



جمعية المرصد
لحقوق الانسان

الحقوقية

مجلة علمية دورية محكمة
تعنى بنشر الدراسات والمقالات
والقضايا الحقوقية والقانونية

العدد الرابع - جمادى الأولى 1444 هـ / ديسمبر 2022 م





جمعية المرصد لحقوق الانسان

تؤمن مجلة "الحقوقية" أن القضايا الحقوقية والقانونية لا تنفك بتأماً عن اهتمام مختلف العلوم الاجتماعية والإنسانية، لذلك فإنها تعنى بنشر الدراسات والمقالات والقضايا ذات العلاقة بالشأن الحقوقي والقانوني المرتبط بالواقع العملي قدر الإمكان، وفي سياق استيعاب القراءات الحقوقية والقانونية التي تتصل بالحقول المعرفية المختلفة. وتتوزع موضوعات المجلة على أبواب مختلفة، لكل منها معايير وشروطه الخاصة بالنشر. وترحب المجلة بكل الباحثين والمؤلفين من كافة أرجاء الوطن العربي، وتُعطي الأولوية في النشر للدراسات والمقالات والقضايا التي تتناول مسائل مستجدة على الساحة الحقوقية.

دار الروافد الثقافية - ناشرون
الإمارات العربية المتحدة - مركز الأعمال - مدينة الشارقة
للتشر - المنطقة الحرة - خلوي: +961 3 69 28 28
email: rw.culture@yahoo.com
توزيع: دار الروافد الثقافية - الحمراء - شارع ليون -
برج ليون، ط6 - بيروت - لبنان - ص.ب. 113/6058
هاتف: +961 1 74 04 37

ابن النديم للنشر والتوزيع
51 شارع نهار بلعيد فويدر - وهران
هاتف: +213 661 20 76 03
فاكس: +213 41 25 97 88
ص.ب. 357 السانثيا زرباني محمد
وهران - الجمهورية الجزائرية
email: nadimedition@yahoo.fr

ISSN 2536-0078



9772536007006

الحقوقية

مجلة علمية دورية محكمة

تعنى بنشر الدراسات والمقالات والقضايا الحقوقية والقانونية



جمعية المرصد
لحقوق الانسان

الحقوقية

مجلة علمية دورية محكمة

تعنى بنشر الدراسات والمقالات والقضايا الحقوقية والقانونية

العدد الرابع، جمادى الأولى 1444هـ/ ديسمبر 2022م

الحقوقية

مجلة علمية دورية محكمة

تعنى بنشر الدراسات والمقالات والقضايا الحقوقية والفانونية

رقم النشر الدولي:

ISSN 2536-0078

تصدر عن

جمعية المرصد لحقوق الإنسان

جمعية أهلية حقوقية تمارس نشاطها في مملكة البحرين

بموجب قرار الترخيص رقم (27) لسنة 2011م

الموقع الإلكتروني: www.marsdbh.org

البريد الإلكتروني: marsd_bh@hotmail.com

توزيع: دار الروافد الثقافية – ناشرون

بيروت – لبنان

www.dar-rawafed.com

الهيئة الاستشارية

- | | |
|---|-------------------------|
| أستاذ العلوم السياسية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية/جامعة القاهرة - مصر. | أ.د. علي الصاوي |
| محام ومستشار قانوني، أستاذ القانون المدني، وعميد كلية الحقوق/جامعة البحرين (سابقاً). | أ.د. صبري حمد خاطر |
| أستاذ القانون العام، عميد كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية (سابقاً)، أستاذ ورئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق - جامعة البحرين (سابقاً). | أ.د. محمد باهي أبو يونس |
| رئيس المركز العربي للتربية على القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان، ستراسبورغ - فرنسا، أستاذ محاضر في جامعة ستراسبورغ بفرنسا، وأستاذ حقوق الإنسان بجامعة الجنان/طرابلس - لبنان. | أ.د. محمد أمين الميداني |
| أستاذ السياسات العامة، ومستشار بالجهاز الفني/المعهد العربي للتخطيط - الكويت. | أ.د. فيصل حمد المناور |

هيئة التحرير

د. علي فيصل الصديقي

رئيس هيئة التحرير

- | | |
|--------------------------|------------------|
| د. محمد عبدالكريم الزكري | عضو هيئة التحرير |
| د. سهيرا عبداللطيف | عضو هيئة التحرير |
| د. محمد أحمد جوهر | عضو هيئة التحرير |
| د. شيخة أحمد العليوي | عضو هيئة التحرير |

المراجعة اللغوية: د. سهيرا عبداللطيف

المحتويات

15	كلمة المرصد
	الافتتاحية:
	جدلية التفسير الإداري للقاعدة القانونية
19	د. علي فيصل الصديقي
	الدراسات المحكمة
	مركزُ المفقودِ في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية بين الواقع والمأمول
33	أ.د. خالد جمال أحمد حسن
	نظام التعليم عن بعد وأثره على نفاذ مبدأ المساواة في الولوج إلى الحق في التعليم في المغرب - وضعية الأطفال ذوي الإعاقة نموذجًا
165	د. الحسين العويمر
	اقتناء الأجانب للعقارات لأغراض دبلوماسية ودينية
205	القاسمي مصطفى
	حوارات ولقاءات
	حول العمل التطوعي القانوني - حوار مع سعادة الدكتور هادي بن علي سالم آل يامي رئيس جمعية إحسان للخدمات القانونية
239	أجرت الحوار: سميرة سالم
	المقالات العلمية
	الحق في الموت: الانتحار والقتل بناءً على رضا المجني عليه
251	أ.د ضاري خليل محمود

دور عمادة كلية الحقوق في جامعة الكويت:
آفاق واسعة، احتمالات مفتوحة، وفرص ممكنة

- 267 د. مشاعل عبد العزيز الهاجري
- الأعمال السينمائية وتقريب مفاهيم القانون والحقوق للمتلقى العربي
- 275 منتصر حمادة
- المحكمة الدستورية في ضوء مستجدات دستور 2011:
قراءة في الأدوار والوظائف
- 295 إلياس المساوي

ترجمات

- أيمكنهم فعل ذلك حقًا؟ التزامات الدول بموجب اللوائح الصحية الدولية
في ضوء كوفيد-19
- 327 أرمين فون بوغاندي، وبيدرو فياريال - ترجمة: د. علي الصديقي
- إسهامات القانون الدولي في السلام
- 343 تأليف: باري كارتر - ترجمة: محمد بن عبدالرحمن بن عبيد المرشدي .

مرصد الكتاب

- مراجعة كتاب: أخلاقيات الوساطة.. حالات وتعليقات
- 359 تحرير: أ.د. إلين والدمان - عرض: د. محمد الزكري
- مراجعة كتاب: النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان
- 365 تأليف: أ. د. محمد أمين الميداني - عرض: د. ترتيل تركي الدرويش ...
- مراجعة كتاب: الحماية من العنف الأسري في مملكة البحرين
- 375 تأليف: د. علي حسن الطوالبه - عرض: ندى الرياشي

التقارير العلمية

- تقرير بشأن أعمال الطاولة المستديرة بعنوان: «تحولات التجربة
الانتخابية في البحرين»
- 385 إعداد: محمد يوسف النعار

الحقوقية

«الحقوقية» مجلة علمية دورية محكمة تعنى بنشر الدراسات والمقالات والقضايا الحقوقية والقانونية على المستوى المحلي والإقليمي والدولي. وتصدر المجلة عن جمعية المرصد لحقوق الإنسان في مملكة البحرين.

الرسالة

نحو ترسيخ مبادئ وثقافة الحقوق والالتزام بقيم القانون على صعيديّ الفكر والممارسة، والتوعية بالحقوق والواجبات ودعم البحث العلمي في المجالات ذات الصلة بالشأن الحقوقي والقانوني.

الأهداف

دعم وتعزيز ثقافة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وتهيئة البيئة العلميّة المناسبة لرفع معدلات الوعي الحقوقي والقانوني في مملكة البحرين والوطن العربي.

❖ نشر الأبحاث العلميّة في مجال حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، ومختلف فروع القانون الأخرى، بالإضافة إلى فتح فضاء أوسع لأبناء مملكة البحرين والمنطقة من المفكرين والباحثين والأكاديميين والمهتمين بهذا الشأن؛ لنشر أفكارهم وأنشطتهم البحثية والعلميّة.

- ❖ رصد أحدث المستجدات العالمية في كل ما يتعلق بالقضايا الحقوقية والقانونية، وتسليط الضوء على أهم تلك القضايا ومناقشتها مناقشة علمية، في إطار التفكير النقدي والتحليلي.
- ❖ تسليط الضوء على أبرز الشخصيات والأعلام ومساهماتهم العلمية وأعمالهم الفكرية في المجال الحقوقي والقانوني، سواء من مملكة البحرين أو الوطن العربي أو من دول العالم. وإجراء حوارات مع بعض تلك الشخصيات للوقوف على تجاربهم وأفكارهم.
- ❖ عرض أبرز المستجدات البحثية من كتب وأطروحات ورسائل علمية وتقارير في مجال المعرفة الحقوقية والحقل القانوني.

قواعد النشر العلمي

تؤمن مجلة «الحقوقية» أن القضايا الحقوقية والقانونية لا تنفك بتأناً عن اهتمام مختلف العلوم الاجتماعية والإنسانية، لذلك فإنها تعنى بنشر الدراسات والمقالات والقضايا ذات العلاقة بالشأن الحقوقي والقانوني المرتبط بالواقع العملي قدر الإمكان، وفي سياق استيعاب القراءات الحقوقية والقانونية التي تتصل بالحقول المعرفية المختلفة. وتتوزع موضوعات المجلة على أبواب مختلفة، لكل منها معايير وشروطه الخاصة بالنشر. وترحب المجلة بكل الباحثين والمؤلفين من مملكة البحرين والوطن العربي، وتُعطي الأولوية في النشر للدراسات والمقالات والقضايا التي تتناول مسائل مستجدة على الساحة الحقوقية، أو التي تتناول القانون البحريني. ويمكن المساهمة في مجلة «الحقوقية» من خلال أحد الأبواب الموضحة أدناه:

أولاً - الدراسات المُحكّمة:

يجب أن تراعي الدراسة شروط البحث العلمي وأخلاقياته المتعارف عليها، ويجب أن تتقيد على وجه التحديد بالمسائل الآتية:

- 1 - أن تتمتع الدراسة بإضافة معرفية وعمق في الموضوع الحقوقي أو القانوني الذي كُتبت فيه، كأن تتناول موضوعاتها في سياق تحليلي أو استنباطي أو مقارنة. كما يجوز أن تقدم الدراسة تعليقاً على حكم قضائي.
- 2 - أن تتم مراعاة الأصول العلمية المعتبرة في متن البحث، والمنهجية

العلمية، والإحالات المرجعية، والالتزام بقيم الأمانة العلمية. حيث ينبغي أن تتضمن تقسيماً علمياً يسبقه مقدمة ويعقبه خاتمة تبين أبرز النتائج المستخلصة أو التوصيات المقترحة. كما يجب أن تلحق الدراسة بملخصين، أحدهما باللغة العربية، والآخر بلغة أجنبية (الإنكليزية أو الفرنسية)، متضمناً الكلمات المفتاحية فيما لا يتجاوز (300 كلمة).

3 - يجب أن تكتب الدراسة بلغة سليمة وأن تتمتع بالتماسك النصي والمنهجي في العرض بعيداً عن الحشو والتكرار، والابتعاد عن الأسلوب التقريري أو الصحفي.

4 - ألا تكون الدراسة قد سبق نشرها في مجلة علمية أخرى، كما لا يجوز أن تكون مقدمة للنشر في مجلة أخرى في الوقت نفسه، ويقدم صاحب الدراسة إقراراً بذلك.

5 - يجب ألا يتجاوز حجم الدراسة شاملاً المراجع والهوامش (10000 كلمة)، ويجوز لهيئة التحرير أن تسمح بتجاوز ذلك الحد إذا رأت أن مقتضيات العلمية للدراسة تتطلب ذلك.

ثانياً - المقالات العلمية :

تناقش المقالات موضوعاً علمياً محدداً ومركزاً في المجال الحقوقي أو ما يرتبط بالقضايا القانونية. كأن يكون موضوعاً خلافياً، أو ملفاً ساخناً، على أن يتم تناوله بأسلوب موضوعي يقدم وجهة نظر أو رؤية أو مقترحاً. ويُشترط في المقالة العلمية أن تتعد عن الأسلوب الصحفي، كما يُشترط أن يتراوح حجمها بين (1000 - 3000 كلمة).

ثالثاً - الترجمات :

هذا الباب يقدم تعريفاً لمقالات علمية ذات علاقة بالمجال الحقوقي أو

الحقل القانوني، على أن تراعي المساهمة الأصول العلميّة في الترجمة. كما يجب أن يُقدم المترجم النص الأصلي وجهة نشره وبياناته الأخرى. ويتصدر المتن اسم المؤلف الأصلي، وبيانات النشر، واسم المترجم.

رابعًا - شخصيات وأعلام:

هذا الباب يلقي الضوء على السيرة الذاتية والأعمال العلميّة والفكرية أو التجارب العملية لشخصيات أو أعلام من داخل مملكة البحرين أو خارجها، في مجال علوم القانون أو مجال العمل الحقوقي أو خدمة العدالة، وذلك لتعريف شريحة القراء بهؤلاء الأعلام وأعمالهم ومساهماتهم العلميّة والعملية. على ألا تزيد المادة العلميّة في هذا الباب على (3000 كلمة).

خامسًا - حوارات ولقاءات:

يقدم هذا الباب، حوارًا أو مقابلة مع إحدى الشخصيات التي عُرفت بالعمل الحقوقي أو القانوني، سواء من داخل مملكة البحرين أو خارجها. شريطة أن يعبر اللقاء عن إضافة معرفية في الحقل أو التخصص العلمي للشخصية التي يُلقى عليها الضوء، وذلك للاستفادة من تجربتها العملية والفكرية.

سادسًا - مرصد الكتاب:

يتضمن هذا الباب مراجعةً أو عرضًا لكتاب أو ملخصًا لأطروحة علمية، شريطة ألا يكون قد مرّ على النشر أو المناقشة أكثر من ثلاثة أعوام، سواء كان باللغة العربية أو بلغة أجنبية، مع أولوية الكتب الصادرة في الشأن البحريني أو ملخصات الرسائل والأطروحات العلميّة الصادرة عن الجامعات البحرينية. بحيث يتم عرض مضمون الكتاب أو ملخص الأطروحة بلغة علمية تسلط الضوء على

هيكلية الكتاب ومنهجيته وخلفياته النظرية والعلمية والنتائج التي توصل إليها. ويجوز أن يقدم المساهمة في هذا الباب المؤلف نفسه أو باحث آخر. كما يجب ألا تتعدى المراجعة أو العرض أو الملخص حدود (3000 كلمة).

سابعاً - التقارير العلمية:

حيث يُلخص هذا الباب ويناقش بطريقة علمية وقائع مؤتمر علمي أو ندوة علمية في المجال الحقوقي أو في العلوم القانونية، على أن يتضمن العرض بياناً بأبرز محتوياته ونتائجه، مع تسجيل أهم الملاحظات والإضافات الضرورية. كما يجب ألا يتجاوز التقرير حدود 3000 كلمة.

أحكام عامة

- ❖ ترسل المواد العلميّة باسم رئيس هيئة التحرير، مطبوعة على برنامج (Microsoft Word) على البريد الإلكتروني: alhoqoqiajournal@gmail.com
- ❖ تخضع المواد العلميّة للشروط المبيّنة أعلاه، وتقوم هيئة التحرير بإحالة الدراسات المقدمة إلى لجان للتحكيم العلمي والنظر في صلاحيتها للنشر. كما أنّ لهيئة التحرير سلطة تقييم ومراجعة وتقرير صلاحية نشر المواد المقدمة لمختلف أبواب المجلة الأخرى، كما يحق لها الاستعانة بلجان استشارية لأغراض التقييم العلمي. وبناءً عليه، تقرر الهيئة قبولها أو رفضها للعمل أو طلب إدخال تعديلات عليه، بناءً على ملاحظات المحكمين أو معايير النشر، بحسب الأحوال.
- ❖ ترحب هيئة التحرير بأية مداخلات أو تعقيبات أو تصويبات، ترد بشأن الموضوعات التي تنشرها المجلة، شريطة أن تلتزم بالقيم والمناهج والوسائل العلميّة المتعارف عليها، كما تتيح المجلة لأصحاب المواد الأصليّة، حقّ الردّ عبر الوسيلة نفسها.
- ❖ تؤول حقوق النشر فيما يتعلق بالدراسات والمقالات وباقي المواد العلميّة بعد نشرها، إلى مجلة الحقوقية.

- ❖ ترتيب المواد العلميّة وأسماء المؤلفين في أبواب المجلة، يخضع لاعتبارات فنية وتقنية، وليست بالضرورة أن تكون ذات صلة بمكانة الكاتب أو درجته العلميّة.
- ❖ الآراء ووجهات النظر الواردة في متن المجلة تعبّر عن أصحابها، ولا تعبّر بالضرورة عن وجهة نظر هيئة تحرير مجلة الحقوقية أو جمعية المرصد لحقوق الإنسان.

* * *

كلمة المرصد

تعد مجلة "الحقوقية" أحد المشاريع العلمية التي تبنتها جمعية المرصد لحقوق الإنسان، فمنذ صدور العدد الأول عام 2021م، تسعى المجلة إلى أن تكون مرآة لتطوير البحث العلمي في مملكة البحرين والوطن العربي، عن طريق تشجيع الكفاءات للمشاركة بكتابة الأبحاث الحقوقية والقانونية ذات القيمة، والتي تلتزم بالمعايير العلمية والموضوعية، وتتسم بالأصالة والجدية في معالجة الظواهر القانونية.

وقد خرجت مجلة "الحقوقية" نتاج جهد واجتهاد كسبت من خلاله ثقة الباحثين؛ نتيجةً لمثابرة وتعاون فريق عمل من الحقوقيين والقانونيين والخبراء على مستوى مملكة البحرين والوطن العربي، من هيئة التحرير، والمجلس الاستشاري، والمحكمين، وعدد من الجامعات والمراكز البحثية والثقافية المتعاونة، حتى أصبحت اليوم مرجعاً هاماً للمشتغلين في الجانب القانوني.

فكرة بدأت ونتج عنها حتى الآن أربعة أعداد علمية، تناولت من خلالها ما يقارب (16) بحثاً علمياً، و(24) مقالاً، وترجمة (7) مقالات أجنبية للغة العربية، والتعريف بـ (9) شخصيات حقوقية وقانونية، فضلاً عن تلخيص (5) كتب، وقد ساهم في هذه الأعمال نخبة علمية من أساتذة الحقوق والقانون في الوطن العربي.

وفي الختام، لا يسعني إلا أن أتقدم بجزيل الشكر والتقدير لمن ساهم في إعداد ودعم مجلة "الحقوقية"، مجددًا الدعوة والترحيب لجميع الحقوقيين والقانونيين ورجال القضاء وأساتذة الجامعات والمحامين والباحثين لنشر البحوث والدراسات والمقالات، العربية منها والمترجمة من اللغات الأجنبية، بما يساهم في رفد المكتبة العربية بالإصدارات العلمية المتخصصة.

محسن علي الغريري
رئيس جمعية المرصد لحقوق الإنسان



الافتتاحية

جدلية التفسير الإداري للقاعدة القانونية

بقلم: د. علي فيصل الصديقي*

يُعرف التفسير بأنه الكشف عن معنى القاعدة القانونية وتحديد مضمونها، وتختلف القواعد القانونية من حيث الحاجة إلى تفسيرها إلى قواعد واضحة وصريحة لا حاجة معها للتفسير، وقواعد أخرى غير واضحة ويلتبس الشك في تحديد مدلولها. وعليه، فإنّ مردّ عملية التفسير إلى وجود قواعد قانونية تصاغ ألفاظها وعباراتها على نحو يكون من الصعوبة الوقوف على مقصدها. ولكن تثار التساؤلات الآتية: عمّن يقوم بعملية التفسير؟ من هي الجهة المخولة بتفسير النصوص القانونية وفك غموضها؟ وهل يمكن للجهات الإدارية ممارسة التفسير القانوني؟ وكيف يتم ذلك؟ وماهي المحاذير؟ هذا ما سوف نناقشه فيما يأتي، على أن نستبق ذلك بعرض موقف الفقه التقليدي من أنماط التفسير.

(*) رئيس هيئة التحرير.

التصوّر الكلاسيكي في تصنيف أنواع التفسير:

تقليدياً، يقسم الفقه القانوني التفسير إلى ثلاثة أصناف من حيث الجهة التي تقوم بعملية التفسير، فقد غلب على أدبيات فقهاء القانون، سيما العرب منهم، تصنيف التفسير إلى أنواع⁽¹⁾:

1 - التفسير التشريعي: وهو نوعٌ يتدخل فيه المشرّع بإصدار تشريع يفسر فيه المعنى المقصود لتشريع قديم سابق الصدور، فيكون التشريع الجديد مفسراً يزيل الغموض واللبس عن التشريع القديم. وعليه، يكون هذا التفسير ملزماً للمحاكم ولكل المخاطبين بالقانون، على اعتبار أنّ التفسير التشريعي جزء من التشريع ويكتسب قوة ملزمة، رغم أنّ الواقع العملي يشير إلى أنّ هذا التفسير بات نادر الحدوث في واقعنا المعاصر بسبب تطور قدرات الصياغة التشريعية. وفي المحصلة يُنسب هذا النوع إلى "السلطة التشريعية".

2 - التفسير القضائي: وهو التفسير الذي يقوم به القاضي بصدد النظر في

(1) ينظر في عرض هذا التصنيف لدى: د. عبدالرزاق أحمد السنهوري باشا ود. أحمد حشمت أبوستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة 1950م، ص 237-238؛ أيضاً: د. عبدالمنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت - لبنان، ص 274-277؛ أيضاً: د. أحمد سعيد الزقرد، المدخل للعلوم القانونية (الكتاب الأول: نظرية القانون)، جامعة المنصورة - كلية الحقوق، ص 246. وفي البحرين ينظر: د. محمد حسين عبدالعال، المدخل لدراسة القانون البحريني، جامعة البحرين - كلية الحقوق، الطبعة الرابعة 2011م، ص 255 وما بعدها. ينظر أيضاً: د. خالد جمال أحمد حسن، تفسير النص القانوني بين الحرفية والغائية، مجلة القانونية، هيئة التشريع والإفتاء القانوني، العدد الثاني - السنة الأولى، شعبان 1435هـ/يونيو 2014م، ص 25 وما بعدها.

