

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، المدير المسؤول: الدكتور صلاح الدين دكداك / 76 فبراير 2019

❖ من مواعيد العدد 76: فبراير 2019:

- توجيه اليمين إلى المدعي - دراسة فقهية تطبيقية.
- الأحكام المتعلقة بآثار القصاص دراسة فقهية مقارنة.
- قضية الحق في الصمت بين الواقع والقانون.
- العناصر التكوينية لجريمة انتهاك الحق في الصورة.
- الميراث في القانون الدولي الخاص المغربي وإشكالاته.
- مقارنة فقهية بين الفائدة والريح في التورق.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

صفحة رئيسية | مدير المسؤول: الدكتور صلاح الدين دكداك | الاتصال والبرقيات: sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

اسم الله الرحمن الرحيم

استغلال القضاء - أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخزومي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30)... المزيد	أخبار المجلة
كتاب القانون الدولي الخاص: إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... المزيد	اتصلوا بنا
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والفقه المغربي: الدكتور صلاح الدين دكداك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	المدير المسؤول
قراءة في النظام الفترقي الموائم (قانون 02/15): الأستاذ الدكتور الطيب بن لمقدم محام هيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد	شروط النشر
	مقالات فقهية
	مقالات قانونية
	مقالات مقارنة
	مقالات بلغوية
	حوارات علمية
	تقارير خاصة
	المساهمون بالمجلة
	أعداد المجلة
	تتبعنا بالمجلة

العدد السادس والسبعون : فبراير 2019

❖ قواعد النشر وشروطه:

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (ما يقارب 3000 كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة.
- إرفاق صورة لصاحب المقال. (اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون:

- الدكتور صلاح الدين دكداك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني: أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري : أستاذ بكلية الحقوق السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي : أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبى: أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد السادس والسبعون : لشهر فبراير 2019

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 76 لشهر فبراير 2019 بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكدك.....03
- ✓ **دراسات وأبحاث بالعربية :**
2. توجيه اليمين إلى المدعي - دراسةً فقهيةً تطبيقيةً : الدكتور ياسر بن عبد الرحمن العدل ، الأستاذ المساعد في الفقه المقارن بقسم الدراسات الإسلامية - كلية العلوم والآداب بالقريات - جامعة الجوف بالملكة العربية السعودية.....06
3. الأحكام المتعلقة بإرث القصاص " دراسة فقهية مقارنة " : الباحثة أسماء صالح عبد العزيز العامر ، طالبة بصف الدكتوراه بجامعة أم القرى في مكة المكرمة - المملكة العربية السعودية.....33
4. الحق في الصمت بين الواقع والقانون : صبري هشام ، باحث بسلك الدكتوراه مختبر العلوم الجنائية والحكامة الأمنية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش - المملكة المغربية.....42
5. العناصر التكوينية لجريمة إنتهاك الحق في الصورة : ياسين الكعيوش ، باحث بسلك الدكتوراه ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله ، كلية الحقوق بفاس - المملكة المغربية.....55
6. الميراث في القانون الدولي الخاص المغربي : أية إشكالات يطرحها الفصل 18 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب؟ : سلمى الأزرق ، باحثة في سلك الدكتوراه ، كلية الحقوق - السويسي جامعة محمد الخامس بالرباط - المملكة المغربية.....66
7. مقارنة فقهية بين الفائدة والربح في التورق : الدكتور سيد عال القاسم مولاي ، أستاذ متعاقد بجامعة العلوم الإسلامية - موريتانيا.....81

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

كل المقالات المنشورة نعبّر عن إزاء كاتبها ولا نعبّر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

كلمة العدد السادس والسبعين لشهر فبراير 2019



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكدالك

Email : Sldg55@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد السادس والسبعين لشهر فبراير 2019 من مجلة الفقه والقانون الدولية ، وقد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات والأبحاث العامة من عدة جامعات وكليات ومراكز بحث عربية عريفة ونخص بالذكر :

- كلية العلوم والآداب بالفريات - جامعة الجوف بالمملكة العربية السعودية.
- جامعة أم القرى في مكة المكرمة - المملكة العربية السعودية.
- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش - المملكة المغربية.
- جامعة سيدى محمد بن عبد الله ، كلية الحفوف بعاس - المملكة المغربية.
- كلية الحفوف - السويسى جامعة محمد الخامس بالرباط - المملكة المغربية.
- جامعة العلوم الإسلامية - موريتانيا.

وشكرا لجميع الباحثين بالعالم الذين أكرمونا بتوجيهاتهم و بحوثهم ودراساتهم الأكاديمية القيمة الرصينة، وساهموا في مزيد من التفارب والتواصل والتفاعل بين الباحثين في العلوم الشرعية والفانونية.

ومن بين المواضيع القيمة التي نافشها العدد الجديد ما يلي :

- توجيه اليمين إلى المدعى - دراسة فقهية تصبيفية.
 - الأحكام المتعلقة بإرث الفصاحى - دراسة فقهية مقارنة.
 - الحق فى الصمت بين الواقع والفانون.
 - العناصر التكوينية لجريمة إنتهاك الحق فى الصورة.
 - الميراث فى الفانون الدولى الخاص المغربى - أية إشكالات يصرحها العصل 18 من نصير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب.
 - مقارنة فقهية بين العايدة والربح فى التورق.
- ختاما لا تنسونا من دعائكم وتوجيهاتكم , وجعلنا العلى الفدير مثل البنيان المرصوص يشد بعضه بعضا .

مع تحيات المدير المسؤول

الدكتور صلاح الدين دكداك

www.majalah.be.ma

دراسات وأبحاث بالعربية ✓

توجيه اليمين إلى المدعي - دراسة فقهية تطبيقية



د. ¹ياسرين عبد الرحمن العدل

الأستاذ المساعد في الفقه المقارن

جامعة الجوف (المملكة العربية السعودية)

المقدمة :

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، أما بعد:

فإن الشريعة الغراء جاءت بالعدل وإحقاق الحق، وجعلت لصاحب الحق طريقاً لإثبات حقه وسبيلاً للوصول إليه، ومن تلك الوسائل التي جاءت بها الشريعة لإثبات الحق أمام القضاء في مجلس الحكم: اليمين، وقد أطل الفقهاء في الكلام عن هذه الوسيلة وبحثها؛ لما لها من أثر في إثبات الحقوق أو نفيها، ومن أجل مسائلها ومحالّ مباحثها: حكم توجيه اليمين إلى المدعي، وهل اليمين تكون في جانب المدعى عليه دائماً ولا تكون في جانب المدعي أبداً، أو أن اليمين تكون في جانب أقوى المتداعين جهةً؟.

وقد تناولت - فيما يأتي - بحث هذه المسألة، وتحريير سبب خلاف الفقهاء فيها ودراسته، وأثر هذه المسألة على مسائل هذا الباب وفروعه عند الفقهاء، ثم ختمت ذلك بتطبيقات قضائية تبين ذلك الأثر وتوضحه.

¹ - قسم الدراسات الإسلامية- كلية العلوم والآداب بالقريات.

• أهمية الموضوع :

أهمية هذه المسألة تتضح في أهمية اليمين في مجلس القضاء، وإثبات الحق أو نفيه من خلالها، ثم ما لهذه المسألة على وجه الخصوص من أثر في مسائل هذا الباب، من توجيه اليمين إلى الأقوى جانباً، ورد اليمين بعد النكول، وغيرها من مشهورات المسائل في باب اليمين، فمسألة البحث هي في الحقيقة أصل في بابها هذه المسائل، وقاعدة يجري عليها من المسائل ما لا يحصر.

• أسباب اختيار الموضوع :

سبب اختيار بحث هذه المسألة يتضح في أهميتها السابقة، وحرصاً في بيان أصول المسائل وقواعدها في أبوابها، وبناء الفروع عليها؛ فهذه الطريقة من الطرق المفيدة لتنمية الملكة الفقهية، واستيعاب المسائل على وجهها، وفهم مآخذ المسائل وأصولها.

• الدراسات السابقة :

بعد البحث والتقصي في شبكة الانترنت والنظر فيما كتب من بحوث في هذا الموضوع ونحوه⁽¹⁾، ومراجعة محركات البحث الخاصة في مواقع المكتبات الحكومية وغيرها⁽²⁾، لم أقف على بحثٍ مستقلٍ في هذه المسألة، وقد وجدت بعض الدراسات التي تقارب بعضها موضوع هذا البحث، وهي ما يلي:

1- المستثنيات الفقهية من قاعدة: البيئة على المدعي، واليمين على من أنكرك، وتطبيقاتها القضائية. وهو عبارة عن بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير بقسم الفقه المقارن في المعهد العالي للقضاء التابع لجامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض، في عام: 1430هـ، للباحث: عبد الرحمن بن عبد العزيز الموسى.

وقد بذل الباحث فيه جهداً ظاهراً، وهذا البحث أقرب الدراسات السابقة - التي وقفت عليها - لموضوع بحثنا، وقد تناول فيه الباحث قاعدة: البيئة على المدعي، واليمين على من أنكرك، قاصداً بيان ما استثناه الفقهاء منها، وعقد مبحثاً مستقلاً بين فيه متى تكون اليمين على المدعي، وذكر فيه ما استثناه بعض الفقهاء من هذه القاعدة (اليمين على المدعى عليه) وهي: أيمان القسامة، واليمين مع الشاهد، واللعان، واليمين المردودة، والاستظهار، والاستحلاف. وهذا المبحث هو ما يخص بحثنا على وجه التحديد، وقد ورد فيه كثر من جوانبه، إلا أن هذا البحث يغيّره بأنه بحث لمسألة فقهية وهي: حكم توجيه اليمين إلى المدعي. منطلقاً من سبب الخلاف فيها وهي حديث: «البيئة على من المدعي، واليمين على من أنكرك»، وزاد عن سابقه بتحرير سبب الخلاف هذا - والذي هو أصل تلك المسائل - ودراسته دراسة فقهية مقارنة، ثم بيان أثر الخلاف فيه على تلك المسائل من كلام فقهاء كل مذهب؛ تقريراً لذلك الأثر، ثم بيان الأثر العملي من خلال بعض التطبيقات القضائية، وهذه أهم ما تميز فيه هذا البحث عن سابقه.

2- التطبيقات الفقهية المختلف فيها على قاعدة: البيئة على المدعي، واليمين على من أنكرك - في المعاملات المالية. وهو عبارة عن بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير بقسم الفقه المقارن في المعهد العالي للقضاء التابع لجامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض، في عام: 1431هـ، للباحث: أنس بن علي السلطان.

(1) مما بحث في دعاوى والأيمان.

(2) كمكتبة الملك فيصل والملك فهد، ومكتبة جامعة الأمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض.

وهذا البحث تناول فيه الباحث خلاف الفقهاء في استعمال هذه القاعدة في بعض الفروع الفقهية، فيذكر الفرع الفقهي، ثم يذكر خلاف الفقهاء في أعمال هذه القاعدة فيه، وقد قال في مقدمته: "وليس المقصود بالتطبيقات المختلف فيها أن يكون العلماء مختلفين في كونها من تطبيقات القاعدة أو لا، وإنما المقصود أن الفقهاء مختلفون في كيفية تطبيق القاعدة على تلك الحوادث والوقائع، فسبب اختلافهم هو اختلافهم في النظر إلى تلك الوقائع كما سيتبين ذلك"⁽¹⁾. فهو بحث في الخلاف في استعمال هذه القاعدة في الفروع، وليس بحثاً في ذات القاعدة، أو في المسائل المبنية عليها، أو في حكم توجيه اليمين إلى المدعي، ثم إن هذا البحث حُصر في باب المعاملات المالية دون غيره من الأبواب، ولهذا كله كان هذا البحث مغايراً لبحثنا.

3- توجيه اليمين على الشخصية الاعتبارية. وهو عبارة عن بحث منشور على موقع الألوكة في عام 1437هـ، للباحث الدكتور: عبد العزيز الدغيشر، وهو بحث في عشرين صفحة، وقد تناول المراد منه (توجيه اليمين على الشخصية الاعتبارية) في آخر ثلاث صفحات فقط. وعلى كل فإن هذا البحث في توجيه اليمين على الشخصية الاعتبارية، ولم يبحث توجيه اليمين إلى المدعي، ولا تلك المسائل المتعلقة في هذا، فهو أيضاً ليس في موضوع بحثنا.

• خطة البحث :

خطة هذا البحث تشتمل على مقدمة وتمهيد ومبحثين وخاتمة وفهارس، وبيانها فيما يلي :

المقدمة : وتتضمن أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، والدراسات السابقة فيه، وخطة البحث.

التمهيد : وفيه بيان لمصطلحات البحث، وذلك في أربعة مطالب :

المطلب الأول : تعريف اليمين.

المطلب الثاني : مشروعية اليمين.

المطلب الثالث : أنواع اليمين.

المطلب الرابع : تعريف المدعي والمدعى عليه.

المبحث الأول : تحرير محل الخلاف في توجيه اليمين إلى المدعي، ودراسة سببه، وبيان ثمرته، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تحرير محل الخلاف في المسألة وبيان سببه.

المطلب الثاني : دراسة سبب الخلاف في المسألة.

المطلب الثالث : بيان ثمره الخلاف.

المبحث الثاني : تطبيقات قضائية في توجيه اليمين إلى المدعي.

الخاتمة : وتشتمل على نتائج البحث وأهم ما جاء فيه.

(1) (ص:2).

الفهارس: وتشتمل على فهرس الأحاديث النبوية، والمصادر والمراجع، والموضوعات.
والله أسأله التوفيق والسداد، والإخلاص في القول والعمل.
التمهيد:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف اليمين:

اليمين في اللغة لفظٌ مشتركٌ لعدة معانٍ، منها: اليد، والقوة، والقسم⁽¹⁾.

وأما تعريف اليمين في الشرع فقد اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفها، والمعنى في ذلك متقارب، وقد عرفها بعض الحنفية بأنها "جملة أولى إنشائية مقسمة فيها باسم الله تعالى أو صفته، ومؤكدة بها مضمون ثانية في نفس السامع ظاهراً، وتحمل المتكلم على تحقيق معناها"⁽²⁾.

وعرفها بعض المالكية بأنها "جملة خبرية وضعاً إنشائية بمعنى، متعلقة بمعنى معظم عند المتكلم، مؤكدة بجملة أخرى من غير جنسها"⁽³⁾.

وعرفها بعض الشافعية بأنها "تحقيق الأمر أو توكيده بذكر اسم الله تعالى أو صفة من صفاته"⁽⁴⁾.

كما عرفها بعض الحنابلة بأنها "توكيد الحكم بذكر معظم على وجه مخصوص"⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: مشروعية اليمين:

جاءت الأدلة على مشروعية اليمين في الكتاب والسنة وإجماع الأمة:

أما الكتاب فمنه قوله تعالى: (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان)⁽⁶⁾، وقوله تعالى: (ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها)⁽⁷⁾.

وأما السنة ففي أحاديث منها: قوله ﷺ لعبد الرحمن بن سمرة رضي الله عنه: «إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها، فكفر عن يمينك، وأت الذي هو خير»⁽⁸⁾.

(1) انظر: معجم الصحاح للجوهري (6/2220)، مادة: (يمين) ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس (6/158)، مادة: (يمين)، وانظر أيضاً المراجع الآتية.

(2) فتح القدير لابن الهمام (5/59).

(3) الذخيرة للقرافي (4/5).

(4) روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي (11/3).

(5) المبدع في شرح المقنع لابن مفلح (8/57).

(6) سورة المائدة، آية: (89).

(7) سورة النحل، آية: (91).

(8) رواه البخاري في كتاب الأيمان والنذور، باب قول الله تعالى: (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم...) الآية، (8/127) ورقم: (6622)، ومسلم في كتاب الأيمان، باب

ندب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها أن يأتي الذي هو خير ويكفر عن يمينه (3/1273) ورقم: (1652).

وأما الإجماع فقد حكاه غير واحد من العلماء⁽¹⁾.

المطلب الثالث : أنواع اليمين :

تختلف أنواع اليمين بحسب حيثيات النظر فيها، ومحل البحث هنا في اليمين التي تكون في مجلس القضاء، ولذا فإن اليمين من هذه الحثية نوعان :

الأول : يمين قضائية : وهي اليمين التي تكون في مجلس القضاء كوسيلة من وسائل الإثبات أو النفي للقضية المنظورة. وهي المقصودة في هذا البحث.

الثاني : يمين غير قضائية : وهي اليمين التي تكون خارج مجلس القضاء، ولا يقصد بها إثبات أو نفي واقعة معروضة أمام القضاء⁽²⁾.

وقد عرف الفقهاء اليمين عموماً - كما في المطلب الأول - دون تعرّض لليمين التي تكون في مجلس القضاء، والظاهر أن هذه اليمين داخلة في التعريفات السابقة إلا أنها تُقيد بمجلس القضاء بتوجيه من القاضي، وقد عرفها الدكتور محمد الزحيلي بأنها: "تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاضي"⁽³⁾.

والأدلة الدالة على مشروعية اليمين عموماً تصح في الجملة أن تكون دليلاً على مشروعية اليمين القضائية من حيث الأصل؛ لأنها نوعٌ من أنواع اليمين إلا أنها مختصة في مجلس القضاء، وقد جاء الدليل الخاص أيضاً في إثباتها كما في حديث: «اليمين على المدعى عليه»⁽⁴⁾، ونظائره.

وهذه اليمين القضائية تنقسم عند القانونيين إلى قسمين :

"الأول : اليمين الحاسمة : هي التي يوجهها أحد الخصمين إلى الآخر كدليل قاطع في الدعوى، أو التي يوجهها الخصم لخصمه عند عجزه عن إثبات حقه؛ حسماً للنزاع، وتكون هذه اليمين عند فقد الأدلة في الدعوى، فهي الدليل الكامل بالاحتكام إلى ذمة المخلف وضميره، وتوجه اليمين الحاسمة في كل دعوى صحيحة بطلب الخصم، ويجوز ردها إلى الخصم الآخر"⁽⁵⁾.

وهذه اليمين تشبه عند الفقهاء اليمين الأصلية وهي التي تكون من جهة المدعي، واليمين المردودة⁽⁶⁾.

(1) انظر: البيان في مذهب الأمام الشافعي للعمري (483/10)، والمغني لابن قدامة (487/9)، وكشاف القناع للمهوتي (228/6).

(2) انظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد الزحيلي (319/1)، واليمين القضائية، دراسة = مختصرة في ضوء نظام المرافعات الشرعية، مقال منشور في جريدة الرياض - العدد (14081)، للباحث: سعيد الحريسن، وأنواع اليمين القضائية، بحث منشور على موقع محاماة نت، للباحث: يارا الشريبي.

(3) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية (319/1)، وبنحوه عرفها الشيخ عبد الله بن خنين في الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي (557/1)، وانظر أيضاً: اليمين القضائية، دراسة فقهية مقارنة، للدكتور: محمد عبد الله محمد، بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد الخامس عشر من العدد الثلاثين (ص: 83).

(4) متفق عليه، وسيأتي تخريجه في (ص: 11).

(5) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية (365/1)، وانظر: أنواع اليمين القضائية للباحث: يارا الشريبي.

(6) انظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية (366/1)، وتوجيه اليمين على الشخصية الاعتبارية للدكتور: عبد العزيز الدغيثر (ص: 15).

"الثاني: اليمين المتممة: هي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصمين؛ ليتم اقتناعه في موضوع الدعوى، ويرجح بها دليلاً على الآخر، ويصدر حكمه بعد ذلك، ولهذا سميت متممة، وقيمة هذه اليمين محدودة في الإثبات، فلا يلتزم القاضي بتوجيهها إذا طلبها أحد الخصمين، كما لا يلتزم بموجبها بعد أدائها، ولا تعتبر دليلاً مستقلاً في الدعوى، بل تكمل الأدلة المقدمة"⁽¹⁾.

وهذه اليمين لا توافق اليمين المكملة أو المتممة التي يذكرها الفقهاء؛ فتلك يمينٌ يكملُ بها بينة المدعى كما في اليمين مع الشاهد الواحد، وحينئذٍ تكون مؤثرة في الحكم، أما اليمين المتممة عند القانونيين فهي شبيهة بيمين الاستظهار عند الفقهاء والتي تكون للاحتياط مع بينة المدعي التامة، حين يستريب القاضي بتلك البينة⁽²⁾.

وتنقسم اليمين القضائية عند الفقهاء إلى قسمين:

الأول: يمين المدعى عليه، وهي التي يوجهها القاضي إلى المدعى عليه بناء على طلب المدعي، وهذه اليمين محل اتفاق عند الفقهاء في العمل بها⁽³⁾.

الثاني: يمين المدعي، وهي على أنواع:

1- اليمين المكملة للنصاب، والتي تكون مع الشاهد الواحد.

2- اليمين المردودة على المدعي إذا نكل المدعى عليه.

3- اليمين التي تكون من المدعين في القسامة.

4- اليمين التي تكون من المدعي مع بينته التامة احتياطاً، وتسمى يمين الاستظهار، كما يسميها بعض الفقهاء: يمين الإبراء، ويمين الاستيثاق، ويمين القضاء⁽⁴⁾.

وهذه اليمين (التي تكون من جهة المدعي) هي التي وقع الخلاف فيها بين الفقهاء، ومحل خلافهم إنما هو في توجيه اليمين إلى المدعي وإثبات الحق له بذلك، وحينئذٍ يكون الخلاف في الأنواع الثلاثة الأولى؛ لأن الرابعة يمينٌ وضعت للاستظهار والاحتياط، وفي المبحثين الآتين دراسة لخلاف الفقهاء في اليمين التي توجه للمدعي ويثبت له بها حقاً.

(1) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية (366/1)، وانظر: أنواع اليمين القضائية للباحث: يارا الشريبي.

(2) انظر: وسائل الإثبات (366/1)، وتوجيه اليمين على الشخصية الاعتبارية (ص: 15)، واليمين القضائية (ص: 84)، والكاشف (560/1).

(3) انظر: الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (212/4)، ووسائل الإثبات في الشريعة (357/1)، وانظر أيضاً حاشية رقم: (2) في (ص: 11).

وهذه اليمين تسمى اليمين الأصلية؛ لأنها المتبادرة إلى الذهن في الأيمان القضائية، واليمين الدافعة؛ لأنها تدفع عن المدعى عليه، واليمين الرافعة؛ لأنها ترفع الخصومة، واليمين الواجبة؛ لوجوبها على المدعى عليه بطلب المدعي، كما جاء في الحديث: «اليمين على المدعى عليه». انظر: وسائل الإثبات (357/1)، واليمين القضائية (ص: 84).

(4) اليمين القضائية (ص: 84)، وانظر: توجيه اليمين على الشخصية الاعتبارية (ص: 9).

المطلب الرابع: تعريف المدعي والمدعى عليه:

أما في اللغة فمرد المدعي والمدعى عليه إلى الدعوى، والدعوى لغة: "قولٌ يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره". فالمدعي حينئذ هو المخاصم، والمدعى عليه هو المخاصم⁽¹⁾.

وأما في الاصطلاح فقد اختلف الفقهاء في تعيين المدعي والمدعى عليه، وكثر كلامهم في هذا؛ لما يترت على تعيين المدعي والمدعى عليه من أثر في الدعوى والحكم⁽²⁾، وقد عرف الحنفية المدعي بأنه "من إذا ترك الخصومة لم يُجبر". والمدعى عليه بأنه "من يجبر على الخصومة"⁽³⁾.

وأما المالكية فعرفوا المدعي بأنه "من كان قوله أضعف؛ لخروجه عن معهود أو لمخالفة أصل؛ لأن الأصل براءة الذمة". والمدعى عليه بأنه "من كان قوله على وفق أصل أو عرف"⁽⁴⁾.

وأما الشافعية فذكروا أن المدعي هو "من خالف قوله الظاهر". والمدعى عليه "من يوافق قوله الظاهر"⁽⁵⁾.

وأما الحنابلة فعرفوا المدعي بأنه "من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه، وإذا سكت عن الطلب ترك". والمدعى عليه بأنه "الذي يطالبه غيره بحق يذكر استحقاقه عليه، وإذا سكت عن الجواب لم يترك"⁽⁶⁾.

(1) انظر: أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء للرومي الحنفي (ص: 90)، والمعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية بالقاهرة (278/1)، والقاموس الفقهي للدكتور سعدي أبو حبيب (ص: 131).

(2) في الموسوعة الفقهية الكويتية (272/20): "اجتهد الفقهاء في وضع الضوابط التي تعين القضاة على معرفة المدعي والمدعى عليه في أية خصومة، واختلفوا في ذلك، ويمكن حصر أقوالهم في هذه المسألة في اتجاهين:

الاتجاه الأول: ما ذهب إليه جمهور فقهاء المالكية والشافعية، واعتمدوا فيه على النظر إلى جنبة كل من الطرفين المتنازعين: فمن كانت جنبته قوية بشهادة أي أمر مصدق لقوله كان هو المدعى عليه والآخر مدعياً، ومع اتفاق أصحاب هذا الاتجاه على هذا الأصل إلا أنهم اختلفوا في تفسير الأمر المصدق الذي إذا تجرد عنه قول أحد المتخاصمين كان هو المدعي، فتباينت -بناء على ذلك- تعريفاتهم للمدعي والمدعى عليه.

=

الاتجاه الثاني: ما ذهب إليه معظم فقهاء الحنفية وبعض فقهاء المذاهب الأخرى، وهو تعريف المدعي بأنه: من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، والمدعى عليه من إذا تركها يجبر عليها. ومثله قول الحنابلة إلا أنهم ذهبوا إلى اشتقاق تعريف المدعي والمدعى عليه من تعريف الدعوى نفسها: فالمدعي -عندهم- هو منشئ الدعوى، والمدعى عليه هو من توجهت ضده الدعوى".

(3) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (224/6)، وحاشية ابن عابدين (542/5).

(4) انظر: الفروق للقرافي (3/150، 185) و(74/4)، والقوانين الفقهية لابن جزي (ص: 197).

(5) انظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج للهيتمي (293/10)، ومغني المحتاج في شرح المنهاج للشربيني (404/6).

(6) انظر: الإنصاف للمرداوي (369/11)، وكشاف القناع للبهوتي (384/6).

المبحث الأول: وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تحرير محل الخلاف في توجيه اليمين إلى المدعي وبيان سببه:

- تحرير محل الخلاف في المسألة:

اتفق الفقهاء على أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، فالمطالب بالبينة ابتداءً هو المدعي، فإن لم يكن معه بينة أو كانت بينته ناقصة ولم يكن في جانبه ما يقوي دعواه: فالمطالب باليمين هو المدعى عليه.

فإذا وُجد في جانب المدعي سبب يقويه⁽¹⁾، فقد اختلف الفقهاء حينئذٍ في توجيه اليمين إليه، والقضاء له بذلك⁽²⁾.

- سبب الخلاف في هذه المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة بناء على اختلافهم في حديث: «البينة على من المدعي، واليمين على من أنكر»⁽³⁾. هل هو عام، فتكون اليمين في جانب المدعى عليه في كل حال، ولا تكون في جانب المدعي بحال، أم أن

(1) من قرينة كاللوث أو نكول أو شاهدي. انظر: المقدمات الممهدة لابن رشد الجد (192/2).

(2) انظر: المقدمات الممهدة لابن رشد (192/2)، والإجماع لابن المنذر (ص: 65)، ونهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (89/19)، والمغني لابن قدامة (134/10)، وإعلام الموقعين لابن القيم (188/2)، وجامع العلوم والحكم لابن رجب (231/2)، وانظر أيضاً المراجع الآتية لكل مذهب.

(3) رواه بهذا اللفظ البيهقي في سننه الكبرى في كتاب الدعوى والبيئات، باب: البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه (426/10)، من طريق عبد الله بن إدريس قال: حدثنا ابن جريج وعثمان بن الأسود، عن ابن أبي مليكة، عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً بلفظ: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه»، ورواه أيضاً من طريق الوليد بن مسلم قال: حدثنا ابن جريج، عن ابن أبي مليكة به بلفظ: «ولكن البينة على الطالب، واليمين على المطلوب». هكذا رواه ابن إدريس والوليد بن مسلم عن ابن جريج، وقد ذكر البيهقي أن رواية الجماعة عن ابن جريج في هذا الحديث بلفظ: «ولكن اليمين على المدعى عليه». قلت: وهي رواية = البخاري في كتاب التفسير، باب: تفسير سورة آل عمران (1656/4) برقم: (4277)، ومسلم في كتاب الأفضية، باب: اليمين على المدعى عليه (1336/3) برقم: (1711)، وابن ماجه في كتاب الأحكام، باب: البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه (778/2)، برقم: (2321)، جميعهم من طريق ابن جريج، عن ابن أبي مليكة به بلفظ: «اليمين على المدعى عليه». وليس فيه: «البينة على المدعي».

ورواه البيهقي أيضاً بلفظ: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه» من طريق يوسف الفريابي، عن سفيان الثوري، عن نافع بن عمر، عن ابن أبي مليكة، عن ابن عباس مرفوعاً، ولم يروه من هذا الطريق عن سفيان إلا الفريابي، ولذا قال البيهقي عقبه: "وهو غريبٌ بهذا الإسناد، قال أبو القاسم (يعني: الطبراني صاحب المعجم): لم يروه عن سفيان إلا الفريابي". وذكر البيهقي أن رواية الجمهور عن نافع بن عمر الجمحي ليس فيها هذه الزيادة: «البينة على المدعي». قلت: وهي رواية البخاري في كتاب الشهادات، باب: اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود (949/2)، برقم: (2524)، ومسلم في كتاب الأفضية، باب: اليمين على المدعى عليه (1336/3)، برقم: (1711)، وأبو داود في كتاب الأفضية، باب: اليمين على المدعى عليه (311/3)، برقم: (3619)، والترمذي في أبواب الأحكام، باب: ما جاء في أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه (19/3)، برقم: (1342)، والنسائي في كتاب آداب القضاة، باب: عظة الحاكم على اليمين (248/8)، برقم: (5425)، جميعهم من طريق نافع بن عمر، عن ابن أبي مليكة به بلفظ: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم باليمين على المدعى عليه. وليس فيه: «البينة على المدعي». والذي يظهر من جميع ما سبق أن إسناد هذه الزيادة (وهي قوله: «البينة على المدعي») في حديث ابن عباس محلٌّ نظرٍ من حيث الصحة والثبوت، والأقرب عدم صحتها: لمخالفة من رواها لرواية الجماعة، وقد عرض عنها البخاري ومسلم وكذا أصحاب السنن، وتفرد بها البيهقي، وهذا مما يقوي تضعيفها، والله أعلم.

وقد جاء في معنى هذا الحديث عدة أحاديث بأسانيد ضعيفة، إلا أن الأئمة اتفقوا على القول بمعناها، وقد نقل إجماعهم على ذلك ابن المنذر في إجماعاته (ص: 65)، وقال الترمذي: "والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم: أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه". السنن (19/3).

الحديث ليس عاماً، وأن المراد به المدعي المعهود، وهو من لا حجة معه سوى الدعوى، وليس معه حجة تقوي جانبه وسبب يدل على صدقه، وأن النبي ﷺ إنما جعل اليمين في جانب المدعى عليه لأن جانبه في الغالب هو الأقوى؛ لأن الأصل معه، فتكون اليمين حينئذ في أقوى المتداعيين جهةً، ولا يلزم كونها في جانب المدعى عليه بكل حال.

وقد نص ابن رشد المالكي - رحمه الله - على هذا السبب فقال: "وأما الأيمان فإنهم اتفقوا على أنها تبطل بها الدعوى من المدعى عليه إذا لم تكن للمدعي بينة، واختلفوا هل يثبت بها حق المدعي؟، فقال مالك: يثبت بها حق المدعي في إثبات ما أنكره المدعى عليه، وإبطال ما ثبت عليه من الحقوق، إذا ادعى الذي ثبت عليه إسقاطه في الموضوع الذي يكون المدعي أقوى سبباً وشبهه من المدعى عليه. وقال غيره: لا تثبت للمدعي باليمين دعوى، سواء أكانت في إسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه، أو إثبات حق أنكره فيه خصمه. وسبب اختلافهم: ترددهم في مفهوم قوله - عليه الصلاة والسلام -: «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر» هل ذلك عام في كل مدعى عليه ومدع، أم إنما خص المدعي بالبينة والمدعى عليه باليمين لأن المدعي في الأكثر هو أضعف شبهة من المدعى عليه، والمدعي بخلافه؟" (1).

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة:

إذا تبين أن اختلاف الفقهاء في المسألة مبني على اختلافهم في عموم حديث: «اليمين على من أنكر»، فإن الأولى - قبل الخوض في حكم المسألة - دراسة سبب اختلافهم، ثم بيان أثره على حكم المسألة.

وقد اختلف الفقهاء في عموم الحديث على قولين:

القول الأول: أن الحديث عام لكل مدعٍ. وهو مذهب الحنفية (2).

القول الثاني: أن الحديث ليس عاماً في كل مدعٍ، وأنه مخصوص ببعض الصور. وهو مذهب المالكية (3) والشافعية (4) والحنابلة (5).

أدلة القول الأول:

1- قوله ﷺ: «اليمين على من أنكر».

وجه الدلالة منه على عمومته من وجهين:

وقال === ابن رجب: "وقد استدلت الأمام أحمد وأبو عبيد أن النبي ﷺ قال: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر». وهذا يدل على أن هذا اللفظ عندهما صحيح محتج به، وفي المعنى أحاديث كثيرة". جامع العلوم (227/2). وانظر أيضاً: شرح مشكل الآثار للطحاوي (331/11).

(1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (2303/4).

(2) المبسوط للرخسي (29/17)، وبدائع الصنائع (225/6)، والهداية في شرح البداية للمرغيناني (155/3).

(3) الذخيرة للقرافي (7/11 و76)، وانظر: القوانين الفقهية لابن جزي (ص: 458).

(4) الأم للشافعي (13/7)، والحاوي الكبير للماوردي (139/17 و146).

(5) شرح الزركشي على مختصر الخري (198/6)، وكشاف القناع للبهوتي (355/6).

الوجه الأول: أن النبي ﷺ جعل كل جنس اليمين حجة المدعى عليه؛ لأنه ﷺ ذكر اليمين بلام التعريف، فيقتضي استغراق كل الجنس، وهو دالٌّ على عموم كون اليمين حجة المدعى عليه في كل حال، فلو جعلت حجة للمدعي لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعى عليه⁽¹⁾.

ونوقش بأن الألف واللام لا تعطي الاستغراق مطلقاً، بل هي للمعهود السابق، والمعهود السابق ها هنا هي اليمين المعتادة في العادة⁽²⁾.

الوجه الثاني: أن النبي ﷺ أطلق إيجاب اليمين على المدعى عليه، ولو جعلت حجة للمدعي لم تبق واجبة على المدعى عليه، فدل على أن عموم كون اليمين على المدعى عليه، وأنها لا تكون للمدعي⁽³⁾.

ويناقش بأن جعل اليمين على من أنكر هذا من حيث الأصل إذا لم يكن مع المدعي إلا مجرد الدعوى، وأما حين يقوى جهة أحدهما فتكون اليمين في جنبته⁽⁴⁾.

2- عن أبي أمامة ؓ أن رسول الله ﷺ قال: «من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار، وحرّم عليه الجنة»⁽⁵⁾.

وعن الأشعث بن قيس ؓ قال: كان بيني وبين رجل خصومة في شيء، فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ فقال: «شاهدك أو يمينه». فقلت له: إنه إذن يحلف ولا يبالي. فقال النبي ﷺ: «من حلف على يمين يستحقّ بها مالا وهو فيها فاجرٌ لقي الله وهو عليه غضبان». فأنزل الله تصديق ذلك. ثم اقترأ هذه الآية: (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً) إلى قوله: (ولهم عذاب أليم)⁽⁶⁾.

وجه الدلالة منها من وجهين:

الوجه الأول: أن ظاهر هذه الآية والآثار تدل على عموم كون اليمين على من أنكر لكل مدعى عليه؛ لأنها دالة على عدم استحقاق أحد بيمينه مالا هو في الظاهر لغيره ولولا يمينه لم يستحقه، وفي هذا دلالة على أن الأيمان ليست موضوعة للاستحقاق وإنما وضعت لإسقاط الخصومة، وهذا يجعل اليمين في جانب المدعى عليه، وأنها لا تكون في جانب المدعي بحال⁽⁷⁾.

(1) انظر: البدائع (224/6)، والاختيار لتعليق المختار للموصلي (109/2)، والبنية شرح الهداية للعيني (324/9).

(2) تقويم النظر في مسائل خلافة ذائعة لأبي شجاع ابن الدهان (117/5).

(3) انظر: بدائع الصنائع (224/6).

(4) انظر: النوادر والزيادات لابن أبي زيد القيرواني (51/9)، والاستذكار لابن عبد البر (115/7)، والذخيرة (76/11)، والحاوي الكبير (300/17)، وإعلام الموقعين (188/2).

(5) رواه مسلم في كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار (122/1) برقم: (137).

(6) رواه البخاري في كتاب الشهادات، باب: اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود (949/2) برقم: (2525)، ومسلم في كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار (122/1) برقم: (138).

(7) انظر: أحكام القرآن للجصاص (299/2).

الوجه الثاني: أن النبي ﷺ في قوله: «شاهدك أو يمينه» جعل اليمين في جانب المدعى عليه، ولم يقل: شاهدك أو يمينك. فدلّ على عموم كون اليمين في جانب المدعى عليه، وأنها لا تكون في جانب المدعي⁽¹⁾.

