

مركز جيل البحث العلمي



مجلة علمية دولية محكمة

تصدر كل ثلاث أشهر

العام الثاني: العدد الخامس – أكتوبر 2017

ISSN 2415-4946

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



ISSN 2415-4946

المشرفة العامة: د. سرور طاببي المل
رئيسة التحرير: د. نادية عمراني

رئيس اللجنة العلمية:

أ.د. آخام بن عودة مليكة (جامعة البليدة، الجزائر)

هيئة التحرير:

أ.د. ماهر خضير، عضو مجلس أمناء جامعة الإسراء، غزة، فلسطين.
د. بومدين بلخثير جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر.
د. نوارة حسين، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر.
د. براف دليلا، جامعة الشارقة، الامارات العربية المتحدة.

التدقيق اللغوي:

منصور بويش - جامعة الجزائر 2 - الجزائر
بلقاسم فداق - جامعة البليدة 2 - الجزائر

اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

د. أبكر عبد البنات آدم إبراهيم / جامعة جوبا جنوب السودان.
د. اسماعيل صديق عثمان اسماعيل / جامعة بحري، السودان.
د. بدرة لعور، جامعة بسكرة/ الجزائر
د. بن سالم جمال، جامعة البليدة 2/ الجزائر
د. لخضر رابحي، جامعة الأغواط/ الجزائر
د. يوسف زروق، جامعة الجلفة، / الجزائر.
أ. جابر بومعيزة، جامعة البليدة 2 / الجزائر

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي تعني بالبحوث والدراسات المتخصصة والمقارنة في الفقه الإسلامي والقانون بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد.

أهداف المجلة:

تهدف مجلة جيل الدراسات المقارنة إلى نشر المعرفة الإسلامية الأصيلة في جميع اختصاصاتها، وتسعى إلى تشجيع البحوث العلمية الأكاديمية ذات القيمة العالية في مجال المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مع مراعاة دقة الأسلوب وسلامة اللغة والالتزام بالموضوعية والمنهجية العلمية.

مجالات النشر بالمجلة:

تنشر المجلة البحوث والمقالات العلمية المتعلقة بالفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي في المجالات المختلفة: المعاملات (الإقتصاد والنظام المالي)، الأحوال الشخصية، الفقه الجنائي، القضاء، الفقه الدولي والعلاقات الدولية، مقاصد الشريعة، إسهامات فقهاء الشريعة والقانون في المنظومة القانونية المعاصرة، التأصيل الشرعي للقضايا القانونية المعاصرة.

قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافر فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:

- أن يكون البحث المقدم ضمن الموضوعات التي تعنى المجلة بنشرها.
- ألا يكون البحث قد نشر أو قدم للنشر لأي مجلة، أو مؤتمر في الوقت نفسه، ويتحمل الباحث كامل المسؤولية في حال اكتشاف بأن مساهمته منشورة أو معروضة للنشر.
- أن تحتوي الصفحة الأولى من البحث على:
 - أ- عنوان البحث.
 - ب - اسم الباحث ودرجته العلميّة، والجامعة التي ينتمي إليها.
 - ت - البريد الإلكتروني للباحث.
 - ث - ملخّص للدراسة في حدود 150 كلمة وبحجم خط 16.
 - ج - الكلمات المفتاحية بعد الملخص.
- أن تكون البحوث المقدمة بإحدى اللغات التالية: العربية ، الفرنسية والإنجليزية
- أن لا يزيد عدد صفحات البحث على (20) صفحة بما في ذلك الأشكال والرسومات والمراجع والجداول والملحق.
- أن يكونَ البحثُ خاليًا من الأخطاء اللغوية والنحوية والإملائيّة.
- أن يلتزم الباحث بالخطوط وأحجامها على النحو الآتي:
- اللغة العربية: نوع الخط (Traditional Arabic) وحجم الخط (16) في المتن ، وفي الهامش نفس الخط مع حجم (12).
- اللغة الأجنبية: نوع الخط (Times New Roman) وحجم الخط (14) في المتن، وفي الهامش نفس الخط مع حجم (10).
- تكتب العناوين الرئيسية والفرعية للفقرات بحجم 16 نقطة مثلها مثل النص الرئيسي لكن مع تضخيم الخط.
- أن تكتب الحواشي بشكل نظامي حسب شروط برنامج Microsoft Word في نهاية كل صفحة.
- أن يرفق صاحب البحث تعريفا مختصرا بنفسه ونشاطه العلمي والثقافي.
- عند إرسال الباحث لمشاركته عبر البريد الإلكتروني، سيستقبل مباشرة رسالة إشعار بذلك .
- ترفض الأبحاث المطبوعة على برنامج Microsoft Word للوحات الذكية
- تخضع كل الأبحاث المقدمة للمجلة للقراءة والتحكيم من قبل لجنة مختصة ويلقى البحث القبول النهائي بعد أن يجري الباحث التعديلات التي يطلبها المحكمون .
- لا تلتزم المجلة بنشر كل ما يرسل إليها .

ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

comparative@jilrc-magazines.com

الفهرس

الصفحة

7

- 9 • الافتتاحية
- 11 • إشكالية الركن المعنوي في الجرائم الجرمكية -دراسة مقارنة – محمد أمين زيان، (جامعة يحي فارس / الجزائر).
- 33 • الولاية على النساء في عقد النكاح بين تراضي العاقدين أو الإيجابار-دراسة فقهية مقارنة- أبكر عبد البينات آدم- (جامعة بحري / السودان)
- 53 • دراسة شخصية المتهم الحدث خلال مرحلتي التحقيق والمحاكمة في القانون العراقي واللبناني- دراسة مقارنة- اكرم زاده الكوردي (العراق).
- 79 • مفهوم الكفالة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، قناطف شمس (جامعة أدرار/ الجزائر).
- 95 • الموازنة بين الدفع بعدم دستورية القوانين ومبدأ الأمن القانوني دراسة مقارنة بين الدستوريين الجزائري والبحريني، خديجة سريرالحرثسي (جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1)
- 111 • حماية الأطفال ضحايا النزاعات المسلحة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني-دراسة مقارنة- عبد القادر برطال ود. لخضر بن عطية، (جامعة عمارثليجي الأغواط / الجزائر).

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية

لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز

جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2017

الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين، و الصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين ، أما بعد :

بعد إصدارنا للعدد الرابع ، ها نحن نجدد العهد معكم من خلال إصدارنا العدد الخامس من مجلة جيل الدراسات المقارنة ، كعدد جديد من الإصدارات المتواصلة لهذه المجلة و مختلف مجالات مركز جيل البحث العلمي.

احتوى هذا العدد مجموعة من الدراسات والأبحاث المتنوعة ذات العلاقة بالقانون والشريعة الإسلامية قام بإعدادها مجموعة من الأساتذة والطلبة الباحثين في المجال القانوني من مختلف ربوع الوطن العربي.

حيث عالج المقال الأول إشكالية الركن المعنوي في الجرائم الجرمكية -دراسة مقارنة بين التشريعين الفرنسي والجزائري- و الذي ما زال لحد اليوم يثير إشكالا قانونيا خصوصا بعد إلغاء نص المادة 392 من قانون الجمارك الفرنسي التي تقابلها المادة 281 من قانون الجمارك الجزائري ، الأمر الذي أثار الالتباس حول الوصف القانوني لهذا الركن، الذي على أساسه توصف الجريمة بالعمدية أو المادية.

أما المقال الثاني والموسوم بالولاية على النساء في عقد النكاح بين تراضي العاقدين أو الإيجاب -دراسة فقهية مقارنة- فقد سعت الدراسة من خلاله إلى الكشف عن التحديات الفقهية الماثلة التي تواجه الأمة المسلمة عامة، والسودانية على وجه الخصوص لما تقتضيه المصلحة العامة حول الآراء المتباينة في أحقية المرأة في تزويج نفسها دون وجود الولي، وكذلك معرفة الآثار المترتبة على ذلك.

فيما تضمن المقال الثالث محاولة التعرف على أوجه التشابه والاختلاف في دراسة شخصية المتهم الحدث خلال مرحلتي التحقيق والمحاكمة في كل من القانونين العراقي واللبناني، وكذلك البحث والتحري عن نقاط القوة والتفاضل بينهما بغية إفادة المشرعين من الجانبين.

بينما تطرق المقال الرابع إلى الكفالة باعتبارها نوعاً من أنواع التأمينات الشخصية، من أجل التعرف على مفهومها وخصائصها في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري الذي تناولها وبين أحكامها في المواد من 644 إلى 673 منه.

في حين تناول المقال الخامس بالدراسة الموازنة بين الدفع بعدم دستورية القوانين ومبدأ الأمن القانوني دراسة مقارنة بين الدستورين الجزائري والبحريني، من خلال التطرق إلى الأحكام الدستورية الخاصة بالدفع

بعدم دستورية القوانين في كلا الدستورين، والبحث عن كيفية تفعيل هذا الدفع بعد صدور التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

وعالج المقال السادس سبق الديانات السماوية لحماية أكثر الفئات ضعفا ومعاناة أثناء النزاعات المسلحة ألا وهم الأطفال، حيث تم تبيان مدى اهتمام الشريعة الإسلامية بحماية الطفولة والعناية بها أثناء النزاعات المسلحة مقارنة مع القانون الدولي الإنساني سواء من خلال النصوص الواردة في مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية أو اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 والبرتوكولين الإضافيين لعام 1977 والتعرف على أهم الأحكام المتعلقة بمشاركة الأطفال في النزاعات المسلحة سواء كجزء من المدنيين أو كمقاتلين وعن طبيعة الحماية القانونية التي تمتع بها هذه الفئة أثناء النزاعات المسلحة.

لكل ذلك، أتوجه بشكر خاص لهيئة التحرير ولجنة التحكيمية للمجلة والعدد على مجهوداتهم المبذولة لإصدار هذا العدد من خلال إشرافهم على تحكيم البحوث المنشورة ضمنه، والشكر موصول لأعضاء هيئة التدقيق اللغوي على تصويبهم للبحوث والدراسات المقدمة ضمن هذا العدد، والسادة المشاركين من أساتذة وطلبة باحثين.

و عليه فإن أسرة تحرير هذه المجلة تعدكم بالاستمرار و عمل ما بوسعها لتقديم الأفضل دائما، وتدعوا الباحثين و المختصين في الدراسات المقارنة إلى المساهمة ببحوثهم .

و الله ولي التوفيق

رئيسة التحرير/ د. نادية عمراني

إشكالية الركن المعنوي في الجرائم الجمركية دراسة مقارنة

محمد أمين زيان - باحث دكتوراه في القانون العام
كلية الحقوق - جامعة يحي فارس المدينة - الجزائر.

Résumé

Il ne fait aucun doute que les législateurs, quand ils légifèrent des règles de droit pénal et économique en général, et le droit douanier en particulier sont en face des grandes difficultés, notamment lors de l'expression des règles de droit pénal, car ils sont obligés de garder un équilibre entre les constantes juridiques de fond et de procédure classique, et entre les exigences économique de la politique, ce qui reflète une contradiction entre ce qui est requis par le maintien des droits et des libertés garantis aux personnes par la Constitution, et la nécessité impérieuse de protéger l'économie nationale, ce qui incite les législateurs dans la plupart des pays du monde face à la gravité de ce crime, par la loi pour maintenir avec efficacité et incarnation de l'élément moral des infractions douanières en Algérie, ainsi que la législation française, qui variait selon la doctrine, de l'exigence limitée dans certains cas en particulier, notamment après l'abrogation de l'article 392 du code des douanes français, ce qui correspond à l'article 281 de la Loi sur les douanes algérienne, qui a soulevé la confusion au sujet, de la qualification juridique de cet élément, qui sur la base du crime innommable ou physique, que nous avons choisi à présenter dans cet article comme une analyse critique, puis ajouter ma contribution sur le sujet.

Mots-clés

Infraction douanière - code pénal économique - de bonne foi - techniques douanières - élément supposé - charge de preuve.

ملخص

مما لا شك فيه أن المشرعين عند سنهم لقواعد القانون الجنائي الاقتصادي عموماً ، والقانون الجمركي بوجه خاص، أضحوا يواجهون صعوبة كبيرة عند تأصيلهم للقواعد التجريبية ، لأنهم مطالبين بتحقيق نوع من التوازن بين الثوابت القانونية الكلاسيكية الموضوعية و الإجرائية ، وبين مقتضيات السياسة الاقتصادية ، مما يعبر عن نوع من الاصطدام بين ما يقتضيه الأمر من صيانة للحقوق و الحريات المكفولة دستوريا للأشخاص ، وبين الضرورة الحتمية لحماية الاقتصاد الوطني ، الأمر الذي دفع بالمشرعين في أغلب دول العالم مسaire خطيرة هذا الإجرام ، عن طريق مجارة تشريعية فعالة جعلت من القواعد الكلاسيكية للقانون الجنائي غير كافية لضمان هذه الحماية، ومن أبرز مظاهر ذلك الطبيعة الغامضة للركن المعنوي في الجرائم الجمركية ، في الجزائر ، و التشريع الفرنسي كذلك ، الذي تراوح حسب بعض الفقهاء بين الافتراض ، وبين الاشتراط المحدود في بعض الحالات الخاصة ، خصوصاً بعد إلغاء نص المادة 392 من قانون الجمارك الفرنسي التي تقابلها المادة 281 من قانون الجمارك الجزائري ، الأمر الذي أثار الالتباس حول الوصف القانوني لهذا الركن ، الذي على أساسه توصف الجريمة بالعمدية أو المادية ، وهو ما اخترنا التطرق إليه في هذه الورقة البحثية تحليلاً ونقداً نحو إضافة رأي شخصي في الموضوع .

الكلمات المفتاحية

جريمة جمركية - قانون جنائي اقتصادي - حسن النية - تقنيات جمركية - ركن مفترض - عبء الإثبات.

مقدمة

من الثابت فقهاً وقانوناً وقضاءً ، أن مجرد ارتكاب ماديات الجريمة لا تكفي لقيامها و مسائلة مرتكبها جنائياً بوصفه فاعلاً أو شريكاً - الإسناد المادي -، حتى ولو كان الركن المادي من الناحية العملية يمثل جوهر الجريمة ودليل وقوعها، وإنما يجب إثبات توفر عناصر نفسية اصطلاحاً على تسميتها بـ الركن المعنوي للجريمة ، الذي يعبر عن وجود صلة بين نفسية الجاني و الأفعال المادية المرتكبة في إطار ما يعرف بعملية الإسناد المعنوي ، و انطباق هذه الأفعال المجرمة مع النموذج القانوني الذي يجرمها طبقاً لما ينص عليه مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات ، مما يحتم اجتماع هذه الأركان لتقرير المسؤولية الجزائية ، خصوصاً وأن التشريعات العقابية أجمعت على أن قوانينها لا تعاقب على المقاصد و النوايا الآثمة مهما بلغت خطورتها ، وهذا طبعا لم يأت وليد الصدفة، بل جاء بعد مخاض صعب أو جدال فقهي طويل ، انتهى إلى اشتراط توفر الركن المعنوي لقيام الجريمة من جهة ، و إثباته من جهة أخرى ، طبقاً لقاعدة لا مسؤولية بدون خطأ جنائي.

يستخلص اشتراط هذا الركن من الصياغة القانونية لقواعد التجريم ، بإدراج مصطلحات توحى باشتراط هذا الركن لقيام المسؤولية، كاستعمال المشرع لمصطلح " من يرتكب عمدا" ، مصطلح " بقصد " أو مصطلح " بغرض " دلالة على القصد أو مصطلحات مثل : " الإهمال " أو " الرعونة " للدلالة على صورة الخطأ العمدي كصور للركن المعنوي .

إن الأمر محسوم في المبادئ الجزائية العامة ، فلا جريمة بدون توفر هذا الركن ، حتى ولو تدرج المشرعون في درجة الأخذ به لتقرير المساءلة بين الاكتفاء بالقصد العام المتمثل في العلم والإرادة ، أو القصد الخاص المتمثل في قصد الجاني تحقيق نتيجة خاصة معينة بذاتها ، في إطار ما يعرف بالباعث الإجرامي، ولو أن تقدير مسألة توفر الركن المعنوي ، هو من أصعب المسائل التي تواجه سلطة الاتهام ، الملقى عليها عبء الإثبات كأصل عام ، لأن الركن المعنوي يقوم على النية والنية تقوم على القصد ، وهذه الأخيرة أمر داخلي يبطنه الجاني في نفسه ، مما يجعل إثباتها ليس بالأمر اليسير، وللقضاة استخلاصه من ملاحظات كل قضية ، ولا يمكن أن تفترض هذه النية افتراضا ، الأمر الذي يلقي على عاتق النيابة العامة عبء إثباته تحت طائلة عدم المسائلة الجزائية ، وهو مبدأ عام في الأحكام الجزائية ، ما لم يقرر المشرع ، لغاية معينة افتراض تحققه في بعض الجرائم نظرا لخطورتها ، وذلك بإعادة عملية توزيع الإثبات ، و التخفيف عن سلطة الاتهام، بتقرير قرائن قانونية أو قضائية لصالحها ، ضد المتهم ، كالجرائم الإرهابية و جرائم الشيك بدون رصيد و جرائم المخالفات على العموم ، وهذا ما هو سائد في كلا التشريعين الجزائري و الفرنسي ، على اعتبار أن قانون العقوبات الجزائري مستوحى من القانون الفرنسي في ملامحه الأساسية ، مما يعني أن اشتراط الركن المعنوي بصوره المتعددة لقيام الجريمة و إثباتها ، هو الأصل في المتابعة الجزائية ، و افتراضه ما هو إلا استثناء في حالات محددة ، لكن إذا كان هذا حال مختلف القوانين الجزائية ، فكيف الحال في الجرائم الجمركية . باعتبارها إحدى الجرائم الاقتصادية ؟ ، فما موقف الأحكام الجزائية للتشريع الجمركي من القواعد المتقدمة في إطار قواعد القانون الجنائي الاقتصادي ؟ .

هذا ما سنحاول التطرق إليه في هذه الورقة البحثية ، بتقسيم الموضوع إلى مبحثين ، نخصص المبحث الأول للوقوف على الجدل الفقهي حول مدى توفر هذا الركن في الجريمة الجمركية ، فيما نخصص المبحث الثاني لدراسة موقف التشريعات الجمركية في الجزائر و فرنسا من هذا الجدل ، انطلاقا من أن موقف المشرعين لم يكن واضحا كفاية لحسم المسألة ، الأمر الذي دفعنا لتناول الموضوع بالدراسة ، و إبداء أوجه نظر شخصية ، كمحاولة متواضعة منا ، في سبيل توضيح مكانة هذا الركن في المنازعات الجمركية .

المبحث الأول: جدلية الركن المعنوي في الجريمة الجمركية

لم يكن الفقه الجنائي بمنأى عن دراسة الجريمة الجمركية ، باعتبارها تنتمي لصنف الجرائم الاقتصادية ، خاصة بعد تردد موقف المشرعين من إقرار وجود هذا الركن صراحة من عدمه ، و التذبذب في اشتراطه أحيانا و افتراضه أحيانا أخرى الأمر الذي أثار التساؤل عن مدى وجود ركن معنوي في الجريمة الجمركية ، ومدى تطبيق القواعد العامة بشأنه ، لذا برزت عدة آراء فقهية في هذا الموضوع ، تراوحت بين الإقرار بعمدية الجريمة الجمركية و ماديتها ، أي بين اشتراط إثبات هذا الركن عند المتابعة الجزائية ، وبين افتراضه و إعفاء النيابة العامة من عبء إثباته ، على نحو يقع فيه هذا العبء على طرف آخر غير سلطة الاتهام¹ ، لذلك ، دون الخوض في متهات البحث عن فكرة عناصر الركن المعنوي في القواعد العامة ، نحاول التركيز مباشرة على دراسة المواقف المتناقضة في الفقه الجنائي حول مدى وجود هذا الركن في تقنيات التجريم الجمركية ، الأمر الذي اخترنا دراسته بتقسيم مضمون هذا المبحث إلى مطلبين ، نخصص المطلب الأول لدراسة الرأي القائل بوجود ركن معنوي في الجريمة الجمركية ، في نخصص المطلب الثاني لدراسة الرأي المنكر ، كل بحججه و مبرراته ، وذلك كما يلي .

المطلب الأول: الرأي الفقهي الذي يرى أن الجريمة الجمركية جريمة عمدية

تندرج الجريمة الجمركية ضمن فئة الجرائم الاقتصادية ، وانطلاقا من تأثيرات المعطيات الاقتصادية على رسم السياسة الجنائية ، ينفرد التشريع الجمركي في سبيل مكافحة الغش ، بعدة قواعد و آليات خاصة للتجريم و العقاب اصطلاح على تسميتها بـ "التقنيات الجمركية" ، لا تلاءم إطار المبادئ الجزائية في القواعد الكلاسيكية العامة ، لعدم كفاية هذه الأخيرة في توفير الحماية الكافية للاقتصاد الوطني من الاستنزاف² غير أن هذه الخصوصيات ، لا تمنع من الرجوع لبعض القواعد العامة في تأصيل قواعد التجريم و العقاب ، لأن قانون الجمارك هو قانون مكمل لقانون العقوبات، و هذا الأخير يعتبر أصل القواعد الجزائية ، الأمر الذي فرض استعارة القانون الجمركي لبعض القواعد التجريبية الكلاسيكية من تقنين العقوبات نفسه ، كمسألة العمد و غير العمد في بناء المسؤولية الجزائية ، وذلك في جرائم القواعد العامة الجمركية.³

¹ د. عبد المجيد زعلاني ، خصوصيات قانون العقوبات الجمركي ، أطروحة دكتوراه دولة في القانون ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 1997-1998 ، ص 122 ، 123.

² Jean-Luc Albert , douane et droit douanier , 1^{er} édition , édition presses universitaires de France, paris , 2013 , p 212 et suit.

³ د. مفتاح العيد، الجرائم الجمركية في القانون الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، فرع القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2011-2012 ، ص 48.

في هذا الإطار ، يرى جانب من الفقه الفرنسي ، أنه من الضروري وجود ركن معنوي في كل جريمة ، حتى ولو كانت الجريمة الجمركية ذاتها ، لأن انعدام هذا الركن من شأنه المساس بجوهر القانون الجزائي ، حسب ما شرحه الفقيهين pierre و trimout ، لذلك حان للقواعد الخاصة التي يتميز بها التشريع الجمركي ، أن تترك مكانها في المبادئ الأساسية للعقاب ، وعليه ينظر هذا الجانب الفقهي للجريمة الجمركية كباقي جرائم القانون العام الأخرى التي تشترط عناصر معنوية لقيامها و إثباتها ، ويشترطون وجود إرادة حرة لتأسيس المتابعة الجزائية ، حتى وإن اختلفت الآراء في هذا الجانب الفقهي بين مجرد اشتراط توفر القصد الجنائي العام المتمثل في عنصري العلم و الإرادة ، وبين اشتراط توفر القصد الخاص لجانب القصد العام ،¹ مما زاد من إمكانية استجلاء الغموض حول هذا الركن في إطار الجرائم الاقتصادية عامة والجريمة الجمركية خاصة² ، وهو ما سنحاول التطرق إليه باختصار شديد في عنصرين .

الفرع الأول : الجانب الفقهي الذي يكفي بالقصد الجنائي العام في الجرائم الجمركية

نقصد بالقصد الجنائي العام كأبسط صور القصد الجنائي : " اتجاه الإرادة الجرمية لارتكاب الجريمة مع علم الجاني بكافة العناصر المكونة لها " ³ وقياسا على الجريمة الجمركية ، يقتضي القصد الجنائي العام أن تتجه إرادة مرتكب الجريمة الجمركية إلى إتيان الأفعال المشكلة لجريمة التهريب كصورة للجريمة الجمركية مثلا ، سواء كانت جنائية أو جنحة مع علمه بكافة الأفعال المادية التي تقوم بها هذه الجريمة ، كفعل التصدير أو الاستيراد خارج المكاتب الجمركية ، ومن هذا التعريف ، نستخلص أن القصد الجنائي العام يقوم على عنصري العلم و الإرادة ، فالمسألة الجزائية ، تقتضي " علم الجاني بجميع الظروف و الوقائع التي تعطي للفعل دلالاته الإجرامية ، كحالة ذهنية يكون عليها الجاني وقت ارتكاب الجريمة بامتلاكه لقدر كاف من المعلومات عن العناصر المشكلة لها ، بما ينطبق مع النموذج القانوني ، منها ما يتعلق بالظروف الشخصية ، ومنها ما يتعلق بالظروف الموضوعية التي تدخل في تكوين الجريمة " ⁴ ، وتطبيقا على نفس المثال السابق يقتضي عنصر العلم في التهريب الجمركي ، علم الجاني أن البضاعة التي يقوم بإخراجها من الدائرة الجمركية غير مرخص بخروجها ، مثل المحذرات و المواد المتفجرة ، كما يقتضي الأمر علمه بمخالفته للتنظيمات و القوانين التي تتكفل الإدارة الجمركية بتطبيقها .

¹ د. وفاء شيعاوي ، مكانة الركن المعنوي في الجريمة الجمركية -دراسة مقارنة لقانون الجمارك الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية العدد 2 ، الصادرة عن كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2011 ، ص 205.

² د. عبد المجيد زعلاني ، المرجع السابق ، ص 125-127.

³ Gaston Stefani , Georges Levasseur , Bernard boloc, droit pénal général, 20^{eme} édition, dalloz2007,p 234.

⁴ د.عبد الله أوهابيبية ، شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2015 ، ص 360.

أما عنصر الإرادة الجرمية فهي: "قوة نفسية توجه كل أعضاء الجسم أو بعضها نحو تحقيق غرض غير مشروع"¹، وبالإسقاط على الإجرام الجمركي، تأخذ الإرادة صورة الرغبة الشديدة في إتيان الأفعال المادية للجريمة، فمن يقوم بتهريب المواد المخدرة، فلا شك أنه يرمي للحصول على العوائد المالية من جراء بيعها، بعد إخراجها من النطاق الجمركي بصورة غير مشروعة وهكذا دواليك، وكذا كل جريمة أخرى يرمي من خلالها مرتكبها إلى الاعتداء على حق أو مصلحة تحميها القواعد الجزائية للتشريع الجمركي²، ونستخلص من كل هذا أن هناك رأياً من الجانب الفقهي الأول السابق ذكره يكتفي بمجرد توفر القصد الجنائي العام، المتمثل في العلم والإرادة لقيام وإثبات الجريمة الجمركية، مع إهمال القصد الخاص، كل هذا نحو صورة صريحة للإقرار بعمدية الجريمة الجمركية³.

الفرع الثاني: الجانب الفقهي الذي يشترط القصد الجنائي الخاص في الجرائم الجمركية

أحيانا يتطلب القانون من أجل قيام الركن المعنوي الجريمة، إضافة إلى القصد العام، توفر غاية معينة تدفع الجاني إلى ارتكاب الجريمة، تتمثل في صورة الهدف الذي يسعى إليه الجاني، يصطلح عليه في الفقه الجنائي بـ"الباعث الإجرامي"، الذي يختلف باختلاف نوع الجريمة المرتكبة⁴ فمثلاً في جريمة القتل، يكون الباعث هو رغبة التخلص من المجني عليه، وفي جريمة السرقة، نية تملك المال المملوك للغير، أما في الجرائم الجمركية، فأغلب الباعث إليها هو نية التهرب من دفع الضرائب و الرسوم الجمركية، انطلاقاً من الطبيعة التصريحية للقانون الجمركي ووظيفته الجبائية، ضماناً للاقتصاد الوطني و الخزينة العامة⁵ مع التذكير أن القانون الجنائي لا يعترف بنبل الباعث في قيام الجريمة، لكن هذا لا يمنع من اعتباره سبباً لتخفيف العقوبة⁶.

مادام هناك رأي فقهي يكتفي بمجرد توافر القصد الجنائي العام المتمثل في العلم والإرادة لقيام الجريمة، يرى هذا الجانب الآخر من الفقه، وجوب توفر القصد الخاص كذلك لتحصيل مرتكب الجريمة

¹ د. عبد الرحمان خلفي، القانون الجنائي العام - دراسة مقارنة، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016، ص 219.

² د. صالح نبيه، النظرية العامة للقصد الجنائي - مقارنة بكل من القصد الاحتمالي و القصد المتعدي و القصد الخاص، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2014، ص 37.

³ د. وفاء شيعاوي، المرجع السابق، ص 205.

⁴ د. عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص 220.

⁵ Jean – Luc Albert, op. Cite, p 151.

⁶ أنظر على سبيل المثال ما نصت عليه المادة 279 من الأمر رقم 66-155 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات، معدل و متمم، لاسيما بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 19 يونيو، 2016 الجريدة الرسمية في عدده 37، الصادرة في 17 رمضان 1437 هـ، الموافق لـ 22 يونيو 2016، بخصوص تخفيف العقوبة على الزوج مرتكب القتل بفعل ضبط زوجته متلبساً بجريمة الزنا، درءاً للعار وحفاظاً على الصمعة.

الجمركية المسؤولية الجزائية ، غير أن هذا الرأي سرعان ما انتقد هذا الآخر انطلاقاً من الطبيعة الصارمة لقواعد القانون الجنائي الاقتصادي ، التي غالباً ما لا تشترط هذا النوع من القصد ، لأن من شأن اشتراط القصد الخاص ، التضييق من دائرة المطالبين بالدين محل المتابعة الجزائية ، وفي هذا الفرض الأخير ، تقليل من فرص توفير الحماية للاقتصاد الوطني ، كتقنية من المشرعين لسد باب الذرائع أمام الجناة ، وتوقي نتائج ضارة للجريمة الجمركية على أوسع نطاق ، وعليه مسألة اشتراط القصد الخاص ، لا تستقيم مع صرامة القانون الجنائي الاقتصادي عموماً ، و القانون الجمركي بوجه خاص ، نظراً لطغيان الهدف الاقتصادي على المعطيات القانونية.¹

من التطبيقات القانونية لاشتراط القصد الجنائي الخاص في الجرائم الجمركية ، نذكر التشريع المصري ، الذي يعتبر الجريمة الجمركية جريمة عمدية ، لا يكتفي باشتراط القصد الجنائي العام ، بل يشترط كذلك القصد الخاص ، ولعل أبرز مثال نستطيع ذكره في هذا المقام هو جريمة التهريب الجمركي في صورته الحكمية - التهريب غير الحقيقي- الذي يجرمه المشرع المصري بحيازة البضائع الأجنبية ، بقصد الاتجار ، مع العلم بأنها مهربة ، وفي نفس السياق ، تقديم مستندات و فواتير مزورة أو مصطنعة أو وضع علامات كاذبة ، أو إخفاء البضائع أو العلامات ، أو ارتكاب أي فعل آخر ، يكون

الغرض منه التخلص من الضرائب الجمركية المستحقة ، كلها أو بعضها ، لذلك استعمال مصطلح " الغرض " والتعقيب عليه بمصطلح " العلم " تدل على اشتراط القصد الخاص ، إضافة إلى القصد الجنائي العام لقيام جريمة التهريب الجمركي الحكمي.²

المطلب الثاني : الرأي الفقهي الذي يعترف بمادية الجريمة الجمركية

لتوضيح مضمون هذا الطرح جيداً ، ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، نحاول التطرق في المطلب الأول لدراسة مضمون الطبيعة المادية للجريمة الجمركية ، في حين نخصص المطلب الثاني للوقوف على سائر الانتقادات الموجهة لهذا الرأي وذلك كما يلي.

الفرع الأول : مضمون الطبيعة المادية للجريمة الجمركية

خلافاً لما سبق التطرق إليه من آراء ، يوجد جانب من الفقه يرى في الجريمة الاقتصادية عموماً ، و الجريمة الجمركية خصوصاً ، جرائم مادية تقوم على ركنين ، وهما الركن الشرعي و الركن المادي ، لا تتطلب

¹ د. وفاء شيعاوي ، المرجع السابق ، ص 207.

² أنظر المادة 121 من قانون الجمارك المصري رقم 66 لسنة 1963 و تعديلاته بالقوانين أرقام : 88 لسنة 75 ، 76 ، لسنة 80 . 158 لسنة 97 ، 161 لسنة 98 ، 175 ، لسنة 98 - 160 لسنة 2000 - 13 ، لسنة 2001 - 14 ، لسنة 2004 ، 95 لسنة 2005.

قصدا جنائيا ، ومن هذا المنطلق تسيطر في المواد الجمركية قاعدة " الاكتفاء بمخالفة القانون الجمركي " ، فيكفي لقيام المسؤولية الجنائية لمرتكب الجريمة ، مجرد الإتيان بالأفعال المادية المخالفة للنصوص القانونية والتنظيمية التي تتولى الإدارة الجمركية تطبيقها بإهمال البحث عن الحالة النفسية التي يكون عليها الجاني أن ارتكابها ، الأمر الذي يطابق مفهوم الجريمة المادية¹ ، انطلاقا من أن القوانين الجنائية الاقتصادية ، لا تشترط على العموم وجود ركن معنوي في الجرائم الماسة بالاقتصاد الوطني ، مثل جريمة الصرف² التي تتميز بمثل هذه الخصوصية³ ، الأمر الذي ينجر عنه عدة نتائج على صعيد حقوق و مكنت الدفاع ، وهي إعفاء النيابة العامة من عبء إثبات هذا الركن ، بالرغم مما تملكه من سلطات واسعة ، مقارنة مع المتهم خرقا لمبدأ التساوي بين أطراف الخصومة الجزائية من حيث الحقوق ، وبالمقابل لا يقبل تمسك مرتكب المخالفة - صرف أو جمارك- بحسن نيته للإفلات من الجزاءات المقررة قانونا⁴ ، وبالتالي الركن المعنوي في الجرائم الاقتصادية و الجمركية ، لم يبق محافظا على صورته التقليدية ، تغليباً من المشرعين في هذا المجال لفكرة الجدوى الاقتصادية على الحريات الفردية والمصالح الخاصة للأفراد⁵.

الفرع الثاني : الانتقادات الموجهة للرأي الفقهي القائل بمادية الجريمة الجمركية

لم يسكت الفقه عما قيل بخصوص موضوع الطبيعة المادية للجريمة الجمركية، بل توجهوا منتقدين لهذا الطرح بعدم ملائمة إطار الجريمة المادية للمادة الجمركية ، فهذه الأخيرة لا تحتل صفات الجرائم المادية على العموم لعدة أسباب تعلقت بعدة مظاهر ، أولها معيار صرامة الجزاء و قسوته ، فكلما كنا أمام جزاء صارم في الجرائم الاقتصادية ، كلما اقتربنا أكثر من مفهوم الجرائم العمدية، التي تتطلب إثبات قصد جنائي لدى مرتكبها، لذلك لما كانت عقوبات القانون الجمركي عقوبات صارمة ، فهذا يبعدها عن إطار الجريمة المادية، لأن بعض الجرائم الجمركية تتطلب قصدا جنائيا وليست كلها تفترض الركن المعنوي ، لكن تم الرد على هذا

¹ Idir ksouri , la transaction douanier , 2 emm édition , grand Alger livres ,Alger 2008 ,p ; 104,105.

² للتوسع في الموضوع أنظر :د. أحسن بوسقيعة ، جريمة الصرف على ضوء القانون و الممارسة القضائية ، الطبعة الثانية ، دار itcis ، للنشر ، أفريل 2014 ص 57 ، 58.

³ DR Abdelmadjid zaalani , la législation pénale des changes, un dispositif a reformer, le phare n 160 ,Alger septembre 2012, p 41.

⁴ للتوسع في نتائج الافتراض التشريعي للركن المعنوي راجع في ذلك :د. مفتاح العيد ، المرجع السابق ، ص 60-64.

⁵ د. إيهاب الروسان ، خصائص الجريمة الاقتصادية- دراسة في المفهوم و الأركان ، مجلة دفاتر السياسة و القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، العدد السابع ، جامعة المنار، تونس ، 2012، ص 87.

الانتقاد من عدم استنباط ماديات الجريمة من الجريمة ذاتها وإنما كان هذا الاستنباط من كثافة الجزاء ، والكل يعلم أن الجزاء هو النتيجة المتوقعة لمواجهة مرتكب الجريمة.¹

نحن بدورنا نحاول الرد على هذا المعيار بالنقد، ونرى في هذا المعيار عدم الوجاهة ، لأن عقوبات الجريمة الجمركية لم تكن بهذه الصرامة قبل الآن ، سواء في التشريع الجمركي الفرنسي أو الجزائري، وبذلك نؤيد ما يراه "د. سعيد يوسف محمد يوسف" في هذا المقام من نقد لقانون الجمارك الجزائري، فهو يقر بالطبيعة الاقتصادية للجريمة الجمركية، ويدلل على مواجهة التشريع الجمركي -في كل من فرنسا و الجزائر - لمرتكبي هذا النوع من الإجرام، بعقوبة حبس لا تتجاوز ثلاث سنوات ، بتوفر جميع ظروف التشديد و استخدام وسائل النقل، مقارنة مع عقوبة جريمة السرقة التي تتجاوز عقوبة الحبس فيها مدة 3 سنوات ، وعليه قانون الجمارك الجزائري و قبله القانون الجمركي الفرنسي ، كانا يساويان ما بين من يسرق تفاحة و بين من يخرب الاقتصاد الوطني، وهذا أمر غير معقول، لذلك لما كانت عقوبات الجريمة الجمركية ، ليست على قدر كاف من الصرامة في سنوات 1962 ، يبقى حسب رأينا معيار كثافة الجزاء ، معيارا غير كاف لتبرير الطبيعة المادية للجريمة الجمركية ، خاصة وأنه يتأثر بالظروف الاقتصادية.²

يبرر الفقه كذلك عدم احتمال الجريمة الجمركية لصفات الجرائم المادية ، من خلال دراسة جرائم الامتناع ، التي تقوم بمجرد الترك ، فحسب الفقهاء هذا النوع من الجرائم ، هو أكثر ملائمة للجرائم المادية منه للجرائم العمدية، لكن المشكلة تكمن في أن أغلب الجرائم الجمركية ، هي جرائم تقوم على أساس أفعال مادية – سلوكات ايجابية- ملموسة مثل النقل غير القانوني للبضائع داخل النطاق الجمركي، أو تهريب البضائع محل الغش، وبالتالي الجريمة الجمركية ليست جريمة مادية لاحتوائها على مظاهر العمد في ارتكابها.³

نحن بدورنا نرى أن الجريمة الجمركية مثلها مثل الجرائم الأخرى ، من حيث وجود عناصر نفسية عمدية لحظة ارتكابها ، فهي تتضمن قصدا جنائيا ، فعلى سبيل المثال حمل نقود مزيفة و تهريبها خارج النطاق الجمركي ، ليست هوية لملأ أوقات الفراغ ، وإنما يقصد مرتكب الجريمة من وراء ذلك مخالفة القانون الجمركي.

نحن نؤمن على اقتناع شخصي، بأن مرتكب الجريمة يرمي لتحقيق نتائج وماديات غير مشروعة، مصيرها و غرضها النهائي ، المساس بالاقتصاد الوطني و الخزينة العامة، هادفا مرتكبا لتغليب مصلحته الشخصية في إثراء ذمهم المالية ، على المصلحة العامة للمجتمع في الحفاظ على المصالح العامة والاقتصاد

¹ نبيل بورماني، قمع الجرائم الجمركية ، مذكرة ماجستير ، فرع الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 ، 2013 ، ص 19.

² سعيد يوسف محمد يوسف، مأخذ على قانون الجمارك الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، العدد الأول ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، 1992 ، ص 292 ، 293.

³ نبيل بورماني ، المرجع السابق ، ص 19.

الوطني ، كل ما في الأمر أن الركن المعنوي مفترض وجوده، ولا نقول غير موجود ، من أجل تسهيل الإثبات على النيابة العامة ، بالنظر لخطورة الجريمة و سرعة زوال آثار الغش الجمركي .

المطلب الثاني: الركن المعنوي للجريمة الجمركية في التطبيقات القانونية والقضائية – فرنسا و الجزائر نموذجاً

حاول المشرعين في جميع دول العالم تقريبا ، جاهدين عند رسمهم للسياسة الجنائية في هذا النوع من الجرائم ذات الخطورة العالية ، إلى تحقيق نوع من التوافق بين مقتضيات صعبة الموازنة ، بين ثوابت القواعد الموضوعية و الإجرائية لقواعد القانون الجزائي التقليدي ، وبين المقتضيات الحمائية للفواعل الاقتصادية ، الأمر الذي وضعهم في موقف محرج بين الطريقة الغليظة لحماية الاقتصاد الوطني باعتباره مصلحة عامة ، وبين سندان الحقوق و الحريات الواجبة الحماية في مواجهة الطبيعة الجزائية للقواعد القانونية الجمركية ، على اعتبار أن مسألة صيانة الحقوق و الحريات ، هي ما يميز الدولة القانونية عن نظيرتها البوليسية¹ ، بل المشكل هو أكثر مما نتصور حسب رأينا الشخصي ، لأن المشرعين يكونون مقيدين بالنصوص الدستورية ، وملزمين عند سن قواعد التجريم و العقاب ، بعدم الخروج عن الإطار الدستوري، انطلاقاً من تفاوت القيمة القانونية لكافة قواعد الصرح القانوني في الدولة ، وكذلك في نفس الوقت هم مقيدون بضرورة إضفاء نوع من الفعالية على القواعد القانونية المخصصة لحماية طرق و أساليب التعامل الاقتصادي ، ومنها قواعد القانون الجمركي المتسمة بالتقنية و التعقيد.

