عليه إذا ثبت أن المدعي غير محق في دعواه ؟ ثم نخلص للنتائج وللتوصيات.

**الكلمات الدالة:** نفاز معجل قانوني، نفاز معجل قضائي، قانون، أصول المحاكمات المدنية الأردني.

#### Abstract

This study aims to examine the amendments of the 2017 Jordanian Civil Procedure Law valid as of 26/2/2018. The legislator in Jordan has adopted the legal system for the expedited enforcement of judgments issued in civil cases for the first time in the 2017 Jordanian Civil Procedure Law, as opposed to other Arab legislations which has integrated the legal idea into its legal systems for a long period of time. Therefore, the significance of this study arises out of its focus on what the expedited enforcement of trials is, its characteristics, what provisions may be included in the expedited enforcement of trials, and whether the expedited enforcement of trials is exclusively dependent on the interpretation of the legal text, at what stage of the trial this order can be issued, and whether the decision of the court can be reversed on appeal. It is crucially important to examine what the legal effect of the expedited enforcement of the trials regarding the enforcement of the judge's decision on the convicted person if the initial court decision is reversed on appeal later on is; this lead us to ask ourselves what happens if the appeal case is successful, which definitely means that the money paid by the convicted person for the plaintiff should be paid back and whether the convicted person should file a case to get his/her money back, and whether the convicted person has the legal right to demand the plaintiff to pay the damages that may occur. Finally, we conclude with some findings and recommendations

**Keywords:** Expedited Legal Enforcement, Expedited Judicial Process, Jordanian Civil Procedure Law.

## المقدمة

الأصل الذي أخذ به المشرع في التنفيذ الجبري للأحكام هو التنفيذ الجبري العادي، الذي يكون بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية بعد استكمال الخصوم ادعاءاتهم ودفوعهم وبياناتهم ومرافعاتهم، واستنفاد طرق الطعن العادية بالأحكام أو مضي المدد والمواعيد القانونية دون الطعن بتلك الأحكام، عندها يصبح الحكم القضائي عنواناً للحقيقة الواقعية والقضائية، وهي قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس<sup>(1)</sup>، وهذا الأصل الذي أخذ به المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات المدنية وقانون التنفيذ في الدعاوى المدنية حتى آخر تعديل تشريعي، إذ أدخل المشرع فكرة الحماية المؤقتة للمحكوم له قبل اكتساب الحكم الدرجة القطعية، بما عرف بالفقه والتشريع المقارن بالنفاز المعجل حيث استحدث بموجب التعديل رقم 31 الذي أدخل على قانون أصول المحاكمات المدنية في عام 2017 الساري المفعول بتاريخ 2018/2/26 .

وجاءت فكرة النفاز المعجل نتيجة لتأخر تنفيذ الأحكام الناجم عن الكم الكبير من القضايا والمواعيد والمدد وطرق الطعن المنصوص عليها في القانون، لإعطاء الخصم فرصته للعلم والرد على ادعاءات خصمه، واستنفاد طرق الطعن التي حددها القانون، احتراماً لحقوق الدفاع التي كفلها الدستور والقانون، ولمعالجة ذلك ولطول الفترة الزمنية التي قد تحتاجها إجراءات التقاضي، لصيرورة الحكم حائزاً لقوة القضية المقضية، بوضعه حداً لادعاءات ودفوع الخصوم، كان النفاز المعجل كفكرة قانونية، تبناها المشرع بأنواع معينة من الدعاوى، تهدف للحماية المؤقتة لاختصار تلك المواعيد والإجراءات، حماية لصاحب الحق، وتغليباً لمصلحة المحكوم له من الخطر المحدق، وللظروف الخاصة التي لا تتحمل التأخير، مع وجود ضمانات تعالج إلغاء الحكم أو تعديله بعد تنفيذه، ضمن شروط وضوابط معينة استثناء من الأصل العام في تنفيذ الأحكام.<sup>(2)</sup>

## أهمية الدراسة

لما كان تنفيذ الحكم هو الهدف الذي يسعى إليها لمدعي، حتى يتمكن من الانتفاع بحقوقه أو حمايتها، ولما للتنفيذ من أثر كبير ليس فقط على الأشخاص بل على كامل المجتمع، بما يشيعه من شعور العدل والإنصاف، إلا أن الملاحظ تأخر تنفيذ الأحكام، لأسباب عديدة: قانونية أو تعود للخصوم أو لطبيعة النزاع أو لوسائل الإثبات كسماع الشهود وإجراء الخبرة، ولطرق الطعن ولحين اكتساب الحكم قوة القضية المقضية بوضعه حداً لادعاءات ودفوع وبيانات الخصوم وهو ما يعرف بالنفاز العادي للأحكام، كان النفاز المعجل كفكرة قانونية أخذت بها التشريعات المقارنة، لاختصار تلك المواعيد والإجراءات، ترجيحاً لمصلحة المحكوم له في بعض أنواع من الدعاوى، مع وجود

(1) نصت المادة 41 من قانون البيئات الأردني " 1. الأحكام التي حازت الدرجة القطعية تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه القوة إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بالحق ذاته محلاً وسبباً. 2. ويجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها ."

(2) د. عمر، نبيل اسماعيل، أصول التنفيذ الجبري في القانون اللبناني، ط1 منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2004، ص 100-101 .

ضمانات تعالج إلغاء الحكم أو تعديله بعد تنفيذه، ضمن شروط وضوابط معينة، استثناء من الأصل العام في تنفيذ الأحكام، فجاءت أهمية بحث هذا الموضوع في التشريع الأردني ولا سيما دعاوى المدنية، بعد تبني المشرع الأردني فكرة هذا النظام في دعاوى المدنية، حيث استحدث بموجب التعديل الذي أدخل على قانون أصول المحاكمات المدنية في عام 2017 الساري المفعول بتاريخ 2018/2/26، لغايات اطلاق الدارسين والباحثين والعاملين في المجال القانوني والقضائي على أحكام هذا النظام القانوني الذي تبناه المشرع الأردني.

### منهجية الدراسة

سوف يعتمد الباحث المنهج التحليلي المقارن، من خلال تحليل نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني وبعض نصوص قانون التنفيذ ذات العلاقة بالموضوع، مقارنة مع التشريعات المقارنة، ولا سيما التشريع المصري، كنموذج للتشريعات العربية، وتحديد موقف القانون والقضاء الأردني، مع الاسترشاد بالأراء الفقهية في المواقف التي تتطلب ذلك.

### محددات الدراسة

ستركز الدراسة على نص المادة 188 مكرر من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، وبعض نصوص قانون التنفيذ ونصوص القانون ذات العلاقة بالموضوع ومقارنتها بالتشريع المصري مع اجتهادات القضاء الأردني والمصري لإبداء الباحث رأيه في المسائل الخلافية.

### الدراسات القانونية السابقة

حتى وقت إعداد هذه الدراسة وبحدود اطلاع الباحث لم يتم الاطلاع على أي بحث لهذا الموضوع في نطاق التشريع الأردني.

### فرضيات وإشكاليات الدراسة

باستعراض النظام القانوني للنفذ المعجل للأحكام الصادرة بالدعاوى المدنية بالتشريع الأردني، نجد أن هذا الموضوع استحدث بموجب التعديل الذي أدخل على قانون أصول المحاكمات المدنية في عام 2017 الساري المفعول بتاريخ 2018/2/26، لذا فإن هذه الدراسة تسلط الضوء على ماهية النفذ المعجل، وماهية الأحكام التي يمكن أن يشملها النفذ المعجل، وهل النفذ المعجل مقرر بنص القانون حكماً أو يحتاج لحكم من محكمة الموضوع؟ وفي أي مرحلة من مراحل المحاكمة يصدر هذا الأمر؟ وهل هذا الحكم قابل للطعن أو لا؟ وما هو الأثر القانوني للنفذ المعجل في حال التنفيذ على المحكوم عليه، وتبين بنتيجة الطعن التي تقدم به المحكوم عليه، أن ردت دعوى المدعي، وبالتالي عدم أحقية المحكوم له بالمبلغ المقبوض لدى دائرة التنفيذ؟ وهل يستلزم الأمر أن يقيم المحكوم عليه الذي نفذ على أمواله جبراً من دائرة التنفيذ دعوى موضوعية، لاسترداد ما قبضه المدعي؟ وهل يسأل المحكوم له المدعي عن الأضرار التي قد تلحق بالمحكوم عليه، إذا ثبت أن المدعي غير محق في دعواه بالمطلق سواءً كان حسن النية أو سيئ النية أو لا بد من التفريق بين الحالتين؟

## خطة البحث

سنعالج موضوع البحث في بحثين، يسبقهما بحث تمهيدي على النحو الآتي:

المبحث التمهيدي: ماهية النفاذ المعجل.

المبحث الأول: صور النفاذ المعجل.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على الحكم بالنفاذ المعجل.

### المبحث التمهيدي

#### ماهية النفاذ المعجل

إن بيان ماهية النفاذ المعجل بوصفه نظاماً قانونياً، يقتضي منا، بيان تعريفه، ومن ثم بيان خصائصه، الذي سيتم عبر مطلبين: المطلب الأول بيان تعريف النفاذ المعجل، والمطلب الثاني بيان خصائص النفاذ المعجل.

#### المطلب الأول

##### التعريف بالنفاذ المعجل

إن تحديد ماهية النفاذ المعجل، يقتضي منا الوقوف على المعنى اللغوي والقانوني "الاصطلاحي" والفقهي والقضائي للنفاذ المعجل، ومن خلال استعراض نصوص القانون الباحثة للنفاذ المعجل في قانون أصول المحاكمات المدنية، فإن المشرع لم يعرف ماهية النفاذ المعجل، بل عالج مباشرة شروط وأحكام هذا النظام، وحسناً فعل المشرع، تاركاً أمر التعريف للفقه، باعتبار أنه ليس من مهمة المشرع التعريف، إلا في الأحوال التي تثير لبساً ونزاعاً للمصطلحات، وإن هذه المهمة هي مهمة الفقه والقضاء، وإن استعراضاً لأحكام القضائية الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية لم نعثر لغايات إعداد هذا البحث على أي قرار يتضمن تعريفاً لهذا النظام، لذا فإن البحث بهذا التعريف سيقصر على المعنى اللغوي والفقهي للنفاذ المعجل في فرعين متتالين.

#### الفرع الأول

##### المعنى اللغوي للنفاذ المعجل

**النفاذ لغة:** جواز الشيء عن الشيء، والخلوص منه، وأنفذ الأمر قضاءه.<sup>(1)</sup>

**المعجل لغة:** على وزن المفعول من العجل بمعنى السرعة.<sup>(2)</sup>

(1) لسان العرب، ج 14، ط 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1999، ص 229.

(2) مختار الصحاح، ط 4، دار المعرفة بيروت لبنان 2010، ص 576.

## الفرع الثاني

### المعنى الفقهي للنفاذ المعجل

تعددت التعريفات الفقهية للنفاذ المعجل، فمنهم من عرفه " وصف يلحق بالحكم ،بنص القانون أو بأمر المحكمة يجعله نافذاً رغم قابليته للطعن بالاستئنافاً وطعن عليه فعلاً ".<sup>(1)</sup>

ومنهم من عرفه بأنه " تنفيذ الحكم قبل أن يحوز درجة البتات " قوة الشيء المحكوم به ""<sup>(2)</sup>.

كما عرف النفاذ المعجل " بتنفيذ الحكم قبل الأوان في الأحكام الصادرة في الحالات المحددة بقانون التنفيذ، أو قانون آخر ويعتبر هذا النظام من صور الحماية الوقتية في مجال التنفيذ الجبري ".<sup>(3)</sup>

كما عرف النفاذ المعجل " تنفيذ الحكم البدائي بحالات معينة قبل اكتسابه درجة البتات ".<sup>(4)</sup>

ومنهم من عرفه " بأنه منحة تساعد المحكوم له على تنفيذ حكمه رغم قابليته للطعن بطريق الاستئنافاً والطعن فيه فعلاً بهذ الطريق ".<sup>(5)</sup>

**ويلاحظ على التعريفات السابقة للنفاذ المعجل، أن بعضها يركز على تنفيذ الحكم قبل اكتسابه لقوة القضية المقضية، دون بيان المرحلة من التقاضي التي يصدر فيها هذا الحكم المعجل، وفي حال بيان المرحلة التي يصدر بها الأمر جاءت قاصرة على مرحلة واحدة من مراحل التقاضي، وهي مرحلة الدرجة الأولى وقد يكون ذلك انعكاساً للتشريعات الوطنية التي تعالج أحكام النفاذ المعجل بتلك الدول، التي ينتمي إليها ذلك الفقه، بالإضافة إلى أن بعضها لم يتم إدراج حالات وصور النفاذ المعجل، وهي النفاذ بقوة القانون والنفاذ بحكم المحكمة .**

وأريب أن تعريف النفاذ المعجل هو: نظام قانوني استثناء من الأصل العام بتنفيذ الأحكام يقتصر على نوع محدد من الدعاوى، يتضمن إلزام من صدر عليه حكم، بتنفيذه فور صدوره، دون انتظار نهائيته أو اكتسابه قوة القضية المقضية، إما حكماً بنص القانون أو بحكم من المحكمة، وقد يصدر عن محكمة الدرجة الأولى أو محكمة الدرجة الثانية " الاستئناف "ضمن ضوابط وشروط نص عليها المشرع ضماناً لحقوق طرفي النزاع .

وبالتالي يكون هذا التعريف للنفاذ المعجل، قد جمع جميع العناصر القانونية للنفاذ المعجل، من حيث ماهيته، وصوره ، وفي أي مرحلة يصدر، وحالاته والضوابط القانونية لصدوره ، لكونه استثناء من القواعد العامة في تنفيذ

(1) د. محمد نصر محمد ،أحكام وقواعد التنفيذ ،ط1 ، دار الراية للنشر والتوزيع ،عمان -الأردن 2013 ، ص 85 .

(2) د. والي، فتحي ،التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية ،ط1998 ، دار النهضة العربية ،ص62.

(3) د. فهمي ،وجدي راغب ، شرح قانون المرافعات المدنية ، بدون طبعة ، منشأة المعارف ،الإسكندرية ، بدون تاريخ نشر ص 76.

(4) د. علي، ثيؤه عبدالله ، الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك ،المجلد 6 العدد 22 ، 2017 ، ص 5 .

(5) القاضي حيدر، نصرت منلا ، طرق التنفيذ الجبري وإجراءات التوزيع ، ط2 ، المكتبة القانونية ، دمشق 2004 ،ص 104 .

الأحكام، فهو تنفيذ للحكم معاًنه قابل للطعن فيه بالاستئناف وبالتمييز ومع الطعن فيه فعلاً ، ولهذا لا يجوز الحكم به في غير الحالات التي نص عليها القانون.

## المطلب الثاني

### خصائص النفاز المعجل

يمتاز النفاز المعجل بعدة خصائص، يمكن إجمالها على النحو الآتي :

1. أنه نظام قانوني أخذ به المشرع في قانون أصول المحاكمات المدنية وقانون التنفيذ، ضمن ضوابط وشروط معينة، استثناء من القواعد العامة في تنفيذ الأحكام وبالتالي لا يجوز القياس عليه أو التوسع به .<sup>(1)</sup>
2. النفاز المعجل القضائي هو من حقوق الخصوم، وليس من النظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على خلافه رغم توافر شروطه القانونية، وذلك بالامتناع عن تنفيذه والتنازل عنه والانتظار لحين اكتساب الحكم الدرجة القطعية .<sup>(2)</sup>
3. إن هذا النظام قائم على مظنة واحتمالية أن المدعي صاحب حق، وهو الأولى بالرعاية، وبالتالي تبقى احتمالية فسخ أو نقض الحكم المتضمن النفاز المعجل قائمة حتى اكتساب الحكم قوة القضية المقضية.
4. على خلاف التشريعات العربية المقارنة، فإن المشرع الأردني اشترط بالنفاز المعجل القانوني الضمني تقديم كفالة عطل وضرر، سيما في القرارات المستعجلة، ولم يشترط تقديم مثل هذه الكفالة في النفاز المعجل القضائي، وقد يعود ذلك السبب إلى الجهة التي تصدر الحكم بالنفاز المعجل القضائي وهي محكمة الاستئناف، أي محكمة الدرجة الثانية بعد أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى قد تم تأييده، ويكون ادعاءات المدعي أقرب للواقع والقانون من دفاع المدعي عليه .

## المبحث الثاني

### صور النفاز المعجل

للنفاز المعجل وفقاً للتشريع الأردني والتشريعات العربية المقارنة صورتان:

الصورة الأولى تتعلق بأحكام مشمولة بالنفاز المعجل بقوة القانون، أي أنها تنفذ قبل الوقت العادي للتنفيذ استناداً إلى نص قانوني يلزم المحكمة بشمول الحكم بالنفاز المعجل دون أن يكون لها أي سلطة تقديرية في ذلك.

<sup>(1)</sup> انظر المادة 188 مكرر من قانون أصول المحاكمات المدنية والمادة 7 من قانون التنفيذ .

<sup>(2)</sup> د. الجبلي، نجيب أحمد عبدالله، الوسيط في قانون التنفيذ الجبري ، ط1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2014 ، ص141 ، د. عمر ، نبيل إسماعيل ، أصول التنفيذ الجبري في القانون اللبناني ، مرجع سابق ، ص102.

أما الصورة الثانية، فتندرج ضمنه الأحكام التي تنفذ معجلاً، بناءً على حكم من المحكمة وفي هذه الحالة يستمد النفاذ المعجل قوته التنفيذية من الحكم ذاته، لذا سنعالج هاتين الصورتين من خلال مطلبين، نعرض في الأول للنفاذ المعجل بقوة القانون (المطلب الأول)، وفي الثاني للنفاذ المعجل القضائي (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### النفاذ المعجل بقوة القانون

تمتاز هذه الصورة من صور النفاذ المعجل، بأن الحكم يستمد قوته التنفيذية من نص القانون مباشرة، فلا يلزم أن تصدره المحكمة حكماً، كما لا يلزم بداهة أن يكون المحكوم له قد طلبه في لائحة دعواه،<sup>(1)</sup> فهي صفة أوردتها المشرع على سبيل الحصر في حالات معينة، لا يجوز القياس عليها أو التوسع في تفسيرها، وإذا كان النفاذ المعجل مقرراً بحكم القانون، ورفضت المحكمة ذلك، فيكون حكمها قابلاً للطعن لمخالفته القانون، ولأنه يتنافى مع الغاية التي ابتغاها المشرع من النفاذ المعجل القانوني، أما إذا لم تتعرض المحكمة لمسألة النفاذ المعجل قانوناً بالحكم إيجاباً أو سلباً، فإن هذا الحكم يخضع للنفاذ المعجل بقوة القانون.<sup>(2)</sup>

ويختلف النفاذ المعجل القانوني بين التشريع المصري والتشريع الأردني من حيث حالات وشروط كل منهما، لذا سنعرض لخصائص النفاذ المعجل القانوني بالفرع الأول وللنفاذ المعجل القانوني بقانون المرافعات المصري بالفرع الثاني، والنفاذ المعجل بقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني بالفرع الثالث.

## الفرع الأول

### خصائص النفاذ المعجل القانوني

يتميز النفاذ المعجل بقوة القانون بعدد من الخصائص أهمها :

**أولاً: هو نفاذ لا يحتاج إلى أن يطلبه المحكوم له أو تصدر به المحكمة حكماً :**

فإذا كانت القاعدة التي كرسها المشرع في قانون أصول المحاكمات المدنية وقوانين المرافعات، أن القاضي لا يحكم إلا بناءً على طلب الخصم، وبحدود طلباته، وفقاً لمبدأ عينية الدعوى المدنية المطروحة أمامه تطبيقاً لمقتضيات المادة 56 من قانون أصول المحاكمات المدنية وما بعدها الباحثة بطلبات المدعي بلائحة دعواه<sup>(3)</sup>، حيث يتقيد

(1) د. حشيش، أحمد، مبادئ التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، دار النهضة العربية القاهرة، 2016 ص 33.

(2) د. دويدار، طلعت، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 51.

(3) نصت المادة 56 من قانون أصول المحاكمات المدنية " ترفع الدعوى بناء على طلب المدعي بلائحة تودع قلم المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك. ويجب أن تشمل لائحة الدعوى على البيانات الآتية :

1. اسم المحكمة المرفوع أمامها الدعوى.

2. اسم المدعي بالكامل ومهنته أو وظيفته ومحل عمله وموطنه واسم من يمثله بالكامل ومهنته أو وظيفته ومحل عمله وموطنه.

3. أ. اسم المدعى عليه بالكامل ومهنته أو وظيفته ومحل عمله وموطنه واسم من يمثله بالكامل ومهنته أو وظيفته ومحل عمله .

القاضي بحدود طلبات الخصوم ولا يجوز أن يقضي بشيء لم يطلبه الخصوم أو أكثر مما طلبوه،<sup>(1)</sup> فإن الأمر خلاف ذلك بالنسبة للنفاذ المعجل القانوني، إذ لا يحتاج أن يطلبه المحكوم له في طلباته بلائحة الدعوى ومرافعاته الختامية، كما أنه ليس لازماً أن تشير إليه المحكمة في حكمها، لأن إغفالها البت فيه لا يؤثر على قابلية الحكم للتنفيذ المعجل بقوة القانون .

### ثانياً: تنفيذ الحكم لا يعلق على تقديم كفالة إلا إذا نص القانون على ذلك :

تعدّ الكفالة الضمان الذي يقدمه المحكوم له، لكي يمكن من تنفيذ حكمه، وهي ترمي من حيث غايتها إلى توفير ضمانات لفائدة المحكوم عليه، تمكن من إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ، في حالة إلغاء الحكم الذي كان سنداً له، ويبقى فرضها موكولاً للسلطة التقديرية للمحكمة التي أمرت بالنفاذ المعجل<sup>(2)</sup>، ومع أهميتها فإن اشتراطها في التنفيذ المعجل بقوة القانون يعوق تحقيق الحماية المرجوة منها ، لذلك لم يوجبها المشرع في هذه الحالة كأصل عام واستثناء فقد أوجبها في بعض المسائل المستعجلة لبعض الجهات مثل " الحجز التحفظي ومنع السفر " بالتشريع الأردني<sup>(3)</sup> أو في المسائل التجارية كما نص على ذلك التشريع المصري .

فالنفاذ المعجل القانوني، يتضمن إلزاماً صادراً من محاكم الدرجة الأولى، سواءً في الموضوعاً وبمسألة وقته، ويكون بطبيعته مشمولاً بالنفاذ المعجل، لأن القانون نص على ذلك فلا يحتاج الحكم في هذه الحالة إلى تصريح من المحكمة بشموله بالنفاذ المعجل ولا يحتاج لطلب بذلك من المحكمة ولا بحكم يصدر في هذا الطلب.

ويلاحظ أنه لا يوجد رابط بين حياة الحكم للحجية وشموله بالنفاذ المعجل، فهناك أحكام لها حجية ولا يجوز شمولها بالنفاذ المعجل، لأنها لا تتمتع بالقوة التنفيذية، مثال ذلك الأحكام المقررة والأحكام المنشئة، وهناك أحكام

ب . فإن لم يكن للمدعى عليه أو من يمثله محل عمل أو موطن معلوم فأخر محل عمل أو موطن أو محل إقامة كان له .

4. تعيين موطن مختار للمدعي في الأردن إن لم يكن له موطن فيها ، وفق أحكام المادة 19 من هذا القانون .

5. موضوع الدعوى .

6. وقائع الدعوى وأسانيدها وطلبات المدعي .

7. توقيع المدعي أو وكيله .

8. تاريخ تحرير الدعوى . "

(1) د. الزعبي، عوض أحمد، أصول المحاكمات المدنية دراسة مقارنة، ج2، ط2، دار وائل للنشر والتوزيع ، 2006 ، ص 388 .

(2) د. حشيش، أحمد ، مبادئ التنفيذ الجبري في قانون المرافعات ، مرجع سابق ص 38-39 .

(3) نصت المادة 33 من قانون أصول المحاكمات المدنية" 1. تنتظر المحكمة أو قاضي الأمور المستعجلة في المسائل المستعجلة تدقيقاً دون حاجة لدعوة الخصوم إلا إذا رأت المحكمة أو القاضي خلاف ذلك.

2. على الطالب أن يرفق الوثائق التي يستند إليها في طلبه وللمحكمة أو قاضي الأمور المستعجلة أن يقرر تكليفه بتقديم تأمين نقدي أو كفالة مصرفية أو عدلية تحدد المحكمة أو قاضي الأمور المستعجلة نوعها وبلغها ويقدمها كفيل مليء يضمن العطل والضرر الذي قد يلحق بالمستدعي ضده إذا ظهر أن المستدعي غير محق في طلبه ، ويستثنى من تقديم التأمين الكفالة الدوائر الحكومية والمؤسسات الرسمية والبلديات والبنوك العاملة في المملكة ، وللمحكمة أو قاضي الأمور المستعجلة التحقق من ملاءة الكفيل .

3. القرار الذي يصدر بقبول طلب المستدعي في المسائل المستعجلة يكون على ذمة الدعوى الموضوعية ولحين الفصل فيها. "

لها حجية مؤقته ومع ذلك يكون لها قوة تنفيذية، مثال الأحكام الصادرة بالمسائل المستعجلة وهذه تعدّ مشموله بالنفوذ المعجل بقوة القانون، وبالنسبة لهذا النوع من النفاذ المعجل القانوني لا يكون للقاضي أي سلطة تقديرية فيه.

## الفرع الثاني

### النفوذ المعجل القانوني في قانون المرافعات المصري

نصّ قانون المرافعات المصري رقم 18 لسنة 1999 على هذا النوع من النفاذ المعجل بحكم القانون :

#### حيث نصت المادة 288 قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري:

"النفوذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة في المواد المستعجلة أيّا كانت المحكمة التي أصدرتها، وللأوامر الصادرة على العرائض ، وذلك ما لم ينص الحكم أو الأمر على تقديم كفالة" .

#### ونصت المادة 289 قانون المرافعات المدنية والتجارية :

" النفاذ المعجل واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة في المواد التجارية ، وذلك بشرط تقديم كفالة" .

وحالات النفاذ المعجل بقوة القانون في قانون المرافعات المصري، هي:

#### 1. الأحكام المستعجلة :

وذلك أيّا كانت المحكمة التي أصدرتها، سواء كانت محكمة الأمور المستعجلة أو غيرها، في دعوى أصلية أو طلب عارض، ويقع هذا النفاذ لهذه الأحكام دون طلب ودون صدور قرار من المحكمة ، ويكفي أن يكون الحكم صادراً في مادة مستعجلة ، ويجب ذكر نوع المادة الصادر فيها الحكم وأنها مستعجلة، وهذه الأحكام تشمل بالنفاذ المعجل الحتمي والكفالة فيها جوازية،<sup>(1)</sup> وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها ".....كون الأحكام الصادرة في دعاوى الإفلاس واجبة النفاذ المعجل".... ، يدل على أن المشرع أوجب أن يشتمل الحكم الصادر بشهر الإفلاس، وهو واجب النفاذ، على بيانات معينة على وجه التحديد منها تعيين أمين للتقليسة وذلك ببيان اسمه في منطوق هذا الحكم، حتى يتسنى لقلم كتاب المحكمة إخطاره فور صدوره بكتاب مسجل بعلم الوصول، ليتولى إجراءات تنفيذه بشهره بالسجل التجاري، ونشر ملخصه بإحدى الصحف مشتملاً بجانب بيانات أخرى على اسمه وعنوانه، مع دعوة الدائنين لتقديم ديونهم في التقليسة خلال مواعيد حددها بالنسبة لكل إجراء، وهي في مجموعها إجراءات ومواعيد حتمية يتعين مراعاتها لتعلقها بالنظام العام أسندها المشرع لأمين التقليسة دون غيره من القائمين على إدارتها على نحو قاطع، بما يوجب على الحكم أن يورد اسمه كاملاً وواضحاً على نحو لا يثير لبساً في حقيقة شخصه. ...." (2).

(1)د. حشيش، أحمد، مبادئ التنفيذ الجبري في قانون المرافعات ، مرجع السابق ص 33-34.

(2)حكم محكمة النقض المصرية ، الدائرة التجارية ، رقم 6408 لسنة 78 ، تاريخ 24-04-2018 ، منشورات مركز قسطاس .

## 2. الأحكام الصادرة بأداء النفقات والأجور والمصاريف وما حكمها وتسليم الصغير ورؤيته:

وهذه الأحكام تشمل بالنفوذ المعجل بقوة القانون، والإعفاء من الكفالة فيها وجوباً بموجب المادة 65 من قانون تنظيم بعض أوضاع إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم 2000/1، أي لا يجوز للمحكمة أن تقرنها بالكفالة حتى إن ألغيت في الاستئناف، ويقصد بأحكام النفقة تلك الأحكام التي تصدر بتقرير نفقة والإلزام بها أو زيادتها، أما الأحكام التي تسقط النفقة عن المكفل بها فهي لا تشمل بالنفوذ المعجل<sup>(1)</sup>، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها "...كما نصت المادة 2/20 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 على أن لكل من الأبوين الحق في رؤية الصغير أو الصغيرة ولالأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين. وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً نظمها القاضي على أن تتم في مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً، كما تضمنت نصوص المواد أرقام 65، 66، 67، 69 الواردة في الباب الخامس للقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية أن الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات واجبة النفوذ بقوة القانون. ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذي وينفذ الحكم الصادر برؤية الصغير في أحد الأماكن التي يصدر بتحديدها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير الشؤون الاجتماعية ما لم يتفق الحاضن والصادر لصالحه الحكم على مكان آخر على أن يتوافر في المكان ما يشيع الطمأنينة في نفس الصغير،.....".<sup>(2)</sup>

## 3. الأحكام الصادرة في المواد التجارية والأحكام المستعجلة التجارية تكون مشمولة بالنفوذ المعجل بقوة القانون:

الأحكام التجارية الابتدائية بإلزام موضوعي، هي المقصودة هنا، وتشمل بالنفوذ المعجل بقوة القانون، ولا يشترط أن يطلب النفوذ المعجل صاحب المصلحة، كما لا يشترط أن تصرح المحكمة به. والكفالة في هذه الحالة وجوبية عكس جميع حالات النفوذ المعجل الأخرى فالكفالة جوازية، تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة.

## 4. الأوامر على العرائض:

تعدّ الأوامر على العرائض أحد وسائل الحصول على الحماية الوقتية الولائية، فهي مشمولة بالنفوذ المعجل بقوة القانون والكفالة فيها جوازية، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها "وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد المدة على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك". فإن مؤداه أن المشرع قد ارتأى أمر تحديد الميعاد اللازم لإصدار حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها لإرادة الأطراف ابتداءً وانتهاءً وبذلك يكون قد نفي عن الميعاد اللازم لإصدار هذا الحكم وصف القاعدة الإجرائية الأمرة، ولما كانت الأوامر على العرائض - وعلى ما يبين من نصوص الباب العاشر من الكتاب الأول من قانون المرافعات - هي الأوامر التي يصدرها قضاة الأمور الوقتية بما لهم من سلطة ولائية وذلك بناء على الطلبات المقدمة إليهم من ذوي الشأن على عرائض، وتصدر تلك الأوامر في غيبة الخصوم ودون تسبب بإجراء وقتياً وتحفظي في الحالات التي تقتضي بطبيعتها السرعة أو المباغته دون

(1)د. حشيش، أحمد، مبادئ التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، المرجع سابق ص 34.

(2)حكم محكمة النقض المصرية، الدائرة الأحوال الشخصية، رقم 10 لسنة 79، تاريخ 9-3-2010، منشورات مركز قسطاس.

مساس بأصل الحق المتنازع عليه - ولذا لا تحوز تلك الأوامر حجية ولا يستتفد القاضي الأمر سلطته بإصدارها إذ يجوز له مخالفتها بأمر جديد مسبب، وإن التظلم من الأمر على عريضة ما هو إلا دعوى وقتية ينتهي أثرها بصدر الحكم في الدعوى الموضوعية ولا يقيد الحكم الصادر فيه محكمة الموضوع إذ يقتصر الحكم في التظلم....<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### النفذ المعجل القانوني في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني<sup>(2)</sup>

لم يتبن المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات المدنية النفذ المعجل القانوني صراحةً في الدعاوى المدنية، كما فعلت باقي التشريعات العربية المقارنة، إلا أنه مع عدم النص صراحةً على ذلك، باستعراض نصوص أحكام القانون المذكور، فإن الباحث يجد أن النفذ المعجل القانوني يكون حكماً في القرارات الصادرة في الطلبات المستعجلة الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة أو من قاضي الموضوع لمحكمة أول درجة إذا رفعت إليه بطريق التبعية أو من محكمة الاستئناف، فيما يتعلق بالمسائل المستعجلة بالدعاوى المنظورة أمامها وفقاً لنصوص المواد 32 و 33 و 141 و 153-157 من قانون أصول المحاكمات المدنية، إذا توافرت شروطها القانونية التي تهدف إلى تحقيق الحماية الوقتية للحق المدعى به، لحين أن يقول القضاء الموضوعي كلمته النهائية بالنزاع بين الطرفين، والتي يشترط أن يتوافر بها شرطي السرعة والاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، مع توفير الضمانات بتقديم الكفالات اللازمة التي نص عليها القانون لضمان العطل والضرر الناجم عن أي قرار مستعجل أخل بالمصالح المشروعة للمدعى عليه، الذي يصدر بالمسائل التالية وفقاً لنص المادة 32 من قانون أصول المحاكمات المدنية:

- (1) حكم محكمة النقض المصرية، الدائرة التجارية، رقم 10370 لسنة 83، تاريخ 10-3-2015، منشورات مركز قسطاس.
- (2) ومن نافذة القول نجد أن المشرع الأردني أخذ بمبدأ النفذ المعجل في الدعوى الشرعية المقامة أمام المحاكم الشرعية المتعلقة بالنفقة والحضانة والضم حيث نصت المادة 97 من قانون أصول المحاكمات الشرعية "أ. إذا كانت الدعوى تستند إلى سند رسمي أو إلى سند اعترف به المدعى عليه أو إلى حكم سابق لم يستأنف أو كان المدعى به من المواد التي يخشى عليها من التلف أو كان في تأخر تنفيذ الحكم الذي سيصدر في الدعوى ضرر للمحكوم له كالنفقة يجوز للقاضي عندما يصدر حكمه أن يقرر تعجيل تنفيذه بناءً على طلب المدعي وذلك بالرغم من قيام المحكوم عليه بالظن على الحكم بالاستئناف وأمام المحكمة العليا الشرعية على أن يقدم المحكوم له كفالة أو تعهداً أو تأمينات يوافق عليها القاضي فإذا تخلف أو امتنع عن ذلك يحصل المبلغ المحكوم به بالطرق القانونية ويحفظ أمانة لدى المحكمة إلا أن تقدم تلك الكفالة أو التأمينات.
- ب. أما إذا كانت الدعوى تتعلق بالمطالبة بنفقة لم يسبق أن صدر بها حكم قطعي وطلب المدعي تقدير النفقة وتعجيلها فعلى القاضي فور تقديم الطلب أن ينظر فيه فإذا اقتنع به يصدر قراراً معجل التنفيذ بتقدير نفقة شهرية شرعية محسوبة من أصل النفقة التي قد يحكم بها في الدعوى على أن يقدم المحكوم له كفالة أو تعهداً أو تأمينات يوافق عليها القاضي.
- ج. للمدعى عليه في جميع الأحوال التي ترد فيها الدعوى حق الرجوع على المدعي وكفيله أو على أي منهما بالمبلغ الذي أزم بدفعه معجلاً بمقتضى أحكام هذه المادة مع ما ترتب عليه من رسوم ونفقات.
- د. إذا كانت الدعوى تتعلق بطلب الحضانة أو الضم أو الرؤية أو الاضطحاب أو الاستزارة أو المبيت وطلب المدعي إصدار قرار معجل التنفيذ وبين أسبابا ضرورية تستوجب إصداره، فعلى القاضي أن ينظر في الطلب فور تقديمه ويتحقق من صحته بالإستناد إلى ما قدم من مستندات وبيانات وبعد قناعته له إصدار قرار معجل التنفيذ قبل إصدار الحكم النهائي الفاصل في موضوع الدعوى بعد أخذ الضمانات الكافية."

- المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت: ويجمع بينها الهدف المشترك وهو توفير الحماية المؤقتة للمحل موضوع النزاع لأسباب جدية يقدرها قاضي الأمور المستعجلة لحين أن يقول القضاء الموضوعي كلمته النهائية بالنزاع بين الطرفين ولا تحتمل التأخير، كبيع بضاعة محجوزة يخشى عليها من التلف أو وقف تنفيذ دعوى تنفيذية أو منع التصرف بعقار أقيمت دعوى ببطلان العقود والتصرفات المترتبة عليه أو إعادة التيار الكهربائي المفصول لحين البت بالدعوى الموضوعية أو وقف أعمال بناء .. إلخ من المسائل المستعجلة .
- النظر في طلبات تعيين وكيل أو قيم على مال أو حجز التحفظي أو الحراسة أو منع السفر .
- طلب الكشف المستعجل لإثبات الحالة: التي تتعلق بحالة واقعية قد تكون محلا للنزاع، والإثبات مستقبلا بطلب تحديد معالمها والأضرار التي لحقت بها، مثل حالة مركبة متضررة، عقار لحقت به أضرار جراء الاعتداء ، أعمال مقأولة غير منجزة ومعيبة .... الخ .
- دعوى سماع الشاهد الذي يخشى فوات فرصة الاستشهاد به على موضوع لم يعرض بعد على القضاء ويحتمل عرضه عليه.(1)

وجاء بأحد أحكام محكمة التمييز الأردنية الحديثة (2) تحديد الضوابط والشروط القانونية للحماية الوقتية التي توفرها القرارات الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة في الطلبات المستعجلة حيث جاء بهذا القرار " 1- أجازت المادة 32 من قانون أصول المحاكمات المدنية لقاضي الأمور المستعجلة أن يحكم بصفة مؤقتة مع عدم المساس بأصل الحق في طلب تعيين قيم على مال أو الحراسة وحددت المواد 153-156 أصول مدنية الإجراءات الواجب اتباعها لدى تعيين قيم على مال، وقد استقر الفقه والقضاء على أن يشترط لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة بنظر الطلب المستعجل ومن ذلك (طلب تعيين قيم) وفق المادة (896) من القانون المدني، أن يتوافر في الطلب شرطا الاختصاص النوعي للقضاء المستعجل وهما الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، ويقصد بالاستعجال الخطر الداهم الذي لا يكفي لدرئه اللجوء إلى القضاء العادي مما يبرر اللجوء لقضاء الأمور المستعجلة للحصول على حماية عاجلة مؤقتة للحق إلى أن يفصل في النزاع بحكم موضوعي. ويقصد بعدم المساس بأصل الحق أن لا

(1) نصت المادة 32 من قانون أصول المحاكمات المدنية " يحكم قاضي الأمور المستعجلة بصفة مؤقتة مع عدم المساس بالحق بالأمور التالية،

على أن هذا لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضا بهذه المسائل إذا رفعت إليها بطريق التبعية:

1. المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت.
2. النظر في طلبات تعيين وكيل أو قيم على مال أو حجز التحفظي أو الحراسة أو منع السفر .
3. الكشف المستعجل لإثبات الحالة .
4. دعوى سماع الشاهد الذي يخشى فوات فرصة الاستشهاد به على موضوع لم يعرض بعد على القضاء ويحتمل عرضه عليه . وتكون مصروفاته كلها على من طلبه."

وتجدر ملاحظة أن الطلبات المستعجلة المحددة بنصوص المواد المشار إليها بالمتن، تصدر أثناء نظر الدعوى الموضوعية أو قبلها ويجمع بينها عنصرى السرعة والاستعجال وعدم المساس بأصل الحق ، وتتمتع بحجية مؤقتة لحين أن يقول القضاء الموضوعي كلمته بالنزاع ،على خلاف الدعوى المستعجلة وهي دعوى موضوعية تستند لإحدى الحالات المحددة بالمادة 60 من قانون أصول المحاكمات المدنية التي سيتم شرحها تفصيلا في موضع قادم من البحث.

(2) حكم محكمة التمييز الأردنية / مستعجلة رقم 2020/3411 (هيئة خماسية) تاريخ 2020/8/13 ، منشورات مركز عدالة.

يمس القرار الصادر في الطلب المستعجل أصل الحق أو النزاع بحيث يقتصر على إجراء مؤقت لصالح الطرف الأجدر بالحماية إلى أن يبت القضاء الموضوعي في النزاع ودون مساس بذلك الموضوع دون أن يتنازل أو يغير في المراكز القانونية للخصوم.

ويتطلب تعيين قيم أو حارس قضائي شروطاً أقرتها المادة 896 مدني وهي: 1. وجود خطر عاجل يستدعي اللجوء لهذا الإجراء. 2. الاستناد لسبب عادل يبرر اللجوء لهذا الإجراء. 3. وجود نزاع جدي على المال المطلوب تعيين حارس قضائي عليه. 4. قابلية المال للحراسة. ويفصل قاضي الأمور المستعجلة في هذا الطلب في ضوء ظاهر البينة التي تقدم إليه لغايات الطلب، ويستعرض قاضي الأمور المستعجلة ظاهر هذه البينة لا ليفصل في أصل النزاع وإنما ليقرر فيما إذا كان المستدعي هو الطرف الأجدر بالحماية العاجلة المقصودة من تقديم هذا الطلب، وهو مقيد بما يقدمه المستدعي من بيانات لغايات الطلب وهذا الأمر ينطبق على قاضي الأمور المستعجلة لدى محكمة الدرجة الأولى كما ينطبق على محكمة الاستئناف وهي تنظر الطعن في القرار الصادر في الطلب المستعجل، مع مراعاة ما لها من صلاحية كمحكمة استئناف بموجب قانون أصول المحاكمات المدنية وبالقدر الضروري اللازم للبت في الطعن.

ولغايات البت في الطعن في قرار قاضي الأمور المستعجلة القاضي برفض طلب تعيين قيم قد أشارت محكمة الاستئناف لوجود نزاع جدي بين طرفي الدعوى على إدارة الشركة المدعى عليها الأولى، ومن ذلك قضية جزائية بموضوع إساءة أمانة والطلب السابق بموضوع كفيل المدعى عليهما الثالثة والرابعة من إدارة الشركة والجدل حول قانونية الاستقالة المنسوبة للمدعى عليها الثالثة، وإن ذلك كله من شأنه أن يهدد الشركة ويلحق الضرر بها ويعرضها للخسارة مما يعد سبباً عادلاً ومستعجلاً يبرر وضع الحراسة القضائية على الشركة، ومن ضمن ما أشارت إليه محكمة الاستئناف من ظاهر الأوراق (قيام مراقب عام الشركات بتعيين لجنة تدقيق على أعمال الشركة ودفاتها وحساباتها بموجب كتابة نتيجة الخلافات بين الشركاء وفق ما تشير إليه ظاهر الأوراق). وإن الكتاب المشار إليه لم يكن بين أوراق الطلب رقم ... الذي قدم لقاضي الأمور المستعجلة في ... وإن هذا الكتاب أرفق بلائحة الاستئناف الذي قدمه المدعي عند الطعن في القرار المتضمن رد طلب تعيين قيم والصادر في ... وإن الاستناد لظاهر هذا الكتاب كبينة في الطلب جاء مخالفاً لأحكام المادة 1/185/ب أصول مدنية إذ لا يجوز إرفاق بينة مع لائحة الاستئناف ومن ثم الاعتماد عليها في الحكم فإن رأت محكمة الاستئناف أن كتاب مراقب الشركات المشار إليه ضروري للفصل في طلب تعيين قيم فقد كان عليها نظر الاستئناف مرافعة وممارسة صلاحياتها من حيث السماح للمستأنف بإبراز هذا الكتاب، وحيث لم تراعى محكمة الاستئناف ذلك فقد جاء حكمها المستند لظاهر ما ورد بهذا الكتاب سابقاً لأوانه مستوجباً النقض، ومن جهة أخرى فقد كان على محكمة الاستئناف إن رأت أن هذا الكتاب ضروري للفصل في الطلب أن تستوضح عما آلت إليها أعمال اللجنة المشار إليها بكتاب مراقب عام الشركات، وفي ضوء استكمال ما تقدم أن تعيد النظر بظاهر البينة المقدمة لغايات الطلب وإفهامها فيما إذا كانت تبرر قبول الطلب وتعيين قيم أو لا تبرر ذلك، وإذ تعجلت بفصل الطلب دون مراعاة ذلك فإن الحكم مستوجب النقض من هذه الجهة أيضاً " .

وبالتالي فان القرارات الصادرة بالطلبات المستعجلة تنفذ حكما وبقوة القانون<sup>(1)</sup> وفقا لطبيعتها والغاية من إصدارها التي لا تحتل التأخير، كما هو الحال بطلبات منع السفر والحجز التحفظي وتعيين قيم أو حارس قضائي أو وقف دعوى تنفيذية أو إعادة التيار الكهربائي أو وقف أعمال البناء إلى غير ذلك من الطلبات التي يقتضي التنفيذ الفوري للقرارات الصادرة بها، وإلا فقدت الغاية منها في حال الانتظار لحين اكتساب الحكم قوة القضية المقضية.<sup>(2)</sup>

وهذا ما أكدت عليه محكمة استئناف عمان بأحكامها : "ولما كان الاستعجال هو شرطا أساسيا من شروط الدعوى المستعجلة، وهو الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه الذي يلزم درؤه عنه بسرعة لا تكون عادة التقاضي العادي ولوقصرت مواعيده ( ويتوافر في كل حالة يقصد فيها منع ضرر مؤكد قد يتعذر تعويضه أو اصلاحه إذا حدث) ويستفاد من ذلك أن الأحكام المستعجلة وفقا لطبيعتها تستلزم النفاذ المعجل حتى ولو كان ذلك قبل صيرورة الحكم قطعيًا وإلا انتفت الغاية من الاستعجال، الذي يعتبر ركن أساسيًا من أركان القرار المستعجل".<sup>(3)</sup>

وهذا النوع من القرارات المستعجلة ونظراً للاعتبارات التي سقناها سابقاً، والغاية منها، تهدف للحماية الوقتية، لمواجهة خطر داهم يتعرض له أصل الحق الموضوعي، سواء كان النزاع بصدده قد طرح على القضاء أو لم يطرح بعد<sup>(4)</sup> مع الإشارة إلى أن المشرع الأردني أوجب في حالة عدم طرح النزاع الموضوعي على القضاء، أن يطرح خلال فترة زمنية محددة، وإلا أسقط الطلب المستعجل والقرارات الصادرة به<sup>(5)</sup>.

## المطلب الثاني النفاد المعجل القضائي

النفاد المعجل القضائي لا بد أن يطلبه صاحب المصلحة، وهو المدعي بالدعوى الأصلية أو المتقابل سواءً بطلب أصلي أو عارض، وقبل ختام المحاكمة، الذي يقدر أن المحكمة ستحكم لصالحه، وذلك أمام محكمة الدرجة الأولى وقبل صدور حكم في الموضوع، فلا يجوز الانتظار لحين صدور حكم، ثم يتقدم بطلب إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لغايات شموله بالنفاذ المعجل، كما لا يجوز أن يتقدم بطلب إلى محكمة الاستئناف لغايات النفاذ المعجل، كما لا يجوز رفع دعوى ابتداء لطلب شمول الأحكام النفاذ المعجل.<sup>(6)</sup>

(1) د. القضاة، مفلح عواد، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي الأردني، ط1، دار الكرمل للنشر والتوزيع، عمان، 1988، ص 83.

(2) د. مكناس، جمال، أصول التنفيذ، منشورات الجامعة السورية، سوريا 2018 ص (45-46).

(3) انظر حكم محكمة استئناف عمان رقم 8530 لسنة 2020 محكمة استئناف عمان بتاريخ 13-07-2020 منشورات مركز قسطاس.

(4) د. عمر، نبيل إسماعيل، أصول التنفيذ الجبري في القانون اللبناني، مرجع سابق، ص 103.

(5) نصت المادة (1/152) من قانون أصول المحاكمات المدنية " إذا صدر قرار بإيقاع الحجز الاحتياطي أو المنع من السفر أو باتخاذ أية إجراءات احتياطية أخرى قبل إقامة الدعوى يجب على الطالب أن يقدم دعواه لأجل إثبات حقه خلال ثمانية أيام من اليوم التالي لتاريخ صدور ذلك القرار، وإذا لم تقدم الدعوى خلال الفدة المشار إليها يعتبر القرار الصادر بهذا الشأن كأنه لم يكن وعلى رئيس المحكمة أو من ينتدبه أو قاضي الأمور المستعجلة اتخاذ ما يلزم من إجراء اتلإلغاء مفعول ذلك القرار".

(6) د. الجبلي، نجيب أحمد عبد الله، الوسيط في قانون التنفيذ الجبري مرجع سابق، ص 152، تجدر الإشارة لاختلاف الحكم بين التشريع المصري والأردني على ما سوف يأتي بخصوص جواز تقديم الطلب بالنفاذ المعجل لمحكمة الاستئناف من عدمه.

وإذا أمرت المحكمة بالنفاذ المعجل، فعليها أن تسبب حكمها، لأن هذا النفاذ يكون على خلاف القواعد العامة التي تشترط أن يكون حكم الإلزام حكماً نهائياً، أما إذا رفضت شمول الحكم بالنفاذ المعجل، فلا يجب عليها بيان سبب الرفض، لأن ذلك هو القاعدة العامة في تنفيذ حكم الإلزام أي أن يكون نهائياً.<sup>(1)</sup>

ولابد من الإشارة بهذا المقام إلى أن شروط وأحكام وحالات النفاذ المعجل القضائي، التي تحكم به محكمة الموضوع تختلف في التشريع الأردني عن باقي التشريعات العربية المقارنة، لذا سنعرض للنفاذ المعجل وفقاً للتشريعات المصرية والأردني ونأخذ نموذجاً من التشريعات العربية المقارنة ولا سيما التشريع المصري من باب المقارنة بين النظامين في هذه المسألة، ولغايات إثراء البحث في الفرعين التاليين .

## الفرع الأول

### النفاذ المعجل القضائي وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري

نصت المادة 290 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري: "يجوز الأمر بالنفاذ المعجل بكفالة أو بغير كفالة في الأحوال الآتية :

1. الأحكام الصادرة بأداء النفقات والأجور والمرتببات .
2. إذا كان الحكم قد صدر تنفيذاً لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضي أو مشمول بالنفاذ المعجل بغير كفالة أو كان مبنياً على سند رسمي لم يطعن فيه بالتزوير، وذلك متى كان المحكوم عليه خصماً في الحكم السابق أو طرفاً في السند .
3. إذا كان المحكوم عليه قد أقر بنشأة الالتزام .
4. إذا كان الحكم مبنياً على سند عرفي لم يجده المحكوم عليه .
5. إذا كان الحكم صادراً لمصلحة طالب التنفيذ في منازعة متعلقة به .
6. إذا كان يترتب على تأجير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له ."

### نصت المادة 291 من قانون المرافعات المصري :

"يجوز التظلم أمام المحكمة الاستئنافية من وصف الحكم وذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ويكون ميعاد الحضور ثلاثة أيام، ويجوز إبداء هذا التظلم في الجلسة أثناء نظر الاستئناف المرفوع عن الحكم، ويحكم في التظلم مستقلاً عن الموضوع ."

### نصت المادة 292 من قانون المرافعات المصري :

"يجوز في جميع الأحوال للمحكمة المرفوع إليها الاستئنافاً والتظلم أن تأمر بناء على طلب ذي الشأن بوقف النفاذ المعجل إذا كان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ، وكانت أسباب الطعن في الحكم أو الأمر يرجع معها إلغاؤه. ويجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة أو تأمر بتقديم كفيل بصيانة حق المحكوم له ."

(1) د. والي، فتحي ، مرجع سابق، ص64.

**نصت المادة 293 من قانون المرافعات المصري :**

"في الأحوال التي لا يجوز فيها تنفيذ الحكم أو الأمر إلا بكفالة، يكون للملزم بها الخيار بين أن يقدم كفيلاً مقترراً، أو أن يودع خزانة المحكمة من النقود أو الأوراق المالية ما فيه الكفاية، وبين أن يقبل إيداع ما يحصل من التنفيذ خزانة المحكمة أو تسليم الشيء المأمور بتسليمه في الحكم أو الأمر إلى حارس مقترراً".

وحالات النفذ المعجل القضائي هي:

1. الأحكام الصادرة بأداء النفقات والأجور والمرتببات .
2. إقرار المحكوم عليه بنشأه الالتزام.
3. إذا كان الحكم الابتدائي المراد شموله بالنفذ المعجل قد صدر تنفيذاً لحكم سابق نهائياً ومشمول بالنفذ المعجل بغير كفالة، أو كان هذا الحكم مبنياً على سند رسمي غير مطعون عليه بالتزوير.
4. الحكم الابتدائي المبني على سند عرفي لم ينكره المحكوم عليه.
5. إذا كان الحكم الابتدائي المطلوب شموله بالنفذ المعجل صادراً لمصلحة طالب التنفيذ في منازعة متعلقة به.
6. النفذ المعجل القضائي الذي يرجع إلى الاستعجال في التنفيذ.

ويلحظ أن المشرع المصري أعطى لجهة الطعن بالحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى بناءً على طلب الطاعن الحق بوقف النفذ المعجل، إذا كان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ وكانت أسباب الطعن في الحكم أو الأمر يرجع معها إلغاؤه، وأجاز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة أو تأمر بتقديم كفيل لضمان حق المحكوم له، وهي مسألة تقديرية على ضوء البيانات المقدمة بالدعوى التي تنبئ بمدى رجاحة حق المحكوم له من عدمه .

**الفرع الثاني****النفذ المعجل القضائي وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني****نصت المادة 188 مكررة من قانون أصول المحاكمات المدنية المعدل رقم 31 لسنة 2017:**

" إذا كان حكم الاستئناف مؤيداً للحكم المستأنف وفق أحكام الفقرة (1) من المادة (188) من هذا القانون ففي هذه الحالة يراعى ما يلي:

1. بعد صدور حكم الاستئناف، يحق للمستئناف عليه تقديم طلب إلى المحكمة التي أصدرته لإلقاء الحجز الاحتياطي على أموال المستأنف، بحدود المبلغ المحكوم به دونما حاجة لتقديم كفالة لضمان العطل والضرر .
2. إذا كان الحكم المستأنف صادراً في دعوى تم نظرها بصفة الاستعجال وفق أحكام المادة (60) من هذا القانون، فيجوز لمحكمة الاستئناف بناءً على طلب المستأنف عليه أن تقضي عند تأييدها للحكم المستأنف بنفاذه المعجل.

## نصت المادة 60 من قانون أصول المحاكمات المدنية المعدل رقم 31 لسنة 2017:

" 1. في الدعاوى التي تحوز صفة الاستعجال بمقتضى أحكام هذا القانون أو أي قانون آخر يعين القاضي جلسة المحاكمة فور قيد لائحتها دون حاجة لتبادل اللوائح.

2. تعد الدعوى غير تابعة لتبادل اللوائح بقرار يصدره رئيس المحكمة أو من ينتدبه إذا استدعت طبيعة هذه الدعوى وموضوعها، أو إذا اقتصر طلب المدعي فيها على استيفاء دين أو مبلغ متفق عليه من المال مستحق على المدعى عليه وناشئ عما يلي:

أ . عقد صريح أو ضمني ( كالبوليصة والكمبيالة أو الشيك مثلا )، أو

ب. سند تعهد أو عقد مكتوب يقضي بدفع مبلغ من المال متفق عليه، أو

ج. كفالة إذا كان الادعاء على الأصيل يتعلق فقط بدين أو مبلغ من المال متفق عليه.

3. وتعين المحكمة جلسة لهذه الدعوى خلال عشرة أيام من تاريخ قيدها في قلم المحكمة.

4. تطبق أحكام المادتين (57) و(59) من هذا القانون على لوائح الدعاوى المستعجلة واللوائح الجوابية ولوائح الرد المقدمة فيها وما يلزم إرفاقه بها من بيانات وطلبات، على أن تكون مدد تقديم اللوائح الجوابية ولوائح الرد نصف المدد المحددة في المادة (59) ومن دون أن تكون قابلة للتמיד.

**عبر استعراض النصوص القانونية أعلاه، نجد أن المشرع الأردني تبنى النفاذ المعجل القضائي دون كفالة، خروجاً عن الأصل العام المقرر من أن الأحكام القضائية لا تنفذ إلا بعد استنفاد طرق الطعن القانونية التي حددها القانون، ولمعالجة ذلك ولطول الفترة الزمنية التي قد تحتاجها إجراءات التقاضي لصيرورة الحكم حائزاً لقوة القضية المقضية، بوضعه حداً لادعاءات ودفع الخصوم، كان النفاذ المعجل كفكرة قانونية لاختصار تلك المواعيد والإجراءات لحماية صاحب الحق مع توفير حماية للمدعى عليه ضمن شروط وضوابط معينة استثناء من الأصل العام في تنفيذ الأحكام، وفقاً لشروط وأحكام مختلفة عما تبناه المشرع المصري، من حيث المحكمة المختصة بإصداره، ونوعية الدعاوى التي يصدر بها النفاذ المعجل للأحكام، ووجوب تقديم كفالة حيث لم يجز لمحكمة الدرجة الأولى عند صدور الحكم بإلزاماً لمدعى عليه بالمبلغ المدعى به أن تحكم بالنفاذ المعجل، على خلاف التشريع المصري، بل جعله اختصاصاً نوعياً لمحكمة الدرجة الثانية وهي محكمة الاستئناف، ضمن ضوابط وشروط حددها المشرع في المادتين 60 و 188 مكرر من قانون أصول المحاكمات المدنية وهي على النحو الآتي :**

### 1. من حيث المحكمة المختصة بإصدار أمر النفاذ المعجل :

جعل المشرع من محكمة الاستئناف المختصة بنظر الطعن، هي الجهة القضائية الوحيدة المختصة نوعياً بإصدار أمر النفاذ المعجل، إذا توافرت باقي الشروط التي سنشير إليها لاحقاً، وبالتالي فإن محكمة الدرجة الأولى لا تملك

إصدار هذا الأمر، على خلاف التشريعات المقارنة ومنها التشريع المصري، وما يترتب على ذلك بأن المشرع كان أقرب لترجيح مصلحة المدعى عليه بالدعوى من أن تكون الدعوى بمواجهته كيدية وقبل أن يبدي دفعه ودفاعه، أما وقد مرت الدعوى بمرحلتين من مراحل التقاضي، وتم بحث ادعاءات ودفع وبيانات الخصوم، وجميع النقاط الواقعية والقانونية، وخلص الحكم بتأييد ادعاءات المدعي، فافترض المشرع في هذه المرحلة من مراحل التقاضي أن ادعاءات المدعي تكون أقرب للحقيقة والواقع من دفع ودفاع المدعى عليه الذي استنفذ، وبصدور حكم مؤيد لادعاءات المدعي، فإنه أقرب لتنفيذ هذا الحكم وإن كان حكم محكمة الاستئناف قابلاً للطعن أمام محكمة التمييز وهي محكمة قانون وليست محكمة موضوع .

## 2. من حيث نوعية الدعاوى والأحكام التي يمكن أن يصدر بها أمر النفذ المعجل :

على خلاف المشرع المصري، فإن المشرع الأردني لم يتوسع بنوعية الدعاوى التي يمكن أن يصدر بها أمر النفذ المعجل، حيث قصرها على دعاوى محددة، يصدر بها حكم من محكمة الاستئناف مؤيداً لحكم محكمة الدرجة الأولى وهذه الدعاوى هي الدعاوى التي تحوز صفة الاستعجال بحكم القانون و/أو بقرار من رئيس المحكمة المختصة، وفقاً لنص المادة 60 من قانون أصول المحاكمات المدنية وعليه فإن الدعاوى التي يمكن أن يصدر بها حكم النفذ المعجل هي الدعاوى التالية :

أولاً : الدعاوى التي تحوز صفة الاستعجال، بمقتضى أحكام أي قانون نافذ بالمملكة الأردنية الهاشمية، ومنها على سبيل المثال: الدعاوى العمالية وفقاً لأحكام قانون العمل، ودعاوى الاستهلاك وفقاً لقانون الملكية العقارية<sup>(1)</sup>.

ثانياً: الدعاوى التي تحوز صفة الاستعجال بمقتضى المادة 60 من قانون أصول المحاكمات المدنية، وهي الدعاوى التي يقرر رئيس المحكمة أو من ينتدبه إذا استدعت طبيعة هذه الدعوى أو موضوعها أو إذا اقتصر طلب المدعي فيها على استيفاء دين أو مبلغ متفق عليه من المال مستحق على المدعى عليه وناشئ عما يلي:

أ . عقد صريح أو ضمني ( كالبوليصة والكمبيالة أو الشيك مثلاً )، أو

ب. سند تعهد أو عقد مكتوب يقضي بدفع مبلغ من المال متفق عليه، أو

ج. كفالة إذا كان الادعاء على الأصيل يتعلق فقط بدين أو مبلغ من المال متفق عليه.

(1) نصت المادة 137 من قانون العمل الأردني رقم 8 لسنة 1996 وتعديلاته " أ. تختص محكمة الصلح بالنظر في الدعاوى الناشئة عن نزاعات العمل الفردية ومن ذلك الدعاوى المتعلقة بالأجور في المناطق التي لا يوجد فيها سلطة أجور وفق أحكام الفقرة (ب) من هذه المادة وذلك بصورة مستعجلة بحيث يتم الفصل في الدعوى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ ورودها للمحكمة . "، كما نصت المادة 189 من قانون الملكية العقارية " ب. تعطى دعاوى التعويض عن الاستملاك صفة الاستعجال على أن يتم الفصل فيها خلال مدة لا تزيد على سنة واحدة من تاريخ تسجيلها لدى المحكمة".

وبالتالي فإن أي دعوى أخرى تم قيدها بالمحكمة خلافاً لأحكام المادة 60 من قانون أصول المحاكمات المدنية فإنه لا يجوز إصدار حكم بالنفاد المعجل بها، وإن إصدار رئيس المحكمة أو من ينتدبه باعتباره أن دعوى معينة هي من الدعاوى المستعجلة فأنها تخضع لأحكام المادة 188 مكرر من قانون أصول المحاكمات المدنية، وإن كانت في حقيقتها خلاف ذلك باعتبار أن قرار رئيس المحكمة هو من ينتدبه قرار ولائي غير قابل للطعن .

### 3. من حيث طلبات الخصوم بالحكم أمر النفاذ المعجل :

أوجب المشرع لغايات أن يصدر الحكم بالنفاد المعجل من محكمة الاستئناف، أن يكون بناءً على طلب المستأنف ضده، باعتبار أن قرار المحكمة بالنفاد المعجل يكون وجوبياً، إذا توافرت شروطه مقروناً بطلب الخصم وهو المستأنف ضده، وقد يكون بناءً على طلب المستأنف، إذا كان لم يرتض بحكم محكمة الدرجة الأولى، وتم الطعن به والحكم له بطلباته، حيث إن المحكمة ملزمة بحدود طلبات الخصوم وإن حكم المحكمة دون طلب يعتبر حكماً للخصم بأكثر من طلباته وهي سبب من أسباب الطعن بالحكم أمام محكمة التمييز وفقاً للمادة 198 / 5 من قانون أصول المحاكمات المدنية " لا يقبل الطعن في الأحكام بالتمييز إلا في الأحوال التالية: 5..... إذا أغفل الحكم الفصل في أحد المطالب أو حكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه" .

### 4- من حيث وجوب تقديم كفالة عطل وضرر:

كفى المشرع المحكوم له عناء التكليف بتقديم كفالة عطل وضرر لضمان ما قد يلحق بالمحكوم عليه من عطل أو ضرر، إذا تم نقض الحكم من محكمة التمييز .

## المبحث الثالث

### الآثار المترتبة على الحكم بالنفاد المعجل

يترتب على صدور حكم بالنفاد المعجل سواء القانوني أو القضائي، عدّة آثار، منها الإيجابي، وهو ما يتعلق بالتنفيذ الفوري للحكم، مع أن الحكم مازال قابلاً للطعن ولم يكتسب قوة القضية المقضية، إلا أن التساؤل الذي يثار: ما هو الأثر القانوني للنفاذ المعجل المقرر قانوناً أو المحكوم به في حال فسخ أو نقض الحكم ورد الدعوى؟ وما هي مسؤولية المحكوم له القانونية عن ذلك أي الأثر السلبي للنفاذ المعجل؟ لذا سأبحث ذلك في مطلبين متتاليين الأول النفاذ الفوري للحكم الصادر بالنفاذ المعجل، والثاني: مسؤولية المحكوم عليه في حال فسخ الحكم أو نقضه.

### المطلب الأول

#### الأثر الإيجابي بالنفاذ الفوري للحكم الصادر بالنفاذ المعجل

في حال صدور حكم بالنفاذ المعجل بحكم القانون أو بحكم من محكمة الاستئناف المستوفي الشروط القانونية المبحوثة سالفاً، وطرحه للتنفيذ وفقاً لأحكام قانون التنفيذ فإنه ينفذ جبراً لدى دائرة التنفيذ المختصة، حيث نصت المادة ( 9 ) من قانون التنفيذ رقم 25 لسنة 2007 وتعديلاته :

" لا يجوز تنفيذ السندات جبراً ما دام الطعن فيها جائزاً إلا إذا كان التنفيذ المعجل منصوصاً عليه في القانون أو محكوماً به ."

وبالتالي فإن صدور حكم بالنفاد المعجل بحكم القانون، كما هو بالنفقة أو بالأمر المستعجلة أو بحكم محكمة الاستئناف الصادر بالنفاد المعجل وخلافاً للأصل العام الذي يمنع التنفيذ للأحكام مادام جائز الطعن بها يكون قابلاً للتنفيذ الجبري على المدين، ولكن ماذا لو تمت المباشرة بالتنفيذ وأبرز المحكوم عليه لائحة طعن بالتمييز تشير إلى أنه تم الطعن تمييزاً من قبل المستأنف " المدعى عليه " وطلب وقف التنفيذ، هل الطعن يوقف التنفيذ أم لا ؟  
لقد أجاب المشرع على هذا التساؤل في حال طلب المدين وقف التنفيذ ، لوقوع الطعن تمييزاً على الحكم الذي تضمن النفاد المعجل، و أبرز ما يؤيد طلبه، فجعل الخيار لرئيس التنفيذ ، بإجابة الطلب أو رفضه وفي حال أجاب الطلب ، يتعين على المدين أن يقدم كفالة وفاء تضمن الوفاء بالدين وملحقاته قبل وقف التنفيذ ، حيث نصت المادة (21) من قانون التنفيذ رقم 25 لسنة 2007 والمعدل بالقانون رقم 29 لسنة 2017 :

" إذا طلب المدين وقف التنفيذ وأرفق بطلبه أوراقاً لتأييد طلبه، فلرئيس أن يقرر وقف السير في معاملات التنفيذ عند المرحلة التي وصلت إليها إلى حين البت في طلب الوقف مع مراعاة ما يلي:  
أ. للرئيس تكليف طالب الوقف بتقديم كفالة تضمن الوفاء قبل نفاذ قرار الوقف.  
ب. إذا رَدَّ طلب الوقف، فلا تعاد معاملات التنفيذ التي تمت قبل الوقف " .

وطرحت مسألة تقديم طعن تمييزي على حكم محكمة الاستئناف المشمول بالنفاد المعجل أمام قاضي التنفيذ من قبل المحكوم عليه، وقرر قاضي التنفيذ وقف السير بالدعوى التنفيذية مما استدعى المحكوم له بالطعن بهذا الحكم أمام محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية التي أيدت قرار قاضي التنفيذ.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثاني

#### الأثر السلبي المترتب على فسخ أو نقض للحكم الصادر بالنفاد المعجل

إن الأحكام الصادرة بالنفاد المعجل بحكم القانون أو بحكم المحكمة ، وفقاً للحالات التي حددها المشرع ، تقوم على مظنة أن المحكوم له صاحب حق في النزاع المطروح أمام القضاء، ولكن التساؤل المثار ماذا لو رفض رئيس التنفيذ طلب الوقف رغم الطعن تمييزاً على قرار محكمة الاستئناف الصادر بالنفاد المعجل وتم التنفيذ على أموال المدين واستوفى الدائن الدين وملحقاته، وتبين لاحقاً أن الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف تم نقضه ورد دعوى المدعي

(1) حكم رقم 235 لسنة 2021 محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية 21-03-2021 ، منشورات مركز قسطاس، حيث جاء بحجيات هذا القرار: "وفي ذلك تجد محكمتنا وبالرجوع إلى قرار محكمة استئناف عمان رقم 10479/2020 أنه وإن كان قد ورد به النفاد المعجل لقرار الحكم المستأنف إلا أن محكمتنا تجد أن هذا القرار قد صدر بعد نقض قرار محكمة الاستئناف رقم 18513/2019 وإعادة القضية إلى محكمة

### الاستئناف وبالتالي

إن قرار قاضي التنفيذ المتضمن وقف إجراءات التنفيذ عند الحد الذي وصلت إليه بناء على وقوع التمييز على قرار محكمة الاستئناف ... وعملاً بأحكام المادة 21 من قانون التنفيذ يكون واقعا في محله ونقره عليه وأسباب الاستئناف لا تنال من القرار المستأنف ومستوجبة الرد".  
تجدد الإشارة إلى أن هذا الحكم عن هذه المحكمة الصادر بالطعون على قرارات رئيس التنفيذ قطعية وفقاً لأحكام المادة 21 من قانون التنفيذ.

واكتسب الحكم الدرجة القطعية " قوة القضية المقضية "؟ وما مصير المبالغ المقبوضة من المدعي " المحكوم له" دون وجه حق ؟ هل يقيم المحكوم عليه دعوى موضوعية بالقبض غير المستحق أم تتولى دائرة التنفيذ استرداد هذه المبالغ المقبوضة دون وجه حق ؟ وماهي مسؤولية المحكوم له عن الأضرار التي قد تلحق بالمحكوم عليه؟ لذا سنبحث هاتين المسألتين بفرعين، الفرع الأول إعادة الحال لما كان عليه والفرع الثاني مسؤولية المحكوم عليه .

## الفرع الأول

### إعادة الحال لما كان عليه قبل النفاذ الفوري للحكم الصادر بالنفاذ المعجل

إن فسخ أو نقض الحكم الذي يشمل النفاذ المعجل يترتب عليه إعادة الحال إلى ماكان عليه، ولكن هل تكون الإعادة فوراً من قبل دائرة التنفيذ المختصة أو يتعين إقامة دعوى موضوعية ؟  
لقد أجاب المشرع الأردني بقانون التنفيذ على هذه المسألة، وكفى المدين الذي نفذ على أمواله بموجب حكم شمل النفاذ المعجل عناء إقامة دعوى موضوعية على من نفذ الحكم " المحكوم له " الذي تم رده وتكبد مصاريف ورسوم وأتعاب محاماة وطرق طعن ووقت وجهد، بأن أعطى دائرة التنفيذ صلاحية أمر استرداد تلك المبالغ المقبوضة دون وجه حق حيث نصت المادة (112) من قانون التنفيذ رقم 25 لسنة 2007 والمعدل بالقانون رقم 29 لسنة 2017 :  
" إذا تبين للدائرة أنها استوفت من المدين أي مبلغ يزيد على مقدار الدين ودفعته إلى الدائن أو أنها استوفت أي مبلغ دون وجه حق، فعليها أن تتولى أمر استرداده ودفعه إلى المدين أو إلى من استوفي منه، دون حاجة لاستصدار حكم قضائي ".

## الفرع الثاني

### مسؤولية المحكوم له عن الأضرار التي قد تلحق بالمحكوم عليه من جراء التنفيذ للحكم المشمول بالنفاذ المعجل الذي تم فسخه أو نقضه

أثارت مسؤولية المحكوم له عن الأضرار التي قد تلحق بالمحكوم عليه من جراء التنفيذ للحكم المشمول بالنفاذ المعجل الذي تم فسخه أو نقضه جدلاً فقهيّاً حيث انقسم الفقه إلى اتجاهين :  
الاتجاه الأول: يرى مسؤولية المحكوم له عن التعويض عن الأضرار الناجمة عن التنفيذ، سيما أن التنفيذ يكون على مسؤولية المحكوم له، وأن التنفيذ المعجل ليس حقاً له بل هو رخصه أعطاه إياه المشرع، إن شاء استعملها وإن شاء تريت لحين اكتساب الحكم قوة القضية المقضية ، وبالتالي فإن حق المحكوم له بالنفاذ المعجل يكون قد زال بنقض الحكم أو فسخه ، فإن الأساس القانون للتتفيذ المعجل قد زال، وإن قواعد العدالة والإنصاف تأبى أن يتحمل المحكوم عليه وحده تلك الأضرار حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بالفائدة القانونية للمحكوم عليه عن المبالغ المقبوضة من يوم قبضها حتى تاريخ ردها، وأن المحكوم عليه يستحق تعويضاً دونما حاجة لإثبات سوء النية .<sup>(1)</sup>

(1) د. والي، فتحي، المرجع السابق، ص92 و د. المليجي، أسامة أحمد ، الإجراءات المدنية للتتفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري دار النهضة العربية 2000 ، ص 118 ، القاضي حيدر، نصرت منلا ، طرق التتفيذ الجبري وإجراءات التوزيع ، المرجع السابق ص 114، مشار لحكم محكمة النقض الفرنسية بهذا المؤلفا لأخير .

**الاتجاه الثاني:** يرى عدم مسؤولية المحكوم له عن التعويض عن الأضرار الناجمة عن التنفيذ للحكم المشمول بالنفاذ المعجل إذا كان حسن النية، سيما أن المحكوم له يمارس حقاً أعطاه إياه القانون، ومن مارس حقاً أعطاه إياه القانون، فإنه لا يسأل عن الأضرار التي تصيب الغير إلا في حال التعسف أو سوء النية أو إساءة الاستعمال لهذا الحق.<sup>(1)</sup> ونرى أن اللجوء إلى القضاء حق دستوري ورخصة قانونية كفلها المشرع لصاحب الحق بموجب المادة (101) من الدستور الأردني، ويعد سلطة أو رخصة قررها القانون للناس كافة بقصد الحصول على الحماية القضائية وهو حق مصان لكل شخص يرغب باستخدامه سواء كان محقاً في لجوئه إلى القضاء أو غير محق في ذلك، والأصل أن حق اللجوء للقضاء هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة ولا يترتب عليه المسائلة بالتعويض إلا إذا ثبت أن من باشر هذا الحق قد انحرف به عما وضع له واستعمله استعمالاً كيدياً أو بقصد الإضرار بخصمه، والقاعدة العامة أن الجواز الشرعي ينافي الضمان، إلا أن ذلك لا يحول دون تطبيق قاعدة أن اللجوء إلى القضاء يجب أن يكون بأيدي نظيفة وأن يكون استعمال الحق وقيده الدعوى استعمالاً مشروعاً دون الإخلال بالقيود والضوابط التي حددها المشرع لذلك وعندها لا يترتب على استعمال هذا الحق أي تعويض عن الأضرار التي قد تلحق بالجهة المدعى عليها (الخصم) سواء ربح المدعي دعواه أو خسرها، أما إذا ثبت توافر إحدى حالات المادة (66) من القانون المدني عندها يعد استعمال هذا الحق استعمالاً غير مشروع يوجب التعويض عند ثبوت توافر سوء النية أو قصد التعدي في استعمال هذا الحق وهذا ما أكدته الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز الأردنية وبالتالي فإن هذا الرأي يتماهى مع الرأي الثاني الذي تبناه الفقه فالأساس القانوني للضمان وفقاً لنظرية التعسف باستعمال الحق يتمثل بالمسؤولية التقصيرية باعتباره خطأً يوجب التعويض عنه، ومن ضمن صورها استعمال رخصة قررها القانون إذا ما توافر قصد التعدي أو المصلحة غير المشروعة، ويكفي إثبات توافر حالة واحدة من الحالات الواردة في المادة (66) من القانون المدني للحكم بالتعويض، ولا يشترط إثبات توافر الحالات مجتمعة، ويجب على من يدعي توافرها تقديم البينة القانونية على ذلك وبخلافه ترد دعواه.<sup>(2)</sup>

(1) د. سيف، رمزي، قواعد تنفيذ الأحكام والمحرمات الموثوقة، ط9، دار النهضة العربية 1998، ص60، د. أبو الوفاء، أحمد، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ط6، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976، ص58.

(2) انظر أحكام محكمة التمييز الأردنية بهذا الخصوص " تمييز حقوق رقم 2019/4464 هـ. ع تاريخ 2019/9/16 ورقم 2014/2718 وتمييز حقوق رقم 2013/2717، " منشورات مركز قسطاس ونصت المادة 66 من القانون المدني " إساءة استعمال الحق:

1. يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع.

2. ويكون استعمال الحق غير مشروع:

أ. إذا توافر قصد التعدي.

ب. إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ج. إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر.

د. إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.

## الخاتمة

تناولت هذه الدراسة تسليط الضوء على النفاذ المعجل للأحكام بقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني بصفته حكماً مستحدثاً، عبر بيان ماهية النفاذ المعجل وتعريفه وخصائصه وصوره والآثار المترتبة على النفاذ المعجل والإشكاليات العملية حوله، وخلصت هذه الدراسة إلى عدة نتائج وتوصيات نجملها على النحو الآتي:

### أولاً: النتائج

1. عرف قانون أصول المحاكمات المدنية نوعين من النفاذ المعجل، النفاذ المعجل القضائي نص عليه صراحةً أما النفاذ المعجل القانوني فلم ينص عليه صراحةً.
2. النفاذ المعجل القانوني ينفذ حكماً بنص القانون، ولا يحتاج لإحكام المحكمة أو طلب من الخصوم، أخذ به المشرع الأردني ضمناً، ولم ينص عليه صراحةً ويكون في القرارات الصادرة بالطلبات المستعجلة الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة أو من قاضي الموضوع إذا رفعت إليه بطريق التبعية أو من محكمة الاستئناف فيما يتعلق بالمسائل المستعجلة بالدعاوى المنظورة أمامها وفقاً لنصوص المواد 32 و33 و141 و153-157 من قانون أصول المحاكمات المدنية، إذا توافرت شروطها القانونية التي تهدف إلى تحقيق الحماية الوقتية للحق المدعى به، لحين أن يقول القضاء الموضوعي كلمته النهائية بالنزاع بين الطرفين المتعلقة، والتي يشترط أن يتوافر بها شرطاً السرعة والاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، مع توفير الضمانات بتقديم الكفالات اللازمة التي نص عليها القانون لضمان العطل والضرر الناجم عن أي قرار مستعجل أدخل بالمصالح المشروعة للمدعى عليه، بينما توسع المشرع المصري بحالات النفاذ المعجل القانوني .
3. النفاذ المعجل القضائي أخذ به المشرع الأردني - كاستثناء من الأصل العام بالتنفيذ وهو صيرورة الحكم قطعياً بحياسة قوة القضية المقضية وعدم قابليته للطعن - ضمن دعاوى محددة وبشروط معينة بعد استفاذ طرق الطعن العادية، وجعل المحكمة المختصة بإصداره محكمة الاستئناف المختصة بنظر الطعن في حال تأييد حكم محكمة الدرجة الأولى الصادر بأحد الدعاوى المستعجلة وفقاً لنص المادة 60 من قانون أصول المحاكمات المدنية، خلافاً للنهج الذي اتبعه المشرع المصري والذي جعل النفاذ المعجل يصدر من محكمة الدرجة الأولى وبدعاوى متنوعة ضمن ضوابط محدده .
4. لم يشترط المشرع الأردني في النفاذ المعجل القضائي تقديم كفالة عطل وضرر، ترجيحاً لمصلحة المحكوم له الذي صدر حكم من محكمة الاستئناف مؤيداً لادعاءاته.
5. لم يتبن المشرع في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني النظام القانوني للنفاذ المعجل بشقيه القانوني والقضائي بالطريقة التي تبناها المشرع المصري، وقد كانت موسعة، بل تبني صراحةً الشق الثاني وهو النفاذ المعجل القضائي بشروط مختلفة وبصورة محدودة عما تبناه المشرع المصري.
6. إن حكم محكمة الاستئناف الصادر بالنفاذ المعجل يكون قابلاً للتنفيذ الجبري على المدين حتى لو تم الطعن به تمييزاً، وفي حال إبراز المحكوم عليه لائحة طعن بالتمييز تشير إلى أنه تم الطعن تمييزاً من

قبل المستأنف " المدعى عليه " وطلب وقف التنفيذ ، فجعل المشرع الخيار لرئيس التنفيذ بإجابة الطلب أو رفضه ، وفي حال أجاب الطلب يتعين على المدين أن يقدم كفالة وفاء تضمن الوفاء بالدين وملحقاته قبل وقف التنفيذ وفق نصوص المادة (21) من قانون التنفيذ رقم 25 لسنة 2007 والمعدل بالقانون رقم 29 لسنة 2017 .

7. إذا تم التنفيذ على أموال المدين بموجب حكم محكمة الاستئناف الصادر بالنفاد المعجل واستوفى الدائن الدين وملحقاته ، وتبين لاحقاً أن الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف تم نقضه ورد دعوى المدعي واكتسب الحكم الدرجة القطعية " قوة القضية المقضية "، فإن مصير المبالغ المقبوضة من المدعي دون وجه حق تعاد للمدعى عليه، حيث كفى المشرع المدين الذي نفذ على أمواله بموجب حكم شمل النفاد المعجل عناء إقامة دعوى موضوعية على من نفذ الحكم " المحكوم عليه " الذي تم رده وتكبد مصاريف ورسوم وأتعاب حمامة وطرق طعن ووقت وجهد، بأن أعطى دائرة التنفيذ صلاحية أمر استرداد تلك المبالغ المقبوضة دون وجه حق وفقاً لنص المادة (112) من قانون التنفيذ رقم 25 لسنة 2007 والمعدل بالقانون رقم 29 لسنة 2017.

8. عدم مسؤولية المحكوم له عن التعويض عن الأضرار الناجمة عن التنفيذ للحكم المشمول بالنفاد المعجل إذا كان حسن النية، سيما أن المحكوم له يمارس حقاً أعطاه إياه القانون ومن مارس حقاً أعطاه إياه القانون فإنه لا يسأل عن الأضرار التي تصيب الغير إلا في حال توافر حالة واحدة من الحالات الواردة في المادة (66) من القانون المدني وهي التعسف أو سوء النية أو إساءة الاستعمال لهذا الحق .

### ثانياً: التوصيات

1. أن يتبنى المشرع في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني النظام القانوني للنفاد المعجل القانوني صراحةً بالطريقة التي تبناها التشريع المصري، وأن تكون قابلة للتنفيذ مباشرة دون صدور حكم قضائي بها مع مراعاة الضوابط المتعلقة بأنواع محددة من الدعاوى التي تقتضى النفاذ الفوري، وأن يكون التنفيذ مراعيًا لمصالح الفرقاء كأن يكون معلقاً على تقديم كفالة عطل ضرر قد يلحق المحكوم عليه في بعض الحالات أو تترك لتقدير قاضي الموضوع.

2. أن يتبنى المشرع في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني النظام القانوني للنفاد المعجل القضائي، بالطريقة التي تبناها التشريع المصري، وأن يكون لمحكمة الدرجة الأولى صلاحيات بإصدار أحكام بالنفاد المعجل، لا أن تقتصر على محكمة الاستئناف، سيما في الدعاوى التي يرجع تقديرها لقاضي الموضوع التي قد يلحق التأخير بتنفيذها ضرراً بالمدعي، ضمن ضوابط معينة تكفل توازن المصالح بين الخصوم من تقديم كفالة عطل وضرر .

3. أن يضع المشرع ضوابط محددة لمسؤولية المحكوم له عن الأضرار التي قد تصيب المحكوم عليه من جراء التنفيذ على أمواله بموجب الحكم المشمول بالنفاد المعجل إذا ثبت عدم صحة الادعاء، وذلك حتى يكون المدعي عالماً أن لجوءه للقضاء للمطالبة بحقوقه يجب أن يكون بأيدي نظيفة وبخلاف ذلك فهو ملزم بجبر الضرر سيما أن إخضاع المسألة للقواعد العامة قد يعجز المحكوم عليه من إثبات سوء النية .

## المصادر والمراجع

### أولاً: المعاجم

- لسان العرب، ج 14، ط 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1999.
- مختار الصحاح، ط 4، دار المعرفة بيروت لبنان 2010.

### ثانياً: المراجع القانونية والفقهية

- أبو الوفا، أحمد، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ط6، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976.
- د. الجبلي، نجيب أحمد عبدالله، الوسيط في قانون التنفيذ الجبري، ط1 مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014.
- د. الزعبي، عوض أحمد، أصول المحاكمات المدنية دراسة مقارنة ج2، ط2، دار وائل للنشر والتوزيع، 2006.
- د. القضاة، مفلح عواد، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي الأردني، ط1، دار الكرمل للنشر والتوزيع، عمان، 1988.
- د. المليجي، أسامة أحمد، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري دار النهضة العربية 2000.
- د. حشيش، أحمد، مبادئ التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، دار النهضة العربية القاهرة، 2016.
- القاضي حيدر، نصرت منلا، طرق التنفيذ الجبري وإجراءات التوزيع، ط2، المكتبة القانونية، 2004.
- دويدار، طلعت، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديد، 2008.
- د. سيف، رمزي، قواعد تنفيذ الأحكام والمحرمات الموثوقة، ط9، دار النهضة العربية 1998.
- د. عمر، نبيل إسماعيل، أصول التنفيذ الجبري في القانون اللبناني، ط1 منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2004.
- د. فهمي، وجدي راغب، شرح قانون المرافعات المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون طبعة وتاريخ نشر.
- د. محمد نصر محمد، أحكام وقواعد التنفيذ، ط1، دار الراجحة للنشر والتوزيع، عمان -الأردن 2013.
- د. مكناس، جمال، أصول التنفيذ، منشورات الجامعة السورية، سوريا 2018.
- د. والي، فتحي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، 1998.

### ثالثاً: الدوريات ومجموعات الأحكام

- د. علي: نيوه عبدالله، الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية جامعة كركوك ،المجلد 6 العدد 22 ، 2017 .
- برنامج قسطاس للأحكام القضائية والتشريعات .
- برنامج عدالة للأحكام والتشريعات.
- أحكام محكمة التمييز والاستئناف.
- أحكام محكمة النقض المصرية.

### رابعاً: الدساتير والقوانين

- الدستور الأردني 1952 وتعديلاته .
- القانون المدني رقم 43 لسنة 1976.
- قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 24 لسنة 1988 وتعديلاته وآخر تعديل رقم 31 لسنة 2017.
- قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 31 لسنة 1959 وتعديلاته وآخر تعديل رقم 11 لسنة 2016.
- قانون التنفيذ رقم 25 لسنة 2007 وتعديلاته وآخر تعديل رقم 29 لسنة 2017 .
- قانون العمل رقم لسنة 1996 وتعديلاته وآخر تعديل رقم 14 لسنة 2019 .
- قانون الملكية العقارية رقم 13 لسنة 2019 .
- قانون البيئات رقم 30 لسنة 1952 وتعديلاته وآخر تعديل رقم 22 لسنة 2017 .
- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 18 لسنة 1999 .

## المسؤولية المدنية عن تعويض الضرر المتحقق بما يجاوز مبلغ العربون نتيجة العدول في القانون المدني الأردني

### Civil liability for compensation for damage that exceeds the deposit amount as a result of withdrawal in the Jordanian Civil Law

حامد حسن مسلم الحسنات الزبيديين \*

#### الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى معرفة موقف المشرع الأردني من المسؤولية عن تعويض المضرور نتيجة عدول المتعاقد الآخر عن إتمام العقد بعد دفع العربون، والمقصود بالضرر المراد التعويض عنه في هذه الدراسة، هو ذلك الضرر الذي يتحقق فوق مبلغ العربون، لأن وظيفة العربون بالإضافة لكونه يهدف إلى استقرار المعاملات، هي جبر الضرر المحتمل الذي قد يلحق بأحد المتعاقدين نتيجة عدول الآخر، حيث إن المادة (107) من القانون المدني الأردني قد وضعت قاعدة قانونية تحكم العلاقة بين المتعاقدين فيما يتعلق بمآل العربون في حالة العدول، فإذا عدل عنه من دفعه وقت إبرام العقد فقده، أما إذا عدل عنه من قبضه رده ومثله. وهذه الدراسة تحاول معرفة الأساس القانوني الذي يمكن للمضرور الانتكاء عليه لتأسيس دعواه في الأحوال التي يتجاوز فيها حجم الضرر مبلغ العربون نتيجة العدول، ولم تنطرق إلى وظيفة العربون في التعاقد، ذلك أن وظيفة العربون كما أشير آنفاً تتعلق باستقرار المعاملات، وجبر الضرر الاحتمالي وهو ما يوفره نص المادة (107) المشار إليها، حيث يلاحظ بأن نوعي المسؤولية سواء العقدية أو التقصيرية يمكن أن تتوافر في حال العدول بحسب النية الكامنة وراء دفع العربون مع ضرورة التنويه بأن الدراسة قد خلصت إلى عدد من النتائج من أهمها: أن النطاق الأوسع هو لتوافر أركان المسؤولية التقصيرية، كما أوصت الدراسة بإجراء تعديل تشريعي على نص المادة (107) من القانون المدني الأردني بحيث تصبح كالتالي: " فإذا عدل عنه من دفع العربون فقده، وإذا عدل عنه من قبضه رده ومثله مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر فوق ذلك".

الكلمات الدالة: تعويض، مسؤولية مدنية، عربون.

#### Abstract

This study aims to explore the position of the Jordanian legislator regarding the responsibility for compensating the aggrieved person as a result of the other contractor's reluctance to complete the contract after paying the deposit. The compensated damage meant in this study is that exceeds the amount of the deposit as the deposit seeks to achieve the stability of transactions and impede any potential harm that may affect any of the contracting parties as a result of withdrawal. Article 107 of the Jordanian Civil Law has established a legal rule governing the relationship between the contracting parties with regard to the amount of the deposit in the event of withdrawal. This study attempts to find out the legal basis on which the aggrieved party can rely on to establish his claim in cases where the amount of damage exceeds the amount of the deposit as a result of the withdrawal, and it did not draw on the function of the deposit in the contract, because the function of the deposit, as indicated above, is related to the stability of transactions, and reparation for the potential damage, as stipulated in the aforementioned article (107), where it is noted that the two types of liability can exist in the event of withdrawal according to the intention behind the payment of the deposit. The study concluded a number of results, the most important of which are: The wider scope is for the availability of the elements of liability, and the study also recommended a legislative amendment to the text of Article 107 of the Jordanian Civil Law.

**Keywords:** Compensation, Civil Liability, Deposit.

\* كلية الحقوق، القانون الخاص. تاريخ استلام البحث 2021/2/20 وتاريخ قبوله 2021/6/27

## المقدمة

لا يتم إبرام التصرفات القانونية - عادة - دفعة واحدة، بل إنه يمر بالعديد من المراحل ويوجد طرق عديدة للتعاقد، من ضمنها التعاقد بطريق العربون، الذي يقصد به مبلغ من المال (نقدي أو منقول آخر من المثليات)<sup>(1)</sup> يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر عند إبرام العقد، والغرض من دفعه إما انصراف نية المتعاقدين إلى أن العقد قد تم نهائياً ويكون هدفه ضمان تنفيذ بنود العقد، أو أنه يعني إثبات أن لكل منهما الحق " في العدول عن الصفقة ونقض العقد"<sup>(2)</sup>.

إن المقصود من دفع العربون - بحسب الأصل - يتحدد بناء على اتفاق المتعاقدين الصريح أو الضمني، وفي حال عدم وجود الاتفاق، فإنه يفيد دلالة العدول، وحق نقض العقد لكل من المتعاقدين وفقاً لنص المادة (1/ 107) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م<sup>(3)</sup>.

وفي حال العدول وفقاً للفقرة (2) من ذات المادة، فإن على من يعدل عن الصفقة خسران مبلغ العربون، إذا كان هو من دفعه ورده ومثله إذا كان قابضاً له، وينبغي القول هنا إنه لا يثور البحث عن الضرر الذي يحصل للمتعاقد الآخر نتيجة استخدام المتعاقد الآخر لخيار العدول، لأن مبلغ العربون لا يشترط في خسارته لمن دفعه أو رده ومثله لمن قبضه حصول ضرر، لكن هذه الدراسة تحاول الإجابة عن سؤال مهم هو حكم حالة حصول ضرر في جانب المتعاقد الآخر نتيجة هذا العدول، بحيث يفوق هذا الضرر مبلغ العربون.

تكمن أهمية البحث في كونه يعتبر دالة لكل مهتم بالشأن القانوني، إذ يهتم المحامي الذي يريد أن يؤسس دعواه للمطالبة بالتعويض عن الضرر المتحقق فوق مبلغ العربون، كي لا يكون تأسيسه لدعواه قائماً على أساس خاطئ، كما أنها تهم القاضي عند قراءته للنصوص القانونية لتطبيقها على موضوع النزاع الخاص بذلك، بحيث لا يتعرض حكمه للنقض أو القصور.

تدور مشكلة البحث الأساسية حول مدى قيام المسؤولية المدنية للتعويض عن الضرر المتحقق فوق مبلغ العربون في حال عدول أحد المتعاقدين عن الصفقة، والأساس القانوني الذي يمكن أن تؤسس عليه الدعوى، فهل يتم تأسيس هذه الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر من قبل المضرور وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية، أو على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية؟

وهذه المشكلة تثير في طريقها عدداً من التساؤلات، فهل عدول أحد الطرفين عن العقد هو إنهاء للرابطة العقدية بكل آثارها، وهل يختلف الحال إذا كان دفع مبلغ العربون لثبوت خيار العدول أويقصد به نهائية العقد؟ وهل يعتبر مستخدم خيار العدول متعسفاً في استخدامه؟

(1) بذات المعنى، انظر: محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة شرح عقد البيع القانون الأردني، الطبعة الأولى، 1993م، ص 138، وانظر أيضاً: أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى، عمان، 1987م، ص 15، على أن الدكتور أنور سلطان لم يشير إلى أن يكون منقولاً من المثليات بل أورده الدكتور محمد الزعبي ونحن نؤيد هذا الرأي لأن المثليات تقوم مقام بعضها بعضاً ويمكن رد أمثالها أما القيميات فمن الصعب رد أمثالها، وانظر أيضاً: جلال علي العدوي، مصادر الالتزام الدار الجامعية، الطبعة بدون؛ 1994، ص 211.

(2) انظر: أنور سلطان، المرجع السابق، ص 65.

(3) المنكرات الإيضاحية للقانون الأردني، الجزء الأول، منشورات نقابة المحامين الأردنيين، إعداد المكتب الفني، لعام 2000م، ص 122.

وبذلك ينحصر نطاق هذا البحث في نقطة أساسية، تتعلق بمدى قيام المسؤولية المدنية من حيث المبدأ وبالنتيجة معرفة الأساس القانوني الذي يمكنه للمضرور أن يقيم عليه دعوى التعويض عن الضرر المتحقق فوق مبلغ العربون، لذا يخرج من نطاق هذه الدراسة حالة ما إذا كان هنالك ضرر أقل من مبلغ العربون، ذلك أن خسران العربون لمن دفعه وردّه ومثله لمن قبضه، يقوم على أساس الضرر الاحتمالي من وجهة نظر الباحث، وبما أنه أقل من مبلغ العربون، فإن العربون يقوم بجبر الضرر الواقع بالمضرور، وفقاً لأحكام المادة 107 المشار إليها، كما يخرج من نطاق هذه الدراسة الضرر الواقع بأحد أطراف العقد نتيجة الخطأ الشخصي المرتكب من المتعاقد الآخر. وليس نتيجة العدول، كمن يلقي بحجر فتصيب زجاج سيارة من يتعاقد معه، إذ تؤسس الدعوى هنا على أساس الفعل الضار، ويحكمها قواعد المسؤولية التقصيرية، كما يخرج من نطاق هذه الدراسة حالة أن يتم العدول بسبب أجنبي ليس لإرادة المتعاقد شأن في إحداثه.

إذ ستعتمد هذه الدراسة الأسلوب الاستقرائي التحليلي للنصوص القانونية في القانون المدني الأردني؛ لاستخلاص موقف المشرع من هذه المسألة وموقف القضاء الأردني إن وجد.

وعليه سوف يتم تناول هذه الدراسة من خلال **مبحثين**: الأول تتناول فيه الطبيعة القانونية لتعاقد بالعربون، وموقف المشرع الأردني منه، ومعرفة نطاق المسؤولية العقدية عن الضرر المتحقق فوق مبلغ العربون .

في حين أننا سنتناول في **المبحث الثاني**: نطاق المسؤولية التقصيرية عن الضرر المتحقق فوق مبلغ العربون، لا سيما نظرية التعسف في استعمال الحق، سواء وجد اتفاق بين المتعاقدين على دلالة العربون على العدول أو لم يوجد اتفاق.

ثم تخلص الدراسة إلى خاتمة تضمنت عدداً من النتائج، بالإضافة إلى التوصية بتعديل نص المادة (107) من القانون المدني الأردني.

## المبحث الأول

### الطبيعة القانونية لتعاقد بالعربون

لكي يتم تأسيس المسؤولية المدنية عن جبر الضرر المتحقق فوق مبلغ العربون، لا بد من معرفة الطبيعة القانونية لتعاقد بطريق العربون وموقف المشرع الأردني منه، لذا فقد أملت ضرورة البحث التطرق لذلك من خلال هذا المبحث الأول الذي سنقسمه إلى مطلبين هما:

**المطلب الأول:** الموقف الفقهي والقانون الأردني من الطبيعة القانونية لتعاقد بالعربون.

**المطلب الثاني:** نطاق المسؤولية العقدية عن الضرر المتحقق فوق مبلغ العربون.

## المطلب الأول

## الموقف الفقهي والقانون الأردني من الطبيعة القانونية للتعاقد بالعربون

سوف نتناول عبر هذا المطلب موقف المشرع الأردني من الطبيعة القانونية للتعاقد بالعربون في الفرع الأول ثم موقف المشرع الأردني من ذلك في الفرع الثاني.

## الفرع الأول

## موقف المشرع الأردني من الطبيعة القانونية للتعاقد بالعربون

تنص المادة (107) من القانون المدني الأردني على أن: "1- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك 2. فإذا عدل من دفع العربون فقدته وإذا عدل من قبضه رده ومثله" (1).

يتضح من النص السابق، أن المشرع قد ترك الأصل في تحديد الطبيعة القانونية المتوخاة من دفع العربون للاتفاق، فإذا قضى الاتفاق صراحة أو ضمناً بأن العربون يفيد انصراف قصد المتعاقدين إلى نهائية العقد، فيكون معلقاً على شرط فاسخ، وقد يقضي الاتفاق صراحة أو ضمناً أن مبلغ العربون المدفوع هو لخيار العدول وحينها يكون الشرط شرطاً واقفاً (2).

أما في حال عدم الاتفاق بين المتعاقدين على تلك الدلالة، فقد جعل المشرع الأردني دلالة العدول هي الاستفادة من دفع العربون عند التعاقد، وبذلك يكون المشرع الأردني قد أخذ بالرأي الغالب في الفقه (3)، الذي يقول بأن دفع العربون في البيع هو بيع معلق على شرط واقف، فإذا عدل أي من المتعاقدين انفسخ العقد، وإذا لم يعدل أي منهما خلال المدة المضروبة فينعقد العقد نهائياً ويرتب آثاره بأثر رجعي مع ضرورة ثبوت الشرط (4). بقي أن نشير إلى مسألة أساسية ذات ارتباط بموضوع البحث، وهي أن خسران مبلغ العربون لمن دفعه في حال عدوله أو رده ومثله في حال قبضه لا يشترط فيه تحقق الضرر. إنما هو جزء وضعه المشرع الأردني لكي يحمل المتعاقدين على الجدية ضمناً لاستقرار المعاملات وهذا ما أشارت إليه المذكرات الإيضاحية (5).

(1) المذكرات الإيضاحية، الجزء الأول، ص 122.

(2) انظر: تمييز حقوق أردني رقم 2004/855 هيئة خماسية، تاريخ 2004/11/8، وفي هذا الصدد فقد قضت محكمة التمييز الأردنية في حكم لها "بأن نية العاقدين وحدها هي التي يجب التحويل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني المنصوص عليه في المادة 107 من القانون المدني فإن انصرفت بجعل العقد مبرماً على وجهه النهائي فيما بينهما فإن ما يدفعه أحد العاقدين مقدماً للآخر يعد جزءاً من التزامه ولا يسري عليه حكم العربون، وإن اتجهت نيتهما بأن يكون لكل منهما الحق في إمضاء العقد أو نقضه عدّ دفع العاقد عربوناً بالمعنى المقصود بالمادة المذكورة وسرى عليه حكمها".

(3) انظر: أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 67.

(4) انظر: محمد الزعبي، عقد البيع، المرجع السابق، ص 140.

(5) انظر: المذكرات الإيضاحية، الجزء الأول، ص 123 - 124، عكس هذا الرأي، د. محمد الزعبي، المرجع السابق، حيث يرى بأن المشرع الأردني حذف عبارة (ولو لم يترتب على العدول أي ضرر) الواردة في بعض القوانين العربية مما يعني أن من يتمسك بمبلغ العربون عليه إثبات أن ضرراً أصابه. على أن أستاذنا الزعبي خالف شروح المذكرات الإيضاحية ذاته الوارد عقب المادة (107) التي توضح مقصود المشرع حيث جاء "فيها" وفي حالة التخلف الاختياري عن الوفاء، يكون للعاقد الآخر أن يختار بين التنفيذ الجبري وبين الفسخ مع اقتضاء العربون بأن يحتفظ بالعربون الذي قبضه أو أن يطالب برد ما دفعه ومثله - ولو لم يلحق به ضرر من جراء ذلك...".

## الفرع الثاني

### الموقف الفقهي من الطبيعة القانونية للتعاقد بالعربون

لقد اختلف الفقه القانوني حول تحديد الطبيعة القانونية للتعاقد بالعربون إلى ثلاثة آراء:

- ذهب فريق إلى القول بأن دفع مبلغ العربون - كما لو كان عقد بيع- وأغلب صوره في هذا العقد أساساً- هو عقد بيع معلق على شرط فاسخ، ومن ثم ينعقد العقد ويرتب آثاره غير أنه يفسخ إذا استعمل أحد الطرفين حقه في العدول<sup>(1)</sup>.
- ورأي وهو الغالب اتفق على أن هذا البيع معلق على شرط غير أنه شرط واقف، ذلك أن خيار العدول عن العقد يجعل من العقد ابتدائياً وليس نهائياً، ومن ثم على آثار العقد أن تتوقف حتى يسقط خيار العدول بعدم الاستعمال في الأجل المحدد له، عندئذ فإن العقد يترتب آثاره بأثر رجعي<sup>(2)</sup>.
- رأي آخر يرى بأن التعاقد بالعربون، ينشأ التزاماً بدلياً، والالتزام البدلي عادة ما يكون محله شيء واحد غير أن ذمة المدين تبرا إذا أدى عنه شيء آخر<sup>(3)</sup>.

ويرى الباحث، أن الطبيعة القانونية للتعاقد بالعربون، تختلف باختلاف الدلالة من دفع مبلغ العربون، فإذا كان قصد العاقدین انعقاد العقد نهائياً، فإن العربون في هذه الحالة بمنزلة الشرط الفاسخ في العقد، فإن عدل عن العقد من دفعه خسره، وإن عدل القابض له رده ومثله، لأن العقد المعلق على الشرط الفاسخ يترتب آثاره إلى أن يتم الفسخ بتحقق الشرط الفاسخ<sup>(4)</sup>، وبما أن قصد المتعاقدين نهائية العقد، فلا شك أن مبلغ العربون يمثل شروعاً في تنفيذ العقد، والأصل أن يتم الاتفاق على هذه الدلالة صراحة أو ضمناً.

أما إذا كان دفع مبلغ العربون يفيد دلالة العدول عن العقد في حال عدم وجود اتفاق، فالشرط هنا واقف يتعلق بالعقد، إذ إنه بمرور المدة المضروبة لكلا المتعاقدين حق أعمال هذا الخيار، فإما أن تمر المدة دون أن يستعمله أي منهما<sup>(5)</sup>، وإما أن هذا الخيار سيستعمل، وحينها لا ينعقد العقد، ولهذا أهمية كبرى في موضوع البحث كما سوف نرى.

(1) بذات المعنى، انظر: أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 67، وانظر أيضاً ولاسيما الرأي الثالث: محمد الزعبي، عقد البيع، مرجع سابق، ص 139-140.

(2) انظر: المرجعين السابقين. على أن شرط العدول في حال لم يستخدم ومضت المدة فإن العقد ينعقد من تاريخ تحقق الشرط وليس بأثر رجعي، انظر المادة (400) من القانون المدني الأردني، المذكرات الإيضاحية القانون المدني الأردني، الجزء الأول، ص 463، وانظر كذلك: عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية عشرة، 2010م، ص 156.

(3) انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004. فقرة 142، ص218، هامش رقم (2). انظر: محمد الزعبي، عقد البيع، مرجع سابق، ص 140 - 141.

(4) انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004. فقرة 142، ص218، هامش رقم (2). انظر: محمد الزعبي، عقد البيع، مرجع سابق، ص 140 - 141.

(3) انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004. فقرة 142، ص218، هامش رقم (2). انظر: محمد الزعبي، عقد البيع، مرجع سابق، ص 140 - 141.

(5) انظر: أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 67.

## المطلب الثاني

### نطاق المسؤولية العقدية عن الضرر المتحقق فوق مبلغ العربون

لاحظنا خلال المطلب الأول بأن مبلغ العربون يفيد دلالتين: إما دلالة العدول وإما إن قصد العاقدين قد انصرف إلى نهائية العقد. والسؤال الذي يثور بهذا الصدد هل أن الضرر الذي يتحقق ويتجاوز في مقداره مبلغ العربون نتيجة عدول الآخر يُشكل خطأً عقدياً يجعل من أساس مسؤولية من عدل عقدياً أو لا؟ وللإجابة على هذا التساؤل لا بد من تقسيم هذا المطلب إلى فرعين هما:

- الفرع الأول: العدول مع انصراف قصد المتعاقدين إلى نهائية العقد.
- الفرع الثاني: العدول مع انصراف قصد المتعاقدين إلى ابتدائية العقد.

### الفرع الأول

#### العدول مع انصراف قصد المتعاقدين من العربون نهايته العقد

إن البحث في حالة وجود اتفاق بين المتعاقدين بخصوص دلالة العربون، ينبغي فيه التفريق بين ما إذا كان قصد العاقدين قد انصرف إلى نهائية العقد في العقود الرضائية (أولاً) وما إذا كان العقد شكلياً (ثانياً).

#### أولاً: انصراف قصد المتعاقدين إلى نهائية العقد في العقود الرضائية:

قد ينصرف قصد المتعاقدين من دفع العربون إلى نهائية العقد، وحينها يكون مبلغ العربون إبرازاً لهذا القصد أو إن صح التعبير جزءاً من تنفيذ العقد، وعليه يكون العدول في هذه الحالة عدولاً عن التزام عقدي، لأن العدول هنا يؤثر على تمام العقد وترتيب آثاره، خصوصاً إذا ما قام المضرور من جهته بإجراءات تمهيدية للتنفيذ، ولكن حتى نقول بأن الخطأ في هذه الحالة هو خطأ عقدي، فمن الأولى أن نسأل هل كان دفع العربون هو جزءاً من الصفقة، فإذا كان العقد عقد بيع ودفع العربون من المشتري فهل هو جزء من الثمن؟

حيث يرجع إلى الاتفاق فإن كان دفع العربون جزءاً من ثمن المبيع، فإن الضرر الناشئ عن العدول هو خطأ عقدي، لأن العقد يتضمن مبلغ العربون فتكون المسؤولية عقدية، أما إذا كان العربون مفضياً إلى تنفيذ العقد، وليس جزءاً من الالتزامات الناشئة عن العقد، فإن مبلغ العربون هو لضمان التنفيذ، غير أن ما يواجها هنا بأن "الأصل هو أن مجرد عدم التنفيذ لا يستتبع قيام مسؤولية المدين، بل يجب أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى فعله أي إلى خطئه" (1).

ومع هذا إذا كان دفع مبلغ العربون لضمان تنفيذ العقد، فإن عدول أحد المتعاقدين عن تنفيذ العقد يعدّ خطأً من جانبه وهو مفترض (2)، لأنه يساوي عدم التنفيذ، فالضامن على التنفيذ يلزمه التنفيذ عند تأخر المضمون، وبما أن أحد المتعاقدين عدل عن تنفيذ عقد انصرفت إليه إرادة كليهما بدلالة العربون فالخطأ عقدي، لأن اعتبار العدول حقاً في هذا الفرض غير متصور.

(1) انظر: أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 231، وانظر أيضاً: عبد الحكيم فودة، التعويض المدني (المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية)، سراي الإسكندرية، ط بدون، 1998م، ص 280.

(2) د. عبد الكريم فودة، المرجع السابق، ص 280.

نخلص من ذلك إلى أنه إذا كان قصد المتعاقدين من العربون ضمان تنفيذ العقد سنكون أمام خطأ عقدي في حال العدول، يترتب عليه تأسيس الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يفوق مبلغ العربون على أساس قواعد المسؤولية العقدية، وهو في نهاية المطاف جزء من الثمن إذا كان العقد عقد بيع ودفعه المشتري<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: انصراف قصد المتعاقدين إلى نهائية العقد في العقود الشكلية:

قد ينصرف قصد المتعاقدين من دفع العربون إلى نهائية العقد، غير أن هذا العقد من العقود التي يتطلب فيها المشرع شكلاً معيناً لتمامها، حيث يكون العقد باطلاً إذا لم يفرغ بالشكل المطلوب، كعقد بيع عقار داخل التنظيم، فإذا عدل أحد المتعاقدين عن تنفيذ العقد، وذلك بالامتناع عن التسجيل في دائرة تسجيل الأراضي، فالعقد وفق قانون تسوية الأراضي والمياه يعد باطلاً<sup>(2)</sup> ما دام أنه لم يجر تسجيل البيع.

وعليه هل يعتبر عدول أحد المتعاقدين عن إتمام العقد وفقاً للشكل المطلوب، في حال تحقق الضرر فوق مبلغ العربون بحق المتعاقد الآخر من قبيل الخطأ العقدي في هذه الحالة والحالات المماثلة التي يتطلب بها القانون شكلاً معيناً لانعقاد العقد، مما يترتب عليه المسؤولية العقدية؟ أو أن بطلان العقد يخلع عن الرابطة العقدية صفتها، بحيث تصبح بمنزلة واقعة مادية، ومن ثم فإن تأسيس الدعوى في الفرض الأخير يكون على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية؟

ولكي يترتب العقد المسؤولية العقدية، لا بد أن يكون صحيحاً<sup>(3)</sup>، فالعقد الباطل لا يترتب أثراً، وهو إذا ما رتب بعض الآثار سواء أكانت أصلية أم عرضية، فإنه يترتب باعباره واقعة مادية<sup>(4)</sup>، كما أن من شروط المسؤولية العقدية أن يكون الضرر ناشئاً عن عدم التنفيذ، أو التأخر في التنفيذ بعد أن يستكمل العقد أركانه وشروط صحته<sup>(5)</sup>.