المنازعات، ومحاولة تطبيق نصوص القانون على الخصوم. فقد يواجه القاضي في تطبيقه للقاعدة القانونية نقصاً أو غموضاً في النص المراد تطبيقه، فيتولى الكشف عن معناه الحقيقي وتحديد مضامينه، ولا يقوم التفسير القضائي لذاته وإنما بصدد تطبيق القانون، فالقاضي ليس مفتياً كما أنه ليس معنياً بالخلافات النظرية، ولذلك فإنّ التفسير القضائي هو تفسير عملي قد يلجأ إليه القاضي ولو لم يطلبه الخصوم، يمارسه استجابةً لضرورة عملية. ويتمتع التفسير القضائي بقيمة علمية وأدبية عالية، خاصة إذا صدر عن أعلى المحاكم في الهرم القضائي في النظام اللاتيني، ويحتل تفسير المحاكم العليا قيمة قانونية أكبر في النظام القضائي الأنكلوسكسوني. ويعتبر هذا النوع من التفسير من أشهر التفسيرات وأكثرها حصولاً في الواقع، نظراً لارتباطه بالفصل بالمنازعات. وفي المحصلة يُنسب هذا النوع إلى "السلطة القضائية".

3 - التفسير الفقهي: وهو الذي يقوم به فقهاء القانون وشرّاحه، وهم بصدد إعداد البحوث والدراسات أو الرسائل العلمية، يختص به أساتذة الجامعات بالدرجة الأولى. يغلب عليه الطابع النظري، ويستفيدون من تطبيقات القضاء والأحكام المنشورة، وقد يأخذ صورة تعليق على أحكام قضائية عبر دراسة مدى توافق نتائجها مع مقتضيات التشريع، فهم الذين يدرسون صياغات ومفاهيم القاعدة كما هي، ويأخذون في الاعتبار أحياناً السوابق والتطبيقات القضائية والضرورات العملية، كما أنّ هناك بحوثاً ذات هوية تطبيقية تدرس الواقع العملي مباشرةً رغم أنها قليلة. ويعتبر التفسير الفقهي تفسيراً غير ملزم للمشرّع وغير ملزم للقضاء، يمكن للقضاء الاستفادة منه أو العدول عنه، فالفقه قاعدة تأسيسية في بسط الجانب النظري لمدلول القواعد القانونية الغامضة، وعاملاً من عوامل تسهيل فهمها. وفي بعض الأحيان يقوم الفقه بدراسة وتحليل

مواقف النصوص التشريعية بهدف تقييمها وتحسينها وإصلاحها. وبالتالي يُنسب هذا الصنف من التفسير إلى ما يُمكن أن نُطلق عليه "السلطة العلمية".

عند تتبع أدبيات الفقه القانوني، نجد أنّ أغلب شراحه يحصرون التفسير من حيث الجهة التي تقوم به في تلك التصنيفات الثلاثة السابقة لا غير، ولكن هل بالفعل لا توجد تصنيفات إضافية، أي لا توجد جهات أخرى يُنَاط بها عملية التفسير؟ فإذا كانت السلطان التشريعية والقضائية تمارسان عملية التفسير، فهل يعني ذلك حرمان السلطة التنفيذية (الجهات الإدارية) من القيام بهذه المهمة؟ وعلى أي أساس يمكن تسويغ ذلك؟

التأسيس لإنكار "التفسير الإداري" للقاعدة القانونية:

لقد قام التصوّر التقليدي لوظائف الدولة من خلال مبدأ "الفصل بين السلطات" بوصفه قاعدة أساسية تلتزم بموجبها كل سلطة بوظيفتها، وقد قام هذا المفهوم - في عصر الأنوار - على تخصيص مزدوج في الوقت نفسه:

- خصائص "عضوية": تعني أنّ كل سلطة في تنظيم الدولة تتوزع بين عدة بنى أو أجهزة رئيسية متميزة جداً عن بعضها البعض، أفراداً وجماعات.

- خصائص "وظيفية": وتعني أنّ كل جهاز في الدولة يتولى القيام بمهام ووظائف معينة.

ومن ثمّ، تكون للسلطة التشريعية قوة التشريع، وللسلطة التنفيذية قوة التنفيذ، رغم كل الجدل الذي يثار بشأن مساواة هذه السلطات فيما بينها، أو في التدرج في قوتها، وينتهي مونتسكيو إلى الاعتراف صراحة بقوة

الجهاز التشريعي فوق الجهاز التنفيذي، وبالتالي ينتهي إلى عدم المساواة بين الوظائف⁽²⁾.

وعليه، فإن مهمة السلطة التنفيذية سوف تقتصر على الأداء التنفيذي دون الولوج إلى أكثر من ذلك، فلو منحنا السلطة التنفيذية (الإدارة) مهمة التفسير، فلربما أدى ذلك إلى انحراف المعنى أو المغزى المطلوب من القاعدة القانونية، تحت عباءة التفسير. لذلك فقد استقر الفكر القانوني الكلاسيكي على تقييد السلطة التنفيذية في ممارسة أعمالها بقاعدة المشروعية، فلا يجوز لها اتخاذ موقف دون أن يكون متوافقاً مع الأحكام التي وضعها المشرع، ولا يحق لها بعد ذلك تفسير القانون تفسيراً يخالف غايات المشرع ومقاصده.

ولكن هل تُحرم الجهات الإدارية من ممارسة عملية تفسير القاعدة القانونية مطلقاً؟ وهل هذا التأسيس الوظيفي لسلطات الدولة يعني حرمان الإدارة من التفسير؟

تهافت الأسس أمام تعدد مستويات "التفسير الإداري":

لأول وهلة، قد يكون من المنطقي القول بحرمان الجهات الإدارية من إجراء "التفسير الإداري" للقاعدة القانونية، وقد تكون المخاوف التي أثيرت قبل قليل معقولةً في كثير من الأحيان، بيد أن الممارسة العملية لا تترك مجالاً لإنكار حقيقة وجود التفسير الإداري، فهو أمرٌ واقع يجب التعامل معه والاعتراف به، مع محاولة ضبطه ورسم حدوده، سيما وأن هذا التفسير لا

(2) ينظر في عرض هذه المناقشة: لوران دو بيسييه، تدرج القواعد وتدرج السلطات، مجلة القانون العام وعلم السياسية، ترجمة: د. محمد عرب صاصيلا، مراجعة: د. وسيم منصوري، ص 420 وما بعدها.

يأخذ صورةً واحدةً فحسب. ففي تقديرنا، ثمة تفسير إداري للقاعدة القانونية يأخذ مستويين اثنين، نرصدهما وفقاً لما يأتي:

1 - المستوى الأول (التفسير الإداري الأداتي): ذلك أنّ الأنظمة السياسية والإدارية المختلفة، أصبحت تُدرك حقائق واقعية في حاجة الإدارة لتسيير العمل اليومي، فأتاح المشرّع في بعض الأحيان للسلطات الإدارية أدوات قانونية تتمثل في إصدار قواعد تفسيرية للنصوص القانونية⁽³⁾، فيمكن للسلطة التنفيذية ممثلة في الإدارات العامة المختلفة وسلطات الضبط الإداري؛ إصدار قرارات تنظيمية ولوائح وتعاميم تفصيلية بشأن القضايا التي غلّ المشرّع يده عن الولوج في تفاصيلها الدقيقة. ولعمرك إنّ هذا ليس سوى صورة من صور التفسير الإداري للقانون، الذي يمكن للإدارة الأخذ به أو التراجع عنه، وشرطه الوحيد هو التقيّد بالمشروعية، فلا يجب أن تخالف هذه القرارات التنظيمية المُفصلة والمُفسّرة صريح النص التشريعي الذي أصدرته السلطة التشريعية، ولكن إذا كان النص فيه من السعة ما يسمح بتفسيرات متعددة، فإنّ صدور قرارات إدارية تفصيلية تفسّر عموم ذلك النص، يصبح أمراً حتمياً لتكون القاعدة القانونية قابلة للتطبيق. وهذا هو المستوى الأول من التفسير الإداري⁽⁴⁾.

(3) وفي بعض الأنظمة السياسية فإنّ للسلطة التنفيذية صلاحية إصدار قوانين ضمن نظام محدد واختصاص معين، كالمجال اللائحي في فرنسا على سبيل المثال.

(4) بل هناك من يذهب إلى أبعد من ذلك في الفقه الفرنسي، حيث يذكر إيف غودمييه الأستاذ في جامعة بانتيون أساس - باريس 2 بقوله: "إنّ القانون، وكثير من القوانين تبدو اليوم إدارية، لأنّ وظيفتها لم تعد التشريع، وتثبيت الحق، وإنما المشاركة جزئياً في الممارسة الإدارية للاتصال بين السياسي والإداري، التي تمثل اليوم الشرط لفاعلية العمل العام. إنّ صفة القاعدة القانونية تأخذ الآن أشكالاً جديدة، وترفض العربة التقليدية للقانون، المعبّر عن الإرادة العامة من خلال جهاز ممثل للسيادة الوطنية". ينظر: إيف غودمييه، القانون الإداري، مجلة القانون

2 - المستوى الثاني (التفسير الإداري التطبيقي): في بعض التطبيقات العملية لنصوص التشريع، فإنّ القانون ينيط بالجهات الإدارية مسؤولية التطبيق المباشر للنصوص، أو على الأقل الرقابة المباشرة على حسن تطبيق تلك النصوص، فتلجأ الجهات الإدارية لوضع موظفين مهمتهم الإنفاذ الفعال للقوانين والرقابة على تطبيقها، وهو العمل الذي يؤديه المفتشون، في أي مجال من مجالات وظائف الإدارة واختصاصاتها: مفتشو أنشطة التجارة وحماية المستهلك، ومفتشو الصحة العامة، ومفتشو قوانين الضرائب، ومفتشو قوانين العمل، إلخ. يقوم هؤلاء المفتشون بمهام وقائية كإبداء النصح والإرشاد للمخاطبين بالقانون، بل وإبداء الرأي في أي قصور تشريعي، فضلاً عن مهامهم الرقابية المختلفة. فهم "العين" التي ترى النصوص حيّة على أرض الواقع، يتعاملون مع إشكالات الصياغة، ويدركون مقاصد المشرّع، بل يستطيعون التعرّف مباشرة على النصوص القابلة للتطبيق المباشر ويميزون بينها وبين النصوص التي لا تقبل إلا التأويل والتطويع لتجد طريقها إلى النفاذ⁽⁵⁾. ولا شك لديّ أنّ هؤلاء يقومون بعملية "تفسير تلقائي" إبان قيامهم بتطبيق القانون، خاصة عندما يكون النص حمّالاً أوجه. وهو المستوى الثاني من التفسير الإداري، الذي يُغفل عن تصنيفه.

إزاء هذين المستويين من التفسير الإداري، نلاحظ أنّ الإدارة الحكومية تمتلك في سياق تطبيقها للقانون صلاحية فاعلة في مجال التفسير في المستوى الأول متقيّدة بقاعدة المشروعية، أما في المستوى الثاني فهي مقيدة

العام وعلم السياسة، ملف خاص (فوضى القواعد القانونية)، 2006م، ص 78.
(5) راجع على سبيل المثال دراسة أعدتها بعنوان: تفتيش العمل ودوره في كفاءة إنفاذ تشريعات العمل (دراسة مقارنة)، سلسلة الدراسات العمالية والاجتماعية (82)، المنامة 2014م، ص 85 وما بعدها.

أيضاً برقابة القضاء متى لجأ أي من المخاطبين بالقانون طاعناً في مسار التفسير الذي سلكته الجهة الإدارية للقانون. ولكن هل يتوقف الأمر عند هذا الحد؟ أي هل يتوقف عند حد القبول بالتفسير الإداري كوجه حتمي من أوجه التفسير؟ في الحقيقة، يرى البعض أنّ الواقع العملي يحيل إلى ما هو أبعد من التفسير الإداري، وذلك نحو تجاوز نصوص القانون الصريحة أثناء الممارسة العملية الراسخة والمستقرة حتى تكاد تكون عُرفاً، وهو منزلق حذر منه بعض الفقه الأمريكي المعاصر.

من "التفسير الإداري" إلى "الانحرافات العرفية customary deviations":

في عام 2012م نشر البروفيسور لورنس زيليناك Lawrence A. Zelenak أستاذ قانون الضرائب في جامعة ديوك بالولايات المتحدة الأمريكية، دراسةً علميةً بعنوان (العُرف وسيادة القانون في إدارة ضريبة الدخل)⁽⁶⁾. وقد تناول بالأمثلة التعارض بين "قانون الضرائب" وبين "العرف"، وأجرى في دراسته تلك تقييماً لظاهرة أطلق عليها "الانحرافات العرفية customary deviations" على اعتبار أنّ هذه الانحرافات إنما تنشأ بفعل إملاءات إدارية ناتجة عن تطبيق قانون الإيرادات الأمريكي، وقام بتعريف ظاهرة "الانحراف العرفي" بأنها: "ممارسة راسخة يقوم بها مسؤولو الضرائب (مصلحة الضرائب ووزارة الخزانة)، وتنحرف هذه الممارسات عن الإملاءات الصريحة في القانون".

وحاول البروفيسور زيليناك تحديد مفهوم الانحراف الذي يقوِّض مبدأ سيادة القانون وقوته عبر التفرقة بين ظاهرة "الانحراف العرفي" وظواهر قانونية أخرى كما يأتي⁽⁷⁾:

(6) Lawrence Zelenak, *Custom and THE Rule of Law in the Administration of the Income Tax*, duke law journal, volume 62, 2012, p. 829.

(7) Ibid, P. 841

1 - يختلف "الانحراف العرفي" عن "التفسير الإداري"، أي يتجاوزه، حيث أنّ إدارة الضرائب مثلاً تقوم بتفسير بعض النصوص المشكوك فيها أو تفسير بعض النصوص إذا كانت لغة النص تتيح مجالاً لتفسيرات مختلفة، فهذا لا يعدّ عنده انحرافاً عرفياً. فهنا يختلف "الانحراف العرفي" عن "الشكوك التفسيرية" في المجمل، فأيّ شك في التفسير لا يعني انحرافاً عرفياً.

2 - يختلف "الانحراف العرفي" عن "عدم تطبيق القانون"، فضعف نفاذ القانون أو ضعف تطبيقه ليس هو المقصود في هذا الصدد، بل المقصود ممارسة إدارية راسخة، تنشئ عرفاً مناهضاً لقوة القانون الصريحة.

وبعد أن يستعرض زيليناك سياقاً تاريخياً للظاهرة في (قوانين الضرائب الأمريكية)، فإنه ينتهي إلى القول: إنّ ظاهرة "الانحرافات العرفية" تبقى مفتوحةً بسمعتها السيئة المناهضة للقانون لفترة طويلة، إلى الحد الذي تكتسب فيه مع الوقت "قوة قانونية" بحيث لا يمكن التخلي عنها، بل يقول: "إنّ قانون السوابق القضائية لا يقدم إجابةً على سؤال ما إذا كانت هذه الانحرافات ستصبح قانوناً في نهاية المطاف؟ ولسبب بسيط هو أنّ وزارة الخزانة ودائرة الضرائب الأمريكية لم تتخلّ أبداً عن الانحرافات العرفية الراسخة". وينتهي إلى تشخيص ظاهرة "الانحرافات العرفية" بأنها: "ليست مرحاً أو ترفاً إدارياً، بل هي موقف أو رد فعل إداري، حسن النية، على صعوبات حقيقية تتعلق بالتطبيق الصارم للمدونة القانونية".

وقد أثارت دراسة زيليناك حفيظة بعض المؤلفين، الذين حاولوا الرد على هذه الأطروحة بالقول أنّ ما تفعله إدارة الضرائب الأمريكية يأتي في سياق "التفسير" المقبول للتشريع، وأنّ ما تضمنه قانون الضرائب هو مجموعة "معايير" واجبة التطبيق وليست "قواعد" بالمعنى الحرفي، وعليه

تبقى هذه الممارسة "المنحرفة" في سياق تفسيرات مقبولة وليست انحرافاً يقوّض مبدأ سيادة القانون⁽⁸⁾.

أيّاً كانت هذه الردود، فلا نستطيع إنكار وجود التحيز التفسيري في تطبيق القانون في بعض الأحيان من قبل جهات إنفاذ القانون ولو كان بحسن نية، فقد سمّاه زيليناك انحرافاً عرفياً اكتسب قوةً قانونية مرجعها الممارسة الراسخة المستقرة، في الوقت الذي سمّاه خصومه تفسيراً إدارياً يحظى بالقبول الاجتماعي.

خلاصات واعتراضات:

يتضح أن زيليناك قد تجاوز فكرة "التفسير الإداري" في نقده للممارسات العملية لإدارة الضرائب الأمريكية، فهو ينفي أن تكون هذه الممارسات مجرد تفسير إرادي، وهذا يعني قبوله بمبدأ "التفسير الإداري"، ولكنه يعيب عليه الانحراف في الممارسة إلى حدّ الرسوخ، عندما يكتسب قوة تطبيقية مرجعها الممارسة العملية خلافاً لصريح القاعدة القانونية،

(8) انظر مثلاً: دراسة أليس أبرو وريتشارد غرينستين في الرد على زيليناك، عام 2015م بعنوان (سيادة القانون بوصفه قانوناً للمعايير: تفسير قانون الدخل الداخلي). ومن جملة ردودهم عليه، قولهم: إنّ التفسير الصحيح هو الذي يحقق قبولاً واسعاً (وإن كان مؤقتاً أو عرضياً). وعلى العكس من ذلك، فإنّ التفسير غير الصحيح إنما هو التفسير الذي يمنعه مزيجٌ من توجيهات الكونغرس والقرارات القضائية ذات الصلة وسياقات التاريخ والتقاليد المرعية. ويقولون أيضاً: إنّ قانون الإيرادات الداخلية لا "يقرأ نفسه"، ولهذا فإنّ جميع تطبيقات القانون تتطلب تفسيراً.

Alice G. Abreu & Richard K. Greenstein, **The Rule of Law as a Law of Standards: Interpreting the Internal Revenue Code**, duke law journal, volume 64, january 2015, p. 53.

وبطريقة يفوّض فيها القضاء الجهة الإدارية ممارسة سلطتها التقديرية في إنفاذ القانون، فلا يحلّ القاضي إرادته محل إرادة الإدارة في تلك التقديرات عندما تثار منازعة بشأن مخالفة صريح القانون⁽⁹⁾، وتُصبح - ومن ثمّ - الانحرافات العرفيّة ملزمة.

ولكن، ربّ معترضٍ يقول: لا مجال للقول بوجود انحرافات عرفيّة في واقع النظام القانوني، اللاتيني خصوصًا، فوفقًا للنظام اللاتيني: ثمة مسافات فاصلة تقليديًا بين العرف والتشريع في نطاق ومزايا كل منهما، فالعرف مصدر رسمي من مصادر القانون، ولكن هذا المصدر يتميّز في كونه يأتي في مرتبة أدنى من مرتبة التشريع المكتوب، بل هو "مصدر احتياطي" في النظام القانوني يقدم أدوارًا وظيفية معينة يلجأ إليه القاضي كمصدر مكمل في حال غياب النص التشريعي الصريح، أو كمصدر معاون في حال وجود قاعدة قانونية، ولكن العرف يتدخل في سياق ضبط بعض المعايير التي يستلزمها تطبيق القاعدة القانونية⁽¹⁰⁾. من الناحية التقليدية، تترتب على مبدأ "علوية" التشريع على العرف نتيجتان أساسيتان:

1 - الأولى، عدم جواز إلغاء التشريع من خلال ممارسة عرفيّة: بمعنى أنّ إلغاء القاعدة القانونية المكتوبة لا يكون إلا بتشريع لاحق (صراحةً أو ضمناً)، وهو نتيجة منطقية نظرًا لأن العرف أدنى مرتبة، فلا يستطيع الأدنى إلغاء الأعلى.

2 - الثانية، عدم جواز مخالفة العرف للقاعدة القانونية الآمرة، فالعرف يملك

(9) وقد عرض زيليناك في دراسته تلك عددًا من التطبيقات التي أيد فيها القضاء الأمريكي سلوك الإدارة.

(10) كما في حالة ضمان البائع للعيب في المبيع، وعدم ضمانه للعيب الذي يجري العرف على التسامح فيه (انظر المادة رقم (416) مدني بحريني).

مخالفة القواعد المكملة دون الأمرة نظراً لارتباط الأخيرة بالنظام العام والآداب العامة. فالأفراد المخاطبين بالقاعدة القانونية لا يمكنهم التوافق - ولو بالممارسة العملية - على مناهضة مفهوم النص الصريح الأمر. برغم هذا التصور المقبول تقليدياً، فلنفترض جدلاً: أن قاضياً عُرضت عليه دعوى ممارسة عملية راسخة في أحد تطبيقات القانون من قبل إحدى الجهات الإدارية بما تراه تفسيراً، إلى الحد الذي شكلت هذه الممارسة نوعاً من الأعراف المستقرة، في مقابل نص صريح، صعب التطبيق، ينطوي على تعقيدات، ربما يسيء تطبيقه - كما هو - إلى "المصالح العليا" للدولة وموازنتها أو فيه إساءة للقيم الاجتماعية والثقافية الراسخة والمقبولة في الضمير العام. سوف يختار القاضي إحدى مسارين، لا ثالث لهما:

1 - المسار الأول (ترجيح ألفاظ النصوص): فيرجح القاضي النص بصعوبات تطبيقه على مضمون الممارسة المتعارف عليها متجاهلاً مرونتها، وضارباً بعرض الحائط حسن نية الإدارة في تطبيقاتها، تحت دواعي "احترام ألفاظ النص الصريح"، فيتغلب النص على العرف كما هو معهود في الفكر القانوني المعاصر.

2 - المسار الثاني (ترجيح الممارسة العرفية): عبر تأييد الوسائل التي اتخذتها الإدارة في تنفيذ القانون وتطبيقه على نحو يتسق مع روح القانون وهيكله وبنيتها، متجاوزاً إشكالات النص وتعقيداته، تحت ستار التفسير، وهو ما يعني اعترافاً قضائياً بما سمّاه البروفيسور زيليناك "الانحرافات العرفية"، فيتغلب العرف على النص الصريح، خلافاً للمعهود.

