

مركز جيل البحث العلمي



## مجلة علمية دولية محكمة

تصدر دوريا عن

مركز جيل البحث العلمي

العام السادس: العدد 16 – ديسمبر 2022

ISSN 2415-4946

DOI Prefix: 10.33685/1565



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

**المشرفة العامة:  
أ.د. سرور طالبی**

**مدير التحرير:**

**أ.د. ماهر خضير** (رئيس المحكمة العليا الشرعية في فلسطين)



**هيئة التحرير:**

- أ.د. نورة حسين (جامعة مولود معمري / الجزائر)  
أ.د. سر الختم إسماعيل محجوب عبد العزيز (جامعة أم درمان، السودان)  
د. أحمد بشارة موسى (جامعة حسيبة بن بوعلي / الجزائر)  
د. إسماعيل صديق عثمان إسماعيل (جامعة بحري / السودان)  
د. براف دليلة (جامعة الشارقة / الإمارات العربية المتحدة)  
د. نوفل علي عبدالله الصفو (جامعة الموصل / العراق)

**اللجنة العلمية التحكيمية للمعد:**

- أ.د. أبكر عبد البنات آدم إبراهيم (كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة جوبا)  
أ.د. الميلود بوطريكي، جامعة محمد الأول وجدة (المغرب)  
أ.د. بومدين بلخثير (جامعة تلمسان، الجزائر)  
أ.د. خريف عبد الوهاب (جامعة البليدة 2، الجزائر)  
د. أحمد الطيبي (جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، المغرب)  
د. سامية زقوارن (كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01)  
د. عمر بوراس (جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، المغرب)  
د. مشاعر ادريس خير الله سرور (جامعة الخرطوم، السودان)

مجلة علمية دولية محكمة ومفهرسة عالمياً 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 باللغة العربية والانجليزية.
  - ب - اسم الباحث ودرجته العلمية، والجامعة التي ينتمي إليها.
  - ت - البريد الإلكتروني للباحث.
  - ث - ملخص للدراسة باللغة العربية والانجليزية في حدود 150 كلمة وبحجم خط 16.
  - ج - الكلمات المفتاحية بعد الملخص باللغة العربية والانجليزية.
- 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 والملاحق.
- أن يكونَ البحثُ خاليًا منَ الأخطاءِ اللغوية والنحوية والإملائية.
- 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.
- 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@journals.jilrc.com](mailto:comparative@journals.jilrc.com)



# الفهرس

الصفحة	
9	• الافتتاحية
11	• تحقيق مبدأ الأثر النفعي في ضوء السنة النبوية الشريفة : دراسة استقرائية تحليلية للمظاهر الفوائد والمعوقات، عادل حرب بشير اللصاصمة (جامعة البلقاء التطبيقية، كلية الزرقاء الجامعية، الأردن)
33	• شروط قبول دعوى التعويض في مسؤولية الإداة التعاقدية في القانون اليمني والقانون الاتحادي الإماراتي، همدان طاهر محمد علي (جامعة الجند للعلوم والتكنولوجيا، وجامعة تعز، اليمن)
65	• القضاء بالشاهد الواحد ويمين المدعي في الفقه الإسلامي والقضاء العُماني المعاصر، عبدالله بن سعيد المعمرى، صالح بن سعيد المعمرى، خليل بن حمد البوسعيدي (جامعة الشرقية، سلطنة عمان)
91	• حق المتهم بالصمت في مرحلة ما قبل المحاكمة في التشريع العماني والتشريع المغربي دراسة تحليلية مقارنة، نزار حمدي قشطة (جامعة الشرقية)، حياة أكدي (كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، تطوان، المغرب)
109	• الحق في الصحة في الاتفاقيات الدولية والتشريع الجزائري، حسينة لعزيزي (جامعة الجزائر01)

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



## الافتتاحية

تستمر مجلة جيل الدراسات المقارنة في نهاية عامها السادس بنشر البحوث والمقالات المتخصصة والمقارنة في الفقه الإسلامي والقانون.

ولقد تضمن العدد السادس عشر مجموعة من المواضيع ذات القيمة العلمية العالية بحيث تناولت الدراسة الأولى مظاهر وفوائد العمل النفعي في ضوء السنة النبوية الشريفة متوقفة عند آثاره وتحليل أبعاده ومعرفة معوقاته بهدف تجنبها.

أما الدراسة الثانية فلقد قارنت بين شروط قبول دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية في القانون اليمني والقانون الاتحادي الإماراتي. لتنتقل الدراسة الثالثة لمعالجة مسألة فقهية ذات أهمية كبرى في العمل القضائي ألا وهي القضاء بالشاهد الواحد ويمين المدعي في الفقه الإسلامي والقضاء العُماني المعاصر.

فحين تناولت الدراسة الرابعة حق المتهم بالصمت في مرحلة ما قبل المحاكمة في التشريع العماني والتشريع المغربي دراسة تحليلية مقارنة. لنختم العدد بدراسة مقارنة بين الاتفاقيات الدولية والتشريع الجزائري في مجال حماية ورعاية الحقوق الصحية،

أشكر كل من ساهم في اصدار هذا العدد المميز وعلى رأسهم أعضاء اللجنة العلمية التحكيمية الذين لم يبخلوا على الباحثين بتوجيهاتهم القيمة والدقيقة، كما أشكر الباحثين على سعة صدرهم والتزامهم بالملاحظات والتعديلات المطلوبة وأبارك لهم نشر دراساتهم في هذه المجلة.

**والله ولي التوفيق**  
**المشرفة العامة: أ.د. سرور طالبي**



## تحقيق مبدأ الأثر النفعي في ضوء السنة النبوية الشريفة:

دراسة استقرائية تحليلية للمظاهر الفوائد والمعوقات

Achieving the Principle of the Beneficial Effect in the Prophet's Sunnah: An Inductive Study of Phenomena, Benefits and Impediments

د. عادل حرب بشير اللصاصمة . dr. Adel Harb Basher AL- asasmeh.

جامعة البلقاء التطبيقية/ كلية الزرقاء الجامعية، الأردن

### ملخص:

حرصت الشريعة الإسلامية على غرس معاني البذل، وإسعاد الآخرين لتحصيل الأجر للمحسنين، وتحقيق السعادة والكفاية للمحتاجين، وحفزت ميدان المنافسة على فعل الخير بين الناس؛ تفعيلاً لوجود المسلم في خلافة الأرض وتحقيق معاني الإنسانية، وتفعيل خلق الرحمة ونفع الآخرين، وأكدت على أهمية أن يكون هذا النفع له أثرٌ متعدي بعد ممات الشخص المتصدق، وتأكيداً على صلاحية الإسلام وديموميته، والخروج من بوتقة الفهم الضيق للإسلام على أنه مجرد طقوس عبادية بدنية وروحية. وتكمن أهمية هذه الدراسة بالفهم الصحيح للإيمان المرتبط بالعمل من خلال إقامة مشاريع رياضية وخيرية تدر نفعاً متوارثاً للعائل الفقير من جهة، وتحقيق أجراً وثواباً للمتصدق من جهة أخرى، والتأكيد على عالمية رسالة الإسلام وأن مقصود الشرع: هو الفهم الصحيح والعمل المثابر، وأن سلامة العقل تحرض وتوحي إلى الجد ونبذ الكسل والخمول، من خلال البحث عن المفيد من العلم والعمل، وترك الضار تحت القاعدة العامة القائلة: لا فائدة في علم لا ينفع وجهل لا يضر، وبيان مظاهر الأثر النفعي على الفرد والمجتمع، والوقوف على آثاره، ومعرفة معوقاته.

واتبعت في هذه الدراسة المنهج الاستقرائي التحليلي؛ لبيان مظاهر العمل النفعي، ودراسة آثاره وتحليل أبعاده ومعرفة معوقاته، لتفعيل الآثار، وتكثير المظاهر، وتجنب المعوقات والعراقيل.

وخلصت الدراسة إلى عدة نتائج أهمها: أن هناك قصوراً في معرفة الأثر النفعي على حقيقته في السنة النبوية عند العامة، وأن هناك قصوراً في عرض المظاهر وأثار النفع المتعدي، وأن هناك حاجة ماسة للوقوف على العراقيل التي تحول دون تفعيل المبادرات الدافعة لفعل الخير وإحياء المبادرات الفردية والمجتمعية للحيلولة دون انتشار الفقر؛ مما يؤدي لشيوع الجريمة: كالسرقة والقتل والممارسات المحرمة؛ لأجل الترزق والتكسب، وإعطاء صورة غير نقية ومشوهة عن طبيعة المجتمع المسلم؛ الذي ينعم بالرخاء ويحقق الكفاية، وتفعيل أشكال الأثر النفعي في كل المجالات، وإقامة المؤتمرات والندوات العلمية والحوارية، ومجالس الوعظ في نواحي البلاد؛ لتفعيل العمل الخيري، والمساهمة في إعانة القطاع الحكومي بالمبادرات الفردية والقطاع الخاص، وتعريف الناس بفوائد العمل الخيري وآثاره.

الكلمات المفتاحية: الأثر، النفعي، السنة، مظاهر، معوقات.

**Abstract:**

Islamic law made sure to instill the meanings of giving, making others happy in order to collect the reward for the benefactors, achieving happiness and sufficiency for the needy, and encouraged the field of competition to do good deeds among people. In order to activate the presence of the Muslim in the succession of the earth, to achieve the meanings of humanity, and to activate the manner of mercy and benefit others, which confirmed the importance of this benefit has multiple effects after the death of the person who gives charity, to confirm the validity and permanence of Islam, and to get out of the crucible of the narrow understanding of Islam as mere physical and spiritual worship rituals.

The importance of this study lies in the correct understanding of the faith associated with work through the establishment of pioneering and charitable projects that bring an inherited benefit for the poor breadwinner on the one hand, and achieve a reward for the almsgiving on the other hand, and the confirmation on the universality of the message of Islam and that the intent of the Sharia: it is the right understanding and persevering work, that soundness of mind motivates, where it suggests seriousness and rejection of laziness and inactivity, by searching for the useful of knowledge and work, and leaving the harmful under the general rule that says: There is no benefit in knowledge that doesn't benefit and ignorance that doesn't harm, and a show of the manifestations of the beneficial effect on the individual and society, standing on its effects, and knowing its obstacles.

In this study, I followed the analytical inductive approach. To demonstrate the manifestations of utilitarian work, study its effects, analyze its dimensions, and know its obstacles, in order to activate the effects, multiply the manifestations, and avoid hurdles and obstacles.

The study concluded with several results, the most important of which are: that there is a lack of knowing the true beneficial effect of the Prophet's Sunnah in the public, and that there is a lack in presenting the manifestations and effects of the transgressive benefit, and that there is a necessary need to identify the obstacles that prevent the activation of initiatives that lead to good deeds and revive individual initiatives and community to prevent the spread of poverty; which leads to the prevalence of crime: such as theft, murder, and forbidden practices. For the sake of livelihood and earning, and to give an impure and distorted image of the nature of the Muslim community; who enjoys prosperity and achieves sufficiency, activating forms of beneficial effect in all fields, and holding conferences, scientific and dialogue seminars, and preaching councils in the regions of the country; to activate charitable work, contribute to subsidizing the government sector with individual initiatives and the private sector, and educate people about the benefits and effects of charitable work.

**Keywords:** effect, beneficial, Sunnah, manifestations, obstacles.

مقدمة: الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على النبي محمد العربي الهاشمي الأمين، وبعد:

حثت الشريعة الإسلامية على استغلال ما ينفع الإنسان في حياته ومماته، وحذرت من كل ما يعطل دوره في الحياة، سواء على مستوى الإيمان والعقل والعلم والعمل، لذلك تعوذ النبي الكريم محمد (ص): "من علم لا ينفع، ومن عين لا تدمع، ومن قلب لا يخشع، ومن دعوة لا يستجاب لها"، وحذرت الشريعة أيضا من التقاعس والركون الى الدعة والعجز، ومن تضييع الأوقات بما طائل تحته، وحرصتهم للعمل الجاد والباقي واغتنام الفرص والى استغلال المفيد وتجنب الضار امثالاً لقول الحبيب محمد (ص): "اغتنم خمسا قبل خمس: حياتك قبل موتك وشبابك قبل هرمك وغناك قبل فقرك وفراغك قبل شغلك"، واكد الشريعة على العمل لاجل الآخرة وعدم انتظار الساعة بالامل بلى عمل ودليل ذلك عندما سئل الرسول (ص): "متى الساعة؟ كان جواب الرسول مغايرا لما توقعناه فقال: ماذا أعددت لها؟"، ومن فوائد العلم الصحيح العمل الجاد المفيد، وقد أشار علماؤنا بقيمة الإنسان الذي فهم سبب وجوده؛ وهو الكيس الذي عمل لما بعد الموت، وليس العاجز الذي أتبع نفسه هواها، وتمنى على الله الأماني، وشكر النعم بتأدية حقها في مستحقها، وفي المال حق معلوم للسائل والمحروم، وكذا الخبرات والمعارف التي تحيي الهمم وتوقظ الوجدان، وبئس القوم الذي تركوا نهج نبيهم ولم يعملوا كما عبد قوم موسى كليم الله العجل بظنهم وسوء فعالهم، بعكس من فهم وأمن وعمل، وحقق استعمار الأرض وخلافتها، كما أراد المولى سبحانه.

أهميه الدراسة: تكمن أهمية الدراسة بمعرفة مدى حرص الشريعة الإسلامية وخصوصا السنة النبوية، في تفعيل الخير وأعمال البر في المجتمع؛ بل على الإنسانية جمعاء من أجل إسعاد الآخرين، ورفع مستوى معيشتهم ودفع معاناتهم، وتحصيل الأجر والثواب للمتصدقين وأرباب أهل الجود والإنفاق، وتحصيل العبد على معية ربه والقرب منه؛ بإسعاد الناس وفتح الأفاق نحو المشاريع التنموية، التي يتولد منها الخير والثواب لكل الخلق، ومعرفة أن الإسلام فيه جانب معياري سلوكي؛ بتفعيل مبادرات التطوع وعمل الخير، والوقوف على أهم مظاهر الأثر النفعي في أعمال البر ومجالاته.

مشكله الدراسة: فتكمن في الإجابة عن التساؤلات التالية:

- 1- ما هو تعريف الأثر النفعي عموما، وما أهميته في السنة خصوصا؟.
- 2- ما مشروعية الأثر النفعي وتأصيله؟.
- 3- ما هي مظاهر الأثر النفعي، وفوائده؟.
- 4- ما هي آثار الأثر النفعي، ومعوقاته؟.

منهج الدراسة: اتبعت في هذه الدراسة المنهج الاستقرائي التحليلي؛ من خلال معرفة مظاهر الأثر النفعي في السنة النبوية وجمعها قدر المستطاع، وقيمت بتحليلها ومعرفة فوائدها وبيان حكمها وأحكامها، ودراسة أبعادها ومعرفة معوقات، لتفعيل الآثار، وتكثير المظاهر، وتجنب المعوقات والعراقيل.

أهداف الدراسة: فتمثل بما يلي:

- 1- بيان معنى الأثر النفعي في السنة النبوية، وأن السنة حثت على فعل الخير، وأعمال البر التي فيها النفع العائد على الفرد والمجتمع.
  - 2- تأكيد الشريعة قرآنا وسنة على المشاريع الإنتاجية، وأن يكون الأجر متولدا متوارثا متعديا؛ والتي لا تتوقف بموت صاحبها.
  - 3- اهتمت السنة في المشاريع ذات الأثر النفعي على جميع المستويات: الصحي والزراعي والاقتصادي والتعليمي، كحفر الآبار وتعليم الحرف والمهن وتشجيع الزراعة ... وغيرها.
  - 4- تحقيق الأجر لفاعل المشروع الخيري، وتحقيق الكفاية المجتمعية، والقيام بوظيفة الاستخلاف، وتفعيل خلق التعاون والتراحم، والشعور بالآخرين.
- الدراسات السابقة: لا يوجد دراسة مستقلة بالموضوع تحمل هذا المسمى؛ وإنما هناك بعض الإشارات والمقالات في نظرة الشريعة لفعل الخير ونفع الآخرين، والتشجيع على أعمال البر، ومنها:
- 1- النفعية في ميزان الإسلام، محمد العبد، مقاربات: مجلة فصلية، المجلس الإسلامي السوري، العدد6، سنة 2019.
  - 2- التحديات الإدارية التي تواجه الجمعيات الخيرية وسبل مواجهتها؛ دراسة تطبيقية على عينة من الجمعيات الخيرية في سلطنة عُمان، مجدي محمد مصطفى عبد ربه، مجلة جامعة السلطان قابوس، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، 2014.
  - 3- العمل الخيري والمتغيرات الدولية: التحديات والأولويات والمستقبل، صالح بن سليمان الوهبي، الشبكة العنكبوتية، 2004/11/25.
  - 4- قبسات من حياة الرسول، أحمد محمد عساف، دار إحياء العلوم- بيروت، ط6، 1405.
  - 5- توجيهات نبوية على الطريق، سيد محمد نوح، دار اليقين – القاهرة، ط1، 2001.
- إضافة هذه الدراسة: فتكمن في أنها تركز على تفعيل الأثر النفعي المتولد والمتوارث بعد الموت، واستقراء المظاهر، وتأصيلها في السنة، وتعميق أثارها وادراك ابعادها، والموقوف على العراقيل التي تحد من النفع المتوارث، وتسليط الضوء على النتائج الفردية والمجتمعية، في حال عم التنافس في فعل الخير أو تقاعس الناس وبخلوا؛ فعم الفقر وانتشر الفساد، والتأكيد على عالمية الإسلام ومعياريته في الجانب السلوكي، والتوصيات العملية لجدوى هذه الدراسة.

محتوى الخطة: ستكون خطة البحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: الأثر النفعي في السنة النبوية: الماهية والتعريف والمشروعية

المطلب الأول: ماهية الأثر النفعي في السنة النبوية

المطلب الثاني: تعريف الأثر النفعي في السنة النبوية

المطلب الثالث: مشروعية الأثر النفعي في السنة النبوية

المبحث الثاني: مظاهر الأثر النفعي في السنة النبوية، وفوائده، ومعوقاته

المطلب الأول: مظاهر الأثر النفعي في السنة النبوية، ومجالاته

المطلب الثاني: فوائد الأثر النفعي في السنة النبوية

المطلب الثالث: معوقات الأثر النفعي في السنة النبوية

الخاتمة: النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: الأثر النفعي في السنة النبوية الماهية، والتعريف، والمشروعية

خلق الله الإنسان لعمارة الأرض واستخلافها بالنافع المفيد، ومن أجل تكسب الأجر ودوامه حتى بعد موته وتحقيق الأثر النفعي مطلب من تمنى الرجوع إلى الدنيا في المقام الأول، لقول الله (وَأَنْفِقُوا مِنْ مَا رَزَقْنَاكُمْ مِمَّنْ قَبْلَ أَنْ يَأْتِي أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ فَيَقُولَ رَبِّ لَوْلَا أَخَّرْتَنِي إِلَى أَجَلٍ قَرِيبٍ فَأَصَّدَّقَ وَأَكُن مِّنَ الصَّالِحِينَ) (المنافقون:10)، وهذا يقودنا لمعرفة ماهية الأثر النفعي وتعريفه وأهميته.

المطلب الأول: ماهية الأثر النفعي في السنة النبوية

النفوس السوية تحب الخير لذاتها وتسعى لنفعها، والنفوس الزكية تسعى لنفع غيرها وإسعادها، ومن علامات المحبة: نفع الغير، ومزية النفع أن يكون متوالداً متزايداً؛ وسعادة الإنسان رؤية غيره يرفل في نعيم يعيشه، ويتلذذ بكشف معاناة الآخرين، ويتعبد الله برفع البؤس والحرمان عنهم؛ فحث الإسلام قرآناً وسنةً على تأصيل وتفعيل هذا المبدأ في إسداء معروف، وإقامة مشروع يريح معاناة الحزانى، ويحقق الاستقرار النفسي، بمساعدتهم على عيش كريم، وتحقيق مطالب تؤمن لهم جزءاً يسيراً من الرفاهية، وتولد فيهم حب الأمل؛

لينطلق ويعمل ويحب الحياة ولا يسخط، ويؤدي دوره وهدفه من خلقه، قال رسول الله (ص): "ليس المؤمن الذي يشبع وجاره جائع إلى جنبه"<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: تعريف الأثر النفعي في السنة النبوية

أولاً: التعريف اللغوي: تعريف الأثر: بقية ما يرى من كل شيء، وما لا يرى بعد ما يبقى علقه، وأثر السيف ضربته. وأثروا الحديث: أن يآثره قوم عن قوم، أي: يحدث به في آثارهم، أي: بعدهم". ويأتي بمعنى العلامة. قال تعالى (فَانظُرْ إِلَى آثَارِ رَحْمَتِ اللَّهِ كَيْفَ يُحْيِي الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا) (الروم:50) ومواقع الأقدام آثار يستدل بها على السائرين: ومنه (قَالَ هُمْ أَوْلَاءُ عَلَى أَثَرِي) (طه:84)<sup>2</sup>.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي: الأثر اصطلاحاً: في مصطلح الحديث: ما يروى من السنة مرفوعاً أو موقوفاً أو مقطوعاً، وأحياناً يفرقون بين المرفوع فيسمونه خبراً، والموقوف فيسمونه أثراً<sup>3</sup>.

وأحياناً يستعملون كلمة الأثر مضافة، فيقولون: أثر العقد، وأثر الفسخ، وأثر النكاح الفاسد، وأثر الإقرار، وأثر اللعان؛ ونحو ذلك ويذكرون الأثر حين يتكلمون عن الاستدلال بآثار الأقدام وما يتصل بها<sup>4</sup>.

ثالثاً: تعريف الأثر النفعي كمصطلح مركب: أعمال خيرية ومشاريع إنتاجية تحقق ربها مادياً للناس؛ وتدر لهم الفوائد وتزيد الناتج المحلي، مما يعود بالخير والنفعة على المجتمع، وتولد الأجر والثواب المتعاقب لصاحب الفعل الخيري<sup>5</sup>.

### المطلب الثالث: مشروعية الأثر النفعي في القرآن والسنة

حثت الشريعة الغراء على فعل الخير ورغبت فيه؛ وأن يكون أثره نفعي متعدد على فاعله من خلال الأجر والثواب المتوالد، وتحقيق السعادة وسد العوز وزرع الأمل في قلوب حاصديه، لذا نجد القرآن يؤصل لفعل الأثر النفعي للآخرين؛ حتى كانت أمنية الأموات الذين تحضرهم الوفاة أن يعودوا للدنيا ليعمروها بعمل يدر عليهم الأجر والثواب، ولا يقتصر على صلاحهم فقط؛ قال الله تعالى (وَأَنْفِقُوا مِنْ مَا رَزَقْنَاكُمْ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَأْتِيَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ فَيَقُولَ رَبِّ لَوْلَا أَخَّرْتَنِي إِلَى أَجَلٍ قَرِيبٍ فَأَصَّدَّقَ وَأَكُنْ مِنَ الصَّالِحِينَ) (المنافقون:10) فهذا

<sup>1</sup> - رواه الكشي، 1988، حديث رقم (694)، والبخاري، الأدب المفرد، 1989، حديث رقم (112)، والبيهقي، 1994، حديث رقم (19452)، والتميمي، 1984، حديث رقم (2699) وقال حسين سليم أسد: "إسناده حسن"، والطبراني، المعجم الكبير، 1983، حديث رقم (755). وينظر: مقالة الألوكة، 2018، نفع الآخرين، ص3 وما بعدها.

<sup>2</sup> - ينظر: الفراهيدي، الفراهيدي، الخليل بن أحمد. كتاب العين. تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي. (ط3). بيروت: دار الهلال، 1408. مادة أثر (23/8)، والفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، بيروت: المكتبة العلمية، 1414. (4/2).

<sup>3</sup> - العسقلاني، العسقلاني، فتح الباري. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار المعرفة، 1379، 2006، ص191، والسيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر. تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي. تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف. الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، 1989، 1989، ص109.

<sup>4</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف. الموسوعة الفقهية الكويتية. (ط2). الكويت: دار السلاسل، 1427، (14/19).

<sup>5</sup> - ينظر: الدوسري، مسلم بن محمد. قاعدة المتعدي أفضل من القاصر، تأصيلاً وتطبيقاً. جامعة محمد بن سعود الإسلامية كلية الشريعة، 2016، ص10، والزومان، أحمد. النفع المتعدي. مقال شبكة الألوكة، 1431، ص1-5.

الشخص تمنى لو عاد إلى الحياة ليصنع خيرا فيه أثر يدر النفع لغيره؛ حتى لا ينقطع أجره، وقد اختار الصدقة؛ لأنها ذات أثر مجتمعي عام متكاثر متعدّد؛ وأجر العبادات قد توقف بموته<sup>1</sup>.

امتدح القرآن الكريم نبي الله عيسى (ع) بقوله (وَجَعَلَنِي مُبَارَكًا أَيْنَ مَا كُنْتُ) (مريم:31) قال المفسّرون: "وجعلني نفاعا حيث توجهت، قاضيا للحوائج، معلما للخير، أمرا بالمعروف ناهيا عن المنكر، مباركا بأنواع البركات." قال مجاهد أي: "نفاعا"<sup>2</sup>. وأمر القرآن الكريم بتوطين فعل الخير، التابع من إيمان؛ قال الله (وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ) (النحل:77)<sup>3</sup>.

ورغب النبي الكريم (ص) في أن يكون للإنسان أثر في مجتمعه ومحيطه حتى بعد مماته؛ تستفيد منه كل الكائنات، ودليل ذلك قول رسول الله (ص): "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، وعلم ينتفع به، وولد صالح يدعو له"<sup>4</sup>. فمن ضمن الأشياء التي يبقى أثرها دائم، ويحقق النفع بنص منطوق الهدي النبوي؛ العلم الذي ينتفع به من بعده؛ لأن العلم يفتح الآفاق، ويحقق المشاريع الجالبة للنفع المادي والمعنوي، وتحقق الكفاية للناس<sup>5</sup>.

#### المبحث الثاني: الأثر النفعي: مظاهره وفوائده، ومعوقاته

كما أن الأثر النفعي في أعمال الخير والبر ونفع الآخرين، الفوائد والآثار الفردية والمجتمعية؛ فإن لكل عمل جاد ومثمر عراقيل ومعوقات وعقبات، وبتفادي العراقيل يتم صناعة المعروف وفتح الآفاق نحو العمل المجتمعي الجاد واحياء المنافسة بين الاقران، وتشجيع التنافس بين الأفراد في عمل الخير ومساعدة الناس، وكان لزاما إجلاء القصور عن أشكال ومظاهر الأثر النفعي المجتمعي؛ فكانت النتيجة على النحو التالي:

#### المطلب الأول: مظاهر الأثر النفعي ومجالاته

خلال السنة النبوية نجد تأصيل الأثر النفعي جليا واضحا في عدة نماذج على جميع النواحي الزراعية والعلمية والتجارية وغيرها وتجنبنا للإطالة نذكر النماذج الآتية:

1 - القرضاوي، يوسف. أصول العمل الخيري في الإسلام في ضوء النصوص والمقاصد الشرعية. (ط2). القاهرة: دار الشروق، 2008، ص 23 وما بعدها.

2 - ينظر: الدمشقي، إسماعيل بن عمر بن كثير. تفسير القرآن العظيم. تحقيق: سامي بن محمد سلامة. (ط2). الرياض: دار طيبة، 1999، (307/3).

3 - النجار، عبد الهادي علي. الإسلام والاقتصاد، سلسلة عالم المعرفة 63، الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، 2019، ص 17.

4 - رواه مسلم، 1374، حديث رقم (1631)، وينظر: النمري، يوسف بن عبد البر القرطبي. جامع بيان العلم وفضله. تحقيق: فواز أحمد زمرلي. (ط1). مؤسسة الريان: دار ابن جزم، 2003، (15/1)، والبيهقي، الحسين بن مسعود. معالم التنزيل. تحقيق: محمد عبد الله النمر، وعثمان جمعة ضميمية، وسليمان مسلم الحرش. (ط4). الرياض: دار طيبة، 1983، (237/1)، وعاشور، محمد الطاهر. مقاصد الشريعة الإسلامية. (ط2). تونس: دار سحنون، 2006، ص 187. والشوابكة، عيسى. مقال: ما هو العمل التطوعي؟ الشبكة العنكبوتية، 2017، ص 1.

5 - ينظر: بوهيو، مصطفى. مفهوم العمل الخيري وخصائصه في الشريعة الإسلامية الشبكة العنكبوتية، 2017، ص 1 وما بعدها.

1- قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص): "إِنْ قَامَتِ السَّاعَةُ وَفِي يَدِ أَحَدِكُمْ فَسِيلَةٌ (النخلة الصغيرة تقطع من الأم أو تقلع من الأرض فتغرس)<sup>1</sup>. فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ لَا يَقُومَ حَتَّى يَغْرِسَهَا فَلْيَغْرِسْهَا"<sup>2</sup>.

يدرك القارئ والسامع الفائدة من هذا التوجيه النبوي؛ فقد قامت القيامة وانتهت الحياة، والناس سيرحلون نهائياً عن الدنيا وقوانينها، فلمن يزرع؟ وزراعة الفسيلة صعبة الغرس، منهكة الزرع، طويلة الأمد بالإنتاج؛ وهذا تأكيد لزرع بذرة الخير لجني الأثر لغيره، وتحقيق مبدأ النفع المتوارث<sup>3</sup>.

ومن فوائد هذا الحديث عدة أمور: أهمها فعل الخير للغير، والترغيب لزرع ما ينتفع به، وما يقتات عليه ولو بعد موت الزارع، وليجري أجر الإنسان وتكتب صدقة متولدة للقيامة، والترغيب في اغتنام الأجر في آخر فرص الحياة، والمسلم إيجابي منتج، وكلمة الغرس توجي للعمل والجد والمثابرة، وبذل الأسباب وعدم الركون إلى العجز والكسل، وأهمية اللحظة؛ ولها قيمتها عند الله، والثواب المترتب على أفعال البر، وأن تبقى النفوس عامرة بحب الخير، كما تعمر الدنيا وتزهو الحياة بالغرس والزراعة<sup>4</sup>.

قال عمارة بن خزيمة: "سمعت عمر بن الخطاب يقول لأبي: "أعزم عليك أن تغرس أرضك؛ فقال أبي: "أنا شيخ كبير أموت غدا!". فقال عمر: "أعزم عليك لتغرسنها"<sup>5</sup>.

2- عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص): "مَا مِنْ مُسْلِمٍ يَغْرِسُ غَرْسًا، أَوْ يَزْرَعُ زَرْعًا: فَيَأْكُلُ مِنْهُ طَيْرٌ أَوْ إِنْسَانٌ أَوْ بَيْهِيمَةٌ إِلَّا كَانَ لَهُ بِهِ صَدَقَةٌ"<sup>6</sup>.

الوحي الكريم يعطينا فوائد في نفع الوجود من إنسان وطيور وحيوان؛ فليس الإنسان أنانيا ذاتيا؛ بل يتعدى نفعه وأثره بعد موته، ليطال كل الكائنات؛ لنقاء نفسية، وروحه تواقفة للمساهمة في البناء العالمي؛ بل تعدى النفع على ما لا يتصور؛ فزراعة الشجر تكوين مصدر غذاء للكائنات، وتصفية الهواء للمخلوقات، وترسيب

<sup>1</sup> - ينظر: مجمع اللغة العربية، - مصطفى، إبراهيم، ورفاقه. المعجم الوسيط. تحقيق: مجمع اللغة العربية. الإسكندرية: دار الدعوة، 1960، (696/2).

<sup>2</sup> - رواه البخاري، الأدب المفرد، 1989، حديث رقم (479)، وعبد بن حميد، 1408، حديث رقم (1216)، والبخاري، 1409، حديث رقم (7408)، والطيالسي، 1999، حديث رقم (2068). والمقدسي، 1410، حديث رقم (2714)، والهيثمي، 1992، (63/4) وقال: "رجال أئمة ثقات". وينظر: سلامة، مراد. العمل التطوعي في الإسلام. موقع الألوكة، 2016، ص 1 وما بعدها.

<sup>3</sup> - عساف، أحمد محمد. قبسات من حياة الرسول، (ط6). بيروت: دار إحياء العلوم، 1405، ص 65، وزينو، رنده محمد. العمل التطوعي في السنة النبوية دراسة موضوعية. غزة: الجامعة الإسلامية، كلية أصول الدين، 2007، ص 35.

<sup>4</sup> - قطب، محمد. قبسات من الرسول. (ط15). القاهرة: دار الشروق، 2003، ص 23، والعيبي، محمود بن أحمد بن موسى. عمدة القاري. بيروت: دار الفكر، 1979، (155/12).

<sup>5</sup> - السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر. جمع الجوامع (الجامع الكبير). الأزهر الشريف: دار السعادة، 2005، (337/3) حديث رقم (2). والألباني، محمد ناصر الدين. السلسلة الصحيحة. الرياض: مكتبة المعارف، 1403، (10/1).

<sup>6</sup> - رواه البخاري، حديث رقم (2195)، والنيسابوري، 1374، حديث رقم (1552).

التربة، وتزويد الهواء بالأوكسجين، وصد الرياح، وحفظ الرطوبة، والقضاء على بعض الجراثيم، وجمال وراحة للنفسيات<sup>1</sup>.

3- ومن مظاهر الأثر النفعي قول الرسول (ص): "مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ أَنْ يَنْفَعَ أَخَاهُ فَلْيَفْعَلْ"<sup>2</sup>.

هنا تطبيق تنفيذي لمفاهيم الأخوة الإيمانية الراقية، إذ هي ليست مجرد مواعظ في المؤاخاة، ولا نصائح في العطاء فقط؛ بل هو فعل وسلوك وحركة. فإن المسلمين في العالم يعانون من أنواع المعاناة المختلفة، فمنهم الفقير والمهجر والخائف والمستضعف واللاجئ والعائل والمريض والعاجز...، وغالهم لا يجد من يواسيه ويحمل همهم ويداوي جراحه ويربت على كتفه ويمسح دمعته<sup>3</sup>. والتوجيه النبوي هنا: أن انفع أخاك المؤمن بما تستطيعه، ومن استطاع خيراً لأخيه فليقدمه له<sup>4</sup>.

ويقول النبي (ص): "مَثَلُ الْمُؤْمِنِينَ فِي تَوَادُّهِمْ وَتَرَاحُمِهِمْ وَتَعَاطُفِهِمْ، مَثَلُ الْجَسَدِ، إِذَا اشْتَكَى مِنْهُ عُضْوٌ، تَدَاعَى لَهُ سَائِرُ الْجَسَدِ بِالسَّهْرِ وَالْحُمَى"<sup>5</sup>. ومما لا شك فيه أن من علامات المودة والرحمة؛ هي توفير سبل العيش الكريم الذي يحفظ المروءة ويستر السوءة ويُسَكِّتُ أَلَمَ الْأَمْعَاءِ الْخَاوِيَةِ؛ ويكون ذلك من خلال مشروع خيري، وعمل إنتاجي يؤتي ثماره للجميع<sup>6</sup>.

4- ولا يقف فعل الخير فقط على الجانب المادي بل يتعدى للجانب المعنوي ومثاله قول النبي (ص): "خَيْرُكُمْ مَنْ تَعَلَّمَ الْقُرْآنَ، وَعَلَّمَهُ"<sup>7</sup>، ومما لا شك فيه أن الخير العميم، والفضل الكبير؛ يكمن في بركة طيات صفحات الكتاب الكريم، وقد أحيا نفسه وأصلح سيرته، وعدّل سلوكه، ونقى ضميره وأسعده في الدنيا والآخرة، وربما كان وسيلة للتكسب والعمل، وإقراء الناس وإفهامهم أحكام دينهم وصلاح عيشتهم. لقوله (ص): "إِنَّ أَحَقَّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ"<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد. جامع العلوم والحكم. (ط1). بيروت: دار المعرفة، 2006، ص165، وعبد الجواد، أحمد عبد الوهاب. المنهج الإسلامي لعلاج تلوث البيئة. القاهرة: الدار العربية، 1991، ص172، 173.

<sup>2</sup> - رواه مسلم، 1374، حديث رقم (5780).

<sup>3</sup> - ينظر: العسقلاني، أحمد بن علي، فتح الباري. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار المعرفة، 1379، (409/11)، وروشة، خالد. من هدي حديث نبوي كريم. مقالة: الشبكة العنكبوتية، 1439، ص1 وما بعدها.

<sup>4</sup> - الشوكاني، محمد بن علي. فيض القدير. عناية: يوسف الغوش. (ط4). بيروت: دار المعرفة، 2007، ص584، ومحمود، المثنى عبد الفتاح. التطوع في القرآن الكريم، مفهومه وشروطه مجالاته تأصيله. مجلة دراسات الشريعة والقانون الأردنية المجلد 41، ملحق 1، 2014، ص9.

<sup>5</sup> - رواه مسلم، حديث رقم (2586).

<sup>6</sup> - ينظر: الصوفي والظهراوي، حمدان عبد الله وجميل حسن. مفهوم نفع الآخرين في الإسلام ومدى تمثله لدى طلبة الجامعة الإسلامية بغزة. الجامعة الإسلامية غزة كلية التربية، 2009، ص13 وما بعدها.

<sup>7</sup> - رواه البخاري، حديث رقم (5027).

<sup>8</sup> - رواه البخاري، حديث رقم (5737). وينظر: عاشور، محمد الطاهر. تفسير التحرير والتنوير. تونس: دار سحنون، 1984، (341/1)، والقطان، مناع. مباحث في علوم القرآن. (ط17). بيروت: مؤسسة الرسالة، 2000، ص196.

وللوقوف على حكم مسألة أخذ الأجرة على تعليم القرآن فينبغي مراجعة دراسة: "حكم أخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم في الفقه الإسلامي؛ دراسة فقهية مقارنة"<sup>1</sup>.

5- من مظاهر الأثر النفعي كفالة اليتيم؛ فقد قال (ص): "أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة، وأشار بالسبابة والوسطى، وفرّق بينهما قليلاً"<sup>2</sup>. وهذه الفئة من الناس فقدوا حنان الأم وعطف الأب؛<sup>3</sup> فهم بحاجة ماسة لمن يعطف عليهم ولا يكونوا مهمشين في ثنايا النسيان؛ فرتبت الشريعة الغراء عظيم الجزاء على الكفالة بمبلغ ولو كان يسيراً، فيرافق الحبيب (ص) في الجنة، وهي أعظم مزية، وما يترتب على تنمية أموال اليتيم، وفضل كفالته، والأحكام المتعلقة بها.<sup>4</sup>

6- ومن مظاهر فعل الخير ورجاء الأجر؛ حفر الآبار في المناطق المنكوبة شحيحة الماء؛ قال رسول الله ﷺ: "إِنَّ مِمَّا يَلْحَقُ الْمُؤْمِنَ مِنْ عَمَلِهِ وَحَسَنَاتِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ عِلْمًا عَلَّمَهُ وَنَشَرَهُ وَوَلَدًا صَالِحًا تَرَكَهُ وَمُصْحَفًا وَرَثَةً أَوْ مَسْجِدًا بَنَاهُ أَوْ بَيْتًا لِابْنِ السَّبِيلِ بَنَاهُ أَوْ نَهْرًا أَجْرَاهُ أَوْ صَدَقَةً أَخْرَجَهَا مِنْ مَالِهِ فِي صِحَّتِهِ وَحَيَاتِهِ يَلْحَقُهُ مِنْ بَعْدِ مَوْتِهِ"<sup>5</sup>.

7- ومن مظاهر الأثر النفعي: الدرس العملي من رسول الله (ص)، بأنه جعل ماله صدقة ولم يكن ميراثاً؛ ولذا قال: "نحن معاشر الأنبياء لا نورث ما تركناه صدقة"<sup>6</sup>. فكان نفعها على جميع المسلمين، وكذا توزيع نتاج مزرعة فدك<sup>7</sup>. وعاش المسلمون الأثر النفعي في قضايا المياه عملياً؛ كما فعل الخليفة الراشد عثمان بن عفان (ر) لبئر رومة؛ وقد كان ليهودي يبيع الماء بثمنه للمسلمين؛ فاشتراه عثمان رضي الله عنه، وأوقفه على المسلمين، فرفع عن أعناق المسلمين مؤونة الشرب والاقتراض من ذلك اليهودي<sup>8</sup>.

8- ومن مظاهر الأثر النفعي: قوله (ص): "مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً، فَيَئِي لَهُ، وَمَا أَكَلَتِ الْعَافِيَةُ، فَهُوَ لَهُ صَدَقَةٌ"<sup>9</sup>.

1 - الزيادات، وسكر، عماد ومحمد (2008). حكم أخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم في الفقه الإسلامي؛ دراسة فقهية مقارنة. مجلة دراسات جامعة آل البيت، مجلد5، عدد2، 2008، ص 5 وما بعدها.

2 - رواه البخاري، حديث رقم (5304)،

3 - الجرجاوي، زياد بن علي بن محمود، رعاية اليتيم في التصور الإسلامي، 2010، ص7.

4 - قوزج، مريم عطا حامد. أحكام مال اليتيم في الفقه الإسلامي. رسالة ماجستير. نابلس: جامعة النجاح، 2011، ص11، والسدحان، عبد الله بن ناصر. فضل كفالة اليتيم. الشبكة العنكبوتية، 1421، ص3 وما بعدها.

5 - رواه ابن ماجه، حديث رقم (242)، وابن خزيمة، حديث رقم (2490)، والبيهقي، شعب الإيمان، حديث رقم (3448)، وقال المنذري، عبد العظيم بن عبد القوي. الترغيب والترهيب. تحقيق: إبراهيم شمس الدين. (ط1). بيروت: دار الكتب العلمية، 1417، (55/1): "إسناده حسن". وينظر ابن كثير، إسماعيل بن عمر بن كثير. تفسير القرآن العظيم. تحقيق: سامي بن محمد سلامة. (ط2). الرياض: دار طيبة، 1999، (135/9).

6 - رواه البخاري، حديث رقم (3094)، ومسلم، حديث رقم (1379).

7 - ينظر: الماجوني، عبد الملك بن ظافر. الحياة الغدقة في أحكام لا نورث ما تركناه صدقة. الشبكة العنكبوتية، 2012، ص6.

8 - رواه البخاري تعليقاً، حديث رقم (2778)، والترمذي، حديث رقم (3699) وقال: "حسن صحيح غريب"، والنسائي، حديث رقم (3182)، والبيهقي، السنن الكبرى، حديث رقم (12284). وينظر: خطاطبة، عدنان مصطفى. المنفعة المترتبة على السلوك الإنساني في السنة النبوية. مؤتمر السنة النبوية في الدراسات المعاصرة. الأردن: جامعة اليرموك كلية الشريعة، 2007، ص17.

9 - رواه البخاري، حديث رقم (2335). وينظر: السبعي، محمد عبد ربه. إحياء الأرض الموات في الشريعة الإسلامية. (ط1). المؤتمر العلمي الثاني كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2015، ص1 وما بعدها.

وتأكيداً للأثر النفعي في الزراعة، وما فيها من جوانب النفع العظيمة، فالأرض ليست بخيلة، فإنَّ رَسُولَ اللَّهِ (ص) دَخَلَ نَخْلًا لَأُمِّ مَبِشَّرٍ، امْرَأَةٍ مِنَ الْأَنْصَارِ، فَقَالَ: "مَنْ غَرَسَ هَذَا الْغَرْسَ، أَمْسَلِمٌ، أَمْ كَافِرٌ؟ قَالُوا: مُسْلِمٌ، قَالَ: لَا يَغْرِسُ مُسْلِمٌ غَرْسًا، فَيَأْكُلُ مِنْهُ إِنْسَانٌ، أَوْ دَابَّةٌ، أَوْ طَائِرٌ، إِلَّا كَانَ لَهُ صَدَقَةٌ"<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: فوائد الأثر النفعي في السنة النبوية، وثماره وآثاره

لفعل الخير فوائد وثمار وآثار كثيرة، نجملها بالنقاط التالية، مع شيء يسير من التوضيح والتأصيل:

1- تحقيق مبدأ الفلاح الذي ينشده الفرد والمجتمع؛ ولذا لا بد من بروز طائفة معينة من أهل الإيمان ممن نبت الخير في قلوبهم وتجذر في وجدانهم، وهنيئاً لهم كما قال الله (وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ) (آل عمران:104)، وقال رسول الله ﷺ: "من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل"<sup>2</sup>.

2- إشاعة روح الألفة والمحبة بين أفراد المجتمع؛ بل بين أفراد الإنسانية جمعاء؛ من خلال تفعيل الأثر الخيري، ونفعهم ضمن الاستطاعة، فلا يحقد الفقير على الغني ولا يستحققر الغني الفقير، وقد قال النبي (ص): "لَا تَقَاطَعُوا، وَلَا تَدَابِرُوا، وَلَا تَبَاغَضُوا، وَلَا تَحَاسَدُوا، وَكُونُوا عِبَادًا لِلَّهِ إِخْوَانًا كَمَا أَمَرَكُمُ اللَّهُ"<sup>3</sup>. وتحقيق الاطمئنان القلبي عند الفقراء بأن الأغنياء لم ينسوهم، وهذا ينمي في الجميع مشاعر المعاني السامية، وتوطين مظاهر الرحمة الإنسانية؛ لقوله (ص): "مَنْ اخْتَكَرَ طَعَامًا أَرْزَعِينَ لَيْلَةً فَقَدْ بَرِيَ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى وَبَرِيَ اللَّهُ تَعَالَى مِنْهُ وَأَيُّمَا أَهْلٌ عَرَصَةَ أَصْبَحَ فِيهِمْ أَمْرٌ جَائِعٌ فَقَدْ بَرَّتْ مِنْهُمْ ذِمَّةُ اللَّهِ تَعَالَى"<sup>4</sup> والقضاء على الفوارق الطباقية في المجتمع وإعادة التوسط المجتمعي المعيشي<sup>5</sup>. وللوقوف على حقيقة الاحتكار وأحكامه<sup>6</sup>.

3- اذكاء سنة المنافسة والمسارة نحو فعل الخيرات؛ وهذه لا تؤتى إلا للأنفس الزكية والأيدي السحاء بالعطاء؛ قال تعالى (فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ) (البقرة:148) وإحياء سنة الاقتداء بالأنبياء بفعل الخير كما قال الله (إِنَّهُمْ كَانُوا يُسَارِعُونَ فِي الْخَيْرَاتِ وَيَدْعُونَنَا رَغَبًا وَرَهَبًا) (الأنبياء:90)، وقال الرسول (ص): "مَنْ سَنَّ فِي الْإِسْلَامِ"

<sup>1</sup> - رواه البخاري، حديث رقم (2320)، ومسلم، حديث رقم (3974). وينظر: النووي، يحيى بن شرف. رياض الصالحين. تحقيق: ماهر ياسين لفلح. (ط1). دمشق وبيروت: دار ابن كثير، 2007، ص111. والمنجد، محمد صالح. اترك أثرا قبل الرحيل. الشبكة العنكبوتية، بدون تاريخ، ص1 وما بعدها.