كل ما سبق ذكره ، دفع بالمشرعين في أغلب دول العام إلى عدم الاعتداد بحسن النية لقيام الجرائم الجمركية وقبلوا قيامها بركنين فقط ، وهما الركن الشرعي و الركن المادي ، محاولة منهم توقي النتائج الضارة التي تلحقها بالخزينة العامة ، دون أن يكلفوا أنفسهم عناء البحث عن تحقق ركن الإثم الجنائي – الركن المعنوي-² ، لكن هذا الطرح ، لا يعني أبداً عدم وجود نية مبيتة لدى مرتكب الجريمة الجمركية عند إتيان أفعالها من الناحية العملية حسب رأينا الشخصي لاستحالة غياب القصد ، فقط الجدير بالذكر ، أن مظاهر افتراض القصد الجنائي كثيرة في المادة الجمركية ، نحاول التطرق إليها مع بعض الآراء الفقهية التي ترى محدودية اشتراط القصد الجنائي من جانب المشرع صراحة في حالات خاصة ، الأمر الذي نستطيع من خلاله إبداء رأي شخصي ، ليس من باب الانتقاد و فقط ، وإنما من باب محاولة إضافة رأي يكون هو الأخر عرضة للنقاش و النقد ، وهو ما سنحاول التطرق إليه في فرعين ، نخصص الفرع الأول لدراسة مظاهر الافتراض التشريعي لهذا الركن ، في حين نخصص الفرع الثاني للوقوف على ما استخلصه الفقه من حالات خاصة ، تبرز اشتراط القصد ، دائماً بالاستئناس بما ورد في القانون الجمركي الفرنسي من قواعد في هذا الشأن.

¹ د. إيهاب الروسان ، المرجع السابق ، ص 87.

² د. وفاء شيعاوي ، المرجع السابق ، ص 209.

أولاً: مظاهر تبني مبدأ الاكتفاء بمخالفة القانون الجمركي كتوجه حديث في السياسة الجنائية

بعد مواجهة أزمة في تطبيق قواعد المسؤولية الجزائية التقليدية على الجرائم الجمركية ، لعدم كفايتها خاصة بعد تطور طرق وأساليب ارتكاب الجرائم ، مما يهدد المصلحة الاقتصادية و ينافس الإدارة الجمركية، قرر المشرعين إضفاء بعض الخصوصيات على قواعد هذا القانون، كتقنيات جمركية تخرج عن نطاق القواعد العامة في معالجة هذا الركن خصوصاً، وذلك بافتراضه قانوناً لدى المخالف ، وإعفاء سلطة الادعاء العام من عبء إثباته، وأصبح المشرع في نطاق هذه القواعد، لا يكلف نفسه بالبحث عن المرتكب الحقيقي للجريمة الجمركية¹، اختزالاً منه لهذه المسافة، تغليباً لصرامة القانون الجمركي على الحقوق والحريات الدستورية، خروجاً عن مبادئ القانون العام، وقد كان موقف كل من المشرع الجزائري و قبله المشرع الفرنسي يمنع المظاهر العامة لقانون الجمارك في الجزائر ، جلياً في هذه المسألة ، عن طريق الأخذ بقاعدة عدم جواز مسامحة المخالف على حسن نيته².

قبل شرح مضمون هذه القاعدة، قد يتساءل البعض عما يميز هذه القاعدة في التشريعات الجمركية، على نحو نكون فيه قد ألفنا تطبيقها في القواعد العامة، أين يفترض المشرع الركن المعنوي افتراضاً، يعني من خلاله النيابة العامة من عبء الإثبات، على ما نص عليه المشرع الجزائري في متابعة جرائم الشيك بدون رصيد، فالأصل العام هو عدم قيام الجريمة إذا كان صاحب الشيك يجهل عدم وجود رصيد، لكن القضاء افترض مباشرة سوء النية في حالة عدم وجود رصيد أو النقص في الرصيد³، خرقاً لقرينة البراءة الدستورية⁴، لكن ما يميز الافتراض الوارد في القواعد الجزائية العامة، و الافتراض الوارد في التشريع الجمركي، هو تقرير الأصل من الاستثناء، فبينما يكون اشتراط القصد، وسائر أركان الجريمة الأخرى هو الأصل في المتابعة الجزائية، وما الافتراض فيه إلا استثناء في القواعد العامة⁵.

تنعكس القاعدة المذكورة أعلاه عندما تنتقل إلى القواعد الصارمة للقانون الجمركي، ليصبح افتراض القصد هو الأصل، واشتراطه هو الاستثناء، بدليل ما نص عليه قانون الجمارك الجزائري صراحة، بخصوص إلغاء حسن النية في المنازعات الجمركية، وفقاً للمفهوم الوارد في المادة 281، التي تنص على أنه «لا يجوز

¹ د. سعيد يوسف محمد يوسف ، وجها الجريمة الجمركية الإداري و القضائي ، أطروحة دكتوراه ، دائرة العلوم الجنائية ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة قسنطينة ، 1991 ، ص 320 ، 321.

² نبيل بورماني، المرجع السابق ص22.

³ المادة 374 من قانون العقوبات الجزائري ، المرجع السابق.

⁴ د.نصر الدين مروك، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الأول، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار هومة للنشر ، الجزائر، 2009، ص279

⁵ د.جمال نجيمي، إثبات الجريمة على ضوء الاجتهاد القضائي -دراسة مقارنة، دار هومة للنشر، الجزائر، 2012، ص56، 57.

للقاضي تبرئة المخالفين استنادا إلى نيتهم»¹ والتي تقابلها المادة 369 من قانون الجمارك الفرنسي²، وهو نفس ما اتبعته بعض التشريعات المقارنة المتأثرة بالتجربة الفرنسية مثل: تونس في المادة 2/241 من مجلة الديوانية، المغرب في المادة 205 من مدونة الجمارك، ولبنان في المادة 342 من قانون الجمارك «ليس للمحاكم لتطبيق العقوبات المنصوص عليها في هذا القرار وفي النصوص الجمركية أن تأخذ بعين الاعتبار النية، بل الوقائع المادية فقط، فالجهل أو حسن النية لا يعتبران عذرا»³، الأمر الذي نستخلص من خلاله أن الجرائم الجمركية في التشريع الجزائري تقوم بمجرد إتيان الأفعال المادية المكونة لها، دون إثبات اشتراط الركن المعنوي لقيامها، بغض النظر عن تكييفها القانوني، لاتأخذ بعين الاعتبار حسن نية مرتكب المخالفة، باعتماد عدة قرائن لقيام المسؤولية الجزائية، كقرائن الحيابة العرضية للبضائع محل الغش الجمركي.⁴

انتهج القضاء نفس النهج أعلاه آنذاك، ومنع الاعتداد بحسن النوايا في مجال المخالفات الجمركية، وعليه فإن إعفاء الحائز لبضائع محل الغش، كأن تكون محظورة حظرا مطلقا أو نسبيا أو مستوردة أو مصدرة بدون تصريح، على أساس جهله بهذا الغش أو حسن نيته، أو شيء من هذا القبيل، غير جائز، وفي نفس السياق لا يمكن أيضا إعفاء بائع سلع مهربة، أو مصدرة أو مستوردة بدون تصريح، بحجة جهله أو حسن نيته في ذلك، وبالتالي القضاء بتسريح المتهم بناء على حسن النية، هو مخالفة صريحة للقانون الجمركي.⁵

استقر في فرنسا كذلك قضاء محكمة النقض الفرنسية على نفس القاعدة المذكورة أعلاه، وألغت حكما لمحكمة استئناف (Pau)، مفاده القضاء ببراءة إحدى المستفيدين من الغش الجمركي، بحجة أنه لم

¹ قانون رقم 04-17 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1438 الموافق لـ 16 فبراير سنة 2017، يعدل ويتم القانون رقم 07-79، المؤرخ في 26 شعبان عام 1399، الموافق لـ 21 يوليو 1979، والمتضمن قانون الجمارك، الجريدة الرسمية في عددها 11، الصادرة في 22 جمادى الأولى 1438 هـ الموافق لـ 19 فبراير 2017.

² المعدلة بموجب القانون رقم 77 - 1453 المؤرخ في 29-12-1977، نقلا عن: سامية بلجراف، تطبيق الافتراض التشريعي للركن المعنوي في المادة الجمركية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الوادي، العدد 8، جانفي 2014، ص 83.

³ د. ملاوي إبراهيم ود. عثمان محمد الهادي، قرائن التهريب الجمركي في ظل التشريع الجزائري والقانون المقارن، الطبعة الأولى منشورات رأس الجبل حسين الجزائر، 2014، ص 120.

⁴ وهو نفس ما اعتمد عليه المشرع الفرنسي في قانونه للجمارك على ضوء المادة 392، الموقع الإلكتروني: www.legeifrance.gov، تاريخ الدخول للموقع 07-06-2017 على الساعة 13:26.

⁵ أنظر القرار الصادر في الملف رقم 32885 بتاريخ: 04-12-1984، المنشور في العدد 2 من المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا بالجزائر، لسنة 1989، ص 309-311، نقلا عن: موسى بودهان، قضاء المحكمة العليا في المادة الجمركية، الطبعة الأولى، الملكية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1995، ص 169.

يكن يعلم بالدخول غير المشروع لتلك البضاعة ، تأسيسا على تفسير قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم المعروف في القواعد الجزائية الكلاسيكية¹.

سرعان ما عدل المشرع الجمركي في فرنسا عن قاعدة استبعاد حسن نية المخالف، ورجع لتطبيق القواعد العامة لقانون العقوبات ، بأن أُلغى نص المادة 2/369 ، كخطوة نحو إرساء دعائم دولة القانون²، الأمر الذي أرجع لقاضي الموضوع في المنازعات الجمركية سلطته في تقرير إعفاء الجناة من المسؤولية الجزائية بفعل حسن النية ، مما يعني أن المشرع الفرنسي حاليا أصبح يميل إلى عمدية الجريمة الجمركية ، شأنها شأن الجرائم الكلاسيكية لقانون العقوبات، وأصبح بالإمكان الاعتداد بحسن النية³، وفي رأي مخالف ترى الطالبة الباحثة : " بن يعقوب حنان " أن هذا التعديل لم يغير في الطبيعة المادية للجريمة الجمركية ، بحكم كثرة النصوص الجمركية الصارمة في مختلف مواضع القانون الجمركي الفرنسي ، وهو ما دللت عليه بقرار محكمة النقض الفرنسية ، الذي اعتبر أن التعديل الجديد للقانون الجمركي بموجب القانون 502-87 ، لم يضي طابع العمدية على الجرائم الجمركية ، وأنه كان على المشرع الجزائري المجازاة التشريعية لما حدث في فرنسا، وقد كانت المناسبات عديدة لتعديل قانون الجمارك بالجزائر ، خاصة آخر تعديل سنة 2017 ، لأن من شأن الطبيعة المادية للجريمة الجمركية تفضيل المصلحة الاقتصادية و حمايتها على سائر المصالح الأخرى، المحمية بموجب قواعد القانون الجنائي، ولهذا الرأي حسمها ضرورة، تمثلت في مراعاة حسن النية الذي من شأنه تقرير الإعفاء من المسؤولية الجزائية⁴ ، ونحن نؤيدها في ذلك ، شرط عدم التخلي كليا عن الافتراض التشريعي لهذا الركن في المواد الجمركية، حتى لا تضيع بذلك المصلحة المحمية بهذا القانون من جهة، و حفاظا على الحقوق و الحريات الفردية من جهة أخرى، لكن في رأي فقهي آخر ، يقرر المشرع الجزائري في تنظيمة للجرائم الجمركية بعض الاستثناءات ، تستشف من خلال صياغة النصوص الجمركية ، تفيد باشتراط نوع من العناصر المعنوية، مما يدل على تأرجح الجريمة الجمركية في فرنسا و الجزائر بين الافتراض التشريعي و هو الغالب ، و الاشتراط كصورة يطغى عليها الافتراض التشريعي لركنها المعنوي، وهو ما سنحاول التطرق إليه بالشرح المختصر نحو لإضفاء رأي شخصي في الموضوع ، وذلك على النحو التالي .

¹M. Alix – cours de droit en sciences financières, faculté de droit , paris, 1929- 1930 p 160, 161.

² ، وذلك بموجب القانون 87 رقم - 502 المؤرخ في 08-07-1987، نقلا عن سامية بلجراف ، المرجع السابق ، ص 83 .

³د. أحسن بوسقيعة ، المنازعات الجمركية ، تعريف و تصنيف الجرائم الجمركية . متابعة و قمع الجرائم الجمركية، الطبعة الثامنة ، دار هومة للنشر ، الجزائر 2015-2016 ، ص 19 و ما بعدها.

⁴ Crime 7 dec 1977 . gazette du palais, paris 1988,1.287.not Dou cet.

نقلا عن : حنان بن يعقوب ، التوجهات الجديدة في المنازعات الجزائية الجمركية ، مذكرة ماجستير، فرع القانون الجنائي و العلوم الجنائية ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، 2003-2004، ص 31.

الفرع الثاني : رجوع القانون الجمركي للقواعد الكلاسيكية في تأصيل قواعد التجريم بصفة استثنائية

حسب اعتقاد بعض الكتاب في ميدان القواعد الجمركية ، يقرر المشرع أحيانا إخراج الجرائم الجمركية من حيز تطبيق مبدأ الاكتفاء بمخالفة القانون الجمركي، أو ما يعرف بخطأ المخالفة ، بحالات واردة في قانون الجمارك، وأخرى في القانون المتعلق بمكافحة التهريب¹، وهو ما سنحاول التطرق إليه بدراسة تحليلية نقدية في نقطتين.

أولا: دلالات اشتراط القصد الجنائي المستشفة من نصوص قانون الجمارك

حسب الفقه ، يوجد عدد من الحالات المحددة حصرا، لا تقوم فيها المسؤولية الجزائية في مادة الجمارك، إلا بإثبات توفر القصد الجنائي فيها بصفة جلية، وعلى النيابة العامة في هذه الحالات إثبات العلم و توجه الإرادة الأثمة إلى مخالفة القانون الجمركي، كصورة للعودة إلى أحكام قانون العقوبات في هذا الشأن بعد تجاوزه، غير أننا إرتئينا أن نبدي بشأن هذه الاستثناءات رأيا شخصيا ، وهو ما سنسعى لدراسته في العناصر الآتي ذكرها.

أ : عودة القانون الجمركي لاشتراط القصد في الاشتراك والاستفادة من الغش

إن الراسخ في القواعد العامة من مبادئ ، أن المساهم لا يعتبر شريكا ، لمجرد إثبات الأفعال المادية المكونة للجريمة بل يجب كذلك توفر النية الأثمة وعلم المساهم بحقيقة الواقعة ، راغبا في دعمها ، و سعيه لتحقيقها عن قصد، تحقيقا لمآربه الإجرامية، وباستقراءنا لنصوص تعديل القانون الجمركي الجديد 04-17 نجد أنه قام بإرجاع نص المادة 309 التي تم إلغائها سابقا ، التي تتحدث عن الشركاء بالإحالة لقانون العقوبات، دون تحديد العقوبة في مضمون المادة الجمركية وأصبح القانون الجمركي نفسه ينظم هذه المسألة ويحدد مقدار العقوبة² ، وما دامت نصوص قانون العقوبات تشترط القصد الجنائي من خلال عبارة " مع علمه بذلك"³، فيعني هذا الاعتراف بعمدية الجريمة الجمركية⁴.

¹ و هو القانون رقم 06-05 الصادر بتاريخ 2005-08-23 المتعلق بالوقاية من التهريب و مكافحته، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 59 ليوم 28 أوت 2005 و الموافق عليه بموجب القانون 17-05 المؤرخ في 31-12-2005 .

² المادة 309 مكررا من قانون الجمارك الجزائري المعدل بالقانون 07-17 التي تنص على ما يلي: « الشركاء كما ورد تعريفهم في قانون العقوبات، مسئولون عن الجرائم الجمركية، ويخضعون لنفس العقوبات التي تطبق على الفاعلين الأصليين ».

³ المادة 42 من قانون العقوبات الجزائري ، المرجع السابق.

⁴ د. أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق، ص 21.

نحن نرى أنه لا توجد جريمة جمركية لا يمكن أن ينسب من ورائها لمرتكبها هدف أو نتيجة ، فلا يوجد من يقوم بالتهريب كهواية ، إلا لغاية تحقيق الثراء غير المشروع على حساب مصالح الخزينة العامة، لذلك هذا لا يعتبر استثناء عن الأصل حسب اعتقادنا ، لأن كل الجرائم الجمركية تتضمن قصدا جنائيا عند ارتكابها ، ما عدا جرائم الإهمال الجمركية، وفي نفس الإطار يرى الفقه¹ كذلك أن:تنظيم الاستفادة من الغش قبل إلغاء نص المادة 311 من قانون الجمارك الجزائري ، و التي تقابلها المادة 399 من قانون الجمارك الفرنسي ، كانتا تنصان على تجريم كل محاولة عن دراية منح مرتكبي المخالفات الجمركية ، إمكانية الإفلات من العقاب ، التي اعتبرت صورة للاستفادة من الغش ، فما دام المشرع استعمل مصطلح "الدراية" ، فهو دلالة عن عنصر العلم، وهذا الأخير ، يعتبر عنصرا في تكوين القصد الجنائي العام ، مما يبرر الطبيعة العمدية للجريمة الجمركية ، وهو ما تم تعديله في الجزائر بنص المادة 310 التي باستعمال عبارة " موجها لأغراض التهريب"².

ب: اشتراط عناصر القصد الجنائي في الجرح من الدرجة الأولى والمخالفات من الدرجة الثانية

يعتبر الفقه الجنائي أن الجرح الجمركية من الدرجة الأولى المنصوص عليها في المادة 325 من قانون الجمارك الجزائري، المتمثلة في الحصول على تسليم إحدى السندات المحددة في نص المادة 21 من نفس القانون، أو الشروع في ذلك عن طريق تزوير الأختام العمومية ، أو طرق التدليس أو التصريحات المزيفة، أو بكل طريقة تدليسية أخرى تشترط القصد الجنائي، لأن المشرع الجزائري إستخدم مصطلحا للدلالة عليه و هو " التدليس"³.

من جهتنا نعترف بوجود القصد الجنائي في الجرائم الجمركية، و يكون بذلك حتى المشرع الجزائري ذاته ، قد كلف نفسه بإضافة عبارة " التدليس" ،،لأننا نرى أن التصريح المزيف مفترض في كل تصريح جمركي لا ينطبق مع حقيقة البضائع، كما أن الحصول على السندات المزورة، ليس هوية لملء ساعات الفراغ حسب اعتقادنا،وفوق كل هذا ، إن المشرع في تعديله لقانون الجمارك 04-17 نزع عبارة " بهدف التخلص من الرسوم الجمركية"⁴.

ج : اشتراط القصد عند الشروع في الجرح الجمركية

مادام المشرع الجمركي في نص المادة 328 من قانون الجمارك الجزائري قبل تعديلها المتعلقة بتنظيم مسألة الشروع ، كان يحيل لتطبيق القواعد العامة الواردة في قانون العقوبات، فذلك توجه منه إلى تبني

¹ نقلا عن : حاج علي مداح ، الجريمة الجمركية بين الطابع المادي و الطابع الأثم – دراسة مقارنة ، مجلة الاجتهاد و الدراسات القانونية و الاقتصادية ، معهد الحقوق ، المركز الجامعي بتانماغست ، الجزائر ، العدد 2 ، جوان 2012 ، ص 191 .

² راجع المادة 310 من قانون الجمارك الجزائري المعدلة بالقانون 04-17 ، المرجع السابق.

³ سامية بلجراف ، المرجع السابق ، ص 86 ، 87 .

⁴ أنظر المادة 325 من قانون الجمارك الجزائري ، المعدلة بالقانون 04-17 ، المرجع السابق.

القصد الجنائي في الجرائم الجمركية حسب رأي الفقه ، مادام الشروع في أحكام قانون العقوبات ، هو بدء في التنفيذ ثم خيبة أثر لأسباب خارجة عن إرادة الجاني¹، فمسألة الإرادة تدل على القصد ، أما بموجب تعديل قانون الجمارك 04-17 لم ينص المشرع على الإحالة للقواعد العامة صراحة ، بل خص الشروع بنفس العقوبة المقررة لهذه الجنح².

قياسا على ذلك تكتسي الجريمة الجمركية صفة العمدية ، و انطلاقا من هذا الفرض محدودية إشتراط القصد الجنائي في هذه الحالة يطغى عليه الاعتراف بالطابع المفترض لركنها المعنوي، مع عدم إهمال صورة العمد في ارتكابها ، لكننا نرى في كل مرة ، أن الركن المعنوي في الجريمة الجمركية موجود حقيقة من الناحية العملية³، كل ما في الأمر أنه ركن مفترض في عملية الإثبات، لأن جميع الجرائم الجمركية، هي جرائم مرتكبة عن قصد ، وليست مجرد هواية لملء الفراغ ، لكن مسألة إثباتها تختلف بما يخرج عن القواعد العامة ، ويمس بالسلطة التقديرية لقاضي الموضوع و كذا مبدأ قرينة البراءة، وفي هذا يستوي ما هو مقرر في قانون الجمارك الجزائري مع الأحكام العامة للقانون الجمركي في فرنسا ، بحكم أن التقنين الجمركي الجزائري مستوحى منه في مظاهره العامة⁴.

ثانيا : مظاهر اشتراط القصد الجنائي المستشفة من نصوص قانون مكافحة التهريب

بالرجوع لأحكام القانون المتعلق بمكافحة التهريب، نستخلص من تنظيمه لجناية التهريب الجمركي⁵، أنه يشترط ركن الإذئاب في ارتكابها ، انطلاقا من إعمال قواعد الإثبات الجنائي المعروفة في المحاكمات الجنائية ، لأنه في محكمة الجنايات تطرح المحكمة سؤالا عن كل واقعة ، ومن هذه الأسئلة : هل المتهم مذنب في ارتكاب الجريمة ؟ ، الأمر الذي يحتم البحث عن القصد الجنائي⁶ ، ومن هذا المنطلق يقع الاصطدام مع ما تتضمنه التقنيات الجمركية من إستبعاد لهذا الركن، والتي لا تأخذ بحسن النية للإعفاء من المتابعة الجزائية ، وتبرئة المخالف ، إلا في حدود التخفيف من شدة العقوبة⁷، وفي هذه النقطة بالذات نؤيد ما أثاره الفقه في هذا

¹ المادة 30 من قانون العقوبات الجزائري ، المرجع السابق.

² تنص المادة 318 مكرر من قانون الجمارك المعدل بالقانون 04-17: « يعاقب على محاولو ارتكاب الجنح الجمركية بالعقوبات ذاتها المقررة لهذه الجنح ».

³ حاج علي مداح ، المرجع السابق ، ص 192.

⁴ علما أن قانون الجمارك الفرنسي بقي مطبقا في الجزائر بموجب القانون المؤرخ في 31-12-1962 باستثناء ما يخالف السيادة الوطنية ، لغاية سنة 1975 التاريخ الذي يصادف تاريخ سن القانون الجمركي في الجزائر.

⁵ المادتين 14 ، 15 ، من الأمر المتعلق بمكافحة التهريب في الجزائر ، المرجع السابق.

⁶ د. عبد العزيز سعد ، أصول الإجراءات أمام محكمة الجنايات ، الطبعة الأولى الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2002 ، ص 131-134.

⁷ د. أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 24.

المقام ، مدركين للتناقض الذي وقع فيه المشرع الجزائري في هذه الحالة ، عن طريق اشتراط القصد في هذه الحالة أيضا بصفة محدودة ، و العودة لتطبيق القواعد العامة ، الأمر الذي أعاد طرح إشكال حقيقة الركن المعنوي للجريمة الجمركية بين الطابع العمدي و الطابع الأثم .

نضيف أن المشرع الجزائري في تنظيمه لجرائم التهريب الجمركي ، نص على تجريم حيازة مخزن معد للتهريب، أو وسيلة نقل مساعدة على ذلك¹ ، فمصطلح "الغرض" المستعمل في قانون مكافحة التهريب يدل على القصد ، مما يتطلب عنصري العلم و الإرادة في استعمال المخزن² ، ونحن نؤيده هذا الطرح كذلك ، مؤمنين بوجود عناصر نفسية لدى مرتكب الجريمة الجمركية ، حتى ولو افترض المشرع هذا الركن إفتراضا للإثبات في الحالات السابق ذكرها أعلاه، لكن في هذه الحالات التي يستشف فيها تطلب القصد لقيام الجريمة الجمركية و إثباتها ، وهذا حسب رأينا اعتراف من جانب المشرع بعمدية الجريمة الجمركية في هذه الحالات الضيقة ، لتوفر العناصر النفسية في هذا النوع من الجرائم في جميع الأحوال ، ما عدا جرائم الإهمال الجمركية، كل ما في الأمر ، أن المشرع أحيانا يفترض وجود هذا القصد ، لغاية تخص صعوبة الإثبات فقط ، إعطاء للنياحة العامة لمكنات لا يملكها المتهم، وهذا ليس اعترافا منه بعدم وجود هذا الركن أصلا لدى مرتكبها، والأمران ليس سيان .

أما بالنسبة للظروف المخففة ، فإن القانون الجمركي الجزائري ، مثله مثل قانون الجمارك الفرنسي، يعترف بوجود أسباب لانتفاء المسؤولية الجزائية ، الأمر الذي يمكن من تطبيق أسباب انتفاء المسؤولية الجزائية الواردة في قانون العقوبات الفرنسي³، التي تقابلها أسباب إنتفاء المسؤولية الجزائية في قانون العقوبات الجزائري⁴ على المنازعات الجمركية ، وهو ما أشارت إليه التشريعات الجمركية حقيقة ، طبقا لما تضمنه قانون الجمارك الفرنسي⁵ و قانون الجمارك الجزائري⁶ اعتداد بالقوة القاهرة ، وهذه الأخيرة هي: " قوة ناتجة بفعل الطبيعة ، دون أن يكون للشخص إرادة فيها أو توقعها أو دفعها"⁷ دون أن ننسى ما تضمنه

¹ المادة 11 من قانون مكافحة التهريب ، المرجع السابق.

² د. أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 24.

³ المادة 64 من قانون العقوبات الفرنسي ، من الموقع الإلكتروني: www.legifrance.gov ، تاريخ الدخول للموقع 06-08-2017 على الساعة 10:00 .

⁴ المادة 48 من قانون العقوبات الجزائري ، المرجع السابق.

⁵ ذلك في نصوص المادتين 417 ، 418 من قانون الجمارك الفرنسي ، المرجع السابق .

⁶ المادة 56 من قانون الجمارك الجزائري ، المرجع السابق ، التي تنص على أنه : « لا يجوز للسفن التي تقوم برحلة دولية أن ترسو إلا في الموانئ التي يوجد فيها مكتب الجمارك ، ما عدا حالة القوة القاهرة المثبتة قانونا ».

⁷ د. عبد المجيد زعلاني ، المرجع السابق ، ص 162.

القانون الجمركي من إعفاء لربابنة السفن و قادة المراكب الجوية في حالة ثبوت مثل هذا الظرف ، دون خرق الالتزامات المحددة في المواد 65 و 64 من قانون الجمارك الجزائري¹.

نحن نرى أن تقدير أسباب إنتفاء المسؤولية الجزائئية ، هو ميل من المشرع الجزائري للاعتراف بوجود عناصر نفسية عند ارتكاب الجريمة الجمركية ، كصورة استثنائية فقط ، نظرا لضيق مجالها ، لكن الغالب هو افتراض الركن المعنوي لها ، تسهلا للنيابة العامة في الإثبات ، مواكبة للتطور الهائل في ارتكاب الجرائم ، صيانة للاقتصاد الوطني كمصلحة أجدر بالحماية ، ورغم كل هذا نبقى نفرق بين مسألة وجود أو عدم وجود عناصر معنوية تدخل في ارتكاب الجريمة الجمركية، وبين مسألة إلزام النيابة العامة بإثباته لتقرير المسؤولية الجزائئية أو إعفاءها منه ، على نحو يقع فيه هذا العبء على المتهم ، نحو إقرار قانون جنائي إقتصادي غير مألوف المعالم ، لا يساير نطاق قواعد القانون العام.

خاتمة

ونحن نختم هذه الورقة البحثية ، نستخلص أن الركن المعنوي للجريمة الجمركية ، سواء في التشريع الفرنسي أو في التشريع الجزائري ، مازال لحد اليوم يثير إشكالا قانونيا حول مدى وجوده في هذا النوع من الإجرام ذو الطبيعة الخاصة ، بحكم سيطرة مسألة الافتراض عند تقرير المتابعة الجزائئية ، وإعفاء سلطة الاتهام من إثباته ، خرقا لقرينة البراءة ، بما يخرج عن مبادئ القانون العام من جهة ، وبين استخدام مصطلحات في صياغة النصوص التجريبية ، توحى باشتراطه و تطلب إثباته كمصطلحات "التدليس" و "العلم" و "الإرادة" ، وذلك في حالات محدودة و استثنائية حسب أوجه نظر بعض الفقهاء ، المستشفة من النصوص الجمركية من جهة أخرى ، ولعل ما يزيد من المشكل تعقيدا و تشابكا ، هو إقرار المشرع في المادة الجمركية لأسباب تنتفي من خلالها المسؤولية الجزائئية ، أهمها القوة القاهرة ، وإقرار مثل هذا المانع ، يدل بلا شك على الاعتداد بالعناصر المعنوية .

في خضم هذا الصراع الفقهي المحتدم و غير المحسوم و المتروك ، خاصة عن حقيقة الاستثناءات التي يراها الفقهاء خروجاً عن أصل الافتراض التشريعي لهذا الركن ، كان لنا رأي في هذه المسألة ، منطلقين من فكرة التمييز بين مدى وجود الركن المعنوي حقيقة من الناحية العملية ، عند ارتكاب أغلب الجرائم الجمركية ، وبين مسألة إثبات هذا الركن بإلقاء عبء إثباته على النيابة العامة ، أو إعفاءها منه ، على نحو يقع فيه على المتهم عبء إثبات براءته خرقا لقرينة براءة الشخص محل المتابعة الجزائئية .

نحن نرى أن أغلب الجرائم الجمركية ، ما عدا جرائم الإهمال الجمركية ، هي جرائم تتضمن عناصر معنوية عند ارتكابها ، يسعى مرتكبوها عن قصد تحقيق مآربهم الإجرامية من خلالها ، إضراراً بالاقتصاد

¹ أنظر المواد 56 ، 64 ، 325 من قانون الجمارك الجزائري ، المرجع السابق .

الوطني، فهي ليست هوية لملء أوقات الفراغ، كل ما في الأمر أن هذا الركن في مسألة الإثبات، هو ركن مفترض كتقنية جمركية من طرف المشرع لمواجهة خطورة هذه الجريمة، مسيطرة لركب التطور الحاصل في ارتكابها، خاصة في ظل عصر العولمة وسيطرة التكنولوجيا على عالم الإجرام.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

أ: قائمة الكتب

1. د. أحسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية، تعريف و تصنيف الجرائم الجمركية، متابعة و قمع الجرائم الجمركية، الطبعة الثامنة، دار هومة للنشر، الجزائر، 2015-2016.
2. د. أحسن بوسقيعة، جريمة الصرف على ضوء القانون و الممارسة القضائية، الطبعة الثانية، دار itcis للنشر، أفريل 2014.
3. د. جمال نجيمي، إثبات الجريمة على ضوء الاجتهاد القضائي - دراسة مقارنة، دار هومة للنشر الجزائر، 2012.
4. د. ملاوي إبراهيم و د. عثمان محمد الهادي، قرائن التهريب الجمركي في ظل التشريع الجزائري والقانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات رأس الجبل حسين، الجزائر، 2014.
5. موسى بودهان، قضاء المحكمة العليا في المادة الجمركية، الطبعة الأولى، الملكية للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر 1995.
6. د. نصر الدين مروك، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الأول، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار هومة للنشر، الجزائر، 2009.
7. د. صالح نبيه، النظرية العامة للقصد الجنائي - مقارنا بكل من القصد الاحتمالي و القصد المتعدي والقصد الخاص، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2014.
8. د. عبد الله أوهابيه، شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، موفم للنشر، 2015.
9. د. عبد العزيز سعد، أصول الإجراءات أمام محكمة الجنايات، الطبعة الأولى الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002.

10. د. عبد الرحمان خلفي ، القانون الجنائي العام – دراسة مقارنة ، دار بلقيس للنشر ، الجزائر ، 2016 .

ب : الأطروحات والمذكرات الجامعية

أ : أطروحات الدكتوراه

1. د. مفتاح العيد، الجرائم الجمركية في القانون الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، فرع القانون الخاص ، كلية الحقوق جامعة تلمسان ، 2011-2012 .
2. د. سعيد يوسف محمد يوسف ، وجها الجريمة الجمركية الإداري و القضائي ، أطروحة دكتوراه ، دائرة العلوم الجنائية ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة قسنطينة ، 1991 .
3. د. عبد المجيد زعلاني ، خصوصيات قانون العقوبات الجمركي، أطروحة دكتوراه دولة في القانون ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 1997-1998 .

ب : مذكرات الماجستير

4. حنان بن يعقوب ، التوجهات الجديدة في المنازعات الجزائية الجمركية ، مذكرة ماجستير ، فرع القانون الجنائي و العلوم الجنائية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2003-2004 .
5. نبيل بورماني ، قمع الجرائم الجمركية ، مذكرة ماجستير ، فرع الدولة و المؤسسات العمومية ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 ، 2013 .

ج : المقالات الأكاديمية

1. د. إيهاب الروسان ، خصائص الجريمة الاقتصادية- دراسة في المفهوم و الأركان ، مجلة دفاتر السياسة والقانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، العدد السابع ، جامعة المنار، تونس ، 2012 .
2. د. وفاء شيعاوي ، مكانة الركن المعنوي في الجريمة الجمركية – دراسة مقارنة لقانون الجمارك الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية العدد 2 ، الصادرة عن كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2011 .
3. حاج علي مداح ، الجريمة الجمركية بين الطابع المادي و الطابع الأثم – دراسة مقارنة ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية ، معهد الحقوق ، جامعة تمنغست ، العدد 2 ، جوان 2012 .
4. سامية بلجراف ، تطبيق الافتراض التشريعي للركن المعنوي في المادة الجمركية ، مجلة العلوم القانونية و السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الوادي ، العدد 8 ، جانفي ، 2014 .

5. د. سعيد يوسف محمد يوسف، مأخذ على قانون الجمارك الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1992.

د: النصوص القانونية والتنظيمية

1. القانون 06-05 الصادر بتاريخ 23-08-2005 المتعلق بالوقاية من التهريب و مكافحته، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 59 ليوم 28 أوت 2005 والموافق عليه بموجب القانون 17-05 المؤرخ في 31-12-2005.
2. قانون رقم 04-17 المؤرخ في 19 جمادة الأولى عام 1438 الموافق ل 16 فبراير سنة 2017، يعدل ويتمم القانون رقم 07-79، المؤرخ في 26 شعبان عام 1399، الموافق ل 21 يوليو 1979، والمتضمن قانون الجمارك.
3. الأمر 156-66 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966،، يتضمن قانون العقوبات معدل و متمم، لاسيما بالقانون رقم 02-16 المؤرخ في 19 يونيو 2016، الجريدة الرسمية في عددها 37، الصادرة في 17 رمضان 1437، الموافق ل 22 يونيو 2016.

هـ: القرار القضائي

1. الملف رقم 32885 بتاريخ : 04-12-1984، المنشور في العدد 2 من المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا بالجزائر، لسنة 1989.
2. Crime 7 dec 1977 . goz pal 1988,1.287.not Dou cet.

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية

A. Les livres :

1. **Abdelmadjid zaalani** , le législation pénal des changes, un dispositif a reformer, le phare n 160,Alger septembre 2012.
2. **Gaston Stefani** , **Georges Levasseur** , **Bernard boloc**, droit pénal général, 20 Emme édition, dalloz 2007.
3. **Idir ksouri** , la transaction douanier , 2^{eme} édition , grand Alger livres , 2008 .

4. **Jean-Luc Albert** , douane et droit douanier, 1 er édition , édition presses universitaires de France paris , 2013 .

5. **M. Alix** – cours de droit en sciences financières, faculté de droit , paris, 1929- 1930.

B. Jurisprudence :

- Crime 7 dec 1977 . gazette du palais , 1988,1.287.not Dou cet.

الولاية على النساء في عقد النكاح بين تراضي العاقدين أو الإيجابار (دراسة فقهية مقارنة)

د/أبكر عبدالبنات آدم إبراهيم-أستاذ مشارك-قسم مقارنة الأديان
كلية العلوم الإنسانية-جامعة بحري-السودان

ملخص

تناولت الدراسة الولاية على النساء في عقد النكاح بين تراضي العاقدين، لأن بناء العلاقات الزوجية سنة من سنن الأنبياء والمرسلين، فالتوافق بين الزوجين هو اللبنة الأساسية لبناء المجتمع البشري. ولقد سعت الدراسة إلى الكشف عن التحديات الفقهية الماثلة التي تواجه الأمة المسلمة عامة، والسودانية على وجه الخصوص لما تقتضيه المصلحة العامة حول الآراء المتباينة في أحقية المرأة في تزويج نفسها دون وجود الولي، وكذلك معرفة الآثار المترتبة على ذلك. استخدم الباحث المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن.

Abstract

This study deals with the mandate of women in the marriage contract between the consent of the two parties and agreement because the construction of marriage relationship is one of the Sunna of prophets and messengers. Consensus between spouses is the basic building of human society. The study seeks to discover current jurisprudential challenges of facing the Muslim community in general and Sudanese in particular for the public interest. The divergent views are based on the woman's right to marry herself without the guardian and the consequences. The researcher used the descriptive, analytical, and comparative.

تمثل الأسرة اللبنة الأساسية لبناء المجتمعات البشرية المؤسسة على القيم السلوكية، كما تعتبر القانون الذي يعمل على حماية الإنسان من النزوع نحو ارتكاب الفواحش، وبموجب تلك المعطيات عندما يبلغ الشخص سن الرشد، يجوز له أن يتزوج وفق الشرع الإلهي، أو حسب الأعراف والتقاليد، إما بالتراضي أو بالتعاقد، أو بالوكالة، وغيرها. وقد يرى بعض العلماء أن ولاية المرأة بنفسها في عقد الزواج يخالف الفطرة الطبيعية، وتعتبر وسيلة من وسائل الفساد الاجتماعي. ولذلك جاء الشرع الاسلامي لينظم تلك العلاقة باشتراط مباشرة عقد الزواج بواسطة ولي المرأة: أبوها، والأصل في اشتراط الولي قول النبي صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة نكحت بغير إذن ولها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"¹، وبموجب الحديث الشريف لا يتم الزواج الشرعي في الإسلام إلا بتوفر صيغة الايجاب والقبول بين الرجل الراشد والبالغ والعاقل، مع وجود ولي للمرأة، والشهادة، والمهر، والعفة (الإحصان) والكفاءة، وهذه تمثل أهم شروط عقد الزواج مع الاختلاف في ثبوت بعضها، وهو اتفاق بين الراغبين على القيام بخلق علاقة إرتباط يلتزم كل منهما تجاهه بواجبات معينة. ولكل من الطرفين حقوق لدى الطرف الآخر.

مشكلة الدراسة: بما أن التزاوج سنة الأنبياء والمرسلين، والتوافق بين الزوجين هو صمام الأمان في بناء تلك اللبنة، إلا أننا نشاهده اليوم من اختلاف العلماء حول مسألة وجود الولي أو عدمه يمثل نوع من الخلاف والاختلاف.

أهمية الدراسة: تسعى الدراسة إلى الوقوف أمام التحديات الفقهية التي تواجه الأمة السودانية في ظل الخلاف والاختلاف حول أحقية الفتاة في زواج نفسها بنفسها.

أهداف الدراسة: تهدف الدراسة في تحقيق الأهداف التالية:

- معرفة الآراء المتباينة حول أحقية المرأة في مباشرة إجراء عقد الزواج بنفسها.
- الكشف عن ما تقتضيه المصلحة العامة في الزواج في ظل غياب الولي.
- إلقاء الضوء على الإشكالات التي ستواجه المجتمع السوداني حول قانون حق المرأة في زواج نفسها.
- الوقوف أمام الآثار الناجمة عن تطبيق قانون زواج المرأة نفسها.

فرضيات الدراسة: تكمن فرضيات الدراسة في الإجابة عن التساؤلات التالية:

1. ما هي المنافع التي يجلبها زواج المرأة لنفسها؟

¹- البخاري، محمد بن إسماعيل (1314هـ). صحيح البخاري. دار القلم، القاهرة، ط3 ج4 ص5135.

2. هل زواج المرأة بغير الولي يمثل إجماع أهل السودان؟
3. إلى أي مدى يمثل غياب الولي نوع من الحرية للمرأة؟
4. هل طيلة هذه الأعوام عاشت المرأة السودانية بدون حرية؟
5. من المستفيد من قانون زواج التراضي؟

منهج الدراسة: استخدم الباحث المنهج الوصفي والتحليلي لمعرفة أوجه الشبه والاختلاف بين جمهور العلماء حول شرط توفر الولي عند العقد، أو الزواج بالتراضي.