فأي المسارين أقرب إلى العدالة؟



الدراسات
المُدكَّمة

مركزُ المفقودِ في الفقه الإسلامي

والتشريعات العربية بين الواقع والمأمول

أ.د. خالد جمال أحمد حسن*

الملخص

على الرغم من انحسار ظاهرة الفقد والمفقودين في عصرنا الحالي على إثر تلاشي أو انحسار العديد من مسبباتها، لاسيما وقد تلاشت ظاهرة الحروب المتعاقبة في كثير من بلدان العالم، ولم تعد موجودة إلا في بلدان أو دول معينة، فضلاً عن تضاءل وقوع الكوارث الطبيعية المدمرة مثل الزلازل والفيضانات والعواصف الرعدية، فضلاً عن حرص الدول المعرضة جغرافياً لوقوع مثل هذه الكوارث على توفير العديد من التدابير الاحترازية والاستعدادات الفنية والعملية اللازمة لتخفيف حدة آثار وتوابع حدوث مثل هذه الكوارث عليها وعلى شعوبها، هذا إلى جانب ما حدث من طفرة كبيرة في وسائل المواصلات سواء من حيث تنوعها أو من حيث توفير مقومات السلامة والأمان لمرتاديها أثناء سفرهم بها على نحو جنب الكثيرين منهم أن يكونوا عرضة لمخاطر الفقد أو الهلاك، وما أصاب وسائل الاتصال من تطور مذهل أتاح سهولة الاتصال بين الطاعن والمقيم، بصورة أزاحت عن هذا الطاعن مظان الفقد مهما طال غيابُه بعيداً عن

(*) أستاذ ورئيس قسم القانون المدني، كلية الحقوق - جامعة أسيوط.

موطنه وأهله، إلا أن ذلك كله لم يمنع كليةً من وجود ظاهرة الفقد واستمرار بقائها بشكلٍ أو بآخرٍ بسبب استمرار بقاء بعض مسبباتها في عصرنا الحديث، حتى وإن كانت بصورةٍ أقلٍ حجمًا وعلى نحوٍ أقلٍ خطورةً عن ذي قبل.

وأرى أنه ينبغي علينا، إذا أردنا أن نحقق العدالة فيما نُريدُ سنه من قواعد قانونية، سواء لتنظيم هذه الظاهرة أو حتى غيرها من الظواهر الاجتماعية الأخرى، السعي حثيثاً إلى تحقيق التوازن المعقول بين مصالح جميع أطراف من تتعلق بهم هذه الظاهرة أو تلك، بلا إفراطٍ أو تفريطٍ في رعاية مصلحةٍ أحدٍ على حسابٍ أحدٍ من غير مبررٍ معقولٍ لذلك.

الكلمات المفتاحية: المفقود، الفقه الإسلامي، التشريعات العربية.

Résumé

Il est à noter que malgré le déclin du phénomène de la perte et des disparus à notre époque actuelle en raison de la disparition ou du déclin de nombre de ses causes, d'autant plus que le phénomène des guerres successives a disparu dans de nombreux pays du monde et non existe plus longtemps, sauf dans certains pays ou états, en plus de la diminution de la fréquence des catastrophes naturelles. Des mesures destructrices telles que tremblements de terre, inondations et orages, en plus de la volonté des pays qui sont géographiquement vulnérables à la survenue de ces catastrophes de nombreuses mesures de précaution et les préparatifs techniques et pratiques nécessaires pour atténuer les effets et les conséquences de la survenance de ces catastrophes sur eux et leurs habitants, en plus du grand transport qui s'est produit. Que ce soit en termes de diversité ou en termes de sécurité et des éléments de sécurité pour ses visiteurs lorsqu'ils y voyagent d'une manière qui évite à beaucoup d'entre eux d'être exposés aux dangers de la perte ou de la mort, et le développement étonnant qui a affecté les moyens de communication a permis une communication facile entre la pensée et le résident d'une manière qui a dissipé le doute de cette longue pensée Son absence loin de chez lui et de sa famille, mais tout cela n'a pas complètement empêché son atmosphère Le phénomène de la perte et sa poursuite d'une manière ou d'une autre en raison de la persistance de certaines de ses causes à notre époque moderne, même si c'est d'une manière plus petite et moins dangereuse qu'auparavant.

Et je pense que si nous voulons rendre justice dans ce que nous voulons édicter en termes de règles juridiques, que ce soit pour régler ce phénomène ou même d'autres phénomènes sociaux, nous devons nous efforcer de parvenir à un équilibre raisonnable entre les intérêts de toutes les parties à qui cela ou ce phénomène est lié, sans abus ni négligence. Prendre soin des intérêts de quelqu'un aux dépens de quelqu'un sans justification raisonnable pour cela.

les mots clés: Disparu, la doctrine islamique, législations arabes.



مقدمة البحث

لا جرمَ أن القاعدةَ العامةَ أن الإنسانَ تثبتُ له الشخصيةُ القانونيةُ⁽¹⁾ منذ تاريخِ ثبوتِ انفصاله عن بطنِ أمه كاملاً حياً⁽²⁾، ويظلُّ الإنسانُ محتفظاً بها طوالَ حياته فلا تزولُ عنه إلا بموته حقيقةً وفعلاً، وهنا يثارُ التساؤلُ حولَ

(1) فالشخصيةُ القانونيةُ هي صفةٌ يضيفها القانون على أي كيان (أي سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً) ليصير بموجبها أهلاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات. والقانون كما يستطيع أن يضيفها على الإنسان يستطيع أن يضيفها على مجموعات الأشخاص أو مجموعات الأموال (انظر في ذلك: د. خالد جمال أحمد حسن "المدخل في مبادئ القانون البحريني" ص 323، الطبعة الأولى عام 2010م، مكتبة فخرأوي للدراسات والنشر - مملكة البحرين).

(2) فلا تثبتُ الشخصيةُ القانونيةُ لمن يُخرُجُ من بطنِ أمه ميتاً، ولا لمن يُخرُجُ معظمه حياً لكنه يموتُ قبلَ أن يكتملَ انفصاله عنها (انظر في ذلك: د. عبدالحى حجازي "المدخل لدراسة القانون وفقاً للقانون الكويتي" ص 88، ج 2، الحق، مطبوعات جامعة الكويت، د. عبدالناصر توفيق العطار "مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية"، ص 322، طبعة عام 1979م، مطبعة السعادة بالقاهرة، د. محمد حسين عبدالعال "المدخل لدراسة القانون البحريني" ص 341، الطبعة الأولى عام 2004م، مطبوعات جامعة البحرين، د. خالد جمال أحمد حسن - المرجع السابق - ص 326).

الفرض الذي يُفقد فيه الشخصُ داخلَ أو خارجَ وطنه فتنقطع أخباره دون أن تُعرف له حياةٌ من مماتٍ لفترةٍ طويلةٍ، فهل تزولُ عنه هذه الشخصية القانونية لغلبة الظن أنه قد هلك فيحكّم القاضي بموته موتاً اعتبارياً أو حكماً، أم أنه يظل محتفظاً بهذه الشخصية مهما طالَّت غيبته وغلبَ الظنُّ على هلاكه إلى أن تثبتَ حياته فعلياً، أو يثبتَ موته موتاً حقيقياً وفعلياً لا ظنياً وافتراسياً؟

لا مرأى في أننا لو طبقنا الأصل العامَ سالفَ الذكرِ على هذا الفرضِ الذي يثيره هذا التساؤلُ، واستصبحنا حياةَ المفقود التي كانت متيقنةً قبلَ الفقدِ لكانَ الحكمُ الطبيعي أن مثلَ هذا الشخصِ رغمَ غيابه وفقده ولو لفتراتٍ طوالٍ، يظلُّ محتفظاً بشخصيته القانونية فلا تزولُ عنه إلا بثبوتِ موته الحقيقي أو الفعلي، غيرَ أن مثلَ هذا الحكم لا يخلو من مضارٍ جسيمةٍ بزوجة المفقود، بل وببقية أفراد ورثته، لاسيما إذا طالَّت غيبته ولم يُستدلَّ على حقيقة أمره لتُعرفَ حياته من مماتِهِ، لذلك فقد استقرَّ الرأيُّ على صعيدِ الفقه والقضاء على وضع حدٍ لهذه المشكلة مجيزاً لذوي الشأن التقدّم بطلبٍ إلى القاضي لاستصدار حكم قضائي، يقضي فيه القاضي بموتِ قريبهم المفقود موتاً حكماً رغمَ عدم التأكيد من وفاته فعلاً، آخذاً بالظنِّ الراجح بدلاً عن اليقينِ درءاً للمفاسد التي يُمكنُ أن تحدث إذا ما جرت معاملته معاملته الأحياء إلى حين أن تتأكد وفاته، فتتربّط على هذا الموتِ الحكمي ذاتُ الآثارِ القانونية للموتِ الحقيقي، فتزولُ على إثر ذلك عن هذا المفقود شخصيته القانونية على سبيل الاستثناء خلافاً لحكم القاعدة العامة التي تقضي بعدم زوالِ الشخصية القانونية عن الإنسان إلا بثبوتِ موته حقيقةً أو فعلاً، وتوزعُ عندئذٍ تركته بين ورثته الأحياء عند صدور الحكم بموته، وتعتدُّ منه زوجته من تاريخ هذا الحكم عدة المتوفى عنها زوجها متربصةً في بيت الزوجية أربعة أشهرٍ وعشرة أيام.

وجديرٌ بالذكرِ أنه على الرغم من انحسارِ ظاهرةِ الفقدِ والمفقودين في

عصرنا الحالي على إثر تلاشي أو انحسار العديد من مسبباتها، لاسيما وقد تلاشت ظاهرة الحروب المتعاقبة في كثير من بلدان العالم⁽³⁾، ولم تعد موجودة إلا في بلدان أو دول معينة، فضلاً عن تضاءل وقوع الكوارث الطبيعية المدمرة مثل الزلازل والفيضانات والعواصف الرعدية، فضلاً عن حرص الدول المعرضة جغرافياً لوقوع مثل هذه الكوارث على توفير العديد من التدابير الاحترازية والاستعدادات الفنية والعملية اللازمة لتخفيف حدة آثار وتوابع حدوث مثل هذه الكوارث عليها وعلى شعوبها، هذا إلى جانب ما حدث من طفرة كبيرة في وسائل المواصلات سواء من حيث تنوعها أو من حيث توفير مقومات السلامة والأمان لمرتاديها أثناء سفرهم بها على نحو جنّب الكثيرين منهم أن يكونوا عرضةً لمخاطر الفقد أو الهلاك، وما أصاب وسائل الاتصال من تطور مذهل أتاح سهولة الاتصال بين الطاعن والمقيم بصورة أزاحت عن هذا الطاعن مظان الفقد مهما طال غيابُه بعيداً عن موطنه وأهله، إلا أن ذلك كله لم يمنع كليةً من وجود ظاهرة الفقد واستمرار بقائها بشكل أو بآخر بسبب استمرار بقاء بعض مسبباتها في عصرنا الحديث، حتى وإن كانت بصورة أقل حجماً وعلى نحو أقل خطورةً عن ذي قبل.

وقد يبدو للناظر لأول وهلة أن بحثاً يدور في فلك البحث والتنقيب عن نظام قانوني محكم، يكشف لنا عن مركز المفقود سيغلب عليه عادةً طابع

(3) فعلى سبيل المثال نجد أن العالم كله ابتلي بالحربتين العالميتين خلال فترة زمنية قصيرة، إذ لم يفصل بين الحرب العالمية الأولى والحرب العالمية الثانية إلا عشرين عاماً، كما جنب الله مصرنا الحبيبة ويلات الحروب التي خاضتها مع إسرائيل خاضت مصر أربعة حروب خلال خمسة وعشرين عاماً، وهي حرب 1948، 1967، 1973 ضد إسرائيل، وحرب 1956م ضد فرنسا وإنجلترا وإسرائيل، كما جنب الله العراق وإيران ويلات الحرب الضروس التي استمرت بينهما لسنوات طوال.

التكرار والترديد في خطته ومبناه، ويفتقر من ثم إلى طابع الحداثة والتجديد في مضمونه وفحواه، وهذا التخمين كان سيصدق حدسه لو جاءت وجهة هذا البحث متجهة شطر ما هو معمول به بصورة تامة دون إحداث أي تجديد أو تطوير في الأحكام المنظمة للمفقود، فتميل إلى رعاية مصلحة المفقود وحده أو نحو رعاية مصلحة ورثة هذا المفقود وحدهم، أما إذا كانت وجهة البحث متجهة إلى تحليل ونقد هذه الأحكام لتطوير ما يحتاج منها إلى تطوير، فعندئذ يكون متسماً بقدر ما (قل أو كثر) من الجودة والحداثة.

ويكفيني أن كان لي شرف المحاولة لإجراء دراسة متوازنة من خلال هذا البحث، تستهدف تحقيق مصلحة طرفي المشكلة وهما المفقود وذووه من غير إفراط أو تفريط، بحيث تتجرد هذه الدراسة تماماً من التحيز المتطرف لطرف على حساب طرف آخر أو تبتعد عن التحيز غير المبرر ولو خلا من مظاهر التطرف والغلو ما دام أنه لا يوجد له أي مبرر منطقي أو دافع عملي ملح يستوجب ذلك.

إذ ليس من العدالة أو المنطق في شيء أن تُولي الدراسات القانونية المعالجة للوضع الشرعي أو القانوني للمفقود جل اهتماماتها لرعاية مصالح ذوي المفقود مثلاً وحدهم دون أن تُولي في ذات الوقت قدراً مماثلاً وموازياً من العناية والرعاية لمصلحة المفقود نفسه، لتحقيق قدر لازم من التوازن المعقول على نحو يدفع عنها مغبة الوقوع في برائن الغلو والتطرف في رعاية مصلحة واحدة على حساب الأخرى، ولا يشفع لها في تجاهل مصلحة المفقود مثلاً انشغالها بمصلحة ذويه (ممثلة في حقوق زوج المفقود⁽⁴⁾)

(4) وأعني بالزوج هنا ذكراً كان أو أنثى، ذلك أن لفظ الزوج لغةً هو خلاف الفرد، وكل شيتين اقترن أحدهما بالآخر، فهما زوجان، ومنه الزواج: أي اقتران الزوج بالزوجة أو الذكر بالأنثى (انظر في ذلك "المعجم الوجيز" ص 295، الصادر عن

وحقوق باقي ورثته المعلقة طوال فترة فقده) بحثاً عن حلول ناجعة لحقوقهم، بوصفها المصلحة الأولى بالرعاية والأجدر بالحماية دفعاً لوقوع أي ظلم عليهم واستنكاراً لأي قولٍ مضادٍ يدعو إلى بقاء حقوق هؤلاء معلقةً، دون أن يجري توزيعها على الزوج الآخر أو على باقي ورثته، لأنه مع أهمية هذا الانشغال لا ينبغي أن نولي مصلحة ذوي المفقود كل العناية ونترك بالكلية مصلحة المفقود، فهذا ظلمٌ بينٌ لا سيما وأن هذا المفقود ما دنا لم نتأكد من موته موتاً فعلياً، فيجب علينا أن نعامله معاملة الأحياء استصحاباً لحياته التي كانت متيقنة قبل الفقد.

وأرى أنه ينبغي علينا، إذا أردنا أن نحقق العدالة فيما نُريدُ سنه من قواعد قانونية سواء لتنظيم هذه الظاهرة أو حتى غيرها من الظواهر الاجتماعية الأخرى، السعي حثيثاً إلى تحقيق التوازن المعقول بين مصالح جميع أطراف من تتعلق بهم هذه الظاهرة أو تلك، بلا إفراط أو تفريط في رعاية مصلحة أحدٍ على حساب أحدٍ من غير مبررٍ معقولٍ لذلك.

وقد بدا لي من خلال مطالعتي لنصوص قوانين الأحوال الشخصية في معظم الدول العربية بشأن المفقود أنها لم تسلم من مظاهر الإفراط والتفريط، فتارةً تفرط في رعاية مصلحة زوج المفقود وقرابته على حساب المفقود، وتارةً أخرى تفرط في رعاية مصلحة المفقود ذاته على حساب زوجته وقرابته، فعلى سبيل المثال لا الحصر نجد أن المفقود حتى وإن غلب الظن بموته ولم تتأكد مظنة بقاءه حياً، فجاء حكم القاضي على إثر ذلك قاضياً بموت هذا المفقود رعايةً لمصلحة ورثته، ثم جرى توزيع أموال تركته بين هؤلاء الورثة بموجب هذا الحكم، فهل من المقبول عدالةً حينما تظهر

مجمع اللغة العربية بجمهورية مصر العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم
بمصر عام 1430هـ/ 2009 م، المطابع الأميرية).

حياة هذا المفقود من جديد، أن نتركه هماً دون أدنى عناية أو رعاية سواءً من جانب أسرته الصغيرة (ممثلةً في أهله وذويه)، أو من جانب أسرته الكبيرة (ممثلةً في المجتمع الذي عاش فيه عمره قبل الفقد، ثم رجع إليه بعد عودته وزوال سبب الحكم عليه بالموت) تاركين إياه وحيداً يلقي مصيره المظلم، حائراً بين حاضره المظلم الذي فقد فيه كل ما كان يملكه من مال، وبين غده المبهم الذي هو مطالب فيه بأن يفتش بنفسه عن أمواله التي قُسمت بين ورثته، مستجدياً منهم ما عساه أن يكون باقياً منها ظاهراً بين أيديهم، وطالباً من القضاء تمكينه من استرداده من بين أيدي ذلك الوارث سيئ الحظ الذي ظل محتفظاً بمال المفقود على صورته الأولى، التي كان عليها وقت توزيعه عليه من غير أن يحرص منذ بداية توزيع التركة على إذابة نصيبه منها بين ماله وإخفاء معالمه الخاصة به ليتجنب تعرضه لخطر استرداده منه فيما بعد إن ظهر المفقود مستقبلاً عائداً إلى وطنه أو إلى أسرته بعد الحكم بموته موتاً تقديرياً⁽⁵⁾.

وهل من المتصور أن يبقى مال المفقود بعد توزيعه بين الورثة على حاله حتى يبدو هذا المال واضح المعالم للعيان بعد عودة المفقود للظهور من جديد حياً، وحتى يتسنى لهذا المفقود (سواء بمفرده أو بمعاونة أحد رجال السلطة التنفيذية) استرداد هذا القدر الذي يبقى ظاهراً من أمواله بين أيدي ورثته تنفيذاً للنص القانوني المثبت لحقه في الاسترداد، وهل على فرض تصور تحقق ذلك هل يكون مثل هذا الحكم (والذي يجري تنفيذه على بعض الورثة ممن بقي في أيديهم شيء ظاهراً من تركة المفقود دون البعض

(5) وهذا فرض نادراً لأنه مع وجود حكم هذا الفرض في القانون على هذا النحو سيحرص كل وارث على إذابة ما يرثه من المفقود فور وراثته له في ماله أو يتصرف فيه لغيره على الفور حتى لا يبقى شيئاً منه ظاهراً بين يديه تفادياً لتطبيق هذا الحكم عليه عند ظهور المفقود.

الأخرَ منهم ممن لم يبق بين أيديهم من تركة المفقودِ شيءٍ ظاهرٌ بقصدٍ منهم أو دون قصدٍ) محققاً لمبدأ العدالةِ والمساواةِ في الحكمِ بين ورثةِ المفقودِ، أم أنه ينطوي على ظلمٍ ظاهرٍ غير مبررٍ في إجراءِ التفرقةِ بينهم في المعاملةِ.

كما لاحظتُ من زاويةِ معاكسةِ إفراطها الشديدِ في بعض الفروض الأخرى في رعايةِ مصلحةِ هذا المفقودِ على حسابِ زوجِه وقرابتهِ، ويتجلى ذلكَ واضحاً في مدى الغلوِ والتطرفِ في تقديرِ المددِ اللازمةِ للحكمِ على المفقودِ بالموتِ الحكمي، إذ تشترطُ معظمُ هذه النصوصِ بصفةٍ عامةٍ قبلَ الحكمِ بموتِ المفقودِ التبرصَ مدةً لا تقلُّ عن أربعِ سنواتٍ من تاريخِ الفقدِ، وهذه مدةٌ طويلةٌ تعطلُّ خلالها مصالحُ زوجِ المفقودِ وقرابتهِ دونَ أي مبررٍ منطقي يبررُ ذلكَ، هذا بالإضافةِ إلى ما تتصفُّ به بعضُ هذه الأحكامِ من مظاهرِ الاعتداءِ أو التعدي على بعضِ مظاهرِ الحريةِ الشخصيةِ لزوجِ المفقودِ، لا سيما إذا كان امرأةً وثبتَ ظهورُ زوجِها المفقودِ حياً بعدَ الحكمِ بموتهِ، حيث يُفرضُ عليها العودةُ له قانوناً، مادام أنه بعد انتهاءِ عدتها من هذا المفقودِ لم يدخلْ بها زوجٌ آخرٌ أو حتى دخل بها هذا الزوجِ لكأنه كان يَعْلَمُ وقتَ الدخولِ بها ببقاءِ زوجها الأولِ المفقودِ حياً، وفي هذا الحكمِ الجائرُ - من وجهةِ نظري - تجاهلُ كاملٌ لقيمةِ ووزنِ رأيِ المرأةِ قبولاً أو رفضاً في الرجوعِ إلى المفقودِ بعد عودته حياً، ومعاملتها من ثمَ معاملةً مهينةً وكأنها شيءٌ يجري نقلُه بين الزوجينِ بلا وزنٍ لها أو اعتبارٍ لوجهةِ نظرها في أهمِ أمورِ حياتها الإنسانية، وكانَ من المفروضِ طرحُ هذا التساؤلِ الذي يحفظُ للمرأةِ قيمتها ويُعلي شأنها في أخصِ شئونِ نفسها، والذي مؤداه هل هي لم تزلْ ترغبُ في الرجوعِ إليه (وذلك بعد أن انفصلتَ بينهما عرى الرابطةِ الزوجيةِ بناءً على حكمِ قضائي وتم التفريقُ بينهما بموجبه وقضتُ على إثره كاملَ مدةِ عدتها منه)، أم أنها لا ترغبُ في ذلكَ؟

خطة البحث

سأقسمُ هذا البحثَ إلى خمسة مباحثٍ هي على التفصيل الآتي :
المبحث الأول: ماهية المفقود.

المطلب الأول: معنى المفقود لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: التمييزُ بين المفقود وغيره ممن يشته به.

المبحث الثاني: شروطُ الحكمِ بموتِ المفقود.

المطلب الأول: إثبات فقد الشخص.

المطلب الثاني: ثبوت فشل وسائل البحث في معرفة أخبار المفقود.

المبحث الثالث: أحكامُ المفقودِ قبلَ الحكمِ بموته.

المطلب الأول: بقاء رابطة الزوجية طوال مدة الفقد.

المطلب الثاني: بقاء مال المفقود على ذمته إلى أن يُحكم بموته.

المطلب الثالث: وقف نصيب المفقود في الميراث والوصية.

المبحث الرابع: أحكامُ المفقودِ بعد الحكمِ بموته.

المطلب الأول: التفريق بين المفقود وزوجته مع وجوب اعتدادها عدة الوفاة.

المطلب الثاني: توزيع أموال المفقود بين ورثته الموجودين وقت تاريخ الحكم

القضائي أو القرار الإداري بموته.

المبحث الخامس: أثرُ ظهور المفقودِ حياً بعد الحكمِ بموته.

المطلب الأول: أثرُ ظهور المفقودِ حياً بعد الحكمِ بموته بالنسبة لزوجته في

الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أثرُ عودة المفقودِ حياً بالنسبة لزوجته في التشريعات العربية.

