

مركز جيل البحث العلمي



## مجلة علمية دولية محكمة

تصدر كل ثلاث أشهر

العام الثالث: العدد الثامن – ديسمبر 2018

ISSN 2415-4946



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## سرور طالبي المل: المشرفة العامة رئيسة التحرير: د. نادية عمراني



### رئيس اللجنة العلمية:

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

### هيئة التحرير:

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

### التدقيق اللغوي:

- د. ويزة غربي، جامعة البليدة 2، الجزائر.  
د. جنيد رضوان، المركز الجامعي تمنراست الجزائر.

### اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

د. خالد روشو

(جامعة تيسمسيلت/ الجزائر)

د. جيهان الطاهر محمد عبد الحليم

(جامعة الحدود الشمالية/ المملكة العربية السعودية)

د. أحمد بشارة موسى

(جامعة الشلف/ الجزائر)

د. جبيري محمد

(جامعة البليدة 2/ الجزائر)

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي تعني بالبحوث والدراسات المتخصصة والمقارنة في الفقه الإسلامي والقانون بإشراف هيئة تحرير مشكولة 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 العلميّة، والجامعة التي ينتمي إليها.
  - ت - البريد الإلكتروني للباحث.
  - ث - ملخّص 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 والملحق.
- أن يكونَ البحثُ خاليًا من الأخطاء اللغوية والنحوية والإملائيّة.
- أن يلتزم الباحث بالخطوط وأحجامها على النحو الآتي:
- اللغة العربية: نوع الخط (Traditional Arabic) وحجم الخط (16) في المتن ، وفي الهامش نفس الخط مع حجم (12).
- اللغة الأجنبية: نوع الخط ( Times New Roman ) وحجم الخط (14) في المتن، وفي الهامش نفس الخط مع حجم (10).
- تكتب العناوين الرئيسية والفرعية للفقرات بحجم 16 نقطة مثلها مثل النص الرئيسي لكن مع تضخيم الخط.
- أن تكتب الحواشي بشكل نظامي حسب شروط برنامج Microsoft Word في نهاية كل صفحة.
- أن يرفق صاحب البحث تعريفا مختصرا بنفسه ونشاطه العلمي والثقافي.
- عند إرسال الباحث لمشاركته عبر البريد الإلكتروني، سيستقبل مباشرة رسالة إشعار بذلك
- ترفض الأبحاث المطبوعة على برنامج Microsoft Word للوحات الذكية
- تخضع كل الأبحاث المقدمة للمجلة للقراءة والتحكيم من قبل لجنة مختصة ويلقى البحث القبول النهائي بعد أن يجري الباحث التعديلات التي يطلبها المحكمون .
- لا تلتزم المجلة بنشر كل ما يرسل إليها .

ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

[comparative@jilrc-magazines.com](mailto:comparative@jilrc-magazines.com)



# الفهرس

## الصفحة

- 9 • الافتتاحية
- 11 • التصادم بين السفن الحربية في الفقه الإسلامي (دراسة قانونية فقهية مقارنة)  
حسن اللصاصمه، الزرقاء، الأردن.
- 31 • قراءة تحليلية مقارنة في التعديل الدستوري الجزائري ل: 06 مارس 2016، " إصلاح  
واقعي أم تكيّف استراتيجي مع التغيرات الدولية المعاصرة" ابرادشة فريد، جامعة  
محمد بوضياف، الجزائر.
- 55 • أحكام ضمّ الصغير في قانون الأحداث العراقي والأردني، أكرم زاده الكوردي، محكمة  
أحداث دهوك، العراق.
- 87 • معالم الوسطية في نظرية التشريع الاجتهادي، وأثرها في تحقيق الأمن والتعايش،  
محمد ورنيني، جامعة الأغواط، الجزائر - عبد الحق الإدريسي، دار الحديث  
الحسنية الرباط - المغرب.
- 105 • الطلاق الشفوي بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية في مصر، حازم أبو  
الحمد حمدي الشريف، جامعة ظفار - سلطنة عمان.

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 © 2018





## الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين ، و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين ، سيدنا محمد و على آله و صحبه و التابعين ، أما بعد :

بعد إصدارنا للعدد السابع ، ها نحن نجدد العهد معكم من خلال إصدارنا للعدد الثامن من مجلة جيل الدراسات المقارنة ، كعدد جديد من الإصدارات المتواصلة لهذه المجلة و مختلف مجلات مركز جيل البحث العلمي .

احتوى العدد على مجموعة من الدراسات و الأبحاث المتنوعة ذات العلاقة بالقانون و الشريعة الإسلامية قام بإعدادها مجموعة من الأساتذة و الطلبة الباحثين في المجال القانوني من مختلف ربوع الوطن العربي .

عالج المقال الأول التصادم بين السفن الحربية في الفقه الإسلامي (دراسة قانونية فقهية مقارنة) مع كل من القانونين الأردني و السعودي ، للنظر في توجهات التشريعات حول مفهوم التصادم البحري و الأحكام الخاصة به و التطبيقات القضائية التي تطبق في حالة وقوع هذه الحوادث خاصة في ظل التطور الحاصل في مجال صناعة السفن الحربية على أنواعها .

أما المقال الثاني و الموسوم بقراءة تحليلية مقارنة في التعديل الدستوري الجزائري لـ 06 مارس 2016 " إصلاح واقعي أم تكيّف استراتيجي مع التغيرات الدولية المعاصرة" فقد سعى الباحث من خلاله إلى إجراء دراسة تحليلية مقارنة بين دستور 28 نوفمبر 1996 و التعديل الدستوري لعام 2016 ، تطرقت الدراسة لمختلف الإصلاحات السياسية و التشريعية و القضائية والتي جاء بها التعديل الجديد خاصة من جانب الجدية و الملاءمة في ظل الظروف الوطنية و الدولية التي بلورت رغبة ملحة للإصلاح و التغيير .

و تناول المقال الثالث أحكام ضمّ الصغير في قانون الأحداث العراقي والأردني . دراسة مقارنة حاول من خلالها الباحث إجراء مقارنة بين القانونين حول ضوابط عملية ضم الصغير لإبراز أوجه التشابه و الاختلاف بين قانون الأحداث لكلا البلدين فيما يتعلق بموضوع الدراسة ، من أجل تسليط الضوء على نقاط أو أحكام يمكن اعتمادها في كلا القانونين من باب التكامل و الوصول إلى أحكام عامة تكون في صالح الصغير في كل الحالات .

في حين تطرق المقال الرابع لمعالم الوسطية في نظرية التشريع الاجتهادي ، و أثرها في تحقيق الأمن و التعايش في محاولة لإظهار قيمة الوسطية و جوانبها كخاصية للتشريع الاسلامي ككل و وجوب اعتمادها كأساس أو ركيزة في سن التشريعات الوضعية بغرض الوصول إلى أحكام و نصوص تشريعية تراعي جميع نواحي الحياة خاصة مجال القانون و الأخلاق و محاولة إيجاد طابع قانوني كفيل بحماية المجتمع بفضل بنيته السليمة و مراعاته لخصائص التشريع .

أما المقال الخامس والمدرج تحت عنوان "الطلاق الشفوي بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية في مصر" حاول الباحث من خلاله تبيان موقف كل من الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية المصري من مسألة توثيق الطلاق.

10

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

وعليه فإن أسرة تحرير هذه المجلة تعدكم بالاستمرار و عمل ما بوسعها لتقديم الأفضل دائما، و تدعوا الباحثين و المختصين في مختلف فروع القانون إلى المساهمة ببحوثهم.

و الله ولي التوفيق  
رئيسة التحرير/ د. نادية عمراني

التصادم بين السفن الحربية في الفقه الإسلامي  
(دراسة قانونية فقهية مقارنة)

Warships Collision according in islamic jurisprudence  
(legal study doctrinal comparison)

د.حسن اللصاصمه. قاضي استئناف عمان سابقا. الزرقاء، الأردن

**Abstract**

The maritimes collision between warships is a maritime accident, and governed to the definition of the fact, rating, representing the maritimes collision link between warships incidents navy, intended collisions sea is generally just a (friction or direct contact between the floating offshore, one ship), and is returned incide that exposed its warship to human error by the crew, and a technical error, an error regulatory him be the kind of collision sea between warships, due to force majeure, due to wrong suspect, and the wrong one of the two ships, and common mistake, and should apply international rules to prevent collision, and talk to necessary measures to avoid the risk of collision will occur shall be taken all measures to reduce the damaging, if happened determined responsibility for it on the basis of responsibility opposite or individual, and in Islamic jurisprudence determined responsibility for the collision willful between warship, by type of collision.

ملخص:

يعد التصادم البحري بين السفن الحربية من الحوادث البحرية، فتخضع هذه الحوادث لتعريف وحقيقة وتصنيف، ويقصد بالتصادم البحري عموماً هو مجرد احتكاك أو تلامس مباشر بين عائمتين بحريتين إحداهما سفينة، ويتم إرجاع الحوادث التي تتعرض لها السفن الحربية إلى أخطاء بشرية من قبل الطاقم، أو من غير الطاقم، وخطأ فني، وخطأ تنظيمي، وعليه يكون أنواع التصادم البحري بين السفن الحربية، بسبب القوة القاهرة، وبسبب خطأ مشتبه به، وخطأ إحدى السفينتين، والخطأ المشترك، ويتعين تطبيق القواعد الدولية لمنع التصادم، وتتخذ الإجراءات اللازمة لتلافي خطر التصادم، وإذا كان خطر التصادم سيحدث فتتخذ كل الإجراءات لتقليل أضراره، وإذا وقع تحدد المسؤولية عنه على أساس المسؤولية المتقابلة أو المنفردة، وفي الفقه الإسلامي تتحدد المسؤولية عن التصادم العمد بين السفن الحربية، حسب نوع التصادم.

مقدمة

إن التطور في مجال السفن الحربية عملية مستمرة، تمضي أولاً بأول مع مرور الزمن وفي مجال الحرب البحرية، كون التطور في مجال التسليح البحري وفي الوحدات البحرية ذاتها يرجع لعدة عوامل، أهمها التطور التكنولوجي والعلمي الذي يشمل كافة المجالات، حيث إن معظم الابتكارات يكون لها استخدامات عسكرية، وهذا ما يزيد من حجم الحوادث البحرية خصوصاً في الأزمنة المتأخرة.

وقد برز في الآونة الأخيرة اتجاه عام لتطوير حجم القطع البحرية نحو إيجاد قطع بحرية جديدة تتميز بصغر الحجم وارتفاع القدرات الفنية و القتالية، فقد أصبحت هذه الوحدات، وهي من سفن السطح الصغيرة، تستطيع أن تحمل قدرات نارية عالية على حمولة أقل إذا ما قورنت بالوحدات المماثلة في الماضي.

و تعد حاملات الطائرات القوة الضاربة الرئيسة لأساطيل الدول العظمى، فلا يمكن الاستغناء عن حاملات الطائرات في التشكيلات الضاربة الكبيرة، ويتجه التطوير الآن لتصنيع حاملات طائرات أصغر حجماً يمكن الاستفادة منها في العمليات البحرية المتوسطة، كما يتخذ التطوير اتجاهها عاماً نحو التخصصية، وبذلك تصمم بعض حاملات الطائرات للدفاع ضد الغواصات، وهذه النوعية تحمل عدداً كبيراً من الطائرات العمودية وطائرات الاستطلاع بعيدة المدى المخصصة لاكتشاف الغواصات وعدد من الطائرات المقاتلة تضمن الحماية الجوية لتشكيلات البحث عن الغواصات، ومن النوعيات الجديدة من حاملات الطائرات تلك المخصصة للإمداد البحري تحمل عدداً كبيراً من الطائرات العمودية المخصصة لحمل الجنود والمعدات والطائرات العمودية للمعاونة الأرضية.

ونتيجة للحركة الدؤوبة لهذه السفن البحرية الحربية فإنها تكون عرضة للحوادث البحرية، من تصادم بحري وإسعاف وإنقاذ وخسارة بحرية، ويخضع كلا منها لأحكام محددة، عولجت في الفقه الإسلامي والقانون

الوضعي، وما يهمننا من هذه الحوادث البحرية التصادم البحري متناولين أحكامه في الفقه الإسلامي، وفي قانون التجارة البحرية الأردني، ونظام المحكمة التجارية السعودي<sup>1</sup> من خلال التعريف بموضوعه.

التعريف بموضوع البحث :

التصادم البحري بين السفن الحربية يعد من الحوادث البحرية، ويخضع لأحكام شرعية في الفقه الإسلامي وقانون التجارة البحرية الأردني، والوقوف على تلك الأحكام يبين عناصر التعريف بموضوعه، من خلال أهميته وإشكاليته وأهدافه ومنهجيته ومحتوى خطة دراسته، وفقاً للتفصيل الآتي:

أولاً:- أهمية موضوع البحث:

إن التصادم البحري بين السفن الحربية له صلة بالحوادث البحرية، وله ماهية محددة، وأحكام مرسومة في الشريعة الإسلامية في الكتاب والسنة والفقه الإسلامي، وفي قانون التجارة البحرية الأردني، وحبذا لو أخذ بها نظام المحكمة التجارية السعودي، وللوقوف على هذه الصلة، وتلك الماهية والأحكام، جاءت هذه الدراسة لتعبر عن هذه الأهمية.

ثانياً:- إشكالية موضوع البحث :

انطلاقاً من صلة التصادم البحري بين السفن الحربية بالحوادث البحرية، وما يترتب عليها، ولدراسة ماهية هذا التصادم وأحكامه، تنبثق معضلات علمية وعملية بين الإطار النظري لفكرته في الشريعة الإسلامية المشار إليها في الكتاب والسنة والفقه الإسلامي، وفي القانون البحري، وواقعه التطبيقي القضائي، الأمر الذي يقتضي المواءمة والملاءمة بين إطاره هذه المعضلة فكرة وواقعا تطبيقيا من خلال إشكالية هذه البحث.

ثالثاً:- الدراسات السابقة في الموضوع :

تم التعرض لموضوع التصادم بين السفن الحربية بشكل عام في الدراسات المنهجية لشروحات القانون البحري، ولا توجد دراسات متخصصة في موضوعه.

رابعاً:- أهداف موضوع البحث :

تهدف دراسة موضوع التصادم البحري بين السفن الحربية في قانون التجارة البحرية الأردني والشريعة الإسلامية (دراسة قانونية فقهية مقارنة)، للتعرف على صلة التصادم البحري بين السفن الحربية بالحوادث البحرية، والتي يترتب عليها ماهية هذا التصادم وأحكامه، وما ينبثق عن ذلك من معضلات علمية وعملية بين

<sup>1</sup> لقد قضى المشرع البحري الأردني بسريان أحكام التصادم البحري الواردة في قانون التجارة البحرية على التصادم البحري بين جميع أنواع السفن بما في ذلك السفن الحربية وذلك وفقاً لنص المادة 244 منه مغايراً بذلك الموقف لما ورد النص عليه في المادة 398 من نظام المحكمة التجارية السعودي، بدلالة نص المادة 31 من نظام الموانئ والمناظر السعودي، في تفصيل ذلك أنظر، عبد الرحيم، ثروت، شرح القانون البحري السعودي، عمادة شؤون المكتبات، جامعة الملك سعود، بدون سنة نشر، ص-244 وما بعدها، وموقف القضاء المصري، أنظر، نقض مصري، 14 يناير 1980، طعن رقم 1034، سنة 48 قضائية.

الإطار النظري لفكرتها في الشريعة الإسلامية المشار إليها في الكتاب والسنة والفقهاء الإسلامي، وفي القانون البحري، وواقعه التطبيقي القضائي .

خامسا: - منهجية موضوع البحث :

14

سنتناول دراسة موضوع التصادم البحري بين السفن الحربية في قانون التجارة البحرية الأردني والفقهاء الإسلامي (دراسة قانونية فقهية مقارنة)، للتعرف على صلة التصادم البحري بين السفن الحربية بالحوادث البحرية، والتي يترتب عليها ماهية هذا التصادم وأحكامه، وما ينبثق عن ذلك من معضلات علمية وعملية بين الإطار النظري لفكرته في الشريعة الإسلامية المشار إليها في الفقهاء الإسلامي، وفي القانون البحري الوضعي، وفقا للمنهج التحليلي التأصيلي المقارن بين الفقهاء الإسلامي والقانون البحري الأردني.

سادسا: - محتوى خطة موضوع البحث :

سنعالج الموضوع من خلال خطة دراسية محتواها ثلاثة مباحث وخاتمة، فالمبحث الأول يعالج صلة التصادم البحري بين السفن الحربية بالحوادث البحرية، تعريفاً وحقيقة وتصنيفاً في الشريعة الإسلامية وقانون التجارة البحرية الأردني، بينما المبحث الثاني يتناول ماهية التصادم البحري بين السفن الحربية مفهومها وأساساً في الشريعة الإسلامية وقانون التجارة البحرية الأردني، والمبحث الثالث يعالج أحكام التصادم البحري بين السفن الحربية، من حيث أنواع هذا التصادم، وقواعد منع حدوثه، والمسؤولية المترتبة عنه، وفي الخاتمة نعالج خلاصة موضوع البحث، ونتائجه وتوصياته.

المبحث الأول: صلة التصادم بين السفن الحربية بالحوادث البحرية :

يعد التصادم البحري بين السفن الحربية من الحوادث البحرية، الأمر الذي يعني أن الحوادث البحرية تخضع لتعريف محدد، وحقيقة مرسومة، وتصنيف واضح وهذا التعريف، وتلك الحقيقة، وذلك التصنيف، تمثل ركائز صلة التصادم البحري بين السفن الحربية بالحوادث البحرية، ولكي يتسنى لنا الوقوف على تلك الركائز سوف نتناولها من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف الحوادث البحرية بين السفن الحربية .

المطلب الثاني: تصنيف الحوادث البحرية بين السفن الحربية.

المطلب الأول: تعريف الحوادث البحرية بين السفن الحربية

في اللغة: الحوادث جمع حادث من الحدوث، والحدوث: كون الشيء بعد أن لم يكن، وإحداثه: إيجاده. وسواء كان المحدث جوهراً أو عرضاً. ويقال لكل ما قرب عهده: محدث فعلاً كان أو قولاً. قال ابن القيم: الفائدة السبعون: إذا حدثت حادثة ليس فيها قول لأحد من العلماء فهل يجوز الاجتهاد فيها بالإفتاء والحكم أم لا؟ فيه

ثلاثة أوجه: أحدها: يجوز، وعليه تدل فتاوى الأئمة وأجوبتهم فإنهم كانوا يُسألون عن حوادث لم تقع قبلهم فيجتهدون فيها<sup>1</sup>

**وفي الاصطلاح:** يخلط الكثيرون بين مفهوم التصادم البحري بين السفن الحربية، والحوادث الملاحي البحري<sup>2</sup>، التصادم البحري عموماً هو مجرد «احتكاك أو تلامس مباشر بين عائمتين بحريتين إحداهما سفينة» مثل الارتطام الحاصل بين سفينة وسفينة أخرى أو سفينة وأي قاطرة بحرية أخرى مثل الزورق أو اللنش البحري، ولا يعتبر ارتطام سفينة برصيف الميناء أو حطام سفينة غارقة في البحر أو ارتطام سفينة بجسر تمر بأسفله تصادماً بحرياً كذلك لا يعتبر الارتطام بين القاطرات والزوارق البحرية تصادماً بحرياً بل حادث ملاحي بحري لأن الزورق أو القاطرة البحرية وكل ما هو على شاكلتها لا يعتبر «سفينة» بل عائم بحري يعمل داخل المياه الإقليمية أي في نطاق (12) ميلاً بحرياً وهذا يجعل من تعريف السفينة بأنها «كل عائم بحري خارج نطاق المياه الإقليمية ولفترة زمنية تمتد إلى عام أو أكثر ولأغراض تجارية»، لذلك عندما يحدث ارتطام بين سفينة وقاطرة بحرية داخل المياه الإقليمية فإن ذلك يعتبر «تصادماً بحرياً» لأن أحد الطرفين المتصادمين عبارة عن سفينة حربية، ويعنينا هنا كل حادث بحري يقع على السفن الحربية<sup>3</sup>

#### المطلب الثاني: تصنيف الحوادث البحرية بين السفن الحربية

يمكننا تعريف الحوادث الحربية في مسائل الحوادث البحرية بأنه كان ما يحدث للسفن الحربية في البحر من تصادم أو مساعدة وإنقاذ أو مخالفة لأصول السلامة أو خرقاً للاتفاقيات الدولية أو حروب بحرية أو آفات سماوية أو خسارات بحرية إلى غير ذلك من الأمور التي تتعلق بهذا المصطلح. ولكل ما سبق فإنه يجدر بنا أن نسلط الضوء على حوادث السفن الحربية من بوارج مصممة للقتال في عرض البحر أو حاملات الطائرات، أو نقل للجنود، وضمن ما يترتب عليها من خسائر فادحة تكمن في تلف المحمول على متنها من جنود ومعدات وأسلحة أو طائرات أو مدفعية ثقيلة أو خفيفة.

<sup>1</sup> مصطلح الحوادث البحرية في القانون الوضعي يقتصر على الأخطار البحرية التي تشمل التصادم البحري والإسعاف والإنقاذ والخسائر البحرية المشتركة بينما هذه المدلول يتسع في الفقه الإسلامي ليشمل كل ما يحدث في البحر من تصادم أو تلوث أو مساعدة وإنقاذ أو مخالفة لأصول السلامة أو خرق للاتفاقيات الدولية أو حروب بحرية أو آفات سماوية أو خسارات بحرية أو كافة الأمور التي تتعلق بهذا المصطلح، أنظر في ذلك، طه، مصطفى كمال، القانون البحري الجديد، ط-1، منشأة المعارف الإسكندرية، 1995، ص-367 وما بعدها. والقرني، عائض بن مقبول، الحوادث البحرية والخسائر المشتركة (العوار البحري) في الفقه الإسلامي، دراسة تأصيلية فقهية مقارنة، ط-1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2012، ص-41.

<sup>2</sup> أنيس، إبراهيم، وآخرون، المعجم الوسيط، ط-، القاهرة، 1975، الفعل حدث، والإمام الجصاص، أبو بكر أحمد (ت 370 هـ/954م)، أحكام القرآن 5 ج، تحقيق: - محمد صادق قمحاوي، ط-1، دار إحياء الكتب العربية، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، 1992، ج-5، ص-243.

<sup>3</sup> حول هذا الخلط، أنظر، صادق، هشام علي، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن، ط-1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 78 وما بعدها، وكذلك، قايد، محمد بهجت، الخطأ في التصادم البحري، ط-1، دار النهضة العربية القاهرة، 1992، ص-18 وما بعدها

من خلال استقراء الحوادث البحرية. للسفن على وجه العموم. بشتى صورها وأنواعها، حيث قسمت الحوادث التي تتعرض لها السفن إلى خمس مراتب طبقاً لجسامة الحادث أو الحدث، وذلك حتى يسهل التعامل مع كل منها طبقاً لمرتبته<sup>1</sup>، وهي كما يلي:

- 1- حدث من المرتبة الأولى، وهو إصابة السفينة الحربية بضرر يمكن إصلاحه في الموقع بواسطة طاقم صيانة السفينة، دون الحاجة إلى الاستعانة بأفراد أو معدات من خارج الوحدة المالكة للسفينة.
2. حدث من المرتبة الثانية، وهو إصابة السفينة الحربية بضرر يمكن إصلاحه في الموقع بواسطة أفراد صيانة مستدعين من خط الصيانة الثاني.
- 3- حدث من المرتبة الثالثة؛ وهو إصابة السفينة الحربية بضرر يمكن إصلاحه في الموقع ولكنه يفوق الإمكانيات الفنية للوحدة مالكة السفينة، ولا بد من طلب المساعدة من جهة متخصصة أو بعقد
- 4- حدث من المرتبة الرابعة: وهو إصابة السفينة الحربية بضرر لا يمكن إصلاحه في الموقع ولا بد من إخلاء السفينة وتعويمها من قبل سفينة القطر البحري الحربية إلى ورشة للإصلاح المتخصص أو اللجوء إلى عقد خارجي مع شركة خاصة.
- 5- حدث من المرتبة الخامسة؛ وهو وجود خلل جسيم لا يمكن إصلاحه مطلقاً أو تحطم السفينة الحربية تماماً وفقدائها، ويتم في هذه الحالة شطب السفينة المفقودة من سجلات الوحدة المالكة لها لحين العثور عليها أو على حطامها.<sup>2</sup>

### المبحث الثاني: ماهية التصادم البحري بين السفن الحربية

يخضع التصادم البحري عموماً، والتصادم البحري بين السفن الحربية خصوصاً لماهية محددة، على ضوءها يتضح مفهوم التصادم البحري بين السفن الحربية، كما يتضح أساسه القانوني، وقد عولجت هذه الماهية في الشريعة الإسلامية وقانون التجارة البحرية الأردني، وللوقوف على هذه الماهية مفهومها وأساساً، سنتعرض لها من خلال المطلبين الآتيين: المطلب الأول: مفهوم التصادم البحري بين السفن الحربية.

المطلب الثاني: الأساس القانوني للتصادم البحري بين السفن الحربية.

<sup>1</sup> العطير عبدالقادر، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية الأردني، ط-1، مكتبة دار الثقافة عمان 1999، ص-490، ويونس، علي حسن، أصول القانون البحري، طبعة 2، دار النهضة العربية القاهرة، 1997، ص-326. القليوبي، سميحة، القانون البحري، طبعة أولى، القاهرة، 1982، ص-31 وكذلك عبدالرحيم، ثروت، ذاتية القانون البحري، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة البصرة، العدد الأول والثاني، السنة الأولى، أيلول عام 1968، ص 62.

<sup>2</sup> الشرقاوي، محمود سمير، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص-609.



## المطلب الأول : مفهوم التصادم البحري بين السفن الحربية

يخلط الكثيرون بين مفهوم التصادم البحري والحادث الملاحي البحري، التصادم البحري هو مجرد «احتكاك أو تلامس مباشر بين عائمتين بحريتين إحداهما سفينة» مثل الارتطام الحاصل بين سفينة وسفينة أخرى أو سفينة وأي قاطرة بحرية أخرى مثل الزورق أو اللنش البحري، ولا يعتبر ارتطام سفينة برصيف الميناء أو حطام سفينة غارقة في البحر أو ارتطام سفينة بجسر تمر بأسفله تصادما بحريا كذلك لا يعتبر الارتطام بين القاطرات والزوارق البحرية تصادما بحريا بل حادث ملاحي بحري لأن الزورق أو القاطرة البحرية وكل ما هو على شاكلتهم لا يعتبر «سفينة» بل عائم بحري يعمل داخل المياه الإقليمية أي في نطاق (12) ميلا بحريا وهذا يجعل من تعريف السفينة بأنها «كل عائم بحري خارج نطاق المياه الإقليمية ولفترة زمنية تمتد إلى عام أو أكثر ولأغراض تجارية»، لذلك عندما يحدث ارتطام بين سفينة وقاطرة بحرية داخل المياه الإقليمية فإن ذلك يعتبر «تصادما بحريا» لأن أحد الطرفين المتصادمين عبارة عن سفينة.

ولهذا نجد التعريف الانجليزي لمفهوم السفينة بعبارة (كل مركب صالح للملاحة) ولكن تعريفهم للزوارق واللنشات والقاطرات البحرية بعبارة (كل عائمة)، والتصادم البحري لا يحدث فقط بسبب الارتطام المباشر بين سفينة وسفينة أخرى أو أي عائم بحري آخر، والذي غالبا ما ينتج بسبب عدم التزام ربابنة السفن بقوانين حركة الملاحة البحرية والاتفاقيات الدولية، بل يمكن أن يحدث التصادم البحري بسبب ظاهرة الانجذاب دون أن يكون هناك أي احتكاك أو تلامس مباشر كأن تكون أحد السفن تسير بسرعة عالية وتغير اتجاه سيرها فجأة فتجبر أو ترغم السفن المجاورة على الانحراف عن خط سيرها وارتطامها ببعضها أو بأي شيء آخر كذلك يحدث التصادم بسبب تولد أمواج قوية ناتجة عن مرور السفينة بسرعة عالية " وهذا يحدث عندما تمر سفينة كبيرة بسرعة عالية بالقرب من سفينة صغيرة فتسبب تولد أمواج قوية وهذا يسبب انحراف الصغيرة عن مسارها وإصابتها بأضرار دون أن يكون هناك أي احتكاك أو تلامس بين السفينتين<sup>1</sup>

## المطلب الثاني : الأساس القانوني للتصادم البحري بين السفن الحربية

يتم إرجاع الحوادث التي تتعرض لها السفن الحربية إلى مجموعة أسباب هي :

- 1- أخطاء بشرية من قبل الطاقم؛ وتشمل هذه الأخطاء فشل أي من أفراد الطاقم العامل. بما في ذلك الفشل لأسباب صحيحة في تنفيذ الأعمال التي يجب أن يتقن تنفيذها، فيتسبب في حدوث الحادث أو الحدث<sup>2</sup>
- 2- أخطاء بشرية من غير الطاقم وتشمل فشل أي فرد من أفراد الصيانة في تنفيذ أعمال يجب شأن يتقنها، مما يتسبب أو يشارك في حدوث الحادث البحري للسفينة الحربية، وتصنف الأخطاء البشرية إلى أخطاء

<sup>1</sup> العطير ، مرجع سابق ، ص-49 الشرفاوي، مرجع سابق ، ص-609. وصرخوه يعقوب، الوسيط في شرح التجارة البحرية الكويتي ، الجزء الثاني، ط-

1 الكويت 1982 ، ص-335.

<sup>2</sup> مكي، إبراهيم، الوسيط في شرح القانون البحري الكويتي، الجزء الأول ، طبعة أولى، الكويت، 1975، ص-338.

متعمدة، أو أخطاء في التقدير، أو بسبب الإهمال والتفريط، عندما لا يتم إعطاء الاهتمام الكافي عند أداء الواجب<sup>1</sup>

3- خطأ فني؛ ويشمل انهيار أو تحطم أحد أجزاء السفينة الحربية، أو أي نظام من نظمها، أو معداتها سواء الأرضية منها أو المحمولة في البحر، وذلك رغم مطابقتها للمواصفات الفنية وخضوعها لأعمال الصيانة الدورية المقررة.

4- خطأ تنظيمي؛ ويشمل الأخطاء التي تحدث للسفن الحربية في البحر بسبب قصور السياسات، أو نقص الكفاءة الإدارية. ويندرج تحت ذلك: التقصير في توفير التدريب الكامل والكافي للأطقم، أو نقص التوعية الفنية، أو الخطأ في التموين، سواء بالوقود أو بالزيوت أو بالقوة البشرية اللازمة.

5- خطأ خارج المنظومة؛ ويشمل الأخطاء التي تخرج عن الإشراف المباشر للجهة الحربية مالكة السفينة؛ مثل أخطاء الجهة المسؤولة عن تشغيل الموانئ، أو التوجه والإرشاد البحري.

6- خطأ لم يتحدد بصورة مؤكدة؛ وهو الخطأ الذي تتوافر الشكوك حول مسؤوليته عن الحادث، لكن لجان التحقيق لم تتوصل لما يؤكد ذلك.

7- الإلتاف الذاتي للسفينة الحربية، ويشمل التلف الناتج عنه ارتداد القذائف بالنسبة للسفن الحربية، أو حاملات الطائرات، وكذلك التلف الناتج عن الموجات التضاغطية المتولدة و المرتدة من الأهداف القريبة، أو هجوم خاطئ من طائرات الجيش، وعليه يتم تحديد مسؤولية المتسبب عن التصادم البحري على أساس (الخطأ واجب الإثبات)<sup>2</sup>، و تنص قواعد التجارة البحرية الدولية وكذلك القانون الانجليزي والقانون الأمريكي والقانون الفرنسي على تطبيق قاعدة «النسبية» عند توزيع المسؤولية بين السفينتين المتصادمتين إذ تتحمل كل سفينة جزءاً من قاعدة (النسبية) عند توزيع المسؤولية بين السفينتين المتصادمتين إذ تتحمل كل سفينة جزءاً من الأضرار حسب جسامه الخطأ الذي ارتكبه و كان سببا في التصادم و يرى القضاء الانجليزي تقاسم تكلفة الضرر الذي أصاب السفينتين بالمنصفة أو التساوي و يتم ذلك بطريقتين:

1- مبدأ المسؤولية المتقابلة: وذلك بأن تقوم كل سفينة أحد أطراف التصادم بتحمل نصف تكلفة الضرر الذي أصاب السفينة الأخرى المشاركة في التصادم

2- مبدأ المسؤولية المنفردة:

<sup>1</sup> رجب، محمد مصطفى، القانون البحري الإسلامي، ط - 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 31 وما بعدها. ومنصور، عبد الحفيظ، القانون البحري في الفقه المالكي، بحث نشر في تطور علوم البحار ودورها في النمو الاقتصادي، وزارة شؤون الثقافة التونسية، سفاقس، تشرين الثاني، 1976، ص-178

<sup>2</sup> المقدسي، موفق الدين أبو محمد بن قدامة (ت 620هـ/ 1223م)، المغني 12ج، تحقيق مجموعة من العلماء، ص- 230.

طبقاً لهذا المبدأ تقوم السفينة التي أصابها أقل ضرر بتعويض السفينة الأخرى الأكثر ضرراً نصف الفرق بين ما تحملته كل منهما من أضرار. وتجدر الإشارة إلى أن الدولة الإقليمية والتي يقع حادث التصادم البحري في مياهها الإقليمية لن تستطيع بالضرورة فرض قوانينها وسلطة قضائها المحلي للفصل في منازعات التصادم البحري إذا أصر مالك أحد السفينتين المتصادمتين عرض موضوع التصادم على محكمة لوكسمبورغ والمختصة بنزاعات التصادم البحري باستثناء إجراءات إثبات حالة حادث التصادم الأولية والتي تتم تحت إشراف إحدى الهيئات البحرية الدولية المعترف بها وباتفاق طرفي النزاع وذلك بسبب دولية النشاط البحري ودولية القانون البحري<sup>1</sup>

وفي الفقه الإسلامي لم أجد تعريفاً لأهل الفقه عن تصادم السفن الحربية بهذا المعنى المركب، ولكن وردت عبارات عن الواجب في حال التصادم يمكننا من خلال الوقوف عليها أن نحدد معنى للتصادم؛ وسنعرض لذلك عند دراسة أنواع التصادم البحري بين السفن الحربية<sup>2</sup>

### المبحث الثالث: أحكام التصادم البحري بين السفن الحربية

إن أحكام التصادم البحري بين السفن تعبر عن أنواع هذا التصادم، وتحدد القواعد الدولية الحديثة لمنع هذا التصادم، وكانت هذه الأحكام مثار اهتمام الفقه الإسلامي وقانون التجارة البحرية الأردني، وللوقوف عليها سنعالجها من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: أنواع التصادم البحري بين السفن الحربية.

المطلب الثاني: القواعد الحديثة لمنع التصادم البحري بين السفن الحربية.

المطلب الثالث: المسؤولية عن التصادم البحري بين السفن الحربية

المطلب الأول: أنواع التصادم البحري بين السفن الحربية

يرجع حدوث التصادم البحري إلى أربعة أسباب:

(1) القوة القاهرة: هذا النوع من التصادم يصعب تجنبه ولا تتحمل أي من السفينتين مسؤولية التعويض عن الخسائر الناتجة من التصادم وتتحمل كل سفينة تكلفة ما أصابها من أضرار، ويرجع سبب وقوع هذا النوع من التصادم البحري للسفن إلى:  
أ- عطل جهاز الدفة والمقود وعطل محركات السفينة مما يجعل السفينة في وضع خارج السيطرة والتحكم.

<sup>1</sup> المواق، أبو يوسف العبدري أبو عبدالله (ت 737هـ/1336م)، التاج والإكليل لمختصر خليل، 8 ج ط-2، دار الكتب العلمية، بيروت 1995م، ج-3، ص-300.

<sup>2</sup> الصاوي، أحمد بن محمد (ت 1175/1676م)، بلغة السالك، 4 ج، ضبطه وصححه، عبدالسلام شاهين، ط-1، دار الكتب العلمية،

بيروت، 1995، ج-4، ص-257

ب- تسبب الرياح والعواصف الشديدة إلى قطع حبال السفن الراسية في الميناء، أي السفن خلال توقفها في عرض البحر الإقليمي قبل دخولهم الميناء متسبباً في حدوث ارتطام السفن ببعضها البعض.

(2) تصادم مشكوك في أسبابه حيث يستحيل إثبات الدليل على تحديد المخطئ من أي من السفينتين وعليه تتحمل كل سفينة تكلفة الأضرار التي أصابتها.

(3) تصادم المتسبب به إحدى السفينتين: حيث تلزم السفينة المتسببة بالخطأ بتعويض السفينة الأخرى المتضررة عن الأضرار التي لحقت بها والتي تشمل الأضرار التي أصابت بدن السفينة، وكذلك الأضرار التي أصابت البضاعة على متن السفينة المتضررة، وأيضا البضاعة التي على متن السفينة المتسببة بالتصادم وقد يصل الأمر بأن تطالب السفينة المتضررة بالتعويض عن توقفها عن العمل من أجل القيام بأعمال إصلاح الضرر .

(4) تصادم بسبب خطأ مشترك : وهو التصادم الذي يقع بسبب خطأ كل من السفينتين المتصادمتين وتقدر مسؤولية كل سفينة لنسبة الخطأ الذي صدر عنها. وإذا تعذر إثبات نسبة خطأ أي من السفينتين المتصادمتين توزع المسؤولية بينهما بالتساوي.

حوادث تصادم السفن الحربية مع البعض أو مع أي عنصر مادي آخر

وفي الفقه الإسلامي لم يرد عن تصادم السفن الحربية شيء بهذا المعنى المركب، ولكن وردت فيه عبارات عن الواجب في حال التصادم يمكننا من خلال الوقوف عليها أن نحدد معنى للتصادم ، فمن ذلك: ما جاء في المغني: 'وإن تصادم نفسان يمشيان، فماتا، فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر. روي هذا عن علي رضي الله عنه والخلاف هاهنا في المسؤولية كالخلاف فيما إذا اصطدم الفارسان، إلا أنه لا تقاص هاهنا في المسؤولية، لأنه على غير من له الحق؛ لكون المسؤولية على عاقلة كل واحد منهما. وإن اتفق أن تكون المسؤولية على من له الحق، مثل أن تكون العاقلة هي الوارثة، أو تكون المسؤولية على المتصادمين، تقاصاً. ولا يجب القصاص، سواء كان اصطدامهما عمداً أو خطأ؛ لأن الصدمة لا تقتل غالباً، وقوله بعد ذلك: 'وإذا وقعت السفينة المنحدرة على الصاعدة، فغرقتا، فعلى المنحدرة قيمة السفينة الصاعدة، أو أرش ما نقصت إن أخرجت، إلا أن يكون قيم المنحدرة غلبته الريح، فلم يقدر على ضبطها، وجملته أن السفينتين إذا اصطدمتا لم تخل من حالين:

أحدهما: أن تكونا متساويتين، كاللتين في بحر أو ماء واقف، أو كانت إحدهما منحدرة والأخرى صاعدة، فنبدأ بما إذا كانت إحدهما منحدرة والأخرى صاعدة؛ ولا يخلو من حالين:

أولهما: أن يكون القيم بها مفرطاً، بأن يكون قادراً على ضبطها أو ردها عن الأخرى فليفعل، أو أمكنه أن يعدلها إلى ناحية أخرى فلم يفعل أو لم يكمل ألتها من الحبال والرجالات وغيرهما، فعلى المنحدرة ضمان الصاعدة؛ لأنها تنحط عليها من علو، فيكون ذلك سبباً لغرقها فتنزل المنحدرة بمنزلة السائر، والصاعدة بمنزلة الواقف. وإن غرقتا جميعاً، فلا شيء على المصعد، وعلى المنحدر قيمة الصاعد، أو أرش ما نقصت إن لم تلتف

كلها إلا أن يكون التفريط من الصاعد؛ بأن يمكنه العدول بسفينته، والمنحدر غير قادر ولا مفرط فتكون المسؤولية على المصعد؛ لأنه المفرط. وإن لم يكن من أحدهما تفريط لكن هاجت ريح أو كان الماء شديد الجري، فلم يمكنه ضبطها، فلا ضمان عليه؛ لأنه لا يدخل في وسعه ضبطها، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها.

وثانهما: أن يكونا متساويتين، فإن كان القيمان مفرطين ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر، بما فيها من نفس ومال<sup>1</sup>، وقد أورد الفقه الإسلامي آراء الفقهاء في هذا الشأن بالقول: وفي التاج والإكليل لابن المواق: 'قال مالك في السفينتين تصطدمان فتغرق إحدهما بما فيها، فلا شيء في ذلك على أحد، لأن الريح تغلبهم إلا أن يعلم أن النواتية أو أرادوا صرفها قدروا فيضمنوا وإلا فلا شيء عليهم. قال ابن القاسم: ولو قدروا على حبسها إلا أن فيها هلاكهم وغرقهم فلم يفعلوا، فليضمن عواقلهم ديانتهم ويضمنوا الأموال في أموالهم، وليس لهم أن يطلبوا نجاتهم بغرق غيرهم. وكذلك لو لم يروهم في ظلمة الليل وهم لو رأوهم لقدروا على صرفها فهم ضامنون لما في السفينة ودية من مات على عواقلهم، ولكن لو غلبتهم الريح أو غلفوا لم يكن عليهم شيء<sup>2</sup>

وفي بلغة السالك: 'إن تصادم المكلفان أو تجاذبا حبلاً أو غيره فسقطا راكبين أو ماشيين أو مختلفين قصداً فماتا فلا قصاص لفوات محله وإن مات أحدهما فحكم القود يجري بينهما، حملاً على القصد عند جهل الحال لا على الخطأ عكس السفينتين إذا تصادمتا، وجهل الحال فيحملان على عدم القصد من رؤسائهما فلا قود ولا ضمان، لأن جريهما بالريح ليس من عمل أربائهما كالعجز الحقيقي فلا يستطيع كل منهم أن يصرف دابته أو سفينته عن الآخر فلا ضمان بل هو هدر، لكن الراجح أن العجز الحقيقي في المتصادمين فيه ضمان الدية في النفس والقيمة في الأموال. بخلاف السفينتين فهدر، وحملتا عليه عند جهل الحال، وأما لو قدر أهل السفينتين على الصرف ومنعهم خوف الغرق أو النهب أو الأسر حتى أهلكت إحدى السفينتين الأخرى فضمن الأموال في أموالهم والدية على عواقلهم؛ لأنهم لا يجوز لهم أن يلموا بهلاك غيرهم<sup>3</sup>

وفي مطالب أولي النهى: 'وإن كانت إحدهما'. أي: السفينتين المصطدمين. 'واقفة'، وكانت الأخرى سائرة، واصطدمتا فغرقتا؛ فلا ضمان على قيم الواقفة؛ لأنه لم يتعد ولم يفراط<sup>4</sup>

<sup>1</sup> الرحيباني، مصطفى السيوطي (ت 1243هـ/1827م)، مطالب أولي النهى، ج6، شرح: علي الشطي ط-1، المكتب الإسلامي، دمشق، 1961، ج-4 ص-346. كذلك أنظر، عليش، محمد بن محمد 1299هـ/1882م)، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج4، ط-1، دار الفكر، بيروت، 1989، ج-4 ص-298.

<sup>2</sup> الخرشبي، محمد بن عبدالله (ت 1101هـ/1685م)، شرح مختصر خليل، ج8، تحقيق: - نجيب الماجد، ط-1، المكتبة العصرية، بيروت 2006، ج-8، ص-276، ووزارة الأوقاف الكويتية الموسوعة الفقهية الكويتية، ج-1 و 28، ص-45، 46.

<sup>3</sup> ابن حزم، أبي محمد علي بن أحمد (ت 456هـ/1064م)، المحلى، ج10، تحقيق: لجنة احياء التراث العربي، دار الأفاق الجديدة، بيروت، 1972، جزء-7، ص-432.

<sup>4</sup> في تفصيل هذه القواعد أنظر: - العزيز، مصطفى محمد، مرجع سابق، ص-212.

وجاء في المحلى لابن حزم: 'فإن حملا سفينتهما على التصادم فهلكتا: ضمن كل واحد نصف قيمة السفينة الأخرى، لأنها هلكت من فعلها، ومن فعل ركاها. وأما الفارسان يصطدمان فإن أبا حنيفة و مالكا و الأوزاعي و الحسن بن الهيثم، قالوا: إن ماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر كاملة.

من خلال استعراض هذه العبارات الفقهية من الفقهاء يتضح لنا أن التصادم عندهم يطلق على السفن المبحرة مع بعضها، أو الواقفة إذا ارتطمت بها سفينة مبحرة، ويقاس على ذلك السفينة الحربية التي لا تصطدم مع أخرى، وإنما ترتطم بقاع البحر أو بأي جبل ثلجي أو أي جسم آخر له تأثير على جسم السفينة الخارجي، وعلى ذلك فإنه يمكن وضع تعريف لتصادم السفن الحربية بسفينة حربية أو سفن أخرى، أو أي جسم عائمة على سطح البحر أو الصخور، أو الأرصفة، أو المنشآت الثابتة و ينتج عن ذلك أضرار أو خسائر لواحدة أو أكثر من السفن الحربية المتصادمة<sup>1</sup>

وضعت الأنظمة البحرية قواعد لمنع التصادم بين السفن الحربية أو غيرها<sup>2</sup> وهي متمثلة بالآتي:

أولاً- استعمال الرادار لمنع التصادم: يعد جهاز الرادار في السفينة الحربية المبحرة في المهمات العسكرية من الأمور الواجبة، إذ به يتضح سير السفينة واتجاهها، والسفن القريبة المبحرة في موقعها، ولهذا فإنه يتعين القول بضرورة استخدامه عند الإبحار وخصوصاً في السفن الكبيرة كالبوارج، وحاملات الطائرات، وسفن النقل العسكري ونحوها مما يترتب على حوادثها خسائر فادحة ويعد عدم استخدام هذا الجهاز في هذه السفن نوعاً من التفريط.

ثانياً- واجبات الريان والضباط العسكريين القانونية لمنع التصادم:

(1)- مراقبة الأفق جيداً على فترات غير متباعدة: يجب على الريان مراعاة هذا الأمر أيًا كان نوع العمل الذي يقوم به؛ سواء كان لديه مراقب أم لا، إذ إن مراقبة الأفق يجعله متحسباً لوقوع أية تغيرات بحرية، مما يجعله يتفادى أي سوء ممكن أن يحصل له، وكذلك مراقبة أية سفينة يراها تقترب من سفينته.

(2)- عمل المناورة عند اقتراب أية سفينة أخرى، كذلك يجب على الريان في المهمات العسكرية عند رؤية سفينة تقترب من سفينته مما يجعل خطر التصادم قائماً أو محتملاً، أن يتم رصد اتجاهها بواسطة البوصلة ويكتب الاتجاه ووقت الرصد، وإذا لم يتغير اتجاهها تغيراً محسوساً فيتم عمل المناورة اللازمة في الوقت المناسب والمبكر.

<sup>1</sup> صرخوه، مرجع سابق، ص-335.