وبما أن العقد الباطل لا يترتب أثراً فهو يُنشئ التزاماً، فإذا ما عدل أحد المتعاقدين عن عقد شكلي قبل تمامه بأن لم يراع فيها لشكل الذي يتطلبه القانون، وتحقق نتيجة هذا العدول ضرر تجاوز قيمة العربون، فإنه لا يمكن عدّ واقعة العدول إخلالاً بالتزام تعاقدي، وقد أكد المشرع الأردني في المادة (168) هذا الرأي، حيث أكد أن العقد الباطل لا يترتب أثراً ولا تلحقه الإجازة<sup>(6)</sup>.

على أنه إذا سعى المتعاقد من أجل إجراء التسجيل سعياً حثيثاً لتمام البيع، فإن عدول المتعاقد الآخر عن البيع يعد من باب الإخلال بواجب تعاقدي يتعلق بتكوين العقد، ومن ثم يشكل إخلالاً بمبدأ حسن النية في إبرام التصرفات القانونية، ففي حالة السعي الحثيث من المتعاقد المضرور نتيجة عدم التسجيل، يترتب على عدول المتعاقد الآخر التزام عقدي يسأل فيه عن الضرر المتحقق فوق مبلغ العربون وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص216.

(2) انظر أيضاً: علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجاز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، إصدار ثان، 2006، ص 91.

(3) انظر: سليمان مرقص، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، الجزء الأول، ط بدون، معهد البحوث والدراسات العربية، 1971، ص36.

(4) انظر: أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 140، وانظر أيضاً: لذات المؤلف ص 286.

(5) فيصل زكي عبد الواحد وأحمد عبد العال أبو قرين، مبادئ القانون، ج 2، 1986، ص 374.

(6) انظر: المنكرات، الإيضاحية، مرجع سابق، ص 180.

أما إذا تراخى كلا المتعاقدين عن تمام العقد بإجراء التسجيل، فإنه يترتب عليه بطلان العقد مما يعني أن الضرر المتحقق لأحد المتعاقدين نتيجة عدول الآخر بمنزلة واقعة مادية لا يترتب عليها المسؤولية وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية<sup>(1)</sup>.

ولقد عبرت محكمة التمييز الموقرة في أحد أحكامها بالقول: "إن العقد الباطل لا يترتب أثراً ولا تلحقه الإجازة إعمالاً لنص المادة (168) من القانون المدني الأردني فلا يجوز تعويض المضرور... وعليه فلا يحق للمميزين الاحتفاظ بمبلغ الثلاثين ألف دينار وإنما يجب إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد"<sup>(2)</sup>، ونعتقد أن القرار قد شابه عيب في الصياغة، ذلك أنه إذا قصدت المحكمة بعبارة (فلا يجوز تعويض المضرور) بأن مبلغ العربون هو لجبر الضرر، فهي تخالف مقصود المشرع من وظيفة العربون في التعاقد، وإذا كانت تقصد عدم التعويض مطلقاً فقصدتها أكثر مخالفة وإيلاً، لأن المضرور له اللجوء وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية. وإن كنا نسلم بالنتيجة التي توصلت إليها المحكمة، لأن سند قبض العربون لم يكن موقفاً من دافعه أصلاً، ويرى الباحث إذا ما استكمل العقد شكله الذي حدده القانون، فإن ذلك يشكل تنازلاً من المتعاقد عن خيار العدول، لأن العدول بعد تمام شكل العقد الذي يتطلبه القانون ما هو إلا امتناع عن تنفيذ العقد، يملك المتعاقد الآخر حق جبر المدين على تنفيذه باعتبار العربون جزءاً على الإخلال بنقطة العقد، وعليه فهو منفصل عن العملية التعاقدية، لا سيما حين يكون العقد باطلاً إذ إنه يعتبر جزءاً في مثل هذه الحالة، وأن أي ضرر يترتب على واقعة العدول ذاتها متجاوز مبلغ العربون لا بد من جبره.

## الفرع الثاني

### العدول مع انصراف قصد المتعاقدين من العربون إلى ابتدائية العقد

نتحدث عن العربون ودلالة العدول عن العقد الرضائي أولاً، ثم العربون ودلالة العدول عن العقد الشكلي ثانياً.

#### أولاً: العربون ودلالة العدول عن العقد الرضائي:

من المعلوم أن العقد الرضائي هو ذلك الذي ينعقد بمجرد توافق الإرادتين وتطابقهما<sup>(3)</sup>، غير أن ما دفع مبلغ العربون يجعل من العقد معلقاً على شرط واقف خلال المدة التي ضربت لاستخدام هذا الخيار<sup>(4)</sup>، فإذا ما استخدم أحد المتعاقدين الخيار بالعدول عن العقد خلال المدة المتفق عليها بينهما، وأدى ذلك إلى إنهاء الرابطة العقدية<sup>(5)</sup>، الأمر الذي يترتب عليه في حال حصول ضرر في جانب المتعاقد الآخر بما يفوق مبلغ العربون

<sup>(1)</sup> لقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية في قرارها (تميز 293/82 صفحة 1276 سنة 1982) قائلة (... لا يرد القول أن المادة 107 من القانون المدني لا تجيز رد العربون المدفوع... لأن حكم هذه المادة يتعارض مع قانون التسوية وهو قانون خاص...) على أنه وإن كان العقد الباطل لا يترتب أثراً لكن في حالة العربون ينبغي تطبيق المادة 107 لأنها بمثابة جزء قانوني على العيب بمبدأ حسن النية لذا نرى أن بطلان العقد لا ينسحب حكمه إلى العربون، مشار للحكم لدى جمال دغمش شرح على القانون المدني، العقد، والاجتهادات القضائية، 2000 ص 152.

<sup>(2)</sup> تمييز حقوق رقم (98/1379)، المجلة القضائية المعهد القضائي الأردني، عمان، السنة الثانية، المجلد الثاني، العدد العاشر، 1998، ص 205، 206.

<sup>(3)</sup> انظر: أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 57، وعلى ذلك نصت، المادة (99/1) من القانون المدني الأردني "1- يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب".

<sup>(4)</sup> انظر: محمد المرعي، عقد البيع، مرجع سابق، ص 140.

<sup>(5)</sup> انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مرجع سابق، ص 215.

الخطأ التقصيري وليس العقدي، ومن ثم لا يمكن تأسيس دعوى التعويض في هذا الفرض على أساس قواعد المسؤولية العقدية، ذلك أن استخدام الخيار أسبق على تكوين العقد نهائياً، فإذا ما سبق الخيار بالعدول من قبل أحد المتعاقدين انتفى وجود العقد<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: العربون ودلالة العدول عن العقد الشكلي:

إن ما يقال في العقود الرضائية بخصوص اتفاق المتعاقدين على دلالة العربون للعدول عن العقد، هو ذاته الذي يقال في العقود الشكلية، بل إن ذلك من باب أولى، حيث إنه في العقود الشكلية إذا لم يستوف العقد الشكل المطلوب، واستخدم أحد الأطراف خيار العدول خلال هذه المرحلة، يعني عدم تمام العقد كما أشير سابقاً، أما إذا استوفى العقد ركنه الشكلي ورغب أحد المتعاقدين العدول، فيكون الضرر المتحقق للطرف الآخر فوق مبلغ العربون ناجم عن خطأ عقدي، برغم أن دفع العربون يفيد دلالة العدول في الاتفاق المبرم بينهما، ذلك أن الضرر المتحقق نجم عن عقد صحيح أبرم واكتملت أركانه، لاسيما ركن الشكلية فيه، وهو ما يفيد بأن نية المتعاقدين قد تغيرت لجهة نهائية العقد، فإجراء التسجيل يتطلب وقتاً ومالاً، بل يرى الباحث أن دلالة العدول تسقط بمجرد التسجيل، ويصبح العقد نهائياً، ويلاحظ هنا أن شروط المسؤولية العقدية متحققة، وهي: وجود عقد صحيح بين طرفين، والضرر نجم عن إخلال بواجب عقدي قبل انحلال العقد يتمثل في النكوص عن العقد<sup>(2)</sup>.

أما إذا خلا العقد من ذكر شيء عن دلالة العربون، ولم تتصرف إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية إلى ذلك، فإننا سنكون أمام واقعة منفصلة عن العقد، وذلك ما سنتناوله في المبحث الثاني، لأن نص المادة (107) من القانون المدني تقتض دلاله العدول في حال عدم وجود اتفاق، وهو ما يراه الباحث التزاماً مصدره النص القانوني وليس شرطاً أو اتفاقاً بين الطرفين.

## المبحث الثاني

### نطاق المسؤولية التقصيرية عن الضرر المتحقق فوق مبلغ العربون

تقتضي دراسة نطاق قواعد المسؤولية التقصيرية في التعويض عن الضرر المتحقق فوق مبلغ العربون، التطرق لحالتين الأولى: حالة ما إذا وجد اتفاق بين الطرفين والثانية: في حالة دفع العربون دون وجود اتفاق بينهما، حيث سيظهر بأنه في كلا الحالتين سنتعرف إلى نظرية التعسف وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى المطالبين التاليين:

المطلب الأول: التعسف في العدول عن العقد حال وجود اتفاق على دلالة العربون.

المطلب الثاني: التعسف في العدول عن العقد حال عدم وجود اتفاق على دلالة العربون.

(1) انظر: أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 67.

(2) انظر: المادة (107) من القانون المدني الأردني، انظر: سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية، مرجع سابق، ص 36. وانظر أيضاً: أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 285، جلال العدوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 311-312.

## المطلب الأول

## التعسف في العدول عن العقد حال وجود اتفاق على دلالة العربون

لقد توصلنا- فيما سبق - إلى أن المسؤولية العقدية لمن يعدل عن العقد، تتحقق في بعض الفروض نتيجة عدوله باعتباره إخلالاً بالتزام تعاقدي، إذا انصرف قصد المتعاقدين من دفع العربون إلى نهائية العقد وكان العقد مستجمعاً لأركانه، سواء أكان العقد رضائياً أم شكلياً، فإننا نكون أمام عقد صحيح بين طرفين، وعليه فإن الإخلال من جانب المتعاقد الآخر يعني تقرير مسؤوليته العقدية<sup>(1)</sup>، وفي هذا المطلب سنتحدث عن حالة وجود اتفاق بين المتعاقدين على دلالة العربون، سواء أنشأ العقد صحيحاً أم باطلاً رضائياً أم شكلياً، وسواء أقصد المتعاقدان نهائية العقد أم أن العربون لابندائية العقد.

فقد يمارس أحد المتعاقدين حقه في العدول بناء على اتفاق مبرم بينهما، أو أن كلا المتعاقدين قد سكت عن دلالة العربون، الأمر الذي يدفعنا لمناقشة مدى تحقق مسؤولية المتعاقد التقصيرية عند استخدامه خيار العدول، وفيما إذا كان متعسفاً في استخدامه لهذا الحق من عدمه، وهل يمكن تحقق قواعد كلا المسؤولين العقدية والتقصيرية في هذا الفرض؟

تجدر الإشارة، إلى أن نظرية التعسف في استعمال الحق، تعدّ إحدى الركائز الأساسية، التي أرسّتها أغلب التشريعات وأوردت لها العديد من التطبيقات، حيث أورد المشرع الفرنسي أحد هذه التطبيقات في حديثه عن حق المؤلف، حيث إنه عدّ ممثلي المؤلف المتوفى متعسفين إذا أساءوا الحق في إذاعة المؤلف أو عدم إذاعته<sup>(2)</sup>. ولقد انقسم الفقه حول نطاق التعسف إلى اتجاهين:

**الاتجاه الأول:** يرى بأن التعسف نظرية يمكن تطبيقها في مجال الحقوق دون المرخص، حيث يعدّون حرية التعاقد والتملك من المرخص، أما إذا تم مباشرة هذه المرخص وترتب بناء على ذلك ضرر في حق الغير، فلا يمكن تأسيس المسؤولية على أساس التعسف بل على أساس توافر أركان المسؤولية المدنية، فالمرخص بحسب هذا الاتجاه تثبت للكافة، ولا تخول صاحبها ميزة من أي نوع<sup>(3)</sup>.

**الاتجاه الثاني:** يرى بأن التعسف يصلح أساساً لقيام المسؤولية في مجال الحقوق والمرخص، سواء استعمل الشخص حقوقه أو رخصه، وانطوى هذا الاستعمال على تعسف، فإنه يمكن قيام المسؤولية استناداً إلى نظرية التعسف، ويؤيد الباحث ما ذهب إليه الفريق الثاني من الفقه، ذلك أن التعسف هو فعل يصف الاستعمال وطريقته

(1) انظر عماد حمدي حجازي، الحق في الخصوصية ومسؤولية الصحف في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، 2008، ص 294. فيصل زكي عبد الواحد. أحمد عبد العال أبو قرين، مبادئ القانون، ج 2، مرجع سابق، ص 374.

(2) انظر: إبراهيم أمين النفاوي، التعسف في التقاضي، دراسة مقارنة في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2006، ص 222، رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2014، ص 439. 2. انظر: علي عبد الحميد تركي، الحق في التقاضي بين الاستعمال المشروع والتعسف، في مجال الدعاوى المدنية والتجارية، والأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط 1، القاهرة، 2009، ص 102.

(3) انظر: أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 322.

التي بدورها أدت إلى وقوع ضرر في جانب طرف آخر، ومن ثم من غير المنطقي الخلاف حول وسيلة الحماية، ما دام أن المقصود من كل ذلك حماية المضرور وتعويضه<sup>(1)</sup>.

والمعايير الأربعة التي أوردتها المادة (66) من القانون المدني الأردني، التي سيأتي ذكرها قد يكون للمتسرف فيها مصلحة وقد لا يكون، علماً بأن هناك جانباً من الفقه المصري يرى بأن المعيار الجامع الذي يمكن الركون إليه هو وجود: (التزام غاية الحق وعدم الانحراف عنها)<sup>(2)</sup> في حين يرى جانب من الفقه بأن المقصود هو تهيئة نافذة للقاضي ليسترشد بها<sup>(3)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك اتجاهاً آخر يرى بأن التسرف في استعمال الحق من باب المسؤولية التقصيرية أي أنه صورة من صور الخطأ<sup>(4)</sup>.

وقد نصت المادة (66) من القانون المدني الأردني على أنه: " 1. يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع. 2. ويكون استعمال الحق غير مشروع: أ. إذا توافر قصد التعدي. ب. إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة. ج. إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر. د. إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة"<sup>(5)</sup>.

كما أورد المشرع الأردني تطبيقات لهذه المادة في نصوص أخرى كالمادة (156) التي حرمت صاحب الحق في الفسخ نتيجة وقوعه في الغلط من التمسك بالفسخ إذا تعارض ذلك مع مقتضيات حسن النية<sup>(6)</sup>.

لقد توصلنا في المبحث الأول إلى أن ممارسة حق العدول عن العقد خلال مدة الخيار إذا كان مستجعماً لأركانها وتحقق عن استعمال خيار العدول خلال ميعاده ضرر يفوق مبلغ العربون، حيث يشكل إخلالاً عقدياً تقوم معه المسؤولية العقدية، ولكن يلاحظ في هذا الصدد ومع تقرير المسؤولية العقدية، أن معايير التسرف قد تصلح للتطبيق، فإذا قصد أحد المتعاقدين من عدوله الإضرار بالمتعاقدين الآخر مع علمه بأن المتعاقد الآخر قد تجنب صفقة كبيرة من أجل إتمام العقد، أو أن العاقد الذي عدل عن إتمام العقد قد جاء للاتفاق بقصد الإضرار، ولكي يجعل من المتعاقد الآخر مطمئناً إلى نيته في التعاقد قام بدفع العربون، ثم إذا ما فات على المتعاقد الآخر صفقته

(1) انظر: عبد الله مبروك النجار، التسرف في استعمال حق النشر، دراسة فقهية مقارنة في الفقه الإسلامي، والوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1416هـ - 1995م، ص 146 وما بعدها.

(2) انظر: حسن كيرة، مدخل إلى علم القانون، منشأة المعارف القانونية، 1993، ص 781.

(3) انظر: عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 1994، ص 441، إسماعيل غانم، النظرية العامة للحق، مرجع سابق، ص 161.

(4) انظر: إبراهيم النفاوي، التسرف في التقاضي، مرجع سابق، ص 67 وما بعدها جعفر المغربي، طرق إجبار المدين على التنفيذ العيني، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 200، ص 26، إسماعيل غانم، النظرية العامة للحق، 1966، ص 166، محمود جماد الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام، وتأخذ محكمة التمييز بهذا الاتجاه: انظر: تمييز حقوق أردني، رقم 251/1993، هذا 1992 ج1، مطبعة جامعة القاهرة، 1976، منشورات محاكم عدالة، وانظر أيضاً: حسين عامر، التسرف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، ط1، 1960، ص 57.

(5) انظر: محمد السعيد رشدي، التسرف في استعمال الحق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 116، وانظر أيضاً: أنور سلطان، المرجع السابق، ص 325، وانظر أيضاً: أحمد النجدي زهو، التسرف في استعمال الحق، مطبعة جامعة القاهرة، 1991، ص 48.

(6) انظر: تمييز حقوق أردني رقم 2004/995، هيئة خماسية، تاريخ 2004/11/7، الذي تحدثت فيه المحكمة الموقرة عن مصدر مسؤولية شركة التأمين، وانظر أيضاً: سليمان مرقص، مرجع سابق، ص 36. وانظر أيضاً: أنور سلطان، مرجع سابق، ص 285، وأيضاً: جلال العدوي، مرجع سابق، ص 311-312.

الأخرى، إذا به يتمسك بخيار العدول فإن ذلك يؤدي إلى ثبوت التعسف في جانبه، ومسألة تقدير فيما إذا كان العدول بقصد الإضرار من عدمه هو معيار ذاتي<sup>(1)</sup>.

أي أن أحد المتعاقدين قد يبرم العقد قاصداً فيه الإضرار بالمتعاقدين الآخر، مستخدماً العقد كوسيلة للإضرار ومؤكدًا على قصده من خلال دفع مبلغ العربون، وهذا متصور في الحياة الواقعية، الأمر الذي يثير السؤال الثاني: هل ينعقد العقد انعقاداً صحيحاً على اعتبار أن الباعث البعيد للعقد غير مشروع وهو قصد الإضرار؟<sup>(2)</sup>، أو أن العقد ما دام مستجمعاً أركانه وثابت بصيغته<sup>(3)</sup> ما من شائبة تشويهه ومن ثم لا مجال لرد قصد المتعاقد إليه؟

إذا تم إثبات عدم مشروعية السبب من خلال المتعاقد الآخر، فإننا سنكون أمام عقد باطل والعقد الباطل لا يترتب أثراً كما أشير سابقاً، فلا مجال للحديث عن المسؤولية العقدية هنا، وإنما يصح العقد وما تلاه من دفع للعربون ثم العدول عنه بمنزلة واقعة مادية<sup>(4)</sup>، تقوم معها المسؤولية التقصيرية، ومن ثم يسأل عن الضرر المتحقق فوق مبلغ العربون بالاستناد إليها.

ويصدق على ما سبق معياران من معايير التعسف وهما: قصد الإضرار وأن المصلحة المرجوة من فعل العدول غير مشروعة على أن المعيار في تقدير المصلحة هو معيار موضوعي<sup>(5)</sup>.

أما إذا لم يثبت المضرور عدم مشروعية سبب العقد، فالعقد صحيح ويترتب آثاره، فإذا عدل أحد المتعاقدين عن تمام العقد الذي انصرفت إليه إرادة كليهما، فنرى أن الضرر الناجم عن العدول والمتجاوز بحجمه لمبلغ العربون، لأنه يريد منفعة مشروعة عبر تعاقد مع شخص من الغير، لا يقاس بالمنفعة التي حققها من عدوله، فمن حقه السعي إلى المنفعة من حيث الأصل، الأمر الذي يعني تطبيق نظرية التعسف عبر الموازنة بين حجم الضرر والمنفعة المقصودة من عدوله عن العقد، ويمكن قياس ذلك بمعيار موضوعي وفق السلوك المألوف للرجل العادي<sup>(6)</sup>.

نخلص مما سبق، إلى أن معايير التعسف في استعمال الحق تصلح لتأسيس مسؤولية من يستخدم خيار العدول عن العقد، ويترتب على عدوله هذا ضرر يفوق قيمة العربون، وبالتالي تصلح هذه المعايير لرفع دعوى التعويض عن الضرر سواء أكان العقد صحيحاً أم باطلاً.

(1) انظر: محمد السعيد رشدي، التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص 147. وانظر أيضاً: أنور سلطان، مرجع سابق، ص 325، أحمد النجدي زهو، التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص 48.

(2) انظر: أنور سلطان، مرجع سابق، ص 134.

(3) انظر: المرجع السابق، ص 44، نقصد بالصيغة أن الإرادة الظاهرة هي ما نحاسب المتعاقد عليها فلا نبحث عن السبب البعيد الكامن في نفسه.

(4) انظر: أنور سلطان، مرجع سابق، ص 140، وانظر لذات المؤلف، ص 286.

(5) انظر: محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص 116، وانظر أيضاً: أنور سلطان، مرجع سابق، ص 325، انظر: أحمد النجدي زهو، مرجع سابق، ص 49.

(6) انظر: محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص 116، وانظر أيضاً: أنور سلطان، مرجع سابق، ص 325، أحمد النجدي زهو، مرجع سابق، ص 48.

لكن بقي أن نشير، إلى أنه في حالة العقد الصحيح تقوم مسؤولية من عدل في الحالتين العقدية والتقصيرية، أي تجتمع في فعل العدول المسؤولين، والرأي الغالب في الفقه أن الضرر ليس أمامه إلا أن يرفع دعوى المسؤولية العقدية، لأنها تجب المسؤولية التقصيرية<sup>(1)</sup>.

أما إذا قصد العاقدان من دفع العربون أن لكل منهما العدول عن العقد، فقد رأينا في المبحث الأول أن ما يمكن المطالبة به من تعويض عن الضرر المتحقق فوق مبلغ العربون، يقوم على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية لأنه باستخدام الخيار خلال مدته ينتهي وجود عقد، وقد أخرجنا من ذلك حالة العقد الشكلي المستجمع لأركانه ولاسيما ركن الشكالية، وقد اجتهد باحث الدراسة على أن مجرد تسجيل العقد إذا كان يشترط الشكالية لقيامه يعني سقوط الخيار بالعدول.

## المطلب الثاني

### التعسف في العدول عن العقد حال عدم وجود اتفاق على دلالة العربون

لقد حددت المادة (107) المشار إليها آنفاً أن عدم وجود اتفاق على دلالة العربون بين المتعاقدين يشكل قرينة قانونية على أن دفع العربون يفيد خيار العدول، كما أن المادة (256) تنص على أن "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"<sup>(2)</sup>.

حيث يلاحظ من قراءة كلا النصين أنهما يكملان بعضهما بعضاً، أي أنه في حال عدل أحد المتعاقدين عن إتمام العقد، ولم يتحقق ضرر يجاوز مبلغ العربون، فإن الفقرة الثانية من المادة (107) قد تكفلت بحق المتعاقد الآخر، والمتمثل بخسران العربون لمن دفعه ورده ومثله لمن قبضه، فإذا ما زاد أو تقادم الضرر لدى المتعاقد الآخر نتيجة العدول، بحيث كان مبلغ العربون لا يكفي لجبر ضرره، تقوم المادة (256) حينئذ بدورها وهي جبر الضرر المتجاوز، لأن النص جاء مطلقاً كما أن نص المادة (107/2) يلقي على عاتق كلا المتعاقدين واجبا قانونيا، وهو أن لا يكون العقد عرضه للعبث، وأن يتم مراعاة مبدأ حسن النية علاوة عن أن معايير نظرية التعسف السابقة التي يجب مراعاة عدم الوقوع في محاذيرها يمكن تطبيقها أيضاً، كل هذا يجعل من العدول الذي فرضت عليه الفقرة (2) من المادة (107) جزءاً، عبارة عن واجب قانوني يتمثل بعدم العبث في ثقة العقد واستقرار التعامل بين الناس، فإذا لم ترع كل هذه المحاذير عند ممارسة حق العدول، وتحقق ضرر يفوق مبلغ العربون في جانب المتعاقد الآخر، فإن من شأن ذلك هو قيام المسؤولية التقصيرية وبالنتيجة إمكانية رفع دعوى التعويض على أساسها.

بناء على ما تقدم، فإنه يتساوى الأمر -من وجهة نظري- بين أن يتوافر في فعل العدول أحد معايير نظرية التعسف، بحيث يكون استخدام حق العدول بطريقة غير مشروعة، أو أن الإضرار ناجم عن واقعة العدول ذاتها لأن المادة (256) لا تبقي لمن عدل الحق في التحدي فيلزمه الضمان<sup>(3)</sup>.

(1) انظر: أنور سلطان، مرجع سابق، ص 289، وانظر أيضاً: سليمان مرقص، مرجع سابق، ص 61-70، حيث أورد خلاف الفقهاء في هذه المسألة.

(2) المذكرات الإيضاحية، الجزء، الأول، ص 288، 122.

(3) انظر: المذكرات الإيضاحية، المرجع السابق، ص 122.

**الخاتمة:**

لقد تبين لنا مما سبق، بأن الحال ليس سواء في كل الفروض فيما يتعلق بتأسيس دعوى المسؤولية عن الضرر المتحقق فوق مبلغ العربون، وعليه فإن ما يصدق على بعض الفروض من تحقق المسؤولية العقدية قد لا ينطبق على أحوال أخرى، حيث تقوم قواعد المسؤولية التقصيرية بدورها، ومن خلال تحليل المضامين القانونية السابقة فقد تم التوصل إلى عدد من النتائج والتوصيات:

**أولاً: النتائج**

1. إن تحقق الضرر فوق مبلغ العربون نتيجة عدول أحد المتعاقدين، لا يمكن فيه تأسيس دعوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عنه على قواعد قانونية واحدة، وإنما يختلف الأمر من حالة إلى أخرى، فإذا قصد به نهائية العقد قامت كلا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية معاً، على أنه في حال الاجتماع بينهما فالرأي الغالب هو أن المسؤولية العقدية تجب التقصيرية، وعليه فدعوى التعويض عن الضرر المجاوز مبلغ العربون يجب أن يستند إليها، علماً بأن اجتماع المسؤوليتين معاً يأتي في حالة انطباق أحد معايير نظرية التعسف في استعمال الحق في حال العدول عن العقد، وإلا فلا اجتماع بينهما.
2. إن استخدام خيار العدول في العقد الشكلي المستجمع لأركانه وإن كان قصد المتعاقدين من العربون دلالة العدول، إلا أن استكمال الشكل يسقط خيار العدول، فإذا تحقق الضرر المجاوز فتكون المسؤولية عقدية.
3. إن العقد إذا كان باطلاً وعدل أحد المتعاقدين عن العقد، وتحقق الضرر المجاوز مبلغ العربون، فإن المسؤولية تكون تقصيرية، لأن العقد الباطل لا وجود له، وبالتالي فنحن أمام واقعة مادية.
4. إن استخدام أحد المتعاقدين لخياره في العدول مع اتفاقهما على دلالة العدول، وفي حال نشوء ضرر في حق المتعاقد الآخر مجاوزاً لمبلغ العربون، فإن المسؤولية المترتبة تكون تقصيرية، لأن العقد بعد استخدام خيار العدول لا وجود له مع مراعاة البند (2) من النتائج، وهذا إما لأن أحد معايير التعسف قد تحقق، أو أن المادة (256) تضطلع بدورها لمواجهة حالة الإضرار الواقعة بأحد المتعاقدين.

**التوصية:**

تعديل نص المادة (107/2) من القانون المدني، بحيث تشير إلى مسؤولية المتعاقد عن الضرر المتحقق فوق مبلغ العربون بحيث تصبح:

"إذا عدل من دفع العربون ففده وإذا عدل من قبضه رده ومثله مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر فوق ذلك".

## المصادر والمراجع

### المصادر:

- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، منشورات نقابة المحامين الأردنيين، إعداد المكتب الفني، لعام 2000م.
- المجلة القضائية المعهد القضائي الأردني، عمان، السنة الثانية، المجلد الثاني، العدد العاشر، 1998.

### الكتب القانونية:

- إبراهيم أمين النفاوي، التعسف في التقاضي، دراسة مقارنة في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2006.
- أحمد النجدي زهو، التعسف استعمال الحق، مطبعة جامعة القاهرة، ط بدون، 1991.
- إسماعيل غانم، النظرية العامة للحق، 1966.
- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى، عمان، 1987م.
- جعفر المغربي، طرق إجبار المدين على التنفيذ العيني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2000.
- جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، 1994م.
- جمال دغش، شرح على القانون المدني، العقد، والاجتهادات القضائية، 2000م.
- حسن كبيرة، مدخل إلى علم القانون، منشأة المعارف القانونية، 1993.
- رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.
- سليمان مرقص، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، الجزء الأول، ط بدون، معهد البحوث والدراسات العربية، 1971.
- عبد الحكيم فودة، التعويض المدني، المسؤولية المدنية التعاقدية والنقصيرية في ضوء الفقه وأحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998م.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج1، منشأة المعارف بالإسكندرية، تنقيح أحمد المراغي، 2004.
- عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية عشرة، 1431 هـ - 2010.
- عبد الله مبروك النجار، التعسف في استعمال حق النشر، دراسة فقهية مقارنة في الفقه الإسلامي، والوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1416هـ - 1995م.
- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 1994.

- عدنان ابراهيم السرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات" دراسة مقارنة، المدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة ، عمان، ط1، 2003
- علي عبد الحميد تركي، الحق في النفاذ بين الاستعمال المشروع والتعسف، في مجال الدعاوى المدنية والتجارية، والأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2009.
- علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، إصدار ثان، 2006م.
- عماد حمدي حجازي، الحق في الخصوصية ومسؤولية الصحفي في ضوء أحكام تشريعية الإسلامية والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، 2008.
- فيصل زكي عبد الواحد، أحمد عبد العال أبو قرين، مبادئ القانون، ج2، دار نصر للطباعة الحديثة، العام الجامعي 2005م.
- محمد السعيد رشدي، التعسف في استعمال الحق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط بدون، 1991.
- محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة شرح عقد البيع القانون الأردني، الطبعة الأولى، 1993م.
- حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، ط1، 1960.
- محمود جمال الدين زكي الوجيز في نظرية الالتزام، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، 1976.

## مكنت اتفاقية التريبس تتهاوى أمام الطوارئ الصحية العالمية مع التطبيق على فيروس كورونا

### The capabilities of the TRIPS Agreement are collapsing in front of the global health emergency with the application on Corona Virus

منى السيد عادل عبدالشافي عمار\*

#### الملخص

حينما عقدت الدول المتقدمة العزم على وضع اتفاقية التريبس- وسواها المنبثقة عن منظمة التجارة العالمية- فقد أعلنت مقصدها في مساعدة البشرية على تحرير التجارة بين الدول بما يحقق الهدف المرجو وهو أن تتمتع البشرية برفاهية أكبر، إلا أن هذه الأحلام لم ترى للواقع مكانا لدى رعايا الدول النامية، وتقتصر تحقيق هذه الأمنية على الدول المتقدمة، التي لم تسع سوى لتحقيق الرفاهية لرعاياها على حساب الدول النامية ومن بينها الرعاية الصحية، إلا أن فيروس كورونا أتى ليقضي على النظم الصحية التي تباغت كثيرا بما تمتلكه من قدرات، فما كانت تكنزه الدول المتقدمة من تكنولوجيا دوائية ونظم صحية لم يغنها أو يمنع عنها هجوم شرس من فيروس لا يعرف حدود أو اتفاقيات وضعت من أجل تحقيق المصالح فلم تشفع لها قدرات اقتصادية أو صحية هائلة، ولم يمنع عنها ما تمتلكه من مكنات منحها لها اتفاقية التريبس في مجال الدواء باعتباره السلاح الذي يمكن أن تقوي به على الفيروس، إلا أن حالة فيروس كورونا لا يمكن الحديث- على الأقل رهنا- عن دواء آمن يمكن أن يمنح عنه براءة اختراع، ومن ثم الارتكان لأحد المكنات التي جاءت به اتفاقية التريبس لوقف نزيف الأرواح التي تحصد أو تمنع الفيروس من مواصلة زحفه، فكل ما يمكن الارتكان إليه هو الترخيص الإجباري لأغراض الصحة العامة لأدوية مساعدة تساعد على التقليل من حدة تمكن الفيروس و انتصاره على البشرية.

الكلمات الدالة: اتفاقية التريبس، الطوارئ الصحية العالمية، فيروس كورونا، الدول النامية، الدول المتقدمة.

#### Abstract

When the developed countries resolved to put in place the TRIPS Agreement- and all the agreements emanating from the World Trade Organization – they declared that the goal is to help humanity liberalize trade between countries in order to achieve the desired goal, which is for humanity to enjoy greater prosperity, yet these dreams reaped no fruit in the middle of the nationals of the developing countries, the achievement of this wish is exclusively limited to the developed countries, which have only sought to achieve the well-being of their citizens at the expense of developing countries, including health care, but the Corona virus came to destroy the health systems that boasted so much of their capabilities; what the developed countries used to possess of medicinal technology and health systems did not secure them against a fierce attack from a virus that did not know the limits or agreements that were set in order to achieve their interests, nor their enormous economic or health capabilities and facilities they possessed by the TRIPS Agreement in the field of medicine as the weapon which can lend a helping hand to defeat the virus. However, when it comes to the Corona virus, it is not possible – at least for the time being – to talk about a safe drug with a patent, and then relying on one of the mechanisms that the TRIPS Agreement came to stop the bleeding of souls that reap or prevent the virus from continuing its crawl. What can be done is only relying on compulsory licensing for public health purposes of adjuvant drugs that help reduce the severity of the virus and its victory over humanity.

**Keywords:** TRIPS Agreement, Global Health Emergency, Corona Virus, Developing Countries, Developed Countries.

\* كلية القانون، جامعة طنطا، مصر. تاريخ استلام البحث 2021/2/24 وتاريخ قبوله 2021/4/25

## المقدمة

خلال السنوات الماضية كانت الدول المتقدمة تتغنى بما تمنحه اتفااقية التريبس للدول النامية وذلك فى سببلا لتسويق لهذة الاتفااقية التي كانت محل اعتراض من الدول النامية التي عادت لتقرها بالتوقيع عليها فى خطوة منها لتتال عسلها الذي وعدتها به إياه الدول المتقدمة وفقا لما صورتها لها ، وهو ما دفع الدول النامية إلى التوقيع عليها ، لذا أصبحت الدول النامية متفرجة فى مهرجان الدول المتقدمة مكتفية بالمشاهدة دون المشاركة واستمر هذا المشهد لأعوام بدأ من 1995 وحتى شتاء 2019 حينما استيقظ العالم على كارثة صحية دفعت منظمة الصحة العالمية على إثرها إلى إعلان تعرض العالم لجائحة كورونا ، فلم يمنح هذا الفيروس الفرصة للجميع سواء الدول النامية أو المتقدمة على حد سواء أن تأخذ حذرنا لتواجهه، إذ باغتها دون سابق إنذار وكأنه أعد العدة لينتصر على أقوى الأنظمة الصحية دون أن يفرق بين الدول وقدرتها على مواجهتها فالجميع سواء أمامه وكأنه قاض يجلس على منصة العدل، إلا أن الأمر لم يقتصر على موجة واحدة بل عاد الفيروس لينتقم مرة أخرى بموجه أكثر شراسة ليودي بحياة الكثيرين حول العالم ويهدم قلاع صحية اعتقد الكثيرون أنها حصينة لا يمكن اختراقها وليجعل من المآرب التي سعت الدول المتقدمة إلى تحقيقها من وراء اتفااقية التريبس مجرد سراب يسير وراءه العطشى إذ هوى الفيروس بهذه الطموحات إلى مكان سحيق.

ومع أنّ ما منحه اتفااقية التريبس من مكناات قد ساعد الدول الأعضاء على اللجوء إليها لمساعدتها على مواجهة ما تتعرض له من طوارىء صحية، إلا أن الاتفااقية لم تتعرض لحالة تعرض العالم لجائحة بحجم كورونا فلم يدر فى خلد المشرع الدولي إمكانية تعرض العالم بأجمعه إلى هكذا فيروس، لذا لم نجد اتفااقية التريبس تتعرض بالمعالجة إلى إلزام الدول الأعضاء بالتنسيق فيما بينهم بحثيا بما يحفظ حقوق الأطراف حال توصلهم لاختراع دوائي يساعده البشرية على تخطي هذه الأزمة الصحية بما يمنحهم فرصة البقاء، ولعل ذلك مرجعه هو عدم توقع المشرع لمثل هذه الجائحة فلم يسبق أن تعرض العالم لمثل هذه الكارثة الصحية، إذ كثيرا ما كانت تتلخص الأزمات الصحية العالمية فى حدود بعض دول العالم.

لذا يجب على الدول النامية فى هذه الحالة دراسة المكناات التي منحتها اتفااقية التريبس بعناية فائقة منعا لتعرضها للمسئولية الدولية التي قد ينتهي بها المطاف إلى توقيع غرامات مأللة تفوق بكثير ما يمكن إنفاقه فى سببيل لجوئها لمكناة أخرى منحتها إياها اتفااقية التريبس تتلاءم وأوضاعها الاقتصادية، خاصة مع ما تحمله هذه المكناات من جوانب قد تمثل نغمه على الدول التي تستعين بها خاصة الدول النامية التي قد لا تتوافق قدراتها الاقتصادية مع التحديات التي تعرضها هذه المكناات لينتهي بها المطاف إلى المثل أمام المحاكم أو هيئات التحكيم الدولية، لذا يجب أن تخضع عملية الانتقاء للدراسة الدقيقة والمتأنية ليؤخذ فى الاعتبار الجوانب الاقتصادية والسياسية وكافة ما يمكن أن يؤثر بشكل أو بآخر على قدرة الدولة على الاستفادة من هذه المكناات التي تتنوع بين الترخيص الاختياري والإجباري ومبدأ الاستنفاد ونزع الملكية، ومع اتفااق هذه المكناات فى الهدف إلا أنهم يختلفون فيما بينهم فى السببيل وفى قدرة الدول على استيعاب أي منهم دون عناء تجدر الإشارة إلى أن اتفااقية التريبس لم تتناول بالمعالجة لأي من المكناات السابق الإشارة إليها وربطتها بالطوارىء الصحية سوى الترخيص الإجباري ، أما فيما

يتعلق بالمكّنات الأخرى فإن حالات اللجوء إليها يرجع إلى انخفاض سعر الدواء في الدول الأخرى المطروح بها الدواء كمبدأ الاستنفاد أو تعلق الأمر بعدم قدرة مالك البراءة على استغلالها خلال ثلاث سنوات بمعرفته أو من خلال الاستعانة بالغير كما في نزع الملكية .

لذا حاولنا التعرض بالدراسة إلى هذه المكنة لارتباطها بحالة تعرض العالم لطوارئ صحية كما في حالة انتشار فيروس كورونا التي تناولتها اتفاقية التريبس وهي حالة الترخيص الإلزامي لمواجهة الطوارئ الصحية أو لأغراض الصحة العامة<sup>(1)</sup>، والتي تتم دون إرادة مالك البراءة لتعلق الأمر بالصحة العامة وتعرض المجتمع باعتباره المستهدف الأول من منح البراءة .

ويهدف البحث في هذا الموضوع إلى تقديم المساعدة القانونية للدول النامية على توفير الدواء لرعاياها وقت تعرضها للطوارئ الصحية ومن بينها فيروس كورونا وفقا للاتفاقيات الدولية ومن بينها اتفاقية التريبس دون أن يعد ذلك تعديا منها على حقوق مالك البراءة بما يجوز لمالكها الحق في اللجوء إلى القضاء للحصول على التعويض الذي قد يتجاوز قيمة الترخيص حال الاستعانة بالترخيص الإلزامي لمواجهة الطوارئ الصحية وفقا لاتفاقية التريبس.

**إشكالية البحث:** لعل تعرض العالم إلى وباء فيروس كورونا وما حمله في طياته من خسائر في الأرواح والأموال قد أدى إلى إرباك العالم اقتصاديا وصحيا فلم يكن بوسع العالم أن يتوقع حدوثه بما يمنحهم فرصة اتخاذ كافة التدابير الاقتصادية والصحية اللازمة لتفادي تفاقم الوضع الصحي، إلا أن اللجوء إلى الترخيص الإلزامي أو أحد المكّنات الأخرى لا يمكن التسليم بقدرة الدول النامية على الاستفادة منها خلال الوقت الحالي، وهو ما يبرهن قصورها في التنفيذ .

**منهج البحث:** عمدنا في هذه الدراسة إلى الاستعانة بكافة مناهج البحث العلمي سواء المنهج الوصفي أو التحليلي أو المقارن لدراسة الترخيص الإلزامي لأغراض الصحة العامة وقت انتشار فيروس كورونا باعتباره عائق يحول دون ذلك، إذا استعنا بالمنهج الوصفي عند التعرض لنصوص اتفاقية التريبس باعتبارها الاتفاقية المسؤولة عن التنظيم والمنهج التحليلي بهدف تفسير اتفاقية التريبس والقوانين الوطنية بينما استعنا بالمنهج المقارن عند تعرضنا لمعالجة للتشريعات الوطنية لبعض الدول التي أجازت الترخيص الإلزامي لأغراض الصحة العامة كالتشريع الفرنسي .

**خطة البحث:** نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين بحيث نعالج في المبحث الأول: موقف اتفاقية "التريبس" من إصدار الترخيص الإلزامي لأغراض الصحة العامة كما ستتناول في المبحث الثاني: موقف التشريعين المصري والفرنسي

(1) تتعدد تعريفات الصحة العمومية منها هي فن وعلم صحة المجتمع المعني بالإحصاء، وحفظ الصحة، والوقاية من الأمراض الوبائية واستئصالها؛ وهو جهد ينظمه المجتمع لتعزيز صحة الناس وحفظها، واستعادتها؛ والصحة العمومية مؤسسة اجتماعية، وخدمة، وممارسة. (معجم ستيدمان الطبي الإلكتروني، المنشور عام 1996).

من إصدار الترخىص الإجارى لأغراض الصة العامة والاستفافة بهذا الدواء لمواجة الفىروس، وهو ما سنتناوله بالدراسة فى المبحثىن التالىن:

**المبحث الاول :** حماىة الصة العامة وفقا لاتفافية "التريبس" .

**المبحث الثانى:** حماىة الصة العامة وفقا للتشريعىن المصرى والفرنىسى لحماىة حقوق الملكىة الفكرىة.

## المبحث الاول

### حماىة الصة العامة وفقا لاتفافية التريبس

مع معالجة اتفافية التريبس للمكثات التى يمكن للدول اللجوء إليها لحماىة الصة العامة فى ظل الظروف العادىة أو الاستثنائىة، إلا أن هذه المكثات لا يمكن التعويل عليها كثرىا فى ظل انتشار فىروس كورونا لتقديم الدواء المعالج لعدم توافر الشروط والحالات التى وضعتها الاتفافية لمنح هذا الحق للدول دون الرجوع لمالكها، فلا يمكن الاعتماد على مبدأ الاستفافة أو نزع الملكىة أو الترخىص الإجارى، وذلك لعدم وجود دواء تم الإعلان عنه حتى حىنه، وإنما يمكن اللجوء إلى أدوىة مساعفة فى هذا الشأن لتقليل زحفه، خاصة أن اتفافية التريبس لم تتبنّ بشكل صرىح سوى الترخىص الإجارى لحماىة الصة العامة .

### المطلب الاول

#### موقف اتفافية التريبس واعلان الدوحة من الصة العامة

ىعد الترخىص الإجارى هو أكثر الحلول المطروحة وبقوة لمساعدة الدول على تخطى أزمة عدم توافر أو كفاىة دواء معىن بصفة عامة، إلا أنه لا يمكن الارتكان خلال هذه الفتره العصىبة التى يمر بها العالم إلى الأدوىة التى تستخدم حماىة للصة العامة بصفة عامة لتكون محلاً للتراخىص سواء الإجارىة أو الإجارىة لمساعدة البشرىة فى الحفاظ على الجنس البشرى، وذلك لاعتبارها أدوىة غير مؤهولة بذاتها لمواجة فىروس كورونا باعتباره فىروسا قاتلا، لذا يجب على الدول التكاتف للوصول إلى دواء آمن لهذا الفىروس<sup>(1)</sup>، فلىس هناك مجال للحديث على الأقل فى الوقت الحالى عن تراخىص إجارىة لدواء ناجع لهذا الفىروس وهو ما يمكن قبوله أو الحديث عنه مستقبلا حىنما يعلن العلماء عن دواء آمن وتبدأ الشركات الدوائىة المالكة فى الإنتاج .

(1) وىعرف فىروس كورونا 2 المرتبط بالمتلازمة التنفسىة الحادة الشدّىة بالإنجلىزىة Severe acute respiratory syndrome : coronavirus 2 وىعرف اختصاراً SARS-CoV-2، و يعرف بفىروس كورونا المستجد 2019 وىشار إليه اختصاراً 2019-nCoV كما يعرف باسم سارس كوف 2 بالإنجلىزىة . انظر : انظر : فىروس كورونا 2 المرتبط بالمتلازمة التنفسىة الحادة الشدّىة ، وىكىبىدىا الموسوعة الحرة ، 27مارس 2020، منشور على الموقع التالى <https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%81%D9%8A%D8%B1%D9%88%D8%B388>:

هنا يجوز الحديث عن الترخيص الإجباري والبحث عن توافر حالاته وشروطه التي تتحى جانباً إذا تعلق الأمر بالصحة العامة ليصبح الحديث عن تطبيق نص المادة (31) من الاتفاقية لا محل له، التي منحت الدول الأعضاء الحرية في تحديد الظروف التي يمكن الارتكان إليها لإصدار التراخيص الإجبارية، وهو ما حدده القانون المصري (1).

ونظراً لما تتمتع به الصحة العامة للشعوب وما يمكن أن يؤثر عليها من أهمية بالغة لدى الدول باعتبارها إحدى أهم الأولويات لديها بما لها من تأثير قوي على تقدمها لارتباطها بالبحث والابتكار، فقد خصتها اتفاقية التريبس "بالمعالجة بطريقة تؤدي إلى التوازن بينهما (الصحة والابتكار)، وذلك في المادتين (8، 31) منها، ولعل ذلك كان نتاج المناقشات والدراسات السابقة على إنشاء منظمة التجارة العالمية وامتدت إلى الفترة اللاحقة على إنشائها وتطبيق اتفاقية التريبس التي كان لها تأثير بالغ الخطورة على الصحة العامة، مما دفع الدول إلى التعرض لها بإعلان الدوحة 2001 مؤكداً على أن اتفاقية التريبس يجب ألا تمنع الدول من اتخاذ تدابير لحماية الصحة العامة وهو ما ينطبق على فيروس كورونا، ولم تكن الدول وتشريعاتها الوطنية أقل اهتماماً بالصحة وتأثير اتفاقية التريبس عليها، لذا حاولت في نطاق نصوصها الوطنية ألا تتخلف عن ركب الاتفاقية ومن بينها التشريعين المصري والفرنسي، فإن كانت هذه الإجراءات يمكن أن تتخذ من جانب إحدى الدول ومجموعة ليست بالكبيرة في ظل الظروف الاستثنائية الصحية التي تتعرض لها هذه الدول، إلا أنه يؤخذ على اتفاقية التريبس - من وجهة نظرنا - أنها لم تتناول بالمعالجة حالة تعرض العالم بأثره لطوارئ صحية لاجتياحه من قبل فيروس أو مرض ما (2)، إذ كان واجباً عليها أن تتعرض لمثل هذه الحالة لتلزم الدول بالتعاون فيما بينها في هذا الشأن بعيداً عن منظمة الصحة العالمية باعتبارها المنظمة المسؤولة عن الصحة في العالم، خاصة أن الاتفاقية قد أنتت بنتائج سلبية على الدول النامية في ظل الظروف العادية لوضعها حالة وشروط محددة لإصدار الترخيص الإجباري للبراءة الدوائية لا تتوافر لدى الكثير من الدول النامية (3).

(1) حدد القانون المصري لحماية حقوق الملكية الفكرية سبع حالات لمنح الترخيص الإجباري وهي:

1- أغراض المنفعة العامة غير التجارية ومواجهة حالات الطوارئ ودعم الجهود الوطنية. 2- أحكاماً خاصة بالأدوية محل البراءة والمساس باحتياجات البلاد. 3- رفض صاحب البراءة الترخيص للغير رغم عرض شروط مناسبة. 4- عدم استغلال البراءة في مصر أو إذا كان الاستغلال غير كاف أو توقفه. 5- تعسف صاحب البراءة أو ممارسة حقوقه على نحو مضاد للتنافس. 6- القيام بأعمال تؤثر سلباً على حرية المنافسة وفقاً للضوابط القانونية المقررة. 7- استعمال الحقوق الناشئة عن البراءة على نحو يؤثر سلباً على نقل التكنولوجيا

(2) إذ أدى انتشار فيروس كورونا إلى اتخاذ مجموعة من الإجراءات بشكل مباشر وسريع ممثلة في: 1- إغلاق أماكن العمل ومحاور التسليم، 2- انقطاع سلسلة التوريد وقنوات التوزيع، 3- عدم القدرة على إجراء فحوصات القبول ومراجعة الحسابات، 4- تقييد حركة الموظفين وإنقاص أعدادهم 5- إلغاء الأحداث أو تعليقها أو تأجيلها، 5- خفض الطلب الإقليمي بشكل ملحوظ. انظر:

Herau-Yang(H), Coronavirus et contrats: force majeure, or not force majeure?, 01/03/2020. <https://lepetitjournal.com/hong-kong/coronavirus-et-contrats-force-majeure->

(3) حول شروط منح الترخيص الإجباري لبراءات الاختراع الدوائية. انظر: د/ منى السيد عادل عمار، الحماية القانونية لبراءات الاختراع في مجال الدواء، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة طنطا، 2017، ص 273 وما بعدها.

ومع تناول الاتفافية للظروف الصحية ووضع حلول لها من خلال الترخىص الإجارى إلا أنها قد وضعت مجموعة من الحالات والشروط التى قد لا تتوافر أو تتطبق على الدول النامية ، وهو ما ينبئ بوقوع كارثة صحية على الدول النامية قد تتخطى ما تعرضت له الدول المتقدمة خلال انتشار الموجة الأولى والثانية لانتشار فيروس كورونا التى وقفت عاجزة أمام زحف فيروس لا يعلم عن التقدم التكنولوجى أو ما شهدته المنظومة الصحية للدول شىئا ، ولم يمنعه من زحفه، فقد شهد العالم تصدع هذه النظم وانهارها لدرجة قد تساوى الوضع فى الدول النامية والمتقدمة على حد سواء .

تجر الإشارة إلى أن منظمات المجتمع المدني قد استشعرت منذ إنشاء منظمة التجارة العالمية خطورة الاتفاقيات المنبثقة عنها وعلى رأسها اتفافية التريبس وتأثيرها على القطاع الصحى لذى تولت هذه المنظمات إجراء العديد من الدراسات فى هذا الشأن، مما أثر مباشرة على اعتماد الإعلان الوزارى المنعقد فى الدوحة فى تشرين الثانى/نوفمبر 2001، إضافة إلى الإعلان الخاص بالاتفاق المتعلق بالجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية "التريبس" والصحة العمومية، الذى أكد الحاجة إلى التصدي لمخاوف البلدان النامية من آثار اتفاق "التريبس" على الصحة العمومية، حيث نصت الفقرة 4 من هذا الإعلان على: "نحن متفقون على أن اتفافية "التريبس" لا تمنع ولا يجب أن تمنع الأعضاء من اتخاذ تدابير لحماية الصحة العامة، لذا يجب أن تقسر وتنفذ اتفافية "التريبس" بما يدعم حق الدول الأعضاء فى منظمة التجارة العالمية فى حماية الصحة العامة وعلى وجه الخصوص تعزيز إمكانية توفير الأدوية للجميع وفى هذا الصدد، أكدنا من جديد حق أعضاء منظمة التجارة العالمية فى استخدام، على نحو كامل، الأحكام الواردة فى اتفافية "التريبس" التى توفر المرونة لهذا الغرض"<sup>(1)</sup>.

ووفقا لهذه الفقرة تكون اتفافية التريبس قد اكتست ثوبا جديدا بما منحه للدول الأعضاء من حرية اتخاذ الإجراءات التى من شأنها حماية الصحة العامة وإتاحة الأدوية للجميع بغض النظر عن إمكانياتها المادية لمواجهة هذا الفيروس ، لذا نجد الإعلان يطالب فى الفقرة 4 منه مجلس "التريبس"، بإيجاد حل فى عام 2002 للقضية المتعلقة باتفاق "التريبس" والصحة العمومية، والمتمثلة فى قضية التراخيص الإجارى التى تتناولتها المادة 31 (و) من اتفاق "التريبس"، إذ تقصر هذه المادة منح الترخىص الإجارى على السوق المحلية، وهو يعيق من استخدام الترخىص الإجارى فى البلدان التى تمتلك قدرات تصنيعية محدودة أو المفترقة إلى هذه القدرات، سواء أكان من حيث المرافق أم المعارف العملية، أم من حيث عدم كفاية الطلب فى السوق<sup>(2)</sup>، وأشار هذا الإعلان إلى العدى والفيروسات وسائر الأوبئة التى قد تتعرض لها الدول فى إشارة خاصة لبعض الأمراض التى تؤثر على الصحة العمومية ، وهو ما يسمح بإصدار تراخيص إجارىة للأمراض غير الوبائية والوبائية المنتشرة بالبلاد كفيروس كورونا و الأمراض المتوطنة .

(1) انظر :

WTO, Declaration on the TRIPS agreement and public health, adopted on 14 November, 2001, [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_trips\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm)

(2) انظر: منظمة التجارة العالمية، اللجنة الإقليمية لشرق المتوسط، متابعة تنفيذ إعلان الدوحة بشأن اتفاق التريبس والصحة العمومية، الدورة الخمسون، المكتب الإقليمى، القاهرة 2003/10/29، منشور على الموقع التالى:

<http://www.emro.who.int/rc50/arabic/infdoc5.htm>

## المطلب الثاني

### التراخيص الإجبارية لحماية الصحة العامة وفقا لاتفاقية التريبس

بالرجوع إلى اتفاقية التريبس نجدها قد تناولت في الفقرة الأولى من المادة (8) حق الدول الأعضاء في إصدار التراخيص الإجبارية لحماية الصحة العامة وهو ما ينطبق على فيروس كورونا، إذ أجازت للدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية باعتبارها المنظمة المسؤولة عن الصحة العالمية التي أعلنت عن أنفيسروس كورونا قد أصبح وباءً عالمياً<sup>(1)</sup>، واتخاذ التدابير اللازمة لحماية الصحة العامة وخدمة المصلحة العامة في القطاعات ذات الأهمية الحيوية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية، وهو ما دفع بعض الدول إلى وضع نظام خاص بالتراخيص التي تمنح بقصد المحافظة على الصحة العامة أو تحقيقاً للمصلحة العامة خاصة مع الصعوبة الشديدة في الاستيراد والتصدير خلال اتخاذ التدابير الاحترازية<sup>(2)</sup>، حيث نصت على " - يجوز للبلدان الأعضاء، عند وضع أو تعديل قوانينها ولوائحها التنظيمية، اعتماد التدابير اللازمة لحماية الصحة العامة والتغذية وخدمة المصلحة العامة في القطاعات ذات الأهمية الحيوية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية فيها، شريطة اتساق هذه التدابير مع أحكام الاتفاق الحالي"، ولعل هذا مرجعه إدراك الدول الأعضاء وجود اختلاف في مفهوم المصلحة العامة بين الدول، ومن زمن إلى آخر<sup>(3)</sup>، وهو ما ينطبق على الوضع الصحي للعالم قبل فيروس كورونا إذ تباغت العديد من الدول بامتلاكها لمنظومة صحية قوية وكبيرة قادرة على حماية رعاياها والمقيمين على أراضيها ليأتي فيروس كورونا ليقضي على هذه البنية الصحية وهو ما يختلف معه الحال بعد انتشار الفيروس ومن ثم تقييم مفهوم المصلحة العامة .

وهو ما يتيح للدول إصدار تراخيص إجبارية لمواجهة هذا الفيروس، إذ تدرج حالة إصدار التراخيص الإجباري لحماية الصحة العامة، ضمن حالة إصدار التراخيص الإجباري للاستخدام غير التجاري للأغراض العامة التي جاءت بها المادة 31 من اتفاقية "التريبس"، المسموح فيها للدول الأعضاء إصدار التراخيص عن البراءة الممنوحة دون الحصول على موافقة صاحب البراءة أو محاولة الحصول على تراخيص اختيارية للبراءة الدوائية وذلك وفقاً للفقرة (ب) منها، وهو ما يرتبط بفكرة المصلحة العامة التي تمنح الدول الأعضاء الحرية الواسعة في تحديد الحالات

(1) إذ أوضحت الملاحظات الافتتاحية التي أدلى بها المدير العام لمنظمة الصحة العالمية في الجلسة الإعلامية للبعثات بشأن مرض كوفيد-19 في 2 نيسان/أبريل 2020 أنه خلال يوم أو يومين، سيبلغ عدد الحالات المؤكدة لعدوى كوفيد-19 حول العالم مليون حالة وسيزداد عدد الوفيات إلى 50 000 وفاة، ولعل هذا العدد من الوفيات هو ما يؤكد أن العالم يشهد كارثة بكل المقاييس يجب أن يتصدى لها، وهو ما أشار إليه بأن التجارب والدروس التي تقاسمتها الصين واليابان وجمهورية كوريا وسنغافورة ملهمة وملينة بالعبر، ونعززم تنظيم إحاطة مماثلة خلال بضعة أسابيع عندما نكون قد جمعنا المزيد من التجارب الجديدة بتقاسمها من أوروبا وغيرها . راجع في ذلك : موقع منظمة الصحة العالمية الرسمي :

<https://www.who.int/ar/dg/speeches/detail/who-diret-the-mission-briefing-on-covid-19---2-april-2020>

(2) انظر :

Canet (L) , Coronavirus : comment répondre à la force majeure invoquée par la Chine dans ses relations commerciales , jeudi 27 février 2020 .

<https://www.village-justice.com/articles/coronavirus-comment-repondre-force-majeure-invoquee-par-chine-dans-ses.33920.html>

(3) انظر :

CORREA (C), Intellectual property rights and the use of compulsory licenses: options for developing countries, the centre for advanced studies at the university of buenos aires, argentina, mai 2009,

<http://www.netamericas.net/researchpapers/documents/ccorrea/ccorrea3.doc>

التي تقتضى المصلحة العامة إصدار مثل هذه التراخيص الإجبارية، وفقاً لظروفها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية<sup>(1)</sup>، وذلك تأسيساً على مسؤولية الدولة في حماية رعاياها ضد فيروس شديد الخطورة ، فلا يمكن للدول أن تقف مكتوفة الأيدي مكبله بأصفااء المقابل المادي والكمية التي يتولى مالك البراءة تحديدها وفقاً لقدراته التصنيعية .

وتشترط الاتفااقية لإصدار تراخيص إجبارية وفقاً لهذه الحالة تحقق أمرين مجتمعين وهما: أولاً- أن يكون الغرض غير تجاري، ويختلف تفسيره حسب طبيعته والهدف منه، فتفسيره حسب طبيعته، هو ألا يكون القصد منها تحقيق الأرباح التجارية، بما يعبر عن رغبة الدولة في تقديم الدعم الصحي لرعاياها لمواجهة فيروس كورونا أما تفسيره حسب الهدف من إصداره، أن الدواء المصنع وفقاً لهذا الترخيص يتم توزيعه بمعرفة الدولة لمواجهة فيروس كورونا ولا يشترط في ذلك أن يتم تصنيعه بمعرفة الدولة<sup>(2)</sup>، وأرى أن كلا التفسيرين محل نظر إذ يمكن للدولة أن تسند أمر صناعة الدواء لإحدى شركات القطاع الخاص لمصلحة وزارة الصحة التي تتولى توزيعه بأسعار رمزية، وتهدف الدولة من اللجوء إلى هذه الحالة من حالات الترخيص الإجباري لرغبتها في التدخل ودعم مواطنيها صحياً والتخفيف من أعبائهم اليومية وهو ما شهدناه فيما يتعلق بفيروس كورونا ، ولعل الاستخدام غير التجاري وتدخل الدولة في التوزيع هو ما يميز هذه الحالة عن حالة إصدار الترخيص الإجباري لعدم استغلال البراءة الدوائية أو عدم كفاية استغلالها، التي يكون الهدف من إصدارها هو توفير الدواء دون اشتراط الاستخدام غير التجاري، وهو ما يسمح بإصداره لتوفير الدواء مع تحقق الربح، وثانياً - تحقيق المصلحة العامة، وهو ما عالجه المُشرِّع المصري في الفقرة (1) من المادة 23 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002 ضمن حالات إصدار الترخيص الإجباري حينما نصت على "1 - أغراض المنفعة العامة غير التجارية ومواجهة حالات الطوارئ ودعم الجهود الوطنية".

وقد ساوت الاتفااقية بين هذه الحالة وحالة إصدار تراخيص إجبارية لعلاج الممارسات غير التنافسية، من حيث عدم اشتراط الحصول على الترخيص من مالك البراءة الدوائية بأسعار وشروط تجارية معقولة، إذ يعد أحد أهم الأسباب والأسس التي تبرر قيام الحكومة بإصدار الترخيص الإجباري، فقد تكون المبادرة في اتخاذ القرار من الحكومة لصالحها أو لصالح طرف ثالث يرى مصلحته أو مصلحة المجتمع في الترخيص له بذلك الاستخدام وفقاً للفقرة (ب) من المادة 31، والمادة 40 من الاتفااقية والمتعلقة بالرقابة على الممارسات غير التنافسية في التراخيص التعاقدية حيث يتم استبعاد العقود التجارية التي لا تتطوي على حقوق الملكية الفكرية من الأحكام الواردة في هذه المادة، حتى إن اشتملت على شروط مقيدة للتجارة فالعبرة بموضوع العقد، وهو ما يتضح من نص الفقرة (1) إذ نصت على: "توافق البلدان الأعضاء على أنه قد يكون لبعض ممارسات أو شروط منح التراخيص للغير فيما يتعلق بحقوق الملكية الفكرية المقيدة للمنافسة آثار سلبية على التجارة، وقد تعرقل نقل التكنولوجيا وتعميمها" ، ولم تكتفِ الاتفااقية عند هذا الحد من المعالجة بل منحت الدول الأعضاء الحرية الكاملة في تحديد الممارسات وشروط الترخيص للغير، التي يمكن أن تشكل في حالات معينة إساءة استخدام لحقوق الملكية الفكرية.

كما منحت الدول الأعضاء اتخاذ التدابير التي ترى ملاءمتها لمنع الممارسات غير التنافسية مادامت تتسق وأحكام الاتفااقية، وهذا لا يتعارض - من وجهة نظرنا - مع ما أورده الاتفااقية من أمثلة للتدابير فهي جاءت

(1) انظر:د/خالد الحري، التنظيم القانوني للاختراعات العاملين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007 ، ص 96.

(2) انظر: د/بريهان أبو زيد، الحماية القانونية للمستحضرات الصيدلانية (المتاح والمأمون)، دراسة مقارنة بين تشريعات مصر والاتحاد الأوروبي والولايات المتحدة، رسالة دكتوراه، جامعة بني سويف، 2008 ، ص 308.

على سبيل المثال لا الحصر، بما يسمح للدول الأعضاء أن تضيف إلى هذه التدابير كافة ما تراه مناسباً لمواجهة الممارسات غير التنافسية، وهو ما يمنح الدول النامية الحق في مواجهة ممارسات الشركات الدوائية غير التنافسية وكبح جماحها في السعي المستمر للسيطرة على الشركات الدوائية الوطنية، وهو ما يتضح من الفقرة (2) من المادة (40) من الاتفاقية إذ نصت على: "لا يمنع أي من أحكام هذا الاتفاق البلدان الأعضاء من أن تحدد في تشريعاتها ممارسات أو شروط الترخيص للغير التي يمكن أن تشكل في حالات معينة إساءة لاستخدام حقوق الملكية الفكرية أو التي لها أثر سلبي على المنافسة في السوق ذات الصلة، وحسب ما تنص عليه الأحكام الواردة أعلاه، يجوز لأي من البلدان الأعضاء اتخاذ تدابير ملائمة تتسق مع الأحكام الأخرى المنصوص عليها في هذا الاتفاق لمنع هذه الممارسات أو مكافحتها، ويجوز أن تشمل هذه التدابير مثلاً منع اشتراط عودة الحق في براءات اختراع ناجمة عن التراخيص إلى المرخص وليس المرخص له، ومنع الطعن في قانونية الترخيص أو منع اشتراط الترخيص القسري بمجموعة من الحقوق بدلاً من حق واحد، في إطار القوانين واللوائح التنظيمية المتصلة بذلك في أي من الدول الأعضاء".

## المبحث الثاني

### حماية الصحة العامة وفقاً للتشريعين المصري والفرنسي لحماية حقوق الملكية الفكرية

نظراً لما تتمتع به الصحة العامة من أهمية بالغة على المستويين الدولي والإقليمي فقد تبنت اتفاقية "التريبس" لموقفها وسايرها في ذلك التشريعات الوطنية للدول الأعضاء، ومن بينها التشريعان المصري والفرنسي، إذ خصتها بأحكام خاصة في المادة (23) من التشريع المصري (المطلب الأول)، والمادة 16-613.L من قانون الملكية الفكرية الفرنسي (المطلب الثاني)، إذ أسند التشريعين لوزير الصحة أمر تقدير تعرض البلاد لفيروس كورونا ودرجة انتشار الفيروس باعتباره الوزير المسؤول عن الصحة بالبلاد الذي يعتمد في ذلك على البيانات والاحصائيات التي ترد للوزارة خلال متابعتها لعدد الاصابات، وهو ما يتيح له الحق في إصدار تراخيص إجبارية للأدوية التي تساعد البلاد على الحد من المضاعفات الجانبية للاصابة بالفيروس حال عدم توافر الأدوية الكافية<sup>(1)</sup>.

### المطلب الأول

#### موقف المشرع المصري من إصدار التراخيص الإجباري لحماية الصحة العامة

أجاز المُشرِّع المصري لوزير الصحة اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الصحة العامة من انتشار فيروس كورونا، من خلال تقديم طلب لمكتب البراءات المصري بغرض إصدار تراخيص إجبارية للدواء موضوع البراءة، وذلك في موضعين: الأول بصورة ضمنية حينما نص على (الوزير المختص - بحسب الأحوال) وذلك في الفقرة 1 المادة

(1) يذكر أن الترخيص الإجباري لا يصدر إلا في حق البراءات الصادرة عن مكتب البراءات في مصر أو من المعهد الوطني في فرنسا، وعلى البراءات المسلمة في الخارج كلما كانت هذه البراءات تستفيد من الحماية التي يقرها القانون الوطني، أما عن البراءات الصادرة في الخارج ولم تتخذ الإجراءات القانونية لحمايتها داخل البلاد فلا يمكن إخضاعها للترخيص الإجباري، وبالتالي لا يكون أمام الدول سوى إصدار براءات اختراع تتعلق بنفس موضوع الاختراعات المسلمة عنها البراءات في الخارج، كلما اقتضت مصلحة الصحة العامة ذلك. انظر: د/ناجي أحمد أنوار، التراخيص الاختيارية والإجبارية في مجال المواد الطبية والصيدلانية، دراسة مقارنة وفقاً للقانون المصري والمغربي وعلى ضوء اتفاقية التريبس، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، دون تاريخ، ص 299.

23 حىث نصت على: "ىمنح مكثب براءات الاختراع - بعد موافقة لجنة وزارىة تشكل بقرار من رىس مجلس الوزراء - تراخىص إجبارىة باستغلال الاختراع وتحدد اللجنة الحقوق المالىة لصاحب البراءة عند إصدار هذه التراخىص وذلك فى الحالات الآتىة: أولاً: إذا رأى الوزىر المختص - بحسب الأحوال- أن استغلال الاختراع ىحقق ما ىلى: 1- أغراض المنفعة العامة غير التجارىة، وىعد من هذا القبىل أغراض المحافظة على الأمن القومى والصحة وسلامة البىئة والغذاء. "، وبالتالى ىجوز لوزىر الصحة باعتبارها الوزىر المختص طلب إصدار تراخىص إجبارى للبراءات الدوائىة حماية للصحة العامة<sup>(1)</sup>.

والثانىة صراحة حىنما منح وزىر الصحة صراحة الحق فى طلب إصدار تراخىص إجبارى للأدوىة محل البراءة بالنص على (وزىر الصحة)، وذلك فى الفقرة 2 من المادة 23 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرىة<sup>(2)</sup> فهذه الفقرة جاءت بحكم خاص للأدوىة محل البراءة، إذ أجازت لوزىر الصحة أن ىقدم طلباً إلى مكثب البراءات المصرى لمنح التراخىص الإجبارى لاستغلال البراءة الدوائىة لمساعدتها على مواجهة فىروس كورونا<sup>(3)</sup> إذا ما تحققت إحدى الحالات الوارءة فى المادة 23 سالفة الذكر، وهى:

1- حالة عجز الأدوىة المحمىة بالبراءة عن سد احتىاجات البلاد، وهذه الحالة تفترض أن مالك البراءة الدوائىة قد استغلها سواء بنفسه أو من خلال التراخىص للغير داخل جمهورىة مصر العربىة، إلا أنه لم ىستطع سد احتىاجات البلاد من الأدوىة محل البراءة، كأن ىكون حجم إنتاجه من الدواء ىقدر بنحو 20 ملوىن عبوة سنوىا بىنما تحتاج الدولة لضعف هذا الإنتاج لسد احتىاجاتها من الدواء بعد أن اجتاح فىروس العالم<sup>(4)</sup>.

2- حالة انخفاض جودة الأدوىة أو الارتفاع غير العادى فى أسعارها، وهو ما من شأنه أن ىلحق الضرر بالصحة العامة بمصر أو ىكون من المحتمل ذلك، فإذا ما اتضح للمسؤولىن أن المنتج الدوائى المحمى قد انخفضت درجة فاعلىته فى العلاج؛ لانخفاض نسبة المادة الفعالة المستخدمة فى تصنىعه، وهى وسىلة ىلجأ إليها مالك البراءة الدوائىة؛ سعياً منه لتحقيق المزىد من الأرباح باستخدامه لكمىة قلىلة من المادة الفعالة فى إنتاج كمىة أكبر من الدواء كأن ىستخدم (1) جرام من المادة الفعالة بدلاً من (3) جرامات، وهو ما ىنطبق على حالة الارتفاع غير العادى فى أسعار الدواء، بغض النظر عن وقت ارتفاع سعر الدواء، وهذه الحالة تفترض أن سعر الدواء محل البراءة الدوائىة مرتفع لدرجة كبىرة ومبالغ فىها لدرجة تحول دون حصول أغلب المرضى علیه<sup>(5)</sup>، مع انتشار

(1) انظر: د/محمود مختار بربرى، الالتزام باستغلال المبتكرات الجدىة، دار الفكر العربى، القاهرة، دون سنة نشر، ص 309.

(2) إذ نصت الفقرة (2) من المادة 23 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرىة المصرىة: " ىمنح مكثب براءات الاختراع - بعد موافقة لجنة وزارىة تشكل بقرار من رىس مجلس الوزراء - تراخىص إجبارىة باستغلال الاختراع وتحدد اللجنة الحقوق المالىة لصاحب البراءة عند إصدار هذه التراخىص، وذلك فى الحالات الآتىة: ثانياً: إذا طلب وزىر الصحة فى أى حالة من حالات عجز كمىة الأدوىة المحمىة بالبراءة عن سد احتىاجات البلاد أو انخفاض جودتها أو الارتفاع غير العادى فى أسعارها أو إذا تعلق الاختراع بأدوىة الحالات الحرجة أو الأمراض المزمنة أو المستعصىة أو المتوطنة أو بالمنتجات التى تستخدمها فى الوقایة من هذه الأمراض، وسواء تعلق الاختراع بالأدوىة أو بطرىقة إنتاجها أو بالمواد الخام الأساسىة التى تتدخل فى إنتاجها، أو بطرىقة تحضير المواد اللازمة لإنتاجها. وىجب فى جمىع هذه الحالات إخطار صاحب البراءة بقرار التراخىص الإجبارى بصورة فورىة".

(3) ىلزم القانون مكثب البراءات المصرىة حال إصداره تراخىصاً إجبارياً لإحدى البراءات الدوائىة فى الحالات السابقة، بإخطار مالك البراءة فور صدوره لمنحه فرصة التظلم منه لاعتبار التراخىص الإجبارى استثناءً ضرورياً غير حصرى ىقره القانون لسد احتىاجات البلاد عند الضرورة، وذلك وفقاً للبند 2 من المادة 23 سالفة الذكر، حىث نصت على: " وىجب فى جمىع الحالات إخطار صاحب البراءة بقرار التراخىص الإجبارى بصورة فورىة "، وذلك حماية لحقه فى الطعن على قرار مكثب البراءات فى منح التراخىص أمام اللجنة المنصوص عنها فى المادة 36 من القانون.

(4) انظر: د/الشفىع جعفر محمد الشلالى، التنظيم القانونى لاستغلال براءة الاختراع، دراسة مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجىات، 2011، ص 204.

(5) انظر: د سمشة القلىوبى، الملكية الصناعىة، دار النهضة العربىة، القاهرة، 2011، ص 281.

المرض بين المواطنين لدرجة اعتباره وباءً كما هو الحال بالنسبة لأمراض الكبد وفيروساته ، ولم يفرق المُشرِّع المصري بين ارتفاع أسعار الدواء المرتبط بطرحه للتداول وبين الارتفاع اللاحق على تداوله ليكون سبباً لإصدار الترخيص الإلزامي، دون أن تجد الشركة المنتجة مبرراً تستند إليه كارتفاع أسعار المادة الفعالة أو قيمة التكنولوجيا المنقولة .

3- إذا تعلق الاختراع بالأدوية اللازمة للعلاج أو للوقاية من الأمراض المزمنة كأعراض القلب والسكر والسرطان أو الحالات الحرجة كالأمراض المتعلقة بالجهاز الدوري والجهاز العصبي أو المستعصية أو المتوطنة، ولا يشترط أن يصيب المرض العديد من الأفراد لدرجة يسمح معها بالقول إنه أصبح وباءً كفيروس كورونا وهو ما ينطبق على مصر كحالة انتشار مرض السرطان والالتهاب الكبدي بين المصريين .

ووفقاً لما سلف فتعرض المادة لهذه الحالات تكون قد تناولت جميع الحالات الضرورية لحماية الصحة العامة ومواجهة الأزمات الصحية والأمراض المزمنة والمستعصية وهو ما ينطبق على فيروس كورونا، على أن حق وزير الصحة في إصدار الترخيص الإلزامي يشمل جميع صور البراءة، سواء تعلق الاختراع بإنتاج الأدوية أو بطريقة إنتاجها أو إذا تعلق الاختراع بالمواد الخام الأساسية التي تدخل في إنتاجها، أو بطريقة تحضير المواد الخام اللازمة لإنتاجها<sup>(1)</sup>، وهو ما يظهر بوضوح من نص الفقرة 2 من المادة 23 سالف الذكر، حيث نصت على: "وسواء تعلق الاختراع بالأدوية أو بطريقة إنتاجها أو بالمواد الخام الأساسية التي تدخل في إنتاجها، أو بطريقة تحضير المواد اللازمة لإنتاجها. ويجب في جميع هذه الحالات إخطار صاحب البراءة بقرار التراخيص الإلزامية بصورة فورية"، يذكر أن الحالات التي أجازت لوزير الصحة طلب إصدار التراخيص الإلزامية للبراءة الدوائية الواردة بالبند الثالث من المادة 23 جاءت على سبيل الحصر<sup>(2)</sup>، وليس المثال وهو ما لا يجيز التوسع فيها بإضافة حالات مماثلة لأن صياغة النص لا تسمح بالقياس عليها أو التوسع في تفسيرها إذ يعد التراخيص الإلزامي استثناء على الأصل. وحسناً فعل المُشرِّع المصري بتناول هذه الحالات لتكون سبباً لإصدار التراخيص الإلزامي، وذلك لتناوله جميع صور البراءة التي تساعد الدولة على سرعة التدخل لتوفير الدواء لمواجهة فيروس كورونا وغيرها من حالات الطوارئ الصحية بدءاً بالاختراع الدوائي وطريقة إنتاجه وانتهاء بالبراءة الممنوحة عن المواد الخام الأساسية لإنتاجه، شريطة أن يكون الغرض من التراخيص الإلزامي هو المنفعة العامة وليس التجارية، وذلك وفقاً للمادة 23 من القانون المصري لحماية حقوق الملكية الفكرية.

وعلى الرغم من منح القانون لوزير الصحة الحق في إصدار التراخيص الإلزامية في الحالات الواردة في الفقرة 2 من المادة 23 للقانون المصري، فإن الواقع العملي في مصر يؤكد عدم لجوء وزير الصحة إلى هذه الوسيلة في حالة تعرض البلاد لفيروس كورونا أو غيره من الأوبئة أو في حالة عجز كمية الأدوية المحمية أو أي من الحالات الواردة بالبند، وقد يرجع ذلك - من وجهة نظرنا - لتمتع الشركات الدوائية مالكة البراءة بنفوذ كبير يمنع الوزير من اتخاذ مثل هذا القرار أو لانتشار الفساد، دون الاهتمام بحجم المعاناة التي تصيب المرضى، إذ تتمتع الشركات متعددة الجنسيات بقدر كبير من السيطرة والتحكم في رسم السياسة الدوائية وخصوصاً فيما يتعلق بأسعار الأدوية في الدول النامية، فمن الملاحظ أن العديد من الأدوية عند ارتفاع أسعارها لا تعاود الانخفاض لعدم

(1) انظر: مشوقي عفيفي، الحماية القانونية للمستحضرات الصيدلانية وفقاً لقانون الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002 واتفاقية التريبس وأحكام القضاء وآراء الفقه، الطبعة الثانية 2006، القاهرة، دون ناشر، ص 198.

(2) انظر: دبريهان أبو زيد، الحماية القانونية للمستحضرات الصيدلانية، المرجع السابق، ص 300، وكذلك انظر: دالشفيع جعفر محمد الشلاحي، التنظيم القانوني لاستغلال براءة الاختراع، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 205.

خضوعها للرقابة والمتابعة، كما أن الشركات لا تلجأ إلى تخفيض الأسعار إلا عندما يتم التلويح بإمكانية اللجوء إلى الترخيص الإلجبارى للحد من ارتفاع أسعار الأدوية، وهو ما لم يحدث فى مصر على الرغم من لجوء العديد من الدول النامية إليه غير مرة فى الدولة الواحدة كما فى تايلاند، إذ أصدرت ثلاث تراخيص الأول دواء لعلاج مرض القلب والثانية والثالثة لمرض نقص المناعة المكتسب (1).

## المطلب الثانى

### موقف المشرع الفرنسى من إصدار الترخيص الإلجبارى لحماية الصحة العامة

لم يقل مستوى تدخل المشرع الفرنسى لمعالجة حالة الاستعانة بالترخيص الإلجبارى لمواجهة الطوارئ الصحية عن مستوى تدخل المشرع المصرى، بل قد فاقه فى بعض المواضع عند المعالجه التشريعية، إذ أجاز المشرع الفرنسى للوزير المسؤول عن الملكية الصناعية أن يصدر تراخيص إجبارية لمصلحة الصحة العامة عن البراءة الدوائية، التى تخضع لنظام التراخيص القانونية(2) فى حالة فشل الاتفاق المتبادل بناءً على طلب وزير الصحة على النحو المنصوص عليه فى المادة 17-613.L عن أى براءة اختراع منحت للأدوية أو للأجهزة الطبية للتشخيص فى المختبرات وعمليات الإنتاج اللازمة للحصول على منتج معين أو وسيلة تصنيع مثل هذه المنتجات؛ وذلك فى ظل تنظيمه للتريخيص التلقائى للبراءة الدوائية فى المادة 16-613.L، وذلك تحقيقاً لمصلحة الصحة العامة، إذا تم طرحها للجمهور بكمية غير كافية أو لانخفاض جودتها أو الارتفاع غير الطبيعى للأسعار، أو عندما يتم تشغيل البراءة بطريقة مخالفة لمصلحة الصحة العامة، أو باستخدام الممارسات المانعة للمنافسة، وعندما يكون الهدف من الترخيص هو تصحيح الممارسات المنافية للمنافسة أو فى حالات الطوارئ، لا يكون الوزير المسؤول عن الملكية الصناعية مطالباً بالحصول على اتفاق ودي".

على أن تشكل لجنة بأمر من الوزير المسؤول عن الملكية الصناعية لمساعدته فى إصدار القرار الصائب بشأن منح الترخيص الإلجبارى ووفقاً للمادة 10-613.R (3)، إذ تتلقى اللجنة من الوزير المسؤول عن الملكية الصناعية قراراً مسبباً بناءً على طلب من وزير الصحة 13-613.R، لتبلغ اللجنة بالقرار خلال 48 ساعة متضمناً أسبابه لكل من مالك البراءة الدوائية، وعند الاقتضاء للمرخص لهم المسجل أسماءهم فى السجل الوطنى لبراءات الاختراع أو من ينوب عنهم فى فرنسا، ويكون لهؤلاء إرسال تعليقاتهم إلى اللجنة عن القرار خلال 15 يوماً، على أن ترسل المقترحات التى بها أدلة اللجنة لأصحاب البراءة وعند الاقتضاء للمرخص لهم، ويحدد الرئيس تاريخ وطريقة الاتصال والمدة التى يكون على الأطراف تقديم تعليقاتهم، وتلتزم اللجنة بعرض رأيها فى غضون شهرين

(1) انظر: دبزيهان أبو زيد، الحماية القانونية للمستحضرات الصيدلانية، المرجع السابق، ص 303.

(2) يطلق عليه بعض الباحثين الترخيص الإلجبارى ذى المصدر الإدارى، تم إدخاله كقانون 1968 بجانب التراخيص ذات المصدر القضائى لكونها تراخيص تمنحها السلطة الإدارية، وهذه التراخيص تستهدف الوفاء بمصلحة الصحة العامة، والتنمية الاقتصادية والوفاء بالدفاع الوطنى. انظر فى ذلك:

SCHMIDT-SZALEWSKI J , PIERRE J, Droit de la propriété intellectuelle, litec,4 éd.2007, p.118, no.281.

(3) انظر: تشكيل اللجنة وفقاً للمادة 10-613.R:

- 1- مستشار دولة، رئيساً. 2- مدير إدارة الصحة العامة.
- 3- مدير المعهد القومى للبحوث الطبية. 4- مدير إدارة.
- 5- مدير الصناعات الكيماوية. 6- رئيس الإدارة المركزية للكيماويات.
- 7- طبيباً من مستشفى باريس أو نوابهم ممن مضى على تعيينهم ثلاث سنوات.
- 8- أستاذان من كلية الصيدلة أو نوابهم.

من تاريخ استلام الطلب بشأن شروط منح الترخيص، وخاصة فيما يتعلق بمدته ونطاقه، ويتولى رئيس اللجنة إبلاغ هذه الشروط لكل من طالب الترخيص ومالك البراءة وعند الاقتضاء لحاملي التراخيص، ويضع رئيس اللجنة نطاقاً زمنياً يكون عليهم تقديم تعليقاتهم بشأن شروط منح الترخيص للجنة، ويتم إشعار الوزير المسؤول عن الملكية الصناعية بالقرار النهائي للجنة وفي ضوء قرار اللجنة يصدر وزير الملكية الصناعية قراره بشأن الترخيص الإلزامي بعد الاطلاع على تعليقات الأطراف (10-613.L حتى المادة 25-613.R).

وينتهي الأمر بالإعلان عن قرار وزير الملكية الصناعية في الجريدة الرسمية بإخضاع براءة معينة للترخيص الإلزامي بناءً على طلب وزير الصحة، وذلك وفقاً للمادة 17-613.L، وبمقتضى هذا الإعلان يكون لأي شخص مؤهل لاستغلال الترخيص وفقاً للشروط التي تحددها الوزارة أن يتقدم إلى وزير الملكية الصناعية لمنحه الرخصة، وتخضع هذه الطلبات لبحث الوزير، وبعد ذلك يصدر قراراً بمنح الترخيص موضح به مدة الترخيص ونطاقه، وبذلك يكون المُشَرِّع الفرنسي قد أورد حالة الترخيص الإلزامي المتعلقة بالبراءة الدوائية ضمن التراخيص الإلزامية التي تصدر تحقيقاً للصحة العامة<sup>(1)</sup> وبالتالي يكون للوزير المسؤول عن الملكية الصناعية سلطة تحديد كمية الدواء المستهدف توفيره من الترخيص الإلزامي ومدته ومجال تطبيقه، وذلك بناءً على طلب مقدم من وزير الصحة، على أن قيمة التعويض متروكة للطرفين تحديدها ودياً فيما بينهم، وفي حالة عدم الاتفاق يتم تحديده بمعرفة المحكمة<sup>(2)</sup>.

ووفقاً لما سلف فإنه يتضح مدى اهتمام المشرعين المصري والفرنسي بالصحة العامة وتدخلهما لحمايتها في ظل الظروف العادية والاستثنائية خلال انتشار فيروس كورونا أو غيره من الطوارئ الصحية وذلك حينما وضعا نظاماً خاصاً للتراخيص التي تمنح بقصد المحافظة على الصحة العامة؛ وذلك وفقاً للفقرة 2 من المادة 23 من القانون المصري والمادة 16-613.L من القانون الفرنسي لحماية الملكية الفكرية، الذي أخذ بنظام الترخيص التلقائي بالنسبة للمواد الكيميائية المتعلقة بالعقاقير الطبية والصيدلانية<sup>(3)</sup>، إذ نصت صراحة على أن الترخيص التلقائي باستغلال براءة الاختراع لأجل مصلحة الصحة العمومية يتخذ بموجب قرار يصدره الوزير المكلف بالملكية الصناعية بناءً على طلب من الوزير المكلف بالصحة العمومية، وذلك مع معارضة هذا النوع لما نصت عليه المادة (1/27) من اتفاقية "التريبس"، التي نصت من حيث المبدأ على عدم التمييز في ممارسة حقوق براءات الاختراع على أساس المجال التكنولوجي التي تنتمي إليه، لكن قد تستعين به الدول الأعضاء كأداة لتعزيز المنافسة وخفض أسعار الأدوية المحمية<sup>(4)</sup>، على أن اللجوء إلى طلب إصدار الترخيص الإلزامي لغرض الصحة العامة سواء في مصر أو في فرنسا خاضع إلى تقدير وزير الصحة باعتباره الجهة الوحيدة التي يمكنها البت في مدى احتياج الصحة العامة لإصدار تراخيص دوائية، وذلك باعتبارها السلطة المخول لها وضع السياسة العامة المتعلقة بالصحة في البلاد، وهو ما يجعله الأقدر على تقدير مدى احتياج الصحة العامة لإصدار مثل هذه التراخيص من عدمه، كما يمتلك

(1) انظر:

SCHMIDT-SZALEWSKI (J) & PIERRE (J.L), Droit de la propriété industrielle, Op.cit. p.118, no.282.

(2) انظر:

CHAVANNE (A), BURST (J. J), Droit de la propriété industrielle, 1993, no. 371, p.220.

(3) عالج المشرع الفرنسي التراخيص التي تمنح دون إرادة مالك البراءة في قانون الملكية الفكرية الفرنسي وهي:

1- الترخيص الإلزامي 2- الترخيص بقوة القانون (التلقائي) 3- الترخيص القانوني . انظر في ذلك: دفاطمة محمد الرزاز، حقوق صاحب

العمل على اختراعات العامل، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 510 وما بعدها.

(4) انظر:

CORREA (C), Intellectual property rights and the use of compulsory licenses: options for developing countries, the Centre for advanced studies at the university of buenos aires, argentina, op.cit.

وزير الصحة سلطة تحديد موضوع البراءة الدوائية الذي يمكن إخضاعه للترخيص<sup>(1)</sup>، فإن كان المشرعان المصري والفرنسي قد اتفقا فيما سلف إلا أنهما اختلفا في تحديد موضوع البراءة التي يمكن أن تكون محلاً للترخيص، فالقانون المصري أجاز منح الترخيص عن البراءات المتعلقة بالمواد الخام أو إنتاج الأدوية أو بطريقة إنتاجها، بينما نجد القانون الفرنسي قد وسع منها إذ أضاف إلى الحالات السابقة البراءات الممنوحة عن الأجهزة الطبية للتشخيص في المختبرات<sup>(2)</sup>.

ووفقاً لذلك يكون المشرعان قد أدركا مدى خطورة هذا المجال بما جعله محلاً لتدخل كليهما فأفردا له نصوصاً معالجة تجيز تدخل وزير الصحة، إذ لم يترك أمر توفير الدواء للمواطنين للجهود الفردية أو أعمال المنافسة بين الشركات الدوائية، وإنما أوكل أمرها لوزير الصحة باعتباره الوزير المسؤول عن مواجهة الفيروس، فله أن يطلب إصدار ترخيص إجباري للبراءة الدوائية إذا ما توافرت الحالات التي نص عليها القانون، التي لم تقتصر على حالة عدم الاستغلال، وإنما مدها إلى حالات أخرى كعدم كفاية الاستغلال من حيث الكم والكيف أو ارتفاع الأسعار<sup>(3)</sup>، ومن وجهة نظرنا يعد النظام الفرنسي للترخيص الإجباري في مجال البراءة الدوائية أفضل من النظام المصري - لذا نرى ضرورة تدخل المشرع المصري لتبني هذا النظام - إذ يحدد هذا النظام سلفاً الكمية المستهدفة توفيرها من وراء إصدار هذا النوع من الترخيص وفقاً لما يمتلكه المرخص له من قدرات تصنيعية تفوق غيره من المتقدمين، وهو ما يجعل من هذا النظام الأكثر حماية لمصالحتي مالك البراءة الدوائية والدولة التي تسعى لتوفير أدوية مساعدة لرعاياها خلال انتشار فيروس كورونا، فهذا النظام يجعل الدولة تقف على مسافة واحدة من حقها في توفير الدواء لرعاياها وحماية حق مالكيها الذي قد يتعرض للضرر في ظل الأنظمة الأخرى للترخيص الإجباري للضرر نتيجة الفساد أو المحاباة.

## الخاتمة

لقد تناولت في هذا البحث موضعا هاما يتعلق بحق الإنسان في العلاج وتوفير الدول الدواء لرعاياها من خلال الاستعانة بمكثات اتفافية الترييس التي لم تستطع الصمود أمام الطوارئ الصحية العالمية حينما تقشى فيروس كورونا، لذا حاولنا الغوص بنصوص اتفافية الترييس لدراسة مدى تعرضها لمعالجة الصحة العامة والسبل التي منحتها للدول لتوفير الدواء خلال انتشار الفيروس باعتباره طارئاً عالمياً، كما تعرضنا لموقف التشريعين المصري والفرنسي لحماية حقوق الملكية الفكرية التي جاءت اتساقاً مع نصوص اتفافية الترييس وذلك في مبحثين تناولنا في المبحث الأول حماية الصحة العامة وفقاً لاتفافية الترييس وتناولنا في المبحث الثاني حماية الصحة العامة وفقاً للتشريعين المصري والفرنسي لحماية حقوق الملكة الفكرية، وانتهينا إلى بعض النتائج والتوصيات.

## النتائج :

- 1- اتفافية الترييس لم توضع إلا لتحقيق مآرب الدول المتقدمة .
- 2- الدول النامية هي الأكثر تضرراً على مستوى الصحة العامة .

(1) انظر :

SCHMIDT-SZALEWSKI (J), PIERRE (J.L), Droit de la propriété industrielle, Op.cit. p.121, no.305.

(2) انظر :

CHAVANNE (A), BURST (J. J), Droit de la propriété industrielle, 1993, Op.cit. p.220, no. 372.

(3) انظر : دمحمود مختار بريري، الالتزام باستغلال المبتكرات الجديدة، المرجع السابق، ص 309.

3- تتراخى الدول النامية عن الاستعانة بالترخيص الإجباري كمكنة منحها اتفاقية الترييس لأغراض الصحة العامة .

4- ليس كل الأمراض أو الفيروسات يمكن التنبؤ بها لوضعها موضع الدراسة والتوصل لدواء آمن .

5- امتلاك النظم الصحية القوية لا يعني الإفلات من الفيروسات أو الأمراض المستحدثة .

#### التوصيات :

1- نوصي الدول النامية بضرورة الاستفاداة القصوى بالمكناات التي منحها اتفاقية الترييس لحماية الصحة العامة

2- ضرورة أن تسعى الدول النامية لامتلاك قاعدة تكنولوجية تساعد على البحث والتطوير .

3- نوصي الجامعات بضرورة إنشاء مراكز بحثية ملحقة بها .

4- ضرورة التعاون العربي في مجال الأبحاث الدوائية بإنشاء مركز عربي مشترك لمواجهة الأمراض المتوطنة .

## المصادر والمراجع

- د. أءمء سولفم العمرف، براءاء الااءراء، الءار القومفة للطباعة، ءون سنة نشر.
- أ.السفء عبء الوهاب عرفه، الموسوعة العلمفة فف ءمافة ءقوق الملكفة الفكرفة (ق 2002/82 ولائءته الفففذفة)، الءزة الأول، براءة الااءراء - العلامة الفجرافة وقلفءها، المكفب الففئ للموسوعات القانونفة، ءون سنة نشر.
- د.الشففع ءعفر مءمء الشلالف، الفففظم القانونف لاسفءلال براءة الااءراء، ءراسفة مءارنفة ، ءار شفاء للنشر والبرمءفاء ، 2011 .
- د. ءسام الءفن عبء الغنف الصغفر، الفرفصف باسفعمال العلاماء الفجرافة، ءون ناشر، 1993.
- د. ءسام الءفن عبء الغنف الصغفر، أسس ومباءئ اتفاقفة الءوانب المفعلة بالفجارة من ءقوق الملكفة الفكرفة - اتفاقفة الفرفبس - ءار النهضة العربفة، القاهرة، 1999 .
- د. سعوءف ءسن سرفءان، الااءراء الءفءة فف قانون براءاء الااءراء وققا لاففاقفة الءوانب المفعلة بالفجارة من ءقوق الملكفة الفكرفة (فرفبس ) ومشروع القانون المصرف، ءراسفة مءارنفة، ءون ناشر، 2002.
- د. سمفءة القلوبف، الملكفة الصناعفة، ءار النهضة العربفة، القاهرة، 2011 .
- د/مءموء مءءار برفر، الالفزام باسفعلال المبفءراء الءفءة، ءار الفكر العربف، القاهرة، ءون سنة نشر .
- م. شوقف عفففف، الءمافة القانونفة للمسفعضراء الصفءلانفة وققا لقانون الملكفة الفكرفة رقم 82 لسنة 2002 واتفاقفة الفرفبس وأءام القضااء وآراء الفقه، الطبعة الفائفة 2006، القاهرة، ءون ناشر.
- د. عباس عفم مءمء الءسففن، مسؤلفة الصفءلف المءنفة عن أءطائفه المهنفة، ءار الففافة للنشر والفوزفع، ءون سنة نشر.
- د.عفم إبراهفم، منظمفة الفجارة العالمفة " ءولة أورءواف وفففن نهب العالم "، ءار النهضة العربفة، القاهرة، 1997.

## رسائل ءكفوراھ:

- د. برهفان أبو زفء، الءمافة القانونفة للمسفعضراء الصفءلانفة (المفءاح والمأمون)، ءراسفة مءارنفة بفن فشرفعاء مصر والاتءاء الأوربف والولفاء المفعءة، رسالة ءكفوراھ، ءامعة بنف سولف، 2008.
- د. منى السفء عاءل عمار ، الءمافة القانونفة لبراءاء الااءراء فف مءال ءواء ، رسالة ءكفوراھ كلفة الءقوق ءامعة طنطا ، 2017 .
- د. ناءف أءمء أنوار، الفرفصف الااءرففة والإءبارفة فف مءال المواء الطبفة والصفءلفة، ءراسفة مءارنفة وققا للقانون المصرف والمغربف وعلف ضوء اتفاقفة الفرفبس، رسالة ءكفوراھ، ءامعة القاهرة، ءون فارفء .
- الموقع الرسمي منظمفة الصءة العالمفة :
- <https://www.who.int/ar/dg/speeches/detail/who-direct-the-mission-briefing-on-covid-19---2-april-2020>

- منظمة التجارة العالمية، اللجنة الإقليمية لشرق المتوسط، متابعة تنفيذ إعلان الدوحة بشأن اتفاق التريبس والصحة العمومية، الدورة الخمسون، المكتب الإقليمي، القاهرة 2003/10/29، منشور على الموقع التالي:

<http://www.emro.who.int/rc50/arabic/infdoc5.htm>

#### القوانين والاتفاقيات:

- اتفاقية التريبس إحدى الاتفاقيات المنبثقة عن منظمة التجارة العالمية .
- القانون المصري رقم 82 لسنة 2002 بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية .
- القانون الفرنسي للملكية الفكرية .

#### المراجع والمواقع الأجنبية:

- Canet (L) , Coronavirus : comment répondre à la force majeure invoquée par la Chine dans ses relations commerciales , jeudi 27 février 2020 .
  - <https://www.village-justice.com/articles/coronavirus-comment-repondre-force-majeure-invoquee-par-chine-dans-ses,33920.html>
- CORREA (C), Intellectual property rights and the use of compulsory licenses: options for developing countries, the centre for advanced studies at the university of buenos aires, argentina, mai 2009. <http://www.netamericas.net/researchpapers/documents/ccorrea/ccorrea3.doc>
- Herau-Yang(H) ,Coronavirus et contrats: force majeure, or not force majeure?, 01/03/2020 .<https://lepetitjournal.com/hong-kong/coronavirus-et-contrats-force-majeure->
- WTO, Declaration on the TRIPS agreement and public health, adopted on 14 November, 2001,
- [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_trips\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm)
- CHAVANNE (A), BURST( J. J), Droit de la propriété industrielle, 1993.
- SCHMIDT-SZALEWSKI J , PIERRE J, Droit de la propriété intellectuelle, litec,4 éd.2007.

**تفعيل حماية الغير في عقد الشركة (دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريعات الأخرى)**  
**Activating the Protection of others in the Company Contract: A Comparative Study Between the Algerian Legislation and other Legislations**

ايمان خليل<sup>1</sup>، شين خشير<sup>2</sup>

**الملخص**

إن التطور الذي مس العقود في المجال الاقتصادي أدى الى ضرورة تغيير النظريات الفقهية فيما يخص مركز الغير، هذا ما جعل المشرع يراجع مفهوم و مركز الغير بغية تحقيق حماية له، حيث أصبح وجوده مقترنا بوجود أطرافه. فإن كان العقد يحمي الأطراف، فإن القانون يحمي الغير من تواطؤ وتدليس ومحاولة الإضرار بهم، عبر الوسائل التي خص بها المشرع الغير لحمايته من الأطراف. ولقد ظهر أن تدخل الغير في العقد له أهمية كبرى في المجال الاقتصادي ويتمثل ذلك في تحقيق الأمن القانوني الذي يسعى المشرع نفسه لتحقيقه، وذلك لاستبعاد أي عقبة قد تواجه تنفيذ العقد، الأمر الذي تطلب حمايته كطرف ضعيف في عقد الشركة، تأتي هذه الورقة البحثية لتبيان من هو الغير في هذا المجال وكيف خصه المشرع بحماية قانونية. وخلصت الدراسة إلى عدة توصيات لمواجهة العقوبات التي تواجه هذا النوع من الأحكام.

**الكلمات الدالة:** عقد الشركة، الغير، الحماية القانونية.

**Abstract**

The development that affected contracts in the economic field led to the necessity of changing the jurisprudential theories regarding the status of others. This is what made the legislator review the concept and position of others in order to achieve protection for it, as its existence became associated with the existence of its parties. If the contract protects the parties, then the law protects others from complicity, fraud and attempt to harm them, through the means that the legislator has assigned to others to protect it from the parties. It appears that the interference of others in the contract is of great importance in the economic field and this is represented in achieving the legal security that the legislator himself seeks to achieve, in order to exclude any potential obstacle that may face the implementation of the contract, which required protection as a weak party in the company contract. The present research paper tries to show who the other is in this context and how the legislator particularly assigned him legal protection.

**Keywords:** Company Contract, Others, Legal Protection.

(1) مخبر العلوم القانونية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، (2) مخبر تنمية اقتصاديات الأعمال الحديثة وتحسين أدائها بمنطقة الطاسيلي المركز الجامعي

الشيخ المقاوم أمود بن مختار-اليزي، الجزائر. تاريخ استلام البحث 2021/1/30 وتاريخ قبوله 2021/6/2

## المقدمة

يستخدم مصطلح الغير عادة لإزاحة الطائفة التي ليس لها علاقة بذلك الموضوع، بمفهوم آخر كلما نجد أشخاصا مختصمين بشيء معين ويتأثرون به، فهناك أشخاص آخرون بمفهوم المخالفة ليست لهم علاقة بذلك الشيء ويسمون بالغير، فنجد أن الرومان استخدموا هذا المصطلح<sup>[1]</sup>.

ومعناه أن العقود والأحكام القضائية لا تمس غير أطرافها، فالأحكام القضائية تقتصر على أطرافها المذكورة فيها دون أن تتعدى الغير، وعلى مرور الزمن تطورت العلاقات التعاقدية فأصبح مفهوم الغير بهذا المعنى البسيط لا يساير هذا التطور، لأن العلاقات التعاقدية أصبحت معقدة ومتداخلة بين الأشخاص، مما جعل الفقه يراجع مفهوم الغير، فلوحظ أن هذا الأخير أصبح موقفه ومركزه يتشابك في العلاقات القانونية وليس ذلك الشخص المستقل عن العقد.

فبدأ الفقه بمحاولة وضع قاعدة قانونية تفسر تطور مركز الغير في العلاقات التعاقدية والخروج من قاعدة النسبية المطلقة التي تعني استقلال الغير بالنسبة للعقد وعدم تأثره به وتأثيره فيه.

نجد أن التشريع المدني قد وضع نظاما يقوم على حماية الطرف الضعيف المتضرر وجبر الضرر، حيث ميز الفقه، بين الغير والطرف في مجال القانون المدني فاعتبر الطرف في العقد هو من وقع العقد بإرادته أما الغير فهو كل شخص أجنبي عن العقد لا تتصرف إليه الالتزامات المترتبة عنه، ويمكن أن يكتسب حقوقا مع بقاء مصطلح الغير في حالة غموض، نظرا لتعدد مواقفه في مجال المنازعات.

ويستثنى منه كل من المساهمين في شركة المساهمة، إلى جانب حملة شهادات الاستثمار، العمال باعتبارهم خاضعين لنظام قانوني اجتماعي خاص بهم، الدائنين الشخصيين، أيضا بسبب عدم امتلاكهم أي حق على أموال الشركة التي تعدّ الضمان العام لدائنيها دون غيرهم.

فيمكن حصر الغير الذي تكون له حماية في القانون التجاري بأنه كل متعامل مع الشركة التجارية وكل الأشخاص المذكورين آنفا .

غير أن مصطلح الغير في القانون التجاري مختلف كلياً عما هو في القانون المدني، فله معنيان: تعريف واسع وهو كل من تربطه علاقة قانونية أو تجارية بالشركة، فيشمل الغير في هذه الحالة، كل من الزبائن والموردين والمقرضين وكل مؤجر أو مستأجر لعقارات أو منقولات، كما يعتبر العمال من بين دائني الشركة التجارية، بالإضافة لكل من حملة السندات وحملة شهادات الاستثمار .

وفي معناه الضيق، هو كل متعامل خارجي عن الشركة سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، يتمثل في كل زبون أو مقرض مورد، مؤجر أو مستأجر الجانب حملة السندات، وكل دائن للشركة<sup>[2]</sup>.

<sup>[1]</sup> *Res inter aslivos acta alris naque nocerenaque prodasse. Audrey Gougeon. L'intervention du tiers à la formation du contrat. THÈSE Pour obtenir le grade de Docteur en Droit. Le 9 décembre 2016.universite de lil2.france.page.14.*

<sup>[2]</sup> زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، سنة 2016.2017، ص6

## إشكالية الدراسة

مما سبق يمكننا أن نطرح الإشكالية التالية:

من هو الغير في عقد الشركة؟ وماهي الآليات القانونية الموضوعية لحماية حقوقه من تعدي أطراف العقد عليها؟  
أهمية الدراسة

تعدّ دراسة موضوع حماية الغير غاية في الأهمية وذلك أنه انتشرت في الآونة الأخيرة طرق التعامل الحديثة من الناحية المالية والاقتصادية التي تفرض تحديد الأشخاص المعنيين من جهة استفادتهم من آثار العقد وتحمل هذه الآثار أيضا، وأن معرفة أشخاص العقد من أطرافه الأصلية أو من خلف أو نائب أو غير، أمر غاية في الأهمية حيث هذه المسألة تمس استقرار المعاملات بين الأفراد.

## أهداف الدراسة

إن الهدف من وراء هذه الدراسة، هو ضبط مدلول مفهوم الغير كونه متعدد المفاهيم في عقد الشركة وإظهار أساليب حمايته خاصة أنه يعد من المبادئ الأساسية، فالمشرع خصه بحماية في جميع مراحل الشركة من تكوينها إلى نهايتها .

## منهج الدراسة

من أجل الإحاطة بما تقدم من تساؤلات ومحاولة الإجابة عنها ستتخذ دراستنا لهذا الموضوع أسلوب المنهج الوصفي التحليلي النقدي، واستخدمنا في بعض المرات المنهج المقارن سبيلا لمعالجة موضوعاته بين القانون المدني الجزائري والقانون الفرنسي ومختلف القوانين العربية على رأسها القانون المصري.  
هيكل الدراسة:

سوف نقسم الدراسة إلى مبحثين:

- المبحث الأول: تحديد مفهوم الغير في عقد الشركة
- المبحث الثاني: أساليب حماية الغير في العقد التجاري

## المبحث الأول

### تحديد مفهوم الغير في عقد الشركة

يعد مصطلح الغير من أقدم المصطلحات القانونية، فنجد الرومان قد استعملوه ووضعوا له آثارا قانونية وما إن ظهر هذا المصطلح في جل القوانين فنجد في القانون الفرنسي القديم ثم أخذت به المجموعة القانونية الفرنسية، ونجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بما سار به التشريع الفرنسي، كما أننا وجدناه في ميدان القضاء فقد ورد في عدة اجتهادات قضائية، ولكن بقي هذا المصطلح يحمل غموضا في معناه ولم يضبط تعريفه، خاصة أنه وجد في جل

Farag. Hmoda, La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés ,thèse en vue de l'obtention du titre de doctorat en droit privé, université de franchecomté, France, 2013, P 17

الميادين وأنواع العقود، سوف نحاول في هذا المبحث توضيح معناه في العقود التجارية بحكم أنه مجال خصب لحماية تعاملات الغير، وندع فكرة دراسة الغير كفكرة عامة شاملة.

إن نية الاشتراك هي الفاصل لتكييف العقد، من هذه الفكرة كان للمجال القانوني دور في تحديد الحقوق ومحاولة إقامة التوازن بين مختلف المراكز القانونية الناشئة عن عقد الشركة خاصة حقوق الغير، لذلك وضع المشرع حماية للغير في مجال المعاملات التجارية وذلك لاستقرارها وحماية النظام العام الاقتصادي.

## المطلب الأول

### تعريف الغير في عقد الشركة

تصدر مواضع القانون التجاري العقد التجاري ومن أشهرها عقد الشركة، حيث إن هذا العقد في أول الأمر كان فكرة جاءت منذ القدم في صورة تعاونه مع أفراد أسرته والعشائر مع بعضها، ما يعني أن عقد الشركة هي نتاج تطور الفكر الإنساني عبر التاريخ.<sup>[1]</sup>

لقد أعطيت للشركة التجارية في العصر الحديث، أهمية كبيرة لدورها المميز في عملية النهوض الاقتصادي، وبكثرة وجود الشركات التجارية كثر التعامل معها من طرف الغير، والغير لا يتعامل مع الشركة مباشرة كونها شخص معنوي بل مع نائبها، الأمر الذي يقتضي من الغير أن يتأكد من أنه يتعامل مع من يمثل الشركة ويملك سلطة التصرف نيابة عنها في الحقيقة والواقع. فإذا لم تكن ثمة نيابة أصلاً أو انقضت أو جاوز ممثل الشركة حدود سلطته، فإن العمل الذي يقوم به من يتقدم للتعامل بهذه الصفة لا يكون نافذاً في جانب الشركة.

ليس من المعقول أن نطالب الغير المتعامل مع الشركة بأن يطلع على السجل التجاري أو من أن يطالعوا العقود المشهورة في كل مرة يتعاملون فيها مع ممثليها، خاصة أن المعاملات التجارية معروفة بسرعتها التي لا تترك الوقت للتدبر والتحقق مع من يتعامل<sup>[2]</sup>.

اجتمع الفقه والقضاء، مع المشرع لوضع مبدأ لحماية الغير الحسن النية للمتعاملين مع الشركات اعتماداً على الوضع الظاهر ويعني ذلك أعمال أثر التصرفات التي أجزاها ممثل الشركة سواء كان مدير الشركة أو رئيساً لها أو أحد وكلائها أو الموظفين بها.

وإلزام الشركة بها ولو كان من يمثل الشركة فيها لا يملك سلطة التصرف نيابة عنها أو كان التصرف صادراً بالتجاوز لسلطة مصدره أو لم تتبع بشأنه الإجراءات المقررة قانوناً، وذلك بإقرار قاعدة رعاية الغير المتعاملين مع الشركة الذين اطمأنوا إلى الظاهر وكفالة الاستقرار اللازم<sup>[3]</sup>.

[1] اعتبرت الشركة كنظام قانوني منذ العصور الوسطى عندما زاد النشاط التجاري في الجمهوريات الإيطالية، حيث ظهر ما يسمى بالشركات العامة بحكمها كقانون مستقل عن الشركاء، يقوم على فكرة المصلحة المشتركة للشركاء التي يعدّ نواة فكرة الشخصية المعنوية التي تتمتع بها الشركات حالياً د. نادية فضيل، أحكام الشركة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، ط، 2002، ص 192.

[2] علي حسن يونس، الشركات التجارية، دار المعرفة للنشر، القاهرة، ط1، لسنة 1991، ص 503.

[3] سعودي حسن إبراهيم سرحان، المصادر الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مؤلف مشترك، مكتبة الجامعة، إثراء للنشر والتوزيع، الشارقة، عمان، 2011. ص 2.

كما نجد أن اهتمام الفقه والقضاء والقانون حول مسألة الغير في العقد قد حظيت بدرجة كبيرة من الاهتمام لكن رغم هذا فإن مفهوم الغير بقي غامضاً وهذا بسبب الفراغ التشريعي حول تحديد مفهوم واضح له مما أدى إلى حدوث اختلاف في تحديده<sup>[1]</sup>.