<sup>2</sup> - تقدم تخريجه. وينظر: أنجيه، محمد سالم. إحياء ثقافة التطوع وبذل الجهد. السعودية: مجلة العلوم الاجتماعية، 1432، ص7.

<sup>3</sup> - رواه البخاري، حديث رقم (6065)، ومسلم، حديث رقم (6618).

<sup>4</sup> - رواه العبيسي، حديث رقم (10)، والطبراني، المعجم الأوسط، حديث رقم (8426)، وفي الكبير حديث رقم (928)، وابن ماجه، حديث رقم (5746)، وأحمد ابن حنبل، حديث رقم (4880)، وينظر: ابن حجر العسقلاني، حديث رقم (1157).

<sup>5</sup> - أبو النصر، مدحت، فن ممارسة الخدمة الاجتماعية. القاهرة: دار الفجر، 2009، ص4.

<sup>6</sup> - ينظر: كرتج، ولمغربي، أم الخير وفاطمة (بدون). الاحتكار حقيقته وأحكامه، جامعة أحمد دراية - أدرار، مجلة كلية العلوم الإنسانية، الجزائر، بدون تاريخ، ص1.

سُنَّةٌ حَسَنَةٌ فَلَهُ أَجْرُهَا وَأَجْرُ مَنْ عَمِلَ بِهَا مِنْ بَعْدِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَنْقُصَ مِنْ أَجُورِهِمْ شَيْءٌ"<sup>1</sup>. وهنيئاً لمن أعطاه الله مالاً وخيراً فنفتح يمناً ويسرة، وأدى حق الله في المال، وكان محل ثقة الله<sup>2</sup>.

4- الحصول على الخيرية؛ فخير الناس أنفعهم وأنفعهم لغيرهم، قال تعالى (كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ) (آل عمران:110)، وأحب الناس أنفعهم للناس، والفضل كل الفضل في التفاني بفعل الخير وإسعاد الآخرين<sup>3</sup>.

6- حماية الإنسان من العوارض والطوارئ؛ فصنائع المعروف تقي مصارع السوء، وتحقيق الفوز بمعية الله، والجزاء من جنس العمل! تذكر فتذكر وترزق فتشكر، فيزيد العطاء؛ ودوام النعم من محبة الله للعبد، وهي معرضة للثبات أو الزوال<sup>4</sup>.

7- الفهم الحقيقي للدين؛ ولا نتعبد الله بكثرة البطون الجائعة والأفواه المفتوحة؛ وإنما بتحقيق الكفاية العامة المجتمعية؛ فليس الإسلام أن ترفل جماعة بالنعم وتزدرجها، وآخرون محرومون منها يتكفون الناس، ولا ينفع التخشع بالعبادة وازدراء الخلق؛ وهذا مؤطرٌ بالحديث النبوي فعنه (ص) أنه قال: "أحبُّ الناسِ إلى الله أنفعهم للناس، وأحبُّ الأعمالِ إلى الله سُورُورٌ تُدْخِلُهُ على مسلم، أو تَكْشِفُ عَنْهُ كُرْبَةً أو تَقْضِي عَنْهُ دَيْنًا أو تَطْرُدُ عَنْهُ جُوعًا، ولأنَّ أمشي مع أخي المسلمِ في حاجةٍ؛ أحبُّ إليَّ من أن أعتكفَ في هذا المسجدِ شهراً"<sup>5</sup>. وقال القاسم بن محمد: "أدرت الناس وما يعجبهم القول؛ وإنما يعجبهم العمل"<sup>6</sup>. وقال جون ديوي: "خير من أن يحفظ الطالب أسماء جبال منطقة المتجمد الجنوبي نعلمه: كيف يربي حيواناً؟ أو كيف يزرع نباتاً؟"<sup>7</sup>

### المطلب الثالث: معوقات الأثر النفعي في الأعمال الخيرية

لكل عمل محفزات وعراقيل، والإنسان الفهم الفطن يستغل المحفزات، ويستفيد من العراقيل، ويحولها لجوانب إيجابية دافعة تحثه نحو الابتكار والتجديد، والحدِّق من تَعَلَّم من أخطاء غيره، ومن هذه العراقيل ما يلي:

<sup>1</sup> - رواه مسلم، حديث رقم (2314)،

<sup>2</sup> - ينظر: الشريف، محمد موسى. التدريب وأهميته في العمل الإسلامي. (ط1). جدة: دار الأندلس الخضراء، 2000، ص4. وبني حمد، إبراهيم فياض يوسف، قاعدة النفع المتعدي أفضل من النفع القاصر؛ دراسة تأصيلية تطبيقية. رسالة ماجستير. الأردن: جامعة اليرموك، 2018، ص 11 وما بعدها.

<sup>3</sup> - ينظر: بكار، عبد الكريم. ثقافة العمل الخيري: كيف نرسخها؟ وكيف نعممها؟ (ط1). منتديات مجلة الابتسامة. القاهرة: دار السلام، 2012، ص1 وما بعدها.

<sup>4</sup> - الخرشبي، السلام. فقه الفقراء والمساكين في الكتاب والسنة. بيروت: مؤسسة الرسالة، 2003، ص6.

<sup>5</sup> - رواه ابن أبي الدنيا، عبد الله بن محمد بن عبيد البغدادي. كتاب قضاء الحوائج. تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا. بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، 1413هـ، ص 47، رقم (36).

<sup>6</sup> - القرطبي، محمد بن أحمد. الجامع لأحكام القرآن. تحقيق: هشام سمير البخاري. الرياض: دار عالم الكتب، 2003، (697/1) رقم (1235).

<sup>7</sup> - الهطالي، صالح بن مطر. العمل التطوعي، خطوات عملية للنهوض بالأمة. (ط1). الشبكة العنكبوتية، 2010، ص 17، وأرسلان، الأمير شكيب. لماذا تأخر المسلمون؟ ولماذا تقدم غيرهم؟ (ط2). بيروت: دار مكتبة الحياة، بدون تاريخ، ص23.

1- فقدان مضلة العمل الخيري، واحتدام التنافس الداخلي، ودخول الحسابات الشخصية، مما يؤدي لتبعثر الجهود، وتشتت القوى، وتهميش بؤر ومنصات المشاريع الخيرية، وضياع حق انتفاع أهل العوز والحاجة. قال تعالى (وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ) (الأنفال:46)، والتنازع موثله الفشل وضياع الجهود وتحطم المشاريع، والاختلاف يولد الحقد والحسد؛ وربما قاد للتخريب والعدوان، قال تعالى (وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ تَفَرَّقُوا وَاخْتَلَفُوا) (آل عمران:105)<sup>1</sup>.

2- تعرض المشاريع الخيرية والأعمال التنموية المجتمعية للتخريب على أيدي المارقين؛ بدعوى الجهل والسفه، فيضعف القيام بإحياء المشاريع المدرة للنفع والجالبة للاستثمار، وضياع الفرص التنموية الحيوية التي تزيد المعاش للعباد، قال تعالى (وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَهُلِكَ الْحَرْثُ وَالنَّسْلُ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ) (البقرة:205)<sup>2</sup>.

3- البخل والشح في نفوس المانحين، وانعدام الجهات المتبرعة، وتخويف الشيطان للمتبرعين بالفقر ووعدهم بالاحاجة والعوز؛ وجبلت الأنفس على البخل والتقتير ومحبة المال؛ (وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا) (الفجر:20)، والإنفاق يحتاج لهمة عالية ونفسية زكية؛ طمعا بما عند الله من البر؛ (لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ) (آل عمران:92)<sup>3</sup>.

4- عدم الاهتمام بالنتائج، وضياع بوصلة أهداف العمل الخيري لتحقيق الأثر النفعي المتعدي، والحث على الجوانب الشكلية، وفقدان جوهر العمل وحيويته، وهذا نجده جليا في حال إذا وسد الأمر إلى غير أهله، وهنا نلاحظ أهمية العمل؛ وليس الاتكال على ما في رحم الغيب من المفاجآت<sup>4</sup>.

5- التضييق على التحويلات المالية وتجميد الأرصدة، واستخدام أبواب الإعلام في تحجيم العمل الخيري، وتنظيم حملات ممنهجة للحد من أعمال البر، وإقامة المشاريع الإنتاجية، وقروض المنح، والصاق التهم بالمانحين، والتشكيك في نواياهم، بدون أدلة صحيحة دامغة<sup>5</sup>.

6- الاختلاسات المالية التي تهدر الأموال، وتوقف نمو المشاريع، وتحطم آمال الفقراء ومضاعفة أوجاع البؤساء، ونقص الوارد المحلي، وإضعاف اقتصاديات الدخل الإجمالي للدولة، وما يترتب على ذلك من عجز الدولة؛ فيضعف أدائها للقيام بمستحقات شؤون الرعاية<sup>6</sup>.

1 - حمزاوي، رياض أمين. المعوقات التي تواجه إدارة الهيئات الاجتماعية دراسة منشورة. الشبكة العنكبوتية، 1998، ص38.

2 - الهلالات، خليل إبراهيم. معوقات العمل التطوعي في الأردن. مجلة دراسات الأردنية للعلوم الاجتماعية مجلد 11 عدد 1، 2018، ص3.

3 - الحازمي، ماجد بن عبد الله. قيم العمل التطوعي وتطبيقاتها من منظور التربية الإسلامية. مجلة البحث العلمي في التربية عدد18، 2017، ص517.

4 - ينظر: النملة، علي إبراهيم. العمل الخيري في ضوء التحديات المعاصرة. الشبكة العنكبوتية، 2010، ص2 وما بعدها.

5 - الدباغ، مصطفى. الإسلام فوبيا: عقدة الخوف من الإسلام. (ط2). عمان: دار الفرقان، 2001، ص11.

6 - عبد ربه، مجدي محمد مصطفى. التحديات الإدارية التي تواجه الجمعيات الخيرية وسبل مواجهتها؛ دراسة تطبيقية على عينة من الجمعيات الخيرية في سلطنة عُمان، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية: مجلة جامعة السلطان قابوس، 2014، ص21.

7- نقص الأموال وإعسار الممولين نتيجة الجوائح العامة الدولية، ونتيجة الاغلاقات المتكررة للمنشآت والمصانع العاملة مما يقود لتدني الدخل، وتصبح إيرادات تلك المصالح لا تغطي دخول أرباب العمل، وهذا ينعكس سلباً على تقديم المنح، وتوزيع القروض وبذل المساعدات<sup>1</sup>.

### الخاتمة: النتائج والتوصيات

من خلال الدراسة المتقدمة لمظاهر الأثر النفسي وآثاره وعراقيله نتوصل لمجموعة من النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

#### النتائج:

1- السنة النبوية الشريفة شجعت على فعل الخير، وأكدت أن يكون الأثر المرتجى ذو طابع متواصل متوارث ومتعد.

2- الرؤية الشمولية للسنة بأن أعمال الخير وآثاره النفعية، تدخل في كل المجالات: كالزراعة والاقتصاد والتعليم وغيرها.

3- التعرف على سعة النظرة الرحيمة، وتفعيلها في حياة المسلم؛ ليعم خيره وينتشر أثره على الناس جميعاً؛ وتصحيح الفكرة الصحيحة عن الإسلام والمسلمين، وأنه دين ذو جوانب معيارية تطبيقية، وتصحيح فهم الغرب والعرب عن الفكرة الغالطة أن الإسلام دين عنصري أو فئوي، يهشم الناس ويعزز الطبقية.

4- فعل الخير ذو الأثر النفسي المتوارث له ثمار وفوائد وآثار جمّة، يعود خيرها على المنتفع، وفضلها على البازل والمتصدق؛ وهذا تأكيد لعمومية رسالة الإسلام؛ بكونه دين معاملته عالمي إنساني النزعة، يركز على التطبيق الواقعي، ويحقق مبادئ الرحمة والتآلف.

5- نجد في تطبيق الأفعال الخيرية ذات الأثر النفسي؛ الحل للمشاكل العالمية المتعلقة بنقص الغذاء والأمية والبطالة ورفع الجوائح عن البشرية؛ فإذا فُعلت هذه المبادرات؛ فلن يكون هناك فقر وبطالة وشذوذ وتشرذم.

6- عند تفعيل الأثر النفسي في المشاريع؛ نتخلص من كثير من العراقيل والمشكلات في حياة الأمة بالأفعال المحرمة لأجل الترزق: كالزنا والسرقه والقتل والرشوة والمخدرات... وهكذا.

#### التوصيات:

1- عمل دراسات مستقلة ومكثفة ومعقدة حول جوانب السنة المعيارية؛ وتفعيل الهدي النبوي في حل المشكلات المجتمعية، وإقامة الدورات والندوات حول فوائد عمل البر، وتحصيل الأجر وتحقيق الأثر النفسي

<sup>1</sup> - نوبل، وروجرز، وفيرير، إدارة برامج العمل الخيري. جدة: مركز بناء الطاقات مكتبة الملك فهد مؤسسة محمد عبد الله السبيعي الخيرية، 1431، ص270.

لهم، ونشره في الأرجاء ليعم وينتشر، وتشجيع إقامة المؤسسات الداعمة للمشاريع الإنتاجية، وتفعيل دورها لفعل الخير.

2- إحياء مشاريع الأثر النفعي؛ لتخفيف الأعباء عن مؤسسات الدولة: كوزارة التنمية الاجتماعية، وتخفيف العبء على المنصات الداعمة للإغاثة، وما يحدث للمجتمع من جوائح وكوارث، وإشراك الدولة بمؤسساتها الرقابية على الأموال الممنوحة، والتعامل الشفاف ضمن الكشوفات والإيصالات الرسمية؛ لئلا تتعطل عجلة العمل الخيري، وتلحقها وصمة الدعايات المروجة بدعم الإرهاب، وتمويل جهات مخربة.

3- دراسة معوقات العمل الخيري، والمشاريع الإنتاجية بشكل موسع؛ لمعرفة العراقيل، وإيجاد الحلول الناجعة؛ لأن بقاء العراقيل؛ أذية للاقتصاد القومي، وتدمير للناتج المحلي، وزيادة الأسر العفيفة وتفاقم معاناتها؛ وفتح أبواب الشرور؛ كانتشار الجريمة والسلب، وأخذ الإتاوات؛ وامتهان التسلط والبغي؛ والسطو المسلح، وتكوين العصابات، وشيوع رايات استغلال الحاجة للطعام والدواء؛ وفوضى عصابات المتاجرة بالأعراض والأعضاء.

4- تحويل التوصيات إلى واقع عملي ملموس، ومنح الجوائز والأوسمة لمساهمي العمل الخيري.

#### قائمة المراجع:

- ابن أبي الدنيا، عبد الله بن محمد بن عبيد البغدادي. كتاب قضاء الحوائج. تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا. بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، 1413هـ.
- ابن حنبل، أحمد بن محمد. المسند. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون. (ط2). بيروت: مؤسسة الرسالة، 1999.
- ابن خزيمة، محمد بن إسحاق. صحيح ابن خزيمة. تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي. بيروت: المكتب الإسلامي، 1970.
- ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد. جامع العلوم والحكم. (ط1). بيروت: دار المعرفة، 2006.
- ابن فارس، أحمد بن فارس. معجم مقاييس اللغة. تحقيق: عبد السلام محمد هارون. بيروت: دار الفكر، 1979.
- أبو النصر، مدحت، فن ممارسة الخدمة الاجتماعية. القاهرة: دار الفجر، 2009.
- أرسلان، الأمير شكيب. لماذا تأخر المسلمون؟ ولماذا تقدم غيرهم؟ (ط2). بيروت: دار مكتبة الحياة.
- الإرشاد، اللجنة العلمية في مكتب الدعوة. مقالة: نفع الآخرين. شبكة الألوكة، 2018.

- الإسلامية، مجلة البحوث. الإهابة بالمسلمين لمساعدة إخوانهم في إفريقيا، مجلة البحوث الإسلامية - مكة المكرمة، 1405.
- الإسلامية، مجلة البحوث. مؤتمر: إحياء رسالة المسجد. مكة المكرمة، 1975.
- الإسلامية، وزارة الأوقاف. الموسوعة الفقهية لكويتية. (ط2). الكويت: دار السلاسل، 1427.
- الألباني، محمد ناصر الدين. السلسلة الصحيحة. الرياض: مكتبة المعارف، 1403.
- البخاري. الجامع الصحيح المختصر. تحقيق: مصطفى ديب البغا. (ط3). بيروت واليمنية: دار ابن كثير، 1987.
- البخاري، محمد بن إسماعيل. الأدب المفرد. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. (ط3). بيروت: دار البشائر الإسلامية، 1989.
- البزار، أحمد بن عمرو. مسند البزار (البحر الزخار). تحقيق: محفوظ الرحمن زين الله. بيروت: مؤسسة علوم القرآن، والمدينة: مكتبة العلوم والحكم، 1409.
- البغوي، الحسين بن مسعود. معالم التنزيل. تحقيق: محمد عبد الله النمر، وعثمان جمعة ضميرية، وسليمان مسلم الحرش. (ط4). الرياض: دار طيبة، 1983.
- البوصيري، أحمد بن أبي بكر. إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة. تحقيق: عادل السعد. (ط1). الرياض: مكتبة الرشد، 1419.
- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي. سنن البيهقي الكبرى. تحقيق: محمد عبد القادر عطا. مكة المكرمة: مكتبة دار الباز، 1994.
- البيهقي. أحمد بن الحسين، شعب الإيمان. تحقيق: محمد السعيد بسيوني زغلول. (ط1). بيروت: دار الكتب العلمية، 1410.
- الترمذي، محمد بن عيسى. الجامع الصحيح. تحقيق: أحمد محمد شاكر. بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1977.
- التميمي، أحمد بن علي. مسند أبي يعلى. تحقيق: حسين سليم أسد. (ط1). دمشق: دار المأمون للتراث، 1984.
- الجرجاوي، زياد بن علي بن محمود، رعاية اليتيم في التصور الإسلامي، 2010.
- الحازمي، ماجد بن عبد الله. قيم العمل التطوعي وتطبيقاتها من منظور التربية الإسلامية. مجلة البحث العلمي في التربية عدد 18، 2017.
- الخرشى، عبد السلام. فقه الفقراء والمساكين في الكتاب والسنة. بيروت: مؤسسة الرسالة، 2003.

- الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن. سنن الدارمي. تحقيق: فواز أحمد زمري، وخالد السبع العلمي. (ط1). بيروت: دار الكتاب العربي، 1407.
- الدباغ، مصطفى. الإسلام فوبيا: عقدة الخوف من الإسلام. (ط2). عمان: دار الفرقان، 2001.
- الدمشقي، إسماعيل بن عمر بن كثير. تفسير القرآن العظيم. تحقيق: سامي بن محمد سلامة. (ط2). الرياض: دار طيبة، 1999.
- الدوسري، مسلم بن محمد. قاعدة المتعدي أفضل من القاصر، تأصيلا وتطبيقا. جامعة محمد بن سعود الإسلامية كلية الشريعة، 2016.
- الزومان، أحمد. النفع المتعدي. مقال شبكة الألوكة، 1431.
- الزيادات والسكر، عماد ومحمد (2008). حكم أخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم في الفقه الإسلامي؛ دراسة فقهية مقارنة. مجلة دراسات جامعة آل البيت، مجلد5، عدد2، 2008.
- السبجي، محمد عبد ربه. إحياء الأرض الموات في الشريعة الإسلامية. (ط1). المؤتمر العلمي الثاني كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2015.
- السدحان، عبد الله بن ناصر. فضل كفالة اليتيم. الشبكة العنكبوتية، 1421.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر. تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي. تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف. الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، 1989.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر. جمع الجوامع (الجامع الكبير). الأزهر الشريف: دار السعادة، 2005.
- الشريف، محمد موسى. التدريب وأهميته في العمل الإسلامي. (ط1). جدة: دار الأندلس الخضراء، 2000.
- الشوابكة، عيسى. مقال: ما هو العمل التطوعي؟ الشبكة العنكبوتية، 2017.
- الشوكاني، محمد بن علي. فيض القدير. عناية: يوسف الغوش. (ط4). بيروت: دار المعرفة، 2007.
- الصوفي والظهراوي، حمدان عبد الله وجميل حسن. مفهوم نفع الآخرين في الإسلام ومدى تمثله لدى طلبة الجامعة الإسلامية بغزة. الجامعة الإسلامية غزة كلية التربية، 2009.
- الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب. المعجم الكبير. تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي. (ط2). الموصل: مكتبة العلوم والحكم، 1983.
- الطبراني، سليمان بن أحمد. المعجم الأوسط. تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد وعبد المحسن ابن إبراهيم الحسيني. (ط بدون). القاهرة: دار الحرمين، 1415.

- الطيالسي، سليمان بن الجارود. مسند أبي داود الطيالسي. تحقيق: محمد بن عبد المحسن التركي. (ط1). القاهرة: دار هجر، 1999.
- العبد، محمد. النفعية في ميزان الإسلام، محمد العبد، العدد6، المجلس الإسلامي السوري: مقاربات مجلة فصلية، 2019.
- العبسي، عبد الله بن محمد بن أبي شيبه. المصنف. تحقيق: حمد بن عبد الله الجمعة ومحمد بن إبراهيم اللحيان. (ط1). الرياض: مكتبة الرشد، 2004.
- العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر. التلخيص الحبير. (ط1). بيروت: دار الكتب العلمية، 1989.
- العسقلاني، فتح الباري. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار المعرفة، 1379.
- العسقلاني، نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر. تحقيق: عبد الحميد بن صالح بن قاسم. (ط1). بيروت: دار ابن حزم، 2006.
- العيني، محمود بن أحمد بن موسى. عمدة القاري. بيروت: دار الفكر، 1979.
- الفراهيدي، الخليل بن أحمد. كتاب العين. تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي. (ط3). بيروت: دار الهلال، 1408.
- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، بيروت: المكتبة العلمية، 1414.
- القدومي، عيسى. أسس ومقومات العمل الخيري الناجح. مقالات مجلة الفرقان الكويتية، 2010.
- القرضاوي، مظاهر العمل الخيري وأدلته من القرآن والسنة. الشبكة العنكبوتية.
- القرضاوي، يوسف. أصول العمل الخيري في الإسلام في ضوء النصوص والمقاصد الشرعية. (ط2). القاهرة: دار الشروق، 2008.
- القرطبي، محمد بن أحمد. الجامع لأحكام القرآن. تحقيق: هشام سمير البخاري. الرياض: دار عالم الكتب، 2003.
- القزويني، محمد بن يزيد. سنن ابن ماجه. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار الفكر، 2007.
- القطان، مناع. مباحث في علوم القرآن. (ط17). بيروت: مؤسسة الرسالة، 2000.
- الكسي، عبد بن حميد. المنتخب من مسند عبد بن حميد. تحقيق: صبحي السامرائي، ومحمود الصعيدي. (ط1). بيروت: عالم الكتب، 1988.
- الماجوني، عبد الملك بن ظافر. الحياة الغدقة في أحكام لا نورث ما تركنا صدقة. الشبكة العنكبوتية، 2012.

- المقدسي، عبد الرحمن بن أحمد بن رجب. جامع العلوم والحكم. (ط1). بيروت: دار المعرفة، 1408.
- المقدسي، محمد بن عبد الواحد. الأحاديث المختارة. تحقيق: عبد الملك بن دهيش. ط(1). مكة المكرمة: مكتبة النهضة الحديثة، 1418.
- المنجد، محمد صالح. اترك أثرا قبل الرحيل. الشبكة العنكبوتية، بدون تاريخ.
- المنذري، عبد العظيم بن عبد القوي. الترغيب والترهيب. تحقيق: إبراهيم شمس الدين. (ط1). بيروت: دار الكتب العلمية، 1417.
- النجار، عبد الهادي علي. الإسلام والاقتصاد، سلسلة عالم المعرفة 63. الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، 2019.
- النسائي، أحمد بن شعيب. (المجتبى) السنن الصغرى. تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة. (ط2). حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، 1986.
- النسائي، السنن الكبرى. تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، وسيد كسروي. (ط1). بيروت: دار الكتب العلمية، 1991.
- النمري، يوسف بن عبد البر القرطبي. جامع بيان العلم وفضله. تحقيق: فواز أحمد زمرلي. (ط1). مؤسسة الريان: دار ابن جزم، 2003.
- النملة، علي إبراهيم. العمل الخيري في ضوء التحديات المعاصرة. الشبكة العنكبوتية، 2010.
- النووي، يحيى بن شرف. رياض الصالحين. تحقيق: ماهر ياسين لفلح. (ط1). دمشق وبيروت: دار ابن كثير، 2007.
- النيسابوري، مسلم بن الحجاج. صحيح مسلم. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1374.
- الهبطلي، صالح بن مطر. العمل التطوعي، خطوات عملية للنهوض بالأمة. (ط1). الشبكة العنكبوتية، 2010.
- الهلالات، خليل إبراهيم. معوقات العمل التطوعي في الأردن. مجلة دراسات الأردنية للعلوم الاجتماعية مجلد 11 عدد 1، 2018.
- الهيثي، علي بن أبي بكر. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد. تحرير: العراقي وابن حجر. بيروت: دار الفكر، 1992.
- الوهبي، صالح بن سليمان. العمل الخيري والمتغيرات الدولية: التحديات والأولويات والمستقبل، صالح بن سليمان الوهبي، الشبكة العنكبوتية، 2004.
- أنجيه، محمد سالم. إحياء ثقافة التطوع وبذل الجهد. السعودية: مجلة العلوم الاجتماعية، 1432.

- بكار، عبد الكريم. ثقافة العمل الخيري: كيف نرسخها؟ وكيف نعممها؟ (ط1). منتديات مجلة الابتسامة. القاهرة: دار السلام، 2012.
- بني حمد، إبراهيم فياض يوسف. قاعدة النفع المتعدي أفضل من النفع القاصر؛ دراسة تأصيلية تطبيقية. رسالة ماجستير. الأردن: جامعة اليرموك، 2018.
- بوهوبة، مصطفى. مفهوم العمل الخيري وخصائصه في الشريعة الإسلامية مصطفى بوهوبة. الشبكة العنكبوتية، 2017.
- حمد، إبراهيم فياض يوسف. قاعدة النفع المتعدي أفضل من القاصر؛ دراسة تأصيلية تطبيقية. الأردن: مجلة أبحاث اليرموك، 2018.
- حمزاوي، رياض أمين. المعوقات التي تواجه إدارة الهيئات الاجتماعية دراسة منشورة. الشبكة العنكبوتية، 1998.
- حميد، عبد بن حميد. المنتخب من مسند عبد بن حميد. تحقيق: صبحي السامرائي، ومحمود الصعيدي. (ط1). بيروت: عالم الكتب، 1408.
- خطاطبة، عدنان مصطفى. المنفعة المترتبة على السلوك الإنساني في السنة النبوية. مؤتمر السنة النبوية في الدراسات المعاصرة. الأردن: جامعة اليرموك كلية الشريعة، 2007.
- روشة، خالد. من هدي حديث نبوي كريم. مقالة: الشبكة العنكبوتية، 1439.
- زينو، رنده محمد. العمل التطوعي في السنة النبوية دراسة موضوعية. غزة: الجامعة الإسلامية، كلية أصول الدين، 2007.
- سلامة، مراد. العمل التطوعي في الإسلام. موقع الألوكة، 2016.
- عاشور، محمد الطاهر. تفسير التحرير والتنوير. تونس: دار سحنون، 1984.
- عاشور، محمد الطاهر. مقاصد الشريعة الإسلامية. (ط2). تونس: دار سحنون، 2006.
- عبد الجواد، أحمد عبد الوهاب. المنهج الإسلامي لعلاج تلوث البيئة. القاهرة: الدار العربية، 1991.
- عبد ربه، مجدي محمد مصطفى. التحديات الإدارية التي تواجه الجمعيات الخيرية وسبل مواجهتها؛ دراسة تطبيقية على عينة من الجمعيات الخيرية في سلطنة عُمان، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية: مجلة جامعة السلطان قابوس، 2014.
- عساف، أحمد محمد. قبسات من حياة الرسول، (ط6). بيروت: دار إحياء العلوم، 1405.
- قطب، محمد. قبسات من الرسول. (ط15). القاهرة: دار الشروق، 2003.

- قوزح، مريم عطا حامد. أحكام مال اليتيم في الفقه الإسلامي. رسالة ماجستير. نابلس: جامعة النجاح، 2011.
- كنزح وبلغري، أم الخير وفاطمة (بدون). الاحتكار حقيقته وأحكامه، جامعة أحمد دراية - أدرار، مجلة كلية العلوم الإنسانية، الجزائر، بدون تاريخ.
- محمود، المثنى عبد الفتاح. التطوع في القرآن الكريم، مفهومه وشروطه مجالاته تأصيله. مجلة دراسات الشريعة والقانون الأردنية المجلد 41، ملحق 1، 2014.
- مصطفى، إبراهيم، ورفاقه. المعجم الوسيط. تحقيق: مجمع اللغة العربية. الإسكندرية: دار الدعوة، 1960.
- نوبل، وروجرز، وفرير، جوبي ولويز واندي. إدارة برامج العمل الخيري. جدة: مركز بناء الطاقات مكتبة الملك فهد مؤسسة محمد عبد الله السبيحي الخيرية، 1431.
- نوح، سيد محمد. توجيهات نبوية على الطريق، (ط1). القاهرة: دار اليقين، 2001.



شروط قبول دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية في القانون اليمني والقانون الاتحادي الإماراتي  
The Compensation Claim in the responsibility of the contractual administration in Yemeni law and  
the UAE's Federal Law

الباحث همدان طاهر محمد علي، Hamdan Taher Mohammed Ali

عضو هيئة التدريس بجامعة الجند للعلوم والتكنولوجيا، طالب دكتوراه كلية الحقوق جامعة تعز

### Abstract

The Compensation Claim in the responsibility of the contractual administration is the highlighted type of disputes in administrative contracts, it is type of the full judicial claim, and cannot be accepted by the competent judiciary only with the subject of substantive and shapeless terms, However, the Yemeni law, and its UAE counterpart, did not distinguish between this and other cases in terms of the conditions for accepting the case, except with the condition related to the subject matter of the case represented by the availability of the terms of the administrative contract, on which the responsibility of contractual management is based on the basis of error, or without error, and also in terms of the condition related to With deadlines and procedures, with regard to the date for filing the lawsuit; Knowing that they did not stipulate a date for its lifting in an independent and explicit text, but the date of its lifting was set in Yemeni law at five years; It was taking the generality of the text of Article (23) of the Evidence Law, and in the UAE Federal Law for fifteen years; Taking into account the generality of the text of Article (473) of the Federal Civil Transactions Law; The reason for this is that the law regulating the case in general in Yemen is the Civil and Commercial Procedures and Civil Execution Law, and in the Emirates is the Federal Civil Procedures Law. Also, the judiciary competent to consider it; It is the unified judiciary, which means that there is no difference between it and other cases; This calls for addressing the shortcomings and shortage in the legal texts related to these conditions in both laws. By adding legal texts related to administrative disputes in general, and seeking to establish an administrative judiciary in both Yemen and the UAE; for many administrative disputes and their importance.

**Keywords:** compensation claim, contractual management responsibility, administrative contract, conditions for accepting the claim, filing date.

## الملخص:

تُعد دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية؛ أبرز صورة من صور المنازعات في العقود الإدارية، ونوع من دعاوى القضاء الكامل، ولا يمكن قبولها من قبل القضاء المختص إلا بتوافر شروطها الموضوعية والشكلية، إلا أن القانون اليمني، ونظيره الإماراتي لم يميزا بينها وبين غيرها من الدعاوى من حيث شروط قبول الدعوى، إلا بالشرط المتعلق بمحل الدعوى المتمثل بتوافر شروط العقد الإداري، التي تقوم عليها مسؤولية الإدارة التعاقدية على أساس الخطأ، أو بدون خطأ، وأيضاً من حيث الشرط المتعلق بالمواعيد والإجراءات، فيما يخص ميعاد رفع الدعوى؛ مع العلم أنهما لم يُنصا على ميعاد رفعها بنص مستقل وصريح، وإنما تم تحديد ميعاد رفعها في القانون اليمني بخمس سنوات؛ كان أخذاً بعموم نص المادة (23) من قانون الإثبات، وفي القانون الاتحادي الإماراتي بخمس عشرة سنة؛ أخذاً بعموم نص المادة (473) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي؛ ويرجع السبب في ذلك كون القانون الذي ينظم الدعوى عمومًا في اليمن هو قانون المرافعات المدنية والتجارية والتنفيذ المدني، وفي الإمارات هو قانون الإجراءات المدنية الاتحادي، كما أن القضاء المختص بنظرها؛ هو القضاء الموحد، مما يعني أنه لا فرق بينها وبين سائر الدعاوى؛ وهو ما يستدعي معالجة القصور والنقص في النصوص القانونية المتعلقة بتلك الشروط في كلا القانونين؛ بإضافة نصوص قانونية خاصة بالمنازعات الإدارية عمومًا، والسعي لإنشاء قضاء إداري في كل من اليمن والإمارات؛ لكثرة المنازعات الإدارية، وأهميتها.

**الكلمات المفتاحية:** دعوى التعويض، مسؤولية الإدارة التعاقدية، العقد الإداري، شروط قبول الدعوى، ميعاد رفع الدعوى.

## المقدمة:

مع مطلع القرن العشرين ظهرت نظرية العقود الإدارية، والتي أنشئت في فرنسا، وبظهورها ظهرت نظرية مسؤولية الإدارة العقدية التي لها ما يميزها عن المسؤولية العقدية المعروفة في القانون الخاص، ومن المسلم به أن المسؤولية هي أساس التعويض؛ وعليه فإن إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية، وتعسفها في استعمال سلطاتها؛ يترتب عليه مسؤولية الإدارة التعاقدية على أساس الخطأ تجاه المتعاقد معها، كما أن الظروف القاهرة، والصعوبات المادية غير المتوقعة أثناء تنفيذ العقد الإداري؛ أدت إلى إلزام الإدارة بالحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وقيام فكرة إعادة التوازن المالي للعقد الإداري؛ فكانت باعثاً لابتداع مسؤولية الإدارة التعاقدية بدون خطأ من قبل القضاء الإداري، وبالتالي تعويض المتعاقد مع الإدارة عما لحقه من ضرر جراء ذلك؛ وهو ما حدا بالقانون أن ينص على منح المتعاقد المتضرر مما لحقه من ضرر أثناء تنفيذ العقد الإداري، حق اللجوء إلى القضاء المختص، والذي تقره الدساتير والقوانين؛ وهذا ما أقره القانون رقم (23) لسنة 2007م بشأن المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني في المادة (34) الفقرة (ج): "...ويحق للمتضرر اللجوء إلى القضاء"، بينما المشروع الاتحادي الإماراتي لم يُشر إلى ذلك في قانون المناقصات والمزايدات

والمستودعات، إلا أن ذلك لا يعني أنه لا حق للمتعاقد المتضرر اللجوء إلى القضاء؛ كونه حق قد كفلته الدساتير، ومنها الدستور اليمني، والدستور الإماراتي، وأقره القضاء كقاعدة عامة في كل من اليمن والإمارات. ومن ثمَّ كانت دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية، هي الوسيلة التي يستخدمها المتعاقد مع الإدارة للحفاظ على حقوقه؛ وتمثل هذه الدعوى إحدى صور الدعاوى الإدارية التي تُعرّف بأنها: الوسيلة أو المكنة التي يخولها القانون للشخص في اللجوء إلى القضاء الإداري للمطالبة بحقوق مستمها تصرفات وأعمال الإدارة، وأضرت بها<sup>(1)</sup>، كما أنها تندرج ضمن دعاوى القضاء الكامل الذي يُعرف بأنه: قضاء شخصي موجه إلى الإدارة لمطالبتها بحق للمدعي قبلها، ولا يقتصر هذا القضاء على بحث مشروعية العمل الإداري، وإنما يتضمن تعديله، والحكم بالتعويض عن الأضرار الناتجة عنه؛ وذلك لتصحيح المركز القانوني للطاعن<sup>(2)</sup>.

ويمكننا تعريف دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية بأنها: دعوى شخصية ذاتية تُرفع ضد الإدارة من المتعاقد المتضرر، أمام القضاء المختص، وطبقاً للشكليات والإجراءات المقررة قانوناً، للمطالبة بالتعويض الكامل والعادل اللازم لإصلاح الأضرار التي أصابت حقوقه؛ بفعل إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية، أو تعسفها في استعمال سلطاتها".

وبالتالي فإنه من تعريف دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية؛ نجد أنها كغيرها من الدعاوى، لها شروطها التي يجب توافرها؛ لقبولها أمام القضاء المختص، وتُعرّف شروط قبول الدعوى بأنها: هي تلك الشروط التي يجب توافرها حتى تكون الدعوى مقبولة أمام القضاء<sup>(3)</sup>، وهذه الشروط من الأهمية بمكان؛ لأن القاضي لا ينتقل إلى فحص الموضوع، إلا بعد أن يتأكد من توافر شروط القبول، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة شكلاً، وامتنع على القاضي بحث الموضوع<sup>(4)</sup>.

إلا أنها في كل من القانون اليمني، والقانون الاتحادي الإماراتي هي ذات الشروط المطلوبة في بقية الدعاوى؛ ويرجع السبب في ذلك بأن قانون المرافعات المدنية والتجارية في اليمن، وقانون الإجراءات المدنية الاتحادي في الإمارات، هما القانونان اللذان ينظمان شروط الدعوى بشكل عام، ولا يفرقان بينها، وبين غيرها؛ سواء كانت إدارية، أو مدنية، أو تجارية، أو جزائية، إلا بما هو معلوم بالشرط محل أو موضوع الدعوى؛ فإنه من الطبيعي أن تختلف باختلاف المحل؛ حيث أن محل دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية؛ هو العقد الإداري، ومن الشرط المتعلق بالمواعيد والإجراءات؛ بما يتعلق مدة سماع الدعوى؛ فإن كلاً من القانون اليمني والقانون الاتحادي الإماراتي لم يُحددوا ميعاداً تُرفع الدعوى فيه بنصوص قانونية مستقلة، إلا أنه لما

(1) محمد الصغير، الوجيز في المنازعات الإدارية (دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005م)، ص 122.

(1) ماجد راغب، القضاء الإداري (منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000م)، ص 265.

(2) مطيع علي حمود، القضاء الإداري "دراسة مقارنة" (مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، الجمهورية اليمنية، 2014م)، ص 196.

(3) مصطفى أبو زيد فهد، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء (دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999م)، ص 494 ود. محمود

عاطف، الوسيط في القضاء الإداري (دار الفكر العربي، القاهرة، 1988م)، ص 39.

كانت هذه الدعوى من دعاوى الحقوق؛ فإن ميعاد رفعها في القانون اليمني خمس سنوات، أخذًا بعموم النص القانوني من قانون الإثبات، بينما في القانون الاتحادي الإماراتي خمس عشرة سنة، أخذًا بعموم النص القانوني من قانون المعاملات المدنية الاتحادي، بالإضافة أن القضاء المختص بنظر جميع الدعاوى؛ سواء في اليمن أو الإمارات؛ هو القضاء الموحد، مع وجود ما يلزم التنبيه إليه.

وقبل أن نبدأ بحثنا الموسوم بـ شروط قبول دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية في القانون اليمني والقانون الاتحادي الإماراتي نوضح أبرز عناصر المقدمة كالتالي:

#### أولاً: أهمية البحث:

تعتبر دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية من الأهمية بمكان، بالرغم من أنه لم يتم تناولها كثيرًا كتابة وبحثًا، كما هو الحال في دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التقصيرية، مع أنها ترتبط بالعقود الإدارية؛ التي تُعد الوسيلة القانونية الفعالة للإدارة في تنمية المجتمعات، ومن الأعمال القانونية للإدارة التي يراد بها: إفصاح الإدارة ابتداءً عن إرادتها المنفردة أو المتلاقية مع إرادة أخرى بالأساليب التي نظمها القانون بقصد ترتيب آثار قانونية معينة<sup>(1)</sup>؛ وعليه تكمن الأهمية من ناحيتين:

- 1- الناحية النظرية: من خلال الإحاطة والإلمام بشروط قبول دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية؛ سواء كان الشرط المتعلق بمحل الدعوى، أو الشرط المتعلق بشخص رافع الدعوى، أو الشرط المتعلق بالمواعيد والإجراءات في كل من القانون اليمني والقانون الاتحادي الإماراتي.
- 2- الناحية العملية: من خلال التطبيق العملي لإجراءات رفع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية إلى القضاء المختص في كل من اليمن والإمارات، وفق الخطوات التي يتطلبها القانون، وفي المواعيد المحددة، مع وضع حلول للقصور والنقص في القوانين المعنية، وهيكلة النظام القضائي المختص بنظر هذه الدعوى في كل من اليمن والإمارات.

#### ثانياً: مشكلة البحث

إن الإدارة قد تُخل بالتزاماتها تجاه المتعاقد معها، وقد تتعسف باستعمال سلطاتها في العقد الإداري؛ مما يعني تضرر المتعاقد معها، فيضطره الأمر للمطالبة بالتعويض عن طريق اللجوء إلى القضاء بتقديم دعوى التعويض، وهو حق كفلته الدساتير، ومنها الدستور اليمني، والدستور الإماراتي؛ وعليه يمكن صياغة مشكلة البحث في السؤالين التاليين:

- ما هي شروط قبول دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية؟
- ما موقف كل من القانون اليمني والقانون الاتحادي الإماراتي من شروط قبول هذه الدعوى؟ وما هي مواطن القصور في النصوص القانونية المتعلقة بها؟

(1) ماجد راغب، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000م، ص 497.

### ثالثاً: أهداف البحث:

- توضيح شروط قبول دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية.
- تسليط الضوء على موقف القانون اليميني والقانون الاتحادي الإماراتي من شروط قبول دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية.
- الكشف عن مواضع القصور والنقص في النصوص القانونية المتعلقة بشروط قبول دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية في كل من القانون اليميني، ونظيره الاتحادي الإماراتي.

### رابعاً: منهجية البحث:

للإجابة على التساؤل في مشكلة البحث؛ اعتمد الباحث على المنهج الوصفي التحليلي، والمنهج المقارن لأقوال الفقه، والقضاء، والنصوص القانونية في كل من القانون اليميني، والقانون الاتحادي الإماراتي ذات العلاقة بموضوع بحثنا.

### خامساً: خطة البحث:

- المبحث الأول: الشروط المتعلقة بمحل دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية.
- المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالطاعن ومواعيد وإجراءات رفع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية.
- الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات والمقترحات التي توصل إليها الباحث.

### المبحث الأول: الشروط المتعلقة بمحل دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية

ما من دعوى من الدعاوى عموماً، إلا ولها محلاً أو موضوعاً، ولما كانت الدعوى محل دراستنا هي دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية؛ فإن محلها وموضوعها هو العقد الإداري؛ والذي يُبنى عليه قيام مسؤولية الإدارة التعاقدية على أساس الخطأ؛ بإخلال الإدارة بالتزاماتها فيه، أو تعسفها باستعمال سلطاتها فيه، والتي لا يتواجد مثلها في العقد الخاص؛ أو بدون خطأ؛ وفقاً لفكرة إعادة التوازن المالي للعقد الإداري. كما لا يمكن للمتعاقد المتضرر من الإدارة الحصول على تعويض ناتج عن العقد الإداري، إلا إذا كانت دعواه مؤسسة وفقاً لما يتطلبه القانون؛ لذا يلزمنا أن نتعرف على طبيعة العقد الإداري، ونوضح شروطه؛ التي عليها تقوم مسؤولية الإدارة التعاقدية على أساس الخطأ، أم بدون خطأ؛ وذلك من خلال المطالبين التاليين:

- المطلب الأول: التعريف بالعقد الإداري.

- المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بطبيعة العقد الإداري.

### المطلب الأول: التعريف بالعقد الإداري

إن العقد الإداري يُعد وسيلة قانونية، وسلطة من سلطات الإدارية، تسعى من خلاله الإدارة؛ لتحقيق أهداف النشاط الإداري، بالتكامل مع القرارات الإدارية، ومع ما تم منحه للإدارة فيه من سلطات وامتيازات، إلا أنه كغيره من العقود؛ يُرتب حقوقاً، والتزامات على الإدارة والمتعاقد معها؛ وفق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولأهمية الأمر في موضوع الدعوى؛ حيث أن مسؤولية الإدارة التعاقدية؛ سواء على أساس الخطأ، أم بدون خطأ، لا تقوم إلا في حال تحقق وجود العقد الإداري؛ فإننا سنوضح تعريف العقد الإداري؛ ونبين شروطه كالتالي:

#### أولاً: تعريف العقد بصورة عامة

لنصل إلى تعريف العقد الإداري لدى القضاء والفقهاء؛ يُستحسن منا أن نمر على تعريف العقد بصورة عامة؛ حيث عُرف العقد في القانون المدني اليمني، بنص المادة (127) بأنه: "تلاقي الإرادتين بأي صفة كانت، وتندشأ عنه المسؤولية العقدية"، وبالمقابل عرفه قانون المعاملات المدنية الاتحادي في الإمارات بنص المادة (125) بأنه: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه الآخر".

كما يُعرفه من الفقه بأنه: توافق إرادتين على إنشاء وخلق التزامات متبادلة، بمعنى آخر يتوقف الالتزام فيه على اجتماع إرادتين<sup>(1)</sup>.

ومما سبق من تعريفات نجد أن العقد غير محددة أطرافه؛ فقد يكون طرفا العقد شخصين طبيعيين، وقد يكونا شخصين اعتباريين، وقد يكونا شخص طبيعى، وشخص اعتباري، وقد يكون الشخص الاعتباري خاصاً كالشركات والمؤسسات الخاصة، وقد يكون الشخص الاعتباري عاماً؛ أي أحد أشخاص القانون العام المتمثلة بالدولة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها...، وقد يريد شخص القانون العام تحقيق مصلحة خاصة من العقد، أو تحقيق مصلحة عامة، وبالتالي فإن هذا التعريفات عامة، ولا نستطيع من خلالها تحديد محل دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية؛ فكان لابد من تحديد واضح للعقد الإداري محل الدعوى في دراستنا، وبالتالي لا نستطيع من خلال تلك التعريفات التحقق من وجود العقد الإداري؛ كونها لا تميز بينه وبين غيره من العقود.