<sup>2</sup> duckworth(L):- Th e principles of marine law .3<sup>rd</sup>.ed. 1967 .p-350. And –Lowndes and Rudolf :-the law of general averurantwarp .10<sup>th</sup>.ed London .1975 .p -560. And –Payanand Ivamy :-carriage of goodz by sea .3<sup>rd</sup>.ed. London .1989. p -228.

(3)- استعمال الإشارات الصوتية المصممة في السفن الحربية عند تغيير خط السير أو تشغيل الآلات إلى الخلف إذا اقتربت السفينة من سفينته حيث يزيد احتمال خطر التصادم، فإنه يجب عليه استعمال الإشارات الضوئية إذا كان سيتم تغيير خط السير أو تشغيل الآلات للخلف، ولكن إذا تمت المناورة من مسافة بعيدة ميلين أو ثلاثة أميال فلا داعي لاستعمال الإشارة الصوتية.

(4)- استعمال إشارات الضباب والسير إلى الناحية الآمنة عند حلول الضباب أو العواصف الرملية أو المطر الشديد أو أي سبب يقلل مدى الرؤية، ويجب عليه في هذه الحالة إتباع الخطوات التالية:  
أ- فتح الرادار.

ب- إخطار غرفة الآلات بأن السرعة ستخفض.

ج- وضع مراقب إضافي في غرفة الضباب.

د- الابتداء في استعمال إشارات الضباب.

هـ- التأكد من موقع السفينة بالنسبة للأرض إذا كانت قريبة منها، وأن السفينة بعيدة عن الحوادث الملاحية، وفي حالة وجود أي خطر يتم تغيير خط السير إلى الناحية الآمنة، مع مراعاة مواقع السفن الأخرى القريبة. ورصد مواقع السفن الأخرى، ومقارنة البورصات ببعضها، والحوادث بأية سفينة أخرى، وتتخذ الإجراءات اللازمة لتلافي خطر التصادم، وإذا كان خطر التصادم سيحدث فتتخذ الإجراءات لتقليل أضراره بوقف السفينة أو تشغيل آلتها إلى الخلف ومحاولة تلقي الصدمة عند وقوع التصادم<sup>1</sup>.

#### المطلب الثالث: المسؤولية عن التصادم البحري بين السفن الحربية

لقد عولجت المسؤولية عن التصادم البحري بين السفن الحربية في القانون البحري الأردني وفي الفقه الإسلامي، وللوقوف على تلك المعالجة، سنتعرض لها من خلال التفصيل الآتي:

#### أولاً: المسؤولية عن التصادم البحري بين السفن الحربية في القانون البحري الأردني:

ويرجع حدوث التصادم البحري إلى أربعة أسباب:

(1) القوة القاهرة: وهذا النوع من التصادم يصعب تجنبه ولا تتحمل أي من السفينتين مسؤولية التعويض عن الخسائر الناتجة من التصادم وتتحمل كل سفينة تكلفة ما أصابها من أضرار. ويرجع سبب وقوع هذا النوع من التصادم البحري للسفن إلى عطل جهاز الدفة والمقود وعطل محركات السفينة مما يجعل السفينة في وضع خارج السيطرة والتحكم، وتسبب الرياح الشديدة والعواصف الإعصارية إلى قطع حبال السفن الراسية في

<sup>1</sup> الخفيف، على (ت 1398هـ/1978م)، الضمان في الفقه الإسلامي، المطبعة الفنية الحديثة، القاهرة، 1971، ص-258.

الميناء كذلك عندما تؤدي العواصف إلى سحب أو جر مراسي السفن خلال توقفهم في عرض البحر الإقليمي قبل دخولهم الميناء متسبباً في حدوث ارتطام السفن ببعضها البعض.

(2)- تصادم مشكوك في أسبابه حيث يستحيل إثبات الدليل على تحديد المخطئ من أي من السفينتين وعليه تتحمل كل سفينة تكلفة الأضرار التي أصابها.

(3)- تصادم المتسبب به إحدى السفينتين: حيث تلزم السفينة المتسببة بالخطأ، بتعويض السفينة الأخرى المتضررة عن الأضرار التي لحقت بها والتي تشمل الأضرار التي أصابت بدن السفينة، وكذلك الأضرار التي أصابت البضاعة على متن السفينة المتضررة، وأيضا البضاعة التي على متن السفينة المتسببة بالتصادم وقد يصل الأمر بأن تطالب السفينة المتضررة بالتعويض عن توقفها عن العمل من أجل القيام بأعمال إصلاح الضرر.

(4)- تصادم بسبب خطأ مشترك: وهو التصادم الذي يقع بسبب خطأ كل من السفينتين المتصادمتين وتقدر مسؤولية كل سفينة نسبة الخطأ الذي صدر عنها وإذا تعذر إثبات نسبة خطأ أي من السفينتين المتصادمتين توزع المسؤولية بينهما بالتساوي<sup>1</sup>

وتقضي قواعد التجارة البحرية الدولية والقانون الانجليزي والأمريكي والفرنسي على تطبيق قاعدة «النسبية» عند توزيع المسؤولية بين السفينتين المتصادمتين إذ تتحمل كل سفينة جزءاً من الأضرار حسب جسامة الخطأ الذي ارتكبه وكان سبباً في التصادم ويرى القضاء الانجليزي تقاسم تكلفة الضرر الذي أصاب السفينتين بالمناصفة أو التساوي ويتم ذلك بطريقتين:

1- مبدأ المسؤولية المتقابلة: وذلك بأن تقوم كل سفينة أحد أطراف التصادم بتحمل نصف تكلفة الضرر الذي أصاب السفينة الأخرى المشاركة في التصادم.

2- مبدأ المسؤولية المنفردة: وطبقاً لهذا المبدأ تقوم السفينة التي أصابها اقل ضرر بتعويض السفينة الأخرى الفرق بين ما تحملته كل منهما من أضرار. و تجدر الإشارة إلى أن الدولة الإقليمية والتي يقع حادث التصادم البحري في مياهها الإقليمية لن تستطيع فرض قوانينها وسلطة قضائها المحلي للفصل في منازعات التصادم البحري إذا أصر مالك إحدى السفن المتصادمة عرض التصادم على محكمة لوكسمبورغ المختصة بنزاعات التصادم البحري باستثناء إجراءات إثبات حالة حادث التصادم الأولية التي تتم تحت إشراف إحدى الهيئات البحرية المعترف بها باتفاق طرفي النزاع بسبب دولية النشاط البحري ودولية القانون البحري.

ثانياً: المسؤولية عن التصادم البحري بين السفن الحربية في الفقه الإسلامي

تناول الفقهاء والأصوليون مسؤولية قائد السفينة الحربية من جانبين:

<sup>1</sup> الجهوتي، منصور بن يونس (ت 1051هـ/1643م)، كشاف القناع عن متن الإقناع، 5ج، تحقيق :- محمد أمين الضناوي، ط-2، دار الكتب العلمية، بيروت 1980، ج-4، ص-348.



الجانب الأول: من حيث ضمان الضرر الناتج عن الإخلال بعقد القيادة المشتمل على التعليمات اللازمة، وهي ما تسمى في الفقه بالمسؤولية التعاقدية<sup>1</sup>

وبما أن قائد السفينة الحربية هو المتصرف في قيادتها فإنه إذا نتج حادث بحري من جراء التصادم، تسبب في إتلاف السفينة الأخرى فلا يخلو الأمر من تفصيل بناءً على الأحوال العمدية وأحوال الخطأ والاشتباه وبيانه فيما يلي:

أولاً: التصادم العمد بين السفن الحربية؛ وفيه مسائل

المسألة الأولى: أنواع تصادم السفن الحربية العمد؛ ويشتمل على نوعين:

النوع الأول: التصادم العمد في حالة وقوف إحدى السفينتين العسكريتين، وذلك بأن تكون الواقفة في مرسى السفن أو على المخطاف أو في مكان مزدحم بالسفن المنتظرة، أو متعطلة في عرض البحر؛ وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على السفينة السائرة بلا نزاع، لأنها المتعدية.

النوع الثاني :- التصادم العمد في حالة سير كلا السفينتين سواء كان التعمد من كليهما أو من أحدهما، وفي هذه الحال يفرق بين المسؤولية في الأموال، والمسؤولية في الأنفس .

المسألة الثانية: المسؤولية المترتبة على تصادم السفن الحربية العمد عند الفقهاء؛ وفيه أمور :

الأول: المسؤولية عن هلاك الجنود بسبب التصادم العمد : نصوص الشريعة تحرم التصادم العمد العدوان المؤدي إلى هلاك الأنفس بغير حق، وهذا التحريم بإجماع أهل العلم من الفقهاء وعموم المسلمين، والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع. فأما الكتاب فقول الله تعالى: {وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا} [الإسراء، الآية:33] وقال تعالى: {وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً} [النساء الآية:92]. وقال: {وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا} [النساء، الآية:93]. وأما السنة، فقد دلت على ذلك أحاديث منها ما يلي: عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((لا يحل دم امرئ مسلم، يشهد أن لا إله إلا الله، وأني رسول الله، إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة))<sup>2</sup> وعن عثمان، وعائشة، عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله. أما الإجماع: فإنه لا خلاف بين الأمة في تحريمه، فإن فعله الإنسان متعمداً، فسق، وأمره إلى الله إن شاء عذبه وإن شاء غفر له. ففي هذه الأدلة الشفاء لمعرفة حرمة القتل العمد الناتج عن التصادم العمد والله أعلم.

ثانياً: أنواع حوادث السفن الحربية العمدية وما يجب فيها:

فأنواع حوادث السفن الحربية العمدية المتسببة في القتل نوعان:

<sup>1</sup> وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، جزء 1 و28، ص-45، 46.

<sup>2</sup> وزارة الأوقاف الكويتية، مرجع سابق

الأول: أن يضرب شخص سفينة حربية بمحدد كرصاص أو قذيفة حادة، ويدخل في بدن السفينة، إذا جرح به الراكب على السفينة جرحاً كبيراً، فمات، أو تخرقت به سفينته فغرق فيها فهو قتل عمد، بلا خلاف بين العلماء فيما نعلم.

والثاني: القتل بغير المحدد من مثل ونحوه، كتعمد التصادم بين السفن الحربية مع بعضها أو غيرها، أو الرمي بالمدافع والقنابل على السفينة الحربية المبحرة، فيغلب على الظن حصول الموت به ففي اعتباره حادثاً عمدًا يوجب القصاص خلاف على ثلاثة أقوال:

(أ)- أن هذا عمد موجب للقصاص وهو قول أهل العلم من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية به قال النخعي، والزهري، وابن سيرين، وحماد، وعمرو بن دينار، وابن أبي ليلى، وإسحاق، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية. والأدلة في ذلك: قول الله تعالى: {وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا} [الإسراء، الآية: 33]، وهذا مقتول ظلمًا ولا فرق بين رميه بسلاح محدد أو اصطدام غيره بسفينته عمدًا. قول الله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ} [البقرة، الآية: 178].

عن أنس رضي الله عنه، أن يهوديًا قتل جارية على أوضاع لها بحجر، فقتله رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حجرين<sup>1</sup>. ووجه الدلالة: أن المثل كالحجر معتبر في القتل العمد والقصاص كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم، ويقاس عليه الاصطدام العمد العدوان.

عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: (ومن قتل له قتيل، فهو بخير النظرين؛ إما يودي، وإما يقاد)<sup>2</sup> ولأنه يقتل غالبًا، فأشبهه المحدد.

(ب)- لا يعتبر عمدًا موجبًا للقصاص وهو القول الحسن. وروي عن الشعبي. وابن المسيب، وعطاء، وطاووس حيث قالوا: العمد ما كان بالسلاح<sup>3</sup>

(ج)- لا يعتبر عمدًا موجبًا للقصاص إلا أن يكون قتله بالنار وهو مذهب الحنفية وعن أبي حنيفة في قول الرسول صلى الله عليه وسلم (إلا إن في قتيل عمد الخطأ، قتيل السوط والعصا والحجر، مائة من الإبل).<sup>4</sup> ووجه الدلالة: حيث سماه عمد الخطأ، وأوجب فيه الدية دون القصاص. فيلاحظ أن الحديث محمول على المثل الصغير؛ لأنه ذكر العصا والسوط، وقرن به الحجر. فدل على أنه أراد ما يشبهها. ولأن العمد لا يمكن اعتباره بنفسه، فيجب ضبطه بمظنته، ولا يمكن ضبطه بما يقتل غالبًا، لحصول العمد بدونه في الجرح الصغير، فوجب ضبطه بالجرح. أما قولهم: لا يمكن ضبطه. ممنوع؛ فإننا نوجب القصاص بما نتيقن حصول

<sup>1</sup> -حديث صحيح، رواه البخاري، 6/9.

<sup>2</sup> الشيباني، محمد بن حسن (ت189هـ/805م)، المبسوط، 5ج، تحقيق:- مجيد خدوري، ط-1 الدار المتحدة للنشر، بيروت 1982، ج-4، ص-655.

<sup>3</sup> حديث صحيح، رواه البخاري، كتاب الديات،

<sup>4</sup> فتح الباري في شرح البخاري

الغلبة به، وإذا شككنا، لم نوجبه مع الشك، وصغير الجرح قد سبق القول فيه، ولأنه لا يصح ضبطه بالجرح، بدليل ما لو قتله بالنار، أو بمثل الحديد<sup>1</sup>. والذي يترجح. والله أعلم بالصواب. هو القول الأول القائل باعتبار المثلث أداة للقتل وذلك لعموم الأدلة التي استدلوها، وقوتها، وإجابتهم على أدلة أبي حنيفة. ولأن القصد من التصادم العمد هو الإتلاف والقتل، وقد حصل، فيعتبر قتلاً عمداً، وقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله:- (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى..)<sup>2</sup> قال ابن قدامة: 'ومن هذا النوع أن يلقي عليه حائطاً، أو صخرة، أو خشبة عظيمة، أو ما أشبهه مما يهلكه غالباً، فيهلكه، ففيه القود؛ لأنه يقتل غالباً'. والله أعلم بالصواب<sup>3</sup>

### الخاتمة:

#### نتائج موضوع البحث :

- 1- هذه الأحكام المتعلقة بالتصادم بين السفن الحربية، تمثل تطبيقاً للقواعد العامة للتصادم البحري، والتي نص عليها في قوانين التجارة البحرية لكل دولة، وفي الاتفاقيات والمعاهدات الدولية وما ورد النص عليه في القواعد الدولية لمنع التصادم البحري .
- 2- قد جاء موقف قانون التجارة البحرية الأردني منسجماً مع موقف تطبيق القواعد العامة للتصادم البحري على التصادم بين السفن الحربية، حيث نصت المادة (244) منه على أن تطبق أحكام التصادم البحري التي نص عليها في المواد (236-247) منه على التصادم بين السفن الحربية ونظام المحكمة التجارية السعودي قضى بالأعلى تطبق أحكام القواعد العامة للتصادم البحري المنصوص عليها في المادة (398) منه على التصادم بين السفن الحربية، وإنما جعل التطبيق على التصادم بين السفن الحربية للقواعد العامة في المسؤولية المدنية.
- 3- ولما كان هذا الموقف لا ينسجم مع القواعد العامة للتصادم البحري وموقف القانون البحري الدولي الوارد في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، لذلك نوجه الدعوة للمشرع السعودي لتعديل نص المادة (398) من نظام المحكمة التجارية السعودي بحيث تطبق أحكام التصادم البحري المنصوص عليها في المادة (398) منه على التصادم بين السفن الحربية . وليس القواعد العامة في المسؤولية المدنية .
- 4- تكون المسؤولية المترتبة على تصادم السفن العمد عند الفقهاء، وفيه تكون المسؤولية عن هلاك الأنفس بسبب التصادم العمد فنصوص الشريعة تحرم التصادم العمد العدوان المؤدي إلى هلاك الأنفس بغير حق، وهذا التحريم بإجماع أهل العلم من الفقهاء وعموم المسلمين .

<sup>1</sup> أخرجه الإمام أحمد، 171/3.

<sup>2</sup> الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، جزء 1 و28، ص-45، 46.

<sup>3</sup> من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

قائمة المراجع :

أولا :-الكتب العربية :

- 1- ابن حزم، المحلى، جزء-7، دار الأفاق الجديدة، بيروت، 1972.
- 2- أنيس، إبراهيم، وآخرون، المعجم الوسيط، ط-2، القاهرة، 1975، الفعل حدث.
- 3- الهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، جزء-4، مطبعة الحكومة، مكة المكرمة، 1394هـ.
- 4- الخرشي، محمد بن عبدالله، ( ت1101هـ، 1685م)، شرح مختصر خليل، جزء-8، ط-1، دار الفكر، بيروت، 1995.
- 5- الخفيف، علي (ت1398هـ، 1978م)، الضمان في الفقه الإسلامي، المطبعة الفنية الحديثة، القاهرة، 1971.
- 6- الرحباني، مصطفى بن سعد السيوطي ( ت1243هـ، 1827م)، مطالب أولي النهى، جزء-4، ط-1، المكتب الإسلامي، دمشق، 1961.
- 7- الشرقاوي، د-محمود سمير، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- 8- الشواربي، د-طلال، التصادم البحري وأحكامه، ط-1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
- 9- الصاوي، أحمد، بلغة السالك، جزء-4، ط-1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.
- 10- العزيز، مصطفى محمد، القواعد الدولية البحرية لمنع التصادم في البحر، منشأة المعارف، الإسكندرية، 197.
- 11- العطير، عبد القادر، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية الأردني، ط-1، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1999.
- 12- القرني، عائض بن مقبول، الحوادث البحرية والخسارات المشتركة (العوار البحري) في الفقه الإسلامي، دراسة تأصيلية فقهية مقارنة، ط-1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2011.
- 13- القليوبي سميحة، القانون البحري، طبعة أولى، القاهرة، 1982 الكويت، 1975.
- 14- المقدسي، موفق الدين أبو محمد ابن قدامة ( ت620هـ، 1223م)، المغني، جزء-9، طبعة-1، دار الفكر، بيروت، 1405هـ.
- 15- المواقي، أبو يوسف العبدري أبو عبدالله ( ت737هـ، 1336م)، التاج والإكليل، جزء-3، ط-2، دار الفكر، بيروت، 1398هـ، 1972.
- 16- رجب، مصطفى محمد القانون البحري الإسلامي، طبعة أولى، الإسكندرية، 1990.

- 17-صادق، هشام علي، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري و الحوادث الواقعة على ظهر السفن، ط-1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1977
- 18- صرخوه، يعقوب، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية الكويتي، الجزء الثاني، ط—1، الكويت، 1982
- 19- عبدالرحيم، د-ثروت، ذاتية القانون البحري، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة البصرة، العدد الأول والثاني، السنة الاولى، أيلول عام 1968.
- 20- عبدالرحيم، ثروت، شرح القانون البحري السعودي، عمادة شؤون المكتبات، جامعة الملك سعود، بدون سنة نشر.
- 21- عليش، محمد بن أحمد ( ت1299هـ، 1882م)، منح الجليل شرح مختصر خليل، جزء-9، ط-1، دار الفكر، بيروت، 1989.
- 22- مكي ابراهيم، الوسيط في شرح القانون البحري الكويتي، الجزء الأول، طبعة أولى، الكويت، 1975.
- 23- منصور، عبد الحفيظ، القانون البحري في الفقه المالكي، بحث نشر في تطور علوم البحار ودورها في النمو الاقتصادي، وزارة شؤون الثقافة التونسية، سفاقس، تشرين الثاني، 1976 .
- 24- وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، جزء-1 و28
- 25- يونس، علي حسن، أصول القانون البحري، طبعة 2، دار النهضة العربية، القاهرة،
- ثانيا :- القوانين والدوريات القضائية :-
- قانون التجارة البحرية الأردني.
- نظام المحكمة التجارية السعودي.
- مجلة الصقور العسكرية، كلية الملك فيصل العسكرية، عدد -44.
- مجلة نقابة المحامين الأردنية، أعداد سنة 1970 وما بعدها.
- مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، السنة 17، 1962.
- ثالثا :- كتب باللغة الإنكليزية :-

- Buglass-marine insurance and general average in U.S.A."4<sup>th</sup>"ed.1994

-bartle{R} :- introduction to shipping law .2ed.ed. London.196

:- introduction to shipping law .2ed.ed. London.1963

- chorly and giles :- shipping law .8<sup>th</sup>.ed. London.1989.

- dover {v}:-anlysis of marine and other isuranse closes .8<sup>th</sup>.ed. London .1960 .
- " dover :- elements and practice of marine insurance .8<sup>th</sup> .ed .london .1957
- duckworth{L}:- The principles of marine law .3<sup>rd</sup>.ed. 1967
- Lowndes and Rudolf :-the law of general average and York antwarp .10<sup>th</sup> .ed London .1975
- Payanand Ivamy :-carriage of goodz by sea .3<sup>rd</sup> .ed. London .1989.

## قراءة تحليلية مقارنة في التعديل الدستوري الجزائري لـ: 06 مارس 2016

### "إصلاح واقعي أم تكيف استراتيجي مع التغيرات الدولية المعاصرة"

الدكتور: ابرادشة فريد، أستاذ محاضر. أ. بجامعة محمد بوضياف المسيلة

#### ملخص الدراسة:

سنتطرق من خلال هذه الدراسة إلى مسألة في غاية من الأهمية، والمتمثلة في نص تعديل الدستور والتكيف التشريعي الجزائري مع مختلف المستجدات الدولية والإقليمية والمحلية في الأساس، وذلك من خلال إجراء دراسة تحليلية مقارنة بين دستور 28 نوفمبر 1996 و التعديل الدستوري 6 مارس 2016، هذا التعديل الذي حمل الكثير من الإضافات وفق ما يتماشى مع جملة التطلعات والمطالب الجماهيرية المتزايدة، وكما هو معروف فإن موجة ما اصطلح عليه بالربيع العربي قد أرست لقواعد نظام عالمي وإقليمي غير مسبوق سواء في سياسات الدول الداخلية أو الخارجية، ليست الدول العربية وحسب، وإنما قد مست هذه الموجة العديد من دول العالم الثالث، ووصل الحد إلى درجة أن طرقت أبواب الدول المتقدمة في كل من أوروبا وأمريكا، خاصة دول أوروبا الشرقية، وتبقى مسألة التطبيق من عدمه كقيلة بتضافر جميع مؤسسات الدولة، وخضوعها لهذا الدستور. الكلمات المفتاحية: الإصلاح الدستوري، التعديل الدستوري، تكيف الدستور، دولة الحق والقانون.

#### Résumé

Dans cette étude, nous examinerons une question très importante qui représentée dans le texte de la nouvelle révision Constitutionnelle et de l'adaptation législative algérienne comparativement aux différents développements internationaux, régionaux et même locaux. Cette étude analytique - comparative entre les deux constitutions de 1996 et 2016.

Dernièrement de nombreux pays (forcément et non volontairement) ont été obligées de s'adapter à cette vague de démocratisation et de réforme notamment les réformes Constitutionnelles, et pour éviter toutes glissements dans la région. Mais tous jours le problème est n'pas Dans les textes constitutionnels, ou dans la qualité des amendements soutenu, mais à la manière applicatifs.

Mot clé: Réforme constitutionnelle, Amendement constitutionnelle, adaptation du constitutionnelle. L Etat des droits et Lois.

يعتبر الدستور في أي دولة من دول العالم العمود الفقري الذي تسير عليه الحياة العامة، و الذي تنتظم في فلكه كل التنظيمات والمؤسسات، بداية من الفرد والأسرة إلى غاية أكبر هيئة في الدولة وهي مؤسسة الرئاسة، ولهذا فلا يكاد يخلو نظام دولة من منهج دستوري أو سند قانوني يوجهه وينير مساره، ويحدد طريقه ويضبط جميع تعاملاته، هذا الدستور سواء كان سماويا أو وضعيا، مكتوبا أم عرفيا، ديمقراطيا أو ديكتاتوريا ما يهم في المسألة برمتها أنه يعتبر الضابط والمقاس الذي ينظم قواعد اللعبة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والدينية في تلك الدول والمجتمعات، ولهذا فعادة ما يستند جميع المعارضين و المطالبون بالحقوق في العالم إلى فكرة الخروقات الدستورية والقانونية و ينادون من خلال ذلك إلى ضرورة إصلاح وتعديل تلك القوانين، بل و قد تصل الأمور في بعض الحالات إلى حد المطالبة بإلغائه وإصدار دستور جديد، كونه سيكون سندهم القانوني المقدس ووثيقة هويتهم التعريفية التي يتفاوضون بها .

إنّ الدولة الحديثة التي نشأت بعد معاهدة وستفاليا التاريخية 1648 قد أكدت على أنّ عماد الدولة الأساسي هو الدستور المكتوب، ولهذا فقد كانت معظم دساتير الدول دساتير وضعية ومكتوبة، لكن في المقابل هناك دساتير دول أخرى (عريقة) هي عبارة عن أعراف كما هو الحال في المملكة البريطانية المتحدة. ولم يتوقف الأمر عند هذين النوعين من الدساتير، لأنّ هناك نوع ثالث من الدساتير وهو الأصل في تشريعات تلك الدول، إنه الدستور السماوي ( ما جاءت به الكتب السماوية والأنبياء من تعاليم ونصوص لضبط مجتمعاتهم وأممهم) وهو ما تسميه الغرب كذلك بالدولة التيقراطية، ولكن عموما مهما كانت طبيعة ومصدر ذلك الدستور فإنّ الممارسة الميدانية هي التي تبين طبيعة ما نحن بصدد دراسته، وذلك للفرق الشاسع بين النص والواقع.<sup>1</sup>

وكغيرها من دول العالم اعتمدت الجزائر منذ إعلان استقلالها الرسمي في 5 / 7 / 1962 على مجموعة من الدساتير الوضعية المكتوبة والمقتبسة من بعض التشريعات الدستورية، ومن بين الدساتير الجزائرية في الفترة ما بين 1962 و 1996 ما يلي:

1. دستور 1963 وهو أول دستور للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

2. دستور 1965 ويسمى بالدستور الصغير نظرا للتعديلات الطفيفة التي مسته.

3. دستور 1976.

4. دستور 1989 وهو أول دستور تعددي والذي من خلاله تم إلغاء الأحادية الحزبية و لوج مرحلة التعددية السياسية والحزبية.

<sup>1</sup>. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط1، الإصدار الثاني، عمان: دار الثقافة للنشر، 2009، ص 506



5 . دستور 1996، تعرض هذا الأخير للعديد من التعديلات؛ في 2002، 2008، 2016. وما يزال الدستور الجزائري كغيره من دساتير العالم قابلاً للتعديل و التحيين حسب طبيعة المعطيات والمستجدات (الدولية أو الإقليمية أو حتى المحلية) التي قد تطرأ بين الحين و الآخر، وهذا أمر طبيعي جداً لكون واضع الدستور من البشر، وإذا كان مهندس الدستور من البشر فالخطأ فيه يبقى وارداً لا محالة، وبالتالي فباب الإصلاح والتعديل كذلك لا بد أن يبقى مفتوحاً.

لقد اضطرت العديد من الدول إلى ضرورة التكيّف مع هذه الموجة تفادياً لأي انزلاقات قد تشهدها دول المنطقة، فبدأت سلسلة التنازلات شيئاً فشيئاً وفي مقدمتها التعديل في النصوص الدستورية، ولكن المشكل الذي ظهر إلى الوجود، ليس في نوعية تلك التعديلات والإصلاحات ولكن في كيفية تطبيقها، لأنّه وفي حال تزايد عدد الطلبات الجماهيرية قد تؤوّل الأمور إلى الطرق المسدودة، وهو ما يتمثل في حالة عدم قدرة الدولة على التعامل مع كل تلك المطالب، نظراً لعدم وفرة الإمكانيات مما قد يدفع بالأمور إلى أسوأ السيناريوهات غير المتوقعة.

#### أهداف وأهمية الدراسة:

سوف يتم التطرق لهذا الموضوع في خطة متوازنة تنطلق من الإطار المفاهيمي ليلها إطاراً تحليلياً لأهم المواد الدستورية الجديدة التي وردت في التعديل مع الإشارة إلى بعض النصوص الدستورية العالمية، وفي الختام سوف نتطرق إلى العبرة من التعديل الدستوري الأخير الذي أصدره المشرع الجزائري، وسيتم هذا مع عقد بعض المقارنات بين التعديل الدستوري الجديد 6 مارس 2016 و الدستور الأصل لـ: 28 نوفمبر 1996. باعتبار أنّ المقارنة كمنهج ستقدم أحسن التفسيرات وأدق الحلول، كما أنّ حجم أو قوة أو حتى مكانة أي دولة لا يمكن إدراكها إلاّ بمقارنتها مع دول أخرى، وليس بدراستها منفردة.

كما سينصب تركيزنا في هذه الدراسة على أهم المواد والإضافات التي وردت في التعديل الدستوري الجديد، وبالتحديد المواد التي تطرقت إلى مختلف الإصلاحات السياسية و التشريعية و القضائية ودعم الاستثمار والشباب والتجارة وتنظيم الجباية المحلية وكذلك مسائل تدعيم خلق الثروة محلياً... الخ، ومهما يقال عن التعديل الدستوري الجديد 2016 فإن دستور 1996 يبقى الأصل والمرجعية الأساسية لأي قانون أو تعديل، مقارنة بالتعديلات التي جاءت بعده، وذلك لأنها كانت في الأساس تعديلات طفيفة و لمواد محددة و خاصة، كفتح مدة العهدة الرئاسية أو حتى العودة إلى غلقها، إضافة إلى ترسيم اللغة الأمازيغية كلغة وطنية ثم رسمية ثانية إلى جانب العربية، كما ورد ذلك في التعديل الدستوري لعام 2002.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد 25 لـ: 14 أبريل سنة 2002. القانون رقم 03.02 المؤرخ في 10 أبريل 2002

## إشكالية الدراسة:

من المفترض في كل تعديل دستوري أن يقدم جديداً، أو يعالج خلافاً، أو يكمل نقصاً، أو يسد فراغاً... الخ، ولهذا فإننا حينما أردنا معالجة هذا الموضوع انطلقنا من الإشكالية التالية: هل أضاف التعديل الدستوري لـ 6 مارس 2016 جديداً إلى الساحة السياسية الجزئية؟ أم أنه مجرد تكيّف مؤقت في الوقت الراهن بقوانين جديدة تم استحداثها من أجل معالجة ثغرات القوانين الدستورية القديمة؟

### أولاً: تحديد مفهوم مصطلحي الدستور والتعديل الدستوري

أ. تعريف الدستور: دستور جمع دساتير و يُعرف في اللغة العربية بأنه الميثاق أو العهد، فهو القاعدة التي بمقتضاها يتم الاستناد إليها لتنظيم أمور الدولة، وقديماً هو دفتر الذي تكتب فيه أسماء الجنود ومرتباتهم، لاسيما في أعمال الدول التاريخية التي كانت المكانة والخصوصية فيها للجنود وأعمالهم، أما اصطلاحاً وبالتحديد في عالمنا المعاصر فتعني مجموعة القواعد الأساسية التي تحدد وترسم وتبين شكل الدولة ونظام حكمها وطبيعة عمل كل سلطة من سلطاتها والعلاقة فيما بينها.<sup>1</sup>

أما بالفرنسية فإنّ مصطلح دستور Constitution يعني الفعل الذي بواسطته نشكل أو نؤسس لهيئة ما، لأنّ الفعل اشتقت منه كلمة دستور Constituer بمعنى تشكيل أو تأسيس على غرار مصطلح Construire من بناء وتأسيس، ويقال أيضاً بناء مجتمع. كما أنه مجموع العناصر الهامة التي يسير عليها المجتمع، واصطلاحاً تعرف في الفقه الدستوري الفرنسي على أنها القانون الأساسي للأمة Loi Fondamentale d'une nation.<sup>2</sup>

يرى الأستاذ نعمان أحمد الخطيب بأنّ الدستور هو القانون الأعلى في الدولة والذي يضبط كل علاقات وأعمال ومهام الدولة وكل مؤسساتها المركزية واللامركزية، ولا توصف الدولة بأنها دولة قانونية إلا إذا ساد جميع أعمالها وممارساتها حكم القانون، هذا الحكم الذي يخضع له الجميع دون استثناء الحاكم قبل المحكوم.<sup>3</sup>

وفي هذا الشأن هناك اتفاق بين فقهاء القانون والسياسة على سمو القواعد الدستورية على باقي القوانين في الدولة مهما كانت قيمتها أو أهميتها، خاصة وأن أساس هذه الفكرة يرجع إلى فلاسفة القانون الطبيعي الذين امنوا بوجود العقد الاجتماعي الممثل في الدستور قبل كيان الدولة، فالدستور هو الذي ينشأ الدولة وهو الذي يسهر على تنظيم السلطات والمؤسسات فيها.<sup>4</sup>

بينما عرّف الأستاذ عبد الوهاب الكيالي مصطلح الدستور على أنّه " أهم وثيقة في الحياة السياسية للمجتمع وفي بنیان الدولة، وهو مجموع القواعد القانونية التي تحدد نظام الحكم وشكل الحكم في الدولة، ...

1. صلاح الدين الهواري، المعجم الوسيط، بيروت: دار ومكتبة الهلال للطباعة والنشر، د ت ن، ص 538.

2- Dictionnaire LAROUSSE, 2 édition, France: Maury-Eurolivre, Manchecourt, Mai 2001, p 89.

3. نعمان أحمد الخطيب، مرجع سابق، ص 531.

4. حسان محمد شفيق العاني، الانظمة السياسية والدستورية المقارنة، بغداد: مطبعة جامعة بغداد، 1987، ص 215.

ويبين الدستور طبيعة النظام السياسي وهيئات الدولة وسلطاتها ووظائفها وكيفية انبثاقها وحركية تغيرها وعلاقتها واختصاصاتها فيما بينها ثم علاقاتها مع المواطنين وحقوق المواطنين وواجباتهم وهو ضمانه لحرية الأفراد وحقوق الجماعات ويفترض أن تقوم الهيئة القضائية بحمايته من أي عبث من قبل الهيئات الأخرى ومن هنا كان استقلال القضاء في الدولة أمراً حيوياً.<sup>1</sup>

في الحقيقة إنّ أي نظام سياسي في العالم إذا التزم بكل هذه الشروط التي تحددت في التعريف السابق، سوف لن تواجه هذه الدولة أي صعوبات أو عراقيل في دفع عملية الانتقال الديمقراطي، وسوف ينعم مواطنوها بما ينعم به مواطنو الدول المتطورة، في إطار ما يصطلح عليه بدولة الحق والقانون دولة المواطن الصالح، التي تكون فيها الحقوق موازية للواجبات.

ب. تعريف مصطلح تعديل الدستور: يمكن تحديد مفهوم التعديل الدستوري بأنه تلك القواعد والإجراءات الإضافية الجديدة التي يتم إدخالها على الدستور القديم، لتلافي مختلف الثغرات والنقائص التي حدثت عبر الزمن سواء من خلال تحولات خارجية دولية أو داخلية محلية. ومعلوم بالضرورة أنّ الوحدات الدولية تعيش في عالم متحول الملامح، وغير محدد الهوية ولا الوجهة، ولذلك فإنّ النظم السياسية في العالم أصبحت مضطرة بل ملزمة على مواكبة مختلف التطورات الحاصلة في نسقه، وبالتحديد حينما انتشرت الموجة الجديدة التي اجتاحت مجتمعات العالم في إطار ما سمي بمجتمعات ما بعد الحداثة، هذه المجتمعات التي أصبح فيها عنصر الشباب تحديداً يفرض منطقاً على مختلف نظم الحكم في العالم، فبدأت مسائل تشييب الإدارة والأحزاب والوظائف وغيرها تطفو إلى السطح. ولعل خير مثال على ذلك وصول إمانويل ماكرون صاحب 39 عاماً إلى رئاسة الجمهورية الفرنسية وهو ما يعتبر سابقة ليس في فرنسا وحسب وإنما في العالم، ولهذا فقد عنونت جريدة الباريسيان الفرنسية Le Parisien في الصفحة الأولى من جريدة الثامن من ماي 2017، عنواناً وبالبنط العريض: " 39 سنة رئيس " و قد كان القصد من ذلك شخصية إمانويل ماكرون: 9 ans et 2.3.président

أما كلمة تعديل بالفرنسية (Amendement) فتعني تغييرات تحدث على مستوى قانون أو مشروع ما، كما أنها تعني خدمة تحسين نوعية التربة عبر تقليبها وجعلها صالحة للزراعة بعدما كانت أرضاً بوراً.<sup>3</sup> أما الموسوعة السياسية فقد جاء فيها بأنّ التعديل هو إحداث تغييرات على نصوص المواد التي يتألف منها القانون الأساسي لتلك الدولة أو المجتمع، وبالتالي فتلك التعديلات تعتمد لمواكبة مختلف التطورات التي تهم الشعب و تقع في تطلعاته، طبعاً مع وجود اختلاف في تحديد كيفية إجراء التعديل من نظام إلى آخر بين المرونة والتعقيد.<sup>4</sup>

1. عبد الوهاب الكيالي، موسوعة السياسة، الجزء الثاني، بيروت: المؤسسة العربية للدراسات والنشر، د س ن، ص ص 679. 680.

2. موقع الكتروني، جريدة لوباريسيان Le Parisien، يوم واحد بعد ظهور نتائج الرئاسيات وفوز ماكرون فيها.

3. Dictionnaire LAROUSSE, Ibid, p 14.

4. عبد الوهاب الكيالي، مرجع سابق، ص ص 679. 680.

وعلى سبيل المثال هناك دساتير عالمية تدل بعض نصوصها على تعطيل بعض أحكام الدستور أو كل مواده، خاصة في حالات الطوارئ، ويشرح الدكتور هاني الطهراوي هذه الحالات كالآتي: "وقد يكون هذا الإلغاء أو التعديل جزئياً أو كلياً على حسب الظروف التي تمر بها البلاد، وغالباً ما يتم معالجة تلك التوترات عبر منح المؤسسة التنفيذية صلاحيات استثنائية للتحكم في الوضع، هذا الوضع الذي سوف يكون له تأثير مباشر على حقوق الأفراد وحرّياتهم".<sup>1</sup>

إنّ أغلب الدساتير المكتوبة تنص على كيفية تعديلها جزئياً أو كلياً، مع توضيح الإجراءات الواجب إتباعها ومراعاتها حيال هذه المسألة، لكنه من النادر أن نجد سنداً قانونياً في هذه الدساتير دلالة على كيفية الإلغاء أو التعطيل التام، سواء بالأسلوب العادي أو بالأسلوب الجذري، الذي يستعمل في حالات الثورة التي تعتبر الأكثر مصداقية وشهرة في العالم من حيث إنهاء الدساتير، ولعل الأحداث التاريخية مليئة بمثل هذه الممارسات، بحيث غالباً ما تقوم النخب الثورية التي انتصرت في حربها بإلغاء العمل بالدستور القديم وإصدار دستور جديد، مثال ذلك ليبيا بعد القذافي، العراق بعد صدام حسين... الخ.

كذلك المادة 16 من دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة، والتي منحت رئيس الجمهورية صلاحيات مطلقة للحفاظ على الأمة الفرنسية<sup>2</sup>، المادة 74 من الدستور المصري، المادة 108 من دستور البحرين لعام 1973 كل هذه المواد الدستورية منحت صلاحيات واسعة جداً لرئيس الجمهورية في حالات الطوارئ.<sup>3</sup> أما الجزائر فإنّ الدستور لا يمكن أن يلغى أو يوقف العمل به إلاّ في حالة المادة 110 من التعديل الجديد والتي تنص أنه يوقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات، وهو نفس نص المادة 96 من دستور 1996.

#### ثانياً: الأسباب العامة للتعديل الدستوري الجديد 6 مارس 2016

لا توجد ظاهرة من الظواهر مهما كان مجال حدوثها إلاّ ولها أسباب تؤدي إلى حدوثها، و لعل الظواهر الاجتماعية والإنسانية من أكثر الظواهر التي تحتاج إلى أسباب ودوافع لحدوثها، وهو نفس ما يمكن إسقاطه على موضوع دراستنا هذه وهو موضوع التعديل الدستوري الذي غالباً ما تلجأ له مؤسسات الدولة المتخصصة بعد أن تكون كل المنافذ مسدودة، وعلى هذا الأساس تقوم الدولة باللجوء إلى الإطار الشرعي والقانوني لتغيير مجموعة القوانين والأنظمة التي لم تعد تواكب التطور الحاصل، أو أنها صارت سبباً في العديد من المشاكل، وقد يكون سبب التعديل لتغير طبيعة النظام السياسي من الأحادية إلى التعددية كما حدث في الجزائر وغيرها من الدول العربية التي انتقلت من فكر الحزب الواحد إلى الفكر التعددي، حتى وإن بقي هذا التعديل مجرد إطار نظري.

1. هاني علي الطهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، ط1، الإصدار 2، عمان: دار الثقافة للنشر، 2009، ص 397.

2. حسان محمد شفيق العاني، مرجع سابق، ص ص 105. 106.

3. نعمان الخطيب، مرجع سابق، ص ص 594. 597.

بالنسبة للتعديل الجديد هناك بعض المواد التي جاءت لتعديل بعض المواد التي وردت في التعديل الدستوري 15 نوفمبر 2008<sup>1</sup>، هذا الأخير الذي وردت فيه مواد خاصة توضح صلاحيات رئيس الجمهورية، وكذا عدد العهود الرئاسية التي يمكن له أن يترشح فيها، تعديل المادة 74 من دستور 2008 بالمادة 88 من دستور 2016، بالإضافة إلى استحداث منصب الوزير الأول وإلغاء منصب رئيس الحكومة، مما كان بادرة دستورية لتغيير شكل النظام السياسي الجزائري من الشبه الرئاسي إلى الرئاسي (أنظر المادة 93 من التعديل الجديد 2016)؛ بمعنى الانتقال من السلطة التنفيذية ذات الرأسين إلى السلطة التنفيذية ذات الرأس الواحد والتي يمثلها شخص الرئيس، وبالإستناد إلى هذا التعديل فقد أصبح شخص الوزير الأول مجرد ممثل لرئيس الجمهورية دون اشتراط انتمائه إلى حزب معين أو إلى حزب الأغلبية كما تنص على ذلك معظم الأدبيات السياسية في العالم التي يكون فيها الوزير الأول من حزب الأغلبية.

إذن فالقراءة العلمية الواقعية في التعديل الدستوري الأخير لـ 06 مارس 2016 تؤكد لنا بأنها عبارة عن تحديثات وتكييفات أجريت على مجموعة من المواد الدستورية لدستور 28 نوفمبر 1996<sup>2</sup>، وكذلك على بعض المراجعات الدستورية لسنوات 2002 و 2008، التي كانت في الواقع تعديلات جزئية ومحصورة، لكن التعديل الدستوري الجديد جاء بأمور لم تكن تخطر على بال جميع المتبعين على الأقل من الناحية النظرية. وبعد صدور هذه التعديلات في الجريدة الرسمية فإننا كباحثين لا يمكننا الحكم على مدى نجاعتها من عدمه، إلا بعد ملاحظة تطبيقها على أرض الواقع، لأن أي تعديل دستوري إذا لم يأت بالجديد وبما يعتبر مطلباً أساسياً عند الجماهير، فهو مجرد إجراء ظرفي لتجاوز أزمة معينة، و بالتالي فإنه بعد نهاية الظرف أو السبب الذي أوجد ذلك التعديل سوف تتم العودة إلى الأسلوب القديم، وهذا ما لا يمكننا أن نسميه تعديلاً.

فالتعديل حقيقة هو إجراء ميداني يحتاج إلى مراقبة دقيقة لمدى تطبيقه على أرض الواقع، ومن ثمة الحكم عليه إما بالنجاح أو الفشل، وكما هو معلوم بالضرورة فالنظرية لا تتحول إلى حقيقة علمية إلا إذا تم تطبيقها على أرض الواقع ونجحت، حينها فقط نحكم على مدى علمية تلك النظرية من عدمها، وإلا فإنها تبقى مجرد افتراضات.<sup>3</sup> طبعاً وهذا ما نريد توضيحه في هذا المقال، خاصة وأن المتصفح لنص التعديل يجد فيه أموراً جديدة لم تكن بالأمس إلا أحلاماً صعبة المنال.

1. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 63، القانون 19.08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

2. صدر دستور 28 نوفمبر 1996، الساري المفعول بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438.96 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، والمتعلق بإصدار نص التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء الشعب يوم 28 نوفمبر 1996، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 76 لـ 8 ديسمبر 1996، والذي أمضى عليه الرئيس اليمين زروال آنذاك.

3. أمين محمد سلام المناسبة، قواعد البحث العلمي ومناهجه ومصادر الدراسات الإسلامية، عمان: مؤسسة رام للتكنولوجيا والكمبيوتر،

### ثالثا: الأحكام العامة الواردة في التعديل الدستوري لعام 2016

لقد صدر هذا الدستور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية<sup>1</sup> ليوم 6 مارس سنة 2016 تحت عنوان: المبادرة الشخصية من رئيس الجمهورية لتعديل الدستور دون عرضه على الاستفتاء الشعبي طبقا لأحكام المادة 176 من دستور 1996، التي تعطي الحق لرئيس الجمهورية أن يجري تعديلا للدستور دون عرضه على الاستفتاء الشعبي بناءً على إقراره ثلاثة أرباع أصوات أعضاء غرفتي البرلمان.<sup>2</sup> وبموجب المرسوم الرئاسي رقم 16. 46 ليوم 3 فبراير 2016، تم استدعاء البرلمان الجزائري للانعقاد بغرفتيه يوم 30 يناير 2016، وبعد التصويت عليه بالأغلبية صدر القانون 01. 16 في الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 14 ل 6 مارس 2016.

وقد سارعت دار بلقيس بالجزائر العاصمة لنشر هذا التعديل في كتيب صغير وباللغتين العربية والفرنسية<sup>3</sup>. ولعل أول ما يمكن تسجيله كملاحظة شكلية على هذا الكتيب أن عدد صفحات التعديل بالعربية جاءت في 51 صفحة، بينما بالفرنسية جاءت في 67 صفحة، مما سهل من مهمة معرفة الجديد والتعديل الذي تم إدخاله على الدستور الجزائري، بحيث جعلت التعديلات الجديدة بلون مغاير (أحمر) وتركت النصوص القديمة بلون أسود، وبالتالي يمكن للقارئ أو الباحث أو لأي مهتم أن يجد سهولة كبيرة في التعرف على الجديد الذي أقرته المراجعة الدستورية الأخيرة للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

أول ما يلاحظ على الدستور المعدل لسنة 2016 أنه اعترف بالأمازيغية كلغة وطنية و رسمية، هذه الفكرة التي تجسدت مبدئيا في التعديل الدستوري لعام 2002 حيث أكدت المادة 4 من الدستور على أن تمازيغت هي كذلك لغة وطنية، و جاء التعديل الدستوري الجديد ليضيف عبارة ورسمية، ولقد شدد الفقه الدستوري الجزائري، و سدا لجميع الثغرات أن يتم استحداث مجمع جزائري للأمازيغية رعاية و تدعيما، لتصبح لغة فيما بعد خاصة بعد توجيه الاجتهادات إلى الأكاديميين، تأسيا باللغة العربية و المجمع الجزائري للغة العربية، و تفاديا لكل تسرع اشترط المشرع الجزائري أن تؤطر هذه العملية تحت قانون عضوي مستقبلي يوضح كفاءات عمل هذا المجمع، الذي يشبه المجمع الجزائري للغة العربية.

و لعل الجديد كذلك في هذا التعديل الدستوري أنه أولى أهمية بالغة لقضية التنمية المحلية والمستدامة، بحيث تحدث المشرع الجزائري في مواد جديدة لم تذكر في الدساتير السابقة، عن قضايا التنمية المحلية، كمسألة القضاء على التفاوت الجهوي في مجال التنمية، وسلبيات إقصاء محليات والاهتمام بمحليات أخرى، والتميز من خلال الاهتمام بالشريط الساحلي وإهمال الجزائر العميقة، أيضا مسألة العدالة الاجتماعية وترقيتها، وتشجيع بناء اقتصاد متنوع يثمن قدرات البلد كلها، الطبيعية والبشرية والعلمية، أما

<sup>1</sup> الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 14، ليوم 07 مارس 2016، المتضمن نص تعديل الدستور، بالقانون 16.

01 المؤرخ في 06 مارس 2016.

<sup>2</sup> الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 76، ليوم 8 ديسمبر 1996، المتضمن دستور 28 نوفمبر 1996، المادة 176.

<sup>3</sup> دار بلقيس، دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، (التعديل الدستوري في القانون 01. 16 ليوم 06 مارس 2016، الصادر

بالجريدة الرسمية العدد 14، يوم 7 مارس 2016 الجزائر: دار بلقيس للنشر، 2016.

بالنسبة للاقتصاد الوطني فقد أضاف المشرع عبارة حمايته من الرشوة أو التجارة غير المشروعة أو التعسف، وهو ما ورد صراحة في نص المادة التاسعة من ذات التعديل.

أيضا دعمت المادة 15 هذا المسعى لتنمية المحليات من خلال أنّ الدولة الجزائرية تشجع الديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات المحلية، حيث تعتبر المحليات المجال الخصب لتطبيق الديمقراطية، ولعل عبارة حكم الشعب، لا يمكن أن تتجسد حقيقة إلا إذا حكم الشعب على مستوى بلديته أو ولايته باعتبارها الأقرب والأسهل من حيث الاتصال من المركز.

كذلك المادة 19 التي جاءت لأول مرة لتتحدث عن مستقبل الأجيال القادمة من خلال أنّ الدولة تضمن الاستعمال الرشيد للموارد الطبيعية والحفاظ عليها لصالح الأجيال القادمة، الدولة تحمي الأراضي الفلاحية والأموال العمومية للمياه. بل وجعلت تطبيق هذه المادة من اختصاص القانون لتنظيم تجسيدها على أرض الواقع، وهذه المادة في الواقع هي تنظيم وحماية لأحد موارد الدولة الحساسة و الإستراتيجية.

الجديد كذلك في هذا التعديل الدستوري والذي لم يكن معمولا به من قبل ، ما نصت عليه المادة 23 التي فرضت شروطا على الوظائف الرسمية في الدولة، وكذلك تعدد العهديات أن لا تكون مصدرا للثراء أو وسيلة لخدمة المصالح الخاصة، وبالتالي يجب على كل شخص يعين في وظيفة سامية في الدولة أو ينتخب في مجلس محلي أو ينتخب أو يعين في مجلس وطني أو في هيئة وطنية أن يصرح بممتلكاته في بداية وظيفته أو عهده وفي نهايتهما كذلك، مع الإشارة إلى أنّ القانون هو الكفيل بتنظيم هذه الحالة التي لا يستطيع الدستور أن يتفصل فيها لدقتها وحساسيتها.

أما المادة 27 والتي تعتبر جديدة من حيث الصياغة كونها لم ترد في دستور 1996، فقد نصت على أنّ المواطنين الجزائريين في الخارج محميين من طرف الدولة الجزائرية في إطار احترام القانون الدولي والاتفاقيات المبرمة مع البلدان المضيفة والتشريع الوطني وتشريع بلدان الإقامة، لأنه يجب أن تحترم بلدان الإقامة وأن لا يساء لها في بلدها. كما تسهر الدولة على استقطاب المواطنين المقيمين بالخارج وربطهم بهويتهم وأمتهم ومن خلال تعبئة مساهمتهم في تنمية بلدهم الأصلي، وهذا هو الدور الدبلوماسي الذي يجب أن تلعبه مختلف السفارات والقنصليات الجزائرية في الخارج.

أما فيما يتعلق بمجال الحقوق والواجبات فالملاحظ أنّ الحقوق أكثر بكثير من الواجبات وذلك أن المواد التي جاءت لمعالجة الحقوق والحريات من 32 إلى 73 بينما الواجبات من 74 إلى 83، بالمقارنة بدستور 1996 حيث جاءت المواد التي تطرقت للحقوق والحريات من 29 إلى 59 في حين كانت الواجبات في عشر مواد فقط من 60 إلى المادة 69 بمعنى أنه بقي على حاله ما عدا التعديل اللغوي والجزائي للمادة 65 من دستور 1996 بالمادة 79 من التعديل الدستوري 2016 حيث بدل عبارة: " يجازي القانون الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم ورعايتهم، كما يجازي الأبناء على القيام بواجب الإحسان " بينما وردت العبارة الجديدة كما يلي: " تحت طائلة المتابعات يُلزم الأولياء بضمان تربية أبنائهم وعلى الأبناء واجب القيام بالإحسان إلى آبائهم

ومساعدتهم " وطبعا هذا الأمر ليس جديدا لأنه خلق الإسلام، كيف لا؟ والمادة الدستورية الثانية في الجزائر تقول أن: " الإسلام دين الدولة".<sup>1</sup>

وكذلك بالرجوع إلى مجال الحقوق والحريات نجد أن ما هو واجب على شخص قد يكون لاحقا في ذمة الآخر، كما هو مبين في المادة 72 المعدلة حيث ورد بأن الأسرة والمجتمع والدولة يجب أن تعمل جميعا لحماية حقوق الطفل، كما تكفل الدولة الأطفال المتخلي عنهم أو مجهولي النسب، بالإضافة إلى أن القانون يقمع العنف ضد الأطفال، وكذلك حماية المسنين والفئات الضعيفة وحمايتهم من كل أشكال الاحتياج، لكن هذه الإجراءات مازالت ضيقة التطبيق نظرا لطبيعة المجتمع الجزائري التي لا تبلغ على مثل تلك الحالات بدعوى الخوف من الفضيحة والنبت الاجتماعي لمرتكب مثل هذه الأفعال.

لقد تضمن التعديل الدستوري الجديد إضافة مواد جديدة لم ترد في دستور 1996 ومنها المادة 36 حول إحداث التناصف بين الرجال والنساء في سوق التشغيل وكذلك ترقية المرأة في مختلف المناصب العمومية والمؤسسات، المادة 37 والمتعلقة بالاهتمام بالشباب واعتباره القوة الحية في بناء الوطن، ولذا يجب على الدولة السهر على توفير كل الشروط لتنمية قدراته وتفجير طاقاته، المادة 42 في مسألة حرية العبادة لكن في ظل احترام القانون وعدم المساس بالمقدسات الإسلامية والموروث الإسلامي الجزائري، أما المادة 43 فقد نصت على حرية الاستثمار والتجارة في ظل احترام القانون، من خلال ضبط الدولة للسوق وحماية حقوق المستهلكين، بالإضافة إلى تحريم الاحتكار والمنافسة غير النزيهة، أيضا المادة 44 تحدثت عن حرية ممارسة البحث العلمي خدمة للتنمية المستدامة للأمة، كما أن المادة 45 تحدثت عن الحق في الثقافة مضمون لكل المواطنين وأن الدولة تحمي وتحافظ على التراث الوطني المادي وغير المادي، المادة 46 التي جاء الجديد فيها من خلال عدم المساس بمراسلات أي مواطن دون أمر معلل من السلطة القضائية صيانة لحرمة الحياة الخاصة للمواطن.

أيضا تحدثت المواد 49 و 50 و 51 على حرية التظاهر والصحافة بأنواعها وحق الحصول على المعلومات والمعطيات والإحصائيات لكل مواطن دون المساس بحياة الغير الخاصة وبحقوقهم وبالمصالح المشروعة للمؤسسات وبمقتضيات الأمن الوطني وفي إطار ما نص عليه القانون، وهذا طبعا مكسب كبير لبناء وتدعيم المسار الديمقراطي.

أما فيما يتعلق بعلاقة المواطن بالعدالة وسلك القضاء لم يغفل المشرع الجزائري هذه الناحية وتحدثت عن كافة الضمانات التي توفرها الدولة للمواطن في حال دخوله أروقة العدالة و لأي سبب كان، كما وفر له التعديل الدستوري الجديد كافة الآليات للدفاع عن نفسه، بداية بما نصت عليه المادة 56 التي تعتبر كل شخص بريئا في نظر القانون حتى تثبت إدانته من طرف جهة قضائية نظامية، وأضافت كجديد أن هذه التهم سوف تكون في إطار محاكمة عادلة تؤمن له الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه، ومن بين تلك الضمانات، الاتصال بأسرته وتعيين محامي، وإذا كان معوزا فقد تكفلت المادة 57 من الدستور المعدل بمساعدة

<sup>1</sup>. المادة 2 من جميع الدساتير الجزائرية باستثناء دستور 1963 الذي وردت في المادة 4.



الأشخاص المعوزين كالمدافع عنهم من طرف محامي تعينه الدولة. وقد تحدث المشرع الدستوري الجزائري في المادة 59 عن الحبس المؤقت والذي لم تنص عليه الدساتير السابقة، إذ يعد عامل من عوامل إصلاح العدالة تم تحديد مدته وأسبابه وشروط تمديده، وهو إجراء استثنائي. كل هذه التطورات والإصلاحات هي في الحقيقة بداية مسار حقيقي نحو بناء دولة الحق والقانون، والانتصار الذي تحققه العدالة الجزائرية اليوم لا يمكن أن يكتمل دون تراكمية قضائية في الأحكام (الاجتهاد القضائي) ودون تجارب سابقة، سواء محلية أو دولية ولهذا فقد تدارك المشرع الجزائري في كل مرة يقوم فيها بتعديل الدستور أو القوانين تلك الأخطاء السابقة.

بينما المادة 69 فقد جاءت هذه المرة للتأكيد على الضمانات القانونية لحق العامل في الضمان الاجتماعي، كما تمنع هذه المادة عمالة الأطفال دون السن 16 سنة، وللدولة برامج لترقية التمهين وسياسات المساعدة على استحداث مناصب الشغل، طبعا ويبقى هذا مجرد قوانين تحتاج إلى تطبيق وتجسيد ميداني.

#### رابعا: المجلس الدستوري: حتمية الاستقلالية في مواجهة التبعية

الجديد الذي حملته التعديل الدستور لسنة 2016 أنه أضاف عبارة هيئة مستقلة للمجلس الدستوري، ويتمتع بالاستقلالية الإدارية والمالية، كما يسهر على النظر في الطعون التي يتلقاها حول نتائج الانتخابات الرئاسية والتشريعية ويعلن النتائج النهائية للانتخابات، وهو نص المادة 182، طبعا هذه الفقرات التي لم ترد بهذا التفصيل والوضوح في النص الدستوري الأساسي لعام 1996 في مادته 163، كانت أكثر وضوحا في التعديل الدستوري الجديد 2016.

كذلك بالنسبة لتشكيلة المجلس الدستوري بعدما كان يتشكل من 9 أعضاء في دستور 1996 المادة 164، أصبحت 12 عضوا في التعديل الدستوري الجديد (المادة 183)، بل لقد تم توضيح طريقة عمل المجلس خاصة إذا تساوت أصوات أعضائه بأن صوت الرئيس سيكون مرجحا وهو ما لم يرد في دستور 1996، أيضا أوضحت نفس المادة كيفية تأدية هؤلاء الأعضاء للقسم أمام رئيس الجمهورية، بالإضافة إلى أنها اشترطت شروطا في الأعضاء، كشرط بلوغ سن 40 سنة كاملة يوم تعيينهم أو انتخابهم، مع ضرورة توافرهم على الكفاءة العلمية والمهنية التي لا تقل عن 15 سنة في التعليم العالي، خاصة في تخصصات العلوم القانونية أو مهنة محام لدى المحكمة العليا، أو مجلس الدولة، أو في وظيفة عليا في الدولة، والعبارة الأخيرة وظيفة عليا في الدولة، فهذه لوحدها قد تفسح المجال أمام شخصيات غير متخصصة في القانون، بقدر ولائها للسلطة ولشخص رئيس الجمهورية، وهذا أمر عادي جدا في الكثير من الأنظمة العالمية وذلك لخلق أغلبية لصالح رئاسة الجمهورية كونه يعين أربعة أعضاء من بينهم رئيس المجلس ونائبه، و2 أعضاء ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني، وبالتأكيد سيكونان من أحزاب السلطة لأنها تحوز الأغلبية، وبهذا فقد أصبح نصف أعضاء المجلس الدستوري في ناحية رئيس الجمهورية، أما باقي الأعضاء 2 من مجلس الأمة، و 2 تنتخبهما المحكمة العليا، و2 من مجلس الدولة.

قد يبدو الأمر مرجحا بطريقة حسابية لصالح رئاسة الجمهورية، ولكن ما لا يعلمه الكثير أنّ هؤلاء جميعا مقيدون بمواد الدستور ولا يمكن لهم أن يتجاوزوها، لأنّ الديمقراطية في كل دول العالم تتيح إمكانية أن يحكم الرئيس أو الحكومة عن طريق الأغلبية، ففي فرنسا مثلا، يحق للرئيس الفرنسي إذا وجد أغلبية غير مواتية له أن يحل البرلمان ويعلن عن انتخابات تشريعية ليأتي بأغلبية يحكم بها، خاصة وأنه حاز على منصب رئاسة الجمهورية، وهذا ما حدث فعلا في التشريعات الفرنسية الأخيرة التي جرت في شهر جوان 2017.

كما تم منح الحصانة القضائية لأعضاء المجلس الدستوري الـ 12 في عهدتهم الدستورية، وتكون آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات الإدارية والقضائية كما نصت عليه المادة 191 من التعديل الدستوري الجديد. وعلى هذا الأساس فإنّ المجلس الدستوري يعتبر أعلى هيئة قضائية في البلاد، وهي حارسة على حماية الدستور وعلى حماية القوانين جميعا مع الحرص على مطابقتها لأحكام الدستور.

#### خامسا: السلطة التشريعية بين الإستقلالية النظرية والتبعية العملية

لقد قام المشرع الدستوري الجزائري فيما يتعلق بالسلطة التشريعية بإضافة العديد من المواد التي تساهم في عملية بناء الصرح الديمقراطي، ومنها المواد 114، 116، 117، 135، 137، 138،<sup>1</sup> والتي سوف نتفصل فيها في هذا العنصر من الدراسة، ومعلوم بالضرورة أنّ السلطة التشريعية التي تعتبر أهم سلطة من سلطات الدولة كونها ممثلة الشعب ومحاميه الذي يرافع ويدافع عنه، ولهذا يجب أن تعزز بقوانين ومواد توفر لها القدرة التامة على توجيه الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية... الخ للبلاد، في مواجهة أفراد السلطة التنفيذية واحتكارها لسلطة التشريع، التي تعتبر إختصاصا أصيلا لممثلي الشعب وليس لأعضاء الحكومة، ولكن الضرورات كما يقال تبيح المحظورات، خاصة إذا كان البرلمان لا يتوفر على الكفاءات العلمية والتقنية والمتخصصة التي تكون على مستوى يؤهلها لاقتراح قانون ومناقشته.<sup>2</sup> ولهذا السبب جاءت المادة 114 كجديد لم يتطرق له دستور 1996 حيث تحدثت واعتبرت لأول مرة عن المعارضة وحقوقها وأهم المهام التي تمارسها تحت حماية الدستور، وبالتالي كفلت هذه المادة حرية الرأي والتعبير والاجتماع والمشاركة في الدبلوماسية البرلمانية في الخارج، الاستفادة من المنح المالية لتسهيل العمل البرلماني ولتسهيل المشاركة في الحياة السياسية.

<sup>1</sup>. من التعديل الدستوري 06 مارس 2016.

<sup>2</sup>. ما يجب أن نوضحه في هذا المقام أنه من حق البرلمان أن يقترح القانون، أما الأمر الاعتيادي في العالم أن الحكومة هي التي تتقدم بمشاريع قوانين باعتبارها هي التي ستنفذ تلك القوانين فالأولى إذن أن تكون هي صاحبة المبادرة، و أما النواب فمن حقهم أن يعدلوا المواد التي لا تتلاءم وتطلعات الجماهير التي انتخبها، وهذا ما هو معمول به في معظم دول العالم، ونحن هنا لا ننفي حق البرلمان أن يبادر باقتراح قوانين، لأننا سلفا تحدثنا بعبارة من حق وبالتالي فقد اكتسب البرلمان ونوابه الأسبقية في اقتراح القوانين، ولكن ونظرا لقلة خبرة النواب وعدم تخصصهم في الأمور التقنية للقوانين فإنّ الحكومة هي التي تسيطر على هذا المجال بقوة العلم والمعرفة. لمزيد حول موضوع السلطة التشريعية وطريقة عملها في مختلف الانظمة المقارنة: أنظر / حسان محمد شفيق العاني، مرجع سابق، من ص 327. الى ص 350.

أما المادة 116 والتي جاءت في الحقيقة نتيجة واقع غير مرغوب فيه، وهو ظاهرة الغيابات المتكررة لأعضاء المجلس، والتي صارت ظاهرة سلبية تؤثر على قيمة وجودة العمل النيابي المقدس، وكثيرا ما كنا نتابع بعضا من جلسات المجلس فنلاحظ أن البرلمان شبه خالي من النواب، فيتساءل المتابع للشأن فيقول أين ذهب 462 نائب من نواب الشعب، ولكن هذه المادة في الحقيقة جاءت لتغلق باب الغيابات، ولتجعل المشاركة أكثر من طرف نواب المجلس، وقد نص القانون الداخلي للبرلمان الجزائري كل بنظامه الداخلي على العقوبات التي يتعرض لها النائب في حال تجاوزه القانون، ولعل جمهور الناخبين اكتشفوا هذا الأمر بعدما صارت جلسات البرلمان تتم علنا وبواسطة وسائل الإعلام المرئية، أنّ النواب الذين انتخبوهم لا يحضرون جلسات المجالس التشريعية وبالتالي هذا ما يقلل من فرص نقل انشغالاتهم إلى الحكومة، وعليه فقد تفتن المشرع الجزائري ووضع آليات في القانون الداخلي للغرفتين تضبط حضور النائب وتوقع عليه العقوبات في حال تكرار الغياب دون مبرر مقبول.

بينما المادة 117 جاءت بدورها لمعالجة ظاهرة التجوال السياسي، هذا التجوال الذي شاع في الانتخابات التشريعية لمي 2012، وبالتالي نصت المادة الدستورية الجديدة على تجريد أي منتخب سواء في المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة، في حال انتخابه تحت لواء حزب سياسي أن يقوم في البرلمان بتغيير حزبه السياسي، ولهذا فإنّ أي نائب في هذه الحالة يعتبر فاقد لعهدته الانتخابية بقوة القانون<sup>1</sup>، ولكن الباب هنا قد ترك مفتوحا أمام النائب لتغيير حزبه دون الانخراط في حزب آخر حتى لو لم يبد ذلك صراحة، لكن التساؤل العميق هو عند التصويت من سيلزمه بالتصويت لصالح حزبه السياسي، ولهذا كان من الممكن أن تدرج مادة في قانون الأحزاب السياسية تجبر النائب أن يصوت لصالح حزبه مهما كان خلافه مع كتلته البرلمانية لأن هذا ليس مسوغا على تغيير التصويت لصالح حزب آخر.

كذلك هناك مشكل آخر قد يعترض التطبيق الحرفي لهذه المادة وهو عدم التطرق إلى النواب الأحرار في حال تغييرهم لتوجههم داخل المجلس كأن ينضموا إلى حزب آخر، فكيف سيطبق القانون عليهم، ونعلم أن النائب الحر، هو حر في جميع تصرفاته بما فيها التصويت والتضامن و حتى الانضمام التاريخي إلى حزب آخر، لأنه لا يمنعه من كل هذه الأعمال إلا انضمامه لحزب سياسي جديد.

أما النائب الذي استقال أو أبعده من حزبه فينص القانون على أنه يحتفظ بعهدته بصفته نائب غير منتم، ولذلك قلنا أنفا أنه من الممكن أن يستقطب من طرف أحزاب أخرى في عمليات التصويت وهو طبعاً ما سوف يؤدي إلى خلق خارطة جديدة في حال كثرة عدد هؤلاء، وربما هذا ما حدث في الكثير من البرلمانات العربية حينما يترشح مجموعة من الكفاءات والوجهاء و أكاديميين... الخ كأحرار، ولكنهم بمجرد فوزهم في الانتخابات ودخولهم إلى تلك المجالس الشعبية يقومون بتغيير ألقابهم السياسية الحرة إلى انتماءات صريحة للأحزاب

<sup>1</sup>. ينص الدستور المعدل لـ 6 مارس 2016 في مادته 117 على أنه في حال ثبوت تغيير النائب طوعا للانتماء الحزبي الذي انتخب على أساسه، أن يبلغ المجلس الدستوري من طرف رئيس الغرفة المعنية (مجلس الأمة أو المجلس الشعبي الوطني) فيعلن المجلس الدستوري بناءً على ذلك حالة الشغور، ومن ثم يتم استخلافه بنائب جديد كما تنص عليه القوانين التي تحكم العملية الانتخابية في الجزائر.

الحاكمة. ولكن هذه هي السياسة كما يعرفها رجالها من المدرسة الواقعية؛ السياسة هي: فن الممكن، ولهذا فقد استطاعت النظم السياسية الحاكمة في البلاد العربية وغيرها (حدث مؤخرا في بريطانيا مع حزب رئيسة الوزراء تيريزا ماي التي استمالت أصوات الأحزاب الايرلندية وحتى الاسكتلندية) تتفاوض مع مثل هؤلاء مستميلة أصواتهم لصالح أحزاب الدولة.

تري الباحثة ثناء فؤاد عبد الله: بأن أحزاب المعارضة في مصر تتجه نحو التشرذم والتفوق على الذات، عكس أن تتجه نحو التكتل ثم استعمال آلية الاستقطاب الأيديولوجي، لجلب الكثير من الأحرار في البرلمان وبالتالي تكون الغلبة في الأخير لصالح المعارضة على أحزاب السلطة، وفي الواقع هذا ما تقوم السلطة باستعماله وليس المعارضة.

في حين تحدثت المادة 130 عن وجوب ابتداء الفترة التشريعية التي تنطلق في اليوم 15 الذي يلي تاريخ إعلان المجلس الدستوري للنتائج، عكس الدستور القديم 1996 الذي تحدثت على 10 أيام كما نصت عليه المادة 113. واعتقد أنّ الفارق ليس كبيرا بالنسبة للقانونين، ولكنه فرصة إضافية تمنح للمجلس الدستوري للتحقق من الأمور جيدا ومن دراسة الطعون بطريقة صحيحة وكافية، وعدم التسرع في إصدار القرارات.

بينما المادة 134 فقد وضحت كيفية عمل اللجان ليس فقط في إطار المجلس والتقارير التي تصل إلى غرفتي البرلمان، بل بحرية العمل والتصرف خارج البرلمان، حيث يمكن لكل لجنة دائمة من لجان البرلمان بغرفتيه تشكيل بعثة استعلام مؤقتة للاطلاع ودراسة موضوع محدد أو وضع معين، ولعل هذا الأمر الذي نعتبره جديدا هو في الحقيقة من صميم عمل البرلمان وهو الرقابة لكل أعمال الدولة ولكل مصالح السلطة التنفيذية، ولهذا يسمى النائب في البرلمان ممثل الشعب، وممثل الشعب في الحقيقة يمتلك سلطة رقابية عليا تؤهله للتحقيق في أي قضية قبل إرسالها للقضاء إذا ثبت تورط أحد الأطراف مهما كان منصبه أو نفوذه.

أيضا المادة 136 الجديدة فقد عدلت المادة 119 من دستور 1996 حيث أضافت حق المبادرة بالقوانين إلى أعضاء مجلس الأمة، بدل الاقتصار على الوزير الأول والنواب في المجلس الشعبي الوطني، وهو ما يعني أنّ المشرع الجزائري قد تفتن إلى التركيبة المهنية والأكاديمية و التكنوقراطية المتخصصة التي يحتويها مجلس الأمة، حيث تملك هذه الفئة مؤهلات كبيرة للتشريع لا تملكها في الحقيقة تركيبة المجلس الشعبي الوطني، ولذلك فما هو الهدف من حرمانها من المبادرة بالقوانين، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد منح فرصة لمجلس الشيوخ حتى يكون مساهما أكثر في العمل البرلماني.

الجديد الآخر هو ما جاءت به المادة 137 من الدستور المعدل الجديد 2016 حيث نصت على أنّ مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي تودع مكتب مجلس الأمة، وأما كل مشاريع القوانين الأخرى فتودع مكتب المجلس الشعبي الوطني، ولعل الحكمة هنا في أنّ التنمية المحلية تناقش فقط على مستوى مجلس الشيوخ حتى تصبغ المناقشة بالطابع الوطني ولا مجال للجهوية في هذا الأمر، وهذا ذكاء وفطنة من المشرع حتى يسد باب الجهوية و الإقليمية وغيرها، كما أنّ مسألة التقسيم الإقليمي مثلا قد

يتم التصويت فيها لصالح مناطق على حساب مناطق أخرى بناءً على معطيات قد لا تكون وطنية بل محلية و ضيقة جدا وهذا من بين الانتقادات التي توجه للنظامين المركزي و الجهوي.

وهذا فقد استحدثت طريقة جديدة للمصادقة في المجلس الشعبي الوطني ولا سيما في حالة المادة 137 التي يناقش فيها المجلس الشعبي الوطني المشاريع التي صدق عليها مجلس الأمة، أي مناقشة من الأعلى إلى الأسفل، ولكن عاد المشرع وقال في الفقرة الرابعة من المادة 138 من التعديل الدستوري 2016 أنه في كل الحالات يصادق مجلس الأمة على النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي بأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة للقوانين العادية، وبالأغلبية المطلقة بالنسبة للقوانين العضوية، وفي حالة الخلاف بين الغرفتين تتشكل لجنة متساوية الأعضاء من المجلسين للبت في القضية محل الخلاف في أقل أو يساوي شهر؛ 15 يوما لاقتراح لتشكيل اللجنة و 15 يوما لدراسة الخلاف والفصل فيه، في حين أبقى دستور 1996 في مادته 120 مدة الفصل في الخلاف مجهولة ولم تحدد بمدة وهو ما يعني طول الإجراءات وموت القوانين في أدراج مكاتب الغرفتين. وهذا الإجراء يحسب للعمل البرلماني الجديد.

كذلك جاءت المادة 151 من التعديل الدستور الجديد 2016 لتعالج وتضبط مسألة عدم التدقيق الزمني في استجواب أعضاء الحكومة حول قضايا الساعة، واشترطت أن يكون الجواب في أجل أقصاه 30 يوما، بدل المادة 133 من دستور 1996 التي تركت المجال الزمني غير محدد، وبالتالي بقيت الكثير من الأسئلة بلا جواب إلى يومنا هذا، طبعاً نظراً لأنّ القانون هنا ترك المدة مفتوحة. لكن المادة 152 قطعت الشك باليقين بحيث نصت على أنّ مدة الجواب على السؤال سواء كان كتابياً أو شفويًا أجل أقصاه 30 يوماً.

ولعل هذا الأمر قد ساهم في حركية البرلمان حيث أضافت الفقرة الأخيرة من المادة 152 السالفة الذكر تميزاً نوعياً من حيث التطبيقات العملية، إذ أصبح على أنّ البرلمان بغرفتين وبالتداول يعقد جلسة أسبوعية تخصص للإجابة عن الأسئلة الشفوية للنواب ولأعضاء مجلس الأمة، (أسبوع لمجلس النواب، وأسبوع لمجلس الأمة). لكن العبارة التي صيغت بها المادة ليست إلزامية كما يظهر، وهي عبارة: " يعقد " التي لا نلمس فيها الإلزام، كعبارة: " يجب " أو " يلزم "، وبالتالي ما هي الإجراءات التي تجعل من هذه المادة مفعلة، ثم من ناحية أخرى، هل من المعقول أن يلزم الوزير بالرد على الأسئلة كل أسبوع، ويتخلى عن مهمته التنفيذية والزيارات الميدانية لمختلف الأقاليم بهدف مراقبة مختلف المشاريع والبرامج... وغيرها، ولهذا فالمسألة هنا ومن منظور واقعي تتطلب المرونة في التعامل.<sup>1</sup>

سادساً: السلطة التنفيذية بين ضعف المؤسسة التشريعية ومتطلبات التنمية والإصلاح

إنّ السلطة التنفيذية تعتبر في الحقيقة الأداة الحقيقية للتنفيذ؛ من خلال تجسيد كل البرامج والقوانين التي صادق عليها البرلمان، ولهذا فإنّ الحكومة بداية من أعلى سلم فيها وهو الرئيس إلى غاية أبسط موظف في أصغر خلية قاعدية شعبية وهي البلدية، كلهم يعتبرون أو يمثلون الجهاز التنفيذي، هذه الهيئة التي

1. المادة 152 من التعديل الدستوري 6 مارس 2016، مرجع سابق، ص 29.

تعتمد عليها الدولة في تنفيذ كل القوانين المصدق عليها خاصة ما تعلق بالقطاعات الحساسة والإستراتيجية كحماية الأمن العام وتوفير السكنية للمواطنين، الصحة، السكن، التعليم، المساواة، العدل... الخ، و في هذا الصدد قام المشرع الدستوري الجزائري في التعديل الجديد 2016 بسد الكثير من الثغرات، التي كانت مثارا للجدل على مستوى الإعلام والأحزاب السياسة وحتى منظمات المجتمع المدني، خاصة في مسألة الترشح لرئاسة الجمهورية وقضية الجنسية الجزائرية الأصلية للمترشح وزوجه.

فيما يتعلق برئاسة الجمهورية فالجديد في التعديل الدستوري 2016، أن المترشح لمنصب الرئاسة في الجزائر زيادة على ما ورد في أحكام المواد 70 إلى 74 من دستور 1996 تم إضافة الآتي: أن يحدد القانون العضوي (والقانون العضوي أقوى من القانون العادي) الكيفيات الأخرى للانتخابات الرئاسية، فبعدما كان مجرد قانون حسب ما أشارت إليه المادة 85 من التعديل الجديد، جاءت المادة 87 لتغلق الباب أمام ملف الجنسية، بحيث فرضت على كل مترشح لمنصب الرئاسة أن يكون متمتعاً بالجنسية الجزائرية الأصلية فقط، وأن لا يكون قد تجنس في يوم من الأيام بجنسية أجنبية، كما يجب عليه أن يثبت الجنسية الجزائرية الأصلية للأب والأم، وأن يثبت بأنّ زوجه (زوجة المترشح للرئاسة تتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية فقط، بالإضافة إلى أنه يجب أن يثبت الإقامة الدائمة بالجزائر دون سواها لمدة عشر 10 سنوات على الأقل قبل إيداع ملف الترشح، مما يعني أنه في حال عدم توفر أحد هذه الشروط لن يكون ملف المترشح للرئاسة الجزائرية مقبولاً، و سيرفض لعدم استيفاء الشروط القانونية، ولقد أحسن المشرع الجزائري حين أغلق الباب أمام الكثير ممن قد تتوفر فيهم شروطاً قد تخدم أطرافاً أجنبية.

و لكن للأمانة العلمية فإنّ هذه المسألة هي مسألة غير مطلقة الحكم، و ذلك للعديد من الاعتبارات الموضوعية و العملية، و تبقى هذه المسألة مسألة ضمير، بحيث أنك قد تجد شخصاً لا تتوفر فيه كل هذه الشروط و تجده أكبر المخلصين للجزائر و للوطن و للإسلام و للعربية و الأمازيغية و أهلها، و في المقابل قد تجد من تتوفر فيه كل تلك الشروط التي حددها المشرع غير أنه لا يتمتع بأي حس اتجاه الجزائر و لا أهلها و لا هويتها، فهذه إذن قضية ضمائر لا قضية جنسيات، و لكن القانون لا يرى و لا يؤمن إلاّ بالوثائق، و كما يقال الثقة في الوثيقة، مثل ذلك أيضاً المادة القانونية التي تقول القانون لا يحيي المغفلين، و في المقابل لا توجد مادة قانونية تقول القانون يحيي الطيبين، فهذه المسألة راجعة إلى عنصر النية، و القانون لا يدرس النيات و إنما يدرس الملموس، و تبقى هذه المسألة مسألة روحية أخلاقية بحتة، يجازي الله بها من كان صادقاً في مسعاه، يقول النبي صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات، و إنما لكل امرئ ما نوى..."<sup>1</sup> أما البشر فلا يمكنهم أن يعلموا النيات أو أن يطلعوا على ما تخفي الصدور .

كذلك لعل هذه المادة تمثل بيت القصيد و هي التي من أجلها تم تعديل الدستور، و هي المادة 88 حيث عاد المشرع الجزائري إلى ما نصت عليه المادة 74 من دستور 1996 بأن تكون مدة العهدة الرئاسية 5 سنوات

<sup>1</sup>. ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، ط2، بيروت: دار الكتب العلمية، 2007، ص 15.

قابلة للتجديد مرة واحدة، وأعتقد أن هذه المادة وبهذا السياق اللغوي يمكن أن تمنح فرصة لانتخابه كرئيس بعد خروجه من الرئاسة وترشح شخص آخر، لأنّ المشرع لم يفصل فيها بعبارة مدى الحياة.

كما أنّ المادة 77 و 78 من دستور 1996 واللتان أثارتا الكثير من الجدل، لم تعدلا في التعديل الدستوري الجديد 2016 ما عدا أنها اشترطت على رئيس الجمهورية أن يعين الوزير الأول بعد استشارة الأغلبية البرلمانية المادة 91، ولكن هذا لم يحدث في أرض الواقع كون الوزير الأول، وحتى الوزراء المشكلين للطاقتم الحكومي ليسوا من حزب الأغلبية.

أما المادة 92 من التعديل الدستوري الجديد فقد تحدثت عن منصب الرئيس الأول للمحكمة العليا و الذي كان غير منصوص عليه في دستور الجزائر لعام 1996، ولكن الحقيقة أن هذا المنصب هو منصب قضائي و بما أنه يضطلع بسلطة تعيين القضاة، وبالتالي فريئس المحكمة العليا هو قاض في الأساس ولهذا فإنّ المشرع الدستوري الجزائري أراد أن يشير لأهمية و مكانة هذا المنصب، لأنه بالرجوع إلى نص المادتين 174 و 177 من التعديل الدستوري الجديد سوف ندرك الحجم الكبير الذي يتمتع به هذا الموظف فهو الشخص المخول أن يسهر على احترام أحكام القانون الأساسي للقضاء، و على رقابة انضباط القضاة ( المادة 174)، و كذلك من مهام المحكمة العليا للدولة أنها تختص بمهمة محاكمة كل من رئيس الجمهورية عن الأفعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى و كذلك الوزير الأول عن الجنايات و الجنح التي يرتكبها هذا طبعا في حال تأديتهما لمهامهما ( المادة 177).

و لذلك كان هذا المنصب من المناصب العليا و الحساسة في النظام السياسي الجزائري بل و قد أضافت المادة 92 من التعديل بأنّ رئيس الجمهورية زيادة على سلطة التعيين في المناصب و الوظائف الحساسة، يعين في وظائف قضائية أخرى، و هو ما تركه المشرع مفتوحا لغاية صدور القانون العضوي المتعلق به.

في حين المادة 93 من التعديل الدستوري الجديد قدمت شرحا و وصفا لطبيعة النظام السياسي الجزائري، حيث يتضح من طريقة تشكيل الطاقم الحكومي أنّ النظام رئاسي بامتياز كون رئيس الجمهورية هو من يعين أعضاء الحكومة بعد استشارة الوزير الأول، و يتضح أيضا من الدور الاستشاري للوزير الأول أنه غير ملزم، و بالتالي فإنّ رئيس الجمهورية هو صاحب القرار، وقد صدق من قال أنّ المستشار مؤتمن وليس بضامن، و يبقى القرار الأول والأخير بيد السيد رئيس الجمهورية كما تقتضي الأعراف و الدساتير ذات النظام الرئاسي.

بينما المادة 98 من التعديل الدستوري الجديد 2016 فقد جاءت لسد الفراغ و الثغرة التي كانت واردة في المادة 84 من دستور 1996. حيث نصت المادة القديمة على عبارة: "تقدم الحكومة سنويا إلى المجلس الشعبي الوطني بيانا عن السياسة العامة" وهذه العبارة في واقع الحال غير ملزمة ولذلك لم نعهد من البرلمان الجزائري أن يقوم بتقديم بيان السياسة العامة باستثناء مخطط عمل الحكومة أو برنامج الحكومة الذي يقدم لبداية السنة المالية الجديدة، والتي من خلالها يوقع رئيس الجمهورية على ميزانية الدولة في شهر ديسمبر من كل سنة،

أما المادة 98 الجديدة في التعديل 2016 فقد أزلت الغموض عن هذه المهمة إذ بدأت بعبارة: " يجب على الحكومة أن تقدم سنويا إلى المجلس الشعبي الوطني بيانا عن السياسة العامة " وعبارة يجب تكون في غالب الأحوال ملزمة عندما توضع في نص ما، لا سيما إذا علمنا أنّ هذا النص هو نص دستوري يسمو فوق كل النصوص.

كما تم تعديل المادة 88 من دستور 1996 والمتعلقة بشغور منصب الرئاسة، على أن يتولى رئيس مجلس الأمة مهام رئيس الجمهورية لمدة 60 يوما، حيث نصت المادة 102 من الدستور الجديد على مدة أقصاها 90 تسعون يوما بدل 60 يوما السابقة، وحسنا فعل المشرع الجزائري إذ أعطى المدة الكافية للوصول إلى الحلول اللائقة والترتيبات الملائمة وفي الوقت المناسب، لأن مدة 60 يوم هي في الحقيقة غير كافية..

كذلك الجديد في التعديل الدستوري الجديد 2016 توسيع قائمة المؤسسات المخولة بالاستشارة في حالات الطوارئ والحالات الاستثنائية والحرب، حيث كان رئيس الجمهورية قبل التعديل يستشير مجلس الوزراء والمجلس الأعلى للأمن وفي بعض الحالات مجلس الأمة، فصار المجلس الشعبي الوطني بدوره مستشارا عند رئيس الجمهورية وهو ما ورد في المواد من 105 إلى 111، وربما هذا ما استوحاه المشرع الجزائري من التشريع الفرنسي في دستور الجمهورية الخامسة 1958 حسب المادتين 16 و 15<sup>1</sup>.

#### سابعاً: السلطة القضائية بين الإصلاحات والتحديات

إنّ التعديل الدستوري للسادس من شهر مارس عام 2016 قد قدم إصلاحات كبيرة وغير مسبوقة للمؤسسة القضائية ولل قضاء بصفة عامة، هذه المؤسسة المقدسة التي أضحت الشغل الشاغل في اهتمامات الدولة ورئاسة الجمهورية، حيث نصت المادة 156 في فقرتها الثانية المضافة أنّ رئيس الجمهورية هو الضامن لاستقلالية السلطة القضائية.

كذلك أضافت المادة 160 من التعديل سندا قانونيا حيث ضمن القانون التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية وحدد كليات تطبيقها، كما تم معالجة الأوامر القضائية بأن ضمنها المشرع أن تكون معللة، كما يعاقب القانون كل من يعرقل تنفيذ حكم قضائي وهو نص المادة 163، ولعلّ هذا الإشكال لا يزال مطروحا وبحدة في الساحة الجزائرية عموما حيث نجد أنّ الكثير من الأحكام القضائية رغم وجود أحكام قضائية نافذة إلا أنّها لا تزال تجد عوائق كبيرة حيال التطبيق.

كما تضمنت المادة 166 تعديلا جديدا يتعلق بمسألة حماية القاضي، حيث أنه يحق للقاضي أن يخطر عن أي تدخل في سير العدالة، كما يجب عليه أن يتفادى أي موقف من شأنه المساس بنزاهته

أيضا و لأول مرة يذكر فيها المحامي في الدستور الجزائري من خلال المادة 170 وتكفل له الضمانات القانونية للحماية من كل أشكال الضغوط والتي تمكنه من ممارسة عمله بكل نزاهة وفي ظل سيادة القانون .

1. حسان محمد شفيق العاني، مرجع سابق، ص 106.



هذه المادة التي لم تكن واردة في دستور 1996 قد تفتن لها المشرع الجزائري من خلال الضغوطات التي كانت تمارس على المحامي وتعوقه من أداء عمله.

كما منح التعديل الدستوري الاستقلالية الإدارية و المالية للمجلس الأعلى للقضاء، ونصّ على أن يكون ذلك تحت قانون عضوي وهذا طبعاً ما ورد في نص المادة 176 من الدستور الجديد بدلاً من المادة 157 من الدستور الجزائري لعام 1996. التي لم تنطرق إلى هذه الاستقلالية التي ستدفع بالقضاء الجزائري قدماً إلى الأمام، وقد أصبح العالم يتحدث عن مجال إصلاح العدالة انطلاقاً من إصلاح القضاء فالعدالة كما يعرفها المختصون هي تلك العملية المعقدة بحكم أنها تتضمن آليات وسبل تحقيق الاستقرار الاجتماعي وتحقيق السعادة للمواطن واحترام قاعدة المساواة بين الأفراد، بينما العدل فهو مجال تطبيق التشريعات والقوانين سواء كانت مكتوبة، عرفية أو سماوية.<sup>1</sup>

الملاحظ على الفصل الثالث من الباب الثاني المتعلق بالسلطة القضائية أنّ هناك تبعية كبيرة لرئاسة الجمهورية خاصة في مسألة التعيينات التي يقوم بها الرئيس، ولهذا هناك من يقول بأنّ الأشخاص الذين يعينهم الرئيس سيكونون تبعاً له، ولكن ما هو معمول به عالمياً أنّ الرؤساء هم من يقومون بتعيين القضاة ورؤساء المحاكم العليا والدستورية وغيرها من المناصب القضائية الحساسة، وقليل من الدول من تلجأ إلى انتخابهم من قبل الشعب أو حتى من نوابهم، كما هو حال بعض مناطق الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية، وبالتالي فالقضية هي قضية ضمير وليس تبعية بالضرورة.

ثامناً:مر اقبه الانتخابات في الجزائر خطوة إلى الأمام أم انتكاسة إلى الوراء

لعل الجديد الذي تضمنه التعديل الدستوري لـ 2016 والذي لم يتطرق له دستور 1996 هو مسألة مراقبة الانتخابات، هذه الانتخابات التي تعتبر في حقيقة الحال بوابة الديمقراطية، لكنها قد تعتبر بوابة الإحتكار والتعصب للرأي والاستئثار بالسلطات، ولهذا فإنّ الانتخابات الحقيقية والتزيمية عادة ما تفرز وضعاً صحيحاً ومعادلة دقيقة، بينما العكس هو الذي يؤدي إلى احتكار السلطة، ولذلك فقد ضمّن المشرع الجزائري الدستور المعدل فصلاً كاملاً يتشكل من مادتين والعديد من الفقرات التي أتت بضوابط وأمر لم تكن معمولاً بها من قبل، كمسألة تشكيل لجنة أو هيئة عليا مستقلة لمراقبة الانتخابات و التي حُول لها العديد من الصلاحيات لضبط العملية الانتخابية من بدايتها إلى نهايتها، كما أُعطيت لهذه الهيئة الكثير من التسهيلات التي لم تكن الأحزاب السياسية الناشطة في الساحة الجزائرية تحلم بها في دستور 1996 ، وفيما يلي سوف سنتفصل في شرح هاتين المادتين:<sup>2</sup>

<sup>1</sup>.عدنان السيد حسين، تطور الفكر السياسي، ط2، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2009، ص 93.

<sup>2</sup>.المادتين 193 و 194 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية 1996.

المادة 193: نصت على أنّ السلطات العمومية المكلفة بتنظيم الانتخابات بإحاطتها بالشفافية والحياد، وبهذه الصفة توضع القائمة الانتخابية عند كل انتخاب تحت تصرف المترشحين تفاديا لأي تزوير أو تحوير أو استغلال.. الخ وقد وضع القانون العضوي المتعلق بالانتخاب هذا الأمر غاية الوضوح .

في حين جاءت المادة 194 لتأسيس هيئة عليا لمراقبة الانتخاب وكذلك كيفية تعيين رئيسها وأعضائها وأهم المهام التي تقوم بها تلك الهيئة المستقلة، التي يكون القضاء جزءا منها بالإضافة إلى كفاءات من مختلف حساسيات المجتمع المدني، أما رئيسها فيكون شخصية وطنية يُعيّنُها رئيس الجمهورية طبعا بعد استشارة الأحزاب السياسية، ( المعارضة ) ومن بين أهم أعمالها ما يلي:

. السهر على شفافية الانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية وكذا الاستفتاء، ونزاهتها منذ استدعاء الهيئة الناخبة حتى إعلان النتائج المؤقتة للاقتراع.

. الإشراف على عمليات مراجعة الإدارة للقوائم الانتخابية

. صياغة توصيات لتحسين النصوص التشريعية والتنظيمية التي تحكم العمليات الانتخابية

. تنظيم دورة في التكوين المدني لفائدة التشكيلات السياسية حول مراقبة الانتخابات وصياغة الطعون.

وعلى الرغم من بداية عمل هذه اللجنة منذ الانتخابات التشريعية لسنة 2012 ، إلا أنّ المعارضة عادة ما توجه أصابع الاتهام إلى السلطة أساسا و إلى هذه اللجنة ثانيا؛ وذلك بعد كل استحقاق انتخابي؛ كوصفها بعدم الحياد، وسكوتها عن التجاوزات... الخ ويستندون إلى قضية أحادية القرار في الشخصية التي تختار لرئاسة اللجنة، وذلك لأنها من تعيين رئيس الجمهورية، بالإضافة الى عدم تمتعها بكافة الصلاحيات التي من خلالها تستطيع التأثير في العملية الانتخابية ككل. وباعتبار أنّ الانتخاب هو لب العملية الديمقراطية، فبدونه لا أساس للديمقراطية أصلا. وعلى هذا الأساس يبقى من حق أي معارضة أن تفسر الأمور كما تراها، ولكن الحقيقة الأكيدة أنّ رئيس اللجنة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، عادة ما يكون تحت استشارة تلك الأحزاب السياسية وبموافقتها وهو ما يتم ملاحظته إعلاميا .

إذن من خلال ما تقدم فعوضا من لجوء الأحزاب السياسية في الجزائر ( خاصة المعارضة ) إلى تلمس مكان الداء وعلاجه، فإنه يتم الاشتغال بأمور لا تضيف للمشهد السياسي إلا التخلف والركود، وذلك من خلال انتشار النزعة الواحدية الضيقة ونبد كل أطروحات الأخر مهما كانت عقلانية، وبالتالي زيادة الفجوة والتشردم بين مختلف التشكيلات السياسية، عوض سيادة فكرة الاستقطاب الإيديولوجي بينها لبناء مؤسسات الدولة، وفرض تقاليد جديدة على الحزب الحاكم، حينها فقط سيكون الطريق ممهد لبناء تنافس سياسي ديمقراطي

نزيه عماده التنافس الايجابي البناء، الذي سوف يخرج الحياة الحزبية من نظرية العقد الاجتماعي حرب الجميع ضد الجميع والتي يرى فيها كل حزب أنه الوحيد الذي يملك مفاتيح حل الأزمة دون غيره.<sup>1</sup>

إن اللجنة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات وبفضل التقارير والتوصيات التي ترفعها إلى الحكومة عقب كل استحقاق انتخابي، ستسهم في إثراء الوعي القانوني لإصلاح نظام الانتخابات، و معلوم بالضرورة أنّ التجارب الانتخابية المتكررة سوف تؤدي عبر الزمن إلى تدارك أخطاء الماضي وبالتالي تعديل قانون الانتخابات بما يتماشى وخدمة اللعبة الديمقراطية، ولهذا يجب التأكيد على حقيقة أنّ هناك العديد من المكاسب المحققة رغم تسجيل بعض التحفظات ولكن عند مقارنتها بفترة التسعينيات فإن هناك قفزة نوعية لا يمكن إنكارها، ومع ذلك فلا بد من تعميق وإصلاح هذه التجربة مستقبلاً.

#### تاسعا: الهيئات الاستشارية الجديدة بين تقديم الاستشارة وتحديات الواقع

لقد أضاف التعديل الدستوري الجديد العديد من المواد الدستورية، كما استحدث العديد من الهيئات والمؤسسات الاستشارية لدى رئيس الجمهورية كما هو الحال بالنسبة للمادة 198 التي استحدثت مجلسا وطنيا لحقوق الإنسان، ويتبع برئاسة الجمهورية، وهو نفس الأمر الذي تحدثت عنه المادة 200 في قضية استحداث مجلس أعلى للشباب يُربط كذلك برئاسة الجمهورية، أيضا المادة 202 التي تكفلت بتأسيس هيئة وطنية للوقاية من الفساد ومكافحته ويتبع رئاسة الجمهورية. الجديد في هذه الهيئة أنّ أعضائها يؤدون اليمين حتى تكون النزاهة أكثر، وهي سلطة إدارية مستقلة لدى رئيس الجمهورية، وتوفر الدولة لهم كل الحماية من التهديد والترهيب أو الإهانة أو التهجم أو الشتم، وهذا أمر منطقي بحكم حساسية المهمة.

المادة 204: المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي كإطار للحوار والتشاور والاقتراح في المجالين الاقتصادي والاجتماعي وهو مستشار الحكومة، ومن مهامه حسب المادة 105 منبر للمشاركة المجتمعية في قضايا السياسة والاقتصاد والشؤون الاجتماعية، وتمتين عرى الحوار بين مختلف الشركاء، ورفع اقتراحات وتوصيات إلى الحكومة.

المادة 206: استحداث مجلس وطني للبحث العلمي والتكنولوجيات يكون هدفه كما نصت عليه المادة 207 في تقييم وتثمين الأبحاث العلمية لفائدة الاقتصاد الوطني والتنمية المستدامة. بالإضافة إلى ترقية البحث الوطني في مجال الابتكارات العلمية والتكنولوجية، ويرأس هذا المجلس كفاءة وطنية يعينها طبعاً رئيس الجمهورية.

<sup>1</sup> جمال الدين بن عمير، " الإصلاح الحزبي في الجزائر أثناء فترة التعددية السياسية "، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، فرع التنظيم السياسي والإداري، كلية العلوم السياسية والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر 3، السنة الجامعية: 2014. ص 293. 294. نقلا عن: عاطف السعداوي، مفهوم الحزب الديمقراطي: دراسة في المحددات والمعايير، ورقة بحثية مقدمة في اللقاء 20 لمشروع دراسات الديمقراطية في البلدان العربية بعنوان: مفهوم الأحزاب الديمقراطية وواقع الأحزاب في الدول العربية، مفهوم الأحزاب الديمقراطية وواقع الأحزاب في الدول العربية، أكسفورد: الجماعة العربية للديمقراطية 24 جويلية 2010، ص 8.7 أنظر الموقع الإلكتروني:

ولكن السؤال الذي يبقى مطروحا هل أنّ إنشاء هذه المجالس وإتباعها برئاسة الجمهورية هو في الحقيقة من أجل مراقبة أعمال الحكومة والجماعات المحلية وتقديم تقارير مفصلة إلى رئيس الجمهورية، طبعا مع تقديم المشورة للرئيس ومعاونيه في الرئاسة، أم أنها مجرد هياكل إدارية نص عليها الدستور وينصبها رئيس الجمهورية ثم بعد ذلك تنخرط في سبات طويل لا تستيقظ منه إلا في حالة تلقيها إيعازا من السيد الرئيس، وهذا طبعا ما عودتنا عليه الكثير من المجالس واللجان في الدول العربية عموما.

الجواب يتضمن شقين الشق الايجابي في وجود واستحداث مثل هذه الهيئات، شق سلبي لا يرى من وجود أو استحداث مثل هذه الهيئات إلا مضيعة للمال والوقت والجهد، طالما أنها مربوطة بالسلطة التنفيذية، وأنّ استقلاليتها ستبقى مسألة شكلية، ولا طائل من ورائها، طبعا هذا رأي المعارضة دائما، ولكن الواقع قد يفرض منطقا آخر، حين تكون هذه المؤسسات وسيلة للاتصال والتواصل بين الحاكم والمحكوم، مثال ذلك الدول المعاصرة التي صارت تعتمد كثيرا على نظام الاستشارة والمستشارين، شريطة أن يكون هذا المستشار من ذوي التخصص والخبرة حتى يستطيع الإفادة من خبرته.

#### الخاتمة:

ختاما ما يمكن أن يقال حول مسألة التعديل الدستوري لعام 2016 أنه انتصار جديد للحريات في الجزائر، ولو من الناحية النظرية والقانونية، وذلك لأنّ التطبيق عادة ما يُوقع القوانين في فخ جدلية النظرية والواقع، لأنّ القوانين عادة ما يحتاج إلى متسع من الوقت حتى يتم ترسيمها على أرض الواقع، ثم التأكد من الصعوبات التي تعترض تطبيقها، وطبعا بمرور الأيام سوف تتحصل المعارضة على المزيد من المكتسبات، هذه المكتسبات التي كانت بالماضي ضربا من الخيال أو المستحيل، وعلى العموم فالنظرة العامة على الدستور الجزائري ولاسيما التعديل الدستوري الجديد للسادس من شهر مارس عام ألفين وستة عشر والدستور التعددي الأصل لعام 1996 هي من الدساتير الجيدة و المعمول بها عالميا، كونها أولا مقتبسة من مختلف التشريعات العالمية و المعترف بها ( خاصة فرنسا )، وثانيا لأنها قللت من عدد الثغرات والفجوات التي كانت في الدساتير والتعديلات السابقة وطبعا هذا هو حال التعديل الدستوري الجديد 2016 الذي قلل من فجوات دستور 1996.

#### توصيات الدراسة:

إذن وبعد كل هذه التعديلات وفي أولى تطبيقات الدستور الجديد وبالتحديد الانتخابات التشريعية 4 ماي 2017 لا زالت الجزائر تراوح مكانها في مسألة إعمال النصوص الدستورية بين النظرية والتطبيق، كون الدستور وثيقة مقدسة تنظم مختلف العلاقات في الدولة داخليا وخارجيا، ولكن في حال ما إذا لم تطبق هذه الوثيقة أو تم اختراقها تحت أي ظرف من الظروف، لا نقول حينها أنه ليس لدينا دستور كما يقول البعض، لأنّ المسألة هنا لا تعدو أن تكون خلافا في التطبيق أما النصوص النظرية فهي صحيحة، وللتوضيح أكثر هل إذا كان الدستور الأمريكي ناجحا معناه يمكن تطبيقه في الجزائر، الجواب: لا لأنّ الأمر لا يتوقف على النصوص

فقط، بل لأبد من مراعاة البيئة والذهنية التي سيطبق فيها هذا الدستور، حينها فقط ندرك بأن ما ينجح هناك لا يعني أنه سينجح هنا بالضرورة، فالقضية ليست حتمية كما يعتقد البعض، لأنّ النظري عادة ما يصطدم بمعوقات التطبيق خاصة إذا لم تكن هناك إرادة بشرية حقيقية نحو التغيير.

ومن التوصيات التي أقرتها اللجنة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات التشريعية 2017 وعلى لسان رئيسها عبد الوهاب دربال، الذي أكدّ بأنّ نظام الانتخابات في الجزائر لا يزال في حاجة كبيرة إلى إدخال العديد من الإصلاحات على الأخطاء التي حدثت خلال الحملة الانتخابية وكذلك في أثناءها و حتى ما جاء بعدها، من تحفظات ومن احترازا، وإخطارات، سواء من طرف الأحزاب السياسية أو المترشحين الأحرار أو حتى من الهيئة المستقلة لمراقبة الانتخابات نفسها، ولكنه عاد وأكدّ على أنّ إصلاح القوانين يكون عن طريق الممارسة والتطبيق الميداني، لأنه بدون ممارسة لا يمكن أن تُعرف مواطن الخطأ ولا كيفية إصلاحها، ولهذا يقال لن يعمل من يخشى الانتقاد.<sup>1</sup>

#### قائمة المراجع:

#### أولاً: مراجع بالعربية

#### أ. القوانين والمراسيم

.الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 76 ل: 8 ديسمبر 1996، صدر دستور 28 نوفمبر 1996، الساري المفعول بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438.96 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، والمتعلق بإصدار نص التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء الشعب يوم 28 نوفمبر 1996.pdf

.الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ( التعديل الدستوري في القانون 01.16 ليوم 06 مارس 2016، الصادر بالجريدة الرسمية العدد 14 ، يوم 7 مارس 2016 الجزائر: دار بلقيس للنشر، pdf.2016

.الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية القانون 03.02 المؤرخ في 10 أبريل 2002 المتضمن تعديل الدستور، عدد 25 ل: 14 أبريل سنة 2002.pdf

.الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد 63 ل: 16 نوفمبر 2008، القانون 19.08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 المتضمن تعديل الدستور.pdf

#### ب. الكتب

.الحنبليان رجب، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، ط2، بيروت: دار الكتب العلمية، 2007.

<sup>1</sup>.قناة الشروق News ، الأخبار ليوم 14 ماي 2017، شريط الأخبار الساعة 22.00 سا بتوقيت الجزائر.

.الخطيب نعمان أحمد، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط1، الإصدار الثاني، عمان: دار الثقافة للنشر، 2009.

.السيد عدنان حسين، تطور الفكر السياسي، ط2، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2009.

.الطهراوي هاني علي، النظم السياسية والقانون الدستوري، ط1، الإصدار 2، عمان: دار الثقافة للنشر، 2009.

.العاني حسان محمد شفيق، الانظمة السياسية والدستورية المقارنة، بغداد : مطبعة جامعة بغداد، pdf.1987

.الكيالي عبد الوهاب، موسوعة السياسة، الجزء الثاني، بيروت: المؤسسة العربية للدراسات والنشر، د س ن.pdf

.المناسية أمين محمد سلام، قواعد البحث العلمي ومناهجه ومصادر الدراسات الإسلامية، عمان: مؤسسة رام للتكنولوجيا والكمبيوتر، pdf.1995

.الهواري صلاح الدين، المعجم الوسيط، بيروت: دار ومكتبة الهلال للطباعة والنشر، د ت ن.

#### الدوريات والأطروحات:

.جمال الدين بن عمير، " الاصلاح الحزبي في الجزائر أثناء فترة التعددية السياسية "، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، فرع التنظيم السياسي والاداري، كلية العلوم السياسية و العلاقات الدولية، جامعة الجزائر 3، السنة الجامعية: 2014. 2015. Pdf

ثانيا: مراجع بالأجنبية

-Dictionnaire LAROUSSE, 2 édition, France: Maury-Eurolivre, Manchecourt, Mai 2001.

ثالثا: مواقع الكترونية

.قناة الشروق News ، الأخبار ليوم 14 ماي 2017.

## أحكام ضمّ الصغير في قانون الأحداث العراقي والأردني

أكرم زاده الكوردي ماجستير في القوانين المقارنة، محقق قضائي في مجال التحقيق مع الأحداث،  
عضو محكمة أحداث دهوك سابقاً

### Abstract:

This research deals with the provisions of the annexation of minors in the Iraqi and Jordanian juvenile law. Its purpose is to clarify the similarities and differences between the law of juveniles of both countries in relation to the subject matter of the study, in order to take advantage of the strengths of each law. To achieve this, the researcher used the analytical, comparative, and analytical inductive method. The study concluded with results: the similarity between the two laws on certain issues, such as family follow-up of applicants for annexation by the social researcher after the issuance of the annexation decision, and differences in other issues. On the issues of disagreement, the case for argument was in favor of Jordanian law on certain issues, such as, The illegitimacy of an unknown child to the seekers nursery, and achieving the legitimate sanctity of the child within the family. On other issues, the balance was the odds in favor of Iraqi law, such as the inclusion of small orphan parents joiner, and the decision to annex in two phases. Thus, the Jordanian legislature can benefit from the Iraqi legislator, and vice versa where the Iraqi legislator can benefit from the Jordanian legislator.

key words: Annexation, nursery, juveniles, Iraq and Jordan.

## الملخص:

يتناول هذا البحث أحكام ضمّ الصغير في قانون الأحداث العراقي والأردني. والغرض منه هو بيان أوجه التشابه والاختلاف بين قانون الأحداث لكلا البلدين فيما يتعلق بموضوع الدراسة، بهدف الاستفادة من نقاط القوة في كل قانون. وفي سبيل تحقيق ذلك، استخدم الباحث المنهج الاستقرائي التحليلي، المقارن، والنقدي. واختتم البحث بنتائج وهي: التشابه بين القانونين في بعض المسائل، مثل شمول الطفل مجهول النسب بالضم، المتابعة الأسرية لطالبي الضم من قبل الباحث الاجتماعي بعد صدور قرار الضم، والاختلاف في مسائل أخرى. وبخصوص مسائل الخلاف، فإن كفة الرجحان كانت لصالح القانون الأردني في بعض المسائل، مثل عدم نسبة الطفل مجهول النسب إلى طالبي الاحتضان، وتحقيق الحرمة الشرعية للطفل داخل الأسرة. وفي مسائل أخرى، كفة الرجحان كانت لصالح القانون العراقي، مثل شمول الصغير يتيم الأبوين بالضم، وصدور قرار الضم بمرحلتين. وعليه، بإمكان المشرع الأردني الاستفادة من المشرع العراقي، والعكس صحيح حيث يمكن للمشرع العراقي الاستفادة من المشرع الأردني.

الكلمات الإفتتاحية: الضم، الاحتضان، الأحداث، العراق، والأردن.

## مقدمة:

تشير التقارير الدولية لعام 2011 أن عدد أيتام العراق بلغت نحو خمسة ملايين طفل، وقد سجّلت نسبته 16% من السكان، كما أعلنت وزارة حقوق الإنسان العراقية في العام نفسه أن العراق لديها أكبر نسبة من الأيتام عند مقارنتها بشقيقاتها من الدول العربية. وأن هذا العدد المخيف جاء نتيجة لفقدان الآباء والأمهات في الحروب وأعمال العنف التي تمرّ بها العراق، كما أن عدد مجهولي النسب هو الآخر في ازدياد بسبب المتغيرات الاجتماعية. لكن مقابل ارتفاع عدد الأيتام ومجهولي النسب، فإن طلبات الضمّ هي الأخرى ارتفعت لأسباب عدة منها: عقم الزوجين أو أحدهما، وروح التكافل الاجتماعي لدى المجتمع العراقي وغيرها.

لكن ما يخيف الجهات المعنية هو استغلال الضم كطريقة للمتاجرة بالأطفال، إذ دعت رئيسة إحدى الجمعيات العراقية الخاصة بالأطفال، الحكومة إلى توفير ضمانات أكيدة لرعاية الأطفال الذين يتم ضمّهم إلى أسر بديلة، بغية إعادتهم إعداداً سليماً بعيداً عن مخاطر الإتجار بهم<sup>1</sup>.

وعليه، فإن مشاكل ومعاناة أطفال العراقيين كثيرة، وكل واحدة منها تقتضي دراستها بشكل منفصل عن غيرها، ومن جميع الزوايا، ومنها الزاوية القانونية. ومن خلال هذه الدراسة سنقتصر على حل مشكلة

<sup>1</sup> انظر الشبخلي، سها، وخالد، نورا، التبني روح التكافل الاجتماعي في المجتمع العراقي، موقع مجلة نرجس، تاريخ زيارة الموقع 2018/7/24.



الأطفال اليتامى ومجهولي النسب، من خلال ضمّ الأطفال لأسرة بديلة المنصوص عليه في قانون الأحداث العراقي كوسيلة لوقاية الأطفال من الجنوح.

ولكون دولة الأردن جارة للعراق، ولديها قانون أحداث صدر حديثاً في عام 2014م، وتعليمات خاصة باحتضان الأطفال لعام 2013م تحتوي على نصوص جيدة لا يمكن الاستغناء عنها فيما يخص موضوع الدراسة، يرى الباحث بأن إجراء مقارنة بين قانون البلدين في هذا الخصوص، فيها فائدة لا يستهان بها.

**أهمية البحث:**

تكمن أهمية البحث في كونه جديداً من نوعه في هذا المجال، إذ لم يجد الباحث أي بحوث أو دراسات معمّقة في هذا الخصوص وبهذا العنوان بالتحديد، وإن وجدت فإنها إما دراسات منفصلة أي تم دراسة الضم في قانون كل دولة بوحده، أو تم تناوله ضمن مواضيع أخرى وتم الإشارة إليه بصورة سطحية أو مستعجلة. كما أنه ومن خلال هذا البحث يمكن التعرف على أحكام الضم في قانون الأحداث العراقي والأردني، والتطلع على مكان القوة فيهما بغية الاستفادة منها، وكذلك الكشف عن مكان الخلل فيهما بغية إصلاحها وتحسينها.

#### تساؤلات البحث:

يسعى الباحث إلى الإجابة عن الأسئلة الآتية:

1. ما هي أوجه الاختلاف والاتفاق بين أحكام الضم في قانون الأحداث العراقي والأردني.
2. ما هو فيصل التفاضل بين أحكام الضم في قانون البلدين.

#### منهجية البحث:

ارتأى الباحث أن يعتمد على المنهج الاستقرائي لتشرد وانحراف الأحداث في قانون البلدين. والمقارنة بينهما وتحليلها تحليلاً قانونياً بطريقة نقدية بغية الوقوف على نقاط القوة والضعف في كل قانون.

#### أهداف البحث:

يهدف البحث إلى التعرف على أوجه التشابه والاختلاف بين أحكام الضم في قانون الأحداث العراقي والأردني، وكذلك البحث والتحري عن نقاط القوة والتفاضل بينهما بغية إفادة المشرعين من الجانبين.

#### خطة البحث:

لغرض الإجابة عن تساؤلات البحث، سيتم عرض ومناقشة موضوع البحث من خلال سبعة مطالب. في الأول سنتناول: تعريف المصطلحات. وفي الثاني والثالث سنتطرق إلى: الشروط الواجب توافرها في الطفل الذي يجوز ضمّه وفي طالبي الضم. وفي المطلب الرابع سنتناول: الإجراءات المتبعة والمستمسكات المطلوبة لإصدار قرار الضم. أما في الخامس والسادس فسنتطرق إلى: قرار الضم، والتزامات طالبي الضم بعد صدوره. وفي المطلب الأخير، فسنبيّن: حالات إلغاء قرار الضم.

### المطلب الأول: تعريف المصطلحات.

قبل الدخول في حيثيات البحث، من الضروري التعرّف على بعض المفردات التي لها صلة وثيقة بموضوع الدراسة، ومعرفة المقصود بها من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية، وهذه المفردات هي ما يلي:

الضمّ لغةً: ضَمُّكَ الشيء إلى الشيء، وضامٌ فلاناً أي قُمتُ معه في أمر واحد<sup>1</sup>. أما اصطلاحاً: فإن المشرع العراقي لم يعرفه في قانون الأحداث، لكن عند قراءة نص المادة (39) يفهم بأن الضم هو: أن يعهد صغير يتيم الأبوين أو مجهول النسب إلى زوجين قدّما طلباً مشتركاً لمحكمة الأحداث تتوفر فيهما الشروط المنصوص عليها في القانون.

أما قانون الأحداث الأردني، فلم يتطرق إلى الضمّ موضوع هذا البحث بتاتاً، وبعد البحث والاستقصاء عن التشريعات والأنظمة والتعليمات المتعلقة بهذا الموضوع، تبين بأنه قد صدر نظام رعاية الطفولة رقم 34 لسنة 1972م، والتعليمات الاحتضان لسنة 2013م بهذا الخصوص. وقد خلا النظام والتعليمات من أي تعريف للاحتضان الذي يقابل الضمّ في القانون العراقي، لكن عند قراءة التعليمات المذكورة يتمعن يفهم بأن الاحتضان هو: أن يعهد وزير التنمية الاجتماعية احتضان طفل مجهول النسب لأسرة تتوفر فيها الشروط المطلوبة.

عند إجراء مقارنة بين تعريفي الضمّ والاحتضان، يستنتج بأنه في الوقت الذي يصدر قرار ضمّ الصغير من محكمة الأحداث في العراق، يصدر قرار الاحتضان من وزير التنمية الاجتماعية في الأردن. وفيما يتعلق بالطفل مجهول النسب فإنه مشمول بالضمّ في البلدين، أما يتيم الأبوين فغير مشمول في الأردن. كما أن طالبي الضم أو الاحتضان يجب أن يكون أسرة قائمة حال تقديم الطلب في كلا البلدين.

مجهول النسب: لم يعرف القانون العراقي مجهول النسب لكن ورد في مصنّف للقاضي رحيم العكيلى: بأنه شخص غير معروف الأب أو الأم، أو غير معروف الأبوين<sup>2</sup>. أما التعليمات الأردنية، فقد عرّفته بأنه الطفل الذي لا يعرف له أب أو أم. وعليه، فإن هناك توافق بين تعريف العكيلى والتعريف الوارد في التعليمات.

بعد ذكر التعريفات السابقة، من الضروري تعريف مصطلحات أخرى نظراً لصلتها الوثيقة بموضوع البحث وهي: التبني، واللقيط. فاللقيط لغةً: هو ما يلقط من الأرض، فهو على وزن فعيل بمعنى المفعول، أي الملقوط، ثم غلب إطلاقه على الصبي الملقى باعتبار أنه يلتقط عادة<sup>3</sup>. أما اصطلاحاً: فهو اسم لحي مولود طرحه أهله خوفاً من الفقر أو الفرار من تهمة الزنا، أو هو كل صبي أو مجنون ضائع لا كافل له، ولا يقدر على دفع المهلكات

1 أحمد، الخليل، العين، د.م، د.ت، د.ط، ج 2، ص 64.

2 العكيلى، رحيم حسن، دروس في تطبيقات القوانين، ط1، بغداد، 2007، ص 104.

3 العكيلى، رحيم حسن، مرجع سابق، ص 101-102.

عن نفسه، ولا يختص بمن نبذه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الزنا<sup>1</sup>، بمعنى هو أن يجد الشخص طفلاً لا يستطيع أن يجلب لنفسه نفعاً، ولا يدفع عنه ضرراً، فيضمّه إليه، ويكفله مع سائر عياله<sup>2</sup>. أما التبني: فيقصد به إلحاق معروف أو مجهول النسب ونسبته إلى ملحقه مع التصريح من هذا الأخير بأنه يتخذه ولدًا له حال أنه ليس بولد له حقيقة<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في الطفل الذي يجوز ضمّه.

نص القانون العراقي في المادة 39 من قانون الأحداث على الشروط المطلوب توافرها في الطفل الذي يجوز ضمّه، وهي:

1. أن يكون صغيراً: وقد عرّفت المادة 3 الصغير بأنه الطفل الذي لم يتم التاسعة من عمره، وفي إقليم كردستان العراق، فهو من لم يتم الحادية عشرة من عمره<sup>4</sup>. وعليه، فإن الصبي والفتى غير مشمولين بالضم.
  2. أن يكون يتيم الأبوين أو مجهول النسب: يفهم من ذلك بأنه لا يجوز ضمّ الصغير في الحالات الآتية:
    - أ. إذا كان أحد الوالدين حي على قيد الحياة، سواء كان الوالد الحي (الأب أو الأم) حاضراً أم غائباً أو مفقوداً وإن كان فقيراً لا يستطيع إعالة نفسه وولده.
    - ب. إذا كان معلوم النسب وأن والديه أو أحدهما حي، أما إذا كان والديه متوفيان فإنه يعتبر يتيم الأبوين ويجوز ضمّه، طبقاً للحالة الأولى.
- وفيما يتعلق بالطفل مجهول النسب، تثار مسألة أخرى وهي: مسألة الديانة والجنسية. المشرع العراقي حسم ذلك في المادة 45 من قانون الأحداث إذ اعتبر الصغير مجهول النسب: مسلم الديانة وعراقي الجنسية ما لم يثبت العكس<sup>5</sup>، ويمكن إثبات العكس بجميع طرق الإثبات.

أما في الأردن، فيشترط في الطفل الذي يجوز ضمه الشروط الآتية:

1. بخصوص عمر الطفل، فإنه يجوز احتضانه طالما لم يتم الثامنة عشرة من عمره بموجب المادة 2 من النظام، لكن حسب المادة 4 من التعليمات يجب أن لا يقل عمره عن 5 سنوات إذا كانت الزوجة طالبة الاحتضان تجاوز عمرها 45 سنة، والزوج تجاوز عمره 50 سنة.

1 انظر الكبسي، احمد، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج 1، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2007، ص 369.

2 العكيلي، المرجع السابق، ص 101-102.

3 عبده، محمد والنواوي، حسونة وسليم، عبدالمجيد وقراءة، عبد الرحمن وبخيت، محمد ومخلوف، حسنين ومأمون، حسن، الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، الجزء الثاني، القاهرة: إصدارات وزارة الأوقاف

المصرية، دط، 1980م، ص 231-232.

4 القانون رقم 14 لسنة 2001م الصادر من برلمان كردستان.

5 م 2/32، م 2/3 ق. أحوال المدنية رقم 65 لسنة 1972، و م 3 ق الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006، و م 45 ق. أحداث.

2. أن يكون مجهول النسب: وقد عرفه المادة 2 من التعليمات بأنه: الطفل الذي لا يعرف له أب أو أم. وعليه، فإن الطفل غير معروف الأبوين يعتبر مجهول النسب بالنتيجة.

أما مسألة ديانة وجنسية الطفل مجهول النسب في الأردن، فإنه يعتبر مسلم الديانة حسب نص المادة 5 من النظام ما لم يثبت العكس. أما جنسيته، فلم يتطرق إليها لا قانون الأحداث الأردني ولا النظام ولا التعليمات.

لو أجرينا مقارنة بين شروط الطفل الذي يجوز ضمّه في البلدين، نستنتج ما يلي:

1. بخصوص عمر الطفل، فإن دائرة المستفيدين في الأردن أوسع نطاقاً من جارتها العراق. ففي الوقت الذي يجوز احتضان أي طفل لم يكمل 18 من عمره في الأردن سوى حالة واحدة وهي حينما يتجاوز عمر الزوجة طالبة الاحتضان 45 سنة وزوجها 50 سنة إذ اشترط أن يكون عمر الطفل في هذه الحالة أن لا يقل عن 5 سنوات. فإن المشرع العراقي، اشترط عدم تجاوز الطفل 9 سنوات. والباحث يرجح موقف المشرع الأردني نظراً لكثرة عدد الأطفال المستفيدين، ومن جانب آخر يرجح موقف المشرع العراقي لأن ضمّ طفل يزيد عمره عن عشر سنوات لعائلة غريبة عنه من الصعب الاندماج والعيش معها. لذا يرى الباحث أن موقف المشرع الكوردستاني الذي جعل عمر الصغير إكمال الحادية عشر من العمر، هو الموقف الأرجح، لكونه يشكّل موقفاً وسطاً بين الاثنين.

2. أما فيما يتعلق بنسب الطفل، فإنه وبالعكس الحالة الأولى فإن دائرة المستفيدين في العراق أوسع نطاقاً من جارتها الأردن. ففي الوقت الذي يجوز ضم أي صغير مجهول النسب أو معلوم النسب بشرط أن يكون يتيم الأبوين في العراق، فإنه لا يجوز احتضان الطفل يتيم الأبوين في الأردن. وعليه، نرجح موقف المشرع العراقي.

3. اتفق المشرعان العراقي والأردني على اعتبار مجهول النسب مسلم الديانة ما لم يثبت العكس، وهو موقف موافق للشريعة الإسلامية إذا وجد الطفل في بلاد المسلمين<sup>1</sup>.

4. حسم المشرع العراقي مسألة جنسية الصغير مجهول النسب واعتبره عراقي الجنسية ما لم يثبت العكس. أما المشرع الأردني فلم يتطرق إليها، ويعتريه فراغ تشريعي بهذا الخصوص.

### المطلب الثالث: الشروط الواجب توافرها في طالبي الضم.

نص القانون العراقي في المادة 39 من قانون الأحداث على الشروط المطلوب توافرها في طالبي الضم،

وهي:

1. تقديم طلب مشترك من الزوجين.

<sup>1</sup> انظر سابق، السيد، فقه السنة، جزء 3، ط 21، مطبعة دار الفتح للاعلام العربي، القاهرة، 1999، ص 167. وراجع أيضاً المادة 5 من تعليمات اللقطاء رقم 7 لسنة 1965.

2. عراقيا الجنسية، لذا فإن عراقية أحد الزوجين غير كافية، وإنما يجب أن يكون كلاهما عراقيان. لكن المشرع لم يشترط أن تكون جنسيتهما أصيلة أم مكتسبة، فكلتاها مقبولة.
3. معروفان بحسن السيرة والسلوك. هناك من يرى، بأنه كان على المشرع أن يشترط (عدم المحكومية بجريمة مخلة بالشرف)، بدلاً من شرط (حسن السيرة والسلوك)، لأنه بإستطاعة المحكمة في هذه الحالة، مخاطبة مكتب الأدلة الجنائية وطلب صحيفة سوابق طالبي الضم والتأكد من سيرتهما بوثائق رسمية<sup>1</sup>. ونعتقد، بأن النص الحالي يسمح للمحكمة التأكيد من سيرة وسلوك طالبي الضم بكافة الطرق ومنها طلب صحيفة السوابق من المكتب. ومن الناحية العملية، تلجأ محكمة الأحداث إلى شهادة الشهود في هذا الخصوص.
4. أن يكون الزوجان عاقلان، أي غير مصابين بأمراض أو عاهات عقلية.
5. أن يكون الزوجان سالمين من الأمراض المعدية. يمكن للمحكمة تأكيد هذا الشرط والشرط السابق من خلال عرض الزوجين على اللجان والجهات الطبية المختصة.
6. أن يكون الزوجان قادران على إعالة الصغير. هذا الشرط متعلق بالإمكانية المالية للزوجين، ويمكن إثبات ذلك بكل سهولة من خلال المستمسكات الرسمية.
7. أن يكون الزوجان قادران على تربية الصغير. مسألة القدرة على تربية الصغير، فيها تفاصيل وخلاف بين الآراء، ويمكن التعرف عليها من خلال الرجوع إلى الفقه الإسلامي، وبالتحديد عند تناول الفقهاء شروط الحاضن<sup>2</sup>.
8. توفر حسن النية لدى الزوجين. وهذا الشرط صعب الإثبات، كما لا تستطيع المحكمة أن تقضي بتوفيره حال تقديم الطلب. ورغم ذلك سنبيّن في المطالب القادمة الطريقة التي تمكّن المحكمة من معرفة توفر هذا الشرط من عدمه.

أما شروط طالبي الاحتضان بموجب المادة الرابعة من التعليمات سنة 2013م فهي ما يلي:

1. أن يكون طالبي الاحتضان أسرة قائمة مكونة من زوجين، وأن يقيمان في مكان إقامة مشترك.
2. أن تكون ديانة طالبي الاحتضان الإسلام أو أن يكون قد مضى على إسلامهما 3 سنوات كحد أدنى معرّزة بحجة إشهار الإسلام.
3. عدم قدرة الزوج أو كلاهما على الإنجاب.
4. أن يكون عمر الزوج ما بين (35-55) سنة، وعمر الزوجة ما بين (30-50) سنة.
5. مضي مدة لا تقل عن 5 سنوات على زواج طالبي الاحتضان.
6. أن يكون الدخل الشهري للأسرة لا تقل عن 500 دينار أردني كحد أدنى.

<sup>1</sup> انظر عبد اللطيف، براء منذر، السياسة الجنائية في قانون رعاية الأحداث العراقي، عمان: دار حامد للنشر والتوزيع، ط1، 2009م، ص65.

<sup>2</sup> للمزيد انظر الكوردي، أكرم زاده، أحكام الحضانه في قانون الأحوال الشخصية العراقي: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية أحمد إبراهيم للحقوق/الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، 2014م، ص123.

7. على طالبي الاحتضان أن توفرّ للمحزون كافة أشكال الرعاية (التربوية، الصحية، النفسية، المادية، والاجتماعية).

8. أن يتمتع الزوجان بأوضاع صحية وجسدية ونفسية تمكنها من القدرة على تنشئة الطفل تنشئة سليمة.

9. أن يكون الزوجين غير محكومين بجناية أو جنحة مخلة بالأداب والأخلاق العامة من ذوي الأسبقيات.

10. أن تكون العلاقة الزوجية بين طالبي الاحتضان تتسم بالمودة والترابط والانسجام.

11. طالبي الاحتضان ملزمان بتحقيق الحرمة الشرعية للطفل بحيث إن كان الطفل ذكراً يتم إرضاعه من قبل

إمرأة من طرف الزوجة، أما إذا كان الطفل أنثى فيجب إرضاعها من قبل امرأة من طرف الزوج.

بعد بيان شروط طالبي الضم والاحتضان في البلدين العراق والأردن، تبين لنا أنه توجد أوجه خلاف

وتشابه بينهما، وهي كما يلي:

1. مشرعي البلدين اشترطا إستمرارية العلاقة الزوجية بين طالبي الضم أو الاحتضان وهذا موقف حسن، لكن

المشرع الأردني كان أدق، إذ أوجب أن يكون محل إقامتهما واحدة، وهذا ما تغافل عنه المشرع العراقي، إذ

من الممكن أن يعيش كل زوج في محل إقامة خاص به، رغم استمرار العلاقة الزوجية بينهما. لذا نرجح

موقف المشرع الأردني.

2. المشرع العراقي لا يجيز تقديم الطلب من قبل غير العراقيين بنص صريح، بينما خلت التعليمات الأردنية من

أي نص يشير إلى ذلك. ورغم الفراغ التشريعي، لا يعتقد قبول التقديم من قبل الأجانب من الناحية

العملية.

3. فيما تتعلق بديانة طالبي الاحتضان، فإن التعليمات الأردنية جاءت مشددة بهذا الخصوص، إذ لا تقبل

تقديم الطلب إلا من زوجين مسلمين، أو من زوجين اعتنقا الإسلام ومرت على إسلامهما مدة لا تقل عن

3 سنوات، على أن يكون إظهار إسلامهما موثق بحجة صادرة من الجهة المختصة، والسر وراء ذلك يعود

إلى أن ديانة الطفل (مجهول النسب) هي الإسلام ما لم يثبت العكس، لذا لا تقبل تعهد طفل مسلم إلى غير

مسلم. لكن من جانب آخر، فإن التعليمات ونظام الطفولة، لا تقبلان تقديم الطلب من زوجين غير

مسلمين وإن ثبت أن الطفل غير مسلم؟.

أما المشرع العراقي، فإنه لم يتطرق إلى ديانة طالبي الضم، لكن طالما الصغير مجهول النسب يعتبر

مسلم الديانة قانوناً وشرعاً، فلا يجوز للمحكمة ضمّه إلى طالبي الضم من غير المسلمين، قياساً على

نص الفقرة الثانية من المادة 27 من قانون الأحداث<sup>1</sup>، أما إذا كان معلوم الديانة وكان غير مسلم فإنه

<sup>1</sup> مادة 27: أولاً: إذا ظهر للصغير أو الحدث المودع وفقاً لأحكام المادة (26) من هذا القانون قريب له وطلب تسليمه إليه، فعلى محكمة الأحداث بعد مراعاة مصلحة الحدث أن تسلمه إليه لضمان حسن تربيته وسلوكه بموجب تعهد مالي مناسب ويجوز لمحكمة الأحداث أن تراقب تنفيذ التعهد بواسطة مراقب سلوك أو باحث اجتماعي لمدة تنسبها. ثانياً: إذا لم يظهر للصغير أو الحدث قريب وطلب شخص مليء حسن السيرة والسلوك متحد في الجنسية والدين مع الصغير أو الحدث تسليمه إليه لتربيته وتهذيبه فلمحكمة الأحداث أن تسلمه إليه لضمان حسن تربيته وسلوكه بموجب تعهد مالي مناسب وعلى المحكمة أن تراقب تنفيذ التعهد بواسطة مراقب سلوك أو باحث اجتماعي لمدة تنسبها.

والحالة هذه يجوز ضمّه إلى زوجين مسلمين وكذلك إلى زوجين من أهل ديانتته أيضاً، فمثلاً إذا كان الصغير من ديانة أهل الكتاب، كالمسيحية أو اليهودية فيجوز ضمّه إلى زوجين مسلمين أو مسيحيين أو يهوديين ولا يجوز ضمه إلى زوجين من ديانة غير سماوية، ولهذا لا يجوز ضم صغير مسيحي أو يهودي الديانة إلى زوجين من ديانة الصابئة أو اليزيدية والعكس جائز. علماً، هناك اختلاف فقهي بخصوص شرط الديانة بين الحاضن والمحضون في كتب الفقه الإسلامي، وبالإمكان الرجوع إليها لمعرفة المزيد<sup>1</sup>.  
بناء على ما تقدّم يرى الباحث، أن موقف المشرع الأردني مشدّد في هذا الخصوص، ومن الأفضل إعطاء المجال للزوجين من غير المسلمين طلب احتضان طفل ثبت أنه من ديانتهم على الأقل. أما المشرع العراقي، فإنه مطالب بتناول ديانة الزوجين طالبي الضم بصورة صريحة وعدم فسح المجال للاجتهادات.

4. عدم قدرة الزوج أو كلاهما على الإنجاب، شرط آخر يجب توافره في طالبي الاحتضان حسب التعليمات. وعليه، فإذا كانا قادرين على الإنجاب فلا يحق لهما تقديم الطلب. أما المشرع العراقي، فلم يشترط هذا الشرط في طالبي الضم، فحتى إن كان لهما أطفال ولا زالا قادرين على الإنجاب فلهما الحق في تقديم الطلب. وعليه، نرجّح موقف المشرع العراقي، لكن من الأفضل إعطاء الأولوية لطالبي الضم غير القادرين على الإنجاب في حالة تزامن الطلبات.

5. بموجب قانون الأحداث العراقي الملغي رقم (64) لسنة 1972 فإن المشرع العراقي اشترط في طالبي الضم أن يكون قد مضى على زواجهما أكثر من 7 سنوات ولم ينجبا طفلاً، وأجازت للمحكمة أن لا تتقيد بهذه المدة إذا ثبت لها بدليل طبي عقم الزوجين أو أحدهما<sup>2</sup>، لكن في ظل القانون النافذ فإنه لم يشترط مرور أي مدة زمنية على زواجهما.

أما التعليمات الأردنية، فسارت على نهج قانون العراقي الملغي، إذ اشترطت مرور مدة لا تقل عن 5 سنوات على زواجهما. عليه، نرجّح القانون العراقي، لأنه ودون شكّ لم يتراجع عن موقفه إلا بعد تعرضه للنقد، واتضح عدم جدوى هذا الشرط، لكن ومثل الشرط السابق، من الأفضل إعطاء الأولوية لطالبي الضم اللذين مضى على زواجهما مدة أطول عند تعدد الطلبات، وهذا ما يتم مراعاته فعلاً من الناحية العملية اجتهاداً من المحاكم وتحقيقاً للعدالة.

6. التعليمات الأردنية وضعت حد أدنى وأقصى لعمر طالبي الاحتضان، بحيث لو أن عمر أحدهما أو كلاهما أقل من الحد الأدنى أو تجاوز الحد الأقصى فلا يسمح لهما بتقديم الطلب. أما المشرع العراقي فلم يشترط فترة عمرية معينة لطالبي الضم، فبمجرد أن يكونا متزوجين، يجوز لهما تقديم الطلب، وهذا ما نرجّحه، لأن هذا الشرط لا يعتبر الشرط الوحيد، إذ لا بدّ أن تتوفر فيهما شروط أخرى. ونسأل: ألا يعتبر إجحافاً

<sup>1</sup> للمزيد انظر الكوردي، أكرم زاده، أحكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، مرجع سابق، 128-130.

<sup>2</sup> م 55 من قانون الأحداث العراقي الملغي رقم (64) لسنة 1972.

بحق الزوجين إذا كانا في العشرينيات من العمر، وألزمناهما بالانتظار لحين أن تبلغ الزوجة 30 سنة والزوج 35 سنة رغم ثبوت عقم أحدهما أو كلاهما ؟.

7. في العراق، طالبي الضم يجب أن يكونا معروفان بحسن السيرة والسلوك، دون أن يبيّن المشرع الطريقة التي تثبت من خلالها هذا الشرط، لكن المحاكم تلجأ إلى الشهود لهذا الغرض. أما في الأردن، فيشترط فيهما: أن يسود المودة والترابط والانسجام في علاقاتهما الزوجية، وكذلك عدم المحكومية بجريمة مخلة بالأداب والأخلاق العامة. والباحث يرى أنه من الأفضل دمج هذه الشروط الثلاثة في شرط واحد، لأن عدم المحكومية غير كافية لإثبات حسن سيرة وسلوك الشخص، فالعديد من الأشخاص ليست لديهم محكومية، ورغم ذلك يصعب التعامل والعيش معهم.

8. التمتع بصحة جسدية وعقلية ونفسية جيدة، والسلامة من الأمراض المعدية شرط آخر من ضمن الشروط الواجب توافرها في طالبي الضم أو الاحتضان في كلا البلدين. وهذا شرط في محله، لأن المصاب بعاهة عقلية، أو اعتلال جسدي، أو مرض نفسي، غير قادر على تربية الطفل المحضون بالشكل الصحيح، كما أن إصابته بمرض معدٍ يعتبر خطراً على حياة الطفل.

9. قانون الأحداث العراقي اشترط في طالبي الضم القدرة على إعالة الصغير، دون تحديد حد أدنى لدخلهما الشهري. أما التعليمات الأردنية، فحدّده بمبلغ لا تقل عن 500 دينار أردني. والسؤال المطروح هنا: ماذا لو نزل هذا الحد فيما بعد، هل سيأخذ الطفل منهما؟ وكما هو معلوم دوام الحال من المحال، فغنيّ اليوم قد يصبح فقير الغد، والعكس صحيح. لذا، نرجّح القانون العراقي.

10. توقّر كافة أشكال الرعاية التربوية، الصحية، النفسية، المادية، والاجتماعية، من قبل طالبي الاحتضان للطفل المحضون شرط آخر في دولة الأردن. أما في العراق، فاختصر المشرع هذا الشرط في عبارة (القدرة على تربية الصغير)، وكلمة الـ (تربية) تشمل جميع أشكال الرعاية المذكورة. لكن ما يجب الانتباه هنا هو: أن تربية الطفل المحضون في العراق من وظيفة طالبي الضم، أما في الأردن فيمكن القيام بها من قبل آخرين مثل الخدم، لأن النص على (توقّر كافة أشكال الرعاية)، لا يعني بالضرورة تقديمها من قبل طالبي الاحتضان أنفسهم. وهناك خلاف فقهي في هذه المسألة، عند تناول الفقهاء شرط (القدرة على تربية المحضون) لدى الحاضن، إذ هناك آراء فقهية تجيز تربية المحضون من غير الحاضن<sup>1</sup>.

11. في الوقت الذي نصّ المشرع العراقي على شرط غير منطقي وغير قابل للإثبات عند تقديم الطلب والذي هو: (توقّر حسن النية لدى الزوجين). نصّت التعليمات الأردنية على شرط لا يمكن الاستغناء عنه، ويعبّر بكل وضوح عن هوية الدولة (الإسلامية)، وعن تجذّر ورسوخ الدين الإسلامي في الشعب الأردني وسلطته التشريعية، إذ نصّت: "على الأسرة الحاضنة أن تحقق الحرمة الشرعية للطفل بحيث إن كان الطفل المحتضن ذكر يتم إرضاعه من سيدة من طرف الزوجة، أما إذا كانت الطفلة المحتضنة أنثى يتم إرضاعها

<sup>1</sup> للمزيد انظر الكوردي، أكرم زاده، أحكام الحضنة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، مرجع سابق، ص 35-51، 123.



من سيدة من طرف الزوج". والتساؤل المطروح هنا: كيف يكون الحال كان إذا الضم بعد سن الرضاعة؟<sup>1</sup> حقيقة، لا يمكن تحقيق الحرمة الشرعية في هذه الحالة، لكن ذلك لا يبزّر أن نقول أن مدارك المشرع الأردني أقل من نظيره العراقي، لأنه وكما هو معروف، يأخذ المشرع بغالب الأحوال، وأن الطفل الذي يضم إلى طالبي الضم غالباً ما يكون في سن الرضاعة<sup>2</sup>. و عليه، فالمشرع العراقي مدعو للإقتداء بالمشرع الأردني في هذا الشرط.

#### المطلب الرابع: الإجراءات المتّبعة والمستمسكات المطلوبة لإصدار قرار ضمّ الصغير.

أولاً: في العراق: تقدّم طلب مشترك موقع من الزوجين (طالب الضم) إلى محكمة الأحداث المختصة، أما محاكم الجرح في الأقضية والنواحي فلا يجوز لها قطعاً قبول هذه الطلبات، لأن إصدار قرارات الضم من اختصاص محاكم الأحداث الحضرية. وعادة يدرج في الطلب إسم الجهة المودّع فيها الطفل المطلوب ضمّه. والمحكمة بدورها تخاطب رسمياً تلك الجهة للتأكد من وجود الطفل عندها من عدمه، وبعد أن يتم التأكد من وجود الطفل هناك يكون طالب الضم ملزماً بتقديم جميع المستمسكات المطلوبة التي تثبت توفر الشروط فيهما. لم تدرج لدى المشرع العراقي المستمسكات المطلوبة التي يجب تقديمها من قبل طالب الضم في قانون الأحداث، ولهذا اجتهد القانونيون العراقيون في بيانها، ومن ضمنهم المحامي جمعه سعدون، إذ أدرج في مصنف له المستمسكات الآتية:

1. طلب معنون إلى قاضي محكمة الأحداث من قبل الزوجين طالب الضم.
2. شهادة الجنسية العراقية لكلا الزوجين.
3. سند الملكية للمسكن إن وجد أو عقد إيجار الدار.
4. تأييد من دائرة الزوجين بالعمل والراتب الكلي إن كانا من الموظفين.
5. تقارير طبية تؤيد السلامة من الأمراض السارية والمعدية والأمراض العقلية على أن تكون مصدقة من مستشفى أو لجنة طبية رسمية.
6. تأييد من مختار المحلة يؤيد حسن السيرة والسلوك للزوجين بشهادة شاهدين عدلين.
7. عقد الزواج إن وجد أو صورة القيد مؤشراً عليها زواجهما.
8. هوية الأحوال المدنية للزوجين<sup>3</sup>.