المطلب الثالث: أثرُ ظهور المفقودِ حياً على ماله الموزع بين ورثته.

الخاتمة.

المراجع.

المبحث الأول

ماهية المفقود

المطلب الأول

معنى المفقود لغةً واصطلاحاً

أولاً: المعنى اللغوي للمفقود

جاء في لسان العرب لابن منظور أن الفقيد أو المفقود كلمة مشتقة من مادة "فقد"، أقول مثلاً فقد الشيء يفقده فقداً، وفقداناً وفقوداً، فهو مفقود وفقيد: أي عدمه، وأفقده الله إياه. والفاقد من النساء: هي التي يموت عنها زوجها أو ولدها أو حميمها. قال أبو عبيد: امرأة فاقد وهي الشكول؛ وأنشد الليث لكعب بن زهير قائلاً: كأنها فاقد شمطاء موعلة ناحت وجاوبها نكد مثاكيل، وقال اللحياني: هي التي تتزوج بعدما كان لها زوج فمات. وقال أيضاً: والعرب تقول: لا تتزوجن فاقدًا وتزوج مطلقه. والتفقّد: يعني تطلب ما غاب من الشيء. وقد روي عن سيدنا أبي الدرداء أنه قال: من يتفقّد يفقّد، ومن لا يعد الصبر لفواجع الأمور يعجز؛ فالتفقّد: تطلب ما فقدته، ومعنى قول سيدنا أبي الدرداء أن من تفقّد الخير وطلبه في الناس فقدّه ولم يجده، وذلك أنه رأى الخير في النادر من الناس ولم يجده فاشياً موجوداً. وغيره (أي من معاني التفقد): أي من يتفقّد أحوال الناس ويتعرفها فإنه لا يجد ما يرضيه. وافتقّد الشيء: طلبه وقد قيل في ذلك: فلا أخت فتبكيه ولا أم فتفقّده، وقد جاء في التنزيل الحكيم قول الله تعالى ﴿وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ﴾⁽⁶⁾ وكذلك الإفتقاد، وقيل:

(6) الآية رقم 20 من سورة النمل.

تَفَقَّدْتُهُ أَي طَلَبْتُهُ عِنْدَ غَيْبَتِهِ. وَتَفَاقَدَ الْقَوْمُ أَي فَقَدَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا؛ وَقَالَ ابْنُ مِيَادَةَ: تَفَاقَدَ قَوْمِي إِذْ يَبِيعُونَ مُهْجَتِي بِجَارِيَةِ بَهْرًا لَهُمْ بَعْدَهَا بَهْرًا، وَبَهْرًا قِيلَ فِيهِ: تَبَا، وَقِيلَ: خَيْبَةً، وَقِيلَ: تَعَسَا لَهُمْ، وَقِيلَ: أَصَابَهُمْ شَرٌّ. وَفِي حَدِيثِ عَائِشَةَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: افْتَقَدْتُ رَسُولَ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَيْلَةً: أَي لَمْ أَجِدْهُ؛ هُوَ افْتَعَلْتُ مِنْ فَقَدْتُ الشَّيْءَ أَفْقِدُهُ إِذَا غَابَ عَنْكَ. وَفِي حَدِيثِ الْحَسَنِ: أُغِيلِمَةُ حِيَارَى تَفَاقَدُوا يَدْعُو عَلَيْهِمُ بِالْمَوْتِ وَأَنْ يَفْقَدَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا. وَيُقَالُ: أَفْقَدَهُ اللَّهُ كُلَّ حَمِيمٍ. وَيُقَالُ: مَاتَ فُلَانٌ غَيْرَ فَقِيدٍ وَلَا حَمِيدٍ أَي غَيْرَ مُكْتَرِثٍ لِفَقْدَانِهِ⁽⁷⁾.

وجاء في المعجم الوجيز فقد الشيء فقداً وفقداناً: ضاع منه، وفقد المَال ونحوه: أي عَدِمَهُ، وافتقد الشيء: أي فقده، وتفقد الشيء: أي تطلبه عند غيبته، ومنه الآية الكريمة سالفة الذكر، وتفقد أحوال الناس: دقق النظر فيها ليعرفها حق المعرفة، والفقيد والمفقود بمعنى واحد⁽⁸⁾.

ثانياً: المعنى الاصطلاحي للمفقود

معنى المفقود في الفقه الإسلامي

لقد أوردَ فقهاء مذاهبِ الشريعة الإسلامية تعريفاتٍ عديدةً للمفقود نختارُ منها التعريفات الآتية:

(7) ابن منظور في معجمه "لسان العرب" للإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، ج5، ص3444، تحقيق كل من: أ. عبدالله علي الكبير، أ. محمد أحمد حسب الله، أ. هاشم محمد الشاذلي، طبعة دار المعارف المصرية.

(8) انظر في ذلك: "المعجم الوجيز" قاموس صادر عن مجمع اللغة العربية بجمهورية مصر العربية، ص477، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم بمصر، طبعة عام 1430هـ/2009 م.

أ - في المذهب الحنفي عرفه صاحب فتح القدير بأنه " هو الغائب الذي لا يُدرى حياته ولا موته" (9)، وعرفه صاحب المبسوط بأنه " اسمٌ لموجود هو حيٌّ باعتبار أول حياته، لكنه خفي الأثر كالميت باعتبار ماله، وأهله في طلبه يجدون ولخفاء مستقره لا يجدون فقد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره، وبالجد ربما يصلون إلى المراد، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد" (10)، وعرفه صاحب كتاب الاختيار بأنه " هو الذي غاب عن أهله وبلده أو أسرَه العدو ولم يُدرَ أحيي هو أم ميتٌ فلا يُعلم مكانه، ومضى على ذلك زمانٌ فهو معدومٌ بهذا الاختيار" (11).

ب - في المذهب المالكي عرفه بعضهم بأنه " هو الذي يغيبُ فينقطع أثره ولا يُعلم له خبرٌ" (12)، أو هو " الذي لا يبلغه سلطانٌ ولا كتابٌ سلطانٍ، قد أضلَّ أهله وإمامه في الأرض، فلا يُدرى أين هو، وقد تلوموا في طلبه والمساءلة عنه فلم يوجد" (13)، أو هو " من انقطع خبره

(9) الكمال ابن الهمام " شرح فتح القدير " للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

المعروف بابن الهمام، ج 6، ص 141، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت لبنان.

(10) السرخسي " المبسوط " للإمام أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل

السرخسي، ج 11، ص 34، طبعة عام 1406هـ، دار المعرفة بيروت لبنان.

(11) ابن مودود الموصللي في كتابه " الاختيار لتعليل المختار " للشيخ عبدالله بن

محمود بن مودود الموصللي الحنفي، ج 3، ص 37، بيروت - لبنان، بدون تاريخ

نشر.

(12) الخرشي في كتابه " شرح الخرشي على مختصر خليل " للإمام أبي عبدالله محمد

بن عبدالله الخرشي المالكي، ج 4، ص 149، دار الفكر، بيروت، لبنان، تصوير

عن نسخة المطبعة الأميرية ببولاق، الطبعة الثانية عام 1987 م.

(13) سحنون في " المدونة الكبرى " رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام مالك

بن أنس إمام دار الهجرة، ج 2، ص 31، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت،

لبنان.

ممكّن الكشفُ عنه". فيخرج بذلك الأسير لأنه لم ينقطع خبره، ويخرج المحبوس الذي لا يستطيع الكشف عنه⁽¹⁴⁾.

ج - في المذهب الشافعي ذكرَ الإمامُ الشافعي أن المفقودَ "هو من لا يُسَمَعُ له بذكرٍ"⁽¹⁵⁾، وعرفه بعضُ فقهاءِ المذهبِ بأنه "من انقطع خبره وجهل حاله، فلا يُدرى أحيٌّ هو أم ميتٌ، وسواء كان في سفرٍ أو حضرٍ، في قتالٍ أو عند انكسارِ سفينةٍ"⁽¹⁶⁾.

د - في المذهب الحنبلي يعرفونه بأنه "هو من لم تعلم له حياةٌ ولا موتٌ لانقطاع خبره"⁽¹⁷⁾ أو هو "من انقطع خبره ولم يعلم موضعه"⁽¹⁸⁾.

هـ - في المذهب الظاهري يعرفونه بأنه "هو الذي يُتَلَوُّمُ لطلبه فلا يوجد له خبرٌ"⁽¹⁹⁾.

(14) الدسوقي في "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" للإمام شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، ج 2، ص 479، تحقيق محمد عليش، طبعة دار الفكر بيروت لبنان، بدون تاريخ نشر.

(15) الشافعي في كتابه "الأم" للإمام أبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي، ج 6، ص 168، الطبعة الثانية عام 1393هـ، دار المعرفة بيروت لبنان.

(16) الجمل في "حاشية الجمل على شرح المنهاج"، "فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهاج الطلاب" ج 4، ص 29، دار الفكر بيروت - لبنان، بدون تاريخ نشر.

(17) البهوتي في "شرح منتهى الإرادات" المسمى "دقائق أولي النهي لشرح المنتهى" للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، ج 2، ص 542، الطبعة الأولى عام 1993م، عالم الكتب بيروت - لبنان.

(18) ابن قدامة في "المغني على مختصر الخرقى" للشيخ موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد المعروف بابن قدامة، ج 8، ص 106، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، بدون تاريخ نشر.

(19) ابن حزم في "المحلى بالآثار" للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، ج 9، ص 321، تحقيق عبدالغفار البغدادي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، بدون تاريخ نشر.

و - في مذهب الزيدية يعرفونه بأنه " من غابَ فخفيَ مكانه ولم يُدْرَ أحيي أم ميتٌ " (20).

ز - في مذهب الإمامية يعرفونه بأنه " من انقطع خبره وخفي أثره " (21).

تحليل ونقد التعريفات السابقة

يُؤخَذُ على غالبية هذه التعريفات تركيزها - عند بيانها لمعنى المفقود - على عنصرٍ واحدٍ أو حتى على عنصرين فقط من عناصر المفقود وإغفال ما سواه أو سواهما من العناصر الجوهرية الأخرى، وهذا إغفال غير مبرر، مثال ذلك تركيز بعضها على عنصر الجهل أو عدم العلم بموضع أو مكان الفقد بوصفه يمثل محكاً أو مناطاً في إكسابه وصف المفقود، في حين أن مناط الفقد في الحقيقة يتمثل في عدم العلم بحياة الشخص أو مماته بغض النظر عن الجهل أو العلم بموضع أو مكان فقده، مادام أنه لا يُستدل على حياته أو موته، وإن كان الجهل بحالة الشخص من الحياة أو الموت عادةً ما يقترب بها الجهل بموضع أو مكان وجوده.

بيد أنه على الرغم من ذلك فإن بعض هذه التعريفات وإن لم تسلّم من كل نقدٍ إلا أن منها ما أعجبني أكثر من بعضه الآخر على قدر احتوائه على كل أو غالبية العناصر الجوهرية المبرزة للدلالة المتكاملة لمعنى المفقود، نذكر من بين هذه التعريفات ذلك التعريف الذي ذكره بعض فقهاء المالكية

(20) المرتضى في "البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار" للإمام المجتهد أحمد بن يحيى المرتضى، ج4، ص54، وبهامشه "جواهر الأخبار المستخرجة من لجة البحر الزخار" لمحمد بن يحيى بن بهران الصعيدي، دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ نشر.

(21) العاملي في "مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة" محمد الجواد بن محمد الحسيني العاملي، ج8، ص92، طبعة عام 1326هـ، مطبعة الشورى بالفجالة.

بقوله المفقود " هو الذي يَغيبُ فيَنَقَطُ أثرُه ولا يُعَلَمُ له خَبْرٌ " ، وذلك نظراً لاحتوائه على بيانٍ واضحٍ لمبتدأ المفقود ومآله قبلَ الحكمِ بموته، إذ إنه قبلَ الفقدِ كانتْ حياته مؤكدةً، ثم بعدَ ذلك خرجَ من بيته أو موطنه معلوماً وقتَ خروجِه، ثم بقيَ بعيداً غائباً عن بيته أو موطنه منقطعةً آثارُه ولم يُعرَفَ عنه خبرٌ مطلقاً، سواء كان هذا الخبر لتأكيدِ أصلِ وجوده حياً، أو لإثباتِ موته وخروجه عن الدنيا حقيقةً وفعلاً، وإن كان رغم ذلك لم يسلمَ من كل نقدٍ تأسيساً على أنه لم يبينَ مدةً معينةً لغيابه، كما أعجَبني ذلك التعريفُ الذي ذكره آنفاً صاحبُ المبسوط (السرخسي) لكونه معبراً بدقة عن حقيقة المفقود، لكنه يُعابُ عليه في الوقتِ نفسه إسهابُه الشديدُ في التفصيلِ والبيان، مما أفقدَ هذا التعريفَ إحكامه رغمَ جمالِ عبارته وروعةِ معناه.

لكن من أكثرِ التعريفاتِ دقةً وتكاملاً في بيانِ حقيقة المفقود - من وجهة نظري - ذلك التعريفُ الذي أورده صاحبُ كتابِ الاختيارِ، نظراً لاحتوائه على جميعِ العناصرِ المعبرة عن المفقود والمميزة له عما قد يَشْتَبُه به أو يُفْتَرَبُ منه من أشخاصٍ كالغائبِ والأسيرِ مثلاً، إذ ينبغي لتحققِ معنى الفقدِ في الغائبِ أن يتحققَ الجهلُ بمكانه والجهلُ بخبره وحاله فلا تُعرفَ له حياةٌ من مماتٍ، وأخيراً ينبغي أن يمضي على غيابه قدرٌ معينٌ من الزمانِ يُحدِّدُ من قبلِ القاضي أو جهةِ الإدارة في ضوءِ ظروفٍ وملابساتٍ ففقدِه⁽²²⁾.

تعريفُ المفقود في التشريعاتِ الوضعيةِ

عرفتُ المادةُ 1/36 من القانونِ المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م المفقودَ قائلةً " من غابَ بحيثُ لا يُعَلَمُ أحْيً هو أم ميتٌ يُحْكَمُ

(22) انظر في المعنى نفسه: أ. يوسف عطا محمد " أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية " ص19، رسالة ماجستير بكلية الدراسات العليا - جامعة النجاح الوطنية بنابلس بفلسطين، طبعة عام 1424م - 2003م.

بكونه مفقوداً بناءً على طلب كل ذي شأنٍ....."، كما عرفته المادة (86) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (78) لسنة 1980 م قائله "المفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تُعرف حياته أو مماته".

كما عرفته المادة (202) من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (59) لسنة 1953م قائله: "المفقود هو كل شخص لا تُعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محققة ولكنه لا يُعرف له مكان"، وعرفته المادة (109) من قانون الأسرة الجزائري بقولها "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يُعرف مكانه ولا يُعرف حياته أو موته ولا يُعتبر مفقوداً إلا بحكم".

وعرفت المادة 2/233 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28) لسنة 2005م المفقود قائله "المفقود هو الغائب الذي لا تُعرف حياته ولا وفاته"، وعرفته المادة (291) من قانون الأسرة القطري رقم (22) لسنة 2006م قائله: "المفقود هو الغائب الذي لا يُعرف إن كان حياً أو ميتاً"، كما عرفته المادة (81) من قانون (مجلة) الأحوال الشخصية التونسية الصادر في 13 أغسطس عام 1956م قائله: "يُعتبر مفقوداً من انقطع خبره ولا يُمكن الكشف عنه حياً"، وعرفته المادة 2/259 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين في السودان الصادر في 24/7/1991م بقولها "المفقود هو الغائب الذي لا يعرف إن كان حياً أو ميتاً"، وعرفته المادة 2/190 من قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان قائله: "المفقود هو الغائب الذي لا تُعرف حياته ولا وفاته"، وعرفته المادة 2/113 من قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم (20) لسنة 1992م قائله: "المفقود هو الغائب الذي لا تُعرف حياته ولا وفاته".

تعريف المفقود في فقه القانون

لقد أورد فقهاء القانون تعريفات عديدة للمفقود تدور جميعها حول

معنى واحدٍ يبرزُ حقيقةَ المفقودِ بوصفه أحدَ أنواعِ الغائبِ، نذكرُ منها ما يلي:

فمنهم من عَرَفَه قائلاً "المفقودُ هو الغائبُ الذي انقطع خبرُهُ فلا يُدرى مكانُهُ ولا تُعلمُ حياته ولا موته" ⁽²³⁾، أو هو الغائبُ الذي انقطعت أخبارُهُ ولكن يُرجى العثورُ عليه، أما من كانَ بعيداً عن وطنِهِ ولو منذ زمنٍ بعيدٍ، ولكن لم تنقطع أخبارُهُ فلا يُعدُّ مفقوداً بل غائباً فقط أو غيرَ حاضرٍ ⁽²⁴⁾، أو هو ذلك الغائبُ الذي انقطعت أخبارُهُ، فلا يُدرى مكانُهُ ولا تُعلمُ حياته من مماتِهِ ⁽²⁵⁾.

تعريفنا للمفقود

أرى أن المفقودَ هو شخصٌ حيٌّ خرجَ من بيته في ظروفٍ معينةٍ وانقطعت أخبارُهُ لفترةٍ طويلةٍ ولم تُعرفَ له حياةٌ من مماتٍ، فيجري استصحابُ حياته إلى أن يُستصدرَ حكمٌ أو قرارٌ بموته ⁽²⁶⁾.

(23) انظر في ذلك: د. عبدالحى حجازي "المدخل لدراسة العلوم القانونية"، ج2، الحق، وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، بند 568، ص495، طبعة عام 1970 م، مطبوعات جامعة الكويت.

(24) د. عبدالحى حجازي - المرجع السابق - بند 568، ص495.

(25) د. حسن كيرة "المدخل إلى القانون" بند 266، ص531، طبعة منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ نشر، وانظر في المعنى نفسه: د. محمد حسام محمود لطفي "المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء"، ص108، 109، الكتاب الثاني: نظرية الحق، الطبعة الثالثة بدون تاريخ نشر، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر بالجيزة، حيث يعرفه سيادته بأنه "هو من انقطعت أخباره فلا تعلم حياته من مماتِهِ".

(26) انظر في المعنى نفسه: د. عبدالمنعم فارس سقا "أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي" دراسة مقارنة، ص43، الطبعة الأولى عام 1429هـ - 2008 م، دار النوادر، لبنان - بيروت.

المطلب الثاني

التمييز بين المفقود وغيره ممن يشته به

لا جرم أن المفقود يختلف عن الغائب، فكل مفقود غائب، وليس كل غائب مفقود، فالغائب إذاً أعم وأوسع من المفقود، ولذا فهو يشمل كل من يخرج من بيته مختاراً أو مرغماً عنه فلم يقدر على إدارة أمواله بنفسه أو الإشراف على من يديرها نيابة عنه، على نحو معطل لمصالحه أو مصالح غيره مدة سنة فأكثر، سواء كانت حياته محققة أو غير محققة⁽²⁷⁾.

ولذا يقول البعض - وبحق - أن المفقود هو من انقطعت أخباره فلا تعلم حياته من مماته، في حين أن الغائب هو من طال اختفاؤه ولم تنقطع أخباره مع التيقن من حياته⁽²⁸⁾.

وبناءً على ما سبق يشمل الغائب المفقود، أي ذلك الشخص الذي خرج من بيته منقطعة أخباره فلا تعرف حياته من مماته، كما يشمل أيضاً أشخاصاً آخرين غير المفقود مثل الشخص الذي تعرف حياته دون أن يعرف له موطن أو محل إقامة في الخارج، وكذلك الحال يشمل الشخص الذي يعرف له موطن أو محل إقامة خارج الوطن لكن يتعذر عليه لغيابه بالخارج إدارة أمواله بنفسه أو الإشراف على من يتولى إدارتها نيابة عنه⁽²⁹⁾، كما يشمل الأسير الذي يعرف مكانه (أي مكان حبسه أو أسرته) داخل الوطن أو خارجه، لكن لا يعلم خبره، أحي هو أم ميت.

(27) انظر في المعنى نفسه: د. عبدالودود يحيى "دروس في مبادئ القانون لطلبة كلية التجارة"، ص 238، طبعة عام 1976-1977م، د. علي سيد حسن "الأحكام الخاصة بالمفقود" ص 17، طبعة 1984م، دار النهضة العربية بالقاهرة.

(28) د. محمد حسام محمود لطفي - المرجع السابق - ص 108، 109.

(29) انظر في المعنى نفسه: د. علي سيد حسن - المرجع السابق - ص 17، 18.

وهذا ما أخذت به معظم نصوص القوانين والتشريعات الوضعية العربية المعاصرة، إذ الغائب فيها هو واحدٌ من هؤلاء الثلاثة⁽³⁰⁾:

الشخصُ الذي خرجَ من بيته ولا تُعرفُ له حياةٌ من مماتٍ، ويُسمَّى مفقوداً.

الشخصُ الذي تُعرفُ حياته ولكن ليس له محلُّ إقامةٍ ولا موطنٌ معلومٌ لا في الداخلِ ولا الخارجِ.

الشخصُ الذي له محلُّ إقامةٍ أو موطنٌ معلومٌ في خارجِ الوطنِ ولكن استحالَ عليه لبعده عن الوطنِ أن يتولى بنفسه إدارةَ أمواله أو يُشرفَ على من أنابه عنه في إدارتها.

وبذلك يُعدُّ الفقدُ هو أحدُ حالاتِ الغيابِ أو يُعدُّ المفقودُ أحدَ أنواعِ أو أقسامِ الغائبِ.

(30) راجع هذا المعنى في مصر في المادتين (74 : 75) من قانون الولاية على المال، والمادة (7) من القانون الخاص بالمفقود رقم (25) لعام 1920م، ونص المادة (85) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (87) لسنة 1980 المعدل التي عرفت الغائب قائلاً: "الغائب هو الشخص الذي غادر العراق أو لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد على السنة دون أن تنقطع أخباره وترتب على ذلك تعطيلُ مصالحه أو مصالح غيره" وعرفته المادة 1/259 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين في السودان الصادر في 24 / 7 / 1991م قائلاً: " الغائب هو الشخص الذي لا يعرف محل إقامته، أو لا يمكن وصول الإعلانات إليه"، وعرفته المادة 1/190 من قانون الأحوال الشخصية العماني بقولها: "الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته"، د. عبدالودود يحيى "دروس في مبادئ القانون لطلبة كلية التجارة" ص238، طبعة عام 1976-1977م، د. عبدالمنعم فارس سقا - المرجع السابق - ص24، وعرفته المادة 1/113 من قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم (20) لسنة 1992م قائلاً: "الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته".