المبحث الأول: مفهوم الولاية: إن الولاية في الزواج من أهم أنواع الولاية على النفس، لأنها تتعلق بنفس المولى عليه، فهي سلطة مطلقة في الأمور الشخصية¹. وتنقسم الولاية إلى قسمين²:

1. ولاية قاصرة: وهي سلطة تزويج المرأة نفسها عند توفر الأهلية، وليس لأحد حق الاعتراض.
2. ولاية متعديّة: وهي سلطة تزويج الغير، إجبارية أو إختيارية.

ويرى الفقهاء أن ولي المرأة هو الذي لا يقوم الزواج إلا به، فتأكيد الولاية عند المذاهب الأربعة على النحو التالي:

* الولاية عند الأحناف: الولاية عند الفقه الحنفي، هي سلطة الولي على من تحت ولايته، وبهذا المنطوق فإن الولاية هنا ولاية الإيجاب وليس الإختيار³.

* الولاية عند المالكية: تنقسم الولاية عند الفقه المالكي إلى قسمين⁴: ولاية عامة، وولاية خاصة. فالعامة هي ولاية القرابة والنسب، فقالوا بقوله تعالى: {...وَأُولُوا الْأَرْحَامَ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ}⁵. أما العامة للمسلمين، وقالوا بقوله تعالى: {وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ}⁶.

¹- الغزالي، ومنصور (2009م). أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1 ص265.

²- الصدر، السيد محمد صادق (2009م). ما وراء الفقه. دار الأضواء للطباعة للنشر والتوزيع، دمشق، ط1 ص22.

³- شهبون، عبد الكريم (2006م). الشافي في شرح مدونة الأسرة. ط1 ج2 ص78.

⁴- مالك، ابن أنس (بدون تاريخ). المدونة الكبرى. دار الكتب العلمية. بيروت، ط2 ص345.

⁵- سورة الأنفال: 75.

⁶- سورة التوبة: 71.

* الولاية عند الشافعية: لقد عبّر فقهاء الشافعية عن مفهوم الولاية بالآتي: "ولا يكون الرجل ولياً بولاء وللمزوجة نسب من قبل أبيها يعرف ولا للأخ والولاية بحال أبداً إلا أن يكونوا عصبية وإذا لم يكن للمرأة عصبية ولها موال فموالها أولياؤها ولا ولاء إلا لمعتق ثم أقرب الناس بمعتقها ولها كما يكون أقرب الناس به ولي ولدا لمعتقها وقال اجتماع الولاية من أهل الولاء في ولاية المزوجة كاجتماعهم في النسب"¹، وبمفهوم النص فإن الولاية في الزواج عندهم تثبت لدفع العار.

* الولاية عند الحنابلة: يرى فقهاء الحنابلة أن الولاية في الزواج هو موافقة ولي المرأة على عقد زواجها، وهذا ما ذهب إليه ابن قدامة، حيث قال: "فإذا زوجت المرأة نفسها أو غيرها لم يصح ولا تملك توكيل غير وليها، فإذا فعلت لم يصح"².

المبحث الثاني: أوجه الشبه والاختلاف بين الفقهاء حول حق الولاية

1. اتفق المالكية، والشافعية، والحنابلة على ضرورة وجود الولي في النكاح فكل نكاح يقع بدون ولي أو من ينوب منابه يكون باطلاً، فليس للمرأة الحق أن تباشر عقد زواجها بأية حال من الأحوال سواء كانت كبيرة أو صغيرة عاقلة أو مجنونة. وخالفهم الحنفية في ذلك فقالوا: إن الولي ضروري للصغيرة والكبيرة المجنونة، أما البالغة العاقلة سواء كانت بكرًا أو ثيبًا فإنها صاحبة الحق في زواج نفسها ممن تشاء³.
2. اتفق القائلون بضرورة الولي، وقسم إلى قسمين: ولي مجبر، وولي غير مجبر. واتفق الشافعية، والحنابلة على أن الولي المجبر هو الأب والجد، وخالف المالكية فقالوا: الولي المجبر هو الأب فقط. واتفق المالكية والحنابلة على أن وصي الأب بالتزويج مجبر كالأب⁴. بخلاف الشافعية فإنهم لم يذكروا وصي الأب، وزاد الحنابلة أن الحاكم يكون مجبراً عند الحاجة.

3. اتفق القائلون بالإجبار على أن الولي المجبر له جبر البكر البالغة بأن يزوجها بدون إذنها ورضاها، ولكن اختلفوا في الشروط التي يصح تزويج المجبرة بدون إذنها.

4. اتفقوا أيضاً على أن الثيب لا جبر عليها، ولكن للولي حق مباشرة العقد، فإذا باشرته بدونها يكون باطلاً، فالولي والمرأة الثيب شريكان في العقد، فحقها أن ترضى بالزواج صراحة، وحقه أن يباشر العقد، هذا إذا كانت كبيرة بالغة، أما إذا كانت ثيباً صغيرة فهي ملحقمة بالبكر البالغ فيزوجها الولي المجبر بدون إذنها ورضاها ما لم

¹ - الشافعي، محمد بن إدريس (1980 م). الأم. دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ط1 ص15.

² - ابن قدامة، محمد بن عبد الله (1972 م). المغني. دار الكتب العلمية، بيروت، ط2 ص67.

³ - <http://islamport.com/d/2/fgh/1/29/337.html>

⁴ - المغني (بدون تاريخ). الشرح الكبير. ج8 ص145.

تبلغ، وخالف الحنابلة فقالوا: إن الثيب الصغيرة التي تجبر هي ما كانت دون تسع سنين، فإن بلغت تسعاً كانت كبيرة لا تجبر¹.

5. اتفق المالكية، والشافعية، والحنابلة على أن الولي غير المجرى وإن كان يتوقف عليه العقد ولكن ليس له أن يباشره بدون إذن من له عليها الولاية ورضاها صريحاً إن كانت ثيباً أو ضمناً إن كانت بالغة، هذا في الكبيرة، أما الصغيرة فقد اتفقوا على أنها إذا كانت دون تسع سنين فإنه لا يجوز للولي غير المجرى زواجها بحال من الأحوال. ثم اختلفوا بعد ذلك، فقال المالكية: إن بلغت عشر سنين وخيف عليها الفساد إن لم تتزوج فللولي أن يزوجه بإذنها. وهنا لا بد من رضاها صراحة أو يكفي صمتها. وقال الشافعية: لا يصح للولي أن يزوج الصغيرة التي لم تبلغ إلا إذا كان أباً أو جداً، لأن الولي غير المجرى إنما يزوج الصغيرة بالإذن ولا إذن للصغيرة، أما إذا كانت مجنونة فإنه يجوز للحاكم أن يزوجه إذا بلغت. وقال الحنابلة: إذا بلغت الصغيرة تسع سنين كانت ملحقة بالكبيرة العاقلة، فللولي غير المجرى أن يزوجه بإذنها ورضاها، فإن كانت دون تسع فللحاكم أن يزوجه عند الحاجة.

6. اتفق الشافعية، والحنابلة على أن حق الأولياء غير المجرىين الأب، ثم الجد. وخالف المالكية فقالوا: إن أحقهم بالولاية الابن ولو من زنا، بمعنى أن المرأة إذا تزوجت بعقد صحيح صارت ثيباً، ثم زنت وجاءت بولد يكون مقدماً على الأب والجد². أما إذا زني بها قبل أن تتزوج بعقد صحيح وجاءت من هذا الزنا فإنه لا يقدم على الأب في هذه الحالة لأن الزنا عندهم لا يرفع البكارة فيكون الأب ولياً مجبراً، وهذا الكلام في غير المجرى، ووافقهم الحنفية على أن أحق الأولياء في النكاح الإبن. وخالف الشافعية، والحنابلة فقالوا: إن أحق الأولياء الأب ثم الجد ولكن الحنابلة قالوا: إن الابن يلي الجد في الولاية. والشافعية قالوا: إنه لا ولاية للإبن على أمه مطلقاً.

7. اتفق الشافعية، والحنابلة والحنفية على أنه لا يصلح للولي البعيد أو الحاكم أن يباشر عقد الزواج مع وجود الولي الأقرب المستكمل للشروط. وخالفهم المالكية فقالوا: إن الترتيب بين الأولياء مندوب لا واجب. فإذا كان للمرأة أب وابن فزوجها أبوها صح وإن كانت مرتبته بعد مرتبة الإبن. وكذا إذا كان لها أخ شقيق وأخ غير شقيق فزوجها غير الشقيق مع وجود الشقيق فإنه يصح. فإذا لم ترضى المرأة بحضور أحد من أقاربها فزوجها الحاكم فإنه يصح لأنه من الأولياء. وإذا وكلت واحداً من أفراد المسلمين بحكم الولاية العامة مع وجود ولي صح، وهذا كله في الولي غير المجرى، أما الولي المجرى فوجوده ضروري عندهم.

8. اتفق الشافعية والمالكية والحنابلة على أن الولاية في النكاح يشترط لها الذكورة، فلا تصح ولاية المرأة على المرأة. وخالف المالكية فقالوا: تتصف المرأة بالولاية إذا كانت وصية أو مالكة أو معتقة.

¹- داؤد، أحمد محمد علي (2009م). فقه الأحوال الشخصية المقارن. دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1 ص167.

²- الجزائري، جابر بن موسى (1988م). مصدر سابق. ص234.

9. اتفقوا على أن الفسق يمنع ولاية النكاح، فمن كان فاسقاً انتقلت الولاية عنه إلى غيره. وخالف الحنفية فقالوا: إن الذي يمنع الولاية هو أن يشتهر الولي بسوء الاختيار فيزوج من غير كفاء وفي هذه الحالة يكون للبننت الصغيرة الحق في رد النكاح بعد أن تكبر ولو كان المزوج أباً.

10. اتفقوا على أن العدالة ليست شرطاً في الولي. وخالف الحنابلة فقالوا: إن العدالة الظاهرية شرطاً في الولاية إلا في السلطان والسيد.

11. اتفقوا على أن للولي الحق على أن يوكل من ينوب منابه في عقد الزواج.

المبحث الثالث: مفهوم الزواج لغة واصطلاحاً

الزَّوْجُ لُغَةً: مَنْ زَوَّجَ الشَّيْءَ، وَزَوَّجَهُ إِلَيْهِ: أَي رَبَطَهُ بِهِ، وَهُوَ بِمَعْنَى الْاِقْتِرَانِ وَالِارْتِبَاطِ، وَيُطْلَقُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ اسْمَ زَوْجٍ إِذَا ارْتَبَطَا بِعَقْدِ نِكَاحٍ¹. أمَّا عقد الزواج: فهو عقدٌ يَتَضَمَّنُ اتِّفَاقَ الطَّرْفَيْنِ².

أما اصطلاحاً: يعني قيام شراكة زوجية بين الطرفين، بحيث يلتزم كل منهما بواجبات وأصول والتزامات معينة تضمن حقوق كل من الطرفين، الغرض منها إقامة حياة زوجية سعيدة. وقد اختلف كثير من الفقهاء حول مفهومه وتعريفه، فمنهم من قال أنه عقد يحل للرجل الاستمتاع بالمرأة قصداً بواجب شرعي ومنهم من قال أنه عقد بين الطرفين (الزوج والزوجة) بعد توفر الأساسيات، ولا يجب الانحراف عنها أو تبديلها أو نقصانه³. وقد وصف القرآن الكريم عقد الزواج بالميثاق الغليظ كما في قوله تعالى: {وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ}⁴. ويعني أن الله سبحانه وتعالى جعل لإقامة تلك اللبنة السكينة، والاطمئنان، والمحبة، والمودة، والاستقرار، والأمان، وهو تشبيهة بليغ؛ حيث وصف طبيعة العلاقة بين الرجل والمرأة على أنهما جسمان في روح واحدة، وهذا ما جعل الرابطة الزوجية مقدسة، لا تماثلها أية رابطة أخرى، لذلك جاء عقد الزواج يحوي أركاناً وشروطاً وآداباً.

وحتى تسيير الأسرة وفق تلك النظم الإسلامية، يجب أن يراع فيها المتاع، و الوصايا والموارث بعد الموت⁵. وقد جاء في قصص الأنبياء بأن النبي موسى عليه السلام تراضى مع الرجل الصالح على الصداق حين أراد الزواج من أحد إبنتيه، لقوله تعالى: {قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نُكَحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَّجٍ فَإِنْ

¹ ابن منظور، محمد (1973م). لسان العرب. دار الفكر العربي. بيروت، ط3 ج2 ص60.

² ابن فارس، أحمد بن زكريا (1411هـ). معجم مقاييس اللغة. تحقيق عبدالسلام هارون. دار الجيل، بيروت، ط2 ج3 ص3425.

³ الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس (1997م). غاية البيان في شرح زيد بن رسلان. دار المعرفة، بيروت، ط1 ص245.

⁴ سورة الروم: 21.

⁵ الزحيلي، وهبة (1987م). الفقه الإسلامي وأدلته. دار الفكر، دمشق، ط4 ج4 ص2934.

أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَمْسُقَ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ¹، وفي هذه إشارة إلى أن موسى عليه السلام أتفق مع الرجل الصالح على أن يدفع مهر ابنته عملاً عنده لمدة ثماني سنوات فإن أتم عشر سنوات عملاً فذلك تفضل من النبي موسى؛ ووافق موسى عليه السلام على أساس أن يختار لنفسه أي الأجلين دون حرج، وجعل الله تعالى وكياً لهما على عقد الزواج، وبالتراضي عليه فقد أصبح لازماً بين الطرفين والعقد صحيح لقوله تعالى: {وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْوَاجُكُمْ وَأَطَهَرُوا لِلَّهِ يَعْلَمُونَ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ²، ووجه الدلالة هنا أن الله تعالى يخاطب أولياء النساء فينهاهم عن منعهم من الزواج بمن يرضينه لأنفسهن زوجاً، فلو لم يكن لهؤلاء الأولياء حق المنع لما كان لخطابهم بمثل هذا. وقد نقل عن الشافعي رضي الله عنه أنه قال: إن هذه الآية أصرح آية في الدلالة على ضرورة الولي، غير أن الحنفية قد أجابوا عن هذا بجوابين، الجواب الأول منع كون الآية خطاباً للأولياء، بل هي تحتل أن تكون خطاباً للأزواج الذين يطلقون أزواجهم، وتحتل أن تكون خطاباً للمؤمنين عامة.

أما الأول: فهو الظاهر المتبادل من لفظ الآية الكريمة، فهو سبحانه يقول لمن يطلقون نساءهم: إذا طلقتم النساء فلا تستعملوا معهن الوسائل الظالمة التي يترتب عليها منعهم من الزواج³.

وأما الثاني: فمعناه إذا طلقتم النساء أيها المؤمنون وأصبحن خاليات من الأزواج والعدة فلا يصح أن يقع بينكم عضلن ومنعهن من الأزواج سواء كان ذلك المنع من قريب أو من ذي جاه، وإلا كنتم مشتركين معه في الإثم لأن عضل المرأة من الزواج منكر حرمه الله تعالى، والنهي عن المنكر فرض على المؤمنين، وإزالته لازمة على كل قادر حكماً⁴.

ولا تعارض بين هذا الذي ذكرناه وبين ما رواه البخاري من أن الآية نزلت في معقل بن يسار حيث كان قد زوج أخته لرجل فطلقها زوجها ثم أراد الرجوع إليها ثانياً فأبى أخوها معقل أن تعود إليه مع كونها راغبة فيه، ونظير ذلك ما قاله المفسرون في قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ⁵، إذ قال الفخر الرازي⁶: إن الآية عامة ولكنها صادفت حادثة الوليد المشهورة، ومع ذلك فإذا سلم أن الآية نزلت في حادثة أخت معقل بخصوصها فإن الخطاب فيها يجب أن يكون عاماً لكل من يعضل النساء سواء كان ولياً أو غيره، فليست مقصورة على الأولياء بلا نزاع. وهنالك من يرى أن

¹- القصص:27.

²- سورة البقرة:232.

³- الحصري، أبوبك بن محمد (1994م). كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار. دار الخير، دمشق، ط1 ص365.

⁴- الزحيلي، وهبة (1987م). مصدر سابق. ص3452.

⁵- سورة الحجرات:6.

⁶- الرازي، فخر الدين (1986م). مفاتيح الغيب. دار الكتب العلمية، بيروت، ط2 ص54.

صبيغة الآية خطاب لمعقل وغيره من أقارب المرأة بخصوصهم، ولكن ليس في الآية ما يدل على أن لهم حق الولاية على النساء مطلقاً، وإنما تدل على أن من منع منه النساء من التزوج فهو آثم لا حق له في هذا، وهذا المنع لا يلزم أن يكون مترتباً على الولاية بل هو ظاهر في أنه مترتب على ضعف النساء، وعدم قدرتهن على استعمال حقهن. وبيان ذلك أن المرأة تستكين عادة لمن يكفلها أو لعاصمها القريب من أب أو أخ فتفنى إرادتها في إرادته خصوصاً في هذا الجانب الذي يغلب فيه الحياء على معظمهن، فالآية الكريمة تفيد أنه لا يصلح للرجال أن يستغلوا هذا الضعف فيسلبوا النساء حقوقهن الطبيعية في التزوج بالكفء الذي يرغبن فيه، وهذا يتضمن أن للمرأة الحرية في اختيار الكفء الذي تريده زوجاً لأن النهي عن منعها من الزواج يتضمن إباحة الحرية لها في الاختيار.

المبحث الرابع: أركان الزواج

إن عقد الزواج يعتبر من أسنى العقود على وجه هذه البسيطة لما يترتب عليه من حرمة نسبٍ ومصاهرة وإقامة علاقاتٍ أسرية واجتماعية، ولما ينبني عليه من أحكام تخص الفرد والأسرة والمجتمع، وقد جعله الله عز وجل السبيل الوحيد للإحصان، بعد أن حرم كل الطرق المفضية إلى انتهاك حرمة الفرج¹. وقد جعل جمهور العلماء للزواج أركاناً وضوابط وشروطاً ينبغي مراعاتها، كما يجب على العاقدين الانصياع لتلك الأركان حتى يكون العقد صحيحاً². فالمعلوم إذا تخلف الركن يبطل العقد، أما إذا تخلف الشرط لا يؤدي إلى بطلان العقد.

بناءً على القاعدة الفقهية المشهورة: "إن الأصل في الأبضاع التحريم"³، فقد أوجد الشارع لكل عقدٍ مجموعة من الأركان التي لا ينعقد العقد ولا يتم إلا بها، وتتبعها بعض الشروط الأخرى التي لا تخالف النظم الإسلامية التي تحفظ للإنسان كينونيتها. وقد اختلف الفقهاء في أركان عقد الزواج على قولين: أولهما أن عقد الزواج له ركنٌ واحدٌ (الصيغة)، وهو رأي الحنفية والشيعة الإمامية⁴، أما القول الثاني: فهو أن لعقد الزواج خمسة أركان، وهو رأي جمهور الفقهاء، وما ذهب إليه الرأي الثاني تتضمن في الآتي:

* الصِّدَاق: الصِّدَاق أو المهر هو أحد أركان عقد الزواج عند بعض جمهور الفقهاء كالمالكية، والشافعية، والحنابلة، وقد استدلوا على ذلك بأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع، أما دليلهم من القرآن الكريم فهو قوله تعالى: {وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا

¹- الجزيري، عبدالرحمن (1989م). كتاب الفقه على المذاهب الأربعة. مكتبة المنار، بيروت، ط2 ج3 ص157.

²- نقلاً عن عائشة نوفل: <http://mawdoo3.com>

³- الشافعي، حسين بنين محمد (1987م). الأفصح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة. دار الجيل، بيروت، ط2 ج5 ص432.

⁴- ابن القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد (1999م). بداية المجتهد ونهاية المقتصد. دار ابن حزم، بيروت، ط2 ج4، ص234.

مَرِيئاً¹، أما من السنّة ما جاء عن سهل بن سهد الساعدي رضي الله عنه أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلّم قال: "التمس ولو خاتماً من حديد"²، وهذا تنبيه من الحديث النبوي الشريف بأنّ المهر ركنٌ في عقد الزّواج، وإن قلّت قيمته، كما في قوله صلى الله عليه وسلّم: "لا نكاح إلا بوليّ وصداق وشاهدي عدل"³، وقوله: "لا نكاح" دليلٌ على انتفاء تمام العقد بلا صداقٍ، وقد أجمع الصّحابة على ذلك، فلا يجوز التّراضي لأجل إسقاط المهر من العقد⁴.

* العاقدان: المقصود بالعاقدين الزّوج ووليّ الزّوجة، وكلّ واحدٍ منهما ركنٌ مُستقلٌّ بذاته، فلا ينعقد النّكاح بأحدهما دون الآخر⁵.

* الشّهود: لا ينعقد الزّواج إلا بحضور شاهدين عدلين.

* الوليّ: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ الوليّ ركنٌ في الزواج، فلا يتمُّ عقد النّكاح إلا بوليّ، وذلك لقوله تعالى: {فَلا تَعْضَلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ}⁶، وقال ابن قدامة "فإن لم يوجد للمرأة ولي ولا سلطان أن يزوجه رجل عدل بإذنها"⁷، لأنّ الوليّ مطالب بمراعاة مصلحة موليته.

* الصّيغة: أي اللفظ المعبر في القراءة: وهنا يشار إلى أنّ الفقهاء قد اتّفقوا على الأركان الخمسة سالفة الذكر لإتمام عقد الزّواج، حتّى فقهاء الحنفيّة، الذين ذهبوا إلى أنّ ركن النّكاح واحدٌ فقط، وهو الصّيغة، وقالوا باشتراط باقي تلك الأركان، فلا ينعقد عقد الزّواج إلا بوجود تلك الشّروط، والخلاف بينهم خلافٌ شكليّ. وتنقسم شُروط عقد الزواج إلى ثلاثة أقسام: شُروط انعقادٍ، وشُروط نفاذٍ، وشُروط جواز. وقد اتّفق الفقهاء على هذه الشّروط بما في ذلك الحنفيّة.

ومن خلال تلك الشّروط يجب أن تكون حُطوات إجراء عقد الزّواج الشرعي، ووفق ما تمّ بيانه من أقوال الفقهاء، وحسب المذهب المتبع في البلد المعين، مع مراعاة النّقاط التالية: يتقدّم شابٌ لخطبة فتاة، فيخبر أهلها بنيّته عازماً على إتمام العقد عليها إن تمّت الموافقة من قبليهم. يعدُّ أهل الفتاة الشاب بإتمام العقد بعد أخذ

¹- سورة النساء:4.

²- البخاري، محمد بن إسماعيل(1314هـ).مصدر سابق.ص5145.

³- أخرجه أبو داود 635/1، كتاب النكاح: باب في الولي، حديث 2085،

⁴- النووي، أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف(1991م). روضة الطالبين وعمدة المتقين.المكتب الإسلامي، بيروت، ط3 ج7 ص45.

⁵- بابين بزيّة، عبدالعزيز بن إبراهيم(2010م). روضة المستبين في شرح كتاب التلقين. دار بن حزم، الرياض، ط1 ج1 ص7440.

⁶- سورة البقرة:232.

⁷- ابن قدامة، محمد بن عبدالله(1972م). المغني. دار الكتب العلمية، بيروت، ط2 ص87.

الموافقة من الفتاة. يتم الاتفاق على المهر والشروط لكلا الطرفين والتي يُريدان إضافتها إلى عقد الزواج إن رغباً. يُخاطب وليّ المخطوبة - والدها أو شقيقها أو من يكون له حقّ الأهلية بشرط توفر صيغة الايجاب والقبول.

وهذا ما جاء في الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة التي أشارت على اشتراط الولي في النكاح وبطلان الزواج إذا لم يكن بالولي وهي أدلة واضحة وكافية، ولذلك صار صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم على ذلك المنوال وهم قدوتنا بمقتضى هذه النصوص الواضحة الدلالة، حيث قال العلامة ابن المنذر رحمه الله: "إنّه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك" أي لا يعرف أحداً قال خلاف اشتراط الولي في الزواج¹. فالذي اشتهر ذكره عن الصحابة رضوان الله عنهم قولاً وفعلاً أن الذي يزوّج النساء هم أولياؤهنّ من الرجال، وفي هذا دعوى لإجماع الصحابة على القول بأنّه "لا نكاح إلا بوليّ"، وكفى بإجماعهم حجّة على المسلمين ما لم يخالف الشرع الإسلامي، فإذا لم يعقد الولي فإن العقد غير موجود أو معناه لا يصح النكاح إلا بولي، قال تعالى: **وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ**²، أي أنه إذا لم يتوفر الولي فالعقد غير صحيح.

وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء، كما هو مذهب الصحابة جميعاً، وقد روى عكرمة بن خالد قال: "جمعت الطريق ركباً فجعلت امرأة منهن ثيب أمرها بيد رجل غير ولي فأنكحها فبلغ ذلك عمر فجلد الناكح والمنكح ورد نكاحها"³. وما ذهب إليه السلف الصالح أرادوا في ذلك إبراء ذمتهم عندما قالوا: "إذا وجدتم قولنا يخالف قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فاضربوا بقولنا عرض الحائط... وكان الإمام مالك رحمه الله يقول: "كليؤخذ من قوله ويترك إلا صاحب هذا القبر ويعني النبي صلى الله عليه وسلم..."⁴. وقد يتعجب المرء من قوم الذين يريدون أن يغيروا أمر الزواج بحجة الحرية والحفاظ على الحقوق في بلادنا، فيريدون أن يباح زواج (التراضي) ويتحججون بأقوال قد لا تفيد المجتمع الإسلامي كثيراً بقدر ما تزرع الخلاف والاختلاف في الفقه الإسلامي، وهذا ما أراد به المستشرقين والمنصرين، فقالوا أنّ هنالك ضعف في الفقه الإسلامي، فاليوم نحن نحقق لهم اطماعهم الثقافية والفكرية.

وهنالك من يرى أن النفي يتوجب الكمال، أي لا نكاح كامل إلا بولي، فإذا لم يعقد الولي نكاح المرأة، فزواجها صحيح. واستدل أصحاب هذا الرأي على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم: "الثيب أحق بنفسها من

¹- ابن المنذر، أبو بكر بن محمد النيسابوري (2004م). الاجماع. تحقيق خالد بن محمد أبو الأعلى. دار الآثار للنشر والتوزيع، دمشق، ط2 ص123.

²- سورة البقرة: 221.

³- الرملي، شمس الدين محمد (1997م). مصدر سابق. ص432.

⁴- ابن المنذر، أبو بكر بن محمد النيسابوري (2004م). مصدر سابق: 324.

ولها¹. لكن يرد عليهم بأن هذا الحديث ينص على أن الثيب لأبد من أن تعبر عن رضاها، ولا ينص على أنها هي التي تتولى العقد بنفسها، وهذا ما ذهب إليها المالكية الذين يرون أن الولي شرط في الزواج ولا يصح إلا به، بحيث لا تعقد المرأة الزواج لنفسها بنفسها، فإن عقدت لنفسها فإن الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده².

وعلى هذا سارت المدونة في أول الأمر، حيث كانت تعتبر أن الإيجاب أو القبول يقع من ولي الزوجة فقط. وقد نصت في الفصل الثاني عشر، في الفقرة الثانية منه: "لا تباشر المرأة العقد ولكن تفوض لوليها أن يعقد عليها". وقد تم تغيير هذه الفقرة بمقتضى التعديل الذي صدر في ربيع الأول 1414هـ حيث قرأت هذه الفقرة كالآتي: "تفوض المرأة لوليها أن يعقد عليها"، كما أنها أعطت المرأة الرشيدة التي لا أب لها الحق في أن تعقد زواجها بنفسها من غير حاجة إلى ولي يتولى العقد نيابة عنها". ويتبين من هذه النصوص التي جاءت في المدونة إن الولاية تعتبر ركناً من أركان الزواج في الحالتين التاليتين:

1. المرأة غير الرشيدة، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا، كان لها أب أو لم يكن، عاقلة كانت أو مجنونة.

2. المرأة التي لها أب. سواء كانت بكرًا أو ثيبًا، رشيدة أو محجورة³.

ومن خلال تلك المعطيات، لا يجوز أن يدخل كل طرف من طرفي العقد مكرهاً، وهو ما يشار إليه بزواج (التراضي)!! فهذه الحالة تمثل حديث الساعة في السودان!! إذ انبرى في الأيام الماضية أناس كثر يتحدثون في هذه المسألة وبعضهم لم يحط بها علماء، وإنما أراد أن يخوض مع الخائضين!! بغير علم ولا هدى ولا كتاب منير!! وفتح الباب على مصراعيه للأسف الشديد كلُّ يدلو بدلوه حسب ما يرنو له من أهوائه دون مراعاة لخصوصية البيت السوداني الذي بُنيَّ أساسه على نظم وتقاليد إسلامية لا يستطيع كائن من كان الانفكاك منها.

ومن جراء تلك الفتاوي أبدت كثير من الفتيات تحفظهن على مقترح زواج بدون ولي الذي تم تداوله في الشارع السوداني لإعتبارات إجتماعية كثيرة أهمها: الصورة الذهنية الراسخة لمكونات الأسرة في المجتمع السوداني، وتوافق الكثير من العادات والتقاليد للنظم الإسلامية خاصة في بناء العلاقة الزوجية، حيث ترى الفتيات أن الزواج بموافقة الولي يحفظ كرامة المرأة وكبريائها عند زوجها، ويحفظ كرامة أوليائهن وأهلن في وسط المجتمع، فالذين يخرجون عن هذا السياق ينظرون إليهن بدونية أحياناً.

¹ ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله (1993م). الاستدكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار. دار قتيبة، القاهرة. باب الكناح. ط2، ص20. حديث رقم: 31132.

² مالك بن أنس، أبو عبد الله (1994م). الموطأ. دار إحياء العلوم العربية. القاهرة. ط1 ص34.

³ -http://www.maghress.com/10835

أما الشباب فلديهم وجهة نظر مختلفة، فمنهم من ينظر بإيجابية لزواج التراضي، ومنهم من يرون خلاف ذلك، فالذين يوافقون الرأي يرون أنه يقلل نسبة العنوسة وسط الفتيات في المجتمع، ويستندون في نظرتهم على أن زواج التراضي قد يسهم في تخفيض التكاليف المادية الباهظة لمن يريد أن يقيم الحياة الزوجية، وكفالة حرية الاختيار للمرأة، بل يرون في هذا لا يعني أنه لا يوجد نسوة إلترمن بالإسلام عقيدة وسلوكاً، وأصبحن قدوة حسنة لإسرتها ولزوجها، وللمجتمع السوداني كله.

فالسودان ليس بعيداً عن هذه الموجة الثقافية والفكرية التي تنداح بين أنحاء العالم الإسلامي، لذلك فإن قانون نظام الأسرة تثور حوله عدة مغالطات فقهية أحياناً، وسياسية أحياناً أخرى دون مراعاة لخصوصية المجتمع السوداني الذي بُني كل تعاليمه الإسلامية وفق المذهب المالكي، فكثرة المطلقات، وتشرذم الأبناء في الشوارع، وتفكك الروابط الأسرية، وارتفاع عدد الأطفال غير الشرعيين، والأمهات العوانس، كل هذه المشاكل كلها بسبب وجود من ينادون بالتجديد في أصول الفقه، كذلك هنالك من يريدون أن لا تكون هنالك قانون تحكم بناء تلك اللبنة بأليات تمنع تفشي الظواهر السالبة التي تعيشها المجتمع السوداني. فالمقصود من زواج التراضي الذي يجادل فيه الكثيرون من السودانيين، أن من المرأة أن تختار شريكها بنفسها دون الرجوع للولي، أو تطابق الإرادتين على إحداث العلاقة الزوجية دون الرجوع للولي، وهذا محل الخلاف.

إنّ الاسلام يراعي الأعراف والتقاليد التي لا تخالف مقاصد التشريع، فحتى الأحناف يتحدثون عن أن (الثيب) هي ولية نفسها، ومن المعلوم أن وضع القوانين لا يتم إلا بمشاركة من قبل الفقهاء حتى لا تصبح المؤسسات الدينية عبارة عن مجالس شعبية، فالذين يتحدثون عن حالات قد طرأت في الفترات الأولى من صدر الدولة الإسلامية فإن ذلك لحل مشكلة اجتماعية معينة حفظاً للدين والنفس والنسل، واتقاء الفتنة في ارتكاب المعاصي. فإذا نظرنا للتكوين الاجتماعي في السودان نجده يختلف كثيراً عما هو موجود في الدول الإسلامية، حيث أن رجوع المرأة لعقد النكاح عند القاضي لا تشكل ظاهرة، وبهذا ليست ظاهرة ثقافية أو فكرية، وحتى إن وجدت لا يعتبر ذلك رفض من الولي عن الزواج. وبموجب أهمية الولي فإذا نظرنا للديانة اليهودية لا يتم القران المدني والديني إلا بموافقة الولي، والدولة تحاسب الأولياء بصرامة شديدة، لأن القانون يمنع الزواج من غير اليهودية إلا القليل منهم، وكذلك الشيعة الإمامية يشترطون حضور الولي حتى عند زواج المتعة¹.

المبحث الخامس: مزايا الزواج بوجود الولي

*زواج الولي يحقق بر الوالدين: إن وجود الولي شرط من شروط النكاح عند جمهور فقهاء المسلمين كما سلف، ولا يصح نكاح المرأة ثيباً أو بكرأ بدون إذن ولها وهو الأب أو الوصي ثم يترتب بعده الأقرب فالأقرب من عصبتها أو ذو الرأي من أهلها أو السلطان. وقد أفتى بعض الفقهاء ببطلان عقد الزواج الذي تتولاه الفتاة دون

¹ - الزحيلي، وهبة (1987م). مصدر سابق، ص4452. بالتصرف.

علم أيها وهو وليها باستثناء أبي حنيفة النعمان¹. فكل هذه النصوص وغيرها أقرت وأوجبت الولاية في النكاح وأقرت بطلان النكاح بلا ولي ولم يقدح أحد العلماء في صحة هذه الأدلة، والقاعدة الأصولية تقول "لا اجتهاد مع وجود النص"². أمّا القائلون بصحة زواج المرأة بدون ولي فحجّتهم في ذلك أن بعض الأولياء قد يضيّقون على بناتهم فيزوجوهن عنوة ولا يتركون لهن حرية اختيار، والتمسك ببعض العادات والتقاليد التي لا تمتّ إلى الإسلام بصلة، وهناك من يرى وجود الولي صورة من صور القصور عند المرأة خاصة إذا بلغت مراتب عالية في المعرفة والعلم، بينما تعتبر قاصرة في عقد زواجها، وحتى إن سلّمنا جدلاً بأن هذا الحذر مشروع ومعتبر إلا أنّ الإسلام قد حسم هذا الإشكال ولم يغفل عن حق المرأة في اختيار من تحب أو ترغب الزواج به³. وقد منع الإسلام العضل وهو منع المرأة أن تتزوج ممن ترغب فيه بدون عذر شرعي أو إجبارها أن تتزوج بمن لا ترغب فيه.

* حماية المرأة وصون عرضها: ولم يجعل الإسلام ولاية الولي مُطلّقة غير مقيّدة أو مشروطة بل اشترط الولي العدل الذي لا يمنع موليته من النكاح، فإن كان غير عدل في ولايته كفساد دينه أو رأيه فتسقط عنه الولاية وتنتقل إلى أحد الأقارب حسب الترتيب الشرعي، أو إلى القاضي فهو ولي من لا ولي له، فسُلطة الأب على ابنته ليست مطلّقة بل يقتصر وجوب رأي الولي على البنت القاصر التي لم تبلغ سن الزواج ولا تفقه مصطلحاتها في اختيار الرجل المناسب، وبعد البلوغ تتحول إلى ولاية مشورة ونصيحة وتوجيه وليست ولاية تسلّط وتحكّم واستبداد⁴. ومن هنا فإن وجود الولي هو الملاذ الآمن والملجأ الحصين للمرأة، فالغرض عند إبرام العقد هي إعادة الاعتبار والقيمة الاجتماعية للمرأة، ومن هنا فإن وجود الولي في عقد الزواج هو حصن الأول والأخير المحافظ عن شرف المرأة وعن مستقبلها، لذلك فإن إلغاء ركن الولي من الزواج لا يهدف أبداً إلى رفع مكانة المرأة ومساواتها مع الرجل كما يدعي البعض، وإنما هو احتقار وإهانة لها.

* حفظ كرامة المرأة: الحكمة من نظام الولاية في الزواج هي تكريم المرأة التي تقدم على أخطر مشروع في حياتها، ألا وهو الاقتران والمباشرة برجل لأول مرة لبناء صرح من الحياة الزوجية تقوم على الألفة والمحبة وإنجاب الأطفال، فالزواج علاقة شراكة تعني الجمع بين عائلتين، وقد تكون بين قبيلتين أو قريتين أو مملكتين يندمج فيها الزوجان بعائتهما، وتتعلق به حقوق غير المتعاقدين وهم الأولاد الذين من حقهم معرفة نسبهم الصحيح، وليس الزواج مجرد عقد بين شاب وشابة فكل ما يترتب على الزواج ينسحب على العائلتين المتصاهرتين سلباً أو إيجاباً فزواج ابنتها أو بنتهما قد يشرفهما أو يذلّهما ويلحق بهما الإهانة، ولذلك كان حضور وموافقة الولي شرطاً أساسياً لعقد النكاح. فالزواج بالولي يحفظ كرامة المرأة عند زوجها وأهله مضيفه أن الشريعة جعلت المرأة لا تسافر إلا برفقة محرم ناهيك عن الزواج الذي يصنع المجتمع وفي هذه إشارة إلى أن

¹- النووي، أبو زكريا (1991م). مصدر سابق. ص 67.

²- ابن حزم، محمد علي (1985م). الفصل بين الملل والأهواء والنحل. دار الجيل، بيروت، ط 2.

³- الحصني، أبو بكر بن محمد (1994م). مصدر سابق. ص 456.

⁴- الحصني، أبو بكر بن محمد (1994م). المصدر نفسه. ص 287.

اشتراط الولاية في الزواج يحقق مصلحة المرأة، ويرفع قيمتها، ويحافظ على الروابط الأسرية التي تربط بين المرأة وأقاربها وأهل زوجها، وبغير وجود الولي قد تنساق وراء هوى نفسها لأن المظاهر خداع.

* ضمان لصحة العلاقة بين الزوجين: إن وجود الولي في الزواج ضمان لصحة وجدية بناء العلاقة بين الزوجين، وهو الذي يحرص على مصلحتهما، فيوافق على زواج بنتها المناسب سناً ودينياً وخلقاً ومكانة اجتماعية، فالولاية فيها صحة لقيام عقد الزواج، وصيانة المرأة عن حضور مجلس عقد الزواج الذي يحضر أقارب الزوج، وحياء المرأة تاج عفتها وكرامتها¹، فالولي هو أحرص الناس على مصلحة الفتاة، وهو الذي له قدم سبق بأحوال وطباع الرجال وأهوائهم، وبالتالي له من القدرة الذهنية والفكرية الذي يجعله أن يختار لابنته زوجاً صالحاً دون تأثير أو هوى النفس، فالولي هو أكثر الأشخاص شفقةً وعطفاً على إبنها دون غيرها. فالفتاة التي تكون في مقتبل عمرها المبكر أو مازالت في فترة المراهقة قد تسقط في فخ المغريات والإغراءات المادية والعاطفية وقد يدفعها الفقر أو الحاجة أو قلة التجربة وقصر النظر وضعف عاطفتها، وعدم خبرتها بشؤون الرجال وأحوالهم وأخلاقهم وأسرارهم، فتتخدع بالمظاهر البراقة والكلام المعسول، والوعود الخاوية فتتنساق وراء العواطف الجياشة، وخاصة من ذوي النفوذ والمال فتزوج نفسها في لحظة ضعف فتصبح زوجة وفريسة لرجل، كان الغرض من بناء تلك العلاقة قضاء نزوته فقط دون الحاجة لإتمام سنة الرسول صلى الله عليه وسلم.

* تحقيق كرامة المرأة في الإسلام: إن الولاية تعتبر في الواقع مظهراً من مظاهر تكريم الإسلام للمرأة. حيث كلف الرجل بأن يضع نفسه في خدمة المرأة التي في ولايته، ليعينها على اختيار الزوج الصالح، وليصونها عن الابتذال والوقوف من زوجها المنتظر موقف المساوم المماكس. هذا بالإضافة إلى أن الزواج في مجتمعاتنا الإسلامية لا يخص المرأة وحدها، ولا تقتصر آثاره على الزوجين فقط، وإنما يؤثر على الأسرة كلها، وعلى أقارب الزوجين معا لأن الإسلام يأمر بتمتين الروابط الأسرية التي تجمع بين الأقارب، والمحافظة على المودة وصلة الرحم بين الأهل.

ويرى الأستاذ أبوبكر صالح: "إن الاحتجاج برأي أبي حنيفة يمكن أن يستصحب معه المذهب المتبع في الدولة المعنية، لأن أبا حنيفة لم يبلغ الولاية في الزواج مطلقاً، بل لم يشترط الولي بالنسبة للمرأة التي ليس لها ولي، وولاية المرأة العاقلة أو الراشدة نفسها هي ولاية ندب واستحباب"²، ولذلك يندب ألا تتولى المرأة العقد بنفسها محافظة على مصلحتها وصيانة لحياتها³. فالخليفة عمر بن الخطاب عندما أراد توقيف حد السرقة عام المجاعة لم يقل إن عُمرأ رضي الله عنه قد أراد إلغاء حد السرقة، بل أرجأه لانتفاء مبرراته ومسوغاته، وكذا أبو حنيفة ألغى بعض صيغ الولاية الظاهرة والمتعارف عليها، حتى لا تحكمه بعض الملابس التي صرفته عن أصله، فلا يجوز التعامل مع الأدلة الفقهية بطريقة مقطوعة من أدلتها فتأخذ على عمومها، وقد اشترط أبو حنيفة لصحة تزويج المرأة نفسها بدون ولي شروطاً حتى لا يكون زواجها عاراً أو مذلةً لأهلها، فقال بوجود

¹- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس (1997م). غاية البيان شرح ابن رسلان. دار المعرفة، بيروت، ط2ص267.

²- صالح، أبو بكر (2017م): <http://www.taddart.org/?p=1008>

³- الجزائري، جابر بن موسى (1988م). النكاح والطلاق أو الزواج والعرف. مطابع الرحاب، الجزائر، ط2ص56.

أن يكون الزوج كفاءً وهذا ضمان لكي لا يصبح زواج المرأة إهانة أو إساءة لأهلها فإن لم يتحقق ذلك فللولي أن يبطل الزواج، وهكذا يجب أن يفهم رأي أبي حنيفة موصولاً بهذه الضوابط، إذ لم يكن ترخيصاً على الإطلاق.

من خلال ما ذكر لا توجد مبررات إلغاء شرط الولي من الزواج إذ لم تعترضه عوارض أو نواقض، لأن وجود الولي في عقد الزواج لم يكن بدءاً جديدةً في مقاصد التشريع الإسلامي، بل يشكل جزءاً أساسياً في الكليات الخمسة (حفظ الدين-حفظ النفس-حفظ العقل-حفظ النسل-حفظ المال) كما لم نسمع بصورة أو بأخرى بأن هنالك فتاة سودانية واحدة أرادت أن تستغني أو تشتكي من وجود أبيها أو أهلها في عقد قرانها. بل أن معرفة الأهل وحضورهم في كل مراحل الزواج سلوكٌ متجذر ومتأصل في الثقافة السودانية المتعدد الإثنيات والقبائل والعشائر، وهذا يشكل مظهر من مظاهر الفخر والاعتزاز بالأمة السودانية المنصهرة في بوتقة متاسكة في دينها وعاداتها وتقاليدها، والتي تمثل صمام الأمان من كل ما يهدد الخلية الأساسية للمجتمع السوداني.

المبحث السادس: الآثار السالبة تجاه الزواج بدون ولي

لم تستبعد الدولة السودانية مذهبها المالكي الذي يؤكد على وجوب الولي كركن أساسي في عقد الزواج يتفق معها في ذلك المذهب الأخران الشافعية والحنابلة، وتراعي في هذا خصوصية الثقافة والواقع الاجتماعي للشعب السوداني، فلا يوجد هنا مصوغات موضوعية يجعلنا نتمسك بالقول الآخر الذي قد تفضي إلى عواقب وخيمة على الفتاة والأسرة والمجتمع، كما أن غياب الولي يولد تخوفاً كبيراً لدى الكثير من الأسر السودانية.

أيضاً يرى الكثيرون إن حذف ركن الولي تبقى الأركان الأخرى لا معنى لها، في كل مكان فالشهود وما أكثرهم وما أسهل تواطؤهم وشراءهم بأبخس الأثمان، والصداق ولو بخاتم من حديد، والرضاء حاصل منذ البداية بين الشاب والفتاة، فالسؤال ما نسبة نجاح مثل هذه النوع من الزواج؟ فإذا أرادت الفتاة لنفسها مستقبل مشرف عليها الاهتمام بالأب أو الولي محل الزواج. فالتعديلات في قانون الأسرة التي تنادي بها القانون الجديد لا تخرج عن كونها جزءاً من الإصلاحات التربوية فقط، وهذا ما ينادي به الغرب للموائمة بين الحضارتين الغربية والإسلامية (مؤتمر القاهرة، مؤتمر بكين، مؤتمر الفاتيكان، مؤتمر حوار الحضارات... وغيرها).

ومن خلال تلك الشواهد فإن الأب هو المسؤول الأول عن ابنته حتى تبلغ سن الرشد، وبعد أن يتقدم لها زوج يقوم بتسليم تلك الرعاية للزوج وقد جاءت الآيات القرآنية مخاطبة أولياء الأمور، كقوله تعالى: {وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ}¹، وهنالك من يرى أن محصلة الزواج بالتراضي تفسد القيم والأخلاق، وقد تكون سبباً في الطلاق، لذلك فإن وجود الولي يمثل إكراماً للبنات وتقوية لمكانتها الاجتماعية. أيضاً أشار آخرون إلى أن زواج التراضي قد يؤدي

¹ - سورة النور: 32.

إلى خلق مشاكل اجتماعية كالتفكك الأسري وفقدان التوافق بين الأسر¹. بينما يشبه آخرون زواج التراضي بالزواج العرفي لعدم اشتراط موافقة الولي فيه، وأن المجتمع والأسرة السودانية لا تحتاج لمثل هذه القوانين. ومن خلال تلك المعطيات فإننا لسنا مع الجدل الدائر اليوم لأن ارتفاع نسبة العنوسة ليس من أسبابها وجود الولي، أو رفض الأبويين أن تذهب الفتاة إلى القاضي، فإذا أدركا بأن في زواجهما الصلاح والفلاح فيجب زواجهما انطلاقاً من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير"².

وأيضاً يرى بعض علماء الاجتماع أن مثل هذه القوانين الضرر فيها أكبر من النفع، وقد يمهد لصراعات وايدولوجيات لا يحتاجها المجتمع السوداني على المستوى الفكري والثقافي. لذلك تعتقد الاستاذة حنان (جامعة النيلين) أن الشذوذ عن المنظومة والقاعدة الإلهية ستصبح إشكالية، وذلك لعدة أسباب منها الإخلال بشرع الله، وبطبيعة وخصائص المجتمع السوداني الممتد والمتداخل الذي مازالت تسيطر عليه الحميمية الأسرية والمشورة والتقصي في مسائل الزواج، فالسؤال كيف لمجتمع أن يعطى فيه المرأة بصلاحيات تتجاوز العرف الاجتماعي مضيئة أنه يجب ألا تخلق إشكالية لمعايير الزواج التي تبني على أسس واضحة لا تحتاج لأي قانون وجدال ونقاش لأن الله وضع أسس ينبني على المودة والرحمة بين الشريكين³. وعلى تلك الحجج فالمرأة السودانية لا تعاني من أي ضغوط في خيارات الزواج حالياً بل هي تتفق مع من تختاره زوجاً، وذلك تحسباً لأي صراع يحدث داخل المؤسسة الزوجية، فنحن نحتاج لقوانين أهم من هذه القوانين لأن المرأة السودانية تتمتع بصلاحيات كبيرة لا تتمتع بها حتى المرأة العربية

ويرى الخبير القانوني سمير شيخ إدريس: إن فكرة تعديل الشكل المتعارف عليه في العقد بأركانته وشروطه معركة في غير معترك مشيراً لوجود العديد من القوانين التي يجب تعديلها كالقوانين المقيدة للحريات والحقوق والرقابة مضيئة أنه لا توجد عيوب كثيرة في قانون الأحوال الشخصية، وموضحاً أن مسار التعديل محل الخلاف في قانون الأحوال الشخصية... ولتحقيق تلك الغايات تم إلغاء بعض مواد الدستور في قانون الأحوال الشخصية لسنة 1991م واستحدثت ولاية البنت لنفسها باعتبار البنت ولية نفسها، وبموجب تلك الفلسفة تم تعديل المواد 32 إلى 37 والتي تنص كلها على ضرورة وجود الولي في الولاية حيث نصت المادة (37) على سقوط الولاية إذا ترك الولي الإنفاق على موليته سنة كاملة بدون عذر فتسقط ولايته عليها أو إذا امتنع الولي عن تزويج موليته فيجوز لها أن تطلب من القانوني أو القاضي تزويجها.

¹ - <http://alsudanalyoum.com/2017/02/28>

² - الترمذي، أبو عيسى (1989م). سنن الترمذي. تحقيق أحمد شاكر، وعبدالباق عطية، مطبعة الحلبي، كتاب النكاح، ط2 ج3 ص394 حديث رقم 1084.

³ - <http://www.alrakoba.net/news-action-show-id-265804.htm>

حيث جاء نص التعديلات الوارد في المادة بإسم (حق التزاوج) كما يلي: الأسرة هي الوحدة الطبيعية والأساسية للمجتمع ولها الحق في حماية القانون، عند بلوغ سن الرشد المقررة قانوناً يجوز التزاوج بين ذكر وانثى بالتراضي وبالتعاقد مباشرة أو وكالة، وتسير الأسرة وفق دين الأطراف أو عرفها، على أن يراع المتاع والوصايا والمواثيق بعد الموت، لقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُجَلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ} ¹، وعليه فإنه يمكن القياس هنا؛ مع الأخذ في الاعتبار أن عقد الزواج من أهم العقود التي يعقدها الإنسان؛ والله تعالى وصف عقد الزواج بأنه ميثاق غليظ لقوله تعالى: {وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا} ².

خاتمة

أكدت الدراسة أن ولاية عقد النكاح في ظل وجود الولي تشكل البوتقة الأساسية في المحافظة على قيام حياة زوجية خالية من التحديات والتهديدات، مقرونة بأراء الفقهاء الذين تحدثوا عن إرادة الطرفين في بناء عقد الزواج. وقد خلصت الدراسة إلى النتائج التالية:

- * الأصل في الزواج التراضي مع بقاء حق الولي.
- * التوافق بين العاقدین شرط أساسي في قيام حياة زوجية خالية من العيوب.
- * هنالك جملة من الآثار السلبية المترتبة على غياب الولي عند الزواج.
- * لا يمثل زواج المرأة بغير الولي إجماع أهل السودان.
- * تفهمت الأسر السودانية خطورة المجادلة في ثقافة زواج التراضي بدون ولي.
- * استغلال بعض الجهات لقانون حرية المرأة في اختيار الزوج.
- * هنالك عدة عيوب للعقد بالتراضي منها: الغش، والاكراه، والاستغلال، والخيانة.

¹ - سورة المائدة:1.

² سورة النساء:20-21.

أهم التوصيات

* ضرورة العمل بمقتضى الشرع الإسلامي مع بقاء حق الولي في الزواج.

* العمل على بناء التوافق بين العقدين وفق المذهب المعمول في الدولة المعنية.

* نشر ثقافة ولاية النكاح في المناهج الدراسية.

* الوقوف أمام التحديات والتهديدات التي تنادي بأحقية المرأة في الزواج بنفسها دون الرجوع للولي.

المراجع

ابن القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد (1999م). بداية المجتهد ونهاية المقتصد. دار ابن حزم، بيروت، ط2.

ابن المنذر، أبو بكر بن محمد النيسابوري (2004م). الإجماع. تحقيق خالد بن محمد أبو الأعلى. دار الآثار للنشر والتوزيع، دمشق، ط2.

ابن حزم، محمد علي (1985م). الفصل بين الملل والأهواء والنحل. دار الجيل، بيروت، ط2.

ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله (1993م). الاستدكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار. دار قتيبة، القاهرة. باب الكناح. ط2.

ابن فارس، أحمد بن زكريا (1411هـ). معجم مقاييس اللغة. تحقيق عبدالسلام هارون. دار الجيل، بيروت، ط2 ج3.

ابن قدامة، محمد بن عبد الله بن محمد النيسابوري (1972م). المغني. دار الكتب العلمية، بيروت، ط2.

ابن منظور، محمد (1973م). لسان العرب. دار الفكر العربي. بيروت، ط3 ج2.

أبو داود، سليمان بن الأشعث (1314هـ). سنن أبي داود. تحقيق محمد محي الدين. دار الفكر العربي، بيروت، ط2.

ابن بزيمة، عبدالعزيز بن إبراهيم (2010م). روضة المستبين في شرح كتاب التلقين. دار ابن حزم، الرياض، ط1 ج1.

البخاري، محمد بن إسماعيل (1314هـ). صحيح البخاري. دار القلم، القاهرة، ط3 ج4.

الترمذي، أبو عيسى (1989م). سنن الترمذي. تحقيق أحمد شاکر، وعبدالباقي عطية، مطبعة الحلبي، كتاب النكاح، ط2 ج3.

الجزائري، جابر بن موسى (1988م). النكاح والطلاق أو الزواج والعرف. مطابع الرحاب، الجزائر، ط2.

الجزيري، عبدالرحمن (1989م). كتاب الفقه على المذاهب الأربعة. مكتبة المنار، بيروت، ط2 ج3.

الحصني، أبوبكر بن محمد (1994م). كفاية الأختيار في حل غاية الاختصار. دار الخير، دمشق، ط1.

داؤد، أحمد محمد علي (2009م). فقه الأحوال الشخصية المقارن. دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1.

الرازي، فخر الدين (1986م). مفاتيح الغيب. دار الكتب العلمية، بيروت، ط2.

الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس (1997م). غاية البيان في شرح زيد بن رسلان. دار المعرفة، بيروت، ط1.

الزحيلي، وهبة (1987م). الفقه الإسلامي وأدلته. دار الفكر، دمشق، ط4 ج4.

الشافعي، حسين بن محمد (1987م). الأفصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة. دار الجيل، بيروت، ط2 ج5.

الشافعي، محمد بن إدريس (1980م). كتاب الأم. دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ط1 ص15.

شهبون، عبدالكريم (2006م). الشافي في شرح مدونة الأسرة. ط1 ج2.

صالح، أبو بكر (2017م): <http://www.taddart.org/?p=1008>

الصدر، السيد محمد صادق (2009م). ما وراء الفقه. دار الأضواء للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط1.

الغزالي، ومنصور (2009م). أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1.

مالك بن أنس، أبو عبدالله (1994م). الموطأ. دار إحياء العلوم العربية. القاهرة، ط1.

مالك، ابن أنس (بدون تاريخ). المدونة الكبرى. دار الكتب العلمية. بيروت، ط2.

النووي، أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف (1991م). روضة الطالبين وعمدة المتقين. المكتبة الإسلامية، بيروت، ط3.

<http://islamport.com/d/2/fgh/1/29/337.html>.

<http://www.alrakoba.net/news-action-show-id-265804.htm>.

52

<http://alsudanalyoum.com/2017/02/28>.

<http://www.maghress.com/10835>.

دراسة شخصية المتهم الحدث خلال مرحلتي التحقيق والمحاكمة

في القانون العراقي والليباني: دراسة مقارنة

أكرم زاده الكوردي محقق قضائي في مجال التحقيق مع الأحداث
وعضو محكمة أحداث دهوك سابقاً، وماجستير في القوانين المقارنة.

Abstract

This research deals with the personal study of the accused during the investigation and trial stages in Iraqi and Lebanese law .Its purpose is to clarify the similarities and differences between the law of juveniles of both countries in relation to the subject matter of the study, with a view to benefiting from the strengths of each law .To achieve this, the researcher used the analytical, comparative, and analytical inductive method .The conclusion of the research result: the existence of similarities and differences between the two laws, the similarity between them was in the basics, but the difference was in the particles .With regard to differences, each law had both weak and weighted strengths .Thus, the Lebanese legislature can benefit from the Iraqi legislator, and vice versa where the Iraqi legislator can benefit from the Lebanese legislator.

Keywords: study, personal, investigation, trial, events, Iraq, Lebanon.

الملخص

يتناول هذا البحث دراسة شخصية المتهم الحدث خلال مرحلتي التحقيق والمحاكمة في القانون العراقي واللبناني. والغرض منه هو بيان أوجه التشابه والاختلاف بين قانون الأحداث لكلا البلدين فيما يتعلق بموضوع الدراسة، بهدف الاستفادة من نقاط القوة في كل قانون. وفي سبيل تحقيق ذلك، استخدم الباحث المنهج الاستقرائي التحليلي، المقارن، والنقدي. وأختتم البحث بنتيجة وهي: وجود التشابه والاختلاف بين القانونين، فالتشابه بينهما كان في الأساسيات، أما الاختلاف فكان في الجزئيات. وفيما يتعلق بأوجه الاختلاف، فإن كل قانون كان لديه نقاط قوة راجحة وأخرى ضعيفة مرجوحة. وعليه، بإمكان المشرع اللبناي الاستفادة من المشرع العراقي، والعكس صحيح حيث يمكن للمشرع العراقي الاستفادة من المشرع اللبناي.

الكلمات الافتتاحية: دراسة، شخصية، تحقيق، محاكمة، أحداث، عراق، ولبنان.

مقدمة

تعتبر دراسة شخصية المتهم التي تتضمن البحث الاجتماعي والفحص الطبي من النواحي البدنية والنفسية والعقلية من أهم المسائل التي من المفروض إجرائها للمتهم أثناء حياة القضية الجزائية، وهذه الأهمية تعود إلى أن قاضي التحقيق وقاضي محكمة الأحداث كلاهما ملزمان بمراعاة ظروف المتهم المدونة في تقارير الجهات القائمة بهذه الدراسة، ولهذا قد يصدر القاضي بسبب ما هو مدون في هذه التقارير، قراراً بعدم مسؤولية المتهم، أو تديير أو عقوبة مخففة بحقه. ولكون الباحث يعمل في مجال الأحداث منذ سنوات سواء في محكمة الأحداث أو في محكمة التحقيق في مجال الأحداث، ولزيارته دولة لبنان الشقيقة عام 2008م ضمن وفد رسمي، وزيارته لعدد من الجهات الرسمية العاملة مع الأحداث، يرى بأن إجراء مقارنة بين قانون أحداث البلدين العراقي واللبناني في هذا الخصوص، فيها فائدة لا يستهان بها.

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث في كونه جديداً من نوعه في هذا المجال، حيث لم يجد الباحث أي بحوث أو دراسات معمّقة في هذا الخصوص بالتحديد وإن وجدت فإنها ضمن مواضيع أخرى وتم الإشارة إليها بصورة بسيطة، ومن خلال هذا البحث يمكن التعرف على دراسة شخصية المتهم الحدث خلال مرحلتي التحقيق والمحاكمة في القانون العراقي واللبناني، والتطلع على نقاط القوة فيهما بغية الاستفادة منها، وكذلك الكشف عن مكامن الخلل فيهما بغية إصلاحها وتحسينها.

تساؤلات البحث:

يسعى الباحث إلى الإجابة على الأسئلة الآتية:

1. ما هي أوجه الاختلاف والاتفاق بين دراسة شخصية المتهم الحدث خلال مرحلتي التحقيق والمحاكمة في القانون العراقي واللبناني.
2. ما هو فيصل التفاضل بين دراسة شخصية المتهم الحدث خلال مرحلتي التحقيق والمحاكمة في البلدين.

منهجية البحث:

ارتأى الباحث أن يعتمد على المنهج الاستقرائي لدراسة شخصية المتهم الحدث خلال مرحلتي التحقيق والمحاكمة في قانون البلدين. والمقارنة بينهما وتحليلها تحليلاً قانونياً بطريقة نقدية بغية الوقوف على نقاط القوة والضعف في كل قانون.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى التعرف على أوجه التشابه والاختلاف بين دراسة شخصية المتهم الحدث خلال مرحلتي التحقيق والمحاكمة في القانون العراقي واللبناني، وكذلك البحث والتحري عن نقاط القوة والتفاضل بينهما بغية إفادة المشرعين من الجانبين.

خطة البحث:

ولغرض الإجابة عن تساؤلات البحث، سيتم عرض ومناقشة موضوع البحث من خلال مبحثين. في الأول، سنتناول دراسة شخصية المتهم الحدث خلال مرحلة التحقيق في القانون العراقي واللبناني. وفي الثاني، سنتطرق إلى تلك الدراسة خلال مرحلة المحاكمة. ويتفرّع كل مبحث إلى ثلاث مطالب.

المبحث الأول: دراسة شخصية المتهم الحدث خلال مرحلة التحقيق في القانون العراقي واللبناني.

سنتناول هذا المبحث من خلال ثلاث مطالب. في الأول، سنتطرق إلى دراسة شخصية المتهم الحدث خلال مرحلة التحقيق في القانون العراقي. وفي الثاني، سنتناول تلك الدراسة في ظل قانون اللبناي. وفي الأخير، سنقارن أحكام هذه الدراسة في كلا القانونين، لتعرف على أوجه التشابه والاختلاف بينهما.

المطلب الأول: دراسة شخصية المتهم الحدث خلال مرحلة التحقيق في القانون العراقي.

يعتبر قانون رعاية الأحداث العراقي رقم 76 لسنة 1983 من القوانين التي أعطت لدراسة شخصية المتهم الحدث أهمية خاصة، حيث نصت المادة 51 من قانون رعاية الأحداث العراقي على: أولاً، على قاضي التحقيق عند اتهام حدث بجناية وكانت الأدلة تكفي لإحالته على محكمة الأحداث أن يرسله إلى مكتب دراسة الشخصية. ثانياً، لقاضي التحقيق عند اتهام حدث بجنحة أن يرسله إلى مكتب دراسة الشخصية إذا كانت الأدلة تكفي لإحالته على محكمة الأحداث وكانت ظروف القضية أو حالة الحدث تقتضي ذلك¹.

يفهم من النص أن هناك حالات وجوبية وأخرى جوازية، لدراسة شخصية المتهم الحدث، وكما يلي:

1 - في حالة إتهام الحدث بجريمة من نوع الجنایات وكانت الأدلة كافية لإحالته على محكمة الأحداث، فإن قاضي التحقيق ملزم بإصدار قرار إرساله إلى مكتب دراسة الشخصية. وعليه، تكون دراسة شخصية المتهم وجوبية أثناء مرحلة التحقيق في حالة توفر شرطين وهي: أولاً، أن تكون الجريمة المرتكبة جنائية². ثانياً، أن تكون الأدلة المتوفرة ضد المتهم كافية لإحالته.

2 - في حالة إتهام الحدث بجريمة من نوع الجنح وكانت الأدلة كافية لإحالته على محكمة الأحداث يجوز لقاضي التحقيق أن يرسله إلى مكتب دراسة الشخصية إذا كانت ظروف القضية أو حالة الحدث تقتضي ذلك. وعليه، تكون دراسة شخصية المتهم جوازية أثناء مرحلة التحقيق في حالتين بعد توفر الشروط، وهي: أولاً، أن تكون الجريمة المرتكبة جنحة، وأن تكون الأدلة المتوفرة ضد المتهم كافية لإحالته، وظروف القضية تقتضي ذلك. ثانياً: أن تكون الجريمة المرتكبة جنحة، وأن تكون الأدلة المتوفرة ضد المتهم كافية لإحالته، وحالة الحدث تقتضي ذلك. يتضح، بأن الفرق بين الحالتين هو، أن ظروف القضية تستدعي دراسة شخصية المتهم في الحالة الأولى، بينما حالة الحدث تتطلب ذلك في الحالة الثانية³.

¹ راجع أيضاً م 236 قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 المعدل.

² راجع قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969 المعدل. مادة 26: الجنایة هي الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبات التالية: (الإعدام، السجن المؤبد. السجن أكثر من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة). مادة 26: الجنحة هي الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبتين التاليتين: (الحبس الشديد أو البسيط أكثر من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات. الغرامة). مادة 27: المخالفة هي الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبتين التاليتين: (الحبس البسيط لمدة أربع وعشرين ساعة إلى ثلاثة أشهر. الغرامة التي لا يزيد مقدارها على ثلاثين ديناراً).

³ أنظر مصطفى، أكرم زاده، شرح قانون رعاية الأحداث رقم 76 لسنة 1983 المعدل وتطبيقاته العملية، (أربيل: مطبعة شهاب، ط 1، 2010م)، ص 145.

يلاحظ، أنه من المستحسن جعل قضايا الجرح من الحالات الوجوبية للأسباب أدناه:

أ- هناك تدابير جنح خطيرة قد تصل إلى ثلاث سنوات في مدرسة التأهيل.

ب- عند إحالة القضية إلى محكمة الأحداث، قد ترى هذه المحكمة (أحداث) بأنه كان من المفروض على محكمة التحقيق عرض الحدث على المكتب لأن ظروف القضية أو حالة الحدث تقتضي ذلك، عندئذ تتدخل محكمة الأحداث في قرار الإحالة تمييزاً وتعيد أوراق القضية إلى محكمة التحقيق للغرض المذكور وهو عرف قضائي متّبع رغم وجود المادة 66/ثالثاً من قانون الأحداث التي سنتطرق إليها لاحقاً.

ت- أهمية تقرير مكتب دراسة الشخصية، حيث يجب على المحكمة وبموجب القانون مراعاة مضمون التقرير عند إصدار الحكم على الحدث. وتجدر الإشارة، بأن دراسة الشخصية هذه تجعل القاضي مطمئناً عندما يصدر قراره سواء كان بالبراءة أو الإفراج عنه بكفالة لحين المحاكمة أو يصدر أي قرار آخر في القضية¹. ومن التطبيقات القضائية في هذا الخصوص:

1- جاء في قرار محكمة أحداث دهبوك بصفتها التمييزية تحت العدد 20/ت/2004 في 17/11/2004 ما يلي: بعد التدقيق والمداورة لاحظت المحكمة أن قرار الإحالة غير صحيح ومخالف للقانون وصدر قبل أن يستكمل التحقيق غايته حيث لوحظ أنه لم يتم عرض المتهم على مكتب دراسة الشخصية رغم صراحة المادة 51/أولاً من قانون رعاية الأحداث المعدل التي تنص على وجوب عرض المتهم على مكتب دراسة الشخصية عليه قررت المحكمة نقض قرار الإحالة أعلاه وإعادة الدعوى إلى محكمتها المختصة لغرض ربط القضية بتقرير مكتب دراسة الشخصية ومن ثم ربط القضية بقرار قانوني صحيح وصدر القرار حضورياً استناداً لأحكام المادة 264 من قانون أصول المحاكمات الجزائية المعدل و54 من قانون رعاية الأحداث المعدل وأفهم في 17/11/2004.

2- جاء في قرار محكمة أحداث دهبوك بصفتها التمييزية تحت العدد 18/ت/2004 في 30/9/2004 ما يلي: لدى التدقيق والمداورة تبين بأن التمييز مقدم ضمن مدته القانونية فتقرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه صدر قبل أن يستكمل التحقيق غايته حيث أن المتهم الحدث لم يحال على مكتب دراسة الشخصية وذلك مخالف لأحكام المادة 51 من قانون رعاية الأحداث المعدل حيث أن حاكم التحقيق لم يتبع ما ذكر أعلاه عليه قرر نقض قرار الإحالة أعلاه وتصديق اللائحة التمييزية وإعادة أوراق القضية إلى محكمتها للسير وفق المنوال المشروح أعلاه وصدر القرار بالاتفاق استناداً لأحكام المادة 264 و265 من قانون أصول المحاكمات الجزائية المعدل وأفهم في 30/9/2004.

وعند تصفّح الباحث لسجل القرارات التمييزية لمحكمة أحداث دهبوك بصفتها التمييزية لاحظ بأنها تتدخل تمييزياً في أية قضية لم يتم فيها عرض الحدث على مكتب دراسة الشخصية أو الباحث الاجتماعي،

¹ انظر خوشناو، سردار عزيز، النظام القضائي المختص بالأحداث في العراق، (كوردستان: ط 1، 2006 م)، ص 79.

بغض النظر فيما إذا كانت القضية جنائية أو جنحة أو مخالفة، وهذا الإجراء غير سليم من الناحية القانونية، لأنه على المحكمة أن تميز بين القضايا الجنحية والجنائية، فإذا كانت القضية جنائية فمن حقها التدخل تمييزاً في قرار الإحالة بموجب المادة 51/أولاً من قانون الأحداث، أما إذا كانت القضية جنحة فليس لها ذلك لأنه في هذه القضايا لمحكمة التحقيق سلطة تقديرية في إرسال الحدث إلى هذا المكتب من عدمه استناداً لأحكام المادة 51/ثانياً من قانون الأحداث، عليه فإذا أرسلت القضية إلى محكمة الأحداث دون إرسال الحدث إلى المكتب المذكور فإن لها إرسال الحدث إلى المكتب مباشرة استناداً لأحكام المادة 66 من قانون الأحداث دون التدخل تمييزاً في قرار الإحالة، وهذا الإجراء سيوفر الوقت للمحكمة في حسم عدد أكثر من القضايا أي حسم الدعاوي بسرعة¹، وعلى سبيل المثال سأذكر لكم القرار الآتي:

جاء في قرار محكمة أحداث دهوك بصفتها التمييزية تحت العدد 7/ت/2008 في 2008/2/17 ما يلي: القرار: "لدى التدقيق والمداولة لاحظت المحكمة أن قرار الإحالة جاء غير صحيح ومخالف للقانون وصدر قبل أن يستكمل التحقيق غايته وذلك للأسباب الآتية: ... نظراً لكون المتهم حدث كان من المفروض عرضه على مكتب الدراسة الشخصية والباحث الاجتماعي ...، عليه قررت المحكمة إعادة القضية إلى محكمتها للسير فيها وفق المنوال المشروح أعلاه ومن ثم ربط القضية بقرار قانوني صحيح وصدر القرار بالاتفاق استناداً لأحكام المادة 264 و265 من قانون أصول المحاكمات الجزائية المعدل و54 من قانون رعاية الأحداث المعدل وأفهم في 2008/2/17".

علماً، هذه القضية كانت جنحة، وتم إحالتها بموجب المادة 413 عقوبات وكان بإمكان محكمة الأحداث عرض الحدث على مكتب الدراسة الشخصية مباشرة فيما يخص هذا السبب.

وتجدر الإشارة، بأن مكتب دراسة الشخصية الذي يعرض عليه المتهم الحدث خلال مرحلتي التحقيق والمحاكمة حسب الأحوال، نصّ قانون الأحداث على كيفية تشكيله ومهامه بمواد معيّنة، ونظراً لعلاقته المباشرة بموضوع الدراسة سنتطرق إليه بشكل مفصّل.

يتألف المكتب بموجب المادة 12 قانون الأحداث العراقي من الأشخاص المدرجة أدناه بتعيين من وزير العدل -رئيس مجلس القضاء حالياً- ويكون الطبيب مديراً له :

1 - طبيب مختص أو ممارس في الأمراض العقلية والعصبية أو طبيب أطفال عند الإقتضاء.

¹ انظر مصطفى، أكرم زاده، المرجع السابق، ص 146.

2 - اختصاصي بالتحليل النفسي أو علم النفس. في الوقت الذي بيّن القانون اختصاص الطبيب في الفقرة الأولى لم يبيّن الأخصائي المحدد هنا، هل هو طبيب نفسي أم خريج إحدى كليات أو أقسام علم النفس، ولا شكّ الأحسن هو حسم الخلافات .

3- عدد من الباحثين الاجتماعيين.

4 - يجوز تعزيز المكتب بعدد من المتخصصين في العلوم الجنائية أو العلوم الأخرى ذات الصلة بشؤون الأحداث. ويجب أن لا ننسى بأن هذا المكتب مرتبط بمحكمة الأحداث (شكلاً).

وفي حالة عدم إمكان تشكيل المكتب من أعضاء متفرغين، أجاز المشرع استثناءً حسب المادة 13 من قانون الأحداث تشكيله من أعضاء غير متفرغين أي يتولون العمل في المكتب بالإضافة إلى وظائفهم ويعينون بأمر من وزير العدل، والأعضاء هم:

1- أطباء تابعين لوزارة الصحة بترشيح من وزيرها

2- اختصاصيين تابعين لوزارة التربية بترشيح من وزيرها .

3- اختصاصيين تابعين للجامعة بترشيح من رئيسها .

المشرع عندما نص في المادة 13 على جواز تشكيل المكتب استثناءً من أعضاء غير متفرغين يتولون العمل في المكتب بالإضافة إلى وظائفهم أدّى ذلك إلى هدم البناء الذي شيّدته في المادة 12 نظراً لوجود صعوبات وعراقيل من الناحية العملية، حيث كيف يمكن للمكتب أن يؤدي المهام الخطيرة الملقاة على عاتقه بشكل سليم وأعضائه غير متفرغين، ومن جانب آخر فإن المكتب سيكون غير مرتبط بالمحكمة مباشرة وهذا سوف يؤثر سلباً على عمله وبالتالي على أحكام الصادرة من المحكمة. ونقطة أخرى نود الإشارة إليها وهي: كيف يمكن لهؤلاء الأعضاء تقديم تقريرهم بشكل صحيح وهم منهمكون في أعمال أخرى غير متعلقة بظاهرة جنوح الأحداث كأن يؤديوا أعمالهم في المستشفى أو جهات أخرى.

ومن الناحية العملية، فإن المادة 13 أدت إلى شلل عمل المكتب، وعلى سبيل المثال: كان هناك مكان مخصص لهذا المكتب في مجمع دار العدالة في محافظة دهوك وكان مرتبط بمحكمة أحداث دهوك، ورغم عدم توفر كافة الأعضاء إلا أنه كان هناك طبيب نفسي يحضر كل أسبوع لغرض القيام بمهام المكتب ولكن وقبل حوالي

سبعة عشرة سنة تقريباً تم غلق هذا المكتب في المجمع العدلي ولم يبق له أي أثر، ومنذ هذا التاريخ يتم عرض المهتمين على مركز الصحة النفسية في دهوك¹.

وعليه، أنادي المشرع العراقي بضرورة إلغاء نص المادة 13 من قانون الأحداث، كما وأطالب الجهات المعنية الاهتمام بهذا المكتب وضرورة توفير مكان خاص له مع الأثاث والأجهزة الطبية المطلوبة ضمن بناء محكمة الأحداث أو في بناء قريب منها، والأهم من ذلك كله أن يكون طاقم المكتب كامل ومتفرغ إذا أردنا فعلاً تطبيق القانون بشكل سليم. حيث "أن هدف المشرع في جعل المكتب مرتبطاً بمحكمة الأحداث كان لأجل الاتصال المباشر بين القاضي والاختصاصيين فإن لم يكونوا متفرغين فكيف يكون بينهم إتصال مباشر ومستمر"².

وبموجب المادة 14 من قانون الأحداث يتولى المكتب المهام الآتية بطلب من محكمة التحقيق أو محكمة الأحداث أو أية جهة مختصة:

1 - فحص الحدث بدنياً وعقلياً ونفسياً لتشخيص الأمراض التي يشكو منها وبيان حالته العقلية ونضجه الإنفعالي ومدى إدراكه لطبيعة فعله المخالف للقانون وتقرير المعالجة اللازمة له.

2 - دراسة حالة الحدث الاجتماعية ودراسة البيئة التي يعيش فيها وبيان مدى علاقتها بالجريمة المرتكبة.

3 - بيان الأسباب التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة والتدبير المقترح لمعالجته.

4- تنظيم تقرير مفصل عن الحدث يتضمن ما توصل إليه في النقاط الثلاثة المذكورة أعلاه وتقديمها للجهة التي طلبها. ولغرض إعداد التقرير أجاز المشرع للمكتب أن يستعين بالمؤسسات العلمية والصحية المختصة³. وبعد تنظيم التقرير يجب أن يكون موقفاً من قبل مدير المكتب وأعضائه لا الاكتفاء بتوقيع المدير فقط وذلك حسب قرار محكمة تمييز الإقليم رقم: 8/هيئة جزاء/الأحداث/1993/4/25⁴.

من مهام المكتب يلاحظ بأنه ليس من السهل فحص وتشخيص الحدث في غرفة عادية ليس فيها أي أجهزة طبية لأن فحص الحدث بدنياً وعقلياً ونفسياً كما أمرت به القانون يستوجب توفير أجهزة ومعدات خاصة ولكن لمعرفة المشرع بوضعنا غير الجيد أجاز للمكتب الاستعانة بالمؤسسات العلمية والصحية المختصة للغرض المذكور، ورغم الإجازة بهذه الاستعانة فإنه لا توجد حالات تم الإستعانة بالجهات المختصة سواء كانت

¹ المعرفة المزيد راجع عبداللطيف، براء منذر، السياسة الجنائية في قانون رعاية الأحداث العراقي: دراسة مقارنة. (عمان-الأردن: دار حامد للنشر والتوزيع، ط1، 2009م)، ص 95-96.

² انظر خوشناو، سردار عزيز، المرجع السابق، ص107.

³ م 15 ق. أحداث العراقي.

⁴ انظر صوفي، كريم محمد وقادر، كيفي مغديد، المختار من المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان والعراق-قضاء الأحداث، ج 1، (أربيل: مطبعة شهاب، ط1، 2013م)، ص73-74.

هذه الجهات علمية أو صحية. وعلى المكتب عدم الاعتماد على الفحص الظاهري للحدث لأن هناك حالات مرضية وبأنواعها الثلاث (بدنياً وعقلياً ونفسياً) لا تستطيع أعضاء المكتب ومن ضمنها الطبيب اكتشافها ظاهرياً وإنما يتم اكتشافها عن طريق الفحوصات الدقيقة أي عن طريق البحث والتحري والأجهزة الطبية المتطورة.

ولدى اطلاع الباحث على عدد لا بأس به من تقارير هذا المكتب لغاية عام 2010م وجدت بأنها غير كاملة أي لا تتضمن على جميع ما أمرت به القانون فبعض التقارير كانت تشير إلى الحالة النفسية فقط وأخرى تشير إلى الحالة العقلية فقط وفي عدد قليل منها تشير إلى الحالة النفسية والعقلية معاً، والمطلوب من المكتب بموجب القانون هو بيان حالة الحدث من جميع هذه النواحي دون الاقتصار على ناحية دون أخرى وإن كان الحدث سليماً من جميع هذه النواحي.

وما يصعب قوله هو، أن دراسة حالة الحدث الاجتماعية والبيئة التي تعيش فيها وبيان مدى علاقتهما بالجريمة المرتكبة، وكذلك بيان الأسباب التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة والتدبير المقترح لمعالجته لا يتم إدراجه في تقرير المكتب، حيث أن الشخص الذي يقوم بهذا العمل هو باحث اجتماعي غير تابع لمكتب دراسة الشخصية ويصدر منه التقرير باسم الجهة التابعة لها. وحالياً، فإن الباحثة الاجتماعية التي تقدم التقرير موظفة تابعة لمحكمة استئناف منطقة دهوك.

تبين فيما سبق، أنه من الناحية العملية يصدر تقرير الباحث الاجتماعي بشكل منفصل عن تقرير مكتب دراسة الشخصية ولهذا السبب فإن محكمة الأحداث تتدخل تمييزياً في حالة عدم وجود تقرير الباحث الاجتماعي ضمن أوراق التحقيق وتعيد الأوراق إلى محكمتها للغرض المذكور وإن وجد تقرير المكتب ضمن الأوراق. ومن التطبيقات القضائية في هذا الخصوص:

1- جاء في قرار محكمة أحداث دهوك بصفتها التمييزية تحت العدد 5/ت/2004 في 2004/4/25 ما يلي: لدى التدقيق والمدولة تبين من سير التحقيق بأن قرار الإحالة غير صحيح ومخالف للقانون وصدر قبل أن يستكمل التحقيق غايته حيث كان من المفروض على حاكم التحقيق عرض المتهم على الباحث الاجتماعي وربط تقريره بأوراق القضية استناداً لأحكام المادة 51 من قانون رعاية الأحداث المعدل عليه قررت المحكمة نقض قرار الإحالة المشار إليه أعلاه وإعادة أوراق القضية إلى محكمتها لغرض عرض المتهم على مكتب الباحث الاجتماعي ومن ثم ربط القضية بقرار قانوني صحيح حسب ما يترأى لها بالنتيجة وصدر القرار بالاتفاق استناداً لأحكام المادة 264 و265 من قانون أصول المحاكمات الجزائية المعدل و54 من قانون رعاية الأحداث المعدل وأفهم في 2004./4/25

2- جاء في قرار محكمة أحداث دهوك بصفتها التمييزية تحت العدد 8/ت/2005 في 2005/4/12 ما يلي: بعد التدقيق والمدولة تبين للمحكمة من سير التحقيق أن قرار الإحالة المشار إليه أعلاه غير صحيح وصدر قبل أن يستكمل التحقيق غايته ذلك للأسباب الآتية: ولم يتم ربط تقرير الباحث الاجتماعي عليه ولكل ماتقدم

قررت المحكمة التدخل التمييزي في قرار الإحالة أعلاه ونقضه وإعادة أوراق القضية بنسختها الأولى والثانية إلى محكمتها للسير فيها وفق المنوال المشروح أعلاه ومن ثم ربط القضية بقرار قانوني صحيح حسبما يتراءى لها نتيجة التحقيق وإشعار محكمة جنح بذلك ودائرة الإدعاء العام في دهوك وصدر القرار بالاتفاق استناداً لأحكام المادة 1/139 و 264 و 265 من قانون أصول المحاكمات الجزائية المعدل في 2005/4/12.

وختاماً نقول، نظراً لأهمية دراسة شخصية المتهم الحدث وما تترتب عليها من آثار، فإن القانون اعتبرها من إحدى المبررات التي تجيز توقيف المتهم في دار الملاحظة للغرض المذكور، وهذا ما نصت عليه المادة 52/أولاً من قانون رعاية الأحداث: لا يوقف الحدث في المخالفات ويجوز توقيفه في الجنح والجنايات لغرض فحصه ودراسة شخصيته.

المطلب الثاني: دراسة شخصية المتهم الحدث خلال مرحلة التحقيق في القانون اللبناني.

قانون رعاية الأحداث اللبناني رقم 422 لسنة 2002م هو الآخر من القوانين التي أعطت لدراسة شخصية المتهم الحدث أهمية خاصة، لكن أحكامها تختلف عن ما هو عليه القانون العراقي.

فعند قراءة المادة 34 يلاحظ بأن القانون اللبناني ميّز بين التحقيق في الجرائم المشهودة وغير المشهودة، وبين أن تكون الجهة القائمة بالتحقيق (النيابة العامة، الضابطة العدلية¹) أو محكمة التحقيق².

¹ يلاحظ بأن وظيفة الضابطة العدلية هي استقصاء الجرائم التي تكون محل شكاوى أو إخبارات، المحالة إليها من قبل النيابة العامة وتكلفتها بها. كما أن القانون سمحت لها القيام ببعض أعمال التحقيق التي هي في الأصل من صلاحيات النيابة العامة بصورة استثنائية، وذلك عندما تكون الجريمة الواقعة جريمة مشهودة ويتعذر على النائب العام القيام بالتحقيق فيها بنفسه، أو عندما تتم استنابة الضابطة العدلية بذلك. علماً، أن النيابة العامة المختلفة، هي بالواقع الضابطة العدلية التي يساعدها عدد من الأشخاص منهم من له الصفة الإدارية (المحافظون والقائمقامون)، ومنهم من له الصفة الأمنية (قوى الأمن الداخلي، الأمن العام، أمن الدولة، الشرطة العسكرية)، ومنهم من له صفات مختلفة (مثل المخاتير وقادة السفن والمأمورين المحلفين). لمعرفة المزيد انظر فهد، جان داود، علاقة الضابطة العدلية بالقضاء، أوراق مداخلة منشورة على الموقع أدناه، تاريخ الزيارة، 17/23/10، PM12:45

² المادة 34: عند إحضار الحدث امام النيابة العامة او الضابطة العدلية في الجرم المشهود للتحقيق معه يتوجب على المسؤول عن التحقيق ان يعلم فوراً اهله او اولياءه او المسؤولين عنه، اذا كان ذلك متيسراً، وان يتصل فوراً بالمندوب الاجتماعي المعتمد ويدعوه الى حضور التحقيق. ويجب على هذا المندوب الحضور خلال ست ساعات من تاريخ دعوته. ولا يجوز البدء بالتحقيق ما لم يكن المندوب حاضراً تحت طائلة الملاحقة المسلكية. وفي حال كان حضوره متعذراً لأي سبب، على النيابة العامة او

فموجب المادة المذكورة لا يجوز للنيابة العامة أو الضابطة العدلية¹ البدء بالتحقيق مع المتهم الحدث الذي ارتكب جريمة مشهودة إلا بعد حضور المندوب الاجتماعي². ولغرض حضور المندوب التحقيق، فإن النيابة العامة أو الضابطة العدلية ملزمان بالتواصل مع المندوب المعتمد، وعلى الأخير الحضور خلال ست ساعات من تاريخ دعوته للحضور، وإذا حصل أن تعذر حضور المندوب المعتمد لأي سبب كان، فإن النيابة العامة أو مصلحة الأحداث³ ملزمان بتعيين مندوب آخر تابع لإحدى الجمعيات المصنفة (المعترفة) لدى مصلحة الأحداث ليحضر مع المتهم خلال التحقيق⁴. وبموجب القانون فإن حضور المندوب التحقيق غير كافٍ، وإنما عليه المباشرة ببحث اجتماعي بخصوص المتهم، وتقديم نتائج البحث إلى القائم بالتحقيق⁵.

وتشير إحدى الإحصائيات إلى أن نسبة حضور المندوب الاجتماعي في التحقيقات الأولية بين عامي (2004م - 2006م) وصلت 88%، أما النسبة المتبقية التي تساوي 12% والتي لم يحضر فيها المندوب التحقيقات

مصلحة الأحداث في وزارة العدل ان تعين مندوبا اجتماعيا من احدى الجمعيات المصنفة في هذه المصلحة. ولا يكتفى فقط بحضور المندوب الاجتماعي بل يكون على هذا الاخير ان يباشر بحثا اجتماعيا ويقدم نتائجه الى من يقوم بالتحقيق مع الحدث.¹ من إحدى الأسباب التي جعل المشرع حضور المندوب الاجتماعي إلزامياً عند إجراء التحقيق مع المتهم الحدث من قبل الضابطة العدلية هي: لجوء بعضهم إلى أساليب الخداع والتهديد وحتى الاعتداء بالضرب بحق المتهمين الأحداث. لمعرفة المزيد راجع، كرامي، فهدى، حق الدفاع العادل: واقعه وسبل تأمينه، وشليبان، بريجيت، المحاماة والجمعيات المدافعة عن حقوق الانسان: دورها وحدود تدخلها، (لبنان: جمعية الحركة الاجتماعية في لبنان، 2007)، ص 18-19.

² المندوب الاجتماعي يقابل الباحث الاجتماعي في القانون العراقي.

³ مصلحة الأحداث تقابل إصلاحية الأحداث في القانون العراقي.

⁴ انظر شافي، نادر، الحدث المخالف للقانون أو المعرض لخطر الانحراف في القانون اللبناني، تاريخ الزيارة 11:23 AM، 17/10/30

[HTTPS://WWW.LEBARMY.GOV.LB/AR/CONTENT/%D8%A7%D9%84%D8%AD%D8%AF%D8%AB-](https://www.lebarmy.gov.lb/ar/content/%D8%A7%D9%84%D8%AD%D8%AF%D8%AB-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AE%D8%A7%D9%84%D9%81-%D9%84%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A3%D9%88-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B9%D8%B1%D9%91%D8%B6-%D9%84%D8%AE%D8%B7%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AD%D8%B1%D8%A7%D9%81-%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%84%D8%A8%D9%86%D8%A7%D9%86%D9%8A)

[D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AE%D8%A7%D9%84%D9%81-](https://www.lebarmy.gov.lb/ar/content/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AE%D8%A7%D9%84%D9%81-%D9%84%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A3%D9%88-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B9%D8%B1%D9%91%D8%B6-%D9%84%D8%AE%D8%B7%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AD%D8%B1%D8%A7%D9%81-%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%84%D8%A8%D9%86%D8%A7%D9%86%D9%8A)

[D9%84%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%](https://www.lebarmy.gov.lb/ar/content/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B9%D8%B1%D9%91%D8%B6-%D9%84%D8%AE%D8%B7%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AD%D8%B1%D8%A7%D9%81-%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%84%D8%A8%D9%86%D8%A7%D9%86%D9%8A)

[D8%B9%D8%B1%D9%91%D8%B6-%D9%84%D8%AE%D8%B7%D8%B1-](https://www.lebarmy.gov.lb/ar/content/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B9%D8%B1%D9%91%D8%B6-%D9%84%D8%AE%D8%B7%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AD%D8%B1%D8%A7%D9%81-%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%84%D8%A8%D9%86%D8%A7%D9%86%D9%8A)

[D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AD%D8%B1%D8%A7%D9%81-%D9%81%D9%8A-](https://www.lebarmy.gov.lb/ar/content/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B9%D8%B1%D9%91%D8%B6-%D9%84%D8%AE%D8%B7%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AD%D8%B1%D8%A7%D9%81-%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%84%D8%A8%D9%86%D8%A7%D9%86%D9%8A)

[D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-](https://www.lebarmy.gov.lb/ar/content/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B9%D8%B1%D9%91%D8%B6-%D9%84%D8%AE%D8%B7%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AD%D8%B1%D8%A7%D9%81-%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%84%D8%A8%D9%86%D8%A7%D9%86%D9%8A)

[D8%A7%D9%84%D9%84%D8%A8%D9%86%D8%A7%D9%86%D9%8A](https://www.lebarmy.gov.lb/ar/content/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B9%D8%B1%D9%91%D8%B6-%D9%84%D8%AE%D8%B7%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AD%D8%B1%D8%A7%D9%81-%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%84%D8%A8%D9%86%D8%A7%D9%86%D9%8A)

⁵ لمعرفة المزيد حول دور المندوب الاجتماعي انظر، الاتحاد لحماية الأحداث في لبنان، (لبنان: منشوات الاتحاد المذكور، د.ط،

2001م)، ص 39-45.

فتعود إلى عدم تبلّغه من قبل القوات الأمنية بحوالي 7%، وتعدّر حضوره بنسبة 4% ووقوع الجرم المشهود بنسبة 1%¹.

أما الجوانب والمسائل التي يجب على المندوب الاجتماعي القيام بدراستها عند قيامه بإجراء التحقيق الاجتماعي، فإن المادة 41 هي التي تطرقت إليها وبشكل واضح حيث نصّت على: يشتمل التحقيق على المعلومات اللازمة عن أحوال ذوي الحدث المادية والاجتماعية وعن محيطها الاجتماعي والمدرسي والمهني وعن أخلاقه ودرجة ذكائه وحالته الصحية والعقلية وسوابقه الإجرامية، مع التدبير المناسب لإصلاحه.

لا شكّ أن للجوانب التي تناولتها المادة المذكورة لها تأثير مباشر أو غير مباشر على ارتكاب الحدث للجريمة الحاصلة. وعليه، فإن اطلاع الجهة القائمة بالتحقيق على هذه المعلومات سوف تساعد على إجراء التحقيق مع الحدث، كما ستفيدها لإصدار قرارات مناسبة خلال فترة التحقيق.

تبيّن مما سبق، أن النيابة العامة أو الضابطة العدلية ملزمان بعدم إجراء التحقيق مع المتهم الحدث إلا بعد حضور المندوب الاجتماعي، إذا كانت الجريمة المرتكبة مشهودة. أما إذا كانت غير مشهودة، فهما غير ملزمان بذلك، وتعتبر حالة جوزاية حسب المفهوم المخالف لنص المادة 34.

أما قاضي التحقيق الذي يمثّل محكمة التحقيق، فإنه مخيّر بين إجراء التحقيق مع الحدث بحضور المندوب الاجتماعي من عدمه. فإن رجّح المباشرة بالتحقيق بدون حضور المندوب لكون مصلحة الحدث أو مجريات القضية أو تحقيق العدالة أو غير ذلك من الأسباب تتطلبان ذلك، فله ذلك. كما بإمكانه عدم الشروع بالتحقيق إلا بعد حضور المندوب وتقديم تحقيق اجتماعي عن الحدث إذا رأى أن ذلك أفضل.

وهذه السلطة التقديرية لقاضي التحقيق نستنبطها من نص المادة 35 حيث تنص على: القاضي التحقيق، عند الشروع بالتحقيق مع الحدث، أن يتبع الإجراءات الواردة في المادة السابقة. فكلمة (لقاضي) تدلّ دلالة واضحة على الجواز وليس للزوم. إضافة إلى ذلك، فإن سلطة القاضي هذه، غير مقيدة بصفة وظروف وملابسات الجريمة المرتكبة، فالجريمة موضوع التحقيق مشهودة كانت أو غير مشهودة سواء أمام سلطة القاضي التقديرية، وهذا يعود إلى عدم وجود أي شرط في النص تقيّد هذه السلطة.

¹ انظر أبو جودة، مارون، الأحداث المخالفون للقانون أو المعرضون للخطر: مفاعيل تطبيق القانون 2002/422، وزارة العدل اللبنانية، 2007م، ص 8.

المطلب الثالث: قراءة تحليلية مقارنة.

من خلال هذا المطلب سيحاول الباحث بيان أوجه التشابه والاختلاف بين قانون الأحداث العراقي واللبناني، والتعرّف على نقاط القوة والثغرات التشريعية فيهما بخصوص دراسة شخصية المتهم الحدث أثناء مرحلة التحقيق.

1. دراسة شخصية المتهم الحدث في لبنان، يقوم بها مندوب -باحث- اجتماعي، فهو مكلف بالتحقيق الاجتماعي ومن ضمن مهامه معرفة حالة المتهم الصحية والعقلية. بينما هذه الدراسة في العراق، إضافة إلى التحقيق الاجتماعي الذي يقوم به الباحث الاجتماعي، تشمل فحص الحدث بدنياً وعقلياً ونفسياً لتشخيص الأمراض التي يشكو منها وبيان حالته العقلية ونضجه الإنفعالي ومدى إدراكه لطبيعة فعله المخالف للقانون وتقرير المعالجة اللازمة له، من قبل الأطباء وغيرهم من المختصين وليس من قبل الباحث الاجتماعي، لكون هذه المسائل تخرج من اختصاص الباحث الاجتماعي. لذا، فإن ما هو عليه القانون العراقي أفضل من القانون اللبناني.

2. نصّ القانون العراقي على مؤسسة رسمية تقوم بدراسة شخصية المتهم الحدث، وهي مكتب دراسة الشخصية، وتكون مرتبطة بمحكمة الأحداث، وأعضائها قد تكون متفرغين أو غير متفرغين، كما بين المهام الملقاة على عاتقها. في حين لا توجد مثل هذه المؤسسة في القانون اللبناني. وعليه، فإن كفة الرجحان تكون لصالح القانون العراقي.

3. في لبنان، لا يجوز المباشرة بالتحقيق بحق المتهم الحدث من قبل النيابة العامة أو الضابطة العدلية إلا بحضور المندوب الاجتماعي في الجرائم المشهودة، في حين قاضي التحقيق له الخيار في ذلك، حيث بإمكانه القيام بالتحقيق بحضور المندوب أو بعدم حضوره، وسواء كانت الجريمة المرتكبة مشهودة أو غير مشهودة فلا فرق بينهما بحقه.

أما في العراق، فإن القائم بالتحقيق هو محكمة التحقيق حصراً، وأن القانون لم يلزم القائم بالتحقيق الذي هو عادة المحقق القضائي التابع للمحكمة المذكورة بعدم جواز إجراء التحقيق مع الحدث إلا بعد حضور الباحث الاجتماعي أو ورود تقريره أو تقرير مكتب دراسة الشخصية، لكن في المقابل، القانون العراقي ألزم محكمة التحقيق بعرض المتهم على مكتب دراسة الشخصية خلال فترة التحقيق في جرائم الجنايات نظراً لخطورتها وقساوة التدابير التي ستصدر بحق مرتكبها، وأعطت لها السلطة التقديرية إذا كانت الجريمة المرتكبة جنحة، ولم يتطرق إلى جرائم المخالفات.

فيما يتعلق بالتوقيت، فإن الباحث يرجّح اتجاه القانون اللبناني القاضي بعدم جواز البدء بالتحقيق مع الحدث إلا بحضور المندوب - الباحث- الاجتماعي، لأسباب منها:

أولاً: يزيل حالة الارتباك والاضطراب لدى المتهم الحدث.

ثانياً: تبدّد المخاوف وتزداد الثقة بنفسه.

ثالثاً: يجنب المتهم من المعاملة القاسية التي قد ترتكب بحقه من قبل القائمين بالتحقيق.
رابعاً: يبرئ الظروف الملائمة للتحقيق مع المتهم.

خامساً: يزود القائم بالتحقيق على معلومات قيّمة حول المتهم.

سادساً: يجعل من القائم بالتحقيق يصدر قرارات مناسبة في القضية ابتداءً.

لكن ما لا يستحسنه الباحث هو، أن القانون اللبناني جعل الحضور الإلزامي للمندوب خاصة بالجرائم المشهودة فقط، وحينما تكون الجهة القائمة بالتحقيق هي النيابة العامة أو الضابطة العدلية. ويرى أنه من الأفضل، شمول جميع الجرائم مشهودة كانت أو غير مشهودة، وكافة الجهات التحقيقية، سواء كانت نيابة عامة أو ضابطة عدلية أو قاضي التحقيق بهذا الإلزام.

أما بخصوص عدد المتهمين الأحداث المستفيدين من دراسة الشخصية بشكل وجوبي، فإنه وبموجب القانون العراقي، فإن جميع المتهمين بالقضايا الجنائية سيتم عرضهم على مكتب دراسة الشخصية خلال فترة التحقيق قبل إحالتهم إلى محكمة الأحداث.

أما دائرة المستفيدين في ظل القانون اللبناني، فإنها محصورة بالمتهمين في الجرائم المشهودة فقط¹، والتي يجري التحقيق فيها من قبل النيابة العامة أو الضابطة العدلية حصراً.

وعند المقارنة بين القانونين العراقي واللبناني، يرجح الباحث القانون العراقي، لأن نطاق دائرة المتهمين الأحداث الذين سيستفيدون من دراسة الشخصية بشكل إلزامي أثناء التحقيق سيكون أكبر مما عليه في القانون اللبناني، لكون جرائم الجنائيات تشكّل نسبة لا بأس بها من الجرائم التي ترتكب من قبل الأحداث في العراق، في حين الجرائم المشهودة عادة تكون عددها ضئيلة، وستقل العدد المستفيدين أكثر بسبب ربط القانون هذه الجرائم بجهات تحقيقية محددة وهي النيابة العامة والضابطة العدلية.

المبحث الثاني: دراسة شخصية المتهم الحدث خلال مرحلة المحاكمة في القانون العراقي واللبناني.

سنتناول هذا المبحث من خلال ثلاث مطالب. في الأول، سنتطرق إلى دراسة شخصية المتهم الحدث خلال مرحلة المحاكمة في القانون العراقي. وفي الثاني، سنتناول تلك الدراسة في ظل قانون اللبناني. وفي الأخير، سنقارن أحكام هذه الدراسة في كلا القانونين، للتعرف على أوجه التشابه والاختلاف بينهما.

المطلب الأول: دراسة شخصية المتهم الحدث خلال مرحلة المحاكمة في القانون العراقي.

تبيّن في المبحث الأول، بأن القانون العراقي يلزم قاضي التحقيق بعرض جميع المتهمين في القضايا الجنائية على مكتب دراسة الشخصية قبل إحالتهم إلى محكمة الأحداث، أما في القضايا الجنحية فإنه مخير بين عرضه

¹ هذه الجرائم قد تكون (جنائيات، جنح، مخالفات).

على المكتب من عدمه. وعليه، فإنه يفترض أنه توجد قضايا جنحية قد أحيلت إلى محكمة الأحداث ولم يعرض المتهمين فيها على المكتب. أما في قضايا المخالفات، فإنه لم يبين موقفه مطلقاً.

لكن المشرع في المواد القانونية الخاصة بموضوع المحاكمة قد عالج ذلك جزئياً، حيث نصّ في المادة 66/ثالثاً على: محكمة الأحداث إرسال الحدث المتهم بجنحة إلى مكتب دراسة الشخصية إذا كانت حالته أو ظروف القضية تستدعي ذلك. فبموجب النص أجاز المشرع لمحكمة الأحداث إرسال المتهم الحدث إلى مكتب دراسة الشخصية في قضايا الجنح إذا وجدت المحكمة بأن حالته أو ظروف القضية تستدعي ذلك. وعليه، فإن المشرع لا يزال على موقفه حيث أنه لم يلزم قاضي الأحداث بعرض المتهمين في القضايا الجنحية على المكتب لغرض دراسة شخصيتهم خلال فترة المحاكمة، وكما بقي موقفه ساكناً حول جرائم المخالفات، وكأنه يرى بأنه لا داعي لعرض المتهم على المكتب في هذه القضايا لبساطتها.

لكن ما جرى عليه العرف القضائي وخاصة القضاء الكوردستان هو عرض المتهمين في جميع القضايا (جنايات، جنح، مخالفات) على مكتب دراسة الشخصية خلال فترة التحقيق، وإذا حصل أن أحيلت قضية - مهما كانت نوعها- إلى محكمة الأحداث دون عرض المتهم على المكتب المذكور، فإن محكمة الأحداث تتدخل تمييزياً في قرار الإحالة وتعيد القضية إلى محكمة التحقيق لعرض المتهم على المكتب أو الباحث الاجتماعي حسب الحالة، ولا تلجأ لصلاحياتها المنصوص عليها في المادة 66/ثالثاً، وهذا ما أشرنا إليه في المبحث الأول بشكل مفصّل ومعزّز بقرارات قضائية.

لكن السؤال المطروح هنا، إذا كان تقرير المكتب مربوط بالأوراق، فهل يجوز لمحكمة الأحداث إعادة إرسال المتهم إلى المكتب؟ بوجهة نظري المتواضعة، يجوز لها ذلك كلما تطلب ذلك حالة الحدث. فمثلاً، قد ترى المحكمة أثناء المحاكمة أن الحدث يعاني من أمراض بدنية أو نفسية أو عقلية، وأعراضها ظاهرة للعيان، ولا يشير التقرير المرفق بالأوراق إلى ذلك، عندها تقرر إرسال الحدث إلى المكتب لغرض فحصه مرة أخرى، لأنه ربما أصاب بتلك الأمراض خلال فترة المحاكمة في حين أنه كان سليماً أثناء فترة التحقيق.

المشرع العراقي أوجب مهام أخرى على مكتب دراسة الشخصية ولم يكتفِ بربط تقريره بأوراق القضية المعروضة عليه، حيث ألزمت المادة 61 من قانون الأحداث المكتب بإرسال ممثله إلى محكمة الأحداث لغرض حضور جلسات المحاكمة ومتابعة سيرها في كل قضية قدم فيها تقريراً، وإذا وجد الممثل أن التدبير المقترح في التقرير يقتضي التعديل في ضوء ما استجد من ظروف أثناء المحاكمة، فعليه أن يقدم تقريراً معدلاً بعد التشاور مع مكتب دراسة الشخصية.

ولغرض حضور ممثل المكتب جلسات المحاكمة لابد وأن تقوم محكمة الأحداث بتبليغه بموعد المحاكمة، وإذا تنصّلت المحكمة القيام بذلك ولم يحضر ممثل المكتب جلسات المحاكمة فإن ذلك سيكون سبباً في نقض قرارها الصادر في القضية، وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز العراقي منذ قانون الأحداث السابق

الملغي ولحد القانون الحالي النافذ، حيث جاء في القرار التمييزي المرقم 1290/جزء ثانية/أحداث/1981 في 1981/10/5 الصادر من محكمة تمييز العراق "ليس لمحكمة الأحداث حسم الدعوى إذا لم يحضر مراقب السلوك المرافعة"، وجاء في قرار آخر لها في ظل قانون رعاية الأحداث النافذ "لدى التدقيق والمداولة وجد أن محكمة الأحداث حسمت الدعوى دون أن تلاحظ بأن تقرير مكتب دراسة الشخصية لم ينظم وفقاً لما تقتضيه المادة 14 من قانون رعاية الأحداث، كما أن المحكمة لم تبلغ ممثلاً عن مكتب دراسة الشخصية في الدعوى لمتابعة سيرها وفقاً لما تقتضيه المادة 61 من القانون المذكور وعليه قرر نقض القرار"¹.

أما في ظل قضاء إقليم كردستان، فإنه لا يتم تبليغ ممثل المكتب بموعد المحاكمة، وتجري محاكمة المتهم الحدث بغياب الممثل المذكور، مكثفياً بتقريبي المكتب والباحث الاجتماعي المربوطين بالقضية. ويعتقد الباحث أن السبب وراء ذلك هو أن القضاء الكوردستاني يفسر المادة 61 بأنها ملزمة للمكتب، أما عدم حضور ممثله جلسات المحاكمة فلا يطعن في انعقاد جلسات المحكمة.

و نتساءل هنا، هل تم توفير الأجواء الملائمة لكي يقوم المكتب بدوره هذا؟ لا أظن ذلك، لعدة أسباب ومن ضمنها المشرع نفسه، فعندما أجاز تشكيل المكتب من أعضاء غير متفرغين، كان عليه أن يضع في الحسبان، هل باستطاعة العضو غير المتفرغ حضور جلسات المحاكمة وهو يؤدي عمله الأساسي معاً؟ فهذا يعتبر تناقضاً من المشرع حيث في الوقت الذي أجاز أن يكون العضو غير متفرغ، ألزم حضوره جلسات المحاكمة².

ونظراً لأهمية تقرير مكتب دراسة الشخصية، فإن المادة 62 ألزمت محكمة الأحداث بمراعاة ظروف الحدث المدونة في التقرير عند إصدار حكمها في الدعوى. وقد أكد ذلك في كثير من القرارات التمييزية ومنها:

1. جاء في قرار محكمة تمييز إقليم كردستان العراق تحت العدد/61/الهيئة الجزائية/أحداث/2009 في 2009/4/20 القرار: بعد التدقيق والمداولة.....أما بخصوص التدبير المفروض بحق الجانح والتي هي الإيداع في مدرسة تأهيل الفتیان لمدة سنة واحدة عن التهمة الأولى وستة أشهر عن كل واحدة من التهمتين الثانية والثالثة على أن ينفذ التدبير الأول بحقه باعتباره الأشد فإنها جاءت مناسبة ومتوازنة مع عمر الجانح أعلاه وتقريبي البحث الاجتماعي ومكتب دراسة الشخصية لذا تقرر تصديقه تعديلاً بإضافة المادة 79/أولاً رعاية الأحداث إلى الفقرات 1 و2 و3 من قرار فرض التدبير لأن الجانح أعلاه كان صبياً بتاريخ الحادث وأكمل الخامسة عشر من عمره بتاريخ المحاكمة أعلاه...

¹عبداللطيف، براء منذر، المرجع السابق، ص 145-146.

²انظر مصطفى، أكرم زاده، المرجع السابق، ص 184.

2. جاء في قرار محكمة تمييز إقليم كوردستان العراق تحت العدد/63/الهيئة الجزائية/أحداث/2009 في 22/4/2009 القرار: بعد التدقيق والمداولة.....أما بخصوص التدبير المفروض والتي هي إيداع الجانح في مدرسة تأهيل الفتیان لمدة ستة أشهر فإنها جاءت مناسبة ومتوازنة مع تقريری البحث الاجتماعي ومكتب دراسة الشخصية لذا تقرر تصديقه وتصديق سائر القرارات الفرعية الأخرى لموافقتها للقانون.

3. جاء في قرار تمييزي لمحكمة تمييز العراق تحت العدد 1548/جزء متفرقة/984-985 في 24/6/1985: لا يجوز لمحكمة الأحداث محاكمة المتهمة عن جنایة وإصدار قراراتها في الدعوى دون إرسال المتهمة إلى مكتب دراسة الشخصية لمخالفة ذلك أحكام المادة 51 من قانون رعاية الأحداث، أو الاطلاع على تقرير ممثل المكتب استناداً لأحكام المادتين 61 و62 من القانون المذكور.

4. عدم الإشارة إلى الحالة الصحية البدنية للحدث في تقرير المكتب جعل من محكمة أحداث دهوك أن تحكم على المتهم الحدث في القضية المرقمة 57/ج/2006 بالإيداع في مدرسة تأهيل الفتیان لمدة سنتين، ولكن ولعدم قناعة المحكوم بالقرار بادر إلى تمييزه بواسطة وليه لدى محكمة تمييز الإقليم، وطلب نقض قرار محكمة الأحداث والرافة بولده...وأصدرت محكمة تمييز الإقليم قرارها المرقم 136/هيئة جزائية/أحداث/2006 في 3/12/2006 في هذه القضية وكان القرار كما يلي: لدى التدقيق والمداولة - تبين من سير التحقيق والمحاكمة الجارية أمام محكمة أحداث دهوك حيث الاعتراف الصريح للمتهم والمؤيدة بالشهادات ومحضر الكشف وكشف الدلالة صحة قيام المتهم بالسرقات المسندة اليه لذا فإن قرار الإدانة صحيح وموافق للقانون قرر تصديقه تعديلاً بإضافة المادة 77/ثانياً إلى قرار التدبير وحيث تبين أن المتهم يعاني من مرض مزمن ولرداءة صحته قرر تخفيض التدبير بحقه وجعله سنة واحدة بدلاً من سنتين والإشعار إلى قسم الإصلاح الاجتماعي بذلك وتصديق سائر القرارات الفرعية الأخرى وصدر القرار بالاتفاق في 3/12/2006.

من هذا القرار يتضح مدى تأثير الحالة الصحية البدنية للحدث على الحكم، ولكن التساؤل المطروح هنا هو، كيف عرفت محكمة التمييز إصابة المتهم بمرض مزمن رغم عدم إشارة تقرير مكتب دراسة الشخصية إلى ذلك؟ يحتفل أن ولي أمر الحدث قد أشارت إليها في اللائحة التمييزية مع ربط المستمسكات المطلوبة التي تثبت ذلك، كما لا يستبعد إضافة إلى ذلك، أن تم إحضار المتهم أمام محكمة التمييز استناداً إلى أحكام المادة 258/ب من قانون الأصول الجزائية للتوصل إلى الحقيقة.واعتقد، أنه لو أشار تقرير المكتب إلى حالة مرض الحدث هذه لما حكم عليه محكمة الأحداث بسنتي إيداع، لكن عدم الإشارة هذه جعلت من تديرها غير مناسبة مع ظروف الحدث.

5. جاء في قرار محكمة التمييز الإتحادية تحت العدد 93/جزائي/2009 في 16/2/2009 ما يلي: لدى التدقيق والمداولة وجد أن كافة القرارات الصادرة بتاريخ 20/11/2008 في الدعوى المرقمة 56/أحداث/2008 من قبل محكمة أحداث واسط القاضية بإدانة المتهم (ح) وفق أحكام المادة

443/ثالثاً ورابعاً - ق. ع المعدلة بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 1631 لسنة 1980 والحكم بإيداعه في مدرسة تأهيل الفتيان لمدة خمس سنوات استدلالاً بالمادة 77/ثانياً من قانون رعاية الأحداث قد جانب الصواب وجاء سابقاً لأوانه حيث وجد من خلال تقرير مكتب دراسة الشخصية المؤرخ في 2008/5/27 بأن المتهم الحدث يمر بمرحلة يدل منها على اضطراب شخصيته مما كان والحالة هذه يستوجب إحالته على اللجنة الطبية العدلية والنفسية في مستشفى الرشاد لغرض فحصه وبيان عما إذا كان يقدر مسؤولية أعماله يوم الحادث وهل يستطيع الدفاع عن نفسه أمام المحكمة أم لا ومن ثم إصدار القرار القانوني على ضوء ذلك وحيث أن محكمة الأحداث حسمت الدعوى قبل اتباع الإجراء المذكور أعلاه مما أخل بصحته كافة قراراتها الصادرة في الدعوى قرر نقضها وإعادة أوراق الدعوى إلى محكمتها لإجراء المحاكمة مجدداً وفق المنوال المذكور أعلاه وصدر القرار بالاتفاق استناداً لأحكام المادة 259/أ-7 من قانون أصول المحاكمات الجزائية في 21/صفر/1430 هـ الموافق 2009/2/16 م.

6. جاء في قرار لمحكمة تمييز إقليم كردستان العراق تحت العدد/127/الهيئة الجزائية/أحداث/2009 في 2009/7/12 القرار: بعد التدقيق والمداولة تبين أن اتجاه محكمة أحداث دهوك إلى إدانة كل من (م.ف.ع) و (ك.خ.ح) وفق المادة 444/أولاً عقوبات وبدلالة مواد الاشتراك 47 و48 و49 عقوبات اتجاه غير صحيح ومخالف للقانون.... ومن جهة أخرى فإن مكتب دراسة الشخصية في دهوك فحصت المتهم (م.ف.ع) بموجب تقريرها المؤرخ في 2008/11/9 وبينت بأن المذكور يعاني من تخلف عقلي بطيء في النمو بسيط وكما أن الباحثة الاجتماعية وبموجب تقريرها المؤرخ في 2008/11/9 قد بينت بأن المتهم (ك.خ.ح) ارتكب الجريمة لأسباب اقتصادية ومرضيه دون بيان المرض فكان المفروض تدوين أقوالها بخصوص تقريرها لبيان قصدها من التقرير المقدم لأن تقرير مكتب دراسة الشخصية بالنسبة إلى (ك.خ.ح) تضمن عدم وجود اضطرابات نفسية مرضية لديه لذا كان المفروض عرض المتهم (م.ف.ع) على اللجنة الطبية للأمراض النفسية والعقلية لبيان نوع المرض وفيما إذا كان المذكور مصاب بها وقت ارتكابه للجريمة أم لا، وفيما إذا كان المرض المذكور يؤدي إلى فقدان الإدراك أو الإرادة أم يؤدي إلى نقص أو ضعف فيها وفيما إذا كان يتمكن من الدفاع عن نفسه أمام المحكمة أم لا، وعليه ولكل ما تقدم وبما أن محكمة الأحداث سارت في الدعوى دون مراعاة ما تقدم مما أخل بصحة قرارها أعلاه لذا تقرر نقض كافة القرارات الصادرة من محكمة أحداث دهوك في 2009/2/18 وإعادة الدعوى إلى محكمتها لإجراء المحاكمة مجدداً واستقدام المتهمين مجدداً وبكافة طرق الإخبار على الحضور المنصوص عليها في القانون والسير في الدعوى وفق المنوال المذكور أعلاه فإذا ثبت للمحكمة سلامة المتهمين أعلاه من الأمراض العقلية والنفسية وإجراء محاكمتها وتوجيه التهمة إليهما.... أما إذا ثبت العكس بموجب تقرير طبي تطبق أحكام المواد 230 و131 و232 الأصولية الجزائية المعدل حسب

مقتضى الحال وعلى ضوء التقرير الطبي ... وصدر القرار بالاتفاق استناداً لأحكام المادة 259/أ/7
الأصولية الجزائية المعدل في 2009/7/12.

هذا القرار يبيّن وبكل وضوح مدى أهمية وتأثير تقريرى المكتب والباحث الاجتماعى على حكم المحكمة،
حيث لم تقبل محكمة التمييز تدوين معلومات مهمة غير واضحة حول الحالة العقلية والصحية
والاجتماعية للمتهم الحدث، لذا أمرت بتدوين أقوال الجهات المذكورة بشكل مفصّل، وعرض المتهم
على اللجنة الطبية للأمراض النفسية والعقلية، لكي توصل المحكمة إلى الحقيقة وإصدار قرارات
وتدابير مناسبة بحق المتهم دون إجحاف وهضم حقوقه.

المطلب الثانى: دراسة شخصية المتهم الحدث خلال مرحلة المحاكمة فى القانون اللبنانى.

تبين عند دراسة شخصية المتهم الحدث خلال مرحلة التحقيق فى القانون اللبنانى أن قاضى التحقيق
غير ملزم بعرض أى متهم ومهما كانت نوعية الجريمة المرتكبة من قبله على المندوب الاجتماعى لغرض دراسة
حالته الاجتماعىة، فى هذا المطلب سنحاول التعرف على موقفه خلال فترة المحاكمة.

المادة 40 من القانون اللبنانى نصّت على: تُجرى محاكمة الأحداث سراً ولا يحضرها إلاّ الحدث ووالداه
ووليّه أو الشخص المسلم إليه والمدعى الشخصى والشهود والمندوب الاجتماعى المعتمد والمحامون وأى شخص
ترخص له المحكمة بالحضور....

يفهم من نص المادة 40 أن المندوب الاجتماعى يحضر جميع جلسات محاكمات الأحداث، مهما كانت
نوعية الجريمة المرتكبة وملابسها وظروفها، وأياً كانت الجهة القائمة بالتحقيق خلال فترة التحقيق. فسواء
كانت الجريمة من نوع (الجنايات، الجنح، المخالفات)، مشهودة أو غير مشهودة، وسواء كان القائم بالتحقيق
نيابة عامة أو ضابطة عدلية أو قاضى التحقيق، وسواء كان الملف الاجتماعى موجود ضمن أوراق القضية أو
غير موجود، من المفروض حضور المندوب الاجتماعى لجلسات المحاكمة لكي يكون عوناً للمحكمة فى إصدار
تدابير مناسبة فى القضايا المنظورة أمامها بحق المتهمين الأحداث، وهذا موقف جيد من المشرع.

أما المادة 41 فنصّت على: إذا لم يكن قد وضع ملف اجتماعى للحدث فى إطار الإجراءات السابقة، على
محكمة الأحداث أن تستحصل قبل صدور الحكم على تحقيق اجتماعى يقوم به المندوب الاجتماعى المعتمد أو
من تكلفه المحكمة بذلك من العاملين فى الحقل الاجتماعى. ويشتمل التحقيق على المعلومات اللازمة عن أحوال
ذوى الحدث المادية ... وللمحكمة أن تأمر عند الاقتضاء بأى معاينة طبية سواء كانت جسدية أو نفسية أو

عقلية¹. ولها أيضاً أن تضع الحدث في دار الملاحظة لمدة أقصاها ثلاثة أشهر قبل صدور الحكم إذا اقتضى التحقيق الاجتماعي أو المعاينة مثل هذا التدبير ولا تمدد هذه المهلة إلا بقرار معلل.

يلاحظ بأن المادة 41 قد عالجت الثغرات الموجودة خلال فترة التحقيق، حيث ألزمت محكمة الأحداث بإجراء التحقيق الاجتماعي لكل متهم احيل إليها من قبل محكمة التحقيق ولم يجري له التحقيق المذكور، قبل صدور حكمها في القضية. أما الجوانب والمسائل التي تجري فيها التحقيق الاجتماعي فقد تم التطرق إليها في المبحث الأول بشكل مفصل، لذا وتجنباً للتكرار لا نتطرق إليها مرة أخرى². كما أجازت المادة المذكورة للمحكمة بعرض المتهم على الجهات المعنية دون تحديدها، لغرض فحصه بديناً أو نفسياً أو عقلياً من الناحية الطبية، أي من قبل أطباء متخصصين، إذا اقتضت الحاجة إليها³.

وإذا تطلب فحص الحدث طبياً أو إجراء التحقيق الاجتماعي معه، إيداعه في دار الملاحظة فلها-المحكمة- ذلك، لكن لا يجوز إيداعه لمدة تتجاوز ثلاثة أشهر، إلا بقرار معلل أي مسبب.

تبين لنا مما سبق، أن القانون اللبناني لم تسمح لمحكمة الأحداث بصدور حكمها في أية قضية كانت ما لم تكن قد أجرت التحقيق الاجتماعي للمتهم في القضية المنظورة أمامها، أما بخصوص الفحص الطبي للمتهم، فهو متروك للسلطة التقديرية للمحكمة تأمر بإجرائه للمتهمين المحتاجين عند الاقتضاء وليس لجميع المتهمين. طبعاً، هذا كله وفق القانون أي من الناحية النظرية أما الواقع فربما يختلف عن ما هو موجود في القانون كما هو الحال عندنا في العراق.

المطلب الثالث: قراءة تحليلية مقارنة.

1. المندوب الاجتماعي في لبنان، ملزم بالحضور في جلسات محاكمة الأحداث وفي جميع القضايا. أما في العراق، فإن ممثل مكتب دراسة الشخصية ملزم بالحضور في القضايا التي سبق وأن قدم فيها المكتب تقريره، بمعنى هو غير ملزم بحضور جلسات محاكمات جميع القضايا. أما من الناحية العملية وبالتحديد في إقليم كردستان، فلا وجود لهذا المكتب، وبالنتيجة لا حضور للممثل. وهنا يرجح

¹ للمزيد انظر خميس، فوزي، آليات حماية الأحداث المعرضين للخطر في ضوء القانون والاجتهاد في لبنان، أوراق مداخلة طرحت في المؤتمر الوطني حول أولويات الطفولة، جامعة الحكمة، بتاريخ 23-3-2010، تاريخ الزيارة 11:30 AM، 17/10/30

https://www.google.iq/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj2wqmF9ZfXAhUK1BoKHc4zCLYQFghCMAQ&url=http%3A%2F%2Fstd.atfalouna.gov.lb%2Ffiles%2Fbi2.doc&usg=AOvVaw0R7K-q0LTwrUJ0frF_OYAw

² لمعرفة المزيد حول دور المندوب الاجتماعي انظر، الاتحاد لحماية الأحداث في لبنان، المرجع السابق، ص 39-45.

³ انظر شافي، نادر، المرجع السابق (مرجع إلكتروني).

الباحث موقف المشرع اللبناني لأنه لم يميّز بين قضية وأخرى، حيث سيستفيد جميع المتهمين من حضور المندوب، بعكس القانون العراقي الذي جعل حضور ممثل المكتب بعدد من القضايا وليس جميعها.

2. تبين في المبحث الأول، أنه في دولة لبنان لا تحتوي جميع القضايا المحالة من محكمة التحقيق إلى المحكمة المختصة -الأحداث- على الملف الاجتماعي، لكون قاضي التحقيق مخيّر بين عرضه على المندوب الاجتماعي من عدمه، لكن تفادى المشرع اللبناني هذه الثغرة خلال فترة المحاكمة وألزمت المحكمة المختصة بعدم إصدار حكمها في أية قضية كانت قبل حصولها على الملف الاجتماعي للمتهم في القضية. أما فيما يتعلق بعرض المتهم على الجهات المعنية، لفحص المتهم طبياً من الناحية البدنية أو النفسية أو العقلية، فهو مرهون بالسلطة التقديرية للمحكمة المختصة أيّاً كانت نوع القضية المنظورة.

أما العراق، فنفس الكلام يطبق عليه، حيث أن جميع القضايا التي تستلمها محكمة الأحداث المحالة إليها من قبل محكمة التحقيق، لا تتضمن تقرير مكتب دراسة الشخصية، لكون قاضي التحقيق ملزم بعرض المتهم في القضايا الجنائية فقط على المكتب دون غيرها. وعليه، قد تكون هناك قضايا جنحية أو مخالفات ولم يعرض المتهم فيها على المكتب خلال فترة التحقيق.

المشرع العراقي لم يتراجع عن موقفه هذا، حيث أثناء تناوله الأحكام الخاصة بمحاكمة الأحداث أعطت السلطة التقديرية لمحكمة الأحداث في عرض المتهم على المكتب في القضايا الجنحية إذا اقتضت ذلك حالة المتهم أو ظروف القضية، ولم يبدِ موقفه عن قضايا المخالفات. يبيّن من هذا الموقف، أن المشرع قد أراد تدارك السلطة التقديرية التي أعطاها لقاضي التحقيق، حيث قد يرى قاضي التحقيق في قضية جنحية أن المتهم لا يحتاج إلى عرضه على المكتب، لكن محكمة الأحداث ترى ضرورة ذلك، لذا أعطت لها السلطة في اتخاذ قرارها المناسب.

لكن وكما تبين لنا في المبحث الأول، بأن ما عليه القضاء وخاصة القضاء الكوردستاني، هو أن محكمة الأحداث تعيد أية قضية كانت إلى محكمة التحقيق مرة أخرى إذا كان تقرير المكتب والباحث الاجتماعي غير مربوطين بها بعد التدخل في قرارها تمييزاً، وهذا موقف حسن من القضاء.

بخصوص الترجيح بين القانونين، فإن الباحث يرجّح ما عليه القانون اللبناني فيما يتعلق بالملف الاجتماعي، لكونه ألزمت المحكمة بإجراء التحقيق الاجتماعي لجميع المتهمين دون استثناء، أما بموجب القانون العراقي فإنه ومن الناحية النظرية قد تكون هناك قضايا جنحية ومخالفات ولم يعرض فيها المتهم على الباحث الاجتماعي، لكن من الناحية التطبيقية، تم تدارك هذه الثغرة من قبل القضاء وذلك من خلال عرض جميع المتهمين على الباحث الاجتماعي.

أما بخصوص فحص المتهم طبيًا من النواحي البدنية والنفسية والعقلية، فإن كفة الرجحان تكون لصالح القانون العراقي، لأنه من الناحية النظرية فإن جميع القضايا الجنائية وبعض القضايا الجنحية المحالة إلى محكمة الأحداث مربوط بها تقرير مكتب دراسة الشخصية. وإضافة إلى ذلك، فإن القضاء قد عالج بقية القضايا، حيث أن محكمة الأحداث لا تقبل بإحالة أية قضية إليها ومهما كانت نوعيتها إذا لم يكن تقرير المكتب مرتبط بالأوراق. أما في ظل القانون اللبناني، فإن القضايا المحالة إلى المحكمة المختصة -أحداث- لا تحتوي على تقرير الفحص الطبي للمتهم من قبل الجهات المعنية، كما أن المحكمة المختصة بدورها غير ملزمة بعرض جميع المتهمين على هذه الجهات لغرض فحصهم طبيًا، حيث تعود لها السلطة التقديرية. لذا، فإن عدد المتهمين المستفيدين من هذه الخدمة في العراق أكثر بكثير مما عليه في لبنان.

3. أما عن مدى أهمية تقرير مكتب دراسة الشخصية والباحث الاجتماعي في العراق، والملف الاجتماعي في لبنان، فيلاحظ بأن المشرع في كلا البلدين لم يسمح لمحكمة الأحداث بإصدار حكمها في القضية دون مراعاة ما هو مدوّن في هذه التقارير أو الملف، وقد ثبت ذلك من خلال التطبيقات القضائية، حينما نقضت محكمة التمييز أحكام محكمة الأحداث عندما لم يأخذ ذلك بعين الاعتبار.
4. المشرع العراقي واللبناني كلاهما، أجازا للمحكمة بإيداع المتهم لدى دار الملاحظة لغرض فحصه طبيًا أو التحقيق الاجتماعي معه، ولفترة محددة.

الخاتمة

بعد رحلة مع نصوص قانون الأحداث العراقي واللبناني، توصل الباحث إلى النتائج الآتية:

أولاً: بخصوص دراسة شخصية المتهم خلال مرحلة التحقيق:

1. دراسة شخصية المتهم الحدث في القانون العراقي أشمل وأوسع من القانون اللبناني. ففي الوقت الذي يخضع المتهم للتحقيق الاجتماعي فقط في القانون اللبناني، فإنه يخضع إضافة إلى ذلك، إلى الفحص الطبي والبدني والعقلي والنفسي من قبل مختصين في القانون العراقي، والسبب في ذلك يعود إلى وجود مؤسسة رسمية منصوص عليها في القانون للقيام بهذه المهام.
2. قاضي التحقيق اللبناني له كامل السلطة التقديرية في عرض المتهم الحدث على المندوب الاجتماعي من عدمه، مهما كانت نوعية الجريمة المرتكبة وظروفها وملابساتها. أما القاضي العراقي، فله السلطة نفسها سوى جرائم الجنايات، حيث أنه ملزم بعرض المتهم في هذه الجرائم على مكتب دراسة الشخصية.
3. كلا القاضيين العراقي واللبناني غير مقيدان بوقت معين لدراسة شخصية المتهم، حيث بإمكانهما عرض المتهم على الجهة المختصة بدراسة شخصيته في أي وقت خلال فترة التحقيق، المهم أن يكون قبل إحالة المتهم إلى محكمة الأحداث.

4. تكون دراسة شخصية المتهم متزامنة مع التحقيق في القانون اللبناني في حالة واحدة فقط وهي عندما تكون الجريمة المرتكبة مشهودة والجهة القائمة بالتحقيق النيابة العامة أو الضابطة العدلية.

ثانياً: بخصوص دراسة شخصية المتهم خلال مرحلة المحاكمة:

1. في لبنان، المندوب الاجتماعي يحضر جميع جلسات محاكمات الأحداث مهما كانت نوعية القضية وظروفها وملابساتها. بينما في العراق، ممثل مكتب دراسة الشخصية ملزم الحضور في القضايا التي سبق وأن قدّم فيها تقريره فقط.
2. في لبنان، خلال فترة المحاكمة يجري التحقيق الاجتماعي لجميع المتهمين الذين ليس لديهم ملف اجتماعي ضمن أوراقه. أما في العراق وحسب نصوص القانون فإنه قد يكون هناك متهمين في القضايا الجنحية وتصدر بحقهم أحكام دون أن يجري لهم التحقيق الاجتماعي، كما أن القانون سكت عن إجراء التحقيق المذكور للمتهمين في قضايا المخالفات. لكن قضائياً، يجري التحقيق الاجتماعي لجميع المتهمين دون استثناء.
3. يجري الفحص الطبي لعدد محدود من المتهمين الأحداث في ظل القانون اللبناني لكون المحكمة المختصة لها السلطة التقديرية في إجراء هذا الفحص من عدمه. أما في ظل قانون رعاية الأحداث العراقي فإنه قد يكون هناك متهمين في القضايا الجنحية وتصدر بحقهم أحكام دون أن يجري لهم الفحص الطبي، كما أن القانون سكت عن إجراء هذا الفحص للمتهمين في قضايا المخالفات. لكن من الناحية العملية، يجري الفحص الطبي لجميع المتهمين من قبل مكتب دراسة الشخصية دون استثناء.
4. محكمة الأحداث في كلا البلدين ملزمان بمراعاة ظروف الحدث المدوّنة في تقريره التحقيق الاجتماعي والفحص الطبي.
5. المشرع في كلا البلدين سمحت لمحكمة الأحداث بإيداع الحدث في دار الملاحظة، من أجل إجراء التحقيق الاجتماعي أو الفحص الطبي ولمدة معينة.

التوصيات:

1. ضرورة إلغاء المادة 13 من قانون الأحداث العراقي.
2. ضرورة تشكيل مكتب دراسة الشخصية وأداء مهامه بشكل سليم مثلما هو منصوص عليه قانوناً.
3. المشرع اللبناني مدعو للنص على مكتب مماثل لمكتب دراسة الشخصية الموجود في القانون العراقي، وذلك لعدم اقتصار دراسة شخصية المتهم على التحقيق الاجتماعي فقط.

4. جعل دراسة شخصية المتهم الحدث إلزامية في كلا القانونين مهما كانت نوعية الجريمة المرتكبة وظروفها وملابساتها، وأياً كانت الجهة القائمة بالتحقيق. إضافة إلى ذلك، جعل هذه الدراسة قبل البدء بالتحقيق، أو بشكل متزامن مع التحقيق إلزامياً أيضاً.
5. ضرورة بيان المشرع العراقي موقفه من عرض المتهم على مكتب دراسة الشخصية في جرائم المخالفات.
6. النصّ على عدم انعقاد محكمة الأحداث إلا بحضور ممثل مكتب دراسة الشخصية في العراق والمندوب الاجتماعي في لبنان، وفي جميع القضايا المنظورة.

المصادر

1. أبو جودة، مارون، الأحداث المخالفون للقانون أو المعرضون للخطر: مفاعيل تطبيق القانون 2002/422، (لبنان: وزارة العدل، د.ط، 2007م).
2. الاتحاد لحماية الأحداث في لبنان، (لبنان: منشوات الاتحاد المذكور، د.ط، 2001م).
3. خوشناو، سردار عزيز، النظام القضائي المختص بالأحداث في العراق، (كوردستان: ط 1، 2006 م).
4. خميس، فوزي، آليات حماية الأحداث المعرضين للخطر في ضوء القانون والاجتهاد في لبنان، أوراق مداخلة طرحت في المؤتمر الوطني حول أولويات الطفولة، جامعة الحكمة، بتاريخ 23- 3 - 2010، تاريخ الزيارة AM 11:30، 17/10/30
5. شافي، نادر، الحدث المخالف للقانون أو المعرض لخطر الانحراف في القانون اللبناني، تاريخ الزيارة AM 11:23، 17/10/30

HTTPS://WWW.LEBARMY.GOV.LB/AR/CONTENT/%D8%A7%D9%84%D8%AD%D8%AF%D8%AB-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AE%D8%A7%D9%84%D9%81-%D9%84%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A3%D9%88-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B9%D8%B1%D9%91%D8%B6-%D9%84%D8%AE%D8%B7%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AD%D8%B1%D8%A7%D9%81-

%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-
%D8%A7%D9%84%D9%84%D8%A8%D9%86%D8%A7%D9%86%D9%8A

6. صوفي، كريم محمد وقادر، كيفي مغديد، المختار من المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان والعراق-قضاء الأحداث، ج 1، (أربيل: مطبعة شهاب، ط 1، 2013م).

7. عبداللطيف، براء منذر، السياسة الجنائية في قانون رعاية الأحداث العراقي: دراسة مقارنة، (عمان-الأردن: دار حامد للنشر والتوزيع، ط 1، 2009م).

8. فهد، جان داود، علاقة الضابطة العدلية بالقضاء، أوراق مداخلة منشورة على الموقع أدناه، تاريخ الزيارة، 17/23/10، PM12:45.

https://www.google.iq/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwig1vDVt4bXAhUPSJoKHfiRDdoQFggkMAA&url=https%3A%2F%2Fcarjj.org%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fpaper-law-enf-jean-fahd.doc&usg=AOvVaw2rEGVSbdhn4D6cZWY_xFrr

9. كرامي، فهد، حق الدفاع العادل: واقعه وسبل تأمينه، وشليان، بريجيت، المحاماة والجمعيات المدافعة عن حقوق الإنسان: دورها وحدود تدخلها، (لبنان: جمعية الحركة الاجتماعية في لبنان، د.ط، 2007).

10. مصطفى، أكرم زاده، شرح قانون رعاية الأحداث رقم 76 لسنة 1983 المعدل وتطبيقاته العملية، (أربيل: مطبعة شهاب، ط 1، 2010م).

11. قانون قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 المعدل.

12. قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969 المعدل.

13. قانون رعاية الأحداث رقم (76) لسنة 1983 المعدل.

14. قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون أو المعرضين للخطر رقم 422 لسنة 2002.

مفهوم الكفالة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

قناطف شمس، باحثة دكتوراه، جامعة أدرار- الجزائر-

79

ملخص البحث بالعربية:

يسلط هذا البحث الضوء على الكفالة باعتبارها نوعاً من أنواع التأمينات الشخصية، من أجل التعرف على معناها وخصائصها في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني الجزائري الذي تناولها وبيّن أحكامها في المواد من 644 إلى 673؛ لأن الحديث عن مفهوم أي موضوع يستلزم بطبيعة الحال القيام بتعريفه؛ لأن مفتاح أي موضوع هو تعريفه، وبيان خصائصه التي يتميز بها؛ من أجل تحديد مضمونه بشكل دقيق؛ لأن "الحكم على الشيء فرع عن تصوره".

Abstract:

This research sheds light on the sponsorship as a kind of personal insurance, in order to identify its meaning and characteristics in the Islamic jurisprudence and in the Algerian civil law, which dealt with its provisions in articles 644 to 673; because talking about the concept of any subject necessarily requires definition, The key to any topic is its definition and its characteristic characteristics; in order to determine its content accurately, because "judging the thing is part of its conception"

إن الدائن حتى يضمن استيفاء حقه الشخصي كاملاً من مدينه في ميعاد الاستحقاق لا بد له من الحصول على تأمينات خاصة يتخطى بها عقبة إفسار المدين، أو غشه، أو إهماله؛ لأن الضمان العام للدائن لا يكفي. والتأمينات الخاصة نوعان: تأمينات شخصية وتأمينات عينية. فالتأمينات الشخصية هي التزامات شخصية تضاف إلى التزام المدين وبعبارة أخرى هي ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي، فيصير للدائن مدينان أو أكثر وفي هذا تأمين كافي له. ومن بين التأمينات الشخصية الكفالة. أما التأمينات العينية فهي تخصيص مال معين لتأمين حق الدائن ومن بين التأمينات العينية الرهن. والتأمينات الخاصة تسمى عقود الضمان؛ لأنها توفر ضماناً كافياً للدائن وفي نفس الوقت تضع في يد المدين أداة للثقة والائتمان يستطيع أن يحصل بفضلها على ما يحتاج إليه من مال. وهذا البحث يلقي الضوء على عقد الكفالة باعتباره نوعاً من أنواع التأمينات الشخصية للإجابة عن التساؤل التالي: ما معنى الكفالة وما هي خصائصها؟ إعتدنا على الخطة الآتية:

المبحث الأول: تعريف الكفالة وخصائصها في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: تعريف الكفالة وخصائصها في القانون المدني الجزائري.

المبحث الأول: تعريف الكفالة وخصائصها في الفقه الإسلامي.

سيتم التعرف ضمن هذا المبحث على معنى الكفالة (المطلب الأول) إضافة إلى خصائصها (المطلب الثاني) في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: تعريف الكفالة.

قبل عرض تعاريف الفقهاء للكفالة تجدر الإشارة إلى أن كثيراً من الفقهاء استعملوا الضمان والكفالة كلفظين مترادفين¹، قال النسفي: الكفالة الضمان². وشاع عند كثير من الفقهاء كالمشافعية³ والحنابلة⁴

¹ ينظر: محمد عبد المنعم أبو زيد: الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، ط1، 1996م، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، مصر، ص20.

² ينظر: النسفي (نجم الدين أبو حفص عمر بن محمد): طلبَةُ الطَّلَبَةِ في الاصطلاحات الفقهية، ضبط وتعليق وتخرّيج خالد عبد الرحمان العك، ط1، 1995م، دار النفائس، للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ص287.

³ ينظر: ابن الغرابيلي (محمد بن قاسم بن محمد بن محمد أبو عبد الله شمس الدين الغزي): فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب، عناية بسام عبد الوهاب الجابي، ط1، 2005م، الجفان والجابي، للطباعة والنشر، ودار ابن حزم، للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ص179، 180.

⁴ ينظر: ابن المبرّد (يوسف بن عبد الهادي): كتاب فُرُوع الفِقه، حققه وعلق عليه عبد السلام بن محمد الشويعر، ط1، 2007م، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص45.

استعمال الضمان في ضمان الدين، والكفالة في كفالة النفس¹. وقد اختلف الفقهاء في تعريفاتهم للكفالة نتيجة لاختلافهم في ما يترتب عليها من أثر² على النحو الآتي:

01- تعريف الحنفية:

عرّف فقهاء الحنفية الكفالة بأنها: «ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً». وعرّفها بعضهم بأنها: «ضم ذمة إلى ذمة في الدين»³.

02- تعريف المالكية:

الكفالة، والزعامة، والضمان، والحمالة بمعنى واحد عند المالكية⁴. وقد عرّف فقهاء المالكية الضمان بأنه: «شغل ذمة أخرى بالحق»⁵.

03- تعريف الشافعية:

يفرق الشافعية بين الضمان والكفالة، وفي هذا يقول الماوردي أن العرف يجري على استعمال الضمين في المال، والحميل في الدية، والزعيم في المال العظيم، والكفيل في النفس، والصبير في الجميع⁶.

¹ ينظر: علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ط2000م، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ص193.

² ينظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت: الموسوعة الفقهية، ط1، 1995م، مطابع دار الصفوة، للطباعة والنشر والتوزيع، ج34، ص287.

³ ابن عابدين(محمد أمين):رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، قدّم له وقرّضه محمد بكر إسماعيل، ط2003م، دار عالم الكتب، للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ج7، ص553.

⁴ ينظر: البغدادي (أبو محمد عبد الوهاب): التلقين في الفقه المالكي، تحقيق ودراسة محمد ثالث سعيد الغاني، بدون طبعة وبدون تاريخ، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، مكة المكرمة، ج2، ص444/ ابن رشد الحفيد(أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط6، 1982م، دار المعرفة، للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ج2، ص295.

⁵ ضياء الدين الجندي (خليل بن إسحاق بن موسى): مختصر العلامة خليل، تحقيق أحمد جاد، ط1، 2005م، دار الحديث، القاهرة، مصر، ص176.

⁶ ينظر: الأنصاري(زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا): الغرر البهية في شرح البيهجة الوردية، بدون طبعة، وبدون تاريخ، المطبعة الميمنية، ج3، ص149، 150.

فالكفالة عند فقهاء الشافعية تطلق على ضمان الأعيان البدنية¹، وتسمى كفالة البدن وكفالة الوجه²، وهي التزام الكفيل بإحضار المكفول إلى المكفول له³.

04- تعريف الحنابلة:

عرّف فقهاء الحنابلة الكفالة بأنها: «التزام رشيد إحضار من عليه حق مالي إلى ربه»⁴

05- تعريف الظاهرية:

الكفالة عند الظاهرية هي: نقل الحق من ذمة إلى ذمة. وهذا ما ذهب إليه ابن حزم حيث قال: إن الكفالة والحوالة سواء⁵.

من خلال هذه التعاريف يتبين أن الفقهاء اختلفوا في تعريفاتهم للكفالة في نقطتين الأولى هي: هل الكفالة هي ضم ذمة إلى أخرى أو هي نقل للدين من ذمة إلى أخرى؟ والثانية على القول بأنها ضم ذمة إلى أخرى، فهل هي ضم ذمة إلى أخرى في الدين أم ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة به فقط لا في نفس الدين؟⁶.

المطلب الثاني: خصائص الكفالة.

تتميز الكفالة في الفقه الإسلامي بالخصائص التالية:

- ¹ _ ينظر: أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة: حاشيتا قليوبي وعميرة، ط1995م، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج2، ص408.
- ² _ ينظر: النووي (أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف): روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش، ط3، 1991م، المكتب الإسلامي، ج4، ص253.
- ³ _ ينظر: مصطفى الخنّ وآخرون: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ط2، 1996م، دار القلم، للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ج7، ص152.
- ⁴ _ الهوتي (منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس): الروض المربع شرح زاد المستقنع، حَرَجَ أحاديثه عبد القدوس محمد نذير، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار المؤيد، ومؤسسة الرسالة، ص374.
- ⁵ _ ينظر: ابن حزم (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد): المحلى بالآثار، تحقيق محمد منير الدمشقي، بدون طبعة، وبدون تاريخ، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ج8، ص111، 113.
- ⁶ _ ينظر: علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص195، 196.

01- الكفالة من العقود المسماة.

إن القارئ لكتب المذاهب الفقهية يجد أنهم تناولوا عقوداً، بأسماء وأحكام خاصة بها¹، مثل الكفالة²، وهذه العقود التي لها أسماء وأحكام خاصة بها، تسمى العقود المسماة أو المعينة³.

02- الكفالة من العقود الرضائية.

الأصل في العقود في الشريعة الإسلامية هو الرضا، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [سورة النساء الآية 29]، والعقد الرضائي هو الذي ينعقد بمجرد تراضي طرفيه⁴.

03- الكفالة من عقود التبرع.

عقود التبرع هي: «التي يكون التملك فيها من غير مقابل»⁵ أو هي «التي تقوم على أساس المعونة والمساعدة من أحد الطرفين للآخر، من غير مقابل»⁶، وبما أن الكفالة عقد تبرع، فلا يجوز أخذ أجر عليها؛ لأنه يؤدي إلى الربا؛ لأن الكفيل يعتبر مقرضاً، قال ابن عابدين معللاً بطلان اشتراط الجعل في الكفالة: «لأن الكفيل مقرض في حق المطلوب، وإذا شرط له الجعل مع ضمان المثل، فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه، فهو باطل؛ لأنه ربا»⁷، وقال الدردير معللاً أيضاً بطلان اشتراط الجعل في الحماله: «وعلة المنع أن الغريم إن أدى الدين لربه

¹ ينظر: حنان بنت محمد حسين جستنيه: أقسام العقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه، إشراف ياسين بن ناصر الخطيب، 1998م، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، ج1، ص90.

² ينظر: السرخسي (محمد بن أحمد بن أبي سهيل): المبسوط، بدون طبعة، وبدون تاريخ، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج19، ص160/ابن رشد الجدل (أبو الوليد محمد بن أحمد): المقدمات الممهديات، تحقيق سعيد أحمد أعراب، ط1، 1988م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ج2، ص373/العمراني (أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم): البيان في مذهب الإمام الشافعي، اعتنى به قاسم محمد النوري، بدون طبعة، وبدون تاريخ، دار المنهاج، للطباعة والنشر والتوزيع، المجلد6، ص342/محمد سليمان عبد الله الأشقر: المجلى في الفقه الحنبلي، ط1، 1998م، دار القلم، دمشق، سوريا، ج2، ص113.

³ ينظر: مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، ط1، 1998م، دار القلم، دمشق، سوريا، ج1، ص605.

⁴ ينظر: فتحي الدريني: النظريات الفقهية، ط2، بدون تاريخ، جامعة دمشق، ص269، 270.

⁵ محمد سلام مذكور: المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه، ومصادره، ونظرياته العامة، ط2، 1996م، دار الكتاب الحديث، ص599.

⁶ محمد مصطفى شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، وقواعد الملكية، والعقود فيه، ط1962م، مطبعة دار التأليف، مصر، ص514، 515.

⁷ ابن نجيم المصري (زين الدين بن إبراهيم بن محمد): البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وفي آخره تكملة البحر الرائق للطورى، وبهامشه منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين، ط2، بدون تاريخ، دار الكتاب الإسلامي، ج6، ص242.

كان جعل باطلاً، فهو من أكل أموال الناس بالباطل، وإن أداه الحميل لربه، ثم رجع به على الغريم كان من السلف بزيادة، فتفسد الجمالة، ويرد الجعل لربه.¹

04- الكفالة من عقود التوثيق.²

عقود التوثيق هي: «التي يُقصد منها ضمان وفاء الديون لأصحابها، وتأمين الدائن على دينه.»³ وهي الكفالة، والرهن، والحوالة.⁴

05- الكفالة من عقود التبعية.

العقود التبعية هي: «كل عقد يكون تابعاً لحقٍ آخر، ومرتبطاً به في وجوده وزواله.»⁵ كالرهن والكفالة، فهذان العقدان لا ينعقدان ابتداءً، وإنما يكونان دائماً تابعين لحق آخر ثابت أو متوقع، ويزولان بزواله.⁶

06- الكفالة عقد لازم بالنسبة للكفيل، وغير لازمة للمكفول له؛ لأنها توثيق لحقه، فيستطيع فسخها متى شاء.⁷

07- المكفول لا تبرأ ذمته بمجرد الكفالة.⁸

¹ _ أحمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير، ضبطه وصححه محمد عبد السلام شاهين، ط1، 1995م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج3، ص281.

² _ ينظر: السرخسي: المبسوط، ج19، ص160 / القرافي (شهاب الدين أحمد بن إدريس): الذخيرة، تحقيق محمد بو خبزة، ط1، 1994م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ج9، ص200/العمراني: البيان في مذهب الإمام الشافعي، المجلد6، ص344/العثيمين(محمد بن صالح): الشرح الممتع على زاد المستقنع، ط1، 1422هـ، دار ابن الجوزي، للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، المجلد9، ص202.

³ _ حنان بنت محمد حسين جستنيه: أقسام العقود في الفقه الإسلامي، ج2، ص386.

⁴ _ ينظر: محمد سلام مدكور: المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه، ومصادره، ونظرياته العامة، ص600/محمد مصطفى شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، وقواعد الملكية، والعقود فيه، ص516.

⁵ _ مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص646.

⁶ _ ينظر: حنان بنت محمد حسين جستنيه: أقسام العقود في الفقه الإسلامي، ج2، ص451/مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص646، 647.

⁷ _ ينظر: مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص639/سيد سابق: فقه السنة، بدون طبعة، وبدون تاريخ، دار الفكر، للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ج3، ص928.

⁸ _ ينظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت: الموسوعة الفقهية، ج34، ص289.

08- يشترط رضا الكفيل، لا المكفول له؛ لأن الكفيل لا يلزمه الحق ابتداءً إلا برضاه¹.

09- للمكفول له عند حلول أجل دينه، مطلق الخيار في المطالبة بدينه، فله مطالبة الكفيل أو الأصيل، كيف ما شاء؛ لأن ذمتهما مشغولة بالدين²، وهذا عند الحنفية³، والشافعية⁴، والحنابلة⁵، وفي رواية عند المالكية⁶.

المبحث الثاني: تعريف الكفالة وخصائصها في القانون المدني الجزائري .

سيتم في هذا المبحث التطرق إلى تعريف الكفالة (المطلب الأول) بالإضافة إلى خصائصها (المطلب الثاني) في القانون المدني الجزائري.

المطلب الأول: تعريف الكفالة.

عرّف المشرع الجزائري الكفالة في المادة 644 من القانون المدني الجزائري بقوله: «الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه.» ونصت المادة 647 من نفس القانون على أنه: «تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضاً رغم معارضته.»

من خلال نص هذه المادة يتبين أن طرفي الكفالة هما: الكفيل والدائن فقط، أما المدين فليس طرفاً فيها، بدليل أن الكفالة تجوز دون علمه، ورغم معارضته⁷.

المطلب الثاني: خصائص الكفالة.

تتميز الكفالة في القانون الوضعي بالخصائص التالية:

¹ _ ينظر: القرافي: الذخيرة، ج 9، ص 200 / مصطفى الخنّ وآخرون: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج 7، ص 147 / النجدي (عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي): حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ط 1، 1398هـ، بدون بيانات نشر، ج 5، ص 111.

² _ ينظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت: الموسوعة الفقهية، ج 34، ص 309.

³ _ ينظر: الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 2، 1986م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج 6، ص 10.

⁴ _ ينظر: مصطفى الخنّ وآخرون: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج 7، ص 157.

⁵ _ ينظر: ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد): المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، ط 3، 1997م، دار عالم الكتب، للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ج 7، ص 71.

⁶ _ ينظر: ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ص 296.

⁷ _ ينظر: محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، بدون طبعة، وبدون تاريخ، دار الهدى، للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ص 13.

01- الكفالة عقد مسمى:

العقد المسمى هو العقد الذي يضع له القانون اسماً خاصاً، ويتكفل ببيان أحكامه، لذيوعه بين الناس، وانتشاره في معاملاتهم¹. وقد تناول المشرع الجزائري الكفالة في القانون المدني وبين أحكامها في المواد من 644 إلى 673.

02- الكفالة عقد رضائي:

العقد الرضائي هو العقد الذي يكفي مجرد تراضي المتعاقدين لانعقاده، حتى ولو اشترط القانون لإثباته شكلاً خاصاً كالكتابة مثلاً². فالكفالة عقد رضائي، لا يشترط فيه إلا رضا الكفيل رضاً صريحاً³، والكتابة ليست شرطاً لانعقادها، وإنما هي شرط لإثباتها⁴. وهذا ما تنص عليه المادة 645 من القانون المدني الجزائري بقولها: «لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة.»

03- الكفالة عقد توثيق:

عقود التوثيق هي التي يقصد منها توثيق الدين، وضمان الوفاء به، إذا لم ينفذ المدين التزامه. وبما أن الكفالة عقد توثيق فلا يترتب عنها براءة ذمة المكفول عنه⁵.

04- الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:

العقد الملزم لجانب واحد أو العقد غير التبادلي هو العقد الذي يترتب التزامات على طرف واحد من طرفيه، فيكون أحدهما مديناً، والآخر دائناً⁶. وهذا ما تنص عليه المادة 56 من القانون المدني الجزائري بقولها: «يكون العقد ملزماً لشخص، أو لعدة أشخاص، إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص، أو عدة أشخاص آخرين

¹ _ ينظر: محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، ط4، 2009م، دار الهدى، للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ص51.

² _ ينظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، بدون طبعة، وبدون تاريخ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج1، ص150.

³ _ ينظر: أنور طلبة: المطول في شرح القانون المدني، ط2004م، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ج10، ص639.

⁴ _ ينظر: رمضان أبو السعود: التأمينات الشخصية والعينية، ط1995م، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص34.

⁵ _ ينظر: عدنان إبراهيم السرحان: شرح القانون المدني، العقود المسماة، في المقاول، الوكالة، الكفالة، ط1، الإصدار 2، 2001م، مكتبة دار الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص185، 186.

⁶ _ ينظر: محمد عبد الله الدليبي: النظرية العامة للالتزام، القسم الأول مصادر الالتزام، ط1998م، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، ص41.

دون التزام من هؤلاء الآخرين.» ففي الكفالة يلتزم الكفيل للدائن بالوفاء بالدين إذا لم يف به المدين، بينما الدائن لا يلتزم بشيء نحوه¹.

05- الكفالة عقد تبرع:

87

عقد التبرع هو: «العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلًا لما يعطيه»².

يرى بعض شراح القانون المدني مثل: عبد الرزاق أحمد السنهوري، أن الكفالة عقد تبرع بالنسبة للكفيل؛ لأنه تبرع بكفالة الدين، وعقد معاوضة بالنسبة للدائن؛ لأنه حصل على الكفالة مقابل إعطاء الدين للمدين، وليس من الضروري في عقود المعاوضة إعطاء العوض لأحد المتعاقدين، بل يمكن إعطاؤه للغير، الذي هو المدين في هذه الحالة³، لكن هناك من يرى بأن هذا الرأي غير صحيح؛ لأنه يتعارض مع تعريف عقد المعاوضة الذي يُعرّف بأنه العقد الذي يأخذ فيه كلا المتعاقدين مقابلًا لما يعطيه؛ لأن الكفيل لا يأخذ من الدائن شيئاً مقابل الضمان الذي قدمه له، ولذلك يرى أن الأصل في الكفالة أنها من عقود التبرع⁴، وعدم المقابل فيما من طبيعة العقد⁵.

يترب على كون الكفالة عقد تبرع النتائج التالية⁶:

أ- الكفالة عمل مدني وليست عملاً تجارياً، ولو كان الكفيل تاجراً، لكن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية، ضماناً احتياطياً، أو عن تظهيرها تعتبر دائماً عملاً تجارياً. وهذا ما تنص عليه المادة 651 من القانون المدني الجزائري بقولها: «تعتبر كفالة الدين التجاري عملاً مدنياً، ولو كان الكفيل تاجراً».

غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية، ضماناً احتياطياً، أو عن تظهير هذه الأوراق، تعتبر دائماً عملاً تجارياً.

ب- لا يجوز إبرام الكفالة باعتبارها عقد تبرع عن طريق الوكالة إلا بوكالة خاصة، يعين فيها محلها على وجه التخصيص. وهذا ما تنص عليه المادة 574 من القانون المدني الجزائري بقولها: «لا بد من وكالة خاصة في كل

¹ ينظر: رمضان أبو السعود: التأمينات الشخصية والعينية، ص 35.

² محمد عبد الله الدليبي: النظرية العامة للالتزام، القسم الأول مصادر الالتزام، ص 43.

³ ينظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 10، ص 25.

⁴ ينظر: عدنان إبراهيم السرحان: شرح القانون المدني، العقود المسماة، في المقابلة، الوكالة، الكفالة، ص 183.

⁵ ينظر: زهدي يكن: شرح قانون الموجبات والعقود، ط 1، 1970م، دار الثقافة، بيروت، لبنان، ج 16، ص 232.

⁶ ينظر: رمضان أبو السعود: التأمينات الشخصية والعينية، ص 38، 39.

عمل ليس من أعمال الإدارة، لاسيما في البيع، والرهن، والتبرع، والصلح، والإقرار، والتحكيم، وتوجيه اليمين، والمرافعة أمام القضاء.

الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص، إلا إذا كان العمل من التبرعات.

الوكالة الخاصة لا تخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها، وما تقتضيه هذه الأمور من تواجب ضرورية، وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري.»

ت- في حالة رفع الدعوى البوليصة¹ من دائن الكفيل فإنه يجب مراعاة شروط هذه الدعوى عندما تنصب على التبرع. وهذا ما تنص عليه المادة 192 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثالثة بقولها: «أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين تبرعاً فإنه لا يحتج به على الدائن، ولو كان المتبرع له حسن النية.»

06- الكفالة عقد تابع:

العقد التابع هو: الذي يتبع العقد الأصلي في وجوده وانقضائه، وصحته وبطلانه، كالكفالة والرهن².

يترب على كون الكفالة عقد تابع النتائج التالية:

أ- التزام الكفيل يتبع التزام المدين الأصلي في وجوده، وانقضائه، وفي صحته، وبطلانه، وفي الدفع التي يدفع بها الدين³. وهذا ما تنص عليه المادة 648 من القانون المدني الجزائري بقولها: «لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً.» والمادة 654 في فقرتها الأولى بقولها: «يرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين.»

¹ _ الدعوى البوليصة أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن. هي دعوى هدفها حماية الدائن من تصرفات مدينه الضارة به، من خلال عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن، وليس من خلال إبطال تصرفات المدين؛ لأن هذه الأخيرة لا تبطل، بل تكون صحيحة، بالنسبة للمدين، ومن تصرف له المدين، وهذا ما تنص عليه المادة 191 من القانون المدني الجزائري بقولها: «لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين، أو زاد في التزاماته، وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره...» [ينظر: محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، ط2010م، دار الهدى، للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ص132، 162]

² _ ينظر: عبد الرزاق أحمد السهوري: نظرية العقد، ط2، 1998م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ج1، ص143.

³ _ ينظر: سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، ط3، دار الكتب المصرية، المجلد3، ص15، 14.

ب- إذا كان التزام المدين الأصلي معلقاً على شرط، أو مضافاً إلى أجل، فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزاً¹.
ت- لا يجوز أن يلتزم الكفيل بمبلغ أكبر من الذي على المدين، أو بشرط أشد من شروط الدين المكفول، فإذا التزم بذلك فإن التزامه لا يبطل، ويجب انقاصه، حتى يساوي التزام المدين الأصلي². وهذا ما تنص عليه المادة 652 من القانون المدني الجزائري بقولها: «لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول».

ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون».

ث- لا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين³. وهذا ما تنص عليه المادة 660 من القانون المدني الجزائري بقولها: «لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده، إلا بعد رجوعه على المدين».
ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل، إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق».

الخاتمة:

بعد دراسة هذا الموضوع تم التوصل إلى جملة من النتائج نوردتها كالآتي:

- 01- الكفالة والضمان لفظان مترادفان عند كثير من الفقهاء المسلمين.
- 02- اختلف فقهاء الإسلام في تعريفاتهم للكفالة تبعاً لاختلافهم في ما يترتب عليها من أثر.
- 03- الكفالة والحوالة سواء عند الظاهرية.
- 04- الكفالة عقد مسمى في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.
- 05- الكفالة عقد رضائي في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.
- 06- الكفالة عقد تبرع في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.
- 07- الكفالة عقد توثيق في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.

¹ ينظر: عبد الرزاق أحمد السهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج10، ص27.

² ينظر: زهدي يكن: شرح قانون الموجبات والعقود، ج16، ص230/ محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، ص17.

³ ينظر: محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، ص16.

08- الكفالة عقد تابع في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.

09- الكفالة عقد ملزم لجانب واحد في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.

10- يشترط رضا الكفيل لا المكفول له في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.

11- المكفول لا تبرأ ذمته بمجرد الكفالة في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.

12- للمكفول له مطلق الخيار في المطالبة بدينه عند حلول أجله فله مطالبة الكفيل أو الأصيل كيف ما شاء لأن ذمتهما مشغولة بالدين وهذا عند الحنفية والشافعية والحنابلة وعند المالكية في رواية أما في القانون الوضعي فلا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً- الفقه الإسلامي :

أ- المذهب الحنفي:

1- ابن عابدين (محمد أمين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، قدّم له وقوّضه محمد بكر إسماعيل، ط2003م، دار عالم الكتب، للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية.

2- ابن نجيم المصري (زين الدين بن إبراهيم بن محمد): البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وفي آخره تكملة البحر الرائق للطوري، وبهامشه منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين، ط2، بدون تاريخ، دار الكتاب الإسلامي.

3- السرخسي (محمد بن أحمد بن أبي سهيل): المبسوط، بدون طبعة، وبدون تاريخ، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

4- الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، 1986م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

4- النسفي (نجم الدين أبو حفص عمر بن محمد): طلبتُ الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، ضبط وتعليق وتخرّيج خالد عبد الرحمان العك، ط1، 1995م، دار النفائس، للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

ب- المذهب المالكي:

6- ابن رشد الجد (أبو الوليد محمد بن أحمد): المقدمات الممهديات، تحقيق سعيد أحمد أعراب، ط1، 1988م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.

7- أحمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير، ضبطه وصححه محمد عبد السلام شاهين، ط1، 1995م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

8- البغدادي (أبو محمد عبد الوهاب): التلقين في الفقه المالكي، تحقيق ودراسة محمد ثالث سعيد الغاني، بدون طبعة وبدون تاريخ، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، مكة المكرمة.

9- القرافي (شهاب الدين أحمد بن إدريس): الذخيرة، تحقيق محمد بو خيزة، ط1، 1994م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.

10- ضياء الدين الجندي (خليل بن إسحاق بن موسى): مختصر العلامة خليل، تحقيق أحمد جاد، ط1، 2005م، دار الحديث، القاهرة، مصر.

ت- المذهب الشافعي:

11- ابن الغرابيلي (محمد بن قاسم بن محمد بن محمد أبو عبد الله شمس الدين الغزي): فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب، عناية بسام عبد الوهاب الجابي، ط1، 2005م، الجفان والجابي، للطباعة والنشر، ودار ابن حزم، للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

12- الأنصاري (زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا): الغرر الهبية في شرح البهجة الوردية، بدون طبعة، وبدون تاريخ، المطبعة الميمنية.

13- أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة: حاشيتنا قليوبي وعميرة، ط1995م، دار الفكر، بيروت، لبنان.

14- العمراني (أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم): البيان في مذهب الإمام الشافعي، اعتنى به قاسم محمد النوري، بدون طبعة، وبدون تاريخ، دار المنهاج، للطباعة والنشر والتوزيع.

15- النووي (أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف): روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش، ط3، 1991م، المكتب الإسلامي.

16- مصطفى الخنّ وآخرون: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ط2، 1992م، دار القلم، دمشق، سوريا.

ث- المذهب الحنبلي:

- 17- ابن المبرّد (يوسف بن عبد الهادي): كتاب فُرُوع الفِقه، حققه وعلق عليه عبد السلام بن محمد الشويعر، ط1، 2007م، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية.
- 18- الهوتي (منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن ادريس): الروض المربع شرح زاد المستقنع، خَرَجَ أحاديثه عبد القدوس محمد نذير، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار المؤيد، ومؤسسة الرسالة.
- 19- العثيمين (محمد بن صالح): الشرح الممتع على زاد المستقنع، ط1، 1422هـ، دار ابن الجوزي، للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية.
- 20- النجدي (عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي): حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ط1، 1398هـ، بدون بيانات نشر.
- 21- محمد سليمان عبد الله الأشقر: المجلى في الفقه الحنبلي، ط1، 1998م، دار القلم، دمشق، سوريا.