علماً، إذا اقتضى الحصول على إحدى هذه المستمسكات مفاتحة جهة معنية، فسيتم مخاطبتها رسمياً من قبل المحكمة. ومن ضمن الجهات التي تتم مخاطبتها في كل طلب ضمّ هي دائرة الإدعاء العام، وذلك لبيان رأيها

<sup>1</sup> القاضي ترخان عبد الرحمن حسن، نائب رئيس محكمة استئناف منطقة دهوك حالياً، مراسلة، 2018/7/30.

<sup>2</sup> عمل الباحث في محكمة أحداث دهوك حوالي ثلاث سنوات، خلال هذه الفترة فإن جميع الأطفال الذين تم ضمّهم، كان أعمارهم تتراوح بين أيام وشهور.

<sup>3</sup> الربيعي، جمعة سعدون، الدعوى الجزائية وتطبيقاتها القضائية، بغداد، 1996م، ص 106.

في ضمّ الطفل إلى طالبي الضم، رغم أن رأيها غير ملزم للمحكمة. وبعد أن تتم تكملة ملف طالبي الضم بحيث يحتوي على جميع المستمسكات المطلوبة وجواب الجهات التي تت مخاطبتها، والتأكد من توفّر جميع الشروط فيهما، تصدر محكمة الأحداث قرارها الابتدائي ومن ثم النهائي بخصوص ضمّ الصغير، لكن من الناحية العملية قد يحصل تعدد الطلبات على طفل واحد، فما موقف المحكمة في هذه الحالة؟ التطبيقات القضائية أدناه سوف تبين موقفها:

أولاً: جاء في قرار محكمة أحداث دهبوك تحت العدد: 1/ضم/ 1998 في 1998/3/29: بالنظر لظروف كون المستدعين كل من (م) و (ن) لهما أطفال عددهم خمسة من الأولاد والبنات وأن هناك طلبين آخرين لأشخاص لا توجد لهم أولاد، عليه قرر رد طلب المستدعين المذكورين ورفض طلبهما.

ثانياً: جاء في قرار آخر لها تحت العدد: 3/ضم/ 1998 في 1998/10/14: بعد تقديم الزوجين كل من (ر) و (م) وبعد إرسالهما إلى الفحص الطبي إلا أنهما تأخرًا ولم يراجعا هذه المحكمة وكان هناك طلب آخر مقدم من زوجين آخرين بهذا الصدد وقد أنجزت تلك المعاملة في حين بقيت هذه المعاملة الخاصة بالزوجين أعلاه ولم يراجعا إلى الساعة الحادية عشر قبل الظهر وبينما المعاملة الأخرى قد أنجزت. استنتجت من ذلك المحكمة، بأن الزوجين غير جديين في ضمّ الطفلة. عليه قرر رفض طلبهما وأفهم علناً في 1998/10/14.

ثالثاً: جاء في قرارها المرقم: 3/ضم/ 1999: قدّم إلينا الزوجان (س) و (ي) طلباً بضمّ طفلة موجودة في مستشفى آزادي العام بدهوك وبعد تقديم المستمسكات المطلوبة تبين بأن هناك طلب آخر مقدم إلى هذه المحكمة من قبل الزوجين هما (أ) و (ن) وسجّل طلبهما تحت العدد 4/ضم/ 1999 ولدى تدقيق الإضبارة تبين بأن الطلب الثاني المقدم من قبل (أ) و (ن) قد مضى على زواجهما أكثر من تسع سنوات بينما الزوجين (س) و (ي) قد تزوجا بتاريخ 1997 حسب نموذج عقد الزواج المرفق طي الإضارة والمرقمة 1997/568 والمؤرخة 1997/12/21 وبذلك يكون الزوجين (أ) و (ن) أكثر استحقاقاً ومصالحاً الطفلة متحققة لديهما أكثر، عليه قررت المحكمة رفض الطلب المقدم من خلال الزوجين (س) و (ي) استناداً لأحكام المادة 39 من قانون رعاية الأحداث وأفهم في 1999/1/23.

أخيراً: جاء في القرار المرقم: 6/ضم/ 1999 لنفس المحكمة: قدمت إلينا طلب الضم 6 و7/ضم/ 1999 بتاريخ 1999/6/10 لضمّ طفل لقيط موجود في المستشفى بدهوك من طالبي الضم كل من (خ) و (س) والزوجين (س) و (ز) وتبين للمحكمة بأن طالبي الضم في الطلب 7/ضم/ 1999 متزوجان منذ عام 1978 وإنهما من سكنة دهبوك ولم يرزقا بطفل منذ تاريخ زواجهما وأن الزوجان في الطلب 7/ضم/ 1999 متزوجان أكبر سناً من الزوجين في الطلب 6/ضم/ 1999 وتبين كذلك بأن طالبي الضم في الطلب 6/ضم/ 1999 كل من (خ) و (س) هما أصغر سناً وأنه لا يوجد ما يمس أخلاقهما وحالتهم المادية ولكن لديهما فرصة إنجاب الأطفال أكثر ما هو موجود لدى

الزوجين (س) و(ز) عليه قررت المحكمة رد طلب الزوجين (خ) و(س) للأسباب المبينة أعلاه وضم الطفل اللقيط إلى كل من (س) و(ز) وصدر القرار 13/6/1999<sup>1</sup>.

يستنتج من التطبيقات أعلاه، أن المحكمة تحاول قدر الإمكان تحقيق العدالة بين طالبي الضم في حالة تراحم الطلبات، وذلك من خلال مراعاة بعض المعايير رغم عدم اشتراط توافرها في الزوجين، وهو عين العدالة. ومن المعايير التي استندت إليها المحكمة في هذه التطبيقات: وجود الأطفال لطالبي الضم من عدمه، جديتهما في تمشية معاملة الضم، المدة الزمنية بعد إبرام زواجهما، وعمر الزوجين.

تجدر الإشارة، بأن ما ذكر أعلاه خاص بطالبي الضم داخل العراق، لكن هل يجوز تقديم طلب من قبل زوجين عراقيين يقيمان خارج البلد؟ هذا ما لم يتطرق إليه المشرع، ونرى جوازه من الناحية القانونية لأن القانون لم يشترط إقامة طالبي الضم العراقيين في العراق حصراً، لكن ستكون هناك عراقيل من الناحية العملية، ولغرض تخطيها يفترض عودتهما إلى العراق والإقامة فيه لمدة ستة أشهر لغاية سنة حسب كل حالة لحين انتهاء مدة التجربة وصدور القرار النهائي.

وأخيراً، نود الإشارة إلى مسألة هامة، وهي: هل يجوز لطالبي الضم، الحق في تقديم طلب ضم آخر بعد حصولهما على طفل سابقاً؟ المشرع العراقي لم يشر إليها، ولم يضع أية قيود في هذا الخصوص، وبالتالي فهي جائزة قانوناً.

ثانياً: في الأردن: يقدم طلب احتضان مشترك موقع من الزوجين إلى مديرية التنمية الاجتماعية في محل إقامة الزوجين، التي بدورها ترسل الطلب إلى لجنة الاحتضان في وزارة التنمية الاجتماعية المؤلفة من (مدير مديرية الأسرة والطفولة في الوزارة، رئيس قسم الاحتضان، ممثل الدائرة القانونية، وأي شخص آخر يرى الوزير ضرورة إنضمامه للجنة). بعد أن تتأكد من توفّر الشروط في طالبي الاحتضان. وبعد وصول الطلبات للجنة المذكورة، تقوم هي مرة أخرى بتدقيق ودراسة الطلبات، للتأكد من توفّر الشروط والمستمسكات فيها وإجراء المقابلات مع طالبي الاحتضان بقدر الحاجة، وترفعها للوزير من خلال الأمين العام للوزارة، لغرض صدور قرار الاحتضان من عدمه.

أما إذا كان طالبي الاحتضان مقيمان خارج الأردن، فعليهما تقديم طلبهما المشترك إمّا إلى: السفارة أو القنصلية الأردنية في ذلك البلد، وهذه الجهات بدورها ترسل الطلب مع المستمسكات المطلوبة إلى وزارة الخارجية الأردنية، أو ترسل الطلب والمستمسكات مباشرة إلى مديرية الأسرة والطفولة في الوزارة بواسطة الفاكس، ثم يقوم رئيس قسم الاحتضان في المديرية المذكورة بدراسة وتدقيق الطلب، وبعد ذلك يعرض على لجنة الاحتضان، ليمر ببقية المراحل التي أشرنا إليها.

<sup>1</sup> الكوردي، أكرم زاده، شرح قانون رعاية الأحداث رقم 76 لسنة 1983 المعدل وتطبيقاته العملية، أربيل: مطبعة شهاب، ط1، 2010م، 106-108.

وقد أدرجت المادة السابعة من التعليمات الأردنية لعام 2013م المستسمكات الواجب إرفاقها بالطلب وهي:

1. صورة بطاقة الأحوال المدنية ودفتر العائلة.
2. صورة مصدقة عن عقد الزواج.
3. صورة خلو أمراض معتمدة من المراكز التابعة لوزارة الصحة.
4. تقرير طبي يبين عدم قدرة الزوج أو كلاهما على الإنجاب من قبل طبيب مختص في أمراض العقم.
5. حجة إسلام الأسرة التي دخلت في الإسلام صادرة عن الجهات المعنية.
6. وثيقة تبين طبيعة عمل الزوج ومقدار الدخل الشهري وأي مصدر آخر للدخل مصدق حسب الأصول مثل (أراضي، عقارات، رصيد في البنك، محلات تجارية.. الخ).
7. شهادة عدم محكومية لكلا الزوجين .
8. صورتان شخصيتان لكلا الزوجين .
9. أي وثيقة أخرى تدعم وضع الأسرة .

إذا وافق الوزير خطياً على الطلب، فتقوم مديرية الأسرة والطفولة في الوزارة بإبلاغ طالبي الاحتضان بالقرار وإعلامهما بترتيبهما التسلسلي في قائمة الانتظار، وحينما يحين موعدهما حسب القائمة، يتم استدعاؤهما وإبلاغهما بتكلمة إجراءات الاحتضان. أما المقيمان خارج البلاد فتقوم المديرية المذكورة بالاتصال بهما وإبلاغهما بقرار الموافقة والالتزامات المترتبة عليهما تجاه الطفل المحتضن.

وتجدر الإشارة، بأن لطالبي الاحتضان اللذين سبق وأن حصلوا على طفل، تقديم طلب احتضان طفل آخر فقط، بعد مرور سنتين على احتضان الطفل الأول، شريطة على أن يكون من نفس جنس الطفل الأول، ويعاملان معاملة طالبي احتضان جديدين، وعليهما مثل غيرهما الانتظار لحين يأتي دورهما حسب ترتيب القائمة.

بعد تناول الإجراءات المتبعة في كلا البلدين، وبيان المستسمكات المطلوبة الواجب إرفاقها بالطلب، سنقارن بينهما للتعرف على أوجه التشابه والاختلاف بينهما:

1. في كلا البلدين يجب تقديم طلب مشترك موقع من الزوجين، وهذا موقف حسن لكونه يبين إلى حد ما رغبتهم في ضم أو احتضان الطفل إليهم.
2. في العراق، يقدم الطلب إلى محكمة الأحداث مباشرة، وهي التي تدقق الطلب بنفسها وتتأكد من توفر الشروط في طالبي الضم والمستسمكات المطلوبة، ثم تصدر قرارها المناسب في الطلب. أما في الأردن، فيقدم إلى مديرية التنمية الاجتماعية التابعة لوزارة التنمية الاجتماعية، ومن ثم يمر الطلب بعدد من

الجهات داخل الوزارة نفسها، لغرض تدقيقه ودراسته ومن ثم يصل لمكتب الوزير، لكي يصدر الأخير قراره بخصوص طلب الاحتضان.

يرجّح الباحث موقف المشرع الأردني، لكونه يخفف من أعباء محاكم الأحداث، ويفسح لها المجال لكي تركز جلّ اهتمامها بالجانب الجزائي للأطفال. إضافة إلى ذلك، محاكم الأحداث نفسها تستعين بالباحث الاجتماعي التابع للوزارة المذكورة لغرض متابعة شؤون الطفل المحضون. وعليه، فإن إسناد مسألة ضم أو احتضان الطفل لوزارة التنمية الاجتماعية يحقق الأهداف المرجوة أكثر من إسنادها لمحكمة الأحداث.

3. في الوقت الذي تطرّق المشرع الأردني إلى مسألة تقديم طلب الاحتضان من زوجين أردنيين مقيمان خارج الأردن، ونصّ على الإجراءات المتّعبة في هذه الحالة. سكت القانون العراقي عن هذه المسألة، ولم يبيّن موقفه.

4. في الأردن، المستمسكات المطلوبة لغرض تقديم طلب الاحتضان منصوص عليها في التعليمات بصورة واضحة وصريحة. أما في العراق، فإن المشرع لم ينص عليها إذ جاءت نصوص قانون الأحداث خالية من أي إشارة إليها. وعليه، فإن المشرع العراقي مطالب بالتدخل والنص عليها بشكل جلي وعدم تركها للاجتهادات.

5. في حالة تعدد الطلبات، محكمة الأحداث في العراق تختار طلباً وتقضي برفض أو رد بقية الطلبات، استناداً لبعض المعايير وإن توقّرت جميع الشروط والمستمسكات المطلوبة في هذه الطلبات. وعليهم تقديم طلبات أخرى، إن أرادوا ضم طفل إليهم. بينما في دولة الأردن الجارة، لا يقضي الوزير برد أو رفض الطلبات إن توقّرت فيها الشروط والمستمسكات، وإنما يوافق على جميعها، ويتم درج أسماء جميع أصحاب الطلبات في قائمة الانتظار، ويتم الاتصال بهم حينما يحين دورهم حسب القائمة، وهذا هو عين العدالة. والمشرع العراقي مطالب للإقتداء به.

6. جاءت التعليمات الأردنية بنص صريح يشير إلى حق طالبي الاحتضان بتقديم طلب آخر لغرض الحصول على طفل آخر فقط بعد مرور سنتين من استلامهما الطفل الأول، وعلى أن يكون جنسه من نفس جنس الطفل الأول. أما قانون الأحداث العراقي، فجاء خالياً من أي نص يشير إلى ذلك. لكن من الناحية العملية، فإن هذا الحق مضمون لهما، ولا تفرض عليهما شروط أخرى، في حالة تقديمهما طلب الضم الثانية أو الثالثة وغيرها.

وعليه، نرجّح التعليمات من ناحية، لأن تنظيم مثل هذه المسائل بنصوص أفضل من عدم الإشارة إليها. كما يتفق الباحث مع الشروط التي وضعتها، فشرط مضي مدة سنتين، تمكّن الوزارة من معرفة مدى اهتمام وجدّية طالبي الاحتضان بالطفل الأول، وحسن نواياهما. أما شرط الجنس فهو الآخر شرط مهم، فلكون الطفلين غير محرّمين لبعضهما البعض، فإنه من الأفضل أن يكونا من نفس الجنس، وهذا موقف حسن. أما شرط عدم السماح لهما بالحق في احتضان طفل ثالث، فهذا ما لا يتفق معه الباحث، إذ طالما هناك أسرة راغبة في احتضان طفل ثالث ورابع وتتوفر فيها كافة الشروط ولديها كافة المستمسكات

المطلوبة، وثبتت جدّيتها واهتمامها بالأطفال التي سبق وأن احتضنتها فليس هناك مبرر أو علة للنص على هذا الشرط.

وعليه، ندعو المشرع العراقي بتناول هذه المسألة بصورة صريحة مثل التعليمات الأردنية، والنص على شرطي المدة والجنس، دون الشرط الثالث المتعلق بعدد الأطفال الذين يجوز ضمّهم، حيث نرى ضرورة ترك ذلك لرغبة طالبي الضمّ مادام تتوفر فيهما الشروط، لأن ذلك يحقق مصلحة الطفل والمجتمع من جانب، ورغبة طالبي الضم من جانب آخر، ولا ضير من ذلك إذ الفائدة تعمّ الجميع.

#### المطلب الخامس: قرار ضمّ (احتضان) الصغير والإجراءات التي تعقبه.

أولاً: في العراق: قرار ضمّ الصغير في القانون العراقي يمرّ بمرحلتين، مرحلة مؤقتة وأخرى دائمة. ففي البداية، تصدر محكمة الأحداث قرار ابتدائي، وبعد ذلك تصدر قرارها النهائي. فما المقصود بهذين القرارين. القرار الابتدائي: هو القرار الذي يصدره محكمة الأحداث بصفة مؤقتة بضمّ الصغير إلى طالبي الضم لفترة تجريبية أمدها ستة أشهر قابلة للتجديد لنفس المدة أي قد تمتد هذه الفترة لمدة سنة واحدة ولكن على مرحلتين.

بعد إصدار القرار الابتدائي تلزم المحكمة الباحث الاجتماعي بزيارة دار الزوجين مرة واحدة في الأقل كل شهر للتحقق من رغبتهما في ضمّ الصغير ومن رعايتهما له ويقدم بذلك تقريراً مفصلاً إلى المحكمة. علماً، المحكمة ومن خلال تلك التقارير تستطيع معرفة مدى توفر شرط حسن النية لدى الزوجين. وأدناه نموذج من القرار الابتدائي:

تشكّلت محكمة أحداث دهوك بتاريخ..... من قاضيها السيد..... المأذون بالقضاء باسم الشعب وأصدرت القرار الآتي:

بناء على الطلب المقدم من قبل الزوجين كل من السيد (س) والسيدة (ص) والمتضمن بضمّ الطفل اللقيط مجهول النسب والموجود حالياً في مستشفى..... ولعدم وجود مانع صحي أو قانوني ولتحقق الشروط في طالبي الضم، عليه قررت المحكمة ضمّ الطفل اللقيط إلى طالبي الضم بصفة مؤقتة ولفترة تجريبية أمدها ستة أشهر ويجوز تمديدها لستة أشهر أخرى وإرسال الباحث الاجتماعي إلى دار الزوجين مرة واحدة على الأقل كل شهر للتأكد من رغبة الزوجين في ضمّ الطفل اللقيط ورعايته ورعاية جيدة وعلى أن يقوم الباحث الاجتماعي بتقديم تقرير مفصّل إلى هذه المحكمة مرة واحدة على الأقل كل شهر وصدر القرار استناداً لأحكام المواد 39 و40 و41 و42 و43 و44 و45 و46 من قانون رعاية الأحداث المعدل وأفهم علناً في.....<sup>1</sup>

<sup>1</sup> الكوردي، أكرم زاده، شرح قانون رعاية الأحداث رقم 76 لسنة 1983 المعدل وتطبيقاته العملية، مرجع سابق، ص 129-130.

أما القرار النهائي: فهو القرار الذي يصدره محكمة الأحداث بضمّ الصغير إلى طالبي الضم بعد انتهاء مدة التجربة إذا وجدت بأن مصلحة الصغير متحققة برغبة طالبي الضم الأكيدة في ضمّه إليهما. وأدناه نموذج من القرار النهائي:

تشكّلت محكمة أحداث دهوك بتاريخ..... من قاضيها السيد..... المأذون بالقضاء باسم الشعب وأصدرت القرار الآتي:

كانت هذه المحكمة قد أصدرت بتاريخ..... قراراً ابتدائياً بتسليم الطفل مجهول النسب إلى طالبي الضم كل من الزوجين (س) و (ص) لفترة تجريبية أمدها ستة أشهر عملاً بأحكام المادة 56 من قانون رعاية الأحداث المعدل، وقد وجدت المحكمة بعد انتهاء فترة التجربة بأن طالبي الضم يرغبان برغبة جديّة بضم الطفل مجهول النسب وأن مصلحة الصغير متحققة كما تبين ذلك من تقارير الباحث الاجتماعي المقدم إلى هذه المحكمة خلال فترة التجربة، لذا قررت المحكمة إنهاء فترة التجربة ورعاية الطفل مجهول النسب من قبل طالبي الضم المشار إليهما أعلاه والإنفاق على الصغير إلى أن يتزوج أو يعمل وإلى أن يصل الغلام الحد الذي يكسب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم أو عاجز عن العمل لعلّة في جسمه أو عاهة في عقله ففي هذه الحالة يستمر الإنفاق عليه لحين حصول طالب العلم على الشهادة الإعدادية كحد أدنى أو بلوغه السن التي تؤهله الحصول عليها وحتى يصبح العاجز قادراً على الكسب والإيصال للصغير بما يساوي حصة أقل وارث على أن لا تتجاوز ثلث التركة وتكون واجبة لا يجوز الرجوع عنها وبناءً على طلب الزوجين المشار إليهما أعلاه والمقدم إلى هذه المحكمة بتاريخ..... بإقرارهما بنسب الطفل مجهول النسب لذا قررت المحكمة ضم وثبوت نسب الطفل مجهول النسب إلى الزوجين المشار إليهما أعلاه ويعتبر مسلم عراقي وذلك استناداً لأحكام المواد 40 و41 و42 و43 و44 و45 و46 من قانون رعاية الأحداث المعدل وأفهم في....<sup>1</sup>.

علماً، في نهاية قرار الضم تدرج جدول تتضمن الحقوق الآتية: اسم المولود، اسم الأب المتبني، اسم الأم المتبنية، الجنس، الديانة، الجنسية، تاريخ ومحل الولادة.

بعد صدور القرار النهائي، على المحكمة إرسال نسخة من قرارها النهائي بالضم أو بالإقرار بالنسب إلى مديرية الجنسية والأحوال المدنية العامة لقيده في سجلاتها، ويتم تسجيل طالبي الضم كوالدين للصغير إن كان مجهول النسب وهذا واضح من حقول الجدول، أما إذا كان يتيم الأبوين، فإنه يبقى على اسم والديه الحقيقيين المتوفيين، ويتم تأشير قرار ضمّ الصغير إليهما فقط، لأن النسب من النظام العام.

وتجدر الإشارة، بأن الإقرار بنسب الصغير (مجهول النسب) من اختصاص محاكم الأحداث حصراً بموجب المادة 44 من قانون الأحداث المعدل، ولا يجوز لغيرها من المحاكم النظر فيه، وهي تطبق بشأنه قانون

الأحوال الشخصية<sup>1</sup>، أما عدا ذلك من المسائل المتعلقة بالنسب فإنها تدخل في اختصاص محاكم الأحوال الشخصية ومحاكم المواد الشخصية.

وأخيراً، فإن الطعن في قرارات محكمة الأحداث بخصوص ضمّ الصغير، من اختصاص محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية، على اعتبار أن رئيس محكمة الأحداث ينظر معاملات الضم لوحده دون تشكيل الهيئة، لكن محكمة تمييز العراق يعتبر الطعن في هذه القرارات من اختصاص محكمة التمييز، إذ جاء في قرارها تحت العدد: 80/موسعة ثانية/1990 في 1990/7/22: "أن القرارات الصادرة من محاكم الأحداث بشأن طلب ضمّ الصغير وفق المواد 39 و40 و41 من قانون رعاية الأحداث يعتبر الطعن فيها من اختصاص محكمة التمييز لأنها لا تعتبر من القرارات الصادرة في دعوى جنحة الذي أعطى قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 104 لسنة 1988 صلاحية النظر في الطعون المقدمة بشأن القرارات والأحكام الصادرة من محاكم الجرح والأحداث إلى محاكم الاستئناف للنظر فيها بصفتها التمييزية"<sup>2</sup>.

ثانياً: في الأردن: يمكن تعريف قرار الاحتضان بأنه: القرار الذي يصدره وزير التنمية الاجتماعية بتعهّد طفل مجهول النسب إلى طالبي الاحتضان لمدة الحياة، ما لم تظهر أسباب إلى الوجود تجعل من استمرارية بقاء الطفل لديهما غير ممكنة. أما فيما يتعلق بنموذج قرار الاحتضان فلم يتسنّ للباحث الحصول عليه، ولهذا لم نستطع إدراجه هنا.

عند قراءة المادة الثامنة من التعليمات الأردنية والتمعّن في الصياغة التي كتبت بها فقرات هذه المادة، يستنتج بأن هناك عدّة إجراءات يجب القيام بها بعد صدور قرار الموافقة من الوزير، الأولى والثانية منها خاصة بطالبي الاحتضان المقيمان داخل البلد، والبقية خاصة بالمقيمين خارج الأردن.

بخصوص الإجراءات الخاصة بطالبي الاحتضان المقيمين داخل البلد، فإن مديرية الأسرة والطفولة في الوزارة تقوم بإبلاغ طالبي الاحتضان بالقرار وإعلامهما بترتيبهما التسلسلي في قائمة الانتظار، وحينما يحين موعدهما حسب القائمة، يتم استدعائهما وإبلاغهما بتكتملة إجراءات الاحتضان، وهذا ما أشرنا إليه سابقاً. أما فيما يتعلق بالإجراءات الخاصة بطالبي الاحتضان المقيمين خارج البلد، فإن المشرع قد فصلت فيما، ونصّت على عدد من الإجراءات يجب تنفيذ أغلبيتها، وهي كما يلي:

<sup>1</sup>نصوص قانون الأحوال الشخصية المتعلقة بالنسب: مادة 51: ينسب ولد كل زوجة إلى زوجها بالشرطين التاليين: 1. أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل 2. أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً. مادة 52: 1. الإقرار بالبنوة -ولو في مرض الموت- لمجهول النسب يثبت به نسب المقر له إذا كان يولد مثله لمثله 2. إذا كان المقر امرأة متزوجة أو معتدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بتصديقه أو بالبينة. مادة 53: إقرار مجهول النسب بالأبوة أو بالأبومة يثبت به النسب إذا صدق المقر له وكان يولد مثله لمثله. مادة 54: الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه.

<sup>2</sup>القضاء، مجلة حقوقية فصلية تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية، السنة السادسة والأربعون، 1991م، العددان الأول والثاني، ص



1. مديرية الأسرة والطفولة تقوم بإبلاغ طالبي الاحتضان بقرار الموافقة والالتزامات المترتبة عليهما تجاه الطفل المحتضن.
  2. بعد حضورهما من الخارج يتم تحويلهما إلى مؤسسة الرعاية الاجتماعية لاختيار طفل لهما من بين الأطفال الموجودين هناك، على أن يتم مراعاة الأصول الإدارية في المؤسسة المذكورة. علماً، عملية الاختيار تحصل حينما يكون هناك أكثر من طفل، وإلا عليهما أخذ الطفل الموجود.
  3. يحق لهما الاطلاع على الملف الصحي للطفل بواسطة طبيب المؤسسة المشرف على الطفل، ويحق لهما أيضاً عرض الطفل على طبيب خاص على نفقتهما، على أن يرافقهما ممرضة من المؤسسة أو من يقوم مقامها.
  4. تحويلهما إلى دائرة الأحوال المدنية والجوازات لغرض إصدار شهادة ميلاد الطفل، ودفتره العائلي، وجواز سفره على أن لا ينسب الطفل إلى طالبي الاحتضان، ولهما الحق في الحصول على كتب رسمية لتسهيل أمر حصول الطفل على تأشيرة السفر وإجراءات مغادرة الأردن.
  5. يجب عليهما تزويد مديرية الأسرة والطفولة في الوزارة بصورة من شهادة الميلاد الصادرة للطفل من دائرة الأحوال المدنية والجوازات ليتسنى لهما استلام الطفل من المؤسسة.
  6. عليهما التكفل بنفقات سفر الموظف المختص في السفارة الأردنية في مكان إقامتهما في البلد الأجنبي، بهدف إجراء الدراسة الاجتماعية أو اعتماد الدراسة الاجتماعية المعدة من قبل الجهة المختصة في شؤون الاحتضان في ذلك البلد.
  7. عليهما توقيع التعهد الخطي وفق النموذج المعتمد من قبل وزارة التنمية الاجتماعية.
- تبيّن فيما سبق، بأن المادة 8 من التعليمات في الوقت الذي بيّنت تفاصيل الإجراءات التي يجب القيام بها من قبل طالبي الاحتضان المقيمان خارج الأردن بعد حضورهما، نصّت فقط على تبليغ طالبي الاحتضان المقيمان داخل البلد بقرار الموافقة واستدعاءهما بتكاملة إجراءات الاحتضان، دون بيان ماهية تلك الإجراءات. وعند قراءة الإجراءات السبعة المذكورة أعلاه الخاصة بالمقيمين خارج الأردن، والتي تعتبر بعضها حقوقاً وليست بإجراءات لازمة، يعتقد بأن هناك إشكالية في صياغة نص المادة 8، لأن العقل والمنطق يقتضيان شمول طالبي الاحتضان المقيمان داخل الأردن بجميع الإجراءات والحقوق السبعة المذكورة أعلاه، سوى الإجراء السادس، وإلا سيكون هناك تمييز بين المواطنين الأردنيين، إذ يستشعر من تلك الإجراءات بتفضيل المقيمين خارج البلد على المقيمين داخله، والعدالة تقضي العكس.
- وتجدر الإشارة، بأنه وبعد صدور قرار الاحتضان تجري المتابعة لأسرة طالبي الاحتضان مرة واحدة كل سنة من تاريخ إسلامهما الطفل أو عند الحاجة، وذلك للتأكد من مدى اهتمامهما بالطفل والتحقق من أشكال الرعاية الاجتماعية المختلفة التي تقدم إليه وذلك حسب الفقرة الأولى من المادة التاسعة من التعليمات، ويجوز للوزير بموجب المادة 12 من نظام رعاية الطفولة، إعادة النظر في قرار الاحتضان ووضع الطفل في مكان آخر، بناء على دراسة اجتماعية يعدها موظف مختص في الوزارة.

أما فيما يتعلق بالطعن في القرارات الصادرة بمسائل الاحتضان، فإن التعليمات لم تنص عليها ولكن نظراً لكون القرارات تصدر من الوزير، فإنها خاضعة لأحكام القانون الإداري لهذا البلد.

بعد بيان موقف قانون الأحداث العراقي والتعليمات الأردنية من قرار الضم والاحتضان والإجراءات المتبعة بعده، سنحاول المقارنة بينهما، للتعرف على أوجه التشابه والاختلاف بينهما، وترجيح الأفضل:

1. قرار الضم يصدر على مرحلتين في العراق. ففي البداية، يصدر قرار ابتدائي لمدة ستة أشهر، قابل للتجديد لنفس المدة، تتأكد المحكمة خلالها عن مدى رغبة طالبي الضم في ضمّ الطفل إليهما، فإذا ثبت لها رغبتهما الأكيدة تصدر قرارها النهائي بالضم. أما في الأردن، فقرار الاحتضان يصدر دفعة واحدة. عليه، نرجح موقف المشرع العراقي لسببين، أولاً: يحقق مصلحة للطفل، فهو لا يضمّ إلا للأسرة صادقة في ضمّه إليها. ثانياً: تجنب تنفيذ الإجراءات والتبعات التي يخلفه صدور القرار.

2. الباحث الاجتماعي في كلا البلدين يقوم بزيارة أسرة طالبي الضم أو الاحتضان بعد استلامها الطفل، وتقديم تقرير شامل إلى الجهات المعنية، وهذا موقف حسن منهما. لكن الاختلاف بينهما يأتي من حيث العدد والمدة. ففي العراق، الباحث يزور أسرة طالبي الضم ستة أشهر الأولى فقط من صدور القرار الابتدائي، وفي كل شهر يقوم بزيارة واحدة تقدم عنها تقرير لمحكمة الأحداث، ويجوز للمحكمة تمديد هذه المدة على أن لا تتجاوز ستة أشهر أخرى. أما في الأردن، فإن الباحث يزور أسرة طالبي الاحتضان مرة واحدة كل سنة لغاية إكمال الطفل الثامنة عشرة من عمره، لأنه بوصوله لهذا السن يصبح بالغاً ولا يعد طفلاً حسب المواثيق الدولية. وعليه، نرى أن فترة التجربة التي نصّت عليها القانون العراقي والزيارات الشهرية خلال تلك الفترة، موقف حسن. لكن الزيارات السنوية المنصوص عليها في التعليمات الأردنية هي الأخرى موقف جيد. لذا نرى الدمج بينهما لتحقيق أفضل مصلحة للطفل، ويكون على الصورة الآتية: تكون الزيارات شهرية خلال ستة الأشهر الأولى أو السنة الأولى في حالة التمديد، وبعد ذلك ولغاية إكمال الطفل 18 سنة من عمره يكون الزيارات سنوية.

3. من أهم المسائل التي تناولها القرار النهائي للضم هي: مسألة النسب. فالطفل مجهول النسب يتم تبنيّه من قبل طالبي الضم، بعد إقرارهما بنسبه إليهما، وهذا واضح جداً من نموذج القرار ومن الحقول المدرجة فيه (اسم الأب المتبني، اسم الأم المتبنية). أما في دولة الأردن الجارة، فهذا غير جائز إذ نصّت الفقرة السادسة من المادة الثامنة من التعليمات بكل وضوح على: "شريطة أن لا ينسب إلى الأسرة طالبة الاحتضان". وعليه، نرجح موقف المشرع الأردني، ونرفض بشدة موقف القانون العراقي لكونه يجيز التبني، المخالف للشريعة.

وتجدر الإشارة، بأن موقف المشرع العراقي من هذه المسألة جعل من أحد الباحثين يقول: يعتبر القانون العراقي في هذا المجال، القانون الوحيد من بين قوانين الدول العربية الذي أجاز تبني اللقيط أو مجهول النسب، أما تلك القوانين فأقرت بأن يكون لكل مولود اسم يميزه عن غيره من الأشخاص، وأن معظم

التشريعات العربية جعلت انتساب الابن غير الشرعي (الناتج عن علاقة محرمة) انتسابه إلى أمه، مستندة إلى أحكام الشريعة الإسلامية<sup>1</sup>.

ولغرض التأكد من أن موقف القانون العراقي مخالف للشرع الإسلامي الحنيف، نذكر لكم فتوى من قطاع الإفتاء الكويتي، وأخرى من الأزهر الشريف.

أولاً: فتاوى قطاع الإفتاء بالكويت: "وأما التبني: (وهو إدعاء رجل أو امرأة ببنوة مجهول النسب لم يولد على فراش الزوجية فإنه حرام) لقوله تعالى {وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ، ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانَكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا}...<sup>2</sup> على أن هذا لا يمنع التكفل باللقيط والقيام بحاجاته على سبيل المعروف مع معاملته معاملة الأجنبي بالنسبة لزوج المتكفل وأولاده ولا توارث بين اللقيط ومن قام بتربيته، ولو أن أحداً تبني طفلاً فالتبني باطل ولا أثر له شرعاً"<sup>3</sup>. وجاء في فتوى آخر: "لا يجوز للمستفتي أن يتبنى هذا الطفل بمعنى أن ينسبه إليه ويدعيه ابناً له سواء في المحررات الرسمية أو غيرها، كما أنه لا يجوز لهذا الطفل إذا بلغ أن يرى من زوجة المستفتي إلا ما يراه منها الرجال الأجانب لأنه أجنبي عنها، ولا يجوز له كذلك الخلوة بها"<sup>4</sup>.

ثانياً: فتاوى الأزهر: "إذا لم يثبت نسب الطفل إلى والديه أو الأم وحدها على الأقل لم ينسب لأسرة ما، لكون النسب في الإسلام من حقوق الله تعالى التي تقابل التعبير القانوني الآن (النظام العام)، ولكنه مع هذا يعتبر مواطناً له كل الحقوق المكفولة من الدولة. فالدولة هي الملمزمة برعاية الأطفال اللقطاء وتلحقهم بأسر بديلة تتكفل بتربيتهم حتى ينشئوا نشأة أسرية، غير أن الشريعة الإسلامية مع هذا لا تقر التبني وتحرمه، لأن التبني يقصد به إلحاق معروف أو مجهول النسب ونسبته إلى ملحقه مع التصريح من هذا الأخير بأنه يتخذه ولداً له حال أنه ليس بولد له حقيقة- وأن التبني بهذا المعنى- أمر محرّم في الإسلام ثبت تحريمه وإبطاله"<sup>5</sup>.

وقد ورد في صحيح البخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ، وَهُوَ يَعْلَمُ فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ)<sup>6</sup>، كما ورد في صحيح مسلم: (وَمَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ، أَوْ انْتَهَى إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ، فَعَلَيْهِ

<sup>1</sup> انظر الحسيني، أحمد، اللقطاء بين شريعة الإسلام والقوانين الوضعية، مقالة منشورة في موقع ملتقى الاجتماعيين، تاريخ الزيارة: 2018/7/24.

<http://www.socialar.com/vb/archive/index.php/t-2018.html>

<sup>2</sup> الأحزاب آية 4 و5.

<sup>3</sup> قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية الكويتية، فتاوى قطاع الإفتاء، ج2، الكويت: إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط1، 1997م، ص21.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ج6، ط1، 2001م، ص178.

<sup>5</sup> عبده، محمد، وآخرون، مرجع سابق، ص231-232.

<sup>6</sup> البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، المحقق: محمد زهير بن ناصر، الجزء الخامس، دار طوق النجاة، د.م، ط1، 1422هـ، ص156.

لَعْنَةُ اللَّهِ وَالْمَلَأَكَّةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ)<sup>1</sup>. وبناء على ما تقدم، فإن المشرع العراقي مطالب وبشدة بمراجعة موقفه، والاقتراء بالمشرع الأردني في مسألة نسب الصغير مجهول النسب.

علماءً، هناك آراء تقول بجواز الإقرار نسب مجهول النسب من باب الاستحسان حتى لا يلحق به العار مدى حياته ويحاسب على جرم لم يرتكبه، لكن لا نتفق مع هذا الرأي، للأسباب المذكورة في الفتاوى المذكورة أعلاه.

4. نصت التعليمات الأردنية على جميع الإجراءات المتبعة بعد صدور القرار بصورة جلية. بينما القانون العراقي لم ينص سوى على إجراء واحد ألا وهو إلزام محكمة الأحداث بإرسال نسخة من قرارها النهائي بالضم أو بالإقرار بالنسب إلى مديرية الجنسية والأحوال المدنية العامة لقيده في سجلاتها. ومن الناحية العملية، يتم تسليم القرار لطالبي الضم لإيصاله للمديرية المذكورة، وهذا الإجراء غير سليم لأن المفروض هو إرساله من قبل المحكمة نفسها. وعليه، نرجح التعليمات رغم ما يعتره فقرات المادة 8 من صياغة لغوية تحتاج إلى تصحيح، لأن النص على هذه الإجراءات والحقوق، يعتبر دليل ومرشد عمل لكلا الطرفين (طالبي الاحتضان) و(الجهات الرسمية)، وبالنتيجة لا يستطيع أي منهما التنصل بالتزاماته، بعكس القانون العراقي، الذي يعتره فراغ تشريعي في هذه المسألة. وعليه، يتعذر علينا إجراء المقارنة بين هذه الإجراءات والحقوق الواردة في التعليمات التي يؤيدها الباحث، وبين القانون العراقي.

#### المطلب السادس: التزامات طالبي الضم بعد صدور القرار النهائي بالضم.

نص المشرع العراقي في المادة 43 من قانون الأحداث على التزامات طالبي الضم وهي ما يلي:

أولاً: النفقة على الصغير إلى أن تتزوج الأنثى أو تعمل، وإلى أن يصل الغلام الحد الذي يكسب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم أو عاجز عن الكسب لعلّة في جسمه أو عاهة في عقله، ففي هذه الحالة يستمر الإنفاق عليه لحين حصول طالب العلم الشهادة الإعدادية كحد أدنى أو بلوغه السن التي تؤهله للحصول عليها وحتى يصبح العاجز قادراً على الكسب، وهي نفس حقوق الأولاد على أبيهم بموجب المادة 59 من قانون الأحوال الشخصية العراقي<sup>2</sup>.

ثانياً: الايحاء للصغير بما يساوي حصة أقل وارث على أن لا تتجاوز ثلث التركة وتكون واجبة لا يجوز الرجوع عنها.

أما التعليمات الأردنية، فقد نصّت على جملة من الالتزامات أو المسؤوليات الواقعة على عاتق طالبي الاحتضان حسب المادة التاسعة منها، وهي:

<sup>1</sup> النيسابوري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي: بيروت، د.ط، د.ت، ص 1147.

<sup>2</sup> المادة 59: 1. إذا لم يكن للولد مال فنفقته على أبيه ما لم يكن فقيراً عاجزاً عن النفقة والكسب. 2. تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى ويصل الغلام إلى الحد الذي يكتسب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم. 3. الابن الكبير العاجز عن الكسب يحكم الابن الصغير.

أولاً: توفير كافة أشكال الرعاية الاجتماعية للطفل، والتي تتمثل في التنشئة الأسرية البديلة والعلاج والتعليم والإنفاق والى غير ذلك من الأمور. ويتم التحقق من ذلك، من خلال الزيارات السنوية أو الطارئة (عند الحاجة) للباحث الاجتماعي لأسرة طالبي الاحتضان.

ثانياً: القدرة على إعداده لمواجهة ظروف الحياة المتعددة من مختلف النواحي حتى يكون قادراً على الاعتماد على نفسه.

ثالثاً: التزام طالبي الاحتضان بإعلام الطفل لمواجهة ظروف الحياة المتعددة من مختلف النواحي حتى يكون قادراً على الاعتماد على نفسه بواقعه الاجتماعي عند بلوغه سن الخامسة، وذلك بالتنسيق مع مديرية الأسرة والطفولة.

رابعاً: إبلاغ وزارة التنمية الاجتماعية بكافة التغيرات التي تطرأ على محل إقامتهما وعلاقتها بالطفل.

خامساً: أية أمور أخرى يحددها الوزير لتحقيق المصلحة الفضلى للطفل.

لو أجرينا مقارنة بين التزامات طالبي الضم والاحتضان في البلدين، سنتوصل إلى ما يلي:

1. في الوقت الذي ألزم المشرع العراقي طالبي الضم بـ (الإنفاق) على الطفل المضموم إليهما، نصت التعليمات الأردنية على جميع صور الرعاية الاجتماعية التي يجب تقديمها للطفل المحتضن ومن ضمنها الإنفاق. في الحقيقة، أن ما نصّ عليه القانون والتعليمات بخصوص الإنفاق وصور الرعاية، هي مجرد تأكيد على ما جاءت في الشروط الواجب توافرها في طالبي الضم والاحتضان، لذا لم يكن هناك داعٍ لذكره مرة أخرى. لكن ما يجعلنا نقبل موقف المشرع العراقي وترجيحه هو: أنه في المادة 43 أوضحت تفاصيل الإنفاق على الطفل المضموم ولم يكتفِ بمجرد التأكيد على مصطلح (الإنفاق) مثل التعليمات. إضافة إلى ذلك، فإنه نظر إلى الطفل المضموم كأنه ولد لطالبي الضم، ولهذا ألزمهما بالإنفاق عليه، مثل إنفاقهما على أولادهما.
2. الالتزام الثاني والثالث المذكورتين في التعليمات الأردنية، هي الأخرى تأكيد لشروط طالبي الاحتضان، وأن ذلك لا يعدّ إلا حشواً في النصوص، وكان على المشرع الأردني تجنبه. لذا نرجّح القانون العراقي، الذي اكتفى بذكرها في الشروط فقط، وعدم تكرارها ضمن التزامات طالبي الضم.
3. إلزام طالبي الاحتضان بتبليغ الوزارة في حالة قيامهما بتغيير محل إقامتهما أو حصول تغيير في علاقتهما بالطفل المحضون، موقف حسن لأن ذلك يمكّن الباحث الاجتماعي من القيام بالمتابعة الأسرية لطالبي الاحتضان في موعده المحدد، وبالتالي تتمكّن الوزارة من الإطلاع ومعرفة أحوال الطفل المحضون باستمرار ودون عراقيل. أما القانون العراقي، فقد خلا من أي نص يلزم طالبي الضم، بهذا الالتزام. وعليه، نرجّح موقف المشرع الأردني.
4. الالتزام المثير الذي تناوله المشرع العراقي دون المشرع الأردني هو (الوصية الواجبة). إذ ألزم طالبي الضم بالإيصاء للصغير بما يساوي حصة أقل وارث على أن لا تتجاوز ثلث التركة وتكون واجبة لا يجوز الرجوع عنها.

هذا الموقف جعل من أحد الباحثين يقول: القانون العراقي هو القانون الوحيد من بين قوانين الدول العربية الذي أجاز التوارث بين اللقيط والملتقط<sup>1</sup>، لكن هذا الرأي بعيد عن الصواب، لأن القانون العراقي لم يجز التوارث وإنما ألزم طالبي الضم (الملتقط) بالإيصاء للصغير (اللقيط) بما يساوي حصة أقل وارث على أن لا تتجاوز ثلث التركة وتكون واجبة لا يجوز الرجوع عنها، وهناك فرق شاسع بين أن يكون الشخص وارثاً وبين أن يكون مجرد صاحب حصة في تركة شخص ما، لأن لكل واحد منهما (الوصية، الميراث) أحكام خاصة في القانون والشريعة. إضافة إلى ذلك، لا يوجد في القانون العراقي أي نص يشير إلى حق الملتقط (طالبي الضم) في أن يكون وارثاً أو صاحب حصة في تركة اللقيط (الصغير المضموم) بعد وفاة الأخير.

ونود الإشارة، بأن موضوع الوصية بحد ذاته موضوع شخصي، يجوز لأي شخص كان في أن يوصي لشخص معين بنسبة معينة من ماله بعد وفاته على أن لا تتجاوز ثلث التركة. وعليه، فإذا كان طالبي الضم أوصوا بالوصية بإرادتهما، فهذا جائز ولا مانع لدى الشرع، أما جبراً فهذا غير جائز<sup>2</sup>. وكما أن الوصية الإجبارية غير جائزة في الشريعة الإسلامية فإن التوارث بين الملتقط واللقيط هي الأخرى غير جائزة في الشريعة إذ لا يعتبر أحدهما وارثاً للآخر بأي شكل من الأشكال.

وقد ذهب القاضي (ترخان عبد الرحمن) إلى: أن طالبي الضم رضوا بشرط الوصية للصغير المضموم وأن المؤمنون عند شروطهم، عليه يرى بأن القانون العراقي أكثر عدلاً وإنصافاً ورحمةً من غيره من القوانين، وأن المشرع العراقي ذو رؤية واسعة للأمور<sup>3</sup>. لكن الباحث لا يتفق مع هذا الرأي، لأن إرادة طالبي الضم معيبة وهناك شبه إكراه في هذه الحالة، إذ المشرع قد استغل حاجتهما، وأنها لم يقبل بالشرط إلا لكونهما مضطراً لضّم الطفل إليهما.

