

# مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل ثاًقى بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك / 88 فبراير 2020

هـ مواد العدد 88 : فبراير 2020 :

- فعالية مبدأ استقلال شرط التحكيم.
- انضمام دولة فلسطين لاتفاقية سيداو.
- موانع الترشح للانتخابات في اليمن.
- طبيعة الملكية الفردية بين المذاهب.
- دور القضاء الإداري في حماية الحقوق.
- وسائل إثبات الضرر المبرر للتطبيق.

## العدد الثامن والثمانون : فبراير 2020

### قواعد النشر وشروطه :

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

### اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 2336 -0615



## بسم الله الرحمن الرحيم

### العدد الثامن والثمانون : لشهر فبراير 2020

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 88 لشهر فبراير 2020 بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكداك 03.....

#### ✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. مبدأ استقلال شرط التحكيم - مبراته وفعاليته : الدكتور حسن صابر البابا ، أستاذ القانون الخاص المساعد

06..... بالجامعات الفلسطينية.....

3. انضمام دولة فلسطين لاتفاقية سيداو - دراسة نقدية في ضوء الشريعة الإسلامية : ذ. عبد الرحمن علي إبراهيم

20..... غنيم حاصل على ماجستير قانون عام - أكاديمية شرطة دبي - الإمارات العربية المتحدة.....

4. موانع الترشح للانتخابات النيابية في التشريع اليمني : الدكتور محمد أحمد محمد غوبر ، أستاذ القانون العام

35..... المشارك ورئيس قسم القانون العام بكلية الشرطة ، أكاديمية الشرطة- الجمهورية اليمنية.....

5. طبيعة الملكية الفردية بين المذاهب الفقهية والمذاهب الوضعية : بلعّون محمد الصالح ، طالب دكتوراه علوم

48..... جامعة الجزائر 1 ، بن يوسف بن خلدة - الجزائر.....

6. دور القضاء الإداري بال المغرب في حماية الحقوق والحرفيات " : ذ. عبد الغني السرار : دكتور في القانون العام والعلوم

68..... السياسية ، كلية الحقوق السويسري الرباط - المملكة المغربية.....

7. وسائل إثبات الضرر المبرر للتطبيق في ضوء ثلاثة من مقررات القضاء المغربي والمقارن : ذ. محمد القاسي باحث في

87..... القانون الخاص ، كلية الحقوق أكادير، مدير مجلة الباحث وسلسلة الأبحاث ، المملكة المغربية.....

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

## كلمة العدد الثامن والثمانين لشهر فبراير 2020



بِقَلْمِ مُدِيرِ مَجَلَّةِ الْفَقَهِ وَالْقَانُونِ

الدكتور : صلاح الدين دكداك

Email : Sldg55@gmail.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى أَشْرَفِ الْمُرْسَلِينَ وَبَعْدُ، نُضِعُ بَيْنَ أَيْدِيكُمْ  
الْعَدْدُ الثَّامِنُ وَالثَّمَانِينَ لِشَهْرِ فِبْرَايرِ 2020 مِنْ مَجَلَّةِ الْفَقَهِ وَالْقَانُونِ الْإِسْلَامِيَّةِ، وَفِي شَمْلِ الْعَدْدِ الْجَدِيدِ  
العَدِيدِ مِنَ الْدِرَاسَاتِ وَالْأَبْحَاثِ الْهَامَةِ مِنْ عَدَةِ هَيَّاَتٍ وَجَامِعَاتٍ وَكُلِّيَّاتٍ وَمَرَاكِزٍ وَمَعَاهِدٍ بَحْثِ  
عَرَبِيَّةٍ عَرِيفَةٍ وَنَخْصُ بِالذِّكْرِ :

- الجامعات العلية.
- أكاديمية شركة دبي - الإمارات العربية المتحدة.
- أكاديمية الشركة الجمهورية اليمنية.
- جامعة الجزائر<sup>1</sup>، بن يوسف بن خدة - الجزائر.
- كلية الحقوق السويسى الرباطية المملكة المغربية.
- كلية الحقوق أكادير - المملكة المغربية.

نشكر جميع الباحثين بالعالم الذين أكملوا بتوسيعهم وبحوثهم ودراساتهم  
الأكاديمية الفيضة الرصينة، وساهموا في مزيد من التقارب والتواصل والتفاعل بين الباحثين  
في العلوم الشرعية والقانونية.

ومن بين المواضيع الفيضة التي نافسها العدد الجديد ما يلى :

- مبدأ استغلال شرط التحكيم بمبراته وفعاليته.
- انضمام دولة فلسطين لاتفاقية سيداو ودراسة نفعية في ضوء الشريعة الإسلامية.
- مواطن الترشيح للانتخابات النيابية في التشريع اليمني.
- حصيلة الملكية العقارية بين المذاهب الفقهية والمذاهب الوضعية.
- دور الفضاء الإداري بالمغرب في حماية المفروض والحريات.
- وسائل إثبات الضرر المبرر للتحليق في ضوء ثلة من مفررات الفضاء المغربي والمغاربة.

ختاما لا تنسونا من دعائكم وتوجيهاتكم، وجعلنا على الفدير مثل البنيان المرصوص  
يشد بعضه بعضا.

مع تحيات المدير المسؤول  
الدكتور صلاح الدين دكداك

[www.majalah.be.ma](http://www.majalah.be.ma)

# دراسات وأبحاث بالعربية :

## مبدأ استقلال شرط التحكيم - مبرراته وفعاليته



الدكتور : حسن صابر البابا

أستاذ القانون الخاص المساعد

بجامعة الفلسطينية - فلسطين

ملخص البحث :

يتناول هذا البحث جانباً مهماً من جوانب قانون التحكيم، وهو مبدأ استقلال شرط التحكيم، إذ إنَّ أمر العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي من أهم المسائل التي سغلت المفكرين الحقوقيين في عالمٍ أخذ يتجه إلى تدعيم ذاتية قانونية مستقلة تماماً لاتفاق التحكيم، ما يجعله بمثابة عن أنْ يتأثر ببطلان العقد الأصلي؛ لدعم وتنشيط وتحسين التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في إطار القانون الخاص، وقد ساد مبدأ الاستقلالية الفقهية والقضاء، ونصت عليه معظم التشريعات الحديثة، ومنها قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 ونخص الحديث في هذا البحث حول مبررات وفعالية هذا المبدأ وإقراره؛ وبما يضمن قيام التحكيم والإفادة من مزاياه.

مقدمة :

أولاً : موضوع البحث وأهميته :

نصُّ المشرع الفلسطيني في الفقرة (5) من المادة (5) من قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 على : "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً ولا يتأثر ببطلان العقد أو فسخه أو انتهائه" ، ويتبين لنا من هذا النص أنَّ المشرع الفلسطيني قد أبرز الفعالية المهمة للتحكيم من خلال استقلال شرط التحكيم مما يلحق العقد الأصلي من بطلان أو فسخ أو أنهاء، إذ يقصد بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي أنَّ عدم مشروعية العقد الأصلي أو عدم صحته أو بطلانه أو فسخه.. لا يؤثر على شرط التحكيم سواء كان هذا الشرط مدرجاً في العقد الأصلي أم كان مستقلاً عنه في صورة اتفاق منفصل عن العقد<sup>1</sup>، ويترتب على ذلك القول أنَّ بطلان العقد أو فسخه أو انفساخه

<sup>1</sup>. ناصر ناجي جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية "دراسة مقارنة" ، المكتب الجامعي الحديث، 2008، ص.99.

لا يكون له أي أثر على شرط التحكيم الذي يبقى قائماً، ويجب إعماله ما دام أن الشرط ذاته صحيح ، وفي هذه الحالة يحال النزاع إلى التحكيم بالرغم من أن العقد ككل باطل أو تم فسخه<sup>1</sup>.

لذلك جاء هذا البحث يتناول جانباً مهماً من جوانب قانون التحكيم، وهو مبدأ استقلال شرط التحكيم، ونخص الحديث في هذا البحث حول فعالية ومبررات هذا المبدأ، لذا قدمت هذا البحث وتعرضت فيه بجانب هام من جوانب هذا المبدأ فكان العنوان : ( مبدأ استقلال شرط التحكيم "مبرراته وفعاليته ").

#### ثانياً: مشكلة البحث :

تمثل مشكلة البحث في السؤال الرئيسي الآتي : إلى أي مدى كان المشرع الفلسطيني موفقاً في إقراره لمبدأ استقلال شرط التحكيم في قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000؟

ويتفرع عن هذا السؤال السؤالان الآتيين :

- ما هي مبررات الأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي؟

- وما هي أهمية وفعالية الأخذ بهذا المبدأ؟

#### ثالثاً: منهجية البحث :

اعتمدت في بحثي المنهج النظري الفقهي والتحليلي التأصيلي، حيث تبعت أراء الفقهاء والشراح في محاولة للوصول إلى إجابة عن سؤال مشكلة البحث؛ ولتحليلها والوقوف على أهمية المبدأ وأهم مبرراته، مستعيناً بأراء الفقهاء ومسندًا المعلومات إلى مظانها ومصادرها المعتمدة، مع الأخذ بعين الاعتبار قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 وما ورد فيه من نصوص، مع إيراد نصوص التشريعات المقارنة عند الحاجة.

#### رابعاً: خطة البحث :

اشتمل هذا البحث على مباحثين، وذلك على النحو الآتي :

المبحث الأول : مبررات مبدأ استقلال شرط التحكيم، وينقسم إلى مطلبين :

المطلب الأول : مبررات تتعلق بخلاف العقد الأصلي عن شرط التحكيم.

المطلب الثاني : مبررات تتعلق باحترام الإرادة وصون شرط التحكيم وارسائه.

المبحث الثاني : فعالية مبدأ استقلال شرط التحكيم، وينقسم إلى مطلبين :

المطلب الأول : ضمان قيام التحكيم.

المطلب الثاني: ضمان تحقيق مزايا التحكيم.

وأخيراً اشتمل البحث على خاتمة تحتوي على الخلاصة وأهم النتائج التي توصل إليها الباحث.

<sup>1</sup>. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1996، ص 327.

## المبحث الأول : مبررات مبدأ استقلال شرط التحكيم على العقد الأصلي :

ساد وقت من الزمن كان الأصل فيه رفض الاعتراف بشرط التحكيم، ولم يكن من الممكن حينذاك الحديث عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم وانفصاله عن العقد الأصلي<sup>1</sup>، إلا أن معظم التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم قد أقرت مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي<sup>2</sup>. وأصبح المبدأ المذكور من الأمور المسلم بها في التحكيم الدولي<sup>3</sup>، واستقر الفقه والقضاء على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي<sup>4</sup>.

وقد سار المشرع الفلسطيني على ما سارت عليه التشريعات الحديثة بتبني مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فما هي الحجج والمبررات التي تمسّك بها الذين قالوا بمبدأ الاستقلالية؟ وكيف استطاعوا أن يدحضوا من خلالها اعترافات خصوم هذا المبدأ؟

هناك علة مبررات لإقرار مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي تجعله بمنأى عن مصير العقد الأصلي، منها

مبررات تتعلق بخلاف العقد الأصلي عن شرط التحكيم (المطلب الأول)،

ومبررات أخرى تتعلق باحترام الإرادة وصون شرط التحكيم وارسائه (المطلب الثاني).

### المطلب الأول : مبررات تتعلق بخلاف العقد الأصلي عن شرط التحكيم :

يختلف شرط التحكيم عن العقد الأصلي من حيث موضوعه والقانون الذي ينظم كل منهما، ناهيك عن أن المشرع يشترط في شرط التحكيم أن يكون مكتوباً بخلاف العقد الأصلي الذي لا يُشترط به أن يكون دائمًا مكتوباً، وبيان ذلك على النحو الآتي :

#### أولاً : اختلاف موضوع العقددين العقد الأصلي وشرط التحكيم :

رغم ورود شرط التحكيم في العقد الأصلي، إلا أنه يجب القول باستقلاله عن هذا العقد؛ فهو تصرف قانوني مستقل<sup>5</sup>، إذ إن العقد الأصلي قد يكون موضوعه تجاريًا أو مدنياً، أمّا شرط التحكيم، فموضوعه إحالة النزاع الذي قد ينشأ عن العقد إلى التحكيم<sup>6</sup>، ويرجع أستاذنا الدكتور محبي الدين علم الدين استقلالية شرط التحكيم إلى اختلاف محله وسببه عن الاتفاق الأصلي؛ ذلك أن محله هو حل نزاع، بينما قد يكون الاتفاق الأصلي وارداً على مقاولة أو بيع أو غير ذلك، وسببه المحافظة على استمرار العقد وتنفيذه بينما سبب العقد الأصلي قد يكون الربح أو إتمام مشروع معين وغير ذلك، واختلاف محل والسبب هو أساس استقلالية كل منهما عن الآخر<sup>7</sup>.

والحق، أن شرط التحكيم له موضوعه أو محله الخاص به، والذي يتمثل في تنحية النزاع المشترط التحكيم فيه عن سلطان القضاء، وإسناد ولاية الفصل فيه إلى هيئة خاصة يعينها طرفا النزاع أو يتلقان على كيفية تعينها أو

<sup>1</sup>. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص.84.

2. ناصر ناجي جمعان، مرجع سابق، ص.108.

3. فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص.202.

4. عبد الباسط محمد الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم "دراسة تحليلية مقارنة"، الطبيعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث، 2008، ص.85.

<sup>5</sup>. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص.320.

<sup>6</sup>. عبد الباسط محمد الضراسي، مرجع سابق، ص.89.

<sup>7</sup>. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص.320.

يتarkan أمر تعينها إلى القضاء كلما كان النظام القانوني يتيح هذه المكنة، وبعبارة أخرى، فمحل شرط التحكيم هو عمل إجرائي بحث وهو محل منفصل ومستقل تماماً عن موضوع أو محل العقد الأصلي الذي يضاف إليه كعقد بيع أو إيجار أو نقل أو قرض أو غيره، واختلاف موضوع العقددين أو محلهما على هذا النحو، يجعل كلاً منهما عقداً مستقلاً ومنفصلاً عن الآخر وإنْ تضمنتهما وثيقة واحدة<sup>1</sup>.

وعليه، فالاتفاق على التحكيم عقد ذو طابع إجرائي عام؛ وذلك على أساس أنَّ عقد التحكيم يؤثر تأثيراً مباشراً في وجود خصومة التحكيم، بدليل أنَّه يمنع قضاء الدولة من نظر المنازعة التي اتفق على التحكيم بشأنها ويمنح المدعى دفعاً بوجود الاتفاق على التحكيم، كما يمنع الحكم أو المحكمين سلطة القضاء بين الأطراف المتنازعة في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، ومن ناحية أخرى، فإنَّ اتفاق التحكيم ينظم خصومة التحكيم في العديد من المسائل التي ترك القانون لأطراف الاتفاق حرية تنظيمها.<sup>2</sup>

والواقع كما يرى جانب من الفقه أنَّه لا يمكن ربط التحكيم بعقد معين من العقود المسممة في القانون المدني، إذ إنَّ اتفاق التحكيم هو في الواقع من العقود التي تنصب على عمل؛ لأنَّ التزام الحكم هو التزام بعمل، وهو عقد من العقود التي ترد على الخدمات، وله خصائصه التي تميِّزه عن غيره من العقود وبررها موضوعه الأصلي، وهو عقد مدني، ولو ورد في شكل شرط تحكيم يرد في عقد تجاري، ولا يكون عملاً تجارياً ولا حتى بالتبعية، ويرتُب هذا العقد التزامات متبادلة على عاتق كل من المحكمين والخصوم، فإذا قيل المحكمون التزموا بجسم النزاع وإصدار الحكم فيه، والتزم الخصوم بدفع مصاريف التحكيم وأتعابه.<sup>3</sup>

### ثانياً : إخضاع شرط التحكيم لقانون غير قانون العقد الأصلي :

من مبررات مبدأ استقلالية شرط التحكيم أيضاً أنه يمكن إخضاعه لقانون آخر غير قانون العقد الأصلي<sup>4</sup>، فشرط التحكيم يخضع لقانون المرافعات أمَّا العقد الأصلي فيخضع للقانون الموضوعي المدني التجاري، صحيح أنَّ عقد التحكيم يخضع للقواعد التي تنطبق على سائر العقود، ولكنَّ ذلك لا ينفي أنَّ عقد التحكيم خصوصيته المؤثرة في طبيعته، والتي يبررها فضلاً عن موضوعه الأصلي - وهو التقاضي بطريق خاص (التحكيم) - خضوع التحكيم للقواعد الخاصة به التي تدرج تحت عنوان "التحكيم" في قوانين المرافعات المدنية والتجارية كما هو الحال في القانون المصري<sup>5</sup>، حيث نظم المشرع قواعد التحكيم تحت عنوان خاص هو (التحكيم) في الباب الثالث من قانون المرافعات، وفي القانون الفرنسي الجديد حيث أدرجت المواد المتعلقة بالتحكيم بالكتاب الرابع من قانون المرافعات تحت عنوان: (التحكيم)، وكذا فعل المشرع الإيطالي<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>. مصطفى محمد الجمال وعكاشه محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1998، ص 55.

<sup>2</sup>. آمال أحمد الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم "دراسة تأصيلية مقارنة" ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 36.

<sup>3</sup>. المرجع سابق، ص 40,39.

<sup>4</sup>. ناصرناجي جمعان، مرجع سابق، ص 103 وعبد الباسط محمد الضراسى، مرجع سابق، ص 90.

<sup>5</sup>. كان هذا سابقاً، أما اليوم فقد نظم المشرع المصري المسائل المتعلقة بالتحكيم في قانون مستقل وهو "قانون التحكيم رقم (7) لسنة 1994".

<sup>6</sup>. آمال أحمد الفزايري، مرجع سابق، ص 44.

وقد يختص التحكيم بنظام شامل متكامل مستقل به يعكس أهميته المتزايدة، ومن ذلك: إصدار المشرع الفلسطيني قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 م بتاريخ 12/4/2004 م، وفي المملكة العربية السعودية أيضاً صدر نظام مستقل للتحكيم بالمرسوم رقم 26 بتاريخ 12/7/1403هـ (1983م).

### ثالثاً: الكتابة شرط صحة شرط التحكيم بخلاف العقد الأصلي :

من مبررات استقلال شرط التحكيم أنَّ الكتابة شرط من شروط صحة اتفاق التحكيم بخلاف العقد الأصلي الذي قد تُشترط فيه الكتابة أو لا تُشترط<sup>1</sup>، وقد نصَّ المشرع الفلسطيني على شرط الكتابة في الفقرة (3) من المادة (5) من قانون التحكيم بقوله: (يكون اتفاق التحكيم مكتوباً..)

فاتفاق التحكيم عقد رضائي يجب أنْ تتوافر فيه الشروط العامة للعقد، ولم يشترط القانون أنْ يكون مفرغاً في شكل أو قالب رسمي، إلا أنَّ كل اتفاق تحكيم يجب أنْ يكون مكتوباً مشتملاً على بنود أساسية، منها: أسماء الخصوم وموضوع النزاع بصورة موجزة والاتفاق على إحالته للتحكيم من خلال هيئة تحكيم وتاريخ ومكان تحريره وتوقيع الخصوم عليه، ويترتب البطلان على جميع إجراءات التحكيم وما ترتب عليها من أثار إذا كانت قد بُنيت على اتفاق تحكيم غير مكتوب؛ لأنَّ الكتابة شرط لنشوء اتفاق التحكيم<sup>2</sup>.

وهناك كثير من القوانين والتشريعات المتعلقة بالتحكيم قد اشترطت أنْ يكون شرط التحكيم مكتوباً<sup>3</sup>، إضافة إلى أنَّ إثبات شرط التحكيم محصور بالكتابه خلافاً للعقد الأصلي الذي قد يتم إثباته بالكتابه أو بأي طريقة من طرق الإثبات الأخرى<sup>4</sup>.

### المطلب الثاني : مبررات تتعلق باحترام الإرادة وصون شرط التحكيم وارسائه :

تتجه إرادة أطراف العقد باتفاقهم على شرط التحكيم إلى استبعاد طرح نزاعهم على القضاء العادي، ورغبتهم باللجوء إلى التحكيم، ما يتطلب احترام هذه الإرادة، فلا يبطل شرط التحكيم ببطلان العقد الأصلي، وإنَّ تقرير مبدأ الاستقلال سيؤدي إلى عدم التفرقة بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، بينما نجد أنَّ رفض مبدأ الاستقلال سيرفع يد الحكم عن التحكيم بمجرد الدفع بعدم صحة العقد الأصلي، وفي سبيل الحفاظ على شرط التحكيم وعدم إهداره قد نجد في نظرية انتهاص العقد مبرراً للأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم الذي تواترت القرارات والأحكام القضائية مؤيدة له ونصت التشريعات عليه، وبيان ذلك على النحو الآتي :

#### أولاً : احترام إرادة الأطراف :

يدرج أطراف العقد شرط التحكيم في العقد الأصلي بطريقة واسعة، ويقصدون منه عرض كافة منازعاتهم على المحكمين بما فيها المنازعات حول صحة أو بطلان العقد الأصلي<sup>5</sup>؛ فشرط التحكيم يُعدُّ تنازلاً من قبل الأطراف منذ البداية عن اللجوء إلى القضاء، والتعهد بإرادتهم الصريحة بأنَّ حل أي نزاع مستقبلي بينهم حول العقد بواسطة

<sup>1</sup>. ناصر ناجي جمعان، مرجع سابق، ص 102

<sup>2</sup>. ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، غزة، ص 29.

<sup>3</sup>. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار الهبة العربية، ص 189-194.

<sup>4</sup>. عبد الباسط محمد الضراسى، مرجع سابق، ص 90.

<sup>5</sup>. ناصر ناجي جمعان، مرجع سابق، ص 101.

طرف ثالث يتم اختياره من قبلهم أو من قبل جهة أخرى يتلقون عليها مسبقاً لإدارة عملية التحكيم<sup>1</sup>، كما أنَّ الأخذ بهذا المبدأ يتناسب مع الواقع العملي من حيث إرادة الأطراف وخاصة في التحكيم الدولي، ما دام أنَّ كثيراً من عقود التجارة الدولية - إنْ لم تكن غالبيتها - تنص على التحكيم لتسوية النزاعات الناشئة عن هذا العقد أو ذاك.

والأطراف عندما يتلقون في العقد على الإحالة إلى التحكيم، لا يتوقعون حينئذ إلا الأخذ بما اتفقوا عليه لتسوية نزاعهم باللجوء إلى التحكيم وليس للقضاء، فالاتفاق على عرض النزاع على مُحْكِمين هو اتفاق من نوع خاص ذو طبيعة قضائية من بعض الوجوه، ويستمد قوته القانونية من اتفاق الأفراد عليه كمظهر لسلطان إرادتهم ومبركة المشروع لهذا الاتفاق.<sup>2</sup>

وهكذا نجد أنَّ الضرورات العملية في التعامل التجاري، واحترام إرادة الطرفين في حسم النزاع والتحكيم يجعل الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم من الأمور التي لها أهمية خاصة في التحكيم الدولي .<sup>3</sup>

وإنَّ عدم إجازة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي سيتتج عن تضييق نطاق التحكيم، على النقيض من إرادة الأطراف؛ لأنَّهم لو أرادوا هذا التضييق لعبروا عنه بوضوح في اتفاق التحكيم<sup>4</sup>، وما حكم المُحْكِم إلَّا انعكاس لاتفاق التحكيم الذي يستمد قوته من رضى الخصوم الذين اتفقوا على عرض النزاع على المحكمين والخاضوع لأحكامهم<sup>5</sup>.

خلاصة القول أننا إذا قلنا أنَّ انتهاء العقد الأصلي يؤدي حكماً إلى انتهاء الشرط التحكيمي، وهذا يعني الخروج على إرادة الأطراف، بإجبارهم على اللجوء إلى القضاء خلافاً لهذه الإرادة، ما يؤدي إلى زعزعة اتفاق التحكيم وخاصة في العقود الدولية.

## ثانياً : إقرار مبدأ الاستقلال يؤدي لعدم التفرقة بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم :

لا يمكن القول أنَّ الحكم في حالة إبرام الاتفاق في صورة مشارطة التحكيم<sup>6</sup> سيتمكن من إصدار حكم نهائي حول بطلان أو صحة العقد الأصلي باعتبارها أبرمت بعد النزاع، أمّا في حالة إبرام الاتفاق في صورة شرط التحكيم<sup>7</sup>، فإنَّه يمكن أنْ تصادف المحكم ادعاءات الأطراف حول بطلان أو صحة العقد الأصلي الذي يلزم عليه الفصل فيها، والحكم الذي يصدره يخضع إلى رقابة قضائية لاحقة قد تلغي حكمه، غير أنَّه ذهب البعض إلى أنَّ هذه التفرقة بين صورتي اتفاق التحكيم غير مبررة.<sup>8</sup>

1. عبد الباسط محمد الضراسي، مرجع سابق، ص 79.

2. إبراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية " دراسة مقارنة " ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 5. انظر نفس المعنى عبد الباسط الضراسي، مرجع سابق، ص 22.

3. فوزي سامي، مرجع سابق، ص 205.

4. ناصر ناجي جمعان، مرجع سابق، ص 101.

5. عبد الباسط محمد الضراسي، مرجع سابق، ص 22.

6. مشارطة التحكيم: أي اتفاق يرمي الأطراف منفصل عن العقد الأصلي ، وذلك للجوء إلى التحكيم في صدد نزاع قائم فعلاً بينهم ، وتتميز مشارطة التحكيم بأنَّ إبرامها يكون دائماً بعد وقوع النزاع في حين يتميز شرط التحكيم بكونه يرم قبل وقوع النزاع.

7. شرط التحكيم: هو نص وارد ضمن نصوص معين يقرر الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تثور مستقبلاً بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذـه.

8. ناصر ناجي جمعان، مرجع سابق، ص 102

وفي ضوء أنَّ الاتفاق على التحكيم "شرطًا أو مشارطة" يتم بإيجاب وقبول وتفق بموجبه الأطراف، ويتعين وفقاً للقواعد العامة في العقد أنْ يتضمن الإيجاب وما يلحق به من قبول مطابق له العناصر الأساسية الواجب توافرها - بحسب الأنظمة المختلفة - في الصورة المختارة للاتفاق على التحكيم، ولا فرق في ذلك بين المشارطة والشرط، إذن لا بدَّ من التسليم بأنَّ شرط التحكيم يكفي بذاته لإلزام أطرافه بالتحكيم شأنه شأن المشارطة<sup>1</sup>، وإنَّ الاتفاق على التحكيم سواء ورد في صورة مشارطة التحكيم أو في صورة شرط التحكيم، له ذاتيته المتميزة من حيث شروطه وقواعده وأحكامه عن العقد الأصلي الذي تضمنه.

وفي هذا الصدد جاءت القضية المعروفة باسم قضية "Gosset" ، حيث أقرت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية في 7 مايو 1963 مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم أو" سلطان اتفاق التحكيم "، وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه قد أثير النزاع حول تنفيذ حكم صدر في إيطاليا بناء على شرط تحكيم ورد في عقد بين مستورد فرنسي ومصدر إيطالي، حيث قضى الحكم بالتعويض للمصدر الإيطالي؛ نظراً لخطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وقد تمسَّك المستورد الفرنسي بعدم جواز تنفيذ حكم التحكيم؛ وذلك على أساس أنَّ العقد الذي تضمن شرط التحكيم باطلًا بطلاناً مطلقاً لخالفته للنظام العام الفرنسي؛ نظراً لعدم مراعاته للقواعد الامرية الخاصة بالاستيراد، وتأسِيساً على بطلان العقد الأصلي، فإنَّ الأمر يستتبع تقرير بطلان شرط التحكيم، وإهدار حكم التحكيم الذي صدر بناء عليه، إلَّا أنَّ محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الدفع وأوردت في حكمها العبارة الشهيرة القائلة: "إنَّ اتفاق التحكيم في التحكيم الدولي سواء أكان قد تم بشكل منفصل أو في التصرف القانوني الذي له علاقة به، يعتبر دائمًا - إلا في ظروف استثنائية - مستقلًا استقلالًا تماماً ولا يمكن أنْ يتأثر بعدم صحة التصرف القانوني المذكور"<sup>2</sup>.

هذا، وقد أجمعَت تعليقات فقهاء القانون الدولي الخاص على أنَّ هذا الحكم يُمثل طفرة هامة في مجال اتفاقات التحكيم؛ حيث أنه أبرز - لأول مرة - أنه في مجال التحكيم الدولي يتبع إعطاء عبارة "اتفاق التحكيم" مفهوماً موحداً يُعامل على قدم السواء شرط التحكيم الوارد ضمن نصوص عقد ومشارطة التحكيم التي أبرمت استقلالاً، بحيث يتمتع الاثنان بذات القدر من الاستقلالية والأثر القانوني<sup>3</sup>.

ثالثاً: رفض مبدأ الاستقلال يرفع يد المحكم بمجرد الدفع بعدم صحة العقد الأصلي :

إذا دفع أحد الأطراف بعدم صحة العقد الأصلي يصبح المحكم عندئذ ملزماً بإعلان عدم صلاحيته؛ لأنَّ الموضوع المطروح أمامه يجعله ينظر في آن واحد في صحة العقد الأصلي وفي صحة شرط التحكيم، ويتربَّ على هذا القول أنه لا يجوز للمحكم أنْ يفصل في صحة عقد هو مصدر سلطته<sup>4</sup>، إذ من غير المعقول أنْ يفصل المحكم في صحة

<sup>1</sup>. آمال أحمد الفزايري، مرجع سابق، ص.50.

<sup>2</sup>. وردت هذه العبارة في كتاب سامية راشد (مرجع سابق) بالفرنسية ص92 ، ونقلتها بالعربية عن كتاب فوزي سامي، مرجع سابق، ص 202، وأشارت إلى ذلك الحكم أيضاً حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص121 وما بعدها.

<sup>3</sup>. سامية راشد، مرجع سابق، ص.93.

<sup>4</sup>. ناصر جمعان، مرجع سابق، ص103.

عقد هو مصدر سلطته، ويؤدي الطعن في العقد الأصلي إلى وضع القضاء الطبيعي يده على التحكيم ذاته، ويكونه من خلال البث في صحة العقد الأصلي أنْ يتصدى لأساس النزاع<sup>1</sup>.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في عام 1994 في قضية تتلخص وقائعها في أنَّ الشركة الفرنسية **impex** قد قامت بتصدير كمية من الحبوب إلى أربع شركات إيطالية على أساس تصوير العملية أنها بيع إلى البرتغال، وسويسرا، ومنها إلى إيطاليا؛ وذلك للإفادة من المزايا المقررة للسوق الأوربية المشتركة في حالة التصدير لدول أخرى خارج السوق، ما دعا السلطات الفرنسية إلى رفض تراخيص التصدير على أساس الغش، وقد أثيرت مسألة العقود المبرمة مع الشركات الإيطالية على أساس أنَّ الاستعانة بدول أخرى خارج الجماعة الأوربية يشكل خرقاً للقانون الفرنسي، وانتهت المحكمة الفرنسية إلى أنَّ بطلان العقود الأصلية لعدم مشروعيتها بسبب الغش لا يؤثر على صحة حكم المحكم بموجب مبادئ العدل والإنصاف؛ استناداً إلى شرط التحكيم الوارد في هذه العقود الذي يتعين النظر إليه استقلالاً<sup>2</sup>.

#### رابعاً : نظرية انتقاد العقد مبرر للأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم :

يمكن أن تكون نظرية انتقاد العقد مبرراً للوصول إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي<sup>3</sup>؛ فهذه النظرية تفترض أنَّ العقد الأصلي ليس باطلًا بأكمله، بل في جزء منه، فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح، فإذا كان العقد باطلًا في أحد أجزائه يمكن إعمال الأجزاء الأخرى، وعليه نستطيع القول بموجب هذه النظرية: أنَّ إذا كان العقد الأصلي الذي تضمن شرط التحكيم باطلًا، فإنَّ الشرط الخاص بالتحكيم قد يبقى صحيحاً إذا توافرت شروطه، فهو يمثل اتفاقاً مستقلاً، وإنَّ الشرط المذكور لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي، ويحوز العكس، فقد يكون شرط التحكيم باطلًا، أمَّا العقد الأصلي فيبقى صحيحاً<sup>4</sup>.

وقد يرد على ذلك بالقول: إنَّ نظرية انتقاد العقد تفترض وجود عقداً واحداً يكون باطلًا في جزء منه وصحيحاً في الجزء الآخر، الأمر الذي يجعل هذا الجزء عقداً مستقلاً لو توافرت فيه شروط العقد، نعم هذا صحيح، حيث نجد في التحكيم عقداً أصلياً يخص العلاقة القانونية بين الطرفين، وعقداً أو اتفاقاً حول حل النزاع الذي قد ينشأ بينهما بالتحكيم، ويتمثل ذلك بشرط التحكيم في العقد الأصلي وهو ليس مجرد شرط في عقد واحد بل اتفاق مستقل ( كما رأينا )، ولكننا لو نظرنا من زاوية أخرى، نجد أنَّ وثيقة واحدة قد تبدو من النظرة الأولى عقداً واحداً، يُنظم في جزء منه العلاقة القانونية بين الطرفين، وفي جزء آخر يمثل الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، فلو انطلقنا من هذه الزاوية نستطيع بسهولة تطبيق نظرية انتقاد العقد، لنجد أنفسنا أمام مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص310.

<sup>2</sup>- أشار إليها: أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2006 ، ص.58.

<sup>3</sup>. عبد الباسط محمد الضراسى، مرجع سابق، ص .89.

<sup>4</sup>. فوزي سامي، مرجع سابق، ص 206.

<sup>5</sup>. فوزي سامي، مرجع سابق، ص 207.

ولنا في ذلك دليلاً واضحاً في نص المادة (81) من مجلة الأحكام العدلية<sup>1</sup> التي تنص على "قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل"، أما القاعدة التي تقول أنّه: "إذا سقط الأصل سقط الفرع" فلا تنطبق على التحكيم.<sup>2</sup>

يتضح مما سبق، أنّ نظرية انتقاد العقد يمكن أن تكون أساساً للوصول إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، والنظرية المذكورة عرفها الفقهاء المسلمون وبعضهم نادى بالأخذ بها.<sup>3</sup>

#### خامساً: تواتر القرارات والأحكام القضائية مؤيدة لمبدأ الاستقلالية ونص التشريعات عليه :

من مبررات استقلالية شرط التحكيم والأخذ به في قانون التحكيم الفلسطيني أنه أصبح مبدأ مسلماً به، وتواترت القرارات والأحكام القضائية مؤيدة له وجاءت الاتفاقيات والتشريعات ناصحة عليه معترفة به.

وعلى الصعيد الدولي، تبنّى القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي مبدأ استقلال شرط التحكيم<sup>4</sup> خطوة كبيرة وهامة على درب توحيد وتنسيق قوانين التحكيم في العالم، وكذلك نستطيع القول: أنّ اتفاقية نيويورك قد اتبعت منهجاً متميزاً في معالجة كافة المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم (شرط التحكيم) بما في ذلك مدى استقلاليته عن العقد الأصلي<sup>5</sup>، وإنّ الرأي الراجح في التشريع والفقه والقضاء يؤكّد استقلالية شرط التحكيم، وما يجدر التطرق إليه هنا أنه وإنْ كان ظهور مبدأ استقلال شرط التحكيم قد تم في مجال التحكيم الدولي، إلا أنّ الاتجاه الراجح أيضاً يذهب إلى استقلال شرط التحكيم كذلك في التحكيم الداخلي<sup>6</sup>، ويشير بعض الفقهاء إلى أنّ أساس استقلالية شرط التحكيم هو ما جرى عليه العرف التجاري العالمي.

وبعد أن انقسم الفقه الفرنسي حول الأخذ بمبدأ الاستقلالية في مجال العلاقات الوطنية الحالصة، فقد حسم المشرع الفرنسي الخلاف متبنياً مبدأ الاستقلالية بجميع أبعاده<sup>8</sup>، وقد نصّ عليه المشرع الفلسطيني في المادة (5) من قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 م إلى جانب تشريعات أخرى.<sup>9</sup>

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بموجب مبدأ استقلال شرط التحكيم في حكمها بقضية (Droga) الصادر في 14 ديسمبر 1983 حيث جاء فيه بأنه : (في مجال التحكيم الدولي يتمتع شرط التحكيم باستقلال كامل تجاه

1. جدير بالذكر أن مجلة الأحكام العدلية قد ضمت ستة عشر كتاباً آخرها "كتاب القضاء" واحتفل كتاب القضاء على مقدمة (تضمنت بعض الاصطلاحات الفقهية) وأربعة أبواب، وجاء التحكيم في الباب الرابع، وهو آخر أبواب المجلة، وتضمن باب التحكيم إحدى عشرة مادة (المواد 1841 . 1851).

2. نظام عوضة، مرجع سابق، ص.28.

3. فوزي سامي، مرجع سابق، ص.206.

4- جاء في المادة (16 ف1) منه: (...ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يتربّع عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم).

5. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص.314-316.

6. مراد محمود المواجهة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة" ، الطبعة الأولى، 2010، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص.27.

7. عبد الباسط محمد الضراسي، مرجع سابق، ص.87.

8. سامية راشد، مرجع سابق، ص.87.

9- أحنت بنفس الاتجاه المادة (23) من قانون التحكيم الأردني النافذ، وكذلك نص المادة 23 من قانون التحكيم المصري النافذ، وأيضاً نص المادة (6 ف1) من قانون التحكيم التونسي النافذ، أما بالنسبة للقانون السعودي، فإنّ قانون التحكيم السعودي النافذ لم يتضمن ضمن نصوصه مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

العقد)<sup>1</sup>، وظهر أيضاً مبدأ استقلال شرط التحكيم في أحكام أخرى، ومنها حكم التحكيم الصادر في قضية (ليامكو) ضد الحكومة الليبية، فقد أشار الحكم العربي (صحي المحمصاني) في الحكم الذي أصدره في 12 ابريل لسنة 1977 إلى أنَّ (شرط التحكيم يظل باقياً بعد فسخ الدولة للعقد الذي يتضمنه وأن هذا الشرط يظل نافذ المفعول حتى بعد هذا الفسخ)<sup>2</sup>.

وايضاً أشار حكم التحكيم الصادر في قضية (تكساكو) ضد الحكومة الليبية في 27 نوفمبر سنة 1975 إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي<sup>3</sup>، حتى أصبح هذا المبدأ مستقراً في أحكام القضاء.

### المبحث الثاني : فعالية مبدأ استقلالية شرط التحكيم على العقد :

على الرغم مما تعرض له مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي من اعترافات ورفض قبل أنْ يصبح مبدأً مستقراً مسلماً به، إلا أنَّ هذا المبدأ له أهمية بالغة وفعالية مهمة أقرَّ بها حتى الرافضين لهذا المبدأ.

وبالنظر إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم بأبعاده الثلاثة وهي إمكان بطلان اتفاق التحكيم مع بقاء العقد الأصلي صحيحاً، وإمكان التمسك ببطلان العقد الأصلي أو بفسخه أو بإنهائه مع بقاء اتفاق التحكيم صحيحاً وقائماً قانوناً، والثالث أحقيبة هيئة التحكيم في أن تنظر هي ذاتها الادعاءات التي يتقدم بها الأطراف حول بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو إنهائه ومدى تأثير ذلك على اتفاق التحكيم<sup>4</sup>، في هذه الأبعاد الثلاثة يمكن جانب كبير من أهمية وفعالية مبدأ استقلال شرط التحكيم.

ونوجز هذه الفعالية في مطلبين يتمثل الأول في ضمان قيام التحكيم، بينما يتناول الثاني ضمان تحقق مزايا التحكيم، وذلك على النحو الآتي :

#### المطلب الأول : ضمان قيام التحكيم :

إنَّ إقرار مبدأ استقلال شرط التحكيم سيؤدي إلى إبقاء سلطة المحكم للفصل في النزاع المطروح عليه، ومن جهة أخرى يؤدي لإمكانية إخضاع العقد الأصلي لنظام قانوني مختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم، وفي المصلحة سيضمن قيام التحكيم، وتفصيل ذلك على النحو الآتي :

##### أولاً : ارتباط شرط التحكيم بالعقد يرفع يد المحكم عن التحكيم :

إنَّ ارتباط شرط التحكيم وجوداً وعدمَا بالعقد الذي يتضمنه يترتب عليه عدم إمكان السير في إجراءات التحكيم حتى يفصل القضاء الوطني في النزاعات المتصلة باختصاص هيئة التحكيم أو بانعدام ولايتها، وبعبارة أخرى قد يؤدي ارتباط شرط التحكيم بالعقد إلى رفع يد المحكم عن التحكيم، بمجرد أنْ يطرح أي طرف عدم صحة العقد الأساسي ويصبح المحكم عندئذ ملزماً بإعلان عدم صلاحيته؛ لأنَّ الموضوع المطروح أمامه يجعله في وضع ينظر في أن واحد في صحة العقد الأساسي وفي صحة شرط التحكيم، وعلى العكس من ذلك، فالأخذ ببدأ استقلالية اتفاق

1- أشار إليه سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص.203.

2- أشار إليه: سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص.93.

3- أشار إليه: بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ط1 ، 2006، ص.398.

<sup>4</sup> ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص.318.

التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه يؤدي إلى عدم تأثير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي، بحيث يعتبر ملزماً ومرتباً لآثاره من حيث اختصاص قضاء الدولة، وبالتالي تختص هيئة التحكيم بتقرير ولاليتها ومدى هذه الولاية<sup>1</sup>.

إن العقد الأصلي ليس له أثر على شرط التحكيم المتعلق به، فهذا الشرط يبقى صحيحاً متنجاً لآثاره بصرف النظر عن زوال العقد الأصلي، ما لم يكن هو الآخر باطلًا لسبب خاص به كما لو كان أحد الطرفين ناقص الأهلية أو ليس له سلطة إبرام العقد، إذ مثل هذا السبب يلحق العقد الأصلي كما يلحق شرط التحكيم؛ لأنّ أيّاً منهما يجب أنْ يُبرم منْ يتمتع بالأهلية والسلطة الالازمة للتعاقد، ومن ثم بطalan العقد الأصلي أو فسخه أو إنهائه لا يمنع من إنتاج شرط التحكيم لآثاره، بحيث يكون الفصل في النزاع على صحة العقد الأصلي أو بطلانه خارجاً عن سلطان القضاء وتكون ولاية الفصل فيه ثابتة لهيئة التحكيم وحدها<sup>2</sup>.

وتكمّن فعالية مبدأ استقلالية التحكيم في أن هذا المبدأ يؤدي إلى أحقيّة هيئة التحكيم في النظر في المسائل المتعلقة باختصاصها، فقد نصت المادة (10) من الفصل الثالث من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 على : ( بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون إذا عيّن اتفاق التحكيم مؤسسة تحكيم، فإنه يتم في إطار قواعدها تنظيم إجراءات التحكيم بما في ذلك صلاحية تعين هيئة التحكيم والإشراف عليها وتحديد النفقات الالازمة وكيفية توزيعها على الأطراف والبت في طلب رد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها)، فيما نصت الفقرة (1) من المادة (14) من ذات القانون على : (إذا نشأ لدى أحد أطراف النزاع سبب لطلب رد هيئة التحكيم أو أي من أعضائها فعليه أن يتقدم بطلب الرد كتابياً خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم إلى هيئة التحكيم أو إلى مؤسسة التحكيم إذا كان التحكيم مؤسسيّاً).