#### ثانياً: تعريف العقد الإداري

من المعلوم أن العقد الإداري متميز عن العقد المدني، كما أن العقود التي تبرمها الإدارة لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد، ولكنها تنقسم إلى قسمين: عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص، وعقود الإدارة التي تخضع

(1) محمد محمد، العقود الإدارية في اليمن، دون دار نشر، صنعاء، الجمهورية اليمنية، 2009م، ص 10.

للقانون العام، وهي التي يطلق عليها اصطلاحاً "العقود الإدارية"<sup>(1)</sup>، كما أن من الفروق بين النوعين: أن الفصل في المنازعات المتعلقة بعقود الإدارة الخاصة يكون لجهة القضاء العادي، بينما يكون الاختصاص للقضاء الإداري في حالة العقود الإدارية<sup>(2)</sup>. وقد عرف كل من القضاء الإداري، والفقهاء العقد الإداري كما يلي:

1. عرف القضاء الإداري العقد الإداري: بأنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص<sup>(3)</sup>.

2. يرى غالبية الفقهاء أن العقد الإداري: هو ذلك العقد الذي تبرمه الإدارة أو أحد الأشخاص المعنوية مع شخص من أشخاص القانون الخاص، أو مع شخص من أشخاص القانون العام؛ وذلك بقصد تسيير مرفق عمومي، أو إنجاز أشغال عامة، أو إدارته، أو لتوفير أدوات، أو تقديم خدمات لحساب الدولة، أو للقيام بالدراسات اللازمة لتحقيق بعض المنجزات والمشاريع<sup>(4)</sup>.

وللعلم إن المشرع اليمني لم يعرف العقد الإداري في النصوص القانونية، لاسيما في قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية، والذي يُعد فعلياً هو قانون العقود الإدارية، ولا في لائحته التنفيذية أيضاً، كما أن القضاء اليمني ما زال يرى العقد الإداري كالعقود الخاصة، ولم يرد في أحكامه بحسب علمي إلا حكم واحد ذكر فيه الشروط غير المألوفة، وهو الحكم الصادر من المحكمة التجارية بصنعاء في قضية سوق نقم في 2001/8/5م غير منشور اعترف فيه بتمييز العقود الإدارية عن العقود المدنية أورده الدكتور مطيع جبير<sup>(5)</sup>، حيث أقر في حيثيات الحكم بمعيار المرفق العام والسلطة العامة، والإشارة إلى الشروط الاستثنائية التي تضمنها العقد، إلا أن ذلك لا يعني أن القضاء اليمني عمومًا يُسلم بفكرة العقود الإدارية حالياً؛ حيث ما زالت القاعدة العامة بأن العقود الإدارية كالعقود الخاصة، فقد جاء في حكم للدائرة الإدارية بالمحكمة العليا لإقرار بمصطلح العقد الإداري، بقولها: "...كما أن العقد المبرم فيما بينهما \_الموظفين\_ والجهة الحكومية لا يُعد عقداً إدارياً، فالعقد الإداري هو العقد الذي تبرمه الإدارة متعلقاً بمرفق عام، كعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد، وأن يكون بطبيعته عقد إداري؛ أي الذي تبرمه الإدارة العامة بوصفها رابطة مستهدفة منه إحداث أو تسيير مصلحة عامة أو مرفق عام"<sup>(6)</sup>، وعليه فإن العقد الإداري لدى القضاء اليمني يمتاز بأنه متعلق بمصلحة

(2) سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991م، ص 25.

(3) المرجع نفسه، ص 189.

(1) ماجد راغب، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012م، ص 17.

(2) محمد محمد، المرجع السابق، ص 10.

(3) مطيع علي حمود، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1427هـ - 2006م، ص 728.

(1) حكم الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا اليمنية، الطعن الإداري رقم 54260، جلسة الأحد الموافق 16-3-2014م.

عامة أو مرفق عام فقط، وهو ناقص بالنسبة لما يراه القضاء الإداري؛ لعدم ذكره للشروط الاستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

وبالمقابل فإن المشرع الإماراتي هو الآخر لم يُعرف العقد الإداري في نصوصه القانونية، لا سيما في قانون المناقصات والمزايدات والمستودعات، إلا أن القضاء الاتحادي في الإمارات قد أحسن؛ إذ عرف العقد الإداري، واتفق في ذلك مع القضاء الإداري المصري في تعريفه للعقد الإداري، حيث عرفته المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة في حكمها الصادر بتاريخ 2005/3/26 بقولها: "ولما كان العقد الإداري هو الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام مع أي طرف آخر بتوافق إرادتهما بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفيه بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررة بمقتضى القوانين واللوائح..."<sup>(1)</sup>، إلا أنه في حكم آخر عرف العقود التي تبرمها الإدارة مع الغير بأنها رابطة عقدية تنشأ بتوافق الإرادتين، وتولد مراكز قانونية فردية وذاتية مصدرها العقد<sup>(2)</sup>.

#### المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بطبيعة العقد الإداري

نستطيع من خلال تعريف القضاء الإداري والفقهاء للعقد الإداري؛ أن نستخلص منه الشروط المتعلقة بطبيعة العقد الإداري؛ في قبول دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية، وهي ثلاثة شروط، وهذه الشروط الثلاثة وردت في القواعد العامة للعقود الإدارية المستخلصة من محكمة النقض؛ حيث جاء فيها بأنه: يتعين لاعتبار العقد عقدًا إداريًا أن يكون أحد طرفيه شخصًا معنويًا عامًا يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية، وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص<sup>(3)</sup>، نوضحها كالتالي:

#### أولاً: أن يكون أحد طرفي العقد أحد الأشخاص المعنوية العامة

العقد الإداري لا ينطبق عليه هذا المصطلح، إلا حينما يكون أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيه، ويشمل ذلك الأشخاص العامة الإقليمية (الدولة، المحافظة، المديرية)، وكذلك الأشخاص العامة المرفقية (المؤسسات، والهيئات العامة)، إذ إن جميعها من أشخاص القانون العام.

(2) جابر صالح محمد، سلطات الإدارة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، 2019م، ص9.

(3) حكم المحكمة الاتحادية بالإمارات، الطعن رقم 543 لسنة 2015 إداري، جلسة الأربعاء الموافق 15 من فبراير سنة 2017.

(1) إبراهيم سيد أحمد، مبادئ محكمة النقض في القرارات والعقود والمنازعات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000م، ص394.

أما العقود التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص فلا يمكن أن تكتسب الصفة الإدارية، إلا في حالة استثنائية واحدة فقط؛ إذا ثبت أن الشخص الخاص قد أبرم العقد لحساب شخص معنوي عام، فهنا يعتبر العقد إدارياً على أساس أن المتعاقد الخاص كان بمثابة وكيل عن الشخص العام، والأمر ليس استثناء حقيقياً؛ لأن العقد في النهاية لن يرتب آثاره في ذمة المتعاقد، وإنما سيرتبهما إيجابياً أو سلبياً في ذمة الشخص العام الذي أبرم العقد لحسابه<sup>(1)</sup>.

لكن في حقيقة الأمر إن توافر هذا الشرط وحده لا يكفي بذاته؛ للتمييز بين العقد الإداري والعقد الخاص، وليس ضرورياً أن يكون هذا العقد إدارياً؛ إذ قد تتعامل الإدارة مع الأفراد بمقتضى عقود مدنية؛ لاتفاقها في بعض الأحوال مع مصلحة الإدارة، ونوعية النشاط الذي تمارسه، ومن ثم فإنه يلزم من توافر عنصر يكون فيصلاً بين تلك العقود.

#### ثانياً: أن يتعلق العقد بإدارة مرفق عام

يُراد بالمرفق العام: النشاط الذي تتولاه الدولة، أو الأشخاص العامة الأخرى مباشرة، أو التعهد به إلى آخرين، كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت إشرافها وتوجيهاتها؛ وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام؛ تحقيقاً للمصالح العام<sup>(2)</sup>.

وبناء على هذا التعريف فإن العقد الإداري يعمل على تنظيم المرفق، أو استغلاله، أو يشترك من خلاله في المعاونة في تسييره وإدارته عن طريق توريد مواد أو خدمات أو بتقديم أدوات أو غير ذلك من صور الإيصال، وأن يكون ارتباط موضوع العقد بالمرفق العام مهماً؛ وذلك أن مقتضيات سير المرافق العامة هي وحدها التي تبرر ما يتضمنه القانون الإداري من خروج على المؤلف في القانون الخاص، وعلى منطبق القواعد التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم؛ كون المرفق العام يُحقق مصلحة عامة.

واتصال العقد بالمرفق العام يأخذ صوراً عديدة: فقد يأخذ صورة اشتراك المتعاقد مع الإدارة في إدارة المرافق العام، ومثال على ذلك عقد التزام المرافق العامة، كما يأخذ صورة إنشاء مرفق عام، كما في عقود الأشغال العامة، كما أنه قد يأخذ صورة تسيير المرفق العام، كما هو الحال في عقود التوريد والتي يتعهد فيها المتعاقد مع الإدارة بتوريد أصناف معينة تحتاجها الإدارة لتسيير نشاط المرفق العام<sup>(3)</sup>.

وبالتالي إذا كان العقد لا يرتبط بالمرفق العام، فإن العقد يفقد صفته الإدارية، ويصبح عقداً من عقود القانون الخاص، حتى لو كان أحد أطرافه أحد أشخاص القانون العام، كما أن العقود المبرمة من الأشخاص العامة لإدارة أموالها الخاصة، تُعد من قبيل العقود المدنية؛ نظراً لانقطاع صلتها بإدارة أو تسيير مرفق عام.

(2) أحمد عبد الرحمن، الوجيز في أحكام القانون الإداري اليمني، دار الفكر المعاصر، صنعاء، اليمن، 2008-2009، ص 197.

(1) محمد محمد، المرجع السابق، ص 13.

(2) سليمان محمد، المرجع السابق، ص 83.

ثالثًا: أن يتضمن العقد شروطًا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص:

يُعد هذا الشرط أهم شرط في العقد الإداري، على الرغم من أهمية وجود الإدارة كطرف في العقد، واتصال العقد بالمرفق العام، وكونهما عنصرين ضروريين، إلا أنهما غير كافيين لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، وإنما يعتبر العقد إداريًا؛ إذا ما تضمن شرطًا، أو شروطًا استثنائية غير مألوفة، والذي يدل على نية الإدارة في اتباع أساليب القانون العام، وذلك بجانب الشرطين السابقين.

وهي شروط يحتويها العقد المبرم بين الإدارة والفرد المتعاقد معها، والتي لا يجوز قانونًا للأفراد في القانون الخاص ارتضاءها وقبولها، وقد تكون لمصلحة الإدارة وهو الغالب؛ كأن تُعطي الإدارة لنفسها الحق في تعديل العقد وشروطه في أي وقت، أو الحق في فرض جزاءات على المتعاقد معها في بعض الحالات، أو الحق في إلغاء العقد في أي وقت وبدون إنذار، أو حتى بدون تعويض، ومن الممكن أن تمثل الشروط الاستثنائية أيضًا في مصلحة الفرد المتعاقد مع الإدارة؛ كأن تُعطي الإدارة الحق في تحصيل رسوم من المنتفعين، أو الحق في التمتع باحتكار، أو حق في الاستفادة من نزع الملكية للمنفعة العامة<sup>(1)</sup>.

كما أن ليس من الضروري أن يحتوي العقد على أكثر من شرط استثنائي، وإنما يكفي شرط استثنائي واحد فقط، وغالبًا ما يتضمن هذه الشروط العقد نفسه، إلا أنه من الممكن أن تكون خارجة عنه في قانون أو لائحة، إذا كان العقد يحيل إلى ذلك القانون، أو تلك اللائحة، ومثال ذلك أن يحيل العقد إلى أحكام قانون المناقصات والمزايدات أو اللائحة التنفيذية<sup>(2)</sup>.

وقد أصبح من المسلم في فقه القانون الإداري أن اختيار جهة الإدارة لوسائل القانون العام هو الشرط الفاصل في تمييز العقود الادارية<sup>(3)</sup>.

ومن القواعد التي استنبطت من أحكام محكمة النقض في مصر أن الشروط التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع من خلالها بحقوق، كأن يتضمن امتيازات للإدارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الآخر، أو يخول المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير<sup>(4)</sup>، وهو ما لم يكن فيه القضاء اليمني واضحًا، وإنما جعلها كالعقود الخاصة، إلا في حكم وحيد ذكرناه سابقًا، ولمحكمة ابتدائية، وليس صادرًا من الدائرة الإدارية في المحكمة العليا؛ لناخذ به كقاعدة عامة، بينما كان القضاء الاتحادي الإماراتي واضحًا في ذلك، واعتماده لتعريف القضاء الإداري، وبالتالي القبول بالشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص.

ومما يلزم الإشارة إليه أن الشروط الاستثنائية كعنصر مميز للعقد الإداري، غير شروط الإذعان الموجودة في عقود القانون الخاص، وإن رأيها متشابهة نوعًا ما؛ حيث نظم المشرع اليمني أحكام عقود الإذعان

(1) سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م، ص 644.

(2) أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 199 ود. محمد محمد، المرجع السابق، ص 15.

(3) مطيع علي حمود، المرجع السابق، ص 239.

(4) إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص 393.

في القانون المدني في المادتين (214) و(215)، كما نظم المشرع الاتحادي في الإمارات تلك الأحكام في المادتين (248) و(249)، وأجازا للقاضي تعديل شروط العقد، أو اعفاء الطرف المدعى منها وفقاً لما تقضى به العدالة. ومما سبق فإن شروط العقد الإداري تُعد في حقيقة الأمر هي الشرط الأساسي المتعلق بمحل دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية؛ فمن غيرها لا عقد إداري؛ ومن البديهي القول بأنه حيث لا عقد إداري، فلا يمكن القول بوجود مسؤولية الإدارة التعاقدية؛ كونها مرتكزاً لقيامها؛ سواء كانت مسؤوليتها على أساس الخطأ؛ نتيجة إخلالها بالتزاماتها؛ سواء كانت الفنية، أم المالية، أم سوء استعمالها لسلطاتها وامتيازاتها التي مُنحت إياها؛ لدورها في تحقيق المصلحة العامة، ولحق الضرر نتيجة ذلك بالمتعاقد مع الإدارة؛ بسبب العلاقة القائمة بين خطأ الإدارة والضرر الذي أصاب المتعاقد معها، أم مسؤوليتها بلا خطأ؛ التي ابتدعها القضاء الإداري؛ نتيجة ما يسمى بالتوازن المالي للعقد الإداري؛ حيث يلحق الضرر بالمتعاقد نتيجة ظروف استثنائية، أو صعوبات مادية غير متوقعة، وهي مسؤولة عن سير المرافق العامة بانتظام واطراد؛ لتحقيق المصلحة العامة؛ وعليه فإن الشرط المتعلق بمحل أو موضوع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية، يكون قد تحقق لإمكانية رفع الدعوى؛ متى ما توافرت بقية الشروط الأخرى.

#### المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالطاعن ومواعيد وإجراءات رفع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية

لكي تقبل دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية أمام القضاء المختص؛ سواء كان قضاء عادياً أو قضاء إدارياً؛ فإن هناك شروطاً يجب أن تتوافر في شخص رافع الدعوى، كما أن هناك شروطاً يجب أن تتوافر حال رفع الدعوى تتعلق بمواعيدها وإجراءاتها؛ حيث في حال فقد أحدها يؤدي إلى بطلانها، نوضح تلك الشروط من خلال المطالبين التاليين:

- المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالطاعن بالتعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية.

- المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بمواعيد وإجراءات رفع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية.

#### المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالطاعن بالتعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية

إن الحديث عن الطاعن بالتعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية؛ يستلزم منا الوقوف على الشروط التي يجب توافرها فيه، وإن حصل الخلاف بين الفقه في تلك الشروط، إلا أنني سأكتفي بشرطين أساسيين هما: شرط أهلية التقاضي، وشرط المصلحة؛ لأهميتهما، وكونهما من المسلمات في مجال التقاضي، وسأبين ما دار من خلاف فقهي في أثناء الحديث فيهما؛ وذلك من خلال الفرعين التاليين:

- الفرع الأول: شرط أهلية التقاضي.

- الفرع الثاني: شرط المصلحة.

الفرع الأول: شرط أهلية التقاضي

تعتبر الأهلية التي يحددها القانون من أهم مميزات الشخصية القانونية، وقد نصت عليها تشريعات الدول؛ لأنه يُبنى عليها اكتساب الشخص للحقوق، وتحمله للالتزامات.

ويُراد بأهلية التقاضي: صلاحية الشخص للتقاضي، فيستطيع أن يرفع دعوى ضد الغير، أو أن ترفع ضده فيكون صاحب حق في التقاضي، ولا تختلف شروط أهلية التقاضي عن شروط الأهلية المعروفة، كبلوغه سن الرشد طبقاً لقانون الدولة، وكان متمتعاً بقواه العقلية رشيداً في تصرفه<sup>(1)</sup>، وقد ذكر تلك الأهلية القانون المدني اليمني في المادة (50)؛ وهي خمس عشرة سنة كاملة، بينما في الإمارات فقد نص قانون المعاملات المدنية الاتحادي في المادة (85) على أن سن الرشد إذا أتم الشخص إحدى وعشرين سنة قمرية، ويرجع الاختلاف في النصوص القانونية في كل من اليمن والإمارات؛ خلاف بين وجهة مشروع كل دولة منهما.

لكن يمكننا القول إن ما ذكر متعلق بالأفراد العاديين، وأن الأهلية لا تقتصر عليهم، بل تتناول أيضاً الأشخاص الاعتبارية التي يمثلها النائب الشرعي، كما هو الحال بالنسبة للدولة والمحافظات والمدن والقرى... والأصل أن الدولة هي وحدها التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية، ولكن هذا لا يعني أن الوزارات والمصالح المختلفة التي لم تمنح هذه الشخصية تفقد حقها في التقاضي؛ وذلك لأن الوزير يمثل الدولة في شؤون وزارته، إلا إذا أسند القانون صفة النيابة فيما يتعلق بشؤون هيئة أو وحدة إدارية إلى رئيسها فتكون له هذه الصفة التي بينها القانون<sup>(2)</sup>.

ومما يجدر الإشارة إليه أن ما يتعلق بأهلية الأجنبي في التقاضي فالمشروع اليمني أورد في قانون المرافعات والتنفيذ المدني بشأنه؛ حيث نصت المادة (73) على أنه: "يعتبر الأجنبي أهلاً للتقاضي أمام محاكم الجمهورية متى توافرت فيه شروط الأهلية طبقاً للقانون اليمني ولو لم يكن أهلاً بحسب قانون بلاده..." ففي هذا النص دلالة على أن الأجنبي كاليميني يجب أن تتوافر فيه الأهلية التي وردت في القانون المدني اليمني بنص المادة (50)، وهي أن يبلغ سن الرشد خمس عشرة سنة كاملة، إذا بلغها الشخص متمتعاً بقواه العقلية رشيداً في تصرفاته، وهي صفات كامل الأهلية، بينما مثل هذا النص لم يرد في اللائحة التنظيمية للقانون الاتحادي بشأن قانون الإجراءات المدنية؛ وبالتالي يمكننا القول لا فرق بين الإماراتي وغيره في أهلية التقاضي.

(1) مطهر محمد إسماعيل، القضاء الإداري وموقف المشرع اليمني منه، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر، صنعاء، الجمهورية اليمنية، 2013م، ص 26.

(2) عبد الله طلبة، القانون الإداري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، منشورات جامعة حلب، حلب، دون سنة نشر، ص 220-221.

كما أنه إذا كان رافع الدعوى غير صاحبها؛ فيُشترط فيه أن يكون ولياً شرعياً على شخص أو مال قاصر، أو المحجور عليه<sup>(1)</sup>.

إذن تعتبر أهلية التقاضي شرطاً لقبول الدعوى في كل من القانون اليمني والقانون الاتحادي الإماراتي، وإن كان يرى من الفقه أن شرط أهلية التقاضي هو شرط للمطالبة القضائية؛ أي لصحة انعقاد الخصومة، وليس شرطاً لقبول الدعوى، بدليل أنه إذا فقد أحد الخصوم أهليته للتقاضي في أثناء نظر الدعوى وقف إجراءاتها، دون أن تفقد شرطاً من شروط قبولها<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: شرط المصلحة

إن الحديث عن شرط المصلحة في إطار دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية، من الأهمية بمكان؛ لما يترتب عليه من صحة الدعوى، وعدمها؛ وقبول الدعوى من رفضها، كما أنه من القواعد المسلم بها: أنه حيث لا مصلحة فلا دعوى<sup>(3)</sup>؛ لذلك يجب علينا أن نُعرف المصلحة، وأن نذكر خصائصها، ووقت توافرها، كالاتي:

### أولاً: تعريف المصلحة

المصلحة هي مناط الدعوى، وقد عُرفت المصلحة في الدعوى بأنّها: المنفعة التي يمكن أن يحصل عليها رافعها في حالة إجابته إلى طلبه<sup>(4)</sup>، كما عُرفت أيضاً بأنّها: المنفعة التي يجنيها المدعي من التجائه إلى القضاء<sup>(5)</sup>. وبناء على التعريفين فإن المصلحة هي الباعث من رفع الدعوى والغاية المقصودة منه؛ وهي الفائدة العملية التي تُرجى من رافع الدعوى؛ فلا تُقبل دعوى التعويض ممن لم يتضرر من إخلال الإدارة بالتزاماتها، وتعسفها في استعمال سلطاتها؛ حيث اتفق علماء القانون على أنه لا يصح قبول دعوى التعويضات إذا لم يلحق بالطالب ضرر ما<sup>(6)</sup>.

ومن هنا اشترط المشرع اليمني في قانون المرافعات المدنية والتجارية والتنفيذ المدني رقم (40) لسنة 2002م في المادة (75) على أنه: "لا تقبل أي دعوى أو طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه"، وهو ما اشترطه قانون الإجراءات المدنية الاتحادي بالإمارات أيضاً، بنص المادة (2)؛ حيث جاء فيها: "لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة ومشروعة ومع

(1) عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، مطبعة الاعتماد، مصر، 1921م، ص 335.

(2) أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990م، ص 137.

(3) عبد الله طلبة، المرجع السابق، ص 221.

(4) ماجد راغب، المرجع السابق، ص 292.

(5) أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 123.

(6) عبد الحميد أبو هيف، المرجع السابق، ص 323.

ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه".

فيمكننا القول بأنه في هاتين المادتين نجد أن المصلحة تستند إلى حق اعتدي عليه، أو مهدد بالاعتداء عليه، وهو ما يتمثل في دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية؛ كونها من الدعاوى الحقوقية، القائمة على حق اعتدي عليه، أو مهدد بالاعتداء عليه؛ فيكون الحال في شرط المصلحة فيها، كحال الدعاوى المدنية التي ينظمها القانون المدني.

بل إن المشرع اليمني في قانون المرافعات، وتحديداً في المادة (76) شدد في هذا الشرط، وجعل للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى في حالة عدم توفر المصلحة؛ حيث نص على أنه: "تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى أو الطلب أو الدفع إذ تبينت (ولو من تلقاء نفسها) أن لا صفة أو مصلحة فيها، في أي مرحلة من مراحل الدعوى"، وهو ما لم يرد في قانون الإجراءات المدنية الاتحادي، ولا في لائحته التنظيمية.

ومما يلفت النظر أن المشرع اليمني ذكر الصفة والمصلحة في المادة السابقة، مما يجعلنا نتساءل هل هناك فرق بينهما أما لا؟ وللإجابة على ذلك نقول أنه هناك خلاف بين الفقهاء حول الصفة والمصلحة، فمنهم من يرى أن شرط الصفة مستقل عن شرط المصلحة في نطاق قبول الدعوى، ومنهم من يرى أن الصفة ليست إلا مظهرًا أو تعبيرًا لشرط المصلحة، وأنها من ثم مندمجة في المصلحة، التي هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى، والرأي الراجح فقهاً وقضاءً في هذا المجال يرى أن الصفة لا تمثل شرطاً قائماً بذاته، وإنما هي وصف من أوصاف المصلحة لكي تكون شخصية ومباشرة، وعلى هذا الأساس تعتبر الصفة مندمجة في المصلحة<sup>(1)</sup>.

ولما كانت المصلحة في دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية قائمة على حق اعتدي عليه، أو مهدد بالاعتداء عليه؛ فإنه يلزمنا أن نذكر تعريفاً في المعاملات لمصطلح الحق؛ حيث عُرف بأنه: مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد، وهو إما حق عيني أو حق شخصي<sup>(2)</sup>.

ولما كان حديثنا عن حق شخصي لرافع الدعوى فإنه يراد به: رابطة ما بين شخصين، دائن ومدين، يخول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين بإعطاء شيء، أو بالقيام بعمل، أو بالامتناع عن عمل<sup>(3)</sup>.

وقد عرف المشرع اليمني الحق في القانون المدني بنص المادة (121) على أنه: "مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معاً مادية أو معنوية يقرها الشرع...."، بينما قانون المعاملات المدنية الاتحادي في الإمارات لم يُعرف الحق، وإنما اكتفى بذكر أنواعه، بنص المادة (107) بأنه: "يكون الحق شخصياً أو عينياً أو معنوياً"، وإن كان الأخرى به أن يُعرفه؛ ليرفع اللبس لدى الفقه والقضاء عن مذهبه في تعري الحق.

(1) عمر محمد، القضاء الإداري "دراسة مقارنة"، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996م، ص 209.

(2) عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص 103.

(3) المرجع نفسه، ص 103.

فقد ذُكرت للحق عدة تعريفات؛ فهناك تعريف أنصار المذهب الموضوعي؛ الذين عرفوا الحق بمصلحة يحميها القانون، وهناك أنصار المذهب الشخصي الذين عرفوا الحق بالإرادة، وهناك مذهب ثالث جمع بين الإرادة والمصلحة في تعريف الحق، إلا أن الفقه انتقد جميعها، وظهرت النظرية الحديثة للفقيه البلجيكي دابان؛ والذي عرف الحق بتحليله إلى عنصري: الاستثناء (الاختصاص)، التسلط، ويذكر من الفقه أن جانباً كبيراً من الفقه العربي والفرنسي يعتنق نظرية دابان في تعريف الحق، ويصل بالنتيجة إلى تعريف شبه موحد للحق-على الأقل في عناصره- وهذا التعريف هو أن الحق عبارة عن: "استثناء (اختصاص) شخص بشيء ما استثنائاً (اختصاصاً) يحميه (يقره) القانون"<sup>(1)</sup>.

وعرف القانون المدني اليميني كذلك في نفس القانون الحقوق الشخصية في المادة (122) بأنها: "ما تعلق بذمة الغير دون تخصيص بمال معين، ويقابلها بالنسبة للغير الديون أو التعهدات أو الالتزامات المتعلقة بالذمة"، وعرفها نظيره الإماراتي في المادة (108) بقوله: "الحق الشخصي رابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل".

إلا أن المصلحة والتي يجب توافرها لقبول دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية، لا بد فيها من سمات وأوصاف، بحيث إذا انتفت بعض هذه الأوصاف أو كلها، فإن ذلك يؤدي إلى انعدام المصلحة، مما يترتب عليه الحكم برد الدعوى لانتفاء المصلحة، وهذه الخصائص أو السمات هي ذات خصائص وسمات المصلحة التي لا بد منها في الدعاوى المدنية كما سنتناولها.

كما يجب التمييز بين الصفة وأهلية التقاضي، رغم خلط بعض الفقه وبعض أحكام القضاء بينهما؛ كالقول أحياناً بأن صاحب الصفة هو من يختص قانوناً بتمثيل الشخص الاعتباري والتحدث باسمه، والصحيح أن من ينوب عن غيره في مباشرة الدعوى؛ إنما هو ممثل للشخص صاحب الصفة<sup>(2)</sup>.

#### ثانياً: خصائص المصلحة

إن للمصلحة مجموعة من الخصائص والسمات التي يجب توافرها؛ لانعقاد دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية، يمكننا توضيحها في الآتي:

#### 1- المصلحة القانونية (المشروعة):

لقبول الدعاوى شكلاً يجب أن تكون المصلحة المراد حمايتها قانونية، ويقصد بالمصلحة القانونية: "أن تكون للمدعي الصفة القانونية التي يحميها القانون"<sup>(3)</sup>.

(1) عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003م، ص134.

(2) محمود عاطف، المرجع السابق، ص93.

(3) إعاد علي حمود، القضاء الإداري وقضاء المظالم، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 1999م، ص187.

فالمصلحة تدور مع الحق وجودًا وعدمًا، بمعنى أنه كلما كان هناك اعتداء على الحق أو تهديد بالاعتداء عليه كان لصاحبه حق طلب حماية القانون.

كما أن المصلحة القانونية قد تكون مادية أو أدبية، وسواء أكانت مادية أو أدبية؛ فإنها تكفي لقبول الدعوى طالما أنها تستند إلى حق، أو وضع يحميه القانون.

كما ويستبعد من نطاق المصلحة القانونية، المصلحة غير المشروعة؛ كأن يُطالب المدعي بحماية القانون لحق له مخالف للنظام العام أو الآداب العامة؛ فيُفهم من ذلك أن الحق الذي يحميه القانون لا يمكن أن يخالف النظام العام أو الآداب العامة.

## 2- المصلحة الشخصية والمباشرة:

يلزم لقبول الدعوى أن تكون مصلحة المدعي شخصية ومباشرة في الدعوى، وتكون كذلك إذا كانت تحمي الدعوى مصلحة خاصة لرافعها، أو من ينوب عنه<sup>(1)</sup>.

ويُقصد بالمصلحة الشخصية والمباشرة أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المراد حمايته، أو من يقوم مقامه؛ كالوكيل بالنسبة للموكل وكالوصي أو الولي بالنسبة للقاصر<sup>(2)</sup>.

والحكمة من اشتراط المصلحة؛ هو تنزيهاً لساحات القضاء عن العبث، وتوفيراً لوقت وجهد القضاء، وسدًا لباب الدعاوى الكيدية<sup>(3)</sup>.

وربما يتبادر سؤال أماننا؛ لماذا يتم اشتراط المصلحة في رافع الدعوى؟ والإجابة على ذلك تكمن في أن اشتراط هذا الشرط في المصلحة؛ لأن صاحب الحق أقدر من غيره على تقييم مصلحته، وفيما إذا كان يرغب في إقامة دعوى أمام القضاء أم لا.

واشتراط أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة، لا يمنع إقامتها من غير الشخص المقررة له هذه المصلحة؛ شريطة أن تكون له صفة في الدعوى؛ كأن تُقام من قبل الوكيل بموجب وكالة قانونية صحيحة؛ لأن المصلحة الشخصية والمباشرة هي الصفة في رفع الدعوى<sup>(4)</sup>.

وكنا قد ذكرنا أن هناك خلافًا؛ فقد ذهب البعض إلى ضرورة توافر الصفة إلى جانب المصلحة، على اعتبار أن الصفة شرط مستقل عن المصلحة، إلا أن الرأي الراجح فقهاء وقضاء يرى أن الصفة لا تمثل شرطًا قائمًا بذاته، وإنما هي وصف من أوصاف المصلحة لكي تكون شخصية ومباشرة<sup>(5)</sup>.

(2) محمود عاطف، المرجع السابق، ص 90.

(3) أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 124.

(1) أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006م، ص 144.

(2) أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 71.

(3) عمر محمد، المرجع السابق، ص 209.

والصفة بهذا الوصف يلزم توافرها في المدعي لقبول الدعوى فقط؛ كونها لا ترفع إلا من ذي صفة، أما الصفة بالنسبة للمدعى عليه فتعتبر شرطاً للحكم عليه في الدعوى، وإلزامه بالحكم الصادر فيها.

### 3- المصلحة القائمة أو الحالة:

يُقصد بالمصلحة القائمة أو الحالة: أن يكون هنالك اعتداء قد وقع بالفعل على حق، أو مركز يحميه القانون، وهذا الاعتداء قد يحصل نتيجة لصدور عمل إيجابي أو نتيجة لعمل سلبي، ورغم أن المشرع اشترط أن تكون المصلحة قائمة وحالة، إلا أنه أخذ بالمصلحة المحتملة كاستثناء على الأصل، فقد أورد المشرع اليمني ذلك في قانون المرافعات والتنفيذ المدني في المادة (75) على أنه: "لا تقبل أي دعوى أو طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه"، وهو المعنى ذاته الذي تم ذكره في قانون الإجراءات المدنية الاتحادي في الإمارات بنص المادة (2).

لذا يمكن القول بأن الاستثناء الذي أورده المشرع في كل من القانون اليمني، ونظيره الإماراتي لا يرد على شرط المصلحة، وإنما يرد على شرط وقوع الضرر، فالمشرع يشترط المصلحة دائماً لقبول الدعوى، وإنما يتخفف في بعض الحالات، فلا يشترط أن تكون المصلحة قائمة، فيجيز قبول الدعوى رغم أن الضرر لم يقع بالفعل، ولكن يحتمل وقوعه، فالاستثناء إذن وارد على وصف المصلحة بأنها قائمة، وليس على شرط المصلحة نفسه؛ لأن المسلم به أنه لا دعوى بغير مصلحة.

### 4- المصلحة المادية والأدبية:

لا يُشترط في مصلحة رافع الدعوى أن تكون مالية أو مادية، وإنما يمكن أن تكون هذه المصلحة أدبية<sup>(1)</sup>. وقد ذكر المشرع اليمني في تعريف الحق في القانون المدني بنص المادة (121) بأنه: "مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معاً مادية أو معنوية يقرها الشرع...." وما ورد في قانون المعاملات المدنية الاتحادي في الإمارات بنص المادة (107) بأنه: "يكون الحق شخصياً أو عينياً أو معنوياً؛ وبالتالي يفهم من النصين أن فيهما دلالة على أن المصلحة قد تكون مادية أو معنوية، كما أنها قد تكون لفرد، وقد تكون لمجتمع كما يصرح بذلك القانون المدني اليمني، ويتضمنه النص في قانون المعاملات المدنية الاتحادي الإماراتي، وإن لم يُصرح بذلك.

### ثالثاً: وقت توافر المصلحة

إن توافر شرط المصلحة يُعد شرطاً أساسياً لقبول أي دعوى، بما فيها دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية، وإلا فإن المحكمة تحكم بعدم قبولها.

(1) ماجد راغب، المرجع السابق، ص 297.

ومن المسلم به في الدعاوى العادية أن المصلحة اللازمة لقبول الدعوى يجب أن تتوافر عند رفعها، وأن تبقى مستمرة لحين الفصل فيها<sup>(1)</sup>، وهو ما ينطبق على دعوى التعويض محل دراستنا؛ فإنه ونظراً لأن المصلحة فيها يجب أن تستند إلى حق اعتدي عليه، أو مهدد بالاعتداء عليه من جانب الإدارة، فإنه لا بد أيضاً من توافر المصلحة حين إقامة الدعوى، واستمرارها إلى حين الفصل في موضوعها؛ وذلك لأن الحق المطالب بحمايته، والتعويض عن الأضرار التي لحقت بصاحبه قد تكون الإدارة قد قامت بإجراءات تصحيح لما أقدمت عليه، وألغت القرار الإداري غير المشروع، أو سحبتة بالأحرى، وأعدت الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الاعتداء، أو التهديد به، ففي هذه الحالة فإن القول بوجود الاستمرار في نظر الدعوى لا فائدة منه؛ كون الاعتداء، أو التهديد بالاعتداء على الحق قد زال، وبالتالي لا مصلحة في السير في الدعوى؛ كوننا نُسلم بالقاعدة التي تقول بأنه: حيث لا مصلحة لا دعوى.

ومما نبه عليه أخيراً؛ أنه من نافلة القول، وفيما يتعلق بجدية المصلحة فإن أمر تقديرها يعود للمحكمة المرفوع أمامها النزاع، فلها إذا قَدَّرت عدم جدية الدعوى أن تردّها، ولها أن تقرر قبول الدعوى حال تقديرها أن المصلحة ذات جدوى؛ أي أن تكون جدية.

والمشرع اليميني في قانون المرافعات حسم الأمر واشترط استمرار الصفة والمصلحة حتى الفصل في الدعوى كما نصت المادة (76) منه على أنه: "تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى أو الطلب أو الدفع إذا تبينت (ولو من تلقاء نفسها) أن لا صفة أو مصلحة فيها، في أي مرحلة من مراحل الدعوى"؛ فيفهم من هذا النص على أن الصفة والمصلحة لازمة، ولا بد من استمرارها في جميع مراحل الدعوى حتى الفصل فيها، وهو ما لم يصرح به قانون الإجراءات المدنية الاتحادي في الإمارات، ويحتاج إلى نص صريح؛ لأهمية ذلك.

#### المطلب الثاني: الشرط المتعلق بمواعيد وإجراءات رفع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية

يُعد عدم مضي المدة القانونية التي يحددها القانون لرفع الدعوى من الشروط الواجب توافرها لقبول الدعوى شكلاً أيًا كانت الدعوى؛ مدنية أو إدارية أو غيرها، والحكمة من التقادم، أو عدم سماع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية؛ تتمثل في استقرار الأوضاع الإدارية والمراكز القانونية لموظفي المرافق العامة، وهذا الاستقرار تمليه المصلحة العامة، وحسن سير المرافق العامة، ونتعرف على ميعاد رفع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية، وأحكام عدم سماعها، والإجراءات المتبعة لرفعها، من خلال الفرعين التاليين:

- الفرع الأول: ميعاد رفع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية وأحكام عدم سماعها.
- الفرع الثاني: إجراءات رفع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية.

(1) محمود عاطف، المرجع السابق، ص 94.

### الفرع الأول: ميعاد رفع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية وأحكام عدم سماعها

إن لدعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية كغيرها من الدعاوى ميعاداً لرفعها، تنتهي بانقضائه، كما أن هذه المدة الزمنية تؤثر فيها عدة أحكام تُعرف بأحكام التقادم عند البعض، أو أحكام عدم سماع الدعوى كما هو في القانون اليمني والقانون الاتحادي الإماراتي، وهو ما نتناوله في الآتي:

#### أولاً: ميعاد رفع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية

إن ميعاد رفع دعوى التعويض عن مسؤولية الإدارة التعاقدية، لم يرد فيها نص خاص بها في كل من القانون اليمني، والقانون الاتحادي الإماراتي؛ وبالتالي فإنه يسري عليها ما يسري على العقود المدنية.

إلا أننا ننبه أن المشرع اليمني أورد نصاً في القانون المدني؛ حيث جاء في المادة (200) بأنه: "لا تُسمع الدعوى بطلب إبطال العقد أو نقضه بعد ثلاث سنوات مع عدم وجود مانع أو جهل لسبب البطلان...."، فربما يلتبس الأمر على البعض؛ فيظن هذه المدة هي مدة رفع دعوى التعويض عن مسؤولية الإدارة التعاقدية؛ إلا أنها في حقيقة الأمر ليست كذلك؛ كونها لم تذكر ذلك، وإنما أُوردت ما يتعلق من تصرفات تبطل العقد وتنقضه فقط، دون ذكر لدعوى التعويض في العقود، وإن كان لا بد على المشرع اليمني أن يذكر نصاً خاصاً يُحدد فيه ميعاد رفع دعوى التعويض في المسؤولية المدنية التعاقدية أولاً في إطار القانون المدني؛ كونه يُعد من القصور الذي لحق التشريع اليمني، ويحتاج إلى تلافيه.

ولما لم يرد نص صريح يتعلق بتحديد ميعاد رفع دعوى التعويض عن مسؤولية الإدارة التعاقدية خلاله، ولا في دعوى التعويض عن المسؤولية المدنية التعاقدية، لو فكرنا بالقياس عليه؛ لتأثر القانون الإداري ببعض قواعد القانون المدني؛ كون القانون المدني هو المرجع في حال غياب النص في القوانين الإدارية؛ فإنه يلزمنا أن نرجع إلى قانون الإثبات اليمني الذي أورد مدد لعدم سماع الدعاوى، واستنباطاً من هذا القانون، ومن المادة (23) التي تنص على أنه: "لا تسمع الدعوى من حاضر بسائر الحقوق التي لا تتعلق بعقار ولم يرد ذكرها في المواد الأربع السابقة بعد مضي خمس سنوات من تأريخ الاستحقاق مع عدم المطالبة....".

فإننا نجد أن هذا النص ينطبق على مدة عدم سماع دعوى التعويض عن مسؤولية الإدارة التعاقدية، كقاعدة عامة؛ أي أن مدة عدم سماع هذه الدعوى هي خمس سنوات؛ كونها من دعاوى الحقوق؛ لعدم وجود نص صريح بخصوص ذلك.

أما بالنسبة لمدة عدم سماع دعوى التعويض عن مسؤولية الإدارة التعاقدية في القانون الاتحادي الإماراتي، فهو الآخر لم يرد فيه نص مستقل؛ إلا أنه لما كانت دعوى التعويض دعوى حقوقية؛ فإن ميعاد رفعها يدخل في عموم النص الوارد في المادة (473) من قانون المعاملات المدنية وهو خمسة عشر سنة.

وبناء على ما سبق فإن الأفضل للمشرع اليمني إعادة النظر في مدة عدم سماع دعوى التعويض عن مسؤولية الإدارة التعاقدية، وأن يجعلها خمس عشرة سنة، كما هو معمول به القانون الاتحادي في الإمارات،

إلا أنه لابد على المشرع اليمني، وكذلك الإماراتي أن يذكرنا نصوصاً خاصة تُحدد فيها مدة عدم سماع الدعوى فيما يتعلق بدعاوى المنازعات الإدارية لحل الإشكال الحاصل فقهاً وقضياً بهذا الخصوص.

### ثانياً: أحكام عدم سماع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية

إن الحديث عن شرط الميعاد في الدعوى محل بحثنا؛ لِيُحتم علينا أن نتناول أحكام عدم سماعها؛ فحيث ما تحققت مسؤولية الإدارة؛ ترتب عليها الالتزام وفق القواعد لكل مسؤولية تعويض، إلا أن هذا الالتزام من المعمول به أنه لا يبقى مستمراً إلى ما لا نهاية، بل إنه ينقضي إما بالتنفيذ، وإما بعدم سماع الدعوى، وبالتالي فإنه يقع على عاتق المضرور من أجل الحصول على التعويض؛ جراء الضرر الذي لحقه بسبب إخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية، أو تعسفها في سلطاتها، حقه في الالتجاء إلى القضاء المختص، ورفع دعوى التعويض خلال المدة التي نص عليها القانون، أو أخذ بها القضاء كقاعدة عامة، حال غياب ذلك النص؛ فإن لم يرفعها خلالها يمتنع على المحكمة المختصة سماع دعواه؛ مما يترتب عليه سقوط حقه في التعويض قضاءً.

ومما يلزمنا الإشارة إليه أن الحق بالتعويض لا ينقضي فقط بانتهاء مدة التقادم، أو عدم سماع الدعوى، بل أيضاً بالتصالح بين الطرفين، وتنازل المضرور عن حقه، والوفاء بالتعويض تؤدي إلى انقضاء دعوى التعويض.

ولما كان القانون اليمني، وكذلك القانون الاتحادي الإماراتي لم يُحدد ميعاداً خاصاً، ومستقلاً لرفع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية؛ فإن المدة المانعة من سماع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية كما ذكرنا قبل هذا الحديث هي خمس سنوات في اليمن وفق قانون الإثبات، وطبقاً لقواعد قانون المعاملات المدنية الاتحادي في الإمارات؛ فإن المدة المانعة من سماع هذه الدعوى؛ هي خمس عشرة سنة.

وللعلم بأن جانباً من التشريعات والفقهاء أخذ بمصطلح عدم سماع الدعوى، وهو ما أخذ به كل من القانون اليمني والقانون الاتحادي الإماراتي، وجانباً آخر أخذ بمصطلح التقادم، كما هو حال القانون المصري، وإن أخذ المصطلحان نفس الأحكام، والفرق بينهما متميز ودقيق، فالقاضي في مصر يحكم بانقضاء الالتزام حتى وإن اعترف المدعى بأنه لم يف بالدين، وإن الدائن لم يبرئه منه، أما وفقاً لمبدأ عدم سماع الدعوى فلا يستطيع القاضي في اليمن - وكذلك الحال في الإمارات - أن يحكم بانقضاء الالتزام إذا اعترف المدعى بالدين، وأنه لم يف، وعلى فرض عدم اعترافه بأنه لم يف به، فكل ما يستطيع أن يحكم به هو عدم سماع الدعوى<sup>(1)</sup>.

ولعدم سماع الدعوى أحكاماً نشير إلى أهمها كالآتي:

(1) محمد حسين، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني، الجزء الثاني (أحكام الالتزام)، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، 1424هـ -

## 1- بدء سريان مدة عدم سماع الدعوى:

يمكن لنا أن نتساءل متى نبدأ في حساب مدة عدم سماع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية؟ من خلال بحثي واطلاعي لم أجد من كتب في هذا الأمر، وحدد بدء ميعاد الطعن، ولكن يمكن القول إن البدء يكون اليوم الذي تنتهي فيه مدة إعدار المتعاقد للإدارة حال إخلالها بالتزاماتها التعاقدية، أو بعد فسخ العقد، أو إنهائه من قبل الإدارة، أو عند ظهور المخاطر، وذلك من خلال ما نص عليه المشرع اليمني في القانون المدني في المادة (335): "لا يجبر المدين على الوفاء إلا بعد إعداره بمطالبته بالوفاء بما عليه اختياراً أو إنذاره بإقامة الدعوى عليه لدى القضاء لإجباره على الإيفاء.... ويجوز الاتفاق مقدماً على أن يكون رفع الدعوى عند حلول الأجل دون حاجة إلى إجراء آخر"، وكذلك ما نص عليه قانون المعاملات المدنية الاتحادي في الإمارات بنص المادة (478) على أنه: "تبدأ المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بمرور الزمان من اليوم الذي يصبح فيه الحق مستحق الأداء ومن وقت تحقق الشرط إذا كان معلقاً على شرط ومن وقت ثبوت الاستحقاق في دعوى ضمان الاستحقاق".

فإذا مرت خمس سنوات في اليمن، وخمس عشرة سنة في الإمارات من يوم انتهاء مهلة إعدار المتعاقد للإدارة، ولم تُرفع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية، ولم يكن هناك ما يمنع رفعها، وانتهت المدة؛ فإن القاضي يمتنع عن سماعها.

## 2- وقف مدة عدم سماع الدعوى:

يُراد به عدم سريان مدته بعد بدئها بصفة مؤقتة إلى أن يزول سبب الوقف فيسري ما بقي منها استكمالاً لها<sup>(1)</sup>، إما لأسباب خارجة عن الإرادة، أو بإلزام القانون<sup>(2)</sup>.