وبناءً على ما تقدم نرى، ضرورة تعديل القانون وذلك بجعل الوصية جوازية وليست وجوبية وإن كان قصد المشرع منها معرفة النية الحقيقية لطالبي الضم، لأنه بدلاً من أن ينص المشرع على إلزام الدولة بتقديم المساعدات لطالبي الضم مقابل إحسانهما للطفل المتبني ومساعدتهما الدولة في بقاء المجتمع نظيفاً خالياً من المشاكل الاجتماعية والجرائم، عاقبهما بوجوب الإيصاء لصالح الطفل.

### المطلب السابع: إلغاء قرار الضم وانتهاء قرار الاحتضان.

أولاً: إلغاء قرار الضم في القانون العراقي.

عند قراءة المواد الخاصة بمسألة ضمّ الصغير من (39 ولغاية 46)، يفهم بأن إلغاء قرار الضم يشمل القرار الابتدائي الخاص بفترة التجربة فقط دون القرار النهائي، إذ بعد أن تناول المشرع القرار الابتدائي في المادة 40 تناول مباشرة موضوع إلغاء قرار الضم في حالتين، وفي المادة 41 تناول القرار النهائي. وعليه، فإن

<sup>1</sup> انظر الحسيني، أحمد، مرجع سابق (مرجع الكتروني).

<sup>2</sup> انظر السيد، مرجع سابق، ص 167.

<sup>3</sup> القاضي ترخان عبد الرحمن حسن، مصدر سابق (مراسلة).

القرار الأخير، غير قابل للإلغاء بأي شكل من الأشكال، والعلّة وراء ذلك تكمن في الالتزامات المترتبة على عاتق طالبي الضم كما يعتقد المشرع، لكن الباحث لا يؤيد وجهة نظر المشرع، لأنه يتوقّع وقوع حالات، إلغاء القرار النهائي فيها، أفضل للطفل المضموم من بقائه لديهما.

أما الحاليتين التي نصّت عليهما المادة 41 من قانون الأحداث، والتي تستوجبان إلغاء القرار الابتدائي، فهي ما يلي:

1. إذا عدل الزوجان أو أحدهما عن رغبته في ضمّ الصغير خلال فترة التجربة.
2. إذا تبين للمحكمة أن مصلحة الصغير غير متحققة في بقائه لدى طالبي الضم. ويتم معرفة ذلك من خلال التقارير الشهرية التي يقدمها الباحث الاجتماعي للمحكمة والتي سبق وأن تناولناها.

أما مصير الصغير في هاتين الحاليتين، فإنه على المحكمة تسليم الصغير إلى أي مؤسسة اجتماعية معدة لهذا الغرض والتي هي عادة دور الرعاية الاجتماعية.

ومن التطبيقات القضائية في هذه المسألة: جاء في قرار لمحكمة أحداث دهب تحت العدد: 5/ضم/1999 في 1999/3/20 ما هو آتٍ: بناء على الطلب المقدم إلينا من قبل طالبة الضم (ص) والمتضمن عدم قدرتها على تربية الطفلة اللقطة التي ضمّتها إليها وإلى زوجها (ي) وعدم رغبتها في ضمّ الصغيرة أعلاه، عليه واستناداً إلى أحكام المادة 41 من قانون رعاية الأحداث رقم 76 لسنة 1983 قررت المحكمة إلغاء قرار الضم الابتدائي المرقم 5/ضم/1999 في 1999/2/3 وتسليم الصغيرة أعلاه إلى مستشفى أزاوي قسم الخدج للاحتفاظ بها لحين اتخاذ قرار لاحق بهذا الصدد وصدر القرار في 1999/3/20<sup>1</sup>.

ثانياً: انتهاء قرار الاحتضان في التعليمات الأردنية.

رغم أن قرار الاحتضان يصدر لمرة واحدة وبصورة نهائية في آنٍ واحد إلا أن التعليمات ومن خلال المادة العاشرة نصّت على عشر حالات ينتهي بها الاحتضان بقرار من الوزير أو المحكمة المختصة، وهذه الحالات هي ما يلي:

1. ثبوت نسب الطفل إلى والديه الحقيقيين بموجب قرار صادر من محكمة مختصة.
2. ثبوت إصابة طالبي الاحتضان أو أحدهما بمرض جسدي أو عقلي، أو أصبحا فاسدي الأخلاق بحيث تعتبر استمرارية احتضانهما للطفل غير مناسب.
3. التخلي عن الطفل على نحو يكون سبباً في ضياعه أو انحرافه الأخلاقي، أو ثبوت الإساءة إليه.
4. ردة طالبي الاحتضان أو أحدهما عن الإسلام.

1 الكوردي، أكرم زاده، شرح قانون رعاية الأحداث رقم 76 لسنة 1983 المعدل وتطبيقاته العملية، مرجع سابق، ص 117-118.

5. وفاة طالبي الاحتضان أو أحدهما. وفي هذه الحالة، أجازت التعليمات لأحد أقاربهما التقدم بطلب احتضان جديد.

6. عند وقوع الطلاق بين طالبي الاحتضان، لكن يحق لأحدهما الاستمرار في احتضان الطفل إن أراد ذلك من خلال دراسة اجتماعية جديدة، كما يجوز لأحد أقاربهما التقدم بطلب احتضان جديد وحسب الأصول على أن لا يتعارض ذلك مع مصلحة الطفل المحضون.

7. يحق لطالبي الاحتضان احتضان طفل آخر في حالة وفاة الطفل الأول بصورة طبيعية، وليست بإهمال منهما وذلك بموجب تقرير صادر عن الطب الشرعي.

8. إذا ظهر للطفل بعد احتضانه من قبل طالبي الاحتضان إعاقة معينة أو مرض مزمن، فيحق لهما التقدم بطلب إعادته مع ضمان حقهما في احتضان طفل آخر إن أرادا.

9. رغبة الأسرة الحاضنة بإعادة الطفل لأسباب يقتنع بها وزير التنمية وتحقق في نفس الوقت مصلحة الطفل، لكن يشترط في هذه الحالة أن لا يتجاوز عمر الطفل 18 سنة.

10. فقدان أي شرط من شروط الاحتضان.

عند قراءة هذه الحالات يشعر القارئ بأن الوزارة كانت غير موفقة عند إصدارها لهذه التعليمات، إذ فيها حشو زائد ولم تكن هناك حاجة للنص على جميع هذه الحالات. فالحالة الأخيرة التي هي فقدان شرط من شروط الاحتضان تغطي الحالات (2، 3، 4) أيضاً، لأن الحالات المذكورة هي في حقيقتها فقدان لشرط من شروط الاحتضان لو تم قراءتها بدقة وتمعن، هذا من جانب. ومن جانب آخر، فحتى الحالتين الخامسة والسادسة هي الأخرى تعتبر من حالات فقدان شروط الاحتضان، إذ بوفاة طالبي الاحتضان أو أحدهما، أو الطلاق بينهما لم تعد هناك أسرة قائمة من زوجين، التي هي من إحدى شروط الاحتضان.

وبلاحظ، بأن مشرع التعليمات قد وقع في تناقض بخصوص حالتي وفاة أحد طالبي الاحتضان والطلاق بينهما. فرغم وقوع الطلاق بينهما بإرادة أحدهما أو كليهما أعطى الحق لأي واحد منهما الاستمرارية في احتضان الطفل، من خلال دراسة اجتماعية جديدة، بينما الوفاة يقع خارج إرادتهما ورغم ذلك لم يعط هذا الحق للحيّ منهما، إذ أعطت هذا الحق في هذه الحالة لأحد أقاربهما. والتساؤل المطروح هنا: ماذا لو أبدى كلا المطلقين الرغبة في استمرارية الاحتضان، الطفل سيكون من نصيب أي منهما؟ التعليمات لم تعالج هذه المسألة.

أما فيما يتعلق بالحالة السابعة، فحتى صياغتها لا توحى بوقوع حالة تنتهي بها الاحتضان، وإنما يفهم منها بأنها تنص على حق من حقوق طالبي الاحتضان و الذي هو الحق في تقديم طلب احتضان طفل آخر في حالة وفاة الطفل المحتضن لديهما وفاة طبيعية. علماً، ليس هناك داعٍ للنص على انتهاء الاحتضان بوفاة الطفل المحتضن، لأنه يعتبر مدار الاحتضان، فبوفاته ينتهي الاحتضان بشكل طبيعي.



بعد أن سجّلنا الملاحظات المذكورة أعلاه حول حالات انتهاء قرار الاحتضان، نرى بأن الحالات (1، 8، 9، 10)، هي التي تستحق الذكر، ولهذا حينما نقارن أدناه بين قانون الأحداث العراقي والتعليمات الأردنية بخصوص حالات إلغاء قرار الضم وانتهاء قرار الاحتضان، سنقتصر كلامنا على هذه الحالات فقط دون غيرها، وهي:

1. إلغاء قرار الضم في العراق يقتصر على القرار الابتدائي فقط دون القرار النهائي، في حين انتهاء قرار الاحتضان في الأردن الذي يعتبر القرار الوحيد والنهائي في مسألة الاحتضان معرّض للإنتهاء بمجرد تحقق أية حالة من حالات الانتهاء المنصوص عليها في التعليمات. وعليه، نرجّح موقف المشرع الأردني، لأنه يدفع طالبي الاحتضان الاهتمام بالطفل ورعايته وعدم التقصير بحق من حقوقه لحين إكماله 18 من عمره، بعكس القانون العراقي الذي يركّز على فترة التجربة فقط والتي هي غالباً ما تكون ستة أشهر فقط من صدور القرار الابتدائي.
2. يشترك القانون والتعليمات على إلغاء وانتهاء القرار، إذا أبدا طالبي الضم أو الاحتضان رغبتهما في العدول عن الضم أو الاحتضان. لكن ما يفرّق بين الاثنين هو: أن القانون العراقي أجاز لأحدهما العدول أيضاً، ولا يشترط أن تكون هناك أسباب مقنعة للعدول مثلما عليها التعليمات الأردنية، وإنما بمجرد تقديم طلب مشترك منهما، أو من أحدهما إلى محكمة الأحداث، تقرر المحكمة إلغاء القرار. والتساؤل المطروح هنا: هل ستتحقق مصلحة الطفل: إذا لم يرغب أحد الزوجين الاستمرار في حضانة الطفل؟ أو إذا رغب كلاهما بالعدول عن الطفل، لكن رفضت الأسباب لعدم قناعة الوزير بها؟ بكل تأكيد سيكون الجواب بالنفي. وعليه، نرجّح القانون العراقي، لأنه وبمجرد أن يعدل أحد الزوجين عن الطفل، فهذا يعتبر مبرراً كافياً لإلغاء قرار الضم، ولا داعي لإلزامهما أو أحدهما ببيان الأسباب.
3. الحالة الثانية والأخيرة التي نصّ عليها القانون العراقي لإلغاء قرار الضم هي: ثبوت عدم تحقق مصلحة الطفل لدى طالبي الضم من خلال التقارير الشهرية التي تقدّم للمحكمة من قبل الباحث الاجتماعي. أما التعليمات الأردنية فجاءت خالية من النص على هذه الحالة، لكن نظام رعاية الطفولة رقم 34 لسنة 1972م قد تدارك ذلك، إذ نصّ في المادة 12 على جواز إعادة النظر في أمر الطفل المحضون ووضعه في مكان آخر مناسب له إذا اقتضت الضرورة، بناء على الدراسة الاجتماعية التي تجريها الباحث الاجتماعي. وعليه، فإن إعادة النظر هذه قد تكون سبباً في انتهاء قرار الاحتضان. وعليه، فإن موقف المشرعين العراقي والأردني كلاهما موقف حسن.
4. يرى الباحث بأن حالة فقدان أي شرط من شروط الاحتضان المنصوص عليها في التعليمات من أهم الحالات. فحتى حضانة الأطفال في قوانين الأحوال الشخصية والفقهاء الإسلامي، تسقط بفقدان الحاضن شرط من شروط الحضانة<sup>1</sup>. وعليه، ندعو المشرع العراقي بالنص على هذه الحالة أيضاً.

<sup>1</sup> للمزيد انظر الكوردي، أكرم زاده، أحكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، مرجع سابق، ص 286-304.

5. نصّت التعليمات الأردنية على حالة أخرى تنتهي بها الاحتضان، لكنها جوازية ومتوقفة على إرادة طالبي الاحتضان، وهي حالة ظهور إعاقة معينة أو مرض مزمن لدى الطفل بعد احتضانه. وهذا موقف حسن، لأن هذه الإعاقة أو المرض قد تسببان في أن يتكبّد الزوجان أموال طائلة، رغم إمكانياتهما المالية الضعيفة، ولهذا فبدلاً أن يقوموا بترك الطفل وعدم علاجه وتعرض حياته للخطر، منحت التعليمات الحق لهما في إعادة الطفل لكي تتكفل الدولة في علاجه ورعايته، وهذا هو عين الصواب. والمشعر العراقي مطالب بالنص على مثل هذه الحالة وعدم إجبار طالبي الضم على كفالة الطفل في هذه الحالة من خلال إلزامهما بالإفناق عليه في قرار الضم النهائي.

6. تبين لنا من خلال الشروط الواجب توافرها في الطفل، بأنه لا يجوز احتضانه أو ضمّه إلا إذا كان مجهول النسب بموجب قانون الأحداث العراقي وكذلك التعليمات الأردنية. ولهذا من الطبيعي أن تنتهي الاحتضان بثبوت نسبه، وهذا ما نصّت عليه التعليمات بكل وضوح ضمن حالات انتهاء الاحتضان، أما القانون العراقي فسكت عن ذلك. وعليه، نرجّح الموقف الأردني.

في ظل القانون العراقي الذي سكت عن بيان موقفه من ثبوت نسب الطفل، يطرح تساؤل نفسه وهو: إذا ثبت نسب الصغير، فمن له الحق في بقائه معه، الوالدين أم طالبي الضم؟ بالرجوع إلى نص المادة 39 من قانون الأحداث يتبين بأن الصغير الذي يجوز ضمّه هو صغير يتيم الأبوين أو صغير مجهول النسب (اللقيط)، وبمجرد ثبوت نسب الصغير فإنه يعتبر معلوم النسب وبالتالي لا يجوز ضمه إلى أحد. والوالدين أو أحدهما في هذه الحالة أحق في أن يعيش في كنفه ولده الصغير الضائع منهما إلا إذا تنازل الوالدين برغبتهما في بقاء ولدهما لدى طالبي الضم، لكن تأشير نسب الصغير إلى والديه الحقيقيين لدى مديرية الجنسية والأحوال المدنية العامة شيء حتي لا تنازل أو رجوع عنه لأنه بمجرد إصدار قرار النسب من المحكمة ترسل نسخة من قرارها إلى هذه الدائرة المعنية وجوبياً لكون النسب يتعلق بالنظام العام ولا يجوز لأحد مخالفته. أما إذا كان القائم بهذا الإدعاء أحد أصول أو فروع أو حواشي الوالدين وأثبتوا انتساب الصغير إلى والديه وكان الوالدين متوفيين أي أن الصغير يتيم الأبوين، فإنه والحالة هذه يصحّ بقاء ضمّ الصغير لأنه مجرد تحوّل من حالة إلى أخرى، فبعد أن كان الصغير مجهول النسب أصبح معلوم النسب ولكنه يتيم الأبوين، وهكذا يبقى الصغير في كنف طالبي الضم وأنهما أحقّ من أقرباء الصغير في بقاء الضم لأنه ما زال هناك حق قانوني لهما في هذه الحالة<sup>1</sup>.

وقد يطرح تساؤل آخر نتيجة لثبوت نسب الصغير إلى والديه، ورجوعه إلى حضنهما وهو: هل يجوز لطالبي الضم مطالبة الوالدين بالتعويض بموجب القانون العراقي والتعليمات الأردنية؟ في الفقه الإسلامي لا يحق لهما ذلك، لأنه في الأصل يتم الإفناق عليه من ماله إن كان معه مال وإلا فإن نفقته من بيت المال، وإذا لم يكن هناك مال متوفر في بيت المال وصرّف طالبي الضم عليه برغبتهما دون إذن من القاضي فإنه يعدّ تبرعاً أو هبةً. كهذا، فإنه ليس لهما شيء إلا إذا رجع الوالدين أو أحدهما جميع أو بعض المال برضاه دون أي ضغط أو إكراه مقابل

<sup>1</sup> الكوردي، أكرم زاده، شرح قانون رعاية الأحداث رقم 76 لسنة 1983 المعدل وتطبيقاته العملية، مرجع سابق، ص 121-122.

إحسان طالبي الضم في تربية ورعاية صغيرهما، ويجب أن لا ننسى بأن التقاط الصغير ورعايته وتربيته في الشريعة الإسلامية فرض كفاية فإذا لم يتم بهذا الفرض بعض المسلمين فإن الأمة الإسلامية بأسرها ستكون مقصرة ومذنبه، وبذلك فإن طالبي الضم قد أدّيا فرضاً عليهما ومن جانب آخر فإنهما قد حصلوا على أجر أخروي<sup>1</sup>. ولكن هناك رأي يقول بجواز الرجوع على الأب بعبوس ما أنفقه على ولده وذلك إن طرحه الأب عمداً<sup>2</sup>. أما القانون العراقي والتعليمات الأردنية، فكلاهما لم يتناولوا هذه المسألة ومن الضروري حسمها من خلال النص عليها، وبيان حقوق طالبي الضم أو الاحتضان بشكل واضح وصريح. ويرى القاضي (تترخان عبد الرحمن) أن إنفاق طالبي الضم على الصغير يكون من باب التبرع والهبة، عليه لا يحق لهما المطالبة بأي مصاريف<sup>3</sup>.

### الخاتمة:

في ختام هذه الدراسة توصل الباحث إلى وجود أوجه تشابه واختلاف بين القانونين. وبصدد أوجه الاختلاف، فإن كفة الرجحان في بعض المسائل كانت لمصلحة القانون العراقي، وفي مسائل أخرى كانت لصالح التعليمات الأردنية. وعليه، بإمكان المشرع في كلا البلدين الاستفادة من نقاط القوة في قانون البلد الآخر، وهذا ما تهدف إليه هذه الدراسة.

أولاً: من أوجه التشابه بين القانونين: شمول الطفل مجهول النسب بالضم (الاحتضان)، أغلبية شروط الضم هي نفسها في القانونين، المتابعة الأسرية لطالبي الضم من قبل الباحث الاجتماعي بعد صدور القرار، إعادة النظر في قرار الضم استناداً لتقرير الباحث الاجتماعي، إمكانية إلغاء قرار الضم أو انتهاء الاحتضان في حالات خاصة، وإلزام طالبي الضم أو الاحتضان بمسؤوليات معينة بعد صدور قرار الضم.

ثانياً: من أوجه الاختلاف بين القانونين، والتي تكون كفة الرجحان لصالح القانون العراقي: اتساع نطاق دائرة الأطفال المستفيدين من الضم نظراً لشموله الصغير يتيم الأبوين بالضم أيضاً، اتساع نطاق دائرة طالبي الضم الذين لهم الحق في تقديم طلب الضم وذلك لعدم التشديد في الشروط الواجب توافرها فيهما، الدقة في صياغة النصوص وعدم الحشو، صدور قرار الضم بمرحلتين، مرحلة مؤقتة (القرار الابتدائي) وأخرى دائمة (القرار النهائي)، المتابعة المكثفة لأسرة طالبي الضم من قبل الباحث الاجتماعي خلال فترة التجربة، عدم اشتراط ديانة الإسلام في طالبي الضم إذا ثبت أن الصغير غير مسلم.

ثالثاً: من أوجه الاختلاف بين القانونين، والتي تكون كفة الرجحان لصالح القانون الأردني: ضيق الفراغ التشريعي، إسناد معاملات الاحتضان للوزارة المعنية وإفساح المجال لمحكمة الأحداث للاهتمام بالقضايا

<sup>1</sup> انظر سابق، السيد، مرجع سابق، ص 167.

<sup>2</sup> انظر حمدان، عبد المطلب عبد الرزاق، أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006، ص 123.

<sup>3</sup> القاضي تترخان عبد الرحمن حسن، مصدر سابق (مراسلة).

الجزائية للأطفال، اتساع نطاق دائرة الأطفال المستفيدين من الاحتضان نظراً لشموله الأطفال لغاية عمر 18 سنة بالاحتضان، المتابعة الأسرية المستمرة لطالبي الاحتضان من قبل الباحث الاجتماعي لغاية إكمال الطفل 18 سنة من عمره، وإمكانية انتهاء الاحتضان على طول هذه المدة، النص على المستمسكات المطلوبة لتقديم طلب الاحتضان، النص على الإجراءات الواجب إجرائها من قبل طالبي الضم بعد صدور قرار الاحتضان وكذلك حقوقهما، تناول مسألة تقديم طلب الاحتضان من قبل طالبي الاحتضان المقيمين خارج البلد، عدم إلزام طالبي الاحتضان بالوصية الواجبة للطفل المحتضن، اتساع نطاق حالات انتهاء الاحتضان. وأهم نقطتي قوة، هي: عدم نسبة الطفل مجهول النسب إلى طالبي الاحتضان، وتحقيق الحرمة الشرعية للطفل داخل الأسرة.

#### المصادر:

1. القرآن الكريم.
2. البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، المحقق: محمد زهير بن ناصر، الجزء الخامس، دار طوق النجاة، د.م، ط1، 1422هـ.
3. النيسابوري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي: بيروت، د.ط، د.ت.
4. أحمد، الخليل، العين، د.م، د.ت، د.ط، ج 2.
5. الحسيني، أحمد، اللقطاء بين شريعة الإسلام والقوانين الوضعية، موقع ملتقى الاجتماعيين، تاريخ الزيارة: <http://www.socialar.com/vb/archive/index.php/t-2018.html>. 2018/7/24
6. حمدان، عبد المطلب عبد الرزاق، أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006.
7. الربيعي، جمعة سعدون، الدعوى الجزائية وتطبيقاتها القضائية، بغداد، 1996م.
8. سابق، السيد، فقه السنة، جزء 3، ط 21، مطبعة دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، 1999.
9. الشبخلي، سها، وخالد، نورا، التبني روح التكافل الاجتماعي في المجتمع العراقي، موقع مجلة نرجس، تاريخ زيارة الموقع <http://www.narjesmag.com/pdf.php?id=1000>: 2018/7/24
10. عبد اللطيف، براء منذر، السياسة الجنائية في قانون الأحداث العراقي، عمان: دار حامد، ط1، 2009م.
11. العكيلي، رحيم حسن، دروس في تطبيقات القوانين، ط1، بغداد، 2007م.
12. عبده، محمد والنواوي، حسونة وسليم، عبد المجيد وقراءة، عبد الرحمن وبخيت، محمد ومخلوف، حسنين ومأمون، حسن، الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، الجزء الثاني، القاهرة: إصدارات وزارة الأوقاف، د.ط، 1980م.
13. القاضي تترخان عبد الرحمن حسن، نائب رئيس محكمة استئناف منطقة دهوك حالياً، مراسلة، 2018/7/30.
14. قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية الكويتية، فتاوى قطاع الإفتاء بالكويت، الجزء الثاني، الكويت: إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط1، 1997م.

15. قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية الكويتية، فتاوى قطاع الإفتاء بالكويت، الجزء السادس، الكويت: إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط1، 2001م.
16. القضاء، مجلة حقوقية فصلية تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية، السنة السادسة والأربعون، 1991م، العددان الأول والثاني.
17. الكبسي، أحمد، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج 1، العاتك: القاهرة، 2007.
18. الكوردي، أكرم زاده، أحكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية أحمد إبراهيم للحقوق/الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، 2014م.
19. الكوردي، أكرم زاده، شرح قانون رعاية الأحداث رقم 76 لسنة 1983 المعدل وتطبيقاته العملية، أبريل: مطبعة شهاب، ط1، 2010م.

#### المتون القانونية:

20. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959م المعدل.
21. قانون الأحداث العراقي الملغى رقم (64) لسنة 1972م.
22. قانون الأحداث العراقي النافذ رقم 76 لسنة 1983م.
23. قانون رقم 14 لسنة 2001م الصادر من برلمان إقليم كردستان.
24. قانون الأحوال المدنية العراقي رقم 65 لسنة 1972.
25. قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006م.
26. نظام رعاية الطفولة الأردني رقم 34 لسنة 1972م.
27. تعليمات الاحتضان الأردني لسنة 2013م.



## معالم الوسطية في نظرية التشريع الاجتهادي وأثرها في تحقيق الأمن والتعايش

د. عبد الحق الإدريسي

دار الحديث الحسنية الرباط - المغرب.

د. محمد ورنيني

جامعة الأغواط ، الجزائر

### Abstract:

Moderation is a holistic method/approach and a general purpose that governs Islamic legislations either as a basis serving extrapolation, an aim that directs discretion, or as a regulator that rules revelation. Islamic legislation, accordingly, is moderate in all of its terms and aspects; in religion as in belief, law, morals, worship and conduct. Islamic legislation has indeed included a moderate method/approach in law-making that protects society from temptations and dissension, and preserves it from extremism and intransigence. It is a comprehensive system for both religion and state; a/an method/approach that puts on the same level the educational dimension and the injunctive one, the authority of the text and the role of discretion in the elaboration of the legislations which organize public affairs, the authority of tradition in defining interests and the importance of reason in discerning those interests, the authority of the individual and that of the nation in the administration of public affairs.

One of the fields that reflect this moderate approach/method is jurisprudential legislation, which aims to apply revealed/revelation resolutions to reality variants and implement the terms of jurisprudential discretion in the administration of public affairs and the cultural, intellectual, educational, political and economic life matters according to the religion' values and principles.

## ملخص

الوسطية منهج كلي ومقصد عام يحكم التشريعات الإسلامية سواء كأصل يخدم الاستنباط، أم كمقصد يوجه الاجتهاد، أم كضابط يحكم التنزيل، و لذلك فالتشريع الإسلامي تشريع وسطي في كل مفرداته وجوانبه، شريعة واعتقادا، قانونا وأخلاقا، تعبدا وسلوكا... فالشريعة الإسلامية تضمنت المنهج الوسط في التشريع الذي يعصم المجتمع من الفتن والفرقة، ويبعدهم عن التطرف والتشدد، فهو نظام شامل للدين والدولة، و منهج يوازن بين البعد التربوي و البعد الزجري، وهو كذلك يوازن بين سلطة النص ودور الاجتهاد في بناء التشريعات التي تنظم شؤون المجتمع، ويوازن بين سلطة النقل في تحديد المصالح ومكانة العقل في إدراكها، ويوازن بين سلطة الفرد وسلطة الأمة في تدبير الشأن العام.

ومن المجالات التي تعكس هذا المنهج الوسط مجال "التشريع الاجتهادي"، الذي يهدف إلى تطبيق مقررات الوحي على متغيرات الواقع. وتفعيل مفردات الاجتهاد الفقهي في توجيه الشأن العام، وتوجيه شؤون الحياة الثقافية والفكرية والتربوية والسياسية والاقتصادية بقيم الدين ومبادئه.

الكلمات المفتاحية: الوسطية، التشريع الإسلامي، الحاكمية، الأمن التشريعي

## مقدمة

أجمعت كلمة العلماء سابقهم ولأحقهم على أن الإسلام دين وسط يتميز باليسر والرحمة، وابتعد عن التطرف والتشدد في كل مجالاته، عقيدة وشريعة، فكرا وسلوكا. قال تعالى: "وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا"<sup>1</sup>.

والوسطية ضرورة إنسانية، ومطلب كوني، ومقصد عمراني، يتضمن قيم التوازن والاعتدال، ويشمل مفاهيم التسامح والرفعة والسمو، ويؤول إلى مقاصد العدل والرحمة والصلاح والاستقامة، ويتشكل من مجموعة من القيم والمفاهيم المستنبطة من الشريعة الإسلامية التي تهدف إلى تدبير الاجتماع العمراني وتوجيه السلوك الإنساني نحو اختيار العدل والرحمة والوسط من كل شيء من غير إفراط ولا تفريط.

ولهذا فالوسطية منهج كلي ومقصد عام يحكم التشريعات الإسلامية سواء كأصل يخدم الاستنباط، أم كمقصد يوجه الاجتهاد، أم كضابط يحكم التنزيل، ولذلك فالتشريع الإسلامي تشريع وسطي في كل مفرداته وجوانبه، شريعة واعتقادا، قانونا وأخلاقا، تعبدا وسلوكا.... مما يجعل الأمة الإسلامية أمة العدالة والخيرية، ويؤهلها لأن تكون أمة الصلاح والاستقامة، ويحملها أمانة التوسط والاعتدال في البناء والعمران في كل جوانب الاجتماع البشري التعبدي والتربوية والاخلاقية والمادية من غير إفراط ولا تفريط. والوسطية في مفهومها العام،

<sup>1</sup>- سورة البقرة، الآية 143.



تعني الاعتدال في الاعتقاد والموقف والسلوك والنظام والمعاملة والأخلاق، وهذا يعني أن الإسلام دين معتدل غير جانح ولا مفرط في شيء من الحقائق، فليس فيه مغالاة في الدين، ولا تطرف ولا شذوذ في الاعتقاد، ولا استكبار ولا خنوع، ولا ذل ولا استسلام، ولا خضوع وعبودية لغير الله تعالى، ولا تشدد أو إحراج، ولا تهاون، ولا تقصير، ولا تساهل أو تفريط في حق من حقوق الله تعالى، ولا حقوق الناس، وهو معنى الصلاح والاستقامة<sup>1</sup>.

ومن المجالات التي تعكس هذا المنهج الوسط مجال "التشريع الاجتهادي" لتنظيم شؤون الاجتماع البشري، الذي يهدف إلى تطبيق مقررات الوحي على متغيرات الواقع. وتفعيل مفردات الاجتهاد الفقهي في توجيه الشأن العام، وتوجيه شؤون الحياة الثقافية والفكرية والتربوية والسياسية والاقتصادية بقيم الدين ومبادئه.

هذا المجال شهد معارك وجدالات سياسية واعلامية بين مختلف مكونات المجتمع، هذه المعارك وصلت إلى حد التبديع أو التكفير، وأنتجت صراعات وخلافات أثرت على أمن المجتمعات واستقرارها.

وقد أجمعت هذه الصراعات الجهل بكثير من المفاهيم والقضايا التي لها تأثير على النظرية التشريعية في الإسلام، والوقوف منها إما موقف التفريط أو الافراط المنافي للمنهج الوسطي للإسلام، مثل: مفاهيم الدين والدولة، والحاكمية والمرجعية، وقضية سلطة النص ودور الاجتهاد البشري، ومكانة العقل الإنساني في مجال تدبير الشأن العام، ومسألة سلطة الفرد وسلطة الأمة، ومسألة الأغلبية ودور الأمة، وقيمة العقل البشري في الفهم والتنزيل.

إن استقرار المجتمع وأمنه التشريعي والقانوني يتوقف على الفهم السليم والراشد لهذه الشبكة من المفاهيم المركزية في الفكر الإسلامي التي تؤثر على نظرية التشريع، وتوجه فكر الأمة نحو بناء نظام سياسي وتشريعي وسطي. هذا الفهم الوسطي السليم يساهم في حل كثير من الاشكالات الفكرية والمنهجية التي تؤثر على نظرية التشريع، وتؤثر على أمن المجتمع واستقراره، مثل مفاهيم السلطة والأمة والجماعة والتشريع والحلال والحرام والاجتهاد والتقليد وقيمة العقل الإنساني في فهم النصوص الشرعية.

إن الجهل بالتأصيل الشرعي والفهم الوسطي لهذه القضايا والمفاهيم، نتج عنه امتناع البعض عن الالتزام بكثير من التشريعات والقوانين، والتهرب من الامتثال لها بدعوى أنها قوانين وتشريعات وضعية مخالفة للشرع، ومعارضة له. الأمر الذي دفع مجموعة من أفراد المجتمع، وكثيراً من الجماعات السياسية إلى نصب العداء للقانون وللمجتمع الذي يحتكم له، ومحاربتهمما بذريعة عدم تطبيق الشريعة الإسلامية، وظهرت بسبب ذلك فتن ومآسي فكرية واجتماعية وسياسية، عانت منها المجتمعات ولا زالت آثارها الوخيمة تعكر صفو الأمن والاستقرار والتعايش.

إن الشريعة الإسلامية تضمنت المنهج الوسط في التشريع الذي يعصم المجتمع من الفتن والفرقة، ويبعدهم عن التطرف والتشدد، فهو نظام شامل للدين والدولة مع نوع من التمييز الوسطي بين أحكام الديانة وأحكام

<sup>1</sup> - الزحيلي، وهبة، "إذا اختل ميزان الحق والعدل والتوسط وقع المجتمع فريسة الانحرافات القاتلة" حوار في مجلة الوعي الإسلامي، العدد رقم:

481، السنة 42، ص 37-41، أكتوبر/نوفمبر 2005. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت.

الدولة والمدنية، من حيث طرق الاستنباط ومسالك التنزيل، وهو كذلك منهج يوازن بين البعد التربوي الاخلاقي للتشريع وبين البعد الزجري العقابي له، ويؤسس التشريع الاجتهادي والتدبير المجتمعي على نصوص الشرع ومقاصده، ويفتح المجال للاجتهاد المنضبط بقيم الشرع لتدبير شؤون الاجتماع البشري، وهو كذلك يوازن بين سلطة النص ودور الاجتهاد في بناء التشريعات التي تنظم شؤون المجتمع، ويوازن بين سلطة النقل في تحديد المصالح والمنافع ومكانة العقل في إدراك المصالح الدنيوية، ويوازن بين سلطة الفرد وسلطة الأمة في تدبير الشأن العام.

ولأهمية هذه القضايا وخطورتها على الأمن التشريعي للمجتمع، سنين بعضها وفق المسائل التالية:

- المسألة الأولى: وسطية التشريع الاجتهادي ومسألة المرجعية والحاكمية
- المسألة الثانية: الموازنة بين مكانة العقل في العملية التشريعية وبين نصوص الشريعة ومبادئها
- المسألة الثالثة: التشريع بين الإلزام الإلهي والإلزام الاجتهادي
- المسألة الرابعة: وسطية التشريع الاجتهادي ومسألة التوحيد
- المسألة الخامسة: التكليف حسب الإمكان من قواعد وسطية التشريع
- المسألة السادسة: الموازنة بين الأساس الخلقى والزجري للتشريع الاجتهاد
- المسألة السابعة: الموازنة والتمييز بين الحكم الإلهي والحكم الاجتهادي

#### المسألة الأولى: وسطية التشريع الاجتهادي ومسألة المرجعية والحاكمية

أثيرت مسألة الحاكمية وحُمل شعارها في المرحلة التي أراد المسلمون بناء الدولة المعاصرة، وأثيرت أسئلة كثيرة حول المرجعية والسلطة والسيادة في البناء السياسي والتشريعي للدولة الإسلامية المعاصرة. وقد أثر السجال والصراع السياسي والفكري الذي شهدته هذه المسألة سلبا على النظرية التشريعية والقانونية الإسلامية.

وتأتي أهمية تناول مسألة "الحاكمية" أثناء بيان وسطية نظرية التشريع الاجتهادي باعتبار الحاكمية أصل ونظرية التشريع فرع عنها، ولذلك يعتبر فهم هذه القضية وتجلياتها التشريعية وأبعادها الوسطية له تأثير كبير على النظرية الإسلامية السياسية والتشريعية.

ولذا فمفهوم الحاكمية مفهوم مركزي في الفكر الإسلامي بمختلف أبعاده الفلسفية والتشريعية وله ارتباط بشبكة أخرى من المفاهيم المحورية في العملية التشريعية على مستوى التأطير النظري والفكري. مثل مفهوم الحكم والحاكم بمختلف معانيمهما الشرعية والتشريعية، ومفهوم الألوهية والعبودية والربوبية والتوحيد، ومفهوم الحلال والحرام.

إن التأصيل المنهجي والفهم الوسطي السليم لمسألة الحاكمية، يحل كثيرا من الاشكالات الفكرية والمنهجية التي تؤثر على نظرية التشريع، ويعصم من الوقوع في كثير من صور الضلال والزيغ والفتن، ويساهم في تصحيح

التصورات والمفاهيم، وتوضيح القضايا الرئيسية في النظرية التشريعية في الإسلام، مثل: سلطة الفرد وسلطة الأمة، ومسألة الأغلبية ودور الأمة، ومفاهيم التشريع والحلال والحرام والاجتهاد والتقليد، وقيمة العقل الانساني في الفهم والتنزيل والتشريع...<sup>1</sup>

فالحاكمية مبدأ وتصور يعني أن الله مصدر جميع الأحكام الشرعية سواء ارتبطت بالتصور العقدي عن الله والكون والانسان، أم بالأحكام التشريعية المنظمة للعبادات، والأخلاق، والمعاملات سواء حددت هذه الأحكام بالنصوص الشرعية أو توصل إليها الاجتهاد.

ومن ثم فالحاكمية في إطار الفهم الوسطي توازن بين حاكمية نصوص الشريعة ومبادئها وبين حاكمية الاجتهاد في التدبير والتنزيل، فالحاكمية مستويان:

**الأول:** حاكمية نصوص الشريعة ومبادئها وقواعدها وقيمها على الفعل الانساني، "فالله تعالى وضع هذه الشريعة حجة على الخلق كبيرهم وصغيرهم مطيعهم وعاصيهم برهم وفاجرهم لم يختص بها أحد دون أحد"<sup>2</sup> ويدخل فيه قصر التحليل والتحريم على الله تعالى. ومسائل العبادة والعقيدة.

**الثاني:** حاكمية الاجتهاد في التدبير والتشريع في الأمور الاجتماعية والمدنية وفق نصوص الشريعة وقيمها. فهي ليست حاكمية على الحقيقة، وإنما هي حاكمية بيان واستمداد، بيان حكم تقتضيه الشريعة القائمة، واستمداد القوانين والتشريعات من نصوص القرآن والسنة، وما نصبه الشارع من الأدلة والأمارات، وما وضعه من المبادئ والقواعد العامة، "فالحاكمية لا تنفي أن يكون للبشر قدر من التشريع أذن به الله لهم إنما تمنع أن يكون لهم استقلال بالتشريع غير مأذون به من الله فمن حق المسلمين أن يشرعوا لأنفسهم وذلك في دائرة ما لا نص فيه"<sup>3</sup>. وهذا المستوى الثاني فرع عن الأول.

ويتسع مجال ونطاق حاكمية نصوص الشريعة أو حاكمية الاجتهاد، تبعاً لكثرة النصوص القطعية أو قلتها، بحيث تصبح النصوص وقواعدها هي الضوابط الحاكمة للفعل والممارسة، لا يجوز تجاوزها أو مخالفتها، ويصبح الاجتهاد والتشريع تجسيدا للنصوص حركة وغاية.

ويترتب على التأصيل المنهجي والفهم الوسطي لمفهوم الحاكمية فيما يرتبط بالتشريع الاجتهادي أمور عدة منها:

1. تحديد المرجعية التشريعية، وهذه المرجعية هي ما يكسب التشريع شرعيته، وقد عبر عن المرجعية الخلفاء الراشدون في خطبهم يوم توليهم الخلافة قال أبو بكر يوم تولى خلافة المسلمين: "أطيعوني ما أطعت الله ورسوله"<sup>4</sup>. وهو هنا يشير إلى ما يحكم إرادة الحاكم ويقيد سلطة الدولة من مبادئ وقيم شرعية فيما

<sup>1</sup>- طه جابر العلواني: مقدمة كتاب الأبعاد السياسية لمفهوم الحاكمية رؤية معرفية، هشام أحمد جواد جعفر (المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الأولى، 1416هـ / 1995م) ص 38.

<sup>2</sup>- الشاطبي أبو اسحاق: الاعتصام (ضبطه أحمد عبد الشافي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، 1408هـ، 1988م) 499/2.

<sup>3</sup>- هشام أحمد جواد جعفر: الأبعاد السياسية لمفهوم الحاكمية رؤية معرفية، ص 116. (مرجع سابق)

<sup>4</sup>- مصنف عبد الرزاق، باب لا طاعة في معصية، 336/11

تتخذ من تدابير وتشريعات.

2. في إطار الفهم الوسطي السليم للحاكمية، حاكمية الشريعة والقرآن، تبدو المسؤولية الإنسانية في القراءة والفهم والتنزيل على الواقع واضحة، فكأن الحاكمية حاكمية بشرية تجري في إطار قراءة كتاب إلهي مطلق، ينفذ الإنسان المستخلف تعاليمه أيا كان نسقه الحضاري ونمطه الثقافي ومجاله المعرفي<sup>1</sup>. ومن ثم يتضح دور الإنسان في الفهم والتلقي، و دوره في الاجتهاد والتشريع، و دوره في التنزيل والتطبيق.

3. إن إعلان الالتزام العقدي "بحاكمية الله" يقتضي أن يقوم التشريع القانوني والدستوري في المجتمع والدولة على أساس الشريعة إستنادا للمصدر الإلهي، فالحاكمية تعني أن يعود الناس أو السلطة في شأن وضع القوانين والشرائع المنظمة للمجتمع والدولة إلى الذين يستوحون من مصادرها أحكامهم وشرائعهم ونظمهم<sup>2</sup>. لأن معظم القوانين تتشابه كثيرا في الحلول العملية التي تقدمها، و لكن تختلف في المصدر والمرجعية التي تستقي منها البناء العام للتشريع.

4. يترتب على الالتزام العقدي بحاكمية الشريعة والقرآن، أن يتأسس البناء الدستوري والقانوني للدولة على أساس الشريعة الإسلامية، لأن تنزيل مبدأ الحاكمية وتجسيده في الواقع يقتضي أن كل قانون أو تشريع يراد تنفيذه أو الالتزام به يجب أن يكون مؤسسا على نصوص الشريعة ومبادئها محققا لأهدافها ومقاصدها، مستجيبا ليسرها ووسطيتها، وكل تشريع أو قانون مخالف لمبادئها وأصولها أو مناقض لها يعد باطلا غير نافذ. وبهذا تكون سلطة التشريع والتقنين مقيدة بعدم مخالفة أصول الشريعة. ومن ثم نجد الموازنة بين فتح باب الاجتهاد، وبين ثوابت الشريعة وقواعدها. لأن بالوسطية وحدها نستطيع حفظ الثوابت وتطبيقها دون إهمال للمتغيرات.

5. يبرز دور التشريع الاجتهادي في إطار المحدد العقدي، في كونه آلية من آليات تحقيق معاني الحاكمية، وتنزيل مفاهيم الوسطية، ووسيلة من وسائل تمكين الشريعة في الحياة العامة، لأن التشريع الاجتهادي يهدف إلى تنزيل وتحقيق مضمون الحاكمية في الواقع على مستوى السلوك الفردي والجماعي، ويحاول تنظيم المجتمع بما يجسد عقيدة المسلم وشريعته وأخلاقه في كل شؤون الحياة، وهو ما يمكن تسميته بالحاكمية القانونية "التشريعية" التي يبرز فيها دور المجتهد والأمة في القراءة المتجددة لنصوص الوحي ومبادئه وتجسيدها في البناء القانوني والدستوري للمجتمع.

6. يترتب على الفهم الوسطي للحاكمية في علاقتها بالتشريع الاجتهادي، ضرورة التمييز بين مرحلة التصديق والإيمان العقدي بمقتضيات العقيدة ومضامين الحاكمية، ومرحلة التطبيق وتجسيد مفردات العقيدة، وتنزيل عناصر الحاكمية في الواقع والحياة، وترجمة الاعتقاد إلى ممارسة وسلوك.

إن مرحلة التصديق والإيمان بضرورة الالتزام والاحتكام للاحكام الشرعية؛ غير مرحلة العمل بها واقعا. وإن

<sup>1</sup>- ينظر: مقدمة طه جابر العلواني لكتاب الأبعاد السياسية لمفهوم الحاكمية رؤية معرفية، هشام أحمد جواد جعفر، ص 38.

<sup>2</sup>- هشام أحمد جواد جعفر: الأبعاد السياسية لمفهوم الحاكمية رؤية معرفية، ص 93.

كان الامتثال والممارسة لازما من لوازم الإيمان، ومقتضى من مقتضيات العقيدة وحاكمية الشريعة. فمرحلة التصديق من الأصول والكليات، وتتمحور حول التصور والحكم النظري والاعتقاد، قبل التطبيق وبعده، مع التطبيق وبدونه. أما مرحلة العمل فهي من الجزئيات والفروع، ولذلك يحكمها التطبيق ويؤثر فيها الواقع بملاساته، ويطرأ عليها استثناءات وظروف وأحوال، وهنا تبرز أهمية اعتبار مفاهيم الوسطية، ومراعاة قواعد اليسر والتخفيف عند التنزيل والتطبيق، فلكل جزئية خصوصياتها التي تستوجب نظرا واجتهادا وتتطلب تحقيق المناط الخاص بها. "إن موقع الفرد المسلم والجماعة المسلمة والدولة المسلمة ومرحلتها الحياتية هما اللذان يحددان ما يخصهما من أحكام الإسلام، إلا أنه يتوجب عليهم الإيمان بباقي أحكام الإسلام وأن يستعد كل واحد منهم للعمل بباقي الأحكام متى حانت الظروف وتهيأت الأحوال"<sup>1</sup>.

وتتحمل الأمة بكل مكوناتها ومؤسساتها، مسؤولية تحويل مقتضيات الحاكمية ومفاهيم الوسطية إلى ممارسة وسلوك، عن طريق تحقيق مناط التدرج، وتحديد الأولويات، واعتبار فقه الواقع والتوقع. وهذا لا يدخل في باب تجزيء أحكام الشريعة وتبعيضها وهدمها، وإنما يدخل في باب اعتبار فقه التدرج والمرحلية والتيسير، واعتبار حال الأمة من الضعف والقوة...

7. يجب التمييز بين حاكمية الشريعة العامة المطلقة التي من مقتضياتها الحكم بما أنزل الله بمعنى اختصاص الله بالتحليل والتحرير في أمر العبادة والدين، وبين الحاكمية بالمعنى السياسي التي تتضمن نظام الحكم، وبين الحاكمية التشريعية الاجتهادية بالمعنى القانوني، دون الفصل المطلق بينها، إذ لا يمكن الحديث عن حاكمية الشريعة بأصولها وقواعدها ونصوصها، دون الحديث عن بناء سياسي وإطار تشريعي قانوني يجسد هذه الحاكمية.

ومن ثم يتوجب الاعتراف بصفة الحاكمية الاجتهادية للإنسان الذي يضع آلاف الأحكام في تنظيم تعايشه والعلاقات بين أفرادها، وكيف لا تنسب إليه تلك الأحكام والدين يقوم على محاسبته على ما فعل من خير أو شر؟ وفي هذا السياق يرى الخمليشي أن صفة الحاكم ينبغي أن تضاف في أصول الفقه إلى الله بمفهوم أن منه صدرت النصوص التشريعية كان النص جزئيا أو كليا، وتضاف هذه الصفة كذلك إلى الأمة بمفهوم كونها القائمة بتطبيق تلك النصوص وتفسيرها، وبالتشريع التفصيلي في ظل مبادئها العامة وقيمها الكلية<sup>2</sup>

مما سبق، يظهر الارتباط الوثيق بين مسألة الحاكمية وبين فكرة الاجتهاد التشريعي وبين مبدأ الوسطية الذي يميز الاسلام، لأنه بدون تحقق عملي وتنزيل واقعي وفهم وسطي لمقتضيات الحاكمية، تبقى مجرد شعارات وخطابات وادعاءات، وبدون إيمان واقتناع عقدي بضرورة استناد القوانين والتشريعات للمرجعية الإسلامية، تكون هذه الأحكام والقوانين مجرد سلوكيات وتصرفات منبثة عن مرجعيتها وهويتها العقدية، إذ لا يكفي أن يكون التصرف صحيحا سليما بل لا بد أن يصدر عن عقيدة المجتمع وهويته حتى يكسب الاحترام والتقدير.