ج- المذهب الظاهري:

- 22- ابن حزم (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد): المحلى بالآثار، تحقيق محمد منير الدمشقي، بدون طبعة، وبدون تاريخ، إدارة الطباعة المنيرية، مصر.

ح- الفقه المقارن:

- 23- ابن رشد الحفيد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط6، 1982م، دار المعرفة، للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

خ- فقه عام:

- 24- سيد سابق: فقه السنة، بدون طبعة، وبدون تاريخ، دار الفكر، للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.
- 25- علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ط2000م، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر.
- 26- فتحي الدريني: النظريات الفقهية، ط2، بدون تاريخ، جامعة دمشق.

- 27- محمد سلام مدكور: المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه، ومصادره، ونظرياته العامة، ط2، 1996م، دار الكتاب الحديث.

- 28- محمد عبد المنعم أبو زيد: الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، ط1، 1996م، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، مصر.
- 29- محمد مصطفى شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، وقواعد الملكية، والعقود فيه، ط1 1962م، مطبعة دار التأليف، مصر.
- 30- مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، ط1، 1998م، دار القلم، دمشق، سوريا.
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت: الموسوعة الفقهية، ط1، 1995م، مطابع دار الصفوة، للطباعة والنشر والتوزيع.
- ثانياً- شرح القانون المدني والنظرية العامة للالتزام:
- 31- أنور طلبية: المطول في شرح القانون المدني، ط2004م، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر.
- 32- رمضان أبو السعود: التأمينات الشخصية والعينية، ط1995م، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.
- 33- سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، ط3، دار الكتب المصرية.
- 34- زهدي يكن: شرح قانون الموجبات والعقود، ط1، 1970م، دار الثقافة، بيروت، لبنان.
- 35- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، بدون طبعة، وبدون تاريخ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 36- عدنان إبراهيم السرحان: شرح القانون المدني، العقود المسماة، في المقابلة، الوكالة، الكفالة، ط1، الإصدار2، 2001م، مكتبة دار الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- 37- عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر: شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، ط1، الإصدار1، 2002م، الدار العلمية الدولية، للنشر والتوزيع، ودار الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- 38- محمد عبد الله الدليحي: النظرية العامة للالتزام، القسم الأول مصادر الالتزام، ط1998م، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا.
- 39- محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، بدون طبعة، وبدون تاريخ، دار الهدى، للطباعة، والنشر، والتوزيع، عين مليلة، الجزائر.

40- محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، ط4، 2009م، دار الهدى، للطباعة، والنشر، والتوزيع، عين مليلة، الجزائر.

41- محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، ط2010م، دار الهدى، للطباعة، والنشر، والتوزيع، عين مليلة، الجزائر.

ثالثاً- الرسائل العلمية:

42- حنان بنت محمد حسين جستنيه: أقسام العقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه، إشراف ياسين بن ناصر الخطيب، 1998م، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية.

الموازنة بين الدفع بعدم دستورية القوانين ومبدأ الأمن القانوني دراسة مقارنة بين الدستورين الجزائري والبحريني خديجة سريرالحرثسي، باحثة دكتوراه، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1 (الجزائر)

Résumé:

entre Cet article est centré sur le paiement par les particuliers d'inconstitutionnalité en Algérie, grâce à la modification constitutionnelle de 2016, qui accorde aux particuliers le droit au paiement d'inconstitutionnalité, et ont donc le fondateur constitutionnel du rythme de maintien de l'Algérie avec les constitutions des pays, y compris le maritime constitutionnel fondateur, qui était un scoop pour l'expérience, bien que ce paiement ne se reflète pas sur le terrain en Algérie, il est en attente de la publication d'une loi organique détermine que, de sorte qu'il a été traité de cette question par le biais de ce paiement peut poser l'équilibre entre la sécurité juridique problématique et les droits et libertés des personnes.

Mots-clés: paiement - contrôle constitutionnel - la sécurité juridique

الملخص

تتمحور هذا الدراسة في الدفع بعدم دستورية القوانين من قبل الأفراد ، دراسة مقارنة بين الدستوريين الجزائري والبحريني، فالتعديل الدستوري الجزائري لعام 2016 منح للأفراد حق الدفع بعدم الدستورية ، وبذلك يكون المؤسس الدستوري الجزائري قد واكب دساتير دول أخذت بهذا الدفع ونظمته، من بينها المؤسس الدستوري البحريني الذي كان سابقا للأخذ بهذا الدفع ، إلا أنه رغم النص على هذا الدفع في الدستور الجزائري لم يتجسد على أرض الواقع ، فإعماله مرتبط بصدور قانون عضوي ينظمه ، لذا تم التطرق إلى هذا الموضوع بالنظر إلى أن هذا الدفع قد يثير إشكال الموازنة بين الأمن القانوني وبين حقوق وحرية الأفراد.

الكلمات المفتاحية : الدفع - الرقابة الدستورية - الأمن القانوني.

مقدمة

تظهر أهمية الرقابة على دستورية القوانين من خلال حماية الحقوق والحريات المتعلقة بالأفراد ، فغالبا ما توكل مهمة الرقابة على دستورية القوانين ، إما إلى جهة قضائية مختصة بالنظر في الدعاوى الدستورية،¹ على شاكلة المحاكم الدستورية² ، كما هو معمول به في مملكة البحرين أو إلى أعلى جهة قضائية في التنظيم القضائي في الدولة ، وقد يعهد بها إلى جميع الهيئات القضائية في الدولة.³

يعتبر حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين حقا أصيلا ، ومن صميم مهام القضاء ، حتى وإن لم ينص عليه صراحة في الدستور ،⁴ وهو ما منحتة المحكمة الفدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية لنفسها ،

¹- حول الدعوى الدستورية، أنظر، منير عبد المجيد، أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 8-59.

²- كما هو الحال في ألمانيا وإيطاليا والنمسا، ومن الدول العربية التي أوكلت مهمة الرقابة على دستورية القوانين للقضاء مصر والتي جاء في المادة 175 من دستورها على أنه: "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون"، أنظر، يحي الحمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، 2008، ص 109-261.

³- حول الرقابة القضائية على دستورية القوانين، أنظر، أحمد سرحال، القانون الدستوري والنظم السياسية الإطار المصادر، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2002، ص 119-122.

⁴- نصر الدين بن طيفور، القاضي الإداري الجزائري والرقابة على دستورية القوانين، مجلة النشاط العلمي لمخبر القانون العام، العدد الأول، جامعة سيدي بلعباس، 1995.

دون أن تستند إلى نص صريح في ذلك.¹ كما أوكلت الكثير من الدساتير للقضاء مهمة الرقابة على دستورية القوانين ، نظرا للمزايا التي يوفرها. فالتكوين القانوني للقضاة واستقلاليتهم تؤهلهم لمباشرة عملية الرقابة على أكمل وجه ، كما أن القضاء يضمن حرية التقاضي والاستعانة بالدفاع ، يضاف إلى ذلك ما توفره علانية الجلسات ودرجات التقاضي والاستعانة بوسائل الإثبات وتسبب الأحكام من ضمانات للمتقاضي ، الأمر الذي يحقق فعالية الرقابة ويجسد مبدأ سمو الدستور ، وهو ما تفقده الرقابة بواسطة هيئة سياسية.²

فتتميز الرقابة القضائية على دستورية القوانين بأهمية كبيرة ، رغم من مزايا هذه الرقابة إلا أن الفقه انقسم بين مؤيد ومعارض لإحكام القضاء في الرقابة على دستورية القوانين ، لما فيه من مساس لمبدأ الفصل بين السلطات ، مما قد يدخل القضاء في نزاعات حادة مع غيره من السلطات ، وقد يفضي إلى ظهور ما يعرف بحكومة القضاء.³

تأخذ الرقابة على دستورية القوانين بواسطة هيئة قضائية عدّة صور ، أهمها الرقابة عن طريق الدعوى المباشرة أو الأصلية والرقابة عن طريق الدفع الفرعي ، تختلفان من حيث الآثار المترتبة عنهما ، بين إلغاء القانون غير الدستوري في الأولى ، واستبعاد تطبيقه في القضية المنظورة في الثانية.⁴

توكل مهمة الرقابة الدستورية في الجزائر إلى المجلس الدستوري وهو هيئة شبه سياسية ، حيث يقوم بالتحقق من مدى احترام التشريعات للدستور ، فإذا كانت مخالفة أقرّ بعدم دستورتها ، غير أن التعديل الدستوري لعام 2016 وسع إخطار المجلس الدستوري وأصبح يقوم بمهمة قضائية من خلال حماية الحقوق والحريات ، حيث منح الدستور للأفراد الحق في الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري وذلك بطريقة غير مباشرة عن طريق المحكمة العليا ، أو مجلس الدولة في حالة يكون فيها الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.⁵

يثار في هذا الإطار إشكال يتمثل في ما الدور الذي تلعبه الرقابة الدستورية من خلال الموازنة بين احترام سمو الدستور ، وحماية الحقوق والحريات للأفراد إضافة إلى تحقيق الأمن القانوني ، أما الإشكال الرئيسي

¹- نصر الدين بن طيفور، القاضي الإداري الجزائري والرقابة على دستورية القوانين، مجلة النشاط العلمي لمخبر القانون العام، العدد الأول، جامعة سيدي بلعباس، 1995.

²- منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 59.

³- أ.د. عمار عباس، دور المجلس الدستوري الجزائري في ضمان مبدأ سمو الدستور، مجلة المجلس الدستوري، مجلة نصف سنوية متخصصة، العدد الأول، 2013، ص 64.

⁴- أ.د. عمار عباس، نفس المرجع، ص 65.

⁵- الفقرة الأولى من المادة 188، القانون رقم 01-16 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد الرابع عشر، الصادرة في 27 جمادى الأولى عام 1437هـ الموافق 7 مارس سنة 2016م.

الذي يثور في هذا المقام هو: ما مدى الموازنة بين تحقيق الأمن القانوني وبين حماية الحقوق والحريات الأفراد ، لذا يمكن طرح التساؤل التالي : ما هو حجية الحكم بعدم دستورية القوانين وأثره على الأمن القانوني ؟ للإجابة عن الإشكالية تم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين: يتم التناول في المبحث الأول الدفع بعدم دستورية القوانين من قبل الأفراد وحجية الحكم ، أما في المبحث الثاني يتم التطرق إلى الموازنة بين فكرة الأمن القانون ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية.

المبحث الأول

الدفع بعدم دستورية القوانين من قبل الأفراد

سنستعرض في هذا المبحث تجربة المحكمة الدستورية لمملكة البحرين هذه الاخيرة تنتهج النظام الأنجلوسكسوني في عملية الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء، كما نستعرض ما جاء في التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016 في مجال الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري وهو هيئة شبه سياسية، وهو بذلك يطبق المشرع الجزائري النظام الفرونكوفوني في ذلك، من خلال استحدث الدستور الجزائري لعام 2016 حق الفرد في الدفع بعدم الدستورية. ثم إلى حجية الحكم الصادر بعدم الدستورية.

ورد النص على حق الدفع بعدم دستورية القوانين واللوائح بالبند (ج) من المادة (18) من قانون المحكمة الدستورية لمملكة البحرين التي نصت على أنه: ترفع المنازعات الخاصة بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي: "... إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، ورأت هذه المحكمة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى، وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز شهراً واحداً لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد المحدد اعتبر الدفع كأن لم يكن"¹.

أما فيما يخص دفع الأفراد بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري الجزائري، فهو أمر جديد لم يكن في السابق بل أدرج فقط بموجب التعديل الدستوري لعام 2016، غير أن هذا الدفع من قبل الأفراد يكون عن طريق دعوى فرعية أي غير مباشرة، حيث جاء في المادة 188 من الدستور الجزائري أنه: "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. يحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي".

¹- أ.د. شعبان أحمد رمضان، الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني دراسة مقارنة، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الاول، مصر، مارس 2014، ص 160.

غير أن المشرع الجزائري سكت في هذا المجال ولم يصدر قانون عضوي ينظم حق الفرد في الدفع بعدم دستورية القوانين ، وترك ذلك بعد مرور ثلاثة سنوات من التعديل الدستوري ، فحسب رأينا نرى أن سكوت المشرع في هذه النقطة دليل على تردده حول طبيعة الدفع بعدم الدستورية ، حيث أن حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في الجزائر يبقى حبر على ورق إلى غاية صدور القانون العضوي المنظم لذلك.

ويفترض أسلوب الدفع قيام خصومة أمام إحدى المحاكم ، وأن هناك نصاً قانونياً أو لائحياً يراد تطبيقه على واقعة النزاع المطروح على المحكمة فيدفع أحد الخصوم بعدم دستورية هذا النص ، فالمستفاد من نص البند (ج) من المادة 18 من قانون المحكمة مملكة البحرين أن لكل ذي شأن في الدعوى الدستورية الحق في الطعن بعدم دستورية النص المطلوب تطبيقه على دعواه الموضوعية ، بيد أن قاضي الموضوع لا يحيل الأمر إلى المحكمة الدستورية بطريقة تلقائية ، وإنما يتأكد من جدية الدفع ، وهو ما يقتضى أن نحدد المقصود بجدية الدفع ، وسلطة قاضي الموضوع إزاء الدفع بعدم الدستورية ، ووقت إثارة هذا الدفع¹.

لذا فحسب رأينا قيام المشرع الجزائري في القانون العضوي الذي يأمل أن يصدره فيما يخص دفع الأفراد بعدم دستورية القوانين أمام المجلس الدستوري ، يكون عن طريق دفع الفرد بعدم الدستورية أمام القاضي المختص بالنظر في النزاع والقاضي بدوره يتأكد من جدية الدفع ، ومن هنا تظهر السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في الدفع بعدم الدستورية ، كما أنّ الإشكال الذي يثور في هذا المجال كذلك وقت إثارة الدفع ، هل هذا الدفع يكون دفعا شكليا ، ولا يقبل الدفع بعدم الدستورية إن تم الدخول في الموضوع ، أم أنه دفع موضوعي أم أن هذا الدفع من طبيعة خاصة ويمكن الدفع به في أي مرحلة من المراحل التي مرّة عليها وهو ما نوجزه في ثلاث نقاط متتالية:

المطلب الأول

المقصود بجدية الدفع

لا بد أن يكون الدفع بعدم الدستورية دفعا جدياً ، وهنا يثار التساؤل عن المقصود بجدية الدفع ، وبهذا الصدد يرى نظر فقهي جدير بالتأييد أن معنى الجدية التي تطلبها المشرع في الدفع بعدم الدستورية ينصرف إلى مسألتين : الأولى أن يكون الفصل في المسألة الدستورية منتجا في الفصل في الدعوى الموضوعية ، أي أن يكون النص القانوني أو اللائحي المطعون في دستورية أي منهما متصلاً بموضوع النزاع ، الثانية أن تحمل مدى مطابقة النص القانوني أو اللائحي لأحكام الدستور اختلافاً في وجهات النظر ، بمعنى ضرورة وجود شبهة خروج على أحكام الدستور ، الأمر الذي تنتهي معه إلى القول بأن مناط الجدية في الدفع بعدم الدستورية هو أن

¹ - أ.د شعبان أحمد رمضان، نفس المرجع، ص 161.

يكون الفصل في هذا الدفع ذا تأثير على الفصل في الدعوى الموضوعية ، فضلاً عن أن يولد هذا الدفع شكوكاً لدى قاضي الموضوع حول المسألة الدستورية المثارة.¹

المطلب الثاني

سلطة قاضي الموضوع تجاه الدفع بعدم الدستورية

أما فيما يتعلق بسلطة قاضي الموضوع إزاء الدفع بعدم الدستورية أن القاضي لا يحيل هذا الدفع بمجرد إبدائه من أحد الخصوم إلى المحكمة الدستورية بطريقة آلية تلقائية كما هو الحال في المحكمة الدستورية لمملكة البحرين، لذا نأمل من المشرع الجزائري أن يمنح للقاضي المختص في الفصل في النزاع أن يقدر هذا الدفع بعدم الدستورية، وإنما يكون من حقه التأكد من جدية الدفع _ بمعنى أن يتأكد من أن مدى مطابقة النص القانوني أو اللائحي للدستور تحتمل اختلافاً في وجهات النظر _ والتي تعنى بطبيعة الحال أن تقدير أمر الجدية لا يصل إلى حد الفصل في المسألة الدستورية، أي لا يصل إلى القطع بدستورية النص أو عدم دستوريته ، وإنما يكفي مجرد الشبهة في دستورية النص.²

فتقدير جدية الدفع يعد من صلاحيات قاضي الموضوع ، بحيث إذا ثبت له على وجه اليقين أنه لا شبهة في دستورية النص القانوني أو اللائحي فله أن يرفض هذا الدفع وأن فصل في موضوع الدعوى المطروحة عليه ، ولا يكون لمن أثار الدفع حق الطعن على حكمه بهذا الخصوص أمام المحكمة الدستورية كما هو الحال في مملكة البحرين، أما في الجزائر نأمل أن يكون الاستئناف أمام مجلس القضاء ثم الطعن أمام المحكمة العليا إن كنا امام القضاء العادي مثلاً ولا يمكن أن يقوم الفرد إلى الطعن مباشرة أمام المجلس الدستوري لكونه ليس جهة طعن بالنسبة لمحكمة الموضوع.

وقد أوضحت المحكمة الدستورية بمملكة البحرين في العديد من أحكامها المقصود بجدية الدفع بعدم الدستورية وسلطة قاضي الموضوع إزائه .من ذلك حكمها في الدعوى الدستورية رقم (د/7/3) لسنة (5) القضائية بجلسة 25 مايو 2009، وحكمها في الدعوى الدستورية رقم (د/7/4) لسنة (5) القضائية بجلسة 21 ديسمبر 2009، والذي جاء به فيما نحن بصدده: "... أن المشرع قد رسم طريقاً لرفع الدعوى الدستورية تقدر محكمة الموضوع جديته ... وحيث إن البين أن المدعي قد دفع بعدم دستورية المواد (1-2/2) (بند أ-ج)، (3/3)، (2/2) من المرسوم بقانون رقم (4) لسنة 2001 بشأن حظر ومكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب المعدل بالقانون رقم (54) لسنة 2006، وذلك وفقاً لما جاء بمذكرته المقدمة لمحكمة الموضوع بجلسة 10 يونيو 2007، فأجابته محكمة الموضوع إلى طلبه بعد أن أجالت بصرها في المواد المطعون عليها لتقدير جدية المطاعن الموجهة

¹- د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، 1983، ص 580.

²- أ.د شعبان أحمد رمضان، الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 161.

إليها من وجهة أولية، فهي لا تسبر أغوارها، ولا تعبر عن كلمة فاصلة في شأن اتفاقها مع أحكام الدستور أو خروجها عليها..."¹.

المطلب الثالث

طبيعة الدّفع بعدم الدستورية ووقت إثارته

تنقسم الدفوع في جملتها إلى دفوع شكلية وأخرى موضوعية.² ويُقصد بالدفوع الشكلية تلك الدفوع التي يُطعن بها في صحة الخصومة القائمة أمام المحكمة أو في بعض إجراءاتها،³ أو يُطلب بها تأخير الحكم فيها إلى أن ينقضي ميعاد أو يُستوفي إجراء من الإجراءات، بينما يقصد بالدفوع الموضوعية تلك الدفوع التي يرد بها الخصم على أصل الحق المدعى به، وهي تمثل كل وسيلة من وسائل الدفاع يهدف من خلالها المدعي عليه التوصل للحكم برفض دعوى خصمه.

ويفرق الفقه بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية،⁴ من زاوية أن الدفع الشكلي يطعن به في صحة الإجراءات، بينما الدفع الموضوعي يُنكر به الحق المطالب به. ومن ثم، فإن الحكم بقبول الدفع الشكلي لا يمس أصل الحق المدعى به بحيث يجوز تجديد الدعوى مع إتباع الإجراءات الصحيحة، بينما ينهى الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي النزاع على أصل الحق بحيث يحول دون تجديده أمام القضاء.

وبهذا الصدد يثار التساؤل عن طبيعة الدفع بعدم الدستورية، هل يعد دفعاً شكلياً؟ أم شكلاً موضوعياً؟ أم أنه دفعا ذو طبيعة خاصة؟

ونرى من جانبنا أن الدفع بعدم الدستورية لا يعد من قبيل الدفوع الشكلية أو الموضوعية، وإنما يعد دفعاً ذو طبيعة خاصة لكونه يتعين مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور ترجيحاً لها على ما عداها بحسبانها أعلى القواعد القانونية داخل الدولة. ومؤدى ذلك ولزامه أنه يعد من قبيل الدفوع المتعلقة بالنظام العام بحيث يجوز إثارته في أي حالة تكون عليها الدعوى، وأمام أي محكمة أياً كانت درجتها في السلم

¹- أ.د شعبان أحمد رمضان، الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني دراسة مقارنة، نفس المرجع، ص 161.

²- د. شعبان أحمد رمضان، أثر انقضاء المصلحة على السير في إجراءات دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، 2009، ص 108 وما بعدها.

³- د. شعبان أحمد رمضان، أثر انقضاء المصلحة على السير في إجراءات دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية، نفس المرجع، ص 109.

⁴- أ.د شعبان أحمد رمضان، الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 162.

القضائي، وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا المصرية،¹ وسأيرتها فيه المحكمة الدستورية بمملكة البحرين بحكمها في الدعوى الدستورية رقم (د/03/1) لسنة (1) القضائية، والذي أوضحت فيه: "... أن الدّفع بعدم الدستورية ليس من الدفوع الشكلية أو الموضوعية، بل يتغيرا في مضمونه ومرماه مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور ترجيحاً لها على ما عداها وتأكيداً لصلتها الوثيقة بالنظام العام، وهي أجدر قواعده وأولاهها بالإعمال، بما مؤداه جواز إثارة هذا الدفع في أية حال تكون عليها الدعوى، وأمام اية محكمة ايا كان موقعها في التنظيم القضائي الذي يضمها...".²

وصفوة القول أن الدفع بعدم الدستورية يعد دفعاً ذو طبيعة خاصة يتغير مقابلة النصوص التشريعية الطبيعية بأحكام الدستور ترجيحاً لها على ما عداها، وأنه دفع يتعلق بالنظام العام، ومن ثم يمكن إبدائه في أي حالة تكون عليها الدعوى وأمام أي درجة من درجات التقاضي. ذلك أن نص المادة (18) من قانون المحكمة الدستورية لمملكة البحرين لم يتضمن تحديداً لدرجات المحاكم التي يجوز إبداء الدفع بعدم الدستورية أمامها، وإنما ورد عاماً ومطلقاً بما يفيد خصوصية هذا الدفع، وتعلقه بالنظام العام بحيث يمكن إثارته لأول مرة ولو أمام محكمة التمييز.³

نأمل من المشرع الجزائري أن يعتبر الدفع المقدم من قبل الأفراد دفعا من طبيعة خاصة ويمكن للخصم الدفع به في أي مرحلة من المراحل التي سارت عليها الدعوى.

المبحث الثاني

الموازن بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية

ترسخ مبدأ الأمن القانوني في ألمانيا منذ عام 1961، حيث أكدت المحكمة الدستورية الفدرالية بألمانيا دستورية المبدأ،⁴ وتم الاعتراف به دولياً من قبل محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في قرارها لعام 1962،

¹- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى الدستورية رقم 23 لسنة (14) القضائية، قضائية-دستورية-بجلسة 1994/2/12، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا- الجزء السادس، ص 174. نقلا عن أ.د. شعبان أحمد رمضان، الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني دراسة مقارنة، نفس المرجع، ص 163.

²- حكم المحكمة الدستورية في الدعوى الدستورية رقم (د/03/1) لسنة (1) القضائية، بجلسة 2004/4/26، الجريدة الرسمية لمملكة البحرين، العدد 2633، ص 35-39. نقلا عن أ.د. شعبان أحمد رمضان، الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني دراسة مقارنة، نفس المرجع، ص 163.

³- نقلا عن أ.د. شعبان أحمد رمضان، الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني دراسة مقارنة، نفس المرجع، ص 163.

histoire, statut, fonction, les logiques juridiques, :⁴ - Jean François Boude, Lacaisse des dépots et consignations

2006, p27 et suit.

وقرارات أخرى لهذه المحكمة في ما يخص الثقة المشروعة التي تقترب كثيرا من مبدأ الأمن القانوني، كما أنّ المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومنذ عام 1981، أكدت على ضرورة التوقع القانوني كمطلب للأمن القانوني.

ورغم الاستعمال الشائع لمبدأ الأمن القانوني، فإنه قلما يتم الاهتمام بتعريف هذا المبدأ من قبل الفقه، إذ غالبا ما يقدم كإطار عام لمجموعة كبيرة من المبادئ والحقوق المرتبطة به، أو كغاية محورية لكل نظام قانوني، ومطلبا أساسيا لدولة القانون.

وترجع صعوبة تعريف هذا المبدأ، إلى أن الأمن القانوني متعدد المظاهر *protéiforme*، ومتنوع الدلالات *polysémique*، كثير الأبعاد *Multidimensionnel*، فضلا عن حضوره الدائم في الكثير من المجالات¹.

يعتبر مبدأ الأمن القانوني أحد أهم مقومات الدولة القانونية الحديثة القائمة على سيادة القانون، ومؤدى هذا المبدأ أن تلتزم السلطات العمومية بضمان قدر من الثبات للعلاقات القانونية وحدّ أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية، كي يتمكن الأشخاص من التصرف باطمئنان من خلال القواعد والأنظمة القانونية القائمة بإعمالها وترتيب أوضاعهم على ضوءها، دون التعرض لتصرفات مباغته تهدم توقعاتهم المشروعة وتزعزع استقرار أوضاعهم القانونية.

واعتبارا من أن القانون هو الوسيلة المتحكمة في خلق المراكز القانونية وتحديثها وإلغائها، فإن الأمن القانوني بالمفهوم السابق يقوم على جودة ومعايير القانون ومدى استقراره، ويوفر أي نظام دستوري آليات سياسية وقانونية لضمان معيارية القانون وسلامته.

ورقابة المجلس الدستوري لمدى دستورية العمل التشريعي تأتي في نفس الإطار، فهي ليست برقابة سياسية على ما يحويه القانون، بل رقابة مطابقة قانونية للقانون مع المبادئ الدستورية التي يفترض فيها السلامة والصحة، لذا فهي رقابة لمماثلة عمل المشرع لنماذجه المعيارية، ليأخذ صحته ومعايرته منها²، كما أنّ التعديل الدستوري لسنة 2016 وسع من اختصاصات المجلس الدستوري من خلال الرقابة على مدى دستورية القانون المطبق على النزاع ما عندما يقوم احد الخصوم بالدفع بعدم دستورية القانون مأل النزاع.

ومن هنا يظهر الإشكال كيف يتم الموازنة بين الأمن القانوني وأثر رجعية الحكم بعدم الدستورية؟

¹ - Cathy pomart, La magistrature famille: vers une consécration légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille, Editions L'harmattan.collection logiques juridiques, p 190 et suit.

² - KALMO (H), La Hiérarchie Réinterprétée : les multiples sens de supérieur , résumé du chapitre 3 de la thèse « The End of Hierarchy ? A Study on the Structure of Law », Università Roma Tre, 30 September 2008. p. 02. (

حيث يقصد بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية إن القانون المحكوم بعدم دستوريته يعتبر منعدم القيمة القانونية من وقت صدوره لا من وقت صدور الحكم أي أن أثره يسري على كافة المراكز القانونية التي نشأت بموجبه وعلى الاوضاع والحقوق والواجبات التي تقررت في ظله.¹

لذا يتم التطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية في المطلب الأول، تطبيقات الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

مفهوم الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية

تعني فكرة الموازنة بين رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية وفكرة الأمن القانوني المواءمة والمصالحة بين قابلية الحياة القانونية للتطور والتغيير من ناحية، وحق الأفراد في ضمان الثبات والاستقرار النسبي لمراكزهم القانونية وما ينشأ لهم من حقوق في ظلها من ناحية أخرى، من خلال الموازنة بين مبدأ المشروعية باعتباره مرآة العدالة وتطبيقاً لسيادة القانون ومبدأ الأمن القانوني الذي تفرضه المصلحة العامة في أحيان عدّة أي أنها مواءمة بين متطلبات المشروعية من جهة واعتبارات ضمان حقوق الأفراد وحماية مراكزهم القانونية من انهيارات مفاجئة لم يكن لهم يد في إنشائها من جهة ثانية.

لذلك فالرقابة الدستورية ما وجدت إلا صونا لمبدأ المشروعية وتحقيقاً للعدالة التي يبتغيها كل قانون، لكن لكي لا يطغى هدف إرساء دعائم مبدأ المشروعية على ضرورة ضمان استقرار المركز القانونية واحترام الحقوق المكتسبة للأفراد كان لا بد من إيجاد موازنة بين الاثنين تحافظ لكل منها على مجاله الذي يعمل به وتمكينه من إنتاج آثاره وتحقيق أهدافه.

إذا الموازنة تفرضها أهمية كلا المبدأين (مبدأ المشروعية ومبدأ استقرار المعاملات واحترام الحقوق المكتسبة) وهي بذلك تشكل ضرورة حتمية ومنطقية قبل أن تكون فكرة قانونية، لكننا نعتقد أن تحقيق هذه الموازنة مقيد بقيد لا يمكن تجاهله ونعني به أصالة مبدأ المشروعية، أي أن أي تصرف لا يعد صحيحاً ولا ينتج آثاره إلا إذا كان مطابقاً لما قررته القواعد القانونية.²

¹ د. ابراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 288.

² د. عامر زغير محيسن، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، مركز الدراسات القانونية، العدد الثامن عشر مصر، 2010، ص 149.

أما فكرة الأمن القانوني فما هي إلا استثناء تلجأ الدول إلى مراعاتها في ظروف خاصة يصبح فيها احترام مبدأ المشروعية عائقاً أمام تحقيق مصلحة المجموعة، لذا تلجأ بعض تشريعات الدول إلى تطبيق مبدأ المشروعية في مجال الرقابة على دستورية القوانين بشكل جزئي من خلال منع النص المحكوم بعدم دستوريته من السريان بالنسبة للمستقبل وغض النظر عن تطبيقاته في الماضي وما يحدثه من آثار ومراكز قانونية وبالقدر اللازم لضمان فكرة الأمن القانوني، والموازنة بهذا المعنى تقترب من فكرة المشروعية الاستثنائية التي تقر بها أغلب الدول عند حدوث بعض الأزمات الطارئة.

وعليه يمكن القول حسب تصورنا أنه لا يمكن اللجوء إلى الموازنة بين فكرة الأمن القانوني وبين مبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية إلا إذا توافرت شروط تتمثل في إلغاء النص المحكوم بعدم دستوريته بأثر رجعي من لحظة صدوره. وكذلك عدم تطبيق مبدأ المشروعية من خلال الحدّ من أثر الحكم بعدم الدستورية بالنسبة للماضي يجب أن يكون بالقدر اللازم لحماية فكرة الأمن القانوني.

يتجلى مما سبق أن مفهوم الموازنة بين المبدأين لا يستلزم بالضرورة مراعاتهما معا في كل قضية تعرض على المحكمة بل ينصرف مفهوم الموازنة إلى معنى الترجيح بين المبدأين من خلال الأخذ بأحدهم وطرح الآخر وفقا لمعطيات كل قضية والظروف المحيطة بها، فقد ترتبني المحكمة تبني الأثر المباشر لحكمها مرجحة بذلك فكرة الأمن القانوني، أو تصدر حكمها مقرونا بالأثر الرجعي مرجحة بذلك مبدأ المشروعية. بمعنى آخر أن المحكمة تزن وتقيم حيثيات كل قضية والظروف المحيطة بها، ثم تقرر بعد ذلك ترجيح أحد المبدأين على الآخر بشكل لا يخرج عن تحقيق الصالح العام في كل الأحوال.¹

المطلب الثاني

تطبيقات الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية

تختلف الدول في نظرتها للعلاقة بين مبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية وفكرة الأمن القانوني ومدى تأثير أحدهما على الآخر وذلك طبقاً للأفكار والقيم الدستورية التي تؤمن بها تلك الدول.

لذا يتم التطرق إلى موقف المحكمة الدستورية لمملكة البحرين بالنسبة لموازنتها لمبدأ الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، ثم إلى موقف المؤسس الدستوري الجزائري.

¹- د. عامر زغير محيسن، مرجع سابق، 105

الفرع الأول

موقف المحكمة الدستورية لمملكة البحرين

106

نصت الفقرة الثانية من المادة 102 من دستور البحرين على أنه: "...، ويكون للحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة أثر مباشر ما لم تحدد المحكمة لذلك تاريخا لاحقا، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن".¹

حرصت المذكرة الإيضاحية للدستور على توضيح كيفية إعمال هذا النص لتفادي ما ينشأ عنه من أضرار بالمراكز القانونية التي استقرت قبل إصدار الحكم بعدم الدستورية، حيث نصت هذه المذكرة على أنه: "مقتضى هذا النص أنّ ما صدر من تصرفات أو قرارات تنفيذاً للقانون الذي حكم بعدم دستوريته يظل قائماً حتى تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية، أو التاريخ اللاحق الذي تحدده المحكمة لسريانه، ولا يؤثر ذلك على حق من دفع بعدم الدستورية من الاستفادة من الحكم الصادر في دعواه الموضوعية، وقد استثنى النص من قاعدة الأثر المباشر للحكم الأحكام الجنائية التي تصدر استناداً للقانون المحكوم بعدم دستوريته واعتبارها كأنها لم تكن، ويسري الأثر ذاته على الدعوى التي لم تكن قد صدر حكم فيها عند صدور حكم المحكمة الدستورية".²

جاءت الفقرة 2 و3 من المادة 31 من قانون المحكمة الدستورية رقم (27) لسنة 2002 لتؤكد المضمون السابق، كما أوضحت أنّ المحكمة لا تملك سلطة إلغاء نص القانون أو اللائحة المحكوم بعدم دستوريته، بل أنّ سلطتها تقف عند حدّ الامتناع عن تطبيقه ويبقى من الناحية النظرية قائماً حتى تلغيه السلطة التي أصدرته.³

يفهم من كل ما تقدم أنّ المشرع البحريني قد تبني الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية مغلباً بذلك فكرة الأمن القانوني على مبدأ المشروعية، ولم يكتف بذلك بل سمح للمحكمة أن تحدد تاريخاً لاحقاً لسريان حكمها زيادة منه في حماية المراكز والعلاقات القانونية القائمة فعلاً وقت النظر بالدعوى الدستورية من أجل عدم مباغته أصحابها بالحكم ومنحهم فرصة كافية لترتيب أوضاعهم وفقاً للوضع القانوني الجديد.⁴

¹ - المعهد الدولي لحقوق الإنسان، الدساتير العربية ودراسة مقارنة لمعايير الحقوق الدستورية، boyd printing company، الطبعة الأولى، 2005، ص 113.

² - د. عامر زغير محيسن، مرجع سابق، بدون صفحة.

³ - د. رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، مرجع سابق، ص 429.

⁴ - د. عامر زغير محيسن، مرجع سابق، بدون صفحة.

الفرع الثاني

موقف المجلس الدستوري الجزائري

107

نص الدستور الجزائري في مجال الموازنة بين أثر حجية الحكم بعدم الدستورية ومبدأ الأمن القانوني على أنه: "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيًا أو تنظيميًا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره، ابتداء من يوم قرار المجلس. إذا اعتبر نص تشريعي ما غير دستوري على أساس المادة 188 أعلاه، فإن هذا النص يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري. تكون آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية"¹.

يستخلص مما سبق أنّ المؤسس الدستوري الجزائري قد وازن بين حجية الحكم الصادر بعدم دستورية القانون وبين الأمن القانوني، من خلال تطبيقه عدم الرجعية بالنسبة للحكم الصادر بعدم الدستورية إضافة إلى أنّ الحكم بعدم الدستورية له الحجية من خلال نصه على أن آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية.

الخاتمة:

يعتبر الدفع بعدم الدستورية وسيلة لتحقيق غاية مزدوجة تتمثل في حماية مبدأ سمو الدستور من ناحية وحماية الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور للأفراد من ناحية أخرى.

منح المؤسس البحريني لأحد الخصوم حق الدفع بعدم دستورية القوانين واللوائح أثناء النظر في الدعوى أمام إحدى المحاكم، فإذا قدرت هذه المحكمة جدية الدفع، حددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز شهراً واحداً لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد المحدد اعتبر الدفع كأن لم يكن، ومن هنا فإنّ المؤسس البحريني قد سبق المؤسس الجزائري في هذا المجال.

مما يضاف لصالح المؤسس الدستوري الجزائري منحه للأفراد حق الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري الجزائري، فهو أمر جديد لم يكن في السابق بل أدرج فقط بموجب التعديل الدستوري لعام 2016، غير أن هذا الدفع من قبل الأفراد يكون عن طريق دعوى فرعية أي غير مباشرة، طبقاً لنص المادة 188 من التعديل الدستوري لسنة 2016، وذلك من خلال توسيع اختصاصات المجلس الدستوري في الرقابة على مدى دستورية القانون المطبق على نزاع ما عندما يقوم أحد الخصوم بالدفع بعدم دستورية القانون مآل النزاع.

يستخلص مما سبق أنّ المشرع البحريني قد تبني الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية مغلباً بذلك فكرة الأمن القانوني على مبدأ المشروعية، ولم يكتف بذلك بل سمح للمحكمة أن تحدد تاريخاً لاحقاً لسريان حكمها

¹ - المادة 191، من القانون رقم 01-16 المتضمن التعديل الدستوري، مرجع سابق.

زيادة منه في حماية المراكز والعلاقات القانونية القائمة فعلا وقت النظر بالدعوى الدستورية من أجل عدم مباغته أصحابها بالحكم ومنحهم فرصة كافية لترتيب أوضاعهم وفقا للوضع القانوني الجديد.

كما يستخلص أن المؤسس الدستوري الجزائري قد وازن بين حجية الحكم الصادر بعدم دستورية القانون وبين الأمن القانوني، من خلال تطبيقه لمبدأ عدم الرجعية بالنسبة للحكم الصادر بعدم الدستورية، إضافة إلى أنّ الحكم بعدم الدستورية له الحجية من خلال نصه على أن آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية.

غير أن سكوت المشرع الجزائري في هذا المجال وعدم إصداره قانون عضوي ينظم حق الفرد في الدفع بعدم دستورية القوانين، إلا بعد ثلاث سنوات، فخلال هذه الفترة يعتبر حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية حبر على ورق.

لذا فحسب رأينا قيام المشرع الجزائري في القانون العضوي الذي يأمل أن يصدره فيما يخص دفع أفراد بعدم دستورية القوانين أمام المجلس الدستوري، يكون عن طريق دفع الفرد بعدم الدستورية أمام القاضي المختص بالنظر في النزاع، والقاضي بدوره يتأكد من جدية الدفع، ومن هنا تظهر السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في النظر بالدفع بعدم الدستورية، كما أن الإشكال الذي يطرح في هذا المجال كذلك وقت إثارة الدفع، هل هذا الدفع يكون دفعا شكليا؟، ولا يقبل الدفع بعدم الدستورية إن تم النظر في الموضوع، أم أنه دفع موضوعي أو أنه من طبيعة خاصة يمكن الدفع به في أي مرحلة من المراحل التي تمر بها الدعوى؟

نأمل من المشرع الجزائري أن يعتبر الدفع المقدم من قبل الأفراد دفعا من طبيعة خاصة ويمكن للمخصم الدفع به في أي مرحلة من المراحل التي سارت عليها الدعوى.

قائمة المصادر والمراجع

¹- منير عبد المجيد، أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001

²- يحيى الحمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، 2008

³- أحمد سرحال، القانون الدستوري والنظم السياسية الإطار المصادر، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2002

⁴- نصر الدين بن طيفور، القاضي الإداري الجزائري والرقابة على دستورية القوانين، مجلة النشاط العلمي لمخبر القانون العام، العدد الأول، جامعة سيدي بلعباس، 1995.

⁵- إبراهيم عبد العزيز شيحا، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2003، ص 315-324.

⁶- أ.د. عمار عباس، دور المجلس الدستوري الجزائري في ضمان مبدأ سمو الدستور، مجلة المجلس الدستوري، مجلة نصف سنوية متخصصة، العدد الأول، 2013، ص 64.

⁷- القانون رقم 01-16 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد الرابع عشر، الصادرة في 27 جمادى الأولى عام 1437 هـ الموافق 7 مارس سنة 2016م.

⁸- أ.د. شعبان أحمد رمضان، الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني دراسة مقارنة، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الأول، مصر، مارس 2014

⁹- د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، 1983

¹⁰- د. شعبان أحمد رمضان، أثر انقضاء المصلحة على السير في إجراءات دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، 2009

¹¹- د. إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000

¹²- د. عامر زغير محسن، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، مركز الدراسات القانونية، العدد الثامن عشر مصر، 2010

¹³- المعهد الدولي لحقوق الإنسان، الدساتير العربية ودراسة مقارنة لمعايير الحقوق الدستورية، boyd printing company، الطبعة الأولى، 2005

المراجع الأجنبية:

1- Jean François Boude, Lacaisse des dépôts et consignations: histoire, statut, fonction, les logiques juridiques, 2006

2- Cathy pomart, La magistrature famille: vers une consécration légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille, Editions L'harmattan.collection logiques juridiques.