ويسري الوقف على عدم سماع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية؛ وفي حال توفر سبب الإيقاف قبل السريان؛ فإنه لا يبدأ بالسريان إلا بزوال هذا السبب، وإذا حصل أن قام سبب الإيقاف خلال مدة سريانه؛ يوقف طيلة مدة قيام سبب الإيقاف، ثم يعود إلى السريان عند زواله، وتُضم المدة السابقة لسريان التقادم إلى المدة اللاحقة لزوال الإيقاف في حساب كامل مدته، وهو من صور الامتداد القانوني لميعاد الطعن الذي يؤدي إلى إطالته.

وتُعد القوة القاهرة أحد أسباب وقف مدة عدم سماع الدعوى، ويُقصد بالقوة القاهرة: كل عذر قهري يمنع صاحب المصلحة من رفع دعواه إلى القضاء، ويستقل القضاء بتقدير هذا العذر ليرتب عليه وقف الميعاد<sup>(3)</sup>.

(1) ماجد راغب، المرجع السابق، ص 316.

(2) المرجع نفسه، ص 272.

(1) ماجد راغب، المرجع السابق، ص 316.

ومن تطبيقات القضاء الإداري المصري لوقف التقادم اعتبار اعتقال ذي المصلحة في منطقة بعيدة في ظل نظام لا يكفل للمسجونين القيام بهذا الإجراء القانوني، كما يعتبر المرض العقلي من القوة القاهرة<sup>(1)</sup>.

وقد اعتبر كل من القانون اليمني والقانون الاتحادي الإماراتي العذر الشرعي، سبباً لإيقاف مدة عدم سماع الدعوى؛ حيث نص المشرع اليمني على وقف المدة المانعة من سماع الدعوى في القانون المدني، والذي جاء في المادة (445) منه على أنه: "توقف المدة التي ولا تسري كل ما مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه سواء كان المانع مادياً أم أدبياً، كما توقف بين الأصيل ونائبه حتى تنتهي النيابة فتسري من وقت انتهائها".

كما نصت المادة (443) من نفس القانون على أن: "العذر الشرعي هو غياب صاحب الحق ومرضه المانع أو كونه عديم الأهلية أو ناقصها إذا لم يكن له ولي أو وصي ويزول العذر بحضور الغائب أو بلوغ القاصر رشيداً أو زوال سبب انعدام الأهلية أو نقصها إذا كان بالغاً أو كون الخصم الذي عليه الحق من المتغلبة أو قيام ظروف تسود فيها الفوضى ويتعذر معها الوصول إلى الحق". فيمكننا أن نفهم من النص أن أسباب توقف المدة نوعين: أسباب مادية وأسباب أدبية نوضحها كالاتي:

أ- الأسباب المادية: قد تكون طبيعية مثل الكوارث العامة كالزلازل والفيضانات والحروب وغيرها مما يمثل قوة القاهرة، أو متعلقة بشخص الدائن كأن يكون عديم الأهلية أو ناقصها ما لم يكن له ولي أو وصي.

ب- الأسباب الأدبية متعلقة بصلة الدائن بالمدين كعلاقة الزوجية والأبوة، كما ذكر النص علاقة النيابة بين الأصيل ونائبه والوكيل وموكله، فلا تسري المدة في حقهم إلا بعد انتهاء النيابة أو الوكالة.

وقد نص قانون المعاملات المدنية الاتحادي في الإمارات في المادة (473) على أنه: "لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بغير عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة".

كما نصت الفقرة (1) من المادة (481) من نفس القانون على أنه: "يقف مرور الزمان المانع من سماع الدعوى كلما وجد عذر شرعي يتعذر معه الطالبة بالحق".

فيترتب على وقف المدة عدم احتسابها من المدة المقررة لعدم سماع الدعوى، من تاريخ الوقف حتى زوال السبب، والوقف لا يلغي المدة السابقة على حدوثه، وهو ما ذكره القانون اليمني، وكذلك القانون الاتحادي الإماراتي.

### 3- انقطاع مدة سماع الدعوى:

ويُقصد به عدم الاعتداد بالمدة المنصرفة منه؛ لقيام صاحب الحق بإجراء يؤكد حرصه على اقتضائه، فيسري ميعاد جديد من تاريخ الرد على هذا الإجراء<sup>(2)</sup>.

(2) خالد عمر، القضاء الإداري، الدعوى الإدارية، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، عدن، الجمهورية اليمنية، 2014م، ص 272.

(1) ماجد راغب، المرجع السابق، ص 318.

وتنقطع مدة عدم سماع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية، بما جاء به النص في القانون المدني؛ حيث نص المشرع اليمني في المادة (446) من القانون المدني على الحالات التي ينقطع بتحقيقها عدم سماع الدعوى بقوله: "ينقطع سريان المدة التي يترتب عليها عدم سماع الدعوى في الأحوال الآتية:

- (1) المطالبة القضائية ولو رفعت إلى محكمة غير مختصة.
- (2) تكليف المدين بالوفاء تكليفاً رسمياً.
- (3) الحجز على مال المدين.
- (4) تقدم الدائن بطلب بقبول حقه في تفليس أو توزيع.
- (5) إشعار من الدائن لمدينه أثناء نظر إحدى الدعاوى بينهما للتمسك بحقه.
- (6) إقرار المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً؛ ومن ذلك بقاء المال المرهون تأمينا لوفاء الدين تحت يد الدائن.

من خلال استعراضنا لهذه المادة المتعلقة بأحوال انقطاع مدة عدم سماع الدعوى في القانون المدني اليمني، فإنه يمكننا القول بأنها تنعكس على الإدارة أيضاً، فيما يمكن تطبيقه عليها؛ فالمطالبة القضائية للمتعاقد مع الإدارة بحقه، ولو إلى محكمة غير مختصة، أو تكليف المتعاقد للإدارة المتعاقد معها بالوفاء بما عليها تكليفاً رسمياً، أو إشعاره إياها في دعوى أخرى بينهما بالتمسك بحقه، أو بالإقرار أو اعتراف الإدارة بحق المتعاقد معها صراحة أو ضمناً؛ كل تلك الأحوال تقطع مدة عدم سماع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية.

وفي المقابل فإن قانون المعاملات المدنية الاتحادي في الإمارات في المادتين (483) و(484) اكتفى بالنص على أن: إقرار المدين بالحق صراحة أو دلالة، وكذلك المطالبة القضائية، أو بأي إجراء قضائي يقوم به الدائن للتمسك بحقه يُعد انقطاعاً لمدة عدم سماع الدعوى؛ أي في حال إقرار الإدارة بحق المتعاقد معها صراحة أو ضمناً، وفي حال المطالبة القضائية؛ بغض النظر هل كانت عبر المحكمة المختصة أم غير مختصة، وفي حال تمسك المتعاقد بحقه في إجراءات قضائية.

وأخيراً لا بد من التأكيد على أن الإجراء القاطع لمدة عدم سماع الدعوى؛ ينبغي أن يكون صحيحاً، وموجهاً إلى الإدارة، وإلا فإنه لا يقطع تلك المدة، وهو ما نص عليه المشرع اليمني بقوله: "بتحققها"، بينما المشرع الاتحادي الإماراتي لم يُشر إلى ذلك.

وأما الأثر المترتب على انقطاع المدة؛ يؤدي إلى احتساب المدة مجدداً بعد زوال أحوال القطع، على خلاف وقف المدة؛ التي يستأنفها بعد زوال سبب الوقف.

وقد نص المشرع اليمني على ذلك الأثر في المادة (447) من القانون المدني على أنه: "يترتب على انقطاع المدة سقوط المدة السابقة ولزوم مدة جديدة مماثلة للمدة الأولى تبدأ من وقت زوال الأثر المترتب على سبب

الانقطاع، فإذا انقضت المدة الجديدة كاملة لا تسمع الدعوى"، وهو ما أكده قانون المعاملات المدنية الاتحادي في الإمارات في المادة (485).

#### رابعاً: التمسك بمدة عدم سماع الدعوى:

ويُراد به أن الإدارة هي صاحبة الحق في تمسكها بعدم سماع الدعوى، ولا يحق للمحكمة أن تمتنع من تلقاء نفسها عن سماع دعوى التعويض في مسؤوليتها التعاقدية.

فقد نص المشرع اليمني في المادة (448) من القانون المدني على أنه: "لا تمتنع المحكمة عن سماع الدعوى من تلقاء نفسها إلا إذا تمسك المدين بذلك، ويجوز له التمسك في أي حالة تكون عليها الدعوى"، وهو ما نص عليه قانون المعاملات المدنية الاتحادي في الإمارات في المادة (488) مع إضافة: "... أو ممن له مصلحة فيه من الخصوم، ما لم يكن قد تنازل صاحب الحق عنها صراحةً أو ضمناً".

وهذه القاعدة التي أقرها القانونون في إطار المعاملات المدني، تسري أيضاً في مواجهة الإدارة؛ لغياب النص المستقل على ذلك؛ فإذا لم تتمسك بمدة عدم سماع الدعوى قبل المتعاقد المتضرر؛ تعين على المحكمة أن تقضي بالتعويض المطلوب؛ بمعنى آخر يتعين على الإدارة صاحبة المصلحة في عدم سماع الدعوى الحق، وفي عدم سماع المطالبة بالتعويض أن تتمسك به؛ كون عدم سماع الدعوى هنا لا يتعلق بالنظام العام؛ فإن لم تدفع به اعتبر ذلك إقراراً منها بحق المتعاقد المتضرر في التعويض.

كما نصت المادة (449) من القانون المدني اليمني على أنه: "لا أثر للتنازل عن مضي المدة قبل اكتمالها وثبوت الحق في التمسك بها، وإذا حصل من المدين تنازل عن التمسك بمضي المدة بعد ثبوت حقه في ذلك اعتبر ذلك إقراراً منه بالحق، ويعتبر تنازلاً عن التمسك بالحق في مضي المدة وفاء المدين بالحق بعد اكتمالها"، وقريب من مضمون هذه المادة نص عليه قانون المعاملات المدنية الاتحادي في الإمارات في المادة (487).

فيُستفاد منهما أنه يترتب على مضي المدة؛ ضرورة التمسك بمضي المدة في أي حالة تكون عليها الدعوى، وأنه لا أثر للتنازل قبل اكتمالها؛ وإذا تنازلت الإدارة عن حقها في التمسك بمضي المدة بعد اكتمالها، وثبوت الحق لها؛ اعتبر ذلك إقراراً منها بحق المتعاقد معها، كما يُعتبر تنازلاً عن التمسك بالحق في مضي المدة؛ وفاء الإدارة بالحق للمتعاقد معها بعد اكتمالها.

#### الفرع الثاني: إجراءات رفع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية

إن الأصل في الدعوى الإدارية أن يكون لها إجراءات مستقلة عن الإجراءات المدنية؛ وذلك بسبب الاختلافات في طبيعة التنظيم القضائي، وطبيعة مراكز الخصوم، وطبيعة المنازعات التي ترفع للقضاء، وطبيعة القواعد القانونية التي تحكم النزاع، وطبيعة الغاية من التقاضي بين كل من القضاء المدني والجزائي، وبين القضاء

الإداري، يستتبع اختلافًا جوهريًا في الإجراءات أمام كل قضاء منها<sup>(1)</sup>، وبالتالي كان على أي مشرع أن يصدر قانونًا خاصًا بالإجراءات الإدارية، متى ما تواجد القضاء الإداري.

كما يرى الباحث أن يكون هناك إجراءات خاصة بدعاوى المنازعات الإدارية تُضمن في نصوص تشريعية؛ لكثرة تلك المنازعات الإدارية، وأهميتها، ولو في إطار نظام القضاء الموحد، كما هو الحال في اليمن والإمارات.

ففي اليمن لا يوجد قانون خاص بالإجراءات الإدارية، ولا نصوص تشريعية تضمنها قانون المرافعات والتنفيذ المدني، تتعلق بالإجراءات الإدارية التي ترتبط بالمنازعات الإدارية، وكذلك الحال في الإمارات إلا في المادة (84) التي حددت مدة عدم سماع دعوى إلغاء القرارات الإدارية بستين يومًا، وما يتعلق بالتظلم الإداري، وبالتالي فإن الإجراءات في رفع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية، هي ذاتها الإجراءات والخطوات المتبع لرفع أي دعوى أمام القضاء؛ سواء كانت مدنية أو تجارية أو جزائية، أو إدارية، فهي تعتبر موحدة؛ والسبب في ذلك يرجع إلى أن نظام القضاء الذي أخذ به في كل من اليمن والإمارات هو نظام القضاء الموحد، وإن تواجدت محكمتان إداريتان في كل من أمانة العاصمة وعدن، ودائرة إدارية في المحكمة العليا في اليمن، أو وجدت دوائر إدارية في المحاكم الابتدائية، وشعب إدارية في محاكم الاستئناف في الإمارات.

فالمشرع اليمني أوضح كيفية رفع الدعوى بشكل عام في المادتين (103) و(104) من قانون المرافعات، وكذا البيانات الواجب توافرها في عريضة الدعوى، حيث نص على أن ترفع الدعوى كتابة بعريضة أصلية، وصور تكون بعدد المدعى عليهم، ويجب أن تتضمن العريضة البيانات الآتية:

- 1) اسم المدعي ولقبه ومهنته وموطنه.
  - 2) اسم المدعى عليه ولقبه ومهنته وموطنه، فإن لم يمكن له موطن معلوم فأخر موطن كان له.
  - 3) تاريخ تقديم العريضة.
  - 4) اسم المحكمة التي ترفع أمامها الدعوى.
  - 5) بيان موطن مختار للمدعي في البلدة التي بها مقر المحكمة إن لم يكن له موطن فيها.
  - 6) بياناً وافياً عن موضوع الدعوى وأدلتها إجمالاً وطلبات المدعي محددة نوعها وصفتها وهل يطلبها بصفة مستعجلة أم عادية وترفق بها المستندات.
  - 7) توقيع المدعي أو وكيله، ونوع العريضة وما معها من أوراق في ملف خاص وتسلم للكاتب المختص.
- كما أوجب المشرع اليمني على رافع الدعوى دفع رسوم الدعوى طبقاً لللائحة المحددة للرسوم.

(1) برهان زريق، مبادئ وقواعد إجراءات القضاء الإداري (المكتبة القانونية، دمشق، 2011م)، ص15-ص20.

وما ذكر من البيانات أعلاه نصت عليها أيضًا المادة (16) من الفصل الثاني من اللائحة التنظيمية لقانون الإجراءات المدنية الاتحادي، وإن كانت تقدم إلى مكتب إدارة الدعوى بدلًا من المختص في اليمن.

وهكذا يبدو من خلال ما سبق أن القانون اليمني وكذلك القانون الاتحادي الإماراتي لا يختلفان عن القانون المصري بالنسبة لاشتراط البيانات اللازمة في الدعوى، وكذا الجهة التي تُرفع إليها الدعوى، وكذا بالنسبة للرسوم، إلا أنهما لم يشترطا توقيع محامٍ لقبولها، إنما تركا ذلك للخصوم، حيث اكتفيا بتوقيع المدعي، وله أن يوكل من ينوب عنه، وبهذا خالفاً المشرع المصري الذي اعتبر عدم توقيع المحامي عيباً جوهرياً، ولعل الحكمة في ذلك تيسير الإجراءات أمام القضاء، والنظر لظروف المواطن الخاصة التي لا تمكنه من الاستعانة بمحامٍ<sup>(1)</sup>.

ومما يجدر الإشارة إليه أن الدعوى في المنازعات الإدارية، والتي منها دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية حالها في القانون اليمني، والقانون الاتحادي الإماراتي، كحال بقية الدعاوى تبدأ بخطوة محدودة، وهي مجرد إيداع عريضتها قلم كتاب المحكمة في اليمن، بينما في الإمارات في مكتب إدارة الدعوى.

ولما كان من مقتضى اعتبار منازعات الجزاءات التعاقدية تدخل في نطاق القضاء الكامل؛ فإن سلطة قاضي العقد لا تتوقف عن حد إلغاء الجزاء غير المشروع، أو وقف تنفيذه، وإنما يتجاوز ذلك إلى القضاء بالتعويض إذا كان ثمة مقتضى قانوني<sup>(2)</sup>، وعليه يُعد القضاء المختص بنظر دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية في كل من اليمن والإمارات؛ هو القضاء العادي؛ لعدم وجود قضاء إداري فيهما، وإن نص قرار مجلس القضاء الأعلى في اليمن القاضي بإنشاء محكمتين إداريتين في كل من صنعاء وعدن، بأن من اختصاص المحكمتين النظر في منازعات التعويض في العقود الإدارية؛ لأن ذلك لا يعني بحال وجود قضاء إداري في اليمن. وفي الأخير نُشير إلى ضرورة وأهمية إضافة نصوص خاصة بالإجراءات الإدارية إلى القانون اليمني، وكذلك القانون الاتحادي الإماراتي، والتي يجب الأخذ بها في المنازعات الإدارية، ويُمكن أن يُسمى في اليمن قانون المرافعات المدنية والإدارية، ويُسمى في الإمارات بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، والسعي إيجاد قضاء إداري، ينظر المنازعات الإدارية؛ لمواكبة ما يسري على الدعوى الإدارية في الدول التي سبقت وأخذت بالقضاء الإداري.

## الخاتمة

استعرضنا في بحثنا هذا شروط قبول دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية، والمتمثلة بالشرط المتعلق بمحل الدعوى، والشرط المتعلق بشخص رافع الدعوى، والشرط المتعلق بالمواعيد والإجراءات، وموقف كل من القانون اليمني والقانون الاتحادي الإماراتي من تلك الشروط، وأخلص إلى ما توصلت إليه في بحثي هذا من نتائج، وتوصيات، ومقترحات على النحو التالي:

(1) مطهر محمد إسماعيل، المرجع السابق، ص 39.

(1) بن عبد المالك بو فلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد 17، جوان 2017م، ص 124.

## أولاً: النتائج:

- وضحت الدراسة أن دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية، كغيرها من الدعاوى، لها شروط قبول هي: الشرط المتعلق بمحل أو موضوع الدعوى؛ ويتمثل بالشروط المتعلقة بطبيعة العقد الإداري؛ والتي بتوافرها، نستطيع القول بإمكانية قيام مسؤولية الإدارة التعاقدية على أساس الخطأ، أو بلا خطأ، والشرط المتعلقة بشخص رافع الدعوى؛ ويتمثل بأهليته للتقاضي، ووجود مصلحة مشروعة وشخصية ومباشرة وقائمة مادية أو أدبية له، والشرط المتعلق بمواعيد وإجراءات رفع الدعوى.
- بينت الدراسة أن كلاً من المشرع اليمني، والمشرع الاتحادي الإماراتي لم يُعرفا العقد الإداري في القوانين ذات العلاقة، بينما القضاء الاتحادي الإماراتي كان الأفضل عندما عرف العقد الإداري، كما عرفه القضاء الإداري، على خلاف القضاء اليمني الذي لم نجد سوى حكم قضائي وحيد من محكمة ابتدائية عرف العقد الإداري، بينما لم تُعرفه المحكمة العليا، فلا يكون ما جاء قاعدة عامة يُلتزم العمل به.
- كشفت الدراسة أن القانون اليمني، وكذلك القانون الاتحادي الإماراتي لم يميزا بين دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية، وبقية الدعاوى بشكل عام بخصوص الشروط الواجب توافرها في كل دعوى، كما أنهما اختلفا في سن أهلية التقاضي ففي اليمن خمس عشرة سنة، وفي الإمارات واحد وعشرون سنة، كما اتفقا في أخذهما بشرط المصلحة المشروعة القائمة، وأخذهما كذلك بالمصلحة المحتملة؛ إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق، أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه، كما جعل القانون اليمني للمحكمة أن تحكم بعدم قبول الدعوى أو الطلب أو الدفع إذ تبينت ولو من تلقاء نفسها أن لا صفة أو مصلحة فيها، وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى، وهو ما لم ينص عليه القانون الاتحادي الإماراتي، وكذلك لم يميزا بينها وبين غيرها من الدعاوى من حيث الشكل والإجراءات المتبعة في رفعها.
- بينت الدراسة أن بيانات الدعوى وإجراءات رفعها في كل من اليمن والإمارات تكاد تكون متطابقة، كما أنه لا يوجد قانون خاص بإجراءات رفع الدعاوى الإدارية، ومنها دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية في كل من اليمن والإمارات، بل لم يُفرد لها نصوصاً خاصة في قانون المرافعات المدنية والتجارية والتنفيذ المدني اليمني؛ بالرغم من وجود محكمتين إداريتين في كل من أمانة العاصمة ومحافظة عدن في اليمن وفق قرار مجلس القضاء الأعلى رقم (177) لعام 2010م، ودائرة إدارية في المحكمة العليا، وكذلك لم يُفرد لها نصوصاً خاصة في قانون الإجراءات المدنية الاتحادي الإماراتي، بالرغم من وجود دوائر كلية تنظر المنازعات الإدارية في المحاكم الابتدائية، وإنما يسري عليها ما يسري على كافة المنازعات أيًا كانت؛ سواء مدنية أو تجارية أو إدارية أو جزائية.

- كشفت الدراسة بأن القانون اليمني، وكذلك نظيره الإماراتي لم يُحدد مدة عدم سماع الدعوى صراحة لدعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية، وإنما تم الأخذ بالنص العام في قانون الإثبات اليمني بأنها خمس سنوات، وبالنص العام في قانون المعاملات المدنية الاتحادي الإماراتي بأنها خمس عشرة سنة؛ كونها من دعاوى الحقوق.

#### ثانياً: التوصيات والمقترحات:

- توصي الدراسة مجلس القضاء الأعلى في اليمن بسرعة إصدار قرار إنشاء محاكم إدارية في عواصم المحافظات، كما توصي وزير العدل بالتشاور مع رئيس المحكمة العليا، وموافقة مجلس القضاء الأعلى على استحداث شعب إدارية في محاكم الاستئناف في المحافظات، كما توصي الجهة المعنية في الإمارات بإنشاء محاكم إدارية نوعية ابتدائية، وأيضاً محكمة استئناف إدارية اتحادية في الإمارات.
- توصي الدراسة الفقه اليمني والإماراتي الإداري بالتوعية المستمرة بفقه المنازعات الإدارية، لاسيما ما يتعلق بحقوق المتعاقد مع الإدارة، وحق الفرد في مقاضاة الإدارة باللجوء إلى القضاء، وإثارة موضوع أهمية وجود نصوص خاصة بالإجراءات الإدارية.
- تقترح الدراسة على المشرع اليمني، والجهة المعنية في الإمارات بإضافة مواد خاصة متعلقة بالإجراءات الإدارية في قانون المرافعات المدنية والتجارية اليمني، ويمكن تسميته بقانون المرافعات المدنية والإدارية، وكذلك في قانون الإجراءات المدنية الاتحادي الإماراتي، ويُسمى قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ يُنظم فيهما دعاوى المنازعات الإدارية؛ لكثرتها، وأهميتها حديثاً.
- توصي الدراسة المعاهد القضائية في كل من اليمن والإمارات بإعداد القضاة الإداريين المتخصصين، ووضع مناهج تستهدف ذلك بالاستعانة بالكفاءات والخبرات في هذا التخصص، والاستفادة من التجارب العربية في هذا الشأن.
- توصي الدراسة المشرع اليمني، والمشرع الاتحادي في الإمارات بتحديد مدة عدم سماع دعوى التعويض في مسؤولية الإدارة التعاقدية بنصوص صريحة مستقلة، وخاصة بها، على أن تكون مدة سماع الدعوى خمسة عشرة سنة.

#### قائمة المراجع:

##### أولاً: الكتب والرسائل العلمية والمقالات:

1. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الخامسة عشرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990م.
2. أحمد عبد الرحمن شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري اليمني، دون رقم طبعة، دار الفكر المعاصر، صنعاء، اليمن، 2008-2009م.

3. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دون رقم طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006م.
4. إبراهيم سيد أحمد، مبادئ محكمة النقض في القرارات والعقود والمنازعات الإدارية، دون رقم طبعة، الإسكندرية: منشأة المعارف، 2000م.
5. إعاد علي حمود، القضاء الإداري وقضاء المظالم، الطبعة الأولى، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، 1999م.
6. برهان زريق، مبادئ وقواعد إجراءات القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دمشق: المكتبة القانونية، 2011م.
7. بن عبد المالك بو فلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد 17، جوان 2017م،
8. جابر صالح محمد، سلطات الإدارة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، 2019م
9. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، دون رقم طبعة، الإسكندرية: منشأة المعارف، 2004م.
10. سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991م.
11. عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، الطبعة الثانية، مطبعة الاعتماد، مصر، 1921م.
12. عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الطبعة الأولى، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2003م.
13. عبد الله طلبية، القانون الإداري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الطبعة الثانية، منشورات جامعة حلب، حلب، دون سنة نشر.
14. عمر محمد، القضاء الإداري "دراسة مقارنة"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996م.
15. ماجد راغب، العقود الإدارية، دون رقم طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012م.
16. ماجد راغب، القانون الإداري، دون رقم طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000م.
17. ماجد راغب، القضاء الإداري، دون رقم طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000م.

18. محمد الصغير، الوجيز في المنازعات الإدارية، دون رقم طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005م.
19. محمد حسين، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني، الجزء الثاني (أحكام الالتزام)، الطبعة السادسة، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، 1424هـ-1425هـ/2003م-2004م.
20. محمد محمد، العقود الإدارية في اليمن، الطبعة الأولى، دون دار نشر، صنعاء، الجمهورية اليمنية، 2009م.
21. محمود عاطف، الوسيط في القضاء الإداري، دون رقم طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988م.
22. مصطفى أبوزيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دون رقم طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999م.
23. مطهر محمد إسماعيل، القضاء الإداري وموقف المشرع اليمني منه، دون رقم طبعة، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر، صنعاء، الجمهورية اليمنية، 2013م.
24. مطيع علي حمود، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1427هـ - 2006م.
25. مطيع علي حمود، القضاء الإداري "دراسة مقارنة"، الطبعة الثانية، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، الجمهورية اليمنية، 2014م.

#### ثانياً: القوانين واللوائح والقرارات:

1. قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، وفقاً لأحدث التعديلات بالمرسوم بقانون اتحادي رقم 18 لسنة 2018م، واللائحة التنظيمية رقم 57 لسنة 2018م المعدلة سنة 2020م، معهد دبي القضائي، دبي، 2020م.
2. دستور دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر في 1434هـ-2013م.
3. قرار مجلس القضاء الأعلى اليمني رقم (177) لعام 2010م، الجريدة الرسمية، العدد (20)، السنة 2010م.
4. وزارة الشؤون القانونية، قانون رقم (23) لسنة 2007م بشأن المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية ولائحته التنفيذية بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (53) لسنة 2009م، مطابع التوجيه، صنعاء، الجمهورية اليمنية، الطبعة السادسة، ديسمبر 2013م.
5. وزارة الشؤون القانونية، قانون رقم (40) لسنة 2002م بشأن المرافعات المدنية والتجارية والتنفيذ المدني وتعديله بالقانون رقم (2) لسنة 2010م، مطابع التوجيه، الطبعة السادسة، سبتمبر 2010م.

6. وزارة الشؤون القانونية، قانون رقم (14) لسنة 2002م بشأن القانون المدني، مطابع التوجيه المعنوي، صنعاء، الجمهورية اليمنية، إبريل 2002م.

7. وزارة الشؤون القانونية، دستور الجمهورية اليمنية المعدل والمقر بتاريخ 2001/2/20م، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، الجمهورية اليمنية، 2001م.

8. وزارة الشؤون القانونية، قانون رقم (21) لسنة 1992م، بشأن الإثبات، مطابع دائرة التوجيه المعنوي، صنعاء، سبتمبر 2003م.

9. قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بقانون اتحادي رقم 5 لسنة 1985 وفقاً لأحدث التعديلات، 2020، معهد دبي القضائي، دبي، 2020م.

### ثالثاً: الأحكام القضائية:

1. حكم المحكمة الاتحادية بالإمارات، الطعن رقم 543 لسنة 2015 إداري، جلسة الأربعاء الموافق 15 من فبراير سنة 2017.

2. حكم الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا اليمنية، الطعن الإداري رقم 54260، جلسة الأحد الموافق 16-3-2014م.

### رابعاً: المصادر الإلكترونية:

1. موقع البوابة الرسمية لحكومة الإمارات العربية المتحدة <https://u.ae/ar-AE/about-the-uae>

2. موقع جامعة الإمارات العربية المتحدة- عمادة المكتبات [https://scholarworks.uaeu.ac.ae/public\\_law\\_dissertations/4/](https://scholarworks.uaeu.ac.ae/public_law_dissertations/4/)



## القضاء بالشاهد الواحد ويمين المدعي في الفقه الإسلامي والقضاء العُماني المعاصر

Judgment with One Witness and the Oath of the Plaintiff in Islamic Jurisprudence and Contemporary Omani Judiciary

الدكتور عبدالله بن سعيد المعمرى - كلية العلوم الشرعية- سلطنة عمان

الدكتور صالح بن سعيد المعمرى - جامعة الشرقية - كلية الحقوق - سلطنة عمان

الدكتور خليل بن حمد البوسعيدي - جامعة الشرقية - كلية الحقوق - سلطنة عمان

Abdullah ben Saeed Al Maamari - Saleh ben Saeed Al Maamari - Khalil ben Hamad Al Busaidi (Sultanat d'Oman)

### Abstract:

This study reviews an issue of jurisprudence of great importance in the judicial work which is the ruling with one witness and the oath of the plaintiff, with the jurists agreeing on the legality of the judiciary with two just male witnesses or one just male witness and two just females presented by the claimant of the right. The jurists are also in agreement that the right of the plaintiff is established by evidence. If the plaintiff lacks the evidence and could not prove his right, and the defendant swears a denial of the lawsuit, thus the lawsuit claimed by the plaintiff is void. They further agree that if the defendant fails to swear in order to deny the law suit, the right of the plaintiff is again established. However, they differ in the case in which the plaintiff is unable to prove his right in full evidence with the defendant's denial of the claim. Is the judgment valid for one witness or the minor evidence with the oath of the plaintiff himself? So, this study has come to discuss this issue and review the rulings and principles of the courts in the present time and evaluate what seems right. The study has also concluded several recommendations, including the importance of benefiting from the large juristic balance resulting from the jurisprudence of scholars to be applied in the legal districts and to develop legal texts continuously and permanently in accordance with the ideas and solutions that these jurisprudence produces. This study has also addressed the shortcomings and deficiencies in the laws in force with the abundance.

**Keywords:** testimony... oath... Judicial jurisprudence

## الملخص:

تستعرض هذه الدراسة مسألة فقهية ذات أهمية كبرى في العمل القضائي ألا وهي القضاء بالشاهد الواحد ويمين المدعي، ومع اتفاق الفقهاء على مشروعية القضاء بشاهدين عدلين ذكرين يقدمهما طالب الحق أو بشاهد ذكر عدل وشاهدين عدلين من النساء، واتفاقهم كذلك على أن حق المدعي يثبت بالبينة، وأنه إن أعوزته البينة ولم يستطع إثبات حقه وحلف المدعي عليه منكر الدعوى بطلت الدعوى التي ادعى بها المدعي، واتفقوا كذلك أن المدعي عليه إن تخلف عن الدفع بالمطالبة بيمين النكران فإن الحق يثبت للمدعي، إلا أنهم اختلفوا في الحال التي يعجز فيها المدعي عن إثبات حقه بالبينة التامة مع نكران المدعي عليه المطالبة هل يصح الحكم بالشاهد الواحد أو البينة القاصرة مع يمين المدعي نفسه، لذا جاءت هذه الدراسة لتناقش هذه المسألة وتستعرض ما في العصر الحاضر من أحكام المحاكم ومبادئها وترجع ما تراه الحق وخلصت إلى عدة توصيات منها أهمية الاستفادة من الرصيد الفقهي الكبير الناتج عن اجتهادات العلماء لتطبيقه في الأقضية الشرعية ولتطوير النصوص القانونية بصورة مستمرة ودائمة وفقاً لما تفرزه هذه الاجتهادات من أفكار وحلول معتبره، ومعالجة القصور والنقص في القوانين السارية بما تزخر به الحضارة الإسلامية من علوم فقهية تتفق مع الواقع وتواكب متطلبات الحياة المتجددة .

## الكلمات الدلالية: الشهادة ... اليمين ... الاجتهاد القضائي

## مقدمة:

إن رد الحقوق لأصحابها هي من أهم الواجبات التي جاء الإسلام بها، فلا تقبل توبة الإنسان ما لم يرد الحقوق التي أخذها من غير حق لأصحابها كما بيّن ذلك النبي - صلى الله عليه وسلم - في قوله: "الدُّنُوبُ عَلَى وَجْهَيْنِ: ذَنْبٌ بَيْنَ الْعَبْدِ وَرَبِّهِ، وَذَنْبٌ بَيْنَ الْعَبْدِ وَصَاحِبِهِ، فَالذَّنْبُ الَّذِي بَيْنَ الْعَبْدِ وَرَبِّهِ إِذَا تَابَ مِنْهُ كَانَ كَمَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ، وَأَمَّا ذَنْبٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ صَاحِبِهِ فَلَا تَوْبَةَ لَهُ حَتَّى يَرُدَّ الْمَطْلَمَ إِلَى أَهْلِيهَا"<sup>1</sup>، وقد وُضِعَ القضاء ليكون الوسيلة المعتمدة في الشرع التي لها القوة الشرعية لرد هذه المظالم والحقوق إن رفض من أخذها بردها، إلا أن الشرع قنن الآليات والإجراءات التي بها يسوغ للقضاء استنفاد القوة التشريعية له بإلزام المستولي على حقوق الآخرين بردها، وهذه الآليات هي ما يعرف في القانون باسم قواعد الإثبات وقوانينه، فكل طالب لحقٍ ما لن يحصل على حقه الذي يطالب به ما لم يعتمد في طلبه على هذه القواعد .

1 رواه الأمام الربيع بن حبيب في مسنده برقم (691)، في الباب (50) في الوعيد والأموال. ينظر: الربيع بن حبيب، الجامع الصحيح، دار الفتح، بيروت، لبنان، د.ت. ج 2، ص: 181.

وقد بين النبي -صلى الله عليه وسلم- ذلك في حديثه: "لو يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وِدْمَاءَهُمْ، لَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِيِ وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ"<sup>1</sup> ، فطالب الحق من الجهة القضائية لن يُقبل طلبه ولو كان صادقا حتى يُثبت ذلك إما بالبينة وإما بيمين المدعى عليه المطلوب، فإن فشل في إدراك ذلك فلا يضمن القضاء حقه كما بين ذلك النبي -صلى الله عليه وسلم- في قوله: "إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ الْحَنَ بَحْجَتِهِ مِنْ بَعْضٍ؛ فَأَقْضِي لَهُ بِنَحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ أَخِيهِ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ"<sup>2</sup>.

وقد اتفق الفقهاء على مشروعية القضاء بشاهدين عدلين ذكرين يقدمهما طالب الحق أو بشاهد ذكر عدل وشاهدين عدلين من النساء، كما ورد بذلك نص القرآن في سورة البقرة "واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى"<sup>3</sup>.

واتفقوا كذلك أن حق المدعي يثبت بالبينة، وأنه إن أعوزته البينة ولم يستطع إثبات حقه وحلف المدعى عليه منكر الدعوى بطلت الدعوى التي ادعى بها المدعي، لما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"<sup>4</sup>. وقد أكدت مبادئ المحكمة العليا العمانية ذلك حيث قررت: (إن فرض اليمين

1 روي هذا الحديث في "الصحيحين" من حديث ابن جريج عن ابن أبي مليكة، عن ابن عباس، عن النبي صلى الله عليه وسلم، وخرجاه أيضا من رواية نافع بن عمر الجمعي، عن ابن أبي مليكة، عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم، ورواه البيهقي بإسناد حسن، وذكر الألباني أنه حديث حسن صحيح ورواه البخاري في صحيحه في عدة ابواب منها باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، في البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه ورقم الحديث (2406) وفي باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود الحديث رقم (2552) وفي باب {إن الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا، أولئك لا خلاق لهم} الحديث رقم (4300) كما رواه مسلم في صحيحه في باب اليمين على المدعى عليه الحديث رقم (3331) ورواه أبو داود في سننه في باب اليمين على المدعى عليه الحديث رقم (3190) والترمذي في جامعه في باب ما جاء في أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه الحديث رقم (1325) و باب عظة الحاكم على اليمين الحديث رقم (5376) ورواه ابن ماجه في سننه في باب البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه الحديث رقم (2332) والبيهقي في السنن الكبير في باب البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه الحديث رقم (19487) (ينظر: الحنبلي، ابن رجب، جامع العلوم والحكم، حديث 33، مكتبة الإيمان، بيروت لبنان، 2001، ج 2، ص: 226؛ البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2003، ص 345؛ البخاري، الجامع الصحيح، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة الأولى، 1422هـ، ج 1، ص 432؛ مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري، صحيح مسلم، حديث، رقم: (4470)، (ص759، ط1، 1419هـ-1998م، دار السلام، الرياض؛ الأنصاري، إسماعيل محمد، التحفة الربانية في شرح الأربعين حديثاً النووية، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1380هـ، ص 211).

2. أخرجه البخاري، واللفظ له، في كتاب الحيل، باب إذا غصب جارية فزعم أنها ماتت ففضي بقيمة الجارية الميتة ثم وجدها صاحبها، رقم الحديث (6566) 2555/6- وأخرجه مسلم، في كتاب الأفضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، رقم الحديث (4570) - 128/5؛ ينظر: البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، ج 1 ص 466؛ مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، ص 379.

3. سورة البقرة الآية رقم 282.

4. رواه الربيع في مسنده والبيهقي في السنن الكبرى برقم (20990). وروي في البخاري بمعناه في كتاب: التفسير، باب: (إن الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمناً)، (4552) وفي صحيح مسلم في كتاب: الأفضية، باب: اليمين على المدعى عليه، (1711)؛ ينظر: السالمي، عبدالله، شرح الجامع الصحيح، مكتبة الاستقامة، مسقط، 1993، ج 3، ص 202؛ البخاري؛ الجامع الصحيح، مرجع سابق، ج 4، ص: 224؛ مسلم، صحيح مسلم، ج

3، ص: 335؛ البيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق، ج 10، ص: 252.

على المنكر لا يكون إلا مع تعذر البيّنات)<sup>1</sup>، وفي موضع آخر قالت: (لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة مع خلاف القاعدة الشرعية التي تقول: أن البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر)<sup>2</sup>، وجاء تأكيداً لذلك (إن اليمين لا تكون واجبة إلا إذا حين يعوز المدعي الدليل)<sup>3</sup> ولو أن هذه المبادئ جاءت قبل صدور قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الذي صدر بتاريخ 17 مايو 2008م إلا أن القانون قد قام على ذات الأسس مع وجود اختلافات بسيطة فيه.

واختلف الفقهاء فيما عدا ذلك، فيذكر ابن رشد خلاف الفقهاء في إثبات حق المدعي بيمينه إن عجز عن إثبات الحق بالبيّنة، فيروي عن الإمام مالك أن يمين المدعي تثبت الحق إن أنكر الخصم، ويذكر في مقابل ذلك رأياً آخر في عدم قبول ما سوى البيّنة في حق المدعي<sup>4</sup>.

ويبرهن ابن رشد سبب الخلاف بين القولين هو تردد الفقهاء في مفهوم حديث النبي صلى الله عليه وسلم " البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر"<sup>5</sup>، هل أمر البيّنة واليمين مقصور بهما في كل مدع ومدعى عليه، فلا يتعدى ما ورد في النص حيث لم يرد خلاف ذلك، فلا تنتقل اليمين للمدعي فتثبت له حقه، أم أن ما ذكر في الحديث هو بالنظر إلى وضع المدعي في كونه الأضعف فيحتاج إلى البيّنة المساندة وقد تكون شبهة المدعي أقوى فيكون القول قوله وتقبل يمينه<sup>6</sup>.

### أهمية الموضوع:

سيوضح هذا البحث حكم الاعتماد على الشاهد الواحد المدعوم بيمين المدعي كدليل من الأدلة المقدمة، وهل هذا النوع من الأدلة جائز شرعاً للقاضي أن يحكم به أم هو غير جائز فلا يقضي القاضي به ويعتبر الدعوى مرفوضة لعدم اكتمال الدليل، وما هو واقع القضاء العماني المعاصر في هذا الأمر؟

1. حكم المحكمة العليا رقم (11) في الطعن رقم (91 / 2003) بجلسة 6 / 12 / 2003م المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة العليا في سلطنة عمان لعام 2003م.
2. حكم المحكمة العليا رقم (32) في الطعن رقم (47 / 2002) بجلسة 22 / 12 / 2003م المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة العليا في سلطنة عمان لعام 2003م.
3. حكم المحكمة العليا رقم (33) في الطعن رقم (66 / 2003) بجلسة 12 / 10 / 2003م المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة العليا في سلطنة عمان لعام 2003م.
4. ابن رشد، محمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، جمهورية لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، طبعة 1988، ج 2، ص 466.
5. سبق تخريجه.
6. وقد ذكر الدكتور أحمد الحصري في كتابه "علم القضاء" نوعاً من هذا الخلاف وأضاف قولاً آخر بالعمل بجواز الخروج عن النص مع بعض القيود في الحق الذي يثبت بهذه الطريقة. ينظر: الحصري، أحمد، علم القضاء، دار الكتاب العربي، بيروت، 1986، ج 1، ص 128.

وبالتأكيد تكمن أهمية هذا الموضوع من خلال ندرة الدراسات والبحوث العلمية التي تسلط الضوء على الاجتهادات القضائية الشرعية بصفة عامة، وقلة الدراسات والبحوث حول تطور الفكر الشرعي والاجتهاد القضائي في مسائل الإثبات في سلطنة عمان بصفة خاصة.

#### أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى استعراض الجوانب الشرعية حول موضوع القضاء بالشاهد واليمين في الفقه الإسلامي وذلك وفقاً للمذاهب المختلفة مع التركيز على المذهب الإباضي نظراً لارتباطه بالعمل القضائي في محاكم سلطنة عمان، مع بيان آراء الفقهاء واختلافاتهم مدعومة بالأدلة الشرعية ومناقشتها وربط ذلك بالنصوص القانونية في قانون الإثبات مع الإشارة إلى الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم العمانية.

#### إشكالية الدراسة:

تحدث أغلب الكتب والاجتهادات القضائية المختلفة عن إثبات المدعي لدعواه بالبينة وأنه إن أعوزته البينة ولم يستطع إثبات حقه وحلف المدعى عليه منكر الدعوى بطلت الدعوى التي ادعى بها المدعي، ولكن القليل من كتب الفقه التي ناقشت حالة الاعتماد على الشاهد الواحد المدعوم بيمين المدعي كدليل من الأدلة المقدمة، وهل يستطيع القاضي ويجوز له شرعاً أن يعتمد عليه في حكمه أم يعتبر الدعوى مرفوضة لعدم اكتمال الدليل. والقضاء العماني قد أسس مبادئ قضائية سار على نهجها في هذا الجانب نظراً لما واجهه من قضايا مستجدة تتطلب نظرة متعمقة في الاعتماد على الشاهد واليمين وعليه يمكن معرفة توجه القضاء العماني المعاصر في هذا الجانب.

#### تساؤلات الدراسة:

سيجيب هذا البحث على عدة تساؤلات هي:

- هل يجوز القضاء بالشاهد واليمين للمدعي؟
- ما هي أدلة المانعين الحكم بالشاهد الواحد ويمين المدعي؟
- ما هي أدلة المجيزين الحكم بالشاهد الواحد ويمين المدعي؟
- هل تقضي المحاكم العمانية بالشاهد الواحد واليمين للمدعي؟

#### منهج الدراسة:

تتبع هذه الدراسة المنهج التحليلي الذي يعتمد على تحليل النصوص الشرعية والقانونية والاجتهادات القضائية، إضافة إلى المنهج التطبيقي الذي يعتمد على منهج التطبيق الواقعي في الأحكام القضائية عند اختلاف الفقهاء أو عدم وجود تفسير واضح للنصوص الشرعية أو القانونية.

### خطة الدراسة:

- المبحث الأول: الحكم بالشاهد واليمين عند الفقهاء:
- المطلب الأول: أدلة المانعين بالحكم بشاهد واحد ويمين المدعي:
- المطلب الثاني: أدلة المجيزين بالحكم بشاهد واحد ويمين المدعي:
- المبحث الثاني: الحكم بالشاهد واليمين في القضاء العُماني:
- الخاتمة والتوصيات

### المبحث الأول: الحكم بالشاهد الواحد ويمين المدعي في القضاء

إن مما استقر عليه العمل القضائي أن القضاء يدور على معرفة المدعي من المدعى عليه، لأنه أصل مشكل، وإقامة الدليل أمام القضاء بالطرق والإجراءات المحددة لذلك على وجود أو صحة واقعة معينة متنازع عليها هو ما يُعرف قضاء بالإثبات، وسيتم في هذا المبحث معرفة حدود المدعي من الإثبات المقبول قضاء مع تسليط الضوء على المعمول به في القضاء العُماني المعاصر، وكيف تعامل القضاء العُماني المعاصر مع الحجج الناقصة التي يقدمها المدعي، وسيتم مناقشة ذلك في مطلبين على النحو الآتي:

#### المطلب الأول: معنى البيّنة ودلالاتها في العمل القضائي:

لم يختلف العلماء في حكم ما لواحد من الخصمين (المدعي والمدعى عليه) بعد تمييزهما، فعبء إثبات الدليل يكون على المدعي (الطالب) إذا أنكر المدعى عليه (المطلوب) المطالبة، وأن على المدعى عليه اليمين إذا لم تقم البيّنة على خلاف الظاهر<sup>1</sup>، وهل تتوجه اليمين على المدعى عليه مباشرة إن فشل المدعي إثبات مطالبه بالدليل أو على أقل تقدير وجود شبهة قوية تستدعي ذلك، وهي ما يسميها العلماء "بالخلطة"، حتى لا يُحلف السفهاء أهل الفضل، أم أنّ اليمين حق للمدعي سواء كانت هناك شبهة خلطة أم لا؟ وسواء كان المدعي وضيعاً والخصم شريفاً أم لا؟<sup>2</sup>

ولا يلزم قضاءً أن يكون مقدّم الشكوى ابتداءً هو المدعي، فقد يكون مدعى عليه حسب سير الدعوى، ولذا قررت المحكمة العليا العُمانية أن توجيه اليمين من عدمها من المسائل التقديرية التي تستقل بها محكمة الموضوع متى كانت مطمئنة في حملها على ما يحمله من أدلة بناء على سير الدعوى<sup>3</sup>. وقررت المحكمة العليا

1. المادة (1) من قانون الإثبات العُماني، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 68 / 2008. وينظر كذلك: ابن فرحون، برهان الدين، تبصرة الحكام، جمهورية لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، طبعة 1995، ج 1، ص: 105.