1- الأبعاد السياسية لمفهوم الحاكمية رؤية معرفية، هشام أحمد جواد جعفر: ص 111.

2- أحمد الخمليشي: وجهة نظر، الجزء السادس، جمود الفقه الإسلامي أسبابه التاريخية والفكرية ومحاولة العلاج، ص 71-72.

### المسألة الثانية: الموازنة بين مكانة العقل في العملية التشريعية وبين نصوص الشريعة ومبادئها

مسألة دور العقل في العملية التشريعية، والمكانة التي يحتلها، ودوره في إدراك المصالح والمفاسد، وحدوده وعلاقته بالنصوص الشرعية فهما وتنزيلا، فرع عن مسألة "العقل والوحي" أو "التحسين والتقبيح" التي شغلت الفكر الإسلامي زمنا غير يسير وتعددت حولها الجدالات والحوارات واختلفت الرؤى والتوجهات، ودون الدخول في المجادلات الكلامية والخلافات الأصولية والتضارب في وجهات النظر حول المسألة، فالحقيقة الشرعية تبين أن الله زود الانسان بالعقل وجعله مناط التكليف، وأساس الاستخلاف، ومنحه القدرة على إدراك الحق، ومعرفة الخير والصلاح، والتمييز بين المصلحة والمفسدة، وذلك ليؤهله لحمل مسؤولية الأمانة والقيام بمهمة الخلافة.

إن مهمة الخلافة والإعمار التي من أجلها خلق الإنسان تتأسس على العقل الإنساني، وما التشريع الاجتهادي في مجال الشؤون الاجتماعية والمدنية إلا جزء من القيام بهذه المهمة، وتنزيل وتجسيد لها في الحياة الاجتماعية. فلو لم يتم الاعتراف للعقل بالقدرة على التشريع وإدراك المصالح فيما لا نص فيه؛ مهتديا بالمبادئ العامة للشريعة، لما صح أن يكون العقل مناط التكليف بالخلافة؛ وأساس تحمل الأمانة.

إن نفي مكانة العقل في التشريع الاجتهادي ودوره في معرفة المصالح والمفاسد الدنيوية، تنكب عن منهج الوسطية، لأنه يؤدي إلى حرج عقلي وديني، خاصة وأن نصوص الشريعة التفصيلية لم تستوعب كل تفاصيل الحياة الاجتماعية والمدنية والسياسية التي يحتاج الإنسان إلى تنظيمها، ومن ثم يظهر بوضوح ضرورة الاحتكام للعقل في العملية التشريعية التي تروم صياغة القواعد المنظمة لشؤون الحياة الاجتماعية فيما لم يرد فيه نص، "فإذا تعطل الفهم والتعقل تعذر التطبيق"<sup>1</sup>.

#### - دور العقل في فهم النصوص

نصوص الشريعة نوعان، فإذا ارتبط الأمر بالنصوص الجزئية التفصيلية التي تتناول القضايا الاجتماعية والمدنية والسياسية، فهي أولا قليلة، وثانيا أغلبها ظني، مما يعني ضرورة الاحتكام للعقل المنضبط بالشروط المنهجية للاجتهاد، والمستند للمبادئ والقيم الشرعية التي يتعين أن لا يعارضها تفسير النصوص التفصيلية، أما إذا ارتبط الأمر بتفسير النصوص الكلية والمبادئ العامة، فهي كما يقول الشاطبي ترجع إلى معان معقولة وكلت إلى نظر المكلف واجتهاده، وفي النوعين معا من النصوص يظهر دور العقل في صياغة القوانين والتشريعات الهادفة إلى حسن تنزيلها في الحياة الفردية والجماعية.

#### - دور العقل عند غياب النصوص

يعتبر العقل المرجع الأساس لتحديد المصالح والمفاسد. كما يقول محمد رشيد رضا: "العقل هو المدرك للحكم

<sup>1</sup> - وجهة نظر: الخليلي، 210/1. (مرجع سابق)

والمصالح<sup>1</sup> عند غياب النصوص الشرعية، وهي قليلة جدا في مجال تنظيم الشؤون الاجتماعية، خاصة وأن مجالات الحياة التي يراد تنظيمها في المرحلة الحضارية المعاصرة اتسعت وتعقدت وتنوعت على ما كانت عليه قديما، مما يبرز ضرورة الاحتكام إلى العقل المستند إلى الخبرة والتجربة والمعرفة، واعتباره المرجع الأساس في صياغة القوانين والتشريعات الملزمة.

إن العقل الذي نقصده ونريد الحديث عن مكانته في المنهجية التشريعية هو العقل الذي تشبع بمبادئ الشرع وقيمه وفهمها، وتشرب كلياته وعقائده، وانضبط لنصوصه الأمرة، ولم يتجاوزها، واستند إلى الخبرة والتجربة والمعرفة بوقائع الحياة، وخضع لضوابط الاجتهاد وشروط الفكر والنظر.

والعقل الذي نريده كذلك هو مجموع الآليات الاجتهادية والضوابط المنهجية التي تحكم العملية الاجتهادية أثناء فهم النصوص الجزئية والكلية، واستنباط القوانين والتشريعات منها، وتنزيلها على الواقع والحياة. وهذا القدر من دور العقل ومكانته متفق عليه بين كل الفرق الإسلامية، وإذا وجد من ينكر دور العقل في معرفة المصالح الاجتماعية، ويضيق من مكانته في العملية التشريعية، فليس ذلك إنكارا للعقل ذاته، بل لمحاربة وإنكار فكرة التحسين و التقبيح التي أقحمت في الفكر الأصولي وهي من القضايا النظرية الكلامية، و خشية القول بالاستغناء عن الشريعة بالعقل وحده.

قال ابن عبد السلام: "ومعظم مصالح الدنيا ومفاسدها معروف بالعقل وذلك معظم الشرائع"<sup>2</sup>. و"أما مصالح الدنيا وأسبابها ومفاسدها فمعروفة بالضرورات والتجارب والعادات والظنون المعتبرات، فإن خفي شيء من ذلك طلب من أدلته، ومن أراد أن يعرف المتناسبات والمصالح والمفاسد راجحهما ومرجوحهما فليعرض ذلك على عقله بتقدير أن الشرع لم يرد به ثم يبني عليه الأحكام فلا يكاد حكم منها يخرج عن ذلك إلا ما تعبد الله به عباده ولم يقفهم على مصلحته أو مفسدته، وبذلك تعرف حسن الأعمال وقبحها"<sup>3</sup>.

ويقول الشاطبي: "كل دليل شرعي ثبت في الكتاب مطلقا غير مقيد، ولم يجعل له قانون ولا ضابط مخصوص؛ فهو راجع إلى معنى معقول وكُلَّ إلى نظر المكلف، وهذا القسم أكثر ما تجده في الأمور العادية التي هي معقولة المعنى؛ كالعدل، والإحسان، والعفو، والصبر، والشكر في المأمورات، والظلم، والفحشاء، والمنكر، والبغي، ونقض العهد في المنهيات"<sup>4</sup>.

ويقول علال الفاسي: "ومن مميزات الشريعة أنها لا تطلب من الإنسان الإيمان بما فوق العقل ولا بما يناقضه"<sup>5</sup>. وهذا "فالمصلحة وإن كان مفهومها شرعيا إلا أن مقاييس الشريعة المستقرأة من أدلتها حول المصلحة لا

<sup>1</sup>- تفسير المنار: 153/7. (مرجع سابق)

<sup>2</sup>- قواعد الأحكام في مصالح الأنام: 4/1. (مرجع سابق)

<sup>3</sup>- قواعد الأحكام في مصالح الأنام: 8/1.

<sup>4</sup>- الموافقات: 46/3. (مرجع سابق)

<sup>5</sup>- الفاسي علال: دفاع عن الشريعة: (تقديم دريسا تراوري، دار الكتاب المصري القاهرة، الطبعة الأولى، 1432هـ/2011م) ص91.

تتعارض مع مقاييس العقل والفترة السليمة<sup>1</sup>.

### المسألة الثالثة: التشريع بين الإلزام الإلهي والإلزام الاجتهادي

إن الإلزام بالأحكام الشرعية فعلا وتركاً، وما يترتب عن ذلك من مدح وذم في الدنيا، وعقاب وثواب في الآخرة، مسألة خاصة بالله تعالى فهو مصدر الأمر والنهي والحكم والتدبير والعقاب والثواب، لا ينازعه أحد في شيء من ذلك.

أما العقل فلا يملك شيئاً من ذلك، فليس له أن يلزم بحكم ولا أمر ولا تشريع استقلالاً، فهو تابع لنصوص الوحي فيما ورد فيه نص، ولمبادئه العامة وقواعده الكلية فيما لم يرد فيه نص، "فما يقوم به العقل في مجال الاجتهاد ليس إلا بحثاً عن الإيجاب الشرعي في المواطن التي لم يرد فيها ذلك الإيجاب صريحاً، فالمتجهد ليس إلا باحثاً عن الحكم الإلهي بالظن وليس مخترعاً لذلك الحكم، وأما في حالة عدم ورود الوحي فإن العقل الإنساني لا تكون له أهلية الإيجاب الذي يقتضي الثواب والعقاب. لأن التقدير العقلي تقدير ظني ليست إصابة الحق فيه قطعية،... ولكن العقل إذا لم يكن مؤهلاً لإيجاب يناط به المدح والذم والثواب والعقاب بميزان الشرع، فإن قيمته التقديرية يمكن أن تؤهله لإيجاب ظني يكون أساساً للتعامل الإنساني في غياب الوحي، وذلك كأفضل ضمان متاح لاستقامة الحياة في هذا الغياب دون أن تبنى على ذلك تبعية شرعية"<sup>2</sup>.

### المسألة الرابعة: وسطية التشريع الاجتهادي ومسألة التوحيد

أهمية التشريع والإلزام به انطلاقاً من الشرع الإسلامي مرتبطة بالتوحيد ارتباطاً وثيقاً فتحكيم الشريعة في كل مناحي الحياة عنصر مهم من عناصر التوحيد الذي يقوم عليه الإسلام، فعقيدة التوحيد ترفض الشرك في العبودية لله أو في التحكيم والتحاكم لغير شرعه، وإعمال شرع الله مرتبط بمنهج اجتهادي وبناء تشريعي قانوني يستجيب للحاجيات التشريعية والتنظيمية للمجتمع الإسلامي. والحكم والتشريع من خصائص الألوهية، ومن نازع الله تعالى في الحكم والتشريع فقد تجاوز حد العبودية.

قال ابن تيمية "والإنسان متى حلل الحرام المجمع عليه وحرم الحلال المجمع عليه أو بدل الشرع المجمع عليه كان كافراً مرتداً باتفاق الفقهاء"<sup>3</sup>.

وكثير من الناس يعترض على فكرة التشريع الاجتهادي من منطلق أن عقيدة التوحيد تقتضي إفراد الله بالحكم والأمر والإيجاب والتشريع المطلق، ومرد ذلك إلى الجهل بوسطية الإسلام، وإلى عدم التمييز بين التشريع الإلهي في قضايا الحلال والحرام من أمور الدين والعقيدة، وبين التشريع الاجتهادي من أهله بياناً لنصوص الشريعة، وتنزيلاً لمقاصدها، وتجسيدها لقيمها. فالتشريع الاجتهادي تشريع بيان وتنفيذ لشريعة قائمة، وليس تشريع

<sup>1</sup>- وجهة نظر: 212/1. (مرجع سابق)

<sup>2</sup>- النجار عبد المجيد: خلافة الإنسان بين العقل والوحي بحث في جدلية النص والعقل والواقع (المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دار الغرب الإسلامي، ط2، 1413هـ/1993م) ص 86.

<sup>3</sup>- مجموع الفتاوى: 267/3.



تأسيس وإنشاء، لهذا عندما يلتزم المجتمع في تنظيم شؤونه الاجتماعية والمدنية بقوانين مستنبطة من النصوص أو من قواعدها ومبادئها العامة، فإن ذلك لا يناقض التوحيد ولا يهدمه.

فالمجتهدون من الأمة لا يطاعون لذواتهم، وإنما يطاعون لاستنادهم في اجتهاداتهم للأدلة الشرعية؛ من جهة، ولأن غرضهم تحقيق مصالح الناس؛ من جهة أخرى، ولأنهم يمثلون الأمة وينوبون عنها، ولذلك ينسب ما يضعونه من الأحكام والقوانين الاجتهادية المدنية والسياسية للأمة كلها.

وقد ذهب الشيخ محمد رشيد رضا إلى أن التشريع الاجتهادي من أولي الأمر في المصالح العامة للأمة لا يعارض مبدأ توحيد الربوبية الذي يقتضي إسناد التشريع المطلق لله تعالى، فالأمة عندما تلتزم بالاجتهاد التشريعي الذي استنبطه ممثلوها من أولي الأمر استنادا إلى قواعد الشرع ومبادئه، إنما تلتزم بحكم الله؛ أو بحكم نفسها الذي استنبطه من ينوب عنها، يقول: "ويجب على الأمة قبول هذه الأحكام والخضوع لها سرا وجهرا، وهي لا تكون بذلك خاضعة خانعة لأحد من البشر، ولا خارجة من دائرة توحيد الربوبية الذي شعاره إنما الشارع هو الله {إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ} <sup>1</sup>، فإنها لم تعمل إلا بحكم الله تعالى أو حكم رسوله بإذنه، أو حكم نفسها الذي استنبطه لها جماعة أهل الحل والعقد والعلم والخبرة من أفرادها الذين وثقت بهم واطمأنت بإخلاصهم وعدم اتفاقهم إلا على ما هو الأصلح لها، فهي بذلك تكون خاضعة لوجدانها لا تشعر باستبداد أحد فيها، ولا باستدلاله واستعباده لها" <sup>2</sup>.

#### المسألة الخامسة: التكليف حسب الإمكان من قواعد وسطية التشريع

هذه قاعدة مهمة من القواعد التي تبرز وسطية المنهج الإسلامي في التشريع سواء من الناحية التعبدية أو من الناحية التشريعية القانونية التي تتأسس عليها نظرية التشريع. "فإن مدار الشريعة على قوله تعالى: "فاتقوا الله ما استطعتم" <sup>3</sup>. المفسر لقوله: "اتقوا الله حق تقاته" <sup>4</sup>. وعلى قول النبي: "إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم" <sup>5</sup>.

ومن فروعها المرتبطة بموضوعنا، أن الشروط والضوابط والتكاليف تعتبر حسب الإمكان، والضرورة تدعوا إلى التخفيف والتيسير تفاديا لضياع الحقوق، وفوات المصالح، قال المرادوي: "ويشترط في من يتولى القضاء أن يكون مجتهدا مطلقا إن تيسر وإلا جاز تولية مجتهد مذهب للحاجة فإن لم يتيسر جاز المقلد للحاجة وإلا تعطلت أحكام الناس" <sup>6</sup>.

<sup>1</sup>- سورة يوسف: الآية 40.

<sup>2</sup>- تفسير المنار: 526/9.

<sup>3</sup>- سورة التغابن: الآية 16.

<sup>4</sup>- سورة آل عمران: الآية 102.

<sup>5</sup>- صحيح البخاري: كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم.

<sup>6</sup>- المرادوي: الإنصاف، 178-177/11.

ومن ثم فالإفراط في وضع الشروط ليس من منهج الشرع الذي يبني التكليف على الوسط واليسر والسهولة، فمدار ومناط تحديد شروط الاجتهاد والتشريع هي القدرة البشرية والمتطلبات التشريعية، لأن المعتمد هو تحقيق مصالح الناس، سواء حصل ذلك بمن بلغ درجة الاجتهاد المطلق، أم بمجموعة من الفقهاء يمكنهم تحصيل الحاجات التشريعية للناس دون مخالفة الشرع سواء كانوا مجتهدين أم متبعين، بحيث يُمكنهم علمهم من الاطلاع على النصوص وفهمها وتحقيق مصالح الناس.

ثم إن الحاجيات التشريعية للمجتمع المعاصر لا تتوقف على وجود المجتهد المطلق الذي تصوره الدرر الأصولي وتحدث عن شروطه. يقول القرافي: "ونص ابن أبي زيد في النوادر على أنا إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلهم وأقلهم فجورا للشهادة عليهم، ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم، لثلا تضيع المصالح، وما أظنه يخالفه أحد في هذا، فإن التكليف مشروط بالإمكان، وإذا جاز نصب الشهود فسقة لأجل عموم الفساد جاز التوسع في أحكام المظالم والجرائم لأجل كثرة فساد الزمان"<sup>1</sup>.

أما الإصرار على تقرير صفات المجتهد والغلو في تحديد شروطه، واستصعاب مقامه، التي يحيل العقل اجتماعها في شخص واحد كما تصورها الدرر الأصولي، فهذا أدى إلى الخروج بمقام الاجتهاد عن حد القدرة البشرية، وعن مقتضيات التكليف، وهذا بعيد عن منهج الوسطية الذي يميز التشريع الإسلامي، ومخالف لمنهج النصوص الشرعية التي تربط التكليف بالقدرة البشرية والحاجات التشريعية والمتطلبات التكليفية، مما نتج عنه انسحاب الفقه والفقهاء من الواقع ومن استنباط الأحكام، واستسلامهم لدعاوى غلق باب الاجتهاد وخلو العصر من المجتهدين، وتعطيل ملكة العقل والإبداع. وبذلك يكون "الاشتغال بالبحث النظري عن المجتهد وشروطه، ليس إلا مسaire لواقع فصل الدين عن الدولة، وتكريسا لعزلة الفكر الفقهي عن حياة المجتمع ومشاكله"<sup>2</sup>.

ومن فروع المسألة أن الفقهاء أوجبوا عقد الإمامة لمن كان مجتهدا في الشرع، بحيث يمكّنه اجتهاده من فهم وتنزيل الأحكام تحقيقا لمقصد الشرع من هذه الولاية. إلا أن إصرار الفقه على ضرورة بلوغ المنتصب للولاية العامة درجة الاجتهاد في العلوم الشرعية مع تمكنه من علوم السياسة والإدارة والتدبير - مع أنها مسألة نظرية في الواقع المعاصر - أمر صعب إن لم يكن محالا، وفيه تكليف ما لا يطاق، ولذلك أجاز بعض الفقهاء تولية من ليس أهلا للاجتهاد إذا اقتضت الضرورة والمصلحة ذلك<sup>3</sup>. وفي ذلك عدول عن الحكم الأصلي إلى حكم آخر استثناء لوجود مصلحة تقتضي العدول عن الحكم الأصلي، وهو عين دليل الاستحسان. ثم إن المقصد الأساس من الولاية العامة هو تحقيق المصالح العامة للمسلمين بجلب الصلاح ودفع الفساد قدر الإمكان، وسواء تحقق

<sup>1</sup>- القرافي شهاب الدين: الذخيرة (تحقيق محمد بوخيزة، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1994م) 46/10.

<sup>2</sup>- وجهة نظر: أحمد الخليلي، 127/2.

<sup>3</sup>- ردالمحتار: ابن عابدين، 414/6، مغني المحتاج: الشربيني، ج4/5، 424، الأحكام السلطانية، أبو يعلى الفراء، ص20.

ذلك بمجهتد بنفسه، أو تحقق بمن يرجع إلى اجتهاد غيره من الفقهاء والمتخصصين<sup>1</sup>.

### المسألة السادسة: الموازنة بين الأساس الخلقي والزجري للتشريع الاجتهادي

من نتائج قيام التشريع الاسلامي على مبدا الوسطية واستناده للعقيدة، أنه لا يفصل بين الأحكام التشريعية وبين القيم والأخلاق، فهو يوازن بين البعد التربوي الخلقي للتشريع والبعد الزجري العقابي له، فالعقيدة تجعل من القيم الأساس الأول في التشريع والتعامل، ولذلك نجد التشريع إنما يحاول تجسيد القيم والأخلاق، بل هو صورة عملية للقيم العامة، والمتبع للأحكام والاجتهادات التي استنبطها الفقهاء عبر تاريخ الفقه الإسلامي، يجدها غنية بالأحكام الخلقية التي تدور في فلك العقيدة، ثباتا ورسوخا، بل هو أساس الأحكام التشريعية الملزمة، إذ لا تكاد تجد قاعدة عامة، أو حكما شرعيا تفصيليا ملزما، مؤيدا بجزء دنيوي قضائي، إلا ويستند أساسا إلى قيمة خلقية<sup>2</sup>.

واستناد التشريع على الأساس الخلقي، وتحويله على البعد التربوي، يجعله تشريعا وسطا لا يعول على العقاب فقط ولا يهمل أهميته في الزجر، وإنما يُقوم بالتربية والأخلاق، ويُصلح بالقيم، هذا المنهج الوسط هو ما يميزه عن غيره، وهو ما يبعث في نفوس أتباعه نوعا من الإلتزام الديني بالقوانين والتشريعات التي تصدرها الدولة، ذلك أن القواعد الأخلاقية والقواعد القانونية في التشريع الإسلامي تتفق من حيث المصدر والغاية، ومن ثم لا فرق بين سلوك الفرد أثناء امتثاله للقواعد القانونية التي تصدرها الدولة، وبين امتثاله وخضوعه للقواعد الأخلاقية، والغاية والمقصد من النوعين واحد، وهو تنظيم المعاملات والشؤون الاجتماعية. إلا أن الفرق بينها هو أن سلطة الدولة والقواعد القانونية لا تمضي إلا على الظاهر من أمور الناس، وما يجهرون به من معاملات وتصرفات، وما ينشأ بينهم من علاقات تحتاج إلى ضبط وتنظيم، أما القواعد الأخلاقية فتعم الظاهر والباطن ولا تخضع لسلطة الدولة ولا حكم القضاء، وتنظم علاقة الإنسان بخالقه ونفسه وغيره ...

### المسألة السابعة: الموازنة والتمييز بين الحكم الالهي والحكم الاجتهادي

#### 1- التمييز بين التعبير عن الرأي الاجتهادي والحكم الالهي.

تتميز نظرية التشريع الاسلامي بتمييزها بين الرأي الاجتهادي وبين الحكم الالهي، فالأحكام النصية القطعية في دائرة الحلال والحرام أحكام ملزمة بذاتها دائمة ومطلقة وأبدية، لا تخضع لتغيير أو تبديل أو تعطيل... لأن التحليل والتحريم حق خالص لله تعالى، أما الأحكام والقوانين الاجتهادية التي تصدرها الأمة أو من ينوب عنها تنزيلا وإعمالا للنصوص القطعية أو للمبادئ الشرعية، أو تدبيرا للشؤون العامة في مجال المباح أحكام ظنية

<sup>1</sup> - ينظر: أبو حامد الغزالي: فضائح الباطنية (راجع محمد علي القطب، المكتبة العصرية بيروت، 1422هـ/2001م) ص 192. يقول: "فإذا كان المقصود ترتيب الإمامة على وفق الشرع فأى فرق بين أن يعرف حكم الشرع بنظره أو يعرفه باتباع أفضل أهل زمانه؟ وإذا جاز للمجهتد أن يعول على قول واحد وبروي له حديثا فيحكم به إماما كان أو قاضيا فما المانع من أن يحكم بما يتفق عليه العلماء في كل واقعة؟ وإن اختلف فيتبع فيه قول الأفضل الأعم".

<sup>2</sup> - ينظر: النظريات الفقهية، ص 45.

اجتهادية، لا تملك خصائص الحل والحرمة، وتحتاج إلى إلزام الدولة وامتنال الأمة. وبالتالي تخضع للتغيير والتبديل، حسب ما يحقق المصلحة وفق قواعد الشرع ومقاصده. يقول ابن تيمية: "الشرع المنزل هو ما جاء به الرسول، وهذا يجب اتباعه ومن خالفه وجبت عقوبته. والشرع المؤول هو آراء العلماء المجتهدين فيها، كمذهب مالك ونحوه. فهذا يسوغ اتباعه ولا يجب ولا يحرم، وليس لأحد أن يلزم عموم الناس به ولا يمنع عموم الناس منه"<sup>1</sup>.

ويقول ابن القيم: "وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح أميره بريدة أن ينزل عدوه إذا حاصرهم على حكم الله، وقال فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا، ولكن أنزلهم على حكمك وحكم أصحابك، فتأمل كيف فرق بين حكم الله وحكم الأمير المجتهد، ونهى أن يسمى حكم المجتهدين حكم الله"<sup>2</sup>.

## 2- التمييز بين العمل الفقهي والعمل التشريعي:

العمل الفقهي عمل ونظر اجتهادي حر، أما العمل التشريعي فعمل وقانوني ملزم، وهو ما يفرض التمييز بين الحكم الاجتهادي الملزم في الشؤون العامة والذي تصدره المؤسسة الدستورية المختصة بأمر التشريع والتقنين، وبين الاجتهاد الفقهي الحر غير الملزم في ميدان الفكر.

### أ- العمل الفقهي:

يتناول اجتهاد الفكر والتنظير، وهو عمل اجتهادي حر، يتميز بالاختلاف والتعدد، ولذلك يجب اعتبار العناصر التالية:

- العمل الفقهي عمل حر: هو عمل اجتهادي حر يقوم به كل من أنس من نفسه القدرة على ذلك، وأمتلك الشروط والضوابط المؤهلة له، سواء اعترف له الآخرون بالقدرة على الاجتهاد أم لا.
- حق الاختلاف في الرأي الفقهي: العمل الفقهي عملية اجتهادية يقوم بها المجتهد فردا كان أو جماعة يعبر فيها عن فهمه ورأيه الفقهي غير الملزم، وفق خطة منهجية اجتهادية. ولذلك تتصف بالتعدد والاختلاف، والدليل على ذلك تعدد المذاهب الفقهية.
- العمل الفقهي غير ملزم: العمل الفقهي تعبير عن رأي شخصي أو جماعي غير ملزم، لانه وإن كان تعبيرا عن رأي الشريعة حسب نظر المجتهد، فليس تعبيرا عن رأي المجتمع ولا عن اختياره، فلا يملك الرأي الاجتهادي صفة الإلزام، لأن الآراء الفقهية كثيرة ومتعددة. "وليس لأحد أن يلزم عموم الناس به ولا يمنع عموم الناس

<sup>1</sup>- مجموع الفتاوى: 3/ 268.

<sup>2</sup>- ابن القيم: إعلام الموقعين (تحقيق عصام الدين الصباطي، دار الحديث القاهرة، الطبعة الثالثة، 1417هـ/1997م) 1/ 39. ويقول أيضا: "لا يجوز أن يقول لما أدها إليه اجتهاده ولم يظفر فيه بنص عن الله ورسوله إن الله حرم كذا وأوجب كذا وأباح كذا وإن هذا هو حكم الله" إعلام الموقعين (1/ 44)

منه<sup>1</sup>.

## ب- العمل التشريعي الملزم

العمل التشريعي الملزم الصادر عن المؤسسة الدستورية المنتخبة التي حول لها الدستور النظر في أمور التشريع والقيام بشؤون التقنين، وهو الذي يهدف إلى تنظيم المجتمع عن طريق صياغة الأحكام والقوانين الملزمة وفقا لنصوص الشريعة وروحها، ويركز على مسألتين: الأولى؛ كيفية اختيار الحكم التشريعي المناسب من بين مختلف الأحكام والتشريعات، مما يقتضي البحث عن الوسيل المناسبة لتدبير الاختلاف التشريعي. والثانية؛ كيف يكتسب الحكم التشريعي صفة الإلزام والنفاد. لأن التنظيم الاجتماعي المعاصر والمعاملات المدنية الحالية، لا تقبل التعدد في الحكم الاجتهادي المنظم لها.

فالعمل التشريعي يتميز بخاصيتين فهو تعبير عن رأي الشريعة في القضايا العامة التي لا تقبل تعدد الآراء، من قبل مجموعة من الفقهاء والمتخصصين الذين رضيت بهم الأمة للقيام بهذه المهمة. وهو كذلك تعبير عن رأي المجتمع واختياره.

## الخاتمة

إن تحقيق الأهداف السابقة وتنزيل مقتضيات الوسطية لتصبح منهج حياة وأسلوب عيش، لا بد من الاعتماد على المدخل التربوي الأخلاقي والمدخل التشريعي القانوني، الأول يهتم بتزويد الناشئة بالقيم والأخلاق الإسلامية الوسطية التي تعصم المجتمع من الزيغ والضلال، وتوضح للناس المفاهيم وتصحح التصورات وتقوم الاعتقادات الخاطئة، وتتصدى للشبهات والتأويلات المغرضة، والثاني يهتم بالجانب القانوني التشريعي الذي يهدف إلى تنزيل مقتضيات المنهج الوسطي في الواقع سلوكا ملزما، وجعل مفهوم الوسطية يصاغ قوانين وتشريعات تنظم المجتمع وتحكم العلاقات الاجتماعية. ولذلك فمدخل التنظيم هو مدخل الواجب والمقاصد، ذلك أن تطبيق الشرع وتنزيل مقتضيات العقيدة ومضامين الحاكمية ومفاهيم الوسطية يتطلب بناء مؤسسات تستند إلى الرؤية الإسلامية، وتسعى إلى تحقيق مقاصد الشرع، وتهدف إلى تنزيل مقررات الوسطية، والملاحظ أن أغلب الدراسات التشريعية والقانونية المعاصرة تركز على كليات النظام التشريعي والسياسي وقواعده العامة، ولم تخط خطوات هامة نحو تقديم صيغ تنظيمية تحكم الممارسة والفعل وتنظم العملية التشريعية، ومن ثم فالأساس العملي للتشريع يقتضي إقامة مؤسسات تشريعية يوكل إليها مهمة بناء قواعد الوسطية، وصياغة نظم التعايش داخل المجتمع، بما يكفل رعاية المصالح العامة للأمة، وحفظ أمنها واستقرارها.

<sup>1</sup> - مجموع الفتاوى 3/268 - مذبولي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1998

- هشام أحمد جواد جعفر: الأبعاد السياسية لمفهوم الحاكمية رؤية معرفية، (المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الأولى، 1416هـ / 1995م)

قائمة المراجع :

1. ابن القيم الجوزية: إعلام الموقعين (تحقيق عصام الدين الصبابي، دارالحديث القاهرة، الطبعة الثالثة، 1417هـ/1997م
2. ابن تيمية تقي الدين: مجموع الفتاوى (تحقيق أنور الباز وعامر الجزار، دارالوفاء، الطبعة الثالثة، 1426هـ/2005م
3. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (تحقيق عادل احمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ/2003م)،
4. أبو اسحاق الشاطبي: الاعتصام (ضبطه أحمد عبد الشافي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، 1408هـ، 1988م
5. أبو البقاء الكفوي: كتاب الكليات (تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري، الرسالة، بيروت، 1419هـ/1998م
6. أبو حامد الغزالي: فضائح الباطنية (راجعته محمد علي القطب، المكتبة العصرية بيروت، 1422هـ/2001م)
7. أبو يعلى الفراء: الأحكام السلطانية (صححه وعلق عليه محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1421هـ/2000م
8. أحمد الخمليشي: وجهة نظر، الجزء السادس، جمود الفقه الإسلامي أسبابه التاريخية والفكرية ومحاولة العلاج
9. الزحيلي، وهبة، "إذا اختل ميزان الحق والعدل والتوسط وقع المجتمع فريسة الانحرافات القاتلة" حوار في مجلة الوعي الإسلامي، العدد رقم: 481، السنة 42، ص 37-41، أكتوبر/نونبر 2005. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت
10. الشربيني مغني المحتاج.
11. شهاب الدين القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام (اعتنى به عبد الفتاح أبوغدة، دارالبشائر الإسلامية، بيروت، ط2، 1416هـ/1995م
12. شهاب الدين القرافي: الذخيرة (تحقيق محمد بوخبزة، دارالغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1994م
13. الطبراني: المعجم الكبير (تحقيق حمدين عبد المجيد السلفي، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، ط2، 1404هـ/1983م
14. عبد الحميد عشاق، من يحقق المناط (بحث مقدم مؤتمر مستجدات الفكر الإسلامي، الدورة الحادية عشر، في موضوع "الاجتهاد بتحقيق المناط فقها الواقع والتوقع" 18-21 فبراير 2013. وزارة الأوقاف الكويت
15. عبد المجيد النجار: خلافة الإنسان بين العقل والوحي بحث في جدلية النص والعقل والواقع (المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دار الغرب الإسلامي، ط2، 1413هـ/1993م)
16. عبد الوهاب خلاف السياسة الشرعية أو نظام الدولة الإسلامية في الشؤون الدستورية والخارجية

والمالية (المطبعة السلفية، القاهرة 1350هـ)

17. عز الدين ابن عبدالسلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام (تحقيق محمود بن التلاميذ الشنقيطي، دار المعارف، بيروت

18. علال الفاسي: دفاع عن الشريعة: (تقديم دريساتراوري، دارالكتاب المصري القاهرة، الطبعة الأولى، 1432هـ/2011م

19. فتحي الدبريني: النظريات الفقهية (منشورات جامعة دمشق، الطبعة الثانية، 1417هـ/1997م)

20. محمد رشيد رضا: تفسير القرآن الكريم المشهور "بتفسير المنار" (الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1990

21. المرادوي: الإنصاف.

22. المقرئ، تقي الدين أحمد بن علي: المواعظ والاعتبار بذكر الخطط والآثار المعروف بالخطط المقرئية (تحقيق محمد زينهم، ومديحة الشرقاوي





## الطلاق الشفوي

### بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية في مصر

الدكتور: حازم أبو الحمد حمدي الشريف - أستاذ مساعد

جامعة ظفار - سلطنة عمان - جامعة أسيوط - مصر

#### Abstract

Oral Divorce between Islamic Jurisprudence and Personal Status Laws in Egypt Divorce has a great impact on individuals and societies, and so the Sharia and jurists were keen on clarifying its provisions, limits and conditions. Due to the development of life and the introduction of codification in the Arab and Islamic countries, the so-called oral divorce has emerged. In this type of divorce the husband does not seek witnesses or document it in the official documents prepared for this purpose, as required by the law in Egypt.

Therefore, does this oral divorce – according to Sharia – take place or not if the husband rejects or does not seek witnesses or document it officially after being uttered by him, with all its rules and conditions fulfilled?

I have tried through this research to answer this question by clarifying the meaning of oral divorce, as meant by jurists and known among the public by this name, as well as its ruling and impact on the marriage contract from the sharia point of view, showing the most correct opinion - from our point of view, and Allah knows best – and what is provided for in the personal status laws in Egypt.

## ملخص:

الطلاق من الأمور ذات الأثر الكبير على مستوى الأفراد والمجتمعات، ولقد عني الشرع الحكيم والفقهاء بتبيين أحكامه وتوضيح حدوده، وبيان ضوابطه وقيوده، ومع تطور الحياة وظهور التقنين في البلاد العربية والإسلامية ظهر ما يعرف بالطلاق الشفوي، ذلك الطلاق الذي لم يقم الزوج بالإشهاد عليه، أو توثيقه في الأوراق الرسمية المعدة لهذا الغرض، بعدما أوجب القانون في مصر ذلك.

فهل يقع هذا الطلاق - شرعاً - إذا رفض الزوج أو لم يقم بالإشهاد عليه أو توثيقه رسمياً بعد صدوره منه مستوفياً أركانه وشروطه؟ أم لا؟

وقد حاولت من خلال هذا البحث الإجابة على هذا التساؤل من خلال توضيح ماهية الطلاق الشفوي الذي عناه الفقهاء واشتهر بين العامة بهذا المسمى، وحكمه وأثره على عقد الزواج من الناحية الشرعية، مع بيان الرأي الراجح - من وجهة نظرنا والله أعلى وأعلم - وما نصت عليه قوانين الأحوال الشخصية في مصر.

## مقدمة

الطلاق من أبغض الحلال إلى الله تعالى، ومتى لجأ الزوج إلى إنهاء الحياة الزوجية بطريق الطلاق فإنه يجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى، وفيما أوجبه العرف والطبع السليم، أن يحفظ حقوق مطلقته ولا يظلمها، وليسرحها بإحسان كما أمر الله تعالى، ومن الإحسان في المفارقة أنه متى تلفظ الزوج بالطلاق ألا ينكر فيما بعد، وأن يثبت هذا الطلاق ما وجد إلى ذلك سبيلاً، لأن الطلاق فيه حق لله تعالى، وحقوق الله وإن لم توثق، إلا أنه يجب الوفاء بها ديانة، خاصة وأن الله تعالى أمهل الزوج مرتين في إيقاع الطلاق فجعله سبحانه وتعالى مرة بعد مرة، ليتدارك الإنسان نفسه وفتلات لسانه.

إشكالية البحث وأسئلته: مع ظهور التقنين في بلداننا العربية والإسلامية، فرضت الحاجة ضرورة توثيق العقود والوقائع المادية المهمة في سجلات رسمية، ومن بين هذا الوقائع إيقاع الطلاق، فقد نصت بعض قوانين الأحوال الشخصية في مصر على ضرورة توثيق الطلاق في سجلات رسمية معدة لذلك، وألزمت هذه القوانين الزوج القيام بهذه المهمة خلال مدة معينة من إيقاعه للطلاق، وهنا تساءل الناس: هل عدم قيام الزوج بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه وفقاً للقانون يمنع من وقوعه شرعاً؟ أم أنه يقع شرعاً والإشهاد والتوثيق شرط قانوني للإثبات؟

أهداف البحث: يهدف البحث إلى وضع تعريف مناسب لما يعرف بين الناس بالطلاق الشفوي، كما أنه يجيب على الأسئلة التي تم طرحها في إشكاليات البحث.

منهج البحث: يعتمد البحث على استقراء النصوص الشرعية وأقوال الفقهاء، وتحليل هذه النصوص، مع المقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية في جمهورية مصر العربية.

شكل البحث: تم تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: المقصود بالطلاق الشفوي في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: حكم الإشهاد على الطلاق في الفقه الإسلامي

المبحث الثالث: توثيق الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية في مصر

الخاتمة: وقد اشتملت على أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: المقصود بالطلاق الشفوي في الفقه الإسلامي

تعريف الطلاق في اللغة: يأتي الطلاق في اللغة العربية بعدة معان منها: التخلية والترك والإرسال، يقال: هو طليق، وطلق وطالق ومطلق إذا خلى عنه، والتطليق التخلية والإرسال، ويأتي الإطلاق بمعنى الترك والإرسال، وطلقت القوم أي: تركتهم، ويقال ناقة طالق، ونعجة طالق، أي: مرسله ترعى حيث تشاء<sup>1</sup>.

تعريف الطلاق في الاصطلاح: هو: حكم شرعي برفع قيد النكاح بألفاظ مخصوصة<sup>2</sup>.

وقيل هو: "حل العصمة المنعقدة بين الزوجين"<sup>3</sup>.

وهذه التعاريف وغيرها قريبة وتؤدي نفس الغرض فهي تفيد حل رابطة الزوجية، أو رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح.

المقصود بالطلاق الشفوي: كلمة شفوي مأخوذة من الشفة، وهو ما يتم بالكلام، عكس كتابي يقال: "امتحان شفوي وشفوي، وقدّم مذكرة شفوية، وعد شفوي"<sup>4</sup>.

ولم يرد في كتب المتقدمين - فيما اطلعت عليه - استخدام كلمة الطلاق الشفوي للتمييز بين أنواع الطلاق أو أحكامه، لأن شرط توثيق عقود الزواج والطلاق في أوراق رسمية، أو حتى كتابتها، لم يرد في فقه المتقدمين، نظرًا لأن عقد الزواج هو في الأصل من العقود الرضائية التي تقوم على أساس الإيجاب والقبول غير المكتوب، من ثم فهي كلمة حديثة نسبيًا استخدمها الفقهاء المحدثين مع ظهور قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية والإسلامية، التي اشترطت توثيق عقود الزواج والطلاق في أوراق رسمية تعدها الدولة لهذا الغرض، وقد سبق القول أن كلمة الشفوي تقابل الكتابي أو الرسمي، وبناء على هذا المعنى فإن الطلاق الشفوي هو الطلاق الذي لا يقوم الزوج بإثباته في وثيقة رسمية، أو أمام الجهات الحكومية، ويكتفي بإيقاعه لفظًا

<sup>1</sup>- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي. (1420هـ- 1999م). مختار الصحاح. تحقيق: يوسف الشيخ محمد. المكتبة العصرية. الدار النموذجية. بيروت. صيدا. الطبعة الخامسة. ص192.

<sup>2</sup>- البابرتي، أكمل الدين محمد بن محمد بن محمود. العناية شرح الهداية. دار الفكر. بدون طبعة وبدون تاريخ. (463/3)/الموصلي، عبدالله بن محمود بن مودود. (1356هـ - 1937م). الاختيار لتعليل المختار. مطبعة الحلبي. القاهرة. (121/3).

<sup>3</sup>- أطفيش، محمد يوسف. (1393هـ- 1973م). شرح كتاب النيل وشفاء العليل. دار الفتح. بيروت. مكتبة الإرشاد. جدة. مكتبة التراث العربي. ليبيا. الطبعة الثانية. (449/7).

<sup>4</sup>- عمر، أحمد مختار عبد الحميد. (1429هـ - 2008م). معجم اللغة العربية المعاصرة. عالم الكتب. الطبعة الأولى. (1219/2).

شفويًا من غير توثيق، حتى لو استطاعت الزوجة المطلقة من إقامة البيئة على ايقاع الطلاق طالما ينكر الزوج وقوعه، متى كان عقد الزواج موثقًا رسميًا<sup>1</sup>.

ومع ذلك لم يرد في هذه القوانين - على الأقل في مصر- ما يفيد بطلان عقد الزواج أو عدم ايقاع الطلاق متى خلا أي منهما من شرط التوثيق<sup>2</sup>.

ومن ثم يمكن القول أن الطلاق الشفوي هو: حل رابطة الزوجية بلفظ الطلاق الصادر من أهله من غير الإشهاد عليه، أو إثباته في وثيقة رسمية.

### المبحث الثاني: حكم الإشهاد على الطلاق في الفقه الإسلامي

تحدث بعض الفقهاء - قديمًا وحديثًا- عن شرط أو قيد على الرجل عند إيقاع الطلاق، وهو ضرورة أن يكون الطلاق بعد الإشهاد، بمعنى لا يقع الطلاق إلا إذا تم الإشهاد عليه، فلو تلفظ الرجل بلفظ الطلاق ولم يشهد عليه لا يقع الطلاق، ومن خلال هذا المبحث نبين حكم الإشهاد على الطلاق عند الفقهاء، مع بيان الراجح من أقوال الفقهاء، وذلك من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: آراء الفقهاء في الإشهاد على الطلاق وأدلتهم.

المطلب الثاني: مناقشة وترجيح.

المطلب الأول: آراء الفقهاء في الإشهاد على الطلاق وأدلتهم

اختلف الفقهاء في مدى وجوب الإشهاد على الطلاق حتى يقع صحيحًا، وتترتب عليه آثاره الشرعية، ونتج عن ذلك قولان في الفقه الإسلامي، بيانهما على النحو الآتي:

<sup>1</sup>- هلال، سعد الدين مسعد. (2016م). فقه المصريين في إبطال الطلاق الشفوي للمتزوجين بالوثائق الرسمية. دار غريب للطباعة والنشر. الطبعة الأولى.ص.134.

<sup>2</sup>- في مصر صدرت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931م، والذي ينص في مادته رقم (17) على أنه: "لا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة 1931م ما لم يكن الزواج ثابتًا بوثيقة رسمية".

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء منهم: الحنفية<sup>1</sup>، والمالكية<sup>2</sup>، والشافعية<sup>3</sup>، والحنابلة<sup>4</sup>، والزيدية<sup>5</sup>، وهو مذهب جمهور كبير من الصحابة والتابعين<sup>6</sup>، إلى عدم وجوب الإشهاد على الطلاق، فإذا صدر الطلاق مستوفياً أركاناً وشروطه صحيحاً وقع وترتبت عليه كافة الآثار الشرعية، سواء كان بحضرة الشهود أم لا، وغاية الإشهاد على الطلاق أنه مستحب.

وقد استدلووا على مذهبه بأدلة منها: 1- عموم الآيات الواردة في الطلاق<sup>7</sup>، كقوله تعالى: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ)، وقوله تعالى: (فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ)، وقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ)، وغيرها من الآيات الكريمة لم تشترط الإشهاد على الطلاق بل نصت على وقوعه متى صدر صحيحاً دون اشتراط الشهود، أما قوله تعالى: (فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ)، فهذه الآية الكريمة تدل على استحباب الإشهاد على الطلاق والرجعة ولا تدل على الوجوب، لأن الله تعالى نص في آيات أخرى على إباحتها دون قيد الإشهاد، فجمعاً بين هذه الآية التي توجب الإشهاد والآيات الأخرى يحمل الأمر بالإشهاد على الندب، وقياساً على الأمر بالإشهاد في البيع في قوله تعالى: (وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ)، فهو للندب باتفاق الفقهاء<sup>8</sup>.

وأيضاً أن الأمر بالإشهاد على الطلاق والرجعة لو كان للوجوب لذكر مقترناً بالطلاق، ولأمر به في آيات الطلاق، ولكن الله تعالى أمر به في الرجعة والطلاق احتياطاً لهما، ونفياً للتهمة عن الزوجين إذا علم الطلاق ولم تعلم الرجعة، أو عرف الزوج ولم يعرف الطلاق، فلا يؤمن التجاحد والفتنة<sup>9</sup>.

1-الموصلبي، عبد الله بن محمود بن مودود. الاختيار لتعليق المختار. (148/3) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد. (1406هـ -

1986م). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. دار الكتب العلمية. بيروت. الطبعة الثانية. (181/3).

2- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد. (1425هـ - 2004م). بداية المجتهد ونهاية المقتصد.

دار الحديث. القاهرة. (104/3) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. دار الفكر. بدون طبعة

و بدون تاريخ. (384/2).

3- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس. (1410هـ - 1990م). الأم. دار المعرفة. بيروت. (88/7) الهيتي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر. تحفة

المحتاج في شرح المنهاج. المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، ودار إحياء التراث العربي. بيروت. (148/8).

4- المقدسي، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. (1388هـ - 1968م). المغني. مكتبة القاهرة. (522/7) النجدي، عبد الرحمن بن

محمد بن قاسم العاصمي. (1397هـ). حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع. بدون ناشر، الطبعة الأولى. (604/6).

5- الشوكاني، محمد بن علي. (1413هـ - 1993م). نيل الأوطار. تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث. مصر. الطبعة الأولى. (300/6)

الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار. دار ابن حزم. الطبعة الأولى. بدون تاريخ نشر. (439/1).

6- المقدسي، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. المغني (522/7) الشوكاني، محمد بن علي. نيل الأوطار. (300/6).