بيد أنه يُؤخَذُ على قانون الأحوال الشخصية السوري أنه عد الغائب من قبيل المفقود مخالفاً بذلك ما استقرَّ عليه الرأي فقهاً وقضاً وتشريعاً، حيث نصت المادة (203) منه على أن " يُعْتَبَرُ كالمفقود الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره " ، كما يُؤخَذُ على المادة (202) من هذا القانون أنها جعلت حالة من حالات الغياب صورة من صور الفقد، فخلطت بذلك بين الفقد والغياب، حيث اعتبرت أن من كانت حياته محققة ولا يُعرف له مكان هو نوع من أنواع المفقود، رغم أنها ليست من المفقود في شيء، وإنما هي من حالات الغائب بعينه، ولعل هذا الخلط أو ذاك الاضطراب الذي وقع واضع قانون الأحوال الشخصية السوري فيه يرجع إلى تأثيره في تحديد معنى الغائب بالقانون الفرنسي الذي وقع من قبله في هذا الخلط، فاضطرب مدلول أو معنى الغائب فيه فجاء مختلطاً وملتبساً بمدلول المفقود، ذلك أن القانون الفرنسي القديم جاء متأثراً بمسلك القانون الروماني الذي لم يكن يفرق بين الغائب والمفقود، ولذا عرف الفقه الفرنسي الغائب في ظلاله بأنه " الشخص الذي يختفي في موطنه دون أن نعلم شيئاً عن أخباره بحيث لا يُدرى أميت هو أم حي " (31).

وهذا تعريف محل نظر لأنه إلى جانب خلطه بين المفقود والغائب (إذ إنه وهو في معرض تعريفه للغائب يعطيه معنى المفقود) فإنه يجعل مدلول الغائب أو مدلول المفقود ضيقاً، بحيث لا يستوعب أيهما إلا بعض حالات الغياب أو الفقد.

(31) وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي (فليور). A. Fleur.

L' absent est celui qui a disparu de chez lui sans qu'on ait eu de ses nouvelles, de sorte qu'on ne sait pas s' i lest vivant ou mort " .

مشاراً إلى ذلك لدى: د. علي سيد حسن - المرجع السابق - ص 22، هامش 19.

ولمّا حاولت السلطة التشريعية الفرنسية تطوير بعض نصوص القانون المدني الفرنسي في شأن الغائب، خابت مساعيها ولم تصل إلى استيعاب جميع حالات الغياب، لدرجة أنه لم يكن مدلول الغائب في هذا القانون من وجهة نظرهم ونظر الفقه والقضاء عندهم يشمل أولئك الغائبين الذين كانت حياتهم محققة، لكن استحال عليهم إدارة أموالهم بأنفسهم لكونهم خارج الأراضي الفرنسية، واضطروا للخروج من هذا المأزق إلى إصدار قانون خاص لرعاية مصالح هؤلاء الغائبين، رغم أن أحكام الغائب في الحقيقة تشملهم، ولم تكن ثمة حاجة إذن لاستصدار قانون خاص من أجل تحقيق هذا الغرض⁽³²⁾.

ومما يحمد للفقهاء الإسلامي أن رجاله لم يقعوا في شرك الخلط بين الغائب والمفقود، إذ يمثل الأخير عندهم إحدى صور الغائب، بيد أنهم في شأن المفقود نفسه فقد اختلفت مذاهبهم على رأيين: رأي أول (وهم جمهور الحنفية⁽³³⁾ والشافعية⁽³⁴⁾ والظاهرية⁽³⁵⁾) لم يفرق أنصاره بين مفقود ومفقود آخر بحسب نوعه أو بحسب أحوال فقده، مُضفين وصف المفقود على كل من غاب عن أهله وبلده أو جرى أسرُه ومضى على ذلك زمان دون أن يُعرف مكانه أو يُعرف أحي هو أو ميت، سواء فُقد في دار حرب أو دار

(32) راجع في ذلك: د. علي سيد حسن - المرجع السابق - ص 21، 22، د.

عبدالمنعم فارس سقا - المرجع السابق - ص 25، 26.

(33) الرافعي القزويني في كتابه "العزیز شرح الوجيز" للشيخ أبي القاسم عبدالكريم الرافعي القزويني، ج 9، ص 485.

(34) الشافعي في كتابه "الأم" للإمام أبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي، ج 5، ص 239، الطبعة الثانية عام 1393هـ، دار المعرفة بيروت لبنان.

(35) ابن حزم في كتابه "المحلى بالآثار" للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، ج 1، ص 138، تحقيق عبدالغفار البغدادي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، بدون تاريخ نشر.

إسلام، وسواء فُقِدَ في ظروفٍ يُغْلَبُ فيها الهلاكُ (كما لو فُقِدَ في حربٍ أو غَرَقَ في سفينةٍ)، أو في ظروفٍ لا يغلبُ فيها الهلاكُ (كما لو فُقِدَ أثناء التجارة أو السياحة)، وهذا ما ذهبَ إليه جماعةٌ من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل سيدنا عمر بن الخطاب، وسيدنا عثمان بن عفان، وسيدنا علي بن أبي طالب، وسيدنا عبدالله بن مسعود، وسيدنا عبدالله بن عباس، وعبدالله بن عمر، رضي الله عنهم جميعاً، كما ذهبَ إلى ذلك أيضاً بعضُ التابعين مثل عطاءً والزهرِيُّ وعمرُ بن عبدالعزيز⁽³⁶⁾.

في حين ذهبَ رأيٌ ثانٍ (وهم المالكية⁽³⁷⁾ والحنابلة⁽³⁸⁾)

(36) ابن حزم - المرجع السابق - ج 1، ص 138.
 (37) الدسوقي في كتابه "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" للشيخ شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، ج 2، ص 479، طبعة دار إحياء الكتب العربية، بيروت - لبنان، بدون تاريخ نشر، المواق في كتابه "التاج والإكليل لمختصر خليل" للشيخ عبدالله محمد بن يوسف العبدري، الشهير بالمواق، ج 5، ص 496، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، بدون تاريخ نشر، الحطاب في كتابه "مواهب الجليل شرح مختصر خليل" لأبي عبدالله محمد بن محمد المغربي المعروف بالحطاب، ج 4، ص 155، 156، الطبعة الثالثة عام 1992 م، دار الفكر، بيروت - لبنان.

(38) البهوتي في كتابه "شرح منتهى الإرادات" المسمى "دقائق أولي النهى لشرح المنتهى" للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، ج 2، ص 42، الطبعة الأولى عام 1993 م، طبعة عالم الكتب، بيروت - لبنان، وابن مفلح المقدسي في كتابه "الفروع" للشيخ شمس الدين أبي عبدالله محمد بن مفلح المقدسي، ج 5، ص 36، الطبعة الرابعة عام 1985 م، طبعة عالم الكتب، بيروت - لبنان، والحراني في كتابه "المحرر في الفقه" للشيخ عبد السلام بن عبدالله بن تيمية الحراني، ج 1، ص 406، الطبعة الثانية عام 1402 هـ، مكتبة المعارف بالرياض - السعودية، وابن ضويان في كتابه "منار السبيل" للشيخ إبراهيم بن محمد بن ضويان، ج 2، ص 80، الطبعة الثانية عام 1405 هـ، مكتبة المعارف بالرياض - السعودية.

والإباضية⁽³⁹⁾ وسعيدُ بن المسيب من كبار التابعين⁽⁴⁰⁾ - وبحق - إلى التفرقة في شأنِ المفقودِ بين مفقودٍ وآخرٍ بحسبِ الحالةِ التي فُقدَ فيها، فليس من فُقدَ في سفرٍ غيرِ آمنٍ (مثالُ ذلك من فُقدَ في معركةٍ اندلعتُ أو في سفينةٍ غرقتُ) كمن فُقدَ في سفرٍ آمنٍ (مثالُ ذلك من فُقدَ في سفرٍ خرج فيه للتجارة أو للعلم أو للسياحة)، وهذا ما أخذَ به الفقهاءُ المحدثون من فقهاءِ الفقه الإسلامي وعلماءِ القانونِ الوضعي⁽⁴¹⁾، كما أخذتُ به القوانينُ العربيةُ المعاصرة⁽⁴²⁾.

المبحث الثاني

شروط الحكم بموتِ المفقودِ

لكي يُعدَّ الشخصُ ميتاً موتاً حكماً بسببِ الفقدِ يلزَمُ توافرُ الشروطِ الآتية:
الشرط الأول: إثبات فقد الشخص.

الشرط الثاني: ثبوت فشل وسائل البحث في معرفة أخبار المفقود.

الشرط الثالث: صدورُ حكمٍ قضائي أو قرارٍ إداري باعتبارِ المفقودِ ميتاً.

(39) أطفيش في كتابه "شرح النيل وشفاء العليل" للشيخ محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش، ج7، ص27، 28، الطبعة الثالثة عام 1985 م، طبعة مكتبة الإرشاد بجدة - السعودية.

(40) في كتاب "مسرد الأعلام"، ص170.

(41) د. علي سيد حسن "الأحكام الخاصة بالمفقود" دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانونين المصري والفرنسي، ص22: 32، طبعة عام 1984م، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة.

(42) انظر لاحقاً مدة الفقد في قوانين الأحوال الشخصية العربية في موضعها من هذا البحث.

وسنوالي شرح هذه الشروط على التفصيل الآتي :

المطلب الأول

إثبات فقد الشخص

ولا يثبتُ الفقدُ للشخصِ إلا إذا ثبتَ خروجُه الفعلي من بيته مع انقطاع أخباره كليةً بعدَ ذلكَ، بحيثُ لا يَعْرِفُ أحدٌ من أسرته ولا من إدارة دولته أو الدولة التي فُقدَ فيها هل هو حيٌّ أم ميتٌ؟

ولا جرمَ أن واقعة خروج المفقود من بيته أو من بلده، فضلاً عن واقعة انقطاع أخباره هما من الوقائع المادية التي لا يَلزَمُ في إثباتها دليلٌ معينٌ، وإنما يجوزُ إثباتها بكافة طرق الإثبات.

وينبغي مراعاة ضرورة استمرار فقد المفقود فترةً من الزمن بحيث يُعْلَبُ على الظن بعد انقضائها أنه قد مات، أو بمعنى آخر أنه لا يتصور بعدها أنه لم يزل حياً، وعندئذ يثار التساؤل حول قدر المدة المعقولة التي يُمكنُ بعدها أن تصدر حكماً عادلاً بالموتِ الحكمي على هذا المفقود دون أن نضرب بأي أحدٍ سواء أكان هذا المضرور هو المفقود نفسه أو غيره من أهله وذويه؟

إذ ينبغي لتحقيق العدالة في أحكام المفقود أن نحصر على تحقيق التوازن المعقول بين مصلحة المفقود نفسه ومصلحة جميع من تتعلق حقوقهم أو مصالحهم المشروعة بأحكامه، الأمر الذي يفرض علينا عند تقدير مدة الفقد أن نتوخى جانب الحيطة والحذر في تقدير تلك المدة في ضوء ظروف وملايسات هذا الفقد بلا إفراط أو تفريط، وبذلك نتمكن من توقي آثار البطء تارة أو آثار العجلة تارة أخرى في الحكم بموت المفقود.

فالتوازن ضرورة كي نتفادى الإضرار بالمفقود نفسه إذا ما أصدرنا

حكماً بفقده دون تروٍ أو أناةٍ، أي بصورة تتسم بالعجلة والتسرع دون أي مبرر أو مقتضى مقبول لذلك، فَنُدْخِلُ على إثر ذلك شخصَ المفقود دون مبررٍ معقولٍ أو سببٍ مسوغٍ عدالةً في عدادِ الموتى سريعاً ونجري عليه من بعد جميع أحكام الميت سواء بالنسبة لزوجته أو أمواله من غير أن نترصد وقتاً كافياً قبل أن نعامله معاملة الميت موتاً فعلياً، ولا نضرب في الوقت نفسه بغيره ممن يتأثرون في حقوقهم ومصالحهم المشروعة بالإبقاء على هذا المفقود حياً ومعاملة من ثم معاملة الأحياء أو باعتباره ميتاً ومعاملة من ثم معاملة الأموات؟

ولننظر في خصوص هذه المدة إلي ما قدّمه فقهاء المذاهب الإسلامية في أزمانهم بشأنها من آراءٍ، لنرى هل من بين هذه الآراء الفقهية منها ما يتناسب مع زماننا في ضوءٍ متغيراته ومستجداته فندعو أنفسنا وغيرنا إلى الأخذ به، أما أن تلك الآراء لم تعد تتناسب مع معطيات زماننا، بل وربما قد تصطدم معها فينبغي أن نتخلى عن الأخذ بها.

ثم ينبغي أن ننظر أيضاً - حتى تتكامل الصورة أمامنا - إلى ما استقرت القوانين الوضعية المعاصرة على الأخذ به من بين هذه الآراء الفقهية دون أن تقلب النظر في مضامينها للتثبت من مدى ملاءمتها أو تنافرها مع ظروف واقعنا المعاش وما يتصل بها من أجواءٍ وملايساتٍ، وذلك كله على التفصيل الآتي:

أولاً: مدةُ الفقدِ في الفقه الإسلامي

1 - مدةُ الفقدِ في المذهب الحنفي

على الرغم من اتفاق فقهاء المذهب الحنفي على إعطاء المفقود حكماً واحداً لا يختلف باختلاف الظروف التي عاصرت فقده، مستدلين في ذلك

بأن الأدلة الشرعية التي وردت بشأن فقده جاءت مطلقة وعمامة دون أن تُقيد أو تُخصَّ بظروفٍ معينة، الأمر الذي يستوجب حملها على مطلق المفقود بغض النظر عن الظروف التي عاصرت فقده، مثال ذلك ما رُوِيَ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه حينما سُئِلَ عن زوجة المفقود، قال: "هي امرأته حتى يأتيها البيان"⁽⁴³⁾، وما رُوِيَ عن سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال عن امرأة المفقود "إنها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق"⁽⁴⁴⁾، إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم بشأن مدة الفقد التي يمكن الحكم بعدها بموت المفقود، فمنهم من قدرها بسبعين عاماً، مستدلين في ذلك بالحديث الذي رُوِيَ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال فيه: "أعمار أمتي ما بين الستين والسبعين"⁽⁴⁵⁾، ومنهم من قدرها بتسعين عاماً،

(43) فقد رُوِيَ عَنِ الْمُغِيرَةِ بْنِ شُعْبَةَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِنْ امْرَأَةٌ الْمَفْقُودِ امْرَأَتُهُ حَتَّى يَأْتِيَهَا الْبَيَانُ"، وفي رواية أخرى "حتى يأتيها البيان"، هذا الحديث أخرجه الدار قطني في سننه "سنن الدار قطني" للإمام أبي الحسن علي بن عمر الدار قطني البغدادي، ج3، ص312، تحقيق السيد عبدالله هاشم يماني المدني، طبعة عام 1386هـ، دار المعرفة بيروت - لبنان، ورواه البيهقي في سننه "سنن البيهقي الكبرى" للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، ج7، 445، تحقيق محمد عبد القادر عطا، طبعة عام 1414م، دار الباز، مكة المكرمة - السعودية.

(44) ذكره الإمام السرخسي في كتابه "المبسوط" للإمام شيخ الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، ج11، ص36، طبعة دار المعرفة عام 1409هـ/ 1989م.

(45) فإن نص الحديث هو "أعمار أمتي ما بين الستين والسبعين، وأقلهم من يجوز ذلك". رواه الحاكم وصححه ووافقه الذهبي. ورواه الترمذي وابن ماجه (انظر في ذلك: الحاكم في كتابه "المستدرک على الصحيحين" تحقيق / مصطفى عبد القادر عطا، ج2، ص4463، الطبعة الأولى عام 1411م، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، كما رواه ابن ماجه في كتابه "سنن ابن ماجه" للإمام أبي عبد

ومنهم من قدرها بمائة عام وهو أبو يوسف، وقد نقل الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قدرها بمائة وعشرين عاماً⁽⁴⁶⁾.

وأرى أن تلك التقديرات المتباينة التي ذكرها فقهاء المذهب الحنفي تعبر في الحقيقة عن وجهة نظر شخصية لكل واحد منهم في ضوء ما يراه حسب اعتقاده وظنه أنه يمثل الحد الأقصى لأعمار بعض أشخاص الأمة المحمدية، لا سيما وأن التحديد الذي أورده رسول الله في حديثه الشريف سالف الذكر إنما يعبر عن متوسط أعمار أشخاص هذه الأمة ولا يعبر من ثم عن الحد الأقصى لأعمار أبنائها.

ويرى الإمام السرخسي أنه لا يُحكّم بموت المفقود إلا إذا مات جميع أقرانه، وذلك تأسيساً على أن حياته قبل الفقد كانت متيقنة، ولذا تظلّ معتبرة كذلك من باب استصحاب حياته، أي من باب إبقاء ما كان على ما كان إلى أن يتوفر الدليل على موته فعلاً، فإن لم يأت برهان بموته تعين التبرص إلى الوقت الذي ينقض فيه جميع أقرانه، على أساس أنه من النادر أن يبقى حياً بعد موتهم، وفي ذلك يقول " فَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَبْقَ أَحَدٌ مِنْ أَقْرَانِهِ حَيًّا، فَإِنَّهُ يُحْكَمُ بِمَوْتِهِ؛ لِأَنَّ مَا تَقَعُ الْحَاجَةُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ فطريقه في الشرع الرجوع إلى أمثاله كقيم المتلفات، ومهر مثل النساء وبقاؤه

الله محمد بن يزيد القزويني، ج2، ص1415، تحقيق خادم السنة / محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر بيوت - لبنان، كما رواه الترمذي في كتابه "سنن الترمذي" للإمام أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، ج5 كتاب الدعوات، ص553 طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان. ومعنى الحديث أن أغلب أعمار هذه الأمة تتراوح بين ستين سنة إلى سبعين، ومنهم من يزيد على ذلك وهو قليل.

(46) ذكره الإمام السرخسي في كتابه "المبسوط" - المرجع السابق - ص36.

بعد موت جميع أقرانه نادرًا، وبناءً الأحكام الشرعية على الظاهر دون النادر⁽⁴⁷⁾.

لكن السؤال الذي يفرض نفسه ههنا يدور حول من أولئك الأقران الذين يلزم موتهم للحكم بموت المفقود، هل هم أقرانه في بلده فقط، أم لابد من موت أقرانه في جميع البلاد؟

إن من فقهاء المذهب الحنفي من ذهب إلى ضرورة موت أقرانه ليس فقط في بلده، وإنما في جميع البلاد أو الأقطار، تأسيساً على أن الأعمار متفاوتة وتختلف من قطر إلى آخر وفق مراد الله فيهم، ولذا فقد قيل مثلاً أن أهل الصقالبة أطول أعماراً من أهل الروم، في حين ذهب آخرون إلى الاكتفاء بموت أقران المفقود في بلده، وعدم اشتراط موت أقرانه في باقي البلاد الأخرى، دفعاً للحرج والمشقة في متابعة جميع أقرانه خارج بلده أو قطره⁽⁴⁸⁾.

وتوسط هذين الرأيين رأي ثالث ارتأى تفويض الإمام في أمر تقدير هذه المدة حسبما يتراءى له، تأسيساً على أن تقدير المدة بحد معين أمر غير منضبط، نظراً لأن أعمار الناس ولو في البلد الواحد لتباين فيما بينها تبعاً لتباين أقاليم هذا البلد وأمصاره، هذا بالإضافة إلى أن غلبة الظن في الهلاك لتختلف باختلاف الأشخاص أنفسهم، فالملك العظيم إذا انقطع خبره يغلب على الظن في أدنى مدة أنه مات لا سيما إذا دخل في مهلكه، خلافاً لمن

(47) السرخسي - المرجع السابق - ج11، ص36.

(48) الكمال بن الهمام في كتابه " شرح فتح القدير " للشيخ محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري كمال الدين ابن الهمام، ج4، 445، الطبعة الأولى عام 1316هـ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق بالقاهرة.

كان غير معروفٍ من الناس، ومن ثمّ فلا مبرر لتقييد الحكم بموته بمرور زمنٍ معينٍ⁽⁴⁹⁾.

2 - مدةُ الفقدِ في المذهبِ الشافعي

إن ثمة قولين للإمام الشافعي في خصوص المدة المتعين انقضاؤها قبل الحكم بموت المفقود، أحدهما - ويمثلُ رأياً قديماً للإمام - يرى فيه وجوب التربص أربع سنين من تاريخ الفقد، استناداً إلى ما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال "أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تنتظر أربعة أشهرٍ وعشراً"⁽⁵⁰⁾، وقد وردت هذه الرواية عن سيدنا عمر في خصوص واقعة مفادها أن رجلاً فقد فجاءت زوجته إلى عمر فذكرت له ذلك فقال لها: تربصي أربع سنين، ففعلت ثم أتته فقال لها: تربصي أربعة أشهرٍ وعشراً ففعلت، ثم أتته فقال: أين ولي هذا الرجل (أي المفقود)؟ فجاؤوا به فقال طلقها ففعل، فقال عمر: تزوجي من شئت"⁽⁵¹⁾.

والآخر - وهو يمثلُ الرأي الجديد للإمام الشافعي - وفيه يرى الإمام عدم جواز الحكم بموت المفقود مهما مضى من الزمان على فقده إلا إذا

(49) الزيلعي في كتابه "تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق" للإمام الشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، ج3، ص312، طبعة ثانية مصورة بالأوفست من الطبعة الأولى المطبوعة من المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق بالقاهرة عام 1313هـ.

(50) هذا الحديث رواه الإمام مالك في الموطأ، ج2، بند 52، ص575، طبعة دار إحياء الكتب العربية لصاحبها عيسى البابي الحلبي وشركاه.

(51) هذه الواقعة ذكرها البهوتي في كتابه "كشاف القناع عن متن الإقناع" للشيخ منصور بن يونس إدريس البهوتي الحنبلي، ج2، ص421، مكتبة النصر الحديثة بالرياض - السعودية، بدون تاريخ نشر.

قامت البينة على موته، ومردُّ عدوله عن رأيه القديم يرجع إلى ما وصل إليه من رجوع سيدنا عمرَ عن مسلكه آخذاً برأي ذي السبطين سيدنا علي رضي الله عنه وأرضاه⁽⁵²⁾.