2. السالمي، شرح الجامع الصحيح، مرجع سابق، ج 3، ص: 253؛ والنووي، محيي الدين، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، جمهورية لبنان، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط 2، 1972 ج: 12، ص: 3.

3. حكم المحكمة العليا رقم (11) في الطعن رقم (28 / 2002) بجلسة 31 / 3 / 2003م المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة العليا في سلطنة عمان لعام 2003م.

العُمانيّة مبدأ آخر لحفظ الحقوق والعمل بهذه القاعدة وهو أن رفض المدعي يمين خصمه بعد عجزه عن إقامة البينة أثره رفض الدعوى، حيث إنه إما يقدم البينة أو يستحق يمين النكران من خصمه، ولا يحق له فوق ذلك شيء<sup>1</sup>.

والبينة في باب القضاء هي كل ما يبين للقاضي وجه الحكم<sup>2</sup>، ولا خلاف في أن أقوى درجات البينة في القضاء الإسلامي هي الشهادة وهي من أكثر وسائل الإثبات انتشاراً<sup>3</sup>، يقول ابن العربي: "وأعلا مراتب البينة شاهدان عدلان"<sup>4</sup>، فقد قال النبي -صلى الله عليه وسلم-: "البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر"<sup>5</sup>، ولاعتماد القضاء على هذا المبدأ من العهد النبوي إلى عهدنا الحاضر ولكثرة الروايات فيه اعتبر بعض العلماء هذا الحديث من الأحاديث المتواترة من حيث المعنى<sup>6</sup>، واعتبر العلماء هذا الحديث كذلك من جوامع الكلم، فقد استنبط العلماء من هذين الكلمتين ما بلغ دفاتر<sup>7</sup>، وقد فسّر الشرع المقصود بالبينة في هذا الحديث بأنها الشهادة، حيث نص عليها في روايات أخرى بقوله: "شاهدك أو يمينه"<sup>8</sup>، وفي أمر الزواج ذكر النبي -صلى الله عليه وسلم- توثيق عقد الزواج بالبينة وتفسيرها إسهاد ذوي عدل، فقد قال -صلى الله عليه وسلم-: "لا نكاح إلا بولي وصدّق وبينة"<sup>9</sup>، وقد قال تعالى في أحكام الرجعة من بعد الطلاق، "وأشهدوا ذوي عدل منكم"<sup>10</sup>، وقد ذكر المفسرون<sup>11</sup> أن هذه الشهادة هي ذاتها المعتمدة في عقد التزويج المفسرة للبينة المذكورة في قوله: "لا نكاح إلا بولي وصدّق وبينة".

1. حكم المحكمة العليا في الطعن رقم (187 / 2006) بجلسته 3 / 12 / 2006 م المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة العليا في سلطنة عمان للعام القضائي السابع.
2. السالمي، شرح الجامع الصحيح، مرجع سابق، ج 3، ص: 252.
3. عثمان، محمد رأفت، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، جمهورية مصر، القاهرة، دار البيان، طبعة 1994، ص 306: الحصري، علم القضاء، مرجع سابق، ص 11؛ السالمي، شرح الجامع الصحيح، مرجع سابق، ج 3، ص: 252.
4. ابن العربي، أبو بكر، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، بيروت، دار الكتب العلمية، د ت، ج 6، ص: 87.
5. سبق تخريجه.
6. الثميني، عبد العزيز، الورد البسام في رياض الأحكام، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1985، ص: 41.
7. السرخسي، شمس الدين، كتاب المبسوط، بيروت، دار المعرفة، د ت، ج 17، ص: 28.
8. رواه البخاري برقم 2512 ورواه مسلم برقم 138 واللفظ له، ورواه البيهقي في السنن الكبرى برقم 19534؛ ينظر: البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، ج 3، ص: 512؛ مسلم، صحيح مسلم، ص: 71.
9. رواه الربيع برقم 492 ورواه أبو داود في كتاب النكاح، باب في الولي، برقم (2085)، ورواه الترمذي في كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، برقم (1101)، ورواه أحمد في مسنده برقم (19518)، وابن ماجه في كتاب النكاح، حديث رقم (1881) وقال عنه الألباني في إرواء الغليل "حديث صحيح"؛ ينظر: السالمي شرح الجامع الصحيح، مرجع سابق، ج 3، ص: 3؛ أبو داود سليمان بن الأشعث بن أسحاق، سنن أبي داود، وزارة الشؤون الإسلامية، السعودية، 1999، ج 2، ص 229؛ الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، الجامع الكبير، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ج 3 ص 399؛ أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، مؤسسة الرسالة، ط 1، 2001، ج 32 ص 280؛ ابن ماجه، أبو عبدالله بن محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، دار إحياء الكتب العربية، دمشق، سوريا، ج 1، ص 605؛ الألباني، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخرج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، ط 1، 1979، ج 6 ص 235.
10. سورة الطلاق، الآية رقم 2.
11. الجصاص، أبو بكر، أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1992، ج 5 ص: 351.

والشهادة<sup>1</sup> كما يُعرّفها الفقهاء أنها إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره<sup>2</sup>، وقد عمل القضاء الإسلامي بمبدأ تقديم الشهادة على سائر وسائل الإثبات واعتبارها أقوى درجات الإثبات من العهد النبوي إلى وقت قريب من وقتنا، فلما ضعف الدين في نفوس الناس وكثرت شهادات الزور وابتعدوا عن نصرة أصحاب الحقوق بشهاداتهم وقلّ من يتصف بصفة العدالة من الشهود، وللأسباب التي تعتري الإنسان من حيث فطرته كالنسيان أو المحاباة أو اشتغال الذهن أو الانتقام أو ما يشتهبه عليه من بُعد واقعة الشهادة<sup>3</sup>، فهذه الأسباب قل اعتماد القضاء على الشهادة باعتبارها المصدر الأول للإثبات<sup>4</sup>، بل وبسبب ذلك أنشئت وظيفة في بعض المحاكم في دول أخرى غير سلطنة عمان تُعنى بالنظر في عدالة الشهود من حيث القبول وعدم القبول وتسمى "بالمزكي"<sup>5</sup>.

واعتمد الناس بسبب ذلك على تثبيت حقوقهم بالتوثيقات والمستندات، وتغيّر تأثير ذلك حتى في القضاء والتشريع، فاعتمدت التشريعات المستحدثة الأدلة الكتابية والمستندات الرسمية كأقوى الأدلة تليها بعد ذلك الشهادة ثم القرائن وبعدها الإقرار وأخيرا الأيمان، فبعد أن كانت الشهادة أعلى مراتب البيّنات صارت المحررات الكتابية هي الأقوى، إلا أن الشهادة ظلت من الأدلة التي لا يستغني عنها القضاء فاعتنى برسم إجراءاتها وطرق سماعها وتشديد العقوبة على منتهكها<sup>6</sup>.

وقد انتقد قديما العلامة ابن القيم كلام الفقهاء حين حصروا البيّنة على الشاهدين أو الشاهد واليمين، فانتصر ابن القيم لقول من اعتبر أن البيّنة أعمّ من كونها الشهادة فقط، فهي عنده اسم لكل ما يبيّن الحق من شهود وقرائن وغيرها، فأى شيء يقوم مقام البيّنة عمّل به وإلى هذا ذهب الإمام أحمد بن حنبل<sup>7</sup>، فمتى وجدت القرائن التي تقوم مقام البيّنة عمّل بها، ويفسر ابن القيم حديث النبي -صلى الله عليه وسلم: "البيّنة على المدّعي" و"ألك بيّنة" أي ألك ما يبيّن الحق من شهود أو دلالة، واعتبر ابن القيم أن حصر البيّنة في الشاهدين أو الشاهد واليمين سبب في تضييع الحقوق وسبب في تضييع طرائق الحكم، لأن الظالم لما أدرك

1. لم يُعرّف قانون الإثبات العماني معنى الشهادة أو الشاهد مع تعريفه لمصطلحات أخرى كالمحررات الرسمية والإقرار، والإقرار القضائي.

2. انظر في تعريف الشهادة: اطفيش، محمد، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، السعودية، جدة، مكتبة الإرشاد، طبعة 1972م ج: 13، ص: 234، الحصري، علم القضاء، مرجع سابق، ص: 66؛ التوي، ص: 10؛ مفلح القضاة، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الامارات العربية المتحدة، دبي، مطبعة بن دسمال، دت، ص: 185؛ الجهوري، محمد عبدالله، التعليق على قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني، سلطنة عمان، مسقط، 2022م ص: 100.

3. جاء في احكام المحكمة العليا (إن الشهادة لا تكون مجاملة لأن الأصل في المسلم الأمانة والمسلمون عدول، ولمحكمة الموضوع تقدير الأدلة ووزنها والأخذ بما تظمن إليه سواء أكانت الأدلة شهادة الشهود أو صكوك إثبات أو قرائن)؛ حكم المحكمة العليا في الطعن رقم (8 / 2003) بجلسة 26 / 10 / 2003م، المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة العليا في سلطنة عمان للعام القضائي 2003.

4. الجهوري، التعليق على قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني، مرجع سابق، ص: 97.

5. الصدر الشهيد، ابن مازة، شرح أدب القاضي للخصاف، العراق، بغداد، مطبعة الإرشاد، طبعة 1978، ج 3 ص 26.

6. مفلح القضاة، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق ص: 189؛ الجهوري، التعليق على قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني، مرجع سابق ص: 98.

7. ابن فرحون، برهان الدين، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج: 1، ص: 172.

حصر البيئة في الشاهدين عمل بحال لا يقوم عليه ذلك، ولو عمل القاضي بالرأي الأعم ثبت الحق عنده بكل شيء، بالشاهد والقرينة وغيرها<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: الحكم بالشاهد واليمين في القضاء العُماني:

من التشريعات التي عملت بالتوسع في الأخذ بالبيّنات التشريعيّ العُماني في قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 2008/68،<sup>2</sup> حيث نصت المادة (42) على أن الدليل الكتابي مقدم على الشهادة، ولذا بدأ القانون بذكر الدليل الكتابي كأول الأدلة المعتمدة لإثبات الحق، فكان هو الباب الثاني بعد مقدمة الأحكام العامة، وأفرد المشرع العُماني الباب الثالث للشهادة مبينا أحكامها وطرق قبولها.

ووفقا للمرسوم السلطاني رقم 2022/51 بتعديل بعض أحكام قانون الكتاب بالعدل، تم تهميش مبدأ الشهادة إلى عدم اعتبارها شرطاً في كثير من العقود والمحركات، ما يدلّ أن القضاء في سلطنة عمان يسير على أن البيئة ليس هي الشهادة فقط، بيد أن المادة (43/د) أبقت قوة الشهادة للإثبات في يد القاضي حين أعطته السلطان في قبول الشهادة كاملاً بلا حدود إذا اقتنعت المحكمة بالأسباب المقدمة الاعتماد على الشهادة من غير ذكر ماهية الأسباب أو حصرها، ما يعني بقاء قوة الشهادة مقارنة بالمحركات الكتابية في القضاء العُماني، وفي المقابل لم يقبل القضاء العُماني الشهادة القاصرة كشهادة ثلاث نساء<sup>3</sup>.

فقد جاء في مبادئ المحكمة العليا (إن تحصيل الوقائع وفحصها وبحث الأدلة كالقرائن والمستندات وتقدير أقوال الشهود والموازنة بينها أمور تخضع لاختصاص محكمة الموضوع ما لم تخرج بتلك الأقوال والمستندات وغيرها إلى ما لا يؤدي إليه مدلولها)<sup>4</sup>، وكذلك (إن دراسة الأدلة القولية والمستندية أمر تختص به محكمة الموضوع ولا رقابة عليها في ذلك من المحكمة العليا، ويكون قائماً على أسباب سائغة الحكم الذي صدر بعد إجراء معاينة النزاع وبعد تلقي حجج الخصوم)<sup>5</sup>.

1. ابن القيم، محمد، إعلام الموقعين، المملكة العربية السعودية، الرياض، طبعة 2002، ج 2، ص: 168-171، 190.

2. صدر قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية بتاريخ 17 مايو 2008م، ولذلك يلاحظ هنالك اختلاف في المبادئ القضائية الصادرة من المحاكم العمانية ما بين المبادئ الصادرة قبل صدور القانون والمبادئ اللاحقة له، ومع وجود اختلافات بين المرحلتين إلا أن الاختلاف الكبير يتمثل في ضرورة الإثبات بالكتابة لما يزيد على ألف ريال عماني وعدم قبول شهادة الشهود فقط.

3. حكم المحكمة العليا في الطعن رقم (2012/185) بجلسة 2018 / 1 / 22 م المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة العليا في سلطنة عمان للعام القضائي التاسع عشر.

4. حكم المحكمة العليا في الطعن رقم (2002/816) بجلسة 2003 / 6 / 23 م المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة العليا في سلطنة عمان للعام القضائي 2003.

5. حكم المحكمة العليا في الطعن رقم (2003 / 30) بجلسة 2003 / 10 / 12 م المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة العليا في سلطنة عمان للعام القضائي 2003.

وتعتبر الشهادة الشفهية سواء كانت أصلية أم سماعية<sup>1</sup> هي الأصل في أداء الشهادات<sup>2</sup>، ويكون أداؤها أمام قاضي الموضوع كما سار عليه العمل في القضاء العُماني، إلا أنه مع ذلك تقبل الشهادة المكتوبة المعتمدة الموثقة قضاء<sup>3</sup>، وينبغي التفريق وعدم الخلط بين الشهادة في المحررات والمستندات الرسمية والعرفية والشهادة الكتابية، فالأولى لأجل توثيق المستند، والثانية هي شهادة قضائية عوضاً عن الشهادة الشفهية في مجلس القضاء قبلها المحكمة استثناء لعارض تقبله المحكمة كسفر وسجن وغيره<sup>4</sup>.

ومن الأدلة التي اعتمدها القضاء العُماني اليمين التي يوجهها أحد الخصوم على الآخر لإثبات حقه أو دفاعه كما نص على ذلك في المادة (67) وسماها باليمين الحاسمة، وهي كما تعرفها مبادئ المحكمة العليا: "قول يتخذ فيه الحالفُ الله عز وجل شاهداً على صدقه بالقول أو على إنجاز ما يعد"<sup>5</sup>، حيث جاء ضمن أحكام المحكمة العليا (لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة مع خلاف القاعدة الشرعية التي تقول أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)<sup>6</sup>، وجاء تأكيداً لذلك (إن اليمين لا تكون واجبة إلا إذا حين يعوز المدعي الدليل)<sup>7</sup>، ووضع لها ضوابط خاصة في قبولها وأدائها واعتبر أداءها إنهاءً للدعوى، واعتبر من رفض أداءها من غير عذر تقبله المحكمة خاسراً لدعواه<sup>8</sup>، ومن مبادئ المحكمة العليا العُمانية في هذا الجانب (أن رفض المدعي يمين خصمه بعد عجزه عن إقامة البينة أثره رفض الدعوى، حيث إنه إما يقدم البينة أو يستحق يمين النكران من خصمه، ولا يحق له فوق ذلك شيء)<sup>9</sup>.

1. التوبي، بن، إجراءات الإثبات بالشهادة في المعاملات المدنية والتجارية من منظور القانون العماني والفقهاء الإباضي، رسالة ماجستير، جامعة السلطان قابوس، كلية الحقوق، مسقط، 2013، ص: 40.
2. يفهم ذلك من المواد (38-53) من قانون الإثبات العُماني؛ مفلح القضاة، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص: 249.
3. لم يشر أو يصرح قانون الإثبات العُماني على جواز العمل بالشهادات المكتوبة إلا أن المادة (49) منه أشارت إلى قبول الشهادة في غير جلساتها المعتادة للنظر في تلك القضية إذا تعذر حضور الشاهد للمحكمة، حيث أجازت انتداب قاضٍ آخر لسماع شهادة الشاهد وإرسالها للمحكم حيث نصت على: "إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور، جاز أن ينتقل إليه القاضي المنتدب لسماع أقواله، فإن كان التحقيق أمام المحكمة جاز لها أن تندب أحد قضاتها لذلك. وتحدد المحكمة أو القاضي المنتدب تاريخ ومكان سماع أقواله..". وهذا الإجراء القضائي يعطي إشارة ودلالة بقبول الشهادة الكتابية الموثقة قضاء.
4. الشبلي، عبدالله، وآخرون، شهادة الشهود وعوارضها بين الشريعة الإسلامية والقوانين المعاصرة، مجلة الشريعة والقانون، ماليزيا، المجلد 7، العدد 1، يونيو 2019، ص: 77.
5. حكم المحكمة العليا في الطعن رقم (18/2004) بجلسته 25 / 4 / 2004م المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة العليا في سلطنة عمان للعام القضائي الخامس.
6. حكم المحكمة العليا رقم (32) في الطعن رقم (47/2002) بجلسته 22 / 12 / 2003م المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة العليا في سلطنة عمان لعام 2003م.
7. حكم المحكمة العليا رقم (33) في الطعن رقم (66/2003) بجلسته 12 / 10 / 2003م المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة العليا في سلطنة عمان لعام 2003م.
8. ينظر المواد (67-76) من قانون الإثبات العُماني؛ الجمهوري، التعليق على قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العُماني، مرجع سابق، ص: 158.
9. حكم المحكمة العليا في الطعن رقم (187/2006) بجلسته 3 / 12 / 2006م المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة العليا في سلطنة عمان للعام القضائي السابع.

ومن باب التوسع في إجراءات التقاضي -كغيره من النظم القضائية- اعتمد القضاء العُماني على اليمين المتممة لتوثيق البيئة ولو مع وجود الشهادة، واليمين المتممة هي<sup>1</sup>: اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصوم في حال ضعفت قناعته في الأدلة المقدمة<sup>2</sup>، واليمين المتممة في القضاء العماني<sup>3</sup> هي ملك للقاضي وليست من أدلة الإثبات التي يقع عبء تقديمها على المدعي، وإنما هي تحت سلطة القاضي وإجراء يتخذه بناء على رغبته في استقصاء الحقيقة متى ما رأى ذلك في مصلحة الحكم<sup>4</sup>.

وقد تعتبر هذه اليمين القانونية "اليمين المتممة" بمثابة اليمين الداعمة للشهادة -موضوع البحث- في بعض أجزاءها، خاصة فيما يتعلق بدعم دليل لم يكتمل<sup>5</sup>، وهو عندنا نصاب الشهادة، وإن كان القانونيون أنفسهم يختلفون في جدوى تطبيقها لأنها تعطي القاضي السلطة من ذات نفسه للانتقال من الدليل القانوني إلى منطقة الضمير الذاتي للبت في الدعوى<sup>6</sup>.

وفي مبادئ المحكمة العليا العُمانية أن شرط توجيه اليمين المتممة ألا يكون في الدعوى دليل كامل، وإلا تكون الدعوى خالية من أي دليل<sup>7</sup>، وبناء على مبادئ المحكمة العليا العمانية لتأكيد هذا الخلاف القانوني فإن من مبادئها عدم الحسم باليمين المتممة، وللمدعي الذي حاز على بيئة لم تكن متوفرة في السابق أن يقدمها ولو بعد أداء اليمين، حيث جاء من ضمن أحكام المحكمة العليا العمانية ومبادئها: (اليمين الحاسمة وفقاً للقاعدة القانونية تتفق مع اليمين القانونية في أنها لا توجه إلا في حالة عدم وجود بيئة لدى المدعي وهي بخلاف اليمين القانونية التي لا تحسم النزاع بصفة نهائية بمعنى أنه يجوز للمدعي إن وجد بيئة بعد أداء خصمه اليمين أن يتقدم بها إلى القاضي)<sup>8</sup>.

ولم يتطرق قانون الإثبات بالتصريح في مسألة الحكم بالشاهد واليمين وهل للقاضي أن يحكم به قانوناً أم لا، إلا أنه يفهم من أحكام المحكمة العليا ومبادئها عدم العمل بمبدأ الحكم بالشاهد واليمين، فقد جاء من ضمن أحكام المحكمة العليا أن شهادة الواحد لا تقبل في إثبات الحقوق، ولم يقرر الاعتماد على يمين المدعي

1. لم يُعرف قانون الإثبات العماني معنى اليمين المتممة مع تعريفه لمصطلحات أخرى كالمحررات الرسمية والإقرار، والإقرار القضائي وغيرها.
2. مفلح القضاة، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص: 373؛ وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنها إجراء من إجراءات التحقيق التي تيسر للقاضي تحصيل دليل خاص تقتضيه العدالة. ينظر: الجمهوري، التعليق على قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني، مرجع سابق، ص: 163.
3. المواد (77-79) من قانون الإثبات العُماني.
4. حكم المحكمة العليا في الطعن رقم (283/2014) بجلسة 10 / 11 / 2015م المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة العليا في سلطنة عمان للعام القضائي الخامس عشر.
5. الجمهوري، التعليق على قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني، مرجع سابق، ص: 162.
6. مفلح القضاة، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص: 374.
7. حكم المحكمة العليا في الطعن رقم (501 / 2010) بجلسة 20 / 2 / 2011م المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة العليا في سلطنة عمان لعام القضائي الحادي عشر.
8. حكم المحكمة العليا في الطعن رقم (12 / 2003) بجلسة 26 / 10 / 2003م المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة العليا في سلطنة عمان للعام القضائي 2003.

إن لم يملك إلا هذا الشاهد<sup>1</sup>، بل وصرحت المحكمة في حكم آخر أن شهادة الشاهد الواحد لا يؤخذ بها في إثبات السرقة وعلته في ذلك هو عدم اكتمال نصاب الشهادة، حيث على المحكمة تطبيق قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر إذا لم تقبل الشهادة في الإثبات<sup>2</sup>، ليبين توجه المحكمة العليا عدم الأخذ بقول العمل بالحكم بالشاهد واليمين وإلا لنصت على ذلك.

وفي ختام المبحث الأول يتبين لنا أن القضاء العماني بصفة عامة والمحكمة العليا في سلطنة عمان بصفة خاصة مع عدم العمل بالشاهد الواحد ويمين المدعي وفقاً لما استقرت عليه الاحكام القضائية وسار عليه القضاء العماني دون خلاف، مع حكمهم باليمين للقانونية "اليمين المتممة" باعتبارها بمثابة اليمين الداعمة للشهادة في بعض أجزاءها، خاصة فيما يتعلق بدعم دليل لم يكتمل وكم مرجح له.

### المبحث الثاني: الحكم بالشاهد الواحد مع يمين المدعي عند الفقهاء:

اختلف الفقهاء في الحكم بالشاهد واليمين فمنع طائفة من العلماء الحكم بشاهد واحد ويمين المدعي وفي مقدمتهم الإباضية<sup>3</sup> وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر والثوري والأوزاعي وابن شبرمة<sup>4</sup>، ونسبه ابن رشد إلى جمهور أهل العراق<sup>5</sup> وعزاه الشوكاني إلى الإمام يحيى وإلى أبي حنيفة وأصحابه<sup>6</sup>، بينما أجاز طائفة كبيرة من العلماء الحكم بشاهد واحد مع يمين المدعي، ومن هؤلاء: المالكية، والشافعية، والحنابلة<sup>7</sup>، والظاهرية<sup>8</sup>، وقد حكى صاحب البحر هذا القول عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي بن أبي طالب وأبي بن كعب وابن عباس وعمر بن عبد العزيز وشريح والشعبي وربيعه وفقهاء المدينة<sup>9</sup>، ومن هؤلاء من خصّ القول بالجواز في الأموال فقط<sup>10</sup>. وعليه ولأجل مناقشة أدلة المانعين الحكم بالشاهد الواحد ويمين المدعي وكذلك أدلة المجيزين له بصورة معمقة فإننا سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول يتحدث عن أدلة المانعين والمطلب الثاني يناقش أدلة المجيزين.

1. حكم المحكمة العليا في الطعن رقم (270 / 2007) بجلسة 27 / 1 / 2008م المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة العليا في سلطنة عمان للعام القضائي الثامن.
2. حكم المحكمة العليا في الطعن رقم (606 / 2008) بجلسة 25 / 1 / 2009م المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة العليا في سلطنة عمان للعام القضائي التاسع.
3. اطفيش، محمد، شرح كتاب النيل، مرجع سابق، ج 13، ص 233، وهناك قول آخر للإباضية يذكره صاحب كتاب المصنف حيث يقول: "ولا تجوز شهادة الواحد إلا في هلال رمضان، أو مع اليمين في الأموال."؛ ينظر: الكندي، أحمد، المصنف، وزارة التراث والثقافة، سلطنة عمان، 1984، ج 15، ص 79.
4. الجصاص، أبو بكر، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 247.
5. ابن رشد، محمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج 2، ص 467.
6. الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، دار الحديث، مصر، 1993 ج 8، ص 327.
7. الحصري، علم القضاء، مرجع سابق، ج 1، ص 136..
8. ابن حزم، أبو محمد، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، دت، ج 9، ص 380.
9. الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج 8، ص 327.
10. الحصري، علم القضاء، مرجع سابق، ج 1، ص 136.

### المطلب الأول: أدلة المانعين بالحكم بالشاهد الواحد مع يمين المدعي:

يمكن إجمال أدلة المانعين بالحكم بالشاهد الواحد مع يمين المدعي في عشر نقاط هي:

أولاً: أن الحكم بشاهد واحد ويمين المدعي مخالف لقوله تعالى: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان من نسايتكم ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى".<sup>1</sup>، والعمل به رافع لما قصده الشارع من أمر الشهادات من الاحتياط والوثيقة على ما بينه في هذه الآية، وقصد به من المعاني المقصودة بها، ذلك لأن الله تعالى قسم أنواع الشهادة وعددها، ولم يذكر الشاهد واليمين، فلا يجوز القضاء به، لأنه يكون قسماً ثالثاً، فيما قد قسمه الله تعالى قسمين.<sup>2</sup>

واعترض على هذا الاستدلال أنه مما سار عليه القضاء إجماعاً للحكم للمدعي بنكول المدعى عليه ويمين المدعي، وهذا ليس في كتاب الله تعالى، فهو قسم ثالث ليس له ذكر في القرآن، ومن هذا الباب جاز الحكم بالشاهد واليمين وإن لم نجد له ذكراً في القرآن.<sup>3</sup>

ثانياً: أن الله سبحانه وتعالى أوجب التوثيق على عقود المداينات في قوله: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه"<sup>4</sup>، ولما كان التوثيق يتضمن الإشهاد فإن الأمر به يشمل في الوجوب لأن ظاهر اللفظ "فاكتبوه" يقتضي الإيجاب، لأنه أمر، وأوامر الله على الوجوب، فيجب الاستشهاد في المداينات، حيث أكد سبحانه وتعالى ذلك في قوله: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان من نسايتكم ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى"، والأمر بالاستشهاد في قوله تعالى: "واستشهدوا" يتضمن كذلك عند التجاحد في إقامتها عند الحاكم ولزوم أخذ الحاكم بها ويجب على القاضي قبول الاستشهاد في حكمه.<sup>5</sup>

واعترض على هذا الاستدلال بأن الآية وسائر النصوص الأخرى إنما هي لبيان جواز العمل بشهادة العدول، وأن شهادة الرجلين مشروعة مقبولة، وهذا لا يمنع جواز قبول شهادة الرجل الواحد مع يمين المدعي، إذ ليس فيها بيان نفي ذلك بدون العدد، ولا يوجد دليل يمنع، وأن قبول يمين المدعي مع شاهد واحد ليس من قسم الشهادة، وإنما الحكم هنالك باليمين، وخطأ الشاهد هناك هو لترجيح جانب المدعي ويمينه.<sup>6</sup>

1. سورة البقرة، الآية رقم 282.

2. ابن العربي، أحكام القرآن، جمهورية لبنان، بيروت، مطبعة دار المعرفة، طبعة 1987، ج 2، ص: 253.

3. القرطبي، أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1964، ج 3، ص 392؛ ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 253.

4. سورة البقرة، الآية رقم 282.

5. الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 247.

6. ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 253.

ثالثاً: أن الآية تضمنت كذلك على شيئين من أمر الشهود وهما، (العدد والصفة)، وهي أن يكونا أحرارا مرضيين لقوله تعالى: "من رجالكم" (أي الأحرار)، وقوله: "ممن ترضون من الشهداء"<sup>1</sup>، وهي صفة العدالة كما بينها الآية الأخرى "وأشهدوا ذوي عدل منكم"<sup>2</sup>، فلما لم يجر إهمال الصفات المشروطة للشهود والاقتصار على ما دونها لم يجر أيضا إسقاط العدد، ولئن كانت صفتا العدالة والرضا إنما نثبها من طريق الظاهر ولم تسقط فكيف نسقط العدد مع أنه ثابت بطريق اليقين لأن دلالة قطعية، ولذا فإن الحكم بالشاهد واليمين فيه إسقاط لا شك فيه، وإهمال للعمل بمقتضى النص "شهيدين" و"فرجل وامرأتان"، فلا يجوز الأخذ به<sup>3</sup>.

واعترض على هذا أنه استدلال بمفهوم العدد وهو من أضعف أنواع المفاهيم عند الأصوليين، على أن الحنفية أنفسهم لا يقولون بحجية المفهوم مطلقا من أي نوع كان ويسمون بالاستدلالات الفاسدة، فكيف بمفهوم العدد المضعف<sup>4</sup>.

ورد المانعون على هذه الاعتراض بما حاصله أن المقصود من منع العمل بالشهادة التي تكون دون العدد المطلوب من المشرع، فالمقادير في الشرع تذكر إما لمنع النقصان دون الزيادة كأقل مدة الحيض، أو لمنع الزيادة دون النقصان كأكثر مدة الحيض، والتقدير الوارد في الآية المذكورة في معرض الشهادة هو ليس لمنع الزيادة وهذا متفق عليه بين الفقهاء، وإنما لمنع النقصان، فلو لم يفد منع النقصان لم يبق لهذا التقدير فائدة، وحاشا أن يكون التقدير المنصوص عليه خاليا من الفائدة، فكلام الله عزوجل منزه عن العبث.

إضافة لما تقدم، فإن تقدير العدد في الشهادة فيه معنى طمأنينة القلب، وذلك عند إخبار الجماعة أظهر منه في خبر الواحد، وفي الشهادة محض الإلزام، وخبر الواحد لا يكفي لذلك، وتعدد الشهود فيه معنى التوكيد، بأن ما يقال ويخبر به هو حق وصدق، فالتزوير والتلبيس في الخصومات يكثر فيشترط العدد في الشهادات صيانة للحقوق المعصومة<sup>5</sup>.

رابعاً: أنه مما يفهم من الآية كذلك أن الله أراد الاحتياط في شهادة النساء فأوجب شهادة المرأتين في مقابل الرجل حيث قال تعالى "أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى"، ثم قال: "ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا"، فنفي بذلك أسباب التهمة والريبة والنسيان، وفي مضمون ذلك عدم قبول البينة التي تحتوي على تهمة وريبة ومنها الحكم بالشاهد ويمين المدعي الطالب، لما فيه من الريبة والحكم بغير مقتضى الآية، فدل على عدم قبول الحكم بالشاهد واليمين وعلى بطلان الحكم بذلك<sup>6</sup>.

1. سورة البقرة، الآية رقم 282.

2. سورة الطلاق، الآية رقم 2.

3. الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 248.

4. الزحيلي، وهبة، أصول الفقه الإسلامي، سوريا، دمشق، دار الفكر، طبعة 1986، ج 1، ص 362.

5. الحصري، علم القضاء، مرجع سابق، ج 1، ص 139.

6. الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 248.

خامساً: إن مما دلت عليه الآية في قوله تعالى "ممن ترضون من الشهداء" أن المقصود بالقبول والرضى هو الشهادة، ويمين المدعي لا يقع عليها اسم الشاهد، ويمين المدعي هي إثبات لما يدعيه لنفسه، فلا يجوز أن يكون رضى لأمر يدعيه لنفسه، ذلك لأن يمين المدعي هي دعواه، ولأن مخرها ومخير الدعوى واحد وهو المدعي، فلو استحق بيمينه الحق الذي يطالب به كان مستحقاً بدعواه، وقد منع النبي - صلى الله عليه وسلم - أن يستحق بها شيئاً، حيث قال: "لو يعطي الناس بدعواهم لادعى قومٌ دماء قوم وأموالهم"<sup>1</sup>، فلما لم يجز أن يستحق بدعواه شيئاً لم يجز كذلك أن يستحق بيمينه إذ كانت يمينه قوله، وهذا اعتبر المانعون بالقضاء بشاهد واحد مع يمين المدعي العمل به مخالفاً للسنة النبوية المذكورة<sup>2</sup>.

واعترض على هذا الاستدلال بأن اليمين التي على المنكر لا تتعداه، لأنها تعتبر يمين دافعة، أي تدفع عن قائلها الحق، بينما اليمين التي يأتي بها المدعي مع الشاهد هي يمين جالبة، بمعنى أنها تجلب له الحق، فهي غيرها فلم يبطل الحصر، حيث أنها تقبل في حق المودع إذا ادعى رد الوديعة، وفي حق الملاعن، وتقبل كذلك في القسامة، وبإذن القول باعتماد يمين المدعي مع الشاهد ليس تحويلاً عن يمين المنكر والمدعى عليه، بل إثبات ليمين أخرى بالسنة<sup>3</sup>.

وأجيب على هذا الاعتراض أنه لما لم تتحول البينة عن المدعي إلى المدعى عليه فكذلك لا يجوز العكس، وهو تحويل اليمين من المدعى عليه إلى المدعي، ولا شك أنه خلاف النص<sup>4</sup>.

واعترض بأن التحويل واقع غير مُنكر، لأنه لو ادعى عليه فأنكر، لم يكن للمنكر إقامة البينة، ولو ادعى المدعى عليه قضاء الحق الذي عليه كان له إقامة البينة مع أنها بينة ثابتة في الحالين.

ويردّ على هذا بأن المدعى عليه لما أجاب على دعوى المدعي بقضائها، فإنه يكون قد أقر ضمناً بأصل الحق ووجود الصفة في الدعوى، فثبتت عليه دعوى المدعي، ولكنه انقلب في الحال إلى مدعي، حيث ادعى قضاء الحق المطلوب، فعليه أن يثبت دعواه بالبينة، فيظهر من ذلك أن البينة لم تنتقل من المدعي على المدعى عليه، وإنما هي دعوى مختلفة، فبطل الاعتراض<sup>5</sup>.

سادساً: أن النبي عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المدعى عليه في قوله: "البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر"، ولو جعلت حجة المدعي اليمين لا تبقى واجبة على المدعى عليه، وهو خلاف النص، وقد بين عليه الصلاة والسلام ذلك في قوله: "واليمين على من أنكر"، فجعل كل جنس اليمين حجة المدعى عليه، لأنه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بلام التعريف فيقتضي استغراق كل الجنس، فلو جعلت حجة المدعي لا يكون

1. رواه البيهقي في السنن برقم 1914.

2. الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 249؛ الحصري، علم القضاء، مرجع سابق، ج 1، ص 141.

3. عبد الفتاح إدريس، القضاء بالأيمان والنكول، جمهورية مصر، القاهرة، دن، طبعة 1993، ص 342.

4. الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، جمهورية مصر، مطبعة الجمالية، ط 1، 1910، ج 2، ص 225.

5. القرافي، أبو العباس، أنوار البروق في أنواع الفروق، عالم الكتب، د ط، د ت، ج 4، ص 89.

كل جنس اليمين حجة المدعى عليه، بل يكون من الأيمان ما ليس حجة له - وهو يمين المدعي- وهذا خلاف النص<sup>1</sup>.

سابعاً: كان قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم بعدم قبول الشاهد واليمين، لأنه النبي -صلى الله عليه وسلم- نفى أن يستحق المدعي شيئاً بغير الشاهدين، وأخبر أنه لا شيء له غير ذلك، وفي ذلك ما يدل على بطلان الحكم بالشاهد واليمين<sup>2</sup>. وقد وقع ذلك في واقعتين مختلفتين، ففي الحديث الذي أخرجه الشيخان البخاري ومسلم عن الأشعث بن قيس قال: "كان بيني وبين رجل خصومة في شيء، فاخصمت إلى النبي - صلى الله عليه وسلم- فقال: "شاهدك أو يمينه"، فقلت: إذن يحلف ولا يبالي، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم: "من حلف على يمين يقطع بها مال امرئ مسلم وهو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان"<sup>3</sup>.

والواقعة الثانية في حديث علقمة بن وائل بن حجر عن أبيه في الحضرمي الذي خصم الكندي في أرض ادعاها في يده، وجد الكندي، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم- للحضرمي: "شاهدك أو يمينه، ليس لك إلا ذلك". واعترض بأن الحديث لم ينف أن يستحق المدعي بإقرار المدعى عليه فكذلك لا ينفي أن يستحق بشاهد ويمين<sup>4</sup>.

وأجيب بأن حكم النبي -صلى الله عليه وسلم- ورد في دعوى أنكر فيها المدعى عليه ما يدعي به عليه المدعي وجده "وجد الكندي"، فبين النبي -صلى الله عليه وسلم- للمدعي حكم ما يوجب صحة دعواه عند الجحود، وأما حال الإقرار فلم يجر لها ذكر وهي موقوفة على الدلالة، إضافة إلى ذلك أيضاً أن ظاهره يقتضي أن لا يستحق شيئاً إلا ما ذكر في الخبر، والإقرار قد ثبت بالإجماع وجوب الاستحقاق به، فكان الحكم به واجباً، أما الشاهد واليمين فمختلف فيه، ففضى قوله - صلى الله عليه وسلم- "شاهدك أو يمينه، ليس لك إلا ذلك" ببطلانه<sup>5</sup>.

ثامناً: إن مما استقر عليه العمل القضائي أنه لا يقضى بالشاهد واليمين في الأبدان وقضايا الجناية على النفس فكذلك الأموال بطريق القياس، وبينوا بأنه وإن وجد الفارق بين أحكام الأموال وأحكام الأبدان والتي لا يُقبل فيها شهادات النساء، ولا تثبت باليمين مع النكول عند المالكية والحنفية خلافاً للشافعي، فإنه لا يعني ذلك سقوط قيمة الأموال، وعدم اعتبار البيئات الصالحة لإثباتها أو نفيها، ولا شك أن الأموال معصومة كعصمة الأبدان، وقد ورد الشرع باستحقاقها من ذكرين أو ذكر وامرأتين بشرط العدل والرضى<sup>6</sup>.

1. الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 2، ص 225.

2. الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 249.

3. رواه البخاري في كتاب الشهادات من حديث عثمان ابن أبي شيبة برقم 2669، ينظر: البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، ج 3، ص: 178.

4. القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، مرجع سابق، ج 4، ص 89.

5. الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 249.

6. الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 254؛ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 2، ص 226.

تاسعاً: إن اليمين لو كانت كالشاهدين لجاز تقديمها على الشاهد، كأحد الشاهدين مع الآخر، ولجاز إثبات الدعوى بيمينه.

واعترض بأن هناك فرقا بين الأمرين لأن الشاهدين معناهما مستويان فلا مزية لأحدهما على الآخر في التقديم، وأما اليمين فإنما تدخل لتقوية جهة الشاهد، فلا قوة لها قبل الشاهد، فلا تدخل ولا تُشرع، وشرع الشاهدان لأنهما حجة مستقلة مع الضعف<sup>1</sup>.

وأجيب على هذا الاعتراض بأنه لما لم تكن اليمين ترقى إلى درجة الشاهد في الإثبات، فكيف يصح العدول عن الشهادة إليها، مع العلم أن موقف المدعي من حيث الأصل ضعيف، لأنه يدعي خلاف الظاهر، ولذا يحتاج إلى بينة قوية وهما الشاهدان لتغير هذا العلم، وإلا فإنه يزداد باليمين ضعفاً إلى ضعفه.

### المطلب الثاني: أدلة المجيزين بالحكم بالشاهد الواحد ويمين المدعي:

احتج القائلون بجواز الحكم بالشاهد الواحد مع يمين المدعي بأدلة كثيرة أبرزها ما رُوي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قضى بنفسه بشاهد واحد مع يمين المدعي، فمن طريق ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قضى بيمين وشاهد". وجاء عن ربيعة عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم، باليمين مع الشاهد الواحد، وقد نص الحديثان على أن الرسول صلى الله عليه وسلم قضى بنفسه بشاهد واحد مع يمين المدعي، وهناك روايات أخرى تساند هاتين الروايتين إلا أنها جميعاً لا تخلو من مقال في أسانيدهما، فإن طرقها تدور بين الضعفاء والمتروكين، ومنها ما فيه انقطاع وفي بعضها جهالة<sup>2</sup>، قال أبو عمر بن عبد البر بعد ذكر الرواية الأولى رواية ابن عباس رضي الله عنهما: "هذا أصح إسناد لهذا الحديث"<sup>3</sup>، وقال البزار: "في الباب أحاديث حسان أصحابها حديث ابن عباس"<sup>5</sup>، ونقل في التلخيص عن ابن الجوزي أنه قال: "وأصح طرقه - أي حديث الشاهد واليمين - حديث ابن عباس ثم حديث أبي هريرة"<sup>6</sup>. إلا أنه قد اعترض على هذين الحديثين من عدة وجوه:

**الوجه الأول:** بالنظر إلى الإسناد: وبينوا أن القاعدة مستقرة على أن الحكم يستفاد من الدليل متى ما كان الدليل ثابتاً صحيحاً، فلو هدم أصل الدليل لم يكن للاستدلال به معنى ولم يكن للحكم به حجة، ولذا رد المانعون بالحكم بالشاهد واليمين الحديثين حديث ابن عباس وحديث أبي هريرة، وقالوا هما حديثان ضعيفان لا يثبتان عن النبي صلى الله عليه وسلم وإن قيل في حديث ابن عباس أنه أصح ما ورد في هذا الباب، وذلك لعدة أمور:

1. القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، مرجع سابق، ج 4، ص 89.

2. الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 250.

3. أي ما رواه: سيف بن سليمان عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس.

4. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج 3، ص 393.

5. الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج 8، ص 325.

6. الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج 8، ص 326.

1. ضعف سيف بن سليمان أحد رواة الحديث<sup>1</sup>، وقد طعن في سنده يحيى بن معين وقال عن هذا الحديث: "لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بشاهد ويمين"<sup>2</sup>.
  2. قال البيهقي: "أعله الطحاوي بأنه لا يعلم قيسا - قيس بن سعد أحد رواة الحديث- يُحدّث عن عمرو بن دينار بشيء"، وأجيب إن كان الطحاوي لا يعلم قيسا يحدث عن عمرو بن دينار شيئا فقد علمه غيره<sup>3</sup>.
  3. أن عمرو بن دينار لم يثبت له سماع من ابن عباس<sup>4</sup> قال الترمذي في العلل: "سألت محمدا -يعني البخاري- عن هذا الحديث، فقال: لم يسمعه عمرو عن ابن عباس"، وأجيب عن هذا الاعتراض أن لعمرو بن دينار روايات سمعها من ابن عباس، وقد سمع من جماعة من أصحاب ابن عباس، فلا ينكر أن يكون سمع منه حديثا أو سمعه من بعض أصحابه عنه<sup>5</sup>.
  4. رواية أبي هريرة مضعفة من عدة وجوه، وسندها من طريق الدراوردي عن ربيعة بن عبد الرحمن عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة، وسهيل ابن أبي صالح الراوي ينكر روايته لهذا الحديث<sup>6</sup>، قال أبو داود صاحب السنن: "وزادني الربيع بن سليمان المؤذن في هذا الحديث قال: أخبرنا الشافعي عن عبد العزيز قال: فذكرت ذلك لسهيل -أي الحديث- فقال: أخبرني ربيعة وهو عندي ثقة أني حدثته إياه، ولا أحفظه<sup>7</sup>.
  5. ضعف كثير من العلماء سهيل ابن أبي صالح بعد اختلال حافظته ونسيانه كثيرا من الأحاديث، قال عبد العزيز -ممن عاصر سهيل ابن أبي صالح-: "وقد كانت أصابت سهيلا علة أزلت بعض عقله، ونسي بعض حديثه"، وعلّق أبو بكر الجصاص على ذلك بأن مثل هذا الحديث لا يثبت به شريعة مع إنكار من روي عنه نفس الحديث وفقد معرفته به، واعتراض المستدلون بهذا الحديث عن هذه العلة بأنه يجوز أن يكون رواه ثم نسيه، وخاصة أن الذي روى عنه ثقة، وأجيب بأنه يجوز أن يكون قد وهم به بداية فروى ما لم يكن سمعه، ثم نفاه آخر الأمر عن نفسه وجده<sup>8</sup>.
- الوجه الثاني:** بالنظر إلى المتن: طعن المعارضون لمبدأ الحكم بالشاهد واليمين على الحديثين من حيث متونها، فمع التسليم بصحة السند إلا أنها لا تخلوا إما أن يكون هذا النص منسوخا أو مؤولا، وذلك للاعتبارات الآتية:

1. يرى علماء الحنفية المعارضون لمبدأ قبول الحكم بشاهد واحد مع يمين المدعي أن الحديث الذي يعتمد عليه المجيزون مخالف للنص القرآني القاضي بالاستشهاد برجلين أو رجل وامرأتين، ويعتبرون أن الحديث فيه

1. الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 250.

2. الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 2، ص 225.

3. الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج 8، ص 325.

4. الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 250.

5. وجود هذه الاعتراضات عن طائفة من العلماء تثير بنفسها شيئا من الغبار حول ثبوت هذه الحديث، ولا ريب إن كان ممن ضعفه الإمام البخاري ويحيى بن معين وهما من أرسخ الناس قدما في هذا الفن، على أنه ينبغي العمل بالاحتياط والتحرز في الحكم في أموال الناس وحقوقهم.

6 السالمي، نور الدين، طلعة الشمس شرح شمس الأصول، مكتبة الإمام السالمي، بديعة، 2010، ج 2، ص: 57.

7. الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 250.

8. الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 251.

أمر زائد عن النص القرآني، والزيادة على النص نسخ، ولا يصح النسخ هنا لأن الدليل الناسخ وهو حديث قضاء الرسول -صلى الله عليه وسلم- بالشاهد واليمين أحادي من السنة ولا ينسخ المتواتر من القرآن، ولذا فينبغي طرح الرواية وعدم الاستدلال بها<sup>1</sup>، فقد جاء عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "ما أتاكم عني فاعرضوه على كتاب الله، فما وافقه فهو عني، وما خالفه فليس مني"، فيكف يُزال حكمٌ ثبت بنص الكتاب برواية تحتل الثبوت وعدم الثبوت، وفي مقابل ذلك أجاب المجيزون على هذا الاعتراض بأنه ليس كل زيادة على النص تعتبر نسخاً، فقد يكون تقييداً لمطلق لا نسخاً، لأن النسخ رفع الحكم ولا رفع هنا، ولأن الناسخ والمنسوخ يتواردان على محل واحد<sup>2</sup>.