رابعاً: مبدأ استقلال شرط التحكيم يؤدي لإمكانية إخضاع العقد الأصلي لنظام قانوني مختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم :

تظهر فعالية مبدأ استقلالية شرط التحكيم في إمكانية أن يؤدي التسلیم بهذا المبدأ إلى إخضاع العقد الأصلي لنظام قانوني مختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم، فقانون العقد الأصلي قد يكون مثلاً القانون الفرنسي، وقد يكون قانون إجراءات التحكيم هو القانون المصري، فليس من الضروري أن يكون القانون المطبق على العقد الأصلي هو القانون المطبق على شرط التحكيم.

كذلك يمكن أن يكون قانون العقد مثلاً القانون الفرنسي، وقانون إجراءات التحكيم هو القانون السويسري، ونظام إجراءات التحكيم هيئه تحكيم دولية دائمة، ففي هذا الفرض تصبح هناك ثلاثة قوانين يمكن تطبيقها على نزاع التحكيم، وكذلك إمكانية خضوع اتفاق التحكيم (شرط التحكيم) من منظور مبدأ استقلالية شرط التحكيم لقاعدة إسناد خاصة تشير إلى تطبيق نظام قانوني مختلف عن القانون الوطني الذي يحكم العقد الأصلي، ومن ناحية

<sup>1</sup>. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص311.

<sup>2</sup>. مصطفى محمد الجمال وعكاشه محمد عبد العال، مرجع سابق، ص355.

أخرى فإنَّ مبدأ الاستقلالية قد يؤدي كما كشف التطبيق العملي إلى تجاوز اللجوء إلى قواعد الإسناد وأسلوب في حل مسألة تنازع القوانين<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني : ضمان تحقيق مزايا التحكيم :

إذا تقرر مبدأ استقلال شرط التحكيم ستتحقق مزايا التحكيم، ونظرًا لأهمية تحقيق السرعة في الإجراءات والاقتصاد في النفقات سنجخص لها بندًا "أولاً" ، وتناول المزايا الأخرى للتحكيم في البند "ثانياً" .

#### أولاً : مبدأ استقلال شرط التحكيم يحقق السرعة في الإجراءات والاقتصاد في النفقات :

يتحقق الاعتراف باستقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي في المعاملات الداخلية والخارجية على السواء اقتصاداً في الوقت والإجراءات، فبدلاً من أنْ يوقف الحكم نظر النزاع حتى يفصل القضاء في صحة العقد، يتولى الحكم بنفسه الفصل في هذه المسألة<sup>2</sup>، ولا يتقييد الحكم بإجراءات التقاضي العادي ومواعيدها، ومن ثم يتفادى البطء في إجراءات القضاء العادي؛ فهيئة التحكيم هي هيئة متخصصة ومتفرغة للفصل في النزاع المعروض عليها، وذلك على عكس المحاكم المختصة بالدعوى، ناهيك عن أنَّ التقاضي يتم على درجتين، أما التحكيم فعلى درجة واحدة.

ويتضح لنا هذا الجانب من الفعالية بجلاء خصوصاً إذا ما علمنا أنَّ من أبرز دوافع أطراف التحكيم خصوصاً في مجال التجارة الدولية اتقان إضاعة الوقت والسرعة في إجراءات التحكيم، ولا شك في أنَّ الأخذ مبدأ استقلال شرط التحكيم يساهم في تحقيق ذلك، وهو ما سيؤدي بدوره إلى مزيد من انتشار التحكيم وذريعة.

#### ثانياً : مبدأ استقلال شرط التحكيم يحقق مزايا التحكيم الأخرى :

يُعدُّ التحكيم اليوم من أهم وسائل تسوية المنازعات التي تنشأ بين الأفراد سواء كانوا من جنسيات متعددة أو من جنسية واحدة خاصة في مجال التجارة الدولية؛ وذلك لما يتحققه من مزايا لأطراف العلاقة القانونية.

وجانبًا مهمًا من فعالية مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي يظهر لنا بالنظر في أهمية التحكيم ذاته ومزاياه<sup>3</sup>، والتي تمثل فيما يتحققه التحكيم للخصوم التجار من سرية عزيزة عليهم، فهي تمثل معلمًا من معالم التحكيم التجاري الدولي، كذلك فإنَّ التحكيم يتميز بأنَّ الخصوم يلجئوا فيه إلى ذوي الخبرة والكفاءة، إضافة إلى ما يتمتع به التحكيم من مرونة وحرص على إبقاء العلاقة قائمة بين أطراف الخصومة، فهو يحافظ على العلاقة بين الخصوم؛ ففيه يرتضى الأطراف مقدمًا وعن طيب خاطر ما تنتهي إليه هيئة التحكيم من حكم، وهو ما يساعد على استمرار العلاقات بينهما، بالنظر إلى كل هذه المزايا فإننا نجدها تكاد تنعدم إذا ما استبعدنا مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي وقلنا برفضه.

<sup>1</sup>. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 331.

<sup>2</sup>. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 311.

<sup>3</sup>. انظر هذه المزايا بالتفصيل لدى: محسن شفيق، مرجع سابق، ص 28-34.

بعد هذا السرد يتضح لنا بجلاء مدى أهمية مبدأ استقلال شرط التحكيم، ومدى ضرورة النص عليه في التشريعات، وأن المشرع الفلسطيني قد وفق عندما نص على هذا المبدأ ورسخه في المادة (5) من قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000.

#### الخاتمة :

بعد الانتهاء من إعداد البحث، فإنه لا بدّ لكل بداية من نهاية،وها قد وصلنا إلى نهاية بحثنا هذا، آملين من الله العلي القدير أنْ يكرمنا بتطوير هذا العمل المتواضع في السنوات القادمة،وها أنا أضع بين أيديكم خلاصة بحثي هذا في هذه الخاتمة، وقد جاءت على النحو الآتي :

- يلزم لتحقيق فعالية التحكيم كضمانة إجرائية لجسم المنازعات الاستثمار تبني مبدأ استقلال شرط التحكيم.
- إنّ المشرع الفلسطيني قد كان موفقاً بنصه على مبدأ استقلال شرط التحكيم وترسيخه له في المادة (5) من قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000؛ نظراً لمبررات عديدة يستوجبها الأخذ بهذا المبدأ؛ ومنها احترام إرادة الأطراف واختلاف موضوع العقدين الأصلي وشرط التحكيم، وإخضاع شرط التحكيم لقانون غير قانون العقد الأصلي، وتعرضنا لنظرية انتقاد العقد كمبر للأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم، ومن مبررات الأخذ بهذا المبدأ أيضاً اعتبار أنّ تقرير مبدأ استقلال شرط التحكيم سيؤدي إلى عدم التفرقة بين إبرام التحكيم في صورة شرط التحكيم وإبرامه في صورة مشارطة التحكيم، وأنّ الكتابة شرط من شروط صحة شرط التحكيم بخلاف العقد الأصلي، إضافة إلى مبرر توافق القرارات والأحكام مؤيدة لمبدأ الاستقلالية ونص التشريعات عليه، وإنّ القول بعدم استقلال شرط التحكيم سيؤدي إلى رفع يد الحكم عن التحكيم بمجرد أنْ يدفع أي طرف بعدم صحة العقد الأصلي.
- إنّ المشرع الفلسطيني قد كان موفقاً بنصه على مبدأ استقلال شرط التحكيم؛ نظراً لفعاليّة وأهمية الأخذ بهذا المبدأ التي تمثل في أنه قد يؤدي ارتباط شرط التحكيم بالعقد إلى رفع يد الحكم عن التحكيم، بمجرد أنْ يطرح أي طرف عدم صحة العقد الأساسي، وإنّ الاعتراف باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في المعاملات الداخلية والخارجية على السواء يحقق اقتصاداً في الوقت والإجراءات والنفقات، وجانباً آخر من أهمية مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي يظهر لنا بالنظر في أهمية التحكيم ذاته ومزاياه، وإنّ أهمية مبدأ استقلالية شرط التحكيم تظهر في إمكانية أنْ يؤدي التسليم بهذا المبدأ إلى إخضاع العقد الأصلي لنظام قانوني مختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم.

#### • قائمة المراجع :

#### المراجع مرتبة حسب ورودها في البحث :

- ناصر ناجي جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية " دراسة مقارنة "، المكتب الجامعي الحديث - 2008
- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 " دراسة مقارنة "، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 1996-1996.
- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
- فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي " دراسة مقارنة "، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006 -

- عبد الباسط محمد الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم " دراسة تحليلية مقارنة "، الطبعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث، 2008.
  - مصطفى محمد الجمال وعكاشه محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1998.
  - آمال أحمد الفزاييري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم " دراسة تأصيلية مقارنة "، منشأة المعارف، الإسكندرية.
  - ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، غزة، 2010.
  - محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي - دار النهضة العربية، القاهرة -
  - إبراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية " دراسة مقارنة "، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999 -
  - حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
  - أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
  - مراد محمود المواجهة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي " دراسة مقارنة "، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2010
  - سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
  - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2006.

## انضمام دولة فلسطين لاتفاقية سيداو "دراسة نقدية في ضوء الشريعة الإسلامية"

Palestine joins CEDAW agreement  
"A Critical Study in the Light of Islamic Sharia"<sup>1</sup>



أ. عبد الرحمن علي إبراهيم غنيم  
حاصل على ماجستير قانون عام  
أكاديمية شرطة دبي - الإمارات

ملخص :

هدفت الدراسة إلى الكشف عن الآثار المترتبة على انضمام دولة فلسطين لاتفاقية سيداو، حيث جاءت الدراسة نقدية في ضوء الشريعة الإسلامية، وهدفت إلى التعرف على اتفاقية سيداو من حيث النشأة والخلفية التاريخية والمصامين، و مدى التوافق بين الشريعة الإسلامية والاتفاقية والتشريعات الفلسطينية، والتعرف إلى مدى الاختلاف والتناقض بين الشريعة الإسلامية والاتفاقية والتشريعات الفلسطينية. واستخدمت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن وذلك لإجراء المقارنة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقية لمعرفة مدى التوافق والاختلاف بينهما، وتوصلت الدراسة إلى أن اتفاقية سيداو أصبحت المرجعية الأساسية والاتفاقية الرئيسية التي تحمي حقوق المرأة وتケفل حمايتها ضد أي تمييز يمارس عليها بسبب التمييز بينها وبين الرجل، وتطالب اتفاقية سيداو

<sup>1</sup> - Abdulrahman Ali Ibrahim Ghunaim.

بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة، كما توصلت إلى أن دولة فلسطين انضمت للاتفاقية ولم تحفظ على أي من موادها، علمًا بأن بعض موادها تتعارض مع الشريعة الإسلامية ومع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني.  
الكلمات المفتاحية :

سيادة، المساواة، التمييز، المرأة، الشريعة الإسلامية.

### Abstract :

The study aimed to reveal the implications of the accession of the State of Palestine to the CEDAW agreement, as the study came critically in the light of Islamic law, and aimed to identify the CEDAW agreement in terms of origin, historical background and contents, and the extent of compatibility between Islamic law and the Palestinian agreement and legislation, And to know the extent of the difference and contradiction between Islamic law and the Palestinian agreement and legislation. The study used the descriptive analytical approach and the comparative approach to make a comparison between Islamic law and the agreement to find out the extent of compatibility and the difference between them. The study concluded that the CEDAW Convention has become the main reference and the main convention that protects women's rights and ensures their protection against any discrimination exercised over them because of the distinction between them and men, and the CEDAW Convention calls for absolute equality between men and women, It also concluded that the State of Palestine acceded to the agreement and did not maintain any of its articles, bearing in mind that some of its articles contradicted Islamic law and the Palestinian Personal Status Law.

### key words :

CEDAW, equality, discrimination, women, Islamic law.

### المقدمة :

الحمد لله الذي أنزل علينا الكتاب ولم يجعل له عوجا، الحمد لله الذي ختم الأديان بدين الإسلام وجعله خير دينًا لخير البشر، الحمد لله الذي اصطفى خير الورى حبيبنا محمد عليه أفضل الصلاة والسلام، خاتم الأنبياء والمرسلين رسولًا ونبياً، الذي أرسل رحمةً للعالمين و الذي أخرج البشر من ديار الظلم إلى نور رب العباد، فكان خيراً للبشر مثلاً وتواضعًا يحتذى به بأن نسير على نهجه ونتبع سنته ونقتفي أثره حتى يأتينا اليقين، وهو الذي كان عادلاً ومحباً لأزواجها وبناته، فهو أول من أحسن للمرأة وأمر بالرفق بها وعدم الإساءة إليها، وأمر بإكرامها وعدم إهانتها بأي شكل من الأشكال.

إن قضية المرأة تحتل مكانة سامية ورفيعة في كتاب الله وسنة نبيه عليه أفضل الصلاة والسلام، من بعد أن كانت قبل الإسلام لا قدر لها ولا شأن، حيث كانت ذليلة منكسرة ضعيفة وتدفن وهي حية، وذلك لأن العرب في زمن الجاهلية كانوا يشعرون بالعار والخجل عند إنجاب الأنثى، وفي ذلك نزل قوله تعالى: { وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُمْ }

بِالْأَنْثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسُودًا وَهُوَ كَظِيمٌ<sup>1</sup>، ويسارعوا في قتل بناتهن فوراً ولادتهن ودفهن في حفرة يقوم الأب بإعدادها بنفسه، وتأكيداً على ذلك قوله: -عِزْ وَجْلَ - {وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلتْ \* بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلتْ}<sup>2</sup>.

وعلى مر العصور تعاملوا مع المرأة على اعتبارها جنساً ناقصاً لا يصلح إلا للإنجاب والخدمة، ودائماً ما كانوا يربطونها بالملادة فقط، ويجيء الإسلام كرم الله سبحانه وتعالى المرأة وأعطها حقوقها الشخصية والاقتصادية والاجتماعية الكاملة، وأوجب بمعاملتها كالدر المكنون، وأمر بالرفق بها، وذلك من قبيل الحرص عليها والتكرم لها وليس بهدف الانتقاد منها أو إهانتها وامتهان كرامتها، فجاء الإسلام يخرجها من العدم إلى الوجود فأوصى بها الله تعالى في كتابه وذكر المرأة في أحسن صورها بل سميت سورة من سور القرآن بسورة النساء لما لها من فضل وعناء إلهية، كما أوصى بها رسول الله بإكرامهن وجعلهن قوارير في خطبة الوداع لما تشكل المرأة من أهمية على اعتبارها هي عنصر أساسي في المجتمع بل هي نصف المجتمع.

وبالرجوع إلى العصور السابقة نلاحظ أن المرأة لم تتعامل على أنها كائن له حقوق وعليه واجبات؛ حيث امتهنت كرامتها وتعرضت للتعذيب والتعنيف، غالباً ما مورس عليها التمييز على اعتبار أنها أقل من الرجل، لذلك تعلى الأصوات بضرورة إبرام المعاهدات والاتفاقيات التي تحد من العنف والتمييز ضد المرأة، الأمر الذي ترتب عليه التوقيع على بعض الاتفاقيات التي تعنى في المرأة وحقوقها، وكان أهمها اتفاقية سيداو "Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women" والتي تعنى في اللغة العربية" القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"، والتي ظهرت في عام 1979م، بهدف تنظيم حقوق المرأة والتصدي لكافة أشكال التمييز والعنف ضدها.

ولقد قامت الاتفاقية على أساس المساواة بين الرجل والمرأة دون أية مراعاة من واضعيها للفوارق الطبيعية بينهما، كما أن الاتفاقية اهتمت بحقوق المرأة وأغفلت واجباتها؛ لكونها انبثقت من واقع الحياة الغربي ولم تراعي خصوصية المجتمعات العربية، فتعاملت مع المرأة ونظرت لحقوقها على أنها فرد مستقل بحد ذاته دونما اهتمام لكونها فرداً وجزءاً من الأسرة التي تشارك الأدوار وتنكملا فيما بينها.<sup>3</sup>

#### • مشكلة الدراسة وأسئلتها :

تتمحور مشكلة الدراسة في أن بعض بنود هذه الاتفاقية تعارضت مع الشريعة الإسلامية ومع العادات والتقاليد والأعراف التي تحكم المجتمعات - لا سيما المجتمعات العربية - التي تحكم للمرجعية الدينية، ونظراً لطبيعة المجتمع الفلسطيني الذي يسود عليه نمط المجتمعات العربية التي تقدس العادات والتقاليد، والذي يسوده التنوع الاجتماعي والديني، فإن هذه الدراسة جاءت لتوضح الآثار القانونية المترتبة على انضمام دولة فلسطين لاتفاقية سيداو، ومدى انسجامها مع مقاصد الشريعة الإسلامية السمحاء التي لم تنتقص من قيمة المرأة يوماً.

<sup>1</sup> سورة النحل، الآية: 58.

<sup>2</sup> سورة التكوير، الآية: 8.

<sup>3</sup> د. عارف بن عوض الركابي. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو": دراسة نقدية في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، مجلة العلوم الشرعية، مجلد(7)، عدد(4)، 2014، ص 1604.

لذلك فإن مشكلة الدراسة تتبلور في السؤال الرئيس التالي: ما هي الآثار المترتبة على انضمام دولة فلسطين لاتفاقية سيداو؟

يتفرع من مشكلة الدراسة الأسئلة التالية :

1- ماهية اتفاقية سيداو و ما مضامينها؟

1. ما مدى التوافق بين الشريعة الإسلامية والاتفاقية والتشريعات الفلسطينية؟

2- ما مدى الاختلاف والتناقض بين الشريعة الإسلامية والاتفاقية والتشريعات الفلسطينية؟

• أهمية الدراسة :

تناول الدراسة الحالية موضوع يعتبر في غاية الأهمية وتحديداً في الوقت الحالي، وذلك في خضم بدء موائمة وتعديل القوانين السارية في الضفة الغربية وقطاع غزة مع بنود وأحكام اتفاقية سيداو، وتناولنا هذا الموضوع نظراً لطبيعة المجتمع الفلسطيني الذي تحكمه العادات والتقاليد، والرجعية الدينية، والتي تتنافى وتتحفظ على بعض مواد الاتفاقية، وتحديداً المواد الذي تهدف إلى المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة مع عدم الافتراض لطبيعة دور كل منها في المجتمعات العربية التي تعترف بدور المرأة ولا تنكر وجودها.

• أهداف الدراسة :

تهدف الدراسة إلى الكشف عن الآثار المترتبة على انضمام دولة فلسطين لاتفاقية سيداو، حيث جاءت الدراسة نقدية في ضوء الشريعة الإسلامية، وهدفت إلى ما يلي:

2. التعرف على اتفاقية سيداو من حيث النسأة والخلفية التاريخية والمضامين.

3. التعرف إلى مدى التوافق بين الشريعة الإسلامية والاتفاقية والتشريعات الفلسطينية.

4. التعرف إلى مدى الاختلاف والتناقض بين الشريعة الإسلامية والاتفاقية والتشريعات الفلسطينية.

• منهج الدراسة :

اتبعت هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي لكونه المنهج الأكثر ملائمة لطبيعة الدراسة، بدءاً من الوصف الدقيق للمادة ومن ثم تحليلها في ضوء الشريعة وبنود الاتفاقية، والاستعانة ببعض المراجع والأدبيات من كتب وأبحاث وأطارات، بالإضافة إلى المنهج المقارن؛ حيث سيقوم الباحث بإجراء المقارنة بين الشريعة الإسلامية ومقاصدها مع مواد الاتفاقية.

• خطة الدراسة :

المبحث الأول : الآثار المترتبة على انضمام فلسطين لاتفاقية.

المطلب الأول : حول اتفاقية سيداو ومضامينها.

المطلب الثاني : انضمام فلسطين لاتفاقية والآثار المترتبة عليه.

المبحث الثاني : مدى التوافق بين الشريعة الإسلامية والاتفاقية.

المطلب الأول : التوافق بين الشريعة الإسلامية والاتفاقية.

المطلب الثاني : الاختلاف بين الشريعة الإسلامية والاتفاقية.

المبحث الأول : الآثار المترتبة على انضمام فلسطين للاتفاقية :

منذ تأسيس منظمة التحرير الفلسطينية وبعد أن أصبحت فلسطين دولة عضو ومعترف فيها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، لم تتوانى عن الانضمام للاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تعنى وتوّزّد على حماية واحترام حقوق الإنسان، ومن ضمن هذه الاتفاقيات اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو"، إلا أن المجلس الوطني الفلسطيني ومنذ إعلان وثيقة الاستقلال عام 1988م، أكد على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة دون تمييز في الحقوق العامة على أساس العرق أو الدين أو اللون، ومن ثم جاء القانون الأساسي وأكّد على المساواة وعدم التمييز من خلال المادة رقم(9)، ومفاد ذلك أن دولة فلسطين لم تكن يوماً تتعارض مع حقوق المرأة وحرياتها أو تسمح بالتمييز بين الجنسين ولكن ضمن حدود القانون وأساس التشريع المستمد من الشريعة الإسلامية.

ومؤخرًا بدأت تتعالى الأصوات وتظهر ردود فعل المجتمع الفلسطيني على إثر انضمام دولة فلسطين لاتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو" ، علماً بأن دولة فلسطين منضمة بشكل فعلي ونهائي في العام 2014م، لذلك من خلال هذا البحث سسلط الضوء على الاتفاقية ومضامينها، وعلى الآثار المترتبة على انضمام دولة فلسطين للاتفاقية.

المطلب الأول : حول اتفاقية سيداو ومضامينها :

صدرت اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو" بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 كانون الأول عام 1979م<sup>1</sup> ، وأخذت الصفة الرسمية والإلزامية للدول الموقع عليها ودخلت حيز النفاذ في عام 1981م، وبلغ عدد الدول الموقعة عليها والمنضمة لها 191 دولة<sup>2</sup>، وبذلك أصبحت المرجعية والأساس لكل الاتفاقيات والمؤتمرات التي تتعلق بالمرأة والمنعقة بعدها، وتدعى الاتفاقية إلى إلغاء جميع القوانين والنظم المتعلقة بالمرأة المعمول بها في العالم، ليحل محلها قوانين دولية تتلاءم مع نمط الحياة الغربية.<sup>3</sup>

وهذه الاتفاقية تدعو إلى المساواة بصورة مطلقة في الحقوق بين الرجل والمرأة في مختلف مجالات الحياة؛ حيث أدرجت لائحة خاصة بحقوق المرأة بهدف التأكيد على دورها في المجتمع وبأنها لا تقل أهمية عن الرجل، الأمر الذي

<sup>1</sup> اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، لعام 1979.

<sup>2</sup> الأمم المتحدة. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مكتب المفوض السامي، نيويورك، متاح على الرابط التالي:

<https://www.ohchr.org/ar/professionalinterest/pages/cedaw.aspx?fbclid=IwAR17apFkwJxTvwKWgNo-NJD0hxFrTTI4bNGRYbm0HQ8Tu7JickPHYohx20s>.

تاریخ الدخول والاطلاع: 22/12/2019

<sup>3</sup> د. عارف بن عوض الرکابی. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سيداو" دراسة نقدية في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، ط2، جامعة أم القرى، السعودية، 2017، ص 23.

جعل هذه الاتفاقية من أهم الصكوك الدولية التي تدعو المرأة إلى التمسك بحقوقها وعدم التنازل عن أي منها، كما وتعتبر أن التمييز ضد المرأة هو من قبيل الظلم والإجحاف بحقها، والانتهاك من كرامتها.<sup>1</sup>

تتألف اتفاقية سيداو من ديباجة وثلاثين مادة مقسمة إلى ستة أجزاء، تحمل في طياتها المساواة بين الرجل والمرأة وهو الأساس الذي قامت عليه الاتفاقية، حيث تشكل المواد من 1 إلى 16 القواعد الأساسية في الاتفاقية، فهي تضم الإطار الكامل للكيفية القضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الجوانب القانونية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية والمدنية، كما وتشكل المواد من 17 إلى 30 الإجراءات والتدابير الدستورية والقانونية والإدارية التي اتخذتها الدول الأطراف لتنفيذ الاتفاقية التي تكفل حماية تلك الحقوق وضمان تطبيق عمل الاتفاقية والصعوبات التي تعرقل تطبيقها.

أما عن مضامين الاتفاقية فقد نظمت حقوق المرأة من خلال تفنيدها وفقاً للمجالات الأساسية والرئيسية في الحياة والمجتمع، وجاءت على النحو التالي<sup>2</sup>:

1. المساواة في التشريعات الوطنية؛ حيث نصت الاتفاقية على ضرورة تطبيق مبدأ المساواة في الدساتير الوطنية للدول، وضمان حماية المرأة بواسطة المحاكم ذات الاختصاص بهذا الشأن، دون تمييز.
2. اتخاذ التدابير الالزمة بما في ذلك الجانب التشريعي منها، وذلك بهدف إلغاء جميع الأحكام الجزائية الوطنية ضد المرأة.
3. تطوير المرأة في جميع ميادين الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية، وذلك عن طريق اتخاذ التدابير المناسبة بما فيها الجانب التشريعي.
4. تغيير الأنماط الأسرية للعائلة وجعل مسؤولية الأطفال وتربيتهم مشتركة بين الأبوين وليس على المرأة فقط، من خلال تطوير التربية الاجتماعية والعائلية للمرأة.
5. ضمان الحقوق السياسية للمرأة نظراً لأهمية دور المرأة في المجال السياسي ومشاركتها في صياغة سياسات الحكومة، بالإضافة إلى التأكيد على حقها في شغل الوظائف العامة، وحقها في الحصول على الجنسية ومنحها لزوجها وأولادها.
6. التأكيد على حق المرأة في التعليم والوصول إلى أعلى الدرجات، والتشجيع على التعليم المختلط ومساواة المناهج، بالإضافة إلى حقها في الرعاية الصحية وضمان حصولها على أفضل الخدمات في مرحلة الحمل والولادة والرضاعة.
7. أهلية المرأة من خلال الاعتراف بالمساواة أمام القانون ومنحها فرص ممارسته، وتمكينها من إدارة العقود والممتلكات وحرية اختيار النقل والسكن والإجراءات القضائية، والتأكد على حقها في الزواج واختيار الشريك وتحمل المسؤوليات في القوامة والوصية والوقاية.

<sup>1</sup> د. محمد النجيمي. حقوق المرأة في الإسلام واتفاقية سيداو، رؤية نقدية من منظور شرعي لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، 2015، ص 34.

<sup>2</sup> سهيل حسين الفتلاوي. موسوعة القانون الدولي، حقوق الإنسان، ج 3، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 260-267.

يرى الباحث أن بعض مضامين الاتفاقية والحقوق التي أكد عليها واضعيها لا تتناسب مع طبيعة المجتمعات العربية، حيث تغلب عليها النظرة الغربية التي تختلف من حيث التشريع والتطبيق، كما أن الاتفاقية جاءت للتأكيد على الحقوق فقط ولم تتناول واجبات المرأة مما يجعلها غير متكافئة ومناسبة بينهما.

لقد جاءت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو"، مخالفة لتعاليم الشرائع السماوية بشكل عام وللدين الإسلامي الحنيف بشكل خاص، وتتعارض مع نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة في العديد من أمور الدين والدنيا، ولم تقف عند هذا الحد بل وخالفت مقتضيات العلم المادي التجريبي، فاتفاقية سيداو وبحكم انضمام غالبية الدول العربية والمسلمة لها، فإنها تأمر جميع الناس بالمخالفات وبتغيير أنماط حياتهم وشرائعتهم وقوانينهم وتقاليدتهم وأعرافهم لتصبح ملائمة ومتسقة مع نصوص الاتفاقية وأحكامها<sup>1</sup>، وتصبح هي المرجعية الأولى والأساسية التي يحتمل لها عندما تتعلق القضية بالمرأة بصرف النظر عما هو مقتوف من قبلها، سواء أكان ذلك التصرف مقبول أخلاقياً أو دينياً أو اجتماعياً.

إن الأصل في الأحكام الشرعية أنها موجهة للمرأة والرجل على حد سواء، ولكن هنالك بعض الاختلاف الذي يرجع لاختلاف طبيعة وخصائص ومهام كل منهما، والاختلاف هنا قائم بين المرأة والرجل في الخلقة والطبيعة والصفات العامة من حيث القوة والضعف، وتأكيداً لذلك قوله تعالى: {الرَّجُلُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ}<sup>2</sup>، فعلى سبيل المثال لاحصر الرجل غالباً ما يحتمل إلى عقله في الأمور التي تحتاج إلى قرارات مصرية بينما المرأة غالباً ما تحكمها العاطفة، لذلك فإن الشريعة الإسلامية لم ولن يشوبها القصور في مبدأ المساواة المطلقة بين الجنسين، وإنما جاء إعطاء بعض الميزات والحقوق للرجل من قبيل تكرييم المرأة وإعلاء شأنها، فجعلها مكرمة في بيت والدها ومن ثم بيت زوجها، وأمرهم بالإتفاق عليها وتأمين جميع احتياجاتها، كما أمرهم بالإحسان للمرأة وإعطائها كافة حقوقها وعدم الإساءة لها، وفي ذلك قال: رسول الله - صل الله عليه وسلم - "استوصوا النساء خيرا"<sup>3</sup> وهذا الحديث يعتبر بمثابة أمر للأزواج والآباء والإخوة لكي يحسنوا معاملة النساء ويعطوهن كافة حقوقهن.

#### المطلب الثاني : انضمام فلسطين لاتفاقية الآثار المترتبة عليه :

جاء انضمام دولة فلسطين بشكل نهائي وكامل لاتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو" في مطلع نيسان من العام 2014، وكان انضمماها خال من أي تحفظ على أي من مواد الاتفاقية، وفي العام 2018 قدمت فلسطين أول تقرير لها حول الاتفاقية إلى مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان في اجتماع بوزارة الخارجية بين المفوض السامي ووزير الخارجية الفلسطيني، وفي هذه الأثناء قامت ممثلية فلسطين في جنيف بتسلیم نسخة من التقرير إلى اللجنة المعنية لمناهضة جميع أشكال التمييز ضد المرأة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> سعد أحمد سعد. اتفاقية سيداو في ضوء الكتاب والسنة، مجلة المنبر، عدد(7)، 2008، ص 182.

<sup>2</sup> سورة النساء، الآية: 34.

<sup>3</sup> أبي عبد الله محمد البخاري. صحيح البخاري، حديث رقم (5186)، باب الوصاية للنساء، ط1، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 2002، ص 1321.

<sup>4</sup> الائتلاف النسوی الأهلی لتطبيق اتفاقية سيداو في دولة فلسطين تحت الاحتلال، انضمام فلسطين إلى اتفاقية سيداو تقرير الظل المقدم من الائتلاف النسوی الأهلی، مجلة سياسات، عدد(41)، 2017، ص 161.

ولقد ميز واضعي الاتفاقية بين التوقيع عليها والمصادقة عليها والانضمام لها، وحددوا الأثر القانوني المترتب على التزام الدول بأي من الإجراءات السابقة، ويأتي التمييز بين الإجراءات الثلاثة السابقة بهدف إعطاء الدولة مهلة لمراجعة قرارها سواء كان بالتوقيع أو الانضمام لكون هذا الإجراء سيجعلها ملتزمة بالاتفاقية بشكل نهائي، ويكون الانضمام النهائي من قبل السلطات المختصة في الدولة، ويكون إما من خلال موافقة البرلمان أو بتخاذل إجراءات قانونية أخرى من قبل الدولة، وفي هذا الصدد لابد من التنويه إلى أن دولة فلسطين لا يوجد بها أي آليات تقوم بالتصديق على الاتفاقيات<sup>1</sup>.

وفيما يخص الانضمام لاتفاقية فقد خولت منظمة التحرير الفلسطينية الرئيس محمود عباس بوصفه رئيس اللجنة التنفيذية للمنظمة بالتصديق على الاتفاقية؛ وذلك لأن دولة فلسطين لا يوجد فيها آليات للتصديق على الاتفاقية بالإضافة لكونها غير مخولة للتصديق على الاتفاقيات الدولية، الأمر الذي دفع الرئيس إلى توجيه مرسوم رقم (19) لسنة 2009م للانضمام لاتفاقية سيداو، إلا أن الرئيس لم يرجع إلى السلطة التشريعية ولم يأخذ موافقة المجلس الوطني في الانضمام المطلق لاتفاقية، الأمر الذي يجعل الاتفاقية غير قانونية بالنسبة للوضع الفلسطيني لكونها لم تأخذ موافقة المجلس التشريعي والمجلس الوطني<sup>2</sup>.

ولقد تم اعتماد تعريف التمييز الوارد في اتفاقية سيداو ضمن مشروع قرار بقانون حماية الأسرة من العنف؛ حيث فرض القانون عقوبات على التمييز ضد المرأة، ونص على أن العادات والتقاليد السائدة في المجتمع لا تعتبر سبباً مبيحاً للتملص من الالتزامات الواردة في القانون، لذلك فإنه بعد نشر الاتفاقية في الجريدة الرسمية يكون لأى قاض الحق في الرجوع إلى نصوصها والاستناد إليها عند إصدار أحكماته<sup>3</sup>.

وفي الوقت الحالي أصبحنا نرى مطالب كثيرة وأصوات متغالية بضرورة تطبيق الاتفاقية وتحديداً من قبل الجمعيات النسوية والاتحاد المرأة، على اعتبار أن المرأة الفلسطينية امرأة مضطهدة، لا تتمتع بأية حقوق، وينبغي التمسك بهذه الاتفاقية لكي تنصف المرأة وتدافع عنها وتتضمن حقوقها.

ولكن هذه المطالبات لم تبني على أساس قانونية؛ حيث نصت المادة رقم (10) من القانون الأساسي لعام 2003 على أن "حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام، وتعمل السلطة الوطنية الفلسطينية دون إبطاء على الانضمام إلى الإعلانات والمواثيق الدولية والإقليمية التي تحمي حقوق الإنسان"<sup>4</sup>، وهذه المادة تفيد بأن القانون الأساسي الفلسطيني أكد على احترام حقوق الإنسان وحمايتها بصرف النظر عن الجنس أو الدين أو اللغة.

وبموجب التصديق على الاتفاقية يتربّع على دولة فلسطين تقديم التقارير الدورية للجنة سيداو؛ حيث تبلغها من خلالها عن التقدم الذي أحرزته باتخاذ التدابير التشريعية والقضائية والإدارية الرامية إلى تنفيذ الاتفاقية،

<sup>1</sup> ريم بطمة. المعاهدات الدولية والقانون الوطني: دراسة مقارنة للعلاقة ما بين المعاهدات الدولية والقانون الوطني وآليات توطينها، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء، رام الله، 2014. ص 32-33.

<sup>2</sup> فاتن عبد الله سلبي. حقوق المرأة الفلسطينية بين اتفاقية سيداو والتشريعات الفلسطينية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2017. ص 26.

<sup>3</sup> اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة. قائمة القضايا والأسئلة المتعلقة بالتقرير الأولي لدولة فلسطين، هيئة الأمم المتحدة في الدورة السابعة، 2018، ص 2.

<sup>4</sup> القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003م، المادة رقم (10).

فتقوم بتقديم التقرير الأولي في السنة الأولى بعد التصديق، ومن ثم تقوم بتقديم التقرير الدوري كل أربع سنوات، بالإضافة إلى تقارير الطل والتي تقدم من قبل منظمات المجتمع المدني أو من قبل من يتحالف معها بهدف الكشف عن المعلومات التي أخفيت في التقريرين السابقين<sup>1</sup>، وتقارير خاصة تقدم عن الانتهاكات التي قد تتعرض لها المرأة الفلسطينية.

يرى الباحث أن دولة فلسطين تعتبر الشريعة الإسلامية أساس ومصدر التشريع<sup>2</sup> مع احترام الشرائع السماوية الأخرى، لذلك فإن انضمامها بشكل مطلق إلى اتفاقية على شاكلة اتفاقية سيداو يعتبر أمر مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، بل ومخالف لطبيعة المجتمع الفلسطيني الذي تحكمه العادات والتقاليد والأعراف، حيث أن هذه الاتفاقية تحمل في طياتها بعض المواد التي تتنافى مع الشريعة الإسلامية وتحديداً ما يتعلق بالزواج والميراث، فكان من الأجرد عند الانضمام لهذه الاتفاقية التمعن والتأنى بدلاً من الانضمام المطلق لها، من خلال التحفظ على المواد التي لا تناسب مع دولة فلسطين ومع طبيعة مجتمعنا الفلسطيني الذي لم ينتقص من قيمة المرأة يوماً ولم يبيح للرجل الاعتداء عليها، ولكن مسألة كالميراث يوجد بها نص قرآنی واضح وصریح لقوله تعالى: {يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أُولَادِكُمْ لِلَّذِكَرِ مُثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ إِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلَثًا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلَأَبُويهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرَثَهُ أَبُوهُهُ فَلِأَمْمَهُ الْثُلُثُ إِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأَمْمَهُ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دِينٍ أَبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةٌ مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا}<sup>3</sup>، لذلك لا يجوز الاقتراب منها، لأن تغييرها يعتبر تعدى على كلام الله تعالى.

#### المبحث الثاني : مدى التوافق بين الشريعة الإسلامية والاتفاقية :

ترفض جميع الشرائع والأديان السماوية وكافة القوانين الوضعية والدولية اضطهاد المرأة والتمييز بينها وبين الرجل، وجميعها نصت على مبدأ المساواة وعدم التمييز على أساس العرق أو الجنس أو اللون أو الدين، وعلى منح المرأة كافة حقوقها الأساسية والمدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية التي كفلتها لها القانون، والشريعة الإسلامية التي تعتبر السباقة في حماية حقوق المرأة واحترامها، وجاءت اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو" لتأكيد على تلك المبادئ والحقوق المكفولة للمرأة ولكن المسألة التي لا بد من توضيحها هي أن اتفاقية سيداو جاءت بسبب المعاملة القاسية التي كانت تلقاها المرأة في الغرب؛ حيث تعاملوا منها على أنها جنس ناقص ولا تصل إلى مستوى الرجل في العقل والتفكير.

وأتفاقية سيداو من حيث المبدأ لم تتعارض مع الشريعة الإسلامية لكونها أكدت على الحقوق التي نصت عليها الشريعة من خلال الآيات القرآنية والأحاديث البهية الشريفة، ولكن الاختلاف الكبير يكمن في بعض الحقوق غير المنطقية والتي يرى واضعى سيداو أنها حقاً للمرأة وأنها ضرباً من ضروب التمييز، والتي وردت في المادة رقم (16) من الاتفاقية وتحديداً فيما يتعلق بالزواج، وما يتربى عليه من الولاية والقوامة والوصاية، علمًا بأن القوامة تعتبر تكريماً للمرأة لكون الرجل ملزم بتؤمن كافة احتياجاتها ومستلزماتها، بالإضافة إلى هذه المطالبات تلغى حق المرأة في الحصول على المهر الذي كفله لها الإسلام، لذلك فإن الإسلام كرم المرأة والقوانين التي أكدت

<sup>1</sup> صالح الكفري و خديجة نصر. واقع التمييز في سوق العمل الفلسطيني من منظور النوع الاجتماعي: نحو مستقبل يضمن المساواة بين الجنسين، مواطن، رام الله، 2011، ص 25-26. انظر اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979م، المادة رقم (18).

<sup>2</sup> انظر: القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003م، المادة رقم(4).

<sup>3</sup> سورة النساء، الآية: 11.

على حقوقها وكفلت لها منح هذه الحقوق، لم تحمل يوماً بين طياتها ما يحizin للرجل الاعتداء عليها أو التمييز بينها وبينه.

### المطلب الأول : التوافق بين الشريعة الإسلامية والاتفاقية :

نص الإسلام على المساواة بين الرجل والمرأة في مختلف مجالات الحياة، ومنع التمييز بين البشر، وفي هذا الخصوص وردت الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة التي تثبت المساواة في الحقوق والواجبات، وتؤكد على احترام المرأة وتحث الرجل على الاهتمام بها، ومن هذه الآيات قوله تعالى: { يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّنْ ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۝ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَانُكُمْ }<sup>1</sup>، وقال - صل الله عليه وسلم -: "إِنَّمَا النَّسَاء شَقَائِقَ الرِّجَالِ" <sup>2</sup>.

وفي التشريع الفلسطيني لا يوجد أي مادة تقر وتبين التمييز أو التفرقة بين الرجل والمرأة في ممارسة الحقوق المدنية والسياسية، واعتبروا كلاهما سواء أمام القانون والقضاء، ولهما نفس القدر من الحقوق والواجبات، وجاء ذلك بشكل واضح من خلال نص المادة(26) من القانون الأساسي والتي سمحت للنساء بتشكيل الأحزاب والانضمام، وكفل حق التصويت والترشيح في الانتخابات لكلا الجنسين، وتشكيل النقابات والجمعيات والاتحادات والروابط والأندية، بالإضافة إلى التأكيد على حق المرأة في تقلد المناصب والوظائف العامة على أساس تكافؤ الفرص.<sup>3</sup>

فالمرأة الفلسطينية تشارك في الحياة السياسية دون قيود ولها نفس الحقوق بالتساوي مع الرجل، وأصبحت تقلد المناصب العامة في الدولة، وتأكيداً على ذلك - على سبيل المثال لا الحصر- أن محافظ حافظة رام الله والبيرة هي الدكتورة ليلى غنام، وزیر شؤون المرأة هي الدكتورة آمال حمد، وزیر السياحة والآثار السيدة رولا معايعة، بالإضافة إلى وجود عدد من النساء في المجلس التشريعي والمجلس الشوري، واللاتي وصلن للعضوية عن طريق الانتخاب، ومنهن حنان عشراوي عضو في اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية، وانتصار الوزير بصفتها ممثلة عن الاتحاد العام للمرأة الفلسطينية.

بالإضافة إلى الحقوق السياسية، فإن التشريع الفلسطيني كفل للمرأة حقها في حرية العقيدة العبادة وممارسة الشعائر الدينية<sup>4</sup>، والحق في التعليم<sup>5</sup>، وحرية الرأي والتعبير عنه<sup>6</sup>، والحق في الضمان الاجتماعي، والحق في حرية السكن والتنقل<sup>7</sup>، وحرية الرأي والتعبير عنه<sup>8</sup>؛ حيث أن هذا الحق مكفول في الإسلام وشرعيته السباقة لجميع الاتفاقيات والمعاهدات، وهو أول من كرم المرأة وأمر بتوفير المسكن لها لحمايتها وصونها وشدد على ضرورة الاستئذان قبل دخول مسكنها، وذلك من قبيل احترام خصوصيتها.

<sup>1</sup> سورة الحجرات، الآية: 13.

<sup>2</sup> أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذى. الجامع الكبير، ج 1، كتاب الطهارة، حديث رقم (113)، ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1996، ص 154.

<sup>3</sup> انظر: القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003، المادة رقم (26).

<sup>4</sup> انظر: القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003، المادة رقم (18).

<sup>5</sup> انظر: القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003، المادة رقم (24).

<sup>6</sup> انظر: القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003، المادة رقم (19).

<sup>7</sup> انظر: القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003، المادة رقم (20).

<sup>8</sup> انظر: القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003، المادة رقم (19).