7- انظر الآيات: 228، 229، 231، 282، 232 من سورة البقرة، والآيات: 1، 2 من سورة الطلاق.

8- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. (181/3) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد. بداية المجتهد

(104/3) الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف. المهذب في فقه الإمام الشافعي. دار الكتب العلمية. بيروت. (48/3) النجدي، عبد الرحمن

بن محمد بن قاسم العاصمي. حاشية الروض المربع (604/6).

9-الموصلبي، عبد الله بن محمود بن مودود. الاختيار لتعليق المختار. (148/3) الرملي، شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة شهاب الدين.

(1404هـ - 1984م). نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. دار الفكر. بيروت. (59/7).

2- لم يؤثر عن النبي صلى الله عليه وسلم، ولا عن صحابته الكرام رضوان الله عليهم أجمعين اشتراط الشهادة لصحة وقوع الطلاق، رغم كثرة حالاته ووقوعه في زمانهم مرات عديدة، وكثرة الروايات الواردة عنهم، فلو كان الإشهاد واجباً لبينه النبي صلى الله عليه وسلم، ولبيّنة الصحابة الكرام رضوان الله عليهم، خاصة وأن القرآن الكريم ذكر الإشهاد على الفرقة والرجعة، فدل ذلك على أنه للندب<sup>1</sup>.

3- قياس الطلاق على الرجعة في حكم الإشهاد عليه، وفي الرجعة الإشهاد مستحب، على رأي جمهور الفقهاء، لأن الرجعة استدامة النكاح، والشهادة ليست شرطاً في استدامة النكاح أو بقاءه، كما في الفيه فهو يصح بلا إشهاد باتفاق، ولكن كانت الشهادة مستحبة للاحتياط كيلا يجرى التناكر والتجاهد بينها في أمر الرجعة، فيقاس عليها الطلاق<sup>2</sup>.

4- لا يوجد في الشريعة الإسلامية من العقود عقد يشترط لصحته الإشهاد عليه سوى عقد الزواج، لشرف محله وعظيم شأنه، وما يترتب عليه من أحكام وأثار تمتد مع الزمن، من حل المتعة بين الزوجين، ووجوب الإنفاق على الزوج، وحسن العشرة بينهما، وثبوت النسب لولدهما، والتوارث بينهما، وحرمة المصاهرة بينهما، وغيرها من الآثار، أما الطلاق فهو من المبغضات فلا حاجة لإذاعته بين الناس كشرط لصحة وقوعه، وقد حكي الإجماع على عدم وجوب الإشهاد على الطلاق بعض العلماء منهم: الإمام الشوكاني، وابن قدامة وغيرهم<sup>3</sup>.

5- أن الطلاق حق للزوج والإنسان لا يحتاج إلى بيّنة حتى يباشر حقه<sup>4</sup>.

القول الثاني: ذهب الإمام ابن حزم الظاهري<sup>5</sup>، والشيعية الإمامية<sup>6</sup>، إلى وجوب الإشهاد على الطلاق فلا يصح الطلاق ولا يقع إلا بعد الإشهاد عليه، ونسب هذا القول إلى بعض الصحابة والتابعين منهم: ابن عباس، وعمران بن الحصين، والإمام محمد الباقر، والإمام جعفر الصادق، وبعض علماء آل البيت النبوي الشريف رضوان الله على الجميع، وابن سيرين، وسعيد بن المسيب، وعطاء<sup>7</sup>.

1- الكاساني، علاء الدين أبوبكر بن مسعود. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. (181/3).

2- البارتي، أكمل الدين محمد بن محمد بن محمود. العناية شرح الهداية. (162/4).

3- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل. (1414هـ - 1993م). المبسوط. دار المعرفة. بيروت. (19/6) // المقدسي، موفق الدين بن قدامة. المغني

(522/7) // الشوكاني. نيل الأوطار. (300/6) // النجدي، عبد الرحمن بن محمد. حاشية الروض المربع (604/6).

4- الموسوعة الفقهية الكويتية (113/22).

5- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد الظاهري. المحلى بالآثار. دار الفكر. بيروت. (17/10).

6- الجواهرى، محمد حسن. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام. تحقيق: عباس القوجاني. دار الكتب الإسلامية. (103/32).

7- ابن حزم، علي بن أحمد. المحلى بالآثار. (17/10) // الجواهرى، محمد حسن. جواهر الكلام (103/32)، وقد مال إلى هذا الرأي بعض العلماء المحدثين منهم: الشيخ محمد أبو زهرة، والشيخ مصطفى الزرقا، والشيخ الإمام محمد عبده، والشيخ سيد سابق، والدكتور على الخفيف، والدكتور محمد رأفت عثمان، والدكتور سعد الدين مسعد هلاي وغيرهم رحمهم الله جميعاً وغفر لهم. انظر: أبو زهرة، محمد. الأحوال الشخصية. دار الفكر العربي. القاهرة. الطبعة الثالثة. ص 369/ عبده، محمد. (1414هـ - 1993م). الأعمال الكاملة للشيخ محمد عبده. تحقيق الدكتور: محمد عمارة. دار الشروق. بيروت. القاهرة. الطبعة الأولى. (124-122/2) // سابق، الشيخ سيد. (1397هـ - 1977م). فقه السنة. دار الكتاب العربي. بيروت. لبنان. الطبعة الثالثة. (258/2) // هلاي، سعد الدين مسعد. فقه المصريين في إبطال الطلاق الشفوي للمتزوجين بالوثائق الرسمية. ص 132.

وقد استدلوا على ذلك بأدلة منها:1- قوله تعالى: (وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ)<sup>1</sup>، فالظاهر من هذه الآية الكريمة أن قوله تعالى: (وَأَشْهِدُوا)، يرجع إلى الطلاق والرجعة معاً، والأمر كما يقول علماء الأصول للوجوب ما لم يصرفه صارف، ولا يوجد هنا ما يدل على صرفه عن الوجوب إلى غيره من المعاني الأخرى التي تدل عليها صيغة الأمر فيبقى الأمر في الآية الكريمة للوجوب.

قال الحافظ السيوطي في تفسير هذه الآية عن عطاء: "النكاح بالشهود والطلاق بالشهود والمراجعة بالشهود"، وورد مثله في تفسير بن كثير عن عطاء قال: "لا يجوز نكاح ولا طلاق ولا رجاء إلا شاهداً عدل كما قال الله تعالى، إلا من عذر"<sup>2</sup>.

2- روى عن عمران بن حصين رضي الله عنه أنه سئل عن الرجل يطلق امرأته ثم يقع بها ولم يشهد على طلاقها ولا على رجعتها؟ فقال: "طلقت لغير سنة، وراجعت لغير سنة، وأشهد على طلاقها وعلى رجعتها ولا تعد"<sup>3</sup>.

3- ما روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال لمن سأله عن الطلاق؟: "أشهد عدلين كما أمر الله عز وجل؟ قال: لا، قال: اذهب فليس طلاقك"<sup>4</sup>.

فهذان الأثران الكريمان عن علي بن أبي طالب وعن عمران بن حصين رضي الله عنهما، يدلان على وجوب الإشهاد على الطلاق، كما يجب على الرجعة، وما كان لهما القول بمثل ذلك إلا سماعاً أو لوجود مسوغ، فكأن الأمر مرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم<sup>5</sup>.

4- روي عن بعض أئمة آل البيت عليهم السلام ما يفيد عدم وقوع الطلاق بغير شهود، ومنها ما روي عن الإمام الباقر عليه السلام قوله: "الطلاق لا يكون بغير شهود"، وروي عن الإمام الصادق عليه السلام قوله: "من طلق بغير شهود فليس بشيء"<sup>6</sup>.

5- أورد الإمام ابن حزم الظاهري رحمه الله أثراً عن الحسن بن رواح قال: "سألت سعيد بن المسيب عن رجل طلق سراً وراجع سراً؟ فقال: طلقت في غير عدة وارتجعت في عماء، أشهد على ما صنعت"<sup>7</sup>.

1 - سورة الطلاق، من الآية 2.

2- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين. الدر المنثور في التفسير بالمأثور. دار الفكر. بيروت. (194/8).

3- أخرجه أبو داود في سننه. أبوداود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي. (1430 هـ - 2009 م). سنن أبي داود. تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمّد كامل قرهبللي. دارالرسالة العالمية، الطبعة الأولى. (510/3) رقم 2186/ وسعيد بن منصور في سننه. (1403 هـ - 1982 م). تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي. الدار السلفية. الهند. الطبعة الأولى. (355/1) رقم 1323، وقال شعيب الأرنؤوط: إسناده قوي.

4- الجواهري، محمد حسن. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام. (103/32).

5- ابن حزم، علي بن أحمد. المحلى بالآثار. (23/10).

6- الجواهري، محمد حسن. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام. (103/32).

7- ابن حزم، علي بن أحمد. المحلى بالآثار. (22/10) وقد ذكر الإمام بن حزم أقوالاً كثيرة وأثاراً عن الصحابة والتابعين في هذا المعنى، أنظر: ابن

حزم، علي بن أحمد. المحلى بالآثار. (24-21/10).

6- أن الله عز وجل في الآية الكريمة لم يفرق بين الإشهاد على الطلاق، والإشهاد على الرجعة، فكان من طلق ولم يشهد، أو راجع ولم يشهد ذوا عدل متعدداً لحدود الله تعالى فهو مردود<sup>1</sup>، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"<sup>2</sup>.

7- أن استصحاب الأصل يقتضي الإشهاد على الطلاق، لأن الأصل بقاء عقد الزواج والفرقة تحتاج إلى دليل لذا وجب الإشهاد على الطلاق .

8- أن اشتراط الإشهاد على الطلاق يحقق مصلحة الزوجين، وتضيق به دائرة الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله، ويسهل به إثبات الطلاق عند الخلاف<sup>3</sup>.

يقول الشيخ الإمام محمد عبده رحمه الله: "فلم لا يجوز؟! ومع ظهور الفساد في الأخلاق، والضعف في العقول، وعدم المبالاة بالمقاصد، أن يؤخذ بقول بعض الأئمة من أن الاستشهاد شرط في صحة الطلاق، كما هو شرط في صحة الزواج كما ذكره الطبرسي، وكما تشير الآية في سورة الطلاق حيث جاء في آخرها: (وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ)، أليس هذا صريحاً للاستشهاد؟ يشمل كل ما أتى قبله من طلاق ورجعة وامسك وفراق، لم لا نقرر أن وجود الشهود وقت الطلاق ركن بدونه لا يكون الطلاق صحيحاً؟ فيمتنع بهذه الطريقة هذا النوع الكثير الوقوع من الطلاق الذي يقع الآن بكلمة خرجت على غير قصد ولا روية في وقت غضب، ونظن أن في الأخذ بهذا الحكم موافقة لآية كريمة من كتاب الله تعالى، ورعاية لمصالح الناس"<sup>4</sup>.

ويقول الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله: "قوله تعالى: (وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ)، فهذا الأمر بالشهادة جاء بعد ذكر إنشاء الطلاق وجواز الرجعة، فكان المناسب أن يكون راجعاً إليه، وأن تعليل الإشهاد بأنه يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر يشرح ذلك ويقويه، لأن حضور الشهود العدول لا يخلو من موعظة حسنة يزجونها إلى الزوجين، فيكون لهما مخرجاً من الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله تعالى، ولو كان لنا أن نختار للمعمول به في مصر لاخترنا الرأي الذي يشترط لوقوع الطلاق حضور شاهدين عدلين، ليمكنهما مراجعة الزوجين فتضيق الدائرة، ولكي لا يكون الزوج فريسة لهواه، ولكي يمكن إثباته في المستقبل، فلا تجرى فيه المشاحة وينكره المطلق أن لم يكن له دين، والمرأة على علم به ولا تستطيع إثباته فيكون في حرج شديد، وقد قال الظاهرية لا يقع الطلاق إلا بعد إعلام الزوجة بالطلاق، وعلى ذلك إذا طلقها وهي غائبة فله الرجوع فيما قال، وذلك أمر حسن"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- ابن حزم، علي بن أحمد. المحلى بالآثار. (17/10).

<sup>2</sup>- سبق تخريجه

<sup>3</sup>- سابق، سيد. فقه السنة. (258/2).

<sup>4</sup>- عبده، محمد. الأعمال الكاملة. (123-122/2).

<sup>5</sup>- أبو زهرة، محمد. الأحوال الشخصية. ص 369.



## المطلب الثاني: مناقشة وترجيح

بعد هذا العرض لرأي كل فريق وأدلته في مسألة الإشهاد على الطلاق فإنه يمكن القول أن سبب اختلاف الفقهاء في حكم الإشهاد على الطلاق يعود لأمرين:

**الأمر الأول:** اختلاف الفقهاء فيما تدل عليه صيغة الأمر الواردة بالإشهاد في قوله تعالى: (فَإِذَا بَلَغَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ)<sup>1</sup>.

فجمهور الفقهاء يرون أن الأمر بالإشهاد في هذه الآية يدل على النذب، لوجود القرينة التي صرفت المراد بالإشهاد من الوجوب إلى النذب، وهي النص على وقوع الطلاق في آيات أخرى دون حاجة إلى الإشهاد، ومن ثم فالإشهاد على الطلاق مندوب وليس واجباً.

أما الفريق الثاني فهم يرون أن الأمر في هذه الآية يدل على الوجوب، ولا توجد قرينة تصرف الأمر من الوجوب إلى غيره عندهم، فيظل الأمر كما هو للوجوب على ظاهرة، ومن ثم فإن الإشهاد على الطلاق واجب<sup>2</sup>.

**الأمر الثاني:** معارضة القياس للظاهر<sup>3</sup>، وتوضيح ذلك أن ظاهر قوله تعالى: (وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ)، يقتضي الوجوب، وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقتضيها الإنسان، وقياساً عليها لا يجب الإشهاد فكان الجمع بين الظاهر والقياس بحمل الآية على النذب<sup>4</sup>.

وبعد بيان رأي كل فريق وأدلته فلعل الرأي الراجح - والله عز وجل أعلى وأعلم بالصواب - هو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية ومن معهم والذي يرى أن الإشهاد على الطلاق ليس ركناً ولا شرطاً لصحة الطلاق، مع كونه مندوباً إليه، وذلك لما يلي:

1- عموم الآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة التي دلت على وقوع الطلاق فور صدوره صحيحاً دون حاجة إلى الإشهاد عليه، ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه اشترط الإشهاد على الطلاق.

2- أن الأمر في الآية الكريمة في قوله تعالى: (وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ)، ومع أنها وردت عقيب الحديث عن الفرقة والرجعة، إلا أنها تحمل على النذب وليس الوجوب قياساً على آية الشهادة على سائر المعاملات الواردة في قوله تعالى: (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ)، وذلك بجامع أن كلا من الطلاق والرجعة وسائر المعاملات الأخرى من الوقائع والعقود التي يباشرها الإنسان في سائر

<sup>1</sup> - سورة الطلاق من الآية (2).

<sup>2</sup> - القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري. (1384هـ - 1964م). الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي). تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش. دار الكتب المصرية. القاهرة. الطبعة الثانية. (120/3).

<sup>3</sup> - العساف، تمام العودة عبد الله. (1431هـ - 2010م). الإشهاد على الطلاق. بحث منشور بالمجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، المجلد السادس. العدد (2). ص 37.

<sup>4</sup> - ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. (105/3).

أوقاته، لا تحتاج إلى الإشهاد وجوباً، وأن هذا الأمر محمول على الندب بقريظة الآيات الأخرى التي نصت على وقوع الطلاق دون حاجة إلى الإشهاد عليه<sup>1</sup>.

3- كذلك مما يدل على أن الآية الكريمة يحمل الأمر فيها على الندب، أن الله تعالى أذن في الطلاق أولاً ولم يأمر فيه بالإشهاد، وإنما أمر بالإشهاد حين قال تعالى: (فَإِذَا بَلَغَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ)<sup>2</sup>، والمراد بالمفارقة هنا تخلية سبيلها إذا انقضت العدة، وهذا ليس طلاقاً ولا رجعة ولا نكاحاً فعلم أن الإشهاد خاص بالرجعة<sup>3</sup>.

4- أن الله عز وجل أعطى للرجل وحده حق الرجعة في العدة من الطلاق الرجعي، قال تعالى: (وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا)، والفريق الذي يرى وجوب الإشهاد على الطلاق كشرط لصحته يقيسه على الرجعة، وقد قرر جمهور الفقهاء أن الإشهاد على الرجعة مندوب، غير واجب، بدلالة هذه الآية وعموم الآيات الأخر والأحاديث، ولم يخالف في ذلك إلا الشافعية في القديم الذين يرون أن الإشهاد على الرجعة واجب، وعلى الطلاق مندوب، وفي المذهب الجديد هم مع جمهور الفقهاء، فلا يوجبون الإشهاد على الرجعة، لأنها في حكم الإستدامة، ولذا فهي لا تحتاج إلى الرضا، ولا موافقة الولي<sup>4</sup>.

5- أن ما ورد من الآثار عن الصحابة الكرام رضوان الله عليهم وتابعيهم رحمهم الله تعالى من وجوب الإشهاد على الطلاق ففيه تخريج:

أ- أنه من باب المجمل ويحتمل أكثر من معنى، حيث يمكن حمله على الوجوب كما يمكن حمله على الندب أيضاً، فهو لا يدل على الوجوب قطعاً، والجمهور لا يمنعون من حمل الأمر على الندب بل يقولون بذلك<sup>5</sup>.

ب- أن الطلاق واقع كثيراً بين الناس في زمان النبي صلى الله عليه وسلم، ومن بعده من الصحابة والتابعين، فلو كان الإشهاد واجباً فيه لبينه النبي صلى الله عليه وسلم، ولرويت الآثار مرفوعة إليه صلى الله عليه وسلم.

ج- لا يمكن قياس الطلاق على النكاح في وجوب الإشهاد عليه، لأن النكاح يشترط له ولي، ورضا الزوجة، وليس ذلك شرطاً في الطلاق، فيقع من غير ولي وبغير رضا الزوجة باتفاق الفقهاء، وقد قال البعض: "ما لا يشترط له ولي لا يشترط فيه الإشهاد"<sup>6</sup>.

1- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر. الجامع لأحكام القرآن (158/18).

2- سورة الطلاق، من الآية 2.

3- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. (181/3) // الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف. المهذب في فقه الشافعي. (48/3).

4- الهيتي، أحمد بن محمد بن حجر. تحفة المحتاج في شرح المنهاج. (148/8) // السرخسي، محمد بن أحمد. المبسوط. (19/6).

5- الشوكاني، محمد بن علي. نيل الأوطار. (300/6).

6- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل. المبسوط. (19/6) // الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف. المهذب. (48/3) // المقدسي، موفق الدين بن

قدامة. المغني (523/7).

6- أن القول بأن من طلق ولم يشهد أو راجع ولم يشهد متعدياً لحدود الله تعالى، وأن قوله وفعله مردود عليه فصحيح، ولكن كيف يرد عليه، أليس أبلغ رد يكون بإثبات الطلاق عليه؟ فهذا هو الرد الأمثل، والعقاب الرادع!

7- القول بأن الإشهاد على الطلاق يفيد في الإثبات عند الاختلاف والإنكار فصحيح، ولكن الواقع أن الطلاق حالة مادية وقعت فعلاً وعلى المدعي عبء الإثبات، فكما أن المرأة مؤتمنة على الرحم في الحمل والمحيض، بدلالة قوله تعالى: (وَلَا يَحِلُّ لِهِنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ)<sup>1</sup>، فكذلك الرجل مؤتمن عند إيقاع الطلاق، فإذا ادعت المرأة وقوعه وأنكر الزوج فليس أمامها إلا الإثبات بوسائل الإثبات الشرعية التي يجوز بها إثبات الطلاق، ولا يصح القول بجعل الإشهاد شرطاً لصحة الطلاق لأنه وقع فعلاً.

8- الاحتجاج بالمصلحة في اشتراط الإشهاد على الطلاق لا يرقى إلى مقام الدليل القوي والحجة الدامغة في مواجهة النصوص الشرعية التي دلت على وقوع الطلاق ولو من غير شهود، مع استحباب الإشهاد، ولو أعملنا منطق المصلحة واشترطنا الإشهاد على الطلاق لوقوعه وترتيب آثاره، ومن باب التضيق في أمر الطلاق والتقليل منه حماية للأسرة من التفكك والانحلال، فإن المصلحة في إيقاعه بدون شهود، لا في عدم إيقاعه!

ذلك أن الله تعالى لم يجعل الطلاق كله مرة واحدة بل هو مرة بعد مرة، فإذا كان رجعيًا فما زال الطريق أمامه مفتوحاً للرجعة، وإعادة الحياة إلى سابق عهدها، وقد أخذ من أمرة عظة وعبرة، وإن كان بائناً فهو المقصر المفرط، فكان من العدل احتسابها عليه من غير إشهاد.

ولو سلمنا جدلاً بوجود شيء من المصلحة في اشتراط الإشهاد على الطلاق لأعملنا هذه المصلحة أيضاً في مسائل كثيرة جرياً على هذه القاعدة، ووجب الإشهاد - شرعاً - على سائر العقود كالبيع والإيجار والرهن وغيرها من العقود والوقائع كالضرب والقطع والشج عملاً بنفس المصلحة ودفعاً للتجاهد، ولا يقال أن مسألة الإشهاد على الطلاق فيها نص شرعي بخلاف هذه العقود والوقائع، فإن النص موجود في الأمرين ولكنه محمول على الندب.

9- أن الطلاق واقعة مادية، والوقائع المادية متى وقعت لا يمكن الرجوع فيها، أما الإدعاء بأن واقعة الطلاق تقع صحيحة بالإشهاد فقط فهو مغالطة، لأنها وقعت بالفعل، أما الإشكال في إثبات هذه الواقعة وترتيب الآثار الشرعية عليها، والمعروف شرعاً أن عبء الإثبات على المدعي واليمين على من أنكر، وعند الإنكار فإن الطلاق لا يثبت إلا بالدليل، وهذا مذهب جمهور الفقهاء، فلو أنكر الزوج الطلاق وليس للمرأة بينة، فإنه لا يثبت.

ثم لو سألنا مشترطي الشهود لوقوع الطلاق: ما الحكم لو أقر الزوج بالطلاق ولم يشهد عليه، هل يقع أم لا؟ فلو قالوا: يقع، فقد خالفوا مذهبهم وأوقعوه بدون شهود!

ولو قالوا: لا يقع، خالفوا النصوص الشرعية والأدلة الثبوتية التي ترى أن الإقرار أقوى الأدلة وهو سيدها.

أما عند الإنكار فلا خلاف على اشتراط البينة أو الدليل الشرعي لإثبات الطلاق.

جاء في الأم للإمام الشافعي رحمه الله: "لم ألق مخالفاً حفظت عنه من أهل العلم أن حراماً أن يطلق بغير بينة، على أنه والله تعالى أعلم دلالة اختيار لا فرض يعصى به من تركه، ويكون عليه أدائه إن فات في موضعه، واحتملت الشهادة على الرجعة من هذا ما احتل الطلاق، ويشبه أن تكون في مثل معناه، لأنهما إن تصادقا على الرجعة في العدة تثبت الرجعة، وأن أنكرت المرأة فالقول قولها، كما إذا تصادقا على الطلاق يثبت، وإن أنكرت الرجل فالقول قوله"<sup>1</sup>.

وقد حسمت هيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف بجلستها المنعقدة بتاريخ 8 من جمادى الأولى 1438هـ الموافق 5 من فبراير 2017م الجدل في مسألة الطلاق الذي يصدر من الزوج من غير أن يشهد عليه، المعروف بين الناس بالطلاق الشفوي، وقررت بإجماع علماءها على اختلاف مذاهبهم وتخصصاتهم، ما يلي: "أولاً: وقوع الطلاق الشفوي المستوفي أركانه وشروطه، والصادر من الزوج عن أهلية وإرادة واعية وبالألفاظ الشرعية الدالة على الطلاق، وهو ما استقر عليه المسلمون منذ عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - وحتى يوم الناس هذا، دون اشتراط إسهاد أو توثيق.

ثانياً: على المطلِّق أن يُبادر في توثيق هذا الطلاق فور وقوعه؛ حفاظاً على حقوق المطلقة وأبنائها، ومن حق ولي الأمر شرعاً أن يتخذ ما يلزم من إجراءات لسن تشريع يكفل توقيع عقوبة تعزيرية رادعة على من امتنع عن التوثيق أو ماطل فيه؛ لأن في ذلك إضراراً بالمرأة وبحقوقها الشرعية.

وترى هيئة كبار العلماء أن ظاهرة شيوع الطلاق لا يقضي عليها اشتراط الإسهاد أو التوثيق، لأن الزوج المستخف بامر الطلاق لا يُعيبه أن يذهب للمأذون أو القاضي لتوثيق طلاقه، علماً بأن كافة إحصاءات الطلاق المعلن عنها هي حالات مثبتة وموثقة سلفاً إما لدى المأذون أو أمام القاضي، وأن العلاج الصحيح لهذه الظاهرة يكون في رعاية الشباب وحمايتهم من المخدرات بكل أنواعها، وتثقيفهم عن طريق أجهزة الإعلام المختلفة، والهناء، والثقافة الرشيدة، والتعليم الجاد، والدعوة الدينية الجادة المبنية على تدريب الدعاة وتوعيتهم بفقهاء الأسرة وعظم شأنها في الإسلام؛ وذلك لتوجيه الناس نحو احترام ميثاق الزوجية الغليظ ورعاية الأبناء، وتثقيف المقبلين على الزواج"<sup>2</sup>.

### المبحث الثالث: توثيق الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية في مصر

الطلاق الشفوي كما بينا سابقاً هو ما كان باللفظ من غير شهود، أو من غير توثيق، وهذا التوثيق شرط حديث نسبياً استحدثه القانون لم يكن موجوداً عند الفقهاء المتقدمين، وقد بينا في المبحث السابق حكم الإسهاد على

<sup>1</sup> - الشافعي، محمد بن إدريس. الأم. (89/7).

<sup>2</sup> - انظر: بيان هيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف، الصادر الأحد بتاريخ 8 من جمادى الأولى 1438هـ الموافق 5 من فبراير 2017م.

الطلاق، أو تعليق الطلاق على شرط الاشهاد، وفي هذا المبحث نبين حكم توثيق الطلاق، وحكم تعليق الطلاق على شرط التوثيق في قوانين الأحوال الشخصية في مصر، وذلك من خلال المطالبين الآتين:

المطلب الأول: مفهوم التوثيق والمقصود به في قوانين الأحوال الشخصية في مصر.

المطلب الثاني: حكم تعليق الطلاق على شرط التوثيق في قوانين الأحوال الشخصية في مصر

المطلب الأول: تعريف التوثيق والمقصود به في قوانين الأحوال الشخصية في مصر

التوثيق في اللغة: يأتي التوثيق بمعنى الإحكام والتثبيت والتقوية، يقال: وثق الشيء يوثق وثاقه، أي: قوى وثبت وصار محكماً، ووثقه توثيقاً أي أحكمه، والوثاق ما يشد به، وأوثقه في الشيء أي: شده، والوثاق ما يشد به كالحبل وغيره، ومنه قوله تعالى: (فشدوا الوثاق)<sup>1</sup>.

ويقال وثق العقد ونحوه أي سجله بالطريق الرسمي فكان موضع ثقة.

والموثق هو: من يوثق العقود ونحوها بالطريق الرسمي.

والوثيقة هي: الصك بالدين أو البراءة منه، والمستند وما جرى هذا المجرى، والجمع وثائق<sup>2</sup>.

ولا شك أن التوثيق يهدف إلى كل المعاني السابقة من التقوية، والتثبيت، والأحكام، والتحالف، والحصول على مستند يتقوى به صاحب الحق في مواجهة خصمه.

التوثيق في الاصطلاح: عرفه البعض بأنه: علم يبحث فيه عن كيفية إثبات العقود والتصرفات وغيرها على وجه يصح الاحتجاج به والتمسك به.

والوثيقة هي: الورقة التي يدون فيها ما يصدر عن شخص أو أكثر من العقود أو التصرفات أو الالتزامات أو الإسقاطات<sup>3</sup>.

المقصود من توثيق الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية في مصر: لم تضع قوانين الأحوال الشخصية تعريفاً للتوثيق لكنه نص على اختصاصات الموثق وفي ضوء هذه الاختصاصات يمكن أن نعرف التوثيق في قوانين الأحوال الشخصية بأنه: "مجموعة القواعد الموضوعية والإجرائية التي يقوم بها موظف رسمي في الدولة، من حيث تسجيل عقود الزواج، وإشهاد الطلاق أو الرجعة، والتحقق من ثبوتها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، والقوانين المنظمة لمسائل الأحوال الشخصية، وقيد ذلك في الدفاتر والسجلات والجدول الرسمية، بعد التثبت من صحتها وتوقيع أطرافها أمامه بإمضاءاتهم أو بصماتهم أو أختامهم".

<sup>1</sup>- الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب. (1426 هـ - 2005 م). القاموس المحيط. تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة.

إشراف: محمد نعيم العرقشومي. مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع. بيروت. لبنان. الطبعة الثامنة. ص 927.

<sup>2</sup>- مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى. وآخرون. المعجم الوسيط. دار الدعوة. بدون تاريخ نشر. (1011-1012).

<sup>3</sup>- الزحيلي، محمد. وسائل الإثبات. ص 27.

وقد أوجب القانون رقم (25) لسنة 1925 المعدل بالقانون رقم (100) لسنة 1985 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية في المادة (5) مكرر على: "على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق، وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق للمطلقة أو من ينوب عنها، وفق الإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل، وتترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه، إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به"<sup>1</sup>.

وعليه فإن توثيق الطلاق واجب على المطلق خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إيقاعه للطلاق، ويجب على الموثق إثبات ما تم أمامه من إجراءات في تاريخ وقوعها على النموذج المعد لذلك.

وتوثيق إسهادات الطلاق للمسلمين<sup>2</sup> في مصر يقوم بها موظف رسمي تابع لوزارة العدل المصرية يسمى: (المأذون الشرعي)، وهو مختص بذلك دون غيره طبقاً لنص المادة (18) من لائحة المأذونين الشرعيين<sup>3</sup>.

والمأذون الشرعي عندما يقوم بتوثيق إسهادات الطلاق فهو يتحقق من شخصية المطلق والمطلقة ويدعوهما إلى اختيار حكماً من أهله وحكماً من أهلها من أجل التوفيق بينهما، فإن أصرا على إيقاع الطلاق، أو أنه وقع بالفعل وجب عليه توثيق الطلاق<sup>4</sup>.

وقد نظمت لائحة المأذونين الشرعيين الصادر بقرار وزير العدل رقم (2) لسنة 1955 وما ورد عليها من تعديلات، طريقة تعيين المأذون الشرعي وتأديبه وعزله، كما نظمت أيضاً الإجراءات الواجب عليه إتباعها عند توثيق عقود الزواج أو إسهادات الطلاق والرجعة أو التصديق عليها.

### المطلب الثاني: حكم تعليق الطلاق على شرط التوثيق في قوانين الأحوال الشخصية في مصر

التوثيق في قوانين الأحوال الشخصية في مصر، بالشكل الذي بيناه في المطلب السابق، إجراء وجوبي على المطلق لا يمنع من وقوع الطلاق شرعاً وقانوناً، لكن فائدته كبيرة منها قطع المنازعة والاختلاف عند إنكار الطلاق.

1- نص المادة 5 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1925 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

2- أما توثيق عقود الزواج والطلاق لغير المسلمين، فيقوم بها موظف آخر تابع أيضاً لوزارة العدل يسمى (الموثق المنتدب)، طبقاً لقرار وزير العدل رقم (3) لسنة 1955 الخاص بلائحة الموثقين المنتدبين، والمنشور بالوقائع المصرية بالعدد (3) رقم (101) بتاريخ 1955/12/29 وما ورد عليه من تعديلات لاحقة.

3- تنص المادة (18) من لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل رقم (2) لسنة 1955 والمنشورة بالوقائع المصرية بالعدد (2) ملحق بتاريخ 1955/1/10 وما تلتها من تعديلات عليها على: "يختص المأذون دون غيره بتوثيق عقود الزواج وإسهادات الطلاق والرجعة والتصديق على ذلك بالنسبة للمسلمين من المصريين، ومع ذلك فللعلماء المقيدة أسماؤهم في أحد المعاهد الدينية توثيق العقد بعد تحصيل رسمه، وعلى المأذون في هذه الحالة أن ينبه من يلحق صيغة العقد إلى ما قد يوجد من الموانع، فإن لم يقبل امتنع المأذون عن توثيق العقد وأخطر المحكمة فوراً بذلك".

4- نص المادة (21) من القانون رقم (1) لسنة 2000 بشأن تنظيم بعض إجراءات وأوضاع التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

وقد جاء القانون رقم (1) لسنة 2000 المعدل بالقانون رقم (91) لسنة 2000 الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ونص في المادة (21) منه: "أنه لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق"<sup>1</sup>.

وبناء على هذا النص الأخير فإن مسألة إثبات الطلاق عند الإنكار -سواء من الزوج في حياته أو الزوجة بعد الوفاة- لا تتم إلا بأمرين مجتمعين معاً هما: الإشهاد والتوثيق، وتوافر أحدهما لا يغني عن الآخر.

ومن ثم فلا تستطيع الزوجة إذا أنكر الزوج الطلاق أن تثبت وقوع الطلاق إلا بالإشهاد والتوثيق معاً، وإذا عجزت الزوجة عن إحضار الوثيقة الرسمية والشهود فإنها تظل عاجزة عن إثبات الطلاق، وعليه فلن يقضى لها بالطلاق، وتظل الزوجية قائمة بينها وبين زوجها حتى ولو كان الزوج قد تلفظ بالطلاق أمامها أو في حضرة جماعة من الناس، وحتى لو توافر الشهود ولم يتوافر التوثيق المنصوص عليه في القانون فإن الطلاق لا يقع ولا يقضى به!

كل ذلك في حالة الإنكار أما في حالة الإقرار بالطلاق فإنه يقع ولو لم يكن عليه شهود، أو لم يوثق.

وقد سبق في ثنايا هذا البحث أن رجحنا رأي جمهور الفقهاء أن الطلاق يقع صحيحاً دون حاجة إلى الإشهاد عليه، وبناء على ذلك فإن الزوجة تكون في حرج شديد من أمرها إذا علمت بوقوع الطلاق أو سمعت ألفاظه وعجزت عن إثباته.

كما أن النص القانوني بهذا الشكل يكون قد تبني الرأي المرجوح في الفقه الإسلامي - من وجهة نظري- وزاد شرط التوثيق فوق الإشهاد، وبهذا أيضاً يبدو البون واسعاً بين الشريعة والقانون، وكأن كل منهما في واد بعيد عن الآخر، وهو اتجاه جديد لم تعتد عليه قوانين الأحوال الشخصية في مصر منذ أول صدور لها.

وقد تم الطعن بعدم دستورية الفقرة الأولى من نص المادة (21) من القانون رقم (1) لسنة 2000 المعدل بالقانون رقم (91) لسنة 2000 والتي قصرت الاعتداد في إثبات الطلاق على الإشهاد والتوثيق معاً، وذلك لمخالفتها لنصوص الدستور المصري الصادر في سبتمبر 1971، حيث نص في المادة الثانية منه على أن: "مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع".

وقد أصدرت المحكمة الدستورية العليا في مصر حكمها في عام 2006 بعدم دستورية الفقرة الأولى من النص المذكور في ما يتعلق منه بقصر الاعتداد في إثبات الطلاق عند الإنكار على الإشهاد والتوثيق معاً<sup>2</sup>.

وقد جاء في حيثيات الحكم ما يفيد أن المحكمة نعت على النص المذكور بعدم الدستورية للعديد من الأسباب نجملها في الآتي:

<sup>1</sup>- نص المادة (21) من القانون رقم (1) لسنة 2000 المعدل بالقانون رقم (91) لسنة 2000.

<sup>2</sup>- انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم (113) لسنة (26) قضائية "دستورية"، والصادر بتاريخ 2006/1/15، مستمد من: الموقع

الرسمي لمحكمة النقض المصرية على شبكة الانترنت <http://www.cc.gov.eg/>

1- أن النص المذكور مخالف لنص المادة الثانية من الدستور المصري الصادر عام 1971 والتي تجعل الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، ويتصادم مع مقاصد الشريعة الإسلامية، ويضع المطلقة في حرج شديد ويرهقها من أمرها عسراً إذا وقع الطلاق شرعاً، وعجزت عن إثباته بالطريق الذي رسمه القانون<sup>1</sup>.

2- أنه يعرض المطلقة لأخطر القيود على حريتها الشخصية وأكثرها تهديداً ومساساً بحقوقها في الحياة والتي نص عليها الدستور في المادة (41)، هذه الحقوق التي يندرج تحتها الحق في الزواج والطلاق وما يتفرع عنهما، هذه الحقوق التي لا تتجاهل القيم الدينية أو الخلقية أو تقوض روابطها<sup>2</sup>.

3- أن الدستور جعل في المادة (9) فقرة (1) قوام الأسرة الدين والأخلاق، وجعل الالتزام بالقيم والأخلاق والتقاليد والحفاظ عليها والتمكين لها التزاماً دستورياً على عاتق الدولة بسلطاتها المختلفة والمجتمع ككل، وهو ما ضمنته أيضاً المادة (9) فقرة (2)، والمادة (12) من الدستور<sup>3</sup>، والذي عزا إلى جانب الحرية الشخصية قيوداً على السلطة التشريعية، فلا يجوز لها أن تأتي عملاً يخل بهما.

وبناء على الحكم بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة (21) من القانون (1) لسنة 2000 فيما تضمنه من قصر الاعتداد في إثبات الطلاق عند الإنكار على الإشهاد والتوثيق دون غيره من طرق الإثبات المقررة، فإنه لا يجوز العمل بهذا النص ولا يجوز تطبيقه اعتباراً من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية طبقاً لنص المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا<sup>4</sup>.

ومن ثم أصبح الطلاق واقعاً من تاريخ صدوره من الزوج دون حاجة إلى اشتراط الإشهاد أو التوثيق لإثباته أو وقوعه، وعند الإنكار من جانب الزوج تستطيع الزوجة إثباته بالوسائل الشرعية والقانونية المنصوص عليها في القانون أو الشريعة الإسلامية لإثبات الطلاق.

1- نص المادة (2) من دستور 1971: "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"، وقد أبقى دستور جمهورية مصر العربية الحالي الصادر في يناير 2014 على المادة الثانية كما هي.

2- نص المادة (41) من دستور 1971: "الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام القانون، ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي".

3- الفقرة (2) من المادة (9) من دستور 1971: "وتحرص الدولة على الحفاظ على الطابع الأصيل للأسرة المصرية وما يتمثل فيه من قيم وتقاليد، مع تأكيد هذا الطابع وتنميته في العلاقات داخل المجتمع المصري".

والمادة (12) من دستور 1971 تنص على: "يلتزم المجتمع برعاية الأخلاق وحمايتها، والتمكين للتقاليد المصرية الأصيلة، وعليه مراعاة المستوى الرفيع للتربية الدينية والقيم الخلقية والوطنية، والتراث التاريخي للشعب، والحقائق العلمية، والآداب العامة، وذلك في حدود القانون. وتلتزم الدولة بإتباع هذه المبادئ والتمكين لها"

4- نص المادة (49) فقرة (3) من القانون رقم (48) لسنة 1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا، والمعدل بموجب القرار بقانون رقم (168) لسنة 1998: "ويترب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم".



الخاتمة: تشمل الخاتمة أهم النتائج والتوصيات

أولاً النتائج: من خلال هذا البحث يمكن استخلاص بعض النتائج، ولعل أهمها ما يلي:

- 1- الطلاق الشفوي هو الطلاق الذي يوقعه الزوج بنفسه صحيحاً مستكملاً لشروطه الشرعية، ولكن لا يقوم بتوثيقه، وإثباته بالطرق والوسائل المعدة للتوثيق أما الجهات الرسمية في الدولة.
- 2- الإشهاد على الطلاق شرط نص عليه بعض الفقهاء قديماً وحديثاً، وهو نوع من الطلاق الشفوي عند بعض من يدعو إلى عدم الاعتداد بكل أنواع الطلاق الشفوي.
- 3- لا يشترط الإشهاد على الطلاق عند جمهور الفقهاء، وهو الراجح - من وجهة نظرنا - والله أعلى وأعلم بالصواب، ويقع الطلاق بمجرد صدوره صحيحاً من أهله.
- 4- شرط توثيق إسهاد الطلاق المنصوص عليه في القانون المصري هو شرط لإثبات الطلاق، لا يمنع من وقوع الطلاق الشفوي، والاعتداد به شرعاً وقانوناً، وعلى المدعي عبء الإثبات بالوسائل الشرعية والقانونية.
- 5- لم يرد في الفقه الإسلامي ولا في النصوص الشرعية ما يجعل إيقاع الطلاق موقوفاً على توثيقه في الأوراق والسجلات الرسمية، أو حتى كتابته عرفياً، مع الأخذ في الاعتبار أن توثيق الطلاق ذو فائدة كبيرة، فهو يحفظ الحقوق ويمنع النزاع فيما يتعلق بحقوق الزوجين، وإثبات وقوع الطلاق بينهما.
- 6- أن ما ورد في نص المادة (21) من القانون رقم (1) لسنة 2000 المعدل بالقانون رقم (91) لسنة 2000 الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والتي تنص على: "لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق"، يعد مخالفاً للراجح في الفقه الإسلامي، وتضييق على الزوج والزوجة في إيقاع الطلاق وإثباته، وفقاً لقضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر.

ثانياً: التوصيات:

ومما يمكن أن نوصي به من خلال هذا البحث نصائح نوجهها إلى عوام الناس، وذوي الاختصاص بالفقه والتشريع، نصيغها على النحو الآتي:

- 1- إلى كل الناس من الأزواج والزوجات لا يكن أمر الطلاق هو أول ما يلجأ إليه في حل ما ينشأ بينكم من خلاف، وليكن هو نهاية المطاف، والحل الذي لا مفر منه، وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً.
- 2- إلى ذوي الاختصاص من أهل الفقه والتشريع، أن حل مشاكل الناس والتخفيف عليهم ليس مدعاة لمخالفة النصوص، أو تبني المرجوح من الآراء، أو التضييق على الناس، أو التساهل في شرع الله، أو إثارة الفتن والتلبيس على العوام، ولكن العكس هو الصحيح، ففي تطبيق شرع الله تطبيقاً صحيحاً صلاح

حال الأسر، وحسن بناء المجتمعات، والوضوح في الفتوى والتشريع يقضي على كثير من الخلاف، ويجنب الناس الفتن.

### قائمة المراجع

- أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي. (1430 هـ - 2009 م). سنن أبي داود. تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمّد كامل قره بللي. دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى.
- أبو زهرة، محمد. الأحوال الشخصية. دار الفكر العربي. القاهرة. الطبعة الثالثة.
- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد الظاهري. المحلى بالآثار. دار الفكر. بيروت.
- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد. (1425 هـ - 2004 م). بداية المجتهد ونهاية المقتصد. دار الحديث. القاهرة.
- أطفيش، محمد يوسف. (1393 هـ - 1973 م). شرح كتاب النيل وشفاء العليل. دار الفتح. بيروت. مكتبة الارشاد. جدة. مكتبة التراث العربي. ليبيا. الطبعة الثانية.
- البابرّي، أكمل الدين محمد بن محمد بن محمود. العناية شرح الهداية. دار الفكر. بدون طبعة وبدون تاريخ.
- الجواهري، محمد حسن النجفي. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام. تحقيق: عباس القوجاني. دار الكتب الإسلامية.
- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. دار الفكر. بدون طبعة وبدون تاريخ.
- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي. (1420 هـ - 1999 م). مختار الصحاح. تحقيق: يوسف الشيخ محمد. المكتبة العصرية. الدار النموذجية. بيروت. صيدا. الطبعة الخامسة.
- الرملي، شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة شهاب الدين. (1404 هـ - 1984 م). نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. دار الفكر. بيروت.
- سابق، الشيخ سيد. (1397 هـ - 1977 م). فقه السنة. دار الكتاب العربي. بيروت. لبنان. الطبعة الثالثة.
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل. (1414 هـ - 1993 م). المبسوط. دار المعرفة. بيروت.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين. الدر المنثور في التفسير بالمأثور. دار الفكر. بيروت.
- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس. (1410 هـ - 1990 م). الأم. دار المعرفة. بيروت.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار. دار ابن حزم. الطبعة الأولى. بدون تاريخ نشر.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله. (1413 هـ - 1993 م). نيل الأوطار. تحقيق: عصام الدين الصبابي، دار الحديث. مصر. الطبعة الأولى.

- الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف. *المهذب في فقه الإمام الشافعي*. دار الكتب العلمية. بيروت.
- عبده، محمد. (1414هـ - 1993م). *الأعمال الكاملة للشيخ محمد عبده*. تحقيق الدكتور: محمد عمارة. دار الشروق. بيروت. القاهرة. الطبعة الأولى.
- العساف، تمام العودة عبدالله. (1431هـ - 2010م). *الإشهاد على الطلاق*. بحث منشور بالمجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، المجلد السادس. العدد (2).
- عمر، أحمد مختار عبد الحميد. (1429هـ - 2008م). *معجم اللغة العربية المعاصرة*. عالم الكتب. الطبعة الأولى.
- الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب. (1426هـ - 2005م). *القاموس المحيط*. تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة. إشراف: محمد نعيم العرقسوسي. مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع. بيروت. لبنان. الطبعة الثامنة.
- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري. (1384هـ - 1964م). *الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)*. تحقيق: أحمد البردوني. وإبراهيم أطفيش. دار الكتب المصرية. القاهرة. الطبعة الثانية.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد. (1406هـ - 1986م). *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*. دار الكتب العلمية. بيروت. الطبعة الثانية.
- الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية. طبعات من (1404هـ - 1427هـ). *الموسوعة الفقهية الكويتية*. دار السلاسل. الكويت. ومطابع دار الصفوة. مصر.
- مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى. وأخرون. *المعجم الوسيط*. دار الدعوة. بدون تاريخ نشر.
- المقدسي، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. (1388هـ - 1968م). *المغني*. مكتبة القاهرة.
- منصور، سعيد بن منصور. (1403هـ - 1982م). *سنن سعيد بن منصور*. تحقيق: جيب الرحمن الأعظمي. الدار السلفية. الهند. الطبعة الأولى.
- الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود. (1356هـ - 1937م). *الاختيار لتعليق المختار*. مطبعة الحلبي. القاهرة.
- النجدي، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي. (1397هـ). *حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع*. بدون ناشر، الطبعة الأولى.
- هلاي، سعد الدين مسعد. (2016م). *فقه المصريين في إبطال الطلاق الشفوي للمتزوجين بالوثائق الرسمية*. دار غريب للطباعة والنشر. الطبعة الأولى.
- الهيتي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر. *تحفة المحتاج في شرح المنهاج*. المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، ودار إحياء التراث العربي. بيروت.