2. أنه إن لم يؤخذ بالطريقة السابقة في طرح الحديث فلا أقل من أن يقال بأن الحديث منسوخ بنص القرآن، وبين الجصاص في كتابه أحكام القرآن هذا الأمر فيقول: فلما كان حكم القرآن في الشاهدين والرجل والمرأتين مستعملاً ثابتاً، وكانت أخبار الشاهد واليمين مختلفاً فيها وجب أن يكون خبر الشاهد واليمين منسوخاً بالقرآن، لأنه لو كان ثابتاً لا تُفق على استعمال حكمه كاتفاقهم على استعمال حكم القرآن<sup>3</sup>. وأجاب المجيزون بأن النسخ يحتاج لدليل يثبت، ولا دليل يبين تاريخ نزول الآية ولا تاريخ ورود الحديث، ولذا رد المعارضون بأن السلامة في العمل بما في القرآن المتفق على دلالته وثبوت، مع سلامة الدين بالخروج من الخلاف، خاصة وأن طرق الحديث من حيث السند يعتمدها الضعف واللين<sup>4</sup>.

3. على التسليم بصحة الروايات وعدم وجود النسخ، فالحديثان قابلان للتأويل توفيقاً بينهما وبين الآيات القرآنية المعارضة لهما وكذلك الأحاديث الأخرى المتفق على صحتها وثبوتها، فالأدلة إن تعارض ظاهرهما فالجمع بينهما للعمل بها جميعاً خير من العمل ببعضها وطرح البعض الآخر، ومن هذا الباب يرى المعارضون لما في الحديثين من معارضة لآيات القرآن والسنة الثابتة أن المراد بقوله: "بشاهد ويمين" أي جنس الشاهد وجنس اليمين، وبيان ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشهادة عند توفرها لأنها البيعة، سواء كانت عن رجلين أو رجل وامرأتين، وقضى كذلك باليمين إذا انعدمت البيعة عن المدعي فحلف المدعي عليه فتبرأ ذمته من الحق، لما جاء في الحديث عن النبي -صلى الله عليه وسلم: "البيعة على من ادعى واليمين على من أنكر"<sup>5</sup>.

واعترض المجيزون بعدم قبولهم هذا الرد وأن التأويل صرف عن ظاهر النص بلا دليل، لأن كلمة الشاهد وردت في الحديث نكرة، فهي لا تدل على العموم لأنها مثبتة غير منفية، ورد المعارضون بأنها وإن كانت مثبتة فإنها تدل على العموم إذا دلت على ذلك القرينة كما في قوله تعالى: "علمت نفس ما أحضرت"<sup>6</sup>، فهو شامل لكل نفس بدون استثناء، بالإضافة إلى أنه وردت رواية أبي هريرة بالتعريف حيث قال: "قضى باليمين مع

1. الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 252؛ القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، مرجع سابق، ج 4، ص 88.

2. اطفيش، محمد بن يوسف، وفاء الضمانة بأداء الأمانة، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ج 5، ص 268.

3. الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 253.

4. السالمي، طلعة الشمس شرح شمس الأصول، مرجع سابق، ج 2، ص 58.

5. الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 253.

6. سورة التكويد الآية 14.

الشاهد"، فدل ذلك على المطلوب صراحة دون تكلف وهو جنس الشاهد وجنس اليمين، إذ هي "أل" الجنسية الدالة على العموم<sup>1</sup>.

واعترض المجيزون أيضاً على هذا الرد بأن المراد بالعطف بين الشاهد واليمين الوارد في الحديث هو الجمع بينهما، لا أنه حكم لكل واحد منهما مستقلاً عن الآخر، ويؤكد ذلك رواية أبي هريرة حيث عبر فيها بلفظة "مع" بدلاً من الواو، فظاهر النص دال على المطلوب ولا يحتاج لتكلف تأويل، وأجاب المعارضون بأن المراد بقوله: "قضى باليمين مع الشاهد" أي قضى باليمين تارة إذا لم توجد بينة، وبالشهادة برجلين أو رجل وامرأتين تارة أخرى، فقد قضى بالوجهين جميعاً حيث تدل "مع" بمعنى "جميعاً"، وذلك من استعمال المقيد بمعنى المطلق<sup>2</sup>.

4. أن المراد بالحديث حكاية واقعة عن النبي -صلى الله عليه وسلم- ليس بلفظ العموم في إيجاب الحكم بشاهد ويمين حتى يحتج به في غيره، فلم يبين الحديث كيفية وقوعها في الخبر، فهي واقعة حال لا عموم لها. وأجاب المجيزون على هذا الرد بأن الحديث ورد من طرق كثيرة حتى أوصلها بعضهم إلى إحدى وعشرين طريقاً، فهل يمكن أن تُحمل جميعها على أنها واقعة حال؟ ورد المعارضون بأن المعول على رواية ابن عباس وأبي هريرة الأقوى سنداً من تلك الطرق، حيث أن باقي الطرق ضعيفة لا حاجة لفرض الاحتمالات فيها<sup>3</sup>.

5. من باب التأويل فإنه يحتمل أن يريد الراوي في هاتين الروايتين بقوله: "قضى بالشاهد مع اليمين" أن وجود الشاهد الواحد لا يمنع استحلاف المدعى عليه، إن استحلفه مع شهادة شاهد، فأفاد الحديث أن شهادة الشاهد الواحد لا تمنع استحلاف المدعى عليه، وأن وجوده وعدمه بمنزلة، وقد كان يظن ظان أن اليمين إنما تجب على المدعى عليه إذا لم يكن للمدعي شاهد أصلاً، فأبطل الراوي بنقله لهذه القضية ظن الظان ذلك<sup>4</sup>.

6. ويحتمل كذلك أنه جائز أن يكون الرسول صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد واحد وهو خزيمة بن ثابت الذي جعل النبي -صلى الله عليه وسلم- شهادته بشهادة رجلين، فاستحلف الطالب "المدعي" فوق هذه الشهادة حتى مع اعتبارها عن اثنين لأن المطلوب "المدعى عليه" ادعى البراءة<sup>5</sup>.

7. يُحتمل وورد الحديث في مسألة بعينها، كأن تكون القضية فيمن اشترى جارية وادعى عيباً في موضع لا يجوز النظر إليه إلا لعذر، فتقبل شهادة الشاهد الواحد في وجود العيب مع يمين المشتري المدعي، فيكون قد قضى بالرد على البائع بشهادة شاهد مع يمين الطالب.

8. ويحتمل أن تكون القضية التي قضى فيها الرسول -صلى الله عليه وسلم- في أمان الكافر، فقد روي عن بعض الصحابة قبولهم لشاهد واحد مع اليمين في قضائهم في الأمان، قال الإمام الشوكاني في "بدائع الصنائع": "وعندنا يجوز القضاء في بعض أحكام الأمان بشاهد واحد إذا كان عدلاً، بأن شهد أنه آمن هذا الكافر، فتقبل

1. يقول الإمام السالمي في "شمس الأصول": وعم أيضاً ما رواه الراوي بلفظه إن كان لفظاً حاوي؛ ينظر: السالمي، طلعة الشمس شرح شمس الأصول، مرجع سابق، ج 1، ص: 265.

2. اطفيش، محمد، وفاء الضمانة بأداء الأمانة، مرجع سابق، ج 5، ص 268.

3. الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 253.

4. الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 253.

5. الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 253.

شهادته حتى لا يقتل لكن يُسترقّ، واليمين من باب ما يحتاط فيه، فحمل على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض.<sup>1</sup>

9. يُحتمل أن يكون الحكم بشاهد واحد مع يمين المدعي إنما كان رضاء المدعي عليه بذلك، وإلا فلا، بأن يقول مثلاً: جيء بشاهد واحد واحلف مع ذلك، أو يجيء المدعي عليه يشهد بقضاء وأداء ما ادّعى عليه فيحلف مع ذلك.

**الوجه الثالث:** بالنظر إلى عمل السلف: اعترض المعارضون بالحكم بالشاهد واليمين على المجيزين بأن عمل السلف لم يكن كذلك بالرغم من نسبة هذا القول إلى كثير من الصحابة والتابعين واعتبروا أن هذا العمل من البدع المستحدثة التي لم يأت بها الشرع من قبل، وبينوا أن أول من استحدث هذا الأمر من الحكام كان معاوية بن أبي سفيان وقيل عبد الملك بن مروان<sup>2</sup>، ولعلمهم استقوها من أحكام الرومان كما هو الحال في كثير من القضايا، فقد حدث عبد الرزاق قال حدثنا معمر عن الزهري في اليمين مع الشاهد، قال: هذا شيء أحدثه الناس، إلا شاهدين"، وحدث حماد بن خالد الخياط قال: سألت ابن أبي ذئب: إيش كان الزهري يقول في اليمين مع الشاهد؟ قال: كان يقول: بدعة، وأول من أجازه معاوية.<sup>3</sup> وروي عن معاوية بن أبي سفيان أنه قضى بشهادة امرأة واحدة، ولذا علق الجصاص على هذه الرواية بأنه إن كان قضاء معاوية بالشاهد واليمين جائزاً ومقبولاً، فينبغي كذلك أن يجوز قضاؤه بالشاهد من غير يمين، وهو قضاء مخالف للكتاب والسنة<sup>3</sup>، وعارض القرافي بأنه ليس كذلك وإنما قال بذلك أكثر العلماء وقال به الفقهاء السبعة وغيرهم<sup>4</sup>.

وممن انتقد العمل بهذا المبدأ في القضاء من التابعين ومن بعدهم واعتبروه بدعة التابعي عطاء بن أبي رباح حيث قال: "لا يجوز شهادة على ذئب ولا غيره دون شاهدين" وقال في رواية أخرى: "أدركت هذا البلد -يعني مكة المكرمة- وما يُقضى فيه في الحقوق إلا بشاهدين حتى كان عبد الملك بن مروان يقضي بشاهد ويمين"، ومن من منعه ابن جريج ونسب من بدأ به في القضاء الإسلامي إلى عبد الملك بن مروان حيث قال: "حتى إذا كان عبد الملك بن مروان جعل مع شهادة الرجل الواحد يمين الطالب." وروي هذا الأمر عن الخليفة عمر بن عبد العزيز -رضي الله عنه- وروي عنه أنه نهى بعض عماله عن الحكم بشهادة الشاهد الواحد ويمين صاحب الحق.<sup>5</sup>

1. الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 2، ص 225.

2. المرجع السابق، ج 2، ص 225.

3. الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 251.

4. القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، مرجع سابق، ج 4، ص 87.

5. الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 252. ولم يُثبت المالكية العمل بالشاهد واليمين في ثلاثة عشر موضعاً حيث قال القرافي في الفروق: " (تنبيه) قَالَ الْعَبْدِيُّ يُثْبِتُ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ فِي مَذْهَبِ مَالِكٍ أَرْبَعَةُ الْأَمْوَالِ وَالْكَفَالَةُ وَالْقِصَاصُ فِي جِرَاحِ الْعُنْدِ وَالْخُلْطَةُ الَّتِي هِيَ شَرْطٌ فِي التَّخْلِيفِ فِي بَعْضِ الْأَمْوَالِ، وَالَّذِي لَا يَثْبُتُ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ ثَلَاثَةُ عَشَرَ النِّكَاحِ وَالطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ وَالْوَلَاءُ وَالْأَخْبَاسُ، وَالْوَصَايَا لِغَيْرِ الْمُعَيَّنِ، وَهَلَالُ رَمَضَانَ وَذِي الْحِجَّةِ، وَالْمَوْتُ وَالْقَدْفُ وَالْإِصْيَاءُ، وَتَرْشِيدُ السَّفِينَةِ، وَنَقْلُ الشَّهَادَةِ."؛ القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، مرجع سابق، ج 4، ص

وفي ختام هذا المبحث يتبين لنا رجحان أدلة المانعين الحكم بشاهد ويمين المدعي وقوة أدلتهم وردودهم التي واجهوا بها المجيزين، وهو ما يرجحه الباحث ويرتكن إليه وفقاً للسرد والمناقشة التي خلص إليها ورجحان كفة فريق المانعين.

### الخاتمة والتوصيات:

في ختام هذه الدراسة يتضح لنا رجحان أدلة المانعين الحكم بشاهد واحد ويمين المدعي وفقاً للأدلة التي ساقوها في معرض تدعيم رأيهم ومعارضة رأي الفريق الآخر وهي المجيزون، وقد سايرت المحاكم العمانية وأخذت برأي المانعين في أحكامها، ولذلك لم تقبل شهادة الواحد، ولكنها في المقابل أخذت باليمين المتممة في حال نقص الدليل وعدم اكتماله.

### ومن أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة:

1. اتفق الفقهاء على مشروعية القضاء بشاهدين عدلين ذكرين يقدمهما طالب الحق أو بشاهد ذكر عدل وشاهدين عدلين من النساء.
2. اتفق العلماء أن حق المدعي يثبت بالبينة، وأنه إن أعوزته البينة ولم يستطع إثبات حقه وحلف المدعي عليه منكر الدعوى بطلت الدعوى التي ادعى بها المدعي.
3. البينة في باب القضاء هي كل ما يبين للقاضي وجه الحكم، ولا خلاف في أن أقوى درجات البينة في القضاء الإسلامي هي الشهادة وهي من أكثر وسائل الإثبات انتشاراً.
4. اعتمدت التشريعات المستحدثة الأدلة الكتابية والمستندات الرسمية كأقوى الأدلة تليها بعد ذلك الشهادة ثم القرائن وبعدها الإقرار وأخيراً الأيمان.
5. اختلف الفقهاء في الحكم بالشاهد واليمين فمنع طائفة من العلماء الحكم بشاهد واحد ويمين المدعي وفي مقدمتهم الإباضية وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر والثوري والأوزاعي وابن شبرمة، ونسبه ابن رشد إلى جمهور أهل العراق وعزاه الشوكاني إلى الإمام يحيى وإلى أبي حنيفة وأصحابه.
6. أجاز طائفة كبيرة من العلماء الحكم بشاهد واحد مع يمين المدعي، ومن هؤلاء: المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، وقد حكى صاحب البحر هذا القول عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي بن أبي طالب وأبي بن كعب وابن عباس وعمر بن عبد العزيز وشريح والشعبي وربيعه وفقهاء المدينة، ومن هؤلاء من خصّ القول بالجواز في الأموال فقط.
7. اعتمد القضاء العماني على اليمين المتممة لتوثيق البينة ولو مع وجود الشهادة، واليمين المتممة هي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصوم في حال ضعفت قناعته في الأدلة المقدمة، واليمين المتممة في القضاء العماني هي ملك للقاضي وليست من أدلة الإثبات التي يقع عبء تقديمها على المدعي.
8. لم يتطرق قانون الإثبات العماني بالتصريح في مسألة الحكم بالشاهد واليمين وهل للقاضي أن يحكم به قانوناً أم لا، إلا أنه يفهم من أحكام المحكمة العليا ومبادئها عدم العمل بمبدأ الحكم بالشاهد واليمين

وبناء على هذه النتائج التي توصلت إليها الدراسة يمكن اقتراح التوصيات التالية:

1. الاستفادة من الرصيد الفقهي الكبير الناتج عن اجتهادات العلماء لتطبيقه في الأفضية الشرعية ولتطوير النصوص القانونية بصورة مستمرة ودائمة وفقاً لما تفرزه هذه الاجتهادات من أفكار وحلول معتبره.
2. معالجة القصور والنقص في القوانين السارية بما تزخر به الحضارة الاسلامية من علوم فقهية تتفق مع الواقع وتواكب متطلبات الحياة المتجددة.
3. إخراج الفقه في ثوب جديد يتفق مع التطور الذي تشهده التشريعات التي تمس حياة الناس وتستطيع المحاكم الاستفادة منه معالجة القضايا المعروضة عليها.

#### المراجع:

- ابن العربي، أبو بكر، أحكام القرآن، بيروت، دار المعرفة، 1987
- ابن العربي، أبو بكر، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، بيروت، دار الكتب العلمية، د ت،
- ابن القيم، محمد، إعلام الموقعين، دار ابن الجوزي، الرياض، 2002
- ابن حزم، أبو محمد، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، د ت
- ابن رشد، محمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988
- ابن فرحون، برهان الدين، تبصرة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995
- ابن ماجه، أبو عبدالله بن محمد بن يزيد، سنن أبى ماجه، دار إحياء الكتب العربية، دمشق، سوريا، د ت.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث بن أسحاق، سنن أبى داود، وزارة الشؤون الإسلامية، السعودية، 1999.
- أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، مؤسسة الرسالة، ط 1، 2001.
- اطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، جدة، مكتبة الإرشاد، 1972
- اطفيش، محمد بن يوسف، وفاء الضمانة بأداء الأمانة، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، د ت
- الألباني، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخرج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، ط 1، 1979.
- الأنصاري، إسماعيل محمد، التحفة الربانية في شرح الأربعين حديثاً النووية، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1380هـ.
- البخاري، الجامع الصحيح، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة الأولى، 1422هـ.

- البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2003.
- الترمذي، ابو عيسى محمد بن عيسى، الجامع الكبير، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، د.ت.
- التوبي، يزن، إجراءات الإثبات بالشهادة في المعاملات المدنية والتجارية من منظور القانون العماني والفقهاء الإباضي، رسالة ماجستير، جامعة السلطان قابوس، كلية الحقوق، مسقط، 2013
- الثميني، عبد العزيز، الورد البسام في رياض الأحكام، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1985
- الجصاص، أبو بكر، أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1992
- الجهوري، التعليق على قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني، مسقط، 2022
- الحصري، أحمد، علم القضاء، دار الكتاب العربي، بيروت، 1986
- الحنبلي، ابن رجب، جامع العلوم والحكم، مكتبة الإيمان، بيروت لبنان، 2001.
- الربيع بن حبيب، الجامع الصحيح، دار الفتح، بيروت، لبنان، د.ت.
- الروبي، أسامة، الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني، القاهرة، دار النهضة العربية، 2008
- الزحيلي، وهبة، أصول الفقه الإسلامي، دمشق، دار الفكر، 1986
- الزين، أحمد، قواعد قانون الإثبات العماني، العين، دار الكتاب الجامعي، 2020
- السالمي، نور الدين، شرح الجامع الصحيح، مكتبة الاستقامة، مسقط، 1993
- السالمي، نور الدين، طلعة الشمس شرح شمس الأصول، مكتبة الإمام السالمي، بديعة، 2010
- السرخسي، شمس الدين، كتاب المبسوط، بيروت، دار المعرفة، د.ت،
- الشبلي، عبدالله، وآخرون، شهادة الشهود وعوارضها بين الشريعة الإسلامية والقوانين المعاصرة، مجلة الشريعة والقانون، ماليزيا، المجلد 7، العدد 1، يونيو 2019
- الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، دار الحديث، مصر، 1993
- الصدر الشهيد، ابن مازة، شرح أدب القاضي للخصاف، بغداد، مطبعة الإرشاد، 1978
- عبد الفتاح إدريس، القضاء بالإيمان والنكول، القاهرة، دن، 1993
- عثمان، محمد رأفت، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، القاهرة، دار البيان، 1994
- القرافي، أبو العباس، أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب، د.ت، د.ت

- القرطبي، أبو عبدالله، الجامع لأحكام القرآن، القاهرة، دار الكتب المصرية، ط 2، 1964
- الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصر، الجمالية، ط 1، 1910
- الكندي، أحمد، المصنف، وزارة التراث والثقافة، سلطنة عمان، 1984،
- مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري، صحيح مسلم، دار السلام، الرياض، ط 1، 1998.
- مفلح القضاة، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دبي، مطبعة بن دسمال، د ت
- النووي، محيي الدين، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط 2، 1972



حق المتهم بالصمت في مرحلة ما قبل المحاكمة في التشريع العماني والتشريع المغربي دراسة تحليلية مقارنة

The accused's right to silence in the pre-trial stage in Omani and Moroccan legislation

د. نزار حمدي قشطة، أستاذ مشارك في القانون الجزائي، كلية الحقوق/جامعة الشرقية

Dr. Nizar Hamdi Qeshta, Faculty of Law/Sharqia University

د. حياة أكدي، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية/تطوان/المغرب

Dr. Hayat Akdi, Faculty of Legal, Social and Economic Sciences/Tetouan/Morocco

#### Abstract:

The right to silence is considered one of the most important rights that the accused owns in all stages of the criminal case, as it is considered one of the rights of defense that can be resorted to by the accused if he sees that his words can affect his position in the case. We have tried to clarify the position of the Omani and Moroccan legislators on this right in the stage of inference and the stage of preliminary investigation. On this research the problem of revolved around the extent to which the state's right to punishment is reconciled to protect the security and stability of society, and the right of the accused to a fair trial based on the presumption of innocence, in which all legal guarantees related to human rights are respected. Defense, the most important of which is his right to silence? The research also aimed at clarifying the legal structure of the accused's right to silence in the pre-trial stage in the Omani and Moroccan legislation. In the Code of Criminal Procedures or in the Basic Law of the State, the accused has the right to remain silent during the induction and preliminary investigation phases.

**Keywords:** the accused, the right to silence, the presumption of innocence, the accused's right, inference, preliminary investigation.

## الملخص:

يعتبر الحق في الصمت من أهم الحقوق التي يتمتع بها المتهم في جميع مراحل الدعوى الجزائية، وحق من حقوق الدفاع التي يمكن اللجوء إليها من قبل المتهم لو رأى أن كلامه يمكن أن يؤثر على موقعة في القضية، وقد حاولنا أن نوضح موقف المشرع العماني والمغربي من هذا الحق في مرحلة الاستدلال ومرحلة التحقيق الابتدائي، وقد كانت إشكالية البحث تتمحور حول تساؤل رئيسي وهو، إلى أي حد يتم التوفيق بين حق الدولة في العقاب حماية لأمن المجتمع واستقراره، وبين حق المتهم في محاكمة عادلة مبنية على قرينة البراءة، والتي تحترم فيها كافة الضمانات القانونية المرتبطة بحقوق الدفاع، ومن أهمها حقه في الصمت؟ كما استهدف البحث توضيح البنين القانوني لحق المتهم في الصمت في مرحلة ما قبل المحاكمة في التشريعين العماني والمغربي، وقد توصل الباحث إلى نتيجة مهمة مفادها أن المشرع العماني لم ينص على ذلك الحق بشكل صريح كما فعل المشرع المغربي، كما أوصى الباحث المشرع العماني على النص صراحة في قانون الإجراءات الجزائية أو في النظام الأساسي للدولة، على حق المتهم في الصمت في مرحلة الاستدلال ومرحلة التحقيق الابتدائي. كلمات مفتاحية: المتهم، الحق في الصمت، قرينة البراءة، حق المتهم، الاستدلال، التحقيق الابتدائي.

## مقدمة:

تعتبر العدالة الجنائية مرآة كل مجتمع إنساني، ومعيار أساسي لقياس مدى احترام الدولة للحقوق والحريات، وهي نتيجة لوجود سلطة قضائية مستقلة قادرة على تأمين إجراءات المحاكمة العادلة، باعتبارها هدفاً أسمى تسعى كافة الشعوب إلى تحقيقه كي ينعم أفرادها بالطمأنينة والسلام، فلا يهدر حق ولا تنتقص حرية.

وهكذا فاحترام قواعد المحاكمة العادلة، يعتبر المدخل الأساسي في احترام حقوق الدفاع بصفة خاصة، وحقوق الإنسان بصفة عامة، حيث تعتبر دعامة أساسية للمتهم في الخصومة الجنائية الأمر الذي جعلها تحظى باهتمام وعناية خاصة من قبل المواثيق الدولية، والدساتير وكذلك القوانين الوطنية...

وفي هذا الصدد، منح القانون العديد من الامتيازات للسلطات العامة في مواجهة المتهم من أجل تحقيق العدالة، كالحبس الاحتياطي، والقبض، والتفتيش، وفي مقابل ذلك وفر للمتهم ضمانات لمواجهة تلك الامتيازات، ومن أهمها قرينة البراءة، والتي تعني: أن المتهم بريء مهما كانت قوة الشكوك التي تحوم حوله، وتنقل عبئ الإثبات إلى سلطة الاتهام، ويعفى المتهم من إثبات براءته، حيث يحق للمتهم عدم الإجابة عن الأسئلة الموجهة إليه، وهو ما يعرف بالحق في الصمت، ويمكن أن يفسر هذا الحق على أساس أن المتهم ينتظر أو يتوقع فشل الجهات الرسمية في التوصل إلى أدلة كافية وقوية لإدانته، وبالتالي يؤدي إلى تفسير الشك لمصلحته.

ومن هنا نود أن نوضح حق المتهم في الصمت في مرحلة الاستدلال (البحث التمهيدي) ومرحلة التحقيق الابتدائي، وفق التشريع العماني والتشريع المغربي المقارن.

#### أهمية البحث:

حق المتهم في عدم الإدلاء بأي تصريح، موضوع جدير بالاهتمام والبحث فيه، خاصة وأنه يعتبر جزءاً من حقوق الدفاع والذي يستلزم ضرورة حمايته و إعطاء قيمة قانونية له أمام الضابطة القضائية وقضاة التحقيق.

حيث إن حق المتهم في الصمت نص عليه قانون الإجراءات الجزائية العماني بصفة عامة، دون أن يحيط بكل التفاصيل التي تبين تطبيقه في مرحلة الاستدلال أو مرحلة التحقيق، لذلك تتمثل أهمية البحث معرفة مدى إمكانية تطبيق حق المتهم في الصمت في مرحلة الاستدلال أو مرحلة التحقيق الابتدائي، وتوضيح الآثار المترتبة على عدم احترام حق المتهم في الصمت، كما يهدف البحث إلى معرفة الضمانات التي وضعها المشرع لكيلا يُعْتدى على حق المتهم في الصمت.

#### أهداف البحث:

يستهدف البحث تحقيق الأهداف التالية:

- معرفة التنظيم القانوني لحق المتهم في الصمت في مرحلة الاستدلال والتحقيق الابتدائي.
- توضيح الضمانات التي وضعها المشرعين العماني والمغربي أثناء ممارسة حق المتهم في الصمت.
- تبيان موقف الفقه والقضاء من حق المتهم في الصمت في مرحلة الاستدلال والتحقيق الابتدائي.

#### إشكالية البحث:

كما هو معلوم فحق المتهم في الامتناع عن التصريح أو حقه في الصمت، يعتبر حقا من حقوق الدفاع، وقد دعا الفقه إلى ضرورة صيانتها واحترامها في الخصومة الجنائية من قبل أجهزة البحث والتحقيق، ونظرا لارتباطه بقريئة البراءة، والتي من مقتضياتها أن المتهم لا يكلف بإثبات براءته و له أن يلتزم الصمت في مواجهة سلطة الاتهام التي يجب عليها أن تقدم أدلة جازمة و يقينية إذا أرادت أن تهدم هذا الأصل، وفي سبيل سعيها لذلك قد تحيد سلطة الاتهام عن ذلك فتستخدم أساليب تقليدية تخرج عن إطار الشرعية.

وهو الأمر الذي يدفعنا لطرح إشكالية تكمن فيما يلي:

إلى أي حد تم التوفيق بين حق الدولة في العقاب حماية لأمن المجتمع واستقراره، وبين حق المتهم في محاكمة عادلة مبنية على قريئة البراءة، والتي تحترم فيها كافة الضمانات القانونية المرتبطة بحقوق الدفاع، ومن أهمها حقه في الصمت؟

وقد تفرعت عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية منها:

• هل نص المشرع العماني والمشرع المغربي على حق المتهم في الصمت أثناء مرحلة الاستدلال والتحقيق الابتدائي؟

- هل يعتبر صمت المتهم دليل إدانة أم دليل براءة؟
- هل وفق المشرع العماني في تنظيم حق المتهم في الصمت في مرحلة الاستدلال والتحقيق الابتدائي؟
- هل حق المتهم مطلقاً أم يجبر على الكلام أثناء بعض الإجراءات؟
- ما موقف الفقه والقضاء من حق المتهم في الصمت في مرحلة الاستدلال والتحقيق الابتدائي؟
- هل وضع المشرع العماني والمشرع المغربي الضمانات الكافية لممارسة المتهم حقه في الصمت؟

منهج البحث:

آثرنا أن نتبع في البحث المنهج الوصفي التحليلي، للتعرف على المفاهيم الرئيسية للبحث، وتحليل النصوص القانونية المنظمة لحق المتهم في الصمت في مرحلة الاستدلال والتحقيق الابتدائي وتحليل مضمونها والوقوف على مكان الضعف والقوة، ومناقشتها للوصول إلى الإجابة على تساؤلات البحث التي لها علاقة بالموضوع.

إضافة إلى المنهج المقارن، الذي سيتم فيه استعراض التجارب في التشريعات المقارنة " التشريعيين العماني و المغربي " بهدف استخلاص الإيجابي منهما.

خطة البحث:

اقتضت منا طبيعة البحث أن نقسمه على الشكل التالي.

المبحث الأول: الأساس القانوني لحق المتهم في الصمت في مرحلة ما قبل المحاكمة

المطلب الأول: حق المتهم في الصمت في مرحلة الاستدلال

المطلب الثاني: حق المتهم في الصمت في مرحلة التحقيق الابتدائي

المبحث الثاني: ضمانات حق المتهم في الصمت في التشريع العماني والتشريع المغربي

المطلب الأول: عدم استخدام الوسائل غير المشروعة للتغلب على صمت المتهم

المطلب الثاني: تنبيه المتهم لحقه في الصمت وعدم اتخاذه قرينه ضده

المبحث الأول: الأساس القانوني لحق المتهم في الصمت في مرحلة ما قبل المحاكمة

إن الأصل في الاتهام هو البراءة طبقاً للمادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التي تنص في بندها الثاني على أن " من حق كل متهم بارتكابه جريمة أن يعتبر بريئاً إلى أن يثبت عليه الجرم قانوناً " وهذا ما أكدته مقتضيات قانون المسطرة الجنائية المغربي والتي نصت هي الأخرى في مادتها الأولى على

أن " كل متهم أو مشتبه فيه بارتكاب جريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته قانونا بمقرر مكتسب لقوة الشيء المقضي به، بناء على محاكمة عادلة تتوفر فيها الضمانات القانونية"<sup>1</sup>.

وقد كرس الدستور المغربي في فصله (23) هذا الحق<sup>2</sup>، ولاسيما الفقرة الثالثة منه التي تنص على ما يلي "يجب إخبار كل شخص تم اعتقاله، على الفور وبكيفية يفهمها، بدواعي اعتقاله وبحقوقه، ومن بينها حقه في التزام الصمت"، وقد نص النظام الأساسي العماني على قرينة البراءة في المادة (27) والتي جاء فيها " المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع، وفقا للقانون، ويحظر إيذاء المتهم جسمانيا أو معنويا".

لذلك سوف نقسم المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول حق المتهم في الصمت في مرحلة الاستدلال، أما الثاني سوف نتناول فيه حق المتهم في الصمت في مرحلة التحقيق الابتدائي.

### المطلب الأول: حق المتهم في الصمت في مرحلة الاستدلال

إن الخصومة الجنائية لم تكن بالشكل الذي تعرف عليه اليوم، بل مرت بمراحل عديدة إلى أن وصلت إلى تحقيق أكبر قدر من حماية حق المتهم في عدم التعرض له بالإكراه أو التعذيب أثناء التحقيق، وقد كانت أولى هذه المراحل مرحلة البحث التمهيدي أو مرحلة الاستدلال التي تقوم بها الضابطة القضائية، التي سوف نحاول أن نوضح من خلالها مدى وجود حق المتهم في الصمت في تلك المرحلة.

فلا شك أن مرحلة البحث التمهيدي<sup>3</sup> تعتبر مرحلة مهمة في إطار الخصومة الجنائية، إذ أسند البحث فيها للشرطة القضائية<sup>4</sup>، وتسمى أيضا بمرحلة الاستدلال في التشريع العماني وهي عبارة عن " مرحلة جمع المعلومات والبيانات الخاصة بالجريمة عن طريق التحري عنها والبحث عن فاعليها بشتى الطرق المشروعة، وبالتالي إعداد العناصر اللازمة للبدء في التحقيق الابتدائي بمعناه الضيق إذا كان له وجه، أو المحاكمة مباشرة"<sup>5</sup>.

يتضح من ذلك أن إجراء الاستدلال لا يعد من إجراءات التحقيق الابتدائي أو من الإجراءات التي تتحرك بها الدعوى الجزائية، بل هو عبارة عن إجراءات تمهيدية لضبط الجريمة والتحضير لافتتاح الدعوى الجزائية،

<sup>1</sup> - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966.

<sup>2</sup> - ينص الفصل 23 منه على ما يلي "قرينة البراءة والحق في محاكمة عادلة مضمونان" كما ينص الفصل 119 منه على ما يلي "يعتبر كل مشتبه فيه أو متهم بارتكاب جريمة بريئا إلى أن تثبت إدانته بمقرر قضائي، مكتسب لقوة الشيء المقضي به".

<sup>3</sup> - يقصد بالبحث التمهيدي، البحث الذي يتم القيام به سواء في الحالة العادية أو في حالة التلبس والذي تتولاه الشرطة القضائية وقد نظمته المشرع في مقتضيات المواد من 78 إلى 82 من ق.م.ج، ويستخدم في التشريع العماني مصطلح "مرحلة الاستدلال".

<sup>4</sup> - لقد نظم المشرع المغربي جهاز الشرطة القضائية في إطار مقتضيات المواد من 16 إلى غاية 35 من قانون المسطرة الجنائية.

<sup>5</sup> - رؤوف عبيد، الإجراءات الجنائية في القانون المصري، طبعة منقحة، دار الجيل للطباعة، القاهرة، 1989، ص: 284.

ولا تنطوي على إجراءات الاستدلال أي مساس بالحرية، فليس لمأمور الضبط القضائي صلاحية القبض أو التفتيش إلا في حالة استثنائية وحيدة وهي حالة التلبس<sup>1</sup>، وبالتالي القاعدة العامة أنه لا يحق لمأمور الضبط القضائي التحقيق مع المتهم<sup>2</sup>.

وفي هذا الصدد، نشير إلى أن ممارسة الضابطة القضائية لمهامها في إطار الأبحاث التمهيدية عامة أو في حالة التلبس خاصة، تجد نفسها -على مستوى الممارسة الميدانية- مضطرة إلى التوفيق بين مصطلحين أساسيتين: الأولى تتعلق بضرورة تعميق الأبحاث والتحريات بشأن القضايا المعروضة عليها بغية الوصول إلى الجناة، والثانية ترتبط بضرورة احترام ضمانات المحاكمة العادلة وعدم المساس بحقوق المشتبه فيهم، سواء أثناء عملية توقيفهم أو خلال عملية الاستنطاق، وفي طليعة هذه الحقوق الحق في التزام الصمت.

وبالاطلاع على موقف المشرع العماني نجد أنه لم ينص صراحة على حق المتهم في الصمت في مرحلة الاستدلال، وإذ كانت المواد (27 إلى 37) من قانون الإجراءات الجزائية تعطي الحق لمأمور الضبط في سؤال المتهم، وسماع أقواله، أو استدعاء المشتبه بهم، كما أكد المشرع على استعمال وسائل البحث والاستقصاء التي لا تضر بالأفراد ولا تقيّد حريتهم<sup>3</sup>، و في حالة رفض المتهم الإجابة على تساؤلات مأمور الضبط القضائي فلا يجوز له استعمال أي نوع من أنواع الإكراه<sup>4</sup>، ولا تملك تجاهه أي إجراء سوى إحالة الملف إلى الادعاء العام للتصرف فيه، بعد إخلاء سبيل المتهم دون أن يكون في حاجة لأن يثبت عدم صرّحه ما نسب إليه<sup>5</sup>، وهذا اعتراف ضمني من قبل المشرع على حق المتهم في الصمت في مرحلة الاستدلال.

لكننا نجد أن موقف المشرع المغربي أكثر وضوحاً حيث أورد هذا الحق ضمن مقتضيات المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية وذلك في الفقرة الثانية منه، التي جاء فيها: " يتعين على ضابط الشرطة القضائية إخبار كل شخص تم القبض عليه أو وضعه تحت الحراسة النظرية فوراً وبكيفية يفهمها بدواعي اعتقاله وحقوقه، ومن بينها حقه في التزام الصمت"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>- للمزيد د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، 1996، ص: 341 وما بعدها.

<sup>2</sup>- هذا ما أكدته المادة (37) من قانون الإجراءات الجزائية العماني.

<sup>3</sup>- بناء على المادة (37) من قانون الإجراءات الجزائية التي جاء فيها " لمأموري الضبط القضائي أن يستعملوا أثناء قيامهم بجمع الاستدلالات وسائل البحث والاستقصاء التي لا تضر بالأفراد ولا تقيّد حرياتهم، وليس لأحدهم مباشرة إجراءات التحقيق".

<sup>4</sup>- وهذا ما أكد عليه النظام الأساسي العماني في المادة (25) والتي جاء فيها " لا يعرض أي إنسان للتعذيب المادي، أو المعنوي، أو للإغراء، أو للمعاملة الحاطة بالكرامة، ويحدد القانون عقاب من يفعل ذلك، كما يبطل كل قول أو اعتراف يثبت صدوره تحت وطأة التعذيب أو بالإغراء أو لتلك المعاملة، أو التهديد بأي منها".

<sup>5</sup>- خالد رمضان سلطان، الحق في الصمت أثناء التحقيقات الجنائية، دار النهضة العربية، 2019، ص: 204.

<sup>6</sup>- إذ تطلب ضرورة البحث أن يحتفظ ضابط الشرطة القضائية بشخص أو عدة أشخاص ممن أشير إليهم في المادة 65 أعلاه ليكونوا رهن إشارته، فله أن يضعهم تحت الحراسة النظرية لمدة لا تتجاوز 48 ساعة تحسب ابتداء من ساعة توقيفهم، وتشعر النيابة العامة بذلك. يتعين على ضابط الشرطة القضائية إخبار كل شخص تم القبض عليه أو وضع تحت الحراسة النظرية فوراً وبكيفية يفهمها، بدواعي اعتقاله وبحقوقه، و من بينها حقه في التزام الصمت

ومرحلة البحث التمهيدي كما حددها المشرع في إطار مقتضيات المادة 56 إلى غاية 77 من قانون المسطرة الجنائية، قد تعرف مساسا خطيرا بحقوق وحرّيات المشتبه فيه سواء تعلق الأمر بالبحث التمهيدي العادي أو التلبس، وبذلك فإن الضابطة القضائية أثناء التحري وجمع الأدلة حول المشتبه فيه يتعين عليها عدم التعسف في ذلك، وإجبار المتهم على الكلام، وهذا الحق مقرر لجميع المتهمين سواء كان المتهم مبتدأ أو من أرباب السوابق، أو من طائفة المجرمين بالتكوين أم من طائفة المجرمين بالصدفة، وبالتالي لا يمكن حرمانه من الحماية التي تقرها القواعد الأساسية لأطراف وأشخاص الدعوى.

وبغض النظر عن الكيفية التي تنزل بها الحقوق القانونية على مستوى واقع الممارسة العملية، لا بد من الإشارة إلى أن هذا الحق يعطي للمشتبه فيه إمكانية قانونية لالتزام الصمت وبالتالي عدم الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه، مما يترتب عليه المساس بصميم عمل الضابطة القضائية ويغل يدها فيما يتعلق بالأبحاث والتحريات التي تباشرها في إطار القضايا المعروضة عليها<sup>1</sup>، وهو في الوقت نفسه يمس بحقوق أخرى من ضمنها حق الضحية في الوصول إلى الحقيقة، وتحقيق العدالة، لكي ينال المشتبه فيه جزاءه إذا ثبتت إدانته والتي على ضوءها يتم تحديد الجزاء الذي يتناسب ودرجة الفعل المقترف.

الأمر الذي استلزم ضرورة تحقيق المشرع لنوع من التوازن بين مصلحتين متعارضتين، مصلحة عامة من خلال تحقيق عدالة جنائية فعالة، بتعميق الأبحاث والتحريات مع المشتبه فيهم لمساعدة القضاء في الوصول إلى الحقيقة القضائية بسرعة وفعالية، ومصلحة خاصة تتجلى في صون كرامة الإنسان وعدم المساس بحقوق الأشخاص الموضوعين رهن تدابير الحراسة النظرية و في طليعتها حق المشتبه فيه بعدم الإدلاء بأي تصريح أثناء مباشرة إجراءات البحث التمهيدي، ولعل تحقيق المصلحة الثانية رهين بتمتع المشتبه فيهم بحقوق الدفاع، والتي يعتبر حق التزام الصمت أولها، باعتباره حقاً من الحقوق الجوهرية للمشتبه فيهم، مما يدل على ذلك حرص العديد من التشريعات الإجرائية على إيراد وإعطائه أهمية بالغة، بحكم أن عدم احترام حقوق الدفاع بشكل عام يجعل كل إجراء متخذ خلال الخصومة الجنائية باطلاً على أساس أنه إجراء معيب<sup>2</sup>.

وإذا ما استحضرنّا الواقع العملي يبقى التساؤل وارداً بخصوص حدود هذا الحق، فهل معناه "الالتزام بالصمت" بشكل كلي دون تحريك ساكن؟ أم الإفصاح عن الهوية، وبعدها الالتزام الكلي بالصمت؟ أم الإجابة عن بعض التساؤلات والتزام الصمت بخصوص تساؤلات أخرى؟ (التزام الجزئي بالصمت)، ثم يمكن التساؤل عن صيغ هذا الالتزام، بمعنى هل الشخص الموقوف يلتزم كلياً بالصمت ولا يبدي بأي تصريح؟ أم يتكلم ويكتفي بالإشارة بأنه لا يرغب في الجواب أو يمتنع عن الإدلاء بأي تصريح بخصوص الأسئلة الموجهة إليه؟

<sup>1</sup> -عزيز لعويسي الحق في التزام الصمت أمام الضابطة القضائية بين التشريع والواقع مقال منشور هسبريس بتاريخ 17 دجنبر 2017.

<sup>2</sup> - محمد الجبراري، الحق في الصمت أثناء البحث التمهيدي التلبسي، مقال منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية 01 سبتمبر 2021،

مثلاً إذا قرر المشتبه فيه الإجابة عن أسئلة والتزم بالصمت في أسئلة أخرى، مما يعني حرية المتهم في الإجابة على السؤال الذي يرى من مصلحته الإجابة عليه والصمت في حالة رأى أن من مصلحته عدم الإجابة عليه، أو إذا شرع في إبداء تصريحاته ولما تخابر مع محاميه قرر الالتزام بالصمت بشكل كلي، وكنتيجة لذلك لا يجبر المتهم على تقديم دليل لنفي التهمة المنسوبة إليه، تماشياً مع قرينة البراءة التي تقتضي أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته، لذلك يمنح المتهم الحرية الكاملة في إبداء أقواله أو أن يتلزم الصمت.

ففي أي حالة من الحالات المذكورة أعلاه إما أن يستقبل ضابط الشرطة القضائية تصريحات جزئية لا تسعفه في التعرف على درجة تورط المشتبه فيه وكذا الأشخاص المتورطين بمعينه في القضية (مشاركون، مساهمون)، أو يواجه بالالتزام "كلي" مما يضيق من هوامش البحث، ويؤثر بالتالي على جودة محاضر الضابطة القضائية والتي يوثق بمضمونها إلى أن يثبت العكس بأية وسيلة من وسائل الإثبات (المادة 290 من ق م ج)<sup>1</sup> خصوصاً إذا كانت وسائل الإثبات محدودة أو غير كافية لإدانة المشتبه فيه ملتزم الصمت.<sup>2</sup>

لذلك نرى أن هذا الحق له حدود في هذه المرحلة، فللمتهم الحق في ألا يجيب على الأسئلة المتعلقة بالجريمة وظروفها، أما إذا تعلق الأمر بأسئلة لمعرفة بيانه كاسمه ومحل إقامته وجنسيته وسنه فلا يحق له الامتناع عن الإدلاء بها.

من جانب آخر فإن هناك أحكام قضائية انتصرت لحق المتهم في الصمت، وذلك بخرق محاضر الشرطة القضائية وذلك حسب مقتضيات المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية المغربي، حيث جاء في أحد الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية بسوق أربعاء الغرب ما يلي: "وحيث إنه لما كان ثابتاً أن الضابطة القضائية قد خرقت المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية وتغاضت عن إشعار المتهم بحقوقه المنصوص عليها في المادة أعلاه ومنها الحق في التزام الصمت وبتعيين محام فإن البحث التمهيدي المنجز في حق الظنيين يكون قد استهل بخرق قانوني وخلل شكلي، وعليه فإن المحضر المنجز في ظل هذه الوضعية يكون باطلاً وعديم الأثر لأن ما بني على باطل فهو باطل".<sup>3</sup>

### المطلب الثاني: حق المتهم في الصمت في مرحلة التحقيق الابتدائي

يعرف التحقيق الابتدائي على أنه "مجموعة من الإجراءات التي تباشرها سلطات التحقيق بالشكل المحدد قانوناً بغية تمحيص الأدلة والكشف عن الحقيقة قبل مرحلة المحاكمة"<sup>4</sup>، وهي مرحلة تتوسط مرحلة الاستدلال التي تباشر من قبل مأموري الضبط القضائي، والتحقيق النهائي الذي تباشره المحكمة في الجلسة، وللإشارة فإن مرحلة التحقيق الإعدادي (الابتدائي)، لم تكن مشفوعة بالضمانات واحترام حقوق المتهم في

<sup>1</sup> - المادة 290 المحاضر و التقارير التي يحررها ضباط الشرطة القضائية في شأن التثبت من الجرح والمخالفات، يوثق بمضمونها إلى أن يثبت العكس بأي وسيلة من وسائل الإثبات.

<sup>2</sup> - عبد اللطيف بوحموش، دليل الشرطة القضائية في تحرير المحاضر وتوثيق المساطر، مطبعة الأمنية بالرباط، الطبعة الأولى 2010، ص 175.

<sup>3</sup> - حكم ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية بسوق أربعاء الغرب، بتاريخ 2012/02/15 في ملف جنحي تلبسي رقم 2012/43 حكم غير منشور.

<sup>4</sup> - د. مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الأول، دار الفكر العربي، 1988، ص: 567.

العصور الوسطى، لكن الأمر اختلف في العصر الحديث، حيث أصبحت الدول تهتم بتوفير الضمانات التي تضمن حقوق المتهم في تلك المرحلة. ومن أجل تحقيق مبادئ المساواة والعدالة بين المتهمين خلال مرحلة التحقيق، اشترط المشرع المغربي ضرورة إحاطته بتنظيم محكم، وبتنصيبه على تشكيلات دقيقة في إطار قانون المسطرة الجنائية.