كما وكفل القانون الفلسطيني للمرأة الحق في الملكية والحماية من الاستغلال الذي قد يجردتها من ممتلكاتها، والحق في اختيار مكان سكنها وإقامتها الدائم، كما وكفل القانون حق المرأة الفلسطينية في العمل والتتمتع بشروط عمل عادلة ومتساوية وبيئة عمل تكفل سلامتها وصحتها، مع الحصول على الأجر المتساوي مع الرجل<sup>1</sup>.

بناءً على ما سبق، يرى الباحث أن معظم الحقوق المدنية والسياسية التي أكدت عليها الشريعة الإسلامية والقانون الأساسي الفلسطيني لا تتعارض مع اتفاقية سيداو من حيث المبدأ، فلا يوجد نص في القرآن الكريم أو حديث نبوي شريف، أو مادة في القانون الفلسطيني تنص على جواز التمييز بين الجنسين وتفضيل الرجل على المرأة، ولكن هناك أعراف وتقاليد لا يجوز الخروج عنها، فكافحة الحقوق التي كفلها القانون للمرأة ينبغي ألا تتعارض مع القانون وأن تمارسها المرأة ضمن حدوده.

في هذا المطلب تحدثنا عن الحقوق التي لا تتعارض مع الاتفاقية، بمعنى آخر الحقوق التي تنسجم وتناغم مع الشريعة الإسلامية والقانون الأساسي الفلسطيني، ولكن إن ما حدث من ضجة حول هذه الاتفاقية لم يأتي بسبب التناغم وإنما بسبب الاختلاف، فالاتفاقية تتعارض وبشكل كبير مع القانون ومع الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالمادة رقم (2) والمادة رقم (13/أ) التي تناولت الاستحقاقات العائلية، والمادة رقم (16) والتي تتناول موضوع الزواج والعلاقات العائلية، وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني.

### المطلب الثاني : الاختلاف بين الشريعة الإسلامية والاتفاقية :

طالب المادة رقم (2) من الاتفاقية بجعلها المرجعية الأساسية في كافة القضايا والمسائل التي تخص المرأة في الدول المصادقة عليها وذلك وفقاً لصفتها الإلزامية للدول الأعضاء، على أن تعيد هذه الدول النظر في قوانينها وتشريعاتها وتعمل على تعديلها في ضوء الاتفاقية وأحكامها، حتى وإن كان المقصود عليه في الاتفاقية مخالف للشريعة الإسلامية، وسواء كانت هذه الأحكام صادرة عن أشخاص أو ناجحة عن التقاليد والأعراف وقوانين الأسرة، والعمل على فرض هذه القوانين بالقوة عن طريق فرض العقوبات على المخالفين، وفتح المجال للمرأة بتقديم الشكاوى في حال وقوع التمييز عليها.

وتعتبر هذه المادة خطيرة في حال تطبيقها من قبل الدول الأعضاء وتحديداً الدول العربية منها؛ حيث أنها تكسر ثقافة العولمة واعتبار الاتفاقية هي المرجع الوحيد للدول في قضايا المرأة، ورفض الاختلاف التشريعي والقانوني لبعض الدول، علمًا بأن هذا الإلزام يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة نفسه الذي ينص على احترام التنوع الثقافي والديني للشعوب<sup>2</sup>.

بالإضافة إلى المادة رقم (2)، نلاحظ أن هنالك تعارض آخر بين الاتفاقية والشريعة الإسلامية، ويكمّن هذا التعارض في المادة رقم (13/أ) وهو الحق في الاستحقاقات العائلية، وتحديداً فيما يتعلق بالإرث والميراث؛ حيث يرى

<sup>1</sup> الاتحاد العام للمرأة الفلسطينية ووزارة شؤون المرأة، وثيقة حقوق المرأة الفلسطينية، وزارة شؤون المرأة، رام الله، 2012، ص 9-11.

<sup>2</sup> د. نهى القاطرجي. قراءة إسلامية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة: دراسة حالة لبنان، ورقة مقدمة في مؤتمرعنوان "أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات والإعلانات الدولية، جامعة طنطا، مصر، 2008، متاح على الرابط التالي:- [https://sites.google.com/site/socioalger1/drasat-qanwntyte/qrate-aslamyte-fy-atfaqytle-alsydaw?fbclid=IwAR0B\\_OAWGOskFI9rOJDwXTGJWPp94rP6\\_CTpH57M-Xbp8tcDTw2GL36bvZk](https://sites.google.com/site/socioalger1/drasat-qanwntyte/qrate-aslamyte-fy-atfaqytle-alsydaw?fbclid=IwAR0B_OAWGOskFI9rOJDwXTGJWPp94rP6_CTpH57M-Xbp8tcDTw2GL36bvZk)

واصعي الاتفاقية أن المساواة بين الرجل والمرأة في الميراث هو حق للمرأة وعدم العمل به من قبيل التمييز بينهما، وظلم وإجحاف يحق المرأة، وبالطبع يتنافي هذا الكلام مع قول الله - عز وجل - في كتابه الكريم: {للذكر مثل حظ الأنثيين} <sup>١</sup>.

إن تأكيد على الاتفاقية على ضرورة إعطاء النساء حقهن من الميراث وعدم حرمانهن منه أمر عظيم، وذلك لأن الله سبحانه وتعالى أمر بالعدل وبإعطاء امرأة حقها من ورث أبيها أو زوجها، ولا يمكننا التغافل عن أن بعض العائلات تحرم النساء من هذا الحق وتقسم الميراث على الذكور فقط، وهذا يعتبر مخالفة لشرع الله تعالى وأثم عظيم، فنحن نؤيد وبشدة حق المرأة في الميراث، ولكن الميراث الشرعي الذي يحكم لها فيه الشرع والقانون وليس ما نصت عليه الاتفاقية وهو المساواة المطلقة في الميراث.

وإن أخطر ما نصت عليه اتفاقية سيداو هو المادة رقم (١٦) في بعض بنودها إذ تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة وبغض النظر عن طبيعة تلك التدابير التي تقوم بها الدول، وذلك للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، ليشمل في ذلك عقد الزواج، حيث تتساوى المرأة والرجل في نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه، ونفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال.

إن هذه المادة تعتبر خطيرة لكونها تتنافي مع الحقيقة الكونية والشرعية لطبيعة التزاوج بين الذكور والإإناث، فالزواج لا يقوم إلا على التمايز وقوانين الطبيعة في الكيمياء والفيزياء والأجرام السماوية والذرارات، وهذا التمايز في حال حدوث أي اختلاف فيه يؤدي إلى انهيار الكون البشري <sup>٢</sup>، وتجدر بنا الإشارة إلى أن الإسلام يتفق قلباً وقالباً مع الطبيعة الكونية والتي لا تقبل بأي شكل من الأشكال التزاوج بين أبناء الجنس الواحد وإنما بين الجنسين، فالإسلام هو أول نظام عرفته البشرية أعطى المرأة حقوقها على أكمل وجه ومنحها المكانة السامية <sup>٣</sup> التي ترفض العنف تجاه المرأة قبل سيداو وقبل كافة المعاهدات والاتفاقيات التي تعنى بالمرأة وحقوقها.

وهذه المادة تتعارض مع الشريعة الإسلامية جملةً وتفصيلاً؛ حيث أن الإسلام أكد على ضرورة وجودولي للمرأة عند عقد القرآن، وأعطى القوامة للرجل لكونه المسئول عن إعالة المرأة وتأمين المسكن والمأكل والملابس لها وكافة احتياجاتها، ف يأتي التعارض من نص المادة التي تريد المساواة في القوامة والوصاية والولاية؛ حيث أنها تتعارض مع قوله - عز وجل - {الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ} <sup>٤</sup>، كما وتطالب بعدم وجودولي للمرأة وأن تكون ولية نفسها.

ويكتننا توضيح خطورة هذه المادة على المجتمعات العربية والإسلامية من خلال بيان الأدلة الشرعية وربطها فيها، فيما يتعلق في إبطال منع المسلمة من الزواج بغير المسلم واختيار الزوج الذي تريده دون النظر إلى دينيه؛ حيث

<sup>١</sup> سورة النساء، الآية: ١١.

<sup>٢</sup> سعد أحمد سعد، مرجع سابق، ص 184.

<sup>٣</sup> د. حامد سيد حامد. العنف الجنسي ضد المرأة في القانون الدولي: إطلاع موجزة عن مكافحته طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016، ص 9.

<sup>٤</sup> سورة النساء، الآية 34.

أن الدين الإسلامي حرم زواج المسلمة بغير المسلم، وذلك تأكيداً لقوله تعالى:{وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا}<sup>1</sup>، ونصت المادة أيضاً على إلغاء تعدد الزوجات، من قبيل المساواة بين الرجل والمرأة، ولكن الله سبحانه وتعالى جعل تعدد الزوجات أمر مباح، وفي ذلك قال تعالى: {وَإِنْ خِفْتُمُ أَلَا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوهُمَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمُ أَلَا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَا تَعُولُوا}<sup>2</sup>، ومن الجدير بالذكر أن تعدد الزوجات لم يأتي دون تبرير فالبعد يكون له أسباب وحالات خاصة بينها لنا رسولنا الكريم، كأن تكون المرأة عاقر أو مصابه بمرض عضال، أو تكون المرأة غير قادرة على القيام بواجبات زوجها على أكمل وجه.

كما نصت الاتفاقية على وجوب إلغاء العدة الشرعية للمرأة في حال الطلاق ووفاة الزوج؛ حيث أن الرجل لا يعتد بعد طلاق أو وفاة زوجته، فإلغاء العدة هو من باب المساواة وهذا مخالف للشريعة الإسلامية فقل تعالى: {يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ}<sup>3</sup>، وقوله تعالى: {وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَدْرُوْنَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصُنَّ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةً أَشْهُرٍ وَعَشْرًا}<sup>4</sup>، بالإضافة إلى إلغاء مبدأ الولاية على المرأة لتصبح متساوية مع الرجل، فعند تزويج الفتاة للمرة الأولى تحديداً لا يجوز أن يعقد قرانها دون وجود ولد، وفي ذلك جاء قول النبي -صلى الله عليه وسلم- "لا نكاح إلا بولي"<sup>5</sup>، واحتراط الولي لم يبقى نص شرعى فحسب، وإنما معمول به في قانون الأحوال الشخصية في دولة فلسطين، ويجوز عدم وجود الولي في حالة زواج الشيب التي أتمت من العمر ثمانية عشر عاماً فما فوق.<sup>6</sup>

كما نصت الاتفاقية على ضرورة المساواة بين الرجل والمرأة في اختيار اسم العائلة التي ستمنح للأبناء، وبناءً عليه يجب أن يحمل الأبناء اسم الأم كما يحملون اسم الأب، ويتناهى ذلك مع قول الله تعالى: {أَدْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ}<sup>7</sup>.

#### الخاتمة :

تناولت هذه الدراسة انضمام دولة فلسطين لاتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة" سيداو"، والآثار المترتبة على هذا الانضمام ، ومقارنتها بالشريعة الإسلامية وذلك على اعتبار أن الشريعة الإسلامية هي مصدر التشريع والرجعية الأساسية في التشريع الفلسطيني.

**وتوصل الباحث من خلالها إلى النتائج التالية :**

1. جاءت اتفاقية سيداو بعد أن تعالت الأصوات بضرورة وضع حد للانتهاكات التي تتعرض لها المرأة وللظلم والإجحاف بحقها من قبيل الرجل في المجتمعات الغربية، ومن ثم أصبحت المرجعية الأساسية والاتفاقية الرئيسية التي تحمي حقوق المرأة وتকفل بحمايتها ضد أي تمييز يمارس عليها.

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 221.

<sup>2</sup> سورة النساء، الآية 3.

<sup>3</sup> سورة الطلاق، الآية 1.

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 234.

<sup>5</sup> رواه أبو داود والترمذى وابن ماجة وصححه العلامة الألبانى فى صحيح سنن الترمذى.

<sup>6</sup> انظر: قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني لسنة 1976 م، المادة رقم (13).

<sup>7</sup> سورة الأحزاب، الآية: 5.

2. تطالب اتفاقية سيداو بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة علماً بأنه لا يوجد مساواة مطلقة بينهما نظراً للاختلاف البيولوجي والتكوني الطبيعي ووظيفة كل منهما في الأسرة في المجتمع، لذلك التعبير الأصح هو المطالبة بالعدالة بين الرجل والمرأة وليس المساواة.

3. انضمت دولة فلسطين لاتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو" ولم تحفظ على أي من موادها، علماً بأن بعض موادها تتعارض مع الشريعة الإسلامية ومع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني.

#### التوصيات :

1. توصى الدراسة بضرورة التمعن في كافة بنود الاتفاقيات قبل الانضمام لها وتحديداً الاتفاقيات التي لا تتوافق مع الشريعة الإسلامية والتشريعات الفلسطينية.

2. توصى الدراسة بضرورة إعادة النظر في بعض مواد الاتفاقية من خلال تقديم إشعار خطى للأمين العام للأمم المتحدة وذلك وفقاً للمادة رقم (26) من الاتفاقية.

3. ضرورة تحفظ على المادة (2) والمادة (13/أ) والمادة (16) من الاتفاقية لما فيها من مخالفة للشريعة الإسلامية وللتشريعات الداخلية.

#### • قائمة المصادر والمراجع :

- القرآن الكريم.

#### ❖ الكتب :

- أبي عبد الله محمد البخاري. صحيح البخاري، ط١، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 2002.

- أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذى. الجامع الكبير، ج١، ط١، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1996.

- د. حامد سيد حامد. العنف الجنسي ضد المرأة في القانون الدولي: إطلاعه موجزة عن مكافحته طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.

- د. عارف بن عوض الركابي. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سيداو" دراسة نقدية في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية"، ط٢، جامعة أم القرى، السعودية، 2017.

- ريم بطمة. المعاهدات الدولية والقانون الوطني: دراسة مقارنة للعلاقة ما بين المعاهدات الدولية والقانون الوطني وأليات توطينها، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء، رام الله، 2014.

- سهيل حسين الفتلاوي. موسوعة القانون الدولي، حقوق الإنسان، ج٣، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

#### ❖ القوانين والقرارات :

- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، لعام 1979.

- قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني رقم (61) لسنة 1976م.

- القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003م.

#### ❖ المجالات والدوريات

- الاتحاد العام للمرأة الفلسطينية ووزارة شؤون المرأة. وثيقة حقوق المرأة الفلسطينية، وزارة شؤون المرأة، رام الله، 2012.

- الائتلاف النسوي الأهلي لتطبيق اتفاقية سيداو في دولة فلسطين تحت الاحتلال، انضمام فلسطين إلى اتفاقية سيداو تقرير الظل المقدم من الائتلاف النسوي الأهلي، مجلة سياسات، عدد (41)، 2017.

- د. عارف بن عوض أركابي. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" سيداو": دراسة نقدية في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، مجلة العلوم الشرعية، مجلد (7)، عدد (4)، 2014.
- د. محمد النجيمي. حقوق المرأة في الإسلام واتفاقية سيداو، رؤية نقدية من منظور شرعي لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، 2015.
- سعد أحمد سعد. اتفاقية سيداو في ضوء الكتاب والسنة، مجلة المنبر، عدد (7)، 2008.
- صالح الكفري وخديجة نصر. واقع التمييز في سوق العمل الفلسطينية من منظور النوع الاجتماعي: نحو مستقبل يضمن المساواة بين الجنسين، مواطن، رام الله، 2011.
- اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة. قائمة القضايا والأسئلة المتعلقة بالتقرير الأولي لدولة فلسطين، هيئة الأمم المتحدة في الدورة السابعة، 2018.
- ❖ الرسائل العلمية :
- فاتن عبد الله سلحب. حقوق المرأة الفلسطينية بين اتفاقية سيداو والتشريعات الفلسطينية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2017.
- ❖ الواقع الالكترونية :
- الأمم المتحدة. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مكتب المفوض السامي، نيويورك، متاح على الرابط التالي :
- <https://www.ohchr.org/ar/professionalinterest/pages/cedaw.aspx?fbclid=IwAR17apFkwJxTvwKWgNo-NJD0hxFrTTI4bNGRYbm0HQ8Tu7JickPHYohx20s>
- د. نهى القاطرجي. قراءة إسلامية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة: دراسة حالة لبنان، ورقة مقدمة في مؤتمر بعنوان "أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات والإعلانات الدولية، جامعة طنطا، مصر، 2008، متاح على الرابط التالي:
- [https://sites.google.com/site/socioalger1/drasat-qanwnyte/qrate-aslamyte-fy-atfaqyte-alsydaw?fbclid=IwAR0B\\_OAWGOskFl9rOJDwXTGJWPp94rP6\\_CTpH57M-Xbp8tcDTw2GL36bvZk](https://sites.google.com/site/socioalger1/drasat-qanwnyte/qrate-aslamyte-fy-atfaqyte-alsydaw?fbclid=IwAR0B_OAWGOskFl9rOJDwXTGJWPp94rP6_CTpH57M-Xbp8tcDTw2GL36bvZk)

## موانع الترشح للانتخابات النيابية في التشريع اليمني

Steeplechase nomination for parliamentary elections in Yemeni legislation<sup>1</sup>



د. محمد أحمد محمد غوبر  
رئيس قسم القانون العام  
بكلية الشرطة ، أكاديمية  
الشرطة ، جمهورية اليمن

### المقدمة :

يُعد الترشح من أهم الأركان للمشاركة في الحياة السياسية، فهو حق ومن ثم كان لازما لإعمال الديمقراطية وليس لأنه مكفول دستوريا فقط، بل أحيانا تكون عملية الترشح أكثر نزاهة من العملية الانتخابية. عموماً يشكل موضوع الدراسة؛ إحدى الشروط السلبية، أو الشروط الخاصة للترشح للانتخابات النيابية، حيث تكمن خصوصية هذه الشروط في تعلقها ببراكز خاصة لا يشتر� فيها جميع المترشحين بل البعض منهم فقط بسبب تقلدهم لبعض المهام أو المسؤوليات، وهي كلها تمثل في موانع من الترشح، وهي شروط معمول بها في كل التشريعات العربية والعالمية وخاصة النظم الليبرالية منها، وترمي إلى الحفاظة على حرية الناخب، كشروط عدم قابلية الترشح "موانع الترشح"

<sup>1</sup> - D.Mohammed Ahmed Mohammed Ghawbar , Professor of public law and public law, section chief of Police College Police Academy of the Republic of Yemen.

فقد اشترط المشرع اليمني على طوائف معينة من المواطنين الذي يتولون بعض الوظائف حتى يتمكنوا من حق الترشح للانتخابات النيابية تقديم استقالتهم من وظائفهم، كدرء للشبهات التي قد تؤدي إلى التشكيك في نزاهة عملية الاقتراع بتزييف نتائجه من خلال الضغط المادي أو المعنوي على الناخبين وقد حددت التشريعات الانتخابية الحديثة - ومنها التشريع اليمني - هذه الحالات.

لقد أعتبر المشرع اليمني<sup>(1)</sup> تاريخ ترك العمل أو الاستقالة إن كان من شملتهم الفقرتان (هـ) و(جـ) من المادة (60)<sup>(2)</sup> من القانون رقم (13) لسنة 2001 بشأن الانتخابات العامة والاستفتاء وتعديلاته؛ أحد أهم البيانات التي يتضمنها نموذج طلب الترشح للانتخابات النيابية، الذي يتقدم به طالب الترشح، إلى اللجنة الأصلية أثناء ساعات الدوام الرسمي لهذه الأخيرة وذلك في الأيام العشرة التالية لفتح باب الترشح، وذلك قبل ثلاثة أشهر على الأقل من تاريخ فتح باب الترشح.

بحيث يعتبر أي موظف ضمن الفئات المشمولة بالفقرتين (هـ) و(جـ) المشار إليهما يريد أن يرشح نفسه للانتخابات النيابية؛ مستقiliاً أو متوقفاً عن عمله أو تاركاً لعمله من تاريخ فتح باب الترشح. أي مستقiliاً حكماً و بموجب القانون حتى ولو لم تقبل استقالته من جهة عمله<sup>(3)</sup>.

وتعدّ أو تتبّع أهمية هذه الدراسة في بيان موقف المشرع من موانع الترشح للانتخابات النيابية وما يتخلل ذلك من تناقضات على مستوى النصوص الدستورية والقانونية وما يشوبها - أيضاً - من غموض آخرًا تعود أهميتها إلى بيان إجراءات موانع الترشح وبيان آثارها، وإجراءات وحالات كل منها، مع محاولة إيصال الحالات المستثنىة من موانع الترشح، فضلاً عن بيان الوظائف التي يمنع على شاغليها الخوض في الترشح للانتخابات النيابية.

وذلك كله من أجل مزيداً من الحماية أو المحافظة على حرية الناخب، كشروط عدم قابلية الترشح أو موانعه، أو ترمي إلى حماية العضوية التي يصبو المترشح إلى توليها لتنافيها معه أخيراً يعتبر الترشح من أهم الحقوق السياسية التي تضمنتها التشريعات اليمنية، للمواطنين اليمنيين جميعهم<sup>(4)</sup> باستثناء المنع المؤقت للبعض منهم أو من يتولون بعض الوظائف ذات الأهمية.

أما عن أهم أسباب ودوافع هذه الدراسة؛ فإنه إذا كان المشرع اليمني<sup>(5)</sup>. قد أجاز لكل ناخب أن يرشح نفسه في الانتخابات النيابية، إلا أنه استلزم لذلك أن يكون الترشح في الدائرة التي بها موطنه الانتخابي. إلا أن مفهوم هذا

(1) (راجع) أحكام (م.57/ب/8) من القانون رقم (13) لسنة 2001 بشأن الانتخابات العامة والاستفتاء وتعديلاته

(2) وعند العودة إلى الفئات الوظيفية التي حدتها (م.60/هـ)، المشار إليها نجد أنه تنص على أنه (لا يجوز لرئيس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم ووكالاء الوزارات ورؤساء المصالح والمؤسسات العامة أن يرشحوا أنفسهم لعضوية مجلس النواب إلا إذا مضى على تركهم للعمل مدة ثلاثة أشهر على الأقل من تاريخ فتح باب الترشح). كما (لا يجوز للمحافظين ووكالاتهم والقضاة ومديري المديريات ومدراء مكاتب الوزارات والمحافظات والمصالح والمؤسسات ومدراء الأمن والقيادة العسكرية والمسؤولين التنفيذيين في المجالس المحلية وأي موظف عام في نطاق الوحدة الإدارية أن يرشحوا أنفسهم لعضوية مجلس النواب في الدوائر التي يعملون بها إلا إذا مضى على تركهم للعمل في نطاق الدائرة الانتخابية مدة ثلاثة أشهر على الأقل من تاريخ فتح باب الترشح).

(3) تنص (م.60/هـ) من القانون رقم (13) لسنة 2001 على أنه (مع مراعاة ما ورد في الفقرتين (هـ) و(جـ) من هذه المادة يعتبر كل موظف يرشح نفسه لعضوية مجلس النواب متوقفاً عن ممارسة وظيفته العامة من تاريخ فتح باب الترشح، وبعود إليها إن لم يفز في الانتخابات وتدفع له كافة مستحقاته فإن فاز استمرت مستحقاته من جهة عمله خلال مدة عضويته في المجلس، وكان له بعد انتهاءها الحق في العودة إلى عمل مواز لعمله السابق على الأقل).

(4) تنص (م.41) من دستور الجمهورية اليمنية المقر بتاريخ 20/2/2001م، بأن المواطنين جميعهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة. كما تنص (م.43) منه على أن (للمواطن حق الانتخاب والترشح وإبداء الرأي في الاستفتاء، وينظم القانون الأحكام المتعلقة بممارسة هذا الحق).

(5) (م.56) من القانون رقم (13) لسنة 2001م، مرجع سابق.

الموطن قد تغير خاصة بعد التعديلات التي أدخلت على القانون رقم (13) لسنة 2001 بشأن الانتخابات العامة والاستفتاء

وبعد أن كان مفهومه (الموطن الانتخابي) يشمل المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة أو الذي به محل عمله الرئيسي أو مقر عائلته ولو لم يكن مقيماً فيه<sup>(1)</sup>، فقد أصبح قاصراً على مكان إقامة الناخب الدائم أو مقر العائلة الأصلي، ولو لم يكن مقيماً فيه<sup>(2)</sup>.

بحيث استثنى — أو أخرج — المشرع محل العمل الرئيسي للموظف طالب الترشيح إذا كان من شملتهم المادة (60ه) من القانون رقم (13) لسنة 2001م. وهذا أمر منطقي وطبيعي، حيث كيف يكون لرئيس مجلس وزراء أو وزير يرأس وزارة بكمالها ونقول عنه أنه يعمل في نطاق دائرة انتخابية محلية معينة.

وعلى خلاف هذا فإنه عند العودة إلى المادة (60ه) و(من القانون رقم (13) لسنة 2001م أيضاً فقد لوحظ أنها حضرت حق الترشح للفئات الوظيفية بنطاق الدائرة الانتخابية التي يعملون بها<sup>(3)</sup>

لهذا فإن نص المادة (60ه) المشار إليه لا زال لا يتوافق مع التعديلات الأخيرة للقانون رقم (13) لسنة 2001م التي ذكرنا، إذ أنه لا زال يربط بين حق الناخب في أن يرشح نفسه في الدائرة التي بها موطنه الانتخابي وفقاً للمادة (56) المشار إليه كما لو كان محل عمله الرئيسي هو موطنه الانتخابي وفقاً للمادة (60ه) المشار إليه أيضاً

فضلاً عن ذلك فإن الدائرة الانتخابية المحلية التي يعمل بها الموظف طالب الترشح لا بد وأن يكون مقيداً في جداولها الانتخابية، كون هذا متطلباً قانونياً ملء نموذج طلب الترشح، فماذا لو أراد ذلك الموظف أن يرشح نفسه في الدائرة الانتخابية التي يعمل فيها دون أن يكون اسمه مقيداً في جداولها؟

وأما عن مشكلة الدراسة فتتبع من خلال عدد من التساؤلات أهم هذه التساؤلات؛ ما يتعلق بالفئات الوظيفية التي تعمل في نطاق الدائرة الانتخابية المذكورة في المادة (60ه)<sup>(4)</sup>

فيما إذا كانت الفئات الوظيفية هي نفسها المذكورة في المادة المشار إليها، لكنهم ليسوا من ضمن العاملين في نطاق الدائرة الانتخابية التي سوف يتم الانتخابات فيها، أو كانوا يعملون في نطاقها (الدائرة الانتخابية) لكن أرادوا الترشح في نطاق دائرة أخرى مع مراعاة القيد في الجداول الانتخابية في الدائرة التي يريدوا أن يرشحوا أنفسهم فيها؟ هل المنع من الترشح على مستوى الدائرة الانتخابية التي يعمل فيها الموظف طالب الترشح فقط أم أنه شاملأً أيضاً المنع من الترشح في مجموع أنحاء الجمهورية اليمنية؟

كما يبرز التساؤل هل أن ما أتى به المشرع اليمني بشأن الوظائف المانعة للترشح جاءت واضحة وكافية ودقيقة وشاملة لجميع الموظفين؟

ما هو الإجراء القانوني اللازم تطبيقه حال ما إذا تم نجاح أي موظف مشمول بالمادة (60ه) من القانون رقم (13) لسنة 2001م بشأن الانتخابات العامة والاستفتاء وتعديلاته، على مستوى الدائرة الانتخابية التي يعمل فيها؟ هل يعتبر مستقيلاً بقوة القانون من عضوية مجلس النواب، أم لا بد من تطبيق أحد الإجرائين التاليين؛ إما إجراء إسقاط العضوية، أم إجراء الفصل في صحة عضويته حسب الأحوال؟

(1) (م/د) من القانون رقم (13) لسنة 2001م قبل التعديل

(2) (م/د) من القانون رقم (13) لسنة 2001م، مرجع سابق.

(3) وعند العودة على نص (م/د) من القانون رقم (13) لسنة 2001م نجد أن مفهوم الدائرة الانتخابية المحلية؛ هو الوحدة الانتخابية الأساسية التي يتضمن جدول الناخبين فيها كل الناخبين الذين يحق لهم ممارسة حقوقهم الانتخابية وهي تشكل مركزاً انتخابياً في إطار الدائرة الانتخابية النيابية وجدول الناخبين فيها هو المعتمد في الانتخابات المحلية والنيابية والرئاسية وفي إبداء الرأي في الاستفتاء.

(4) من القانون رقم (13) لسنة 2001م، مرجع سابق.

أخيراً؛ ما هي الوظائف أو الوظيفة العامة التي تشكل مانعاً من موافع الترشيح؟ وبالنسبة لمنهج<sup>(1)</sup>: هذه الدراسة فقد اخذنا هذا المنهج التحليلي من أجل تحليل نصوص الدستور والتشريع وأحكام القضاء وتطبيقاتها على وقائع القضية أو المشكلة البحثية، ومحاولة استخلاص حكم المسائل التي لا نجد فيها نصاً ولا رأياً أو المسائل التي يثور حولها الغموض.

لهذا تم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مطالب على النحو الآتي :

### المطلب الأول : مفهوم المنع من الترشيح :

المنع من الترشح أو عدم قابلية الترشح؛ يعني بها أو أن هدفها هو إبعاد عن الترشح أشخاص يمارسون مهام من شأنها أن تسمح لهم بمارسة ضغوطات على الناخبين التي عالجها المشرع كما في - اليمن - لكنه أغفل في نفس الوقت فئات أخرى من أصحاب النفوذ معرضًا بذلك نزاهة عملية التصويت وحرية التنافس إلى الليل منها<sup>(2)</sup>، أو وفقاً لمبدأ المساواة عند المنافسة الانتخابية ويتم إقرار هذا المبدأ باستبعاد ترشيحات الأشخاص الذين يمارسون بعض الوظائف أو الأنشطة أو المهن التي يمكن أن تشكل تأثيراً على الناخبين<sup>(3)</sup>.

يعنى أن حالات عدم القابلية للترشح تقتضي، بعدم قبول ترشح شخص رغم توافره على جميع الشروط القانونية للترشح، أو يعنى تمس بالمشاركة السياسية بإسقاط الحق في الترشح، لا إلى النظر إلى عدم أهلية الترشح للشخص الذي يريد أن يرشح نفسه، فأهلية الترشح متواترة فيه، ولكن لأسباب ما تقتضيه الظروف وعدم الضغوط التي يلاقيها المرشح (أ) مقابل المرشح (ب)، عند تولي هذا الأخير منصباً ويريد أن يرشح نفسه، لهذا أشترط المشرع اليمني أن تكون الاستقالة قد قدمت مسبقاً على طلب الترشح. بفترة كافية .

### المطلب الثاني : حالات المنع من الترشح :

سوف نقتصر هنا على الفئات المتنوعة من الترشح بسبب طبيعة وظائفها؛ كالوظائف العسكرية والأمنية والقضاء فضلاً عن وظائف السلطة العليا كرئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم، ناهيك عن وظائف السلطة الإدارية العليا كوكالات الوزارات ورؤساء المصالح والمؤسسات العامة.....إلخ. فضلاً عن الإشارة إلى الفئات الوظيفية الخاصة أو المؤقتة المتنوعة من الترشح كوظيفة العضو في اللجنة العليا للانتخابات.

وبالتالي يخرج الفئات المتنوعة من الترشح بسبب انعدام الأهلية للأجنبي المسلم الذي اكتسب الجنسية اليمنية لا يكون له حق مباشرة الحقوق السياسية المقررة لليمنيين قبل انقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ كسبه للجنسية المذكورة كما لا يجوز انتخابه أو تعيينه في أية هيئة نيابية قبل مضي المدة المذكورة من التاريخ المذكور<sup>(4)</sup>.

وكل من صدر ضده حكم قضائي بات في قضية مخلة بالشرف والأمانة ما لم يكن قد رد إليه اعتباره<sup>(5)</sup>.

(1) د. جابر جاد نصار، أصول وفنون البحث العلمي، ط 1، دار النهضة العربية، ص 38 وما بعدها، د. صلاح الدين فوزي، المنهجية في إعداد الرسائل والأبحاث العلمية، ص 137 وما بعدها.

(2) بن التركي جموعي، الحقوق السياسية للموظف العمومي في الجزائر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري، الموسم الجامعي 3102-3103م، ص 37

(3) مراد ايت ساقل، منهجية القاضي الإداري في محاكمة مشروعية العملية الانتخابية. (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:  
<http://www.tarabat.ma/ar/recherches/02-Recherche.doc>

(4) المادة(23) من القانون رقم (6) لسنة 1990م المعديل بالقانون رقم (24) لعام 2003م بشأن الجنسية اليمنية

(5) (م 64/2) من الدستور

ورغم أن المشرع قد أجاز الجمع — لاحقاً — لرئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء بين وظيفتهم هذه وبين العضوية النيابية إلا أن اعتبار الوزارة وظيفة مانعة من الترشح كونه لا يحق له طلب الترشيح إلى بعد تقديم استقالته، وبالتالي غير متنافية مع العضوية.

### الفرع الأول : الفئات الوظيفية المؤقتة المتنوعة من الترشح مطلقاً :

ما تجدر الإشارة إليه؛ هو أن القوانين الانتخابية، قد بينت حالات أخرى يمكن أن نطلق عليها حالات المنع من الترشح مطلقاً، ويكتننا تطبيق ذلك على الحالات المنافية للشروط القانونية التي اشترطها المشرع اليمني في الترشح للانتخابات النيابية، فضلاً عن حالات أخرى ذات أهمية بالغة، لبعض الوظائف التي أولى المشرع اليمني لها اهتماماً بالغاً يفوق الوظائف القضائية، حتى وإن كانت تتساوى معها وفقاً للمعيار الشكلي، وتتمثل تلك الوظائف أو الوظيفة على وجه التحديد، في موظفي اللجنة العليا للانتخابات، ورغم ذلك الاهتمام، إلا أن المشرع وصل به الأمر إلى حالة الحرج، عن أهم الحقوق السياسية، المتمثلة في حق الترشح، الذي يعد حقاً دستورياً، خالصاً، مما يستوجب، الطعن في عدم دستوريته حيث لا يكن لأيٍ من أعضائه أن يرشح نفسه في أي انتخابات عامة أو يشتراك في الدعاية الانتخابية للأحزاب أو المرشحين ملة عضويته في اللجنة.

حيث نصت المادة<sup>(1)</sup> من القانون رقم (13) لسنة 2001 بشأن الانتخابات العامة والاستفتاء وتعديلاته، أنه يشرط فيمن يرشح في اللجنة العليا للانتخابات أن توفر فيه الشروط الآتية: -أن يكون قد بلغ من العمر (35) سنة. بـ-أن يكون من أبوين يمنيين. جـ-أن يكون حاصلاً على الشهادة الجامعية أو ما يعادلها وأن يكون من ذوي الكفاءة والخبرة. دـ-أن يكون مستقيماً في السلوك والخلق. هـ-إلا يكون قد صدر ضده حكم قضائي بات في أيٍ من جرائم الانتخاب أو في جريمة مخلة بالشرف والأمانة<sup>(2)</sup> وـإذا كان العضو المعين في اللجنة متعملاً إلى أي حزب أو تنظيم سياسي وجوب عليه تجميد نشاطه الحزبي ملة عضويته في اللجنة<sup>(3)</sup>. زـ-إلا يرشح نفسه في أي انتخابات عامة أو يشتراك في الدعاية الانتخابية للأحزاب أو المرشحين ملة عضويته في اللجنة<sup>(4)</sup>، بحيث لو أقدم حينها على ترشيح نفسه، يجوز فعله بقرار جمهوري بسبب فقدانه إحدى الشروط الواردة في المادة<sup>(21)</sup> من القانون المشار إليه سلفاً ويجوب حكم قضائي نهائي وفي حالة وفاته أو استقالته أو فعلهـ-أيضاًـ يتم اختيار وتعيين خلفاً له لبقية المدة المقررة لعضوية اللجنة وذلك من بين قائمة المرشحين المقورة من مجلس النواب عند تشكيل اللجنة العليا.

وبهذا لا يكون على أعضاء اللجنة العليا تقديم استقالتهم<sup>(5)</sup>، إذا ما أرادوا الخوض في الانتخابات النيابية، رغم كون الاستقالة مكفولة لهم بموجب القانون، إلا أن ذلك قد يكون مكفول لهم في أحوال أخرى، غير حالة تقدم طلب الترشح. للانتخابات النيابية.

### الفرع الثاني : الفئات الوظيفية العامة المتنوعة من الترشح بسبب طبيعة وظائفها :

يمكن التمييز بهذا الخصوص بين الموظفين المتنوعين من الترشح على صعيد الدائرة الانتخابية المحلية المعنية، والموظفين المتنوعين من الترشح في جميع أنحاء الجمهورية اليمنية .

(1) تقابلها (م) من كلا القانونين؛ رقم (41) لسنة 1992م بشأن انتخابات العامة، ورقم (27) لسنة 1996م بشأن انتخابات العامة

(2) (م/ه) من القانون رقم (13) لسنة 2001م المعدل بموجب القانون رقم (26) لسنة 2010م، مرجع سابق.

(3) (م/و) بموجب القانون رقم (26) لسنة 2010م بتعديل القانون رقم (13) لسنة 2001م، مرجع سابق.

(4) (م/ج) من القانون رقم (13) لسنة 2001م، مرجع سابق.

(5) التي ذكرها المشرع ولم ينظمها المشرع بشكل واضح ودقيق

## أولاً : الموظفين المنوعين من الترشيح على صعيد الدائرة الانتخابية المحلية :

أنه بعد استعراضنا لختلف الفئات التي تعتبر غير قابلة للترشح كما هو وارد بنص المادة (60) من القانون رقم (13) لسنة 2001م بشأن الانتخابات والاستفتاء؟

### (1) مجموعة وظائف السلطة العليا :

أ- رؤساء الوحدات الإدارية بالمحافظات (المحافظون) وأمناء عموم المجالس المحلية بالمحافظات<sup>(1)</sup>، التابعين للوحدة الإدارية.

ب- القضاة وقد يشمل رئيس وأعضاء مجلس القضاء الأعلى، ورؤساء وأعضاء السلطة القضائية والنيابة العامة<sup>(2)</sup>.

### (2) مجموعة وظائف الإدارة العليا :

أ- وكلاء المحافظات والوكلا المساعدين ومن في حكمهم ورؤساء المصالح والهيئات والمؤسسات.

ب- مديرى المديريات : ومن في مستواهم من (من مجموعات وظائف الإدارة العليا) (أعضاء الهيئات الإدارية بالجهاز المحلي بالمحافظات (-كرؤساء اللجان المتخصصة)<sup>(3)</sup> وأمناء عموم المجالس المحلية بالمديريات).

ت- مدراء مكاتب الوزارات والمحافظات والمصالح والمؤسسات (من مجموعات وظائف الإدارة العليا): ويشمل (مدراء عموم الإدارات العامة بالوزارات والمحافظات والمديريات والمصالح والهيئات والمؤسسات والبنوك والشركات العامة والمختلطة والمشروعات العامة ومشروعات الصناديق، والجامعات والكليات التابعة لها وكليات المجتمع والمعاهد العليا).

ث- مدراء الأمن والقادة العسكريين (من مجموعات وظائف الإدارة العليا): (مدراء الأمن بالمحافظات والمديريات + قادات وأركان حرب ورؤساء عمليات الألوية العسكرية والأمنية + مدراء الدوائر التابعة لوزارة الدفاع ورئيسة هيئة الأركان العامة في القوات المسلحة. مدراء الدوائر التابعة لوزارة الداخلية).

ج- المسؤولين التنفيذيين في المجالس المحلي: فعند الرجوع إلى مفهوم المسؤول التنفيذي من القانون رقم (4) لسنة 2000م بشأن السلطة المحلية، وفقا لنص المادة (82) منه يعني به مدير عام المديرية هو رئيس المجلس المحلي للمديرية بحكم منصبه وهو المسؤول التنفيذي الأول فيها.

ووفقا لنص المادة (39) من القانون رقم (4) لسنة 2000م المشار إليه تعنى أيضاً أن المحافظ هو رئيس المجلس المحلي للمحافظة بحكم منصبه، وهو المسؤول الأول فيها باعتباره مثل السلطة التنفيذية كما قد يندرج تحت مدلول (المؤولين التنفيذيين في المجالس المحلي) المكتب التنفيذي في المديرية<sup>(4)</sup>، والمحافظة<sup>(5)</sup>، وإذا كان مديرية الأجهزة التنفيذية بالمديرية أو المحافظة يشكلون كأعضاء في المكاتب التنفيذية في كل منها، فإن الأجهزة التنفيذية تمثل في مكاتب وفروع الوزارات والمصالح وسائر الأجهزة الحكومية في الوحدات الإدارية.

(1) (م) من القانون رقم (30) لسنة 2006م بشأن الإقرار بالذمة المالية.

(2) (م) من القانون رقم (30) لسنة 2006م، مرجع سابق.

(3) تنص (م) من القانون رقم (4) لسنة 2000 م بشأن السلطة المحلية يكون للمجلس المحلي بالمحافظة هيئة إدارية تتكون من:-- رئيس المجلس رئيساً - الأمين العام نائباً للرئيس- رؤساء اللجان المتخصصة أعضاء.

(4) تنص (م) من القانون رقم (4) لسنة 2000 م بشأن السلطة المحلية على أن يكون لكل مديرية مكتب تنفيذي يتتألف من: مدير عام المديرية رئيساً. أمين عام المجلس المحلي نائباً للرئيس. مدير الأجهزة التنفيذية بالمديرية أعضاء.

(5) تنص (م) من القانون رقم (4) لسنة 2000 م بشأن السلطة المحلية يكون لكل محافظة مكتب تنفيذي يتتألف من: محافظ المحافظة رئيساً - أمين عام المجلس المحلي نائباً للرئيس. - وكيل المحافظة عضواً - مدير الأجهزة التنفيذية بالمحافظة أعضاء.

والراجح أن فحوى المشرع تذهب إلى المسؤول الأول في المجلس المحلي (مدير المديرية ومحافظ المحافظة).  
بعد استعراضنا لمختلف الفئات التي تعتبر غير قابلة للترشح نلاحظ أن بعضها<sup>(1)</sup> عدم قابلية تلك الفئات  
ليست مطلقة، وإنما هي محددة بالزمان والمكان.

فمن حيث الزمان تعتبر حالة عدم القابلية للترشح حالة مؤقتة، إذ تنحصر بوقت ممارسة الفئات المبينة أعلاه  
لوظائفهم، بأن يمضى على تركهم للعمل في نطاق الدائرة الانتخابية مدة ثلاثة أشهر على الأقل من تاريخ فتح باب  
الترشح<sup>(2)</sup>

وتخفض المدة المذكورة سلفاً إلى شهر بالنسبة لانتخابات التي يتم إجراؤها لانتخاب خلف لعضو من أعضاء  
مجلس النواب خلا مكانه أو الدعوة لانتخابات مبكرة<sup>(3)</sup>.

أما من حيث المكان فلا تمتد حالة عدم القابلية للترشح خارج دائرة الاختصاص التي يمارسون مهامهم فيها. والذي  
لا يمكن التوسيع فيه إذا رغب في ترشيح نفسه في أي دائرة انتخابية في عموم محافظات الجمهورية باعتبار أن نفوذ  
كل واحد منهم وسلطته شملت جميع الدوائر الانتخابية في الجمهورية.