وبالعودة إلى أصول الغير فإننا نجد أنه ظهر في قواعد القانون المدني، لكن المقصود هنا ليس الشخص الأجنبي عند التصرف أو العقد أي كان بل إن المقصود بالغير في هذا المقام هو ذلك الشخص الذي تعامل مع ممثل الشركة الظاهر أي هو الطرف في التصرف المبرم مع الشركة عن طريق ممثلها وهو وفقاً لهذا المنطلق أجنبي عن التصرف أو الواقعة التي خلقت أو هيأت أو ساهمت في خلق الوضع الظاهر<sup>[2]</sup>.

وهو في مفهومه الواسع: كل من تربطه علاقة قانونية أو تجارية بالشركة، فيشمل الغير في هذه الحالة كل الزبائن والموردين والمقرضين وكل مؤجر أو مستأجر لعقارات أو منقولات، كما يعتبر العمال من بين دائني الشركة التجارية بالإضافة لكل من حملة السندات وحملة شهادات الاستثمار.

كما يمكن أن يكون من بين الأشخاص المنتمين لطائفة الغير حملة الأسهم في شركة المساهمة الذين تتشابه وضعيتهم مع الغير<sup>[3]</sup>.

أما المعنى الضيق هو كل متعامل خارج عن الشركة سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً أي كل زبون ومقرض ومورد ومؤجر أو مستأجر إلى جانب حملة السندات وكل دائن للشركة وهو كل متعامل مع الشركة التجارية، وكل متعاقد والدائنين الشخصيين للشركة في حالة تمسكهم بحقهم على أموال مدينهم الشريك في الشركة وذلك عن طريق رفع دعوى غير مباشرة<sup>[4]</sup>.

ما يستتبي من كونهم غير في عقد الشركة: كل المساهمين في شركة المساهمة إلى جانب حملة الاستثمار والعمال باعتبارهم خاضعين لنظام قانوني اجتماعي خاص بهم، يجعل مركزهم القانوني بعيداً كل البعد عن المركز القانوني لدائن الشركة.

[1] زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، المرجع السابق، ص4.  
[2] نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، دار النشر جامعة الدول العربية. المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم. معهد البحوث والدراسات العربي، القاهرة، سنة 1977، ص171  
[3] مع كونهم شركاء إلا أنهم قد يجهلون الكثير من أمور الشركة خاصة المتعلقة بصحة إجراءات التأسيس في شركة المساهمة، فقد يكون من بين الشركاء من لا يعرف عن الشركة إلا اسمها، زكري إيمان، المرجع نفسه، ص5.

[4] *Le Lamy .l es societes commerciales.dalloz,france.2013 p737.*

## المطلب الثاني

## أنواع الغير في عقد الشركة

وهم كآآتي:

## الفرع الأول:الغير المتعامل مع مجمع الشركة التجارية:

نجد أن المشرع الجزائري في المادة 796 إبالمادة 799 ذكر نظام التجمع ذا المنفعة الاقتصادية، حيث نصت المادة 796 تجاري ( يجوز لشخصين معنويين أو أكثر أن يؤسسوا فيما بينهم كتابيا ولفرة محدودة تجمعا لتطبيق كل الوسائل الملائمة لتسهيل النشاط الاقتصادي لأعضائها أو تطويرها وتحسين نتائج هذا النشاط وتنميته)<sup>[5]</sup>. معظم الشركات لها علاقات متداخلة قد تصل إلى سيطرة شركة على شركة أخرى، بواسطة روابط قانونية، مالية وشخصية، حيث ظهرت الحاجة إلى التجمع والتكتل بين الشركات لمواجهة المنافسة وتحقيق الانتشار، ولعل أول نوع من الشركات التي ظهرت على شكل تجمع، هي شركة المساهمة، إذ إنها توسعت ماليا وجغرافيا، فأصبح هيكلها ضخما، من الصعب أن تسيطر عليه هيئة مسيرة واحدة، فاتخذت التفرع حلا لها لتحقيق الاستمرار، إذ لم يكن بإمكانها أن تتطور إلا بالتعدد<sup>[2]</sup>. فقامت بإنشاء شركات تابعة لها، هذا ما نتج عنه انقسام الشركة الواحدة إلىشركات متعددة خاضعة لإدارة اقتصادية مشتركة.

ويتمثل نظامها، في أن تتخذ اللامركزية في تسيير الشركات التجارية، فالشركات الأعضاء في التجمع تحوز على الأموال التي يكون مصدرها واحدا وتهدف إلى تحقيق مخطط اقتصادي مشترك، يراقبها نفس الأشخاص، وغالبا ما يكون لها نفس المسيرين، ومع ذلك تبقى شركات تجارية مستقلة<sup>[2]</sup>. ويتعامل الغير مع هذه الشركة يجعله عرضة للخطر، فالغير فيما يخص هذا التجمع هو كل من ينتمي إلى فئة المساهمين بالأقلية في شركات الأعضاء ودائني شركات الأعضاء، وسوف نقوم بدراسة حماية كل من الفئتين على التوالي.

## الفرع الثاني

## الغير المتمثل في المساهمين بالأقلية في شركات الأعضاء :

لعل أهم خطر ما قد يترتب على وجود المجموعة، هو الإضرار بحقوق المساهمين، فيما يتعلق بالمساهمين بالأقلية هنا هم كل الأشخاص الذين تفرض عليهم قرارات الأغلبية، والأغلبية هم الشركاء الذين ليست لهم القدرة على فرض إرادتهم داخل الشركة<sup>[3]</sup>.

[5] المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 إبريل 1993 المعدل والمتمم بالقانون التجاري .جريدة رسمية عدد27، لسنة 1993.

[1]FRANCISE .LE FEBVRE , groupes de societe memonto pratique ; editions francaise lefevre, Paris, France, 2009,p15

[2] زايدى آمال، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة 2004، 1، ص2

[3] DOMINIQUE SCHMIDT.les droit de la minorite dans le spciete anonyme.paris librairie siry 1970.p4

وتظهر حماية المشرع لهم في تقرير إجراءات وقائية متمثلة في إجراءات الإعلام، فحسب نص المادة 732 مكرر 1 (عندما تأخذ شركة، خلال سنة مالية، مساهمة في شركة يوجد مركزها بالجزائر، أو تحصلت على أكثر من نصف رأس مال هذه الشركة، يذكر ذلك في التقرير الذي يقدم للشركاء والمتعلق بالعمليات التي تم إجراؤها خلال السنة المالية، وعند الاقتضاء في تقرير محافظي الحسابات .

يشير مجلس الإدارة أو مجلس المديرين أو المسير في تقريره إلى نشاط الشركات التابعة حسب مجال النشاط كما يظهر النتائج المحصل عليها).

فباستراط المشرع تعيين مراقبين للحسابات في نص المادة 732 مكرر 2، يكون قد حمى الغير من أي اختلاس في الحسابات أو غلط، بحيث وضع جزاء لعدم الإعلام حسب المادة 827 تجاري جزائري .

أما الحماية الثانية، فتظهر عبر منحهم صلاحيات للتحري، وهو الإجراء الذي يغني عن الإجراءات القضائية أي إجراء وقائي، وذلك بإعطائهم حق الاطلاع على المستندات وتوجيه الأسئلة، حسب المادة 558 قانون تجاري، والمادة 585 والمواد 677.678.680.682. التي تخص شركة المساهمة، ويدخل من باب التحري، الاستعانة بخبير، المادة 558 تخص شركة التضامن والمادة 585 من نفس القانون تخص شركة ذات المسؤولية المحدودة.

أما الحماية القضائية، فتظهر في وسائل الدفاع وهي في حالة وقوع الضرر تتمثل في:

- المطالبة بتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق والدفع بالتعسف.
- اللجوء للمقاضاة القائمين على إدارة الشركة بممارسة دعوى الشركة.
- رفع دعوى فردية خاصة بالمساهم في مواجهة الشركة<sup>[1]</sup>.

### الفرع الثالث

#### الغير المتمثل في دائني الشركات الأعضاء

الأصل في نظام التجمع أنه لا يوجد استقلال قانوني، بحيث تبقى الشركة الأم بعيدة عن ديون كل شركة عضو، فدائن أحد الشركات لا يمكن أن يطالب الآخرين<sup>[2]</sup>. لكن تتمثل حماية المشرع للدائنين بوضع استثناءات على قاعدة الاستقلال القانوني في حالات هي:

- 1- حالة الدائن المتعامل مع الشركة العضو، فقد يلحق به ضرر نظرا لعدم وضوح العلاقة بين شركات أعضاء، خاصة أن الشركة المسيطرة هي المسير الفعلي للشركات التابعة، أو إذا ارتكب خطأ أضر به.
- 2- إن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه، قد يضر بدائني الشركة العضو إذا وقعت في حالة عدم الدفع التي قد تغلس وتعدد وضعية دائنيها، مع أن سبباً قد يكون من أجل التضحية لإبقاء الشركة الأم<sup>[3]</sup>.

[1] زايد يأمال، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 260-269.

[2] شريف محمد غانم، الإفلاس الدولي لمجموعة الشركات المتعددة الجنسيات، مسؤولية الشركة الأم الأجنبية عن ديون شركاتها الوليدة، دار الجامعة الجديدة، تونس، 2006، ص 27.

[3] زايد يأمال، النظام القانوني يلتجمع الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 275.

## المبحث الثاني أساليب حماية الغير في العقد التجاري

يعد مبدأ حماية الغير في المعاملات التجارية من المبادئ الأساسية، وخصه المشرع بقواعد لضمان وتزويد وإعلام الغير بالمعلومات التي تكفيه، فليس للحقوق التي يتمتع بها الغير في الشركة أي قيمة إذا لم يكن الغير على بينة من أمره، وبوضع المشرع للقواعد الحامية للغير يكون هناك ضمان للاستقرار والنشاط التجاري وحماية النظام العام الاقتصادي.

وإذا ما فرقنا بين الحماية التي وضعها المشرع للغير في القانون التجاري بالحماية التي يتمتع بها الغير في قواعد القانون المدني نجدتها متعددة ومتنوعة، فهذه الامتيازات تساعد على زرع الثقة في التعاملات التجارية وبها يصبح تدفق الأموال وكثرة الحركة في الأسواق، لذا أصبح مبدأ حماية الغير من الغايات والأدوات الاستراتيجية لاستقرار المراكز القانونية .

ولعل أنجح وسيلة هي تكريس فكرة الشفافية التي بها يستطيع الغير معرفة مع من يتعاقد فيكون في أمان وأيضا وسيلة الشهر التي تمس القواعد التي من شأنها المحافظة على هذه الحقوق [4].  
ويكون توفير هذا الإعلام في أول مرحلة أي قبل التعاقد وهي مرحلة تكوين وتأسيس الشركة (أولا) ثم تليها مرحلة نشاط الحركة (ثانيا) ثم مرحلة انقضاء الشركة (ثالثا)

### المطلب الأول

#### حماية الغير أثناء تكوين الشركة

لكي يعدّ عقد الشركة صحيحا لا يكفي توافر الأركان الموضوعية العامة المتمثلة في الرضا المحل السبب التي تجتمع فيها سائر العقود الأخرى، وينبغي زيادة على ذلك توافر الأركان الخاصة لعقد الشركة التي تميزه عما قد يشته به من عقود، ما أكدته المادة 416 من القانون المدني الجزائري الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسائر التي قد تتجر عن ذلك .

نستنج من هذه المادة الأركان الخاصة التي تتمثل في:

1. اجتماع شخصين طبيعيين أو معنويين أو أكثر.
2. مساهمة كل منهما بحصة في رأس مال الشركة.
3. نية الاشتراك أو نية التعاون عن طريق قبول أخطاء معينة وما يتبع ذلك من وجوب اقتسام الأرباح والخسائر بين الشركاء، بهذه الأركان يكون عقد الشركة قد انعقد صحيحا ورتب أثر وهو الشركة التي تتمتع باستقلال ذاتي وشخصية قانونية متميزة .

[4] كمال بقدار، مظاهر حماية الغير للشركات التجارية وفق للقانون الجزائري، مقالة منشورة في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية السنة 7 المجلد 2، العدد 28، لسنة 2015، ص 158.

إن الغاية من إنشاء شركة تجارية هو إنجاز المشاريع الاقتصادية وهذا يتطلب توافر موارد مالية كافية لقيام هذه الشركة التجارية، فلا يمكن أن نتصور قيامها إلا بمساهمة كل الشركاء بتمويلها بالموارد المالية عن طريق تقديم حصص لها<sup>[1]</sup>.

ولا يمكن للشركاء الاحتفاظ بكل الحقوق على أموالهم وإنما يجب عليهم تخصيص بعض عناصر ذممهم المالية لاستغلال المشروع الاقتصادي الذي يحدده نظام الشركة التجارية، وتقديم كل شريك لحصته التي التزم بها اتجاه الشركة يعدّ ضماناً رئيسياً لدائني الشركة حيث يمكن لهم مطالبة الشركاء مباشرة الوفاء بحصصهم أو بما تبقى منها في حالة الوفاء الجزئي<sup>[2]</sup>.

بالإضافة إلى الأركان المذكورة سابقاً نجد أن المشرع الجزائري قد اشترط في عقد الشركة أن تكون بكتابة رسمية واشترط وجوب شهر العقد وذلك حماية للغير بإعلامه وليكون على دراية كافية بهذا الشخص المعنوي طبقاً للمواد 417 من ق م ج و 548-549 من ق ت ج .

من هنا يتبين لنا أن المشرع قد وضع في مرحلة التكوين حمايتين، الحماية المتمثلة في رأس مال الشركة (الفرع الأول) والحماية المتمثلة في ركن الشكلية (الفرع الثاني) والشهر (الفرع الثالث) وسنقوم بالتطرق إليها على التوالي .  
**الفرع الأول: حماية الغير من خلال رأس مال الشركة**

لقد ضبط المشرع عقد الشركة بقواعد قانونية آمرة بهدف حماية الغير من تبعات المخاطر المالية خاصة في نطاق الشركات التي تقوم على قاعدة المسؤولية المحدودة، فخص المشرع حماية الغير بأحكام تشريعية فما يميز شركات الأشخاص عن شركات الأموال هو أن ذمة شركات الأشخاص كشركة التضامن تكون مخصصة للوفاء بحقوق دائني الشركة الذي لم يقرر لهم حق خالص على أموالهم، الذي يعطيهم الأولوية في استيفاء حقوقهم دون مزاحمة باقي دائني الشركاء الشخصيين، غير أن دائني شركة التضامن التي هي من شركات الأشخاص يكون لهم زيادة على ذلك ضمان عام على أموال الشركاء الذين يسألون عن ديون الشركة والتزاماتها مسؤولية شخصية وتضامنية حسب ما نصت عليه المادة 551 قانون تجاري جزائري<sup>[1]</sup>.

بينما نجد أن رأس مال شركات الأموال كشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة يعدّ الضمان الوحيد لدائنيها، ويستثنى من ذلك الحصة بعمل التي لا يمكن أن تصلح كضمان لدائني الشركة لأنها غير قابلة للتقويم ولا يمكن أن تكون محلاً للتنفيذ الجبري، والسبب يرجع إلى أن صاحب هذه الحصة لم يتعهد بتقديم عمله للدائنين وإنما تعهد بتقديمه للشركة ولباقي الشركاء فقط ولهذا يرى جانب من الفقه بأنه لا يمكن للشريك في شركات الأموال بصفة عامة أن يقدم سوى الحصة العينية والنقدية لكونها الضمان الوحيد لدائنيها، فلرأس مال الشركة التجارية أهمية كبرى فهو جوهرها وقلبها النابض، فليس لها الحق في اقتراض كل الأموال التي تحتاجها لتحقيق الغرض

[1] سلام حمزة، الشركات التجارية، الجزء الأول، دار هومة، لسنة 2015، ص 193-140

[2]A. Archilla, *La protection des tiers dans le droit des sociétés, revue trimestrielle du droit commerciale, centre montpellierain du droit de l'entreprise page 44*

[1] فقات فوزي، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص والتصرف فيها في الشركات التجارية في القانون الجزائري لمرجع السابق، الجزائر - ديوان المطبوعات الجامعية، 7200 ص 104.

الذي أنشئت من أجله بل لا بد من مساهمة كل الشركاء في تكوين رأسمالها عن طريق إلزامهم بتقديم الحصص إليها<sup>[2]</sup>.

يجب على الشركة دائما أن تحتفظ بموجودات لا تقل عن قيمة رأس مالها الذي بدأت به حياتها، فإذا كانت هذه الموجودات تعد بمنزلة ضمان حقيقي لدائنيها فإن رأس مالها يظل الحد الأدنى لهذا الضمان مما لا يجوز المساس به بأي حال من الأحوال.

ونستنتج أنه لا يجوز وفقا للقانون الجزائري أن يقل رأس مال شركة المساهمة عن خمسة ملايين دينار جزائري، إذا لجأت الشركة علانية للادخار ومليون دينار في حالة ما إذا لجأت إلى طريقة التأسيس المغلق وفقا للمادة 566 ق ت ج.

لقد حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي في تحديد الحد الأدنى لرأس مال الشركة في شركات الأموال وهذا حماية للغير المتعامل معها .

أما بالنسبة للحد الأقصى لرأس مال الشركة فلم يشترط المشرع حدا أقصى للشركة ذات المسؤولية المحدودة، حتى لا تتألف شركة في هذا الشكل الذي قصد المشرع قصره<sup>[3]</sup>.

سوف نذكر الحماية التي قررها المشرع للغير المتعامل مع مختلف أنواع الشركات كالاتي:

- عدم جواز تقديم حصة العمل في شركات الأموال، من ذلك ما نصت عليه المادة 567، ق ت ج المنظمة لأحكام شركة ذات المسؤولية المحدودة، ولعل السبب في المنع هو المحافظة على مصلحة الدائنين المتعلقة برأس مال الشركة والاكتمال الكلي فيها، أضف إلى ذلك عدم قدرة الدائنين على تعقب هذه الحصة عن طريق التنفيذ العيني عليها، الأمر الذي يؤثر تأثيرا كبيرا وبالغا على الضمان العام الخاص بهم زيادة على صفة الشخصية لحصة العمل التي تتعارض مع الاعتبار المالي<sup>[1]</sup>.
- الوفاء بالأسهم العينية بكاملها عند تأسيس شركة المساهمة، ذلك ما تقضي به المادة 596 ق ت ج، ونفس الحكم التشريعي يتم العمل به كذلك في نطاق شركة التوصية بالأسهم وفقا لنص المادة 3/715 ق ت ج، وأيضا في شركة ذات المسؤولية المحدودة إذ نصت المادة 567 على أنه ( يجب أن يتم الاكتمال بجميع الحصص من طرف الشركاء وأن تدفع قيمتها كاملة سواء أكانت الحصص عينية أم نقدية ... )
- الوفاء بقيمة الربع على الأقل من قيمة الأسهم النقدية عند الاكتمال على أن يتم الوفاء بالباقي دفعة واحدة أو على دفعات في أجل لا يتعدى 5 سنوات اعتبارا من تاريخ قيد الشركة في السجل التجاري وفقا لأحكام المادة 596 ق ت ج،

[2] عزيز العيكي، الوسيط في الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 159

[3] محمد فريد العريبي، الشركات التجارية (المشروع التجاري الجامعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال) دار الجامعة الجديدة ط 2004، ص 31.

[1] علي العريفي، شرح القانون التجاري، دار النهضة العربية، مصر، ص 135

مع الملاحظ أن المشرع في نص المادة 715 مكرر 52 من ق ت ج نص على قاعدة مفادها أنه إذا كانت الأسهم النقدية غير مسددة القيمة كلية عند الاكتتاب اشترط أن تكون اسمية بهدف تمكين الشركة من معرفة المساهم الملتمزم بتسديد الجزء المتبقي<sup>[2]</sup>.

على خلاف شركة المسؤولية المحدودة، حيث اشترطت المادة 576 ق ت ج أن تدفع قيمة الحصص العينية والنقدية كاملة بداية من تأسيس الشركة .

إن الأسهم لا تكون قابلة للتداول إلا بعد قيد الشركة في السجل التجاري وفقاً لمحتوى نص المادة 715 مكرر 1/51 ق ت ج .

فرض المشرع المسؤولية التضامنية بين المالك السابق والمالك الحالي عن الوفاء بالجزء المتبقي ذلك ما أشارت إليه المادة 15 مكرر 48 ق ت.

تحديد الحد الأدنى لرأس المال إلى درجة لا يجوز النزول عنه وفقاً لأحكام المادتين 566 و 594 قانون تجاري جزائري.

في حال خسارة الشركة ذات المسؤولية المحددة ثلاثة أرباع رأس المال ألزمت المادة 2/589 قانون تجاري جزائر بإشهار القرار المتخذ من طرف الشركاء في هذا الشأن في صحيفة معتمدة لتلقي الإعلانات القانونية في الولاية التي يكون مركز الشركة تابعاً لها، وإيداعه بكتابة ضبط المحكمة التي يكون هذا المركز تابعاً لها وقيد بالسجل التجاري .

أما بالنسبة لشركة المساهمة فإن المادة 715 مكرر 20. ق ت ألزمت مجلس الإدارة أو مجلس المديرين باستدعاء الجمعية العامة غير العادية لاتخاذ القرار المناسب في هذا الشأن، سواء بالحل أو بالتخفيض، في كلتا الحالتين يجب أن تنشر اللائحة المصادق عليها من الجمعية العامة وفق لمقتضيات نص المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 438/95. المؤرخ في 12/23. المتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات.

ألزم المشرع ذكر هذا المبلغ على جميع المراسلات والفترات في التعامل مع الغير<sup>[1]</sup>.

إيداع الأموال الناتجة عن تسديد قيمة الحصص لدى مكتب التوثيق وتسلم المدير الشركة بعد قيدها في السجل التجاري، وفقاً لأحكام المادة 567 قانون تجاري جزائري الخاصة بشركة ذات المسؤولية المحدودة، أما شركة المساهمة فأضاف المشرع وفق التعديل الحاصل على المادة 598 ق ت عبارة (أو لدى مؤسسة مالية مؤهلة) علماً أن هذه المادة كانت محررة في السابق (إن الأموال الناتجة عن الاكتتابات النقدية وقائمة المكتتبين مع ذكر المبالغ المدفوعة من كل واحد منهم تكون موضوع إيداع بمكتب التوثيق).

تطبق قواعد المسؤولية التضامنية في حق الشركاء عن الفرق بين قيمة الحصة العينية المقررة والقيمة الحقيقية طيلة مدة 5 سنوات اتجاه الغير وذلك أثناء مرحلة التأسيس، استناداً إلى أحكام المادة 2/568 قانون تجاري، وأساس

<sup>[2]</sup> حلوش فاطمة آمال، حق المساهم في التصرف في أسهمه في شركة المساهمة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: قانون خاص كلية: الحقوق، جامعة بلعباس، الجزائر، ص 135

<sup>[1]</sup> فتيحة يوسف عماري، السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية التصريحية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، جامعة الجزائر 1، سنة 2005، ص 31

قواعد هذه المسؤولية في هذا الإطار هو النص القانوني الذي أوجب على الشركاء الالتزام بالضمان بقيمة رأس المال ومطابقتها للحقيقة<sup>[2]</sup><sup>114</sup>.

أما بعد مزاوله النشاط التجاري، فإن المادة 2/574 هي التي تولت إعطاء الحكم القانوني في ذلك. ولعل السبب الذي دفع المشرع إلى التصييص على مثل هذا الضمان القانوني، هو ضعف الائتمان الذي تقوم عليه هذه الشركات، وذلك انطلاقاً من مبدأ المسؤولية المحدودة، فضلاً عن ضعف الحد الأدنى لرأسمال هذه الشركات، بهدف توليد الثقة والطمأنينة لدى الغير، من خلال سلامة رأسمالها .

لا بل أكثر من ذلك لم يقف المشرع عند هذه الحماية فقط، بل فرض إجراءات موضوعية وأخرى شكلية تخص مسألة الزيادة في رأس المال علماً أن الزيادة في رأس مال شركة المساهمة من اختصاص الجمعية العامة غير العادية بناء على تقرير مجلس الإدارة أو مجلس المديرين وفقاً لأحكام المادة 691 قانون تجاري . وخلصته أن الزيادة في رأس المال ما هي في الأساس إلا صورة من صور التعديلات التي يمكن أن تدخل على عقد الشركة وتعد هذه المسألة تعديلاً لأحد البنود الأساسية لا يسمح القانون بإجرائه إلا وفق إجراء تأمره تهدف بالدرجة الأولى إلى حماية مصلحة الشركاء وحقوق الغير في أن واحداً باعتباره ممثلاً سبب من أسباب تقوية الضمان العام<sup>[3]</sup>.

#### الفرع الثاني: الشكلية

لقد نصت المادة 418 من القانون المدني ( يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً كذلك يكون باطلاً كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد) كما تنص المادة 1/545 ق ت (تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة).

والغاية من الكتابة هي النتائج المستوحاة من هذا العقد باعتباره عقداً يولد شخصاً معنوياً له علاقة مباشرة مع الغير الذي يجب عليه معرفة كل ما يتعلق بهذا الأخير حتى يمكن تحديد مركزه منها التعامل معها<sup>[4]</sup>. و بناء على النصوص القانونية استقر الأمر فيأنه لا يجوز إثبات عقد الشركة بين الشركاء بغير الكتابة، أما بالنسبة للغير فإن التشريع الجزائري وغيره من التشريعات القانونية سادته قاعدة قانونية تقرر جواز إثبات وجود الدين وانقضائه في علاقة الشركة بالدائن بكافة طرق الإثبات والعلّة من ذلك أنه من غير المقبول أن يعاني الغير من تهاون وإهمال الشركاء، وعلى ذلك عدم توافر الكتابة لا يؤثر على حقوق الغير، ذلك ما أشارت إليه المادة 2/545 و3 ق ت (لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يتجاوز أو يخالف ضد مضمون عقد الشركة، يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء).

لا بل أكثر من ذلك فإن المشرع في حالات يذهب إلى تشديد إجراءات الإشهار لإعطاء صورة حقيقية وواضحة عن وضعية التاجر، خاصة الجانب المالي لحماية الغير والاقتصاد الوطني في ذات الوقت<sup>[2]</sup>.

[2] سميحة القلوبوي، الشركات التجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة للنشر والتوزيع، المدينة، البلد، لسنة 2018، ص 417

[3] نادية فوضيل، شركات الأموال في القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 42

[4] سميحة القلوبوي، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 87

[2] نادي نادية فوضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، ص 245

وما قضت به المادة 228 ق ت ج: تسجل الأحكام الصادرة بالتسوية القضائية أو بشهر الإفلاس في السجل التجاري ويجب إعلانها لمدة ثلاثة أشهر بقاعة جلسات المحكمة.  
أو ينشر ملخصها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية للمكان الذي يقع فيه مقر المحكمة، ويتعين أن يجري النشر نفسه في الأماكن التي يكون فيها للمدين مؤسسات تجارية .  
ويجري نشر البيانات التي تدرج بسجل التجارة، طبقاً للفقرة الأولى من هذه المادة في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية التي نشر فيها الملخص المشار إليه في الفقرة الأولى وينشر النشر المذكور أعلاه تلقائياً من طرف كاتب الضبط.

### الفرع الثالث: الإشهار القانوني

يعدّ الإشهار القانوني ضماناً قانونية تعطي الحماية للغير، حيث أوجب على الشركاء إعلام الغير بتكوين الشركة بكل تعديل لاحق، ذلك ما أشارت إليه المادة 548 ق ت بنصها (يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية وتنتشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال وإلا كانت باطلة).

ونصت المادة 12 من قانون 04/08 المعدل والمتمم بالقانون 06/13 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية على أنه (يقصد بالإشهار القانوني بالنسبة للأشخاص الاعتباريين إطلاع الغير بمحتوى الأعمال التأسيسية للشركات والتحويلات والتعديلات وكذا العمليات التي تمس رأس مال الشركة ورهون الحيازة وإيجار وبيع القاعدة التجارية وكذا الحسابات والإشعارات المالية، كما تكون كل الأحكام وقرارات العدالة التي تتضمن تصفيات ودية أو إفلاس، كذلك كل إجراء يتضمن منع أو إسقاط الحق في ممارسة التجارة أو شطب أو سحب السجل التجاري موضوع إشهار قانوني على نفقة المعني).

وعليه فإن الهدف من الإشهار هو إعلام الغير بالحالة القانونية للشركة حتى يتسنى لهذا الأخير التعامل معها على هذا الأساس<sup>[3]</sup>.

ومنه أن مبدأ الاحتجاج في مواجهة الغير يستند في أساسه إلى دعامين أولهما يتمثل في قرينة عدم العلم والثانية أن عدم العلم لا يؤثر على صحة تصرف الغير الخاضع لإجراءات الإشهار، وإنما هو جزء مدني لحماية الغير على خلاف البطلان<sup>[3]</sup>.

وبذا لا يعتد بتسجيل الشخص الاعتباري في السجل التجاري تجاه الغير إلا بعد يوم كامل من تاريخ نشره القانوني، ذلك ما صرحت به المادة 11 من القانون 08/04 المعدل والمتمم على أن الإشهار لا يقتصر على النشرة الرسمية للإعلانات القانونية فقط . وإنما تكون الإشهاريات القانونية أيضاً موضوع إدراج في الصحافة الوطنية المكتوبة .

ونجد أن المشرع بالإضافة لهذه الحماية أعطى حماية أخرى للغير ذلك ما يستشف من نص المادة 549 قانون تجاري التي رتبت حكم مفاده أن الشركة لا تتمتع بالشخصية القانونية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، هذا الإجراء القانوني يعد بمنزلة ميلاد الأهلية القانونية التي توهم الشركة لإبرام التصرفات والتعهدات القانونية، غير أنه

[3] محمود مختار أحمد بربري، قانون المعاملات التجاري السعودي، دار النهضة العربية، لسنة 1982، ص 207. ود كمال بقدار، مظاهر حماية الغير في الشركات التجارية وفقاً للقانون التجاري الجزائري، مقالة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية لسنة 2017، ص 163 .  
[1] لحسن بيهي، الشكلية في ضوء قانون الشركات التجارية المغربي، مكتبة دار السلام، المغرب، 2005، ص 244.

قد يعتمد أعضاء الشركة قبل استيفاء هذه الشكليات الأمر إلى إبرام بعض التصرفات على خلاف الشركات المدنية، إذ تتمتع بالشخصية المعنوية بمجرد التأسيس بيد أنه يمكن للغير التمسك بشخصية الشركة رغم عدم شهرها إذا كانت له مصلحة في ذلك، وفقا لأحكام المادة 2/417 قانون مدني جزائري (ومع ذلك إذا لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون فإنه يجوز للغير أن يتمسك بتلك الشخصية)<sup>[2]</sup>.

الأمر ما ذهب بالمشرع إلى وضع الحلول القانونية حتى يتمكن الغير من الحصول على ضمانات قانونية تحفظ له حقوقه من جهة، وتدعم فكرة الائتمان من جهة أخرى، هذا الحل يكمن في إقرار قاعدة المسؤولية التضامنية والغير محدودة في أموالهم عن كل التعهدات التي تعهدوا بها باسم الشركة، ذلك ما أشارت إليه المادة 549 ق ت ج : لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري.

وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة، فتعدّ التعهدات بمنزلة تعهدات الشركة منذ تأسيسها.

نفس الحكم نجده في نص المادة 799 مكرر قانون تجاري فيما يتعلق بالتجمعات بنصها (يتمتع التجمع بالشخصية المعنوية وبالأهلية التامة ابتداء من تاريخ تسجيله في السجل التجاري، ويحدد العقد الخاضع للإشهار القانوني شروط التجمع وموضوعه)<sup>[3]</sup>.

لقد رتب المشرع على سوء استخدام الشخصية المعنوية حكما قانونيا يتعلق بتمديد إجراءات الإفلاس بهدف حماية الغير والاقتصاد الوطني معا حسب نص المادة 224 ق ت ج (في حالة التسوية القضائية لشخص أو إفلاسه، يجوز إشهار ذلك شخصا على كل مدير قانوني أو واقعي أو باطني مأجور كان أم لا: إذا كان ذلك المدير في ظل الشخص المعنوي أثناء قيامه بتصرفاته قد قام لمصلحته بأعمال تجارية أو تصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة، أو باشر تعسفا لمصلحته الخاصة باستغلال خاسر لا يمكن أن يؤدي إلا إلى توقف الشخص المعنوي عن الدفع...).

أما فيما يخص آثار التنازل اتجاه الغير فيبدأ من تاريخ شهره بالشكل المحدد قانونا ومن هنا يمكن القول إن الشريك المتنازل عن حصته يبقى مسؤولا عن ديون الشركة في مواجهة الغير طيلة الفترة السابقة لشهر ذلك التنازل ومن باب أولى فإن التنازل لا يسري مطلقا في مواجهة الغير<sup>[1]</sup>.

## المطلب الثاني

### حماية الغير أثناء نشاط الشركة

لكل شركة مدير يقوم بأعمال الإدارة وبالتصرفات التي تدخل في غرض الشركة فيبرم العقود مع الغير ويوقع عن الشركة ويمثلها أمام القضاء والسلطات العامة ويدفع للشركاء أنصبتهم من الأرباح التي حققها، وتتسأ عن

[2] كمال بقداد، مظاهر حماية الغير في الشركات التجارية وفقا للقانون التجاري الجزائري، المرجع السابق، ص 164

[3] مؤيد محي الدين عبيدات، النقابة الحكومية على تأسيس الشركات، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ص 352.

[1] لجسن بيهي، الشكليات في ضوء قانون الشركات التجارية المغربي، ص 58

أعمال المدير نوعان من المسؤولية، مسؤولية الشركة عن أعماله في مواجهة الغير ممن يتعاملون معها، ومسؤولية المدير نفسه عن أعماله في مواجهة الشركة وهنا تتجلى حماية الغير المتعامل مع الشركة تجاه تصرفات المدير<sup>[2]</sup>.

## الفرع الأول

### حماية الغير في حالة وجود مدير للشركة

من المعلوم أن الشركات لا تستطيع أن تدير نفسها بنفسها بل لابد أن يعين عليها مديرون يتعاملون باسمها ويقومون بتمثيلها أمام الغير والقضاء .

قد نصت المادة 553 قانون تجاري جزائري. (تعود إدارة الشركة لكافة الشركاء مالم يشترط في القانون الأساسي على خلاف ذلك، ويجوز في القانون المشار إليه مدير أو أكثر من الشركاء أو غير الشركاء، أو ينص على هذا التعيين بموجب عقد لاحق).

إذا لم يعين من يدير الشركة فالمفروض أن الشركاء قد جعلوا حق الإدارة لكل واحد منهم فلكل أن ينفرد بالقيام بأعمال الإدارة وأعمال التصرفات الداخلة في أغراض الشركة أو الشركاء من جراء خطئه أو مخالفته شروط عقد الشركة، فقد يسأل كذلك مسؤولية جنائية في حالة ارتكابه لجرائم تمس بالشركة أو الغير<sup>[3]</sup>.

ففي حالة تعيين المدير: ينص عقد الشركة في الغالب على سلطة المدير والأعمال التي يجوز له مباشرتها فإذا لم تحدد سلطة المدير في العقد أو في الاتفاق اللاحق الذي تم به التعيين، كان له أن يقوم بكافة الأعمال التي تدخل في غرض الشركة دون النظر لما إذا كانت هذه الأعمال من أعمال الإدارة بمعنى الكلمة .

فله أن يستأجر الأماكن اللازمة لنشاط الشركة، ويستخدم العمال ويفصلهم، ويؤمن على أموال الشركة وله أن يشتري البضائع ويبيعها، ويوقع على الأوراق التجارية ويظهرها ويقترض في الحدود اللازمة لتصرف شؤون الشركة، ويمثل الشركة أمام القضاء ويطالب الشركاء بتقديم حصصهم في رأس المال ويتصلح ويعقد تحكيمًا في المنازعات المتعلقة بالأعمال التي تدخل ضمن حدود سلطته.

وليس للشركاء التدخل في إدارة الشركة أو الاعتراض على أعمال المدير إذا كانت ضمن حدود سلطته وفقا للمادة 427 ق م ج ( للشريك المنتدب للإدارة بنص خاص في عقد الشركة أن يقوم بالرغم من معارضة الشركاء الآخرين بأعمال الإدارة، وبالتصرفات التي تدخل في نطاق نشاط الشركة اللاعادي على شرط أن تكون أعمال الإدارة والتصرفات خالية من الغش، ولا يجوز عزل هذا الشريك من وظيف متصرف بدون مبرر مادامت الشركة قائمة ...).

وهذا تحقيقا للفائدة من تعيين مدير للشركة فضلا على ما ترتبه المعارضة من تعطيل لسير الشركة، على أن للشركاء حق الإشراف والرقابة على أعمال المدير عن طريق الاطلاع بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها، ولا يجوز الاتفاق على سلبهم هذا الحق طبقا للمادة 430 ق م ج (يمنع الشركاء الغير مديرين من الإدارة ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر ووثائق الشركة ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك )

[2] جان بير بيردا، وظيفة ومسؤولية القائمين على إدارة شركات المساهمة، باريس، 1934.ص178.

[3] الأستاذ محمد بن إبراهيم موسى، تقديم فضيلة الشيخ مناع خليل القطان، شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، دار العاصمة للنشر والتوزيع المملكة العربية السعودية، 1998، 2، ص249

في حالة تعدد المديرين وقام أحد المديرين بعمل من الأعمال الإدارية أو التصرف بغير اعتراض زملائه أصبحوا جميعا مسؤولين عن هذا العمل، مع الإشارة مرة أخرى بآثار معارضة أحد المديرين لأعمال مدير آخر بالنسبة للغير ما لم يثبت أن الغير كان يعلم بذلك وفقا لنص المادة 3/555 (لا أثر لمعارضة أحد المديرين لأعمال مدير آخر بالنسبة للغير ما لم يثبت أنه كان عالما به...).

ومن المنطقي أن شروط العقد المتعلقة بسلطات المدير وحدودها وكيفية توزيع الاختصاص في حالة تعددهم، لا يحتج بها على الغير، ما جاءت به المادة 4/555 ومن هنا تتضح الحماية القانونية للغير المتعامل مع الشركة.

**1: مسؤولية الشركة أمام الغير عن تصرفات المدير:**

تلتزم الشركة بالعقود والتصرفات التي يقوم بها المدير بشرطين: أن يكون تعامل المدير باسم الشركة ولحسابها، وأن تكون أعمال المدير وتصرفاته داخلية في نطاق سلطاته المخولة له بموجب عقد الشركة. أما إذا لم تحدد صلاحيات المدير في عقد الشركة فإنه يتقيد بمصلحة الشركة وغرضها إذا كان الغير حسن النية<sup>[1]</sup>.

ونتيجة لذلك فإن جميع تصرفاته التي يجريها باسم الشركة لتحقيق غرض الشركة وفي حدود سلطاته تنصب مباشرة في ذمتها، فهي تسأل عن كافة الآثار التي تترتب على تصرفات المدير وهي المسؤولة عن تنفيذ تعهداته، وبناء على ذلك إذا أساء المدير استخدام عنوان الشركة في التوقيع على صفقة خاصة به فإن الشركة تظل مسؤولة عن هذا التصرف في مواجهة الغير حسن النية<sup>[2]</sup>.

ويمكن للشركة في هذه الحالة الرجوع إلى المدير ومطالبته بما يترتب على تصرفاته من أضرار بالشركة، وتلجأ الشركة إلى ذلك عن طريق مدير آخر يقوم برفع الدعوى ضده<sup>[3]</sup>.

أما إذا كان الغير سيء النية أي يعلم بأن المدير يعمل لمصلحته الشخصية فلا تلتزم الشركة بتعاقدته وليس للغير في هذه الحالة إلا أن يرجع إلى المدير ذاته، فعلى الشركة إذا طالبها الغير بالوفاء أن تثبت سوء نيته فإن الشركة كشخص معنوي كانت فيما مضى لا تلتزم بهذا التصرف وإنما يلزم به المدير شخصيا ولو كان الغير الذي تعامل مع المدير حسن النية، إلا أن القانون الفرنسي لعام 1966 قد نص صراحة في المادة 14 على أنه لا يجوز في علاقة الشركة مع الغير الاحتجاج بالشروط التي تضيق من سلطات المدير كما يحددها القانون<sup>[4]</sup>.

وذلك بغية حماية الغير واستقرار التعامل وعلى اعتبار أن المدير نائب قانوني عن الشركة في كل ما يقتضيه تحقيق الغرض الذي قامت الشركة من أجله وليس مجرد وكيل عن الشركاء، وعليه فإن القيود الواردة في عقد الشركة التأسيسي على سلطة المدير لا يجوز الاحتجاج بها على الغير.

حتى إن شهرت هذه القيود بالطرق القانونية، فالمدير يكون مسؤولاً عن الخطأ الذي ارتكبه قبل الشركة ولكن عمله يعد ناتجا في حق الشركة بالنسبة للغير، نجد أن المادة 4/555 ق ت ج قد نصت على أنه لا يحتج على الغير بالشروط المحددة لسلطات المديرين كلما كان عمل المدير يندرج في تحقيق الغرض الذي قامت من أجله الشركة، ونجد أن المشرع في هذه المادة لم يفرق بين علم الغير المتعامل مع الشركة أو عدم علمه.

ونجد أن مسؤولية الشركة في مواجهة الغير عن أعمال المدير قد تكون مسؤولية عقدية أو تقصيرية.

[1] عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 303

[2] د. عبد الحميد الشواربي، الجرائم المالية والتجارية، مرجع سابق، ص 253

[3] المرجع نفسه، ص 254-255

[4] الأستاذ، عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، سنة 2009، ص 239

## 2: أنواع المسؤولية

### أ- نكون أمام مسؤولية عقدية وذلك بوجود توافر شرطين:

- أن تكون هذه العقود باسم الشركة ولحسابها فإذا أبرم المدير عقدا لحساب الشركة ووقعه باسمه الخاص، وليس بعنوان الشركة فالأصل عدم مسؤولية الشركة ويتم إلزام المدير وحده، لكن هذه قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها من طرف الغير وتصيح الشركة هي المسؤولة، فالقاعدة العامة هي مسؤولية الشركة عن كافة العقود التي يبرمها مديرها، طالما أن التوقيع عليها قد تم بعنوانها، ولا يتغير هذا الحكم حتى ولو كان المدير يعمل لحساب نفسه، وإنما يشترط أن يكون الغير الذي تعامل معه المدير حسن النية فإن ثبت سوء نيته كان للشركة أن تتمسك في مواجهته بإساءة استعمال العنوان وسوء النية لا يفترض وإنما يقع عبء إثباته على عاتق الشركة [2].

ويلاحظ أن الغير يستوفي حقوقه سواء أقيم الدليل على أن المدير تصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشركة، ولعل هذه من أهم الوسائل المقررة لحماية الغير المتعامل مع الشركة .

- أما الشرط الثاني فيجب أن تكون هذه العقود تدخل ضمن حدود السلطة التي رسمها عقد الشركة للمدير أو في الحدود التي تتنافى وغرضها، فإذا جاوز المدير حدود سلطته فإن الشركة لا تلتزم كقاعدة عامة بتصرفاته، ولا يكون للغير حتى ولو كان حسن النية أن يرجع إليها طالما أن حدود سلطة المدير قد نص عليها عقد الشركة الذي تم شهره وفقا للقانون والملاحظ أن المشرع لم يفرق بين علم وعدم علم الغير حسب المادة 4/555 ق ت ج .

### ب-المسؤولية التقصيرية:

لا تقتصر مسؤولية الشركة على العقود والتصرفات التي يبرمها المدير لحسابها وبعنوانها بل تمتد كذلك لتغطي الأخطاء التقصيرية التي تصدر منه وتضر الغير كما لو أنه ارتكب عملا من أعمال المنافسة الغير مشروعة ومسؤولية الشركة قبل الغير عن هذه الأخطاء هي تقصيرية، ويكون أساسها على مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه حسب المادة 1/136 و قد جاء في رأي آخر أن المدير لا يعتبر تابعا للشركة وإنما هو جزء منها فيعتبر الخطأ كأنه صدر منها مباشرة حسب المادة 124 ق م ج .

لكن أيا كان الأمر حول أساس هذه المسؤولية فالجزاء الجنائي المترتب على خطأ المدير التقصيري لا يلحق إلا شخص المدير وحده حسب المادة 51 مكرر ق ع ج ( باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه عندما ينص القانون على ذلك) .

إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال، وإن تشدد المشرع في هذه الحالة هو دليل منه لحماية الغير المتعامل مع الشركة بصفتها شخصا معنويا تحتاج إلّمن يعبر عن إرادتها ويمثلها في تعاملاتها مع الغير [1].

[2]محمد فريد العريني، الشركات التجارية: المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانون وتعدد الأشكال، الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة للنشر، ص109.

[1] محمد فريد العريني، الشركات التجارية مرجع سابق، ص111-112.

## الفرع الثاني

### حماية الغير في إدارة الشركات التجارية

سوف ندرس حمايته في مختلف أنواع الشركات، شركات الأشخاص وشركات الأموال.

#### 1: شركات الأشخاص:

تقوم شركات الأشخاص في تكوينها على شخصية شركائها نظرا للتعرف القائم بينهم وللتقمة التي تربط بعضهم، ففي شركة التضامن يسأل الشركاء جميعا عن ديون الشركة مسؤولية شخصية تضامنية ومطلقة، ولا يسأل الشريك فقط بقدر حصته في رأس مال الشركة وإنما يسأل أيضا عن هذه الديون في أمواله الخاصة<sup>[2]</sup>.

أما في شركة التوصية البسيطة فهي نوعان من الشركاء: الشركاء المتضامنين ويسأل كل واحد منهم عن ديون الشركة مسؤولية شخصية تضامنية ومطلقة كما هو الحال بالنسبة للشركاء جميعا في شركة التضامن، والشركاء الموصين يسأل كل واحد منهم عن ديون الشركة بقدر حصته في رأس مالها، أما بالنسبة لشركة المحاصة فهي شركة معدومة الشخصية المعنوية وليس لها اسم خاص بها أو موطن أو جنسية كما ليس لها رأس مال فهي عقد لا ينشأ عنه شخص معنوي ويترتب عليه حقوق والتزامات فيما بين الشركاء دون أن تظهر الشركة كشخص معنوي<sup>[3]</sup>.

#### أ- شركة التضامن:

يحق لكل شريك مباشرة أعمال إدارة الشركة دون الرجوع إلى غيره، غير أن هذا الحق مقيد بحق آخر خوله القانون للشركاء الآخرين والمتمثل في حق اعتراض كل شريك على أي عمل يريد إنجازه شريك آخر، وفي هذه الحالة يعرض الأمر على جميع الشركاء للفصل فيه وتكون للأغلبية حق هذا الاعتراض، فإما أن تقبله وترفض الاعتراض وإما أن تقبل الاعتراض وتحول دون تمام العمل وفقا للمادة 2/554، وهذا الاعتراض يحقق حماية للغير الذي يتعامل مع الشركة لأنه من شأنه المحافظة على الذمة المالية للشركة كونها الضمان العام لدائني الشركة<sup>[1]</sup>. غير أن لوقت الاعتراض دورا مهما حتى يحتج به في مواجهة الغير، حيث كفل المشرع للغير حماية له تتعلق بعدم جواز الاحتجاج على الغير بهذا الاعتراض متى اكتسب هذا الغير من العملية حقا وكان حسن النية.

#### ب: شركة التوصية البسيطة:

حسب نص المادة 563 مكرر 2 / 1 ق ت ج يدير الشركة مدير إما أن يكون من الشركاء المتضامنين أو من الغير، ولا يجوز أن يشغل الموصي منصب المدير في الشركة بل أكثر من ذلك ليس له حق التدخل في الإدارة والغرض من ذلك أنه لما كان مركز هذا الشريك من حيث مسؤوليته عن ديون الشركة يتحدد إزاء الغير بقدر ما أسهم به في رأس المال .

ولا يتجاوز هذا القدر فإن ورد بعنوان الشركة التي تدار وتم التوقيع به على معاملتها سيحمل الغير على الاعتقاد بأنه شريك متضامن مسؤول عن ديون الشركة مسؤولية شخصية وتضامنية في حين أن الواقع غير ذلك. ومن الحماية المقررة للغير الحظر على الشريك الموصي التدخل في إدارة الشركة فنصت المادة 563 مكرر 1/5 ق ت ج ( لا يمكن للشريك الموصي أن يقوم بأي عمل تسيير خارجي ولو بمقتضى وكالة).

[2] عبد الحميد الشواربي، الجرائم المالية والتجارية، المرجع السابق، ص 293-294

[3] عبد العزيز العكيلي، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 173.

[1] محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 381، عبد العزيز العكيلي، نفس المرجع، ص 120.

تنص هذه المادة على أن الشريك الموصي لا دخل له في إدارة الشركة، فلا يجوز له أن يقوم بعمل من أعمال الإدارة أو أن يكون مديرا للشركة وإنما يجب أن تقوّل الإدارة لأحد الشركاء المتضامنين أو لشخص أجنبي عن الشركة، وفي حالة عدم تعيين مدير لها صارت الإدارة للشركاء المتضامنين فقط.

أما فيما يخص نطاق الحظر، فلما كانت العلة من الحظر هي حماية الغير الذي يتعامل مع الشركة فمن الطبيعي أن يقتصر نطاقه على أعمال الإدارة الخارجية المتعلقة بصله الشركة بالغير كأن يعمل الشريك الموصي مديرا للشركة أو أحد فروعها، أن يبيع ويشترى من الغير أو أن يقترض ويقترض باسمها ولحسابها وليس له الحق في تمثيلها أمام القضاء، ولا يجوز للشريك الموصي أن يقوم بأي عمل من أعمال الإدارة الخارجية ولو بناء على توكيل من المدير أو الشركاء<sup>[2]</sup>.

### ج- شركة المحاصة:

نظرا لانتفاء الشخصية المعنوية في شركة المحاصة فلا يوجد من يمثلها قانونا أمام الغير أي لا يوجد مدير يعمل لحسابها وفي حالة إذا ما عمل كل شريك باسمه ولحسابه الخاص ويكون وحده مسؤولا أمام الغير الذي يتعامل معه حتى ولو كشف عن أسماء باقي الشركاء هذا ما نصت عليه المادة 795 مكرر 4 من ق ت ج (يتعاقد كل شريك مع الغير باسمه الشخصي ويكون ملزما وحده حتى في حالة كشفه عن أسماء الشركاء الآخرين ودون موافقتهم)<sup>[3]</sup>.

وقد يتفق الشركاء على وجوب اشتراكهم في كل الأعمال التي تتم لحساب الشركة فيوقعون جميعا تعهدات ويلتزمون أمام الغير ويكون التزامهم أمام الغير في هذه الحالة على وجه التضامن<sup>[4]</sup>.

شركة المحاصة لا تتمتع بالشخصية المعنوية: يترتب على صفة الاستتار والخفاء التي تتميز بها شركة المحاصة انعدام الشخصية المعنوية لهذه الشركة، وعدم وجودها القانوني في الحياة العملية. ويترتب على انعدام الشخصية المعنوية لشركة المحاصة عدة نتائج منها:

- أنه ليست لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء فيها، فالذمة المالية تحتاج إلى شخصية تسكن فيها ولا وجود لهذه الشخصية، ويترتب على ذلك أن مجموع حصص فلا ذمة مالية مستقلة الشركاء في شركة المحاصة لا يكون رأس مال مستقلا أو ذمة مالية مستقلة ومن ثم فلا وجود للضمان العام للدائنين في هذه الشركة ويقتصر ضمانهم على الذمة المالية للشريك المحاص الذي يتعامل معهم.
- ليس لها اسم تجاري يميزها عن غيرها من الشركات وتتعامل به مع الغير. فالشريك المحاص يتعاقد باسمه الخاص ويظهر أمام الغير وكأنه يتعاقد لحسابه، وذلك لعدم وجود شخص معنوي مستقل يتعاقد باسمه ولحسابه وتتصرف إليه آثار التصرف.
- ويترتب على ذلك عدم التزام باقي الشركاء بتصرفات الشريك المحاص في مواجهة الغير وإن كان للمدير المحاص الرجوع إليهم بمقتضى عقد الشركة المبرم بينهم.

[2] مصطفى كمال طه، مبادئ القانون التجاري رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، ص 120

[3] محمد فريد العربي، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 123-124.

[4] نادية فضيل، أحكام الشركة، المرجع السابق، ص 152-153

- ليست لها موطن مستقل عن موطن الشركاء. فالموطن الذى يعتد به عند تكوين شركة المحاصة هو موطن المدير المحاص أوالشريك الذى يتعاقد مع الغير.
- ليست لها أهلية التقاضي، فلا يجوز أن تكون مدعية أو مدعى عليها. وإنما الشريك المحاص الذى تعامل مع الغير باسمه الخاص هو الذى يستطيع أن يتقاضى باسمه وترفع عليه الدعاوى عند حدوث نزاع بشأن التصرفات التى أبرمها مع الغير<sup>[1]</sup>.

### 3: حماية الغير في شركة المحاصة:

يعتبر الغير في شركة المحاصة على علاقة مع المسير فقط، فإدارة شركة المحاصة في وضعية كهذه سهلة، وذلك بسبب غياب الشخصية القانونية لها، فلا يجد المسير أي عنوان يوقع به على المعاملات مع الغير ولا ذمة مالية تكون الأموال فيها ضمانا للدائنين، فالشريك فيها كأنه يعمل لحسابه ويوقع باسمه وبالتالي هو فقط من يتحمل المسؤولية أمام الغير<sup>[2]</sup>.

وهذا ما جاء به القضاء المصري<sup>[3]</sup>، وأيضا ما نصت عليه المادة 795 مكرر 4 من القانون التجاري الجزائري (يتعاقد كل شريك مع الغير باسمه الشخصي ويكون ملزما وحده حتى في حالة كشفه عن أسماء الشركاء الآخرين دون موافقتهم)

أما في حالة ما إذا منح الشركاء إلى شخص ما حق تسيير الشركة يسمى مديرا في هذه الحالة ولكن يجدر الإشارة إلى أن المدير هنا لا يعمل بوصفه نائبا عن الشركة لأن الشركة كما سبق أن أشرنا هي منعدمة الشخصية، وبالتالي فهو يتعامل مع الغير باسمه الخاص كأنه يعمل لحسابه، لكن يجب عليه أن يتوخى الحذر في إدارته مصالح الشركة والشركاء. ولسنا هنا لدراسة علاقة المدير بالشركاء وإنما دراسة العلاقة بينهم وبين الغير، إذا ترتب على انعدام الرابطة بين الشركاء والغير، ألا يكون أمام هذا الغير من مدين إلا مدير المحاصة.

[1] سلام حمزة، الشركات التجارية، المرجع السابق، 135 حتى 138.

[2] عبد الحميد الشواربي، موسوعة الشركات التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 328-329.

[3] الأصل في شركات المحاصة أن الشركاء فيها ليسوا مسؤولين عن تعهدات أحدهم ولو عقدها لمصلحة الشركة، لكن هذه القاعدة يرد عليها استثناءان: اتفاق الشركاء على خلاف ذلك أو إقرارهم ما تعاقدا عليه، فإذا كان الحكم قد أثبت أن عقد الشركة ينص على أن يتمسك لها حسابات منتظمة فإن إمساك الدفاتر وقيد الحسابات بها يكون التزاما مفروضا على الشريكين معا فإذا كان أحد الشريكين قد تعاقد مع شخص على أن يقوم بعملية إمساك الدفاتر وقام بها هذا الشخص فعلا وكان الشريك الآخر يعلم بذلك ولم يعترض فهذا يعد أنه أمر، قد استخدم ذلك الشخص ويكون الحكم على صواب في اعتباره الاتفاق المعقود بين الشريك المتعاقد وبين المستخدم ساريا على الشريك الآخر. جلسة 1995/5/25. طعن رقم 159 لسنة 18 قضائيا، هامش رقم 1 سلام حمزة، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 140.

و في حكم آخر، قيام شركة المحاصة مستترة في صفقة ما لا يجعل الشركاء فيها مسؤولين فيها عن تعاقد الغير عليها مع أحد الشركاء باسمه الخاص فلم يثبت أن الشركاء قد اتفقوا على خلاف ذلك أو صدر منهم إقرار بالاشتراك في التعاقد، ولا يكفي لمساءلة الشركاء مباشرة قبل الغير القول المجرد الذي هو قد تصدر من أحدهم بأنه شريك في الصفقة، إذا لم يقرن هذا القول بالإقرار بأنه طرف في التعاقد إذ إن اشتراك بعض الأشخاص في صفقة ما لا يفيد لزاما أنهم طرف في العقد الذي أبرم عن هذه الصفقة مع الغير حتى يسألوا عنه جميعا قبله فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استظهر من أوراق الدعوى ذلك وكان يحصله قاضي الموضوع في هذا الخصوص هو من قبيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الدليل المقدم فيها فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون أو شابه قصور (طعن رقم 407 لسنة 30 ق جلسة 1965/11/29 س 16016 ص 947، هامش رقم 01، سلام حمزة، نفس المرجع، ص 141).



بأن نشاط المسير بعيد عن موضوعها أو لا يمكن تجاهله نظرا للظروف مع استثناء أن مجرد نشر القانون الأساسي يكفي لتأسيس هذه البيئة.

-شركة المسؤولية المحدودة: نصت عليها المادة 576 ق ت ج، أما فيما يخص علاقتها مع الغير يكون للمدير صلاحيات أوسع للتصرف في جميع الظروف باسم الشركة من دون الإخلال بالسلطات التي منحها لها القانون، ولا اتجاه الغير بالشروط التي يتضمنها القانون الأساسي والمحددة لسلطات المديرين الناتجة عن هذه المادة، وعند تعدد المديرين يتمتع كل واحد منهم منفردا بالسلطات المنصوص عليها في المادة 577 ق ت ج ولا أثر لمعارضة أحد المديرين لتصرفات مدير اتجاه الغير ما لم يتم الدليل على أنهم كانوا على علم بها<sup>[2]</sup>.

### المطلب الثالث

#### حماية الغير في حالة انقضاء الشركة

بانقضاء الشركة يتوقف نشاطها وتدخل مرحلة التصفية قصد تقسيم موجوداتها بين الشركاء وهذا بعد دفع ديونها للغير، ويقصد بالتصفية إنهاء جميع العمليات المتبقية قصد استيفاء حقوقها كذلك دفع ديونها قبل الغير<sup>[3]</sup>. وبعد الانتهاء من عمية التصفية وتحويل موجودات الشركة إلى مبالغ نقدية تبدأ عملية القسمة بين الشركاء، إذ إن أموال الشركة لا تقسم بين الشركاء إلا بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم وفقا للمادة 447 ق م د، وإذا كانت عمليات التصفية تقتضي إجراء بعض التصرفات القانونية كالمطالبة بحقوق الشركة قبل الغير أو مطالبتها بالديون التي عليها فإن التشريعات بصفة عامة تجيز استمرار الشخصية الاعتبارية للشركة حتى تنتهي أعمال التصفية<sup>[1]</sup>. على أن هذه التصفية لا تسري في حق الغير إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري طبقا للمادة 766 / 3 قانون تجاري جزائري، وإذا تجاوز المصفي سلطاته المخولة له والمحددة في المادة 446 قانون مدني جزائري والمادة 788 قانون تجاري جزائري. والمادة 789 قانون تجاري جزائري، فتطبق عليه قواعد المسؤولية العامة، ويترتب مع ذلك أن قيامه بعمل من الأعمال التي تخرج عن اختصاصه لا تلزم الشركة بها وإنما يسأل شخصيا أمام الغير<sup>[2]</sup>. أما الصورة الثانية لحماية الغير اثناء انقضاء الشركة أو بعد انقضائها وتم قسمة أموالها، فلا تبرأ ذمة الشركاء قبل دائني الشركة بل تظل مسؤولية الشركاء قائمة، ويكون للدائنين الذين لم يستوفوا حقوقهم أن يطالبوا الشركاء بالوفاء بها حتى تتقادم هذه الحقوق بمضي المدة الخاصة لكل منهم، ونصت المادة 777 ق ت ج (تتقادم كل الدعاوى ضد غير المصفين أو ورثتهم أو ذوي حقوقهم بمرور خمس سنوات اعتبارا من نشر انحلال الشركة بالسجل التجاري).

إن التقادم الخمسي معاناه في الظاهر تقرر لحماية الشركاء قبل الغير الذين يطالبون بحقوقهم بعد انقضاء الشركة وتصفيتها، إلا أنه ضمنا منح للغير حماية عن طريق إمهالهم مدة خمس سنوات لرفع دعاويهم ضد الشركاء للمطالبة باستيفاء حقوقهم<sup>[3]</sup>.

<sup>[2]</sup>عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2000، ص 319-320.

<sup>[3]</sup>المرجع نفسه، ص 88.

<sup>[1]</sup>عباس حلبي المزلوي، القانون التجاري، الشركات التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 1988، ص 37/38.

<sup>[2]</sup>المرجع نفسه، ص 47.

<sup>[3]</sup>احمد محرز، القانون التجاري الجزائري، جزء 2، الشركات التجارية مطابع سجل العرب، القاهرة، ط 1980، ص 143.

## الخاتمة

في مجال العقود وهو محل هذه الدراسة تم التطرق إلى الجانب المفاهيمي للغير ومعرفة فئاته وكيفية تطور مكانته ومضمون هذه الحماية التي خصها المشرع والقضاء والفقهاء له .

وتبين أن مصطلح الغير في القانون التجاري مختلف كلياً عما هو في القانون المدني، فله معنيان: تعريف واسع وهو كل من تربطه علاقة قانونية أو تجارية بالشركة، فيشمل الغير في هذه الحالة كل من الزبائن والموردين والمقرضين وكل مؤجر أو مستأجر لعقارات أو منقولات، كما يعدّ العمال من بين دائني الشركة التجارية، بالإضافة لكل من حملة السندات وحملة شهادات الاستثمار.

وفي معناه الضيق، هو كل متعامل خارج عن الشركة سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، يتمثل في كل زبون أو مقرض مورد، مؤجر أو مستأجر الجانب حملة السندات، وكل دائن للشركة.

فنظرية حماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية تحتل مكانة مهمة في القانون التجاري، حيث كرس لها المشرع العديد من الأحكام والمبادئ القانونية التي تساهم في استقرار المعاملات التجارية للشركة التجارية من جهة، والتي تدعم الثقة في معاملات الشركة مع محيطها الخارجي من جهة أخرى، وذلك نظراً للدور الذي يؤديه الغير في تطوير وازدهار الشركة وتشجيع المتعاملين للاستثمار في هذا القطاع الاقتصادي المهم.

عمل المشرع على إرساء نظام حماية للغير المتعامل مع الشركات التجارية، من خلال نصوص قانونية نجحت في الكثير من الحالات في بلوغ هدفها، وبقيت بعض المسائل بحاجة لتدخل المشرع من أجل تنظيمها والتصدي لها تجنباً لإشكالات تطبيق النصوص، خاصة في ظل افتقار موضوع الحماية القانونية للغير في الشركات التجارية للاجتهاد القضائي، فقد قام المشرع بخطوات مهمة جعل من خلالها الغير يتدخل في حياة الشركة ونشاطها وذلك تخفيفاً لآثار اعتباره عضواً خارجياً لا علم له بما يجري داخل الشركة. لكن تبني المشرع لأنظمة قانونية من أجل حماية الغير لا يعني بلوغ النصوص هدفها التي قررت من أجله.

تعدّ شركة المحاصة استثناء في ميدان الشركات الذي يتجلى فيه الدور المهيمن للشكلية على حساب مبدأ سلطان الإرادة، ويؤكد هذا الأمر أن هذه الشركة بمجرد اتخاذها إجراءات الكتابة والشهر تتحول إلى شركة من الشركات المتمتعة بالشخصية المعنوية ولا تبقى شركة محاصة طالما دخل فيها الشكل، وحماية الغير الذي يتعامل مع هذا النوع من الشركات وهو جاهل أنها محاصة فجعل القانون له حق رفع دعاوى على من تعامل معه تخضع للقواعد العامة وليس للتقدم الخمسي المطبق على باقي أنواع الشركات التي تتمتع بالشخصية المعنوية.

التوصيات :

لعل أهم توصية أنه كان على المشرع الجزائري الاقتداء بالتعليمية التوجيهية الأوروبية الصادرة بتاريخ 9 مارس 1968 والمادة 1846 مدني فرنسي والمادة 9/210 تجاري فرنسي وأن يعزز حماية الغير من ممثل الشركة الذي تم تعيينه باتفاق مستقل عن القانون الأساسي للشركة وأن يتم شهر هذه الاتفاقية خاصة أنه في حالة تغييره لا تتم ذكره في الاتفاقية محل القانون الأساسي أي لا يتم تعديلها بذكر من هو المدير الجديد وقد يقع الغير هنا بالتعامل مع ممثل ظاهري فكان عليه إضافة تعديل على المادة 553 تجاري.

## المصادر والمراجع

## الكتب والرسائل

- أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري والمقارن، الجزء الأول (شركات الأشخاص والشركات ذات المسؤولية المحدودة) دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1980.
- أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، جزء 2، الشركات التجارية مطابع سجل العرب، القاهرة، ط، 1980.
- أكثم أمين خولي، الموجز في القانون التجاري، الجزء الأول، مطبعة الجامعية، دمشق، 1960
- جان بير بيردا، وظيفة ومسؤولية القائمين على إدارة شركات المساهمة، باريس، 1934.
- حلوش فاطمة آمال، حق المساهم في التصرف في أسهمه في شركة المساهمة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة بلعباس، الجزائر.
- زايددي آمال، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2004.
- زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2017.2016.
- سعودي حسن إبراهيم سرحان، المصادر الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مؤلف مشترك، مكتبة الجامعة، إثراء للنشر والتوزيع، الشارقة، عمان، 2011. .
- سلام حمزة، الشركات التجارية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، لسنة 2015
- سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة للنشر والتوزيع، القاهرة لسنة 2018
- شريف محمد غانم، الإفلاس الدولي لمجموعة الشركات المتعددة الجنسيات، مسؤولية الشركة الأم الأجنبية عن ديون شركاتها الوليدة، دار الجامعة الجديدة، تونس.
- عباس حلمي المنزلاوي، القانون التجاري، الشركات التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط، 1988
- عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006
- علي العريفي، شرح القانون التجاري، دار النهضة العربية، مصر.
- علي حسن يونس، الشركات التجارية، الطبعة الاولى، دار المعرفة للنشر، القاهرة، لسنة 1991
- عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، سنة 2009،.
- فئات فوزي، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص والتصرف فيها في الشركات التجارية في القانون الجزائري لمراجع السابق، الجزائر-ديوان المطبوعات الجامعية 2007.
- فتيحة يوسف عماري، رسالة دكتورة ، السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية التقصيرية عن الأشباء غير الحية في القانون المدني الجزائري، جامعة الجزائر 1، سنة 2005..
- كمال بقدار، مظاهر حماية الغير للشركات التجارية وفقا للقانون الجزائري، مقالة منشورة في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية السنة 7 المجلد 2، العدد 28، لسنة 2015.
- لحسن بيهي، الشكلية في ضوء قانون الشركات التجارية المغربي، مكتبة دار السلام، المغرب، 2005

- محمد بن إبراهيم موسى، تقديم فضيلة الشيخ مناع خليل القطان، شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، دار العاصمة للنشر والتوزيع المملكة العربية السعودية، 1998.
- محمد فريد العريني، الشركات التجارية (المشروع التجاري الجامعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الاشكال) دار الجامعة الجديدة ط2004
- مصطفى كمال طه، مبادئ القانون التجاري رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، سنة
- مؤيد محي الدين عبيدات، النقابة الحكومية على تأسيس الشركات، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن
- نادية فوزيل، أحكام الشركة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، ط، 2002
- نادية فوزيل، النظام القانوني للمحل التجاري، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر.
- نادية فوزيل، شركات الأموال في القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق مصر ، البلد، سنة 1977.

#### القوانين :

المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 إبريل 1993 المعدل والمتمم بالقانون التجاري .جريدة رسمية عدد 27 لسنة 1993.

#### • المراجع باللغات الأجنبية :

- Archilla, *La protection des tiers dans le droit des sociétés, revue trimestriellerCiv19/2/1986.rev.trim.dr.civ.1987*
- DOMINIQUE SCHMIDT.*les droit de la minorite dans le spciete anonyme.paris librairie siry 1970*
- *droit commerciale, , centre montpellierain du droit de l'entreprise*
- Farag. Hmoda, *La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés thèse en vue de l'obtention du titre de doctorat en droit privé, université de franchecomté, France, 2013,*
- FRANCISE .*LE FEBVRE , groupes de societe memonto pratique ; editions francaise lefebvre, Paris, France, 2009*
- *Le Lamy .l es societes commerciales.dalloz.france.2013*
- M.T.BELARIF.*les societes commerciales a travers le decret legislatif portant modification du code de commerce .symposium.national de prospéco.conseil 7-8 juin1993.*
- MARTIN.*la representation des societes commerciales par leur organe.these .nancy.1977.*
- Res inter aslios acta alris naque nocerenaque prodasse. Audrey Gougeon. L'intervention du tiers à la formation du contrat. THÈSE Pour obtenir le grade de Docteur en Droit. Le 9 décembre 2016.universete de lil2.france.

## مدى حاجة الدول العربية إلى التنسيق الضريبي بما يسهم في تحقيق التنمية الاقتصادية

### The Extent to Which Arab Countries Need Tax Coordination in Such a Way That Would Contribute to Achieving Sustainable Economic Development

حماده خير محمود\*

#### الملخص

في ظل ما يعيشه العالم الآن من جائحة كورونا (كوفيد-19) ينبئ العالم بحدوث كثير من المتغيرات الاقتصادية لذا يتوجب على الدول العربية التنسيق الضريبي فيما بينها من أجل إيجاد مواد مالية تساعد على تحقيق التنمية الاقتصادية. فبدلاً من أن تلجأ الدول إلى المنافسة الضريبية وتبدأ كل دولة في العمل على سياسة جذب المستثمرين وتحديث النظم الضريبية بها دون مراعاة للدول الأخرى وخاصة المجاورة، لا بد أن تبدأ الدول وخاصة دول الجوار أو الدول التي تربطها ببعضها روابط قومية في اللجوء إلى التنسيق الضريبي، من أجل استعادة هذه التكتلات والسعي نحو التنمية الاقتصادية بتعزيز الإيرادات الضريبية وتسعى الدراسة إلى إبراز الكيفية التي يتم بها التنسيق الضريبي بين الدول.

**الكلمات الدالة:** الضريبة، التنسيق الضريبي، القيمة المضافة، ضريبة الدخل، التنمية الاقتصادية، الإيرادات الضريبية.

#### Abstract

In light of what the world is experiencing now from the Corona pandemic (Covid-19), the world predicts the occurrence of many economic changes, so Arab countries must coordinate taxation among themselves in order to find financial support that would help them achieve economic development. Instead of resorting to tax competition and working on the policy of attracting investors and updating their tax systems without taking into account other countries, especially neighboring countries, countries, especially neighboring countries or countries linked by some national ties, should begin to resort to tax coordination, in order to benefit from these blocs and strive towards economic development by enhancing tax revenues. The study seeks to highlight how tax coordination takes place between countries.

**Keywords:** Tax, Tax Coordination, Added Value, Income Tax, Economic Development, Tax Revenue.

## المقدمة

في ظل ما يعيشه العالم الآن من جائحة كورونا (كوفيد2019) وما حدث من متغيرات مثل انغلاق ثقب طبقة الأوزون نتيجة لتوقف العالم عن كثير من الأضرار التي كان يسببها التلوث والاستخدامات الخاطئة والضارة بالبيئة، يتنبأ العالم أيضا بحدوث كثير من المتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية منها، التنبؤ بانتهاء دول وظهور دول أخرى وانهايار تكتلات وظهور تكتلات أخرى، كذلك الحال في السياسات الضريبية سوف يحدث تغيرات كبيرة فالعالم بعد كورونا، إما أن يقترب بعضه من بعضا وتلجأ كل دولة إلى العزلة على نفسها وتبدأ في ترتيب أولوياتها بعيدا عن انتظار المساعدة من الآخرين، كذلك من ناحية السياسات الضريبية إما أن تلجأ الدول إلى المنافسة الضريبية وتبدأ كل دولة في العمل على سياسة جذب المستثمرين وتحديث النظم الضريبية بها دون مراعاة للدول الأخرى وخاصة المجاورة، وإما أن تبدأ الدول وخاصة دول الجوار أو الدول التي تربطها ببعض روابط قومية في اللجوء إلىالتنسيق الضريبي، من أجل استفادة هذه التكتلات والسعي نحو التنمية الاقتصادية بتعزيز الإيرادات الضريبية، مما دفعني إلى البحث حول مدى حاجة الدول العربية للتنسيق الضريبي بما يساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية في ظل المتغيرات الحالية، والأزمة التي يمر بها العالم، من أزمة كورونا، وتذبذب أسعار وانخفاض أسعار النفط العالمية.

## أهمية الموضوع

تأتي أهمية البحث لما تمثله الضرائب من مورد هام تعتمد عليه كثير من الدول لتغطية جانب كبير من النفقات العامة، كذلك تظهر أهمية التنسيق الضريبي بين البلدان العربية بهدف إزالة أوجه الاختلاف بين النظم والشريعات الضريبية، حتى تصبح متناسقة ومنسجمة في حين تبقى تبحث عن زيادة لتحقيق اندماج أفضل في الاقتصاد العربي الذي هو جزء من الاقتصاد العالمي، عبر التنسيق الضريبي لما له من أثر فعال في التنمية الاقتصادية نتيجة زيادة الحصيلة الضريبية وبصفتها موردا مهما للدول.

## إشكالية الموضوع

تتمثل إشكالية البحث موضوع الدراسة في التساؤل الآتي:

كيف يمكن للدول العربية التنسيق الضريبي فيما بينها، خاصة في ظل المتغيرات المتوقعة التي سيشهدها العالم بعد أزمة كورونا؟

## منهج البحث

سوف نتبع المنهج التحليلي والمقارن في الدراسة عبر تحليل التشريعات الضريبية والتشريعات المقارنة وكذلك سبل الوصول إلى أفضل السياسات الضريبية للتنسيق الضريبي بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية في الدول العربية.

## تقسيم خطة البحث

سوف يتم تناول موضوع الدراسة من خلال تقسيمه إلى ثلاثة مباحث

تمهيد: مفهوم الضريبة

المبحث الأول: مفهوم وأساليب وأهداف التنسيق الضريبي

المطلب الأول: مفهوم التنسيق الضريبي

المطلب الثاني :أساليب التنسيق الضريبي

المطلب الثالث: أهداف التنسيق الضريبي

المبحث الثاني: وضع التنسيق الضريبي بين الدول العربية

المطلب الأول: التنسيق الضريبي العربي في ظل المتغيرات الحالية

المطلب الثاني: آليات تحقيق التنسيق الضريبي العربي بما يسهم في التنمية الاقتصادية

**تمهيد: مفهوم الضريبة**

تعتبر الضريبة من أهم مصادر الخزنة العامة في كافة النظم سواء في ذلك الدول المتقدمة أو الدول النامية حيث تعتمد عليها الدول لتحقيق أهداف مالية وغير مالية والنظام الضريبي هو المرآة التي تعكس فلسفة المجتمع وما يسوده من قيم من بينها الانتماء الوطني والعدالة الاجتماعية والضريبة وتقوم مقومات العدالة الضريبية على عدالة توزيع الأعباء العامة على المواطنين والمساواة بينهم أمام القانون وسوف نتناول في هذا المطلب تعريف الضريبة اللغوي والاصطلاحي

**أولاً: التعريف اللغوي**

الضريبة: بمعنى ما يفرض على الملك والعمل والدخل للدولة وكانت قديماً تعني ما يؤديه العبد إلى سيده من الخراج المقرر عليه واسمها ضريبة وجمعها ضرائب<sup>(1)</sup>

**ثانياً: التعريف الاصطلاحي:**

تعدد مفهوم الضريبة على مر العصور من وجهة نظر الفقهاء فقد قيل إن الضريبة مبلغ من المال تحصله الدولة جبراً أو بصفة نهائية من الأفراد دون مقابل لتحقيق منفعة عامة عن طريق القيام بالخدمات الملقاة على عاتقها، ولقد عرفت الضريبة بأنها ضريبة مالية يدفعها الفرد جبراً إلى الدولة مساهمة منه في التكاليف والأعباء العامة بصفة نهائية دون أن يعود عليه نفع خاص مقابل ذلك<sup>(2)</sup> وعرفها بعض الباحثين بأنها مبلغ من المال تفرضه السلطة العامة على الممولين بحسب مقدرتهم التكليفية وبصفة نهائية<sup>(3)</sup> ولقد أشارت المحكمة الدستورية العليا إلى أن الضريبة هي فريضة مالية يلتزم الشخص بأدائها مساهمة منه في التكاليف والأعباء والخدمات العامة، وقدنظم الدستور أحكامها العامة وأهدافها وحدد السلطة التي تملك تقريرها بما نص عليه في المواد 38، 61، 119 منه<sup>(4)</sup>.

وكذلك ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن الضريبة بمعناها المتعارف عليه فريضة إلزامية يدفعها الشخص جبراً إلى الدولة مساهمة منه في التكاليف والأعباء والخدمات العامة دون أن يعود عليه نفع خاص مقابل أدائها<sup>(5)</sup> وذهبت محكمة النقض إلى أن الضريبة فريضة مالية تقضيها الدولة جبراً من المكلفين بأدائها دون أن يعود عليهم نفع ارتباطها بمقدراتهم التكليفية لا بما يعود عليهم من فائدة الرسم مناط استحقاقه نشاط خاص أتاه الشخص

(1) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، لسان العرب، بيروت، ط 1، ج 4، 1997، ص 557

(2) د. زين العابدين نصر: مبادئ علم المالية، جامعة عين شمس طبعة 2002، 2001، ص 184.

(3) L.-Phillipe, Le droit financier, 3<sup>ème</sup> éd., Cujas, p.320 Editeur : Cujas; 6<sup>e</sup> édition; Parution : 01/2000

(4) المحكمة الدستورية العليا الدعوى رقم 6 لسنة 1 قضائية دستورية جلسة 1981/5/9.

(5) الدعوى رقم 33 لسنة 16 قضائية دستورية جلسة 1996/2/3.

العام وإن لم يكن بمقدار تكلفته<sup>(1)</sup> ولقد عرفها الفقيه الفرنسي JESSE الضريبة بأنها استقطاع نقدي تفرضه السلطة على الأفراد بطريقة نهائية وبلا مقابل بقصد تغطية الأعباء العامة، كما عرفها الأستاذ MELE بشكل أوسع وأعم وأشمل بأنها استقطاع نقدي تفرضه السلطات العامة على الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين وفقا لقدراتهم التكلفة بطريقة نهائية بلا مقابل، بقصد تغطية الأعباء العامة ولتحقيق دخل للدولة<sup>(2)</sup>. ومن جملة التعريفات السابقة نرى **من جانبنا** أن هذا التعريف يعد تعريفا جامعا شاملا لمعنى الضريبة لاحتوائه على خصائص الضريبة التي تميزها عن غيرها من موارد الدولة فهو يشمل خصائص الضريبة من حيث الالتزام حيث إنها فريضة مالية وتحتوي على عنصر الإجبار الذي يظهر عن طريق ممارسة الدولة لسلطتها وإبراز سيادتها وأنها تؤدي بصفة نهائية ولا تهدف إلى تحقيق نفع خاص لدافعها لذلك فإن هذا التعريف شمل كلخصائص الضريبة<sup>(3)</sup> وعرفها آخر بأنها أداء مالي مطلوب من الممولين حسب قدراتهم التكلفة بواسطة السلطة العامة وبدون مقابل محدد<sup>(4)</sup> وعرفها آخر بأنها اقتطاع مالي يجب على الممولين عن طريق السلطة العامة بدون مقابل من أجل تغطية النفقات العامة<sup>(5)</sup>

## المبحث الأول

### مفهوم وأساليب وأهداف التنسيق الضريبي

يكتسب التنسيق الضريبي أهمية قصوى نظرا لما ينتج عنه من آثار إيجابية على الاقتصاد ولذلك سوف نتناول هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم التنسيق الضريبي

المطلب الثاني: أساليب التنسيق الضريبي

المطلب الثالث: أهداف التنسيق الضريبي

### المطلب الأول

#### مفهوم التنسيق الضريبي

يقوم التنسيق الضريبي بين الدول على إزالة أهم أوجه الخلاف بين النظم والتشريعات الضريبية، بحيث تصبح متناغمة ومتناسقة ومتقاربة، في مختلف المجالات الضريبية، ومن أهمها: قواعد تحديد الواقعة المنشئة للضريبة، وأحوال وشروط منح الإعفاءات الضريبية، ومعدلات أو أسعار الضريبة، وذلك بهدف ضمان حياد الضريبة تجاه التجارة الدولية لدول التكامل، ومنع المعوقات التي تحول دون الانتقال الحر للأشخاص والسلع والخدمات ورأس المال بين الدول الأعضاء<sup>(6)</sup>.

<sup>(6)</sup> الطعن رقم 509 لسنة 75ق- جلسة 2007/2/26 الطعن رقم 558 لسنة 73 ق جلسة الاثنين 2010/1/11، الطعن رقم 16040 لسنة 75 ق جلسة الاثنين، 2012/2/13، الطعن رقم 1675 لسنة 75 جلسة الثلاثاء جلسة 2010/3/23.

<sup>(2)</sup> د خالد شحاته الطيب وآخرون، أسس المالية العامة، دار وائل للنشر، الطبعة الثانية -عمان 2005، ص 145.

<sup>(3)</sup> في ذات المعنى الدكتور مجدي محمد علي: الموسوعة في جرائم التهريب الضريبي، مكتبة شادي، الطبعة الأولى، 2008، ص 4.

<sup>(4)</sup> P. Beltame, La fiscalité en France. 6<sup>ème</sup> éd., Hachette, 1998, p.12

<sup>(10)</sup> P.-M. Gaudemet, Précis des finances publics, 2<sup>ème</sup> Tome, Montchrestien, 1970, P.82.

<sup>(6)</sup> د. رمضان صديق: نظرية التنسيق الضريبي ومدى امكانية تطبيقها في واقع النظم الضريبية العربية، مجلة التنمية والسياسات الاقتصادية مجلد 05، العدد: 01، ديسمبر 2002، الكويت، ص: 1

وعليه فإن التنسيق الضريبي يمثل مجموعة القواعد والاتفاقيات والتعاقدات التي تبرم بين عدد من الدول فيما بينهم أو بين عدد من الدول ومجموعة من المستثمرين حول شروط المعاملة الضريبية والحوافز الضريبية لدول ومستثمري أطراف الاتفاقية خلال فترة محددة قابلة للتجديد وتهدف تلك الاتفاقيات تحديداً إلى تنمية الاستثمارات المشتركة وترقية التجارة البينية لصالح الأطراف المعنية<sup>(1)</sup> وفي مفهوم آخر للتنسيق الضريبي هو عبارة عن مجموعة من الإجراءات التي تهدف إلى تخلص الضريبة من آثارها غير الملائمة لتنمية العلاقات الاقتصادية والمالية الدولية ومحاولة خلق ظروف مشابهة لتلك التي توجد في اقتصاد موحد تسوده المنافسة مما يساعد على تحقيق الاستغلال الأمثل للموارد<sup>(2)</sup> ومن التعريفات السابقة نستنتج أن التنسيق الضريبي يتضمن ما يلي:

- تعديلات جزئية وتدرجية لأنظمة الضريبة الوطنية المختلفة، وذلك في ضوء اختلاف الهياكل والأعباء الضريبية، واختلاف توزيع هذه الأعباء بين ضرائب مباشرة وغير مباشرة.

- يهدف التنسيق الضريبي بالعمل على تساوي الأعباء الضريبية بين الدول الأعضاء، وعلى تحقيق العدالة الضريبية بين المكلفين وتجنب الازدواج الضريبي وإزالة كافة العقبات والحوافز الضريبية التي يمكن أن تحد من المنافسة بين الدول<sup>(3)</sup>.

## المطلب الثاني

### أساليب التنسيق الضريبي

هنالك عدة أساليب للتنسيق الضريبي يمكن للدول الأعضاء في التكامل الاستعانة بها من أجل تحقيق أهدافها، قد تختلف باختلاف الضريبة المطلوب تنسيقها، هل هي من الضرائب المباشرة وأهمها الضرائب على الدخل أو من الضرائب غير المباشرة وهي الضرائب على المبيعات أو الضريبة على القيمة المضافة، فتتنسق ضرائب الإنفاق يتطلب الاتفاق على أنظمتها، أما تنسيق ضرائب الدخل فلا يتطلب توحيد مبادئ توزيع الاختصاص الضريبي، ولا يتطلب تماثل أنظمة الخصم والتخفيض من أجل تحديد الأرباح الخاضعة لها، بل يكفي تناسقها لضبط أثرها بين تلك الدول ومن ثم العمل على تنسيقها بتبني أسلوب منح الدولة العضو حق فرضها على الدخل التي تنشأ فيها دون الأخذ بمبدأ الإقامة أو الجنسية على هذا النوع من الضرائب، وفي سياق أساليب التنسيق الكلية يمكن التمييز بين نوعين من الأساليب وسوف نتناول ذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين.

### الفرع الأول: أساليب تنسيق الضرائب المباشرة

### الفرع الثاني: أساليب تنسيق الضرائب غير المباشرة

(1) أفريد النجار،: الاستثمار الدولي والتنسيق الضريبي مؤسسات شباب الجامعة الإسكندرية مصر، 2000، ص: 81.

(2) ديونس أحمد البطريق: السياسات الدولية في المالية العامة، دار الجامعة الحديثة، الإسكندرية، مصر، ط2، 2002، ص33

(3) د عزوز علي: آليات ومتطلبات تفعيل التنسيق الضريبي العربي، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد، 8، سنة 2012، ص 2

## الفرع الأول

## أساليب تنسيق الضرائب المباشرة (أساليب تنسيق الضرائب على الدخل)

من المعلوم أن الضرائب على الدخل تفرض وفق أحد مبدئين رئيسيين، المبدأ الأول هو مبدأ الإقليمية الذي يعطي الحق لدولة مصدر الدخل فيها فرض الضريبة على الممولين، أيا كانت جنسياتهم، وتطبقه الدول المستوردة لروؤس الأموال، كمصر، أما المبدأ الثاني فهو مبدأ الإقامة أو عالمية الإيراد الذي يمنح الدولة التي يقيم فيها الحق في فرض الضريبة على جميع دخله أيا كانت الدولة مصدر هذه الدخول، ويطبق هذا المبدأ غالبا الدول المصدرة لروؤس الأموال كالولايات المتحدة الأمريكية<sup>(1)</sup>. يقتضى هذا الأسلوب توحيد النظم والتشريعات الضريبية جميع القواعد الفنية التي تحكمها وجميع الضرائب التي يتألف منها الهيكل الضريبي في الدول الأعضاء لتظهر كأنها نظام أو تشريع ضريبي واحد.

## أولاً : أسلوب دولة المنشأ: (مبدأ الإقليمية )

ويعني خضوع الدخل المكتسب لضريبة الدولة التي نشأ فيها بغض النظر عن دولة إقامة المكلّف أو جنسيته، وأياً كان مكان استخدامه، مما يعني أن تصدير هذا الدخل إلى دول أخرى غير الدولة التي نشأ فيها لا يغير من المعاملة الضريبية له ومن ثم يفترض إعفاؤه من ضريبة دولة الإقامة أو الجنسية عند تصديره إليها بعد اكتسابه، لذلك فإن هذا المبدأ يحقق حيادية التصدير سواء كانت الصادرات منتجات أو رأس مال، وقد التزمت الدول الأوروبية بهذا الأسلوب في الضرائب المباشرة لأنه يضمن حيادية مواقع الإنتاج، فالإتفاق على هذا الأسلوب بين الدول الأعضاء يؤدي إلى منع الازدواج الضريبي فيما بينها من دون الحاجة إلى إتفاقيات لذلك، وهذا ما جعله أسلوباً مناسباً للضرائب المباشرة.

ثانياً : أسلوب دولة الإقامة: ويعني هذا الأسلوب خضوع الدخل المكتسب لضريبة دولة إقامة المكلّف بغض النظر عن مكان اكتساب الدخل، أي أن الدخل المكتسب في مكان الإقامة يخضع للضريبة نفسها سواء اشتق من المنتجات المبيعة في الداخل أو المصدرة إلى الأسواق الخارجية أو اشتق من رأس مال مستثمر في الداخل أو مصدر إلى الخارج، لذلك فإن هذا المبدأ يحقق حيادية الاستيراد سواء كانت المستوردات منتجات أو رأس مال.

يمكن الإشارة في هذا المجال إلى أن حجم المنافع الاقتصادية لأسلوب دولة المنشأ يكون أكبر في الدول ذات الاقتصاد الكبير مقارنة بالدول ذات الاقتصاد الأصغر، لتوسع إمكانية الاعتماد الاقتصادي المتبادل بين الدول الأولى أكثر منها في الثانية، كما أوضح الاقتصادي Dosser عام 1967 في معرض تحليله للأثار الاقتصادية لعملية التنسيق الضريبي بين دول السوق الأوروبية المشتركة، أن أسلوب دولة المنشأ يحقق حيادية مواقع الإنتاج، أما أسلوب دولة الاستهلاك فإنه يحقق حيادية مواقع الاستهلاك، ولكن مستوى المعدلات المنسقة بين الدول هو الذي يحدد أثرها في كمية الإنتاج الكلية على مستوى دول التكامل كتلة واحدة مع بقية دول العالم، فإذا انخفضت تلك المستويات عما كانت عليه قبل القيام بعملية التنسيق فإنها تؤدي إلى زيادة الإنتاج ضمن دول التكامل، وإذا ارتفعت عما كانت عليه قبل القيام بعملية التنسيق فإنها تنقص من كمية الإنتاج بغض النظر عن الأسلوب الذي اتخذته لتنسيق ضرائبها، وهذا ما يؤكد أن تنسيق الضرائب في الدول العربية، باعتبارها دولاً نامية، يجب أن يؤدي إلى تخفيض مستويات معدلاتها بالدرجة الأولى ليعمل على زيادة الإنتاج فيها.

(1) د. رمضان صديق: نظرية التنسيق الضريبي ومدى إمكانية تطبيقها في واقع النظم الضريبية العربية، مرجع سابق، ص 9

## الفرع الثاني

### أساليب تنسيق الضرائب غير المباشرة

تقرض الضرائب غير المباشرة على واقعة استخدام الدخل أو رؤوس المال مثل الضرائب الجمركية والضريبة على المبيعات والضريبة على القيمة المضافة وبالتالي فإنه يمكن أن يقع الازدواج الضريبي على السلعة ولا تصح اتفاقية تجنب الضريبي التي تطبق على ضريبة الدخل في مجال الضرائب غير المباشرة وعليه فإن الأفضل هو الالتجاء إلى التنسيق الضريبي في مجال الضرائب غير المباشرة، واتباع أحد المبدئين الأساسيين، وهما مبدأ دولة المصدر ومبدأ دولة المقصد<sup>(1)</sup>.

### أولاً: أسلوب دولة المصدر أو المنشأ **Origin Approach**:

يؤدي تطبيق هذا المبدأ إلخضوع المنتج لضريبة الدولة التي أنتج فيها أيما كان مكان استهلاكه، وذلك للصعوبات العملية في تطبيق هذا المبدأ في الضرائب غير المباشرة، وباعتبار أن دولة الاستهلاك هي الأكثر قدرة على تحديد نوع ومعدل الضرائب غير المباشرة التي تتفق وظروفها الداخلية، ومع اختلاف ظروف الإنتاج والهيكل الاقتصادية بين الدول الأعضاء الذي يؤثر في مدى إمكانية نقل عبء الضريبة، وصعوبة قياس مقدار ما تم نقله منها كي يمكن خصمه عند تصدير المنتج، مما يؤثر سلباً في حرية المنافسة فيما بينها، فالصعوبات السابقة تجعله غير صالح لهذا النوع من الضرائب.

### ثانياً: أسلوب دولة المقصد أو دولة الاستهلاك:

يعني هذا الأسلوب خضوع المنتج لضريبة الدولة التي يُستهلك فيها، لا لضريبة الدولة التي أنتجته، مما يستدعي خصم جميع الضرائب التي يتحملها المنتج عند تصديره من دولة الإنتاج إلى دولة الاستهلاك، ليخضع بعد ذلك لضرائب هذه الدولة من أجل ضمان المساواة في المعاملة الضريبية بينه وبين المنتج المستورد. وهذا يجعله صالحاً للضرائب غير المباشرة دون المباشرة؛ لأنها الأكثر انعكاساً على مستوى أسعار المنتجات بين الدول، فهو يعمل على ضمان مساواة العبء الضريبي بين المنتجات بغض النظر عن مكان إنتاجها، مما يضمن حرية انتقالها بين الدول الأعضاء بسهولة وسرعة أكبر، ولضمان أكبر قدر من المساواة في هذا العبء تم الاتفاق على تطبيق نظام الضريبة على القيمة المضافة في السوق الأوروبية المشتركة، لأنها أفضل ضريبة داخلية غير مباشرة يمكن أن تحقق تلك المساواة بين أقرانها، فهي ذات أساليب واضحة في حساب الضرائب على الصادرات تسمح بإعمال مبدأ رد الضرائب المدفوعة عنها، وهي الوحيدة التي تسمح بخصم كامل الضريبة على المنتج عند تصديره، فتمنع أي تراكم ضريبي في عبئها بين دولتي الإنتاج والاستهلاك عبر تطبيقها للمعدل الصفري في هذه الحالة وسعة نطاق الخصم فيها، وتسمح من ثم باتساق ذلك العبء بين دولها عند تنسيقها.

(1)د. محمد عباس محرز،التجانس الضريبي الضريبي في إطار تحقيق التكامل الاقتصادي في منطقة المغاربة العربي، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بو علي، الشلف، العدد 2، ماي، 2005، ص 118 : 119

## المطلب الثالث

## أهداف التنسيق الضريبي

يعد التنسيق الضريبي وسيلة لتحقيق مجموعة من الأهداف، وهذه الأهداف يحددها نوع التعاون أو التكامل الاقتصادي القائم ودرجة التكامل التي تعمل الدول على تحقيقها في التكتلات الاقتصادية المختلفة، كما تختلف أهداف تنسيق كل ضريبة عن أهداف تنسيق الضريبة الأخرى، فهدف تنسيق ضريبة الشركات مختلف عن تنسيق الضرائب غير المباشرة، وتختلف في كل منها وفق الأفق الزمني بين المدى القريب والبعيد كما في هدف تنمية الاستثمارات الدولية فيها، ويمكن القول إن أهداف التنسيق الضريبي الشامل كثيرة ومتعددة أهمها ما يلي:<sup>(1)</sup>

1. تحسين المناخ الاستثماري من أجل توطئ رأس المال المحلي، ومن ثم تنمية الاستثمارات الدولية، عبر تجنبها الازدواج الضريبي بين دولة المستثمر والمستثمر فيها وتخفيض معدلات الضرائب المفروضة عليها وإعطاء المستثمرين الحوافز الضريبية اللازمة لجذب الاستثمارات التي تؤثر مباشرة في تنمية الدول الأعضاء.
2. توزيع الاستثمارات الوافدة إليها، كل وفق الفجوة الاستثمارية التي يعاني منها، عبر الاتفاق على الحوافز المعطاة لها في كل دولة من الدول الأعضاء لمنع المنافسة الضريبية وتقريب مستويات التنمية بين الدول الأعضاء.
3. المساعدة على إقامة مشروعات مشتركة بين الدول الأعضاء عبر المزايا والمنح والتسهيلات التي يمكن أن يعطيها لتلك المشروعات، وخاصة الإنتاجية منها.
4. تسهيل عملية انتقال رؤوس الأموال بين الدول عن طريق إلغاء الحواجز الضريبية، كالأزدواج الضريبي، أو تحقيق حرية انتقال السلع ورؤوس الأموال من خلال تشابه أو تقارب الأنظمة والقواعد الفنية في الدول الأعضاء، ولاسيما معدلات الضريبة والإعفاءات والأوعية الضريبية وغيرها، وتسهيل عملية انتقال الأشخاص فيما بينها.
5. تحقيق الممارسة الفعلية لحرية انتقال السلع والخدمات بين الدول الأعضاء، عبر التحقيق التدريجي للمساواة في العبء الضريبي على السلع والخدمات المنتجة والمتداولة فيها.
6. المساعدة على تعبئة الموارد المالية في الدول الأعضاء، الأمر الذي يؤدي إلى تطوير أداء الأجهزة الضريبية فيها ويرفع من كفاءتها؛ لأنه يقلل من إمكانية التهرب الضريبي بين الدول الأعضاء.
7. يعد التنسيق الضريبي أحد الوسائل الموجهة للإصلاح الضريبي المرغوب فيه في الدول الأعضاء.
8. يعد التنسيق الضريبي أحد وسائل تنسيق السياسات النقدية وله علاقة وثيقة بالتعاون المالي بين الدول الأعضاء.

ولكي يحقق التنسيق الضريبي أهدافه، يجب أن يحقق قدرًا من الوفورات الاقتصادية في دوله، أي يجب أن تكون تكلفة التنسيق الضريبي أقل من المكاسب التي يحققها خلال فترة محددة، لذلك يجب التحقق من المكاسب المتوقعة منه في تلك الفترة وتقويمه على أساسها، ويجب أن تبقى هذه العملية مستمرة لتطوير عملية التنسيق الضريبي وضمان فاعليتها لتحقيق الرفاهية الاقتصادية على مستوى الدول الأعضاء في السوق وعلى مستوى منطقة السوق كتلة واحدة.

(1) د. محمد خير العكام، التنسيق الضريبي العربي، الموسوعة العربية موقع الإنترنت <http://arab-ency.com.sy/law/detail/164893>

## عناصر نجاح التنسيق الضريبي

- لتحقيق التنسيق الضريبي لابد من توافر مجموعة من العناصر نجملها فيما يلي (1) :
- 1- بناء قاعدة بيانات للاستثمارات والتنسيق الضريبي
  - 2- ضرورة وضع الأهداف الآنية والطويلة الأجل بوضوح
  - 3- توافر مراكز لدعم قرارات الاستثمار وقرارات التنسيق الضريبي
  - 4- مرونة في برنامج التنسيق الضريبي ليتواءم والمؤثرات الدولية والمحلية
  - 5- وجود نظام للتخطيط والبرمجة والموازنات التقديرية
  - 6- توفر نظام معلومات إدارية للتنسيق الضريبي
  - 7- تطبيق أدوات جديدة للاستثمارات المباشرة وغير المباشرة في الأوراق المالية

## المبحث الثاني

### وضع التنسيق الضريبي بين الدول العربية

بعد أن استعرضنا مفهوم التنسيق الضريبي وأساليب التنسيق الضريبي وأهداف التنسيق الضريبي، بات علينا دراسة ما مدى حاجة الدول العربية في الوقت الحالي إلى التنسيق فيما بينها، وما مدتها تأثير هذا التنسيق على الدول العربية؟ سوف نتناول هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين :

المطلب الأول: التنسيق الضريبي العربي في ظل المتغيرات الحالية

المطلب الثاني: آليات تحقيق التنسيق الضريبي العربي بما يسهم في التنمية الاقتصادية

### المطلب الأول

#### التنسيق الضريبي العربي في ظل المتغيرات الحالية

يتجه العالم إلى التغيير المتوقع بعد انتهاء أزمة فيروس كورونا، كوفيد 19 وعلى سياسات الدول المالية الاستعداد لذلك ومن أدوات السياسة المالية المهمة هي الضرائب، في أوقات الجوائح، يصبح دور سياسة المالية العامة أساسياً في إنقاذ الأرواح وحماية المواطنين. وينبغي أن تقوم الحكومات بكل ما تقتضيه مواجهة الجائحة، لكن عليها أن تتأكد من توثيق التكاليف. وقد اتخذت البلدان حتى الآن إجراءات على صعيد المالية مع انحسار الجائحة وانتفاء "الإغلاق العام الكبير"، قد يصبح التحفيز المالي الذي يقدم على نطاق واسع بتنسيق عالمي أداة فعالة لتعزيز التعافي. ويؤدي التنسيق إلى تدعيم فعالية إجراءات السياسة ولكن، في الوقت نفسه، يتعين أن يراعي الفروق المختلفة بين البلدان، ولا سيما في قدراتها التمويلية. فوجود الدول فرادى في ظل هذه المتغيرات التي أحدثتها أزمة كورونا (كوفيد 19) مسألة لا يؤمن عواقبها حيث المخاطر أكبر من أن تتحملها دولة واحدة مهما كان اقتصادها وإمكانيتها هي الولايات المتحدة رغم عظمة اقتصادها وقوته لم تستطع المقاومة تجاه هذا الفيروسات الفتاكة وكذلك

(1) العاقر جمال الدين: التجانس الضريبي كآلية لتفعيل التكامل الاقتصادي، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، الجزائر، سنة 2009-2008، ص

إيطاليا وألمانيا رغم مواردها الصحية والطبية، لذا لا ملجأ إلا التكتلات الدولية والإقليمية لتماسك الدول وتقديمها اقتصادياً.

وقد أدت الجائحة و"الإغلاق العام الكبير" المصاحب لها إلى زيادة الدين والعجز بأكثر مما حدث أثناء الأزمة المالية العالمية. ومع انحسار الجائحة وتعافي الاقتصاد في عام 2021، من المتوقع أن تستقر نسب الدين العام عند مستويات جديدة أعلى. وإذا تحقق السيناريو المعاكس الذي أورده تقرير آفاق الاقتصاد العالمي<sup>(1)</sup>، فإن مستويات الدين ستكون أعلى من ذلك وديناميكية الدين أكثر سلبية. ونحن لا نعلم ما يكفي للتنبؤ بتوقيت التعافي النهائي وظروفه. ولكن ما يعنيه ذلك لصناع السياسات في أوقات الطوارئ أن عليهم القيام بكل يتطلبه الأمر لتحقيق التعافي، مع التأكد من أن توثيق التكاليف العامة تعادل حوالي 8 تريليونات دولار أمريكي لاحتواء الجائحة وأضرارها على الاقتصاد<sup>(2)</sup> من كل ما سبق يتبين لنا أن الدول العربية فأمرس الحاجة إلى التنسيق الضريبي العربي بما يسهم في التنمية الاقتصادية في الفترة القادمة.

### المطلب الثاني

#### آليات تحقيق التنسيق الضريبي العربي بما يسهم في التنمية الاقتصادية

لضمان نجاح التنسيق الضريبي ولتحقيق الغاية المرجوة من واره ذلك التنسيق الضريبي لكي يسهم في تحقيق التنمية الاقتصادية في الدول العربية لأبد من العمل علنا تهايين، لذلك سوف نتناول هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى فرعين.

الفرع الأول: على المستوى الداخلي

الفرع الثاني: على المستوى الإقليمي

### الفرع الأول

#### على المستوى الداخلي

لأبد أن يحدث تطوير في الهيكل الضريبي الداخلي لكل دولة، لأنه من المؤكد عند إجراء عملية التنسيق الضريبي هناك من الدول من تتأثر سلباً وتقل الحصيلة الضريبية نتيجة عدم تطور نظامها الضريبي لذا للحد من هذا التأثير السلبي الذي قد يطول بعض البلدان نتيجة للتنسيق الضريبي لأبد من العمل على اتباع الخطوات الآتية :

#### أولاً: بناء الثقة بين الأفراد والدولة

لكي يكون هناك تحصيل مثمر للضرائب يجب أن يثق المواطنون في حكوماتهم، على أنه سيجرب استخدام مواردهم التي اكتسبها بعرقهم وجهدهم استخداماً حكيماً، وأنهم في الأمد الطويل سينتفعون من مشروعات أنجزت باستخدام أموال دافعي الضرائب ويتطلب ذلك الشفافية فيما يتعلق بالإنفاق الحكومي وبإمكان الحكومات أن تبدأ بتنفيذ ونشر استراتيجية متوسطة الأجل. للإيرادات حتى يتسنى إحاطة كل المواطنين علماً بكيفية استخدام ما يدفعون من ضرائب

(1) تقرير آفاق الاقتصاد العالمي، صندوق النقد الدولي إبريل 2020

(2) فيتور غاسبار، ووايكي رافاييل لام، ومهدي رئيسي، سياسات المالية العامة لاحتواء الأضرار الناجمة عن فيروس كوفيد-

[https://www.imf.org/ar/News/Articles/2020/04/15/blog-fm-fiscal-policies-to-contain-the-damage-from-covid-19?fbclid=IwAR2TmP7IX8f9BCZ6l3vVGSACExBc41yUd0eJfoyvLf\\_Wt8e9IB2i8o](https://www.imf.org/ar/News/Articles/2020/04/15/blog-fm-fiscal-policies-to-contain-the-damage-from-covid-19?fbclid=IwAR2TmP7IX8f9BCZ6l3vVGSACExBc41yUd0eJfoyvLf_Wt8e9IB2i8o)

وهو يتطلب أيضا دليلا على أن دافعي الضرائب سيالون عائدا أكبر مما يبذلون من مال. وفي البلدان التي تعاني نقصا كبيرا في الثقة، يمكن للحكومات تخصيص موارد جديدة لمشروعات مُعيّنة لها منافع ملموسة للمواطن العادي، فبناء مستشفى جديد أو إنشاء مدرسة جديدة قد يقطع شوطا طويلا نحو بناء الثقة. ومع ازدياد الثقة في قدرة بلد ما على تقديم خدمات عامة جيدة، يمكن للحكومات حينئذ الابتعاد عن ربط الإيرادات الضريبية الجديدة بمشروعات بعينها. ومن شأن تحسّن الخدمات العامة أن يعزز ثقة المواطنين في الحكومة، ومن ثم يؤدي إلى تقليص التهرب الضريبي، وزيادة الإيرادات الضريبية، وهو ما يساعد في الحفاظ على مستوى الخدمات الحكومية، ويخلق دائرة حميدة من الثقة والخدمات الحكومية.

### ثانيا: رقمنة الضرائب

حيث ساعد ذلك على زيادة مستوى التحصيل الضريبي وتوسيع القاعدة الضريبية عبر التحول للنظم الإلكترونية للأفراد والامتثال حيث ساعد ذلك على تعزيز مستويات التحصيل وتوسيع القاعدة الضريبية، عبر التحول للنظم الإلكترونية للإقرار والامتثال الضريبي والتحصيل والفواتير الإلكترونية<sup>(1)</sup> ولقد أدت رقمنة الضرائب إلى زيادة نسبة 50% في القاعدة الضريبية في الهند في أقل من عام واحد مما ساعد على توليد المزيد من الإيرادات العامة<sup>(2)</sup> كذلك تساعد رقمنة المالية العامة بوجهة عامة بشقيها الإيرادات والإنفاق، على زيادة مستويات تحصيل الضرائب غير المباشرة ففي هذا السياق تساعد تقنية البلوكشين على سبيل المثال، السلطات الضريبية على التحقق من امتثال الشركات لضريبة القيمة المضافة والتحصيل الآني لضريبة القيمة المضافة المفروضة في كل مرحلة من مراحل الإنتاج والتوزيع مباشرة بما يمثل أحد أهم التحديات المرتبطة بهذا النوع من الضرائب غير المباشرة بما ساهم في زيادة الحصيلة الضريبية بما يصل إلى 20% في عدد من الدول<sup>(3)</sup> وهناك الكثير من التجارب الناجحة في رقمنة الضرائب في الدول العربية يمكن أن يبن عليها لانتشارها في كل الدول العربية ومنها الأردن، والإمارات، ومصر، وتونس، والسعودية فإذا أخذنا تجربة الإمارات على سبيل المثال، تبنت وزارة المالية منظومة البرمجيات وبوابات الدفع الإلكتروني الرقمية بوسائط الاتصال المختلفة لتحصيل رسوم خدمات إيرادات الحكومة الاتحادية ببطاقات خاصة مسبقا للدفع للارتقاء بعمليات الخدمات العامة في إطار منظومة الدرهم الإلكتروني التي تم تدشينها عام 2001 ثم تميز الجيل الثاني لمنظومة الدرهم الإلكتروني الذي تم تشكيله بتكامله مع شبكات ووسائل الدفع العالمية لمنصات نظم مهياة لذلك تتسم بالمرونة حتى وصل التطوير إلى إمكانية تطبيق خدمات السداد على الإنترنت والهاتف المحمول والتحصيل الإلكتروني<sup>(4)</sup> وفي مصر يأتي التحول نحو رقمنة المالية العامة في سياق استراتيجية التنمية المستدامة رؤية مصر 2030 والبرنامج الوطني للإصلاح الاقتصادي كما اتجهت الحكومة المصرية بداية من شهر يوليو 2018 إلى تحصيل الرسوم الضريبية والجمركية للمبالغ التي تزيد عن 5000 جنيه خلال الوسائل الإلكترونية عبر الدفع الإلكتروني والتحصيل التابع لوزارة المالية في هذا الإطار كما أنه منذ بداية 2019 أصبح الدفع الإلكتروني وإلزام جميع المواطنين بدفع رسوم جميع الخدمات التي تتجاوز 500 جنيه بأي من وسائل الدفع الإلكتروني كما صدر حديثا إتاحة خدمة سداد المستحقات الحكومية عن طريق استخدام التليفون المحمول استنادا

(1) د. هبة عبد المنعم: رقمنة المالية العامة، موجز سياسات العدد 2، إصدارات صندوق النقد العربي، إبريل 2019، ص

(2) Sanjeev Gupta et al., (2018). "Public Finance Digitization IMF, March",

(3) International Chamber of Commerce, (2018). "Three ways digitalization is shaping the future of taxation", July

(4) وزارة المالية الإماراتية 2019، دولة الإمارات العربية المتحدة

إلى الكتاب الدوري رقم 66 لسنة 2020 بتاريخ 2020/5/14 الصادرة من وزارة المالية<sup>(1)</sup>، كما بدأ التقديم الإلزامي للممولين والمكلفين عند تقديم الإقرار الضريبي لكل من ضريبة القيمة المضافة وضرائب الدخل<sup>(2)</sup> ولكن يجب على الدول العربية بذل جهود كبيرة في تعزيز الأمن السيبرالي من خلال حماية ومراقبة الأصول والبنى التحتية الحيوية والمعلومات الوطنية والشبكة المعلوماتية وذلك من أجل صد مخاطر الهجمات الإلكترونية السيبرالية لما تمثله من تأثير سلبي على الاقتصاد، فضلا عن ذلك لا بد من إتاحة سبل التعاون وتبادل المعلومات فيما بين مختلف الجهات المحلية والدولية في مجال الأمن السيبرالي<sup>(3)</sup>.

### ثالثا: اتباع سياسية ضريبية تواكب التطور والتغير

إن الدول العربية بحاجة لخلق نوع من التوازن في هيكل الإيرادات الضريبية، ذلك بتوجيه السياسات الضريبية نحو تحسين من العدالة الضريبية تصاعديا لضرائب لتحقيق المزيد، ورفع مساهمة إيرادات الضرائب المباشرة في إجمالي الإيرادات الضريبية. كذلك هناك حاجة لتوسيع المظلة الضريبية من خلال ترشيد الإعفاءات الضريبية ووضع رؤية لتحسين مناخ الأعمال وتخفيف العبء الضريبي من خلال مواءمة السياسة الضريبية للقدرات المالية للأعمال صغيرة الحجم التي تشكل قوام القطاع الإنتاجي، بعيد الإعفاءات التي ما يزال أثرها محدودا على تحفيز وجذب الاستثمار، أيضا هناك ضرورة لوضع رؤية لدمج القطاع غير الرسمي والاستفادة منه في تعزيز الطاقة الضريبية للاقتصادات العربية. كذلك هناك حاجة بأن تعمل الدول العربية على استيفاء المعايير العالمية والمشاركة بالأطر الضريبية العالمية مثل الإطار الشامل لمكافحة تآكل القواعد الضريبية ونقل الأرباح (BEPS) حتى تتقارب تآكل الأوعية الضريبية الوطنية، إن العدالة ما هي إلا جانب واحد من النظم الضريبية الحيدة. فالجهود الرامية إلى تحقيق العدالة الضريبية ينبغي أن تكون متسقة مع رؤية أوسع لدور المالية العامة للدولة<sup>(4)</sup>.

### رابعا: مراعاة اعتبارات الكفاءة والمساواة والشفافية

هناك ضرورة للأخذ في الاعتبار -عند تصميم العبء الضريبي- عددا من العوامل المختلفة بالسياسات الضريبية منها:<sup>(5)</sup>

- 1- الكفاءة: يجب أن تتميز السياسات الضريبية بالكفاءة في التصميم بما يتماشى وطبيعة الأنشطة الاقتصادية المختلفة والقطاعات التي تمارس فيها هذه الأنشطة.
- 2- المساواة: تعد المساواة في توزيع العبء الضريبي بين المكلفين بدفع الضريبة أمرا مهما بحيث يشمل ذلك المساواة الأفقية من خلال فرض أعباء ضريبية متساوية حسب الدخل أو المساواة الرأسية من خلال زيادة الضرائب على الدخل العليا.

(1) وزارة المالية 2020 (جمهورية مصر العربية)

(2) وزارة المالية 2019 (جمهورية مصر العربية)

(3) د. علم الدين بانقا: مخاطر الهجمات الإلكترونية (السيبرالية) وآثارها الاقتصادية (دراسة حالة دول مجلس التعاون الخليجي، العدد 63، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، سنة 2019، ص 26)

(4) جويل وماريو منصور وآخرون: العدالة الضريبية في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، صندوق النقد العربي، 2015، ص 12

(5) طارق إسماعيل: كفاءة التحصيل الضريبي في الدول العربية، دراسة من صندوق النقد العربي، العدد 52، سنة 2019، ص 8

3-الشفافية: اتسام الأطر القانونية للضرائب بالشفافية والوضوح أمر على جانب كبير من الأهمية من شأنه أن يسهم في زيادة الإيرادات الضريبية ويساعد على زيادة الوعي الضريبي وبالتالي تشجيع المستثمرين وجذبهم<sup>(1)</sup>.

#### خامسا :- إيجاد موارد جديدة للإيرادات

قد تكون الضرائب العقارية، ورسوم الإنتاج، وضرائب الكربون موردا مهما للإيرادات في البلدان منخفضة الدخل لأنها تنطبق على الأسر الأكثر ثراء. وقد تُعني أيضا عن إتيان سلوكيات غير مرغوب فيها مثل قيادة السيارات في مناطق مزدحمة بالفعل، والتدخين، وتناول أغذية غير صحية.

### الفرع الثاني

#### على المستوى الإقليمي: تجربة دول مجلس التعاون الخليجي

يمكن الاستفادة من تجربة دول مجلس التعاون الخليجي بما أسفر عنه من ميلاد الاتفاقية الموحدة لضريبة القيمة وما تزال دول الخليج العربية في المراحل الأولى من تطبيق ضريبة القيمة المضافة، بعد اعتماد مجلس التعاون الخليجي لاتفاقية ضريبة القيمة المضافة الموحدة في عام 2016 التي وقعت عليها كل من الإمارات<sup>(2)</sup>، السعودية، قطر، سلطنة عمان، الكويت، البحرين. وتتكون الاتفاقية من 15 بابا و 78 مادة<sup>(3)</sup> ولقد حدد معياد تنفيذها في عام 2018. فرضت كل من المملكة العربية السعودية والإمارات العربية المتحدة ضريبة القيمة المضافة في يناير/ كانون الثاني 2018، في حين بدأت البحرين تطبيق الضريبة في مطلع عام 2019، وتكتسب إصلاح المالية العامة في الدول العربية أهمية متزايدة في ظل تزايد الضغوط المالية الناتجة عن التحديات الاقتصادية الخارجية المتمثلة في تذبذب وانخفاض أسعار النفط، وتباطؤ النمو العالمي من جهة، وانعكاسات تنامي الإنفاق العام لتلبية حاجات الخدمات العامة المتزايدة<sup>(4)</sup> فضلا عن الأزمة الحالية الناتجة عن انتشار فيروس كورونا (ك2019) وما تبعه من آثار سلبية على الاقتصادي العربي، لذلك لا بد أن تركز الدول العربية جهودها الإصلاحية على تعزيز الموارد العامة لدعم وتنوع مصادرها من خلال استهداف النظم الضريبية مما يعزز العدالة الضريبية ويساعد على توليد إيرادات أكثر استقرارا في بيئة سريعة التغير، ومازالت الإيرادات الضريبية تشكل حجما ضئيلا، حيث تشكل 7% من الناتج المحلي الإجمالي ونحو ربع إجمالي الإيرادات العامة في الدول العربية موازنة بنسبة تصل في المتوسط إلى نحو 5،22% من الناتج المحلي الإجمالي على مستوى الاقتصاديات الأوروبية الناشئة العربية في حين<sup>(5)</sup> يعزى التدني في كفاءة التحصيل الضريبي بالنسبة للدول النفطية إلى طبيعة الخصائص البنوية والهيكلية لنظمها الضريبية، التي تميل إلى التركيز بشكل أكبر على الضرائب، وعلى التجارة الخارجية، وأرباح الشركات الأجنبية العاملة في القطاع النفطي والقطاع المصرفي، في حين لا تفرض هذه الدول ضرائب على عدد من الأوعية الضريبية

(1) د. قصائي إناس: التهرب الضريبي الدولي، مجلة رماح للبحوث والدراسات، العدد 26 جوان، 2018، ص 179

(2) وقعت دولة الإمارات العربية المتحدة على 94 اتفاقية لتجنب الازدواج الضريبي حتى الآن، مشار إليه لندبوشامة مصطفى، عامرة أسامه: واقع النظام الضريبي في الإمارات العربية المتحدة، مجلة البحوث في العلوم المالية والمحاسبية، المجلد 3 العدد2، 2018

(3) معهد الدراسات المصرفية، سلسلة إضاءات السلسلة رقم 11، العدد 1، سبتمبر 2018، ص 5

(4) طارق إسماعيل: كفاءة التحصيل الضريبي في الدول العربية، دراسة من صندوق النقد العربي، العدد 52، سنة 2019، ص 7

(5) طارق إسماعيل: كفاءة التحصيل الضريبي في الدول العربية، مرجع سابق، ص 7

مثل الدخل الشخصي وأرباح الشركات خارج نطاق القطاعين النفطي والمصرفي، نظرا لاعتمادها بشكل أكبر على إيرادات النفط والغاز كمصدر رئيس لتمويل موازنتها<sup>(1)</sup>.

يهدد فيروس كورونا المستجد القطاع الاقتصادي في دول مجلس التعاون، فقد أصاب تفشي الوباء بعض القطاعات الرئيسية في اقتصاديات هذه الدول، مثل النفط والسياحة والمقاولات والتجارة، بعطب شديد. ونظرا إلى تدني حجم الطلب العالمي على النفط، ستشهد عائدات النفط في الدول المنتجة للنفط هبوطاً حاداً فإلى جانب انخفاض الطلب العالمي على النفط، ستخف عائدات السياحة في دول الخليج<sup>(2)</sup>، وعلى الدول النفطية تنويع مصادر الدخل ولا تعتمد على النفط والغاز وحسب حتى تستعيد في دعم اقتصاداتها<sup>(3)</sup> كل ذلك يعزى إلى ضرورة تعاون الدول العربية والتنسيق الضريبي فيما بينها، ويمكن أن تكون نقطة البداية هي دول مجلس التعاون العربي، إن ضيق حيز السياسة المالية والتحديات المالية يفرض على معظم الدول النامية النظر في كيفية توسيع القاعدة الضريبية، بما يؤدي إلى زيادة ملموسة في الإيرادات العامة، ويقلل من الاختلالات الضريبية والتشوهات التي تنشأ عنها<sup>(4)</sup>.

من المتوقع أن تواجه الدول العربية خلال عام 2020 تحديات ذات صلة بتداعيات فيروس كورونا على العام القادم نظرا لحجم الإنفاق الحكومي المتزايد للحد من انتشار فيروس كورونا على أوضاع المالية العامة<sup>(5)</sup> من كل ما تناولناه سابقا يتضح لنا مما لا يدع مجالاً للشك، أن الدول العربية بحاجة ضرورية إلى التنسيق الضريبي حتى تستطيع أن تجد مورداً مالياً خصباً يساعدها في تحقيق التنمية الاقتصادية، وخير تجربة يتم البدء بها والبناء عليها ليست تجربة الاتحاد الأوروبي، وإنما تجربة دول مجلس التعاون الخليجي فيما يخص الاتفاقية الموحدة لضريبة القيمة المضافة، مع الأخذ في الاعتبار إدخال بعض التطورات التي تساعد على الاستمرار وتنمية الحصيلة المتوقعة منها وذلك من خلال طرحنا لبعض الأفكار والرؤى توصلنا إليها بعد دراسة التجارب السابقة لمن سبقنا في هذا السعي ومن هذه الأفكار والرؤى.

لابد من السعي نحو إنشاء مجلس أعلى للتنسيق الضريبي تكون له الصلاحية لتحديد القرارات الملزمة ومتابعة تحصيلها، لضمان عدم ارتباط خطوات التنسيق بطبيعة العلاقات السياسية وظروفها في تفعيل أو تبسيط التوجه نحو التنسيق.

- لابد لدول التعاون الخليجي من التوجه نحو إقرار الضرائب المباشرة والتمثلة في الضرائب على الدخل الشخصي إلى جوار الضرائب غير المباشرة والتمثلة في ضريبة القيمة المضافة والضريبة الانتقائية وهي ضريبة تفرض على بعض السلع الضارة بهدف ترشيد استهلاك هذه السلع مثل الضريبة على منتجات التبغ والمشروبات الغازية، فلا خشية من فرض الضرائب على الدخل الشخصي من هروب المستثمر سواء الوطني أو الأجنبي طالما تميزت

(1) طارق إسماعيل: كفاءة التحصيل الضريبي في الدول العربية، مرجع سابق، ص 30

(2) د إسماعيل نعمان تلجي: تداعيات جائحة كورونا المستجد في الخليج والتحديات والصعوبات، إصدارات المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، سنة 2020، ص 7

(3) د. بلقاسم العباس، دوشاح رزاق، الضرائب هبة الموارد الطبيعية، وعرض العمل في الدول العربية دروس مجلس التعاون، العدد 36، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، سنة 2010، ص 28

(4) د. طارق إسماعيل: الضرائب على الخدمات والأدوات المالية في الدول العربية،

(5) دالويد أحمد طلحة: التداعيات الاقتصادية على كورونا المستجد على الدول العربية، صندوق النقد العربي إبريل 2020، ص 22

الضريبة بالعدالة في فرضها، فالمستثمر في المقام الأول لا يعنيه سعر الضريبة ووعاءها المفروض بقدر ما يعنيه عدالتها وتبسيط إجراءاتها، فالواقع الحاليّ ما يفرض من ضرائب على الدخل الشخصي في دول مجلس التعاون العربي يقتصر على الشركات العاملة في مجال النفط والخدمات المصرفية، يمكن العمل تدريجياً والنظر إلى هذا باعتباره مرحلة مؤقتة يمكن أن تقدم دروساً مستفادة ليتم تطبيقها على الجميع مستقبلاً.

- لا بد من الوضع في عين الاعتبار أنه أثناء المرحلة الانتقالية للتنسيق الضريبي، قد تتعرض الإيرادات الضريبية لبعض الدول للانخفاض بسبب هذا التنسيق، لذلك لا بد من إنشاء صندوق تعويض تشكل موارده من مساهمات الدول الأعضاء الغرض منه هو تعويض الدول التي تتضرر من تنسيق تشريعاتها الضريبية.

## الخاتمة

### النتائج:

أولاً: إن الضرائب تلعب دوراً مهماً في تحقيق التنمية الاقتصادية إذ تفرض على دخول الأشخاص الطبيعيين والأشخاص المعنوية جبراً وبصفة نهائية من أجل تمويل خزينة الدولة وتحقيق الرفاهية للمجتمع .

ثانياً: إن اعتماد الدول النفطية على الموارد النفطية مصدر تمويل وحيد يعرضها لأخطار اقتصادية تؤثر عليها وعلى الاقتصاد تأثيراً سلبياً .

ثالثاً: إن فرض الضريبة الانتقائية يساعد في تنشيط الحصيلة الضريبية ويهدف إلى ترشيد الاستهلاك على السلع الضارة مثل منتجات التبغ والمشروبات الغازية.

رابعاً: إن أكثر ما يساعد الدول العربية على التنسيق الضريبي هو توحيد أسعار الضريبة، أو على الأقل الاتفاق على الحد الأدنى لها.

خامساً: إن الدول العربية في حاجة ملحة إلى التنسيق الضريبي في ظل المتغيرات الحالية التي يمر بها العالم من تفشي فيروس كورونا، وتذبذب وانخفاض أسعار النفط.

### التوصيات:

1- نوصي بإنشاء مجلس أعلى للتنسيق الضريبي تكون له الصلاحية لتحديد القرارات الملزمة ومتابعة تحصيلها، لضمان عدم ارتباط خطوات التنسيق بطبيعة العلاقات السياسية وظروفها في تفعيل أو تبسيط التوجه نحو التنسيق.

2- نوصي بإنشاء صندوق تعويض تشكل موارده من مساهمات الدول الأعضاء لغرض تعويض الدول التي تتضرر من تنسيق تشريعاتها الضريبية، حيث يترتب على التنسيق تعديلات في التشريعات الضريبية الداخلية للدول الأعضاء في التكتل، مما ينتج عنه زيادة في معدلات الضريبة في بعضها وتخفيض في معدلات الضريبة لدى بعض آخر.

3- ضرورة وجود رؤية وطنية شاملة للتحويل الرقمي وفق إطار تدريجي داعم لهذا التحول يضمن مشاركة كافة الأطراف المعنية حسب جدول زمني واضح يراعي توفير المتطلبات اللازمة والبنية الأساسية الداعمة لهذا التحول على مختلف الأصعدة.

- 4- استحداث ضرائب الممتلكات، وضرائب الثروة الأخرى مثل الضرائب على التركات والهبات (في الأجل الطويل، وضريبة المكوس على سلع كمالية معينة، ( كالسيارات الفارهة، وخاصة في غياب ضريبة فعالة على الدخل الشخصي، وذلك بهدف تحسين تصاعدية الضريبة.
- 5- وضع خطط لتطبيق ضريبة الدخل الشخصي مستقبلاً: فرضية الدخل الشخصي ما تزال غير ملائمة من الناحية السياسية في العديد من البلدان المصدرة للنفط، خاصة إذا تم تطبيقها على المواطنين. ولكن ينبغي على البلدان وضع خطط طويلة الأجل لاستحداث ضريبة على الدخل الشخصي. وفي البلدان التي توجد فيها ضريبة على الدخل الشخصي ولكنها مطبقة فقط على الأجانب، يتعين النظر إلى هذا باعتباره مرحلة مؤقتة يمكن أن تقدم دروساً مستفادة لضريبة تطبق على الجميع.
- 6- ضرورة بذل جهود كبيرة في تعزيز الأمن السيبرالي عبر حماية ومراقبة الأصول والبنى التحتية الحيوية والمعلومات الوطنية والشبكة المعلوماتية، وذلك من أجل صد مخاطر الهجمات الإلكترونية السيبرالية لما تمثله من تأثير سلبي على الاقتصاد، فضلاً عن ذلك لا بد من إتاحة سبل التعاون وتبادل المعلومات فيما بين مختلف الجهات المحلية والدولية في مجال الأمن السيبرالي.

## المصادر والمراجع

### اولا: الكتب

- ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، بيروت، طبعة 1، ج1، 1997
- جلال الشافعي، مبادئ المحاسبة الضريبية، دار الجامعية، 2006 الإسكندرية
- د خالد شحاته الطيب وآخرون أسس المالية العامة، دار وائل للنشر، الطبعة الثانية - عمان 2005
- زين العابدين نصر: مبادئ علم المالية، جامعة عين شمس طبعة، 2002/2001
- فريد النجار، :الاستثمار الدولي والتنسيق الضريبي مؤسسات شباب الجامعة، الإسكندرية، 2000
- د مجدي محمد على: الموسوعة في جرائم التهرب الضريبي، مكتبة شادي، الطبعة الأولى، 1996
- د. يونس أحمد البطريق: السياسات الدولية في المالية العامة، دار الجامعة الحديثة، الإسكندرية، مصر، ط2، 2002

### ثانيا: الرسائل العلمية

- العاقر جمال الدين: التجانس الضريبي كآلية لتفعيل التكامل الاقتصادي، رسالة ماجستير، جامعة قسطنطينية، الجزائر، سنة 2009، 2008

### ثالثا: الأبحاث والمؤتمرات

- د. أحمد ماجد: هيكل النظام الضريبي وضريبة القيمة المضافة في دولة الإمارات العربية المتحدة، وزارة الاقتصاد، الإمارات، الربع الثاني لسنة 2017
  - د.إسماعيل نعمان تلجي: تداعيات جائحة كورونا المستجد في الخليج التحديات والصعوبات، إصدارات المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، سنة 2020
  - د. بوشامة مصطفى، عمامرة أسامه: واقع النظام الضريبي في الإمارات العربية المتحدة، مجلة البحوث في العلوم المالية والمحاسبة، المجلد 3 العدد2، 2018
  - د. رمضان صديق: نظرية التنسيق الضريبي ومدى إمكانية تطبيقها في واقع النظم الضريبية العربية، مجلة التنمية والسياسات الاقتصادية مجلد 05، العدد:01، الكويت ديسمبر 2002
  - د.عزوز على: آليات ومتطلبات تفعيل التنسيق الضريبي العربي، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد، 8، سنة 2012
  - د. قصائي إلياس: التهرب الضريبي الدولي، مجلة رماح للبحوث والدراسات، العدد 26 جوان، 2018
  - د. محمد عباس محرز، التجانس الضريبي الضريبي في إطار تحقيق التكامل الاقتصادي في منطقة المغاربية العربي، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبه بن بو علي، الشلف، العدد 2، ماي، 2005
  - معهد الدراسات المصرفية، سلسلة إضاءات السلسلة رقم 11، العدد 1، سبتمبر 2018
- إصدارات صندوق النقد الدولي
- تقرير آفاق الاقتصاد العالمي، صندوق النقد الدولي إبريل 2020

## إصدارات صندوق النقد العربي

- الوليد أحمد بن طلحة:التداعيات الاقتصادية على كورونا المستجد على الدول العربية، صندوق النقد العربي إبرایل 2020
  - جويل ومايو منصور وآخرون :العدالة الضريبية في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، صندوق النقد العربي، 2015
  - د. طارق إسماعيل :الضرائب على الخدمات والأدوات الماليةفي الدول العربية، 2020
  - د. طارق إسماعيل :كفاءة التحصيل الضريبي في الدول العربية، دراسة من صندوق النقد العربي، العدد 52، سنة 2019
  - د.هبة عبد المنعم :رقمنة المالية العامة، موجز سياسات العدد 2، إصدارات صندوق النقد العربي، إبرایل 2019
- إصدارات المعهد العربي للتخطيط الكويت:

- د. علم الدين بانقا :مخاطر الهجمات الإلكترونية (السيبرالية ) وآثارها الاقتصادية (دراسة حالة دول مجلس التعاون الخليجي،العدد 63، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، سنة 2019
- د. بلقاسم العباس، دوشاح رزاق، الضرائب هبة الموارد الطبيعية، وعرض العمل في الدول العربية دروس مجلس التعاون، العدد 36، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، سنة 2010

## المراجع الأجنبية

## اللغة الفرنسية

- L.-Phillipe, Le droit financier, 3<sup>ème</sup> éd., Cujas, p.320Editeur : **Cujas**; 6<sup>e</sup> édition; Parution : 01/2000 *Beltrame, La fiscalité en France. 6<sup>ème</sup> éd., Hachette* 1998.
- P. Beltame, La fiscalité en France. 6<sup>ème</sup> éd., Hachette, 1998,(P.-M. Gaudemet, Précis des finances publics, 2<sup>e</sup> Tome, Montchrestien,1970,
- Michael. P, The Economic of Tax Policy, Oxford University Press,London, 1996.

## اللغة الإنجليزية

- ,”Sanjeev Gupta et al., (2018). “Public Finance Digitization IMF, March
- International Chamber of Commerce, (2018) “Three waysdigitalization is shaping the future of taxation ", July

## مواقع الإنترنت

- فينتور غاسبار، ووايكي رافاييل لام، ومهدي رئيسي، سياسات المالية العامة لاحتواء الأضرار الناجمة عن فيروس كوفيد-19
- [https://www.imf.org/ar/News/Articles/2020/04/15/blog-fm-fiscal-policies-to-contains-the-damage-from-covid-19?fbclid=IwAR2TmP7IX8f9BCZ6l3vVGSACExBc41yUd0eJfoyvLf\\_Wt8e9IB2i8o](https://www.imf.org/ar/News/Articles/2020/04/15/blog-fm-fiscal-policies-to-contains-the-damage-from-covid-19?fbclid=IwAR2TmP7IX8f9BCZ6l3vVGSACExBc41yUd0eJfoyvLf_Wt8e9IB2i8o)
- كتبها: 15 أبريل 2020
- د. محمدخيري العكام، التنسيق الضريبي العربي، الموسوعة العربية موقع الإنترنت arab-ency.com.sy/law/detail/164893

## التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة في فلسطين في ضوء أحكام القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية

### Compensation for Unlawful Administrative Decisions in Palestine in Light of the "Decision by force of law No. 41 of 2020" Regarding Administrative Courts

ريناد كمال الدين حسن الحسين \*

#### الملخص

تم تبني تشريع ينظم القضاء الإداري في فلسطين من ناحية موضوعية وشكلية بشكل مستقل لأول مرة في فلسطين بموجب القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية، وأصبح معه القضاء الإداري مختصاً بالنظر في الطلبات التي تقدم من المتضررين بخصوص القرارات الإدارية غير المشروعة التي تصدرها الإدارة. في هذا البحث التحليلي تم تحديد المقصود بذلك ضمن مبحثين: يبحث الأول في تطور اختصاص القضاء الإداري بالنظر في التعويض، أما الثاني فيبحث في أساس وأحكام تقدير التعويض في هذه الحالة. وقد توصل البحث إلى جملة من النتائج والتوصيات أهمها أن أساس المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية أو المعنوية الناتجة عن القرارات الإدارية هو وجود خطأ للإدارة بحيث يكون الخطأ عيباً موضوعياً يتمثل في الانحراف بالسلطة أو إساءة استعمالها أو عيب مخالفة القانون، أما في حالات عيب الاختصاص أو الشكل والاجراء فيشترط لثبوت الحق بالتعويض أن يكون الخطأ الذي ارتكبته الإدارة في هذه الأركان عيباً جسيماً، وقد أوصى البحث بضرورة تعديل القرار بقانون بما يوضح في أحكام التعويض عن القرارات الإدارية بشكل مفصل.

**الكلمات الدالة:** قضاء التعويض، القضاء الإداري في فلسطين، القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020، التعويض عن القرارات غير المشروعة، المحاكم الإدارية في فلسطين.

#### Abstract

For the first time in Palestine, the administrative judiciary was, independently and in terms of content and form, organized in Palestine by a law dedicated to it. This legislation is the Decision that has the Force of Law No. 41/2020 Regarding Administrative Courts. According to this law, the administrative courts became authorized to consider requests for compensation concerning the unlawful administrative decisions taken by the administration. This analytical research is divided into two parts: the first examines the development of the administrative judiciary's jurisdiction to consider compensation, and the second examines the basis and rules of compensation in this case. The research has concluded with a number of results and recommendations, the most important of which is that the basis for claiming compensation for material or moral damages resulting from administrative decisions is the existence of a management error wherein the error is an objective defect represented in the deviation of authority or its abuse or the defect of violating the law, but in cases of defect of jurisdiction or form and procedure, it is stipulated that- in order to establish the right to compensation- the error committed by the administration in these pillars be a grave defect. The present research recommended that the decision be amended into a law in such a way that illustrates the compensatory provisions vis-à-vis the administrative decisions in a detailed fashion.

**Keywords:** Compensation Judiciary, Administrative Judiciary in Palestine, Law No. 41 of 2020, Compensation for Illegal Decisions, Administrative Courts in Palestine.

\* كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين. تاريخ استلام البحث 2021/2/14 وتاريخ قبوله 2021/6/27

## المقدمة

يعد التعويض عن الأضرار التي لحقت بالأفراد حقاً أساسياً وأمراً ضرورياً لا بد من تحقيقه؛ وذلك استجابة لضرورة القيام بتجاوز أخطاء الماضي وعدم الوقوف عندها والمضي للمستقبل بما يضمن إنصاف المتضرر بغض النظر عن صفة الجهة المتسببة بهذا الضرر.<sup>1</sup> وهناك العديد من الأمثلة على الأضرار المادية والمعنوية الناتجة عن قرارات الإدارة غير المشروعة، وقد استقر مبدأ تعويض ضحايا انتهاك الحقوق في مختلف فروع القانون.<sup>2</sup>

## أهمية البحث ومبرراته

مع وجود عدد من الوسائل التي تكفل معاقبة المعتدين على الحقوق وتكفل إيقافها مثل الرقابة القضائية بصورها،<sup>3</sup> إلا أن الحقيقة التي يجب أن لا نغفلها أن الضرر المادي أو المعنوي قد لحق بالفعل بالأفراد، عندها تصبح مسؤولية الدولة عن هذه التجاوزات لا تقتصر على محاسبة المعتدين، بل أيضا يقع على عاتقها التعويض عن هذه الأضرار كسبيل وحيد لإنصاف المتضرر بشكل مباشر،<sup>4</sup> وذلك أمام المحاكم الوطنية المختصة.<sup>5</sup>

ونظراً لأهمية التعويض للمتضررين لا بد أن يكون هناك قواعد واضحة تكفل تحقيق الغاية من إقرار هذا الاختصاص للقضاء الإداري، وذلك حرصاً على ضمان تحقيق العدالة وإنصاف المتضررين. وطالما أن التجربة الفلسطينية للنظر في الموضوع ما زالت غير متوافرة حتى الآن، كما أنه لا يوجد أي من الدراسات التي ركزت على النظر إلى هذا الجانب في فلسطين، على حد علم الباحثة، كان لزاماً على الباحثة البدء في طرح بعض التساؤلات لغرض البدء في محاولة متواضعة للإجابة عنها، وتدارك أي خطأ في التطبيق مستقبلاً حرصاً على مصالح المتضررين، ومساهمة بسيطة في وضع الأطر العامة لهذا الاختصاص.

## أهداف البحث

يهدف البحث إلى تحقيق النتائج التالية:

- تحديد المحكمة المختصة بالنظر في الطلبات المقدمة من المتضررين بخصوص المطالبة بالتعويضات عن الأضرار المتحققة عن القرارات الإدارية غير المشروعة قبل تبني القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية وبعده.

(1) Kritz, Neil, The Rule of Law in the Post-Conflict Phase in Managing Global Chaos: Sources of and Responses to International Conflict, Institute of Peace Press, Washington, 1996, page 599.

(2) Brooks, Roy, The Age of Apology in When Sorry Isn't Enough: The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustice, New York University Press, New York, 1999, page 4.

(3) Tomuschat, Christian. Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations. Tulane Journal of International and Comparative Law, issue 10, 2002, pages 167-168.

(4) Ellen L. Lutz, "After the Elections: Compensating Victims of Human Rights Abuses," in Transitional Justice, page 557.

(5) Mazzeschi, Riccardo. Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview. Journal of International Criminal Justice, issue 1, 2003, page 344.

- تسليط الضوء على تأثير القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية على المطالبة بالتعويضات المترتبة عن القرارات غير المشروعة وأهم الإشكاليات المتعلقة بتطبيقه مستقبلاً.
- تحديد الأساس القانوني للمطالبة بتعويض المتضررين عن القرارات الإدارية غير المشروعة، وإذا ما كان تحقق الضرر كافياً لثبوت المسؤولية الإدارية أو اشتراط خطأ الإدارة كأساس للمطالبة بالتعويض، إلى جانب تحديد ما إذا كانت جميع العيوب أو الأخطاء في القرار الإداري تعتبر معتمدة كأساس للمطالبة بالتعويض.
- تحديد الأحكام الخاصة بالتعويض عن الضرر المتحقق عن القرارات الإدارية غير المشروعة، وحجية الحكم بالتعويض والاختلافات بينه وبين حجية الحكم في دعوى إلغاء القرار الإداري.

### إشكالية البحث

لم يكن القضاء الإداري<sup>1</sup> في فلسطين قبل تبني القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية، ممثلاً بمحكمة العدل العليا الفلسطينية،<sup>2</sup> مختصاً بالنظر في طلبات التعويض التي ترتبط بالقرارات التي تقرر المحكمة عدم مشروعيتها، حيث إن القضاء الإداري كان قضاء إلغاء لا قضاء تعويض.

وقد منح القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية المحكمة الإدارية، وهي محكمة الدرجة الأولى من المحاكم الإدارية في فلسطين، الاختصاص بالنظر في طلبات التعويض عن الأضرار المترتبة على القرارات غير المشروعة إذا رفعت تبعاً لدعوى الإلغاء وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 20. وباستثناء هذا النص، لم يتم القرار باعتماد قانون بوضع أي أحكام تفصيلية أخرى تتعلق بالتعويض، الأمر الذي يستدعي البحث في التفاصيل المتعلقة بالتعويض في هذه الحالة في ظل انعدام تجربة القضاء الإداري في فلسطين لهذا الاختصاص، وحدثة التجربة الفلسطينية في هذا الموضوع.

### أسئلة البحث

يهدف هذا البحث للإجابة عن التساؤل الرئيسي التالي: ما تأثير القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية على المطالبة بالتعويضات المترتبة على القرارات غير المشروعة؟

وللإجابة على تساؤل البحث الرئيسي لا بد من الإجابة على عدد من التساؤلات الفرعية الأخرى، وأهمها:

(1) يقصد بالقضاء الإداري لغايات هذا البحث جميع المحاكم الإدارية المختصة بالنظر في المنازعات الإدارية، سواء قبل تبني القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية أو بعده.

(2) محكمة العدل العليا الفلسطينية كانت المحكمة المختصة الوحيدة للنظر في المنازعات القضائية الإدارية، وكانت على درجة واحدة، أما بعد تبني القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية حلت المحاكم الإدارية مكان محكمة العدل العليا الفلسطينية، وأصبح القضاء الإداري على درجتين: الأولى هي المحكمة الإدارية والثانية هي المحكمة الإدارية العليا، الأمر الذي يبرر اختلاف التسمية في متن البحث.

- من هي الجهة المختصة بالنظر في الطلبات المقدمة من المتضررين بخصوص المطالبة بالتعويضات عن الأضرار المتحققة عن القرارات الإدارية غير المشروعة قبل تبني القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية؟
- ما هو الأساس القانوني للمطالبة بتعويض المتضررين عن القرارات الإدارية غير المشروعة؟
- ما هي الأحكام الخاصة بالتعويض عن الضرر المتحقق عن القرارات الإدارية غير المشروعة؟

## منهجية البحث

اتبعت الباحثة في هذا البحث المنهج التحليلي؛ حيث قامت بتحليل النصوص القانونية ذات العلاقة بموضوع التعويض عن الضرر في القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 والقرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية بشكل أساسي إلى جانب جملة من القوانين الأخرى ذات العلاقة، إلى جانب استقراء موقف الفقه والقضاء الإداري في فلسطين بخصوص الموضوع. بالإضافة إلى ذلك، تم اللجوء في بعض الأحيان إلى تجارب مقارنة من النظامين القانونيين الأردني أو المصري كلما استدعت الحاجة لذلك؛ نظراً لتشابه بعض أحكام هذين النظامين مع النظام الفلسطيني.

## تقسيم البحث

تم تقسيم البحث إلى مبحثين رئيسيين، وفقاً للآتي:

- المبحث الأول: تطور اختصاص القضاء الإداري بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة في فلسطين
- المبحث الثاني: أساس وأحكام تقدير التعويض عن القرارات الإدارية

## المبحث الأول

### تطور اختصاص القضاء الإداري بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة في فلسطين

قبل إصدار القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية<sup>1</sup> لم يكن للقضاء الإداري في فلسطين، متمثلاً بمحكمة العدل العليا الفلسطينية، أي صلاحيات تتعلق بالنظر في طلبات التعويض عن الأضرار الناتجة عن

(1) القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية، الوقائع الفلسطينية، العدد ممتاز 22، تاريخ النشر 2021/1/11، الصفحة 19. ويشار إليه فيما بعد بالقرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية الفلسطيني.

توقف المجلس التشريعي الفلسطيني عن الانعقاد منذ عام 2007 وتزامن ذلك مع الانقسام الفلسطيني، ومنذ ذلك الوقت لجأ رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية لتطبيق نص المادة 43 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 التي تمنحه صلاحية إصدار قرارات لها قوة القانون في حالة الضرورة وفي غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، والتي تنص على: "السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون".

القرارات التي تحكم بعدم مشروعيتها، فاقصر دور محكمة العدل العليا على إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة. الأمر الذي سيتم توضيحه من خلال المطلبين التاليين.

## المطلب الأول

### التعويض عن القرارات غير المشروعة قبل إصدار القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية

نص القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003<sup>1</sup> في المادة 102 على أنه: "يجوز بقانون إنشاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى، والإجراءات التي تتبع أمامها".

أما قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني رقم 5 لسنة 2001،<sup>2</sup> الذي كان سارياً في هذه الفترة، فقد بين في المادة 23 أن المحكمة العليا تتكون من كل من: محكمة العدل العليا ومحكمة النقض. واختصاص محكمة العدل العليا الفلسطينية حددها القانون الأخير في المادة 33، ولم يكن من ضمن اختصاص هذه المحكمة النظر في التعويضات الناتجة عن القرارات التي تقرر عدم مشروعيتها، حيث نصت المادة على أن: "تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي: 1- الطعون الخاصة بالانتخابات. 2- الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات المهنية. 3- الطلبات التي هي من نوع المعارضة في الحبس التي يطلب فيها إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع. 4- المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو الترقية

أما عن القيمة القانونية لهذه التشريعات فهي تحظى بذات القيمة التي تحظى بها التشريعات العادية، وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية حيث إنها تخضع للرقابة على دستورتها شأنها بذلك شأن القوانين العادية الصادرة عن المجلس التشريعي في الأحوال العادية. انظر، حكم محكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية المنعقدة في رام الله في الدعوى الدستورية رقم 3 لسنة 2009، الصادر بتاريخ 2010/4/13. من الملاحظ أن عدد القرارات بالقوانين الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية منذ توقف المجلس التشريعي عن الانعقاد في حزيران/يونيو 2007 فاق بأضعاف ما أصدره المجلس التشريعي الفلسطيني من قوانين طوال فترة انعقاده منذ نشوء السلطة الوطنية الفلسطينية؛ فحتى منتصف عام 2019 كان رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية قد أصدر بالفعل 242 قراراً بقانون في مختلف المجالات، بينما مجموع القوانين التي أقرها المجلس التشريعي منذ انتخاب أول مجلس تشريعي في عام 1996 وحتى تاريخ توقف المجلس التشريعي الفلسطيني الثاني عن الانعقاد في عام 2007 هو 93 قانوناً فقط. لتحديد العدد الدقيق لعدد القوانين التي صدرت من قبل المجلس التشريعي الفلسطيني منذ عام 1996 وحتى عام 2007 تمت مراجعة جميع الأعداد الخاصة بالوقائع الفلسطينية الصادرة في تلك الفترة، سواء أكانت أعداداً عادية أم أعداداً ممتازة. جميع هذه الأعداد منشورة على الموقع الرسمي لديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني، تاريخ آخر وصول 2021/2/7، متوافر على: <https://www.lab.pna.ps/newspaper>.<sup>(1)</sup> القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، الوقائع الفلسطينية، العدد الممتاز 2، تاريخ النشر 2003/3/19، الصفحة 5. يشار إليه فيما بعد بالقانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 هو تشريع مؤقت بالفترة الانتقالية، وقد اعتادت محكمة العدل العليا على التعامل معه باعتباره يحظى بقيمة دستور. على سبيل المثال، انظر، حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 123 لسنة 2007، الصادر بتاريخ 2008/3/26، وأيضاً حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 258 لسنة 2008، الصادر بتاريخ 2009/2/23. وقد جاء في مقدمة القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003: "... أن إقرار قانون أساسي مناسب للمرحلة الانتقالية... وهو في الوقت ذاته القاعدة الأساسية لسن التشريعات والقوانين الموحدة...". كما نصت المادة 115 منه على أن: "يعمل بأحكام هذا القانون الأساسي مدة المرحلة الانتقالية ويمكن تمديد العمل به إلى حين دخول الدستور الجديد للدولة الفلسطينية حيز التنفيذ".

<sup>(2)</sup> قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني رقم 5 لسنة 2001، الوقائع الفلسطينية، العدد 38، تاريخ النشر 2001/9/5، الصفحة 279.

أو العلاوات أو المرتبات أو النقل أو الإحالة إلى المعاش أو التأديب أو الاستبعاد أو الفصل، وسائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية. 5- رفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها. 6- سائر المنازعات الإدارية. 7- المسائل التي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقاً للعدالة. 8- أي أمور أخرى ترفع إليها بموجب أحكام القانون".

وبناء على ذلك القضاء الإداري في فلسطين في هذه الفترة كان القضاء درجة واحدة، بحيث لا يمكن الطعن بأي شكل من الأشكال في الأحكام الصادرة عن محكمة العدل العليا الفلسطينية أمام المحاكم الأخرى. كما يعد القضاء الإداري الفلسطيني قضاء إلغاء لا قضاء تعويض، ليس فقط وفقاً لما ورد في قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطينية رقم 5 لسنة 2001، وإنما أيضاً استناداً لنص المادة 291 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لسنة 2001،<sup>1</sup> التي نصت على أنه: "تصدر المحكمة حكمها على وجه السرعة في الطلب وذلك إما برفضه أو بإلغاء القرار المطعون فيه أو بتعديله مع ما يترتب على حكمها من آثار قانونية."<sup>2</sup>

بخصوص ذلك أقرت محكمة العدل العليا الفلسطينية صراحةً أن مسألة التعويض تخرج عن اختصاصها،<sup>3</sup> وفي أحد أحكامها بينت المحكمة ذلك حين وضحت أنه: "... على الرغم من عدم مشروعية القرار الإداري بإحالة العطاء على شركة أخرى غير المستدعية إلا أن المحكمة تقرر رفض طلب التعويض لعدم اختصاص محكمة العدل فيه وانعقاد الاختصاص لمحكمة أخرى."

بناءً على ذلك، إذا تبين أن القرار الإداري كان غير مشروع فهو جدير بإلغائه، والتعويض عن الضرر الذي لحق بالأفراد بهذه الحالة يكون من اختصاص القضاء العادي.<sup>4</sup> ويقصد بالقضاء العادي في هذه الحالة المحاكم النظامية المدنية، التي بين آليّة تشكيلها كل من: قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطينية رقم 5 لسنة 2001،<sup>5</sup> وقانون السلطة القضائية الفلسطينية رقم 1 لعام 2002.<sup>6</sup>

(<sup>1</sup>) قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية رقم 2 لسنة 2001، الوقائع الفلسطينية، العدد 38، تاريخ النشر 2001/9/5، الصفحة 5.

(<sup>2</sup>) تملك محكمة العدل العليا إلى جانب صلاحية إلغاء القرار الإداري صلاحية تعديله وفقاً لما تراه مناسباً. على الصعيد العملي يوجد عدد من الأمثلة التي قامت بها المحكمة بتعديل قرار إداري، حيث قامت محكمة العدل العليا الفلسطينية بتطبيق هذه المادة في حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 85 لسنة 2005، الصادر بتاريخ 2006/3/27، الذي جاء فيه: "... تقرر المحكمة استناداً لأحكام المادة 291 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لسنة 2001 تعديل القرار المطعون فيه بحيث يصرف للمستدعي نصف راتبه فقط عن المدة المكفوفة فيها يده عن العمل..."

(<sup>3</sup>) حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في غزة في الدعوى الإدارية رقم 113 لسنة 98، الصادر بتاريخ 1999/2/3.

(<sup>4</sup>) حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في غزة في الدعوى الإدارية رقم 71 لسنة 96، الصادر بتاريخ 1997/4/23.

(<sup>5</sup>) المادة 7 من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطينية بينت أن المحاكم النظامية تتكون من: المحكمة العليا، ومحاكم البداية، ومحاكم الصلح، ومحاكم الاستئناف.

(<sup>6</sup>) قانون السلطة القضائية الفلسطينية رقم 1 لعام 2002، الوقائع الفلسطينية، العدد 40، تاريخ النشر 2002/5/18، الصفحة 9. تنص المادة 6 من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطينية رقم 5 لسنة 2001 على أنه: "تتكون المحاكم الفلسطينية من: أولاً: المحاكم الشرعية والدينية وينظمها

وبما أن جميع هذه القوانين لم تحدد المحكمة المدنية المختصة بالنظر في التعويضات المتعلقة بالقرارات الإدارية غير المشروعة تبعاً لقواعد الاختصاص النوعي للمحاكم، الذي يبين المحكمة المختصة بالنظر في أنواع محددة من النزاعات والطلبات بغض النظر عن قيمتها المالية،<sup>1</sup> فإن قواعد الاختصاص القيمي للمحاكم المدنية هي المقصودة لتحديد ما إذا كانت المحكمة المختصة بالنظر في دعوى المطالبة بالتعويض هي محكمة الصلح أو محكمة البداية، ويقصد بالاختصاص القيمي تحديد المحكمة المختصة بالرجوع لقيمة الدعوى ذاتها، ويعد كلا النوعين من قواعد النظام العام التي لا يجوز مخالفتها ويمكن إثارتها بأي مرحلة من مراحل الدعوى.<sup>2</sup>

ويخضع تحديد المحكمة المختصة بالنظر في طلبات التعويضات عن القرارات غير المشروعة بالرجوع لقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 وتعديلاته،<sup>3</sup> فقد حددت المادة 39 الاختصاص القيمي للقضاء وبينت المحاكم المختصة أن الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها عشرة آلاف دينار أردني تقع ضمن اختصاص محكمة الصلح. أما الدعاوى التي تتجاوز قيمة التعويض بها هذا المبلغ فتقع ضمن اختصاص محكمة البداية بوصفها صاحبة الولاية العامة في نظر جميع الدعاوى والطلبات التي لا تدخل ضمن اختصاص محكمة الصلح.<sup>4</sup>

## المطلب الثاني

### التعويض عن القرارات غير المشروعة بعد إصدار القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020

صدر القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية في فلسطين بتاريخ 30 كانون الأول/ ديسمبر 2020، ودخل حيز النفاذ اعتباراً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) الذي وافق 11 كانون الثاني/ يناير 2021، وذلك وفقاً لنص المادة 61 من القرار بقانون عينه التي بينت ذلك.

بموجب هذا القرار بقانون تم تعديل تشكيل المحاكم الإدارية واختصاصها؛ حيث أصبحت الهيئة القضائية المختصة بالنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية تسمى (المحاكم الإدارية)<sup>5</sup> بدلاً من (محكمة العدل العليا). وبعد

القانون. ثانياً: المحكمة الدستورية العليا وينظمها القانون. ثالثاً: المحاكم النظامية وتتكون من: 1- المحكمة العليا وتتكون من: أ- محكمة النقض ب- محكمة العدل العليا. 2- محاكم الاستئناف 3- محاكم البداية. 4- محاكم الصلح. وتتنظر كل منها في المسائل التي ترفع إليها طبقاً للقانون." (1) جميعي، عبد الباسط، نظرية الاختصاص في قانون المرافعات الجديد وتعديلاته، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، الصفحة 15. (2) عبد العزيز، محمد كمال، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الثانية، مكتبة وهبة، القاهرة، 1978، الصفحة 160. (3) قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لعام 2001، الوقائع الفلسطينية، العدد 38، تاريخ النشر 2001/9/5، الصفحة 5

(4) المادة 41 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001. من الجدير بالذكر أنه في حال نظرت المحكمة الجزائية في الاعتداء على حرية أو حق معين من قبل الإدارة باعتبارها جريمة تقع ضمن اختصاصها بموجب القانون الجزائي، عندها يمكن المطالبة بالتعويض أمام المحكمة الجزائية المختصة بغض النظر عن قيمة التعويض؛ وذلك عبر الادعاء بالحق المدني أمام محكمة الموضوع مباشرة. أما إذا قام المتضرر برفع الدعوى أمام المحكمة المدنية بشكل مستقل عندها تطبق عليه قواعد الاختصاص القيمي للمحكمة، وذلك تطبيقاً للمادة 170 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني لسنة 2001. انظر، قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001، الوقائع الفلسطينية، العدد 38، تاريخ النشر 2001/9/5، الصفحة 94.

(5) المادة 2 رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية الفلسطينية.

أن كان القضاء الإداري في فلسطين على درجة واحدة متمثلة بمحكمة العدل العليا أصبحت المحاكم الإدارية على درجتين: المحكمة الإدارية وهي محكمة الدرجة الأولى، والمحكمة الإدارية العليا وهي محكمة الدرجة الثانية.<sup>1</sup>

وقد أصبحت المحكمة الإدارية (محكمة الدرجة الأولى) دون غيرها مختصة صراحة بالنظر في طلبات التعويض عن الأضرار التي ترتبت نتيجة للقرارات والإجراءات التي تختص المحكمة بالنظر بها، وذلك إذا ما تم رفع هذه الطلبات بشكل تبعي لدعوى الإلغاء فقط. حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 22 من القرار بقانون: "تختص المحكمة الإدارية بالنظر في طلبات التعويض عن الأضرار المترتبة نتيجة القرارات والإجراءات المنصوص عليها في الفقرة 1 من هذه المادة، إذا رفعت إليها تباعاً لدعوى الإلغاء".

وبناء على ذلك، لا يمكن تقديم طلب التعويض إلا أمام المحكمة الإدارية؛ فمنذ دخول هذا القرار بقانون حيز النفاذ لا يمكن للمحاكم المدنية أن تنظر بأي دعوى للمطالبة بتعويض بشكل مستقل، طالما أن الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية الذي قررت بموجبه المحكمة عدم مشروعية القرار الإداري قد صدر بعد دخول القرار بقانون حيز النفاذ وبعد التشكيل الأول لها، ويمكن تبرير ذلك بالرجوع للمادة 55 من القرار بقانون التي نصت صراحة على أن تقوم المحكمة الإدارية بالنظر في كافة الدعاوى التي كانت منظورة أمام محكمة العدل العليا على أن يتم السير بالدعوى أمام المحكمة الإدارية اعتباراً من النقطة التي وصلت إليها، وذلك بالطبع بعد أن يتم التشكيل الأول للمحكمة الإدارية، وبالتالي يمكن المطالبة بالتعويض في هذه الحالة أمام المحكمة الإدارية.

ويمكن مما سبق استنتاج أن الدعاوى الإدارية التي صدر بها الحكم بالفعل عن محكمة العدل العليا، التي قررت بموجبها عدم مشروعية القرار الإداري قبل تشكيل المحكمة الإدارية، فيبقى للقضاء المدني النظر بطلبات التعويض المتعلقة بها عن طريق الدعوى الأصلية وفقاً لقواعد الاختصاص القيمي التي تم توضيحها سابقاً.

وبما أن نص المادة قد حدد بالفعل أن المحكمة الإدارية (أي محكمة الدرجة الأولى) هي المختصة بالنظر موضوعاً في التعويضات، معنى ذلك أنه لا يمكن تقديم طلبات التعويض لأول مرة أمام المحكمة الإدارية العليا (محكمة الدرجة الثانية)، حيث حددت المادة 40 شروط تقديم الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا واشترطت لقبول الطعن في حكم المحكمة الإدارية أن يكون بسبب وجود مخالفة للقانون أو خطأ في تأويله أو تطبيقه، أو وجود بطلان في الحكم أو بطلان بالإجراءات يكون قد أثر بالفعل بالحكم، أو وجود تناقض بين الحكم المطعون به من جهة وحكم سابق حاز قوة الأمر المقضي فيه.

ومن الجدير بالذكر أن المادة 60 من القرار بقانون قد ألغت صراحة الباب الرابع عشر من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001، الذي كان مخصصاً لأصول المحاكمات المتبعة أمام محكمة العدل العليا الفلسطينية، لتحل مكانها القواعد الإجرائية التي نص عليها القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية في فلسطين.

(<sup>1</sup>) المادة 6 رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية الفلسطينية.

## المبحث الثاني

### أساس وأحكام تقدير التعويض عن القرارات الإدارية

يعدّ تحديد أساس المطالبة بالتعويض عن الضرر المتحقق من القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة أمراً في غاية الأهمية؛ نظراً لما له من تأثير على حقوق المتضررين من جهة والأعباء المادية التي ستتكفلها الإدارة، فمن غير المنطقي أن تقوم الإدارة بتعويض المتضررين عن قراراتها الإدارية المشروعة، وإلاّ لن تتمكن الإدارة من القيام بنشاطها الإداري وإدارتها للمرافق العامة وممارسة أعمال الضبط الإداري، وذلك كأصل عام ما لم تتوافر شروط المسؤولية بلا خطأ. لذلك لا بد من البحث في أساس المطالبة بالتعويضات عن الضرر المتحقق من القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة (المطلب الأول)، وذلك قبل الخوض في تفاصيل الأحكام الخاصة بالتعويض وتقديره للمتضررين (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### أساس المطالبة بالتعويض عن القرارات الإدارية

تقوم الإدارة بوظيفتين أساسيتين: إدارة المرافق العامة وممارسة الضبط الإداري، لذلك قد تقوم بإصدار قرارات مختلفة منها ما يتعلق بإدارة هذه المرافق وما يرتبط بها من القرارات المتعلقة بالوظيفة العمومية، أو تقوم بتنظيم الحقوق والحريات العامة من خلال قراراتها الإدارية التي تصنف ضمن أعمال الضبط الإداري التي تستهدف الحفاظ على النظام العام. وقد نص القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 في المادة 32 منه على كون: "كل اعتداء على أي من الحريات الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للإنسان وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها القانون الأساسي أو القانون، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وتضمن السلطة الوطنية تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الضرر".

والاعتداء على الحقوق والحريات العامة يتم من خلال إجراءات الضبط الإداري التي تتم من قبل الإدارة سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية، وهذه الإجراءات بحقيقتها هي قرارات إدارية تنظم الحقوق والحريات العامة وتهدف الحفاظ على النظام العام بعناصره، فالضبط الإداري يقصد به ذلك النظام القانوني الذي ينظم أو يقوم بوضع قيود على الحريات العامة بهدف حماية النظام العام.<sup>1</sup>

(<sup>1</sup>) كنعان، نواف، القانون الإداري - الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، الصفحة 266. هناك من عرف الضبط الإداري باعتباره مجموعة من الإجراءات أو التدابير التي يتم اتخاذها بغرض الحفاظ على النظام العام وذلك من قبل السلطات الإدارية في الدولة. انظر، الشريف، محمود سعد الدين. النظرية العامة للبوليس الإداري في مصر، مجلة مجلس الدولة، عدد السنة الثانية، 1951، الصفحة 293. بينما هناك من اتجه إلى تعريف الضبط الإداري بأنه: "نوع من الولاية الضابطة التي اختصت بها السلطة التنفيذية بغية إقرار النظام واستتباب الأمن والمحافظة على السكينة العامة أو الصحة العامة." انظر، مشرف، عبد العليم عبد المجيد، دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره في الحريات العامة، دار النهضة العربية، بيروت، 1998، الصفحة 229.

ومميزات الضبط الإداري التي تسمح لإجراءاته أن تكون فعالة وسريعة تضمن احترام أنظمة وقرارات الضبط الإداري وتنفيذها،<sup>1</sup> فهي بالأساس إجراءات ذات طابع وقائي تستهدف منع ارتكاب الجرائم،<sup>2</sup> إلا أنها قد تستمر في بعض الأحيان إلى ما بعد وقوع الجريمة لإعادة النظام العام الذي تم الإخلال به إلى الوضع الطبيعي، مثال ذلك استمرار أعمال الضبط الإداري لتفريق المتظاهرين بعد وقوع مظاهرة محظورة.<sup>3</sup>

تحديد أساس المطالبة بالتعويض عن القرارات الإدارية التي تصدر عن الإدارة أثناء قيامها بنشاطها - سواء كان ذلك أثناء إدارتها لمراقفها العامة وما يرتبط بذلك من القرارات الصادرة بخصوص موظفيها العموميين، أو حتى أثناء قيامها بمهام الضبط الإداري - ليس بالأمر السهل، خصوصاً في ظل عدم وضوح النصوص القانونية التي تحكم الموضوع وتضارب السوابق القضائية بخصوص هذه المسألة، وبالتالي يصبح تحديد ما إذا كان خطأ الإدارة لازماً للمطالبة بالتعويض أو كفاية تحقق الضرر دون خطأ الإدارة مسألة أكثر تعقيداً.

لتوضيح المقصود بذلك لا بد لنا من القول بداية أن المسؤولية التقصيرية التي تترتب عليها المطالبة بالتعويضات قد تقوم على الخطأ فقط أو على تحقق الضرر دون وجود خطأ، ويتطبيق ذلك على القرارات الإدارية وإمكانية المطالبة بالتعويض يمكن القول إن مسألة التعويض لا تخرج عن هذين الاحتمالين: الأول أن يكون القرار الإداري الصادر عن الإدارة أثناء قيامها بنشاطها قراراً غير مشروع وألحق ضرراً بمن صدر بحقه، والثاني أن يكون القرار الإداري مشروعاً إلا أنه قد ألحق بالفعل ضرراً بمن صدر بحقه.

وبالرجوع للنصوص القانونية نجد أن القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 في مادته العاشرة قد ألزم بالفعل السلطة الوطنية الفلسطينية بضمان تعويض المتضررين تعويضاً عادلاً، إلا أن ذلك لا يعني أن النص قد اكتفى بتحقيق الضرر دون اشتراط وقوع الخطأ؛ فقراءة النص حرفياً دون الرجوع لسياق نص المادة الذي استهل باعتباره (الاعتداء) على الحقوق والحريات العامة جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، والاعتداء بحقيقته يعني تحقق الخطأ من قبل الإدارة، وبالتالي وفقاً لهذه المادة يجب أن يكون الضرر الذي تحقق لدى الأفراد قد نتج عن اعتداء أو خطأ.

أما محكمة العدل العليا الفلسطينية قبل تبني القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية، وفي ظل سريان القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 الذي اعتبر خطأ الإدارة الذي تحقق عنه الضرر هو أساس المطالبة بالتعويض، فقد كان لها موقف مغاير؛ حيث بينت في أحد أحكامها أنه في حال كان القرار الإداري مشروعاً إلا أنه حقق ضرراً بالفرد فإن حق الأخير (أي المتضرر) يقتصر على التعويض الملائم الذي يكون تقديره بين الطرفين أمام المحكمة المختصة التي هي ليست محكمة العدل العليا.<sup>4</sup> وبالتالي لم تشترط الخطأ صراحة وأقرت

(1) البناء، محمود عاطف، حدود سلطة الضبط الإداري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1980، الصفحات 7-8.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، الصادر بتاريخ 4 ديسمبر 1955، منشور في مجموعة أحكام مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، المكتب الفني بمجلس الدولة، القاهرة، السنة العاشرة، الصفحة 60.

(3) شطناوي، علي خطار، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر، عمان، 2003، الصفحة 351.

(4) حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في غزة في الدعوى الإدارية رقم 62 لسنة 1996، الصادر بتاريخ 1998/6/27.

بحق المتضرر بالمطالبة بالتعويض أمام القضاء العادي، وفي هذه الحالة يقع على المتضرر إثبات الضرر والعلاقة السببية بين نشاط الإدارة والضرر.<sup>1</sup>

## المطلب الثاني

### أحكام التعويض عن القرارات الإدارية

ذكرنا سابقاً أن المحكمة المختصة بالنظر في التعويض وتقدير قيمته بعد صدور القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية في فلسطين وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 20 هي المحكمة الإدارية، وذلك بشرط أن تكون هذه المطالب بالتعويض قد تمتتبعاً لدعوى إلغاء القرار الإداري غير المشروع، وعليه لا يمكن المطالبة بأي تعويضات بشكل منفصل لا أمام المحكمة الإدارية ولا حتى أمام القضاء العادي، كما أن النص لم يبين قواعد تقادم المطالبة بالتعويض عن هذه القرارات.

ومن المستقر عليه أنه لا يمكن للمحكمة أن تقرر الحكم بالتعويض في الحالات التي لا يتم المطالبة بها، كما لا يحق لها أن تحكم بأكثر مما طالب به المتضرر. كما بينت المادة 24 من القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية أن الطلبات التي يريدها المستدعي في الدعوى يجب أن يتم تحديدها في الاستدعاء الذي يقدمه لقدم المحكمة، الذي تبدأ معه إجراءات النظر بالدعوى، واعتبرت ذكر الطلبات في الاستدعاء شرطاً لقبول النظر بها.

وقد يرد التعويض على الضرر المادي أو حتى المعنوي، والأصل أن التعويض يغطي ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب،<sup>2</sup> وهذا ما أكدت عليه وبينته محكمة القضاء الإداري في مصر حيث جاء في حكم لها: "ادعاء الإدارة بأن اعتقال شخص ما يرجع إلى نشاطه الشيوعي دون دليل من الأوراق يجعل القرار غير مشروع وهو ما يمثل ركن الخطأ في المسؤولية الإدارية. والضرر الناجم عن ذلك قد يكون ضرراً مادياً يتمثل في الحرمان من كسب العيش والإنفاق على من يقوم برعايتهم، وقد يكون ضرراً أدبياً يتمثل في الحرمان من الحرية والحط من قدر المعتقل وسمعته بين أهله وذويه".<sup>3</sup>

وتتمثل أهمية التعويض عن الضرر بما يحققه من إنصاف للمتضرر وردع للإدارة؛ فبالنسبة للفرد، يعتبر التعويض ضروري وهام ليتجاوز ما لحق به من أضرار مادية ومعنوية، ومن الأمثلة على تجاوز الأضرار المادية قيامه بالعلاج اللازم في حال قيام الإدارة برفض تلقيه العلاج المجاني، أو أن يقوم بإصلاح ملكيته المتضررة بعد استرجاعها في حال قرارات وضع اليد على العقارات بشكل غير مشروع أو بعد هدمها عن طريق الخطأ. أما التعويض المعنوي

(<sup>1</sup>) الطماوي، سليمان محمد، دروس في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، الصفحة 320.

(<sup>2</sup>) الكفاوين، أحمد إبراهيم، صلاحية الضبط الإداري في حالة الطوارئ في التشريع الأردني: دراسة مقارنة، الجامعة الأردنية، عمان-المملكة الأردنية الهاشمية، 1995، الصفحة 145.

(<sup>3</sup>) حكم محكمة القضاء الإداري رقم 389 لسنة 1995، الصادر بتاريخ 1995/1/15. حكمة محكمة القضاء الإداري رقم 389 لسنة 1995، الصادر بتاريخ 1995/1/15، منشور في مجموعة أحكام مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، منشورات المكتب الفني للمحكمة رقم 40، السنة 37 قضائية، القاهرة، 1995، الصفحة 907.

فهو يتعلق بالجانب النفسي لإعادة اعتبار المتضرر وكرامته بحيث يكون التعويض المالي عن هذا الضرر المعنوي بمنزلة اعتذار رسمي من الدولة عن تجاوزاتها.<sup>1</sup>

الأهمية الثانية لوجود التعويض وتحمل الإدارة لمسئولياتها عن الأخطاء التي ترتكبها تتمثل بتحقيق الردع؛ فقيامها بدفع تعويضات كبيرة من شأنه أن يعزز حماية حقوق الإنسان في المستقبل نظراً لكون هذه التعويضات المالية للأفراد ستكلف الإدارة من خزينة الدولة، كما أن المطالبة بهذه التعويضات قد يعد دافعاً قوياً لمسائلة المسؤولين عن تجاوزاتهم وقراراتهم المكلفة للدولة.<sup>2</sup>

أما تقدير قيمة التعويض عن الضرر فيرجع للمحكمة ذاتها، التي تقدر قيمة الضرر بعد ثبوته بالأدلة التي تقدم لها من قبل المستدعي. وعلى أي حال العبرة في تحديد قيمة التعويض يتمثل بوقت صدور الحكم به وليس بتاريخ إقامة الدعوى أو صدور القرار الإداري غير المشروع.<sup>3</sup>

من ناحية أخرى، لا بد من التأكيد على أن الأصل في القرار الإداري أن يصدر متمتعاً بقرينة الصحة والسلامة حتى ترد بينة قاطعة على عكس ذلك،<sup>4</sup> فإذا قررت المحكمة الإدارية عدم مشروعيتها عندها يمكن المطالبة بالتعويض عن هذه القرارات غير المشروعة في حال تحقق كافة أركان مسؤولية الإدارة عن هذا الخطأ.

إلا أن ذلك لا يعني بالضرورة أن كل قرار إداري معيب يترتب عليه ثبوت الحق بالمطالبة بالتعويض عن الضرر؛ فعيوب القرار الإداري ليست جميعها جوهرية تتطلب إلغاء القرار الإداري، فالعيوب الجوهرية تؤثر تأثيراً كبيراً في القرار، ويترتب عليها الحكم بإلغاء القرار الإداري، أما العيوب غير الجوهرية أو الثانوية التي لا تؤثر بشكل كبير على القرار الإداري فلا تقوم المحكمة بإلغائها، ومن الأمثلة على العيوب الثانوية بعض العيوب المرتبطة بالشكل كأن يصدر القرار دون ذكر أسانيد إصداره.<sup>5</sup>

وبالإطلاع على تجارب المحاكم الإدارية في كل من مصر والمملكة الأردنية الهاشمية يمكن القول بأنه لا يمكن أن ينهض كل عيب في القرار الإداري ليكون أساساً للمطالبة بالتعويض عن الضرر؛ فالعيب غير الجوهرية في الاختصاص أو الشكل لا يصلح للمطالبة بتعويض على أساسه، وهذا ما أكدت عليه محكمة العدل العليا الأردنية التي جاء في أحد قراراتها: "استقر الفقه والقضاء الإداريان على أن القضاء بالتعويض ليس من مستلزمات القضاء

<sup>(1)</sup>Hamber, Brandon. Repairing the Irreparable: Dealing with Double Binds of Making Reparations for Crimes of the Past. Ethnicity and Health. Issue three, 2000, Page 217.

<sup>(2)</sup>Meeran, Richard. Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position outside the United States. City University of Hong Kong Law Review, issue 3 (1), 2011, page 3.

<sup>(3)</sup>Kamminga, Menno, Legal Consequences of an Internationally Wrongful Act of a State against an Individual, in The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 1999, page 74.

<sup>(4)</sup>حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 38 لسنة 2008، الصادر بتاريخ 2008/6/17.

<sup>(5)</sup>حافظ، محمود، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، الصفحة 563.

بالإلغاء؛ إذ قد يلغي القضاء الإداري القرار الإداري ولكنه لا يحكم بالتعويض في بعض الحالات ومنها حالتي إلغاء القرار الإداري لعيب في الشكل أو لعيب عدم الاختصاص.<sup>1</sup>

كما جاء في قرار آخر لمحكمة العدل العليا الأردنية تأكيد آخر على التفريق بين أنواع العيوب التي تصلح أساساً للمطالبة بالتعويض عن غيرها، حيث أكدت المحكمة على أنه: "استقر الاجتهاد على إن إلغاء القرار الإداري لعيب شكلي سواء فيما يتعلق بمخالفة الشكل أو عيب الاختصاص لا ينهض سبباً للحكم بالتعويض ذلك أن القضاء بالتعويض ليس من مستلزمات القضاء بالإلغاء بل لكل من القضاء ينأساسه الخاص الذي يقوم عليه وأن مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير المشروعة تستلزم أن يكون هناك خطأ من جانب الإدارة وأن يصيب الفرد ضرر نتيجة هذا الخطأ وأن تقوم علاقة سببية بين الخطأ والضرر في حين لا تتحقق مسؤولية الإدارة بالتعويض بمجرد إلغاء قراراتها المشوبة بعيب الشكل أو الاختصاص بخلاف أوجه عدم المشروعية الأخرى كمخالفة جسيمة أو عيب الانحراف بالسلطة ذلك أن العيوب الشكلية التي تشوب القرار الإداري وتؤدي إلى إلغائه لا تصلح لأن تكون أساساً مبرراً للتعويض بشكل تلقائي وإنما لا بد من توفر الشروط الأخرى لترتيب استحقاق التعويض وأهم هذه الشروط التثبت من جسامته مخالفة الإدارة للمشروعية وهذه نقطة واقعية تختلف من دعوى إلى أخرى تقررها المحكمة حسب استقرائها لظروف كل دعوى على ضوء الأوراق الثابتة في تلك الدعوى بحيث تتوصل المحكمة إلى تقرير الموازنة المطلوبة بين المصالح الخاصة والمصالح العامة."<sup>2</sup>

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة الإدارية العليا في جمهورية مصر العربية أكدت المحكمة عدم تحقق مسؤولية الإدارة مصدرة القرار الإداري دائماً عن التعويض في هاتين الحالتين (أي في حال وجود عيب بالشكل أو الاختصاص)، ففي بعض الأحيان تكون هذه العيوب غير مؤثرة في جوهر القرار الإداري، وإن قررت المحكمة عدم مشروعية هذه القرارات لوجود أحد هذين العيبين، وذلك لا يعني بالضرورة ثبوت الحق للمطالبة بالتعويض؛ فالقرار الإداري سيصدر بذات المضمون بعد تعديل العيب الشكلي أو عيب الاختصاص أو لو كان سيصدر بذات المضمون لو أنه تمت مراعاة هذه الأركان، وبالتالي لن يكون هناك أي تأثير لوجود هذا الخلل بالقرار بالأساس على الشخص الذي يطالب بالتعويض.<sup>3</sup>

أخيراً، لا بد لنا من التطرق إلى حجية الحكم بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة. وهنا يتوجب التفريق بين حجية الحكم بالتعويض وحجية الحكم بإلغاء القرار الإداري المعيب بعد مشروعيته؛ فقد جاء في أحد أحكام محكمة العدل العليا الفلسطينية أن: "دعوى الإلغاء تهدف إلى مخاصمة القرار المعيب بقصد إلغائه وليس لمخاصمة الإدارة مصدرته، فضلاً على أن القرارات التي تصدرها محكمة العدل العليا بإلغاء القرارات الإدارية لها حجة على كافة، كما أن القضاء الإداري في فلسطين على درجة واحدة لا تقبل فيه دعوى اعتراض الغير، إذ إن دور القضاء

(1) حكم محكمة العدل العليا الأردنية رقم 28 لسنة 1994. تمت الإشارة للقرار في: الخوالدة، مؤيد. موقف محكمة العدل العليا الأردنية من التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة. مجلة المنارة، العدد 4 (المجلد 21)، 2015، الصفحة 431.

(2) حكم محكمة العدل العليا الأردنية في الدعوى رقم 556/1999، تمت الإشارة للقرار في: خوالدة، مؤيد. موقف محكمة العدل العليا الأردنية من التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة. المنارة، العدد 4 ب (المجلد 21)، 2015، الصفحة 425.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم 525 لسنة 43 قضائية عليا، الصادر بتاريخ 2001/2/20.

الإداري في الإثبات يتميز بالإيجابية في استقصاء الواقع والحقيقة والوصول اليهما من خلال المرونة في الإجراءات التي تفرضها طبيعة الدعوى...<sup>1</sup>

وبناء على ذلك يمكن القول إن الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية بإلغاء القرار الإداري تحوز على حجية مطلقة بحيث يمكن الاحتجاج به في مواجهة الكافة، وهذا ما أكدت عليه الفقرة الثالثة من المادة 46 من القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية الفلسطينية، وبالتالي يتوجب على الإدارة تنفيذه وعدم تعطيله، حيث إن دعوى الإلغاء دعوى عينية موضوعية.

أما الحكم بالتعويض فهو مختلف؛ فالحكم بالتعويض حكم شخصي بحيث تقدره المحكمة وفقاً للضرر المادي والمعنوي المتحقق للمتضرر، وعليه فإن حجية الحكم بالتعويض تقتصر على أطراف الدعوى بخلاف دعوى الإلغاء التي يكون بها الحكم ذو حجية مطلقة وليست نسبية.<sup>2</sup>

## الخاتمة

حاولت الباحثة من خلال هذا البحث تسليط الضوء على التعويض عن القرارات الإدارية في النظام القانوني الفلسطيني خصوصاً بعد إصدار القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية، الذي استبدأ به مرحلة جديدة من مراحل تطور القضاء الإداري في فلسطين سواء من ناحية تطوره ليكون على درجتين وليس على درجة واحدة كما كان قبل تبني هذا القرار بقانون، أو من ناحية التوسع في اختصاصات محكمة العدل العليا الذي تضمن منحها الاختصاص مباشرة للنظر في التعويضات الناشئة عن القرارات الإدارية التي تقرر المحكمة عدم مشروعيتها بشكل أساسي.

وقد توصلت الباحثة إلى جملة من النتائج المتعلقة بموضوع البحث وفقاً للآتي:

- فيما يتعلق بتطور اختصاص القضاء الإداري في فلسطين للنظر في التعويضات الناشئة عن القرارات الإدارية غير المشروعة؛ توصلنا إلى أن محكمة العدل العليا الفلسطينية، قبل إصدار القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية، أكدت في أكثر من مناسبة أن القضاء الإداري في فلسطين قضاء إلغاء لا تعويض، وأن المحاكم العادية هي صاحبة الولاية والاختصاص للنظر في الطلبات المقدم للمطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن القرارات غير المشروعة التي تقرر المحكمة عدم مشروعيتها، وقد توصلنا إلى أن تحديد المحكمة العادية المختصة للنظر في هذه الطلبات تحدد وفقاً للاختصاص القيمي وليس النوعي.
- بعد دخول القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية الفلسطينية حيز النفاذ وبعد التشكيل الأول للمحكمة الإدارية، فسيكون الاختصاص للمحكمة الإدارية دون غيرها، أما فيما يتعلق بطلبات التعويض

(1) حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 43 لسنة 2005، الصادر بتاريخ 2005/10/4.

(2) معاقبة، محمد. والنعيمات، أسامة. التعويض الإداري بين القانونين المدني والإداري: دراسة تطبيقية على النظام الأردني. علوم الشريعة والقانون، العدد 1 (المجلد 41)، 2014، الصفحة 320.

الناجمة عن القرارات الإدارية التي تحكم بعدم مشروعيتها محكمة العدل العليا الفلسطينية قبل التشكيل الأول للمحكمة الإدارية وفقاً للقرار بقانون فيبقى اختصاص النظر بالتعويضات الناتجة عنها للقضاء العادي وفقاً للاختصاص القيمي.

- أساس المطالبة بالتعويض عن الضرر عن القرارات الإدارية هو وجود خطأ للإدارة نتج عنه ضرر بما يعني أن مسؤولية الإدارة تثبت عند اكتمال ثلاثة أركان هي خطأ الإدارة وتحقق الضرر ووجود علاقة سببية بين خطأ الإدارة والضرر المتحقق، إلا أنه ليس كل خطأ تقوم به الإدارة يستوجب التعويض؛ حيث يشترط بهذا الخطأ أن يكون عيباً موضوعياً يتمثل في الانحراف بالسلطة أو إساءة استعمالها أو عيب مخالفة القانون، أما في حالتي عيب الاختصاص أو الشكل والإجراء فيشترط لثبوت الحق بالتعويض أن يكون الخطأ الذي ارتكبته الإدارة في أحد هذين الركنين عيباً جسيماً، فالعيوب الثانوية غير الجسيمة لا يترتب عليها ثبوت الحق بالتعويض وإن قررت المحكمة عدم مشروعية القرار لوجود أي خلل بهما.
- يرجع تقدير التعويض سواء كان عن الأضرار المادية أو المعنوية للمحكمة ذاتها، الذي يتوجب المطالبة في قائمة الطلبات التي يوردها المستدعي المتضرر في لائحة الاستدعاء التي يقدمها للمحكمة. وفي النهاية تم التوصل إلى أن حجية الحكم بالتعويض تقتصر على أطراف الدعوى وذلك على عكس ما هو مقرر بخصوص الحكم بالإلغاء الذي يكون له حجية مطلقة وليست نسبية على الكافة.
- لم يضع القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية أي نصوص قانونية توضح مصير المطالبات بالتعويض عن القرارات غير المشروعة التي يفوت موعد الطعن بها.

#### التوصيات:

- في ظل عدم وضوح القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية الفلسطينية بخصوص أحكام التعويض ومصير القرارات الإدارية التي لا يمكن الطعن بها أمام المحكمة الإدارية بسبب التقادم لا بد من التوصية بضرورة مراجعة أحكام القرار بقانون بأسرع وقت ممكن نظراً لما يحمل في طياته من خطورة لدى تطبيقه لكونه يمس حقوق الأفراد المتضررين، بحيث تتم مراجعة نصوص القرار بقانون بما يوضح مصير المتضررين عن القرارات الإدارية غير المشروعة التي يفوت موعد الطعن بها.
- لا بد من توضيح الأحكام الخاصة بتقدير التعويض وإمكانية المطالبة به لاحقاً من خلال نصوص القانون، أو إحالة كل ما يتعلق بالتعويض لأحكام القانون المدني.
- لا بد من دعوة المحكمة الإدارية في فلسطين للاستفادة من التجربة الأردنية فيما يتعلق بالطلبات المتعلقة بالتعويض عن الضرر المترتب من القرارات الإدارية غير المشروعة بكافة تفاصيله والاستفادة من السوابق القضائية ذات العلاقة بالموضوع في ظل صعوبة وعدم وضوح النصوص القانونية التي تحكم المسألة في فلسطين وحداثة التجربة الفلسطينية في هذا المجال، خصوصاً في ظل تشابه بعض القواعد القانونية التي تحكم الموضوع في كلا النظامين.

## المصادر والمراجع

## الكتب:

- بسيوني، عبد الغني، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991.
- البناء، محمود عاطف، حدود سلطة الضبط الإداري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1980.
- جميعي، عبد الباسط، نظرية الاختصاص في قانون المرافعات الجديد وتعديلاته، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.
- حافظ، محمود، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- خليفة، عبد العزيز عبد المنعم. أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
- شطناوي، علي خطار، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر، عمان، 2003.
- شطناوي، علي خطار، موسوعة القضاء الإداري، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004.
- الطماوي، سليمان محمد، النظرية العامة للقرارات الإدارية، منشورات عين شمس، القاهرة، 1990.
- الطماوي، سليمان محمد، دروس في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976.
- عبد العزيز، محمد كمال، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الثانية، مكتبة وهبة، القاهرة، 1978.
- الكفاوين، أحمد إبراهيم، صلاحية الضبط الإداري في حالة الطوارئ في التشريع الأردني: دراسة مقارنة، الجامعة الأردنية، عمان-المملكة الأردنية الهاشمية، 1995.
- كنعان، نواف، القانون الإداري- الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- المجذوب، محمد، القانون الدستوري اللبناني وأهم الأنظمة السياسية في العالم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1998.
- مشرف، عبد العليم عبد المجيد، دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره في الحريات العامة، دار النهضة العربية، بيروت، 1998.

## الابحاث

- الخوالدة، مؤيد. موقف محكمة العدل العليا الأردنية من التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة. مجلة المنارة، العدد 4 (المجلد 21)، 2015، الصفحات 423-450.
- الشريف، محمود سعد الدين. النظرية العامة للبوليس الإداري في مصر، مجلة مجلس الدولة، عدد السنة الثانية، 1951.
- معاقبة، محمد. والنعيمات، أسامة. التعويض الإداري بين القانونين المدني والإداري: دراسة تطبيقية على النظام الأردني. علوم الشريعة والقانون، العدد 1 (المجلد 41)، 2014، الصفحات 308 - 325.

## المراجع باللغة الإنجليزية:

- Brooks, Roy, *The Age of Apology in When Sorry Isn't Enough: The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustice*, New York University Press, New York, 1999.
- Hamber, Brandon. *Repairing the Irreparable: Dealing with Double Binds of Making Reparations for Crimes of the Past*. *Ethnicity and Health*. Issue 3, 2000.
- Kamminga, Menno, *Legal Consequences of an Internationally Wrongful Act of a State against an Individual*, in *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 1999.
- Kritz, Neil, *The Rule of Law in the Post-Conflict Phase in Managing Global Chaos: Sources of and Responses to International Conflict*, Institute of Peace Press, Washington, 1996.
- Mazzeschi, Riccardo. *Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview*. *Journal of International Criminal Justice*, issue 1, 2003.
- Meeran, Richard. *Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position outside the United States*. *City University of Hong Kong Law Review*, issue 3 (1), 2011, page 3.
- Tomuschat, Christian. *Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations*. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, issue 10, 2002.

## العملية السياسية وعلاقتها ببناء الدستور

### (دراسة مقارنة بين الدستور الأردني والمصري والكويتي والقانون الأساسي الفلسطيني)

#### The political process and its relationship to constitution building: A comparative study between the Jordanian, Egyptian, Kuwaiti constitution and the Palestinian Basic Law

محمود ياسين محمود النمروطي\*

#### الملخص

تتناول هذه الدراسة العملية السياسية ومدى ارتباطها ببناء الدساتير في التشريعات الدستورية محل المقارنة، حيث إن بناء الدستور يتضمن في كثير من الأحيان عمليتي الإصدار والتعديل اللتين من شأنهما أن يؤثرتا تأثيراً كبيراً على العملية السياسية فكلما كان بناء الدستور بناءً ديمقراطياً كان هناك عملية دستورية ذات طابع ديمقراطي تكفل الحقوق والحريات وتمنع توغل السلطات، وحيث إن عمليتي الإصدار والتعديل تعادلتان الصراع الموجود في المجتمع السياسي من أجل الوصول إلى دستور ديمقراطي، لذلك طرحت الدراسة إشكالية رئيسية تمثلت في: مدى الارتباط بين أساليب إصدار الدستور بأسلوب ديمقراطي وأسلوب غير ديمقراطي وأثره على العملية السياسية في الدولة من تكوين السلطات والحقوق والحريات العامة؟ ومن أجل الإجابة عن هذا التساؤل تم الاستناد إلى المنهج التحليلي المقارن، وخلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها: أن كلا من الإصدار والتعديل يرتبطان بمجموعة التطورات والمتغيرات التي قد تحدث في المجتمع السياسي، فهو أداة استباقية من أجل تجديد الشرعية الرئاسية، وأداة وقائية منعاً لحدوث التصادم العنفي، وخلصت الدراسة أيضاً إلى مجموعة توصيات أهمها: الأخذ بأسلوب الاستفتاء الشعبي في التشريع الدستوري الفلسطيني بصفته وسيلة ديمقراطية من أجل إقرار عمليتي الإصدار والتعديل.

**الكلمات الدالة:** الدستور، الإصدار، الديمقراطية، الاستبدادية، التعديل الدستوري.

#### Abstract

This study deals with the political process and its relevance to constitution building in the constitutional legislation in question, as constitution building oftentimes includes the issuance and amendment processes that have a major impact on the political process. The more democratic the constitution building is, the more there is a democratically constitutional process that guarantees rights and freedoms and prevents the incursion of powers, and since the issuance and amendment processes are considered the product of the struggle in the political community in order to reach a democratic constitution, the study raised a major problem represented in: The extent of the link between the methods of issuing the constitution in a democratic and non-democratic manner and its impact on the political process in the state of the composition of the powers, rights and public freedoms. In order to answer this question, the study was based on the comparative analytical approach, the study reached a series of conclusions, the most important of which are: both the issue and the amendment are linked to the range of developments and changes that may occur in the political society, they are proactive tool for renewing presidential legitimacy and a preventive tool to prevent the occurrence of clash, The study reached several recommendations, the most important of which are: adopting the popular referendum method in the Palestinian constitutional provisions as a democratic method towards the issuance and amendment processes.

**Keywords:** Constitution, Issuance, Democracy, Authoritarianism, Constitutional Amendment.

## المقدمة

تعد الوثيقة الدستورية أساس تنظيم أمور المجتمع السياسي الذي يتضمن كلا من الحاكم والمحكوم، وهي التي تعد بمنزلة مرآة عاكسة لكافة الأوضاع الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، أي أنها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بكافة متغيرات المجتمع السياسي، فالعملية السياسية تتأثر تأثيراً كبيراً ببناء الدستور، ومن المتعارف عليه أن الوثائق الدستورية تصدر بأساليب مختلفة فقد تكون إرادة إصدار الدستور بيد الملك وقد تكون عن طريق أسلوب تعاقد بين الحاكم والمحكوم، التي سماها بعض الفقه بالأسلوب شبه الديمقراطي، وقد تكون بيد الشعب عن طريق الاستفتاء الشعبي، ومن المعلوم أن هناك علاقة وثيقة بين أساليب الإصدار وإجراءات التعديل فلو كان أسلوب الإصدار ديمقراطياً فمن شأن ذلك أن يكون التعديل بطريقة ديمقراطية والعكس صحيح، فالبناء الدستوري الديمقراطي ينتج عملية دستورية سياسية بشكل سليم يكفل الحقوق والحريات.

## أهمية البحث

يكتسب البحث أهميته من كونه يعالج مدى اختلاف الأساليب في إصدار الدساتير وإجراءات تعديلها، وانعكاس ذلك على العملية السياسية والحياة الديمقراطية، ناهيك عن ضرورة أن يواكب الدستور المتغيرات التي تحدث في المجتمع، سواء على الصعيد السياسي أو الصعيد القانوني، ومما لا ريب فيه أن الدستور وثيقة تنظم العلاقة القانونية بين السلطات وتحدد شكل الدولة ونظامها السياسي والحقوق والحريات العامة.

## أهداف البحث

تمكين الدولة من إحداث تلاؤم بين الواقع السياسي والاجتماعي من خلال إجراء عملية التعديل الدستوري وأن تكون عملية إصدار الدساتير عملية يغلب عليها الطابع الديمقراطي، واستبعاد الأساليب الاستبدادية في إصدار العمليات الدستورية.

## منهجية البحث

**المنهج الوصفي:** في وصف النصوص الدستورية المتعلقة بعنوان الدراسة محل المقارنة.

**المنهج التحليلي:** في تحليل النصوص الدستورية.

**المنهج المقارن:** بين كل من الأردني والمصري والكويتي والفلسطيني.

## الدراسات السابقة

دراسة ( قشطة، عبدالله كمال، 2020) بعنوان التعديل الدستوري في فلسطين.

## إشكالية البحث

تتمثل الإشكالية الرئيسية للبحث في:

مدى الارتباط بين أساليب إصدار الدستور بأسلوب ديمقراطي وأسلوب غير ديمقراطي وأثره على العملية السياسية في الدولة من تكوين السلطات والحقوق والحريات العامة؟ ويتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات أهمها:

- 1- ما هي أساليب إصدار الدساتير وكيف عالجتها الدساتير محل المقارنة؟
- 2- ماهية التعديل الدستوري ومدى أهمية تعديل الدستور ومواكبته للمتغيرات السياسية والقانونية؟
- 3- ما هي الإجراءات المتبعة لتعديل الدستور وارتباطها بالمعايير الديمقراطية وأثر ذلك التعديلا لسلطات العامة والحقوق والحريات العامة وما هو نطاق هذا التعديل؟
- 4- كيفية معالجة التشريعات الدستورية محل المقارنة عملية التعديل؟

وللإجابة عن هذه الإشكاليات قسمنا البحث إلى:

- المبحث الأول: أساليب إصدار الدساتير .
- المطلب الأول: الأساليب غير الديمقراطية.
- المطلب الثاني: الأساليب شبه الديمقراطية.
- المطلب الثالث: الأساليب غير الديمقراطية.
- المطلب الرابع: أساليب إصدار الوثائق الدستورية محل المقارنة.
- المبحث الثاني: التعديل الدستوري .
- المطلب الأول: إجراءات ومراحل عملية التعديل الدستوري.
- المطلب الثاني: نطاق تعديل الدستور .
- المطلب الثالث: عملية التعديل في الوثائق الدستورية محل المقارنة.

## المبحث الأول

### أساليب إصدار الدساتير

هناك عدة أساليب مختلفة باختلاف طبيعة السلطة التأسيسية التي تتولى وضع الدستور، فإن كانت هذه السلطة مجسدة في شخص الحاكم بحيث تكون إرادتها هي إرادته، ولا دخل للشعب في وضع الدستور إطلاقاً، كان هذا الأسلوب أسلوب المنحة، وإن كانت إرادة السلطة التأسيسية نابعة من إرادة كل من الحاكم والشعب أو "الأمة" كان هذا الأسلوب هو المعروف بالأسلوب التعاقدية، أما إذا كانت إرادة الأمة أو الشعب هي نفسها إرادة السلطة التأسيسية، كان الأسلوب المتبع في وضع الدستور هو الأسلوب الديمقراطي<sup>(1)</sup> بشقيه الجمعية التأسيسية وعملية الاستفتاء الشعبي .

### المطلب الأول

#### الأساليب غير الديمقراطية

إن عملية إصدار الدساتير بالأسلوب غير الديمقراطي هي عملية سبقتها ما يسمى بأنظمة الحكم المطلقة، حيث إن سلطة الملك في جميع نواحي العملية السياسية الدستورية مطلقة لا قيد عليها باعتباره آلهة أو ممثل عن هذه الآلهة، ولكن بسبب النظام الاستبدادي الذي كان يمارسه الحاكم في الحياة السياسية تم الانتقال إلى نظام الملكية المقيدة، التي قيد الشعب سلطة الملك في دستور سواء عن طريق إصداره بنفسه أو عن طريق إصداره بأسلوب تشاركي مع الشعب، أي إن هذا يعني انتقال الأساليب غير الديمقراطية من مرحلة إلى مرحلة أخرى كل هذا نتيجة وجود بعض التنوير الديمقراطي، الذي لا يسمح بوجود نظام استبدادي في سدة الحكم، ونرى أن الأساليب غير الديمقراطية إما أن تتم عن طريق جهة أو شخص يصدره بالإرادة المنفردة أو عن طريق أسلوب تعاقدية بين كل من الحاكم والشعب.

#### - أسلوب المنحة

يكون الدستور على شكل منحة إذا كان الحاكم صاحب سلطة، ويريد التنازل عن بعض سلطاته إلى شعبه، وذلك تأسيساً على أن الحاكم هو صاحب السيادة في الدولة وليس الشعب<sup>(2)</sup>، وكما قلنا إن هذا التنازل يتحقق بسبب انتقال الأنظمة الملكية من الأسلوب المطلق إلى الأسلوب المقيد الذي ما وجد هذا الانتقال إلا بسبب الضغط الشعبي والسخط العام الذي كره النظام الاستبدادي ويريد ممارسة الحكم بأسلوب تشاركي، ولتجنب هذا السخط ومنع قيام ثورة شعبية تطيح بحكمه، قام الحاكم بإصدار دستور منحة منه ويتضح من ذلك للوهلة

(1) الأغا، "أحمد سعيد" نظام، الوجيز في القانون الدستوري والأنظمة الدستورية، الطبعة الثالثة، مكتبة الطالب، جامعة فلسطين، غزة، 2016، ص83-84.

(2) النحال، محمد، محاضرات في القانون الدستوري والنظم السياسية، بدون طبعة وبدون دار نشر، الجامعة الإسلامية. غزة، 2009، ص34.

الأولى أن الحاكم قد يتنازل بمحض إرادته الحرة عن تلك الحقوق والحريات، ولكن التاريخ الدستوري يشير بصورة قاطعة أن غالبية الدساتير التي صدرت بمقتضى هذه الطريقة كانت ثمرة لضغوط شعبية<sup>1</sup>.

ولكن التساؤل المطروح هو، هل يشكل الدستور الصادر بأسلوب المنحة قيذا على الحاكم وبالتالي لا يجوز الخروج عليه والرجوع عنه؟

انقسم الفقه الدستوري بشأن هذه المسألة إلى اتجاهين:

الأول: يرى أن الدستور الصادر بأسلوب المنحة، هو تصرف من جانب واحد؛ كونه يتم وضعه بالإرادة المنفردة، وهو ما يترتب عليه من الناحية القانونية جواز سحبه، أي إنهاء آثاره بصورة رجعية منذ تاريخ صدوره، أو إلغاء آثاره بالنسبة للمستقبل، فالحاكم الذي يصدر الدستور يحق له التراجع عنه وقتما شاء بإلغائه أو سحبه، إلا إذا كان قد تنازل بصورة صريحة عن حقه في ذلك، ويؤسس هذا الاتجاه رأيه على قرار الملك "شارل العاشر" عام 1830، الذي بموجبه قام بإلغاء دستور 1814 مبرراً إقراره بأنه كما هو ثابت في الحقوق الخاصة، مثل الهبة التي يجوز للواهب التراجع عنها، فإن الدستور الصادر بالمنحة يجوز أيضاً للمانح التراجع عنه إذا جدد الشعب بهذا الدستور<sup>(2)</sup>.

الثاني: يرى أن الدستور الصادر بأسلوب المنحة هو دستور يشكل قيد على الحاكم ولا يجوز له سحبه أو التراجع عنه مالم يكن هذا السحب أو التراجع يكرس العديد من الضمانات الدستورية، وبرر هذا الاتجاه رأيه إلى أن رجوع الحاكم عن هذا الدستور وقتما شاء من شأنه أن يؤثر على حقوق الغير وان يخلق بيئة سياسية استبدادية.

إلا أن إشكالية الرأي الثاني تكمن في الناحية التطبيقية أو العملية، أي كيفية قياس قبول أو رضا الشعب عن الدستور، خاصة أن سكوت الشعب عن الدساتير الصادرة بأسلوب المنحة لا يعقل تفسيره على أنه بمنزلة قبول لها، لاسيما في ظل وجود أنظمة استبدادية وقمعية<sup>(3)</sup>.

(1) الدساتير نشأتها وتعديلها ونهايتها، المركز الديمقراطي العربي، 16 مايو 2020، الموقع الإلكتروني <https://cutt.us/INC57>، تاريخ الزيارة 2021/4/6، الساعة 3:00.

(2) البحري، حسن مصطفى، القانون الدستوري: النظرية العامة، الطبعة الأولى، جامعة دمشق، سوريا، 2009، ص 142.

(3) أبو مطر، محمد عبدالله، القانون الدستوري والنظم السياسية "الجزء الأول"، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، دار النهضة العلمية، الإمارات، 2018، ص 152.

## المطلب الثاني

### الأساليب شبه الديمقراطية

-أسلوب العقد:

يعد فقهاء القانون الدستوري أسلوب العقد في نشأة الدساتير خطوة إلى الأمام باتجاه الديمقراطية، وبهذا الأسلوب ينشأ الدستور باتفاق بين الحاكم والشعب، وتظهر فيه إرادة الشعب الى جانب الحاكم، والعقد يعني اتفاقاً بين إرادتين، فالدستور هنا صدر بناءً على تلاقي إرادتين هما الحاكم من جهة والمحكومين من جهة أخرى، وما دمنأمام عقد فلا يجوز المساس بالإرادة المنفردة سواء في تعديل الدستور أو إلغائه إلا بموافقة طرفي العقد، فالعقد يمثل مرحلة انتقال بين مرحلة انفراد الحاكم بوضع الدستور، وبين مرحلة انفراد الأمة وحدها في ذلك، وهي مرحلة تبدأ فيها ظاهرة استئثار الحاكم بالسلطة تتراجع تاركة المجال لسلطان الأمة أو الشعب بأخذ مكانها ولكن ليس بشكل تام<sup>(1)</sup>، وقد أطلق بعض فقهاء القانون الدستوري هذا المصطلح " الأسلوب شبه الديمقراطي" نظراً لتناغم هذا الأسلوب مع طبيعة الأنظمة السياسية في الدول العربية.

ولكن كثيراً من فقهاء القانون الدستوري صنفوا أسلوب العقد من قبيل الأساليب غير الديمقراطية، وهو ما يؤيده الباحث استناداً إلى أن الديمقراطية تعني حكم الشعب للشعب ولصالح الشعب، حيث إن الشعب هو وحده مصدر السلطات، وبالتالي هذا الشيء غير متحقق في أسلوب العقد لأن إصداره متوقف على إرادة الحاكم حتى لو وافق الشعب عليه، لذلك تم عدّه جزءاً من عملية الإصدار غير الديمقراطية، ووفقاً لذلك فإن وُصِفَ هذا الأسلوب بالأسلوب شبه الديمقراطي لا نتفق معه، فإصدار الدساتير بهذه الطريقة متوقفاً على إرادة الحاكم منوإقراره.

## المطلب الثالث

### الأساليب الديمقراطية

يمكن تعريف الأساليب الديمقراطية لنشأة الدساتير، بأنها الأساليب التي تستأثر الأمة وحدها في وضعها دون مشاركة الحاكم ملكاً كان أو أميراً أو رئيساً للجمهورية<sup>(2)</sup>.

وتعبّر هذه الأساليب عن انتصار إرادة الشعوب وانتقال السيادة من الحاكم إلى الأمة أو الشعب الذي أصبح وحده صاحب السيادة في الدولة، ولهذا فإن دساتير هذه المرحلة تتميز بطابعها الديمقراطي، نظراً لانفراد الشعب بممارسة السلطة التأسيسية الأصلية<sup>(3)</sup>.

(1) النحال، محمد، مرجع سبق ذكره، ص 35-36.

(2) الخطيب، نعمان أحمد، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط1، بدون دار ومكان نشر، ص 487.

(3) البحري، حسن مصطفى، مرجع سبق ذكره، ص 148.

## أولاً: أسلوب الجمعية التأسيسية النيابية

يقوم هذا الأسلوب الديمقراطي في إصدار الدساتير على انفراد إرادة الشعب بوضع الدستور، وتتجلى هذه الإرادة عن طريق انتخاب الشعب لهيئة أو لجنة أو جمعية يناط بها مهمة إعداد الدستور وإقراره<sup>(1)</sup>، فهذا الأسلوب في جوهره يستند إلى مبدأ السيادة الشعبية، التي تظهر من خلال انتخاب الشعب لأعضاء الجمعية التأسيسية، الذين يتولون نيابة عنه وضع قواعد نظام الحكم والتنظيم الدستوري للسلطة وإقراره<sup>(2)</sup>، لذلك فإن اختصاص هذه الهيئة أو الجمعية لا يقتصر على إعداد الدستور، وإنما يشمل إقراره، وإلا انتفى عنها الطابع التأسيسي في حال انحصرت مهمتها في وضع الدستور دون أن تمتلك سلطة إقراره، مما يعني صدور الدستور بأسلوب آخر غير أسلوب الجمعية التأسيسية<sup>(3)</sup>.

وبعد الاطلاع على ما يخص الجمعية التأسيسية يتبين أن الجمعية التأسيسية هي الجهة التمثيلية للشعب في إعداد الدستور وإقراره، ولكن لا بد لنا أن نميز بين كل من الجمعية التأسيسية للدستور الذي تم اللجوء إليه في وضع دستور فرنسا عام 1848 ودستور عام 1874<sup>(4)</sup> والجمعية التأسيسية العامة حيث إن الجمعية التأسيسية للدستور هي تلك الجهة الموكلة لها وضع الدستور وإقراره فقط لا غير دون التدخل في المهام السياسية الأخرى، وأما الجمعية التأسيسية العامة هي تلك الجمعية التي لا يناط بها وضع الدستور وإقراره بل يتعدى الأمر إلى تولي كل من السلطة التشريعية والتنفيذية، وهذا بمنزلة توغل كبير في العملية السياسية الذي من شأنه أن يؤدي إلى آثار سلبية يتضح أثرها في لاحقاً<sup>(5)</sup>.

**ولكن هل من الممكن اعتبار الجمعية التأسيسية أسلوباً ديمقراطياً في كافة الأحوال باعتبارها جهة تمثيلية عن الشعب؟**

من وجهة نظري إن الجمعية التأسيسية لا تكون دائماً جهة ذات طابع ديمقراطي، حيث إن الجمعية التأسيسية المنتخبة لا بد أن تحاط بمجموعة من الضمانات حتى يتم القول بأنها ذات أسلوب ديمقراطي فعلى سبيل المثال لا بد لها أن تتضمن كافة طبقات الشعب، وأن يكون الاقتراع فيها سرياً ومباشراً وعماماً، فهنا يمكن عدّ أسلوب الجمعية

(1) عابدين، عصام، سير العملية الدستورية وكيفية بناء الدستور الفلسطيني، المركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية. دائرة السياسة والحكم. 2004، رام الله، ص6.

(2) أبو زيد، فهمي مصطفى، الوجيز في القانون الدستوري والنظم السياسية، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1999، ص155.

(3) أبو مطر، محمد عبدالله، مرجع سابق، ص157.

(4) الشكري، علي يوسف، مبادئ القانون الدستوري، ط1، دار صفاء للطباعة والنشر والتوزيع ومؤسسة دار الصادق الثقافية، عمان و العراق، 2011، ص287.

(5) يذهب " جابر جاد نصار " أبعد من ذلك في وصف الحكم الذي نشأ في فرنسا في ظل الجمعية التأسيسية لدستور 1792، بأنه كان حكم إرهابي لم تعرفه فرنسا من قبل.

أسلوباً ديمقراطياً في حال إحاطتها بكافة الضمانات الدستورية، أما لو غابت تلك الضمانات فإنها لا تعدّ جهة ديمقراطية ، بل بالعكس ممكن أن يؤدي تشكيلها إلى عرقلة العملية السياسية الدستورية.

ثانياً: أسلوب الاستفتاء الشعبي

الاستفتاء الشعبي هو معرفة رأي الشعب وموقفه من قضية معينة تطرح عليه، وفي قضية وضع الدستور يكون للشعب رأي وموقف مباشر هو تعبير عما له من سيادة، في مشروع الدستور الذي يعرض على أنصاره ليقره أو يرفضه بكل حرية، وهو بذلك ينقل مشروع الدستور إلى دستور إن شاء ذلك، ولذلك يعرف عادة هذا الأسلوب بالاستفتاء الدستوري أو التأسيسي، وفيه يكون الشعب هو السلطة التأسيسية، كيفما كانت الجهة التي تكلفت بإعداد مشروع الدستور<sup>(1)</sup>.

ويرجع تبني أسلوب الاستفتاء الشعبي إلى صعوبة اللجوء إلى الديمقراطية المباشرة أي اللجوء إلى الشعب وحده في عملية الإعداد وفي عملية الإقرار، فليس كل الشعب ذا خبرة في المسائل السياسية ذات الطابع الدستوري، لذلك تم اللجوء إلى الديمقراطية النيابية عبر اختيار الشعب ممثلين يمارسون السلطة والحكم وهو ما يطلق عليه الديمقراطية شبه المباشرة، وهي تختلف عن الجمعية التأسيسية حيث إن هذا النوع يعد من قبيل الديمقراطية غير المباشرة، وبهذا يتضح أن عملية الاستفتاء الشعبي هي عملية يكون للشعب فيها سلطان الإرادة في إقرار أو عدم إقرار الدستور حيث يكتسب الدستور القوة القانونية عبر الاستفتاء الدستوري.

**والسؤال المطروح بما أن للشعب سلطة إقرار الدستور من عدمه إذن فمن هي الجهة المسؤولة عن إعداد الدستور؟**

حسب الفقه الدستوري فإن الجهة المسؤولة عن الإعداد تتمثل في:

- 1- لجنة حكومية لإعداد الدستور: وفي هذه الطريقة يعهد بمهمة مشروع الدستور إلى لجنة حكومية<sup>(2)</sup>.
- 2- جمعية تأسيسية منتخبة لإعداد مشروع الدستور: حيث تتولى هذه الجمعية إعداد مسودة الدستور دون التطرق إلى الإقرار حيث تنحصر مهامها في عملية الإعداد فقط وهي على عكس الجمعية التأسيسية الأصلية التي تتولى عملية إعداد الدستور وإقراره.

والاستفتاء الشعبي-مع أهمية هذا النوع أسلوباً من الأساليب الديمقراطية- يتطلب في تقديرنا الذي نساير فيه الفقه الدستوري ضرورة توفير بعض الضمانات، منها: أن تكون هناك فترة زمنية، بين كل من إعداد الدستور وعرضه على الاستفتاء الشعبي، يتم من خلالها استعراض مسودة مشروع الدستور وإتاحة الفرصة لجميع المواطنين للاطلاع عليها وإبداء آرائهم ومواقفهم اتجاهها، والسماح أيضاً لكافة القوى والمؤسسات المعنية للتعبير عن رأيها

(1) الأغا، "أحمد سعيد" نظام، مرجع سابق، ص 86.

(2) عابدين، عصام، مرجع سابق، ص 6.

ووجهة نظرها من مسودة مشروع الدستور، على أن يراعى خلال عملية الاستفتاء عليه من قبل الشعب توفير كافة الضمانات المتعلقة بحرية الاستفتاء ونزاهته والرقابة عليه.

#### المطلب الرابع

### أساليب إصدار الوثائق الدستورية محل المقارنة (الأردني والمصري والكويتي والفلسطيني)

إن لنظام الحكم دورا كبيرا في التأثير على عملية إصدار الوثيقة الدستورية، فلو كان يميل إلى الاستبدادية سنجد أنه يستخدم الأسلوب غير الديمقراطي، وإذا كان قائما على التشاركية وصون الحقوق والحريات، فحتماً سيكون للشعب دور في عملية الإصدار واستخدام الأساليب الديمقراطية، وفي هذا المبحث سنقوم بدراسة أساليب إصدار الوثائق الدستورية في الدول محل المقارنة عن طريق النصوص الدستورية الخاصة بعملية الإصدار.

#### أولاً: الدستور الأردني 1952

نصت ديباجة هذا الدستور على "نحن طلال الأول ملك المملكة الأردنية الهاشمية بمقتضى المادة الخامسة والعشرين من الدستور وبناء على ما قرره مجلسا الأعيان والنواب نصدق على الدستور المعدل الآتي ونأمر بإصداره".

وهنا اتضحت معالم النظام الدستوري ومؤسساته في المملكة الأردنية الهاشمية بحيث أخذت بالأسلوب شبه الديمقراطي وهو العقد لصدور هذا الدستور بناء على كل من إرادة ملك الأردن وكذلك مجلس الأعيان والنواب وهما يشكلان البرلمان، ومن المعلوم أن البرلمان هو الجهة التمثيلية عن الشعب، ومع ذلك فإن إرادة الملك جعلت هذا الدستور غير ديمقراطي.

#### ثانياً: الدستور المصري 2014

نص هذا الدستور على ما يلي "يُعمل بهذه الوثيقة الدستورية من تاريخ إعلان موافقة الشعب عليها في الاستفتاء، وذلك بأغلبية عدد الأصوات الصحيحة للمشاركين فيه"<sup>(1)</sup>.

نرى أن طريقة إصدار الدستور المصري هي بأسلوب الاستفتاء الشعبوية الديمقراطية، حيث أوكل هذا الدستور صلاحية الإقرار إلى الشعب، وأوكل مهمة إعداده إلى لجنة، سميت في ذلك الوقت لجنة عمرو موسى.

(1) راجع المادة (247) الدستور المصري 2014.

## ثالثاً: الدستور الكويتي 1962

نجد أن الدستور الكويتي " صدر بالتوافق بين المجلس التأسيسي لممثلي الشعب والأمير، وهو ما تؤكد عليه ديباجة هذا الدستور<sup>(1)</sup>، وهذا حسب ما جاء في ديباجة الدستور الكويتي<sup>(2)</sup>.

### رابعاً: القانون الأساسي الفلسطيني عام 2003 وتعديلاته

أدى سقوط الخلافة العثمانية في خلال الحرب العالمية الأولى عام 1917 إلى خضوع فلسطين إلى الحكم الأجنبي، حيث احتلت بريطانيا فلسطين عسكرياً عام 1917، لتنتقل عام 1922 إلى نظام الانتداب بموجب صك الانتداب الذي أقرته عصبة الأمم المتحدة بشكل رسمي عام 1922/7/24، ثم تلا ذلك الإعلان عن قيام "إسرائيل" على الأرض الفلسطينية التي اغتصبتها العصابات الصهيونية واليهودية عام 1948، وخضوع قطاع غزة للحكم الإداري المصري، والضفة الغربية للحكم العسكري الأردني، ثم الإداري لتصبح بعد قرار ضمها للمملكة الأردنية عام 1950 جزءاً من الأراضي الفلسطينية<sup>(3)</sup>، وبقي الحال على ما هو عليه في مصر والأردن إلى حين صدور قرار فك الارتباط عن الأردن عام 1988 ومن ثم توقيع اتفاقية أوسلو عام 1993، التي أفرزت مرحلة انتقالية ونظام أساسي مؤقت وذلك بعد تشكيل المجلس التشريعي عام 1996، الذي قام بإصدار القانون الأساسي عام 1997 ولكن لم يصدق عليه الرئيس إلا عام 2002.

ومن خلال النظر في القانون الأساسي الفلسطيني، نستطيع أن نقول: إن إصداره أشبه بالجمعية التأسيسية وليست جمعية تأسيسية بشكل كامل، لأن القانون الأساسي تم تنظيمه من قبل السلطة التشريعية وليس من هيئة تأسيسية منتخبة، وأما من الناحية الإجرائية والشكلية فمن الممكن أن يتشابه مع أسلوب العقد<sup>(4)</sup>، لكني لا أتفق مع هذا الرأي لأن أسلوب العقد لم يأت إلا في سياق الأنظمة الملكية غير الديمقراطية، وهنا تم انتخاب الرئيس عن طريق اقتراع الشعب المباشر، فكيف أطلقنا عليه نظام العقد؟

ومع ذلك يصعب من الناحية الموضوعية الحكم على التجربة الفلسطينية من حيث مدى ديمقراطيتها في إصدار الوثائق الدستورية، نظراً إلى خصوصية الحالة الفلسطينية وتعقيداتها في ظل استمرار الاحتلال والحيلولة دون ممارسة الشعب الفلسطيني لحقوقه المشروعة وتعطيلها وعدم قدرته على مباشرة السلطة الدستورية بحرية

(1) بنكوكس، أحمد، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية: الجزء الأول، بدون طبعة، مطبعة النجاح الجديدة والدار البيضاء، 1997، ص 81.

(2) نحن عبد الله السالم الصباح، أمير دولة الكويت ... وبعد الاطلاع على القانون رقم (1) لعام 1962 الخاص بالنظام الأساسي للحكم في فترة الانتقال، وبناء على ما قرره المجلس التأسيسي، صدقنا على هذا الدستور وأصدرناه.

(3) معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، المراحل الانتقالية لنقل السلطات والصلاحيات وتغيير المسميات وأثرها على التشريعات السارية في فلسطين، إصدار المعهد، رام الله، ص 7 وما بعدها.

(4) أبو مطر، محمد عبد الله، مرجع سابق، ص 181.

واستقلالية، تمكنه من إقرار دستور فلسطيني يشارك هو إصداره بنفسه عبر الاستفتاء أو عبر انتخاب هيئة فلسطينية لإصدار هذا الدستور، كغيره من الدساتير التي صدرت في بعض البلدان العربية والأجنبية<sup>(1)</sup>.

## المبحث الثاني

### التعديل الدستوري

يعد التعديل الدستوري الأداة الأكثر استجابة للتطورات التي تمر بها المجتمعات السياسية، حيث إن التعديل هو عبارة عن أداة وقائية من أجل حفاظ الحاكم على حكمه خشية من قيام أي ثورة تطيح بنظام الحكم، كما أنها تعتبر أداة استباقية من أجل تجديد شرعية الحاكم.

وعندما نتكلم عن التعديل الدستوري نقصد ذلك التعديل الذي يتوافر في الدساتير الجامدة وليست الدساتير المرنة، أي تلك الدساتير التي تتطلب إجراءات خاصة من أجل القيام بعملية التعديل الدستورية، حيث إن الدساتير المرنة إجراءات تعديلها نفس إجراءات تعديل القوانين العادية.

### المطلب الأول

#### إجراءات ومراحل عملية التعديل الدستوري

قبل الولوج في إجراءات ومراحل تعديل الدستور، لا بد لنا أن نتطرق إلى تعريف التعديل واختلاف التعديل عن بعض المصطلحات التي من الممكن أن تتشابه معه كالوضع والتعطيل والإلغاء.

- التعديل لغة:

معنى التعديل باللغة هو ( التقويم، ويقال تعديل الشيء، تقويمه كما يقال: عدله تعديلاً فاعتدل أي قومه فاستقام وكل متقف معدل) فالتعديل باللغة : هو تقويم الأشياء، فإذا مال الشيء قلت عدلته أو سويته فاستوى واستقام، ومنه تعديل الشهود أي تركبتهم بصفة البعد عن الميل والزيغ والأهواء<sup>(2)</sup>.

-التعديل اصطلاحاً:

عبارة عن قيام السلطة المختصة بتغيير أحكام موجودة في الدستور، أو إلغاء بعض الأحكام أو إضافة أحكام أخرى<sup>(3)</sup>.

ويطلق على التعديل في بعض الدول مصطلح التقيق أو مصطلح إعادة النظر أو التغيير أو التبديل.

(1) أبو مطر، محمد عبد الله، مرجع سبق ذكره، ص182.

(2) الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، 1981، ص418.

(3) بشناق، باسم، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري مع شرح النظام الدستوري للسلطة الفلسطينية، الطبعة الخامسة، الجامعة الإسلامية، غزة، 2017، ص233.

## -اختلاف التعديل عن غيره من المسميات ( الوضع - التعطيل - الإلغاء )

(التعديل والوضع): تكلمنا بما فيه الكفاية في المبحث الأول عن الوضع، فالوضع يأتي عندما يتم وضع دستور جديد، أما التعديل فيكون بوجود دستور حالي لكن التغيير يطال بعض نصوصه، يعني أن عملية الوضع هي عملية تسبق عملية التعديل الدستورية بشكل تام وكامل.

(التعديل والتعطيل): يقصد بتعطيل الدستور: إيقاف تطبيق القواعد الواردة في الوثيقة الدستورية، بصورة كلية أو جزئية، وميز الفقه الدستوري بين نوعين من أنواع تعطيل الدستور: الأول وهو تعطيل الدستور الرسمي، والثاني هو تعطيل الدستور الفعلي.

أولاً- تعطيل الدستور الرسمي:

يقصد بتعطيل الدستور الرسمي: وقف العمل بجميع أحكام الدستور أو جزء منها ، بعد أن يتم الإعلان عن ذلك بشكل رسمي وفق الإجراءات والشكليات المقررة في متن الوثيقة الدستورية للدولة، ويتحقق التعطيل الرسمي للدستور، عندما يلجأ الحكام إلى مثل هذا الإجراء، بغية معالجة مشكلة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية كحالة الحرب أو العصيان المسلح ، أو وجود خطر داهم يهدد الدولة ويعرقل سير عمل مؤسساتها الدستورية، وهذا الإجراء ليس من شأنه إلغاء الدستور، أو إلغاء بعض نصوصه بل يؤدي إلى منح إحدى هيئات سلطة الدولة وغالبا ماتكون الهيئة التنفيذية متمثلة برئيس الدولة سلطات استثنائية، من أجل معالجة تلك الظروف والأزمات، ويكون ذلك على حساب اختصاصات هيئات الدولة الأخرى<sup>(1)</sup> .

ثانياً- تعطيل الدستور غير الرسمي :

وبه يتم إيقاف العمل بأحكام الدستور ليس بنص دستوري وإنما تعطيل تفرضه ضرورات الواقع دون النص عليه دستورياً.

(التعديل والإلغاء) :يتشابه كل من التعديل والإلغاء في أن كل منهما يأتي نتيجة مطالبات شعبية من أجل إحداث التغيير بالعملية السياسية الدستورية، الإلغاء يختلف عن التعديل فيه أنه يتم عدم العمل بأحكام الدستور نهائياً بالنسبة للمستقبل، وقد يكون إلغاء بطريقة عادية أي بطريقة غير عنفية، وقد يتم بطريقة عنفية، إما عن طريق الثورة وتسمى الديمقراطية العنفية، وإما عن طريق الانقلاب من قبل الجهة الحكومية، وهذا يختلف عن الإلغاء في أن الإلغاء جزئي وليس كلياً، كما أن التعديل يحتاج الى نص، وأما الإلغاء لا يستند إلى نص غالباً.

(1) الشكراوي، علي هادي، تعطيل الدستور الرسمي والفعلي، 6/1/2011 منشور على شبكة بابل، على الرابط الإلكتروني <https://cutt.us/ulvQc>، ساعة الزيارة 11:35 يوم السبت 2021/1/30.

## إجراءات ومراحل عملية التعديل:-

أولاً: اقتراح تعديل الدستور

تعتمد الدساتير في الغالب إلى تحديد الجهة التي يحق لها اقتراح تعديل الدستور، فقد يتقرر هذا الحق للبرلمان أو للحكومة أو لكل منهما معاً، كما قد يتقرر للشعب نفسه حق تعديل الدستور<sup>(1)</sup>.

حيث إن الجهة التي يعود إليها أمر البت في هذا الاقتراح بإقراره كسلطة تأسيسية مشتقة يأتي بها الدستور ذاته، فقد يخول الدستور اقتراح المراجعة للسلطة التنفيذية، أو قد يقترح تعديل الدستور البرلمان كهيئة تشريعية، وقد يكون اقتراح التعديل مخلولاً لكل من الهيئتين التشريعية والتنفيذية<sup>(2)</sup>. وعبر ذلك نرى أن الدول هي التي تمنح السلطة التشريعية مكانة متميزة في النظام السياسي، فإن حق اقتراح القوانين يكون للبرلمان، والدول التي تمنح السلطة التنفيذية مكانة أعلى من السلطة التشريعية كما هو الحال في النظام الرئاسي، نجد أن حق الاقتراح يكون غالباً للحكومة، وأما الدولة التي تقيم العلاقة بين كل من السلطة التشريعية والتنفيذية على أساس التوازن، نجد فيها حق الاقتراح لكل من السلطة التنفيذية والتشريعية.

ثانياً: إقرار مبدأ تعديل الدستور وإعداده

يقصد بإقرار مبدأ تعديل الدستور، البت أو الفصل في مدى الحاجة إلى هذا التعديل، أما إعداده فيشير إلى كيفية إجراء هذا التعديل، بحيث يشمل صياغته ومناقشته والجهات التي يعود لها ذلك، كأن يتطلب الإعداد حضور نسبة معينة من أعضاء الهيئة أو الجهة التي يعود لها إقرار مبدأ التعديل الدستوري أو أن يجتمع البرلمان بمجلسيه في الدول ذات النظام البرلماني الثنائي<sup>(3)</sup>.

ثالثاً: الإقرار النهائي للتعديل الدستوري

تتجه معظم الدساتير إلى منح سلطة الإقرار النهائي لتعديل الدستور إلى الهيئة التي تولت مهمة إعداده سواء الهيئة الخاصة المنتخبة لهذا الخصوص، أو الهيئة التشريعية لكن مع شروط خاصة<sup>(4)</sup>، في حين تجعل بعض الدساتير حق الإقرار النهائي لتعديل الدستور للشعب يمارسه عن طريق الاستفتاء الدستوري كما هو الحال في الدستور الفرنسي لعام 1958 والدستور الإيراني ودستور المملكة المغربية لعام 1972<sup>(5)</sup>.

(1) الطماوي، سليمان، النظم السياسية والقانون الدستوري، بدون طبعة، وبدون دار نشر، القاهرة، 1988، ص104-105.

(2) الأغا، "أحمد سعيد" نظام، مرجع سابق، ص88-89.

(3) أبو مطر، محمد عبد الله، مرجع سابق، ص241.

(4) بشناق، باسم، مرجع سابق، ص237.

(5) دله، سام، القانون الدستوري والنظم السياسية، بدون طبعة، جامعة حلب، سوريا، 2004، ص44.

في حين أن دساتير أخرى تشترط موافقة السلطة التنفيذية وخاصة رئيس الدولة، بمعنى أن التعديل لا يكون نهائياً إلا بعد موافقة رئيس الدولة كما هو الحال في دستور سوريا عام 1973<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### نطاق تعديل الدستور

مع قيام الدساتير الجامدة بتحديد إجراءات التعديل لمواكبة المتغيرات والتطورات الحاصلة في المجتمع السياسي إلا أننا نجد بعد الدساتير تحظر إدخال أو إجراء أي تعديل على نصوص دستورية معينة، وينقسم حظر التعديل الدستوري إلى عدة أقسام:

- 1- الحظر الموضوعي: وهذا يعني تقرير حصانة لبعض أحكام معينة في الدستور لا يجوز تعديلها مطلقاً، ومن أمثلتها المبادئ الأساسية لنظام الحكم في الدولة<sup>(2)</sup>.
- 2- الحظر النسبي: ويتحقق عندما تنص الدساتير على حظر إجراء التعديل خلال فترة زمنية معينة<sup>(3)</sup>، أو خلال مرحلة معينة مثل مرور الدولة في حالة غزو أو حرب أو عصيان مسلح<sup>(4)</sup>.
- 3- وهناك نوع آخر من الحظر نادى به بعض فقهاء القانون الدستوري، يسمى الحظر الموضوعي المطلق المشروط: ومن أمثلته ما نص عليه دستور مصر عام 2014 في المادة (266)، التي أقرت بعدم جواز تعديل النصوص الخاصة بإعادة انتخاب رئيس الجمهورية أو بمبادئ الحرية أو المساواة ما لم يكن التعديل متعلقاً بالمزيد من الضمانات<sup>(5)</sup>.
- 4- وهناك أيضاً بعض الفقه استخلص نوعاً آخر يسمى الحظر المختلط الذي يضم كلا من الحظر الموضوعي المطلق والحظر النسبي الزمني، واستندوا في ذلك إلى الفقرة الثانية من نص المادة (126) من القانون الأردني عام 1952، "التي حظرت تعديل النصوص الخاصة بحقوق الملك ووراثة العرش أثناء مدة الوصاية على العرش"، فهنا حظر التعديل على حقوق وصلاحيات الملك حظر موضوعي وأما خلال فترة الوصاية فحظر نسبي زمني.

(1) أبو مطر، محمد عبد الله، مرجع سابق، ص 243.

(2) مثال ذلك الدستور الفرنسي لسنة 1946 الذي نص في المادة رقم (95) على تحريم تعديل الشكل الجمهوري للدولة وكذلك الدستور المصري عام 1923 الذي حظر في المادة (156) اقتراح أو إجراء أي تعديل في الأحكام الخاصة بشكل الحكومة النيابي وبنيان وراثته العرش.

(3) مثال ذلك ما نص عليه الدستور الكويتي عام 1962 في نص المادة (174) على أنه لا يجوز اقتراح أي تعديل لهذا الدستور قبل مضي خمس سنوات على العمل به.

(4) مادة (94) من دستور فرنسا عام 1791 بعدم جواز إجراء تعديل للدستور في الظروف الاستثنائية العصبية.

(5) أبو مطر، محمد عبد الله، مرجع سابق، ص 248.

## القيمة القانونية لحظر التعديل الدستوري:

ذهب جانب من الفقه إلى بطلان النصوص التي تحظر تعديل الدستور زمنياً أو موضوعياً ، وتجريدها من كل قيمة دستورية وقانونية لمخالفتها مبدأ سيادة الأمة لأن عدم جواز التعديل يحرم الأمة من أهم صور سيادتها وهي حقها في التعديل الدستوري كلما كان ذلك ضرورياً وفق التغيرات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، وذهب جانب آخر من الفقه إلى وجوب التفرقة بين نوعين من الحظر، وهما نصوص الحظر الزمني وهي نصوص صريحة ومشروعة ويجب الالتزام بها لأنها لا تتطوي على مصادرة لحق الأمة في وضع دستور الجمود المطلق، ونصوص الحظر الموضوعي التي ليس لها أي قيمة قانونية لتعارضها ومبدأ سيادة الأمة<sup>(1)</sup>.

وفي تقديرنا هنا إن الالتزام بنصوص الحظر الدستوري من شأنه أن يؤدي إلى جمود الحياة الدستورية خاصة أن الحياة السياسية مليئة بمجموعة تطورات ومتغيرات تؤثر على المجتمع السياسي، وكما أن عدم الإقرار لنصوص الحظر من شأنه أن يؤدي إلى جعل النصوص الدستورية على مرتبة ليست متساوية حيث نلتزم ببعض النصوص ولا نلتزم ببعضها الآخر استناداً إلى بطلانها، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى عدم الالتزام بالنصوص الدستورية، لذلك من وجهة نظري إن الحظر حتى لو كان موجوداً وتم إدخال تعديلات على النص القانوني الذي يحظر الدستور تعديله فإن هذا الإجراء صحيح طالما تحققت الغاية من حظر التعديل، فعلى سبيل المثال نص الدستور الأردني على عدم إدخال أو إجراء أي تعديلات على حقوق وصلاحيات الملك خلال فترة الوصاية على العرش ، فهنا الهدف من الحظر هو الحفاظ على عدم التعدي على سلطات وصلاحيات الملك خلال فترة الوصاية، هنا لو تم إجراء تعديل عبر فترة الوصاية وكان هذا التعديل من شأنه أن يؤدي إلى زيادة صلاحيات الملك، إذن غاية حظر التعديل تحققت على الرغم من إجراء التعديل، فمتى تحققت الغاية فالتعديل جائز مع وجود حظر التعديل.

## المطلب الثالث

### عملية التعديل في الوثائق الدستورية محل المقارنة (الأردني والمصري والكويتي والفلسطيني)

سنسلط الضوء في هذا المبحث على أهم النصوص القانونية التي تشمل إجراءات ومراحل عملية التعديل الدستورية في كل من الدستور الأردني والمصري والكويتي والفلسطيني.

أولاً: الدستور الأردني 1952

نرى أن المادة (126) منه نصت على " 1-تطبق الأصول المبينة في هذا الدستور بشأن مشاريع القوانين على أي مشروع لتعديل هذا الدستور، ويشترط لإقرار التعديل أن تجيزه أكثرية الثلثين من أعضاء كل من مجلسي الأعيان والنواب وفي حالة اجتماع المجلسين وفقاً للمادة (92) من هذا الدستور يشترط لإقرار التعديل أن تجيزه أكثرية

(1) النحال، محمد، مرجع سابق، ص 47.

الثلاثين من الأعضاء الذين يتألف منهم كل مجلس وفي كلتا الحالتين لا يعتبر نافذ المفعول ما لم يصدق عليه الملك...".

فهذه المادة في تنظيمها لتعديل الدستور، تحيل إلى ذات التنظيم الدستوري المتعلق بمشاريع القوانين سيما المادة (91)<sup>(1)</sup> والمادة (92)<sup>(2)</sup> والمادة (95)<sup>(3)</sup> بعد التعديل الدستوري عام 1958.

ومن هنا يتبين أن الجهة المختصة في عملية الاقتراح وفقاً لتلك النصوص، تتمثل في كل من الحكومة والبرلمان بمجلسيه الأعيان والنواب، وأن الجهة المختصة في عملية الإقرار المبدئي البرلمان بمجلسيه النواب والأعيان، والجهة المختصة في عملية الإعداد قد تتشارك فيه كل من البرلمان والحكومة إذا كان المقترح مقمداً من الحكومة، وإذا كان المقترح مقمداً من البرلمان فتتولى الحكومة مهمة إعداده، وأما الإقرار النهائي فيتطلب موافقة مجلس النواب والأعيان بأغلبية الثلثين مع مصادقة الملك.

ولكن نرى أن الممارسة الدستورية الأردنية في عملية الاقتراح يكون للملك المبادرة فيها، كالتعديلات الدستورية لعام 2011، حيث تمت بمبادرة ملكية من خلال مجلس الوزراء.

#### ثانياً: الدستور المصري 2014

لرئيس الجمهورية، أو لخمسة أعضاء مجلس النواب، طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، ويجب أن يُذكر في الطلب المواد المطلوب تعديلها، وأسباب التعديل، وفي جميع الأحوال، يناقش مجلس النواب طلب التعديل خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمه، ويصدر المجلس قراره بقبول طلب التعديل كلياً، أو جزئياً بأغلبية أعضائه، وإذا رُفض الطلب لا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل حلول دورة الانعقاد التالي، وإذا وافق المجلس على طلب التعديل، يناقش نصوص المواد المطلوب تعديلها بعد ستين يوماً من تاريخ الموافقة، فإذا وافق على التعديل ثلثاً عدد أعضاء المجلس، عرض على الشعب لاستفتاءه عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور هذه الموافقة، ويكون التعديل نافذاً من تاريخ إعلان النتيجة، وموافقة أغلبية عدد الأصوات الصحيحة للمشاركين في الاستفتاء.<sup>(4)</sup>

(1) " يعرض رئيس الوزراء مشروع كل قانون على مجلس النواب الذي له حق قبول المشروع أو تعديله أو رفضه وفي جميع الحالات يرفع المشروع إلى مجلس الأعيان ولا يصدر قانون إلا إذا أقره المجلسان وصادق عليه الملك".

(2) إذا رفض أحد المجلسين مشروع أي قانون مرتين وقبله المجلس الآخر معدلاً أو غير معدل يجتمع المجلسان في جلسة مشتركة برئاسة رئيس مجلس الأعيان لبحث المواد المختلف فيها ويشترط لقبول المشروع أن يصدر قرار المجلس بأكثرية ثلثي الأعضاء الحاضرين...".

(3) "1- يجوز عشرة أعضاء أو أكثر من أعضاء أي من مجلسي الأعيان و النواب أن يقترحوا القوانين ويحال كل اقتراح على اللجنة المختصة في المجلس لإبداء الرأي فإذا رأى المجلس قبول الاقتراح أحاله على الحكومة لوضعه في صيغة مشروع قانون وتقديمه للمجلس في الدورة نفسها أو في الدورة التي تليها..".

(4) راجع نص المادة 226 من الدستور المصري 2014.

### ثالثاً: القانون الأساسي الفلسطيني 2002 وتعديلاته

نرى هنا أن عملية التعديل متمحورة في نص المادة (120) : "لا تعدل أحكام هذا القانون الأساسي المعدل إلا بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء المجلس التشريعي الفلسطيني".

أي هذه المادة لم تحدد مراحل عملية التعديل وإجراءاتها وإنما أعطت صلاحية التعديل للمجلس التشريعي الفلسطيني إجمالاً، ولمعرفة المراحل لابد لنا أن نرجع إلى النظام الداخلي للمجلس التشريعي، فنرى أن المادة "73" من النظام الداخلي للمجلس التشريعي نظمت كيفية تقديم الاقتراح، حيث نصت في فقرتها الأولى على أنه: "يقدم طلب اقتراح تعديل أو تنقيح القانون الأساسي مكتوباً وموضوعاً في مواد مرفقة به مذكرة إيضاحية، كما نصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه: "إذا كان طلب التعديل مقدماً من الأعضاء فيجب أن يكون موقفاً من ثلث عدد أعضاء المجلس"<sup>(1)</sup>، وهنا يتبين أن الاقتراح يتم من قبل المجلس التشريعي وهذا ما نصت عليه المادة صراحة، وأجازت الفقرة الثانية من ذات النص ضمناً بجواز أن تتقدم الحكومة بطلب الاقتراح، وأما الإقرار المبدئي فحسب الفقرة الرابعة من نص المادة (73) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي فأناط مهمة الإقرار إلى السلطة التشريعية، وأما الإعداد ووفقاً لما تضمنته كل من الفقرة الأولى والثانية فقد يتم من قبل المجلس التشريعي والحكومة طبعاً على أن يكون مرفقاً بمذكرة إيضاحية وتوقيع ثلثي أعضاء المجلس، وأما مرحلة الإقرار النهائي، فنجدته متمثلاً في نص المادة (120) والمادة (73) وهو موافقة ثلثي أعضاء البرلمان، لكن درجت المماساة العملية على مصادقة رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية<sup>(2)</sup>.

وهنا التساؤل الذي يثور:

ما هو مدى الالتزام بالنصوص الدستورية الخاصة في عملية التعديل بالقانون الأساسي الفلسطيني؟

اشتراطت نصوص القانون موافقة ثلثي الأعضاء، لكن الواقع السياسي يفرض مصادقة رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، إذن اختلفت الإجراءات، فهل من الممكن أن نكسو هذه الإجراءات بثوب المشروعية مع مخالفتها نص المادة (120) والمادة (73) من القانون الأساسي؟

(1) أبو مطر محمد، مرجع سابق، ص 260

(2) نصت المادة (73) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي على:

- 1- يقدم طلب اقتراح تعديل أو تنقيح القانون الأساسي مكتوباً وموضوعاً في مواد مرفقة به مذكرة إيضاحية.
- 2- إذا كان طلب التعديل أو التنقيح مقدماً من الأعضاء فيجب أيضاً أن يكون موقفاً من ثلث عدد أعضاء المجلس.
- 3- يحيل الرئيس الطلب إلى اللجنة القانونية لإبداء الرأي، بعد إخطار المجلس بالطلب الذي قدم بهذا الشأن.
- 4- بعد إعادة الطلب من اللجنة إلى المجلس والاستماع إلى تقريرها بشأنه، يصدر المجلس قراره بالأغلبية النسبية بشأن مناقشة الطلب أو رفضه، فإذا رفضه اعتبر مرفوضاً وإذا قبله تطبق بشأنه أحكام المادة (68) من هذا النظام.
- 5- أي تعديل أو تنقيح في القانون الأساسي يتطلب موافقة أغلبية الثلثين.

من وجهة نظري يمكن أن نعتبر هذا الإجراء من قبيل العرف المعدل بالإضافة، لأنه درج عليه الواقع السياسي الفلسطيني.

رابعاً: الدستور الكويتي

نجد أن جميع مراحل عملية التعديل الدستورية متمثلة في نص المادة (174) من الدستور التي تنص على ما يلي<sup>(1)</sup>:

"للأمير ولثلث أعضاء مجلس الأمة حق اقتراح تنقيح هذا الدستور بتعديل أو حذف حكم أو أكثر من أحكامه، أو إضافة أحكام جديدة إليه".

"إذا وافق الأمير وأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم مجلس الأمة على مبدأ التنقيح وموضوعه، ناقش المجلس المشروع المقترح مادة مادة، وتشرط لإقراره موافقة ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس، ولا يكون التنقيح نافذاً بعد ذلك إلا بعد تصديق الأمير عليه وإصداره، وذلك بالاستثناء من حكم المادتين (65) و (66) من هذا الدستور".

"وإذا رفض اقتراح التنقيح من حيث المبدأ أو من حيث موضوع التنقيح فلا يجوز عرضه من جديد قبل مضي سنة على هذا الرفض، ولا يجوز اقتراح تعديل هذا الدستور قبل مضي خمس سنوات على العمل".

## الخاتمة

تناولت هذه الدراسة العملية السياسية وعلاقتها ببناء الدستور، حيث إن بناء الدستور في هذه الدراسة اقتصر على عمليتي الإصدار والتعديل ومدى تأثيرهما على العملية السياسية الدستورية، فتكلمنا في المبحث الأول عن عملية إصدار الدساتير التي من الممكن أن تصدر بأسلوب غير ديمقراطي كالمنحة، أو بأسلوب شبه ديمقراطي بين كل من الحاكم والشعب أو بأسلوب آخر يتمثل بالأسلوب الديمقراطي كالأستفتاء، ومن ثم تطرقنا إلى طريقة إصدار التشريعات الدستورية محل المقارنة. وتناولنا في المبحث الثاني عملية التعديل وإجراءاته ونطاقه ومن ثم تناولنا عملية التعديل الدستوري في التشريعات محل المقارنة، وخلصنا إلى أنه كلما كان بناء الدستور بناءً ديمقراطياً يكفل الحقوق والحريات ويعمل بمبدأ الفصل بين السلطات ولا يخضع البناء لأهواء جهة معينة فمن شأن ذلك أن يؤثر على العملية السياسية بالإيجاب والعكس صحيح، وانتهت الدراسة بمجموعة من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

(1) راجع نص المادة 174 من الدستور الكويتي لسنة 1962.

## أولاً: النتائج

- 1- الدستور الأردني والدستور الكويتي هما دساتير صادرة بأسلوب شبه ديمقراطي "العقد" لأنها تتطلب موافقة الملك والشعب أو ممثليه، على عكس كل من الدستور المصري الذي صدر بطريقة ديمقراطية تتمثل بالاستفتاء الشعبي، والدستور الفلسطيني الذي يعتبر أقرب الى الأساليب الديمقراطية نظراً لخصوصية الحالة الفلسطينية.
- 2- يرتبط التعديل الدستوري بمجموعة التطورات والمتغيرات التي قد تحدث في المجتمع السياسي، فهو أداة استباقية من أجل تجديد الشرعية الرئاسية، وأداة وقائية منعاً لحدوث التصادم العنفي.
- 3- بعض الدساتير محل المقارنة كالتشريع الدستوري الفلسطيني لم تمارس عملية التعديل بنصوصها الدستورية الحرفية وأضافت إلى عملية التعديل سلوكيات تعتبر من قبيل العرف المعدل بالإضافة كوجوب تصديق رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية على عملية التعديل بجانب موافقة ثلثي أعضاء المجلس التشريعي على الرغم من عدم النص عليه.

## ثانياً: التوصيات

- 1- الأخذ بأسلوب الاستفتاء الشعبي في التشريع الدستوري الفلسطيني كوسيلة ديمقراطية من أجل إقرار التعديل الدستوري.
- 2- النص صراحة في القانون الأساسي الفلسطيني على إعطاء كل من المجلس التشريعي والحكومة ورئيس السلطة الوطنية صلاحية اقتراح أو إقرار عملية التعديل الدستورية.
- 3- العمل على إقرار دستور فلسطيني جديد بدلاً من القانون الأساسي الذي هو بمنزلة أداة مؤقتة إلى حين إصدار دستور دائم، وذلك تماشياً مع كافة الدساتير محل المقارنة.

## المصادر والمراجع

### أولاً: الكتب

- الآغا، "أحمد سعيد" نظام الوجيز في القانون الدستوري والأنظمة الدستورية، الطبعة الثالثة، مكتبة الطالب، جامعة فلسطين. غزة، 2016.
- البحري، حسن مصطفى، القانون الدستوري: النظرية العامة، الطبعة الأولى، جامعة دمشق، سوريا، 2009.
- الطماوي، سليمان النظم السياسية والقانون الدستوري، بدون طبعة، وبدون دار نشر، القاهرة، 1988.
- الشكري، علي يوسف، مبادئ القانون الدستوري، ط1، دار صفاء للطباعة والنشر والتوزيع ومؤسسة دار الصادق الثقافية، عمان والعراق، 2011.
- أبو زيد، فهمي، مصطفى الوجيز في القانون الدستوري والنظم السياسية، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- -أبو مطر، محمد عبدالله، القانون الدستوري والنظم السياسية "الجزء الأول"، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، دار النهضة العلمية، الإمارات، 2018.
- النحال، محمد، محاضرات في القانون الدستوري والنظم السياسية، بدون طبعة وبدون دار نشر، الجامعة الإسلامية. غزة، 2009.
- بنكوكس، أحمد القانون الدستوري والمؤسسات السياسية: الجزء الأول، بدون طبعة، مطبعة النجاح الجديدة والدار البيضاء، 1997.
- بشناق، باسم، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري مع شرح النظام الدستوري للسلطة الفلسطينية، الطبعة الخامسة، الجامعة الإسلامية، غزة، 2017.
- 10-دلة، سام، القانون الدستوري والنظم السياسية، بدون طبعة، جامعة حلب، سوريا، 2004.

### ثانياً: الدراسات والأبحاث

- 1- معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، المراحل الانتقالية لنقل السلطات والصلاحيات وتغيير المسميات وأثرها على التشريعات السارية في فلسطين، إصدار المعهد، رام الله.
- 2- عصام عابدين، سير العملية الدستورية وكيفية بناء الدستور الفلسطيني، المركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية. دائرة السياسة والحكم. 2004، رام الله.

### ثالثاً: الدساتير

- 1- الدستور الأردني لعام 1952.
- 2- الدستور المصري لعام 2014.
- 3- الدستور الكويتي لعام 1962.

4- الدستور الفرنسي لعام 1947.

5- القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003 وتعديلاته.

#### رابعاً: المواقع الإلكترونية

1- علي هادي، تعطيل الدستور الرسمي والفعلي، 6/1/2011، منشور على شبكة بابل، على الرابط

الإلكتروني <https://cutt.us/ulvQc>.

2- الدساتير نشأتها وتعديلها ونهايتها، المركز الديمقراطي العربي، 16 مايو 2020، الموقع الإلكتروني

<https://cutt.us/1NC57>، تاريخ الزيارة 6/4/2021، الساعة 3:00.

## العلم اليقيني الإلكتروني في القضاء الإداري الأردني بين النظرية والتطبيق

### Certainty in the Administrative Jurisdiction in Jordan:

### Theory and Application

صفاء محمود السويلمي<sup>1</sup>، بكر محمود السويلمي<sup>2</sup>

#### المخلص

لا تنفذ القرارات الإدارية تجاه المخاطبين بها ما لم يتحقق علمهم المؤكد بها، وعليه فقد نص المشرع على وسيلتي العلم بالقرار الإداري المعتمدين وهما التبليغ والنشر، إلا أن القضاء الإداري أضاف إليهما العلم اليقيني كوسيلة لتحقيق علم المخاطب بالقرار الخاص به وذلك عبر قرائن قضائية يتبناها القضاء للأخذ بفكرة العلم اليقيني، لا سيما مع قبول المشرع للوسائل الإلكترونية كوسيلة للتبليغ. يثير الأخذ بالعلم اليقيني الإلكتروني جملة من التساؤلات حول ماهية ضمانات الأفراد عند الأخذ بها وما هو أساس هذه النظرية ومضمونها، وإلى أي مدى يملك القضاء الإداري الأخذ بها، لا سيما مع قبول الوسائل الإلكترونية في الإثبات والمعاملات الإدارية، و انتهت الدراسة إلى جملة من النتائج منها اعتراف المشرع الأردني بالوسائل الإلكترونية في تشريعاته و التأكيد على قيمتها و قوتها في الإثبات و تحقيق العلم اليقيني الإلكتروني ، مع تأكيد الباحث وجوب النص بصورة أوضح على العلم اليقيني الإلكتروني و قيمته في الإثبات.

الكلمات الدالة: العلم اليقيني، القضاء الإداري، التبليغ، النشر، القرائن القضائية.

#### Abstract

To make administrative decisions valid against people it should fully be known to them. This knowledge can be carried out by methods accepted by legislator: notification and publishing- but if interested people have known decisions by someone or any way with certain conditions accepted by supreme court to protect people, this means certain knowledge. This study aims to give the legislator the point to be more clear toward less of legislation and the refers for certain knowledge especially after legislations acceptance for electronic methods used in daily life and in administration like e-mails , after the study shows the need for those new methods especially the electronic ones.

**Keywords:** Certain Knowledge, Administrative Court, Notification, Publishing, Judicial indicators

## المقدمة

يعد القرار الإداري وسيلة الإدارة الفاعلة في القيام بمهامها لتحقيق غايتها في إحقاق المصلحة العامة ويحقق آثاره كاملة بمجرد صدوره صحيحا مستوفيا أركانه وشرائط صحته، إلا أنه كي ينفذ في مواجهة المخاطبين به، فإنه لا بد من نشره أو تبليغه لهم بوصفهما الوسيطان المتفق على أن يتم من خلالهما العلم بالقرارات الإدارية، وهذا لم يمنع من قبول العلم اليقيني الإلكتروني وسيلة ثالثة للعلم بالقرار الإداري.<sup>(1)</sup>

إن القول بالعلم اليقيني الإلكتروني وسيلة معتمدة أمام القضاء الإداري بما تفترضه النظرية من قرائن قضائية تؤدي إلى الإقرار بسريان الميعاد القضائي أمام المخاطب به، قد يثير تخوفا حول ضمانات حقوق الأفراد تجاه الإدارة الطرف الأقوى في دعوى الإلغاء، لا سيما مع ظهور الوسائل الإلكترونية في التبليغ والتواصل، وهي المسألة التي فرضت تباينا بين توجهات التشريعات لتجد بعضها كالأردني يقرها ويأخذ بها، حيث أكد المشرع الأردني عبر تعديلاته الأخيرة الأخذ بقانون أصول المحاكمات المدنية وقانون تشكيل المحاكم على أهمية دور الوسائل الإلكترونية واعتبرها كوسائل الإثبات الأخرى أمام القضاء، بل أكد دورها في تحقيق العلم لدى صاحب الشأن فيما قد يتعلق بهم من أحداث وقرارات، بما يدعم توسع قبول القضاء الإداري الأردني قبول العلم اليقيني وسيلة إثبات أمام القضاء مبدأ تحقيقها سريان ميعاد دعوى الإلغاء، بينما لم يشر إليها تشريع آخر في مسألة أثرت على تباين الأحكام القضائية لتأخذ بها أو ترفضها في أحيان أخرى، بل إنها أثارت تباينا فقهيا أيضا بين مؤيد ومعارض، وهي مسألة يفرضها واقع تحول الإدارات الإدارية الإلكترونية لقبول القرار الإداري الإلكتروني في تعاملاتها، كما أن صدور قانون المعاملات الإلكترونية و تنظيمه للتعاملات الإلكترونية يسمح للإدارة بنشر و إرسال و تعميم تعاملاتها بكافة الوسائل الإلكترونية.

وهذه المسألة التي عكست نفسها على هذه الدراسة لتشكل إشكالية دراستنا وأثرها ليس فقط على حقوق الأفراد، وإنما أيضا على دور القاضي الإداري في تحديد متى يتحقق العلم اليقيني للأخذ به من عدمه وكيف يتم إثبات هذا العلم من عدمه، لا سيما أن العلم اليقيني يعد قرينة قضائية بسيطة قابلة لإثبات العكس، حيث تتجلى إشكالية أخرى تتعلق بالتنظيم القانوني لهذه الوسيلة، إذ يبقى للقضاء الإداري السلطة التقديرية في إثبات العلم اليقيني لا سيما مع التعديلات الحاصلة في الوسائل المعتمدة للعلم والتبليغ في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية، التي تمت بعد تقرير اللجنة الملكية النقاشية لتطوير القضاء حول استخدام الوسائل التكنولوجية في التعامل القضائي والتوسع في الخدمات الإلكترونية المعتمدة في المحاكم.

هذا ويسعى الباحث إلى بيان وسائل وقيمة العلم اليقيني الإلكتروني وسيلة إثبات أمام القضاء الإداري وأبرز تطبيقاتها العملية.

(1) الطماوي، سليمان، القضاء الإداري: قضاء الإلغاء، 1967، دار الفكر العربي، ص 509.

وعليه سيقسم الباحث الدراسة إلى مبحثين يتناول في الأول منهما العلم اليقيني بصفته نظرية في مفهومها وشروطها، أما الثاني فنبحث فيه إثبات العلم اليقيني.

## المبحث الأول

### ماهية نظرية العلم اليقيني

لما كان العلم اليقيني بصفته نظرية لا تزال تثير جدلا حول تطبيقها والقبول بها في الفقه والقضاء، فقد صار لزاما - لاستكمال البحث غايته وأبعاده - البحث في هذه النظرية مفهومها وشروط تطبيقها، والموقف الفقهي منها وذلك في المطالب التالية:

#### المطلب الأول

#### التعريف بنظرية العلم اليقيني الإلكتروني

لا بد قبل البدء في الحديث عن تطبيق هذه النظرية من إلقاء الضوء على ماهيتها عبر بيان مفهومها وأساسها التاريخي:

#### أولا: مفهوم النظرية

يحقق النشر والتبليغ غايتها في إشعار صاحب الشأن صدور قرار يسهل تسري مدة الطعن بحقه، إلا أن التطور لا سيما التكنولوجي الحالي ووسائل التواصل المختلفة قد تجعل من القرار سهلا في وصوله لصاحب الشأن، وهي مسألة سبق للقضاء الإداري الفرنسي أن أخذ بها ووضع لها شروطها، محيطة إياها بضمانات تكفل تحقيق التوازن بين حقوق الأفراد ومصالح الإدارة سعيا لتحقيق المصلحة العامة.

تقوم هذه النظرية على العلم الحقيقي بكافة مشتقات القرار الإداري، علما حقيقيا لا ظنيا أو افتراضيا، علما نافيا للجهالة، بما يسمح لصاحب الشأن الإلمام بكل ما تجب معرفته حتى يستطيع تبين حقيقة أمره إلى القرار المطعون فيه<sup>(1)</sup>.

وقد أكد ذلك قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014 في المادة 8/ب "يعتبر في حكم التبليغ علم الطاعن بالقرار المطعون فيه علما يقينيا"، وهذا يعني أنه بتحقق العلم اليقيني تبدأ آثار سريان مدة الطعن كما هو الحال بالنسبة للنشر والتبليغ، وفي القضاء الإداري الأردني استقر الأمر على "أن علم صاحب الشأن بالقرار الإداري يقوم مقام الإعلان أو النشر ولو لم يتعرض قانون تعديل تشكيل المحاكم النظامية إلا لحالتي النشر والإعلان في تبليغ القرارات الإدارية ولكنهما وسيلة للعلم فقط، فإن تحقق العلم من غير طريقها يؤدي إلى بدء

<sup>(1)</sup> إلباس، جوادى القرائن القضائية وحجيتها في إثبات الدعوى الجزائية الإدارية، بحث منشور، دفاقر السياسية والقانون، الجزائر، 2014، العدد 10، ص142.

سريان مدة الطعن<sup>(1)</sup>. ومن ثم أكد قضاء المحكمة الإدارية العليا "استقر الاجتهاد القضائي على أن العلم اليقيني بالقرار الإداري يقوم مقام التبليغ وذلك وفقاً لأحكام المادة 8 من قانون القضاء الإداري"<sup>(2)</sup>. بما يفيد تأصيل المشرع الأردني في القضاء الإداري رقم 27 لسنة 2014 الأخذ بنظرية العلم اليقيني بنص صريح وهو مسعى استقر أيضاً في القضاء المصري، حيث أكدت المحكمة الإدارية المصرية بقولها "... .." طالما أن القرار لم ينشر ولم يتم إعلانه للمدعي فإن ميعاد الستين يوماً المقررة لرفع الدعوى بطلب إلغائه لا يبدأ في السريان إلا من تاريخ علم المدعي علماً يقينياً بفحوى هذا القرار ومحتوياته"<sup>(3)</sup>.

هذا وقد عرف الفقه الإداري العلم اليقيني بأنه "علم صاحب المصلحة في الطعن بالإلغاء، علماً يقينياً، أي علماً حقيقياً شاملاً لكافة محتويات القرار الفردي وعناصره، وحتى يستطيع صاحب الشأن أن يحدد تمام موقفه من القرار وحتى يمكنه الطعن فيه"<sup>(4)</sup> وعرفه بعض الباحثين في الأردن: "أن يعلم صاحب الشأن مضمون القرار الإداري ومحتوياته علماً حقيقياً يقينياً يقوم مقام النشر والتبليغ، ويجب أن يكون العلم حقيقياً لا ظنياً ولا افتراضياً وأن يكون شاملاً لجميع محتويات القرار"<sup>(5)</sup>.

ويرى الباحث بأن جميع هذه التعريفات إنما تدور حول بيان حقيقة الغاية والوظيفة التي يؤديها العلم اليقيني وكشف طبيعة هذا العلم بأنه حقيقي كاشف لكافة متطلبات ومقتضيات القرار الإداري علماً نافياً للجهالة، وعليه يعرف الباحث العلم اليقيني بأنه "علم صاحب الشأن بمضمون القرار الإداري علماً شاملاً نافياً للجهالة".

### ثانياً: الأساس التاريخي للعلم اليقيني

بدأت نظرية العلم اليقيني بالظهور في القضاء الإداري الفرنسي الذي تبني موقفاً إيجابياً حول هذه النظرية ليتحول فيما بعد إلى موقف رافض سلبي نحوها<sup>(6)</sup> إذ أخذ مجلس الدولة الفرنسي في مطلع القرن 19 بهذه النظرية حيث حدد الحكم الصادر في عام 1822 مهلة الطعن بداية من تاريخ تحقق العلم اليقيني، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قضية السيد Fortier أن العلم اليقيني متحقق لديه بصورة واضحة بمضمون القرار الإداري مما يفيد سريان مهلة الطعن بعلمه بمضمون القرار في 1820/12/24<sup>(7)</sup> معاً المادة 11 من مرسوم 22 تموز 1806 تنص على أن نقطة البدء في سريان مهلة الطعن يوم يتبلغ القرار<sup>(8)</sup>.

(1) عدل عليا رقم 64/13، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد الأول، السنة 13، ص3.

(2) المحكمة الإدارية العليا الأردنية رقم 2016/187، منشورات مركز عدالة.

(3) إدارية عليا مصرية طعن رقم 26/1627، جلسة 1982/1/10.

(4) صادق، سمير، ميعاد رفع دعوى الإلغاء، 1969، دار الفكر العربي، القاهرة، ص13.

(5) الزعبي، خالد، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، 2010، دار الثقافة، عمان، ط2، ص

(6) سلامات، ناصر عبد الحليم نفاذ القرار الإداري في القانون الأردني، 2009، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ص382.

(7) نويجي، محمد فوزي، نظرية العلم اليقيني بالقرار الإداري وتطبيقاتها في كل من فرنسا ومصر، مجلة الشريعة والقانون، القاهرة، 2006، العدد 30، ص9.

(8) نويجي، مرجع سابق، ص8.

لتكون هذه القضية نقطة الأساس للأخذ الإيجابي بنظرية العلم اليقيني أمام قضاء مجلس الدولة الفرنسي، بل الاستفادة من أي قرينة يستشف منها هذا العلم كخطاب مسجل من صاحب الشأن إلى الإدارة أو أي مستند أو تصرف من صاحب الشأن تفيد علمه بالقرار ومضمونه.

إلا أن القضاء الفرنسي وفي حكم قضية Croix Exauifier عاد ليتراجع عن الأخذ بهذه النظرية<sup>(1)</sup>، وقضى بأن العلم اليقيني الذي لا يستند إلى النشر أو التبليغ لا يؤدي إلى بدء سريان ميعاد الطعن، بما يعني تجاهل المجلس للأخذ بنظرية العلم اليقيني. وقد يكون في هذا التراجع الواضح مبررات عدة منها رعاية مصلحة الأفراد، حيث إن مسلك مجلس الدولة الفرنسي يميل إلى التخفيف من الأضرار والتماس الأعذار لهم<sup>(2)</sup> وفي هذا الأمر إشارة من القضاء الفرنسي إلى أنه لا يعتد إلا بالتبليغ أو النشر لسريان ميعاد الطعن.

أما عن القضاء الإداري الأردني فكما سبق أن أشرنا - نجده قد أخذ بهذه النظرية وعلى نطاق واسع في مسلك واضح - يؤيده الباحث متى ما توافرت شروط وقرائن العلم اليقيني، ونص في ذلك: "إن تبليغ القرارات الإدارية قد يكون تحريراً، كما يصلح أن يكون شفاهة، وإن العلم بالقرار علماً يقينياً يقوم مقام التبليغ التحريري"<sup>(3)</sup>.

"إذا قررت الإدارة هدم البناء، وتلا صاحب الملك على المستأجر مضمون قرار الهدم المطعون به، يكون المستأجر قد علم بفحوى هذا القرار علماً يقينياً يقوم مقام تبليغه إليه وتبدأ به مدة طعن المستأجر بقرار الهدم"<sup>(4)</sup>.

## المطلب الثاني

### موقف الفقه من نظرية العلم اليقيني

تذبذب آراء الفقهاء بين مؤيد ومعارض لهذه النظرية، وأساس هذا التعارض الخوف على حقوق الأفراد في مواجهة الإدارة.

#### الفرع الأول: الآراء المعارضة لنظرية العلم اليقيني :

أكد مجموعة من الفقهاء موقف مجلس الدولة الفرنسي في رجوعه عن الأخذ بالعلم اليقيني وسبيلة، واعتبروه صواباً ودعوا إلى ضرورة تبنيه، وذلك للأسباب التي نورد أهمها:

أولاً: هناك التزاميقع على الإدارة في وجوب نشر وتبليغ قراراتها وهو ما تأخذ به التشريعات صراحة وما يحقق مصلحة الأفراد في مواجهة الإدارة.

<sup>(1)</sup> الزبيدي، خالد، نظرية العلم اليقيني في الفقه والقضاء الإداري، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 34، العدد 1، سنة 2007، ص 101.

<sup>(2)</sup> الطماوي، سليمان، مرجع سابق، 1967، ص 517.

<sup>(3)</sup> عدل عليا القرار رقم 1957/3، منشورات مركز عدالة.

<sup>(4)</sup> عدل عليا أردنية، قرار رقم 1966/61، منشورات مركز عدالة.

ويؤيد الباحث الرأي الفقهي بأن الوسائل السابقة للعلم بالقرار الإداري قد لا تحقق الغاية الحقيقية فهي قابلة لإثبات عدم علم صاحب العلاقة بها<sup>(1)</sup> ذلك أن الغاية هي حساب مدد الطعن لدعوى الإلغاء فالنشر والتبليغ وسيلة تحققه وليست دليلاً على حدوثه، بل إن العلم بالقرار بهذه الوسائل لا سيما مع تبني المشرع الأخذ بالوسائل الإلكترونية قد لا يتحقق، إذ قد يكون المعني في مكان ليس به اتصال نت أو يتم فتح الخطاب (الإيميل) من آخر دون أن يُعلمه به.

**ثانياً:** تقوم نظرية العلم اليقيني ليس على أساس العلم الحقيقي بمكونات القرار وحقيقته وإنما على العلم الافتراضي أو الظني فهو علم قاصر<sup>(2)</sup> قد يصل إلى صاحبه عبر إجراءاته التمهيدية أو بعد إصدار القرار، إلا أن الحقيقة تذهب إلى أن القرائن التي تعتمد عليها المحكمة الإدارية للأخذ بهذه النظرية من عدمها تعتمد على المرونة، فليست المحكمة ملزمة بقبولها أو رفضها دائماً، بل إن طبيعة القانون الإداري قضائي المنشأة سعى عبر القضاة إلى حماية مبدأ الشرعية وحقوق الأفراد، وليس في ذلك أي خروج عن اختصاص المحكمة أو انتهاك لحق الدفاع المقرر لصاحب الشأن.

**ثالثاً:** إن قبول الأخذ بهذه النظرية يعني أن يبقى ميعاد الطعن مفتوحاً مما يؤدي إلى عدم استقرار الأمور الإدارية، إلا أنه في حقيقة الأمر ليس صعباً إثبات تاريخ العلم بالقرار الإداري ذلك أن إقرار صاحب الشأن به أو تسلّم المبلغ أو تنفيذ القرار دليل على العلم به<sup>(3)</sup>.

#### الفرع الثاني: الفقه المؤيد لنظرية العلم اليقيني :-

رغم الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية، إلا أن هناك جانباً من الفقه أيدها وأقام لها الحجج التي تسندها وكان أبرز هذه الأسانيد والحجج.

أولاً - يضمن الأخذ بالعلم اليقيني حقوق الأفراد واستقرار أوضاعهم ومراكزهم القانونية، لا سيما إذا ما تراخت الإدارة أو قصرت في نشر قراراتها أو تلك التي لا تنشر أو تبلغ لذوي الشأن كالقرارات السلبية والضمنية<sup>(4)</sup>.

ثانياً - ليس صحيحاً أن المستفيد من الأخذ بهذه النظرية هم الأفراد فقط، بل كذلك يحقق الأخذ بهذه النظرية الفائدة للإدارة أيضاً، وهو مسلك أخذ به مجلس الدولة الفرنسي وإن كان ذلك في نطاق ضيق، ذلك أن مدة الطعن بالقرار الإداري تسري من تاريخ صدور القرار عن الإدارة، وهي واقعة تثبت بكافة طرق الإثبات إذ يقع على عاتق الإدارة إثبات علم الأفراد بقراراتها<sup>(5)</sup>. ويرى الباحث أن هذه المزية لا تعود لنظرية العلم

(1) إدارية مصرية 1482/1996. ورد لدى ناصر السلامة، نفاذ القرار الإداري، ص310.

(2) الجوهري، عبد العزيز، هل تخفي نظرية العلم اليقيني من أفق القانون الإداري، مجلة المحاماة، نقابة المحامين، مصر، العدد 3، 4، ص7.

(3) وصفي، مصطفى كمال، أصول إجراءات القضاء الإداري، ط2، 1987، عالم الكتاب، القاهرة، ص229.

(4) الزبيدي، خالد، 2007، مرجع سابق، ص153.

(5) الطماوي، سليمان، 1967، مرجع سابق، ص518.

اليقيني وإنما هي تطبيق للقواعد العامة التي تقضي بأن نفاذ القرار الإداري يسري في مواجهة الإدارة من تاريخ إصداره له .

كما يؤكد الباحث أن الغاية من نظرية العلم اليقيني هي حماية صاحب الشأن في مواجهة الإدارة فهو من تسعى للبحث في تحقق علمه بالقرار الصادر في مواجهته لسريان ميعاد الطعن وليس الإدارة، وهو المستفيد من سريان مدة الطعن في حال تحقق العلم بالقرار المطعون به أما الإدارة فهي مُصدرة للقرار وتعلم أصلاً مكنونه ومغزاه.

وعليه يذهب الباحث إلى تأييد الفقه المؤيد للأخذ بنظرية العلم اليقيني لما له من حماية للأفراد في مواجهة الإدارة، لا بل في ضمان علمهم اليقيني بتفاصيل القرار الموجه إليهم وتأكيد على دور القضاء الإداري في استقرار قواعد القانون الإداري، الذي يسعى إلى حماية طبيعة دعوى الإلغاء وتحقيق التوازن والمساواة بين الأفراد والإدارة.

### المطلب الثالث

#### شروط الاعتراف بالعلم اليقيني

لما كان القضاء الإداري ومن بعده التشريعات قد قبلت الأخذ بنظرية العلم اليقيني لما لها من أهمية بالغة في بدء سريان ميعاد الطعن، وحماية صاحب الشأن لا سيما مع تطور وسائل العلم التكنولوجي وأخذ المشرع بها في الإثبات، فقد كان لزاماً وجود شروط ضابطة وضامنة لصحة تطبيق هذه النظرية، وهي الشروط التي يمكن استخلاصها بالرجوع إلى قضاء مجلس الدولة المصري والقضاء الإداري الأردني لنجدها على النحو التالي:

#### الفرع الأول: أن يكون العلم بالقرار يقينياً لا ظنياً ولا مفترضاً

يقطع النشر والتبليغ أي شك حول العلم بالقرار الإداري ومشمولاته لكي يحقق الغاية في بدء سريان ميعاد الطعن، وحتى يحقق العلم اليقيني غايته كالوسائل السابقة كان لا بد أن يكون علماً قاطعاً غير مبني على الشك أو الظن أو الاحتمال، ويضيف الباحث أن يكون العلم اليقيني محققاً لدى صاحب الشأن ذاته حتى وإن وصل إلى علمه عبر آخرين لا سيما إذا كانت لا تربطهم بهم صلة أو لم يتمكنوا من الاطلاع على مشتملات القرار ومضمونه بما ينفي معه مظنة الشك حول العلم الحقيقي اليقيني لدى صاحب الشأن ، و من ذلك أيضاً الرد الإلكتروني على التبليغ أو الاتصال أو القرار .

وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري الأردني - "إن العلم اليقيني الذي يقوم مقام التبليغ هو علم صاحب الشأن بفحوى القرار وأسبابه، وإن علم الوكيل بالقرار لا يُشكل علماً يقينياً بالقرار بالنسبة للموكل إذ إن علم الموكل في مثل هذه الحالة هو علم افتراضي، ومن المقرر أن العلم اليقيني الذي يقوم مقام التبليغ يجب أن

يكون حقيقيا لا ظنيا ولا افتراضياً" (1) كما قضت المحكمة الإدارية العليا الأردنية "حيث لا يوجد في ملف الدعوى ما يشير إلى تحقق علم المستدعية بالقرار الطعين ومشمولاته قبل إقامة الدعوى، وأن مجرد تخصيص راتب تقاعد لها، أو انقطاع راتبها محل هذه الدعوى عن والدها المتقاعد لا يحقق ذلك العلم اليقيني الذي يقوم مقام التبليغ" (2).

### الفرع الثاني: أن يكون العلم اليقيني شاملا

ومؤدى ذلك أن يحيط صاحب الشأن علما بكافة مشتملات القرار الإلكتروني، وعناصره، وأسبابه، بما يمكن معه معرفة مدى تأثر صاحب المصلحة بهذا القرار في مركزه القانوني ومصالحته من القرار ذاته، بما يحقق الضمانة الكافية للأفراد في مواجهة الإدارة، حيث إن مجرد العلم الإلكتروني بوجود قرار قد يصل علمه إلى المعني بوسيلة من الوسائل الإلكترونية دون علمه بفحوى القرار ومشمولاته، قد لا يحقق الغاية من العلم اليقيني بما يشكل انتهاكا لحقوق الأفراد.

تفاوتت أحكام القضاء الإداري الأردني بين اشتراط اشتمال العلم اليقيني الإلكتروني على كافة عناصر القرار الإداري الخمس وبين اعتقاده بأسباب القرار فقط ومنها "أن العلم اليقيني بالمعنى الذي استقر عليه الفقه والقضاء الإداريان هو العلم الحقيقي بفحوى القرار وأسبابه، فإذا انصب العلم على رقم القرار المطعون به وتاريخ صدوره، فإن هذا العلم لا يشكل علما يقينيا بالمعنى المتقدم ذكره ولا يبدأ سريان الميعاد من تاريخ هذا العلم" (3).

وفي قرار آخر ذهبت إلى "حيث لا يوجد في ملف الدعوى ما يشير إلى تحقق علم المستدعية بالقرار الطعين ومضمونه ومشمولاته قبل إقامة الدعوى... لا يحقق ذلك العلم اليقيني الذي يقوم مقام التبليغ" (4).

ويرى الباحث بأنه يمكن تفسير كلمة مشمولاته ومضمونه بأنها تشمل عناصر القرار الإداري، لا سيما ما كان منها جوهرًا لازماً لتحقيق علم صاحب العلاقة بالمعنى الحقيقي والمطلوب لمفهوم العلم اليقيني.

ولا يرتبط تحقق العلم اليقيني بشموليته اشتراط العلم بعيوب ذلك القرار وأسباب طعنه وعلمه، وفي هذا مزية تحول دون ترك دعوى الإلغاء مفتوحة المدة بما ينعكس سلباً على استقرار المراكز القانونية.

### الفرع الثالث: ثبوت العلم من تاريخ معلوم يمكن حساب ميعاد الطعن فيه

لم يكتف القضاء الإداري بعلم صاحب الشأن بمضمون القرار الإداري ومشمولاته، وإنما تطلب للاعتداد بالعلم اليقيني ثبوت حصول هذا العلم بتاريخ معلوم محدد يمكن منه احتساب بدء ميعاد الطعن، من ذلك تاريخ وصول الرسالة الإلكترونية للمعني و تحديد تاريخ احتساب الوصول بما يجعل من تخلف هذا الشرط سبباً لبدء

(1) عدل عليا أردنية 87/221، منشورات مركز عدالة.

(2) المحكمة الإدارية الأردنية قرار رقم 2016/148، منشورات قسطاس.

(3) عدل عليا أردنية قرار رقم 1983/18، منشورات مركز عدالة.

(4) المحكمة الإدارية الأردنية قرار رقم 2016/148 منشورات مركز قسطاس.

الدعوى شكلا لتقديمها بعد الميعاد مفتقداً للأساس القانوني السليم، ومن ذلك ذهبت المحكمة الإدارية المصرية إلى "أن ميعاد رفع دعوى الإلغاء لا يسري في حق صاحب الشأن إلا من تاريخ علمه به علماً يقينياً لا ظنياً ولا افتراضياً" (1).

## المبحث الثاني

### إثبات العلم اليقيني

يترتب على إثبات العلم اليقيني نتائج قانونية مهمة يتجلى أبرزها في رد دعوى الإلغاء شكلاً لفوات الميعاد إذا قدمت الدعوى بعد انقضاء ميعاد الطعن القضائي، على أن عبء الإثبات يقع وحسب القاعدة الأصولية "البينة على من ادعى" (م/277 مدني أردني) على الإدارة (غالباً) بوصفها من يدعي ثبوت العلم اليقيني وهي صاحبة المصلحة في تحقيقه، وهو العلم الذي "... يثبت من أية واقعة أو قرينة تفيد حصوله دون التقيد في ذلك بوسيلة إثبات معينة، وللقضاء الإداري في أعمال رقابته القانونية التحقق من قيام أو عدم قيام هذه القرينة أو تلك الواقعة وتقدير الأثر الذي يمكن ترتيبه عليه من حيث كفاية العلم أو قصوره من أوراق الدعوى وظروف الحال" (2) و"إثبات العلم اليقيني من أية واقعة أو قرينة تفيد علم صاحب الشأن بالقرار وأسبابه وتدل عليه" (3) وباستقراء أحكام القضاء الإداري الأردني يتبين أنها أقرت بالعلم اليقيني بالقرار في حالات نبحثها بعد تقسيم المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول منها الإثبات بالأدلة وفي الثاني الإثبات بالقرائن.

### المطلب الأول

#### الإثبات بالأدلة

بين المشرع الأردني في المادة الثانية من قانون البينات رقم 30 لسنة 1952 وتعديلاته طرق الإثبات وحصرها في: الأدلة الكتابية، والشهادة، والقرائن، والإقرار، واليمين، والمعينة والخبرة، ويؤكد الباحث أن أخذ القاضي الأردني بهذه الوسائل في الإثبات لعدم وجود قانون خاص بالإجراءات والإثبات أمام القضاء الإداري، بما يدعم الدور الإيجابي للقاضي الإداري في الإثبات، (4) وسيعمل الباحث في هذا المطلب على دراسة وسائل الإثبات التالية: الإقرار والشهادة والمخاطبات الخطية بين الإدارة وصاحب الشأن.

(1) المحكمة الإدارية المصرية، قرار 37/47 ق. ورد لدى عكاشة، القرار الإداري.

(2) أبو العينين، محمد ماهر، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري: الكتاب الأول، 1998 دار صادر، بيروت، ص 455.

(3) عدل عليا أردنية 93/183 تاريخ 1993/10/9 مجلة نقابة المحامين الأردنيين الأعداد 1-3 سنة 1994، ص 52.

(4) زريق، برهان، نظام الإثبات في القانون الإداري، 2009، (د. ن)، ص 130.

## الفرع الأول: الإقرار

الإقرار هو إخبار عن أمر يتعلق به حق الغير<sup>(1)</sup>، يعد إقرار المستدعي بالعلم بالقرار علما يقينا أيسر وأسهل وسيلة لإثبات العلم اليقيني، وهي مسألة يؤكد الباحث أنها نادرة الحدوث لما يترتب عليه من آثار تتمثل في رد الدعوى، فليس من المتصور أن يُعَرَّض المستدعي نفسه للخسارة بردها لفوات الميعاد.

وقد يكون هذا الإقرار صريحا شفويا أو خطيا سواء أكانت الكتابة تقليدية أم بوسائل إلكترونية، كما قد يكون ضمنيا يفهم من سلوك المستدعي ذاته، ومن ذلك قضت محكمة العدل العليا "إن الثابت في أوراق الدعوى وإقرار المستدعي أمام لجنة الهيئة...، أنه علم بالقرار الطعين علما يقينا قبل شهرين من تاريخ وفاة زوجته...، فإن الدعوى تكون مقدمة بعد مضي المدة القانونية<sup>(2)</sup>. وحكمها "نجد أن القرار المطعون فيه صدر بتاريخ 2007/4/23 وأن المستدعي علم به علما يقينيا، كما هو ثابت من الإقرار المقدم منه إلى كلية الزراعة بتاريخ 2008/4/24 لغاية دخول امتحان الكفاءة المعرفية... وذلك بعد أن قرأ الإعلان على لوحة الإعلانات الخاصة بالدراسات العليا بتاريخ 2008/4/10 أي أن المستدعي علم بصدور القرار المطعون فيه<sup>(3)</sup> وحكمها "إن تقديم المستدعي طلباً لإعادة تسجيله في سجل المحامين المتدربين يدل دلالة قاطعة على علم المستدعي بمضمون قرار شطبه .... مما يجعل الدعوى مقدمة بعد فوات الميعاد .... مما يستوجب ردها شكلا<sup>(4)</sup>.

## الفرع الثاني: الشهادة

الشهادة "إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره" و "إخبار الشخص أمام القضاء بواقعة حدثت مع غيره ويترتب عليها حق لغيره أيضا<sup>(5)</sup> ومع أن القضاء الإداري وركي في صورته العامة إلا أن الشهادة مقبولة فيه ولا ضير في قبولها لا سيما عند عدم كفاية الأدلة، أو عند التخفيف من عبء الإثبات وبصورة أكبر عند إثبات إساءة استعمال السلطة<sup>(6)</sup> وتؤكد محكمة العدل العليا - الملغاة - (يمكن إثبات حصول واقعة العلم اليقيني بالشهادة...<sup>(7)</sup>).

إلا أننا نرى بأنه يتوجب الحذر عند الأخذ بالشهادة في إثبات العلم اليقيني لا سيما أن طبيعة الشهادة قد تتناقض أحيانا وتتباعد مع شرط العلم اليقيني في أن لا يكون ظنيا ولا افتراضيا، لذا يرى الباحث أن يكون الأخذ بالشهادة في هذا الموطن على سبيل الاستثناء وفي أضيق الحدود.

(1) الكساسبة، هاشم حامد سليمان، وسائل الإثبات أمام القضاء الإداري، 2013، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ص 290.

(2) عدل عليا 1/17، ص 832. منشورات مركز عدالة.

(3) عدل عليا أردنية قرار رقم 2008/383، منشورات مركز عدالة.

(4) عدل عليا أردنية قرار رقم 2006/526، منشورات مركز عدالة.

(5) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، المرافعات الإدارية، الإثبات أمام القضاء الإداري، ط 2008، 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ص 309.

(6) الطماوي، سليمان، نظرية التعسف في استعمال السلطة، دراسة مقارنة، 1973، جامعة عين شمس، القاهرة، ط 3، ص 167.

(7) عدل عليا أردنية 93/686، منشورات مركز عدالة.

### الفرع الثالث: المخاطبات والمراسلات الخطية المتبادلة بين الإدارة وصاحب الشأن

إن وجود مثل هذه الخطابات والرسائل - وإن كانت إلكترونية عبر تطبيقات الرسائل الإلكترونية على اختلافها كالواتس أب الأكثر شيوعا وغيرها - يُعد بمنزلة إقرار ضمني بالعلم اليقيني، ومن قبيل هذه المراسلات الاستدعاء الذي يُخاطب به المعني الإدارة مُصدرة القرار وهو ما أقرته محكمة القضاء الإداري الأردني شريطة أن تؤكد تلك الرسائل على علم المعني شخصيا بالقرار كما لو كان مبلغا به فلا تعد مراحل إعداد القرار من تنسيب أو مشورة من قبل العلم بالقرار، إذ لا بد أن يستكمل القرار إجراءاته وشروط اكتماله حتى يُعتد بالعلم به.

ومن ذلك قضت محكمة العدل العليا "تجد بأن المستدعي بتاريخ 2013/3/2 تقدم باسترحام لإعادته إلى العمل، أي أنه يعلم علما يقينيا قاطعا بقرار المجلس التأديبي الاستئنافي، وحيث استقر اجتهاد محكمتنا أن العلم اليقيني يقوم مقام التبليغ...، فإن الدعوى تكون مقدمة بعد فوات المدة القانونية مما يستوجب ردها شكلا..."<sup>(1)</sup> وكذلك قرارها رقم 2005/216 "تقديم الاعتراض على إحالة العطاء يعني أن الجهة المقرضة تعلم علما يقينيا بالقرار المطعون فيه بتاريخ اعتراضها، وقد استقر الفقه والقضاء الإداري على أن العلم اليقيني يقوم مقام التبليغ"<sup>(2)</sup>. ويؤكد الباحث وجوب اعتبار التظلم و الاسترحام الإلكترونيين بمنزلة التبليغ بوصفه مراسلات تتم بين صاحب التظلم و الإدارة المعنية.

#### المطلب الثاني

#### الإثبات بالقرائن

تُعد القرائن من الوسائل غير المباشرة في الإثبات، ذلك أنها لا تنصب مباشرة على الواقعة المراد إثباتها، وإنما تستخلص من طرق استنباط تنصب على واقعة أخرى متصلة بالواقعة المراد إثباتها اتصالا وثيقا، بحيث تعد الواقعة الثانية كواقعة بديلة لإثبات الواقعة الأولى كواقعة أصلية استنباطا<sup>(3)</sup> ومن القرائن التي استقر الأخذ بها في القضاء الإداري الأردني تنفيذ القرار الإداري، واتخاذ إجراءات قضائية والتظلم من القرار الإداري بالإضافة إلى مضي فترة طويلة على صدور القرار الإداري ننتاول بحثها فيما يلي:

#### أولا: تنفيذ القرار الإداري واتخاذ إجراءات قضائية

فرق القضاء الإداري الأردني بين تنفيذ القرار الإداري من جهة الإدارة جبرا وبين تنفيذه من الأفراد المخاطبين به.

(1) عدل عليا أردنية 2014/64، منشورات قسطاس.

(2) عدل عليا اردنية قرار رقم 2005/216، منشورات مركز عدالة.

(3) الكيلاني، محمود، قواعد الإثبات، 2010، دار الثقافة، ص112.

فأما التنفيذ من جهة الإدارة جبرا فإنه يُجرى ميعاد الطعن بالإلغاء إذا حقق شروط العلم اليقيني وإلا فلن يُؤخذ به قرينة لإثبات العلم اليقيني بالقرار<sup>(1)</sup>.

وعليه فإن استلام الموظف راتبه بدون علاوات يُعد علما يقينيا بالقرار الصادر في مواجهته، وكذلك البدء بالتنفيذ المادي للقرار، ومن ذلك مثلا الرسالة التي تأتي من البنك بنزول الراتب أو أي تعاملات بنكية تتعلق بحسابه، ومن ذلك قضاء محكمة العدل العليا<sup>(2)</sup> إن محافظ العاصمة أصدر قراراً بتوقيف المستدعي ثم أفرج عنه بعد أن قدم الكفالة، بما أن الدعوى أقيمت بعد مضي أكثر من سبعة أشهر على قرار التوقيف الذي علم به المستدعي علما يقينيا فتكون الدعوى مستوجبة الرد شكلا لتقديمها بعد انقضاء مدة الطعن<sup>(2)</sup> وقرارها "إذا تبين أن المستدعي بعد صدور القرار المطعون به عن لجنة التقاعد العسكري كان قد قبض المكافآت المخصصة له بموجب هذا القرار فإن قبضه للمكافآت يفيد علمه اليقيني بالقرار من تاريخ القبض"<sup>(3)</sup>.

هذا وقد استقر القضاء الإداري على أن قيام صاحب الشأن باتخاذ أي إجراءات قضائية أو تمهيدية لإقامة دعوى حول القرار المطعون به يعد علما يقينيا بهذا القرار، ومن ذلك "يقوم العلم اليقيني مقام التبليغ وحيث استقر القضاء أن مدة الطعن بالقرار هي ستين يوما... ومن الرجوع لوكالة وكيل المستدعي في هذه الدعوى نجدها مؤرخة في 2009/3/31 أي أن المستدعي علم علما يقينيا قاطعا بصدور القرار كحد أدنى متيقن من ذلك التاريخ"<sup>(4)</sup>، وكذلك فإن طلب إدخال فريق ثالث في دعوى منظورة أمام القضاء تتعلق بذات محل النزاع يعد قرينة على ثبوت العلم اليقيني.

وعليه يؤكد الباحث بأن مجرد تنفيذ القرار أو اتخاذ أي إجراءات لا تحقق العلم اليقيني، ما لم تتوافر في ذلك العلم شروطه المقبولة قضاء وهي العلم الحقيقي المتيقن لا ظنيا ولا افتراضيا.

### ثانيا: مضي فترة طويلة على صدور القرار الإداري

تفاوتت اتجاهات القضاء الإداري في اعتبار طول المدة قرينة على العلم اليقيني لا سيما فيما يتعلق بالأوضاع الوظيفية حيث عد القضاء طول المدة أحيانا قرينة على العلم اليقيني "... استطالة الأمد بين صدور القرار محل الطعن وبين إقامة دعوى الإلغاء هو ما يرجح العلم بالقرار، إذ على العامل أن ينشط دائما إلى معرفة القرارات الصادرة في شأن العاملين معه... وإن الإدعاء بعدم العلم رغم استطالة الأمد يؤدي إلى إهدار مراكز قانونية قد استتبت على مدار السنين"<sup>(5)</sup> إلا أن الباحث يؤكد أن استطالة الأمد على صدور القرار لا تكفي وحدها

(1) الطماوي، سليمان، 1967، مرجع سابق، ص590.

(2) عدل عليا أردنية قرار رقم 94/402، منشورات مركز عدالة.

(3) عدل عليا أردنية قرار رقم 1973/12، منشورات مركز عدالة.

(4) عدل عليا أردنية 2015/45 منشورات مركز عدالة.

(5) المحكمة الإدارية العليا المصرية 35/3472 ق جلسة 1997/8/9 الموسوعة الإدارية الحديثة، ج46، ص873.

دليلاً حاسماً على العلم اليقيني بالقرار، وإنما قد تحقق مع قرائن وأدلة أخرى حسب ظروف كل حالة على حدة تحقق ذلك العلم، إذ يجب أن تُترك هذه المسألة لمحكمة الموضوع لتقديره واستخلاصه من ظروف النزاع.

بل يؤكد الباحث على وجوب أن تكون هذه المدة معقولة، إذ لا يتصور بصاحب المصلحة - لا سيما الموظف - أن لا يبحث عما يتعلق بوضعه الوظيفي من قرارات لا سيما مثلاً ما يتعلق بترقيته متى ما كان لها شروط محددة لاستحقاقها، إلا أن ذلك يجب أن لا يؤدي إلى التناقض بين وجوب استقرار المراكز القانونية وحماية مصلحة صاحب الشأن، إذ إن المسألة لا تقتصر على وجوب تحقق شروط العلم اليقيني، وإنما قناعة المحكمة حسب ظروف الحال دون إهدار لحق الموظف في مواجهة إدارة قد تُهمل أو تتراخى عن تبليغ قراراتها.

### ثالثاً: التظلم من القرار الإداري

يحقق تظلم صاحب الشأن الوجوبي والاختياري الولائي والرئاسي قرينة قوية على تحقق العلم اليقيني، إذ لن يحرك المعني ساكناً تجاه الإدارة بسلوك ما، ما لم يعلم بصورة واضحة جلية بالقرار الصادر في مواجهته، فالتظلم إنما هو "أن يتقدم صاحب الشأن الذي صدر القرار الإداري في مواجهته بطلب للإدارة يلتزم فيه إعادة النظر في قرارها الذي يدعي عدم مشروعيته"<sup>(1)</sup> "ما دام لم يثبت من الأحداث تاريخ علم المدعي بالقرار المطعون فيه فيفترض علمه من تاريخ التظلم"<sup>(2)</sup>.

"إن تقدم المستدعي في 2010/3/25 باستدعاء تظلم إلى وزير الزراعة يتضمن علمه بالقرار المطعون به بترفع عدد من زملائه إلى الدرجة الخاصة طالبا ترفيعه، فإن المستدعي لديه العلم اليقيني بصدور القرار المطعون به"<sup>(3)</sup>.

ويضيف الباحث في نهاية هذه الأدلة أيضاً أن طبيعة القرار الإداري تؤدي دوراً في تحقق العلم اليقيني لدى صاحب الشأن، بل إن اتخاذ أي إجراءات قضائية تشكل قرينة على العلم اليقيني، ومن ذلك مثلاً تقديم طلب إدخال في الدعوى وبما يؤكد ذلك قرار محكمة العدل العليا الملغاة "تقديم الشركة المستدعية نقل إخوان طلباً لإدخالها شخصاً ثالثاً في دعوى أخرى متعلقة بذات الموضوع يفيد علمها يقينياً بالقرار المطعون به بتاريخ تقديم طلبها للدخول كشخص ثالث في الدعوى السابقة"<sup>(4)</sup> ويُعد كذلك تنفيذ القرار الإداري بحضور صاحب الشأن علماً يقينياً به.

(1) كنعان، نواف، القانون الإداري: الكتاب الثاني، 2010، دار الثقافة، عمان، ص 236.

(2) المحكمة الإدارية المصرية رقم 235 / ق / 1975، 1975/2/15 ورد لدى عكاشة، القرار الإداري.

(3) عدل علياً أردنية قرار رقم 271 / 2010 منشورات مركز عدالة.

(4) عدل علياً أردنية 77 / 72 تاريخ 18/7/1972 مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد 9، 10 السنة 20، ص 1184-1185.

## الخاتمة

تناولت هذه الدراسة نظرية هامة من النظريات التي نشأت في كنف القضاء الإداري واستقرت في العديد من التشريعات، حيث حاول الباحث إبراز هذه النظرية في التشريع والقضاء الإداري الأردني لا سيما مع اعتراف المشرع الأردني بالتبليغ الذي قد يتم عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة الواسعة الانتشار والأكثر سهولة في التداول.

حيث تبين للباحث مجموعة من النتائج والتوصيات عبر دراسته هذه النظرية:

## النتائج:

- 1- تبنى المشرع الأردني صراحة الأخذ بالعلم اليقيني و الإلكتروني منه كوسيلة ثالثة للإثبات متى تحققت شروطها واستكملت فروضها، رغم تراجع بعض القانونيين ومنهم القضاء الإداري الفرنسي في قبول هذه النظرية، حيث ذهب أولئك إلى أن وسائل التبليغ المعتمدة هي النشر والتبليغ فقط.
- 2- إن أخذ المشرع الأردني بالوسائل الإلكترونية في قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014 وقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني واعترافه بها في التبليغ وقبوله بها وسيلة صالحة تؤدي دور العلم اليقيني، يجعل قبول هذه النظرية وتطبيقها أسهل، على أن يقع عبء إثبات تحقق هذا العلم على الإدارة باعتبارها من تدعي حدوث العلم.
- 3- أخذ القضاء الإداري الأردني والمصري بنظرية العلم اليقيني وطبقها على نطاق واسع واعتمد قرائن مختلفة لإثبات حصول هذا العلم رغم التباين أحياناً بين مفهوم وشروط قرينة وأخرى، وليس ذلك إلا دليلاً على حرصه على تحقيق العلم اليقيني غايته في توازن حقوق ومصالح الأفراد في مواجهة الإدارة.

## التوصيات

- 1- يدعو الباحث القضاء الإداري الأردني إلى تحديد دقيق بشكل واضح محدد لشروط العلم اليقيني لا سيما ما يتعلق منها بوسائل التبليغ الحديثة التي أخذ بها المشرع الأردني.
- 2- ضرورة التحقق من بعض القرائن كاستطالة الأمد والشهادة بصورة أكثر دقة وفاعلية لما تتطلبان عليه من خطورة حول مدى تحقق العلم اليقيني لدى صاحب الشأن.
- 3- وجوب توضيح الفرق بين العلم اليقيني من جهة والنشر والتبليغ من جهة أخرى لا سيما إذا ما أدي بتحقق العلم اليقيني قبل حصول التبليغ أو النشر، وما هي القيمة القانونية له في هذه الحالة خاصة مع قرارات إدارية تشترط لسريان الميعاد فيها النشر كالاستملاك مثلاً.

## المصادر والمراجع

### أولاً: الكتب

- أبو العينين، محمد ماهر، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري: الكتاب الأول، دار صادر، بيروت، 1998.
- خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، المرافعات الإدارية، الإثبات أمام القضاء الإداري، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2008.
- زريق، برهان، نظام الإثبات في القانون الإداري، (د، ن)، دمشق، 2009.
- الزعبي، خالد، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، ط2، دار الثقافة، عمان، 1999.
- صادق، سمير، ميعاد رفع دعوى الإلغاء، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1969.
- الطماوي، سليمان نظرية التعسف في استعمال السلطة، دراسة مقارنة، ط3، جامعة عين شمس، القاهرة، 1973.
- الطماوي، سليمان، القضاء الإداري: قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1967.
- عكاشة، حمدي ياسين، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.
- كنعان، نواف، القانون الإداري: الكتاب الثاني، دار الثقافة، عمان، 2010.
- الكيلاني، محمود، قواعد الإثبات، دار الثقافة، 2010.
- وصفي، مصطفى كمال، أصول إجراءات القضاء الإداري، ط2، عالم الكتاب، القاهرة، 1987.

### ثانياً: الرسائل الجامعية

- سلامات، ناصر عبد الحليم، نفاذ القرار الإداري في القانون الأردني، 2009، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة.
- الكساسبة، هاشم حامد سليمان، وسائل الإثبات أمام القضاء الإداري، 2013، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.

### الأبحاث

- الجوهري، عبد العزيز، هل تخنفي نظرية العلم اليقيني من أفق القانون الإداري، مجلة المحاماة، نقابة المحامين، مصر، العدد 3، 4.
- الزبيدي، خالد، نظرية العلم اليقيني في الفقه والقضاء الإداري، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 34، العدد 1، سنة 2007.
- نويجي، محمد فوزي، نظرية العلم اليقيني بالقرار الإداري وتطبيقاتها في كل من فرنسا ومصر، مجلة الشريعة والقانون، القاهرة، 2006، العدد 30.
- إلياس، جواد، القرائن القضائية وحجيتها في إثبات الدعوى الجزائية الإدارية، بحث منشور، دفاتر السياسية والقانون، الجزائر، 2014، العدد 10.

## إثبات النسب بالبصمة الوراثية بين القانون الوضعي التونسي والفقہ الإسلامي Establishing the Lineage by the Genetic Fingerprint between Positive Law in Tunisia and Islamic Fiqh

هدى بنت نورالدين الطاهري<sup>1</sup>، عمارة سعد شندول<sup>2</sup>

### المخلص

يتناول البحث مسألة إثبات النسب اعتمادا على البصمة الجينية الوراثية، ومدى مشروعية ذلك في الفقہ الإسلامي والقانون الوضعي التونسي. كما يتناول أيضا حجّة البصمة الوراثية في إثبات النسب. ويعرض البحث المفهوم الشرعي للنسب الذي ينبني عليه جملة من الحقوق والواجبات على الآباء والأبناء، وتماثل ذلك المفهوم مع ما يراه القانون. ولئن اعترف القانون بالأبوة البيولوجية واعتبرها سببا لإسناد اللقب للطفل، فهو لا يعتبرها نسبا. فالأبوة البيولوجية وحدها تبقى علاقة منقوصة من الناحيتين: المعنوية، لغياب الشرعية معنويا، والمادية من خلال حرمان الطفل غير الشرعي من الإرث.

الكلمات الدالة: النسب، إثبات النسب، البصمة الوراثية، الفقہ الإسلامي، القانون التونسي.

### Abstract

The research deals with the issue of establishing lineage based on the hereditary genetic imprint, and the extent of its legitimacy in Islamic Fiqh and Tunisian positive law. It also deals with the authority of the genetic fingerprint in establishing lineage. The research presents the legal concept of lineage, on which a set of rights and duties are based on parents and children, and the concept resembles to what the law sees. Whereas, while the law recognizes biological parenthood and considers it a reason to assign the title to the child, it does not consider it a lineage, because biological parenthood alone remains an imperfect relationship in both moral terms, due to the absence of legitimacy, both morally and financially, through depriving the illegitimate child of inheritance.

**Keywords:** Pedigree, Proof of lineage, Genetic imprint, Islamic Fiqh, Tunisian law.

## المقدمة

مما يتميز به الإسلام ويتفرد، أن الحقوق فيه لا تخص الأحياء فقط، ولا تخص الإنسان فقط، بل تشمل الأحياء والأموات، وتعم جميع ما خلق الله تعالى في هذا الكون. ويتعالى الإسلام ويتسامى عن كل الفلسفات التي تحكم العالم اليوم، ليضمن للإنسان حقوقه على مستويات ثلاثة: في حياته، وقبل مجيئه إلى هذه الحياة، وبعد انتقاله إلى الحياة الآخرة. وتفصيل ذلك أن حقوق الإنسان في الإسلام، تُضمن له قبل أن يوجد، يعني منذ بداية التفكير في اختيار الزوج لزوجته والزوجة لزوجها. فبداية من ذلك التفكير في الولد، تبدأ مع الإسلام سلسلة الحقوق. حتى إذا جاء إلى هذه الحياة، كانت له حقوق تُضمن له الاستمتاع بهذه الحياة وترتفع بإنسانيته إلى منزلة تكريم الله له، وذلك بحسب وصفه: بالبنوة إن كان ابناً أو بالأخوة إن كان أماً أو أختاً أو بالأبوة إن كان أباً أو جداً أو بالأمومة إن كان أما أو جدة أو بالعمومة إن كان عمّاً أو أماً أو بالرحم إن كان قريباً أو بالإسلام إن كان الجامع فقط رباط الدين بلا نسب، أو بالإنسانية إن كان غير ذلك أو بالكفالة إن كان ولياً أو بالحاكمية إن كان راعياً أو رئيساً أو مديراً أو أميراً أو ملكاً... فكل بحسبه له حقوق، تصون كرامته وتبعد الظلم عنه وتبعده عن الظلم. فإذا مات المرء، والموت يستوي فيه النقي والفاجر والغني والفقير والرئيس والمرؤوس<sup>(1)</sup>، كان للميت حقوق يستوي فيها مع عامة موتى المسلمين. وخصّ الله تعالى الوالدين متى ماتا أو أحدهما بحقوق تضمن برّ الأولاد بهما حتى بعد الموت. وأهم تلك الحقوق وأشهرها، النسب، الذي هو موضوع البحث.

## أهمية الدراسة

تُجمَع أهمية البحث في النقاط التالية:

- إن النسب من المقاصد الكلية للشريعة الإسلامية التي لها عظيم الشأن في حياة البشر كافة.
- إن موضوع البصمة الوراثية من المستجدات العلمية التي تبين أثرها في كثير من القضايا التي تحتاج إلى إثبات الفعل. ومعرفة مدى حجيتها في إثبات النسب من القضايا المهمة التي تستوجب مزيداً من الدقة والتوضيح.

## مشكلة الدراسة وأسئلتها

من خلال الدخول السابق لأهمية موضوع البحث، يمكننا طرح إشكالية الموضوع كالتالي:  
ما مدى إمكانية اعتماد البصمة الوراثية في إثبات النسب؟ وما مشروعية اعتمادها في القانون الوضعي وفقها الإسلامي؟ وما مدى حجيتها في إثبات النسب؟

## منهج البحث

اعتمدنا في هذا البحث ثلاثة مناهج رئيسية:

المنهج الوصفي: من خلال جمع المعلومات وتعريف المصطلحات ذات العلاقة.

(1) قال الله تعالى في الآية 185 من سورة آل عمران: "كُلُّ نَفْسٍ دَائِقَةُ الْمَوْتِ وَإِنَّمَا تُوَفَّرُونَ أَجُورَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فَمَنْ زُحِرَ عَنِ النَّارِ وَأُدْخِلَ الْجَنَّةَ فَقَدْ فَازَ وَمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا إِلَّا مَتَاعُ الْغُرُورِ".

والمنهج التحليلي: من خلال تحليل النصوص القانونية وتبيين موقف فقه القضاء وبسط الآراء الفقهية ومعالجة المعلومات المتحصل عليها التي تخدم البحث مباشرة.  
والمنهج المقارن: اقتضت طبيعة الموضوع الاعتماد أيضا على المنهج المقارن من خلال مقارنة الأحكام الفقهية المتعلقة بالموضوع مع القوانين الوضعية التونسية.

### خطة البحث:

اقتضت دراسة الموضوع تقسيم البحث إلى مقدمة، وثلاثة مباحث رئيسية وخاتمة:  
المبحث الأول: مصطلحات البحث.

المبحث الثاني: مدى مشروعية استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب  
المبحث الثالث: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب  
الخاتمة: تضمنت أهم النتائج والتوصيات.

## المبحث الأول

### مصطلحات البحث

#### الفقرة الأولى: تعريف النسب

#### النسب لغة

النَّسَبُ فِي اللُّغَةِ، الْقَرَابَةُ، وَيُجْمَعُ عَلَى أَنْسَابٍ. وَيَكُونُ النَّسَبُ، فِي النَّاسِ، مِنْ قَبْلِ الْأَبِ وَمِنْ قَبْلِ الْأُمِّ، وَقِيلَ هُوَ فِي الْأَبَاءِ خَاصَةً. وَنَسَبْتُ الرَّجُلَ ذَكَرْتُ نَسَبَهُ. وَانْتَسَبَ إِلَى أَبِيهِ، اعْتَزَى إِلَيْهِ. وَنَسَبْتُ الرَّجُلَ أَنْسَبُهُ نَسَبَةً وَنَسَبًا إِذَا ذَكَرْتُ نَسَبَهُ. وَيُقَالُ لِلرَّجُلِ إِذَا سَأَلَ عَنْ نَسَبِهِ: اسْتَنْسَبَ لَنَا، أَيْ: انْتَسَبَ لَنَا حَتَّى نَعْرِفَكَ. وَالنَّسَبُ وَالنَّسَبَةُ اشْتِرَاكٌ مِنْ جِهَةِ أَحَدِ الْأَبْوَانِ وَذَلِكَ ضَرْبَانِ: نَسَبَةٌ بِالطَّوْلِ كَالِاشْتِرَاكِ مِنَ الْأَبَاءِ وَالْأَبْنَاءِ، وَنَسَبَةٌ بِالْعَرْضِ كَالنَّسَبَةِ بَيْنَ بَنِي الْإِخْوَةِ وَبَنِي الْأَعْمَامِ<sup>(1)</sup>.

#### النسب اصطلاحاً

تعددت عبارات الفقهاء في تناولهم للنسب. حتى ضاق مفهومه عند بعضهم ليقصر على القرابة التي هي بين الآباء والأبناء خاصة<sup>(2)</sup>، واتسع عند آخرين ليشمل مطلق القرابة كالعصبة والرحم، ليشمل كل من بينك وبينه قرابة، قرابت أو بعدت، كانت من جهة الأب أو من جهة الأم<sup>(3)</sup>. ومنهم من توسط بين الأمرين فأدخل الإخوة الأشقاء أو لأب مع قرابة الولادة من الذكور في النسب، وجعل القرابة فيمن يقرب الإنسان بغيره لا بنفسه<sup>(4)</sup>.

(1) انظر: الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، دار المعارف - القاهرة، الطبعة الثانية، 1427هـ، الجزء 1، ص 602.

(2) الجرجاني، علي بن محمد، معجم التعريفات، تحقيق ودراسة: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، مصر العربية، 2004 م، ص 43.

(3) البكري، محمد بن عمر، حاشية البكري علي شرح الرحبية، دار القلم، دمشق، الطبعة الثالثة، 1406هـ-1986م، ص 32.

(4) الكاساني، أبو بكر بن مسعود، (المتوفى: 587 هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، 1406 هـ -1986م، الجزء 7، ص 350.

وعرفه بعض المعاصرين بأنه حالة حكمية إضافية بين شخص وآخر، من حيث إن الشخص انفصل عن رحم امرأة هي في عصمة زوج شرعي، أو ملك صحيح، ثابتين، أو مشبهين الثابت للذي يكون الحمل من مائه<sup>(1)</sup>.

وعرفه آخر، بأنه قرابة ممثلة بإضافة حكمية بين اثنين ليس في إدلاء أحدهما إلى الآخر أنثى، والمضاف إليه ليس بأنثى عدا الأم<sup>(2)</sup>. ومن خلال ما تقدم، يمكن أن نعرّف النسب في الفقه الإسلامي بأنه الرابطة الشرعية التي تربط بين الطفل وأبيه فهو علاقة البنوة المبنية على زواج شرعي.

والنسب كما جاء في معجم المصطلحات القانونية، هو صلة قرابة توحد الولد بأبيه أو أمه وبشكل أوسع هي صلة قرابة خط مباشر<sup>(3)</sup>. إلا أن المشرع التونسي، من خلال مجلة الأحوال الشخصية، واقتداء بأحكام الفقه الإسلامي قد اختزل مفهوم النسب في ارتباط الولد بأبيه دون أمهال وجود رابطة شرعية، لأمجد علاقة بيولوجية، إذ ليس ذلك مما يثبت نسب الولد من أبيه<sup>(4)</sup>.

فلم تتعرض مجلة الأحوال الشخصية إلى الولد الطبيعي أو الولد غير الشرعي، أي الابن المولود لشخصين غير مرتبطين بعلاقة الزوجية<sup>5</sup>، إلا بصورة عرضية لم ترد في الكتاب المخصص للنسب بل وردت في الفصل 152 وهو الفصل الأخير من الباب الثامن من الكتاب التاسع وعنوان ذلك الباب " في مسائل متنوعة"، حيث نص " يرث ولد الزنا من الأم وقرابتها وترثه الأم وقرابتها". ويبدو أنّ عدد الأبناء الطبيعيين الذي ما انفك يتزايد قد دفع بالمشرع إلى التدخل بمقتضى قانون خاص هو القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 والمتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، الذي اشترط وسائل معينة لإثبات هذا النوع من البنوة غير الشرعية تختلف عن إثبات البنوة الشرعية. فقد سكت هذا القانون عن وسيلة الفراش كما سكت عند ضبطه لآثار إثبات البنوة الطبيعية عن الإرث الذي يشكّل أثراً أساسياً لثبوت النسب. وحرمان الابن الطبيعي من الميراث، انتقده العديد من فقهاء القانون الذين نادوا بضرورة إقرار حق الطفل الطبيعي في الميراث ومساواته مع الابن الشرعي<sup>(6)</sup>. وفي هذا السياق، جاء في ردّ وزير العدل على تساؤلات أحد النواب في خصوص حرمان الطفل الطبيعي من الميراث أنه: " في الحقيقة لا أقول يحرم من الإرث وأعيد السؤال لماذا لا يتمتع كذلك بالإرث؟ فهو كان محروماً من كل شيء، محروماً حتى من إمكانية النمو بصفة طبيعية بكافة ملكاته العقلية والعضوية... فقلنا علينا أن نتوخى دائماً المرحلة... كان لنا طفل غير معترف به، يعني مقضي عليه من طرف المجتمع فأصبح له الحق في اسم

(1) الخطيب، ياسين، ثبوت النسب، دار البيان العربي، جدة، 1987م، ص 10.

(2) اللودعي، تمام محمد، الجينات البشرية وتطبيقاتها: دراسة فقهية مقارنة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرندن-فرجينيا-الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة الأولى، 1432هـ-2011م، جدة، 1987م، ص 98.

(3) بن حليمة، ساسي، "دعوى نفي النسب، دراسات في الأحوال الشخصية، مركز المشر الجامعي، تونس 2012، ص 403

(4) بن حليمة، ساسي، "دعوى نفي النسب، مرجع سابق الذكر، ص 403-404، يراجع حول مكانة التشريع الإسلامي في مجلة الأحوال الشخصية التونسية: الطاهري، هدى وبخليفة، نعيمة، "القانون الوضعي والتشريع الإسلامي"، رؤية موضوعية للقانون، مجموعة دراسات مهداة إلى روح الأستاذ محمد بقيق، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس 2021، ص. 201 وما بعدها.

بوقرة، محمد المنصف، "إثبات نسب ابن الخطيبين في فقه القضاء التونسي"، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات العليا في القانون الخاص، تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس، 1979، مرقونة، ص 9؛ بوقرة، محمد المنصف، "الإقرار بالنسب في فقه القضاء"، خمسون عاماً من فقه القضاء المدني 1959 - 2009، مركز النشر الجامعي تونس 2010، ص 1269، الجندلي حامد، قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشرعية الإسلامية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2011، ص 203.

(5) بن حليمة، ساسي، "وضعية الطفولة الطبيعية أو غير الشرعية في تونس"، دراسات في الأحوال الشخصية، مرجع سابق الذكر، ص 427.

(6) من بينهم: بنحليمة، ساسي، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي 2011، تونس، ص. 240 و 241.

ولقب، وتبعاً لذلك فإن الأب سينفق عليه إذن أين كنا وأين أصبحنا". وأضاف "لم أقل أنه ليس له الحق بل قلت إن الموضوع مرحلي يعني نسير بالمرحلة ونفكر مع الاحتياط...<sup>(1)</sup>. فهل اقترب اليوم الذي سيساوي فيه المشرع التونسي بين الابن الشرعي والابن الطبيعي؟

مما سبق، نتبين أن المشرع التونسي يميز بين النسب والبنوة الطبيعية، ومعيار التمييز بينهما هو الشرعية. ولقد كرس هذا التمييز صلب الكتاب السادس من مجلة الأحوال الشخصية المتعلق بالنسب. فلم يعترف في هذه المجلة سوى بالنسب الشرعي الذي يستند إلى زواج شرعي تكريسا في ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تحجر علاقة السفاح عملاً بقوله عز وجل " وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ"<sup>(2)</sup>. فلا تلحق الطفل الناتج عنها بنسب الزاني "خشية أن يشيع الفسق وينتشر الفساد وتختلط الأنساب"<sup>(3)</sup>. فلا يذهب نسب الأب للآتي من الولد إلا ما طهر منه، وهو الذي يعقد في الأصل نكاحاً. فإذا كان فيه لوثة من سفاح ذهب حق الأب فيه، وذهب حقه فيما كان سترتب عليه من ميراث وبر، وبقي للأب حقه إلا أن تُجهل، كحال اللقيط. وهو المعنى من قوله عليه الصلاة والسلام: الولد للفراش وللعاهر الحجر<sup>(4)</sup>. ذلك أن النسب شرف، ولا يُمنح الشرف للرجل الزاني، وكرامة، ولا تُتأل الكرامات بالمعاصي. وإن الزنا مما حاربه الإسلام، فلا يستوي أن يقره بقبول ما يترتب عنه، ولا يُعقل.

وقد أكدت محكمة التعقيب التونسية في عدة قراراتها، تشبثها بالمفهوم الشرعي لمصطلح "النسب"، وأن النسب لا يثبت من اتصال جنسي غير شرعي واقع على وجه الزنا لما قد يترتب عن ذلك من اختلاط في الأنساب واستهانة بعقد الزواج الشرعي الذي تتكون منه الأنساب والأسر المترابطة<sup>(5)</sup>.

(1)الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، مداوات مجلس النواب، 20 أكتوبر 1998، ص.88 و89.

(2)جزء من الآية 24 من سورة النساء

(3)بالشيخ، عبد الرؤوف، الوضعية القانونية للبنوة غير الشرعية في القانون التونسي، مذكرة نيل شهادة الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق بتونس، نوفمبر 1979، ص.5.

(4)البخاري، محمد بن إسماعيل، (المتوفى: 256 هـ)، صحيح البخاري، الطبعة الأولى، دار ابن كثير-دمشق بيروت، سنة النشر: 1423 هـ - 2002م، كتاب المغازي، حديث رقم 4076.

بوقرة، محمد المنصف، إثبات نسب ابن الخطيبين في فقه القضاء التونسي، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات العليا في القانون الخاص، تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس، 1979، مرقونة، ص 9، بوقرة، محمد المنصف، "الإقرار بالنسب في فقه القضاء"، خمسون عاماً من فقه القضاء المدني 1959 - 2009، مركز النشر الجامعي تونس 2010، ص 1269، الجندي حامد، قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشريعة الإسلامية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2011، ص 203.

(5) من ذلك القرار التعقيبي المدني عدد 760 مؤرخ في 26-04-1977، نشرية محكمة التعقيب التونسية 1977، ص 243، قرار تعقيبي مدني عدد 26431 بتاريخ 2-06-1992، نشرية محكمة التعقيب التونسية 1992، ص183، القرار الصادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب عدد 36913 مؤرخ في 31 ماي 2012، قرار تعقيبي مدني عدد 51346 مؤرخ في 26 نوفمبر 1996، نشرية محكمة التعقيب التونسية 1996، ص228. قرار تعقيبي مدني عدد 49089 مؤرخ في 7 ماي 1996، نشرية محكمة التعقيب التونسية لسنة 1996، ص 231، القرمزي، محمد، " أحكام النسب بين مجلة الأحوال الشخصية والتشريع الإسلامي"، دراسات قانونية 2014، مجلة تصدرها كلية الحقوق بصفاقس، تونس، عدد 21، ص 47.

## الفقرة الثانية: الإثبات

## الإثبات لغة

الإثبات في اللغة: إقامة الحجّة، والثبت<sup>(1)</sup>، الدليل، وهو معرفة الشيء حق المعرفة<sup>(2)</sup>، وثبت الأمر، صح وتحقق، وثبت الأمر، صحه وحققه، وأثبت الكتاب، سجله. وأثبت الحق: أقام حجته<sup>(3)</sup>.

## الإثبات اصطلاحاً

استعمل الفقهاء الإثبات بمعناه اللغوي وهو إقامة الحجّة<sup>(4)</sup>. ويُراد بالإثبات، عندهم، معنيان: عام وخاص. فالعام، هو إقامة الحجّة على حق أو على واقعة مطلقاً. والخاص، هو إقامة الحجّة أمام القضاء، عند التنازع، بالطرق التي حددها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية<sup>(5)</sup>. والمقصود بالإثبات قانونياً، هو الإثبات القضائي أي إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة في القانون على وجود واقعة قانونية متنازع عليها بين الخصوم بحيث تترتب على ثبوتها آثار قانونية<sup>(6)</sup>.

## أهمية الإثبات:

تعدّ مسألة إثبات النسب من المسائل التي اهتم بها الفقه الإسلامي والقانون الوضعي التونسي. لأنه متى ثبت النسب، قامت عليه حقوق وترتب عليه واجبات. فالنسب حكم شرعي، لا تتم كثير من العبادات إلا به، كصلة الرحم والإرث، والنكاح، والنفقة، والولاية. وفي الحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله صَلَّى الله عليه وسلم قال: تعلموا من أنسابكم ما تصلون به أرحامكم فإن صلة الرحم محبة في الأهل مثرة في المال منسأة في الأثر<sup>(7)</sup>. وقد أغلظ النبي صَلَّى الله عليه وسلم أمر الادعاء في النسب أو جحوده. كما في حديث أبي ذر الغفاري رضي الله عنه، أن رسول الله صَلَّى الله عليه وسلم قال: ليس من رجلٍ ادعى لغير أبيه، وهو يعلمه، إلا كفر، ومن ادعى قومًا ليس له فيهم، فليتبوأ مقعده من النار<sup>(8)</sup>. وفي حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه، قال: قال النبي صَلَّى الله عليه وسلم: كفرٌ بأمرٍ ادعاءٌ نسبٍ لا يعرفه أو جده وإن دق<sup>(9)</sup>. وحيث جاء التهريب من النبي صَلَّى الله عليه وسلم، كان الأمر في النسب بمقدار ما قرره الشرع إثباتاً ونفيًا. فليس لأهواء الناس في تقرير النسب شيء، إنما هو ما حكم به الله تعالى ورسوله، وصدق الله ورسوله.

(1) ابنمنظور، محمد بن مكرم، لسانالعرب، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1999م، مادة (ثبت)، الجزء 3، ص 6.

(2) ابنمنظور، نفس المرجع السابق الذكر.

(3) مصطفى، إبراهيم وحسن، أحمد وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004، الجزء الأول، ص 93.

(4) الزحيلي، محمد مصطفى، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، دار البيان، دمشق، الطبعة الأولى، 1402هـ-1982م، ص 22.

(5) الزحيلي، محمد مصطفى، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق الذكر، ص 23.

(6) شرف الدين، أحمد، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، طبعة نادي القضاة، مصر، 2004، ص 9؛ شرف الدين، محمد كمال، قانون مدني (النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق)، طبعة ثانية، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس 2017، ص 349، يراجع حول الصبغة القضائية للإثبات بالخصوص: المزغني، رضا، أحكام الإثبات، معهد الإدارة العامة، الرياض 1985.

(7) الترمذي، أبو عيسى الترمذي (متوفى 279 هـ)، جامع الترمذي، أبواب البر والصلة، باب ما جاء في تعليم النسب، حديث رقم 1985.

(8) البخاري، محمد بن إسماعيل، (المتوفى: 256 هـ)، صحيح البخاري، الطبعة الأولى، دار ابن كثير - دمشق بيروت، سنة النشر: 1423 هـ - 2002م، كتاب المناقب، حديث رقم 3347.

(9) ابنماجة، محمد بن يزيد، ابن ماجة، محمد بن يزيد (المتوفى: 273 هـ)، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، كتاب الفرائض، باب من أنكر ولده، حديث رقم 2757.

ومنشأ النسب، الماء، كما هو قوله عز وجل: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾<sup>(1)</sup>. قال علي رضي الله عنه: النسب ما لا يحل نكاحه، والصهر ما يحل<sup>(2)</sup>. ومنه تبين أن الماء كما هو منشأ النسب هو أيضا سبب التحريم، وأن التحريم يكون بالماء الذي هو منشأ النسب لا بالنسب ذاته الذي يترتب على ماء النكاح دون السفاح، قال عز وجل: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّن الرِّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾<sup>(3)</sup>. فتأكد من الآية أن الماء هو سبب التحريم. والنسب سبب رباط الأبناء بالأباء: قال عز وجل: ﴿ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾<sup>(4)</sup>... كذلك، إذا ثبت النسب قانونيا فإن ذلك يعني أن الطفل يتمتع بحقوقه كافة، المتمثلة أساسا في حمل اللقب العائلي والمطالبة بالنفقة والحضانة والولاية والتوارث<sup>(5)</sup>. كما يحمله ببعض الالتزامات من ذلك مواعع الزواج المنصوص عليها بالفصول 14 و15 و16 و17 من مجلة الأحوال الشخصية.

#### وسائل إثبات النسب:

ولقد تعرض الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية لوسائل إثبات النسب حين نص على أنه " يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر"، وهو فصل يستروح أحكامه دون شك من مبادئ الفقه الإسلامي. ذلك أن وسائل الإثبات المذكورة في هذا الفصل، هي نفسها وسائل إثبات النسب المتفق عليها التي قررها الفقه الإسلامي: الفراش، والإقرار، والشهادة، وهي وسائل تقليدية لإثبات النسب<sup>(6)</sup>. إلا أنه مع التطور التكنولوجي الذي عرفته البشرية في هذا العصر، الذي أظهر للوجود وسائل علمية دقيقة وقع الاستفادة منها في عدة ميادين، منها الميدان القانوني، مثاله إثبات النسب وبالتحديد ما اصطلح عليه بالبنصمة الوراثية.

(1) سورة الفرقان: الآية 54.

(2) الواحدي، علي بن أحمد بن محمد (المتوفى 468هـ)، التفسير البسيط، تحقيق: سليمان بن إبراهيم الحصين، دققه ونقحه وضبطه: عبد العزيز بن سطات آل سعود وتركي بن سهو العتيبي، العبيكان، الطبعة الثانية، 1439هـ-2018م، الجزء 16، ص 500.

(3) سورة النساء: الآية 23.

(4) سورة الأحزاب: الآية 5.

(5) بن حليم، ساسي، "وضعيفة الطفولة الطبيعية أو غير الشرعية في تونس"، دراسات في الأحوال الشخصية، مرجع سابق الذكر، ص 444، محمد المنصف بوقرة، "الإقرار بالنسب في فقه القضاء"، مقال سابق الذكر، ص 1269

(6) شندول سعد، عمارة، المستجدات العلمية وأثرها في تغيير الأحكام الاجتهادية، بحث مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص: الفقه والسياسة الشرعية، المعهد العالي للحضارة الإسلامية تونس، السنة الجامعية 1440-1441هـ/2019-2020، ص 408.

**الفقرة الثالثة: تعريف البصمة الوراثية:**

البصمة في اللغة، العلامة<sup>(1)</sup>، نقول: بصم القماش، أي جعل عليه علامة مصنعه. وهي الأثر، نقول: ترك بصمته في الشيء أو عليه، يعني ترك أثرا وذكرنا حسنا أو سيئا. والبصمة طبع بطرف الإصبع للدلالة على صاحبه كما يُفعل في العقود عوضا عن الختم، نقول: بصم بصما، أي ختم بطرف إصبعه<sup>(2)</sup>.

وهي مشتقة من فعل بَصَمَ، أي رسم علامة على الشيء تدل على صاحبه.

وقيل مشتقة من البُصم، بضم الباء. والبُصم، الغليظ والكثيف. نقول: رجل ذو بُصم: يعني غليظ. وثوب له بُصم إذا كان كثيفا كثير الغزل. والبُصم، قدر المسافة بين كل إصبعين، وقيل فوت ما بين الخنصر إلى البنصر<sup>(3)</sup>.

وقد عرف مجمع الفقه برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشر المنعقدة في مكة المكرمة في 31 أكتوبر 1998 البصمة الوراثية بأنها " البنية الجينية التي تدلّ على هويّة كلّ إنسان بعينه"<sup>(4)</sup>.

كما عرفها بعض فقهاء القانون بأنها معلومات خالصة تخص شخصاً ما التي تميزه عن غيره فهي وسيلة بيولوجية لتحديد شخصية الفرد وهويته<sup>(5)</sup>، وعرفها بعضهم الآخر بأنها "البنية الوراثية التي يتقرّد بها كل شخص عن غيره التي تمكّننا من التحقّق من الشخصية والوالديّة البيولوجيّة"<sup>(6)</sup>.

إن حداثة تقنية التحليل بالبصمة الوراثية، كانت دافعا وراء الاختلاف في الرؤى الفقهية سواء على صعيد الفقه الإسلامي أو القانوني حول مشروعية العمل بها في إثبات النسب خاصّة وأنّ القانون التونسي لم ينص صراحة على هذه التقنية كوسيلة من وسائل إثبات النسب. كذلك عدم الإشارة إليها في مؤلفات الفقهاء المسلمين الأوائل اعتبارا لحداتها.

**المبحث الثاني****مدى مشروعية إثبات النسب بالبصمة الوراثية**

تبنى المشرع التونسي صلب الكتاب السادس من مجلة الأحوال الشخصية المتعلق بالنسب أحكام الشريعة الإسلامية في إثبات النسب. فقد نصّ الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية "يُثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة". ومرجع هذا الفصل الحديث النبوي الشريف "الولد للفراش وللعاهر الحجر". فلم تقر الشريعة الإسلامية كما المشرع التونسي اعتماد البصمة الوراثية في إثبات النسب. ولكن يطرح السؤال عن إمكانية اعتمادها سواء على صعيد الفقه الإسلامي (المطلب الأول) أو على صعيد القانون الوضعي التونسي (المطلب الثاني).

(1) معلوف، لويس، المنجد في اللغة والأعلام، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، الطبعة الثامنة والثلاثون، 2000م، ص 40، مادة بصم.

(2) مصطفى، إبراهيم وحسن، أحمد وآخرون، المعجم الوسيط، مرجع سابق الذكر، ص 60.

(3) الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب، قاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، 1426 هـ - 2005 م، ص 1425.

(4) وثيقة منشورة على موقع [www.gulfkids.com](http://www.gulfkids.com)، ص 8.

(5) عامر القيسي، "في الماهية القانونية للجين البشري"، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، عدد 43-2006، ص 84.

(6) حمادو، نذير، "البصمة الوراثية وأثرها في إثبات نسب الولد الغير شرعي، دراسة فقهية في إطار ملتقى علمي حول "البصمة الوراثية DNA في الاثبات"، سطيف 10 أبريل 2008، ص 4.

## المطلب الأول

### مدى مشروعية استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب في الفقه الإسلامي

أدلة النسب قسمان:

الأول: ما اتفقوا عليه، وهي الفراش والبينة والإقرار أو الاستلحاق.

والثاني: ما اختلفوا فيه، وتشمل القيافة والقرعة.

والقيافة من قاف الأثر، أي تتبعه وعرفه، والقائف الذي يتتبع الآثار فيعرفها ويعرف شبه الرجل بقريبه، ويعرف بفرسته نسب المولود بالنظر إلى أعضائه<sup>(1)</sup>.

والقيافة النظر في الشبه الظاهري من تفاصيل الشكل والصوت والحركة وطريقة الكلام واللحن والأثر وتمييزها، وتجمع في المصطلح الحديث كل البصمات الظاهرة، في الشكل والصوت والحركة والأثر، كبصمة الوجه والعينين والأذنين والمعصمين والقدمين واليدين وبصمة الصوت وبصمة الحركة في طريقة القيام والقعود والمشية وفي الأثر. واختلف الفقهاء، في اعتبار القيافة دليلاً في إثبات النسب. والجمهور على اعتبارها دليلاً في إثبات النسب عند الاشتباه والتنازع<sup>(2)</sup>. وقال "الحنفية" بمنع الأخذ بها<sup>(3)</sup>.

واستدل الجمهور بحديث عائشة رضي الله عنها، قالت: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دَخَلَ عَلَيَّ مَسْرُورًا، تَبَرُّقُ أَسَارِيرُ وَجْهِهِ، فَقَالَ: أَلَمْ تَرِي أَنْ مُجَزَّرًا نَظَرَ أَنْفًا إِلَى زَيْدِ بْنِ حَارِثَةَ وَأَسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ. واستدلوا بأن عمر رضي الله عنه قضى بقول القافة بمحضر من الصحابة من غير إنكار واحد منهم، فكان كالإجماع.

واختلفوا في العدد الذي به يصح الأخذ بالقيافة، وهل يكفي الواحد. فقال جماعة أنه لا يؤخذ في القيافة بأقل من قول اثنين، لأنه قول يثبت به النسب فأشبهه الشهادة. وقال آخرون بل يُكْتَفَى بالواحد، لما تبين من حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أخذ بقيافة مجززا. قلت: ومنه فعل عمر رضي الله عنه الذي شهد به جمع الصحابة<sup>(4)</sup>. وقال "الحنفية"، بأن القيافة شبيهة وظن، ولا اعتبار لحكم الشبهة. والعمل بالقيافة تعويل على مجرد الشبه، وقد يقع بين الأجنبي، وينتفي بين الأقارب، مع ما يترتب عليها من قذف المحصنات<sup>(5)</sup>.

وفي الحديث، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ مِنْ بَنِي فِرَازَةَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: إِنَّ امْرَأَتِي وَلَدَتْ غُلَامًا أَسْوَدَ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَمَا أَلْوَانُهَا؟ قَالَ: حُمْرٌ، قَالَ: لَنْ فِيهَا

(1) الجرجاني، علي بن محمد، معجم التعريفات، مرجع سابق الذكر، ص 148.

(2) ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، تحقيق محمد صبحي حسن حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مكتبة العلم، جدة، الطبعة الأولى، 1415 هـ، ص 142، الشريبي، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء 6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421 هـ - 2000م، ص. 439.

(3) السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، الجزء 17، دار المعرفة، بيروت 1409 هـ - 1989 م، ص 68.

(4) ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، الجزء 10، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية، 1408 هـ - 1988م، ص 126. الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء 21، تحقيق معوض، علي، وعبدالموجود، عادل، دار الكتب العلمية، 1414 هـ - 1994 م، ص. 425.

(5) السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، الجزء 17، مرجع سابق، ص 81.

مَنْ أَوْزَقَ؟ قَالَ: إِنَّ فِيهَا لَوْزَقًا، قَالَ: فَأَتَى أَتَاهَا ذَلِكَ؟ قَالَ: عَسَى أَنْ يَكُونَ نَزَعُهُ عِزْقٌ، قَالَ: وَهَذَا عَسَى أَنْ يَكُونَ نَزَعُهُ عِزْقٌ<sup>(1)</sup>.

وجه الدلالة: لو كان الشبه كافيا لاكتفى به في ولد الملاعنة، ولجری الحكم به ولم يشرع اللعان.

يمكن الردّ على هذا القول بأن استدلال الجمهور بقصة أسامة رضي الله عنه، فينفع في دفع النفي والشبهة بإقرار النسب وتأكيده لا في إثباته. فإن زيدا يعرف ابنه ويقر بنسبه إليه، وشهادة من حول زيد، ورسول الله صلى الله عليه وسلم منهم، تكفي بالقضاء ببنته لأسامة. وإنما كان قول مجرز لإسكات اليهود الذين آذوا النبي صلى الله عليه وسلم في التعريض بحبّ أسامة، حيث كان أسامة بن زيد أسود كالفحم، وكان زيد بن حارثة أبيض كالقطن، فطعن المنافقون في نسبه إلى أبيه، لا في شك في ذلك النسب.

فلو كان النبي صلى الله عليه وسلم نفسه شك في نسبة أسامة لأبيه، وأن سروره بقول مجرز كان لثبوت النسب عنده بما جرى من قيافة وإقرار بذلك، لكان القول بالقيافة، بحسب ما قال الجمهور، مقدم على القول بالفراش والإقرار والشهادة، لاجتماعها في هذه الواقعة، وهذا ما لا يقول به عاقل. فلا أحد ينكر وجود الفراش الذي يثبت النسب. ولا أحد ينكر إقرار زيد بنسب أسامة إليه. ولا أحد ينكر شهادة النبي وآل بيته وصحابته على نسبة زيد لأسامة. فمن أين يستقيم القول أن القيافة دليل إثبات؟

فأما قولهم بأن عمر رضي الله عنه، قد قضى بالقيافة، فليس على الإطلاق الذي يفهمه الناس بقولنا قضى بها عمر رضي الله عنه. قال ابن رشد رحمه الله: وعمدة استدلال من قال بالقيافة ما رواه مالك عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم، أي يلحقهم بمن ادعاهم في الإسلام، فأتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة، فدعا قائمًا فنظر إليه، فقال القائف: لقد اشتراكا فيه، فضربه عمر بالدرّة، ثم دعا المرأة فقال: أخبريني بخبرك، فقالت: كان هذا لأحد الرجلين، يأتي في إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن، ونظن أنه قد استمر بها حمل، ثم انصرف عنها فأهريقته عليه دمًا، ثم خلف هذا عليها، تعني: الآخر، فلا أدري أيهما هو، فكبر القائف، فقال عمر للغلام: وإل أيهما شئت، قالوا: فقضاء عمر بمحضر من الصحابة بالقيافة من غير إنكار واحد منهم هو كالإجماع<sup>(2)</sup>.