ففي بعض الأحيان يتم انتزاع الأقوال من الظنين باشتباهه في ارتكاب جريمة بالقوة، وفي هذه الحالات ينطق ويعترف بأشياء أو أفعال لم يرتكبها، وذلك راجع للضغط الذي يتعرض له من طرف المحقق، في حين ما كان ليعترف بأفعال لم يرتكبها لو تم استنطاقه دون ضغوط أو إكراه.

والاستنطاق يكون ابتدائياً كون المتهم يمثل لأول مرة أمام قاضي التحقيق ويتم من خلاله التأكد من هوية المتهم الكاملة وإشعاره بحقه في اختيار محام وبالأفعال المنسوبة إليه وبأنه حر في عدم الإدلاء بأي تصريح، وقد يكون استنطاقاً تفصيلياً يتم مناقشة ما نسب للمتهم وكذلك الأدلة والحجج الموجهة ضده وفي مواجهته مع الغير أيضاً<sup>1</sup>.

وبالاطلاع على موقف المشرع العماني نجد أنه لم ينص صراحة على حق المتهم في الصمت أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي، ولكن يمكن الاعتماد على قرينة البراءة للتأكيد على ذلك حتى لو كان بشكل ضمني، حيث أكد عليها النظام الأساسي العماني في المادة (27)، فأقوال المتهم لا بد أن تصدر عن إرادة حرة دون إكراه، فله الحق في الإجابة على الأسئلة أو التزام الصمت، كما أكدت المادة (41) من قانون الإجراءات الجزائية على حظر اللجوء إلى التعذيب أيأ كانت صوره للحصول على أقوال في مرحلة الاستدلال أو التحقيق الابتدائي أو مرحلة المحاكمة<sup>2</sup>، والمادة (25) من النظام الأساسي العماني<sup>3</sup>، التي منعت اللجوء إلى التعذيب أو الإغراء للحصول على اعتراف المتهمين.

وفي نفس السياق عاقبت المادة (204) من قانون الجزاء العماني أي موظف استخدم التعذيب أو أمر بذلك لحمل المتهم على الاعتراف<sup>4</sup>، والذي نستنج منه أن المتهم له الحق في الصمت وفي حالة استخدام وسائل الإكراه لحمله على الكلام يؤدي إلى بطلان الإجراءات وكذلك إلى عقاب الموظف الذي استعمل الإكراه أو أمر به، فالمبدأ

<sup>1</sup>- خولة شفيق، ضمانات المتهم خلال إجراءات التحقيق الإعدادي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية جامعة القاضي عياض مراكش، سنة 2009-2010 ص 69.

<sup>2</sup>- التي جاء فيها " لا يجوز القبض على أي إنسان أو حبسه إلا بأمر من السلطة المختصة بذلك قانوناً، ويجب معاملة المقبوض عليه بما يحفظ عليه كرامته، ويحظر على مأموري الضبط القضائي وأي شخص ذي سلطة عامة أن يلجأ إلى التعذيب أو الإكراه أو الإغراء أو المعاملة الحاطة بالكرامة للحصول على أقوال أو منع الإدلاء بها أثناء جمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائي أو المحاكمة".

<sup>3</sup>- التي نصت على " لا يعرض أي إنسان للتعذيب المادي أو المعنوي، أو للإغراء، أو للمعاملة الحاطة بالكرامة، ويحدد القانون عقاب من يفعل ذلك، كما يبطل كل قول أو اعتراف يثبت صدوره تحت وطأة التعذيب أو بالإغراء أو لتلك المعاملة، أو التهديد بأي منه".

<sup>4</sup>- جاء فيها " يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (6) ستة أشهر، ولا تزيد على (3) ثلاث سنوات كل موظف عام قام بتعذيب متهم أو أمر بذلك لحمله على الاعتراف بجريمة أو الإدلاء بمعلومات عنها".

الأساسي في الاستجواب هو تمكين المتهم من إبداء دفاعه عن نفسه كيفما يريد وفي أي وقت يريد<sup>1</sup>، فليس هناك طريقة مشروعة لإخراج المتهم الذي يرغب في التزام الصمت في موقفه<sup>2</sup>.

غير أن نطاق حق المتهم في الصمت في مرحلة التحقيق الابتدائي وارد على التهم المنسوبة إليه، أما إذا تعلق الأمر ببياناته الشخصية كاسمه ومحل إقامته وسنه فلا يجوز له الصمت لكي يتأكد المحقق من شخصيته، وعدم إمكانية الوقوع في الخطأ واتخاذ أي إجراء ضد شخص بريء، كما يقع على المتهم التزام بالإجابة على أسئلة المحقق المتعلقة بمعلوماته الشخصية بناء على المادة (114) من قانون الإجراءات الجزائية<sup>3</sup>.

أما المحكمة الابتدائية لميدلت (المغرب) فقد أكدت على ضرورة احترام مبدأ الشرعية الإجرائية وصيانة الحقوق المنصوص عليها في المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية وخصوصاً حق المتهم في الصمت، إذ استندت المحكمة في تعليل حكمها على المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان وكذلك بمقتضيات المادة 212 من قانون المسطرة الجنائية المغربي التي رتبت البطلان على عدم إشعار قاضي التحقيق المتهم بحقه في عدم الإدلاء بأي تصريح، وأن من باب أولى ترتيب نفس الأمر عن عدم إشعار الضابطة القضائية المتهم بحقه في التزام الصمت<sup>4</sup>.

كما أن مقتضيات المادتين 211 و 385 من قانون المسطرة الجنائية رتبنا البطلان على عدم احترام مقتضيات الجوهرية للمسطرة، مما يؤكد على وجود حق المتهم في الصمت في مرحلة التحقيق الابتدائي وفق التشريع المغربي.

### المبحث الثاني: ضمانات حق المتهم في الصمت في التشريع العماني والتشريع المغربي

البحث عن الدليل مقيد باحترام حقوق الدفاع من جهة ومقتضيات الحفاظ على الكرامة الإنسانية من جهة ثانية، و عليه فإن الطرق غير المشروعة يترتب عليها حتما عدم مشروعية الدليل المستمد منها وعدم قبوله في الإثبات الجنائي، فإذا كان تقدير الدليل في المسائل الجنائية هو أمر يخضع للملاءمة والتقدير الشخصي للقاضي، إلا أن الحصول على الدليل مسالة مشروعية لا تقدير فيها ولا ملاءمة، ومن المسلم به أن تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف يهدم مشروعية الإجراء ومشروعية الدليل.

لذلك حظرت العديد من التشريعات الوطنية المقارنة ومنها التشريع العماني اللجوء إلى الوسائل غير المشروعة لانتراع أقوال المتهم، فلا بد من إحاطة هذا الأخير بضمانات تحمي حرته وتصونها عند استجوابه، حتى يستطيع من خلالها ضمان حقه في الدفاع عن

<sup>1</sup> - د. جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديد، 1997، ص: 441.

<sup>2</sup> - د عبد الحميد الشواربي، الإخلال عبر الدفاع في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف، 1989، ص: 126.

<sup>3</sup> - التي نصت على " على عضو الادعاء العام عند حضور المتهم للتحقيق لأول مرة أن يتثبت من شخصيته وأن يدون جميع البيانات الخاصة بإثبات شخصيته ويحيطه علماً بالتهمة المنسوبة إليه ويثبت أقواله في المحضر".

<sup>4</sup> - حكم المحكمة الابتدائية بميدلت عدد 2466/2015 ملف جنحي تلبسي عدد 2015/2467 صادر بتاريخ 2016/11/26 مجلة المحاكم المغربية العدد

نفسه للحيلولة دون اتخاذ الإجراءات التعسفية ضده دون وجه حق وعدم اللجوء إلى استعمال الطرق غير المشروعة للحصول على إقراره، كالتعذيب أو استخدام الأساليب العلمية الحديثة، كالعقاقير المخدرة، أو التنويم المغناطيسي، أو أجهزة كشف الكذب، في سبيل التأثير على إرادة المدعى عليه وهذا ما سنتعرض له في المطلب الأول، وكذلك تنبيه المتهم إلى حقه في الصمت وعدم اتخاذ الصمت قرينه على إدانته، والذي سنتناوله في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: عدم استخدام الوسائل غير المشروعة للتغلب على صمت المتهم

لقد سائر المشرع المغربي التشريعات المقارنة والمواثيق الدولية وأقر مبدأ الشرعية الإجرائية في قانون المسطرة الجنائية، سعياً بذلك إلى مناهضة كل أشكال العنف كالتعذيب، وحظر أساليب التأثير على المتهم، ومن بينها استعمال الإكراه في حقه، وهكذا أخذ المشرع على عاتقه ضرورة صيانة كرامة المتهم وحماية حقوق الدفاع المكفولة له قانوناً، إذ جعل من التعذيب جريمة قائمة بأركانها وفق قانون رقم 04-43 الصادر سنة 2006<sup>1</sup>.

ولم يتوقف المشرع الدستوري المغربي عن هذا الحد بل صان السلامة الجسدية والمعنوية للشخص من خلال الفصل 22 ومنع المساس بها في أي ظرف، ومن قبل أي جهة كانت خاصة أو عامة، وكذا التنصيص على عدم جواز معاملة الغير تحت أي ذريعة، معاملة قاسية أو لا إنسانية أو إطاحة بالكرامة الإنسانية معتبراً أن ممارسة التعذيب بكافة أشكاله جريمة يعاقب عليها القانون<sup>2</sup>.

وإذا كان القانون يقرر للمتهم الحق في أن يلتزم الصمت بأن لا يجيب عن الأسئلة التي توجه إليه، إذ يستلزم معاملته كالشخص البريء استناداً لمبدأ قرينة البراءة، فإنه من باب أولى لا يجوز استخدام وسائل الإكراه المادي والمعنوي للتأثير عليه أثناء استجوابه، كما يمتنع الاعتداء عليه لإرغامه على الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه فالضرب أو التهديد بإلحاق الأذى به أو بأحد أقاربه، يعتبر انتهاكاً لحق المتهم في الصمت، كما حظر المشرع المغربي سوء معاملة المتهم بهدف انتزاع اعتراف منه حول المنسوب إليه، كإطالة مدة استجوابه وإرهاقه لدفعه إلى الكلام، وكذلك إغراءه بتحسين ظروفه وخداعة لدفعه إلى الاعتراف، أو استخدام الوسائل العلمية الحديثة كالتخدير أو التنويم المغناطيسي أو جهاز كشف الكذب، ومن ثم فهي وسائل غير مشروعة يحرم اللجوء إليها، فضلاً عن ذلك كله يعتبر مخالفاً لقاعدة جوهرية مقررة لمصلحة المتهم في الدفاع عن نفسه بالوسيلة التي يراها مناسبة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - القانون رقم 04-43 المتعلق بتغيير وتتميم مجموعة القانون الجنائي الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.06.20 بتاريخ 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) الجريدة الرسمية عدد 5398 بتاريخ 24 من محرم 1427 (23 فبراير 2006) ص 492.

<sup>2</sup> - الفصل 22 من الدستور المغربي.

<sup>3</sup> - فهد هادي حبتور، حق المتهم في الصمت - بمجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بنات - دمهور - العدد الثاني المجلد التاسع 2017 ص 250

كما حظرت دساتير الدول تعذيب أي شخص لحمله على الاعتراف، وسبق أن أشرنا إلى أن قانون الإجراءات الجزائية العماني والنظام الأساسي للدولة قد منعا اللجوء للتعذيب أو الإكراه بشقي أشكاله للحصول على معلومات من المتهم، باعتباره يهدم مشروعية الإجراء والدليل، كما عاقب المشرع العماني كل موظف لجأ إلى التعذيب لحمل المتهم على الاعتراف والكلام، وبالتالي يعتبر التعذيب مجرم دستورياً وقانونياً، والذي يعد ضماناً مهمة جداً للمتهم في حالة استخدام حقه في الصمت.

الجدير بالذكر أن صور الإكراه متعددة فقد تكون بصورة الإكراه المادي المتمثل في استخدام العنف والتعذيب والذي منعه المادة (41) من قانون الإجراءات الجزائية العماني، والمادة (25) من النظام الأساسي العماني، ويدخل في مفهومه كذلك التحقيق المستمر لفترات طويلة الذي يؤدي إلى إرهاق المتهم، وكذلك الحرمان من النوم أو الطعام.

وقد يتخذ الإكراه بصورة الضغط المعنوي، والذي يتمثل في التهديد والتخويف، أو الإغراء والخداع، وقد تلجأ سلطات التحقيق لبعض الوسائل الحديثة للحصول على اعتراف المتهم والتغلب على حقه في الصمت، كما في حالة أجهزة كشف الكذب، وهو أحد الأجهزة العلمية التي تهدف إلى كشف الكذب من خلال الاضطرابات والانفعالات النفسية التي تعترى الإنسان، إذا ما أثرت أعصابه أو نهبت حواسه لأي مؤثر يتأثر به كالخوف أو الشعور بالمسئولية والجرم<sup>1</sup>، حيث يرى أغلب الفقه أنه يؤثر على إرادة المتهم لأنه يحدث نوعاً من الضغط النفسي على إرادته بما يمثل إكراها معنوياً<sup>2</sup>.

وبناءً على ذلك، فإن تحريم اللجوء إلى الوسائل غير المشروعة للحصول على اعتراف المتهم يجعل من أي اعتراف يتم الحصول عليه باستخدام تلك الوسائل باطلاً ولا يعول عليه، لأن المتهم مجبر على الاعتراف.

وفي نفس السياق جرمت التشريعات الدولية اللجوء إلى الوسائل غير المشروعة لإرغام المتهم على الكلام كإساءة المعاملة والتهديد بالإيذاء الإكراه والتعذيب والتأثير النفسي وهذا ما أكدته المادة الخامسة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة 1948 تحظر إخضاع أي فرد للتعذيب ولا لعقوبات أو وسائل معاملة وحشية أو غير إنسانية أو حاطة من الكرامة البشرية، كما أن الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب الصادرة من الأمم المتحدة سنة 1984 أشارت في مادتها الأولى بأن المقصود بالتعذيب أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد جسدياً كان أم عقلياً يلحق عمداً بشخص ما بقصد الحصول من هذا الشخص أو من شخص ثالث على معلومات أو على اعتراف<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، مكتبة طريق العلم، الطبعة الثانية 1975. ص: 136 وما بعدها.

<sup>2</sup> - للمزيد خالد سلطان، مرجع سابق: ص: 253.

<sup>3</sup> - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هو وثيقة حقوق دولية تمثل الإعلان الذي تبنته الأمم المتحدة 10 ديسمبر 1948 في قصر شايوى في باريس. الإعلان يتحدث عن رأي الأمم المتحدة عن حقوق الإنسان المحمية لدى كل الناس.

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يتألف من 30 مادة ويخطط رأي الجمعية العامة بشأن حقوق الإنسان المكفولة لجميع الناس.

كما يرى جانب من الفقه أن حمل المتهم على الاعتراف باستخدام وسائل مؤذية باطلاً لا ينتج آثار قانونية أو حجة ضده<sup>1</sup>، وهذا ما أكد عليه المشرع العماني في المادة (208) من قانون الإجراءات الجزائية والتي من خلال أقر بطلان الأجراء إذا تعلق بعدم مراعاة أحكام القانون في إجراء جوهري<sup>2</sup>، كما أقر بالبطلان المطلق في المادة (209) من نفس القانون إذا تعلق الأمر بمخالفة القواعد الخاصة بالنظام العام، والتي من أهمها عدم استخدام التعذيب أو الإكراه لإجبار المتهم على الاعتراف<sup>3</sup>، كما نص المشرع على عقوبة للموظف العام الذي يستخدم التعذيب بحق المتهم وفق المادة (204) من قانون الجزاء العماني والتي جاء فيها " يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (6) ستة أشهر، ولا تزيد على (3) ثلاث سنوات كل موظف عام قام بتعذيب متهم أو أمر بذلك لحمله على الاعتراف بجريمة أو الإدلاء بمعلومات عنها".

ومن الوسائل التي ثار عليها خلاف كذلك التحليل التخديري، وهو وسيلة عملية تتمثل في حقن الشخص بعقار يؤدي إلى عدم تحكمه في أذائه العقلي والإرادي بحيث يدلي ببيانات ما كان ليقررها لو لم يستعمل معه المخدر<sup>4</sup>، ويتفق جانب كبير من الفقه على عدم مشروعية الاعتراف الناتج عن هذا التحليل التخديري لأن المتهم لا يتمتع بالإرادة الحرة أثناء الإدلاء بأقواله<sup>5</sup>.

وعليه واستناداً للمقتضيات المذكورة أعلاه، فإن اعتراف المتهم بما هو منسوب إليه أثناء تناوله العقاقير المخدرة والتي أعطيت له من قبل السلطات القضائية، فإن ذلك لا يشكل اعترافاً، لأن تناول المخدرات لم يكن بإرادة واعية، كما لم يستبعد المشرع الجنائي المغربي المسؤولية الجنائية ورتب العقاب متى ثبت أن الشخص تعاطى المخدرات باختياره ومن تلقاء نفسه طبقاً لمقتضيات الفصل 137 من القانون الجنائي والذي ينص على ما يلي: " السكر وحالات الانفعال أو الاندفاع العاطفي أو الناشئ عن تعاطي المواد المخدرة عمداً لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يعدم المسؤولية أو ينقصها".

#### المطلب الثاني: تنبيه المتهم لحقه في الصمت وعدم اتخاذه قرينه ضده.

من الطبيعي أنه لا يمكن تأكيد علم المتهمين جميعاً بالامتيازات الممنوحة لهم في القانون لاختلاف مستويات المتهمين، فالمجرم المعتاد أو ذوي الاطلاع على القانون أعلم من غيره من المجرم بالصدفة.

لذلك تؤكد القوانين على ضرورة إحاطة المتهم علماً بحقوقه أمام المحاكم، وقد أكد قانون الإجراءات الجزائية العماني على توجيه نظر المتهم بحقه في الصمت إذ نصت المادة (188) منه على " توجه المحكمة التهمة

1- توفيق محمد الشاوي، بطلان التحقيق الابتدائي بسبب التعذيب والإكراه الواقع على المتهم، دار الإسرائ، عمان، 1998، ص 9

2- التي جاء فيها " يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأي إجراء جوهري".

3 التي نصت على " إذا كان البطلان راجعاً لعدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بتشكيل المحكمة أو بولاية الحكم في الدعوى أو باختصاصها من حيث نوع الجريمة أو غير ذلك مما يتعلق بالنظام العام، جاز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى، وتقضي به المحكمة من تلقاء ذاتها".

4- أحمد محمد خليفه، مصطلح الحقيقة وجهاز كشف الكذب، المجلة الجنائية القومية، المجلد الأول، العدد الأول، مارس 1985، ص: 92

5- أنظر، حسن صادق المرصفاوي، أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، 1982، ص: 19، محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية،

دار نشر الثقافة، 1978، ص: 380

إلى المتهم بقراءتها عليه وتوضيحها له ثم يسأل عما إذا كان مذنباً أم لا، مع توجيه نظره إلى أنه غير ملزم بالكلام أو الإجابة"، ونرى أن هذا التنبيه مهم للمتهم لكي لا يدلي بأقوال يمكن أن تضر بمركزه في القضية، ومهم كذلك بالنسبة للمحقق نفسه، إذ أن إجابة المتهم على السؤال بالرغم من تنبيهه بحقه في الصمت دليل على قبوله بالإدلاء بأقواله دون ضغط أو إكراه من قبل المحقق<sup>1</sup>.

نستنتج من خلال ما سبق أن المشرع العماني نص على هذه الضمانة في مرحلة المحاكمة، ولكنه لم ينص عليها في مرحلة الاستدلال أو التحقيق الابتدائي، كما فعل المشرع المغربي الذي أكد على هذا الحق في المادة (66) من قانون المسطرة الجنائية.

من جهة أخرى لا يجوز اتخاذ صمت المتهم دليل على إدانته أو إقراراً بشيء، باعتبار أن الاعتراف يجب أن يكون واضحاً صريحاً لا لبس فيه، قاطعاً في أن المتهم يقر بارتكاب الجريمة، وهذا ما جاءت به المادة (189) من قانون الإجراءات الجزائية بقولها "...ولا يفسر سكوت المتهم أو امتناعه عن الإجابة بأنه إقرار بشيء، ولا يجوز أن يعاقب على شهادة الزور بالنسبة إلى الأقوال التي ينفي بها التهمة عن نفسه"، وهذه نتيجة منطوقية طالما كان المتهم يمارس حقه القانوني في الصمت فلا يمكن أن تفسر المحكمة ذلك كدليل ضده، أو يؤثر على قرارها، ولا يملك القاضي إمكانية إجبار المتهم على الكلام، بل كل ما يمكن أن يقوم به أن يثبت ذلك في المحضر ويستمر في التحقيق<sup>2</sup>.

ويرى بعض الفقهاء أن من مصلحة المتهم أحياناً ألا يبقى صامتاً وأن يجيب على الأسئلة التي يوجهها له القاضي، باعتبار أن المتهم يستجوب لنفي التهمة عليه والدفاع عن نفسه، وفي حالة التزامه الصارم والمطلق بحقه في الصمت قد يبقى التهمة دون نفي، كما أن مبدأ حرية القاضي الجزائي في تكوين قناعته يحد من فاعلية مباشرة الحق في الصمت، فقد يتأثر القاضي داخلياً بصمت المتهم ويكون لها أثر على قراره<sup>3</sup>.

وقد اعترض عدد من الفقهاء على هذا الضمان الذي يلزم القائم بالتحقيق أن يلفت نظر المتهم إلى حقه في أن لا يقول شيئاً، على اعتبار أنه إحياء له بالصمت يكون من نتيجته أن المذنب لن يعترف، والبريء الذي يستطيع نفي كل الشبهات عنه بكلمات قليلة قد يدفعه اضطرابه الداخلي إلى الاعتقاد بأنه يرتكب خطأ إذا لم يستعمل حقا منحه له القانون، ويؤيد الفقيه بنتمام وجهة النظر هذه، باعتبار أن البريء لن يطلب حقه في الصمت مطلقاً لأنه يريد الكلام، أما المذنب هو الذي يرغب في التزام الصمت<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - للمزيد - انظر . عباس فاضل سعيد، حق المتهم في الصمت، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 11، العدد 39، 2009، ص: 292.

<sup>2</sup> - مسوس رشيدة، استجواب المتهم من قبل قاضي التحقيق، رسالة ماجستير، إشراف الدكتور نواصر العايش، جامعة الحج لخضر، كلية الحقوق، 2005، ص: 72.

<sup>3</sup> - علاء الصاوي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، أطروحة دكتوراه إشراف الدكتور مأمون سلامة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2001، ص: 610.

<sup>4</sup> - عبد المجيد عبد الهادي السعدون، استجواب المتهم، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بغداد، 1992، ص 339

تجدد الإشارة إلى أنه في بعض الأحيان ينقل عبء الإثبات من الادعاء العام إلى المتهم، كما في جرائم المرور حيث يفترض المشرع الخطأ من المتهم، أو يفترض العلم لدى المتهم وينقل عبء الإثبات إليه كما في الجرائم الضريبية، فالمشرع في مثل هذه الحالات يفترض سوء نية المتهم مما ينقل عبء الإثبات من الادعاء العام إلى المتهم، وبالتالي إذا مارس هذا الأخير حقه في الصمت فإنه سيؤدي لا محالة إلى قناعة القاضي بالإدانة.

الجدير بالذكر أنه من الناحية العملية قد يستخدم المحقق أجهزة التسجيل لمحاولة التغلب على صمت المتهم، فهل يعتبر الإجراء قانوني؟

للإجابة على السؤال لا بد من التمييز بين أمرين، الأول إذا وقع التسجيل بعلم المتهمين يعتبر إجراء قانوني، طالما أن الضمانات المطلوبة قد روعيت فيه لتؤكد صحة التسجيلات، أما الثاني فيكون في حالة كان التسجيل الصوتي دون علم المتهمين، وهنا يرى الرأي الفقهي الراجح أنه لا يمكن الاعتماد على هذا التسجيل، على أساس أنه يجافي قواعد العدالة وتآباه مبادئ الحرية التي يكفلها النظام الأساسي، وما يتنافى مع مبدأ الحرية المكفول للأماكن والأشخاص على حد سواء، ويشترط أصحاب هذا الرأي لإقرار قانونية هذه الوسيلة وشرعية الدليل المستمد منها، أن تتوافر فيها الشروط التي يتطلبها القانون بالنسبة لمراقبة وتسجيل المكالمات الهاتفية<sup>1</sup>، وهذا ما أكد عليه المشرع العماني الذي اشترط للقيام بعملية التسجيل في مكان خاص أن يوجد إذن صادر من الادعاء العام<sup>2</sup>، كما اشترط المشرع أن يكون للتسجيل فائدة في ظهور الحقيقة في جناية أو جنحة معاقب عليها بالسجن مدة تزيد على ثلاثة أشهر، ويجب أن يكون مسببا وألا تزيد مدته على ثلاثين يوما قابلة للتجديد مدداً أخرى مماثلة إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك<sup>3</sup>.

#### الخاتمة:

يتبين لنا من خلال هذا البحث أن تبلور مفهوم حق المتهم في الصمت كان بفضل المواثيق و المؤتمرات الدولية و الإعلانات العالمية لحقوق الإنسان، الشيء الذي انعكس بالإيجاب على التشريعات الوطنية التي تبنت هذا الحق في قوانينها الداخلية، فكان له آثاره الإيجابية على المشتبه فيه، -الظنين- والمتهم خلال مراحل الدعوى العمومية، ولكن تنظيمه يختلف ما بين تشريع وآخر، حيث نص المشرع المغربي صراحة في مرحلة الاستدلال والتحقيق الابتدائي، إلا أن المشرع العماني لم ينص عليه بشكل صريح في المراحل السابقة للمحاكمة، وقد توصلنا للعديد من النتائج والتوصيات نوردتها على الشكل التالي.

<sup>1</sup> - للمزيد راجع ، سامي صادق الملا، استعمال الحيل لضبط الجناة وحجتها أمام القضاء الجنائي، مجلة الأمن العام المصرية، يوليو 1971، ص:

<sup>2</sup> - المادة (90) من قانون الإجراءات الجزائية والتي جاء فيها " لا يجوز ضبط المراسلات والبرقيات أو الاطلاع عليها أو ضبط الجرائد والمطبوعات والطرود أو تسجيل الأحاديث التي تجرى في مكان خاص أو مراقبة الهاتف أو تسجيل المكالمات بغير إذن من الادعاء العام".

<sup>3</sup> المادة (91) من قانون الإجراءات الجزائية العماني.

## النتائج

- ✓ المشرع العماني لم ينص صراحة على حق المتهم في الصمت في مرحلة الاستدلال أو مرحلة التحقيق الابتدائي.
- ✓ نطاق حق المتهم في الصمت وارد على التهم المنسوبة إليه، أما إذا تعلق الأمر ببياناته الشخصية كاسمه ومحل أقامته وسنه فلا محل لهذا الحق
- ✓ نظم المشرع المغربي حق المتهم في عدم الإدلاء بأي تصريح في قانون المسطرة الجنائية، وذلك في إطار المقترضات القانونية المرتبطة بقضاء التحقيق، و البحث التمهيدي أمام الضابطة القضائية طبقاً للمادة 66 من قانون المسطرة الجنائية.
- ✓ من أهم الضمانات التي نص عليها المشرع لحماية حق المتهم في الصمت، عدم استخدام الوسائل غير المشروعة للتغلب على صمت المتهم.
- ✓ خرق حق المتهم في عدم الإدلاء بأي تصريح في مرحلة التحقيق، يستتبع بطلان إجراءات اللاحقة بهذه المرحلة تطبيقاً للقاعدة الفقهية " ما بني على باطل فهو باطل".

## التوصيات:

- ✓ نناشد المشرع العماني على النص صراحة في قانون الإجراءات الجزائية أو في النظام الأساسي للدولة، على حق المتهم في الصمت في مرحلة الاستدلال ومرحلة التحقيق الابتدائي
- ✓ نوصي المشرع العماني على تعديل المادة (204) من قانون الجزاء التي تنص على عقوبة الموظف العام الذي يستخدم التعذيب لحمل المتهم على الاعتراف، لتصبح العقوبة المقررة للفعل تدخل ضمن خانة الجنايات، لأن العقوبة المقررة للفعل لا تحقق الردع الخاص والعام.
- ✓ نهيب بالمشرع العماني بأن يستحضر قرينة البراءة في جميع مراحل الدعوى الجزائية، وكذلك في مرحلة الاستدلال، مما يحقق ضمانات أكثر لمن يواجهون الإجراءات الجنائية بشكل عام.
- ✓ نناشد المشرع العماني أن ينص صراحة على ضرورة تنبيه المتهم لحقه في الصمت وعدم اتخاذه قرينه ضده، في مرحلة التحقيق الابتدائي كما فعل المشرع المغربي في المادة (66) من قانون المسطرة الجنائية.

## قائمة المراجع:

## المراجع العامة:

- ✓ احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، 1996.
- ✓ جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديد، 1997.
- ✓ حسن صادق المرصفاوي، أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، 1982.
- ✓ رؤوف عبيد، الإجراءات الجنائية في القانون المصري، طبعة منقحة، دار الجيل للطباعة، القاهرة، 1989.

- ✓ سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، مكتبة طريق العلم، الطبعة الثانية 1975.
- ✓ عبداللطيف بوحموش، دليل الشرطة القضائية في تحرير المحاضر وتوثيق المساطر، مطبعة الأمنية بالرباط، الطبعة الأولى 2010.
- ✓ مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الأول، دار الفكر العربي، 1988.
- ✓ محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار نشر الثقافة، 1978.

#### المراجع المتخصصة:

- ✓ توفيق محمد الشاوي، بطلان التحقيق الابتدائي بسبب التعذيب والإكراه الواقع على المتهم، دار الإسراء، عمان، 1998.
- ✓ خالد رمضان سلطان، الحق في الصمت أثناء التحقيقات الجنائية، دار النهضة العربية، 20119.
- ✓ عبد الحميد الشواربي، الإخلال عبر الدفاع في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف، 1989.

#### الأطروحات والرسائل:

- ✓ خولة شفيق، ضمانات المتهم خلال إجراءات التحقيق الإعدادي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، سنة 2009-2010
- ✓ عبد المجيد عبد الهادي السعدون، استجواب المتهم، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بغداد، 1992.
- ✓ علاء الصاوي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، أطروحة دكتوراه إشراف الدكتور مأمون سلامة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2001.
- ✓ مسوس رشيدة، استجواب المتهم من قبل قاضي التحقيق، رسالة ماجستير، إشراف الدكتور نواصر العايش، جامعة الحج لخضر، كلية الحقوق، 2005.

#### المقالات:

- ✓ أحمد محمد خليفه، مصل الحقيقة وجهاز كشف الكذب، المجلة الجنائية القومية، المجلد الأول، العدد الأول، مارس 1985
- ✓ سامي صادق الملا، استعمال الحيل لضبط الجناة وحجتها أمام القضاء الجنائي، مجلة الأمن العام المصرية، يوليو 1971.
- ✓ عزيز لعويسي الحق في التزام الصمت أمام الضابطة القضائية بين التشريع و الواقع مقال منشور هسبريس بتاريخ 17 دجنبر 2017
- ✓ عباس فاضل سعيد، حق المتهم في الصمت، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 11، العدد 39، 2009،

- ✓ فهد هادي حبتور، حق المتهم في الصمت- بمجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بنات -دمنهور-العدد الثاني المجلد التاسع 2017.
- ✓ محمد الجيراري الحق في الصمت أثناء البحث التمهيدي التلبسي ، مقال منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية و الإدارية 01 سبتمبر 2021.

## الحق في الصحة في الاتفاقيات الدولية والتشريع الجزائري

Le droit à la santé dans les conventions internationales et en droit Algerien

د. حسينة لعزيمي (جامعة الجزائر 1) Dr Lazizi Hacina

### Résumé:

On entend par le droit à la santé, un ensemble de mesures fixées par l'Etat pour prévenir et traiter les maladies ,en particulier la lutte contre l'épidémie par tous les moyens disponibles, financièrement en assurant des vaccinations appropriées , et moralement en sensibilisant les citoyens à travers les médias , établissements d'enseignement et autres ..,et Créer les conditions du développement et de la sécurisation d'un système de santé intégré ,établir des procédures spéciales pour la sécurité de l'environnement , et s'abstenir de tout ce qui pourrait constituer une menace pour sa santé en préservant les autres droit fondamentaux tels que le droit à l'intégrité du corps et de l'esprit , et le droit à la vie et autres .., Il ne doit y avoir aucune discrimination entre les personnes dans la jouissance de ce droit sur la base de la richesse, du statut ou de l'appartenance sociale , tout en assurant autant que possible l'assurance maladie et la gratuité des soins pour les nécessiteux , et la législation internationale à également contribué à travers les conventions et les traités internationaux à la consécration de ce droit , et nul n'est privé de bénéficier de services et de soins de santé , et obligeant tous les pays signataires à développer un système de santé intégré .

**Mots- clés :** prévention, système de santé, assurance maladies.

## ملخص :

المقصود بالحق في الصحة، الحق في مجموعة من الإجراءات القانونية التي تضعها الدولة للوقاية من الأمراض ومعالجتها، لا سيما محاربة الوباء بكل الوسائل المتاحة ماديا بتوفير اللقاحات المناسبة و معنويا برفع درجة التوعية بين المواطنين عبر وسائل الإعلام و المؤسسات لتربوية وغيرها ، و تهيئة الظروف الخاصة بالتنمية وتأمين نظام صحي و طبي شامل ، ووضع إجراءات خاصة بسلامة البيئة و المحيط ، و الامتناع عن كل ما من شأنه أن يشكل تهديدا لصحته بالحفاظ على الحقوق الأساسية الأخرى كالحق في سلامة الجسد والعقل و الحق في الحياة وغيرها... ، ويجب أن لا يكون هناك تمييز بين الأشخاص في التمتع بهذا الحق على أساس الثروة ، أو المركز أو الانتماء الاجتماعي ، مع توفير قدر الإمكان الضمان الصحي و العلاج المجاني للمعوزين ، كما ساهم التشريع الدولي عبر اتفاقيات و معاهدات دولية في تكريس هذا الحق ، و عدم حرمان أي شخص من التمتع بالخدمات والرعاية الصحية ، و إلزام كل الدول المصادقة عليها بوضع منظومة صحية متكاملة.

الكلمات المفتاحية:الوقاية، منظومة صحية ، العلاج .

## المقدمة:

تعرف الصحة اصطلاحا بأنها حالة التوازن النسبي لوظائف الجسم الناجمة عن تكييفه مع عوامل البيئة المحيطة ، و هو مفهوم فيه دلالة على اتساع أبعادها و اعتماد تعزيزها و الارتقاء بها على السلامة و الكفاءة الجسمية و العقلية و ارتباطها بالسياق الاجتماعي و الثقافي و العلاقات مع الغير، بمعنى مكافئة و التوافق بين صحة الجسم و النفس و المجتمع في إطار القيم السائدة فيه<sup>1</sup>، و قد وصفته المنظمة العالمية للصحة في المادة الأولى منه<sup>2</sup> بأنها " حالة من اكتمال السلامة بدنيا و عقليا و اجتماعيا ، لا مجرد الخلو من المرض أو العجز " ، و جعل كل الشعوب تصل إلى أعلى مستوى ممكن من الصحة بتظافر مجموعة من العوامل المواتية تتعلق بالبيئة التي يقضي فيها الإنسان حياته ، فتأكد الصحة كحق و علاقته مع حقوق أخرى هي السبيل الوحيد لتفعيله و تحديد مختلف العوامل التي تساهم في تحقيقه ، لذلك أي تصور فضفاض لا يساعد على ادماج الحق في الصحة ضمن مفاهيم ذات قيمة تشريعية<sup>3</sup>.

وبناء عليه فإن الحق في الصحة يتميز بالتغيير السريع ، بحيث يتخذ أشكالا عدة ، فهو يتطور مثلما تتطور القواعد المؤسسة له ، والتي تعتبر خليط من القانون العام و القانون الخاص ، فالحق في الصحة هجين

<sup>1</sup> - إحسان محاسنة ، البيئة و الصحة العامة ، دار الشروق ، بدون تاريخ ، ص 71 .

<sup>2</sup> - هذا التعريف ورد أثناء أشغال الندوة العالمية المنعقدة بنيويورك بتاريخ 1946/07/22 .

<sup>3</sup> - La santé publique , état physiquement sain de la population d'un pays , d'une région ou d'une ville

G. Cornu :Vocabulaire de droit , presse universitaire de France , delta , 1987 , p744-745 .

لمختلف الشعب الأساسية للقانون ، وبخاصة القانون المدني و القانون الإداري ، كما تعززها بعض الاحكام في القانون الدستوري ، ونصوص الاتفاقيات والمنظمات الدولية التي بفضلها أصبح له وجود قانوني<sup>1</sup>. على الرغم من المجهودات الدولية و المحلية المبذولة التي تبعث على الأمل في تحسين الأوضاع الصحية ، إلا أن هناك أسباب تدعو للقلق نتيجة ما يحصل من تطور و تقدم في مختلف المجالات و التي قد تكون له تبعات صحية يصعب التحكم فيها، إما ناتجة عن إهمال أو تقصير من طرف الأفراد أو المؤسسات التي يعملون فيها، أو عن المحيط البيئي الذي يعيشون فيه، وما يحدث الآن من انتشار للأوبئة و الأمراض و التجارب العلمية والبيولوجية و تأثيرها الوخيم على البيئة و الإنسان و انتشار أو نشر المتعمد للفيروسات الفتاكة على غرار كوفيد 19 الذي مازالت البشرية تعاني من آثاره ، دليل على الاستهانة بهذا الحق ، بتعريض صحة البشر و المحيط للأمراض، وهشاشة المنظومة الصحية الدولية و الوطنية على حد سواء<sup>2</sup>. لذلك يجب التعرض إلى ماهية هذا الحق و حمايته في التشريع الدولي (المبحث الأول) الذي يسمو على كل نص قانوني وطني ، ثم نتعرض إلى تعزيز جوهر هذا الحق و قيمته و تفعيله و تكريسه و حمايته في مختلف النصوص التشريعية الجزائرية (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: ماهية حق الصحة و حمايته في التشريع الدولي

للصحة ارتباط وثيق بالحياة لكونها من مقوماتها، و حمايتها تدخل في دائرة حقوق الإنسان لاتصاله بأحد الحقوق التي تعتبر أساس للحقوق الإنسان جميعا و هو الحق في الحياة ، فحماية هذا الحق شرط لازم لحماية حق الإنسان في الحياة و أساس لتأمين ممارسة دوره فيها، لذلك سنتعرض لماهية الحق في الصحة في المواثيق الدولية (المطلب الأول)، ثم نتعرض لحمايته دوليا و ضمانات هذه الحماية (المطلب الثاني)

### المطلب الأول : ماهية الحق في الصحة في المواثيق الدولية

لقد عرف دستور منظمة الصحة لعالمية لسنة 1948 الصحة بأنها حالة من اكتمال السلامة بدنيا و عقليا و اجتماعيا ، لا مجرد انعدام المرض أو العجز ، و أن التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه، و هو أحد الحقوق الأساسية لكل إنسان دون تمييز بسبب العنصر أو الدين أو العقيدة السياسية، أو الحالة الاقتصادية، أو الاجتماعية<sup>3</sup>.

أما الحق في الصحة كحق إنساني أساسي فهو يدخل ضمن الحقوق الاجتماعية و الاقتصادية و الثقافية فلكل شخص الحق في التمتع بالصحة الجسدية و النفسية و العقلية ، فقد جاء في الاعلان العالمي لحقوق

<sup>1</sup>-V, Anne Laude , Bernard Mathieu et Didier Tabuteau : Droit de la santé, thémis droit ; puf, France , 2007, p1-5.

<sup>2</sup>-V. Melik Ozen ibid, p 3

<sup>3</sup>- ينظر ديباجة دستور منظمة الصحة العالمية لسنة 1948 الموقع <http://mawdoo3.com>

الانسان لسنة 1948 أن " لكل شخص الحق في مستوى من المعيشة كاف لضمان الصحة و الرفاهية له ولأسرته، و خاصة على صعيد المأكل و الملابس و المسكن و العناية الطبية و الخدمات الطبية الضرورية ..<sup>1</sup>.

كما جاء في تعليق العام رقم 14 لسنة 2000 الصادر عن لجنة الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية أن الحق في الصحة مفهوم شامل، لا يقتصر على الرعاية الصحية المناسبة فحسب، بل يشمل أيضا المقومات الأساسية للصحة، مثل الحصول على المياه الصالحة للشرب، و الخدمات الصحية الملائمة، و الغذاء الآمن، و المسكن الكافي، و توفير الظروف المهنية و البيئية الصحية، و الحصول على الثقافة و المعلومات المتصلة بالصحة، كما يشتمل كذلك على الحريات و الاستحقاقات فأما الحريات فتعني حق المرء في التحكم في صحته بما ذلك الحق في الخضوع للعلاج الطبي، و التجارب الطبية دون رضی المريض<sup>2</sup>، بينما يقصد بالاستحقاقات الحق في نظام الحماية الصحية يتيح للجميع فرص متساوية للتمتع بأعلى مستوى ممكن بلوغه في مجال الصحة، على غرار الحق في الوقاية و العلاج و مكافحة الأمراض، و الحصول على الأدوية، صحة الأمومة و الطفولة...، الوصول إلى الخدمات الصحية الأساسية على قدم المساواة و في الوقت المناسب، توفير التثقيف و المعلومات فيما يتعلق بالصحة، مشاركة السكان في صنع القرارات المتصلة بالصحة على الصعيدين الوطني و المجتمعي، كما يقتضي الحق في الصحة توفير الخدمات، و السلع، و التسهيلات الصحية للجميع بدون أي تمييز مع إمكانية الوصول إليها، و أن تكون مقبولة ذات نوعية جيدة<sup>3</sup>، لذلك سنتعرض لعناصر هذا الحق (الفرع الأول)، و علاقته بالحقوق الأساسية الأخرى (الفرع الثاني)،

#### الفرع الأول: عناصر الحق في الصحة: يمكن أن نختصرها في 4:

إمكانية الوصول: أي وصول الجميع لكل المرافق الصحية و الخدمات دون تمييز، بما في ذلك الأشخاص و الفئات الأضعف (كالأشخاص ذوي الإعاقة و الأطفال)، و إمكانية الوصول إلى المعلومات، تحمل النفقات أو تكاليف العلاج خاصة الفئات الفقيرة و المعوزة من السكان.

الجودة: بمعنى أن تكون الخدمات المتوفرة ذات جودة علميا و طبيا و أن تكون المعدات و الأدوية المعتمدة غير منتهية الصلاحية.

الوفرة: بمعنى وجود عدد كاف من المرافق الصحية و الخدمات و الأدوية الأساسية، و المياه الصالحة للشرب، و مرافق الصرف الصحي و غيرها ...

<sup>1</sup>- ينظر المادة 25 من هذا الإعلان.

<sup>2</sup>- لجنة الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية، الفقرة 8 و 11 من التعليق العام رقم 14، الدورة 22 المنعقدة في 10/22 / 2000 جامعة مينسوتا.

<sup>3</sup>- مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، الحق في الصحة، صحيفة الوقائع رقم 31، الأمم المتحدة، نيويورك و جنيف، 2008، ص 4.

**القبول:** يجب أن تحترم كل المرافق وخدمات ثقافة المنطقة ، والأقليات والمجتمعات ، وحساسة لمتطلبات الجنسين ، وأن تحترم السرية<sup>1</sup>.

**الفرع الثاني: علاقة حق الصحة بالحقوق الأخرى:** إن حقوق الإنسان مترابطة ومتشابكة لا يمكن فصلها عن بعضها ، فأى خلل في إحدى الحقوق ستكون له نتائج وخيمة على الحقوق الأخرى ، فانتهك الحق في الصحة الذي يعد مداراً لجل الحقوق من بينها الحق في الحياة و الغذاء و السكن و العمل و التعليم و الحياة ، يؤدي إلى اختلال ونقص فعالية الحقوق الأخرى ، كالحق في العمل و الحق في التعليم و العكس صحيح<sup>2</sup>، كما أن العلاقة بين الصحة وحقوق الإنسان الأخرى كما يقول " جونتان مان " علاقة ميكانيكية غير قابلة للفصل ، كما يعتبر الصحة وحقوق الإنسان نهجين متكاملين تتحدد من خلالهما رفاهية الإنسان و ينهضان بها<sup>3</sup>.

**المطلب الثاني: حماية هذا الحق و ضمانات هذه الحماية في المواثيق الدولية:** إن المقصود بالحماية الدولية هي مساعدة الشخص بوقايته من الاعتداء ، أو سوء المعاملة أو الخطر لتلبية حاجة الإنسان إلى الأمان ، والحفاظ عليه و الدفاع عنه<sup>4</sup>

أما الحماية الدولية لحقوق الإنسان فهي مجموعة من الإجراءات التي تقوم بها الهيئات الدولية المختلفة تجاه دولة ما ، بغية التحقق من مدى التزامها بتطبيق ما تعهدت به في الاتفاقية الدولية ، والكشف عن الانتهاكات ، ووضع مقترحات أو اتخاذ الإجراءات الكفيلة بصد و منع هذه الانتهاكات ، بغية تحسين أوضاع حقوق الإنسان في الدولة موضع الدراسة ، أو معاقبة مرتكبي انتهاكات حقوق الإنسان<sup>5</sup>

أما الحماية في مجال حماية الحق في الصحة فتشمل كل الآليات والإجراءات وأوجه الرقابة المختلفة ، خاصة التي تم النص عليها في المواثيق و الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان ، كما هو الأمر مع الأجهزة واللجان الرقابية المنشأة بمقتضى هذه الاتفاقيات ، وما تقوم به من اجراءات كنظام التقارير والشكوى والتحقق ، وكل ذلك للوقوف على مدى تطبيق الدول لتعهداتها و تجسيد حقوق الإنسان ، وما يترتب على ذلك من تدابير لوقف الخروقات والانتهاكات ، وقد تصل هذه التدابير إلى حد إحالة مرتكبي هذه الانتهاكات إلى المحاكم وتقرير العقوبات المناسبة عليهم<sup>6</sup> ، فيجب من أجل تفعيل هذا الحق و ضمان احترامه و تطبيقه من طرف الدول التي اعترفت به بتصديقها على نصوص المواثيق الدولية المتعلقة بالصحة و الحفاظ عليها وحمايتها (الفرع الأول) ، مع تقديم ضمانات لتطبيقه (الفرع الثاني).

<sup>1</sup>- رانيا(توفيق) ، الحق في الصحة ، كتيب تعريفى بهذا الحق ، ط 1 ، 2018 ، ص 8 .