وهذا فعلاً ما أكد عليه الدائرة الدستورية<sup>(4)</sup>. في اليمن حين رأت توسيع إعلان اللجنة العليا لانتخابات  
 يجعل من حق الوزراء ونوابهم ترشيح أنفسهم لانتخابات في كافة الدوائر الانتخابية في عموم محافظات الجمهورية  
متجاوزاً النص القانوني الذي نظم الموطن الانتخابي لسائر المواطنين والفرقة (ب) من المادة (55). والذي أنهى إلى  
قصر حظر الترشح لانتخابات مجلس النواب على الوزراء وكافة الفئات الأخرى المشمولة بأحكام الفقرة (ب) من  
المادة (55) من قانون الانتخابات العامة في نطاق الدائرة الانتخابية فقط المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة  
المشار إليها إلا بعد تقديم الاستقالة، وفي هذه الحالة يتبع قبول ترشيح من يرغب منهم.

(1) ولا سيما الفئات الواردة في (م/و) من القانون رقم (13) لسنة 2001م، مرجع سابق.

(2) وثلاثة أشهر على الأقل من تاريخ فتح باب الترشح، بالنسبة للفئات الواردة في (م/ه) من القانون رقم (13) لسنة 2001م، مرجع سابق.

(3) (راجع) أحكام (م/ز) من القانون رقم (13) لسنة 2001م بشأن الانتخابات والاستفتاء، مرجع سابق.

(4) لقد أتى هذا الاجتهاد على غرار (م/ب) من القانون رقم (41) لسنة 1992م بشأن الانتخابات العامة (المليغ)، حين طعن بعدم دستورية (م/ب) المشار  
إليها كشق أول من الدعوى الدستورية إلى جانب الشق الثاني المتعلق بالقرار الصادر عن اللجنة العليا لانتخابات عندما نصت (م/ب) على أنه (حيث نصت لا  
يجوز للوزراء العاملين ونوابهم ووكالاته المحافظين ووكالائهم والقضاة ومدراء مكاتب الوزارات والمحافظات والمصالح والمؤسسات ومدراء  
الأمن والقادة العسكريين والمسؤولين التنفيذيين في المجالس المحلية أن يرشحوا أنفسهم لانتخابات مجلس النواب في المنطقة التي يعملون بها إلا إذا قد مضى على  
تركهم للعمل في نطاق الدائرة الانتخابية مدة ثلاثة أشهر على الأقل).

وعلى ذلك حكمت الدائرة الدستورية في المحكمة العليا بالتوقف على نصوص القانون سالف الذكر نصاً ومدلولاً دون مخالفة أو تجاوز<sup>(1)</sup>.

رغم ذلك إلا أن الواقع لا يقول بذلك حيث يحق لكل الفئات الوظيفية التي حدتها المادة (60/و) في أي دائرة انتخابية تكون هي الموطن الانتخابي لطالب الترشيح ومقيداً في جداولها وبالتالي لا عبرة بحل العمل الرئيسي : هل معنى ذلك أنه يحق لكل مواطن أن يمارس حق الترشيح في الدائرة الانتخابية المحلية التي بها موطنه الانتخابي (مكان إقامة الناخب الدائم أو مقر العائلة الأصلي، ولو لم يكن مقيماً فيه) والمقيد في جداولها، إلا أنه مع ذلك يجوز له أن يمارس حق الترشيح في الدائرة الانتخابية التي يوجد بها محل عمله الرسمي على أن يكون اسمه مقيداً في جداولها، أو التي اسمه مسجل فيها؟ فإذا قلنا بهذا فكيف يمكننا افتراض ذلك بعد أن حذف المشرع محل العمل الرسمي للمرشح كإحدى حالات أو صور الموطن الانتخابي؟

أم هل أن المشرع اليمني يعني بذلك أنه يجوز للموظف من ذكرتهم المادة (60/و) الذي يريد أن يرشح نفسه في الدائرة الانتخابية التي يعمل بها يشرط فوق ذلك أن يكون مقيداً في جداولها الانتخابية أي في جداول الدائرة الانتخابية المحلية؟

ما يدعونا إلى النظر في نص هذه المادة وإعادة صياغتها بما يتواافق مع التعديلات الأخيرة التي أدخلت على قانون الانتخابات العامة والاستفتاء عام 2013

كما يلاحظ أن المشرع اليمني قد أدرج رئيس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم ضمن الفئات الممنوعة من الترشح وقد أحسن المشرع في عمل ذلك لكون ما يملكونه من سلطات يفوق تأثيرها على ما تملكه الفئات الأخرى من سلطات.

### 3) مجموعة الوظائف الأخرى :

نقصد بهذه المجموعة من الوظائف على أي موظف عام في نطاق الوحدة الإدارية عندما يعود المشرع في المادة (60/و) المشار إليه آنفاً ويقول أو أي موظف عام في نطاق الوحدة الإدارية (أمانة العاصمة، المحافظة، المديرية وتعتبر في حكم المديرية المدن المختلفة عواصم المحافظات)، أما رئيس الوحدة الإدارية؛ فيتمثل في (أمين العاصمة - محافظ

(1) في إعلانها (اللجنة العليا للانتخابات) المؤرخ في 23/2/1993م والذي أشهر عبر جميع وسائل الإعلام المسنودة والمربوطة والمنشور في جريدة الثورة في العدد 10332 الصادر بتاريخ الأربعاء 3 رمضان 1413هـ الموافق 24/2/1993م قد ورد فيه ما لفظه ( وأن اللجنة العليا تعلن للأخوة الذين يرغبون في ترشيح أنفسهم من الفئات التي نصت عليها الفقرة (ب) من المادة(55) من قانون الانتخابات أن يقدموا استقالاتهم قبل يوم 27/2/1993م إلى الجهات المختصة دستورياً وقانونياً بتعيينهم للحصول على القرارات الدستورية والقانونية التي تؤكد استقالاتهم وهم كالتالي:

- الوزراء العاملون بما فيهم رئيس الوزراء ونوابه باعتبار أن الوزير العامل هو الذي يكون عضواً في مجلس الوزراء وذلك تطبيقاً لأحكام (م 103) من الدستور والتي تنص على ما يلي:
  - ت تكون الحكومة من رئيس الوزراء ونوابه والوزراء ويؤلفون جميعاً مجلس الوزراء.
  - نواب الوزراء العاملين.
  - وكلاء الوزارات الذين يشغلون وظائف وكلاء وزارات في وزاراتهم طبقاً لقرارات تعينهم وعلى كل واحد من الفئات الثلاث المذكورة آنفاً تقديم استقالته إذا رغب في ترشح نفسه إلى أي دائرة انتخابية في عموم محافظات الجمهورية باعتبار أن نفوذ كل واحد منهم وسلطاته شملت جميع الدوائر الانتخابية في الجمهورية.

كما ورد في آخر الإعلان ما لفظه (علمأً بأن قرارات قبول الاستقالة من الجهة المختصة للفئات المذكورة أعلاه هي من وثائق قبول الترشح ولا يقبل الترشح إلا بها على أن تكون صادرة قبل يوم 27/2/1993م.(راجع) دعوى دستورية رقم (1) لعام 1993م الصادر بتاريخ 28/رمضان/1413هـ، الموافق: 21/مارس/1993م

الجريدة الرسمية العدد السادس الصادر بتاريخ 8/شوال/1413هـ الموافق 31/مارس/1993م

المحافظة-مدير عام المديرية حسب الأحوال). وهذا مما يزيد من التكرار والخلط، فكان الأخرى على المشرع عند ذكره للوزراء وإضافة ومن في مستواهم (المحافظين)، وكلاء الوزارة ومن في مستواهم (وكلاء المحافظين)، وهكذا ثانياً : الموظفين المنوعين من الترشيح في جميع أنحاء الجمهورية اليمنية :

يعنى بهؤلاء الفئة من الموظفين مجموعتي وظائف السلطة العليا والإدارية العليا وفقا لما قررته المادة (60هـ) من القانون رقم (13) لسنة 2001 بشأن الانتخابات والاستفتاء.

جاء هذا عندما نصت المادة المشار إليها على أنه (لا يجوز لرئيس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم ووكلاء الوزارات ورؤساء المصالح والمؤسسات العامة أن يرشحوا أنفسهم لعضوية مجلس النواب إلا إذا مضى على تركهم للعمل مدة ثلاثة أشهر على الأقل من تاريخ فتح باب الترشيح).

يلاحظ أن عدم قابلية تلك الفئات مطلقة، من حيث المكان فقط، أما من حيث الزمان فهي محددة بعضاً مدة ثلاثة أشهر على الأقل على تركهم للعمل من تاريخ فتح باب الترشيح.

وتخفض المدة المذكورة سلفاً إلى شهر بالنسبة للانتخابات التي يتم إجراؤها لانتخاب خلف لعضو من أعضاء مجلس النواب خلا مكانه أو الدعوة لانتخابات مبكرة<sup>(1)</sup>.

وتتمثل هذه الفئات الوظيفية في مجموعة وظائف السلطة العليا كرئيس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم، كتابعين لأجهزة السلطة المركزية، ومجموعة وظائف الإدارة العلي؛ كوكلاء الوزارات والوكلاء المساعدين ومن في حكمهم ورؤساء المصالح والهيئات والمؤسسات.

### المطلب الثالث : إجراءات وآثار موانع الترشيح :

#### الفرع الأول : إجراءات موانع الترشيح :

بناء على ما سبق يتعين على كل من أراد الترشح للخوض في الانتخابات النيابية من الأفراد الذين يتولون وظائف محددة لا يمكنهم ذلك إلا بعد التخلص عن وظائفهم التي يشغلونها وتقديم الاستقالة بخصوص ممارستها. في موعد محدد، ولبيان موعد تقديم هذه الاستقالة بالتفصيل المناسب يكون على النحو التالي :

أولاً : مضي ثلاثة أشهر من تاريخ ترك العمل أو الاستقالة من تاريخ فتح باب الترشيح.

يتقرر هذا سواء بالنسبة لمجموعة وظائف السلطة العليا، أو لمجموعة وظائف الإدارة العلي، أو غيرها

إذا كانت جميع الوظائف في المادة (60هـ) لا تشير أي مشكلة بشأن تقديم الاستقالة لأجل الخوض في الانتخابات النيابية في موعدها المحدد باستثناء شاغلي وظائف السلطة العليا (رئيس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم)؛ كون المشرع أجاز لهم الجمع بين وظيفتهم هذه وبين العضوية النيابية؛ حيث إذا ما أرادوا الخوض في الانتخابات النيابية فالأصل أن يمضي ثلاثة أشهر من تاريخ ترك العمل أو الاستقالة من تاريخ فتح باب الترشيح

وهذا عادة ما يكون بالنسبة للأحوال العادية أو الانتخابات النيابية التي تجرى في موعدها المحدد تشريعياً، وذلك قبل انتهاء فترة مجلس النواب بستين يوماً، وللتدليل على ذلك حيث تقرر يوم السبت الموافق 20/9/2008م استقالة أكثر من (15) وزيراً من أجل برلمان 2009م، حيث أكدت مصادر حكومية موثقة استقالة أكثر من (15) وزيراً ومسئولاً حكومياً من المناصب التي يشغلونها تمهيداً لترشح أنفسهم لخوض الانتخابات النيابية المقرر إجراؤها في اليمن في الـ (27) من إبريل 2009م<sup>(2)</sup>،

(1) (راجع) أحكام (م 60/ز) من القانون رقم (13) لسنة 2001م، مرجع سابق.

(2) استقالة أكثر من (15) وزيراً من أجل برلمان 2009 م. (راجع): الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي : <http://209.85.229.132/search?q=cache:rzX16Xv25mUJ:www.almotamar.net/news/65564.htm>

أي ما يقارب نصف عدد أعضاء مجلس الوزراء، مع مراعاة أحكام المادة (143) من الدستور<sup>(1)</sup> لكن حال إذا تم إجراء انتخابات عامة مجلس النواب دون أن يتقدم أحداً للترشح، وجب على رئيس الوزراء تقديم استقالة الحكومة إلى رئيس الجمهورية<sup>(2)</sup>.

حيث يكمن الاستشهاد على ذلك، بالنسبة لعهد الوزارة السادسة والمشكلة حينها برئاسة الأستاذ عبد القادر باجمال 2001/4/4م، والتي قدمت استقالتها<sup>(3)</sup> ممثلة برئيس مجلس الوزراء بتاريخ 2003/5/1م عقب الانتخابات البرلمانية التي أجريت في تاريخ 2003/4/27م، بحوالي ثلاثة أيام، ومن ثم تكليف<sup>(4)</sup> عبد القادر باجمال للمرة الثانية بتشكيل الحكومة بتاريخ 2003/5/10م، ثم صدر القرار الجمهوري بتشكيل الحكومة<sup>(5)</sup> وتسمية أعضائها بتاريخ 2003/5/17م وال فترة الممتدة منذ تقديم الحكومة استقالتها إلى وقت تشكيل حكومة أخرى تقدر بحوالي عشرين يوم، ومارست الحكومة خلالها اختصاصاتها بتصريف الشؤون الجارية ما عدا التعيين والعزل وفقاً لأحكام المادة (140) من الدستور الحالي لعام 2001م<sup>(6)</sup>.

ثانياً: مضي شهر واحد من تاريخ ترك العمل أو الاستقالة من تاريخ فتح باب الترشح : الأصل وفقاً للمادة (60/هـ) — أيضاً — من القانون رقم (13) لسنة 2001م بشأن الانتخابات العامة والاستفتاء وتعديلاته. أن يمضي على ترك العمل أو تقديم الاستقالة مدة ثلاثة أشهر على الأقل من تاريخ فتح باب الترشح للانتخابات النيابية.

استثناء من ذلك هو أن يمضي على ترك العمل أو تقديم الاستقالة شهر واحد من تاريخ فتح باب الترشح كما بيته المادة (60/ز) من القانون رقم (13) لسنة 2001م بشأن الانتخابات العامة والاستفتاء وتعديلاته. وهذا عادة ما يكون في ظل الدعوى من قبل رئيس الجمهورية إلى انتخابات نيابية في موعدها المحدد<sup>(7)</sup> سواءً كان ذلك بالنسبة للانتخابات التي يتم إجراؤها لانتخاب خلف لعضو من أعضاء مجلس النواب خلا مكانه أو الدعوة لانتخابات نيابية مبكرة.

## 1. بسبب انتخاب خلف لعضو من أعضاء مجلس النواب خلا مكانه لأي سبب من الأسباب.

يتقرر هذا — عادة — حال ما إذا تم الدعوة إلى انتخابات ملء مقد أو مقاعد شاغرة أعلن عنها مجلس النواب خلو العضو من مكانه لأي سبب من الأسباب، كالوفاة أو الاستقالة أو سقوط العضوية<sup>(8)</sup> والتي يطلق عليها انتخابات ملء المقعد أو المقاعد الشاغرة؛ أي الانتخابات التي يتم إجراؤها ملء مقعد أو مقاعد شاغرة خلت بسبب الوفاة أو الاستقالة أو تعيين عضو المجلس في وظيفة عامة ولا ينطبق ذلك عند التعيين في عضوية مجلس الوزراء<sup>(9)</sup>.

(1) والتي تنص على أنه (إذا قدم أغلبية أعضاء مجلس الوزراء استقالتهم وجب على رئيس الوزراء تقديم استقالة الحكومة)

(2) من الدستور (142)

(3) قرار رئيس الجمهورية رقم (5) لسنة 2003م، بقبول استقالة الحكومة وتكييفها بالاستمرار في تصريف الشؤون العامة العادلة، والمنشورة في الجريدة الرسمية، العدد (9)، الصادر في 15/5/2003م، ص.2.

(4) قرار رئيس الجمهورية رقم (6) لسنة 2003م، بتكليف الأئم / عبد القادر باجمال بتشكيل الحكومة، والمنشور في الجريدة الرسمية السالفة الذكر، ص.3.

(5) (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://www.yemennic.net/government/QunGov/detail.php?ID=141>.

(6) بقولها: "عند استقالة الوزارة أو إقالتها أو سحب الثقة منها تكلف الوزارة بتصريف الشؤون العامة العادلة ماعدا التعيين والعزل حتى تشكل الوزارة الجديدة." (م) (65) من الدستور اليمني.

(7) (8) من القانون رقم (1) لسنة 2006م، مرجع سابق.

(9) (م/ث) من القانون رقم (13) لسنة 2001م، مرجع سابق.

حيث تكون اللجنة العليا هي المختصة بالدعوة للانتخابات في الدائرة التي يعلن مجلس النواب خلو مكان العضو المنتخب عنها عملاً بأحكام المادة (78) من الدستور، والإعلان عن مواعيد الانتخابات التكميلية المقرة وفقاً لأحكام المادة (108) من هذا القانون<sup>(1)</sup>.

إذا كان ما سبق في حقيقته يتعلق بانتخابات ملء المقعد أو المقاعد الشاغرة؛ نتيجة خلو مكان العضو أو النائب الذي كان يشغله في المجلس ثم أصبح بعد ذلك شاغراً لأسباب محددة التي منه الوفاة أو الاستقالة أو سقوط العضوية أو تعينه في وظيفة عامة غير الوزارة.

وبهذا لا تكون أمام حالة من الحالات التي أوردتها المادة (108) من القانون رقم (13) لسنة 2001م<sup>(2)</sup>.

إلا أنه رغم هذا فقد تم الخلط بين انتخابات ملء المقاعد الشاغرة بسبب الوفاة والاستقالة وغيرها وبين الانتخابات التكميلية بسبب تعذر إجراء الانتخابات النيابية ابتداء<sup>(3)</sup> وفي المقابل تعذر إنهاء العملية الانتخابية بسبب من الأسباب، الخارجة عن إرادة المرشح، كالظروف الأمنية<sup>(4)</sup>، أو بسبب إلغاء نتيجة الاقتراع من قبل المحكمة العليا ولهذا لا يشترط تقديم الاستقالة الانتخابية بالنسبة لرئيس مجلس الوزراء وبقية أعضاءه.

## 2. بسبب الدعوة لانتخابات مبكرة<sup>(5)</sup>.

حيث يتقرر الدعوة إلى انتخابات نيابية مبكرة من طرف رئيس الدولة<sup>(6)</sup>، وفي كل الأحوال إذا لم يتضمن الدعوة لانتخابات مبكرة - أو قرار الحل - دعوة الناخبين خلال السنتين يوماً التالية لصدور قرار الحل أو الدعوة لانتخابات مبكرة أو لم تحرر الانتخابات في الموعد المحدد اعتبار القرار باطلًا ويجتمع المجلس بقوة الدستور، فإذا أجريت الانتخابات يجتمع المجلس الجديد خلال العشرة الأيام التالية لإنقاذ الانتخابات، فإذا لم يدع لانعقاد اجتماع بحكم الدستور في نهاية الأيام العشرة المشار إليها، وإذا حل المجلس فلا يجوز حله مرة أخرى للسبب نفسه، كما لا يجوز حل المجلس في دورة انعقاده الأولى.

### الفرع الثاني : آثار موانع الترشيح :

الأصل وفقاً لما ذهب إليه المشرع اليمني أنه لا يمكن لأي موظف أياً كانت طبيعة وظيفته أو درجتها، أن تقبل طلبات ترشيحه للخوض في الانتخابات النيابية وبالتالي لا يمكن له أن يحصل أو يفوز بالعضوية النيابية وهو ما زال يشغل وظيفة من الوظائف على الإطلاق، ما لم يكن هناك غش أو تزوير أثناء تقديم طلبات الترشيح.

لكن السؤال الذي يضع نفسه هنا بشأن الإجراء القانوني المتبع قانوناً حال ما إذا تم نجاح الموظف في نطاق الدائرة الانتخابية التي كان يعمل بها دون أن يتبين أنه لم يترك منصبه في الدائرة الانتخابية التي كان يعمل بها خلال ثلاثة أشهر من تاريخ فتح باب الترشيح؛ إلا بعد أن أصبح عضواً في البرلمان، وبهذا يصبح عضواً لكن على أساس قانوني

(1) (م 24/ج) من القانون رقم (13) لسنة 2001م المعديل بموجب القانون رقم (26) لسنة 2010م بشأن الانتخابات العامة والاستفتاء وتعديلاته

(2) والتي تنص على أن ( يتم إجراء انتخابات تكميلية في مركز انتخابي أو أكثر أو دائرة انتخابية أو أكثر أليغيت فيها نتائج الاقتراع أو لم يتأن إجراء العملية الانتخابية أو إنهاوها فيها، وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إلغاء نتيجة الاقتراع أو من التاريخ المقرر للعملية الانتخابية التي تعذر إجراؤها أو إنهاوها )

(3) (رائع) لجنة الانتخابات تدعو الناخبين للدلائل بأصولهم الخميس القادم في انتخابات المقاعد الشاغرة الثلاثاء 01 ديسمبر-كانون الأول 2009 الساعة 05 مساءً / 26 سبتمبر نت. الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://www.26sep.net/themes/26/style/style.css>

(4) (رائع) النواب الجدد يؤدون اليمين الدستورية (موسوع) على الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:  
<http://sabanews.net/ar/news203470.htm>

(5) (رائع) أحكام (م 101) من الدستور

(6) (رائع) أحكام (م 119/2) من الدستور.

غير صحيح مما يجعلها باطلة. وبالتالي فالإجراء الوحيد الذي يمكن أن يوجه تجاه النائب في هذه الحالة هو طلب الفصل في صحة عضويته وفقاً للإجراءات التي يحددها القانون

وعلى هذا لا يمكن المطالبة هنا بإسقاط عضويته، كون هذا الأخير؛ قرار يتخذ في مرحلة لاحقة على إعلان النتائج الانتخابية ويرجع الخاده بوصفه إجراء تأديبي ضد النائب لإنخلاله بواجبات عضويته أو لفقده أحد شروط العضوية<sup>(1)</sup> الخامسة :

على الرغم من تبني المشرع اليمني موانع الترشيح، إلا أن تنظيم ذلك لإجراءات إنهاء موانع الترشيح حال تتحققه ووجوده قد شابه قصور النص الدستوري والفراغ التشريعي، فلم تتناول أحكام اللائحة الداخلية لمجلس النواب النافذة ذلك بشكل مفصل وواضح ويحتاج إلى تنظيم تشريعي مفصل له.

ولهذا نوصي المشرع اليمني لإعداد مشروع قانون يجمع كل حالات موانع الترشيح، ويضبطها بدقة، لتمكين البرلمان من الاطلاع "على المهام والوظائف التي يمارسها أعضائه، وبيان إجراءاتها وآثارها على غرار ما هو موجود في بعض البلدان كدولة الجزائر مثلاً.

كما أن المشرع اليمني جعل من منصب الوزير من الوظائف المانعة من الترشح رغم أن المشرع اليمني قد أجاز الجمع بينها وبين العضوية النيابية؛ بعلة عدم اعتماد الوزير على نفوذ منصبه بحيث يستطيع أن يعد الناخبين بخدمات لا يستطيع المرشح العادي تحقيقها.

وبناء عليه نقترح تعديل المادة (80) من الدستور لكي تصبح: لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس النواب وعضوية المجلس المحلي أو عضوية مجلس الشورى أو أي وظيفة عامة، كما نقترح إضافة مادة جديدة في الدستور على غرار المادة (136) منه.

#### قائمة المراجع :

##### أولاً : الكتب والمؤلفات العربية :

1. د. جابر جاد نصار، أصول وفنون البحث العلمي، ط1، دار النهضة العربية.
2. د. صبري محمد السنوسي، الاختصاص بالفصل في صحة العضوية البرلمانية وحدود اختصاص مجلس الشعب، دار النهضة العربية، 2000
3. د. صلاح الدين فوزي، المنهجية في إعداد الرسائل والأبحاث العلمية

##### ثانياً : قائمة الرسائل والأطروحات :

1. بن التركي جموعي، الحقوق السياسية للموظف العمومي في الجزائر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري، الموسم الجامعي 3102-3102.

##### ثالثاً: المراجع الإلكترونية :

1. مراد ايت ساقل، منهجية القاضي الإداري في محاكمة مشروعية العملية الانتخابية. (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي :

(1) د. صبري محمد السنوسي، الاختصاص بالفصل في صحة العضوية البرلمانية وحدود اختصاص مجلس الشعب، دار النهضة العربية، 2000، ص 21

<http://www.tarabat.ma/ar/recherches/02-Recherche.doc>

2. استقالة أكثر من (15) وزيراً من أجل برلمان 2009 م. (راجع): الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:  
<http://209.85.229.132/search?q=cache:rzX16Xv25mUJ:www.almotamar.net/news/65564.htm>

3. لجنة الانتخابات تدعو الناخبين للإدلاء بأصواتهم الخميس القادم في انتخابات المقادع الشاغرة الثلاثاء 01 ديسمبر - كانون الأول 2009 الساعة 05 مساءً / 26 سبتمبر نت. الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:  
<http://www.26sep.net/themes/26/style/style.css>

رابعاً : قائمة التشريعات :

1. دستور الجمهورية اليمنية لعام 1991م وتعديلاته للأعوام 1991م، 2001، 2009م
2. القانون رقم (1) لسنة 2006م بإصدار اللائحة الداخلية لمجلس النواب
3. القانون رقم (26) لسنة 2010م بتعديل القانون رقم (13) لسنة 2001م بشأن الانتخابات العامة والاستفتاء وتعديلاته بالقانون رقم (13) لسنة 2001م
4. القانون رقم (30) لسنة 2006م بشأن الإقرار بالذمة المالية
5. القانون رقم (4) لسنة 2000 م بشأن السلطة المحلية
6. القانون رقم (6) لسنة 1990م المعدل بالقانون رقم (24) لعام 2003م بشأن الجنسية اليمنية
7. القانونين؛ رقم (41) لسنة 1992م بشأن الانتخابات العامة، ورقم (27) لسنة 1996م بشأن الانتخابات العامة.

خامساً : قائمة الأحكام القضائية :

دعوى دستورية رقم (1) لعام 1993م الصادر بتاريخ 28/رمضان/1413هـ الموافق : 21/مارس /1993م  
الجريدة الرسمية العدد السادس الصادر بتاريخ 8/شوال/1413هـ الموافق 31/مارس/1993م.

## طبيعة الملكية الفردية بين المذهب الفقهي والمذهب الوضعي



إعداد : بلعانون محمد الصالح  
طالب دكتوراه علوم - جامعة  
الجزائر 1 بن يوسف بن خدة

### المقدمة :

تعدّ الملكيّة ظاهرة ملازمة للإنسان لا تنفكّ عن طبعه، إذ يدفعه سلوك فطريّ متّصل في نفسه إلى حبّ التّملك ونفس السلوك يدفعه إلى الميل للجتماع ببني جلدته للأنس بهم والتّعايش معهم بالأخذ والعطاء. ومراعاة هذه الفطرة، أقرّ الإسلام بالملكية الفردية وأرسى لها قواعد من الكتاب والسنة تكفل حمايتها وصونها، وبالمقابل شرع لها من المبادئ وسنّ من الأحكام العادلة ما يهدّب به السلوك الفطريّ للإنسان ويوجّهه الوجهة السليمة، فنفي الإسلام صفة الإطلاق عن الملكية الفردية وقيّدها بقيود شرعية تتحقق بها غaiات وضرورات اجتماعية لجموع المسلمين، تسمى على مصلحة الفرد.

من هنا ينظر الإسلام إلى الملكية الفردية نظرة مزدوجة؛ فردية واجتماعية، واضعاً إياها في ميزان المصالح المتعارضة بين الفرد والمجتمع، ليوازن بينهما دون ترجيح لإحداهما على الأخرى، وبتقديره هذا جعل الإسلام الملكية الفردية حقاً لصالبها وفي الوقت ذاته جعل هذا الحقّ يؤدي وظيفة اجتماعية، وهو بذلك يحفظ حقوق الفرد من الضياع ويجنب المجتمع الصراع.

غير أنّ بعض فقهاء مذاهب الشريعة الإسلامية اختلفوا في تفسيرهم لبعض النصوص القرآنية وشرحهم لمعاني الأحاديث النبوية حيال طبيعة الملكية، ومردّ اختلافهم هذا هو ورود آيات تنسب الملك المطلق لله تعالى في مواضع من القرآن الكريم وفي أخرى تنسبه للإنسان وتضييفه له على سبيل الاستخلاف في مواضع أخرى، لذلك توزّعت آراؤهم إلى ثلاثة أقوال، فيرى جانب من الفقه الإسلامي أنّ للفرد مطلق التصرف في ملكه، وجانب آخر يرى أنّ الملكية عبارة عن وظيفة اجتماعية ذلك أنّ الملك لله سبحانه وتعالى، وأضافه للإنسان على سبيل الاستخلاف،

و جانب آخر جمع بين هذين الرأيين وقال أن الملكية حق للفرد ولها وظيفة اجتماعية، على النحو الذي سنشير إليه تفصيلا.

أما من الجانب الوضعي فقد ظهرت مذاهب وضعية نابعة من تصوّر فكريٍّ بشرىٍّ صرف، تضاربت رؤاها إزاء طبيعة الملكية الفردية رداً من الزمن، وأفرزت نظامين اقتصاديين متناقضين متشعبان بهذه الأفكار، شكلت الملكية الفردية عندها مفترق طرق، هذين النظامين شطراً أكثر أقطار العالم إلى معاكرين متنازعين، سوق كلّ معاكس لدعم توجّهاته مدّعيا حلّ المشكلة الاقتصادية ومحاولاً تعميم أفكاره على العالم، وهما: المعاكس الرأسمالي الغربي المتبنّي لأفكار المذهب التقليدي الذي وصل بالملكية الفردية إلى مقام التقديس بلا تحديد ولا تقيد، والمعاكس الاشتراكي الشرقي المتبنّي لأفكار المذهب الجماعي، هذا الأخير رأى جانب منه (المذهب الشيوعي الماركسي) أنّ الملكية الفردية استبداد يجب القضاء عليه، فوقف منها موقف عداء وجحود وألغاهما إلغاء تماماً في وسائل الإنتاج، والجانب الآخر (مذهب التضامن الاجتماعي) اعترف بها شكلاً وأفرغها من مضمونها بجعله إيقاعاً وظيفة اجتماعية خالصة.

وبذلك تقلّبت الملكية الفردية في الأساس بين تيارين متناقضين، الأول فرديٌّ مُفروطٌ سخر الجماعة للفرد والثاني جماعيٌّ مُفروطٌ سخر الفرد للجماعة وصهره فيها، وبين إفراط التيار الأول وتغريب التيار الثاني، سلك تيار ثالث طريقاً وسطاً، حيث اعترف بالملكية الفردية وجعل منها حقاً له وظيفة اجتماعية من خلال فرض القيود عليها في سبيل تحقيق المصلحتين العامة والخاصة.

يتضح مما تقدم أنّ موضوع الملكية الفردية من حيث طبيعتها لم يكن محلّ تباين بين المذاهب الفكرية الوضعية فحسب، بل كان أيضاً محلّ اختلاف فقهيٍّ بين فقهاء مذاهب الشريعة الإسلامية، وتبعاً لذلك ظهرت ثلاثة أقوال فقهية شرعية ماثلتها شكلًا ثلاثة اتجاهات فكرية وضعية، تدور في محملها حول طبيعة الملكية الفردية وتوزعت جميعها وانقسمت تبعاً لذلك إلى اتجاه فرديٍّ، اتجاه جماعيٍّ وآخر توفيقيٍّ.

من هنا تأتي هذه الورقة الموجزة لبحث إشكالية مدى تماثل هذه الاتجاهات في الشكل ولبحث الشّقة والبون الشّاسع بين المحاور الثلاث لهذا التماثل وأثره على التّطابق في المضمنون.

إنّ بحث هذه الإشكالية يقتضي منا وضع الموضوع على ميزان البحث العلمي بالتأصيل لطبيعة الملكية الفردية وفق آراء فقهاء مذاهب الشريعة الإسلامية ووفق الرؤى الفلسفية لأنصار المذاهب الوضعية، ومن ثمّة عقد مقارنة بينهما جنباً إلى جنب، وفي سبيل ذلك عمدنا إلى تقسيم الموضوع إلى ثلاثة محاور وفق ما يلي:

**المحور الأول : الاتجاه الفردي.**

**أولاً : الملكية حق مطلق للفرد في الفقه الشرعي.**

**ثانياً : الملكية حق مطلق للفرد في المذهب الفردي الوضعي.**

**المحور الثاني : الاتجاه الجماعي.**

**أولاً : الملكية وظيفة اجتماعية في الفقه الشرعي.**

**ثانياً : الملكية وظيفة اجتماعية في المذهب الوضعي الجماعي.**

**المحور الثالث : الاتجاه التوفيقية.**

**أولاً : الملكية حق للفرد له وظيفة اجتماعية تحقيقاً لمقاصد الشرع.**

**ثانياً : الملكية الفردية حق له وظيفة اجتماعية في نظر الفكر الوضعي الإصلاحي.**

### المحور الأول : الاتّجاه الفرديّ :

يذهب جانب من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى القول أن الإسلام لم ينف الملكية الفردية، ويرى بعضهم (في علاقات الجوار تحديداً) أن للفرد حق التصرف في ملكه بما يريده له، وليس للجار أن يمنعه عن ذلك لأنّه يتصرف في خالص ملكه، وإن كان يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير.

ومن جانب المذهب الفردي الوضعي فيرى أنصاره أن الفرد هو حجر الزاوية، لذلك منحت له الحرية المطلقة في التمتع والتصرف في ملكه، فملكية الفردية عندهم هي من الحقوق الطبيعية التي ولدت مع الفرد وصاحبته منذ المجتمعات البدائية الأولى، وهي غاية لإسعاد الفرد وليس وسيلة لذلك.

لذلك يحسن بنا أن نعرض فيما يلي طبيعة الملكية الفردية عند فقهاء المذاهب الشرعية (أولاً) وفي نظر واضعي المذهب الفردي (ثانياً).

#### أولاً : الملكية حق مطلق للفرد في الفقه الشرعيّ.

إن العارف بالشريعة الإسلامية يجد من الصعبه يمكن أن يتصور فكرة الحق المطلق أنها من ضمن شريعاتها، غير أن البعض ذهب إلى القول أن الشريعة الإسلامية تأخذ بفكرة الملكية المطلقة وبالنشاط الفردي الحر، فملكية في الشريعة الإسلامية عند هؤلاء حق فردي مطلق تماما كالاعتبار الذي ذهب إليه أصحاب المذهب الفردي<sup>1</sup>.

وقد وردت نصوص كثيرة في القرآن الكريم للدلالة على الإقرار بحق الملكية للإنسان واعتبرته حقا شرعيا له، وكفلت حماية هذا الحق وصونه، ومن أظهر الآيات دلالة على ذلك قوله تعالى في محكم تنزيله : (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتَدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكْمِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ)<sup>2</sup> وقوله أيضا (وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ)<sup>3</sup> وقوله : (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً)<sup>4</sup> كما قال جل وعلا : (خُذُّ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتَزَكِّيهِمْ بِهَا)<sup>5</sup> وقوله : (رَبِّ قَدْ أَتَيْتَنِي مِنَ الْمُلْكِ)<sup>6</sup> وقوله أيضا: (وَلَا تَقْرِبُوا مَالَ الْيَتَيمِ إِلَّا بِالْتَّيْهِي هِيَ أَحْسَنُ)<sup>7</sup> وقوله: (أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا خَلَقْنَا لَهُمْ مِمَّا عَمِلْتُمْ أَيْدِينَا أَنْعَامًا فَهُمْ لَهَا مَالِكُون)<sup>8</sup> وقوله تعالى : (إِنَّمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا لَعِبٌ وَلَهُوَ وَإِنْ تُؤْمِنُوا وَتَتَقَوَّلُوْنَ يُؤْتِكُمْ أَجُورَكُمْ وَلَا يَسْأَلُكُمْ أَمْوَالَكُم)<sup>9</sup> وقوله سبحانه : (وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومُ)<sup>10</sup> وقوله: (الَّذِي يُؤْتِي مَالَهُ يَتَزَكَّى)<sup>11</sup>.

كما وردت في السنة النبوية المطهرة أحاديث أيضا لها نفس المدلول، فجاء في الحديث الصحيح قوله صلى الله عليه وسلم : (لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفس منه) وقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث الصحيح : (كل

<sup>1</sup> عبد الله بن عبد العزيز المصلح، قيود الملكية الخاصة، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1988، ص: 193.

<sup>2</sup> (البقرة- الآية 188)

<sup>3</sup> (البقرة- الآية 279)

<sup>4</sup> (النساء - الآية 5)

<sup>5</sup> (التوبه- الآية 103)

<sup>6</sup> (يوسف- الآية 101)

<sup>7</sup> (الإسراء - الآية 34)

<sup>8</sup> (يس - الآية 71)

<sup>9</sup> (محمد - الآية 36)

<sup>10</sup> (المعارج - الآيات 24 و 25)

<sup>11</sup> (الليل - الآية 18).

ال المسلم على المسلم حرام، دمه، وماله، وعرضه) قوله صلى الله عليه وسلم في خطبته يوم النحر في حجّة الوداع: (فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا).

واستناداً على ذلك، يرى أصحاب هذا الرأي أن الشريعة الإسلامية تأخذ ببدأ الملكية الفردية المطلقة وبالنشاط الفردي الحرّ، فالأفراد أحرار تماماً في الاستيلاء على ما يشاءون من ثروات طبيعية، وهم أحرار في التصرف فيها واستثمارها كما يشاءون، فالملكية عند هؤلاء حقٌ فرديٌ مطلق.<sup>1</sup>

كما يرون أن القول؛ بأن الملكية هي لله وليس للأفراد، محل نظر عند البعض، يعني أنهم يرون أن الله قد خلق الأشياء ليتملّكها الأفراد، ويصح أن تنسّب هذه الملكية إليهم، إذ أن الآيات الدالة على استخلاف الإنسان في نظرهم، إنما تعني أن الله تعالى هو خالق السماوات والأرض وما فيهن، وليس المراد نفي الملكية عن الأفراد، والقول بالاستخلاف يفتح باباً خطيراً وواسعاً للمغالاة، وقد يتلقي الشيوخون هذا القول ويتحذرون منه تعليلاً لمصادرة الأموال الفردية مصادرة تامة أو على الأقل توسيع اجتياح أموال الناس بلا ضابط.<sup>2</sup>

في هذا الصدد نجد من تعريفات الحنفية للملك، تعريف صدر الشريعة (عبد الله بن مسعود) في كتابه شرح الوقاية في مسائل الهدایة، بأنه: (اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقاً لتصرفه فيه وحاجزاً عن تصرف الغير) وعرفه الفنري في حاشيته على التلويح قائلاً: (إن الملك عبارة عن المطلق الحاجز).<sup>3</sup>

وقد ورد في الخلائق لـ (ابن حزم): ولا ضرر أعظم من أن يُمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاةً لنفع غيره، وهذا هو الضرار حقاً.<sup>4</sup>

وكتطبيق لهذا الرأي، من الأهمية بمكان أن نشير إلى رأي الحنفية والشافعية حول المضاربة في استعمال الحق في علاقات الجوار، أما المالكية والحنابلة فلهم رأيا آخر سنورده في الموضوع المخصص له.

فالإمام أبو حنيفة لا يرى أن يتقيّد المالك في ملكه لأجل مصلحة جاره، لأن مقتضى الملك التام أن يكون للمالك الاختيار في انتفاعه بملكه وفي تصرفه فيه على الوجه الذي يريد ما دام خالصاً من تعلق حق غيره به، ولذا كان له أن يفتح فيه ما يرى من نوافذ، سواء أطلّت على الجار أم لم تطلّ، وأن يعلّي بناءه ويبني فوقه كما يشاء، منع ذلك الضوء والشمس عن جاره أم لا، لأنّه تصرف في ملكه الخاص ولم يتعلّق به حق غيره، وإلى هذا ذهب الإمام الشافعي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> فريد محمد الخطيب، تحويل الملكية العامة إلى ملكية خاصة: دراسة فقهية مقارنة بالقانون، رسالة لنيل درجة الماجستير، قسم الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2001، ص: 149-150.

<sup>2</sup> سعيد أبو الفتوح محمد بسيوني، الحرية الاقتصادية في الإسلام وأثرها في التنمية، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، الطبعة الأولى، 1988، ص: 59.

<sup>3</sup> عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع السابق، ص: 29.

<sup>4</sup> أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسبي، المحلى بالأثار، الجزء 7، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1425 هـ - 2003 م، ص: 85 وما بعدها.

<sup>5</sup> ينظر: علي الخيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشائع الوضعية: معناها - أنواعها - عناصرها - خواصها - قيودها، سلسلة المؤلفات الكاملة للشيخ علي الخيف، 2، دار الفكر العربي، مدينة نصر، د.ع.ط، 1996، ص: 100-101.

ويرى الإمام أبو حنيفة أيضاً أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة، ولو كان ذلك يوهن جدار جاره، ولو سقط الجدار لا ضمان عليه، لأنّه ليس متعدّياً ما دام يتصرّف في دائرة ملكه، ولا ضمان إلّا مع التعدي، أي مجازة حدود ملكه، وهو لا يُمنع إلّا إذا تعلّق بذلك حقّ عيني للغير، كحقّ صاحب العلوّ على السفل مثلًا.<sup>1</sup>

كما يرى المتقدّمون من الحنفية أنّ المالك حرّ في التصرّف في ملكه، يتصرّف فيه كيف يشاء، وليس لأحد أن يقيّده أو يحدّ من ملكيّته، لأنّ الملك يقتضي إطلاق اليد في التصرّف، وقد جوزوا أن يتصرّف الإنسان بذلك ولو أدى ذلك إلى إلحاق الضرر بالآخرين، لأنّ منع المالك من التصرّف بذلك يلحق الضرر به بدون مبرر، ولا يجوز أن يُدفع الضرر عن غير المالك بإلحاق الضرر بمالكه، لأنّ في ذلك نقضاً للملكية.<sup>2</sup>

فقال الإمام (الكاساني الحنفي) في مؤلفه بدائع الصنائع أنّ: (للمالك أن يتصرّف في ملكه أيّ تصرّف شاء، سواء كان تصرّفاً يتعدّى ضرره إلى غيره أو لا يتعدّى ... وله أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة أو دیعاً وإن كان يهمن من ذلك البناء ويتأدّى به جاره، وليس بجراه أن يمنعه، حتّى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يجرّ عليه، لأنّ الملك مطلق للتصرّف في الأصل، والمنع منه لعارض تعلّق حقّ الغير، فإذا لم يوجد التعلّق لا يمنع، إلّا أنّ الامتناع عمّا يؤذّي الجار ديانة واجب، للحديث: قال عليه الصلاة والسلام: (المؤمن من أمن جاره بوائقه) ولو فعل شيئاً من ذلك حتّى وهن البناء وسقط حائط الجار، لا يضمن، لأنّه لا صنع منه في ملك الغير).<sup>3</sup>

وجاء في المبسوط للإمام (السرّخي الحنفي) أنّ للإنسان أن يتصرّف في ملك نفسه بما يبيده له، وليس للجار أن يمنعه عن ذلك، وله أن يتّخذ فيها حاماً أو تنوراً أو مخرجاً لأنّه يتصرّف في خالص ملكه ... والحاصل أنّ من تصرّف في خالص ملكه لم يمنع منه في الحكم وإن كان يؤذّي إلى إلحاق الضرر بالغير ... وبوضياف الإمام السرّخي قائلاً: (وللإنسان أن يسقي أرضه وليس بجراه أن يمنعه من ذلك مخافة أن يقلّ ماء بئره، فعرفنا أنّ للملك مطلق التصرّف فيما هو خالص حقه).<sup>4</sup>

فإلى جانب اعتبارهم أنّ الفرد له مطلق التصرّف في ملكه على النحو المبين، يرى الحنفية أنّ الكفّ عمّا يؤذّي الجار أحسن، لقوله صلى الله عليه وسلم: (ما زال جبريل يوصي بالجار حتّى ظنت أنّه سيورّنه) فالتحرّز عن سوء المجاورة مستتحقّ ديناً، ولكنّه لا يجرّ على ذلك في الحكم، والحقيقة للجار أن يتصرّف في ملكه على وجه يدفع به ضرورة عن نفسه ويحول بينه وبين مقصوده.<sup>5</sup>

وإن كان الإمام أبو حنيفة يطلق حرّية التصرّف في الملك إطلاقاً تماماً ولا يجعل للقضاء حقّاً في التدخل لتقييده لدفع الضرر عن غير المالك، شريطة أن يكون للغير حقّ عيني متعلق به، غير أنه يترك التّقييد للوازع الديني، فالدينية توجب على المالك أن لا يتّخذ من حقّ الملكية ذريعة إلى الإضرار بغيره، فالمالك إذن منع بحكم الدينية لا القضاء.<sup>6</sup>

<sup>1</sup>فتحي الدّريني، نظرية التعسّف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الرابعة، 1988، ص- ص: 128-129، آدم دكم محمد هارون، القيود على حق الملكية بن الشريعة والقانون: دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، تخصص فقه المقارن، دائرة العلوم الشرعية، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، أم درمان، السودان، شوال 1420 هـ - يناير 2000م، ص: 163.