والواضح من قضاء عمر رضي الله عنه أن القول في القيافة للاستبيان والتمييز لا للإثبات. فإنه إن كان للإثبات لكان جمع الرجال والغلمان ممن جهل نسبهم فأمر القائف بأن يليط كل غلام لمن يظهر أنه أباه. ولكن عمر رضي الله عنه ألحق كل غلام بمن يستليطه ما لم ينازعه فيه أحد. وحيث وقع النزاع في ولد هذه المرأة، أمر القائف للتمييز وحسم نزاعهم. وهذا حكمه بعيد عما يراد به الإثبات.

وحيث فشل القائف في التمييز، سأل المرأة وأخذ بما شهدت، وهذا دليل على أخذ عمر بشهادة النساء في مثل هذا لمعرفتهن بما قد يغيب على الرجال كما أسلفنا.

ولا يُلجأ للقيافة إلا في تنازع أو شك، فعن سعيد بن المسيب أن رجُلَيْنِ اشْتَرَكَ فِي ظَهْرِ امْرَأَةٍ، فَوَلَدَتْ لهُمَا وَوَلَدًا، فَارْتَفَعَا إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَدَعَا لَهُمَا ثَلَاثَةَ مِنْ الْقَائِفَةِ، فَدَعَا بِتُرَابٍ قَوَطِيٍّ فِيهِ الرَّجُلَانِ وَالْغُلَامُ.

(1) مسلم، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب اللعان، باب وجوب الإخداد في عدّة الوفاة، وتحرّيمه في غير ذلك، حديث رقم 2848.

(2) ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق الذكر، ص 530.

ثُمَّ قَالَ لِأَحَدِهِمْ: انظُرْ، فَانظُرْ، فَاسْتَقْبَلْ وَاسْتَعْرِضْ، وَاسْتَدْبِرْ، ثُمَّ قَالَ: أَسِرُّ أَوْ أَعْلِنُ؟ فَقَالَ عُمَرُ: بَلْ أَسِرُّ. فَقَالَ: لَقَدْ أَخَذَ الشَّيْبَةَ مِنْهُمَا جَمِيعًا، فَمَا أُدْرِي لِأَيِّهِمَا هُوَ؟ فَأَجْلَسَهُ. ثُمَّ قَالَ لِلْآخَرِ أَيْضًا: انظُرْ، فَانظُرْ، وَاسْتَقْبَلْ، وَاسْتَعْرِضْ، وَاسْتَدْبِرْ، ثُمَّ قَالَ: أَسِرُّ أَوْ أَعْلِنُ؟ قَالَ: بَلْ أَسِرُّ. قَالَ لَقَدْ أَخَذَ الشَّيْبَةَ مِنْهُمَا جَمِيعًا، فَلَا أُدْرِي لِأَيِّهِمَا هُوَ؟ وَأَجْلَسَهُ. ثُمَّ أَمَرَ الثَّالِثَ فَانظُرْ، فَاسْتَقْبَلْ، وَاسْتَعْرِضْ وَاسْتَدْبِرْ، ثُمَّ قَالَ: أَسِرُّ أَمْ أَعْلِنُ؟ قَالَ: لَقَدْ أَخَذَ الشَّيْبَةَ مِنْهُمَا جَمِيعًا، فَمَا أُدْرِي لِأَيِّهِمَا هُوَ؟ فَقَالَ عُمَرُ: إِنَّا نَعْرِفُ الْأَثَارَ بِقَوْلِهَا ثَلَاثًا، وَكَانَ عُمَرُ قَالَهَا، فَجَعَلَهُ لِهَٰمَا، يَرِثَانِهِ وَيَرِثُهُمَا. فَقَالَ لِي سَعِيدٌ: أَتُدْرِي عَنْ عَصْبَتِهِ؟ قُلْتُ: لَا، قَالَ: الْبَاقِي مِنْهُمَا<sup>(1)</sup>.

يحصل مما تقدم أن القيافة لا تطلب كدليل إثبات حال انعدام الدليل على النسب وإنما تطلب لتأكيد حال وجود نزاع أو ظهور احتمال. والله تعالى أعلم.

ولا يعدم أحد، أن يقيس البصمة الوراثية على القيافة. إذ القيافة نظر في وصف ظاهر الشخص، والبصمة الوراثية نظر في باطنه. والبصمة أكد دليلًا من القيافة وأقوى وأقرب إلى الصواب. لأنه إذا جاز الحكم بثبوت النسب بناء على القيافة لاستنادها على علامات ظاهرة مبنية على الفراسة فإن الأخذ بالبصمة الوراثية أولى منها لاعتمادها على أدلة محسوسة من خلال الفحوصات المخبرية. فاعتماد مثل هذه الوسيلة العلمية في إثبات النسب تجنب اختلاط الأنساب ولا تتعارض مع تعاليم الدين الإسلامي الحنيف. ولكن يجب استعمالها بشروط وضوابط الحذر من التكنولوجيا المتطورة.

وحيث علمنا أنه لا يلجأ إلى طلب القيافة في النسب إلا في حال نزاع، فكذلك الشأن في البصمة الوراثية. ولا ينظر في البصمة الوراثية لأجل النسب، حال النزاع، إلا إذا تحقق النكاح أو شبهة النكاح، فإن البصمة تدل على صاحب الماء، والنسب في الشرع لا يثبت بالسفاح. ذلك أن الشارع قصر النسب على سببين هما: النكاح وملك اليمين، فلا تجوز الزيادة عليهما ولا مدخل للقياس فيهما. وينظر في البصمة الوراثية حال الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وفي أطفال الأنابيب، وفي حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعد معرفة أهلهم، وعند وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها. كما يصح الاستئناس بها بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني

### مدى مشروعية استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب في القانون الوضعي التونسي

لئن أقر المشرع التونسي اعتماد التحليل الجيني صراحة فيما يتعلق بإثبات البصمة الوراثية على معنى القانون عدد 75 لسنة 1998 مؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب<sup>(3)</sup>. حين نصّ الفصل 3 مكرر منه "ويمكن للأب أو للأم أو النيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية

(1) الطحاوي، محمد بن أحمد، شرح معاني الآثار، كتاب القضاء والشهادات، باب الولد يدعيه الرجلان كيف الحكم فيه؟، حديث رقم 4078، حققه وعلق عليه محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية، 1416 هـ.

(2) نفس المرجع السابق.

(3) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 87 بتاريخ 30 أكتوبر 1998، ص 2176.

المختصة لطلب إسناد لقب الأب إلى مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني"، فإنه لم يتعرض لهذه التقنية في إثبات النسب. حيث نصّ الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية: "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة". والسؤال الذي يطرح نفسه تبعا لمقتضيات هذا الفصل هل يمكن التوسّع في تأويله وإضافة وسائل أخرى لإثبات النسب كالتحليل الجيني؟

اختلفت الأجوبة عن هذا السؤال، فقد قضت المحكمة الابتدائية بسوسة في حكمها عدد 40376 بتاريخ 29 فيفري 2000 برفض دعوى ثبوت نسب وذلك اعتبارا إلى أن الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية قد أورد ثلاث وسائل لإثبات النسب وحصر قانون 1998 إمكانية اللجوء إلى التحليل الجيني في إسناد اللقب العائلي دون إثبات النسب، ونفس الموقف اتخذته محكمة الاستئناف بالمنستير في قرارها عدد 13494 بتاريخ 9 نوفمبر 2000 بشأن حصر مناه تطبيق قانون 1998 في إطار إثبات الأبوة دون إثبات النسب.

وهذا الاتجاه كرسته محكمة التعقيب في قرارها عدد 6719 الصادر في 11 ماي 2001 حين جزمت عند شرحها لأحكام الفصل الأول من قانون 98 بأن الأمر لا يتعلق بإثبات نسب.

وفي القرار التعقيبي عدد 3040 الصادر في 16 نوفمبر 2000 اعتبرت المحكمة أن التحليل الجيني وسيلة من وسائل إثبات الأبوة على الأطفال المهملين أو مجهولي النسب لغاية إسناد لقب عائلي لهم تطبيقا لأحكام القانون عدد 75 لسنة 1998 ولا فائدة ترجى منه في خصوص النسب الذي لا يثبت إلا بالوسائل المنصوص عليها بالفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية.

ومع ذلك فقد لمّحت محكمة التعقيب في قرارها عدد 5931 مؤرخ في 21 أكتوبر 1968 إلى إمكانية قبول وسيلة إثبات أخرى غير منصوص عليها بالفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية (وسيلة التحليل الدموي) عندما نقضت قرارا استئنافيا بعلّة ضعف التعليل لأنه لم يجب عن سند من سندات دعوى إثبات النسب مأخوذة من كون فصيلة دم الطفل من نفس فصيلة دم المدعى عليه كأب.

وذهب اتجاه آخر إلى أن التحليل الجيني لا يقوم بمفرده وسيلة إثبات للنسب غير أنه يمكن أن يدمج مع إقرار أو بينة. ففي حكم أصدرته المحكمة الابتدائية بالقيروان تحت عدد 32442 بتاريخ 05 جوان 2001 قضي بثبوت نسب من ولد في بحر عام من الطلاق و كان حسب البينة جنينا زمن نشر دعوى الطلاق و ثبت بالتحليل الجيني ببنته لأبيه و هو حكم أقرته محكمة الاستئناف بسوسة بتاريخ 12 ديسمبر 2001 تحت عدد 4420 التي لم تنقضه محكمة التعقيب التي أوردت في حيثيات قرارها عدد 19484 المؤرخ في 7 فيفري 2003 " انتهت المحكمة إلى أن النسب ثابت بتوفر شروط الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية و تعني الفراش و البينة و قد استأنست بنتيجة التحليل الجيني الذي أثبت نسبة الطالب لوالده المطلوب".

وهناك الآن اتجاه جسّمته المحكمة الابتدائية بمنوبة بحكم أصدرته في 2 ديسمبر 2003 اعتبرت فيه أن " الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية هو نص منفتح على مختلف وسائل الإثبات التي تستحدث بعد صدوره بشرط أن تكون مبعث ثقة وجديّة كما هو الحال بالنسبة للتحليل الجيني...مما يجعله حريا بالاعتماد إلى جانب باقي وسائل الإثبات الواردة بالفصل المذكور"<sup>(1)</sup>.

(1) مجموعة قرارات ذكرت في مقال والي، دة والحشيشة، أحمد، "إثبات البينة"، مقالات في قانون العائلة، جمعية الحقوقيين بصفاس، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس 2016، ص 101 و 102.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن أغلب التشاريح العربية قد اعتمدت على هذه الوسيلة لإثبات النسب. من ذلك قانون الأسرة الجزائري الذي أجاز للقاضي أن يلجأ في إثبات النسب إلى الطرق العلمية، حيث جاء في نص المادة 2/40 من قانون الأسرة الجزائري المنقح بمقتضى الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ما يلي: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" ومن بين الطرق العلمية يمكن الاعتماد على البصمة الوراثية. كما أقر المشرع المغربي إمكانية الاعتماد بالخبرة القضائية في إثبات النسب، فنص في المادة 158 من مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004 على أنه: «يثبت النسب بالفرش أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية». والمقصود بهذه الخبرة بالأساس، خبرة الطبيب، الذي يعتمد على أحدث التطورات العلمية، في هذا المجال، والمرتكزة على البصمات الوراثية، المعروفة في علم الجينات<sup>(1)</sup>.

كما أجاز قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019 اللجوء إلى الطرق العلمية القطعية لإثبات النسب بشرط توافر فرش الزوجية، حيث جاء في المادة (157/ج) ما يلي: "للمحكمة أن تثبت نسب المولود لأبيه بالوسائل العلمية القطعية مع مراعاة أحكام ثبوت النسب بفرش الزوجية".

### المبحث الثالث

#### حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب

يتناول هذا المبحث من جهة أولى، القيمة الشرعية والقانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية (المطلب الأول)، ومن جهة ثانية، الإشكاليات المتعلقة بدعوى إثبات النسب (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول

##### القيمة الشرعية والقانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية

انقسم الفقهاء في تحديد قيمة إثبات النسب بالبصمة الوراثية إلى فريقين: يرى الفريق الأول أن البصمة الوراثية قرينة قطعية<sup>(2)</sup>. فهي ذات دلالة علمية قطعية يقينية؛ لإثبات هوية الإنسان، وتعد سبباً شرعياً؛ لحسم نزاع النسب<sup>(3)</sup>. "فقد أثبتت التجارب العلمية المتكررة أن البصمة الوراثية إذا توفرت شروطها وأكثر عيناتها مع ملاحظة الدقة والضبط والتكرار دليل قطعي وأكثر نتائجها 100%"<sup>(4)</sup>. أما الفريق

<sup>(1)</sup> وزارة العدل المغربية، دليل علمي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1، 2004، ص 98\_99.

<sup>(2)</sup> واصل، فريد -مفتي جمهورية مصر العربية - سابقاً-، "البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 17، السنة 15، 1425 هـ / 2003 م، ص 65، هلامي، سعد الدين، "البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها"، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر لمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، 1422 هـ / 2002 م، المجلد 3، ص 65، القرهداغي، علي محيي الدين، "البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 16، السنة 14، 1424 هـ / 2003 م، ص 55.

<sup>(3)</sup> واصل، فريد -مفتي جمهورية مصر العربية - سابقاً-، "البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها"، مرجع سابق، ص 65.

<sup>(4)</sup> القرهداغي، علي محيي الدين، "البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي"، مرجع سابق، ص 55.

الثاني، فيرى أن البصمة الوراثية لا ترقى إلى مستوى القرائن القطعية. فمهما بلغت النظريات العلمية الحديثة من طبية وغيرها، من الدقة والقطع بالصحة في نظر المختصين، "إلا أنها تظل محل شك ونظر؛ لِمَا عُلِمَ بالاستقراء للواقع أن بعض النظريات العلمية المختلفة في طَبِّ وغيره يظهر مع التقدم العلمي الحاصل بمرور الزمن إبطال بعض ما كان يُقَطَعُ بصحته علمياً" (1).

وقد برّر مؤيدو هذا الرأي بأن الأصل في البصمة الوراثية القطع غير أن الظروف أهدرت من قيمتها؛ ذلك بأنّها تقتصر إلى التأثير في نفسية القاضي؛ لأن إجراء التحليل يتم في غيابه، وعدم وقوف القاضي على نوعية القائمين على المختبر، بالإضافة إلى أن الظروف المحيطة والإجراءات المعقدة عند التحليل أهدرت من قيمتها (2).

وقد ذهب المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي إلى أنّ: "البصمة الوراثية إذا استوفت الشروط الكاملة، واجتبت الأخطاء البشرية؛ فإن نتائجها تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين، أو نفيها عنهما، وتصل نتائجها إلى 99.9% (3). وفي هذا الإطار أوصى مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر (4):

- أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء، وأن يكون في مختبرات للجهات المختصة، وأن تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاوله هذا الفحص، لما يترتب على ذلك من المخاطر الكبرى.

- تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة يشترك فيها المتخصصون الشرعيون والأطباء والإداريون، وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية، واعتماد نتائجها.

- أن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش، ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع، وأن يتم التأكد من دقة المختبرات، وأن يكون عدد المورثات (الجينات المستعملة في الفحص) بالقدر الذي يراه المختصون ضروريا رفعا للشك.

وخلاصة القول، الرأي الأرجح، الأصل في البصمة الوراثية اليقين والقطعية إلا أنّ عامل اليد البشرية والمراحل المعقدة التي يتطلبها التحليل قللت من مصداقيتها وجعلت نتائجها قريبة من القطع، بمعنى أنها قرينة قطعية من الناحية العلمية وقرينة ظنية من الناحية العملية (5). فهي ترتقي إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية، وتمثل تطورا عسريا عظيما في مجال القيافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه. وبالتالي يجب عدم التسليم المطلق بنتائج التحليل الجيني قبل اختبار الموضوعية، والوقوف على طبيعة عدّة التقنية والتأكد من سلامة الأجهزة، ودراية الفنيين في تشغيلها، كما يجب إجراء تحليلين من عينتين مختلفتين لإمكان المقارنة والاطمئنان لسلامة النتيجة، وأن يكون العامل عليها من أهل الاختصاص

(1) السبيل، عمر بن محمد، "البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجنائية"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 15، السنة 13، 1423 هـ/ 2002 م، ص 55.

(2) الكعبي، خليفة علي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، رسالة ماجستير منشورة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2004 م، ص 205.

(3) انظر: تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 16، السنة 14، 1424 هـ/ 2003 م، ص 292.

(4) القرار رقم 7 الصادر عن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من 5-10 جانفي 2002.

(5) حمادو، نذير، "البصمة الوراثية وأثرها في إثبات نسب الولد الغير شرعي"، مقال سابق الذكر.

والخبرة ولا يكون في مرحلة التجريب بل يكون متمرسا وذا خبرة وأن يكون القائمون على إجراء الفحوص والتحليل الخاصة بالتحليل الجيني عدولا ثقة أمناء وأن لا تتدخل المصالح الشخصية والأهواء في هذه الفحوصات(1). كما أن القاضي إذا شك في النتائج، له أن يأمر بإعادتها مرة أخرى. ففي قضية طالبت المعقبة بإجراء تحليل جيني ثاني على أساس أن نتيجة التحليل مشكوك فيها. وقبلت محكمة التعقيب الطلب وذهبت في إحدى حيثيات القرار " وحيث أن التعليل الذي انتهجته محكمة القرار لا يتماشى مع مطروقات الملف ومصحة الطفلة الفضلى وخصوصية الدعوى ذلك أنه ما من شك بأن الأبحاث والاختبارات الطبية لها تأثير سواء سلبي أو إيجابي وبالتالي فإنه لا شيء يمنع من إعادة الاختبار"(2). كما ذهبت محكمة التعقيب في قرار آخر إلى أن التحليل الجيني يظل " هو الوسيلة العلمية الوحيدة التي يمكن بمقتضاها نسبة طفل لوالده أو نفيها. وتبقى محكمة الموضوع صاحبة الولاية في النظر في صحة الاختبار المأذون به، والاعتماد على نتيجته دون رقابة عليها من هذه المحكمة (محكمة التعقيب)، شرط أن يكون قضاؤها معللا، تعليلا سائغا متناسقا دون تحريف في مضمون ذلك الاختبار أو ثبوت أي تقصير من جانبها له تأثير سواء فيما يتعلق بذلك المضمون والطريقة المتبعة من الخبير أو فيما يتعلق بفهمها وصحة تقييمها لأعمال الخبير(3)".

فعند احترام هذه الضوابط، يمكن الاستناد إلى البصمة الوراثية بالأولوية على البينة بالشهادة والإقرار. باعتبار أن البصمة الوراثية أقوى من شهادة الشهود لأنها تؤدي إلى إقامة الحجة والبينة على صدق أو كذب المدعي للنسب وهو الغرض الذي يقوم به الشهود(4).

## المطلب الثاني

### إشكاليات دعوى إثبات النسب بالبصمة الوراثية

يمكن أن تثار عدة إشكاليات بخصوص دعوى إثبات النسب بالبصمة الوراثية، قياسا على الإشكاليات التي أثرت في دعاوى إثبات البنوة بالبصمة الوراثية، حسب أحكام القانون المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 سابق الذكر التي كانت محل اجتهاد الفقه وفقه القضاء. وهي إشكاليات تتعلق أساسا، بمدى إمكانية إلزام الشخص بالخضوع لاختبارات البصمة الوراثية؟ من جهة، (أ) وبحكم امتناع الخصم عن إجراء تحليل البصمة الوراثية من جهة أخرى (ب).

أ- مدى إمكانية إلزام الشخص بالخضوع لاختبارات البصمة الوراثية؟

لم يتعرض المشرع التونسي إلى هذه المسألة صراحة، وخاصة إلى إمكانية جبر المعني بالأمر بالقوة على إجراء ذلك التحليل مثلما هو الشأن بالنسبة للتحليل الدموي على من هو مشبوه فيه من أجل السياقة في حالة

(1) القرمازي محمد، "أحكام النسب بين مجلة الأحوال الشخصية والتشريع الإسلامي"، مقال سابق الذكر، ص 96.

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 62953 مؤرخ في 08 نوفمبر 2018.

(3) قرار تعقيبي مدني عدد 65200 مؤرخ في 21 نوفمبر 2018.

(4) بن صادق الجندي إبراهيم، بن حسن الحصري حسين، الفحص الجيني ودوره في قضايا التنازع على النسب وتحديد الجنس، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، الجزء 4، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002، ص 644.

سكر<sup>(1)</sup>. وهو ما يجزنا إلى القول أنه في ظل غياب نصّ تشريعي صريح يفرض على الشخص الخضوع إلى التحليل الجيني، فإنه لا يمكن غضبه وجره عنوة لأخذ العينات منه بليجب أخذ الموافقة المسبقة والرضا الحرّ والواعي للشخص المعني بالأمر<sup>(2)</sup>.

كذلك جبر الشخص عنوة على إجراء التحليل الجيني يتنافى مع مبدأ احترام حرمة الجسدية للشخص. التي حماها الدستور التونسي الصادر بتاريخ 27 جانفي 2014 في فصله 23 " تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد". ويتنافى أيضا مع حماية الحياة الخاصة التي حماها الدستور في الفصل 24. ولا يمكن النيل من هذه الحقوق والحريات إن لم يكن هناك نصّ قانوني يسمح بذلك<sup>(3)</sup>. فمن حق كل فرد في أن يكون بمنأى عن كل تطفّل من الغير. وذلك لما يفرزه استخدام البصمة الوراثية من معلومات تعد انتهاكا لخصوصية الفرد خصوصا وأن عملية تحليل البصمة الوراثية تستوجب إجراء فحوصات وكشوفات طويلة. كما أن عمليات سحب نتائج التحاليل البيولوجية وحفظها لا تحظى بالعناية اللازمة بسبب ضعف الإجراءات المتبعة في مجال حفظ السرّ الطبي المنصوص عليه بالفصل 21 من القانون عدد 54 لسنة 2002 المؤرخ في 11 جوان 2002 والمتعلق بمخابر التحاليل الطبية<sup>(4)</sup>. علما أنّ تخزين نتائج التحاليل الجينية يتمّ على حوامل شخصية وهو ما قد يعرضها إلى استعمال غير مشروعة. وهو ما أكدته دائرة المحاسبات في تقريرها السنوي العام التاسع والعشرين حيث وقفت على ملفات راجعة إلى مخبر باستور، وهو المخبر الوحيد المؤهل لإجراء مثل هذه التحاليل، تتضمن التساخير القضائية ونتائج تحاليل في مكان مفتوح وهو ما يشكل انتهاكا للصبغة السرية لهذه الوثائق وما ينجر عن ذلك من إضرار بالأشخاص المعنية بهذه الملفات<sup>(5)</sup>.

ولقد بينت محكمة التعقيب في قرارها الصادر سنة 2009<sup>(6)</sup>، بوضوح بأنه لا يمكن إخضاع الوالد المزعوم إلى إجراء التحليل الجيني ولربما كان اعترافا بحق كل شخص في احترام بدنه وهو المبدأ الذي يعبر عنه باللغة اللاتينية *Noli Me Tangere*<sup>(7)</sup>. وبالتالي لا توجد إمكانية لجرّ الوالد المزعوم عنوة وباستعمال القوة إلى المخبر لإجراء التحليل الجيني عليه.

(1) انظر الأمر عدد 146 لسنة 2000 مؤرخ في 24 جانفي 2000 يتعلق بالسياقة تحت تأثير حالة كحولية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 8 بتاريخ 28 جانفي 2000، ص 167 وما بعدها.

(2) كما جاء في إعلان اليونسكو العالمي لحقوق الجينوم البشري الصادر في 11 نوفمبر 1997 في المادة (5) ب.

(3) أجاز الفصل 49 من الدستور التونسي الحدّ من هذه الحقوق والحريات لكنه قيّد ذلك بضوابط أفقية عامّة لا يمكن تجاوزها، ف جاء ضامنا لفاعلية هذه الحرية ومانعا للالتفاف عليها بإيقالها بالقيود والشروط والاستثناءات التي تؤول إلى محو جوهرها، فنص على ما يلي:

"يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية ويهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكلّف الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك".

(4) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 49، بتاريخ 14 جوان 2002، ص 1570.

(5) الجمهورية التونسية، دائرة المحاسبات، التقرير السنوي العام التاسع والعشرون، 2014، ص 560.

(6) قرار تعقيبي مدني عدد 29967 المؤرخ في 29 جانفي 2009، نشرية محكمة التعقيب التونسية. 2009 القسم المدني، ج 2، ص 331.

(7) Ne me touche pas.

## ب حكم امتناع الخصم عن إجراء تحليل البصمة الوراثية؟

طرح السؤال على المحاكم لمعرفة إن كان بإمكان المدعى عليه في دعوى إثبات الأبوة رفض الخضوع إلى هذا التحليل، خاصة أن قانون 28 أكتوبر 1998 السابق الذكر لم يرتب جزاء عن هذا الموقف. وهو ما أدى إلى تناقض في مواقف فقه القضاء التونسي، فبعض المحاكم لم تعتبر هذا الرفض إقراراً بالأبوة<sup>(1)</sup> وبعضها الآخر اعتبرت هذا الرفض إقراراً ضمنياً بالأبوة. من ذلك المحكمة الابتدائية بصفاقس في حكمها عدد 42121 الصادر في 25 جوان 1999 اعتبرت «أن امتناع المطلوب غير المبرر عن الاتصال بالحكيم المنتدب للخضوع للتحاليل اللازمة رغم دعوته لذلك وتعهده بإجرائها يعد إقراراً منه بثبوت نسب الطفل بلال إليه طبقاً لأحكام الفصل 429 من مجلة الالتزامات والعقود الذي نص على " الإقرار الحكمي ينتج من سكوت الخصم إذا دعاه الحاكم ليجيب عن الدعوى الموجهة عليه وأصرّ على سكوته ولم يطلب أجلاً للجواب"...

كذلك اعتبرت محكمة الاستئناف بالمنستير في قرارها المؤرخ في 12 جويلية 2000، أن رفض المستأنف ضده لمثل ذلك التحليل و لئن كان من حقه لعدم وجود آلية قانونية صلب قانون 28 أكتوبر 1998 لجعله على ذلك جبراً، فإنه يمنح المستأنف والمحاكمة في نطاق مبدأ المواجهة بين الطرفين من إحراز وسيلة إثبات جازمة وقاطعة في النزاع و يخول ترتيباً على ذلك للمحاكمة استنتاج ما يفرضه القانون من ذلك الموقف، ألا وهو الإقرار الحكمي. ذلك أن عدم ترتيب أي أثر قانوني للرفض غير المعلن للاستجابة لمقتضيات القانون يجعل مسألة تطبيق القانون طوع المتقاضي و هو ما يتنافى و كنه التشريع و المبادئ العامة للقانون الذي سن ليطبق و فرغ النص من أدواته و آلياته و بلوغ أهدافه ويشعر مصلحته في حماية النظام العام العائلي و الاجتماعي خاصة أن الأمر يتعلق بمسألة جد حساسة تتعلق بحق الهوية و الانتساب لعائلة<sup>(2)</sup>.

وقد اتخذت محكمة التعقيب نفس الموقف في عدة قرارات من ذلك في قرارها التعقيبي المدني عدد 10020 مؤرخ في 12 أكتوبر 2001، حيث ذهبت إلى "إن اعتبار محكمة الموضوع أن عدم تقدم المدعى عليه للتحليل الجيني بعد أن أعرب عن استعداده لذلك يعدّ اعترافاً ضمنياً بالأبوة يدخل ضمن سلطتها التقديرية ومطلق اجتهادها وهو استنتاج منطقي ومعقول يتماشى وروح التشريع في هذا المجال".

ولحلّ هذا التناقض جاء القانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 7 جويلية 2003<sup>(3)</sup> لإضافة فقرة ثالثة للفصل 3 مكرر من قانون 28 أكتوبر 1998 وأصبحت القرائن من وسائل الإثبات المعتمدة قانوناً لإثبات البنوة غير الشرعية إذ يمكن للمحاكمة أن تثبت في الدعوى عند عدم الإذعان إلى الإذن الصادر عنها بإجراء التحليل

(1) انظر مثلاً قرار استئنافي مدني عدد 13494 مؤرخ في 3 نوفمبر 2000، غير منشور، كذلك قرار تعقيبي مدني عدد 4182، مؤرخ في 16 نوفمبر 2000 غير منشور، ذكرا في مقال والي، دة والحشيشة، أحمد، "إثبات البنوة"، مقال سابق، ص 100.

(2) قرار عدد 13936 صادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير في 12 جويلية 2000 غير منشور مع تعليق الأستاذ بنحليم، ساسي في جريدة الصباح التونسية 1-2-3 نوفمبر 2000.

(3) الزائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 54 بتاريخ 08 جويلية 2003، ص 2259.

بالاعتماد على ما يتوافر لديها من قرائن متعدّدة ومتضافرة وقويّة منضبطة وبذلك يمكن للمحكمة أن تستنتج من رفض المطلوب الخضوع للتحليل الجيني قرينة قويّة ضده على ثبوت أبوته.

هذا الحلّ أقرته أيضا محكمة التّعقيب في قرارها الصّادر في 8 أكتوبر 2004 جاء فيه " وحيث إنّ إجماع المعقب عن عرض نفسه لإجراء التحليل الجيني يعدّ منه إقرارا ضمّنيا بثبوت أبوته الطبيعية للبتت المقام في حقها وفقا لمقتضيات الفقرة 3 من الفصل 3 مكرر لقانون إسناد اللقب الوارد بها وثبت للمحكمة في الدعوى عند عدم الإذعان إلى الإذن الصادر عنها بإجراء التحليل الجيني بالاعتماد على ما يتوفر لديها من قرائن متعدّدة ومتضافرة وقوية ومنضبطة".

كذلك أقرته في القرار التعقيبي المدني عدد 33409-2016 المؤرخ في 17 جانفي 2017: "وتبت المحكمة في الدعوى عند عدم الإذعان إلى الإذن الصادر عنها بإجراء التحليل الجيني بالاعتماد على ما يتوفر لديها من قرائن متعدّدة ومتضافرة وقوية ومنضبطة".

وحيث اقتضى الفصل 429 من مجلة الالتزامات والعقود أن الإقرار الحكمي ينتج عن سكوت الخصم من مجلس الحكم الذي دعاه الحاكم للجواب عن الدعوى الموجهة إليه وأصرّ على سكوته ولم يطلب أجلا للجواب. وحيث لا خلاف أنه قد تمّ دعوة المعقب إلى إجراء التحليل الجيني بصفة قانونية في مقرّ إقامته المعتاد وفي مناسبتين إلا أنه تقاعس عن ذلك ورفض الإذعان إلى التحليل ولم يقع بالتالي تنفيذ الحكم التحضيري الصّادر بإجراء التحليل الجيني لردّ الدعوى مما يعدّ معه إقرارا منه بنسب المقام في حقه باعتباره ولده من صلبه<sup>(2)</sup>.

## الخاتمة

تناول هذا البحث موضوع إثبات النسب بالبصمة الوراثية بين القانون الوضعي التّونسي والفقهاء الإسلامي. وقد توصلنا فيه إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

## أولا: النتائج

- 1) تقع البصمة الوراثية في منزلة القيافة ويجوز الاعتماد عليها في إثبات النسب في الفقه الإسلامي.
- 2) لا يمكن إلزام الشخص بالخضوع لاختبارات البصمة الوراثية بل يجب أخذ الموافقة المسبقة والرضا الحرّ والواعي للشخص المعني بالأمر.
- 3) يمكن اعتبار امتناع الخصم عن إجراء تحليل البصمة الوراثية قرينة ضده على ثبوت نسب الطفل.

(1) www.cassation.tn

## ثانياً: التوصيات

- 1) نظراً لما تكتسبه البصمة الوراثية من جدوى في الإثبات وجدية عملية، باعتبار أنها إذا استوفت الشروط الكاملة، واجتنبت الأخطاء البشرية؛ فإن نتائجها تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين. وتصل نتائجها إلى 99.9%، فإنها تعدّ وسيلة إثبات هامة في دعوى إثبات النسب على المشرع التونسي أن يعتمدها تدعيماً لقرينة الفراش وينصّ عليها صراحة صلب الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية وذلك على غرار بقية التشريعات المقارنة خاصة أن اعتماد هذه التقنية العلمية في مجال إثبات النسب غير مخالف للفقهاء الإسلاميين. ويمكن اعتمادها حال الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وفي أطفال الأنابيب، وفي حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم.
- 2) منح عناية كبيرة لمراكز الطب الشرعي، وإدخال تقنيات حديثة ومتطورة. ودعوة مخبر التحاليل الجينية لمزيد الحيلة والحذر عند إجراء التحاليل، وعند صدور النتائج وذلك نظراً لأهمية المهمة المناطة بعهدتهم.

## المصادر والمراجع

## القرآن الكريم

## أولاً: المعاجم

- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1999م.
- الجرجاني، علي بن محمد، معجم التعريفات، تحقيق ودراسة: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، مصر العربية، 2004 م.
- الشحروري، محمد أمين، الموجز في شرح مفردات القرآن الكريم، مكتبة الشاملة الذهبية، 1431 هـ - 2010 م
- رينهارت دوزي، تكملة المعاجم العربية، تحقيق: محمد سليم النعيمي، دار الرشيد للنشر-الجمهورية العراقية-وزارة الإعلام، 1980م، الجزء الأول.
- مصطفى، إبراهيم وأحمد حسن وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004 م.
- معلوف، لويس، المنجد في اللغة والأعلام، الطبعة الثامنة والثلاثون، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 2000م.

## ثانياً: الكتب

- ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، تحقيق محمد صبحي حسن حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مكتبة العلم، جدة، الطبعة الأولى، 1415 هـ.
- ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية، 1408 هـ - 1988م.
- ابن ماجة، محمد بن يزيد (المتوفى: 273 هـ)، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.
- الآجري، محمد بن الحسين، الشريعة، تحقيق: عبد الله بن عمر بن سليمان الدميحي، دار الوطن، الطبعة الأولى، 1418 هـ - 1997م.
- البخاري، محمد بن اسماعيل (المتوفى: 256 هـ)، صحيح البخاري، الطبعة الأولى، دار ابن كثير - دمشق بيروت، سنة النشر: 1423 هـ - 2002م.
- البقري، محمد بن عمر، حاشية البقري علي شرح الرحبية، دار القلم، دمشق، الطبعة الثالثة، 1406 هـ - 1986م.
- بنحليمة، ساسي، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي 2011، تونس.
- الترمذي، أبو عيسى الترمذي (متوفى 279 هـ)، جامع الترمذي.

- التليدي، عبد الله بن عبد القادر، إتحاف المسلم بزوائد أبي عيسى الترمذي على البخاري ومسلم، دار الكتب العلمية، ص 513.
- التويجري، محمد بن إبراهيم بن عبد الله، مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة، دار أصدقاء المجتمع للنشر والتوزيع، القصيم-بريدة-السعودية، الطبعة السابعة، 1437هـ-2016م.
- الجندي، حامد، قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشريعة الإسلامية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2011.
- الخطيب، ياسين، ثبوت النسب، دار البيان العربي، جدة، 1987م.
- الزحيلي، محمد، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، دار البيان، دمشق، الطبعة الثانية، 1414هـ-1994م. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية، الجزء 6.
- السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، الجزء 17، دار المعرفة، بيروت 1409 هـ - 1989 م.
- الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء 6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421 هـ - 2000م.
- شرف الدين، أحمد، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، طبعة نادي القضاة، مصر، 2004.
- شرف الدين، محمد كمال، قانون مدني (النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق)، طبعة ثانية، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس 2017.
- الطحاوي، محمد بن أحمد، شرح معاني الآثار، حقه وعلق عليه محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية، 1416 هـ.
- الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، 1426 هـ - 2005 م.
- الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، دار المعارف - القاهرة، الطبعة الثانية، 1427هـ.
- الكاساني، أبو بكر بن مسعود، (المتوفى: 587 هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، 1406 هـ - 1986م، الجزء 7.
- اللودعمي، تمام محمد، الجينات البشرية وتطبيقاتها: دراسة فقهية مقارنة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرندن-فرجينيا-الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة الأولى، 1432هـ-2011م، جدة، 1987م.
- الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء 21، تحقيق معوض، علي، وعبدال موجود، عادل، دار الكتب العلمية، 1414 هـ - 1994 م.
- مسلم، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم.
- المزغني، رضا، أحكام الإثبات، معهد الإدارة العامة، الرياض 1985.
- الواحدي، علي بن أحمد بن محمد (المتوفى 468هـ)، التفسير البسيط، تحقيق: سليمان بن إبراهيم الحصين، دقته ونقحه وضبطه: عبد العزيز بن سطاتم آل سعود وتركي بن سهو العتيبي، العبيكان، الطبعة الثانية، 1439هـ-2018م، الجزء 16.

- وزارة العدل المغربية، دليل علمي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1، 2004.

### ثالثا: الرسائل العلميّة

- بالشيخ، عبد الرؤوف، الوضعية القانونية للبنوة غير الشرعية في القانون التونسي، مذكرة نيل شهادة الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق بتونس، نوفمبر 1979.
- بوقرة، محمد المنصف، إثبات نسب ابن الخطيبين في فقه القضاء التونسي، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات العليا في القانون الخاص، تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس، 1979، مرقونة.
- شندول سعد، عمارة، المستجدات العلميّة وأثرها في تغيير الأحكام الاجتهادية، بحث مقدّم لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلاميّة تخصّص: الفقه والسياسة الشرعية، المعهد العالي للحضارة الإسلاميّة تونس، السنة الجامعيّة 1440 - 1441 هـ/2019-2020.
- الكعبي، خليفة علي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، رسالة ماجستير منشورة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2004 م.

### رابعا: الأبحاث

بن حليلة، ساسي،

- "دعوى نفي النسب"، دراسات في الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2012، ص. 403.
- "وضعية الطفولة الطبيعية أو غير الشرعيّة في تونس"، دراسات في الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2012، ص 427.
- بن صادق الجندي إبراهيم، بن حسن الحصري حسين، "الفحص الجيني ودوره في قضايا التنازع على النسب وتحديد الجنس"، بحث مقدّم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، الجزء 4، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، 2002.
- بوعصيدة، حافظ، "إثبات الأبوة"، مجلة القضاء والتشريع جوان 1999، ص. 25.
- بوقرة، محمد المنصف "الإقرار بالنسب في فقه القضاء"، خمسون عاما من فقه القضاء المدني 1959 - 2009، مركز النشر الجامعي تونس 2010، ص. 1269
- حمادو، نذير، "البصمة الوراثية وأثرها في إثبات نسب الولد الغير شرعي"، دراسة فقهية في إطار ملتقى علمي حول "البصمة الوراثية DNA في الإثبات"، سطيف 10 أبريل 2008.
- السبيل، عمر بن محمد، "البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجنائية"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 15، السنة 13، 1423 هـ/ 2002 م، ص. 55.
- الطاهري، هدى وبنخليفة، نعيمة، "القانون الوضعي والتّشريع الإسلامي"، رؤية موضوعيّة للقانون، مجموعة دراسات مهداة إلى روح الأستاذ محمد بقبق، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس 2021، ص. 197.

- القرمازي، محمد، "أحكام النسب بين مجلة الأحوال الشخصية والتشريع الإسلامي"، دراسات قانونية، جامعة صفاقس، كلية الحقوق بصفاقس، تونس، عدد 21 لسنة 2014، ص. 37.
- القرهداغي، علي محيي الدين، "البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 16، السنة 14، 1424 هـ / 2003 م، ص 55.
- القيسي، عامر، " في الماهية القانونية للجين البشري"، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، عدد 43-2006، ص. 84.
- هلال، سعد الدين، "البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها"، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر لمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، 1422 هـ / 2002 م، المجلد 3، ص 65.
- واصل، فريد -مفتي جمهورية مصر العربية - سابقاً-، "البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 17، السنة 15، 1425 هـ / 2003 م، ص 65.
- والي، دزة والحشيشة، أحمد، "إثبات البصمة"، مقالات في قانون العائلة، جمعية الحقوقيين بصفاقس، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس 2016، ص. 81.

#### خامساً: الأحكام القضائية

- قرار تعقيبي مدني عدد 5931 مؤرخ في 21 أكتوبر 1968.
- قرار تعقيبي مدني عدد 760 مؤرخ في 26-04-1977.
- قرار تعقيبي مدني عدد 26431 بتاريخ 2-06-1992.
- قرار تعقيبي مدني عدد 49089 مؤرخ في 7 ماي 1996.
- قرار تعقيبي مدني عدد 51346 مؤرخ في 26 نوفمبر 1996.
- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس عدد 42121 الصادر في 25 جوان 1999.
- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بسوسة عدد 40376 بتاريخ 29 فيفري 2000.
- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير عدد 13494 بتاريخ 9 نوفمبر 2000.
- قرار تعقيبي مدني عدد 6719 الصادر في 11 ماي 2001.
- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالقيروان تحت عدد 32442 بتاريخ 05 جوان 2001.
- قرار تعقيبي مدني عدد 10020 مؤرخ في 12 أكتوبر 2001.
- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بسوسة تحت عدد 4420 بتاريخ 12 ديسمبر 2001.
- قرار تعقيبي مدني عدد 19484 المؤرخ في 7 فيفري 2003.
- قرار تعقيبي مدني عدد 29967 المؤرخ في 29 جانفي 2009.
- قرار صادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب عدد 36913 مؤرخ في 31 ماي 2012.
- قرار تعقيبي مدني عدد 33409-2016 المؤرخ في 17 جانفي 2017.
- قرار تعقيبي مدني عدد 62953 مؤرخ في 08 نوفمبر 2018.
- قرار تعقيبي مدني عدد 65200 مؤرخ في 21 نوفمبر 2018.

**سادسا: القوانين والتشريعات**

- الدستور التونسي الصادر في 27 جانفي 2014.
- مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة في 13 أوت 1956.
- قانون الأسرة الجزائري.
- مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004.
- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019.
- القانون عدد 75 لسنة 1998 مؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 87 بتاريخ 30 أكتوبر 1998، ص. 2176.
- كما نفتح بالقانون عدد 51 لسنة 2003 مؤرخ في 7 جويلية 2003، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 54 بتاريخ 08 جويلية 2003، ص 2259.
- الأمر عدد 146 لسنة 2000 مؤرخ في 24 جانفي 2000 يتعلق بالسياقة تحت تأثير حالة كحولية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 8 بتاريخ 28 جانفي 2000، ص. 167 وما بعدها.
- القانون عدد 54 لسنة 2002 المؤرخ في 11 جوان 2002 والمتعلق بمخابر التحاليل الطبية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 49، بتاريخ 14 جوان 2002، ص. 1570.

**سابعا: التقارير**

- الجمهورية التونسية، دائرة المحاسبات، التقرير السنوي العام التاسع والعشرون، 2014.
- تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 16، السنة 14، 2003.

**ثامنا: مواقع إلكترونية**

- [www.cassation.tn](http://www.cassation.tn)
- [www.gulfkids.com](http://www.gulfkids.com)

## الإمام الشافعي بين مدرستي الرأي والحديث

### Al-Emam Al Shafi'i between the Two Schools of Opinion and Al-hadith

خالد عبد الجابر الصليبي \*

#### المخلص

عالج هذا البحث ظاهرة من ظواهر الفقه الإسلامي، وهي نشأة مدرستي الرأي والحديث، وقد بين الباحث في المطلب التمهيدي لمحة تاريخية عن أسباب ظهور المدارس والمذاهب الفقهية في تاريخ التشريع الإسلامي، في حين عرض في المبحث الأول عوامل نشأة مدرستي الرأي والحديث وخصائصهما الفقهية، وركز المبحث الثاني الضوء على دور الإمام الشافعي في التوفيق بين مدرسة أهل الرأي ومدرسة أهل الحديث، وجسر الهوة بين آراء الفريقين، وتضييق الخلاف بينهما، مما أدى إلى استفادة كل فريق من تجارب الفريق الآخر، وذلك بلا شك كان له أعمق الأثر في تجدد الفقه الإسلامي ورقية وازدهاره. وقد أظهر البحث مدى عظمة العالم المطليبي الجليل المشهور بالإمام الشافعي، وعلو شأنه في الفقه وأصوله.

الكلمات الدالة: الإمام الشافعي، مدرسة الرأي، مدرسة الحديث.

#### Abstract

This research deals with a phenomenon of Islamic jurisprudence, which is the birth of the schools of opinion and hadith. The researcher in the introduction provides a historical account on the main reasons of the emergence of Fiqh Schools and Approaches in the Islamic legislative system. In the first part, the researcher highlights the factors that led to the emergence of Schools of Opinion and Al-hadith together with their distinctive characteristics. The second parts sheds light on the role of Imam Al-Shafi'i in reconciling between the school of the people of opinion and the school of the people of hadith, bridging the gap between the opinions of the two groups, and narrowing the difference between them, which led to each team benefiting from the experiences of the other, and that undoubtedly had the most profound impact on the renewal, advancement and prosperity of Islamic jurisprudence. The research has shown the extent of the greatness of the prominent, famous scholar: Imam Al-Shafi'i, and his superiority in jurisprudence and its origins.

**Keywords** Imam Al-Shafi'i, Opinion School, Al-Hadith School.

## المقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، محمد بن عبد الله، خاتم الأنبياء والمرسلين، وبعد؛ فقد جاء الدين الإسلامي العظيم ليكون منهج حياة، فيدير حركة الإنسان وفق التكليف الشرعية على أسس ثابتة، ولينظم علاقة المسلم مع ربه، ومع نفسه، وأفراد أسرته، وكذلك مع أخيه المسلم، ويضبط معاملات المسلمين الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وغيرها، ثم حرص الشرع الإسلامي الحكيم أيضاً على تنظيم علاقة المسلمين مع غيرهم من الملل الأخرى.

ولا يخفى على كل ناظر أن الله جل جلاله أنزل كتابه الكريم على عباده المؤمنين ليعالج كل ما يحتاجونه من قضايا وفق قواعد عامة تحدد ذلك المنهج، قال تعالى: "الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا"<sup>(1)</sup> وهذا الكتاب الخالد بين النبي -صلى الله عليه وسلم- مجمله وقيد مطلقه، كما قام بوحى من الله -عز وجل- بإقرار بعض القواعد العامة ليكتمل بناء الصرح الإسلامي، وليرفع على دعائمه الراسخة. ولقد تفاوت فهم صحابة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- لما بين أيديهم من نصوص ومنقولات، كما اختلف منهجهم في التعامل معها، فمنهم من وقف عند ظواهر هذه النصوص، ومنهم من تجاوز هذه الظواهر، فأنعم النظر في معانيها، ومقاصدها، وخاض في مواطنها لاستخراج الأحكام الشرعية اللازمة لمعالجة النوازل المتجددة في كل زمان ومكان.

وقد كان لكل منهج أتباعه ومؤيدوه، ومن هؤلاء الأتباع من غالى في منهجه، وتعصب له، وذهب به إلى أبعد مما تحتمله قواعد العقل السليم ونصوص الشرع الحكيم، فنجد من أصحاب الحديث من تحجر عقله بشكل يؤدي إلى وجود قصور في الفقه، ومن أصحاب الرأي من توسع فيه حتى ابتعد عن قواعد الإسلام وآدابه. ووصل بالجميع التعصب إلى أن يعيب كل فريق على الآخر منهجه؛ لا بل منهم من طغى فهاجم مخالفه، ونعته بأوصاف ما تليق به أن ينعت بها أخاه المسلم، ولكن الله -سبحانه وتعالى- سخر لهذه الأمة من يلم شملها، ويوحد كلمتها ويوفق بين آراء أئمتها؛ لئلا يتنازعا فتذهب علومهم وتندرس رسومهم، ولقد كان من هؤلاء الجهابذة الأفاضل الإمام الجليل محمد بن إدريس الشافعي إمام الأئمة وحجة هذه الأمة، ذو الأثر العميق في التوفيق بين مدرستي الرأي والحديث وتقليص الفجوة بينهما، فجزاه الله عن المسلمين كل خير وأسكنه جنة الفردوس.

لذلك أحببت أن أكتب في الموضوع الموسوم: الإمام الشافعي بين مدرستي الرأي والحديث؛ لأسلط الضوء فيه على الدور العظيم لهذا العالم القرشي الذي ناصر الحديث وأظهر جلاله قدره في علوم الشريعة وفقه اللغة، ودقة إبداعه في تجديد صوغ الفقه الإسلامي وإتقان ضبط أصوله.

وإنني إذ أقدم هذا العمل المتواضع لأبناء أمتنا خدمة للشريعة الإسلامية، فقد قصدت به رضا الله تعالى ووجهه الكريم؛ فإن وفقت فيه فلله الحمد على توفيقه، وإن كانت الأخرى فحسبي أنني اجتهدت، ولا حول ولا قوة إلا بالله، عليه توكلت وإليه أنبت وإليه المصير، وهو حسبي ونعم النصير، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

(1) سورة المائدة، الآية: 3.

## أهمية البحث:

تتمثل أهمية موضوع البحث على النحو الآتي:

1. العناية باجتهاد العالم الجليل الإمام الشافعي -رحمه الله- فركز البحث الضوء على دور من أهم أدواره في تطوير الفقه الإسلامي.
2. أهمية القضية التي عالجه البحث، وهي أثر كل من النص والرأي في الفقه الإسلامي، وضرورة التوفيق بينهما.

## طبيعة موضوع البحث:

إن موضوع البحث يؤرخ لظاهرة مهمة أثرت في الفقه الإسلامي وأثره، ويقوم على تحليل هذه الظاهرة، مسلطاً الضوء على تأثير الإمام الشافعي -رحمه الله- فيها، ودوره في معالجة سلبياتها، وتطوير إيجابياتها، والتوفيق بين أطرافها، واستخراج قانون كلي مطرد يرجع إليه في معرفة مراتب الشرع.

## مشكلة البحث:

يتناول البحث إشكالية مهمة ويجب عن سؤال رئيس يتمثل في الآتي:

هل للإمام الشافعي دور في التوفيق بين مدرستي الرأي والحديث؟

ويتفرع عن هذا السؤال جملة من الأسئلة الفرعية هي:

- ما ترجمة الإمام الشافعي؟
- ما هي أسباب ظهور مدرستي الحديث والرأي؟
- ما هو دور الإمام الشافعي في التوفيق بين مدرستي الحديث والرأي؟

## منهج البحث:

اعتمدت في بحثي هذا المنهج الوصفي التحليلي؛ لأنه المنهج العلمي الملائم لطبيعة البحث؛ حيث جمعت المادة العلمية من مظانها، وهي مراجع الفقه وأصوله، ووصفها وتحليلها؛ للوصول إلى النتائج.

## أهداف البحث:

يستشرف البحث تحقيق عدة أهداف، أهمها:

1. بيان دور الإمام الشافعي في تطوير الفقه الإسلامي والرقى به.
2. إبراز جهده في جسر الهوة بين فقهاء مدرستي الرأي والحديث، والعمل على تقريب وجهات النظر بينهما؛ مما أسهم في استفادة كل طرف من مميزات الطرف الآخر.
3. إظهار عبقرية الإمام الشافعي، وعلو شأنه في تقرير الأصول وتقييد القواعد وبناء الفروع الفقهية عليها.

## خطة البحث:

لقد وقع موضوع البحث في مقدمة، ومطلب تمهيدي، ومبحثين، وخاتمة اشتملت على أهم النتائج والتوصيات.

فأما المقدمة فقد ذكر الباحث فيها أهمية الموضوع، وطبيعته، وأهدافه، وخطته، وأما مباحثه فجاءت على النحو

الآتي:

**المطلب التمهيدي: ويتكون من فرعين:**

**الفرع الأول:** الإمام الشافعي حياته، ونشأته

**الفرع الثاني:** أسباب ظهور المذاهب الفقهية في تاريخ التشريع الإسلامي

**المبحث الأول:** عوامل نشأة مدرستي الرأي والحديث، وخصائصهما.

**المبحث الثاني:** دور الإمام الشافعي في التوفيق بين مدرستي الرأي والحديث.

## المطلب التمهيدي

### الفرع الأول

#### نسب الإمام الشافعي وشيوخه

**أولاً: نسبه:** محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبيد بن عبد يزيد بن هاشم بن المطلب بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب.

**ثانياً: مولده ونشأته:** ولد الإمام بغزة سنة خمسين ومائة، ومات أبوه إدريس شاباً، فنشأ محمد يتيماً في حجر أمه، فخافت عليه الضيعة، فتحولت به إلى مكة وهو ابن عامين، فنشأ فيها، وأقبل على الرمي، حتى فاق فيه الأقران، وصار يصيب من عشرة أسهم تسعة، ثم أقبل على العربية والشرع، فبرع في ذلك، ثم حبب إليه الفقه، فساد أهل زمانه.

**ثالثاً: شيوخه:** تتلمذ إمامنا الشافعي -رحمه الله- على أيدي كثير من أئمة أهل العلم حسب البلدان التي تنتقل فيها:

1. شيوخه في مكة: مسلم بن خالد الزنجي -مفتي مكة- وداود بن عبد الرحمن العطار، وعمه؛ محمد بن علي بن شافع -فهو ابن عم العباس جد الشافعي- وسفيان بن عيينة، وعبد الرحمن بن أبي بكر المليكي، وسعيد بن سالم، وفضيل بن عياض.

2. شيوخه في المدينة: ارتحل إليها وهو ابن نيف وعشرين سنة، وتلمذ فيها على الإمام مالك بن أنس، وعبد العزيز الدراوردي، وعطاف بن خالد، وإسماعيل بن جعفر.

3. شيوخه في العراق: محمد بن الحسن؛ فقيه العراق، ولأزمه، وعبد الوهاب الثقفي، وغيرهما.

4. شيوخه باليمن: مطرف بن مازن، وهشام بن يوسف القاضي، وغيرهما.

ثم دون علمه في الفقه وأصوله والحديث؛ فأفاد خلقاً لا يحصي عددهم إلا الله، وحدث عنه إمام أهل السنة أحمد بن حنبل وغيره.

**رابعاً: وفاته:** مات سنة أربع ومئتين للهجرة في مصر<sup>(1)</sup>.

(1) الذهبي، سير أعلام النبلاء (5/10)؛ البخاري، التاريخ الكبير (1/42)؛ الخليلي، الإرشاد في معرفة علماء الحديث (1/231)؛ البيهقي، مناقب الشافعي (ص19).

## الفرع الثاني

### أسباب تعدد المناهج الفقهية في الفقه الإسلامي

لقد جاء الدين الإسلامي ليكون منهجاً لحياة البشرية، ومسيراً لشؤونها، وليقدم حلولاً لمشاكلها، ولقد كانت مهمة النبي صلى الله عليه وسلم- هي نقل هذا الدين، وبيان مبادئه وشرائعه، فأدى -عليه السلام- هذه المهمة على أكمل وجه، فبلغ هذا الدين قولاً وعملاً، ومارس شعائره وطبق أحكامه وقوانينه، وذلك كما أمر الله تعالى، لم يبدل ولم يغير منه شيئاً.

ولقد أدرك الصحابة رضي الله عنهم- طبيعة هذا الدين، واستوعبوا مهمة نبيهم، فتلمسوا خطواته صلى الله عليه وسلم- واتخذوها مرجعاً لهم في جميع شؤونهم، واسترشدوا بتوجيهاته في كل مناحي حياتهم، ممثلين بذلك لقوله تعالى: "لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِمَنْ كَانَ يَرْجُو اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ".<sup>(1)</sup>

فإذا ما واجهتهم حادثة، أو نزلت بهم نازلة، أو حلت بهم مشكلة لم يسمعوا من رسول الله صلى الله عليه وسلم- بيانا فيها بقول أو فعل، بادروا بسؤاله عنها، ملتسبين منه حلاً لها، ولم يكن ذلك ناتجاً عن قصور في عقولهم أو عجز في أفهامهم، ولكن إيماناً منهم بأن حياتهم يجب أن تكون وفق إرادة الله سبحانه وتعالى- وبأن السبيل الأمثل لمعرفة هذه الإرادة هو الاستعلام عنها من مبلغها صلى الله عليه وسلم-.<sup>(2)</sup>

فكان النبي صلى الله عليه وسلم- يفتيهم في مسائلهم، ويضع لهم الشرائع، ويبين لهم أحكام الله سبحانه وتعالى- ويكون هذا البيان إما بقرآن يتلوه عليهم، أو بفعل يؤديه، أو بأمر منه، أو بتقرير لهم على قول قالوه أو فعل قاموا به.<sup>(3)</sup>

وأياً كانت الوسيلة التي يبين النبي صلى الله عليه وسلم- حكم الله فيها فإنها صادرة عن وحي من عند الله -عز وجل- مصداقاً لقوله تعالى: "وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ \* إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ".<sup>(4)</sup> وقوله تعالى: "وَأَنْزَلَ اللَّهُ عَلَيْكَ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَعَلَّمَكَ مَا لَمْ تَكُن تَعْلَمُ وَكَانَ فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكَ عَظِيمًا".<sup>(5)</sup>

وقد كان الصحابة رضي الله عنهم- يتلقون هذه الأحكام بالانصياع لها عن رضا دون تردد، عملاً بقوله تعالى: "وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ".<sup>(6)</sup>

(1) سورة الأحزاب، الآية: 21.

(2) القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص 51.

(3) خلاصة الأصول (مختصر في أصول الفقه)، سلطان بن محمد بن علي، تحقيق: إلياس قبلان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2016م، ص 16.

(4) سورة النجم، الآية: 3، 4.

(5) سورة النساء، الآية: 113.

(6) سورة الأحزاب، الآية: 36.

وقد وعى أصحاب رسول الله -رضي الله عنهم- قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءٍ إِنْ تُبَدَّ لَكُمْ تَسْؤُكُمْ".<sup>(1)</sup> وقوله صلى الله عليه وسلم: "إِنَّ أَعْظَمَ الْمُسْلِمِينَ جُزْمًا، مَنْ سَأَلَ عَنْ شَيْءٍ لَمْ يُحَرِّمْ، فَحَرَّمَ مِنْ أَجْلِ مَسْأَلَتِهِ".<sup>(2)</sup> فلم يكونوا يفرعون إلى السؤال إلا عند الحاجة القصوى الملحة، ولم يفترضوا المسائل افتراضاً.<sup>(3)</sup> وفي هذه الحقبة لم يكن هناك خلاف في المسائل الفقهية، وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم -كان مرجعاً للصحابة في كل أحكامهم وقضاياهم؛ يقوم سلوكهم، ويصوب خطأهم. ومع ذلك؛ فقد تفاوت فهم الصحابة لنصوص القرآن الكريم، أو تعليمات النبي صلى الله عليه وسلم -وأفعاله، فكان كل واحد منهم إذا واجهته نازلة، علم فيها عن نبيه نصاً من الكتاب أو السنة؛ فإنه يجتهد في فهم هذا النص، وإسقاطه على هذه النازلة، ويتصرف فيها وفق ما فهم من هذه النصوص، ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم -ينكر عليه هذا الاجتهاد، أو يلومه على فهمه حتى ولو كان فهمه خاطئاً، والأمثلة على ذلك كثيرة أذكر منها ما يلي:

1. ما رواه عمار بن ياسر أنه كان في سفرٍ مع عمر بن الخطاب، فأصابتهما جنابة، أما عمر فلم يصل، وأما عمار فتمتعك في التراب وصلى، فلما عادا أخبرا رسول الله صلى الله عليه وسلم -بما فعلا، فضحك وقال: "إِنَّمَا كَانَ يَكْفِيكَ هَكَذَا"، فَضَرَبَ النَّبِيُّ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- بِكَفِّهِ الْأَرْضَ، وَنَفَخَ فِيهِمَا، ثُمَّ مَسَحَ بِهِمَا وَجْهَهُ وَكَفِّهِ.<sup>(4)</sup> وجه الدلالة: فهذا عمار اجتهد في تفسير قوله تعالى: "فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا".<sup>(5)</sup> والتزم به كما فهمه، فقوم النبي صلى الله عليه وسلم -عليه فهمه، ولم يعب عليه أنه اجتهد.<sup>(6)</sup>
2. ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما -أن رسول الله صلى الله عليه وسلم -قال: "لَا يُصَلِّيَنَّ أَحَدُ الْعَصْرِ إِلَّا فِي بَنِي قُرَيْظَةَ"، فلما أدركتهم صلاة العصر في الطريق، قال بعضهم لا نصلي حتى نأتيها، وقال بعضهم الآخر بل نصلي، لم يرد منا ذلك، ولم يعنف النبي صلى الله عليه وسلم -واحداً منهم.<sup>(7)</sup> فنجد الفريق الأول وقف عند ظاهر النص والتزم به، لكن الآخرين فهموا المراد من النص وهو حثهم على التعجيل بالمسير وعدم التباطؤ، فالتزموا به حيث صلوا، وسارعوا في مسيرهم، ولم يعب صلى الله عليه وسلم -على أي من الفريقين ما فعل.<sup>(8)</sup>

(1) سورة المائدة، الآية: 101.

(2) صحيح البخاري، كتاب الاعتصام، باب ما يكره من كثرة السؤال، (9/59/7289). صحيح مسلم، كتاب الفضائل، باب توقيره صلى الله عليه وسلم -، (4/183/2358).

(3) انظر: الإنصاف للدهلوي، ص 15.

(4) صحيح البخاري، كتاب التيمم، باب التيمم، هل ينفخ فيهما؟ (1/75/338).

(5) سورة النساء، الآية: 43.

(6) عون الباري لحل أدلة صحيح البخاري شرح التجريد الصحيح، أبي الطيب محمد صديق بن حسن/ القنوجي البخاري تحقيق: محمدحسن إسماعيل؛ وأحمد المزيدي، دار الكتب العلمية، 2008، (1/386).

(7) صحيح البخاري، كتاب صلاة الخوف، باب صلاة الطالب والمطلوب، (2/15/946).

(8) قواعد الأصول ومعاهد الفصول في أصول الفقه، وهو مختصر كتاب تحقيق الأمل في علمي الأصول والجدل، صفي الدين الحنبلي، تحقيق: إلياس قبلان، 2019، ص 243، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

3. أصحاب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- الذين خُفِضَتْ عنهم الفتوى مائة ونيف وثلاثون نفساً، ما بين رجل وامرأة، وكان المكثرون منهم سبعة: عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن مسعود، وعائشة أم المؤمنين، وزيد بن ثابت، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر.<sup>(1)</sup>

ولكن الصحابة -رضي الله عنهم- لم يكونوا جميعاً على القدر نفسه في استيعاب النصوص وفهمها، كما أن طريقتهم في التعامل معها لم تكن متوافقة كما بان ذلك في حياته -صلى الله عليه وسلم- وفق ما ذكرناه سابقاً، وقد أدى هذا التباين في المكملات والأفهام ونحوها إلى تباين مناهجهم في التعامل مع النوازل والأحداث، وبيان الأحكام التي تتعلق بها، أو تترتب عليها.

ولقد واجه الصحابة -رضي الله عنهم- بعد وفاة الرسول -صلى الله عليه وسلم- قضايا ووقائع جسام لعل أولها بدأ قبل أن يوارى جسده الطاهر في الثرى، وهي مسألة اختيار خليفة له -صلى الله عليه وسلم-، تلتها فتنة المرتدين، ثم كانت قضية جمع القرآن الكريم بين دفتي كتاب، وغير ذلك من الحوادث التي جدت على المسلمين ولم يكن النبي -صلى الله عليه وسلم- أخبرهم فيها بحديث، ولا تلا عليهم فيها قرآناً صريحاً، وهذه القضايا وغيرها تعالجها القواعد الكلية المستنبطة من نصوص الكتاب والسنة كما تستخرج أحكامها من مقاصد الشريعة الإسلامية.<sup>(2)</sup>

لذلك انبرى للاجتهاد في حل هذه المسائل ثلثة من أصحاب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يحمل لواءهم الفاروق عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- وعبد الله بن مسعود، وأبو بكر الصديق، وزيد بن ثابت، وأبي بن كعب، ومعاذ بن جبل، وعلي بن أبي طالب -رضي الله عنهم- أجمعين، فأعمل هؤلاء العظام رأيهم في هذه المسائل للوقوف على حكم الله فيها وبيانه للناس، وتطبيقه، وأمر الناس باتباعهم فيه.

ولم يكن هذا الرأي صادراً عن هوى أو حظ نفس؛ بل كان نابعا من نظر عميق في النصوص، وفهم لمعانيها، وإدراك لمقاصدها، واستيعاب لمنطوقها ومفهومها، مكنهم من التعرف على أحكام تلك المسائل. وقد تابع هؤلاء المجتهدون الأفاضل من الصحابة ثلثة من التابعين كربيعة الرأي، وعلقمة بن قيس النخعي، وغيرهم من التابعين.<sup>(3)</sup>

وفي مقابل هؤلاء المجتهدين الذين أعملوا رأيهم في استخراج الأحكام الشرعية من معاني النصوص ومقاصدها عند افتقارهم لها في ظواهر النصوص، كانت هناك فئة أخرى من العلماء، امتنعوا عن الإفتاء بالرأي، واقتصروا في فتاواهم على ما سمعوا أو شاهدوا من رسول الله -صلى الله عليه وسلم-.

وقد حمل لواء هذا الفريق عبد الله بن عمر -رضي الله عنهم-، فكان الواحد منهم إذا سُئِلَ عن مسألة أجاب في حدود ما لديه من نصوص حولها، فهذا ابن عمر -رضي الله عنه- لما سأله رجلٌ عن الأضحية أوجبها هي؟ أفتاه قائلاً: ضحى النبي -صلى الله عليه وسلم- والمسلمون، فلما أعاد عليه السؤال، قال: أتعتقل؟ ضحى النبي -صلى الله عليه وسلم- والمسلمون.<sup>(4)</sup>

(1) عبد الوهاب، المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، ص351؛ الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، (305/1).

(2) الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، (288/1).

(3) المرجع السابق، (315/1).

(4) الترمذي، سنن الترمذي، أبواب الأضاحي عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، باب الدليل على أن الأضحية سنة، رقم الحديث 1506، (144/3).

ولما سأله آخر عن حكم استلام الحجر: فأجاب: رأيت النبي صلى الله عليه وسلم- يستلمه ويقبله، فقال الرجل: رأيت إن غُلبت عليه، رأيت إن رُوحمت، فقال ابن عمر: اجعل (أرأيت) باليمن، رأيت النبي صلى الله عليه وسلم- يستلمه ويقبله.<sup>(1)</sup> فأنت ترى معي أنه أجابه بما سمع وشاهد، وتورع عن إعمال رأيه في استنباط الحكم من المادة النصية التي بجوزته.

ولعل وجود هذين الاتجاهين المنهجيين لصحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم- في التعامل مع النصوص والمنقولات، كان السبب الرئيس في تشكل المدارس الفقهية، التي كانت بمثابة البذور التي نمت منها المذاهب الفقهية، فبعض هذه المذاهب من أسس على منهج مدرسة الرأي، وبعضها سلك به مسلك مدرسة الحديث، وهناك من حاول التوفيق بين منهجي المدرستين، واستخلص مذهباً يعد مزيجاً طيباً منهما.

**وتميز عصر الخلفاء الراشدين بما يأتي:<sup>(2)</sup>**

1. بروز نوازل لم تكن في العهد النبوي، وذلك لاتساع رقعة دولة الإسلام، ودخول أمم كثيرة في دين الله مع ما هم عليه من عادات وتقاليد.
  2. الفروع الفقهية التي فرعوها كانت أقل بكثير من العصور المتأخرة.
  3. كان الفقه في زمن الخلفاء هو دستور الأمة، وفقهاء الأمة لهم من السلطة والرقابة عليه على وتنفيذ نصوصه، فكان للفقه والفقهاء من السلطة ما ليس للحقوقيين الآن عند الأمم الراقية.
  4. كان الإجماع في بداية أمرهم من اليسر بمكان، وذلك قبل ابتعائهم إلى البلاد.
- وسنحاول في المباحث القادمة -إن شاء الله تعالى- استطلاع دور الإمام الشافعي في التوفيق بين مدرستي الرأي والحديث، وأثر ذلك في إثراء الفقه الإسلامي.

## المبحث الأول

### عوامل نشأة مدرستي الرأي والحديث وخصائصهما

إن الفكر والفقه وآراء العلماء ونشأة المدارس الفقهية وغيرها، كلها تتأثر بعوامل كثيرة أثرت فيها أيما تأثير، ولعل البيئة التي نشأت فيها هذه المدارس هي أولها تأثيراً، وهناك عوامل أخرى نذكرها على النحو الآتي:

#### المطلب الأول

##### مدرسة الرأي وعوامل نشأتها وخصائصها

**أولاً:** إن المقصود بالرأي العلم بالشيء على سبيل الظن والاعتقاد، وقد خصصه الفقهاء بالنظر وإعمال الفكر في الوقائع التي لم يرد فيها نص، وكثيراً ما استعمل الصحابة كلمة الرأي في اجتهاداتهم المبنية على اعتبار المصلحة، أو كانت قائمة على القياس أو الاستحسان.<sup>(3)</sup>

وحجتهم في ذلك أن أحكام الشريعة معقولة المعنى، وأنها اشتملت على مصالح العباد، وجاءت على أساس تحقيق تلك المصالح؛ فلا بد من البحث عن تلك العلل والمصالح التي شرعت الأحكام من أجلها حتى يمكن للفقيه

(1) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحج، باب تقبيل الحجر، رقم الحديث 1611، (2/152).

(2) الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي (320/1).

(3) الأشقر، المدخل إلى دراسة المدارس والمذاهب الفقهية، ص 21.

استنباط الأحكام الجديدة على ضوء هذه المصالح وتلك العلل، واستدلوا أيضا بفعل كبار فقهاء الصحابة مثل: عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود -رضي الله عنهم- حيث كانوا يأخذون بالرأي وينظرون في علل الأحكام ومقاصدها.<sup>(1)</sup>

ويعد عبد الله بن مسعود مؤسس مدرسة الرأي في الكوفة منذ أن أرسله عمر بن الخطاب إليها معلما، فعن حارثة بن مضرب قال: كتب إلينا عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-: "إني قد بعثت إليكم عمار بن ياسر أميراً، وعبد الله بن مسعود معلما ووزيرا، وهما من النجباء من أصحاب محمد -صلى الله عليه وسلم- من أهل بدر فاسمعوا، وقد جعلت ابن مسعود على بيت مالكم فاسمعوا فتعلموا منهما، واقتدوا بهما، وقد آثرتمك بعبد الله على نفسي".<sup>(2)</sup>

وشرع ابن مسعود -رضي الله عنه- في تفتيحه الناس وتعليمهم حتى صار إماما وقدوة لأهل الكوفة، يهتدون بطريقته الفقهية، وينهلون من مدرسته العلمية، ويرجعون إليه في المسائل الخلافية، حتى برز تلاميذه الذين تأثروا بعلمه، منهم: علقمة بن قيس النخعي الذي أخذ عنه إبراهيم بن يزيد النخعي، وعن إبراهيم أخذ حماد بن أبي سلمان، وعن حماد تلقى أبو حنيفة النعمان حتى غدا أبو حنيفة زعيما وإماما لهذه المدرسة الفقهية.<sup>(3)</sup>

#### ثانيا: عوامل نشأة مدرسة الرأي يرجع إلى:

1. تأثرهم بالصحابي الجليل عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- الذي نحا نحو منحى عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- في الاجتهاد.
2. قلة الحديث في العراق إذا قيس إلى ما لدى أهل الحجاز، موطن الرسول -صلى الله عليه وسلم- وكبار الصحابة -رضوان الله عليهم-، كما أن عدد الصحابة الذين وفدوا إلى العراق كان قليلا بالنسبة لمن بقوا في الحجاز.
3. كثرة المسائل التي يحتاج إلى معرفة أحكامها، إذ إن بيئة العراق تختلف كلياً عن بيئة الحجاز؛ لأن دولة الفرس قد خلقت في العراق أنواعا من المعاملات والعادات والنظم مما لا يعهد مثله في الحجاز.
4. وكان العراق موطن الشيعة والخوارج، وعلى أرضه دارت الفتنة، ثم شاع الوضع في الحديث تأييدا للمذاهب السياسية، وهذا ما جعل العلماء في مدرسته يقلون من رواية الحديث ويتحفظون فيها تحرزا من الوضع، فكانت الأحاديث التي يعول عليها لديهم قليلة، وهذا يدعوهم عند النظر في المسائل إلى القول بالرأي حيث لا نص.<sup>(4)</sup>

#### ثالثا: خصائص مدرسة الرأي:

1. كثرة تفريعهم الفروع لكثرة ما يعرض لهم من الحوادث؛ نظرا لتحضرهم وقد ساقهم هذا إلى فرض المسائل قبل أن تقع.

(1) زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص115.

(2) الحاكم، المستدرک علی الصحیحین، کتاب معرفة الصحابة -رضي الله عنهم-، ذكر مناقب عمار بن ياسر -رضي الله عنه-، رقمه 5663، (438/3).

(3) خليفة، منهج الحنفية في نقد الحديث، ص42.

(4) القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص290 وما بعدها؛ خليفة، منهج الحنفية في نقد الحديث، ص42؛ الخن، دراسة تاريخية في الفقه وأصوله، ص81.

2. البحث عن علل الأحكام والمقاصد في الفقه والتشريع، وعن معقولية كل حكم من الأحكام، وربط المسائل بعضها ببعض.
3. قلة روايتهم للأحاديث، واشتراطهم فيها شروطا لا يسلم معها إلا القليل منها، وانتهاجهم نهج عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود -رضي الله عنهما- فيما روي عنهما من التثبت في الرواية وعدم الإكثار في الحديث عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، فكانوا يتهيبون من الرواية عن الرسول -صلى الله عليه وسلم-، ولا يتهيبون من الرأي.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثاني

#### مدرسة الحديث: عوامل نشأتها وخصائصها:

##### أولا: مدرسة الحديث:

نشأت مدرسة الحديث بالمدينة المنورة، حيث كان للمدينة منزلة خاصة باعتبارها دار الهجرة، التي نزل التشريع فيها واستقر، وشهدت ما كان من رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قولا وفعلا، وعاش فيها الخلفاء الراشدون، فأصبحت مهد السنة ومنبع الحديث الشريف، وملقى الصحابة، وهذا يجعل أهلها أثبت الناس بالفقه، وأشدهم تمسكا بالرواية ووقفا عند الآثار.

ومدرسة أهل الحديث تستقي منهجها من شيوخها الأوائل وفي مقدمتهم زيد بن ثابت وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر -رضي الله عنهم أجمعين-، وقد عرف عبد الله بن عمر بحرصه الشديد على تتبع آثار الرسول -صلى الله عليه وسلم- والاعتزاز به.

وكان مذهب مدرسة أهل الحديث أنهم إذا سئلوا عن شيء؛ فإن عرفوا فيه آية أو حديثا أفتوا، وإلا توقفوا. وكان يرأس هذه المدرسة فيما بعد الإمام مالك -رضي الله عنه- ومن قبله من الأعلام التابعين سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وغيرهم.<sup>(2)</sup>

##### ثانيا: عوامل نشأة مدرسة الحديث:

1. تأثر مدرستهم بالمنهج الذي التزمه علماءهم في حرصهم على الأحاديث والآثار، وتجنبهم الأخذ بالرأي وإعمال القياس؛ إلا إذا كان هناك ضرورة ملجئة، وربما امتنعوا عن الإفتاء في المسألة التي لا يوجد لها دليل من الكتاب أو السنة أو الأثر.
2. ما لديهم من ثروة كبيرة -لدى الصحابة الذين استوطن أكثرهم الحجاز عامة والمدينة خاصة- من أحاديث وآثار بقيت بحاجتهم في الاستدلال، وتغنيهم عن إعمال الرأي.
3. يسر الحياة لدى أهل الحجاز وقلة مشاكلهم، حيث كانوا على الفطرة الأولى، بمنأى عما تحدثه المدينة الفارسية أو اليونانية من تفرع للمسائل، وكان الناس يعيشون على الحالة التي كانوا يعيشون عليها في عهد رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، وليس هناك من الحوادث المستجدة سوى القليل النادر.

(1) القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص291؛ بك، تاريخ التشريع الإسلامي، ص120؛ الخن، دراسة تاريخية للفقه وأصوله، ص82 وما بعدها؛ خليفة، منهج الحنفية في نقد الحديث، ص43.

(2) القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص291 وما بعدها؛ الخن، دراسة تاريخية في الفقه وأصوله، ص76.

4. بعدهم عن مواطن الفتنة، وبواعث النزاع بالموازنة لما كان عليه الأمر في العراق؛ فقد سلموا من بدعة الخوارج والتشيع وأهل الأهواء، وظل تراث الحديث والأثر محفوظا لديهم لا تشوبه ريبة، ولا تتطرق إليه تهمة الوضع.<sup>(1)</sup>

#### ثالثا: خصائص مدرسة الحديث:

1. اتجاه فقهاء هذه المدرسة إلى حفظ أحاديث النبي -صلى الله عليه وسلم- وفتاوى الصحابة، ووقوفهم في الفتوى عند الرواية غالبا، وعدم استعمالهم الرأي في الأحكام، وكراهيتهم كثرة السؤال، وفرض المسائل وتشعب القضايا؛ فالحكم ينبني على قضية واقعة لا على قضية مفترضة، والنص يدل على الحكم، فلا يبحث عن العلل لإنفاذ الأحكام عليها وجودا وعدما.

2. صحة ما يروونه من الأحاديث، لاستيثاقهم منها؛ ولذلك يرون أن الأحاديث التي يروونها هم تقدم على الأحاديث التي يرويها علماء العراق والشام، وبلغ بهم الاعتماد على حجية أحاديثهم أنهم لا يقبلون أحاديث غيرهم إذا انفرد رواتها، دون أن يكون لها مؤيد من رواتهم، فكانت هذه المدرسة تعتد بالحديث وتقف عند الآثار؛ فالعلم عندهم هو علم الكتاب والسنة والأثر، والعناية بحفظ ذلك عناية بأصل التشريع ومصادر الفقه، والواجب الديني يفرض عليهم صيانة هذا التراث.<sup>(2)</sup>

3. كانت مدرسة الحديث بمنزلة الحصن الحصين الذي حال دون تسلل الخرافة وتفشي البدعة في الحياة الإسلامية، وكانوا دائما وراء حركات التصويب وإعادة الأمة إلى الجادة والوقوف بالمرصاد لكل باحث أو عابد تضل به الطريق إلى درجة لم يعد يجرؤ معها أحد أن يقول في الدين دون تحقيق.<sup>(3)</sup>

#### 4. إن هذه المدرسة قامت على أصول خمسة، وهي:

**الأصل الأول:** هو النص؛ فإذا وجد أفتي به ولم يلتفت إلى ما خالفه ولا من خالفه، كائنا من كان ولم يكن يقدم على الحديث الصحيح عمل ولا رأي ولا قياس ولا قول صاحب ولا عدم العلم بالمخالف.

**الأصل الثاني:** هو ما أفتي به الصحابة؛ فإنه إذا وجد لبعضهم فتوى، لا يعرف له مخالف منهم فيها، لم يعدها إلى غيرها ولم يقدم عليها عملا ولا رأيا ولا قياسا.

**الأصل الثالث:** هو إذا اختلفت الصحابة تخير من أقوالهم ما كان أقربها إلى الكتاب والسنة، ولم يخرج عن أقوالهم؛ فإن لم يتبين لهم موافقة أحد الأقوال، حكي الخلاف فيها، ولم يجزم بقول.

**الأصل الرابع:** هو الأخذ بالمرسل والحديث الضعيف؛ إذا لم يكن في الباب شيء يدفعه؛ فالحديث الضعيف عندهم راجح على القياس.

**الأصل الخامس:** هو القياس للضرورة؛ فإذا لم يكن عندهم في المسألة نص، ولا قول الصحابة، أو واحد منهم، ولا أثر مرسل أو ضعيف، عدلوا إلى القياس، فاستعملوه للضرورة.<sup>(4)</sup>

ومما يحسن الإشارة إليه؛ أنه ليس معنى هذا الانقسام بين المدرستين أن مدرسة الحديث لا يصدر عن الفقه عن الاجتهاد بالرأي مطلقا، وأن أهل الرأي لا يصدر عن اجتهادهم وفقههم عن الحديث مطلقا؛ بل معنى ذلك أن أهل الرأي أنعموا النظر في مقاصد الشريعة، وفي الأسس التي بني التشريع عليها، فتبين لهم أن الأحكام

(1) القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص293؛ خليفة، منهج الحنفية في نقد الحديث، ص39؛ الخن، دراسة تاريخية في الفقه وأصوله، ص76.

(2) القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص293؛ خليفة، منهج الحنفية في نقد الحديث، ص39؛ الخن، دراسة تاريخية في الفقه وأصوله، ص76.

(3) القصص، نشوء الحضارة الإسلامية، ص156.

(4) القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ص389 وما بعدها، موقع وزارة الأوقاف المصرية: <http://www.islamic-council.com>

الشرعية معقولة المعنى ومقصود بها مصلحة الناس، وأنها بنيت على علل ضابطة، فكانوا يستحثون عقولهم بحثاً عن تلك العلة التي شرعت الأحكام على وفقها، ويجعلون الأحكام دائرة عليها وجوداً وعدمًا، وربما ردوا بعض الأحاديث لمخالفتها هذه العلة، بينما نرى أهل الحديث قد عنوا بحفظ الحديث وفتاوى الصحابة، واتجهوا في فقههم إلى فهم الآثار حسبما تدل عليه عباراتها، ولا يلجؤون إلى استعمال الرأي إلا عند اشتداد الحاجة إلى ذلك.<sup>(1)</sup>

كما إن إطلاق مدرسة المدينة ومدرسة الكوفة، أو بعبارة أرحب: مدرسة الحجاز ومدرسة العراق، على هاتين الطائفتين المتميزتين في عصر التابعين أصدق تاريخاً وأدق تعبيراً، وأولى بالمنهج العلمي من أن يطلق عليهما "أهل الحديث وأهل الرأي"؛ لأن الاختلاف بينهما لم يكن اختلافاً في مصادر التشريع أو المنهج، بقدر ما كان اختلافاً في التلقين، وتنوعاً في الأساتذة، وتبايناً في البيئة والعرف إلى حد ما.<sup>(2)</sup>

بالإضافة إلى أن الخصومة بين أهل الحجاز وأهل العراق لم تكن بسبب استعمال أهل المدينة للحديث وإهمال أهل العراق له، ولم تكن بسبب استعمال الرأي في العراق وتجنب أهل الحجاز له ولكن التنافس الإقليمي هو منشؤها<sup>(3)</sup>.

## المبحث الثاني

### دور الإمام الشافعي في التوفيق بين مدرستي الرأي والحديث

كان الإمام الشافعي أول من خطا نحو التوفيق بين الآراء وقعد القواعد التي يسرت الطريق لذلك، فكان له الفضل العظيم على من بعده، فترك للأمة مثالا يحتذى به وعلمًا يقتدى بعلمه.

#### المطلب الأول

#### مسلك الإمام الشافعي في التوفيق بين مدرستي الرأي والحديث

لقد سلك الإمام الشافعي مسلك التوفيق بين هاتين المدرستين مما جعله مميّزا في فقهه وأصوله؛ وذلك يرجع إلى أن العلماء الذين تتلمذ الإمام الشافعي على أيديهم أنماط وألوان، فمنهم الذي عنى بالحديث، ومنهم الذي عنى بالرأي، وقد أفاده هذا في توسع أفقه، وتكثير مادته، وتضخيم ثقافته.

فقد تفقه الشافعي أول ما تفقه على أهل الحديث، من علماء مكة: كمسلم بن خالد الزنجي وسفيان بن عيينة، ثم ذهب إلى إمام أهل الحديث مالك بن أنس في المدينة المنورة، فأقام بها إلى أن توفي مالك بن أنس، وقد رحل إلى العراق بعدما حلت الفتنة باليمن، واتهم خلالها الشافعي بالتشيع فتم تسليمه للإمام الرشيد في العراق فنجا بقوة حجته وبشهادة محمد بن الحسن له بعلو منزلته في العلم والفقه.<sup>(4)</sup>

ولعل هذه المحنة التي نزلت به ساقها الله تعالى إليه ليتجه نحو العلم، فأخذ يدرس العلم ويتدارسه ويذاكره؛ ويخرج للناس الأثر الخالد من الفقه ودقة استنباط الأحكام، ذلك بأنه نزل عند محمد بن الحسن، وأخذ يدرس فقه

(1) الخن، دراسات في الفقه وأصوله، ص 84؛ خليفة، منهج الحنفية في نقد الحديث، ص 43.

(2) عبد المجيد، الاتجاهات الفقهية عند أصحاب الحديث، ص 33.

(3) عبد المجيد، الاتجاهات الفقهية عند أصحاب الحديث، ص 52.

(4) أبو زهرة، الشافعي: ص 22 وما بعدها. خليفة، منهج الحنفية في نقد الحديث، ص 43 وما بعدها. الشرباصي، الأئمة الأربعة: ص 128.

العراقيين، فقرأ كتب الإمام محمد وتلقاها عليه وبذلك اجتمع له فقه الحجاز وفقه العراق، اجتمع له الفقه الذي يغلب عليه النقل، والفقه الذي يغلب عليه العقل وتخرج بذلك على فحول الفقه في زمانه.<sup>(1)</sup>

ولما كان الناس قبل زمان الشافعي فريقين: أصحاب الحديث وأصحاب الرأي، وكان أصحاب الحديث حافظين لأخبار رسول الله -صلى الله عليه وسلم- إلا إنهم كانوا عاجزين عن النظر والجدل، وكلما أورد عليهم أحد من أصحاب الرأي سؤالاً أو إشكالا بقوا على ما في أيديهم عاجزين متحيرين، وأما أصحاب الرأي فكانوا أصحاب جدل ونظر؛ لكن بضاعتهم كانت قليلة بالآثار والسنن.

فقد جاء الشافعي وكان عارفا بسنة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- محيطا بقوانينها، وكان عارفا بأداب النظر والجدل قويا فيه، وكان فصيح اللسان، قادرا على قهر الخصوم، فأخذ في نصرته أحاديث رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، وكان كل من أورد عليه سؤالاً أو إشكالا، أجاب عنه بأجوبة كافية شافية؛ فانقطع بسببه استيلاء أهل الرأي على أصحاب الحديث، وسقط فقههم، وتخلص بسببه أصحاب الحديث من شبهات أصحاب الرأي، فانطلقت الألسنة بمدح الإمام الشافعي والثناء عليه، وانقاد له علماء الدين وأكابر السلف.<sup>(2)</sup>

ويعدّ كتاب الرسالة الذي هو مقدمة لكتاب الأم الأساس الذي جمع فيه الشافعي بين مدرستي الحديث والرأي؛ فهو اعتنى بالحديث والقياس وغيرهما في منهج علمي منطقي منظم.

قال الفخر الرازي: "كانوا قبل الإمام الشافعي يتكلمون في مسائل أصول الفقه يستدلون ويعترضون، ولكن ما كان لهم قانون كلي مرجوع إليه في معرفة دلائل الشريعة، وفي كيفية معارضاتها وترجيحاتها؛ فاستتب الشافعي علم أصول الفقه، ووضع للخلق قانونا كلياً يرجع إليه في معرفة مراتب أدلة الشرع".<sup>(3)</sup>

ولم يترك الشافعي الحديث إذ لا يستقيم لمسلم تركه، ولم يترك الرأي وهذا أمر لا يستقيم لمجتهد؛ بل وضع قواعد وضوابط لكل منهما للاستدلال والاستنباط والاجتهاد.<sup>(4)</sup>

وقد اشتهر الإمام الشافعي بكونه ذا عقلية فقهية متطورة؛ فقد عاش في الحجاز ثم أقام بعض الوقت في العراق، ثم استقر به المقام في مصر، ولما كانت العادات والسلوك وأنماط التفكير تتفاوت بين بلد وآخر، وتباين بين قطر وآخر؛ فإن الإمام الشافعي كان يعيد النظر في فكره وفقهه، وينتهي إلى الأصوب والأرجح فيستقر عليه، وينبئه إلى التخلي عن فكره القديم، وتلك هي الطريقة المثلى في التفكير في الإسلام.<sup>(5)</sup>

وإن فقه الإمام الشافعي هو فقه التوسط والاعتدال، فقد جاء بمنهج وسطي لم يسبق له مثيل في الجمع والتقريب بين مدرستي الرأي والحديث كأنهما كفتا ميزان لا ترجح إحداهما على الأخرى.<sup>(6)</sup>

(1) أبو زهرة، الشافعي، ص24.

(2) الرازي، مناقب الإمام الشافعي، ص66.

(3) المرجع السابق، ص57.

(4) الأعظمي، وشائج الصلة المتميزة بين مذهبي أبي حنيفة ومالك -رضي الله عنهما-، ص10.

(5) الشكعة، الأئمة الأربعة، ص ج.

(6) أبو زهرة، الشافعي: ص26. الشكعة، الأئمة الأربعة، ص31، بتصرف.

ويمكن القول: إن الإمام الشافعي سار على منهج أصيل في الجمع والتقريب بين هاتين المدرستين يمكن إظهار هذا المنهج على النحو الآتي: (1)

1. إثباته أن السنة النبوية هي المصدر الثاني للفقهاء، وإثباته حجية أخبار الآحاد ورده على القائلين بعدم حجيتها. حيث دلل لذلك قوله تعالى: "واذكروا نعمة الله عليكم وما أنزل عليكم من الكتاب والحكمة يعظكم به". (2) وجه الدلالة: فذكر الله الكتاب وهو القرآن وذكر الحكمة، فسمعت من أَرْضَى من أهل العلم بالقرآن يقول: الحكمة سنة رسول الله -صلى الله عليه وسلم-. (3)

2. مخالفته لشيخه الإمام مالك والإمام محمد بن الحسن الشيباني.

3. استنباطه للأصول وانتقاعه بالثروة الفقهية التي تركها فقهاء العراق والحجاز.

أولاً: إثباته أن السنة النبوية هي المصدر الثاني للفقهاء

لقد كان عصر الإمام الشافعي خصبا بالجدل والخلاف، حيث وجدت طائفة أنكروا الاحتجاج بالسنة والأخبار المنسوبة للنبي -صلى الله عليه وسلم-. (4) ولقد رد عليهم الإمام الشافعي وناظرهم في ذلك. (5) وأخذ الشافعي بالحديث ولم يشترط فيه إلا الصحة، وقال قولته المشهورة: "إذا صح الحديث فهو مذهبي". (6) ولقد ارتقى الإمام الشافعي بموقع السنة الدلالية إلى مستوى القرآن، رغم قوله بتفاوت المرتبة بينهما؛ فالحديث المروي بالنسبة للشافعي دون القرآن في المرتبة والمنزلة، لكنه يساويه في الدلالة والمعنى. (7)

ولقد أثبت الإمام الشافعي حجية السنة بالأدلة على النحو الآتي:

من الكتاب:

1. قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا آمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَالْكِتَابِ الَّذِي نَزَّلَ عَلَى رَسُولِهِ وَالْكِتَابِ الَّذِي نَزَّلَ مِنْ قَبْلُ". (8) وجه الاستدلال:

إن الله تعالى قرن الإيمان برسوله محمد -صلى الله عليه وسلم- مع الإيمان به، وهذا يقتضي وجوب طاعته وحرمة معصيته. (9)

2. قوله تعالى: "إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ آمَنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِذَا كَانُوا مَعَهُ عَلَى أَمْرٍ جَامِعٍ لَمْ يَذْهَبُوا حَتَّى يَسْتَأْذِنُوهُ ۚ إِنَّ الَّذِينَ يَسْتَأْذِنُونَكَ أُولَٰئِكَ الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ". (10) وجه الاستدلال:

(1) المرجعان السابقان يتصرف.

(2) سورة البقرة، الآية: 231.

(3) الشافعي، الرسالة، (77/1).

(4) أبو زهرة، الشافعي، ص 77.

(5) الشافعي، الأم، (287/7).

(6) خليفة، منهج الحنفية في نقد الحديث، ص 46.

(7) قانصو، النص الديني من التفسير إلى التلقي، ص 219.

(8) سورة النساء، الآية: 136.

(9) الشافعي، الرسالة، ص 72.

(10) سورة النور، الآية: 62.

إن الله تعالى جعل كمال ابتداء الإيمان الذي ما سواه تبع له: الإيمان بالله تعالى ثم برسوله -صلى الله عليه وسلم-.

3. فلو آمن عبد به ولم يؤمن برسوله لم يقع عليه اسم كمال الإيمان أبدا حتى يؤمن برسوله معه.<sup>(1)</sup>
3. وقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ۚ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا".<sup>(2)</sup>
4. قال تعالى: "وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا".<sup>(3)</sup>

وجه الاستدلال:

قال الشافعي: "فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ" يعني والله أعلم: إلى ما قال الله والرسول إن عرفتموه، فإن لم تعرفوه سألتكم الرسول عنه إذا وصلتكم، أو من وصل منكم إليه؛ لأن ذلك الفرض الذي لا منازعة لكم فيه لقوله تعالى: "وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ".<sup>(4)</sup>

من السنة النبوية:

1. قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "ما تركت شيئا مما أمركم الله به إلا وقد أمرتكم به، ولا تركت شيئا مما نهاكم الله عنه إلا وقد نهيتكم عنه".<sup>(5)</sup>
- وجه الاستدلال:

قال الشافعي: وما أعلمنا الله مما سبق في علمه وحتم قضائه الذي لا يرد، من فضله عليه ونعمته: أنه منعه من أن يهوما به أن يضلوه وأعلمه أنهم لا يضرونه من شيء.

وفي شهادته له بأنه يهدي إلى صراط مستقيم، صراط الله، والشهادة بتأدية رسالته واتباع أمره، وفيما وصفت من فرضه طاعته وتأكيد إياها في الآية ذكرت ما أقام الله به الحجة على خلقه بالتسليم لحكم رسول الله -صلى الله عليه وسلم- واتباع أمره.

وكل ما سنه رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فبحكم الله سنه، وكل ما سن فقد ألزما الله اتباعه، وجعل في اتباعه طاعته، وفي العود عن اتباعها معصيته التي لم يعذر بها خلقا، ولم يجعل له من اتباع سنن رسول الله مخرجا.<sup>(6)</sup>

2. قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "لا ألفين أحدكم متكئا على أريكته يأتيه الأمر من أمري، مما أمرت به أو نهيت عنه فيقول لا أدري ما وجدنا في كتاب الله اتبعناه".<sup>(7)</sup>
- وجه الاستدلال:

(1) الشافعي، الرسالة، ص75.

(2) سورة النساء، الآية: 59.

(3) سورة الأحزاب، الآية: 36.

(4) الشافعي، الرسالة، ص79 وما بعدها. ولقد ذكر الإمام الشافعي أدلة كثيرة في هذا المقام يرجع إليها في رسالته.

(5) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى: كتاب: النكاح، باب: الدليل على أنه -صلى الله عليه وسلم- لا يقتدى به فيما خص به، (121/7)، (ح13443).

(6) الشافعي، الرسالة، ص87 وما بعدها.

(7) رواه أبو داود في سننه، كتاب: السنة، باب: في لزوم السنة، (15/7)، (ح4605)، حديث صحيح.

قال الشافعي: وفي هذا تثبیت الخبر عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وإعلامهم أنه لازم لهم، وإن لم يجدوا له نص حكم في كتاب الله عز وجل.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثاني: إثبات الإمام الشافعي حجة خبر الواحد

وضع الإمام الشافعي الضابط لقبول خبر الواحد بقوله: "خبر الواحد عن الواحد حتى ينتهي به إلى النبي أو من انتهى به إليه دونه، ولا تقوم الحجة بخبر الخاصة حتى يجمع أموراً منها:

1. أن يكون من حدث به ثقة في دينه، معروفاً بالصدق في حديثه، عاقلاً لما يحدث به، عالماً بما يحيل معاني الحديث من اللفظ.

2. أن يكون ممن يؤدي الحديث بحروفه كما سمع لا يحدث به على المعنى؛ لأنه إذا حدث به على المعنى وهو غير عالم بما يحيل معناه لم يدر لعله يحيل الحلال إلى الحرام.

3. أن يكون هكذا من فوّه ممن حدثه، حتى ينتهي بالحديث موصولاً إلى النبي أو إلى من انتهى به إليه دونه؛ لأن كل واحد منهم مثبت لمن حدثه، ومثبت عنه من حدث عنه، فلا يستغنى في كل واحد منهم عما وصفت.<sup>(2)</sup>

وعدّ الإمام الشافعي خبر الواحد أصلاً في نفسه فلا يقاس على غيره؛ لأن القياس أضعف من الأصل، وفرق بين خبر الواحد وبين الشهادات وجمع بينهما في أشياء أخرى كلها مبينة في رسالته على التفصيل.<sup>(3)</sup>

### وأثبت الإمام الشافعي حجة خبر الواحد بأدلة منها ما يأتي:

قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "نضر الله عبداً سمع مقالتي فحفظها ووعاها وأداها، فرب حامل فقه غير فقيه، ورب حامل فقه إلى من هو أفقه منه، ثلاث لا يغل عليهن قلب مسلم: إخلاص العمل لله، والنصيحة للمسلمين، ولزوم جماعتهم؛ فإن دعوتهم تحيط من ورائهم".<sup>(4)</sup>

وجه الاستدلال:

قال الشافعي: فلما ندب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- إلى استماع مقالته وحفظها، والخطاب للفرد وهو الواحد، دل على أنه لا يأمر أن يؤدي عنه إلا ما تقوم به الحجة على من أدى إليه؛ لأنه إنما يؤدي عنه حلال، وحرام يجتنب، وحد يقام، ومال يؤخذ ويعطى، ونصيحة في دين ودنيا.<sup>(5)</sup>

منها: حديث أم سلمة مع امرأة رجل قبلها زوجها وهو صائم، فأخبرتها أم سلمة أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يفعل ذلك، فلما رجعت المرأة وكان رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عند أم سلمة وسأل عن أمر المرأة فقال الرسول -صلى الله عليه وسلم- لأم سلمة: "ألا أخبرتها أنني أفعل ذلك"، فقال الشافعي: إن قول رسول الله -صلى الله عليه وسلم- لأم سلمة ذلك، فيه دلالة على أن خبر أم سلمة عنه مما يجوز قبوله؛ لأنه لا يأمرها بأن تخبر عن النبي إلا وفي خبرها ما تكون الحجة لمن أخبرته.<sup>(6)</sup>

(1) البيهقي، معرفة السنن والآثار، (111/1).

(2) الشافعي، الرسالة، ص 369 وما بعدها.

(3) المرجع السابق، ص 372 وما بعدها.

(4) أخرجه ابن ماجه في سننه، أبواب: السنة، باب: من بلغ علماً، (86/1)، (ح 236)، حديث صحيح.

(5) الشافعي، الرسالة، ص 402 وما بعدها.

(6) المرجع السابق، ص 404 وما بعدها.

وذكر الإمام الشافعي أيضا أدلة أخرى، مثل: حديث تحويل القبلة وتحريم الخمر وغيرها.<sup>(1)</sup> وكان الإمام الشافعي لا يعدل عن قول رسول الله -صلى الله عليه وسلم- مهما بلغ به الأمر؛ حتى أثر عنه تقديم السنة النبوية على كل قول خلا القرآن الكريم، ولذلك أطلق عليه في العراق ناصر الحديث.<sup>(2)</sup> إضافة إلى ما سبق؛ فالإمام الشافعي كان من الأثبات الذين رووا الموطأ عن مالك ولم يكن من هو أجل منه في ذلك كما حوى كتابه "الأم" عددا كثيرا من الأحاديث والآثار.<sup>(3)</sup> لقد كان حظ الشافعي من الحديث كبيرا، وحفظه له لا يباريه فيه إلا أهل الصناعة فيه؛ ولكن لم يكن استيعابه وحفظه للحديث على طريقة المحدثين، يستكثرون من الرواية كما يستكثرون من الشيوخ، ويبحثون عن السند العالي ما أمكنهم ذلك.<sup>(4)</sup> وكان الشافعي معظما للأثر مقدما لها على الرأي متى بلغه الحديث لم يتجاوز القول بمقتضاه، وكان معظم أحاديث الأحكام حاصلة عنده لا يشذ عنه منها إلا النادر، ويكفي في الدلالة على ذلك قول الإمام أبي بكر بن خزيمة، وقد سئل: هل تعرف للنبي -صلى الله عليه وسلم- سنة صحيحة لم يودعها الشافعي في كتابه؟ قال: لا.<sup>(5)</sup>

ومعنى هذا الكلام أن السنن الواردة في الأحكام قد بلغت الشافعي إلا إن منها ما لم يستوف طرقها؛ فلذلك يقف على الاستدلال ببعضها أو يعلق القول به على ثبوتها.<sup>(6)</sup> ولقد رد الإمام الشافعي في كتابه الأم على من قالوا: إن الخبر المتواتر ليس بحجة وأثبت بالأدلة على حجيتها.<sup>(7)</sup> وأثبت حجية خبر الواحد بالأدلة القاطعة، ولقد أطال في الرد على كلا الفريقين.<sup>(8)</sup> وبين الإمام الشافعي أن السنة النبوية لا تخالف الكتاب، وأنها واجبة الاتباع بأمر الله تعالى، وأن كل السنة مقدمة على كل رأي، ولا يوجد عالم يخالف سنة ثابتة عن النبي -صلى الله عليه وسلم- وإن فعل فلا يحتج بقوله، وقد تكون هذه المخالفة نتيجة جهله بالسنة أو لخطئه في التأويل.<sup>(9)</sup> ولقد قسم الإمام الشافعي السنة النبوية الشريفة من حيث علاقتها بالقرآن الكريم إلى ثلاثة أقسام، وهي:<sup>(10)</sup>

1. ما أنزل الله فيه نص كتاب، فبين رسول الله -صلى الله عليه وسلم- مثل ما نص الكتاب، مثل أركان الإسلام كالصلاة والصيام والزكاة.
2. ما أنزل الله تعالى فيه جملة كتاب، فبين عن الله تعالى معنى ما أراد، كتفصيل مجمل الكتاب أو تقييد مطلقه أو تخصيص عامه، كالأحاديث التي فصلت أركان الصلاة وعدد ركعاتها وأحكام الزكاة ومقدارها وغيرها.

(1) المرجع نفسه.

(2) الكرد، السحار، مكانة السنة عند الشافعي وجهوده في حفظها، ص 419.

(3) المرجع السابق.

(4) ابن حجر، توالي التأسيس، ص 72. الدرر، الإمام الشافعي فقيه السنة الأكبر، ص 200.

(5) ابن حجر، توالي التأسيس، ص 72.

(6) المصدر السابق.

(7) الشافعي، الأم، (292/7).

(8) الشافعي، الرسالة، ص 401.

(9) الكرد، السحار، مكانة السنة عند الشافعي وجهوده في حفظها، ص 422.

(10) المحمدي، أثر السنة في فقه الشافعي، ص 173.

3. ما سن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فيما ليس فيه نص كتاب، كحرمة الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، وكرج الزاني المحصن، وأحكام الشفعة وغيرها.

وبناء على ما سبق ذكره؛ تبين لنا أن الإمام الشافعي سلك منهاجاً قويمًا ضيق فيه هوة الخلاف بين مدرستي الرأي والحديث من حيث الأمور الآتية: (1)

1. اهتمامه البالغ بالسنة النبوية الذي فاق اهتمام مدرسة الحديث حيث بين حجيتها وحجية خبر الواحد وعلاقة السنة بالقرآن وغيرها من الأمور التي ذكرها الشافعي في معرض حديثه عن السنة في رسالته، أما مدرسة الحديث فقد اقتصر اهتمامهم بالسنة على حفظ نصوصها ووقفهم عند الرواية غالباً وعدم استعمالهم الرأي في الأحكام إلا عند الضرورة القصوى.

### ثانياً: مخالفته لشيخه الإمام مالك والإمام محمد بن الحسن الشيباني:

كان الإمام الشافعي متبعاً وليس بمبتدع ولا مقلد، فهو تتلمذ على يد الإمام مالك بالمدينة، والإمام محمد بن الحسن الشيباني بالعراق، ومع ذلك كانت له نظرتة الخاصة في الفقه وخالف شيوخه لكن هذه المخالفة لم تكن عنادا واستكباراً ولا تقليداً من شأن شيوخه؛ بل كانت احتراماً وتقديراً مكسوفاً بالأدب الجم، حتى إن الإمام الشافعي لما صنف كتاب خلافه مع الإمام مالك قال: "استخرت الله تعالى في ذلك سنة". (2) وجرت عادة الشافعي ألا يذكر شيخه عند الرد عليه بالاسم تعظيماً له. (3) وكانت اختلافاته بمنزلة البصمة التي تركها الشافعي لتدل على أن الاجتهاد هو الأصل لا التقليد؛ بل إنه ذم التقليد ومتبعيه.

وروي أن سبب وضع الإمام الشافعي الكتب على الإمام مالك أنه بلغه أن بالأندلس قلنسوة لمالك يستقى بها وكان يقال لهم: "قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، فيقولون: "قال مالك" فقال الشافعي: "إن مالكا بشر يخطئ"، فدعا ذلك إلى تصنيف الكتاب في اختلافه معه. (4) وكما صنف كتاب اختلافه مع مالك؛ فقد وضع أيضاً كتاب الرد على محمد بن الحسن. (5)

وتذكر المصادر المهمة بحياة الشافعي وفقهه أن كتاب "الرسالة" (القديم) وهو في الأصول: من بواكير مؤلفات الشافعي، مما يدل على أنه أضحى له نظر في المنهج الفقهي مغايراً لمنهج شيوخه. (6)

وكان الذي أخذ عنه الشافعي بمكة أحد رجلين: إما معتن بالأحاديث والأخبار دون أن يصل إلى الدرجة العالية في الفقه، أو محتفل بالفقه ضعيف في الحديث؛ فإن مالكا قد جمع بين الإمامة في الفقه والإمامة في الحديث؛ ولذلك فإن الشافعي؛ بما حباه الله به من قوة الإدراك وحضور البديهة وقوة البيان، قد نال من ملازمته مالكا ما جاء من أجله، وهو أن يبلغ درجة الاجتهاد والاستقلال بالرأي، وأن يملك المقدره العلمية على الأخذ والرد، والقبول والرفض. (7)

(1) أبو زهرة، الشافعي: (225).

(2) ابن حجر، توالي التأسيس، ص148.

(3) لمين، ما بين الإمامين مالك والشافعي، ص198.

(4) المصدر السابق.

(5) الشافعي، الأم، (201/7)، (323/7).

(6) لمين، ما بين الإمامين مالك والشافعي، ص185.

(7) المرجع السابق.

ومما انتقده الشافعي على شيخيه الإمام مالك والإمام محمد بن الحسن وخالفهما فيه ما يلي:<sup>(1)</sup>

1. عدم أخذ الإمام مالك بأصل ثابت مطرد في الاستنباط.
2. وضع الإمام مالك أصلاً لقبول خبر الواحد ولم يتقيد به.
3. الاستدلال بعمل أهل المدينة واعتباره إجماعاً يجب اتباعه واعتباره حجة، وقد رد الإمام الشافعي هذا الإجماع، واعتبر الإجماع هو اجتماع العلماء في كل البلاد وليس اجتماع علماء بلد، والمسائل التي ادعى الإمام مالك فيها إجماع أهل المدينة كان من أهل المدينة من يرى خلافها، ومن عامة البلدان من يخالفها، إضافة إلى ما سبق؛ فإن الإجماع يأتي في مرتبة متأخرة عن نص الكتاب والسنة.
4. ترك الإمام مالك الحديث لقول الصحابي، ثم ترك قول ذلك الصحابي لرأيه نفسه.
5. كان فقهاء الرأي في عصره يتكلمون في الرأي دون التوجه إلى بيان حدوده، فلم يضعوا حداً بين الرأي الصحيح وغير الصحيح، فجاء الشافعي وتكلم عن القياس ضابطاً لقواعده، مبيناً أسسه، وقعد القواعد للرأي الذي يعتقده صحيحاً، فرسم حدود القياس ورتب مراتبه، وبين الشروط الواجب توافرها في الفقيه الذي يقين، وميز القياس عن غيره من أنواع الاستنباط بالرأي التي يراها جميعاً فاسدة ما عدا القياس.
6. إبطاله الاستحسان، واعتبر الاجتهاد بطريق الاستحسان من غير الاعتماد على نص ثابت ومن غير اعتماد على دلالة مرشدة اجتهاداً باطلاً لا يمت إلى الشرع بصلة.<sup>(2)</sup>

فالإمام الشافعي كانت له سمة خاصة تميزه عن شيوخه من العلماء اتسمت بالوسطية والاعتدال، وضيق بشكل واضح من هوة الخلاف بين مدرستي الرأي والحديث، وتوضح معالمها من خلال الأمور الآتية:

1. حفاظه على السنة النبوية ووضع الضوابط التي يتم من خلالها قبول الحديث، كما أنه لم يقف على نص الأحاديث وروايتها فقط؛ بل تناولها بالشرح والتحليل والاستنباط، وقد فاق في منهجه هذا مدرسة الحديث.
2. ضبطه للرأي والقياس وإبطاله الاستحسان، ومخالفته لشيخه الإمام مالك في القول بحجية عمل أهل المدينة ومخالفته للحنفية في القول بالرأي، يتضح من ذلك أنه خالف كلتا المدرستين مما رسم منهجاً وسطياً جعل التقارب بينهما أقرب والخلاف أبعد.<sup>(3)</sup>

قال أحمد بن حنبل: "ما زلنا نلعن أهل الرأي ويعلنوننا حتى جاء الشافعي فمزج بيننا يريد أنه تمسك بصحيح الآثار واستعملها، ثم أراهم أن من الرأي ما يحتاج إليه وتبني أحكام الشرع عليه، وأنه قياس على أصولها ومنزوع منها"<sup>(4)</sup>.

### ثالثاً: استنباطه للأصول وانتفاعه بالثروة الفقهية التي تركها فقهاء العراق والحجاز

لا شك أن علم الفقه سابق لعلم الأصول؛ إذ إن الفقه نشأ بالاستنباط والفتيا والاجتهاد، وكان الاجتهاد واقعا والرسول -صلى الله عليه وسلم- حي؛ فقد اجتهد الصحابة في حال غيابهم عن الرسول -صلى الله عليه وسلم- حين عرض لهم أمر لم يعرفوا له حكماً.

(1) الشافعي، الأم، (7/201 وما بعدها). أبو زهرة، الشافعي، (275 وما بعدها). لمين، ما بين الإمامين مالك والشافعي، ص 202.

(2) الشافعي، الرسالة، ص 503 وما بعدها. الأم، (7/309 وما بعدها). أبو زهرة، الشافعي، ص 301.

(3) الكرد، السحار، مكانة السنة عند الشافعي، ص 428 بتصرف.

(4) عياض، القاضي: ترتيب المدارك وتقريب المسالك 91/1.