3- KALMO (H), La Hiérarchie Réinterprétée : les multiples sens de supérieur , résumé du chapitre 3 de la thèse « The End of Hierarchy ? A Study on the Structure of Law », Università Roma Tre, 30 September 2008.. (Version électronique) <http://www.europeanlegalcultures.eu>.

حماية الأطفال ضحايا النزاعات المسلحة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية

والقانون الدولي الإنساني-دراسة مقارنة-

ط/د. عبد القادر برطال إشراف د. لخضر بن عطية

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عمارثليجي الأغواط-الجزائر

Abstract

In the spiral of rapid events and conflicts in the contemporary world, the question of armed conflict is a phénomène of human nature that has enriched the universal and compassionate conscience of humanity through gross violations of the most basic human rights. Victims are often among the most vulnerable. The need for security and care. Heavenly religions have preceded all international conventions and treaties to protect this category. Heavenly laws have always been the spiritual source of international humanitarian law. In relation to the protection and care of children during armed conflicts in relation to international humanitarian law, whether through the provisions of the principles of Islamic law or the four Geneva Conventions of 1949 and the Additional Protocols of 1977 and to identify the most important provisions relating to the participation of children in armed conflict as part of civilians or as combatants The nature of the legal protection enjoyed by this category during armed conflict

Keywords - Four Geneva Conventions - Additional Protocols - Children - Islamic Law - Violations – Protection

ملخص

في دوامة الأحداث المتسارعة والصراعات التي يشهدها العالم المعاصر، تطفو مسألة النزاعات المسلحة كظاهرة من الظواهر البشرية التي أرقت الضمير العالمي والوجداني للإنسانية من خلال الانتهاكات الجسيمة لأبسط الحقوق الإنسانية، وغالبا ما يكون ضحاياها من فئة الضعفاء ولعل من أكبر هذه الفئات معاناة هم الأطفال لأنهم في أمس الحاجة إلى الأمن والرعاية، وقد سبقت الديانات السماوية كل الاتفاقيات والمعاهدات الدولية لحماية هذه الفئة، وكانت وستبقى القوانين السماوية هي المنبع الروحي للقانون الدولي الإنساني، ومن هنا منطلق دراستنا حول مدى اهتمام الشريعة الإسلامية بحماية الطفولة والعناية بها أثناء النزاعات المسلحة مقارنة مع القانون الدولي الإنساني سواء من خلال النصوص الواردة في مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية أو اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 والبرتوكولين الإضافيين لعام 1977 والتعرف على أهم الأحكام المتعلقة بمشاركة الأطفال في النزاعات المسلحة سواء كجزء من المدنيين أو كمقاتلين وعن طبيعة الحماية القانونية التي تمتع بها هذه الفئة أثناء النزاعات المسلحة.

الكلمات المفتاحية: إتفاقيات جنيف الأربع ، البرتوكولان الإضافيان ، الأطفال ، الشريعة الإسلامية ، الانتهاكات، الحماية

مقدمة

الحروب ظواهر بشرية وسنن كونية ظهرت منذ بدء الخليقة على وجه الأرض وتسببت هذه الحروب والنزاعات الدائرة في أجزاء مختلفة من العالم بين الأمم والدول والشعوب في معاناة مستمرة وطويلة الأمد لكثير من الأسر، حيث فرقت بلدانا بأكملها وترعرعت أجيال في ظل مناطق الصراعات المسلحة الدائمة، ولعل من أكبر هذه الفئات معاناة لآثار الاقتتال والانتهاك هم فئة الأطفال لأن حاجتها إلى الحماية والأمن والرعاية حاجة ملحة باستمرار لأنها تكون غير قادرة على إدراك الأشياء من حولها أو التعبير عن الخطر المحدق بها، لذلك كانت حقوقها محل إهتمام العديد من التشريعات الوطنية وكذا المعاهدات والاتفاقيات الدولية وقبلها الشرائع السماوية التي تعتبر المنبع الأصيل للقانون الدولي الإنساني ولأسيما الشريعة الإسلامية التي كانت سباقة إلى تحريم الإعتداء على المدنيين وعدم مقاتلتهم والتعرض لهم كما جاء في القرآن الكريم ﴿ وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ (1) ﴾ ولتعليم الإنسان المقاتل أخلاق الحروب وتهذيب سلوكه منعتة من الإنتقام والبطش بالخصوم، فلقد كان الإسلام يوجب على أتباعه الرأفة بالضعفاء والإحسان إليهم حتى وإن كانوا من جنس الأعداء والخصوم، فوصية النبي صلى الله عليه وسلم لجنوده أثناء توجيههم

سورة البقرة الآية 190(1)

للقِتال كانت خير دليل على هذا المعنى (لَا تَقْتُلُوا شَيْخًا فَانِيًّا، وَلَا طِفْلاً، وَلَا صَغِيرًا، وَلَا امْرَأَةً وَلَا تَغْلُوا، وَضُمُّوا غَنَائِمَكُمْ، وَأَصْلِحُوا وَأَحْسِنُوا، إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ(1))، ولكن مع المأساة التي شهدتها الإنسانية خصوصا بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية تعالت النداءات والأصوات الداعية إلى حماية الأطفال ولعل من أبرزها ما قالتها غلنتاين جب عام 1919 وهي من مؤسسة المنظمة البريطانية لحقوق الأطفال في تصريحها حيث قالت: (أعتقد أنه يتوجب علينا أن نطالب بحقوق خاصة للأطفال وأن نسعى جاهدين للحصول على إعراف دولي بها).((2))

وهذه النداءات وغيرها كانت الدفعة الحاسمة لتطور القانون الدولي الإنساني، حيث تم توقيع إتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 كجزء من رد فعل الإنسانية على الفظائع التي ارتكبت أثناء الحربين العالميتين وقد جاءت هذه الإتفاقيات بقواعد خاصة لحماية ضحايا الحرب لاسيما البروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف لعام 1977 الخاص بالنزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية.

وإذا كان التكتاف الدولي قد حاول بلوغ تلك الغاية بإبرازه للقواعد التي تصون تلك الحقوق وتقررها، فإن الشريعة الإسلامية الغراء دعت إلى إصلاح التعامل مع الطفولة من خلال وضع الأحكام والقواعد التي تحمي الأطفال أثناء نشوب النزاعات المسلحة، ومن هنا تتجلى دراستنا حول مدى توافق تلك الأحكام والقواعد مع إتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 والتي تمثل محور القانون الدولي الإنساني وعن طبيعة الحماية المقررة أثناء نشوب النزاع وهو ما يطرحنا للتساؤل التالي عن ماهية الحماية القانونية المكرسة للأطفال أثناء النزاعات المسلحة في كل من القانون الدولي الإنساني وأحكام الشريعة الإسلامية؟ وللإجابة على ذلك اعتمدنا الخطة التالية:

المبحث الأول: الأحكام المتعلقة بمشاركة الأطفال في النزاعات المسلحة في القانون الدولي الإنساني وأحكام الشريعة الإسلامية

المطلب الأول: الأحكام المتعلقة بمشاركة الأطفال في النزاعات المسلحة وفق أحكام الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني: الأحكام المتعلقة بمشاركة الأطفال في النزاعات المسلحة في القانون الدولي الإنساني

المبحث الثاني: القواعد الخاصة بحماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني

المطلب الأول: القواعد الخاصة بحماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية

2 الموقع الإلكتروني <http://library.islamweb.net> (1)

3 فاطمة زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، رسالة دكتورا، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية 2004 ص 38.

المطلب الثاني: القواعد الخاصة بحماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة في ضوء القانون الدولي الإنساني.

خاتمة

المبحث: الأول الأحكام المتعلقة بمشاركة الأطفال في النزاعات المسلحة في القانون الدولي الإنساني وأحكام الشريعة الإسلامية

إهتمت الشريعة الإسلامية بمرحلة الطفولة وذكرتها صراحة في القرآن الكريم في قوله تعالى (وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ آجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلاً ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ) (1)؛

فلقد حظي الطفل في الشريعة الإسلامية بالرعاية والإهتمام منذ أن كان نطفة في بطن أمه إلى أن خرج إلى الوجود بشرا سويا، ونال مكانة مرموقة محافظ عليها بنص القرآن الكريم والسنة النبوية فلم تترك الشريعة مرحلة من المراحل إلا وحددت فيها الحقوق التي تكفل مصالحه وتحفظ حياته، وقررت عدم مسؤولية الأطفال عن أفعالهم حتى يبلغوا مرحلة الحلم لذلك فهم غير مطالبين بالتكاليف .

المطلب الأول: الأحكام المتعلقة بمشاركة الأطفال في النزاعات المسلحة وفق أحكام الشريعة الإسلامية

فصلت الشريعة الإسلامية في حكم مشاركة صغير السن في النزاعات المسلحة بحكم لا استثناء فيه ويتمثل في:

عدم إجازة القتال للأطفال صغار السن: لقد حددت الشريعة الإسلامية السن القانوني لمشاركة الأطفال في الحروب، فنجد أن ابن عمر رضي الله عنهما يعرض نفسه على النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة أحد، حرصاً على الجهاد في سبيل الله، فماذا كان من النبي صلى الله عليه وسلم أنه لم يجزه، حرصاً عليه، ورحمة به لحدائثة سنه، ويحكى لنا هذه القصة ابن عمر رضي الله عنهما قال (عرضت على النبي وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزن وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني) (2) ولم يكن ابن عمر رضي الله عنه وحده الذي كان حريصاً على الجهاد، بل نجد أيضاً زيد بن ثابت وأسامة بن زيد والنعمان بن بشير وزيد بن أرقم وأبو سعيد الخدري، كلهم لم يجزهم النبي صلى الله عليه وسلم حرصاً عليهم ورحمة بهم لحدائثة سنهم، فرضي الله عنهم أجمعين، وقال الإمام النووي رحمه الله تعليقا على هذا الحديث: إن الرسول صلى الله عليه وسلم أجاز له القتال ليس لأنه بلغ الحلم بهذا الحديث بل يمكن أنه أجاز له للقتال لقوة رآها به لم تكن موجودة عند عرضه عليه في المرة الأولى (3).

(1) سورة الحج الآية 05.

(2) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه كتاب المغازي باب غزوة الخندق 4097.

(3) أحمد العيسوي، أحكام الطفل دار الهجرة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1992 ص 455.

ويقول الإمام أبو حنيفة (إن الصبا من أسباب المرحمة طبعاً فإن كل طبع سليم يميل إلى الترحم على الصغار لقوله صلى الله عليه وسلم (من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا ليس منا ويعتبر الصغر سبباً للعفو وإسقاط كل تبعة وضمناً (1)).

وكتب عمر بن عبد العزيز إلى عماله أن افرضوا لمن كان ابن خمس عشرة سنة ومن كان دون ذلك فاجعلوه في العيال (2) وإن المتأمل في هذه الروايات يرى مدى الحماية التي قررت لها الشريعة للأطفال بحيث أنه لا يجوز إشراكهم في القتال إلا إذا بلغوا السن المحددة وكانت لهم القدرة على ذلك.

المطلب الثاني: الأحكام المتعلقة بمشاركة الأطفال في النزاعات المسلحة في القانون الدولي الإنساني

انتشرت ظاهرة تجنيد الأطفال في العالم المعاصر وهو ما دفع إلى تضافر جهود المجتمع الدولي من أجل الحد من هذه الظاهرة خصوصاً بعد ظهور الأسلحة الخفيفة والتي من السهل على الأطفال حملها فجاءت الإتفاقيات والمعاهدات الدولية لتحديد هذه الظاهرة، ولعل أهم حكم للنصوص الدولية في هذا المنحى هو:

حظر تجنيد الأطفال في اتفاقية جنيف لعام 1949 وبروتوكولها الإضافيين لعام 1977

لم تشر إتفاقيات جنيف لعام 1949 صراحة إلى عدم تجنيد الأطفال، غير أن المادة 51 من إتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 نصت على ضرورة عدم إرغام الأشخاص المحميين للخدمة في القوات المسلحة، ولا يجوز الضغط عليهم أو الدعاية لتجنيدهم أو تطويعهم، وألزمت المادة 77 الفقرة الثانية من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 أطراف النزاع بإتخاذ كافة التدابير المستطاعة، التي تكفل عدم إشترك الأطفال الذين لم يبلغوا بعد سن الخامسة عشر في الأعمال العدائية بصورة مباشرة. وعلى هذه الأطراف بالتحديد أن تمتنع عن تجنيد هؤلاء الصغار في قواتها المسلحة. ويجب على أطراف النزاع في حالة تجنيد هؤلاء، ممن بلغوا سن الخامسة عشر ولم يبلغوا بعد الثامنة عشر أن تسعى لإعطاء الأولوية لمن هم أكبر سناً (3).

ويهدف نص الفقرة الثانية من المادة 77 من البروتوكول الأول التشجيع على الرفع من مستوى السن الذي يجوز إنطلاقاً منه تجنيد الأطفال، وقد أشار البروتوكول الثاني في مادته 4 الفقرة الثالثة إلى السن الذي لا يحق للأطفال دونه أن يشاركوا في الأعمال العدائية فنص على ما يلي: "لا يجوز تجنيد الأطفال دون الخامسة عشرة في القوات أو الجماعات المسلحة، ولا يجوز السماح بإشراكهم في الأعمال العدائية"، (4) وجاء في الفقرة الرابعة وتظل الحماية التي توفرها هذه المادة للأطفال دون الخامسة عشر سارية عليهم إذا اشتركوا في الأعمال

(1) محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ص 440.

(2) محمد ابن إسماعيل البخاري كتاب الشهادات باب بلوغ، الصبيان وشهادتهم دار الفكر 1981.

(3) أنظر نص المادة 77 الفقرة الثانية من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977.

(4) أنظر نص المادة 04 فقرة (ج) من البروتوكول الثاني الإضافي لعام 1977.

العدائية بصورة مباشرة، رغم أحكام الفقرة الثالثة إذا أُلقي القبض عليهم(1) أي بمعنى وجبت حمايتهم وإطلاق سراحهم وردهم إلى أسرهم .

من خلال استقراء مضمون المادة رقم 77 من البروتوكول الإضافي الأول نستخلص أنها تنص على حظر الاشتراك المباشر للأطفال في النزاعات المسلحة كما يحظر المساهمة في حمل السلاح فقط. في حين نجد أن نص المادة الرابعة من البروتوكول الثاني الإضافي قد أولى للأطفال حماية أوسع تتجلى في الحظر التام للأطفال للمشاركة في العمليات الحربية بصفة مباشرة أو غير مباشرة، التي تشمل إلى جانب عمليات القتال أعمالاً أخرى مثل الذخائر والمؤن، ونقل وتداول الأوامر واستطلاع وجلب المعلومات والقيام بعمليات تخريبية والقيام بأعمال التجسس والاستخبارات.(2)

ونلاحظ من خلال ذلك أن القانون الدولي الإنساني جاء متفقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية التي كان لها السبق بخصوص تحديد السن القانونية لمشاركة وتجنيد الأطفال أثناء نشوب النزاعات المسلحة.

المبحث الثاني: القواعد الخاصة بحماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني

بالإضافة إلى ما تم ذكره من أحكام تتعلق بحظر مشاركة الأطفال وتجنيدهم أثناء النزاعات أقرت قواعد القانون الدولي الإنساني وأحكام الشريعة الإسلامية أحكاماً إضافية لتعزيز الحماية والرعاية، فقد وردت نصوص قانونية وأحكام شرعية تقضي بمنع استهدافهم خلال العمليات الحربية، أو قتلهم أو نقلهم أو ترحيلهم إلى خارج المناطق المحتلة أو إبعادهم عن أسرهم.

المطلب الأول: القواعد الخاصة بحماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية

حددت الشريعة السمحاء قواعد ثابتة لا يجب الخروج عنها في التعامل مع فئة الطفولة وضرورة كفالة حمايتها في النزاعات المسلحة

أولاً/ النهي عن قتل الأطفال في الحروب

كان للإسلام السبق في التمييز بين المقاتلين وغيرهم من المدنيين الذين لا يقاتلون، فقد نصت الكثير من الأحاديث النبوية الشريفة على وجوب رحمة الضعاف زمن الحرب وعدم التعرض لهم وخصت بالذكر المرأة والصبي والشيخ الفاني، وهؤلاء في العادة هم من العزل في الحروب، لا يقدرّون على المقاتلة ولا يطيقونها، لذلك

(1) أنظر نص المادة 04 الفقرة الرابعة من البروتوكول الثاني الإضافي لعام 1977.

(2) منتصر سعيد حمودة حماية الطفل في القانون الدولي العام والإسلامي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة 2007، ص 20

فالإسلام راعى هذا الاعتبار فيهم، رحمة ورأفة بهم، ولا يجوز قتلهم، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يغضب أشد الغضب إذا علم أن جنده قتلوا صبيا أو طفلا، ولقد بلغه قتل بعض الأطفال فبلغ يصيح في جنده (ما بال أقوام جاوز بهم القتل حتى قتلوا الذرية، ألا لا تقتلوا الذرية، ألا لا تقتلوا الذرية(1)).

وعن ضمرة بن حبيب أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء والصبيان والشيخوخ(2).

فوصايا الرسول صلى الله عليه وسلم لقادة الجيش في كافة الغزوات والسرايا عدم قتل النساء والولدان والشيخوخ الهرمين؛ فمن وصاياهم صلى الله عليه وسلم ما رواه أنس بن مالك رضي الله عنه، قال: كنت أحمل سفرة أصحابي، وكنا إذا استنفرنا نزلنا بظهر المدينة، حتى يخرج إلينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول: انطلقوا بسم الله، وفي سبيل الله تقاتلون أعداء الله في سبيل الله، لا تقتلوا شيئا فانيا، ولا طفلا صغيرا، ولا امرأة، ولا تغلوا(3).

وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم حريصا على أن يمثل أصحابه رضي الله عنهم بهذه الوصايا، لذلك كان ينكر على من اعتدى على النساء والذرية في زمن الحرب؛ ففي الصحيحين وغيرهما عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن امرأة وجدت في بعض مغازي النبي صلى الله عليه وسلم مقتولة فأنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل النساء والصبيان.

وقال الحافظ ابن حجر معلقا على هذا الحديث، ومبيناً مذاهب العلماء فيحكم قتال

النساء والصبيان: "قال مالك والأوزاعي: لا يجوز قتل النساء والصبيان بحال حتى ولو تترس أهل الحرب بالنساء والصبيان، أو تحصنوا بحصن أو سفينة وجعلوا معهم النساء والصبيان، لم يجز رميهم ولا تحريقهم، وقال الشافعي: إذا قاتلت المرأة المرأة جاز قتلها، وقال ابن حبيب من المالكية لا يجوز قتلها إلا إذا باشرت القتل وقصدت إليه(4)".

وعن رباح بن الربيع رضي الله عنه أنه خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة غزاها، وعلى مقدمته خالد بن الوليد، فمر رباح وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على امرأة مقتولة، مما أصابت المقدمة، فوقفوا ينظرون إليها، ويتعجبون من خلقها، حتى لحقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم على راحلتها، فانفرجوا

(1) تريكي فريد، حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الدولي الإنساني والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014، ص 142.

(2) - سنن سعيد بن منصور، كتاب الجهاد، باب ما جاء في قتل النساء والولدان، ج 2 ص 281، ح "2629".

(3) - رواه ابن أبي شيبة، المصنف، ج 12 ص 382، ح "33790"، وأبو داود، كتاب الجهاد، باب في دعاء المشركين، ج 3 ص 37، ح "2614".

(4) فتح الباري لابن حجر العسقلاني 171/6.

عنها، فوقف عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ما كانت هذه لتقاتل، فقال لأحدهم: «الحق خالدًا فقل له: لا تقتلوا ذرية، ولا عسيفا»⁽¹⁾.

وحذا الخلفاء الراشدين حذو رسول الله صلى الله عليه وسلم في التأكيد على مبدأ عدم التعدي على الأطفال ومقاتلتهم فهاهو أبو بكر الصديق رضي الله عنه يوصي أمراء الجند أثناء توجيههم للقتال: (لا تقتلوا امرأة، ولا صبيا، ولا كبيرا هَرَمًا، ولا تقطعوا شجرة مثمرًا، ولا تُخْرِئَنَّ عامرًا، ولا تَعقرَنَّ شاةً ولا بعيرًا إلا لمأكله، ولا تُغرِقَنَّ نخلًا ولا تحرقنَّه، ولا تغلل، ولا تجبن.)⁽²⁾

ثانيا/النهي عن التفريق بين الأطفال وأسرهم

أقرت أحكام الإسلام قواعد سامية لحماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة فقد كفل الفقه الإسلامي إجراءات خاصة من خلال النهي عن عدم التفريق بين الأم وولدها، فقد قال عليه الصلاة والسلام (مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَبِّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ) وامثالها لهذا الحديث جمع الصحابي الجليل أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه بين سبية وولدها دون إستئذان الأمير. وفي مسند أحمد قصة تبين ذلك فعن أبي عبد الرحمان الحلبي قال كنا في البحر-أي غزاة -وعلينا عبد الله بن قيس الفزاري -أي أمير -ومعنا أبو أيوب الأنصاري فمر صاحب المقاسم وقد أقام السبي فإذا امرأة تبكي فقال أبو أيوب ما شأن هذه قالوا فرقوا بينها وبين وليدها قال فأخذ بيد ولدها حتى وضعه في يدها فانطلق صاحب المقاسم إلى عبد الله بن قيس الأمير فأخبره، فأرسل إلى أبي أيوب قال: ما حملك على ما صنعت؟ قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة)⁽³⁾

وعن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال: (لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ . مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا، وَبَيْنَ الْأَخِّ وَأَخِيهِ) إن هذه النصوص صريحة في كراهة ذلك، بل هي إلى التحريم أقرب؛ لمكان اللعنة، والعقاب بالتفريق في الآخرة⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: القواعد الخاصة بحماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة في ضوء القانون الدولي الإنساني

يرى القانون الدولي الإنساني أنه من غير الطبيعي مشاركة الأطفال في الأعمال العدائية لكن قد يتم انتهاك هذا الحظر بالنزاع بهم في الحروب، الأمر الذي يعد مخالفة صريحة لمبدأ الإنسانية وقواعد القانون الدولي

(1) - رواه أحمد في المسند، ج 25 ص 370، ح "15992"،

(2) إيهاب كمال أحمد، قتل الأبرياء بين سماحة الإسلام وشرائع الإجرام مقالات متعلقة، 2009/06/21.

(3) تريكي فريد، حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الدولي الإنساني والفقه الإسلامي، مرجع سابق ص 143

(4) محمد سليمان نصر الله الفراء، الأسرى الفلسطينيين والواجب الوطني والإنساني، الجامعة الإسلامية. غزة 2010 ص 23

الإنساني، ومن ثم يثور التساؤل في هذه الحالة عن ماهية الحماية القانونية المكرسة للأطفال أثناء النزاعات المسلحة.

أولاً/ الأطفال كجزء من المدنيين

119

يتمتع الأطفال في حالات النزاعات المسلحة بحماية عامة كأشخاص مدنيين تكفلها لهم اتفاقية جنيف الرابعة في مادتها السابعة والعشرون⁽¹⁾، وبالتالي يتمتعون بضمانات تتعلق بالمعاملة الإنسانية مثلاً إحترام حياتهم وسلامتهم البدنية وكرامتهم وحظر التعذيب والإكراه والمعاقبة البدنية والعقوبات الجماعية وأعمال الانتقام، والبروتوكول الإضافي الأول الذي ينص على ضرورة التمييز بين المقاتلين والمدنيين⁽²⁾، والمادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع والمادة (4) من البروتوكول الإضافي الثاني والمادة (13) التي تنص على أنه "لا يجوز أن يكون المدنيون محلاً للهجوم".

أما بالنسبة للحماية الخاصة، فتتضمن اتفاقية جنيف الرابعة على هذا المبدأ الواجب إحترامه في حالة النزاعات المسلحة من خلال المادة الرابعة والعشرون⁽³⁾ التي تشمل على تدابير خاصة لصالح الأطفال دون الخامسة عشر من العمر. وينص البروتوكول الإضافي الأول في حالة النزاع المسلح الدولي على نفس المبدأ في المادة (77) التي تنص على أنه "يجب أن يكون الأطفال موضع إحترام خاص. وأن تكفل لهما الحماية ضد أية صورة من صور خدش الحياء. ويجب أن تهيئ لهم أطراف النزاع العناية والعون اللذين يحتاجون إليهما سواء بسبب سنهم أم لأي سبب آخر".⁽⁴⁾

(1) للأشخاص المحميين في جميع الأحوال حق الإحترام لأشخاصهم وشرفهم وحقوقهم العائلية وعقائدهم الدينية وعاداتهم وتقاليدهم. ويجب معاملتهم في جميع الأوقات معاملة إنسانية، وحمايتهم بشكل خاص ضد جميع أعمال العنف أو التهديد، وضد السبب وفضول الجماهير.

(2) أنظر نص المادة 48 و51 من البروتوكول الأول الإضافي لاتفاقيات جنيف لعام 1977

(3) على أطراف النزاع أن تتخذ التدابير الضرورية لضمان عدم إهمال الأطفال دون الخامسة عشرة من العمر الذين تبتوا أو افترقوا عن عائلاتهم بسبب الحرب، وتيسير إعالتهم وممارسة دينهم وتعليمهم في جميع الأحوال. ويعهد بأمر تعليمهم إذا أمكن إلى أشخاص ينتمون إلى التقاليد الثقافية ذاتها.

وعلى أطراف النزاع أن تسهل إيواء هؤلاء الأطفال في بلد محايد طوال مدة النزاع، بموافقة الدولة الحامية، إذا وجدت، وبشروط الاستيثاق من مراعاة المبادئ المبينة في الفقرة الأولى.

وعليها فوق ذلك أن تعمل على اتخاذ التدابير اللازمة لإمكان التحقق من هوية جميع الأطفال دون الثانية عشرة من العمر، عن طريق حمل لوحة لتحقق الهوية أو بأي وسيلة أخرى.

(4) سلسلة القانون الدولي الإنساني رقم 7 للنساء والأطفال في القانون الدولي الإنساني سنة 2008.

ثانياً/عدم التفريق بين الأطفال وأسرهم

نحى القانون الدولي الإنساني منحى الشريعة الإسلامية في الحفاظ على وحدة العائلة أثناء النزاعات المسلحة. فاعترف بأهمية الأسرة بالنسبة للطفل، خصوصاً بالنسبة للأطفال الذين انفصلوا عن ذويهم. فسعى جاهداً لصيانة الوحدة العائلية، وتقضي الإتفاقية الرابعة بأن على أطراف النزاع أن تسهل أعمال البحث التي يقوم بها أفراد العائلات المشتتة بسبب الحرب، من أجل تجديد الإتصال، وإن أمكن جمع شملهم.⁽¹⁾ وتنص الإتفاقية الرابعة في المادة 49 على أنه في حالة قيام دولة الإحتلال بإخلاء جزئي لمنطقة معينة، فعليها أن تضمن عدم التفريق بين أفراد العائلة الواحدة. ويضيف البروتوكول الأول إلى هذه الفكرة تطوراً جديداً، فتتص المادة 5/75 على أنه في حالة القبض على الأسر وإعتقالها أو إحتجازها يجب-قدر الإمكان-أن يوفر لها كوحدة عائلية مأوى واحد. ويقضي البروتوكول الأول كذلك بضرورة بذل الجهود بكل طريقة ممكنة، لتيسير جمع شمل الأسر التي شتتها المنازعات الدولية.

وفيما يتعلق بالنزاعات المسلحة غير الدولية، ينص البروتوكول الثاني في المادة 3/4 (ب) على ضرورة إتخاذ جميع الخطوات المناسبة لتسهيل جمع شمل الأسر التي تشتت لفترة مؤقتة.

وإذا ما تفرق الأطفال وأفراد عائلاتهم نتيجة لنزاع مسلح، فإن جمع شملهم سيتوقف إلى حد بعيد على مداومة الإتصال بينهم، أو جمع معلومات دقيقة عن تحركاتهم. وتؤكد الإتفاقية الرابعة على أهمية الرسائل العائلية عن طريق السماح لجميع الأشخاص المحميين المقيمين في أراضي أحد أطراف النزاع، أو في أراضي محتلة بإعطاء الأبناء ذات الصبغة الشخصية البحتة إلى أفراد عائلاتهم أينما كانوا، وأن يتسلموا أخبارهم. وتسلم هذه المكاتبات بسرعة وبدون تأخير، كما تلزم الإتفاقية أطراف النزاع عند نشوب أي نزاع، وفي جميع حالات الإحتلال بأن تنشأ مكتباً رسمياً للاستعلامات يكون مسؤولاً عن تلقي ونقل المعلومات الخاصة بالأشخاص المحميين الذين تحت سلطتها. وتنص الإتفاقية الرابعة كذلك على إنشاء مركز إستعلامات رئيس للأشخاص المحميين في دولة محايدة، ليجمع كافة المعلومات المذكورة فيما يتعلق بمكتب الإستعلامات الرسمي.⁽²⁾ بحيث يجب على أطراف النزاع إيجاد مكتب خاص رسمي يتلقى وينقل كل المعلومات المتعلقة بالأشخاص المحميين من آثار النزاع ويكون به مكتب فرعي خاص بالأطفال يسجل وينقل كل ما يتعلق بهم من معلومات لوالديهم أو المسؤولين عنهم طبقاً لأحكام المادة 136 من إتفاقيات جنيف الأربع.⁽³⁾

(1) أنظر نص المادة 26 من إتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 .

(2)، فضيل طلافحة حماية الأطفال في القانون الدولي الإنساني المؤتمر الدولي حقوق الطفل من منظور تربوي وقانوني، جامعة، الأردن 2010 ص 16.

(3) محمد فهد الشلالدة، القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف الإسكندرية الطبعة الأولى 2005 ص 194.

ثالثاً/ الحق في الإجلاء وتلقي الرعاية الطبية

تناولت المادة 17 من إتفاقية جنيف الرابعة موضوع إجلاء الأطفال أثناء النزاعات المسلحة كوسيلة من الوسائل الحمائية للأطفال فنصت على أن: "يعمل أطراف النزاع على إقرار ترتيبات محلية لنقل الجرحى والمرضى والعجزة والمسنين والأطفال والنساء النفاس، من المناطق المحاصرة أو المطوقة، ولرور رجال جميع الأديان، وأفراد الخدمات الطبية والمهمات الطبية إلى هذه المناطق".(1) كما عزز البروتوكول الإضافي الأول موضوع الإجلاء حيث جاء فيه نوع من التفصيل على عمليات الإجلاء حيث قرر أنه لا يمكن لأطراف النزاع إجلاء الأطفال إلى بلد أجنبي إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك كوجود أسباب تتعلق بصحة الطفل أو علاجه الطبي، أو سلامته ويشترط الحصول على موافقة كتابية على هذا الإجلاء من آباء الأطفال أو أوليائهم الشرعيين إذا كانوا موجودين، وفي حالة تعذر العثور على الآباء أو الأولياء الشرعيين يلزم الحصول على موافقة كتابية على هذا الإجلاء من الأشخاص المسؤولين عن رعاية هؤلاء الأطفال وفق القانون وتتخذ جميع أطراف النزاع كل الوسائل الضرورية لسلامة الأطفال أثناء عملية الإجلاء، ويجب تزويد الطفل خلال فترة وجوده خارج البلاد بالتعليم بما ذلك تعليمه الديني والأخلاقي وفق رغبة والديه.(2)

ويهدف تسهيل عودة الأطفال الذين تم إجلاؤهم -وفقاً للأحكام سالفه الذكر- إلى أسرهم وأوطانهم، ولقد ألزم القانون الدولي الإنساني الطرف الذي نظم عملية الإجلاء بإعداد بطاقة لكل طفل، مصحوبة بصورة شمسية، ويقوم بإرسالها إلى الوكالة المركزية للبحث عن المفقودين التابعة للجنة الدولية للصليب الأحمر. بهدف تسهيل عودة الأطفال إلى أسرهم وأوطانهم، وتشتمل هذه البطاقة على كافة المعلومات الخاصة بالطفل التي أوردها البروتوكول الأول.(3) (لقب أو ألقاب الطفل، إسم الطفل أو أسماؤه، نوع الطفل، محل تاريخ الميلاد، أو السن التقريبي إذا كان تاريخ الميلاد غير معروف، إسم الأب بالكامل، إسم الأم ولقبها قبل الزواج إن وجد، إسم أقرب الناس إلى الطفل، جنسية الطفل، لغة الطفل الوطنية، وأية لغات أخرى يتكلم بها الطفل، عنوان الطفل، أي رقم لهويته، حالة الطفل الصحية، فصلية دم الطفل، الملامح المميزة للطفل، تاريخ ومكان العثور على الطفل، تاريخ ومكان مغادرة الطفل البلد، ديانة الطفل إن عرفت، العنوان الحالي للطفل في الدولة المضيفة، تاريخ ومكان وملابسات الوفاة ومكان الدفن في حالة وفاة الطفل قبل عودته) مع مراعاة ألا يكون في ذكر أي معلومات بالبطاقة مجازفة بإيذاء الطفل(4). و من أهم الواجبات التي تقع على عاتق أطراف النزاع في ظل أوضاع النزاع الصعبة ضرورة السماح بحرية المرور لجميع إرسالات الإمدادات الطبية ومهمات

(1) أنظر المادة 17 من إتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949.

(2) عبد الغني محمود، القانون الدولي الإنساني، دراسة مقارنه بالشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1991، ص 133، 134.

(3) أنظر المادة 78 الفقرة 03 من البروتوكول الإضافي الأول لإتفاقيات جنيف لعام 1977.

(4) د. عبد الغني محمود، القانون الدولي الإنساني، مرجع سابق، ص 134.

المستشفيات المرسله للمدنيين، حتى ولو كانوا من الأعداء، وكذلك حرية مرور جميع الإرسالات الضرورية من المواد الغذائية والملابس والمقويات المخصصة للأطفال دون الخامسة عشرة والنساء الحوامل وحالات الولادة(1) وتنص الإتفاقية الرابعة أيضاً على أن: "تصرف للحوامل والمرضعات والأطفال دون الخامسة عشرة، أغذية إضافية تتناسب مع إحتياجات أجسامهم(2)"

رابعا/ حظر إعدام الأطفال

يحظر القانون الدولي الإنساني إعدام الأطفال بشكل مطلق حيث نصت المادة 68 الفقرة الرابعة من إتفاقية جنيف الرابعة على أنه لايجوز بأي حال إصدار حكما بإعدام شخص محمي تقل سنه عن ثمانية عشر عاما وقت إقتراف المخافة وورد نفس المبدأ في كل من المادة 77 الفقرة 05 من البرتوكول الإضافي الأول المادة 06 الفقرة 04 من البرتوكول الإضافي الثاني(3).

نلاحظ من خلال هذا المبحث أن الشريعة الإسلامية الغراء أقرت أغلب القواعد الحمائية للأطفال الواردة في القانون الدولي الإنساني أثناء النزاعات المسلحة ومع تطور وسائل القتال وأصبح من الصعب حماية المدنيين خاصة الأطفال أقر القانون الدولي الإنساني أحكاما إضافية لتعزيز الحماية والرعاية والإغاثة للأطفال وذلك لسهولة تعرضهم للأذى وقد وردت نصوص قانونية تقضي بمنع إستهدافهم خلال العمليات الحربية أو قتلهم أو نقلهم أو ترحيلهم إلى خارج المناطق المحتلة، أو المساس بشرفهم، أوامتهانهم غير أننا لم نشهد أي إنتهاكات لحقوق الأطفال أثناء عصر الوحي والتشريع، والعصور الإسلامية الزاهرة بعده عكس واقعنا اليوم الذي هو بعيد كل البعد عما تقرره النصوص والإتفاقيات الدولية وماهو حاصل من إنتهاكات جسيمة عجز المجتمع الدولي عن إيجاد آلية تجعل الأطفال في مناطق آمنة أثناء العمليات القتالية.

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث قواعد الحرب في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني كدراسة مقارنة في مبحثين الأول خصصناه للأحكام المتعلقة بمشاركة الأطفال في النزاعات المسلحة في القانون الدولي الإنساني وأحكام الشريعة الإسلامية والمبحث الثاني لأهم القواعد المتعلقة بالحماية أثناء نشوب النزاعات المسلحة وخلصنا إلى أن الشريعة الإسلامية سبقت كل وقررت حماية خاصة للأطفال. وإذا كانت قواعد القانون الدولي الإنساني لا تجيز تجنيد الأطفال في القوات المسلحة قبل بلوغ 15 سنة فالإسلام بدوره لا يوجب الجهاد على الصبي الذي لم يصل إلى سن البلوغ 15 سنة (عند جمهور الفقهاء)

أنظر المادة 23 من إتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949(1).

(2) أنظر المادة 89 من إتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949.

(3) سلسلة القانون الدولي الإنساني رقم 07 النساء والأطفال في القانون الدولي الإنساني سنة 2008.

يلاحظ من خلال هذه الدراسة أن قواعد القانون الدولي الإنساني المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 وبرتوكولاتها الإضافيين لعام 1977 الخاصة بالأطفال وفرت حماية قوية وفعالة للأطفال أثناء النزاعات المسلحة

لكن في الواقع هي بعيدة كل البعد عما تقرره التقارير السنوية الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة والمنظمات الدولية المختصة من انتهاكات جسيمة في حق هذه الفئة في مناطق عديدة من العالم لاسيما العالم العربي والإسلامي التي لم يستطع المجتمع الدولي أن يمنع الضرر الواقع على أطفاله خصوصا في فلسطين والعراق وسوريا وبورما...، بعكس الشريعة الإسلامية التي لم يشهد العصر الإسلامي الزاهر فيها أي انتهاكات أثناء وقوع النزاعات المسلحة.

إن الانتهاكات التي يتعرض لها الأطفال في وقت الحرب عالية ومنتشرة في مساحات واسعة من بقاع العالم، وقد أدت التطورات الحديثة لفنون القتال، وظهور أنواع جديدة من الأسلحة وزيادة المخاطر التي تهدد الأطفال تلك المخاطر والانتهاكات تتمثل في القتل، التشرد، اللجوء، النزوح، التجنيد الإجباري، الحرمان من الأسرة وهو ما يدفعنا إلى مطالبة المجتمع الدولي بضرورة العمل على توفير الحماية اللازمة للطفل من خلال ملاحقة مرتكبي جرائم الحرب خصوصا ضد فئة الأطفال، لأن الإفلات من العقاب من شأنه أن يزيد من هذه الانتهاكات وإيجاد آلية مناسبة لجعل الأطفال في مناطق آمنة أثناء النزاعات.

على الأمم المتحدة أن تستعمل كل الوسائل لمنع الحرب، وتأمين الرعاية الصحية للأطفال لتجنبهم الأمراض السارية وسوء التغذية بسبب الحروب مع ضرورة تأمين الدعم النفسي والاجتماعي. العمل على منع ظاهرة الجنود الأطفال سواء عبر التجنيد الإجباري أو بالقوة أو الطوعية.

قائمة المراجع

1. القرآن الكريم
2. أحمد العيسوي أحكام الطفل دار الهجرة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى 1992.
3. إيهاب كمال أحمد، قتل الأبرياء بين سماحة الإسلام وشرائع الإجرام، مقالات متعلقة 2009/06/21.
4. تريكي فريد /حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الدولي الإنساني والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014.
5. محمد فهد الشلالدة، القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف الإسكندرية الطبعة الأولى 2005.

6. محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي .
7. محمد ابن إسماعيل البخاري، كتاب الشهادات باب بلوغ الصبيان وشهاداتهم دار الفكر 1981.
8. محمد سليمان نصر الله الفراء، الأسرى الفلسطينيين والواجب الوطني والإنساني، الجامعة الإسلامية، غزة 2010.
9. منتصر سعيد حمودة حماية الطفل في القانون الدولي العام والإسلامي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة 2007.
10. فاطمة زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي، رسالة دكتورا، جامعة الإسكندرية 2004.
11. سلسلة القانون الدولي الإنساني رقم 07 النساء والأطفال في القانون الدولي الإنساني سنة 2008.
12. عبد الغني محمود، القانون الدولي الإنساني، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1991.
13. فضيل طلافحة حماية الأطفال في القانون الدولي الإنساني المؤتمر الدولي، حقوق الطفل من منظور تريبوب وقانوني، جامعة، الأردن.
14. سنن سعيد بن منصور، دراسة وتحقيق الدكتور سعد بن عبد الله بن عبد العزيز آل حميد، دار الصميغي للنشر والتوزيع.
15. فتح الباري بشرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني دار المعرفة.
16. المسند للإمام أحمد بن حنبل دار الحديث، شرح وصحح فهرسه، أحمد الزين، دار الحديث، القاهرة.
17. إتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 وبرتوكولاتها الإضافيين لعام 1977.
18. الموقع الإلكتروني <http://library.islamweb.net>



ISSN 2415-4946

جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2017