<sup>2</sup>فريد محمد الخطيب، المرجع السابق، ص: 138، إسماعيّل علي، الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة العالمية (الماجستير)، شعبة الفقه، قسم الدراسات العليا، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1401هـ، ص: 364، آدم دكم محمد هارون، المرجع السابق، ص: 160.

<sup>3</sup>الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 8، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1424 هـ 2003 م، ص: 509 وما بعدها.

<sup>4</sup>شمس الدين السرّخي، المبسوط، الجزء 15، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1409 هـ - 1989 م، ص: 21.

<sup>5</sup>نفس المرجع.

<sup>6</sup>فتحي الدّريني، نظرية التعسّف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 130، ينظر أيضاً: إسماعيّل علي، المرجع السابق، هامش رقم (2)، ص: 364.

إِلَّا أَنَّ الْمُتَأْخِرِينَ مِنَ الْخَنْفِيَّةِ خَالِفُوا مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْمُتَقْدِمُونَ فِي بَعْضِ هَذِهِ الْمَسَائلِ، فَاسْتَحْسَنُوا مِنْ الْجَارِ مِنَ التَّصْرِيفِ فِي مَلْكِهِ تَصْرِيفًا يَلْحِقُ الضَّرَرَ الْفَاحِشَ بِجَارِهِ، وَاسْتَدَلُوا عَلَى ذَلِكَ بِحَدِيثِ النَّهْيِ عَنِ الضررِ، وَقَالُوا: (إِنَّ الْوَاعِزَ الدِّينِيَّ لِدِي النَّاسِ الَّذِي يَنْعَهُمْ مِنَ الْإِضْرَارِ بِالآخِرِينَ قَدْ ضَعْفَ، وَلَا بَدْ أَنْ يَتَدَخَّلَ الْقَضَاءُ لِمَنْعِ هَذِهِ الْضَّرَرِ، بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ فَاحِشاً) <sup>1</sup>.

فَذَهَبَ الْمُتَأْخِرِونَ مِنَ فَقَهَاءِ الْخَنْفِيَّةِ وَمِنْهُمْ مُشَايخُ بَلْخٍ إِلَى وجوبِ تَقييدِ الْجَارِ فِي تَصْرِيفِهِ وَانْتِفَاعِهِ بِمَلْكِهِ بِمَا لَا يَضُرُّ جَارِهِ ضَرَرًا بَيْنًا غَيْرَ مُعْتَادٍ، لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (لَا ضَرُرٌ وَلَا ضَرَارٌ) وَلِأَنَّ النَّاسَ لَسْوَهُ أَخْلَاقُهُمْ وَضَعْفُ دِينِهِمْ تَرَكُوا مَا أَوْجَبَهُ اللَّهُ عَلَيْهِمْ خَلْقًا وَأَدِبًا مِنْ رِعَايَةِ جَانِبِ الْجَارِ، فَوَجَبَ حَلْمُهُمْ عَلَى ذَلِكَ بِسُلْطَانِ الْقَضَاءِ، إِلَّا عَمِّتُ الْفَوْضَى وَالْفَسَادُ، وَهُوَ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْمَالِكِيَّةُ وَالْخَنْبَابَلَةُ <sup>2</sup>.

أَمَّا الْمَذَهَبُ الشَّافِعِيُّ فَلَا يَخْتَلِفُ كَثِيرًا عَمَّا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْخَنْفِيَّةِ مِنْ أَنَّ الْأَصْلَ عِنْدَ حِرْيَةِ الْمَالِكِ فِي تَصْرِيفِهِ مِنْ مَلْكِهِ كَمَا يَشَاءُ، إِذَ الْمَلِكُ مُطْلِقُ التَّصْرِيفِ، وَلَا يَتَأْتَى التَّصْرِيفُ إِذَا وَضَعَتْ قِيُودٌ عَلَى الْمَالِكِ، وَقَدْ وَجَدَ الشَّافِعِيُّ أَنَّ حَدِيثَ (لَا ضَرُرٌ وَلَا ضَرَارٌ) لَا يَقِيدُ الْمَالِكَ فِي مَلْكِهِ، وَعَلَّلُوا ذَلِكَ بِأَنَّهُ إِذَا قَبَدْنَا الْمَالِكَ فِي مَلْكِهِ نَكُونُ قَدْ أَلْحَقْنَا بِهِ ضَرَرًا أَكْبَرَ مِنَ الْضَّرَرِ الَّذِي أَنْقَذَنَا الْآخِرِينَ مِنْهُ <sup>3</sup> عَلَى أَنَّ الْإِمَامَ الشَّافِعِيَّ يَحْدُدُ مِنْ حَقِّ الْمَالِكِ فِي تَصْرِيفِهِ فِي مَلْكِهِ فِي بَعْضِ الصُّورِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَسْتَنِدُ فِي ذَلِكَ التَّقْيِيدِ إِلَى حَدِيثِ (لَا ضَرُرٌ وَلَا ضَرَارٌ) بَلْ إِلَى أَدْلَةٍ أُخْرَى <sup>4</sup>.

فَيَرِي الْإِمَامَ الشَّافِعِيَّ أَنَّ حَدِيثَ (لَا ضَرُرٌ وَلَا ضَرَارٌ) لَيْسَ نَصًا قَاطِعًا فِي مَنْعِ الْمَالِكِ مِنَ التَّصْرِيفِ بِمَلْكِهِ إِذَا تَرَّبَّ عَلَيْهِ ضَرَرٌ بِغَيْرِهِ، بَلْ هُوَ مُحْتَمِلٌ أَيْضًا لِنَفِيِ الْضَّرَرِ عَنِ الْمَالِكِ فِي مَنْعِهِ مِنَ التَّصْرِيفِ بِمَلْكِهِ، وَيَرِي أَنَّ فِي مَنْعِ الْمَالِكِ - لِدُفَعِ الْضَّرَرِ عَنِ الْغَيْرِ - ضَرَرًا أَشَدَّ، إِذَا يَقُولُ فِي كِتَابِهِ الْأَمْ: (فَإِنْ تَأْوَلَ رَجُلٌ قَوْلَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (لَا ضَرُرٌ وَلَا ضَرَارٌ) فَهَذَا كَلَامٌ مُجْمَلٌ لَا يَحْتَمِلُ لِرَجُلٍ شَيْئًا إِلَّا احْتَمَلَ عَلَيْهِ خَلَافَهُ، وَوَجْهُهُ الَّذِي يَصْحُّ بِهِ أَنَّ (لَا ضَرُرٌ وَلَا ضَرَارٌ) فِي أَنْ لَا يَحْمِلَ عَلَى رَجُلٍ فِي مَالِهِ مَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ عَلَيْهِ (وَلَا ضَرَارٌ) فِي أَنْ يَنْعَنِ رَجُلٌ مِنْ مَالِهِ ضَرَرًا وَلَكُلَّ مَا لَهُ وَعَلَيْهِ) <sup>5</sup>، وَنَحْوُ ذَلِكَ وَرَدَ فِي نِهايَةِ الْحَاجَةِ لِلرَّمْلِيِّ الْمُشْهُورِ بْنَ (الشَّافِعِيِّ الصَّغِيرِ) أَنَّهُ: (يَتَصَرَّفُ كُلُّ شَخْصٍ فِي مَلْكِهِ عَلَى الْعَادَةِ وَلَا ضَمَانَ إِذَا أَفْضَى إِلَى تَلْفِهِ) <sup>6</sup>.

وَعَوْمَمَا فَإِنَّهُ مِنَ الْوَاضِحِ أَنَّ وَصْفَ الْمَلِكِيَّةِ الْفَرْدِيَّةِ بِالْمَلِكِيَّةِ الْمُطْلَقَةِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ لَيْسَ لَهُ عَلَاقَةُ مِنْ قَرِيبٍ أَوْ مِنْ بَعِيدٍ بِتَأصِيلِ الْمَلِكِيَّةِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ، إِذَا لَا يَوْجِدُ فِيهَا مَا يُسَمِّي حَقًا مُطْلَقاً <sup>7</sup> وَأَنَّ الْحِرْيَةَ فِي الْإِسْلَامِ لَا تَتَصَوَّرُ إِلَّا مَقِيلَةً، لِأَنَّ الْحِرْيَةَ لِيُسْتَأْنِفَ إِنْطَلَاقًا مِنَ الْقِيُودِ، بَلْ هِيَ مَعْنَى لَا يَتَحَقَّقُ فِي الْوُجُودِ إِلَّا مَقِيلًا <sup>8</sup> وَالْحَقُوقُ الشَّرِيعَيَّةُ كُلُّهَا مَنْحُ مِنْهُ اللَّهُ تَعَالَى لِعَبَادِهِ، وَهُوَ يَعْطِيهَا مَقِيلَةً وَلَا يَعْطِيهَا مُطْلَقَةً، لِيُمَكِّنَ الْاِتَّلَافُ بَيْنَ الْحَقُوقِ

<sup>1</sup> فَرِيدُ مُحَمَّدُ الْخَطِيبُ، الْمَرْجَعُ السَّابِقُ، ص: 140.

<sup>2</sup> عَلَيْ الْخَفِيفِ، الْمَلِكِيَّةُ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ مَعَ الْمَقَارِنَ بِالشَّرِيعَاتِ الْوَضْعِيَّةِ: مَعْنَاهَا - أَنْوَاعُهَا - عَنَاصِرُهَا - خَواصِهَا - قِيُودُهَا، الْمَرْجَعُ نَفْسُهُ، يَنْظَرُ فِي هَذَا الصَّدَدِ أَيْضًا: آدَمُ دَكْمُ مُحَمَّدُ هَارُونُ، الْمَرْجَعُ السَّابِقُ، ص: 160 وَمَا بَعْدَهَا.

<sup>3</sup> يَنْظَرُ: فَرِيدُ مُحَمَّدُ الْخَطِيبُ، الْمَرْجَعُ السَّابِقُ، ص: 143.

<sup>4</sup> يَنْظَرُ: فَتْحُ الدَّيْرِيَّ، نَظَرَيَّةُ التَّعْسُفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ فِي الْفَقَهِ الْإِسْلَامِيِّ، الْمَرْجَعُ السَّابِقُ، ص: 128.

<sup>5</sup> الْمَرْجَعُ السَّابِقُ، ص: 127.

<sup>6</sup> شَمْسُ الدِّينِ مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي الْعَبَّاسِ أَحْمَدُ بْنُ حَمْزَةَ أَبْنُ شَهَابِ الدِّينِ الرَّمْلِيِّ الْمَنْوَفِيِّ الْمَصْرِيِّ الْأَنْصَارِيِّ، نِهايَةُ الْمُحِتَاجِ إِلَى شَرْحِ الْمُهَاجِ فِي الْفَقَهِ عَلَى مَذَهَبِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، الْجَزْءُ 5، دَارُ الْكِتَابِ الْعَلَمِيَّةِ، بَيْرُوتُ لِبَنَانُ، الطَّبْعَةُ الْثَّالِثَةُ، 1424 هـ - 2003 م، ص: 338.

<sup>7</sup> فَرِيدُ مُحَمَّدُ الْخَطِيبُ، الْمَرْجَعُ السَّابِقُ، ص: 149-150.

<sup>8</sup> مُحَمَّدُ أَبُو زَهْرَةَ، التَّكَافِلُ الْإِجْتِمَاعِيُّ فِي الْإِسْلَامِ، دَارُ الْفَكْرِ الْعَرَبِيِّ، الْقَاهِرَةُ، بَعْثَةُ طِبِّ، 1991، ص: 16.

والواجبات وبين مصالح الناس بعضهم على بعض، فلا تتضارب الحقوق بل يسير المجتمع على أساس متينة متماسكة<sup>1</sup>.

### ثانياً : الملكية حق مطلق للفرد في المذهب الفردي الوضعي :

نادي بهذا الاتجاه المذهب الفردي الذي يرى أنصاره أن الملكية الفردية حق مقدس يخول للمالك سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه بصفة مطلقة لصلحته دون أن يراعي مصالح غيره من أفراد وجماعات، ذلك أنّهم أسسوا فكرهم هذا على أن الملكية حق طبيعي وواقعة تاريخية ولدت مع الفرد، لازمه منذ المجتمعات البدائية وظهرت بهذا الوصف قبل ظهور الملكية الجماعية.

فيقيم أنصار هذا المذهب القانون على أساس من نظرية الحقوق الطبيعية، ويررون أن للفرد حقوقا طبيعية ولدت معه ومستملة من ذاته هو، وكان يتمتع بها منذ عهد الفطرة الأولى، فهي لذلك امتيازات طبيعية مطلقة وسابقة في وجودها على القانون بل وعلى الجماعة، لأنّها تستند إلى الحالة الطبيعية، فليس القانون هو أساس الحق بل الحق هو أساس القانون، وأنّ ليس للقانون من وظيفة إلا حماية هذا الحق، والجماعة أيضاً مسخرة لخدمة الفرد<sup>2</sup>، لذلك نجد أنّ النّظام الاجتماعي عند أنصار هذا المذهب يرتكز على الفرد ويبدأ منه وينتهي أيضاً، فهو الغاية وله يسخر الجميع، وما المهمة التي يضطلع بها القانون إلا تحقيق حرية كلّ فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حرّيات الآخرين، هذا التّوازن ما بين الحرّيات جيّعاً هو ما يجب على المشرع أن يُعني به، وليس عليه بعد ذلك أن يرى ما إذا كان النّشاط الفردي الحرّ يتّفق مع ما تقتضيه مبادئ الأخلاق، ولا عليه أن يرى إلى حدّ يتفق صالح الجميع مع صالح الفرد فالفرد لا الجميع هو الذي يحميه القانون<sup>3</sup>.

وتؤكدنا هذه النّزعـة الفردية المطلقة للملكية، نادي الفقيه (لوران) بأنّ مالك الأرض هو السيد المطلق الذي لا رادع لإرادته فله أن يترك زراعتها أو يُضعف إنتاجها، وقال (بورتاليس) وهو أحد واضعي التقنين المدني الفرنسي أنّ: (للمواطن الحرية وللسلطان الإمبراطورية)<sup>4</sup> ويرى (ديمولومب) أن الملكية الفردية تضفي على المالك سلطة سيادة وتحكّم كامل تجييز له إسعة استعمال ملكه أو تركه يتلاشى أو إتلافه وفق رغبته<sup>5</sup>.

ولما كان النّظام الرأسمالي في أول نشأته في أعقاب النّظام الإقطاعي يطلق العنان والحرية للمبادرة الفردية في الجوانب الاقتصادية ومنها حق الملكية الفردية، فإنّ أساسه في ذلك مستمدّ من فلسفة المذهب الفردي، فالفرد حسب عالم الاقتصاد (آدم سميث) - وهو أحد مؤسسي النّظام الرأسمالي وصاحب المقوله المشهورة: (دعاه يعمل، دعوه يير) - محلّ اهتمام وحجر الزاوية في هذا النّظام.

<sup>1</sup> المرجع السابق، ص: 19.

<sup>2</sup> فتحي الدرّيني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقبيده، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثالثة، 1984، ص: 40، فتحي الدرّيني، نظرية التعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص- ص: 3- 4، آدم دكم محمد هارون، المرجع السابق، ص - ص: 62 - 63، سعيد أبو الفتوح محمد بسيوني، المرجع السابق، ص: 178، عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع السابق، ص: 182.

<sup>3</sup> محمد بلتاجي، الملكية الفردية في النظام الاقتصادي الإسلامي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، 2007 ، ص- ص: 52- 53.

<sup>4</sup> منذر الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، سلسلة دراسات (114)، منشورات الجمهورية العراقية - وزارة الإعلام، د.ط، 1977، ص: 107، محمد جعفر هادي الخفاجي، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة: دراسة مقارنة، مجلة كلية التربية، جامعة بابل، العراق، العدد الثاني، نيسان/أبريل، 2008، ص: 164.

<sup>5</sup> منذر الفضل، المرجع السابق، ص: 106، محمد جعفر هادي الخفاجي، المرجع نفسه.

والحال هذه فإنّ الفرد وهو يسعى في سبيل العمل من أجل مصلحته الذاتية، إنما يعمل من أجل صالح الجماعة بصورة أفضل، ويقول في هذا المعنى (آدم سميث) أنّ: (الفرد يحقق مصالح الجماعة بدرجة أكبر لو أنه توفر على رعاية شئونه الخاصة أكثر مما لو كرس جهوده ووقته لخدمة الجماعة).<sup>1</sup>

وفي نفس الاتّجاه قال (أوليفر كوكس): (إن الرغبة في الحرية تكون أحد الدوافع الاجتماعية الأولية وربما الدافع الأول للمجتمع الرأسمالي، إن الحرية الرأسمالية تميل إلى الاتساع مع زيادة اقتراب الأمم من القيادة في النّظام، إلّا أنها تنكر تقريراً بالمرة على الجماعات الواقعة في الدرجات السفلى من الهيكل، والحرية بظواهرها الداخلية والخارجية على السواء ضرورية لنجاح الرأسمالية، ومن هنا جاء التشبيث بها والعناد في الدفاع عنها في المجتمعات الرأسمالية).<sup>2</sup>

وتؤكدنا للصيغة المطلقة لحق الملكية، برر أصحاب هذه النزعة رأيهم بالقول أنه وبالرغم من أن حقوق الجماعة توجب على الأشخاص أن يحسنوا استعمال ما يملكون، إلّا أنه من الضروري إعطاء المالك ولو من الناحية العملية - على الأقلّ - كما يقول (ديمولومب) سلطة استعمال ما يملك كما يشاء وإن أساء الاستعمال لأن كل قيد يرد على هذا الحق ستتفوق مضاره مزاياه، كون الملكية الخاصة أنشودة الحرية للطبقة المالكة، ومن لا يملك شيئاً لا حرية له، وقد عبر الفيلسوف البريطاني (سبنسر) عن ذلك بالقول أنّ: (الملكية ليست إلّا نتيجة لمبدأ التساوي في الحرية تؤيدها الواقع المشاهدة في المجتمعات الفطرية، فهي حقيقة إيجابية يؤيدها الواقع).<sup>3</sup>

وعموماً فإنّ هذا الاتّجاه دفع الملكية الفردية إلى مقام التقديس وجعل منها حقاً مطلقاً، وأغفل بذلك جانبها مهمّاً في حياة البشرية وهو غريزة الاجتماع التي تدفع الإنسان إلى العيش في ظلّ الجماعة والتي تتطلب التنازل عن بعض سلطاته وحقوقه، بفرض القيود القانونية والإرادية عليها تحقيقاً للتضامن الاجتماعي وتؤكدنا لحق الإنسان والمجتمع معاً<sup>4</sup> فأثبتت الواقع في البلاد التي احتضنت المذهب الفردي كأساس لها في التّقين، أن النّشاط الفردي الحرّ قد أدى إلى مظالم اجتماعية، بما كان ينبع الحق الفردي صاحبه من سلطات مطلقة في الاستعمال والاستغلال والتصرّف، دون أن يجد من مداه إلّا بعض القيود التي تتعلق بالنّظام العام والأداب.<sup>5</sup>

لذلك أخذ الفقهاء وال فلاسفة يبنّون الحياة الفردية ويوجّهون نقدّهم إليها ويشيدون بالحياة الجماعية والأفكار الاشتراكية ويقرّرون أنّ الحقوق المطلقة لا وجود لها ولا سبيل إليها في حياة ينشدها مجتمع إنساني متكملاً، إذ أنّ إطلاق الحقوق يحول دون تمتع كلّ فرد بحقّه، ويجعل مناط الاستحقاق هو القوة والطغيان.<sup>6</sup>

في هذا الشأن يقول (وارنر سومبارت) أنّ: (المثل العليا عن قيمة الذّات الأدبية قد فقدت سيطرتها على عقل الإنسان، والجهود التي يجب أن تبذل لتنمية الرّخاء الإنساني وإسعاد البشرية، لم تعد لها أية قيمة أو تقدير ... إنّ الوسيلة أصبحت غاية)، وقال (جون آيز) أستاذ الاقتصاد في الجامعة الأمريكية: (لقد أصبح رجال الأعمال عندنا

<sup>1</sup> سعيد أبوالفتوح محمد بسيوني، المراجع السابق، ص: 31.

<sup>2</sup> إبراهيم عبد اللطيف إبراهيم العبيدي الملكيات الثلاث: دراسة عن الملكية العامة والملكية الخاصة وملكية الدولة في النظام الاقتصادي الإسلامي، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الطبعة الأولى، 2009، ص: 95.

<sup>3</sup> محمد جعفر هادي الخفاجي، المراجع نفسه.

<sup>4</sup> منذر الفضل، المراجع السابق، ص: 113.

<sup>5</sup> فتحي الدرّيبي، الحق و Modi سلطان الدولة في تقييده، المراجع السابق، ص: 38.

<sup>6</sup> علي الخيفي، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرع الوضعي: معناها - أنواعها - عناصرها - خواصّها - قيودها، المراجع السابق، ص: 37.

تأهين في مطاردة المال الذي يجب أن يكون وسيلة إلى الحياة الطيبة لا غايةً في ذاته، حتى نسوا الغاية وأمعنوا في التعلق بالوسيلة<sup>١</sup>.

## المحور الثاني: الاتّجاه الجماعيٌّ:

يرى جانب من فقهاء الشريعة الإسلامية أن الملكية عبارة عن وظيفة اجتماعية، ذلك لأن الملك لله سبحانه وأضافه للإنسان على سبيل الاستخلاف، وأن الأعيان لا يملكونها إلّا الله تعالى، وتصرّف الخلق إنما هو في المنافع فقط بآفعالهم.

ومن جهة المذهب الوضعي الجماعي الاشتراكي فإنه ينكر ظهور حقوق طبيعية للفرد سابقة على وجوده، وقد انقسم هذا المذهب إلى قسمين؛ قسم يرى أن الملكية الفردية أداة للاستغلال وعدو لتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع، لذلك ألغها إلغاء تاماً في وسائل الإنتاج وجعلها في يد الدولة، وقسم آخر يرى أنها واجب وليس بحق ومن ثم جعلها وظيفة اجتماعية خالصة بجعله من أصحابها مجرد موظفين لدى المجتمع، ذلك كله على نقيض المذهب الفردي الرأسمالي.

لذلك نستعرض في هذا الصدد على النحو الذي يلي؛ رأي بعض فقهاء الشريعة (أولاً) ثم نظرة أنصار المذهب الجماعي (ثانياً).

**أولاً : الملكية وظيفة اجتماعية في نظر الفقه الشرعي :**

إنَّ الاعتراض على التَّنزعة الفردية - فيما يتصل بحقِّ الملكيَّة - أخذ في الفقه الوضعيِّ تعبير (الملكية وظيفة اجتماعية) يعني أنَّه ينبغي على المالك أن يعتبر نفسه عضواً في المجتمع يأخذ منه ويعطيه وأنَّه مدين للمجتمع بما كسب، فليس عمل المالك وحده هو الذي أكسبه الملك، بل أنَّ المجتمع قد ساهم إسهاماً ملحوظاً مؤثراً في جهود المالك<sup>2</sup>، وقد تأثر بعض الباحثين الإسلاميين بهذا المصطلح فأطلقوه على الملكية في الإسلام.<sup>3</sup>

يُسْتَنِدُ هَذَا الْقَوْلُ إِلَى بَعْضِ النُّصُوصِ فِي الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ الَّتِي تَنْسَبُ لِلْمَلْكِ الْمُطْلَقِ لِمَا فِي الْكَوْنِ كُلِّهِ لَهُ تَبَارِكُ وَتَعَالَى وَحْدَهُ، إِلَى نُصُوصٍ أُخْرَى تُصِيفُ الْأَمْوَالَ لِلإِنْسَانِ عَلَى سَبِيلِ الْاسْتِخْلَافِ، مِنْهَا قَوْلُهُ تَعَالَى : (أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا لَكُمْ مِنْ دُونَ اللَّهِ مِنْ وَلِيٌّ وَلَا نَصِيرٍ)<sup>4</sup> وَقَوْلُهُ تَعَالَى : (وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْتُهُمَا وَإِلَيْهِ الْمَصِيرُ)<sup>5</sup> وَقَوْلُهُ أَيْضًا : (لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ)<sup>6</sup> وَقَوْلُهُ سُبْحَانَهُ : (وَهُوَ الَّذِي جَعَلَكُمْ خَلَائِفَ الْأَرْضِ وَرَفَعَ بَعْضَكُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَبْلُوْكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ إِنَّ رَبَّكَ سَرِيعُ الْعِقَابِ وَإِنَّهُ لَغَفُورٌ رَّحِيمٌ)<sup>7</sup> وَقَوْلُهُ تَعَالَى : (وَلَمْ يَكُنْ لَهُ شَرِيكٌ فِي الْمُلْكِ)<sup>8</sup> وَقَوْلُهُ : (وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالٍ

<sup>١</sup> محمد عبد الله العربي، الملكية الخاصة وحدودها في الإسلام، سلسلة دراسات في الإسلام، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، العدد الرابع والثلاثون، السنة الرابعة، 27 مايو 1964، ص: 43.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 8، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ع. ط. د.م. ن، ص: 554.

<sup>3</sup> دع. ط، د.س. ن، ص: 554، محمد بتاجي، المرجع السابق، ص: 56.

<sup>3</sup> ينظر: المراجع السابق، ص-ص: 56-57.

البقرة - الآية 107 )<sup>4</sup>

(المائدة - 18) 5

(المائدة - 120) <sup>6</sup>

<sup>7</sup> (الأنعام - الآية 165)

$$(111 \text{ \AA} \cdot 1 - 61 \text{ \AA})^8$$

اللَّهُ الَّذِي أَتَاكُمْ<sup>١</sup> وقوله تعالى : (وَتَبَارَكَ الَّذِي لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا وَعِنْدَهُ عِلْمُ السَّاعَةِ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ)<sup>٢</sup> وقوله أيضاً : (أَمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ فَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَأَنْفَقُوا لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ)<sup>٣</sup>.

إنَّ هذه المتأمل في هذه الآيات يجدها تؤكِّد بطريقة واضحة أنَّ الله تعالى قد أعطى للإنسان الحقَّ في الاستفادة بما على هذه الأرض سُخْرَ كلَّ شيء له، وأنَّ الملكيَّة الأصلية للملك هي ملكيَّة الله، ثمَّ أورثها للإنسان ل تستقيم الحياة وتأخذ مجريها الطبيعيَّ<sup>٤</sup>، وهذا نظر قويٌّ لا إشكال فيه وهو من القواعد الدينيَّة المعلومة والمبادئ المسلم بها.

لكن ومن هذا المنطلق ذهب بعض الفقهاء والمفسِّرين إلى أنَّ الملكيَّة منحة إلهيَّة وليس حقًا من حقوق الإنسان الطبيعية<sup>٥</sup>، وأنَّ الملكيَّة التي في يد الفرد حسب هذا الرأي وظيفة اجتماعية، المالك فيها أمين وخازن فيما يحوزه من مال الله تعالى أو من مال مجتمعه، فإذا تجاوز ما وضع له في القيام عليه من حدود فتلك جرثومة الفساد ونيابة الفرد في هذا القيام على ماله نيابة تقوم على أهليَّته لذلك العمل بما منحه الله فيه من عقل ونظر<sup>٦</sup>، ذلك أنَّ الله تعالى هو المالك للثروة ومصادرها والمالك لما على ظهر الأرض من مال أيًّا كان نوعه لم يخلقه ويلكه حاجته إليه – فالله هو الغنيُّ عمًا سواه – وإنَّما خلقه وجعله للبشر، فكان للناس جميعهم كلَّ منافعه وكان فيه سداد عوزهم و حاجتهم<sup>٧</sup>، فالملكيَّة عندهم هي أمانة واستخلاف يمارسها المالك باعتباره مستخلفاً على مال الله وفق ما أمر به الشرع<sup>٨</sup>.

وقد ورد في الفروق للإمام (القرافي المالكي) قوله : (قال المازري رحمه الله في شرح التلقين قول الفقهاء : (الملك في البيع يحصل في الأعيان وفي الإيجارات يحصل في المنافع) ليس على ظاهره بل الأعيان لا يملكتها إلَّا الله تعالى، لأنَّ الملك هو التصرف ولا يتصرف في الأعيان إلَّا الله تعالى بالإيجاد والإعدام والإماتة والإحياء ونحو ذلك، وتصرف الخلق إنَّما هو في المنافع فقط بأفعالهم من الأكل والشرب والمحاولات والحركات والسكنات<sup>٩</sup>.  
وفي الكشاف فسر الإمام (الزغشري) قوله تعالى في الآية 7 من سورة الحديد : (وَأَنْفَقُوا مَا جعلكم مستخلفين فيه)، أنَّ الأموال التي في أيديكم إنَّما هي أموال الله بخلقه وإنشائه لها، وإنَّما مولكم إياها وحولكم

<sup>١</sup> (التور - الآية 33)

<sup>٢</sup> (الرَّحْرَف - الآية 85)

<sup>٣</sup> (الحديد - الآية 7)

<sup>٤</sup> أدم دكم محمد هارون، المرجع السابق، ص: 28.

<sup>٥</sup> فريد محمد الخطيب، المرجع السابق، ص: 150-151.

<sup>٦</sup> علي الخيفي، بحوث ومقالات في التشريع الإسلامي، سلسلة المؤلفات الكاملة للشيخ علي الخيفي، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2010، ص: 108.

<sup>٧</sup> سعيد أبو الفتاح محمد بسيوني، المرجع السابق، ص: 64.

<sup>٨</sup> محمد جعفر هادي الخفاجي، المرجع السابق، ص: 171.

<sup>٩</sup> الإمام شهاب الدين القرافي أبي العباس بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المصري المالكي، الفروق: المسئي بأنوار الرزق في أنواع الفروق، من إصدارات وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، 1421 هـ - 2010 م، ص: 218.

الاستمتاع بها وجعلكم خلفاء في التّصرف فيها، فليست هي بأموالكم في الحقيقة وما أنتم إلّا بمنزلة الوكاء والنّواب فأنفقوا منها في حقوق الله وليهن عليكم الإنفاق<sup>2,1</sup>.

ويضي من يقرّرون أنّ الملكيّة وظيفة اجتماعية بقولهم أنّ الشّريعة الإسلاميّة تعتبر الحقوق - ومنها حق الملكيّة - تكاليف، وأنّها اختصاص أو وسيلة لتحقيق مقاصد الشرع، وبالتالي فإنّ الملكيّة تكون موجّهة لتحقيق المقاصد الشّريعيّة العامّة، وبذلك فهي وظيفة اجتماعية، والقول بأنّ الملكيّة الفردية وظيفة اجتماعية مقيدة بتحقيق المقاصد الشّريعيّة، يسُوّغ تدخل الدولة في توجيهه استثمار المال وحسن استعماله ونزوعه من يد المالك المفسد والمهمل<sup>3</sup> وقولهم أيضاً أنّ الملكيّة في الشّريعة الإسلاميّة هي لله تعالى والمالك الحقيقيّ لها هو الله والمالك الظاهريّ وكيل وخليفة الله، فيיד الأفراد على هذه الملكيّة عارضة دور المالك الظاهريّ هو دور الوكيل والخليفة، فللملكية في الإسلام وظيفة اجتماعية إذ يجب أن تستثمر عناصر الإنتاج من الأرض والنّقود لخدمة المجتمع<sup>4</sup>.

وعموماً فإنّ هذا القول يجعل من المصلحة العامّة وحدها هدفاً للشّريعة الإسلاميّة ومحوراً تدور عليه أحكامها، في حين أنّ الشّريعة ترعى المصلحتين معاً الفردية والاجتماعية وتحلّ منهما غاية لتشريعها وتنسق بينهما عند التّعارض بقواعد محكمة مستقرّة في التشريع ومستقاة من استقراء الأحكام التّفصيليّة، وعلى ضوء من مقاصد الشّريعة وأصلها العامّ وهو جلب المصالح ودرء المفاسد.<sup>5</sup>

**ثانياً : الملكيّة وظيفة اجتماعية في المذهب الوضعي الجماعي:**  
إذا كانت الملكيّة الفردية قد اعتُبرت حقاً مطلقاً ومقدّساً في بعض فترات التاريخ، إلّا أنها لم تكن كذلك في كثير من العهود، فلقد اعتُبرت الملكيّة لدى بعض الفقهاء والكتاب وظيفة اجتماعية<sup>6</sup> تمارس تحقيقاً للمصلحة العامّة، لأنّ الحائز يضطلع بحكم حيازته للملأ برسالة اجتماعية يلتزم بآدائها، ويدخل تحت حماية القانون ما دام يحسن أداؤها، ويخرج عن هذه الحماية إذا قصر أو أهمل، كأن يترك الأرض دون زراعة، وأضاف البعض قائلاً: (إنّ الملكيّة نظام وليس حقاً وإنّ الاعتراف بهذا النّظام اقتضيه غايات اجتماعية)<sup>7</sup>.

فنادي أنصار المذاهب الاشتراكية الجماعية بإلغاء الملكيّة الفردية لوسائل الإنتاج وجعلها في يد الدولة تحقيقاً لمصالح الجماعة من خلال القضاء على استغلال الإنسان لأخيه الإنسان وخلق التفاوت في الطبقات داخل المجتمع

<sup>1</sup> أبو القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي، تفسير الكشاف عن حقائق التّنزل وعيون الأقوال في وجوب التّأويل، دار المعرفة للطباعة والتّوزيع، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، 1430 هـ - 2009 م، ص: 1081.

<sup>2</sup> في هذا الصّدد يقول الدكتور أحمد شلي في كتابه السياسة والاقتصاد: (يقى الإسلام حق الملكية الفردية... واحتياط الإنسان بشيء من الملك، فذلك باعتباره نائباً عن المجتمع في إدارة الملك، وهو ما سمي في الدراسات الإسلامية قيام بوظيفة اجتماعية). نقلًا عن: عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع السابق، ص: 194، ويشيف آخرون القول: (ولا يظن أحد أنّ ما في يده من مال هو رزق خصّه الله به فيمنعه عن غيره ... وإذا فضل الله بعض الناس على بعض في الرّزق، فليعلم المنافق أنه ينفق من مال الله وأنّه لا يعطي شيئاً من عنده وإنّما هو مجرد وسيط). نقلًا عن: محمد جعفر هادي الخفاجي، المرجع نفسه.

<sup>3</sup> سعيد أبو الفتاح محمد بسيوني، المرجع السابق، ص: 65.

<sup>4</sup> مصطفى إبراهيم الزّبيدي، مجموعة الأبحاث الحقوقية، سلسلة الكامل للزّبيدي في الشّريعة والقانون، كتابان في مجلد واحد: حق الحرمة في القرآن الكريم- حقوق الإنسان وضماناتها في الإسلام، نشر إحسان للنشر والتّوزيع، ب.ب.ن، الطبعة الأولى، 2014، ص: 195، سعيد أبو الفتاح محمد بسيوني، المرجع السابق، ص- ص: 54-53.

<sup>5</sup> فريد محمد الخطيب، المرجع السابق، ص: 159.

<sup>6</sup> علي الخيفي، الملكيّة في الشّريعة الإسلاميّة مع المقارنة بالشّرائع الوضعيّة: معناها - أنواعها - عناصرها - خواصّها - قيودها، المرجع نفسه.

<sup>7</sup> منذر الفضل، المرجع السابق، ص - ص: 107 - 108، محمد جعفر هادي الخفاجي، المرجع السابق، ص - ص: 164 - 165.

الّذى أفرزته النّظم الرّأسمالية، وبظهور المذاهب الاشتراكية انكمش المذهب الفرديّ المنادي بالحرّية الاقتصادية المطلقة، فتدخلت الدول التي انتهت المذهب الاشتراكي في تنظيم الملكية وفق أفكار المذهب الجماعي.

لكن من الأهميّة بمكان أن نشير إلى أن هذا الاتّجاه الجماعي لم يثبت على موقف واحد، بل تبانت مواقفه تجاه طبيعة الملكيّة، ويكن في هذا الصّدد الإشارة إلى موقفين، الأوّل ألغاهما تماماً في وسائل الإنتاج وجعلها في يد الدولة (المذهب الشّيوعي) والثاني جعل منها وظيفة اجتماعية خالصة (مذهب التّضامن الاجتماعي) ولكلّ موقف أرسنه ومبرّاته.

بخصوص الشّيوعيّة فإنّها ألغت تماماً الملكيّة الفردية لوسائل الإنتاج وهو ما ميّزها عن أيّ مذهب اشتراكي آخر، لأنّ الملكيّة الجماعيّة حسب أنصار الشّيوعيّة هي الأصل في حياة الإنسان، وأنّ الملكيّة الفردية تنتّج عنها الطّبقيّة في المجتمع وتكون بذلك مصدراً للظلم والاستغلال والصراع.

ويزعم الشّيوعيون أنّ الملكيّة الفردية استبداد يجب القضاء عليه، لكي لا ينشأ بين البشر تنافس، فالشيوعيّة تؤثّر في إلغاء التّملك والتّوارث كفيل بالقضاء على الملكيّة، فلا يجوز لأحد أن يتسلّك ممّا أكثر من الضروريات، وتعتبر الدولة المالك الحقيقي للملأ ولكلّ مقدّرات الحياة وليس للإنسان أن يتسلّك إلّا الضروريات من الأمور الاستهلاكيّة، فالنّظام الشّيوعي يقوم على النّظرية القائلة بأنّ : (وسائل الإنتاج كلّها مشتركة بين أفراد المجتمع، ولا حقّ للأفراد بصفتهم الفردية أن يتسلّكوا ويتصرّفوا فيها) وبذلك تحارب الفطرة الإنسانية المحبولة على حبّ التّملك، وتقضي على روح الإبداع وتسلّب الناس حرّيّتهم وتركتهم كالآلات سواء بسواء<sup>1</sup>.

لذلك لا تعترف البلدان ذات النّظم الشّيوعيّة بالملكية الفردية إلّا في حدود ضيقّة، أخصّها المنقولات الشّخصيّة ومنازل السّكني، أمّا الأرض والآلات وغيرها من وسائل الإنتاج، فلا يجوز أن تكون محلاً للملكية الفردية<sup>2</sup> حيث نادى كارل ماركس وفرديريك إنجلز – وهما رائداً هذه النّظرية وواضعَا الأسس العامة لها – بإلغاء التّأم للملكية الخاصة لأدوات ووسائل الإنتاج واستبدال ملكيّة الدولة بها في مرحلة انتقالية تمهيداً للوصول إلى المرحلة الأخيرة والمتألّية في نظر الفكر الماركسي وهي إقامة النّظام الشّيوعيّ الكامل الذي لا يوجد فيه أيّ علاقة من علاقات الملكيّة<sup>3</sup>.

فالملكية الفردية حسب النّظرية الشّيوعيّة صاحبها الظلّم على مدار التاريخ، وأنّه لا بدّ من إلغائها إذا أريد للبشرية أن تستقرّ وتهدا من الصراع، ويقول ماركس في هذا الشّأن : (لقد كانت الملكيّة الفردية ملائمة للإنتاج في عهود ما قبل الطّاقات، أمّا وقد أصبح الإنتاج جماعياً فإنّ الملكيّة يجب أن تكون كذلك، أو أنّها ستصير إلى هذه الحال

<sup>1</sup> ينظر: محمد عبد الله العربي، المرجع السابق، ص: 17، آدم دكم محمد هارون، المرجع السابق، ص: 71، عباس محمود العقاد وأحمد عبد الغفور عطار، الشّيوعيّة والإسلام، دار الأندرس للطباعة والتّنشر، بيروت، لبنان، الطّبعة الثانية، 1972، ص: 83.

<sup>2</sup> أشار إليه في البامش رقم (1): عبد الرّزاق أحمد السنّوري، المرجع السابق، ص: 489.

<sup>3</sup> نزيه محمد الصادق المهدى، الملكيّة في النّظام الاشتراكي، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، د.ع.ط، د.س.ن، ص: 174.

بفعل حتمية التاريخ<sup>١</sup> ويضيف قائلاً: (يعن تلخيص الحركة الشيوعية في عبارة واحدة وهي إلغاء الملكية الفردية البورجوازية)<sup>٢</sup>.

وعموماً فإن الشيوعية فشلت في تحسيد أفكارها، وانهارت في الاتحاد السوفياتي والصين ودول أوروبا الشرقية والوسطى نتيجة الثورات والضغوطات عليها، كونها تصادمت مع السلوك الفطري المجبولة عليه النفس البشرية، ونتج عنها تدهوراً في إنتاج الخواص الزراعية، وهو ما أدى ببرؤوس ومريدي هذا المذهب المتطرف المبني على المادية والإلحاد بالتنازل تدريجياً عن أفكارهم وقراراتهم، حيث اعترف بعض المسؤولين<sup>٣</sup> أنَّ مرد ذلك هو إلغاء الملكية الفردية لوسائل الإنتاج، لذلك لجئوا إلى وضع الحلول الترقعية بتمليك الأفراد بعض وسائل الإنتاج ومنها الأراضي الزراعية باعتبارها أهم وسيلة للإنتاج وتجسد ذلك في صور معينة بتدخل التشريع.

وبذلك اعترفت الشيوعية بالملكية تحت ستار جمعيات التعاون في امتلاك الأرض، وأبحاث ملكية الفرد بعد أن حُرمت عليه، فأصبح في وسعه أن يملِك ما يحصل عليه من دخل عمله، وأن يملِك الفلاح الأرض على سبيل الإعارة الدائمة، على أن تستغل على أساس تعاوني<sup>٤</sup> فالتشريع السوفيتي سابقاً وهو في طليعة القوانين التي تأخذ بالملكية الجماعية قد اضطر إلى التسليم بالملكية الخاصة، بجهة أن الاعتراف بها هو خير حافز على عمل منتج يرفع من مستوى الاقتصاد العام، فضلاً عن أنه مظهراً مهمَا للحرية الفردية وضماناً لاستقرار الأمن العام والسلام في المجتمع<sup>٥</sup>.

إنَّ الوصول إلى اكتفاء ذاتي مطلق من الموارد البشرية والمادية والاقتصادية يمكن المجتمع أن يغلق حدوده على نفسه، كان مرحلة هي قمة آمال الشيوعية، لكنَّ ماركس أكد أنَّهم لن يصلوا إليها إلا بعد تحول العالم كله إلى عالم شيوعي، ثمَّ يؤكِّد أنَّ اعتناق العالم للشيوعية لا يعني العدالة بين الناس جميعاً.<sup>٦</sup>

وفي نفس الاتجاه الجماعي بربت مرة أخرى فكرة الملكية الجماعية في ثوب جديد يقر بالملكية الفردية شacula وفق طبيعة خاصة (واجب وليس حق) ويفرغه مضموناً، وهو مذهب التضامن الاجتماعي الذي أقر بالملكية الفردية

<sup>١</sup> سعيد أبو الفتوح محمد بسيوني، المرجع السابق، ص: 77، نزيه محمد الصادق المهدى، المرجع السابق، ص: 186.

<sup>2</sup> نزيه محمد الصادق المهدى، المرجع السابق، ص: 174 وانظر أيضاً:

Bethencourt Julien, Philosophie et Société : Esquisse d'une contribution à la définition de la fonction sociale du philosophe, thèse en vue de l'obtention du doctorat, spécialité : Philosophie, de l'université de Toulouse, Université Toulouse 2 Le Mirail (UT2LeMirail), 26 novembre 2011, p – p : 151 – 155.

<sup>3</sup> اعترف (كوسيجين) رئيس وزراء الاتحاد السوفيتي رسمياً في أواخر سبتمبر 1965 قائلاً أنَّ (سبب تدهور الإنتاج في روسيا يعود إلى نقص الحافز الشخصي للربح) مطالباً بالاهتمام بالجوازات المادية، بحيث يشعر العمال بأثر العائد المادي في حياتهم المعيشية، وقد نشرت صحيفة (إيفستيا) السوفيتية مقالاً للفيلسوف الماركسي (ستيانوف) طالب فيه السماح بالملكية الخاصة للمزارع والمنازل، وذهب إلى أنَّ مثل هذه الملكية تساعده في بناء الشيوعية، كذلك طالب بعض رجال الاقتصاد الماركسي مثل (ليبرمان) باعتبار الربح أحد معايير الكفاية الإنتاجية للمشروع في الدول الاشتراكية. ينظر: عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع السابق، ص- ص: 80-79.

<sup>4</sup> عباس محمود العقاد وأحمد عبد الغفور عطار، المرجع السابق، ص: 89.

<sup>5</sup> ينظر في هذا المعنى: محمد جعفر هادي الخفاجي، المرجع السابق، ص: 174.

<sup>6</sup> عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع السابق، ص: 91، ينظر في هذا الصدد أيضاً:

لكن وجّهها وجهة اجتماعية يجعله إياها وظيفة اجتماعية خالصة تجعل المالك موظفاً لدى الجماعة، فالجتمع لدى هذا المذهب هو حجر الزاوية وليس الفرد على نقيس المذهب الفردي.

فكرد على فكرة المذهب الفردي الذي نادى بملكية الفردية المطلقة، حاول البعض إنكار وصف الحق على الملكية واعتبارها وظيفة اجتماعية، محاولة منه للحد من إطلاق المذاهب الفردية السابقة والتخفيف من غلوائها وكان من القائلين بهذه النظرية الفقيه الفرنسي (ليون ديجي)<sup>1</sup> الذي يعتبر حامل لواء هذه النظرية، ومن خصوم المذهب الفردي العدو الشديد للنظرية الفردية وتطرفها في تقدير الفرد وحقوقه<sup>2</sup> وهو الذي صاغ نظرية الملكية كوظيفة اجتماعية في وضعها الحديث، ففي كتابه (في الاتجاهات العامة في القانون الخاص منذ تسعين نابليون) قرر أن الملكية ليست حقاً بل هي وظيفة اجتماعية، وعلى المالك أن يقوم بهذه الوظيفة الاجتماعية وإلا فإن القانون لا يحميه<sup>3</sup> كما نادى بذلك في أكثر من موضع في حاضرات له.<sup>4</sup>

وفي تعريفه لحق الملكية حرص ديجي على أن يستعمل لفظة الواجب أو الالتزام، فالمملوكة عنده هي : (واجب أو التزام ... كل حائز لثروة، لأن يستعمل ما يحوزه في الحفاظ على التكافل الاجتماعي وتنميته)<sup>5</sup>.

يستشف من هذا التعريف أن مذهب التضامن الاجتماعي يعترف بملكية الفردية ولكن يراه من طبيعة أخرى تختلف عما يدعى أنصار المذهب الفردي، وبيان ذلك أن حق الملكية في منطق التضامن الاجتماعي، لا يجب اعتباره سوى تكين المالك من القيام بوظيفته الاجتماعية التي يتحتم عليه أداؤها، لأنها تسهم في تحقيق التضامن الاجتماعي (الصالح العام) ومن ثم كانت المبرر الوحيد لوجود حق الملكية، كما أنها القيد الذي يحدد مدى استعمال هذا الحق<sup>6</sup> وفي في هذا المعنى قال : (مازو) أنه : (إذا كان حق الملكية يجب أن يكون ذاتياً، فإن استعماله يجب أن يكون اجتماعياً، ومعنى ذلك أن يقيم في اعتباره وزناً لصالح الغير، ويستطيع المشرع أن يرغمه على أن يفعل ذلك).<sup>7</sup>

وعومما وبالرغم من إقرار مذهب التضامن الاجتماعي للتباشير الاجتماعي بين أفراد المجتمع، واعترافه بملكية الفردية إذ لم يلغها وينكرها مثلاً فعل المذهب الشيوعي ولم يقدسها كما فعل المذهب الفردي الذي يجعل الفرد مستقلاً عن الجماعة، إلا أن مذهب التضامن الاجتماعي ألغى فكرة الحق وجعل من الملكية وظيفة اجتماعية

<sup>1</sup> نزيه محمد الصادق المهدى، المرجع السابق، ص: 6.

وقد تأثر (ديجي) في مذهبه هذا بأفكار علم الاجتماع التي ظهرت على يد (دوركايم) والتي ترتكز على المجتمع وتمتحنه الأولوية على الفرد، كما تأثر بأفكار الفيلسوف الاجتماعي الفرنسي (أوجست كونت) مؤسس علم الاجتماع الحديث، الذي نادى بإنكار فكرة الحق، فالإنسان لديه ليس له إلا واجبات وليس له من حقوق إلا الحق في أداء واجباته دائمًا، إذ قال: (لا أحد يملك من حق سوى حق أداء ما عليه من واجب) لذلك هاجم (ديجي) أفكار المذهب الفردي، منكراً ما يسمى بالحقوق الطبيعية، قائلاً بأن هذه الفكرة فارغة من مضمونها، فهذه الحقوق غير موجودة وغير متصورة، كما هاجم أنصار مدرسة القانون الطبيعي الذين يسلمون للإنسان بحقوق مطلقة ثبتت له منطقياً منذ ولادته بحكم الطبيعة نفسها ولا تحتاج في نشأتها لقانون. ينظر: رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د.ط، 2005، ص: 8-10، محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1979، ص - 10-11، نزيه محمد الصادق المهدى، المرجع السابق، ص: 97، سعيد أبو الفتاح محمد بسيوني، المرجع السابق، ص: 179.

<sup>2</sup> فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص: 50.

<sup>3</sup> ينظر: هامش رقم (1) عبد الرزاق أحمد السنوري، المرجع السابق، ص: 554.

<sup>4</sup> LEON DUGUIT, Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat, conférences faites à l'Ecole des hautes études sociales, paris, 1908.

<sup>5</sup> محمد شكري سرور، المرجع نفسه.

<sup>6</sup> فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص: 47.

<sup>7</sup> عبد الرزاق أحمد السنوري، المرجع نفسه.

وغلب بذلك مصلحة المجتمع على مصلحة المالك تغليباً خرج به عن الإطار السليم للملكية الفردية، فما الفائدة التي يجنيها المالك من ملكيته ما دام لا يشبع بها رغباته وفق ما يريد ضمن الإطار الصحيح؟

### المحور الثالث : الاتّجاه التّوفيقي (المعتدل) :

على عكس الآراء والاتّجاهات السابق ذكرها جميعها، وقف أصحاب هذا الرأي موقفاً وسطاً معتدلاً إزاء طبيعة الملكية الفردية، سواء عند فقهاء الشريعة الإسلامية أو لدى أنصار المذهب الجماعي الإصلاحي، حيث نظروا إلى الملكية من زاويتين؛ فردية واجتماعية، أي بعبارة تفسيرية أن الملكية حق لفرد له وظيفة اجتماعية وليس في ذاته وظيفة اجتماعية، وهو الاتّجاه الثالث والأخير الذي نختتم به على النحو الآتي :

### أولاً : الملكية حق لفرد له وظيفة اجتماعية تحقيقاً لمفاصد الشّرع :

على عكس الآراء والاتّجاهات السابق ذكرها، وقف أصحاب هذا الرأي موقفاً وسطاً معتدلاً إزاء طبيعة الملكية الفردية، حيث نظروا إليها نظرة مزدوجة فردية واجتماعية، فالمملکية الفردية عندهم حق لفرد استجابة لنزعته الفطرية في حب التّملك، وبالمقابل لهذا الحق وظيفة اجتماعية تتم الموافقة والتوفيق فيه بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، من خلال وضع القيود على ملك الفرد تهذيباً لسلوكه الفطري لتحقيق أعباء اجتماعية لجموع المسلمين، على النحو الذي يحفظ مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، وهذا هو قوام التشريع الإسلامي.

لذلك رفض كثير من الفقهاء القول بالوظيفة الاجتماعية المطلقة للملكية الفردية، وأن الإنسان مجرد موظف فيما يملّك، لأن هذا القول لا أساس له من الصحة ولا يستند إلى دليل أصيل وقالوا : (إنه لا يمنع أن نقول أن للملكية وظيفة اجتماعية مع أنها حق للملك، لا يقترب منه إلّا لضرورة) وقد قرّروا أن الشريعة الإسلامية لا تعتبر الحقوق مجرد مراكز قانونية للملك للقيام بما تليه عليهم من التزامات إيجابية وسلبية، فصاحب الحق ليس مجرد موظف، بل هو ذو ميزة يتمتع بها بمقتضى حقه، ومن ثم فهو يمارس حقه لصالحته الذاتية مقيداً بالمحافظة على حق غيره<sup>1</sup>، فالشريعة ترفض هذين الاتّجاهين، إذ لا مكان فيها لتصور الحق المطلق ولا تجيز أن تحرم صاحب الحق من حقه ما دام في دائرة الشريعة، إذ الحق فيها منحة موهوبة من الخالق سبحانه، له فيه أصلاً المنح والمنع، والعبد تحت الأمر يسير وفق المنهج العملي<sup>2</sup>.

لذلك لا يمكن اعتبار الملكية حق مطلق لفرد مثلما ذهب فقهاء ذاهب الشريعة الإسلامية، كونها تنافي التصور القرآنية والأحاديث النبوية وبذلك لا تستقيم الحياة البشرية.

ومن الخطأ الشائع لدى بعض المتفقين في الشريعة القول أن الحق وظيفة اجتماعية، ولكنّه عند التّحقيق ليس كذلك، إذ لو اعتبر كذلك لكان صاحب الحق موظفاً أو مجرد وكيل يعمل لصالح الجماعة دون النظر إلى مصلحته الخاصة، وهذا في الحقيقة إلغاء لفكرة الحق، في حين أن الشريعة الإسلامية أقرت المصلحة الفردية أولاً وشرعت لها وسيلة تحقيقها، وهو الحق الفردي، ثم قيده بما يمنع الإضرار بغيره من الفرد والجماعة وهذه هي الوظيفة الاجتماعية للحق، فللحق في الشريعة الإسلامية لا يعد كونه ميزة لصاحبه أولاً، غير أنه يجمع إلى ذلك عنصراً اجتماعياً، وبذلك كان مزدوج الطبيعة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: فريد محمد الخطيب، المرجع السابق، ص: 156.

<sup>2</sup> عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع السابق، ص: 214.

<sup>3</sup> فتحي الدّريني، المرجع السابق، ص: 24، عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع السابق، ص: 213.

وما سبق فإن الشريعة الإسلامية أقرت الملكية الفردية للإنسان، ولم يجعلها مطلقة بصورة تخل للفرد الحرية في أن ينال ملكه ويسعى له ويتصرّف فيه كيف يشاء، إذ ليس للإنسان في نظر الشريعة مطلق التصرف بل جعلت للملكية وظيفة اجتماعية من خلال وضع القيود التي تحدّد من إطلاقها وتحدد أحکامها ونطاقها لتحقيق ضرورات وغايات اجتماعية سواء لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع أو لتحقيق مصالح خاصة بأفراد معينين، بما يتّفق مع نظرية الإسلام إلى الملكية الفردية التي تقوم على تحقيق مصلحة الفرد والجماعة.

ومن قبيل القيود على الملكية الفردية ذكر، تكليف الفرد بإنفاق ماله في حقه (في حق المال) وتوكيل المالك الأرض الزراعية باستثمارها في الوجه المشروع، قيد التملّك الجبري المسمى في الاصطلاح نزع الملكية للمنفعة العامة، كأن تنزع ملكية الأرض لفرد أو أكثر لتوسيعة مسجد أو طريق لمرور عامة الناس عليه مقابل تعويض عادل يدفع لمالك الأرض، نزع الملكية الفردية جبرا بالحجر على المدين، نزع الملكية جبرا عن المالك بالشفاعة، حقوق الارتفاق، قيد عدم المضاراة في استعمال الحق.

وبخصوص هذا القيد الأخير ورد في نيل الأوطار للإمام (الشوكاني)<sup>1</sup> أنّ حديث (لا ضرر ولا ضرار) فيه دليل على تحريم الضرار على أيّ صفة كان من غير فرق بين الجار وغيره، فلا يجوز في صورة من الصور إلّا بدليل يختص به هذا العموم، فعليك بمطالبة من جوز المضاراة في بعض الصور بالدليل، فهذا الحديث تشهد له كليات وجزئيات<sup>1</sup>، إلّا أنّ هذا القيد محل اختلاف بين مذاهب الشريعة الإسلامية من حيث حرية المالك في استعمال ملكه في علاقات الجوار من عدمه، وسبق وأشارنا إلى رأي الحنفية والشافعية فيه وأحلنا رأي المالكية والحنابلة إلى هذا الموضوع.

اتّخذ الإمامان مالك وأحمد حديث (لا ضرر ولا ضرار) أصلاً في تقدير الحقوق كافة، ولا سيما حق الملكية<sup>2</sup> في المالكية أنّ المالك يعني من كلّ تصرّف فيما يملك، يؤدي إلى إلحاق الضرار بجاره، فالأصل عندهم عدم الإضرار بالآخرين، ويأتي بعد ذلك حرية تصرّف الإنسان، وذهب الحنابلة إلى قريب ما ذهب إليه المالكية من القول بمنع تصرّف المالك فيما يملك، إذا أدى تصرّفه في ملكه إلى الإضرار بالجار، وقالوا : (يحرم على الجار إحداث أيّ تصرّف في ملكه يؤدي إلى ما يضرّ بجاره) مستدلين على ذلك بخبر (لا ضرر ولا ضرار)<sup>3</sup>.

ولقد تأثر التشريع الوضعي الإسلامي بهذا الاتّجاه على الصعيدين الدولي والداخلي، فوضع موالى دولية إسلامية<sup>4</sup> وتشريعات وطنية جاءت متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية.

### ثانياً : الملكية الفردية حق له وظيفة اجتماعية في نظر الفكر الوضعي الإصلاحي :

أخذ هذا التيار موقفاً وسطاً معتدلاً في نظرته لطبيعة الملكية الفردية، فوضع نظاماً إصلاحياً لها بإضافاته صبغة مزدوجة عليها تراعي الفرد وتصون حقه في التملّك وتراعي في الوقت ذاته المصالح العليا للجماعة، ويظهر ذلك من

<sup>1</sup> محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، الجزء 10، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، شوال 1427 هـ، ص - 359-360، وأما بن حزم فقد أقرب بصحّة معنى هذا الحديث، فرأى مثل الشوكاني فيه أنه تشهد له كليات وجزئيات ، إلا أنه انكر صحة سنته. ينظر: أبو محمد علي بن سعيد بن حزم الأندلسي، المرجع السابق، ص: 85.

<sup>2</sup> ينظر بالتفصيل: فتحي الدريني، نظرية التعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص- ص: 131-138.

<sup>3</sup> ينظر بالتفصيل: فريد محمد الخطيب، المرجع السابق، ص- ص: 141-145.

<sup>4</sup> يرجع المادة 15/ ج والمادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام المعتمد من قبل المجلس الإسلامي بياريسب بتاريخ 21 من ذي القعدة 1401هـ الموافق 19 أيلول/ سبتمبر 1981م ، والمادة 15 من إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام الذي تمت إجازته من قبل مجلس وزراء خارجية منظمة مؤتمر العالم الإسلامي بالقاهرة بتاريخ: 05 أغسطس / أوت 1990.

خلال إقامته وزنا لصالح الفرد من جانب وفرض القيود الضّروريّة على ملكيّته بصورة تُوازن بين المصلحتين، وبذلك نادى بأنّ للملكية وظيفة اجتماعية وليسَ وظيفة اجتماعية في ذاتها.

فذهب رأي من الفقه الفرنسي<sup>1</sup> إلى أنّ الملكية ليست وظيفة اجتماعية في ذاتها وإنّما هي حقّ خاصٌّ ومن ضمن السّلطات التي تمنحها والخدمات التي تؤديها وظيفة معينة في سبيل خدمة الجماعة بصفة عامة، ذلك لأنّ الملكية باعتبارها حقاً هي بطبيعتها قاصرة على صاحبها، بمعنى أنّ له أن يستعملها في إشباع حاجته الخاصة، ثم تدخلت القيود والحدود القانونية على حقّ الملكية والتي تلي على المالك في استعماله لملكية مراقبة الحاجات الاجتماعية واعتبارات الجماعة، بحيث يقوم حقّ الملكية بأداء وظيفته الاجتماعية مثله في ذلك مثل سائر الحقوق في النّظام الاشتراكيّ، لكن ليس من شأن هذه الوظيفة أن تغيّر من مضمون الحقّ الخاصّ وجواهره كما حده القانون المدني باعتباره حقاً أعطي لصالح صاحبه وتحت خدمته وتصرّفه بشرط مراعاة الغير الاجتماعية والفردية<sup>2</sup>.

وتماشيا مع هذا الاتّجاه عمّدت النّظم الوضعية على الصعيد الدولي من خلال المواثيق الدوليّة والإقليميّة<sup>3</sup> وعلى الصعيد الداخلي من خلال التشريعات الوطنية إلى الاعتراف بحقّ الملكية وحمايتها وصونه وتقييده، وهو ما استقرّت عليه أساساً القوانين المدنيّة العربيّة والغربيّة والقوانين الخاصة فيها التي تتّسع وتضيق من تشريع آخر.

#### خاتمة :

اختلف بعض فقهاء مذاهب الشّريعة الإسلامية حيال طبيعة الملكية وتوزّعت آراؤهم إلى ثلاث اتجاهات، يرى الاتّجاه الأول أنّها حقّ مطلق للفرد والثاني يرى أنها وظيفة اجتماعية ويرى الاتّجاه الثالث السّليم أنّها حقّ للفرد له وظيفة اجتماعية، كما تابين أنصار المذاهب الوضعية على اختلافها حول طبيعة الملكية الفردية وانقسموا تجاهها إلى نفس الاتّجاهات الثلاث.

إنّ هذا الانقسام المتشابه ظاهرياً أدى بالبعض إلى القول أنّ نظام الملكية الفردية في الإسلام لا يتعارض مع النّظام الرأسماليّ الغربي، وعلى النّقيض من ذلك يزعم آخرون أنه كالنّظام الاشتراكيّ الشرقيّ (اشتراكية الإسلام) غير أنّ زعم هؤلاء وأولئك خاطئ، فشّانًا بين الفكر الإسلاميّ الأصيل والفكر الغربيّ الدّخيلي، ذلك لأنّ الإسلام يقف من نظام الملكية الفردية موقفاً عملياً متميّزاً عن اليمين وعن اليسار، موقفاً وسطياً معتدلاً، لا رأسماليّ غربيّ جامح أهدر مصلحة المجتمع بغالاته في تقديس الملكية الفردية وجعلها حقّاً مطلقاً للفرد على حساب المجتمع بداعي الحرية الاقتصادية، ولا اشتراكيّ شرقيّ طاغ صادر حرية الفرد وسخره للجماعة، فجعل جانب منه الفرد مجرد آلة (البروليتاريا) وجانب آخر أذاب الفرد في الجماعة بجعله مجرد موظّف لديها، بداعي مصلحة الجماعة.

<sup>1</sup> رأى (جوسران) أن للحقّ وظيفة اجتماعية لم يكن وجوده وشرعيه إلا لتلبيتها، وعليه إذا ما استعمل الحقّ مجرد الإضرار بغير صاحبه أو لتحقيق غرض غير مشروع فإنه لا يكون في هذه الحال حقاً، وهذا ما يتّسق مع ما للنظر إلى الحقّ على أنه صفة قانونية تستلزم واجبات معينة، إذ أنّ ذلك يستوجب على صاحبه دائمًا عدم التعسّف في استعماله، وأنّه ليس إلا أحد طرفي علاقة قانونية يتولّد عنها التزامات بالنسبة إليه، كما يتولّد عنها حقوق يتطلّبها من غيره. ينظر: علي الخفيف، الملكية في الشّريعة الإسلامية مع المقارنة بالشّرائع الوضعية: معناها - أنواعها - خواصها - قيودها، المرجع السابق، ص: 7.

<sup>2</sup> نزيه محمد الصادق المهدى، المرجع السابق، ص: 651.

<sup>3</sup> من أمثلة المواثيق الدوليّة في هذا الشأن نذكر الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الموقع عليها سنة 1969 في المؤتمر الأمريكي المتخصص لحقوق الإنسان (أنظر: المادة 21) والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب المعتمد من قبل رؤساء دول وحكومات منظمة الوحدة الإفريقية في الدورة العاديّة الثامنة عشر بنيريسي (كينيا) شهر جوان 1981 (أنظر: المادة 14) والميثاق العربي لحقوق الإنسان المصدق عليه بموجب قرار مجلس جامعة الدول العربية خلال القمة العربيّة السادسة عشر التي استضافتها تونس في: 23 ماي 2004، بناء على تقرير الأمين العام، وعلى قرار الدورة العاديّة (121) لمجلس الجامعة على المستوى الوزاري رقم: 6405 بتاريخ: 04/03/2004 (أنظر: المادة 31).

فإذا تشابهت محاور تماثل هذا الانقسام شكلاً، فليس بالضرورة أن ينتج عنها تطابق في المضمون، فالتشابه في اللّفظ لا تقتضي المشابهة في الحقيقة مثلاً يقال، ذلك أن اختلاف فقهاء مذاهب الشريعة الإسلامية في آرائهم واجتهاداتهم حول طبيعة الملكية منطلقه أصول الشريعة الغراء المنزّهة عن الهوى والنّقص، القائمة على أحسن نظام وأعدله والتي أضفت على الملكية الفردية صبغة مزدوجة؛ فردية واجتماعية دون إفراط في مصلحة الفرد وتفريط في مصلحة الجماعة، فأقرّت بالملكية للأفراد وقيّدتها بقيود توازن فيها بين مصالح الفرد والجماعة، وهو ما يتوافق مع السلوك الفطري المتّصل في النّفس البشرية وهو حب التّملّك وميول الفرد إلى الاجتماع والتّعايش مع بني جلدته.

بينما تباين وتضارب المذاهب الوضعية حول طبيعة الملكية الفردية فمنطلقاتها فكر وضعىٰ ورؤىٰ وتصورات فكريّة فلسفية غابرة من نتاج إنسانيٰ صرفيٰ، صرفاً جهوده المحدودة وركّزها في التناقضات الطاحنة وحمل في عقله بذور فناء أفكاره التي تجرّدت من الصبغة الدينية وقامت على أيديولوجيات وأهواء واضعيها، فيقال أن: (آفة الرأي الهوى) لذلك نتج عن تلك المذاهب الوضعية طبقيّة بغية تفاوت فيها الأفراد تفاوتاً اقتصاديًّا فاحشاً ينافي العدل، حيث ازداد القويّ قوّة والضعيف ضعفاً، وهو ما لا يقرّه دين الإسلام الحنيف الذي يحارب الغنى الفاحش إلى جانب الفقر المدقع، كما تصادمت أفكارها مع الفطرة البشرية التي فطر الله تبارك وتعالى عليها عباده، وبسبب هذا الخلل في الهيكل الاقتصادي الاجتماعي، أخفق الغرب الرأسمالي وانهار الشرق الاشتراكي ولم يصل بالإنسانية إلى الرفاهية المزعومة.

ختاماً، نحمد الله سبحانه الذي أنار لنا الطريق بالإسلام وتفضّل علينا ببيان الشرائع والأحكام، وصلى الله وسلم على نبينا وقدوتنا محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه أجمعين.

#### • قائمة المراجع :

أولاً : باللغة العربية :

#### 1/ الكتب :

- إبراهيم عبد اللطيف إبراهيم العبيدي الملكيات الثلاث: دراسة عن الملكية العامة والملكية الخاصة وملكية الدولة في النظام الاقتصادي الإسلامي، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الطبعة الأولى، 2009.
- أبو القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي، تفسير الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقوال في وجوه التأويل، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، 1430 هـ - 2009 م.
- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسبي، المخلّي بالآثار، الجزء 7، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1425 هـ - 2003 م.
- رمضان أبو السعوه، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د.ط، 2005.
- سعيد أبو الفتوح محمد بسيوني، الحرية الاقتصادية في الإسلام وأثرها في التنمية، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، الطبعة الأولى، 1988.
- شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء 15، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1409 هـ - 1989 م.
- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنباري، نهاية الحاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعى رضي الله عنه، الجزء 5، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، 1424 هـ - 2003.

- شهاب الدين القرافي أبي العباس بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المصري المالكي، الفروق: المسمى بأنوار الرّوّق في أنواع الفروق، من إصدارات وزارة الشّئون الإسلاميّة والأوقاف والدّعوة والإرشاد، المملكة العربيّة السّعوديّة، 1421 هـ - 2010 م.
- عباس محمود العقاد وأحمد عبد الغفور عطار، الشّيوعيّة والإسلام، دار الأندلس للطباعة والنشر، لبنان، الطبعة الثانية، 1972.
- عبد الرّزاق أحمد السنّهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 8، حقّ الملكيّة مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، لبنان، د.ع. ط، دس. ن.
- عبد الله بن عبد العزيز المصلح، قيود الملكيّة الخاصة، مؤسسة الرّسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1988.
- علاء الدين أبي بكر بين مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 8، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1424 هـ 2003 م.
- علي الخفيف :
  - \* الملكيّة في الشّريعة الإسلاميّة مع المقارنة بالشّرائع الوضعية: معناها - أنواعها - عناصرها - خواصّها - قيودها، سلسلة المؤلّفات الكاملة للشيخ علي الخفيف، 2، دار الفكر العربيّ، مدينة نصر، د.ع. ط، 1996.
  - \* بحوث ومقالات في التشريع الإسلامي، سلسلة المؤلّفات الكاملة للشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربيّ، القاهرة، الطبعة الأولى، 2010.
- فتحي الدّريني :
  - \* الحقّ ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرّسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثالثة، 1984.
  - \* نظرية التعسّف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلاميّ، مؤسسة الرّسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الرابعة، 1988.
  - محمد أبو زهرة، التكافل الاجتماعي في الإسلام، دار الفكر العربيّ، القاهرة، ب.ط، 1991.
  - محمد بلتاجي، الملكيّة الفردية في النّظام الاقتصادي الإسلاميّ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، جمهوريّة مصر العربيّة، الطبعة الأولى، 2007.
  - محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقة الأخبار، الجزء 10، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربيّة السّعوديّة، الطبعة الأولى، شوال، 1427 هـ.
  - محمد شكري سرور، النظرية العامة للحقّ، دار الفكر العربيّ، الطبعة الأولى، 1979.
  - محمد عبد الله العربيّ، الملكيّة الخاصة وحدودها في الإسلام، سلسلة دراسات في الإسلام، المجلس الأعلى للشؤون الإسلاميّة، القاهرة، العدد الرابع والثلاثون، السنة الرابعة، 27 ماي 1964.
  - مصطفى إبراهيم الزّلي، مجموعة الأبحاث الحقوقية، سلسلة الكامل للزّلي في الشّريعة والقانون، كتابان في مجلد واحد: حقّ الحرّية في القرآن الكريم - حقوق الإنسان وضماناتها في الإسلام، نشر إحسان للنشر والتوزيع، ب.ب.ن، الطبعة الأولى، 2014.
  - منذر الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون العراقيّ، سلسلة دراسات (114)، منشورات الجمهوريّة العراقيّة - وزارة الإعلام، د.ط، 1977.
  - نزيه محمد الصادق المهدى، الملكيّة في النّظام الاشتراكيّ، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، د.ع.ط، دس. ن.

## 2/ الرسائل :

- آدم دكم محمد هارون، القيود على حق الملكية بن الشريعة والقانون: دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، تخصص فقه المقارن، دائرة العلوم الشرعية، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، أم درمان، السودان، شوال 1420 هـ - يناير 2000م.
- إسماعيili علي، الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة العالمية (الماجستير)، شعبة الفقه، قسم الدراسات العليا، الجامعة الإسلامية ب بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1401 هـ.
- فريد محمد الخطيب، تحويل الملكية العامة إلى ملكية خاصة: دراسة فقهية مقارنة بالقانون، رسالة لنيل درجة الماجستير، قسم الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2001.

## 3/ المقالات :

- محمد جعفر هادي الخفاجي، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة: دراسة مقارنة، مجلة كلية التربية، جامعة بابل، العراق، العدد الثاني، نيسان/أפרيل، 2008.

## 4/ المواثيق الدولية :

- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، موقعة في المؤتمر الأمريكي المتخصص لحقوق الإنسان، 1969.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام، معتمد من قبل المجلس الإسلامي، باريس، 21 من ذي القعدة 1401 هـ الموافق 19 أيلول/سبتمبر 1981م.
- الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، معتمد من قبل رؤساء دول وحكومات منظمة الوحدة الإفريقية، الدورة العادية الثامنة عشر، نairobi، كينيا، يونيو/جوان 1981.
- إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام، مجاز من قبل مجلس وزراء خارجية منظمة مؤتمر العالم الإسلامي، القاهرة، 05 أغسطس/أوت 1990.
- الميثاق العربي لحقوق الإنسان مصادق عليه بموجب قرار مجلس جامعة الدول العربية، القمة العربية السادسة عشر، تونس، 23 ماي 2004.

ثانياً: باللغة الأجنبية :

## 1/ thèses :

- Bethencourt Julien, **Philosophie et Société : Esquisse d'une contribution à la définition de la fonction sociale du philosophe**, thèse en vue de l'obtention du doctorat, spécialité : Philosophie, de l'université de Toulouse, Université Toulouse 2 Le Mirail (UT2LeMirail), 26 novembre 2011.

## 2/ conférences

- LEON DUGUIT, Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État, conférences faites à l'École des hautes études sociales, paris, 1908.

## دور القضاء الإداري بالغرب في حماية الحقوق والحريات



ذ. عبد الغني السرار : دكتور في  
القانون العام والعلوم السياسية  
كلية الحقوق السويسية - الرباط

### مقدمة :

يشكل القضاء الإداري في معظم الأنظمة القضائية المقارنة إحدى الدعامات الأساسية لضمان الحقوق والحريات وحماية حريات الأفراد والجماعات على السواء، بحيث يعتبر الملاذ الأول والأخير الذي أصبح الأفراد يلجؤون إليه لإلغاء قرارات وتصرفات الإدارة المشوبة بعيب تجاوز السلطة بمفهومه العام<sup>1</sup>، وذلك من خلال رقابة المشروعية<sup>2</sup> التي يمارسها القاضي الإداري على أركان القرار الإداري سواء الخارجية منها أو الداخلية أو من خلال رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، وذلك كلما تبين له بأن الأهداف التي تخطط لها الإدارة بعيدة كل البعد عن المصلحة العامة أو أنها تمس حقوق وحريات مضمونة قانونيا، فأهم نشاط تقوم به الدولة هو النشاط الإداري، وقد اتسعت دائرة هذا النشاط

<sup>1</sup>- المنتصر الداودي: دور القضاء الإداري في حماية حقوق الإنسان، وارد ضمن عمل المجلس الأعلى والتحولات الاقتصادية والاجتماعية، أشغال الندوة التي تم تنظيمها بالرباط ما بين 18 – 20 دجنبر 1997، مطبعة ومكتبة الأمانة – الرباط 1999، الصفحة 383.

<sup>2</sup>- يفترض مبدأ المشروعية سيادة القانون وخضوع الحكم والمحكمين على حد سواء للقواعد القانونية، وبعتبر هذا المبدأ من بين الضمانات الأساسية الكفيلة بحماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية في مواجهة صلاحيات وامتيازات السلطة العامة، ويتم ذلك من خلال بسط القضاء الإداري رقابته على جميع التصرفات التي تأتمها الإدارة العامة ومناقشة مدى التزامها بقواعد المشروعية القانونية، فبمقتضى هذا المبدأ تكون السيادة للقانون لا لأشخاص الحكم ويسمى القانون، باعتباره تعبيرا عن الإدارة العامة، على إرادة جميع أفراد المجتمع والسلطات العامة في الدولة أيًا كان دورها في سنه وإقراره وإصداره، وخضوع الإدارة للقانون يمثل أهم نتائج مبدأ المشروعية خصوصا عند إصدار القرارات الإدارية التي تعد من الوسائل الرئيسية للإدارة في مباشرة نشاطها. أنظر: مايا محمد نزار أبو دان: الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر ولبنان، منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان ط/1-2011، ص.5

بفعل التطور الذي حق وظائف الدولة في القرن 20، فالعمل الإداري كما يذهب إلى ذلك الفقيه جيليني<sup>1</sup> أقدم مظاهر من مظاهر تدخل الدولة، فهو أقدم من التشريع والقضاء نفسه، فإذا كان بالإمكان تصور دولة بلا تشريع وبلا قضاء فإنه لا يمكن تصور دولة بدون إدارة أو مرافق إدارية، لأن هذه الأخيرة هي التمظهر الحقيقي لوجود الدولة<sup>2</sup>، ولكي تضطلع الإدارة بهذا الدور فإن المشرع منحها سلطات وامتيازات واسعة، الشيء الذي أدى إلى سمو مركزها القانوني تجاه الأفراد.

والإدارة في مبادرتها لمهامها الإدارية قد تسيء استخدام سلطاتها وامتيازاتها أو قد تمس بحقوق ومرانز الأفراد، ولما كان مفهوم دولة الحق والقانون يقتضي خضوع السلطة والأجهزة الإدارية التابعة للدولة إلى أحكام القانون، فإن الإدارة باعتبارها مرفقاً إدارياً عمومياً تكون هي الأخرى ملزمة بالتقيد بالقواعد القانونية وفي حالة مخالفتها وجبت مساءلتها ومحاسبتها عن تصرفاتها غير المشروعة<sup>3</sup>، وبالفعل فقد استقر الفقه الإداري والاجتهاد القضائي والتشريع على ضرورة إخضاع كل التصرفات التي تقوم بها الإدارة للمراقبة القضائية، وجعلها تعمل في نطاق احترام القانون شأنها في ذلك شأن باقي الأفراد العاديين<sup>4</sup>.

صحيح أن الإدارة حرّة في تقدير مدى مناسبة نشاطها وملاءمتها مع الظروف الحالية به، إلا أنها مطالبة بأن تضع تصرفاتها وأعمالها في أفضل الظروف والأحوال وأن يكون القرار الذي تصدره يتسم بال موضوعية وحالياً من البواعث الشخصية أو السيكولوجية أو النفسية لمصدره وإلا كان عرضة لردع القاضي الإداري الذي له صلاحية التوفيق بين الرغبة في إعمال السلطة العامة وضرورة حماية الحقوق والحرفيات الأساسية للأفراد<sup>4</sup>، وهذا ما يصطلاح عليه في الفقه الإداري بمراقبة السلطة التقديرية للإدارة أو بتعبير آخر مراقبة الملائمة.

تقتضي دولة الحق والقانون أن تكون جميع تصرفات وأعمال الإدارة سيما في الظروف العادية خاضعة لمراقبة القاضي الإداري الذي يسهر على احترام الحقوق والحرفيات الفردية والجماعية، وأمام اتساع نطاق السلطة التقديرية المعترف بها للإدارة في العصر الحالي، بدت الضرورة ملحّة على تنظيم رقابة على أعمال الإدارة، خاصة قراراتها الإدارية الصادرة عن سلطتها التقديرية، وذلك لضمان عدم خروجها على أحكام القانون المنظمة

<sup>1</sup>- سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة- 1984، الصفحة 15.

<sup>2</sup>- مولاي إدريس الحلبي الكتاني: سلوكيات رجل الإدارة على ضوء المفهوم الجديد للسلطة، الإصلاح الإداري، مكتبة دار السلام الرباط، الطبعة الأولى 2002، الصفحة 48.

<sup>3</sup>- محمد كرامي: القانون الإداري، التنظيم الإداري- النشاط الإداري، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2003، الصفحة 182.

<sup>4</sup>- المنتصر الداودي: قضاء الإلغاء والسلطة التقديرية للإدارة، مقال منشور ضمن مؤلف جماعي تحت عنوان: المحاكم الإدارية ودولة القانون، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد الخامس، أعمال الندوة التينظمها كلية الحقوق بمراكش، يومي 4-5 فبراير 1996، الصفحة 148.

لاختصاصاتها وأعمالها وحتى لا يكون لهذا الاتساع وقع سلبي على حقوق وحريات الأفراد<sup>1</sup> وهذه الغاية اهتمت القضاء الإداري للممارسة رقابة قضائية منتظمة على نشاط الإدارة، وخاصة حينما تباشر نشاطها أو صلاحياتها من منطلق سلطتها التقديرية التي منحها لها المشرع، وقد نشأت هذه التقنيات بفضل تطور الاجتهاد القضائي في كل من مصر وفرنسا منذ بداية السبعينيات<sup>2</sup>.

وإخضاع نشاط الإدارة للرقابة القضائية، مفاده بطلان كل تصرفاتها المخالفة للقاعدة القانونية، ومن أجل ضمان ممارسة هذه الرقابة بفعالية وكفاءة تم إسنادها إلى أجهزة القضاء الإداري الذي عهد إليه بممارسة الرقابة على أعمال الإدارة، وذلك حماية لمبدأ المشروعية بالشكل الذي يصون الحقوق والحريات الأساسية للأفراد<sup>3</sup>، فلا يكفي للقول بحماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية أن تتأكد سيادة القانون في علاقاتهم بعضهم البعض، بل إن ذلك يقتضي أن يسود القانون كذلك علاقاتهم مع الدولة وما يتفرع عنها من هيئات ومؤسسات<sup>4</sup>.

لا شك أن القضاء الإداري يعد إحدى الضمانات الأساسية لحماية حقوق وحريات الأفراد خاصة في مواجهة الإدارة وما تملكه من سلطة، فبدون الرقابة القضائية الممارسة من قبل القضاء الإداري على أعمال الإدارة تكون أمام شرط تعسف من الإدارة، فالرقابة القضائية على نشاط الإدارة كما ذهبت إلى ذلك المحكمة العليا المصرية هي المظهر العملي الفعال لحماية الشرعية والمشروعية، فهي تكفل تقييد السلطات العامة بقواعد القانون، كما أنها تكفل رد هذه السلطات إلى حدود المشروعية إن هي تجاوزت الحدود المرسومة لها من قبل المشرع<sup>5</sup>.

إذن فما هي أوجه تدخل القضاء الإداري لحماية الحقوق والحريات؟.

#### أولاً : مراقبة المشروعية القانونية :

يقصد بمبدأ المشروعية في معناه الواسع سيادة حكم القانون، بمعنى أن جميع تصرفات الإدارة يجب أن تتم في نطاق احترام القانون بمعناه الشامل لجميع القواعد الملزمة في الدولة سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة وأيا كان مصدرها<sup>6</sup> ، وذلك بغض النظر عن شكل الدولة ونظام الحكم فيها وحتى طبيعة النظام القضائي المعول

<sup>1</sup> مايا محمد نزار أبو دان: الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر ولبنان، منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان ط 1/2011، ص 5.

<sup>2</sup> محمد عنتري: تحول الاجتهد القضائي في مراقبة الملاعنة بين الأفعال والعقوبة التأديبية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد مزدوج، 20-21 يوليوز - ديسمبر 1997، الصفحة 101.

<sup>3</sup> مليكة الصروخ: القانون الإداري دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة السابعة 2010، الصفحة 506.

<sup>4</sup> طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، ملتم للطباعة والنشر، طبعة 1963، الصفحة 5.

<sup>5</sup> مايا محمد نزار أبو دان: الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، مرجع سابق، ص 5.

<sup>6</sup> سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة-1984، الصفحة 16.

به<sup>1</sup>، ومن نتائج تطبيق هذا المبدأ هو أن أعمال الإدارة لا تكون صحيحة ولا منتجة لآثارها القانونية ما لم تكن مطابقة للقواعد القانونية الجاري بها العمل، وبمخالفة قراراتها للقواعد الشكلية والموضوعية فإنها تكون غير مشروعة ومشوبة بعيوب قانونية ويكون من حق الأفراد المطالبة بإلغائها والتعويض عنها<sup>2</sup>، وبهذا فإن مخالفة العمل الإداري لمبدأ المشروعية يعرضه للبطلان.

## ١. حماية حق الموظف في مواجهة الإدارة :

يعتبر مجال الوظيفة العمومية من بين الحالات، بل أكثرها، التي تدخل من خلالها القضاء الإداري لحماية مبدأ المشروعية، خاصة أثناء مسطرة التأديب، فإذا كان المشرع يمنح بموجب الفصل 67 من قانون الوظيفة العمومية<sup>3</sup> للموظف العديد من الحقوق في مقدمتها حقه في الدفاع والاطلاع على ملفه، فقد عمل القضاء الإداري بالغرب على حماية هذا الحق، وذلك عبر منح الموظف مدة كافية للتحضير للدفاع عن نفسه أمام الإدارة، بل واعتبر عدم

١- هناك نظامان قضائيان بشأن الرقابة القضائية على نشاط الإدارة، نظام القضاء الموحد (Unicité) ونظام القضاء المزدوج (Dualité).

٢- نظام القضاء الموحد: يطبق هذا النظام في الدول الأنكلوساكسونية، ويف适用 هذا النظام على مبدأ وحدة القانون والقضاء، حيث تتولى جهة قضائية واحدة مهمة الفصل في جميع المنازعات بغض النظر عن أطرافها أفراداً أو إدارات، بحيث يتولى القاضي العادي مهمة النظر في جميع المنازعات، مهما كانت أطرافها، ويطبق القانون نفسه الذي يطبق في المنازعات العادلة القائمة بين الأفراد بمناسبة فصله في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، وهذا النظام معروف به خاصة في بريطانيا وأمريكا وبعض الدول العربية كالاردن والعراق.

٣- نظام القضاء المزدوج: يقوم نظام القضاء المزدوج على مبدأين رئисيين، الأول استقلال المحاكم الإدارية عن المحاكم العادلة عضوياً وموضوعياً أي وجود قضاء إداري مستقل ومنفصل عن القضاء العادي، والمبدأ الثاني هو أن المنازعات الإدارية تتصل فيها جهات إدارية مختصة وتطبق قواعد قانونية متميزة مختلفة عن قواعد القانون العادي وهي قواعد القانون الإداري، ويعمل بهذا النظام في فرنسا التي تعد نموذجاً للزدواجية القضائية، فهناك قضاء عادي على رأسه محكمة النقض وقضاء إداري يوجد على رأسه مجلس الدولة الفرنسي، وهذا النموذج سائد أيضاً في العديد من الدول الأوروبية كبلجيكا وإيطاليا واليونان،...، وكذلك حتى بعض الدول الإفريقية التي كانت تابعة للاستعمار الفرنسي كالسنغال والغابون وبعض الدول العربية كمصر ولبنان.

محمد الصغير بعي: الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، طبعة 2009، الصفحات 33-43-44-47.

وبالنسبة للمغرب يتبع نظام القضاء الموحد، وقد عمل المغرب بهذا النظام غداة الاستقلال في بداية 1965، وهكذا جعل التنظيم القضائي لسنة 1974 من المحكمة الابتدائية صاحبة الولاية العامة، وفي بداية التسعينيات تم إحداث المحاكم الإدارية وفي سنة 1999 وبموجب الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح دوره المجلس الأعلى للقضاء تقرر إحداث محاكم استئناف إدارية.

وهذا التعدد في الجهات القضائية لا ينبغي أن يفهم منه بأن هناك ازدواجية في التنظيم القضائي بالمغرب، بل إن وحدة القضاء مبدأ أساسي ثابت في نظامها القضائي يجسده وجود مؤسسة قضائية واحدة تربع على الهرم القضائي ممثلة في محكمة النقض التي حل محل المجلس الأعلى سابقاً، كما أن مسودة مشروع القانون المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة، بتاريخ 5 نوفمبر 2014، أكدت في مادتها الرابعة على أن النظام القضائي المغربي يقوم على مبدأ وحدة القضاء قمةه محكمة النقض واحتلال مكونات التنظيم القضائي وفق مبدأ القضاء المتخصص.

ومما تجدر الإشارة إليه هو أن المغرب يأخذ بمبدأ التقاضي على درجتين، الذي بموجبه يتم السماح لكل طرف من عرض قضيته أمام محكمتين مستقلتين ومتختلفتين إحداهما أعلى درجة من الأخرى، والهدف من تقرير هذا المبدأ هو فسح المجال لإصلاح الأخطاء التي قد يقع فيها قضاة الدرجة الأولى وأيضاً إتاحة الفرصة للمتقاضين لإعادة طرح وعرض نفس النزاع أمام محكمة أخرى لتتخذ بشأنه جميع إجراءات المحاكمة بشكل يضمن حقوق المتقاضين وتقديم ما لديهم من أدلة وحجج بشأن القضية موضوع النزاع، ويعلم بهذا المبدأ حتى على مستوى المحاكم الإدارية للمزيد أنظر:

محمد كرام: الوجيز في التنظيم القضائي المغربي، مطبعة الورقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2010، الصفحات، 31-32.

حسن زرداني وأحمد قيلش ومحمد زنون: التنظيم القضائي بمحاكم المملكة، مطبعة الأمانة الرباط، الطبعة الأولى 2016، الصفحات 29-30.

٤- طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، ملتم للطباعة والنشر، طبعة 1963، الصفحة 5.

٥- طهير شريف رقم 008-158 بتاريخ 4 شعبان 1377 (24 فبراير 1958) يحتوي على القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

تمكينه من الاطلاع على ملفه الشخصي بغية الإعداد للدفاع يشكل إخلالاً جوهرياً بحقوق الدفاع، وأكثر من ذلك فقد اعتبر عدم تضمين الاستدعاء الموجه للموظف للمثول أمام المجلس التأديبي نوع المخالفة المنسوبة إليه يشكل عيباً شكلياً في الإجراءات التأديبية<sup>1</sup>، كما أن عدم إفصاح الإدارة عن الأسباب المبررة لقرارها يشكل دوره خرقاً للقواعد القانونية<sup>2</sup>، وحتى وإن حصل واستندت الإدارة في إصدار قرارها إلى سبب ولكنه يخالف ما عللت به قرارها فإن ذلك بحسب القضاء الإداري، يعتبر عيباً من عيوب المشروعية<sup>3</sup>.

ينص المشرع المغربي في الفصل 71 من قانون الوظيفة العمومية، على أنه لا يمكن أن تكون العقوبة الصادرة في حق الموظف أشد من العقوبة التي يقترحها المجلس التأديبي، وهذه القاعدة تعتبر بدورها من المبادئ التي تدخل القضاء الإداري بالغرب لمراقبة توافرها من عدمه باعتبارها حقاً من الحقوق المقررة للموظف بموجب القانون في مواجهة الإدارة، وذلك لما اعتبر استفراد رئيس الإدارة بالتخاذل عقوبة تأديبية تختلف عن العقوبة التي تم اقتراحها من طرف ممثل الموظفين في المجلس التأديبي، مخالفة للقانون<sup>4</sup>، ولما كانت الإدارة في موقع قوة في مواجهة موظفيها فإن القضاء الإداري اعتبر إحضارها لخاتم للدفاع عنها بال المجلس التأديبي خرقاً لمقتضيات الفصل 67 من قانون الوظيفة العمومية<sup>5</sup>.

حري بالذكر، أن الفقه يعتبر القرار الإداري بمثابة إفصاح من جانب الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة متى كان ذلك جائزًا وكان الباعث منه تحقيق مصلحة عامة<sup>6</sup>، وما دام الأمر يتعلق بنشاط إداري قد يمس بحقوق وحرمات الأفراد، فإن القضاء الإداري أسس لقاعدة تقر بأن كل قرار إداري لا يمكن أن ينتج آثاره ما لم يحترم أركان المشروعية الخارجية<sup>7</sup> والداخلية<sup>8</sup>، فرقابة القضاء الإداري بالغرب على أعمال الإدارة تعد من أهم الضمانات المقررة لحماية الحقوق والحرمات من تعسف الإدارة بحيث تدفعها لاحترام مبدأ المشروعية بمناسبة اتخاذها لقراراتها التي يجب أن تراعي فيها احترام حقوق الأفراد وحرماتهم.

وهكذا، فقد تصدى القضاء الإداري بالغرب، حماية للحقوق من تعسف الإدارة بجموعة من القرارات الإدارية انطلاقاً من مخالفتها لأحدى مبادئ المشروعية المتمثلة أساساً في عيب الاختصاص في مجال الوظيفة

<sup>1</sup>- مليكة الصروح: مشروعية القرارات الإدارية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء- الطبعة الأولى، 2011. ص- 118/119 .120

<sup>2</sup>- قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 522، بتاريخ 16/04/2008، ملف عدد 261/05/7.

<sup>3</sup>- قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1677، مؤرخ في 1/7/2009، ملف عدد 397/5/07.

<sup>4</sup>- قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 240 المؤرخ في 11/2/2008 - ملف عدد 21/5/08.

<sup>5</sup>- قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1729 المؤرخ في 8/7/2009 - ملف عدد 75/5/08.

<sup>6</sup>- محمود عاطف البناء: الوسيط في القضاء الإداري، قضايا الإلغاء وقضاء التعويض، دار الفكر العربي، طبعة 1988، الصفحة 41.

<sup>7</sup>- التي يعتبر الاختصاص والشكل والسبب أحد مكوناتها الأساسية.

<sup>8</sup>- التي تتكون من ركن الموضوع والغاية والهدف.

العمومية<sup>1</sup>، وهذا ما أكدته إدارية الرباط، في حكمها، بتاريخ 11 يونيو 1998، والذي صرحت فيه بأن نقل الأطر التعليمية يبقى من اختصاص وزير التربية الوطنية وليس من اختصاص النائب الإقليمي<sup>2</sup>. من هنا يتبيّن بأن القضاء الإداري المغربي يحمي مبدأ المشروعية القانونية في مجال الوظيفة العمومية، وذلك من خلال الرقابة على عنصر الاختصاص في القرار الإداري، وإن حصل وصدر قرار عن جهة غير مختصة دون إدلة لها بتفويض يؤهلاً لاتخاده فإن مصيره أيضاً إلغاء، وذلك لافتقاره عنصراً من عناصر المشروعية الداخلية<sup>3</sup>، وهو التوجه الذي أكدته إدارية مكناس لأن قضت بأن من يملك صلاحية التعيين في مجال الوظيفة العمومية هو من يملك صلاحية النقل.<sup>4</sup>

إن تدخل القضاء الإداري بالغرب لحماية الحقوق والحريات، عبر بسط رقابته على عيب الاختصاص في القرارات الإدارية في مجال الوظيفة العمومية يجد سنته في المادة 20 من القانون رقم 41.90<sup>5</sup> التي نصت على أن كل قرار إداري صدر من جهة غير مختصة يتحقق للمتضرر منه أن يطعن فيه، وتأسيساً عليه، وإن حصل وصدر قرار إداري من شخص لا يملك الصلاحية جاز إلغاؤه لتوافر عيب الاختصاص الذي يتخذ صوراً مختلفة، ويدخل كذلك في عيب الاختصاص، عزل موظف عمومي من مباشرة وظيفته من جهة إدارية ليست هي من قامت بتعيينه، أي أنه إذا صدر قرار من جهة إدارية يرخص لشخص ممارسة وظيفة ما، فإن هذه الجهة هي التي ينعقد إليها اختصاص وقف هذا الترخيص أو سحبه، ومثال ذلك أن الموظف المعين بظهير شريف لا يمكن عزله ولا إقالته إلا بموجب ظهير شريف، وهذا الأمر أكدته المحكمة الإدارية بالرباط في حكمها رقم 1660، 28 ديسمبر 2006، حيث صرحت بأن إقدام المدير العام للأمن الوطني على تحريك المتابعة التأديبية باستدعاء المعني بالأمر وتفعيل عقوبة العزل في حقه قبل حصوله على موافقة الملك وفي غياب ظهير العزل يجعل قراره معيب بتجاوز الاختصاص، وهذا وجہ من أوجه تدخل القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات، خاصة وأن الهدف من تدخله وبسط رقابته على سلطة الإدارة يكون الهدف منه هو إعادة الإدارة لجادة الصواب واحترام القانون.

<sup>1</sup>- تقوم فكرة الاختصاص في القرار الإداري، على مبدأ صدور القرار الإداري من شخص مختص قانوناً بإصداره، فالقانون يخول لكل موظف عمومي صلاحية ممارسة أعمال معينة على سبيل التحديد وبحسب الوظيفة التي يشغلها داخل المرفق العام، فرken الاختصاص يجب للأفراد التعسفات الناشئة عن تركيز السلطة في أيدي القلة، كما أن رken الاختصاص يتجسد فيه أكبر ضمان لحرية الأفراد وحمايتهم من شطط الإدارة. للمزيد أنظر: مليكة الصروخ: مشروعية القرارات الإدارية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء- الطبعة الأولى 2011، الصفحة 104 وسلیمان الطماوی: نظرية التعسف في استعمال السلطة "الانحراف بالسلطة"، ترجمة عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة/حسين إبراهيم خليل، دار الفكر العربي، طبعة 2014- الصفحة 43.

<sup>2</sup>- حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 582 بتاريخ 11/06/1998 ملف رقم 1345/97 غ، والذي صرحت فيه بأن نقل الأطر التعليمية يبقى من اختصاص وزير التربية الوطنية وليس من اختصاص النائب الإقليمي، منشور في الاجهادات القضائية في مجال التربية والتكتون، منشورات مديرية الشؤون القانونية والمنازعات وزارة التربية الوطنية والتعليم العالي وتكون الأطر والبحث العلمي، الجزء الأول- فبراير 2007، الصفحة 295.

<sup>3</sup>- حكم المحكمة الإدارية بالرباط، رقم 456، بتاريخ 16/03/2006، ملف رقم 16-06 غ.

<sup>4</sup>- حكم المحكمة الإدارية بمكتانس عدد 98/54/3 غ بتاريخ 23/09/1998 في ملف رقم 102/97/3 غ، منشور في الاجهادات القضائية في مجال التربية والتكتون، منشورات مديرية الشؤون القانونية والمنازعات التابعة لوزارة التربية الوطنية والتعليم العالي وتكون الأطر والبحث العلمي، الجزء الأول- فبراير 2007، الصفحة 313 وما بعدها.

<sup>5</sup>- الظهير الشريف رقم 1.91.225 صادر في 22 من ربى الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 18 جمادى الأولى 1414، (03 نوفمبر 1993)، الصفحة 2168.

<sup>6</sup>- حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 1660 بتاريخ 12/12/2006، ملف رقم 425/06 غ- قضاء إلغاء، وحكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 1341 بتاريخ 06/11/2006 ملف رقم 265 غ.

## 2. حماية الحقوق المكتسبة :

يعتبر مبدأ عدم رجعية القانون من المبادئ الثابتة في القانون والقضاء والفقه، وقياساً عليه فإن كل تصرف قانوني ينشئ أثر معين وتترتب عنه حقوق مكتسبة لا يحق للإدارة أن ترجع عنه، والتصرف القانوني الذي يكون مصدراً للحق المكتسب قد يتتخذ شكل عقد إداري أو قرار إداري انفرادي، والحق المكتسب يستوجب الحفاظ عن المركز القانوني الذي نتج عن تصرف قانوني معين، ويمكن تعريف الحق المكتسب في القانون الإداري بأن وضع قانوني بموجبه تتحصن المنفعة التي حصل عليها الشخص جراء قرار إداري من التعديل أو الإلغاء<sup>1</sup>، وقد أكد القضاء المصري: "بأن الأثر الرجعي للقوانين إذا امتد إلى إلغاء حقوق تم اكتسابها فعلاً وصارت لصيقة ب أصحابها، وفقاً لأحكام قانونية كفلت حمايتها والاحتياج بها في مواجهة الكافة، كأثر لنفاذ هذه الأحكام، فإن الأثر الرجعي للقانون يكون بذلك قد تحول إلى أداة لإهدار قوة القوانين السابقة ومكانتها من الاحترام الذي يجب كفالته"<sup>2</sup>. وعليه، فموضوع عدم رجعية القرارات الإدارية يرتبط ارتباطاً وثيقاً بموضوع سحب القرارات الإدارية، فالإدارة لها الحق فقط في سحب القرارات التي لم ينتفع بها أحد الأفراد وداخل أجل معين<sup>3</sup>.

وتعتبر الحقوق المكتسبة في مجال الوظيفة العمومية من بين الحقوق التي يحميها القضاء الإداري المغربي، وذلك باعتبارها حقاً للفرد لا يمكن التراجع عنه، وذلك لما أقر به أنه لا يمكن للإدارة أن تقوم بسحب أي قرار إداري ترتب عليه حقوق، ووضع شروطاً لسحب مثل هذه القرارات، منها أن يكون القرار غير مشروع وأن يتم سحبه داخل أجل 60 يوماً من إصداره، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، حيث اعتبرت سحب الإدارة لقرارها القاضي بالموافقة على المغادرة الطوعية متسبماً بتجاوز السلطة والقانون المتمثل في المس بحق مكتتب للموظف<sup>4</sup>، وهو نفس المبدأ الذي أكدته المحكمة الإدارية بالرباط في حكمها، بتاريخ 21 يوليوز 2015، حيث اعتبرت بأن إقصاء المدعي من ولوج سلك الوظيفة العمومية بعد الإعلان عن اسمه ضمن اللائحة النهائية للناجحين، يشكل اعتداء مادياً على حق مكتتب بموجب القانون لفائدة المتضرر، ووجب على الإدارة تسوية وضعيته<sup>5</sup>.

## 3. حماية الحقوق النقابية للموظف :

يعتبر الحق في الانتماء النقابي من الحقوق التي تم التنصيص عليها في الفصل 29 من الدستور، الذي نص على أن الانتماء النقابي والسياسي مضمونين، إلا أن ممارسة هذا الحق على أرض الواقع يقابلها، في كثير من

<sup>1</sup>- زياد خالد المفرجي: الحق المكتسب في القانون الإداري، على الرابط التالي :

<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=38609>

<sup>2</sup>- قضية رقم 131 لسنة 22 قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية".

<sup>3</sup>- زياد خالد المفرجي: الحق المكتسب في القانون الإداري، نفسه.

<sup>4</sup>- قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1367 بتاريخ 26/11/2008- ملف عدد 5/07/274

<sup>5</sup>- حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 3338 - ملف رقم 46/7105، بتاريخ 21/07/2015.

الأحيان، موقف الإدارة الرافض لهذا الحق، وهنا يتدخل القضاء الإداري ليحمي الحقوق النقابية المقررة للموظف<sup>1</sup> ويخضعها لرقابته، واعتبر كل قرار اخذه الإدارة يقضي بنقل موظف عمومي يتزامن مع ممارسته لحقه النقابي، قراراً متسبماً بتجاوز السلطة لعيوب الأحراف، بل واعتبره قراراً تأديبياً في حقيقته، حتى وإن تم تغليفه بالصلاحية العامة وحسن سير المرفق العام<sup>2</sup>، لأنه ليس من حق الإدارة أن تشل حقوق التي يكفلها القانون للموظف، بل إن كل قرار إداري تتخدنه الإدارة في حق موظفيها يجب أن تراعي فيه الحقوق التي يكفلها قانون الوظيفة العمومية وهذا بدوره يعتبر وجهاً من أوجه تدخل القضاء الإداري لحماية الحقوق والحريات سيما في مجال الوظيفة العمومية التي تعتبر من أكثر القطاعات التي تعرف منازعات بين الإدارة وموظفيها.

## ثانياً : حماية الحقوق الانتخابية :

يختص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات الانتخابية، وهذا ما أكدتها الفقرة 2 من المادة 8 من القانون رقم 41.90<sup>3</sup> المحدث بموجبه محكمة إدارية، حيث نصت على اختصاص المحاكم الإدارية بالنظر في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالانتخابات، وقد حلت المحاكم الإدارية محل المحاكم العادلة، حيث نصت المادة 26 من قانون المحاكم الإدارية على أنه تختص المحاكم الإدارية بالنظر، بدلاً من المحاكم الابتدائية، في الطعون الانتخابية المنصوص عليها في مجموعة من النصوص القانونية<sup>4</sup>.

### 1. حماية حق القيد في اللوائح الانتخابية :

نصت المادة الثانية من القانون رقم 57.11<sup>5</sup> المتعلّق باللوائح الانتخابية العامة وعمليات الاستفتاء واستعمال وسائل الاتصال السمعي البصري العمومية خلال الحملات الانتخابية والإستفتائية، على أن القيد في اللوائح الانتخابية العامة إجباري، بينما صرحت المادة الرابعة من ذات القانون، بأنه يجب على المواطنين والمغاربة البالغين سن الرشد القانوني أن يطلبوا قيدهم في اللائحة الانتخابية للجماعات أو المقاطعات التي يقيّمون فيها بكيفية فعلية ومتصلة منذ ثلاثة أشهر على الأقل من تاريخ إيداع طلبهم، وتتولى لجنة إدارية،

<sup>1</sup>- بموجب الفصل 14 من قانون الوظيفة العمومية.

<sup>2</sup>- قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، عدد 1299 بتاريخ 19/11/2008 في الملف رقم 5/07/176

<sup>3</sup>- الظهير الشريف رقم 1.91.225 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محكمة إدارية، الجريدة الرسمية عدد 4227 صادرة بتاريخ 16 جمادى الأولى 1414 (3 نوفمبر 1993)، الصفحة 2168.

<sup>4</sup>- من ضمنها: انتخاب مجالس الجماعات الحضرية والقروية؛ تنظيم العمالات والأقاليم و مجالسها؛ النظام الأساسي للغرف الفلاحية؛ النظام الأساسي لغرف الصناعة التقليدية؛ النظام الأساسي للغرف التجارية والصناعية؛ النزاعات الناشئة بمناسبة انتخاب ممثل الموظفين في اللجان الإدارية الثنائية التمثيل المنصوص عليها النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية.

<sup>5</sup>- الظهير الشريف رقم 1.11.171 صادر في 30 ذي الحجة 1432 (28 أكتوبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 57.11 المتعلق باللوائح الانتخابية العامة وعمليات الاستفتاء واستعمال وسائل الاتصال السمعي البصري العمومية خلال الحملات الانتخابية والإستفتائية، الجريدة الرسمية عدد 5991 الصادرة بتاريخ 3 ذو الحجة 1432 (31 أكتوبر 2011) الصفحة 5256.

تحدث في كل جماعة أو في كل مقاطعة، مسألة بحث طلبات القيد في اللوائح الانتخابية<sup>١</sup>، وتسجل الطلبات التي تتوفر فيها الشروط وترفض الطلبات التي لا تتوفر فيها هذه الشروط<sup>٢</sup>، وهذه المسطرة هي المعهود بها أيضا حتى أثناء مراجعة اللوائح الانتخابية العامة.<sup>٣</sup>

وتثير عملية القيد أو التشطيب في اللوائح الانتخابية، عادة، عدة نزاعات<sup>٤</sup> ابتداء من تقديم شكاوى أمام لجنة الفصل وانتهاء بالطعن القضائي، ولكن يبقى من الضروري احترام تدرج الطعن في هذا المجال، فإذا لا بد أن تعرض الطلبات والشكاوى على نظر اللجنة الإدارية لبحثها واتخاذ القرار المناسب بشأنها، وقرار هذه الأخيرة هو الذي يخضع للطعن القضائي<sup>٥</sup>، وكل إخلال بهذا التدرج للطعن يجعله عرضة للرفض، وهذا الأمر أكدته إدارية الدار البيضاء، حيث صرحت بأن عدم تقديم الشكوى أمام اللجنة الإدارية ثم لجنة الفصل وللجوء مباشرة للمحكمة لطلب شطب اسم شخص مقيد في اللوائح الانتخابية مصيره عدم القبول.<sup>٦</sup>

نظمت المادتان 45 و46 من القانون رقم 57.11 الطعون المتعلقة بالقيد في اللوائح الانتخابية العامة، والتي تختص بالنظر فيها المحكمة الإدارية. وهكذا، فإن الطعن في قرارات اللجنة الإدارية يقدم بواسطة تصريح يدلل به لكتابة الضبط لدى المحكمة الإدارية مقابل وصل يسلم عنه، وتبت المحكمة بصفة انتهائية في القضية دون مصاريف أو إجراءات بعد استدعاء يوجه إلى الأطراف المعنية بالأمر قبل التاريخ المحدد للنظر في الطعن بثلاثة أيام، ويجب أن لا يبعد تاريخ الجلسة الأخيرة للمحكمة الإدارية بأكثر من 30 يوما عن تاريخ إيداع الجدول التعديلي، مع تبليغ الحكم كتابة فور صدوره إلى الأطراف المعنية وإلى السلطة الإدارية المحلية المعنية.<sup>٧</sup>

عمل القضاء الإداري، سواء على مستوى المحاكم الإدارية أو على مستوى محاكم الاستئناف الإدارية، على ترسیخ حماية وصيانة هذا الحق الذي يخول للمواطنين ممارسة حقهم في التصويت. وهكذا، فإن ثبوت الإقامة

<sup>١</sup>- بحسب المادة 10 من القانون رقم 57.11، تحدث في كل جماعة أو في كل مقاطعة تابعة لجماعة مقسمة إلى مقاطعات تتولى بحث طلبات القيد في اللوائح الانتخابية وتصنم:

- قاضيا يعينه الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف التابعة لدائرة نفوذها الجماعة أو المقاطعة المعنية، رئيسا؛
- ممثلا عن المجلس الجماعي أو مجلس المقاطعة، يعينه المجلس من بين أعضائه؛
- الباشا أو القائد أو الخليفة أو من يمثلهم.

<sup>2</sup>- المادة 12 القانون رقم 57.11.

<sup>3</sup>- راجع المواد 20، 21، 22، 23 من القانون رقم 57.11 المذكور أعلاه.

<sup>4</sup>- خاصة إذا ما علمنا بأن المادتين 16 و 24 من القانون رقم 57.11، حولتا على التوالي لكل من للوالي أو العامل أو القائد أو الخليفة، إمكانية الطعن في قرارات اللجنة الإدارية وأيضا المطالبة بشطب اسم شخص يرى أنه قيد بصفة غير قانونية.

<sup>5</sup>- المادة 28 من القانون رقم 57.11 المتعلق باللوائح الانتخابية العامة وعمليات الاستفتاء واستعمال وسائل الاتصال السمعي البصري العمومية خلال الحملات الانتخابية والإستفتائية.

<sup>6</sup>- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 11/07/2003، في ملف عدد 968/2003 غ.

<sup>7</sup>- لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ حكم المحكمة الإدارية، في حالة بت محكمة النقض في الطعن المعروض عليها، فإن طلب إعادة النظر أو المراجعة لا يوقف تنفيذ القرار الصادر عنها. راجع المادة 46 من القانون رقم 57.11.

الفعالية للشخص ما بدائرة انتخابية يجعل قرار لجنة الفصل المتعلق بالتشطيب عليه من اللائحة الانتخابية عرضة للإلغاء أمام المحكمة الإدارية<sup>1</sup>، كما أن قرار لجنة الفصل القاضي بالتشطيب أو التقييد في اللائحة الانتخابية، بحسب القضاء الإداري، مرهون بتقديم طلب من أحد الأطراف، وعليه، فإن إصدارها لقرار تلقائي يقضي بالتشطيب على قيد شخص ما دون طلب مقدم لها يعد قرارا غير مشروع<sup>2</sup>.

هذا الأمر، أكدته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 17/08/2007<sup>3</sup>، حيث صرحت بأنه ليس من حق اللجنة الإدارية وهي بقصد مراجعة اللوائح الانتخابية العامة الإقدام تلقائيا على تجريد شخص من الأهلية الانتخابية وذلك بالتشطيب عليه من اللائحة الانتخابية بدون الاستناد على حكم قضائي يقضي بحرمانه من حقه في التصويت، وأقرت بأن قيام اللجنة المعنية تلقائيا بالتشطيب على المستألف من اللائحة الانتخابية للجماعة التي ينتمي إليها يشكل هدرا لحق مكتسب للناخب يتمثل في تسجيله في اللائحة الانتخابية.

من أجل حماية حق المواطنين في القيد باللوائح الانتخابية قصد التصويت في الاستحقاقات الانتخابية باعتبارها الأداة الأكثر ملائمة من أجل ضمان مشاركة المواطنات والمواطنين في إدارة الشؤون العامة، وما يتطلبه هذا الحق من حماية قضائية وتشريعية، فقد أقرت الغرفة الإدارية بال مجلس الأعلى في قرارها بتاريخ 1997/05/27، بعدم توفر لجنة الفصل التابعة للإدارة على صلاحية التشطيب على أشخاص مقيدين بصفة قانونية بدائرة انتخابية معينة في إطار مراجعة اللوائح الانتخابية<sup>4</sup>، وكذا قرارها عدد 608 القاضي بعدم أهلية لجنة الفصل التابعة للإدارة بالطعن بالاستئناف ضد الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية في الطعون الموجهة ضد مقرراتها، لأن المشرع حدد وعلى سبيل الحصر الأشخاص المؤهلين لذلك<sup>5</sup>.

## 2. حماية حق التصويت :

يعتبر القضاء بأن العملية الانتخابية تشمل مراحل الاقتراع وفرز الأصوات وإحصائها وإعلان النتائج وأن كل هذه المراحل يجب أن تتم في احترام للقانون وبما لا يؤثر على الفرد في ممارسة حقه المتمثل في التصويت، وإذا لم تحترم الإدارة الإجراءات القانونية والمسطرية فإنه وضمنا لحق الناخب في اختيار مرشحه المفضل يجب إبطال الانتخابات، وهناك مجموعة من الاجتهادات التي تسير في اتجاه حماية العملية الانتخابية من كل إجراء من شأنه أن يفسدها أو يؤثر بشكل سلبي على سيرها العادي وعلى العملية الديمقراطية بشكل عام.

<sup>1</sup>- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 19/03/2009، في ملف عدد 116/11/2009.

<sup>2</sup>- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 06/04/2009، في ملف عدد 112/7/2009.

<sup>3</sup>- قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 582، بتاريخ 17/08/2007، في ملف عدد 28/07/12.

<sup>4</sup>- قرار الغرفة الإدارية عدد 893، بتاريخ 27/05/1997، ملف إداري عدد 847/5/1997.

<sup>5</sup>- قرار الغرفة الإدارية بال مجلس الأعلى عدد 608، بتاريخ 22/05/1997، ملف إداري عدد 443/5/443/97.

من أوجه الحماية التي يخضها القضاء الإداري لحق الناخب في التصويت و اختيار مرشحه المفضل، هو أن رتب على خرق مقتضيات مدونة الانتخابات إلغاء العملية الانتخابية برمتها، ومن صور هذا الخرق نجد توقيع المعاشر المتعلقة بالعمليات الانتخابية عند بدايتها أو انفراط نائب رئيس مكتب التصويت بتسخير عملية الاقتراع بوجود رئيس هذا المكتب المعين من طرف السلطة المحلية كما أن الدخول إلى المعزل مع الناخبين بدوره يشكل خرقاً للمقتضيات القانونية<sup>1</sup>، وأكثر من ذلك فإن حتى محاولة استمالة الناخبين وإغرائهم ومساومتهم من أجل التصويت يعد بحسب القضاء الإداري، تأثيراً مباشراً على إرادة الناخب وحربيتهم في اختيار المرشح الأنسب، وهو ما يجعل المنافسة الانتخابية بين المرشحين غير شريفة، لأنها شابتها ممارسات أثرت على سلامتها ونزاهتها التي من واجب القاضي الإداري، أن يضمن نزاهتها التي تقتضي الحرص على حماية حق الناخب في اختيار مرشحه الذي يرغب فيه<sup>2</sup>، كما كرس الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية قاعدة مفادها أن ثبوت تغيير مكان الاقتراع يوم إجراء الانتخاب يشكل خرقاً قانونياً من نتائجه بطلان نتيجته وإعادة الانتخاب وذلك من أجل توفير ضمانات أوفر وأوسع لحق للناخب بغية ممارسة حقه في التصويت<sup>3</sup>.

### 3. حماية التمثيلية النسائية :

أقر القضاء الإداري بعض المبادئ الإيجابية التي تدخل في إطار مقاربة النوع، خاصة فيما يتصل بضمان التمثيلية النسائية في عملية انتخاب نواب رئيس المجلس الجماعي، وذلك تفعيلاً للفقرة السادسة من المادة 17 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات<sup>4</sup>، فصرح بمناسبة نظره في الطعون المتعلقة ببراءة التمثيلية النسائية في انتخاب نواب رؤساء مجالس الجماعات بعدم صحة عملية الانتخاب ما لم يحترم فيها تواجد

<sup>1</sup>- اعتبرت المحكمة الإدارية بفاس بأن معاشر العمليات الانتخابية لا توقع إلا بعد نهاية عملية التصويت وأن توقيعها عند بداية هذه العملية فيه خرق مقتضيات المادة 65 من مدونة الانتخابات، كما أن انفراط نائب رئيس مكتب التصويت بتسخير عملية الاقتراع بوجود رئيس هذا المكتب المعين من طرف السلطة المحلية، يشكل خرقاً للمقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 57 من مدونة الانتخابات، كما اعتبرت الدخول إلى المعزل مع الناخبين يشكل خرقاً للمقتضيات المادة 62 من المدونة، وأمام اجتماع هذه العل، أقرت بإلغاء العملية الانتخابية موضوع الطعن. أنظر: حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد 1505 الصادر بتاريخ 28/10/2003.

<sup>2</sup>- اعتبرت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بأن معاشر المستأذن عليه استعماله بعض الناخبين وإغرائهم ومساومتهم من أجل التصويت لفائدة كان له تأثير مباشر على إرادة الناخبين وحربيتهم في اختيار المرشح الأنسب، وهو ما جعل المنافسة بين المرشحين غير شريفة وغير شفافة، أثرت على العملية الانتخابية المتعلقة بتجديد مكتب المجلس الجهوي لجهة تازة الحسيمة، فأقرت بإلغاء العملية الانتخابية التي أسفرت عن انتخاب المستأذن عليه.

أنظر: قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 79، بتاريخ 17/01/2008، ملف عدد 2/12.

<sup>3</sup>- اعتبرت الغرفة الإدارية إجراء عملية التصويت في مكان لم يصدر بشأنه قرار من السلطة المحلية، كافياً لإبطال الاقتراع بصرف النظر عن التأثير على المشاركة في الانتخاب، وهذا الموقف سبق للغرفة الإدارية تكريسه في قرارها عدد 1278 بتاريخ 24/9/1997، حينما صرحت بأن قيام رئيس مكتب التصويت يوم الاقتراع بتغيير مكان التصويت يعتبر في حد ذاته مخالفًا للمقتضيات المادة 56 من مدونة الانتخابات. أنظر:

- قرار الغرفة الإدارية عدد 1319 بتاريخ 1/10/1997، ملف إداري عدد 1434/5/1434: 97/1.

- قرار الغرفة الإدارية عدد 1278 بتاريخ 24/9/1997، ملف إداري عدد 1387 .97/5/1.

<sup>4</sup>- والتي تنص على أنه: "يتعين العمل على أن تتضمن لائحة ترشيحات نواب الرئيس عدداً من المرشحات لا يقل عن ثلث نواب الرئيس".

نسبة الثالث من النساء المرشحات لمنصب نواب الرئيس. وعليه، اعتبر بأن عدم مراعاة هذه التمثيلية يترتب عنه وجوبا التصریح ببطلان العملية الانتخابية ككل لعدم توافر التمثيلية النسوية<sup>1</sup>.

هذا الأمر، أكدته إدارية الرباط حينما قضت بإلغاء عملية انتخاب نواب رئيس المجلس الجماعي لمدينة الرباط، المجرى بتاريخ 19/06/2015، وذلك بعلة عدم احترام التمثيلية النسائية المنصوص عليها في الفقرة السادسة من المادة 17 من القانون التنظيمي رقم 113.14، واعتبرت هذا المقتضى واجب التفعيل على اعتبار أن المشرع نص بصيغة الوجوب المتمثلة في عبارة "يتعين"، علاوة على كون هذا المبدأ يدخل في إطار التدابير القانونية التي تفرضها المادة الثالثة من الاتفاقية الدولية المصادق عليها من طرف المغرب المتعلقة بمناهضة جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وهي غاية يتطلب تحقيقها ضمان مشاركة أوسع للمرأة في الحياة العامة عن طريق سن مجموعة من الإجراءات التي تستند إلى مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة بفرض حضورها في المجالس المنتخبة استنادا إلى مبدأ "الكوطا"<sup>2</sup>.

وإذا كان القضاء الإداري قد أقرت بضرورة إعمال مقتضيات الفقرة 6 من المادة 17 من القانون التنظيمي رقم 113.14، وهو المبدأ الذي سلكته إدارية الرباط في حكمها أعلاه وكذا حكمها عدد 4193<sup>3</sup>، الذي قضت فيه بإلغاء نتائج عملية انتخاب الرئيس ونوابه والكاتب ونائبه بالمجلس الجماعي لجماعة أولاد علي منصور قيادة ببني حسان دائرة طوان، المجرأة بتاريخ 16/09/2015، لعدم احترام التمثيلية النسائية وفق ما تنص عليه الفقرة 6 من المادة 17 من القانون التنظيمي رقم 113.14 والمادة 128 مكرر<sup>4</sup> من القانون التنظيمي 115.11 المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية، التي نصت بدورها على أنه يخصص للنساء عدد من المقاعد في كل جماعة أو مقاطعة، الأمر الذي يستفاد منه بأن تنزيل مبدأ التمثيلية النسائية على مستوى لوائح ترشيح نواب رئيس المجلس الجماعي يبقى مقيدا بعدم تحقق ما يجعل ضمان هذه التمثيلية متعدرا، فإن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء كان لها رأي آخر بخصوص الفقرة السادسة من المادة 17 من القانون التنظيمي رقم 113.14.

وفي هذا السياق، اعتبرت إدارية الدار البيضاء بأن النص على إشراك المرأة المنتخبة في الأجهزة التنفيذية للجماعة يندرج في إطار التفعيل التدريجي للمقتضيات الدستورية الرامية إلى ضمان حضور متساو بين المرأة والرجل في تسيير الشأن العام دون أن يترتب بالضرورة عن خالفته بطلان نتيجة الانتخاب، خاصة حينما يكون

<sup>1</sup>- صرحت المحكمة الإدارية بوجدة، بأن إعمال مقتضيات الفقرة السادسة من المادة 17 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات، تعبيراً مقتضيات أمراً توجب على الرئيس المنتخب تضمين لائحة ترشيحات نواب الرئيس عدداً من المرشحات لا يقل عن الثالث، وهو الأمر الذي خالفه الرئيس المنتخب بتقديم لائحة لا تتضمن أية امرأة دون قدرته على ذكر الأسباب الواقعية والقانونية التي حالت دون ذلك، وأمام هذه المعطيات صرحت المحكمة بأن لائحة نواب المجلس القروي لدى سيدال الجبل الفائز في اقتراع 17/09/2015 جاءت مخالفلة للقانون وبالتالي يتعين إلغاؤها مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك. انظر: حكم المحكمة الإدارية بوجدة رقم 1056، بتاريخ 20/10/2015، ملف رقم 15/7107/339.

<sup>2</sup>- حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 4295، بتاريخ 01/10/2015، ملف رقم 15/7107/362.

<sup>3</sup>- حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 4193، بتاريخ 29/09/2015، ملف عدد 2015/7107/350.

<sup>4</sup>- تمت إضافتها بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.15.90 الصادر في 29 من رمضان 1436 (16 يوليوز 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 34.15 القاضي بتغيير وتميم القانون التنظيمي رقم 59.11 المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية، الجريدة الرسمية عدد 6380 - 6 شوال 1436 (23 يوليوز 2015)، الصفحة 6713. التعديل موجود في الصفحة 6716.

المطلوب في الطعن أمام استحالة قانونية وواقعية تحول بينه وبين تنفيذ مقتضيات الفقرة السادسة من المادة 17 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات الترابية، والذي ليس من حقه إلزام أي عضوة من أعضائه للترشح لمنصب نائب الرئيس، على اعتبار أن الترشح يبقى أمرا اختياريا وليس إلزاميا سواء بالنسبة للمرأة أو الرجل وأن مبدأ الحرية في الترشح وتقلد المسؤوليات حق دستوري يتعمّن احترامه وأن المشاركة في التسيير يجب أن تكون نابعة عن إرادة حرة<sup>1</sup>.

يمكن القول بأن استحالة وتعذر تطبيق مقتضيات المادة 17 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات الترابية، وخاصة في حالة رفض النساء المنتسبات لائحة الترشح لمنصب نائب الرئيس استناداً إلى رغبتهن في عدم الترشح يعتبر عذراً مقبولاً، لعدم مراعاة التمثيلية النسائية في تشكيلة أجهزة المجالس الجماعية لأن ضمان مشاركة المرأة في مكتب الجماعة يبقى أمراً اختيارياً وبناءً على إرادتها في الترشح، وهذا الأمر أكدته المحكمة الإدارية بالدار البيضاء التي استعملت سلطتها التقديرية لتقدير الظروف والملابسات التي صاحبت العملية الانتخابية، فتبين لها بأن بعض النساء وعددهن أربعة لم تكن لهن رغبة في تولي أي منصب من منصب نواب الرئيس أما باقي النساء فهن ينتمين إلى فريق المعارضة، وهذا الأمر تعذر معه، بحكم الواقع، إدراج أسماء نسوية ضمن لائحة الترشح لنواب الرئيس.

### ثالثاً : الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة :

السلطة التقديرية للإدارة مفادها أن هذه الأخيرة تبقى مؤهلة لتقدير ظروف اتخاذ قراراتها انطلاقاً من المصلحة العامة أو من ضماناً لسير المرفق العام شريطة عدم المساس بحقوق وحرمات الأفراد. ويذهب الفقيه بونارد في تعريفه للسلطة التقديرية للقول بأنها: "التقييم الحر الذي يتركه القانون لرجل الإدارة"، بينما يرى جيرون بأن "هذه السلطة توجد عندما لا تكون الإدارة ملزمة بالقانون لاتخاذ موقف معين ويكون لها الاختيار بين أن تعمل أو تكتنع وإذا تصرفت فإن لها الاختيار بين عدة قرارات". ومن جهته، يعرف الفقيه ميشو السلطة التقديرية للإدارة بأنها: "السلطة التي تتصرف بها الإدارة عندما لا يكون التصرف قد أملني عليها"<sup>2</sup>.

من أجل إخضاع السلطة التقديرية للإدارة للرقابة الإدارية، اهتدى القضاء الإداري بفرنسا يسمى بنظرية الخطأ البين في التقدير، والذي يقصد به الخطأ المترافق من طرف الإدارة، ويرى Braibant : "بأن الخطأ يكون فادحاً عندما تتعسف الإدارة عن قصد أو غيره في التقدير المخلو لها وتعدي حدود المعقول في تقديرها بمناسبة

<sup>1</sup>- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 2513، بتاريخ 10/07/2015، ملف عدد 7107/411.

<sup>2</sup>- الحسن سيمو: السلطة التقديرية للإدارة ورقابة القضاء الإداري علهم، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 13 أكتوبر - ديسمبر 1995، الصفحة .32-31

الخاذ القرار<sup>1</sup>. ومن جانبه ، ابتكر القضاء الإداري المصري ما يسمى بنظرية الغلو في التقدير<sup>2</sup>، وهي تتشابه من حيث نتائجها مع النظرية الفرنسية إلى حد ما مع وجود تفاوت في التطبيق<sup>3</sup>، ويرجع الفضل في ظهور نظرية الغلو في التقدير إلى المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ 11 نوفمبر 1961<sup>4</sup>.

استثنى التجربة المغربية في القضاء الإداري لفترة طويلة السلطة التقديرية للإدارة من رقابتها، فالمجلس الأعلى عندما أتيحت له فرصة النظر في القرارات الإدارية المتخذة في مجال السلطة التقديرية للإدارة لم يمارس عليها سوى رقابة إدارية محددة وضيقه جداً شلت جوانب المشروعية الشكلية والخارجية وكذا بعض جوانب مشروعيتها المادية دون الوصول إلى درجة مراقبة الملاعنة، وظلت الغرفة الإدارية لسنوات طويلة متمسكة بهذا الموقف الرافض لمراقبة السلطة التقديرية للإدراة باعتبارها لا تدخل ضمن مجال رقابة المشروعية<sup>5</sup>.