وتناقش هذه الأدلة بما سيأتي من أدلة تخصص عمومها، وتدلل على أن الأيمان مثبتة للحقوق، كما أنها مسقطّة للخصومة.

أدلة القول الثاني :

1- الأدلة الدالّة على إثبات اليمين في جهة المدعي، ومنها :

أ- قوله تعالى : (أو يخافوا أن ترد أيمان بعد أيمانهم)⁽²⁾.

وجه الدلالة : أن في هذه الآية نقل اليمين من جهة المدعى عليه وجعلها في جانب المدعي⁽³⁾.

ب- عن سهل بن أبي حثمة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال للأَنْصار في دعوى القتل على يهود خيبر: «تخلفون وتستحقون قاتلكم أو صاحبكم؟». قالوا: وكيف نخلف ولم نشهد ولم نر؟. قال: «فتبرئكم يهود بخمسين»⁽⁴⁾.

وجهه: أن النبي ﷺ جعل اليمين في القسامة في جهة المدعي؛ لوجود ما يقوي جانبه وهو اللوث، فدلّ حديث القسامة على عدم عموم: «اليمين على من أنكر»⁽⁵⁾.

ويؤيد ذا: ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن النبي ﷺ قال: «البينة على من المدعي، واليمين على من أنكر، إلا في القسامة»⁽⁶⁾. وهذا نصٌّ على تخصيص القسامة من عموم الحديث⁽⁷⁾.

ونوقش هذا من وجهين:

⁽¹⁾ انظر: الاختيار لتعليل المختار (109/2).

⁽²⁾ سورة المائدة، آية: (108).

⁽³⁾ انظر: الذخيرة (76/11)، والحاوي الكبير (139/17)، وجامع العلوم والحكم (238/2).

⁽⁴⁾ رواه البخاري في أبواب الجزية والموادعة، باب الموادعة والمصالحة مع المشركين بمالٍ وغيره، وإثم من لم يف بالعهد (1158/3) برقم: (3002)، ومسلم في كتاب القسامة والمحاربين، باب القسامة (1291/3) برقم: (1669)، وقد ضعف بعض فقهاء الحنفية حديث سهل بن أبي حثمة في توجيه اليمين إلى المدّعين، انظر المبسوط للسرخسي (109/26)، وانظر حاشية رقم: (1)، في الصفحة التالية.

⁽⁵⁾ انظر: الذخيرة (76/11)، ومختصر المنزي (418/8)، والحاوي الكبير (139/17)، وجامع العلوم والحكم لابن رجب (231/2).

⁽⁶⁾ رواه الدارقطني في سننه في كتاب الحدود والديات (114/4) برقم: (3191)، والبيهقي في سننه الكبرى في كتاب القسامة، باب أصل القسامة والبداية فيها مع اللوث بأيمان المدعي (213/8) برقم: (16445)، من طريق مسلم بن خالد الزنجي، عن ابن جريج، عن عمرو بن شعيب به، والزنجي ضعيف، وقد خالفه من هو أوثق منه، فرواه عبد الرزاق وغيره عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب مرسلًا، وقد اختلف على الزنجي فيه أيضاً: فرؤي عنه هكذا، وروي عنه عن ابن جريج عن عطاء عن أبي هريرة رضي الله عنه، كما في سنن الدارقطني (114/4) برقم: (3191)، فالحديث مضعف، وقد ذكر ابن عبد البر أن إسناده فيه لين، وذكر العيني فيه خمس علل، انظر: التمهيد لابن عبد البر (205/23)، والبدر المنير لابن الملقن (513/8)، والتلخيص الحبير لابن حجر (107/4)، وعمدة القاري في شرح صحيح البخاري للعيني (60/24).

⁽⁷⁾ انظر: الحاوي الكبير (6/13)، والمغني (499/8).

أولهما: أن اليمين في القسامة إنما تكون في جانب المدعى عليه؛ لما جاء في بعض روايات حديث سهل بن أبي حثمة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل البينة على المدعى، واليمين على المدعى عليهم⁽¹⁾، فحديث القسامة حينئذٍ موافق لحديث: «البينة على من المدعي، واليمين على من أنكر» ودالٌّ على عمومته.

وأجيب بأن الرواية في توجيه اليمين إلى المدعى عليه في القسامة ضعفها الأئمة، وأن الرواية في عرض اليمين على المدعى أصح وأشهر.

ثانيهما: أن حديث: «البينة على من المدعي، واليمين على من أنكر، إلا في القسامة» ضعيف لا يثبت.

ج- حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - في قصة الزوجين المتلاعنين⁽²⁾.

وجه الدلالة منه: أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل اليمين في جانب المدعي وهو الزوج، وهذا دالٌّ على عدم عموم كون اليمين في جانب المدعى عليه⁽³⁾.

ونوقش بأن اللعان ليس يميناً.

ويجاب بأن في قوله صلى الله عليه وسلم: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»⁽⁴⁾ دلالة على أن اللعان يمين⁽⁵⁾.

وقد يُرد عليه بأن الحديث بهذا اللفظ فيه ضعف.

(1) رواه البخاري في كتاب الديات، باب القسامة (2528/6) برقم: (6502) من طريق سعيد بن عبيد، عن بشير بن يسار، عن سهل رضي الله عنه به، ورواه مسلم -مختصراً- دون ذكر الشاهد هنا، ولم يُتمه- في كتاب القسامة والمحارِبين والقصاص والديات، باب القسامة (1294/3) برقم: (1669)، وقد أعلَّ الحَقَّاطُ رواية سعيد بن عبيد هذه، وقد خالف فيها يحيى بن سعيد الأنصاري؛ حيث رواه يحيى باللفظ المشهور وفيه عرض اليمين على المدعي، قال الحافظ ابن رجب مبيِّناً إعلال الأئمة لرواية سعيد بن عبيد: "ولكن هذه الرواية تُعارض رواية يحيى بن سعيد الأنصاري، عن بشير بن يسار، عن سهل بن أبي حثمة، وهذه (يعني: رواية يحيى بن سعيد وفيها عرض اليمين على المدعي) هي الرواية المشهورة الثابتة المخرجة بلفظها بكما لها في الصحيحين، وقد ذكر الأئمة الحفاظ أن رواية يحيى بن سعيد أصح من رواية سعيد بن عبيد الطائي؛ فإنه أجل وأعلم وأحفظ، وهو من أهل المدينة، وهو أعلم بحديثهم من الكوفيين، وقد ذكر الأمام أحمد مخالفة سعيد بن عبيد ليحيى بن سعيد في هذا الحديث، فنفض يده وقال: ذلك ليس بشيء، رواه على ما يقول الكوفيون. وقال: أذهب إلى حديث المدنيين يحيى بن سعيد. وقال النسائي: لا نعلم أحداً تابع سعيد بن عبيد على روايته عن بشير بن يسار. وقال مسلم في كتاب التمييز: لم يحفظه سعيد بن عبيد على وجهه؛ لأن جميع الأخبار فيها سؤال النبي صلى الله عليه وسلم إياهم قسامة خمسين يميناً، وليس في شيء من أخبارهم أن النبي صلى الله عليه وسلم سألهم البينة، وترك سعيد القسامة، وتواطؤ الأخبار بخلافه، يقضي عليه بالغلط، وقد خالفه يحيى بن سعيد. وقال ابن عبد البر في رواية سعيد بن عبيد: هذه رواية أهل العراق عن بشير بن يسار، ورواية أهل المدينة عنه أثبتت، وهم به أقعد، ونقلهم أصح عند أهل العلم". اهـ ثم ذكر ابن رجب أن سعيد بن عبيد اختصر قصة القسامة. جامع العلوم والحكم (232/2).

فائدة: قال ابن عبد البر في الاستذكار (197/8) عن حديث سهل بن أبي حثمة رضي الله عنه في القسامة: "وما أعلم في شيء من الأحكام المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم من الاضطراب والتضاد ما في هذه القصة؛ فإن الآثار فيها متضادة متدافعة وهي قصة واحدة، وفي مذاهب العلماء من الاختلاف في القسامة وما يوجبها، والأيمان فيها ومن يبدؤوا بها، وهل يجب بها القود أو لا يستحق بها غير الدية، وفي من أثبتها وذهب فيها إلى بعض الوجوه التي ذكرنا ومن نفاها جملة ولم يرها، ولهم في ذلك من التنازع ما يضيق بهذبه وتلخيص وجوبه كتاب فضلاً عن أن يجمع في باب".

(2) حديث المتلاعنين رواه البخاري في كتاب الطلاق، باب إحلل الملاعن (53/7)، ومسلم في كتاب اللعان (1130/2) برقم: (1493)، وتفصيل الشهادات فيه والبدء بالزوج بها عند مسلم في الموضع السابق.

(3) انظر: الحاوي الكبير (6/13)، والمغني (10/134).

(4) رواه بهذا اللفظ أحمد في مسنده (36/4) برقم: (2132)، وأبو داود في سننه في كتاب الطلاق، باب اللعان (276/2) برقم: (2256)، وفي إسناده عباد بن منصور، متكلم فيه، والحديث في البخاري (4747) بلفظ: «لولا ما مضى من كتاب الله». انظر: تهذيب التهذيب لابن حجر (104/5).

(5) انظر: الحاوي الكبير (6/13).

2- عن زيد بن ثابت -رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ قال: «من طلب طلبه بغير بينة، فال المطلوب أولى باليمين من الطالب»⁽¹⁾.

وجه الدلالة من هذا الخبر: أن قوله ﷺ: «أولى». يستعمل حقيقةً في الاشتراك فيما يترجح أحدهما على الآخر، فلو لم يكن للطالب حقٌّ في اليمين لما جعل المطلوب أولى منه⁽²⁾، فدلَّ هذا على جواز كون اليمين في جانب المدعي، وعدم عموم الحديث.

ويناقش بأن إسناد هذا الحديث فيه مقال.

3- ومن حيث المعنى على عدم جعل اليمين في جانب المدعي عليه بكل حال:

أ- أن المدعي عليه لم يكن القول قوله من أجل أنه مدعى عليه، والمدعي لم يكلف إقامة البينة على دعواه من أجل أنه مدع؛ إذ ليست الأحكام للأسماء إنما هي للمعاني، فالمعنى الذي من أجله وجب على المدعي إقامة البينة على دعواه هو تجرد دعواه عن سبب يدل على صدقه فيما يدعيه، فإن كان له سبب يدل على تصديق قوله أقوى من سبب المدعي عليه كانت اليمين في جانبه دون المدعي عليه⁽³⁾.

ب- أن يمين المدعي عليه حجة له في النفي، كما أن بينة المدعي حجة له في الإثبات، فلما كان ترك المدعي لحجته موجباً للعدول إلى يمين المدعي عليه، وجب أن يكون ترك المدعي عليه لحجته موجباً للعدول إلى يمين المدعي⁽⁴⁾، فدلَّ هذا على جواز كون اليمين في جانب المدعي، وأن الحديث ليس عاماً في كل مدعٍ.

الترجيح:

يظهر مما سبق أن قول المالكية والشافعية والحنابلة بعدم عموم الحديث لكل مدعٍ، وأنه مخصوصٌ ببعض الصور: أقوى دليلاً وأرجح تعليلاً، وبه تتفق أدلة الباب؛ فقد جاء في بعضها جعل اليمين في جانب المدعي عليه كما في حديث عبد الله بن عباس والأشعث بن قيس ﷺ وغيرهما، وجاء في بعضها توجيه اليمين إلى المدعي كما في قصة القسامة -على الرواية الراجحة المتفق على صحتها- وكما في اللعان، وإعمال جميع أدلة الباب أولى من إهمال بعضها.

وأما أدلة الحنفية فهي لا تخلو أن تكون صحيحةً عامةً غيرَ صريحة، أو تعليقات محل مناقشة، والله تعالى أعلم.

(1) رواه الدارقطني في سننه في كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك، باب: كتاب عمر ﷺ إلى أبي موسى الأشعري (391/5)، برقم: (4513)، من طريق حميد بن هلال،

عن زيد ﷺ به، قال ابن رجب: "واسناده ثقات، إلا أن حميد ابن هلال ما أظنه لقي زيد بن ثابت". جامع العلوم والحكم (229/2).

(2) الحاوي الكبير (139/17).

(3) المقدمات الممهديات لابن رشد (190/2)، وانظر: جامع العلوم والحكم (231/2).

(4) انظر: الذخيرة (76/11)، والحاوي الكبير (139/17).

المطلب الثالث: بيان ثمره الخلاف السابق في عموم الحديث⁽¹⁾

تبيّن مما سبق أن سبب اختلاف الفقهاء في توجيه اليمين إلى المدعي عائداً إلى اختلافهم في حديث: «اليمين على من أنكر» أهو عامٌ لكل مدعٍ غير مخصوص، أم هو مخصوصٌ ببعض الصور، وأنه في المدعي المعهود الذي تجردت دعواه عن سببٍ يقويها؟ وبناءً على اختلافهم هذا اختلفوا في توجيه اليمين إلى المدعي وإثبات حقه بها:

فمن قال بعموم الحديث: ذهب إلى أن اليمين لا توجه إلى المدعي، ولا يثبت له بها حقاً، ومن قال بعدم عمومه وأن الحديث مخصوصٌ: ذهب إلى صحة توجيه اليمين إلى المدعي، وثبت الحق بها⁽²⁾.

وفي الجملة⁽³⁾ فقد ذهب الحنفية إلى الأول، وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى الثاني، وسيأتي بيان ذلك.

ويظهر مما سبق ويأتي أن الخلاف السابق خلافٌ في أصل مؤثر في مسائل هذا الباب والتي منها: توجيه اليمين إلى المدعي إذا قوي جانبه بسببٍ أو قرينة كما في اللوث في القسامة، وكما في الشاهد الواحد، ومنها: توجيه اليمين إلى المدعي بعد نكول المدعى عليه.

وقد ذهب الحنفية إلى عدم توجيه اليمين إلى المدعي في تلك الصور والمسائل؛ بناءً على قولهم في عموم الحديث.

قال السرخسي عقب ذكره للحديث: "وفيه دليلٌ على أن حبس البيّنات في جانب [المدّعين]⁽⁴⁾؛ لإدخال الألف واللام في البيّنة، فلا تبقى بيّنة في جانب المدعى عليه؛ لأن مطلق التقسيم يقتضي انتقاء مشاركة كل واحد منهما عن قسم صاحبه، ويدل على أن جنس الأيمان في جانب المدعى عليه ولا يمين في جانب المدعي، فيكون دليلاً لنا في أنه لا يرد اليمين على المدعي عند نكول المدعى عليه، وهكذا ذكره عن إبراهيم -رحمه الله- في الكتاب فقال: كان لا يرد -يعني عملاً بالحديث-، كان لا يرد اليمين، ويكون حجة لنا في أنه لا يجوز القضاء بشاهد واحد مع يمين المدعي؛ إذ لا يمين في جانب المدعي، ولأنه جعل الفاصل للخصومة سببين: بيّنة في جانب المدعي، ويمينا في جانب المدعى عليه، والشاهد واليمين ليست بيّنة ولا يمين المدعى عليه، فيكون إثبات طريق ثالث وهو مخالفٌ لهذا الحديث"⁽⁵⁾. وكذا استدلوا بهذا الحديث على عدم توجيه اليمين إلى المدّعين في القسامة⁽⁶⁾.

وأما المالكية فقد ذهبوا إلى صحة توجه اليمين إلى المدعي في تلك المسائل؛ وأن الحديث مخصوصٌ بها.

(1) قد يلاحظ كثرة النقل في هذا المبحث، وهو أمرٌ مقصودٌ؛ لبيان أثر الخلاف السابق في المسائل المذكورة هنا، وتقريره من خلال كلام فقهاء كل مذهب في كل مسألة، وقد حرصت أن يكون النقل عن فقهاء المذهب الواحد متغيراً مما يكون فيه فائدة زائدة عن غيره في ذات المذهب.
(2) قال ابن رشد بعد بيانه سبب اختلافهم السابق: "فمن قال: هذا الحكم عامٌ في كلّ مدعٍ ومدعى عليه ولم يُرد بهذا العموم خصوصاً قال: لا يثبت باليمين حق، ولا يسقط به حق ثبت. ومن قال: إنما خصّ المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو أقوى شبهة قال: إذا اتفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدعي أقوى يكون القول قوله". بداية المجتهد (2303/4).

(3) على خلاف بينهم في بعض تفاصيل المسائل.

(4) جمع مدعٍ، وفي المطبوع: (المدعيين)، ولعل الأصح ما أثبت، والله أعلم.

(5) المبسوط (28/17)، وانظر أيضاً: بدائع الصنائع (224/6)، والهداية في شرح البداية (155/3)، والاختيار لتعليق المختار (109/2)، والبنية شرح الهداية (324/9)، وتكملة فتح القدير (170/8).

(6) انظر: بدائع الصنائع (289/7)، والهداية في شرح البداية (497/4)، والاختيار لتعليق المختار (54/5)، والبنية شرح الهداية (329/13).

قال ابن رشد الجدل - بعد أن بين المعنى الذي من أجله جعلت اليمين في جهة المدعى عليه وهو وجود ما يقوي جانبه، ثم بين أن وجود ذلك المعنى في أحد المتداعيين هو المؤثر فيمن توجه إليه اليمين، لا مجرد كونه مدعياً أو مدعى عليه، وأن العبرة بالمعاني لا بالأسماء-: "والأصل في هذا أن المبدأ باليمين من المتداعيين هو من كان منهما أشبه بالدعوى بسبب يدل على تصديقه، كان المدعي أو المدعى عليه". ثم قال: "يتبين بهذا الذي قلناه أن قول النبي ﷺ: «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر» عام في جميع الدعاوى من الأموال والدماء وغير ذلك، وخاص فيما تجردت دعواه من المتداعيين عن سبب يدل على صدق قوله"⁽¹⁾.

وقال في القسامة: "والحجة في السنة لا فيما خالفها، والصحيح منها تبديئة رسول الله ﷺ أولياء القتيل بالأيمان على ما رواه مالك - رحمه الله -، وقول من قال: إن الحكم بالقسامة وتبديئة المدعين بها خلاف الأصول وخلاف ما ثبت من قول رسول الله ﷺ: «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر»، وقوله: «لو يعطى الناس بأيمانهم لادعى ناس دماء قوم وأموالهم» غير صحيح؛ لأننا لا نُبدي أولياء القتيل بالقسامة بمجرد دعواهم، وإنما يُحكم لهم بها إذا كان لهم دليل يغلب على الظن به صدق قولهم، فليس هذا خلافاً للأصول، بل هو مطابق لها، ولا يقول إنه خلاف لها إلا من لم يفهم المعاني ولا وقف على حقيقة الأصول؛ إذ ليس العلة في تبديئة المدعى عليه باليمين كونه مدعى عليه، ولو كان كذلك لما وُجد مدعى عليه إلا والقول قوله مع يمينه، ولا العلة في إيجاب البينة على المدعي كونه مدعياً، إذ لو كان كذلك لما وُجد مدعٍ إلا عليه إقامة البينة، وإنما العلة في كون المدعى عليه مصدقاً مع يمينه: أن له سبباً يدل على تصديقه...، وإذا كان لكل واحد من المتداعيين سببٌ يدل على تصديقه بُدئ باليمين من قوي سببه على سبب صاحبه، كمن ادعى على رجل أنه اشترى منه سلعة وأقام على ذلك شاهداً واحداً، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن سببه الدال على صدقه وهو الشاهد أقوى من سبب المدعى عليه وهو اليد...، فالأصل في جميع الأحكام والدعاوى أن يبدأ باليمين من يغلب على الظن صدقه كان مدعياً أو مدعى عليه...، فكذلك إذا غلب على الظن صدق دعوى ولاة المقتول بسبب يدل على ذلك، مثل السبب الذي حكم رسول الله ﷺ من أجله بالقسامة على أولياء المقتول أو ما أشبهه وجب الحكم بالقسامة والقود بها... وهذا السبب هو الذي يعبر عنه أصحابنا باللوث"⁽²⁾.

وقال ابن عبد البر في كلامه عن الحكم بالشاهد واليمين: "ومن حجة أبي حنيفة وأصحابه أن قالوا: اليمين إنما جعلت للنفي لا للإثبات، وإنما جعلها النبي ﷺ على المدعى عليه لا على المدعي. فالجواب عن ذلك: أن الوجه الذي منه علمنا أن رسول الله ﷺ جعل البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه من مثله علمنا أنه قضى باليمين مع الشاهد، وفيه الأسوة الحسنة"⁽³⁾.

وقال في رد اليمين على المدعي إذا نكل المدعى عليه: "ومن حجتهم أيضاً ليعني القائلين بعدم الرد: أن النبي ﷺ جعل البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، لا سبيل إلى نقل البينة إلى المدعى عليه، ولا إلى نقل اليمين إلى المدعي. قال أبو عمر: هذا لا يلزم؛ لأن النبي ﷺ هو الذي سنَّ ردَّ اليمين على المدعي في القسامة، واستعمال النصوص أولى من تأويل لم يتابع صاحبه عليه، وهذا قياسٌ صحيحٌ، وهو أصلهم جميعاً في القول بالقياس"⁽⁴⁾.

(1) المقدمات الممهدة (190/2)، وانظر أيضاً: النوادر والزيادات (162/8) و(51/9)، والاستذكار (115/7)، والذخيرة (76/11)، والقوانين الفقهية (ص: 458).

(2) المقدمات الممهدة (303/3).

(3) الاستذكار (113/7).

(4) الاستذكار (116/7).

وقال في القسامة: "أما الذين دفعوا القسامة جملةً وأنكروها ولم يقولوا بها، فإنما ردوها بأرائهم لخلافها للسنة، بخلاف هذه السنة المجتمع عليها عندهم «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه المنكر»، والاعتراض بهذا على ردّ القسامة فاسد؛ لأن الذي سنّ البينة على المدعي واليمين على المنكر في الأموال هو الذي خصّ هذا المعنى في القسامة وبينه لأمرته ﷺ" (1).

وكذا الشافعية ذهبوا إلى صحة توجيه اليمين إلى المدعي في تلك المسائل؛ وخصصوا الحديث بها.

قال الإمام الشافعي في محاجته للحنفية في بعض المسائل التي جعل فيها اليمين في جانب المدعي: "قال: فما تقول في: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه» أهي عامة؟ قلت: لا، ولكنها خاصة على بعض الأشياء دون بعض" (2). ثم ذكر القضاء باليمين مع الشاهد، وردّ اليمين في القسامة إلى المدعين، وقال: "وخالفنا في ردّ اليمين بعض الناس وقال: من أين أخذتموها؟ فحكيتُ له ما كتبت من السنة والأثر عن عمر وغيره مما كتبت، وقلت له: كيف لم تصر إلى القول بها مع ثبوت الحجج عليك فيها؟ قال: فإني إنما رددتها لأن النبي ﷺ قال: «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر»، وقاله عمر، فقلت له: وهذا على ما قال رسول الله ﷺ وروي عن عمر، وهو على خاص فيما بينه في كتاب الدعوى والبيّنات، فإن كانت بينة أعطي بها المدعي، وإذا لم تكن أحلف المدعى عليه، وليس فيما قال رسول الله ﷺ في اليمين على المدعى عليه أنه إن لم يحلف أخذ منه الحق، قال: فإني أقول هذا عامٌ ولا أعطي مدعيًا إلا ببينة ولا أبرئ مدعى عليه من يمين". إلى أن قال: "وقلت له: فالذي احتججت به عن رسول الله ﷺ وعن عمر في نقل الأيمان عن مواضعها التي ابتدئت فيها أثبت عن النبي ﷺ من قوله: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه»، والذي احتججت به عن عمر أثبت عنه من قولك في القسامة عنه، فكيف جعلت الرواية الضعيفة عن عمر حجة على ما زعمت من عموم السنة التي تخالفه ومن عموم قوله الذي يخالفه؟ وعبت عليّ أن قلت بسنة رسول الله ﷺ في ردّ اليمين، واستدللت بها على أن قول النبي ﷺ: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه» خاصٌ، فأمضيت سنته برّد اليمين على ما جاءت فيه، وسنته في البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، ولم يكن في قول رسول الله ﷺ «واليمين على المدعى عليه» بيان أن النكول كالإقرار إذا لم يكن مع النكول شيءٌ يصدقه" (3).

وقال ابن الدّهان -حينما ذكر جواز جعل اليمين في جانب المدعي- مبيّنًا عدم عموم الحديث لكل مدع: "وأما قوله: «واليمين على من أنكر». أراد يمين النفي، أما يمين الإثبات فهي للمدعي، فإن زعموا العموم منعنا، والألف واللام لا تعطي الاستغراق مطلقاً، بل هي للمعهود السابق ها هنا، والمعهود السابق هو اليمين المعتادة في العادة، فإن الأعم الأغلب في اليمين أنها المشتملة على النفي" (4).

وقال عند حديث القسامة: "اليمين حجة في حق من قويت جنته كالمنكر والمودع والملاعن، وفي مسألتنا قويت جنتهم؛ لوجود اللوث" (5).

(1) الاستذكار (209/8).

(2) الأم (13/7)، وانظر أيضاً: الأم (40/7) و(244/6).

(3) الأم (40/7) وانظر أيضاً: (244/6).

(4) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة (117/5)، وانظر أيضاً: الحاوي الكبير (300/17).

(5) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة (450/4)، وانظر أيضاً: الحاوي الكبير (4/13).

وقال الماوردي: "فأما الجواب عن قوله ﷺ: «واليمين على من أنكر» من وجهين... الثاني: أن حديث القسامة أخص منه، فوجب أن يُقضى بالخاص على العام"⁽¹⁾.

وأما الحنابلة فقد ذهبوا إلى صحة توجيه اليمين إلى المدعي في تلك المسائل؛ وخصصوا الحديث بها، إلا في مسألة ردّ اليمين بعد نكول المدعى عليه.

قال المجد ابن تيمية: "ويختص اليمين بالمدعي عليه دون المدعي إلا في القسامة، ودعاوى الأمانة المقبولة، وحيث يحكم باليمين مع الشاهد، أو نقول بردها"⁽²⁾.

وقال ابن قدامة في تعليل الحكم بشاهد مع يمين المدعي: "لأن اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه، ولذلك شرعت في حق صاحب اليد لقوة جنبه بها، وفي حق المنكر لقوة جنبه؛ فإن الأصل براءة ذمته، والمدعي هاهنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين في حقه...، وحديثهم⁽³⁾ ضعيف، وليس هو للحصر؛ بدليل أن اليمين تشرع في حق المدعى إذا ادعى رد الوديعة وتلفها، وفي حق الأمانة لظهور جنائتهم، وفي حق الملاعن، وفي القسامة"⁽⁴⁾.

وقال الزركشي في توجيه اليمين إلى المدّعين في القسامة: "... البادئ باليمين هم أولياء المقتول، وهذا مذهبنا؛ لحديث سهل بن أبي حثمة، وحديث ابن عباس -رضي الله عنهما-: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناسٌ دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» غايته عمومٌ، فيتخصّص بذلك"⁽⁵⁾.

وقال ابن رجب الحنبلي: "والقول الثاني في المسألة: أنه يرجح جانب أقوى المتداعيين وتجعل اليمين في جانبه، هذا مذهب مالك، وكذا ذكر القاضي أبو يعلى في خلافه أنه مذهب أحمد، وعلى هذا تتوجه المسائل التي تقدم ذكرها من الحكم بالقسامة والشاهد واليمين، فإن جانب المدعي في القسامة لما قوي باللوث جعلت اليمين في جانبه وحكم له بها، وكذلك المدعي إذا أقام شاهداً فإنه قوي جانبه فحلف معه وقضى له، وهؤلاء لهم في الجواب عن قوله: «البينة على المدعي» طريقان: أحدهما: أن هذا خص من هذا العموم بدليل، والثاني: أن قوله: «البينة على المدعي» ليس بعام؛ لأن المراد: على المدعي المعهود، وهو من لا حجة له سوى الدعوى كما في قوله: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى رجال دماء قوم وأموالهم»، فأما المدعي الذي معه حجة تقوي دعواه فليس داخلاً في هذا الحديث"⁽⁶⁾.

فمذهب الحنابلة في تلك المسائل موافق لمذهب الجمهور في تخصيص الحديث بها، إلا في رد اليمين على المدعي عند نكول المدعى عليه فقد ذهبوا إلى عدم الرد وفقاً للحنفية؛ معللين ذلك بأن النبي ﷺ حصر اليمين في جانب المدعى عليه فلم يشرعها لغيره، وكأنهم أخذوا بعموم الحديث! قال ابن قدامة بعد ذكره القضاء على المدعى عليه بالنكول: "لأن النبي ﷺ قال: «اليمين على المدعى عليه». فحصرها في جنبته، فلم يشرع لغيره"⁽⁷⁾.

(1) الحاوي الكبير (7/13).

(2) المحرر في الفقه على مذهب الأمام أحمد (2/218).

(3) يعني حديث: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر».

(4) المغني (10/134).

(5) شرح الزركشي (6/196).

(6) جامع العلوم والحكم (2/234).

(7) الكافي لابن قدامة (4/238)، وانظر أيضاً: المغني (10/211)، وجامع العلوم والحكم (2/234)، وشرح منتهى الإرادات للمهوتي (3/524).

وبهذا يتبين أثر اختلاف الفقهاء في عموم حديث: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر» على قولهم في حكم توجيه اليمين إلى المدعي في تلك المسائل، وثبت الحق له بها، وأن فقهاء الحنفية القائلين بعمومه لم يذهبوا إلى توجيه اليمين إلى المدعي فيها، وأما فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى توجيه اليمين إلى المدعي فيها؛ أخذاً بقولهم بأن اليمين تكون في أقوى المتداعيين جهة، إلا الحنابلة في مسألة رد اليمين على المدعي، وقد سبق بيان رجحان قول الجمهور في تخصيص الحديث ببعض المسائل، وأن هذا القول تتفق به أدلة الباب.

قال ابن القيم في جوابه على الحنفية بردهم القضاء بالشاهد واليمين: "والذين ردّوا هذه المسألة لهم طرق: الطريق الأولى: أنها خلاف كتاب الله فلا تقبل، وقد بين الأئمة - كالشافعي وأحمد وأبي عبيد وغيرهم - أن كتاب الله لا يخالفها بوجه، وإنها لموافقة لكتاب الله... الطريق الثاني: أن اليمين إنما شرعت في جانب المدعى عليه فلا تشرع في جانب المدعي، قالوا: وبدل على ذلك قوله ﷺ: «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر» فجعل اليمين من جانب المنكر، وهذه الطريقة ضعيفة جداً من وجوه:

أحدها: أن أحاديث القضاء بالشاهدين واليمين أصح وأصرح وأشهر، وهذا الحديث لم يروه أحد من أهل الكتب الستة.

الثاني: أنه لو قاومها في الصحة والشهرة لوجب تقديمها عليه لخصوصها وعمومه.

الثالث: أن اليمين إنما كانت في جانب المدعى عليه حيث لم يترجح جانب المدعي بشيء غير الدعوى، فيكون جانب المدعى عليه أولى باليمين؛ لقوته بأصل براءة الذمة، فكان هو أقوى المدعين باستصحاب الأصل فكانت اليمين من جهته، فإذا ترجح المدعي بلوث أو نكول أو شاهد كان أولى باليمين؛ لقوة جانبه بذلك، فاليمين مشروعة في جانب أقوى المتداعيين، فأيهما قوي جانبه شرعت اليمين في حقه بقوته وتأكيده⁽¹⁾.

وقال: "والذي جاءت به الشريعة أن اليمين تُشرع من جهة أقوى المتداعيين، فأبي الخصمين ترجح جانبه جعلت اليمين من جهته، وهذا مذهب الجمهور كأهل المدينة وفقهاء الحديث كالإمام أحمد والشافعي ومالك وغيرهم، وأما أهل العراق فلا يخلّفون إلا المدعى عليه وحده، فلا يجعلون اليمين إلا من جانبه فقط، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه، والجمهور يقولون: قد ثبت عن النبي ﷺ أنه قضى بالشاهد واليمين، وثبت عنه أنه عرض الأيمان في القسامة على المدعى أولاً، فلما أبوا جعلها من جانب المدعى عليهم، وقد جعل الله سبحانه أيمان اللعان من جانب الزوج أولاً، فإذا نكّلت المرأة عن معارضة أيمانها بأيمانها وجب عليها العذاب بالحد، فإن المدعى لما ترجح جانبه بالشاهد الواحد شرعت اليمين من جهته، وكذلك أولياء الدم ترجح جانبهم باللوث فشُرعت اليمين من جهتهم وأكّدت بالعدد تعظيماً لخطر النفس، وكذلك الزوج في اللعان جانبه أرجح من جانب المرأة قطعاً، فشُرعت اليمين من جانبه، وليس في شيء من هذا ما يعارض الحديث الصحيح، وهو قوله ﷺ: «لو يُعطى الناس بدعواهم لادّعى قومٌ دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه»؛ فإن هذا إذا لم يكن مع المدعى إلا مجرد الدعوى، فإنه لا يُقضى له بمجرد الدعوى، فأما إذا ترجح جانبه بشاهد أو لوث أو غيره لم يقض له بمجرد دعواه، بل بالشاهد المجتمع من ترجح جانبه ومن اليمين⁽²⁾.

وقال ابن رجب: "وقد اختلف الفقهاء في هذا الباب على قولين: أحدهما: أن البينة على المدعي أبداً، واليمين على المدعى عليه أبداً، وهو قول أبي حنيفة، ووافقه طائفة من الفقهاء والمحدثين كالبخاري، وطرّدوا ذلك في كل دعوى

(1) الطرق الحكمية (ص: 65).

(2) إعلام الموقعين (187/2).

حتى في القسامة وقالوا: لا يحلف إلا المدعى عليه. ورأوا أنه لا يقضى بشاهد ويمين؛ لأن اليمين لا تكون على المدعي، ورأوا أن اليمين لا ترد على المدعي؛ لأنها لا تكون إلا في جانب المنكر المدعى عليه، والقول الثاني في المسألة: أنه يُرجح جانب أقوى المتداعيين، وتجعل اليمين في جانبه، هذا مذهب مالك، وكذا ذكر القاضي أبو يعلى في خلافه أنه مذهب أحمد، وعلى هذا تتوجه المسائل التي تقدم ذكرها من الحكم بالقسامة والشاهد واليمين، فإن جانب المدعي في القسامة لما قوي باللوث جعلت اليمين في جانبه وحكم له بها، وكذلك المدعي إذا أقام شاهداً فإنه قوي جانبه، فحلف معه، وقضى له⁽¹⁾.

المبحث الثاني: التطبيقات القضائية في توجيه اليمين إلى المدعي:

هذا المبحث غاية البحث وثمرته؛ لأن القصد من البحث والنظر: التطبيق والعمل، وقد اطلعت على كثير من الأحكام الواردة في مدونة الأحكام القضائية الصادرة عن ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، فوجدت العمل فيها على قول جمهور الفقهاء بأن اليمين تكون في جانب أقوى المتداعيين⁽²⁾، وقد اخترت منها أحكاماً مختلفة في نوع اليمين، متفقة في هذا التأصيل، مما يحصل به المراد، ويتضح فيه المأخذ.

التطبيق الأول:

ملخص الواقعة: طالب وكيل المدعية إلزام المدعى عليها بإعادة المبلغ الذي دفعته له مقابل قيمة بطاقات شحن اشترتها من المدعى عليها ولم تقم بتسليمها - أقر المدعى عليها باستلام المبلغ، ودفعته بأنه مقابل صفقة سابقة قامت المدعية باستلام البضاعة عن طريق أحد موظفيها ولم تسدد قيمتها - لم تقدم المدعى عليها البينة على دفعها - وجود فارق زمني بين استلام المدعى عليها للمال وبين الاتفاقية التي تدعيها، وفارق بين قيمة البضاعة والمبلغ محل الدعوى - أقامت المدعى عليها دعوى أمام لجنة الفصل في الأوراق التجارية ضد موظف المدعية بخصوص الصفقة التي تدفع بها - توجيه اليمين لوكيل المدعية المتعاقد مع المدعى عليها وأدائه بشأن اتفائه مع المدعى عليها على الصفقة محل الدعوى ونفيه لما سواها، أثر ذلك: إلزام المدعى عليها بإعادة المبلغ المدفوع من المدعية.

ومما ذكرته الدائرة في تسببها للحكم: ... فإنه لما سبق فإن المدعي يكون أقوى المتداعيين، وقد وجهت الدائرة أداء اليمين إلى وكيل المدعية - وهو من تعاقد مع المدعى عليها - على النحو الوارد بالوقائع، فأداها مثبتاً بها اتفائه مع المدعى عليها على الصفقة محل الدعوى ونفيه لما سواها، وبما أنه حصر دعواه بطلب إلزام المدعى عليها بأن تعيد لموكلته المبلغ محل المطالبة، لذلك حكمت الدائرة: بإلزام المدعى عليها شركة (...) بأن تدفع للمدعية مؤسسة (...) مبلغاً قدره أربعمئة واثنان وثمانون ألف ريال (482,000) لما هو مبين بالأسباب، والله الموفق، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين⁽³⁾.

(1) جامع العلوم والحكم (231/2-235)، مختصراً.

(2) ولا أزعم التقصي والاستقراء، وإنما هذه النتيجة ظهرت لي فيما اطلعت عليه من أحكام هذه المدونة، بعد بحث في كثير منها (وهذا الكثير قليل بالنسبة لمجموع أحكام المدونة)، بقصد الوصول إلى ما جرى عليه العمل، فلم أجد -مما اطلعت عليه من قضايا وأحكام- ما يخرج عن هذا القول، والله وحده المستعان.

(3) مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة عن ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، رقم القضية الابتدائية: (1/6234/ق)، لعام: 1434هـ.

التعليق:

نظراً لأن المدعي في هذه القضية قدم بينته والتمثلة في تحويل المبلغ محل النزاع إلى حساب المدعى عليه ولم يتسلم السلعة، ولم يأت المدعى عليه بما يدفعها، بل أقر بها، وادعى أن السلعة سلّمت لموظف المدعي، وقدم المدعي ما يدل على أن السلعة تسلمها الموظف لمعاملة خاصة بينه وبين المدعى عليها... كانت جنة المدعي أقوى، وبينته أظهر، فوجهت اليمين إليه، وثبت له الحق بها؛ أخذاً بمذهب جمهور الفقهاء في توجيه اليمين لأقوى المتداعيين جهةً.

ويظهر أن هذه اليمين يمين استظهار؛ وجهتها الدائرة إلى المدعي احتياطاً وتأكداً من تلك البينة التي قدمها.

التطبيق الثاني :

ملخص الواقعة: طالب المدعي الحكم بإلزام المدعى عليه برد قيمة نسبته من الشراكة وإعادة رأس ماله والأرباح - تقديم المدعي بينة تتمثل في العقد المبرم بينه وبين المدعى عليه المذيل بحتم مؤسسته وعلى مطبوعاتها، متضمناً استلام المدعى عليه المبلغ المدعى به نظير شراء سبعة ونصف في المائة من أسهم مشروع الأسماك الخاص بمؤسسة المدعى عليه، وسند القبض الموقع من المدير العام للمؤسسة وهو على كفالة المدعى عليه - طلب المدعي يمين المدعى عليه على نفي الشراكة - ردّ المدعى عليه اليمين على المدعي بأنه اشترك معه في مؤسسته - أداء المدعي اليمين أمام الدائرة - مؤدى ذلك: ثبوت الشراكة بين الطرفين⁽¹⁾.

التعليق:

ثبت الحكم للمدعي في هذه القضية بينته المتمثلة بالعقد المبرم بينه وبين المدعى عليه، وباليمين المردودة إليه بطلب المدعى عليه، وهذه اليمين حُسم بها النزاع، وثبت بها الحق للمدعي؛ أخذاً بمذهب الجمهور في توجيه اليمين إلى المدعي من حيث الأصل، وبمذهب المالكية والشافعية القائلين برد اليمين على المدعي إذا نكل المدعى عليه أو طالب بردها على المدعي.

ويظهر أن هذه اليمين يمين مكملة لبينة المدعي، وجهتها الدائرة إلى المدعي تكميلاً لبينته وتقوية لها.

التطبيق الثالث :

ملخص الواقعة: مطالبة المدعي بتعويضه عن المكيفات التي قام بتأمينها للمدعى عليها بالعقار المؤجر - ثبوت تأمين المدعي هذه المكيفات - ثبوت أخذه لعدد منها - عدم تقديم المدعى عليها ما يفيد تسليم بقيتها للمدعي عند انتهاء العقد - حلف المدعي على عدم استلامها، أثره: إلزام المدعى عليها بتعويضه عن قيمتها.

ومما ذكرته الدائرة في تسببها للحكم: ... وحيث إن الثابت قيام المدعي بتأمين ثمانية عشر مكيفاً بموجب خطابات المدعى عليها المرفقة بملف الدعوى، كما أن الثابت استلام المدعي لثمانية مكيفات بموجب شهادة حارسي المدرسة، ولم يدفع المدعي ما يجب رد شهادتهما، وفيما يخص المكيفات العشرة الباقية وحيث لم تقدم المدعى عليها ما يثبت استلامها من قبل المدعي، فإن جانب المدعي فيها أقوى من المدعية؛ فإن الثابت تأمينه لهذه المكيفات والواجب على المدعى عليها تسليمها للمدعي وتقديم ما يثبت ذلك، وحيث إن من المتقرر قضاء أن اليمين تكون في جانب

(1) مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة عن ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، رقم القضية الابتدائية: (1/6458/ق). لعام: 1428هـ.

أقوى المتداعيين، وحيث إن المدعى عليها ملزمة بتعويض المدعى عن هذه المكيفات إلا إذا أثبتت أن المدعى أخذها، وهذا مما ينفرد المدعى بالعلم به، وقد قال شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله-: "كل موضع أمكن المدعى معرفته والعلم به فرد المدعى عليه اليمين فإنه إن حلف استحق، وإن لم يحلف لم يحكم له بنكول المدعى عليه". فإن الدائرة استحلفت المدعى بأنه لم يأخذ المكيفات العشرة الباقية، وحيث حلف المدعى بذلك فإن الدائرة تنتهي إلى أحقية المدعى لقيمة هذه المكيفات⁽¹⁾.

التعليق:

المدعي في هذه القضية قدم بينته المتمثلة بمخاطباته مع المدعى عليه والتي تثبت تسلمه للمتنازع فيه، فكانت جهته أقوى من المدعى عليه كما في نص الحكم، فوجهت اليمين إليه، وثبت له الحق بها؛ أخذاً بمذهب جمهور الفقهاء في توجيه اليمين لأقوى المتداعيين جهة.

وهذه اليمين فيما يظهر يمين استظهار؛ احتياطاً وتأكداً من بينة المدعي.

التطبيق الرابع:

ملخص الواقعة: مطالبة المدعي إلزام المدعى عليهم بإعطائه الثلث من أرباح الشركة التي تأسست عليه عام 1411هـ - دفع المدعى عليه الأول بعدم صحة الشراكة بينهما، بينما أثبت المدعى عليه الثاني الشراكة وأن تم الاتفاق مع المدعي على أن تتم إدارة الحل من قبله - تقديم المدعي ثلاثة شهود شهدوا بأنه شريك في الشركة - إقرار ورثة المدعى عليه الأول بصحة دعوى المدعى وأنهم سمعوا من والدهم المتوفى أنه شريك لهم - ثبوت أن شهادة الشاهد الأول موصلة لكونها شهادة على إقرار وقد خلت من القوادح، وقيام الدائرة بسماع تزكية الشاهد - قيام الدائرة برد بقية شهادة الشهود لما عرض عليها من موانع لقبولها وكونها تجلب منفعة أو تفع ضرراً عن صاحبها - أداء المدعي اليمين المتممة على كونه شريكاً للمدعى عليهما في الشركة - تغيب اثنين من ورثة المدعى عليه الأول رغم تبلغهما بموعد الجلسة، وقد سبق إقرارهما بصحة الشراكة يقضي بالحكم عليهما غيابياً، وعلى البقية حضورياً، أثر ذلك: إثبات شراكة المدعي في الحل بنسبة الثلث منذ تاريخ قيام الحل.

ومما ذكرته الدائرة في تسببها للحكم: ... ولما كانت بينات المدعي على إثبات شراكته تنحصر في شهادة الشهود، وبما أن الدائرة اطلعت على شهادة الشاهد الأول وعلى ما ورد بحكم محكمة الاستئناف من ملاحظات حول شهادة الشاهد الأول وأنها شهادة موصلة لكونها شهادة على إقرار وقد خلت من القوادح، وبما أن الدائرة قامت بسماع تزكية الشاهد بعد قبولها لشهادة الشاهد المذكور أعلاه وردها لبقية شهادة الشهود؛ لما عرض عليها من موانع لقبولها، وكونها تجلب منفعة أو تدفع ضرراً عن صاحبها، وبما أن الدائرة رأت تعضيد الشاهد باليمين؛ عملاً بحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قضى بيمين مع الشاهد، وحيث إن المدعي أصالة أدى اليمين على الوجه المطلوب منه... حكمت الدائرة بإثبات شراكة المدعي⁽²⁾.

(1) مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية الصادرة عن ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، رقم القضية الابتدائية: (4/719/ق)، لعام: 1429هـ.

(2) مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة عن ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، رقم القضية الابتدائية: (2/6727/ق)، لعام: 1429هـ.

التعليق:

المدعي في هذه القضية لم يكن معه سوى الشاهد الواحد، وبه تكون جنبته أقوى من المدعى عليه، إلا أن بينته ناقصة، فوجهت الدائرة اليمين إليه؛ لتكميل بينته، والقضاء له بذلك؛ أخذاً بقول جمهور الفقهاء في توجيه اليمين إلى المدعي إذا قويت جهته كما في الشاهد الواحد.

وهذه اليمين يمينٌ متممة لبيئة المدعي، كما نصت على ذلك الدائرة.

التطبيق الخامس:

ملخص الواقعة: مطالبة المدعي إلزام المدعى عليها بسداد المتبقي من قيمة عقد المقاوله من الباطن لتوريد وتركيب الأبواب والكلادنتق- طلب المدعي يمين مدير المدعى عليها على نفي الدعوى وأنه قام بسداد جميع المستحقات التي يطالب بها المدعي- رفض مدير المدعى عليها أداء اليمين- امتناع المدعى عليها عن أداء اليمين يفيد رضاه بيمين المدعي ولو لم يصرح بذلك- رد اليمين على المدعي- أداء اليمين على أن له في ذمة المدعى عليها مبلغ المطالبة، أثر ذلك: إلزام المدعى عليها بمبلغ المطالبة.

ومما ذكرته الدائرة في تسيبها للحكم: ... وحيث رفض مدير الشركة المدعى عليها أداء اليمين المطلوبة، وحيث إن اليمين تكون في جانب أقوى المتداعيين، وقد ضعف جانب المدعى عليها عن أداء اليمين عن نفي العلم مع تمكنه من الحلف يفيد رضاه بيمين المدعي ولو لم يصرح بذلك، ولأجل الاحتياط للذمة وتحري الحقيقة وخروجاً من خلاف من قال بأنه لا يقضى على المدعى عليه بمجرد النكول، بل لابد من رد اليمين على المدعي إذا امتنع المدعى عليه عنها... فقد وجهت الدائرة اليمين على المدعي فأداها⁽¹⁾.

التعليق:

المدعي في هذه القضية وجهت له اليمين وحكم له بها؛ نظراً لقوة جنبته من أجل نكول المدعى عليه عن اليمين؛ وذلك بناء على قول الجمهور بأن اليمين تكون في جانب أقوى المتداعيين، وأخذاً بمذهب المالكية والشافعية برد اليمين على المدعي إذا نكل المدعى عليه.

ويظهر من هذه اليمين أنها يمين مكتملة ومتممة لبيئة المدعي.

(1) مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة عن ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، رقم القضية الابتدائية: (2/3099/ق)، لعام: 1433هـ.

الخاتمة :

في خاتمة هذا البحث، أحمد الله ﷻ على تيسيره وإعانتته، ثم هذه أهم نتائجه وما جاء فيه :

- اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف اليمين شرعاً، والمعنى في ذلك متقارب.

- جاءت الأدلة على مشروعية اليمين في الكتاب والسنة وإجماع الأمة.

- تختلف أنواع اليمين بحسب حيثيات النظر فيها، ومحل البحث في اليمين التي تكون في مجلس القضاء، وهي من هذه الحيثية نوعان : يمين قضائية، ويمين غير قضائية.

- يظهر أن اليمين القضائية داخلة في تعريفات الفقهاء لليمين عموماً، إلا أنها تُقيد بمجلس القضاء بتوجيه من القاضي، وقد عرفها بعض الباحثين بأنها: " تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاضي".

- الأدلة على مشروعية اليمين عموماً تصح في الجملة أن تكون دليلاً على مشروعية اليمين القضائية من حيث الأصل؛ لأنها نوعٌ من أنواع اليمين إلا أنها مختصة في مجلس القضاء، وقد جاء الدليل الخاص أيضاً في إثبات اليمين القضائية.

- اليمين القضائية تنقسم عند القانونيين إلى قسمين: يمين حاسمة، ويمين متممة.

وتنقسم عند الفقهاء إلى قسمين أيضاً: يمين المدعى عليه، وهذه محل اتفاق عند الفقهاء، ويمين المدعي، وهي على أنواع، والخلاف في الجملة واقع في هذا القسم.

- اختلف الفقهاء في تعيين المدعي والمدعى عليه، وكثر كلامهم في هذا؛ لما يترتب على تعيين المدعي والمدعى عليه من أثر في الدعوى والحكم.

- اتفق الفقهاء على أن البيئة على المدعي واليمين على من أنكر، فإن لم يكن مع المدعي بيئة أو كانت بيئته ناقصة ولم يكن في جانبه ما يقوي دعواه: فالمطالب باليمين هو المدعى عليه، ومحل الخلاف: فيما إذا وُجد في جانب المدعي سبب يقويه، فقد اختلف الفقهاء حينئذٍ في توجيه اليمين إليه، والقضاء له بذلك.

- سبب اختلاف الفقهاء في توجيه اليمين إلى المدعي هو اختلافهم في حديث: «البيئة على من المدعي، واليمين على من أنكر». هل هو عامٌّ، فتكون اليمين في جانب المدعى عليه في كل حال، ولا تكون في جانب المدعي بحال، أم أن الحديث ليس عاماً، وأن المراد به المدعي المعهود، وهو من لا حجة معه سوى الدعوى؟، وأرجح القولين قول المالكية والشافعية والحنابلة بأن الحديث ليس عاماً، وأنه مخصوص ببعض المسائل.

- ثمرة خلافهم في عموم الحديث: أن الحنفية القائلين بعمومه وأن اليمين لا تكون إلا في جانب المدعى عليه، لم يروا توجيه اليمين إلى المدعي إذا قوي جانبه بسبب، وكذا لا يحكم له بها مع شاهدٍ، ولا يرون رد اليمين إليه مع نكول المدعى عليه.

وأن المالكية والشافعية والحنابلة القائلين بتخصيص الحديث ببعض المسائل، وأن اليمين إنما تكون في جانب أقوى المتداعين، ذهبوا إلى توجيه اليمين إلى المدعي إذا قوي جانبه بقريته كاللوث في القسامة، والحكم للمدعي باليمين مع الشاهد الواحد، ورد اليمين إليه إذا نكل المدعى عليه، والقضاء له بها، إلا الحنابلة فقد ذهبوا إلى عدم الرد.

- ذكر بعض التطبيقات القضائية والتي تبين جريان العمل في المحاكم على قول الجمهور في توجيه اليمين إلى أقوى المتداعين جهة.

✓ فهرس المصادر والمراجع :

- أحكام القرآن، المؤلف: أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، 1405 هـ، تحقيق: المحقق: محمد صادق القمحاوي.

- إعلام الموقعين عن رب العالمين، المؤلف: محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1411 هـ، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم.

- أنواع اليمين القضائية، للباحث: يارا الشربيني، بحث منشور على موقع محاماة نت (<https://www.mohamah.net>)، عام: 2017م.

- أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، المؤلف: قاسم بن عبد الله الحنفي، الناشر: دار الكتب العلمية، عام: 1424 هـ، تحقيق: يحيى مراد.

- الإجماع، المؤلف: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الناشر: دار المسلم، الطبعة الأولى، عام: 1425 هـ، تحقيق: فؤاد عبد المنعم.

- الإشراف على مذاهب العلماء، المؤلف: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الناشر: مكتبة مكة الثقافية - رأس الخيمة، الطبعة الأولى، عام: 1425 هـ.

- الأم، المؤلف: محمد بن إدريس الشافعي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، عام: 1410 هـ.

- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المؤلف: علي المرادوي الحنبلي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1374 هـ، تحقيق: محمد حامد الفقي.

- الاختيار لتعليل المختار، المؤلف: عبد الله بن محمود الموصلني الحنفي، الناشر: مطبعة الحلبي - القاهرة، عام: 1356 هـ.

- الاستذكار، المؤلف: يوسف بن عبد الله بن عبد البر، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1421 هـ، تحقيق: سالم عطا، محمد معوض.

- بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، المؤلف: علي بن أبي بكر الفرغاني المرغيناني، الناشر: مكتبة ومطبعة محمد علي صبح - القاهرة.

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المؤلف: محمد بن أحمد بن رشد الحفيد الأندلسي المالكي، الناشر: دار السلام - القاهرة، الطبعة الثالثة، عام: 1427 هـ، تحقيق: د. عبد الله العبادي.

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المؤلف: أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الثانية، عام: 1406 هـ.

- البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، المؤلف: عمر بن علي الشافعي، ابن الملحق، الناشر: دار الهجرة - الرياض، الطبعة الأولى، عام: 1425 هـ، تحقيق: مصطفى أبو الغيط، وعبد الله بن سليمان، وياسر بن كمال.

- البناية شرح الهداية، المؤلف: محمود الحنفى بدر الدين العيني، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1420 هـ.
- البيان في مذهب الإمام الشافعي، المؤلف: يحيى العمراني الشافعي، الناشر: دار المنهاج - جدة، الطبعة الأولى، عام: 1421 هـ، المحقق: قاسم النوري.
- تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المؤلف: أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر، لصاحبها مصطفى محمد، عام: 1357 هـ، روجعت وصححت على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء.
- تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، ونبذ مذهبية نافعة، المؤلف: محمد بن علي، ابن الدهان، الناشر: مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الأولى، عام: 1422 هـ، تحقيق: د. صالح الخزيم.
- تهذيب التهذيب، المؤلف: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الناشر: مطبعة دائرة المعارف النظامية - الهند، الطبعة الأولى، عام: 1326 هـ.
- توجيه اليمين على الشخصية الاعتبارية، للدكتور: عبد العزيز الدغيشر، بحث منشور على موقع الألوكة (<https://www.alukah.net>)، عام: 1437 هـ.
- التلخيص الحبير في تخریج أحاديث الرافعي الكبير، المؤلف: أحمد بن حجر العسقلاني، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1419 هـ.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، المؤلف: يوسف بن عبد الله بن عبد البر، الناشر: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب، عام: 1387 هـ، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري.
- جامع العلوم والحكم، المؤلف: عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، الناشر: الرسالة - بيروت، الطبعة السابعة، عام: 1422 هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وإبراهيم باجس.
- الجامع الكبير (سنن الترمذي)، المؤلف: محمد بن عيسى الترمذي، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى عام: 1996 م، تحقيق: د. بشار عواد.
- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، المؤلف: محمد بن إسماعيل البخاري، الناشر: دار ابن كثير - بيروت، الطبعة الثالثة، عام: 1407 هـ، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا.
- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، وهو شرح مختصر المزني، المؤلف: علي بن محمد البصري، الشهير بالماوردي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1419 هـ، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود.
- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، المعروف بشرح منتهى الإرادات، المؤلف: منصور البهوتي، الناشر: عالم الكتب - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1414 هـ.
- الذخيرة، المؤلف: أحمد بن إدريس المالكي، الشهير بالقرافي، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1994 م، تحقيق: عدد من المحققين.
- رد المختار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، المؤلف: محمد أمين بن عمر الحنفي، ابن عابدين، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية، عام: 1412 هـ.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، المؤلف: يحيى بن شرف النووي، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثالثة، عام: 1412 هـ، تحقيق: زهير الشاويش.
- سنن أبي داود، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، الناشر: المكتبة العصرية - بيروت، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد.

- سنن ابن ماجه، المؤلف: محمد بن يزيد القزويني، ابن ماجه، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.
- سنن الدارقطني، المؤلف: علي بن عمر الدارقطني، الناشر: الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1424 هـ، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، وحسن عبد المنعم شلبي، وعبد اللطيف حرز الله، وأحمد برهوم.
- سنن النسائي (المجتبى من السنن - السنن الصغرى للنسائي)، المؤلف: أحمد بن شعيب النسائي، الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، الطبعة الثانية، عام: 1406 هـ، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة.
- السنن الكبرى، المؤلف: أحمد بن الحسين البيهقي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الثالثة، عام: 1424 هـ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا.
- شرح الزركشي على مختصر الخرقى، المؤلف: محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، الناشر: دار العبيكان - الرياض، الطبعة الأولى، عام: 1413 هـ.
- شرح مشكل الآثار، المؤلف: أبو جعفر أحمد بن محمد، المعروف بالطحاوي، الناشر: الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1415 هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط.
- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، المؤلف: إسماعيل الجوهري الفارابي، الناشر: دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة الرابعة، عام: 1407 هـ، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار.
- الطرق الحكمية، المؤلف: محمد ابن قيم الجوزية، الناشر: مكتبة دار البيان.
- عمدة القاري شرح صحيح البخاري، المؤلف: محمود الغيتابي الحنفي العيني، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، وهي مصورة من النسخة الأميرية.
- فتح القدير، المؤلف: محمد السيواسي، المعروف بابن الهمام، وتكملته: نتائج الأفكار، للقاظمي زاده، الناشر: دار الفكر - بيروت.
- الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، المؤلف: أحمد بن إدريس المالكي، الشهير بالقرافي، الناشر: عالم الكتب - بيروت.
- القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، المؤلف: د. سعدي أبو حبيب، الناشر: دار الفكر - دمشق، الطبعة الثانية، عام: 1408 هـ.
- القوانين الفقهية، المؤلف: محمد بن أحمد بن جزى، الناشر: وزارة الأوقاف في الكويت، الطبعة الأولى، عام: 1431 هـ، تحقيق: د. محمد بن سيدي محمد مولاي.
- كشف القناع عن متن الإقناع، المؤلف: منصور البهوتي الحنبلي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1418 هـ، قدم له: د. كمال العناني، وحققه: محمد حسن الشافعي.
- الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، المؤلف: عبد الله بن خنين، الناشر: دار ابن فرحون - الرياض، الطبعة الخامسة، عام: 1433 هـ.
- الكافي في فقه الإمام أحمد، المؤلف: عبد الله بن قدامة المقدسي، الشهير بابن قدامة المقدسي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1414 هـ.
- مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، ومجموعة الأحكام والمبادئ التجارية، الصادرة عن ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، منشورة على موقع الديوان:
- (<https://www.bog.gov.sa/ScientificContent/JudicialBlogs/Pages/default.aspx>)
- مختصر المزني (مطبوع ملحقاً بالأمر للشافعي)، المؤلف: إسماعيل بن يحيى المزني، الناشر: دار المعرفة -

- بيروت، عام: 1410 هـ.
- مسند الإمام أحمد بن حنبل، المؤلف: أحمد بن محمد بن حنبل، الناشر: دار الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1421 هـ، المحقق: شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، وآخرون، إشراف: د. عبد الله بن عبد الحسن التركي.
- معجم مقاييس اللغة، المؤلف: أحمد بن فارس الرازي، الناشر: دار الفكر - بيروت، عام: 1399 هـ، تحقيق: عبد السلام محمد هارون.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المؤلف: محمد الشربيني الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1415 هـ.
- المبدع في شرح المقنع، المؤلف: إبراهيم بن محمد بن مفلح، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1418 هـ.
- المبسوط، المؤلف: محمد السرخسي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، عام: 1414 هـ.
- المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، المؤلف: مجد الدين أبو البركات، عبد السلام ابن تيمية الحراني، الناشر: مكتبة المعارف - الرياض، الطبعة الأولى، عام: 1404 هـ.
- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ (صحيح مسلم)، المؤلف: مسلم بن الحجاج، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.
- المعجم الوسيط، المؤلف: مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الناشر: دار الدعوة.
- المغني، المؤلف: عبد الله بن أحمد بن قدامة الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، الناشر: مكتبة القاهرة - القاهرة، عام: 1388 هـ.
- المقدمات الممهدة، المؤلف: محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1408 هـ، تحقيق: د. محمد حجي.
- الموسوعة الفقهية الكويتية الصادرة عن وزارة الشؤون الإسلامية بالكويت.
- نهاية المطلب في دراية المذهب، المؤلف: عبد الملك الجويني، الملقب بإمام الحرمين، الناشر: دار المنهاج - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1428 هـ، حققه وصنع فهرسه: د. عبد العظيم محمود الديب.
- النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، المؤلف: عبد الله بن أبي زيد النفزي القيرواني المالكي، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1999 م، تحقيق: مجموعة محققين.
- الهداية في شرح بداية المبتدي، المؤلف: علي بن أبي بكر الفرغاني المرغيناني، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، تحقيق: طلال يوسف.
- وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، المؤلف: د. محمد الزحيلي، الناشر: مكتبة دار البيان - دمشق، الطبعة الأولى، عام: 1403 هـ.
- اليمين القضائية - دراسة فقهية مقارنة، المؤلف: د. محمد عبد الله ولد محمدن، بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد الخامس عشر من العدد الثلاثين.
- اليمين القضائية، دراسة مختصرة في ضوء نظام المرافعات الشرعية، للباحث: سعيد الحريسن، مقال منشور في جريدة الرياض - العدد (14081).

الأحكام المتعلقة بإرث القصاص - دراسة فقهية مقارنة



أسماء صالح عبد العزيز العامر

صف الدكتوراه ، جامعة أم القرى

مكة المكرمة المملكة العربية السعودية

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أفضل الصلاة، وأتم التسليم.

أما بعد .

فإنَّ الشريعة الإسلامية جاءت مبينة لجميع أمور الدنيا والدين ، ومن أهم مقاصد هذه الشريعة ، تحقيق الأمن، ولا سبيل لتحقيقه إلَّا بإقامة العقوبات والقصاص على الجاني وتطبيق شرع الله ، ومن كمال هذه الشريعة أنَّها جعلت للإنسان حرمة عظيمة ، فحرمت دمه وماله وعرضه ، فلا يجوز الاعتداء على شيء من ذلك أبداً ، وقد رتبت الشريعة على من اعتدى على ذلك عقوبات وأحكاماً معلومة.

إلَّا أنَّه هناك بعض الأمور تمنع القصاص أو تسقطه بعد وجوبه، ومن هذه المسقطات "إرث القصاص". حيث أنني سأتناول هذه المسألة في بحثي هذا وسأدرسها دراسة فقهية مقارنة.

المبحث الأول : التعريف بالإرث والقصاص ومسقطات القصاص.

الإرث لغة : الورث الإرثوالتراث الميراث: ماورث⁽¹⁾

اصطلاحاً : هو حقا بل للجزئة، ثبت مستحقه بعد موتمن كان له ذلك.⁽²⁾

القتل لغة: مصدر يقال: قتلته: إذا أماته.⁽³⁾

(1)- تاج العروس للزبيدي، 383/5.

(2)- القاموس الفقهي لأبو جيب، 377/1.

(3)- تهذيب اللغة للهرودي، 62/9.

اصطلاحاً: هو فعل ما يكون سبباً لزهوق النفس، وهو مفارقة الروح البدن⁽¹⁾.

القصاص لغة: القود. وقد أقص الأمير فلاناً من فلان إذا اقتص له منه، فجرحه مثل جرحه، أو قتله قوداً⁽²⁾.
اصطلاحاً: أن يفعل بالفاعل مثل ما فعل⁽³⁾.

مسقطات القصاص: سقوط المطالبة به بعد وجوبه بسبب من الأسباب، فيشمل سقوط المطالبة به، وسقوط تنفيذه⁽⁴⁾.

المبحث الثاني: أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها في حكم إرث القصاص.

أجمع الفقهاء على أن القاتل عمداً لا يرث من مال من قتله، ولا من ديته شيئاً، وأجمعوا "على أن القاتل خطأ لا يرث من دية من قتله"⁽⁵⁾ واختلفوا في اعتبار الإرث للقصاص أو لبعضه من القاتل أو ولده مسقط من مسقطات القصاص التي تؤدي إلى عدم استيفائه.

القول الأول: أن القاتل لا يرث شيئاً من دمه لذا لا يسقط القصاص. وبه قال أشهب⁽⁶⁾ من المالكية: حيث قال: (إلا أن يكونوا من الأولياء الذين من قام بالدم منهم فهو أولى فإن للباقيين أن يقتلوا)⁽⁷⁾، ورواية عن الحنابلة⁽⁸⁾.

القول الثاني: أن القاتل يرث شيئاً من دمه. لذا يسقط القصاص، وبه قال الحنفية⁽⁹⁾، والمالكية⁽¹⁰⁾، والشافعية⁽¹¹⁾، والحنابلة⁽¹²⁾.

سبب الخلاف: أقول والله تعالى اعلم: هو اختلافهم في فهم عموم نصوص أدلة القصاص، فمنهم من حملها على عمومها، ومنهم من عمل عقله واجتهد واستند على أدلته العقلية.

الأدلة على حكم إرث القصاص.

أدلة القول الأول القائلين أن القاتل لا يرث شيئاً من دمه لذا لا يسقط القصاص.

استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول.

أولاً: من الكتاب.

1- (وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ) (13)

(1)- الإقناع للشريبي، 173/4.

(2)- الصحاح للجوهري، 1052/3.

(3)- أنيس الفقهاء للقونوي، 108/1.

(4)- مسقطات القصاص للحيان، 6/22.

(5)- الإجماع لابن المنذر، 74/1.

(6)- أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري الجعدي. أبو عمرو: (145 - 204 هـ = 762 - 819 م): فقيه الديار المصرية في عصره. كان صاحب الإمام مالك. قال الشافعي: ما أخرجت مصر أفضه من أشهب لولا طيش فيه.

ينظر: الأعلام للزركلي، 333/1.

(7)- ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 262/4، منح الجليل للمالكي، 81/80، شرح مختصر خليل للخرشي، 62/8، التاج والإكليل للمواق، 373/8.

(8)- ينظر: المغني لابن قدامة، 287/8، الشرح الكبير لابن قدامة، 375/9، الإقناع للحجاوي، 178/4، الإنصاف للمرداوي، 474/9، العدة للمقدسي، 536-537.

(9)- ينظر: تبين الحقائق للزليعي، 105/6، البحر الرائق لابن نجيم، 338/8، بدائع الصنائع للكاساني، 251/7، البنائة للعيني، 84/13.

(10)- ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 262/4، منح الجليل للمالكي، 81/80، شرح مختصر خليل للخرشي، 62/8، التاج والإكليل للمواق، 373/8.

(11)- ينظر: روضة الطالبين للنووي، 152/9، نهاية المحتاج للرملي، 271/7.

(12)- ينظر: المغني لابن قدامة، 287/8، الشرح الكبير لابن قدامة، 375/9، الإقناع للحجاوي، 178/4، الإنصاف للمرداوي، 474/9، العدة للمقدسي، 536-537.

(13)- سورة المائدة، الآية 45.

- 2- (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى) (1)
 3- وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ (2)

وجه الدلالة: تدل الآيات صراحة على العموم في القصاص، فلم تستثن أحداً منه، فالجميع داخل تحت هذا العموم.
 ثانياً: السنة:

1- عن النبي ﷺ قال: (من اعتبط مؤمناً قتلاً عن بينة، فإنه قود إلا أن يرضى أولياء المقتول) (3).

2- وقال ﷺ: (من قتل له القتل فأهله بين خيرتين، إن أحبوا فالقود، وإن أحبوا فالعقل؛ أي الدية) (4).

وجه الدلالة: تدل الأحاديث على عدم التفرقة في الحكم بين دماء المسلمين، فالحكم يقضي بإيجاب القصاص على من قتل عمداً دون تفرقة أو استثناء (5). وأن أولياء الدم مخيرون بين القصاص والدية.

3- عن النبي ﷺ قال: (المسلمون تتكافأ دماؤهم وهم يد على من سواهم، يسعى بذمتهم أدناهم، ويرد على أقصاهم) (6)

وجه الدلالة: "أن أحرار المسلمين دماؤهم متكافئة في وجوب القصاص والقود لبعضهم من بعض لا يفضل منهم شريف على وضيع، فإذا كان المقتول وضيعاً وجب القصاص على قاتله" (7).

ثالثاً: المعقول:

أن الزوجين شخصان متكافئان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فقتل به كالأجنبيين (8).

أدلة القول الثاني القائلين: أن القاتل يرث شيئاً من دمه لذا يسقط القصاص.

استدلوا بالسنة والإجماع والمعقول.

أولاً السنة:

1- قال رسول الله ﷺ: (لا يقاد الوالد بالولد) (9).

2- عن سراقه بن مالك بن جعشم (10) قال: (حضرت رسول الله ﷺ يقيد الأب من ابنه، ولا يقيد الابن من أبيه) (11).

وجه الدلالة:

الابن يرث القصاص ولا يجب أن يقتص من والده؛ لأنه لو وجب لوجب لولده، ولا يجب للولد قصاص على والده..

(1)- سورة البقرة، الآية: 178.

(2)- سورة البقرة، الآية: 179.

(3)- سنن النسائي، ح4853، باب ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول، 57/8.

(4)- سنن الترمذي، ح1406، باب ماجاء في حكم ولي القتل في القصاص، 21/4. قال الألباني: حديث صحيح. ينظر: المرجع السابق.

(5)- ينظر: الجنائيات في الفقه الإسلامي للشاذلي، 201/1.

(6)- سنن ابن ماجه، ح2683، كتاب الديات، باب المسلمون تتكافأ دماؤهم، 895/2. قال الألباني: حديث صحيح. المرجع السابق.

(7)- معالم السنن للخطابي، 313/2.

(8)- المغني لابن قدامة، 376/9.

(9)- سنن الترمذي، ح1400، كتاب الديات، باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه، 19/4. صححه الألباني.

(10)- سراقه بن مالك بن جعشم: بن مالك بن عمرو بن تيم بن مدلج بن مرة بن عبد مناة بن كنانة الكناني المدلجي.

ينظر: الإصابة لابن حجر، 35/3.

(11)- سنن الترمذي، ح130، باب ما جاء من الرجل يقتل ابنه يقاد منه، 8/4. قال الألباني: حديث ضعيف.

ثانياً: الإجماع:

أنَّ عمر بن الخطاب قال: أنه لا يقاد الوالد بولده، ولم يخالفه فيه أحد فكان إجماعاً⁽¹⁾.

ثالثاً: المعقول:

- 1- أنَّ القصاص سقط كله؛ لأنَّه لا يتبعض⁽²⁾.
 - 2- يبطل القود؛ لأنَّه ملك من دمه حصّة⁽³⁾.
 - 3- أنَّ الابن لا يستوجب العقوبة على أبيه⁽⁴⁾.
 - 4- استحالة وجوب القصاص له وعليه، فيسقط ضرورة⁽⁵⁾.
 - 5- إنَّ القود يسقط عنه؛ لأنَّه كالعفو عنه⁽⁶⁾.
 - 6- حرمة الأبوة⁽⁷⁾ فلا يقتص الوالد من والده إذا ورث القصاص.
 - 7- سقط القصاص؛ لأنَّه ورث بعض دم نفسه وذلك في حالة إذا توفي الولد.
 - 8- إنَّ إرثَ القاتل دم نفسه كالعفو عنه وهو من باب عكس التشبيه⁽⁸⁾.
- مناقشة أدلة حكم إرث القصاص.

مناقشة أدلة أصحاب القول الأول، القائلين: بعدم إرث القاتل للقصاص.

إنَّ ما استدلتتم به من وجه الدلالة من عموم النص من الكتاب والسنة مردود بالآتي:

- 1- إنَّ ورث القاتل دم نفسه كلا أو بعضاً صار معصوماً فلا يجوز لأحد قتله، وليس له أن يسلم نفسه للقتل، وصار الحق لله وللمقتول، فحق الله يقبل بالتوبة وحق المقتول معجوز عن وفائه فعليه التضرع لله في إرضائه عنه⁽⁹⁾.
 - 2- إنَّ ورث الولد القصاص، أو شيئاً منه سقط القصاص؛ لأنَّه لو لم يسقط لوجب للولد على الوالد، وهو ممنوع؛ لأنَّه إذا لم يجب بالجناية عليه فلأن لا يجب بالجناية على غيره بطريق الأولى⁽¹⁰⁾.
- إنَّ ما استدلتتم به من المعقول إنَّه يحد كل من الزوجين بقذف صاحبه مردود بالآتي:
- أنَّ الحدود تختلف عن القصاص وذلك؛ لأنَّ الحق فيها لله وحده فإنَّه لا يتوقف على ولي يطلبه بل متى ثبت عليه وجب على الحاكم إقامته وإن لم يثبت عليه جاز له أن يثبته على نفسه فيجب على الحاكم إقامته وجاز له الستر والتوبة لله⁽¹¹⁾.

(1)- ينظر: الحاوي للماوردي، 23/12.

(2)- الشرح الكبير لابن قدامة، 376/9.

(3)- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 262/4.

(4)- تبين الحقائق للزليعي، 106/6.

(5)- ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 251/7.

(6)- شرح مختصر خليل للخرشي، 27/8.

(7)- العناية للبابرتي، 222/10.

(8)- منح الجليل للمالكي، 81/9.

(9)- بلغة السالك للصاوي، 367/4.

(10)- المبدع لابن مفلح، 221/7.

(11)- بلغة السالك للصاوي، 367/4.

مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني، القائلين: بإرث القاتل للقصاص.
إنَّ ما استدلتتم به من السنة أن لا يقاد والد بولده مردود بالآتي:

أنهما خبران لا يعرفان، ولا يوجدان في الكتب المشهورة، وإن كان لهما أصل فهما متعارضان فيتعين سقوطهما، والعمل بالنصوص الواضحة غيرهما⁽¹⁾.

يجاب عنه:

1- أنه ثبت الإجماع الذي لا تجوز مخالفته أنه لا يقاد والد بولده.

2- أنه لو كان عليه قصاص لمورثه إذا مات مورثه لا يثبت له قصاص على نفسه؛ لاستحالة أن يثبت لإنسان على نفسه شيء وإذا امتنع سقط في حقه وإذا سقط في حقه سقط في حق مورثه؛ لأنه لا يتبعص⁽²⁾.

إنَّ ما استدلتتم به من المعقول مردود بالآتي:

1- أرى والله أعلم أن ما ذكرتموه يخالف عموم النصوص التي تثبت حق القصاص للمقتول على القاتل، وأن هذا من مقتضى عدل الله - تعالى - وحكمته.

2- القول بإسقاط القصاص فيه دعوة إلى التهاون بارتكاب جريمة القتل، والتجرؤ على دماء المسلمين، للأمن من القصاص⁽³⁾، وأرى: إنَّ هذا فيه مفساد عظيمة، وأضرار جسيمة على الفرد، والمجتمع، في الدين والدنيا والآخرة، ولا يتوافق مع مقاصد الشريعة.

3- قلت: لاجتماع حق الله تعالى، وحق الأدمي، فلا يسقط القصاص حينئذ.

4- إنَّ دماء المسلمين متكافئة لا فرق بينها⁽⁴⁾، قلت: أن حق القصاص قائم أياً كان القاتل، من الأصول أم الفروع.

يجاب عنه:

1- قلت: وردت النصوص الثابتة، الصحيحة، الصريحة، المخصصة للعموم، وقبل ذلك إجماع الصحابة - رضي الله عنهم - على إسقاط حق القصاص للفروع على الأصول.

2- حرمة الأبوة، فلا يستوجب الابن العقوبة على أبيه، ولا تكافؤ بين الأب وابنه، فالوالد سبب لوجود الولد، فلا يكون الولد سبباً لإعدامه، وهذا لا يتوافق مع مكانة الوالد وعظيم حقه على ابنه في الإسلام⁽⁵⁾، قلت: أنه إذا قيد الأب بابنه، فإن ذلك يؤثر على علو قدره، وفضله، ومكانته التي امتن الله - تعالى - بها عليه.

3 - الوالد لا يقتل ولده غالباً، لوفور شفقتة عليه، فيكون ذلك شبهة في سقوط القصاص⁽⁶⁾، وعلى هذا فإنه يسقط القصاص درءاً للشبهة، حيث إنَّ الحدود تدرأ بالشبهات⁽⁷⁾.

(1)- المبدع لابن مفلح، 221/7.

(2)- المنثور في القواعد للزركشي، 359/3.

(3)- ينظر: الشرح الممتع لابن عثيمين، 44/14.

(4)- ينظر: معالم السنن للخطابي، 313/2.

(5)- ينظر: البناية للعيبي، 84/13، بداية المجتهد لابن رشد، 183/4، معالم السنن للخطابي، 313/2.

(6)- تبين الحقائق للزيلعي، 338/4.

(7)- ينظر: المجموع للنووي، 363/18، تبين الحقائق للزيلعي، 338/4.

إنَّ ما استدلتتم به من المعقول أنَّه يبطل القود؛ لأنَّه ملك من دمه حصه، وأنه كالعفو عنه. مردود بالآتي:
لا يسقط القود عن الجاني إذا ورث جزءاً من دم نفسه إلا إذا كان من بقي يستقل الواحد منهم بالعفو وأما إذا كان الباقي لا يستقل الواحد منهم بالعفو ولا بد من العفو من اجتماعهم عليه وكل من طلب القتل فإنه يجب⁽¹⁾.
يجاب عنه :

كان ولي الدم فرعاً للقاتل، كأن ورث القصاص عليه، سقط القصاص، وهو ممنوع للجزئية؛ لأنَّه لا يقتل والد بولده، وكذلك إذا كان الفرع أحد المستحقين للقصاص، فإنه يسقط القصاص كله؛ لأنَّه لا يتجزأ⁽²⁾.

إن ما استدلتتم به من المعقول من استحالة وجوب القصاص له وعليه، فيسقط ضرورة مردود بالآتي:
يعتبر القتل العمد في الشريعة من أكبر الكبائر وأعظم الجرائم. وقد جاء القرآن، والسنة بتحريمه وتعظيم شأنه وتحديد عقوبته⁽³⁾.

يجاب عنه :

إنَّ هناك أسباب مسقطه للعقوبات هي: موت الجاني - فوات محل القصاص - توبة الجاني - الصلح - العفو - إرث القصاص⁽⁴⁾.

إنَّ ما استدلتتم به من المعقول أنَّ الابن لا يستوجب العقوبة على أبيه؛ لحرمة الأبوة مردود بالآتي:

1- أنَّ إيقاع العقوبة على الوالدين فمن دونهما إحسان إليهما وبر بهما، وأنَّ ذلك لا يضاد الإحسان المأمور به؛ لأنَّه حكم الله تعالى الذي لولاه لم يجب برهما. فسقط تعلقهم بالآيات المذكورات⁽⁵⁾.

يجاب عنه :

أ- أقول: قرن الله تعالى شكر الوالدين بشكر الله سبحانه، وذلك ينفي جواز قتله.

ب- أمر الله تعالى بطاعة الوالدين أمراً مطلقاً عاماً، فغير جائز ثبوت حق القود له عليه، لأنَّ قتله له يضاد الأمور التي أمر الله تعالى بها في معاملة والده⁽⁶⁾.

2- لو أنَّ الله تعالى أراد تخصيص الأب بإسقاط الحد عنه لولده لبين ذلك، ولما أهمله، حتى يتفطن له من لا حجة في قوله⁽⁷⁾.

يجاب عنه :

أ- الابن ملك لأبيه، فإذا لم تكن على الحقيقة كانت مجرد إضافة الولد لأبيه شبهة في إسقاط القصاص، الذي يدرأ بالشبهات⁽⁸⁾.

(1)- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 262/4.

(2)- الموسوعة الفقهية الكويتية، 269/33.

(3)- التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة، 10/2.

(4)- التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة، 10/2.

(5)- المحلى لابن حزم، 265/1.

(6)- ينظر: أحكام القرآن للجصاص، 177/1.

(7)- المحلى لابن حزم، 265/1.

(8)- المغني لابن قدامة، 484/11.

ب- وجب أن يسقط عنه القود مع اختلاف أحواله؛ ولأنَّ الولد بعض أبيه، ولا قود على الإنسان فيما جناه على نفسه، كذلك لا قود عليه في ولده؛ لأنَّه بعض نفسه⁽¹⁾.

3- صح يقينا أنَّ الله تعالى إذ عم ولم يخص، فإنَّه أراد أن يجد الوالد لولده والولد لوالده بلا شك، ووجدناه تعالى يقول (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوْ لَوَالِدِينَ الْأَقْرَبِينَ) ⁽²⁾ فأوجب الله تعالى القيام بالقسط على الوالدين، والأقربين كالأجنبيين، فدخل في ذلك الحدود وغيرها ⁽³⁾.

يجاب عنه :

أ- القياس على قتله بالأجنبي فاسد بالبعضية التي بين الوالد وولده ⁽⁴⁾.

ب- ثم هو قياس مع الفارق؛ لما جبل عليه الوالد من الشفقة على ولده، فيكون مانعاً من إرادة القتل ⁽⁵⁾.
الترجيح:

بعد عرض الأقوال وأدلتها ومناقشتها، ظهر لي والله تعالى أعلم: أن 1- إرث الجاني أو ولده للقصاص مسقط للقصاص، وذلك لما يلي:

1 - هو الذي عليه جمهور الفقهاء، ولقوة أدلتهم.

2- تدرأ الحدود بالشبهات، فلا يقام الحد عند وجود الشبهة، فكيف لا يكون ما مرَّ شبهة تمنع قيام الحد (القصاص).

✓ الخاتمة والنتائج :

وفي الختام أحمد المولى عز وجل أن من علي بالبحث في هذه المسألة، والاجتهاد فيها فإن أصبت فمن الله وحده، وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان وأسأله العفو عن الزلات.

النتائج :

1- أن الحدود تختلف عن القصاص وذلك لأنَّ الحق فيها لله وحده فإنَّه لا يتوقف على ولي يطلبه.

2- يعتبر القتل العمد في الشريعة من أكبر الكبائر وأعظم الجرائم: وقد جاء القرآن والسنة بتحريمه وتعظيم شأنه وتحديد عقوبته.

3- تسقط العقوبات في الشريعة بأسباب مختلفة، ولكن ليس في هذه الأسباب ما يعتبر سبباً عاماً مسقطاً لكل عقوبة إنما تتفاوت الأسباب في أثرها على العقوبات.

4- تسقط عقوبة القصاص إذا ورث القصاص من ليس له أن يقتص من الجاني، كما تسقط العقوبة إذا ورث الجاني نفسه كل القصاص أو بعضه.

5- في المسألة قولين للفقهاء: أ- أنَّ القاتل يرث شيئاً من دمه لذا سقط القصاص.

6- أنَّ القاتل لا يرث شيئاً من دمه لذا لا يسقط القصاص.

(1)- الحاوي للماوردي، 23/12.

(2)- سورة النساء، الآية: 135.

(3)- المحلى لابن حزم، 1/265.

(4)- ينظر: الحاوي للماوردي، 23/12.

(5)- ينظر: تكملة البحر الرائق للطورى، 9/21.

✓ المراجع :

*القرآن الكريم .

- البابر تي، محمد بن محمد، (د.ت). العناية شرح الهداية ، (د.ط)، د.م: دار الفكر.
- الترمذي، محمد بن عيسى، (1395 هـ - 1975 م)، سنن الترمذي، (ط1)، مصر، مطبعة مصطفى.
- الجصاص، أحمد بن علي، تحقيق: عبد السلام محمد شاهين، (1415هـ-1994م)، أحكام القرآن. (ط1)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- الجوهرى، إسماعيل بن حماد، (1407هـ).الصحاح في اللغة، بيروت، دار العلم للملايين.
- أبو جيب، د.سعدى، (1408هـ - 1988م)، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا. (ط2)، دار الفكر، دمشق-سوريا.
- الحجاوي، موسى بن احمد، (تحقيق: عبد اللطيف محمد السبكي)، (د.ت).الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لبنان : دار المعرفة بيروت.
- الحسيني، محمد بن محمد.تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق مجموعة من المحققين، دار الهداية.
- الخرشى، محمد بن عبد الله، (د.ت). شرح مختصر خليل للخرشى، (د.ط)، بيروت : دار الفكر للطباعة.
- الخطابي، أبو سليمان، (1351 هـ - 1932 م)، معالم السنن، (ط1)، المطبعة العلمية - حلب.
- الدسوقي، محمد بن أحمد، (د.ت). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (د.ط)، د.م: دار الفكر.
- ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، د.ط،، (القاهرة: دار الحديث، 1425هـ - 2004م) - 994م).
- الرملي ، محمد بن أبي العباس، (1404هـ/1984م). نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (ط أخيرة)، بيروت : دار الفكر.
- الزركشى، بدر الدين، محمد بن عبد الله، (1405 هـ - 1985 م)، المنثور في القواعد الفقهية، (ط2)، وزارة الأوقاف الكويتية.
- الزيلعي، عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، (ط1)، (بولاق، القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية، 1313 هـ)
- الشاذلي، حسن علي، (د.ت) الجنایات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، (ط2)، القاهرة، دار الكتاب الجامعي.
- الشربيني، شمس الدين، (د.ت)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المحقق: مكتب البحوث والدراسات - (د.ط)، دار الفكر، - بيروت.
- الصاوي، أحمد بن محمد، (د.ت)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي، (د.ط)، دار المعارف.
- الطوري، محمد بن حسين، (د.ت)، تكملة البحر الرائق، (ط2)، دار الكتاب الإسلامي.
- العثيمين، محمد بن صالح، (1422 - 1428 هـ) الشرح الممتع على زاد المستقنع، (ط1)، دار ابن الجوزي.
- عودة، عبد القادر (د.ت)، التشريع الجنائي الإسلامي، (د.ط)، دار الكاتب العربي، بيروت.
- العيني، بدر الدين، (1420 هـ - 2000 م)، البناية شرح الهداية، (ط1)، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان.
- الفراهيدي ، الخليل بن احمد بن عمرو بن تميم ، العين ، تحقيق :د/ مهدي المخزومي - د/ إبراهيم سامرائي، دار ومكتبة الهلال .
- ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد. الشرح الكبير على متن المقنع، (دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.

- ابن قدامة، موفق الدين، (2011 م)، المغني، (د. ط)، الرياض: دار عالم الكتب .
- القنوي، قاسم بن عبد الله، (2004م-1424هـ)، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، (د.ط)، دار الكتب العلمية.
- الكاساني، علاء الدين، (العربي 1982م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتاب
- اللحيان، محمد عبد الله ، (1429 هـ) ، مسقطات القصاص، (مجلد 22)، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، تصدرها جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية .
- ابن ماجه، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، (د.ت)، سنن ابن ماجه، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، (د.ط)، بيروت، دار الفكر.
- المالكي، محمد بن أحمد ، (1409 هـ/1989م). منح الجليل شرح مختصر خليل، (د.ط)، بيروت: دار الفكر.
- الماوردي، علي بن محمد، (1419 هـ-1999م)، الحاوي، (ط1)، لبنان، دار الكتب العلمية.
- المرادوي، علي بن سليمان، (د.ت). الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (ط2)، د.م : دار إحياء التراث العربي.
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، (1418 هـ - 1997 م)، المبدع في شرح المقنع، (ط1)، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية.
- المقدسي، بهاء الدين، (1424 هـ 2003 م)، العدة شرح العمدة، (د.ط)، دار الحديث، القاهرة.
- ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، (1425 هـ -2004م). الإجماع، (ط1)، دار المسلم للنشر والتوزيع.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، (ط1)، بيروت، دار صادر.
- المواق، محمد بن يوسف، (1416 هـ-1994م)، التاج والإكليل لمختصر خليل، (ط1)، دار الكتب العلمية .
- ابن نجيم، إبراهيم بن محمد، (د.ت)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (ط2)، دار الكتاب الإسلامي .
- النسائي، أحمد بن شعيب، (1411 هـ). سنن النسائي الكبرى، (ط1)، بيروت، دار الكتب العلمية.
- النووي، يحيى بن شرف، (تحقيق: زهير الشاويش)، (1412 هـ / 1991م). روضة الطالبين وعمدة المفتين، (ط3)، بيروت - دمشق - عمان: المكتب الإسلامي.
- النووي، أبو زكريا، (د.ت)، المجموع شرح المهذب، (د.ط)، بيروت، دار الفكر.
- الهروي، محمد بن أحمد، (2001م)، تهذيب اللغة، المحقق: محمد عوض مرعب، (ط1)، دار إحياء التراث العربي بيروت.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، (من 1404 - 1427 هـ)، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت.
- يحيى، محمد عبد الفتاح، (د.ت)، سقوط القصاص في الشريعة الإسلامية، (رسالة ماجستير)، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، غزة.

الحق في الصمت بين الواقع والقانون



صبري هشام¹ باحث بسلك الدكتوراه

مختبر العلوم الجنائية والحكمة الأمنية

كلية الحقوق بمراكش - المملكة المغربية

مقدمة :

لا يختلف اثنان في كون المنظومة التشريعية للمملكة المغربية الشريفة قد ارتبطت ارتباطا عضويا بالرقى بزمرة الحقوق والحريات إلى مصاف ما هو متعارف عليه دوليا، جراء الاهتمام المتزايد للمنتظم الدولي من أجل توفير الآليات المناسبة لحماية حقوق وحرىات الإنسان سواء أكان ضحية أو في وضعية الخضوع للاتهام، وذلك تكريسا للمبادئ العالمية والكونية في هذا المجال.

وأمام هذا الاهتمام العالمي الذي أصبح يفرض ذاته على كل دول المعمور، فإن المملكة المغربية العضو العامل النشط في المنظمات الدولية، وإدراكا منها بضرورة تقوية الدور الذي تضطلع به على الصعيد الدولي، وتعهدا منها بالتزام ما تقتضيه مواثيقها من مبادئ وحقوق وواجبات في إطار المنظومة الكونية لحقوق الإنسان، فقد عملت على مواثمة تشريعاتها الداخلية مع التزاماتها الدولية في المجال الحقوقي، و لسيما القواعد القانونية الإجرائية ذات الصلة الوثيقة بالحقوق والحريات الفردية والجماعية، الموضوعية منها والإجرائية، و لعل من أبرزها المستجدات القانونية التي عرفها قانون المسطرة الجنائية من قبيل المقتضيات المنظمة لحماية الشهود والمبلغين والتسليم المراقب، بالإضافة إلى الحق في الصمت...

1- حاصل على شهادة الأهلية لمزاولة مهنة المحاماة.

وبالرجوع الى القانون رقم 35-11 المعدل والمتمم لمقتضيات قانون المسطرة الجنائية نجده قد تضمن مجموعة من المستجدات التي تصب في اتجاه تكريس مبادئ دولة القانون على مستوى الترسانة القانونية المنظمة للإجراءات في المادة الجنائية باعتبارها تمس بالحقوق والحريات بالدرجة الأولى، ولجعل قانون المسطرة الجنائية منسجما مع التوجهات والمبادئ العامة لدستور مملكتنا الشريفة لسنة 2011.

و بقراءة هذا القانون نجد أن من جملة ما تضمنه الحق في الصمت، كحق أصبح له مكانة متميزة في المجال الإجرائي المغربي.

و إذا كان المشرع المغربي قد اعترف لكل شخص ألقى عليه القبض أو وضع تحت الحراسة النظرية بحقه في الصمت، فيلى أي حد استطاعت هذه القواعد القانونية تكريس هذا الحق لكل مشتبه فيه؟

وما هي الإكراهات الواقعية والعملية التي تحول دون تحقيق هذا الحق؟

أولا : التأسيس النظري لحق المتهم في الصمت :

لقد عملت المواثيق الدولية، وجل دساتير العالم على توطيد دعائم حقوق الأفراد والجماعات في مواجهة أجهزة الدولة الساهرة على الأمن خلال ممارستها لمهامها في البحث عن الجرائم والتثبت أو التحقق من نسبتها لشخص أو أشخاص ما من عدم نسبتها إليهم، وهو ما أرسته القوانين الإجرائية من خلال تبيان القواعد المحتم إتباعها أثناء ممارسة أعضاء الشرطة القضائية لمهامهم العادية، لأنه إذا كان من حق الدولة حفظ الأمن داخل المجتمع، فإنه من الواجب عليها بالدرجة الأولى وهي تسعى إلى تحقيق ذلك أن تضع نصب أعينها عدم خرق المبادئ والحقوق الكونية للإنسان.

ومن ثمة فإنه يتعين عليها خلق الموازنة العادلة التي تحوّلها إستثاب الأمن و الاستقرار بين جميع مكونات المجتمع في مواجهة حقوق المواطن الجهورية التي تضمن له التمتع الشامل و الأكمل بقواعد المحاكمة العادلة بدء بأول اتصال للسلطات المكلفة بالبحث معه.

و إيماننا من المشرع الجنائي المغربي، و وعيا منه بالأهمية القصوى لحماية ضمانات المشتبه فيهم أمام سلطات الضبط القضائي، سواء في مرحلة البحث والتحري عن الجريمة أمام ضباط الشرطة القضائية، أو في مرحلة التقديم أمام النيابة العامة، أو في مرحلة الاستنطاق الأولى و التفصيلي أمام السيد قاضي التحقيق، من منطلق أنه لا مجال للحدّث عن حماية النظام العام على مديح حرية الأفراد¹، بحيث إن إساءة استخدام العقوبة يشوه أهدافها بطريقة لا يحيد عنها.

و بناء على ما تقدم، فقد مكن المشرع الجنائي المغربي في مجال حماية الحقوق و الحريات، الأشخاص المشتبه فيهم بمجموعة من حقوق الدفاع التي ما هي في نهاية المطاف، إلا امتيازات خاصة² ومكنت تحول لهم الرد على كل ما من شأنه إدانتهم³، الشيء الذي يجعلنا نقول أن غياب حقوق الدفاع يؤدي حتما إلى تزيف الحقائق من طرف المدعين

1- راجع قرار محكمة امن الدولة العليا المصرية، في القضية الجنائية رقم 48 لسنة 1992، فيما يعرف بقضية تنظيم الجهاد.

2- أحمد هلالى عبد الله، المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، دراسة مقارنة في الفكر الجنائي الإسلامي، طبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 138.

3- محمود صالح محمد العادلي، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، نوقشت بجامعة القاهرة، 1991، ص 23.

بالضرر،¹ فالدفاع إذن هو الضرورة المنطقية لصد الاتهام، وهناك من يرى بأنه حق أصيل ينشأ منذ اللحظة الأولى التي يواجهون فيها ضابط الشرطة القضائية، وذلك من خلال تمكينهم من درء الاتهام عن أنفسهم، إما بإثبات فساد دليله، أو بإقامة الدليل على نقيضه²، وحيث إن الواقع العملي لعمل ضباط الشرطة القضائية و المتمثل في محاضرتهم القانونية لا يدع مجالاً للشك بكونهم يطبقون النصوص الإجرائية تطبيقاً سليماً في ما يخص جميع الحقوق المخولة لمن هو في وضعية الاشتباه بما في ذلك الحق في الصمت، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على الوعي الشرطي بحقوق الإنسان، و التكوين العالي لرجال الجهاز الضبطي الذين يقدمون المساطر القانونية إلى النيابة العامة متضمنة لعناصر إثبات غير اعتراف المتهم من تصريحات المصححين و الأدلة العلمية و القرائن القانونية التي تجعل حق المشتبه فيه في الصمت يفعل بكل عقلانية ومنطق.

وفي هذا الإطار تبنت المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية المغربي مختلف الحقوق المنصوص عليها دولياً لحماية المشتبه فيهم من التعسف على حرياتهم وكرامتهم بنوع من التفصيل، و خصوصاً إقرار الحق في الصمت إسوة ببعض التشريعات الجنائية المقارنة، وتماماً مع بعض المؤتمرات الدولية التي دعت إلى حماية المتهمين من بداية الخصومة الجنائية إلى نهايتها، من أجل إقامة العدل الإجرائي أولاً، قبل العدل الموضوعي ثانياً، و اعترافاً بأن نظم العدالة الوطنية لم تعد تركز في كثير من الأحيان على العقاب بقدر ما تركز على ضمانات المحاكمة العادلة التي تعتبر عنواناً للحقيقة القضائية التي يجب أن تكون هي نفسها الحقيقة الواقعية.

ومن الجوهري أيضاً أن الاهتمام بالمشتبه فيهم عن طريق الاستماع إليهم واطلاعهم على تصريحاتهم التي أدلوا بها تشكل إلى جانب حقهم في الصمت آلية تفعل كفالة شعورهم بأن العدالة إلى جانبهم، وأن الإنصاف سيكون من نصيبهم، وخصوصاً عندما يتم النظر في قضيتهم بالأهمية المطلوبة، وبالطريقة السليمة والصحيحة التي تجنب إحساسهم بالإحباط أو الظلم، و هو ما يولد الثقة في القانون وفي القائمين على تطبيقه الشيء الذي تعمل الشرطة القضائية و النيابة العامة على تحقيقه على أرض الواقع العملي.

وعليه تثير حساسيتنا النظرية مجموعة من الأسئلة من قبيل ما هو مفهوم حق المتهم في الصمت؟

و ما هو الأساس المنطقي لإقراره حيز الوجود؟

و أين تتجلى علاقته بقرينة البراءة؟

و ماهي الآثار المترتبة عن الإخلال بهذا الحق؟

1- شهيرة بوليعة، "حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، الجزائر، ص 91.

2- حمدي رجب عبد الغني، نظام الاتهام وحق الفرد والمجتمع في الخصومة الجنائية، رسالة دكتوراه نوقشت بكلية الشريعة والقانون بالقانون 1986، ص 304.

ثانيا. حق الصمت من المفهوم إلى دواعي الاستحداث :

1. مفهوم حق الصمت :

يتفق الفكر الجنائي على أن حق المتهم في التزام الصمت هو الحق في الامتناع عن الشهادة ضد النفس، وذلك بعدم الإدلاء بأي تصريحات من شأنها إدانته، إي الامتناع المطلق للمتهم عن التعبير عما بداخله¹، وهو أهم حق من حقوق الدفاع المخولة للمتهم ضمانا له في حماية حقوقه وحرياته، بحيث يشكل حجر الزاوية في بناء هندسة المحاكمة العادلة.

إذن فحق المتهم في الصمت ما هو إلا تلك الحرية المقررة للمتهم بالامتناع عن الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه من طرف ضباط الشرطة القضائية، وعدم الإدلاء بأية معلومات قد تؤدي إلى تأكيد إدانته أو مجرد الاقتراب من هذه الإدانة أو كشف أمور يفضل الاحتفاظ بسريتها لنفسه²، خصوصا عندما نعلم أنه ليس هناك ما يلزم المتهم في أن يعترف على نفسه، اللهم إذا تعلق الأمر بتأنيب الضمير³، كما أنه ليس هناك ما يجبره على الإدلاء بتصريحاته، وهو مستفيد من حقه القانوني في الصمت يستعمله وفقا لما تقتضيه حماية مصلحته⁴.

2. دواعي استحداث حق الصمت :

يعتبر الحق في الصمت من أرقى الحقوق المخولة قانونا للمشتبه فيهم في مرحلة الاتصال الأولي مع ضباط الشرطة القضائية، وهو دليل على تحديث السياسة الجزية و تطوير العدالة الجنائية ببلادنا، و تعزيز ضمانات المحاكمة العادلة من منظورين اثنين لا ثالث لهما، أولا الأصل في الإنسان هو البراءة حتى يثبت العكس بمقتضى حكم حائز لقوة الشيء المقضي به، و ثانيا عدم تجريم النفس و الاعتراف عليها وكشف الدليل ضدها.

ولا شك أن أي شخص يكون معرضا في يومه قبل غده لتوجيه أصعب الاتهام إليه من طرف سلطات الاتهام لا يشتكي عليه شخص آخر بحق أو بدونه، فعندما يكون الشخص موضع اتهام فإنه يواجه عدة وعتاد قوة الدولة ممثلة في سلطات النيابة العامة المدافعة عن الحق العام و سلطات الضابطة القضائية، فكل الإجراءات الأولية للبحث و التحري عن الجريمة تكون ماسة بالحرية و مقيدة لها خصوصا إجراء الوضع تحت الحراسة النظرية، مع أن الأصل في الإنسان هو البراءة في الخصومة الجزية.

وبناء عليه، أقرت العديد من الدساتير و القوانين الإجرائية الجنائية الحق للمتهم في التزام الصمت كأحد صور قرينة البراءة، و على من يدعي خلاف ذلك أن يتبته، ليشكل هذا الحق في عمق طبياته دعامة من الدعائم الأساسية التي يقوم عليها أي مجتمع ديمقراطي يؤمن بمبدأ سيادة القانون، وكفالة العدل و احترام الحقوق و الحريات.

1- إدريس عبد الجواد بريك، ضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005، ص 512.

2- حسية محيي الدين، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2011، ص 303.

3- وقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية في احد قراراتها بأنه " إذا كانت وقائع الدعوى تدل على ان المتهم قد تعرض للضرب أثناء الإدلاء بالاعتراف فان من حق محكمة الاستئناف أن لا تأخذ بهذا الاعتراف" تمييز جزاء رقم 86/1975م، مجموعة المبادئ القانونية، الجزء الأول، الصفحة 387.

4- مسوس رشيدة، استجواب المتهم من طرف قاضي التحقيق جامعة الحاج لخضر باثنة، رسالة ماجستير، السنة الجامعية 2005-2006، ص 52.

و إذا كان ثبوت صفة المتهم على شخص معين من اختصاص النيابة العامة وقضاء التحقيق، فإن هذا التوصيف يقابله و بطريقة مباشرة مجموعة من الحقوق والضمانات القانونية لحمايته من التعسف على حقوقه و حرياته المكفولة له قانونا من طرف مشرع الأمة ، فإن حق المتهم في الصمت يشكل أحد أهم المظاهر البارزة لحرية المتهم في الدفاع عن نفسه، و لا يعتبر امتناعه عن إجابة سلطات الضبط القضائي قرينة على ثبوت الفعل المجرم موضوع التهمة في حقه، و في هذا الإطار جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية قولها " للمتهم إذا شاء أن يمتنع عن الإجابة أو الاستمرار فيها فلا يعد هذا الامتناع قرينة ضده، و إذا تكلم فإنما ليبيدي دفاعه، ومن حقه دون غيره أن يختار الوقت و الطريقة التي يبدي فيها هذا الدفاع، فلا يصح أن يتخذ الحكم من امتناع المتهم عن الإجابة في التحقيق الذي تباشره النيابة العامة قرينة على ثبوت الجريمة ضده"¹

و من ثمة لا يجوز للمحكمة أن تستخلص من صمت المتهم إدانته، لأن التزام الصمت ما هو إلا استعمال مشروع لحق مقرر بقوة القانون، يستمد منه المتهم حرته في إبداء أقواله من عدمها.

ثالثا. حق الصمت في مواجهة السلطات المكلفة بالبحث :

وغني عن البيان أن الغاية من تمتيع الفرد بالحق في الصمت هو عدم إجبار الشخص على الشهادة ضد نفسه، أو خلق دليل يضر بمصالحه الشخصية

وبقراءة أولية لهذا الحق تثار جملة من الأسئلة لعل أبرزها ما هو الأثر الذي يترتب عن عدم التزام ضابط الشرطة القضائية بهذا الواجب تجاه كل شخص تم إلقاء القبض عليه أو وضع تحت الحراسة النظرية؟

وما هي العراقيل التي تحد من قيام ضابط الشرطة القضائية بهذا الالتزام؟

وإلى أي حد يمكن اعتبار النصوص القانونية الحالية قادرة على استيعاب فحوى الحق في الصمت؟

وكيف يمكن التعامل مع هذا الحق خلال مرحلة البحث والتحقيق الإعدادي مع مراعاة الموازنة بين حق الدولة في الوصول إلى الحقيقة و احترام حقوق الأفراد في التمتع بالحق في الصمت؟

وإلى أي حد استطاع المشرع المغربي أن يحقق التوازن المطلوب بين حق الدولة الكلاسيكي وحقوق الأفراد التنويرية؟

1- الحق في الصمت خلال مرحلة البحث :

لقد حدد القانون الجهات المختصة بالبحث في الجرائم بجميع أنواعها سواء من خلال القوانين الخاصة أو العامة، بحيث تأتي النصوص القانونية العامة في مقدمة القواعد المؤطرة لأعمال البحث والتحري، وتحديد الأشخاص المكلفين بالبحث في الجرائم والتحقق منها من خلال جمع الأدلة التي تؤدي للوصول إلى الحقيقة.

فضباط الشرطة القضائية هم الفئة المخول لها - كقاعدة - القيام بهذه الإجراءات تحت إشراف النيابة العامة بطبيعة الحال، ولا يخفى على أحد أن هذه الأخيرة والسادة قضاة التحقيق لهم الصفة الضبطية باعتبارهم ضباط سامين للشرطة القضائية، ومن دون الخوض في مكونات هذه الجهات واختصاصاتها ما دام موضوع دراستنا يتعلق بالحق في الصمت

1- المحامي العام احمد محمد الجندي، رئيس المكتب الفني بمكتب النائب العام، المبادئ الأساسية لحقوق المتهم في مرحلة المحاكمة في القانون اليمني و أهم المبادئ العالمية لحقوق الإنسان، الجمهورية اليمنية ن النيابة العامة/ مكتب النائب العام.

خلال مرحلة البحث بشقيه التلبسي والتمهيدي، وان كان هؤلاء السادة القضاة قد يباشرون إجراءات هذه الأبحاث، فإننا سنقتصر هنا على ضباط الشرطة القضائية العاديون، وبالتحديد من يحمل هذه الصفة من رجال الشرطة والدرك لكونهم المعني الأول، والحك الحقيقي لتطبيق مقتضيات الحق في الصمت خلال مرحلة البحث.

وحيث إن مقتضيات المادة 66 من ق م ج تنص على انه يتعين على ضباط الشرطة القضائية إخبار كل شخص تم القبض عليه أو وضع تحت الحراسة النظرية فوراً وبكيفية يفهمها بدواعي اعتقاله وبحقوقه ومن بينها حقه في التزام الصمت... " فمن خلال تحليل مقتضيات هذه الفقرة نجد بأن المشرع المغربي يخاطب ضباط الشرطة القضائية بالتخصيص، ولم يجعل العبارة عامة تنصرف إلى جميع ضباط الشرطة القضائية على اعتبار أن الالتزام القانوني يلقي على عاتق ضباط الشرطة القضائية الذي قام بإلقاء القبض على الشخص أو وضعه تحت تدبير الحراسة النظرية، نظراً لأهمية الحق في الصمت خلال هذه المرحلة لما له من اتصال مباشر بحقوق الدفاع.

ولضمان التطبيق الأسلم لقواعد المحاكمة العادلة، فقد ألزم المشرع المغربي ضباط الشرطة القضائية بأن يقوم بهذا الإجراء فوراً، وبمعنى أدق بمجرد إلقاء القبض على الشخص، أو وضعه تحت الحراسة النظرية ولتيسير تمتع جميع الأفراد بالحق في الصمت خلال مرحلة البحث التمهيدي أو التلبسي فقد أوضحت مقتضيات المادة 66¹ من ق م ج الطريقة التي يتعين على ضباط الشرطة القضائية أن يسلكها لإخبار المواطنين المغاربة أو الأجانب على حد سواء بحقوقهم في الصمت بحيث جاء نص المادة على أنه... " بكيفية يفهمها " و التي مفادها انه يستلزم أن يتم هذا الإخبار أو الإشعار باللغة التي يتقنها الشخص موضوع الإجراء أو الإشارة التي يفهمها هذا الأخير حتى يكون في منأى عن أي فهم خاطئ لمعنى حقه الدستوري في الصمت.

ومما لا شك فيه أن المتتبع لأعمال ضباط الشرطة القضائية في هذا السياق يجد بأن هذه الأخيرة تلتزم كل الالتزام بالمقتضيات القانونية التي تحول للأفراد الحق في الصمت رغم الإشكالات والعراقيل التي تواجهها في هذا الصدد، و لعل أبرزها الوقت الذي يتعين على ضباط الشرطة القضائية إشعار الشخص بحقوقه في الصمت .

ومن البديهي أن أي مطلع على مقتضيات المادة 66 من ق م ج سيفهم ودون تردد أنه يتعين على ضباط الشرطة القضائية إشعار الشخص فور إلقاء القبض عليه أو وضعه تحت الحراسة النظرية.

يبد أن الإشكالات أعمق بكثير من ذلك عند تنزيل النص بحرفيته على الواقع العملي، ولتوضيح الفكرة أكثر نعطي بعض الأمثلة الحية على ذلك، من قبيل الشخص الذي يتم إلقاء القبض عليه من طرف ض ش ق وهو في حالة سكر بين، فكيف يمكن لهذا الضابط إخبار هذا الشخص وهو في حالة ينعدم معها الإدراك والتمييز لاختلال قواه العقلية جراء تأثير المواد الكحولية عليه، وهو ما ينطبق على الشخص الذي يوجد تحت تأثير المخدرات، كمن يتناول الأقراص المهلوسة أو المخدرات الصلبة أو بعض الأدوية التي يضر معها سيطرة المركبات، إذ قد يستغرق مفعول الكحول أو المخدرات على قدرات الإنسان 2 إلى 12 ساعة أو اقل أو أكثر، وهي مدة في جميع الأحوال تتناقض وجوهراً الحق في الصمت الذي يفترض الفورية، وفي ظل هذه الإشكالات المثارة يتعين باعتقادنا إحاطة هذه الحالات

1- ظهير شريف رقم 1.02.255 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 (30 يناير 2003)، ص 315.

2- ذلك أن مفعول تأثير تلك المواد متغير حسب نوع المخدر من جهة، وطبيعة الشخص المستعمل لها من جهة ثانية.

التي يكون فيها الشخص غير قادر على فهم مغزى الحق في الصمت ويكون مبدأ إشعاره به غير ذي جدوى أمام انعدام إرادته بمجموعة من الضمانات نجملها في النقاط التالية:

عدم جواز الاستماع للشخص الموضوع تحت الحراسة النظرية إلا بعد استرجاعه لوعيه التام وان استغرق مدة 24 ساعة أو أكثر.

عدم الاعتداد بأي تصريح قد يفرضي به المعني بالأمر و هو في حالة سكر بين أو تحت تأثير المخدرات.

ضرورة إشعار الشخص بحقه في الصمت بمجرد استرجاعه لقواه الإدراكية قبل الخوض معه في أي استجواب .

أن يتم إشعار الشخص بالحق في الصمت من طرف نفس الضابط الذي قام بإجراء الوضع تحت الحراسة النظرية شخصيا.

ومما تجب الإشارة إليه في هذا الإطار أنه في حالة تمسك المحروس نظريا أو الشخص الذي ألقى عليه القبض بحقه في الصمت، فإنه يصبح من اللازم على جهات البحث القيام بالزيد من التحريات لجمع الأدلة والبراهين من أجل الوصول إلى الحقيقة ما دام المعني بالإجراء قد تشبث بحقه في الصمت.

ومن ثمة يستحيل والحالة ما ذكر إثبات الجريمة ما لم يستكن ضباط الشرطة القضائية المكلفين بالبحث إلى وسائل إثبات قانونية أخرى غير تصريحات المشتبه فيه التي اقتصر على جواب هذا الأخير "إنني أتمسك بحقي في الصمت" الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن وقت نهاية هذا الحق.

بالرجوع إلى المقتضيات القانونية المنظمة للحق في الصمت بالمغرب لا نجد أية إشارة واضحة للوقت الذي ينتهي فيه هذا الحق بخلاف بعض التشريعات المقارنة التي ربطته بحضور المحامي، مما يطرح التساؤل حول أثر التشبث بالصمت على نسبة الجريمة للشخص المتمسك به.

وهو ما قد يكون متناقضا وجوهر الحق في الصمت، إذ كيف يمكن أن يصبح الحق يوما دليلا على ارتكاب الجريمة، بالإضافة إلى هذا وذاك، فإن الشرعية الإجرائية لا تتماشى وهذا الطرح، وحسب تتبعنا للعمل القضائي المغربي فإنه لم نعتز على أية حالة أخذ فيها بهذا الطرح، إلا أن التمسك بالحق في الصمت في المجال التأديبي يبقى خاضعا باعتقادنا لمسائل إجرائية خاصة قد تستلهم حجيتها من وثائق سرية يستلزم بالضرورة على المواجه بها أن يدافع عن نفسه بكل ما أوتي من قوة لتعريفها من كل حجية بذل التشبث بالحق في الصمت الذي قد يفهم من البعض بأنه اعتراف بما ضمن بالحجة.

2- دور أعضاء النيابة العامة في توطيد دعائم الحق في الصمت :

يلعب أعضاء النيابة العامة دورا فاعلا وحيويا في تكريس القاعدة الدستورية التي جاء بها دستور¹ المملكة المغربية المستفتى حوله في فاتح يوليوز 2011، والمتمثلة أساسا في كون السلطة القضائية الساهر الأول على حماية الحقوق

1- ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3600.

والحريات الفردية والجماعية للمواطنين¹، بصرف النظر عن عرقهم أو انتمائهم أو ديانتهم لارتباط الأمر بمبادئ كونية تخاطب روح الإنسانية الخلاقة في كنهها الأصيل، بعيدا عن أي تمييز كيفما كان جنسه أو مذهبه .

ولما كان قضاة النيابة العامة يلعبون هذا الدور المتميز في النظام القانوني المغربي من خلال السهر الفعلي على التطبيق العادل للقانون، فقد خولت نصوص قانون المسطرة الجنائية لهذه الجهة صلاحية مراقبة أعمال ضباط الشرطة القضائية العاملة بالدائرة القضائية التابعين لها حسب التقسيم القضائي والإداري لكل جهة من جهات المملكة الشريفة، على اعتبار أن القضاء أهل بما تحمل الكلمة من معنى لهذه المهمة لما يتسم به من تجرد وحياد واستقلالية عن باقي السلط من جهة، وتكريسا لمبدأ الديمقراطية التشاركية التي تؤسس للمحاسبة والمسؤولية من جهة أخرى .

وإذا كانت مقتضيات المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية تخول لكل من تم القبض عليه أو وضع تحت الحراسة النظرية التمتع بالحق في الصمت كالتزام جوهرى ملقى على عاتق ضابط الشرطة القضائية الذي قام بإلقاء القبض على الشخص المبحوث عنه بموجب برقية بحث على الصعيد الوطني صادرة عن النيابة العامة في إطار البحث في الجنايات أو الجناح المعاقب عليها بالحبس أو السجن، أو على اثر أمر بإلقاء القبض صادر عن السيد قاضي التحقيق ، أو ضابط الشرطة القضائية الذي وضع الشخص تحت تدبير الحراسة النظرية بسبب ارتكابه إحدى الجنايات أو الجناح المتلبس بها،² وإما بموجب تعليمات النيابة العامة الرامية إلى الوضعتحت الحراسة النظرية إذا تعلق الأمر بمسطرة البحث التمهيدي في الجرائم المعاقب عليها بالحبس أو السجن، فإن حق هؤلاء الأشخاص الذين سقطوا في إحدى الحالتين السالفتي الذكر في التمتع بحقهم في الصمت كأهم حق من حقوق الدفاع ينهل روحه من قرينة البراءة التي تفرض بالضرورة عدم إلزام الشخص بالشهادة ضد نفسه أو بصنع دليل لا يخدم مصالحه يبقى والعدم سواء إذا لم تكن ثمة سلطة لمراقبة ضباط الشرطة القضائية الملزم قانونا بإشعار هؤلاء الأشخاص بحقهم في التزام الصمت بمجرد إلقاء القبض عليهم أو وضعهم تحت الحراسة النظرية .

ووعيا من المشرع المغربي بأهمية هذه المرحلة الخطيرة التي تمس بأهم حق للإنسان المتمثل في سلب حريته مما قد يؤثر على قدرات الشخص في الدفاع عن نفسه بكل حرية، فقد جعل لأعضاء النيابة العامة دورا مهما ومحوريا في هذا الصدد من خلال السهر على تمتع جميع الأفراد بحقهم في الصمت من خلال الزيارات التفقدية³ التي تتسم بالفجائية في غالب الأحيان لأماكن الوضع تحت الحراسة النظرية، بحيث يتم استفسار جميع الموضوعين تحت هذا التدبير من طرف قضاة النيابة العامة عند زيارة مخافر الدرك الملكي أو الشرطة حول ظروفها ومدى التزام ضباط الشرطة القضائية تجاههم بحقهم في الصمت، والحرص على ضرورة تضمين هذا الإشعار في محضري الإيقاف والاستماع للشخص المعني بالإجراء كآلية لمراقبة أعمال ضباط الشرطة القضائية خلال مرحلة البحث .

1- أنظر نص الفصل 117 من الدستور المغربي الذي نص على أنه: "يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي، وتطبيق القانون".

2- انظر مقتضيات المادة 56 من ق م ج

3- أنظر على سبيل المثال المادة 45 من ق م ج التي جاء فيها: "...يسهر وكيل الملك على احترام إجراءات الحراسة النظرية وأجالها وعلى مباشرتها في الأماكن المعدة لهذه الغاية الموجودة في دائرة نفوذه. كما يسهر على احترام التدابير الكفيلة باحترام أنسنة ظروف الاعتقال.

يتعين عليه أن يقوم بزيارة هذه الأماكن في أي وقت شاء ومتى دعت الضرورة لذلك، دون أن تقل هذه الزيارة عن مرتين في الشهر، وعليه أيضا مراقبة سجلات الحراسة النظرية.

يحرر تقريراً بمناسبة كل زيارة يقوم بها، ويشعر الوكيل العام للملك بملاحظاته وبما يعاينه من إخلالات.

هذا وأن جميع النيابة العمومية بالمغرب تحرص كل الحرص على ضمان تمتع جميع الأشخاص بحقوقهم في الصمت إيماناً منها بأهميته في تكريس حقوق الدفاع وتفعيلاً لقواعد المحاكمة العادلة في جميع مراحلها.¹

رابعاً. حق الصمت بين قرينة البراءة والآثار المترتبة عن الإخلال به :

1. قرينة البراءة و حق المتهم في الصمت أية علاقة؟

لا شك في أن كل من وجه إليه أصعب الاتهام من طرف السلطات المختصة يبقى بريئاً إلى أن تثبت إدانته بمقتضى حكم حائز لقوة الشيء المقضي به²، بناء على محاكمة عادلة³ تطبق فيها جميع الضمانات القانونية الشكلية منها و الموضوعية، كما يفسر الشك لصالح المتهم⁴، وهذا ما يصطلح عليه بقرينة البراءة⁵ و التي من أهم النتائج الصادرة عنها التزام المتهم بالصمت باعتبار أن البراءة مفترضة فيه بمقتضى قرينة قانونية قابلة لإثبات عكسها من طرف النيابة العامة التي يقع عليها عبء الإثبات قانوناً، والتي لا يمكنها تبعاً لذلك إجبار المتهم على تقديم دليل براءته، فالأصل فيه هو البراءة بقوة القانون، ومن خلال ذلك يتشبه المتهم بموقفه السلبي تجاه الدعوى العمومية المقامة ضده سواء في بدايتها أو في نهايتها، وإذا صح لنا القول بعد ذلك أن النيابة العامة ليس هدفها هو اصطيد الأدلة بطرق غير سليمة من الناحية المنطقية ضد المتهم، وإنما تكون غايتها هي إحقاق العدل باعتبارها مدافعة عن الحق العام، وهو حق المجتمع في العقاب العادل للمرتكب الفعلي لكل ما من شأنه زعزعت استقرار أمنه بناء على احترام التطبيق الفعلي للقانون النافذ.

فارتكاب الجريمة يخلف نوعين من الضرر، ضرر يقع على الأفراد، و ضرر يقع على المجتمع، و حيث أن الأفراد كضحايا يطالبون بتعويضهم جبراً للضرر الحاصل لهم، أما المجتمع فيطالب دائماً بتطبيق الجزاء الجنائي على الثابت في حقهم الأفعال الجرمية، و حيث كان لا بد من إيجاد صيغة توفيقية بين حق الدولة في إنزال العقاب و بين حق المتهم في الدفاع عن نفسه تماشياً مع قرينة البراءة التي تفترض فيه بقوة القانون طبقاً للمادة الأولى من قانون المسطرة الجنائية.

وغير خاف انه في حالة اضطلاع السادة نواب وكيل الملك على أي إخلال واقعي أو مسطري تجاه الأشخاص الموضوعين تحت الحراسة النظرية فإنهم يتخذون الإجراءات اللازمة في إبانته بتحرير تقريراً في الموضوع واطلاع السيد وكيل الملك والسيد الوكيل العام فوراً بالواقعة لاتخاذ الإجراء المناسب في الموضوع .¹

2- لقد تم تقرير الحق في البراءة كأصل مفترض في المتهم بمقتضى العديد من الإعلانات الأممية نذكر منها:

إعلان حقوق الإنسان الصادر سنة 1789 و الصادر في سنة 1948.

الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و حقوقه الأساسية لعام 1950.

الاتفاقية الخاصة بالحقوق المدنية و السياسية لسنة 1966.

3- يتفرع الحق في الصمت عن قاعدة جوهرية في القانون الأسى والعادي وهي قرينة البراءة التي مفادها أن كل شخص يعتبر بحكم القانون بريئاً إلى أن تثبت إدانته بموجب حكم مكتسب لحجية الشيء المقضي به بناء على محاكمة عادلة تتوفر فيها كافة الضمانات.

4- تجدر الإشارة إلى أن الأحكام بالإدانة تبنى على الجزم واليقين وأن البراءة تبنى على مجرد الظن والتخمين لكون الشك دائماً يفسر لصالح المتهم، ولنا في ذلك إسوة بالمبادئ السمحاء للشريعة الإسلامية" فعن الرسول صلى الله عليه وسلم قال " { إدرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجاً، فخلوا عن سبيله، فلئن يخطئ الإمام في العفو، خير من أن يخطئ في العقوبة}

5- أنظر المادة:

رقم 1 من قانون المسطرة الجنائية المغربي.

رقم 1-147 من قانون الإجراءات الجزائية الأردني.

لذلك فعلاقة قرينة البراءة مع الحق في الصمت هي علاقة اتصال وارتباط لا يمكن أن توجد الواحدة منهما بمعزل عن الثانية، وهو ما يترتب عليه ألا يكون صمت المتهم قرينة على إدانته في أي مرحلة من مراحل الخصومة الجزائية، وخصوصا أمام مرحلة الاتصال الأولي بالشرطة القضائية والنيابة العامة، لأن صمت المتهم يشكل في حقيقة أمره استعمالا لحق قرره القانون¹.

كما أن التزام الصمت ينسجم مع حق الدفاع وعلاقته ببراءة المتهم باعتبارها الأصل، وإلا كان ذلك إطلاحة بقرينة البراءة المفترضة وما يتولد عنها من حقوق تابعة لها وجودا وعدما، كما لا يجوز بأي حال من الأحوال اعتبار صمت المتهم اعترافا ضمنيا على ثبوت التهمة ضده، لكون الاعتراف يجب أن يكون صريحا لا ضمنيا، واضحا بينا لا لبس و لا غموض فيه، وأن يكون قاطعا لا يحتمل أي تأويل آخر².

و من زاوية نظر أخرى يشكل حق الصمت عدم جواز إكراه أي شخص متهم بارتكاب فعل جرمي على الاعتراف بارتكابه، لكون هذا الحظر يتفق و افتراض مبدأ البراءة الذي يضع عبء الإثبات على عاتق النيابة العامة، و بالتالي يمنع منعا كليا إجبار المتهم على الكلام بالإكراه المادي أو المعنوي أو استعمال أساليب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية³، و نستشف ذلك من خلال غياب أي نص قانوني يفرض عقوبات قضائية بغرض إكراه المتهم على الإبداء بأقواله بالقوة. و هذا إن دل على شيء فإنما يدل على وعي التشريعات الجنائية بمنظومة حقوق الإنسان في شموليتها و كونيتها ومن بينها التشريع الجنائي المغربي.

2. الآثار المترتبة عن الإخلال بحق الصمت :

إن عمل سلطات الضبط القضائي عند ممارستها للمهام المنوطة بها قانونا تستحضر أمرين متناقضين و متعارضين في نفس الآن، أولهما حماية النظام العام و ثانيها حماية حريات الأفراد، و كأن الأمر لا يعدو في حقيقته سوى تطبيقا لإشكالية السلطة و الحرية، بحيث أن الاعتداء على الحريات الفردية من أجل تحقيق مصلحة المجتمع في العقاب ليس مبررا قانونيا، لأن مصلحة المجتمع تقتضي حماية استقراره من جهة و حماية حريات أفراده من التعسف من جهة ثانية.

و لما كان الحق في الصمت كحق من حقوق الدفاع لا يستقر في فكر العدالة الجنائية إلا إذا كان له ضمانات فعليه تجعله قائما للتطبيق على أرض الواقع، و إلا كنا أمام حق هو و العدم سواء، من منطلق أنه لا مجال للحديث عن حق لا نفاذ له، و تبعا لذلك فقد قام المشرع الجنائي بوضع جزاء جنائي عند مخالفة أجهزة العدالة الجنائية لهذا الحق المخول للمتهم.

ويعتبر البطلان ذلك الجزاء المترتب عن الإجراء المخالف لما هو منصوص عليه قانونا⁴ والذي يقرره قانون المسطرة الجنائية كما هو محدد في نص الفصل 751 بقوله كل إجراء يأمر به هذا القانون ولم يثبت إنجازاه على الوجه القانوني

1- محمد عز الدين صلاح جرادة، حق المتهم في الصمت وفقا للقانون الفلسطيني "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر - غزة- 2014، ص 46.

2- محمد عبد الغريب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، طبعة الثانية، السنة 1997، ص 866.

3- للاستزادة أكثر حول هذه النقطة راجع، عبد الله محمد احجيللة و جهاد ضيف الله الجازي، حق المشتكى عليه في الصمت في مرحلة ما قبل المحاكمة في التشريع الجزائري الأردني، دراسات علوم الشريعة و القانون، المجلد 40، ملحق 1، سنة 2013، ص 803.

4- أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون لإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1959، ص 111.

يعد كأنه لم ينجز، فالأصل في إبطال الإجراءات غير المشروعة وما يستتبعها من إهدار للدليل المنبعث منها خير جزاء في مواجهة الجهة التي قامت بهذا الإجراء غير المشروع.

و يكون الإجراء غير مشروع عند إجبار المتهم على خرق حقه في الصمت و الإدلاء بتصريحاته عن طريق القوة و الإكراه، أو عدم إشعاره بدواعي اعتقاله و بحقوقه المخولة له قانونا و من بينها حقه في التزام الصمت.

و للبطلان في قانون المسطرة الجنائية أثرين أساسيين أحدهما متعلق ببطلان الإجراءات المعيبة اللاحقة عن الإخلال بحق الصمت، والآخر متعلق ببطلان الأحكام التي بنت حيثياتها على محاضر لم يراعى فيها حق المتهم في التزام الصمت، و ما يؤكد قولنا هذا هو حكم المحكمة الابتدائية بميدلت، القاضي بإبطال محضر الشرطة القضائية الذي أغفل الإشارة إلى إشعار المتهمين بمقتضى التزام الصمت، وجاءت حيثيات الحكم مؤسّسة على نص الفصل 23 من دستور 2011، والفقرة الثانية من المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية، و توصيات المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات المنعقد بروما سنة 1953 التي مفادها أنه لا يجبر المتهم على الإجابة، فهو حر في اختيار الطريق الذي يسلكه و يراه محققا لمصلحته، كما أكدت لجنة حقوق الإنسان بهيئة الأمم المتحدة في 5 يناير 1962 بأنه لا يجبر أحد على الشهادة ضد نفسه، و يجب قبل كل سؤال أو استجواب للشخص المقبوض عليه أو المحبوس أن يحاط علما بحقه في التزام الصمت¹.

خاتمة :

ومما لا شك فيه أن حق الصمت يجد لنفسه موضعا وسطا في إطار تلك الصيغة التوفيقية ما بين حماية النظام العام و الحق في المحاكمة العادلة، الشيء الذي يجعلنا نقول أنها معادلة من الصعوبة بمكان في ظل الوقت الراهن المتسم بتزايد وتنامي الأخطار الأمنية داخليا وخارجيا جراء استفحال الجريمة ذات البعد الكوني من جهة، وصعوبة الوصول للمجرم الحقيقي لجرائم كانت في أمس القريب ضربا من الخيال أو الترف الفكري من قبيل الجرائم الإلكترونية، الجرائم الاقتصادية، والجرائم البيئية... من جهة ثانية.

وإذا كانت مبادئ وقواعد المحاكمة العادلة تفرض بالضرورة على الدولة بصفة مباشرة في إطار وضعها للسياسة الجنائية خلق التوازن البناء والمطلوب بين الحق والواجب، فقد أسس الفصل 23 من دستور المملكة المغربية للحق في الصمت بنصه على أنه يجب إخبار كل شخص تم اعتقاله، على الفور وبكيفية يفهمها، بدواعي اعتقاله وبحقوقه، ومن بينها حقه في التزام الصمت.

كما أن مقتضيات المادة 266 من قانون المسطرة الجنائية جاءت لتوطيد مجموعة من الحقوق المهمة بمكان كلبنة جوهرية لخلق التوازن المطلوب في هذا الصدد، ولعل الحق في الصمت كحق كوني يأتي في طليعتها، لما له من أهمية بالغة في خلق الثقة بين الأفراد والسلطات المنكبة على البحث مما يساعد ويساهم بشكل فعال في إضفاء مصداقية أكبر على خلاصات الأبحاث المنجزة في الموضوع ما دامت الغاية هي الوصول إلى الحقيقة وليس أي أمر آخر.

1- حكم المحكمة الابتدائية بميدلت تحت عدد 2466 في الملف الجنحي التلبسي عدد 2015/2467 الصادر بتاريخ 26.11.2015، غير منشور.

ومن بين ما جاء في مقتضيات المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية بأنه يتعين على ضابط الشرطة القضائية إخبار كل شخص تم القبض عليه أو وضع تحت الحراسة النظرية فوراً وبكيفية يفهمها، بدواعي اعتقاله وبحقوقه، و من بينها حقه في التزام الصمت. 2

وحيث إن تطبيق الحق في الصمت الذي يشار له في جميع المحاضر المنجزة من قبل عناصر و رجالات الشرطة القضائية هو أكبر دليل على إشعار المشتبه فيهم المقدمين إلى النيابة العامة - سواء في حالة اعتقال أو في حالة سراح - بضمانات المحاكمة العادلة التي تركز لا محالة للارتياح النفسي لهؤلاء و شعورهم بكون الأمن إلى جانبهم باعتبارهم طرفا محايدا لا مصلحة له للميل إلى طرف دون الآخر عنوانه في ذلك التطبيق السليم للقواعد القانونية السارية المفعول.

✓ لائحة المراجع :

• الكتب عامة :

- محمد عيد الغريب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، طبعة الثانية، السنة 1997.
 - أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون لإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1959.
 - أحمد هلالى عبد الله، المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، دراسة مقارنة في الفكر الجنائي الإسلامي، طبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989
 - إدريس عبد الجواد بريك، ضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005.
 - حسبية محبي الدين، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2011.
- ##### • أبحاث جامعية :

حمدي رجب عبد الغني، نظام الاتهام وحق الفرد والمجتمع في الخصومة الجنائية، رسالة دكتوراه نوقشت بكلية الشريعة والقانون بالقانون 1986.

محمود صالح محمد العادلي، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، نوقشت بجامعة القاهرة 1991.

محمد عز الدين صلاح جرادة، حق المتهم في الصمت وفقا للقانون الفلسطيني "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر - غزة - 2014.

مسوس رشيدة، استجواب المتهم من طرف قاضي التحقيق جامعة الحاج لخضر باثنة، رسالة ماجستير، السنة الجامعية 2005-2006.

• المقالات :

- شهيرة بوليحة، "حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، الجزائر.
 - عبد الله محمد احجيله و جهاد ضيف الله الجازي، حق المشتكى عليه في الصمت في مرحلة ما قبل المحاكمة في التشريع الجزائري الأردني، دراسات علوم الشريعة و القانون، المجلد 40، ملحق 1، سنة 2013.
- ##### • المقررات القضائية :

- حكم المحكمة الابتدائية بميدلت تحت عدد 2466 في الملف الجنحي التلبسي عدد 2015/2467 الصادر بتاريخ 26.11.2015، غير منشور.

- قرار محكمة امن الدولة العليا المصرية، في القضية الجنائية رقم 48 لسنة 1992، فيما يعرف بقضية تنظيم الجهاد.
- محكمة التمييز الأردنية تمييز جزاء رقم 86/1975م، مجموعة المبادئ القانونية، الجزء الأول.
 - القوانين و الإعلانات الأهمية :
 - قانون المسطرة الجنائية المغربي.
 - قانون الإجراءات الجزائية الأردني.
 - إعلان حقوق الإنسان الصادر سنة 1789 و الصادر في سنة 1948.
 - الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان و حقوقه الأساسية لعام 1950.
 - الاتفاقية الخاصة بالحقوق المدنية و السياسية لسنة 1966.

العناصر التكوينية لجريمة إنتهاك الحق في الصورة



ياسين الكعيوش ، صف الدكتوراه

جامعة سيدي محمد بن عبد الله

كلية الحقوق فاس- المملكة المغربية

مقدمة :

مرت حقوق الإنسان بمجموعة من المراحل وقطعت أشواطاً متعددة حتى صُنفت ضمن أجيال من الحقوق، وشكلت في مجموعها منظومة كلية لا تقبل التجزئة، ويعتبر الحق في الحياة الخاصة أحد تلك الحقوق التي عملت القوانين على صيانتها من كافة صور المساس والاعتداء؛ عن طريق أداة القانون الجنائي الذي يبيح للأفراد داخل المجتمع باتيان أفعال معينة، ويلزمهم بالامتناع عن ارتكاب أفعال أخرى مقابل جزاءات لمن خالف ذلك، حفاظاً على الأمن والاستقرار الاجتماعي.

ونظراً للتقدم العلمي السريع واتساع استخدام أجهزة الاتصال الحديثة على نطاق واسع، فقد تعرضت الحياة الخاصة لانتهاكات متعددة، مما دفع معظم التشريعات إلى بسط حماية أكبر للحق في الخصوصية، كأحد الحقوق الفردية المعبرة عن الحرية الشخصية، وإن اختلفت هذه التشريعات في وضع مفهوم محدد للحق في الحياة الخاصة، فإن الفقه عرفها من زاوية الحق في الحياة الأسرية والشخصية والداخلية والروحية للشخص، عندما يعيش وراء باب المغلق، وقد قيل أن الحق في الحياة الخاصة هو حق الفرد في استبعاد الآخرين من نطاق حياته الخاصة، والحق في احترام ذاتيته الشخصية، ويعني أيضاً حق الشخص في أن يحتفظ بأسرار من المتعذر على العامة معرفتها إلا بإرادة صاحب الشأن، والتي تتعلق بصفة أساسية بحقوقه الشخصية⁽¹⁾.

لكن يبقى أشهر تعريف للحياة الخاصة، هو التعريف الذي وضعه معهد القانون الأمريكي، حينما عرف الحق في الحياة الخاصة من زاوية المساس بها بقوله " كل شخص ينتهك بصورة جدية وبدون وجه حق، حق شخص آخر في

¹ محمود نجيب حسني، الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة، مجلة القضاة، العدد السادس، يوليو 1987 ص 201-202.

ألا تصل أموره وأحواله إلى علم الغير، وألا تكون صورته عرضة لأنظار الجمهور، ويعد مسؤولاً أمام المعتدى عليه"⁽¹⁾.

وصفوة القول إن الحق في الحياة الخاصة في بداية القرن العشرين، لم يلقى أي اهتمام من قبل التشريعات الجنائية حيث رفضت الاعتراف به كحق مستقل بذاته، ومبررها في ذلك آنذاك أن فكرة هذا الحق تعد غامضة وغير واضحة المعالم والحدود، وبالتالي تمت معالجته من منظور علم الأخلاق وعلم الاجتماع، ولم يتسنى للقوانين الجنائية سوى تجريم فعل القذف والسب، لأن الهدف هنا هو التحقير والحط من كرامة الشخص، أما من يذكر أموراً حقيقية تخص حياة شخص معين فلا يسأل جنائياً⁽²⁾.

بيد أن مع مرور الوقت اتجهت غالبية الفقه إلى إقرار الحق في الحياة الخاصة، بوصفه حقاً قائماً بذاته، بعدما استشعر الجميع أهمية هذا الحق، كما لقي اهتماماً دولياً حينما نصت المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه " لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته". كما نصت المادة 17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على " لا يجوز التدخل بشكل تعسفي أو غير قانوني بخصوصيات أحد أو بعائلته أو بيته أو مراسلاته"⁽³⁾.

لذا عملت أغلب الدساتير الحديثة وباختلاف فلسفة نظمها القانونية تضمين الحق في الحياة الخاصة، بجعله حقاً دستورياً وجب حمايته من أي اعتداء أو انتهاك، حيث نص الدستور المغربي ضمن الفصل 24 " لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة. لا تنتهك حرمة المنازل، ولا يمكن القيام بأي تفتيش وفق الشروط والإجراءات التي ينص عليها القانون.

لا تنتهك سرية الاتصالات الشخصية، كيفما كان شكلها. ولا يمكن الترخيص بالاطلاع على مضمونها أو نشرها، كلاً أو بعضاً، أو باستعمالها ضد أي كان، إلا بأمر قضائي ووفق الشروط والكيفيات التي ينص عليها القانون...".

وإذا كان مفهوم الحق في الحياة الخاصة جديد على الفكر القانوني، فإن للمرجعية الإسلامية السابقة في إقراره وبيانه وتجسيده بطريقة دقيقة، فالمولى عز وجل ينهانا عن التجسس والاطلاع على أعراض الناس لقوله سبحانه وتعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ"⁽⁴⁾.

¹ أحمد فتحي سرور، الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، سنة 1986 ص 34.

² سفيان باكراد، حماية الحق في سرية المراسلات في ظل التطور التكنولوجي للمعلومات، مركز الدراسات المستقبلية في كلية الحداثة الجامعة، مجلة بحوث مستقبلية، العدد 53، سنة 2011 ص 44.

³ اتجه مؤتمر رجال القانون المنعقد في ستوكهولم سنة 1967 إلى أن الحق في الحياة الخاصة للفرد يعني حق العيش بمنأى عن الأفعال التالية:

- التدخل في حياة أسرته أو منزله؛
- التدخل في كيانه البدني أو العقلي أو حريته الأخلاقية أو العقلية؛
- الاعتداء على شرفه أو سمعته؛
- وضعه تحت الأضواء الكاذبة؛
- إذاعة وقائع تتصل بحياته الخاصة؛
- استعمال اسمه أو صورته؛
- التجسس والتلصص والملاحظة والتدخل في المراسلات؛
- سوء استخدام الاتصالات الخاصة الشفوية أو المكتوبة
- إفشاء المعلومات التي تصل إليه بحكم الثقة في المهنة.

⁴ سورة الحجرات الآية 12.

وقد نهى النبي الكريم صلى الله عليه وسلم عن تتبع عورات الآخرين، وعملاً بذلك ذهب الفقهاء إلى القول بتحريم التجسس واستندوا في ذلك على قوله صلى الله عليه وسلم "إياكم والظن فإنما لظن أكذب الحديث، ولا تحسسوا ولا تجسسوا، ولا تنجسوا، ولا تحاسدوا، ولا تباغضوا، ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخواناً"⁽¹⁾.

لكن بعد تطور نمط الاعتداء على الحياة الخاصة للأشخاص باستغلال التقدم التكنولوجي، والذي أدى إلى الابتزاز وانتشار الأخبار الزائفة والمعلومات والأقوال السرية وتداولها على نطاق واسع، حاول المنتظم الدولي جاهداً التفكير في إيجاد مرجعية دولية تؤطر الجرائم المعلوماتية، بعدما استفحلت نوعيتها التي لا تؤمن بالحدود الجغرافيا ولا السياسية بين مختلف دول العالم؛ وهو ما تحقق خلال سنة 2001 بصدر اتفاقية "بودبست" الخاصة بمكافحة الجريمة المعلوماتية والتي دخلت حيز التنفيذ سنة 2004 لتكون بداية تحول في مجال مكافحة الجريمة الالكترونية على الصعيد الدولي⁽²⁾.

وأمام تلك التحديات الراهنة للتكنولوجية وسرعة انتقال وانتشار الصور والمعطيات التي ألحقت ضرراً مباشراً بجريمة الحياة الخاصة، فقد كان لزاماً على المشرع الجنائي المغربي أن يبسط حمايته القانونية على الحق في الحياة الخاصة بعدما طالته انتهاكات كثيرة، مستجيباً لمبدأ الشرعية الجنائية " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني" الذي كان يمنع ملاحقة بعض الأفعال المستحدثة، وهو ما تجسد فعلاً من خلال التعديلات المدخلة على القانون الجنائي عن طريق قانون محاربة العنف ضد النساء رقم 103.13 الذي دخل حيز التنفيذ في 12 شتبر 2018⁽³⁾ المتمم والمعدل لبعض مقتضيات القانون الجنائي؛ والذي جرم من خلاله المشرع ضمن الفصول 1- 447 و 2- 447 و 3- 447، مجموعة من الأفعال اعتبرها اعتداء على حرمة الحياة الخاصة خصوصاً المرتكبة بوسائل معلوماتية حديثة. أهمها:

- التقاط أو تسجيل أو بث أو توزيع أقوال أو معلومات صادرة بشكل خاص أو سري، دون موافقة أصحابها".
- تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص، دون موافقته.
- بث أو توزيع تركيبة مكونة من أقوال شخص أو صورته دون موافقته أو قام ببث أو توزيع ادعاءات أو وقائع كاذبة بقصد المس بالحياة الخاصة للأشخاص أو التشهير بهم".

¹ جامع السنة وشروحها. <http://www.hadithportal.com/hadith-6066&book1> (doc numérique)

² أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 27 نوفمبر 2013 قراراً حول «الحق في الحياة الخاصة في العصر الرقمي» ينظر إلى هذا الحق من الزاوية الحقوقية كحق أصيل من حقوق الإنسان وليس من الزاوية القانونية. وقد حظى القرار المذكور بالترحيب، باعتباره أول قرار صادر عن الأمم المتحدة يؤكد أن حقوق الإنسان في العالم الرقمي يجب حمايتها وتعزيزها بالقدر ذاته، وبهما تتم حماية حقوق الإنسان في العالم المادي. وقد اعتبر الحق في الحياة الخاصة الرقمية يضم مجموعة من الحقوق التي أصبحت جزءاً لا يتجزأ من منظومة حقوق الإنسان وهي:

1. الحق في التخفي الرقمي (Droit à l'anonymat numérique) ويعني أن لكل شخص الحق في التواجد على شبكة الإنترنت دون أن يكون مجبراً على كشف هويته الحقيقية شريطة أن لا يضر ذلك بالنظام العام وحقوق وحريات الغير.
2. الحق في النسيان الرقمي (Droit à l'oubli numérique) ويعني أن يلتزم المسؤولون عن معالجة المعطيات الشخصية (مواقع التجارة الإلكترونية، المؤسسات العمومية...) بعدم حفظ تلك المعطيات لمدة تتجاوز الغاية التي جمعت من أجلها. كما يعني كذلك أن لكل شخص الحق في تعديل أو حتى سحب معلومات تخصه من شبكة الإنترنت (مواقع إلكترونية، مواقع التواصل الاجتماعي...) شريطة أن لا يحدث ذلك ضرراً للأشخاص الذاتيين أو المعنويين الذين يحوزون هذه المعلومات.
3. الحق في الهوية الرقمية (Droit à l'identité numérique) ويعني أن يكون لكل شخص الحق في التواجد كشخص رقمي (Homme numérique) على شبكة الإنترنت، إلى جانب وجوده كشخص حقيقي (Homme réel). وترتبط بهذا الحق ضرورة تجريم انتحال الهوية الرقمية (انتحال البريد الإلكتروني، انتحال صفحة الفيس بوك، انتحال عنوان بروتوكول الإنترنت...).

³ الظهير الشريف رقم 1.18.19 صادر في 5 جمادى الآخرة 1439 الموافق لـ 22 فبراير 2018 بتنفيذ القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، الجريدة الرسمية عدد 6655 - 23 جمادى الآخرة (12 مارس 2018) ص 1449.

ومن البديهي أن يتفطن المشرع الجنائي إلى تجريم تلك الأفعال الماسة بالحق في الحياة الخاصة، نتيجة الانتهاكات التي مست الفرد في ذاته وجوهره وسمعته، بعدما أصبحت نعمة التكنولوجيا الحديثة ووسائل التواصل الاجتماعي، نقمة على حياة البعض الذي يفضل كتمان أموره الخاصة.

وقد سبق للمشرع المغربي أن جرم مسألة التدخل في الحياة الخاصة للأشخاص، وكذلك المس بالحق في الصورة وذلك بموجب قانون الصحافة والنشر رقم 88.13⁽¹⁾ الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 15 غشت 2016، حيث اعتبر هذا القانون كل تعريض لشخص يمكن التعرف عليه، وذلك عن طريق اختلاق ادعاءات أو إفشاء وقائع أو صور فوتوغرافية أو أفلام حميمية لأشخاص تتعلق بحياتهم الخاصة، ما لم تكن لها علاقة وثيقة بالحياة العامة أو الرأي العام جريمة معاقب عليها، والملاحظ على المشرع أنه جرم فعل التدخل في الحياة الخاصة إذا تم النشر في هذه الحالة دون موافقة الشخص المعني بالأمر، أو إذا كان ما تم نشره من معلومات يقصد منه المس بالحياة الخاصة للأشخاص والتشهير بهم.

لكن ما دامت هذه المقترضات جاء التنصيص عليها ضمن قانون الصحافة والنشر وهو قانون خاص، تبقى مقترضاته قاصرة على فئة الصحفيين والصحافيات والمؤسسات الصحافية حسب المادة الأولى منه؛ ومن ثم طرحت إشكالات واقعية حينما ترتكب هذه الأفعال من طرف أشخاص عاديين على مواقع التواصل الاجتماعي أو المواقع الإلكترونية؛ حيث كان التعويض فقط في إطار المسؤولية التقصيرية طبقاً للفصل 77 ق ل ع م الذي ينص على " كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار من غير أن يسمح له به القانون فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا أثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر، وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر".

لذا فإن المصالح الاجتماعية كلما بلغت في نظر المشرع قيمة كبيرة، كلما أسدل عليها ستار الحماية الجنائية معتبراً المساس بها جريمة تحرك مسؤولية فاعلها ويستتبع إنزال العقاب الجزري به، ومن بين هذه المصالح الاجتماعية حق الشخص في حياته الخاصة.

وتأسيساً على ما سبق، يمكن التساؤل عن: ما هو نطاق مبدأ الشرعية الذي حدده المشرع في تجريم فعل تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته؟

هذا ما سنحاول إبرازه من خلال الحديث عن العناصر التكوينية لهذه الجريمة، على النحو الآتي:

المطلب الأول: الركن القانوني.

المطلب الثاني: الركن المادي.

المطلب الثالث: الركن المعنوي.

لكي يعتبر فعل أو امتناع جريمة بالمفهوم القانوني (بدل الاجتماعي أو الديني) يقتضي توفر مجموعة من الشروط، إذ تشكل هذه الأخيرة العناصر المكونة للجريمة والمحددة لطبيعتها ووصفها، وهي بمثابة أركان تقوم عليها،

¹الظهير الشريف رقم 1.16.122 صادر في 6 ذي القعدة 1437 الموافق لـ 10 غشت 2016، لتنفيذ القانون رقم 88.13 المتعلق بالصحافة والنشر، الجريدة الرسمية عدد 6641 ص 1234.

لذا يستلزم لقيام جريمة معينة ركن قانوني (مبدأ الشرعية) يحدد النموذج الإجرامي محل التجريم (المطلب الأول)، وركن مادي صادر عن الجنائي (المطلب الثاني) ثم ركن معنوي والمتمثل في القصد الجنائي (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الركن القانوني:

إن الشرعية الجنائية تقتضي وجود نص قانوني سابق لفعل الاعتداء، وهذا إقرار لأهم مبادئ القانون الجنائي ألا وهو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات⁽¹⁾، "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني"⁽²⁾. والذي يقتضي أن يكون النص الجنائي المجرم لبعض الأفعال مبينا بصورة واضحة ودقيقة، الأمر الذي يضمن تحقيق فعالية أكبر أثناء تطبيقه، ويعد أيضا قاعدة أساسية يبنى عليها النظام الجنائي في الدول الحديثة، وأخذت بها كل الدول في دساتيرها⁽³⁾.

ولعل التطورات السريعة في عالم المعلومات والأجهزة الرقمية مست جانبا من حيلة الأشخاص نظرا لسهولة وسرعة انتقال الصور الشخصية وتداولها في العالم الافتراضي. هذا الأمر جعل القانون الجنائي في صيغته الماضية في موضع لا يحسد عليه، إذ بات غير قادر على ملاحقة بعض الأفعال المستحدثة الماسة بصورة الشخص، والتي كانت نتاج الجانب السلبي للنظام المعلوماتي، ومن ثمة تفاعل المشرع الجنائي بإضافة مقتضيات جديدة لسد الفراغ التشريعي، حيث حدد السلوك المراد تجريمه وعقوبته والتي اعتبره انتهاكا لحق الشخص في صورته، في ثلاث حالات:

الحالة الأولى: حين قيام الفاعل بتثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته، عمدا وبأية وسيلة، فإن العقوبة هي الحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات وغرامة من 2.000 إلى 20.000 درهم، حسب الفصل 1- 447 ق ج الفقرة الثانية.

الحالة الثانية: حين قيام الشخص ببث أو توزيع تركيبة مكونة من أقوال شخص أو صورته دون موافقته... فإن العقوبة هي من سنة واحدة إلى ثلاث سنوات حبسا وغرامة من 2000 إلى 20.000 درهم. حسب الفصل 2- 447.

الحالة الثالثة: وهي في حالة العود أو ارتكاب الجريمة من طرف الزوج أو الطليق أو الخاطب أو أحد الفروع أو أحد الأصول أو الكافل أو شخص له ولاية أو سلطة على الضحية أو مكلف برعايتها أو ضد امرأة بسبب جنسها أو ضد قاصر، ترفع العقوبة إلى الحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات وغرامة من 5.000 إلى 50.000 طبقا لما ورد ضمن الفصل 3- 447 ق ج.

إن الوصف القانوني للأفعال التي حددها المشرع في النصوص القانونية أعلاه، تبقى غير كافية للقول بوجود جريمة تدخل تحت خانة العقاب، وإنما لابد من ترجمة هذه الأفعال واقعا في العالم الخارجي حسب النموذج الإجرامي المرسوم لها سلفا من المشرع الجنائي، وهو ما يسمى بالركن المادي للجريمة الذي نسعى لإبرازه في النقطة الموالية.

¹ يعود أصل هذا المبدأ إلى الفقيه بكاريا من خلال كتابه " الجرائم والعقوبات" 1764 إلى أن تم تكريسه في التشريعات الوضعية الحديثة عقب الثورة الفرنسية 1789 ضمن وثيقة إعلان الحقوق والمواطنة، التي جاءت في مادتها الثانية " لا يجوز عقاب أي شخص إلا بمقتضى قانون صادرا قبل ارتكاب الجريمة".
² ينص الفصل 3 من ق ج م على أنه " لا يسوغ مؤاخذه أحد على فعل لا يعد جريمة بصريح القانون ولا معاقبته بعقوبات لم يقرها القانون".
³ كرسه المشرع المغربي ضمن الفصل 23 من الدستور " لا يجوز إلقاء القبض على أي شخص أو اعتقاله أو متابعته أو إدانته، إلا في الحالات وطبق الإجراءات التي ينص عليها في القانون".

المطلب الثاني: الركن المادي :

يعد الركن المادي ركيزة أساسية لتحقيق جريمة ما، لكون المشرع لا يعاقب على مجرد النوايا والأفكار الإجرامية، ولا حتى التصميم على ارتكابها- الأعمال التحضيرية- إذا لم توصف بالمحاولة⁽¹⁾. وبناء عليه، فالركن المادي يعد أهم وأبرز أركان الجريمة، -ربما الجريمة نفسها أحيانا- حينما تتميز بضعف ركنها المعنوي، إذ بمجرد الامتناع عن تنفيذ ما أمر به القانون تتحقق الجريمة، وبهذا الركن تقوم الجريمة، وذلك عن طريق السلوك الإجرامي.

ويأخذ الركن المادي في جريمة انتهاك حق الشخص في صورته، إحدى صور النشاط الإجرامي وهي: " تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته، وباعتبار هذه الجريمة من الجرائم الشكلية⁽²⁾ التي يعاقب عليها القانون بمجرد إتيان الفاعل للنشاط الإجرامي، فإن النتيجة الإجرامية والعلاقة السببية لا أهمية لهما في العناصر التكوينية للجريمة، مما يعني أن المشرع المغربي قد لا يأخذ بعين الاعتبار ما قد ينجم عن الجريمة من أضرار فعلية، بقدر ما ينظر إلى الأخطار المحتملة التي قد تترتب عنها، والتي قد تعرض مصالح أساسية في المجتمع للخطر، وهي إفشاء خصوصية شخص عن طريق صورته التي لا يريد أن يشاركها مع الغير.

لهذا تقتضي خصوصية جريمة " تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته، توافر الشروط التالي :

الشرط الأول : تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص.

الشرط الثاني : توافر وسيلة في ارتكاب الفعل.

الشرط الثالث : صورة الشخص أثناء تواجده بمكان خاص.

الشرط الرابع : ارتكاب الفعل دون موافقة صاحب الصورة.

الشرط الأول : تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص.

يتبين أن النشاط الإجرامي في الجريمة محل الدراسة، يتجسد في سلوك ايجابي⁽³⁾ وله أربع صور وهي: (تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع).

1. مصطلح التثبيت : الذي أورده المشرع المغربي ضمن مقتضيات الفصل 1- 447 ق ج الفقرة الثانية، مفاده قيام الجاني بأخذ والتقاط صورة للمجني عليه وهو بمكان خاص، باستعمال وسائل كيفما كانت بما فيها الوسائل المعلوماتية الحديثة، حيث استعملت التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي والمصري والجزائري⁽⁴⁾، مصطلح "الالتقاط" بكونه الأخذ والحصول على الشيء مصادفة دون جهد أو نية في ذلك⁽⁵⁾.

¹ المحاولة هي جريمة ناقصة، تنقصها النتيجة الإجرامية، ولها ركنين وهما : البدء في التنفيذ وغياب العدول الاختياري. كما لها ثلاث صور وهما: (الجريمة المستحيلة والجريمة الخائبة والجريمة الموقوفة)، والمحاولة لا تكون إلا في الجرائم المادية.

² الجرائم الشكلية هي الجرائم التي يتحقق ارتكابها بصرف النظر عن النتيجة التي تهدف إليها، أي أن ركنها المادي يتكون من مجرد سلوك معين بغض النظر عن حصول النتيجة الإجرامية أو عدم حصولها، وهذا السلوك يمكن أن يكون قياما بعمل أو امتناعا عنه.

³ يعد السلوك الإجرامي ايجابي كل حركة عضوية ذات صفة إرادية تتمثل في فعل يأتيه الجاني بمخالفة لما نهى عن إتيانه القانون. أنظر: أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات " القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 308.

⁴ تنص المادة 303 مكرر فقرة 2 من القانون العقوبات الجزائري "...بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكن خاص، بغير إذن صاحبها أو رضاه".

⁵ علي أحمد الزعبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان سنة 2006 ص 113.

فالمشروع كان دقيقاً في توظيف مصطلح التثبيت، حيث لا تتحقق جريمة "تثبيت" صورة الشخص من خلال العين المجردة أو باستعمال منظار عادي، كأن ينظر شخص لصورة شخص أثناء تواجده بمكان خاص لا يريد أن يراه فيه أحد، فهذا السلوك لا يقع تحت طائلة التجريم المنصوص عليه في هذا الباب، لأن الوسائل المستعملة (العين أو المنظار) لا يمكنها تثبيت صورة الشخص على دعامة ملموسة كالأجهزة والتقنيات الحديثة.

2. **مصطلح التسجيل:** يقصد به كصورة ثانية للنشاط الإجرامي هي تسجيل الصورة عن طريق حفظها على الجهاز أو التقنية المستعملة في ذلك، ليتم مشاهدتها بعد التسجيل في وقت آخر⁽¹⁾.
3. **مصطلح البث:** وهو نقل أو إرسال الصور من مكان الفاعل إلى مكان أخرى، أو تحويل الصورة من وسيلة إلى أخرى. مما يشكل اتساع قاعدة الجمهور المتتبع لتلك الصور، يعني أن يعمل الفاعل على توسيع إفشاء الصور التي حصل عليها بين باقي الأشخاص، أي تحويل الصورة من موضع إلى آخر.
4. **مصطلح التوزيع:** وهو النشر والمشاركة على صعيد واسع وتمكين الأشخاص من الحصول على تلك الصور⁽²⁾، ويعد الموزع في هذه الحالة مساهماً في الجريمة إن لم يكن هو الفاعل الأصلي. كما يعني التوزيع تمكين شخص يوجد في مكان مختلف عن المكان الخاص الذي يوجد فيه المجني عليه، من الاطلاع على صورته.

الشرط الثاني: توافر وسيلة في ارتكاب الفعل.

يتعلق الشرط الثاني في الركن المادي بوسيلة ارتكاب فعل (التثبيت أو التسجيل أو البث أو التوزيع) حيث ورد في **الفصل 1- 447 ق ج** مصطلح "بأية وسيلة بما في ذلك الأنظمة المعلوماتية"⁽³⁾. إذ يدخل في حكمها آلات التصوير الفوتوغرافية أو الهواتف أو الحواسيب⁽³⁾.

وبالنظر إلى المصطلحات المستعملة في تحديد شروط توافر الركن المادي بخصوص أداة ارتكاب الفعل، نجد أن المشرع قد توسع في بسط الحماية الجنائية للصورة، حيث لم يشترط استعمال جهازاً محدداً، وإنما استعمل مصطلح "أية وسيلة بما فيها المعلوماتية" الذي يشمل جميع الأجهزة والتقنيات الحديثة التي قد تظهر في المستقبل، مما يعكس مساهمة المشرع للتطور العلمي المذهل في مجال الاتصالات، كالهواتف المحمولة وآلات التسجيل المتنوعة وكذا تقنيات الالتقاط والتسجيل التي تعمل عن بعد، وتشتغل بواسطة البرمجة المعلوماتية...إلخ. كما يضم مصطلح "أية وسيلة" الطرق التقليدية كالرسم بالريشة في حالة ما إذا كان الجاني رساماً وقام بتثبيت صورة للمجني عليه بمكان خاص. في حين نجد المشرع المصري ضمن **الفصل 309 مكرر** من القانون العقوبات، ضيف نطاق الحماية باستعماله مصطلح "الأجهزة أياً كان نوعها" وهذا ما يعني أنه استثنى الرسم على اللوحات التي لا تعد جهازاً، كما أن هذا المصطلح لا يحتوي التقنيات الحديثة الأخرى التي ظهرت أو قد تظهر مع التقدم التكنولوجي.

¹ محمد أمين الرومي، جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار المطبوعات الجامعية، مصر سنة 2004 ص 67.

² علي أحمد الزعبي، مرجع سابق، ص 95.

³ رئاسة النيابة العامة، منشور عدد 2018/48، حول حماية الحياة الخاصة في ل القانون رقم 103.13. ص 3.

الشرط الثالث : صورة الشخص أثناء تواجده بمكان خاص.

يتطلب الشرط الثالث لتحقيق الركن المادي في جريمة (تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته)؛ وقوعه على صورة الشخص التي هي محل الجريمة أساسا، هذا فضلا عن تواجده في مكان خاص، ولذلك فقد عُرِفَت صورة الإنسان: بكونها ذلك الامتداد الضوئي لجسمه ولا تعبر عن فكرة وليس لها دلالة سوى إشارتها إلى شخصية صاحبها⁽¹⁾.

ومن هنا، يستلزم لذلك أن تكون هناك صورة لشخص، فلا تقوم الجريمة إذا تم تصوير شيء (كسيارة الشخص مثلا) أو مستند (ورقة أو كتاب) أو مكان (منزل أو حديقة). فقد يترتب تثبيت صورة لشيء كمستند مثلا إحداث ضرر بالجني عليه، ورغم ذلك فلا تقوم الجريمة قيد الدراسة لأن محل الصورة هو "شيء" وليس "شخصا".

كما يشترط ضرورة وجود الشخص في مكان خاص، وأساس هذا الشرط هو حماية حرمة الحياة الخاصة للأفراد، حيث لا تقع الجريمة إذا وجد الشخص بمكان عام، وتطبيقا لذلك فلا تتوافر هذه الجريمة إذا تم تصوير شخص حال وقوفه أمام منزله أو وجوده بمقهى، حيث الملاحظ أن الجاني يثبت صورة الجاني عليه غالبا أثناء وجوده في وضع لا يرغب أن يراه أحد. لأن علة تجريم انتهاك حق الشخص في صورته، هو وجوده بمكان خاص لا يجوز دخوله إلا بإذن صاحبه، بخلاف جريمة التقاط "الأقوال أو المعلومات" والتي لم يشترط المشرع أن تكون صادرة في مكان خاص أو عام، وإنما اشترط سربيتها فقط. ضمن الفقرة الأولى من الفصل 447.1 ق ج.

ومن هنا، يمكن القول إن القانون الجنائي لا ييسط الحماية في هذا الباب على من يوجد في مكان عام، إذا ما تم تصويره أو نقلت صورته أو سجلت، لأن المعيار هنا هو وجود الجاني عليه في مكان خاص، حتى ولو كان في موضع طبيعي كمن يجلس بكامل ملابسه بمكان خاص لا يصله العامة من الناس، ورغم ذلك تقوم الجريمة.

وقد اختلف الفقه الفرنسي حول تعريف المكان الخاص، فرأى أول أخذ بالمعيار الشخصي للمكان الخاص، الذي هو كل مكان يتعذر بلوغه بنظرات من الخارج ويكون دخوله متوقفا على إذن مالكة أو المستغل أو المنتفع". أما الرأي الثاني أخذ بالمعيار الموضوعي حيث قام بتحديد المكان الخاص بناء على تعداد صور المكان العام ومنها: الشارع، الحديقة، المقاهي، الملاعب، الجامعات... وهذه الأماكن لا تدخل في نطاق تطبيق القانون، وعلى عكس من ذلك، فإن الأماكن الخاصة بطبيعتها تخضع للحماية ومنها المسكن، ومكتب المدير⁽²⁾. في حين تعد من الأماكن الخاصة حسب القضاء المقارن والتي تبنتها النيابة العامة مؤخرا ضمن منشورها، كل من غرفة الفندق والمرآب والمسبح الخاص والسيارة ولو وجدت في الطريق العام⁽³⁾.

ومن الأمثلة التي جاء بها الاجتهاد القضائي الفرنسي بخصوص تحديد المكان الخاص عن العام، هو تلك الدعوى القضائية التي أقامتها فتاة أمام القضاء الفرنسي اختصمت فيها إحدى الصحف الفرنسية لنشرها صورتها عارية الصدر أثناء تناولها وجبة الإفطار برفقة أصدقائها أمام الشاطئ، حيث أسست المدعية دعواها على أن نشر صورتها من قبل الجريدة يشكل انتهاك لحرمة حياتها الخاصة، وفقا للمادتين 368 من قانون العقوبات القديم و المادة 226/1 من قانون العقوبات الجديد. وقد أصدرت المحكمة حكمها في الدعوى بالرفض تأسيسا على أن الشاطئ لا يعد مكانا

¹Isabelle Lalies, la protection pénale de la vie privée, presses, Universitaire d'Aix-Marseille, France, 1999, P45.

²Isabelle Lalies, op.cit; p 67.

³ منشور رئاسة النيابة العامة، مرجع سابق، ص 3.

خاصا في مفهوم المادة 368 من قانون العقوبات، فهو مكان عام يستطيع الجمهور الدخول إليه دون الحصول على إذن، بالإضافة إلى وجود عدد من المصطافين في حالة عري كامل أو جزئي، وأن العري لم يكن يشغل نظرات الآخرين من المصطافين، كما أنه لم يكن يمنع المصطافين من المرور⁽¹⁾.

الشرط الرابع: ارتكاب الفعل دون موافقة صاحب الصورة.

إن الشرط الرابع في الركن المادي يقتضي القيام بالسلوك المجرّم دون إذن أو رضاء من صاحب الصورة، وهو ما جاء في الفصل 1- 447 ق ج الفقرة الثانية، لأن موافقة المجني عليه يبيح الفعل ويخرجه من نطاق الخصوصية إلى نطاق العلنية، وبالتالي فلا تقوم الجريمة آنذاك، وهو استثناء على القاعدة الجنائية التي تفيد أن رضاء المجني عليه لا يعد سببا من أسباب الإباحة في القانون الجنائي، وعلّة ذلك أن معظم الجرائم تشكل اعتداء على حقوق الأفراد ذات أهمية اجتماعية، ووضع المشرع الحماية يفرض عقوبات وذلك للحفاظ على البعد الاجتماعي لحقوق الأشخاص، ولا يملك الفرد التنازل عن أي حق ذو أهمية اجتماعية لأن ذلك يشكل مساسا بحق المجتمع، وتطبيقا لذلك فلا يمكن تحويل الشخص سلطة التنازل عن حقه في الحياة الخاصة وحقه في الحفاظ على سلامة جسده⁽²⁾. لكن الضرورة الاجتماعية الأخير يقتضي احترام الإرادة والحرية الفردية ومن ثم فلا عقاب على المساس بالحياة الخاصة للشخص إذا كان هذا الأخير يريد أن يشاركها مع الغير ولا يعتبرها خاصة وسرية.

وبمفهوم المخالفة فإذا رضي المجني عليه قيام الجاني بتثبيت صورة له أو تسجيله أو توزيعها فلا جريمة آنذاك، لأنه سبب من أسباب إباحة الفعل.

المطلب الثالث: الركن المعنوي:

يعد الركن المعنوي ركنا هاما في تكوين الجريمة، والذي يتمثل في القصد الجنائي، أي اتجاه نية الشخص إلى الإضرار بالغير أو الممتلكات مع علمه بأركان الجريمة.

وإذا أخذنا بالتعريف القائل بأن القصد الجنائي هو انصرام إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة، مع العلم بالعناصر الواقعية والقانونية اللازمة لقيامها، وبصلاحية النشاط لإحداث النتيجة المحظورة قانونا وتوافر نية تحقق ذلك. فإن توافر القصد الجنائي وتحققه لا بد من وجود عنصرين أساسيين، وانعدامهما أو انعدام أحدهما يعتبر إخلال بهذا الركن - القصد الجنائي - وهما: اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة، والعلم بتوافر أركان الجريمة كما يتطلبها القانون الجنائي.

ولعل جريمة " تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته " لا تخرج عن هذا النطاق، باعتبارها جريمة عمدية يتخذ فيها الركن المعنوي صورة القصد الجنائي العام، الذي لا يتطلب لتحقيقه ضرورة توافر نية محددة لدى الفاعل؛ حيث استعمل المشرع مصطلح " كل من قام عمدا " يعني لا تقوم الجريمة في حالة الخطأ غير العمدي.

¹ Cass. 18 Mars 1971.J.C.P. p 447

ورد في هذا الحكم ما يلي:

« Ne peut être tenu comme un lieu privé au sens l'article 368 une plage, ou été photographiée une femme la poitrine découverte des lorsque cette plage est lieu public accessible à tous les estivantes ».

² محمود نجيب حسني، مرجع سابق ص 271.

وعليه فإن القصد الجنائي بعنصري العلم والإرادة يجب أن يكونا متوفرين لقيام الركن المعنوي، أي أن يعلم الجاني⁽¹⁾ بأن الأفعال التي يأتيها وهي (تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته) تشكل جريمة نهى القانون عن إتيانها، وإذا انتفى العلم لا قيام للركن المعنوي ولا تتحقق الجريمة آنذاك.

كما يقتضي أيضا أن تتجه إرادة الجاني إلى إتيان نشاطه الإجرامي من أفعال (تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع) حيث تعتبر جوهر القصد الجنائي وتمثل العنصر الوحيد الذي يميز الجرائم العمدية عن الجرائم غير العمدية، على خلاف العلم الذي يعد ضروري ولازم، ولكنه غير كاف لتكوين القصد الجنائي لأنه يتطلب في الجرائم العمدية وغير العمدية على حد سواء.

وتجدر الإشارة أن الدوافع التي تحرك الجاني وراء سلوكه الإجرامي، والتي يتحقق بها القصد الجنائي الخاص، لا أهمية لها في تقرير العقاب من عدمه، ما دام المشرع قد حدد السلوك المجرّم دون الغاية من ورائه، وبالتالي قد يكون للجاني نية في الإضرار بالحياة الخاصة للشخص عن طريق التوزيع والعبث بصورة الخاصة، وقد يكون سلوكه فضول فقط.

وتجدر الإشارة أن استعمال تقنيات ووسائل تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته للكشف عن أفعال محظورة في القانون الجنائي، هو فعل لا يمكن أن يقع تحت طائلة العقاب، كأن يثبت أو يسجل شخص وقائع جريمة الرشوة، أو وقائع جريمة المخدرات، أو خيانة الزوجة، أو صور شخص مطلوب لدى العدالة... إلخ، فهذه كلها صور شخصية وتمت بمكان خاص ولا يوافق صاحبها على كشفها، ولكن ما دامت أنها تشكل جريمة في حد ذاتها فإن كشفها مباح.

خاتمة :

إن إضفاء الحرمة على حياة الفرد الخاصة هي حاجة اجتماعية، إذا كان من شأنها الإسهام في استقرار المجتمع وأمنه، لأن الإنسان رغم واجباته الاجتماعية لا يمكن أن يهب نفسه طوال الوقت للآخرين ناسيا بذلك ذاتيته والاستقلالية بكيانه الخاص، فهو يحتاج بأن يخلو إلى نفسه، وأن تكون له خصوصيات يحس فيها بحريته ويشعر فيها بذاته، وهي ممارسة إنسانية ضرورية لكي يكون أكثر فعالية وإيجابية في أداء واجبه الاجتماعي على أحسن وجه، لذا يأتي القانون الجنائي لحماية هذه الرغبة الاجتماعية.

وحقيقة القول إن العمل القضائي الجنائي مستقبلا سيكشف عن فعالية الحماية الجنائية للحق في الصورة من أفعال " تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته " في إطار التفسير الضيق طبعا للمفاهيم، والتي ستطرح بلا شك إشكالات جمة يمكن لحكمة النقض توحيد التوجه القضائي فيها.

¹ يقصد بالعلم إحاطة الجاني بحقيقة الواقعة الإجرامية، من حيث الواقع ومن حيث القانون الوضعي، لأنه بدون هذا العلم لا يمكن أن تقوم الإرادة الإجرامية جمال الدين عبد الأحد، النظرية العامة للجريمة، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1996 ص 332.

✓ لائحة المراجع :

▪ المؤلفات :

- محمود نجيب حسني، الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة، مجلة القضاة، العدد السادس، يوليو 1987 .
- أحمد فتحي سرور، الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، سنة 1986.
- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات " القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
- سفيان باكراد، حماية الحق في سرية المراسلات في ظل التطور التكنولوجي للمعلومات، مركز الدراسات المستقبلية في كلية الحداثة الجامعة، مجلة بحوث مستقبلية، العدد 53، سنة 2011.
- علي أحمد الزعبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان سنة 2006 .
- محمد أمين الرومي، جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار المطبوعات الجامعية، مصر سنة 2004.
- جمال الدين عبد الأحد، النظرية العامة للجريمة، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1996.
- رئاسة النيابة العامة، منشور عدد 48/2018، حول حماية الحياة الخاصة في ل القانون رقم 103.13.
- Isabelle Lalies, la protection pénale de la vie privée, presses, Universitaire d'Aix-Marseille, France, 1999, P45.

▪ القوانين :

- الظهير الشريف رقم 1.18.19 صادر في 5 جمادى الآخرة 1439 الموافق لـ 22 فبراير 2018 بتنفيذ القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، الجريدة الرسمية عدد 6655 - 23 جمادى الآخرة (12 مارس 2018) ص 1449.
- الظهير الشريف رقم 1.16.122 صادر في 6 ذي القعدة 1437 الموافق لـ 10 غشت 2016، لتنفيذ القانون رقم 88.13 المتعلق بالصحافة والنشر، الجريدة الرسمية عدد 6641 ص 1234.

الميراث في القانون الدولي الخاص المغربي: أية إشكالات يطرحها الفصل 18 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب؟



ذ. سلمى الازرق ، باحثة بسلك
الدكتوراه كلية الحقوق السويسي
جامعة محمد الخامس - الرباط

مقدمة :

قد تتصل علاقة قانونية خاصة بعنصر أو أكثر من عناصرها بأكثر من قانون واحد كقانون جنسية الأطراف أو قانون موطنهم أو قانون محل إبرام العقد أو قانون موقع المال أو قانون محل التنفيذ، وارتباط العلاقة القانونية بأكثر من قانون واحد يميز في الظاهر على الأقل أن لكل قانون من هذه القوانين الاختصاص في أن يطبق دون غيره عليها سواء من حيث إنشائها أو من حيث انتهائها وبالتالي ينتج عن هذا التزاحم أو التنازع في ما بين كل هذه القوانين ضرورة إيجاد حل نهائي لمعرفة أيها أنسب بأن تخضع له العلاقة القانونية محل النزاع.

و لعل من أهم غايات قواعد المنهج التنازعي هو محاولته التنسيق بين مجموع الأنظمة القانونية المتعارضة وبالتالي محاولة خلق نوع من التعايش في ما بينها أخذاً بعين الاعتبار أن منهجية التحليل التنازعي تفترض معاملة الأنظمة المتنافسة على قدم المساواة وإعطائها نفس فرص التطبيق وذلك في جميع المجالات خاصة في مجال الأحوال الشخصية على اعتبار أن العلاقات الدولية الخاصة الأسرية أصبحت اليوم، وفي ظل ارتفاع نسبة هجرة الأشخاص من بلدانهم الأصلية نحو دول المهجر، واقعا دوليا لا يمكن تجاهله في الوقت المعاصر مما استوجب تنظيمها بصفة موضوعية تتفق مع خصوصيتها في ظل تراجع مبدأ إقليمية القوانين الذي كان معمولا به بشكل مطلق قديما لفائدة مبدأ شخصية القوانين الذي يعتبر انعكاسا لمرونة تعامل التشريعات الوطنية مع القوانين الأجنبية من خلال السماح بتطبيقها من قبل القضاة الوطنيين متى تم إسناد الاختصاص إليها.

ومن أهم المجالات الخصبية التي تعرف تنازعا للقوانين مجال الأحوال الشخصية، هذا المفهوم الذي ظهر نتاج للتقسيمات التي انتهجها فقه الدول العلمانية في بدايات القرن 13م للتمييز ما بين مجموع الأحوال التي تتنازع بصدها القوانين؛ فمنهم من قسم هذه الأحوال إلى أحوال شخصية تتعلق بكل ما ينظم حالة وأهلية الشخص ومنهم من أضاف الأحوال العينية إشارة إلى بعض المسائل المالية التي من بينها التركات والوصايا.

ومادام أن هذا المفهوم ظهر لأول مرة في قوانين الدول الغربية ذات المرجعية العلمانية كانت نتيجة منطقية أن يعد بمثابة مصطلح دخيل على الثقافة الإسلامية. ولعل هذا كان هو السبب في عدم تعريفه من لدن العديد من التشريعات التي تستند في نصوصها على المرجعية الإسلامية باستثناء بعض القوانين نذكر منها على سبيل المثال التشريع التونسي في مادته 2 من أمر 1956 والتي جاء فيها: "تتضمن الأحوال الشخصية على النزاعات المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وبالزواج و نظام الأموال بين الأزواج وحقوق الأزواج وواجباتهم المتبادلة والطلاق والتطليق والتفريق وواجب النفقة بين الأقارب وغيرهم وتصحيح النسب والتبني والوصاية والقيامة والحجر والترشيد والهبات والوصايا وغير ذلك من التصرفات بموجب الموت والغيبه واعتبار المفقود ميتا"¹، وبالرغم أن المشرع المغربي قد استعمل هذا المصطلح في الكثير من المناسبات لا في إطار لمدونة الأحوال الشخصية الملغاة ولا في مدونة الأسرة إلا أنه لم يورد له أي تعريف قانوني مما استدعى تدخل الفقه على رأسهم الأستاذ محمد الكشور الذي عرف الأحوال الشخصية أنها "مجموع القواعد القانونية التي تحكم الزواج والطلاق والولادة ونتائجها والأهلية الشرعية والوصية والميراث"² وبالتالي يكون مفهوم الأحوال الشخصية في المغرب، والذي يشتمل علاوة على مسائل الحالة والأهلية و الزواج و الطلاق، يتسع أيضا ليشمل الشق المتعلق بالميراث والوصايا على عكس المفهوم السائد في الدول الغربية التي تخرج من نطاق الأحوال الشخصية المسائل المتصلة بالتركات والوصايا وتدخله في مجال الحقوق العينية. وهذا توجه يترتب عنه بشكل منطقي اختلاف ضوابط الإسناد من دولة إلى أخرى لأن مسائل الأحوال الشخصية بما فيها الميراث والوصايا حسب القانون المغربي تخضع للقانون الشخصي بناء على معيار الجنسية بينما مسائل الأحوال العينية يحكمها ضابط آخر وهو ضابط قانون الموقع وبالتالي فإن هذا الاختلاف في ضوابط الإسناد بين مختلف تشريعات الدول يؤثر في مسار الأعمال الجيد لقواعد الإسناد التي توصل إلى القانون الواجب التطبيق.

ولما كانت الوفاة هي النهاية الطبيعية لكل شخص ولما كانت أيضا إعداما لقدرة على التصرف في ماله، كان لزاما على التشريعات أن تنظم انتقال الأموال من ذمة السلف إلى الخلف بالميراث و كذا بالوصية، فالميراث باعتباره خلافة الشخص بحكم القانون في ما ترك بسبب موته³ وكما كان في القانون الروماني إلى أن استمر به العمل إلى اليوم هو على نوعان: الأول هو الشق المتعلق بالتركات التي تترتب عن الوفاة وتخضع لقانون الميراث و يسمى ب"الميراث القانوني"⁴ والثاني هو الميراث الذي يوصي به الموصي قبل وفاته لشخص آخر يدعى الموصى له و ذلك على شكل تصرف مضاف إلى ما بعد الموت يسمى "الوصية"، ولذلك قد يظهر التنازع في الإرث بين قانون المورث و قوانين الورثة و قانون موقع المال في التركة، و في الوصية قد يظهر التنازع بين قانون الموصي وقانون الموصى له

¹ -أمر مؤرخ في 6 محرم 1376 (13 أوت 1956) يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956، المادة الثانية.

² -الكشور محمد: "الوسيط في قانون الأحوال الشخصية- الزواج و الطلاق- النسب و الحضنة- النزاع حول متاع البيت- إجراءات الطلاق و الرجعة"، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الخامسة 2003، ص 61.

³ -أعراب بلقاسم: "القانون الدولي الخاص الجزائري- تنازع القوانين"، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 2002، الجزائر، ص 268.

⁴ -غالبا علي الداودي: "القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنفيذ الأحكام الأجنبية- دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2011، ص 188.

وقانون مكان عمل الوصية، كما قد يظهر التنازع في الحالة التي يكون فيها عناصر التوارث موزعة بين دول مختلفة كأن تكون أموال التركة موجودة في إقليم إحدى الدول الأجنبية وفي هذه الحالة نكون أمام إرث دولي أو وصية دولية بحيث يكون مرتبطاً بأكثر من عنصر يجعله مرتبطاً بأكثر من نظام قانوني واحد وبالتالي لا بد من اختيار قانون واحد من بين هذه القوانين المتنازعة في ما بينها لحكم النزاع.

و في إطار تعيين القانون الواجب التطبيق على الموارث الدولية ظهرت عدة توجهات فقهية لعل من أبرزها ثلاثة اتجاهات أساسية: الأول كان يتبناه الأستاذ نيبويه NIBOYET والذي يقضي بتطبيق القانون الشخصي للمتوفى على ميراثه كوحدة لا تتجزأ ويتم تحديد القانون الشخصي بالاستناد على ضابط الجنسية عوض ضابط موقع المال. وفي هذا الإطار نجد العديد من التشريعات من تبنت هذا التوجه كالتشريع المصري في المادة 17 من القانون المدني المصري والتي جاء فيها: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، قانون المورث أو الموصي..."¹. أما الاتجاه الثاني الذي يتزعمه الأستاذ ديمارتينز DE MARTENS الذي يذهب إلى الأخذ بتطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها المال الذي خلفه المتوفى أي قانون الموقع وكذا قانون الدولة التي ينتمي إليها المتوفى بجنسيته استناداً كذلك على ضابط الجنسية وذلك من خلال التمييز الذي أقامه ما بين الأموال المنقولة والأموال غير المنقولة؛ بحيث يجب تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها المورث بجنسيته على النوع الأول بينما النوع الثاني فهو يخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها ذلك المال. ومن بين التشريعات التي أخذت بهذا التوجه نذكر مثلاً التشريع العراقي الذي ميز ما بين المسائل الخاصة بشروط الاستحقاق وموانع الإرث وتحديد الأنصبة التي أخضعها لقانون جنسية المتوفى كما جاء في المادة 22 من القانون المدني العراقي: "...وقضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته"، بينما المسائل الأخرى المالية المتعلقة بالتركة سواء كانت عقارية أم منقولة فهي تخضع من حيث آلية انتقال ملكيتها من السلف إلى الخلف إلى قانون الموقع وهذا ما أكدت عليه المادة 24 من نفس القانون والتي جاء فيها: "...المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى وبطرق انتقالها بالعقد والميراث والوصية وغيرها، يسري عليها قانون الموقع"². وما يعاب على هذا التوجه هو أنه يفتح المجال أمام تطبيق أكثر من قانون واحد و ما لا يتماشى مع وظيفة المنهج التنازعي التي تسعى إلى الوصول إلى تطبيق قانون واحد دون غيره من القوانين. بينما التوجه الثالث الذي يتبناه الفقه الأنجلوسكسوني فهو يبني فكرته على أساس أن التركات تشكل قواعد عينية لا قواعد شخصية وبالتالي هي تخضع في مجملها للقانون المحلي أخذاً بضابط موقع المال. ومن التشريعات التي أخذت به نذكر القانون المدني اليمني في المادة 27 التي جاء فيها: "يرجع في الميراث وغيره من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت إلى قانون الأحوال الشخصية اليمني"³.

¹ القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 الصادر بقصر القبة في 9 رمضان سنة 1367 هـ الموافق ل 16 يوليو 1948، جريدة الوقائع المصرية - عدد رقم 108 مكرر (أ) صادر في 29-7-1948، في مادته 17: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

² القانون المدني العراقي رقم 40 المؤرخ في 9/8/1951 مجموعة القوانين والأنظمة عدد 3015 الصفحة 243، في مادته 24: "المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى، وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها، يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الأمور الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده".

³ القانون المدني اليمني رقم 14 و المنشور في الجريدة الرسمية عدد 7 (0/10) الصادر بتاريخ 27 محرم 1423 هـ الموافق ل 10 أبريل 2002، في مادته 27 التي جاء فيها: "يرجع في الميراث والوصية وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت إلى قانون الأحوال الشخصية اليمني".

وبناء على كل ما سبق، ما هو التوجه الذي سار فيه ظهير الوضعية المدنية للأجانب والفرنسيين بالمغرب لسنة 1913 بشأن القانون المختص بحكم التركات الدولية؟ في هذا الإطار نشير إلى الفصل 18 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب الذي يشكل قاعدة الإسناد المختصة في مجال الموارث والوصايا الدولية والذي جاء فيه ما يلي: "يخضع توارث المنقولات والأصول الموجودة داخل منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب لقانون الدولة التي ينتسب إليها الموروث في ما يعود إلى تعيين الورثة والترتيب الذي يرثون بمقتضاه، والأنصبة العائدة إلى كل واحد منهم والمقادير التي يتعين إرجاعها للتركة و المقدار الذي يجوز للموروث أن يتصرف به على وجه الوصية والمقدار الذي يجب حفظه للورثة". وبالتالي يتبين من خلال هذا الفصل أن تشريع ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب كيف مسائل التركة كونها جزء من الأحوال الشخصية وحرص على إخضاعها لقانون واحد ألا وهو قانون جنسية المورث دون أن يحدد وقت الاعتداد بالقانون الشخصي استنادا على ضابط الجنسية بخلاف بعض التشريعات المقارنة التي أخذت بجنسية المورث وقت الوفاة حتى ولو لم تكن جنسيته الأصلية كالمادة 18 من القانون المدني السوري والتي جاء في معرض بيانها أنه يسري على الميراث وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو المتصرف وقت موته¹، و نقطة الالتقاء ما بين النصين السابقين، أي الفصل 18 من ظهير 1913 و المادة 18 من القانون المدني السوري أنهما لم تفرقا من حيث القانون الواجب التطبيق ما بين الخلافة القانونية أي الإرث والخلافة الاختيارية أي الوصية كما أنهما لم تميزا بين العقارات والمنقولات، فقرر كلا التشريعين أن يخضعها معا لقانون واحد ألا وهو القانون الشخصي إعمالا بالفصل الأول من اتفاقية لاهي المؤرخة في 17 يوليو 1907 بشأن تنازع القوانين في قضايا الميراث والوصايا والتي يعد المغرب طرفا فيها².

وإذا كان تطبيق الفصل 18 من ظهير 1913 لا يثير أي إشكال من الناحية المبدئية حيث يبدو شاملا لكافة المسائل التي تدخل في إطار تنظيم الموارث من حيث تعيين الورثة وترتيبهم والأنصبة العائدة إلى كل واحد منهم والمقادير التي يجوز للمورث أن يتصرف فيها على وجه الوصية فإنه لا يبدو بهذه السهولة من حيث الواقع، إذ ما يزال الفصل 18 قاصرا عن استيعاب العديد من الإشكالات التي تثار في مجال تنازع الاختصاص التشريعي كالصمت الوارد على الفصل المذكور في ما يتعلق بإحدى المواضيع الشائكة التي قد تطرح بصدد ميراث الأجانب بالمغرب كموضوع التركات الشاغرة وغيرها من الإشكاليات العميقة التي تضي على هذا الموضوع أهمية بالغة من حيث كونه يشكل موضوعا مهما يتيح المجال أمام الباحثين والمهتمين بمجال القانون الدولي الخاص المغربي لملازمة مكان الضعف في الفصل 18 ووضع اقتراحات له تكون مستمدة من التشريع والفقه المقارن لتجاوزها وذلك من خلال محاولتنا الإجابة عن إشكالية التالية والتي مفادها:

إلى أي حد استطاع ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب الإلمام بكافة الإشكالات التي تثيرها التركات الدولية في مجال تنازع القوانين؟

¹ القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 بتاريخ 18/5/1949 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 232 ص 1267 الكتاب الأول "الالتزامات بوجه عام" والذي جاء في المادة 18 منه ما يلي: "1- يسري على الميراث والوصية، وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، قانون المورث، أو الموصي، أو من صدر منه التصرف وقت موته 2- ومع ذلك يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإبصار، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت".

² عبود موسى: "الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي"، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى- أكتوبر 1994، ص 271.

هذه الإشكالية تقتضي منا معالجة هذا الموضوع من خلال تحليل الفصل 18 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب وذلك بناء على ما يلي :

الفقرة الأولى : صعوبة التكييف ومحدودية الإحالة في مجال التركات الدولية.

الفقرة الثانية : تنازع الجنسيات وأثره على تعيين القانون الواجب التطبيق على التركات الدولية.

الفقرة الثالثة : التوجه الأوروبي الحديث في ميدان التركات الدولية.

الفقرة الرابعة : غياب تنظيم قانوني للتركات الدولية الشاغرة في ظهير الوضعية المدنية للأجانب والفرنسيين بالمغرب.

الفقرة الخامسة : الحلول الفقهية لإشكالية التنازع المتحرك في مجال التركات الدولية.

الفقرة السادسة : خصوصية آلية الدفع بالنظام العام في ميدان التركات الدولية.

أولا : صعوبة التكييف ومحدودية الإحالة في مجال التركات الدولية :

إن الاختلاف الذي تعرفه القواعد القانونية في مادة الموارث ما بين الدول باعتبارها قواعد غير موحدة يعود إلى الحساسية التي تطبع هذا الموضوع نظرا لارتباطه بقيم ومبادئ وحضارة كل مجتمع مما يجعل من الصعب توحيد تلك القواعد الأمر الذي يخول للتشريع الداخلي لكل دولة صلاحية تعيين القانون الذي يحكم توزيع ونقل التركات الدولية على أساس أن قواعد الإسناد في كل دولة هي التي تعين هذا القانون ومن ثم هي تبني حكمها إما على عينية الموارث، ناظرة إلى قانون موقعها، أو أنها قد تبني حكمها على شخصيتها، ناظرة بذلك إلى الشخص المتوفى ومن ثم تخضع الميراث لقانونه الوطني أي قانون الدولة التي يحمل جنسيتها أو قانون موطنه حسب الأحوال مما يحتم علينا معرفة موقف القانون الدولي الخاص المغربي من ذلك بالاستناد إلى مسألة التكييف التي يجريها القاضي المغربي في مجال الميراث.

من خصائص الفصل 18 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب أنه يسند الاختصاص في مجال الموارث الدولية للقانون الوطني للمالك. فقد ظلت التركات الدولية خاضعة لمدة طويلة للقانون الشخصي للمتوفى قبل أن يتراجع مبدأ شخصية القوانين بعد أن بدأت التشريعات المقارنة تذهب في منحى مغاير نذكر منها على سبيل المثال التشريع الفرنسي الذي اتجه إلى التمييز ما بين التركات العقارية والتي يُخضعها إلى القانون العيني (قانون موقع المال) والتركات المنقولة التي تخضع لقانون آخر موطن للمتوفى استنادا على المادة 3 من القانون المدني الفرنسي¹، إلا أنه ما يعاب على هذا التوجه أنه يفتح المجال للوقوع في ما يُعرف بازدواجية القوانين أو الازدواجية القانونية من خلال الفصل ما بين القانون العيني والقانون الشخصي مما يتيح الإمكانية لتطبيق أكثر من قانون واحد على نفس العلاقة القانونية وهو ما يتعارض مع وظيفة المنهج التنازعي التي تسعى إلى تطبيق قانون واحد لا غير. كما نجد تشريعات أخرى تخضع الموارث لقانون آخر موطن للمتوفى كالمادة 90 من القانون الدولي الخاص

¹ Code civil Français (CCV) , l'article 3qui dispose que : "Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française."

السويسري لسنة 1987¹، أما تشريعات أخرى كالقانون الدولي الخاص التونسي مثلا فقد اعتمد على عدة ضوابط في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على الشركات الدولية وذلك بموجب المادة 54 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998 والتي جاء فيها ما يلي:

"يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفى جنسيتها عند وفاته أو لقانون دولة آخر مقر له أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكاً"²، ليكون أول ضابط هو ضابط الجنسية وإذا انتفى محل محله ضابط الموطن ثم بعده ضابط مكان افتتاح الشركة. وبالتالي هذا الاختلاف الحاصل ما بين هذه التشريعات بشأن القانون الذي يختص بحكم الشركات الدولية ينتج عنه العديد من الإشكالات التي تثار في مسار الوصول إلى القانون الواجب التطبيق، وأول إشكال يطرح في هذا الصدد هو متعلق بالتمييز؛ حيث وإن كان الميراث يندرج في مواضيع الأحوال الشخصية في أغلب الدول العربية كما سبقت الإشارة إليه في مقدمة هذا العرض فإن الأمر يختلف في دول أخرى حيث يعد فيها موضوعا من مواضيع الأحوال العينية. ويترتب عن هذا الاختلاف في التكييف اختلاف قوانين الدول في ما يخص قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث. فلو فرضنا أن إسبانيا كان مقيما في المغرب وتاركا فيه بعد وفاته شركة جزء منها منقول موجود في المغرب، وجزء منها ثابت موجود في فرنسا، فإذا كان القاضي المغربي سيُكيف العلاقة القانونية على أساس أنها تدخل في مسائل الأحوال الشخصية، ومن ثم سيعتمد على تفعيل الفصل 18 من ظهير 1913 التي يجيل على تطبيق القانون الشخصي الذي هو في هذه الحالة القانون الإسباني، في حين أن القاضي الفرنسي، في الجزء الآخر من الشركة الموجودة في فرنسا، سيُكيفها على أنها من المسائل التي تدخل في مجال الأحوال العينية وبذلك سيُخضعها إلى قانون الموقع الذي هو في هذه الحالة القانون الفرنسي إعمالا للمادة 3 من القانون المدني الفرنسي التي تميز ما بين الشركات المنقولة وغير المنقولة وتخضع هذه الأخيرة كما هو الحال في هذا المثال، لقانون الموقع، وهو ما سيتيح الإمكانية أمام تطبيق أكثر من قانون واحد على نفس الشركة أي القانون الإسباني والقانون الفرنسي معا لتكون بالتالي هذه الازدواجية في تطبيق القوانين نابعة أساسا من مسألة تنازع التكييفات التي يمتاز بها نظام الموارث الدولية.

والأمر لا يقتصر فقط على مستوى التكييف بل قد يشمل حتى الإحالة. فماذا لو توفي سويسري في المغرب باعتباره آخر موطن له وترك فيه أموالا عقارية ومنقولة؟ القاضي المغربي في هذه الحالة سيعود إلى قاعدة الإسناد المغربية التي ترجع الاختصاص للقانون السويسري باعتباره القانون الشخصي للمتوفى ولكن إذا ما عاد القاضي المغربي إلى هذا القانون سيجد أن القاعدة القانونية المعنية بالتطبيق هي قاعدة شكلية أي أنها ترجع الاختصاص لقانون الموطن والذي هو في هذه الحالة القانون المغربي. فهل سيقبل القاضي المغربي عقد الاختصاص التشريعي لقانونه الوطني علما أن ظهير 1913 لا يتضمن أي مقتضى صريح يحسم في مسألة مدى إمكانية الأخذ بالإحالة إضافة إلى المسلك غير الواضح للقضاء المغربي الذي لم يحسم إلى حدود الساعة في آلية الإحالة إما قبولاً أو رفضاً؟

¹ Loi fédérale sur le droit international privé de la Suisse 18 décembre 1987, l'article 90 qui dispose que : " La succession d'une personne qui avait son dernier domicile en Suisse est régie par le droit suisse."

² القانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998 يتعلق بقواعد مجلة القانون الدولي الخاص، المادة 54 التي ورد فيها: " يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفى جنسيتها عند وفاته أو لقانون دولة آخر مقر له أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكاً".

ثانيا: تنازع الجنسيات وأثره على تعيين القانون الواجب التطبيق على التركات الدولية:

إن الإشكالات التي تُطرح في مجال الأحوال الشخصية بشكل عام وفي مجال الموارث الدولية بشكل خاص تمتد لتشمل حتى ضابط الإسناد المضمن في الفصل 18 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب ألا وهو ضابط الجنسية. فقد يحدث مثلا وأن تكون للمتوفى أكثر من جنسية واحدة الأمر الذي يتطلب معه بالضرورة الحسم في مسألة تعدد الجنسيات قبل أن يحدد القاضي القانون الواجب التطبيق على اعتبار أنه لتعيين هذا القانون لا بد من تحديد جنسية واحدة دون غيرها. فما هو إذن الحل الذي ينبغي على القاضي المغربي أن يقوم بإعماله ليصل إلى القانون الواجب التطبيق على تركة لمورث له أكثر من جنسية واحدة في ظل العبء الذي ألقاه عليه الفصل 4 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب والفرنسيين بالمغرب¹؟

إن عبارة "القاضي المعروض عليه النزاع يعين قانون الأحوال الشخصية الواجب تطبيقه"، تطرح أكثر من تساؤل: هل يتعين على القاضي الفصل في مسألة تنازع الجنسيات استنادا على الحلول الموضوعية في التشريع المغربي علما على أنه لا يوجد أي نص في القانون الداخلي يوضح كيفية حل مشكل تعدد الجنسيات؟ أم أنه ينبغي عليه أن يستند على الاجتهادات القضائية السابقة في مجال الجنسية لإيجاد حل لهذه المسألة؟

لما كان الاجتهاد القضائي سواء الوطني أو الدولي مصدرا أساسيا للقانون الدولي الخاص المغربي، فإن القاضي يُمكن له اللجوء إلى تطبيق الحلول التي أقرتها الأحكام القضائية الدولية والتي استندت على معيار الجنسية الفعلية كحكم محكمة التحكيم الدولية الدائمة الصادر في قضية كانافيرو بتاريخ 3 ماي 1912² وحكم محكمة العدل الدولية لسنة 1955 في قضية نوتباوم³ وحكم محكمة الاستئناف بالدار البيضاء سنة 1989⁴ في قضية وصية أحد الأجانب الذي كانت له أكثر من جنسية واحدة فتم الاستناد على معيار الجنسية الفعلية باعتبارها جنسية الدولة التي يعيش الفرد في كنفها فعلا ويندمج في الجماعة المكونة لها. إلا أنه في إطار هذا الحكم الأخير، وإن كان الأمر يتعلق بموضوع الوصايا فإنه لا إشكال في الأخذ بالحل الذي تم التوصل إليه وإعماله في نطاق الموارث الدولية أيضا اعتمادا على أسلوب القياس ما دامت الوصايا والموارث تدخلان معا في مسائل الأحوال الشخصية في منظور القانون المغربي.

¹ ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 46 بتاريخ 12 شتنبر 1913، ص 77، في الفصل الرابع الذي جاء فيه: "إذا كان شخص ما يحمل في آن واحد بالنسبة لعدة دول أجنبية جنسية كل واحدة منها، فإن القاضي المعروض عليه النزاع يعين قانون الأحوال الشخصية الواجب تطبيقه".

² تتلخص وقائع القضية في أن حكومة بيرو كانت تعترض على رغبة إيطاليا في حماية البارون كانيفارو (Canevaro) الذي كان مواطنا إيطاليا بحكم ولادته ومواطننا ببيرونيا بحكم إقامته، وقد اعتمدت المحكمة المذكورة الجنسية البيرونية دون الجنسية الإيطالية لأن المعنى بالأمر أثبت بتصرفاته السابقة تمسكه بها إذ رشح نفسه للانتخابات في بيرو وطلب من حكومتها الموافقة على أن يكون قنصلا لهولندا لديها.. للإطلاع على وقائع القضية بتمعن تصفح الموقع الإلكتروني الآتي:

<http://www.omanlegal.net/vb/showthread.php?t=7772>

Vu le 06/05/2017 à 20:37min (en ligne).

³ والفيد الحسين: "مجموعة الاجتهادات في مادة القانون الدولي الخاص"، (دون ذكر دار النشر/ الطبعة)، الدار البيضاء 2001، ص 59.

⁴ القرار رقم 904 الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء في الملف المدني عدد 84/1659 بتاريخ 13/4/1989 والذي جاء في إحدى حيثياته أن " القانون الواجب التطبيق في حالة الهالك متعدد الجنسيات هو قانون جنسيته الفعلية".

أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق على تركت الأجنبي المسلمين فإن المادة 2 من مدونة الأسرة تسند الاختصاص التشريعي للقانون المغربي في جميع العلاقات القانونية التي تتضمن طرفا مسلما، وفي هذه الحالة يتم تعطيل العمل بالقانون الشخصي للمورث (أي الذي يتأسس على ضابط الجنسية) ويحل محله القانون المغربي استنادا على امتياز الديانة مما سيضرب بلا شك في صميم توقعات الورثة غير المسلمين على أساس أن الأمر سيشكل مباغطة ومفاجأة لهم لأنه لا يفترض فيهم العلم إلا بالقانون الذي يجمعهم مع المورث والذي يمنحهم الحق في أن يرثوا فيه، بحيث من الممكن أن يكونوا قد رتبوا كل توقعاتهم القانونية على أساسه ودون غيره من القوانين الأخرى استنادا على مبدأ "التوقع القانوني"¹. وما يُعاب على امتياز الديانة المكرس في المادة 2 من مدونة الأسرة أنه، علاوة على تعطيله لكل آليات المنهج التنازعي في القانون الدولي الخاص المغربي، فهو يضيفي على طريقة تعامل القاضي المغربي مع العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي طابعا وطنيا بحثا غاضا الطرف عن ذلك العنصر الأجنبي الذي من المفروض أن يخرج الروابط القانونية من قلبها الوطني إلى قلب آخر دولي. كما أنه ما يُعاب على هذا الامتياز أيضا هو كونه يفسح المجال الواسع أمام التحايل على القانون؛ إذ من الصعب الكشف عن دوافع المعني باعتناق الإسلام مادام أن التفوه بالشهادتين يكفي لاعتباره مسلما وعلمنا أنه من القواعد السائدة في الفقه الإسلامي هي "عدم جواز الشك في نية من أعلن إسلامه" ثم قوله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَتَبَيَّنُوا وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَى إِلَيْكُمُ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا"². وهكذا فقد يلجأ الأجنبي المقيم في المغرب إلى تغيير ديانته واعتناق الإسلام بـغية الخضوع للقانون المغربي للاستفادة من الأحكام التي يتضمنها والتي من بينها حرمان الورثة من الميراث طبقا لقاعدة لا توارث بين مسلم وغير مسلم³. ونظرا لغياب أي تنظيم في ظهير 1913 لمسألة صلاحية القاضي في كشف التحايل على القانون والمعاقبة عليه فإن الأمر سيكون رهينا بسلطته التقديرية، إذ لا بد للقاضي المغربي، لاسيما في مجال الموارث الدولية، أن يفتن بمسألة التحايل على القانون وأن يتعامل معها بنوع من الحذر واليقظة لكي لا تضيع حقوق الورثة الذين تكون توقعاتهم كلها تعول على قانون المورث مما قد يدفعهم هم كذلك لاعتناق الإسلام تحايلا على القانون فقط لكي يحضوا بنصيبهم من التركة.

ثالثا: التوجه الأوروبي الحديث في ميدان التركات الدولية :

إذا كان المنحى الذي اتجه فيه مشروع ظهير 1913 في إخضاعه التركة بمنقولاتها وعقاراتها لقانون واحد ألا وهو القانون الشخصي للمورث يبدو سليما من الناحية العملية فإنه كذلك حتى من الناحية القانونية المجردة؛ ذلك أن التركة يجب ألا يُنظر إليها كمال يمتلك على نحو مجزئ إذ هي مجموع أو مخلوق قانوني يتصل بشخص المورث وتتكون من أموال مادية وغير مادية ومن الصعب التمييز بين منقولاتها وعقاراتها إذ في ذلك ولوج لطريق التكييف وما قد يمكن أن ينتج عليه من تناقضات على مستوى الحلول القانونية مما يبرر صحة وصواب اعتماد ظهير 1913 لوحدة التنظيم القانوني للموارث الدولية وعدم التمييز بين منقولاتها وعقاراتها⁴.

¹ مخلص عبد الله: "نظام التوارث في القانون الدولي الخاص المغربي"، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال- الرباط، السنة الجامعية 2006-2007، ص 38.

² سورة النساء، الآية 94.

³ أوحيدة جميلة: "آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي"، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الأولى 2007، ص 366.

⁴ مخلص عبد الله: "نظام التوارث في القانون الدولي الخاص المغربي"، مرجع سابق، ص 16.

وفي هذا الإطار نشير إلى أن التوجه الذي كانت تتبناه بعض التشريعات المقارنة في تمييزها ما بين القانون الواجب التطبيق على التركات العقارية والذي يكون مختلفا تماما عن القانون الواجب التطبيق على التركات المنقولة قد تراجع بعدما تبنى الاتحاد الأوروبي اتفاقية توحيد قوانين الميراث ما بين دول الاتحاد والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 2015/08/17 والتي وحدت المعايير التي ستخضع لها التركات الدولية بعد تاريخ دخولها حيز التنفيذ. ففي السابق كان يتم التمييز ما بين التركات المنقولة التي كانت تخضع للقانون الشخصي للمورث والتركات العقارية التي كانت تخضع لقانون الموقع استنادا بذلك على معيارين: معيار الجنسية ومعيار موقع المال، بينما يعد من أبرز ما جاءت هذه الاتفاقية هو تقييم الميراث وفقا للقوانين المتبعة في البلد الذي يتوفى فيه الشخص بغض النظر عن الجنسية التي يحملها. ومن المعلوم أن المشاكل التي تقع بين الورثة في مختلف دول العالم حول قضايا الميراث لها علاقة بالقوانين الوطنية الخاصة بكل دولة والتي عادة ما تكون مختلفة من دولة إلى أخرى وفي بعض الأحيان قد تكون متناقضة. وعليه أقرت هذه الاتفاقية قواعد جديدة تقضي بتوحيد قانون الميراث استنادا على ضوابط حديثة كضابط الإرادة في المادة 22 وضابط الإقامة الاعتيادية في المادة¹.

فلو فرضنا مثلا أن بلجيكا قبل وفاته كان مقيما في فرنسا وتاركا فيها أموالا على شكل عقارات ومنقولات بالإضافة إلى عقارات أخرى في بلجيكا. فما هو القانون الواجب التطبيق على هذه التركة؟

في السابق وقبل أن تخرج هذه الاتفاقية إلى حيز الوجود كان هناك العمل بضابطي إسناد مختلفين :

- العقارات : والتي تخضع لقانون موقعها الذي هو في هذه الحالة القانون الفرنسي وكذا القانون البلجيكي.
- المنقولات : والتي تخضع لقانون الدولة التي كانت فيها للمتوفي قبل وفاته إقامة اعتيادية وهو في هذه الحالة القانون الفرنسي.

فبعدها تم العمل بهذه الاتفاقية لم يعد هناك سوى ضابط إسناد واحد ألا وهو قانون دولة الإقامة لحظة الوفاة والذي يُطبق على التركة سواء كانت منقولة أو غير منقولة، باستثناء المادة 22 المذكورة والتي تُعطي للهلك قبل وفاته الحق في أن يختار القانون الذي يرغب في أن يُطبق على تركته بعد الوفاة عن طريق وثيقة تُحرر من قبل الموثقين المعتمدين بالشكل الرسمي².

كما أن هذه الاتفاقية لم تقتصر فقط على مجال تنازع القوانين في الموارث الدولية بل تضمنت أيضا أحكام تتعلق بالاختصاص القضائي الدولي لدول الاتحاد الأوروبي في قضايا الإرث. حيث أنها تضمن قبول دول الاتحاد الأحكام الصادرة عن محاكم باقي دول التكتل الأوروبي، علما أنه في السابق كانت المحاكم الوطنية لدولة أوروبية

¹ _Règlement (UE) N°650/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relative à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen , **l'article 21** qui dispose que : "Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès" **Et l'article 22** qui dispose que : "Une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès".

² _GAUDMET-TALLON Héléne : "Droit international privé patrimonial de la famille", édition Litec, 1^{ère} tirage, Paris 2010, page 322.

تحكم على سبيل المثال لصالح أحد مواطنيها في حقه بالحصول على أموال أو ميراث ما في بلد آخر لكن دون أن تكون لهذا الحكم أية فعالية في البلدان الأوربية الأخرى مما يترتب عنه ضياع حقوق الورثة في الخارج¹.

رابعا: غياب تنظيم قانوني للتركات الدولية الشاغرة في ظهير الوضعية المدنية للأجانب والفرنسيين بالمغرب:

من أهم المواضيع التي أغفل عنها ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب لسنة 1913 في مادة الموارث الدولية هو ما يُعرف بالتركات الشاغرة باعتبارها مجموع الأموال التي يُخلفها المورث دون أن يكون هناك أي شخص تتوفر فيه شروط الاستحقاق مما يجعلها تركة لا وارث لها². وبالتالي فالتساؤل الذي يُطرح في هذا النطاق هو حول مصير هذه التركة.

إذا كان المبدأ المسلم به في أغلب التشريعات الدولية أن التركات الشاغرة تؤول إلى الدولة فإن الخلاف الذي يثور في هذا الإطار هو حول أية دولة من الدول التي تتنازع قوانينها حول التركة يثبت لها هذا الحق؟ فلو فرضنا مثلا أن إسبانيا توفي في المغرب مخلفا فيه مبالغ مالية مهمة لا وارث لها، فإن القاضي المغربي بإعماله للقانون الإسباني باعتباره القانون الوطني للمتوفى تبين له أنه ليس هناك من تتوفر فيه شروط الاستحقاق. فهل هذه الأموال ستؤول إلى الدولة المغربية باعتبار أن المغرب يشكل موقع تلك الأموال مما يفرض مألها إليها استنادا على المعطى السيادي أم أن الدولة الإسبانية التي ينتمي إليها هذا الإسباني بجنسيته هي الدولة الوارثة فيه باعتباره أحد رعاياها؟

لم يتضمن التشريع المغربي أي إجابة عن هذا الإشكال باستثناء الفصلين 267 و 268 من قانون المسطرة المدنية المغربي المتعلقان بأهلية الدولة المغربية في الإرث³ ولكن ما يستشف من خلال عبارة "إذا كانت الدولة مؤهلة عند انعدام وارث معروف الإرث" أنه ينبغي الرجوع إلى قواعد الإسناد لمعرفة ما إذا كانت فعلا أهلا بهذه التركة أم لا. غير أنه بالرجوع إلى هذه القواعد نجد أنها لا تشير لا من قريب ولا من بعيد لموضوع التركات الشاغرة، ليبقى الأمر بذلك معلقا ما بين قانون دولتين اثنتين: القانون المغربي باعتباره القانون الذي ينبغي أن يُطبق على هذه التركة ما دامت موجودة بالمغرب استنادا على قاعدة موقع المال ثم القانون الإسباني للدولة الإسبانية التي ينتمي إليها المورث بجنسيته والتي يثبت لها لوحدها الحق في أن ترث فيه.

فهكذا يبدو أن موضوع التركات الشاغرة يعد من المواضيع الشائكة في إطار القانون الدولي الخاص المغربي لما له من ارتباط بسيادة الدولة التي توجد فوق أراضيها هذه التركة من جهة، والالتزام بإعمال القانون الشخصي للمعني بالأمر من جهة أخرى.

¹ _NUYTS Arnaud: "Actualités en droit international privé", édition Bruyant, 2^{ème} tirage, Bruxelles 2013, Page 13-14.

² _الهداوي حسن: "تنازع القوانين- المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني"، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 1997، عمان، ص 124.

³ _الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741، في المادة 267 التي جاء فيها: "إذا كانت الدولة مؤهلة عند انعدام وارث معروف للإرث أخطرت السلطة المحلية لمكان الوفاة وكيل الملك بذلك مع بيان المتروك على وجه التقريب..". و المادة 268 التي ورد فيها: "بأمر رئيس المحكمة الابتدائية عند الاقتضاء باتخاذ جميع تدابير الإشهار التي يراها ضرورية وخاصة تعليق أمره بأخر موطن للهالك وبمقر الجماعة محل ازدياده إن كان معروفا و حتى النشر في جريدة واحدة أو أكثر من الجرائد التي يعينها".

وإذا كان ظهور 1913 قد غرض النظر عن مصير التركات الدولية التي لا وارث لها، فإن تشريعات دول أخرى قد نظمت بموجب نصوص قانونية صريحة وواضحة هذه المسألة والتي نذكر منها على سبيل المثال القانون الدولي الخاص التركي في المادة 22 والتي نصت على إرجاع التركة الشاغرة الكائنة بالجمهورية التركية والتي يخلفها المورثون الأجانب عن غير ورثة إلى الدولة التركية¹ وهو نفس التوجه الذي تبناه القانون المدني الفرنسي في المادة 2809² والمشرع المصري في المادة الأولى من قانون رقم 71 لسنة 1962³ لتكون بذلك تشريعات هذه الدول قد أسست أيلولة التركة الدولية الشاغرة إليها استنادا على معطى سيادي ولم تُكيف المسألة على أساس أنها حق إرثي تعطي على أساسه الحق للدولة التي ينتمي إليها المتوفى بأن ترث فيه.

خامسا : الحلول الفقهية لإشكالية التنازع المتحرك في مجال التركات الدولية :

في مجال التركات الدولية يلاحظ أن المشرع المغربي قد فتح الباب على مصراعيه في ما يتعلق بإثارة التنازع المتحرك *conflit mobile* لأنه لم يحدد الوقت الذي يعتد به فيه بجنسية المتوفى على عكس تشريعات أخرى كالقانون السوري السابق الإشارة إليه سابقا والذي أكد أن الجنسية التي يعتد بها هي تلك التي يتمتع بها المتوفى وقت وفاته. فماذا لو عمد الهالك في حياته بالمغرب على تغيير جنسيته دون أن تتجه إرادته نحو التحايل على القانون، فهل سيعتد القضاء المغربي بقانون الجنسية القديمة أم بقانون الجنسية الجديدة؟

إن ظهور الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب لسنة 1913 لم يعالج مسألة التنازع المتحرك ولم يضع لها أية حلول عملية لتجاوزها إلا أن الفقه المغربي بمعية الأستاذ أحمد زوكاغي⁴ يذهب إلى الأخذ بتمديد الحلول المعمول بها لحل التنازع المتحرك في إطار القوانين الداخلية وتمديدها لتشمل الروابط الدولية الخاصة وهذه الحلول هي عبارة عن مبدأين أساسيين أولهما مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد، وثانيهما مبدأ عدم رجعية هذا القانون على الوقائع التي حدثت قبل دخوله حيز التنفيذ. وبذلك فإنه لحل مشكل التنازع المتحرك الذي قد يحصل في مادة الموارث الدولية ينبغي إعمال القانون الشخصي للمورث المتمثل في قانون آخر جنسية يكون قد اكتسبها لا بقانون جنسيته القديمة.

¹ _Loi No. 5718 relative au droit international privé du 27 nov. 2007, (Resmi Gazette No. 26728 du 12 déc. 2007), journal officiel n°17701 du 22 Mai 1982 quia remplacé la loi 2675 du 20 Mai 1982 relative au droit international privé et à la procédure civile internationale, page 4/7 dans l'article 22 troisième aliéna qui dispose que : "Une succession en déshérence qui se situe en Turquie, revient à l'état."

² _Code civil Français, l'article 809 qui dispose que : "La succession est vacante :

1° Lorsqu'il ne se présente personne pour réclamer la succession et qu'il n'y a pas d'héritier connu ;

2° Lorsque tous les héritiers connus ont renoncé à la succession ;

3° Lorsque, après l'expiration d'un délai de six mois depuis l'ouverture de la succession, les héritiers connus n'ont pas opté, de manière tacite ou expresse."

³ _قرار رئيس الجمهورية بقانون رقم 71 لسنة 1962 بشأن التركات الشاغرة و الذي جاء في المادة الأولى منه : " تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بالجمهورية العربية المتحدة و التي يخلفها المتوفون من غير وارث أيا كانت جنسيتهم و ذلك من تاريخ وفاتهم."

⁴ _أحمد زوكاغي: "تنازع القوانين في الزمان-دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي"، مطبعة الأمنية- الرباط، الطبعة الأولى 1993، ص 177.

سادسا : خصوصية آلية الدفع بالنظام العام في التركات الدولية :

إذا كان القانون الشخصي للمورث هو القانون الواجب التطبيق إعمالا بالفصل 18 من ظهير 1913 فإن القاضي المغربي قد يتبين له أحيانا أن قواعد هذا القانون تتعارض مع المبادئ والقيم التي يقوم عليها نظام مجتمع دولته¹ مما يدفعه إلى تحريك آلية النظام العام مما يؤدي إلى تعطيل قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث كلما خالف القانون الأجنبي المختص أحكام الشريعة الإسلامية وذلك في العديد من الفروض من بينها :

- إذا تضمن القانون الإرثي أحكاما تعسفية كمنع الإرث بسبب اختلاف اللون أو الجنس أو حرمان الإناث من الإرث فإن هذه الأحكام تعد مخالفة للنظام العام.
- إذا كان القانون الإرثي يميز الميراث للوارث الذي قتل الموت عمدا أو يورث الابن الطبيعي من أبيه المسلم، أو كان يميز التوارث بين المسلم وغير المسلم.
- إذا كان القانون الإرثي يميز تمييز الابن الأكبر بإيثاره التركة ككل.

ومن تطبيقات النظام العام في مجال الإرث في بعض الدول العربية نذكر إحدى القرارات الصادرة عن القضاء المصري في قضية رفعتها زوجة لبنانية مسيحية الديانة ضد ورثة زوجها اللبناني المسلم، إذ قررت محكمة النقض المصرية ما يلي: "ولئن كانت مسائل الموارث والوصايا تدخل طبقا للمادة 17 من التقنين المدني لقانون المورث أو الموصي، فإنه متى كان القانون الواجب التطبيق أجنبيا، فإن تطبيقه يكون مشروطا بعدم مخالفة أحكامه للنظام العام والآداب العامة في مصر وفقا لما تقتضيه المادة 28 من التقنين المدني²، ولما كان الثابت من أوراق الملف أن المطعون عليها مسيحية الديانة. ومن تم تختلف ديانتها عن المستوفى، وكان من المقرر بناء على نص المادة 36 من قانون الموارث رقم 88 لسنة 1943 أن اختلاف الدين من موانع الإرث، فإنه إذا كان الحكم المستأنف قد قضى بتوثيقها، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب نقضه"⁴.

وبخصوص الدفع بالنظام العام في مجال الإرث فقد اختلفت آراء الفقهاء حول حكم اختلاف القانون الأجنبي الواجب التطبيق عن قانون القاضي من حيث بيان الورثة والأنصبة؛ فهناك اتجاه يرى أنه إذا كان أطراف التركة أي المورث والورثة أجنبيا غير مسلمين فهنا لا يعد القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام لأن تنظيم التركات بين الأجنبيا غير المسلمين يرتبط بالتنظيم الاجتماعي والاقتصادي لكل دولة وهو بالتالي يختلف بالضرورة من دولة إلى أخرى⁵، بينما الاتجاه الثاني يرى أنه إذا كان أطراف التركة مسلمين فإن القانون الأجنبي لا يعد مخالفا للنظام العام من حيث بيان الورثة وأنصبتهم لأن مجرد الاختلاف ما بين القانونين من حيث بيان الورثة ومراتبهم ودرجاتهم وأنصبتهم وحالات الحجب... لا يتوفر معه الدافع للأخذ باستبعاد هذا القانون لأن النظم الاجتماعية للدول الإسلامية لا يمكن أن تتأثر إلا إذا كان هذا القانون يسمح ببنت المتوفى بالحصول على نصيب مواز للولد أو نصيب أكبر منه فإنه

¹ زابر فاطمة الزهراء: "النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتلمسان، السنة الجامعية 2010-2011، ص 127.

² المادة 28 من القانون المدني المصري: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في مصر".

³ المادة 6 من قانون رقم 88 لسنة 1943 بشأن الموارث، والتي جاء فيها: "لا توارث بين مسلم وغير مسلم".

⁴ قرار محكمة النقض المصرية رقم 0039 لسنة 1999، مكتب في 15 الصفحة 43 بتاريخ 09/01/2002، المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد 38، سنة 2014، ص 94.

⁵ صلاح الدين جمال الدين: "تنازع القوانين - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2009، ص 421.

آنذاك يتم استبعاد القانون لأنه يكون قد مس في جوهر إحدى الأحكام المستقاة من القرآن الكريم¹، أما الاتجاه الثالث فهو يقضي بكون أن النظام العام ما هو إلا دفع استثنائي لا يثار إلا عند المساس الصارخ بالمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي فإذا كان القانون الأجنبي يساوي بين الذكر والأنثى وكان أطراف النزاع غير مسلمين فإنه لا مجال للدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي لأنه من غير المعقول تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على أطراف لا يمتون لها بأية صلة²، كما أن إعمال النظام العام كلما اختلف القانون الأجنبي عن أحكام القانون الداخلي للدولة سيؤدي إلى هدم قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث لأنه ستطبق أحكام الشريعة الإسلامية في جميع الأحوال.

وإذا كان التوارث بين المسلم وغير المسلم أمر ماس بالنظام العام في جل الدول العربية فإن العكس مقرر في الدول الغربية كفرنسا مثلا، فكل قانون ينص على هذا المانع يُعد مخالفا للنظام العام الفرنسي استنادا على أساس التمييز الديني وهذا ما لم يقبل به القضاء الفرنسي في إحدى الأحكام الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية التي استبعدت القانون الإسلامي الذي ينص على عدم الأهلية للميراث بسبب اختلاف الدين وذلك في قرار صادر بتاريخ 1964/11/17 حيث جاء فيه :

« Une incapacité successorale fondée sur la non-appartenance à une religion déterminée est directement contraire aux principes de la loi française et notamment à celui de la liberté de conscience »³.

أما بخصوص القضاء المغربي فإن آلية الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي في مادة الموارث حاضرة في العديد من القرارات الصادرة عن محاكم المملكة، ولعل من بين هذه الأحكام، قرار محكمة النقض عدد 2/386 بتاريخ 2014/01/02 وهي تبت في قضية ميراث إسباني الجنسية مقيم في المغرب تقدمت من خلالها زوجته بدعوى للاعتراف بكونها هي الوارثة الوحيدة للمتوفى طبقا للفصول 912 و 930 و 931 و 944 و 945 من القانون المدني الإسباني التي تخول لها الحق في الإرث ولو كانت وريثته الوحيدة، وكان حكم المحكمة الابتدائية بطنجة قد بت في طلبها ذلك والذي كانت قد دعمته بشاهدين اثنين معترفا لها بحقها في الإرث. إلا أن النيابة العامة في المحكمة الابتدائية استأنفت الحكم الابتدائي ليصدر قرار استثنائي آخر يلغي الحكم الابتدائي الذي اعترف لها بصفقتها كزوجة للمتوفى، وبالتالي أحقيتها في الميراث، بعلّة أن القول بكون الطاعنة هي الوارثة الوحيدة لزوجها الهالك مسألة مخالفة للنظام العام المغربي دون أن تعلق حكمها تعليلا كافيا كما أشار إلى ذلك الفصل 345 من قانون المسطرة المدنية ودون أن تراعي كون أن المعنيين بالأمر، أي الهالك وزوجته، هم أجنبيان وبالتالي هما يخضعان للقواعد المنصوص عليها في الفصل 3 و 18 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب والفرنسيين بالمغرب لسنة 1913 وبالتالي خضوعهما للقانون الإسباني الذي يُجيز للزوجة، ولو كانت الوارثة الوحيدة أن ترث فيه، ولا يوجد في نظيره من القانون المغربي ما يمنع توارث الزوجة في زوجها الهالك إذ لها في ذلك إما الربع (1/4) أو (1/8) بحسب الأحوال،

¹ نفس المرجع السابق.

² محمد وليد المصري: "الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 2011، ص 227.

³ Cour de cassation, chambre civile 1, audience publique, du Mardi 17 Novembre 1964 publié au Bulletin officiel N°505. Arrêt publié sur le site internet suivant :

<http://www.alaindeversavocat.com/domaines-d-activite/droit-international-de-la-famille/successions/> Vu le 30/4/2017 à 18 :55min (en ligne).

لذلك فإن المسلك الذي سارت عليه محكمة الاستئناف بإلغائها للحكم الابتدائي كونه مخالف للنظام العام غير مبني على أساس وهو ما يجعله عرضة للنقض.

فبعد قراءة حيثيات هذا الحكم يتضح أن الدفع الذي أثارته محكمة الاستئناف لاستبعاد القانون الإسباني لم يُبنى على سبب وجيه وصريح. وهنا نتساءل على أي أساس استبعد القضاء المغربي القانون الإسباني باعتباره القانون الواجب التطبيق 1913؟ هل على أساس فرضية كون أن المعني بالأمر أي المتوفى كان مسلماً وبالتالي وجوب خضوع تركته للقانون المغربي الذي يمنع التوارث ما بين مسلم وغير مسلم؟ أم هل على أساس أن العلاقة التي تجمع المعني بالأمر بطالبة النقص لا تتأسس على عقد زواج صحيح وشرعي ولو كان القانون الإسباني يسمح لها في أن تترث فيه مما يمكن أن يتسبب في خدش الشعور العام المغربي؟ أم أن توجه المحكمة كان بغرض إقصائها من الميراث لكي تأول التركة إلى الدولة المغربية ما دام أن موقع المال محل التركة موجود في المغرب؟

فلو كان إعمال آلية النظام العام في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بمثابة صمام أمان لحماية المنظومة الاجتماعية من قواعد يتضمنها هذا القانون والتي تشكل مساساً بالجماعة الوطنية ومساساً بالمقومات الأساسية للدولة، فإن القضاء المغربي يجب ألا يقف موقفاً سلبياً تجاه القوانين من خلال بقاءه دائماً محتفياً وراء ستار النظام العام بل يجب أن يقف موقف وسط و أن يختار ما يتلاءم معه، بمعنى أن يميز ما بين الأوضاع والحالات والقضايا وألا يبالغ فيها وأن يحاول بذلك التعامل بنوع من المرونة والتسامح مع القوانين الأجنبية وإلا فلن تجد هذه القوانين حيزاً للتطبيق في المغرب ما دام أن القضاء المغربي متمسك بموقفه المتشدد تجاه قواعد الشريعة الإسلامية لأنه كيفما كانت الأحوال لا يمكن إخضاع الأطراف غير المسلمين في القضايا التي تعرض أمام المحاكم المغربية للقانون المغربي ذي المرجعية الدينية الإسلامية وهم لا علاقة لهم بهذا الدين.

• المراجع :

المؤلفات :

- باللغة العربية :
- أوحيدة جميلة: "آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي"، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الأولى 2007.
- أحمد زوكاغي: "تنازع القوانين في الزمان-دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي"، مطبعة الأمنية، الطبعة الأولى 1993.
- أعراب بلقاسم: "القانون الدولي الخاص الجزائري- تنازع القوانين"، دار هومو للطباعة والنشر و التوزيع، طبعة 2002.
- والقيد الحسين: "مجموعة الاجتهادات في مادة القانون الدولي الخاص"، (دون ذكر دار النشر/ الطبعة)، الدار البيضاء 2001.
- محمد وليد المصري: "الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 2011.
- عبود موسى: "الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي"، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى 1994.

- صلاح الدين جمال الدين: "تنازع القوانين -دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2009.
- غالب علي الداودي: " القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية- دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2011.
- الهداوي حسن: " تنازع القوانين- المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني"، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 1997.
- الكشور محمد: "الوسيط في قانون الأحوال الشخصية- الزواج و الطلاق- النسب و الحضانة- النزاع حول متاع البيت- إجراءات الطلاق و الرجعة"، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الخامسة 2003.

• **En langue française :**

- GAUDMET-TALLON Hélène : "Droit international privé patrimonial de la famille", édition Litec, 1ère tirage, Paris 2010.
- NUYTS Arnaud: " Actualités en droit international privé", édition Bruyant, 2ème tirage, Bruxelles 2013.

• **الرسائل الجامعية :**

- زاير فاطمة الزهراء: "النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتلمسان، السنة الجامعية 2010-2011.
- مخلص عبد الله: "نظام التوارث في القانون الدولي الخاص المغربي"، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية أكادال- الرباط، السنة الجامعية 2006-2007.

• **Site internet :**

<http://www.alaindeversavocat.com/domaines-d-activite/droit-international-de-la-famille/successions/>

مقارنة فقهية بين الفائدة والربح في التورق



د. سيد عال القاسم مولاي

أستاذ متعاقد بجامعة العلوم

الإسلامية - الجمهورية الموريتانية

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين. إن متطلبات الحياة الاقتصادية في هذا العصر ترغم الإنسان وإن كان ذا عقل سوي على دخول دوامة من المعاملات قد تعصف بمستقبله الاقتصادي كله، كما أن التجارب المؤلمة في الإبقاء على بعض المعاملات المالية المخرجة على عقود قديمة، تكشف لنا يوماً بعد آخر عن ضرورة مراجعة بعض العقود مراجعة واقعية تسير التطور الاقتصادي، وما يجب أن يواكب هذا التطور من الحرص والحذر.

إن من غير المقبول أن نشاهد نتائج كارثية وأضراراً جسيمة لبعض العقود، ثم لا تكون لنا الجرأة في رفضها ونبذها؛ لأن فقهاء قادمهم اجتهدهم إلى عدم تحريمها في عصر من العصور، خاصة إذا كان عصرهم يختلف عن عصرنا اختلافاً جذرياً، وقوي احتمال أن يكون تخريجنا لهذا العقد على العقد الذي تحدثوا عنه تخريجاً خاطئاً.

إن هذه المتطلبات يجب أن تدفعنا إلى مراجعة جريئة وعلمية لمختلف المعاملات التي كثر التعامل بها بين الناس، وقد اخترت أن أتناول في هذا البحث عقداً من أهم العقود المطبقة في البنوك الإسلامية وهو " عقد التورق مع ربطه بمفهوم الفائدة"؛ وذلك من أجل الكشف عن الأثر الذي يتركه تطبيق عقد التورق، (وهو عقد مقبول في البنوك الإسلامية) عند مقارنته بالأثر الذي يتركه مفهوم الفائدة (وهو مفهوم غير مقبول في المفهوم الإسلامي بشكل قاطع)، ومحاولة الحكم عليه من خلال ذلك.

وقد اخترت أن يكون موضوع بحثي هو ((مقارنة فقهية بين الفائدة والربح في التورق))، وهو ما سأتناوله في مطلبين :

- المطلب الأول مفهوم الفائدة.
- المطلب الثاني عقد التورق وتأثر الحكم عليه بمعدل الفائدة.

المطلب الأول: مفهوم الفائدة:

يذكر الاقتصاديون أن الفائدة هي عائد رأس المال¹، وعندما نعود لمفهوم الفائدة عندهم نجد أنه من المفاهيم الغامضة والمعقدة في الاقتصاد، بل إنهم أقروا بصعوبتها وغموض مسائلها، ولم يكونوا في نظرهم إليها في اتجاه واحد، فمنهم من نظر إليها كظاهرة نقدية وربطها برأس المال النقدي فلا تكون الفائدة عنده إلا على رأس المال النقدي، ومنهم من نظر إليها نظرة تشمل مع رأس المال النقدي رأس المال العيني، ومنهم من خلط مفهومها بمفهوم الإجارة فهي عنده ثمن استعمال النقود، ومنهم جعل مفهوم الفائدة ومفهوم الربا بمعنى واحد من حيث الحكم والنتيجة.²

وعلى كل فإننا حينما نتأمل الفلسفة التي يتم بها تناول مفهوم الفائدة نجد أنهم يعتبرون الفائدة ترجع إلى المكتسب عن طريق قرض رأس المال، وهذا المكتسب غالباً ما يكون حصة ثابتة تدفع في مقابل استغلال رأس المال يتفق عليها مسبقاً.³

ومن المهم قبل الدخول في الحديث عن حكم ما يقابل هذا الاستغلال أن تكون لدينا صورة عن مفهوم رأس المال؛ من أجل أن تكتمل صورة الحكم على ما يقابل استغلاله.

يعرف رأس المال بأنه الثروة المنتجة في الماضي، والتي تستخدم في عمليات الإنتاج المختلفة لتوفير السلع والخدمات التي تحقق إشباع الحاجات الإنسانية.⁴

" ويفهم من هذا التعريف أن كل ما يمكن أن يساهم في الإنتاج يعد رأس مال، سواء أكان الإسهام مباشراً أم غير مباشر. فالأعيان كالمباني والآلات.. تساهم في أموال الاستهلاك بشكل مباشر، أما النقود وإن كانت تساهم في الإنتاج بشكل غير مباشر فإنه يمكن عدها رأس مال إنتاجياً، ولا سيما إذا استخدمت في عمل إنتاجي، سواء أخصصت لشراء المواد الأولية، أم لشراء رأس المال العيني، أم لدفع أجور العمال. أما إذا استخدمت لأغراض استهلاكية فلا يطلق عليها رأس مال من الناحية الإنتاجية"⁵، وبهذا يتميز مصطلح رأس المال عن مصطلح الثروة، " إذ ينحصر في الأشياء التي تستخدم في الإنتاج مستقبلاً"⁶

ويقسم رأس المال تقسيمات مختلفة باعتبارات مختلفة، فيمكن تقسيمه باعتبار طبيعته، أو باعتبار صورته، أو باعتبار مصدره، أو غير ذلك من الاعتبارات⁷، ونحن هنا سنمر على تقسيم واحد من هذه التقسيمات، وهو المتعلق بتقسيم رأس المال باعتبار صورته؛ نظراً لوضوحه، وهو أمر سيسهل علينا فهم المسائل المتعلقة بعائد رأس المال. يقسم رأس المال باعتبار صورته إلى رأس مال عيني ورأس مال نقدي.

¹ - ينظر رفيق يونس المصري بحوث في الاقتصاد ص: 89، دار المكتبي، الطبعة الثانية 2009 م/ توزيع الدخل في الاقتصاد الإسلامي والنظم الاقتصادية المعاصرة ص: 164، دار اليمامة الطبعة الأولى 2001 م / خالد بن سعد بن محمد المقرن ضوابط الإنتاج في الاقتصاد الإسلامي وأثرها على الإنتاج والإنتاجية ص: 263، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الطبعة الأولى 2004 م.

² - ينظر رفيق يونس المصري مصرف التنمية الإسلامي ص: 63- 68 وما بعدها مؤسسة الرسالة الطبعة الثانية 1981 م.

³ - ينظر نفس المرجع السابق ص: 65- 66.

⁴ - المرجع السابق ج: 1 ص: 130.

⁵ - صالح حميد العلي عناصر الإنتاج في الاقتصاد الإسلامي والنظم الاقتصادية المعاصرة ص: 271، دار اليمامة، الطبعة الأولى 2000م.

⁶ - رفعت السيد العوضي منهج الادخار والاستثمار في الاقتصاد الإسلامي ص: 68 مطبعة الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، بدون طبعة بدون تاريخ.

⁷ - ينظر رفيق المصري مصرف التنمية مرجع سابق ص: 269- 270 / النظرية الاقتصادية مرجع سابق ج: 1 ص 131 وما بعدها.

1- رأس المال العيني :

هو كل ما لدى المجتمع من أصول مادية ملموسة تستخدم في الإنتاج¹، ورأس المال العيني يساهم في الإنتاج بشكل مباشر.²

2- رأس مال نقدي :

هو رأس المال السائل في صيغة نقود³، ورأس المال بهذا المفهوم لا يشارك في الإنتاج بشكل مباشر، إلا أنه يمكن عده عنصرا إنتاجيا، خاصة إذا استخدمت النقود في مجال الإنتاج.⁴

و من أجل الحكم على العائد المحدد سلفا لاستغلال رأس المال فنحن بحاجة إلى أن ننظر نظر تأمل إلى مفهوم رأس المال مع استحضار تقسيمه السابق، دون أن نستعجل في إطلاق حكم بالقول إن الفائدة على رأس المال تساوي الربا، كما فعل بعض المحققين الذين كتبوا في الاقتصاد الإسلامي.⁵

بعد تحديدنا لمفهوم رأس المال، والفكرة التي يقوم عليها مفهوم الفائدة، بقي أن نحاول الوصول إلى حكم الإسلام على صورة استغلال رأس المال مقابل دفع عوض ثابت اتفق عليه مسبقا.

يفرق الإسلام في هذا الحكم بين نوعي رأس المال، فيسمح بعائد محدد مسبقا لرأس المال القيمي من قسم رأس المال العيني، كالألات وما شابهها، ويسمي هذا العائد إجارة، ويرفض رفضا قاطعا أن يكون هناك عائد محدد سلفا لرأس المال العيني المثلي كالحبوب، ولا يقبل كذلك أي عائد محدد سلفا لرأس المال النقدي، وإنما يعتبر العائد المحدد لرأس المال العيني المثلي، ورأس المال النقدي من الربا.⁶

وهذا التفريق بين هذه الأموال راجع إلى طبيعة استقرار هذه الأموال في الذمة، فإن أخذ رأس المال القيمي لا تنتقل ملكيته إليه، وإنما يعيده إلى مالكة عند انقضاء مدة استغلاله، أما أخذ رأس المال النقدي ورأس المال المثلي القيمي، فإن ملكيته تنتقل إليه مع ضمانه؛ لأنه يتلف باستغلاله، وهو ملزم بإعادة مثله.⁷

وهذا الحكم يمكن استخلاصه من بعض الأحاديث الواردة عن النبي صلى الله عليه وسلم في شأن الربا، فقد ورد عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ ، وَالْمِلْحُ بِالمِلْحِ مِثْلًا بِمِثْلٍ سَوَاءٍ بِسَوَاءٍ يَدًا بِيَدٍ ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ ، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ " 8، وورد عنه صلى الله عليه وسلم -أيضا- أنه قال «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ رَبًّا لِلْأَهَاءِ وَهَاءَ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ رَبًّا لِلْأَهَاءِ وَهَاءَ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رَبًّا لِلْأَهَاءِ وَهَاءَ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ رَبًّا لِلْأَهَاءِ وَهَاءَ»⁹.

¹ - نفس المرجع السابق ج: 1 ص: 132

² - عناصر الإنتاج مرجع سابق ص: 271.

³ - محمد عبد المنعم عفر النظرية الاقتصادية بين الإسلام والفكر الاقتصادي ج: 1 ص: 132، بنك فيصل الإسلامي الطبعة الأولى 1988م.

⁴ - عناصر الإنتاج مرجع سابق ص: 271.

⁵ - عيسى عبده الفائدة على رأس المال صورة من صور الربا ص: 72 دار الفتح بدون طبعة 1980 م/ عيسى عبده وضع الربا في البناء الاقتصادي ص: 187، دار الاعتصام الطبعة الثانية 1977 م.

⁶ - ينظر: أبو الأعلى المودودي الربا ص: 15 - 16 الدار السعودية للنشر والتوزيع بدون طبعة 1987 م / أصول الاقتصاد مرجع سابق ص: 271- 272 / بحوث مرجع سابق ص: 93/ مصرف التنمية مرجع سابق ص: 269 وما بعدها.

⁷ - ينظر: رفيق يونس المصري فقه المعاملات المالية ص: 115 وما بعدها، دار القلم الطبعة الأولى 2005 م.

⁸ - مسلم صحيح مسلم ج: 3 ص: 1112 كتاب المساقاة باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا رقم 1587، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء التراث العربي بدون طبعة بدون تاريخ.

⁹ - محمد بن إسماعيل البخاري صحيح البخاري مصدر سابق ج: 3 ص: 74 كتاب البيوع باب بيع الشعير بالشعير رقم 2174، البخاري تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة الطبعة الأولى 1422 هـ.

فهذه نصوص من السنة النبوية تؤكد لنا أن هذا النوع من الأموال أحيط بعناية وقيود تمنع تبادل الجنس الواحد منها بجنسه بفائدة، كما تمنع التفاضل بين مختلف هذه الأجناس إلا مع المناجزة¹، وهو ما جعلنا نقول إن الفائدة التي يتحدث عنها الاقتصاديون إذا كانت على مثل هذه الأموال فإن الإسلام يعتبرها من العقود الربوية.

وعندما يضيف الإسلام عقدا من العقود إلى حظيرة الربا، فإن ذلك يعني أن هذا العقد غير مقبول تماما في المفهوم الإسلامي، ولا يقبل أي معالجة لهذا العقد إلا المعالجة الواردة في قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ۗ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَّا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ"²، فهذه الآيات تدل على أن حكم المؤمن هو ترك العمل بالربا، وأنه لا يظلم بأخذ الزيادة الناشئة عنه، وهذا معنى " لا تظلمون " ومع ذلك فهو غير مطالب بأن يتنازل عن شيء من رأس ماله، فيصير بذلك ظلما لنفسه، وهذا المعنى أشير إليه بقوله تعالى " لا تُظلمون "³، وإن كان قد ورد في شأن هذه الآيات توجيهات أخرى.⁴

وقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أَلَا إِنَّ كُلَّ رِبَاٍ مِّن رِّبَا الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعٌ، لَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ، لَا تَظْلِمُونَ، وَلَا تُظْلَمُونَ»⁵

وقد فند الدكتور محمد التاويل - رحمه الله - مختلف الحجج والمبررات التي أراد البعض من خلالها تبرير الفوائد البنكية، وهي فائدة لاستغلال رأس المال النقدي⁶ في كتاب خصصه لذلك؛ وقال إن القول بإباحتها " إساءة للشريعة الإسلامية وافتراء عليها إن لم يكن محادة لها واعتراضا عليها"⁷، وهو قول في محله.

المطلب الثاني: عقد التورق وتأثير الحكم عليه بمعدل الفائدة:

ي مكن تعريف التورق بأنه: أن يشتري أحد سلعة بثمن مؤجل، ثم يبيعها نقدا بثمن أقل ليحصل على النقد، مع انتفاء العلاقة في البيعين بين البائع الأول والبائع الثاني.⁸

فالتورق يقوم مثلا على أن تشتري السلعة إلى أجل، ثم يقوم المشتري ببيعها نقدا، وغالبا ما يكون بيعها بأقل من الثمن الذي اشتراها به، ويكون يبيعها من غير من اشتراها منه.⁹

وهذا التحديد هو الذي يميز عقد التورق عن بعض أنواع البيوع في المفهوم الفقهي كبيع الوضيعة مثلا، فإن البائع فيه يشتري السلعة ثم يبيعها بأقل من ثمنها، ولكن شراؤه أولا كان بغرض التجارة¹⁰، أما التحديد السابق لعقد

¹ - ينظر: سبل السلام مرجع سابق ج: 2 ص: 51 / مصرف التنمية مرجع سابق ص: 161

² - سورة البقرة الآيتين 278 - 279.

³ - العزبن عبد السلام تفسير القرآن ج: 1 ص: 246-247 تحقيق عبد الله بن إبراهيم الوهي دار ابن حزم الطبعة الأولى 1996 م.

⁴ - ينظر: رقيق يونس المصري الجامع في أصول الربا ص: 53 وما بعدها دار القلم، الدار الشامية الطبعة الأولى 1991 م.

⁵ - جزء من حديث رواه أبو داوود سنن أبي داوود ج: 3 ص: 244-245 كتاب البيوع باب في وضع الربا رقم 3334، تحقيق محيي الدين المكتبة العصرية بدون طبعة بدون تاريخ، وهذا الحديث ذكر الألباني حسنه، ينظر: الألباني صحيح الجامع الصغير وزياداته ج: 2 ص: 1303 - 1304 رقم: 7880 - 2975، المكتبة الإسلامية بدون طبعة بدون تاريخ.

⁶ - ينظر: محمد باقر الصدر البنك اللاربي في الإسلام ص: 68 دار التعارف، الطبعة السابعة 1981 م.

⁷ - محمد التاويل وأخيرا وقعت الواقعة وأبيح الربا الفوائد البنكية مطبعة أنفو بدون طبعة 2008 م.

⁸ - ينظر: المجموع في الاقتصاد الإسلامي مرجع سابق ص: 415.

⁹ - رياض بن راشد عبد الله آل رشود، التورق المصرفي ص: 28، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - قطر - الطبعة الأولى: 2013 م.

¹⁰ - ينظر: مصطفى أحمد الزرقا عقد البيع ص: 18، دار القلم الطبعة الثانية 2012 م.

التورق فإنه يبين أنه يقوم على شراء سلعة إلى أجل ثم بيع هذه السلعة بالنقد؛ من أجل سد الحاجة إلى النقد وليس شراؤها أولاً بغرض التجارة.

يتحدث الباحثون الذين تناولوا عقد التورق عن أن التورق بهذا المفهوم لم يبحث بشكل مستقل إلا في المذهب الحنبلي، وأن المذاهب الأخرى تناولت بعض صورته في بيوع الآجال أو العينة أو أبواب أخرى.¹

وعندما نعود إلى ما أحالوا عليه من كلام الفقهاء نجد أن الفقهاء اختلفوا في جواز التورق، وأن أغلب من اطلع على كلامه منهم في موضوع التورق يمكن القول من خلاله إن أكثر الفقهاء الأقدمين يقولون بعدم تحريمه، فقد أجازته بعض الحنفية، ومنعه بعضهم، وكرهه بعض المالكية وأطلق بعض فقهاء المالكية عند حديثهم عن بيوع الآجال أنه لو كان البيع الثاني لشخص ثالث لجاز البيع، وهو ما يقتضي جواز التورق عندهم.²

ووجه إجازة هذا العقد بناء على بيوع الآجال الذي اعتمده بعض المالكية يحتاج - في نظري - إلى تأمل يجعلنا لا نتجاوز محل هذه الإجازة، فإن المالكية في بيوع الآجال كانوا يركزون على خلو العقد من تهمة التحايل على الربا بين المتبايعين، وقالوا إن بيوع الآجال إذا كان فيها شخص ثالث جاز البيع، وقد صرح بذلك صاحب القوانين الفقهية حين قال في ختام حديثه عن بيوع الآجال ما نصه: "يجوز بيع السلعة من غير بائعها مطلقاً، وأما مسائل هذا الباب فإنما تتصور في الإقالة وهي بيع السلعة من بائعها"³.

والأساس الذي اعتمد عليه المالكية في تحريم بيوع الآجال إنما هو سد الذريعة أمام الربا، وقد نص عليه خليل رحمه الله في مستهل حديثه عنها بقوله: "ومنع للتهمة ما كثر قصده"⁴، وقد فسر النووي رحمه الله هذا الأصل بأنه يقوم على أن "إذا وجدنا فعلاً من الأفعال يقع على وجه واحد ولا يختلف إلا بالنية من فاعله والقصد وكان ظاهره واحداً، ولم يكن لنا طريق إلى تمييز مقاصد الناس ولا إلى تفصيل مقصودهم وأغراضهم وجب حسم الباب وقطع النظر إليه"⁵.

وقد أطلنا في بيان ما ذكره المالكية في حديثهم عن بيوع الآجال من أجل أن نحدد غاية ما يصل إليه حديثهم في إطلاق الجواز، وهو نفي تهمة التحايل على الربا في عقد التورق ابتداءً، وهو ما يقتضيه سياق كلامهم، ولا علاقة لكلامهم بالحكم عليه بأنه جائز مع الضرر الناشئ عنه، والذي سنبينه لاحقاً.

¹ الموسوعة الفقهية الكويتية ج: 14 ص: 147 دار السلاسل الطبعة الثانية / المجموع في الاقتصاد مرجع سابق ص: 415/ التورق المصرفي مرجع سابق ص: 24.

² ينظر: كمال الدين ابن الهمام فتح القدير ج: 7 ص: 213، دار الفكر بدون طبعة بدون تاريخ/ ابن عابدين حاشية ابن عابدين ج: 5 ص: 273، دار الفكر بيروت الطبعة الثانية 1992م./ القرافي الفروق ج: 3 ص: 268، المالكيت دو طبع بدون تاريخ/ محمد بن عبد الله الخرشني شرح مختصر خليل للخرشي ج: 5 ص: 106، دار الفكر بدون طبعة بدون تاريخ.

³ ابن جزى القوانين الفقهية ص: 179، تحقيق الدكتور محمد مولاي طبعة وزارة الأوقاف الكويتية، بدون تاريخ.

⁴ خليل بن إسحاق مختصر خليل ص: 150، دار الحديث الطبعة الأولى 2005 م.

⁵ النووي المجموع شرح المهذب ج: 10 ص: 155، دار الفكر بدون طبعة بدون تاريخ.

وجواز عقد التورق بالمفهوم السابق هو ما يقتضيه القياس في مذهب الشافعي الذي يجيز بيع العينة، وهو أيضا أحد القولين في المذهب الحنبلي، وذهب فقهاء آخرون إلى كراهته أو تحريمه¹.

وقد ورد في كتاب الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي ما يمكن أن يفهم منه أن التورق قد عرف عند الشافعية بالزرنقة، حيث قال صاحبه " وأما الزرنقة فهو أن يشتري الرجل سلعة بثمن إلى أجل، ثم يبيعه من غير بائعها بالنقد"²، غير أن هذا المثال أتبع بما يجعلك تشك في أن الزرنقة والتورق شيء واحد؛ وذلك أنه نسب جواز الزرنقة إلى جميع الفقهاء³، مما يجعل احتمال دخول بيع المواضعة في هذا المفهوم قائما.

وقد نسب ابن تيمية تحريم التورق إلى الإمام مالك بغير صيغة الجزم حيث قال: " والكراهة قول عمر بن عبد العزيز ومالك في ما أظن"⁴، وهو ما ذهب إليه ابن تيمية نفسه وانتصر له تلميذه ابن القيم، بناء على أن المعنى الذي حرم به الربا موجود فيه، فقد ذكر ابن القيم في إعلام الموقعين ما نصه: " وكان شيخنا - رحمه الله - يمنع من مسألة التورق، وروجع فيها مرارا وأنا حاضر، فلم يرخص فيها، وقال: المعنى الذي لأجله حرم الربا موجود فيها بعينه مع زيادة الكلفة بشراء السلعة وبيعها والخسارة فيها؛ فالشريعة لا تحرم الضرر الأدنى وتبيح ما هو أعلى منه"⁵.

وهذا القول هو الذي أرجحه، فإننا حين ننظر إلى الفرق بين الخسارتين التي يتحملهما المقترض في التورق أو القرض الربوي، نجد أن هناك كلفة زائدة في التورق على معدل الفائدة في القرض الربوي، ومرجع ذلك أن المقترضين في التورق يستطيعون الحصول على فائدة أكبر من معدلات الفائدة في القرض الربوي؛ لأنهم في حديثهم عن التورق يتحدثون عن بيع، وفي القرض يتحدثون عن فائدة⁶.

من خلال هذا التحليل يتبين لنا معنى تعليل ابن تيمية وابن القيم لحرمه التورق، فإن المشتري يشتري السلعة، ويخسر في بيعها، وتكون الخسارة أكبر مقارنة مع الفائدة إذا كان معدل الخسارة في التورق مساويا للفائدة أو أكبر منها.

" وعلى هذا فلا يتصور أن يجرم الشارع الفائدة، ويبيح التورق، أي أن الفائدة إذا كانت حراما، فالتورق حرام من باب أولى"⁷، فإن المشتري إذا اشترى السلعة في عقد التورق مثلا ب 100 وباعها ب 80، فإن الخسارة تكون 20%، فإذا كانت الفائدة في القرض 5% فإن هذا القرض الذي يتفق على تحريمه، يكون أفضل من الناحية الاقتصادية من عقد التورق، وما دام القرض يقوم أساسا على نفع المقترض، فينبغي أن يكون تحريم الفارق في التورق أولى من تحريم الفائدة في القرض الربوي.

¹ - أبو زكريا النووي روضة الطالبين وعدة المفتين ج: 3 ص: 419، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة 1991م/ ابن مفلح المبدع في شرح المقنع ج: 4 ص: 49، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1997م/ رفيق يونس المصري المجموع في الاقتصاد ص: 409 وما بعدها دار المكتبي دمشق الطبعة الأولى 2006 م./رياض بن راشد عبد الله التورق المصري ص: 94 وما بعدها، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - قطر - الطبعة الأولى: 2013 م.

² - محمد بن أحمد الأزهرى الزاهرى فى غريب ألفاظ الإمام الشافعى ص: 313، تحقيق عبد المنعم طوعى، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى: 1998 م.

³ - نفس المرجع السابق ص: 313.

⁴ - ينظر: أحمد بن تيمية مجموع الفتاوى ج: 29 ص: تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بدون طبعة 1995م.30.

⁵ - ابن القيم إعلام الموقعين ج: 3 ص: 135، تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم دار الكتب العلمية الطبعة الأولى 1991 م.

⁶ - المجموع في الاقتصاد مرجع سابق ص: 420.

⁷ - نفس المرجع السابق ص: 421.

ينبغي أن أشير هنا إلى أن التورق في المفهوم الفقهي القديم، والذي أثار جدلا فقهيًا، يختلف عن التورق الذي يتم تطبيقه اليوم في البنوك، فإن ذلك التورق كان تورقًا بدائيًا، يقوم أساسًا على الصدف، ولم تكن له مؤسسات تقوم على ممارسته بهذا الحجم والكم.

وهذا الاختلاف الجذري بين التورقين والذي ينبغي أن يكون له أثر كبير في التفريق بين التورقين لم يمنع المعاصرين من المقارنة بينهما في الحكم، فقد اختلف الفقهاء المعاصرون أيضًا في حكم التورق في هذا العصر، فذهب بعضهم إلى أنه عقد جائز، وذهب بعضهم إلى حرمة، ويميز بعضهم الآخر بين التورق المنظم وغير المنظم، وذهب بعضهم إلى تحريمه إلا في حالة الاضطرار من المقرض، وعدم العلم بحاجة المقرض من المقرض أو المشتري.¹

وهذا القول الأخير وإن كان أقرب الأقوال الحديثة إلى الصواب - في نظري - من الأقوال التي قال أصحابها بإمكان جواز التورق؛ لأنه في نهايته يفضي إلى تحريم التورق، فإنه ينبغي أن لا يكون قولًا معمولًا به؛ لأن المقرض في عقد التورق إذا كان على علم بجرمة هذا العقد، فليس له إلا إطلاع أطراف المعاملة الآخرين عليه، كما أن العلم بجرمة العقد بعد إبرامه لا علاقة لها بأصل العقد، وإنما تؤثر على وجود العقاب وعدمه (الإثم)، فينبغي فسخ العقد، وإذا فسخ العقد دل ذلك على أنه عقد باطل.

الخلاصة :

أردت من خلال هذا البحث أن أسهم بتجديد النظر إلى عقد من العقود المطبقة بشكل واسع في مختلف البلدان الإسلامية، وهو عقد التورق، مع غض النظر قليلاً عن صورته النظرية، ومحاولة التركيز على الأثر الذي يتركه تطبيقه العملي، ثم مقارنة هذا الأثر بأثر عقد اتفق على تصنيفه عقداً من العقود السلبية، وهو الربا (الفائدة). وقد بدا لي أن عقد التورق يشكل خطراً على الضعفاء والمحتاجين؛ لأن الحديث فيه حديث عن بيع، وهو أمر يجعل طلب الربح المرتفع أمراً مقبولاً، كما أنه قد يشكل خطراً على الاقتصاد بشكل عام؛ لما يمكن أن يتسبب به من الديون المفرطة والتي كانت سبباً لأزمات مالية عالمية.

وقد توصلت من خلال هذا البحث الموجز إلى النتائج التالية:

- 1- أن الفقه الإسلامي سمح بالفائدة إذا كانت ناشئة عن استغلال رؤوس الأموال العينية غير المثلية، ووقف بشكل قاطع أمام أي فائدة على رؤوس الأموال العينية المثلية، ورؤوس الأموال النقدية، واعتبر هذه الفائدة ربا محرماً.
- 2- أن تخريج التورق الحديث على التورق القديم محل نظر؛ وذلك أن التورق الحديث يختلف عن التورق القديم، وما يؤكد ذلك أن المالكية نفوا عنه تهمة التحايل على الربا، وهو ما لا يمكن نفيه بإطلاق عن أساليب التورق الحديث.
- 3- أن المالكية حين تحدثوا بما يجيز عقد التورق كان اهتمامهم يتجه أساساً إلى دراسة عقد آخر، وهو ما يجعل حديثهم عنه حديثاً ناقصاً، فهم لم يدسوه من مختلف الجوانب، وإنما درسوه من ناحية بدلتهم من خلال دراسة عقد آخر.
- 4- أن تطبيق عقد التورق قد يعطي نتائج أكثر ضرراً على المجتمع من تطبيق التعامل بالفوائد الربوية، خاصة إذا تساوى معدل الخسارة في عقد التورق مع معدل الفائدة في العقد الربوي أو كان أكبر منها.

¹ - ينظر: يوسف القرضاوي القواعد الحاكمة لفقه المعاملات ص: 33-34، بحث مقدم للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث الدورة التاسعة عشر 2009 م / سامي بن إبراهيم السويلم التورق والتورق المنظم - راسة تأصيلية- ص: 17-18 بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي 2003 م / المجموع في الاقتصاد مرجع سابق ص:

✓ قائمة المصادر والمراجع :

- القرآن الكريم برواية ورش.
- أبو الأعلى المودودي الربا، الدار السعودية للنشر والتوزيع بدون طبعة 1987 م
- أبو داوود سنن أبي داوود تحقيق محمد محيي الدين المكتبة العصرية بدون طبعة بدون تاريخ.
- أبو زكريا النووي المجموع شرح المذهب، دار الفكر بدن طبعة بدون تاريخ.
- أبو زكريا النووي روضة الطالبين وعمدة المفتين تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي الطبعة الثالثة 1991 م.
- أحمد بن تيمية مجموع الفتاوى، تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بدون طبعة 1995 م.
- الألباني صحيح الجامع الصغير وزيادته، المكتب الإسلامي بدون طبعة بدون تاريخ.
- ابن القيم إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم دار الكتب العلمية الطبعة الأولى 1991 م
- ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر بيروت الطبعة الثانية 1992م.
- ابن مفلح المبدع في شرح المقنع دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1997م.
- خالد بن سعد بن محمد المقرن ضوابط الإنتاج في الاقتصاد الإسلامي وأثرها على الإنتاج والإنتاجية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الطبعة الأولى 2004 م
- خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، تحقيق أحمد جاد، دار الحديث الطبعة الأولى، 2005م
- رفعت السيد العوضي منهج الادخار والاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، مطبعة الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، بدون طبعة بدون تاريخ.
- رفيق المصري مصرف التنمية الإسلامي، مؤسسة الرسالة الطبعة الثانية 1981 م
- رفيق يونس المصري المجموع في الاقتصاد الإسلامي، دار المكتبي دمشق الطبعة الأولى 2006 م.
- رفيق يونس المصري بحوث في الاقتصاد الإسلامي، دار المكتبي، الطبعة الثانية 2009 م.
- رفيق يونس المصري فقه المعاملات المالية دار القلم الطبعة الأولى 2005 م.
- رياض بن راشد عبد الله آل رشود، التورق المصرفي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - قطر - الطبعة الأولى: 2013 م.
- سامي بن إبراهيم السويلم التورق والتورق المنظم - راسة تأصيلية- بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي 2003 م.
- صالح حميد العلي توزيع الدخل في الاقتصاد الإسلامي والنظم الاقتصادية المعاصرة اليمامة للطباعة والنشر الطبعة الأولى 2001م
- صالح حميد العلي عناصر الإنتاج في الاقتصاد الإسلامي والنظم الاقتصادية المعاصرة، اليمامة للطباعة والنشر الطبعة الأولى 2000 م
- الصنعاني سبل السلام، دار الحديث بدون طبعة بدون تاريخ.
- العز بن عبد السلام تفسير القرآن، تحقيق عبد الله بن إبراهيم الوهبي دار ابن حزم الطبعة الأولى 1996 م.
- عيسى عبده الفائدة على رأس المال صورة من صور الربا دار الفتح بدون طبعة 1980 م

- عيسى عبده وضع الربا في البناء الاقتصادي دار الاعتصام الطبعة الثانية 1977 م.
- القرافي الفروق، عالم الكتب بدون طبعة بدون تاريخ.
- كمال الدين بن الهمام (ابن الهمام) فتح القدير، دار الفكر بدون طبعة بدون تاريخ.
- محمد بن أحمد الأزهرى الزاهرى فى غريب ألفاظ الإمام الشافعى تحقيق عبد المنعم طوعى، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى: 1998 م.
- محمد بن إسماعيل البخارى صحيح البخارى تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة الطبعة الأولى 1422 هـ
- محمد بن عبد الله الخرشى شرح مختصر خليل للخرشى، دار الفكر بدون طبعة بدون تاريخ
- محمد عبد المنعم عفر النظرية الاقتصادية بين الإسلام والفكر الاقتصادي، بنك فيصل الإسلامى بقبرص الطبعة الأولى 1988 م.
- مسلم صحيح مسلم تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء التراث العربى بدون طبعة بدون تاريخ.
- مصطفى أحمد الزرقا عقد البيع، دار القلم الطبعة الثانية 2012م.
- يوسف القرضاوى القواعد الحاكمة لفقه المعاملات، بحث مقدم للمجلس الأوروبى للإفتاء والبحوث الدورة التاسعة عشر 2009 م.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد: 2336-0615