ثم توالى الاجتهاد بعد الرسول -صلى الله عليه وسلم- وبلغ ذروته في عهد الراشدين؛ فأورثوا الناس مع أحاديث رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ثروة فقهية من الأقضية والفتاوى والأحكام العملية في سير نظام الدولة ومعاملتها للغير، ثم جاء التابعون فمنهم من كان يتقن في الفتيا ويفتي فيما يقع وما هو من قبيل الفقه الافتراضي، ولما جاء عصر المجتهدين أصحاب المذاهب، كان في البلاد الإسلامية ثروة من الفتاوى والأقضية والأحكام متنوعة مختلفة النواحي متباينة الأشكال والألوان، فلمالك مجموعة فقهية، ولمحدثي مكة مجموعة من الأحاديث والآثار المرتبطة بالفقه، ولأهل العراق فقههم الذي جمع كثيرا من آراء الإمام محمد بن الحسن، فكانت هذه المجموعات الفقهية المتنوعة، ثروة مثرية من العلم والاستنباط.<sup>(1)</sup>

وجاء الشافعي فوجد تلك الثروة، ووجد الجدل بين أصحاب النواحي المختلفة، فخاض غماره بعقل الأريب، وكانت تلك المناقشة هادية له بلا ريب إلى التفكير في وضع موازين ومقاييس تضبط نظر المتناظرين ليتميز الخطأ من الصواب، ويكون أساس البحث والاجتهاد، فكان من ذلك اتجاهه إلى وضع أصول الفقه، ليكون أساسا للاستنباط، كما وضع ضوابط وموازن لنقد الآراء من حيث معارضاتها وترجيحاتها لمعرفة صحيحها من سقيمها.<sup>(2)</sup>

وانتهج الإمام الشافعي منهجا فريدا، كان له أثر كبير في تخلص الفكر الإسلامي من المذاهب الشاذة، والمناهج الفلسفية التي كانت قد تسربت إلى عقول الكثير من الناس من خلال النوافذ والشقوق، ويمكن الإشارة إلى أبرز مظهرين لهذا الأثر الكبير الذي لا يزال تاريخ الفكر الإسلامي يحمده للإمام الشافعي:<sup>(3)</sup>

1. القضاء على التباعد الخطير بين مدرستي الرأي والحديث، إذ إن كلا من أفراد هاتين المدرستين كان يتربص بالآخر وكان كل منهما يسفه آراء المخالف.

فجاء الشافعي وأخذ علمه من كلتا المدرستين، ورسم منهج المعرفة وأوضح من خلاله دور كل من العقل والنقل، وقد أوضحنا سالفا أنه انتصر للحديث ووضع ضوابط لقبول خبر الواحد، كما ضبط القياس وأبطل الاستحسان، ورسخ المناهج العلمية التي تتم عن وسطية واعتدال، فأخذت كل مدرسة تتأمل وتتدبر مسلك هذا الإمام المجتهد الفريد في منهجه والناصح في توجيهه، فبهزم حتى أذعن له الموافق والمخالف، مما أدى إلى صلاح المدرستين وتلاقيهما على نهج الوسطية الذي رسمه الإمام الشافعي.<sup>(4)</sup>

2. تهافت التيارات الفلسفية المنحرفة: كالتيار الاعتزالي، وخاصة منذ ظهور كتاب "الرسالة" للإمام الشافعي، إذ إن هذا التيار هو وليد الفكر الفلسفي الإغريقي، وقد تسرب إلى المجتمع العربي الإسلامي تسريبا.

ومن خلال تعلم الشافعي في كلتا المدرستين واستفادته منهما يتضح جليا؛ أن منهجه يعدّ إلى يومنا هذا هو المنهج العاصم من الزلل والخطأ، إذ إنه الميزان الذي يوزن به اجتهاد كل مجتهد، وعلم الأصول الذي يعدّ الإمام الشافعي أول من دونه، هو حلقة الوصل لكل المجتهدين واجتماع كل المفتين فضلا عن مساهمته في توضيح الخلاف بين المذاهب الفقهية وجعل الخروج منه أمرا مستحبا، مما يقضي إلى التقارب والوصل بين العلماء وهو خير من التباعد والقطيعة، إذ العلم رحم بين أهله، وبهذا يرتفع الكلام عن الأئمة والأعلام؛ فله در الإمام الشافعي در بما عنده من الدرر فأثرى الفقه وأصوله، وملا طباق الأرض علما، وسقى الله أهل غزة التي أنجبته كرامة وعزة.

(1) أبو زهرة، الشافعي، ص 347.

(2) المرجع السابق.

(3) البوطي، منهج الشافعي، ص 6 وما بعدها.

(4) المرجع السابق، ص 7.

## الخاتمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد أن انتهيت من بحثي عن الإمام الشافعي بين مدرستي الرأي والحديث، خلصت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، جاءت على النحو الآتي:

### أولاً: النتائج

خلصت من وراء هذا البحث إلى مجموعة من النتائج، كانت على النحو الآتي:

1. هناك عوامل كثيرة أدت إلى ظهور مدرستي الرأي والحديث، كتأثرهم بمن سبقهم من الصحابة، إضافة إلى البيئة التي نشأت فيها كل من المدرستين وغيرها من العوامل الأخرى.
2. لكل مدرسة خصائص تميزت بها عن الأخرى، حيث إن أهل الحديث التزموا العناية بالأحاديث والوقوف عند الرواية غالباً في فتوَاهم، أما أهل الرأي فكانوا مقلين من رواية الأحاديث باحثين عن علل الأحكام وكثرة تفرعهم للفروع نظراً لتحضرهم وكثرة ما يعرض لهم من نوازل.
3. عمل الإمام الشافعي على التوفيق بين المدرستين عبر اتباعه لمنهجية وسطية فريدة، جمع فيها بين الاتباع والاجتهاد، والتوفيق، فلم يرجح كفة على أخرى.
4. خالف الشافعي شيوخه كالإمام مالك؛ لكنه أظهر أدبه واحترامه لشيوخه فكان متبعاً وليس بمبتدع ولا مقلد.
5. جاء الشافعي بمنهج وسطي جديد اعتبر بمنزلة كنز أصولي فقهي تمثل ذلك في كتابيه الرسالة والأم؛ فكتابه الرسالة جمع بين دفتيه قواعد الأصول، وفي كتابه الأم نشر فقهه البديع باجتهاد العالم البصير.
6. لقد وفق الشافعي في تنقله بين البلاد، مما جعله يأخذ العلوم من مصادرها ومنابعها؛ فالحديث منشؤه الحجاز، والفقه والرأي منشؤه العراق، واللغة في البداية.
7. كثرة شيوخ الشافعي وتعدددهم جعله صاحب مذهب وسطي، جمع فيه بين الرأي والحديث، وتنقله بين البلاد جعله أكثر إدراكاً، وأعطاه عمقا وقوة في الاستنباط.

### ثانياً: التوصيات

حيث خلصت من وراء هذا البحث إلى مجموعة من التوصيات، كانت على النحو الآتي:

1. الاهتمام بالثروة الفقهية التي تركها أسلافنا الفقهاء واستخلاص كنوزها، وعمل الأبحاث التي تظهر أسلوبهم في استنباط الأحكام والتوفيق بين الآراء المختلفة.
2. القيام بدراسات تبين أن اختلاف العلماء رحمة، وأن العلماء سعوا بكل مجهودهم للتوفيق وتضييق فجوة الخلاف بين الآراء المختلفة.
3. تشجيع العلماء وطلبة العلم على سبر أغوار كتب الفقهاء القدامى؛ لاستخلاص كنوزها وإثراء المكتبات العربية بالكنوز التي خلفوها للأمة من بعدهم.

## المصادر والمراجع

## - القرآن الكريم.

## أولاً: الكتب

- ابن حجر، شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد الكناني، توالي التأسيس لمعالي محمد بن إدريس، تحقيق: أبو الفداء عبد الله القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1406هـ - 1986م.
- ابن علي، خلاصة الأصول (مختصر في أصول الفقه)، سلطان بن محمد، تحقيق: إلياس قبلان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2016م.
- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط1، 1430هـ - 2009م.
- أبو زهرة، الإمام محمد، الشافعي حياته وعصره - آرائه وفقهه، دار الفكر العربي، ط2، 1367هـ - 1948م.
- الأشقر، عمر سليمان الأشقر، المدخل إلى دراسة المدارس والمذاهب الفقهية، دار النفائس، الطبعة الثانية، 1998م.
- الأعظمي، محمد محروس المدرس، وشائج الصلة المتميزة بين مذهبي أبي حنيفة ومالك رضي الله عنهما، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، كلية معارف الوحي، قسم الفقه والأصول، بدون طبعة.
- الألباني، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع - الرياض ط1، 1415هـ - 1995م.
- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق، الطبعة الأولى، 1422هـ.
- البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله (المتوفى: 256هـ)، التاريخ الكبير، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الدكن، طبع تحت مراقبة: محمد عبد المعيد خان.
- بك، محمد الخضري، تاريخ التشريع الإسلامي، دار الفكر، ط8، 1387هـ - 1967م.
- البوطي، محمد سعيد رمضان، منهج الشافعي رحمه الله، منشور على الإنترنت من غير طبعة.
- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي (384 - 458هـ)، مناقب الشافعي للبيهقي، تحقيق: السيد أحمد صقر، مكتبة دار التراث، القاهرة، الطبعة الأولى، 1390هـ - 1970م.
- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424هـ - 2003م.
- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخرساني أبو بكر، معرفة السنن والآثار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، دار قتيبة، دمشق، بيروت، دار الوعي، حلب، دمشق، دار الوفاء، المنصورة، القاهرة، ط1، 1412هـ - 1991م.
- الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ)، سنن

- الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، سنة النشر: 1998م.
- الحجوي، محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الحجوي الثعالبي الجعفري الفاسي (المتوفى: 1376هـ)، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1416هـ - 1995م.
  - خليفة، كيلاني محمد خليفة، منهج الحنفية في نقد الحديث بين النظرية والتطبيق، دار السلام، الأولى، 2010م.
  - الخليلي، أبو يعلى الخليلي، خليل بن عبد الله بن أحمد بن إبراهيم بن الخليل القزويني (المتوفى: 446هـ)، الإرشاد في معرفة علماء الحديث، تحقيق: د. محمد سعيد عمر إدريس، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، 1409هـ.
  - الخن، مصطفى سعيد، دراسة تاريخية للفقه وأصوله والاتجاهات التي ظهرت فيهما، الشركة المتحدة للتوزيع، سوريا، دمشق، ط1، 1404هـ - 1984م.
  - الدقر، عبد الغني، الإمام الشافعي فقيه السنة الأكبر، دار القلم، دمشق، ط6، 1417هـ - 1996م.
  - الدهلوي، أحمد بن عبد الرحيم ولي الله، الإنصاف، في بيان أسباب الاختلاف، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، دار النفائس، بيروت، ط2، 1404هـ.
  - الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (المتوفى: 748هـ)، سير أعلام النبلاء، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1405هـ - 1985م.
  - الرازي، محمد بن عمر بن حسين فخر الدين، مناقب الإمام الشافعي، تحقيق: أحمد حجازي السقا، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1406هـ - 1986م.
  - زيدان، عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة عشرة، 2002م.
  - الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس المطلبي القرشي، الأم، دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة، 1410هـ - 1990م.
  - الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس المطلبي القرشي، الرسالة، تحقيق: أحمد شاكر، بدون دار نشر ولا طبعة.
  - الشرباصي، أحمد، الأئمة الأربعة، دار الهلال، بدون طبعة.
  - الشكعة، مصطفى، الأئمة الأربعة، دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ط3، 1411هـ - 1991م.
  - صفي الدين، قواعد الأصول ومعاقد الفصول في أصول الفقه، وهو مختصر كتاب تحقيق الأمل في علمي الأصول والجدل، صفي الدين الحنبلي، تحقيق: إلياس قبلان، 2019، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
  - عبد المجيد، محمود عبد المجيد، الاتجاهات الفقهية عند أصحاب الحديث في القرن الثالث الهجري، مكتبة الخانجي، مصر، بدون طبعة، 1399هـ - 1979م.
  - عبد الوهاب، علي جمعة محمد عبد الوهاب، المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، دار السلام، القاهرة، الطبعة الثانية، 1422هـ - 2001م.
  - قانصو، وجيه، النص الديني من التفسير إلى التلقي، دار الفارابي، بيروت، لبنان، ط1، 2011م.

- القصص، أحمد، نشوء الحضارة الإسلامية، بدون طبعة ولا دار نشر.
- القطان، مناع بن خليل القطان (المتوفى: 1420هـ)، تاريخ التشريع الإسلامي، مكتبة وهبة، ط5، 1422هـ - 2001م.
- القنوجي، عون الباري لحل أدلة صحيح البخاري شرح التجريد الصحيح، أبي الطيب محمد صديق بن حسن البخاري، تحقيق: محمد حسن إسماعيل؛ وأحمد المزدي، دار الكتب العلمية، 2008.
- الكرد، السحار، أ. إبراهيم أحمد وأ. محمد زياد، مكانة السنة عند الشافعي وجهوده في حفظها، قسم الحديث الشريف وعلومه بكلية أصول الدين، الجامعة الإسلامية، غزة.
- لمين، الناجي، ما بين الإمامين مالك والشافعي "دراسة في موقف التلميذ من الشيخ وأهم الفروق الأصولية بينهما"، دار الحديث الحسنية، الرباط، (د.ط.)، (د.ت.).
- مالك، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، موطأ الإمام مالك، تصحيح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون طبعة، 1406هـ - 1985م.
- المحمدي، علي محمد يوسف، أثر السنة في فقه الشافعي، المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة، ماليزيا، 1990م.
- مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون طبعة.

#### ثانياً: المواقع الإلكترونية

- غازي، تاريخ التشريع، موقع منارات: <http://www.manaratweb.com>
- موقع وزارة الأوقاف المصرية: <http://www.islamic-council.com>

## حكم إثبات دخول الشهر القمري بالحساب الفلكي

### The Rule of Proving the Entry of the Lunar Month by Astronomical Calculation

أحمد شحادة بشير الزعبي\*

#### الملخص

يهدف هذا البحث إلى بيان الحكم الشرعي في مسألة إثبات دخول الشهر القمري عن طريق الحسابات الفلكية وحدها، وبيان آراء الفقهاء واستقصاء أدلتهم في هذا الموضوع وتحليلها ومناقشتها، وبيان بعض الأمور المتعلقة به، مستخدماً المنهج الوصفي والتحليلي والاستقرائي والمقارن، وتوصل البحث إلى وجوب اعتماد الحساب الفلكي؛ لأنه يقيني والرؤية ظنية، وإلى أن خروج القمر من طور المحاق ولو بلحظة يعتبر دخولاً للشهر الجديد، وتطور علم الفلك واختلافه وانفصاله عن الكهانة والتنجيم في السابق، وإلى دقة الحسابات الفلكية.

الكلمات الدالة: الشهر القمري، الحسابات الفلكية.

#### Abstract

This research aims at revealing the legal ruling on the issue of proving the entry of the lunar month through astronomical calculations alone, clarifying the opinions of the jurists and showing their evidence on this subject, trying to analyze and discuss them, and explaining some matters in question. This research used the descriptive, analytical, inductive and comparative method.

The researcher concluded that it is necessary to adopt the astronomical calculation, because of the accuracy of astronomical calculations, and because the appearance of the moon, even for a moment, marks the entry of the new month, let a lone the new advancements Astronomy has seen which makes it different from astrology that had prevailed for too long in the past.

**Keywords:** Lunar Month, Astronomical Calculations

## المقدمة

الحمد لله وكفى، والصلاة والسلام على عباده الذين اصطفى. وبعد، فإن مسألة معرفة دخول الشهر القمري مسألة مهمة، ويترتب عليها كثير من الأحكام الشرعية التي لا يستغني عنها المسلم في العبادات والمعاملات وغيرها من الأحكام الشرعية<sup>(1)</sup>.

وهذا بحث أقدمه بعنوان: "حكم إثبات دخول الشهر القمري بالحساب الفلكي"؛ أذكر فيه آراء الفقهاء القدامى والمعاصرين، وأستقصي أدلتهم وأناقشها، وأقدم بين يدي ذلك بيان المراد بولادة الهلال، وبيان الدقة التي وصلت إليها الحسابات الفلكية اليوم، والفرق بين علم الفلك والكهانة والتنجيم؛ طالباً منه سبحانه العون والتيسير والسداد.

## أولاً: مشكلة البحث وأسئلته:

تكمن مشكلة البحث في وجود الاختلاف بين المسلمين في إثبات بداية الشهور القمرية وإثبات نهايتها، وما يترتب على ذلك من اختلاف في بداية الصيام والفطر منه، أو الاختلاف في موعد الوقوف بعرفة وغيرها من الأحكام التي تتعلق بدخول الشهر القمري، مع أن الأصل عدم الاختلاف فيها؛ ولهذا كانت الحاجة ماسة لبيان آراء الفقهاء وأدلتهم في هذا الموضوع؛ خاصة أن المسألة اختلفت في التكيف الفقهي اليوم عما كانت عليه في العصور السابقة؛ نظراً للتطور العلمي، والتقدم التكنولوجي في علم الفلك، وانفصاله الكامل عن الكهانة والشعوذة والخرافات والتنجيم، مما نتج عنه دقة متناهية في الحسابات الفلكية، لم تكن موجودة في السابق.

وعليه؛ فسيجيب البحث -بإذن الله تعالى- على السؤال الرئيس الآتي: ما آراء الفقهاء وأدلتهم في إثبات بداية الشهر القمري بالحساب الفلكي وحده؟ وما الرأي الراجح في المسألة؟

ويتفرع عنه الأسئلة الآتية:

- 1- ما المراد بمصطلح: "ولادة الهلال"؟
- 2- هل علم الفلك اليوم كالتنجيم سابقاً؟
- 3- ما مدى دقة الحسابات الفلكية اليوم؟

## ثانياً: هدف البحث:

الهدف من هذا البحث هو بيان آراء الفقهاء واستقصاء أدلتهم ومناقشتها في مسألة إثبات دخول الشهر القمري بالحساب الفلكي وحده، وبيان المراد بمصطلح ولادة الهلال فلكياً وشرعياً.

وليس من أهداف هذا البحث التعرض لاعتبار الحساب في النفي لا في الإثبات، ولا الكلام في اختلاف المطالع، والفرق بين الشهر الفلكي والشهر الشرعي؛ وغير ذلك من المسائل الخلافية المتعلقة بالأهلة.

## ثالثاً: منهج البحث:

أما المنهج المتبع في البحث؛ فإنها تقوم على اعتماد المناهج الآتية:

- 1- المنهج الاستقرائي: وذلك باستقراء وتتبع أقوال الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة من مظانها.
- 2- المنهج الوصفي: وذلك في إطار عرض موقف الفقهاء وتوثيقها، ونسبتها إلى أصحابها.

<sup>01</sup> ينظر: فتاوى السبكي (207/1)، وقد ذكر أكثر من خمس وثلاثين حكماً فقهياً تحتاج إلى معرفة الهلال؛ ثم قال: "فكان من المهم صرف بعض العناية إلى ذلك، ومعرفة دخول الشهر شرعاً".

3- المنهج التحليلي: وذلك بتوجيه الأدلة الشرعية وآراء الفقهاء ومناقشتها، وبيان الراجح منها.

4- المنهج المقارن: وذلك بذكر الآراء الفقهية ومقارنتها.

رابعاً: الدراسات السابقة:

هناك عدة دراسات محكمة سابقة في هذا الموضوع؛ أهمها:

1- بحث بعنوان: إثبات الأهلة، للأستاذ الدكتور ماجد أبو رخية، منشور في مجلة دراسات الخليج

والجزيرة العربية، تصدر عن جامعة الكويت، العدد الثالث عشر.

2- بحث بعنوان: بلغة المطالع في بيان الحساب والمطالع؛ للدكتور محمد عبد اللطيف الفرفور،

مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بجدة، في دورة عام 1406هـ، وقد نشرته دار المأمون للتراث

بدمشق.

3- بحث بعنوان: ثبوت الشهر القمري بين الحديث النبوي والعلم الحديث؛ للدكتور شرف القضاة،

منشور بمجلة دراسات، الجامعة الأردنية، مجلد ٢٦، عدد 2، ١٩٩٩م.

والذي يميز هذا البحث عما سبقه من دراسات، هو استيعابه لما كان مفقوداً في الدراسات السابقة من

أقوال وأدلة، وإيراد أدلة جديدة لم يستدل بها أي من أصحاب المصنفات السابقة.

خامساً: خطة البحث:

يتكون هذا البحث من مقدمة ومبحثين وخاتمة؛ على النحو الآتي:

المقدمة؛ وتتضمن مشكلة البحث وأسئلته، والهدف منه، وبيان المنهج العلمي المتبع فيه، والدراسات

السابقة، وخطة البحث.

المبحث الأول: مقدمات فلكية حول القمر؛ وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: معلومات عن القمر، وتولد الهلال فلكياً.

المطلب الثاني: معنى ولادة الهلال شرعاً.

المطلب الثالث: تطور علم الفلك وانفصاله عن التنجيم.

المطلب الرابع: دقة الحسابات الفلكية.

المبحث الثاني: أقوال الفقهاء وأدلتهم في ثبوت الشهر القمري بالحساب الفلكي؛ وفيه مطلبان:

المطلب الأول: المانعون للأخذ بالحساب في إثبات دخول الشهر وأدلتهم.

المطلب الثاني: القائلون باعتماد الحساب في دخول الشهر وأدلتهم.

الخاتمة والنتائج والتوصيات.

## المبحث الأول

### مقدمات فلكية حول القمر

سأتحدث في هذا المبحث عن بعض الحقائق العلمية والشرعية المتعلقة بالقمر وتولده، وتطور علم الفلك وانفصاله عن التنجيم، ومدى دقة الحسابات الفلكية، التي تعد بمنزلة التمهيد والتوطئة لموضوعنا الرئيس، وذلك في أربعة مطالب، على النحو الآتي:

#### المطلب الأول

##### معلومات عن القمر، وتولد الهلال فلكياً<sup>(1)</sup>:

يدور القمر حول الأرض في مدة متوسطة 29.530589 يوماً<sup>(2)</sup>، والتقويم القمري يتكون من اثني عشر شهراً، وبالتالي فإن طول السنة القمرية (354.367065) يوماً<sup>(3)</sup>.

ويدور القمر حول الأرض في مدار إهليلجي<sup>(4)</sup>، ولذلك فإنه يقترب أحياناً من الأرض فيكون في الحضيض، وابتعد أحياناً أخرى فيكون في الأوج، وكلما اقترب زادت سرعته لئلا ينجذب إلى الأرض ويصطدم بها، وكلما ابتعد قلت سرعته لكيلا ينفلت من الجاذبية، ويخرج عن مساره، ويتم كل هذا بنظام رباني دقيق، وهو ما يعرف بقانون كبلر<sup>(5)</sup>.

ونظراً لكون مدار القمر بهذا الشكل، فلا يكون مداره دائرياً تماماً، ويبلغ متوسط بعد القمر عن الأرض (384400 كم)، وفي الحضيض (356000 كم)، وفي الأوج (400000 كم)<sup>(6)</sup>. وأصبح من المعلوم لدى علماء الفلك أن متوسط الشهر القمري هو: 29 يوماً و12 ساعة و44 دقيقة وثانيتين و87% من الثانية<sup>(7)</sup>.

وتدور الأرض حول الشمس في مدار إهليلجي بحسب القانون نفسه، فتكون الأرض أبعد ما تكون عن الشمس وفي أقل سرعة لها في (6/21) وفي (12/21) من كل سنة شمسية، وتكون أقرب ما تكون من الشمس، وأقصى سرعة لها في (3/21) وفي (9/23)، فإذا أصبح مركز كل من الشمس والأرض والقمر على خط واحد سُمي ذلك بالاقتران أو الاقتران المركزي، وفي هذه الحالة فإن الوجه المضيء من القمر الذي يواجه الشمس لا

<sup>01</sup> ينظر: الجغرافيا الفلكية، د. أنور العقاد (148)، دورة الهلال، د. صالح العجيري (27)، مدخل إلى علم الفلك، د. محمد باسل الطائي (51)، دليل السماء والنجوم، د. عبد الرحيم بدر (59)، رصد السماء، د. عبد الرحيم بدر (341)، المحيط الكوني وأسواره لنجيب زيبب (67)، كيف ترقب السماء؟ مبادئ علم الفلك، فرانكلين م. برانلي، ترجمة د. محمد الفندي (47)، حسابات الفلك لمايكل يوسف (6)، الحسابات الفلكية، د. عبد الرحمن مغربي (13)، رصد الأهلة، د. أيمن بن سعيد كردي (2).

<sup>02</sup> دورة الهلال (27).

<sup>03</sup> دورة الهلال (27)، دليل السماء والنجوم (59)، ورصد السماء (341).

<sup>04</sup> ينظر: دورة الهلال (27)، رصد السماء (343).

<sup>05</sup> ينظر: رصد السماء (343).

<sup>06</sup> ينظر: دورة الهلال (27)، رصد السماء (343).

<sup>07</sup> دورة الهلال (27)، مدخل إلى علم الفلك للطائي (53)، رصد الأهلة للكردي (3)، الحسابات الفلكية (13).

يواجه شيئاً منه الأرض، ولا يمكن رؤية شيء منه، ويسمى هذا الوضع أيضاً: المحاق، وذلك لانمحاقه؛ أي: انعدام رؤية أي شيء من القمر<sup>(1)</sup>، كما يسمى: السرار والاستسار<sup>(2)</sup>.

ويقالُ لآخر ليلةٍ من الشهر: المحاقُ والسرارُ والاستسارُ؛ من لحظة اختفائه حتى يهَلَّ الهلالُ، ويومُ المَحَقِّ: آخرُ الشهر أيضاً؛ لأنَّ الشَّهْرَ يحقُّ الهلالُ فلا يُبَيِّنُهُ<sup>(3)</sup>.

ولكل من الأرض والقمر نصفٌ مُشرق، وهو الذي يواجه الشمس، ونصف مظلم، وهو النصف الذي لا تقع عليه أشعة الشمس، ويدور القمر دورته الشهرية فيأتي وقت يكون القمر بيننا وبين الشمس تماماً، ويكون نصفه المظلم أمامنا والنصف المشرق باتجاه الشمس؛ فلا نرى منه شيئاً، ويسمى هذا الوضع بالمحاق أو الاقتران كما تقدم، وعندما يتجه القمر باتجاه الشرق يظهر علينا شيء بسيط من نصفه المقابل للشمس بسبب سقوط أشعة الشمس عليه، وهو ما يسمى بالهلال الجديد، ويستمر في النمو شيئاً فشيئاً حتى يظهر أمامنا نصفه المقابل للشمس؛ فنراه بدرًا مكتملاً، ثم يستمر في الدوران حتى يعود إلى حالته الأولى مؤذناً بنهاية شهر قمري وبداية شهر جديد<sup>(4)</sup>.

ويحدث الاقتران في اللحظة ذاتها لكل الكرة الأرضية، وهو لا يختلف باختلاف المطالع ولا باختلاف الموقع الجغرافي، وموعده أمر قطعي لا يختلف فيه المتخصصون<sup>(5)</sup>، قال الأستاذ شاكر: "والبديهي الذي لا يحتاج إلى دليل: أن أوائل الشهور لا تختلف باختلاف الأقطار أو تباعدها، وإن اختلفت مطالع القمر"<sup>(6)</sup>.

ويراقب الهلال الجديد بعد المحاق بُعيد غروب الشمس مباشرة، ويبقى فترة لا تزيد عن أربعين دقيقة ثم يَغْرُب<sup>(7)</sup>، وفي حال رؤية الهلال على يمين الشمس؛ فهو هلال آخر الشهر، ويسمى هلالاً شامياً نسبة إلى بلاد الشام، وفي حالة ظهور الهلال على يسار الشمس فهو هلال الشهر الجديد؛ ويسمى هلالاً يمانياً نسبة إلى بلاد اليمن<sup>(8)</sup>، ويكون ظهر الهلال دائماً إلى الشمس.

ومعظم الحضارات القديمة اتخذت القمر أساساً للتقويم، وذلك لسهولة متابعته وملاحظة التغير المستمر والسريع في أوجهه، وهذا يعني أنها اعتمدت بشكل أو بآخر على التقويم القمري<sup>(9)</sup>.

<sup>01</sup> دورة الهلال (26) رصد السماء (343).

<sup>02</sup> ينظر: الأزمنة والأمكنة لأبي على أحمد بن محمد بن الحسن المرزوقي الأصفهاني (297/1)، الجغرافيا الفلكية (150).

<sup>03</sup> الأزمنة وتلبية الجاهلية لمحمد بن المستنير بن أحمد، أبي علي، الشهير بـبَطْرُب (22).

<sup>04</sup> ينظر: دورة الهلال (ص30)، رصد السماء (343).

<sup>05</sup> دورة الهلال (27)، المراجع السابقة، الأماكن نفسها.

<sup>06</sup> أوائل الشهور العربية (19).

<sup>07</sup> المراجع السابقة؛ الأماكن نفسها.

<sup>08</sup> رصد الأهلة للكرد (34).

<sup>09</sup> رصد الأهلة (30).

## المطلب الثاني

## معنى ولادة الهلال شرعاً

اختلف الفقهاء في بيان المقصود بولادة الهلال شرعاً، والذي يترتب عليه دخول الشهر، إلى ثلاثة أقوال: القول الأول: ولادة الهلال بمعنى رؤيته بالعين المجردة<sup>(1)</sup>، وأنه لا يحكم بدخول الشهر إلا بالتحقق من رؤية الهلال، أو بإتمام الشهر ثلاثين، وهذا قول معظم الفقهاء السابقين والمعاصرين<sup>(2)</sup>؛ قال ابن عابدين: "ويثبت رمضان برؤية هلاله وبإكمال عدة شعبان ثلاثين"<sup>(3)</sup>، وقال العجيري: "والذي عليه جمهور المسلمين أن الأصل في رؤية الهلال المعترف شرعاً هو الرؤية البصرية"<sup>(4)</sup>.

ومن المتفق عليه أنه لا يمكن عمل تقويم قمري أشهره مبنية على الرؤية لسنة أو لسنوات قادمة، لأن الرؤية لا تُعرف مسبقاً، ويجب أن تكون في وقتها، وكل شهر له ظروف رؤيته الخاصة به<sup>(5)</sup>.

ومن الثابت أن الرؤية البصرية لا تقيد القطع واليقين، وأن احتمالية الخطأ واردة، ودليل ذلك أن معظم الدول الإسلامية تعتمد الرؤية البصرية في إثبات دخول الشهر، ومع ذلك يقع الاختلاف والتفاوت بينها في اليومين والثلاثة<sup>(6)</sup>؛ قال العجيري: "ورؤية الهلال يقع فيها الوهم والاشتباه وغطط الحس، ثبت ذلك بالتجربة والاختبار، ولا سيما في هذا الزمان، بحيث يدعي أحدهم رؤية الهلال الليلة ثم لا يراه جميع الناس في الليلة التالية، أو قد يدعي رؤيته في وقت هي مستحيلة فيه بمقتضى الدليل العقلي؛ كأن يراه الناس جلياً في الإسفار فيما بين الفجر وطلوع الشمس، ثم يدعي رؤيته مساء من ذلك اليوم، وكذلك من يدعي رؤية الهلال بعد غروب الشمس وهي قد كسفت لتوها قبل الغروب"<sup>(7)</sup>.

القول الثاني: الولادة بمعنى إمكانية الرؤية والمشاهدة، وإن لم تحصل حقيقة الرؤية<sup>(8)</sup>.

وبناءً على هذا القول لا بد من معرفة لحظة الاقتران حسابياً، وأن تمضي فترة زمنية بعد خروج الهلال من دور المحاق أو الاقتران إلى دور الهلال وإمكانية رؤيته، ولا بد من مضي زمن كافٍ حتى يمكن للهلال أن يُرى، ولا تقتصر إمكانية الرؤية على معرفة عمر الهلال فحسب، بل بعوامل كثيرة أخرى؛ مثل: زاوية الهلال عن الأفق، وعوامل الجو، والبعد الزاوي بين القمر والشمس عند غروبها يحتاج إلى ثمان درجات<sup>(9)</sup>، وعمر الهلال الوليد، فلا يمكن رؤيته بالعين المجردة لأقل من 15.5 ساعة، وغالباً 18 ساعة<sup>(10)</sup>.

<sup>01</sup> وأجاز أصحاب هذا القول رؤيته بالمراسد والمناظير والمراقب؛ لأنها رؤية بصرية.

<sup>02</sup> تنبيه الغافل والوسنان لابن عابدين (210/1، 212)، وانظر: إرشاد أهل الملة للطبيعي (5)، بلغة المطالع للفرفور (6).

<sup>03</sup> تنبيه الغافل والوسنان لابن عابدين (212/1)، بلغة المطالع للفرفور (6).

<sup>04</sup> دورة الهلال (8 و 21).

<sup>05</sup> المصادر السابقة، الأماكن نفسها.

<sup>06</sup> الأدلة على هذا التباين أكثر من أن تحصى، وهي واقع مؤلم مشاهد؛ انظر مقدمة بحث أوائل الشهور العربية لشاكر، والعقل والفقہ للزرقا (95).

<sup>07</sup> دورة الهلال (9).

<sup>08</sup> دورة الهلال (21).

<sup>09</sup> دورة الهلال (21).

<sup>10</sup> المصدر السابق، المكان نفسه.

أما ارتفاع القمر عن الأفق الغربي وقت غروب الشمس، فلا يمكن رؤيته لأقل من خمس درجات، وإذا كان قد غرب قبل غروب الشمس، فرؤيته مستحيلة بعد غروب الشمس<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا القول لا تشترط حقيقة الرؤية لإثبات بداية الشهر؛ فإن أثبت الحساب الفلكي حدوث الاقتران ومضي مدة من الزمن تمكننا من رؤية الهلال بالعين المجردة، لولا وجود المانع كغيم أو غبار؛ فإن الشهر يكون قد بدأ؛ يقول ابن دقيق العيد: "وأما إذا دل الحساب على أن الهلال قد طلع من الأفق على وجه يرى لولا وجود المانع كالغيم مثلاً، فهذا يقتضي الوجوب؛ لوجود السبب الشرعي"<sup>(2)</sup>.

وقد تبنى هذا الرأي بشكل أو بآخر كثير من الفقهاء المعاصرين، وكثير من دوائر الإفتاء في العالم الإسلامي؛ جاء في قرار لمجلس الإفتاء الأردني: "تقبل شهادة من شهد برؤية الهلال على الوجه المذكور أعلاه إذا كانت الحسابات الفلكية تدل بصورة مؤكدة على أن الهلال الجديد قد تَوَلَّدَ (أي حصل الاقتران)، أما إذا كانت الحسابات الفلكية تفيد بصورة مؤكدة عدم تَوَلُّدِ الهلال: فإن شهادة من يشهد برؤية الهلال على الوجه المذكور في الفقرة الأولى لا تقبل، لتطرق الشك إليها"<sup>(3)</sup>، ونص مجمع البحوث الإسلامية التابع للأهر الشريف على: "(أ) أن الرؤية هي الأصل في معرفة دخول أي شهر قمري كما يدل عليه الحديث الشريف، فالرؤية هي الأساس، لكن لا يُعتمد عليها إذا تمكنت فيها التَّهَمُ تمكناً قوياً. (ب) يكون ثبوت رؤية الهلال بالتواتر والاستقاضة، كما يكون بخبر الواحد ذكراً كان أو أنثى، إذا لم تتمكن التهمة في إخباره لسبب من الأسباب، ومن هذه الأسباب: مخالفة الحساب الفلكي الموثوق به الصادر ممن يوثق به، أمّا إذا وافقت الرؤية الحساب -على النحو المتقدم- فإن الشهر يثبت بتلك الرؤية"<sup>(4)</sup>.

القول الثالث: الولادة بمعنى الخروج من طور المحاق أو الاقتران إلى طور الهلال، بغض النظر عن إمكانية رؤيته، ما دام أنه خرج عن دور المحاق؛ أي: خروج الهلال ولو بلحظة عن خط تتابع الأرض والقمر والشمس، والكل مجمعون بأنه من المستحيل العملي والعلمي رؤية الهلال في هذه اللحظة. وقد قال بهذا القول عدد من الفقهاء المعاصرين؛ كالشيخ رشيد رضا<sup>(5)</sup>، والشيخ محمد شاکر<sup>(6)</sup>، وأ. د. يوسف القرضاوي<sup>(7)</sup>، وغيرهم، وهو المفهوم من كلام الشيخ الزرقا<sup>(8)</sup>.

قال الدكتور صالح العجيري: "ولادة الهلال: وهي لحظة انسلاخ الشهر القديم وبداية الشهر الجديد فلكياً، حيث يكون القمر والشمس على خط طول واحد، وهي ظاهرة سماوية لا علاقة لها بالموقع الجغرافي إلا بقدر

<sup>01</sup> دورة الهلال (21).

<sup>02</sup> إحكام الأحكام (268/1).

<sup>03</sup> قرار رقم: (28) حول إثبات هلال رمضان وشوال بتاريخ: 1413/11/12هـ، الموافق: 1993/2/4م.

<sup>04</sup> قرار مجمع البحوث الإسلامية في مؤتمره الثالث، المنعقد في الفترة من 30 من سبتمبر إلى 27 من أكتوبر سنة 1966؛ انظر الموقع الرسمي للمجمع على صفحة الإنترنت.

<sup>05</sup> تفسير المنار (149/2).

<sup>06</sup> أوائل الشهور العربية (19).

<sup>07</sup> كيف نتعامل مع السنة النبوية (169)، وانظر: الموقع الرسمي لفضيلة الدكتور يوسف القرضاوي.

<sup>08</sup> ينظر: العقل والفقہ (95)، كيف نتعامل مع السنة النبوية (169)، الموقع الرسمي لفضيلة الدكتور يوسف القرضاوي.

يسير لا يكاد يذكر، وتحدث في أي لحظة من الليل أو النهار"<sup>(1)</sup>، وقال الدكتور يوسف القرضاوي: "وإذا وجب الرجوع إلى الحساب وحده بزوال علة منعه، وجب أيضاً الرجوع إلى الحساب الحقيقي للأهلة، وإطراح إمكان الرؤية وعدم إمكانها، فيكون أول الشهر الحقيقي الليلة التي يغيب فيها الهلال بعد غروب الشمس، ولو بلحظة واحدة"<sup>(2)</sup>.

وقد يعترض على هذا القول بأن الاقتران قد يحصل في أي لحظة من ليل أو نهار كما هو معلوم؛ فإذا حصل الاقتران في نهار آخر يوم من شعبان فيجب علينا الإمساك ببقية النهار لأننا في رمضان، وإذا حصل الاقتران في نهار آخر يوم من رمضان فيجب علينا الفطر لأننا في شوال.

ويجاب على هذا الاعتراض بما قاله الإمام ابن السبكي: "فصل: في معنى قوله صلى الله عليه وسلم: "الشهر هكذا وهكذا وهكذا، وعقد الإبهام في الثالثة، والشهر هكذا وهكذا وهكذا، يعني: تمام ثلاثين"<sup>(3)</sup>، ثم قال: "ومعناه والله أعلم: أن الشهر يكون تارة ثلاثين وتارة يكون تسعاً وعشرين، لا يخرج عن هذين الأمرين، وليس كما يقوله أهل الحساب والنجوم؛ لأنه دائماً عندهم تسع وعشرون وكسراً؛ لأن السنة القمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوماً وخمسة يوم وسُدس يوم"<sup>(4)</sup>، وعدة الشهور اثنا عشر شهراً كما قال الله تعالى، فإذا قسمت هذه الأيام على اثني عشر كان كل شهر تسعاً وعشرين وشيئاً. والقمر يجتمع مع الشمس في كل شهر مرة، فإذا فارقتها فهو أول الشهر عندهم إلى أن ينتهي إلى مثل تلك الحالة وقد يكون ذلك في أثناء النهار، وقد يكون في أثناء الليل، فأبطل النبي صلى الله عليه وسلم اعتبار ذلك، وجعل ما بعد مفارقتها الشمس إلى تمام تسع وعشرين إن رؤي، أو إلى تمام ثلاثين إن لم ير من الشهر الأول، وسواء رأيناه ليلة الثلاثين، أو أكملنا ثلاثين؛ فأول الشهر غروب الشمس من إحدى الليلتين"<sup>(5)</sup>.

ولما كان الرأيان الثاني والثالث يعتمدان الحساب الفلكي بشكل أو بآخر فمن الممكن إطلاق وصف الولادة الحسابية عليهما، مع أن الفرق بينهما في بداية الشهر قرابة خمس عشرة ساعة، وهذا ما يفسر التضارب الذي نسمعه اليوم في وسائل الإعلام في قول بعض الباحثين: رمضان يوم الثلاثاء حسابياً، وقول بعضهم الآخر رمضان حسابياً سيكون يوم الأربعاء على سبيل المثال؛ ذلك أن الفرق الزمني بين خروج الهلال عن خط الاقتران بينه وبين الأرض والشمس وإمكانية رؤيته تحتاج بضع عشرة ساعة كما سبق معنا، ومن المحتمل أن يختلف أصحاب هذين القولين في تحديدهما بداية الشهر، وإن كانا معتمدين للحساب<sup>(6)</sup>.

<sup>01</sup> دورة الهلال (30)، وانظر: العلم المنشور لابن السبكي (5).

<sup>02</sup> كيف نتعامل مع السنة النبوية (169)، وانظر: الموقع الرسمي لفصلية الدكتور يوسف القرضاوي، أوائل الشهور العربية (19).

<sup>03</sup> العلم المنشور (4)، والحديث متفق عليه، وسيأتي تخريجه لاحقاً.

<sup>04</sup> ما قاله الإمام ابن السبكي في طول السنة القمرية موافق لما قاله علماء الفلك اليوم إلى حد كبير جداً، فخمس اليوم 20% من اليوم، والسدس يساوي 16.666 ومجموع الخمس والسدس 36.666، فيكون مقدار السنة عند ابن السبكي 354.3666، وما قاله علماء الفلك اليوم أن طول السنة القمرية 354.367065. ينظر: دورة الهلال (27)، دليل السماء والنجوم (59)، ورصد السماء (341).

<sup>05</sup> العلم المنشور (5).

<sup>06</sup> المصادر السابقة، الأماكن نفسها.

### المطلب الثالث

#### تطور علم الفلك وانفصاله عن التنجيم<sup>(1)</sup>.

لم يكن العلم بالفلك في صدر الإسلام علماً حقيقياً، بل كانت معرفتهم به معرفة فطرية موروثية من الجاهلية، وكانت الشمس عندهم ساعة يُحدد بها الوقت، وكان لديهم معرفة بسيطة بالقمر، وأوجهه ومنازله، والكواكب وحركاتها<sup>(2)</sup>، وكانت معرفتهم مختلطة بأقوال الكهنة والعرافين والمشعوذين، ولهذا وصف رسول الله عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم الأمة في ذلك الوقت بأنها أمية في الحساب، قال العجيري: "أما الحساب؛ فيظهر أنه لم يكن في عهد السلف قد وصل إلى الدرجة المعهودة عندنا في هذا العصر من العلم اليقيني"<sup>(3)</sup>، وقال ابن السبكي: "بخلاف الحساب؛ فإنه لا يعرفه إلا القليل من الناس، ويقع الغلط فيه"<sup>(4)</sup>.

ولم يقفز علم الفلك القفزة العلمية المطلوبة، إلا في العصر الحديث عندما أعلن كوبرنيكوس (ت1543)<sup>(5)</sup> عن نظرية مركزية الشمس بدلاً من مركزية الأرض، ويوم طور النظرية كل من كبلر وغاليليو ونيوتن وعلماء الفلك الحديث<sup>(6)</sup>، وفي السنوات الأخيرة بدأ علم الفلك الحديث خطواته الكبيرة، ففصل عن التنجيم، وازدهرت علومه ومباحثه، وذلك في ظل ظهور النظريات والاكتشافات العلمية، والأجهزة الفلكية المتنوعة والمتطورة، لكشف بعض أسرار الكون التي تحدثت عن بعضها القرآن الكريم.

وتلاحقت التطورات، لينطلق الفلك، ولينبتق عصر الفضاء بإطلاق الأقمار الصناعية والمركبات الفضائية والأجهزة الحاسوبية المتنوعة، لتبدأ قراءة الكون وظواهره المختلفة بطرق متنوعة حديثة ودقيقة<sup>(7)</sup>.

إن التطور في علم الفلك، وظهور جداول فلكية محكمة وحسابات رياضية دقيقة، لم تكن متوافرة في السابق، وفرت الاطمئنان العلمي والشرعي للراغبين لبناء الأحكام الشرعية على الحساب الفلكي. وبناءً على هذا، أصبح علم الفلك مادةً علميةً حقيقيةً خاضعةً لمنهج علمي محدد، بعيداً كل البعد عن الخرافات والدجل والشعوذة والتنجيم التي كانت ممتزجةً في السابق معه، وأصبحت الدقة في الحسابات الفلكية محل اتفاق بين العلماء<sup>(8)</sup>، ولم يعد مقبولاً من فقهاء اليوم ما ينقلونه عن الأئمة السابقين كالنووي وابن حجر وغيرهم من أن الحساب تكهن وتخمين، وأنه لا يفيد إلا الظن أو الشك.

<sup>01</sup> ينظر: الجغرافيا الفلكية (7)، دورة الهلال (12)، التراث الفلكي عند العرب والمسلمين (120 وما بعدها)، مدخل إلى علم الفلك للطائي (64)،

الحسابات الفلكية (2)، عجائب الكون لإبراهيم الراجحي (3 وما بعدها)، العقل والفقہ للزرقي (80).

<sup>02</sup> الحسابات الفلكية (2)، أوائل الشهور العربية لشاكر (7).

<sup>03</sup> دورة الهلال (12).

<sup>04</sup> العلم المنشور (6).

<sup>05</sup> التراث الفلكي عند العرب والمسلمين، معهد التراث العلمي، جامعة حلب سنة 1992م (120 وما بعدها)، بحث الحسابات الفلكية (3).

<sup>06</sup> الجغرافيا الفلكية (7).

<sup>07</sup> الجغرافيا الفلكية (7)، الحسابات الفلكية (4).

<sup>08</sup> الحسابات الفلكية (4).

## المطلب الرابع

دقة الحسابات الفلكية<sup>(1)</sup>

إن دقة الحسابات الفلكية اليوم وكيفية تحديدها للبداية الصحيحة لولادة الأهلة وأوقات الصلوات وغيرها من الظواهر الفلكية؛ كتحديد الخسوف والكسوف وأماكن ظهورهما وأوقاتها وانحسارهما، أصبحت من نافلة القول، ومن الأمور المتفق عليها علمياً، ومن الأمثلة والشواهد التي تبين دقة هذه الحسابات، ما يأتي:

أ- الدقة العظيمة في حساب عمليات إطلاق الأقمار الصناعية والمركبات الفضائية، فإذا أريد الوصول إلى هدف معين في الفضاء فإنه يتم حساب حركات ومواقع الكواكب والأقمار القريبة والبعيدة عن الأماكن المعنية؛ ويتم الوصول في الوقت المحدد إليها بنسبة خطأ لا تتجاوز بضع ثوانٍ<sup>(2)</sup>.

ب- القدرة على تعيين مدارات الكواكب بشكل دقيق وتحديد مواقعها، وأصبح التنبؤ بأي ظاهرة اقتراب أو عبور لهذه الكواكب وأماكن وجودها في السماء معلوماً وبدقة عالية جداً لدى علماء الفلك<sup>(3)</sup>.

ج- حساب مواقع القمر لمئات السنين؛ فقد عرف -بشكل قاطع- بداية تولد الهلال، لحظة انسلاخ القمر عن الشمس، أي لحظة الاقتران، بالساعات والدقائق والثواني، قبل حدوثه بمئات السنين<sup>(4)</sup>.

د- حساب غروب الهلال الوليد، وشروق الشمس وغروبها، وفترة مكث الهلال بعد غروب الشمس، وحساب ارتفاعه فوق الأفق، وسمكه، وزاوية انحرافه عن الغرب<sup>(5)</sup>.

هـ- الدقة العالية في حسابات الكسوف والخسوف التي يستطيع العلماء تحديد أوقاتها قبل عشرات بل مئات السنين باليوم والساعة والدقيقة، ويحددون الأماكن التي يرى منها، وكم سيستمر، وهل سيكون كلياً أم جزئياً، فضلاً عن الحسابات الدقيقة لحركة النجوم والمجرات والتقدم العلمي الكبير في النظريات الكونية<sup>(6)</sup>.

أما ما يقال من اختلاف في الحسابات الفلكية والفلكيين فيما بينهم فليس سببه اختلاف المتخصصين في الحقائق العلمية، بل إنه يعود إلى مدعي المعرفة في علم الفلك، فتشخيصهم العلمي ليس دقيقاً، وإلى الاختلاف في معنى ولادة الهلال كما سبق معنا<sup>(7)</sup>.

<sup>01</sup> ينظر : الحسابات الفلكية (5 وما بعدها)، حسابات الفلك لمايكل يوسف (3 و8 وما بعدها) العقل والفقه (95).

<sup>02</sup> الحسابات الفلكية (5).

<sup>03</sup> الحسابات الفلكية (5).

<sup>04</sup> الحسابات الفلكية (5).

<sup>05</sup> الحسابات الفلكية (6).

<sup>06</sup> الحسابات الفلكية (6)، حسابات الفلك لمايكل يوسف (3)، بحث ثبوت الشهر القمري للدكتور شرف القضاة (11).

<sup>07</sup> الحسابات الفلكية (6)، بحث ثبوت الشهر القمري للدكتور شرف القضاة (11).

## المبحث الثاني

### أقوال الفقهاء وأدلتهم في ثبوت الشهر القمري بالحساب الفلكي

سأتناول في هذا المبحث آراء الفقهاء وأدلتهم في حكم اعتماد الحساب الفلكي لإثبات دخول الشهر القمري؛ وذلك في مطلبين، الأول للمانعين وأدلتهم، والثاني للقائلين به (وجوباً أو إباحة) وأدلتهم.

#### المطلب الأول

##### المانعون لأخذ بالحساب في إثبات دخول الشهر وأدلتهم:

ذهب جمهور الفقهاء قديماً وحديثاً وعلى رأسهم الأئمة الأربعة ومعظم أتباعهم -إلا ما روي عن وجه عند الشافعية في حق الحاسب نفسه-(1)، إلى القول بعدم اعتماد الحساب الفلكي في إثبات دخول الشهر القمري(2)، والشهر إنما يدخل بالرؤية البصرية للهِلال، وإلا فيجب إكمال شعبان ثلاثين يوماً؛ قال الشرنبلالي: "اتفق أصحاب أبي حنيفة إلا النادر والشافعي أنه لا اعتماد على قول المنجمين في هذا"(3)، ويقول ابن دقيق العيد: "ويستدل به على عدم تعليق الحكم بالحساب الذي يراه المنجمون"(4).

استدل القائلون بعدم اعتماد الحساب بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول، على النحو الآتي:

أولاً: أدلتهم من الكتاب: استدلت هذا الفريق على ما ذهبوا إليه بالآيات الآتية:

1- قوله تعالى: "فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمْ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ"(5).

ووجه الاستدلال من هذه الآية كما قال ابن العربي المالكي في تفسيرها: "محمول على العادة بمشاهدة الشهر، وهي رؤية الهلال"(6)، وقال المراغي: "وشهوده برؤية هلاله"(7).

ويرد على هذا التوجيه: بأن حمل كلمة "شهد" على شاهد غير دقيق؛ بل إن معظم المفسرين حملوا "شهد" على "حضر؛ منهم: الفخر الرازي؛ قال: "شهد"؛ أي: حضر، والشهود: الحضور"(8) ومنهم كذلك الطبري، والقرطبي، وابن جزي، والزمخشري، وابن الجوزي، والنسفي، وغيرهم(9).

ثم إن حمل شهد بمعنى شاهد لا يستقيم؛ وذلك لأنه يفضي إلى أن كل فرد من الأمة معلق وجوب صومه على مشاهدته الهلال، وأن من لم ير الهلال لا يجب عليه الصوم، وهذا باطل(10)، وقال ابو حيان: "ومعنى شهود الشهر الحضور فيه...، وقد تقدم أن ذلك يكون على حذف مضاف تقديره: فمن شهد منكم دخول

<sup>01</sup> المجموع للنووي (280/6).

<sup>02</sup> ينظر: حاشية ابن عابدين (431/1)، مراقي الفلاح (244/1)، عمدة القاري للعيني (261/10)، مواهب الجليل (387/2)، بداية المجتهد (238/1)، المجموع للنووي (280/6)، فتاوى السبكي (211/1)، المغني (112/3)، اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة (233/1)، الموسوعة الكويتية (167/13).

<sup>03</sup> مراقي الفلاح (244/1).

<sup>04</sup> إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام (267/1).

<sup>05</sup> جزء من الآية (185) من سورة البقرة.

<sup>06</sup> أحكام القرآن لابن العربي (82/1).

<sup>07</sup> تفسير المراغي (73/1).

<sup>08</sup> تفسير الفخر الرازي (96/3).

<sup>09</sup> تفسير الطبري، (147/2)، تفسير القرطبي (201/2)، التسهيل لابن جزي الكلي (98/1)، الكشاف للزمخشري (226/2)، تفسير النسفي (94/1).

<sup>10</sup> ينظر: التحرير والتنوير لابن عاشور (174/2).

الشهر، أي: من حضر؛ وقيل: التقدير هلال الشهر، وهذا ضعيف؛ لأنك لا تقول: شهدت الهلال، إنما تقول: شاهدت، ولأنه كان يلزم الصوم كل من شهد الهلال وليس كذلك<sup>(1)</sup>.

2- واستدل الجمهور بقوله تعالى: "يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ"<sup>(2)</sup>.

قال الجصاص: "قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "صوموا لرؤيته"<sup>(3)</sup>، موافق لقوله تعالى: "يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ"<sup>(4)</sup>، واتفق المسلمون على معنى الآية والخبر في اعتبار رؤية الهلال في إيجاب صوم رمضان، فدل ذلك على أن رؤية الهلال هي شهود الشهر"<sup>(5)</sup>.

ويرد على هذا القول بأن الله سبحانه وتعالى لم يعلق الحكم على رؤية الأهلة؛ بل علقها بالأهلة ذاتها لا برؤيتها، ولم تذكر الآية الرؤية أصلاً، فالأهلة مواقيت للناس، وكيفية إثبات وجودها أمر آخر لم تنطرق له الآية، ولما كان مناط الحكم هو الهلال، فالمراد به وجوده وولادته، لا رؤيته<sup>(6)</sup>.

والله عز وجل لم يتعبدنا برؤية الهلال<sup>(7)</sup>، ولما كانت الرؤية البصرية هي السبيل العلمي الوحيد في ذلك العصر لمعرفة دخول الشهر ظناً أو قطعاً، فقد أرشد المصطفى عليه الصلاة والسلام إليها، وعند عدمها أرشد إلى دليل علمي آخر؛ وهو الاستصحاب؛ أي: بقاء الحال على ما كان عليه حتى يأتي دليل على زواله، فأمر بإتمام شعبان ثلاثين يوماً.

### ثانياً: أدلتهم من السنة النبوية:

كما استدل هذا الفريق بجملة من الأحاديث النبوية؛ ومنها:

1- عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "الشهر تسع وعشرون ليلة، فلا تصوموا حتى تروه؛ فإن غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين"<sup>(8)</sup>، وعنه أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إنما أمة أمية لا نكتب، ولا نحسب، الشهر هكذا وهكذا وهكذا، وعقد الإبهام في الثالثة، والشهر هكذا وهكذا وهكذا يعني تمام ثلاثين"<sup>(9)</sup>.

2- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم، أو قال أبو القاسم صلى الله عليه وسلم: "صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته؛ فإن غبي عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين"<sup>(10)</sup>.

3- قوله صلى الله عليه وسلم في ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما: "إذا رأيتموه فصوموا، وإذا رأيتموه فأفطروا؛ فإن غم عليكم فاقدروا له"<sup>(11)</sup>، وفي رواية عنه أيضاً: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا

<sup>01</sup> البحر المحيط لأبي حيان الأندلسي (2/ 197).

<sup>02</sup> جزء من الآية (189) من سورة البقرة.

<sup>03</sup> سياطي تخريجه عند الكلام عن الأدلة من السنة النبوية.

<sup>04</sup> جزء من الآية (189) من سورة البقرة.

<sup>05</sup> أحكام القرآن للجصاص (1/ 244).

<sup>06</sup> التحرير والتنوير لابن عاشور (2/ 174).

<sup>07</sup> ولا بغروب الشمس أو زوالها أو برؤية الشفق وغيرها من مواقيت العبادات؛ ينظر: تفسير المنار (2/ 150).

<sup>08</sup> صحيح البخاري - بشرح ابن حجر - (4/ 150) رقم الحديث (1907).

<sup>09</sup> صحيح مسلم - بشرح النووي -، (7/ 190) رقم الحديث (1080).

<sup>10</sup> صحيح البخاري - بشرح ابن حجر - (4/ 150) رقم الحديث (1909)، صحيح مسلم - بشرح النووي -، (7/ 190) رقم (1080).

<sup>11</sup> متفق عليه؛ البخاري - بشرح ابن حجر العسقلاني - (4/ 150) رقم (1906)، مسلم - بشرح النووي - (7/ 193) رقم الحديث (1080).

تصوموا حتى تروا الهلال، ولا تفطروا حتى تروه؛ فإن غمَّ عليكم فاقدروا له"<sup>(1)</sup>، وروي عنه كذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "الشهر هكذا، وهكذا، وهكذا، ثم عقد بإبهامه الثالثة، فصوموا لرؤيته فإن غمِّي عليكم فاقدروا له ثلاثين"<sup>(2)</sup>.

ووجه الاستدلال على ما قالوا هو الآتي:

1- هذه الأحاديث نصوص واضحة الدلالة على أن إثبات رمضان لا يكون إلا برؤية الهلال مساء التاسع والعشرين من شعبان، فإن غمَّ وجب إكمال العدة ثلاثين، وكذلك الحال في انتهاء الصوم وبداية شوال وسائر الشهور، حتى ندخل في العبادة بيقين، وذلك لقطع الخلاف والنزاع بين الناس، وهذا نص ولا اجتهاد في معرض النص<sup>(3)</sup>.

2- بينت الأحاديث النبوية أن الشهر يكون تسعاً وعشرين ويكون ثلاثين، فلا يصام ثلاثون احتياطاً، ولا يصام تسعاً وعشرون تخفيفاً، بل لا بد أن يكون الصيام برؤية الهلال أو الإتمام<sup>(4)</sup>.

3- قوله صلى الله عليه وسلم: "فاقدروا له"، يعني تمام العدد ثلاثين يوماً، وذلك أن النص جاء مفسراً بحديث آخر في قوله عليه الصلاة والسلام: "فاقدروا له ثلاثين"<sup>(5)</sup>.

4- قوله صلى الله عليه وسلم: "إنّا أمة أمية" فيه دلالة على أن الشارع ألغى الحساب من حيث تعلق عبادة الصوم به، فالشهر إما أن يكون تسعاً وعشرين أو ثلاثين يوماً، والفارق بينهما هو رؤية الهلال، وليس بينهما فرق آخر من كتاب أو حساب، وأهل الحساب لا يضبطون الرؤية فيقربونها تقريباً، فقد تصيب وقد تخطيء<sup>(6)</sup>.

قال ابن تيمية: "فهذه الأحاديث المستفيضة المتلقاة بالقبول دلت على أمور؛ أحدها: أن قوله: "إنّا أمة أمية لا نكتب ولا نحسب" هو خبر تضمن نهياً؛ فإنه أخبر أن الأمة التي اتبعته هي الأمة الوسط أمية لا تكتب ولا تحسب، فمن كتب أو حسب لم يكن من هذه الأمة في هذا الحكم، بل يكون قد اتبع غير سبيل المؤمنين الذين هم هذه الأمة، فيكون قد فعل ما ليس من دينها، والخروج عنها محرّمٌ ومنهي عنه، فيكون الكتاب والحساب المذكوران محرّمين، ومنهياً عنهما<sup>(7)</sup>.

ويرد على هذه التوجيهات بما يأتي:

أما قولهم بوجوب رؤية الهلال مساء التاسع والعشرين، فإن غمَّ؛ وجب إكمال العدة ثلاثين، وذلك حتى ندخل في العبادة بيقين، فكلام صحيح لما لم يكن لدينا من وسائل لمعرفة دخول الشهر إلا الرؤية البصرية، أما اليوم فإننا نستطيع معرفة دخول الشهر بدقة عالية، وأدق بكثير من الرؤية البصرية؛ فوجب اعتمادها لندخل في العبادة بيقين.

<sup>01</sup> صحيح البخاري، (4/150 رقم الحديث 1906)، صحيح مسلم -شرح النووي-، (7/188 رقم الحديث 1080).

<sup>02</sup> صحيح مسلم -شرح النووي-، (7/190 رقم 1080).

<sup>03</sup> أحكام القرآن للجصاص (1/250)، تفسير القرطبي، (2/293).

<sup>04</sup> تنوير الحوالك للسيوطي (1/269).

<sup>05</sup> شرح النووي على مسلم (7/189)، بداية المجتهد (1/349).

<sup>06</sup> فتاوى ابن تيمية (25/173).

<sup>07</sup> فتاوى ابن تيمية (25/166).

وأما قولهم بأن الأحاديث الواردة في ذلك نص، ولا مجال للاجتهاد في معرض النص، فيرد عليه بأن الاجتهاد لم يكن في النص، وإنما في كيفية تطبيق النص، والوصول إلى الحكم الذي جاء من أجله النص بيقين. وأما قولهم: بأن هذه الأحاديث بينت أن الشهر يكون تسعاً وعشرين ويكون ثلاثين، فلا يصام ثلاثون احتياطاً ولا يصام تسع وعشرون تخفيفاً، بل لا بد أن يكون الصيام برؤية الهلال؛ فيرد عليه بأن رؤية الهلال وسيلة لمعرفة دخول الشهر وليست مقصداً، كما أن الرؤية تكون بالأبصار وهي تفيد الظن في الغالب، وتكون بالقلب وهي الرؤية القلبية التي تفيد العلم واليقين، فإذا أمكننا اليقين لم يجز العمل بالظن، وكلاهما رؤية. وأما قوله صلى الله عليه وسلم: "فاقدروا له"، يعني تمام العدد ثلاثين يوماً، فأجيب عنه بأن كلمة: "فاقدروا"، تحتل ما ذكرتم، وتحتل أن يكون المراد أمراً آخر؛ يقتضي التقدير، والإتمام ثلاثين ليس تقديراً<sup>(1)</sup>، كما أن التقدير يكون حال غياب العلم اليقيني، فإذا استطعنا معرفة دخول الهلال يقيناً من خلال علم الفلك الدقيق، فلا حاجة للتقدير<sup>(2)</sup>.

وأما قولهم بأنه عليه الصلاة والسلام ألقى الحساب من حيث تعلق عبادة الصوم به، في قوله: "إنا أمة أمية"، فيرد عليه بأن الحكم معلل بأمية الأمة فينبغي زوال الحكم لزوال علتها، كما أن الحديث لم ينة عن الحساب، بل وصف الأمة بجهلها به.

وقولهم: إن أهل الحساب لا يضبطون الرؤية فيقربونها تقريباً فقد تصيب وقد تخطيء، فيرد عليه: بأن هذا صحيح إذا كان القائم على الحساب المنجمون والعرافون، ولكن الحساب اليوم قائم على حسابات ومعادلات فلكية دقيقة، تصل إلى اليقين، ولا تقرب فيها، والواقع اليوم يؤكد دقة حسابات علماء الفلك كما سبق بيانه. كما أنه لا يفهم من وصفه عليه الصلاة والسلام الأمة بأنها أمية، أنه يجب عليها أن تبقى أمية، ولا يجوز لها التعلم؛ بل إن الله جل شأنه بيّن أنّ من وظائف الشمس والقمر العلم بالحساب والمواقيت، أما وقد تعلمنا ولم نعد أميين، فيجب علينا اعتماد ما توصلنا إليه بالعلم؛ قال ابن السبكي: "وليس الكتاب منهيّاً عنها فكذلك الحساب"<sup>(3)</sup>.

وكيف يفهم من هذه الأحاديث حرمة الحساب كما قال ابن تيمية وقد أجمعت الأمة على اعتباره في مواقيت الصلاة؟ ثم إنه عليه الصلاة والسلام لم يصرح بحرمة الحساب؛ بل نفى أن تكون الأمة على علم به؛ فقال: "إنا أمة أمية لا نحسب"، ولم يخبرهم بأن الحساب حرام، وهذا لا يعني حرمة اعتماد الحساب إذا علمته الأمة.

وبعبارة أخرى يمكن القول: إن قوله عليه الصلاة والسلام: "إنا أمة أمية لا نحسب ولا نكتب" هو قول المخبر لا الحاكم؛ أي أنه أخبر عن الأمة أنها أمية ولم يعطها حكماً بوجوب الحساب أو بحرمة، ولا بوجوب البقاء على الأمية في الحساب. والدليل على هذا أنه عليه الصلاة والسلام أمر بالكتابة وحث الصحابة على تعلمها ولو كان العلم بالحساب متوافراً في عصره عليه السلام لأمر بتعلمه، ومثال هذا قوله عليه الصلاة والسلام:

<sup>(1)</sup> ينظر: إحكام الأحكام لابن دقيق العيد (268/1)، وينظر: بحث الدكتور ماجد أبو رحية (ص379).

<sup>(2)</sup> وسيأتي الكلام وتفصيل أقوال العلماء في معنى التقدير عند الكلام على أدلة الفريق الثاني من السنة.

<sup>(3)</sup> ينظر: فتاوى السبكي (211/1).

"وترى الحفاة العراة العالة رعاء الشاة يتناولون في البنيان"<sup>(1)</sup>، فلا يستدل بالحديث على حرمة التطاول في البنيان، وإنما هو وصف فقط؛ قال النووي: "فإنه ليس كل ما أخبر صلى الله عليه وسلم بكونه من علامات الساعة يكون محرماً أو مذموماً فإن تطاول الرعاء في البنيان وفشوا المال وكونوا خمسين امرأة لهم قيم واحد ليس بحرام بلا شك وإنما هذه علامات والعلامة لا يشترط فيها شيء من ذلك بل تكون بالخير والشر والمباح والمحرّم والواجب وغيره، والله أعلم"<sup>(2)</sup>.

فلو كان العمل بالحساب حراماً لأخبر المصطفى عليه الصلاة والسلام أمته بذلك صراحة كما أخبرهم بحرمة إتيان المنجمين؛ لكنه إنما أخبرهم بأمية الأمة؛ أما وقد تعلمنا ولم نعد أميين فالعمل بالحساب واجب؛ لأنه أدق من الرؤية.

### ثالثاً: الإجماع:

نقل ابن تيمية الإجماع على أن الرؤية البصرية هي المعتمد في إثبات الهلال، وعدم الاعتماد على الحساب<sup>(3)</sup>.

ويرد عليه بأن الإجماع لم يثبت، فقد نقل عن بعض كبار التابعين قولهم باعتماد الحساب الفلكي في إثبات الشهور، فيكون الخلاف في هذه المسألة حاصلاً في عصر الصحابة، ومن المعلوم أن الإجماع إنما يكون بعد عصر رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم<sup>(4)</sup>، فإذا وقع الخلاف في العصر الأول فادعاء الإجماع باطل. وعلى فرض ثبوته فإنه لا يعتمد في هذه المسألة؛ لأن إجماعهم -إن حصل- على شيء، وما نتكلم عنه في عصرنا هذا شيء آخر، والمسألة اختلفت اليوم عما كانت عليه في السابق، فالموازنة قديماً كانت بين أقوال المنجمين والكهنة والمشعوذين والعرافين والسحرة، وبين الرؤية البصرية. والرؤية البصرية وإن كانت تقيد الظن إلا أنها أوثق من أقوال المنجمين؛ خاصة أننا منهيون عن إتيان المنجمين؛ فإجماع السابقين -إن حصل- خارج محل النزاع؛ قال الإمام النووي معللاً عدم جواز التعويل على الحساب: "إن عدم البناء على حساب المنجمين؛ لأنه حدس وتخمين"<sup>(5)</sup>، ويقول ابن دقيق العيد: "والذي أقول به: إن الحساب لا يجوز أن يعتمد عليه في الصوم لمفارقة القمر للشمس على ما يراه المنجمون"<sup>(6)</sup>، وأما اليوم فثبوت الهلال يقوم على أدق المعايير العلمية والمراسد الفلكية والحسابات المقطوع بدقتها، وهي أوثق من الرؤية البصرية كما هو ثابت ومعلوم.

### رابعاً: المعقول:

ومما استدلل به القائلون بعدم اعتماد الحساب الفلكي المعقول؛ ذلك أن الإسلام يخاطب كل المكلفين؛ فهو للبدوي والحضري، ولا بد أن تكون مواقيته معروفة لهم، وغير مخصوصة بطائفة الحاسبين، ومن المعروف أن الاعتماد على الحساب فيه تضيق على الناس لقلّة من يطلع عليه<sup>(7)</sup>؛ يقول ابن حجر: "فقد نهت الشريعة عن

(1) جزء من حديث رواه الإمام مسلم وغيره؛ صحيح مسلم (28/1) حديث رقم 102.

(2) شرح النووي على مسلم، طبعة إحياء التراث (211/1).

(3) فتاوى ابن تيمية (173/25).

(4) التلخيص في أصول الفقه للجويني (532/2).

(5) ينظر: فتح الباري لابن حجر (127/4)، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك (207/2)، الزرقا، العقل والفقه في فهم الحديث النبوي، (82).

(6) إككام الأحكام شرح عمدة الأحكام (206/1).

(7) فتاوى ابن تيمية (173/25).

الخوض في علم النجوم؛ لأنها حدس وتخمين ليس فيها قطع ولا ظن غالب، مع أنه لو ارتبط الأمر بها لضاق؛ إذ لا يعرفها إلا القليل<sup>(1)</sup>، وقال ابن بطال: "وقوله عليه السلام: "فإن غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين يوماً"، نص في أنه عليه السلام لم يرد اعتبار ذلك بالنجوم والمنازل؛ لأنه لو كلف ذلك أمته لشق عليهم؛ لأنه لا يعرف النجوم والمنازل إلا قليل من الناس، ولم يجعل الله تعالى في الدين من حرج"<sup>(2)</sup>.

أقول: وكلام ابن حجر وابن بطال صحيح في زمانهما؛ أما اليوم فالحساب دقيق كما سبق أن بينا، والقائمون عليه علماء متخصصون في فنهم، وليسوا منجمين.

كما أن القول بأن اعتماد الحساب فيه تضيق على الناس لقلّة من يطلع عليه غير مسلم به، بل غير صحيح، والأسهل على العامة اليوم أن يعلموا دخول الشهر عن طريق وسائل الإعلام -وما أكثرها-، أو عن طريق التقاويم التي لا يكاد يخلو منها بيت أو متجر أو مؤسسة، أو بالدخول إلى المواقع الإلكترونية الفلكية، ودليل أن هذا هو الأيسر عليهم أن جميع بلدان العالم تستخدمه في معرفة مواقيت الصلاة كما هو مشاهد ومعلوم، كما أن العامة اليوم لا تراقب الهلال ولا تحسنه كما كان الناس في السابق، وإنما يعتمدون على إخبار من رآه من الخاصة.

والمطلوب المهم في هذا الركن التعبدية هو العلم بدخول الشهر، وقد كانت أفضل وسيلة لهذه المعرفة هي رؤية الهلال بالأبصار؛ لأنها متوافرة في كل زمان ومكان، ولا يوجد غيرها أدق منها.

وإن تعذر على جماعة الدخول إلى المواقع الإلكترونية، أو لم يظفروا بتقويم معتمد، ولم يتمكنوا من مشاهدة التلفاز، أو معرفة دخول الشهر عن طريق مواقع التواصل الاجتماعي، مع بعد هذا الاحتمال؛ فالأمر يسير، فيتحررون الهلال بالطريقة المتيسرة لديهم وهي الرؤية البصرية، وإذا حصل أن اختلفت رؤيتهم للهلال عما اعتمده المؤسسة الرسمية التي ثبت عندها الهلال باليقين، وجب عليهم الرجوع إلى اليقين وقضاء يوم إن تأخر الصوم عندهم، أو رأوا هلال شوال قبل الرؤية الرسمية؛ لعلمهم أنهم أخطأوا، وذلك للقاعدة التي تقول: "لا عبرة بالظن البين خطؤه"<sup>(3)</sup>.

مع العلم أن مراقبة الهلال أصلاً لا يمارسها العامة؛ وإن مارسوها فمن باب الفضول أو الهواية، ومع ذلك فإن الأغلب لا يتقنونها، ولا تأبه الدوائر الرسمية بمشاهدتهم أو بمراقبتهم للهلال، بل تتولى الدوائر الرسمية في معظم دول العالم مراقبة الهلال بنفسها، أما العامة فيتلقون ما تقرره الجهات الرسمية بإحدى وسائل الاتصال.

وبهذا يتبين أن ما ذكره الأئمة الأعلام النووي وابن حجر وابن بطال لا ينطبق بحال على عصرنا هذا. والحق أنه من الممكن أن نعذر الفقهاء السابقين الذين رفضوا العمل بالحساب الممتزج بالكهانة والعرافة والسحر والشعوذة، وأن كلامهم حدس وتخمين، وهذا أمر متفق عليه بين العقلاء، وهو ما عبر عنه الشاعر بقوله:  
لعمرك ما تدري الضوارب بالحصى ولا زاجرات الطير ما الله صانع<sup>(4)</sup>

(1) فتح الباري لابن حجر (127/4).

(2) شرح صحيح البخاري لابن بطال (27/4)، وانظر: الدين الخالص لمحمود السبكي (368/1).

(3) ينظر هذه القاعدة في: الأشباه والنظائر للسيوطي، (289)، الأشباه والنظائر لابن نجيم، (161).

(4) هو الشاعر المخضرم الذي أدرك الجاهلية والإسلام لبيد بن ربيعة من قصيدته التي مطلعها:

تَلِينَا وَمَا تَلَى النُّجُومِ الطَّوَالُغُ وَتَبَقَى الجِبَالُ بَعْدَنَا وَالْمَصَانِعُ

انظر: ديوان لبيد بن ربيعة العامري (57).

أما الأمر المثير للاستغراب والدهشة ما يصر عليه كثير من الفقهاء اليوم من أن الحساب الفلكي حدس وتخمين، والأمر الأغرب أن الرافضين للحساب في إثبات دخول الشهر، يعتمدونه لإثبات مواقيت الصلاة!

## المطلب الثاني

### القائلون باعتماد الحساب في دخول الشهر وأدلتهم

ذهب بعض الفقهاء السابقين؛ منهم: مطرف بن عبد الله وابن قتيبة وابن مقاتل وابن سريج وابن السبكي من الشافعية وغيرهم إلى جواز اعتماد الحساب في إثبات رؤية الهلال<sup>(1)</sup>، وذهب من المعاصرين إلى وجوبه رشيد رضا، ومحمد بخيت المطيعي، ومصطفى الزرقا، ويوسف القرضاوي، وجمال الدين القاسمي، ومحمد شاكر، وشرف القضاة<sup>(2)</sup> وغيرهم من العلماء.

وهو وجه عند الشافعية في حق الحاسب نفسه؛ قال النووي: "وَهَلْ يَلْزَمُهُ هُوَ الصَّوْمُ بِمَعْرِفَةِ نَفْسِهِ الْحِسَابَ؛ فِيهِ وَجْهَانِ: (أَصْحُهُمَا) لَا يَلْزَمُهُ، وَقَالَ الرَّافِعِيُّ: لَا يَجِبُ بِمَا يَقْتَضِيهِ حِسَابُ الْمُنَجِّمِ عَلَيْهِ وَلَا عَلَى غَيْرِهِ الصَّوْمُ، قَالَ الرُّوْيَانِيُّ: وَكَذَا مَنْ عَرَفَ مَنَازِلَ الْقَمَرِ لَا يَلْزَمُهُ الصَّوْمُ بِهِ عَلَى أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ، (وَأَمَّا) الْجَوَازُ؛ فَقَالَ النَّبُؤِيُّ: لَا يَجُوزُ تَقْلِيدُ الْمُنَجِّمِ فِي حِسَابِهِ؛ لَا فِي الصَّوْمِ وَلَا فِي الْفِطْرِ، وَهَلْ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ بِحِسَابِ نَفْسِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَجَعَلَ الرُّوْيَانِيُّ الْوَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا عَرَفَ مَنَازِلَ الْقَمَرِ، وَعَلِمَ بِهِ وُجُودَ الْهَيْلَالِ، وَذَكَرَ أَنَّ الْجَوَازَ اخْتِيَارُ ابْنِ سُرَيْجٍ وَالْقُقَالِ وَالْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ؛ قَالَ: فَلَوْ عَرَفَهُ بِالنُّجُومِ لَمْ يَجُزْ الصَّوْمُ بِهِ قَطْعًا، قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَرَأَيْتُ فِي بَعْضِ الْمَسْوُودَاتِ تَعَدِّيَةَ الْخِلَافِ فِي جَوَازِ الْعَمَلِ بِهِ إِلَى غَيْرِ الْمُنَجِّمِ"<sup>(3)</sup>، وقال ابن حجر: "قالوا معناه: فاقدروه بحساب المنازل؛ قاله أبو العباس بن سريج من الشافعية ومطرف ابن عبد الله من التابعين وابن قتيبة من المحدثين"<sup>(4)</sup>، وقال ابن رشد: "وَرَوَى بَعْضُ السَّلَفِ أَنَّهُ إِذَا أُغْمِيَ الْهَيْلَالُ رَجَعَ إِلَى الْحِسَابِ بِمَسِيرِ الْقَمَرِ وَالشَّمْسِ، وَهُوَ مَذْهَبُ مُطَرِّفِ بْنِ الشَّخِيرِ وَهُوَ مِنْ كِبَارِ التَّابِعِينَ. وَحَكَى ابْنُ سُرَيْجٍ عَنِ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ كَانَ مَذْهَبُهُ الْإِسْتِدْلَالُ بِالنُّجُومِ وَمَنَازِلِ الْقَمَرِ ثُمَّ تَبَيَّنَ لَهُ مِنْ جِهَةِ الْإِسْتِدْلَالِ أَنَّ الْهَيْلَالَ مَرِيٌّ وَقَدْ غَمَّ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَعْقِدَ الصَّوْمَ وَيُجْزِيَهُ. وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: الْإِجْمَالُ الَّذِي فِي قَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "صُومُوا لِرُؤْيَيْتِهِ وَأَفْطَرُوا لِرُؤْيَيْتِهِ؛ فَإِنْ غَمَّ عَلَيْكُمْ فَأَقْدُرُوا لَهُ". فَذَهَبَ الْجُمْهُورُ إِلَى أَنَّ تَأْوِيلَهُ أَكْمَلُوا الْعِدَّةَ ثَلَاثِينَ. وَمِنْهُمْ مَنْ رَأَى أَنَّ مَعْنَى التَّقْدِيرِ لَهُ هُوَ عَدُّهُ بِالْحِسَابِ"<sup>(5)</sup>. وقال ابن دقيق العيد: "وعن بعض المتقدمين أنه رأى العمل به، وركن إليه بعض البغداديين من المالكية، وقال به بعض أكابر الشافعية بالنسبة إلى صاحب الحساب"<sup>(6)</sup>.

إلا أن بعض القائلين بهذا، ومنهم ابن دقيق العيد قصروها في الحالة التي يكون فيها الجو غائماً ليلة الثلاثين من شعبان أو من غيره، وبعضهم قال بجواز ذلك مطلقاً؛ يقول ابن دقيق العيد: "وأما إذا دل الحساب

(1) ينظر: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد (1/266)، الاستتكار لابن عبد البر (2/253)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب الرُّعِينِي (3/289)، المجموع للنووي (6/270).

(2) ينظر: تفسير المنار (2/151)، إرشاد أهل الملة (244)، العقل والفقه للزرقا (82)، السياسة الشرعية للقرضاوي (223)، كيف نتعامل مع السنة له أيضاً (ص86)/مقدمة الشيخ القاسمي على كتاب العلم المنشور للسيوطي (2)، أوائل الشهور العربية (19)، بحث: "ثبوت الشهر القمري للقضاة" (10).

(3) المجموع شرح المذهب (6/280).

(4) فتح الباري لابن حجر، طبعة دار المعرفة (4/122).

(5) بداية المجتهد (1/238).

(6) إحكام الأحكام لابن دقيق العيد (1/268).

على أن الهلال قد طلع من الأفق على وجه يرى لولا وجود المانع كالغيم مثلاً، فهذا يقتضي الوجوب لوجود السبب الشرعي"<sup>(1)</sup>.

كما أن بعضهم قال بوجوب تكذيب الشاهد إذا قضى علم الفلك بعدم ولادة الهلال بعد، قال السبكي: "وهنا صورة أخرى وهو أن يدل الحساب على عدم إمكان رؤيته، ويُدرك ذلك بمقدمات قطعية ويكون في غاية القرب من الشمس، ففي هذه الحالة لا يمكن فرض رؤيتنا له حساً؛ لأنه يستحيل.... ولو شهد به شاهدان لم تقبل شهادتهما؛ لأن الحساب قطعي والشهادة والخبر ظنيان، والظن لا يعارض القطع فضلاً عن أن يقدم عليه"<sup>(2)</sup>.

ومما يجدر ذكره أن معظم الفقهاء السابقين من أصحاب هذا الرأي قالوا بجواز اعتماد الحساب، بينما قال كثير من المعاصرين بالوجوب؛ وهذا خلاف منطقي مبرر؛ ذلك أن الحساب في السابق لم يصل درجة اليقين بل هو ظني في أحسن أحواله، فهو مساوٍ للرؤية البصرية، بينما الحساب اليوم قطعي ويفيد اليقين، فهو أدق وأوثق من الرؤية البصرية.

واستدل القائلون بالحساب في إثبات دخول الشهر بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول والقواعد الأصولية، وأهمها:

#### أولاً- القرآن الكريم:

استدل أصحاب هذا القول بالآيات الكريمة الآتية:

1- قال تعالى "يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ"<sup>(3)</sup>.

ووجه الدلالة من هذه الآية أن الله تعالى ذكر أن من وظائف الأهلة معرفة مواقيت العبادات، فالله سبحانه وتعالى علق المواقيت بالأهلة، ويثبت دخول الهلال بالظن ويثبت بالقطع، فثبوته بالظن يكون بالرؤية البصرية، وهي أوثق وسيلة يثبت بها الهلال في عصر النبوة، ويثبت بالقطع وذلك عن طريق الحسابات الفلكية الدقيقة التي يقوم بها علماء الفلك، وهذه الوسيلة لم تكن موجودة في عهده صلى الله عليه وسلم، بل كان عنده حساب المنجمين القائم على التكهن والتخرص الذي لا يوثق بأصحابه، فلا يعدو أن يكون شكاً أو وهماً، فنفاه المصطفى عليه الصلاة والسلام.

ولا شك بأن اليقين مقدم على الظن، فيكون العمل بالحساب القطعي اليقيني، أولى من الرؤية الظنية؛ فإن عُدِمَ اليقين رجع الأمر إلى الظن.

2- قوله تعالى: "هُوَ الَّذِي جَعَلَ الشَّمْسَ ضِيَاءً وَالْقَمَرَ نُورًا وَقَدَرَهُ مَنَازِلَ لِتَعْلَمُوا عَدَدَ السِّنِينَ وَالْحِسَابَ مَا خَلَقَ اللَّهُ ذَلِكَ إِلَّا بِالْحَقِّ يُفَصِّلُ الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ"<sup>(4)</sup>، وقوله تعالى: "وَجَعَلَ لِنُورِ اللَّيْلِ نُورًا وَاللَّيْلِ نُورًا فَتَسِيرُونَ فِي آيَاتِهِ لِقَوْمٍ يُعْلَمُونَ"<sup>(4)</sup>، وقوله تعالى: "وَجَعَلَ لِنُورِ اللَّيْلِ نُورًا وَاللَّيْلِ نُورًا فَتَسِيرُونَ فِي آيَاتِهِ لِقَوْمٍ يُعْلَمُونَ"<sup>(4)</sup>.

(1) إحكام الأحكام (268/1).

(2) فتاوى السبكي (209/1).

(3) جزء من الآية (49) من سورة البقرة.

(4) الآية (15) من سورة يونس.

النَّهَارِ مِمْبُصِ رِةً لَّ تَبْتِ غُوا فَضْ لَامٍ مِّن رَّبِّكُمْ وَ لَتَعْلَمُوا عَدَدَ النَّسِّينِ وَ الْحِسَابِ وَ كُلَّ شَيْءٍ فَصَّصَ لَّنْ آهٌ تَفْصِيلًا<sup>(1)</sup>.

ووجه الدلالة من هاتين الآيتين أن الله سبحانه وتعالى امتن على البشر بجعل القمر منازل للعلم بالسنين والحساب، والعلم كما عرفه الجرجاني وغيره: "الاعتقاد الجازم المطابق للواقع"<sup>(2)</sup>، والرؤية البصرية لا تقيد علماً، والحساب اليوم يفيد؛ وهو ما امتن الله تعالى به علينا، وإنما نفى الرسول صلى الله عليه وسلم إثبات الشهر بالحساب؛ لأنه لم يكن يفيد العلم في ذلك العصر؛ حتى وإن أفاده فإن القائمين عليه غير موثوقين، أما اليوم فأصبح بالإمكان العلم بدخول الشهر عن طريق الحساب الدقيق والموثوق، فوجب المصير إليه.

3- قوله تعالى: "فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ"<sup>(3)</sup>.

ووجه الدلالة: أن كلمة شهد قد تأتي بمعنى حضر ويكون المعنى فمن كان حاضراً غير مسافر فليصم الشهر؛ كما ذكرنا ذلك في الرد على استدلال الفریق الأول، ومن ذلك قول الإمام السيوطي: "وأخرج عبد بن حميد عن سعيد بن جبیر؛ "فمن شهد منكم الشهر فليصمه" قال: إذا كان مقيماً"<sup>(4)</sup>، وقال ابن سيده: وقوله عز وجل: "فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ" (معناه: من شهد منكم المصر في الشهر، لا يكون إلا ذلك؛ لأن الشهر يشهده كل حي فيه"<sup>(5)</sup>).

ولا يصح أن يكون شهد بمعنى رأى؛ لأنه يقال: شاهد لا شهد كما سبق؛ ويقول ابن دقيق العيد: "وليس حقيقة الرؤية بشرط من اللزوم لأن الاتفاق على أن المحبوس في المظمورة إذا علم بإكمال العدة أو بالاجتهاد بالأمارات أن اليوم من رمضان وجب عليه الصوم وإن لم ير الهلال، ولا أخبره من رآه"<sup>(6)</sup>.

بل إن معنى كلمة "شهد" أوسع معنى من كلمة "رأى"؛ لأن الشهادة قد تكون بالرؤية البصرية، وقد تكون بالرؤية القلبية، وقد تكون بالسمع"<sup>(7)</sup>.

وتأتي "شهد" بمعنى علم"<sup>(8)</sup>؛ وذلك كقوله تعالى: " شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ"<sup>(9)</sup>، ويكون المعنى: فمن علم منكم دخول الشهر فليصمه، ورجح بعض المفسرين هذا القول<sup>(10)</sup>؛ أي: أن كل من علم بدخول شهر رمضان، سواء كان برؤية نفسه، أو إخبار ثقة، أو أمر القاضي، أو عن طريق الحساب الفلكي، فإن هذا دليل على وجود الهلال، فيجب عليه الصوم.

(1) الآية (12) من سورة الإسراء.

(2) التعريفات (199/1).

(3) جزء من الآية (185) من سورة البقرة.

(4) الدر المنثور في التفسير بالمأثور للسيوطي (237/2).

(5) المحكم والمحيط الأعظم لابن سيده (182/4)، ومثله المخصص لابن سيده (325/3).

(6) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد (268/1).

(7) لسان العرب المصدر السابق، المكان نفسه.

(8) القاموس المحيط (292/1).

(9) جزء من الآية (18) من سورة آل عمران.

(10) تفسير المنار (151/2).

ويؤيد ذلك ما جاء في لسان العرب من العلاقة بين العليم والخبير والشهيد؛ قال ابن منظور: "والشهيد: الحاضر، وفعل من أبنية المبالغة في فاعل؛ فإذا اعتبر العلم مطلقاً فهو العليم، وإذا أضيف إلى الأمور الباطنة فهو الخبير، وإذا أضيف إلى الأمور الظاهرة فهو الشهيد"<sup>(1)</sup>؛ ثم قال: "الشاهد: العالم الذي يبين ما علمه"<sup>(2)</sup>.  
أقول: إن تمام المعنى ودقته يقضي بأن يكون معنى "شهد" هو: علم لا حضر، وتفصيل ذلك أنه على تقدير أن معنى "شهد" هو: "حضر"، فلا بد من تقدير محذوف، وهو فمن شهد منكم الشهر مقيماً غير مسافر؛ قال ابن منظور: "فمن شهد منكم الشهر فليصمه؛ معناه: من شهد منكم المصر في الشهر، لا يكون إلا ذلك؛ لأن الشهر يشهده كل حي فيه"<sup>(3)</sup>، وذلك لأن الأصل في الكلام الحقيقة، وإنه يلزم من هذا التقدير أيضاً وجود التكرار في الآية، وهي قوله تعالى: "فمن كان منكم مريضاً أو على سفر؛ إذ يكون المعنى: فمن حضر الشهر مقيماً غير مسافر وجب عليه الصوم، إلا أن يكون مريضاً أو مسافراً، وهذا لا يليق بكلامه جل وعلا.  
وعلى القول بأن معنى: "شهد" هو: "علم"، يكون المعنى؛ "فمن علم دخول الشهر وجب عليه الصوم، إلا أن يكون مريضاً أو مسافراً؛ قال ابن عبد البر: "قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: "فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ"<sup>(4)</sup>؛ يريد والله أعلم من علم منكم بدخول الشهر علم يقين فليصمه"<sup>(5)</sup>.

فضلاً عن أن الآية لم تشر إلى كيفية إثبات الشهر، وإنما المراد منها إثبات وجوب صيام الشهر، والمراد بها أن من علم دخول الشهر برؤية بصرية أو إتمام شعبان ثلاثين، أو بإخبار عدل، أو بأية وسيلة معتبرة شرعاً، وجب عليه الصوم، ولا نص فيها على الرؤية البصرية، ولا على غيرها من وسائل إثبات دخول الشهر.

4- قوله تعالى: "وَعَلَّامَاتٍ وَبِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ"<sup>(6)</sup>.

ووجه الدلالة من هذه الآية أن الله جعل النجوم علامات للاهتداء بها، وهذا لا يكون إلا بمعرفة منازلها وسيرها، وهو يتطلب العلم بالحساب؛ ولو كان الحساب منهيماً عنه لحصل التناقض؛ إذ كيف يمتن علينا ربنا سبحانه بأنه خلق النجوم للاهتداء بها ثم ينهانا عن تعلم أسرارها؟

وقد اعترض الماوردي على هذا الاستدلال بأن المراد بهذه الآية دلائل القبلة، ومسالك السابلة في البر والبحر<sup>(7)</sup>، ويرد عليه بأن الآية عامة؛ والأصل أن يبقى العام على عمومته حتى يرد دليل التخصيص؛ فيكون الاهتداء بالنجوم في معرفة الطرق والاتجاهات، واتجاه القبلة، كما يكون بمعرفة دخول السنوات والشهور.

5- قوله تعالى: "فَالِقُ الْإِصْبَاحِ وَجَعَلَ اللَّيْلَ سَكَنًا وَالشَّمْسَ وَالْقَمَرَ حُسْبَانًا ذَلِكَ تَقْدِيرُ الْعَزِيزِ الْعَلِيمِ"<sup>(8)</sup>.

وقوله: "والشمس والقمر بحسبان"<sup>(9)</sup>.

(1) لسان العرب (3/ 239).

(2) لسان العرب (3/ 239).

(3) لسان العرب (3/ 241).

(4) جزء من الآية (185) من سورة البقرة.

(5) الاستنكار (3/ 276).

(6) جزء من الآية (16) من سورة النحل.

(7) الحاوي الكبير (3/ 254)، وينظر: التفسير الكبير للفخر الرازي (10/ 20).

(8) الآية (96) من سورة الأنعام.

(9) الآية (5) من سورة الرحمن.

قال الفخر الرازي في تفسير الآية السادسة والتسعين من سورة الأنعام: "وَتَحْقِيقُ الْكَلَامِ فِيهِ أَنَّهُ تَعَالَى قَدَّرَ حَرَكَةَ الشَّمْسِ مَحْضُوصَةً بِمِقْدَارٍ مِنَ السَّرْعَةِ وَالْبَطْءِ بِحَيْثُ تَتِمُّ الدَّوْرَةُ فِي سَنَةٍ، وَقَدَّرَ حَرَكَةَ الْقَمَرِ بِحَيْثُ يَتِمُّ الدَّوْرَةُ فِي شَهْرٍ، وَبِهَذِهِ الْمَقَادِيرِ تَنْتَظِمُ مَصَالِحُ الْعَالَمِ فِي الْفُضُولِ الْأَرْبَعَةِ"<sup>(1)</sup>، وقال ابن عاشور: "وفي هذه الآية إشارة إلى أن معرفة ضبط التاريخ نعمة أنعم الله بها على البشر"<sup>(2)</sup>.

قال ابن عابدين: "وَأَمَّا عِلْمُ النُّجُومِ فَهُوَ فِي نَفْسِهِ حَسَنٌ غَيْرٌ مَذْمُومٌ، إِذْ هُوَ قِسْمَانِ: حِسَابِيٌّ وَإِنَّهُ حَقٌّ، وَقَدْ نَطَقَ بِهِ الْكِتَابُ؛ قَالَ تَعَالَى: {الشَّمْسُ وَالْقَمَرُ بِحُسْبَانٍ} [الرحمن: 5]؛ أَي: سَيَّرَهُمَا بِحُسْبَانٍ. وَاسْتِدْلَالِيٌّ بِسَيْرِ النُّجُومِ وَحَرَكَةِ الْأَقْلَاقِ عَلَى الْحَوَادِثِ بِقَضَاءِ اللَّهِ تَعَالَى وَقَدْرِهِ، وَهُوَ جَائِزٌ كَاسْتِدْلَالِ الطَّيِّبِ بِالنَّبْضِ عَلَى الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ"<sup>(3)</sup>، وقال ابن عاشور: "وَالْحُسْبَانُ كِنَايَةٌ عَنِ انْتِظَامِ سَيْرِهِمَا انْتِظَامًا مُطَرِّدًا لَا يَخْتَلُّ حِسَابُ النَّاسِ لَهُ وَالتَّوْقِيفُ بِهِ"<sup>(4)</sup>.

ووجه الدلالة من هذه الآيات أن الله تعالى إنما خلق الشمس والقمر وسييرهما بحساب دقيق، وسخرهما ليستفيد الناس منهما كما في قوله: "وَسَخَّرَ لَكُمُ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ دَائِبَيْنِ"، وهذا التسخير ليستفيد الإنسان من هذه الحركة، وفيه إشارة إلى وجوب النظر وتعلم ما يحقق هذا التسخير، ولو خلقهما ونهى الناس عن الاستفادة منهما؛ لنسب فعله جل جلاله للعبث والتناقض، تعالى الله عن ذلك.

#### ثانياً: أدلتهم من السنة النبوية:

استدل أصحاب هذا الرأي على ما ذهبوا إليه بأحاديث عدة؛ منها:

1- الأحاديث التي استدل بها أصحاب الفريق الأول التي علقَت الصيام برؤية الهلال؛ منها: ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم قال: "الشهر تسع وعشرون ليلة، فلا تصوموا حتى تروه؛ فإن غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين يوماً"، ورواه أبو هريرة رضي الله عنه؛ قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم، أو قال أبو القاسم صلى الله عليه وسلم: "صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته؛ فإن غبي عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين"<sup>(5)</sup>.

ووجه الدلالة من هذه الأحاديث أنه علق ثبوت الشهر على رؤية الهلال، والرؤية تكون بمعنى المشاهدة البصرية، وتكون بمعنى العلم اليقيني؛ قال ابن منظور: "وقال ابن سيده: الرؤية: النظر بالعين وبالقلب"<sup>(6)</sup>، وقد جاء في التنزيل على المعنيين؛ ففي المعنى الأول قال تعالى حكاية عن إبراهيم عليه السلام: "فَلَمَّا جَنَّ عَلَيْهِ اللَّيْلُ رَأَى كَوْكَبًا"<sup>(7)</sup>، وغيره كثير، وعلى المعنى الآخر: قوله تعالى: "أَلَمْ تَرَ كَيْفَ فَعَلَ رَبُّكَ بِعَادٍ"<sup>(8)</sup>، ومثله كثير.

(1) التفسير الكبير (78/13).

(2) التحرير والتنوير (21/11).

(3) حاشية ابن عابدين (243/4).

(4) التحرير والتنوير (235/27).

(5) صحيح البخاري - شرح ابن حجر - (150/4 رقم الحديث 1909)، صحيح مسلم - شرح النووي -، (190/7 رقم الحديث 1080).

(6) سبق تخريجه.

(7) جزء من الآية (76) من سورة الأنعام.

(8) الآية (6) من سورة الفجر.

ولما وصف الله تعالى رؤية المسلمين للمشركين قيدها برؤية العين فدل على أن الرؤية كما تكون بالعين تكون بغير العين، وكلاهما رؤية؛ وذلك في قوله تعالى: 'قَدْ كَانَ لَكُمْ آيَةٌ فِي فِئَتَيْنِ الْتَقَتَا فِئَةٌ تُقَاتِلُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأُخْرَى كَافِرَةٌ يَرَوْنَهُمْ مِثْلِيهِمْ رَأْيَ الْعَيْنِ وَاللَّهُ يُؤَيِّدُ بِنَصَرِهِ مَنْ يَشَاءُ'<sup>(1)</sup>، فدل هذا على وجود رؤية بغير العين.

ومن المتفق عليه لدى الفقهاء<sup>(2)</sup> أن حقيقة الرؤية البصرية لا يطالب بها كل مكلف؛ قال ابن دقيق العيد: "وليس حقيقة الرؤية بشرط من اللزوم لأن الاتفاق على أن المحبوس في المظمورة إذا علم بإكمال العدة أو بالاجتهاد بالأمارات أن اليوم من رمضان وجب عليه الصوم وإن لم ير الهلال، ولا أخيره من رآه"<sup>(3)</sup>، وقال ابن نجيم الحنفي: 'لَوْ قَالَ لَهَا: إِنَّ رَأَيْتِ الْهَلَالَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَعَلِمَتْ بِهِ مِنْ غَيْرِ رُؤْيَةٍ يَنْبَغِي أَنْ يَقَعَ لِكُونَ الشَّارِعِ اسْتَعْمَلَ الرُّؤْيَةَ فِيهِ بِمَعْنَى الْعِلْمِ فِي قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: 'صُومُوا لِرُؤْيَيْهِ وَأَفْطَرُوا لِرُؤْيَيْهِ'<sup>(4)</sup>.

2- قوله صلى الله عليه وسلم في ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما: "إذا رأيتموه فصوموا، وإذا رأيتموه فأفطروا؛ فإن غمَّ عليكم فاقدروا له"<sup>(5)</sup>، وفي رواية عنه أيضاً: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر رمضان فقال: "لا تصوموا حتى تروا الهلال، ولا تفتروا حتى تروه؛ فإن غمَّ عليكم فاقدروا له"<sup>(6)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في تفسير لفظ "فاقدروا له" الواردة في هذا الحديث، وهناك ثلاثة تفسيرات: أ-ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المراد بها تقدير العدد ثلاثين يوماً؛ قال ابن بطال: "ذهب كافة الفقهاء إلى أن معنى قوله عليه السلام: 'فاقدروا له'، مجمل يفسره قوله: 'فأكملوا العدة ثلاثين يوماً'؛ ولذلك جعل مالك في الموطأ: 'فأكملوا العدة ثلاثين يوماً'، بعد قوله: 'فاقدروا له'، كما صنع البخاري؛ لأنه مفسر ومبين لمعنى قوله: 'فاقدروا له'<sup>(7)</sup>، وقال ابن العربي: 'قوله: 'فأفدروا له'؛ أي: احسبوا، ومنه القدر والتقدير، أي معرفة المقدار، فسره قوله: 'فأكملوا العدة' وقد ورد في الصحيح: 'فأفدروا له ثلاثين يوماً'<sup>(8)</sup>.

وقد رد هذا التوجيه بأن الإتمام ثلاثين ليس تقديراً، كما أن الرواية الأرجح والأوثق عن ابن عمر رضي الله عنهما هي "فاقدروا"<sup>(9)</sup>؛ كما حقق ذلك فضيلة الأستاذ الدكتور شرف القضاة ودرس شجرة أسانيد، ثم قال: "وأما رواية: 'فاقدروا له ثلاثين'، فقد اختلف فيها الرواة عن نافع عن ابن عمر... ولذلك فإن رواية: 'فاقدروا له' هي الأصح من حيث عدد الرواة، ومن حيث قوة ضبطهم"<sup>(10)</sup>.

(1) الآية (13) من سورة آل عمران.

(2) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (97/1)، فتاوى السبكي (215/1)، إحكام الأحكام لابن دقيق العيد (268/1).

(3) ابن دقيق العيد، المصدر السابق، المكان نفسه.

(4) الأشباه والنظائر (97/1).

(5) متفق عليه؛ صحيح البخاري -شرح ابن حجر-، (150/4 رقم الحديث 1906)، صحيح مسلم -شرح النووي-، (193/7 رقم الحديث 1080).

(6) صحيح البخاري (150/4 رقم الحديث 1906)، صحيح مسلم -شرح النووي- (188/7 رقم الحديث 1080).

(7) شرح صحيح البخاري لابن بطال (27/4).

(8) المسالك في شرح موطأ مالك (156/4).

(9) انظر الردود على هذا القول في بحث د. شرف القضاة، ثبوت الشهر القمري (10).

(10) ثبوت الشهر القمري (10).

ب- وفسر بعضهم التقدير بالتضييق، وذلك من باب قوله تعالى: "إِنَّ رَبَّكَ يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَنْ يَشَاءُ وَيَقْدِرُ إِنَّهُ كَانَ بِعِبَادِهِ خَبِيرًا بَصِيرًا"<sup>(1)</sup>؛ قال ابن الملتن: "معنى: 'فاقدروا له': ضيقوا له، وقدره تحت السحاب"<sup>(2)</sup>. وذلك باعتبار شعبان تسعاً وعشرين؛ إن كان في السماء غيم، وممن قال بهذا ابن عمر رضي الله تعالى عنهما؛ فقد جاء في رواية الإمام أحمد لهذا الحديث عن نافع، عن ابن عمر؛ قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِنَّمَا الشَّهْرُ تِسْعٌ وَعِشْرُونَ، فَلَا تَصُومُوا حَتَّى تَرَوْهُ، وَلَا تُفْطِرُوا حَتَّى تَرَوْهُ، فَإِنْ غَمَّ عَلَيْكُمْ، فَافْطِرُوا لَهُ؛ قَالَ نَافِعٌ: فَكَانَ عَبْدُ اللَّهِ إِذَا مَضَى مِنْ شَعْبَانَ تِسْعَ وَعِشْرُونَ، يَبْعَثُ مَنْ يَنْظُرُ فَإِنْ رُئِيَ فَذَكَ، وَإِنْ لَمْ يَرِ، وَلَمْ يَحُلْ دُونَ مَنْظَرِهِ سَحَابٌ، وَلَا قَتْرٌ أَصْبَحَ مُفْطِرًا، وَإِنْ حَالَ دُونَ مَنْظَرِهِ سَحَابٌ أَوْ قَتْرٌ أَصْبَحَ صَائِمًا"<sup>(3)</sup>، وقال الإمام الشافعي: "أَخْبَرَنَا إِبْرَاهِيمُ بْنُ سَعْدٍ، عَنِ ابْنِ شَهَابٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ قَالَ: "إِذَا رَأَيْتُمُ الْهَيْلَالَ فَصُومُوا، وَإِذَا رَأَيْتُمُوهُ فَأَفْطِرُوا، فَإِنْ غَمَّ عَلَيْكُمْ فَافْطِرُوا لَهُ". وَكَانَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ يَصُومُ قَبْلَ الْهَيْلَالِ بِيَوْمٍ. قِيلَ لِإِبْرَاهِيمَ: يَتَقَدَّمُهُ؟ قَالَ: نَعَمْ"<sup>(4)</sup>.

قال ابن عبد البر: "وَأَمَّا ابْنُ عُمَرَ فَلَهُ مَذْهَبٌ ذَهَبَ إِلَيْهِ فِي تَأْوِيلِ مَا رَوَاهُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: 'فَافْطِرُوا لَهُ'؛ وَذَلِكَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: إِذَا لَمْ يَرِ هَيْلَالَ رَمَضَانَ لَيْلَةَ ثَلَاثِينَ مِنْ شَعْبَانَ وَكَانَ صَحْوًا فَلَا صِيَامَ لِرَمَضَانَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ صَحْوًا وَكَانَ فِي السَّمَاءِ غَيْمٌ أَصْبَحَ النَّاسُ صَائِمِينَ، وَأَجْرَاهُمْ مِنْ رَمَضَانَ -إِنْ ثَبَتَ بَعْدَ- أَنَّ الشَّهْرَ كَانَ مِنْ تِسْعَ وَعِشْرِينَ، وَإِلَى هَذَا ذَهَبَ طَاوُوسُ الِيمَانِيُّ وَأَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ، وَرُوِيَ مِثْلُ ذَلِكَ عَنْ عَائِشَةَ وَأَسْمَاءَ ابْنَتَيْ أَبِي بَكْرٍ -رِضْوَانُ اللَّهِ عَلَيْهِمَ-، وَمَا أَعْلَمُ أَحَدًا ذَهَبَ مَذْهَبَ ابْنِ عُمَرَ فِي ذَلِكَ غَيْرَهُمْ"<sup>(5)</sup>.

ج- والقول الثالث في تفسيرها أنها تعني التقدير بالحساب بالاعتماد على منازل القمر؛ قال ابن بطال: "وحكى محمد بن سيرين أن بعض التابعين كان يذهب في معنى قوله عليه السلام: 'فاقدروا له'، إلى اعتباره بالنجوم، ومنازل القمر، وطريق الحساب؛ ويقال: إنه مطرف بن الشخير"<sup>(6)</sup>، وقال ابن دقيق العيد: "استدل لمن قال بالعمل بالحساب في الصوم بقوله 'فاقدروا له'؛ فإنه أمر يقتضي التقدير"<sup>(7)</sup>، والإتمام ثلاثين ليس تقديراً. وقال المازري: "ذهب بعض العلماء إلى أن الهلال إذا التبس يحسب له بحساب المنجمين، وزعم أن هذا الحديث يدل على ذلك. واحتج أيضاً بقوله تعالى: "وَبِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ"<sup>(8)</sup>"<sup>(9)</sup>.

(1) الآية (30) من سورة الإسراء.

(2) التوضيح لشرح الجامع الصحيح (58/13).

(3) مسند أحمد بتحقيق الشيخ شعيب الأرنؤوط (614/45)؛ قال الشيخ شعيب في الهامش: "إسناده صحيح على شرط الشيخين. إسماعيل: هو ابن علي، وأيوب: هو ابن أبي تيممة السخيتاني. وأخرجه مسلم (1080)، وابن خزيمة (1918)، والدارقطني في السنن (161/2)، والبيهقي في السنن (204/4) من طريق إسماعيل بهذا الإسناد".

(4) اختلاف الحديث للشافعي (657/8).

(5) اختلاف الحديث للشافعي (657/8).

(6) شرح صحيح البخاري لابن بطال (27/4).

(7) إحكام الأحكام لابن دقيق العيد (268/1)، وينظر: بحث الدكتور ماجد أبو رخية في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية التي تصدر عن جامعة الكويت، العدد الثالث عشر، ص 379.

(8) الآية (16) من سورة النحل.

(9) المعلم بفوائد مسلم (43/2).

وقد جمع الإمام ابن سريج بين روايتي الإتمام والتقدير بجمع لطيف؛ فقال: إن قوله صلى الله عليه وسلم: "فاقدروا له" خطاب لمن خصه الله بعلم الفلك والحساب، وقوله صلى الله عليه وسلم: "فأكملوا العدة" خطاب للعالم<sup>(1)</sup>، وواقفه على ذلك الشيخ المطيعي فذهب إلى أن قوله صلى الله عليه وسلم: "فاقدروا له" يكون بمعنى فانظروا وتدبروا وهو يختلف باختلاف الناظرين حيث إن الذين خصهم الله بعلم الفلك والحساب يكون نظرهم بالطريق الذي علموه، أما العامة فنظرهم بإكمال عدة الشهر إن لم يروا الهلال<sup>(2)</sup>.

3- ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم؛ قال: "إن أمة أمية لا نكتب، ولا نحسب، الشهر هكذا، وهكذا، وهكذا وعقد الإبهام في الثالثة، والشهر هكذا وهكذا وهكذا - يعني تمام ثلاثين"<sup>(3)</sup>.

وأوجه الدلالة من الحديث<sup>(4)</sup>؛ كما يلي:

أولاً: نص الحديث علل عدم اعتماد الحساب بأن الأمة أمية، وأن القائمين على الحساب جهلة مشعوذون، واليوم الأمر مختلف، فقد زالت الأمية عن الأمة؛ وليس في الحديث النهي عن الحساب؛ قال السبكي: "وليس في الكتاب منها شيئاً عنها فكذلك الحساب"<sup>(5)</sup>، ومما يؤيد اختلاط علم الفلك والحساب سابقاً بالتجيم، فقد ذكرت الموسوعة الفقهية الكويتية الألفاظ ذات الصلة بمصطلح التجيم؛ وهي: السحر والكهانة والشعوذة والرمل والعرافة<sup>(6)</sup>، وهذا الكلام منتقٍ اليوم، والحساب علم مستقل عن الكهانة والعرافة والتجيم.

ثانياً: إذا وردت النصوص في العبادات مطلقة لا مجال للجدل فيها؛ لأن الأصل في العبادات أنها غير معللة، أما إذا كانت معللة فإن هذا يؤثر في فهم النص وارتباط الحكم بها وجوداً وعدماً، وعليه فإن الأحاديث التي اعتمدت رؤية الهلال لبدء الصوم والإفطار كانت معللة بأننا أمة أمية، ولذلك لم يكن هناك سبيل لاعتماد بداية الشهر إلا الرؤية البصرية؛ لأن الكتابة آنذاك قليلة وحساب النجوم لا يعرفه إلا القليل، فاعتماد الرؤية البصرية لم يكن لأنها عبادة، أو لأنها في معنى التعبد، أو أنها مقصودة لذاتها، بل كان ذلك لعدم وجود غيرها من الوسائل<sup>(7)</sup>.

فالحكم معلل وزالت علته؛ والقاعدة الأصولية تقول: "يدور الحكم مع علته وجوداً وعدماً"<sup>(8)</sup>.

### ثالثاً: القياس:

وذلك بقياس اعتماد الحساب في بيان مواقيت الصلاة على حسابها في مواقيت الصيام؛ فقد اتفقت كلمة المسلمين اليوم - بلسان الحال إن لم يكن بلسان المقال - على اعتماد الحسابات الفلكية في إثبات دخول أوقات الصلاة على التقويم، ولم يعد مقبولاً أن يصعد المؤذن على منبذة المسجد ليرقب غروب الشمس، أو أن يحسب

(1) ينظر: الاستتكار لابن عبد البر (278/3)، شرح النووي على مسلم (7/7)، التوضيح لشرح الجامع الصحيح (58/13)، الشافعي في شرح مسند الشافعي لابن الأثير الجزري (164/3).