تفادت الغرفة الإدارية بسط رقابتها على الملاعنة، حينما أقرت في قرارها عدد 114 بأن طلب الإلغاء بسبب انحراف الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية يكون غير مبرر ما لم يوضح فيه طالب الطعن عناصر هذا الانحراف، وصرحت بأنهم غير الممكن مساءلة الإدراة إلا إذا ثبت أنها انحرفت فعلاً في استعمال سلطتها التقديرية<sup>6</sup>، وهو نفس الموقف الذي أعاد تأكيده في قرارها عدد 473، الذي صرحت فيه بأن السلطة التقديرية للإدراة لا يمكن الحد منها إلا إذا ثبت الشطط في استعمالها، وأكملت بأن الإدراة تتتوفر على سلطة تقديرية لتسخير

<sup>1</sup>- ظهر هذا المصطلح لأول مرة في اجتهد المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية، حيث قضت بعدم ملاءمة عقوبة الإعفاء من العمل والخطأ المرتكب من قبل حارس ليلى أخذته غفوة النوم، وقد تبى مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية في قراره الصادر سنة 1961 في قضية Lagrange، وفي وقت لاحق في قضية بلدية Montfermeil سنة 1962، وأيضاً حكمه في قضية Lebon سنة 1978. أنظر: عبد الله المتوكل: الخطأ الفادح في التقدير في المنازعات الإدارية المغربية، مجلة التواصل القضائي، عدد مزدوج 3-2، دجنبر 2013 - فبراير 2014، الصفحات 114-115. ومجيد خضر السبعاوي: نظرية الغلط في قانون العقوبات المقارن، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى سنة 2013، الصفحة 69.

<sup>2</sup>- التي يقصد بها عدم ملاءمة بين نوع المخالفه والعقوبة التأديبية، وقد تم اعتماد هذا النظرية كتقنية لمراقبة السلطة التقديرية للإدراة التي منحها القانون حرية في اختيار العقوبة من بين العقوبات التي حددتها ولكن دون أن يحدد العقوبة التي تقابل المخالفه كما هو معمول به في القانون الجنائي. أنظر:

- محمد عنترى: تحول الاجتهد القضائى في مراقبة الملاعنة بين الأفعال والعقوبة التأديبية، نفس المرجع السابق، الصفحة 104.

- الحسن سيمو: القضاء الإداري ورقابة المشروعية والملاعنة، المجلة المغربية للإدراة المحلية والتنمية عدد 27 أبريل - يونيو 1999، الصفحة 12.

<sup>4</sup>- وذلك حينما صرحت بأنه: "لأن كانت للسلطات التأديبية وبينها المحاكم التأديبية، سلطة تقدير خطورة الذنب، وما يناسبه من جزاء بغير تعقيب عليها في ذلك، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطات شأنها في ذلك شأن أي سلطة تقديرية أخرى، ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم ملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره". أنظر: محمد عنترى: تحول الاجتهد القضائى في مراقبة الملاعنة بين الأفعال والعقوبة التأديبية، مرجع سابق، الصفحة 104.

<sup>5</sup>- أمال المشرفي: حماية الحقوق والحريات بالتقيد القضائي لسلطة الإدراة التقديرية، المجلة المغربية للإدراة المحلية والتنمية عدد 13 أكتوبر - دجنبر 1995، الصفحات 51-50.

<sup>6</sup>- قرار الغرفة الإدارية عدد 114، الصادر بتاريخ 25/04/1991، ملف إداري رقم 10051/90، منشور بدفاتر المجلس الأعلى العدد 10-2005، أشغال الأيام الدراسية 14-20 أبريل 2004، منشورات مركز النشر والتوثيق القضائي، الإصدار الرقمي- فبراير 2009، تحرير القرارات القضائية الصفحة 167 وما بعدها.

مصالحها الإدارية وفق ما تمليه المصلحة العامة، وأنه ليس من حق الموظف أن يطعن في قراراتها ما دام أنه لم يثبت أنها قد أخرفت في استعمال سلطتها التقديرية<sup>1</sup>.

غير أن هذا الموقف لم يعمر طويلاً إذ حدث تطور في اجتهاد المجلس الأعلى وتجاوز الحد الذي كان يقف عنه عادة واتجه نحو فرض نوع من الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، من خلال نظرية الخطأ البين في التقدير، التي تلزم الإدارة باحترام حد أدنى من المنطق والصواب<sup>2</sup>، وأصبح يراقب الملاعنة من خلال مراقبة المشروعة أي عبر تقدير الظروف الخبيطة بكل نازلة على حدة ومعالجتها على ضوء ذلك، بمعنى إيجاد حل لكل نازلة على ضوء المعطيات والظروف والملابسات التي أحاطت بالقرار أو صدر في سياقها هذا القرار<sup>3</sup>.

هذا التوجه الحديث في اجتهاد الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بدا واضحاً ابتداءً من سنة 1997، أي حينما أعلنته هذه الأخيرة، وبشكل صريح وبما لا يدع مجالاً للشك، في ديباجة قرارها عدد 136، الصادر بتاريخ 13 فبراير 1997، عن اختصاصها بمراقبة السلطة التقديرية للإدارة والذي جاء فيه بأن: "القضاء الإداري يتتوفر على صلاحية مراقبة مدى ملاعنة العقوبة المتخلنة في حق الموظف مع حجم المخالفة المرتكبة"<sup>4</sup>. وهكذا، إذن وبعد طول انتظار أصبحت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى تبسط رقابتها على السلطة التقديرية للإدارة.

تعزز ترقابة الغرفة الإدارية على السلطة التقديرية للإدارة بإنشاء المحاكم الإدارية، بموجب الخطاب الملكي، بتاريخ 8 ماي 1990، الذي نادى بإحداث محاكم إدارية تختص بالنظر في النزاعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، وهو ما شكل نقلة نوعية في مسار الإصلاحات التي باشرها المغرب في نطاق ما يعرف باستكمال مسلسل الديقراطية وتدعمه دولة الحق والقانون من خلال وضع حد فاصل بين القضاء العادي والقضاء الإداري ومن ثم إقرار أسلوب جديد للرقابة على أعمال الإدارة بما يساعده في إقرار العدالة بين الإدارة والمواطن<sup>5</sup>.

أفرزت الممارسة الرقابية للمحاكم الإدارية على الملاعنة حصيلة مهمة من الأحكام التي تم الحرص فيها على أن تكون تصرفات الإدارة في حدود القانون وأن تضمن حد أدنى من احترام حقوق الأفراد، حتى ولو كان ذلك

<sup>1</sup>- قرار عدد 473 صادر بتاريخ 9 نونبر 1995، في ملف إداري عدد 10626/93، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 49-50، السنة التاسعة عشر، يوليوز 1997، دار نشر المعرفة الرباط، الصفحة 152.

<sup>2</sup>- أمال المشرفي: حماية الحقوق والحرمات بالتقيد القضائي لسلطة الإدارة التقديرية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 13 أكتوبر - دجنبر 1995، الصفحة .53

<sup>3</sup>- الحسن سيمو: تطور قضاء الإلغاء لدى الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 23 أبريل - يونيو 1998، الصفحة .31

<sup>4</sup>- الحسن سيمو: القضاء الإداري المغربي ورقابة المشروعة والملاعنة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 27 أبريل - يونيو 1999، الصفحة 11.

أنظر أيضاً محمد المنتصر الداودي: دور القضاء الإداري في حماية حقوق الإنسان، وارد ضمن عمل المجلس الأعلى والتحولات الاقتصادية والاجتماعية، أشغال الندوة التي تم تنظيمها بالرباط ما بين 18 - 20 دجنبر 1997، مطبعة ومكتبة الأمنية - الرباط 1999، الصفحة .389

<sup>5</sup>- رضوان بوجمعة: وضعية القضاة الإداريين على ضوء قانون إحداث المحاكم الإدارية بالمغرب، ضمن المحاكم الإدارية ودولة القانون، أعمال الندوة العلمية الدولية التي نظمتها كلية الحقوق بمراكش يومي 4 و 5 فبراير 1994، منشورات كلية الحقوق مراكش، سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد الخامس، 1996، الصفحة .157.

يدخل في نطاق سلطتها التقديرية، وهذا ما ذهبت إليه إدارية الرباط، حيث أكدت فيه بأنكل من الفقه والقضاء استقر على أنه أيًا ما كان مدى السلطة التقديرية التي يعترف بها القانون للإدارة في نطاق معين فإن أمرًا واحدًا لا يمكن أن يكون محلاً للسلطة التقديرية للإدارة وهو الهدف أو الغاية، ذلك أن سلطة الإدارة بالنسبة للهدف هي دائمًا سلطة مقيدة، ولا يمكن أبداً أن تكون سلطة تقديرية تخرج عن رقابة القضاء.<sup>1</sup>

فالقضاء الإداري المغربي، مارس وبشكل تدريجي رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، سواء من خلال نظرية الخطأ البين في التقدير ذات المنشأ الفرنسي أو نظرية الغلو في التقدير ذات الأصل المصري، وهو الشيء الذي مكنه من مراقبة حصيلة كبيرة من حيث مراقبة الملاعنة، وحتى الحيثيات التي يتم اعتمادها بمناسبة تحرير الأحكام الإدارية، يمكن القول عنها بأنها أصبحت أكثر وضوحاً مما كان عليه الأمر في السابق، وما أدل على هذا التحول الذي طال بناءات الأحكام الإدارية هي أنها أصبحت تربط بين ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية بضرورة مراعاة المصلحة العامة والأخذ بعين الاعتبار الظروف الاجتماعية.<sup>2</sup>

#### خاتمة :

لضمان سمو لائحة الحقوق والحرفيات وعدم تجاوز السلطات العامة لصلاحياتها القانونية والإدارية كان لزاماً وجود رقابة قضائية على جميع التصرفات التي تقوم بها الإدارة، وهو ما تم إسناده في جميع الدولة لأنظمة القضاء الإداري بغض النظر عن طبيعة النظام القضائي المعمول سواء القضاء الموحد أو المزدوج، فالقاسم المشترك بين النظمين هو إخضاع نشاط الإدارة للرقابة القضائية، سواء في جانب المشروعية أو الملاعنة وهذا من الضمانات الإيجابية للحقوق والحرفيات.

ولما كان محتملاً ووارداً أن تتعرض حقوق الإنسان لبعض الانتهاكات أوجد المشرع جهاز القضاء الإداري الذي تصدى، وكما رأينا سابقاً، في مناسبات كثيرة لتجاوز الإدارة لصلاحياتها في مواجهة الأفراد بل ودفعها لمراجعة قراراتها الإدارية اللامشروعة أو المعيبة، وفي التجربة المغربية عرف القضاء الإداري في مجال رقابة المشروعية والملاعنة انتقالاً نوعياً ملمساً، وذلك نظراً للدور الذي لعبه القضاء الإداري في حماية هذه الحقوق والحرفيات، على رغم التحديات التي لا زالت يواجهها هذا الأخير في تطبيق مقتضياته وأهدافه، من قبيل عدم تنفيذ الأحكام الإدارية، فدوره لا يتوقف

<sup>1</sup>- الحكم منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 11 أبريل - يونيو 1995 الصفحة 69 وما بعدها.

<sup>2</sup>- وهذا الاتجاه، أكدته المحكمة الإدارية بوجدة في حكمها الصادر، بتاريخ 14/06/2000، والذي أقرت فيه بأن تنقيط الموظفين وإن كان يدخل في إطار السلطة التقديرية للإدارة إلا أنها تبقى مع ذلك خاضعة لرقابة القضاء الإداري الذي وهو بصدق التتحقق من صحة قيام الواقع التي تشكل سبب القرار يتصدى لها من زاويتين، فمن ناحية يبحث في وجودها المادي من عدمه، ومن ناحية يتحقق من صحتها القانونية، وذلك بأن يبحث فيما إذا كانت الواقع المزعوم من الإدارة هي نفسها التي يشتطرها القانون، لأن رجل الإدارة في ممارسته لمهامه يجب أن لا يخضع في تصرفاته لما تمليه عليه الأهواء. الحكم منشور في الاجهادات القضائية في مجال التربية والتكون، منشورات مديرية الشؤون القانونية والمنازعات التابعة لوزارة التربية الوطنية والتعليم العالي وتكوين الأطر والبحث العلمي، الجزء الأول - فبراير 2007، الصفحة 86 وما بعدها.

وفي نفس السياق، ورد أيضاً في حيثيات حكم آخر للمحكمة الإدارية بوجدة تحت رقم 193/01، بتاريخ 12/09/2001، ملف رقم 104/2001، بأن قرارات نقل الموظفين وإن كانت تدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة تحقيقاً منها لحسن سير المرقق العام والانتفاع بخدماته، فإن سلطتها التقديرية في هذا المجال ليست تحكمية أو تعسفية وإنما هي سلطة قانونية تخضع مثل سائر سلطات الإدارة للرقابة على مشروعيتها التي لا تتحقق إلا بالتأكد من أنها استهدفت المصلحة العامة. الحكم منشور في الاجهادات القضائية في مجال التربية والتكون، منشورات مديرية الشؤون القانونية والمنازعات التابعة لوزارة التربية الوطنية والتعليم العالي وتكوين الأطر والبحث العلمي، الجزء الأول - فبراير 2007، الصفحة 358.

عند حدود إلزام الإدارة باحترام القواعد القانونية، بل يجب أن يمتد لإلزامها بضرورة تنفيذ الأحكام التي تصدر في حقها، فإذا امتنعت هذه الأخيرة على تنفيذ حكم حائز لقوة الشيء المضي به فإن ذلك يعد إخلالاً بحق أقره القانون وأكده القضاء وهو ما يجعل موقفها الرافض تصرفاً موجباً للطعن فيه بالنقض ويترتب عليه مسؤوليتها التقصيرية وإلزامها بالتعويض، خاصة إذا تعلق الأمر بأحكام قضائية نهائية وأصبحت غير قابلة لأي طريقة من الطعن إما لفوات آجال الطعن أو لاستنفاد كل وسائل الطعن المقررة في القانون.

عموماً، يمكن القول بأن القضاء الإداري بالغرب ساهم في حماية الحقوق والحريات بفرض رقابة منتظمة على أعمال الإدارة سواء من خلال رقابة المشروعية أو الملازمة، وإحداث توازن بين الإدارة بصفتها سلطة عامة والأفراد باعتبارهم يمتلكون حقوقاً وحربيات، فالقضاء الإداري يقاوم الشطط في استعمال السلطة أو سوء استعمالها، والتجاوز في الاختصاصات، والتعسف حماية حقوق وحربيات الأفراد.

#### • لائحة المراجع :

##### 1/ الكتب :

- حسن زرداني وأحمد قيلش ومحمد زنون: التنظيم القضائي بمحاكم المملكة، مطبعة الأمانة الرباط، الطبعة الأولى 2016.
- سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة "الانحراف بالسلطة"، تأسيح عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانية/حسين إبراهيم خليل، دار الفكر العربي، طبعة 2014.
- سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة- 1984.
- طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، ملتزم للطباعة والنشر، طبعة 1963.
- مايا محمد نزار أبو دان: الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر ولبنان، منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان ط 1-2011.
- مجید خضر السبعاوي: نظرية الغلط في قانون العقوبات المقارن، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى سنة 2013.
- محمد الصغير بعلی : الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، طبعة 2009.
- محمد كرام : الوجيز في التنظيم القضائي المغربي، مطبعة الوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2010.
- محمد كرامي : القانون الإداري، التنظيم الإداري - النشاط الإداري، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2003.
- محمود عاطف البنا: الوسيط في القضاء الإداري، قضايا الإلغاء وقضاء التعويض، دار الفكر العربي، طبعة 1988.
- مليكة الصروخ : القانون الإداري دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة السابعة 2010.
- مليكة الصروخ : مشروعية القرارات الإدارية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء- الطبعة الأولى، 2011.

- مولاي إدريس الحلابي الكتاني : سلوكيات رجل الإدارة على ضوء المفهوم الجديد للسلطة، الإصلاح الإداري، مكتبة دار السلام الرباط، الطبعة الأولى 2002.

## 2/المقالات :

- أمال المشرفي : حماية الحقوق والحرفيات بالتقيد القضائي لسلطة الإدارة التقديرية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 13 أكتوبر - ديسمبر 1995.
- الحسن سيمو : السلطة التقديرية للإدارة ورقابة القضاء الإداري عليها، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 13 أكتوبر - ديسمبر 1995.
- الحسن سيمو : القضاء الإداري المغربي ورقابة المشروعية والملاءمة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 27 أبريل - يونيو 1999.
- الحسن سيمو : تطور قضاء الإلغاء لدى الغرفة الإدارية بالجنس الأعلى، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 23 أبريل - يونيو 1998.
- رضوان بوجمعة : وضعية القضاة الإداريين على ضوء قانون إحداث المحاكم الإدارية بالغرب، ضمن الحكم الإدارية ودولة القانون، أعمال الندوة العلمية الدولية التي نظمتها كلية الحقوق بمراكش يومي 4 و 5 فبراير 1994، منشورات كلية الحقوق مراكش، سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد الخامس، 1996.
- عبد الله المتوكل: الخطأ الفادح في التقدير في المنازعات الإدارية المغربية، مجلة التواصل القضائي، عدد مزدوج 2-3، ديسمبر 2013 - فبراير 2014.
- محمد عنتري: تحول الاجتهاد القضائي في مراقبة الملاءمة بين الأفعال والعقوبة التأديبية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد مزدوج، 20-21 يوليوز - ديسمبر 1997.
- المتصر الداودي : دور القضاء الإداري في حماية حقوق الإنسان، وارد ضمن عمل المجلس الأعلى والتحولات الاقتصادية والاجتماعية، أشغال الندوة التي تم تنظيمها بالرباط ما بين 18 - 20 ديسمبر 1997، مطبعة ومكتبة الأمنية - الرباط 1999.
- المتصر الداودي : قضاء الإلغاء والسلطة التقديرية للإدارة، مقال منشور ضمن مؤلف جماعي تحت عنوان : المحاكم الإدارية ودولة القانون، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد الخامس، أعمال الندوة التي نظمتها كلية الحقوق بمراكش، يومي 4-5 فبراير 1996.

## 3/قرارات وأحكام قضائية :

- قرار المجلس الأعلى عدد 473 صادر بتاريخ 9 نونبر 1995، في ملف إداري عدد 93/10626، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 49-50، السنة التاسعة عشر، يوليوز 1997.
- قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 240 المؤرخ في 2008/02/11 - ملف عدد 5/08/21.
- قرار الغرفة الإدارية عدد 114، الصادر بتاريخ 1991/04/25، ملف إداري رقم 90/10051.
- قرار الغرفة الإدارية بالجنس الأعلى عدد 608، بتاريخ 1997/05/22، ملف إداري عدد 97/1/5/443.
- قرار الغرفة الإدارية عدد 893، بتاريخ 1997/05/27، ملف إداري عدد 1997/1/5/847.

- قرار الغرفة الإدارية عدد 1278 بتاريخ 24/09/1997، ملف إداري عدد 97/1/5/1387.
- قرار الغرفة الإدارية عدد 1319 بتاريخ 01/10/1997، ملف إداري عدد 97/1/5/1434.
- . قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 582، بتاريخ 17/08/2007، في ملف عدد 12/07/28.
- قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 79، بتاريخ 17/01/2008، ملف عدد 12/07/2.
- قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 522، بتاريخ 16/04/2008، ملف عدد 05/7/261.
- . قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، عدد 1299 بتاريخ 19/11/2008 في الملف رقم 5/07/176.
- قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1367 بتاريخ 26/11/2008 - ملف عدد 5/07/274.
- . قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1677، مؤرخ في 01/07/2009، ملف عدد 5/07/397.
- . قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1729 المؤرخ في 08/07/2009 - ملف عدد 5/08/75.
- حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 582 بتاريخ 11/06/1998 ملف رقم 1345 غ.
- . حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 3338 - ملف رقم 46/7105، بتاريخ 21/07/2015.
- حكم المحكمة الإدارية بمكناس عدد 54/98 بتاريخ 23/09/1998 في ملف رقم 102/3/97 غ.
- حكم المحكمة الإدارية بوجدة الصادر، بتاريخ 14/06/2000.
- . حكم للمحكمة الإدارية بوجدة تحت رقم 193/01، بتاريخ 12/09/2001، ملف رقم 104/2001.
- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 11/07/2003، في ملف عدد 968/2003 غ.
- حكم المحكمة الإدارية بالرباط، رقم 456، بتاريخ 16/03/2006، ملف رقم 16-06 غ.
- حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 1341 بتاريخ 02/11/2006 ملف رقم 265/06 غ.
- . حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 1660 بتاريخ 28/12/2006، ملف رقم 425/06 غ.
- . حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 19/03/2009، في ملف عدد 116/7/2009.
- . حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 06/04/2009، في ملف عدد 112/7/2009.
- . حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 4193 بتاريخ 29/09/2015، ملف عدد 350/7107/2015.
- . حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 4295 بتاريخ 01/10/2015، ملف رقم 362/7107/2015.
- . حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 2513 بتاريخ 07/10/2015، ملف عدد 411/7107/2015.

## وسائل إثبات الضرر المبرر للتطبيق

### في ضوء ثلاثة من مقررات القضاء المغربي والمقارن



إعداد الأستاذ : محمد القاسمي

باحث في القانون الخاص بكلية الحقوق

أكادير ، مدير مجلة الباحث وسلسلة الأبحاث

يقول تعالى : (وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ بِالْكَوْنَ قَدْ لَحِلَّمَ تَبْقِيسَهُ )<sup>١</sup>

تمهيد :

تعدد صور الأضرار التي تلحق أحد أطراف العلاقة الزوجية بسبب فعل أو تدخل الطرف الآخر، كالاعتداء عليها بالضرب والجرح أو الإهانة التي لا تحتمل، وفي مثل هكذا حالات يحق للزوج المتضرر حسب مقتضيات مدونة الأسرة<sup>٢</sup> أن يطلب تطبيقه من الطرف الآخر بأحد الأسباب المبينة عن طريق القضاء، حيث يعمد هذا الأخير إلى إصدار مقررات قضائية متى استحالة العشرة بينهما لعلة رفع الحيف والضرر، وحتى ينال الزوج المدعى حريته والحال هذا، فعليه إثبات الضرر المبرر للتطبيق.

فلا غرو في تبيان ما يطرحه إثبات الضرر المبرر للتطبيق من إشكالات عملية قد تحد في كثير من الأحيان من حصول المتضرر في العلاقة الزوجية<sup>٣</sup> على مقرر يقضيه التطبيق<sup>٤</sup>، بحيث أسنن المشرع للمحكمة سلطة تقديرية واسعة لتقدير الضرر من عدمه بوسائل غير مخصوصة، وهو الأمر الذي كرسه المجلس الأعلى في أحد قراراته، حيث نص على

1- سورة البقرة، الآية: 131.

2- ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة - الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418.

3- والذي ما يكون الزوجة في الغالب الأعم.

4- خديجة البوسالي، الإثبات في قضايا الأسرة بين النص القانوني والاجتهد القضائي، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، وحدة الأسرة والتنمية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية والاقتصادية، جامعة المولى إسماعيل، مكناس، الموسم الدراسي 2010/2011م، ص: 89 و 90.

ما يلى : "...حيث إن تقدير الأدلة موكول لسلطة المحكمة ولا معقب عليها إلى من حيث النتيجة التي تنتهي إليها..."<sup>1</sup>.

انطلاقاً من كل ما تقدم تبيّنه أعلاه، نخلص لطرح إشكالية مفادها: ما أهم الوسائل المأذوذ بها من قبل القضاء المغربي بجميع درجاته وكذا المقارن الرامية إلى إثبات الضرر المبرر للتطبيق؟

والأجل الإجابة عن الإشكالية المطروحة، فسوف نعمد إلى إعمال تصميم منهجي ثنائي، حيث تخصص (المطلب الأول) للحديث عن شهادة الشهود ب مختلف أنواعها والخبرة والشهادة الطبية كوسائل لإثبات الضرر المبرر للتطبيق، على أن نتطرق في (المطلب الثاني) للحديث عن محاضر الشرطة والمقررات القضائية القاضية بالإدانة والصور الفوتوغرافية كوسائل لإثبات الضرر المبرر للتطبيق.

### المطلب الأول : شهادة الشهود والخبرة الطبية كوسيلة لإثبات الضرر المبرر للتطبيق أمام القضاء :

سنعتمد إلى تقسيم مجريات هذا المطلب إلى فقرتين، تخصص الفقرة الأولى للحديث عن شهادة الشهود المؤسسة على السمع كوسيلة لإثبات الضرر المبرر للتطبيق، على أن نتطرق في الفقرة الثانية لمناقشة الخبرة والشهادة الطبية كآلية لإثبات الضرر المبرر لفصم الرابطة الزوجية.

#### الفقرة الأولى : شهادة الشهور المؤسسة على السمع كوسيلة لإثبات الضرر المبرر للتطبيق :

عمد القضاء المغربي بجميع درجاته إلى جانب القضاء المقارن في كثير من مقرراتهم إلى الأخذ بجموعة من الوسائل التي اعتمدها أحد طرف العلاقة الزوجية - خصوصاً الزوجة - لإثبات الضرر كمبرات للاستجابة لطلبه الرامي إلى التطبيق، ومن أهم هذه الوسائل نجد شهادة الشهود المؤسسة على السمع الفاشي والمستفيض.

فيخصوص الاستجابة لطلب الزوجة الرامي لتطبيقها استناداً إلى هذا النوع من الشهادة، فقد وردت عن القضاء المغربي جملة من المقررات المؤسسة على هذه الوسيلة أهمها قرار صادر عن المجلس الأعلى يقضى بما يلى: "...إضرار أحد الزوجين بالأخر يثبت بشهادة السمع"<sup>2</sup> وهو ما جاء في قرار آخر لنفس المجلس حيث نص على أنه: "...لكن، حيث إن تقدير الأدلة يدخل في السلطة التقديرية للمحكمة ولا رقابة عليها إلا فيما استخلصت منها، وهي لما ناقشت موجب إثبات الضرر الذي أفاده شهود عن طريق السمع على ألسنة أهل العدول وغيرهم أن الطالب يسعى إلى زوجته وقضت بـ التطبيق لهذا السبب تكون قد بنت في حدود الطلب، وقدرت الموجب المذكور تقديرها سائغاً ما دام أن الضرر يمكن إثباته بشهادة السمع كما هو مقرر فتها..."<sup>3</sup>.

1- قرار المجلس الأعلى عدد 396 في الملف 99/1/2 بتاريخ 18/10/2000م، وارد في: المتنق من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء الأول، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 10، فبراير 2009، مطبعة إيت، الرباط، ص: 138 و 139.

2- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 87 في الملف الشريعي عدد 99/23 بتاريخ 14/12/2000م، أوردته: محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي منشورات دراسة قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغاربيين، الطبعة الثانية، 2011م، ص: 119.

3- قرار صادر عن المجلس الأعلى في الملف عدد 317 في الملف 4/1/2004، بتاريخ 5/4/2006م، مشار إليه في: المتنق من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، م.س، ص:

انطلاقاً من حيثيات القرارين أعلاه، يظهر جلياً أن المجلس الأعلى اعتمد على شهادة السماع للاستجابة لطلب الزوجة الرامي إلى التطبيق، وهو ما سارت على خلافه محكمة النقض السورية في أحد قراراتها جاء في حيثية من حيثياته ما يلي: "...لا يجوز قبول الشهادة المبنية على السماع في إثبات الضرر المبرر للتطبيق"<sup>1</sup>.

فالرأي فيما نعتقد أن التوجه الأقرب للصواب هو المبني من قبل القضاء المغربي، والسندي في ذلك ما أصبحت تقتضيه ظروف المجتمع ومستجداته، هذه الأخيرة تختتم التوسيع في الأخذ بوسائل إثبات عدالة لفصم ثلاثة من الزيجات التي لم يعد لبقائهما أي طائلة ومنها شهادة السماع، فالعديد من الزوجات يجدن أنفسهن بدون أية وسيلة ثبت الضرر الحالـلـ في حقـهنـ، خصوصـاـ أنـ هـذـاـ الـآخـرـ يـقـعـ فـيـ الـغـالـبـ الـأـعـمـ فـيـ مـكـانـ مـغـلـقـ أـلـاـ وـهـوـ بـيـتـ الـزـوـجـيـةـ،ـ فـكـثـرـاـ مـاـ يـنـتـشـرـ خـبـرـ إـضـرـارـ الـزـوـجـ بـزـوـجـتـهـ عـنـ طـرـيقـ السـمـاعـ بـيـنـ الـأـقـارـبـ وـالـجـيـرانـ وـأـهـلـ الـحـىـ،ـ مـاـ يـجـعـلـ هـذـهـ الـوـسـيـلـةـ سـائـغـةـ فـيـ إـثـبـاتـ الـضـرـرـ الـمـبـرـرـ لـلـتـطـلـيقـ مـتـىـ توـافـرـتـ شـروـطـهاـ الشـرـعـيـةـ وـالـقـانـوـنـيـةـ.

#### الفقرة الثانية : الخبرة والشهادة الطبية كآليتين لإثبات الضرر المبرر للتطبيق :

عمد القضاء المغربي إلى اعتماد الخبرة والشهادة الطبية لأجل تكوين قناعته والاستجابة بالتبعية لطلب الزوجة الرامي إلى تطبيقها من عصمة زوجها للضرر، حيث جاء في حيثية من حيثيات قرار صادر عن المجلس الأعلى ما نصه: "...القرار المتتقد والمعتبر أن المنازعـةـ فـيـ الـبـكـارـةـ لـيـسـ مـنـ قـبـيلـ الـضـرـرـ الـذـيـ يـبـرـ التـطـلـيقـ أـنـزـلـ النـصـ الـفـقـهـيـ الـمـعـتـدـ عـلـيـهـ فـيـ قـضـائـهـ فـيـ غـيـرـ مـحـلـهـ اـسـتـنـادـاـ لـبـابـ عـيـوبـ الـزـوـجـيـةـ خـلـافـاـ لـمـوـضـوـعـ نـازـلـةـ الـحـالـ الـمـؤـسـسـ عـلـىـ طـلـبـ التـطـلـيقـ لـلـضـرـرـ الـمـثـلـ فـيـ الـعـنـفـ الـمـؤـيدـ بـشـهـادـةـ طـبـيـةـ وـلـفـيفـ يـشـهـدـ شـهـودـهـ بـوـجـودـ ضـرـرـ مـعـنـويـ جـسـيمـ لـحـقـ بالـزـوـجـ يـوـمـ حـفـلـ دـخـولـ زـوـجـهـ بـهـاـ وـبـإـهـانـتـهـ لـهـاـ..."<sup>2</sup>.

فعطفاً على حيثيات القرار السالف الذكر، يظهر بجلـيـانـ المـجـلـسـ الـأـعـلـىـ استـنـدـ لـلـاسـتـجـابـةـ لـطـلـبـ التـطـلـيقـ المـقـدـمـ منـ قـبـيلـ الـزـوـجـةـ عـلـىـ الشـهـادـةـ طـبـيـةـ الـمـدـلـ بـهـاـ فـيـ الـمـلـفـ وـزـكـاـهـاـ بـالـلـفـيـفـ الـعـدـلـيـ الـمـسـتـمـعـ إـلـيـهـ،ـ وـهـوـ الشـيـءـ الـذـيـ سـارـتـ عـلـىـ خـلـافـهـ الـمـحـكـمـةـ الـابـتـدـائـيـةـ بـمـرـاكـشـ<sup>3</sup>ـ فـيـ أـحـدـ الـأـحـكـامـ الـصـادـرـةـ عـنـهـاـ لـمـ اـعـتـرـتـ أـنـ الـمـسـتـقـرـ عـلـيـهـ قـضـاءـ أـنـ الشـهـادـةـ طـبـيـةـ لـاـ تـعـدـوـ أـنـ تـكـوـنـ وـسـيـلـةـ مـنـ وـسـائـلـ إـثـبـاتـ الـضـرـرـ،ـ وـحتـىـ وـلـوـ كـانـتـ كـذـلـكـ فـلـاـ تـبـثـ نـسـبـتـهـ لـشـخصـ بـعـيـنهـ،ـ وـهـوـ مـاـ سـبـقـ لـقـضـاءـ الـنـقـضـ الـجـزاـئـيـ<sup>4</sup>ـ أـنـ كـرـسـهـ حـيـنـماـ اـعـتـرـ أـنـ تـقـدـيمـ الشـهـادـةـ طـبـيـةـ لـوـحـدـهـاـ لـاـ تـبـثـ الـضـرـرـ وـأـنـ الـحـكـمـ بـنـاءـ عـلـيـهـ وـحـدـهـاـ مـخـالـفـ لـلـقـوـاـعـدـ الـشـرـعـيـةـ وـالـقـانـوـنـيـةـ.

والرأي فيما نعتقد بخصوص هذه المسألة أن اعتماد الشهادة الطبية لوحدها لإثبات الضرر وبالطبعية الأخذ بها كوسيلة للتطبيق غير كافية كما ذهب إلى ذلك قضاء النقض الجزائري في القرار أعلاه، فالشهادة الطبية كما نحت إلى ذلك ابتدائية مراكش في حكمها الآنف الذكر حتى وإن كانت تثبت الضرر، فهي لا تثبت نسبة هذا الشخص أو

1- قرار صادر عن محكمة النقض السورية عدد 2572 بتاريخ 18/01/1998، مشار إليه في مجلة المحامون السورية.

2- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 982 في الملف 396/99 بتاريخ 11/11/2000م، أشار إليه: محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م . س، ص: 112

3- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 20 أكتوبر 2005، أشار إليه: محمد الشافعي، مدونة الأسرة والاجتهد القضائي، حصيلة ست سنوات من التطبيق العملي، سلسلة البحوث القانونية 19، المطبعة الوراقية الوطنية، مراكش، 2011م، ص: 94.

4- قرار صادر عن محكمة النقض الجزائرية في الملف عدد 52278 بتاريخ 02/01/1989م، مشار إليه في الموقع الإلكتروني - [boubidi.blogspot.com](http://boubidi.blogspot.com) بتاريخ 23/02/2017 على الساعة 17:30.

ذاك، مما يكون معه توجه المجلس الأعلى صائبا حينما عزز الشهادة الطبية المقدمة من قبل الزوجة بشهادة اللفيف الذي يؤكّد شهوده أن هذه الأخيرة تعرضت فعلاً للعنف المنوي والإهانة من قبل زوجها ليلة دخوله بها كما تؤكّد ذلك الشهادة الطبية المسلمة لها بعد إجراء خبرة طبية نفسية عليها.

## المطلب الثاني : محاضر الشرطة والمقررات القضائية القاضية بالإدانة والصور الفوتوغرافية كآليات لإثبات الضرر المبرر للتطبيق :

سوف نقسم تفاصيل هذا المطلب إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى للحديث عن محاضر الشرطة والمقررات القضائية القاضية بالإدانة وحاجتها في إثبات الضرر المبرر للتطبيق، على أن نرجع الحديث في الفقرة الثانية لمناقشة الصور الفوتوغرافية وبعض الدعامات المعلوماتية الأخرى كالرسائل الالكترونية باعتبارها وسائل لإثبات الضرر المبرر للتطبيق.

### الفقرة الأولى : محاضر الشرطة والمقررات القضائية القاضية بالإدانة وحاجتها في إثبات الضرر المبرر للتطبيق :

أعطى المشرع المغربي في خضم نصوص مدونة الأسرة<sup>1</sup> ومعه الاجتهاد القضائي للزوج المتضرر إمكانية إثبات الضرر المبرر للتطبيق عن طريق الإلقاء بجملة من الدلائل والحجج، وعلى رأسها محاضر الشرطة القضائية الموثق بضمونها<sup>2</sup> والأحكام والقرارات القضائية القاضية بالإدانة جراء ارتكاب أحد الأفعال الإجرامية من قبل الزوج الآخر.

فللمقررات القضائية في هذا الشأن كثيرة ومتعددة، لعل أهمها ما جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بآسفي<sup>3</sup> نص على ما يلى: "...حيث إن دعوى المدعية تهدف إلى تطبيقها من عصمة زوجها المدعى عليه للضرر...وحيث أكدت الزوجة أن سلوكيات الزوج أدت إلى اعتقاله، وأن اعتقاله أساء إلى سمعتها وأضرر بها مادياً ومعنوياً...وحيث بالاطلاع على الحكم الابتدائي المدللي به يثبت أن الزوج المدعى عليه محكوم عليه بسنة ونصف حبساً نافذاً من أجل جنحة الاتجار في المخدرات والفساد والسكر وهي أفعال أساءت إلى سمعة الزوجة وأضررت بها...حيث إنه وبعد ذلك يكون طلب المدعية مبنياً على أساس ويتquin الاستجابة له..." وهو الأمر الذي ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بالنظر في ذلك<sup>4</sup> في أحد أحكامها، وسبق للمجلس الأعلى أن كرسه في العديد من القرارات الصادرة عنه لعل أهمها: "...الحكم على الزوج بجنحة الاتجار في المخدرات يعتبر ضرراً مبرراً للتطبيق لساس ذلك بالأخلاق، وعدم استطاعة دوام العشرة...حيث إن مضمون الحكم الأجنبي يشكل وقائع مادية يعتمد عليها في إثبات

1- جاء في الفقرة الأولى من المادة 100 من مدونة الأسرة ما يلى: "ثبتت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود، الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة.".

2- جاء في المادة 290 من قانون المسطرة الجنائية ما يلى: "المحاضر والتقارير التي يحررها ضباط الشرطة القضائية في شأن التثبت من الجنحة والمخالفات، يوثق بمضمونها إلينا بثبات العكس بأي وسيلة من وسائل الإثبات."

3- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بآسفي في الملف عدد 899/05 بتاريخ 29/05/2006م، مشار إليه في: المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، م.س، ص: من 141 إلى 143.

4- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالنظر في تاريخ 5 فبراير 2007، مشار إليه في: محمد الشافعي، مدونة الأسرة والاجتهد القضائي، م.س، ص: 92 و 93.

الضرر المبرر للتطبيق<sup>1</sup> وفي قرار آخر جاء فيه: "...إدانة الزوج بالحبس من أجل ارتكاب جنحة الضرب والجرح ضد زوجته والذي تسبب لها في عجز مده 40 يوما يثبت الضرر الحاصل لها والمبرر للتطبيق".<sup>2</sup>

أما بخصوص اعتماد محاضر الشرطة القضائية كوسائل لإثبات الضرر اللاحق بأحد الزوجين، وبالتالي اعتبار ما تضمنته من حجج مبررا لتطليقه من الزوج الآخر، نجد قرار محكمة النقض عدد 124 الذي أقر بأنه: "...تعتبر محاضر الضابطة القضائية المتضمنة لاعترافات الأم بتعاطيها الفساد حجة على ما تضمنته ودليلًا على سوء سلوكها" مما يعطى معه الحق للزوج في طلب التطبيق للشقاق<sup>3</sup>، فهذا المحاضر يمكن اعتبارها قرينة قضائية للإثبات أمام القضاء المدني - والذي تعتبر أقسام قضاء الأسرة أحد مكوناته - كما ذهب إلى ذلك المجلس الأعلى<sup>4</sup> في أحد قراراته التي جاء فيها: "...إن محاضر الضابطة القضائية وإن كانت لا تعتبر حجة بما ورد فيها إلا في الميدان الظجري، فإنه يمكن أن تعتمد كقرينة قضائية في الإثبات في المادة المدنية".<sup>5</sup>

### الفقرة الثانية : الدعامات الإلكترونية الحديثة وحجتها في إثبات الضرر المبرر للتطبيق :

عمد القضاء المغربي في كثير من أحكامه وقراراته إلى الأخذ بوسائل أخرى حديثة لأجل إثبات الضرر الحاصل والذي يبرر فصم عرى الزوجية، ومنها الصور الفوتوغرافية، حيث جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور والذي نص على ما يلى : "...حيث تقدمة المدعية بطلب ترمي من خلاله الحكم بتطليقها من زوجها المدعى عليه طلقتا بائنة للضرر، حيث تبين للمحكمة بعد رجوعها إلى مستندات الملف ووثائقه ولما راج أمامها من مناقشات...أن الزوج المدعى عليه اعتنى على زوجته المدعية بالضرب، وأن الآثار البدنية عليها في الصور الفوتوغرافية هو من تسبب بها...حيث وإنه وتطبيقاً للمادة 99 من مدونة الأسرة، فإنه يعتبر ضرراً مبرراً لطلب التطبيق...حيث يكون طلب التطبيق للضرر تبعاً لذلك مؤسساً قانوناً ومبرراً من الناحية الواقعية، مما يتquin الاستجابة له، والحكم تبعاً لذلك بتطليق المدعية من عصمة زوجها المدعى عليه طلقتا واحدة بائنة تملك بها أمر نفسها...".<sup>6</sup>

أما بخصوص إثبات الضرر المبرر للتطبيق والتعويض عنهم بواسطة باقي الدعامات المعلوماتية كالرسائل الإلكترونية المرسلة على منصات التواصل الاجتماعي، فقد سبق للقضاء المغربي أن أخذ بها، وهو ما يجسد الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة الذي جاء فيه: "...إن الثابت من مقتطف الرسائل الإلكترونية مناقشة الزوج

1- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 988 ملف شرعى عدد 482/1/2 بتاريخ 18/10/1998 ، مشار إليه في: محمد بفقيه، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م .س، ص: 112.

2- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 237 في الملف العقاري 56/02 بتاريخ 27/3/2000، أورده: محمد بفقيه، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، م.س، ص: 113.

3- خول المشرع المغربي لكلا طرف العلاقة الزوجية إمكانية سلوك مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97 في مدونة الأسرة لأجل حل ميثاق الزوجية.

4- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 142 بتاريخ 21-02-2007 في الملف عدد 482-1-2-482 .2006.

5- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 53 بتاريخ 16-01-2008 في الملف رقم 354-1-5-354 .2007.

6- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة، ملف عدد 31/2007 الصادر بتاريخ 22/03/2007، مدرج في: المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، م.س، ص: 146 و 147.

لأوضاع جنسية مع امرأة عبر شبكات الأنترنيت، الشيء الذي أحدث لها ضرراً معنويًا – أي الزوجة – مما يجعلها محققة في طبل التطبيق والتعويض تحدده المحكمة في إطار سلطتها التقديرية<sup>1</sup>.

خاتمة :

عطفاً على كل ما تقدم تبيانه، نخلص للقول أن القضاء المغربي بجميع درجاته ومعه القضاء المقارن في ثلة من أحکامه وقراراته قد عمد إلى الأخذ بالوسائل المقرر شرعاً وتشريعاً لإثبات الضرر المبرر للتطبيق، كما وسع من دائرة، أدى ذلك إلى إعمال وسائل أخرى يمكن الركون إليها قصد إثبات الضرر كما الشأن في ذلك محاضر الشرطة القضائية والأحكام ال الجنائية بالادانة، بالإضافة إلى الصور الفوتوغرافية والرسائل الإلكترونية، وفي هذا الأمر نوع من التيسير على أحد أطراف العلاقة الزوجية المتضرر – الزوجة في الغالب الأعم – وذلك خروجاً عن تلك التوجهات الشاذة التي كانت سادة في ظل قانون الأحوال الشخصية الملغى.

• لائحة المراجع :

- القرآن الكريم.
- محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغاربي منشورات دراسة قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغاربيين، الطبعة الثانية 2011م.
- محمد الشافعي، مدونة الأسرة والاجتهد القضايى، حصيلة ست سنوات من التطبيق العملي، سلسلة البحوث القانونية 19، المطبعة الوراقية الوطنية، مراكش، 2011م.
- خديجة البوسالي، الإثبات في قضايا الأسرة بين النص القانوني والاجتهد القضايى، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، وحدة الأسرة والتنمية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية والاقتصادية، جامعة المولى إسماعيل، مكناس، الموسم الدراسي 2010/2011م.
- المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء الأول، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشرح والدلائل، العدد 10، فبراير 2009، مطبعة إلیت، الرباط.
- مجلة المحامون السورية.
- مدونة الأسرة.

مجلة الفقه والقانون  
[www.majalah.be.ma](http://www.majalah.be.ma)  
ردمد: 2336-0615