3 - مدةُ الفقدِ في المذهبِ المالكي

لقد فرق المالكية في تحديد المدة التي يُحكّم بعدها بموت المفقود بحسبِ حالِ فقده على التفصيل الآتي:

أ - مدةُ الفقدِ في أرضِ الإسلامِ في ظروفٍ عاديةٍ:

إن مدة الفقد التي يُحكّم بعدها بموت المفقود في أرض الإسلام في ظروفٍ عاديةٍ لتختلف بحسبِ ما إذا كان الحكمُ خاصاً بزوجته أو بماله، فإن كان الحكمُ خاصاً بالزوجة ورفضت أن تبقى في عصمته إلى أن يبين أمره رافعةً إلى القاضي أمرها ليكشف لها عن حالِ زوجها المفقود، ضرب لها القاضي أجلاً مدته أربع سنوات تبدأ من من تاريخ هذا الرفع أو من تاريخ انتهاء البحث عنه وعدم الوصول إلى معرفة أخباره، فإن لم يرجع بعد هذه المدة ولم تُعرف له حياةٌ من مماتِ حكم القاضي بموته واعتدت منه زوجته عدة المتوفى عنها زوجها، أما إذا كان الحكمُ متعلقاً بماله أو بزوجه التي قبلت البقاء تحت عصمته إلى أن يبين أمره فعندئذ لا يُحكّم بموته إلا إذا انقضت مدةُ التعمير، وهي المدة التي إذا انقضت لا يتصور أن يعيش إلى مثلها، وهي مختلفٌ في قدرها بين فقهاء هذا المذهب، فمنهم من قدرها بسبعين سنةً وهو القولُ المعتمدُ في المذهب عملاً بحديث النبي صلى الله

(52) الإمام الشافعي في كتابه "الأم"، ج7، ص219، والإمام النووي في كتابه "روضة الطالبين" للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف الدمشقي، ج8، ص400، طبعة عام 1368هـ، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر.

عليه وسلم "أعمارُ أمتي ما بين الستين والسبعين"⁽⁵³⁾، لا سيما وأن السبعين هي نهاية العمر المعتاد غالباً، وأن ما زاد على ذلك فهو نادرٌ، والنادرٌ لا حكم له⁽⁵⁴⁾، ومنهم من قدرها بخمسين وسبعين سنة من وقت الولادة⁽⁵⁵⁾، ومنهم من قدرها بثمانين سنة من وقت الولادة⁽⁵⁶⁾، ومنهم من قدرها بتسعين سنة⁽⁵⁷⁾، ومنهم من قدرها بمئة سنة⁽⁵⁸⁾، ومنهم من قدرها بمئة وعشرين سنة⁽⁵⁹⁾، وقد قدر صاحب كل قول هذا العمر تأسيساً على أن المفقود قد غاب وهو على حكم الحياة، فلا ينصرف به من الحياة إلى الموت إلا باليقين وهو الموت الفعلي أو ما يقوم مقامه من العمر الذي لا يبلغه أحدٌ من أهل زمانه أو مكانه عادةً إلا من شذ⁽⁶⁰⁾، ومنهم من قدر مدة التعمير بحياة أو عمر أهل زمانه من غير تحديد لها بزمن معين⁽⁶¹⁾، غير أنه

(53) رواه الحاكمٌ وصححه ووافقه الذهبي. ورواه الترمذي وابن ماجه.

(54) الدسوقي في حاشيته - المرجع السابق - ج 2، ص 482، والخرشي في كتابه "شرح الخرشي على مختصر خليل" للشيخ أبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، ج 4، ص 153، الطبعة الثانية عام 1317هـ، طبعة دار الفكر، بيروت - لبنان.

(55) عليش في كتابه "شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل مع تعليقات من تسهيل منح الجليل" للشيخ محمد عليش، ج 4، ص 325، 326، الطبعة الأولى عام 1984م، دار الفكر بيروت - لبنان.

(56) الدسوقي في حاشيته - المرجع السابق - ج 2، ص 482.

(57) عليش في كتابه منح الجليل - المرجع السابق - ج 4، ص 325.

(58) عليش في كتابه منح الجليل - المرجع السابق - ج 4، ص 326.

(59) الصاوي في حاشيته - المرجع السابق - ج 4، ص 717.

(60) الباجي في كتابه "المنتقى شرح الموطأ" للشيخ أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، ج 6، ص 166، الطبعة الأولى عام 1332هـ، مطبعة السعادة مصر، وعليش في منح الجليل - المرجع السابق - ج 4، ص 325، والصاوي في حاشيته - المرجع السابق - ج 4، ص 717.

(61) الباجي في المنتقى - المرجع السابق - ج 6، ص 166.

إذا كان المفقود وقت فقده قد بلغ سنّ التعمير لأهل زمانه أو جاوزه، فعندئذ تُضاف له عدة سنواتٍ بحسب سنّه، بحيث إذا فُقِدَ وهو في السبعين أو الثمانين من عمره تُزادُ عشرُ سنواتٍ، وإن فُقِدَ وهو في الخامسة والتسعين من عمره تُزادُ له خمسُ سنواتٍ، وإن كانَ عمره وقتَ الفقدِ مئةَ عامٍ اجتهدَ القاضي فيما يُزادُ له من سنواتٍ⁽⁶²⁾.

ب - مدة الفقد في زمن المجاعة أو الوباء :

إذا فُقِدَ المفقودُ في زمن وِباءٍ أو مجاعةٍ لم يضربَ له المالكيّةُ مدّةً معينةً يُحكّمُ بعدها بموته، إذ يرونَ الحكمَ بموته بمجردِ زوالِ المجاعةِ أو الوباءِ، وذلك لغلبة الظنِّ بموته إذا لم يظهرَ فوراً انتهاؤها⁽⁶³⁾.

ج - مدة الفقد في زمن الفتن أو الاقتتال بين المسلمين :

إذا فُقِدَ المفقودُ في زمنِ الفتنِ أو الاقتتالِ بين المسلمين وشهدتُ البيئَةُ العادلةُ على مجردِ رؤيته في الجيشِ دونَ أن تشهدَ بحضوره ميدانَ المعركةِ فحكمه في هذه الحالةِ حكمُ المفقودِ في بلادِ المسلمين في الظروفِ العاديةِ، أما إذا شهدتُ البيئَةُ العادلةُ على رؤيته داخلَ المعركةِ فيه قولان: أحدهما أنه يُنظرُ الإمامُ المفقودَ (أي يُمهله) مدّةً معينةً بقدرِ انصرافِ من انصرف وانهازم من انهازم وبعدها يُحكّمُ بموته سواء فيما يتعلقُ بماله فيقسمُ بين ورثته

(62) الخرخشي - المرجع السابق - ج 4، ص 153، الدسوقي - المرجع السابق - ج 2، ص 482.

(63) الصاوي في كتابه "حاشية الصاوي على الشرح الصغير"، " بلغة السالك لأقرب المسالك " للشيخ أحمد بن محمد الخلوني الشهير بالصاوي، ج 2، ص 700، ج 4، ص 717، طبعة دار المعارف، مصر، بدون تاريخ نشر، والعدوي في كتابه " حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني " للشيخ علي الصعيدي العدوي، ج 2، ص 94، طبعة دار الفكر بيروت - لبنان.

أو فيما يخص زوجته فتعتد منه عدة المتوفى عنها زوجها، هذا سواء أكان موقع المعركة قريباً أم بعيداً من موضعه (أي مكان إقامته)، لأنه لو سلم من الموت لعاد إلى موضعه ومكانه خاصة وأنه في بلاد المسلمين⁽⁶⁴⁾ والآخر أنه يُنظرُ الإمامُ المفقودَ مدةً عامٍ ثم يُحكّمُ بموته إن لم يظهر خلالها فيقسم ماله وتعتد منه زوجته⁽⁶⁵⁾.

د - مدة الفقد في معركة بين المسلمين والكفار

إذا فُقد المفقودُ في زمن المعركة بين المسلمين والكفار حُكِمَ بموته بعد مضي سنةٍ من تاريخ فقدته بعد أن يجري التفتيش عنه وينظر في أمره لمعرفة خبره، سواء فيما يخص ماله أو زوجته، وسواء وقعت هذه المعركة على أرض الإسلام أو على أرض العدو⁽⁶⁶⁾، شريطة أن تشهد البيئة العادلة على حضوره المعركة، أما إذا دلت فقط على خروجه مع الجيش فقط، فعندئذ يكون حكمه حكم المفقود في بلاد الإسلام⁽⁶⁷⁾.

(64) وإن كان في المذهب من فرق بين ما إذا كان موقع المعركة قريباً من موضعه فقال بموت المفقود فور أن تنتهي مدة وضوح أمره بعد انتهاء المعركة بانصراف من انصرف وانهزام من انهزم، وبين ما إذا كان موقع المعركة بعيداً عن موضعه فيضرب له أجلٌ لمدة سنة ثم بعدها تعتد زوجته ويقسم ماله، لأنه لو سلم من المعركة لسمع خبره خلال السنة الأولى (راجع في ذلك: الدسوقي في حاشيته - المرجع السابق - ج 2، ص 482، 483، والخرشي في شرحه على مختصر خليل - المرجع السابق - ج 4، ص 154، والصاوي في حاشيته - المرجع السابق - ج 2، ص 195).

(65) المواق في التاج والإكليل - المرجع السابق - ج 5، ص 506، والباجي في كتابه "المنتقى شرح الموطأ" للشيخ أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، ج 4، ص 93، الطبعة الأولى عام 1332هـ، مطبعة السعادة - مصر.

(66) الصاوي في حاشيته - المرجع السابق - ج 2، ص 694.

(67) الدسوقي في حاشيته - المرجع السابق - ج 2، ص 182.

هـ - مدة الفقد لمن فقد في أرض العدو دون قتال أو من وقع أسيراً في يد العدو

إذا فُقد المفقودُ في أرض العدو أو وَعَ أسيراً في يد العدو، لم يُحَكَّم بموته إلا إذا شهدت البينةُ على موته، فإن لم تظهرْ بينةٌ بذلك لم يُحَكَّم بموته إلا بعدَ انقضاءِ مدةِ التعميرِ، مع اختلافٍ بينهم في تقديرِ هذه المدة، فمنهم من قدرها بسبعين سنة، ومنهم من قدرها بخمسةٍ وسبعين سنةً ومنهم من قدرها بثمانين سنة، على أن يجري حسابُ هذه المدةِ من تاريخِ مولده⁽⁶⁸⁾.

4 - مدة الفقد في المذهب الحنبلي

لقد فرقَ الحنابلةُ في خصوصِ المدةِ التي يجبُ انقضاؤها حتى يُحَكَّم بعدها بموتِ المفقودِ بين فرضين هما على التفصيل الآتي:

أ - الفرض الأول: الفقد في ظروفٍ أو غيبةٍ ظاهرها السلامةُ

اختلفَ فقهاءُ المذهبِ حولَ المدةِ اللازمةِ في هذا الفرضِ على آراءٍ عديدةٍ: ففي قولٍ أنه لا يحكمُ بموته إلا إذا أتمَّ تسعين سنةً تُحَسَّبُ من تاريخ مولده، ويراعى أنه إذا ثبتَ بلوغُ المفقودِ سنَّ التسعين قبل الفقد، يتعينُ على الحاكمِ بذلُ الجهدِ لمعرفةِ المدةِ التي يجبُ أن ينتظرها قبل الحكم بموته⁽⁶⁹⁾، وفي قولٍ ثانٍ أنه لا يُحَكَّم بموته حتى يأتي البيانُ بموته، أو أن

(68) خليل في كتابه "مختصر خليل" للشيخ خليل بن إسحاق بن موسى المالكي، تحقيق أحمد على بركات، ج1، 157، طبعة دار الفكر، بيروت لبنان، بدون تاريخ نشر.

(69) الرحيباني في كتابه "مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى" للشيخ مصطفى السيوطي الرحيباني، ج4، ص630، الطبعة الأولى عام 1961م، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان.

تمضي مدةً من الزمن لا يُتصوَرُ أن يعيشَ مثلها، على أن يخضعَ تقديرُ هذه المدة للحاكم، تأسيساً على أن الحياة هي الأصل، ولذا لا يُصارُ منها إلى الموتِ تقديرًا إلا بتوقيفٍ ولا توقيفَ ههنا⁽⁷⁰⁾، وفي قولٍ ثالثٍ أنه لا يُحكَمُ بموته إلا بمضي مئة وعشرين سنة من تاريخ مولده⁽⁷¹⁾، وفي قولٍ رابعٍ أنه لا يُحكَمُ بموته إلا بمضي أربع سنواتٍ عملاً بما رُوِيَ عن سيدنا عمر بن الخطاب أنه قضى بذلك، غيرَ أن هذا القولُ الأخيرَ قد ضَعَفَه فقهاءُ المذهبِ الحنبلي صارفين إياه إلى المفقودِ الذي يُفقدُ في ظروفٍ يغلبُ فيها الهلاكُ.

ب - الفرض الثاني: الفقدُ في ظروفٍ ظاهرها الهلاكُ

إذا فُقدَ المفقودُ في ظروفٍ ظاهرها الهلاكُ، فالراجعُ والأصحُّ في المذهبِ أنه لا يُحكَمُ بموته إلا بعد مضي أربع سنواتٍ من غير أن يظهرَ له خبرٌ، على اعتبارِ أنها أكثرُ مدةٍ للحمل⁽⁷²⁾، وأنها مدةٌ يتكرَّرُ فيها تردُّ المسافرين والتجار، فإن انقطعَ خبرُه خلالها فيرجحُ ظنُّ هلاكه على بقاءه حياً⁽⁷³⁾، ويُراعى ألا يبدأ حسابُ هذه المدة إلا من يوم انقطاع خبره في قولٍ، أو من وقتٍ أن يضربَ للمفقود هذه المدة من قبل الحاكم في قولٍ

(70) ذكره ابنُ قدامة في كتابه "المغني على مختصر الخرقى" للشيخ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد المعروف بابن قدامة، ج6، ص263، 264، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، بدون تاريخ نشر.

(71) المرادوي في كتابه "الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف" للشيخ علاء الدين علي أبي الحسن بن سليمان المرادوي، ج7، ص335، الطبعة الأولى عام 1958م، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.

(72) شمس الدين بن قدامة المقدسي في كتابه "الشرح الكبير على متن المقنع" للشيخ شمس الدين عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، ج7، ص143، الطبعة الأولى عام 1984 م - 1404هـ، دارالفكر، بيروت - لبنان.

(73) الرحيباني - المرجع السابق - ج4، ص631.

آخر، تأسيساً على أنه مادامت هذه المدّة مختلفاً في بدايتها فإنها تفتقرُ إذن إلى أن يتدخل الحاكمُ فيضربُ لها أجلاً⁽⁷⁴⁾.

وقد نُقِلَ عن الإمام أحمد رجوعه عن قوله بإنظارِ المفقودِ أربع سنين قبلَ الحكمِ بموته، مما يعني أن زوجته تنتظره أبداً إلى أن تأتيها البينةُ بموته، ولكن رُوِيَ أيضاً عن الإمام إنكاره للقولِ برجوعه فيما ذهب إليه، وهذا هو الأصحُّ⁽⁷⁵⁾.

ثانياً: مدة الفقد في التشريعات الوضعية المعاصرة

تتجه معظم التشريعات العربية المعاصرة إلى أن القاضي لا يُحكّم بموتِ المفقود موتاً تقديرياً أو اعتبارياً فتزولُ عنه شخصيته القانونية إلا إذا مضت على فقده مدةً طويلةً من الزمن يتفاوت قدرها بحسب الظروف التي صاحبت بداية فقده وغيابه هل يغلب عليها طابع الهلكة أم طابع السلامة، وذلك على التفصيل الآتي:

1 - مدة الفقد في قانون الأحوال الشخصية المصري

فَرَّقَ قانونُ الأحوال الشخصية المصري في خصوص مدة الفقد اللازمة قبل الحكم بموتِ المفقود بين نوعين من الظروف في ضوء ما إذا كان يغلب على هذه الظروف طابع الهلكة أم طابع السلامة، وذلك على النحو الآتي:

أ - الفقد في ظروف يغلب عليها طابع الهلاك

إذا كان فقد الشخص قد حدث في ظروف أو ملابس يغلب عليها

(74) المرادوي - المرجع السابق - ج9، ص289.

(75) المرادوي - المرجع السابق - ج7، ص336، 337.

طابعُ الهلاكِ عادةً، فقد فرقتُ المادةُ (21) من قانونِ الأحوالِ الشخصيةِ المصري وهو القانونُ رقم (25) لسنة 1929م المعدلة بالقانون رقم (33) لسنة 1992م والقانون رقم (2) لسنة 2006م، والقانون رقم (140) لسنة 2017م بين هؤلاء الأنواع الثلاثة من المفقودين في مثل هذه الظروف:

- المفقودُ في ظروفٍ ظاهرها الهلاكُ من غيرِ أفرادِ القواتِ المسلحةِ وفي غيرِ غرقِ سفينةٍ أو سقوطِ طائرةٍ:

إذا كان المفقودُ من غيرِ أفرادِ القواتِ المسلحةِ ولم يغرقُ في سفينةٍ ولم يستقط من طائرةٍ، كما لو كان المفقودُ قد فُقدَ في حربٍ غيرِ عسكريةٍ (مثل ذلك أن يُفقدُ في حربٍ أهليةٍ)، أو فُقدَ على إثرِ حدوثِ كارثةٍ طبيعيةٍ (كما لو حصلَ فيضانٌ أو زلزالٌ)، فعندئذٍ لا يحكُمُ القاضي بموتهِ بناءً على طلبِ ذي المصلحةِ، إلا إذا مضتْ على فقدهِ أربعُ سنواتٍ على الأقلِ، تأسيساً على أن استمرارَ غيبةِ المفقودِ وانقطاعِ خبرهِ طوالَ هذهِ الفترةِ في مثلِ هذهِ الظروفِ التي يترجَحُ فيها عادةً ظنُّ الموتِ على ظنِّ الحياةِ يُعدُّ قرينةً قانونيةً على وفاتهِ، مما يُبرِّرُ للقاضي الحكمَ بموتهِ ليقطعَ دابرَ الشكِّ حولَ حقيقةِ أمره منهيًا بذلك حالةَ التعليقِ لمركزه القانوني المتأرجحِ بين الحياةِ والموتِ⁽⁷⁶⁾.

إذ تنصُّ المادةُ (21) من قانونِ الأحوالِ الشخصيةِ المصري وهو

(76) د. حسن كيرة - المرجع السابق - بند 266، ص 532، د. محمد حسين عبدالعال "المدخل لدراسة القانون البحريني" ص 344، الطبعة الأولى عام 2004م، مطبعة جامعة البحرين، د. خالد جمال أحمد حسن "المدخل في مبادئ القانون البحريني" ص 331، الطبعة الأولى عام 2010م، مطبوعات جامعة العلوم التطبيقية، تنفيذ الطباعة لمكتبة فخراوي للدراسات والنشر - مملكة البحرين.

القانون رقم (25) لسنة 1929م المعدلة بالقانون رقم (33) لسنة 1992م على أن "يُحكَمُ بموتِ المفقودِ الذي يغلبُ عليه الهلاكُ بعدَ أربعِ سنواتٍ من تاريخِ فقدِهِ" (77).

- المفقودُ في ظروفٍ ظاهرها الهلاكُ من بين أفرادِ القواتِ المسلحةِ وفُقدَ في إحدى العملياتِ الأمنيةِ

إذا كان المفقودُ من بين أفرادِ القواتِ المسلحةِ المصريةِ وفُقدَ أثناء إحدى العملياتِ العسكريةِ، فعندئذٍ ينعقدُ الاختصاصُ بإصدارِ قرارِ موته لوزيرِ الدفاعِ المصري (وليس القاضي) وذلك بعد البحث والتحري عنه بكافة الوسائل الممكنة التي تُساعدُ على معرفة حقيقة أمره إن كان حياً أو ميتاً، ويصدر وزير الدفاع قراره باعتبار هذا المفقود ميتاً موتاً حكماً بعد مضي سنة من تاريخ هذا الفقد.

وقد علقَ واضعُ القانونِ في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (108)

(77) إذ تنص المادة (21) من قانون رقم (25) لسنة 1929م مستبدلة بالقانون رقم (33) لسنة 1992م، ثم استبدلت بالقانون رقم (2) لسنة 2006م واستقرت على ما يلي "يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقدِهِ. ويعتبر المفقود ميتاً بعد مضي مدة خمسة عشر يوماً على الأقل من تاريخ فقدِهِ، في حالة إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، وبعد مضي سنة إذا كان من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية. ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال وبعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك قراراً بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتاً في حكم الفقرة السابقة. ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود وفي الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي. على ألا تقل عن أربع سنوات وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة والموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً".

لسنة 1958م على إسناد الاختصاص في هذا الفرض لوزير الدفاع وليس للقاضي برغبته في توفير الجهد المادي على زوجات المفقودين من العسكريين الناجم عن انتقالهم إلى ساحات المحاكم، وتجنبيهم ما قد ينشأ عن ذلك من أسى ولوعة وإثارة شجون كامنة في نفوسهم⁽⁷⁸⁾.

وبعد صدور القانون رقم (140) لسنة 2017م الخاص بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم (25) لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية أدخلت العمليات الأمنية من جانب أفراد قوات الشرطة، بحيث إذا فقد أحد أفراد قوات الشرطة، انعقد الاختصاص بإصدار القرار باعتباره مفقوداً لوزير الداخلية وليس للقاضي، حيث نصت المادة (22) بعد التعديل على أنه "ويعتبر المفقود ميتاً بعد مضي ثلاثين يوماً على الأقل من تاريخ فقدته في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، أو بعد مضي سنة من تاريخ فقدته إذا كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية، أو من أعضاء هيئة الشرطة وفقد أثناء العمليات الأمنية". ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع أو وزير الداخلية، بحسب الأحوال، وبعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك، قراراً بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتاً في حكم الفقرة السابقة، ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود".

المفقود على ظهر سفينة غرقت أو طائرة سقطت

إذا كان المفقود قد فُقد على ظهر سفينة غرقت أو على متن طائرة سقطت سواء كان عسكرياً أو مدنياً، مادام أن ذلك لم يحدث في إحدى العمليات العسكرية انعقد الاختصاص بإصدار قرار بموته لرئيس مجلس

(78) راجع في ذلك: د. محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 111 [الكاتب].

الوزراء أو لوزير الدفاع (وذلك بحسب كون المفقود عسكرياً أو مدنياً) وليس للقاضي، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (21) من القانون رقم (25) لسنة 1929 بعد تعديلها بالقانون رقم (2) لسنة 2006 م بقولها "ويعتبر المفقود ميتاً بعد مضي مدة خمسة عشر يوماً على الأقل من تاريخ فقدته، في حالة إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت..."، ثم عدلت المدة بموجب القانون رقم (140) لسنة 2017م لتصير المدة بعد مضي ثلاثين يوماً من غرق السفينة، وإسناد الاختصاص ههنا لرئيس الوزراء وليس للقاضي من شأنه دون أدنى شك أن يجنب أهل المفقود وذويه مشاق الالتجاء إلى المحاكم وما يغلب على إجراءات التقاضي أمامها من طابع البطء الشديد، الذي كثيراً ما يثبط همم الراغبين في الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي لحماية حقوقه.

وبطبيعة الحال لا يصدرُ القرارُ من رئيس مجلس الوزراء أو من وزير الدفاع أو وزير الداخلية باعتبار هذا المفقود ميتاً إلا بعد مضي المدة المحددة قانوناً (وهي كانت المدة قبل التعديل الأخير الصادر في 22 يوليو 2017م عند سقوط طائرة أو غرق سفينة في ضوء القانون رقم (2) لسنة 2006م هي خمسة عشر يوماً من تاريخ فقدته، وبعد اتخاذ كل ما يلزم من الإجراءات والوسائل اللازمة للتحري والبحث عن حقيقة أمره على إثر غرق السفينة أو سقوط الطائرة)⁽⁷⁹⁾، سألفة الذكر بعد آخر تعديل لها بموجب القانون، ثم صارت المدة بعد صدور القانون رقم (140) لسنة 2017م

(79) وهذا ما كانت تنص عليه المادة (21) من القانون رقم (2) لسنة 2006م بقولها "ويعتبر المفقود ميتاً بعد مضي مدة خمسة عشر يوماً على الأقل من تاريخ فقدته، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، وبعد مضي سنة إذا كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية".

ثلاثين يوماً، ولم تختلف المدة عند الفقد في العمليات العسكرية إذ في كلا الفرضين سواء في القانون رقم (2) لسنة 2006م أو في القانون رقم (140) لسنة 2017م سنة كاملة من تاريخ الفقد، ثم أُضيفت بالتعديل الأخير عملية الفقد في العمليات الأمنية لدى قوات الشرطة جنباً إلى جنب إلى عملية الفقد في العمليات العسكرية لدى وزارة الدفاع⁽⁸⁰⁾.

ويراعى أن المادة (22) من قانون الأحوال الشخصية المصري (المستبدلة بالقانون رقم (33) لسنة 1992 والمعدلة بالقانون رقم (2) لسنة 2006م والقانون رقم (140) لسنة 2017م)، لم ترتب أثراً على حالة الفقد ولو بعد مضي المدة المحددة قانوناً لذلك إلا بدءاً من تاريخ صدور الحكم القضائي، أو نشر القرار الصادر عن رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع أو وزير الداخلية، وتطبيقاً لذلك كانت تنص هذه المادة بعد صدور القانون رقم (2) لسنة 2006م على أنه "عند الحكم بموت المفقود أو نشر قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار من وزير الدفاع باعتباره ميتاً على الوجه المبين في المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية كما كما تترتب كافة الآثار الأخرى"، ثم نصت وفق آخر تعديل لها بموجب القانون رقم (140) لسنة 2017م على أنه "عند الحكم بموت المفقود أو نشر قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع أو قرار وزير الداخلية باعتباره ميتاً على الوجه المبين في المادة (21) من هذا القانون، تعتد زوجته عدة الوفاة، وتقسم

(80) حيث تنص هذه المادة على أنه "ويعتبر المفقود ميتاً بعد مضي ثلاثين يوماً على الأقل من تاريخ فقدته في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، أو بعد مضي سنة من تاريخ فقدته إذا كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية، أو من أعضاء هيئة الشرطة وفقد أثناء العمليات الأمنية".

تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية، كما تترتب كافة الآثار الأخرى".

ويستفاد من النص سالف الذكر أنه يكفي في الحكم القضائي كي يؤدي أثره في اعتبار المفقود ميتاً مجرد صدوره من المحكمة المختصة دون حاجة إلى اتخاذ إجراء آخر لاحق عليه كنشره مثلاً في الجريدة الرسمية، في حين لا يعتد بالقرار الإداري الصادر من المسئول المختص (سواء كان هو رئيس مجلس الوزراء عند غرق السفينة أو سقوط الطائرة، أم كان هو وزير الدفاع عند الفقد في العمليات العسكرية أو كان هو وزير الداخلية عند الفقد في العمليات الأمنية) باعتبار المفقود ميتاً بمجرد اتخاذه من صاحب الاختصاص بإصداره، إنما يلزم بعد ذلك ضرورة نشره في الجريدة الرسمية، وليس هناك مطعن - في اعتقادي - على اشتراط هذا الإجراء في حد ذاته، وإنما يعاب على هذا النص أنه لم يحدد موعداً معيناً يلزم فيه مصدر هذا القرار الإداري أو جهة إدارية أخرى بضرورة اتخاذ ما يلزم من إجراءات لنشره في الجريدة الرسمية خلالها، ضماناً لعدم تلكأ الجهة المختصة في مباشرة هذا الإجراء على نحو يضر بورثة المفقود.

وبناء عليه ننادي مع البعض بضرورة التدخل لتحديد مدة معينة يلزم خلالها نشر القرار الإداري الصادر باعتبار المفقود ميتاً، بل ويتعين أيضاً تقرير جزاء قانوني صارم يوقع عند التأخير في إجراء هذا النشر، وفي ذلك حماية فاعلة لذوي المفقود تعجل بسرعة تمكينهم من الحصول على حقوقهم دون إبطاء أو تأخير⁽⁸¹⁾.

(81) د. محمد حسام محمود لطفي - المرجع السابق - ص112، حيث يقول سيادته "..... حيث إن النشر لا يتم للأسف بصورة تلقائية، فقد يتم بعد مرور مدة طويلة، وهو ما يجعلنا ننادي بوضع جزاء على عدم النشر في خلال مدة زمنية معينة حتى لا تقع أسرة المفقود بين رحي بيروقراطية الإدارة".

ب - مدةُ الفقدِ في ظروفٍ يغلبُ عليها طابعُ السلامةِ

أما إذا كانَ اختفاءُ المفقودِ وغيبتهُ في ظروفٍ يغلبُ عليها طابعُ السلامةِ (أي لا يغلبُ عليها الهلاكُ عادةً) أي أنها ظروفٌ يترجَحُ فيها رغم انقطاعِ أخبارِ المفقودِ بقاؤه حياً وسالماً على موتهِ وهلاكه، كما لو ثبتَ أنه شخصٌ خرجَ من بيتهِ إلى داخلِ وطنهِ أو خرجَ من وطنهِ إلى بلدٍ آخر خارجِه من أجلِ التجارةِ أو طلبِ العلمِ أو السياحةِ، ثم انقطعتْ أخبارُه ولم يُسَدَلْ له على موطنٍ أو محلٍ إقامةٍ، ولم تُعرَفْ له في الوقتِ نفسه حياةٌ من مماتٍ، فعندئذٍ يُترَكُ للقاضي أمرُ تقديرِ المدةِ التي يترجَحُ له بعدها رجحانُ موتِ المفقودِ على حياتِه، وذلك في ضوءِ ما يثبتُ أمامه من الأماراتِ والقرائنِ.

ولم يكنِ القانونُ قبلَ التعديلِ الذي جَرى عام 1992م يقيدُ حكمَ القاضي بمدةٍ معينةٍ في هذا الفرضِ تاركاً له كاملَ السلطةِ التقديريةِ في أمرِ تحديدها، غير أن الفقهَ رغم ذلك كان يدعو آنذاك إلى ضرورة أن يُفرضَ قيدٌ منطقيٌّ على سلطةِ القاضي التقديرية، مؤداه ألا يحكمَ القاضي بموتِ المفقودِ في مثلِ هذه الظروفِ الآمنةِ قبل مضي أربعِ سنواتٍ، تأسيساً على أنه إذا كانتِ هذه المدةُ هي المدةُ التي يُقيدُ بها القانونُ سلطةَ القاضي في التقديرِ في الظروفِ التي يغلبُ فيها الهلاكُ، فإن تقييدهَ بهذه المدةِ في الظروفِ التي لا يغلبُ فيها الهلاكُ يكون أولى وأظهر.

ثم جاءَ القانونُ رقم (33) لسنة 1992م مقنناً هذا القيدَ بقوله "وفي الأحوالِ الأخرى يُفَوَّضُ تحديدُ المدةِ التي يُحَكَّمُ بموتِ المفقودِ بعدها إلى القاضي على ألا تقلُّ عن أربعِ سنواتٍ وذلك بعد التحرى عنه بجميعِ الطرقِ الممكنةِ الموصلةِ إلى معرفةِ إن كان حياً أو ميتاً"، ثم جاءَ تعديلُ المادةِ (21) سالفه الذكر بالقانونِ رقم (2) لسنة 2006م، وبالقانونِ رقم (140) لسنة 2017م متضمناً ذاتَ القيدِ.

2 - مدةُ الفقدِ في قوانينِ الأحوالِ الشخصيةِ العربيةِ الأخرى

تتجهُ غالبيةُ قوانينِ الأحوالِ الشخصيةِ العربيةِ الأخرى - باستثناءِ مصر - في خصوصِ مدةِ الفقدِ اللازمِ انقضائها قبلَ الحكمِ بموتِ المفقودِ موتاً تقديرياً إلى التفرقةِ بين هذينِ الفرضينِ :

أ - الفقد في ظروف يغلب عليها طابع الهلاك

إذا كان اختفاءُ المفقودِ أو فقدهُ قد حدثَ في ظروفٍ أو ملاسباتٍ يغلبُ عليها طابعُ الهلاكِ عادةً فإن القاضي لا يقضي بموتهِ قبل مضي أربعِ سنواتٍ من تاريخِ فقدهِ بغضِ النظرِ عن طبيعةِ شخصِ المفقودِ (أي سواء كان عسكرياً أو غيرَ عسكري) أو طبيعةِ الظروفِ المهلكةِ التي فُقدَ فيها (أي سواء كانت هذه الظروفِ متمثلةً في حربٍ عسكريةٍ أو حربٍ أهليةٍ، وسواء كانت في صورةِ زلزالٍ أو فيضانٍ) أو طبيعةِ محلِّ أو مكانِ الفقدِ (أي سواء حدث ذلك الفقدُ براً أو بحراً أو جواً)، وتطبيقاً لذلك تنصُ المادةُ (108) من قانونِ الأسرةِ البحرينيِ الموحدِ الصادرِ عام 2017م على أن: " (1) وفقاً للفقهِ السني لزوجةِ المفقودِ أو الغائبِ الذي لا تعلمُ حياته ولا موته ولا يعرفُ موطنه ولا محلَّ إقامته طلب التطليق، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد البحث والتحري عنه ومضي أربعِ سنواتٍ من ثبوتِ الفقدِ أو الغيابِ " (2) وفقاً للفقهِ الجعفري: (أ) لزوجةِ المفقودِ أو الغائبِ الذي لا تعلمُ حياته ولا موته ولا يعرفُ موطنه ولا محلَّ إقامته طلب التطليق، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد رفعِ أمرها إلى القاضي ومضي أربعِ سنواتٍ من البحث والتحري. (ب) لا تطلقُ الزوجةُ إذا كان للمفقودِ أو الغائبِ مالٌ أو وليٌ ينفقُ عليها"، كما تنصُ المادةُ (146) من قانونِ رقم (51) لسنة 1984م في شأنِ الأحوالِ الشخصيةِ بدولةِ الكويت "يحكم بموتِ المفقودِ الذي يغلبُ عليه الهلاكُ بعد أربعِ سنينٍ من تاريخِ فقدهِ.....". كما تنصُ المادةُ (146) من قانونِ رقم

(51) لسنة 1984م في شأن الأحوال الشخصية بدولة الكويت على أنه: "..... وفي جميع الأحوال الأخرى يفوض أمر المدة إلى القاضي وذلك بعد التحري عنه لمعرفة إن كان حياً أو ميتاً" ، كما تنص المادة (113) من قانون الأحوال الشخصية الجزائرية على أنه "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري" ، كما تنص على ذلك المادة (205) من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (59) لسنة 1953 بقولها: "ويحكم بموت المفقود بسبب العمليات الحربية أو الحالات المماثلة المنصوص عليها في القوانين العسكرية النافذة والتي يغلب عليه فيها الهلاك وذلك بعد أربع سنوات من تاريخ فقدانه" ، كما تنص على ذلك أيضاً المادة (177) من قانون الاحوال الشخصية الأردني لسنة 1976م بقولها "المفقود الذي فقد في جهة معلومة ويغلب على الظن موته يحكم بموته بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقدته ما لم يكن فقدته إثر كارثة كزلازل أو غارة جوية أو في حالة اضطراب الأمن وحوادث الفوضى وما شابه ذلك فيحكم بموته بعد سنة من فقدته.....".

ویراعى أن بعض القوانين العربية ذهبت إلى تقليل هذه المدة إلى سنتين فقط، مثال ذلك ما نصّ عليه قانون (أو مجلة) الأحوال الشخصية التونسية الصادر في 13 أغسطس 1956م في الفصل (82) على أنه: "إذا فقد الشخص في وقت الحرب⁽⁸²⁾ أو في حالات استثنائية يغلب فيها الموت فإن

(82) وجدیر بالملاحظة أن هذا النص يتكلم عن المفقود في وقت الحرب عموماً سواء كان عسكرياً (أي من رجال الحرب) أو غير عسكري، الأمر الذي يفيد أن حكمه يشمل جميع الأشخاص المفقودين وقت الحرب بغض النظر عن طبيعة شخصياتهم (انظر المعنى نفسه: المستشار/ أحمد نصر الجندي في كتابه "الأحوال الشخصية في القانون التونسي" ، ص 117، طبعة عام 2008م، الناشر دار الكتب القانونية.

الحاكم يضرب أجلاً لا يتجاوز العامين للبحث عنه ثم يحكم بفقدانه" ، ومثال ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة (264) من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين بالسودان الصادر في 24 / 7 / 1991م بقولها: "يجوز للقاضي أن يحكم بموت المفقود في أي من الحالات الآتية : ب - فقدته في ظروف: (ثانياً) يغلب فيها هلاكه، ومضي سنتين على ذلك" ، ومن ذلك أيضاً ما تنص عليه المادة (93) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (87) لسنة 1980 المعدل "للمحكمة أن تحكم بموت المفقود في إحدى الحالات الآتية: - أولاً - إذا قام دليل قاطع على وفاته. ثانياً- إذا مرت أربع سنوات على إعلان فقدته. ثالثاً - إذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه ومرت سنتان على إعلان فقدته" ، وما تنص عليه المادة (82) من قانون الأحوال الشخصية التونسي الصادر في 13 أغسطس 1956م بقولها: "إذا فقد الشخص في وقت الحرب أو في حالات استثنائية يغلب فيها الموت فإن الحاكم يضرب أجلاً لا يتجاوز العامين للبحث عنه ثم يحكم بفقدانه".

بل أن منها ما ذهب إلى تقليل هذه المدة إلى عام واحدٍ مثال ذلك ما تنص عليه المادة 3 / 237 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28) لسنة 2005م "للقاضي أن يحكم بموت المفقود في أحوال يغلب فيها هلاكه، إذا مضت سنة على إعلان فقدته بناءً على طلب ذوي الشأن،....." ، ومثال ذلك أيضاً ما كانت تنص عليه المادة (131) من قانون الأحوال الشخصية الأردني القديم وتنص عليه المادة (143) من قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد 2010م بقولها: "..... أما إذا فقد في حال يغلب على الظن هلاكه فيها كفقده في معركة أو إثر غارة جوية أو زلزال أو ما شابه ذلك فللقاضي فسخ عقد زواجهما بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ فقدته بعد البحث والتحري عنه" ، وما تنص عليه المدونة المغربية في المادة (327) منها بقولها "يُحْكَمُ بموت المفقود في

حالة استثنائية يَغْلِبُ فيها الهلاكُ بعدَ مضي سنةٍ من تاريخ اليأسِ من الوقوفِ على خبرِ حياته أو مماتِهِ.....".

ب - الفقدُ في ظروفٍ يغلبُ فيها طابعُ السلامةِ

أما إذا كان فَقْدُ المفقودِ في ظروفٍ يغلبُ فيها طابعُ السلامةِ كما لو فُقِدَ أثناءَ خروجِهِ للتجارةِ أو العلمِ أو السياحةِ، فقد اختلفتِ مواقفُ هذه القوانينِ في تحديدِ قدرِ المدةِ اللازمِ انقضائها قبلَ الحكمِ بموتِ هذا المفقودِ، فمنها ما اتجه إلى عدمِ تقديرها أصلاً بقدرٍ معينٍ مفضلاً تركَ أمرِ تقديرها لسلطةِ القاضي التقديرية الذي له أن يحددها حسبما يترأى له في ضوءِ ظروفٍ وملايساتِ فَقْدِ المفقودِ، مثال ذلك ما نصَّ عليه قانونُ (مجلة) الأحوال الشخصية التونسية الصادر في 13 أغسطس 1956م في الفصل (82) منه بقوله: "..... وإذا فُقِدَ الشخصُ في غيرِ تلكَ الحالاتِ فيفوضُ أمرُ المدةِ التي يُحْكَمُ بموتِ المفقودِ بعدها إلى الحاكمِ بعدَ التحريِ بكلِ الطرقِ الموصلةِ على معرفةٍ إن كان المفقودُ حياً أو ميتاً"، وما تنص عليه المدونة المغربية في المادة (237) منها بقولها: "..... أما في جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة، وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهة المختصة بالبحث عن المفقودين".

ومن قوانين الأحوال الشخصية ما اتجه إلى تقديرها بأربع سنواتٍ مثال ذلك ما نصت عليه المادة 3/237 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28) لسنة 2005م "للقاضي أن يحكم بموت المفقود.....إذا مضت أربع سنواتٍ في الأحوال العادية"، وما نصت عليه المادة (143) من قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد 2010م بأنه: "..... فإذا لم تُعرَف حياته من مماتِهِ بعد البحثِ والتحريِ عنه ففي حالة الأمنِ وعدمِ

الكوارث يُوجَلُ الأمرُ أربعَ سنواتٍ من تاريخ فقده....." ، وما نصت عليه المادة (264) من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين بالسودان الصادر في 24 / 7 / 1991م بقولها: "يجوز للقاضي أن يحكم بموت المفقود في أي من الحالات الآتية: ب - فقده في ظروف: (أولاً) لا يغلبُ فيها الهلاكُ ومضي أربعَ سنواتٍ على الأقل، من تاريخ فقده" ، كما نصت عليه المادة (113) من قانون الأحوال الشخصية الجزائري "... وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

كما تنص المادة (93) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (87) لسنة 1980 المعدل على أنه "للمحكمة أن تحكم بموت المفقود في إحدى الحالات الآتية: - أولاً - إذا قام دليل قاطع على وفاته. ثانياً - إذا مرت أربع سنوات على إعلان فقده. ثالثاً - إذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه ومرت ستان على إعلان فقده".

وتنص المادة (117) من قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم (20) لسنة 1992م على أن "للقاضي أن يحكم بموت المفقود في الحالات التالية:

- أ - إذا قام دليل على وفاته.
 - ب - إذا مرت فترة كافية على إعلان فقده في ظروف لا يغلب فيها الهلاك على أن لا تقل المدة عن أربع سنوات.
 - ج - إذا فقد في ظروف يغلب فيها هلاكه ومضت ستان على إعلان فقده.
- وجديرٌ بالملاحظة أن قانون الأحوال الشخصية العماني قد جعل مدة الفقد التي يُحكَّم بعدها بموت المفقود واحدة لا تختلف من مفقود إلى آخر، ولا بحسب ظروف الفقد، فهي أربع سنوات من تاريخ الفقد دون تفرقة بين

حصول هذا الفقد في ظروف مهلكة أو ظروف آمنة، وفي ذلك تنص المادة 194/ب على أن "للقاضي أن يحكم بموت الغائب أو المفقود إذا مرت على الغياب أو الفقد أربع سنوات".

وأخيراً فإن بعض القوانين العربية اتجهت إلى الأخذ بمدّة التعمير التي قال بها فقهاء المالكية، بحيث لا يحكم بموت المفقود الذي فُقد في ظروف ظاهرها السلامة إلا بانقضائها، وتطبيقاً لذلك تنص المادة 1/205 من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (59) لسنة 1953م على أن "ينتهي الفقدان بعودة المفقود أو بموته أو بالحكم باعتباره ميتاً عند بلوغه الثمانين من العمر".

ثالثاً : رأينا الخاص في تقدير مدة الفقد

وأرى أن هذه الآراء سالفه الذكر المقدرة لمدة الفقد لم تسلّم من مظاهر الجنوح والغلو حيث غالت كثيراً في تقدير قدر هذه المدّة، سواء ما كان منها على صعيد فقه المذاهب الإسلامية (وإن كان الحق يُملّي علينا الاعتراف بأن وصف الغلو يرتفع عن رؤى بعض فقهاء المذاهب الإسلامية نظراً لمواءمة ما ذكره من تقديرات لظروف وملايسات أزمانهم التي كانوا يعيشون فيها، حيث لم تكن ثمة وسائل فاعلة كما وكيفاً تعين المسؤولين آنذاك على سرعة استكشاف حقيقة أمر المفقود من الحياة أو الموت، فوسائل الاتصال بين الناس آنذاك كانت بدائية وصعبة، ووسائل المواصلات التي كانت تربط الدول أو الأمصار أيضاً كانت محدودة وبطيئة، وأنه لو كان قُدر لهم - فرض جدلي - العيش في زماننا لما قبلوا الأخذ بهذه الآراء التي حبسنا أنفسنا داخلها وأخذنا بها من معين هذا الفقه الإسلامي الرشيد فظلمناه وظلمنا أنفسنا قبله حين سلمنا بهذه الآراء وما حددته من تقديرات

لمدة الفقد، دون أن نقلب النظر فيها لنأخذ منها ما يناسب زماننا ونترك منها ما لا ينسجم مع واقعنا وواقع ظروفنا، بل إن بعضاً من آراء هؤلاء الفقهاء جاءت بين ثناياها أحكاماً مناسبة لزماننا وواقعنا، ورغم ذلك لم نأخذ بها وطرحناها جانباً، بل وآلينا على أنفسنا أن نتمسك برؤى أو أحكام أخرى غيرها لا تنسجم مع واقعنا، فبات إذن العيب في المقلد وليس في المجتهد في حقيقة الأمر.

فقد غالى - من وجهة نظري - من اشترط مرور أربع سنوات على الأقل من تاريخ فقد المفقود للحكم بموته سواء قديماً (أي بين فقه المذاهب الإسلامية وبالتحديد ما كان يمثل منها رأياً قديماً للإمام الشافعي) وإن كانت ظروف أزمانهم تخفف من حدة غلواء رؤاهم في هذا الصدد) أو حديثاً (أي بين فقه القانون واتجاهات التشريعات المعاصرة في قوانين الأحوال الشخصية ولا عذر لهم للتخفيف من غلواء مسالكهم مع تنوع وتطور وسائل الاتصالات والمواصلات بالقدر يُعينهم ويسعفهم على البت في أمر المفقود دون أي مدعاة للانتظار طويلاً لأربع سنوات عجافٍ تضيع خلالها الحقوق وتهدر فيها المصالح أو المقاصد الشرعية).