<sup>2</sup>-مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ، صحيفة الوقائع رقم 31 ، ص 6 .

<sup>3</sup>- ويكيبيديا ، الحق في الصحة ، الموقع <http://ar.wikipedia.org/wiki>

-عمر سعد الله ، معجم في القانون الدولي المعاصر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط 1 ، 2005 ، ص 213 .

- لى عبد الباقي محمود الغراوي، القيمة القانونية لقرارات مجلس الأمن الدولي في مجال حماية حقوق الإنسان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، ط 1 ، 2009 ، ص 113 .

1 -مروك جنيدي ، الحماية الدولية للحق في الصحة مقال في مجلة حوليات جامعة الجزائر 1 ، المجلد 35 / العدد 4 السنة 2004 ، ص 137-156

الفرع الأول: اعتراف الدولي والالتزام باحترام الحق في الصحة. إن معظم الدول تعد طرفا في المواثيق والاتفاقيات الدولية، ومنه فإن الاعتراف بما جاء فيها من مبادئ وأحكام وتوصيات طوعية و اختيارا منها يعد من أهم الضمانات لاحترام هذه الحقوق لا سيما الحق في الصحة لذلك يقع عليها عبء الالتزام بنصوصها وتطبيق ما جاء فيها من بين هذه المواثيق والاتفاقيات الدولية التي تناولت هذا الحق:

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948: و هي أول وثيقة دولية تتناول حقوق الإنسان بصورة مفصلة، و قد تناول حماية الحق في الصحة في المادة 25 منه حيث جاء فيها " لكل شخص الحق في مستوى معيشة يكفي لضمان الصحة و الرفاهة له و لأسرته ، و خاصة على صعيد المأكل و الملبس و المسكن و الملابس والعناية الطبية و على صعيد الخدمات الاجتماعية الضرورية <sup>1</sup>

اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989:<sup>2</sup> تمثل هذه الاتفاقية ضمانة دولية لحماية لحماية حق الإنسان في الصحة لا سيما الأطفال باعتبارهم من مواطني الدولة ، و لهم الحق في التمتع مثل كافة الأفراد بحقوقهم، وهذا من خلال مواد عديدة منها: المادة 6 و 19 و 20 و 23 و كذا المادة 24 منها .

فقد جاء في المادة 2' منها على أن الدول تعترف بحق الطفل في التمتع بأعلى مستوى صحي يمكن بلوغه، وبحقه في مرافق علاج الأمراض و إعادة التأهيل الصحي ، وتبذل الدول قصارى جهدها لتضمن ألا يحرم أي الطفل من حقه في الحصول على خدمات الرعاية الصحية هذه ،

كما تتابع الدول الأطراف أعمال هذا الحق كاملا و تتخذ بوجه خاص التدابير المناسبة من أجل خفض نسبة وفيات الرضع و الأطفال، وكفالة توفير المساعدة الطبية والرعاية الصحية اللازمين لجميع الأطفال مع التشديد على تطوير الرعاية الصحية الأولية، و كفالة الرعاية الصحية المناسبة للأمهات قبل الولادة و بعدها، وتزويد جميع قطاعات المجتمع، لا سيما الوالدين والطفل بالمعلومات الأساسية المتعلقة بصحة الطفل وتغذيته، ومزايا الرضاعة الطبيعية، ومبادئ حفظ الصحة و الإصحاح البيئي..

كما تتعهد الدول الأطراف بتعزيز و تشجيع التعاون الدولي من أجل التوصل بشكل تدريجي إلى الأعمال التدريجي لهذا الحق المعترف به في هذه المادة .

الميثاق العربي لحقوق الإنسان: اعتمد هذا الميثاق من قبل القمة العربية السادسة عشر المنعقدة في تونس في 2004/05/23، و قد تعرض لهذا الحق و ضرورة حمايته لا سيما في المادة 39 منه حيث جاء فيها بأن الدول الاطراف تقرر بحق كل فرد في المجتمع بالتمتع بأعلى مستوى من الصحة البدنية والعقلية يمكن بلوغه ، وفي حصول المواطن مجانا على خدمات الرعاية الصحية الأساسية، وعلى المرافق العلاج من دون أي نوع من أنواع التمييز .

كما تشمل بعض الخطوات التي تتخذها الدول الأطراف في هذا الشأن منها:

2- المادة 25 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1948/12/10 .

3- محمد شريف بسيوني ، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان ، دار الشروق القاهرة ، المجلد الأول ، ط 1 ، 2003 ، ص 385 .

تطوير الرعاية الصحية الأولية، و ضمان مجانية و سهولة الوصول إلى المراكز التي تقدم هذه الخدمات ...، والعمل على مكافحة الأمراض ...، ونشر الوعي والتثقيف الصحي ..

### الفرع الثاني: الضمانات الدولية لحماية الحق في الصحة

لقد تعرضنا للاعتراف الدولي بنصوص المواثيق والاتفاقيات الدولية التي أصبحت طرفاً فيها لا سيما ما تعلق بالحق في الصحة و حمايته عبر تسخير الوسائل المادية، و نشر الوعي الصحي ، و تعزيز مبدأ العلاج للجميع، دون التفرقة بين المواطنين على أساس مستواهم المعيشي أو العلي أو المادي ن أو أصلهم و عقيدتهم ...، فبالإضافة إلى الاعتراف كنوع من الضمانات ، هناك الضمانات المؤسسية التي رسخت حماية هذا الحق وهي كثيرة و لكننا سنقتصر على منظمة الصحة العالمية OMS التي تعد إحدى وكالات الأمم المتحدة المتخصصة فقد تأسست بعد دخول دستورها حيز التنفيذ في 1948/04/07<sup>1</sup>، ومقرها الرئيسي جنيف و كان الهدف من إنشائها وفقاً لدستورها ، أن تبلغ جميع الشعوب أرفع مستوى صحي ممكن ، كما أشارت المادة 2 من دستورها بأن هذه المنظمة تهدف إلى العمل كسلطة توجيه و التنسيق في ميدان العمل الصحي الدولي، وإقامة تعاون فعال مع الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة والإدارات الصحية الحكومية والجماعات المهنية وغير ذلك من المنظمات ، ومساعدة الحكومات بناء على طلبها في تعزيز الخدمات الصحية ، إنشاء ما يلزم من الخدمات الإدارية والفنية ، بما في ذلك الخدمات الوبائية والإحصائية والحفاظ عليها ، وكذا تشجيع و استحداث الجهود الرامية إلى استئصال الأمراض الوبائية و غيرها من الأمراض<sup>2</sup>

وما يجعل منظمة الصحة العالمية تشكل أحد الضمانات المؤسسية ، هو انضمام جل دول العالم إليها والمصادقة على دستورها الذي تعهدت فيه الدول الأطراف بتحقيق مستلزمات ما تضمنه من أحكام<sup>3</sup>.

ويتمحور هدف المنظمة العالمية للصحة أيضاً في مساعدة الحكومات في تقوية المصالح الصحية مع إعلام وتوعية و تحسين الصحة والوقاية من الأمراض، ورعاية الأمومة، وكذا تشجيع التعاون بين الباحثين في المجالين الصحي و المهني، مع التأسيس للمعايير العلمية للمنتجات الطبية و الصيدلانية ، فالصحة التي تدعو إليها هذه المنظمة هي وضع برنامج يخدم الصحة الأفراد والمجتمع على حد سواء<sup>4</sup>.

وقد أكدت الخطة الاستراتيجية متوسطة الأمد للأعوام 2008-2013 لمنظمة الصحة العامة على أهمية تضمين دساتير الدول وقوانينها نصوصاً تتعلق بالصحة، ويعد وجود هذه النصوص مؤشراً على تقدم هذه الدول من الناحية الصحية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>-محمد شريف بسيوني / المرجع السابق ، ص 320.

<sup>2</sup>- تم إقرار الدستور لمنظمة الصحة العالمية في مؤتمر الصحة العالمية في مؤتمر الصحة الدولي الذي عقد في نيويورك في 19/06/1946.

- فقد جاء في ديباجتها ما يلي " و إذ تقبل الأطراف المتعاقدة هذه المبادئ ، و بغية تحقيق التعاون فيما بينها ز مع غيرها ، لتحسين و حماية صحة الشعوب، و نوافق على هذا الدستور و تنشئ بمقتضاه منظمة الصحة العالمية..."<sup>3</sup>

<sup>4</sup>-V.MelikOzen :le droit à la santé, une collection de programme de droits humains du centre Europe – tiers Monde(CETIM), p04.

شبكة النبا المعلوماتية303/haelth@m.annabaa.arabic://http<sup>5</sup>

## المبحث الثاني: تحديد مضمون الحق في الصحة في التشريع الجزائري

إن الدستور الجزائري لا يضمن الصحة ، وإنما يضمن حماية ورعاية الصحة وهما أمران مختلفان<sup>1</sup> وقد تم تفعيل هذا على مستوى التشريعات لعادية المتعلقة بالصحة الصادر في 2018 المعدل ، فهو لا يسعى فقط لتكريس الأحكام العامة المتعلقة بسير وعمل المنظومة الصحية، ككل وإنما أيضا يهدف أيضا إلى تجسيد حقوق وواجبات المواطنين في مجال الصحة<sup>2</sup> وهو ضمان الوقاية وحماية الأشخاص بالصحة<sup>3</sup> ، وكذا إعداد السياسة الوطنية للصحة و تحديد الأولويات الصحية التي يجب أن تستفيد من برنامج الصحة العمومية عبر إنشاء مرصد وطني للصحة<sup>4</sup> ، وقد عبر عنه المشرع المصري ب أحسن وضعية صحية يستطيع الفرد الوصول إليها<sup>5</sup> ، فيجب تحديد مضمون الحق في الصحة (المطلب الأول) ، وضمان فعالية هذا الحق في التشريع الجزائري (المطلب الثاني)

**المطلب الأول: تحديد مضمون الحق في الصحة:** إن مصدر الحق غالبا ما يستخلص من نص قانوني فالحق في الصحة قد جاء في نص 62 و 63 و 66 مكرر 1، 64 من الدستور الصادر في 1996 المعدل<sup>6</sup> ، إلا أنه يوصف بأنه عام ، فهو أقرب إلى الإعلان منه إلى الوصف ،بينما تناول قانون الصحة باعتباره نص خاص في المادة الأولى منه أن قانون الصحة يهدف إلى تجسيد حقوق وواجبات المواطنين في مجال الصحة ، و جاءت المادة 12 لتؤكد تجسيد هذا الحق بقولها "تساهم الدولة على ضمان تجسيد الحق في الصحة كحق أساسي للإنسان على كل المستويات عبر انتشار القطاع العمومي لتغطية كامل التراب الوطني" و هذا دون أن تأخذ عناء التعريف بهذا الحق فاكتفت بتحديد الأهداف التي تنوي تحقيقها و هي الحفاظ و ترقية و الوقاية من الأمراض و الحصول على العلاج و ضمان استمرارية الخدمة العمومية للصحة و الامن الصحي ، و كذا حماية المستهلك ، و حفظ المحيط ، كما تضمن العلاج المجاني لكل المواطنين على المستوى الوطني ، و المساواة في الحصول على العلاج ، و قد اختصت المادة 14 دور الدولة في تحقيق الحق للصحة للمواطنين وهو ضمان الوقاية و الحماية و الترقية في مجال الصحة "

فمحتوى مبدأ الحق في الصحة في نصوص قانون 2018 يتضمن بعدين: البعد الفردي و الجماعي ، والبعد الوقائي و العلاجي (الفرع الأول) ، كما يجب تحديد طبيعة الحق في الصحة في هذه المادة (الفرع الثاني)

**الفرع الأول: أبعاد مبدأ الحق في الصحة في التشريع الجزائري:** يمكن حصر الأبعاد التي تستنبط من هذه القانون في بعدين: البعد الفردي و الجماعي (أولا) ، و البعد الوقائي و العلاجي (ثانيا)

1-تنص المادة 54 ف 1 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل و المتمم على أن "...الرعاية الصحية حق للمواطنين .."

2- المادة الأولى من قانون الصحة رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق ل 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة<sup>2</sup>

3-V,Abdelkrim Soulimaine: La loi de la santé publique en Algérie et en France. santé publique 2004/4,N°44,p639-640.

4-ف1 من المادة 11 من قانون الصحة لسنة 2018.

5-لقد أكد الدستور المصري في المادة 16 كفاءة الدولة للخدمات الثقافية و الاجتماعية و الصحية ، و كفاءتها لخدمات التأمين الاجتماعي.

6- يجدر التنويه أن الدستور الجزائري الصادر في 1996 قد عدل عدة مرات في 2002 و 2008 و 2016 و 2020.

**أولاً: البعد الفردي والجماعي:** إن صيغة المواد المذكورة جاءت عامة تضمن رعاية الصحة للجميع، لكن ليس هناك ما يوحي إن كان مصطلح "لكل" موجه للمجموعة عامة أو للأفراد الذين يكونونها، أم أنها تخاطب الكل أم كل فرد على حدى؟ ففي نص المادة 1 ف2 من قانون الصحة لسنة 2018<sup>1</sup> نلاحظ أنها تخاطب الجميع بقولها يضمن الوقاية و حماية صحة الأشخاص و الحفاظ عليها و استعادتها و ترقيتها ضمن احترام الكرامة و الحرية و السلامة و الحياة الخاصة، " و أيضا في المادة الثالثة الفقرة الأولى منه حيث جاء فيها " تتمثل الأهداف في مجال الصحة في حماية صحة المواطنين عبر المساواة في الحصول على العلاج و ضمان استمرارية الخدمة العمومية للصحة و الأمن الصحي، بينما في المادة 2 منه فهي تخاطب الفرد بقولها "تساهم حماية الصحة و ترقيتها في الراحة النفسية والاجتماعية للشخص و رقيه في المجتمع، و تشكلان عاملا أساسيا في التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

ما يلاحظ أن أغلب القوانين المتعلقة بعامل الصحة العمومية لا سيما عند حصرها، تكون في فائدة الأفراد باسم الصحة للجميع، و يبدو أن مضمون قانون الصحة في هذا الإطار يخضع للمصلحة العامة، و يركز على الجماعة منه على الفرد، وهو ما يتطلب تدخل السلطات العمومية للحماية الجماعية ضد الأخطار التي تهددهم<sup>2</sup>.

إن تحديد البعد الشخصي للمبدأ و توضيحه ليس معناه أبدا تأكيد وجود قانون شخصي للعيش في صحة جيدة تسمح لكل واحد بالاستمتاع به و لكن هي دعوة لإيجاد نوع من المساواة بين الأفراد في هذا المجال أي في الحصول على العلاج و ضمان استمرارية و الخدمة العمومية للصحة و الأمن الصحي، هو ما أكدته المواد 3 ف1 و 2،، و كذا المادة 16 من نفس القانون التي تؤكد على مساواة المواطنين في الحصول على الخدمات الصحية و إزالة الفوارق بينهم في الاستفادة من مرفق الصحة<sup>3</sup> و إلا سيفتح مجال للنزاعات الفردية التي قد تنشأ عن بعض الأخطاء في العمل الطبي، فالقانون المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها قد حدد مسؤولية الطبيب والجراح و صيدلي عن أي تقصير خلال ممارسة مهامهم إذا ألحق ضررا بالمرضى مهما كان نوعه، و إذا لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر تكفي تطبيق العقوبات التأديبية، كما توجب المؤسسات الصحية المدنية و كل الأعضاء السلك الطبي و الشبه الطبي و الصيدلانية، و الممارسين لحسابهم الاكتتاب لتأمين و تغطية مسؤولياتهم<sup>4</sup>.

**ثانيا: البعد الوقائي والعلاجي:** إن الحق لا يمكن أن ينظر إليه على أنه الحق في الصحة فقط و إنما هو أيضا الحق في العلاج و يتضمن أيضا الوقاية من المرض، فالنص الدستوري قد نص على "الرعاية الصحية

-قانون رقم 11-18 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 هـ الموافق ل2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة..<sup>1</sup>

-ف>1 من المادة 16 من قانون الصحة لسنة 2018.<sup>3</sup>

- ينظر نص المادة 167 من قانون التأمينات لسنة 1995<sup>4</sup>

حق...تكفل الدولة بالوقاية..." و الرعاية تعني الحفاظ و الحماية و التأمين من المخاطر ، فحماية الصحة أولا وقبل كل شيء هي العمل على عدم التعرض للأذى.<sup>1</sup>

فالمواد الأولى و 2 و 3 من قانون الصحة لسنة 2018 و ما يلزمها تؤكد البعد الوقائي ، فقد نصت الفقرة 2 من المادة الأولى أنه " يرمي " هذا القانون " إلى ضمان الوقاية وحماية صحة الأشخاص والحفاظ عليها واستعادتها وترقيتها...." ، الأمر الذي جعل أهمية الوقاية الصحية أحد مقومات منظومة الصحة ، بحيث تحرص الجماعات المحلية ممثلة في الولاية و مستوئي الهيئات العمومية والمصالح الصحية ورؤساء المجالس الشعبية البلدية على التكفل في الوقت المناسب باتخاذهم التدابير التي تحول دون انتشار الأوبئة والقضاء عليها<sup>2</sup> ، يضاف إليها مصالحي رقابية على مستوى الحدود<sup>3</sup>

إن فكرة الوقاية تطرح بجدة حاليا من خلال تطور الأمراض المعدية و الجرثومية و محدودية وسائل العلاج اللذان يفرضان الرجوع إلى أساليب وقائية جديدة تفاديا لمضاعفات صحية لا يمكن الحكم فيها فالحق في الصحة يقوم على عاملين ، إحداهما الحفاظ على الصحة التي هي رأس المال الذي ورثه الفرد و الثاني ، إعادتها إلى وضعها الطبيعي إن هي تعرضت للأذى ، فالأول حماية من المرض و الثاني توفير مصدر للعلاج<sup>4</sup>.

إن المشكل الذي يطرح هنا هو تجسيد البعدين الوقائي والعلاجي ، فالبعد العلاجي يمكن حصره عكس البعد الوقائي ، فقانون الصحة العمومية من جهته صورة غير متساوية للبعدين ، ومن البديهي أن تتضمن حماية الصحة مجموعة من التدابير التي تتجه نحو المراقبة و توخي الأخطار البوائية ، والنشاطات التي تستدعي اليقظة عبر تحليل البيئة و مراقبة التلوث<sup>5</sup> ، ويتوسط البعدان الأمن الصحي والذي يعرف بأنه "أمن الأشخاص ضد الأخطار المرضية بكل أنواعها ، كالأخطار المرتبطة باختيار العلاج ، العمل الوقائي ، التشخيص والعلاج، فقرارات السلطات الصحية تهدف إلى تخفيف الأخطار البوائية، والحوادث المرتبطة بالعلاج والتشخيص كحل وقائي<sup>6</sup>.

وتعد كل الأحكام والقوانين تجسيدا فعليا لما جاءت به المنظومة الصحية في مجال حماية الصحة العمومية، خاصة في ظل انتشار الإنتاج والتوزيع الواسع للسلع ، الذي جعل دائرة الأضرار تمتد لتشمل إقليميا بأكمله ، وتتم الحماية لصحة الحيوان والنبات من الأخطار الناشئة عند دخول أو انتشار الأوبئة و الأمراض، أو تلك

1- Labrunée-Lise cassaux, Le Droit à la santé, Dalloz, France, 2005, p699. 9ème édition.

2- ينظر في ذلك المادة 69 من قانون البلدية التي تتناول مهام رئيس المجلس الشعبي البلدي.

3- قانون الصحة لسنة 2018.

4- وفي هذا الصدد تنص المادة 27 من قانون الصحة و ترقيتها النلغى " تستهدف الوقاية العامة تحقيق المهام التالية :

اتقاء أمراض و الجروح و الحوادث ، الكشف عن الأعراض المرضية في الوقت المناسب لمنع حدوث المرض ، الحيلولة دون تفاقم المرض لدى حدوثه، تفاديا للأثار المزممة و تحقيقا لإعادة تكييف سليم.

و هذا ما تضمنه الفصل الثاني من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

الناتجة على المواد الضارة ، أو الملوثات أو السموم ، أو الكائنات العضوية المسببة للأمراض الموجودة في المواد الغذائية بشكل عام<sup>1</sup>

**الفرع الثاني : طبيعة الحق في الصحة :** إن كل شيء مطلوب بأن يكون معترف به كحق سيكون هناك خطأ قانوني إذا لم يتم تحديد صاحب الحق ، لذا وجب علينا من هم مدينو الحق في الصحة ؟ أو بمعنى آخر من هي الجهة المكلفة بالرعاية و الوقاية الصحية ؟

إن الحق في الصحة لا يتطلب إلا أن يكون في خدمة الجميع و لصالح الكل من خلال تخصيص ما يحتاجه كل واحد منهم ، و تبعاً لهذا المنظور ، فإن الحق في الصحة لا يتحقق إلا بتوافر أربعة عناصر فاعلة في المجتمع و هي : الدولة (أولاً) ، المؤسسات (ثانياً) ، مهنيو الصحة (ثالثاً) ، الأفراد (رابعاً) :

**أولاً) :الدولة :** لقد جاء في مقدمة ميثاق منظمة الصحة العالمية أن " الحكومات مسؤولة عن صحة شعوبها، فعليها أخذ التدابير الصحية و الاجتماعية المطلوبة " ، فالمنظومة الصحية يجب أن تستجيب إلى المقاربة الصحية من منظور الخدمة العامة .

**ثانياً) :المؤسسات :** إن المؤسسات تعتبر معنية بتفعيل و حماية الحق في الصحة من جهة لأنها منتجة للسلع و للخدمات ، باعتبار المنتج أثر من آثار تقرير مبدأ الالتزام بالسلامة الصحية<sup>2</sup> ، لأنها مرتبطة مباشرة بالضرر الذي يسببه المنتج الذي يعرضه للبيع و التداول لجمهور المستهلكين<sup>3</sup> ، و من جهة ثانية باعتبارها هيئة مستخدمة خاضعة لقواعد الحماية والأمن والنظافة، وهي الترجمة الحقيقية للحق في الصحة داخل المؤسسات<sup>4</sup>.

**ثالثاً : مهنيو الصحة :** يقع على عاتق الطبيب الالتزام بإحاطة المريض بطبيعة العلاج و مخاطر العملية الجراحية ، وإلا كان الطبيب مسؤولاً عن كافة النتائج خاصة السلبية منها و التي تنتج جراء تدخله الطبي و لو لم يرتكب خطأ في عمله ، وقد ورد مصطلح " يجب " doit في نص المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب ، التي تفيد أن الالتزام بالإعلام يجب أن يتوخى فيه الطبيب الوضوح و الصدق و أن يسبق إعلام الطبيب موافقة

ثروت عبد الحميد : الأضرار الناشئة عن الغذاء الفاسد أو الملوث ، دار الجامعة الجديدة ن الإسكندرية ، مصر ، 2007 ، ص 3-4-1 .

- لقد نصت المادة الأولى من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك من الغش : "...فما يتعلق بسلامة المنتوجات : غياب كلي أو في مستويات مقبولة و بدون خطر في مادة غذائية للملوثات أو مواد مغشوشة أو سموم طبيعية أو أية مادة أخرى بإمكانها جعل المنتوج مضرًا بالصحة بصورة حادة و مزمنة"<sup>2</sup>.

محمد بودالي ، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة دار الفجر للنشر و التوزيع ، القاهرة ، مصر ، 2005 ، ص 20-3.

1- جاء في نص المادة 9 من القانون المتعلق بمفتشية العمل الصادر في 1990 " إذا لا حظ المفتش اعمل تقصيرا أو خرقا لأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالوقاية الصحية و الأمن و طب العمل يوجه للمستخدم الامتثال للتعليمات ، يحدد المفتش أجل للمستخدم ليضع حد لهذا التقصير أو الخرق -

المريض بكل جوانب العمل الطبي الذي سيقوم به " 1 ، كما يلزم الطبيب بالسر المهني و منعه من إفشائه إلا في أحوال معينة ، وفي حالة المخالفة فإن ذلك يستوجب المسؤولية الجزائية للطبيب <sup>2</sup>

**رابعا: الأفراد:** إن الحق في الصحة كحق دستوري هو حق دائني في ذاته ، بإعلان حقوق الإنسان أكد على أن " الفرد الحق في مستوى معيشي كاف من أجل ضمان صحته " و كذا الكثير من الدساتير التي نصت بصورة دقيقة بإقرارها أن " كل فرد له الحق في حماية صحته و من واجبه أن يحفظها و يحسنها " و قد تناول المشرع هذا الحق في المواد 62 و 63 و 66 مكررا 1 ، 64 من الدستور الصادر في 1996 المعدل <sup>3</sup> وقد عبر على الدائن بالصحة تارة "بالمستهلك" في نص المادة 62 التي جاء فيها " تعمل السلطات العمومية على حماية المستهلكين بشكل يضمن لهم الأمن و السلامة و الصحة و حقوقهم الاقتصادية " ، وتارة أخرى بالمواطن ، باعتبار أن الحق في الصحة مرتبط بالمواطنة ، كما جاء في نص المادة 64: للمواطن الحق في بيئة سليمة في إطار التنمية المستدامة يحدد القانون واجبات الأشخاص الطبيعيين و المعنويين لحماية البيئة " ، و كذا المادة 63 التي جاء فيها " تسهر الدولة على تمكين المواطن من : الحصول على ماء الشرب و تعمل على المحافظة عليه للأجيال القادمة، الرعاية الصحية، لا سيما للأشخاص المعوزين و الوقاية من الأمراض المعدية و الوبائية و مكافحتها ...، الحصول على سكن لا سيما للفئات المحرومة " ، و المادة 66 مكررا 1 ف1 و ف2 التي نصت على أن " الرعاية الصحية حق للمواطنين ، تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية و المعدية و مكافحتها "، "تسهر الدولة على توفير شروط العلاج للأشخاص المعوزين " <sup>4</sup>.

وهذا ما لا نجده مذكور في قانون الصحة لسنة 2018 باستحداثه "الواجب الصحي" في المادة الأولى بقوله يحدد هذا القانون الأحكام و المبادئ الأساسية ، و يهدف إلى تجسيد حقوق و واجبات المواطنين في مجال الصحة" ، ولكن هل يقتصر استعمال هذا المصطلح على الدولة فقط باعتبارها طرف مدين في هذه العملية فهي التي تحمي و تقي و تعالج؟ ، بينما يبقى الفرد في نظرها هو الدائن أي هو المستفيد فهو صاحب حق و هو ما أكده المشرع في ف 1 من المادة 21 من قانون الصحة لسنة 2018 في الفصل الثالث بقوله " لكل شخص الحق في الحماية و الوقاية و العلاج و المرافقة التي تتطلبها حالته الصحية في كل مراحل حياته و في كل مكان " ، وهو ما يمنع التفرقة و التمييز و عدم المساواة في الاستفادة من الخدمات الصحية و العلاجية و الوقائية <sup>5</sup> ، وتوالت الحقوق في قانون الصحة المذكور أعلاه في المواد 21 و 22 و 23 و 24 و 25 ، بينما لم تخصص إلا مادتين تحددان واجب المريض و هي المادة 26 كتكملة لحقوقه و حماية له بوجوب توفره على ملف طبي ، بينما يبقى

2- ينظر المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب .

3 ينظر قرار مجلس الدولة المؤرخ في 21-03-2001 ، ملف رقم : 1361 ، بين القطاع الصحي بأولاد ميمون من جهة ، و الطبيب ن ع ، ق ، قرار غير منشور .

- يجدر التنويه أن الدستور الجزائري الصادر في 1996 قد عدل عدة مرات في 2002 و 2008 و 2016 و 2020 . <sup>3</sup>

- 3- في دستور 1996 نصت المادة 54 المعدلة على أن الرعاية الصحية حق للمواطنين ، تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية و المعدية و مكافحتها .

ف2 من المادة 21 من قانون الصحة لسنة 2018 . <sup>5</sup>

واجب واحد تجاه مربي الصحة وهو الالتزام بالاحترام والسلوك اللائق ولا يمكنهم اللجوء إلى العنف بأي شكل من الأشكال ، أو ارتكاب أي فعل تخريب لأماكن هياكل و مؤسسات الصحة " <sup>1</sup> ، و هو ما يعني أن الواجب الصحي يقتصر على الدولة ، بينما تفرض واجبات أخرى بالمنع كما هو الحال في المواد 56 و 57 و مواد أخرى التي تمنع التدخين في الأماكن المخصصة للاستعمال الجماعي ...، و منع بيع التبغ أو المواد التبغية للقصر ...، بالإضافة إلى التحسيس و الإعلام و التربية الصحية، و هي أيضا على الرغم من أنها تلفت نظر المواطن لهذه لخطورة هذه المواد على الصحة ، فإنها أيضا تدخل في صميم واجبات الدولة ، و كأن المواطن يعتبر قاصر في مجال الصحة يجب دائما تذكيره بما ينفعه و بما يضره و على الدولة أو المؤسسات أو الجمعيات دائما البحث عن معايير السلامة ، أو منعه من القيام بسلوكات خطيرة تعرض حياته و حياة الآخرين للخطر كالتدخين في الاماكن العامة، و كان على المشرع من أجل تذكير المواطنين بواجبهم الصحية بأن يستبدل كلمة "يمنع" ب "يجب" على المواطنين الامتناع حفاظا على صحتهم و صحة المجتمع اجتناب ، أو ترك ، أو الابتعاد عن ... كتذكير بالواجب من أجل سلامة الجميع .

و بالقدر ما يكون الفرد معني بهذه الحقوق بقدر ما يكون ضحية لأن الخطر و الضرر قد يأتي من الخارج ، كتلوث البيئة التي تعتبر في نفس الوقت سلوكا فرديا و جماعيا ، فلا بد مبدئيا جعل الحق في الصحة حقا ذاتيا ، لكي يتمكن كل فرد من التمتع بالصحة الجيدة الممكنة ، و منه يمكن الحديث على الصحة العمومية باعتبارها حقا جماعيا <sup>2</sup>

**المطلب الثاني : ضمان فعالية حق الصحة :** إن فعالية مبدأ ما تقاس بدرجة فعاليته و تفعيله ، و بمدى واقعيته و إمكانية نجاحه و تطبيقه ، ففاعلية هذا الحق تتضح من خلال النص الدستوري التي جاء فيها ..تتكفل الدولة ...، و نفس الهاجس تضمنه قانون المتعلق بالصحة الذي يؤكد في المادة الأولى منه " يحدد هذا القانون الأحكام الأساسية في مجال الصحة و تجسيد الحقوق و الواجبات المتعلقة بالصحة " ، ففي الوقت الذي يضمن فيه النص الدستوري الحق في الصحة ، فإن المشرع في قانون الصحة يضمن حماية الصحة ، لذلك سنتعرض في هذا المحور إلى شروط تفعيل الحق في الصحة (الفرع الأول) و القيود أو الصعوبات التي ترد عليه ،(لفرع الثاني).

**الفرع الأول : شروط تفعيل الحق في الصحة :** إن تفعيل الحق في الصحة في التشريع الجزائري يتطلب وضع نصوص قانونية خاصة في القانون الدستوري ، و تأكيدها بنصوص تشريعية (أولا) ، كما يساهم القضاء بتنفيذه للقانون المتعلق بالصحة ، و تدخله للإصلاح و التعويض و إقرار عقوبات لكل من يتعرض لهذا الحق (ثانيا) .

-المادة 27 من نفس القانون .

4-نص المادة 25 من قانون حماية الصحة و ترقيتها بأن " يعني مفهوم الصحة العمومية مجموع التدابير الوقائية و العلاجية و التربوية و الاجتماعية التي تستهدف المحافظة على صحة الفرد و الجماعة و تحسينها "

أولاً: النص القانوني كوسيلة قانونية لحماية الحق في الصحة: يسعى المشرع و السلطة التنظيمية من خلال النصوص القانونية لاحترام الحق في الصحة ، انطلاقاً من المبادئ الدستورية و العمل على تفعيلها و من أجل تجسيد الحق في الصحة أصدر المشرع جملة من النصوص القانونية العامة و هي تتعلق بقانون الصحة الصادر في 2018 أدرج مواد في قوانين خاصة التي تعنى بحماية فئة معينة من المواطنين كقانون العمل مثلا الذي أدرج فيه مواد تتعلق بحماية صحة العامل بشكل عام ، من خلال الإجراءات المتعلقة بالوقاية، والأمن و ظروف العمل ، والقواعد الخاصة بنظام الراحة و العطل و المدى القصوى للعمل<sup>1</sup> ، و هي قواعد تعنى بالحفاظ على صحة العامل الأجير ، كما يتضمن الحق في التأمين الصحي باعتباره مبدأ عام في الحق في الصحة<sup>2</sup>، بالإضافة إلى تمويل المصاريف الصحية عن طريق نظام الضمان الاجتماعي الذي يتلخص دوره في تأمين حماية و فعالية الخدمات باعتباره حقا دستوريا ، فالحق في الصحة يقتضي الحصول العلاج ، فلا يمكن تحقيقه إلا بالضمان الاجتماعي ، و إلا فإن مبدأ الحق في الصحة محكوم عليه بالفشل على الأقل في بعده العلاجي<sup>3</sup>

ثانياً: حماية الحق في الصحة بالتدخل القضائي: يتدخل القاضي للإصلاح، والتعويض ، وحتى إقرار عقوبات في حالة عدم احترام إجراءات السلامة للمواطن مهما كانت صفته و مهنته و جنسه و عمره فالقاضي يساهم بقدر كبير في احترام النصوص القانونية في مكان العمل ، أو في المستشفى ، كما يحمي المستهلك من تجاوزات التجار في عدم احترام معايير النظافة و بيع سلع منتهية الصلاحية و غيرها ، فالأمن الصحي يمدّه بمشروعية اتخاذ القرارات المناسبة بطلب من المتضرر أو المتضررين و اتخاذ الإجراءات الاحتياطية ضد المخاطر المحتملة، و تفعيل مبدأ الحق في الرعاية الصحية يوجب اجراءات وقائية تفرض نفسها في منظومة الصحة العمومية، و في الإنتاج ، و التداول في السوق ، و استعمال المنتج من قبل المستهلك .

إن تقدير مسؤولية الطبيب المدنية يعد من المسائل التي تدخل ضمن حدود السلطة التقديرية للقاضي مادام التقدير مستمد من وقائع الدعوى ، فهو يتحقق من ثبوت الوقائع التي قدمها المريض كطرف متضرر وفق ما تمليه عليه السلطة التقديرية دون رقابة المحكمة العليا ، في حين أن إعطاء الوصف القانوني للسلوك الذي قام به الطبيب و اعتباره خطأ خارج عن السلوك العادي لأي طبيب في تخصصه و في درجة خبرته ، يخضع فيه لرقابة المحكمة العليا باعتبارها مسألة قانون<sup>4</sup>.

الفرع الثاني : القيود أو الصعوبات التي ترد على تفعيل هذا الحق :إن الحق في الصحة ، لا يعني أبداً الصحة و ضمان الصحة الجيدة بالمفهوم المطلق ، لكنه يعنى الحق في الرعاية و الحماية و الوقاية ما أمكن من الأمراض و الحوادث ، و توفير كل الوسائل المادية و القانونية بهدف الحفاظ على الصحة العامة ، على الرغم

-ينظر في ذلك القوانين المتعلقة بالمدة القانونية، و قانون العطل السنوية ، و كذا تلك المتعلقة بالراحة القانونية .

-قانون المتعلق بالتأمينات الاجتماعية رقم 83- 11 المؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق ل2 يوليو سنة 1983 ..

-لقد ورد نص في المصاريف الصحية و المعنونة بالأداءات .

-د/ محمد حسين منصور: الخطأ الطبي في العلاج ، الجزء الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان - 2004 ، ص 131 .

من كل ذلك يمكن أن تقيد فعاليته بعدة عوامل اقتصادية، قانونية كعدم التفرقة بين الخطأ الشخصي والقوة القاهرة، وتحديد مسؤولية الطبيب و المريض أو العامل ورب العمل... كما يمكن أن يكون الفرد عامل أساسي في عدم فعالية الحق في الصحة<sup>1</sup> لذلك يمكن حصر هذه العوائق والقيود والصعوبات في إلى صعوبات فردية (أولا) و أخرى جماعية (ثانيا).

**أولا: الصعوبات الجماعية:** ترتبط هذه الصعوبات بالظروف الاقتصادية و المالية التي تعترض تطبيق القانون و مدى التحكم في مصاريف الصحة و هي من الانشغالات التي تضمنتها بعض المواد القانونية خاصة قانون التأمينات الاجتماعية المذكور سالفا التي جاءت بعض نصوصه لتحديد تناسب المصاريف الصحية مع نوعية الخدمة و قانون أخلاقيات المهنة، وكذا طريقة تمويل صندوق التأمينات و لميزانيات المؤسسات الصحية العمومية حسب الظروف المالية لهذه المؤسسة<sup>2</sup>.

غير أن هدف المشرع في تحقيق الهدف الوقائي يختلف عن مبدأ التحكم في المصاريف العلاجية، فيجب على المشرع ترتيب الأهداف و المبادئ من أجل تحقيق معادلة ضمان العلاج و التحكم في المصاريف الصحية، هذا الأخير الذي يمنع أن يكون الحق في الصحة للجميع<sup>3</sup>، حتى و إن كانت هناك صعوبات مالية و جب ضمانها قانونا عن طريق المساواة في ضمان والحصول على الحق الصحة<sup>4</sup>

**ثانيا: الصعوبات الفردية:** إن الفرد في حد ذاته يشكل عائق لنفسه و للمجتمع ككل، باعتقاده أن صحته أمر خاص به لوحده، و أنه لا وجود لما يلزمه على حماية صحته، فقد لا يتبع الأساليب الوقائية أو العلاجية، كإدمانه على التبغ مع علمه بدرجة الضرر الذي يلحق به و بغيره. فالوعي بالخطر ضروري لتفاديه، كما يوجد ما يسمى "بالحق الواجب" الذي يتطلب المشاركة الفعالة للمستفيدين لتفعيل حقوقهم و تنفيذها<sup>5</sup>، فالحق في الصحة، يصطدم دائما بالحرية الشخصية و الحريات العامة وهو الأمر الذي يعيق تطبيقه.

## خاتمة

إن الحق في الصحة رغم بساطة المصطلح فإن المعنى و الأبعاد التي يتضمنها كثيرة و متشعبة لا يمكن حصرها في مجال واحد، لارتباطها بمجموعة من الحقوق كالحق في الحياة، و الحق في العلاج، و الحق في التأمين الصحي، وغيرها من الحقوق، كما لا يمكن حصرها أيضا في نطاق ضيق، فالدولة وحدها بكل أجهزتها و بمنظومتها

1- Op Cit, p V, Anne Laude, Bernard Mathieu et Didier Tabuteau 26-28.

2- ينظر في ذلك: مرسوم التنفيذي الصادر في 2004 و المتعلق بكيفية دفع مساهمة هيئات الضمان الاجتماعي لتمويل ميزانيات المؤسسات الصحية العمومية.

3- يمكن أن يطلب ممن يقدم لهم العلاج أن يساهموا في تمويل نفقات الصحة كما جاء في قانون الصحة و ترقيتها.

4- المنظومة الصحية هي مجموعة من الأعمال و الوسائل التي تضمن حماية السكان و ترقيتها، و تنظم كيفية توفر حاجيات السكان في مجال الصحة توفيراً شاملاً و منسجماً و موحداً، في إطار الخريطة الصحية.

عبد الفتاح مراد، موسوعة حقوق الإنسان، بدون دار النشر، مصر، ص 790.

الصحية لا يمكن أن تحمي الحق في الصحة، بل يجب أن يساهم الفرد و كذا الجماعة التي ينتمي إليها، وحتى المجتمع الدولي ككل لتجسيد و تفعيل هذا الحق لا سيما بعقد اتفاقيات ثنائية وجماعية، وتطبيق ما جاء في المواثيق الدولية في هذا الشأن حتى نضمن للمواطن البسيط قبل الغني والميسور حقه في توفير سبل الوقاية من الأمراض، والعلاج المناسب، والأدوية و المراكز الاستشفائية، ولقد توصلنا من خلال هذا البحث الموجز إلى بعض النتائج منها:

1- إن فكرة تطور الحق في الصحة تتناسب مع تطور العلم الذي سيفتح مجالات للتشريع و الذي سيخدم المبدأين العام و الخاص على حد سواء، فهو ليس حق شخصي مطلق للحالة الصحية المثلى، بل هو حق في الحماية و الرعاية للوضعية الصحية التي يرغب الفرد الوصول إليها .

2- أن الحق في الصحة هو حق شامل لا يقتصر على تقديم الرعاية الصحية المناسبة و في حينها فقط بل يشمل أيضا كل المقومات الأساسية للصحة منها الحصول على مياه الشرب المأمونة والإصحاح الصحي المناسب، والإمداد الكافي بالغذاء الآمن ، والتغذية و المسكن، كذا الظروف الصحية البيئية والحصول على التوعية و المعلومات فيما يتصل بالصحة و غيرها .

3- إن الاهتمام و تفعيل الحق قد بلغ درجة لا بأس بها دوليا و محليا سواء من خلال الجهود التي تقوم بها المؤسسات الدولية ذات صلة ، كمنظمة الصحة العالمية، أو من خلال نصوص الاتفاقيات و المواثيق الدولية لحقوق الإنسان ، أو من خلال تضمين الدول في دساتيرها و قوانينها الأساسية نصوصا تتعلق بالصحة ، و هو مؤشر إيجابي رغم التباين بين الدول و النقائص التي يجب استدراكها .

4- إن الحق في الصحة يرتبط ارتباطا وثيقا بأعمال حقوق الإنسان الأخرى و يتفاعل معها إيجابيا و سلبيا كالحق في المأكل و المسكن والعمل والتعليم ، والحياة ، وعدم التمييز ، والمساواة ، وحظر التعذيب ، والوصول إلى المعلومات، وحرية تكوين الجمعيات ، والتنقل نظرا لعدم قابليتها للتجزئة

هذا و قد ارتأينا إلى تقديم بعض الاقتراحات و التوصيات لعلها تجد مكانا في نصوص القوانين التي تعنى بالصحة سواء على المستوى الوطني أو الدولي منها:

1 -تفعيل دور التعاون الدولي في مجال الصحة خصوصا فيما يتعلق بتبادل الخبرات ، والمساعدة على اخذ ما يلزم من تدابير وقائية لمواجهة الأمراض والأوبئة في الوقت المناسب، ومكافحتها تمكينا للأفراد من التمتع بالحق في الصحة .

2 -اعتماد استراتيجية وطنية لكفالة تمتع الجميع بالحق في الصحة استنادا إلى مبادئ حقوق الإنسان تحت لواء و رعاية منظمة الصحة العالمية .

3 -إن العلاقة بين الحق في الرعاية الصحية و مبدأ الوقاية مازال لم يتأسس بشكل كاف ، ومع ذلك فما من شك أن مثل هذا التقارب بين الصحة كمبدأ ذي قيمة دستورية ، ومفهوم الوقاية يبرهن

باستمرار على أهميته ، و على المنظومة الصحية في بلادنا أن تأخذ بعين الاعتبار كل الأبعاد المذكورة بشكل جدي وعملي لأنها تعتبر أساس لتجسيد و تفعيل و البلورة الفعلية و القانونية للحق في الصحة.

4 -تفعيل دور الاجهزة الرقابية لتأدية دورها المنوط بها للوقوف على مدى التزام الدول بتعهداتها بجعل التمتع بالحق في الصحة بمفهومه الواسع مجسدا على أرض الواقع ، و من دون تمييز لأي سبب كان ، و هذا عقد اتفاقيات دولية خاصة بالحق في الصحة مشفوعة بأليات تطبيق دولية فعالة .

5 -يجب أن تتكامل الدول فيما بينها حسب موقعها الجغرافي من أجل وضع منظومة صحية تناسب خصوصيات هذه الدول لتواجه بها بعض الأمراض والأوبئة المحتملة ، بفتح صندوق تصب فيه اشتراكات السنوية من أجل إنشاء مراكز استشفائية مشتركة بمعدات طبية متطورة من أجل استقبال والتكفل بالمرضى والمصابين .

### قائمة المراجع

#### باللغة العربية

- إحسان محاسنة، البيئة والصحة العامة، دار الشروق ، 2001.
- توفيق رانيا، الحق في الصحة، كتيب تعريفي بهذا الحق ، ط1 ، 2018 .
- ثروت عبد الحميد : الأضرار الناشئة عن الغذاء الفاسد أو الملوث، دار الجامعة الجديدة ن الإسكندرية ، مصر 2007
- لمى عبد الباقي محمود الغراوي ، القيمة القانونية لقرارات مجلس الأمن الدولي في مجال حماية حقوق الإنسان، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، ط1 ، 2009 .
- محمد شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، دار الشروق القاهرة، المجلد الأول، ط1، 2003
- محمد حسين منصور : الخطأ الطبي في العلاج، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان 2004-
- مبروك جنيدي، الحماية الدولية للحق في الصحة مقال في مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35 / العدد 4 السنة 2004 ص 137-156
- عبد الفتاح مراد ، موسوعة حقوق الإنسان، بدون دار النشر، 2000مصر.
- عمر سعد الله، معجم في القانون الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2005.

-مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، الحق في الصحة، صحيفة الوقائع رقم 31، الأمم المتحدة، نيويورك و جنيف ، 2008 .

-لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، التعليق العام رقم 14 ، الدورة 22 المنعقدة في 10/22 / 2000 جامعة مينسوتا.

### القوانين والأوامر

- الدستور الجزائري الصادر في 1996 المعدل و المتمم
- أمر رقم 20-02 المؤرخ في 11 محرم عام 1442 الموافق ل 30 أوت سنة 2020 .
- قانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439هـ الموافق ل2 يوليو سنة 2018 ، يتعلق بالصحة

### مواقع إلكترونية :

-ديباجة دستور منظمة الصحة العالمية لسنة 1948 الموقع <http://mawdoo3.com>

- ويكيبيديا ، <http://ar.wikipedia.org/wiki> الحق في الصحة

- شبكة النبأ المعلوماتية303 [http:// m.annabaa.arabic/haelth303](http://m.annabaa.arabic/haelth303)

### باللغة الفرنسية

- Abdelkrim Soulimaine: La loi de la santé publique en Algérie et en France .santé publique 2004/4,N°44,p639-640.
- Anne Laude , Bernard Mathieu et Didier Tabuteau : Droit de la santé, thémis droit ; puf, France, 2007.
- G.Cornu :Vocabulaire de droit , presse universitaire de France , delta , 1987 .
- Lise cassaux-Labrunée : Le Droit à la santé ;9ème édition, Dalloz, France, 2005.
- MelikOzen : le droit à la santé, une collection de programme de droits humains du centre Europe – tiers Monde(CETIM) .





[DOI Prefix: 10.33685/1565](https://doi.org/10.33685/1565)

© جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي