



المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

مجلة علمية محكمة متخصصة (ربع سنوية)
يصدرها المعهد العالي للقضاء
سلطنة عُمان

ففيه هذا العدد:

- **المسؤولية الجنائية عن نقل فيروس كورونا المستجد (كوفيد- 19) فيه التشريعيين المصري والعُماني - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة «الجزء الثاني»**
الدكتور/ حمدي محمد محمود حسين
- **قضايا التحقيق الجنائي بين التبعية والاستقلال (دراسة تحليلية بين القانونين المصري والفرنسي)**
الدكتور/ عبد الحليم فؤاد عبد العليم الفقيه
- **زيادات الثقات فيه الأحاديث النبوية وأثرها فيه اختلاف الأحكام الفقهية**
الدكتورة/ أميرة عبد الرحمن علي عمار
- **أثر قصد التحليل فيه عقد النكاح (دراسة فقهية قانونية مقارنة)**
الدكتورة/ رهاب مصطفى كامل السيد
- **المسؤولية المدنية لمتولّي الرقابة عبر الإنترنت**
الدكتور/ مصطفى راتب حسن علي
- **النظام القانوني لمجلس فض المنازعات فيه عقود الفيديك (FIDIC) - دراسة تحليلية**
الدكتور/ جمال عمران المبروك اغنيّة



مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

مجلة علمية محكمة متخصصة (ربع سنوية)
يصدرها المعهد العالي للقضاء - سلطنة عُمان

المراسلات

ترسل البحوث إلى
رئيس هيئة التحرير
على البريد الإلكتروني للمجلة:
hji.journal@hji.edu.om

العنوان

المعهد العالي للقضاء
ص.ب : 330
الرمز البريدي : 611
نزوى - سلطنة عُمان

أرقام الهواتف

هاتف : 25432601 (00968)
فاكس : 25431127 (00968)

الموقع الإلكتروني للمعهد:

www.hji.edu.om

ISSN

2706-882X

رئيس هيئة التحرير

الدكتور / نيهان بن راشد المعولي
عميد المعهد العالي للقضاء

مدير التحرير

الدكتور / أيمن مصطفى البقلي

هيئة التحرير

الدكتور/ عبد الرحيم بن سيف القصابي
الفاضل / أسعد بن راشد الريامي
الفاضلة / سائلة بنت سليمان الهنائية
الفاضلة / هالة بنت حمود الهشامية

منسق التحرير

الفاضل / يوسف بن خليفة الحراسي

التدقيق اللغوي

الفاضل / منير بن راشد الخاطري
الفاضلة / نورة بنت سالم الخليلية

قواعد النشر في مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

أولاً- مواصفات البحوث المقدمة للنشر:

تقبل المجلة نشر البحوث التي تمتاز بالعمق والأصالة، والتي تقدم إسهاماً علمياً في مجال الشريعة أو القانون أو القضاء، سواء المكتوبة باللغة العربية أو الإنجليزية، وفي جميع الأحوال يجب مراعاة ما يأتي:

1. أن يرفق مع البحث ملخصين أحدهما باللغة العربية، والآخر باللغة الإنجليزية، بشرط ألا يزيد كل ملخص عن صفحة واحدة، وأن يُذيل بعدد خمس كلمات مفتاحية.
2. أن تحتوي الصفحة الأولى من البحث على عنوان البحث، واسم الباحث (الباحثين)، وجهة عمل الباحث (الباحثين).
3. ألا يكون البحث المقدم للنشر قد نُشر أو قُدم للنشر في مجلة أخرى أو في مؤتمر علمي أو في أي جهة أخرى، وألا يكون مستلماً من كتاب منشور أو رسالة ماجستير أو دكتوراه، وعلى الباحث أن يقدم إقراراً خطياً بذلك مرفقاً ببحثه مع الطلب الخاص بنشر البحث.
4. أن يتحلى الباحث بالأمانة العلمية أثناء كتابة بحثه، والمجلة غير مسؤولة عن أي مخالفة لأصول الأمانة العلمية في أي بحث منشور بها.
5. أن يلتزم الباحث بالأصول العلمية المتعارف عليها في إعداد البحوث والدراسات العلمية، ومن ذلك التقديم للبحث، وتحديد أهدافه، ومنهجيته، والخطة المتبعة في كتابته، وتنسيق أقسامه، والتوثيق الكامل للمراجع، وإدراج خاتمة تتضمن خلاصة ما توصل إليه الباحث من نتائج، وأهم التوصيات التي انتهى إليها، ويُذيل البحث بقائمة تشمل المصادر والمراجع التي استعان بها الباحث في إعداد البحث مرتبةً أبجدياً.
6. أن يكون البحث مكتوباً بواسطة جهاز الحاسب الآلي بصيغة (Word Document)، وبصيغة (PDF).
7. ألا تقل عدد صفحات البحث عن 20 صفحة من حجم (A4)، ويحد أقصى 50 صفحة.
8. يشترط في البحوث المكتوبة باللغة العربية أن تكون بخط (Simplified Arabic)، بحجم (14) بالنسبة إلى المتن، وبالخط نفسه بحجم (12) بالنسبة إلى الإشارات المرجعية (الهوامش)، أما البحوث المكتوبة باللغة الإنجليزية فيشترط أن تكون بخط Times New Roman)، بحجم (14) بالنسبة إلى المتن، وبالخط نفسه بحجم (12) بالنسبة إلى الإشارات المرجعية (الهوامش).
9. تثبت الإشارات المرجعية (الهوامش) في أسفل كل صفحة، ويتسلسل متصل.
10. لا تقبل البحوث غير المدققة لغوياً سواء المكتوبة باللغة العربية أو الإنجليزية.

ثانياً إجراءات النشر:

1. يتم إرسال البحث على عنوان البريد الإلكتروني الخاص بالمجلة:
hji.journal@hji.edu.om
2. جميع المراسلات الموجهة من الباحث إلى المجلة تكون باسم رئيس التحرير.
3. يرفق الباحث نبذة تعريفية عنه مع الطلب الخاص بنشر البحث.
4. يحيل رئيس التحرير البحوث الواردة للمجلة إلى لجنة النشر العلمي؛ لفحصها والتأكد من عدم تعارضها مع أهداف المجلة، واتخاذ قرار بشأن إحالتها إلى التحكيم من عدمه، فإذا ارتأت اللجنة صلاحية البحث للعرض على المحكمين، عينت محكماً له، يكون من ذوي الاختصاص بموضوع البحث.
5. تعامل البحوث الواردة إلى المجلة مع تقارير المحكمين المتعلقة بها بسرية تامة.
6. يرسل رئيس التحرير إلى الباحث صورة من تقرير المحكم مشفوعة بخطاب إشعار له بإجراء التعديلات المطلوبة على البحث إن وجد، وذلك طبقاً لما ورد في التقرير، على أن يتضمن الإشعار تحديد مدة للباحث لتنفيذ هذه التعديلات لا تتجاوز شهراً من تاريخ استلامه للخطاب.
7. يرسل الباحث إلى رئيس التحرير نسخة من بحثه بعد إجراء التعديلات المطلوبة مشفوعة بتقرير منه، يبين فيه التعديلات التي أجراها على البحث، وذلك خلال المدة المحددة.
8. يحيل رئيس التحرير نسخة البحث بعد التعديلات التي أجراها الباحث إلى لجنة النشر العلمي، مشفوعة بصورة من تقرير الباحث، وصورة من تقرير المحكم؛ للتأكد من إجراء الباحث للتعديلات المطلوبة كاملة، فإذا تيقنت اللجنة من ذلك، أحالت البحث إلى رئيس التحرير تمهيداً للقيام بإجراءات الطباعة والإصدار.
9. يتولى رئيس التحرير إشعار الباحث بقبول البحث أو رفضه، وذلك بناء على قرار لجنة النشر العلمي.
10. إذا قُبل البحث للنشر، يحصل الباحث على شهادة معتمدة من المجلة، تفيد قبول البحث للنشر، ترسل له عبر البريد الإلكتروني.
11. البحث المنشور في المجلة لا يجوز إعادة نشره في أي مجلة أخرى، أو في أي مؤتمر علمي.
12. يُرود الباحث عن طريق البريد الإلكتروني بنسخة إلكترونية من عدد المجلة المنشور فيه بحثه، إضافة إلى مستلة من البحث.
13. إضافة إلى إصدار أعداد المجلة في مطبوعات ورقية، يجوز لهيئة التحرير نشر هذه الأعداد على الموقع الإلكتروني للمعهد عبر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت).



محتويات العدد

الصفحة	الموضوع
5	كلمة العدد الدكتور/ نبهان بن راشد المعولي رئيس هيئة التحرير عميد المعهد العالي للقضاء
البحوث والدراسات	
6	المسؤولية الجنائية عن نقل فيروس كورونا المستجد (كوفيد- 19) في التشريعين المصري والعماني - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة «الجزء الثاني» الدكتور/ حمدي محمد محمود حسين
46	قاضي التحقيق الجنائي بين التبعية والاستقلال (دراسة تحليلية بين القانونين المصري والفرنسي) الدكتور/ عبد الحليم فؤاد عبد العليم الفقي
92	زيادات الثقات في الأحاديث النبوية وأثرها في اختلاف الأحكام الفقهية الدكتورة/ أميرة عبد الرحمن علي عمار
156	أثر قصد التحليل في عقد النكاح (دراسة فقهية قانونية مقارنة) الدكتورة/ رحاب مصطفى كامل السيد
212	المسؤولية المدنية لمتولي الرقابة عبر الإنترنت الدكتور/ مصطفى راتب حسن علي
258	النظام القانوني لمجلس فض المنازعات في عقود الفيديك (FIDIC) (دراسة تحليلية) الدكتور/ جمال عمران المبروك اغنية

* البحوث المنشورة في المجلة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن آراء هيئة التحرير أو المعهد ولا يجوز إعادة النشر أو الاقتباس إلا بإذن مسبق



كلمة العدد

الْحَمْدُ لِلَّهِ الْمَلِكِ الْقُدُّوسِ الْعَزِيزِ الْحَكِيمِ، وَالصَّلَاةَ وَالسَّلَامَ عَلَى أَشْرَفِ الْخَلْقِ،
وَخَاتَمِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمُرْسَلِينَ، سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَأَصْحَابِهِ أَجْمَعِينَ، وَبَعْدُ،،،

لَمَّا كَانَ الْبَحْثُ الْعِلْمِيُّ يُشْكَلُ رَافِداً مِنْ رِوَادِ الْمَعْرِفَةِ، وَسَبِيلاً لِنَطْوِرِ
الْمَجْتَمَعَاتِ وَنَهْضَتِهَا، لَذَا فَإِنَّ تَنْمِيَتَهُ وَتَأْصِيلَهُ جُعِلَتْ مِنْ بَيْنِ الْأَهْدَافِ الَّتِي يَقُومُ
عَلَيْهَا الْمَعْهَدُ الْعَالِي لِلْقَضَاءِ.

وَتُعَدُّ الْمَجَلَاتُ الْعِلْمِيَّةُ الْمَحْكَمَةُ إِحْدَى الْوَسَائِلِ الَّتِي يُعَوَّلُ عَلَيْهَا فِي هَذَا
الْصَدَدِ، لَذَا يَسْعَى الْمَعْهَدُ دَائِماً إِلَى اخْتِيَارِ الْبَحْثِ الْعِلْمِيِّ الرَّصِينَةِ فِي مَجَالَاتِ
الشَّرِيعَةِ وَالْقَانُونِ وَالْقَضَاءِ؛ لِنَشْرُهَا فِي الْأَعْدَادِ الْمُتَوَالِيَةِ لِمَجَلَّةِ الدِّرَاسَاتِ الْفَقْهِيَّةِ
وَالْقَانُونِيَّةِ.

وَاسْتِدَامَةَ لِمَسِيرَةِ الْمَعْهَدِ الْعَالِي لِلْقَضَاءِ فِي تَنْمِيَةِ الْبَحْثِ الْعِلْمِيِّ وَتَأْصِيلِهِ،
فَإِنَّهُ يَسْرُنَا أَنْ نَضَعُ بَيْنَ أَيْدِي الْقُرَاءِ الْأَعْزَاءِ هَذَا الْعَدَدَ مِنَ الْمَجَلَّةِ، وَالَّذِي يَحْوِي
سِتَّةَ بَحْثَاتٍ عِلْمِيَّةٍ مُمْتِيزَةٍ، مُقَدِّمَةً مِنْ قِبَلِ ثَلَاثَةِ مِنَ الْأَكَادِيمِيِّينَ وَالْبَاحِثِينَ الْأَجْلَاءِ،
لَهُمْ مِنْ جَزِيلِ الشُّكْرِ وَالنِّثَاءِ، سَائِلِينَ الْمَوْلَى عَزَّ وَجَلَّ لَهُمُ التَّوْفِيقَ وَالسَّدَادَ.

وَاللَّهُ الْمَوْفِقُ وَالْمُسْتَعَانُ،،،

د. نبهان بن راشد المعولي

رئيس هيئة التحرير

عميد المعهد العالي للقضاء

المسؤولية الجنائية عن نقل فيروس كورونا المستجد (كوفيد - 19) في التشريعين المصري والعماني دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة (الجزء الثاني)

الدكتور/ حمدي محمد محمود حسين *

الفصل الثاني المسؤولية الجنائية عن نقل فيروس كورونا المستجد بطريق الخطأ غير العمدى

تمهيد:

سبق لنا القول إن الجرائم العمدية هي الجرائم التي يتطلب المشرع القصد الجنائي لتكوين ركنها المعنوي، أي يستلزم أن تتجه إرادة الجاني إلى إحداث النتيجة غير المشروعة.

أما الجرائم غير العمدية فهي الجرائم التي يستلزم فيها القانون أن تتجه إرادة الجاني إلى السلوك الإجرامي دون النتائج غير المشروعة التي وقعت، فالقانون يستلزم في الحالتين وجود نتيجة إجرامية، غاية ما هناك أن دور الإرادة في الجرائم العمدية يشمل السلوك الإجرامي والنتيجة، بينما في الجرائم غير العمدية يتوقف دور الإرادة عند حد إرادة السلوك دون إرادة النتيجة غير المشروعة، فالجاني هنا يريد نتيجة غير مشروعة، ولكن تقع نتيجة أخرى غير مشروعة على غير إرادة منه.

فمن يستخدم جهازاً معيناً بغية علاج مريض (وهذه نتيجة مشروعة)، ثم يموت المريض، أو تحدث له مضاعفات خطيرة أدت إلى تلف بعض أجهزة الجسم (نتيجة غير مشروعة)؛ نتيجة الاستخدام الخاطئ أو عدم تعقيم الجهاز، يعد مرتكباً لجريمة القتل غير العمدى أو الإيذاء غير العمدى، ومن يسير بسيارته مسرعاً في طريق مزدحم بغية الوصول إلى المطار في الموعد المحدد ثم يصدم في الطريق شخصاً فيموت بسبب قيادته المسرعة، يعد مرتكباً لجريمة القتل غير العمد.

*أستاذ القانون الجنائي المشارك - المعهد العالي للقضاء - سلطنة عمان.

ولما كانت النتيجة في الجرائم غير العمدية تقع من غير أن تتجه إليها إرادة الجاني، أي بغير تعمد منه، فقد سمي الركن المعنوي في هذه الجرائم بالخطأ غير العمدى بالمقابلة للركن المعنوي في الجرائم العمدية الذي يسمى الخطأ العمدي أو القصد الجنائي، ولكن السائد في الفقه هو استعمال اصطلاح الخطأ في معنى الخطأ غير العمدي فقط، فإذا ما ذكر اصطلاح الخطأ مجرداً عن وصفه بالعمدي أو غير العمدي كان المقصود به الخطأ غير العمدي^(١).

وجدير بالذكر في معرض حديثنا عن جريمة نقل فيروس كورونا المستجد بطريق الخطأ غير العمد، أن المشرع المصري قد تناول جريمة القتل الخطأ من خلال نص المادة (٢٣٨) من قانون العقوبات، وجريمة الإيذاء الخطأ من خلال نص المادة (٢٤٤) من القانون نفسه.

وفي السياق ذاته، عاقب المشرع العماني على جريمة القتل غير العمد بمقتضى المادة (٣١١) من قانون الجزاء، وعلى جريمة الإيذاء غير العمد من خلال نص المادة (٣١٢) جزاء، وشدد العقوبة في الحالتين وفقاً لما نص عليه في المادة (٣١٤) من قانون الجزاء.

كما يجدر بالذكر أن المشرع العماني على خلاف المشرع المصري، قد تناول الركن المعنوي في الجرائم غير العمدية ضمن القواعد العامة لقانون الجزاء من خلال الفقرة الأخيرة من المادة (٣٣) منه، التي تنص على أنه: "...ويتوفر الخطأ، إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل، أو عدم مراعاة القوانين أو الأنظمة".

وبناء على ما تقدم، سوف يكون حديثنا في هذا الصدد منقسماً إلى قسمين: الأول نتناول فيه جانباً من القواعد العامة، جريباً على عادتنا في الفصل الأول، التي تحكم الجرائم التي ترتكب بغير الطريق العمدي، وقد قصدت استعراض هذا الجانب من القواعد العامة التي تنطبق على موضوع البحث دون إسهاب أو إطالة، ولما له من أثر معين عند التطبيق على مسئولية ناقل الفيروس.

أما الثاني فسوف نخصه لجريمة نقل فيروس كورونا المستجد بطريق الخطأ وما ينتج عن ذلك، سواء حدثت الوفاة أم الإيذاء غير العمد، وذلك من خلال المبحثين الآتيين:

(١) للمزيد انظر: د. عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص ٥٢٩، د. شريف سيد كامل محمد، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم غير العمدية، جامعة القاهرة، ١٩٩٢م.

المبحث الأول

(٢) القواعد العامة لجرائم الخطأ غير العمد

إن دور الإرادة في الجرائم غير العمدية يتوقف عند حد إرادة السلوك دون إرادة النتيجة غير المشروعة التي وقعت، وذلك على خلاف الجرائم العمدية، ونظراً لأهمية دور الإرادة في جرائم الخطأ، فسوف نتناول بشيء من الإيضاح بعض القواعد الخاصة بهذا النوع من الجرائم، دون الخوض في التفاصيل، بما يتناسب والهدف من دراستنا المتعلقة بانتقال فيروس كورونا المستجد بطريق الخطأ وما ينتج عن ذلك من أضرار تلحق بالمجني عليه، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

تعريف الخطأ

سبق القول، إن المشرع المصري لم يضع نصاً عاماً يبين فكرة الخطأ غير العمد، ولم يحدد له شكلاً معيناً في القسم العام من قانون العقوبات، وإنما اكتفى بأن أورد مجرد تطبيقات خاصة لفكرة الخطأ، وهذه التطبيقات لم يلتزم فيها تعبيراً موحداً عن فكرة الخطأ، فبينما اقتصر في المواد الخاصة بهرب المحبوسين، والخاصة بفك الأختام، والخاصة بسرقة المستندات، على ذكر الإهمال كصورة للخطأ المكون للركن المعنوي للجريمة، نجده في مواد أخرى قد ذكر صوراً عديدة للخطأ مثل نص المادة (٢٣٨) الخاصة بالقتل الخطأ، إذ أضاف إلى الإهمال: الرعونة وعدم الاحتراز وعدم مراعاة القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة، وكذلك الأمر بالنسبة إلى المادة (٢٤٤) الخاصة بالجرح أو الإيذاء غير العمد.

وعلى النقيض من ذلك، نجد موقف المشرع العماني واضحاً في تناوله فكرة الخطأ غير العمد في القسم العام من قانون الجرائم، وقد حدد له شكلاً معيناً يتمثل في الخطأ بجميع صورته أو عدم مراعاة القوانين أو الأنظمة، وذلك من خلال نص المادة (٣٣) جزاء.

(٢) يجب تمييز هذا النوع من الخطأ عن القصد الاحتمالي، فإذا اقترن التوقع بقبول الجاني للنتائج المتوقعة كان القصد احتمالياً.

وجدير بالذكر أن الخطأ بشكل عام يصلح أن يكون أساساً للمسئولية الجنائية والمسئولية المدنية، فهناك وحدة للخطأ الجنائي والخطأ المدني وهو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية^(٣).

فالخطأ مهما كان قدره، أي حتى ولو كان تافهاً يصلح لأن يكون الركن المعنوي للجريمة غير العمدية، ما لم يتطلب المشرع صراحة أن يبلغ الخطأ درجة معينة من الجسامه سواء لتكوين الركن المعنوي للجريمة أم لتشديد العقاب عليها.

وقد عرف البعض الخطأ بأنه: "كل فعل أو ترك إرادي يؤدي إلى نتيجة لم يردّها الفاعل مباشرة أو بصفة غير مباشرة ولكن كان في وسعه تجنبها"^(٤).

أو أنه: "إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون، وعدم حيلولته تبعاً لذلك دون أن يفضي تصرفه إلى حدوث النتيجة الإجرامية، في حين كان ذلك في استطاعته ومن واجبه"^(٥).

كما قيل في تعريف آخر أنه: "نشاط إرادي، إيجابي أو سلبي، لا يتفق مع الواجب من التزامات الحيطة والحذر، لما ينطوي عليه من خطر يحظره القانون، أو لما يترتب عليه من نتائج ضارة يكون في المقدور تصورها وعدم الإقدام على السلوك المؤدي إليها أو مباشرته بما لا يتجاوز الحيطة الواجبة"^(٦).

وعلى هذا الأساس يمكن القول إن الخطأ كالمقصود لا يتحقق بغير نشاط إرادي ملموس في العالم الخارجي يصلح لإحداث النتيجة الضارة التي أراد القانون أن يتوقاها بالعقاب على الجريمة، وكما يكون الخطأ بفعل سلبي، متى كان على الممتنع التزام قانوني أو تعاقدية بالتدخل فامتنع عنه عن إهمال أو تقريط، يكون أيضاً بفعل إيجابي^(٧).

(٣) نقض ٨ مارس ١٩٤٣م، مجموعة القواعد القانونية، ج ٦، ص ١٩٣، رقم ١٣٣.

(٤) جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج ٥، ص ٨٤٣، فقرة ٣٦٨.

(٥) د. محمود نجيب حسني، القسم العام، المرجع السابق، ص ٦٣٧.

(٦) د. عبد المهيم بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧م، ص ٦٣٥.

(٧) للمزيد انظر: د. محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص ٦٨١.

المطلب الثاني معيار الخطأ غير العمد

تظهر أهمية وضع معيار للخطأ من حيث كونه لا يتحقق قانوناً من مجرد وقوع الجاني في غلط جوهري بشأن النتيجة الإجرامية، وإنما كذلك من كون هذا الغلط كان من الممكن على الجاني تجنبه، وهذا مالا يتحقق إلا إذا كان في إمكان الجاني أن يتوقع النتيجة التي يعاقب عليها القانون والتي ترتبت على نشاطه على نحو يتفق مع الحقيقة، أو أن يكون في إمكانه العلم بحقيقة الظروف القائمة وقت مباشرة نشاطه. معنى ذلك أنه، إذا انتفى إمكان التوقع أو العلم، فلا يمكن وصف الغلط بأنه "يمكن تجنبه"، ومن ثم فلا مسؤولية مطلقاً عن النتيجة التي تقع كأثر لفعل الجاني لا عن جريمة عمدية ولا عن جريمة غير عمدية؛ لأن الجريمة تكون حينئذ وليدة الحتم أو الحدث الفجائي. كالسائق الذي ينام أثناء قيادته لسيارته نوماً يفقده السيطرة على عجلة القيادة لأسباب مرضية مفاجئة لا يمكن توقعها، أو لأسباب عضوية كالتهعب والإرهاق مما يؤدي إلى قتل أحد المشاة.

في الحالة الأولى يكون ما وقع على نحو لا يمكن توقعه، ومن ثم فإن الغلط لا يمكن تجنبه ولا محل لقيام الخطأ؛ لأن الجريمة تكون وليدة الحدث الفجائي، أما في الحالة الثانية فإننا نكون بصدد خطأ إذ توفر لدى الجاني نوعاً من الإهمال ذلك أنه كان من الواجب الامتناع عن القيادة أصلاً، أو عن مواصلة السير بالسيارة وازعاً في حسابانه أن إعيائه قد يؤدي به إلى النوم في الطريق مما يؤدي إلى فقدانه السيطرة على عجلة القيادة وقتل أحد المارة، فمعيار الخطأ إذاً له أهميته البالغة في صدق التفرقة بين الخطأ وبين الحتم أو السبب الفجائي.

وقد اختلف الفقه في تحديد المعيار الذي يجب الاعتداد به في تقدير وجود الخطأ غير العمد، فيرى البعض تحديد هذا المعيار على أساس شخصي بحت، ويرجع فيه إلى الشخص نفسه لا إلى شخص سواه وفقاً لتكوينه الشخصي وظروفه الخاصة كدرجة ذكائه ومستوى تعليمه وخبراته الشخصية، فإذا تبين أنه كان بوسع الجاني نفسه توقع النتيجة والعلم بعناصرها وقت مباشرته نشاطه توفر الخطأ في جانبه^(٨).

ويتجه البعض الآخر إلى الأخذ بمعيار موضوعي مجرد، هو معيار الشخص المتوسط في حذره وانتباهه، فيكون توقع الجاني للنتيجة والعلم بعناصرها في إمكانه

(٨) للمزيد انظر: د. جلال ثروت، جرائم الاعتداء على الأشخاص، القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ١٩٨٤م، رقم ١١٨، ص ٢٨٢، د. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٢٤٣.

متى كان في إمكان الشخص المتوسط توقعها والعلم بعناصرها، وعلى ذلك يسأل الجاني عن الخطأ غير العمد^(٩).

وقد اتجه البعض - ونحن نؤيد ذلك - إلى الأخذ بمعيار مختلط (معيار موضوعي واقعي)، ومقتضاه أن تقدير شرط إمكان التوقع أو العلم يكون بالنظر إلى الشخص المتوسط الذي ينتمي إلى ذات الفئة الخاصة - الاجتماعية أو المهنية - التي ينتمي إليها الجاني، إذا وجد في نفس الظروف الخارجية، خاصة ما تعلق منها بالزمان والمكان، والظروف الخاصة التي أحاطت بالمتهم كالصحة والمرض وغيرها^(١٠). وعلى هذا الأساس فإنه متى كان في إمكان الشخص المتوسط من فئة الجاني، لو وجد في الظروف ذاتها التي وجد فيها الجاني، أن يتوقع أو يعلم بأن نشاطه سيؤدي إلى النتيجة التي يعاقب عليها القانون وكان الجاني قد نزل في سلوكه عن هذا القدر من الحيطة والانتباه فلم يتوقع أو يعلم بأن نشاطه سيؤدي إلى النتيجة الإجرامية فإنه يكون قد أخطأ.

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية، فقالت: "أن الخطأ الذي يقع من الأفراد عموماً في الجرائم غير العمدية يتوفر متى تصرف الشخص تصرفاً لا يتفق والحيطة التي تقضي بها ظروف الحياة العادية وبذلك فهو عيب يشوب مسلك الإنسان لا يأتيه الرجل العادي المتبصر الذي أحاطت به ظروف خارجية مماثلة للظروف التي أحاطت بالمسئول والسلوك العادي والمعقول للموظف الذي تحكمه الحياة الاجتماعية والبيئة والعرف ومألوف الناس في أعمالهم وطبيعة مهمتهم وظروفها..."^(١١).

كما قضت بأن السرعة التي تصلح أساساً للمساءلة الجنائية في جريمة القتل والإصابة الخطأ ليست لها حدود ثابتة، وإنما هي التي تجاوز الحد الذي تقتضيه ملائسات الحال وظروف المرور وزمانه ومكانه^(١٢).

(٩) للمزيد انظر: د. رؤوف عبيد، المرجع السابق، ١٧٨ وما بعدها.

(١٠) د. محمود نجيب حسني، القسم العام، ص ٦٤١، د. عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص ٥٣٨، د. أحمد فتحي سرور، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٧٤٠، د. عبد المهيمن بكر، المرجع السابق، ص ٦٣٩ وما بعدها، د. محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ٤٤٧، د. محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص ٦٨٨.

(١١) نقض ٣٠ ديسمبر ١٩٩٩م، مجموعة أحكام النقض، س ٥٠، رقم ١٦٢، ص ٧٢١.

(١٢) نقض ١٢ مارس ١٩٩٣م، مجموعة أحكام النقض، س ٤٤، رقم ٥٠، ص ٣٦٨.

أما درجة إدراك المتهم وذكائه وفطنته فلا أهمية لها، ويعد المتهم مخطئاً حتى ولو كان دون الشخص العادي ذكاءً أو هدوءاً أو إدراكاً للأمر، وأساس هذا أن واجبات الحيطة والعناية لم توضع بالنظر إلى ظروف شخص معين، فضلاً عن أن مصلحة المجتمع تقتضي ذلك، ولكن تبدو أهمية الاعتداد بهذه الظروف في تقدير مسؤولية المتهم، وبالتالي ما يستحق من عقوبة، فأولاً يجب أن نثبت من أن المتهم لم يتصرف كما يتصرف الشخص العادي، فإذا تثبتنا من ذلك صح اعتباره مخطئاً وتحقق في شأنه الركن المعنوي في الجريمة غير العمدية.

وإذا ثبت أن السبب في وقوعه في هذا الخطأ يرجع إلى فقدته ملكة التمييز أو الاختيار، فإن الركن المعنوي للمسؤولية الجنائية لا يكون قد توفر لديه رغم توفر الركن المعنوي للجريمة، ومن ثم لا تقوم مسؤوليته عن الجريمة التي ارتكبها ولا يوقع عليه عقاب، فإن لم يكن قد فقد القدرة على التمييز أو الاختيار بالكامل، وإنما يعاني من نقص منها فقط، خفف عنه العقاب بقدر هذا النقص.

المطلب الثالث

صور الخطأ غير العمد

عدد المشرع المصري وهو بصدد تحديد أركان جرائم القتل والجرح أو الإيذاء الخطأ في المادتين (٢٣٨، ٢٤٤) عقوبات، صور الخطأ غير العمد، فذكرت هاتان المادتان: الإهمال أو الرعونة أو عدم الاحتراز أو مخالفة القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة.

فقد نصت المادة (٢٣٨) عقوبات على أنه: "من تسبب خطأ في موت شخص آخر بأن كان ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والأنظمة يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنين وغرامة لا تقل عن مائة ولا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته أو كان متعاطياً مسكراً أو مخدراً عند ارتكابه الخطأ الذي نجم عنه الحادث أو نكل وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على سبع سنين إذا نشأ عن الفعل وفاة أكثر من ثلاثة

أشخاص، فإذا توفر ظرف آخر من الظروف الواردة في الفقرة السابقة كانت العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على عشر سنين".

كما تنص المادة (٢٤٤) عقوبات، بعد تعديلها بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢م، على أنه: "من تسبب خطأ في جرح شخص أو إيذائه بأن كان ذلك ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والأنظمة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنتين وغرامة لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين، إذا نشأ عن الإصابة عاهة مستديمة أو إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته أو كان متعاطياً مسكراً أو مخدراً عند ارتكابه الخطأ الذي نجم عنه الحادث أو نكل وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو من طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك.

وتكون العقوبة الحبس إذا نشأ عن الجريمة إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص، فإذا توفر ظرف آخر من الظروف الواردة في الفقرة السابقة تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنين".

وفي السياق ذاته، ذكر المشرع العماني الخطأ ضمن النصوص العامة لقانون الجزاء من خلال الفقرة الأخيرة للمادة ٣٣ منه، التي تنص على أنه: "...ويتوفر الخطأ إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل أو عدم مراعاة القوانين أو الأنظمة". فالمشرع العماني قد أجمل كل صور الخطأ، الخطأ العام المتمثل في الإهمال أو الرعونة أو عدم الاحتراز، والخطأ الخاص المتمثل في مخالفة القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة^(١٣).

والواقع من الأمر، أنه رغم اختلاف العبارات التي يستعملها أي من المشرعين للدلالة على الخطأ فالمقصود بها كلها واحد، فجوهر الخطأ واحد مهما تعددت صورته، إذ الخطأ في جوهره هو غلط بشأن النتيجة الإجرامية من الممكن تجنبه، ويقع الجاني

(١٣) اعتد المشرع العماني في قانون الجزاء الحالي رقم ٢٠١٨/٧، بخطأ الفاعل أو عدم مراعاة القوانين أو الأنظمة كصور للخطأ، بخلاف القانون السابق الذي كان ينص فقط على إهمال الفاعل أو قلة احترازه، وهو بذلك شمل جميع صور الخطأ العام (الإهمال والرعونة وعدم الاحتراز) فأدخل الرعونة ولم يكن النص القديم يشملها، كما أنه اعتد بصورة الخطأ الخاص المتمثلة في عدم مراعاة القوانين أو الأنظمة.

في هذا الغلط حين يخالف أحد القواعد التي تحكم السلوك الإنساني، والتي توجب على كافة الناس الحيطة والحذر عند اتخاذ سلوك معين أو عند الامتناع عن اتخاذه. وغني عن البيان أنه لا يشترط أن يقع الخطأ بجميع صورته التي أوردتها المادتان (٢٤٤، ٢٣٨) عقوبات، بل يكفي لتحقيق الجريمة أن تتوفر صورة واحدة منها، ذلك أن كل صورة تفترض أنه قد تجمعت فيها كل عناصر الخطأ^(١٤). وعلى ذلك سوف نتناول، بشيء من الإيجاز غير المخل، صور الخطأ العام ثم صورة الخطأ الخاص، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول صور الخطأ العام

يشمل الخطأ العام ثلاث صور: الإهمال، والرعونة، وعدم الاحتراز، وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً- الإهمال: ويراد بالإهمال والتفريط وعدم انتباه، حالة ما، إذا نكل الجاني عن اتخاذ ما يقتضيه واجب الحيطة والتبصر لتفادي حصول النتائج الضارة، فهو سلوك سلبي يتمثل في ترك واجب أو الامتناع عن تنفيذ أمر معين، فالجاني لم يتخذ الاحتياطات التي يدعو إليها الحذر وتمليها الخبرة الإنسانية العامة على من كان في مثل ظروفه؛ لأن من شأنها أن تحول دون حدوث النتيجة الإجرامية.

ومن أمثلة ذلك: المالك الذي يترك منزله الآيل للسقوط بدون إصلاح أو تنبيه السكان إلى ما به من خلل يستوجب إخلاتهم فيسقط، ويترتب على سقوطه وفاة بعض الناس^(١٥).

ومن يدير آلة بخارية ثم لا يتخذ طرق الوقاية المانعة لأخطارها عن الجمهور المعرض للاقتراب منها فيؤدي إلى وفاة أحدهم^(١٦).

ومن يترك حفرة دون أن يضع عليها مصباحاً ليلاً أو ينبه الجمهور مما أدى إلى سقوط أحد المارة بها ووفاته، أو ألا يتخذ حارس الحيوان الاحتياطات اللازمة أو الكافية لمنع أذاه عن الناس.

(١٤) للمزيد انظر: د. محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ٤٤٧، د. محمود نجيب حسني، القسم

العام، ص ٦٤٨.

(١٥) نقض ٢٢ مارس ١٩٦٠م، مجموعة أحكام النقض، س ١١، رقم ٦٩، ص ٢٩٦.

(١٦) نقض ١٦ إبريل ١٩٣١م، مجموعة القواعد، س ١١، رقم ٢٣٨، ص ٢٩٠.

ثانياً- الرعونة: ويعني بها الطيش والخفة، وهي ترجمة غير دقيقة لأصلها الفرنسي (maladresse) والذي يعني سوء التقدير أو نقص المهارة أو الجهل بأمر فنية كان يتعين عليه العلم بها.

ويراد بها أن يأتي الجاني نشاطاً محفوفاً بالأخطار دون أن يتوقع أو ينتبه إلى النتائج الضارة التي سوف تتجم عنه، وحالات الرعونة ثلاث:

١- سوء التقدير: ويعني إقدام الشخص على عمل دون إدراك خطورته أو لما يحتمل أن يترتب عليه من نتائج ضارة، مثال ذلك أن يغير قائد السيارة اتجاهه فجأة دون أن ينبه المارة فيصيب شخصاً^(١٧).

٢- نقص المهارة: وتعني إقدام الشخص على عمل تتقصه الكفاءة الفنية اللازمة لمباشرة، مثال ذلك أن يقوم شخص بقيادة سيارة وهو غير ملم بأصول القيادة إماماً كافياً فيصيب إنساناً، ولو كان يحمل رخصة قيادة^(١٨)، فهذا السلوك وإن كان لا يخالف قاعدة قانونية إلا أنه يخالف واجباً من الواجبات التي تفرضها الخبرة الإنسانية.

٣- الجهل بالأمر الفنية التي يتعين العلم بها: وتعني قيام رجل الفن المتخصص بعمل يدخل في اختصاصه الفني دون مراعاة الأصول العلمية الثابتة التي يفترض علمه بها، ومن أمثلة ذلك: الطبيب الذي يجري عملية جراحية خلافاً للأصول الثابتة في فن الطب، كإجراء عملية جراحية على قدر من الخطورة في عيادته الخاصة رغم ما تستلزمه هذه الجراحة من استعدادات يطلبها الفن الطبي ويخصص فجرائها أحد المستشفيات^(١٩)، أو أن يجريها دون الاستعانة بأخصائي تخدير، والصيدلي الذي يخطئ في تحضير المادة المخدرة التي يجهزها للاستعانة بها في إجراء عملية جراحية مما أدى إلى تسمم المريض ووفاته، والمهندس الذي يخطئ في تصميم رسم هندسي لمبنى أو يخطئ في تنفيذ الرسم فينهار المبنى على من كانوا فيه.

ثالثاً- عدم الاحتياط والتحرز: وتسمى هذه الحالة "الخطأ الواعي أو الخطأ مع التوقع"، ويتحقق عدم الاحتياط والتحرز إذا كان الجاني قد توقع الأخطار التي قد تترتب على عمله لكنه مضى فيه دون أن يتخذ الوسائل الوقائية بالقدر اللازم لدرء هذه الأخطار، مثال ذلك من يقود سيارته بسرعة لا تتفق مع الزمان والمكان والظروف المحيطة

(١٧) نقض ٤ ديسمبر ١٩٤٤م، مجموعة القواعد القانونية، س ٦٤، رقم ٤١٧، ص ٥٥٠.

(١٨) نفس حكم النقض السابق.

(١٩) نقض ٢٧ يناير ١٩٥٩م، مجموعة أحكام النقض، س ١٠، رقم ٢٣، ص ٩١.

بالحدث^(٢٠)، والحامل التي تنتبذ مكاناً قصياً لتضع فيه حملها مع جهلها بقواعد الولادة مما يؤدي إلى وفاة وليدها^(٢١)، أو أن يحمل شخص في مركب عدداً من الأشخاص يفوق حمولته فيغرق بهم في النيل^(٢٢).

الفرع الثاني صور الخطأ الخاص

وتتمثل في مخالفة الشخص لما تفرضه القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة من واجبات ويعد ذلك سبباً قائماً بذاته وخطأً مستقلاً، إذا كانت هذه المخالفة هي بذاتها سبب الحادث^(٢٣)، وقد تتفق مع إحدى صور الخطأ العام، وإلا فإنها تصلح وحدها لقيام المسؤولية الجنائية عن خطأ غير عمدي دون تطلب أي عنصر آخر. ويستوي أن تتمثل المخالفة في الامتناع عما كان يجب القيام به، أو في إتيان سلوك محظور كان يتعين اجتنابه.

والقوانين لفظ يشمل جميع القوانين "النصوص القانونية" سواء وردت في قانون العقوبات أم في غيره من القوانين^(٢٤).

أما القرارات فيقصد بها القرارات الإدارية والتعليمات التي تصدر عن جهة الإدارة بشأن إنشاء أو تنظيم أو إنهاء مركز قانوني معين مثل القرار بمنح أو سحب رخصة قيادة، أو القرار بحرمان مصنع من مزاولته نشاطه أو منع صاحب مهنة أو حرفة من ممارستها.

(٢٠) نقض ٣ إبريل ١٩٥٦م، مجموعة أحكام النقض، س٧، رقم ١٤٦، ص ٥٠٤، ونقض ١٢ إبريل ١٩٩٣م، س ٤٤٤، رقم ٥٠، ص ٣٦٨، ونقض ١٧ نوفمبر ١٩٩٧م، س ٤٨٨، رقم ١٩١، ص ١٢٦٦.

(٢١) قضت محكمة الجزاء الابتدائية بولاية نزوى بسلطنة عمان عام ١٩٩٦م، بإدانة شخص قام بإعادة مخزن الرصاص إلى مكانه فانطلقت منه رصاصة أودت بحياة ابنة أخته التي كانت متوقفة بالقرب منه مصادفة دون أن يقصد ذلك. (حكم غير منشور)

(٢٢) محكمة طنطا الكلية ٢٣ يناير ١٩٣١، مجلة المحاماة، س ٤، ص ٥٧٦.

(٢٣) نقض ٢٣ ديسمبر ١٩٩٣م، مجموعة أحكام النقض، س ٤٤٤، رقم ١٩٥، ص ١٣٧٥.

(٢٤) وقد أدانت المحكمة الابتدائية بسمد الشأن بسلطنة عمان عام ٢٠٠٢م، شخصاً لمخالفته قانون الأسلحة والذخائر وإطلاقه الأعيرة النارية بمنطقة مأهولة بالسكان.

ويراد باللوائح ما هو متعارف عليه من خلال مدلولها الإداري كلوائح الضبط أو المرور أو النقل أو الخاصة بالصحة العامة أو السكك الحديدية وغيرها^(٢٥). أما الأنظمة فيقصد بها القواعد التي توضع لتنظيم المهن أو الأنشطة الصناعية أو التجارية، وتسري على من يمارسون هذه المهن أو الأنشطة فيلتزمون بمراعاة ما تفرضه من واجبات عند ممارسة نشاطهم، مثل مهنة المحاماة أو الطب أو الصيدلة أو الهندسة وغيرها.

ويتطلب توفر الخطأ بمخالفة القوانين أو القرارات أو اللوائح وجود علاقة سببية بين الخطأ والنتيجة^(٢٦)، فمثلاً إذا قاد شخص سيارة بدون رخصة قيادة وصادم آخر فقتله ثم ثبت أن سبب الوفاة يرجع إلى خطأ المجني عليه وحده، فإن علاقة السببية لا تكون متوفرة ولا يسأل المتهم إلا عن جريمة قيادة السيارة بدون رخصة فقط.

المطلب الرابع

التمييز بين أنواع الخطأ غير العمد

وأثر ذلك على الأخطاء الطبية

ينقسم الخطأ غير العمد إلى خطأ بسيط وآخر مقترن بالتبصر أو التوقع، وهو ما يسمى بالخطأ الواعي، وهناك تقسيمات أخرى للخطأ أهمها التمييز بين الخطأ المادي والخطأ الفني، والخطأ الجسيم والخطأ اليسير، وأخيراً الخطأ الجنائي والخطأ المدني، إلا أننا سوف نقتصر في دراستنا على تناول الخطأ المادي والخطأ الفني، والخطأ الجسيم والخطأ اليسير، وما يترتب على ذلك من حدوث بعض المشكلات الخاصة بالأطباء أو المجال الطبي باعتبار أن ذلك وثيق الصلة بدراستنا عن جريمة نقل فيروس كورونا المستجد بطريق الخطأ وما ينتج عن ذلك من آثار، وذلك من خلال الفروع الآتية:

(٢٥) وقد قضي بتوافر الخطأ بسبب عدم اتباع لائحة السكة الحديد فيما توجهه من أسبقية المرور للقطارات، نقض ١١ نوفمبر ١٩٤٧م، الموسوعة الذهبية، ج٧، ص٤١٩.
وعدم اتباع مفتش الصحة منشور وزارة الداخلية رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٧م، الذي يقضي بإرسال المعفوقين إلى مستشفى الكلب. نقض ٣٠ يونيو ١٩٥٣م، الموسوعة الذهبية، ج٣، ص٤٢٣.
(٢٦) نقض ١١ يونيو ١٩٦٣م، مجموعة أحكام النقض، س١٤، رقم ١٠٢، ص٥٣٠، ونقض ٩ ديسمبر ١٩٧٣م، س٢٤، رقم ٢٣٧، ص١٩٦٢.

الفرع الأول الخطأ المادي والخطأ الفني

ميز البعض بين الخطأ الفني والخطأ المادي، بالنسبة إلى القواعد التي يتحدد الخطأ بالنسبة إليها، وقد ثار في الفقه جدل كبير حول مدى مسؤولية أصحاب المهن الفنية كالأطباء والصيدلة والمهندسين والمحامين عن خطئهم غير العمدي في نطاق القانون الجنائي، وقد ثار البحث بصفة خاصة بشأن الأطباء، ولكنه يسري أيضاً على جميع أصحاب المهن الفنية.

ويرى بعض الفقهاء التفرقة بين الخطأ المادي الذي يرتكبه الطبيب أو أي متخصص في مجال مهنته، وبين الخطأ الفني الذي يرتكبه هذا الشخص نفسه، ويتمثل الخطأ المادي في الإخلال بقواعد الحيطة والحذر العامة التي تحكم نشاط جميع الأفراد، بما فيهم رجال الفن أو المهنة، ومن ثم فهو لا يخضع للخلافات الفنية، ولا شأن له بالقواعد العلمية والفنية التي تحكم أصول المهنة، مثال ذلك إجراء الطبيب جراحة بيد مرتعشة أو هو سكران، أو أن يغفل تعقيم الأدوات الجراحية، أو أن يترك بعضها في بطن المريض، أو أن يأمر الطبيب بإخراج المريض من المستشفى قبل استكمال علاجه ودون سبب فني مشروع رغم أن حالته تقتضي البقاء في المستشفى. ومن المتفق عليه لدى هذا الفقه، أن يسأل الطبيب عن خطئه المادي في جميع الأحوال ولو كان يسيراً، ويخضع في ذلك لقواعد المسؤولية العامة^(٢٧).

أما الخطأ الفني فيتمثل في الإخلال بالقواعد العلمية والفنية التي تحدد أصول المهنة وواجبات أصحابها، ويرجع هذا الخطأ إما إلى الجهل بهذه القواعد، أو تطبيقها تطبيقاً مخالفاً، أو سوء التقدير فيما تخوله هذه القواعد من مجال تقديري، ومثال ذلك: الرعونة أو الإهمال في التشخيص أو العلاج دون الاستعانة بالوسائل الفنية الحديثة، أو مخالفتها مخالفة فاضحة أو أن يطبق وسيلة علاج جديدة لم يسبق تجربتها. وقد أثار الخطأ الفني جدلاً واسعاً حول مدى مسؤولية الطبيب عنه، فقد ذهب رأي إلى وجوب إعفاء الطبيب إعفاءً تاماً من المسؤولية عن هذا الخطأ، ولكن هذا الرأي لم يصمد للنقد، ذلك أن إعفاء الطبيب من المسؤولية عن الخطأ الفني يهدد مصلحة المجتمع الذي يكفل حماية المريض، فضلاً عن أن الثقة في الطبيب لا تغني عن أن يتطلب منه أن يكون أكثر مراعاة للاحتياط العادي أثناء ممارسته لمهنته^(٢٨).

(٢٧) راجع في عرض هذه الآراء: د. محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص ٦٩٦ وما بعدها.

(٢٨) د. محمود نجيب حسني، القسم العام، المرجع السابق، ص ٦٥٥.

والواقع من الأمر أن هذه الأخطاء جميعها يستعان في تحديدها بمعيار الخطأ غير العمدي، وهذا التمييز ليس له أهمية قانونية^(٢٩)، وقد انتهى الفقه إلى هجر هذه التفرقة والقول بمسئولية الطبيب عن خطئه طبقاً للقواعد العامة للخطأ غير العمدي سواء كان خطأ مادياً أم فنياً.

الفرع الثاني الخطأ الجسيم والخطأ اليسير

ذهب البعض إلى التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، فيقصر مسؤولية الطبيب على الخطأ الفني الجسيم، دون اليسير من هذا الخطأ على أساس أن المسؤولية في القانون الجنائي لا تقوم إلا إذا كان الخطأ جسيماً، أما إذا كان الخطأ يسيراً فلا تقوم به إلا المسؤولية المدنية، ففي مجال الأعمال الطبية لا يسأل الطبيب، إلا إذا كان ما ارتكبه يعد خطأ فنياً جسيماً، أي أنه يعد خروجاً معيماً عن القواعد الفنية التي تفرضها مهنته، فأتى أعمالاً تدل على جهل أو إهمال لا يصح أن يصدر من طبيب، أما الخطأ اليسير فيجب التجاوز عنه.

وعلة هذا التمييز عند أصحاب هذا الرأي هو وجوب تخويل الطبيب، أو صاحب المهنة الفنية، حرية كبيرة في ممارسته لمهنته؛ لأنه من الضروري ألا تتولد لديه الخشية الدائمة من المسؤولية الجنائية لأن ذلك لا يوفر له الاطمئنان عند ممارسة مهنته.

ويضيف أنصار هذا الرأي أن مؤاخذة الطبيب عن خطئه اليسير قد يستلزم أن يقحم القاضي نفسه في مسائل مثار شك ونقاش من الوجهة العلمية بعيدة عن ميدان تخصصه، مما يتعين معه أن تقتصر رقابته في الحالات التي لا خلاف عليها بين الأطباء من الوجهة العلمية وإلا اضطر إلى استشارة الأطباء أنفسهم وهو ما يخالف مبدأ أن القاضي يقضي بعقيدته، وبما يؤمن به هو لا بما يؤمن به غيره^(٣٠).

إلا أن هذا القول قد ثبت فساده وهجره الفقه والقضاء بعد أن أصبح أن الراجح وحدة الخطأ الجنائي والخطأ المدني، فضلاً عن أهمية هذه التفرقة في تطبيقها على الخطأ الفني، والقول بأن هذا الخطأ لا تقوم به المسؤولية، إلا إذا كان جسيماً هو قول

(٢٩) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٧٤٦.

(٣٠) للمزيد انظر: د. رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ١٨٧ وما بعدها.

غير صحيح، ولا تعدو أهمية هذه التفرقة إلا في تحديد العقاب الذي يقرره القاضي في حدود سلطته التقديرية.

وبناء على ذلك اتجه الغالب من الفقه - ونحن نؤيد ذلك - إلى عدم التفرقة في تقرير مسؤولية الطبيب بين الخطأ المادي والفني، وبين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، وذهب إلى وجوب مساءلة الطبيب عن الخطأ غير العمدي سواء كان يسيراً أم جسيماً طبقاً لقواعد المسؤولية العامة شأنه في ذلك شأن غيره من ذوي المهن الأخرى الذين يسألون عن خطئهم ولو كان يسيراً.

فإباحة عمل الطبيب مشروط بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول الفنية المقررة، فإذا فرط الطبيب في اتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسؤولية الجنائية وفقاً لتعمده الفعل ونتيجته أو لخطئه غير العمدي في أداء عمله، كما أن الأطباء لا يتميزون بمعيار خاص للخطأ غير العمدي، ومن غير المنطقي أن نعطي مطلقاً ثقتنا في الطبيب ثم لا نطلب منه مراعاة الاحتياط العادي في أثناء ممارسته لمهنته، ولا خشية عليه من تقرير هذه المسؤولية؛ لأن مؤاخظة الطبيب عن خطئه المهني ولو كان يسيراً لن تتضرر لمجرد الشك، بل لا بد من أن يثبت الخطأ بصفة قاطعة.

كما أن الخطأ سوف يتحدد بالقياس إلى ما يجب أن يسلكه شخص معتاد من فئة الأطباء أنفسهم^(٣١)، أما بالنسبة إلى القاضي فإنه سوف يستعين بالخبراء لتقرير مدى توفر الخطأ في ضوء المعطيات العلمية الحالية والقواعد التي تمارس مهنة الطبيب وفقاً لها.

وقد اتجه القضاء المصري، بعد تردد، إلى مساءلة الطبيب عن جميع أخطائه الجسيم منها واليسير^(٣٢)، كما أن محكمة النقض المصرية لم تأخذ بهذه التفرقة، بل قضت بأن إباحة عمل الطبيب (أو الصيدلي) مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة، فإذا فرط أحدهما في اتباع هذه الأصول أو خالفها حقت

(٣١) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٧٤٧.

(٣٢) محكمة مصر الابتدائية ٣ من مايو ١٩٢٧م، المجموعة الرسمية، ص ٢٩، ص ١٢٠، محكمة استئناف مصر ٣ من يناير ١٩٣٦م، مجلة المحاماة، ص ١٦، ص ٧١٢، محكمة الإسكندرية الابتدائية ٢٩ ديسمبر ١٩٤٣م، مجلة المحاماة، ص ٢٤، ص ٧٨.

عليه المسؤولية الجنائية بحسب تعمدته الفعل أو نتيجه أو تقصيره أو عدم تحرزه في أداء عمله^(٣٣).

والواضح من هذا القضاء أن محكمة النقض قد ساءلت الطبيب عن مجرد تقصيره وعدم تحرزه دون أن تقيم أي تفرقة مصطنعة بين خطأ يسير وآخر جسيم، ومما يؤكد هذا الاستخلاص أن الحكم المطعون فيه قد استند في الإدانة إلى تقرير كبير الأطباء الشرعيين الذي جاء به أن ما حدث كان نتيجة قلة خبرة الطبيب المعالج وأنه يعد خطأ من جانبه وإن كان لا يرقى إلى مرتبة الخطأ المهني الجسيم، وقد طعن على هذا الحكم بأن المسؤولية الطبية لا تقوم إلا حيث يكون هناك جهل أو تقصير بيّن، لكن محكمة النقض رفضت هذا الطعن وقررت مسائلة الطبيب عن أي تقصير يصدر منه.

■ **إثبات الخطأ غير العمدية:** المسؤولية الجنائية تقوم على أساس الخطأ الشخصي الذي يتعين إثباته، ولذلك لا يسأل الشخص جنائياً عن فعل غيره ولو كان مكافئاً بالإشراف عليه، إلا إذا أمكن إثبات توفر خطأ في جانبه هو الذي تسبب في الوفاة أو الإيذاء.

ولا يتطلب القانون أن يقع الخطأ الذي يتسبب عنه الوفاة أو الإيذاء بجميع صورته التي أوردتها، بل يكفي لوقوع الجريمة أن تتوفر صورة واحدة منها^(٣٤). ويقع على عاتق سلطة الاتهام إثبات قيام الخطأ في حق المتهم بإقامة الدليل على إهماله أو رعونته أو عدم تحرزه، أو تثبت مخالفته للقوانين أو القرارات أو اللوائح أو الأنظمة.

ولما كان الخطأ في الجرائم غير العمدية هو الركن المميز لها، فإنه يجب أن يبين الحكم عناصر الخطأ المرتكب، ورابطة السببية بين الخطأ والإصابة أو الوفاة، بحيث لا يتصور وقوعها بغير هذا الخطأ، وأن يورد الدليل عليه مردوداً إلى أصل ثابت في الأوراق^(٣٥).

(٣٣) نقض ٢٨ يناير ١٩٥٩م، مجموعة أحكام النقض، س ١٠، رقم ٢٣، ص ٩١، نقض ١١ يونيو ١٩٦٣م، س ١٤، رقم ٩٩، ص ٥٠٦، ونقض ٢٠ ديسمبر ٢٠٠٦م، الطعن رقم ٣١٨٨١ لسنة ٦٩ ق.

(٣٤) نقض ٢٨ يناير ١٩٦٠م، مجموعة أحكام النقض، س ١١، رقم ١٢١، ص ٦٣٨، ونقض ٧ مايو ١٩٦٢م، س ١٣، رقم ١١٤، ص ٤٥٣، ونقض ٣ فبراير ١٩٦٩م، س ٢٠، رقم ٤٤، ص ٢٠١. (٣٥) نقض ١٩ أبريل ٢٠٠٠م، مجموعة أحكام النقض، س ٥١، رقم ٧٩، ص ٤٣٧، ونقض ٢٠ ديسمبر ٢٠٠٦م، الطعن رقم ٣١٨٨١ لسنة ٦٩ ق.

ولا يجب على المحكمة ذكر لفظ الخطأ أو الإشارة إلى إحدى صورته، وإنما يكفي أن يكون ذكر الوقائع بظروفها المختلفة وكيفية حصولها ناطقاً بثبوت الخطأ في حق المتهم^(٣٦)، وإذا كان الخطأ خاصاً "مخالفة القوانين أو القرارات أو اللوائح أو الأنظمة" فيكفي أن تبين محكمة الموضوع سلوك المتهم الذي قدرت أنه مخالف للقوانين أو اللوائح... إلخ.

ولا رقابة لمحكمة النقض على الوقائع التي استخلص منها قاضي الموضوع ثبوت الخطأ في حق المتهم، ولكن محكمة النقض تراقب سلامة الاستدلال من هذه الوقائع على توفر الخطأ من عدمه، لأن تكييف ما صدر عن المتهم بأنه خطأ موجب لمسئولته عن الوفاة يعد تكييفاً قانونياً يخضع لرقابة محكمة النقض، وإذا قدرت محكمة الموضوع وجه الخطأ في سلوك المتهم وأدانته تبعاً لذلك فلا تلتزم ببحث أوجه الخطأ الأخرى.

المبحث الثاني

المسؤولية الجنائية عن نقل فيروس كورونا المستجد بطريق الخطأ غير العمد

بعد أن تناولنا، في المبحث الأول، أهم القواعد التي تحكم مسألة الخطأ غير العمد في نطاق المسؤولية الجنائية، وأن هذه القواعد تنطبق بشكل عام على جرائم القتل الخطأ والإيذاء غير العمد، سوف نقوم ببيان القواعد التي تحكم جريمة نقل فيروس كورونا المستجد بطريق الخطأ غير العمد، فهذه الجريمة وإن كانت تتحد مع الجرائم التي ترتكب بطريق العمد في الركن المادي أو السلوك الإجرامي الذي قام به الفاعل، إلا أنهما يختلفان اختلافاً جوهرياً في الركن المعنوي أو القصد الجنائي. وعلى ذلك سوف نقوم ببيان هذه القواعد التي تحكم المسؤولية الجنائية عن هذه الجرائم التي لا تتوفر فيها صفة العمد وذلك من خلال ما نص عليه المشرع المصري في المادة (٢٣٨) عقوبات بشأن جريمة القتل غير العمد، والمادة ٢٤٤ عقوبات المتعلقة بجرائم الجرح أو الإيذاء غير العمد^(٣٧)، وذلك في المطالب الآتية:

(٣٦) حكم المحكمة العليا العمانية لسنة ٢٠٠٤م، الدائرة الجزائية، منشورات السنة الرابعة.

(٣٧) يقابل ذلك في التشريع العماني المواد ٣١١، ٣١٢، ٣١٤ من قانون الجزاء رقم ٧ لسنة ٢٠١٨م.

المطلب الأول

الركن المادي لجريمة نقل فيروس كورونا المستجد

بطريق الخطأ غير العمد

يستفاد من نص المادتين (٢٣٨، ٢٤٤) من قانون العقوبات المصري، ومما سبق أن قلناه في تعريف الخطأ غير العمد، أن جريمة القتل أو الإيذاء غير العمدية عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد يتطلب توفرها وجود ثلاثة عناصر للركن المادي، هذه العناصر تتمثل فيما يأتي:

١- السلوك الإجرامي المتمثل في قيام الجاني بنقل فيروس كورونا المستجد بطريق الخطأ.

٢- النتيجة الإجرامية وتتمثل في: موت إنسان أو حدوث إيذاء له.

٣- رابطة السببية، بأن يكون هذا السلوك هو السبب القانوني لهذا الموت أو الإيذاء. ونظراً لأن الركن المادي لا يختلف في مضمونه عن الركن المادي لهذه الجرائم التي ترتكب بطريق العمد، وتجنباً للتكرار أو الإطالة، سوف نقوم ببيان هذه العناصر بما يتناسب وطبيعة هذه الجرائم غير العمدية، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

السلوك الإجرامي

تفترض هذه الجريمة وقوعها على إنسان حي خال من الفيروسات المعدية أو القاتلة، غير حامل لفيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩)، وذلك وقت مباشرة النشاط الإجرامي من قبل الجاني، ويتحقق السلوك الإجرامي بنقل عدوى فيروس كورونا المستجد إلى المجني عليه بطريق الخطأ غير العمد، فالجاني يقوم بأفعال من شأنها نقل الفيروس للمجني عليه، سواء تم ذلك عن طريق حقنه بمادة يعتقد الجاني أنها علاج له فإذا بها مشتملة على الفيروس المعدية دون أن يتحقق من ذلك، أم أنه لم يقم بالتطهير أو التعقيم الكافيين للجهاز المستخدم لعلاج المرضى مما تسبب في نقل العدوى إليهم أو إلى بعضهم، أو اعتقد الطبيب خطأ أن الممرض قد قام بذلك على خلاف الحقيقة^(٣٨)، أو قيام الجاني بنقل الدم إلى المجني عليه دون إجراء الاختبار

(٣٨) انظر في إدانة الطبيب لهذه الأسباب المذكورة: نقض ٨ يناير ١٩٦٨م، مجموعة أحكام النقض، س ١٩، رقم ٤، ص ٢١، ونقض ١١ فبراير ١٩٧٣م، س ٢٤، رقم ٤٠، ص ١٨٠. وفي إدانة مدير المستشفى بالإهمال وعدم الاحتياط: نقض ٢٠ يناير ١٩٧٥م، مجموعة أحكام النقض، س ٢٦، رقم ١٨، ص ٧٨. =

اللازم للتأكد من خلوه من الأمراض المعدية أو الفيروسات ثم تبين أنه محمل بفيروس كورونا المستجد.

كما يتحقق هذا النشاط الإجرامي بقيام الجاني باستعمال الأدوات أو الملابس الخاصة بالمجني عليه لاعتقاده خطأ أن الفيروس لا ينتقل بهذه الطريقة، أو قيامه بتقبيل المجني عليه أو العطاس أو السعال في وجهه لاعتقاده أن ذلك لا يعد من مسببات العدوى بالفيروس.

ولا يهم في نظر المشرع الوسيلة التي تم بها نقل الفيروس إلى المجني عليه، فالمسؤولية الجنائية عن هذا الفعل تظل متوفرة أياً كانت الوسيلة التي استخدمها الجاني، لكنها من جانب آخر قد تفيد في تحديد نوع الخطأ الذي ارتكبه الجاني سواء تم بطريق الإهمال أو الرعونة أو مخالفة القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة، وما يترتب ذلك من أثر لتشدد المشرع في العقاب على بعض هذه الصور في حق بعض أصحاب المهن الفنية كالأطباء والمرضيين وغيرهم ممن يتعين عليهم القيام بواجبات الحيطة والحذر التي تتفق وطبيعة أعمالهم.

وغني عن البيان أن السلوك الإجرامي في جريمتي القتل أو الإيذاء غير العمدي يتحقق بسلوك إيجابي أو سلبي، كما في حالة الامتناع عن القيام بواجب معين تجاه المجني عليه المصاب بفيروس كورونا مما أدى إلى وفاته أو تفاقم حالته المرضية أو إصابته بإصابات خطيرة في بعض أجهزة الجسم كالرئتين أو الكلى أو القلب أو غيرهم، فضلاً عن أن هذا الامتناع عن القيام ببعض الواجبات، قد يتسبب في الإصابة بالفيروس لشخص أو أشخاص لم يكونوا مصابين به أصلاً، ويشترط لقيام هذه المسؤولية أن يكون هناك التزام قانوني على الممتنع.

كما تجدر الإشارة إلى أن العبرة في توفر الإهمال أو الرعونة أو عدم التحرز، أو انتفاء ذلك مرهون بظروف كل واقعة على حدها^(٣٩).

الفرع الثاني النتيجة الإجرامية

يشترط لقيام المسؤولية الجنائية عن نقل فيروس كورونا المستجد، أن يعقب سلوك الجاني الذي تم بطريق الخطأ موت إنسان أو حدوث إيذاء له، سواء حدثت هذه

== وفي إدانة صيدلي لمخالفته ما تفرضه عليه أصول المهنة: نقض ١٧ يونية ١٩٧٩م، مجموعة أحكام النقض، س ٣٠، رقم ١٤٨، ص ٧٠٠.
(٣٩) د. رمسيس بهنام، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٩٠٤.

النتيجة على الفور أم تراخى حدوث ذلك إلى وقت لاحق، طالما لم تتقطع علاقة السببية بين السلوك الإجرامي الخاطئ غير العمدي والنتيجة التي حدثت وهي الوفاة أو الإيذاء.

فإذا قام الجاني بسلوكه الإجرامي بطريق الخطأ غير العمد وأدى ذلك إلى وفاة إنسان فإنه يسأل عن جريمة القتل الخطأ، أما إذا أدى ذلك إلى مجرد الإصابة بالفيروس أو إلى تفاقم حالة المجني عليه بأن أدى ذلك إلى إصابته بعاهة مستديمة أو فقدته وظائف أحد أعضائه الجسدية فإنه يسأل حسب النتيجة التي انتهى إليها فعله. وتقدير ذلك يرجع إلى محكمة الموضوع في ضوء النتائج والتقارير الطبية والوقائع المعروضة عليها.

الفرع الثالث رابطة السببية

لا يكفي أن يقع سلوك إجرامي من الجاني يتمثل في نقل الفيروس إلى المجني عليه بطريق الخطأ غير العمد، وأن يؤدي ذلك إلى الوفاة أو الإيذاء، بل يلزم فضلاً عن ذلك توفر صلة السببية بين هذا الفعل والنتيجة الإجرامية التي حدثت، وألا تتداخل عوامل أخرى يكون من شأنها قطع رابطة السببية على النحو الذي استعرضناه سابقاً في الفصل الأول من هذه الدراسة.

وعلى ذلك يكفي قيام رابطة السببية بأن يكون السلوك الخاطئ الذي قام به الجاني هو السبب الوحيد لحدوث النتيجة، وأن يكون هو السبب الملائم لحدوثها إذا تداخلت عوامل أخرى مألوفة اسهمت في إحداث هذه النتيجة سواء كانت هذه العوامل سابقة أم معاصرة أم لاحقة لنشاط الجاني كضعف حالة المجني عليه أم مرضه السابق أم إهمال المجني عليه في العلاج.

وفي هذا الصدد ينص المشرع العماني في المادة (٢٨) من قانون الجزاء، على أنه: "لا يسأل الشخص عن الجريمة ما لم تكن نتيجة لسلوكه الإجرامي، ويسأل عنها ولو كان قد أسهم مع سلوكه الإجرامي في إحداثها سبب آخر سابق أو معاصر أو لاحق، متى كان هذا السبب متوقعاً أو محتملاً وفقاً للسير العادي للأمر، أما إذا كان ذلك السبب وحده كافياً لإحداث نتيجة الجريمة فلا يسأل الفاعل في هذه الحالة إلا عن الفعل الذي ارتكبه".

أما إذا كانت هناك عوامل أخرى غير مألوفة أسهمت في إحداث النتيجة فإنها تقطع رابطة السببية ولا يسأل الجاني عن النتيجة التي حدثت^(٤٠)، ومن أمثلة ذلك: حدوث حريق بالمستشفى الذي يعالج به المجني عليه المصاب بفيروس كورونا المستجد مما أدى إلى وفاته، أو انهيار المبنى، أو انقلاب سيارة الإسعاف الذي تحمله مما أدى إلى وفاته نتيجة ذلك.

ولا يختلف الحال في توفر صلة السببية بين فعل الجاني وسلوكه الخاطئ والنتيجة الإجرامية عما سبق لنا أن ذكرناه في الفصل الأول من هذه الدراسة، لذا نكتفي بذلك تجنباً للتكرار.

المطلب الثاني

الركن المعنوي لجريمة نقل فيروس كورونا المستجد

بطريق الخطأ غير العمد

لا يكفي لقيام المسؤولية الجنائية عن جريمة نقل الفيروس بطريق الخطأ غير العمد أن يباشر الجاني سلوكاً معيناً يؤدي إلى حدوث النتيجة الإجرامية، وإنما يشترط بالإضافة إلى ذلك ألا يتوفر القصد الجنائي لديه، أو بمعنى آخر أن يتم ذلك بطريق الخطأ غير العمد سواء بصورته العامة أم الخاصة، فيتخذ النشاط الإجرامي صورة الإهمال أو الرعونة أو عدم التحرز والاحتياط، أو أن يتخذ الخطأ صورة خاصة تتمثل في مخالفة القوانين أو القرارات أو اللوائح أو الأنظمة، تطبيقاً لما نصت عليه المادتين (٢٣٨، ٢٤٤) عقوبات.

فجوهر التمييز بين جريمة نقل فيروس كورونا المستجد بطرق العمد والجريمة بطريق الخطأ غير العمد يكمن في الركن المعنوي، فالركن المعنوي في الحالة الأولى يتخذ صورة القصد الجنائي المكون من العلم والإرادة، بينما في الثانية يندرج تحت صورة من صور الخطأ التي نص عليها المشرع الجنائي.

(٤٠) انظر في قطع رابطة السببية بسبب خطأ المجني عليه واستغراقه خطأ الجاني: نقض ١٢ أكتوبر ١٩٦٤م، مجموعة أحكام النقض، س ١٥، رقم ١١١، ص ٥٦٨، ونقض ٢ من ديسمبر ١٩٧٤م، س ٢٥، رقم ١٧٠، ص ٧٨٧، ونقض ٢٣ فبراير ١٩٧٦م، س ٢٧، رقم ٥٤، ص ٢٦٣. وانظر في قطع رابطة السببية بسبب القوة القاهرة: نقض ٣٠ يونيو ١٩٦٩م، مجموعة أحكام النقض، س ٢٠، رقم ١٩٤، ص ٩٩٣، ونقض أول ديسمبر ١٩٨٨م، س ٣٩، رقم ١٨٧، ص ١٢١٣.

فالنية الإجرامية غير متوفرة لدى الجاني عند ارتكابه الفعل بطريق الخطأ غير العمد، ومن ثم فهو لم يقصد حدوث هذه النتيجة وهي إصابة المجني عليه بالفيروس، ولم يردها أو يسعى إلى حدوثها، وبذلك تتميز هذه الجريمة عن جريمة القتل العمد أو الإيذاء العمد.

كما أن الجاني لم يتوقع حدوثها عند قيامه بهذا السلوك، وبذلك تتميز عن النتائج الاحتمالية التي يتوقع حدوثها ومع ذلك أقدم عليها.

فالشخص الذي يترك ملابسه أو أدواته الشخصية التي استعملها وهو مصاب بفيروس كورونا من غير أن يقوم بتطهيرها أو التخلص منها، مما أدى إلى استعمالها من قبل شخص آخر فأصيب بالفيروس؛ يعد مخطئاً لأنه أهمل في القيام بهذا التطهير أو التعقيم، لكنه لم يقصد حدوث هذه النتيجة ولم يسعى إليها. إلا أنه يسأل عن الإصابة وما يترتب عليها من أثر سواء حدثت الوفاة أم غير ذلك من ألوان الإيذاء الجسدي للمجني عليه، لكن هذه المسؤولية تكون بطريق الخطأ غير العمدي.

والأمر ذاته يصدق بالنسبة إلى الطبيب أو الممرض أو غيرهم من أصحاب المهن الطبية فإنهم يسألون عن إصابة الغير نتيجة إخلالهم بواجباتهم الوظيفية التي تحتم عليهم اتخاذ إجراءات معينة لضمان سلامة الآخرين كتعقيم الآلات أو الأدوات أو الأجهزة المستخدمة مثل أجهزة التنفس الاصطناعي أو الأدوات الطبية، فإن لم يتم ذلك، بسبب الإهمال أو عدم الاحتراز أو دون مراعاة القواعد الطبية المهنية، على الوجه الصحيح توفرت المسؤولية عن جريمة نقل الفيروس بطريق الخطأ غير العمد وما يترتب على ذلك من نتائج. والمرجع في ذلك كله لتقدير محكمة الموضوع في بيان توفر الخطأ غير العمدي ومدى تحققه في صورة من الصور التي وقع بها.

وغني عن البيان أن الخطأ غير العمد في جريمة نقل فيروس كورونا المستجد قد يتحقق بصورة أو أكثر من صور الخطأ التي نص عليها المشرع المصري في المادتين (٢٣٨، ٢٤٤) عقوبات (الإهمال أو الرعونة أو عدم الاحتراز أو مخالفة القوانين أو القرارات أو اللوائح أو الأنظمة)، ويكفي لبيان الإدانة تحقق صورة واحدة من تلك الصور^(٤١)، وأن أركان الجريمة قد تحققت وتوفرت في حق المتهم.

ويكفي أن يبين في حكم الإدانة الأفعال الصادرة من المتهم والتي تنطوي على خطأ، ولا ضرورة لأن يذكر الوصف القانوني لهذا الخطأ^(٤٢).

(٤١) نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٧م، مجموعة أحكام النقض، س ٨، رقم ٢٧٠، ص ٩٨٨.

(٤٢) نقض ٤ ديسمبر ١٩٤٤م، مجموعة القواعد القانونية، ج ٦، رقم ٤١٧، ص ٥٥٠، ونقض ١٩

ديسمبر ١٩٤٩م، مجموعة أحكام النقض، س ١، رقم ٥٧، ص ١٧٢.



المطلب الثالث

العقوبة المقررة لنقل فيروس كورونا المستجد بطريق الخطأ غير العمد

عاقب المشرع الجنائي على الاعتداء على سلامة الإنسان بطريق الخطأ غير العمد الذي ينتج عنه أحد أمرين: الأول القتل الخطأ غير العمد، والثاني الإيذاء الخطأ غير العمد.

وقد جعل المشرع المصري لكل منهما عقوبة مستقلة من خلال نصوص المادتين (٢٣٨، ٢٤٤) عقوبات، كما عاقب المشرع العماني على هذه الجرائم من خلال نصوص المواد (٣١١، ٣١٢، ٣١٤) من قانون الجزاء، وهو ما سنقوم ببيانه من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول

العقوبة المقررة في التشريع المصري

أولاً- عقوبة القتل الخطأ غير العمد:

تنص المادة (٢٣٨) عقوبات على أنه: "من تسبب خطأ في موت شخص آخر بأن كان ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والأنظمة يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنين وغرامة لا تقل عن مائة ولا تجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته أو كان متعاطياً مسكراً أو مخدراً عند ارتكابه الخطأ الذي نجم عنه الحادث أو نكل وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على سبع سنين، إذا نشأ عن الفعل وفاة أكثر من ثلاثة أشخاص، فإذا توفر ظرف آخر من الظروف الواردة في الفقرة السابقة كانت العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على عشر سنين".

فقد عاقب المشرع من خلال النص المذكور، المعدل بالقانون ١٢٠ لسنة ١٩٦٢م، على جريمة القتل الخطأ بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، ويلاحظ أن التعديل قد وضع حداً أدنى لعقوبة الحبس هو مدة ستة أشهر دون أن يضع للغرامة مثل هذا الحد الأدنى.

ويرى البعض أن تقييد مدة الحبس بحد أدنى لا مبرر له، وقد يشجع القاضي الذي يرى الحكم بالحبس لمدة أقل من ستة أشهر أن يقضي بعقوبة الغرامة أو أن يشمل عقوبة الحبس بإيقاف التنفيذ^(٤٣).

وبالرغم من وجاهة هذا الرأي، إلا أننا نرى أن هذا التحديد من قبل المشرع مقبول في ضوء جسامة الضرر الحاصل بسبب خطأ الجاني غير العمد الذي نتج عنه وفاة إنسان، فأراد المشرع بذلك أن يضع حداً أدنى للقاضي لا يجوز له النزول عنه، إذا أراد أن يقضي بعقوبة الحبس، ومن جهة أخرى لا أتفق مع التخيير الحاصل بين الحبس والغرامة وأرى ضرورة الجمع بينهما، وهو ما وضح من خلال منهج المشرع العماني في العقوبة المقررة لهذه الجريمة بنص المادة (٣١١) من قانون الجزاء.

■ الظروف المشددة للعقوبة:

حددت المادة (٢٣٨) عقوبات ظروفًا مشددة من شأنها أن تجعل العقوبة حسباً مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات، وغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين، وفي تقديري أنه يجب إعادة النظر في التخيير الحاصل بين العقوبة السالبة للحرية والغرامة، وأنه جدير بالإلغاء، ويكون هذا التشديد وجوبياً إذا توفر أحد الظروف الآتية:

١- أن يثبت وقوع الجريمة نتيجة إخلال جسيم من جانب الجاني بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته، ويتطلب تحقق هذا الظرف توفر عنصرين: أولهما أن يكون الجاني من ذوي الوظائف، سواء كانت عامة أم خاصة، أو المهن أو الحرف، ولا عبرة بنوع الوظيفة أو المهنة أو العمل الذي يباشره، ثانيهما وقوع إخلال جسيم بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته. ومثال ذلك إخلال الطبيب أو الممرض بأصول مهنة الطب في عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة، سواء من ناحية تعقيم الأدوات أم الآلات أم أجهزة التنفس الاصطناعي، أم عدم القيام بتعقيم أسرة المرضى أم مكان وجودهم بالمستشفى من قبل الموظفين المختصين، مما أدى إلى إصابة شخص بفيروس كورونا المستجد ونتج عن ذلك وفاته لهذا السبب.

وقد تطلب المشرع عند تقدير توفر هذا الظرف المشدد، وقوع خطأ "مهني أو وظيفي" جسيم، وبدل على ذلك أنه قد قصر الإخلال الجسيم على ما تفرضه أصول الوظيفة أو المهنة أو الحرفة، أما إذا كان الإخلال الجسيم إخلالاً بالواجبات العامة التي يلتزم بها الناس كافة، فتسري في شأن الجاني القاعدة العامة في العقوبة، إلا إذا

(٤٣) د. أحمد فتحي سرور، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٧٥٣.

توفر في شأنه ظرف مشدد آخر، وتقدير ذلك كله يرجع إلى محكمة الموضوع تستخلصه في حدود سلطتها الموضوعية مستعينة بالظروف التي أحاطت بالخطأ. ويلاحظ أن جريمة القتل الخطأ نتيجة الإخلال الجسيم بأصول الوظيفة قد ترتبط بجريمة الإهمال في أداء الوظيفة المنصوص عليها في المادة (١١٦) مكرراً (ب) ارتباطاً لا يقبل التجزئة، مما يقتضي توقيع عقوبة واحدة هي عقوبة الجريمة الأشد طبقاً للمادة (٢/٣٢) عقوبات.

٢- أن يكون الجاني متعاطياً مسكراً أو مخدراً عند ارتكابه الخطأ الذي نجم عنه الحادث، فالجاني الذي يرتكب الخطأ الذي نجم عنه الحادث وهو في حالة سكر يكون خطؤه مضاعفاً، أي جسيماً، ويكفي لتحقيق ذلك توفر السكر ولو لم يكن بيناً أو واضحاً، بل حتى ولو لم يترتب عليه غياب الإدراك، ويكفي لتوفر هذا الظرف المشدد معاصرة حالة السكر أو التخدير للحادث، دون اشتراط أن تكون هذه الحالة بذاتها هي جوهر الخطأ غير العمد، فلا بد من توفر هذا الخطأ ابتداءً، فما حالة السكر أو التخدير إلا وصف للخطأ يعبر عن جسامته^(٤٤).

وعلى ذلك، فإن الجاني الذي تسبب بخطئه في نقل فيروس كورونا المستجد إلى شخص آخر غير مريض به، تشدد عقوبته، إذا تبين أنه كان قد تناول مسكراً أو مخدراً أثناء مباشرة هذا السلوك الإجرامي.

ولا يشترط أن يكون لهذا السكر أو التخدير أثر في إصابة المجني عليه بالفيروس، فالإصابة بالفيروس قد تمت دون الوقوف على حالة السكر أو التخدير، غير أن هذه الحالة تضاف للخطأ غير العمدي الذي نشأ عنه الإصابة، ومن ثم الوفاة حتى يتم تشديد العقوبة المقررة طبقاً للمادة (٢٣٨) عقوبات.

٣- أن ينكل الجاني وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك، فالقانون قد أوجب على من ارتكب خطأ نجم عنه حادث أن يساعد من وقعت عليه الجريمة أو أن يطلب هذه المساعدة له، فإذا كان باستطاعة الجاني مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو طلب المساعدة له يكون قد أخل بواجب قانوني تجاه المجني عليه، إذا نكل عن أداء هذا الواجب، وهذا الظرف المشدد يتحقق بتعدد الخطأ غير العمدي الذي قارفه الجاني، مرة حين ارتكب جريمته وأخرى حين نكل عن تدارك النتائج المترتبة على فعله أو العمل على تداركها مع تمكنه من ذلك.

(٤٤) نقض ١٦ مارس ١٩٩٤م، مجموعة أحكام النقض، س ٤٥، رقم ٥٧، ص ٣٩١.

فالجاني الذي تسبب بخطئه في إصابة شخص بفيروس كورونا المستجد ثم لم يقيم بمساعدته في الوصول إلى المستشفى مثلاً لتلقي العلاج اللازم، أو لم يطلب له المساعدة الطبية اللازمة مع قدرته وتمكنه من ذلك، فإنه يكون قد أضاف لخطئه غير العمدي خطأ آخر يستوجب تشديد العقوبة المقررة عليه.

ويجب على الجاني تقديم المساعدة الفعالة للمجني عليه، فلا يكفي لإسقاط الالتزام عن كاهله أن يقدم قدراً ضئيلاً من المساعدة لا يجدي المجني عليه نفعاً، ما دام قد ثبت أنه كان بمقدور الجاني تقديم قدر أكبر يحقق النفع للمجني عليه، ولا يعفي الجاني من واجب تقديم المساعدة أن ليس لها أثر في إنقاذ المجني عليه من الإصابة بالفيروس.

وقد قررت المادة (٢٣٨) عقوبات، تشديد العقوبة إلى الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على سبع سنين، إذا نشأ عن الفعل وفاة أكثر من ثلاثة أشخاص، ويعني ذلك أن مجرد تسبب الفعل المشوب بالخطأ غير العمدي في وفاة أكثر من ثلاثة أشخاص كافٍ للتشديد دون تطلب شروط أخرى^(٤٥).

وعلى ذلك فإذا تسبب الجاني بخطئه غير العمدي في إصابة عدة أشخاص بفيروس كورونا المستجد ثم نتج عن ذلك وفاة أكثر من ثلاثة أشخاص فإن الظرف المشدد يعد متوفراً ومن ثم يستحق العقوبة المقررة سلفاً، وهي الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على سبع سنوات، ويلاحظ هنا أن التشديد في العقوبة لجسامة الضرر الحاصل وهو وفاة أكثر من ثلاثة أشخاص.

وأضافت المادة (٢٣٨) عقوبات في فقرتها الأخيرة، ظرفاً مشدداً آخر مفاده أنه، إذا توفّر مع ظرف وفاة أكثر من ثلاثة أشخاص، أحد الظروف الثلاثة السالف ذكرها، فإن العقوبة على ذلك تكون الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على عشر سنوات، ويلاحظ هنا أن المشرع قد قدر اجتماع جسامة الخطأ مع جسامة الضرر.

ثانياً- عقوبة الإيذاء الخطأ غير العمدي:

تنص المادة (٢٤٤) عقوبات، بعد تعديلها بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢م، على أنه: "من تسبب خطأ في جرح شخص أو إيذائه بأن كان ذلك ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والأنظمة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنتين وغرامة لا تتجاوز ثلاثمائة

(٤٥) نقض ٢٨ مارس ١٩٧١م، مجموعة أحكام النقض، س ٢٢، رقم ٦٩٤، ص ٢٩٤.

جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين، إذا نشأ عن الإصابة عاهة مستديمة، أو إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته أو كان متعاطياً مسكراً أو مخدراً عند ارتكابه الخطأ الذي نجم عنه الحادث أو نكل وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو من طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك.

وتكون العقوبة الحبس، إذا نشأ عن الجريمة إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص فإذا توفر ظرف آخر من الظروف الواردة في الفقرة السابقة تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنين".

فقد عاقبت المادة (٢٤٤) عقوبات، على التسبب في جرح شخص أو إيذائه من غير قصد ولا تعمد إذا كان ذلك ناشئاً عن خطأ غير عمدي، وقد سبق لنا القول إن جريمة الإيذاء تشمل الأفعال الثلاثة (الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة)، وأن التسبب بنقل فيروس كورونا المستجد يعد من قبيل إعطاء المواد الضارة مما يشكل إيذاءً لجسم الإنسان ويدخل في مفهوم لفظ الإيذاء المعبر عنه بنص المادة (٢٤٤) عقوبات السابق ذكرها.

وقد قرر القانون لهذه الجريمة عقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسين جنيهاً أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وقد راعى المشرع المصري مدى جسامة الضرر الناتج عن الحادث، وأنه أقل من الضرر الحاصل في المادة (٢٣٨) عقوبات، فلم ينتج عنه الوفاة، وإنما إيذاء جسم الإنسان على قدر اختلاف النتيجة.

وعلى ذلك فمجرد نقل فيروس كورونا المستجد للمجني عليه بطريق الخطأ غير العمدي يتسبب عنه إيذاء جسم هذا الشخص مما يستحق بموجبه الجاني عقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة وغرامة لا تتجاوز خمسين جنيهاً أو إحدى هاتين العقوبتين.

وفي تقديري أن هذه العقوبة محل نظر، فالإصابة بالفيروس يترتب عليها إيذاء لجسم المجني عليه يفوق العقوبة المقررة لاسيما في الجانب المالي منها وهي الغرامة التي لا تتجاوز خمسون جنيهاً، إذا قدر القاضي عدم تطبيق عقوبة الحبس، وأرى ضرورة إعادة النظر في مقدار هذه الغرامة وزيادتها إلى الحد الذي يتناسب مع النتيجة الإجرامية وهي إصابة شخص بفيروس كورونا المستجد.

■ الظروف المشددة للعقوبة:

شدد المشرع المصري العقوبة من خلال المادة (٢٤٤) عقوبات، لتصبح الحبس مدة لا تزيد على سنتين وغرامة لا تجاوز ثلاثمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين، إذا توفر أحد الظروف الآتية:

- ١- إذا نشأ عن الإصابة عاهة مستديمة.
- ٢- إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته.
- ٣- إذا كان الجاني وقت القيام بالخطأ الذي نجم عنه الحادث متعاطياً مسكراً أو مخدراً.

٤- إذا نكل الجاني عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك.

وشدد المشرع العقوبة لتصبح الحبس الذي تصل مدته إلى ثلاث سنوات، إذا نشأ عن الجريمة إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص.

كما شدد العقوبة لتصبح الحبس الذي لا تقل مدته عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات، إذا نشأ عن الجريمة إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص مع توفر أحد الظروف السابق ذكرها.

وعلى ذلك إذا تسبب الجاني في نقل فيروس كورونا المستجد إلى أكثر من ثلاثة أشخاص وترتب على إصابتهم عاهة مستديمة لحقت كلاً من المجني عليهم فإن هذا الظرف المشدد يكون متوفراً ومن ثم يستحق الجاني العقوبة المقررة وهي الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات، أو إذا أصاب الفيروس أكثر من ثلاثة أشخاص وكان هذا الخطأ نتيجة الإخلال الجسيم من الجاني بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته، أو توفر مع إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص بطريق الخطأ غير العمد أن كان الجاني وقت مباشرة هذا السلوك متعاطياً مادة مسكرة أو مخدرة، أو نكل وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك (م ٣/٢٤٤)، على النحو الذي أشرنا إليه عند حديثنا عن عقوبة جريمة القتل الخطأ نتيجة الإصابة بفيروس كورونا المستجد.

الفرع الثاني

العقوبة المقررة في قانون الجزاء العماني

أولاً- عقوبة القتل الخطأ غير العمد:

تنص المادة (٣١١) من قانون الجزاء على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثمائة ريال عماني ولا تزيد على ألف ريال عماني كل من تسبب بخطئه في موت إنسان".

فقد عاقبت المادة (٣١١) جزاء، الجاني الذي تسبب بخطئه غير العمدي في موت إنسان، بعقوبة الحبس الذي لا تقل مدته عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات والغرامة التي لا يقل مقدارها عن ثلاثمائة ريال عماني ولا تزيد على ألف ريال عماني.

ويلاحظ على النص المشار إليه، أنه قد جعل الخطأ غير العمدي جوهر المسؤولية الجزائية، ولم يحدد درجة معينة من هذا الخطأ، بما يعني أن لفظ الخطأ عام يشمل جميع صورته، إلا أن المشرع العماني قد شدد العقوبة إذا وقعت جريمة القتل الخطأ مقترنة بأحد الظروف المنصوص عليها في المادة (٣١٤) جزاء، وهذا يدل على أن حالة الخطأ بسبب إخلال الجاني بما تفرضه عليه أصول مهنته أو وظيفته أو حرفته (الخطأ المهني الجسيم، أو الخطأ الفني) خارجة عن نطاق المادة (٣١١) من قانون الجزاء وأن عقوبتها مشددة طبقاً لنص المادة (٣١٤) من القانون.

وعلى ذلك، فالجاني الذي يتسبب بخطئه في إصابة المجني عليه بفيروس كورونا المستجد ونتج عن ذلك وفاته، فإن الجاني سيعاقب طبقاً لنص المادة (٣١١) جزاء، ما لم يكن صاحب مهنة أو وظيفة أو حرفة وأخل بما تفرضه عليه أصول تلك المهنة أو الوظيفة أو الحرفة، فالمصاب بفيروس كورونا الذي أهمل في التخلص من الأدوات أو المناشف أو الملابس الخاصة به التي استعملها، أو المصاب الذي وضع يده أو لعابه على مفاتيح المصعد، أو قام بمصافحة الآخرين أو تقبيلهم، دون الالتزام بالإجراءات الاحترازية المقررة، فأصاب بالفيروس شخصاً آخر نتيجة لذلك مما أدى إلى وفاته، فإنه يستحق العقاب المقرر، وهو الحبس والغرامة، المنصوص عليهما في المادة (٣١١) من قانون الجزاء.

وقد سبق لنا القول، أنه قد يوجد أكثر من سبب لوقوع الخطأ من جانب الجاني، وأنه يكفي لإدانته أن يبنى الحكم على سبب واحد منها.

■ تشديد العقوبة المقررة للقتل الخطأ:

حددت المادة (٣١٤) من قانون الجزاء العماني ظروفاً مشددة من شأنها أن تزيد مقدار العقوبة المقررة للقتل الخطأ المنصوص عليها في المادة (٣١١) جزاء، بما لا يتجاوز الضعف، إذا توفر أحد الظروف الآتية^(٤٦):

١- إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني بما تفرضه عليه أصول مهنته أو وظيفته أو حرفته.

٢- إذا كان الجاني وقت مباشرة الحادث تحت تأثير سكر أو مخدر^(٤٧).

٣- إذا امتنع الجاني عن مساعدة المجني عليه أو عن طلب المساعدة له مع استطاعته ذلك.

فإذا توفر أحد هذه الظروف شددت العقوبة المقررة بما لا يتجاوز الضعف، وهذا يعني أن عقوبة السجن يمكن أن تصل إلى ست سنوات، والغرامة يصل مقدارها ألفي ريال عماني.

ويلاحظ على هذا النص المشار إليه، أنه قد جمع عدة ظروف مشددة للعقوبة في حالتها القتل الخطأ (م٣١٢)، والإيذاء غير العمد (م٣١٢)، مما أحدث بعض اللبس بشأن الظرف الثالث منها ومفاده "إذا نشأ عن الفعل وفاة أو عاهة مستديمة أو إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص"، ووجه اللبس يتضح فيما يأتي:

أولاً: هل هذه الفقرة ستطبق على جريمة القتل الخطأ المنصوص عليها في المادة (٣١١) جزاء، أم أنها خاصة بجريمة الإيذاء غير العمد الواردة في المادة (٣١٢) جزاء.

ثانياً: إذا سلمنا أنها تتعلق بجريمة الإيذاء غير العمد، فحدوث الوفاة نتيجة الإيذاء الخطأ يشكل جريمة القتل الخطأ المنصوص عليها في المادة (٣١٢) جزاء، فقد يفهم

^(٤٦) سبق لنا تفصيل هذه الحالات أثناء الحديث عن تشديد عقوبة جريمة القتل الخطأ في قانون العقوبات المصري (الفرع الأول من هذا المطلب).

^(٤٧) ورد التعبير عن هذا الظرف في المادتين ٢٣٨، ٢٤٤ عقوبات مصري على هذا النحو: "أو كان متعاطياً مسكراً أو مخدراً عند ارتكابه الخطأ الذي نجم عنه الحادث..."، وهو تعبير أدق من تعبير المشرع العماني المذكور في المتن، لأن التعبير الخير قد يفهم منه أنه يجب أن يكون لتأثير المسكر أو المخدر دور في القيام بالفعل بينما المراد غير ذلك، فيكفي مجرد تعاطي الجاني مسكراً أو مخدراً وقت حدوث الفعل حتى يتحقق الظرف المشدد.

وجه التشديد، إذا نتج عن الفعل حدوث عاهة مستديمة أو إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص، لكنه غير مفهوم بالنسبة إلى الإيذاء غير العمدي إذا نتج عنه وفاة شخص، وهو ما نص عليه المشرع المصري فيما يتعلق بالظروف المشددة لجريمة الإيذاء الخطأ المنصوص عليها في المادة (٢٤٤) عقوبات فلم يذكر حالة الوفاة.

كما أنه من الأسلم في الصياغة التشريعية أن ينص على الظروف المشددة الخاصة بكل جريمة في موضعها حتى لا يثور اللبس في التطبيق.

ثانياً- عقوبة الإيذاء غير العمد في قانون الجزاء العماني:

عاقب المشرع العماني على جريمة الإيذاء الخطأ غير العمد بمقتضى المادة (٣١٢) من قانون الجزاء، التي تنص على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن عشرة أيام ولا تزيد على ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تقل عن مائة ريال عماني ولا تزيد على ثلاثمائة ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تسبب خطأ في إيذاء شخص، إذا لم ينتج عن الإيذاء مرض أو تعطيل عن العمل تزيد مدته على ثلاثين يوماً.

وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن مائة ريال عماني ولا تزيد على خمسمائة ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا كان المرض أو التعطيل لمدة تزيد على ثلاثين يوماً".

ويلاحظ على هذا النص، أنه قد فرق في العقوبة بين حالتين: الأولى الإيذاء غير العمد الذي لم ينتج عنه مرض أو تعطيل عن العمل لمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً، فيعاقب الجاني بالسجن مدة لا تقل عن عشرة أيام ولا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تقل عن مائة ريال عماني ولا تزيد على ثلاثمائة ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين (م ١/٣١٢ جزء).

الثانية إذا تسبب الإيذاء غير العمد في مرض المجني عليه أو تعطيله عن العمل مدة تزيد على ثلاثين يوماً، فيعاقب الجاني بالسجن مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن مائة ريال عماني ولا تزيد على خمسمائة ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين (م ٢/٣١٢ جزء).

وعلى ذلك فإذا تسبب الجاني بخطئه في إصابة المجني عليه بعدوى فيروس كورونا المستجد، ونتج عن ذلك مرض المجني عليه أو تعطيله عن العمل لمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً، فإنه سوف يعاقب على ذلك بالعقوبة المقررة في الفقرة الأولى

من المادة (٣١٢) جزاء، أما إذا ترتب على نقل الفيروس إصابة المجني عليه بالمرض أو تعطيله عن العمل لمدة تزيد على ثلاثين يوماً فإن الجاني سوف يعاقب وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ذاتها.

لأن نقل الفيروس لشخص غير مصاب بطريق الخطأ غير العمدي يعد إيذاءً له واعتداءً على سلامة جسده مما يستوجب المسؤولية الجزائية لمن قام بهذا الفعل ولو كان بطريق الخطأ غير العمدي.

■ تشديد العقوبة المقررة للإيذاء غير العمد:

شدد المشرع العماني عقوبة الإيذاء غير العمد الواردة بالمادة (٣١٢) جزاء، بما لا يتجاوز الضعف، إذا توفر أحد الظروف المنصوص عليها في المادة (٣١٤) جزاء، وهي:

١- إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني بما تفرضه عليه أصول مهنته أو وظيفته أو حرفته.

٢- إذا كان الجاني وقت مباشرة الحادث تحت تأثير سكر أو مخدر^(٤٨).

٣- إذا نشأ عن الفعل وفاة أو عاهة مستديمة أو إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص^(٤٩).

٤- إذا امتنع الجاني عن مساعدة المجني عليه أو عن طلب المساعدة له مع استطاعته ذلك.

وعلى ذلك، إذا توفر أحد هذه الظروف السابقة في جريمة الإيذاء غير العمد تشدد العقوبة بما لا يتجاوز ضعف العقوبة المنصوص عليها في المادة (٣١٢) جزاء.

فإذا كان الجاني طبيباً أو ممرضاً ولم يتم بالإجراءات الاحترازية التي تمنع الإصابة بفيروس كورونا المستجد، كتعقيم الأدوات أو الآلات أو الأجهزة المستخدمة، ونتج عن ذلك إصابة شخص سليم بهذا الفيروس، أو كان مديراً للمستشفى ولم يتخذ الاحتياطات اللازمة التي تفرضها القوانين أو القرارات أو اللوائح المنظمة لأوقات حدوث الوباء أو

^(٤٨) سبق لنا التعليق على هذه الحالة أثناء الحديث عن حالات تشديد عقوبة القتل الخطأ في هذا الفرع.

^(٤٩) سبق لنا التعليق على هذه الحالة أثناء الحديث عن حالات تشديد عقوبة القتل الخطأ في هذا الفرع، لاسيما إذا نشأ عن الفعل وفاة شخص، وقلنا إن هذه الحالة ينطبق عليها نص المادة (٣١١) جزاء.

الجائحة، فإن ذلك يعد من أسباب تشديد العقوبة المقررة، إذا نتج عن ذلك إصابة شخص أو أكثر بهذا الفيروس.

والأمر ذاته ينطبق على الجاني الذي تسبب بخطئه في إصابة آخر بفيروس كورونا، وثبت أن الجاني وقت حدوث الفعل كان تحت تأثير مسكر أو مخدر، ولا يشترط أن يكون لهذا المسكر أو المخدر أثر في القيام بالفعل، فيكفي تعاطيه ذلك. كما يعد ظرفاً مشدداً للعقوبة إصابة المجني عليه المنتقل إليه الفيروس بعاهة مستديمة أو نتج عن ذلك وفاته، أو إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص بفيروس كورونا المستجد نتيجة خطأ الجاني.

وكذلك تشدد العقوبة، إذا نكل الجاني الذي أصاب غيره بفيروس كورونا المستجد عن مساعدته أو عن طلب المساعدة اللازمة له مع تمكنه من ذلك وقدرته عليه، ولا يعفيه من ذلك التعلل بأن المساعدة لم تكن مجدية أو لن تحقق الشفاء للمجني عليه^(٥٠).

■ قيد إجرائي:

تجدر الإشارة في هذا الصدد، إلى أن المشرع العماني قد جعل جريمة الإيذاء غير العمدية المنصوص عليها في المادة (٣١٢) جزاء، من الجرائم التي تتوقف الملاحقة فيها على تقديم شكوى من المجني عليه، فلا يستطيع الادعاء العام تحريك الدعوى الجزائية أو اتخاذ إجراءات فيها إلا بعد تقديم تلك الشكوى، كما أن التنازل من المجني عليه يؤدي إلى انقضاء الدعوى الجزائية أو وقف تنفيذ الحكم الصادر فيها، وذلك طبقاً لنص المادة (٣١٣) من قانون الجزاء.

(٥٠) الجدير بالذكر أن المشرع العماني قد أفرد مادة مستقلة في قانون الجزاء للامتناع العمدية عن تقديم المساعدة للغير مع القدرة على ذلك، وعاقب عليها بالسجن والغرامة أو إحداهما، من خلال المادة (٢٢٦) جزاء، التي تنص على أنه: "ويعاقب بالسجن مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على سنة، وبغرامة لا تقل عن مائة ريال عماني ولا تزيد على ألف ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من امتنع عمداً عن تقديم المساعدة إلى شخص يهدده خطر في نفسه أو ماله أو عرضه، وكان الممتنع عن تقديم المساعدة قادراً عليها، ولا يخشى خطراً على نفسه من تقديمها".

الخاتمة

بعد أن انتهيت من هذه الدراسة، يمكن استخلاص مجموعة من النتائج والتوصيات وذلك على النحو الآتي:

أولاً- النتائج:

١- فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) مرض معد قاتل يصيب الجهاز التنفسي للإنسان (الرئتين)، وبعض أجهزة الجسم الأخرى، وقد يؤدي إلى الوفاة أو حدوث مضاعفات خطيرة بالجسم.

٢- تحول فيروس كورونا المستجد من وباء إلى جائحة عالمية أصابت الملايين وأودت بحياة ما يقارب المليون إنسان منهم، والسبب في ذلك عدم التوصل إلى لقاح ناجح لهذا الفيروس حتى الآن^(٥١).

٣- يمكن نقل عدوى فيروس كورونا المستجد بطرق عدة منها اللمس والتنفس وعن طريق اللعاب أو غير ذلك من الطرق التي أثبت العلم أنها من وسائل انتقال العدوى.

٤- يعد نقل فيروس كورونا المستجد إلى الآخرين صورة للاعتداء على حق الإنسان في الحياة وحقه في تكامله الجسدي، المشمولان بالحماية الجنائية من قبل القانون، سواء تم ذلك بطريق العمد أم الخطأ غير العمدي.

٥- تفترض جريمة القتل العمد عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد، فضلاً عن أركان الجريمة، أن يكون المجني عليه إنساناً حياً خالياً من الفيروسات القاتلة وقت مباشرة الجاني نشاطه بنقل الفيروس إليه.

٦- لا يشترط أن يكون الجاني قد قصد إنساناً محدداً لنقل الفيروس إليه، كمن يسير بين التجمعات البشرية في الأسواق أو الميادين وهو على دراية بأنه ينقل إليهم الفيروس، كما لا يؤثر في قيام المسؤولية الجنائية الغلط في شخصية المجني عليه.

٧- يعد الامتناع من الطرق التي تتحقق بها جريمة القتل العمد بنقل فيروس كورونا المستجد، بشرط أن يكون هناك التزام قانوني على الممتنع كالأُم التي تترك طفلها ممسكاً بمنديل أو قطعة قماش استعملها شخص مصاب بالفيروس وهي تعلم ذلك، فتعمدت تركه انقماماً من والده الذي طلقها أو اقترن بامرأة أخرى.

٨- يتصور قيام الشروع في جريمة القتل العمد عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد.

(٥١) الاثنين ٥/١٠/٢٠٢٠م.

- ٩- إذا تداخلت عوامل أخرى مألوفة مع نشاط الجاني في نقل الفيروس إلى المجني عليه، فإنها لا تقطع رابطة السببية، طالما أنها مألوفة وفق المجرى العادي للأمر مثل إصابة المجني عليه بمرض سابق أو إهماله في العلاج أو كبر سنه وغير ذلك من الأسباب الموضحة بالبحث.
- ١٠- في تقديري أن جريمة القتل بنقل فيروس كورونا المستجد لا يعد قتلًا بالسم، ومن ثم لا تسري عليها العقوبة المقررة لذلك، فهي جريمة قتل بسيطة، للأسباب الموضحة بالدراسة.
- ١١- يمكن اقتران جريمة القتل بنقل فيروس كورونا المستجد بطرفي سبق الإصرار والترصد، ويعاقب الجاني وفقاً للعقوبة المقررة لذلك.
- ١٢- الإخلال بسلامة الجسم والاعتداء عليه عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد يتضح من خلال إعطاء المواد السامة التي نص عليها المشرع، إذا لم يكن الجاني قاصداً إزهاق روح المجني عليه بهذا الفعل.
- ١٣- تتنوع صور الإيذاء التي تقع عن طريق نقل الفيروس بحسب جسامه الفعل والنتيجة التي ترتبت عليه، سواء أدى ذلك إلى حدوث عاهة مستديمة أو الوفاة أو مجرد الإصابة بالمرض أو العجز عن الأعمال الشخصية لمدة قدرها المشرع.
- ١٤- تتحقق صورة الخطأ بنوعيه العام والخاص في جرائم القتل الخطأ أو الإيذاء غير العمد عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد، وقد أوضحت ذلك من خلال الدراسة مع بيان المعيار العام للخطأ في هذه الجرائم.
- ١٥- جوهر التفرقة بين المسؤولية الجنائية عن نقل فيروس كورونا المستجد بطريق العمد أو الخطأ يكمن في القصد الجنائي، ومدى تحققه في أي من هذه الجرائم.
- ١٦- لا يهم في نظر المشرع الوسيلة التي تم بها نقل فيروس كورونا المستجد بطريق الخطأ إلى المجني عليه، لكنها من جانب آخر تقيّد في تحديد نوع الخطأ الذي ارتكبه الجاني، وما يرتبه ذلك من أثر لتشدّد المشرع في العقاب على بعض هذه الصور في حق بعض أصحاب المهن الفنية كالأطباء والممرضين وغيرهم.
- ١٧- أورد المشرع المصري وكذلك العماني، بعض الظروف المشددة للعقوبة في حالة ارتكاب الجريمة بطريق الخطأ غير العمدي، وهي تنطبق على جريمة نقل فيروس كورونا المستجد بطريق الخطأ.

ثانياً- التوصيات:

١- أوصي أن تكون هناك نصوص عقابية خاصة لنقل وانتشار الفيروسات المعدية القاتلة، لاسيما ما تعلق منها بجرائم الإيذاء الجسدي؛ نظراً للطبيعة الخاصة لهذه الجرائم وما تحدثه من أثر على الصحة والسلامة العامة لأفراد المجتمع، ويعضد هذه التوصية ما نص عليه المشرع العماني في المادة ٣٢١ من قانون الجزاء من تجريم لنقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب (الإيدز) والمعاقبة على ذلك.

٢- أن يتم البحث من خلال الجهات العلمية والطبية المختصة حول مدى تأثير الفيروسات القاتلة ومنها فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩)، وهل لها نفس تأثير المواد السامة أم لا؟ لما يترتب على ذلك من أثر في تحديد مقدار عقوبة الجاني في هذه الجرائم.

٣- أن يتم النص صراحة في قانون العقوبات المصري على العناصر المكونة للركن المادي للجريمة والعوامل المؤثرة في رابطة السببية، كما نص على ذلك المشرع العماني من خلال المادتين ٢٧، ٢٨ من قانون الجزاء، لما لذلك من أثر في التطبيق وحسم الخلاف في بعض المسائل المهمة المتعلقة بتكوين الركن المادي للجريمة.

٤- كما أوصي المشرع المصري أن ينص صراحة على الركن المعنوي وعناصره سواء في حالة العمد أم الخطأ غير العمدي، أسوة بما فعل المشرع العماني من خلال المواد ٣٣، ٣٤، ٣٥ من قانون الجزاء.

٥- أوصي المشرع العماني أن ينص صراحة في قانون الجزاء، على تعريف ظرفي سبق الإصرار والترصد، وعدم ترك تحديد ذلك للفقهاء والقضاء، لما لذلك من أهمية في تقدير عقوبة جريمة القتل بوجه عام والقتل عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد بوجه خاص، لاسيما أنه قد نص على عدهما من الظروف المشددة، كما أن هذين الظرفين قد أصبحا من الواضح بمكان من خلال النص عليهما في أغلب التشريعات، واتفاق الفقهاء والقضاء على تحديد عناصرهما.

٦- أوصى المشرع العماني أن يحذو حذو نظيره المصري في النص على الظروف المشددة لجرائم الإيذاء الجسدي في صورته البسيطة باعتباره جنحة، وعدم الاكتفاء بالتفرقة بين النتيجة التي حدثت وهي المرض أو العجز عن الأعمال الشخصية لمدة معينة، وذلك على غرار الحالات التي نص عليها المشرع المصري في المادتين ٢٤٤، ٢٥١ عقوبات، لأن ذلك سينطبق على جريمة نقل فيروس كورونا المستجد.

٧- أوصى المشرع العماني النص صراحة على تشديد عقوبة العاهة المستديمة الواردة بالمادة ٣٠٧ من قانون الجزاء، إذا توفر ظرفي سبق الإصرار والترصد أو كان ارتكاب الفعل تنفيذاً لغرض إرهابي، كما فعل المشرع المصري في المادة ٢٤٠ عقوبات؛ لأن ذلك سينطبق على جريمة نقل فيروس كورونا المستجد، وقد كشف الواقع إمكانية استخدام مثل هذه الفيروسات لأغراض إرهابية تؤثر على الاقتصاد الوطني والصحة والسلامة العامة لأفراد المجتمع.

٨- أوصى المشرع المصري النظر في تحديد مقدار العقوبة الواردة بالمادة (٢٣٨) عقوبات، المتعلقة بجرائم القتل الخطأ غير العمد، لاسيما في الشق الخاص بمقدار الغرامة، ثم التخيير للقاضي بين تطبيق عقوبة الحبس أو الغرامة، وأرى أن يتم إلغاء هذا التخيير وزيادة مقدار الغرامة؛ لأن هذه العقوبات تنطبق على جريمة القتل الخطأ عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد، والأمر ذاته ينطبق على العقوبة المقررة لجرائم الإيذاء الخطأ الواردة بالمادة (٢٤٤) عقوبات.

٩- أوصى المشرع العماني تعديل النص الوارد بالمادة ٣١٤ جزاء، الخاص بتشديد العقوبة الواردة بالمادتين (٣١١، ٣١٢) (جريمتي القتل الخطأ والإيذاء الخطأ)، إذا كان الجاني وقت مباشرة الفعل تحت تأثير سكر أو مخدر، إذ يكفي بذكر مجرد تعاطي الجاني مسكراً أو مخدراً وقت حدوث الفعل، أسوة بما فعل المشرع المصري في المادتين (٢٣٨، ٢٤٤) عقوبات.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع القانونية العامة:

- ١) د. أحمد فتحي سرور، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٩م.
- ٢) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٣م.
- ٣) د. جلال ثروت، جرائم الاعتداء على الأشخاص، القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ١٩٨٤م.
- ٤) د. حسن محمد أبو السعود، قانون العقوبات المصري، القسم الخاص، طبعة ١٩٥١م.
- ٥) د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية ٢٠١٥م.
- ٦) د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات، جرائم القسم الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ٧) د. رمسيس بهنام، فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية في النظرية العامة للجريمة والعقاب، مجلة الحقوق، الإسكندرية، السنة السادسة.
- ٨) د. شريف سيد كامل محمد، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم غير العمدية، جامعة القاهرة ١٩٩٢م.
- ٩) د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٩م.
- ١٠) د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، دار التراث، القاهرة ١٩٧٦م.
- ١١) د. عبد المهيم بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٧م.
- ١٢) د. عصام محمد أحمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٨٨م.
- ١٣) د. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٦م.
- ١٤) د. مأمون محمد سلامة، القسم العام، منشورات جامعة القاهرة، ١٩٩٠م.
- ١٥) د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٠م.

- ١٦) د. محمد صادق صبور، الأمراض المعدية ماهيتها وحاضرها ومستقبلها، دار المعارف القاهرة ١٩٩٠م، الطبعة الأولى.
- ١٧) د. محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة ١٩٩٤م.
- ١٨) محمود إبراهيم إسماعيل، شرح قانون العقوبات المصري في جرائم الاعتداء على الأشخاص، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٩م.
- ١٩) د. محمود أحمد طه، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٤م.
- ٢٠) د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الثقافة، القاهرة، ١٩٥١م.
- ٢١) د. محمود محمود مصطفى، القسم الخاص لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤م.
- ٢٢) د. محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، س ٢٩.
- ٢٣) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م.
- ثانياً- المراجع القانونية المتخصصة:**
- ١) د. أحمد إبراهيم أحمد المعصراني، المسؤولية الجنائية عن عمليات نقل الدم الملوث، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٤م.
- ٢) د. السيد عتيق، المشاكل القانونية التي يثيرها مرض الإيدز، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- ٣) د. جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والإيدز، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م.
- ٤) د. سعد صالح شكطي، جرائم نقل العدوى العمدية، دراسة تحليلية مقارنة في قانون العقوبات العراقي، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ٨، المجلد ٤، العدد ٢٩، السنة ٢٠١٦م - ١٤٣٧هـ.
- ٥) د. فتوح الشاذلي، أبحاث في القانون الجنائي والإيدز، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١م.

٦) د. محمود عمر محمود، المسؤولية الجنائية الناشئة عن نقل عدوى فيروس كورونا المستجد، بحث منشور على الانترنت.

ثالثاً- المعاجم العربية:

- ١) ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة. بدون تاريخ.
- ٢) مروان العطية، معجم المعاني الجامع، مركز إيوان للنشر، دار النوادر، القاهرة، ٢٠١٢م.
- ٣) معجم المعاني الجامع، المرجع السابق، (جائحة)، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة، ١٩٧٢م، الطبعة الثانية.

رابعاً- القرارات ومواقع الانترنت:

- ١) القرار الصادر عن شرطة عمان السلطانية رقم ١٥١/٢٠٢٠م بشأن ضوابط التعامل مع المخالفين لقرارات اللجنة العليا المعنية ببحث آلية التعامل مع التطورات الناتجة عن انتشار فيروس كورونا (كوفيد - ١٩)، والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢١ مايو ٢٠٢٠م.
- ٢) موقع منظمة الصحة العالمية (مرض فيروس كورونا - سؤال وجواب):
<https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>
- ٣) جريدة إيلاف الصادرة من لندن على موقعها الإلكتروني.
- ٤) موقع مايو كلينك: mayo.clinic.com
- ٥) موقع BBC News Arabic.
- ٦) بنك المعرفة المصري (مجلة للعلم) w.w.ekb.eg..w
- ٧) موقع RT ON LINE.
- ٨) موقع العربية نت.
- ٩) تقرير "We Roar" لكارولين بارثمان، منشور على موقع جامعة برينستون "Princeton university"، بتاريخ ١٥ مايو ٢٠٢٠م.
- ١٠) موقع "اليابان بالعربي" nippon.com.
- ١١) جريدة الشروق المصرية.
- ١٢) مدونة شفاء الطبية، تقرير بعنوان فيروس كورونا: أعراضه وأسبابه وهل يمكن علاجه؟
- ١٣) موقع as عربي.



قاضي التحقيق الجنائي بين التبعية والاستقلال (دراسة تحليلية بين القانونين المصري والفرنسي)

الدكتور/ عبد الحليم فؤاد عبد الحليم الفقي *

المخلص:

لا يكفي لضمان استقلال القضاء أن يتحقق الفصل بينه وبينه وبينه السلطات الأخرى في الدولة، وإنما يجب كذلك ضماناً لتحقيق أهداف الدعوى الجنائية في إقرار حق الدولة في العقاب على أساس من الحقيقة والموضوعية، أن يفصل بين السلطات التي تساهم في الدعوى الجنائية، ومنها الاتهام والتحقيق والحكم، أي يجب استقلال قاضي التحقيق عن غيره من الجهات في الدعوى الجنائية، ورغم ذلك الاستقلال إلا أنه من الضروري الرقابة على قرارات قاضي التحقيق في مرحلة التحقيق الابتدائي، لأن إجراءات التحقيق الابتدائي تحتوي على مساس بالحقوق الشخصية للمتهم، وقد يبلغ هذا المساس من الخطورة والجسامة الدرجة التي تصل إلى إهدار بعض الحقوق الأساسية، لذلك فإن وجود رقابة قضائية على القرارات والأوامر التي يصدرها قاضي التحقيق أثناء ممارسته التحقيق الابتدائي، تعد ضماناً أكيداً لفعالية نصوص القانون، الأمر الذي يكفل مشروعية إجراءات التحقيق الابتدائي، ومن خلال الرقابة يمكن للقضاء أن يباشر دوره في حماية المجتمع وضمان الحقوق الفردية للمتهم.

الكلمات المفتاحية: قاضي التحقيق - النيابة العامة - الدعوى الجنائية - التحقيق الابتدائي - الرقابة القضائية - استقلال السلطة القضائية.

* دكتوراه القانون الجنائي - محاضر بكلية الحقوق - جامعة حلوان.



Criminal Investigation Judge Between Dependence and Independence An Analytical Study Between the Egyptian and French Laws

Dr. Abdel Halem Fouad Abdel Halem Elfeky *

Abstract:

The separation between the judicial authority and the other authorities is not sufficient to ensure the independence of the judiciary. Yet, in order to ensure the implementation of the goals of the criminal lawsuit in declaring the State Right in applying the penalty on the basis of subjectivity and truth, it is necessary to separate between the authorities involving in the lawsuit; including accusation, investigation and pronouncing the judgment, i.e. in order to consider the independence of investigation judge sufficient, it is necessary to be independent of other agencies involving the criminal lawsuit. Despite the independence, it is necessary to subject the decisions taken by the investigation judge in the state of preliminary investigation to control since the preliminary investigation procedures contain the prejudice and dealing in the personal rights of the accused. Such prejudice may be dangerous and severe to the degree reaching lacking some of the basic rights. Therefore, the existence of a judicial control on the decisions and orders taken by the investigation judge during the preliminary investigation is considered a true guarantee for the effectiveness of the texts of the law and so ensuring the legality of the preliminary investigation procedures, through such control, the judiciary can exercise its role in protecting the community and guaranteeing the individual rights of the accused.

Keywords: The Investigative Judge - General Prosecution - Criminal of Suit - Initial Investigation - Judicial Control - Independence of the Judiciary.

* PhD in Criminal Law - Lecturer at Faculty of Law - Helwan University.

المقدمة

أولاً- التعريف بموضوع البحث:

تأخذ جميع التشريعات بمبدأ الفصل بين سلطات القضاء الجنائي، إذ جعلت التحقيق الابتدائي من اختصاص قاضي التحقيق؛ وذلك باعتباره السلطة الأصلية لإجراء التحقيق الابتدائي؛ لأنه يتمتع بالاستقلال القانوني، والذي يقتضي أن يعهد بالتحقيق إلى جهة تتمتع بالنزاهة والاستقلال، ولها مركز قانوني مستقل، مما يوفر للمتهم كفالة حقه في الدفاع عن نفسه، مما يجعل نتيجة التحقيق موضع ثقة بين المتهم والقضاء.

ولا يكفي لضمان استقلال القضاء أن يتحقق الفصل بينه وبينه والسلطات الأخرى في الدولة، وإنما يجب كذلك ضماناً لتحقيق أهداف الدعوى الجنائية في إقرار حق الدولة في العقاب على أساس من الحقيقة والموضوعية، أن يفصل بين السلطات التي تسهم في الدعوى الجنائية، ومنها الاتهام والتحقيق والحكم، أي يجب استقلال قاضي التحقيق عن غيره من الجهات في الدعوى الجنائية، ورغم ذلك الاستقلال إلا أنه من الضروري الرقابة على قرارات قاضي التحقيق في مرحلة التحقيق الابتدائي؛ لأن إجراءات التحقيق الابتدائي تحتوي على مساس بالحقوق الشخصية للمتهم، وقد يبلغ هذا المساس من الخطورة والجسامة الدرجة التي تصل إلى إهدار بعض الحقوق الأساسية؛ لذلك فإن وجود رقابة قضائية على القرارات والأوامر التي يصدرها قاضي التحقيق أثناء ممارسته التحقيق الابتدائي، تُعد ضماناً أكيداً لفعالية نصوص القانون، الأمر الذي يكفل مشروعية إجراءات التحقيق الابتدائي، ومن خلال الرقابة يمكن للقضاء أن يباشر دوره في حماية المجتمع وضمان الحقوق الفردية للمتهم.

ثانياً- أهمية البحث:

تؤكد الدراسة مدى أهمية موضوع قاضي التحقيق الجنائي، والتأكيد على ضمان حياده ونزاهته، وتبين أيضاً أنه عند ممارسة قاضي التحقيق لاختصاصاته

هل يكون تابعاً لجهة معينة أو يتمتع بالاستقلال القانوني؟ وذلك في كل من القانونين (المصري والفرنسي).

ثالثاً- تساؤلات البحث:

- ١- هل قاضي التحقيق يتمتع بالاستقلال عند ممارسة اختصاصاته في الدعوى الجنائية أو تابعاً لجهة معينة؟
- ٢- ما هي علاقة قاضي التحقيق مع غيره من السلطات؟ وهل هذه السلطات تتدخل في عمل قاضي التحقيق أو أنه يعمل وفق مبدأ الفصل بين السلطات؟
- ٣- هل توجد رقابة قضائية على قرارات قاضي التحقيق أو أنها غير خاضعة لأي جهة قضائية؟

رابعاً- منهج البحث:

سنتناول موضوع البحث (قاضي التحقيق الجنائي بين التبعية والاستقلال) في إطار دراسة تحليلية بين كل من التشريعين (المصري والفرنسي).

خامساً- خطة البحث:

سنتناول موضوع بحثنا من خلال مبحثين، يسبقهما مبحث تمهيدي، وذلك على النحو الآتي:

مبحث تمهيدي: ماهية قاضي التحقيق الجنائي.

المبحث الأول: التبعية التدريجية لقاضي التحقيق واستقلاله عن سلطات القضاء الجنائي.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على قاضي التحقيق الجنائي.



مبحث تمهيدي

ماهية قاضي التحقيق الجنائي في القانونين المصري والفرنسي

تمهيد:

قاضي التحقيق الجنائي هو القاضي الذي يقوم بإجراء التحقيق بنفسه أو بتوجيه التحقيق في الدعوى الجنائية، وذلك بإصدار القرارات التي تدخل ضمن اختصاصه القانوني للوصول إلى الحقيقة في جريمة مُعَيَّنة، ولا بد أن يتولى كل إجراءات التحقيق أو بعضها بنفسه^(١)، وسنتناول التعريف بقاضي التحقيق الجنائي في كلٍ من التشريعين (المصري والفرنسي)، وذلك في مطلبين كالآتي:

المطلب الأول

التعريف بقاضي التحقيق الجنائي في التشريع المصري

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول

التعريف بقاضي التحقيق الجنائي في التشريع المصري

هو أحد قضاة المحكمة الابتدائية، فهو يتمتع بكل ما يتوفر لهؤلاء من ضمانات، وهو بهذه الصفة يتمتع كذلك بالاستقلال عن النيابة العامة وعن السلطة التنفيذية، وتسري عليه قواعد الرد والتتحي عن نظر الدعوى شأنه شأن قضاة الحكم، ورئيس المحكمة الابتدائية لا يشرف إشرافاً قانونياً أو فنياً على قاضي التحقيق، إذ ليس له إلا إشراف إداري محض مقيد بنطاق قيام القاضي بالتحقيق

(١) د. حسن ربيع: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ٢٩٨.

الذي ندب له بالسرعة اللازمة ومراعاته للمواعيد المقررة في القانون^(٢)، ولا يوجد في التشريع المصري قاضي التحقيق المخصص للتحقيق، فهو أحد قضاة الحكم يندب لمباشرة التحقيق الجنائي^(٣).

إلا أن القانون قد أجاز ندبه للتحقيق في دعوى معينة بناء على طلب النيابة العامة أو المتهم أو المدعي المدني^(٤)، فإذا انتهى هذا التحقيق زال اختصاصه، وعاد إلى ممارسة عمله القضائي الأصلي^(٥)، وإذا قام قاضي التحقيق بالتحقيق في الجريمة فإنه يختص به دون غيره، ويترتب على ذلك نتائج أهمها أنه لا يجوز للنيابة العامة سحب الدعوى ومباشرة التحقيق فيها، وكذلك لا يجوز أن تباشر أي إجراء من إجراءات التحقيق فيها إلا إذا كان قاضي التحقيق قد كلفها بذلك، إلا أنه يجوز لقاضي التحقيق أن يكلف أحد أعضاء النيابة العامة أو مأموري الضبط القضائي بالقيام بعمل مُعيّن أو أكثر من أعمال التحقيق ما عدا استجواب المتهم^(٦)، وليس للنيابة سلطة إشرافية على قاضي التحقيق، فإن سلطته كاملة في التحقيق، حيث لا يلتزم بطلباتها، إذ لا تعدو أن تكون مجرد طرف في الدعوى التي يتولى تحقيقها، وإن اختصاص قاضي التحقيق عيني في الجريمة التي ندب لتحقيقها، فلا يجوز له أن يمد اختصاصه إلى جريمة أخرى، إلا إذا كانت مرتبطة بالأولى ارتباطاً لا يقبل التجزئة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يجوز لقاضي التحقيق ألا يتقيد

(٢) د. أشرف توفيق شمس الدين: شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥م، ص ٣٥٦.

(٣) د. إبراهيم حامد طنطاوي: التحقيق الجنائي من الناحيتين النظرية والعملية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٤٧.

(٤) د. محمد زكي أبو عامر: الإجراءات الجنائية، الطبعة العاشرة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠م، ص ٥٠٥.

(٥) د. أمين عبد الرحمن محمود عباس: الإدارة القضائية في مجال الإجراءات الجنائية الداخلية، والخارجية، دراسة مقارنة، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ٢٠١٣م، ص ١٩.

(٦) د. مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨م، ص ٥٧٥-٥٧٦.

بشخص المتهم بالجريمة الذي أشار إليه طلب النذب أو قرار النذب، بل يجوز أن يمد تحقيقه إلى كل شخص تثور ضده شبهات لإسهامه في الجريمة^(٧).

الفرع الثاني

الجهات المختصة بطلب نذب قاضي التحقيق في التشريع المصري

نصت المادة (٦٤) من قانون الإجراءات الجنائية المعدلة بالقانون رقم (١٣٨) لسنة (٢٠١٤م) على أنه: "إذا رأت النيابة العامة في مواد الجنايات والجناح أن تحقيق الدعوى بمعرفة قاضي التحقيق أكثر ملائمة بالنظر إلى ظروفها الخاصة، جاز لها في أي حالة كانت عليها الدعوى أن تطلب من المحكمة الابتدائية المختصة نذب أحد قضاتها لمباشرة التحقيق، ويجوز للمتهم أو للمدعي بالحقوق المدنية، إذا لم تكن الدعوى موجهة ضد موظف أو مستخدم عام أو أحد رجال الضبط بجريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها أن يطلب من المحكمة الابتدائية إصدار قرار بهذا النذب"^(٨).

كما أجاز المُشرِّع في المادة (٦٥) من قانون الإجراءات الجنائية لوزير العدل أن يطلب من محكمة الاستئناف نذب قاضٍ؛ لتحقيق جريمة معينة أو جرائم من نوع معين، ويكون النذب بقرار من الجمعية العامة للمحكمة أو من تفوضه في ذلك في بداية كل عام قضائي، وفي هذه الحالة يكون القاضي المندوب هو المختص دون غيره بإجراء التحقيق من وقت مباشرته له^(٩).

(٧) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م، ص ٦٢٦-٦٢٧.

(٨) المادة (٦٤) من قانون الإجراءات الجنائية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠م.

(٩) المادة (٦٥) من قانون الإجراءات الجنائية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠م.

وإذا كان للنيابة العامة طلب نذب قاضي للتحقيق في جميع الجرائم، فإن المُشرِّع قيد حق المتهم أو المدعي المدني في طلب هذا النذب في الجرائم التي يرتكبها الموظف العام، أو من في حكمه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها^(١٠).

ويُلاحظ أن هذا القيد يؤدي إلى تضيق حالات نذب القاضي للتحقيق، فضلاً عن ذلك فإن اتهام الموظف العام أو أحد رجال الضبط بجريمة وقعت أثناء أو بسبب تأدية وظيفته يمثل أغلب الحالات التي تدعو إلى طلب نذب قاضٍ للتحقيق خشية عدم حياد النيابة، وتأثر أعضائها بالتعليمات والأوامر الصادرة لهم من رؤسائهم، الأمر الذي يفقد نظام النذب لجزء كبير من قيمته وفاعليته، كما ذهب بعض الفقه إلى أن من شأن تحويل المتهم والمدعى بالحق المدني أن يطلب نذب قاضي التحقيق أمر يكفل التوازن في الإجراءات، لأن هذا التوازن غير متحقق؛ لأنه من الناحية الواقعية يندر أن تطلب النيابة نذب قاضي التحقيق، كما أنه من النادر أيضاً أن يستجاب لطلب المتهم أو المدعى المدني لهذا النذب، مما يعني أن نظام قاضي التحقيق في القانون المصري ليس إلا نظاماً صورياً، وليس له من القيمة الكبيرة شيء تذكر^(١١).

الفرع الثالث

خطة التشريع المصري في كيفية نذب قاضي التحقيق

بالرغم من إلغاء اختصاص قاضي التحقيق المختص بالتحقيق الابتدائي، فإن خطة المُشرِّع في كيفية نذب قاضي التحقيق هي خطة محل نظر، لأن السلطة المنوط بها أن تقرر نذب قاضٍ للتحقيق هي الجمعية العمومية للمحكمة، أو من

(١٠) د. محمد عيد الغريب: شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م، ص ٧٥٧.

(١١) د. أشرف توفيق شمس الدين: التوازن بين السلطة والحرية ووجوب تقييد سلطة النيابة العامة في التحقيق، دراسة نقدية للقانون المصري مقارناً بالقانونين الألماني والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥م، ص ٣٠-٣١.

تفوضه، وفي الأغلب يكون التفويض لرئيس المحكمة الابتدائية، لأن منصب رئيس المحكمة الابتدائية ليس منصباً قضائياً، وإنما هو في حقيقة الأمر يتولى وظيفة إدارية، إذ ليس له ولاية الفصل في الدعوى أو إصدار أوامر الولاية^(١٢)، كما أن نديه يكون بطلب من وزير العدل ومن ثم قد لا يتمتع باستقلال قضائي من الناحية الفعلية، ولا توجد ضوابط تحكم نديه لشغل هذا المنصب واستمراره فيه، ولا سيما نذب قاضي التحقيق بمعرفة السلطة التنفيذية، وهو لا يحقق العلة من تقرير قاضي التحقيق أصلاً، وينطوي على إخلال بالتوازن المفروض في الإجراءات، ولا سيما وإن قراره غير قابل للطعن بأي وجه، وإنه من الأجدر تخويل محكمة الجنايات صاحبة الاختصاص المنعقدة في غرفة المشورة سلطة اتخاذ القرار بنذب قاضٍ للتحقيق^(١٣)، وقد أجاز المُشرع المصري في المادة (٦٥) من قانون الإجراءات الجنائية لوزير العدل أن يطلب من محكمة الاستئناف نذب مستشار لتحقيق جريمة معينة أو جرائم من نوع معين، ويصدر قرار النذب في هذه الحالة من الجمعية العامة لمحكمة الاستئناف. وقد اختلف الفقه حول مدى سلطة محكمة الاستئناف في رفض طلب وزير العدل بنذب مستشار للتحقيق، إذ يرى البعض أن محكمة الاستئناف ملزمة بإصدار قرارها بنذب مستشار للتحقيق^(١٤)، وهناك من يرى أن طلب وزير العدل هذا يخضع لتقدير الجمعية العامة لمحكمة الاستئناف فلها أن تقبل طلب وزير العدل، كما لها أن ترفضه^(١٥).

(١٢) د. أشرف توفيق شمس الدين: التوازن بين السلطة والحرية ووجوب تقييد سلطة النيابة العامة في التحقيق، المرجع السابق، ص ٣٢.

(١٣) د. أشرف توفيق شمس الدين: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٣٦٠، مروان صلاح مجيد: المركز القانوني لقاضي التحقيق في القانون العراقي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بنها، عام ٢٠١٨م، ص ١٠.

(١٤) د. محمود نجيب حسنى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، عام ١٩٨٨م، ص ٤٩٩.

(١٥) د. عوض محمد: المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، بدون سنة نشر، ص ٢٣١.

كما يمكن ندب مستشار للتحقيق من جهة محكمة النقض أو محكمة الجنايات، وذلك في جرائم التصدي، إذ تملك المحكمة بالنسبة إلى هذه الجرائم أن تحيلها إلى النيابة العامة للتحقيق فيها^(١٦).

المطلب الثاني

التعريف بقاضي التحقيق الجنائي في التشريع الفرنسي

إن قاضي التحقيق في فرنسا هو أحد قضاة الحكم الذين يختارون من بين قضاة المحكمة الابتدائية إذ يتم تعيينه بقرار من رئيس الجمهورية بناءً على اقتراح من وزير العدل، وبعد أخذ رأي المجلس الأعلى للقضاء لمدة ثلاث سنوات، إلا أن المُشَرِّع تدخل بقانون ٢٥ يونيو/حزيران لسنة ٢٠٠١م، وجعل هذه المدة تمتد لعشر سنوات، إذ إن هذه المدة طويلة تجعل من قاضي التحقيق غير قابل للعزل والنقل، وهذا يحقق له الاطمئنان في عمله فضلاً عن استقلاله القانوني^(١٧)، فقاضي التحقيق في القانون الفرنسي لا يختص بالتحقيق إلا بناءً على طلب النيابة العامة، وهو ما يطلق عليه بقرار الاتهام طلب فتح التحقيق، وكما يجوز له أن يباشر عمله من تلقاء نفسه، إلا بناءً على طلب النيابة العامة، وحتى لو كان ذلك في حالة تحقيق الجرائم المتلبس بها المادة (٨٠) إجراءات؛ وذلك لأن حالة التلبس تسمح للقاضي فقط بأن يقوم بجميع أعمال الشرطة القضائية، وبعد الانتهاء منه يجب عليه أن يحيل ملف الدعوى إلى النيابة العامة لاتخاذ اللازم، ومن ثم فإن ما يجريه قاضي التحقيق في الجرائم المتلبس

(١٦) د. محمود أحمد طه: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، الجزء الثاني، بدون سنة نشر، ص ٧٣.

(١٧) د. أشرف توفيق شمس الدين: التوازن بين السلطة والحرية ووجوب تقييد سلطة النيابة العامة في التحقيق، المرجع السابق، ص ٤١-٤٢.

بها من أعمال لا تكون لها صفة أعمال التحقيق إلا بقرار من النيابة العامة بإجراء التحقيق^(١٨).

كما أن قاضي التحقيق مُلزم بالتحقيق في الجنايات، أما الجرح والمخالفات في التحقيق يكون بناء على طلب النيابة العامة، وله أيضاً في أحوال التلبس في الجنايات والجرح اتخاذ ما يراه ضرورياً من الإجراءات، ثم يحيل الأوراق إلى النيابة العامة، لاتخاذ قرارها بشأن الواقعة المادة (٧٢) إجراءات جنائية فرنسي^(١٩).

كما أن قاضي التحقيق يملك الاختصاص المكاني لإجراء التحقيق، وذلك بموجب المادة (٩٣) إجراءات جنائية فرنسي، كما يقوم بالأعمال كافة التحقيق الضرورية والبحث عن الأدلة، ولا ينظر في الجرائم إلا بناء على قرار اتهام تمهيدي، أو تحذيري صادر من وكيل النائب العام أو بناء على شكوى من المدعى بالحق المدني (مادة ١/٥١) إجراءات جنائية، وفي حالة وجود ما يعيق قاضي التحقيق عن قيام بمهام عمله، فإن رئيس المحكمة يقوم بانتداب أحد القضاة معاوناً له، وفي حالة الضرورة يمكن أن يعين بقرار جمهوري قاضٍ آخر لمساعدته المادة (٣/٥٠) إجراءات جنائية فرنسي^(٢٠).

ويوجد في كل محكمة جزئية قاضي تحقيق واحد، بيد أنه في محاكم المدن الكبرى يوجد أكثر من قاضي، ويشترك القضاة سويماً في مباشرة أعمال التحقيق، ويتم توزيع القضايا فيما بينهم بواسطة رئيس المحكمة أو من يحل محله^(٢١).

(١٨) د. محمد عيد غريب: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٧٦٧-٧٦٨.
 (١٩) د. عبد المعطي حمدي عبد المعطي: الجوانب الموضوعية والإجرائية لغياب المتهم في مراحل الدعوى الجنائية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤م، ص ٩٦.
 (٢٠) أ. ممدوح رشيد الرشيد العنزي: ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي في النظام السعودي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٩م، ص ١٥٠-١٥١.
 (21) G. Gillie Ron: Comparative View Of Position Powers And Accountability Of Public Proseutors Chapter 9, In Public Proseutors In The United States And Europe, 2014, p.13.

المبحث الأول

التبعية التدريجية لقاضي التحقيق

واستقلاله عن سلطات القضاء الجنائي

تمهيد وتقسيم:

إن التبعية حسب نصوص القانون هي خضوع المرؤوس لرئيس من حيث الإشراف الإداري على العمل، ونقصد بهذه القاعدة تسلسل السلطة إدارياً^(٢٢)، ويختلف قاضي التحقيق عن غيره من الجهات القضائية، فالأصل أن القاضي مستقل تماماً، ولا يخضع في تأديته لواجبات وظيفته، ولا يستند في عمله لغير القانون وضميره في تحقيق العدالة^(٢٣)، إذ إنه مستقل عن من يتبعهم إدارياً من رؤسائه القضاة في إصدار القرارات القضائية، ولا سلطة عليه عند إصدار هذه القرارات من المحاكم الأعلى درجة منه التي تملك حق تدقيق هذه القرارات^(٢٤)، فيعد الاستقلال على هذا النحو من أهم الصفات التي يتعين أن يتمتع بها قاضي التحقيق، وقد حرصت الدساتير المختلفة على النص صراحة على استقلال القضاء؛ وذلك أن القاضي في الواقع يسعى إلى الكشف عن الحق بين طرفين متنازعين، ولا يوجد تعارض بين مصلحة المجتمع ومصلحة الفرد ما دام كل طرف يسعى إلى إظهار الحقيقة، ودفع قاضي التحقيق للوصول إلى نتيجة معينة في التحقيق قد يضعه في مركز حرج، فإما أن يحقق وفق توجيهات وإرشادات السلطات الرئاسية، وإما أن يحقق وفق أهداف العدالة^(٢٥).

(٢٢) أ. برهان بدري رزق إبراهيم: دور الادعاء العام في الدعوى الجنائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بغداد، ١٩٩٩م، ص ٢٠.

(٢٣) د. كامل حامد سعيد: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨م، ص ٧٤-٧٥.

(٢٤) مروان صلاح مجيد: المركز القانوني لقاضي التحقيق، المرجع السابق، ص ١١٨.

(٢٥) د. أشرف رمضان عبد الحميد: مبدأ التحقيق على درجتين، دراسة تحليلية مقارنة، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٧م، ص ٥٣.

ولا يكفي لضمان استقلال القضاء، أن يتحقق الفصل بينه وبين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وإنما ينبغي كذلك ضماناً؛ لتحقيق أهداف الدعوى الجنائية في إقرار حق الدولة في العقاب على أساس من الحقيقة الموضوعية، أن يفصل بين السلطات التي تسهم في الدعوى الجنائية^(٢٦)، وهي:

١- سلطة الادعاء الذي يحرك الدعوى الجنائية وبيانها، ويتولى تنفيذ حكم القضاء بشأنها.

٢- سلطة التحقيق الذي يسعى بالتعاون مع الادعاء إلى البحث عن الأدلة على وقوع الجريمة ومسئولية فاعلها، فضلاً عن الكشف عن ظروف شخصية الفاعل.

٣- سلطة الحكم الذي يبين مدى ارتكاب المتهم للجريمة، والعقوبة التي يتعين توقيعها عليه، إذا ما ثبتت مسؤليته عن تلك الجريمة.

فمثل هذا الفصل يضمن حياد القائمين على كل سلطة منها، وعدم تأثرهم بموقفهم عند أداء وظيفة أخرى غير التي يختص بمباشرتها أصلاً^(٢٧)، وتتمثل ضمانات حياد قاضي التحقيق في توزيع وظائف القضاء الجنائي، وعدم جمعها في وظيفة واحدة، ويترتب على ذلك أن تتولى جهات متنوعة نظر الدعوى، منعاً لشبهة التحيز والانحراف^(٢٨).

وبناءً على ما سبق، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، كالاتي:

المطلب الأول: التبعية التدريجية لقاضي التحقيق الجنائي في القانونين (المصري والفرنسي).

المطلب الثاني: استقلال قاضي التحقيق الجنائي عن سلطات القضاء الجنائي في القانونين (المصري والفرنسي).

(٢٦) د. أشرف رمضان عبد الحميد: قاضي التحقيق في القانون الجنائي المقارن، المرجع السابق، ص ٧٦.

(٢٧) أ. محمد السيد أحمد الحفناوي: مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة، عام ٢٠١١م، ص ٥٤.

(٢٨) د. مصطفى يوسف: الحماية القانونية للمتهم في مرحلة التحقيق، دار الكتب القانونية، عام ٢٠٠٩م، ص ١٠٢.

المطلب الأول

التبعية التدريجية لقاضي التحقيق الجنائي في القانونين المصري والفرنسي

ونقسمه إلى فرعين:

الفرع الأول

تبعية قاضي التحقيق الجنائي لمجلس القضاء الأعلى

تُعد عملية الإشراف الإداري على الجهاز القضائي من الأمور الأساسية لضمان استقلال القضاء من عدمه، ففي نظم كثيرة تمت إحاطته بقواعد وآليات جعلته بعيداً عن مصادر الضغط، والتدخل في شئون القضاة من خلال الإدارة المشرفة على أوضاعهم المهنية^(٢٩)، إذ إن الواقع يمتد إلى الاستقلال الوظيفي، فيجب أن يتولى هذه الإدارة رجال القضاء أنفسهم عن طريق مجالس القضاء^(٣٠)، ونقسم هذا الفرع إلى غصنين كالآتي:

الغصن الأول

تأسيس مجلس القضاء الأعلى في التشريع المصري

لقد مر تأسيس مجلس القضاء الأعلى في القانون المصري بعدة مراحل، وسنتناول مراحل تأسيس مجلس القضاء الأعلى، وبيان اختصاصاته التي حددها القانون.

(٢٩) أ. سفيان عبدلي: ضمانات استقلالية السلطة القضائية بين الجزائر وفرنسا، بدون سنة ودار نشر، ص ٥٢.

(٣٠) د. طلعت يوسف خاطر: استقلال القضاء حق الإنسان في اللجوء إلى قضاء مستقل، دار الفكر والقانون، المنصورة، عام ٢٠١٤م، ص ٩٣.



أ- مراحل تأسيس مجلس القضاء الأعلى:

أولاً- المراحل السابقة على عام (١٩٦٩م):

لعل أول مجلس أعلى للقضاء، تم إنشاؤه في مصر، ليتولى البت في شئون القضاة كافة ذلك الذي أنشئ بالمرسوم الملكي بالقانون رقم (٣١) لسنة (١٩٣٦م) الذي جعل رئاسته لوزير العدل، وعضويته لأربعة من المستشارين بحكم مناصبهم القضائية، وهم: رئيس محكمة النقض، ورئيس محكمة استئناف القاهرة، والوكيل الدائم لوزارة العدل، والنائب العام، فضلاً عن أربعة من مستشاري محكمة نقض واستئناف القاهرة، يتم اختيارهم بالانتخاب من الجمعية العمومية لكلتا المحكمتين، ولقد سقط هذا المرسوم لعدم عرضه على البرلمان عرضاً صحيحاً وبعد ذلك أصدر وزير العدل في ٧ ديسمبر/كانون الأول ١٩٣٨م قراراً بإنشاء لجنة مؤقتة، تكون مهمتها إبداء الرأي في تعيين مستشارين وقضاة، وترقيتهم ونقلهم وندبهم وإحالتهم إلى المعاش، وشكلت هذه اللجنة برئاسة رئيس محكمة النقض، وعضوية وكيل دائم لوزارة العدل، ورئيس محكمتي استئناف القاهرة، وأسيوط، والنائب العام، وثلاثة من مستشاري محكمة النقض تنتخبهم جمعيتها العمومية^(٣١).

ثانياً- إنشاء المجلس الأعلى للهيئات القضائية بمقتضى قانون رقم (٨٢) لسنة (١٩٦٩م):

نص القانون رقم (٨٢) لسنة (١٩٦٨م) على إنشاء مجلس يهيمن على شئونهم الإدارية تحقيقاً لاستقلال القضاء، وقد نصت المادة الثالثة من هذا القانون على تشكيل المجلس، فهذا المجلس يشكل برئاسة رئيس الجمهورية، ويضم المجلس وزير العدل نائباً لرئيسه، ويحل محله في حالة غيابه، وعضوية كل من رئيس المحكمة العليا، ورئيس محكمة النقض، ورئيس مجلس الدولة، ورئيس محكمة استئناف القاهرة

(٣١) د. طلعت يوسف خاطر: استقلال القضاء حق الإنسان في اللجوء إلى قضاء مستقل، المرجع السابق، ص ٩٤.

والنائب العام، ورئيس إدارة قضايا الدولة، ومدير النيابة الإدارية، وأقدم نواب رئيس مجلس الدولة، ورئيس محكمة القاهرة الابتدائية^(٣٢).

ثالثاً- إنشاء مجلس القضاء الأعلى بالقانون رقم (٣٥) لسنة (١٩٨٤م):

تأكيداً لاستقلال القضاء المنصوص عليه في المادتين (١٦٥ و ١٦٦) من الدستور المصري، أصدر المُشرِّع قانوناً برقم (٣٥) لسنة (١٩٨٤م) لإنشاء مجلس القضاء الأعلى، ويشكل من بين رجال القضاة أنفسهم، ليتولى النظر في شئونهم، ولهذا استحدث المُشرِّع فصلاً جديداً يضاف إلى قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم (٤٦) لسنة (١٩٧٢م)، وهو الفصل الخامس مكرر من الباب الثاني^(٣٣)، ويشكل مجلس القضاء الأعلى برئاسة رئيس محكمة النقض، وعضوية كلاً من رئيس محكمة استئناف القاهرة، والنائب العام، وأقدم اثنين من نواب رئيس محكمة النقض، وأقدم اثنين من رؤساء محاكم الاستئناف الأخرى، ولا شك أن تشكيل هذا المجلس يحقق استقلال القضاء، إذ إن رئاسة المجلس لرئيس محكمة النقض وأعضائه جميعاً من القضاة^(٣٤).

ب- مجلس القضاء الأعلى مختص بشؤون قاضي التحقيق إدارياً:

يُعد مجلس القضاء الأعلى في القانون المصري المختص إدارياً بشؤون القضاة، لذلك يتمتع هذا المجلس بجملة الاختصاصات الخاصة بشؤون القضاة إدارياً، إذ نصت المادة (٧٧) الفقرة (٢) من قانون السلطة القضائية والمضافة بالقانون رقم (٣٥) لسنة (١٩٨٤م) على أن: "مجلس القضاء الأعلى يختص بالنظر في كل ما يتعلّق بتعيين وترقية ونقل وندب وإعارة رجال القضاء، وكذلك سائر شئونهم على

(٣٢) د. محمد كامل عبيد: استقلال القضاء، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، عام ٢٠١٢م، ص ٢٩٠.

(٣٣) د. رمضان إبراهيم عبد الكريم علام: مبدأ استقلال القضاء، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠١٤م، ص ١٥٣-١٦٤.

(٣٤) د. طلعت يوسف خاطر: استقلال القضاء حق الإنسان في اللجوء إلى قضاء مستقل، المرجع السابق، ص ٩٨.

النحو المبين في هذا القانون، ويجب أخذ رأيه في مشروعات القوانين المتعلقة بالقضاء^(٣٥)، ولذلك فإن قاضي التحقيق يُعد أحد قضاة المحكمة الابتدائية، وبهذا يكون تابعاً إدارياً لمجلس القضاء الأعلى الذي يهتم بشئونه الإدارية من غير تدخل في اختصاصاته القضائية.

الخصن الثاني

تأسيس المجلس الأعلى للقضاء في التشريع الفرنسي

أولاً- إنشاء وتشكيل المجلس الأعلى للقضاء في التشريع الفرنسي:

أسس الدستور الفرنسي لواحدة من أهم المؤسسات الدستورية في الجمهورية، وهو المجلس الأعلى للقضاء، وأنشئ أول مجلس أعلى للقضاء في فرنسا، بموجب قانون (١٨٨٣م) والمتعلق بتنظيم المادة التأديبية، ولم يصبح هيئة قانونية إلا بموجب دستور الجمهورية الرابعة الذي أقره كهيئة دستورية مستقلة، وشهد المجلس الأعلى للقضاء في فرنسا العديد من الإصلاحات المتعاقبة، بموجب المادة (٦٥) من الدستور الفرنسي فالتشكيلة العامة للمجلس الأعلى للقضاء يترأسها الرئيس الأول لمحكمة النقض، ويمكن استكمالها بالنائب العام لدى محكمة النقض، وتتكون بالإضافة إلى ذلك من ثلاثة إلى خمسة قضاة عاديين، وثلاثة إلى خمسة قضاة نيابة، ومستشار دولة من مجلس الدولة، وست شخصيات يعينون بحكم كفاءتهم من طرف رئيس الجمهورية، ورئيس الجمعية الوطنية، ورئيس مجلس الشيوخ، يعين كل واحد من هؤلاء شخصيتين ويجب ألا ينتموا إلى البرلمان، ولا إلى النظام القضائي، ولا إلى النظام

(٣٥) الفقرة (الثانية) من المادة (٧٧) من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م والمضافة بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤م.

الإداري، وكذلك يضاف إلى التشكيلية محام يعين من طرف رئيس اتحاد نقابات المحامين بعد أخذ الرأي المطابق للجمعية العامة للمجلس^(٣٦).

ثانياً- المجلس الأعلى للقضاء مسئول إدارياً عن قاضي التحقيق الجنائي:

ينقسم المجلس الأعلى للقضاء في فرنسا إلى تشكيلتين، الأولى: مختصة بشئون القضاء إدارياً، ويختص بمتابعة شئون القضاة بموجب نصوص القانون، ويعد هذا المجلس هو المسئول عن قاضي التحقيق إدارياً، وكل ما يتعلق بأموره الوظيفية، ويمارس هذا المجلس مهامه ومسئوليته بشكل مستقل، وكما ذكرنا هو المسئول عن تعيين قاضي التحقيق ونقله وتأديبه، أما التشكيلة الثانية: فتختص بشئون النيابة العامة^(٣٧).

نخلص مما سبق إلى: تبعية قاضي التحقيق من الناحية الإدارية إلى مجلس القضاء الأعلى؛ لأنه كما ذكرنا أن مجلس القضاء الأعلى يكون مستقلاً داخل السلطة القضائية، وليس تابعاً لا إلى السلطة التنفيذية، ولا إلى السلطة التشريعية، وذلك لضمان استقلاله، ولكي يمارس مهامه وواجباته باستقلال وحياد من غير تأثير أو خوف من أي جهة، وليكون بعيداً عن التدخل في شئونه من السلطات الأخرى.

(٣٦) أ. سفيان عبدلي: ضمانات استقلالية السلطة القضائية بين الجزائر وفرنسا، المرجع السابق، ص ٥٦-٥٧.

(٣٧) د. محمد هاملي: استقلالية القضاء بين القانونيين الجزائري والفرنسي بعض التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، عام ٢٠١٨م، ص ٣٨-٣٩.

الفرع الثاني

تبعية قاضي التحقيق الجنائي لوزير العدل

إن وزير العدل في أغلب التشريعات، ومنها التشريعين (المصري والفرنسي) يعد من السلطة التنفيذية، إذ إن هذا الوزير يكون محل خلاف في هذه التشريعات، وتدخله في عمل أعضاء السلطة القضائية^(٣٨)، وسنقسم هذا الفرع إلى غصنين، كآلاتي:

الغصن الأول

الوضع في مصر

أولاً- التبعية الإدارية لقاضي التحقيق الجنائي المنتدب لوزير العدل:

لقد كان قاضي التحقيق تابعاً لوزير العدل عندما كان هذا الوزير رئيساً لأول مجلس قضاء أعلى في مصر، الذي أنشئ بالمرسوم الملكي بالقانون رقم (٣١) لسنة (١٩٣٦م) الذي جعل وزير العدل رئيساً لهذا المجلس^(٣٩)، إلا أنه بصدور قانون رقم (٣٥) لسنة (١٩٨٤م) أنشئ مجلس القضاء الأعلى الذي أكد على استقلالية القضاء، وعدم تدخل وزير العدل، أو أي سلطة أخرى في شؤونهم، وأكد على ذلك قانون السلطة القضائية الذي كفل استقلال القضاء، وعدم تبعيتهم لوزير العدل^(٤٠).

ثانياً- عدم صلاحية وزير العدل بسحب التحقيق الابتدائي من قاضي التحقيق المنتدب:

في حالة تولي قاضي التحقيق المنتدب من جهة وزير العدل التحقيق الابتدائي، فإن عمله يكون مؤقتاً محددًا بستة أشهر، وبعد انقضاء هذه المدة يكون من حق

(٣٨) أ. حسن يوسف مصطفى مقابلة: دور الادعاء العام في تحقيق شرعية الجنائية، دراسة مقارنة، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣م، ص ٢٦١.

(٣٩) د. طلعت يوسف خاطر: استقلال القضاء حق الإنسان في اللجوء إلى قضاء مستقل، المرجع السابق، ص ٩٤.

(٤٠) د. رمضان إبراهيم عبد الكريم علام: مبدأ استقلال القضاء، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص ١٦٣-١٦٤.

الجمعية العامة للمحكمة أو من تفوضه في بداية كل عام قضائي سلطة سحب التحقيق من قاضٍ والعهد به إلى آخر، أو تجديد ندمه لمدة ستة أشهر أخرى، وهذا النص يفتح مجالاً إلى التدخل في أعمال قاضي التحقيق المنتدب، فالجمعية العامة للمحكمة تفوض رئيسها في بداية كل عام قضائي في ندم القضاة وتجديد ندمهم، ومن ثم سيكون له سلطة النظر في أعمال هذا القاضي، وبالإضافة إلى الوظيفة الإدارية التي يتولاها يجري ندمه لرئاسة المحكمة بعد اختياره من وزير العدل^(٤١)، فهذا يعني تدخلاً من قبل السلطة التنفيذية، ويتوقف استمرار ندمه على رغبتها بالتدخل في عمل قاضي التحقيق، وكان من الأفضل أن يتبنى المشرع حلاً أخرى؛ لتحقيق الإشراف على عمل قاضي التحقيق من غير أن يؤدي هذا الإشراف إلى انتقاص استقلاله وحياده بأي وجه، وإن هذا التدخل يجعله من الناحية الواقعية سلطة غير مستقلة^(٤٢).

الغصن الثاني

الوضع في فرنسا

- عدم وجود تبعية إدارية لقاضي التحقيق الجنائي لوزير العدل:

إن رجال القضاء مستقلون تمام الاستقلال عن وزير العدل، فليس لهذا الأخير أي سلطة إدارية أو قضائية على الأعمال التي يقوم بها قاضي التحقيق، فإن الأمر مختلف بين قاضي التحقيق، والنيابة العامة، إذ إن هذا الوزير يعد حسب القانون الفرنسي الرئيس الحقيقي للنيابة العامة^(٤٣)، لذلك من خلال القوانين التي مر بها

(٤١) د. أشرف توفيق شمس الدين: التوازن بين السلطة والحرية ووجوب تقييد سلطة النيابة العامة في التحقيق، دار النهضة العربية، ٢٠١٥م، ص ٣٤.

(٤٢) د. أشرف توفيق شمس الدين: إحالة الدعوى الجنائية إلى القضاء في النظم الإجرائية المقارنة، ط ٢، دار النهضة العربية، عام ٢٠١٢م، ص ٤٠١-٤٠٢.

(٤٣) د. يسري محمد العصار: القرارات الإدارية للنيابة العامة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الخامس والسبعون، عام ٢٠٠٥م، ص ١١.



التشريع الفرنسي، فلا يوجد نص يجيز لوزير العدل المراقبة والإشراف على قاضي التحقيق سواء كانت هذه الرقابة إدارية أم قضائية^(٤٤)، إذ إن الذي يهتم بشئون قاضي التحقيق هو المجلس الأعلى للقضاء، فهذا المجلس هو المختص بإدارة شئون قاضي التحقيق ونقله وتأديبه، فلا توجد أي علاقة بين وزير العدل وقاضي التحقيق في النظام القضائي الفرنسي، ولا يتمتع هذا الوزير بأي سلطة تجيز له محاسبة قاضي التحقيق عن اختصاصاته وواجباته^(٤٥).

المطلب الثاني

استقلال قاضي التحقيق الجنائي عن سلطات القضاء الجنائي في القانونين المصري والفرنسي

ونقسمه إلى فرعين:

الفرع الأول

استقلال قاضي التحقيق الجنائي عن الادعاء العام

تمهيد:

إن استقلال قاضي التحقيق عن الادعاء العام يعبر عنه بقاعدة أساسية هي قاعدة الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق، والفصل بين هاتين السلطتين يرجع إلى الفصل المطلق لوظيفة الاتهام عن التحقيق، فالاتهام يعهد به إلى الادعاء العام، والتحقيق إلى قاضي التحقيق، وهذه الهيئات مستقلة متميزة، تكون جميعاً أطرافاً من

(٤٤) أ. سفيان عبدلي: ضمانات استقلالية السلطة القضائية بين الجزائر وفرنسا، المرجع السابق، ص ٥٧.

(٤٥) د. أشرف رمضان عبد الحميد: قاضي التحقيق في القانون الجنائي المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٤م، ص ١٣٩.

السلطة القضائية^(٤٦)، ويعبر الفصل عن التزام كل جهة بوظيفتها، ولا يجوز لها التجاوز على وظيفة جهة أخرى، فإذا كانت وظيفة الاتهام هي تحريك الدعوى من جهة سلطة الادعاء العام، فإن سلطة التحقيق يتولاها عموماً قاضي التحقيق ومهمته جمع الأدلة وتقدير مدى كفايتها للإحالة إلى محكمة الموضوع، فلا يجوز لقاضي التحقيق ممارسة وظيفة الاتهام، وكذلك لا يجوز للدعاء العام الاشتراك في إقرار مصير الدعوى الجنائية، على الرغم من العلاقة الوثيقة بينهما والتي تفرضها إجراءات حسن سير الدعوى^(٤٧)، ومن الضمانات المهمة لمبدأ الحياد الفصل بين وظيفة الاتهام والتحقيق ولعل السبب في هذا الموضوع هو الأهمية التي تحظى لها مرحلة التحقيق، ومساهمتها في تحسين ضمان حقوق المتهم^(٤٨)، وسنقسم هذا الفرع إلى غصنين كالآتي:

الغصن الأول الوضع في مصر

١ - موقف التشريع المصري من الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق:

اتجه قانون الإجراءات الجنائية المصري إلى الجمع بين سلطتي (الاتهام والتحقيق) في يد النيابة العامة تحت شعار تبسيط الإجراءات وسرعة تنفيذها وفعاليتها، فرأى المشرع المصري أن تجمع النيابة العامة بين السلطتين، وأجاز لها أن تطلب من رئيس المحكمة الابتدائية في حالات معينة ندب أحد قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق^(٤٩)، وكما ذكرنا سابقاً ليس هناك في القانون المصري قاضي التحقيق المعين

(٤٦) أ. محمد السيد الحفناوي: مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٥٤-٥٥.

(٤٧) أ. زينب محمود حسين: نظم العلاقة بين سلطتي الاتهام والتحقيق، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، عام ٢٠١٧م، ص ٩٣.

(٤٨) د. مصطفى يوسف: الحماية القانونية للمتهم في مرحلة التحقيق، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(٤٩) د. أشرف رمضان عبد الحميد: النيابة العامة ودورها في المرحلة السابقة على المحكمة، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٧م، ص ٢٣٧-٢٣٨.

بصفة دائمة أو له اختصاص محدد بجرائم معينة بالقانون، إلا أن القانون قد أجاز نذب قاضي، لتحقيق دعوى بذاتها بناء على طلب النيابة العامة، فإذا انتهى من هذا التحقيق زال اختصاصه، وعاد إلى ممارسة عمله الأصلي، ويصبح هو دون غيره المختص بإجراء التحقيق، وإصدار القرارات القضائية فيه^(٥٠).

٢- استقلال قاضي التحقيق عن النيابة العامة بعد النذب:

بعد صدور قرار النذب بالفعل، وإحالة الدعوى الجنائية إلى قاضي التحقيق تخرج هذه الدعوى نهائياً من حوزة النيابة العامة، فلا تملك بعد ذلك سحبها من قاضي التحقيق أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق بشأنها؛ لأنها لم تعد تملك على الدعوى سلطاناً، وأصبح قاضي التحقيق هو وحده المختص دون غيره بتحقيقها، وهو وحده كذلك المختص بالتصرف في هذا التحقيق، فإذا أصدر قاضي التحقيق بعد الانتهاء من التحقيق قراراً بالإحالة إلى المحكمة، أو بأن لا وجه لإقامة الدعوى ثم ظهرت أدلة جديدة كان هو وحده المختص بالتحقيق وتقدير الأدلة الجديدة؛ لأنه يتمتع بالاستقلال القانوني التام وغير جائز للنيابة العامة التدخل في عمله^(٥١).

إذ نص القانون المصري على استقلال قاضي التحقيق عند ممارسة عمله عن النيابة العامة، ولم يخول القانون النيابة العامة التدخل في اختصاصاته المخولة له إلا بالطرق التي رسمها القانون من خلال الطعن في هذه القرارات، والأوامر التي يصدرها قاضي التحقيق في الدعوى الجنائية عندما يتولى التحقيق^(٥٢).

(٥٠) د. شريف أحمد الطباخ: التحقيق الجنائي في ضوء القضاء والفقهاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، عام ٢٠١٧م، ص ٢٢٩-٢٣٠.

(٥١) د. محمد زكي أبو عامر: الإجراءات الجنائية، ط ١٠، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، عام ٢٠١٠م، ص ٥٠٧.

(٥٢) د. محمد عبد اللطيف فرج: شرح قانون الإجراءات الجنائية في مرحلة جمع الاستدلالات والتحقيق الابتدائي، دار النهضة العربية، عام ٢٠١١م، ص ٤٣٧.

الغصن الثاني

استقلال قاضي التحقيق عن النيابة العامة في التشريع الفرنسي

لقد أخذ القانون الفرنسي بمبدأ الفصل بين وظيفتي (الاتهام والتحقيق)، فجعل الاتهام من اختصاص النيابة العامة، وجعل التحقيق من اختصاص قاضي التحقيق، فالنيابة العامة توجه التهمة، وقاضي التحقيق يحقق في الدعوى بناءً على طلبها، إذ لا يجوز للنيابة العامة أن تحقق، كما لا يجوز لقاضي التحقيق أن يتهم أو أن يقوم بالتحقيق من تلقاء نفسه من غير طلب من النيابة العامة^(٥٣).

إذ قام قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي لسنة (١٩٥٨م) بتحديد اختصاصات كل من النيابة العامة، وقاضي التحقيق، وجعل اختيار قاضي التحقيق من اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية، أو من يحل محله في حالة غيابه لكي يتولى التحقيق بالدعوى، وأيضاً من أجل تدعيم استقلال قاضي التحقيق عن النيابة العامة قام قانون الإجراءات الجنائية بنزع صفة الضبط القضائي من قاضي التحقيق، وهذا يدل على أن هذا القانون أكد على استقلال قاضي التحقيق في النظام القضائي الفرنسي، فمبدأ استقلال قاضي التحقيق عن أعضاء النيابة العامة في فرنسا هو من المبادئ الراسخة في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، ووفقاً لهذا المبدأ فإن قاضي التحقيق مستقل في عمله القضائي عن أي جهة أخرى، فإنه إذا كان للنائب العام أن يطلب من قاضي التحقيق القيام بأي عمل أو اتخاذ أي تدبير يراه مفيداً في إظهار الحقيقة، وإن كان يعود هذا الحق أيضاً للمدعي، أو وفق منظور غير قانوني إلا أنه في كلتا الحالتين يعود لقاضي التحقيق ألا يستجيب لهذه الطلبات؛ لأنه يتمتع بسلطة تقديرية مخولة له بموجب القانون^(٥٤).

(53) Martine Herzog-Evans Et Gildas Roussel: Procédure pénale, Vuibert, 3e Edition, 2012, p.68.

(54) د. أشرف رمضان عبد الحميد: قاضي التحقيق في القانون الجنائي المقارن، المرجع السابق، ص ١١٦.

نخلص مما سبق إلى: أن التشريع الفرنسي يفصل بين سلطتي (الاتهام والتحقيق)، فقد أعطى لكل جهة سلطة مستقلة يقوم بها؛ لأن هذا الاستقلال يؤدي إلى نوع من تقسيم العمل بالنسبة إلى إجراءات الدعوى الجنائية، ولا شك أن هذا التقسيم يؤدي إلى إتقان كل سلطة لما اختصت به، وإن الفصل يخلق نوعاً من الرقابة المتبادلة مما يوفر الحماية الفردية، إذ تكون كل سلطة من سلطتي (الاتهام والتحقيق) رقيباً على الأخرى، إلا أن خطة التشريع المصري في الجمع بين سلطتي (الاتهام والتحقيق) في يد النيابة العامة محل نظر يحتاج إلى تدخل تشريعي للفصل بين سلطتي (الاتهام والتحقيق).

الفرع الثاني استقلال قاضي التحقيق الجنائي عن قضاة الحكم

تمهيد:

إن مقتضى مبدأ استقلال قاضي التحقيق عن قضاة الحكم أنه لا يجوز لنفس القاضي في الدعوى نفسها القيام بوظيفة التحقيق والحكم^(٥٥)، ويحكم هذا المبدأ ثلاث قواعد، الأولى: قاعدة التشكيل، وتعني أنه لا يجوز للقاضي الذي يباشر وظيفة التحقيق في دعوى معروضة، أن يكون ضمن تشكيل القضاء المختص بالفصل فيها، الثانية: قاعدة التخصص، وتعني أنه لا يجوز لنفس القاضي أن يباشر أكثر من وظيفة في آن واحد، أما الثالثة: فهي قاعدة استقلال أداء العمل، وتعني استقلال قاضي التحقيق في أداء وظيفته عن سلطة الحكم في الدعوى، فلا يجوز أن يخضع قاضي التحقيق لأي جهة في إدارته للتحقيق^(٥٦).

ويعد قاضي التحقيق سلطة مستقلة عن قضاة الحكم، فلا يجوز له أن يشترك في نظر الدعوى التي سبق له أن قام بالتحقيق فيها، وإلا كان بذلك يجمع بين صفتين متعارضتين، وهما: صفة المحقق وصفة الحكم، والعلة في ذلك تكمن في أن القاضي

(٥٥) د. مصطفى يوسف: الحماية القانونية للمتهم في مرحلة التحقيق، المرجع السابق، ص ١٠٨.

(٥٦) د. أشرف رمضان عبد الحميد: قاضي التحقيق في القانون الجنائي المقارن، المرجع السابق، ص ٧٧.

الذي يحقق يتكون لديه رأي عن الدعوى نتيجة إجراءات التحقيق التي يباشرها، فإذا ما اشترك في نظر هذه الدعوى نفسها، فقد يتأثر برأيه السابق، مما قد يفقده الحياد اللازم^(٥٧)، كما لا يجوز لقضاة الحكم التدخل في أعمال قاضي التحقيق سواء بقيامه بدلاً منه بعمل من أعمال التحقيق، أم بتوجيه الأمر إليه بأن يباشر اختصاصاته على نحو معين^(٥٨).

وقد قررت كثير من قوانين الإجراءات مبدأ الفصل بين سلطتي (التحقيق والحكم) لما بينهما من تعارض، كما يُعد هذا المبدأ ضماناً إضافياً لحياد القاضي يتجلى في منع القاضي المكلف بالفصل في الدعوى من تكوين فكرة شخصية مسبقة عنها من خلال مباشرته أحد إجراءات التحقيق الابتدائي فيها^(٥٩)، وسنقسم هذا الفرع إلى غصنين، كالآتي:

الغصن الأول الوضع في مصر

١ - موقف التشريع المصري من الفصل بين سلطتي التحقيق والحكم:

أخذ التشريع المصري بمبدأ الفصل بين السلطة المختصة بالتحقيق من ناحية، والسلطة المختصة بالحكم من ناحية أخرى في أداء الوظائف، إذ إن أساس هذا الفصل هو التعارض بين هاتين السلطتين، وهما: سلطة التحقيق وسلطة الحكم، وتخويل كل منهما سلطة مستقلة عن الأخرى، وذلك ضماناً لحياد القائمين بهما، وعدم تأثرهم بموقفهم عند أداء وظيفة أخرى، يختص بمباشرتها بصفة أصلية^(٦٠).

^(٥٧) مروان صلاح مجيد: المركز القانوني لقاضي التحقيق، المرجع السابق، ص ١٣٨.

^(٥٨) د. أشرف رمضان عبد الحميد: النيابة العامة ودورها في المرحلة السابقة على المحاكمة، دراسة تحليلية مقارنة، المرجع السابق، ص ٨١.

^(٥٩) د. محمد عيد الغريب: شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط ٢، دار النهضة العربية، عام ١٩٩٧م، ص ٧٨٤.

^(٦٠) د. أحمد فتحي سرور: الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٧٧م، ص ١٩٠.

٢- عدم جواز اشتراك قاضي التحقيق المنتدب في الحكم:

منع المُشرِّع القاضي أن ينظر في الدعوى إذا قام بالتحقيق فيها، وهذا يدل على أن القانون المصري قد فصل بين سلطتي التحقيق والحكم، ولا يجوز لقاضي التحقيق، إذا قام بالتحقيق في الدعوى أن يشارك في الحكم فيها، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٤٧) إجراءات جنائية، إذ نصت على أنه: "يُمْتَنَعُ عَلَى الْقَاضِي أَنْ يَشْتَرِكَ فِي نَظَرِ الدَّعْوَى إِذَا كَانَتْ الْجَرِيمَةُ وَقَعَتْ عَلَيْهِ شَخْصِيًّا أَوْ إِذَا قَامَ فِي الدَّعْوَى بِعَمَلِ مَأْمُورِي الضَّبْطِ الْقَضَائِيِّ، أَوْ بِوِظِيفَةِ النِّيَابَةِ الْعَامَّةِ، أَوْ الْمُدَافِعِ عَنْ أَحَدِ الْخُصُومِ، أَوْ أَدَّى فِيهَا شَهَادَةً، أَوْ بَاشَرَ عَمَلًا مِنْ أَعْمَالِ أَهْلِ الْخُبْرَةِ، وَيُمْتَنَعُ عَلَيْهِ كَذَلِكَ أَنْ يَشْتَرِكَ فِي الْحُكْمِ، إِذَا كَانَ قَدْ قَامَ فِي الدَّعْوَى بِعَمَلٍ مِنْ أَعْمَالِ التَّحْقِيقِ أَوْ الْإِحَالَةِ، أَوْ أَنْ يَشْتَرِكَ فِي الْحُكْمِ فِي الطَّعْنِ، إِذَا كَانَ الْحُكْمُ الْمَطْعُونُ فِيهِ صَادِرًا مِنْهُ"^(١١).

كما أكدت على ذلك المادة (١١) من قانون الإجراءات الجنائية، إذ نصت على أنه: "إِذَا رَأَتْ مَحْكَمَةُ الْجَنَائِيَّاتِ فِي دَعْوَى مَرْفُوعَةٍ أَمَامَهَا أَنَّ هُنَاكَ مَتَهَمِينَ غَيْرَ مِنْ أَقِيمَتِ الدَّعْوَى عَلَيْهِمْ أَوْ وَقَائِعٍ أُخْرَى مُسْتَنَدَةٌ فِيهَا إِلَيْهِمْ، أَوْ أَنَّ هُنَاكَ جَنَايَةً أَوْ جَنْحَةً مُرْتَبِطَةٌ بِالْتِهَامِ الْمَعْرُوضَةِ عَلَيْهَا فَلَهَا أَنْ تَقِيمَ الدَّعْوَى عَلَى هَؤُلَاءِ الْأَشْخَاصِ أَوْ بِالنِّسْبَةِ إِلَى هَذِهِ الْوَقَائِعِ، وَلِلْمَحْكَمَةِ أَنْ تَتَدَبَّ أَحَدَ مِنْ أَعْضَائِهَا لِلْقِيَامِ بِإِجْرَاءَاتِ التَّحْقِيقِ، وَفِي هَذِهِ الْحَالَةِ تَسْرِي عَلَى الْعَضْوِ الْمُنْتَدَبِ جَمِيعَ الْأَحْكَامِ الْخَاصَّةِ بِقَاضِي التَّحْقِيقِ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِكَ فِي الْحُكْمِ فِيهَا"^(١٢).

وتطبيقاً لذلك، قُضِيَ بِأَنَّ قَاضِي التَّحْقِيقِ الْمُنْتَدَبَ الَّذِي يَحْقُقُ فِي قَضِيَّةٍ لَا يَجُوزُ لَهُ إِذَا عَيَّنَ قَاضِيًّا لِلتَّحْقِيقِ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ يَجْلِسَ لِلْفَصْلِ فِيهَا، سِوَاءَ أَيْدَى فِيهَا رَأْيًا أَمْ لَمْ يَبْدِهِ، مَهْمَا كَانَ عَمَلُهُ فِي التَّحْقِيقِ ضَمِيلاً، وَلَوْ لَمْ يَبَاشِرْ إِلَّا جِزَاءً مِنْهُ"^(١٣).

(١١) المادة (٢٤٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(١٢) المادة (١١١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(١٣) أ. ح. يوسف مصطفى مقابلة: الشرعية في الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

الغصن الثاني الوضع في فرنسا

- استقلال قاضي التحقيق الجنائي عن قضاة الحكم في التشريع الفرنسي:
لقد جرى العمل في القانون الفرنسي على مبدأ الفصل بين سلطتي التحقيق الابتدائي وسلطة الحكم، ومنع قاضي التحقيق من أن يشارك في قضاء الحكم للقضايا التي حقق فيها، وتم تأكيد ذلك في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في المادة (٢/٤٩) التي تنص على أنه: "لا يجوز لقاضي التحقيق وإلا كان باطلاً أن يشارك في حكم الدعوى الجنائية التي اطلع عليها بصفته قاضي التحقيق"، والمادة (٢٥٣) من نفس القانون بنصها على أنه: "لا يجوز في القضايا الداخلة في اختصاص محكمة الجنايات أن يشارك في المحاكمة بصفته رئيساً أو مساعد في القضية التي باشر فيها عملاً من أعمال التحقيق"^(٦٤).

وقد ذهب الفقه والقضاء الفرنسيين إلى أن سبب منع قاضي التحقيق من الجلوس للحكم في نظر المشرع، أنه يكون متأثراً بالتحقيقات التي أجراها وبالمعلومات التي استمدها منها، والقانون يريد ان يكون القاضي الذي يحكم في الدعوى خالي الذهن في كل ما يتعلّق بها، وليست لديه معلومات سابقة عنها، حتى لا يعتمد في تكوين رأيه إلا على التحقيقات والمرافعات الشفهية التي تجري في الجلسة، لذلك كان من الضروري أن يكون قضاة التحقيق مستقلين عن قضاة الحكم؛ لتحديد تأثير التحقيق على مرحلة الحكم، ويكون هذا الأخير مستقلاً عن قضاة التحقيق في تقدير التكييف القانوني للوقائع^(٦٥).

نخلص مما سبق إلى: أن التشريع (المصري والفرنسي) قد فصلا بين سلطتي التحقيق والحكم؛ لأن قاضي التحقيق إذا قام بالتحقيق يكون متأثراً بالتحقيقات التي أجراها، مما قد يفقده الحياد المطلوب.

(64) Pierre Chambon, Le juge d'instruction, Dalloz, 4e Edition, 1973.

(٦٥) د. أشرف رمضان عبد الحميد: قاضي التحقيق في القانون الجنائي المقارن، المرجع السابق، ص ٧٨-٧٩.



المبحث الثاني

الرقابة القضائية على قاضي التحقيق الجنائي

في القانونين المصري والفرنسي

تمهيد وتقسيم:

نظراً لخطورة الإجراءات والقرارات التي يصدرها قاضي التحقيق في مرحلة التحقيق الابتدائي من حيث مساسها المباشر بالحرية الشخصية، فإنه يتعين، أن تخضع هذه القرارات لرقابة تتولاها سلطة مستقلة ومحايده عن تلك التي باشرت التحقيق الابتدائي^(٦٦)، إذ منحت أغلب التشريعات بعض الجهات حق الطعن في تلك القرارات، وذلك منها تركيز السلطات في يد واحدة، إذ إن الهدف من هذه الرقابة هو حماية حقوق وحرريات الأشخاص ومراقبة التطبيق السليم لنصوص القانون، وتُعد هذه الرقابة من الضمانات المهمة التي من خلالها تمارس هذه الجهات مهامها في مراقبة المشروعية وضمان سلامة تطبيق القواعد القانونية السائدة^(٦٧)، وبذلك نصت غالبية التشريعات ومنها التشريعين (المصري والفرنسي) على هذه الرقابة إلى مراقبة القرارات التي يصدرها قاضي التحقيق حفاظاً على التطبيق السليم للقانون، والمحافظة على حقوق وحرريات الأفراد وتحقيق العدالة^(٦٨).

لذلك نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب كالآتي:

- المطلب الأول: الجهات المختصة بالطعن في قرارات قاضي التحقيق الجنائي.
- المطلب الثاني: الجهة المختصة بنظر الطعن في قرارات قاضي التحقيق الجنائي.
- المطلب الثالث: الرقابة على صحة إجراءات وقرارات قاضي التحقيق الجنائي.

(٦٦) د. أشرف رمضان عبد الحميد: مبدأ التحقيق على درجتين دراسة تحليلية مقارنة، المرجع السابق، ص ١٢٥.

(٦٧) أ. فتحي عبد الرضا جواربي: تطور القضاء الجنائي العراقي، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل بغداد، عام ١٩٨٦م، ص ١٦١.

(٦٨) مروان صلاح مجيد: المركز القانوني لقاضي التحقيق، المرجع السابق، ص ١٤٣.

المطلب الأول

الجهات المختصة بالطعن في قرارات قاضي التحقيق الجنائي

تمهيد:

يُعد إعطاء الجهات المختصة الحق في الطعن في قرارات قاضي التحقيق من الضمانات المهمة جداً، لكونها السبيل الوحيد لنقض تلك القرارات بعد إصدارها لما قد يشوبها من أخطاء، لأنه قد لا يوفق القاضي في الوصول إلى الحقيقة في بعض الأوقات، لأسباب عديدة؛ فقد يقع في خطأ، إما في نطاق الوقائع أو من خلال فهمه لنص قانوني بخلاف غاية المُشرِّع أو وقوعه في عدم مراعاة بعض الإجراءات المهمة التي يتطلبها التحقيق، فالقضاة بشر قد يصيبون وقد يخطئون في بعض القرارات؛ لهذا أتاحت الفرصة للمتضرر الذي لم يقتنع بعدالة تلك القرارات ولم يرض بها، أن يطعن في القرار أمام الجهات المختصة^(٦٩)، وسنقسم هذا المطلب إلى فرعين كالآتي:

الفرع الأول

الجهات المختصة بالطعن في قرارات قاضي التحقيق

في التشريع المصري

لم يُخول المُشرِّع المصري حق استئناف الأوامر الصادرة من قاضي التحقيق لجميع الخصوم ، وإنما ميز بينهم ومنح لكل حق الطعن في الأوامر التي تمس مصالحه^(٧٠)، وذلك كالآتي:

(٦٩) د. عمار عباس الحسيني: مبادئ التحقيق الجنائي الحديث، دار السنهوري، بيروت، عام ٢٠١٧م، ص ٢٥٣.

(٧٠) د. حسن صادق المصراوي: المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦م، ص ٤٧٥-٤٧٦.

١ - الطعن في قرارات قاضي التحقيق من جهة النيابة العامة:

أجاز المشرع المصري في المادة (١٦١) من قانون الإجراءات الجنائية للنيابة العامة أن تستأنف، ولو لمصلحة المتهم جميع الأوامر التي يصدرها قاضي التحقيق سواء من تلقاء نفسها أم بناء على طلب الخصوم^(٧١)، غير أنه استثناء من هذه القاعدة فإن المُشرِّع لم يجز للنيابة استئناف أمر الإحالة إلى محكمة الجنايات الصادر من قاضي التحقيق سواء كان في جنابة أم في جنحة من الجرح التي ترتكب بطريق النشر غير المضرة بأفراد الناس والتي تحال استثناء إلى محكمة الجنايات، وعلّة ذلك أن محكمة الجنايات تتوفر فيها من الضمانات ما يجعل نظر الدعوى غير ماس بحقوق المتهم^(٧٢)، كما أن للنيابة العامة وحدها الحق في أن تطعن في أمر الإحالة الصادر من قاضي التحقيق إلى المحكمة الجنائية في الجرح والمخالفات، ولها وحدها كذلك أن تستأنف الأمر الصادر في جنابة بالإفراج المؤقت عن المتهم المحبوس احتياطاً^(٧٣).

٢ - الطعن في قرارات قاضي التحقيق من جهة المدعي المدني:

أجاز المُشرِّع المصري للمدعي المدني استئناف الأوامر التي يصدرها قاضي التحقيق والمتعلقة بمسائل الاختصاص، كما أجاز له أن يستأنف الأوامر الصادرة من قاضي التحقيق بأن ولا وجه لإقامة الدعوى إلا إذا كان الأمر صادراً في تهمة موجهة ضد موظف، أو مستخدم عام، أو أحد رجال الضبط لجريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته، أو بسببها ما لم تكن من الجرائم المشار إليها في المادة (١٢٣) من

(٧١) المادة (١٦١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(٧٢) د. أشرف توفيق شمس الدين: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٥٢٩.

(٧٣) أ. فرج علوانى هليل: أعمال النيابة العامة والتعليمات الصادرة إليها وقانون السلطة القضائية،

دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، عام ٢٠٠٦م، ص ٣٣١.

قانون العقوبات^(٧٤)، إلا أنه لم يجز أن يستأنف أمر الإحالة الصادر من قاضي التحقيق في مخالفة أو جنحة أو جناية^(٧٥).

٣- الطعن في قرارات قاضي التحقيق من جهة المتهم:

أجاز المُشرِّع المصري للمتهم أن يطعن في الأوامر الصادرة من قاضي التحقيق في المسائل المتعلقة بالاختصاص، وهذا ما نصت عليه المادة (١٦٣) من قانون الإجراءات الجنائية، إذ نصت على أن: "جميع الخصوم أن يستأنفوا الأوامر المُتعلِّقة بمسائل الاختصاص، ولا يوقف الاستئناف غير التحقيق، ولا يترتب على القضاء بعدم الاختصاص بطلان إجراءات التحقيق"^(٧٦).

٤- مدد الطعن في قرارات قاضي التحقيق:

إن ميعاد استئناف أوامر قاضي التحقيق هو عشرة أيام، تبدأ من تاريخ صدور الأمر المطعون فيه بالنسبة إلى النيابة العامة، ومن تاريخ إعلانه بالنسبة إلى باقي الخصوم، ويكون ميعاد الاستئناف أربع وعشرين ساعة في حالة استئناف الأمر الصادر في جناية بالإفراج المؤقت عن المُتَّهم المحبوس احتياطاً^(٧٧).

الفرع الثاني

الجهات المختصة بالطعن في قرارات قاضي التحقيق

في التشريع الفرنسي

إن قاضي التحقيق في النظام الفرنسي تخضع قراراته سواء كانت ذات طابع قضائي أم تحقيقي لرقابة كل من النيابة العامة، والمتهم والمدعي بالحق المدني، ويجوز لهذه الجهات أن تستأنف القرارات القضائية التي يصدرها قاضي التحقيق

^(٧٤) د. محمد زكي أبو عامر: الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٦٢٣.

^(٧٥) د. عبد الأحد جمال الدين ود. جميل عبد الباقي الصغير: شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج

١، دار النهضة العربية، عام ٢٠١٢م، ص ٥١١.

^(٧٦) المادة (١٦٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

^(٧٧) د. محمد عبد اللطيف فرج: شرح قانون الإجراءات الجنائية في مرحلة جمع الاستدلالات

والتحقيق الابتدائي، المرجع السابق، ص ٤٣٩.

بالشروط والحدود المنصوص عليها في القانون^(٧٨)، وتخول المادة (١٨٥) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي للنيابة العامة الحق في استئناف قرارات قاضي التحقيق كافة حتى لو كانت صادرة وفقاً لطلباتها، وتعد النيابة العامة الطرف الوحيد في الدعوى الذي يمكنه استئناف قرارات إعادة الأوراق إليها، وقرارات الإحالة إلى جهة القضاء، والقرارات الصادرة بأن لا وجه لإقامة الدعوى، وكذلك قرارات رفض طلب النيابة العامة باتخاذ إجراء معين من إجراءات التحقيق^(٧٩)، ويجوز لجميع أعضاء النيابة استعمال حق استئناف جميع قرارات قاضي التحقيق بما في ذلك النائب (م٣/١٨٥) إجراءات فرنسي مع ملاحظة ان ميعد الطعن في الاستئناف يختلف بحسب ما إذا كان مقدماً من عضو النيابة أم النائب العام، فإذا كان الأول تعيّن أن يقدم استئنافه في ظرف أربع وعشرين ساعة من صدور القرار (م٢/١٨٥) إجراءات فرنسي، إذا كان الثاني، فله أن يقدم استئنافه في خلال الأيام العشرة التالية لصدور القرار (م٣/١٨٥) إجراءات جنائية^(٨٠)، أما بالنسبة إلى المتهم، فله الحق في الطعن في الاستئناف في قرارات قاضي التحقيق الماسة بالحرية الشخصية^(٨١)، إلا أن القانون الفرنسي لم يساو بين الخصوم في حق استئناف قرارات قاضي التحقيق، فبالنسبة إلى المُتَّهَم ليس له الحق في الطعن في الاستئناف في القرارات الصادرة من قاضي التحقيق بإحالة الدعوى في مواد المخالفات والجنح إلى محكمة الموضوع المختصة^(٨٢).

(78) Gaston Stefani, Georges Levasseur Et Bernard Bouloc: Procédure pénale, Dalloz, 20 Edition, 2006, p.841.

(٧٩) محمد السيد أحمد الحفناوي: مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص١٢٨.

(80) Gaston Stefani: Op. cit., p.841.

(٨١) د. أشرف توفيق شمس الدين: التوازن بين السلطة والحرية ووجوب تقييد سلطة النيابة العامة بالتحقيق، المرجع السابق، ص٤٨.

(٨٢) د. أشرف توفيق شمس الدين: إحالة الدعوى الجنائية إلى القضاء في النظم الإجرائية المقارنة، المرجع السابق، ص٢٦٨.

وبناء على ما تقدم فإن النيابة العامة وحدها في فرنسا لها حق الطعن في الاستئناف في القرارات الصادرة من قاضي التحقيق بالإحالة إلى محكمة الموضوع في مواد المخالفات والجنح، إذ إنها الخصم المتميز الذي تثبت له الصفة والمصلحة في الطعن في هذه الأوامر، باعتبارها ممثلة للمجتمع، وتهدف إلى حماية مصلحته والدفاع عنها، ومن ثم فإن تخويلها حق الطعن بالاستئناف في قرارات قاضي التحقيق ومن بينها قرار الإحالة، ما هو إلا تطبيق للقاعدة العامة التي تستند إلى اعتبار النيابة العامة هي الأمانة على الدعوى العمومية في مراحلها كافة سواء بتحريكها أم مباشرتها أم الطعن في القرارات أم الأحكام الصادرة فيها، وهي على هذا النحو غير مُقيّدة بأي قيد من شأنه أن يعوقها عن الحفاظ على الدعوى العمومية^(٨٣).

المطلب الثاني

الجهة المختصة بنظر الطعن في قرارات قاضي التحقيق الجنائي

تمهيد:

لقد منحت أغلب التشريعات الجنائية حق نظر الطعون المقدمة ضد قرارات قاضي التحقيق التي يصدرها، سواء كانت هذه التشريعات تعمل بمبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق أم الجمع بينهما، حيث إن هذه الجهات مخولة للنظر في الأخطاء التي ترتكبها سلطة التحقيق الابتدائي^(٨٤)، ونظراً لخطورة هذه القرارات التي تتعلّق بمساسها المباشر بالحرية الشخصية، فإنه يجب أن تخضع هذه القرارات لرقابة قضائية تُميّز بين القرارات الصحيحة، وتبطل القرارات الخاطئة، وتتخذ قرار بطلان العمل الإجرائي المخالف، وخلاف ذلك تفقد نصوص القانون فاعليتها ولا تحترم

^(٨٣) أ. طارق عبد الوهاب مصطفى سليم: أوامر التصرف في التحقيق الابتدائي وطرق الطعن فيها، دراسة مقارنة بالتشريع الإجرائي الفرنسي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، عام ١٩٨٦م، ص ١٧٠.

^(٨٤) أ. حسن يوسف مصطفى المقابلة: الشرعية في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٢٦٣.

الضمانات التي تؤكد^(٨٥)، فوجود رقابة قضائية على ما تباشره سلطة التحقيق الابتدائي يُعد ضماناً أكيداً لفعالية نصوص القانون، الأمر الذي يكفل مشروعية إجراءات التحقيق الابتدائي، إذ إن من خلال هذه الرقابة تتمكن الجهات القضائية من أن تباشر دورها في حماية المجتمع وضمان حقوق الفردية للمتهم؛ لأن هذه الجهات وفي التشريعات الجنائية المقارنة كافة تُعد جهة أعلى من سلطة التحقيق الابتدائي، ويتمتع أفرادها بخبرة قضائية عالية^(٨٦)، وسنقسم هذا المطلب إلى فرعين، كالآتي:

الفرع الأول

محكمة الجناح المستأنفة المنعقدة في غرفة المشورة

مختصة بنظر الطعن في قرارات قاضي التحقيق في التشريع المصري

تختص محكمة الجناح المُستأنفة المنعقدة في غرفة المشورة بالنظر في استئناف جميع الأوامر الصادرة من قاضي التحقيق الجائز استئنافها، ما عدا الأمر الصادر بأن لا وجه لإقامة الدعوى في جنائية، إذ يُرفع الاستئناف إلى محكمة الجنايات المنعقدة في غرفة المشورة، هذا إذا كان الذي تولى التحقيق قاضي التحقيق عملاً بالمادة (٦٤) إجراءات^(٨٧).

أما إذا كان الذي تولى التحقيق مستشار عملاً بالمادة (٦٥) إجراءات فلا يقبل الطعن في الأمر الصادر منه، إلا إذا كان متعلقاً بالاختصاص أو بأن لا وجه لإقامة

(٨٥) د. محمد عيد الغريب: قضاء الإحالة بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧م، ص ٨٢.

(٨٦) د. أشرف رمضان عبد الحميد: مبدأ التحقيق على درجتين دراسة تحليلية مقارنة، المرجع السابق، ص ٦٥.

(٨٧) د. أشرف توفيق شمس الدين: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٥٣٠.

الدعوى، ويكون الطعن أمام محكمة الجنايات المنعقدة في غرفة المشورة^(٨٨)، وتكون القرارات الصادرة من غرفة المشورة في جميع الأحوال نهائية، فمحكمة الجناح المُستأنفة مُنعقدة في غرفة المشورة تعد جهة الاختصاص التي أناط بها المُشرع الطعن بالاستئناف على الأوامر الصادرة من سلطة التحقيق، وذلك باستثناء الأمر الصادر منها بأن لا وجه لإقامة الدعوى في جنابة، والقرارات الصادرة من مستشار التحقيق التي يجوز استئنافها هي مسائل الاختصاص، والأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى، حيث تختص بالنظر فيها محكمة الجنايات المنعقدة في غرفة المشورة، إذ إن استئناف الأوامر الصادرة من قاضي التحقيق لا يؤثر في سير هذا التحقيق ولا في تنفيذ هذه الأوامر، وهذا ما نصت عليه المادة (٦٣) من قانون الإجراءات الجنائية بالنسبة إلى استئناف الأوامر المُتعلّقة بمسائل الاختصاص، ولم يستثن القانون في هذا الأصل سوى استئناف الأمر الصادر من قاضي التحقيق بالإفراج المؤقت في مواد الجنايات عن المُتهم المحبوس احتياطاً، إذ نص على عدم جواز تنفيذ هذا الأمر قبل انقضاء ميعاد الاستئناف وهو (أربع وعشرون ساعة)، ولا قبل الفصل فيه إذا رفع هذا الميعاد، وإذا لم يفصل في الاستئناف خلال ثلاثة أيام من تاريخ التقرير به وجب تنفيذ الأمر بالإفراج، وهذا ما نصت عليه المادة (١٦٨) إجراءات، وفي هذه الحالة يُعد المتهم مُفرجاً عنه بقوة القانون، ما لم يصدر أمر بحبسه احتياطاً من الجهة المُستأنف إليها الأمر^(٨٩).

(٨٨) د. حسن صادق المرصفاوي: المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، عام ١٩٩٦م، ص ٤٤٧.

(٩٠) غرفة المشورة: عبارة عن محكمة الجناح المُستأنفة في دائرة المحكمة الابتدائية، وتتكون من ثلاثة قضاة ضد قرارات قاضي التحقيق، وقد حولها القانون بعض الاختصاصات ومنها النظر في الطعن ضد قرارات قاضي التحقيق. انظر: أ. عماد أحمد هاشم الشيخ خليل: ضمانات المتهم أثناء مرحلة الاستجواب، دراسة مقارنة، بدون سنة ودار نشر، ص ٥٢.

(٨٩) د. أشرف رمضان عبد الحميد: النيابة العامة ودورها في المرحلة السابقة على المحاكمة دراسة تحليلية مقارنة، المرجع السابق، ص ٣٣٣-٣٣٤.

الفرع الثاني

غرفة التحقيق المختصة بنظر الطعن في قرارات قاضي التحقيق

في التشريع الفرنسي

يُعد قاضي التحقيق قضاء أول درجة بالنسبة إلى التحقيق الابتدائي^(٩٠)، كما تعد غرفة التحقيق قضاء ثاني درجة بالنسبة للتحقيق الابتدائي، فقد أناط المُشرع الفرنسي بها دوراً رقابياً على عمل قاضي التحقيق حيث تستأنف قراراته أمام غرفة التحقيق^(٩١).

حيث إنها تعد جهة الاختصاص الوحيدة التي عهد إليها بنظر الاستئناف المرفوع على قرار قاضي التحقيق بصفة عامة^(٩٢)، ولذلك فإن وظيفة غرفة التحقيق في القانون الفرنسي هي التي تنتظر في الطعون المقدمة على قرارات قاضي التحقيق استئنافياً، وأيضاً لها الوظيفة الأساسية، وهي إحالة المتهمين في جناية إلى محكمة الجنايات بالإضافة إلى مباشرة مراقبة إجراءات التحقيق باعتبارها الدرجة الثانية لقضاء التحقيق^(٩٣)، وقد أناط المشرع الفرنسي برئيس غرفة التحقيق أو من ينيبه السلطة الإشرافية على حسن سير التحقيق الابتدائي، ومن واجباته كذلك التأكد من عدم وجود تأخير غير مبرر في إجراءات التحقيق، كما أن من مهمته التأكد من أنه لا يوجد متهم حُبس احتياطاً على نحو غير مبرر، ومن حقه في جميع الأحوال عرض الأمر على غرفة التحقيق، للنظر واتخاذ ما يلزم لضمان حسن سير التحقيق^(٩٤).

(٩٠) أ. ممدوح رشيد الرشيد العنزي: ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي في النظام

السعودي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(٩١) د. أشرف توفيق شمس الدين: التوازن بين السلطة والحرية ووجوب تقييد سلطة النيابة العامة في التحقيق، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٩٢) أ. طارق عبد الوهاب مصطفى سليم: أوامر التصرف في التحقيق الابتدائي وطرق الطعن فيها، دراسة مقارنة بالتشريع الإجراءي الفرنسي، المرجع السابق، ص ١٧٨.

(٩٣) د. محمد عبد الشافي إسماعيل: استئناف قرارات سلطة التحقيق الابتدائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م، ص ١٠٨.

(٩٤) د. أشرف توفيق شمس الدين: التوازن بين السلطة والحرية ووجوب تقييد سلطة النيابة العامة في التحقيق، المرجع السابق، ص ٤٨.

المطلب الثالث

الرقابة على صحة إجراءات وقرارات قاضي التحقيق الجنائي

إن البطلان هو الجزاء الذي رتبّه القانون على مخالفة القواعد والإجراءات التي أوجب على المحاكم مراعاتها، إذ يصبح الإجراء عديم الأثر، غير مرتّب ما قد يترتب على الإجراء الصحيح من آثار قانونية^(٩٥)، وهو ما سنبينه في فرعين، كالآتي:

الفرع الأول

بطلان إجراءات وقرارات قاضي التحقيق في التشريع المصري

ترجع الحكمة من تقرير البطلان كجزاء إجرائي للمخالفات التي ترتكب أثناء التحقيق إلى حماية الحرية الفردية، وحسن إدارة العدالة، فضلاً عن احترام حقوق الدفاع، وذلك عن طريق مراعاة الإجراءات للضمانات التي كفلها القانون لهذا الغرض، بيد أنه ينبغي ألا يؤدي تقرير البطلان إلى تعقيد الإجراءات، وتأخير سير الدعوى من غير جدوى^(٩٦).

فمن حيث بطلان إجراءات قاضي التحقيق، قد يوجد من المخالفات التي تؤدي إلى بطلان إجراءات التحقيق، منها مخالفة مبدأ حضور الخصوم للتحقيق، أي إذا ما اتخذ إجراء من إجراءات التحقيق في غيبة الخصوم بغير مقتضى لذلك كان الإجراء باطلاً؛ لأن الأصل هو حضور الخصوم جميع إجراءات التحقيق، ولا يجوز إجراؤه في غيبتهم إلا في حالتها الضرورة والاستعجال، وكذلك عدم تدوين التحقيق إذ أوجب المشرع المصري على قاضي التحقيق أن يستصحب في جميع إجراءاته كاتباً من كُتاب المحكمة يوقّع معه المحاضر، وتحفظ هذه المحاضر مع الأوامر وباقي الأوراق في قلم الكتاب، ويترتب على عدم استصحاب قاضي التحقيق كاتباً لتدوين الإجراءات التي تستوجب تدوينها بمعرفة كاتب بطلان هذه الإجراءات، وهذا البطلان هو بطلان

(٩٥) مروان صلاح مجيد: المركز القانوني لقاضي التحقيق، المرجع السابق، ص ١٤٩.

(٩٦) د. أشرف رمضان عبد الحميد: مبدأ التحقيق على درجتين دراسة تحليلية مقارنة، المرجع السابق،

نسبي، إذ يسقط الحق في التمسك به، إذا لم يكن قد دفع به أمام محكمة الموضوع^(٩٧)، أما من حيث بطلان قرارات قاضي التحقيق فقد أوجب المُشرِّع المصري في المادة (١٦٠) إجراءات أن تشمل القرارات التي يصدرها قاضي التحقيق سواء بالإحالة أم بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية على بيانات معينة هي اسم المتهم ولقبه وسنه ومحل ميلاده وسكنه وصناعته وبيان الواقعة المنسوبة إليه ووصفها القانوني^(٩٨)، وقد استهدف القانون من هذه الشروط تحقيق غايتين:

الأولى: تحديد شخصية المتهم الصادر بشأنه الأمر، الثانية: تحديد التهمة الموجهة إليه، والبيانات الأصلية لتحقيق هاتين الغايتين هي اسم المتهم والواقعة المنسوبة إليه ووصفها القانوني، ومن ثم فهي تعد أشكالاً جوهرية في أوامر التصرف في التحقيق^(٩٩)، إلا أن محكمة النقض المصرية قد قضت في هذا الصدد بأن النقض أو الخطأ الذي يشوب أمر الإحالة في بيان اسم المُتَّهَم ولقبه وسنه وصناعته واختصاص مصدر ذلك الأمر بإصداره، لا يترتب عليه البطلان، ما دام ليس من شأنه التشكيك في شخص المتهم، واتصاله بالدعوى الجنائية المقامة ضده لها^(١٠٠).
والجدير بالذكر أن القانون لم يشترط تسبب أمر الإحالة الصادر من قاضي التحقيق، وتدخل الدعوى في حوزة المحكمة بمجرد صدور هذا الأمر^(١٠١).

(٩٧) د. أشرف رمضان عبد الحميد: قاضي التحقيق في القانون الجنائي المقارن، المرجع السابق، ص ٥٠-٥٤.

(٩٨) د. محمود نجيب حسني: تنقيح الدكتوراة فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠١١م، ص ٦٨١.

(٩٩) د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، عام ٢٠١٦م، ص ١١٤١.

(١٠٠) نقض ١٩٨٧/١١/١١م: مجموعة أحكام النقض، س ٣٨، رقم ١٧٢، ص ٩٣٥.

(١٠١) د. أشرف رمضان عبد الحميد: النيابة العامة ودورها في المرحلة السابقة على المحاكمة، دراسة تحليلية مقارنة، المرجع السابق، ص ٢٩٤.

الفرع الثاني

بطلان إجراءات وقرارات قاضي التحقيق في التشريع الفرنسي

ميّز قانون الإجراءات الفرنسي بين نوعين من البطلان في إجراءات التحقيق هما، الأول: البطلان القانوني، وهو أن البطلان لا يكون إلا بنص صريح منصوص عليه صراحة في قانون الإجراءات الجنائية، لعدم مراعاة أحد القواعد المقررة فيه^(١٠٢)، كما في حالة مخالفة القواعد المنصوص عليها في التفتيش وضبط الأشياء، أو عدم مراعاة القواعد الشكلية الجوهرية لإجراءات التحقيق في الجنايات أو الجرح المُتلبس بها، والثاني: البطلان الجوهري أو الذاتي الناتج من تفسير القانون، إذ أنه على عكس البطلان القانوني لم ينص عليه القانون صراحة، فإذا كان المُشرّع في البطلان الأخير يتولّى بنفسه تحديد حالاته، إذ لا يجوز للقاضي أن يقرر البطلان في غير هذه الحالات، مما يحول دون تحكمه وتعسفه في تحديد أحوال البطلان، وبذلك يتأكد مبدأ الشرعية الإجرائية، إلا أنه من ناحية أخرى يصعب على المُشرّع أن يحصر مقدماً أصول البطلان، فهناك حالات تقتضي أن يترتّب على مخالفتها البطلان بالرغم من عدم اقترانها بهذا الجزاء من هنا نشأت فكرة البطلان الذاتي، ولقد اعتمد القضاء الفرنسي في تحديد فكرة البطلان الذاتي على معيارين، أولهما: حسن إدارة العدالة، وثانيهما: احترام حقوق الدفاع، ومؤدى ذلك الحكم ببطلان الإجراءات التي من شأنها انتهاك حقوق الدفاع حتى ولو كانت هذه الانتهاكات لا تخالف نصوص القانون، ما دامت تصطدم مع مبادئه العامة^(١٠٣).

أما من حيث بطلان قرارات قاضي التحقيق، فإن كل قرار يصدر من قاضي التحقيق ينبغي أن يكون مكتوباً وموقعاً عليه، وإلا يعد كأن لم يكن، فضلاً عن ضرورة أن يكون مؤرخاً، بيد أن عدم وجود التاريخ ليس له أي أثر فيما يتعلق بصحة الأمر،

(١٠٢) أ. وليد زهير سعد المدهون: الرقابة على أوامر قاضي التحقيق في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عام ٢٠١٦م، ص ٨٠.

(١٠٣) د. أشرف رمضان عبد الحميد: مبدأ التحقيق على درجتين دراسة تحليلية مقارنة، المرجع السابق، ص ١٢٦-١٢٧.

إذ يمكن تلافى ذلك عن طريق المستندات الأخرى في الدعوى، لاسيما الإيصالات المتعلقة بإعلان الأمر، والتي يشار فيها إلى تاريخ صدور هذا الأمر، كما يتعين أن يشمل أمر الإحالة الاسم العائلي، والاسم الشخصي، وتاريخ ومحل الميلاد، وعنوان ومهمة المتهم، وبيان الوصف القانوني للواقعة المنسوبة إليه على وجه التحديد، والأسباب التي أوجدت ضده الدلائل الكافية (المادة ١٨٤ إجراءات فرنسي)، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الالتزام المفروض على قاضي التحقيق بمقتضى المادة ١٨٤ إجراءات، ببيان الأسباب التي بني عليها قراره الصادر بالإحالة إلى محكمة المخالفات أو الجرح، يقصد به أن يبين في قراره عناصر الوقائع المكونة للجريمة والمستوجبة للعقاب، فهو ملزم بذلك من أجل إيجاز وتبسيط المرافعة، وهذا من شأنه أن يسمح بسرعة الفصل في القضايا^(١٠٤).

ويتضح مما تقدم: أن قاضي التحقيق يجوز رده أو تنحيه عن إجراءات التحقيق، وهذا تطبيقاً للقاعدة العامة، (وهي قابلية القضاة للرد وتحقيق العدالة)، أما من حيث بطلان إجراءاته وقراراته، فهو قابل للبطلان إذا خالف مخالفة صريحة للقانون، وكذلك قراراته تتعرض للبطلان، إذا خالف الشروط الموضوعية والشكلية.

الخاتمة

توصلنا من خلال دراستنا لموضوع "قاضي التحقيق الجنائي بين التبعية والاستقلال" إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً- النتائج:

١- عد التشريع الفرنسي قاضي التحقيق هو السلطة المختصة بالتحقيق الابتدائي، أما بالنسبة للتشريع المصري، فإن قاضي التحقيق هو أحد قضاة المحكمة الابتدائية يندب للقيام بالتحقيق، ولا يوجد قاضي للتحقيق بشكل مستمر.

^(١٠٤) د. أشرف رمضان عبد الحميد: قاضي التحقيق في القانون الجنائي المقارن، المرجع السابق، ص ٢٧٣-٢٧٤.

٢- إن تبعية قاضي التحقيق لمجلس القضاء الأعلى في كل من مصر وفرنسا هي تبعية إدارية باعتباره المسئول عن قاضي التحقيق من الناحية الإدارية، ويمارس هذا المجلس مسؤولياته بشكل مستقر من غير تدخل من أي سلطة، وإن هذا الاستقلال تم إقراره بموجب نصوص الدستور والقوانين، ولا يجوز لهذا المجلس إصدار أمر إلى قاضي التحقيق للقيام بعمل معين، أو الامتناع عن قيامه بإجراء معين من إجراءات التحقيق، ويمارس قاضي التحقيق اختصاصاته ومهامه داخل هذا المجلس باستقلال التام مُتحرراً من تأثير أي جهة.

٣- إن قاضي التحقيق في كل من مصر وفرنسا لا يخضع للتبعية التدريجية، ولا يملك رؤساء قاضي التحقيق أن يصدرُوا إليه أمراً شفوياً أو كتابياً باتخاذ أي من إجراءات التحقيق أو الامتناع عن القيام بأي إجراء منها.

٤- إن قاضي التحقيق مستقل عن الادعاء العام في كل من التشريع المصري والفرنسي، فعندما يندب قاضي التحقيق للتحقيق في دعوى معينة، لا تملك النيابة العامة أي تدخل في أعماله أو سحب الدعوى منه، ويكون قاضي التحقيق هو وحده المختص دون غيره بتحقيقها والتصرف فيها.

٥- إن قاضي التحقيق في فرنسا ومصر مستقل عن قضاة الحكم، ولا يجوز للقاضي نفسه في الدعوى نفسها القيام بوظيفتي التحقيق والحكم، ولا يجوز له أن يشترك في نظر الدعوى التي سبق له أن قام بالتحقيق فيها، وإلا كان بذلك يجمع بين صفتين متعارضتين وهي (صفة المحقق وصفة الحكم).

٦- إن المُشَرِّع المصري لم يساو بين الخصوم في حق الاستئناف في الأوامر الصادرة من قاضي التحقيق، إذ أجاز للنياحة العامة استئناف جميع الأوامر التي يصدرها قاضي التحقيق باستثناء أمر الإحالة إلى محكمة الجنايات، سواء كان في جناية أم في جنحة من الجنح التي ترتكب بطريق النشر غير مضرّة بأفراد الناس، والتي تحال استثناء إلى محكمة الجنايات، وبالنسبة إلى المُتَّهَم فله الحق في الطعن في الأوامر الصادرة في المسائل المُتعلّقة بالاختصاص، أما بالنسبة إلى المدعي بالحق المدني فله الحق في الطعن في مسائل متعلقة بالاختصاص،

وكذلك الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى، أما في التشريع الفرنسي فإن للنيابة العامة وحدها الحق في استئناف قرارات قاضي التحقيق كافة، أما بالنسبة إلى المُتهم، فله الحق في الطعن بالاستئناف في القرارات الماسّة بالحرية الشخصية، ولا يجوز للمُدعّي المدني أو المُتهم الطعن في قرار إحالة الدعوى في المواد والمخالفات والجنح إلى محكمة الموضوع المختصة.

٧- إن المُشرّع في كل من مصر وفرنسا قد منح جهات قضائية حق النظر في الطعون المقدمة ضد قرارات قاضي التحقيق، لكي تميز القرارات الصحيحة، وتُبتّل القرارات الخاطئة، وهذه الجهات هي محكمة الجناح المُستأنفة المُنعقدة في غرفة المشورة في التشريع المصري، وغرفة التحقيق في التشريع الفرنسي.

ثانياً- التوصيات:

١- نوصي المُشرّع المصري بضرورة النص على تطبيق نظام قاضي التحقيق بشأن الجرائم الخطرة، لأنه يتمتع بالاستقلال القانوني، ويكون ذلك تدرجاً نحو الأخذ بنظام قاضي التحقيق في المستقبل.

٢- نوصي المُشرّع المصري بأن يسير على ما سار عليه المُشرّع الفرنسي من خلال إنشاء (غرفة التحقيق)، لتكون مختصة بإحالة الجنايات إلى المحكمة المختصة، وتكون رقيباً على قرارات قاضي التحقيق.

٣- نوصي المشرع المصري بضرورة تعديل تشكيل إدارة التفتيش القضائي التابعة لوزارة العدل، وأن تكون هذه التبعية لمجلس القضاء الأعلى؛ لأن تبعيتها لوزارة العدل يشكل خرقاً وإهداراً لمبدأ استقلال القضاء، لأن الجهة التي تدير أجهزة الإشراف القضائي في مصر هي السلطة التنفيذية.

٤- نوصي المشرع المصري بضرورة إحداث توازن بين حق كل من النيابة العامة والمتهم في الطعن في جميع قرارات قاضي التحقيق من غير تمييز، وذلك بمنح المُتهم حق الطعن بالاستئناف في قرارات قاضي التحقيق مثله مثل النيابة العامة.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع العربية:

- ١) إبراهيم حامد طنطاوي: التحقيق الجنائي من الناحيتين النظرية والعملية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.
- ٢) أحمد فتحي سرور: الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧م.
- ٣) أشرف توفيق شمس الدين: التوازن بين السلطة والحرية ووجوب تقييد سلطة النيابة العامة في التحقيق، دراسة نقدية للقانون المصري مقارناً بالقانونين الألماني والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥م.
- ٤) أشرف توفيق شمس الدين: شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥م.
- ٥) أمين عبد الرحمن محمود عباس: الإدارة القضائية في مجال الإجراءات الجنائية الداخلية، والخارجية، دراسة مقارنة، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ٢٠١٣م.
- ٦) برهان بدري رزق إبراهيم: دور الادعاء العام في الدعوى الجنائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بغداد، ١٩٩٩م.
- ٧) حسن صادق المرصفاوي: المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦م.
- ٨) رمضان إبراهيم عبد الكريم علام: مبدأ استقلال القضاء، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، عام ٢٠١٤م.
- ٩) زينب محمود حسين: نظم العلاقة بين سلطتي الاتهام والتحقيق، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، عام ٢٠١٧م.
- ١٠) سفيان عبدلي: ضمانات استقلالية السلطة القضائية بين الجزائر وفرنسا، بدون سنة ودار نشر.
- ١١) شريف أحمد الطباخ: التحقيق الجنائي في ضوء القضاء والفقه، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، عام ٢٠١٧م.

- ١٢) طلعت يوسف خاطر: استقلال القضاء حق الإنسان في اللجوء إلى قضاء مستقل، دار الفكر والقانون، المنصورة، عام ٢٠١٧م.
- ١٣) عبد الأحد جمال الدين و جميل عبد الباقي الصغير: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، عام ٢٠١٢م.
- ١٤) عبد المعطي حمدي عبد المعطي: الجوانب الموضوعية والإجرائية لغياب المتهم في مراحل الدعوى الجنائية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤م.
- ١٥) كامل حامد سعيد: شرح قانون أصول محاكمات الجزائية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨م.
- ١٦) مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨م.
- ١٧) محمد السيد الحفناوي: مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة، عام ٢٠١١م.
- ١٨) محمد زكي أبو عامر: الإجراءات الجنائية، الطبعة العاشرة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠م.
- ١٩) محمد عبد الشافي إسماعيل: استئناف قرارات سلطة التحقيق الابتدائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م.
- ٢٠) محمد عبد اللطيف فرج: شرح قانون الإجراءات الجنائية في مرحلة جمع الاستدلالات والتحقيق الابتدائي، بدون سنة ودار نشر.
- ٢١) محمد عيد الغريب: شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م.
- ٢٢) محمد عيد الغريب: قضاء الإحالة بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧م.
- ٢٣) محمد هاملي: استقلالية القضاء بين القانونيين الجزائري والفرنسي بعض التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، عام ٢٠١٨م.

- ٢٤) محمود نجيب حسني: تنقيح الدكتوراة فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م.
- ٢٥) محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م.
- ٢٦) مصطفى يوسف: الحماية القانونية للمتهم في مرحلة التحقيق، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٩م.
- ٢٧) ممدوح رشيد الرشيد العنزي: ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي في النظام السعودي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٩م.
- ٢٨) مروان صلاح مجيد: المركز القانوني لقاضي التحقيق في القانون العراقي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بنها، عام ٢٠١٨م.
- ٢٩) يسري محمد العصار: القرارات الإدارية للنيابة العامة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الخامس والسبعون، ٢٠٠٥م.

ثانياً- المراجع الأجنبية:

- 1) G. Gillie Ron: Comparative View Of Position Powers And Accountability Of Public Prosesutors Chapter 9, In Public Prosocutors In The United States And Europe, 2014.
- 2) Martine Herzog-Evans Et Gildas Roussel: Procédure pénale, Vuibert, 3^e Edition, 2012, p.68.
- 3) Pierre Chambon, Le juge d'instruction, Dalloz, 4^e Edition, 1973.
- 4) Gaston Stefani, Georges Levasseur Et Bernard Bouloc: Procédure pénale, Dalloz, 20 Edition, 2006.



زيادات الثقات في الأحاديث النبوية وأثرها في اختلاف الأحكام الفقهية

الدكتورة/ أميرة عبد الرحمن علي عمار*

المخلص:

تعددت أقوال العلماء في تعريف مصطلح "زيادة الثقات"، وبتتبع أقوالهم تبين أن المقصود بها الزيادة التي ينفرد بها أحد الرواة العدول الثقات، أو بعضهم من التابعين فمن بعدهم سواء كانت في الإسناد أم في المتن ويُشترط في الزيادة شروط للقبول، منها ما يتعلق بالراوي، ومنها ما يتعلق بالرواية كما أن هناك مصطلحات وثيقة الصلة بزيادة الثقات، تتفق معها في بعض الأوجه، وتختلف معها في بعضها الآخر، وقد حرر البحث الفرق بينها، وساق الأمثلة عليها.

زيادة الثقات تتعدد أسبابها، فالرواة يختلفون ضبطاً، وإتقاناً، كما قد تتعدد مجالسهم في سماع الزيادة، وغيرها من الأسباب التي وضحها البحث، مما يؤدي إلى وقوع لفظة زائدة، أو جملة في الحديث لم يسمعها غيره، وتتعدد أقسام الزيادة، فمنها ما يكون في الإسناد، ومنها ما يكون في المتن، وقد وضح البحث آراء العلماء في قبولها، مع بيان الرأي الراجح، والأمثلة الدالة عليها، واختلفت آراء العلماء في حكم زيادة الثقة في المتن اختلافاً شديداً؛ نظراً لما تشكّله من أهمية؛ إذ قد يختلف الحكم الشرعي في الحديث بسببها، وقد تفيد أحكاماً جديدة لم تكن في رواية من لم يزددها، وعرض البحث لآراء المحدثين والفقهاء والأصوليين، وخلص إلى أنه وإن نُسب إلى الجمهور منهم قبول الزيادة مطلقاً؛ إلا أنه عند تحقيق مذاهبهم وجدنا آراءهم اختلفت في قبول الزيادة، لاعتبارات متعددة، فوجه الترجيح كثيرة لا تتحصر، ولا يمكن قبول الزيادة إلا بعد النظر الدقيق خاصة إذا كان يترتب عليها حكم شرعي، احتياطاً لحديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم-، وتحرياً للأحكام المترتبة على هذه الزيادات كما عرض البحث لنماذج وتطبيقات على زيادة الثقات، مع عرض للروايات بالزيادة تارةً، ومن غيرها تارةً أخرى، مع ترجمة لرواة الزيادة ما لم يكونوا من رواة الصحيحين.

الكلمات المفتاحية: مفهوم زيادة الثقة - أسباب زيادة الثقة - أقسام زيادة الثقة - آراء العلماء في زيادة الثقة - تطبيقات على زيادة الثقات.

*أستاذة الشريعة الإسلامية المساعد بكلية البريمي الجامعية - المدرس بكلية الآداب - جامعة طنطا.



Increase Trusts in the Hadith and its Impact on Different Jurisprudential Judgments

Dr. Amira Abd-Elrahman Ali Ammar*

Abstract:

The number of scholars has varied in the definition of the term "Increase of Trust," and by following their words, it is clear that this is meant by the increase that is unique to one of the trustworthy narrators, or some of the followers. The conditions for acceptance must be increased, including those related to the narrator, including the narration.

Some of the terms related to the increase of trusts, in some respects agree with them, and differ with them in others, and the research has made a difference between them, and examples. The increase of trusts have multiple causes, as the narrators differ in their control, and their proficiency, as their councils may be varied in hearing the increase, and other reasons explained by the research, which leads to the occurrence of a redundant word or phrase in the Hadith not heard by others. There are multiple sections of the increase, some of which is in the attribution, time is what is in the text, and the research has clarified the views of scientists in their acceptance, with the statement of opinion and the most likely examples. The views of the scholars differed regarding the ruling on increasing trust in al-matn because of its importance. The Shar'i Ruling may differ from the Hadith because of it, and it may be useful for new rulings that were not in the narration of those who did not increase it. However, when their doctrines were found, they differed in accepting the increase for multiple reasons. If it entails a legitimate ruling, a precaution for the Hadith of the Messenger of Allah (peace and blessings of Allah be upon him), and it is a ruling on the rulings that result from these increases. Display the search for models and applications to increase trusts, with an increase of novels, and write them down, with translation to the surgeons unless they are the correct narrators.

Keywords: The Concept of Increasing Trust - Reasons to Increase Trust - Sections of Increasing Trust - Opinions of Scientists in Increasing Trust - Applications of Increasing Trusts.

*Assistant Professor of Islamic Law at Al-Buraimi University College -
Lecturer at the College of Arts - Tanta University.



مقدمة البحث

الحمد لله حمداً يليق بجلاله وعظيم آلائه، أشكره شكر الممتن على نعمه وعطائه، والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على أفضل رسله وأنبيائه، صلى الله عليه وعلى آله.

نظراً لأهمية السنة، واعتبارها المصدر الثاني للتشريع، وموقعها في تقرير الأحكام، فقد أولى العلماء الأجلّاء عنايتهم لها متناً وإسناداً، واستقصاءً لمعرفة ألفاظها وتحرير معانيها، لما يترتب على هذه الألفاظ والمعاني من الأحكام الفقهية المختلفة، فبذلوا وسعهم - رضي الله عنهم - في معرفة زيادات الألفاظ التي ينفرد بها الرواة، أو أحدهم وأخضعوها لقواعد القبول والرد؛ نظراً لتفاوت هؤلاء الرواة ضبطاً وعدالة، حفظاً وفقها، لمعرفة موقع هذه الزيادات في التوفيق بين النصوص، أو الترجيح بينها.

ومسألة زيادة الثقات ليست محلاً لاهتمام المحدثين فحسب، بل عنى بها السادة الفقهاء والأصوليون لما يتعلق بها من الأحكام، فاتفقوا في بعض المسائل، واختلفوا في بعضها الآخر.

أهمية الموضوع وسبب اختياره:

تعد زيادة الثقات فناً دقيقاً من فنون علم الحديث والفقه وأصوله، فقد أولى العلماء من المتقدمين والمتأخرين عناية فائقة به لما له من أهمية قصوى في ضبط الرواية ودقتها؛ إذ الرواة ليسوا جميعاً في مرتبة واحدة، وإنما أحرز السبق منهم من توفرت لديه الثقة والعدالة، والإتقان حتى حاز المرتبة العليا في الرواية، كما أن هذه الزيادة طالما صدرت ممن ثبت ثقته وضبطه، استحققت مزيداً من الاهتمام، لا سيما إذا تعلق بها حكم فقهي يُبنى على أثره كثير من المسائل الشرعية المتعلقة بفروع الأحكام العملية المتعددة، ومن ثم لم تتفق آراء العلماء سواء المحدثين أو الفقهاء والأصوليين في هذه المسألة على رأي واحد، إنما اختلفت وجهة نظرهم؛ نظراً للشروط التي اشترطها كل فريق منهم . كما أن كل رواية وردت بها زيادة سواء كانت في الإسناد أم المتن اختلف حكمها تبعاً للقرائن المحققة بها، فتعد معياراً لترجيح هذه الروايات على بعضها، فمنها

ما تعلق بالراوي، وكيفية سماعه، والمجلس الذي سمعها فيه، وانتباهه لها، ومدى تحريه لألفاظها، والتي قد يؤثر تغيير الإعراب فيها على تغيير المعنى و منها ما يتعلّق بالرواية نفسها، ومدى موافقتها ومخالفتها لما رواه الثقات، فقد تكون شاذة، وتارة تكون منكرة، وتارة تكون صحيحة.

ونظراً لأهمية هذا العلم، وشرف اتصاله بصاحب الشريعة، الذي صدرت منه الأحكام تشريعاً -صلى الله عليه وسلم- فقد أردتُ نوال قبس من أنواره ببيان بعض هذه الروايات والتي ترتب عليها أحكاماً شرعية، مع توضيح آراء العلماء فيها إسناداً ومنتأً، تحقيقاً للانتفاع بشريعته -صلى الله عليه وسلم- فقصدت إلى بيان بعض من هذه المسائل وبيان مواقع هذه الزيادات، وبيان آراء العلماء فيها، وأثرها في استنباط الأحكام الفقهية، داعية المولى عز وجل أن يمن على بالإخلاص والقبول إنه ولي ذلك ومولاه.

منهج البحث:

اعتمد البحث المنهج الوصفي التحليلي الذي يتتبع آراء العلماء، وتفصيل مذاهبهم وأدلة كل فريق منهم، والترجيح بينها، أما الناحية التطبيقية فقد تخيرت بعض النماذج من الأحاديث الشريفة فقمت بتخريجها من مظانها، مع بيان مواضع الزيادة فيها، وبيان الأحكام الفقهية المتعلقة بها.

الدراسات السابقة:

١. زيادة الثقة وما يتعلق بها من أحكام، أ.د/ محمد رأفت سعيد، دار الوفاء، المنصورة، ط(١) ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
٢. زيادة الثقات وموقف المحدثين والفقهاء منها دراسة نقدية موازنة، د/نور الله شوكت بيكر، رسالة دكتوراه، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م.
٣. الشاذ والمنكر وزيادة الثقة موازنة بين المتقدمين والمتأخرين، د/ عبد القادر مصطفى عبد الرازق المحمدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط(١)، ٢٠٠٥م.

٤. زيادات الثقات في متن الحديث النبوي الشريف وأثرها في الاختلاف الفقهي، د/سري زيد الكيلاني، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٣، العدد (١)، ٢٠٠٦م.

٥. زيادة الثقة وتطبيقاتها في الكتب الخمسة دراسة تطبيقية، د/ عمر ضامن عباس، بحث منشور في مجلة آداب الفراهيدي، العدد (٢٤)، ٢٠١٦م.

والملاحظ في هذه الدراسات أنها وإن اشتركت في جانبها النظري لموضوع البحث، إلا أن تناول المؤلفين لها يختلف باختلاف وجهة نظرهم في عرض النماذج والروايات التي اشتملت على زيادة الثقات، فقد تناولها أ.د/ محمد رأفت سعيد بعد تأصيل الجانب النظري بذكر وجوه الترجيحات بين بعض الروايات التي اشتملت على هذه الزيادات، أما د/ نور الله شوكت فقد اهتم في الجانب التطبيقي، الذي قسمه إلى مسائل فقهية بتخريج الروايات بالزيادة وبدونها تخريجا مفصلا، مع عرض لآراء العلماء في الزيادة وما ترتب عليها من أحكام، أما د/ عبد القادر المحمدي فقد اهتم بتحرير الألفاظ وثيقة الصلة بزيادة الثقات، مع عقد مقارنة بين آراء المحدثين المتقدمين منهم والمتأخرين لهذه المسائل، وترجيح رأي المتقدمين في هذه المسألة، وتطبيقات عملية عليها في كتب الرواية والعلل.

أما د/ سري الكيلاني فقد خصص بحثه بعد تأصيل الجانب النظري بدراسة الزيادة على المتن دون الإسناد، وطبق ذلك على بعض النماذج.

أما د/ عمر ضامن فقد قام بعد عرض الجانب النظري في المسألة، وآراء العلماء فيها لتطبيقات عملية في الكتب الخمسة (الصحيحان، والسنن، أبو داود والترمذي والنسائي) وبين من خلال هذه التطبيقات أن هناك زيادة الثقات لكنها مردودة لأسباب بينها في بحثه.

أما ما تناولته في بحثي لهذه المسألة بعد عرض الجانب النظري فيها ببيان رأي المحدثين والفقهاء والأصوليين، وبيان الرأي الراجح بأن كل زيادة في الإسناد والمتن لها حكم يخصها بعد استكمالها لقرائن الترجيح الخاصة بها، وقد عرض البحث

بالتفصيل لهذه المسألة، ثم طبقت ذلك على بعض النماذج التي اشتملت على زيادة الثقات ببيان الرواة اللذين انفردوا بالزيادة، وبيان درجتهم، مع عرض لآراء الفقهاء في هذه المسائل والتي حرصت أن تكون خاصة ببعض المسائل التي تخص المرأة قصداً للنفع بها، وتطبيقاً لسنة رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، والله تعالى أسأل الإخلاص والقبول.

خطة البحث:

يشتمل البحث على مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة.

المقدمة: في أهمية البحث وسبب اختياره منهج البحث والدراسات السابقة.
المبحث الأول: تعريف زيادة الثقة وشروط قبولها والألفاظ ذات الصلة بها

المطلب الأول: تعريف زيادة الثقة وشروط قبولها.

الفرع الأول: تعريف زيادة الثقة.

الفرع الثاني: شروط قبول زيادة الثقة.

المطلب الثاني: المصطلحات ذات الصلة بزيادة الثقات.

المبحث الثاني: أسباب زيادة الثقة وأقسامها وأحكامها.

المطلب الأول: أسباب زيادة الثقة.

المطلب الثاني: أقسام زيادة الثقة.

الفرع الأول: الزيادة في الإسناد.

الفرع الثاني: الزيادة في المتن.

المطلب الثالث: أحكام زيادة الثقة وآراء العلماء فيها.

الفرع الأول: أحكام زيادة الثقة عند المتقدمين من المحدثين.

الفرع الثاني: أحكام زيادة الثقات عند المحدثين والفقهاء والأصوليين.

المبحث الثالث: تطبيقات على زيادة الثقات، والأحكام المترتبة عليها.

المطلب الأول: لمس ثوب المصلي للحائض أثناء الصلاة والأحكام المترتبة على الزيادة.

الفرع الأول: الأحاديث الواردة في هذه المسألة.

الفرع الثاني: الأحكام الفقهية المترتبة على الزيادة.

المطلب الثاني: قبلة الصائم لامرأته والأحكام المترتبة على الزيادة.
الفرع الأول: الروايات الواردة في هذا الخصوص.
الفرع الثاني: الأحكام الفقهية المترتبة على الزيادة.
المطلب الثالث: المستحاضة والأحكام المترتبة على الزيادة.
الفرع الأول: المستحاضة تترك الصلاة إذا أقبلت الحيضة.
الفرع الثاني: الزيادة التي عينت صفة دم الحيض عن غيره.

المبحث الأول

تعريف زيادة الثقة وشروط قبولها والألفاظ ذات الصلة بها

تمهيد وتقسيم:

تعرض العلماء قديماً وحديثاً لمفهوم زيادة الثقة وتباينت تعريفاتهم في هذا الصدد، كما توجد بعض المصطلحات لها صلة ما بزيادة الثقات.
ومن ثم ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتحدث في الأول منهما عن تعريف زيادة الثقة وشروط قبولها، وفي الثاني عن الألفاظ ذات الصلة بها، على النحو الآتي:

المطلب الأول

تعريف زيادة الثقة وشروط قبولها

الفرع الأول

تعريف زيادة الثقة

تعددت أقوال العلماء في تعريف مصطلح زيادة الثقات، ويتبع أقوالهم نجدها تدور على انفراد الثقة بالزيادة في متن الحديث أو سنده، وهذه بعض من تعريفاتهم:

١. عرفها الإمام أبو عبد الله الحاكم النيسابوري فقال: "معرفة زيادات فقهية في أحاديث ينفرد بالزيادة فيها راو واحد، وهذا مما يعز وجوده وقل في أهل الصنعة من يحفظه" (١).
٢. وعرفها ابن رجب الحنبلي فقال: "وصورتها أن يروي جماعة حديثاً واحداً بإسناد واحد، ومتن واحد، فيزيد بعض الرواة فيه زيادة لم يذكرها بقية الرواة" (٢).
٣. ويتفق الحافظ ابن كثير مع التعريفين السابقين، فزيادة الثقة عنده: انفراد الراوي بزيادة في الحديث عن بقية الرواة عن شيخ لهم" (٣).
٤. كما عرفها الخطيب البغدادي أنها: "خبر العدل إذا انفرد برواية زيادة فيه لم يروها غيره" (٤).
٥. أما الحافظ ابن حجر فقيد الزيادة بكونها صدرت من التابعين فمن بعدهم فيقول: الذي يبحث فيه أهل الحديث في هذه المسألة إنما هو زيادة بعض الرواة فمن بعدهم" (٥).

أما تعريفات العلماء المحدثين فهي كالآتي:

١. عرفها الشيخ أحمد شاكر بأنها: رواية العدل الثقة حديث بزيادة لم يروها غيره من العدول الذين رووا الحديث نفسه، أو رواه الثقة العدل نفسه مرة باختصار ومرة زائداً (٦).

(١) معرفة علوم الحديث، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحافظ النيسابوري، ص ١٣٠، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط (٤)، ١٩٨٠م.

(٢) شرح علل الترمذي، زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن البغدادي، ابن رجب الحنبلي، ٣/١، تحقيق د/ همام سعيد، مكتبة الرشيد، د ت، دن.

(٣) اختصار علوم الحديث، ابن كثير الدمشقي، ١/١٩٠، ط (١)، دن.

(٤) الكفاية في علم الرواية، الخطيب البغدادي ص ٤٦٤، تحقيق د/ أحمد عمر هاشم، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٥م.

(٥) النكت على كتاب ابن الصلاح، أحمد بن حجر العسقلاني ٢/٩٦١، تحقيق/ ربيع هادي عمير، دار الراجعية، الرياض، ط (٢)، ١٩٨٨م.

(٦) الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث، ص ٦٣.

٢. وعرفها الشيخ محمد أبو شهبه بأنها: "أن يروي أحد الرواة زيادة لفظة، أو جملة في متن الحديث لا يرويها غيره"^(٧).

تعقيب على التعريفات السابقة:

بنظرة متأملة لهذه التعريفات سواء المتقدمين أم المتأخرين يتبين لنا أن بعض العلماء أطلق الزيادة، بينما قيدها بعضهم بعدة قيود، فالحاكم -رحمه الله- قيد الألفاظ المزيدة بكونها فقهية، بينما قيد الخطيب البغدادي راوي الزيادة بوصفه بالعدالة، أما الحافظ ابن حجر فيفهم من كلامه أن المنفرد بالزيادة قد يكون واحداً، وقد يتابعه على روايته أكثر من راوٍ، فيوافق بذلك ابن رجب -رحمه الله- بينما نور الدين عتر وصف راوي الزيادة بالثقة.

ومن خلال هذه التعريفات يتبين أن المقصود بزيادة الثقات هي التي ينفرد بها أحد الرواة العدول الثقات، أو بعضهم من التابعين فمن بعدهم سواء كانت في الأسناد أم في المتن.

الفرع الثاني

شروط قبول زيادة الثقة

يترتب على ذلك أن الزيادة يُشترط لها شروط للقبول، منها ما يتعلق بالراوي، ومنها ما يتعلق بالرواية^(٨).

أما ما يتعلّق بالراوي فهي:

١. **العدالة:** جمع الخطيب البغدادي -رحمه الله- شروط عدالة الراوي، مستنداً في ذلك لحديث رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بقوله: "من عامل الناس فلم يظلمهم،

(٧) الوسيط في علوم ومصطلح الحديث، د/ محمد محمد أبو شهبه، ص ٣٧٣، عالم المعرفة، جدة ١٩٨٣م.

(٨) سيأتي تفصيل القول فيها عند ذكر الزيادة في المتن.

وحدثهم فلم يكذبهم، ووعدهم فلم يخلفهم، فهو من كملت مروءته، وظهرت عدالته، ووجبت أخوته، وحرمت غيبته" (٩).

مع الأخذ في الاعتبار أن درجات العدالة ليست واحدة في كل الرواة، وإنما تختلف زيادة ونقصاناً تبعاً لتقسيم العلماء لمراتب الجرح والتعديل لهؤلاء الرواة (١٠).
٢. الضبط: وكما اختلفت مراتب العدالة، فكذلك الضبط مراتب متفاوتة قوة وضعفاً، ويعرف ضبط الراوي بسبر أحاديثه، وعرضها على رواية غيره لمعرفة مدى موافقته ومخالفته لمروياتهم، فإذا شارك أهل الحفظ في الحديث ووافق حديثهم ولو من

(٩) أخرجه الشهاب القضاعي في مسنده، من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه، ٣٢٢/١ (٥٤٣) أبو عبد الله محمد بن سلامة القضاعي.

تحقيق/ حمدي بن عبد المجيد السلفي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط(٢)، ١٩٨٦م، وانظر الكفاية في علم الرواية، أبو بكر أحمد بن علي، الخطيب البغدادي، تحقيق/ أبو عبدالله السورقي، إبراهيم حمدي المدني، المكتبة العلمية، المدينة المنورة، دت، دن.

(١٠) وقد قسم ابن أبي حاتم في مقدمة كتابه "الجرح والتعديل" كلاً من مراتب الجرح والتعديل إلى أربع مراتب، وبين حكم كل مرتبة منها، ثم زاد العلماء على كل من مراتب الجرح والتعديل مرتبتين، فصارت كل من مراتب الجرح والتعديل ستاً، ولكل مرتبة من هذه المراتب ألفاظ تدل عليها، فالمبالغة في التوثيق أو ما كان على وزن أفعل، وهي أرفعها، ثم ما تأكد بصفة، أو صفتين من صفات التوثيق: كثرة ثقة، ثم ما دل على التعديل من دون إشعار بالضبط: كصدوق، وهذه المراتب يحتج بأهلها، وإن كان بعضهم أوثق من بعض، وفي مقابلها مراتب الجرح مما دل على التلبيين: (وهي أسهلها في الجرح) مثل فلان لئيب الحديث أو فيه مقال، ثم ما صرح بعدم الاحتجاج به وشبهه: مثل فلان لا يحتج به، أو ضعيف، أوله مناكير، ثم ما صرح بعدم كتابته حديثه ونحوه: مثل فلان لا يكتب حديثه، فبعضهم أقل من بعض، فمنهم من لا يُحْتَجُّ بحديثهم طبعاً لكن يكتب حديثهم للاعتبار فقط، ومنهم من لا يصلح لكتابة حديثه ولا للاعتبار، راجع بالتفصيل الباعث الحديث شرح اختصار علوم الحديث، الشيخ أحمد شاکر، ص ١١٩، ١١٨، القاهرة، ط(٢)، ١٩٥١م، وعلوم الحديث ومصطلحه، د/ صبحي الصالح، ص ٨٣، ١٣٧، دار العلم للملايين، ط(١١)، ١٩٧٩م.

حيث المعنى، فهو ضابط ولا تضر مخالفته النادرة لهم، فإن كثرت مخالفته لهم، وندرت الموافقة اختل ضبطه ولم يُحتج بحديثه^(١١).

المطلب الثاني

المصطلحات ذات الصلة بزيادة الثقات

ثمة بعض المصطلحات وثيقة الصلة بزيادة الثقات، تتفق معها في بعض الأوجه، وتختلف معها في البعض الآخر، وأهمها:
أولاً- الحديث الشاذ:

أول من عرف الحديث الشاذ الإمام الشافعي -رحمه الله- وتابعه في تعريفه جمع من العلماء فقال: "ليس الشاذ من الحديث أن يروي الثقة ما لا يرويه غيره، هذا ليس بشاذ، إنما الشاذ أن يروي الثقة حديثاً يخالف فيه الناس"^(١٢).

وممن وافق الإمام على تعريفه الحافظ ابن حجر - رحمه الله - فيقول: "الشاذ ما رواه المقبول مخالفاً لمن هو أولى منه، وهذا هو المعتمد في تعريف الشاذ"^(١٣).
ومن خلال هذين التعريفين يتبين لنا أوجه الاتفاق والاختلاف بين الشاذ وزيادة الثقة.

فزيادة الثقات انفراد الراوي الثقة العدل بزيادة في متن الحديث أو إسناده لم يذكرها غيره، بينما الشاذ انفراد الثقة بزيادة مخالفة لما رواه الأثبات، فالفارق بينهما المخالفة.

(١١) الرسالة، محمد بن إدريس الشافعي، ص ١٥٣، تحقيق/ أحمد شاکر، مصطفى الحلبي، القاهرة، ط(١)، ١٣٥٨هـ، الوسيط في علوم ومصطلح الحديث، محمد محمد أبو شُهبة، دار الفكر العربي.

(١٢) الأم، محمد بن إدريس الشافعي، ٣٦٠/٧، دار المعرفة، بيروت، ط(٢)، ١٣٩٢هـ.

(١٣) نزهة النظر بشرح نخبة الفكر، أحمد بن حجر العسقلاني، ص ٥١، تحقيق/ نور الدين عتر، المكتبة العلمية، المدينة المنورة، د ت، د ط.

وقد فصل الإمام النووي -رحمه الله- الفارق بينهما فقال: "فإن كان الراوي بتفرده مخالفاً أحفظ منه، وأضبط، كان شاذاً مردوداً، وإن لم يخالف الراوي فإن كان عدلاً حافظاً موثقاً بضبطه، كان تفرده صحيحاً، وإن لم يوثق بضبطه، ولم يبعد عن درجة الضابط، كان حسناً، وإن بعد كان شاذاً مردوداً"^(١٤).

ويترتب على ذلك أن الشاذ المخالف لرواية الثقات حكمه الرد لعدم ضبطه^(١٥).

ومثاله: ما أخرجه الدار قطني - رحمه الله- عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - "كان يقصر في السفر ويتم، ويفطر ويصوم"^(١٦). وهذا الحديث قد وقع الشذوذ فيه سنداً وممتاً، وإن كان الدار قطني أحد أعلام الحديث قد انفرد بتصحيحه في سنده، فخالف ما اتفق عليه الثقات أنه عن عائشة - رضي الله عنها - من فعلها، غير مرفوع إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وخالف في منته؛ لأن الثابت عند الثقات مواظبته - صلى الله عليه وسلم - على قصر الصلاة في السفر.

وهذا ما قرره الحافظ ابن حجر -رحمه الله- بقوله: "والمحفوظ من فعلها - رضي الله عنها- أي أنه موقوفاً عليها -رضي الله عنها- وليس من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم"^(١٧).

^(١٤) تقريب النواوي بشرحه تدريب الراوي، جلال الدين أبو عبد الرحمن السيوطي، ٢٣٦، ٢٣٥/١،

تحقيق/ عبد الوهاب عبد اللطيف، منشورات المكتبة العلمية، المدينة المنورة، ط(٢)، ١٩٧٢م.

^(١٥) راجع علوم الحديث، عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو بن الصلاح، ص٧٩، تحقيق/ نور

الدين عتر، دار الفكر، دمشق، د ط، ١٩٨٦م.

^(١٦) أخرجه الدارقطني في سننه كتاب الصيام، باب القبلة للصائم ١٦٣/٣ (٢٢٩٨). أبو الحسن

علي بن عمر، الدارقطني، تحقيق/ شعيب الأرنؤوط، وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط(١)

٢٠٠٤م.

^(١٧) بلوغ المرام من أدلة الأحكام، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ١/١١١، (٤٣١)،

تحقيق/ سمير أمين الزهيري، دار أطلس، الرياض، ط(٣)، ٢٠٠٠م.

ثانياً - المنكر:

الحقيقة أن عبارات المحدثين اختلفت في استعمال المنكر، فمنهم من أطلق المنكر على مجرد تفرد الراوي بالرواية، وإن كان ثقة، كالإمام أحمد بن حنبل - رحمه الله - والذي أطلق على تفرد أفلح بن حميد الأنصاري أحد رجال الصحيحين الثقات منكرًا^(١٨).

ووافقه الرأي الإمام النسائي - رحمه الله - الذي حكم على رواية أبي الزبير المكي بالمنكرة لتفرد بها^(١٩).

بينما ذهب أكثر المحدثين وعلى رأسهم ابن حجر - رحمه الله - إلى أن المنكر هو تفرد الضعيف المخالف لرواية الثقات، فهو ضعيف جداً؛ لأنه رواية ضعيف من وجه، ثم ازداد بالمخالفة ضعفاً، ولذا نراه قد استدرك على الحافظ ابن الصلاح في تسويته بين الشاذ والمنكر فيقول: "الشاذ والمنكر يجتمعان في اشتراط المخالفة، ويفترقان في أن الشاذ رواية ثقة، أو صدوق، والمنكر رواية ضعيف، وقد غفل من سوى بينهما.

مثاله: ما رواه ابن أبي حاتم من طريق حبيب بن حبيب، أخي حمزة الزيات، عن أبي إسحاق، عن العيزار بن حريث، عن ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "من أقام الصلاة وآتى الزكاة، وحج وصام وقرى الضيف دخل الجنة"^(٢٠).

(١٨) هدي الساري مقدمة فتح الباري، أحمد بن حجر العسقلاني، ١١٧/٢ المطبعة المنيرية، مصر، دت.

(١٩) راجع سبل السلام شرح بلوغ المرام، محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني ٣٢٣/٢، ط(٣)، مصر.

(٢٠) أخرجه ابن حاتم في علله، علل أخبار رويت في الدعاء ٣٥٩/٥ (٢٠٤٤)، أبو محمد عبد الرحمن، الرازي ابن أبي حاتم، تحقيق فريق من الباحثين بإشراف وعناية د/ سعد بن عبد الله الحميد، مطابع الحميضي، ط(١)، ٢٠٠٦م.

قال أبو حاتم: هو منكر؛ لأن غيره من الثقات . حبيب بن أبي حبيب، رواه عن أبي إسحاق موقوفاً، وهو المعروف^(٢١).

ونخلص من ذلك إلى: أن كلاً من الشاذ والمنكر لكل منهما مقابل، فالشاذ، الذي رواه الثقة مخالفاً لمن هو أرجح منه لمزيد ضبط، أو كثرة عدد، أو غير ذلك من وجوه الترجيح يقابله المحفوظ، والمنكر الذي رواه الضعيف مخالفاً للثقات يقابله المعروف الذي رواه الثقات مخالفاً للراوي الضعيف^(٢٢).

ثالثاً- المدرج:

وهو ما اطلع في متنته، أو إسناده على زيادة ليست منه^(٢٣)، وذلك بأن يدخل الراوي كلامه على أصل كلام المروي عنه، متصلاً به غير منفصل بذكر قائله، بحيث يلتبس على من لم يعرف الحال، فيتهم أن الجميع من ذلك الأصل المروي عنه^(٢٤). والإدراج قد يكون في السند أو المتن، وله دواع متعددة منها:

أ. تفسير بعض الألفاظ الغريبة في الحديث، وغالباً ما يقع في وسط الحديث.

مثاله: ما رواه النسائي من حديث فضالة مرفوعاً "أنا زعيم، والزعيم الحميل، لمن آمن بي وأسلم... وجاهد في سبيل الله...."^(٢٥).

فهذه اللفظة (والزعيم الحميل) ليست من كلام رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وإنما أدرجها ابن وهب، أحد رواة الحديث، تفسيراً للفظ في الرواية.

(٢١) انظر: تدريب الراوي شرح تقريب النواوي، أبو بكر عبد الرحمن السيوطي ٢٤٠/١، المكتبة العلمية، المدينة المنورة، ط(٢)، ١٩٧٢م.

(٢٢) انظر: علوم الحديث، أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن الشهرزوري، ص ٨١، تحقيق/ نور الدين عتر، دار الفكر المعاصر، بيروت، ١٩٨٦م.

(٢٣) انظر: الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث، ص ٨٠، د/ أحمد شاکر، ط(٢)، القاهرة، ١٩٥١م.

(٢٤) انظر: معرفة علوم الحديث، أبو عبد الله الحاكم النيسابوري ص ٣٩، نشر الأستاذ معظم حسين، ط(٢)، حيدر آباد، ١٩٧٧م.

(٢٥) أخرجه النسائي في سننه كتاب الجهاد. باب ما لمن أسلم، ٢١/٦ (٣١٣٣).

ب. وقد يكون الإدراج بياناً لحكم شرعي، أو استنباطاً له، كحديث أبي هريرة - رضي الله عنه- قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أسبغوا الوضوء، ويل للأعقاب من النار"^(٢٦)، فعبارة "أسبغوا الوضوء" من كلام أبي هريرة رضي الله عنه غير مرفوعة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وهذه الزيادات يجيزها الرواة كالزهري وغيره، إذا كان لها مسوغ، أما تعدد الإدراج لغير هذه الدواعي فمحظور^(٢٧).

فالحديث المدرج وإن كان فيه زيادة لفظية، أو جملة في الحديث إلا أنها تفرق عن زيادة الثقة في أمور منها:

أ - أن زيادة الثقة ما ينفرد بها الرواة العدول الثقات من التابعين فمن بعدهم، أما المدرج فقد يأتي من الصحابة -رضي الله عنهم- أو من غيرهم، وزيادة الصحابة رضي الله عنهم مقبولة بلا خلاف^(٢٨).

ب - إذا كان الإدراج جائزاً عند وجود الدواعي له كما سبق، إلا أن تعدد الإدراج لغير هذه الأسباب غير مقبول؛ لأن الحديث في أصله خال منها، إذ أنه ليس من كلام النبي -صلى الله عليه وسلم- بخلاف زيادة الثقة.

^(٢٦) أخرجه بعض الرواة بدون فصل بين كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم كالبيهقي في سننه، كتاب الطهارة، باب فرض الرجلين الغسل ١/١١٢ (٣٢١) في حين أن الحديث متفق عليه بعد أن وضع الشيخان فصل اللفظ النبوي من لفظ أبي هريرة رضي الله عنه، انظر صحيح البخاري كتاب الوضوء، باب غسل الأعضاء ١/٤٤ (١٦٥).

^(٢٧) انظر تدريب الراوي شرح تقريب النواوي، السيوطي، ص ٩٨، مصر، ١٣٠٧هـ، وشرح ألفية العراقي في علوم الحديث، عبد الرحمن بن أبي بكر الحنفي، ١/١٤٠، تحقيق د/ شادي محمد، مركز النعمان للبحوث، ط(١)، ٢٠١١م.

^(٢٨) النكت على مقدمة ابن الصلاح، أبو الفضل علي بن أحمد بن حجر، ٢/٦٩١، عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ط(١)، ١٩٨٤م.

المبحث الثاني

أسباب زيادة الثقة وأقسامها وأحكامها

تقسيم:

يشتمل هذا المبحث على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

أسباب زيادة الثقة

وهذه الزيادة التي تأتي من الثقات في الحديث قد تتعدد أسبابها، فهؤلاء الثقات، وإن بلغوا درجة الضبط والإتقان، إلا أن درجات الضبط تختلف من راوٍ لآخر لاختلافهم في التلقي والفهم والحفظ، كما أنه قد تتعدد المجالس لرسول الله -صلى الله عليه وسلم-، فقد يحضر أحدهم مجلساً قيلت فيه هذه الزيادة لم يحضره الآخر، أو ربما قد يكون عرض له شاغل في المجلس، فغفل عن هذه الزيادة التي حفظها غيره، وقد لخص الإمام الغزالي -رحمه الله- هذه الأسباب مجتمعة لزيادة الثقات في الحديث فقال: "فلعل رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ذكره في مجلسين، فحيث ذكر الزيادة لم يحضر إلا الواحد، أو كرر في مجلس واحد وذكر الزيادة في إحدى الكرتين، ولم يحضر إلا الواحد، ويحتمل أن يكون راوي النقص ذهل في أثناء المجلس فلم يسمع التمام، أو اشتركوا في الحضور ونسوا الزيادة إلا واحداً، وربما طرأ في أثناء الحديث سبب شاغل مدهش، فغفل به البعض عن الأصغاء، فيختص بحفظ الزيادة المقبل على الإصغاء"^(٢٩).

فكلها أسباب ممكنة تؤدي إلى اختلاف الرواة في الرواية، مما يؤدي إلى وقوع لفظة زائدة، أو جملة في الحديث لم يسمعها غيره.

(٢٩) المستصفي من علم الأصول، أبو حامد الغزالي ١/١٦٨، المطبعة الأميرية، مصر، ط(١)،

مثال ذلك: ما رواه عتبة بن عامر قال: كانت علينا رعاية الإبل، فكانت نوبتي أن أرهاها فروحتها بيّتي، فأدرت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يحدث الناس، فأدرت من قوله -صلى الله عليه وسلم-: "ما من مسلم يتوضأ، فيحسن وضوءه، ثم يصلي ركعتين، يقبل عليهما بقلبه ووجهه إلا وجبت له الجنة"، فقلت ما أجود هذا، فإذا عمر بن الخطاب بين يدي يقول: التي قبلها أجود، قال: "ما من أحد يتوضأ، ثم يقول: أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، إلا فتحت له أبواب الجنة يدخل من أيها شاء" (٣٠).

المطلب الثاني

أقسام زيادة الثقة

تقسيم:

قسم العلماء (٣١) زيادة الثقات إلى قسمين:

القسم الأول: الزيادة في الإسناد، القسم الثاني: الزيادة في المتن وعليه يشتمل

هذا المطلب على فرعين:

(٣٠) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطهارة، باب الذكر المستحب عقب الوضوء ١/ ٢٠٩/ (٢٣٤).

(٣١) وقد ذكر هذا التقسيم د/ نور الدين عتر من العلماء المحدثين وقال: هذا التقسيم هو الذي نرجحه ونأخذ به، لأنه يوافق قواعد المحدثين، ومنهم الترمذي، مع العلم أن الإمام الترمذي لم يقسم زيادة الثقة، وكأن د/ نور الدين فهمه من منهجه حيث اشترطوا في الحديث الصحيح والحسن ألا يكون شاذاً، فالزيادة المنافية تخضع لقانون الترجيح، فإذا كانت مرجوحة فهي غير مقبولة، فلا بد من تقييد قبولها بكونها غير منافية، انظر منهج النقد في علوم الحديث، نور الدين عتر، ٤٢٣، ٤٢٥، والإمام الترمذي والموازنة بين جامعهم وبين الصحيحين، د/ نور الدين عتر، ص ١٣٣، ١٣٨، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ط (١)، ١٩٧٠ م.

الفرع الأول

الزيادة في الإسناد

الزيادة في الإسناد مفادها: أن يروي عدد من الرواة حديثاً مرسلًا، أو موقوفاً وينفرد راو ثقة عنهم، فيرويه موصولاً أو مرفوعاً أو أن يزيد راو في الإسناد رجلاً لم يذكره غيره^(٣٢).

حكم الزيادة في الإسناد:

هذا وقد اختلفت آراء العلماء في الاعتداد بهذه الزيادة على أقوال:

الأول: وهو قول كثير من المحققين من أئمة الحديث، وأكثر أهل الفقه والأصول، ترجيح الرواية الموصولة على المرسلة، والمرفوعة على الموقوفة، إذا كان راويهما حافظاً متقناً ضابطاً؛ لأنه من باب زيادة الثقة؛ ولأن راويهما معهما زيادة علم على غيرهما، فمن حفظ حجة على من لم يحفظ، ما لم تكن هناك قرينة تدل على إرساله أو وقفه^(٣٣).

الثاني: رد الزيادة والحكم لمن أرسله، أو وقفه^(٣٤)، ويكون من باب ترجيح الجرح على التعديل، فالإرسال جرح للوصل، والوقف جرح للرفع^(٣٥).

(٣٢) منهج النقد في علوم الحديث، نور الدين عتر، ص ٢٣، دار الفكر، دمشق.

(٣٣) الكفاية في علم الرواية، الخطيب البغدادي، ص ٥٨١، تحقيق/ محمد حافظ التيجاني، مطبعة السعادة، مصر، دت، دن، وفتح المغيث شرح ألفية الحديث، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي، ١/١٦٨، تحقيق/ عبد الرحمن عثمان، ط(٢)، ١٩٦٨م، شرح التبصرة والتذكرة، عبد الرحيم بن الحسين العراقي ١/ ٢٣٣، تحقيق/ عبد اللطيف همايم، وماهر الفحل دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢.

(٣٤) وهذا القول نسبه الخطيب البغدادي لأكثر أهل الحديث.

(٣٥) الكفاية في علم الرواية، مرجع سابق ص ٥٨٠، وفتح المغيث، ١/١٩٤، وشرح ألفية الأثر، عبد الرحمن بن أبي بكر، السيوطي، ص ٢٩، تحقيق/ أنيس أحمد طاهر، مكتبة العزباء، المدينة المنورة، ط(١)، ١٩٩٩م.

الثالث: قبول الزيادة باعتبار المرجحات، فمنهم من قبلها بشرط أن يكون راويها أحفظ^(٣٦)، ومنهم من رجح رواية الأكثر عدداً^(٣٧)؛ لأن رواية الجمع، إذا كانوا ثقات، أتقن وأقرب للصواب، وهذا ما رجحه الحافظ العلائي - رحمه الله - فيقول: إن الجماعة إذا اختلفوا في إسناد حديث كان القول فيهم للأكثر عدداً، أو للأحفظ و الأتقن، لبعدهم عن الغلط والسهو، وذلك عند التساوي في الحفظ والإتقان، فإن تفارقوا واستوى العدد فالى قول الأحفظ والأتقن، وهذه قاعدة متفق على العمل بها عند أهل الحديث^(٣٨).

الرأي الراجح:

بالرغم من اختلاف وجهات نظر المحدثين في قبول الزيادات وردها، إلا أن المنتبغ لتربحياتهم يجدها تختلف باعتبار القرائن المحققة بالحديث، فلا توجد قاعدة مطردة سار عليها العلماء في قبول الزيادة؛ بل كل زيادة لها حكم يخصها، فتارة يرجحون المرفوعة، وتارة الموقوفة، وتارة يرجحون المرسلة، وتارة الموصولة.

وأرى أنه ينبغي دراسة كل حديث على حدة، والحكم عليه بما يتسق وفق هذه القرائن والمرجحات، كما أن الحكم لا يتأتى إلا ممن توفرت لديه الخبرة والدراية الكاملة بالأسانيد والمتون حتى يستطيع أن يحكم حكماً صحيحاً على هذه الزيادات.

مثال ذلك: ما رواه مالك بن أنس، عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثاً أم أربعاً؟ فليصلي ركعة، وليسجد سجدتين وهو جالس، قبل التسليم، فإن كانت

^(٣٦) وهذا القول نقله ابن رجب الحنبلي في شرحه لعلل الترمذي عن الإمام أحمد بن حنبل، راجع شرح علل الترمذي، ابن رجب الحنبلي ١/٢١١، تحقيق د/ همام عبد الرحيم سعيد، مكتبة المنار، الأردن، ط(١)، ١٩٨٧ م.

^(٣٧) وهو قول الحاكم نقله عن أئمة الحيث، انظر المدخل إلى الإكليل، أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، ص ٤٠، تحقيق د/ فؤاد عبد المنعم، المكتبة التجارية، د.ت.

^(٣٨) انظر نظم الفوائد لما تضمنه حديث ذي اليمين من الفوائد، أبو سعيد بن خليل بن كيكليدي العلائي، ص ٣٦٧، تحقيق/ كامل شطيب الراوي، مطبعة الأمة، بغداد، ١٩٨٦ م.

الركعة التي صلى خامسة، شفعها بهاتين السجدين، وإن كانت رابعة فالسجدتان ترغيم للشيطان" (٣٩).

وقد اختلف العلماء في وصله، وإرساله على الإمام مالك بن أنس، إذ رواه جماعة من العلماء عن عطاء بن يسار به مرسلاً، ورواه الوليد بن مسلم، ويحيى بن راشد المازني، عن مالك، عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه به متصلاً.

والراجح من هذه الروايات الوصل، وإن كان الإرسال أكثر، وهو الصحيح من رواية مالك (٤٠) إلا أنه قد تابع الإمام مالك على وصله جماعة من العلماء، كما اجتمعت فيه مجموعة من المرجحات منها: عدد وشدة حفظ من وصله، كما صرح به الحافظ ابن عبد البر فقال: "والحديث متصل مسند صحيح لا يضره تقصير من قصر به في اتصاله، لأن الذين وصلوه حفاظ مقبولة زيادتهم" (٤١).

ووافق ابن عبد البر على وصله جماعة من العلماء الحفاظ الأثبات، كأحمد، والدارقطني رحمهما الله (٤٢) هذا من ناحية إسناده.

وقد ترتب على ترجيح الرواية المتصلة على المرسله أحكاماً فقهية تتعلق بالرواية، منها:

(٣٩) أخرجه مالك في موطأه كتاب الصلاة، باب اتمام المصلي ما ذكر إذا شك في صلاته ١/٩٥ (٦٢)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٨٥ م.

(٤٠) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ابن عبد البر النمري ٥/٢١، تحقيق/ مصطفى أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، ط(٢)، ١٩٨٢ م.

(٤١) التمهيد، المرجع السابق ٥/١٩.

(٤٢) العلل الواردة في الأحاديث النبوية، أبو الحسن الدارقطني ١١/٢٦٠، (٢٢٧٤) تحقيق د/ محفوظ الرحمن زين الله، دار طيبة، الرياض، ط(١)، ١٩٨٥ م.



١. ذهب أكثر الفقهاء^(٤٣) إلى تصحيح الرواية الموصولة التي وردت من طريق أبي سعيد الخدري -رحمه الله- بأن لها شاهداً رواه عبد الله بن بحينة -رضي الله عنه- قال: "صلى لنا رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ركعتين من بعض الصلوات، ثم قام فلم يجلس، فقام الناس معه، فلما قضى صلاته، ونظرنا تسليمه كبر فسجد سجدتين، وهو جالس قبل التسليم، ثم سلم"^(٤٤).

وهذا الحديث صريح في أن السجود من النقص موضعه قبل السلام.
٢. ما اختاره بعض السلف، وذهب إليه أبو حنيفة -رحمه الله-^(٤٥)، أن سجود السهو موضعه بعد السلام.

ودليلهم على ذلك: حديث المغيرة بن شعبة -رضي الله عنه- أنه نهض في الركعتين؛ فسيح به من خلفه، فأشار إليهم: قوموا، فلما فرغ من صلاته، وسلم، ثم سجد سجدتين للسهو؛ فلما انصرف قال: "رأيت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يصنع كما صنعت"^(٤٦).

وحديث ذي اليمين: "أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- انصرف من اثنتين فقال له ذو اليمين أقصرت الصلاة يا رسول الله أم نسيت؟ فقال: (أصدق ذو اليمين) فقال الناس نعم فقام رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فصلى ركعتين أخريين ثم سلم

^(٤٣) الأم، محمد بن إدريس الشافعي ١/ ١٣٠، والمهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي ١/ ١٧٣، دار الكتب العلمية، دت، دن.

^(٤٤) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الصلاة، باب السهو في الصلاة والسجود له ١٨٣/٢ (١٢٠٦)، دار الجيل، بيروت ١٣٨٤هـ.

^(٤٥) الحجة على أهل المدينة، محمد بن الحسن ١١٢/٢، دار المعرفة، بيروت حسن الشيباني ٢٢٣/١، تعليق مهدي الكيلاني، عالم الكتب، بيروت، ط(٣)، ١٩٨٣م، والمبسوط، شمس الدين أبو بكر محمد بن سهل السرخسي ط(٢)، بيروت، ١٩٨٢م.

^(٤٦) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الصلاة، باب في الإمام ينهض في الركعتين ناسياً، ١٩٨/٢، قال أبو عيسى رحمه الله: والعمل على هذا عند أهل العلم، ومن رأى السجود قبل التسليم، فحديثه أصح.

ثم كبر ثم سجد مثل سجوده أو أطول ثم رفع ثم كبر فسجد مثل سجوده ثم رفع^(٤٧)، وفيه دليل أن السجود من الزيادة موضعه بعد السلام.

٣. التفصيل بين الزيادة والنقص، وهو مذهب مالك، والشافعي في أحد قوليه ورواية عن أحمد رحمهم الله، فالسجود إذا كان عن نقص، فموضعه قبل السلام^(٤٨)، وهو ما دل عليه حديث عبد الله بن بحينة -رضي الله عنه- السابق، فحملوا عليه كل نقص حدث في الصلاة، أما حديث ذي اليمين فحملوا عليه كل زيادة حدثت في الصلاة.

ومن ثم ندرك اختلاف الفقهاء في حكم سجود السهو؛ نظراً لتعدد الروايات، واختلاف وجهات نظرهم فيها، فمنهم من رجح الرواية الموصولة، وهذا لا ينافي صحة الروايات الأخرى، ولكن قرائن ومرجحات الموصولة كانت أقوى، فتعضدت بها.

الفرع الثاني الزيادة في المتن

الزيادة في المتن هي: أن يروي أحد الرواة، أو بعضهم زيادة لفظة، أو جملة في متن الحديث لا يرويها غيره^(٤٩).

أسباب الزيادة في المتن:

الزيادة التي يزيد بها الرواة في المتن لها عدة أسباب محتملة، فالرواة ليسوا على درجة واحدة من الحفظ والضبط، كما أنه يطرأ على ذهن الراوي ما يشغله عن سماع الرواية بتمامها، أو يعرض له خاطر يصرفه عن الانتباه إليها، وقد جمع الإمام الغزالي

^(٤٧) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلاة، باب إجازة خبر الواحد الصدوق، ٢٦٤٨/٦ (٦٨٢٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، دار ابن كثير، بيروت، ط(٣)، ١٩٨٧م. ^(٤٨) المدونة الكبرى، مالك بن أنس ١/١٣٤، دار صادر، بيروت، والمجموع شرح المهذب، أبو زكريا محي الدين النووي ٤/١٠٨، وما بعدها، دار الفكر، والمغني، ابن قدامة الحنبلي، ١/٧٠٠، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ.

^(٤٩) انظر شرح التبصرة والتذكرة، عبد الرحيم بن الحسين العراقي، ١/٢٦٥، تحقيق د/ عبد اللطيف هميم، ماهر الفحل، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢م، وفتح الباقي على ألفية العراقي، زكريا الأنصاري ١/٢٥٣، تحقيق/ ماهر الفحل، دار الكتب العلمية ٢٠٠٢م.

-رحمه الله- هذه الأسباب فقال: "قلعل الرسول -صلى الله عليه وسلم- ذكره (أي الحديث) في مجلسين، فلم يحضر إلا الواحد، ويحتمل أن يكون راوي النقص ذهل في أثناء المجلس، فلم يسمع التمام، أو اشتركوا في الحضور ونسوا الزيادة إلا واحداً، أو طراً في أثناء الحديث سبب شاغل، فغفل به البعض عن الإصغاء، فيختص بحفظ الزيادة المقبل عليها، أو عرض لبعض السامعين خاطر شاغل عن الزيادة، أو مزعج يوجب قيامه قبل التمام"^(٥٠).

أقسام الزيادة في المتن:

ويترتب على هذه الأسباب لزيادة الثقات أن تتنوع هذه الزيادة بين كونها موافقة لما رواه الثقات الأثبات، أو مخالفة لهم.

وهذا هو التقسيم الذي ذكره الحافظ ابن الصلاح -رحمه الله- وتبعه عليه جمهور العلماء^(٥١)، إذ يقول -رحمه الله-: وقد رأيت تقسيم ما ينفرد به الثقة إلى ثلاثة أقسام: أحدها: أن يقع مخالفاً منافياً لما رواه سائر الثقات، فهذا حكمه الرد.

الثاني: أن لا يكون فيه منافاة ومخالفة أصلاً، فهذا مقبول.

الثالث: ما يقع بين هاتين المرتبتين؛ كزيادة لفظة في حديث لم يذكرها سائر الرواة.

^(٥٠) المستصفي من علم الأصول، أبو حامد الغزالي، ١/١٦٨، ط(١)، المطبعة الأميرية، مصر، ١٣٢٢هـ، وروضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ص٦٣، دار الكتاب الحديث، الكويت، د.ت.

^(٥١) إرشاد طلاب الحقائق إلى معرفة سنن خير الخلائق، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، ص٩٨، ٩٩، تحقيق/ نور الدين عتر، دار البشائر، بيروت، ط(٢) ١٩٩١م، والبحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، ٤/٣٣٥، ٣٣٦، دار الصفة، ط(١)، ١٩٨٨م، وتوضيح الأفكار لمعاني تنقيح الأنظار، محمد بن إسماعيل الصنعاني، ٢/٢٢، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط(١) ١٣٦٦هـ.

المطلب الثالث

أحكام زيادة الثقة وآراء العلماء فيها

تقسيم:

يشتمل هذا المطلب على فرعين:

الفرع الأول

أحكام زيادة الثقة عند المتقدمين من الحديث

اختلفت آراء العلماء في حكم زيادة الثقة اختلافاً شديداً نظراً لما تشكله من أهمية؛ إذ قد يختلف الحكم الشرعي في الحديث بسببها، وقد تفيد أحكاماً جديدة لم تكن في رواية من لم يزيدها.

كما أن اقتران هذه الزيادات بقرائن كانت محل الترجيح عند العلماء مما جعل وجهات نظرهم تختلف باختلافها، وقوتها، ليس هذا فحسب، بل تعددت آراء المحدثين المتقدمين منهم والمتأخرين^(٥٢)، نظراً لما اشترطوه من قرائن وشروط يجب أن تقترن بهذه الزيادة، فضلاً عن السادة الفقهاء الذين تباينت وجهة نظرهم في قبول الزيادة وردها.

ويبين لنا الحافظ ابن حجر -رحمه الله- رأي المحدثين المتقدمين بعد دراسة متأنية لمذهبهم في قبول الزيادة وردها قائلاً: "المنقول عن أئمة المحدثين المتقدمين

^(٥٢) والمقصود بالمتقدمين كما بينه الإمام الذهبي قائلاً: "إن الحد الفاصل بين المتقدم والمتأخر هو رأس سنة ثلاثمائة وعل ذلك، ببداية نقص علوم السنة وتناقص الاجتهاد، وظهور التقليد في الفروع، فكان سبباً في اختلاف منهج المتقدمين عن المتأخرين، انظر ميزان الاعتدال، شمس الدين الذهبي ٤/١، تحقيق/ علي الجاوي، دار المعرفة، بيروت، ط(١)، ١٣٨٢هـ، وتذكرة الحفاظ، ابو عبد الله شمس الدين الذهبي ٥٢٩/٢، ٥٣٠، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

كعبد الرحمن بن مهدي، ويحي القطان، وأحمد بن حنبل والبخاري وغيرهم اعتبار الترجيح فيما يتعلّق بالزيادة وغيرها، ولا يعرف عن أحد منهم إطلاق قبول الزيادة^(٥٣). وحاصل كلامهم أن الزيادة إنما تقبل ممن يكون حافظاً متقناً، إذ يستوي مع من زاد عليهم في ذلك، فإن كانوا أكثر عدداً منه، أو كان فيهم من هو أحفظ منه، أو كان غير حافظ، ولو كان في الأصل صدوقاً، فإن الزيادة لا تقبل، وهذا مغاير لقول من قال: "زيادة الثقة مقبولة وأطلق"^(٥٤).

والمنتبع لمنهج هؤلاء الأئمة المتقدمين يجدهم قد أعملوا هذه القرائن، حتى ولو لم يصرحوا بالقول فيها.

مثال ذلك: ترجيح الإمام البخاري لرواية الوصل على الإرسال في الحديث الذي عرض عليه من رواية إسرائيل عن أبي إسحاق عن أبي بردة، عن أبيه، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "لا نكاح إلا بولي"^(٥٥).

فبين - رحمه الله - أن هذا الحديث جاء مرة متصلاً ومرة مرسلًا، وقد رجح رواية الاتصال لمعان رجحت عنده منها:

١. أن يونس بن أبي إسحاق وابنيه إسرائيل وعيسى روه عن أبي إسحاق موصولاً، ولا شك أن آل الرجل أخص من غيرهم.

٢. كما أن رواة هذه الرواية وافقهم غيرهم ممن توفرت فيهم شروط الضبط والإتقان كأبي عوانة، وشريك النخعي، وغيرهم من أصحاب أبي إسحاق، مع اختلاف مجالسهم في السماع عنه من لفظه.

أما من أرسله وهما شعبة وسفيان، فقد رواه عن أبي إسحاق في مجلس واحد^(٥٦).

^(٥٣) نزهة النظر بشرح نخبة الفكر، أحمد بن حجر العسقلاني، ص ٤٩، تحقيق د/ نور الدين عتر، المكتبة العلمية، المدينة المنورة، دت.

^(٥٤) النكت على كتاب ابن الصلاح، أحمد بن حجر العسقلاني ٦٩٠/٢.

^(٥٥) الصحيح، كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح إلا بولي ١٥/٧.

^(٥٦) راجع جامع الترمذي حديث رقم (١١٠٢، ١١٠١)، وشرح علل الترمذي، ابن رجب الحنبلي

٦٣٦/٢، وفتح الباي، ابن حجر العسقلاني ١٨٤/٩.

ومن ثم، فترجيح الإمام البخاري للرواية الموصولة في هذا الموضوع لم يكن لمجرد أنها رواية ثقة ممن وصله فحسب، بل للقرائن التي احتفت بالرواية من تعدد مجالس السماع، ولكون رواية الوصل أكثر من رواية الإرسال، وإلا فإنه -رحمه الله- رجح رواية الإرسال في مواضع أخرى مما يدل على أنه ليس له عمل مطرد في قبول الزيادة، أو ردها^(٥٧).

ولم يكن الأخذ بقرائن الترجيح منها منفرداً للبخاري -رحمه الله- فحسب، بل هو منهج الأئمة المتقدمين. فالإمام أحمد ممن راعى قواعد الترجيح في أحد القولين عنه؛ لذا نراه قد توقف في قبول الزيادة التي زادها الإمام مالك -رحمه الله-، بالرغم من جلالة في هذا الشأن، لما غلب على ظنه أنه لم يتابع في هذه الرواية فيقول -رحمه الله- كنت أتهيب حديث مالك من المسلمين في الحديث الذي أخرجه "أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فرض زكاة الفطر من رمضان على الناس على كل حر أو عبد ذكر أو أنثى من المسلمين"^(٥٨) حتى وجدته من حديث العمريين عبد الله، وأخوه ابنا عمر بن صفي العمري قيل له: أمحفوظ هو عندك من المسلمين؟ قال: نعم^(٥٩).

الفرع الثاني

أحكام زيادة الثقات عند المحدثين والفقهاء والأصوليين

اختلفت وجهات نظر العلماء في قبول الزيادة وردها؛ نظراً لتعدد الأحكام التي تتعلق بهذه الزيادة، فمنهم من قبلها مطلقاً من غير التقيد بأية شروط سواء كانت في

^(٥٧) النكت على ابن الصلاح ٢/٦٠٧، ٦٠٦، وتدريب الراوي في شرح تقريب النواوي، جلال الدين السيوطي، ١٨٤، ١٨٥، تحقيق د/ أحمد عمر هاشم / نشر الكتاب العربي، بيروت.
^(٥٨) أخرجه مالك في موطأه، كتاب الزكاة، باب منتجب عليه زكاة الفطر ٢/٣٢٧ (٦٢٨) من حديث عبد الله بن عمر.
^(٥٩) شرح علل الترمذي، ابن رجب الحنبلي ٢/٦٣٢.

الراوي أم في الرواية، ومنهم من قبلها بقرائن احتفت بكل رواية على حدة، فأنتجت حكماً خاصاً لكل رواية، وهذا تفصيل مذاهبهم فيها:

أولاً- القبول مطلقاً:

وهو قول مالك^(٦٠)، ومسلم -رحمهما الله تعالى-، إذ يقرر ذلك في مقدمة صحيحه قائلاً: "لأن حكم أهل العلم، والذي نعرف من مذاهبهم في قبول ما يتفرد به المحدث من الحديث أن يكون قد شارك الثقات من أهل العلم والحفظ في بعض ما رووا، وأمعن في ذلك على الموافقة لهم، فإذا وجد كذلك، ثم زاد بعد ذلك شيئاً ليس عند أصحابه قبلت زيادته"^(٦١).

وقد أطلق القول بقبول الزيادة مطلقاً أبو عبد الله الحاكم في أكثر من موضع في مستدركه على الصحيحين فيقول: "وهذا شرط عند كافة فقهاء أهل الإسلام، أن الزيادة في الأسانيد والمتون مقبولة"^(٦٢)، وهو ما ذهب إليه الغزالي -رحمه الله-، ونسب القبول إلى الجمهور، سواء كانت الزيادة من حيث اللفظ، أم المعنى^(٦٣).

ويؤكد الحافظ ابن حجر -رحمه الله- ما قاله الحاكم في قبوله الزيادة فيقول: "وجزم ابن حبان والحاكم، وغيرهما بقبول زيادة الثقة مطلقاً في سائر الأحوال، سواء اتحد المجلس، أم تعدد، سواء كثر الساكتون، أم تساوا، وهذا قول جماعة من أئمة الفقه والأصول، وجرى عليه الشيخ محيي الدين النووي في مصنفاته"^(٦٤).

(٦٠) مقدمة في أصول فقه الإمام مالك، القاضي أبو الحسن عمر بن علي بن القصار، ص ٥٢، تحقيق/ حمزة أبو فارس، وعبد السلام أبو ناجي، منشورات إجا، إيطاليا.
(٦١) صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري ٥/١ دار الجيل، بيروت، ١٣٣٤هـ.
(٦٢) المستدرک علی الصحیحین، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، النيسابوري ١/١٠١، ١٦١، ٧٥٣، ٤٦٣، ٢/٢٠١، تحقيق/ مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١) ١٩٩٠ م.

(٦٣) المستصفي في علم الأصول، محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، ١/١٣٣، تحقيق/ محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١) ١٤١٣هـ.
(٦٤) النكت على ابن الصلاح، ابن حجر العسقلاني ٢/٦٨٧، ٦٨٨، وراجع شرح النووي على صحيح مسلم، أبو زكريا يحيى بن شرف الدين النووي ١/٥٨، ٣٢.

وذهب الخطيب البغدادي -رحمه الله- إلى موافقة الحاكم في إطلاق قبول الزيادة، ونسب هذا القول إلى جمهور الفقهاء والمحدثين، فيقول -رحمه الله- : "قال الجمهور من الفقهاء، وأصحاب الحديث: زيادة الثقة مقبولة إذا انفرد بها، ولم يفرقوا بين زيادة يتعلّق بها حكم شرعي، أولاً، وبين زيادة توجب نقصاناً من أحكام تثبت بخبر ليست فيه هذه الزيادة، وبين زيادة توجب تغيير الحكم الثابت، أو زيادة لا توجب ذلك، وسواء كانت الزيادة في خبر رواه راويه مرة ناقصاً، ثم رواه بعد ذلك وفيه تلك الزيادة، أو كانت الزيادة رواها غيره ولم يروها هو"^(٦٥).

ويرجح الخطيب البغدادي هذا القول، ويعمل به بشرط ان يكون راوي الزيادة عدلاً ضابطاً ويدل على ذلك بقوله: "والذي نختاره من هذه الأقوال إن الزيادة الواردة مقبولة على كل الوجوه، ومعمول بها إذا كان راويها عدلاً حافظاً"^(٦٦).

وقد اعترض الحافظ ابن رجب الحنبلي على الخطيب البغدادي -رحمه الله- في إطلاقه قبول الزيادة بأنه ناقض نفسه؛ إذ إنه قد نسب قبول الزيادة إلى جمهور المحدثين، ثم عدل عن هذا الرأي واختار خلافه، فتارة يقبل الزيادة، وتارة يردّها، فقد قسم الزيادة قسمان أحدهما: ما حكم فيه بصحة الزيادة في الإسناد، والثاني: ما حكم فيه بردّها، فالقول بنسبة القبول مطلقاً لم يكن من صنيع الحفاظ المتقدمين، وليس أدل على ذلك من مخالفته هو بإطلاق القبول^(٦٧).

أدلة القائلين بقبول الزيادة:

استدل من قال بإطلاق قبول الزيادة بأدلة ترجح الأخذ بها، منها:

(٦٥) الكفاية في علم الرواية، الخطيب البغدادي ص ٤٢٤، تحقيق د/ أحمد عمر هاشم، دار الكتاب العربي، بيروت، ط(٢)، ١٩٨٦م.

(٦٦) الكفاية في علم الرواية، مرجع سابق ص، ٤٢٤، ٤٢٥.

(٦٧) راجع شرح علل الترمذي، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، ٦٣٨/٢، تحقيق اد/ همام عبد الرحيم سعيد، مكتبة المنار، الأردن، ط(١) ١٩٨٧م.

١. أن الراوي الثقة إذا انفرد بحديث لا يرويه غيره يقبل منه، فكذلك تقبل منه الزيادة إذا انفرد بها^(٦٨)، وهذا ما رجحه الخطيب البغدادي -رحمه الله-، فيقول: "اتفاق جميع أهل العلم على أنه لو انفرد الثقة بنقل حديث لم ينقله غيره لوجب قبوله، ولم يكن ترك الرواة لنقله إن كانوا عرفوه، وذهابهم عن العلم به معارضا له، ولا قادحا في عدالة راويه، ومبطلا له، وكذلك سبيل الانفراد بالزيادة"^(٦٩).

وقد أبدى الحافظ ابن حجر اعتراضه على هذا الدليل بقوله: "الفرق بين تفرد الراوي بالحديث، وتفرد بالزيادة ظاهر؛ لأن تفرد بالحديث لا يلزم منه تطرق السهو والغفلة إلى غيره من الثقات، إذ لا مخالفة في روايته لهم، بخلاف تفرد بالزيادة إذا لم يروها من هو أئقن منه وأحفظ، وأكثر عدداً، فالظن غالب بترجيح روايتهم على روايته"^(٧٠).

٢. إذا كانت الزيادة في الشهادة مقبولة، ومجال القبول فيها أضيق من الروايات، فكيف لا تقبل الزيادة في الرواية بطريق الأولى، وهذا ما اختاره ابن حزم -رحمه الله- طالما انفرد بالزيادة العدل، فقد حصلت لديه زيادة علم لم تحصل لغيره، فقال: "وليس جهل من جهل حجة على علم من علم ولا سكوت عدل مبطلا لكلام عدل آخر ولا فرق بين أن ينفرد بالحديث كله وبين أن ينفرد بلفظة منه أو بحكم زائد فيه"^(٧١).

(٦٨) شرح النووي على صحيح مسلم ٣٢/١

(٦٩) الكفاية في علم الرواية، أبو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، ٤٢٥/١، تحقيق/ أبو عبدالله السورقي، إبراهيم حمدي المدني، المكتبة العلمية، المدينة المنورة، وراجع فتح المغيبي بشرح الفية الحديث، شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن السخاوي، ٢٦١/١، تحقيق/ علي حسين علي، مكتبة السنة مصر، ط(١)، ٢٠٠٣م.

(٧٠) النكت على كتاب ابن الصلاح، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ٦٩٠/٢، ٦٩١، تحقيق/ ربيع بن هادي عمير المدخلي، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ط(١)، ١٩٨٤م.

(٧١) الإحكام في أصول الأحكام، علي بن أحمد بن حزم الأندلسي، ٢/٢١٩، دار الحديث، القاهرة، ط(١)، ١٤٠٤هـ، والكفاية، الخطيب البغدادي ٤٢٥/١.

٣. ومن أدلة قبول الزيادة، إذا كانت الروايات الشاذة في القرآن مقبولة، فكيف لا تقبل الزيادة في أخبار الآحاد، وهذا ما اختاره إمام الحرمين الجويني، ونقل فيه القول عن الشافعي -رحمه الله- "فمن متناقض القول الجمع بين قول رواية القراءة الشاذة في القرآن، وبين رد الزيادة التي ينفرد بها بعض الرواة الثقات، مع العلم بأن سبيل اثبات القرآن أن ينقل تواتراً، فما كان أصله كذلك إذا قبلت الزيادة فيه شاذة نادرة، فلأن تقبل فيما سبيل نقله الآحاد كان أولى".

كما أنه لو شهد جمع مجلس لرسول الله -صلى الله عليه وسلم-، فنقل بعضهم حديثاً لم ينقله غيرهم من الحاضرين، فلا شك في قبوله، فمعظم الأحاديث التي نقلها الآحاد عزوها لمشاهد رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، ومجالسه بين أصحابه، ولو اشترط نقل الجميع لردت كثير من الأحاديث لهذا السبب^(٧٢).

ثانياً - الرد مطلقاً:

وقد نُسب هذا القول للإمام أبي حنيفة -رحمه الله- وُثِّقَ عن معظم أصحابه، حكاه عنه الإمام الجويني^(٧٣)، "وقد عول على أنه يبعد أن يحضر مجلس الرسول -صلى الله عليه وسلم- جمع قد اعتوا بحفظ كلامه ثم يختص بعضهم بسماع كلمة مع ذهول الآخرين عنه"^(٧٤)، كما أن الزيادة تخالف المزيد عليه؛ لأنها تقيده، والتقييد نسخ عنده^(٧٥).

وهذا القول وإن كان لبعض السادة الأحناف إلا أن بعض الأصوليين منهم قد خالف في هذه المسألة كأبي بكر الجصاص -رحمه الله- إذ يقول: "كان أبو الحسن

(٧٢) البرهان في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله إمام الحرمين أبي المعالي الجويني، ١/ ٢٥٥، ٢٥٦، تحقيق/ صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١) ١٩٩٧م.
(٧٣) البرهان، المرجع السابق ١/ ٢٥٥.

(٧٤) المنخول في تعليقات الأصول، محمد بن محمد، أبو حامد الغزالي، تحقيق/ د. محمد حسن هيثو، دار الفكر - دمشق، ط (٢)، ١٤٠٠هـ.

(٧٥) حكاه ابن تيمية عن والده في المسودة في أصول الفقه، آل تيمية، ١/ ٢٦٩ تحقيق/ محمد محيي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني، القاهرة.



-رحمه الله- مذهبه: أن راوي الحديث إذا كان واحداً، ثم اختلف الرواة عنه في زيادة ألفاظه، فالأصل هو ما رواه الذي ساقه بزيادة، وأن النقصان إنما هو إغفال من بعض الرواة^(٧٦).

ومثال ذلك: ما روى عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها، فالقول ما قال البائع، أو يتردان"^(٧٧)، فبعض الرواة أخرجه دون الزيادة^(٧٨)، فلا يذكر فيه حال قيام السلعة بعينها، فالأصل فيه هو الأول، وحذف قيام السلعة إغفال من بعض رواته.

وإنما كان كذلك: من قبل أنه لما كان راوي الخبر واحداً، لم يثبت عندنا: أن النبي -عليه السلام- قال ذلك مرتين، ذكر في إحداها حال قيام السلعة، ولم يذكرها في الأخرى فلم يجز لنا إثبات ذلك؛ لأن فيه إثبات خبر الشك من غير رواية. وأما إذا روي الخبر عن النبي -صلى الله عليه وسلم- من وجهين، أو ثلاثة، أو أكثر، فكان في ظاهر الحال دلالة: على أن النبي -عليه السلام- قد قال ذلك في أوقات مختلفة، وفي بعض ألفاظ الرواة زيادة، فالزيادة مقبولة^(٧٩).

إذا يعلم من ذلك التفصيل: الأخذ بمرجحات القبول كضبط الراوي وعدالته، وكون انفراده بالزيادة غير مخالف لرواية الثقات، وكذلك النظر في حالة اتحاد مجلس سماع الرواية واختلافه، ففي حالة اختلافه أو جهالته تقبل الزيادة، كذا النظر في حال الرواة

(٧٦) الفصول في الأصول، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، وزارة الأوقاف الكويتية، ط (٢)، ١٩٩٤م

(٧٧) أخرجه ابن ماجة في سننه، أبواب التجارات، البيعان يختلفان ١٣/٢ (٢٢٠٤)، وأحمد في مسنده ٤٤٦/٧ (٤٤٤٦)، بنحوه قال الشيخ شعيب الأرنؤوط: حسن، وإسناده ضعيف لانقطاعه.

(٧٨) أخرجه بغير زيادة، أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب إذا اختلف البيعان ٤/١٨٤، ١٨٥، (٣٥٠٥)، والترمذي أبواب البيوع، باب إذا اختلف البيعان (١٢٧٠)، وقال:

مرسل عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود.

(٧٩) الفصول في الأصول، أبو بكر بن الجصاص، ١٧٧/٣.

الساكتين عن الزيادة، ومدى غفلتهم عن سماع الرواية، إذ لو تحقق غفلتهم لقبلت، كما سبق الإشارة إلى ذلك.

وهو ما اختاره الإمام أبو بكر الأبهري^(٨٠) -رحمه الله-، وتتلخص وجهة نظره في أن إعراض الرواة عن ذكر هذه الزيادة يضعف شأنها، فلا يلتفت إليها، كما أن إعراضهم عنها يعد معارضا لها، فليست كالحديث المستقل؛ إذ غير ممتنع في العادة سماع واحد فقط للحديث من الراوي، وانفراده به، ويمتنع فيها سماع الجماعة لحديث واحد، وذهاب زيادة فيه عليهم، ونسيانها إلا الواحد^(٨١).

وذكر القاضي أبو يعلى، أن جماعة من أصحاب الحديث ذهبوا إلى ردها، منهم كبار أصحاب الإمام أحمد بن حنبل^(٨٢)، فيما رواه عنه، أنه -رحمه الله- طرح بعض الروايات التي انفرد بها بعض الرواة؛ لأن الجماعة ما نقلوها، ولما سئل -رحمه الله- عن حديث الحجاج بن أرطاة، لم هو عند الناس ليس بذاك، مع أنه من الحفاظ، فقال: لأن في حديثه زيادة على حديث الناس، ما يكاد له حديث إلا فيه زيادة.

والحق أنه قد نقل عن الإمام أحمد -رحمه الله- روايتان متناقضتان، فلا يمكن إغفال قول من نسب إليه قبول الزيادة، كالحافظ ابن رجب الحنبلي -رحمه الله- إذ يقول: وأما أصحابنا الفقهاء فذكروا روايتين عن أحمد، بالقبول مطلقاً، وعدمه^(٨٣).

(٨٠) الإمام العلامة المحدث أبو بكر، محمد بن عبد الله بن صالح، التميمي الأبهري المالكي، فقيه، محدث، أصولي، ثقة مأمون ت ٣٧٥ هـ، انظر: الإرشاد، الخليل بن عبد الله بن أحمد الخليلي، ٧٧٣/٣، تحقيق د/ محمد سعيد إدريس، مكتبة الرشد، الرياض، ط(١)، ١٤٠٩ هـ، وسير أعلام النبلاء، أبو عبد الله شمس الدين الذهبي ٣٣٢/٦ (٢٤)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠١ هـ. (٨١) نقلاً عن فتح المغيث بشرح ألفية الحديث، أبو عبد الله محمد السخاوي ١/٢٣٥، تحقيق/ علي حسن عبد الحميد، دار الإمام الطبري ط(٢)، ١٤١٢ هـ.

(٨٢) منهم أبو بكر الأثرم، ثقة حافظ ت ٢٧٣ هـ، وأحمد بن محمد بن الحجاج، المروزي، وهو المقدم من أصحاب الإمام لورعه.

(٨٣) شرح علل الترمذي ٢/٦٣٥.

وبدلل الحافظ ابن رجب -رحمه الله- على توقف الإمام أحمد في الزيادة برواية مالك رحمه الله "من المسلمين"^(٨٤) حتى تابعه غيره عليها.

أدلة القائلين برد زيادة الثقة:

استدل أصحاب هذا الرأي بأمر منها:

١. يقاس ضبط الراوي بموافقة لرواية الحفاظ الأثبات، فعند نقره عنهم يعلم من حاله أنه قد اختل حفظه.

لكن هذا الكلام ليس على إطلاقه، فقد تعقبه أبو الحسين البصري -رحمه الله- بقوله: "إنه لو لم يثبت ضبط الإنسان إلا بموافقة ضابط آخر له أدى إلى ما لا نهاية له ولم يعرف ضبط أحد، إنما يعرف اختلال ضبط الانسان إذا خالفه من يضبط مرارا كثيرة فأما المرة والمرتان فلا يمتنع أن يضبط هو فيها ويسهو من هو أضبط منه"^(٨٥).

٢. إذا كانت موافقة الراوة الضابطين لراوي الزيادة تعزز روايته، فالعكس صحيح، فيفهم منه أن مخالفتهم يضعفها، ويوهنها.

لكن هذا ليس مسلم به، لأن إمساك الضابطين عن الزيادة لا يعد مخالفة لراويها، حتى في حالة توفر الرواة على الرواية، إذا كان ذلك يزيد قوة ويعضدها إلا أن إمساكهم عنها لا يعد رداً لرواية المنفرد بها^(٨٦).

٣. ومن الأدلة على رد الزيادة أن الأصل متحقق، والزيادة مشكوك فيها؛ فلا تترك الحقيقة بالمشكوك فيه.

^(٨٤) سبق تخريجه.

^(٨٥) المعتمد في أصول الفقه، محمد بن علي الطيب، أبو الحسين البصري المعتزلي، ١٣١/٢، تحقيق/ خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط(١)، ١٤٠٣هـ.

^(٨٦) راجع التمهيد في أصول الفقه، محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني، تحقيق د/ محمد علي إبراهيم، مركز البحث العلمي، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، ط(١)، ١٩٨٥م.

ويرد على ذلك: بأن تفرد الراوي لا يعني أنها مشكوك فيها، لا سيما وقد توفرت الدواعي على قبولها، وبكونها صدرت من ثقة، كما أن الزيادة في الشهادة مقبولة عند من قاس الرواية على الشهادة بالرغم من التشدد في قبولها، فلو ردت الزيادة في الرواية، لأدى لبطلان الأخذ بها^(٨٧).

ثالثاً- قبول الزيادة وفق الضوابط والشروط:

اشتراط بعض العلماء لقبول زيادة الثقة شروطاً منها ما يختص بالراوي، ومنها ما يختص بالرواية، ومنها ما يختص بحال تلقي الرواية.

أما ما يتعلق بالراوي فهي كالاتي:

١. أن يكون حافظاً، فلا يكفي كونه ثقة فقط، وممن اشتراط ذلك الإمام الترمذي -رحمه الله- فيقول "ورب حديث يستغرب لزيادة تكون في الحديث، وإنما يصح إذا كانت الزيادة ممن يعتمد على حفظه"^(٨٨)، فلما اجتمع الحفظ مع التوثيق صار مرجحاً لقبول الرواية.

٢. أن يكون راوي الزيادة غير راوي الأصل، وهذا القول نقله الخطيب البغدادي عن بعض فقهاء الشافعية، فقال: "تقبل الزيادة من الثقة، إذا كانت من جهة غير الراوي، أما إن كان هو الذي روى الناقص ثم روى الزيادة بعد، فلا تقبل". وقد رد الخطيب هذا الرأي وضعفه، إذ اشتراط مجيء الزيادة عن غير راوي الأصل لا وجه له؛ لأنه قد يُسمع الحديث تارة بالزيادة، وتارة بغيرها، وقد ينسى الزيادة تارة فيرويها بحذفها مع النسيان لها، والشك فيها، ويذكرها، فيرويها متيقناً منها^(٨٩).

^(٨٧) راجع العدة في أصول الفقه، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن

الفراء، تحقيق د/ أحمد بن علي المباركي، دن، ط (٢) ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م.

^(٨٨) شرح علل الترمذي ٢٠٨/١.

^(٨٩) الكفاية، ٤٢٥/١.

٣. أن يكون رواية الزيادة أكثر من رواية الأصل، أو يتساووا في العدد، فإن كان الساکت أكثر، لم تقبل^(٩٠).

وأما ما يتعلق بالرواية:

١. أن تكون الزيادة غير مغيرة للإعراب، فإذا غيرت، فهي محل خلاف بين العلماء، فمنهم من ردها، إذ يترتب عليه تعارض الروايات، والتعارض يوجب الترجيح^(٩١)، ومنهم من قبلها مطلقاً من غير قيد أو شرط^(٩٢).

٢. أن تفيد حكماً زائداً عن الرواية الأصلية، فإن خلت من الحكم، لم تقبل^(٩٣).
كحديث عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- قَالَ: سَأَلْتُ النَّبِيَّ -صلى الله عليه وسلم-: أَيُّ الْعَمَلِ أَحَبُّ إِلَى اللَّهِ؟ قَالَ: «الصَّلَاةُ عَلَى وَقْتِهَا»^(٩٤)، وقد وردت الزيادة في الرواية بكون الصلاة في أول الوقت، قَالَ: سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- : أَيُّ الْعَمَلِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: «الصَّلَاةُ فِي أَوَّلِ وَقْتِهَا»^(٩٥).

٣. أن لا تكون ثمة منافاة بين الرواية الأصلية، ورواية الزيادة، إذ إنه في حال المخالفة لم ينطبق عليها زيادة الثقة، وإنما مردها إلى الحديث الشاذ^(٩٦)، وقد اشترط

^(٩٠) راجع الإبهاج في شرح المنهاج، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي السبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥ م.

^(٩١) راجع المحصول، أبو عبد الله محمد بن عمر الرازي، تحقيق د/ طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط(٣) ١٩٩٧ م.

^(٩٢) راجع تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، تحقيق/ عبد الوهاب عبد اللطيف، الرياض.

^(٩٣) فتح المغيـث بشرح الفية الحديث للعراقي، شمس الدين أبو الخير محمد السخاوي، تحقيق/ علي حسين علي، مكتبة السنة، مصر ط(١) ٢٠٠٣ م.

^(٩٤) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الصلاة، باب فضل الصلاة لوقتها ١/١١٢ (٥٢٧).

^(٩٥) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه، كتاب الصلاة، باب اختيار الصلاة في أول وقتها ١/١٦٩ (٣٢٧).

^(٩٦) سبق الكلام عنه.

العلماء في زيادة راوي الحديث الصحيح، والحسن: أن لا تقع منافية لرواية من لم يذكر تلك الزيادة^(٩٧).

كالروائتين التي أثبتت إحداهما أن النبي -صلى الله عليه وسلم- دخل البيت، وصلى فيه، والأخرى لم يأت فيها ذكر الصلاة.

١. عن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال إن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- لما قدم أبي أن يدخل البيت وفيه الآلهة، فأمر بها فأخرجت، فأخرجوا صورة إبراهيم وإسماعيل في أيديهما الأزلام، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "قاتلهم الله أما والله قد علموا أنهما لم يستقسما بها قط فدخل البيت فكبر في نواحيه ولم يصل فيه"^(٩٨).

٢. عن سالم عن أبيه أنه قال: "دخل رسول الله -صلى الله عليه وسلم- البيت هو وأسامة بن زيد وبلال وعثمان بن طلحة فأغلقوا عليهم فلما فتحوا كنت أول من ولج فلقيت بلالا فسألته هل صلى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قال نعم بين العمودين اليمانيين"^(٩٩).

٤. من شروط الرواية التمييز بين اتحاد مجلس الرواية، أو تعدده، فإذا اختلف مجلس السماع، قبلت الزيادة؛ لاحتمال سماع الراوي لها في مجلس لم يكن فيه أحد ممن سمع الحديث في المجلس الأول ناقصا، كما أن عدالة راويها تقتضي قبولها^(١٠٠).

^(٩٧) راجع نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني،

تحقيق/ عصام الصباطي، عماد السيد، دار الحديث، القاهرة ط(٥)، ١٩٩٧ م

^(٩٨) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحج، باب من كبر في نواحي الكعبة ١٥٠/٢ (١٦٠١).

^(٩٩) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحج، باب يصلي في أي نواحي البيت شاء

٥٧٩/٢ (١٥٢١)، وهاتان الروايتان لا تتنافي بينهما، لوجود الترجيحات التي فصل العلماء القول

فيها كالحافظ ابن حجر في فتح الباري ٣/٤٦٨، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ.

^(١٠٠) راجع البحر المحيط ٣/٣٩٢، وفي نفس المعنى المستصفي في علم الأصول، محمد بن

محمد الغزالي أبو حامد ١/١٣٣، تحقيق/ محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية،

بيروت ط(١)، ١٤١٣.

أما في حالة اتحاد المجلس، فقد اختلف العلماء فيها حسب القرائن التي احتفت بهذا المجلس، بأن يكون من لم يرو الزيادة عددا لا تجوز الغفلة عليهم في مقابل الزيادة التي انفرد بها راوٍ واحد، ففي هذه الحالة ترد الزيادة؛ لأن تطرق السهو إلى الواحد أمكن من تطرقه إلى الجماعة^(١٠١) أما إذا كان راوي الزيادة واحدا في مقابل راوي الأصل، وكونه واحدا كذلك، قُدِّم الأَحْفَظ والأَضْبَط، فإن تساوا، فوجهان، أما إذا روى الراوي الواحد الحديث مرات كثيرة من غير الزيادة، ومرة بالزيادة، فالغالب أنه سها؛ لأن سهو الإنسان مرة واحدة أغلب، أما إذا أقر بأنه نسي الزيادة، ثم تذكرها، قبلت زيادته^(١٠٢) أما إذا لم يعلم اتحاد المجلس من اختلافه، فللعلماء فيه رأيان، إما الترجيح، أو قبول الزيادة والعمل بها^(١٠٣).

رابعاً- اعتبار القرائن في قبول زيادة الثقة:

بالنظر إلى أقوال الأئمة المحدثين، وآرائهم المختلفة في المسألة نعلم أن المحققين منهم لا يطلقون القول بقبول الزيادة، وإنما الاعتبار لقرائن الترجيح التي تظهر في كل حديث على حدة.

ويقرر ذلك الإمام الزركشي -رحمه الله- قائلاً: "والمحققون من أئمة الحديث، خصوصاً المتقدمين تصرفهم في الزيادة قبولاً ورداً الترجيح بالنسبة إلى ما يقوى عند الواحد منهم في كل حديث، ولا يحكمون في المسألة بحكم كُلي يعم جميع الأحاديث، وهذا هو الحق والصواب في نظر أهل الحديث"^(١٠٤).

(١٠١) المعتمد، أبو الحسين البصري، ١٢٨/٢، ١٢٩.

(١٠٢) المعتمد، المرجع السابق ١٣٢/٢.

(١٠٣) راجع المعتمد، المرجع السابق، نفس الموضوع، والمنهل الروي في مختصر علوم الحديث النبوي، أبو عبد الله، محمد بن إبراهيم بدر الدين بن جماعة، تحقيق د/ محيي الدين عبد الرحمن رمضان، دار الفكر، دمشق، ط (٢)، ١٤٠٦، والبحر المحيط، الزركشي ٥٨/١.

(١٠٤) البحر المحيط في أصول الفقه أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي ٦/ ٢٤٢، دار الكتبي، ط (١)، ١٩٩٤م.

والحقيقة أن هذه القرائن المحتفة بالرواية من الأمور المهمة التي لا ينبغي إغفالها في قبول الرواية، أو ردها، وتتعدد القرائن التي تقبل الرواية على إثرها، أو ترد لأسباب متعددة، منها ما كان لمخالفة الراوي لمن هو أوثق منه، ومنها ما يتعلق بتغيير الإعراب، ومنها ما يتعلق باختلاف مجلس الرواية أو اتحادها^(١٠٥).

لذا نجد المحققين من أئمة الحديث يتعقبون القائلين بإطلاق قبول الزيادة، دون الاعتداد بهذه القرائن والمرجحات، كما فعل الحافظ ابن حجر الذي انتقد من قبل الزيادة مطلقاً بدعوى صدورها من الثقة فيقول - رحمه الله -: "وهو احتجاج مردود، فليس كل حديث تفرد به أي ثقة كان يكون مقبولاً...، ثم إن الفرق بين تفرد الراوي بالحديث من أصله، وبين تفرد الزيادة ظاهر؛ لأن تفرد بالحديث لا يلزم منه تطرق السهو، والغفلة إلى غيره من الثقات، إذ لا مخالفة في روايته لهم، بخلاف تفرد الزيادة، إذا لم يروها من هو أوثق منه حفظاً، وأكثر عدداً، فالظن بترجيح روايتهم على روايته، ومبنى هذا على غلبة الظن"^(١٠٦).

ونقل عن الإمام الشافعي - رحمه الله - في الأخذ بالزيادة قولان:
الأول: أنها مقبولة مطلقاً؛ لقوله: "والذي يزيد في الحديث أولى بالحفظ من الذي لم يأت بالزيادة عندنا"^(١٠٧).

الثاني: القبول وفقاً للقرائن والترجيحات، ومنها الحفظ والعدد، فيقول: "ويكون إذا شرك أحداً من الحفاظ لم يخالفه، فإن خالفه فوجد حديثه أنقص، كان في ذلك دليل على صحة مخرج حديثه، ومتى خالف ما وصفت، أضر ذلك بحديثه"^(١٠٨).

(١٠٥) وقد سبق الإشارة إلى كل ذلك عند ذكر شروط الرواية.

(١٠٦) النكت على كتاب ابن الصلاح، ابن حجر العسقلاني ٦٩١/٢.

(١٠٧) الأم، محمد بن إدريس الشافعي ١٨٣/٢، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط (١) ١٤٠٠م، ١٩٨٠م.

(١٠٨) الرسالة، محمد بن إدريس الشافعي، ٤٦٣، ٤٦٤، تحقيق/ أحمد شاكر، دار التراث، القاهرة، ١٩٧٩م.

ويعقب الحافظ ابن حجر على كلام الشافعي -رحمه الله- "ومقتضاه أنه إذا خالف فوجد حديثه أزيد، أضر ذلك بحديثه، فدل على أن زيادة العدل عنده لا يلزم قبولها مطلقاً، إنما تقبل من الحفاظ"^(١٠٩).

تعقيب:

يظهر لنا من آراء العلماء -المحدثين والفقهاء والأصوليين- أنه وإن نسب إلى الجمهور منهم قبول الزيادة مطلقاً، إلا أنه عند تحقيق مذاهبهم وجدنا آراءهم اختلفت في قبول الزيادة لاعتبارات متعددة .

وهذه المرجحات التي اعتمدها العلماء بلغت من الكثرة حداً، فلا يمكن إدراكها من جميع جوانبها، كما صرح بذلك الحافظ العلائي -رحمه الله- فيقول: "ووجه الترجيح كثيرة لا تنحصر، ولا ضابط لها بالنسبة إلى جميع الأحاديث، بل كل حديث يقوم به ترجيح خاص، وإنما ينهض بذلك الممارس الفطن الذي أكثر من الطرق والروايات؛ ولهذا لم يحكم المتقدمون في هذا بحكم كلي يشمل القاعدة، بل يختلف نظرهم بحسب ما يقوم عندهم في كل حديث بمفرده"^(١١٠).

وعليه: فلا يمكن قبول الزيادة إلا بعد النظر الدقيق خاصة إذا كان يترتب عليها حكماً شرعياً، احتياطاً لحديث رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وتحريماً للأحكام المترتبة على هذه الزيادات، وفي المقابل، فإن الرد المطلق لهذه الزيادات غير مقبول خاصة أنها صدرت من الثقات الحفاظ، وهذا شرطها، كما أن ذلك يؤدي إلى تعطيل كثير من الأحكام المترتبة عليها.

^(١٠٩) نزهة النظر في توضيح نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ٢١٣/١، تحقيق/ عبد الله بن ضيف الله الرحيلي، مطبعة سفير بالرياض، ط(١)، ١٤٢٢هـ.

^(١١٠) توضيح الأفكار لمعاني تنقيح الأنظار، محمد بن إسماعيل الصنعاني ٣٨/٢، تحقيق/ محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، والنكت على ابن الصلاح، أحمد بن علي بن حجر ٧١٢/٢، تحقيق/ ربيع هادي عمير، عمادة البحث العلمي، ط(١) ١٩٨٤م.

المبحث الثالث

تطبيقات على زيادة الثقات والأحكام المترتبة عليها

تقسيم:

ينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

لمس ثوب المصلي للحائض أثناء الصلاة والأحكام المترتبة على الزيادة

تقسيم:

ينقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول

الأحاديث الواردة في هذه المسألة

هذه المسألة وردت فيها أحاديث صحيحة تصرح أن ثوب النبي -صلى الله عليه وسلم- لمس ميمونة بنت الحارث أم المؤمنين -رضي الله عنها- وهي حائض، وهي موضع الزيادة، وأحاديث أخرى أمسكت عن هذه الزيادة:

أولاً- الأحاديث التي رويت من غير الزيادة:

أ . أخرج البخاري -رحمه الله- من طريق شعبة قال: حدثنا سليمان الشيباني عن عبد الله بن شداد عن ميمونة- رضي الله عنها- قالت: "كان النبي -صلى الله عليه وسلم- يصلي على الخمرة"^(١١١).

ب . وأخرجه ابن ماجة في سننه من طريق عباد بن العوام عن الشيباني، بالإسناد نفسه بلفظ: "كان النبي -صلى الله عليه وسلم- يصلي وأنا بحذائه، وربما أصابني ثوبه إذا سجد"^(١١٢).

(١١١) الصحيح، كتاب الصلاة، باب الصلوة على الخمرة ١/١٥٠ (٣٧٤).

(١١٢) السنن، أبواب إقامة الصلاة، باب من صلى وبينه وبين القبلة شيء ١/٣٠٨ (٩٥٨).



ج . وأخرجه أحمد في مسنده من طريق هشيم قال: أخبرني الشيباني، بنفس الإسناد، بلفظ البخاري السابق (١١٣).

وهذه الروايات تدور على سليمان الشيباني^(١١٤)، والذي روى عنه شعبة وعباد بن العوام^(١١٥)، وهشيم بن بشير^(١١٦)، ولم تثبت الزيادة، بالرغم أن بعض هؤلاء الأئمة الذين أخرجوا الحديث قد ذكروا هذه الروايات في مواضع أخرى مقرونة بالزيادة.

ثانياً- الروايات التي ذكرت الزيادة:

أ. أخرجه البخاري في صحيحه في مواضع متعددة، من طريق أبي عوانة قال: أخبرنا سليمان الشيباني عن عبد الله بن شداد قال: سمعت خالتي ميمونة زوج النبي -صلى الله عليه وسلم-: "أنها كانت تكون حائضاً لا تصلي وهي مفترشة بحذاء مسجد رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، وهو يصلي على خمرته إذا سجد صابني بعض ثوبه" (١١٧).

ومن طريق خالد بن عبد الله الواسطي، قال حدثنا سليمان الشيباني بالإسناد نفسه ... بنحوه^(١١٨).

(١١٣) المسند ٤٤ / ٣٨٨ (٢٦٨٠٥).

(١١٤) سليمان بن أبي سليمان، أبو إسحاق الشيباني، إمام حافظ حجة، من صغار التابعين ت ١٤٠هـ، سير أعلام النبلاء، أبو عبد الله محمد بن أحمد، شمس الدين الذهبي ١٩٣/٦ مؤسسة الرسالة، ط (٣)، ١٩٨٥م.

(١١٥) عباد بن العوام بن عمر الكلبي، أبو سهل الواسطي، ثقة من الثامنة، ت ١٨٥هـ، التقريب (٣١٣٨).

(١١٦) ثقة حافظ ت ١٨٤هـ، تذكرة الحفاظ محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، دراسة وتحقيق/ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت.

ط (١) ١٩٩٨م.

(١١٧) البخاري كتاب الحيض، باب الصلاة على النفساء وسنتها ١/ ١٢٥ (٣٢٦).

(١١٨) كتاب الصلاة، باب إذا أصاب ثوب المصلي أمرأته إذا سجد ١/ ١٤٩ (٣٧٢).

ب . ومسلم في صحيحه من طريق عباد بن العوام، عن الشيباني، بالإسناد نفسه "كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يصلي وأنا حذاءه، وأنا حائض، وربما أصابني ثوبه إذا سجد" (١١٩).

والملاحظ في رواية الإمام مسلم أنه أخرجها بالزيادة من طريق عباد بن العوام، وهو نفسه راوي الحديث عند الإمام ابن ماجه، من غير ذكر الزيادة.

ج . وأخرجه أبو داود من طريق سفيان بن عيينة، عن أبي إسحاق الشيباني بالإسناد نفسه، "أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى وعليه مرط" (١٢٠) وعلى بعض أزواجه منه وهي حائض وهو يصلي وهو عليه" (١٢١).

هذه الروايات التي أثبتت الزيادة جميع طرقها تدور على سليمان الشيباني، وهو الراوي نفسه الذي جاءت الروايات من غير الزيادة عنه، فقد روى الزيادة عنه أبو عوانة (١٢٢)، وخالد الواسطي (١٢٣)، وعباد بن العوام، وسفيان بن عيينة (١٢٤)، وكلهم ثقات عدول.

(١١٩) كتاب الصلاة، باب الاعتراض بين يدي المصلي ١/٣٦٧ (٢٧٣).

(١٢٠) المرط: بكسر الميم وسكون الراء، كسية من صوف وربما كانت من خز، الفائق في غريب الحديث والأثر، أبو القاسم محمود بن عمرو، الزمخشري تحقيق/ علي محمد البجاوي، محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة، لبنان، ط(٢).

(١٢١) السنن كتاب الطهارة، باب الرخصة في ذلك ١/ ١٥٤ (٣٦٩).

(١٢٢) وضاح بن عبد الله الحافظ، أبو عوانة اليشكري مولى يزيد بن عطاء ثقة متقن لكتابه توفي ١٧٦ الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة، شمس الدين أبو عبد الله الذهبي، تحقيق/ محمد عوامة، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة ط(١) ١٩٩٢م.

(١٢٣) ثقة ثبت، من الثامنة ت ١٨٥، تقريب التهذيب (١٦٤٧)، شهاب الدين أحمد بن حجر، تحقيق/ محمد عوامة، دار القلم، بيروت، ١٩٩٧ م

(١٢٤) ثقة حافظ فقيه إمام حجة إلا أنه تغير حفظه بأخرة وكان ربما دلس لكن عن الثقات، الاغتباط بمن رمي من الرواة بالاختلاط، برهان الدين أبو الوفا إبراهيم بن محمد بن خليل الحلبي، تحقيق/ علاء الدين علي رضا، دار الحديث، القاهرة ط(١) ١٩٨٨م.

الفرع الثاني

الأحكام الفقهية المترتبة على الزيادة

استدل العلماء بهذه الروايات التي وردت فيها الزيادة على جواز اعتراض المرأة بين المصلي وبين القبلة، فهي حجة في أن الحائض لا تقطع الصلاة^(١٢٥)؛ لقول أم المؤمنين ميمونة -رضي الله عنها-: "كان رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يصلي وأنا حذاءه، وأنا حائض، وربما أصابني ثوبه إذا سجد"، إنما يكره أن يصلي وأمامه امرأة تصلي لقول النبي -صلى الله عليه وسلم-: "أخروهن من حيث أخرن الله"، فأما في غير الصلاة فلا يكره^(١٢٦).

وجمهور الفقهاء على أن عين الحائض طاهرة، فملاقة بدن الطاهر وثيابه لا تقسد الصلاة، ولو كان متلبساً بنجاسة حكمية، حيث كان ثوبه -صلى الله عليه وسلم- يصيبها إذا سجد^(١٢٧)، ويدل على ذلك حديث عائشة رضي الله عنها قالت: أمرني رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أن أناوله الخمرة من المسجد، فقلت: إني حائض، فقال: «تناولها فإن الحيضة ليست في يدك»^(١٢٨).

أما عن ثياب الحائض، فطاهرة، تجوز الصلاة فيها إلا موضعاً ترى عليه دماً، أو نجاسة أخرى^(١٢٩)، ولا أدل على ذلك من تصريح أمهات المؤمنين بذلك، فعن معاذة

^(١٢٥) شرح صحيح البخاري، أبو الحسن خلف بن بطلال ٢/١٤٥، تحقيق/ أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، ط(٢)، ٢٠٠٣م.

^(١٢٦) المغني شرح مختصر الخرقى، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار إحياء التراث العربي، ط (١)، ١٩٨٥م.

^(١٢٧) راجع عمدة القاري، أبو محمد محمود بن أحمد، البدر العيني ٤/ ٢٩٩، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دت، وراجع المجموع شرح المذهب، محيي الدين النووي ٢/ ١٥١ المغني، أبو محمد موفق الدين بن قدامة ١/ ١٥٦، مكتبة القاهرة، ١٩٦٨م.

^(١٢٨) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الحيض، باب جواز غسل الحائض رأس زوجها وترجيله وطهارة سورها والاتكاء في حجرها وقراءة القرآن فيه ١/ ٢٤٤ (٢٩٨).

^(١٢٩) المجموع شرح المذهب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ٣/ ١٦٤ دار الفكر.

رضي الله عنها قالت: "سألت عائشة -رضي الله عنها- عن الحائض يصيب ثوبها الدم قالت تغسله فإن لم يذهب أثره فلتغيره بشيء من صفرة قالت ولقد كنت أحيض عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث حيض جميعاً لا أغسل لي ثوباً"^(١٣٠).
 لحديث ميمونة -رضي الله عنها- شاهداً يعضد الروايات من حديث عائشة -رضي الله عنها- "كان النبي -صلى الله عليه وسلم- يصلي من الليل وأنا إلى جنبه وأنا حائض، وعلى مرط وعليه بعضه إلى جنبه"^(١٣١).
 ومنه يفهم أن الزيادة التي وردت في الحديث إنما هي زيادة ثقات، وليست مخالفة للروايات التي لم تثبت هذه الزيادات، وقد بنى العلماء عليه أحكاماً شرعية، فتعد من زيادة الثقات المقبولة.

المطلب الثاني

قُبلة الصائم لامرأته والأحكام المترتبة على الزيادة

تقسيم:

ينقسم هذا المطلب إلى فرعين كالآتي:

الفرع الأول

الروايات الواردة في هذا الخصوص

اختلفت الروايات التي أثبتت قُبلة الصائم لامرأته، وهل تشمل صوم الفريضة والمندوب، أو تقتصر على صوم الفريضة فحسب؟ فقد وردت الزيادة في حديث أم

^(١٣٠) أخرجه أبو داود في السنن، كتاب الطهارة، باب المرأة تغسل ثوبها الذي تلبسه في حيضها ١٥١/١ (٣٥٧)، وأحمد في مسنده ٢٥٥/٤٣ (٢٦١٢٦)، صححه الألباني في صحيح سنن أبي داود ١٩٧/٢ (٣٨٤)، مؤسسة غراس، الكويت، ط (١) ٢٠٠٢م.
^(١٣١) أخرجه مسلم كتاب الصلاة، باب الاعتراض بين يدي المصلي ٣٦٧/١ (٢٧٤).

المؤمنين عائشة -رضي الله عنها- تثبت أنها في رمضان، كما روي عنها أيضاً روايات تثبت أن الحكم فيها للصائم مطلقاً.

أولاً- الروايات التي جاءت دون الزيادة:

أ . أخرج البخاري في صحيحه من طريق عبد الله بن مسلمة عن مالك عن هشام، عن أبيه عن عائشة -رضي الله عنها- قالت: "إن كان رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ليقبل بعض أزواجه وهو صائم، ثم ضحكت" (١٣٢).

٢. ومسلم في صحيحه بأكثر من طريق منها:

طريق علي بن حجر حدثنا سفيان عن هشام بن عروة... بنحو رواية البخاري السابقة (١٣٣).

ومن طريق علي بن حجر السعدي، وابن أبي عمر، قالوا: حدثنا سفيان، قال: قلت لعبد الرحمن بن القاسم: أسمعت أباك يحدث، عن عائشة -رضي الله عنها-: «أن النبي -صلى الله عليه وسلم- كان يقبلها وهو صائم» فسكت ساعة، ثم قال: نعم (١٣٤).

٣. وأخرجه أبو داود والترمذي من طريق مسدد، حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن إبراهيم عن الأسود وعلقمة عن عائشة -رضي الله عنها- كَان رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- «يَقْبَلُ وَهُوَ صَائِمٌ وَيُبَايِسُ وَهُوَ صَائِمٌ، وَلَكِنَّهُ كَانَ أُمَّلَكَ لِإِزِيهِ» (١٣٥).

(١٣٢) الصحيح، كتاب الصيام، باب القبلة للصائم ٣/٣٠/١٩٢٨.

(١٣٣) الصحيح، كتاب الصيام، باب بيان أن القبلة للصائم ليست محرمة على من لم تحرك شهوته ٢/٧٧٦/١١٠٦.

(١٣٤) الصحيح، كتاب الصيام، باب بيان أن القبلة في الصوم ليست محرمة على من لم تحرك شهوته ٢/٧٧٦/١١٠٦.

(١٣٥) السنن كتاب الصوم، باب القبلة للصائم ٢/٣١١ (٢٣٨٢)، والترمذي أبواب الصوم، باب مباشرة الصائم ٣/٩٨ (٧٢٩).

ثانياً - قد وردت طرق للحديث تثبت الزيادة وتقيد الصوم بصيام الفريضة منها:

١. ما أخرجه مسلم في صحيحه من طريق أبي الأحوص عن زياد بن علاقة عن عمرو بن ميمون عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقبل في شهر الصوم^(١٣٦).

٢. وابو داود من طريق الربيع بن نافع والترمذي من طريق هناد وقتيبة، عن أبي الأحوص... به^(١٣٧).

٣. كما أخرجه الدار قطني في سننه من طريق مغاير لعمر بن ميمون (وهو رواية علقمة) عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - يَقْبَلُ وَهُوَ صَائِمٌ فِي رَمَضَانَ، وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - أُمَّلَكُمْ لِأَرْبِهِ»^(١٣٨).

فرواية الزيادة جاءت من طريقين إحداهما رواية عمرو بن ميمون^(١٣٩)، والثانية رواية علقمة بن قيس^(١٤٠)، رضي الله عنهما.

^(١٣٦) الصحيح، كتاب الصيام، الموضع السابق (١١٠٦) الترمذي الموضع السابق ٩٧/٣ (٧٢٧).

^(١٣٧) السنن، الموضع السابق (٢٣٧٥).

^(١٣٨) سنن الدارقطني، كتاب الصيام، باب القبلة للصائم ١٤٦/٣ (٢٢٥٦)، وإريه بتسكين الراء، وقيل بفتحها، وفيه تأويلان، قيل المقصود العضو نفسه، والثاني وهو الأصح الشهوة، انظر لسان العرب، محمد بن مكرم جمال الدين ابن منظور، دار صادر، بيروت.

ط (٣) ١٤١٤هـ، الفائق في غريب الحديث، أبو القاسم محمود بن عمرو الزمخشري، ٣٧/١.

^(١٣٩) أبو عبد الله، ويقال أبو يحيى، مخضرم مشهور، أدرك الجاهلية، ولم يلق النبي صلى الله عليه وسلم ثقة عابد ت ٧٤هـ، تهذيب التهذيب، أحمد بن علي بن حجر ٣/٣٩٨، ٣٠٧، وتقريب التهذيب (٥١٢٢).

^(١٤٠) علقمة بن قيس النخعي ثقة فقيه عابد ت بعد ٦٠، وقيل بعد ٧٠هـ التهذيب ٣/١٤٠، ١٤١هـ، والتقريب (٤٨٦١)



الفرع الثاني

الأحكام الفقهية المترتبة على الزيادة

اختلف العلماء في جواز القبلة للصائم، نظراً للروايات المتعددة في هذه المسألة، على النحو كآتي:

أولاً- الجواز مطلقاً: وهو مذهب بعض الصحابة والتابعين -رضي الله عنهم- وهو قول لعمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وأبي سعيد الخدري، وأبي هريرة، وعائشة أم المؤمنين، والحسن وعطاء -رضي الله عنهم أجمعين- فالقبلة للصائم جائزة شاباً كان أم شيخاً لعموم الأحاديث في هذا الشأن، ولو ورد الشرع بالفرق بينهما، لما سكت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم^(١٤١).

ثانياً- الكراهة مطلقاً: وهو قول عبد الله بن عمر، وابن مسعود، وسعيد بن المسيب -رضي الله عنهم- رواه عنهم الإمام مالك -رحمه الله- تعالى، يستوي في ذلك الشيخ والشاب^(١٤٢)، استناداً إلى ما رواه عن ابن عمر أنه كان ينهى عن القبلة والمباشرة للصائم^(١٤٣).

ثالثاً- التفصيل: فكره للشاب، وتباح للشيخ، وهو ما ذهب إليه عبد الله بن عباس -رضي الله عنه- وهو قول أبي حنيفة -رَضِيَ اللهُ عَنْهُ- وأصحابه وسفيان الثوري رَحِمَهُمُ اللهُ^(١٤٤).

^(١٤١) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ابن عبد البر النمري ١٠٩/٥ تحقيق/ مصطفى العلوي، وزارة الأوقاف، المغرب ١٣٨٧هـ، نيل الأوطار، محمد بن علي الشوكاني، ٤/ ٢٤٩، تحقيق/ عصام الدين الصباطي، دار الحديث، القاهرة، ط(١) ١٩٩٣م.

^(١٤٢) التمهيد ١١٠/٥.

^(١٤٣) الموطأ أبواب الصيام، باب القبلة للصائم ١٦٨/٢ (٣٥٣).

^(١٤٤) البناية شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد، الحنفى بدر الدين العيني، دار الكتب العلمية - بيروت، ط(١)، ٢٠٠٠م.

ودليل ذلك: أنه أتاه -صلى الله عليه وسلم- رجل فسأله عن المباشرة للصائم فرخص له، وأتاه آخر، فسأله، «فنهاه»، فإذا الذي رخص له شيخ، والذي نهاه شاب^(١٤٥).

وفصل السادة الشافعية، فتكره لمن حركت القبلة شهوته، ولا ينتقض بها صومه، وتركها أفضل^(١٤٦).

رابعاً: ذهب الحنابلة إلى التفرقة بين من يغلب على ظنه الإنزال من القبلة، فلا تحل له، إذ إنها مفسدة للصوم، ومن كانت له شهوة لكن لم يغلب على ظنه ذلك كرهت له؛ لأنه يُعرض صومه للإفساد^(١٤٧).

خامساً: التفرقة بين صيام الفرض وصيام النفل تكره في الفرض ولا تكره في النفل وهي رواية ابن وهب عن مالك^(١٤٨).

الرأي الراجح:

تعددت الأقوال في المسألة؛ نظراً لاختلاف العلماء في الروايات الواردة فيها، فمن رأى الإباحة مطلقاً، راعى أن ذلك صدر تشريعاً من النبي -صلى الله عليه وسلم-، فهو عام يستوي فيه جميع الأفراد، ويدل على ذلك شاهد الرواية التي أخرجها مالك -رحمه الله-، من طريق زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار «أَنَّ رَجُلًا قَبَّلَ امْرَأَتَهُ وَهُوَ صَائِمٌ فِي رَمَضَانَ فَوَجَدَ مِنْ ذَلِكَ وَجْدًا شَدِيدًا فَأَرْسَلَ امْرَأَتَهُ تَسْأَلُ لَهُ عَنْ ذَلِكَ فَدَخَلَتْ عَلَى أُمِّ سَلَمَةَ فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهَا فَأَخْبَرَتْهَا أَنَّ سَلَمَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم-

^(١٤٥) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الصوم، باب كراهيته للشاب ٣١٢/٢ (٢٣٨٧)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

^(١٤٦) انظر الحاوي الكبير، علي بن محمد، أبو الحسن الماوردي ٤٤٠/٣، تحقيق/ علي معوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت.

ط(١) ١٩٩٩م.

^(١٤٧) راجع المغني، أبو محمد موفق الدين بن قدامة ١٢٧/٣، مكتبة القاهرة، دط، ١٩٨٦م.

^(١٤٨) طرح التتريب في شرح التقريب، أبو الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين العراقي ١٣٨/٤.

كَانَ يُقْبَلُ وَهُوَ صَائِمٌ فَرَجَعَتْ فَأَخْبَرَتْ زَوْجَهَا بِذَلِكَ فَزَادَهُ ذَلِكَ شَرًّا، وَقَالَ لَسْنَا مِثْلَ رَسُولِ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- يُحِلُّ اللَّهُ لِرَسُولِهِ مَا شَاءَ ثُمَّ رَجَعَتْ امْرَأَتُهُ إِلَى أُمِّ سَلَمَةَ فَوَجَدَتْ عِنْدَهَا رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- مَا لِي هَذِهِ الْمَرْأَةُ؟ فَأَخْبَرْتُهُ أُمُّ سَلَمَةَ فَقَالَ أَلَا أَخْبَرْتِيهَا أَنِّي أَفَعَلُ ذَلِكَ، فَقَالَتْ قَدْ أَخْبَرْتُهَا فَدَهَبَتْ إِلَى زَوْجِهَا فَأَخْبَرْتُهُ فَزَادَهُ ذَلِكَ شَرًّا، وَقَالَ لَسْنَا مِثْلَ رَسُولِ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- اللَّهُ يُحِلُّ لِرَسُولِهِ مَا شَاءَ فَغَضِبَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- ، وَقَالَ وَاللَّهِ إِنِّي لَأَتَّقَاكُمْ لِلَّهِ وَأَعْلَمُكُمْ بِحُدُودِهِ»^(١٤٩).

ومن رجح الكراهة، راعى أن النبي -صلى الله عليه وسلم- لا يساويه غيره في حفظ نفسه ودليله قول عائشة -رضي الله عنها- "وكان -صلى الله عليه وسلم- أملككم لإربه".

أما من فصل المسألة، فقد راعى الروايات التي فصلت القول فيها، كالتفرقة بين الشيخ وغيره.

وأرى والله أعلم: أن من أمن على نفسه الوقوع في مفسدات الصوم، انطبق عليه الحكم العام بالإباحة يستوي في ذلك النفل والفريضة؛ لعموم الروايات الواردة في هذا الشأن، أما من خشي الوقوع في المحذور، فيراعي من الأدلة ما ينطبق عليه الحكم فيه.

كما أن الزيادة الواردة في بعض الروايات "في رمضان" زيادة صحيحة رجالها ثقات، وليس فيها ما يخالف الروايات الأخرى، فلا فرق بين صيام الفريضة والنفل في المسألة.

^(١٤٩) الموطأ، أبواب الصيام، باب القبلة للصائم ١٦٥/٢ (٣٥١).

المطلب الثالث

المستحاضة والأحكام المترتبة على الزيادة

تعددت الروايات بشأن المستحاضة^(١٥٠)، فمنها ما يوضح ما يتوجب عليها فعله، ومنها ما يبين كيفية تطهرها، وآدائها الصلاة، وقد ورد في هذه المسائل زيادات تثبت كل حكم من هذه الأحكام، مع ورود هذه الزيادات من طرق الثقات، مما ترتب عليها إثبات أحكام شرعية ونتناول ذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول

المستحاضة تترك الصلاة إذا أقبلت الحيضة

أولاً- الروايات بالزيادة بغسل دم الاستحاضة ومن غيرها:

١- الروايات التي لم تذكر الزيادة فهي:

ما أخرجه البخاري في صحيحه بسنده من طريق سفيان بن عيينة عن هشام عن أبيه عن عائشة -رضي الله عنها- "أن فاطمة بنت حبيش كانت تستحاض، فسألت النبي -صلى الله عليه وسلم-، فقال "ذلك عرق وليست بالحيضة، فإذا أقبلت الحيضة، فدعي الصلاة، وإذا أدبرت فاغتسلي وصلي"^(١٥١).

والنسائي من طريق هشام بن عمار عن سهل بن هاشم عن الأوزاعي عن الزهري عن عروة عن عائشة -رضي الله عنها- «إِذَا أَقْبَلَتِ الْحَيْضَةَ، فَاتْرِكِي الصَّلَاةَ، وَإِذَا أَدْبَرْتِ، فَاعْتَسِلِي»^(١٥٢).

(١٥٠) الاستحاضة: استمرار خروج الدم بعد أيام الحيض المعتادة، ويقصد بها جريان الدم من فرج المرأة في غير أوانه، النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن الشيباني ابن الأثير الجزري، تحقيق/ طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٧٩م.

(١٥١) الصحيح، كتاب الحيض، باب إقبال المحيض وإدباره ١/١٢٢ (٣١٤).

(١٥٢) السنن، كتاب الطهارة، باب الاغتسال من الحيض ١/١١٧ (٢٠٢).

٢- الروايات التي ذكرت الزيادة بغسل دم الاستحاضة:

أخرج البخاري بسنده من طريق أبي معاوية محمد بن خازم الضرير الكوفي عن هشام بن عروة عن عائشة -رضي الله عنها- "جاءت فاطمة بنت أبي حبيش إلى النبي -صلى الله عليه وسلم- فقالت: يا رسول الله إني امرأة أستحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة؟ فقال لا إنما ذلك عرق وليس بالحیضة، فإذا أقبلت الحيضة، فدعي الصلاة وإذا أدبرت فأغسلي عنك الدم وصلي"، قال: وقال أبي: ثم توضئي لكل صلاة حتى يجيء ذلك الوقت^(١٥٣).

ومسلم بسنده، من طريق وكيع، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة رضي الله عنها بمثل رواية البخاري السابقة^(١٥٤).

والترمذي من طريق أبي معاوية، عن هشام ... بمثل رواية البخاري^(١٥٥). وهشام بن عروة روي الحديث بالزيادة، ومن غيرها، لكن الأغلب عنه روايته بالزيادة، كما سبق تخريجه عند البخاري، وغيره.

ثانياً- الأحكام الفقهية المترتبة على الزيادة:

وهذه الروايات تدل على أن المستحاضة تترك الصلاة والصيام في أيام حيضها التي اعتادتها، فلكل امرأة عادة في ذلك لا تكاد تخطئها، وقد أشار إليها النبي -صلى الله عليه وسلم- في قوله للمرأة التي جاءت، فاستفتت لها أم سلمة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقال: "لتنظر عدة الليالي والأيام التي كانت تحيضهن من الشهر قبل أن يصيبها الذي أصابها فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر فإذا خلفت ذلك فلتغتسل ثم لتستنفر بثوب ثم لتصل فيه"^(١٥٦).

^(١٥٣) كتاب الوضوء، باب غسل الدم ٩١/١ (٢٢٦).

^(١٥٤) كتاب الحيض، باب المستحاضة وغسلها وصلاتها ٢٦٢/١ (٣٣٣).

^(١٥٥) أبواب الطهارة، باب في المستحاضة ٢١٧/١ (١٢٥)، وقال حسن صحيح.

^(١٥٦) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطهارة، باب المرأة تستحاض ١٢١/١ (٢٧٤)، من حديث

أم سلمة رضي الله عنها، وصححه الألباني والنسائي، كتاب الحيض، باب المرأة يكون لها أيام معلومة تحيضها كل شهر ١٨٢/١ (٣٥٥).

فإذا انقضت تلك الأيام، اغتسلت لإدبار حيضتها، كما تغتسل الحائض عند رؤية طهرها؛ لأن المستحاضة طاهر، ودمها دم عرق، كدم جرح سواء^(١٥٧)، ولا يمنعها دم الاستحاضة من أداء الصلاة، وغيرها من سائر العبادات، كالصوم ولو نفلاً، والطواف، وقراءة القرآن، ومس المصحف، ووطء بلا كراهة للضرورة^(١٥٨).

وهذا الحكم دل عليه قول رسول الله -صلى الله عليه وسلم- لما استفتت أم حبيبة بنت جحش رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقالت: إني أستحاض فقال: «إنما ذلك عرق فاغتسلي ثم صلي» فكانت تغتسل عند كل صلاة " قال الليث بن سعد: «لم يذكر ابن شهاب، أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أمر أم حبيبة بنت جحش أن تغتسل عند كل صلاة ولكنه شيء فعلته هي»^(١٥٩).

فائدة مهمة:

الرواية التي أخرجها البخاري تضمنت حكماً آخر، وهو أن المستحاضة تتوضأ لكل صلاة، وذلك في قوله: وقال أبي: "ثم توضئي لكل صلاة حتى يجيء ذلك الوقت"^(١٦٠).

وهذه الرواية، وإن كانت موقوفة على عروة بن الزبير رضي الله عنه، إلا أن النسائي قد أخرجها مرفوعةً من طريق يحيى بن حبيب بن عري، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن هشام بن عروة، عن أبيه عائشة رضي الله عنها قالت: استحيضت فاطمة بنت أبي حبيش فسألت النبي -صلى الله عليه وسلم- فقالت: يا رسول الله، إنني

^(١٥٧) التمهيد، ابن عبد البر ١٠٣/٢٢.

^(١٥٨) راجع رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر، ابن عابدين دمشقي الحنفي، ٢٩٨/١، دار الفكر-بيروت، ط(٢)، ١٩٩٢م.

^(١٥٩) مسلم في صحيحه، كتاب الحيض، باب المستحاضة ٢٦٣/١ (٣٣٤).

^(١٦٠) والقائل هو عروة بن الزبير موقوفاً عليه، وقد رجح الحافظ ابن حجر رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم لدلالة السياق عليه، لأنه لو كان كلامه لقال ثم تتوضأ بصيغة الإخبار فلما أتى به بصيغة الأمر شاكلة الأمر الذي في المرفوع وهو قوله فاغسلي، انظر، فتح الباري، ابن حجر العسقلاني ٤٠٩، ٣٣٢/١ وأخرجها النسائي من طريق يحيى بن حبيب بن عري، عن حماد بن زيد.

أَسْتَحَاضُ فَلَا أَطْهَرُ، أَفَادَعُ الصَّلَاةَ؟ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم-: «إِنَّمَا ذَلِكَ عِرْقٌ وَلَيْسَتْ بِالْحَيْضَةِ، فَإِذَا أَقْبَلْتَ الْحَيْضَةَ فَدَعِي الصَّلَاةَ، وَإِذَا أَدْبَرْتَ فَاعْسَلِي عَنْكَ أَنْزَلِ الدَّمَ وَتَوَضَّئِي؛ فَإِنَّمَا ذَلِكَ عِرْقٌ وَلَيْسَتْ بِالْحَيْضَةِ» قِيلَ لَهُ: فَالْعُسْلُ؟ قَالَ: «ذَلِكَ لَا يَشُكُّ فِيهِ أَحَدٌ».

قَالَ الإمام النسائي: لَا أَعْلَمُ أَحَدًا ذَكَرَ فِي هَذَا الْحَدِيثِ «وَتَوَضَّئِي» غَيْرَ حَمَادِ بْنِ زَيْدٍ، وَقَدْ رَوَى غَيْرُ وَاحِدٍ عَنْ هِشَامٍ، وَلَمْ يَذْكَرْ فِيهِ «وَتَوَضَّئِي»^(١٦١).

وابن ماجة من طريق حبيب بن أبي ثابت عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: جَاءَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ أَبِي حُبَيْشٍ إِلَى النَّبِيِّ -صلى الله عليه وسلم- فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي امْرَأَةٌ أُسْتَحَاضُ، فَلَا أَطْهَرُ، أَفَادَعُ الصَّلَاةَ؟ قَالَ: «لَا، إِنَّمَا ذَلِكَ عِرْقٌ وَلَيْسَ بِالْحَيْضَةِ، اجْتَنِبِي الصَّلَاةَ أَيَّامَ مَحِيضِكَ، ثُمَّ اغْسَلِي، وَتَوَضَّئِي لِكُلِّ صَلَاةٍ، وَإِنْ قَطَرَ الدَّمُ عَلَى الْحَصِيرِ»^(١٦٢).

أما راوة الزيادة، حماد بن زيد^(١٦٣)، وحبيب بن أبي ثابت بن قيس^(١٦٤)، وهما ثقتان.

^(١٦١) كتاب الطهارة، باب الفرق بين الحيض والاستحاضة ١/١٢٣ (٢١٧)، وصححه الألباني.

^(١٦٢) السنن، كتاب الطهارة، باب ما جاء في المستحاضة ١/٢٠٤ (٦٢٤).

^(١٦٣) حماد بن زيد بن درهم الجهضمي، أبو إسماعيل البصري، ثقة ثبت فقيه، من كبار الثامنة، ت ١٧٩هـ، التهذيب، أحمد بن علي بن حجر ١/٤٨٠، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (١)، ١٩٩٦م، تقريب التهذيب، ابن حجر العسقلاني (١٤٩٨)، دار القلم، بيروت، ط (٤)، ١٩٩٧م.

^(١٦٤) ويقال: هند بن دينار الأسدي مولاهم، أبو يحيى الكوفي، ثقة فقيه جليل، كثير الإرسال والتدليس ت ١١٩هـ، التهذيب ١/٣٤٧، ٣٤٨، تقريب التهذيب (١٠٨٤).

الفرع الثاني

الزيادة التي عينت صفة دم الحيض عن غيره

أولاً- الروايات الواردة في ذلك:

أخرجها أبو داود^(١٦٥)، والنسائي^(١٦٦)، والدارقطني^(١٦٧) بسندهم من طريق محمد بن المثنى^(١٦٨)، حدثنا محمد بن أبي عدي^(١٦٩)، عن محمد (يعني ابن عمرو) قال: حدثني ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن فاطمة بنت أبي حبيش أنها كانت تستحاض، فقال لها النبي -صلى الله عليه وسلم-: **«إذا كان دم الحيضة فإنه أسود يعرف، فإذا كان ذلك فأمسكي عن الصلاة، فإذا كان الآخر فتوضئي وصلي فإنما هو عرق»**.

ثانياً- الأحكام الفقهية المترتبة على الزيادة:

دلت الزيادة على كيفية التفرقة بين دم الحيض والاستحاضة، ونظراً لما عليه طبيعة الاستحاضة بكونها حدثاً دائماً، كسلس البول والرعاف الدائم، فلا تمنع مما يمنع منه الحيض، فإذا لم تستطع المستحاضة التمييز بينهما يمكنها الرجوع في ذلك إلى غالب عادة النساء، والتي بينها رسول الله -صلى الله عليه وسلم- لحمنة بنت جحش -رضي الله عنها- «إنما هذه ركضة من ركضات الشيطان فتحيزي ستة أيام أو سبعة أيام في علم الله، ثم اغتسلي حتى إذا رأيت أنك قد طهرت، واستنقأت فصلي ثلاثاً وعشرين ليلة أو أربعاً وعشرين ليلة وأيامها وصومي، فإن ذلك يجزيك، وكذلك فافعلي في كل شهر كما تحيض النساء، وكما يطهرن ميقات حيضهن وطهرهن، وإن قويت على أن تؤخري الظهر وتعجلي العصر فتغتسلين وتجمعين بين الصلاتين الظهر

^(١٦٥) السنن، كتاب الطهارة، باب من قال إذا أقبلت الحيضة تدع الصلاة ٧٥/١ (٢٨٦).

^(١٦٦) السنن، كتاب الطهارة، باب الفَرْقِ بَيْنَ دَمِ الْحَيْضِ وَالْإِسْتِحَاضَةِ ١٢٣/١ (٢١٥) بنحوه.

^(١٦٧) السنن، كتاب الحيض، ٣٨٣/١ (٧٩٠)، وإسناده حسن، محمد بن عمرو بن علقمة الليثي، صدوق، سير أعلام النبلاء، الذهبي ١٣٦/٦.

^(١٦٨) مُحَمَّدُ بْنُ الْمُثَنَّى بْنِ عَبْدِ بْنِ قَيْسِ بْنِ دِينَارِ الْعَنْزِيِّ، ثِقَةٌ ثَبَتَ حُجَّةً، ت ٢١٥ هـ. ميزان

الاعتدال، شمس الدين الذهبي ٢٤/١.

^(١٦٩) ثِقَةٌ بَصْرِيٌّ جَلِيلٌ، ت ١٩٤ هـ، ميزان الاعتدال ٣/٦٤٧، سير أعلام النبلاء ٢٢١/٢.

والعصر، وتؤخرين المغرب وتعجلين العشاء، ثم تغتسلين وتجمعين بين الصلاتين فافعلي، وتغتسلين مع الفجر فافعلي، وصومي إن قدرت على ذلك»^(١٧٠).

هذه الروايات التي قد وردت بها الزيادات الصحيحة، قد يوهم ظاهرها التعارض، فبعضها يثبت أن المستحاضة تغتسل لكل صلاة، وبعضها يثبت الوضوء، لكن بالنظر إلى أقوال العلماء في المسألة يتبين دفع التعارض؛ إذ الروايات يفسر بعضها بعضاً. فطهارة المستحاضة تدور بين الغسل والوضوء، وجمهور العلماء أن المستحاضة تغتسل عند انقضاء حيضها، وليس عليها بعد ذلك إلا الوضوء^(١٧١)، فصار حكم دم الاستحاضة حكم الحدث فتتوضأ لكل صلاة ويجزيها ذلك، لقوله - صلى الله عليه وسلم - لفاطمة بنت أبي حبيش "...وتوضئي لكل صلاة"، وذلك بعد اتخاذ التدابير الواقية من نزول الدم وسيلانه، لقوله - صلى الله عليه وسلم - "ثم لتستنفر بثوب"^(١٧٢)، خلافاً لبعض المالكية والحنابلة باستحباب اغتسالها لكل صلاة^(١٧٣).

أما أن يجزئها الوضوء عن كل صلاة تصليها، أم تستأنف وضوءاً جديداً لوقت كل صلاة، فهو محل خلاف بين السادة العلماء.

^(١٧٠) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطهارة، باب من قال إذا أقبلت الحيضة تدع الصلاة ٧٦/١ (٢٨٧)، والترمذي، أبواب الطهارة، باب في المستحاضة أنها تجمع بين الصلاتين بغسل واحد ٢٢١/١ (١٢٨)، وقال حسن صحيح.

^(١٧١) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، دار الكتب العلمية، ١٤١١، تحفة الأحمدي بشرح جامع الترمذي، محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، ٣٣٢/١، دار الكتب العلمية - بيروت، نيل الأوطار ٢٨٢/١.

^(١٧٢) هو أن تشد فرجها بخرقه عريضة بعد أن تحنسي فطناً وثوق طريقيها في شيء تشده على وسطها فتمنع بذلك سيئ الدم، لسان العرب ١٠٥/٤ النهاية في غريب الحديث والأثر ٦١٩/١.

^(١٧٣) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ١٧٠/١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١، وكشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ١٥١/١، دار الكتب العلمية.

فالجهمور^(١٧٤)، أنها لا تصلي بذلك الوضوء أكثر من فريضة واحدة مؤداه أو مقضية لظاهر قوله "ثم توضئي لكل صلاة"، وعند الحنفية أن الوضوء متعلق بوقت الصلاة فلها أن تصلي به الفريضة الحاضرة وما شاءت من الفوائت ما لم يخرج وقت الحاضرة ويكون المراد بقوله "وتوضئي لكل صلاة" أي: لوقت كل صلاة^(١٧٥)، وعند المالكية يستحب لها الوضوء لكل صلاة ولا يجب إلا بحدث آخر^(١٧٦) وقال أحمد وإسحاق إن اغتسلت لكل فرض فهو أحوط^(١٧٧).

فهذه الزيادات التي وردت في الروايات إنما هي زيادة ثقات ترتب عليها أحكاما فقهية، فما المانع من العمل بها، أضف إلى ذلك ورودها في كتب التزم أصحابها الصحة، وتوافرت فيهم شروط القبول كما سبق.

^(١٧٤) الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي ٣٩٠/١، تحقيق/ محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط(١) ١٩٩٤ م، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، ٣٣٧/١، دار الفكر، بيروت. ١٤٠٤ هـ. ١٩٨٤ م، الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ١٥٠/١، دار الكتب العلمية.

ط(١) ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م، فتح الباري، ابن حجر ٤١٠/١، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩ هـ. ^(١٧٥) راجع البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي ٨٤/١، دار المعرفة، بيروت، د ط، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.

^(١٧٦) راجع التمهيد، ابن عبد البر ١٠٩/٢٢، ١١٠، وعيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي المالكي المعروف بابن القصار، تحقيق/ عبد الحميد بن سعد بن ناصر، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عماد البحث العلمي ٢٠٠٦ م.

^(١٧٧) فتح الباري ٤١٠/١، تحفة الأحوذى ٣٣٢، ١.



خاتمة البحث

خلص البحث إلى عدد من النتائج المهمة منها:

- ١- تعددت أقوال العلماء في تعريف مصطلح زيادة الثقات، ويتبع أقوالهم يتبين أن المقصود بها الزيادة التي ينفرد بها أحد الرواة العدول الثقات، أو بعضهم من التابعين فمن بعدهم سواء كانت في الإسناد أم في المتن.
- ٢- يُشترط في الزيادة شروط للقبول، منها ما يتعلق بالراوي، ومنها ما يتعلق بالرواية.
- ٣- ثمة بعض المصطلحات وثيقة الصلة بزيادة الثقات، تتفق معها في بعض الأوجه، وتختلف معها في بعضها الآخر، وقد حرر البحث الفرق بينها، وساق الأمثلة عليها.
- ٤- زيادة الثقات تتعدد أسبابها، فالرواة يختلفون ضبطاً، وإتقاناً، كما قد تتعدد مجالسهم في سماع الزيادة، وغيرها من الأسباب التي وضحها البحث، مما يؤدي إلى وقوع لفظة زائدة، أو جملة في الحديث لم يسمعها غيره.
- ٥- تتعدد أقسام الزيادة، فمنها ما يكون في الإسناد، ومنها ما يكون في المتن، وقد وضح البحث آراء العلماء في قبولها، مع بيان الرأي الراجح، والأمثلة الدالة عليها.
- ٦- اختلفت آراء العلماء في حكم زيادة الثقة في المتن اختلافاً شديداً نظراً لما تشكله من أهمية؛ إذ قد يختلف الحكم الشرعي في الحديث بسببها، وقد تفيد أحكاماً جديدة لم تكن في رواية من لم يزدها.
- ٧- عرض البحث لآراء المحدثين والفقهاء والأصوليين، وخلص إلى أنه وإن نسب إلى الجمهور منهم قبول الزيادة مطلقاً، إلا أنه عند تحقيق مذاهبهم وجدنا آراءهم اختلفت في قبول الزيادة لاعتبارات متعددة، فوجوه الترجيح كثيرة لا تنحصر، ولا يمكن قبول الزيادة إلا بعد النظر الدقيق خاصة إذا كان يترتب عليها حكماً شرعياً، احتياطاً لحديث رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، وتحريماً للأحكام المترتبة على هذه الزيادات.

- ٨- عرض البحث لنماذج وتطبيقات على زيادة الثقات، مع عرض للروايات بالزيادة، ومن غيرها، مع ترجمة لرواة الزيادة ما لم يكونوا من رواة الصحيحين.
- ٩- تضمنت الروايات التي ثبتت بطريق زيادة الثقات مسائل فقهية خلت الروايات المجردة منها، فترتب عليها أحكام، كانت سبيلا إلى التيسير على الأمة.

قائمة المصادر والمراجع

- (١) الإبهاج في شرح المنهاج، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي السبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥م.
- (٢) الإحكام في أصول الأحكام، علي بن أحمد بن حزم الأندلسي، دار الحديث، القاهرة، ط(١)، ١٤٠٤هـ.
- (٣) اختصار علوم الحديث، ابن كثير الدمشقي ط(١)، دن.
- (٤) الإرشاد، الخليل بن عبد الله بن أحمد الخليلي، تحقيق د/ محمد سعيد إدريس، مكتبة الرشد، الرياض، ط(١)، ١٤٠٩هـ.
- (٥) إرشاد طلاب الحقائق إلى معرفة سنن خير الخلائق، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، تحقيق/ نور الدين عتر، دار البشائر، بيروت، ط(٢) ١٩٩١م.
- (٦) الاغتباط بمن رمي من الرواة بالاختلاط، برهان الدين أبو الوفا إبراهيم بن محمد بن خليل الحلبي، تحقيق/ علاء الدين علي رضا، دار الحديث، القاهرة ط(١) ١٩٨٨م.
- (٧) الأم، محمد بن إدريس الشافعي، ٣٦٠/٧، دار المعرفة، بيروت، ط(٢)، ١٣٩٢هـ، و دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط(١) ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م.
- (٨) الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث، الشيخ أحمد شاكر، القاهرة، ط(٢)، ١٩٥١م.

- ٩) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت.
- ١٠) البحر المحيط في أصول الفقه أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله، دار الصفة، ط(١)، ١٩٨٨م، ودار الكتبي، ط (١)، ١٩٩٤م.
- ١١) البرهان في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله إمام الحرمين أبي المعالي الجويني تحقيق/ صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١) ١٩٩٧م.
- ١٢) بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ابو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق/ سمير أمين الزهيري، دار أطلس، الرياض، ط(٣)، ٢٠٠٠م.
- ١٣) البناية شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد، الحنفي بدر الدين العيني، دار الكتب العلمية - بيروت، ط(١)، ٢٠٠٠م.
- ١٤) تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، دار الكتب العلمية - بيروت.
- ١٥) تدريب الراوي شرح تقريب النواوي، أبو بكر عبد الرحمن السيوطي، تحقيق/ عبد الوهاب عبد اللطيف، المكتبة العلمية، المدينة المنورة، ط(٢)، ١٩٧٢م.
- ١٦) تذكرة الحفاظ محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، دراسة وتحقيق/ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط(١) ١٩٩٨م، ودار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١٧) تقريب التهذيب، شهاب الدين أحمد بن حجر، تحقيق/ محمد عوامة، دار القلم، بيروت، ط(٤)، ١٩٩٧م.
- ١٨) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ابن عبد البر النمري، تحقيق/ مصطفى أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، ط(٢)، ١٩٨٢م، ومركز البحث العلمي، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، ط(١)، ١٩٨٥م.
- ١٩) تهذيب التهذيب، أحمد بن علي بن حجر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط(١)، ١٩٩٦م.

- ٢٠) توضيح الأفكار لمعاني تنقيح الأنظار، محمد بن إسماعيل الصنعاني، تحقيق/ محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، ودار إحياء التراث العربي، بيروت، ط(١) ١٣٦٦هـ.
- ٢١) الحاوي الكبير، علي بن محمد، أبو الحسن الماوردي، تحقيق/ علي معوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت ط(١) ١٩٩٩م.
- ٢٢) الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، تحقيق/ محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط(١) ١٩٩٤م.
- ٢٣) رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر، ابن عابدين الدمشقي الحنفي، دار الفكر، بيروت، ط(٢)، ١٩٩٢م.
- ٢٤) الرسالة، محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق/ أحمد شاكر، مصطفى الحلبي، القاهرة، ط(١)، ١٣٥٨ هـ، ودار التراث، القاهرة، ١٩٧٩م.
- ٢٥) روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار الكتاب الحديث، الكويت، دت.
- ٢٦) سبل السلام شرح بلوغ المرام، محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، ط(٣)، مصر.
- ٢٧) سنن الدارقطني، تحقيق/ شعيب الأرنؤوط، وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط(١) ٢٠٠٤م.
- ٢٨) سير أعلام النبلاء، أبو عبد الله شمس الدين الذهبي، مؤسسة الرسالة، بيروت ط(٣)، ١٩٨٥م.
- ٢٩) شرح التبصرة والتذكرة، عبد الرحيم بن الحسين العراقي، تحقيق د/ عبد اللطيف هميم، ماهر الفحل، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢م.
- ٣٠) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١هـ.

- (٣١) شرح ألفية الأثر، عبد الرحمن بن أبي بكر، السيوطي، تحقيق/ أنيس أحمد طاهر، مكتبة العزباء، المدينة المنورة، ط(١)، ١٩٩٩م.
- (٣٢) شرح صحيح البخاري، أبو الحسن خلف بن بطل، تحقيق/ أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، ط(٢)، ٢٠٠٣م.
- (٣٣) شرح علل الترمذي، زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن، ابن رجب الحنبلي، تحقيق د/ همام عبد الرحيم سعيد، مكتبة المنار، الأردن، ط(١)، ١٩٨٧م.
- (٣٤) العدة في أصول الفقه، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، تحقيق د/ أحمد بن علي المباركي، ط(٢) ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠م.
- (٣٥) العلل الواردة في الأحاديث النبوية، أبو الحسن الدارقطني، تحقيق د/ محفوظ الرحمن زين الله، دار طيبة، الرياض، ط(١)، ١٩٨٥م.
- (٣٦) علوم الحديث، أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن الشهرزوري، تحقيق/ نور الدين عتر، دار الفكر المعاصر، بيروت، ١٩٨٦م.
- (٣٧) علوم الحديث، عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو بن الصلاح، تحقيق/ نور الدين عتر، دار الفكر، دمشق، ط، ١٩٨٦م.
- (٣٨) علوم الحديث ومصطلحه، د/ صبحي الصالح، دار العلم للملايين، ط(١١)، ١٩٧٩م.
- (٣٩) عمدة القاري، أبو محمد محمود بن أحمد، البدر العيني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ت.
- (٤٠) عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي المالكي المعروف بابن القصار، تحقيق/ عبد الحميد بن سعد بن ناصر، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عماد البحث العلمي ٢٠٠٦م.
- (٤١) الفائق في غريب الحديث والأثر، أبو القاسم محمود بن عمرو، الزمخشري تحقيق/ علي محمد البجاوي، محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة، لبنان، ط(٢)، دن.

- ٤٢) فتح الباقي على ألفية العراقي، زكريا الأنصاري، تحقيق/ ماهر الفحل، دار الكتب العلمية ٢٠٠٢م.
- ٤٣) فتح المغيث بشرح ألفية الحديث، أبو عبد الله محمد السخاوي، تحقيق/ علي حسن عبد الحميد، دار الإمام الطبري ط(٢)، ١٤١٢ هـ، ومكتبة السنة، مصر ط(١)، ٢٠٠٣م.
- ٤٤) الفصول في الأصول، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، وزارة الأوقاف الكويتية، ط(٢)، ١٩٩٤م.
- ٤٥) الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة، شمس الدين أبو عبد الله الذهبي، تحقيق/ محمد عوامة، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، ط(١) ١٩٩٢م.
- ٤٦) الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، ط(١) ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤م.
- ٤٧) كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، دار الكتب العلمية.
- ٤٨) الكفاية في علم الرواية، الخطيب البغدادي، تحقيق د/ أحمد عمر هاشم، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٥م، والمكتبة العلمية، المدينة المنورة، دت، دن.
- ٤٩) لسان العرب، محمد بن مكرم جمال الدين ابن منظور، دار صادر، بيروت ط(٣) ١٤١٤ هـ.
- ٥٠) المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت، د ط، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣م.
- ٥١) المجموع شرح المهذب، أبو زكريا محي الدين النووي، دار الفكر.
- ٥٢) المحصول، أبو عبد الله محمد بن عمر الرازي، تحقيق د/ طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط(٣) ١٩٩٧م.
- ٥٣) المدخل إلى الإكليل، أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق د/ فؤاد عبد المنعم، المكتبة التجارية، دت.

- ٥٤) المدونة الكبرى، مالك بن أنس، دار صادر، بيروت.
- ٥٥) المستدرک علی الصحیحین، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، النيسابوري، تحقيق/ مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط(١) ١٩٩٠م.
- ٥٦) المستصفي في علم الأصول، محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، المطبعة الأميرية، مصر، ١٣٢٢هـ، وبتحقيق/ محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط(١) ١٤١٣هـ.
- ٥٧) المسودة في أصول الفقه، آل تيمية، تحقيق/ محمد محيي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني، القاهرة.
- ٥٨) المعتمد في أصول الفقه، محمد بن علي الطيب، أبو الحسين البصري المعتزلي، تحقيق/ خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت ط(١)، ١٤٠٣هـ.
- ٥٩) معرفة علوم الحديث، أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، نشر الأستاذ معظم حسين، ط(٢)، حيدر آباد، ١٩٧٧م، ودار الآفاق الجديدة، بيروت، ط(٤)، ١٩٨٠م.
- ٦٠) المغني شرح مختصر الخرقى، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار إحياء التراث العربي، ط (١)، ١٩٨٥م، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ.
- ٦١) مقدمة في أصول فقه الإمام مالك، القاضي أبو الحسن عمر بن علي بن القصار، تحقيق/ حمزة أبو فارس، وعبد السلام أبو ناجي، منشورات إجا، إيطاليا.
- ٦٢) المنخول في تعليقات الأصول، محمد بن محمد، أبو حامد الغزالي، تحقيق/ د.محمد حسن هيتو، دار الفكر - دمشق، ط(٢)، ١٤٠٠هـ.
- ٦٣) منهج النقد في علوم الحديث، نور الدين عتر، دار الفكر، دمشق.
- ٦٤) المنهل الروي في مختصر علوم الحديث النبوي، أبو عبد الله، محمد بن إبراهيم بدر الدين بن جماعة، تحقيق د/ محيي الدين عبد الرحمن رمضان، دار الفكر، دمشق، ط(٢)، ١٤٠٦هـ.
- ٦٥) المذهب في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، دار الكتب العلمية، دت، دن.

- ٦٦) ميزان الاعتدال، شمس الدين الذهبي، تحقيق/ علي البجاوي، دار المعرفة، بيروت، ط(١)، ١٣٨٢هـ.
- ٦٧) نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق/ عصام الصبابطي، عماد السيد، دار الحديث، القاهرة، ط(٥)، ١٩٩٧م.
- ٦٨) نزهة النظر بشرح نخبة الفكر، أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق د/ نور الدين عتر، المكتبة العلمية، المدينة المنورة، دت، ودار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ.
- ٦٩) نظم الفوائد لما تضمنه حديث ذي اليمين من الفوائد، أبو سعيد بن خليل بن كيكلي العائلي، تحقيق/ كامل شطيب الراوي، مطبعة الأمة، بغداد، ١٩٨٦م.
- ٧٠) النكت على ابن الصلاح، أحمد بن علي بن حجر، تحقيق/ ربيع هادي عمير، عمادة البحث العلمي، ط(١) ١٩٨٤م، ودار الراجعية، الرياض، ط(٢) ١٩٨٨م.
- ٧١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٤م.
- ٧٢) النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن الشيباني ابن الأثير الجزري، تحقيق/ طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٧٩م.
- ٧٣) نيل الأوطار، محمد بن علي الشوكاني، تحقيق/ عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، القاهرة، ط(١) ١٩٩٣م.
- ٧٤) هدي الساري مقدمة فتح الباري، أحمد بن حجر العسقلاني، المطبعة المنيرية، مصر، دت.
- ٧٥) الوسيط في علوم ومصطلح الحديث، د/ محمد محمد أبو شهبه، عالم المعرفة، جدة ١٩٨٣م.



أثر قصد التحليل في عقد النكاح (دراسة فقهية قانونية مقارنة)

الدكتورة/ رحاب مصطفى كامل السيد *

المخلص:

تناولت في هذا البحث مسألة أثر قصد التحليل في عقد النكاح، وانتهيت إلى أن النكاح بقصد التحليل نكاح فاسد يترتب عليه وجوب التفريق بين الزوجين، ولا يُرتب أثرًا قبل الدخول، فيما يترتب بعد الدخول بعض الآثار لكن ليس منها تحليل المبتوتة لمن طلقها.

لم يتناول هذه المسألة من قوانين الأحوال الشخصية إلا قانون الأحوال الشخصية الأردني، ومدونة الأسرة المغربية، وإن كان الأمر غامضًا بالنسبة إليهما، وكان أحرى بكل قوانين الأحوال الشخصية أن تتناول هذه المسألة بالتنظيم، فتقرر إبطال عقد النكاح الذي تم بقصد التحليل، وتقرر عقوبات على من عمل به.

الكلمات المفتاحية: النكاح - التحليل - الفسخ - صحة العقد - فساد العقد.

*أستاذ مساعد بكلية القانون - جامعة القصيم الأهلية - بريدة - القصيم - المملكة العربية السعودية.



The Effect of the Marriage of a Man with his Intent for Making his Wife Lawful for her Ex-husband on the Marriage Contract (Comparative legal jurisprudence study)

Dr. Rehab Moustafa Kamel Al-Sayed *

Abstract:

This research tackles the position of the effect of the marriage of a man with his intent for making his wife lawful for her ex-husband, on the marriage contract, and I concluded that marriage for making the wife lawful for ex-husband is corrupt marriage contract, entails the obligation to segregating between the spouses, and does not have any effect before intercourse and after intercourse has some effects, but not from them making the woman lawful for her ex-husband.

Family laws did not tackle this issue except Jordanian Personal status law and the Moroccan Family Code but the matter is a mysterious for them. All the laws must tackle this issue and decide the invalidity of marriage contract, which is intended to become a wife lawful for ex-husband and decide Sanctions on who did it.

Keywords: Marriage - Intent for Making his Wife Lawful – Annulment - Validity of Contract - Invalidity of Contract.

*Assistant Professor at Al-Qassim National Colleges, Buraidah, Al-Qassim, Kingdom of Saudi Arabia.



المقدمة

بسم الله والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد:

لقد شرع الله تعالى الزواج ليكون سكنًا ومودة بين الزوجين، وإذا لم يكن في القرآن كله آية قد تناولت النكاح غير قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: ٢١].

ورغم ما أحاط به الإسلام عقد النكاح من سياج يحمي به تلك العلاقة المقدسة، فقد يصعب استمرار هذه العلاقة لسببٍ أو لآخر، فيقوم الزوج بطلاق زوجته.

ومن المعلوم أن الزوج إذا طلق زوجته، يستطيع إرجاعها إلى عصمته في فترة العدة، إذا كان الطلاق رجعيًا، كما يستطيع طلب نكاحها مرة أخرى، إذا كان الطلاق بائنًا بينونة صغرى، أما إذا كان طلاقه لها بائنًا بينونة كبرى، بأن كان الطلاق المكمل للثلاث، ففي هذه الحالة لا يستطيع الرجل أن يتزوج مطلقته مرة أخرى إلا أن تتكح زوجًا غيره.

ولكن هل يجوز أن يتزوج هذا الزوج الجديد المطلقة بقصد تحليلها لزوجها الأول؟ وإذا حدث هذا الأمر، فما أثره على هذا العقد الذي كان الهدف من ورائه التحليل؟ وهل يتطابق موقف القانون الوضعي مع موقف الفقه الإسلامي في هذا الشأن؟

هذا ما أردت إلقاء الضوء عليه من خلال هذا البحث.

سبب اختيار الموضوع:

اخترت هذا الموضوع محلًا لبحثي، لأهميته، خاصة في هذا الوقت الذي ضعف فيه الوازع الديني لدى الكثير من الناس، فلم يعد الرجل يبالي بأمر الطلاق، فيتسرع في طلاق امرأته مرة تلو الأخرى حتى يستنفذ الطلاقات الثلاث، ومن ثم فقد لا يبالي أيضًا بالاتفاق مع آخر على تزوجها بقصد تحليلها له، وقد يكون هدف المرأة أو وليها ذلك، فكان من المهم تناول إلى أي مدى يؤثر هذا القصد من قبل

أي من هؤلاء على صحة النكاح؟ وما الذي يتعلق بذلك من آثار؟ وإلى أي مدى يتطابق موقف القانون مع موقف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الشأن؟

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية البحث في الإجابة عن التساؤلات المحيطة بموضوع البحث، وهي: ما موقف المذاهب الفقهية المختلفة من أثر قصد التحليل في عقد النكاح؟ وكيف تناولت بعض القوانين الوضعية المسألة محل البحث؟

أهمية البحث:

أما أهمية البحث فتتمثل في التوصل إلى موقف الفقه الإسلامي من أثر قصد التحليل في عقد النكاح، ومقارنة ذلك بموقف القانون الوضعي في بعض الدول.

هدف البحث:

ينطلق هدف البحث عادة من أهميته، لذا يمكن القول إن هدف البحث يتمثل في إعداد دراسة عن موقف كل من الفقه والقانون من أثر قصد التحليل في عقد النكاح، وذلك ليكون أمام الباحثين والعامّة دراسة متكاملة في المسألة، وفي ذلك كله مبتغية وجه الله تعالى، راجية أن يكون في هذا البحث النفع للمسلمين، وأن أنال به ثواباً في الآخرة.

منهج البحث:

اعتمدت في هذا البحث على المصادر الأصلية في أي دراسة فقهية، وهي: كتاب الله تعالى، وكتب السنة النبوية الشريفة، وقمت بتخريج الأحاديث تخريجاً صحيحاً من مصادرها الأصلية، كما اعتمدت على كتب الفقه الإسلامي بمذاهبه الكبرى المعروفة، إذ اعتمدت على آراء الفقهاء من خلال مصادرها الأصلية، وقمت بإسنادها إلى أصحابها إسناداً صحيحاً، وبعد عرضها وتحليلها قمت بعرض وجهة نظري المتواضعة مشفوعة بالأدلة التي رأيتها داعمة لموقفي، كما اعتمدت على نصوص القوانين في بعض الدول العربية، وقمت بعرض النصوص موضوع البحث، وتفنيدها، إذا كان لذلك محل.

الدراسات السابقة:

إن من المعروف أن كتابات الفقهاء القدامى والمحدثين قد تعددت في موضوع الزواج بقصد التحليل، والذي تناولوه غالبًا تحت عنوان: (زواج المحلل)، ومما وجدت من دراسات سابقة ما يأتي:

١- بحث بعنوان (موقف الشريعة الإسلامية من نكاح التحليل)، د. محمد بن أحمد الصالح، منشور بمجلة البحوث الإسلامية التابعة للرئاسة العامة للبحوث والإفتاء بالمملكة العربية السعودية، العدد ١٥ الصادر من ربيع الأول إلى جمادى الثاني ١٤٠٦هـ.

وقد تناول هذا البحث آراء الفقهاء في زواج التحليل، وخاصة فيما يتعلق بوجود شرط في عقد النكاح، إذ تعرض لحالة التزوج بقصد التحليل دون اشتراط في العقد عرضًا في نهاية البحث، بينما تناولت في بحثي هذا الأمر باستفاضة، كما أن البحث المذكور لم يتناول جميع الآثار المترتبة على قصد التحليل في عقد النكاح، وأخيرًا فإن البحث المذكور لم يتناول موقف قوانين الأحوال الشخصية في زواج التحليل كما تناولته في بحثي.

٢- كتاب بعنوان (المحلل أو التيس المستعار) تأليف: د. أحمد إبراهيم خضر، الناشر: دار طائر العلم، جدة، ١٩٩٥م.

جاء الكتاب مختصرًا، وعرض مؤلفه الأدلة على بطلان نكاح التحليل من السنة النبوية المطهرة، وآثار الصحابة والتابعين، ومن المعقول، ولم يتناول المؤلف كل الآراء التي قيلت في المسألة، كما تناول الموضوع بشكل عام من غير تفرقة بين وجود شرط التحليل في عقد النكاح من عدمه، وأخيرًا، فلم يتعرض المؤلف لموقف قوانين الأحوال الشخصية في المسألة مطلقًا.

أما بخصوص بحثي فقد تناولت الموضوع بشكل أوسع وذكرت جميع فرضياته، والآراء التي قيلت في كل فرضية، وقمت بالمناقشة والترجيح، وأخيرًا تناولت موقف قوانين الأحوال الشخصية في المسألة.

خطة البحث:

قسمت البحث إلى مطلب تمهيدي، ومبحثين، أما المطلب التمهيدي، فتناولت فيه: الحكمة من وجوب نكاح المبتوتة لتحل لمطلقها، والشروط التي يجب توفرها في هذا النكاح.

أما المبحث الأول: فتناولت فيه موقف الفقه الإسلامي من أثر قصد التحليل في عقد النكاح، حيث قسمت هذا المبحث إلى مطلبين، تناولت في أولهما: أثر قصد التحليل على صحة العقد، وقد قسمته أيضاً إلى فرعين، تناولت في الأول: أثر قصد التحليل على صحة العقد حال التصريح به، وتناولت في الثاني أثر قصد التحليل على صحة العقد حال عدم التصريح به، أما المطلب الثاني فتناولت فيه الآثار الأخرى المترتبة على قصد التحليل في عقد النكاح، أما المبحث الثاني فقد خصصته لموقف القانون الوضعي من أثر قصد التحليل في عقد النكاح.

المطلب التمهيدي

الحكمة من وجوب نكاح المبتوتة لتحل لمطلقها

وشروط النكاح المحل

قلت: إنه رغم أن الإسلام قد عمل على حماية الحياة الزوجية، وكفل لها ما يضمن استقرارها واستقامتها، إلا أنه قد تحدث أمور وتطراً أسباب بين الزوجين تتعذر معها استمرار الحياة بينهما، وتأبى أن تستقيم.

لذا شرع الله تعالى الطلاق - كأحد أسباب الفرقة بين الزوجين - ليكون نهاية لعدم استقرار حياتهما الزوجية.

وهناك أدلة عديدة على إباحة الطلاق من القرآن الكريم والسنة الشريفة، فمن أدلة إباحتها من القرآن قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، وقوله تعالى أيضاً: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وغير ذلك من الآيات، ومن أدلة إباحة الطلاق من السنة:

ما رواه أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((ثلاث جدهن جد، وهزلن جد، النكاح، والطلاق، والرجعة))^(١)، هذا كما أجمع الصحابة ومن بعدهم التابعون والعلماء على إباحته.

ولكن الإسلام لم يترك الأمر هكذا عبثاً، بل نظم أمر الطلاق، فجعل للرجل حق طلاق زوجته وإرجاعها لعصمته مرتين سواء بإرادته المنفردة (حال الطلاق الرجعي)، أم بنكاح جديد (حال الطلاق البائن)، إلا أن الزوج إذا طلقها بعد ذلك لا يجوز له إرجاعها إلا بعد أن تتكح غيره.

فما الحكمة من وراء تحريم المطلقة على من طلقها ثلاثاً حتى تتكح غيره؟ وما هي الشروط التي يجب أن تتوفر في هذا النكاح الجديد الذي تحل به المبتوتة لمطلقها؟

كل هذه الأسئلة سأتناول الإجابة عليها من خلال هذا التمهيدي، وذلك على النحو الآتي:

(١) البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، أبو بكر، السنن الكبرى، المحقق/ محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، ٥٥٧/٧، حديث رقم ١٤٩٩٣، ورواه الخمسة إلا النسائي، وقال الترمذي: حديث حسن غريب". الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابي، الناشر: دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٣ هـ، ٢٧٨/٦، حديث رقم ٢٨٦١. أخرجه الحاكم، وقال: "هذا حديث صحيح الإسناد". أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، تحقيق/ مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١ هـ، حديث رقم (٢٨٠٠) ٢١٦/٢.

الفرع الأول

الحكمة من وجوب نكاح المبتوتة لتحل مطلقها

لقد أوجب الشرع الإسلامي على الزوج تحريم زوجته عليه حتى تتكح غيره، تأديباً له على فعله، وعقوبة له لعدم صونه حرمة وقدسية الحياة الزوجية، فقد أوقع الطلاق مرة واثنين، وفي كل مرة منهما أعطاه الشرع فرصة جديدة لاستكمال الحياة الزوجية مع هذه المرأة التي في أغلب الظن قد أنجبت له أولاداً، فأمهله التشريع الإسلامي فرصة تلو الأخرى، ليمسك زوجته ويبقى على حياته الزوجية معها، فإن لم يستغل ذلك، وأوقع الطلاق للمرة الثالثة، لقنه الشرع درساً يتعلم منه أن الحياة الزوجية ليست محلاً للعبث، وذلك الدرس هو إجباره على عدم الرجوع لزوجته التي استهان بطلاقها إلا بعد أن تفعل ما تأبى غالباً فطرته السليمة أن تتقبله، وهو زواجها ووطؤها من قبل رجل غيره، وذلك عقاباً له على تجربته على الطلاق^(٢).

الفرع الثاني

شروط النكاح الذي يحل المبتوتة لمطلقها

يشترط في هذا النكاح الذي يحل المبتوتة لزوجها الأول ما يأتي:

(٢) وفي ذلك يقول السرخسي: "ففيه مغايظة الزوج الأول، ودخول الثاني بها بالنكاح مباح مبغض عند الزوج الأول، كما أن الاستكثار من الطلاق مبغض شرعاً، ليكون الجزاء بحسب العمل". محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د. طبعة، ١٤١٤هـ، ٩/٦. ويقول القفال: الحكمة هو أن الله شرع النكاح للاستدامة، وشرع الطلاق الذي تملك فيه الرجعة فمن قطع النكاح بما لا يقبل الرجعة، كان مستحقاً للعقوبة، وهو نكاح الثاني الذي فيه غضاضة عليه". ذكر قول القفال الجمل في حاشيته، ولم أقف على القول في كتب القفال نفسه، الجمل، سليمان بن عمر بن منصور العجلي الأزهرى، المعروف بالجمل، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، الناشر: دار الفكر، دون طبعة وبدون تاريخ، ١٨٧/٤.

أولاً- أن يكون النكاح بموجب عقد صحيح:

وعلى ذلك فلا تحل للزوج الأول، إذا قام آخر بوطئها سفاحاً أو بشبهة، وعلى ذلك أجمع العلماء^(٣)، فإذا وجد بفرأشه امرأة ظنها زوجته، فكانت هذه المطلقة ثلاثاً، لم تحل بهذا الوطء للزوج الأول؛ لأنه وطء في غير عقد، وإن اعتقد الواطئ أنه في عقد صحيح^(٤)، وعكس ذلك صحيح، بمعنى أنه إذا قام زوجها الثاني بوطئها على أنها امرأة أجنبية قاصداً الزنا، فإنها تحل للزوج الأول، لأن وطء الثاني قد صادف نكاحاً صحيحاً وإن كانت نيته بهذا الوطء السفاح والزنا^(٥).

(٣) الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ، ٣/١٨٧، المواق المالكي، محمد بن يوسف العبدري الغرناطي، التاج والإكليل لمختصر خليل دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ، ٥/١٢٠، الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد، الملقب بإمام الحرمين، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه: د/ عبد العظيم محمود الديب، الناشر: دار المنهاج، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ، ١٢/٤٠١، ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، مكتبة القاهرة، د. طبعة، ١٣٨٨هـ، ٧/٥١٦، ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى بالآثار، الناشر: دار الفكر - بيروت، دون طبعة ودون تاريخ، ٩/٤١٤.

ويرى بعض أصحاب الشافعي أن الوطء بشبهة يحل الزوجة، وهو رأي شاذ في المذهب، وحمله بعضهم على النكاح الفاسد. الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب ١٢/٤٠١.

(٤) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، المحقق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ، ١٠/٣٣٥، الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب ١٢/٤٠١.

(٥) الماوردي، الحاوي الكبير ١٠/٣٣٥، ابن قدامة، المغني ٧/٥١٩.

وقد اختلف الفقهاء في الوطاء في عقد النكاح الفاسد، كالعقد بدون شهود، فقد ذهب الحنفية^(٦)، وجمهور الشافعية^(٧)، والحنابلة^(٨) إلى أنه لا يحلها؛ لأنه في نكاح غير صحيح، فلا يحلها للأول كالوطء بشبهة؛ ولأن أكثر أحكام الزواج لا تثبت فيه، كالإحصان واللعان والإيلاء وغيره، فيما ذهب البعض الآخر من الشافعية^(٩)، وكذا أبو الخطاب من الحنابلة^(١٠)، أنه يحلها، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((لعن الله المحلل والمحلل له))^(١١) فسامه مُحَلِّلاً، ولأنه وطء في نكاح، فأشبهه الوطاء في النكاح الصحيح، وردّ الفريق الأول^(١٢) على ذلك بأن إطلاق لفظ زواج يقتضي الزواج الصحيح، ويبدو لي أن الرأي الأول هو الأرجح، لقوة ما استدلت به من الأدلة.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع ٣ / ١٨٧.

(٧) الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المذهب في فقه الإمام الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية، ٣/٥٠، القزويني، عبد الكريم بن محمد الرافعي، العزيز شرح الوجيز (لشرح الكبير) (المتوفى: ٦٢٣هـ)، الناشر: دار الفكر، العزيز شرح الوجيز ٨/٥٢، النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المذهب "مع تكملة السبكي والمطيعي" دار الفكر، د. طبعة، د. تاريخ، ١٧ / ٢٨٥.

(٨) ابن قدامة، المغني ٧ / ٥١٧.

(٩) الشيرازي، المذهب ٣/٥٠، القزويني، العزيز شرح الوجيز ٨/٥٢، النووي، المجموع ١٧ / ٢٨٥.

(١٠) ابن قدامة، المغني ٧ / ٥١٧.

(١١) البيهقي، السنن الكبرى ٧/٣٣٨، حديث رقم ١٤١٨٣، السيوطي، جامع الأحاديث ١٧/٣٧٧، حديث ١٨٤٠٥، حديث ابن مسعود صححه ابن القطان وابن دقيق العيد على شرط البخاري، وله طريق أخرى أخرجه عبد الرزاق، وطريق ثالثة أخرجه إسحاق في مسنده. الشوكاني، نيل الاوطار ٦/١٦٥، حديث رقم ٢٦٩١.

(١٢) ابن قدامة، المغني ٧ / ٥١٧.

واشترط الحنفية^(١٣) والمالكية^(١٤) أن يكون عقد النكاح نافذاً، فإن كان موقوفاً ووطأها الزوج، ثم طلقها، لا تحل بهذا الوطء للزوج الأول، أما إذا وطأها بعد إجازة من يتوقف الأمر على إجازته أحلت بهذا الوطء للأول، كما اشترطوا أن يكون العقد لازماً لا يمكن لأحد طلب فسخه^(١٥).

ثانياً- حصول الوطء فعلاً:

ويشترط أيضاً أن يحصل الوطء، أي الإيلاج الموجب للغسل، وهو النقاء الختاني بلا حائل^(١٦)، فلا يكفي إذا مجرد العقد للتحليل، وعلى ذلك اتفق الفقهاء، ولم يخالفهم في ذلك إلا سعيد بن المسيب^(١٧) إذ ذهب إلى أنه يكفي مجرد العقد في التحليل.

(١٣) الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدين، تبين الحقائق وشرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى ١٣١٣هـ، ٢/ ١١٧، داماد أفندي، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، المعروف بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، الناشر: دار إحياء التراث العربي، دون طبعة ودون تاريخ، ١/ ٣٣٢.

(١٤) الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ، ٢/ ٢٠٨، ابن المواق، التاج والإكليل ٥/ ١٢٠.

(١٥) ذهب الحنفية إلى أن المرأة إذا طلقت ثلاثاً وزوجت نفسها لشخص آخر (محلل) فلا تحل لزوجها الأول إذا طلقها المحلل، لأن المحلل غالباً يكون غير كفء، أما إذا باشر وليها العقد فيحلها هذا الزواج. الزيلعي، تبين الحقائق ٢/ ١١٧، داماد أفندي، مجمع الأنهر ١/ ٣٣٢.

(١٦) ابن نجيم، سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، المحقق: أحمد عزو عناية، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ، ٢/ ٤٢٠، الحصكفي، محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بعلاء الدين الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، المحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ، ١/ ٢٣١.

(١٧) داماد أفندي، مجمع الأنهر ١/ ٤٣٨، ابن حزم، المحلى ٩/ ٤١٦، ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم، الإشراف على مذاهب العلماء، المحقق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، الناشر: مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ، ٥/ ٢٣٨.

واستدل الفقهاء بضرورة حصول الوطء بقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَتَكْحَ زَوْجًا غَيْرُهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وقالوا: إن النكاح معناه الضم، وحقيقة الضم في الجماع، واستدلوا من السنة بما روته السيدة عائشة -رضي الله عنها- أن امرأة رفاة القرظي جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: "يا رسول الله، إن رفاة طلقني فبت طلاق، وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي، وإنما معه مثل الهدبة"، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاة؟ لا، حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته»^(١٨).

كما استدلوا من المعقول^(١٩) بأن الحكمة من وراء اشتراط الزوج الثاني (وهي إغاطة الزوج الأول)، لا تتحقق بمجرد العقد، بل بالوطء الذي تنفر منه الطباع السليمة، ليكون زجرًا له أن يعود مرة أخرى للاستهانة بالطلاق^(٢٠).

(١٨) البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ، ٤٣/٧، حديث رقم ٥٢٦٠، مسلم، صحيح مسلم ١٠٥٥/٢، حديث رقم ١٤٣٣.

ومعنى يذوق عسيلتها كناية عن لذة الجماع، لأن العرب يطلقون على كل ما يستحلونه عسلًا. مسلم، صحيح مسلم ١٠٥٥/٢.

(١٩) الكاساني، بدائع الصنائع ٣ / ١٨٨، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

(٢٠) وفي ذلك يقول ابن عابدين: "أما التحليل فقد شدد الشرع في ثبوته، ولذا قالوا: إن شرعيته لإغاطة الزوج، فقد عومل بما يبغض حين عمل أبغض ما يباح؛ فلذا اشترطوا فيه الوطء الموجب للغسل". حاشية ابن عابدين ٤١٣/٣.

ويقول الثعلبي البغدادي: "ولأن الغرض من ذلك عقوبته على ركوب المعصية وتعديده ما جعل له، وأن يعلم أنه متى لم يكن له سبيل إلى العود إلا على هذه الصفة، وليس ذلك إلا في الوطء لأن مجرد العقد لا عقوبة فيه". الثعلبي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة "الإمام مالك بن أنس"، المحقق: حميش عبد الحق، الناشر: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة، دون طبعة، دون تاريخ، ٨٣٠/١.

واستدل سعيد بن المسيب على قوله بعدم اشتراط الوطء، بقوله تعالى: "حتى تتكح"، فالمقصود بالنكاح فيها هو العقد، لأنه وإن كان يستعمل في المعنيين (الوطء والنكاح) إلا أنه يصرف إلى العقد عند وجود قرينة، وقد وجدت هنا، وهي إضافة النكاح إلى المرأة، لأنه يمكن منها العقد كما يمكن من الرجل، لكن الجماع لا يكون إلا منه فقط^(٢١).

وردّ الكاساني^(٢٢) على ذلك بأن الجماع يصح إضافته من الزوجين، لوجود معنى الاجتماع منهما، وعلى ذلك، فيكون إضافة النكاح إلى المرأة من حيث الضم والجمع لا من حيث الوطء.

ويبدو لي رجحان رأي الجمهور فيما ذهبوا إليه من وجوب اشتراط الوطء للإحلال، وعدم كفاية العقد، وذلك لقوة أدلتهم، وخاصة فيما يتعلق بقولهم إن مجرد العقد لا يتحقق به الحكمة من وراء اشتراط الزوج الثاني، وهي إغاطة الزوج وردعه لئلا يستهين بالطلاق مرة أخرى.

وعلى ذلك، فإذا طلق الزوج الثاني المبتوتة، أو مات عنها قبل الدخول، فلا تحل لمن بعدها، حتى وإن كان طلاق الثاني أو موته بعد خلوة صحيحة.

وإذا علمنا بضرورة حصول الوطء فعلاً، فينبغي أن نتساءل ما شروط الوطء الذي يحل المطلقة لزوجها الأول؟ إن الوطء الذي يحل الزوجة لزوجها الأول لا بد أن يكون في محل الحرث (أي في فرج المرأة)، وهذا هو معنى التقاء الختانين، فلا تحل المبتوتة لمن طلقها إذا وطأها الثاني في الدبر، وعلى ذلك إجماع الفقهاء^(٢٣).

(٢١) استدلال سعيد بن المسيب ذكره الكاساني في بدائع الصنائع ٣/١٨٨.

(٢٢) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(٢٣) الزبيدي، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، الناشر: المطبعة الخيرية، الطبعة: الأولى، ١٣٢٢هـ، ٢ / ٥٣، الكشناوي، أبو بكر بن حسن بن عبد الله، أسهل المدارك "شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك"، الناشر: دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، دون تاريخ ٢ / ١٣٠، القزويني، العزيز شرح الوجيز ٨ / ٥٢، ٥٣، ابن قدامة، المغني ٧ / ٥١٧، ابن حزم، المحلى بالآثار ٩ / ٤١٤.

ويرى جمهور الفقهاء أيضاً أنه يشترط في الوطاء الذي يحل أن يكون مما يلتذ به الرجل؛ ولذا ذهب جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة^(٢٤) إلى أن وطء الصبي يحل الزوجة لزوجها الأول؛ لأنه وطء في نكاح صحيح، يحصل به اللذة وتتعلق به أحكام الوطاء من مهر وتحريم مصاهرة، كما أن الفقهاء الذين قالوا: إن وطء الصبي يحل، قاسوا ذلك على وطء الصبية، فقالوا إن وطأها في صباها كوطئها بعد بلوغها في إفادة التحليل، لكن الرواية المشهورة عند الإمام مالك^(٢٥)، ورواية للشافعي^(٢٦)، أنه لا يحلها لزوجها الأول، واستدل الإمام مالك^(٢٧) على ذلك بالقول إنه لو زنت كبيرة بصبي، لا يكون عليها الحد، كما أن وطء الصبي لا يحسن. ويبدو لي رجحان رأي الجمهور فيما ذهبوا إليه من أن وطء الصبي يحل الزوجة؛ لقوة ما ساقوه من أدلة.

وكذا ذهب جمهور الفقهاء^(٢٨) أيضاً إلى أن الزوج إذا كان مقطوع بعض الذكر ووطأ زوجته يحلها بهذا الوطاء لزوجها الأول، وذلك طالما بقي قدر الحشفة وأولجه

(٢٤) الكاساني، بدائع الصنائع ٣/١٨٩، العمراني اليمني، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المحقق: قاسم محمد النوري، الناشر: دار المنهاج - جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ، ١٠/٢٦٠، ابن مفلح، برهان الدين، إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ، ٦/٤٢٦.

(٢٥) الإمام مالك، المدونة ٢/٢٠٨، الرجراجي، أبو الحسن علي بن سعيد، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ، ٤/٢٧.

(٢٦) القزويني، العزيز شرح الوجيز ٨/٥٢.

(٢٧) الإمام مالك، المدونة ٢/٢٠٨.

(٢٨) ابن عابدين، الدر المختار ٣/٤١٤، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، الكافي في الفقه على مذهب أحمد، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ، ٣/١٥٢، الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة: ط أخيرة - ١٤٠٤هـ، ٦/٢٨١، ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع ٦/٤٢٦.

في فرجها، لأن ذلك يحصل به استمتاعه، وذهب مالك في روايته الأشهر أن مقطوع الحشفة لا يحلل^(٢٩).

ويبدو لي أن رأي جمهور الفقهاء هو الرأي الأرجح، لأن العبرة بإمكانية الإيلاج، كما أن هذا الوطء يتعلق به الغسل والحد وزوال العنة^(٣٠)، فمن باب أولى الإحلال. كذا ذهب الحنفية والمالكية والشافعية^(٣١) إلى أنه إذا وطء الخصي المطلقة ثلاثاً، فإنها تحل لزوجها الأول، وهي رواية للإمام أحمد^(٣٢) واستدلوا على ذلك بأن الخصي يوطأ كالفحل، ولا يفقد إلا الإنزال، وهو لا عبرة به؛ لأنه تمام للذة، وعن

(٢٩) ذكر قول الإمام مالك الرجزاجي، دون أن يذكر دليلاً على هذا القول. مناهج التحصيل ٢٧/٤.

(٣٠) الزبيدي، الجوهرة النيرة ١/١١، ابن نجيم المصري، زين الدين بن إبراهيم، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وفي آخره تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، د. تاريخ، ٤/٦٢، القيرواني، أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى ١٩٩٩م، ١/٦٠، الماوردي، الحاوي الكبير ٩/٣٧٤، القزويني، العزيز شرح الوجيز ١/١٧٨، البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، دون طبعة، دون تاريخ، ٥/١٠٨.

(٣١) الحصفي، الدر المختار ١/٢٣١، داماد أفندي، مجمع الأنهر ١/٤٣٩، ابن المواق، التاج والإكليل ٥/١٢٠، الكلبى، القوانين الفقهية ١/١٤٠، النفراوي الأزهرى، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم بن مهنا، شهاب الدين، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، الناشر: دار الفكر، دون رقم طبعة، ١٥٤١٥هـ، ٤/٢٩، الجمل، حاشية الجمل ٤/١٨٦، الرملي، نهاية المحتاج ٦/٢٨٠.

(٣٢) ابن قدامة، المغني ٧/٥١٧، الكافي ٣/١٥٢، البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، المعروف بشرح منتهى الإرادات، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٩٩٣م، ٣/١٥٣.

الإمام أحمد رواية ثانية^(٣٣) أن الخصي لا يحلها، إذ روي عنه أنه قال: "لا خصي يذوق العسيلة"^(٣٤).

وأميل إلى رأي جمهور الفقهاء فيما ذهبوا إليه من أن وطء الخصي يحل؛ لأن العبرة بالوطء، فطالما قدر عليه، فالأغلب حدوث الاستمتاع بهذا الوطء، ويؤكد هذا القول إن رأي الإمام أحمد في عدم إحلال وطء الخصي قد علله ابن قدامة بأن الخصي قد لا يستطيع الوطء أصلاً، ولأن اللذة لا تحصل إلا بالانتشار عند جمهور الفقهاء^(٣٥)؛ فقد ذهبوا إلى أنه إذا وطئها دون انتشار ذكره، فلا تحل بهذا الوطء لزوجها الأول، لانتفاء ذوق العسيلة^(٣٦).

(٣٣) ابن قدامة، المغني ٥١٧/٧، الكافي ١٥٢/٣.

(٣٤) ابن قدامة، المغني ٥١٧/٧.

(٣٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٩/٣، النفراوي الأزهرى، الفواكه الدواني ٢٩/٢، الجمل، حاشية الجمل ١٨٧/٤، ابن مفلح، المبدع ٤٢٦/٦، ابن قدامة، الكافي ١٥٢/٣.

وذكر صاحب الجواهر أن بعض المالكية يرون أنه يكفي الوطء في الحل، ولا يشترط الانتشار، ولكنه لم يذكر أدلتهم، السعدي، أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دراسة وتحقيق: أ. د. حميد بن محمد لحمير، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ، ٤٣٨/٢، ويبدو لي أن رأي جمهور الفقهاء هو الأرجح، لأن الانتشار غالباً هو الذي يحدث به اللذة، وهي المقصودة بذوق العسيلة.

(٣٦) وتطبيقاً لوجوب حدوث اللذة، ذهب الحنفية والحنابلة، ومعهم الظاهرية إلى أن الزوج إذا كان نائماً، بأن أدخلت ذكره في فرجها، لا يحلها، لأنه لا يشعر باللذة في هذه الأحوال، بينما ذهب الشافعية والأرجح لدى الحنابلة أنه يحلها، ولو كانت نائمة أو كان نائماً واستدخلت ذكره في فرجها، لأنه وطء في نكاح صحيح، وذهب ابن حزم أنه إذا بقي من حسه أو حسها ما تترك به اللذة أحلها ذلك. رد المحتار ٤١٤/٣، الحصكفي، الدر المختار ٢٣١/١، الرملي، نهاية المحتاج ٢٨١/٦، ابن قدامة، الكافي ١٥٣/٣، ابن حزم، المحلى بالآثار ٤١٤/٩.

ويبدو لي أن هذا الوطء يحل، لأنه وطء تتعلق به أحكام النكاح من إحصان ومهر وغيرهما، أما ذوق العسيلة، فهو -على ما يبدو لي- ليس شرطاً لترتب الحكم، بل هو كناية عن حدوث الجماع فعلاً، وأتى الحديث بشرط ذوق العسيلة على اعتبار الغالب من الأمور، فالجماع غالباً ينتج عنه اللذة.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو: إذا كان النكاح صحيحًا ووطأها في فرجها، وحصل الاستمتاع بهذا الوطء، ولكن كان الوطء محرماً من جهة وقته، وذلك بأن كان في وقت صيام الفريضة أو الإحرام أو وقت الحيض أو النفاس، هل تحل بهذا الوطء لزوجها الأول؟

اختلف الفقهاء في هذا الأمر، فذهب الحنفية^(٣٧) وبعض المالكية^(٣٨) والشافعية^(٣٩) وجمهور الحنابلة^(٤٠) إلى أنها تحل بهذا النكاح، طالما كان الوطء في محل الوطء وصادف نكاحاً صحيحاً، وذهب جمهور المالكية^(٤١) وبعض الحنابلة^(٤٢) والظاهرية^(٤٣) إلى أن هذا الوطء المحرم لا تحل به المرأة لزوجها الأول، وذلك قياساً على وطء المرتدة^(٤٤).

واستدل الفريق الأول بأن ظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم: "حتى تدوق عسلته ويدوق عسلتك" يقتضي ذلك، لأنه قد ذاق العسيلة إذا وطأها في هذه الأوقات، كما أنهم قاسوا الوطء في هذه الأوقات على ما لو وطأها وقد ضاق وقت الصلاة، حيث لا خلاف فيه أنه يحلها.

(٣٧) الكاساني، بدائع الصنائع ٣/١٨٩، الزيلعي، تبيين الحقائق ٢/٢٥٩.

(٣٨) مناهج التحصيل ٤/٣٠، القيرواني، النوادر والزيادات ٤/٥٨٤.

(٣٩) القزويني، العزيز شرح الوجيز ٨/٥٢.

(٤٠) ابن قدامة، المغني ٧/٥١٧.

(٤١) المواق، التاج والإكليل ٥/١٢٠، الرجراجي، مناهج التحصيل ٤/٣٠، الثعلبي البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة ١/٨٣١.

وذهب ابن الماجشون من المالكية إلى أنه يحلل، السعدي، عقد الجواهر الثمينة ٢/٤٣٧.

(٤٢) ابن قدامة، الكافي ٣/١٥٣، البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، ٣/١٥٣.

(٤٣) ابن حزم، المحلى بالآثار ٩/٤١٤، ٤١٥.

(٤٤) ذهب الشافعي إلى أن وطء الزوج بعد ردة أحدهما لا تفيد الحل لاضطراب النكاح بعد الردة، وذهب المزني من الشافعية إلى أنه إذا حدث الوطء قبل الردة فقد أفاد الحل، وإلا فلا، لأنها تكون بانته منه بالردة، فلا يكون ثم معنى للرجوع للإسلام. القزويني، العزيز شرح الوجيز ٨/٥٢.

أما الفريق الثاني، فاستدل بعضهم^(٤٥) على قولهم إن الوطء في هذه الحالات لا يحل الزوجة لزوجها الأول؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَتَّكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، وقد نهى تعالى عن الوطء في هذه الحالات، فلا يمكن أن يكون ما نهى عنه يحل ما أمر به.

ويبدو لي رجحان رأي الفريق الأول القائل بحدوث الحل في هذه الأوقات، لأنه وطء في نكاح صحيح يرتب كل آثار النكاح، فكان لزاماً أن يرتب حل المبتوتة أيضاً، أما بخصوص تحريم الوطء في هذه الأوقات، فهذا أمر يترتب عليه إثم الزوجين، أو العالم منهما بهذا التحريم، وكذا الكفارة في بعض الأوقات^(٤٦)، لكنه لا علاقة له بانتفاء أحكام الوطء.

واختلف الفقهاء أيضاً في طلاق المسلم للكتابية ثلاثاً، ثم تتزوج كتابياً يطأها، ثم يطلقها أو يموت عنها، هل تحل للأول؟ ذهب الجمهور إلى أنها تحل، لأنه زوج، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين زنيا^(٤٧)، ولا يرجم إلا المحصن، وذهب مالك في الرواية الأشهر له^(٤٨) أنها لا تحل له؛ لأن أنكحه الكفار فاسدة لا عبرة بها^(٤٩).

(٤٥) المدونة ٢ / ٢٠٩.

(٤٦) الكاساني، بدائع الصنائع ٣/١٨٩، الماوردي، الحاوي الكبير ١٠/٣٣٢، ابن قدامة، الكافي ٣/١٥٣، ابن حزم، المحلى بالآثار ٩/٤١٥.

(٤٧) مسلم، صحيح مسلم ٣/١٣٢٦، حديث رقم ١٦٩٩.

(٤٨) مالك، المدونة الكبرى ٢/٢٠٩، الرجرجاني، مناهج التحصيل ٤/٢٦.

(٤٩) أجمع الفقهاء على أن الوطء عمداً في نهار رمضان يفسد به الصوم، ويجب القضاء والكفارة، وكذلك الوطء في الحج يفسده ويجب الدم. الكاساني، بدائع الصنائع ٢/٩١، ٢/٢١٧، الحطاب، مواهب الجليل ٢/٣٨٧، المواق، التاج والإكليل ٤/٢٤١، القزويني، العزيز شرح الوجيز ٣/٢٢٦، ابن قدامة، الكافي ١/٤٤٤، ٤٩٩.

وأميل إلى الرأي الأول القائل إن الكتابية تحل للمسلم بزواج الكتابي، في هذه الحالة لإطلاق قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، وهذا زوج تزوجها بنكاح صحيح، ترتبت عليه آثاره، فكان لزاماً القول إنه يحلها لمن بتها. وبعد أن عرفنا بوجوب الوطاء فعلاً من قبل الزوج الثاني، وشروط هذا الوطاء ليحل الزوجة لزوجها الأول، كان لنا أن نتساءل عن حال إنكار الوطاء من قبل الزوج الثاني.

ذهب جمهور الفقهاء^(٥٠) أنه إذا أنكر الزوج وطء المرأة فالقول قولها، طالما كان الوقت متسعاً لانقضاء العدتين والعقد والوطء^(٥١)، وكذا إذا غاب أو مات عنها صدقت^(٥٢)؛ وذلك لأنها مؤتمنة على نفسها فيما تدعيه، خاصة إذا لم يكن ثم بينة عليه^(٥٣).

وبعد أن عرفنا شروط النكاح الذي يُحل المطلقة ثلاثاً لمن طلقها، لنا أن نتناول حالة معينة وهي حالة أن يكون الوطاء قد حصل في النكاح الثاني على وجه صحيح نحو ما رأينا، ولكن كان هذا النكاح بقصد التحليل؛ وذلك لنتعرف على أثر ذلك القصد على عقد النكاح، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

(٥٠) الزيلعي، تبين الحقائق ٢/٢٥٩، الماوردي، الخطاب، مواهب الجليل ٣/٤٦٨، الحاوي الكبير ٣٣٣/١٠.

واشترط الحنابلة أن يكون معلوماً عنها الصلاح. ابن قدامة، الكافي ٣/١٥٣، البهوتي، كشاف القناع ٣٥١/٥.

(٥١) وإن ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه إذا استشعر الزوج الأول أنها كاذبة في ادعائها بالزواج الثاني أو الوطاء، فالأفضل ألا يتزوجها، وإن فعل فزواجه صحيح، ولكن يستحب ديانة ألا يفعل.

الماوردي، الحاوي الكبير ١٠/٣٣٤، النووي، المجموع ١٧/٢٨٦، البهوتي، كشاف القناع ٥/٣٥٢. (٥٢) الخطاب، مواهب الجليل ٣/٤٦٨.

(٥٣) الماوردي، الحاوي الكبير ١٠/٣٣٤، ابن قدامة، الكافي ٣/١٥٣.

المبحث الأول

أثر قصد التحليل على عقد النكاح في الفقه الإسلامي

لكي نتعرف على أثر قصد التحليل على عقد النكاح، ينبغي أن أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، أتناول في أولهما: أثر قصد التحليل على صحة العقد، وأتناول في ثانيهما: الآثار الأخرى المترتبة على قصد التحليل في عقد النكاح.

المطلب الأول

أثر قصد التحليل على صحة عقد النكاح

إن قصد التحليل الذي يكون وراء عقد الزواج قد يكون مصرحاً به في العقد، وقد يكون غير مصرح به فيه، ولما كان الحكم يختلف في كل حالة من الحالتين، وجب تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: أتناول في أولهما: أثر قصد التحليل على عقد النكاح حال التصريح به، وأتناول في ثانيهما: أثر قصد التحليل على عقد النكاح حال عدم التصريح به.

الفرع الأول

أثر قصد التحليل على عقد النكاح حال التصريح به

اختلف الفقهاء في حالة ما إذا صُرح بشرط التحليل في عقد النكاح، إذ يرى أبو حنيفة^(٥٤) أنه في هذه الحالة يصح العقد، ويبطل الشرط، وإلى ذلك ذهب بعض الحنابلة^(٥٥).

(٥٤) ابن نجيم، النهر الفائق ٢/٤٢٣، ابن عابدين، رد المحتار ٣/٤١٤، الزبيدي، الجوهرة النيرة ٥٤/٢.

(٥٥) ابن قدامة، المغني ٧/١٨٢، ابن مفلح، المبدع ٦/١٥٢، المرادوي، علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، دون تاريخ، ٨/١٦١.

وذهب جمهور الحنفية^(٥٦) أن ذلك مكروه كراهة تحريم، سواء كان الشرط من الزوج أم الزوجة.

ومعنى ذلك أنه يلغى الشرط فحسب، ويكون النكاح صحيحاً، ومعنى إلغاء الشرط أي عدّه كأن لم يكن.

وذهب محمد بن الحسن الحنفي^(٥٧) إلى أن العقد صحيح، ولكن لا يحلها هذا الزوج للزوج الأول، وفي ذلك رواية غير مشهورة للإمام مالك^(٥٨).

ويرى أبو يوسف الحنفي^(٥٩) وغيره من الحنفية^(٦٠) والمالكية^(٦١) وجمهور الحنابلة^(٦٢) بطلان العقد في هذه الحالة، ويرى الحنابلة البطلان سواء كان الشرط مقارناً للعقد، أم سابقاً عليه^(٦٣).

(٥٦) السرخسي، ٢٢٨/٣٠، الزبيدي اليمني الجوهرة النيرة ٥٤/٢، البخاري الحنفي، أبو المعالي برهان الدين محمود المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ، ١٨١/٣. (٥٧) السرخسي، المبسوط ٢٢٨/٣٠، الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٧/٣، الزبيدي، الجوهرة النيرة ٥٤/٢.

(٥٨) ابن المواق، التاج والإكليل ١٢١/٥.

(٥٩) السرخسي، المبسوط ٢٢٨/٣٠، الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٧/٣، ابن عابدين، رد المحتار ٤١٥/٣.

(٦٠) أبو العز، صدر الدين علي بن علي، التنبيه على مشكلات الهداية، تحقيق ودراسة: عبد الحكيم بن محمد شاكرا، أنور صالح أبو زيد، الناشر: مكتبة الرشد ناشرون - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ١٣٦٧/٣.

(٦١) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه: د محمد حجي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ، ٤/٣٨٦، السعدي، عقد الجواهر الثمينة ٤٣٨/٢.

(٦٢) ابن قدامة، المغني ١٨١/٧.

(٦٣) ذكر الحنابلة أنواع الأئكة الفاسدة التي تبطل العقد، واتفقوا على أن من بينها نكاح المحلل، والمتعة واختلفوا في غير ذلك.

أبو النجا، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، الناشر: دار المعرفة بيروت - لبنان، د. طبعة، د. تاريخ، ١٩١/٣، وما بعدها، المرادوي، ==

وذهب المالكية^(٦٤) إلى أنه إذا وافق الزوج على شرط التحليل في الظاهر، ولكن في نيته أنه يتزوجها مطلقاً، فهو عقد صحيح بينه وبين الله، أي أن العقد فاسد قضاءً، صحيح ديانةً.

أما فقهاء الشافعية^(٦٥) فقد فرقوا بين ما إذا كان الشرط سابقاً على العقد، أو مقارناً له، فأما حالة أن يكون الشرط سابقاً على العقد، فإنه لا أثر له في العقد مطلقاً، وإن كره ذلك، أي أن العقد معه صحيح له أثر العقد الصحيح، ويعد الشرط كأن لم يكن.

أما إذا كان الشرط مقارناً للعقد، فقد فرق فقهاء الشافعية^(٦٦) بين أن يتضمن العقد شرط التحليل دون الفرقة، أو يتضمن شرط الفرقة بعد التحليل، أما إذا كان شرط التحليل مطلقاً، فلم يتضمن شرط الفرقة، وذلك بأن قال لها مثلاً: "أتزوجك على أن أحلك لزوجك الأول"، أو قالت هي: "تزوجني على أن تحلني لفلان"، فذهبوا إلى أنه في هذه الحالة يكون العقد صحيحاً، وإن كره الشرط.

أما إذا تضمن شرط التحليل الفرقة بعده، فهذا أيضاً يكون على صورتين، أولهما: أن تشترط عليه هي أو الولي أن يحلها لزوجها، فإن أحلها فلا نكاح بينهما، في هذه الحالة يكون العقد فاسداً، لكونه ككناح المتعة^(٦٧).

=الإتصاف ١٥٩/٨ وما بعدها، البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، الروض المربع، شرح زاد المستنقع، ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، الناشر: دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، دون تاريخ، ٥٢٤/١، كشف القناع ٩٢/٥، وما بعدها. وقال الحنابلة إن نكاح التحليل هو أشد تحريماً من التصريح بخطبة معتدة. أبو النجاء، الإقناع ٣/١٩٢، الراميني، محمد بن مفلح ابن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي، الفروع وتصحيح الفروع، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى ١٤٢٤هـ، ٢٦٦/٨١.

(٦٤) المالكي، ضوء الشموع شرح المجموع ٢٩٦/٢.

(٦٥) القزويني، العزيز شرح الوجيز ٥٤/٨، الرملي، نهاية المحتاج ٢٨٢/٦.

(٦٦) الماوردي، الحاوي الكبير ٣٣١/١٠، القزويني، العزيز شرح الوجيز ٥٤/٨.

(٦٧) الجويني، نهاية المطالب ٤٠٤/١٢، النووي، المجموع ٢٧٩/١٧.

أما الصورة الثالثة: فهي أن يتزوجها على أن يحلها بوطئه، فإن وطأها طلقها، وفي تأثير هذا النوع على العقد قولان عند الشافعية^(٦٨)، أولهما: أن العقد فاسد بفساد الشرط، وثانيهما: أن العقد صحيح، ولا اعتبار للشرط.

ويرى الظاهرية^(٦٩) أن العقد باطل إذا صرح بنية التحليل في العقد نفسه (أي إذا كان الشرط مقارنًا للعقد)، أما إذا لم يكن الشرط مقارنًا للعقد، فلم يكن له معنى، وبهذا وافق رأيهم مذهب الشافعية من هذه الناحية.

أدلة الفريق القائل بصحة العقد المصرح فيه بالتحليل:

استدل القائلون بأن العقد المتضمن لشرط التحليل صحيح مع بطلان الشرط بما يأتي:

- استدلوا^(٧٠) بقوله -صلى الله عليه وسلم - "لعن الله المُحَلَّلَ والمُحَلَّلَ له"^(٧١)، فقالوا: إن النبي صلى الله عليه وسلم قد سماه مُحَلِّلاً، فيعني هذا كونه موجبا للحل. كما بنى الحنفية^(٧٢) القول بصحة الزواج في هذه الحالة على الأصل العام في مذهبهم أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة، طالما كان النهي لمعنى في غير النكاح، فلا يمنع صحته.

أدلة الفريق القائل بفساد العقد المصرح فيه بالتحليل:

واستدل القائلون إنه يفسد العقد إذا صرح فيه بشرط التحليل بما يأتي:

(٦٨) العمراني اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي ٢٧٨/٩، ٢٧٩.

(٦٩) ابن حزم، المحلى بالآثار ٤٣٣/٩.

(٧٠) السرخسي، المبسوط ٩٥/٦.

(٧١) سبق تخريج الحديث ص: ٩.

(٧٢) السرخسي، المبسوط ٢٢٨/٣٠، الزيلعي، تبیین الحقائق ٢٥٩/٢.

- استدلوا بحديث النبي قوله صلى الله عليه وسلم: "ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له"^(٧٣)، فقالوا: إن عقد النكاح سنة ونعمة، فما يستحق به المرء اللعن، لا يكون نكاحاً صحيحاً^(٧٤).
- استدلوا أيضاً^(٧٥) بقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه: "لا أوتي بمُحَلَّلٍ ولا مُحَلَّلٍ له إلا رجمتها"^(٧٦).
- استدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل"^(٧٧)، وقال ابن حزم في ذلك: "وصح أن كل عقد نكاح أو غيره عقد على أن لا صحة له إلا بصحة ما لا صحة له فهو باطل لا صحة له"^(٧٨).
- أخيراً قالوا^(٧٩): إن هذا الشرط فيه معنى التوقيت، وشرط التوقيت مبطل للنكاح، بل قال الشافعية^(٨٠): إنه إذا شرط عليه إذا أحلها فلا نكاح بينهما إن ذلك أفسد من نكاح المدة، لأن نكاح المدة إلى مدة معلومة، وهذا يكون إلى مدة مجهولة.

(٧٣) الحاكم، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ، ٢/٢١٧، حديث رقم ٢٨٠٤.

(٧٤) السرخسي، المبسوط ١٠/٦، ابن قدامة، المغني ٧/١٧٣.

(٧٥) أبو العز، التنبيه على مشكلات الهداية ٣/١٣٧٠، ابن قدامة، المغني ٧/١٨٢، ابن مفلح، المبدع ٦/١٥٢.

(٧٦) البيهقي، السنن الكبرى ٧/٣٤٠، حديث رقم ١٤١٩١، السيوطي، جامع الأحاديث ٢٨/٢٨٩.

(٧٧) وجاء في صحيح البخاري بلفظ: "ما بال أناس يشترطون شروطاً ليس في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن اشترط مائة شرط شرط الله أحق وأوثق" ١/٧٣، حديث رقم ٢١٥٥، وجاء في صحيح مسلم بلفظ أقوام بدل من أناس ٢/١١٤٢، حديث رقم ١٥٠٤.

(٧٨) المحلي ٩/٤٣٤.

(٧٩) أبو العز، التنبيه على مشكلات الهداية ٣/١٣٦٧، الماوردي، الحاوي الكبير ١٠/٣٣١، ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع ٦/١٥٢.

(٨٠) الماوردي، الحاوي الكبير ١٠/٣٣١.

- وردّ هذا الفريق^(٨١) على القائلين بأن النبي صلى الله عليه وسلم سماه مُحَلِّلاً، بأن تلك التسمية هي لقصد التحليل في موضع لا يحصل فيه الحل، كما قال تعالى: ﴿يُحْلُونَهُ عَامًا وَيُحَرِّمُونَهُ عَامًا﴾ [التوبة: ٣٧]، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: "ما آمن بالقرآن، من استحل محارمه"^(٨٢)، ولو كان مُحَلِّلاً فعلاً، ما استحق اللعن.

- وردّ القائلون^(٨٣) بصحة العقد على ذلك، بأن الحديث قد يكون محمولاً على طالب الحل من نكاح المتعة.

- وردوا عليهم كذلك^(٨٤) بأن عبارة التيس المستعار في الحديث يقصد بها (الزوج الأول)، فالحديث محمول على ما لو شرط المطلق ثلاثاً على رجل أن يطاء مطلقته ليحللها له، لأن ذلك يعد قلة حمية، ولذا سمي تيساً.

ويبدو لي أن العقد يكون فاسداً، إذا صرّح فيه بشرط التحليل، بل حتى إذا وافق الزوج على الشرط ظاهراً وفي نيته الإمساك، وذلك لما يأتي:

- إن ما ذهب إليه القائلون بفساد هذا العقد لكونه كنكاح المتعة، وأشدّ فساداً، هو قول صحيح تماماً فنكاح المتعة - فعلاً - أخف وطأة، على أساس أن الغرض منه المتعة التي هي أساس عقد الزواج، بينما هذا العقد غرضه تحليل زوج آخر، وهذا ليس من أغراض عقد الزواج، وما لهذا شرع.

(٨١) ابن قدامة، المغني ١٨٣/٧.

(٨٢) الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ) الجامع الكبير (سنن الترمذي)، المحقق: بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت ٣٠/٥، طبعة: ١٩٩٨م، ٣٠/٥، حديث رقم ٢٩١٨، وقال عنه: إسناده ليس بالقوي، وقال صاحب المجالسة وجواهر العلم: إسناده ضعيف جداً. الدينوري المالكي، أبو بكر أحمد بن مروان، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: جمعية التربية الإسلامية، دار ابن حزم (بيروت، لبنان)، تاريخ النشر: ١٤١٩هـ، ٣٥٢/١، حديث رقم ٥٧.

(٨٣) الزيلعي، تبين الحقائق ٢٥٩/٢.

(٨٤) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

- إن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد ومقصودة مخالفة صارخة، إذ هو ينكحها لأجل الطلاق، ومقصود عقد النكاح هو الاستقرار والدوام، بل حتى إذا لم يصرح بالطلاق في العقد، فإن شرط التحليل في حد ذاته معناه الطلاق بعد الوطء، وإلا فلا معنى له؛ لأن أي وطء صحيح سيحلل الزوجة للأول، فاشتراط التحليل يعني الفرقة بعد الوطء الذي يحلها للأول.

- إذا شرطت الزوجة على الزوج أن يحلها للأول، وقلنا بصحة العقد مع فساد الشرط، ومن ثم يكون الزوج مخيراً بين إبقاء الزوجة على عصمته أو طلاقها، فإذا أبقى عليها في عصمته من غير طلاقها، فإن معنى ذلك أنها ترغم على العيش معه رغماً عنها، وقد لا تقيم حدود الله فيه، إذ هي مجبورة على حياة زوجية كانت تزعمها مع غيره، وقد يدفعها ذلك إلى الوقوع في الفاحشة، مبررة لنفسها أنها تعيش مع زوج جبراً عنها.

- يمكن الرد على الفائلين بإبطال الشرط دون العقد عند اشتراط التحليل، قياساً على الشروط الفاسدة في النكاح، بأن ذلك قياس مع الفارق، إذ إن الأمر يختلف هنا عن باقي الشروط الفاسدة في العقد، فمثلاً إذا تزوج الزوج زوجته على أن يطلق ضررتها، فهذا الشرط باطل، ولدى الجمهور يبطل الشرط ويكون العقد صحيحاً، ولكن ليس هكذا شرط التحليل، حيث إن الغرض الأساسي في العقد في الحالة الأولى غالباً هو الاستقرار وإقامة أسرة، أما وإن الزوجة قد اشترطت شرطاً آخر كي تضمن لنفسها الاستئثار بالزوج أو غيره، فإنه لا يضرها في شيء لو بطل الشرط وصح العقد، أما الحالة الثانية، قد أقبلت على عقد النكاح فقط لتحلل به التزوج بالزوج الأول، فهذا يعني أنه لا رغبة لها في العقد في ذاته، بل لما يحققه لها من هدف، لذا لا يمكن القول بصحة العقد وفساد الشرط بناء على فساد الشروط الفاسدة في العقد في كل الأحوال، ذلك إن عقد النكاح -في رأبي- هو عقد خاص يجب أن يبحث فيه كل شرط على حدة، والموازنة بين كل من سلبياته وإيجابياته على طرفي العلاقة والمجتمع وغيرهما، وبعدها يتم تحديد مشروعيته من عدمها.

- نكاح التحليل قد يؤدي إلى مفسد عديدة، منها جمع المحلل بين المحارم، فقد يجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها، أو قد يتزوجها هي وأمها، وهو أمر قد لا يحدث كثيراً في الواقع، لكنه غير مستبعد، لأن هذا المحلل -كما قلت- لا يريد زواجاً ولا سكناً^(٨٥).

كذا قد ينتج عن هذا الزواج أطفال ينفصل أبواهم عن الزواج، ويهدمون الأسرة قبل أن يأتوا هم للحياة أصلاً، لعدم رغبتهم فيهم، ولا في العلاقة الزوجية، ومما لا شك فيه أن هذا يؤدي إلى مفسد عديدة من نشرد الأولاد، وهذا سلباً على المجتمع كله.

قلت: إن جمهور الحنفية ذهبوا إلى أن النكاح بقصد التحليل صحيح، سواء صرح فيه بنية التحليل أم لم يصرح، بينما يرى الشافعية أن النكاح يكون صحيحاً حال عدم التصريح بقصد التحليل، أما حال التصريح بهذا القصد، فيكون النكاح صحيحاً في بعض صور الشرط دون الأخرى، وفي كل هذه الأحوال يلغى الشرط إذا وجد، بمعنى أنه لا يجبر الزوج على تطبيق زوجته^(٨٦).

هذا ويترتب على صحة النكاح بقصد التحليل -عند القائلين بصحته- جميع ما للأنكحة الصحيحة^(٨٧)، فتحصل به إباحة الاستمتاع، وتجب به النفقة، ونصف

^(٨٥) وفي ذلك يقول ابن القيم: "سئل أهل الخبرة: كم عقَدَ المحلل على أم وابنتها؟ وكم جمع ماءه في أرحام ما زاد على الأربع وفي رحم الأختين؟" ابن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، قدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وآثاره: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ، ٤٩/١.

^(٨٦) وذلك عكس ما أسند للإمام أبي حنيفة في رواية البزازي أنه قال: "العقد والشرط في هذه الحالة صحيحان، ويجبر الحاكم الزوج على تطبيقها"، ولكن رأى أصحاب أبي حنيفة أنه لا يمكن أن يعول على هذه الرواية، لضعف سندها ومخالفتها للقواعد العامة في المذهب. ابن عابدين، رد المحتار ٤١٥/٣، ابن نجيم، النهر الفائق ٤٢٣/٢.

^(٨٧) السرخسي، المبسوط ١٠/٦.

المهر، ويتعلق به لعان وظهار وطلاق، وإرث، ويكون الزوج مخيراً فيه بين المقام مع زوجته أو فراقها.

وإذا حدث الوطء في هذا النكاح، فيحصل به الإحصان وتستحق به الزوجة المهر المسمى كاملاً، ويلحق النسب^(٨٨)، وتحل به الزوجة لزوجها الأول، طالما تحققت شروط الإصابة، ثم انتهى الزواج بالطلاق أو الموت.

وقد سبق القول إن الإمام محمد بن الحسن الحنفي قد انفرد برأي في الفقه في هذا الصدد، إذ ذهب إلى أن عقد النكاح بقصد التحليل يكون صحيحاً يتعلق به جميع ما يتعلق بالنكاح من أحكام، لكنه لا يحل الزوجة لزوجها الأول.

ويبدو لي أنه لا يجوز القول بهذا الرأي، لأن العقد إما يكون صحيحاً فيرتب أحكام العقد الصحيح، وإما فاسداً يترتب عليه أحكام العقد الفاسد، أما القول بترتب بعض آثار العقد، وتعطيل بعضها، فهذا معناه أن العقد صحيح وفساد في الوقت نفسه، وهو أمر غير متصور.

الفرع الثاني

أثر قصد التحليل على عقد النكاح حال عدم التصريح به

إذا قصد الرجل بزواجه أن يحلل زوجته لمن طلقها ثلاثاً، ولكن أضمر ذلك في نفسه، فلم يصرح به في عقد النكاح، فقد اختلفت مذاهب الفقهاء أيضاً في ذلك، فيرى أبو حنيفة وبعض الحنفية أن العقد صحيح في هذه الحالة، بل قالوا^(٨٩): إنه إذا فعل ذلك بنفسه من غير اشتراط الزوج الأول ولا الزوجة، يكون مأجوراً، لأنه قصد إبلاغهما مرادهما (أي زواجهما مرة أخرى) بطريق شرعي هو وجود زوج آخر، وربما إذا لم يفعل ذلك حملهما ميل كل منهما للآخر لتعد حدود الله والنكاح دون زوج آخر، فهذا

^(٨٨) ذهب ابن حزم إلى أن الزوج إذا كان عالماً بالحرمة لا يلحق به النسب ١٢/١٩٥.

^(٨٩) السرخسي، المبسوط ٣٠/٢٢٨، ابن نجيم المصري، البحر الرائق ٤/٦٣، برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني ٣/١٨١.

الفعل عند أبي حنيفة مندوب؛ لأنه من أفعال البر، وفي هذا المعنى ذهب غير واحد من أصحاب الإمام مالك^(٩٠)، وداود من الشافعية^(٩١)، واستدل الحنفية^(٩٢) في قولهم هذا بقول النبي: "من أقال نادماً أقاله الله عثرته يوم القيامة"^(٩٣).
 وذهب رأي في الحنفية^(٩٤)، وجمهور المالكية^(٩٥)، والحنابلة^(٩٦)، أن مجرد نية الزوج الثاني التحليل تكفي لفساد العقد، حتى إذا لم يذكر ذلك في العقد أو يشترط، وقال المالكية^(٩٧) إن النية تنزل منزلة الاشتراط في العقد، وأنه إذا خالط نيته شيء من التحليل لا تحل للأول، بمعنى أنه إذا تزوجها بنية التحليل، مع احتمالية إبقائه عليها لوجود الإعجاب منه، يبطل العقد أيضاً عندهم.
 وقال الحنابلة^(٩٨): إن العقد يبطل إلا إذا تغيرت نيته وقت العقد، لا بعده؛ لأن العبرة بالقصد والنية وقت العقد لا قبله، والقول في ذلك قوله.

(٩٠) ابن المواق، التاج والإكليل ٥ / ١٢١.

(٩١) الجمل، حاشية الجمل ٤ / ١٨٧.

(٩٢) السرخسي، المبسوط ٣٠ / ٢٢٨.

(٩٣) البيهقي، السنن الكبرى ٦ / ٤٤، حديث رقم ١١١٢٨.

والحديث أخرجه عبد الرزاق عن معمر عن يحيى بن أبي كثير مرسلًا بلفظ: "من أقال مسلمًا بيعته، أقال الله نفسه يوم القيامة، ومن وصل صفاً وصل الله خطوه يوم القيامة". المغربي، الحسين بن محمد بن سعيد اللاعي، المعروف بالمغربي، بدر التمام شرح المرام، المحقق: علي بن عبد الله الزين، الناشر: دار هجر، الطبعة: الأولى، دون تاريخ ٦ / ١٤٧، المتقي الهندي، علاء الدين علي بن حسام الدين ابن قاضي خان القادري الشاذلي الهندي الشهير بالمتقي الهندي، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، المحقق: بكرى حياني - صفوة السقا، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الخامسة، ١٤٠١هـ، ٤ / ٩٠، حديث رقم ٩٦٨١.

(٩٤) أبو العز، التنبيه على مشكلات الهداية ٣ / ١٣٦٧.

(٩٥) النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة ٢ / ٥٣٤، القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة ٢ / ٥٧٧.

(٩٦) ابن قدامة، المغني ٧ / ١٨٢، المرادوي، الإنصاف ٨ / ١٦٢، أبو النجا، الإقناع ٣ / ١٩١.

(٩٧) السعدي، عقد الجواهر الثمينة ٢ / ٤٣٨، الجامع لمسائل المدونة ٩ / ٣٦٣.

(٩٨) ابن قدامة، المغني ٧ / ١٨٢، ابن مفلح، المبدع ٦ / ١٥٢.

ذهب الشافعية^(٩٩) إلى أن هذا العقد صحيح، وسواء كانت النية من الزوج، أم الزوجة، أم الزوج الأول، أم الولي، ولكنهم يروا كراهته^(١٠٠)، وقالوا: إن كل ما لو صرح به بطل يكره إضماره^(١٠١).

أدلة الفريق القائل بصحة العقد حال عدم التصريح بقصد التحليل:

واستدل القائلون إن العقد صحيح، إذا أضمرت نية التحليل ولم يشترط ذلك في العقد بما يأتي:

- استدلوا^(١٠٢) بقول النبي -صلى الله عليه وسلم- لتميمة بنت وهب زوجة رفاعة إذ طلقها ثلاثاً فنكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير، فاعترض عنها، فناشدته الطلاق، فطلقها، فأنت النبي، فأخبرته بذلك، فقال: "أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك"^(١٠٣)، ووجه الدلالة هنا، أنه رغم أن نية المرأة هنا التحليل كما ظهرت في الرواية، فلم يقل النبي بفساد عقدها.

- استدلوا^(١٠٤) بما روي عن ابن سيرين: "أن امرأة طلقها زوجها ثلاثاً، وكان مسكيناً أعرابي يقعد بباب المسجد، فجاءته امرأة فقالت: "هل لك في امرأة تتكحها، فتبيت معها الليلة وتصبح فتفارقها؟" فقال: "نعم"، فكان ذلك، فقالت له امرأته: "إنك إذا أصبحت فإنهم سيقولون لك: "فارقها"، فلا تفعل ذلك، فإني مقيمة لك ما ترى"، وذهب إلى عمر، فلما أصبحت أتوه، وأتوها، فقالت: "كلموه، فأنتم جئتم، فكلموه، فأبى، فانطلق إلى عمر فقال: "الزم امرأتك، فإن رابوك بريب فائتني، وأرسل إلى المرأة التي

(٩٩) الشافعي، الأم ٨٦/٥، الماوردي، الحاوي الكبير ٣٣٠/١٠، النووي، المجموع ٢٥٠/١٦، الجمل، حاشية الجمل ١٨٧/٤.

(١٠٠) الماوردي، الحاوي الكبير ٣٣٠/١٠، القزويني، العزيز شرح الوجيز ٥٣/٨.

(١٠١) الجمل، حاشية الجمل ١٨٧/٤.

(١٠٢) ابن رشد، البيان والتحصيل ٣٨٦/٤، ابن حزم، المحلى ٤٣٥/٩.

(١٠٣) سبق تخريج الحديث ص ١١.

(١٠٤) الماوردي، الحاوي الكبير ٣٣٣/٩، ٣٣٤.

مشيت لذلك فنكل بها^(١٠٥)، ثم كان يغدو على عمر ويروح في حلة فيقول: الحمد لله الذي كساك يا ذا الرقعتين حلة تغدو فيها وتروح^(١٠٦).

- واستدلوا أيضاً^(١٠٧)، بما روى عن سليمان عن مجاهد قال: طلق رجل من قريش امرأة له فبتها، فمرّ بشيخ وابن له من الأعراب في السوق قدما بتجارة لهما، فقال للفتى: "هل فيك من خير؟"، ثم مضى عنه، ثم كر عليه فكمثلها، ثم مضى عنه، ثم كر عليه فكمثلها. قال: "نعم": قال: "فأرني يدك"، فانطلق به، فأخبره الخبر، وأمره بنكاحها، فنكحها، فبات معها، فلما أصبح استأذن، فأذن له، فإذا هو قد ولاها الدبر، فقالت: "والله لئن طلقني لا أنكحك أبداً، فذكر ذلك لعمر، فدعاه فقال: "لو نكحتها لفعلت بك كذا وكذا"، وتوعده، ودعا زوجها، فقال: "ألزمها"^(١٠٨).

ففي خبري الفاروق عمر دلالة على أن النكاح صحيح، لأنه قد أمضى النكاح فيهما ولم يبطله.

- استدلوا أخيراً^(١٠٩) أن مجرد النية في المعاملات غير معتبرة؛ لأنها مجرد حديث نفس، فقد ينوي الشخص شيئاً ويفعله، أو ينويه ولا يفعله، لذا يقع النكاح صحيحاً كما لو نوى الزوجان تأقيت النكاح، وغيرها من المعاني المفسدة للعقد، فطالما كان مسكوتاً عنها ولم يصرح بها في العقد، صح العقد.

(١٠٥) ذهب الشافعية إلى أن ما جاء في هذا الحديث من تنكيل الفاروق عمر للمرأة فيه دلالة على أن العقد مكروه، خلافاً لما ذهب إليه الحنفية من كونه مندوباً. الماوردي، الحاوي الكبير ٣٣٤/٩.

(١٠٦) البيهقي، السنن الكبرى ٣٤١/٧، حديث رقم ١٤١٩٧، كنز العمال ٧٠٣/٩، حديث رقم ٢٨٠٥١، ضعفه الألباني في إرواء الغليل، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية ١٤٠٥ هـ.

(١٠٧) الشافعي، الأم ٨٧/٥.

(١٠٨) البيهقي، السنن الكبرى، ٣٤١/٧، حديث رقم ١٤١٩٦.

(١٠٩) الشافعي، الأم ٨٦/٥، النووي، المجموع ٢٥٠/١٦، ابن قدامة، المغني ١٨٧/٣، ابن حزم، المحلى ٤٣٣/٩.

أدلة الفريق القائل بفساد العقد حال عدم التصريح بقصد التحليل:

واستدل القائلون بفساد العقد حال إضرار نية التحليل وعدم التصريح بها بما

يأتي:

- أن النبي صلى الله عليه وسلم سُئل عن نكاح المحلل، فقال: "لا نكاح إلا نكاح رغبة"^(١١٠)، فقالوا إن ظاهر الحديث شامل اشتراط التحليل حال العقد أو قبله، شرطه أو نواه فقط^(١١١).

- واستدلوا أيضاً^(١١٢)، بما روي أبو مرزوق التجيني (أن رجلاً أتى عثمان رضى الله عنه فقال: إن جارى طلق امرأته في غضبه، ولقى شدة، فأردت أن أحتسب نفسي ومالي فأتزوجها، ثم أبني بها، ثم أطلقها، فترجع إلى زوجها الأول، فقال له عثمان رضى الله عنه: لا تتكحها إلا بنكاح رغبة)^(١١٣).

- استدلوا أيضاً^(١١٤)، بما روي عن ابن عمر أن رجلاً قال له: "مرأة تزوجتها، أحلها لزوجها، لم يأمرني، ولم يعلم". قال: "لا، إلا نكاح رغبة، إن أعجبك أمسكها، وإن

(١١٠) الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم، المعجم الكبير، المحقق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، دار النشر: مكتبة ابن تيمية - القاهرة، الطبعة: الثانية ٢٢٦/١١، حديث رقم ١١٥٦٧، السيوطي، المؤلف: عبد الرحمن ابن أبي بكر، جلال الدين، جامع الأحاديث (ويشتمل على جمع الجوامع للسيوطي والجامع الأزهر وكنوز الحقائق للمناوي، والفتح الكبير للنبيهاني) ٤٦٨/١٦، حديث رقم ١٧٢٩٨، صححه الحاكم في المستدرک على الصحيحين ٢١٧/٢ حديث رقم ٢٨٠٦.

(١١١) ابن مفلح، المبدع ١٥٢/٦.

(١١٢) الجامع لمسائل المدونة ٣٦٢/٩، النووي، المجموع ٢٤٩/١٦، ٢٥٠.

(١١٣) كنز العمال ٩٠٣/٧، حديث رقم ٢٨٠٤٩.

(١١٤) الزيلعي، تبیین الحقائق ٢/٢٥٩، أبو العز، التنبیه على مشكلات الهداية ٣/١٣٦٩، ابن قدامة، المغني ٧/١٨١، ٤٢/٣.

كرهتها فارقتها"، ثم قال: كنا نعهده على عهد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- سفاهاً، وقال: "لا يزالان زانيين، وإن مكثا عشرين سنة، إذا علم أنه يريد أن يحلها"^(١١٥).
 - استدلوا كذلك^(١١٦)، بما روى عن ابن عباس أنه جاء رجل يسأله: "إن أعمى طلق امرأته ثلاثاً، أيحلها له رجل؟"، قال: من يخادع الله يخدعه"^(١١٧).
 - استدلوا بالقاعدة الفقهية: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)^(١١٨)، فقالوا إن هؤلاء الأزواج أمرهم معلوم عند كل من أطلع على حالهم، فكأنهم اشترطوا هذا الشرط في العقد^(١١٩).
 - قالوا أيضاً^(١٢٠)، إن هذا العقد قصد به التحليل، فكان غير صحيح كما لو اشترطه، لأن النية كافية في المنع وكل ما في الأمر أنها أكدت بالشرط، وذهب

^(١١٥) وذكر الحاكم في مستدرکه أن الحديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه، ٢/٢١٧، حديث رقم ٢٨٠٦.
 والحاكم ذكره دون عبارة "ولا يزالان زانيين وإن مكثا عشرين سنة"، وذكرها الألباني في إرواء الغليل ٦/٣١١، حديث رقم ١٨٩٨.
^(١١٦) أبو العز، التنبيه على مشكلات الهداية، ٣/١٣٦٩، ابن قدامة، المغني ٧/١٨١، البهوتي، شرح منهي الإيرادات ٢/٦٦٨.
^(١١٧) البيهقي، السنن الكبرى، ٧/٥٥٢، حديث رقم ١٤٩٨١.
 ذكر صاحب التكميل أن في رواية الحديث مالك بن الحارث، وعمران وكلاهما ثقة، فالإسناد صحيح. صالح بن عبد العزيز بن محمد بن إبراهيم آل الشيخ، التكميل لما فات تخريجه من إرواء الغليل، الناشر: دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ ١/١٣١، حديث رقم ١٨٩٩.
^(١١٨) ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ. ١/٨٤، الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، الناشر: دار القلم - دمشق - سوريا، الطبعة: الثانية، ١٤٠٩ هـ. ١/٢٣٧، القاعدة الثانية والأربعون.
^(١١٩) أبو العز، التنبيه على مشكلات الهداية ٣/١٣٦٨.
^(١٢٠) المبدع، ٦/١٥٢.

الحنابلة^(١٢١) إلى أن الدليل في أنها معتبرة ما إذا تزوج الغريب بنية طلاقها إذا خرج من البلد لم يصح.

وردّ القائلون بصحة النكاح حال عدم التصريح بشرط التحليل أنه بالنسبة إلى أثر "لا نكاح إلا نكاح رغبة لا دلسة"^(١٢٢) أن الدلسة ليست هنا، وإنما الدلسة أن يُدلس عليه بغير التي تزوج، أو أن يتزوج لا عن رغبة في النكاح ولكن ليضر بها في نفسها أو مالها، أما بالنسبة إلى قول ابن عباس -رضى الله عنه- "من يخدع الله يخدعه"^(١٢٣) فقالوا إن ليس به ما يفيد فساد النكاح^(١٢٤).

وردّ الفريق القائل بفساد العقد حال عدم التصريح بالنية على القائلين بصحته فيما ذهبوا إليه من استدلالهم بالأثر المروي عن عمر -رضي الله عنه- والخاص بذي الرقعتين أن هذا الأثر ليس له إسناد، أي أن ابن سيرين لم يسنده إلى عمر، فهو مرسل، لا يقارن بما سمعوه من عمر وهو يخطب على المنبر: "لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجمتها"^(١٢٥)، بل ذهبوا إلى أنه على فرض صحة هذا الأثر فهو محمول على حالة تغيرت فيها نية هذا الشخص وقت العقد، فإن نوى التحليل قبله، إلا أنه وقت العقد نكاح رغبة، وهو جائز، فيخرج عن محل الخلاف^(١٢٦).

ويبدو لي رجحان رأي المالكية والحنابلة فيما ذهبوا إليه من القول بفساد العقد في حالة إضمار نية التحليل، وذلك في رأيي للأسباب الآتية:

- قول النبي صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات"^(١٢٧) فهذا يعني أن النية معول عليها.

(١٢١) أبو النجا، الإقناع في فقه الإمام أحمد ١٩٢/٣، المرادوي، الفروع ٢٦٦/٨.

(١٢٢) سبق تخريج الأثر ص: ٢٧.

(١٢٣) سبق تخريج قول ابن عباس -رضى الله عنه- ص: ٢٥.

(١٢٤) ابن حزم، المحلى ٤٣٢/٩، ٤٣٤.

(١٢٥) سبق تخريج قول عمر -رضي الله عنه- ص: ١٨.

(١٢٦) ابن قدامة، المغني ١٨٧/٧، البهوتي، منتهى الإرادات ٦٦٨/٢.

(١٢٧) صحيح البخاري، ٦/١، حديث رقم ١.

- ما ذهب إليه بعض العلماء^(١٢٨) أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني^(١٢٩)، وبناء عليه، فإن النية محل اعتبار في العقود بشكل عام، وفي عقد النكاح بشكل خاص، لما له من مزية خاصة بين العقود.

- إن النية أو مجرد القصد الذي هو أمر معنوي قد يكون له مظهر مادي، فالزوج ينوي التحليل وقت العقد بقلبه، ثم يحول تلك النية إلى أمر مادي حين يطلق زوجته بلسانه بعد وطأها وتحليلها للأول، فهل اختلف الأمر عما إذا ذكر الشرط صراحة؟ أو أن الأمر في الحالتين قد خالف مقصود النكاح؟

- كذلك أيضاً، فإنه ينطبق هنا قولنا نفسه بخصوص مفسد النكاح على شرط التحليل، مثل جمع المحلل بين المحارم، أو وجود أطفال قد لا يكون لأحد أبويهم رغبة فيهم، مما يكون له أسوأ الأثر عليهم وعلى المجتمع، وغير ذلك من مفسد النكاح بهدف تحليل الزوجة لزوجها الأول، فهذه المفسد يمكن تصورها في حالتي التصريح بهدف التحليل أو عدم التصريح.

أما بخصوص ما ردّ به الإمام ابن حزم على القائلين بفساد العقد حين إضرار نية التحليل، فيمكن الرد عليه بما يأتي:

- بخصوص ما ذهب إليه من أن قول ابن عباس رضي الله عنه- "من يخادع الله يخدعه" ليس فيه ما يفيد فساد العقد، فيمكن الرد على ذلك أنه لا يشترط أن تتضمن

^(١٢٨) العبد اللطيف، عبد الرحمن بن صالح، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م، ١/٤٧٧، الزرقاء، شرح القواعد الفقهية ١/٥٥.

^(١٢٩) وهذه المسألة محل خلاف بين العلماء، فبعضهم يذهب إلى أن العبرة في العقود بالمعاني، وبعضهم يذهب إلى أن العبرة بالألفاظ. ابن نجيم المصري، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، ص ١٦٦، ابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلمي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي، الناشر: دار الكتب العلمية، دون طبعة، دون تاريخ، ص ٤٨.

العبرة صراحة ما يفيد فساد العقد، فكلمة الخديعة وحدها كافية للجزم بسوء نية هذا الناكح، وعبثه بأحكام الشريعة، كما أن هذا القول مع باقي الأدلة الأخرى تقوى أن تكون دليلاً على فساد العقد حتى في حال عدم التصريح بقصد التحليل.

- بخصوص ما ذهب إليه من أن حديث (لا نكاح إلا نكاح رغبة لا دلسة) ليس دليلاً على فساد العقد؛ لأن الدلسة هي النكاح لمجرد الإضرار بالمرأة في مالها أو نفسها دون قصد الزواج في ذاته، فيمكن الرد على ذلك أن العقد مع نية التحليل قد لا يكون بنية إضرار المرأة في مالها ولا نفسها ولكنه في الوقت نفسه ليس بقصد الزواج، ولا الاستمتاع، ومن ثم فيحمل معنى الدلسة.

وإذا انتهينا إلى فساد العقد في هذه الحالة، كان لنا أن نتساءل هل العبرة في فساد العقد، إذا فُصد منه التحليل حال إضرار نية التحليل هي بقصد الزوج (المحلل) فقط، أو أن نية المرأة والولي أيضاً محل اعتبار؟

ذهب جمهور المالكية^(١٣٠) والحنابلة^(١٣١) (وهم الذين يقولون إن مجرد نية التحليل مفسدة للعقد)، إلى أن المعتبر في هذا الشأن هو نية الزوج؛ لأنه وحده الذي يملك رفع العقد، وعليه فلا اعتبار بنية الزوجة ولا الولي، بمعنى أنه إذا نوى أحدهما أو كلاهما التزوج للتحليل لا يفسد العقد، وقال الحنابلة: "من لا فرقة بيده لا أثر لنيته"^(١٣٢).

وكذلك ذهب المالكية^(١٣٣) والحنابلة^(١٣٤) إلى أنه لا اعتبار لنية المطلق في النكاح ولا في وقوع التحليل به؛ لأنه أجنبي عن العقد، لا يملك إمساك أو طلاق الزوج الثاني لزوجته، أما القول باللعنة الذي جاء في الحديث (لعن الله المحلل

^(١٣٠) ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/٣٨٥، ابن عرفة، المختصر الفقهي ٣/٢٨٥، الثعلبي، المعونة على مذهب عالم المدينة ١/٨٣٢.

^(١٣١) ابن مفلح، المبدع ٦/١٥٣، أبو النجا، الإقناع في فقه الإمام أحمد ٣/١٩٢.

^(١٣٢) ابن مفلح، المبدع ٦/١٥٣، أبو النجا، الإقناع في فقه الإمام أحمد ٣/١٩٢.

^(١٣٣) الخطاب، مواهب الجليل ٣/٤٦٩، ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/٣٨٥.

^(١٣٤) ابن قدامة، المغني ٧/١٨٢، ابن قدامة، الكافي ٣/١٩٢.

والمحلل له)^(١٣٥) فمحمول على ما لو تزوجها الزوج الأول بعد العقد الذي قصد فيه الزوج الثاني التحليل، ذلك أنها لم تحل له، فكان زانيًا، يستحق اللعنة^(١٣٦).
 وذهب بعض التابعين^(١٣٧) إلى أن نية المرأة والولي معتبرة كنية الزوج نفسه، وأيد ذلك الرأي بعض المحدثين من الحنابلة^(١٣٨).
 كما ذهب بعض الحنابلة^(١٣٩) إلى أنها لو نوت ذلك، فالعقد يصح قضاء، ويبطل بينه وبين الله تعالى.

واستدل القائلون بأن نية المرأة غير معتبرة بحديث رفاعة، إذ إن النبي صلى الله عليه وسلم قال للمرأة: "أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟"^(١٤٠) ويدل ذلك على نيتها في الرجوع إلى رفاعة (زوجها الأول)، ولم يأخذ النبي صلى الله عليه وسلم بهذه النية في الاعتبار.

واستدل بعض المحدثين^(١٤١) القائلين بتأثير نية الزوجة والولي، بأن الزوجة من شأنها إفساد العقد هي والولي، وذلك بأن تسيء المعاشرة حتى يطلقها أو تغريه هي أو الولي بالمال.

كما ردوا على حديث رفاعة بأنها ما تزوجته بهذه النية، لأن ظاهر الحال يقتضي أنها ذهبت تشتكي إلى النبي بعد أن رأت فيه هذا العيب، ولولا أنها رأت ما اشتكت إلى النبي.

(١٣٥) سبق تخريج الحديث ص: ٩.

(١٣٦) ابن قدامة، المغني ١٨٣/٧.

(١٣٧) ذكر ذلك ابن قدامة، المغني ١٨٢/٧.

(١٣٨) ابن عثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع ١٧٨/١٢.

(١٣٩) ابن مفلح، الفروع وتصحيح الفروع ٨ / ٢٦٦، المرادوي، الإنصاف ١٦٢/٨، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٦٦٨/٢.

(١٤٠) سبق تخريج الحديث ص: ١١.

(١٤١) ابن عثيمين / الشرح الممتع ١٧٨/١٢.

ويبدو لي أن الرأي القائل باعتبار نية أحد الثلاثة هو الأولى بالترجيح، وذلك في رأيي للأسباب الآتية:

- قوة أدلة هذا الفريق التي ساقوها ورددهم على ما احتج به أصحاب الفريق الأول.

- رغم أن الزوجة قد لا تملك رفع النكاح في الأصل، إلا أنها قد تملكه بشكل استثنائي عن طريق الاشتراط في العقد تفويض أمر الطلاق إليها، وهو أمر جائز فقهاً^(١٤٢)، وقانوناً^(١٤٣)، وهنا يمكنها أن تنتظر وطء الزوج لها، وتقوم باستعمال حقها في التفويض، وهنا تكون نيتها قد أثرت على العقد^(١٤٤).

- وحتى إذا لم تشترط الزوجة على زوجها تفويضها في تطليق نفسها، فإن في إمكانها، إذا انتوت هذا الشرط أن تطلب منه الخلع بعد أن يطأها، لا لسبب إلا أنها

^(١٤٢) فرق فقهاء الحنفية بين قول الزوج لزوجته اختاري نفسك، أو طلقي نفسك، أو طلقي نفسك متى شئت، ففي الحالة الأولى لها أن تطلق نفسها في مجلس العقد فقط، وذهب الإمام مالك في البدء إلى أن الزوج إذا قال لزوجته: "اختاري نفسك، أو امرك بيدك، أو طلقي نفسك"، كل ذلك سواء، ولها أن تطلق نفسها منه في المجلس فقط، ثم عاد وقال: إن لها ذلك في المجلس وبعده، حتى يوقفها السلطان؛ ليخيرها، أو حتى يطأها الزوج، وذهب البعض إلى أنه يكون لها ذلك حتى بعد الوطء إذا قال طلقي نفسك متى شئت، أما الشافعية رأوا أنها لها الحق في مجلس العقد فقط أي كانت الصيغة التي جاء بها التفويض، ولدى الحنابلة روايتان: إحداهما أن التفويض متقيد بالمجلس، والثانية أنه على التراخي ما لم يطأ. الكاساني، بدائع الصنائع ٣/١١٤، ١١٥، المدونة ٢/٢٧٤، ٢٧٥، الشامل في فقه الإمام مالك ١/٤٢٦، الحاوي الكبير ١٠/٥٨، ابن القيم، إعلام الموقعين ٣/٢٧، الخرقى، مختصر الخرقى ١/١١١.

^(١٤٣) أقرت معظم قوانين الأحوال الشخصية حق الزوجة في تطليق نفسها، ومن ذلك ما أقرته المادة ١٣٢ من القانون السوداني لسنة ١٩٩١م، والمادة ٨٢ من مدونة الأسرة المغربية الصادرة ٣ فبراير ٢٠٠٤م، والمادة ١٦٩، فقرة (أ) من قانون الأحوال الشخصية السوري لسنة ٢٠٠٧م، وغيرهم. ^(١٤٤) بل إن الحنفية صرحوا بجواز اشتراط الزوجة على زوجها في عقد النكاح أن يفوضها في تطليق نفسها، إذا خشيت ألا يطلقها بعد وطئها وتحليلها للأول. الزيلعي، تبیین الحقائق ٢/٢٥٩، برهان الدين المحيط البرهاني ٣/١٧.

ما تزوجته نكاح رغبة، بل لأجل تحليلها للأول فحسب، وبهذا تكون نيتها محل اعتبار.

- أيضاً، إذا قلنا إن نيتها ليست محل اعتبار، ومن ثم حكمنا بصحة العقد في هذه الحالة، أعود إلى ما سبق أن قلته: من أن ذلك معناه إقامتها مع زوجها رغما عنها، مما قد يدفعها إلى إساءة معاملته، لإجباره على طلاقها، وقد يدفعها إلى الوقوع في المعصية، وعدم إقامة حدود الله معه.

- كذلك ولي الزوجة، قد لا يكون بيده أمر رفع النكاح، لكن من الممكن أيضاً إذا نوى تزويجها لأجل التحليل أن يدفعها إلى إساءة عشرة زوجها، أو يتدخل هو في حياتها الزوجية لأجل أن يضطر الزوج لطلاقها تخلصاً من سوء عشرتها وتسلط وليها، أو تدخله في حياتها الزوجية.

المطلب الثاني

الآثار الأخرى المترتبة على قصد التحليل في عقد النكاح

قلت: إن جمهور الحنفية ذهبوا إلى أن النكاح بقصد التحليل صحيح، سواء صرح فيه بنية التحليل أم لم يصرح، بينما يرى الشافعية أن النكاح يكون صحيحاً حال عدم التصريح بقصد التحليل، أما حال التصريح بهذا القصد، فيكون النكاح صحيحاً في بعض صور الشرط دون الأخرى، وفي كل هذه الأحوال يلغى الشرط إذا وجد، بمعنى أنه لا يجبر الزوج على تطليق زوجته^(١٤٥).

(١٤٥) وذلك عكس ما أسند للإمام أبي حنيفة في رواية البرازي أنه قال: "العقد والشرط في هذه الحالة صحيحان، ويجبر الحاكم الزوج على تطليقها"، ولكن رأى أصحاب أبي حنيفة أنه لا يمكن أن يعول على هذه الرواية، لضعف سندها ومخالفتها للقواعد العامة في المذهب. ابن عابدين، رد المحتار ٤١٥/٣ ابن نجيم، النهر الفائق ٤٢٣/٢.

وعلى القول بصحة العقد فإن لهذا النكاح جميع ما للأنكحة الصحيحة^(١٤٦)، فتحصل به إباحة الاستمتاع، وتجب به النفقة، ونصف المهر، ويتعلق به لعان وظهار وطلاق، وإرث، ويكون الزوج مخيراً فيه بين المقام مع زوجته أو فراقها. وإذا حدث الوطء في هذا النكاح، فيحصل به الإحصان وتستحق به الزوجة المهر المسمى كاملاً، ويلحق النسب^(١٤٧)، وتحل به الزوجة لزوجها الأول طالما تحققت شروط الإصابة، ثم انتهى الزواج بالطلاق أو الموت. وسبق القول إن الإمام محمد بن الحسن الحنفي قد انفرد برأي في الفقه في هذا الصدد، فقد ذهب إلى أن عقد النكاح بقصد التحليل يكون صحيحاً يتعلق به جميع ما يتعلق بالنكاح من أحكام، لكنه لا يحل الزوجة لزوجها الأول. ويبدو لي أن الأولى بالاعتبار هو القول الأول؛ لأن العقد إما يكون صحيحاً فيرتب أحكام العقد الصحيح، وإما فاسداً يترتب عليه أحكام العقد الفاسد، أما القول بترتب بعض آثار العقد، وتعطيل بعضها، فهذا معناه أن العقد صحيح وفساد في الوقت نفسه، وهو أمر غير متصور.

وقد سبق القول أيضاً إن جمهور المالكية والحنابلة قد ذهبوا إلى فساد عقد النكاح سواء صرح بنية التحليل أم لم يصرح، وعليه فيثبت في هذا النكاح ما يثبت في العقود الفاسدة^(١٤٨)، وعلى ذلك فيجب فسخ هذا النكاح، والتفرقة بين الزوجين، سواء علم ذلك قبل البناء أم بعده^(١٤٩)، حتى إذا أراد المحلل أن يستمر في نكاحه؛

^(١٤٦) السرخسي، المبسوط ١٠٠/٦.

^(١٤٧) ذهب ابن حزم إلى أن الزوج إذا كان عالماً بالحرمة لا يلحق به النسب ١٩٥/١٢.

^(١٤٨) القيرواني، أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، المالكي، الذب عن مذهب الإمام مالك، المحقق: د. محمد العلمي، الناشر: المملكة المغربية، الرابطة المحمدية للعلماء، مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، سلسلة نواذر التراث، الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ، ٥٧٨/٢، الجامع لمسائل المدونة ٣٦٣/٩، الشافعي، الأم ٨٦ / ٥، ابن قدامة، المغني ١٨٣/٧.

^(١٤٩) الجامع لمسائل المدونة ٣٦٣/٩.



لأن عليه أن يستقبل نكاحًا جديدًا^(١٥٠)، بل ذهب الإمام مالك^(١٥١) أنه أحب له ألا يتزوجها المحلل مرة أخرى أبدًا ولو بقصد النكاح لا التحليل.

وعليه فلا يترتب عليه إباحة وطء، وإن حدث فيه الوطء، فلا يحصل به إحصان، ولا تستحق الزوجة بهذا الزواج نفقة وإن كانت حاملاً، ولا يتعلق به ظهار، ولا لعان (إلا لنفي ولد)، كذا لا يتعلق به طلاق، ومعنى ذلك أنه إذا تزوجها بعد ذلك بعقد نكاح جديد صحيح له عليها ثلاث طلاقات، كذلك لا يرتب توارثًا إذا مات أحدهما قبل الفسخ.

أما بخصوص المهر، فلا تستحق الزوجة شيئاً من المهر، إذا لم يحدث وطء، وإن حدث الوطء، فيجب في هذه الحالة مهر المثل على القول الراجح^(١٥٢)، وينسب إليه الولد، ولكن لا تحل به الزوجة لزوجها الأول، لعدم حصول الإحصان به، بل إنه يحرم على الأول نكاحها طالما علم بنية الثاني في التحليل^(١٥٣)، ولو وقع في نفسه إرادة الثاني في التحليل، فلا ينكحها أيضاً^(١٥٤)، بل ذهب المالكية^(١٥٥) إلى أنه يجب على الثاني إعلامه بنيته في التحليل حتى يتجنبها، فلا يتزوجها.

وإذا تزوجها المحلل له بناء على هذا الزواج الذي قصد فيه التحليل، وجب فسخ النكاح دون طلاق طالما علم الأمر^(١٥٦).

(١٥٠) الإمام مالك، الموطأ ٣/٧٦١، ابن حزم ٩/٤٢٩.

(١٥١) القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة ٤/٥٨٢.

(١٥٢) الجامع لمسائل المدونة ٩/٣٦٣، الشافعي، الأم ٥/٨٦.

(١٥٣) ابن عثيمين، الشرح الممتع على شرح زاد المستنقع ١٢/١٧٦.

(١٥٤) ولكن ذهب العلماء إلى أن إذا تزوجها وقد وقع في نفسه إرادة الثاني للتحليل (أي استشعرها) فذلك لا يتساوى في حرمة ما إذا تزوجها وقد علم ذلك على وجه اليقين. القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة ٤/٥٨٢.

(١٥٥) ابن عرفة، المختصر الفقهي ٣/٢٨٥، الجامع لمسائل المدونة ٩/٣٦٣.

(١٥٦) العدوي، حاشية العدوي ٢/٧٥، الجامع لمسائل المدونة ٩/٣٦٣.

وقال مالك وإذا لم يعلم الأمر، فإن إثمهما على من علم ذلك ما بقيا. القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة ٤/٥٨٢، الجامع لمسائل المدونة ٩/٣٦٣.

واستنتى الإمام مالك من عدم حل المرأة لزوجها الأول، حالة ما إذا وافق على التحليل في الظاهر غير قاصده في الباطن، أي ليس في نيته شيء منه، إذ سبق القول إنه ذهب إلى أن النكاح في هذه الحالة صحيح ديانة، ومن ثم فالزوجة تحل به للأول.

وقد ذهب الإمام الشافعي^(١٥٧) في القديم من مذهبه إلى أن الزواج بقصد التحليل في صورته التي تفسد العقد يحصل معه الحل للزوج الأول، طالما حدثت الإصابة الصحيحة.

وحاول أصحاب الإمام الشافعي^(١٥٨) تعليل قوله الأول في الحل في هذه الحالة، فاختلّفوا في ذلك، إذ ذهب بعضهم إلى القول إن ذوق العسيلة في شبهة النكاح تجري عليه حكم الصحيح من النكاح، وقال البعض: إنه يحل لأن النبي سماه مُحَلِّلاً، فاختص بحكم التحليل.

واستدل القائلون إن هذا النكاح لا يحل بأن الله تعالى قال: ﴿حَتَّىٰ تَنْكَحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، وهذا ليس بزواج، ولأن كل وطء لم يتعلق به إحصان، لا يتعلق به إحلال^(١٥٩). ويبدو لي أن هذا الزواج لا يحل الزوجة لزوجها الأول، ولو حدث الوطء صحيحاً، ذلك أن العقد إما يكون صحيحاً، أو فاسداً، وقد فصلت القول في هذه الجزئية عند التعليق على قول الإمام محمد بن الحسن الحنفي بصحة العقد دون التحليل، فأحيل عليها منعا للتكرار.

هذا، والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام: هل يستحق من عمل بهذا النكاح عقوبة؟ ومن الذي يطبق عليه العقوبة تحديداً؟ وما العقوبة التي يجب أن تطبق؟

^(١٥٧) الماوردي، الحاوي الكبير ٣٣٤/٩، الجويني، نهاية المطلب ٤٠٤/١٢.

^(١٥٨) الماوردي، الحاوي الكبير ٣٣٤/٩.

^(١٥٩) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

أولاً- بالنسبة إلى الزوجين: فقد ذهب الشافعية^(١٦٠)، والمالكية^(١٦١)، إلى درء حد الزنا عن الزوج؛ ذلك لوجود شبهة العقد، لكن يجب تعزيره، لإقدامه على فعل محرم منهي عنه، وتهاونه بأحكام الشريعة، ولم أف في فقه الحنابلة على إقرارهم بوجوب تطبيق أي عقوبة على من عمل بهذا النكاح.

وذهب الإمام ابن حزم الظاهري^(١٦٢) إلى التفرقة بين علم الزوجين بالتحريم، أو عدم علمهما به، فذهب إلى ضرورة وجوب حد الزنا على من علم منهما بحرمة هذا النكاح، ولا شيء على من لا يعلم بالحرمة منهما.

ثانياً- بالنسبة إلى الولي والشهود: فقد ذهب الإمام مالك^(١٦٣) إلى وجوب توقيع عقوبة تعزيرية على من عمل بنكاح المحلل وسعى فيه من الولي والشهود أيضاً. وأذهب مع رأي الإمام مالك بضرورة عقوبة من عمل بنكاح المحلل وسعى فيه، وذلك لسد الباب لتهاون المتهاونين في أحكام الشرع، والعابثين بهذه العلاقة الزوجية المقدسة، والغافلين عما يمكن أن ينتج عن زواج بقصد التحليل من أولاد ليس لهم أي ذنب غير أنهم كانوا نتاجاً لحيلة أبويهم، الذين حاولوا النفاذ منها لتحليل ما حرم الله.

(١٦٠) الماوردي، الحاوي الكبير ٣٣٤/٩.

(١٦١) العدوي، حاشية العدوي ٧٥/٢، ضوء الشموع شرح المجموع ٢٩٦/٢.

(١٦٢) الماوردي، الحاوي الكبير ٣٣٤/٩.

(١٦٣) العدوي، حاشية العدوي ٧٥/٢، ضوء الشموع شرح المجموع ٢٩٦/٢.

المبحث الثاني

أثر قصد التحليل على عقد النكاح في قوانين الأحوال الشخصية

بعد أن تعرضت لرأي الفقهاء في مسألة أثر قصد التحليل على عقد النكاح، كان لنا أن نتناول موقف قوانين الأحوال الشخصية في هذا الشأن.

وباستعراض قوانين الأحوال الشخصية وجدت أنه ليس ثم قانون قد تعرض لهذه المسألة إلا قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة (١٩٧٦م)، ومدونة الأحوال الشخصية المغربية الصادرة ٢٠٠٤م.

أما القانون الأردني لسنة (١٩٧٦م)، فقد نصت مادته رقم (١٠٠) على أنه: "تزول البينونة الكبرى بتزوج المبانة التي انقضت عدتها زوجاً آخر لا بقصد التحليل، ويشترط دخوله بها، وبعد طلاقها منه، وانقضاء عدتها، تحل للأول".

وعلى هذا اشترط القانون الأردني لتحل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول ألا يكون الزواج الثاني بقصد التحليل.

وإذا كان يحمى للقانون الأردني أنه تعرض -خلافًا لباقي القوانين إلا المغربي- لحالة النكاح بقصد التحليل، إلا أنه يؤخذ عليه أنه لم يوضح المقصود من عبارة (لا بقصد التحليل) هل يقصد بها مجرد النية؟ أم يتعدى ذلك إلى الاشتراط؟

ويبدو من كتابات سُراح القانون الأردني^(١٦٤) أن مقصد القانون هو التعدي من مجرد النية إلى تضمين العقد شرطاً يفيد ذلك، إلا أن المُشرِّع الأردني كان لزاماً عليه أن يوضح ذلك صراحة.

كما أن القانون لم يبين ما الأثر الذي يترتب على الزواج بقصد التحليل؟ فإذا قصد فساد العقد في هذه الحالة، فلماذا لم يوضح المُشرِّع ذلك صراحة؟ ولماذا لم

(١٦٤) السرتاوي، أ. د محمود على، شرح قانون الأحوال الشخصية، الناشر: دار الفكر، ناشرون وموزعون، الطبعة: الثالثة ١٤٣١هـ - ص: ٢٧٩.

يذكر ذلك عند تصنيفه لأنواع الزواج أن منها الصحيح ومنها الفاسد، رغم أنه ذكر من بين الأنكحة الفاسدة نكاح المتعة، أو النكاح المؤقت، فهل اعتبر الزواج بقصد التحليل نوع منه؟

كان يجب على المُشرِّع الأردني أن يتناول كل ذلك في القانون صراحة، خاصة وقد اعتمد مذهب الإمام أبي حنيفة في كل ما لم يرد به نص، حيث نصت مادة (١٨٣) من القانون على: "ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة"، والقول بفساد العقد الذي يتضح من شروح القانون هو أمر مخالف لمذهب الإمام أبي حنيفة في ذلك الأمر، إذ قلنا: إنه ذهب إلى صحة العقد وفساد الشرط.

وعلى ذلك نستطيع التساؤل: إذا كان توجه القانون الأردني في مسألة النكاح بقصد التحليل هو صحة العقد دون الشرط، لماذا نص على عبارة (لا بقصد التحليل)، في المادة (١٠٠)، وما هي دلالتها؟ وإذا كان توجهه إلى فساد العقد، فلماذا لم يذكر ذلك صراحة؟

هذا بالنسبة إلى قانون الأحوال الشخصية الأردني، أما مدونة الأحوال الشخصية المغربية، فقد نصت في مادتها رقم (٦١) على ما يأتي: "يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده وذلك في الحالات الآتية:
- إذا قصد الزوج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثاً.

يعتد بالطلاق أو التطليق الواقع في الحالات المذكورة في أعلاه قبل صدور الحكم بالفسخ".

ونصت مادة (٦٤) على: "الزواج الذي يفسخ تطبيقاً للمادتين (٦٠، ٦١) لا يرتب أي أثر قبل البناء، وتترتب عليه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه".

ورغم أن القانون المغربي قد أحسن حينما تعرض لحالة الزواج بقصد التحليل، بل أيضاً حينما قرر فساد العقد في هذه الحالة سواء قبل البناء أم بعده، وكذا أحسن حينما ذكر صراحة الآثار التي تترتب على هذا الفسخ، إلا أنه على ما يبدو لي أن المُشرِّع المغربي كان يجب أن يكون أكثر توضيحاً لما ذهب إليه، فعبارة (قصد من زواجه التحليل) عبارة غامضة لا تدل جزماً على ما إذا كان المقصود بقصد التحليل هنا ما تمثل في صورة مادية، وهي تضمين العقد لذلك، أم أن وجود النية وحدها يكفي للقول بفساد العقد؟ وإذا كانت تكفي، فأنى بمعرفة ذلك؟ وما الوسيلة المناسبة لإثبات تلك النية؟

وإذا علمنا أن هذا القانون يعتمد مذهب الإمام مالك في كل ما لم يرد به نص، كما جاء في المادة (٤٠٠) منه ما نصه: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف"، فمعنى ذلك أن عقد النكاح يفسد إذا انتوى فيه الزوج -دون غيره- تحليل الزوجة، ولو لم يشترط ذلك في العقد، وذلك طبقاً لما سبق قوله في المبحث السابق.

هذا، وقد سبقت الإشارة إلى أنه بخلاف هذين القانونين لم يتعرض أي من قوانين الأحوال الشخصية العربية لمسألة الزواج بقصد التحليل.

ولا أعرف هل غفل المُشرِّعون حقاً تضمين قوانينهم مسألة مهمة كهذه؟ أم أنهم تغافلوها؟ وإذا تغافلوها عن قصد، فهل السبب في ذلك هو أنهم يطمأنون إلى أن نصوص القوانين قد تناولت حالة وجود شرط فاسد بالعقد، إذ أقرت معظم هذه القوانين بفساد الشرط دون العقد في هذه الحالة، وذلك على أساس أن شرط التحليل أحد هذه الشروط الفاسدة؟ أم أن سبب تغافلهم هو اطمئنانهم بأن هناك مذهباً معتمداً يرجع إليه حال خلو القانون من مسألة معينة؟

وإذا كان سبب عدم تناول هذه المسألة هو وجود مذهب معتمد يرجع إليه فما القول إذا كان هناك قوانين لم تنص على مذهب معين يرجع إليه عند خلو نصوصها من مسألة معينة، بل يكون الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عموماً، وذلك مثل العراق، والجزائر، وسلطنة عُمان، فقد جاء في نص المادة الأولى، فقرة "٢" من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م ما نصه: "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون"، كما جاء في المادة نفسها، في الفقرة "٣" ما يأتي: "تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء الإسلاميين في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية"، وكذا قانون الأسرة الجزائري رقم (٨٤-١١) المؤرخ في ٩ رمضان ١٤٠٤هـ الموافق ٩ يونيو ١٩٨٤م حيث نصت المادة ٢٢٢ على: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، ومثلها ما جاء في الفقرة (د) من المادة رقم ٢٨١ من قانون الأحوال الشخصية العُماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٧/٣٢ ما نصه: "إذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى قواعد الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون".

فهنا يكون الأمر معقداً، لأن أحكام الشريعة مرنة، وآراء الفقهاء متعددة في كل مسألة، مما يؤدي حتماً إلى اختلاف أحكام القضاة وتناقضها في المسألة الواحدة، لذلك كله، يمكن القول إنه كان لزاماً على واضعي القوانين توضيح الآثار المترتبة على عقد النكاح بقصد التحليل، ومدى صحة العقد من عدمه؛ ذلك أن مسألة النكاح بقصد التحليل هي مسألة مهمة لا يتصور أن يترك حكمها لاجتهادات القضاة، وخاصة مع انتشار هذه الظاهرة في هذا العصر؛ نظراً لتهاون الناس بأمر النكاح خصوصاً، وبأحكام الشريعة عموماً.

الخاتمة

- تناولت في هذا البحث موقف كل من الفقه وقانون الأحوال الشخصية المقارن من أثر قصد التحليل في النكاح، وقد توصلت فيه إلى عديد من النتائج، أهمها:
- 1- النكاح بقصد تحليل المبتوتة لمطلقها هو نكاح فاسد يجب فسخه قبل الدخول وبعده.
 - 2- يتساوى في فساد عقد النكاح بقصد التحليل ما إذا وضع شرط في العقد يفيد ذلك، أو توجهت نية الزوج إليه.
 - 3- تؤخذ في الاعتبار نية كل من الزوجة ووليها؛ لأنهما وإن لم يستطعا رفع النكاح، لكنهما يستطيعان إفساد العلاقة الزوجية.
 - 4- يترتب على عقد النكاح بقصد التحليل ما يترتب على الأنكحة الفاسدة من انعدام الأثر قبل الدخول، ويترتب بالدخول مهر المثل، وثبوت النسب، والتوارث، إذا مات أحد الزوجين قبل الفسخ.
 - 5- النكاح بقصد التحليل لا يحلل الزوجة لزوجها الأول.
 - 6- خلت معظم قوانين الأحوال الشخصية من تناول مسألة النكاح بقصد التحليل، فلم تذكر أثر النكاح على صحة العقد وآثاره.
 - 7- القانون الأردني والمغربي فقط هما اللذان قاما بالتعرض لهذه المسألة، إلا إن الأمر يعتريه كثير من الغموض لديهما، خاصة بالنسبة إلى القانون الأردني الذي أتى بالمسألة عرضاً وسط شروط حل المبتوتة لمطلقها.

التوصيات:

- أما أهم ما أوصي به من خلال هذا البحث ما يأتي:
- 1- أوصي بتضمين قوانين الأحوال الشخصية نصوصاً خاصة تقرر فساد عقد النكاح بقصد التحليل، وتوجب عقوبة تعزيرية على من عمل به عالمًا حرمة.
 - 2- أوصي واضعي قوانين الأحوال الشخصية بإعادة النظر في هذه القوانين؛ لسد النقص التشريعي المتمثل في عدم تناول مسائل مهمة كمسألة التحليل في النكاح

وغيرها، حتى لا يفتح الباب أمام اجتهادات القضاة فتناقض الأحكام في أمور شائكة كهذه.

٣- أوصي مكاتب الإرشاد الأسري في البلاد العربية بتدعيم جهودها حول إفهام الزوج ما للعلاقة الزوجية من قدسية لا يتناسب معها إيقاع الطلقات عبثاً، الأمر الذي يوقع الزوج في حرج بالغ بعد تحريم زوجته عليه.

٤- أوصي أخيراً، القائمين على الإعلام بأن يكونوا أكثر حرصاً على التمسك بتعاليم الإسلام، وأن ينتبهوا إلى ما يبثه إعلامهم من أفكار مناقضة لتعاليم الإسلام، ومنها التهاون بأمر النكاح بقصد التحليل.

المراجع

أولاً- القرآن الكريم:

ثانياً- كتب السنة النبوية:

(١) الألباني، محمد ناصر الدين الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية ١٤٠٥هـ.

(٢) إبراهيم آل الشيخ، صالح بن عبد العزيز بن محمد، التكميل لما فات تخريجه من إرواء الغليل، الناشر: دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ.

(٣) ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: ٢٧٣هـ)، سنن ابن ماجة، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد - محمد كامل قره بللي - عبد اللطيف حرز الله، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.

(٤) البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، المحقق:

محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى،
١٤٢٢هـ.

(٥) البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، أبو بكر البيهقي
(المتوفى: ٤٥٨هـ) السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار
الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

(٦) الترمذي، محمد بن عيسى بن سَوْرَة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى
(المتوفى: ٢٧٩هـ)، الجامع الكبير (سنن الترمذي)، المحقق: بشار عواد معروف،
الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، سنة النشر: ١٩٩٨م.

(٧) الحاكم، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن
الحكم الضبي الطهماني النيسابوري (المتوفى: ٤٠٥هـ)، المستدرک علی
الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية،
بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ.

(٨) الدينوري المالكي، أبو بكر أحمد بن مروان، المجالسة وجواهر العلماء، المحقق:
أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: جمعية التربية الإسلامية، دار
ابن حزم (بيروت، لبنان)، تاريخ النشر: ١٤١٩هـ.

(٩) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى:
١٢٥٠هـ) نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، الناشر: دار الحديث،
مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ.

(١٠) مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ)،
المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه
وسلم (صحيح مسلم)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث
العربي، بيروت، بدون طبعة، وبدون تاريخ.

(١١) المتقي الهندي، علاء الدين علي بن حسام الدين ابن قاضي خان القادري
الشاذلي الهندي البرهانفوري ثم المدني فالمكي الشهير بالمتقي الهندي (المتوفى:

- ٩٧٥هـ)، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، المحقق: بكري حياني - صفوة السقا، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الخامسة، ١٤٠١هـ.
- (١٢) المغربي، الحسين بن محمد بن سعيد اللاعي، المعروف بالمغربي (المتوفى: ١١١٩هـ)، بدر التمام شرح المرام، المحقق: علي بن عبد الله الزين، الناشر: دار هجر، الطبعة: الأولى، دون تاريخ.
- (١٣) الهيثمي، أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (المتوفى: ٨٠٧هـ)، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، المحقق: حسام الدين القدسي، الناشر: مكتبة القدسي، القاهرة، عام النشر: ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.

ثالثاً- كتب القواعد الفقهية:

- (١) زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: ٧٩٥هـ)، القواعد، الناشر: دار الكتب العلمية، دون طبعة، دون تاريخ.
- (٢) ابن نجيم المصري، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ.
- (٣) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا [١٢٨٥هـ - ١٣٥٧هـ]، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، الناشر: دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة: الثانية، ١٤٠٩هـ.
- (٤) العبد اللطيف، عبد الرحمن بن صالح، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م.

رابعاً- كتب الفقه الإسلامي:

- ١) ابن حزم الظاهري، علي بن أحمد بن سعيد (المتوفى: ٤٥٦هـ)، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، د. طبعة، د. تاريخ.
- ٢) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه: د محمد حجي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ.
- ٣) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (المتوفى: ١٢٥٢هـ) رد المحتار على الدر المختار، الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ٤) ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (المتوفى: ٦٢٠هـ)، المغني، مكتبة القاهرة، د. طبعة، ١٣٨٨هـ.
- ٥) ابن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، قدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وآثاره: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ.
- ٦) ابن مفلح، برهان الدين، إبراهيم بن محمد، (المتوفى: ٨٨٤هـ)، المبدع في شرح المقنع دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ.
- ٧) ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (المتوفى: ٣١٩هـ) الإشراف على مذاهب العلماء، المحقق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، الناشر: مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ.
- ٨) ابن نجيم المصري، زين الدين بن إبراهيم، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وفي آخره تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨هـ)، وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، د. تاريخ.

٩) ابن نجيم، سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (ت ١٠٠٥هـ) النهر الفائق شرح كنز الدقائق، المحقق: أحمد عزو عناية، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.

١٠) أبو العز، صدر الدين عليّ بن عليّ ابن أبي العز الحنفي (المتوفى ٧٩٢هـ)، تحقيق ودراسة: عبد الحكيم بن محمد شاكر، أنور صالح أبو زيد، الناشر: مكتبة الرشد ناشرون - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ.

١١) البخاري الحنفي، أبو المعالي برهان الدين محمود (المتوفى: ٦١٦هـ)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

١٢) البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس (المتوفى: ١٠٥١هـ) كشف القناع عن متن الإقناع، الناشر: دار الكتب العلمية، دون تاريخ.

١٣) البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس (المتوفى: ١٠٥١هـ) دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، المعروف بشرح منتهى الإيرادات، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٩٩٣م.

١٤) الثعلبي البغدادي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة "الإمام مالك بن أنس"، المحقق: حميش عبد الحق، الناشر: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة، دون طبعة، دون تاريخ.

١٥) الجمل، سليمان بن عمر بن منصور العجياتي الأزهري، المعروف بالجمل (المتوفى: ١٢٠٤هـ) فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل (منهج الطلاب اختصره زكريا الأنصاري من منهاج الطالبين للنووي ثم شرحه في شرح منهج الطلاب)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

١٦) الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: ٤٧٨هـ) نهاية المطلب في دراية

- المذهب، حققه وصنع فهرسه: أ. د/ عبد العظيم محمود الديب، الناشر: دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.
- ١٧) الحصكفي، محمد بن علي بن محمد الحِصْنِي المعروف بعلاء الدين الحصكفي (المتوفى: ١٠٨٨هـ) الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، المحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
- ١٨) داماد أفندي، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي (المتوفى: ١٠٧٨هـ) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، الناشر: دار إحياء التراث العربي، دون طبعة وبدون تاريخ.
- ١٩) الراميني، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني (المتوفى: ٧٦٣هـ)، الفروع وتصحيح الفروع، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- ٢٠) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة: الأخيرة - ١٤٠٤هـ.
- ٢١) الزبيديّ، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي (المتوفى: ٨٠٠هـ)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، الناشر: المطبعة الخيرية، الطبعة: الأولى، ١٣٢٢هـ.
- ٢٢) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبيّ، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الحنفي (المتوفى: ٧٤٣هـ)، لحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبيّ (المتوفى: ١٠٢١هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ.
- ٢٣) السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (المتوفى: ٤٨٣هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د. طبعة، ١٤١٤هـ.

٢٤) السعدي، أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي، عقد الجواهر الثمينة في عقد الجواهر الثمينة، دراسة وتحقيق: أ. د. حميد بن محمد لحر، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣ هـ.

٢٥) الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦ هـ) المهذب في فقه الإمام الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية.

٢٦) العمراني، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم (المتوفى: ٥٥٨ هـ)، الكتاب: البيان في مذهب الإمام الشافعي، المحقق: قاسم محمد النوري، الناشر: دار المنهاج - جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م.

٢٧) القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م.

٢٨) القزويني، المؤلف: عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني (المتوفى: ٦٢٣ هـ)، العزيز شرح الوجيز (الشرح الكبير) [وهو شرح لكتاب الوجيز في الفقه الشافعي لأبي حامد الغزالي (المتوفى: ٥٠٥ هـ)]، الناشر: دار الفكر.

٢٩) القيرواني، أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفري (المتوفى: ٣٨٦ هـ) التّوادر والتّزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٩ م.

٣٠) القيرواني، المؤلف: أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفري، القيرواني، المالكي (المتوفى: ٣٨٦ هـ)، الذب عن مذهب الإمام مالك، المحقق: د. محمد العلمي، مراجعة: د. عبد اللطيف الجيلاني، د. مصطفى عكلي، الناشر: المملكة المغربية - الرابطة المحمدية للعلماء - مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث - سلسلة نوادر التراث (١٣)، الطبعة: الأولى، ١٤٣٢ هـ.

٣١) الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود (المتوفى: ٥٨٧ هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦ هـ.

٣٢) الكشناوي، أبو بكر بن حسن بن عبد الله، أسهل المدارك "شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك" الناشر: دار الفكر، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، دون تاريخ.

٣٣) مالك بن أنس بن مالك (المتوفى: ١٧٩هـ)، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.

٣٤) المالكي، محمد الأمير المالكي، ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي، المحقق: محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي، الناشر: دار يوسف بن تاشفين - مكتبة الإمام مالك (موريتانيا)، الطبعة: الأولى، ١٤٢٦هـ.

٣٥) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، (المتوفى: ٤٥٠هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني المحقق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ.

٣٦) المرادوي، علاء الدين أبو الحسن (المتوفى: ٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، د. تاريخ.

٣٧) المواق المالكي، محمد بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله (المتوفى: ٨٩٧هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ.

٣٨) النفراوي الأزهري، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، الناشر: دار الفكر، دون رقم طبعة، ١٤١٥هـ.

٣٩) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي) دار الفكر، د. طبعة، د. تاريخ.



المسؤولية المدنية لمتولي الرقابة عبر الإنترنت

الدكتور/ مصطفى راتب حسن علي *

المخلص:

إن مسؤولية متولي الرقابة تقوم على الخطأ التقصيري عبر الإنترنت، وهي الأفعال غير المشروعة التي يرتكبها القاصر أو الخاضع للرقابة باستخدام الكمبيوتر كأداة والفضاء الافتراضي كوسيط، وبطبيعة الحال إذا كان هذا الخطأ يقع عبر الإنترنت، فإن وسائل ارتكابه ذات طبيعة تقنية غير ملموسة، وهذه الوسائل متعددة ومتطورة، ومنها على سبيل المثال: البرامج الضارة التي تستخدم في اختراق الأجهزة أو الشبكات المختلفة أو المواقع الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو استخدام المواقع الإلكترونية ذاتها في عرض محتوى غير مشروع يتضمن تشهير بالأفراد أو المنشآت التجارية أو غير ذلك من الوسائل التقنية التي تُستخدم في الإخلال بالالتزام القانوني الواقع على عاتق المسؤول، والتي يجمعها أنها تقنية، وتتخذ الإنترنت مجالاً لها.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية المدنية - الخاضع للرقابة - متولي الرقابة - الإنترنت - القاصر.

* أستاذ القانون المدني المساعد بكلية البريمي الجامعية.



Responsibility of the Oversees via the Internet

Dr. Mustafa Ratib Hassan Ali *

Abstract:

The responsibility of the responsible (guardian) of the minor is based on tort fault via the internet, it is the illegal acts committed by minor using the computer as a tool and virtual space as an intermediary. Of course, if this act occurs via the Internet, the means of committing it is of an intangible technical nature. Malicious use that is used to penetrate various devices or networks or websites or e-mail or use the same websites in the presentation of illegal content includes encryption of individuals or businesses or other technical means used in violation of legal commitment.

Keywords: Civil Liability - Supervised - Guardian - Internet – Minor.

* Assistant Professor of Civil Law, Al-Buraimi University College.

المقدمة

يُعد الإنترنت ظاهرة حقيقية وفريدة؛ لأنه يختلف عن وسائل الإعلام التقليدية من "تلفزيون، ورايو، وصحافة" إذ إنه يسمح لكل شخص - منفرداً - بأن ينشر ما يريد آلياً بسهولة كبيرة، وهذا يكون بتكلفة زهيدة، ومن ناحية أخرى نجد صعوبة في تحديد مسؤولية متولّي الرقابة سواء بالنسبة إلى الأب أم موردي الإنترنت؛ نظراً لتعدد وتنوع أدوارهم، فيصعب حصر عمل كل منهم بدقة.

ولقد أحدث الإنترنت جدلاً كبيراً بين الفقهاء فيما يتعلّق بالمسؤولية المدنية لمتولّي الرقابة، وما إذا يمكن توزيعها بين الأب وموردي الإنترنت فيما يتعلق بصدور فعل غير مشروع من الأطفال؛ نظراً لأن نشاط التوريد يصطدم بعدة صعوبات، منها: أنه نشاط جديد وفي تطور دائم، وهو ما يجب أخذه في الاعتبار عند التحليل القانوني، هذا بالإضافة إلى التنوع والاختلاف بين الدول في نطاق تحديد المسؤولية، وهو ما أدى إلى ضرورة التنسيق الدولي من خلال الاتحاد الأوروبي ومجلس أوروبا والأمم المتحدة مع إلزام الدول بتعديل الأطر التشريعية بالتركيز على موردي خدمات الإنترنت، وهو ما نتج عنه وضع مدونات سلوك أخلاقية من خلال التدابير والممارسات التي تهدف إلى مكافحة الفعل غير المشروع للمحتويات الضارة عبر شبكة الإنترنت.

كما اهتم بذلك الفقه والقضاء، غير أن هذه المحاولات تحتاج إلى تدعيم؛ لأنها ترتبط بالتليماطيك - ويقصد به مزج وسائل الاتصال بالمعلوماتية - وهذا الأخير يحتاج إلى نظام خاص؛ لأنه مرتبط بالمعلوماتية، والمعلوماتية ترتبط بخصائص المعلومة التي هي متجددة دائماً، ومرتبطة بوسائل الاتصالات، وكذلك صعوبة وضع معانٍ قانونية محددة في هذا المجال، نظراً لتداخلها مع القوانين الأخرى التي تنظم الاتصالات.

ولما كان دور متولّي الرقابة أمراً بالغ الأهمية للسيطرة على المحتوى غير المشروع عبر شبكة الإنترنت، أصبحت مسؤوليته عن كل ما يُنشر أو يُبث من الأطفال موضوع تساؤل، لاسيما المتعلّق بالمحتوى غير المشروع عبر الإنترنت، فالمسؤولية المدنية لمتولّي الرقابة - سواء كان الأب أم مورّد الخدمات - تقوم على السلوك المخالف للقوانين الوطنية، واختصاصه بمراقبة المعلومات التي ينشرها أو يخزنها مع الوضع في الاعتبار صعوبة ذلك.

أهمية البحث:

تُمثّل أجهزة الاتصال الحديثة والتقنيات الهائلة فيها وأجهزة الإنترنت ذات الأبعاد والاتجاهات المتنوعة تحدياً كبيراً في بعض الأحيان بالنسبة إلى الأسرة بصورة خاصة، وإلى المجتمع كله بصورة أعم وأشمل في كيفية استخدامها، ومراقبتها، إذ تُعد الأسرة هي الوحدة الاجتماعية الأولى التي ينشأ فيها الطفل ويتفاعل مع أعضائها، ومن ثم فهي تؤثر على النمو الشخصي في مراحلها الأولى، وتُعد المسؤولة عن بناء الشخصية الاجتماعية والثقافية لديه، ولمّا كان الطفل يعاني من ضعف قدراته الجسمانية والعقلية، إذا ما قورن بالشخص البالغ، الأمر الذي يسهل تحريضه على ارتكاب الفعل الضار من غير أن يخشى فشله أو وجود مقاومة ضده، وعلى الرغم من إيجابيات هذه الشبكة التي لم تكف عن النمو، إذ بات الوصول إليها متاحاً أمام الجميع من شركات تجارية، ومؤسسات خاصة وأفراد، ودخولها العصر التجاري فحقق الاستخدام التجاري فيها نمواً مطرداً بعد أن كان محظوراً في السابق، إلا أنها قد واجهت مع ذلك بعض المعوقات في استخدام هذه التقنية، إذ إن من أخطر ما ينطوي عليه الإنترنت توفير حرية من غير قيود للمستخدم، حرية غير منضبطة أو فوضوية، ومن ثم أصبحت ساحة مفتوحة لممارسة جميع أنواع الأفعال غير المشروعة وغير الأخلاقية، وبخاصة الموجهة من أو ضد الأطفال.

ولمّا كانت هذه الظاهرة قد تجاوزت قدرات الدول والمنظمات الدولية وشكلت تهديداً حقيقياً لفئة اجتماعية غير مسؤولة كالأطفال، مما يتطلب معه الوقوف على الأحكام القانونية المتعلقة بمكافحة الأعمال غير المشروعة الصادرة من الطفل أو الموجهة ضده، وتحديد دور متولّي الرقابة سواء الأب أم مورّد خدمات الدخول إلى الإنترنت، ومدى مسؤوليته عن الأفعال الضارة التي تُبث عبر الشبكة.

مشكلة البحث:

يمكن القول - دون تردد - إن حق الطفل في سلامته النفسية والجسدية والأخلاقية التي أقرتها المنظمات الدولية والدساتير والتشريعات الوطنية تعد بلا معنى ما لم يواكبها نصوص تعزز هذه الحماية وتؤكد تنفيذها، فيصبح التشريع محور الضمان للطفل بما يتضمنه.

على الجانب الآخر، إذا كان هناك اختلاف بين الدول في تنظيم مسؤولية متولّي الرقابة؛ إلا أن هناك ثمة اتفاق بين غالبية تلك الدول على ضرورة حماية الطفل من كافة الإخطار التي تؤثر عليه، ومن ثم فإن الصعوبة تكمن في تحديد المسؤولية لمتولّي الرقابة، وومدي توزيعها بين الأب ومورّد الإنترنت؛ نظراً لحدائثة النشاط، وعدم وجود معايير محددة لطبيعته مع اختلاف شروط توريدها، فالقائم بعملية التوريد وهو المورد ليس واحداً، بل يتدخل عدة أشخاص يقوم كل منهم بدور في عملية التوريد، بالإضافة إلى أن القيام بالتوريد ذاته يتم من خلال شبكات مختلفة، كما توجد صعوبات تتعلّق بالجانب التقني أو الفني من تحديد المسؤولية، وخاصة في ظل اختلاف شروط وآليات توريد المعلومة من دولة إلى أخرى.

منهج البحث:

نظراً لأهمية هذا البحث، فقد اعتمدت على أكثر من منهج؛ حيث اعتمدت على المنهج الاستقرائي التأسيلي المتتبع للجزيئات التي تكشف عن المبدأ العام

عن مسؤولية الشخص عن فعل غيره الخاضع للرقابة، واعتمدت على المنهج الاستنباطي (التحليلي) الذي يعتمد على تحليل القواعد العامة والنصوص القانونية وتطبيقها على المسائل والفرعيات التي يمكن أن تندرج تحتها. وتتحقق مسؤولية الشخص عن عمل الغير في حالتين، الأولى: إما أنه يتولّى الرقابة على الغير بحكم القانون أو الاتفاق ويقع من الغير أخطاء فيسأل عنها، والثانية: إما أن الشخص يتبعه الغير، فيسأل عن أخطائهم أيضاً، بيد أن القانون وضع شروطاً ينبغي توفرها لتحقيق المسؤولية في هاتين الحالتين. وسنحاول في هذا البحث أن نقلي الضوء على مسؤولية متولّي الرقابة عنهم تحت رقابته، ومدى نشأتها عبر الإنترنت (المبحث الأول)، ثم قيام الالتزام بالرقابة عبر الإنترنت (المبحث الثاني)، وأخيراً في المبحث الثالث (توزيع المسؤولية بين الأب ومورد الإنترنت).

المبحث الأول

شروط مسؤولية متولّي الرقابة وأساسها القانوني

لا مانع من قيام مسؤولية الخاضع للرقابة وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التصيرية إلى جانب مسؤولية متولّي الرقابة، ومن ثم يجوز والحال كذلك أن يرجع المضرور على الخاضع للرقابة بالتعويض كله، فإذا استوفاه منه فلا يحق له الرجوع على متولّي الرقابة في هذه الحالة كما أن الخاضع للرقابة لا يجوز له في هذه الحالة (أي إذا دفع التعويض للمضرور) أن يرجع على متولّي الرقابة بشيء، كما أنه يجوز للمضرور على أساس مسؤولية متولّي الرقابة - كما ذكرنا - أن يرجع على الأخير بكل التعويض، فإذا استوفاه منه فلا يجوز له الرجوع على الخاضع للرقابة في هذه الحالة، فيجب ملاحظة أنه لا يجوز أن يحصل المضرور

على تعويضين عن ضرر واحد، ويحق للمضرور أيضاً الرجوع بالتعويض على متولّي الرقابة والخاضع لها معاً متضامنين^(١).

وأخيراً نقول: إنه إذا رجع المضرور بالتعويض كله على متولّي الرقابة (وهذا هو الفرض الغالب)، فإن متولّي الرقابة يحق له الرجوع على الشخص الخاضع للرقابة بكل ما دفع من تعويض، ذلك أن الخطأ الذي سبب الضرر للغير منسوب إليه، إلا أنه ينبغي ملاحظة أنه في الحالة التي يكون فيها الشخص الخاضع للرقابة غير مميز، فإنه لا يحق لمتولّي الرقابة الرجوع عليه بما دفع من تعويض، ذلك أن غير المميز لا يرتكب أي أخطاء مدنية، ولا تنشأ المسؤولية في مواجهته إلا في الحالة التي نصت عليها المادة (١٦٤) مدني مصري، وفي هذه الحالة تكون مسؤولية عديم التمييز نحو المضرور وليس متولّي الرقابة، فالأخير مسؤوليته أصلية عن أفعال عديم التمييز الخاضع لرقابته، وهو ما بينته بوضوح المادة (١٧٥) مدني مصري؛ حيث نصت على أنه: "للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر"^(٢).

ويجوز للمحكمة أن تحكم بأداء التعويض على كل "من وجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية...." (م ١٩٦م) فقرة أ معاملات مدنية عُمانية). وتنص المادة (١٧٣) مدني مصري على أنه: "١- كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره، أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض

(١) د. محمود السيد عبد المعطى خيال: الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية،

القاهرة، ١٩٩٨م، ص ٣٨٧، ص ٣٩١.

(٢) د. محمود السيد عبد المعطى خيال: المرجع سابق، ص ٣٩٢ وما بعدها.

الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل أيضاً غير مميز. ٢- ويعد القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة، أو بلغها في كنف القائم على تربيته وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة، أو المشرف في الحرفة مادام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف، وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها، أو إلى من يتولّى الرقابة على الزوج. ٣- ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً، ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

وطبقاً لنص المادة (١٩٦/أ) معاملات مدنية لسلطنة عمان يجوز للمحكمة أن تحكم بأداء التعويض عن كل "من وجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره، أو حالته العقلية، أو الجسمانية " شرح المواد السابقة التي تتحدث عن مسؤولية متولّي الرقابة بإجمال وكذلك توضيح مدى انطباقها عبر الإنترنت يقتضي منا تقسيم هذه النقطة إلى جزأين: الأول: نبين فيه شروط تحقق مسؤولية متولّي الرقابة عن هم تحت رقابته وأساس هذه المسؤولية، والثاني: نوضح مدى نشوء أساس مسؤولية متولّي الرقابة عن هم تحت رقابته، وذلك على التفصيل الآتي: نبيّن الشروط في البداية ثم أساس المسؤولية بعد ذلك^(٣).

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات، القاهرة، ١٩٨٢م، بند ٦٤٤، ٦٧٤، ص ٨٤١، ٨٥٦. د. عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة ١٩٨٨م، ص ٢٦٠، ٢٧٦.

المطلب الأول

شروط تحقق المسؤولية

هناك شرطان يلزم توفرهما لتحقيق مسؤولية متولّي الرقابة عن هم تحت رقبته، الأول يتمثل في التزام شخص بالرقابة على آخر وفقاً لحكم القانون أو الاتفاق، والثاني صدور عمل غير مشروع ممن هو خاضع للرقابة.

الشرط الأول - الالتزام بالرقابة:

يجب أن يكون هناك التزام بالرقابة يقع على عاتق شخص معين يلزمه بالرقابة على الغير، وإما أن يكون مصدر هذا الالتزام القانون كما في حالة التزام الأب بالرقابة على أبنائه، أو الاتفاق كما في حالة التزام الطبيب بالرقابة على شخص مصاب بالشلل يعالج في مشفاه الخاص.

وكما بيّنت المادة (١٧٣) مدني مصري فإن علة الالتزام بالرقابة هي حاجة الشخص الخاضع للرقابة إليها، إما بسبب قصره أي كون الشخص قاصراً لم يبلغ خمس عشرة سنة ميلادية، وإما بسبب حالته العقلية كالمجنون والمعته، وإما بسبب حالته الجسيمة كالشخص المصاب بالشلل أو العمى^(٤).

وبالرغم من عدم حصر المشرّع للحالات التي يتولى فيها الشخص الرقابة على غيره؛ إلا أنه (أي المشرع المصري) أولى أهمية لحالة القاصر، فقد أفرد لها فقرة خاصة في المادة (١٧٣)، وهي الفقرة الثانية منها؛ حيث بيّن أن الشخص القاصر يكون في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ سن خمس عشرة سنة، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته، وتوضيح ذلك أن الشخص الذي لم يبلغ سن خمس عشرة سنة يخضع لرقابة الأب، فإذا لم يوجد، فيتولى الرقابة ولي النفس، ويجوز أن تنتقل الرقابة إلى الأم أو غيرها بالاتفاق، ويكون في هذه الحالة متولّي

(٤) د. محمود السيد عبد المعطى خيال: الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، المرجع السابق،

الرقابة على القاصر مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة، وتتقرر الرقابة أيضاً حتى ولو بلغ الشخص سن خمس عشرة سنة، ولكنه يعيش في كنف القائم على تربيته ومن ثم يكون الأخير مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة، أما لو بلغ هذه السن ولم يكن يعيش في كنف القائم على تربيته (أي استقل بمعيشته عنه)، فإنه في هذه الحالة لا يُسأل من تولى الرقابة عليه عن أعماله غير المشروعة، وتنتهي الرقابة على الشخص إذا بلغ سن الرشد حتى ولو كان يعيش في كنف من كان يقوم على تربيته، ومن ثم تنتهي الرقابة على الشخص ببلوغه سن (١٥) سنة إذا لم يكن في كنف القائم على تربيته، فإذا كان كذلك ظل خاضعاً للرقابة حتى يستقل بمعيشته عن القائم على تربيته أو يبلغ سن الرشد حتى ولو كان مازال في كنف من يقوم على تربيته، ولا يخضع من بلغ سن الرشد إلى الرقابة إلا إذا اقتضت حالته العقلية أو الجسمانية ذلك^(٥).

لكن بالنسبة إلى قانون المعاملات المدنية العماني اقتصر المشرع على الإشارة إلى القاصر بعدّه إحدى حالات الحاجة إلى الرقابة، ولم يحدد المقصود بالقاصر في هذا المجال، إذا المقصود بالقاصر هو الذي لم يبلغ سن (١٨) عاماً وفقاً لأحكام الأهلية (المادة ٤١ معاملات مدنية عماني)^(٦).

وبيّنت أيضاً الفقرة الثانية من المادة (١٧٣) مدني مصري: أنه تنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة أثناء تواجده في المدرسة أو تعلمه الحرفة بحسب الأحوال، ومن ثم فإن المسؤولية عن أعمال القاصر غير المشروعة تقع على أحدهما بحسب الأحوال، ولكن إذا انتهى اليوم الدراسي أو الوقت المخصص لتعلم الحرفة، عادت الرقابة إلى القائم على تربيته مرة ثانية، وأصبح الأخير مسؤولاً عنه.

(٥) د. عزالدين الدناصورى و د. عبد الحميد الشواربى: مرجع سابق، ص ٢٧٧ وما بعدها.

(٦) د. محمد المرسي زهرة: المصادر غير الإرادية للالتزام في القانون العماني، دار الكتاب

الجامعي، العين ط ١، ٢٠١٤م، ص ١٩٨.

وأضافت أيضاً الفقرة المذكورة أن الرقابة تنتقل على الزوجة القاصر ممن كان قائماً على تربيتها إلى زوجها؛ إلا إذا كان الأخير خاضعاً للرقابة بسبب قصره أو غير ذلك، فهنا يتولّى من يخضع الزوج لرقابته الرقابة على الزوجة أيضاً، ويصبح مسؤولاً عن الأعمال غير المشروعة لكل منهما.

الشرط الثاني- صدور عمل غير مشروع ممن هو خاضع للرقابة^(٧):

هذا هو الشرط الثاني لتحقيق مسؤولية متولّي الرقابة عن من هم تحت رقابته، ويعنى هذا الشرط أنه يجب صدور عمل غير مشروع من الشخص الخاضع للرقابة حتى تقوم مسؤولية متولّي الرقابة، ومن ثم فلا تقوم مسؤولية الأخير عن عمل غير مشروع وقع عليه وليس منه، وهذا يعني أنه حتى تقوم مسؤولية متولّي الرقابة فإنه يجب أولاً نشوء مسؤولية الخاضع للرقابة، سواء على أساس خطأ واجب الإثبات أم خطأ لا يقبل إثبات العكس، فإذا نشأت مسؤولية الخاضع للرقابة على هذا النحو (أي صدور منه خطأ واجب الإثبات أو خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس)؛ فيتحقق الشرط الذي نحن بصدده، وتقوم مسؤولية متولّي الرقابة عن عمل من هو تحت رقابته إلى جانب مسؤولية الأخير، والجدير بالإشارة أن المسؤولية الأولى (أي مسؤولية متولّي الرقابة) لا تجب الثانية (أي مسؤولية الخاضع للرقابة). لكن ماذا لو كان الشخص الخاضع للرقابة غير مميز (أي صبي غير مميز لم يبلغ سن السابعة)، أو مجنون، أو معتوه؟ في هذه الحالة لا يمكن نشوء خطأ في حقه لانعدام التمييز، وبمعنى أوضح من ذلك لا ينشأ الخطأ لتخلف الركن المعنوي لقيامه إلى جانب الركن المادي المتمثل في التعدي.

ولكن بالنسبة إلى القانون العماني تكون مسؤولية متولّي الرقابة تبعية دائماً، ولو كان الخاضع للرقابة عديم التمييز، فالتمييز ليس عنصراً في التعدي الذي يقوم

(٧) د. محمود السيد عبد المعطى خيال: الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، مرجع سابق،

على الركن المادي فقط، ومن ثم يبقى الخاضع للرقابة هو المسؤول الأصلي عن التعويض، سواء كان مميزاً أم عديم التمييز^(٨).

وقد كان المشرع المصري صريحاً في هذه المسألة، فقد نص في الفقرة الثانية من المادة (١٧٣) مدني سالفه الذكر على أنه: "ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز.

والناظر إلى هذا النص يلحظ دقة المشرع في هذه المسألة؛ حيث وصف الفعل الصادر من غير المميز بالفعل الضار وليس الخطأ أو الفعل غير المشروع كما في حالة الشخص المميز^(٩).

والجدير بالإشارة أيضاً أن هناك اختلاف بين مسؤولية متولّي الرقابة عن الأعمال غير المشروعة للشخص المميز ومسؤوليته عن الأفعال الضارة للشخص غير المميز، ففي الحالة الأولى أي المسؤولية عن أخطاء الشخص المميز تكون مسؤولية متولّي الرقابة مسؤولية تبعية، لا تنشأ إلا بنشوء مسؤولية المميز الخاضع للرقابة أولاً، أما مسؤولية متولّي الرقابة عن الأفعال الضارة لغير المميز فهي مسؤولية أصلية، ذلك أن غير المميز يتعذر نشوء مسؤوليته؛ لتخلف ركن الخطأ في جانبه بسبب انعدام التمييز، وكما أوضحنا في موضع سابق فإن مسؤولية عديم التمييز لا تنشأ إلا إذا تعذرت مسؤولية متولّي الرقابة، أو تعذر الحصول على تعويض منه وفقاً للمادة (١٦٤) مدني مصري، وهي مسؤولية موضوعية مخففة، وبالتالي فمسؤولية متولّي الرقابة عن الأفعال الضارة لشخص عديم التمييز هي مسؤولية أصلية.

(٨) د. محمد المرسي زهرة: المرجع السابق، ص ٢٠٤.

(٩) د. محمود السيد عبد المعطى خيال: الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، مرجع سابق، ص ٣٨٩ وما بعدها. والجدير بالذكر أن مسؤولية متولّي الرقابة تنتهي إذا بلغ القاصر ١٥ سنة، واستقل برزقه، وتستمر إلى ٢١ سنة إذا كان القاصر ما زال يعيش في كنف والده، وفقاً للقانون المدني المصري.

المطلب الثاني أساس المسؤولية

إذا تحقق الشرطان السابقان، فإن مسؤولية متولّي الرقابة تنشأ عن هم تحت رقابته، وهي مسؤولية مفترضة، أي تقوم على خطأ مفترض لكنه قابل لإثبات العكس من جانب متولّي الرقابة، بالإضافة إلى إمكانية نفي الأخير لعلاقة السببية بإثباته السبب الأجنبي، ومن جهة أخرى لا يمنع قيام مسؤولية متولّي الرقابة على النحو المذكور قيام مسؤولية الخاضع للرقابة بجانبها، ومن ثم هناك ثلاث مسائل ينبغي توضيحها في هذا الإطار، وهي الخطأ المفترض ونفي متولّي الرقابة للخطأ المفترض، وكذلك نفيه لعلاقة السببية، ونشوء مسؤولية الخاضع للرقابة إلى جانب مسؤولية متولّي الرقابة وذلك فيما يأتي^(١٠):

أولاً- الخطأ المفترض:

تقوم مسؤولية متولّي الرقابة على أساس خطأ مفترض في جانبه، وفقاً للفقرة الثالثة من المادة (١٧٣) مدني مصري، وإن كان خطأ قابل لإثبات العكس كما سنوضح بعد قليل، ومضمون هذا الخطأ المفترض أن الشخص متولى الرقابة قد قصر في الرقابة على من هم تحت رقابته، فلو قام القاصر بعمل غير مشروع فإنه يفترض أن الأب إن كان هو القائم على تربيته قد قصر في الرقابة عليه أو أساء تربيته، ومعنى افتراض الخطأ أن الشخص المضروب لا يكلف بإثبات وقوع تقصير في الرقابة من جهة متولّي الرقابة حتى تنشأ مسؤولية الأخير، بل يكفيه إثبات وقوع عمل غير مشروع ممن هو خاضع للرقابة حتى يفترض قيام الخطأ في جانب متولّي الرقابة، وينبغي ملاحظة أن افتراض الخطأ هو قرينه مقررة لصالح المضروب في مواجهة متولّي الرقابة، فلا يستطيع أن يحتج بها المضروب أو متولّي الرقابة في مواجهة الخاضع للرقابة، بل يجب إثبات خطأ في جانبه ما لم يكن

(١٠) د. عز الدين الدناصورى و د. عبد الحميد الشواربى: مرجع سابق، ص ٢٨١ وما بعدها.

هناك قرينه مقرر في مواجهته على أساس آخر، مثل الخطأ في حراسة الأشياء الخاصة^(١١).

والجدير بالإشارة أيضاً أنه قد لا يرجع المضرور على متولّي الرقابة على أساس المسؤولية المفترضة في حقه على نحو ما ذكرنا، بل على أساس المسؤولية القائمة على خطأ واجب الإثبات فيبادر (أي المضرور) بإثبات الخطأ في جانب متولّي الرقابة، فيمنعه من نفي الخطأ المفترض في جانبه، كما أنه يجوز أيضاً قيام المسؤولية عن الأشياء أو مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة إلى جانب المسؤولية التي نحن بصددھا، فلو أن قاصراً يعمل لدى صاحب عمل، وأصاب الغير بعمله غير المشروع، فإن المضرور يحق له الرجوع على القائم على تربية القاصر (وهو الأب عادة) على أساس مسؤولية متولّي الرقابة كما يحق له أيضاً الرجوع على رب العمل على أساس مسؤولية المتبوع عن عمل التابع، ومن يدفع منهما التعويض يرجع على الآخر بنصف ما دفع مع عدم الإخلال بحق كل منهما في الرجوع على القاصر بما دفع من تعويض^(١٢).

ثانياً - نفي متولّي الرقابة للخطأ وعلاقة السببية^(١٣):

قلنا إن الخطأ الذي تقوم عليه مسؤولية متولّي الرقابة هو خطأ مفترض، ولكننا أشرنا إلى أنه خطأ قابل لإثبات العكس من جهة متولّي الرقابة، فيستطيع أن ينفيه بإثبات عدم تقصيره في الرقابة على الشخص الخاضع لها، بأنه اتخذ ما يستلزمه

(١١) د. عز الدين الدناصورى و د. عبد الحميد الشواربى: مرجع سابق، ص ٢٨٢ وما بعدها.
 (١٢) وقد أبدت محكمة تمييز دبي هذا التفسير بقولها: "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن أساس مسؤولية الوالد عن ولده الذي تحت رعايته هي حصول الخطأ من الابن وأن يكون هذا الخطأ نتيجة ملاحظته، أي بعبارة أخرى يشترط خطأ الابن وقيام الارتباط بين خطأ الأب في ملاحظته لابنه والحادث الذي وقع منه". الحكم الصادر في ٧ يونيو ١٩٩٨م، مجلة القضاء والتشريع، العدد التاسع، يناير ٢٠٠٠م، ص ٤٨١.

(١٣) د. عز الدين الدناصورى وعبد الحميد الشواربى: مرجع سابق، ص ٢٨٤.

واجب العناية من احتياطات وتدابير كفيلة بمنع من يخضع لرقابته من الإضرار بالغير، وإذا كان متولّي الرقابة أب أو قائم على تربية قاصر، فإنه فضلاً عن إثباته عدم تقصيره في الرقابة على القاصر أن يثبت أيضاً عدم الإساءة في تربيته. كما يستطيع أن يدراً متولّي الرقابة المسؤولية عن نفسه بنفي علاقة السببية، وهو ما نصت عليه أيضاً الفقرة الثالثة من المادة (١٧٣) مدني مصري، فقد أفادت بأن المكلف بالرقابة يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إذا هو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً، ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية، وهذا يعني أن متولّي الرقابة إذا أراد أن ينفي علاقة السببية، فإن عليه أن يثبت أن الضرر الذي أصاب المضرور ليس له علاقة بالخطأ المفترض في جانبه، بأن كان هذا الضرر ناتجاً عن سبب أجنبي لم يكن لمتولّي الرقابة يد فيه، وبالنظر إلى الفقرة الثالثة يمكننا استخلاص أن علاقة السببية مفترضة أيضاً كالخطأ، فلا يطالب المضرور بإثباتها، فقد افتترضت وجودها الفقرة المذكورة، فإذا أراد متولّي الرقابة أن يتخلص من المسؤولية فإنه يمكنه إلى جانب نفي الخطأ أن ينفي أيضاً علاقة السببية.

المبحث الثاني

قيام الالتزام بالرقابة عبر الإنترنت

مسألة بحث مدى تطبيق القواعد العامة التي عرضناها سلفاً داخل العالم الافتراضي هي في الحقيقة عملية تهدف بكل دقة إلى الإجابة على هذا التساؤل هل يمكن تحقق الشروط اللازمة لقيام مسؤولية متولّي الرقابة في عالم الإنترنت؟ والإجابة على هذا التساؤل من وجهة نظرنا تتركز منطقياً على محورين الأول: مدى نشوء الالتزام بالرقابة عبر الإنترنت، والثاني: مدى وقوع العمل غير المشروع ممن هو خاضع للرقابة عبر الإنترنت.

ونحاول تفصيل المحورين السابقين على النحو الآتي:

المطلب الأول

علة الالتزام بالرقابة عبر الإنترنت

نوضح ذلك ببيان الأسباب الثلاثة التي ذكرناها سلفاً، والتي تشكل علة الالتزام بالرقابة، وهي الاحتياج إلى الرقابة بسبب القصر والحالة العقلية والحالة الجسمية، وذلك فيما يأتي:

١- القصر:

يمكننا القول: إن أظهر الحالات التي تستدعي مسؤولية متولي الرقابة عبر الإنترنت هي حالة صغر سن المستخدم، والأمر ينبع من مصدرين الأول: ازدياد استخدام الأطفال للإنترنت، والثاني الاستخدام السيء من جهة الأطفال للإنترنت، ونبين ذلك فيما يأتي:

أ- ازدياد استخدام الأطفال للإنترنت:

هناك العديد من الإحصائيات التي تعبر لنا عن ازدياد استخدام الأطفال للإنترنت، فعلى سبيل المثال قد ورد في تقرير "بيو" عام (٢٠٠٧م) حول استخدام الإنترنت أن (٩٣%) من الأطفال في الولايات المتحدة يتصلون بالإنترنت ومستخدمي الفيس بوك من الأطفال تحت (١٣) سنة وفقاً لتقرير عام (٢٠١١م) تعددهم (٧.٥) مليون مستخدم، وفي الاتحاد الأوروبي ووفقاً لتقرير "مجلس أوروبا" حول ذلك نجد أن نسبة استخدام الأطفال الأوروبيين للإنترنت زادت من (٧٠%) إلى (٧٥%) في الفترة من (٢٠٠٥ - ٢٠٠٨م)، وفي إنجلترا على وجه الخصوص وفقاً لتقرير "أوفكوم" لعام (٢٠١٠م) فإن (٩٩%) من الأطفال في المملكة المتحدة، وذلك من سن (١٢ - ١٥) سنة يستخدمون الإنترنت، وفي اليابان فإنه وفقاً للإحصائيات الصادرة عن وزارة الاتصالات اليابانية لعام (٢٠٠٦م)، فإن (٦٥) من الأطفال من عمر (١٠ - ١٤) سنة يستخدمون الإنترنت، وفي استراليا وحسب دراسة إحصائية جديدة تناولت الموضوع فإن (٩٠%) من الأطفال الاستراليين ممن تتراوح أعمارهم بين (٥ - ١٤) سن يستخدمون الإنترنت، وارتفعت هذه النسبة عن

عام (٢٠٠٩م)، إذ كانت (٧٩%)، أي زيادة بنسبة (١١%)، وفي عام (٢٠٠٦م) كانت النسبة (٦٥%) وفي عام (٢٠٠٣م) كانت النسبة (٤٧%)، وحول استخدام الأطفال للإنترنت من المدارس فلا شك أن نسبة المدارس المتصلة بالإنترنت تزداد يوماً بعد يوم فعلى سبيل المثال في عام (١٩٩٤م) كانت فقط (٣٥%) من المدارس الأمريكية متصلة بالإنترنت، والآن كل المدارس الأمريكية متصلة بالإنترنت، ووفقاً للإحصائيات الصادرة عن الاتحاد الأوروبي في هذا الشأن فإن (٥٥%) من الأطفال الأوروبيين من سن (٨ - ١٧) سنة يستخدمون الإنترنت في المدارس^(١٤).

وفي الحقيقة يصعب علينا أن نتعرض للإحصائيات التي تعبر عن استخدام الأطفال للإنترنت في كل دول العالم من الوجوه كافة؛ لعدم وجود مساحة في البحث كافية لذلك، بيد أننا حاولنا من العرض السابق أن ندلل على مسألتين الأولى: أن هناك إقبال ملحوظ من جهة الأطفال على استخدام الإنترنت، والثانية: أن احتمالات استخدام الأطفال للإنترنت من المدارس تزداد يوماً بعد يوم بفعل حرص المدارس على أهمية الاتصال بالإنترنت بل إن بعض الإحصائيات أظهرت استخداماً فعلياً كبيراً من جانب الأطفال في المدارس، مثل الإحصائيات الصادرة عن الاتحاد الأوروبي كما سبق بيانه، ونحن نقصد من ذلك توضيح أن فرص انتقال الرقابة على القاصر من القائم على تربيته إلى المدرسة تزداد أيضاً يوماً بعد يوم فيما يخص التعامل في عالم الإنترنت.

ب- الاستخدام السيئ للإنترنت من جهة الأطفال:

وفقاً لتقرير "نورتن" حول الجريمة الإلكترونية لعام (٢٠١١م) الذي شمل (١٤) دولة؛ فإن (٥٨%) من الأطفال الذين تتراوح أعمارهم ما بين (٨-١٧) عام لهم

(14) see: Lenhart (A.) & Purcell (K.) et al. social media and mobile internet use-pew internet among teens and adults (Report) February 3, 2010 available at: <http://www.pewinternet.org/~media/files/reports/2010>.

سلوكيات سيئة عبر الإنترنت، والجدير بالإشارة أنه في عام (٢٠١٠م) كانت النسبة (٦٢%)، وذكر التقرير أيضاً أن نسبة الآباء الذين يعلمون بالسلوكيات السيئة لأبنائهم هم (٤٥%) فقط.

وأظهر التقرير أيضاً أن (٦٣%) فقط يتحدثون مع أبنائهم حول السلامة الإلكترونية، وأن (٣٤%) من الآباء يفحصون الاستخدام الإلكتروني أو تاريخ التصفح من غير علم أبنائهم.

وفيما يتعلق بالمدارس، يذكر التقرير أيضاً أن (٤٤%) من الأطفال يعتقدون بأنهم لا يحصلون على قدر من التعليم في مدارسهم حول السلامة عبر الإنترنت.

وأما فيما يخص معنى الاستخدام السيئ أو السلوكيات السيئة التي يقع فيها الأطفال عبر الإنترنت، فقد بيّن التقرير أن تلك السلوكيات تشمل العديد من الأفعال منها الاتصال بأشخاص مشبوهة، والدخول إلى مواقع غير أخلاقية، وتحميل فيروسات على ذاكرة الحاسب، والإفصاح عن معلومات شخصية لأشخاص غير معروفة، وغيرها من الأفعال الأخرى التي تشكّل معنى الخطأ أو على الأقل تعد مقدمة له^(١٥).

وفي نهاية هذه الجزئية نستنتج أمرين، الأول: أن هناك نسبة كبيرة من الأطفال تستخدم الإنترنت، وهي نسبة تزداد مع مرور الزمن، والثاني: أن نسبة كبيرة منهم يستخدمون الإنترنت بشكل سيئ وما نريد أن نقوله في هذا الشأن ترتيباً على ذلك: إنه سيدخل ضمن نطاق الالتزام بالرقابة لا محالة والحال كذلك نشاط القاصر عبر الإنترنت، وهو أمر يعد تطبيقاً للقواعد العامة في هذا الشأن، فالمعروف قانوناً أنه إذا ارتكب القاصر خطأ أصاب الغير بالضرر، فإن للمضروب الرجوع على متولّي الرقابة بالتعويض جراً ذلك.

(15) see: Norton report on cybercrime, 2011, available at: <http://nowstatic.norton.com/now/en/pu/images/promotions/2012/cybercrime/assets/downloads/en-us/NCR-Datasheet.pdf>.

ومن الغني عن البيان أيضاً - في هذا الإطار - أن الالتزام بالرقابة ينتقل إلى المدرسة في الوقت الذي يقضيه القاصر داخلها بغرض التعلم، وتصبح مسؤولة عن أخطائه التي تضر بالغير، وينتقل أيضاً إلى صاحب مقهى الإنترنت في الوقت الذي يستخدم فيه القاصر أجهزته للدخول إلى الشبكة.

٢- الحالة العقلية:

الحالة العقلية حسبما أشرنا في السابق هي من الأسباب التي تستدعي الالتزام بالرقابة أيضاً، بيد أن التساؤل هنا: هل يمكن أن نجد مستخدماً للإنترنت مصاباً بحالة عقلية كالجنون أو العته ويرتكب أخطاء في العالم الافتراضي؟

الحقيقة أن ذلك نادراً للغاية، خصوصاً أن هؤلاء في غالب الأحيان نزلاء المستشفيات المخصصة لحالتهم المرضية، وحتى لو كان هناك إنترنت في تلك المستشفيات، فإنه بطبيعة الحال يتمتع عن المرضى استخدامه، لكن لو حدث ذلك واستخدم المصاب الإنترنت على نحو خاطئ هنا الأمر لا يختلف عن الواقع الملموس في شيء، بمعنى يسأل عن الأضرار التي أصابت الغير جراء أخطاء المصاب من يتولّى الرقابة عليه.

٣- الحالة الجسمية:

قد ذكرنا في السابق أن من بين الأسباب التي يحتاج معها الشخص إلى رقيب على تصرفاته وأفعاله الحالة الجسمية له كإصابته بالشلل أو العمى ونحتاج مجدداً في هذه الجزئية إلى بيان مدى قيام هذه الحالة بالنسبة إلى مستخدم الإنترنت؛ ولذلك نبين حالتنا الشلل والعمى في ضوء واقع التطور التكنولوجي الخاص بالأجهزة الإلكترونية، ثم نوضح مدى نشوء الالتزام بالرقابة في هاتين الحالتين، وذلك فيما يأتي:

أ- الشلل والعمى في ضوء واقع التطور التكنولوجي:

(١) الشلل:

التساؤل المبدئي الذي يطرح نفسه في هذه الحالة هو: هل المصابين بالشلل يستطيعون الاتصال بالإنترنت وتصفح المواقع المختلفة وإجراء المعاملات المتنوعة أم لا؟

الحقيقة أن الإجابة على هذا التساؤل تتعلق بالأمور التقنية والتطور التكنولوجي الحادث في أجهزة الحاسوب التي تمكن المصابين بالشلل من ممارسة الأنشطة المختلفة عبر الإنترنت، مثلهم في ذلك مثل الأشخاص الطبيعيين، ويطلعنا واقع التطور التكنولوجي في هذا الإطار على أنه يمكن للمصابين بالشلل دخول الإنترنت كالأشخاص غير المصابة، فعلى سبيل المثال نجد أن شركة "Tobii" السويدية للتكنولوجيا قد صممت جهازاً يمكن المستخدم من التحكم في الكمبيوتر بنظرات العين، ويطلق على هذا الجهاز اسم "Tobii Rex"، وأياً ما كانت التقنيات المستخدمة في ذلك أو الشركات المنتجة لها، فإننا نريد القول بأنه يمكن الآن من خلال أجهزة وتقنيات معينة الدخول إلى الإنترنت من جانب المصابين بالشلل، وعلى نحو طبيعي مثل الأشخاص غير المصابة^(١٦).

(٢) العمى:

نطرح التساؤل نفسه الذي طرحناه في حالة الشلل هنا، وهو هل يستطيع المكفوفين استخدام الإنترنت؟

يدلنا واقع التطور التكنولوجي المرتبط بالمسألة أن المكفوفين يستطيعون الدخول للإنترنت، واستخدامه مثلهم في ذلك مثل المبصرين، وهناك تقنيات متعددة

(16) Pilling (D.) & Barrett (P.), et Disabled people and the internet experiences, barriers and opportunities. Joseph Rowntree foundation. London, 2004, p.4, available at: <http://www.texthelp.com/media/39372/USPeopleWithDisabilities.pdf> n.

تستخدم في هذا الشأن، تأتي كلها في إطار ما يُعرف الآن بتكنولوجيا التكيف، التي يقصد منها إيجاد الوسائل التي تمكّن المكفوفين من استخدام الكمبيوتر والإنترنت، والمثال على تلك الوسائل جهاز الكمبيوتر المدعم بقارئ للشاشة بطريقة برايل مع وجود تقنية النطق الصوتي لكل ما هو موجود من موضوعات على الشاشة⁽¹⁷⁾.

ب-مدى قيام الالتزام بالرقابة على المصابين بالشلل والعمى عند استخدامهم للإنترنت:

الحقيقة أن ثبوت حالة الشلل أو العمى تجعل من الضروري وجود رقيب على المصاب بذلك، بحيث يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تصيب الغير جزاء أخطائه على نحو ما ذكرناه عند تفصيلنا للقواعد العامة في موضع سابق، وإذا ثبت إمكانية استخدام الإنترنت من جانب المصابين بالشلل والعمى وفقاً لما تناولناه بخصوص الواقع التكنولوجي المرتبط بالمسألة في الجزئية السابقة، فإن تطبيق القواعد العامة على المسألة يجعل متولّي الرقابة مسؤولاً عن الأضرار التي تصيب الغير جزاء الأخطاء المدنية التي ارتكبتها المصاب، والناجمة عن استخدامه للإنترنت كما أشرنا.

والحقيقة أننا لم نقصد من بحث هذه الجزئية تقرير ما سبق بيانه في أعلاه، فنحن نرى أن ذلك أمر بديهي، ولا يحتاج إلى البحث، فتطبيق القواعد العامة يجعلنا أمام وجود التزام بالرقابة على المصابين بالشلل والعمى عند استخدامهم للإنترنت، وهذا الالتزام يقع على الشخص الرقيب على تصرفاتهم وأفعالهم، فالناظر للمسألة في ظاهرها لا يلمس اختلافاً بين واقع الإنترنت وواقع العالم الملموس في هذا الشأن.

(17) Singh (R.) Blind Handicapped Vs Technology: How do blind people use Issue 4, April-2012, available at: <http://www.ijser.org/researchpaper%5CBLIND-HANDICAPPED-VS-TECHONLOGY-HOW-DO-BLIND-PEOPLE-USE-COMPUTERS.pdf>.

بيد أن التعمق في الواقع التكنولوجي المرتبط بالمسألة، والنظر إلى العلة من الرقابة على المصاب بالشلل أو العمى لا يجد أن العلة متوفرة في حالة استخدام المشلول أو الكفيف للإنترنت، وتوضيح ذلك أنه طالما توفرت الوسائل التكنولوجية لاستخدام الإنترنت من جانب المصابين بالشلل والعمى ولم يعد هناك حائلاً بينهم وبين العالم الافتراضي أو استخدام الكمبيوتر، وأصبح لا فرق بينهم وبين الأصحاء غير المصابين في ذلك، فإنه لم تعد هناك حاجة لفرض رقابة عليهم بخصوص استخدامهم للإنترنت؛ فالعلة من فرض الرقابة عليهم هي عدم قدرتهم على القيام بذلك، لكن لو مكنتهم الأساليب التكنولوجية الحديثة من ذلك فهل أصبح هناك فرق بينهم وبين الأشخاص غير المصابين في استخدام الإنترنت، وبمعنى أوضح من ذلك إذا وُجدت الوسائل التقنية من أجهزة وبرامج وتطبيقات مختلفة بين يدي المصاب فهل يمكن القول في هذه الحالة إن المصاب بالشلل أو العمى يحتاج إلى رقيب على تصرفاته وأفعاله؟ والإجابة هي لا، ذلك أنه لا تتوفر العلة من الرقابة في هذه الحالة، فالوسائل التقنية توفر للمصاب الفرص الطبيعية لاستخدام الإنترنت مثل الشخص غير المصاب تماماً، ونحن نرى أنه طالما لم تتوافر العلة لا يمكن تطبيق القواعد العامة بهذا الشأن، فمن المعروف أن الحكم يدور مع العلة وجوداً وعدمًا، فإذا غابت العلة تعذر تطبيق الحكم أيضاً.

ومع ذلك فهناك ملاحظتان يجب مراعاتهما عند الأخذ برأينا السابق:

الملاحظة الأولى: أنه لا يمكن القول بهذا الرأي في حالة عدم استخدام الأساليب التكنولوجية التي تمكن المصاب من استخدام الإنترنت بشكل طبيعي، فإذا حدث أن استخدم المصاب الإنترنت دون اتباع الأساليب التقنية التي تهيئ له الاستخدام الطبيعي للإنترنت، فهنا ينشأ الالتزام بالرقابة، ويكون متولّي الرقابة مسؤولاً عن الأخطاء التي ارتكبها المصاب، وسببت أضراراً للغير على النحو المذكور في القواعد العامة.

الملاحظة الثانية: أنه أيضاً لا يؤخذ بهذا الرأي في الحالة التي يستخدم فيها المصاب وسائل تقنية بغرض استخدام الإنترنت، ولكنها وسائل غير كافية لتمكينه من الاستخدام الطبيعي للإنترنت مثله في ذلك مثل الشخص غير المصاب، ويكون لقاضي الموضوع سلطة تقديرية في تحديد ذلك، ويمكنه بطبيعة الحال الاستعانة بالخبراء في هذا المجال.

المطلب الثاني

صور ومظاهر الرقابة في العالم الافتراضي^(١٨)

بعد أن تحدثنا عن علة الالتزام بالرقابة في الجزئية السابقة، نأتي هنا إلى الحديث عن نقطة دقيقة للغاية في دعوى المسؤولية المدنية ضد متولّي الرقابة جرّاء الأضرار الناتجة عن أخطاء الخاضع للرقابة، وهي كيفية نفي الخطأ المفترض في جانب متولّي الرقابة، والذي نشأ عند حدوث خطأ من الشخص الخاضع للرقابة سبب ضرراً للغير، وبمعنى أوضح من ذلك إذا افترضنا أن الشخص الخاضع للرقابة هو مستخدم للإنترنت ارتكب خطأ في العالم الافتراضي نتج عنه ضرر للغير، فتطبيق القواعد العامة يقتضي نشوء خطأ مفترض في جانب متولّي الرقابة بسبب تقصيره في الالتزام بالرقابة، ولكن هذا الخطأ مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس من جانب متولّي الرقابة، والسؤال هو كيف يمكن لمتولّي الرقابة إثبات أنه قام بما يستلزمه واجب الرقابة على مستخدم الإنترنت الخاضع لرقابته، وينفي بذلك الخطأ المفترض في جانبه؟^(١٩).

الإجابة عن هذا السؤال هي عنوان هذه الجزئية (أي مظاهر الرقابة عبر الإنترنت)، وتوضيح ذلك أن متولّي الرقابة عليه إثبات قيامه بصور وأشكال الرقابة

^(١٨) د. عز الدين الدناصورى، د. عبد الحميد الشواربى: مرجع سابق، ص ٦٤٣ وما بعدها.

^(١٩) د. عز الدين الدناصورى و د. عبد الحميد الشواربى: مرجع سابق، ص ٦٤٧.

عبر الإنترنت حتى ينفي الخطأ المفترض في جانبه، بيد أننا يجب أن نذكر أيضاً أن صور الرقابة متعددة ومتطورة، ولا يتطلب من متولّي الرقابة إثبات أنه قام بها جميعاً فهذا فوق طاقته، ولكن يجب أن يثبت أنه قام بواجب العناية الذي يقوم به شخص معتاد، إذا وضع في الظروف ذاتها التي وضع فيها متولّي الرقابة، والأمر مرجعه إلى قاضي الموضوع بحسب كل حالة على حدة.

ورغم ذلك فإننا نرى أنه من المفيد ذكر أهم صور ومظاهر الرقابة التي يمكن أن يقوم بها متولّي الرقابة، وينفي بذلك الخطأ المفترض في جانبه على نحو ما ذكرنا منذ قليل، وبما أن حالة الرقابة على القصّر هي أظهر الحالات التي تنشأ فيها مسؤولية متولّي الرقابة، فإننا سنركّز عليها وذلك ببيان ما يجب أن يقوم به الآباء والمدرسة في شأن الرقابة على استخدام القصّر للإنترنت، ولا مانع أيضاً من المرور على ما يجب أن يقوم به صاحب مقهى الإنترنت عند استخدام القاصر للإنترنت في المقهى المملوك له، ومن ثم لدينا ثلاث جزئيات في هذا الشأن، الأولى: صور الرقابة التي يقوم بها الآباء، والثانية: صور رقابة المدرسة على القصّر، والثالثة: صور رقابة صاحب مقهى الإنترنت، وذلك على النحو الآتي:

١- صور الرقابة من جانب الآباء:

سنعتمد في هذا الشأن على ما قدمته وزارة العدل الأمريكية من نصائح للآباء حول استخدام الأطفال للإنترنت؛ حيث بيّنت ما يجب أن يقوم به الآباء لضمان استخدام الأطفال للإنترنت على نحو سليم وآمن، ويتمثّل ذلك في الآتي:

أ- تحكّم الآباء في استخدام الأطفال للإنترنت:

وقد حاولنا فهم معنى التحكّم المقصود في هذا الإطار، وذلك بالاطلاع على ما ذكره موقع "onguardonline.gov" في هذا الشأن، وهو أحد المواقع الحكومية الأمريكية، وتديره غرفة التجارة الأمريكية FCT بغرض مساعدة المواطن الأمريكي

في مسائل الأمن والسلامة عبر الإنترنت، وقد بين أن تحكّم الآباء في استخدام الأطفال للإنترنت يكون من خلال أدوات تقنية أو برامج تمكنهم من الآتي^(٢٠):

ب-التصفية والحظر:

ويعني ذلك تقييد أو منع الوصول إلى مواقع معيّنة أو محتوى معين بوجه عام، ويكون ذلك فيما يخص المحتوى الضار عبر الإنترنت كالصور الإباحية أو المواقع المشبوهة التي تمارس أعمالاً مخالفة للقانون بصفة عامة، مثل التحريض على ارتكاب الجرائم كما في حالة المواقع التي تساعد المستخدمين في تحضير المتفجرات وغير ذلك.

ج-حظر المحتوى الصادر:

ويكون ذلك باستخدام برامج لمنع الأطفال من نشر المعلومات الشخصية، ويمكن استخدام ذلك أيضاً لمنع نشر المحتوى الضار عموماً، مثل نشر الأعمال المحمية بقانون حقوق المؤلف دون إذن أصحاب الشأن.

د-تحديد وقت لاستخدام الإنترنت^(٢١):

أيضاً من مظاهر التحكم أن يحدد الأب لأبنه مدة زمنية لاستخدام الإنترنت، ويحدد أيضاً الوقت الذي يستطيع فيه القاصر الاتصال بالإنترنت.

هـ-المراقبة:

تتم المراقبة بوسائل شتى، إما عن طريق استخدام الأب لبرامج تنبئه بنشاط الابن عبر الإنترنت أو استخدام برامج تسجل كل ما يقوم به الابن في العالم الافتراضي، أو أن يستخدم الأب برنامج يقتصر دوره على مجرد إرسال رسائل تحذيرية للأب عندما يدخل الابن مواقع معينة، بل قد يقوم الأب بالمراقبة عن طريق استخدام أداة استعراض تاريخ التصفح الموجودة في شريط الأدوات أعلى المتصفح، وكذلك استعراض رسائل البريد الإلكتروني الموجودة داخل البريد

(20) visit: <http://www.onguardonline.gov/articles/0029-parental-controls>.

(٢١) د. هيثم السيد أحمد عيسى: المرجع السابق، ص ٦٤٥.

الإلكتروني الخاص بالقاصر، وهو الأمر الذي يفترض معه علم الأب بكلمة السر الخاصة بالطفل أو كما تعبر وزارة العدل الأمريكية عنه بأنه يجب أن يعرف الأب كلمة السر الخاصة بالطفل.

- عدم وضع الكمبيوتر في غرفة النوم الخاصة بالطفل ووضعه في غرفة عامة بالمنزل.

- التحدث مع القاصر حول خطورة استخدام الإنترنت والاتصال بالآخرين وتصفح المواقع المختلفة، والنشر، وغير ذلك من الممارسات التي تتم في العالم الافتراضي، وإعلامه بأساليب الأمان والسلامة اللازمة داخل هذا العالم، بالإضافة إلى إعلامه بكيفية الالتزام بالقانون.

- الاتصال بالجهات المختصة لطلب المساعدة في حالة الاشتباه بأن هناك خطورة من استخدام القاصر للإنترنت.

- قضاء بعض الوقت مع القاصر عند استخدامه للإنترنت، والتعرف على أصدقائه في هذا العالم، واهتماماته وأنشطته وخلافه.

والجدير بالذكر أيضاً أنه يجب على الأب أن يحسن من تربية ابنه بوجه عام، بما يمنعه من ارتكاب الأفعال غير المشروعة عبر الإنترنت، وقد ذكرنا عند تفصيلنا للقواعد العامة بخصوص مسؤولية متولّي الرقابة أن الأخير، إذا أراد أن ينفي الخطأ المفروض في جانبه، فإنه إلى جانب إثباته عدم تقصيره في الرقابة يثبت أيضاً أنه لم يسئ تربية القاصر، والأمر نفسه فيما يخص مسؤولية متولّي الرقابة عن أخطاء القاصر في العالم الافتراضي.

٢- صور رقابة المدرسة على القاصر:

نعتمد في هذا الجانب على المتطلبات التي أوجبها قانون " The children's internet protection Act (CIPA) " في المدارس التي تخضع له، والجدير بالإشارة أن هذا القانون قد أصدره الكونجرس في عام ٢٠٠٠م في

محاولة لتبديد المخاوف حول وصول الأطفال عبر الإنترنت لمحتوى ضار أو فاحش، وفي هذا الإطار أوجب هذا القانون على المدارس المتصلة بالإنترنت اعتماد وتنفيذ سياسة للسلامة عبر الإنترنت تتضمن الآتي^(٢٢):

- تدابير لمنع وصول القاصر إلى محتوى ضار أو فاحش عبر الإنترنت.
- الحماية والأمن للقصر عند استخدامهم لغرف الدردشة، أو الإيميل، أو الرسائل الفورية، أو غير ذلك من أنواع الاتصالات الأخرى.
- حظر الوصول غير المأذون به أو ما يسمى بالاختراق من جهة القصر، أو أي نشاط غير مشروع آخر.
- حظر الإفصاح عن معلومات الهوية الشخصية للقاصر داخل عالم الإنترنت.

والجدير بالذكر أنه يجب على المدرسة أيضاً أن تضمن توفير تعليم مناسب للقصر حول السلامة والأمن عبر الإنترنت، وكيف تكون سلوكياتهم مناسبة وملئمة في العالم الافتراضي.

والملاحظ أن الأمر هنا يركز على محورين: التحكم في سلوك القاصر عند استخدامه للإنترنت من خلال حظر الوصول إلى المحتوى الضار أو حظر ارتكابه للاختراق أو الأفعال غير المشروعة الأخرى، والمحور الثاني: توفير تعليم مناسب له حول السلامة والأمن عبر الإنترنت، ونضيف في هذا الإطار أن القانون المذكور لم يوجب على المدرسة تتبع سلوك القاصر عبر الإنترنت، أي استعراض ما يقوم به عبر الإنترنت على نحو ما ذكرنا في شأن الأب سواء تم ذلك بعلم

(22) Russo (C.) Key Legal Issues for schools: The ultimate resource for school, Business officials, R&L education, UK. 2013. p.70.

القاصر أو من غير علمه، ونحن نرى أن المدرسة لها حق تتبع سلوك القاصر لديها، ورؤية ما يقوم به من نشاط عبر الإنترنت سواء بعلمه أم من غير علمه، ونستند في ذلك على الدور التربوي الذي تقوم به المدرسة، والذي يستلزم متابعة سلوكيات التلاميذ ومدى اتفاقها مع السلوكيات الاجتماعية المعقولة^(٢٣).

والحقيقة أنه بالرغم من أن القانون يتناول ناحية محددة وهي حظر وصول القاصر إلى المحتوى الفاحش أو الجنسي، فإننا استشهدنا به نظراً لأنه يركز على التزام المدارس بالرقابة على القاصر في تطبيق الغاية التشريعية المرجوة من القانون والتي ذكرناها سلفاً، بالإضافة إلى كونه تجربة تشريعية في شأن الالتزام بالرقابة الواقعة على المدرسة بخصوص الأفعال غير المشروعة من جانب القاصر.

٣- صور رقابة صاحب مقهى الإنترنت:

يمكننا القول هنا إنه يقع على صاحب مقهى الإنترنت الآتي:

- منع وصول القاصر إلى محتوى ضار أو غير مشروع عبر الإنترنت.
- وضع الإرشادات المناسبة والمعقولة أمام القاصر والتي توضح له كيفية استخدام الإنترنت على نحو قانوني ومفيد.

ورغم ذلك ليس لصاحب مقهى الإنترنت - من وجهة نظرنا - تتبع سلوكيات القاصر لديه، ورؤية ما يقوم به من نشاط عبر الإنترنت، ذلك أنه ليس لديه دور تربوي يرخص له فعل ذلك، ويعد قيام صاحب المقهى بتتبع أفعال القاصر عبر الإنترنت انتهاكاً لخصوصيته.

(٢٣) د. عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص ٨٥٣.

المطلب الثالث

ارتكاب عمل غير مشروع من جانب الخاضع للرقابة^(٢٤)

بعد أن تناولنا المحور الأول الذي يمكننا من خلاله حسم مسألة مدى نشوء مسؤولية متولّي الرقابة عبر الإنترنت (وهو الالتزام بالرقابة على نحو ما بينا سلفاً)، نأتي هنا لبيان المحور الثاني الذي ينصب على الشرط الثاني من شروط قيام مسؤولية متولّي الرقابة، وهو ارتكاب الشخص الخاضع للرقابة عمل غير مشروع يسبب الضرر للغير، ونحن نرى أنه من الممكن وقوع ذلك، وقد وضعنا تصوراً تفصيلياً للخطأ عبر الإنترنت في موضع سابق، وذكرنا فيه بقدر الإمكان صور الخطأ المختلفة التي يمكن أن يرتكبها مستخدم الإنترنت في العالم الافتراضي، ولذلك فلن نناقش مجدداً مدى وقوع الخطأ عبر الإنترنت أو تصوره في العالم الافتراضي، ونحيل القارئ إلى ما قلناه بهذا الخصوص، بيد أن خطأ الخاضع للرقابة، وإن كان واجب الإثبات من جانب المضرور في الغالب إلا أنه قد يكون خطأ مفترض لا يتطلب من المضرور إثباته، كما في حالة خطأ الخاضع للرقابة في حراسة الشيء، وهو خطأ غير قابل لإثبات العكس، ونؤكد أيضاً هنا على أنه يثبت في جانب متولّي الرقابة خطأ مفترض، ولو كان الخاضع للرقابة غير مميز وهذا ما بينته المادة (١٧٣) مدني مصري، ولكنها استخدمت لفظ العمل الضار بدلاً من الخطأ للتعبير عن الفعل الذي يصدر عن الخاضع للرقابة، وهو لفظ دقيق كما قلنا في السابق، ذلك أن غير المميز لا يرتكب خطأ لغياب الركن المعنوي المتطلب لقيام الخطأ إلى جانب الركن المادي الذي يتمثل في التعدي.

ومع ذلك فإنه من الضروري أن نذكر فيما يخص مسؤولية متولّي الرقابة مثلاً واقعياً، يصور لنا كيف يمكن أن تنشأ تلك المسؤولية في العالم الافتراضي، ويكون في أظهر حالات مسؤولية متولّي الرقابة، وهي مسؤوليته عن القصر، وقد وجدنا

(٢٤) د. عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص ٨٥٤.

تلبية لهذا الغرض قضية نظرت أمام محكمة استئناف ولاية "كاليفورنيا"، التي تتلخص وقائعها في أن أبناء المدعي عليه والمستأنف أطفال قصر قاموا باختراق إحدى شركات التليفون، وأجروا العديد من المكالمات من غير دفع أي تكلفة نظير ذلك، وتمت عملية الاختراق باستخدام الكمبيوتر الخاص بالمدعي عليه، وقد أقرت المحكمة بمسؤولية الأخير عن فعل اختراق الشبكة وإجراء مكالمات دون تكلفة. وفيما يخص هذا الحكم السابق تجدر الإشارة إلى أن الأساس التشريعي الذي تركز عليه مسؤولية الأب عن أخطاء الابن في قانون ولاية "كاليفورنيا" هو نص المادة (١٧١٤.١) من التقنين المدني لولاية "كاليفورنيا"، والخاصة بمسؤولية الأب^(٢٥).

وبهذه المناسبة يمكننا القول بأنه يمكن الرجوع على الأب في القانون الأمريكي، إذا حدث ضرر للغير جراء فعل الابن استناداً إلى أسس مختلفة، ووفقاً لشروط معينة، ونحاول إيجاز هذه الأسس فيما يأتي:

تشريعات الولايات المختلفة:

ويعني ذلك التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية داخل الولايات الأمريكية المختلفة، والتي تتناول مسؤولية عن أفعال الابن، ومن الولايات التي وضعت تشريعات بخصوص ذلك ولاية "كاليفورنيا" كما بينا في أعلاه، حيث بينت المادة (١٧١٤.١) من كود القانون المدني لولاية "كاليفورنيا" أنه يسأل الأبوان متضامنين أو منفردين عن الأضرار التي لا يزيد التعويض بخصوصها عن (٢٥٠٠٠) دولار، والناجمة عن سوء السلوك المعتمد من جانب الطفل.

(25) Waller (M): California family law for paralegals. Aspen publishers online. New York. 2008. p.96.

وكذلك ولاية "تكساس"، فقد أوضحت المادة (١٤.٠٠١) من تقنين الأسرة أنه يسأل الأبوان عن الأضرار التي تقع بممتلكات الآخرين جراء أفعال الأطفال العمدية، بما لا يزيد عن ٢٥٠٠٠ دولار لكل حادثة^(٢٦).
والحال نفسه بالنسبة إلى ولاية نيويورك فقد بينت المادة (١١٢.٣) من تقنين الالتزامات العامة أنه يسأل الأبوان عن الأضرار التي لحقت بممتلكات الغير جزاء أفعال الطفل سواء كانت عمدية أم غير عمدية، ولكن بما لا يجاوز مبلغ (٥٠٠٠) دولار عن كل انتهاك، والجدير بالإشارة أنه يمكن تخفيف التعويضات بما لا يقل عن (٥٠٠) دولار عن الأب على أساس الوضع المالي له أو اجتهاده في الإشراف على الابن^(٢٧).

الفعل الضار وفقاً لقواعد القانون العام الأمريكي:

يمكن أيضاً للمضروب الرجوع على الأب بالتعويض، نتيجة الأضرار التي أصابته جراء أفعال الابن، على أساس قواعد القانون العام الأمريكي الخاصة بالفعل الضار، بناء على الأسس الآتية:

١- التقصير أو الإهمال:

يمكن الرجوع على الأب استناداً إلى إهماله في العهود إلى الابن بأداة خطيرة، أو من المحتمل أن تكون كذلك؛ نظراً لميل الابن إلى التعدي أو إهماله في الرقابة على هذا الابن.

⁽²⁶⁾ Sampson (J) & Tindall (H): Texas family code annotated: with relatedstate and federal statutes. Thomson/West, Minnesota. U.S. 2005, p.179.

⁽²⁷⁾ Mack (J.): Street Fights: Air Rifles, shotguns, Minors & their parents- A New York perspective on parental liability for the torts of their minors, 21 parcel. Rev.

٢- الإهمال المتمثل في الجهود إلى الابن بأداة خطيرة أو من المحتمل أن تكون كذلك^(٢٨):

يُسأل الاب عن الأضرار التي تقع بالغير نتيجة إسناده أداة خطيرة للطفل أحدث الأضرار بها، مثل الأب الذي يعطي الطفل مسدس قاتل، بل يسأل أيضاً الأب في حالة إذا ما عهد إلى الطفل أداة من المحتمل أن تكون خطيرة، نظراً لعدم نضجه أو خبرته أو ميله إلى التعدي أو سوء التعامل بشأنها، مثل الأب الذي يعطي ابنه غير الملم بأصول القيادة سيارته الخاصة.

ويرى بعض الفقه أن الكمبيوتر، وإن كان ليس في العادة أداة خطيرة، لكنه من المحتمل أن يكون خطراً، إذا عهد الأب به إلى الابن مع علم الأب أن الابن لديه ميلاً للتعدي على حقوق الغير باستخدامه، كأن ثبت تعديه السابق على الحقوق، باستخدام الحاسوب، ومن وجه نظرنا أنه يمكن الاستدلال على ذلك من خلال مراقبة الأب لسلوكيات ابنه أثناء استخدامه الكمبيوتر أو الإنترنت.

٣- الإهمال في الرقابة:

يُسأل الأب أيضاً وفقاً لقواعد الفعل الضار في القانون العام الأمريكي، إذا علم أن الابن لديه ميل أو نزعة لارتكاب فعل ضار معين عمدياً، ومع ذلك لم يتخذ التدابير المعقولة للسيطرة عليه، ونتج عن ذلك أن ارتكب الابن هذا الفعل مما تسبب في الحاق الضرر بالغير^(٢٩).

ويرى بعض الفقه أيضاً أنه يمكن تطبيق ذلك في إطار عالم الإنترنت، إذا علم الأب أن ابنه لديه نزعة وميل لارتكاب أفعال معينة تسبب الضرر للغير، ومع ذلك لم يحمي بالتدابير التي تمنعه عن ذلك كأن يعلم الأب بميل الطفل أو عزمه

(28) Weber (J.), Don't drink, don't smoke, don't download: parents' liability for their children's file sharing, Florida law review, vol. 57, 2005.

(29) Weber (J.), Don't drink, don't smoke, don't download: parents' liability for their children's file sharing, op.cit., v.57.

لمشاركة ملفات معينة تخضع لحماية قانون حق المؤلف، ورغم ذلك لم يحظر ذلك باستخدام الوسائل التكنولوجية المعروفة⁽³⁰⁾.

٤- المسؤولية غير المباشرة:

وفقاً لقواعد القانون العام الخاصة بالفعل الضار، فإن المسؤولية غير المباشرة تقوم في مواجهة شخص لا يعد فاعلاً مباشراً للفعل الضار، ولكنه يسأل عن أفعال بالنيابة أو ما يطلق عليه المسؤولية بالإنابة، وتقوم المسؤولية غير المباشرة في حالة مساهمة الشخص أو اشتراكه في إحداث الفعل الضار⁽³¹⁾، ومن ثم فنحن أمام حالتين للمسؤولية غير المباشرة وهما فيما يأتي:

أ- المسؤولية بالإنابة:

المسؤولية بالإنابة تقوم في حالة تحقق شرطين بشأن المدعي، أولهما: القدرة على التحكم في أفعال المتعدي أو المنتهك المباشر، وثانيهما: هو تلقي منافع مالية من النشاط المخالف⁽³²⁾.

وإذا وضعنا الشرطين السابقين في إطار عالم الإنترنت، وفيما يتعلق بمسؤولية الأب عن الأفعال الضارة للابن، نجد كما يقول بعض الفقه أنه يجب على المدعي أن يظهر أمام المحكمة المنظور أمامها الدعوى أن العلاقة أو السلطة القانونية التي يملكها الأب على الابن كافية لتحقيق الشرط الأول من شروط المسؤولية بالإنابة أو أن الأب يملك السلطة القانونية والعملية في منع الابن من ارتكاب الفعل الضار، وإلى جانب ذلك يجب أيضاً على المدعي إثبات أن الأب قد تلقى منافع مالية من الفعل الضار الذي ارتكبه الابن، ويكفي أن يكون ارتكاب هذه الأفعال قد عمل على زيادة زوار الموقع الإلكتروني على سبيل المثال، أي يكفي أن يكون

(30) Ibid.

(31) Bird (R) & Jain (S): The global challenge of intellectual property rights, Edward Elgar publishing, Massachusetts, 2009, p.40.

(32) Conley (C) & Kelson (A) et at. Parental liability for copyright infringement by minor children, electronic frontier foundation, EEF (eff.org). November 1, 2005 (revised May 1, 2007), p.6.

الفعل الضار قد استهوى أو لفت انتباه العملاء إلى الموقع الإلكتروني كما في قضية "A&M V.Napster"⁽³³⁾.

ب- المسؤولية بالمساهمة:

يسأل الشخص على أساس المسؤولية بالمساهمة، إذا حرض أو سبب أو أسهم مادياً في السلوك المخالف المنسوب إلى شخص آخر مما نتج عن سلوك الأخير ضرراً بالغير، ويعد الشخص مسؤولاً بالمساهمة أو الاشتراك في الفعل الضار إذا ثبت علمه بذلك⁽³⁴⁾.

ومن ثم هناك شرطان للمسؤولية بالاشتراك أو المساهمة، الأول: العلم، والثاني: المساهمة المادية، يتطلب إثباتهما معاً في حالة الرجوع على الأب، إذا ارتكب الابن الفعل الضار، وبالنسبة إلى العلم فمعنى ذلك أن الأب يجب أن يعلم أو يتوفر لديه السبب الكافي للعلم بالفعل الضار أو النشاط المخالف، أما بخصوص المساهمة المادية فيتحقق ذلك عندما يساعد الأب أو يُسهل ارتكاب الفعل الضار؛ إلا أن المحكمة العليا الأمريكية في عام (٢٠٠٥م) قد اعترفت بصورة جديدة من الأفعال التي تنشأ على أساسها المسؤولية بالمساهمة، وهي صورة التحريض، وكان ذلك في قضية Metro Goldwyn Mayer V. حيث بينت المحكمة أن الشخص الذي يوزع جهاز يستهدف من ترويجه انتهاك حقوق المؤلف يعد مسؤولاً بالمساهمة مع الفاعل الذي ارتكب الانتهاك بشكل مباشر على أساس أن قيامه بتوزيع مثل هذا الجهاز يعد تحريضاً منه على انتهاك حقوق المؤلف، وحسب وقائع القضية المذكورة فإن ما فعله المدعي عليه هو تسويق برنامج لمشاركة الملفات⁽³⁵⁾.

(33) A&M V. Napster, 239 F. 3d at 1024.

(34) Conley (C.) & Kelson (A.): op. cit., p.2.

(35) Metro Goldwyn Mayer V. Grokster, 545 U.S.913.125 S. Ct. 2764; 162 L. Ed. 2d 781; 2005 U.S. Lexis 5121;75 U.S.P.Q. 2D (BNA) 1001; 33 Media L. Rep. 1865; 18 Fla L. Weekly Fed. S 547.

المبحث الثالث

توزيع المسؤولية بين الأب ومورد الإنترنت

يُعد استخدام شبكة الإنترنت من بين أحداث الحياة الجارية التي يمكن أن يدخل عليها الطفل، كما يجب أن يكون أيضاً هذا الدخول خاضعاً لتنظيم معين.

المطلب الأول

الدخول إلى المعلومة عبر الشبكة يمثل نشاطاً للحياة الجارية

باستقراء أحكام القانون المدني الفرنسي يتبين أنه ينص في المواد (٣/٣٨٩ و ٤٥٠) على السماح للأطفال بأن يتعرفوا بأنفسهم ما دام في حدود القانون والعرف السائد.

ويتجه تحليل الفقه^(٣٦) نحو الأخذ في الاعتبار لتطوير التقنيات الحديثة وفكر الأطفال كما هو سائد اليوم: "مفهوم أنشطة الحياة أو الأحداث الجارية يكون متطوراً وفقاً لحالة الطفل، في سن (٤ أو ٥) سنوات يمكن أن يتعلق بشراء الحلوى، (٨ أو ٩) سنوات أنشطة أكثر أهمية، (١٠ أو ١١) سنة أنشطة أخرى، وهكذا حتى يبلغ (١٨) سنة [..] فالمفهوم يتطور سنة بعد سنة لكل طفل^(٣٧)، كما أن العرف يسمح للطفل (١٦ أو ١٧) سنة أن يبرم عقداً لا يستطيع أن يقوم به طفل (٦ أو ٧) سنوات".

(36) M. Montanier, les actes de la vie courante en Matière d' incapacites, J. C. P. 1982, G, 1, 3076, C. Atias, Droit civil, les personnes les incapacites, P.U.F.1985, No 88 et suiv.

(37) تنص المادة ٨٧ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦م الخاص بالطفل في الباب السابع على أن: "تكفل الدولة إشباع حاجات الطفل الثقافية في شتى مجالاتها من أدب وفنون ومعرفة وربطها بقيم المجتمع في إطار التراث الإنساني والتقدم العلمي الحديث".

من الواضح أن الأجيال الجديدة أكثر يقظة ورغبة في الدخول إلى شبكة الإنترنت لمعرفة حقيقة المعلوماتية، ولذلك يجب على موردي المعلومة التيقظ إلى ذلك وتقديم خدمات ملائمة لهم، وكذلك الآلات الخاصة بهم. وفي هذه الحالات لا يوجد ما يبزر الاعتراف للطفل بالأهلية في قيامة بالشراء طبقاً لسنة، ومن ثم يتم استبعاده من استخدام تلك الوسيلة التي تقدم في نفس لوقت فائدة عملية وإمكانية للعلم والثقافة، وإن كان هذا الاتجاه يفرض بعض التغييرات في سلوك الموردين، ومن جانب آخر نظرية الأحداث الجارية تكون أقل ملائمة لمصلحة الموردين؛ لأنها توافق على العقد المبرم: فالتوسع في استقلال الطفل يجب أن يخضع لبعض وسائل الحماية الملائمة، وذلك لمعاقبة الأشخاص الذين يتصفون به.

المطلب الثاني

الدخول إلى المعلومة على الشبكة نشاط يجب تنظيمه

يبدو من الوهلة الأولى أن هناك تعارضاً بين التوسع في الاستقلال والحقوق المعترف بها للطفل مع تخفيف مجال المسؤولية للأب من غير أن نخفف - مع ذلك - من نسبة الحماية المعترف بها للطفل.

في الواقع، لا نقصد نقل جزءاً من المسؤولية الملقاة على عاتق الأب⁽³⁸⁾ إلى المجتمع الذي يواجهه الطفل، فهو إن كان متصوراً في مجالات أخرى، فلا يتحقق في مجال شبكة الإنترنت، فإذا كان بإمكان الطفل أن يقوم بشراء المجالات المتعلقة بالرسوم المتحركة من بائع الجرائد؛ إلا أن هذا الأخير له الحق في رفض بيع المجالات الخاصة بالكبار للطفل، وأيضاً إذا كان يمكن

(38) Voir, a ce sujet, les developpements sur "l' enfant et les medias", in statut et protection de l' enfant, edite par le conseil d' Etat, section du Rapport et des etudes, La documentation francaise, 1991.

لصاحب كافتيريا أن يقوم ببيع مشروبات للطفل، لكنه يجب عليه أن يرفض تقديم مشروبات كحولية إلى الطفل، وفي هذه الحالات، لا يمكن لأحد أن يفكر في المسؤولية الأبوية لكي يقوم بالرقابة على سلوك الطفل، إذن يجب وضع بعض التنظيمات لكي يتم نقل جزء من المسؤولية الأبوية على المورد.

أولاً-التنظيم القانوني:

نجد في فرنسا أن الشركة الفرنسية للاتصالات دائماً غير مسئولة عن النظر إلى مبدأ الحياد الذي تلتزم به في واجهة المستغل للخدمة العامة، مع الالتزام بالمحافظة على سرية الرسائل، لذلك يجب إعادة النظر حول تلك المفاهيم التي فقدت معانيها الأولية بسبب بعض الاستخدامات غير المسؤولة. ويستند بعض الفقه المؤيد لتلك المفاهيم على قانون يوليو (١٩٩١م) الذي^(٣٩) ينص على سرية وحياد الخدمات لتبرير موقفهم، والمادة (٨) من هذا القانون تحدد هذه الالتزامات: "تحديد الشروط التي يتحقق بها نقل المعلومة على المساحة الوطنية في إجمالها، والعدالة في معاملة المستخدمين، والجودة وإتاحة الخدمات المقدمة، والحياد وسرية الخدمات [...]، مشاركة المستغل في تنفيذ مهام الدفاع والأمن القومي".

كما يستند أيضاً على بعض الشروط الواردة في كراسة المسؤولية^(٤٠)، التي من بينها المادة الثانية، التي تنص على أن: "الشركة الفرنسية للاتصالات مهامها في الخدمة العامة مع احترام مبادئ العدالة في معاملة المستخدمين،

(٣٩) القانون رقم ٥٦٨/٩٠ الصادر في ٢ يوليو ١٩٩٠م، المتعلق بتنظيم الخدمة العامة والبريد والاتصالات الجريدة الرسمية في ٨ يوليو ١٩٩١م، المعدل بواسطة القانون رقم ٦٥٩/٩٦ الصادر في ٢٦ يوليو ١٩٩٦م، الجريدة الرسمية في ٢٧ يوليو ١٩٩٦م.

(٤٠) القرار رقم ١٢١٣/٩٠ الصادر في ٢٩ ديسمبر ١٩٩٠م المتعلق بكراسة الشروط للشركة الفرنسية للاتصالات، ونظام البريد والاتصالات، الجريدة الرسمية في ٣٠ ديسمبر ١٩٩٠م، المادة ٢، فقرة ١ و ٢.

وهذه العدالة تتعلق خاصة بالدخول إلى الخدمات وتحديد أسعارها، أي أنها تعمل على تحقيق الحياد والملاءمة الدائمة للخدمة، والخدمة العامة للاتصال عن بعد المقدمة بواسطة الشركة الفرنسية للاتصالات تحقق رغبات المستخدمين المعلوماتية داخل الإقليم الفرنسي آخذة في اعتبارها الاتجاهات العامة لسياسة الحكومة، خاصة في نطاق نظام الدولة".

ولذلك يجب توضيح مفهوم الحياء والسرية:

مع الاهتمام بمبدأ الحياء يجب على العامل في البريد أن يقوم بإرسال التلغراف دون رفض الموضوع أو الاعتراض عليه إذا كان يعبر عن آراء لا تناسبه، وقد اتجه الفقه نحو تطوير هذا المفهوم، ومنهم الأستاذ ليباد^(٤١) الذي عرف الحياء بصفة عامة بأنه: "تشغيل للخدمة فقط مع الأخذ في الاعتبار الالتزام بالمصلحة العامة"، وبعضهم الآخر عد هذا المفهوم مكماً لمبدأ العدالة بين المستخدمين أمام الخدمة العامة^(٤٢)، ومهما كان الافتراض، فإن الهدف من تطبيقه هو تحقيق الحماية للمستخدم الذي يستفيد من الخدمات العامة. حقيقة إذا كنا نعد أن مبدأ الحياء يتعلّق بالدخول إلى الخدمة العامة، فعندئذ يمكن لموردي الخدمة الاستفادة منه مثل المستخدمين، ومع ذلك فالمفهوم لا يطبق إلا في هيكل محدد، فلا يمكن أن يكون سبب لإعفاء المستخدم من الالتزامات القانونية المفروضة عليه، وكما نلاحظ أن تطبيق مبدأ الحياء يعمل على تسهيل أنشطة الرسائل الجنسية، فهو يمثل أداة ضمان للمستخدم، ولكن لا تعفيه من الالتزام بالقانون، ومن ثم فإن التفسير الذي يعطيه جزء من الفقه للمبدأ يظهر متشدداً^(٤٣).

(41) De laubadere, J. c. venezia, p. Gaudemet, Droit adinistratif, T. I. L. G. D. J. 12 eme ed. 1992 , no1163.

(42) CF. G. vedel, p. Delvolve, Droit Admintistratif, T. 2. , P. U. F., 11 eme, ed. 1990, p. 720.

(43) Voir notamment J. Huet, op. cit.

أما بالنسبة إلى السرية فهي لا تطبق سوى على الرسائل المرسلة إلى شخص محدد أو معروف، كما أن الاسم المستعار يمكن أن يكون في الواقع تحديداً للشخص، وفي جميع الأحوال لا تستفيد من تلك الحماية الإعلانات التي يمكن الدخول عليها بواسطة البحث المنفذ في الخدمة والأطفال وكل المستخدمين غير الحذرين الذين يدخلون إلى تلك الخدمات يواجهون هذا النوع من الرسائل المرسلة إلى أشخاص غير محددة.

فالاستناد إلى السرية لتعطيل جهود الشركة الفرنسية للاتصالات يعتمد على قراءة جزئية ومتحيزة للنصوص؛ لأنها على العكس تمثل إلزاماً حقيقياً بالرقابة، وهو ما يمكن استنتاجه من الأحكام الواردة في كراسة المسؤولية^(٤٤) التي تفرض على المستغل العام الالتزام بتنظيم الخدمة للتحقق من جودتها: "تلتزم الشركة الفرنسية للاتصالات بالابتكار، والتنظيم، واستغلال الشبكة العامة للاتصالات عن بعد، وتورد للمستخدمين خدمات ذات جودة"، ولذلك فإنه يقع على المستغل العام الالتزام بالرقابة على أنشطة الشبكة، وهو ما أيدته محكمة استئناف باريس^(٤٥)، على اعتبار أنه يمثل حق للمستغل العام في الرقابة على احترام الالتزامات المفروضة على مورد الخدمة خاصة فيما يتعلق باحترام أحكام القانون الجنائي في نطاق وقواعد الآداب العامة.

غير أن الالتزام بالرقابة على الشبكة لا يمكن تنفيذه بشكل مطلق؛ نظراً لأن بعض الرسائل تكون "غير مرتبطة" على الشبكة بجزء أو عقوبة^(٤٦)، ولذلك يجب أن تتم الرقابة بشكل فاعل؛ لأن وظيفة الوساطة التي يقوم بها

(٤٤) القرار رقم ١٢١٣/٩٠ الصادر في ٢٩ ديسمبر ١٩٩٠م المتعلق بكراسة الشروط للشركة

الفرنسية للاتصالات ونظام البريد والاتصالات، المذكور المادة ٢، فقرة ٦.

(45) Paris, 13 octobre 1992, les petites affiches, 18 novembre 1992, no 139. p.11.

(46) Voir supra no 53 l' action du C. S. T. en la Matiere

المستغل العام لها أثر في "تنقيح" أو تطهير الخدمات المقدمة للمستخدمين أيضاً كان نوعها.

في الواقع فإنه طبقاً لمبدأ الحياد تقوم الشركة الفرنسية للاتصالات بتحصيل مقابل الارتباط من المستخدمين أيضاً كان موضوع الخدمة، وهذا المقابل يكون إجمالياً بحيث يشمل الجزء الخاص بها، وأيضاً الجزء الذي يدفعه إلى مورد الخدمة، وفي هذا المعنى يكون إعادة النظر في نطاق مبدأ الحياد له تأثير مباشر على خدمة المورد الذي يكون حالياً معفي من الالتزام بأحكام القانون بسبب دخول المستغل العام.

ثانياً- التنظيم الفني:

هناك بعض الوسائل الفنية التي تسهم في تحديد مدة وطبيعة الارتباط: - فالخدمات يمكن قطعها بشكل آلي من المستخدم بعد فترة زمنية، ويمكن التوسع في تطبيق ذلك ليشمل الخدمات التي تقدم الألعاب وأيضاً الرسائل، ويتم الاتفاق على هذه المدة وتكون إذن مرجعاً للخدمات العامة، وهو التزام يقع على عاتق منتجي الخدمة أو المستغل العام، ويسهم أيضاً في تنشيط نشر الخدمات.

ويعد هذا النظام من السهولة، إذ لا يتطلب سوى استخدام آلة ملائمة، وفي هذه الحالة يكون للمستخدم الاختيار من بين الخدمات التي تكون فيها مدة الارتباط تحت الرقابة، والخدمات التي لا يكون عليها رقابة في المدة. كما يمكن تحديد رموز للدخول إلى الخدمات، وذلك للسماح باختيار نوع الخدمة التي يمكن الدخول عليها، فكيفي إذن أن نحدد لكل فئة من خدمات الشبكة رمزاً محدداً للدخول، ويختاره المستخدم عند الارتباط بالشبكة عن طرق خط التليفون، كذلك فإن بعض الأجهزة تدخل على كل الخدمات، وبعضها الآخر تستبعد خدمات الرسائل.

وهذا الالتزام يسمح للآباء بأن يعبروا بشكل واضح عن رغباتهم في استبعاد أطفالهم من الدخول إلى بعض الخدمات، فالمستخدمون فقط الذين اختاروا الارتباط دون تحديد يقع عليهم الالتزام بالرقابة العائلية، والتي اختاروا القيام بها في ظروف غامضة، أي أن حجز الدخول إلى خدمات الرسائل "الوردية" للمستخدمين بناء على طلباتهم يكون هو الحل لهذه المشكلة.

ومع ذلك حتى تكون الرقابة فاعلة يجب أن يستكمل الاختيار الفني برقابة فاعلة على طبيعة الخدمات المقدّمة من كل فئة، مع توقيع عقوبات محددة ينص عليها في العقود المبرمة مع موردي الخدمة.

وعلى الرغم من ذلك يُعدّ القضاء مراكز الدخول مسئولة عن البيانات غير المشروعة الموجودة على الشبكة، وفي هذه النقطة تم رفع دعوى ضد مورد الدخول كمبيوسرف الألماني، لأنه شارك في نشر رسائل ذات خاصية جنسية تتعلق بالأطفال، ولقد بدأت الدعوى عام (١٩٨٥م) عندما قامت السلطات الألمانية بالزام مورد الاستضافة Compuserve الأمريكي بغلق مائتي موقع يحتوي على مواد إباحية تتعلق غالبيتها بالأطفال تقوم باستضافتها، ولكن المورد قام بفتح تلك المواقع في عام (١٩٩٦م)، وكان يمكن للمورد الألماني أن يقوم بالاختيار أو الرقابة على جميع الموضوعات التي يتم الدخول عليها، وعلى الرغم من أن الخبراء أكدوا ذلك إلا أنه حكم عليه بالحبس سنتين وغرامة ١٠٠ ألف مارك ألماني، واستند هذا الحكم على أسباب النظام العام في حماية الأطفال والشباب ولم يستند على إحدى التشبيهاً المذكورة سابقاً، ولكن بين أنه يجب على موردي الدخول أن يقوموا بالرقابة والتنقية الواجبة على الناشرين، كما أكد حكم المحكمة الهولندية الصادر في ١٢ مايو (٢٠٠٦م) أن مورّد الدخول يقوم بتقديم وسائل فنية تسمح بنشر الخدمات العامة، ولا يمكن عدّه مسئولاً عن موضوع تلك الخدمات إلا إذا كان على علم بها، إذن مورد الدخول لا يتحمل أي مسؤولية "نشرية" عن موضوع الخدمات لأن تدخله يكون

فنياً فقط، ويعد شريكاً في المسؤولية عن الموضوعات غير المشروعة التي يسمح بنشرها إن كان على علم بتلك الموضوعات، ويلتزم بأن يتخذ كل الإجراءات اللازمة لوقفها في حدود إمكانياته، وإلا اعتبر مسئولاً.

من جانب آخر قرر القضاء الأمريكي مسؤولية شركة الاتصالات عن بعد في حالة ما إذا كان على "علم أو يمكنه أن يعلم" بالخاصية غير المشروعة للموضوع الذي تنقله، كما اتجهت اللجنة الفيدرالية للاتصالات إلى مسؤولية موردي "الخدمات الجنسية" في الولايات المتحدة، والشركة الإسبانية للتليفونات اتخذت قراراً منذ (١٩٩٢م) بمنع الرسائل الوردية بين المستخدمين والخدمات الجنسية وخاصة المتعلقة بالأطفال، وفي المعنى نفسه هيئة الاتصالات البريطانية، وفي سويسرا عاقبت محكمة Lausanne مدير شركة الاتصالات السويسرية، لإدانته بالمشاركة في الانحراف الجنسي والنشرات غير الأخلاقية الخاصة بالأطفال، حيث عدته شريكاً في الجريمة، وفي بلجيكا تم معاقبة رئيس الشركة العامة البلجيكية للاتصالات بسبب تجارة الرقيق.

الخاتمة

يتناول هذا البحث موضوع "مسؤولية متولّي الرقابة عبر الإنترنت" وانعكاساته على أحكام المسؤولية التقصيرية، وذلك من حيث الإجراءات المادية التي يقوم بها المستخدمون داخل عالم الإنترنت، وسواء أجريت من قبل المستخدمين أنفسهم أم من قبل برامج تعمل لصالحهم أم بالتفاعل بين المستخدم والبرنامج، فتناول البحث جانباً واحداً من هذه المعاملات، وهو المعاملات غير العقدية، والتي تتمثل في الإجراءات المادية التي يقوم بها المستخدمون خارج الإطار التعاقدية عبر الإنترنت، وتتميز المعاملات عبر الإنترنت بوجه عام بأن هناك وسيط بين أطرافها الأصليين دائماً، ويعرف بمزود خدمات الإنترنت، وهو شخص طبيعي أو اعتباري يقدم إحدى خدمات مجتمع المعلومات، وتشمل الاتصال بالإنترنت، واستضافة المواقع

الإلكترونية والتخزين المؤقت والتوجيه والنقل، وكذلك خدمة الربط والتخزين بناء على توجيه من المستخدم وتقديم خدمة تسجيل أسماء النطاق، وغيرها من الخدمات الوسيطة داخل العالم الافتراضي.

وأوضحت الدراسة أن الخطأ التقصيري عبر الإنترنت بأنه "الإخلال بالتزام قانوني عبر الإنترنت"، وقمنا بتحليل التعريف من ناحيتين، الأولى: الأساليب المستخدمة في ارتكاب الخطأ التقصيري وكيف أنها أساليب تقنية متنوعة، والثانية: معنى الالتزام القانوني، وبيّنت الدراسة صور الخطأ التي تمثل انتهاك الحق في الخصوصية عبر الإنترنت وهي: الكشف عن الوقائع أو المعلومات الشخصية عبر الإنترنت، وتجميع المعلومات الشخصية بشكل تلقائي، واستخدام المعلومات الشخصية لأغراض تجارية، والدخول غير المأذون به، واعتراض الاتصالات.

وانتهت الدراسة إلى أن مسؤولية متولّي الرقابة يمكن تصورها عبر الإنترنت في حالة القصر، في ظل استخدامهم المتزايد والسيئ للإنترنت، كما انتهت الدراسة إلى أنه من النادر أن تنشأ تلك المسؤولية في حالة المصاب بحالة عقلية، لكن إذا حدث أن وقع من الأخير خطأ تُطبّق القواعد العامة، وتنشأ المسؤولية.

التوصيات:

١- يقترح الباحث إنشاء وحدة بحثية بكليات القانون في سلطنة عمان وجمهورية مصر العربية تختص بالبحث العلمي في قضايا الإنترنت والقانون أو قضايا التكنولوجيا والقانون عموماً.

٢- ويقترح الباحث أيضاً أن يكون البحث العلمي القانوني في مجال التنظيم القانوني للإنترنت في صورة المشاريع البحثية، بمعنى وجود الفنيين أو التقنيين المتخصصين بالأمور الفنية للإنترنت كجزء من البحث القانوني، لأهمية فهم وإدراك وتصور المسائل التقنية بالنسبة إلى الحكم عليها.

- ٣- ويوصي الباحث بالعمل على تدريب المختصين بضبط الجرائم التقنية في شرطة عمان السلطانية تدريباً دائماً ومتقدماً وفقاً للأساليب العصرية في هذا الشأن.
- ٤- ويوصي الباحث أيضاً بإنشاء نيابة متخصصة للتحقيق في قضايا الإنترنت؛ لكي يباشر التحقيق شخص مؤهل لديه إدراك بطبيعة الانتهاكات التي تتم داخل عالم الإنترنت، وكذلك يكون لديه العلم الكافي بالإنترنت ذاته. كما يوصي بتخصيص دوائر في المحاكم المصرية؛ لنظر قضايا الإنترنت.
- ٥- وأخيراً يوصي الباحث جميع الباحثين في مجال قانون الإنترنت أن يحرصوا على اتباع المنهج المقارن في أبحاثهم المتعلقة بالتنظيم القانوني للإنترنت، للوصول إلى نتائج علمية يجوز أن تتأسس عليها تشريعات عادلة في هذا المجال، بشكل لا يهدر مصالح المواطنين وحقوقهم.

قائمة المراجع

أولاً- مراجع باللغة العربية:

- (١) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢م.
- (٢) د. عز الدين الدناصوري، عبدالحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة، ١٩٨٨م.
- (٣) د. محمد المرسى زهرة: الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني، الإثبات الإلكتروني، المستهلك الإلكتروني)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م.
- (٤) د. محمود السيد عبدالمعطي خيال: الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م.
- (٥) د. محمود السيد عبدالمعطي خيال: الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م.



ثانياً- مراجع باللغة الأجنبية:

- 1) Bird (R) & Jain (S): The global challenge of intellectual property rights, Edward Elgar publishing, Massachusetts, 2009.
- 2) Buck (S): Movie therapy for law students (and pre-law, paralegal, and related majors): Are you ready for law school??: prepare for law school, final exams, and the bar exam by watching movies!! Author House, Indiana, 2009.
- 3) Conley (C) & Kelson (A) et at. Parental liability for copyright infringement by minor children, electronic frontier foundation, EEf (eff.org). November1, 2005 (revised May 1, 2007).
- 4) Mack (J.): Street Fights: Air Rifles, shotguns, Minors & their parents- A New York perspective on parental liability for the torts of their minors, 21 parcel. Rev.
- 5) Pilling (D.) & Barrett (P.), et Disabled people and the internet experiences, barriers and opportunities. Joseph Rowntree foundation. London, 2004.
- 6) Russo (C.) Key Legal Issues for schools: The ultimate resource for school, Business officials, R&L education, UK. 2013.
- 7) Sampson (J) & Tindall (H): Texas family code annotated: with relatedstate and federal statutes. Thomson/West, Minnesota, U.S. 2005.
- 8) Singh (R.) Blind Handicapped Vs Technology: How do blind people use Issue 4, April-2012.
- 9) Waller (M): California family law for paralegals, Aspen publishers online, New York. 2008.
- 10) Weber (J.), Don't drink, don't smoke, don't download: parents' liability for their children's file sharing, Florida law review, vol. 57, 2005.
- 11) M. Montanier, les actes de la vie courante en Matiere d' incapacites, J. C. P. 1982, G, 1, 3076, C. Atias, Droit

- civil, les personnes les incapacites , P.U.F.1985, No 88 et suiv.
- 12) L'enfant et les medias, in statut et protection de l' enfant, edite par le conseil d' Etat, section du Rapport et des etudes . La documentation francaise, 1991.
 - 13) De laubadere, J. c. venezia, p. Gaudemet, Droit adinistratif, T. I. L. G. D. J. 12 eme ed. 1992 , no116.
 - 14) CF. G. vedel, p. Delvolve, Droit Admintistratif, T. 2., P. U. F., 11 eme, ed. 1990, p. 720.

ثالثاً- الإنترنت:

- 1) <http://now-static.norton.com/now/en/pu/images/promotions/2012/cybercrime/assets/downloads/en-us/NCR-Datasheet.pdf>.
- 2) <http://www.ijser.org/researchpaper%5cblind-handicapped-vs-techonology-how-do-blind-people-use-computers.pdf>.
- 3) <http://www.justice.gov/criminal/cybercrime/docs/ccmanual.pdf>.
- 4) <http://www.onguardonline.gov/articles/0029-parental-controls>.
- 5) <http://www.pewinternet.org/~media/files/reports/2010>.
- 6) <http://www.texthelp.com/media/39372/USPeopleWithDisabilities.pdfon>.



النظام القانوني لمجلس فض المنازعات في عقود الفيديك (FIDIC) (دراسة تحليلية)

الدكتور/ جمال عمران المبروك اغنية*

المخلص:

تعد صناعة الإنشاءات الهندسية من أكبر المشروعات على المستوى الدولي؛ نظراً لما تطلبه من أموال طائلة، ولما تأخذه من الوقت لإنجازها، ولكثرة تعقيداتها، وتداخل العلاقات التعاقدية المرتبطة بها، لذلك يحرص أطراف عقد الفيديك على وجود وسيلة سهلة وسريعة لفض المنازعات الناشئة عنه؛ لضمان حصولهم على حقوقهم إبان نشوب أي نزاع مستقبلي، الأمر الذي أفرز إلى الوجود مجلس فض المنازعات بموجب صيغة الفيديك للعام (١٩٩٩م)، والتي تعد وسيلة متميزة لفض النزاعات على الرغم من بعض المثالب التي اعترت هذه الآلية الحديثة نسبياً، إلا أنها تظل الآلية الأنسب المعمول بها حالياً، والتي تعد أكثر توفيقاً من سابقتها التي كانت سائدة في العام (١٩٨٧م)، والتي كانت تعطي للمهندس الاستشاري سلطات واسعة للغاية في حل النزاع، مما جعل منه حكماً وخصماً في الوقت ذاته، وأدى إلى عزوف أطراف التجارة الدولية عن العمل بها لصالح الآلية الجديدة المتمثلة في مجلس فض المنازعات.

الكلمات المفتاحية: عقود الفيديك - مجلس فض المنازعات في عقود الفيديك - المهندس الاستشاري - المقاول.

* الأستاذ المساعد بكلية القانون - جامعة طرابلس.



Legal System of the Dispute Resolution Board in FIDC Contracts (Analytical Study)

Dr. Jamal Omran Al-Mabrok Agneah *

Abstract:

The engineering construction industry is one of the largest projects at the international level because of the large amounts of money it takes, the time it takes to complete it, its complexity and the complexity of the contractual relations associated with it. The FIDIC Dispute Resolution Board (1999), which is an excellent way to resolve disputes, despite some of the shortcomings of this relatively modern mechanism, however, it remains the most appropriate mechanism currently in place, which is more successful than the previous one (the mechanism that prevailed in 1987), which was given the consultant engineer very wide powers in resolving the dispute, which made him a ruling and an opponent at the same time and led to the reluctance of the parties of international trade to work in favor of the new mechanism of the Council Disputes.

Keywords: FIDIC Contracts – Dispute Resolution Board in FIDC Contracts – Consulting Engineer – Contractor.

* Assistant Professor at College of Law - University of Tripoli.

مقدمة

تعد صناعة الإنشاءات الهندسية من أضخم مجالات الاستثمار على المستوى الدولي والوطني، حيث تتميز هذه الصناعة الواعدة بحجم المشاريع المنشأة، وما تتطلبه من مبالغ مالية طائلة جداً، وما تأخذه من الزمن لإمكانية إنجازها، ولتعدد أطرافها، وتنوع عقودها وتشابكها وتعقيداتها، وما يترتب على كل ذلك من نشوب العديد من المنازعات بين أطرافها، وكثرة المطالبات العقدية المتعلقة بها؛ لذا فقد سعى الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين والمعروف اختصاراً باسم "الفيديك" (Fédération Internationale Des Ingénieurs Conseils) إلى وضع نماذج عقدية؛ لتنظيم صناعة التشييد والبناء عرفت "بعقود الفيديك" التي تنظم العديد من العمليات القانونية والفنية المتعلقة بالتشييد والبناء، وغالباً ما يكون أطرافها دولاً أو مؤسسات عامة أو هيئات عامة في علاقتها مع الشركات الأجنبية العاملة في مجال الإنشاءات الهندسية مثل: بناء مشروعات الجسور والسكك الحديدية وإقامة المطارات، بل إنها تشمل اتفاقات نقل التكنولوجيا المرافقة؛ لإقامة هذه المشروعات. وعلى الرغم من النجاح الكبير الذي حققه نظام الفيديك؛ إلا أن ما يؤرق المستثمرين في مجال البناء والتشييد هو كيفية حل المنازعات الكبيرة والمتداخلة والمعقدة التي تنشأ عادة في مثل هذه المشروعات الإنشائية العملاقة، حيث إن الواقع العملي قد أفرز العديد من هذه المنازعات بين أرباب الأعمال من جهة وبين المقاول من جهة أخرى، والتي يكون منشؤها عقدي غالباً؛ نظراً لأهمية الوقت في مثل هذه الإنشاءات، ولتنوع آليات تنفيذها، ولوجود عناصر أجنبية تنفذ هذه المشاريع العملاقة، مما فاقم من حدة النزاعات.

لذا ودرءاً لكل هذه المخاوف والحد من هذه المنازعات كان لزاماً أن يتم استخدام طرق فعالة ومقبولة؛ لحل الخلافات في إطار "عقود الفيديك" بعيداً عن تعقيدات القضاء العادي أو قضاء التحكيم التجاري، التي تأخذ وقتاً وجهداً ومالاً كثيراً كما هو

معلوم عند الجميع، ومن هنا ظهر إلى الوجود بعد تطور مستمر ومتتابع "مجلس فض المنازعات" الذي نظمت أحكامه المادة (٢٠) من نموذج عقد الفيديك لعام (١٩٩٩م) المعمول به حالياً في كافة عقود الفيديك محلياً ودولياً، كونه الوسيلة الأنجح والأسرع في حل إشكالات الفيديك.

وتكمن أهمية هذه الدراسة في كونها تتناول بالدراسة والتحليل المعمق أهم الإشكاليات التي تواجه صناعة الإنشاءات الهندسية، ألا وهي كيفية فض منازعاتها المعقدة للغاية، وإرساء الطمأنينة في نفوس أطراف عقد الفيديك بأن أية نزاعات حالية أو مستقبلية سوف يتم احتواؤها من خلال مجلس فض المنازعات، الأمر الذي يدفع قدماً أطراف عقد الفيديك إلى المضي في تنفيذ عمليات ومشاريع التنمية المستدامة، وخصوصاً في البلدان النامية، والأقل نمواً، والمتعطشة إلى مثل هذه التنمية.

كما أن دراسة النظام القانوني لمجلس فض المنازعات إنما يتمتع بأهمية قصوى، وخصوصاً ونحن نتحدث عن عقد من عقود التنمية الذي تختلف فيه القوى الاقتصادية قوة وضعفاً بين أطرافه؛ لأن من ينفذ مثل هذه المشروعات العملاقة إنما هي مجموعة من الشركات المتعددة الجنسيات في مجال التشييد والبناء، والتي تنتمي إلى دول مختلفة على درجة عالية من التقدم والقوة السياسية والإقتصادية التي لا تخفى على أحد، بينما يمثل الطرف الثاني في عقد الفيديك إحدى الدول النامية أو الأقل نمواً التي تعد الطرف الأضعف في معادلة الفيديك، بما ينبه الأذهان إلى مدى عدالة وتوازن الحقوق والالتزامات بين طرفي عقد الفيديك، وهو ما دعانا صراحة إلى اختيار هذا الموضوع؛ لإيضاح النظام القانوني لفض منازعات عقود الفيديك، أي من خلال مجلس فض المنازعات الذي يستهدف حل كافة الإشكالات التي تعترض سير المشروعات التنموية على أساس من التوازن العقدي في الحقوق والالتزامات بين طرفي الفيديك، الدولة من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى.

أما بخصوص إشكالية دراستنا فإننا ومن خلال هذا الجهد العلمي، سنحاول إيجاد الحلول للعديد من الإشكالات القانونية المتعلقة بالنظام القانوني لمجلس فض المنازعات من خلال طرح التساؤلات الآتية:

- ما المقصود بمجلس فض المنازعات ابتداءً، وما هي آليات عمله؟
- هل آلية تشكيل المجلس وآلية عمله قادرة على تقديم الحلول الناجعة للمنازعات الإنشائية المعقدة والمتداخلة؟
- ما مدى إلزامية القرارات الصادرة عن مجلس تسوية المنازعات؟ وما هي طبيعتها القانونية؟ وهل توجد ثغرات قانونية في نظامه القانوني تؤدي واقعياً وقانونياً لعدم جدوى القرارات الصادرة عنه أو تفرغها من محتواها أصلاً؟
- هل يحتاج النظام القانوني لمجلس تسوية المنازعات للتعديل في آلية عمله لإضفاء القوة الملزمة لقراراته؟
- هل يعد مجلس التسوية الوسيلة الأنجح لفض نزاعات عقود الفيديو؟ وما مدى حيادية واستقلالية أعضاء المجلس؟ وما هو الحل لإشكالية تشتت آراء أعضاء المجلس ثلاثي التشكيل؟

تعد هذه التساؤلات المهمة للغاية مدار دراستنا وتحليلنا المعمق في هذه الدراسة؛ لإمكانية إيجاد الاجابات الشافية والوفائية لحل كافة هذه الإشكالات القانونية متبعين في ذلك أسلوباً منهجياً وعلمياً تحليلياً، قائماً على تحليل كافة النصوص القانونية المنظمة لعمل المجلس، وآليات اتخاذ قراره الواردة في نموذج عقد الفيديو لعام (١٩٩٩م) باعتباره الصيغة النهائية المعمول بها حالياً مع محاولة المقارنة والموازنة حسب مقتضي الحال مع نموذج عقد الفيديو الذي كان سائداً قبل الآلية الحديثة، والذي يعتمد على المهندس الاستشاري حكماً وخصماً، موضحين من خلال الفهم العميق للأحكام القانونية التي بين أيدينا لوجهات النظر الفقهية المقارنة حيال

كلتا الآليتين القديمة والحديثة مع بيان وجهة النظر الفقهية المقيّمة لعمل مجلس فض المنازعات، وبيان وجهة نظرنا الخاصة حيال كافة هذه المسائل.

هذا وتشمل هذه الدراسة من حيث نطاقها نموذج أحكام عقد الفيديك لعام (١٩٩٩م)، المعمول به حالياً، والذي يمثل الصيغة النهائية المقدمة من الاتحاد الدولي إلى المهندسين الاستشاريين، بالإضافة إلى بيان آراء الفقه المقارن كما سبق بيانه.

ومما تقدم فإننا سنقوم بتناول موضوع النظام القانوني لمجلس فض منازعات الفيديك من خلال تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث، نتناول في المبحث الأول منها المقصود بمجلس فض المنازعات في إطار عقود الفيديك، وأما المبحث الثاني فإننا سنخصصه لدراسة آلية عمل المجلس وكيفية إصدار قرارته، هذا ونتناول في المبحث الثالث التقييم الفقهي الخاص بمجلس فض المنازعات.

المبحث الأول

المقصود بمجلس فض المنازعات

تتطلب منا دراسة النظام القانوني لمجلس فض منازعات عقود الفيديك أن نوضح ابتداءً المقصود بمجلس فض المنازعات من خلال بيان نشأته، وذلك في (المطلب الأول) ثم التعريفات التي أُضيفت إليه في (المطلب الثاني)، حيث إن الحديث في كل هذه المسائل إنما يحظى بأهمية كبيرة؛ لأنه يمثل حجر الأساس في إشكاليات هذه الدراسة، إذ لا يمكننا الإجابة عن أيّ من التساؤلات المطروحة مالم نتناول بعمق كبير ولادة هذا المجلس وتعريفه، وهو ما دعانا حقيقة إلى الحديث عن المقصود بمجلس فض المنازعات باعتباره اللبنة الأولى في النظام القانوني لهذا المجلس، هذا ونتطرق في (المطلب الثالث) إلى الحديث عن آلية فض المنازعات التي كانت سائدة فيما قبل الآلية الحديثة.

المطلب الأول

الجدور التاريخية لمجلس فض المنازعات

سنحاول من خلال هذا المطلب إلقاء الضوء على التطور التاريخي لنشأة عقد الفيديك، حيث إنه مر بالعديد من المحاولات الجادة لصياغته إلى أن توجت هذه الجهود بالوصول إلى الصيغة المعمول بها حالياً؛ لذا نود الإشارة إلى أن مصطلح "فيديك (FIDIC)" المتداول على نطاق واسع محلياً ودولياً إنما هو اختصار للعبارة الفرنسية (Fédération Internationale Des Ingénieurs Conseils) والتي يقصد بها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، إذ تم تأسيس هذا الاتحاد عام (١٩١٣م) من خلال المساهمة الجادة لكل من الجمعية الفرنسية للمهندسين الاستشاريين المعروفة اختصاراً (CICF)، والجمعية البلجيكية للمهندسين الاستشاريين المعروفة اختصاراً بـ(CICB)، والجمعية السويسرية للمهندسين الاستشاريين المعروفة اختصاراً بـ(ASIC)، والذي يعود إليهم قصب السبق في الدعوة إلى عقد أول مؤتمر يضم مجموعة من المهندسين الاستشاريين في مدينة (جنت) البلجيكية في عام (١٩١٣م)، ثم عقد المؤتمر الثاني للفيديك في سويسرا في مدينة (بيرن)؛ وذلك لمناقشة تشكيل اتحاد دولي يضم المهندسين الاستشاريين كافة في دول العالم كافة، وقد ضم (٥٩) مهندساً استشارياً من دول مختلفة، وأسفر عن قيام الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (FIDIC)^(١).

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن بريطانيا لم تنضم إلى اتحاد الفيديك إلا في عام (١٩٤٩م)، أما الولايات المتحدة الأمريكية، فقد انضمت إلى الاتحاد الدولي

(١) لمزيد من التفصيل انظر: محمد إبراهيم بداح، عقود المقاولات الدولية، الأسس القانونية لصياغة عقود المقاولات الدولية ضمن معايير عقود (FIDIC)، دار الثقافة، عمّان، الأردن، ط١، ٢٠١٧م، ص٢٢ وما بعدها، الدليل الدولي لعقود الفيديك، منشورات الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (FIDIC)، ترجمة داؤود خلف، عمّان، ط١، ٢٠١٥م، ص١٠ وما بعدها.

للمهندسين الاستشاريين في عام (١٩٥٨م)، كما أن هناك مجموعة من الدول العربية قد حظيت بعضوية الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين وهي جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية وجمهورية تونس والمملكة المغربية، هذا وقد تم إصدار أول صيغة من نماذج عقود الفيديك في عام (١٩٥٧م)، والمسمي بالكتاب الأحمر نسبة إلى لون الغلاف الذي يضمه، وقد جاء منظماً لعقود المقاولات الهندسية المدنية، ثم توالى العديد من الإصدارات المختلفة للفيديك التي كانت تأتي مطوّرة ومعدّلة للعديد من الأحكام القانونية الواردة في نماذج الفيديك القديمة، مما أدى إلى زيادة التوعية، والإقبال على اعتماد نظام فيديك ليكون نظاماً فريداً ومرحباً به في أوساط صناعة الإنشاءات الهندسية العالمية كافة^(٢).

ويهدف نظام فيديك ابتداءً إلى محاولة تجميع جهود المهندسين الاستشاريين حول العالم كافة في تشكيل مؤسسي موحد معني بمعرفة مشاكلهم، وتوفير الحماية القانونية لهم، وبذل الجهود؛ لصقل خبراتهم العملية؛ ودعم فئة المهندسين الاستشاريين على المستوى المحلي والدولي، وتوفير مناخ آمن؛ لقيامهم بمهامهم الإشرافية على أكمل وجه، ذلك كله كان هدفاً للفيديك عند تأسيسه؛ إلا أن هذه المبادئ والأهداف قد تطورت وتغيّرت إلى دعم كل المهندسين الاستشاريين في دول العالم كافة، وأن يكون لهم تمثيلٌ قانوني موقرٌ على المستوى المحلي والدولي، ودعم صناعة الإنشاءات الهندسية الاستشارية نحو الأداء الأفضل والامتثال لميثاق شرف لكافة أعضاء الفيديك (وهو ما تم اعتماده فعلياً في مؤتمر بكين المنعقد عام ٢٠٠٥م)، حيث قامت الجمعية العامة للاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين باعتماد هذه الأهداف والرؤى؛ لتكون

(٢) لمزيد من التفصيل انظر: عصام عبدالفتاح، عقود الفيديك لمقاولات وأعمال الهندسة المدنية ووسائل فض منازعاتها، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ط١، ٢٠١٦م، ص ١٢ وما بعدها، محمد تقي الدين، الفيديك، الاتحاد الدولي للمهندسين والاستشاريين، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، ٢٠١٢م، ص ١٢ وما بعدها.

ميثاق شرف يشجع عمل المهندسين الاستشاريين، ويجعلهم أكثر قبولاً ومصداقية، مشرفين وحكماء في حل إشكالات العمل الهندسي الاستشاري^(٣).

كما أن نظام الفيديك يقوم بالإشراف على عقود المقاولات الدولية كافة بمجال الهندسة الإنشائية، وإعداد نماذج العقود المتعلقة بصناعة البناء والتشييد، سواء أعمال الهندسة الإنشائية أم أعمال الكهرباء والميكانيكا، وسواء كانت عقود الدفعة الأولي أم عقود المقايسة بالوحدة أم عقود تسليم المفتاح في إطار عقود نموذجية تم إعدادها بعناية واهتمام، ومشاركة كبيرة من قبل كبار المهندسين الاستشاريين الذين وضعوا من خلالها كافة خبراتهم وتجاربهم العلمية والعملية في مجال المقاولات الهندسية الإنشائية^(٤).

لذا جاءت صيغة عقود الفيديك على درجة من التمييز والمرونة في تنفيذ المشاريع العملاقة، ومما دعم ثقة المتعاملين بها سواء أرباب الأعمال أم المقاولين الدوليين على حد سواء؛ لأنها تشكل في محتواها ومضمونها نظاماً موحداً وشاملاً ومتكاملاً ومتوازناً من الأحكام القانونية الرصينة التي كانت بادئ ذي بدء إنما تخول المهندس الاستشاري دوراً فاصلاً وحاسماً في الإشراف على تنفيذ هذه العقود الدولية بل وحكماً في النزاعات المختلفة التي كانت عادة ما تثور بين أطراف عقد الفيديك، وهو ما كان سائداً قديماً؛ إلا أنه ومع صدور الصيغة الحديثة لعقد الفيديك الصادرة في العام ١٩٩٩م، فقد تم التوصل إلى إقامة مجلس مختص بتسوية منازعات عقود

(٣) انظر: عصام عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ١٣ وما بعدها.

(٤) محمد سعد خليفة، عقد الاستشارة الهندسية في مجال التشييد والبناء، دراسة تحليلية لعقود الفيديك، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠١٤م، ص ٨٧-٨٨، عصام البهجي، عقود الفيديك وأثرها على التزامات المهندس والمقاول ورب العمل، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط ١، ٢٠١٨م، ص ٢٣ وما بعدها.

الفيديك بعيداً عن تفرّد وتسلط المهندس الاستشاري، حيث يكون هذا المجلس مشكلاً من عضوٍ واحدٍ أو تشكيل ثلاثي، وذلك حسب قيمة النزاع المطروح.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (FIDIC) قد قام منذ نشأته بإصدار العديد من نماذج عقود الفيديك، وذلك بحسب المجال الإنشائي المراد تنظيمه، حيث سميت هذه النماذج بأسماء نابغة من ألوان المغلفات التي احتوتها، فمنها الكتاب الأحمر الذي صدرت النسخة الأخيرة منه عام ١٩٩٩م، والكتاب البرتقالي الذي صدرت النسخة الأولى منه عام (١٩٩٥م)، والكتاب الأخضر الذي صدرت النسخة الأولى منه عام (١٩٦٣م)، والكتاب الفضي والأبيض والذي صدرت النسخ الأولى منهما عام (١٩٩٠م)، وذلك وفقاً للتسلسل الزمني لنشأة عقود الفيديك ووفقاً لنوع عقد المقابلة المزمع تنفيذه، فمنها ما هو متعلق بعقد البناء والتشييد، ومنها ما هو متعلق بالأعمال الميكانيكية والكهربائية وأعمال التركيب والتجهيز في الموقع ومنها ما ينظم العلاقة التعاقدية بين المقاول ورب العمل والمهندس الاستشاري الذي يشرف على العقد، ومنها ما هو معنيّ بعقد التصميم والتشييد وتسليم المفتاح، ومنها ما هو متعلق بعقود المشروعات الصغرى سواء حسب مدة تنفيذها أم حسب قيمتها المالية.

وقد آثرنا مجرد تعداد وذكر هذه الأنواع من نماذج عقود الفيديك دون تفصيل كبير؛ وذلك استجابة لإشكالية دراستنا التي تتعلق بمجلس تسوية منازعات الفيديك وفقاً لنموذج عقد الفيديك لعام (١٩٩٩م)، ما يفرض علينا عدم التوسع أو الإطناب فيما سواه إلا فيما ذكر على سبيل التوطئة؛ للإلمام القانوني بموضوع الدراسة.

وكما يجب التنويه إلى أن مجلس تسوية منازعات الفيديك إنما ترجع جذوره التاريخية إلى أواخر الستينيات، وذلك في الولايات المتحدة الأمريكية، في مرحلة إقامة البنية الأساسية لبعض الولايات ببناء محطات الكهرباء والماء وشق الأنفاق والطرق وبناء الجسور والسدود، الأمر الذي تطلب إقامة مجلس استشاري معني بالنظر في

المنازعات التي قد تنشأ أثناء إقامة سد واشنطن الحدودي، هذا المشروع العملاق، ثم وفي تطور لاحق تم إنشاء ما يعرف بمجلس مراجعة النزاعات أثناء بناء نفق ايزنهاور في ولاية كولورادو بسبب العديد من النزاعات القانونية والفنية التي واكبت إقامة هذا المشروع، ثم في فترة حديثة نسبياً تم إنشاء المنظمة الأمريكية للتحكيم في عام (١٩٩٤م)، التي شكلت فريقاً مكوناً من نخبة من المهندسين الاستشاريين والمحامين بلغ عددهم (٥٥)؛ لغرض إقامة دراسة مستفيضة وتصوراً متكاملًا وشاملاً لأفضل الوسائل التي يمكن اللجوء إليها لفض منازعات الإنشاءات الهندسية عقود المقاولات الدولية، وقد تم إعداد هذه الدراسة وتسليمها عام (١٩٩٥م)، حيث أرسلت نسخة منها لقربة (٩٠٠٠) من المختصين في المجال القانوني والهندسي، وإلى أعضاء المنظمة الأمريكية للتحكيم، وأعضاء اللجنة الوطنية لفض النزاعات الهندسية؛ بهدف تقييم هذه الدراسة، وإبداء ملاحظاتهم ومقترحاتهم في جدوى هذه الدراسة، وفي نوفمبر عام (١٩٩٥م)، وردت كافة الملاحظات والتعديلات اللازمة على آلية فض المنازعات في عقود المقاولات الدولية، وتم اعتماد هذا التقرير من قبل المنظمة الأمريكية للتحكيم بعد استكمال التعديلات المشار إليها، وقد لاقت هذه الآلية الاستحسان والقبول في مجال مقاولات التشييد والبناء، قام الفيديك بتبنيها لتمثل النواة الأولى لمجلس فض المنازعات في نظام الفيديك، حيث اعتمدت في حل نزاعات عقود التصميم والتشييد وعقد تسليم المفتاح، ثم ساد انتشار هذه الآلية، وتم اعتمادها من البنك الدولي للبناء والتعمير ضمن عقوده النموذجية للقطاعات الصادرة في يناير ١٩٩٥م محدداً عدد الأعضاء وفقاً لقيمة النزاع المطروح^(٥).

(٥) لمزيد من التفصيل انظر: ربحي عارف، مجلس فض المنازعات في عقود الفيديك، بحث منشور في مجلة المهند القانوني، ع ٢٤، ٢٠١٤م، ص ٢٢٠، مها أشقر عبدالله، مدى كفاية التنظيم القانوني لمجلس فض المنازعات في عقد الفيديك الأحمر، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٥م، ص ٢٠ وما بعدها.

المطلب الثاني

تعريف مجلس فض المنازعات

هناك جهود بُذلت لإيجاد تعريف لمجلس تسوية المنازعات في عقود الفيديك، حيث حاول جانب واسع من الفقه القانوني إيجاد تعريف جامع مانع لهذا النظام الفريد والمميّز من أنظمة فض المنازعات، وخصوصاً بعد الانتشار الواسع لهذه الآلية وتبنيها من قبل أطراف عقود المقاولات الدولية كافة، بل من قبل العديد من المؤسسات الدولية المعنية بعقود الإنشاءات الهندسية الدولية، هذا بالإضافة إلى اعتماد هذه الآلية من قبل العديد من دول العالم المتقدم منه والنامي على حد سواء، حيث باتت هذه الآلية لا غني عنها لحل إشكاليات عقود الفيديك واسعة الانتشار؛ لذا فقد تم تعريف مجلس تسوية المنازعات بأنه: "أداة لفض المنازعات في الموقع يضم إما شخصاً واحداً أو ثلاثة أشخاص أو أكثر حسب تعقيد المشروع من أناس مستقلين وحياديين من ذوي الاختصاص والكفاءة الذين يتم اختبارهم من قبل طرفي العقد"^(٦). كما تم تعريفه على أنه: "هيئة من المستشارين من ذوي الخبرة غير المتحيزين والمستقلين والمزودين بوثائق العقد والمخططات والمواصفات والمطلّعين على تطور وتقديم العمل بالمشروع من خلال الزيارات الميدانية الدورية للموقع والمعينين قبل البداية في تنفيذ العقد"^(٧).

(٦) محمد سعيد فتحة، مجلس فض المنازعات، عقد الفيديك النموذجي، مجلة المهندس القانوني،

ع ١٦، ٢٠١٣م، ص ٧.

(٧) زيد عبدالعزيز السهلي، التحكيم في المنازعات الهندسية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية

للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠١٥م، ص ٧٥.

هذا وقد عرفه آخر بأنه: "مجموعة من الخبراء المستقلين المحايدین تم اختيارهم من قبل طرفي العقد ليطلعوا باستمرار على سير العمل في المنشأة وحل المنازعات لحظة نشوؤها"^(٨).

كما عرّف بأنه: "هيئة تتكون من شخص أو مجموعة من الأشخاص المحايدین تتوفر فيهم النزاهة والاستقلالية والموضوعية والكفاءة الفنية والقانونية في موضوع النزاع الذي ينشأ بين أطراف عقد المقاولة، ويتم إحالة هذا النزاع للبت فيه خلال مدة معقولة بقرار ملزم مالم يعترض الطرفان أو أحدهما عليه"^(٩).

يتضح للباحث من خلال مجموعة التعريفات التي أضيفت على مجلس تسوية المنازعات في إطار نظام فيديك بأنها في مجملها إنما تنهل من معين واحد، إذ إنها ركزت على كون المجلس إنما يمثل هيئة مختصة في الفصل في المنازعات والإشكالات التي تنشأ عند تنفيذ عقد المقاولة الدولي، أي أن المقصود هو إيجاد حل ناجع للخلاف الناشب بين طرفي عقد الفيديك (المقاول من جهة ورب العمل من جهة أخرى) بشأن أي من تفاصيل عقد البناء والتشييد، وفي أية مرحلة من مراحلها؛ وذلك لرأب الصدع بين الأطراف المتخاصمة، حيث يتكون هذا المجلس من شخص واحد أو ثلاثة أشخاص ممن تتوفر فيهم الكفاءة والخبرة والمصادقية والموضوعية والفهم العميق لجوهر الإشكال القائم، بعد قيامهم بالجولات الميدانية داخل المشروع؛ للوقوف على أصل النزاع، ويتم اختيارهم من قبل الأطراف المتخاصمة ابتداءً، وهو ما يفهم صراحة من جملة التعريفات التي أوردتها الفقه، والتي وإن كان الباحث يؤيدها إجمالاً إلا أن هذه التعريفات الفقهية قد جاءت قاصرة عن إجمال العديد من المسائل الجوهرية التي يتّسم بها مجلس تسوية المنازعات، حيث إن الهيئة المختصة في نظر النزاع -من وجهة نظر الباحث- يجب أن تضم خبراء مختصين في المجال المحاسبي

(٨) مها أشقر عبدالله، المرجع السابق، ص ٢٠.

(٩) ربحي عارف، المرجع السابق، ص ٢٢١.

والهندسي بالإضافة إلى المجال القانوني، كما أن عدد أعضاء المجلس يجب أن يتحدد في ضوء قيمة النزاع المطروح، كما يشترط أن يكون عدد أعضاء المجلس واحداً أو ثلاثة أي أن يكون العدد فردياً؛ لأن من التعريفات السابقة من ذهب إلى القول ثلاثة أشخاص أو أكثر، والواقع الجاري به عملاً هو بثلاث أشخاص فقط منعاً لتساوي الأصوات الزوجية مما يُعرقل إصدار القرار، كما أن إحالة النزاع إلى مجلس فض المنازعات يجب أن يكون خطياً، مما يستوجب الإشارة إلى ذلك في صلب التعريفات المشار إليها آنفاً.

لذا فإن الباحث يُعرف مجلس تسوية المنازعات بأنه: "هيئة مختصة بموجب أحكام نموذج عقد الفيديك المعمول به فترة نشوء النزاع بنظر كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ عقد الفيديك والناشئة بين الما قول ورب العمل، وتكون من متخصص في المجال القانوني والفني والمحاسبي والهندسي من شخص واحد أو ثلاثة أشخاص بحسب قيمة النزاع المطروح يتميزون بالحيادية والاستقلالية والنزاهة في نظرهم للنزاع، ويتم اختيارهم من قبل أطراف النزاع بموافقة خطية قبل البدء في تنفيذ عقد الفيديك"، وبذلك نكون قد اجتهدنا في إجمال كافة السمات التي يتميز بها مجلس فض المنازعات، في محاولة منّا لإيجاد تفصيل جامع مانع لهذا النظام الفريد والمتميز من أنظمة فض المنازعات.

المطلب الثالث

آلية فض منازعات الفيديك فيما قبل عام 1999م

إن الإلمام الشامل والوافي بإشكالية هذه الدراسة يتطلب منّا وقيل الحديث عن آلية فض المنازعات -المعمول بها حالياً- أن نتناول بالدراسة والتحليل القانوني المتوازن للآلية القديمة السائدة قبل عام (1999م)، والتي وإن كان لم يعد معمول بها؛ إلا أننا ارتأينا تناولها بشئ من الإيجاز غير المخل؛ للوقوف على المساوئ

القانونية التي دعت الاتحاد العام للمهندسين الاستشاريين الدوليين إلى العدول عنها، والتي ولاشك عند دراستها يتبين لنا مدى أهمية وفاعلية الآلية القانونية الجديدة المتمثلة في مجلس فض المنازعات في عقود الفيديك والمعمول بها لأول مرة عام (١٩٩٩م)، وهذا يؤدي -ولاشك- إلى عموم الفائدة القانونية، ويوضح لكل مضطلع بالمجال القانوني منهجية الدراسة الموازنة، ومدى أهميتها القانونية، ودورها في إثراء الفكر القانوني وإثراء المكتبة القانونية التي تفتقر -ولاشك- إلى مثل هذه الدراسات المهمة -من وجهة نظر الباحث- كما إننا لا نستطيع بأي حال من الأحوال أن نقف على مدى فاعلية وأهمية الآلية الحديثة لفض المنازعات ما لم ندرس الآلية القديمة؛ للتعرف إلى سلبياتها وعيوبها التي جعلت منها غير مواكبة للتطورات الجارية على ساحة الصناعة والإنشاءات الهندسية الدولية التي كانت سبباً في عزوف الأطراف المتنازعة عنها.

لذا فإن الآلية القديمة التي كانت سائدة عام (١٩٨٧م) إنما تقوم على فكرة مؤداها إعطاء المهندس والاستشاري سلطة الفصل في كافة النزاعات التي تنشأ بين رب العمل والمقاول أثناء تنفيذ عقد الفيديك، وهو ما نصت عليه المادة (٧٦) من الشروط العامة التي جاء فيها: "إذا نشأ نزاع أياً كان نوعه بين رب العمل والمقاول مرتبط بال عقد أو ناشئ عنه أو مرتبط أو ناشئ عن تنفيذ الأعمال أو بعد تمامها، سواء قبل أو بعد أي إنكار أو أي صورة أخرى لإنهاء العقد، بما في ذلك أي نزاع متعلق برأي أو أمر أو قرار أو مشاهدة أو تقييم من قبل المهندس، فيجب إحالة موضوع النزاع إلى المهندس كتابة مع إرسال نسخة إلى الطرف الآخر..... ويتعين أن يشار في كتاب الإحالة إلى أن تلك الإحالة تمت إعمالاً لهذه المادة على أن يخطر المهندس رب العمل والمقاول بقراره في مدة لا تتجاوز (٨٤) يوماً تالية لتسلمه الإحالة، ويتعين عليه أن يشير في هذا القرار إلى أنه اتخذ إعمالاً لهذه المادة".

من خلال هذه المادة يتضح لنا أن آلية فض منازعات عقود الفيديو التي كانت سائدة قبل عام (١٩٩٩م) كانت تقوم أساساً على إعطاء المهندس الاستشاري دور الحكم الذي يفصل في النزاع في المسائل كافة (محل الخلاف) بين طرفي عقد الفيديو، حيث يتم إحالة هذا الخلاف الناشب إلى المهندس الاستشاري بشكل مكتوب، وترسل نسخة من الإحالة إلى الطرف الثاني المعني بالخلاف، ويشترط في هذه الإحالة كذلك أن يشار فيها إلى أنها تطبيق لنص المادة (٧٦)، بل أن القرار الذي يصدره المهندس الاستشاري يجب أن يكون مستنداً لأحكام هذه المادة.

كما يلزم المهندس الاستشاري وفقاً لنص المادة (٧٦) من قائمة الشروط العامة فيديو المشار إليها آنفاً أن يصدر قراره النهائي في موضوع النزاع خلال مدة (٨٤) يوماً تحتسب ابتداءً من تاريخ استلامه الإحالة، وبذلك لا يحق لطرفي النزاع سواء أكان المقاول أم رب العمل أن يلجأ أي منهما إلى قضاء التحكيم التجاري أو القضاء العادي إلا في حالة رفض أحد الطرفين أو كليهما لقرار المهندس الاستشاري، أو عدم صدور هذا القرار خلال المدة القانونية المحددة، فهنا يحق لأي طرف في الخصومة أن يلجأ إلى التحكيم أو القضاء العادي^(١٠).

(١٠) لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع انظر: محمد السادات، آليات تسوية المنازعات في عقود الفيديو، دراسة في ضوء قواعد الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، بحث مقدم الى المؤتمر الثامن عشر لعقود التشيد والبناء بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، ٢٠١٨م، ص ٦٢٣ وما بعدها، مشاعل عبدالعزيز الهاجري، أثر ظهور مجلس فض المنازعات على اضمحلال الدور شبه التحكيمي للمهندس الاستشاري في عقود الفيديو، بحث مقدم في مؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية والأبعاد القانونية، المنعقد في جامعة الكويت، في الفترة من ٨ : ٩ مارس ٢٠١٥م، ص ١٢ وما بعدها.

هذا وقد ثار جدل فقهي واسع حول تحديد الطبيعة القانونية لاختصاص المهندس الاستشاري بفض منازعات عقود الفيديك، وإن كان السائد أن المهندس الاستشاري بمنزلة محكم أو شبه محكم باعتباره يقوم أثناء نظره إلى موضوع النزاع بالاستماع للدفاع طرفي الخلاف بناء على طلب أحدهم، كما أنه يقوم بالتحقيق في الوقائع المعروضة، ويضفي عليها التكييف والوصف القانوني المناسب، بل إنه يذهب كذلك إلى تفسير بعض بنود العقد، كما أنه يملك سلطة إصدار قرار نهائي في موضوع النزاع المطروح.

إلا أن هذا المسلك في تحديد الطبيعة القانونية لاختصاص المهندس الاستشاري لم يلق التأييد الكافي في الفقه القانوني، الذي إنبرى لتوجيه سهام النقد إلى هذا المسلك، ولم يعترف للمهندس الاستشاري بكونه محكماً استناداً إلى أن المهندس الاستشاري وأثناء نظره للنزاع لا يقوم باتباع الإجراءات القانونية المعروفة في الخصومة التحكيمية، حيث لا يوجد تبادل لمذكرات الدفاع ولا للطلبات العارضة، كما أنه لا يوجد إلزام قانوني على المهندس الاستشاري بإصدار قراره في الموضوع، هذا بالإضافة إلى عدم إلزامية هذا القرار بالنسبة إلى طرفي الخلاف اللذين بإمكانهم رفضه وعدم الإعتداد به، بينما الحكم التحكيمي يكون واجب النفاذ كالحكم القضائي تماماً، كما أن المهندس الاستشاري ومن ضمن سلطاته أن يبيت في أي من القرارات التي كان قد أصدرها سابقاً أثناء نظر النزاع، وأن يفصل فيها، وهو ما يتنافى مع حيادية المحكم؛ لأنه وبهذه الصفة إنما يكون حكماً وخصماً في الوقت ذاته، وهو أمرٌ مرفوض قانوناً^(١١).

(١١) لمزيد من التفصيل حول هذه الآراء انظر: محمد السادات، المرجع السابق، ص ٦٢٦ وما بعدها، عصام عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٣٨٦ وما بعدها، محمد عبدالمجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، دار النهضة العربية، ط ١، ٢٠١٣م، ص ٥٨ وما بعدها.

كما أنه ومن مكامن الضعف في آلية فض المنازعات عام (١٩٨٧م) هو وجود نوع من عدم الرضا عن دور المهندس الاستشاري، والتشكيك الدائم في مدى حياديته ومصداقيته وموضوعيته في نظر النزاع؛ لأنه وبكل بساطة إنما هو تابع لرب العمل ومرتبط به بعلاقة تبعية، إذ يتقاضى أجره من رب العمل، الأمر الذي يتنافى مع نزاهة وحياد المهندس الاستشاري المخول بفض منازعات عقود الفيديو، ومن ثم فإن المهندس الاستشاري في حقيقة الأمر لا يعد كونه مجرد شخص يحاول فض الخلاف بشكل ودي لا يرقى إلى كونه محكماً، ولا حتى أشبه بالمحكم؛ لأن فكرة اللجوء إليه ابتداءً إنما نجد أساسها في بنود عقد الفيديو التي تنص على ضرورة اللجوء إلى المهندس الاستشاري قبل إمكانية اللجوء إلى قضاء التحكيم، وإلا فقد التحكيم أحد شروطه الشكلية^(١٢).

وهو ما أكد عليه حكم المحكمة العليا الإنجليزية^(١٣) في عام (١٩٧٤م) التي رفضت إضفاء صفة المحكم أو شبه المحكم على دور المهندس الاستشاري، وأعطت الحق للعميل بطلب التعويض عن أخطاء المهندس الاستشاري المهنية، حيث قررت بأنه: "إذا كان المهندس له -بمقتضى العقد- سلطة إصدار قرارات بناء على رأيه الشخصي، وفي هذه الحالة فإنه يتعين عليه أن يعمل وفقاً لمقتضيات العدالة تجاه الآخرين بصفة خاصة المفاوض، وذلك لا يجعله محكماً ولا شبه محكم".

هذا وتجدر الإشارة إلى أن هناك مواقف متباينة للغاية حيال تقييم دور المهندس الاستشاري في فض منازعات الفيديو، ذلك أن التشريعات ذات المصدر الانجلوأمريكي تضيف على المهندس الاستشاري صفة شبه المحكم في موضوع النزاع باعتباره شخص يتمتع بخبرة واسعة وتخصص دقيق في مجال الإنشاءات الهندسية

(١٢) انظر: مشاعل عبدالعزيز الهاجري، المرجع السابق، ص ١٢ وما بعدها، محمد السادات، المرجع السابق، ص ٦٢٧ المرجع السابق.

(١٣) مشار إليه لدى، عصام عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٣٩٠-٣٩١.

تخوله القيام بهذا الدور، وتجعله محايداً ومستقلاً ويضفي على قراره الصفة القانونية، بينما نجد أن التشريعات ذات المصدر اللاتيني لا تعترف للمهندس الاستشاري بدور المحكم ولا شبه المحكم؛ لأنه دائماً يستمد صفته في الفصل من النزاع بموجب أحكام عقد الفيديك (نص المادة ٦٧)، وهو مجرد متطلب شكلي لازم لإمكانية اللجوء إلى قضاء التحكيم، ومن ثم لا تعدو جهوده إلا محاولة ودية لحل النزاع يتم بناء على طلب أحد أطراف النزاع^(١٤).

أما بخصوص رأي الباحث حيال آلية فض المنازعات لعام (١٩٨٧م) والقائمة على نص المادة (٧٦) من الشروط العامة للفيديك، فإننا نرى أن إعطاء المهندس الاستشاري سلطة إصدار القرار الفاصل في النزاع بين المفاوض ورب العمل يعد مسكاً غير موفق من الناحية القانونية؛ وذلك لأن المهندس الاستشاري إنما يفتقد إلى أهم صفة تخول له الفصل في النزاع، ألا وهي الاستقلالية والحيادية؛ لأنه مرتبط بعلاقة تبعية برب العمل، بل أنه يتقاضى أجره منه فكيف نضمن -يا ترى- نزاهة ومصداقية هذا المحكم؟ لأنه ومن الطبيعي أن ينجح بقراره لصالح رب العمل -ولا شك- ولعل ذلك كان أهم أسباب هجر هذه الآلية العقيمة لفض منازعات عقود الفيديك، ومما أدى إلى عزوف أطراف عقد الفيديك عن هذه الآلية وتعالق الدعوات الملحة بضرورة إيجاد وسيلة تكون أكثر نجاحاً وفاعلية من آلية الفيديك التي كانت سائدة إبان عام (١٩٨٧م)، كما أن إضفاء صفة شبه المحكم على المهندس الاستشاري لا يستقيم البتة؛ لأن هذا المهندس الاستشاري وأثناء نظره للخصومة لا يتبع الإجراءات القانونية والمعروفة في الخصومة التحكيمية، كما أنه غير ملزم قانوناً بإصدار قرار نهائي في موضوع النزاع، فقد تمر مدة (٨٤) يوماً ولا يتمكن من إصدار قراره، فتكون النتيجة حق طرفي النزاع في اللجوء إلى التحكيم، ويجعل من عمل المهندس المعماري خلال

(١٤) عصام عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٣٩٢، محمد عبدالمجيد إسماعيل، المرجع السابق،

المدة المنقضية مجرد حبر على ورق ولا قيمة له، وذلك بعد أن أهدر الكثير من الوقت والجهد والمال من قبل أطراف الخصومة ليتم اللجوء أخيراً إلى التحكيم.

كما أن صلاحية المهندس الاستشاري في إعادة النظر فيما كان قد أصدره من قرارات أثناء نظر النزاع أمر مستغرب للغاية، فكيف نخوله بذلك فيكون حكماً وخصماً في الوقت ذاته؟ وكأن مصالح أطراف الخصومة لا تعني له شيئاً، بل كأن نظر النزاع برمته لا طائل من ورائه، إذ يفقد المهندس الاستشاري بذلك حياديته، وهو أمر مرفوض قانوناً -من وجهة نظر الباحث- كما أن تخويل شخص واحد بفض النزاع دون النظر إلى نوع النزاع أو قيمته المالية، يجعل المهندس الاستشاري في بعض الأحيان غير قادر على الفصل في الإشكال القائم، وخصوصاً في المنازعات الكبيرة وذات التعقيد الكبير؛ إذ لا يستطيع شخص واحد البت في كافة أوجه الخلاف أو الإلمام بتفاصيله الكثيرة والمعقدة للغاية، مما قد يضطره إلى إصدار قرار لا يُراعي جوهر النزاع، ولا يُنصف الأطراف، أو يهمل جوانب أساسية كثيرة في النزاع بسبب حجم المشكلات المطروحة عليه وتنوعها وتفاقمها أو تمر الفترة المحددة لإصدار القرار دون تمكّن المهندس من فهم وتقييم بعض الخلاف أثناء نظر النزاع، مما يتطلب وجود أكثر من شخص يخول نظر النزاع لإمكانية إصدار قرار سليم يعكس الحقيقة والعدالة، ويكون مُنصفاً لأطراف النزاع، ومدعاة لقبوله من قبلهم؛ لذا كان لازماً أن توجد آلية جديدة قادرة على فض منازعات عقود الفيديك المتنوعة والمعقدة والكبيرة في قيمتها المالية.

هذا ويريد الباحث هنا أن يُلفت الانتباه إلى مسألة في غاية الأهمية، ألا وهي اختصاص المهندس الاستشاري باعتباره في الأصل مهندساً مدنياً، ولا شك بأنه ملم بكافة المسائل الفنية في مجال الهندسة المدنية، ولكنه حقيقة لا يمكنه الإلمام بأي حال من الأحوال بالجوانب القانونية للنزاع والتي -ولاشك- تحتاج إلى متخصص في علم القانون، وهنا نود طرح التساؤل عن كيفية قيام المهندس بإضفاء الوصف القانوني

على الوقائع المعروضة عليه، بل تكييفها ابتداءً، بل الأدهي من ذلك كيف يستطيع الإلمام بالإجراءات القانونية المتبعة من لحظة نظره للموضوع حتى إصدار قرار نهائي يحسم النزاع، حيث إن كل هذه التساؤلات المهمة لن نجد الإجابة عليها كون المهندس الاستشاري ليس مختصاً في مجال القانون، ومن ثم فإننا نرى أن آلية فض المنازعات وفقاً لنظام الفيديك (١٩٨٧م) قد ولدت عقيمة منذ البداية، وترتب تعقيداً كبيراً في نهايتها، مما كان له بالغ الأثر في قيام آلية جديدة لفض منازعات الفيديك تتمثل في ولادة مجلس فض منازعات عقود الفيديك لعام (١٩٩٦م)، والتي تم تعديلها في صيغتها النهائية عام (١٩٩٩م) المعمول بها حالياً، والتي وعلى رغم من المثالب التي تعترضها كما سيجري بحثه؛ إلا أنها تجد قبولاً واسع النطاق محلياً ودولياً، وقد خُصص لها مبحثاً مستقلاً باعتبارها تمثل إشكالية هذه الدراسة.

المبحث الثاني

آلية فض المنازعات في عقد الفيديك (عام ١٩٩٩م)

نظراً لكثرة المساوئ التي كانت قد عرقلت الآلية المتبعة لفض منازعات عقود الفيديك، والواردة في المادة (٧٦) من الشروط العامة لعام (١٩٨٧م) حدث تطور متسارع كمحاولة لإيجاد آلية تكون أكثر توفيقاً من سابقتها؛ نتيجة لذلك تم تعديل نص المادة (٧٦) المشار إليها آنفاً في عام (١٩٩٦م)، حيث تم استبدال دور المهندس الاستشاري لأول مرة بمجلس مختص بتسوية المنازعات المتعلقة بعقد الفيديك، بأن ألزم هذا التعديل طرفي العقد بضرورة إحالة أية نزاعات بينهما أو بإي قرار أو رأي أو شهادة أو تقدير صادر عن المهندس الاستشاري إلى مجلس تسوية المنازعات بشكل مكتوب؛ لبيت فيه بقرار نهائي، وقد تم اعتماد هذه الآلية في الفترة من عام (١٩٩٦م) حتى صدر التعديل الأخير في عام (١٩٩٩م)، وقام الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين بإصدار هذا التعديل لآلية فض منازعات عقود

الفيديك، وهو المعمول به حالياً في صناعة التشييد والبناء والمقاولات الدولية عموماً، وجاء هذا التعديل بتنظيم متكامل وشاملٍ لآلية فض النزاعات، وبشكل أكثر دقة وتطوراً من سابقه (تعديل عام ١٩٩٦م)، متلافياً لأية مطالب كانت تعترض تطبيق الآلية السابقة، حيث تم اعتماد المادة (٢/٢٠) من الشروط العامة للفيديك ١٩٩٩م، والتي نصت على أنه: "يتم فض الخلافات من قبل مجلس تسوية المنازعات عملاً بالمادة (٤/٢٠)، ويتعين على الطرفين أن يقوموا بتسمية أعضاء المجلس بصورة مشتركة ضمن التاريخ المحدد في ملحق عرض المناقصة".

هذا وسنقوم بتحليل نص المادة (٢/٢٠) وغيرها من مواد الشروط العامة، من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في الأول منهما تشكيل مجلس فض المنازعات والشروط الواجبة في أعضائه، وفي المطلب الثاني نحدد آلية إحالة النزاعات للمجلس وإصدار القرار.

المطلب الأول

تشكيل مجلس تسوية المنازعات

يتضح لنا من خلال نص المادة (٢/٢٠) من دفتر المقابلة الموحد للمشاريع الإنشائية -المشار إليها آنفاً- الكيفية القانونية لتشكيل مجلس فض المنازعات، حيث يتولى كلا طرفي الخصومة بتسمية أعضاء مجلس فض المنازعات، وذلك بالاتفاق بينهما، حيث إنه قد يتم تشكيل المجلس من حكم فرد أو من ثلاثة أشخاص يحدد كل طرف من أطراف المنازعة عضوه المسمى، ثم يُختار الحكم الثالث (وهو رئيس مجلس تسوية المنازعات) بالاتفاق والمناقشة بين طرفي النزاع والعضوين المختارين ويشترط أن يكون عدد أعضاء المجلس وتراً، أي واحد أو ثلاثة؛ لإمكانية التوصل إلى الأغلبية المرجوة لإصدار قرار المجلس، كما أن حرية طرفي النزاع سواء المفاوض أم رب العمل في إختيار العضو المسمى من طرفه لا يكون نهائياً إلا بعد موافقة

الطرف الثاني على الشخص المسمى، هذا وقد نصت المادة (٣/٢٠) على أنه: "إذا انطبقت أي من الحالات الآتية تحديداً:

أ. لم يتفق الطرفان على تعيين عضو المجلس المنفرد في الموعد المحدد ضمن الفقرة الأولى من المادة (٢/٢٠).

ب. أخفق أي فريق في تسمية عضو ما للموافقة عليه من قبل الطرف الآخر، إذا كان المجلس من ثلاثة أعضاء في الموعد المذكور في أعلاه.

ج. لم يتفق الطرفان على تعيين أي عضو بديل خلال (٤٢) يوماً من انتهاء مهمة العضو المنفرد أو أحد الأعضاء الثلاثة للمجلس؛ بسبب استنكافه، أو بسبب الوفاة أو العجز عن أداء المهام، أو بسبب الاستقالة أو إنهاء التعيين، فعندها تقوم جهة التعيين أو الشخص المسمى في الشروط العامة -بناءً على طلب أي من الطرفين أو كليهما وبعد إجراء التشاور اللازم مع كلا الطرفين- بتعيين عضو المجلس هذا، يكون هذا التعيين نهائياً وباتاً، كما يتعين على الطرفين أن يدفعوا مكافأة اللجنة أو الشخص الذي قام بالتعيين مناصفة.....".

وتجدر الإشارة إلى أنه من الجائز قانوناً وبعد الانتهاء من مهمة التشكيل القانوني لأعضاء مجلس تسوية المنازعات، أن بإمكان طرفي الخصومة الاتفاق على تعيين بديلاً لأعضاء مجلس التسوية؛ وذلك لإحلالهم مكان العضو أو الأعضاء الشاغرة أماكنهم بسبب من الأسباب الطارئة كالوفاة أو العجز أو الاستقالة أو غيرها من الأسباب، وذلك يتم بالإجراءات والوسائل ذاتها التي يتم بها تعيين أعضاء المجلس ابتداءً^(١٥)، وبالمقابل لا يجوز إقصاء أي من أعضاء مجلس تسوية المنازعات أو

(١٥) لمزيد من التفصيل حول نص المادة (٢/٢٠) انظر: عصام عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٤٠٠ وما بعدها، محمد السادات، المرجع السابق، ص ٦٢٩ وما بعدها، ربحي عارف، المرجع السابق، ص ٢٢٤ وما بعدها، خليل أحمد السيد، بدائل التقاضي عن تسوية المنازعات الناشئة عن عقد مقاولات أعمال الهندسة المدنية، بحث مقدم إلى مؤتمر الثامن عشر لعقود البناء والتشييد، المنعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة، العام ٢٠١٦م، ص ٥٧٦.

إنهاء تعيينه بإرادة أحد الأطراف منفرداً، وإنما يجب لإنهاء عمل أي عضو بمجلس التسوية من اتفاق أطراف الخصومة، المفاوض من جهة ورب العمل من جهة أخرى، كما أنه -وفي الحالات التي يكون عقد المفاوضة قد نص على قائمة مرشحين لعضوية المجلس- لا يجوز لطرفي الخلاف تسمية أعضاء جدد من خارج قائمة الترشيح للعضوية، ما لم يكن أحد أعضاء القائمة غير قادر أو غير راغب في العمل، وننوه هنا إلى أن مسألة التشكيل القانوني لمجلس تسوية المنازعات واختيار أعضائه وممارستهم لمهامهم، يجب أن يكون تحت مظلة الشروط العامة للفيديك المتعلقة بفض المنازعات لعام ١٩٩٩م المرفقة كملحق بهذه الشروط، أي يجب أن يشار دائماً إلى أن عملية تعيين أعضاء المجلس وممارستهم للمهام قد تمت وفقاً لنص المادة (١/٢٠) و(٤/٣٠) من نموذج الفيديك (١٩٩٩)^(١٦)، ويتضح لنا جلياً من خلال نص المادة (٣/٢٠) من دفتر المفاوضة الموحد للمشاريع الإنشائية، أنه في حالة عدم الاتفاق بين المفاوض ورب العمل على تسمية أحد أعضاء المجلس الثلاثي التشكيل أو العضو المنفرد في المجلس أحادي التشكيل أو اختلافهما على تسمية أحد الأعضاء البديلاء خلال فترة (٤٢) يوم من انتهاء مهمة العضو بسبب الوفاة أو العجز أو لسبب طارئ، فإن الجهة المسؤولة عن تشكيل المجلس ابتداءً المتمثلة في الاتحاد الدولي للمهندسين الدوليين أو من يقوم مقامه يقع عليهم واجب تعيين العضو المنفرد أو العضو في التشكيل الثلاثي أو العضو البديل حسب مقتضى الحال، وذلك بعد الجلوس إلى طرفي النزاع، والتشاور معهم ملياً، حيث يتم تسمية العضو، ويكون تعيينه نهائياً وباتاً لا رجعة فيه مع تحمل أطراف الخصومة التكاليف المالية للشخص الذي قام بالاختيار والتعيين لهذا العضو، ويكون تحمل العبء المالي مناصفة بين المفاوض ورب العمل.

(١٦) لمزيد من التفاصيل انظر: محمد السادات، المرجع السابق، ص ٦٣٠، عصام عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٤٠١.

هذا ويجب أن ننوه إلى أن تعيين أعضاء أو عضو مجلس تسوية المنازعات إنما يقوم أساساً بالنظر إلى القيمة المادية لموضوع النزاع، فمتى كانت قيمة النزاع عالية كان تشكيل المجلس ثلاثياً، أما في المنازعات الأقل قيمة، فيكون التشكيل أحادياً، وهو ما أكدته المادة (٢٠-٢) من دفتر المفاولة الموحد للمشاريع الإنشائية في جزئه الثاني، أما بخصوص تحديد المكافآت المالية والأتعاب بالنسبة إلى أعضاء مجلس التسوية أو كل خبير يتم اللجوء إليه في المسائل الفنية في النزاع يتم اقتسام هذه الالتزامات المالية مناصفة بين كل من المفاوض ورب العمل، إلا أنه لا يمنع أن يتم الاتفاق على أن يتحمل رب العمل بهذه الأتعاب كاملة دون مناصفة مع المفاوض في حالة تشكيل المجلس وعدم نظره لأي نزاع، أما بعد نشوء النزاع فيتحمّل الطرفان (المفاوض ورب العمل) هذه الأتعاب والمصروفات مناصفة، فيجب القيام بدفع كافة المصاريف، والمكافآت والأتعاب خلال مدة (٢٨) يوماً من تاريخ تسلم المطالبة بهذه المصاريف، وهو ما نظمته المادة (١٧) من نموذج عقد الفيديك الشروط الإضافية الخاصة^(١٧)، ويبدأ مجلس فض المنازعات بمهام عمله خلال (٦٠) يوماً من تاريخ توقيع اتفاقية فض المنازعات وفقاً لنص المادة (٢٠) من دفتر المفاولة الموحد الشروط العامة الإضافية وشروط فض المنازعات، وفقاً لأحكام نموذج عقد الفيديك للعام (١٩٩٩م)، إلا أنه لا يباشر أية اختصاصات إلا بعد نشوء النزاع بين رب العمل والمفاوض، وفي هذه الحالة يجب على المجلس أن يأخذ الوقت الكافي؛ لدراسة النزاع وجلب الوثائق والقيام بالزيارات الميدانية الكافية لفهم جوهر الخلاف، ومن ثم يبدأ في عقد جلسات الاستماع للأطراف المتنازعة، هذا وتنتهي مدة تعيين مجلس فض المنازعات عندما يكون قرار المخالصة نافداً، وهو ما نصت عليه المادة (١٤-٢) من الشروط العامة، ويشترط في أعضاء مجلس تسوية المنازعات أن تتوفر فيهم

(١٧) انظر حول هذا الموضوع: محمود فياض، عقود البناء والمفاولات بين قصور النظرية وإشكاليات التطبيق، منشورات معهد أبحاث التنمية الاقتصادية (ماس)، ٢٠١٥م، ص ١٠٦.

الخبرة والكفاءة المهنية والفنية العالية، والتي تمكنهم من فهم جوهر النزاع والإلمام بتفاصيله القانونية والفنية وأن يكونوا على درجة عالية من الحيادية والاستقلالية والموضوعية أثناء نظرهم إلى النزاع القائم بين المفاوض ورب العمل؛ لأن قيام مجلس فض المنازعات على فكرة قيام الأطراف المتنازعة باختيار أعضائه، هذا لا يعني بأي حال من الأحوال تبعية هؤلاء الأعضاء لأي من أطراف الخصومة بعيداً عن العلاقات المصلحية أو الشخصية مع المفاوض أو رب العمل على حد سواء، كما يجب على أعضاء مجلس التسوية ألا تكون لهم أي علاقة مباشرة أو غير مباشرة بأية مؤسسة أو شركة أو جهة تتبع أطراف النزاع، وإن كانت هذه الجهة أو الشركة أو المؤسسة لا علاقة لها بالنزاع الناشب والمنظورة أمام المجلس^(١٨).

وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن مجلس فض المنازعات في عقود الفيديك إنما حقق نجاحاً بفضل توفر الخبرة المهنية والإلمام في أعضائه وخصوصاً متي كان هؤلاء الأعضاء مهندسين استشاريين سبق لهم العمل كمحكمين في نزاعات إنشائية سابقة؛ لأنهم أفضل من يستطيع أن يؤدي مهمة فض المنازعات في عقود الفيديك (هو ما يلاحظ في الواقع العملي) باعتبارهم من ذوي الخبرة والمهارة والكفاءة بأشكال العمل الهندسي الإنشائي كافة، كما أن هناك من اشترط أن يتمتع أعضاء مجلس تسوية المنازعات بالإلمام الكافي بلغة العقد محل النزاع ألا وهي اللغة الإنجليزية، حيث إن عقود الفيديك كما هو معلوم إنما تم صياغتها باللغة الإنجليزية، ومن ثم فإن الإلمام بهذه اللغة يعد مطلباً أساسياً لفهم كافة إشكالات وتعقيدات مشهد

(١٨) لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع انظر: لافي درادكه، آلية تسوية منازعات عقود البناء والتشييد، الحل بالتفاوض والحسم بالتحكيم؛ دراسة مقارنة بين عقود الفيديك القديمة لعام ١٩٨٧ وقواعد الفيديك الحديثة لعام ١٩٩٩، بحث مقدم الي المؤتمر الثامن عشر للبناء والتشييد المنعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٣م، ص ٦٥٩ وما بعدها، ربحي عارف، المرجع السابق، ص ٢٢٨ وما بعدها، عصام عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٤٠٤، محمد عبدالله، المرجع السابق، ص ١٠٣.

النزاع، كما أنه أدعى وأصوب للتفاهم والتقارب والانسجام بين أعضاء الفريق الواحد (أي فريق مجلس فض المنازعات)؛ لأنه في بعض الأحيان يلاحظ انتماء أعضاء المجلس إلى دول مختلفة عدة تلهج بلغات مختلفة، الأمر الذي يتطلب أن تكون هناك لغة موحدة تجمع شتات هؤلاء الأعضاء على كلمة سواء^(١٩)، كما يشترط في أعضاء مجلس التسوية لإمكانية الفهم العميق لجوهر الخلاف الناشب أن يكون على الأقل أحد أعضاء المجلس، وحيداً لو كان رئيسه ذا تخصص في مجال القانون، وذلك لوضع الحلول القانونية في النزاع المطروح، ومراعاة الإجراءات القانونية المسبقة أمام المجلس أثناء نظره للنزاع، كما يستحسن ألا يكون أحد أعضاء المجلس ممن يحملون جنسية أحد أطراف النزاع ذاتها؛ وذلك تحقيقاً للحيادية والموضوعية في نظر النزاع الناشئ، ما لم يكن أطراف النزاع -المقاول ورب العمل- يحملون جنسية واحدة، فهنا لا يُغير من الأمر شيئاً كون أحد أعضاء المجلس أو جميعهم يحملون الجنسية ذاتها؛ لانتماء مغبة الميل أو المحاباة غير المرغوب بها، كما يشترط في أعضاء مجلس التسوية الالتزام بالسرية، وعدم إفشاء أسرار الخصومة أو الخصوم، وذلك في كافة جلسات الاستماع، وحتى في حالات طلب الخبرة يجب أن يكون اختيار هذا الخبير بعد المشاورة مع أطراف النزاع وموافقهم، ذلك كله نظراً لحساسية عقود المقاولات الدولية، وحفاظاً على السمعة التجارية، وعلى الأسرار التجارية^(٢٠).

(١٩) انظر: حسن بن فضل، آثار اعتماد عقد المقاولات أعمال التشييد فيديك ١٩٩٩ كمصدر للتنظيم القانوني لعلاقة الأطراف في فلسطين، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، نابلس، ٢٠١٦م، ص ٣١٠ وما بعدها، أسامة مجدوب، أهمية أن يكون المحكم مهندساً، بحث مقدم في المؤتمر الثاني للتحكيم الهندسي، المنعقد في السعودية، الرياض، في الفترة من ٥-٧ مايو ٢٠١٣م، ص ٢ وما بعدها.

(٢٠) انظر: عصام عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٤٠٣، رحي عارف، المرجع السابق، ص ٢٢٨، محمد عبدالله سراج الدين، معالجة منازعات مشاريع التشييد في المملكة العربية السعودية باستخدام مجلس مرجعة النزاع، بحث منشور بمجلة جامعة الملك عبدالعزيز للعلوم الهندسية، ع ٢، ٢٠١٧م، ص ١٠٣ وما بعدها.

المطلب الثاني

آلية إحالة النزاع إلى مجلس تسوية النزاع وإصدار القرار

إن طبيعة عقود المقاولات الدولية، وما تتطلبه من وقت طويل لإنجازها، وما تكلفه من مبالغ مالية هائلة يعد في حد ذاته مثار لنشوب العديد من المنازعات بين المقاول ورب العمل أثناء تنفيذ عقود الإنشاءات الهندسية، التي تتميز بكثرة تفاصيلها الفنية والقانونية، فالمقاول -مثلاً- قد يطالب رب العمل بأحقية في الحصول علي دفعات مالية متى ما وصل إنجاز المشروع إلى نسبة معينة أو طلب تمديد العقد في حالات الظروف الاستثنائية أو بسبب النقص في توفير العمالة المدربة للعمل في المشروع أو بسبب ارتفاع أسعار المواد الأولية للبناء بسبب ظرف طارئ أو بسبب إجراءات حكومية تنفيذية، كما أن المطالبات والمنازعات قد تأتي من جانب رب العمل، كالمطالبة بإجراء عمليات الإصلاح والصيانة للعيوب التي عرقلت بعض الإجراءات المنفذة من المشروع، وغيرها من إشكالات العمل الهندسي الإنشائي، وهو ما يتطلب وبشكل ملح وجود آلية لفض المنازعات بصيغتها الجديدة المتمثلة في مجلس فض منازعات عقود الفيديك النسخة الأخيرة لعام (١٩٩٩م).

فكل هذه النزاعات التي أشرنا إليها -على سبيل المثال لا الحصر- لن تجد طريقها إلى التسوية إلا بإحالتها إلى مجلس فض المنازعات، وهو ما نظمته المادة (٢٠-٤) من عقود الفيديك النموذجية عام (١٩٩٩م) التي نظمت مجموعة من الإجراءات القانونية والقواعد الإجرائية لنظر النزاع أمام المجلس منذ بدء النزاع وإحالاته للمجلس وحتى إصدار قرار نهائي فيه، حيث نصت المادة (٢٠-٤) على أنه: "إذا نشأ خلاف من أي نوع كان بين الطرفين فيما يتصل أو ينشأ عن العقد أو تنفيذ الأعمال، بما في ذلك أي خلاف حول أي شهادة أو تقديرات أو تعليمات أو رأي أو تحديد قيمة من قبل المهندس، فإنه يمكن لأي طرف إحالة الخلاف خطياً إلى المجلس

لدراسته، واتخاذ قرار بشأنه مع إرسال نسختين من ذلك الإشعار إلى الطرف الآخر والمهندس على أن يتم التتويه بإن إحالة الخلاف قد تمت وفقاً لأحكام هذه المادة...". ومن خلال هذه المادة يتبين لنا أنه عند نشوب أي نزاع بين الطرفين (المقاول ورب العمل) أيّاً كان نوعه أو موضوعه فبإمكان أي من الطرفين أن يحيل هذا الخلاف القائم إلى مجلس تسوية المنازعات بشكل رسمي مكتوب، ودون رضاً من الطرف الآخر، وهي تسمى بالإحالة الرسمية، والتي تكون في الخلافات ذات التعقيد الكبير والجدية والمهمة للغاية، وليس مجرد نزاع بسيط سرعان ما يتلاشي بين الطرفين كما أن إحالة النزاع إلى المجلس قد تكون خطية ولكنها ليست بشكل رسمي، وذلك متى تمت إحالة النزاع باتفاق بين المقاول ورب العمل، مما يفهم منه رغبة الطرفين في عدم المخاصمة بقدر حرصهما على التوصل إلى أرضية مشتركة ومتوازنة من التفاهم تكون مرضية ومنهية للخلاف القائم بعيداً عن الإشكالات والتعقيدات الإجرائية المعروفة في الإحالة الرسمية إلى المجلس.

لذا فإن الملاحظ أن الإحالة غير الرسمية لمجلس تسوية المنازعات لا تمثل مخاصمة ونزاعات قائمة بين الأطراف بقدر ما تعد طلباً للرأي الاستشاري من المجلس، أي أن الطرفين المختلفين يخولان المجلس سلطة إصدار قرار استشاري في المسألة المعروضة، متى كانت غامضة وغير مفهومة بالنسبة إلى المقاول ورب العمل، فيقوم المجلس هنا وبناء على هذه الإحالة غير الرسمية باستصدار قراره الاستشاري في موضوع الاستفهام المقدم، وهو ما يقع كثيراً في الحالات التي يطلب فيها الطرفان تغيير حكم أو نص أو بند من بنود العقد، متى كان غير واضح أو حَمَل لأوجه^(٢١)، أما متى تم إحالة النزاع إلى مجلس التسوية في الشكل الرسمي، فيجب أن يكون خطياً لا شفويّاً، وذلك لغايات إمكانية إرسال نسخة من هذه الإحالة

(٢١) محمد لافي درادكه، المرجع السابق، ص ٩٥٩ وما بعدها، محمود فياض، المرجع السابق،

إلى الطرف الآخر وإلى المهندس الاستشاري للمشروع، وأن يتم الإشارة وبشكل واضح وصريح بأن هذه الإحالة قد تمت بموجب نص المادة (٢٠-٤) من الشروط العامة لعقد الفيديك (١٩٩٩م)، فإذا كان المجلس ثلاثي التشكيل يعد قد استلم هذه الإحالة من التاريخ الذي يستلم فيه رئيس هذا المجلس للإشعار، كما يجب على أطراف الخصومة أن يقدموا بين يدي المجلس كافة المستندات والوثائق والرسومات المتصلة بالنزاع والداعمة لموقفهم في النزاع، وكافة المعلومات التي يطلبها المجلس دون تأخير أو تباطؤ أو تلوؤ؛ لأن من شأن كل ذلك أن يسهل مهمة مجلس فض المنازعات للوصول إلى تفهم جوهر الخلاف القائم، وبيان مدى أحقية كل طرف من أطراف الخصومة المعروضة، كما أنه من حق المجلس من تلقاء ذاته أو بناء على طلب أحد الخصوم أن يقوم بالزيارة الميدانية لموقع المشروع؛ للوقوف على جوهر النزاع ومتابعة مراحل تنفيذ المشروع، ومن ثم يعتمد جلسات استماع لأطراف الخصومة.

هذا وقد نصت المادة (٧) من دفتر المقابلة الموحد للمشاريع الإنشائية على ضرورة أن لا تزيد المدة عن الزيارة الميدانية والزيارة الأخرى عن (٦٠) يوماً، وإن كان الواقع العملي يخول أعضاء المجلس بتحديد مواعيد الزيارات للموقع بحسب تعقيدات وملابسات موضوع النزاع، فمن الممكن أن تصل عدد الزيارة إلى ثلاث زيارات في الشهر الواحد متى استدعت طبيعة النزاع ذلك، أما في النزاعات البسيطة غير البالغة التعقيد، فقد يكتفي المجلس بالزيارة لمرة واحدة كل ثلاثة أشهر؛ لإمكانية فهم أسس وتطورات الخلاف القائم، كما أن المادة (٨) من دفتر المقابلة الموحد الشروط الإضافية الخاصة بالفيديك (١٩٩٩م)، قد أعطت صلاحيات واسعة لمجلس تسوية المنازعات لإمكانية حل الخلاف القائم في أقرب الآجال، إذ يمتلك المجلس صلاحية تحديد نطاق المنازعة المحالة إليه، والتأكد من جدية ومصداقية الوقائع المعروضة والمطالبات المقدمة بالأسلوب الذي يراه المجلس مناسباً، كما أن له الأحقية والصلاحية في تقييم أي رأي أو استشارة أو شهادة صادرة عن المهندس

الاستشاري المشرف على المشروع، هذا وبالإضافة لصلاحيه منع الغير ممن لا علاقة لهم بموضوع النزاع من حضور جلسات الاستماع أو الزيارات الميدانية أو المداولات، كما يجوز للمجلس أن يقرر دفع نفقات التمويل المستحقة بموجب العقد محل النزاع، هذا ومن صلاحيته الاستمرار في عقد جلسات الاستماع والتشاور رغم غياب أحد أطراف النزاع بعد إبلاغه بضرورة الحضور وعدم امتثاله، وتكون جلساته صحيحة من الناحية القانونية^(٢٢)، وهنا يتعين على المجلس وخلال مدة أقصاها (٨٤) يوماً تحتسب من تاريخ تسلمه لإشعار الإحالة أو في أي فترة بعد هذه المدة بشرط موافقة الأطراف أن يصدر قراره النهائي في موضوع النزاع وأن يكون هذا القرار مسبباً ومعللاً، ويشار فيه إلى استناده لأحكام المادة (٢٠-٤)، وأن يكون مكتوباً، وأن يذكر تاريخه لإمكانية احتساب المدة القانونية، وهو ما نصت عليه المادة (٢٠-٤) من الشروط العامة الإضافية للفيديك (١٩٩٩م) المشار إليه، كما لا يجوز لمجلس فض المنازعات النظر في تفسير قراره الصادر أو تصويبه إلا بموافقة الأطراف بناء على طلب مكتوب يقدمه إلى المجلس^(٢٣)، ويكون قرار المجلس نهائياً وملزماً بعد مضي مدة (٢٨) يوماً من استلام القرار من قبل أطراف النزاع (المقاول ورب العمل) دون اعتراض عليه من قبلهما، ومن ثم ليس لأي من الأطراف -بعد مضي هذه المدة دون اعتراض- الحق في اللجوء إلى التحكيم، أما في حالة عدم رضا أحد أطراف الخصومة بقرار المجلس وخلال المدة المحددة (٢٨) يوماً فإن له حق إبداء عدم رضاه عن القرار، وأن يرسل نسخة من إشعار عدم الرضا موضحاً فيه أسباب عدم الرضا إلى الطرف الآخر خلال هذه المدة وقبل انتهائها، ويشار إلى أن هذا الإشعار صادر وفقاً لأحكام المادة (٢٠-٤) المشار إليها، ومن ثم يحق لهذا الطرف المعارض

(٢٢) انظر: محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٥٠ وما بعدها، محمد سعيد فتحه، مرجع سابق،

ص ١٢.

(٢٣) مها أشقر عبدالله، المرجع السادس، ص ٧٦ وما بعدها.

اللجوء إلى القضاء والتحكيم التجاري الدولي، إلا أنه من باب الحرص من قبل الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين على عدم تفاقم الخلافات والمشاكل بين طرفي النزاع بعد صدور قرار مجلس فض المنازعات، والذي تم رفضه من قبل المتخاصمين، أو من أحدهما يتعين على الطرفين الجلوس لمحاولة فض الخلاف بطريق التسوية الودية التي لا تعد هنا شرطاً لازماً للجوء إلى التحكيم، فبإمكان أي من الطرفين اللجوء إلى التحكيم دون المرور بمرحلة التسوية الودية المشار إليها آنفاً^(٢٤).

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن مسأله إحالة النزاع إلى مجلس فض المنازعات، ومن ثم إصدار قرار نهائي في موضوع الخصومة إنما تعترضه في بعض الأحيان إشكالات تتمثل في غياب أحد أعضاء المجلس ثلاثي التشكيل عن حضور الجلسات، سواء جلسات الاستماع أو التقييم أو المداولة، فهنا قد أجاز نظام فيديك عام (١٩٩٩م)، للعضوين الآخرين صلاحية الاستمرار في عقد الجلسات دون أي تأخير أو تباطؤ، بل حتى إصدار قرار في الخصومة المعروضة رغم غياب العضو، وذلك كله مرتبط بموافقة أطراف النزاع على استمرار الجلسات وإصدار القرار؛ لأنهما المعنيان بتقدير قيمة الوقت أثناء نظر النزاع ما لم يكن العضو المتغيب هو رئيس مجلس فض المنازعات، وكان قد أوعز للعضوين الحاضرين بعدم إصدار قرار في غيبته، فهنا لا يجوز إصدار القرار النهائي حتي عودة رئيس المجلس المتغيب^(٢٥)، كما أنه ومن الإشكاليات التي قد تواجه أعضاء مجلس فض المنازعات في إصدار قرارهم النهائي في الخلاف القائم هو إشكالية وجود رأي مخالف لأحد أعضاء المجلس ثلاثي التشكيل؛ لأنه وكما نعلم غالبية قرارات مجلس فض المنازعات

(٢٤) انظر: ربحي عارف، المرجع السابق، ص ٢٥٣، عصام عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٤٠٠، وما بعدها، مها أشقر، المرجع السابق، ص ٧٦ وما بعدها، عصام البهجي المرجع السابق، ص ١١١. (٢٥) محمد السادات، المرجع السابق، ص ٦٣٠، وما بعدها ربحي عارف، المرجع السابق، ص ٢٣٣، عصام عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٤٠٠ وما بعدها.

تصدر بالإجماع أو بالأغلبية، وذلك بعد المداولة في جلسة مغلقة تقتصر على أعضاء المجلس فقط وإعداد مشروع القرار؛ وذلك كله نظراً لاشتراط وترية عدد أعضاء المجلس، إلا أنه قد يصدر بالأغلبية، وهنا يحق للعضو المخالف أن يقدم تقريراً برأيه المخالف، وتقديمه إلى أطراف النزاع، وهو ما أكدته المادة (١٤) من دفتري المقالة الموحد، كما أنه ومن الإشكالات التي قد تواجه مجلس فض المنازعات، أثناء استصداره للقرار إشكال تشتت الآراء^(٢٦) في المجلس ثلاثي التشكيل، وذلك عندما ينفرد كل عضو من أعضاء المجلس برأي مختلف عن العضو الآخر، فنكون أمام ثلاثة آراء مختلفة تعيق تحقق الإجماع أو الأغلبية في استصدار قرار المجلس النهائي، وهنا يجب أن يتم إبلاغ أطراف الخصومة (المقاول ورب العمل) بوجود إشكال في إصدار القرار؛ ذلك لأن نموذج عقد فيديك لعام (١٩٩٩م) لم يضع حلاً لهذه المسألة الشائكة، كما أنه لم يعط رئيس مجلس تسوية المنازعات سلطة إصدار قراره منفرداً، مما يعد من معوقات وسلبيات عمل مجلس فض المنازعات كما سيجري بيانه في التقييم الخاص لمجلس فض المنازعات، وهو موضوع مبحثنا الثالث.

المبحث الثالث

تقييم النظام القانوني لمجلس تسوية المنازعات

سنحاول من خلال هذا المبحث تقييم النظام القانوني لمجلس تسوية المنازعات والذي يتطلب منا -ولا شك- الوقوف ابتداءً على تحديد الطبيعة القانونية لقرارات مجلس تسوية المنازعات (المطلب الأول)، ثم الحديث عن مميزات وعيوب نظام تسوية المنازعات المعمول به مدعمين كل ذلك بوجهة النظر الخاصة للباحث (المطلب الثاني).

^(٢٦) حول هذه الإشكالية انظر: رحي عارف، المرجع السابق، ص ٢٣٤، محمد السادات، المرجع السابق، ص ٦٣٠.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لقرارات مجلس تسوية المنازعات

لقد اختلفت مشارب الفقه القانوني في تحديده للطبيعة القانونية لقرارات مجلس تسوية المنازعات، ومدى إلزاميتها، وحجيتها لأطراف النزاع، حيث ذهب جانب من الفقه إلى التركيز على الطبيعة العقدية لإنشاء المجلس ابتداءً، ومن ثم فإن القرارات التي يصدرها مجلس التسوية تكتسب القوة الملزمة من خلال اتفاق الأطراف على الرضوخ لها، وتخويلهم للمجلس سلطة إصدار القرار، فيكون لهذا القرار ذات الأثر القانوني الذي يكون للاتفاقات العقدية، أما في حالة عدم اتفاق الأطراف على منح مجلس التسوية سلطة إصدار القرار الملزم فإن دور المجلس لا يعد كونه جهة استشارية لأطراف عقد الفيديك تصدر قراراتها بناء على طلبهم، فيكون القرار عمل هيئة توصية أو استشارة غير ملزمة، وإنما يستفاد منها في فهم وتفسير العديد من الإشكالات القانونية والفنية التي تكون غامضة على أطراف عقد الفيديك، وهو ما أكدته المادة (٢٠-٤) من نموذج عقد الفيديك (١٩٩٩م)^(٢٧).

كما ذهب فريق آخر من الفقه القانوني إلى القول بأن القرارات الصادرة عن مجلس تسوية منازعات عقود الفيديك هي بمنزلة أحكام التحكيم الحائزة للقوة الإلزامية والحجية القانونية؛ وذلك لأن اتفاق الأطراف بموجب نموذج الفيديك على تسوية خلافاتهم عن طريق مجلس تسوية المنازعات إنما هو في حقيقته اتفاق تحكيم بغض النظر عن التسمية التي يعتمدها عقد الفيديك في هذا الصدد؛ لأن العبرة بالمضمون لا بالتسمية؛ وذلك لأن اتفاق المفاوض ورب العمل على إحالة منازعاتهم التي قد تنشأ بموجب عقد المفاوضة إلى مجلس فض المنازعات إنما يمثل اتفاق على التحكيم في صورة شرط تحكيم، وهو ما يلزم الأطراف باللجوء إلى مجلس فض المنازعات ابتداءً مثله مثل نظام التحكيم تماماً، كما أن ما يؤيد وجهة النظر هذه أن تكوين مجلس

(٢٧) انظر: محمود فياض، المرجع السابق، ص ٨٠، زيد عبد العزيز السهلي، ص ٢٥ وما بعدها.

تسوية المنازعات هو ذاته تكوين هيئة التحكيم، إذ إن كلا النظامين يقوم على إرادة الأطراف، وكذلك شروط تعيين أعضاء المجلس تم بالكيفية المتبعة في نظام التحكيم، مما يعني أن قرار مجلس فض المنازعات يعد حكماً تحكيمياً له ذات الطبيعة القانونية لقرارات التحكيم^(٢٨).

إلا أن هذا الرأي لم يلق التأييد المطلوب وتم انتقاده؛ لأنه يخلط بين مهمة المحكم من جهة ومهمة عضو مجلس تسوية المنازعات من جهة أخرى، لأن مجرد إسناد مهمة فض الإشكال القائم إلى شخص أو عدة أشخاص لا يعني بالضرورة أننا أمام هيئة تحكيم، كما أن أعضاء مجلس تسوية المنازعات لا يلزمون بإصدار حكم ملزم وغير متوقف على رضا الأطراف به، ومن ثم لا تعد مهمة مجلس التسوية مهمة تحكيم^(٢٩)؛ لأن القول بغير ذلك ينافي الواقع والقانون.

هذا وقد حاول آخرون تحديد الطبيعة القانونية لقرارات مجلس تسوية المنازعات على أساس اعتباره نوع من أنواع الخبرة، بالنظر إلى أن القرارات التي يصدرها مجلس التسوية كآراء الخبرة غير ملزمة؛ وذلك لاعتمادها على رضا الطرفين بها خلال فترة معينة، ولكن هذا الرأي قد تعرض للانتقاد من قبل الفقه القانوني لاعتماد نظام الخبرة على تقديم الرأي الفني فقط في موضوع النزاع، بينما قرارات مجلس التسوية إنما تتناول حقوق والتزامات طرفي النزاع، وإن كانت هذه القرارات تفتقد للقوة الملزمة^(٣٠).

(٢٨) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، ط ١، ٢٠١٤م، ص ٢٥، ربحي عارف، المرجع السابق، ص ٢٣٧ وما بعدها.

(٢٩) للمزيد حول الآراء انظر: خليل أحمد السيد، بدائل التقاضي عند تسوية النزاعات الناشئة عن مقالات أعمال الهندسة المدنية، بحث مقدم في المؤتمر الثامن عشر لعقود البناء والتشييد المنعقد في جامعه الإمارات، ٢٠١٦م.

(٣٠) انظر: ربحي عارف، المرجع السابق، ص ٢٣٤، خليل أحمد السيد، المرجع السابق، ص ٥٨٣ وما بعدها.

ومما تقدم يتضح لنا محاولات الفقه القانوني الحديثة في تحديد كنه الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة عن مجلس تسوية المنازعات، التي رغم اختلافها إلا أنها تمثل إثراءً كبيراً للفكر القانوني.

وفي هذا الصدد فإن الباحث يرى عدم جواز أن يتم تحديد الطبيعة القانونية لقرارات مجلس التسوية جملة واحدة دون تمييز، فيجب أن يتم تناول مسألة الطبيعة القانونية لقرارات مجلس التسوية بالنظر إلى كل قرار يصدره هذا المجلس على حدة، فإذا كان القرار الصادر عن المجلس ذا طابع استشاري، فلا يكون ملزماً لأطراف النزاع، وإنما هو بمنزلة رأي فني لمد يد العون والمساعدة لأطراف الخصومة في مسألة معينة تكون قد غمضت عليهم، ولا يعتقد الباحث بأن هذا النوع من القرارات محل جدل فقهي أو قانوني، أما بالنسبة إلى القرارات الصادرة عن المجلس بشأن الفصل في النزاع القائم، وتحديد الأحقية القانونية لأحد أطراف النزاع في المطالبات المقدمة، فإننا هنا نؤكد على أن نظام الفيديو المعمول به للعام (١٩٩٩م) قد جاء قاصراً ومتعيناً للتعديل، حيث إننا لا نستطيع أن نعتمد وبشكل أساسي على أي من الجهات الفقهية السابق الإشارة إليها؛ لأنها كانت منتقدة من قبل الفقه القانوني على نحو ما أوضحنا.

ومن ثم فإن الباحث يرى بأن القرارات التي يصدرها مجلس تسوية المنازعات إنما هي قرارات ملزمة لأطراف النزاع سواء أكان المقول أم رب العمل؛ وذلك لارتباطهما المسبق بقبولها والالتزام بها، أي أن القوة الإلزامية لقرارات مجلس التسوية إنما تستمد قوتها وحجيتها من الاتفاق عليها من قبل أطراف عقد الفيديو، ولكن تحليلنا هذا يظل حبراً على ورق ولا جدوى ولا فائدة منه ما لم يتم تعديل نموذج عقد الفيديو للعام (١٩٩٩م)، فتعدّل المادة (٢٠-٤) من دفتر المفاولة للمشاريع الإنشائية الشروط العامة الإضافية، ويُلغى الحكم القاضي بأحقية طرفي النزاع في الاعتراض على القرار وإبداء عدم رضاهم عنه خلال مدة معينة، إذ إن هذا النص هو من أريك

المشهد القانوني وأضعف نظام تسوية المنازعات برمته بأن جعله قاصراً وعاجزاً عن تحقيق الهدف الذي أنشئ من أجله، ألا وهو تسوية منازعات عقود المقاوله الدولية، لذا وجب إلغاء هذا الحكم، والنص صراحة على عدم أحقية الأطراف في الاعتراض على قرار المجلس أو رفضه أو عدم الرضا بمخرجاته؛ وذلك لأنهم ارتضوا باختصاص وبأحقية المجلس بالفصل في النزاع ابتداءً، بل إنهم هم من يقوموا باختيار أعضائه، فكيف نجيز لهم بأى حال من الأحوال ولأى سبب كان الاعتراض على الحكم الصادر في النزاع؟

المطلب الثاني

تقييم مجلس فض المنازعات من حيث المزايا والعيوب

كما نعلم جميعاً يعد مجلس فض منازعات عقود الفيديك خطوة رائدة في مجال فض المنازعات، القائم ابتداءً على اتفاق أطراف عقود المقاوله الدولية (المقاول ورب العمل) اللذان يحظيان بحرية كبيرة وواسعة في اختيار أعضاء مجلس فض المنازعات على نحو ما تقدم، مما يسرع ويسهل عملية الوصول إلى الحلول العادلة والمنصفة في كافة الخلافات التي قد تنشأ أثناء تنفيذ عقد الفيديك، وذلك بفضل آلية فض المنازعات القائم عليها هذا المجلس، فهو يعين ابتداءً، وقبل نشوب أي خلافات بين الأطراف (أي قبل البدء في تنفيذ العقد)، كما أنه يتكون من مجموعة من الأشخاص المؤهلين وذوي الخبرة والكفاءة العالية فنياً في مجالات أعمال البناء والتشييد، وهم يتمتعون بالنزاهة والحيادية والموضوعية المطلوبة في مثل هذه المنازعات التي تكلف الأموال الباهظة وذات الأثر الكبير على مشاريع التنمية الاقتصادية المستدامة في كافة بلدان العالم المتقدم منه والنامي، وهو ما أعطى نظام فض المنازعات هذا الزخم الإيجابي والقبول الكبير في أوساط المتعاملين في عقود الفيديك، ولكون نظام فض تسوية المنازعات في عقود الفيديك إنما يقوم ابتداءً على رضا وقبول الأطراف به إنما

سرّع كثيراً من عملية فض المنازعات، وقلل من مشاعر العدائية أو الشعور بالهزيمة وغلبة الخصم؛ لأن وجود مجلس فض المنازعات قد خفف كثيراً من حدة الخلافات والتعنّت الذي يبديه أطراف الخصومة حيال بعضهم البعض وذلك كله راجع إلى فكرة الرضائية في تكوين المجلس ونظام عمله^(٣١)، كما أن مجلس فض المنازعات إنما يقلل من تكاليف التقاضي بالمقارنة بقضاء التحكيم أو القضاء العادي، حيث إن كلفة المنازعات بالنسبة إلى أطراف الخصومة تكون أقل بكثير، ولأن نظام الفيديك إنما يستعين بعضو فرد في فض كثير من المنازعات السهلة والقليلة في قيمتها، ولا يستعين بعدد كبير من الأعضاء إلا في بعض المنازعات الكبيرة في قيمتها أو تعقيدها ناهيك إذا علمنا بأن مكافآت أعضاء مجلس التسوية وكافة النفقات إنما يتم اقتسامها بين الطرفين المتخاصمين مناصفة، إذ يقوم المفاوض بسدادها كاملاً، ثم يطالب رب العمل بدفع نصف هذه النفقات والمصاريف والأتعاب، مما يدعم اللجوء إلى مجلس فض المنازعات دون غيره من الوسائل^(٣٢).

كما أن نظام عمل مجلس فض المنازعات يؤدي عملاً إلى سرعة الوصول إلى الحقائق والمعلومات اللازمة للفصل في النزاع، مما يسرّع عملية فض الخلاف، ذلك بسبب قرب أطراف الخصومة من المجلس بفضل تكثيف جلسات الاستماع بين الأطراف، وبفضل كثرة الزيارات الميدانية لمواقع النزاع، هذا بالإضافة إلى جواز طلب الخبرة الفنية من المهندسين الاستشاريين في الموقع، كما أن العمل أثناء نظر النزاع يظل مستمراً من قبل المفاوض الذي لا يجوز له إيقاف العمل، هذا وتكون كل جلسات

(٣١) لمزيد من التفاصيل انظر: محمود فياض، المرجع السابق، ص ١٠٥، محمد سعيد فتحه، المرجع السابق، ص ١٠٩، مها أشقر عبدالله، المرجع السابق، ص ٣١، ربحي عارف، المرجع السابق، ص ٢٤٠ وما بعدها.

(٣٢) انظر: محمد عبدالله سراج الدين، المرجع السابق، ص ١٠٩ وما بعدها، مها أشقر عبدالله، المرجع السابق، ص ٣٢، محمد سعيد فتحه، المرجع السابق، ص ١١.

ومداولات وقرارات مجلس فض المنازعات في إطار السرية اللازمة محافظة على السمعة التجارية لأطراف الخصومة، وحفاظاً على الأسرار التجارية حتي في الحالات التي يفشل فيها مجلس التسوية في الوصول إلى حل في النزاع أو حالة عدم رضا أحد الأطراف بقرار، فإنه من ناحية عملية يكون موضوع النزاع جاهزاً للحل بفضل المعلومات والوثائق والزيارات التي قام بجمعها مجلس التسوية خلال فترة نظره للموضوع، مما يوفر على هيئة التحكيم فيما لو تم اللجوء إليها كثيراً من الوقت والجهد؛ لأن أغلب المطالبات والوقائع قد تم التحقيق فيها من قبل المجلس، فلا يحتاج المحكم وقتاً طويلاً وجهداً كبيراً في الحكم في النزاع المحال إليه^(٣٣).

أما بخصوص مساوئ وسلبيات نظام فض المنازعات في عقود الفيديو، فإنه تجدر الإشارة إلى أن أول ما يؤخذ على مجلس فض المنازعات هو عدم إلزامية قراراته، حيث إن مسألة تنفيذها إنما هو منوط بقبولها الرضا بها من قبل أطراف النزاع، حيث إن وجود هذه الحرية الواسعة لأطراف النزاع إنما يعرقل عمل المجلس، ويطيل أمد النزاع، ويجعل من قرارات المجلس لا جدوى ولا طائل من ورائها، كما يجعل منها مجرد آراء تؤخذ على سبيل التوصية أو الاستئناس بها لا أكثر، كما أن مدة إصدار قرار المجلس ووفقاً لما حدده نظام الفيديو وهو مدة (٨٤) يوماً تعد مدة طويلة للغاية، إذ إن بعض أنواع النزاعات ما يتطلب البت فيه وبسرعة دون تأخير، كما أنه يلاحظ على نظام الفيديو أنه لم يتضمن أية أحكام بشأن مدى جواز رد أو تنحي أعضاء مجلس التسوية أسوة بنظام القضاء أو الخبرة، متى توفرت إحدى أسباب الرد والتنحي، الأمر الذي يكون له بالغ الأثر في صحة قرارات المجلس بسبب عيب عدم الحيادية أو عدم الاستقلالية أو عدم الموضوعية في نظر الخلاف، كما يؤخذ على نظام الفيديو أنه في حالات المنازعات ذات القيمة أو التعقيدات الكبيرة

(٣٣) محمد عارف، المرجع السابق، ص ٢٤١، وما بعدها، زيد عبدالله السهيلي، المرجع السابق، ص ٨١ وما بعدها.

يكون مكفلاً لأطراف الخصومة مالياً، وخصوصاً متى كان مجلس التسوية مكون من ثلاثة أعضاء، وما يتطلبه ذلك من مكافآت وأتعاب باهظة، خاصة ما يتعلق بنفقات الإقامة والمواصلات والتنقلات والمقابلات ونفقات ترجمة الوثائق والمستندات وغيرها من المصاريف الباهظة، مما يتقل كاهل أطراف النزاع بنفقات لا داعي لها^(٣٤).

الخاتمة

نأتي إلى خاتمة دراستنا التي كنا قد تناولنا فيها جانباً مهماً من جوانب عقود الفيديو، ألا وهو النظام القانوني لمجلس فض المنازعات في عقود الفيديو تعديل (١٩٩٩م) المعمول به حالياً، والذي تناولنا من خلاله التعريف بنظام الفيديو من حيث نشأته وتعريفه وكيفيه اختيار وتعيين الأعضاء في هذا المجلس، ثم تحدثنا وبشيء من التفصيل والتحليل المعمق عن آلية ونطاق عمل مجلس فض المنازعات وكيفية استصدار القرارات، وكان لزاماً أن نتحدث عن تقييم مجلس فض المنازعات من منظور الفقه القانوني، ومن المنظور الخاص للباحث، وذلك من خلال الوقوف على الطبيعة القانونية للمجلس، والقرارات الصادرة عنه، وتحديد كافة المزايا والعيوب الخاصة بنظام فض منازعات الفيديو مع إبداء وجهة النظر الخاصة حيال كافة إشكالات هذه الدراسة التحليلية المعتمدة التي توصلنا من خلالها إلى مجموعة من النتائج العلمية، وإلى العديد من التوصيات على نحو ما سيأتي:

^(٣٤) للمزيد من التفصيل حول عيوب نظام فض المنازعات انظر، مها أشقر عبدالله، المرجع السابق، ص ٢٩ وما بعدها، ربحي عارف، المرجع السابق، ص ٢٤١ وما بعدها، حسن بني فصل، المرجع السابق، ص ٣٢٠ وما بعدها، عصام البهجي، المرجع السابق، ص ٢٨٣ وما بعدها.

النتائج:

أولاً: تعد آلية فض منازعات الفيديك المعمول بها حالياً والمتمثلة في مجلس فض المنازعات من الآليات المميزة في مجال فض منازعات عقود المقاولات الدولية؛ وذلك نظراً لما تتمتع به هذه الآلية من السهولة والمرونة في إجراءاتها، سواء من حيث تشكيل المجلس أو آلية عمله أو نظامه أو استصدار القرارات مما زاد من قبول هذه الآلية في فض منازعات عقود الفيديك من قبل أطراف عقود الإنشاءات الهندسية الدولية كافة.

ثانياً: تتميز آلية فض المنازعات بطريق مجلس التسوية بأنها تعد آلية معدة لفض الخلافات قبل البدء في تنفيذ عقد الفيديك، كما أن المجلس يضم في تشكيله عدداً وترياً من الأعضاء، فقد يكون المجلس مُشكلاً من حكم فرد أو من ثلاثة أعضاء، وذلك بحسب حجم وعظم القيمة المادية للنزاع أو تعقيدات حله، حيث يتميز الأعضاء في المجلس بالحيادية والموضوعية والاستقلالية عن أطراف النزاع كما أنهم على درجة عالية من الخبرة والمعرفة الفنية الهندسية على حدٍ سواء، مما يجعل من القرار الصادر من المجلس أكثر قرباً وتوازناً وعدالة بالنسبة إلى أطراف الخصومة.

ثالثاً: لقد جاءت آلية فض المنازعات بموجب مجلس التسوية لتقدم كثير من الحلول إلى أطراف النزاع؛ لتطمئن نفوسهم بعدالة وحيادية وموضوعية أعضاء المجلس؛ لأن أطراف الخصومة يختارون أعضاء المجلس ابتداءً، وذلك بعكس ما كان سائداً العام (١٩٨٧م)، إذ إن آلية فض منازعات الفيديك كانت قائمة على المهندس الاستشاري الذي يتمتع بسلطات واسعة جداً في فض النزاع المطروح رغم تبعيته لرب العمل، مما لاقى عدم القبول والانتقاد في أوساط صناعة المقاولات الدولية، ومن ثم فقد مثل مجلس تسوية المنازعات بصيغته الحديثة طوق الأمان للخصوم في منازعات عقود الفيديك.

رابعاً: على الرغم من مزايا آلية فض المنازعات إلا أنها ما زالت تقتصر إلى بعض الأحكام القانونية لسد الثغرات في بنائها الرصين، ولعل إشكالية عدم إلزامية قرار مجلس التسوية تمثل المعضلة الكؤود في نظام فض منازعات الفيديك، مما يجعل من هذه القرارات حبراً على ورق، إذ إن النظام المعمول به حالياً لا يلزم الأطراف بقبول القرار وتنفيذه، وإنما يشجع -وبشكل مستغرب- على عدم الالتزام بقرارات المجلس من خلال ترسيخه لإمكانية أن يرفضه أطراف الخصومة، إذا لم يكن مُرضياً لهم، وذلك خلال فترة محددة.

خامساً: إن إعطاء مدة طويلة لأعضاء مجلس التسوية لفض النزاع قد لا يشجع أعضاء المجلس على سرعة البت في النزاع، بل قد يكون مدعاة للمماطلة في إصدار القرار؛ لأن نظام الفيديك لفض المنازعات قد منح مجلس التسوية مدة (٨٤) يوماً لاستكمال عمله بفض النزاع وإصدار القرار، وهذه مدة طويلة للغاية قد تكلف أطراف النزاع كثيراً من الوقت والمال كانوا قد حاولوا تفاديها بلجؤهم إلى المجلس بدلاً من التحكيم أو إجراءات القضاء العادي.

سادساً: إن مجلس فض المنازعات إنما يستمد قوته القانونية والإلزامية من اتفاق الأطراف ابتداءً باللجوء إلى مجلس فض المنازعات من خلال الاتفاق على تشكيله، وانتهاء برضاهم بالقرار الصادر من المجلس، وهو ما يضيفي على هذه القرارات القوة الإلزامية والتنفيذية، ولكنه وفي حالة عدم رضا أحد أطراف الخصومة على القرار الصادر وهو أمر غير مستبعد بل طبيعياً جداً فإن قرار المجلس لن يجد طريقة للإلزام أو التنفيذ، وبإمكان الأطراف اللجوء إلى القضاء العادي أو التحكيم التجاري؛ لأن اللجوء إلى المجلس ابتداءً إنما هو مطلب لازم لإمكانية لجوء الأطراف إلى التحكيم، وهو ما يعيب آلية فض النزاع في عقود الفيديك، الأمر الذي يستوجب -وبشكل ملح- للغاية وجود تعديل على نموذج عقد الفيديك المعمول به حالياً.

التوصيات:

أولاً: ضرورة الحرص كل الحرص على اختيار أعضاء مجلس التسوية الأحادي التشكيل أو الثلاثي التشكيل من ذوي الخبرة والكفاءة والمعرفة بأصول عمل مجالس التسوية، وأن يكونوا ليس فقط من المؤهلين في مجال الهندسة المدنية بل يجب أن يتنوع أعضاء المجلس إلى عدة تخصصات قانونية وهندسية بل ومحاسبية؛ وذلك لكي نضمن سلامة قراراتهم الصادرة في موضوع النزاع.

ثانياً: ضرورة أن يتمتع أعضاء مجلس التسوية بالجديّة والموضوعية والاستقلالية عن أطراف الخصومة، حيث إن آلية اختيار أعضاء المجلس بموجب الفيديك لعام (١٩٩٩م) إنما تعطي الخصوم الحرية الكاملة في اختيار أعضاء مجلس التسوية، وهو أمر مستحب وأدعى إلى قبول قرارات المجلس وتنفيذها من قبل أطراف الخصومة، ولكنه يجب أن لا يكون ذلك مدعاة إلى المحاباة والميل لصالح طرف على حساب طرف آخر في خصومة الفيديك، ومن ثم يجب أن يقوم معيار الاختيار على الكفاءة والخبرة والنزاهة، وليس لوجود مصالح شخصية أو مادية أو علاقة تبعية تربط أي من أعضاء هذا المجلس بأحد أطراف الخصومة سواء بطريقة مباشرة أم غير مباشرة.

ثالثاً: يوصي الباحث بضرورة إعادة النظر في المدة الممنوحة لأعضاء مجلس فض المنازعات لإمكانية نظرهم في موضوع الخلاف، وإصدار قرار فيه (وهي مدة ٨٤ يوماً)، حيث يرى الباحث ضرورة تقليص هذه المدة التي تعد طويلة نسبياً، وخصوصاً إذا كنا نتحدث عن مجال المقاولات الدولية التي يلعب فيها عامل الوقت الدور الرئيس؛ لأن هذه المدة -من وجهة نظر الباحث- هي مدعاة للتأني والتباطؤ في فض النزاع، وإلى التأخير في إصدار قرار بشأنه من قبل أعضاء مجلس التسوية، كما أن طول هذه المدة قد يُغيّر كثيراً من معطيات النزاع المطروح أمام المجلس؛ لأن ظروف عقود البناء والتشييد تتطلب الاستمرارية والتتابع وإلا تفرّج عن النزاع

القائم عدة نزاعات جديدة لم تكن لتوجد لو تم البت في الخلاف القائم في مدة معقولة، مما يدخل المجلس في حلقة مفرغة من المنازعات، فما أن يفصل في نزاع حتى يجد نزاعاً آخرًا قد نشب، وهكذا دواليك.

رابعاً: تظل الإشكالية الكبيرة التي تواجه استمرارية وفعالية مجلس تسوية المنازعات هي عدم وجود القوة الإلزامية الكافية في القرارات التي يصدرها هذا المجلس ومن ثم عدم تنفيذها من قبل أطراف النزاع أو من أحدهما؛ وذلك بسبب العيوب التي أصابت هيكل وبنیان مجلس فض النزاعات وذلك بإجازته للخصوم الاعتراض على قرار المجلس خلال مدة معينة وإجازته اللجوء إلى نظام التحكيم في حالة عدم اقتناعهم وعدم رضاهم على القرار الصادر، ولذا فإن الباحث يقترح ويوصي بضرورة تعديل نموذج عقد الفيديو في شروطه العامة الإضافية المتعلقة بفض المنازعات فلا يعطي للأطراف حرية الاعتراض على قرارات المجلس؛ لأنهم قد ارتضوا مسبقاً بما يصدر عن هذا المجلس من قرارات، وذلك منذ اختيارهم لأعضائه ابتداءً فليس لهم الحق في الاعتراض على قراراته انتهاءً؛ لأن القول بغير ذلك يعني عدم جدوى القرارات التي يصدرها المجلس، بل أدهى من ذلك عدم جدوى وجود مجلس تسوية المنازعات أصلاً، الأمر الذي يتطلب وجود تعديلاً قانونياً على النموذج المعمول به حالياً لتكون قرارات المجلس ملزمة وقابلة للتنفيذ وعدم إتاحة الفرصة لأي من أطراف النزاع باللجوء إلى التحكيم، متى كان قد صدر قرار المجلس الفاصل بموضوع النزاع ليكون هذا القرار بمنزلة المانع من اللجوء إلى التحكيم، وهذا ما سيضطر الطرف المعارض إلى الرضوخ لقرار المجلس بعد تأكده من عدم أحقيته في اللجوء إلى التحكيم.

خامساً: يوصي الباحث بضرورة إضافة حكم قانوني في صياغة عقد الفيديو النموذجي المعمول به حالياً يعالج إشكالية تشتت الآراء، والتي قد يواجهها المجلس في أي من النزاعات المطروحة عليه، حيث إنه قد يتشتت المجلس الثلاثي التشكيل إلى ثلاثة آراء مختلفة بخصوص مشروع القرار المزمع إصداره، فنظام الفيديو لعام

(١٩٩٩م) لم يتناول هذه المسألة بالحلول القانونية الناجعة، ومن ثم فإن الباحث يقترح إضافة حكماً أو بنداً قانونياً في نموذج الفيديك يقضي بتحويل رئاسة مجلس فض المنازعات اعتماد رأيه وحده وإصدار القرار منفرداً بمضمون هذا الرأي، ويكون من حق العضوين الآخرين كتابة رأيهم المخالف، وتقديمه إلى الأطراف المتنازعة للاطلاع عليه، وإحالة نسخة إلى رئيس الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين للاطلاع عليه، ومن ثم حفظه واعتماد القرار الصادر عن رئيس المجلس باعتباره قراراً ملزماً وواجب التنفيذ، لأن عدم وضع حل لإشكالية تشتت الآراء قد يوقع المجلس، بل والخصوم في مأزق قانوني يصعب التكهن بأضراره على طرفي الخصومة اللذين يتحملان -كما نعلم- مصاريف ومكافآت ونفقات أعضاء المجلس كافة، ثم يتفاجآن بعدم قدرة المجلس على إصدار قراره؛ لوجود الاختلاف بين وجهات نظر الأعضاء حول مشروع القرار مما يرجع الأطراف إلى المربع الأول بعد ضياع الوقت والجهد والمال دون طائل.

المراجع

أولاً- قائمة المراجع العلمية:

- ١) أسامة مجدوب، أهمية أن يكون المحكم مهندساً، بحث مقدم للمؤتمر الثاني للتحكيم الهندسي بتنظيم الهيئة السعودية للهندسة بالتعاون مع مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، المنعقد في الرياض، خلال الفترة من ٥-٧ مايو ٢٠١٣م.
- ٢) حسن بني فضل، آثار اعتماد عقد مقاولات أعمال التشييد، فيديك ١٩٩٩ كمصدر للتنظيم القانوني لعلاقة الأطراف في فلسطين، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، ٢٠١٦م.

- ٣) خليل أحمد السيد، بدائل التقاضي عند تسوية المنازعات الناشئة عن عقود مقاولات الهندسة المدنية، بحث مقدم للمؤتمر الثامن عشر لعقود البناء والتشييد، المنعقد في جامعة الإمارات، ٢٠١٦م.
- ٤) داوود شحاته، مجلس فض المنازعات وأساليب التسوية الودية، منشورات جمعية عمّال المطابع التعاونية، عمّان، الأردن، ط ١، ٢٠٠٥م.
- ٥) ربحي عارف، مجلس فض المنازعات في عقود الفيديك، بحث منشور في مجلة المهندس القانوني، ٣ع، ٢٠١٦م.
- ٦) زيد عبد العزيز السهلي، التحكيم في المنازعات الهندسية، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٥م.
- ٧) عصام أحمد البهجي، عقود الفيديك وأثرها على التزامات المقاول والمهندس ورب العمل، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط ١، ٢٠١٧م.
- ٨) عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيديك لمقاولات وأعمال الهندسة المدنية ووسائل فض منازعاتها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧م.
- ٩) فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ٢، ٢٠١٤م.
- ١٠) محمد إبراهيم بداح، عقود المقاولات الدولية، الأسس القانونية والفنية لصياغة عقود المقاولات الدولية ضمن معايير عقود الفيديك (FIDC)، دار الثقافة، الأردن، عمّان، ط ١، ٢٠١٧م.
- ١١) محمد السادات، آليات تسوية المنازعات الناشئة من عقود الفيديك، دراسة في ضوء قواعد الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، بحث مقدم للمؤتمر الثامن عشر لعقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، المنعقد في جامعة الإمارات، ٢٠١٦م.

- ١٢) محمد تقي الدين، الفيديك - الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، بحث مقدم لمؤتمر التحكيم التجاري الدولي، والمنعقد في مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، ٢٠١٢م.
- ١٣) محمد سعد خليفة، عقد الاستشارة الهندسية في مجال التشييد والبناء، دراسة تحليلية لعقود الفيديك، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠١٤م.
- ١٤) محمد سعيد فتحه، مجلس فض المنازعات لعقود الفيديك، بحث منشور في مجلة المهندس القانوني، التي تصدر عن مؤسسة جمعة وغص للمحاماة والاستشارات القانونية، عمان، الأردن، ع ٢، ٢٠١٣م.
- ١٥) محمد عبد الله سراج الدين، معالجة منازعات مشاريع التشييد بالملكة العربية السعودية باستخدام مجلس مراجعة النزاع، بحث منشور بمجلة جامعة الملك عبد العزيز للعلوم الهندسية، ع ٢، ٢٠١٧م.
- ١٦) محمد عبد المجيد إسماعيل عقود الأشغال الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.
- ١٧) محمد لافي درادكه، آلية تسوية منازعات عقود البناء والتشييد - الحل بالتفاوض والحسم بالتحكيم، دراسة مقارنة، بحث مقدم للمؤتمر الثامن عشر لعقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٣م.
- ١٨) محمود فياض، عقود البناء والمقاولات بين قصور النظرية وإشكاليات التطبيق، دراسة تم إنجازها بدعم من صندوق الأمم المتحدة الإئتماني بإشراف من معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية (ماس)، ٢٠١٥م.
- ١٩) مشاعل عبد العزيز الهاجري، أثر صدور مجالس تسوية المنازعات على اضمحلال الدور شبه التحكيمي للمهندسين الاستشاريين في عقود الفيديك، بحث

مقدم إلى مؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية الاقتصادي والابعاد القانونية، المنعقد في جامعة الكويت، في الفترة من ٨-٩ مارس، ٢٠١٥م.
٢٠) مها أشقر عبد الله، مدى كفاية التنظيم القانوني لمجلس فض المنازعات في عقد الفيديو الأحمر، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٢م.

ثانياً- الوثائق القانونية:

- ١) الدليل الدولي لعقود الفيديو (FIDIC)، منشورات الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، ترجمة داوود خلف، ٢٠١٥م.
- ٢) دليل استخدام عقد الاستشارات (فيديك ١٩٩٩)، مدارك وتطبيقات، منشورات، جمعية عمان، مطابع الأردن، ط١، ٢٠١٧م.
- ٣) دفتر المقابلة الموحد للمشاريع الإنشائية، الشروط الخاصة الإضافية، شروط اتفاقية فض المنازعات، الجزء الثاني، ٢٠١٧م.









المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

Journal Of Jurisprudence And Legal Studies

Specialized & Refereed Scientific Journal (Quarterly)
Issued by the Higher Judicial Institute
Sultanate of Oman

In This Issue:

- **Criminal Responsibility for Transmitting the Novel Coronavirus (COVID-19) in Egyptian and Omani Legislation - An Analytical and Comparative Rooting Study (Part Two)**
Dr. Hamdi Mohamed Mahmoud Hussein
- **Criminal Investigation Judge Between Dependence and Independence - An Analytical Study Between the Egyptian and French Laws**
Dr. Abdel Halem Fouad Abdel Halem Elfeky
- **Increases Trusts in the Hadith and its Impact on Different Jurisprudential Judgments**
Dr. Amira Abd-Elrahman Ali Ammar
- **The Effect of the Marriage of a Man with his Intent for Making his Wife Lawful for her Ex-husband on the Marriage Contract (Comparative legal jurisprudence study)**
Dr. Rehab Moustafa Kamel Al-Sayed
- **Responsibility of the Oversees via the Internet**
Dr. Mustafa Ratib Hassan Ali
- **Legal System of the Dispute Resolution Board in FIDC Contracts - Analytical Study**
Dr. Jamal Omran Al-Mabrok Agneah