(2) ينظر: إرشاد أهل الملة إلى إثبات الأهلة (270).

(3) صحيح مسلم - بشرح النووي - (190/7) رقم الحديث (1080).

(4) ينظر: إرشاد أهل الملة إلى إثبات الأهلة (250).

(5) ينظر: فتاوى السبكي (211/1).

(6) ينظر: فتاوى السبكي (211/1).

(7) الزرقا، العقل والفقه في فهم الحديث النبوي (82).

(8) سيأتي الكلام على هذه القاعدة بعد قليل، عند الاستدلال لهذا القول بالفوائد.

مقدار الظل وغيره، والله تعالى جعل الشمس والقمر علامة على حساب المواقيت؛ قال تعالى: "وَالشَّمْسُ وَالْقَمَرُ بِحُسْبَانٍ" (1).

قال الشيخ رشيد رضا: "إِنَّ إِثْبَاتِ أَوَّلِ شَهْرِ رَمَضَانَ وَأَوَّلِ شَهْرِ شَوَّالٍ هُوَ كإِثْبَاتِ أَوْقَاتِ الصَّلَوَاتِ الْخَمْسِ قَدْ نَاطَهَا الشَّارِعُ كُلُّهَا بِمَا يَسْهُلُ الْعِلْمُ بِهِ عَلَى الْبَدْوِ وَالْحَضَرِ لِمَا نَقَدَّمَ مِنْ بَيَانِ حِكْمَةِ ذَلِكَ، وَغَرَضُ الشَّارِعِ مِنْ ذَلِكَ الْعِلْمُ بِهَذِهِ الْأَوْقَاتِ لَا النَّعْبُدُ بِرُؤْيَةِ الْهَيْلَالِ" (2)، وقال الشيخ طنطاوي جوهرى: "ولقد اعترف الشرع بالحساب في تعيين مواقيت الصلاة، التي تعتمد على دورة الشمس الظاهرة، فكيف لا يقر الشرع الاعتراف به عند بداية الشهور القمرية التي تعتمد كذلك على حركة الشمس النسبية مع القمر" (3)؛ ثم قال بعد أن استدل بقوله تعالى: "يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ" (4) وقوله تعالى: "وَالشَّمْسُ وَالْقَمَرُ بِحُسْبَانٍ" (5)، قال: "وكما أن للشمس حساباً فكذلك للقمر حساب، وكما ذكر سبحانه أن الشمس علامة الصلاة، ذكر سبحانه أن القمر علامة للصوم والحج، والكل يأخذ من معين واحد، فكيف نحل الحساب للصلاة ونحرمه على الصيام والحج؟ وكل من عند الله سبحانه وتعالى، ودورة الشمس والقمر في السماء هي صورة من دورة عقارب الساعة على وجهها، والآن وقد تقدم العلم والمعرفة، وأصبح حساب دورة الشمس مع القمر حساباً يقينياً، مبنياً على سنة الله تعالى في الكون التي لا تتبدل ولا تتغير، حتى أمكن حساب أوقات الخسوف والكسوف حساباً صحيحاً تصدقه الرؤية، فلماذا إذن يتوقف العلماء والفقهاء عن استعمال الحساب في رؤية الهلال؟" (6).

#### رابعاً: المعقول:

واستدلّ لهم بالمعقول كان على النحو الآتي:

- 1- إن الناس يرجعون في الحوادث إلى أهل الاختصاص والخبرة لكل حادثة؛ كالمريض يأخذ بقول الطبيب في إفطاره بشهر رمضان، والله تعالى يقول: "فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ" (7)، فما الذي يمنع من الأخذ بالحساب الفلكي والرجوع إلى العاملين به في مسألة إثبات ولادة الهلال إذا كانت أقوالهم قطعية؟ (8).
- 2- إن المخبرين بوجود الهلال من أهل الحساب قد يصل عددهم إلى عدد التواتر فيفيد خبرهم القطع بوجود الهلال، أو قد لا يبلغ المخبرون عدد التواتر ولكن قد يفيد خبرهم غلبة الظن التي تقرب من اليقين، فيطمئن القلب لصدق ذلك الخبر، ويبقى احتمال غيره كالعدم (9).

(1) الآية (5) من سورة الرحمن.

(2) تفسير المنار (149/2).

(3) نقلا عن الفلك العلمي لعبد الكريم نصر (132).

(4) جزء من الآية (189) من سورة البقرة.

(5) الآية (5) من سورة الرحمن.

(6) المصدر السابق، المكان نفسه.

(7) جزء من الآية (43) من سورة النحل، ومن الآية (7) من سورة الأنبياء.

(8) العذب الزلال (239).

(9) إرشاد أهل الملة إلى إثبات الأهلة (359).

3- لم تعد الحسابات الفلكية مرتبطة بالكهانة والدجل والشعوذة، بل أصبحت تخصصاً علمياً قائماً بذاته، له مراكزه ومراصده الفلكية المتطورة، ويتم تدريسه في الجامعات وبكافة المستويات الأكاديمية، فإذا توصل بهذا العلم إلى معرفة وقت تولد الهلال فلا مانع يمنع من سماع هذا القول واعتماده<sup>(1)</sup>.

4- إن الأخذ بالحساب واجب خاصة في الحالات التي يتبين فيها أن الشاهد برؤية الهلال كاذب أو مخطئ؛ نظراً لما في الأخذ بها من مخالفة؛ لأن من قواعد قبول الشهادة أن لا تكون على شيء مستحيل التحقيق، ولأن ترك الأخذ بالحساب في مثل هذه الحالات يعني تقدم الشهر بيوم أو أكثر وقد نهينا عن هذا شرعاً بقوله عليه السلام في ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما: "ولا تستقبلوا الشهر استقبالاً"<sup>(2)</sup>.

ولهذا رد سيدنا عمر رضي الله عنه حديث فاطمة بنت قيس؛ لأنه خبر ظني خالف ما هو أوثق منه؛ فقال: "لا نترك كتاب الله وسنة نبينا صلى الله عليه وسلم لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسيت"<sup>(3)</sup>، وهذه المرأة التي رد سيدنا عمر قولها صحابية جلييلة، والصحابة عدول كلهم، فلئن يرد قول غيرها إذا خالف العلم الصحيح أولى.

5- إن غالب من يشهد برؤية الهلال اليوم أميون بمعرفة أحوال الهلال والنجوم؛ لعدم اعتمادهم عليها في معاشهم، والغالب على الناس في السابق معرفتهم بالرؤية ومكانها ووقتها؛ لاحتياجهم واعتمادهم عليها في حلهم وترحالهم، وعليه فلا يجب الصوم لمجرد الشهادة برؤية الهلال، دون التأكد من عدالة الشاهد ونزاهته ومعرفته بمكان الهلال وزمن مشاهدته الهلال؛ يقول السبكي: "إذا فرض دلالة الحساب قطعاً على عدم الإمكان استحالة القبول شرعاً؛ أي: قبول الشهادة لاستحالة المشهود عليه، والشرع لا يأتي بالمستحيلات، ولم يأت لنا نص من الشرع أن كل شاهدين تقبل شهادتهما سواء كان المشهود به صحيحاً أو باطلاً، ولا يترتب وجوب الصوم وأحكام الشهر على مجرد الخبر أو الشهادة، فالعمدة في ذلك قول الشارع: "صوموا إذا أخبركم مخبر"، فإنه لو ورد ذلك قبلناه؛ لكن ذلك لم يأت قط في الشرع، بل وجب علينا التبين في قبول الخبر حتى نعلم حقيقته أولاً، ولا شك أن بعض من يشهد بالهلال قد لا يراه ويشتبه عليه، أو يرى ما يظنه هلالاً وليس بهلال، أو تريه عينه ما لم ير، أو يؤدي الشهادة بعد أيام ويحصل الغلط في الليلة التي رأى فيها، أو يكون جهله عظيماً يحمله على أن يعتقد في حمله الناس على الصيام أجراً، أو يكون ممن يقصد إثبات عدالته فيتخذ ذلك وسيلة إلى أن يُركى ويصير مقبولاً عند الحكام، وكل هذه الأنواع قد رأيناها وسمعناها"<sup>(4)</sup>.

6- إن الجهة التي كانت تدعي علم الحساب في السابق هم الكهنة والمنجمون والعرافون والسحرة والمشعوذون، وقد كان هؤلاء يتلاعبون بالمواقيت وبالأسهر فيقدمون شهراً على شهر؛ وهو ما يسمى بالنسيء<sup>(5)</sup>،

(1) العذب الزلال (276).

(2) سنن النسائي (4/ 136 رقم الحديث 2129)، وصححه ابن حجر؛ انظر: التلخيص (2/)، والدرابرة (276/1).

(3) صحيح مسلم (2/ 1118 حديث رقم 1480)؛ وفيه: فَحَدَّثَ الشَّعْبِيُّ بِحَدِيثِ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ: "أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لَمْ يَجْعَلْ لَهَا سَكْنَى وَلَا نَفَقَةً"، ثُمَّ أَخَذَ الْأَسْوَدُ كَفًّا مِنْ حَصَى، فَحَضَبَهُ بِهِ؛ فَقَالَ: "وَيْلَكَ؛ تُحَدِّثُ بِمِثْلِ هَذَا؟" قَالَ عُمَرُ: "لَا نَنْزُكُ كِتَابَ اللَّهِ وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِقَوْلِ امْرَأَةٍ، لَا نَدْرِي لَعَلَّهَا حَفِظَتْ أَوْ نَسِيَتْ، لَهَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ، قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: {لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ} [الطلاق: 1]".

(4) فتاوى السبكي (209/1).

(5) ينظر: التفسير الكبير للفخر الرازي (47/16).

وقد ذكر الله تعالى ذلك بقوله: "إِنَّمَا النَّسِيءُ زِيَادَةٌ فِي الْكُفْرِ يُضَلُّ بِهِ الَّذِينَ كَفَرُوا يُحِلُّونَهُ عَامًا وَيُحَرِّمُونَهُ عَامًا لِيُوَاطِّئُوا عِدَّةَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فَيُحِلُّوا مَا حَرَّمَ اللَّهُ زَيْنٌ لَهُمْ سُوءُ أَعْمَالِهِمْ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ"<sup>(1)</sup>.

وقد حذر الإسلام من إتيانهم والركون إليهم والثقة بأقوالهم؛ روى الإمام مسلم بسنده عن بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم: عن النبي صلى الله عليه وسلم؛ قال: "من أتى عرافاً فسأله عن شيء لم تقبل له صلاة أربعين ليلة"<sup>(2)</sup>، وعن ابن عباس رضي الله عنهما؛ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ أَقْتَبَسَ عِلْمًا مِنَ النُّجُومِ، أَقْتَبَسَ شُعْبَةً مِنْ سِحْرِ، مَا زَادَ زَادَ، وَمَا زَادَ زَادَ"<sup>(3)</sup>.

وعن أبي هريرة والحسن رضي الله تعالى عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم؛ قال: "من أتى كاهناً أو عرافاً فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد صلى الله عليه وسلم"<sup>(4)</sup>.

فهل يعقل مع كل هذا التشديد في إتيان هذه الطائفة أن يعتمد الرسول عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم أقوالهم في ثبوت ركن من أركان الإسلام؟ وأين هؤلاء مما وصل إليه علم الفلك اليوم من ازدهار وتطور، ودقة في الحسابات؟

7- من المعلوم أنه لا يمكن رؤية الهلال بمجرد تولده؛ لصغره نسبياً، ولبعده عن الأرض، ولاحتمال وجود الغيوم والغبار وغيرها من معوقات الرؤية، ومن المعلوم كذلك أن مراقبة الهلال تكون بعيد غروب شمس اليوم التاسع والعشرين؛ فإذا ما حدث الاقتران قبيل الغروب أو بعده فإنه من المستحيل رؤية الهلال الجديد حالئذ، والعقل يجزم ويقطع بأننا في الشهر الجديد؛ لأن الاقتران قد حصل، ولو دخل وقت الفجر بعد الاقتران فإن مما لا شك فيه أن هذا الوقت من الشهر الجديد وليس من السابق، ومن المعلوم أن الصوم يكون في النهار؛ يبدأ من الفجر، والنية تكون في الليل؛ أي: قبل الفجر، فلو كان هذا الشهر رمضان فكيف يؤذن للفجر في رمضان ونفطر؟ بحجة أننا لم نر الهلال الذي ولد قطعاً، والرؤية كما سبق بيانه وسيلة لإثبات دخول الشهر وليست مقصداً.

وخلاصة هذا الكلام أن الزمن الذي بين الاقتران وبين رؤية أو إمكانية رؤية الهلال الجديد هي من الشهر الجديد لا المنصرم قطعاً؛ فكيف نفطر فيه إن كان من رمضان؟ وكيف نصومه إن كان من شوال؟

8- ومما يستأنس به لهذا القول ما جاء في أشرطة الساعة من انتفاخ أو انتفاخ الأهلة؛ مما يدل وبشكل قاطع على أن الرؤية البصرية ستكون خادعة، مما يتطلب من المسلمين زيادة التثبت والاحتياط في إثبات بداية الشهر ونهايته.

روى الطبراني في المعجم الكبير عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه؛ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ أَقْتَبَسَ السَّاعَةَ انْتَفَخَ الْأَهْلَةُ"<sup>(5)</sup>، وروى الطبراني أيضاً عن أبي هريرة رضي الله عنه؛ قال: قال

(1) الآية (37) من سورة براءة.

(2) صحيح مسلم، طبعة إحياء التراث (1751/4) حديث رقم (2230).

(3) مسند أحمد ط الرسالة (41/5) حديث رقم (2840)؛ قال الشيخ شعيب معلقاً على هذا الحديث: "إسناده صحيح، رجاله ثقات رجال الشيخين غير الوليد بن عبد الله بن أبي مغيث، فقد روى له أبو داود وابن ماجه، وهو ثقة".

(4) مسند أحمد (429/2) قال الشيخ شعيب: "حسن رجاله ثقات رجال الصحيح"؛ وينظر: الفتاوى الكبرى (425/4).

(5) المعجم الكبير (46/9) برقم (10299).

رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: "مِنْ اقْتِرَابِ السَّاعَةِ انْتِخَاخُ الْأَهْلَةِ، وَأَنْ يُرَى الْهَيْلَالُ لِلَّيْلَةِ؛ فَيَقَالُ: هُوَ ابْنُ لَيْلَتَيْنِ"<sup>(1)</sup>.

قال السخاوي: "وهو بالجيم من انتفج جنباً البعير إذا ارتفعا وعظما خلقة، وبالحاء المعجمة واضح، وقبلها: بفتحين؛ أي: يرى ساعة ما يطلع لعظمه ووضوحه من غير أن يُتطلب"<sup>(2)</sup>.

قال ابن الجوزي: "قال لنا ابن ناصرٍ: سَمِعْتُ أبا زكريا يحكى عن شيوخه الذين قرأ عليهم اللغة أنهم قالوا: الانتفاجُ بالجيم ما كان خُلقةً، والانتفاجُ بالحاء معجمة ما كان عن عِلَّةٍ وآفةٍ"<sup>(3)</sup>.

ومما يستفاد من هذه الروايات أن الرؤية البصرية للهلال لن تعطي نتائج صحيحة ودقيقة، مما يتطلب التأكد والاحتياط عن طريق الحساب الفلكي.

#### خامساً: الاستدلال بالقواعد الأصولية والقواعد الفقهية:

ويمكن الاستدلال لهذا القول ببعض القواعد الأصولية والفقهية؛ سأخصها على الشكل الآتي:

#### أولاً: القواعد الأصولية:

القاعدة الأولى: "سبب وجوب الصوم دخول الشهر وليس رؤية الهلال":

قال الأمدى: "السبب: وهو كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرفاً لحكم شرعي"<sup>(4)</sup>.

(1) المعجم الكبير (81/19) برقم (185)، وكذلك (357/19) رقم (869) باختلاف يسير في اللفظ.

قال الحافظ السخاوي في المقاصد الحسنة: "حديث: "من علامة الساعة انتفاج الأهلة؛ يروى مرفوعاً عن أبي هريرة وابن مسعود وأنس؛ فالأول عند الطبراني في الصغير بلفظ: "من اقتراب الساعة انتفاج الأهلة، وأن يرى الهلال لليلة؛ فيقال: لليلتين"، والثاني: عنده أيضاً في الكبير، وكذا عند تمام في فوائده؛ كلاهما بالجملة الأولى منه فقط، والثالث: عنده أيضاً في الأوسط والصغير؛ بلفظ: "من اقتراب الساعة أن يرى الهلال قبلاً؛ فيقال: لليلتين، وأن تتخذ المساجد طرقاتاً، وأن يظهر موت الفجأة"، وبعضها يتقوى ببعض، ولما أخرج العقيلي ثانيهما في ترجمة عبد الرحمن بن يوسف؛ قال: إنه غير محفوظ ولا يعرف إلا به انتهى، ومن شواهد ما للبخاري في التاريخ من طريق محمد بن معمر عن عمه عن طلحة بن أبي حدر؛ قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: "من اشراط الساعة أن يروا الهلال؛ فيقولوا: ابن ليلتين وهو ابن ليلة" المقاصد الحسنة للسخاوي (677).

وقال العجلوني: "رواه الطبراني في الصغير بلفظ: "من اقتراب الساعة انتفاج الأهلة وأن يرى الهلال لليلة؛ فيقال: لليلتين"، ورواه أيضاً عن ابن مسعود في الكبير، وتام في فوائده بلفظ الجملة الأولى فقط، ورواه أيضاً في الأوسط والصغير عن أنس بلفظ: "من اقتراب الساعة أن يرى الهلال قبلاً؛ فيقال: لليلتين، وأن تتخذ المساجد طرقاتاً، وأن يظهر موت الفجأة". وهذه الروايات بعضها يقوي بعضها؛ ومن شواهد؛ ما رواه البخاري في التاريخ عن طلحة بن أبي حدر؛ قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: "من اشراط الساعة أن يروا الهلال؛ فيقولون: ابن ليلتين، وهو ابن ليلة" كشف الخفاء (2/265).

قلت: ويشهد له أيضاً ما أخرجه ابن الأعرابي في معجمه بسنده عن أبي سعيد الخدري؛ قال: "من اقتراب الساعة انتفاج الأهلة؛ يراه الرجل لليلة يحسبه لليلتين" معجم ابن الأعرابي (4/436، بترقيم الشاملة آلبا).

ومنها كذلك ما رواه ابن أبي شيبة عن الشعبي؛ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من اقتراب الساعة أن يرى الهلال قبلاً؛ فيقال: ابن ليلتين" مصنف ابن أبي شيبة (8/664).

(2) المقاصد الحسنة للسخاوي (677).

(3) غريب الحديث لابن الجوزي (2/423).

(4) الإحكام في أصول الأحكام للأمدى (1/173).

قال عبد العزيز البخاري الحنفي: "اتفق المتأخرون من مشايخنا؛ مثل: القاضي الإمام أبي زيد وشمس الأئمة والشيخ المصنف<sup>(1)</sup> وصدر الإسلام أبي اليسر، ومن تابعهم على أن سبب وجوب الصوم الشهر؛ لأنه يضاف إليه ويتكرر بتكرره"<sup>(2)</sup>.

وعليه فسبب وجوب الصوم هو دخول الشهر وليس رؤية هلاله، لأن الرؤية وصف غير ظاهر ولا منضبط، والله تعالى ربط الأحكام بوجود الأهلة وليس برؤيتها، وإنما كانت الرؤية هي السبيل الوحيد المعتبر لإثبات دخول الشهر، فربط الحكم بها، قال مصطفى الزرقا: "فليست الرؤية هي السبب الشرعي؛ بل حلول الشهر"<sup>(3)</sup>.

#### القاعدة الثانية: "الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً"<sup>(4)</sup>:

فقد علل المصطفى عليه الصلاة والسلام عدم اعتماد الحساب بأن الأمة أمية، فهو يشير إلى عدم اعتماد الحساب؛ لأن الحساب غير قائم على أصول علمية منطقية صحيحة، بل هو ضرب من الجهل والكهانة والشعوذة، فالعلة في عدم اعتماد الحساب أمية الأمة، وهذه العلة ليست مستفادة عن طريق الاستنباط والاجتهاد حتى نختلف فيها وفي حكمها، بل هي مستفادة من النص، ومن كلام حبيبنا المصطفى عليه الصلاة والسلام<sup>(5)</sup>، ولما تقدم علم الفلك، وأصبح علماً دقيقاً متكاملًا، وتكاد تكون نسبة الخطأ فيه معدومة، وجب الاعتماد عليه.

#### القاعدة الثالثة: قاعدة العمل بمقاصد الشريعة<sup>(6)</sup>:

مما لا شك فيه أن الإسلام حث على الاتفاق ونبذ الفرقة والتنازع؛ قال تعالى: "وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ بِيخْتِكُمْ"<sup>(7)</sup>، بل إن نبي الله هارون لما عاتبه سيدنا موسى عليهما الصلاة والسلام على عدم مفارقتة بني إسرائيل لما عبدوا العجل قال له: "إِنِّي خَشِيتُ أَنْ تَقُولَ فَرَّقْتَ بَيْنَ بَنِي إِسْرَائِيلَ وَلَمْ تَرْقُبْ قَوْلِي"<sup>(8)</sup>، مع أن المسألة لم تكن خلافاً فقهيًا، وإنما مسألة من أخطر مسائل الدين.

أقول: لا شك أن الاعتماد على الرؤية البصرية في إثبات بدايات الشهور يؤدي إلى الاختلاف بين المسلمين في أهم عباداتهم؛ الصوم والحج، ولا زلنا نرى بأم أعيننا اختلاف المسلمين في صوم رمضان والفطر منه باليومين والثلاثة، ورأينا كذلك عشرات الآلاف من المسلمين يقفون على صعيد عرفات بغير اليوم الذي يقف فيه عامة المسلمين.

(1) هو الأمام فخر الإسلام البزدوي.

(2) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي (505/2).

(3) العقل والفقہ (92ة).

(4) ينظر هذه القاعدة في: أصول السرخسي (182/2)، المبسوط للسرخسي (136/6)، حاشية ابن عابدين (43/3)، الفروق للقرافي (43/2)، قواطع الأدلة في الأصول للسمعاني (153/2)، ابن حجر الهيتمي الفتاوى الفقهية الكبرى (9/1)، روضة الناظر لابن قدامة (180/1) وكذلك (253/2)، ابن القيم، إعلام الموقعين (80/4)، شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا (483/1).

(5) ينظر: العقل والفقہ في فهم الحديث النبوي: (80).

(6) انظر تفاصيل العمل بمقاصد الشريعة في توحيد الأمة من خلال الأخذ بالحساب الفلكي بحث الدكتور شمس الأنوار الميدوي المعنون ب: التقويم الإسلامي الأحادي في ضوء أصول الفقہ، فقد تناول الموضوع بإسهاب.

(7) جزء من الآية (46) من سورة الأنفال.

(8) جزء من الآية (94) من سورة طه.

والأدهى من ذلك أن كثيراً من الأنظمة السياسية للدول الإسلامية، وكثيراً من المنظمات الإسلامية في غير الدول الإسلامية التي يناط إليها الفصل في الأمور الدينية للجاليات الإسلامية، يتخذون من الاختلاف في بدايات الأشهر ذريعة للتعبير عن اختلافهم السياسي لبعض الدول؛ فإذا ما أعلنت دولة ما أن صيامها غداً، تسارع دول أخرى لإعلان الصيام بعد غد، على سبيل المثال.

وأفضل سبيل لإيقاف هذا الاختلاف، وهذه الفوضى في بدايات الأشهر ونهاياتها هو الاعتماد على الحساب الفلكي الدقيق؛ عملاً بالمقصد الشرعي توحيد صف الأمة ونبذ الفرقة والاختلاف. خاصة أن فقهاء الحنفية لما منعوا عقوبة التعزير بأخذ المال، عللوا ذلك بعدم تسليط الظلمة من الحكام على أموال الناس<sup>(1)</sup>؛ فعدم تسليط الظلمة على عبادات الناس أولى بالاعتبار.

### ثانياً: القواعد الفقهية:

#### القاعدة الأولى: "لا عبرة بالظن البين خطؤه"<sup>(2)</sup>:

ذلك أن الرؤية البصرية في أحسن أحوالها ظنية، والعلم الفلكي يقيني؛ فإذا ثبت يقيناً موعد دخول الشهر بالحساب الفلكي؛ فإما أن توافقه الرؤية البصرية وإما أن تخالفه، فإن وافقت الرؤية البصرية الحساب فيها ونعمت، وإن خالفته وجب طرح الرؤية واعتماد الحساب؛ لأن الرؤية ظن والعلم الفلكي يقين كما سبق، والقاعدة تقول: "لا عبرة بالظن البين خطؤه"، وقد رد سيدنا عمر رضي الله عنه قول الصحابية -وهو ظن- لاحتمال الخطأ فيه كما سبق<sup>(3)</sup>، فما نحن فيه أولى.

#### القاعدة الثانية: "إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما"<sup>(4)</sup>:

ذلك أن الأحاديث التي أناطت حكم الصوم برؤية الهلال أرشدت إلى أمرين عند تعذر الرؤية؛ الأول: الإتمام، والثاني: التقدير، وقد اختلفت أقوال العلماء في المراد بالتقدير، التي سبق ذكرها، وبإعمال هذه القاعدة وإعمال الدليلين؛ فإننا نعمل بالتقدير متى أمكن، ونعمل بالإتمام متى أمكن. قال الصنعاني: "وأخذ ابن شريح من قوله: "فأكملوا" وقوله: "فاقدروا" بأنه يجوز الصوم بحساب النجوم للمنجم؛ قال: فاقدروا للخواص، وأكملوا للعوام؛ فإن القمر يعرف وقوعه بعد الشمس بالحساب"<sup>(5)</sup>.

(1) انظر: حاشية ابن عابدين (61/4).

(2) انظر هذه القاعدة في: الأشباه والنظائر لابن نجيم (134/1)، غمز عيون البصائر (395/1)، الإبهاج للسبكيين (80/1)، نهاية السؤل للإسنوي (31/1)، الأشباه والنظائر للسيوطي (157)، شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا (357/1).

(3) وهو ما رواه ابن حبان في صحيحه وغيره أن فاطمة بنت قيس قالت: إن زوجها طلقها ثلاثاً فلم يجعل لها النبي صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى؛ قال: فذكرت ذلك لإبراهيم النخعي؛ فقال: قال عمر بن الخطاب: "لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا لقول امرأة، لها النفقة والسكنى"، وله روايات أخرى؛ قال شعيب الأرنؤوط: "إسناده صحيح على شرطهما"، صحيح ابن حبان (63/10).

(4) شرح التلويح على التوضيح للتقازاني (121/1)، الموافقات (297/4)، الإحكام للآمدي (31/3)، الإبهاج للسبكيين (169/2).

(5) التنوير شرح الجامع الصغير (17/7)، نيل الأوطار للشوكاني (225/4)، وقد جاء عندهما بلفظ: ابن شريح ولعله تصحيف من ابن شريح والله أعلم.

## الخاتمة

وبعد أن فرغت من تناول هذا الموضوع الشائك، أدون النتائج التي توصلت إليها، وأهم التوصيات:

### أولاً: النتائج:

- 1- هناك قولان للفقهاء في اعتماد الحساب الفلكي؛ الاعتماد (وجوباً أو إباحة) والمنع، والذي يرجحه الباحث الوجوب، والمسألة مسألة اختلاف عصر وزمان لا اختلاف دليل وبرهان.
- 2- الراجح في معنى ولادة الهلال شرعياً وفلكياً هو خروجه عن دور الاقتران أو المحاق ولو بلحظة.
- 3- اختلاف علم الفلك اليوم، وانفصاله عن الكهانة والتنجيم.
- 4- الحسابات الفلكية اليوم قطعية يقينية.

### ثانياً: التوصيات:

- 1- على الفقهاء عدم الجمود على النصوص والأخذ بروح الشريعة ومقاصدها عامة، وفي هذا الموضوع خاصة.
- 2- على الباحثين زيادة الاهتمام بالموضوعات الفقهية المتعلقة بالفلك؛ كدراسة موضوع المعنى الفقهي والفلكي لولادة الهلال، ودراسة أسانيد رواية: "فاقدروا له" دراسة مستفيضة.
- 3- على الدول الإسلامية العمل على توحيد المسلمين في عباداتهم، وحسم الأمور الخلافية من خلال اعتماد الحساب الفلكي الدقيق، لأنه من المعلوم أن حكم ولي الأمر في القضايا الخلافية يقطع الخلاف.
- 4- عمل تقويم فلكي قمري لعشرات السنين، يعتمد الحساب الفلكي الدقيق، واعتماده رسمياً من قبل الدول الإسلامية، مما يساهم في وقف الإرباك الذي يحصل للأنظمة والمؤسسات والأفراد من جراء عدم المعرفة المسبقة لبدائيات الأشهر القمرية بسبب الاعتماد على الرؤية البصرية. هذا وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين.

المصادر والمراجع<sup>(1)</sup>

- الإبهاج في شرح المنهاج، علي بن عبد الكافي السبكي وولده عبد الوهاب، دار الكتب العلمية- بيروت، 1995م.
- إثبات الأهلة، ماجد أبو رخية، مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية، جامعة الكويت، العدد 13.
- إحكام الأحكام لابن دقيق العيد، تحقيق محمد حامد الفقي، مكتبة السنة المحمدية- القاهرة، 1953.
- الإحكام في أصول الأحكام، أبو الحسن الأمدي (ت631هـ)، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت.
- الإحكام في أصول الأحكام، الأمدي، تحقيق: سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1404.
- أحكام القرآن لأبي بكر ابن العربي، (ت546هـ)، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة.
- أحكام القرآن، للجصاص، تحقيق: عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994م.
- أوائل الشهور العربية، أحمد شاكر، القاهرة، مكتبة ابن تيمية، ط2، 1407هـ.
- اختلاف الأئمة العلماء، لابن هبيرة، تحقيق السيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية، ط1، 2002م.
- اختلاف الحديث، للشافعي، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط1، 1985، تحقيق: عامر حيدر.
- إرشاد أهل الملة إلى إثبات الأهلة، محمد بخيت المطيعي، بلا طبعة ودار نشر.
- الأزمنة والأمكنة، أبو علي المرزوقي (ت421هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة 1، 1417هـ.
- الأزمنة وتلبية الجاهلية، لقطرب، تحقيق: د حاتم الضامن، مؤسسة الرسالة، ط2، 1985 م.
- الاستنكار لابن عبد البر، تحقيق: قلعجي، دار قتيبة دمشق، دار الوعي حلب، ط1، 1993م.
- الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1980م.
- الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، ط1، 1983م،
- أصول السرخسي، تحقيق أبي الوفا الأفغاني، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، 1372هـ.
- إعلام الموقعين، ابن القيم، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1991م.
- أنيس الفقهاء، قاسم القونوي (ت978هـ)، تحقيق د. أحمد الكبيسي، دار الوفاء، ط1، 1406هـ.
- البحر المحيط، أبو حيان التوحيدي، المحقق: صدقي محمد جميل، دار الفكر، بيروت، 1420هـ.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد القرطبي (ت595هـ)، دار القلم، بيروت، ط1، 1988م.
- بدائع الصنائع للكاساني، (ت587هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1394.
- التحرير والتنوير، محمد الطاهر بن عاشور، تونس، دار سحنون للنشر والتوزيع، 1997م.
- التراث الفلكي عند العرب والمسلمين، عبد الأمير المؤمن، معهد التراث العلمي، جامعة حلب 1992.
- التسهيل لعلوم التنزيل، لابن جزي الكلبي (ت741هـ)، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995، ط1.
- التعريفات: للجرجاني، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1992م.
- تفسير الفخر الرازي، فخر الدين الرازي (ت604هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1993.

(1) اضطررت لاختصار الكثير من المعلومات المتعلقة بالمراجع؛ فلم أذكر أسماء المؤلفين كاملة، وحذفت تواريخ وفيات بعضهم، روماً للاختصار وللتقيد بعدد صفحات البحث كما تشترطه إدارة المجلة.

- تفسير المراغي، الأستاذ أحمد مصطفى المراغي، بيروت، دار الفكر.
- تفسير المنار، محمد رشيد علي رضا (ت1354هـ)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1990 م.
- تفسير النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي (ت701)، ، بيروت، دار الفكر.
- التقويم الإسلامي الأحادي في ضوء أصول الفقه، د. شمس الأنوار الميداوي، جامعة سونان كاليجاكا الإسلامية، يوكياكرتا، إندونيسيا، مقدم لمؤتمر توحيد التقويم الهجري الدولي المنعقد بين 28 و30 مايو/ 2016 بإستانبول.
- تلخيص الحبير، ابن حجر العسقلاني، المدينة المنورة، 1964، تحقيق: السيد عبدالله هاشم اليماني.
- التلخيص في أصول الفقه، للجويني، المحقق: عبد الله النبالي وبشير العمري، دار البشائر الإسلامية، بيروت.
- تنوير الحوالك، جلال الدين السيوطي، (ت911هـ)، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، 1969.
- التنوير شرح الجامع الصغير، الصنعاني، تحقيق: محمد إسحاق إبراهيم، مكتبة دار السلام، الرياض، ط1، 2011.
- التوضيح لشرح الجامع الصحيح، ابن الملقن، دار الفلاح، دار النوادر، دمشق، ط 1، 2008م.
- ثبوت الشهر القمري بين الحديث النبوي والعلم الحديث؛ أ. د. شرف القضاة، المنشور بمجلة دراسات، الجامعة الأردنية، مجلد ٢٦، عدد2، ١٩٩٩م.
- جامع البيان عن تأويل آي القرآن للطبري (ت310هـ)، مصطفى البابي، القاهرة، ط3، 1388هـ .
- تفسير القرطبي، القرطبي (ت671هـ)، دار الكتاب العربي، القاهرة، ط 3، 1387هـ.
- الجغرافيا الفلكية، الدكتور أنور عبد الغني العقاد، دار المريخ، الرياض، 1983.
- حاشية ابن عابدين، محمد أمين بن عابدين (ت1252هـ)، دار الفكر - بيروت، ط 2، 1992م.
- الحاوي الكبير، للماوردي (ت 450 هـ) تحقيق: د. محمود مطرجي وجماعة، دار الفكر، 1994م.
- حسابات الفلك، مايكل يوسف سلوانس، بلا دار نشر ولا سنة نشر.
- الحسابات الفلكية عبد الرحمن مغربي، هـ جامعة محمد بن سعود الإسلامية 1991م، بلا معلومات.
- الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ابن حجر العسقلاني، تحقيق هاشم المدني، دار المعرفة بيروت.
- الدر المنثور في التفسير بالمأثور، جلال الدين السيوطي (ت911هـ)، دار الفكر - بيروت.
- دليل السماء والنجوم الدكتور عبد الرحيم بدر، بلا معلومات.
- دورة الهلال، الدكتور صالح العجيري، منشورات مكتبة العجيري - الكويت، ط 1، 2000م.
- الدين الخالص، محمود خطاب السبكي، (ت1352هـ)، تحقيق: ولده أمين، ط 3، 1980م.
- ديوان لبيد، لبيد بن ربيعة (ت41هـ)، اعتنى به: حمدو طماس، دار المعرفة، ط 1، 2004م.
- رصد الأهلّة د. أيمن بن سعيد كردي، كتاب بلا طبعة ولا دار نشر ولا مكان نشر.
- رصد السماء؛ د. عبد الرحيم بدر، مؤسسة عبد الحميد شومان، عمان، ط 1، 1992م.
- روح المعاني للألوسي (ت1270هـ)، دار إحياء التراث العربي، ط4، 1405هـ.

- روضة الناظر، ابن قدامة، تحقيق: د. عبد العزيز السعيد، جامعة الإمام محمد بن سعود- الرياض، ط 2، 1399.
- زاد المسير في علم التفسير، ابن الجوزي (ت597)، ط 4، بيروت، المكتب الإسلامي، 1987.
- السبب عند الأصوليين، د. عبد العزيز الربيعة، جامعة الإمام محمد بن سعود، 1399.
- سنن النسائي، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، تحقيق: عبدالفتاح أبو غدة، ط 2، 1986.
- السنن الكبرى، البيهقي، وبذيله الجوهر النقي لابن التركماني، دار المعرفة، بيروت، 1992.
- السياسة الشرعية، أ. د. يوسف القرضاوي، مكتبة وهبة، مصر.
- شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين التفتازاني، مكتبة صبيح بمصر، دون معلومات.
- شرح الزرقاني على الموطأ، الزرقاني (ت1122)، دار الكتب العلمية، 1411، بيروت.
- شرح النووي على مسلم، للنووي (ت676هـ)، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ط 2، 1392هـ.
- شرح صحيح البخاري لابن بطلال، تحقيق: ياسر إبراهيم، ط 2، مكتبة الرشد- الرياض، 2003م.
- شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقا، صححه: ولده مصطفى دار القلم- دمشق، ط 2، 1989م.
- صحيح البخاري -بشرح ابن حجر-، طبعة مصححة عن الطبعة التي حقق أصلها: ابن باز، ورقم كتبها وأبوابها وأحاديثها: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار الكتب العلمية، 1989، ط 1.
- صحيح ابن حبان، ابن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1993.
- صحيح مسلم -بشرح النووي- مسلم بن الحجاج، بيروت، مؤسسة مناهل العرفان.
- العذب الزلال في مباحث رؤية الهلال، المراكشي، المدارس- الدار البيضاء، المغرب، ط 1، 1422هـ.
- عجائب الكون، إبراهيم الراجي، بلا طبعة أو تاريخ أو دار نشر.
- العقل والفقه في فهم الحديث النبوي، مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، والدار الشامية، بيروت، ط2، 2002.
- العلم المنشور في إثبات الشهور، السبكي، علق عليه: جمال الدين القاسمي، مكتبة الإمام الشافعي، الرياض.
- عمدة القاري شرح صحيح البخاري، العيني (ت855هـ)، دار إحياء التراث العربي- بيروت.
- غريب الحديث، لابن جعفر، تحقيق: د. عبدالمعطي قلعجي، دار الكتب العلمية، ط 1، 1985.
- غمز عيون البصائر، للحموي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1985م.
- فتاوى ابن تيمية، ابن تيمية (ت728 هـ)، تحقيق عبد الرحمن النجدي الحنبلي، مكتبة ابن تيمية.
- فتاوى السبكي، تقي الدين علي بن عبد الكافي، (ت756هـ)، دار المعارف.
- الفتاوى الفقهية الكبرى، ابن حجر الهيتمي، (ت974هـ)، المكتبة الإسلامية.
- فتح الباري شرح البخاري: لابن حجر، (ت852 هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1989.
- الفروق، لقرافي، (ت684هـ)، عالم الكتب، دون طبعة ودون تاريخ.
- الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبه الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1404.
- فقه النوازل، بكر أبو زيد، مؤسسة الرسالة، ط 1، 1996م.
- الفلك العلمي لعبد الكريم نصر، بلا معلومات.

- القاموس الفقهي للمستشار سعدي أبو جيب، دار الفكر، دمشق ط1، 1402.
- القاموس المحيط، الفيروزآبادي، (ت817هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 8، 2005 م.
- قرارات مجلس الإفتاء الأردني.
- قواطع الأدلة، السمعاني، تحقيق: محمد إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1999م.
- الكشاف، للزمخشري، (ت538هـ)، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995، ط 1.
- كشف الأسرار عن أصول البيهقي، علاء الدين البخاري، (ت730هـ)، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية- بيروت، ط 1، 1997.
- كشف الخفاء، العجلوني، تحقيق: عبد الحميد هندواي، المكتبة العصرية، ط 1، 2000.
- كيف ترقب السماء؟ فرانكلين م. برانلي، ترجمة د. محمد الفندي، دار نهضة مصر، 1997.
- كيف نتعامل مع السنة النبوية، أ. د. يوسف القرضاوي، دار الشروق، 2008.
- لسان العرب للإمام محمد بن مكرم بن منظور (ت711)، دار صادر، بيروت.
- المبسوط، محمد بن أحمد السرخسي، (ت483هـ)، دار المعرفة، بيروت، 1993.
- المجموع للنووي، (ت767)، وبهامشه الشرح الكبير للإمام الرافعي، (ت623)، دار الفكر- بيروت.
- مجموعة رسائل ابن عابدين، محمد أمين بن عابدين، دار إحياء التراث العربي.
- المحكم والمحيط الأعظم، ابن سيده، تحقيق عبد الحميد هندواي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2000.
- المحيط الكوني وأسراره، نجيب زيبب، دار الأمير للثقافة والعلوم، 1994م.
- المخصص، ابن سيده، المحقق: خليل جفال، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1، 1996م.
- مدخل إلى علم الفلك، أ. د. محمد باسل الطائي، جامعة اليرموك.
- مراقبي الفلاح، الشرنبلالي، (ت1069هـ)، راجعه: نعيم زرزور، المكتبة العصرية، ط 1، 2005.
- المسالك في شرح موطأ مالك، ابن العربي المالكي، (ت543هـ)، تحقيق: محمد وعائشة ابنا الحسين السليمان، دار الغرب الإسلامي، ط 1، 2007.
- المستصفي لأبي حامد الغزالي، (ت505هـ)، المطبعة الأميرية، القاهرة، ط1، 1322.
- مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط1، 1999.
- المعجم الكبير، الطبراني، المحقق: حمدي السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط 2.
- المعلم بفوائد مسلم، المازري، تحقيق: محمد الشاذلي النيفر، دار التونسية للنشر، المؤسسة الوطنية للكتاب بالجزائر، المؤسسة الوطنية للترجمة والتحقق والدراسات بيت الحكمة، ط2، 1988.
- المغني، لابن قدامة المقدسي، (ت620)، دار الكتاب العربي، بيروت، 1392.
- مفردات القرآن الكريم للراغب الأصفهاني، تحقيق نديم مرعشلي، دار الكتاب العربي بيروت.
- المقاصد الحسنة للسخاوي، المحقق: محمد الخشت، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1، 1985م.
- الموافقات، للشاطبي (ت790هـ)، تحقيق: مشهور حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط 1، 1997.
- الموقع الرسمي لمجمع البحوث الإسلامية التابع للأزهر الشريف.
- الموقع الرسمي للأستاذ الدكتور يوسف القرضاوي.

- مواهب الجليل، للحطاب، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، 2003،
- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، (من 1404- 1427 هـ).
- نهاية السؤل لعبد الرحيم بن حسن الإسنوي، (ت772)، المطبعة السلفية، القاهرة.
- نهاية المحتاج للإمام محمد بن أحمد الرملي، (ت1004)، المكتبة الإسلامية، بيروت.
- نيل الأوطار، الشوكاني، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، ط 1، 1993.
- هداية الراغب لعثمان النجدي، تحقيق حسنين مخلوف، الدار الشامية، بيروت، ط 2، 1410.
- الوسيط في المذهب، الغزالي، (ت505)، تحقيق علي القره داغي، دار الاعتصام، القاهرة، ط1.

## أثر المنطق القضائي في جودة الأحكام الجزائية

### The Impact of Judicial Logic on the Quality of Criminal Judgments

عاطف فهد مفلح المغاريز\*

#### الملخص

تسلط هذه الدراسة الأضواء على الجوانب المعرفية والإجرائية المتعلقة بمنهجية المنطق القضائي في سبيل تحسين جودة الأحكام القضائية من خلال إلقاء الضوء على جوهر المنطق القضائي وما يرتبط به من مناهج استدلال قضائي تسعى جاهدة في استيعاب الواقع والقانون من أجل بناء حكم جزائي ذو جودة عالية الدقة والمتانة والموضوعية. وقد خلصت هذه الدراسة إلى نتائج من بينها غياب تام لعلم المنطق القضائي في مناهج تدريس الحقوق في كليات القانون المعاصرة وشح المؤتمرات الدولية في هذا المضمار ولعل من توصيات هذه الدراسة ضرورة إدراج علم المنطق القضائي ضمن مناهج تدريس الحقوق في كليات القانون والاهتمام بفرن صيانة الأحكام القضائية.

**الكلمات الدالة:** المنطق القضائي، جودة الأحكام الجزائية، الأحكام القضائية، منهجية المنطق القضائي.

#### Abstract

This study explores the role of judicial logic and its impact on the quality and authenticity of criminal judgments, and demonstrates judicial logic approaches for the purposes of judicial reasoning within the framework of the logic of justice to build criminal judgments with high-precision quality. Perhaps the most prominent recommendations of this study is the need to include the science of judicial logic in the curricula taught in law schools and institutions for preparing judges and lawyers, and to include a course on the way of drafting judicial rulings through the science of judicial logic.

**Keywords:** Judicial Logic, Quality of Criminal Judgments, Judicial Judgments, Legal Methodology.

## المقدمة

إن تأمين العدالة الجنائية يكمن في سلامة الأحكام الجزائية الصادرة عن القضاء الجزائي خصوصاً في الأحكام الجزائية الصادرة بالإدانة؛ لما لها من أثر كبير وخطير على حياة الإنسان وحرية لدرجة أن يفقد حياته أو تصادر حريته، ولذلك بات من الضروري الاهتمام بالحكم الجزائي وإحاطته بالعناية الخاصة.

إن المهمة الملقاة على عاتق القاضي الجزائي في إصدار الأحكام الجزائية لا تقتصر على مجرد موازنة الأدلة، بل هو عمل فني عقلي يبذل فيه القاضي الجزائي جهداً فكرياً منطقياً مضنياً ومنظماً يراعى فيه كل الخصوصيات التي تتمتع بها الدعوى الجزائية، ولاشك أن هذا العمل أو الجهد الذي يبذله القاضي يطلق عليه شُراح القانون: المنطق القضائي المنبثق من التفكير القضائي المرتكز على قواعد منطقية ومناهج علمية تكشف الروابط النسبية بين الوقائع والنماذج القانونية. وبذلك يؤدي المنطق القضائي الدور الهام في ضمان سلامة الأحكام الجزائية وبجودة عالية الدقة تقنع الخصوم والرأي العام.

ومما لا شك فيه أن الفكر القضائي يتجه إلى اعتبار الحكم الجزائي إلى جانب بنائه القانوني منهجاً بناءً منطقياً يعبر عن منطق العدالة، الذي يكشف عن الحقيقة القضائية الموضوعية والواقعية بكل منطقية وعلانية.

### أهمية البحث

لم ينل موضوع المنطق القضائي وأثره على جودة الأحكام الجزائية العناية اللازمة من فقه القانون الإجرائي مع أن له أهمية متميزة في القضاء الجزائي لاسيما أن المنطق القضائي من أهم الضمانات في الأحكام الجزائية الصادرة عن القضاة، فهو مظهر لقيامهم بما عليهم من واجب تدقيق البحث وإمعان النظر لمعرفة الحقيقة التي يعلنونها مما يفصلون فيه من الأفضية، وبه وحده يسلمون من مضمنة التحكم والاستبداد، لأنه كالعذر فيما يرتوونه ويقدمونه بين يدي الخصوم والجمهور، وبالمنطق القضائي يدفعون ما يقدرين على الأذهان من الشكوك والريب فيدعون الجميع إلى عدلهم مطمئنين، لاسيما أن القضاء الجنائي الحديث يتبع قواعد المنهج العلمي الذي يقود إلى الحقيقة ويعتمد على مبادئ معينة تؤدي إلى نتائج صائبة.

### إشكالية البحث

تغدو إشكالية البحث في محاولة الإجابة على التساؤل المتعلق بمعرفة دور ومكانة المنطق القضائي المرتبط بالتفكير القضائي والقائم على المنهج العلمي في ضمان جودة الأحكام الجزائية وسلامتها من أي شائبة، وفي إطار ذلك لابد من معرفة كيف يتعامل القاضي الجزائي مع مقتضيات ومعطيات المنطق القضائي وكيفية استخدامه لمناهج الاستدلال القضائي؟ وكذلك لابد من الوقوف على واقع العلاقة بين المنطق القضائي والقواعد القانونية في مرحلة التطبيقات القضائية وإنزال حكم القانون على الوقائع الثابتة، أضف إلى ذلك محاولة الكشف عن الدور الرقابي لمحكمة التمييز (محكمة القانون) بخصوص تطبيق القانون على الوقائع المتحصلة من بينات الدعوى وسلامة المنطق القضائي لغايات جودة الأحكام الجزائية.

### منهج البحث

إن المنطق القضائي يتبلور بطابع عملي قضائي لا سيما أن عمل القاضي يستند إلى عمل عقلي بذهنية منطقية تجمع بين فهم الواقع والقانون والمنطق لتسطير القناعة الوجدانية بقالب موضوعي، لذلك فإن المنهج الملائم لهذا البحث هو المنهج التحليلي التركيبي، وذلك من خلال تحليل المادة العلمية من فقه ونصوص قانونية

ذات علاقة بموضوع البحث وتحليل جوانبها الموضوعية والنظرية، وتركيب الحقائق المنطقية للوصول إلى نتائج علمية صحيحة كما هو عمل القاضي القائم على مركب من الوقائع والقانون. وحتى يتبلور الحديث عن أثر المنطق القضائي على جودة الأحكام الجزائية فإن التقسيم المنطقي لهذا البحث يقتضي تقسيمه إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: مفهوم المنطق القضائي ومناهج الاستدلال.

المبحث الثاني: قواعد تطبيق المنطق القضائي التطبيقات القضائية لاستيعاب الواقع والقانون.

## المبحث الأول

### مفهوم المنطق القضائي ومناهج الاستدلال

إن علم المنطق له أثر بالغ في العلوم القانونية بوجه عام والقوانين الجزائية بوجه خاص، الأمر الذي يستدعي تسليط الضوء على مفهوم المنطق القضائي في هذا السياق والكشف عن مناهج المنطق القضائي معياراً للاستدلال به في تسطير القناعة الوجدانية للقاضي الجزائي، وحتى تتضح معالم المنطق القضائي ومناهجه لا بد من التطرق لمفهوم المنطق القضائي مطلباً أولاً، ومناهج الاستدلال المنطقي مطلباً ثانياً.

#### المطلب الأول

#### مفهوم المنطق القضائي

المنطق بوجه عام هو العلم الذي يبني القواعد العامة للتفكير السليم بصرف النظر عن الموضوعات التي يتناولها التفكير<sup>(1)</sup>.

ويعرف ابن سينا المنطق بأنه صناعة النظرية التي تقودنا إلى الحدود الصحيحة والقياس السليم الذي يسمى برهاناً، ويعرفه بعض الباحثين بأنه العلم الذي يعصم من الخطأ في التفكير، فيقال، فلان منطقي أي أنه يفكر تفكيراً سليماً لذا يسعى المنطق إلى تحقيق اتفاق العقل مع ذاته<sup>(2)</sup>.

ويرى أرسطو بأن الاستدلال المنطقي (Syllogisms) هو الاستخلاص المنطقي (Raisonnement) الذي يبني على مقدمات معينة تؤدي بالضرورة المنطقية إلى نتيجة معينة<sup>(3)</sup>.

والمثال المشهور هنا:

قضية كبرى: كل إنسان فان.

قضية صغرى: سقراط إنسان.

نتيجة: سقراط فان.

(1) عبد الرحمن، توفيق: محاضرات مطبوعة في المنطق القضائي لطلبة المعهد القضائي الأردني، دراسة مقارنة فقهية مقرونة بأحكام القضاء لعام 1994، ص 7.

(2) الكيك، محمد علي: أصول تسيبب الأحكام الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، الناشر مكتبة الإشعاع، الإسكندرية، لعام 1988، ص 288.

(3) الصعدي، عبد المقال: تجديد علم المنطق، الطبعة الثالثة، مكتبة الآداب بدون سنة للنشر، ص 4 و 7 وفي نفس المعنى أحمد فتحي سرور، النقض الجنائي، دار الشروق 2003، ص 265.

يرجع الفضل للإمام الغزالي في إخراج علم المنطق من مسائل الفلسفة إلى الأسلوب العلمي<sup>(1)</sup> حيث يقول (من لا معرفة له بالمنطق لا يوثق بعلمه) ويتجه الفكر الحديث لاعتبار الحكم القضائي بناءً منطقياً حتى قال بعضهم: إن الحكم هو المنطق<sup>(2)</sup>.

ويمكن القول إن المنطق القضائي يختص بتفسير القواعد القانونية في إطار عملي بصدد قضية معينة، حيث تنصب حركته على محض الوقائع المختلفة واختيار الضروري منها لغايات إصدار الحكم، وحتى يتمكن القاضي من القيام بذلك لا بد من النظر إلى الوقائع المطروحة عليه مجتمعة ثم يقوم بتحليل العناصر الأولية المتداخلة في تكوينها، وما أحاط بها من ظروف، ومن ثم يستطيع أن يختار نص القانون الواجب التطبيق وترتيب آثاره القانونية<sup>(3)</sup>.

ولذلك فإن المنطق القضائي عملية ذهنية أو نشاط فكري يتحقق عبره القاضي الجنائي ثبوت الواقعة الإجرامية في جانب المتهم، ويستعين به لإنزال حكم القانون عليها ويلزم القاضي في صورة أساليب الاستدلال المنطقي<sup>(4)</sup>.

إن القاضي لا يصل إلى النتيجة التي يخلص إليها في حكمه بطريقة آلية بل يقوم بعمليات ذهنية متتالية، وهذه العمليات تقتضي أن تكون محكمة بقواعد المنطق لكي تكون أسباب الحكم التي نهض بها النشاط الفكري والذهني للقاضي مقنعة للخصوم والرأي العام والمحاكم الأعلى درجة<sup>(5)</sup>.

ولما كان القاضي بعمله القضائي يطبق قواعد علم المنطق للوصول إلى نتيجة متطابقة أو متفقة مع مبادئ العقل والمنطق السليم فهو بذلك يطبق فناً قضائياً، وذلك بالنظر لما يمهده علم المنطق من منهج للتفكير الصحيح الواضح، فيكون القاضي على بينة بطبيعة قواعده إلى جانب إخضاع انفعالاته لوعيه الجاد بمنطق الفن<sup>(6)</sup>.

والبحث في مفهوم المنطق القضائي يقودنا إلى التطرق إلى الفروع التالية:

## الفرع الأول

### الاستدلال المنطقي

الاستدلال في الفقه يراد به طلب الدليل، والاستدلال في المنطق هو تسلسل عدة أحكام مترتبة بعضها على بعض بحيث يكون الأخير متوافقاً ومتوقفاً على الأول اضطراراً، إذ إن كل استدلال هو عمل ذهني مؤلف

(1) الغزالي، أبو حامد: منطق تهافت الفلاسفة المسمى "معيان العلم" تحقيق سليمان دنيا، ذخائر العرب، مصر، دار المعارف، 1901، ص 69.

(2) سرور، أحمد فتحي: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المجلد الأول والثاني، الطبعة الرابعة، 1984، ص 167.

(3) بكار، حاتم حسن موسى: سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 102.

(4) سويلم، محمد علي: التكييف في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، 2005، ص 116.

(5) المصاروة، يوسف محمد: تسبب الأحكام وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية، الناشر الدار العلمية الدولية، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2002، ص 255.

(6) درويش، محمد فهم: فن القضاء بين النظرية والتطبيق، المحاكمات المدنية والجنائية، الطبعة الأولى، مطابع الزهراء للإعلام العربي، 2007، ص 263.

من أحكام متتابعة إذا وضع بعضها لزم عنها بذاتها حكم آخر غيرها، وبذلك فإن هذا الحكم لا يكون صادقاً إلا إذا كانت مقدماته صادقة<sup>(1)</sup>.

والاستدلال المنطقي هو الأداة الأساسية التي تعمل على توحيد الوسائل (في مجال القانون يقصد بها وسائل الإثبات) وتجميعها كحزمة واحدة لاستخلاص النتيجة.

ولا غرابة بأن الاستدلال المنطقي يركز على عدة عناصر وضوابط يمكن إيرادها على النحو التالي:

أولاً: مقدمة أو مقدمات يستدل بها على صحة النتيجة.

ثانياً: نتيجة تكون لازمة عن هذه المقدمة أو المقدمات.

ثالثاً: علاقة منطقية تربط المقدمات في حال تعددها بعضها ببعض أو تربط بينها في جملتها وبين النتيجة على سبيل اللزوم.

رابعاً: المبادئ والقوانين الإنسانية التي يعتمد عليها العقل في حركته وانتقاله من المقدمة أو المقدمات إلى النتيجة<sup>(2)</sup>.

ولعل من أمثلة القوانين الإثباتية "بديهيات المنطق" قانون عدم التناقض؛ فالتناقض الذي يهدم الأسباب مجاله تضارب الأسباب فيما بينها وتهاتها على نحو يعدم بعضه بعضه الآخر، وكذلك كلما تعارضت الأسباب مع المنطوق، تعارضاً جذرياً كأن يدل القاضي على براءة المتهم ثم يقضي بإدانته، فيغدو المنطق فاقداً للمقدمات التي تسانده، فلا يصلح مثلاً أن تذكر المحكمة واقعة الدعوى على صورتين متعارضتين أو أن تستند إلى أدلة متناقضة بغير تفسير لهذا التناقض<sup>(3)</sup>.

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن الاستدلال إما أن يكون صحيحاً أو خطأً، غير أن المنطق تقتصر دراسته على الاستدلالات الصحيحة لذلك لا بد من الانتقال لدراسة الاستدلال القضائي في هذا السياق من البحث.

## الفرع الثاني

### الاستدلال القضائي

يصحب المنطق القضائي استدلال قضائي، ويراد به العمل الذي يقوم به القاضي في إطار استخلاص نتيجة معينة من المقدمة الكبرى "القانون" والمقدمة الصغرى "الوقائع" بهدف الوصول إلى قرار عادل لا تحكم فيه ولا اعتراف<sup>(4)</sup>.

إن جوهر الاستدلال يرتبط بالعملية القضائية التي تقوم بهدف الوصول إلى برهان كافٍ لصحة النتيجة التي انتهت إليها في تقديره لواقعة الدعوى وأدلتها، وذلك بالارتكاز على الأصول العقلية والضوابط المنطقية<sup>(5)</sup>. ولذلك نجد أن الاستدلال القضائي يتخذ طابعاً عملياً يستخدمه القاضي لدى ممارسة عمله القضائي، ابتداءً بمجابهة الوقائع المتداخلة والمتشابكة لإثباتها وبلورتها في معطيات القرار القضائي للدعوى.

(1) الكيك، محمد علي: مرجع سابق، ص 291.

(2) الكيك، محمد علي: أصول تسيبب الأحكام الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 291.

(3) عبيد، رؤوف: ضوابط تسيبب الأحكام الجنائية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة 1986، ص 198.

(4) يكار، حاتم حسن موسى: سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، مرجع سابق، ص 102 و 103.

(5) حجازي، محمد جمال الدين: رقابة محكمة النقض على موضوع الدعوى الجنائية، الفتح للطباعة والنشر، القاهرة 2001، ص 387.

وبذلك يغدو الاستدلال القضائي مرتبطاً بالإثبات القضائي فعلى من يدعي الواقعة إثباتها<sup>(1)</sup>. وعلى القاضي أن يراعي قواعد معينة عند بحثه للوقائع والأدلة، وعند تكييفه لهذه الوقائع، وتطبيق حكم القانون عليها، وفي إطار ذلك يقوم بثلاثة أنواع من الاستدلال هي:

**أولاً:** الاستدلال الجدلي للاقتناع بالأدلة.

**ثانياً:** الاستدلال الاستقرائي لملاحظة الوقائع التي تستند إليها أدلة الدعوى.

**ثالثاً:** الاستدلال الاستنباطي للوصول إلى نتيجة معينة في ضوء الوقائع التي استقرأها<sup>(2)</sup>.

ومما لا شك فيه أن الاستدلال القضائي يقوم على مناهج وأسس يتعين الاستعانة بها من لدن القاضي الجزائي لبناء حكمه على أسس عقلية ومنطقية، وبذلك نجد أن استخدام الاستدلال القياسي (مقدمة كبرى "القانون" + مقدمة صغرى "الوقائع" = نتيجة "قرار قضائي منطقي") هو النموذج الأساسي للاستدلال وهو أداة لتقديم البرهان القاطع بالإضافة إلى تقديم الحجج<sup>(3)</sup>.

ويمكن القول في هذا السياق: إن القاضي الجزائي ملزم بتقديم البرهان على صحة النتائج التي توصل إليها وهو ما يُعرف بالتدليل على الحكم الجزائي، وهذا البرهان يركز على ثلاثة عناصر تتمثل فيما يلي:

أ- واقعة الدعوى التي تستدعي البرهان عليها.

ب- الحجج والربط بينها وبين واقعة الدعوى.

ج- مظاهر البرهان أو ما يسمى بالربط المنطقي بين الواقعة والحجج.

وعلى ذلك، يمكن القول: إن الحكم الجزائي هو العلامة الدالة على التقطيع النهائية للاستدلال القضائي الذي أجراه القاضي الجزائي<sup>(4)</sup>. ومتى كان هذا الاستدلال منافياً أو مخالفاً لمبادئ العقل والمنطق السليم يكون الحكم الجزائي مشوباً بعيب الفساد في الاستدلال.

ولذلك لا بد من مقارنة الوقائع مع القانون للوصول إلى نتيجة لا تحمل شائبة الخطأ، وعليه لا بد من

التطرق إلى المقاربة بين الوقائع والقانون عبر المنطق القضائي.

### الفرع الثالث: مقارنة الوقائع والقانون للدعوى الجنائية

لاشك أن الدعوى الجنائية المطروحة على القاضي الجزائي تثير خليطاً من الواقع والقانون ويعمل القاضي في إطار شقين (شق واقعي) و (شق قانوني) وبذلك يستعين القاضي بالاستدلال القضائي لتكوين الشقين بشكل منطقي، ولا بد من الوقوف عند هذين المجالين.

(1) السماك، أحمد حبيب: قرينة البراءة ونتائجها، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد السابع والستون، 1997، ص 272.

(2) المصاروة، يوسف: تسبیب الأحكام وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية، الناشر الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2002، ص 265.

(3) عبد الفتاح، عزمي: تسبیب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الرابعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2006، ص 249.

(4) عبد الفتاح، عزمي: تسبیب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 331.

## أولاً: مجال الوقائع

يُراد بالوقائع بالمعنى القانوني مصدر الحق المدعى به أمام القضاء، وهو التصرف القانوني أو الواقعة القانونية التي أنشأت هذا الحق الذي يطالب المدعي بإثباته<sup>(1)</sup>.

بيد أن الواقعة في مجال القانون الجنائي هي واقعة الجريمة التي ارتكبت في العالم الخارجي والمعروضة على القاضي، وهو ما يسمى بالحدث الإجرائي.

والواقعة في فن القضاء الجنائي هي التي تحدث في دنيا الواقع ويترتب عليها شيء ما<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: عناصر الوقائع في القانون الجنائي

الوقائع التي يعتد بها القانون الجنائي هي الوقائع المكتملة عناصرها القانونية المتمثلة بالركن المادي والركن المعنوي "العناصر الأساسية للواقعة".

#### أ- الركن المادي.

إن الركن المادي يتمثل في النشاط الإجرامي الذي يقوم به الجاني، ويتألف من العناصر الثلاثة التالية:

1. السلوك الإجرامي.

2. النتيجة.

3. علاقة السببية التي تربط السلوك بالنتيجة.

وبذلك، فإن السلوك الإجرامي يتحصل فيما يأتيه الجاني من نشاط بقصد بلوغ النتيجة<sup>(3)</sup> ويستوي في ذلك أن تكون الجريمة إيجابية أو سلبية<sup>(4)</sup> ومن المسلم به قانوناً إذا لم تتحقق النتيجة في صورها المادية؛ فإن الجريمة تتوقف عند الشروع الذي يتحقق بالبدء بالتنفيذ دون تحقق النتيجة لسبب خارج عن إرادة الجاني.

#### ب- الركن المعنوي:

ويرتكز هذا الركن على:

1- العلم.

2- الإرادة الأثمة.

والإرادة الأثمة هي حلقة الوصل بين الجريمة بصفقتها واقعة مادية لها كيان خارجي وبين الإنسان التي صدرت عنه، الذي يعتبره القانون مسؤولاً عن هذه الجريمة ويصفه بأنه جاني<sup>(5)</sup>.

ونجد أن الظروف المحيطة بارتكاب الواقعة محل الجريمة لا تغدو أن تكون عناصر ثانوية؛ فهي تعدل من آثار الجريمة بالإيجاب أو السلب بعدما تكتمل أركان الجريمة.

(1) في هذا المعنى السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، لإثبات آثار الإثبات، الطبعة الثالثة، بيروت، منشورات الحلبي، ص 1 و 2.

(2) حمودة، علي محمود علي: الأصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 2003، ص 14.

(3) وزير، عبد العظيم مرسي: شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، 2000، ص 271.

(4) حمودة، علي: ضوابط الارتباط بين وقائع الدعوى الجنائية والحكم الصادر فيها، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 2007، ص 16.

(5) فرج، رضا: شرح قانون العقوبات الجزائري، الأحكام العامة للجريمة، الطبعة الثانية، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1976، ص 363.

والقاضي الجزائي وفي استعراضه للعناصر القانونية للجريمة محل الدعوى لا يطبق تلك العناصر القانونية إلا ما تقتضيها من الأحداث، حتى يكون تطبيقه للقانون سليماً.

### ثالثاً: مجال القانون

في إطار تطبيق المنطق القضائي والوصول إلى المقدمة الكبرى (القاعدة القانونية النموذجية) التي تطبق على المقدمة الصغرى (الواقعة المرتكبة) يصل القاضي الجزائي إلى الرأي الحاسم في الدعوى المعروضة عليه<sup>(1)</sup>. وبذلك فإن عنصر الدعوى الجنائية هما: الواقع والقانون، وإن التحديد الدقيق للوقائع لغايات إيجاد النص النموذجي وفق المنطق القضائي هو مفتاح الحل السليم للدعوى، ولأجل الوصول إلى ذلك لابد للقاضي الجزائي أن يستخدم قواعد المنطق القضائي لتحصيل وقائع الدعوى بمعنى آخر فهم (الوقائع والظروف الملازمة للدعوى)، وعلى ذلك يستخدم المنطق القضائي لهضم الوقائع وهو ما يعرف بتفسير النصوص الجنائية، فعند تطبيق القانون على الوقائع واستخلاص النتائج يكون القاضي قد فصل بالدعوى مستعيناً بمنهاج الاستدلال القضائي، وبذلك يمكن الانتقال إلى الحديث عن مناهج الاستدلال.

### المطلب الثاني

#### مناهج الاستدلال القضائي

أثناء عرض الدعوى الجزائية على القاضي الجزائي، يمارس بشكل تلقائي قدرًا من الاستدلال الجدلي الذي يقوم على التفسير بين عناصر الوقائع المادية التي تدخل في تركيب النموذج الإجرائي؛ فيدرس الأدلة الإقناعية التي تشارك في الوصول إلى النتيجة سواء كانت هذه الأدلة (أدلة إثبات أو نفي) وفي هذا السياق يمارس البحث في طبيعة الأدلة وما يرتبط بها من تكافؤ وتساند والاستعانة بسلطة قبول الأدلة وتقديرها بحيث يجب أن يكون هناك اتفاق تام بين كافة عناصر الاستدلال المنطقي في سبيل الوصول إلى الحقيقة<sup>(2)</sup> وعلى ذلك لابد من الوقوف على جوهر مناهج الاستدلال القضائي التي يستعين بها القاضي الجزائي أثناء نظر الدعوى الجزائية، حيث يمكن ذلك من خلال التطرق إلى مناهج القياس والاستنباط والاستقراء، وكذلك لابد من الوقوف على ضوابط الاستدلال القضائي عبر الفروع القادمة.

### الفرع الأول

#### الاستدلال القياسي

القياس القضائي يؤدي دوراً هاماً في المنطق القضائي الخاص بالجانب القانوني لاسيما أنه يساعد على تحديد التكيف القانوني الصحيح للواقعة الثابتة، وبعبارة أخرى إبراز الحالات الواقعية التي تندرج تحت طائلة القانون.

إن أثر هذا النمط من الاستدلال يعتبر استدلالاً منطقياً مجرداً يرتكز على طريقة رياضية بحتة في التفسير المنطقي للنص القانوني الذي ينطبق على الواقعة، فهو منطق قضائي يرتبط بالقانون.

(1) حمودة، علي محمود علي: الأصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص 93.

(2) حجازي، محمد جمال الدين محمد: رقابة محكمة النقض على موضوع الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص 400.

ومن العيوب التي وجهت لهذا النوع من الاستدلال هو اعتماده على القاعدة القانونية من حيث النص بمعزل عن المضمون، حيث يتجاهل الواقع الاجتماعي والمصالح الاجتماعية التي يحميها القانون<sup>(1)</sup> فهذا الاستدلال يمتاز بالجمود ولا يحفل بالواقع الاجتماعي.

## الفرع الثاني

### الاستدلال الاستنباطي

يقصد بالاستنباط: انتقال التفكير من المعلوم إلى المجهول<sup>(2)</sup> وفي سياق هذا المنهج فإن التفكير الاستنباطي يعتمد أساساً على الجزء للوصول إلى الكل، أي الاعتماد على الوقائع الجزئية للوصول إلى النتيجة النهائية.

وفي هذا الصدد يمكن القول: إذا كان الصعود من الواقعة إلى القانون يسمى استقراءً فإن النزول من العام إلى الخاص يسمى استنتاجاً، والاستدلال الاستنباطي يعد أحد المناهج التي يعتمد عليها القاضي الجزائي في إحداث الترابط بين مختلف العناصر الأساسية للدعوى؛ فمن خلال الاستنباط يقوم القاضي بعملية التركيب حيث يتم رسم الواقعة النهائية التي بدورها ترسم التكييف القانوني النهائي.

ويعبرون عن هذا الفرع من الاستدلال القضائي بملكة الاستنباط، فيرون أن النتائج المؤكدة التي يستخلصها القاضي من مقدمات يقينية هي عملية ذهنية فكرية مرنة تؤدي إلى نتائج حتمية، وهذا الاستنباط يتوجب أن يكون مستساغاً ومنطقياً استناداً إلى وقائع صحيحة يتوصل إلى حقيقتها بوسائل عملية ومقاييس منطقية<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثالث

### الاستدلال الاستقرائي

إن الطابع المميز للاستدلال هو الدقة، حيث ينتقل الفكر بين ثلاث مراحل:

المرحلة الأولى: تمييز المقدمات.

المرحلة الثانية: إعمال المناهج (القياس، الاستنباط، الاستقراء).

المرحلة الثالثة: الوصول إلى النتيجة

والاستدلال بالاستقراء يتمثل بانتقال الفكر من العلم عبر سلسلة من الوقائع المتماثلة إلى العلم بحال جميعها، بمعنى أنه انتقال الفكر من الحكم على بعض أفراد النوع إلى الحكم على النوع ذاته<sup>(4)</sup>.

وفي المجال الجنائي فإن منهج الاستقراء يعتمد على الملاحظة والتجربة فهو منهج علمي يعتمد على اختيار الوقائع المادية الملموسة من أجل تحديد من يدخل في النموذج الإجرامي للواقعة الجنائية محل الدعوى الجزائية<sup>(5)</sup>.

(1) سرور، أحمد فتحي: النقض الجنائي، مرجع سابق، ص 276.

(2) يعقوبي، محمود: دروس المنطق السوري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1993، ص 181.

(3) درويش، محمد فهمي: فن القضاء بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق ص 298 و 299.

(4) يعقوبي، محمود: دروس المنطق السوري، مرجع سابق، ص 6.

(5) حجازي، محمد جمال الدين محمد: رقابة محكمة النقض على موضوع الدعوى الجنائية، ص 401.

وبذلك؛ فإن القاضي الجزائري يقوم بعملية استقراء الوقائع المادية المتداخلة والمتشابكة والمتناثرة لمعرفة وتحديد أي وقائع تدرج ضمن المقدمة الكبرى للاستدلال؛ وذلك عن طريق ملاحظاته الجزائية للوقائع من خلال الأدلة المعروضة عليه وفرزها وتصنيفها على نحو يبرز معه صفاتها المشتركة. ويلاحظ أنه في المجال الجنائي تتعدد الوقائع وتتداخل وتتشابك فيما بينها، الأمر الذي يستدعي تحديد العناصر الأساسية للواقعة المرتكبة من أجل إدخالها في النموذج القانوني الخاص بالجريمة، ولا يمكن تحصيل ذلك إلا بفحص وتدقيق هذه الوقائع من خلال الاستدلال الاستقرائي وضوابطه.

#### الفرع الرابع

#### ضوابط الاستدلال القضائي

في هذا المقام يثور التساؤل حول الضوابط الناظمة لصحة الاستدلال القضائي، فهل توجد ضوابط قانونية يمكن الاستناد إليها في هذا السياق؟ في الحقيقة نلاحظ أن أغلب التشريعات الإجرائية ومنها التشريع الإجرائي الأردني لم يورد أي نصوص قانونية تضبط الاستدلال القضائي، وتركت تلك التشريعات مهمة تحديد الضوابط للنشاط الفقهي والقضائي وإزاء ذلك اجتهد الفقه والقضاء في بيان تلك الضوابط وفقاً لمايلي:

#### أولاً: أن يكون الدليل صالحاً لحمل قضاة الحكم

يشترط لصحة الأحكام الجزائية أن تبنى على أدلة قانونية تؤدي إلى الإدانة وأن على المحكمة أن تبين الواقعة التي توصلت إليها وأن تدلل العلل والأسباب المؤدية إليها<sup>(1)</sup> وقضت محكمة التمييز الأردنية بأن تجاهل الأدلة المثبتة للجريمة وعدم مناقشتها واستخلاص نتائج معاكسة لما ورد فيها يعيب الحكم بفساد الاستدلال<sup>(2)</sup> كما قضت محكمة التمييز الأردنية بأن يشترط لاعتبار الاعتراف من عناصر الاستدلال في المسائل الجزائية الشروط التالية:

1- أن يكون صادراً عن شخص يتمتع بالأهلية القانونية.

2- أن يكون صادراً عن إرادة حرة غير مكرهة.

3- أن يكون موافقاً للحقيقة والواقع<sup>(3)</sup>.

#### ثانياً: أن يكون التقدير سائغاً ومقبولاً

لقد استقر الفقه والقضاء على أن سلطة محكمة الموضوع في التثبت من الواقعة وتقدير أدلتها ليست مطلقة، بل مقيدة بأن يكون تقديرها في ذلك متصفاً بالمنطقية وهو ما عبرت عنه محكمة التمييز بأن يكون التقدير سائغاً ومقبولاً فيكون التقدير منطقياً متى استلهم الأصول والضوابط المنطقية بأن تكون المقدمات مؤدية إلى النتيجة التي خلص إليها الحكم، ولهذا؛ فإن لمحكمة التمييز الحق في رقابة محكمة الموضوع في وزنها للبيئة إذا انتهت من ذلك إلى نتائج غير سائغة.

(1) تمييز جزاء رقم (97/672) مجلة نقابة المحامين العدد 2 و 4 لعام 1998، ص 1024.

(2) تمييز جزاء رقم (97/767) مجلة نقابة المحامين العدد 2 و 4 لعام 1998، ص 1042.

(3) تمييز جزاء رقم (2003/732) تاريخ 2003/7/29 منشورات مركز عدالة.

وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز بأن محكمة الجنايات الكبرى ليست مطلقة السلطة في تقدير الدليل وفهمه إذا لم يكن هذا الدليل سائغاً عقلاً ومستنداً إلى الثابت في أوراق الدعوى<sup>(1)</sup> وكذلك نجد من قضاء محكمة التمييز أنه: إذا كانت البيانات المستمعة تؤدي إلى النتيجة التي توصلت إليها المحكمة وأن هذه النتيجة استخلصتها المحكمة استخلاصاً (سائغاً ومقبولاً) فإن ما يبني على ذلك أن الحكم المطعون فيه بما قضى به يكون متفقاً وأحكام القانون.

### ثالثاً: استناد الأسباب إلى أدلة ثابتة في أوراق الدعوى

يتعين على القاضي أن يبني حكمه على أدلة مستمدة من أوراق الدعوى أي أن يكون اقتناع القاضي مستمداً من إجراءات الخصومة، فيؤسس حكمه على الأدلة الثابتة في ملف الدعوى، فهو مطالب بأن يبين من أين استقى أسباب حكمه<sup>(2)</sup>.

فمن قضاء محكمة التمييز في هذا الشأن أنه: من المقرر فقهاً وقانوناً أن لمحكمة الموضوع كامل الحرية في أن تزن أقوال الشهود لتأخذ منها ما تظمن إليه، وأن تستخلص من جماع الأدلة والعناصر المطروحة أمامها على بساط البحث الصحيحة لواقعة الدعوى حسبما يؤدي إليه اقتناعها وأن تطرح ما يخالفها من صور لم تقنع بصحتها ما دام استخلاصها سائغاً ومستنداً إلى أدلة مقبولة قانوناً وفي المنطق والعقل ولها أصلها الثابت في الأوراق<sup>(3)</sup>.

وبذلك نجد أن ما هو مستقر عليه لدى محكمة التمييز أن محكمة الموضوع غير ملزمة بتبوير عدم قناعتها ببينة معينة، وحسبها أن تطرح من عداد البيانات المقدمة ولا تتركز إليها في تكوين قناعتها وأنه لا رقابة لمحكمة التمييز عليها في ذلك، إلا أن تكون تلك البينة وهمية وغير قانونية أو لا أصل لها في أوراق الدعوى أو لا تؤدي إلى النتيجة المستخلصة<sup>(4)</sup>.

وصفوة القول، إن الاستدلال القضائي في الحكم يرتكز على أدلة مأخوذة من أوراق الدعوى، فإذا تبين أن القاضي قد أقام أسباب حكمه على أدلة ليس لها أصل ثابت في أوراق الدعوى كان حكمه معيباً بغييب القصور في التسبب وفي نطاق هذه الحقائق لا بد من الإشارة إلى ثلاث قواعد هامة في هذا السياق تتمثل فيما يلي:

### أ- قاعدة ثبوت الدليل في أوراق الدعوى

تنص المادة (1/148) من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه (لا يجوز للقاضي أن يعتمد إلا البيانات التي قُدمت أثناء المحاكمة وتناقش فيها الخصوم بصورة علنية).

إن القاضي يكون عقيدته في ضوء ما يرتاح إليه وجدانه وعبر الثابت في أوراق الدعوى حيث لا يجوز للقاضي أن يكون عقيدته بمحض تصور أو تخمين لاسيما أن الأحكام الجزائية تُبنى على الجزم واليقين وليس على الشك والتخمين، والدليل المستمد من الأوراق يكون في مكنة الخصوم مناقشته وتفنيده<sup>(5)</sup>.

(1) تمييز جزاء رقم (97/754) مجلة نقابة المحامين العدد 3 و 4 لعام 1998، ص 1033.

(2) المصاروة، يوسف: مرجع سابق، ص 218.

(3) تمييز جزاء رقم (99/39) مجلة نقابة المحامين العدد 9 و 10 لعام 1999، ص 3304.

(4) تمييز جزاء رقم (99/521) المجلة القضائية، السنة الثالثة، العدد السابع، 1999، ص 233.

(5) الكيك، محمد علي: تسبب الأحكام الجزائية، مرجع سابق، ص 270.

وغني عن البيان، أن يكون الدليل مطابقاً لما جاء في الأوراق مناطه الرجوع إلى ملف الدعوى وأوراقها، وفي حالة استناد المحكمة إلى أدلة وهمية لوجود لها في أوراق الدعوى فإن ذلك يؤدي إلى نقض الحكم.

#### ب- قاعدة عدم جواز الاستناد إلى المعلومات الشخصية

تنص المادة (3) من قانون البينات الأردني على أنه: (ليس لقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي) ذلك أن إقامة الأحكام القضائية على معلومات شخصية للقضاة يعني إهدار عدة مبادئ أساسية في المحاكمات منها مبدأ شفوية المرافعات، ومبدأ احترام حقوق الدفاع، ومبدأ عدم جواز أن يكون القاضي حكماً وشاهداً في نفس الوقت، ويتعين عدم الخلط بين المعلومات الشخصية للقاضي وبين المعلومات العامة التي يكون في إمكان أي شخص أن يكون ملماً بها، فهذا النوع من المعلومات يحق للقاضي أن يقيم حكمه على أساسها<sup>(1)</sup>.

#### ج- قاعدة حضر الاستناد إلى دليل معيب

إن حرية القاضي في تكوين قناعته وعقيدته بناءً على ما قدم في الدعوى من أدلة مشروط بأن تكون هذه الأدلة صحيحة ومشروعة، أما إذا كانت أدلة غير مشروعة وغير صحيحة فإن الحكم الذي يستند إلى مثل هذه الأدلة يكون حكماً باطلاً معيباً<sup>(2)</sup> فالأدلة الباطلة لا يمكن التعويل عليها ولا يجوز للمحكمة أن تستند إليها في قضائها<sup>(3)</sup>.

### المبحث الثاني

#### قواعد تطبيق المنطق القضائي لاستيعاب الواقع والقانون

إن النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي يعتبر نشاطاً عقلياً يقوم على مبادئ الاستدلال القضائي لاستيعاب عنصرين (الواقع والقانون) وهما (مادة النشاط الذهني للقاضي).

ولكي يتبلور اجتهاد القاضي الجزائي، ويكون قراره مستساغاً ومتوافقاً مع مبادئ العقل والمنطق السليم لابد أن يتحقق من ثبوت عنصر الواقع (فهم الواقع) وكذلك (فهم القانون) باعتباره غاية العمل القضائي وكذلك لابد أن يغوص في أعماق فلسفة القانون ليفصح عن نتيجة منطقية قوامها المنطق السليم.

وفي سبيل ذلك وحتى تتضح معالج قواعد المنطق القضائي لابد من تقسيم هذا المبحث إلى المطالب

التالية:

المطلب الأول: فهم الوقائع والظروف المحيطة.

المطلب الثاني: التكييف القانوني الصحيح لوقائع الدعوى.

المطلب الثالث: تفسير وتطبيق النصوص القانونية الجنائية على الوقائع.

(1) الكيك، محمد علي: المرجع السابق، ص 275.

(2) توفيق، عبد الرحمن: محاضرات في المنطق القضائي، مرجع سابق، ص 108.

(3) الكيك، محمد علي: مرجع سابق، ص 278.

## المطلب الأول

### فهم الوقائع والظروف المحيطة

عند فهم الوقائع وتحصيلها كما حصلت في دنيا الواقع يصح تطبيق النصوص القانونية عليها لأن تلك الوقائع هي الحقائق الواقعية<sup>(1)</sup> ولذلك قيل وبحق: إذا كان القضاء فناً؛ فإن ذلك يعني أن يطبق القاضي القانون تطبيقاً صحيحاً<sup>(2)</sup> وفي إطار استخدام القاضي الاستدلال القضائي يتعين عليه أن يستخدم ملكة الوعي وهي القدرة العقلية التي يدرك بها حقيقة الواقعة بالإضافة إلى فهمه الكافي والسائغ للأدلة القائمة في الدعوى باعتبارها وسائل إثبات الواقعة فيما إذا كانت صالحة لأن تكون محلاً لتطبيق النص القانوني عليها<sup>(3)</sup>.

وفي هذا الإطار يمكن القول إنه إذا شاب فهم الواقع عيب أو وعي غير كافٍ فإنه حتماً سيؤدي إلى حكم خاطئ، وبالتالي فإن الأمر يؤدي إلى خطأ في تطبيق القانون ويجعل الحكم يحمل شائبة الخطأ وعرضة للفسخ والنقض من المحاكم العليا.

ونود أن نشير هنا إلى ما أشار إليه الفقهاء بخصوص العديد من الأسباب التي تؤدي إلى الوعي الخاطئ بحقيقته الواقعة ويمكن إيرادها على النحو التالي:

#### أولاً: التأصيل دون التحليل

وذلك بأن القاضي يحكم أكثر ما يتفرس ويدرك<sup>(4)</sup> وذلك باعتقاده وظنه أن جميع الوقائع متشابهة ومتماثلة علماً بأن الواقعة المعروضة عليه هي واقعة ذات خصوصية ومتميزة.

#### ثانياً: التقيد بالعادات الفكرية الراسخة بالذهن

والمقصود بذلك الاهتمام بالمظهر والشكل، كأن يكون الشاهد قبيحاً أو يلبس لباساً رثاً مع أن ما شهد به يدخل في صلب الحقيقة.

#### ثالثاً: وضع القاضي نفسه موضع المتهم أو المجني عليه

وهذا الأمر غير مقبول؛ فلا يتوجب على القاضي أن يقابل نفسه وأحد أطراف الدعوى المعروضة عليه، وعليه أن يكون محايداً في ذلك.

#### رابعاً: تأثر القاضي بعمله الشخصي أو تجاربه الخاصة

إن هذا الأمر يركز على القاعدة الشهيرة قاعدة عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي<sup>(5)</sup>.

وخلاصة القول يتوجب على القاضي الإحاطة الكاملة الواعية بجوانب الواقعة كافة، وهي السبيل السليم لحسن وصفها بالوصف الصحيح لكي يتحدد لها النص القانوني الواجب التطبيق.

### المطلب الثاني: التكيف القانوني الصحيح لوقائع الدعوى

(1) حمودة، علي محمود علي: النظرية العامة في سببب الحكم الجنائي في مراحلها المختلفة، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، 2003، ص 182.

(2) بهنام، رمسيس: علم النفس القضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 32.

(3) أبو عامر، محمد زكي: شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، 1985، ص 287 و 288.

(4) بهنام، رمسيس: علم النفس القضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2000، ص 34.

(5) بهنام، رمسيس: المرجع السابق، ص 34-39.

من أدق وأصعب الإشكاليات القضائية مسألة التكييف القانوني للوقائع لاسيما أن الوقائع قد تخضع لعدة تكييفات قانونية<sup>(1)</sup>.

ويمكن القول إن المعنى العام لمصطلح التكييف الجنائي هو عبارة عن الوصف القانوني الذي يسبغه المشرع على الواقعة المجرمة التي يرتكبها الجاني.

وبذلك؛ فإن التكييف القانوني يتبلور في إعطاء القاضي الوصف القانوني الذي تستحقه الوقائع المنتجة في الدعوى بعد فحصها وفهمها فهماً صحيحاً وسائغاً ومناقشتها وإثباتها بالطرق المقررة<sup>(2)</sup> فالتكييف هو إنزال الوصف القانوني على الواقعة على النحو الذي ثبت في دنيا الواقع<sup>(3)</sup>.  
إن التكييف القانوني يمر بمراحل بصفته عملاً فنياً قضائياً.

## الفرع الأول

### مراحل التكييف القانوني

إن التكييف القانوني بصفته نشاطاً ذهنياً يمر بعدة مراحل يمكن إيرادها على النحو التالي:

#### المرحلة الأولى: التكييف الاحتمالي

تتعلق هذه المرحلة بفهم القاضي الجزائي للقاعدة القانونية سواء أكان ذلك في جانب حاصل العناصر التي تخيلها المشرع وصاغها في نموذج قانوني كقاعدة قانونية أم في فهمه للأثر المترتب عليها<sup>(4)</sup>. وفي سياق ذلك سيبحث القاضي عن القاعدة القانونية أو النص القانوني المحتمل من مجموع التكييفات الموجودة في قانون العقوبات.

ويسمى هذا التكييف بهذه المرحلة "التكييف الاحتمالي".

#### المرحلة الثانية: مرحلة التكييف الأولى

في هذه المرحلة يبرز دور القاضي للقاعدة القانونية في إطار التعرف على مكوناتها وعناصرها، بالنظر إلى وقائع الدعوى، حيث يقوم القاضي في هذه المرحلة بفرز أكثر من قاعدة قانونية<sup>(5)</sup> ولم يتعين سوى إجراء المطابقة المادية المنطقية بإنزال الحكم القانوني على الوقائع محل الدعوى ليصل إلى المرحلة الثالثة والأخيرة.

(1) السعدي، حميد وبارة، محمد رمضان: التكييف القانوني في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، منشورات مجمع الفانج لجامعات، 1989، ص 23-24.

(2) محمد، علي مسعود: القاضي والعناصر الواقعية للنزاع المدني، الطبعة الأولى، ليبيا، مركز طلحة بن عبيد الله للطباعة والنشر والتوزيع، الخميس 2006، ص 299.

(3) حمودة، علي محمود علي: الأصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص 97.

(4) سعد، أحمد محمود: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني (ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها) الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1988، ص 465-566.

(5) سعد، أحمد محمود: المرجع السابق، ص 468.

## المرحلة الثالثة: تطبيق القانون على الوقائع الثابتة

في هذه المرحلة يطبق القاضي الجزائي الوصف القانوني السليم على الوقائع الثابتة للدعوى، وفي هذا السياق يتم إجراء المطابقة المادية بين حكم القانون القالب القانوني النموذجي على الواقعة الثانية فيصبح للواقعة وصفاً قانونياً<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني

#### فنية التكييف القانوني

لا غرابة بأن عملية التكييف القانوني تعد عملية فنية استناداً إلى أن الوصف القانوني الذي يصفه القاضي الجزائي بأنه الفعل، يكون شاملاً لكافة العناصر المادية والقانونية للواقعة والظروف المحيطة بها، كما أن فنية التكييف تلزم القاضي بالقيام باستدلال ذهني يقوم عبره بدراسة كافة جزئيات الواقعة على ضوء الأدلة المقدمة في الدعوى، وبعدها يقوم بمقاربة القالب القانوني الإجرامي المطابق لها وتشكل علاقة قانونية بين الواقعة والنص القانوني الخاضعة له، الأمر الذي يستدعي الإشارة في الحكم لتلك العلاقة بين الواقعة والنص القانوني، أي لا بد من استعراض العناصر التي تشكل السلوك الإجرامي المرتكب والنص القانوني المطبق، وهنا يمكن الإشارة إلى مقولة أحد الفقهاء تبلور المعنى الحقيقي للتكييف حيث يقول: (التكييف هو نبض الحياة بالنسبة للقانون)<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثالث

#### تفسير وتطبيق النصوص القانونية الجنائية على الوقائع

إن عمل القاضي لا ينتهي عند فهمه للواقع والقانون فقط، فهذا الأمر بديهي ومعروف، بل لا بد أن يقوم بالغوص في أعماق القانون للوقوف والكشف عن المصالح والحقوق المحمية، وذلك لأن القانون جاء لحماية تلك المصالح والحقوق، ومن الطبيعي أن القاضي يواجه صعوبات وغموضاً عندما يقوم بتفسير بعض النصوص القانونية على الوقائع المعروضة عليه<sup>(3)</sup>.

ولذلك يتوجب على القاضي فهم الألفاظ والمباني للنصوص القانونية قبل تطبيقها ومعرفة دلالتها، فهناك أحكام عامة تكون واجبة التطبيق على جميع نصوص القانون وبعضها الآخر يقتصر تطبيقها على بعض النصوص دون الأخرى<sup>(4)</sup>، ولذلك ارتبط المنطق القانوني تاريخياً بالتفسير.

فالمنطق القضائي يستخدمه القاضي الجزائي لتفسير القواعد القانونية وتطبيقها ليخلص إلى نتيجة منطقية تقنع الخصوم والرأي العام<sup>(5)</sup>.

(1) يلاحظ أن هناك تداخلاً وترابطاً كبيراً بين التكييف القانوني والوصف القانوني، إلا أن ما يهمننا هو الميكانيزمات والأدوات التي يستخدمها القاضي لإعطاء الوصف القانوني السليم.

(2) حمودة، علي محمود علي: الأصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص 99.

(3) سليمان، بارتش: شرح قانون العقوبات الجزائري، الجزء الأول، شرعية التجريم، باتته، مطبعة الشهاب، 1992، ص 29.

(4) سرور، أحمد فتحي: القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، 2006، ص 99.

(5) عبد الفتاح، عزمي: مستحدثات قانون المرافعات الكويتي والقوانين المكملة في مجال تسبيب الأحكام وأعمال القضاة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، للسنة الثامنة، 1984، ص 115.

ويراد بالتفسير هو توضيح ما أبهم من ألفاظ النصوص وبيان ما غمض منها<sup>(1)</sup>، وكذلك هو نقل القاعدة القانونية من نطاق التجريد إلى مجال التطبيق العملي،<sup>(2)</sup> وفي هذا السياق لابد من الوقوف على طبيعة استخدام الاستدلال القضائي لتغيير القانون وما ينشأ عن ذلك من بناء منطقي للحكم الجزائي وما يرتبط بذلك من فن لصياغة الأحكام الجزائية.

## الفرع الأول

### استخدام الاستدلال القضائي لتفسير القانون

في هذا السياق يجب التمييز بين النص الواضح والنص الغامض بخصوص الوقائع المعروضة على القاضي الجزائي.

#### أولاً: حالة النص الواضح

إن النص الواضح لا يحتاج إلى مجهود ذهني من القاضي حتى يتسنى تطبيقه على الواقعة محل الدعوى والمقصود بالوضوح هنا الألفاظ والمعاني على حد سواء وعلى القاضي أن يتقيد بالمعنى الظاهري للنص استناداً للقاعدة القانونية: لا اجتهاد في مورد النص الواجب التطبيق.

#### ثانياً: حالة غموض النص

في هذا المضمار على القاضي الجزائي بذل مجهود في التفسير لكي يصل إلى دلالة الألفاظ والمعاني وإرادة المشرع والهدف من وراء النص وطبيعة المصلحة ذات الحماية الجزائية<sup>(3)</sup>.

وفي سبيل الوصول إلى إرادة المشرع "هدف التفسير" بطريق التفسير المنطقي فإن القاضي الجزائي يعتمد على ما يلي:

أ- الاستعانة بالمصلحة المحمية وصولاً إلى تفسير علة النص، ومرد ذلك أن جميع النصوص الجنائية تشير إلى سلوكيات جرمها المشرع، بهدف حماية مصالح وحقوق معينة سواء كانت عامة أو خاصة تهم المجتمع والأفراد.

ب- الاستعانة بالأعمال التحضيرية للقوانين، ففي حالة عدم استطاعة القاضي إزالة الغموض الذي اكتنف النص الجنائي، فيمكن له أن يرجع إلى أصل نشأة النص وكيف كان ميلاده وذلك عبر الرجوع إلى الأعمال التحضيرية له<sup>(4)</sup>.

## الفرع الثاني

### البناء المنطقي للحكم الجزائي

لاشك أن الحكم الجزائي هو بناء منطقي ولغوي، فالمنطق يوجه العقل نحو البحث عن الحقيقة، والمنطق فن لأنه يهدف إلى صيانة الأفكار بشكل منظم بناء على المعرفة والخبرة.

في هذا السياق؛ يقوم القاضي الجزائي بإثبات الوقائع محل الدعوى إثباتاً مادياً (تقدير موضوعي شخصي) تم البحث عن النموذج القانوني الواجب التطبيق (التكييف القانوني أو ما يسمى بفهم الواقع: تقدير

(1) صيام، سري محمود: التفسير القضائي وحماية حقوق المتهم الإجرائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ص 24.

(2) سرور، أحمد فتحي: أصول قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، 1979، ص 69.

(3) في هذا المعنى القهوجي، علي عبد القادر: قانون العقوبات/ القسم العام، الدار الجامعية، 2000، ص 99.

(4) حمودة، علي محمود علي: الأصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص 113.

قانوني) ثم فهم القانون فهماً عميقاً بتفسير النصوص التجريبية ليصل إلى أخطر حلقات العملية القضائية وهي المطابقة المادية بين الواقعة المادية والواقعة النموذجية القانونية (النص القانوني) التي على أساسها تثبت وتسد الجريمة لمرتكبها، وهنا يتم الارتكاز على وسائل منطقية تعرف بالاستدلال القضائي بمختلف مناهجه<sup>(1)</sup>.

وبذلك يستخدم القاضي قواعد المنطق القضائي من استقراء واستنباط واستنتاج لينتهي إلى الحقيقة المنشودة وهي الحقيقة القضائية الواقعة ضمن فرضين هما:

1- الجزم واليقين حال الحكم بالإدانة.

2- عدم وجود الدليل مطلقاً أو عدم كفاية الأدلة أو الشك في أدلة الإثبات حال الحكم بالبراءة.

### أولاً: الجزم واليقين حال الحكم بالإدانة

هدف الدعوى الجنائية هو الوصول إلى الحقيقة التي يمكن الوصول إليها عبر امتناع قائم على الجزم واليقين والأكيد وليس على الظن والتخمين.

ولضمان الوصول إلى حكم جزائي صحيح لا تعتره شائبة الخطأ، لا بد أن يكون القاضي الجزائي عقلياً في تفكيره ومنطقياً في استدلالاته لكي يكون اقتناعه مبنياً على مطابقة حقيقية بين وقائع الجريمة فيما بينها وبين القانون، ولن يتأتى ذلك إلا باتباع منهج علمي يقوم على استخدام القواعد المنطقية لفهم الواقع والقانون<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: عدم وجود الدليل أو عدم كفاية الأدلة أو الشك في أدلة الإثبات حال الحكم بالبراءة.

إن الحكم بالبراءة لا يستلزم أن يصل اقتناع القاضي إلى درجة الجزم واليقين، بل يكفي أن يشك القاضي في صحة إسناد الجريمة للمتهم حتى يقضي بالبراءة وذلك استناداً لقاعدة الشك يفسر لصالح المتهم. غير أن القاضي مقيد بشرط جوهري وهو أن يورد في حكمه أنه فحص أدلة الدعوى جميعها ودخل الشك في عناصر الاتهام<sup>(3)</sup> بمعنى فحص أدلة الإثبات من حيث عدم كفايتها أو تضاربها أو عدم وصولها إلى مرتبة الاقتناع لكونها مجرد شبهات.

ولما كانت الحقيقة هي ضالة القاضي وهدفه المنشود فإن المقصود بها هي الحقيقة القضائية الواقعية،

وتأتي عن طريق نوعين من الفهم ضمن النشاط الذهني للقاضي الجزائي وهما:

النوع الأول: فهم الواقع، وهو حاصل ما تم استنباطه من الأدلة الجنائية.

النوع الثاني: فهم القانون، وهو حكم القانون بالنسبة لهذه الوقائع الثابتة.

تم تطبيق القانون على الوقائع<sup>(4)</sup> باستخدام قواعد المنطق القضائي فإذا عبر الحكم عن هذه الحلقات والمرحل تنزهت سلامة الحكم الجزائي من أي خطأ ووصل إلى الحقيقة المنشودة التي تقع الخصوم والرأي العام.

(1) شريف، السيد محمد حسن: النظرية العامة لإثبات الجنائي: دار النهضة العربية، مطبعة حمادة الحديثة، 2002، ص 362.

(2) في هذا المعنى حمودة، علي محمود علي: النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي في مراحلها المختلفة، مرجع سابق، ص 182.

(3) سرور، أحمد فتحي: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 373.

وفي نفس المعنى أحمد، هلال عبد الإله: الحقيقة بين الفلسفة العامة والإسلامية وفلسفة الإثبات الجنائي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ص 549.

(4) الجابري، إيمان محمد علي: يقين القاضي الجنائي، دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2005، ص 152.

## الفرع الثالث

### فن وجودة صياغة الأحكام الجزائية

تعد صياغة الأحكام الجزائية بمنزلة اختبار لاستتباط القاضي الجزائي، وهذا الاستتباط يجب أن يعبر عنه في الحكم بلغة صحيحة تبين وتبرر قناعة المحكمة بما انتهت إليه.

وتغدو أهمية صياغة الأحكام الجزائية بصياغة فنية في أن استقامة لغة القانون تسير في خط متوازٍ مع استقامة الفكر القانوني، لاسيما أن استقامة الفكر القانوني توجب التعبير عنه بلغة واضحة ودقيقة لا غموض فيها<sup>(1)</sup>، فهناك صلة متينة بين أسلوب الكتابة القانونية وقواعد المنطق السليم فالحكم القضائي وإن كان قوياً بذاته إلا أن قوته تزداد كلما كان مبنياً ومصاغاً بطريقة أقوم وبصورة أسلم<sup>(2)</sup>.

إن لغة الحكم القضائي بصفة عامة والحكم الجزائي بصفة خاصة تستمد قوتها من خلال وضوحها، والمصدر الأول لهذا الوضوح هو عقل القاضي حيث يفهم ما يريد نقله فهماً دقيقاً ثم يعبر عنه تعبيراً جلياً كما هو في ذهنه<sup>(3)</sup>.

ولذلك يتوجب الحرص الشديد عند تسطير قناعة القاضي في الحكم من خلال صياغته صياغة فنية، تعبر بوضوح ما توصل إليه عبر فحصه للدعوى والأدلة المقدمة فيها، واستخلاص النتائج من عملية المطابقة المادية بين النص القانوني الواجب التطبيق والواقعة محل الدعوى.

ولعل أهم جزء يتأسس عليه الحكم الجزائي مع باقي الأجزاء هو منطوق الحكم حيث إن الغرض من التعليل والتسبيب هو أن يرتاح المتقاضون بأن القاضي قد أعمل فكره فيما طرحه من حجج وأسانيد قبل أن يصل إلى منطوق الحكم، وبذلك فإن التسبيب المنطقي يجب أن يكون واضحاً وجدياً غير قاصر وغير متناقض<sup>(4)</sup>.

والخلاصة، أن لغة الأحكام تتميز بالسهولة والبساطة والوضوح، ويتعين على القاضي قبل أن يمسك بالقلم ليكتب الحكم أن يهضم القضية ووقائعها ونصوصها القانونية التي تستند إليها<sup>(5)</sup> وأن يصوغ الوقائع مثلما استقرت في وجدانه وذلك بدقة معبرة عن المعنى المقصود.

## الخاتمة

في ختام هذه الدراسة المتواضعة يمكن الاستنتاج بأن المنطق القضائي يعد الأداة المهمة التي عبرها يستخلص القاضي الحل القانوني المنطقي، لاسيما أن المنطق القضائي يعد أداة ضابطة للتفكير العقلاني في سبيل المطابقة بين الحقيقة الواقعية والقانونية.

وبذلك، فإن المنطق القضائي له دور كبير في ضمان صحة الأحكام الجزائية وتحقيق جودة عالية من حيث الدقة والموضوعية والعدالة، لا سيما أن المنطق القضائي يفصح لنا عن أهمية البحث في تحديد واستخدام

(1) بيومي، سعيد أحمد: لغة الحكم القضائي، دراسة تركيبية دلالية، القاهرة، مكتبة الآداب، 2007، ص 205.

(2) العشماوي، عبد الوهاب: أفكار حول فن صياغة الأحكام القضائية، مجلة القضاة، تصدر عن نادي القضاة، العدد الأول السنة التاسعة عشرة، يناير/يونيو 1980، ص 3.

(3) بيومي، سعيد أحمد: لغة الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 238.

(4) أبو زيد، محمد أحمد: ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وضوابط صياغة بيانات الحكم الجنائي، مطبعة نادي القضاة، 2000، ص 4.

(5) درويش، محمد فهميم: مرجع سابق، ص 42-43.

البناء المنطقي للحكم الجزائي، وفي كيفية استخدام مناهج الاستدلال القضائي للوصول إلى النتيجة النهائية المنطقية. ولعل من نتائج هذه الدراسة أيضاً أن رقابة المحاكم العليا (الاستئناف والتمييز) على قرارات قاضي الموضوع إنما هي رقابة على المنطق القضائي ومناهج الاستدلال المنطقي في قياس واستقراء واستنباط ومدى كفاية الأسباب الواقعية المنطقية إلى جانب منطقية الأسباب القانونية.

ويمكن الإشارة إلى أن نتائج هذه الدراسة تتمثل فيما يلي:

1- غياب علم المنطق القضائي في مناهج تدريس الحقوق في كليات القانون المعاصرة والمعاهد الخاصة بتكوين القضاة.

2- غياب التأطير العليم الخاص بفن صيانة الأحكام القضائية.

3- شح الدراسات القضائية المتخصصة بمبادئ علم المنطق القضائي.

4- ندرة المؤتمرات الدولية والندوات المحلية الخاصة بالمنطق القضائي.

5- قلة العناية اللازمة من فقهاء القانون بجوانب علم المنطق القضائي.

6- الارتكاز على الصيغ المطبوعة للأحكام القضائية لا يحقق جودة للأحكام الجزائية.

7- قلة الاستفادة من الاجتهادات القضائية القديمة في تخريج ضوابط عامة للمنطق القضائي.

8- غياب العناية بدراسة المنطق القضائي علماً وعملاً.

9- غياب الاستفادة من المنطق القضائي في توحيد الاجتهادات القضائية في المسائل المتماثلة والمتشابهة.

10- غياب التركيز على عدم تضارب الأحكام وتناقضها.

أما فيما يتعلق بتوصيات هذه الدراسة فيمكن إيرادها على النحو التالي:

أولاً: من الواجب إدراج علم المنطق ضمن المناهج التي تدرس في كلية الحقوق ومعاهد القضاء والمحاماة.

ثانياً: ضرورة الاهتمام باللغة القضائية وفن صياغة الأحكام وضرورة تدريس مادة مستقلة لفن صياغة الأحكام القضائية.

ثالثاً: ضرورة كتابة أسباب الحكم بلغة عربية، حسنة واضحة ومتينة.

رابعاً: ألا يقع في أسباب الحكم غموض أو إبهام.

خامساً: تحقيق الاتساق المنطقي في أسباب الأحكام الجزائية من جهة ومنطوق الحكم من جهة أخرى.

سادساً: ألا يقع تضارب أو تناقض في أسباب الحكم.

سابعاً: الإيجاز والوضوح في سرد الأسباب.

ثامناً: الابتعاد عن أسلوب الصيغ المطبوعة سلفاً.

تاسعاً: أن تصلح الأسباب بحيث تكون للوقائع المستخلصة من حيث إثبات أو نفي سائغة ومعقولة.

عاشراً: بناء الحكم الجزائي بناءً منطقياً معقولاً ومقبولاً واقعياً وقانونياً.

## المصادر والمراجع

### الكتب:

- أبو زيد، محمد أحمد: ضوابط تسبب الأحكام الجنائية وضوابط صياغة بيانات الحكم الجنائي، مطبعة نادي القضاة، 2000.
- أبو عامر، محمد زكي: شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، 1985.
- أحمد، هلالى عبد الإله: الحقيقة بين الفلسفة العامة والإسلامية وفلسفة الإثبات الجنائي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية.
- بكار، حاتم حسن موسى: سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- بهنام، رمسيس: علم النفس القضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2000.
- بيومي، سعيد أحمد: لغة الحكم القضائي، دراسة تركيبية دلالية، القاهرة، مكتبة الآداب، 2007.
- توفيق، عبد الرحمن: محاضرات مطبوعة في المنطق القضائي لطلبة المعهد القضائي الأردني، دراسة مقارنة فقهية مقرونة بأحكام القضاء لعام 1994.
- الجابري، إيمان محمد علي: يقين القاضي الجنائي، دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2005.
- حجازي، محمد جمال الدين محمد: رقابة محكمة النقض على موضوع الدعوى الجنائية.
- حجازي، محمد جمال الدين: رقابة محكمة النقض على موضوع الدعوى الجنائية، الفتح للطباعة والنشر، القاهرة 2001.
- حمودة، علي محمود علي: النظرية العامة في تسبب الحكم الجنائي في مراحل المختلفة، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، 2003.
- حمودة، علي: ضوابط الارتباط بين وقائع الدعوى الجنائية والحكم الصادر فيها، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 2007.
- حمودة، علي محمود علي: الأصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 2003.
- درويش، محمد فهيم: فن القضاء بين النظرية والتطبيق، المحاكمات المدنية والجنائية، الطبعة الأولى، مطابع الزهراء للإعلام العربي، 2007.
- سرور، أحمد فتحي: أصول قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، 1979.
- سرور، أحمد فتحي: القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، 2006.
- سرور، أحمد فتحي: النقض الجنائي، دار الشروق 2003.
- سرور، أحمد فتحي: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المجلد الأول والثاني، الطبعة الرابعة، 1984.
- سعد، أحمد محمود: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني (ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها) الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1988.

- السعدي، حميد وبارة، محمد رمضان: التكييف القانوني في المواد الجنائية، دراسة مقارنة ، منشورات مجمع الفانج لجامعات، 1989.
- سليمان، بارتش: شرح قانون العقوبات الجزائري، الجزء الأول، شرعية التجريم، باتنة، مطبعة الشهاب، 1992.
- السماك، أحمد حبيب: قرينة البراءة ونتائجها، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد السابع والستون، 1997.
- السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، لإثبات آثار الإثبات، الطبعة الثالثة، بيروت، منشورات الحلبي.
- سويلم، محمد علي: التكييف في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، 2005.
- شريف، السيد محمد حسن: النظرية العامة لإثبات الجنائي: دار النهضة العربية، مطبعة حمادة الحديثة، 2002.
- الصعيدي، عبد المتعال: تجديد علم المنطق، الطبعة الثالثة، مكتبة الآداب بدون سنة للنشر.
- صيام، سري محمود: التفسير القضائي وحماية حقوق المتهم الإجرائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية.
- عبد الفتاح، عزمي: تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الرابعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2006.
- عبد الفتاح، عزمي: مستحدثات قانون المرافعات الكويتي والقوانين المكملة في مجال تسبب الأحكام وأعمال القضاة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، للسنة الثامنة، 1984.
- عبيد، رؤوف: ضوابط تسبب الأحكام الجنائية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة 1986.
- العشماوي، عبد الوهاب: أفكار حول فن صياغة الأحكام القضائية، مجلة القضاة، تصدر عن نادي القضاة، العدد الأول السنة التاسعة عشرة، يناير/ يونيو 1980.
- الغزالي، أبو حامد: منطق تهافت الفلاسفة المسمى "معيان العلم" تحقيق سليمان دنيا، ذخائر العرب، مصر، دار المعارف، 1901.
- فرج، رضا: شرح قانون العقوبات الجزائري، الأحكام العامة للجريمة، الطبعة الثانية، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1976.
- القهوجي، علي عبد القادر: قانون العقوبات/ القسم العام، الدار الجامعية، 2000.
- الكيك، محمد علي: أصول تسبب الأحكام الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، الناشر مكتبة الإشعاع، الاسكندرية، لعام 1988.
- محمد، علي مسعود: القاضي والعناصر الواقعية للنزاع المدني، الطبعة الأولى، ليبيا، مركز طلحة ابن عبيد الله للطباعة والنشر والتوزيع، الخميس 2006.
- المصاروة، يوسف محمد: تسبب الأحكام وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية، الناشر الدار العلمية الدولية، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2002.
- وزير، عبد العظيم مرسى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، 2000.

- يعقوبي، محمود: دروس المنطق السوري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1993. قرارات تمييز:

تميز جزاء رقم (99/39) مجلة نقابة المحامين العدد 9 و 10 لعام 1999.

تميز جزاء رقم (99/521) المجلة القضائية، السنة الثالثة، العدد السابع، 1999.

تميز جزاء رقم (97/672) مجلة نقابة المحامين العدد 2 و 4 لعام 1998.

تميز جزاء رقم (2003/732) تاريخ 2003/7/29 منشورات مركز عدالة.

تميز جزاء رقم (97/754) مجلة نقابة المحامين العدد 3 و 4 لعام 1998.

تميز جزاء رقم (97/767) مجلة نقابة المحامين العدد 2 و 4 لعام 1998.

## Contact us

Al-Zaytoonah University- Amman, Jordan

 [zujjis@zuj.edu.jo](mailto:zujjis@zuj.edu.jo)

 0096264291511

## Follow us on

<https://zjjls.zuj.edu.jo>

<https://twitter.com/zujjls>

<https://www.facebook.com/zujjls.zuj>



Scan QR codes