كما غالى أكثر من اشترط للحكم بموت المفقود مضي مدة معينة تُسمى بمدة التعمير سواء قديماً (مثل الفقه الشافعي) وحديثاً (مثل القانون السوري) مستلزماً بذلك أن تمر على فقده مدة تساوي قدر عمر أهل زمان المفقود وأهل مكانه، والتي قدرها بعضهم تارةً بسبعين سنة أو وبعضهم قدرها بثمانين سنة أو وبعضهم قدرها بتسعين سنة أو وبعضهم قدرها بمئة سنة أو وبعضهم قدرها بمئة وعشرين سنة، على أن تُحسب أي من هذه المدد من تاريخ ميلاد المفقود وفق ما عرضناه آنفاً، فعالى بذلك جميعهم في هذا التقدير، هذا مع تزايد قدر الغلو وحجمه بتزايد قدر مدة التعمير التي ينادي

بها البعض منهم، فمن ناحية إلى جانب طولِ قدرِ هذه المدةِ بصورةٍ واضحةٍ، فإنها رغمَ هذا التقديرِ سيبقى قدرُ هذه المدةِ مبهماً غيرَ قابلٍ للتحديدِ بقدرٍ معينٍ، لأنه سيختلفُ باختلافِ كلِّ مفقودٍ حسبِ عمرِ أهلِ زمانه، كما سيتأثرُ قدرُ هذا التحديدِ أيضاً بحسبِ العمرِ الذي فُقدَ فيه المفقودُ، فلو فُقدَ شخصٌ وهو في سنِّ العشرينَ وكان متزوجاً وقتئذٍ وكانَ أهلُ زمانه ومكانه ممن يعيشون لمدةِ سبعينَ سنةً مثلاً فلا يُحكّمُ بموتهِ إلا بعدَ خمسينَ سنةً، فهل من العدلِ أن تبقى زوجته على ذمته طوالِ هذه المدة؟ وهل من الإنصافِ للأهلِ أن تبقى أموالُ المفقودِ فلا تُوزَّعَ على ورثتهِ إلا بعدَ هذه المدة؟ لا شكَّ أن التربصَ كلِّ هذه المدةِ لهو عينُ الظلمِ سواءً لزوجَةِ المفقودِ أو لذويه، ناهيكَ عن اشتدادِ قدرِ هذا الظلمِ كلما حدثَ الفقدُ والمفقودُ في مقتبلِ عمره كما لو كان وقتها ابنَ الخامسةِ عشرةً من عمره وكان عمرُ أهلِ زمانه حينئذٍ يقاربُ الثمانينَ أو التسعينَ أو المائةَ.

وأخيراً فإن تطبيقَ نفسِ مدةِ التعميرِ في فروضٍ أخرى يقع فيها الفقدُ في أواخرِ عمرِ الشخصِ سيكون متناقضاً تناقضاً عجيباً مع الفروضِ التي يقع فيها الفقدُ في مقتبلِ عمرِ الشخصِ، بحيث إذا فُقدَ المفقودُ وهو ابنُ السبعينَ أو ابنُ الثمانينَ أو ابنُ التسعينَ مثلاً، فسوف يحكمُ بموته بعد مضي أيامٍ معدوداتٍ، فهل يروقُ للقائلينَ بمدةِ التعميرِ أن يجري الحكمُ بموتِ مثلِ هذا المفقودِ بعدَ مرورِ أيامٍ قلائلَ على فقدهِ لمجردِ بلوغهِ عمرِ أهلِ زمانه، دونَ التريثِ بعضِ الوقتِ للنظرِ في ظروفِ وملازماتِ فقدهِ لاستجلاءِ الحقيقةِ منها ومعرفةِ أمرِ حياته من مماته، فنظلمُ بذلك هذا المفقودَ ظلماً بيناً ونستعجلُ من ثم القضاءَ بموتهِ بمجردِ انقطاعِ أخباره عنا بعضَ الوقتِ مع ما يترتبُ على هذا الحكمِ من آثارٍ خطيرةٍ، إذ سَتَعْتَدُ على إثره زوجته عدةَ المتوفى عنها زوجها، وستوزَّعُ أمواله بين ورثتهِ بعد سدادِ ديونه وتنفيدِ وصيته؟

ولعله بعد انتقادنا لمعظم مذاهب الفقه قديمه وحديثه ولمواقف التشريعات القانونية المعاصرة في خصوص مدة الفقد على نحو ما رأينا آنفاً، يَجْدُرُ بنا تقديم المقترح المطلوب بشأنها، لا سيما وأنه لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمٌ بشأنه، ذلك أن الحديث الذي روي فيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في امرأة المفقود "هي امرأته حتى يأتيها البيان"، هو حديث ضعيف، بل هو حديث منكر لا يصح الاستدلال به، فقد قال ابن أبي حاتم في "كتاب العلل": سألت أبي عن حديث رواه سوار بن مصعب عن محمد بن شرحبيل عن المغيرة بن شعبة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود: "هي امرأته حتى يأتيها البيان"، فقال أبي: هذا حديث منكر، ومحمد بن شرحبيل متروك الحديث، يروي عن المغيرة مناكير أباطيل انتهى⁽⁸³⁾، بل إنه حتى لو صح هذا الحديث برواية أخرى أخرجها الدارقطني في سننه عن سوار بن مصعب حدثنا محمد بن شرحبيل الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان"، فإن لفظ البيان يتسع ليشمل كل ما يدل على موت المفقود حقيقةً (وذلك بظهور جثته) أو موته حكماً بصدور حكم أو قرار بمعاملته معاملة الميت الفعلي بعد أن غلب الظن بموته على حياته.

وهنا سنطرح على الفور التساؤل الآتي: هل من الأفضل أن يتدخل واضع القانون فيحدد مدة معينة معقولة للفقد (أي مدة متوازنة تُراعَى فيها مصلحة ذوي المفقود فلا ينتظروا كثيراً فتتعطل مصالحهم بغير مبرر لهذا الانتظار، كما تُراعَى فيها أيضاً في الوقت نفسه مصلحة المفقود ذاته، فلا

(83) هذا هو ما ذكره الزيلعي بشأن هذا الحديث في كتابه "نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية" للشيخ جمال الدين عبد بن يوسف الزيلعي، كتاب المفقود، ج4، ص385، الطبعة الأولى عام 1415هـ - 1995م.

يُحَكِّمُ سَرِيعاً بِمَوْتِهِ مَعَ وَجُودِ مَبْرَرَاتٍ وَّاقِعِيَّةٍ أَوْ مَنْطِقِيَّةٍ تُبْرِرُ الْأَنَاةَ وَعَدَمَ التَّسْرِعِ فِي الْحَكْمِ بِمَوْتِهِ، فَتَجَنَّبُ الْوُقُوعَ فِي أَخْطَاءٍ مِنْ سَبَقْنَا عَلَى صَعِيدِ الْفِقْهِ وَالتَّشْرِيعِ) قَلَّ قَدْرُهَا أَوْ كَثُرَ فِي ضَوْءِ مَا يَرَاهُ مُحَقِّقاً لِمَصْلَحَةِ ذَوِي الْمَفْقُودِ دُونَ إِهْدَارِ لِمَصْلَحَةِ الْمَفْقُودِ نَفْسِهِ، يَتَعَيَّنُ عَلَى الْقَاضِي التَّقِيدُ بِهَا فَلَا يَحْكُمُ بِمَوْتِ الْمَفْقُودِ قَبْلَهَا فِي جَمِيعِ حَالَاتِ الْفَقْدِ الْمُتَشَابِهَةِ مِنْ حَيْثُ طَبِيعَةُ الظُّرُوفِ الَّتِي عَاصَرَتْ وَاقِعَةَ الْفَقْدِ بَعْضِ النَّظَرِ عَنِ عَمْرِ الْمَفْقُودِ أَوْ ثِقَافَتِهِ أَوْ جَنْسِهِ، بِحَيْثُ يُقَالُ مِثَالاً كُلُّ مَنْ فُقِدَ فِي ظُرُوفِ مَهْلَكَةٍ (أَوْ يَغْلُبُ عَلَيْهَا طَابِعُ الْهَلَاكِ) يُقْضَى بِمَوْتِهِ إِذَا مَضَتْ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ أَوْ سِتَّةُ أَشْهُرٍ عَلَى تَارِيخِ فَقْدِهِ دُونَ أَنْ يُعْتَرَّ لَهُ عَلَى خَبِرٍ لِمَعْرِفَةِ أَحْيٍ هُوَ أَوْ مَيِّتٌ، بَعْضِ النَّظَرِ عَنِ شَخْصِهِ أَوْ جَنْسِهِ أَوْ ثِقَافَتِهِ، أَمَا مَنْ فُقِدَ فِي ظُرُوفِ أَمْنَةٍ (يَغْلُبُ عَلَيْهَا طَابِعُ السَّلَامَةِ) فَلَا يُقْضَى بِمَوْتِهِ إِلَّا بَعْدَ مَضِيِّ سَنَةٍ كَامِلَةٍ عَلَى تَارِيخِ فَقْدِهِ؟

أَمْ أَنَّهُ مِنَ الْأَفْضَلِ أَنْ يَتَخَلَّى وَاضِعُ الْقَانُونِ تَمَاماً عَنِ تَقْدِيرِ هَذِهِ الْمُدَّةِ تَارِكاً مَسْأَلَةَ التَّقْدِيرِ لِسُلْطَةِ الْقَاضِي التَّقْدِيرِيَّةِ بِحَسَبِ ظُرُوفِ كُلِّ حَالَةٍ عَلَى حِدَةٍ، تَأْسِيساً عَلَى أَنَّ مَعْقُولِيَّةَ هَذِهِ الْمُدَّةِ الَّتِي يُؤْمَلُ عِنْدَ التَّزَامِهَا تَحْقِيقُ التَّوَازُنِ الْمَعْقُولِ بَيْنَ الْمَصَالِحِ الْمُتَعَارِضَةِ فِي تَأْجِيلِ أَوْ تَعْجِيلِ الْحَكْمِ بِمَوْتِ الْمَفْقُودِ لِتَخْتَلِفُ حَتَّى دَاخِلِ الظُّرُوفِ الْوَاحِدَةِ الْمُتَشَابِهَةِ (أَيَّ حَتَّى لَوْ كَانَتْ ظُرُوفاً مَهْلَكَةً أَوْ ظُرُوفاً أَمْنَةً) مِنْ مَفْقُودٍ إِلَى آخَرَ بِحَسَبِ جَنْسِهِ أَوْ سِنِهِ أَوْ دَرَجَةِ ثِقَافَتِهِ، فَضِلاًَّ عَنِ اخْتِلَافِ ظُرُوفِ الزَّمَانِ الَّذِي يَحْدُثُ فِيهِ هَذَا الْفَقْدُ (فَمَنْ كَانَ يُفْقَدُ قَدِيماً قَبْلَ عِدَّةِ سِنَوَاتٍ قَلِيلٍ لَيْسَ كَمَنْ يُفْقَدُ الْآنَ، إِذِ الْبَحْثُ عَنِ أَخْبَارِهِ صَارَ سَهْلَ الْمَنَالِ، خَاصَّةً مَعَ مَا أَصَابَ وَسَائِلَ الْإِتِّصَالِ مِنْ تَطَوُّرٍ مَذْهَلٍ، الْأَمْرُ الَّذِي يَيْسِّرُ عَلَى الْمَفْقُودِ إِنْ كَانَ حَيّاً سَبَلَ الْوَصُولِ سَرِيعاً إِلَى ذَوِيهِ، وَيَيْسِّرُ فِي الْوَقْتِ نَفْسَهُ عَلَى ذَوِيهِ مَعْرِفَةَ مَدَى حَيَاتِهِ مِنْ مَوْتِهِ لِأَسِيْمَا مَعَ تَوْفِيرِ طَرِيقِ الْإِسْتِعَانَةِ بِجُهُودِ ذَوِي الدَّرَايَةِ وَالِاخْتِصَاصِ فِي عَمَلِيَّاتِ الْبَحْثِ وَالتَّفْتِيشِ عَنِ الْمَفْقُودِينَ دَاخِلَ جِهَازِ الشَّرْطَةِ وَالَّذِينَ يَحْوِزُونَ

بين أيديهم أحدث الوسائل المتطورة في هذه العمليات، فضلاً عن تعدد وسائل الإعلام المتطورة في ظل الفضائيات التي تجوب أرجاء العالم كله شرقاً وغرباً شمالاً وجنوباً في وقت واحد، وحرص القائمين عليها على الاستشراق بأداء واجب البحث عن المفقودين بوصفه أحد أبرز وأهم واجباتهم القومية والإنسانية في المجتمع، واختلاف ظروف المكان الذي وقع فيه ذلك الفقد، فمن يفقد في بلد حضاري مثل ألمانيا أو فرنسا ليس كمن يفقد في بلد متأخر كما لو فقد في أدغال أفريقيا، الأمر الذي يجعل من توحيد المدد التي يجب بعدها مباشرة الحكم بموت المفقود ضرباً من ضروب الظلم والشطط؟

لذا فإنني أميلُ بعد هذا العرض السابق إلى الأخذ بالمقترح الثاني الذي يخول للقاضي سلطة تحديد قدر هذه المدة التي يلزم انقضاؤها قبل الحكم بموت المفقود⁽⁸⁴⁾، حتى نحقق معنى العدالة فنعين القاضي على أن يُراعي الظروف الخاصة لكل حالة فقد على حده حتى في داخل ظروف الفقد الواحدة أو المتشابهة (أي سواء داخل ظروف يغلب عليها طابع الهلاك، أو داخل ظروف يغلب عليها طابع السلامة)، ذلك أن التسوية في الحكم بين الحالات المتشابهة في وصفها والمغايرة في ملاسباتها وإن حقق معنى العدل، إلا أنه لا يمكن أن يحقق معنى العدالة التي تستوجب مراعاة الملاسات الخاصة لكل حالة ولو في داخل الطائفة الواحدة أو المتشابهة من الظروف⁽⁸⁵⁾.

(84) انظر في المعنى نفسه: د. عبد المنعم فارس سقا - المرجع السابق - ص 551.

(85) فالعدل والعدالة لفظان مختلفان لكنهما متوازنان يكمل بعضهما بعضاً، فهما ليسا متنافرين، فالعدل أعم من العدالة، تأسيساً على أن العدل يُعنى بتحقيق معنى عام ألا وهو تحقيق المساواة بين المتماثلات بصفة عامة، في حين أن العدالة تستوجب مراعاة الظروف الخاصة لكل حالة من الحالات المتماثلة على حده،

المطلب الثاني

ثبوت فشل وسائل البحث في معرفة أخبار المفقود

من الطبيعي أن تتواتر الآراء قديماً وحديثاً سواءً في فقه الشريعة الإسلامية أو في فقه القانون أو في معظم قوانين الأحوال الشخصية المأخوذة من مذاهب الفقه الإسلامي، على اشتراط القيام باتخاذ كافة الوسائل المتاحة اللازمة للبحث والتحري عن أخبار هذا المفقود قبل أن يصدر حكم أو قرار بموته، فهام المالكية يشترطون صراحةً هذا الشرط قبل الحكم بموت المفقود فيفرضون على القاضي تكليف الحاكم أو الشرطة للبحث والتحري عنه في كل مكان يظن وجوده به سواءً في بلده أو في البلاد المجاورة له، بل وعليه أن يرسل تعميماً كتابياً إلى حكام وولاة هذه البلاد المجاورة يُذكر لهم فيه اسم المفقود ونسبه وأوصافه ليفتشوا عنه لديهم، على أن تكون أجرة ونفقات هذا البحث على عاتق الزوجة التي طلبت البحث عنه، وقيل هذه النفقة لا تقع على الزوجة وإنما تقع على بيت مال المسلمين، وقيل هي على الزوجة إن كان لها مال وإلا فعلى بيت المال عند عدم وجود مال لزوجته⁽⁸⁶⁾، أما موقف المذاهب الأخرى غير المالكية فإنهم وإن لم يشترطوا هذا الشرط صراحةً إلا أنهم اشترطوه بصورة ضمنية وهم بصدد تعريفهم للمفقود، وقد تجلّى ذلك واضحاً لنا عند عرضنا لهذه

ولذا فإنه إذا كان العدل يقتضي توقيع عقوبة الإعدام على كل من قتل غيره مع سبق الإصرار والترصد، إلا أن العدالة تحتم عدم توقيع هذه العقوبة على من قتل غيره دفاعاً عن نفسه أو عرضه أو ماله (راجع ذلك: د. خالد جمال أحمد حسن - المرجع السابق - ص 24).

(86) النفراوي في كتابه "الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني" للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي، ج 2، ص 40، 41، طبعة دار الفكر، بيروت - لبنان، بدون تاريخ نشر.

التعريفات آنفاً في مقدمة البحث، حيث يُظهِرُ من هذه التعريفات وجوبُ سبقِ التحري ابتداءً عن المفقود لمعرفة أخباره قبل الحكم بموته⁽⁸⁷⁾.

وها هو قانونُ الأحوال الشخصية المصري رقم (25) لسنة 1920م في المادة السابعة منه ينصُ صراحةً على هذا الشرط بقوله: "على القاضي أن يُبْلِغَ الأمرَ (أي أمرُ المفقود) إلى وزارةِ الحقانية (أي وزارةُ العدلِ حالياً) لتجريَ البحثَ عنه بجميعِ الطرقِ الممكنة...". ثم صدرَ قانونُ عام 1958م مسنداً مهمةَ البحثِ والتحري عن المفقود إلى أجهزةِ الشرطةِ والأجهزةِ الأمنية، وها هو قانونُ الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28) لسنة 2005م ينصُ صراحةً في المادة 1/237 على هذا الشرط بقوله: "على القاضي في جميعِ الأحوالِ أن يبحثَ عن المفقود، بكلِ الوسائلِ للوصولِ إلى معرفةِ ما إذا كانَ حياً أو ميتاً قبلَ أن يَحْكُمَ بوفاته"، كما نصتَ على ذلك صراحةً المادة (291) من قانونِ الأسرةِ القطري رقم (22) لسنة 2006م بقولها: "ويَحْكُمُ القاضي بموتِ المفقود بعد التحري عنه بكلِ الوسائلِ....."، وهذا أيضاً ما نصتَ عليه المادة (143) من قانونِ الأحوال الشخصية الأردني الجديد 2010م بقولها: "لزوجةِ المفقود الذي لا تُعرَفُ حياته من مماته الطلبُ من القاضي فسحَ عقدِ زواجهما لتضريرها من بُعدِه عنها ولو تركَ لها مالا تنفقُ على نفسها منه فإذا لم تعرفَ حياته من مماته بعد البحثِ والتحري عنه ففي حالةِ الأمنِ وعدمِ الكوارثِ يُؤَجَّلُ الأمرُ أربعَ سنواتٍ من تاريخِ فقده، فإذا لم يمكنَ أخذُ خبرٍ عن الزوجِ المفقودِ وأصرتِ الزوجةُ على طلبها يُفسَّخُ عقدُ زواجهما، أما إذا فُقِدَ في حالٍ يَغْلُبُ على الظنِّ هلاكُه فيها كفقده في معركةٍ أو إثرِ غارةٍ جويةٍ أو زلزالٍ أو ما شابه ذلك فللقاضي فسحُ عقدِ

(87) راجع في ذلك تعريفات فقهاء المذاهب الأخرى غير المالكية للمفقود في موضعه أول هذا البحث.

زواجهما بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ فقده بعد البحث والتحري وبطبيعة الحال فإن مهمة البحث عن المفقودين في عصر الدولة الحديثة باتت واحدة من الواجبات الوظيفية الملقاة على عاتق جهاز أمني متخصص في كل دول العالم الحديث، ألا وهو جهاز الشرطة أو وزارة الداخلية، يؤدونه رجالها بوصفه جزءاً أساسياً من واجباتهم الوظيفية وخدمة من الخدمات العامة التي يبذلونها للناس بغير مقابل، أي دون أن يجري تحصيل أي مقابل عنها نظير أدائها لا من زوج المفقود أو ولا من ذويه.

ومما يُؤخَذُ على قانون الأحوال الشخصية السوري وقانون أحكام الأسرة البحريني في قسمه الأول إغفالهما لذكر هذا الشرط صراحةً أو ضمناً ضمن النصوص الخاصة التي أوردتها بشأن المفقود، وهو إغفال غير مبرر حتى وإن كان الحاصل واقعياً وعملياً أن الجهات الأمنية في أي من هاتين الدولتين تحرص على الاضطلاع بهذا الواجب بمجرد مطالبتها بأدائه من ذوي الشأن قبل أن يتخذ القضاء أي حكم بموت المفقود.

المطلب الثالث

صدور حكم قضائي أو قرار إداري باعتبار المفقود ميتاً

لا يُعتدُّ شرعاً أو قانوناً بموت المفقود بمجرد ثبوت فقده وانقطاع أخباره فترة طويلة أو قصيرة من الزمن، وإنما يلزم إلى جانب ذلك أن يصدر حكم قضائي أو قرار إداري من جهة الاختصاص (وهي الجهة القضائية أو الإدارية المنوط بها الإعلان رسمياً عن اعتبار المفقود ميتاً) بموجبه يُعامل المفقود حكماً واعتبارياً معاملة الميت موتاً فعلياً وتترتب على إثره أحكام الوفاة، وفي ذلك ضمانة أساسية سواء لرعاية المفقود نفسه أثناء فترة فقده، بحيث لا يترك أمر الحكم بموته في يد أي شخص قد يُنصفه أو يظلمه في

أمر حياته أو موته، وإنما يجعله في يد سلطة عامة ممثلة في جهة قضائية أو إدارية محايدة لا تحابي أحداً من ذويه على حسابه، وفي الوقت نفسه لا تظلم أي من ورثته برفض الحكم بموت المفقود، فيبقى هذا المفقود في حكم الأحياء رغم غيابه وانقطاع أخباره فترة معقولة من الزمن.

فها هم فقهاء المالكية يرون أن للزوجة الحق، إذا لم ترض البقاء في عصمة زوجها المفقود في دار الإسلام إلى حين رجوعه من غيبته أو اتضح أمره، في أن ترفع أمرها للحكم لها بموته من أحد هؤلاء المختصين حسب ترتيبهم الآتي: القاضي، ثم الوالي أو الحاكم، ثم والي الشرطة، ثم والي الزكاة، ثم جماعة المسلمين من صالح جيرانها العدول، فإن رفعت الزوجة أمرها لأحد الولاة مع وجود القاضي حرم عليها ذلك مع صحة حكمه، أما إذا رفعت الزوجة إلى جماعة المسلمين مع وجود القاضي بطل حكمهم، لكن إن رفعتهم إليهم مع عدم وجود قاضٍ صح حكمهم ولو مع وجود والي البلد أو والي الزكاة⁽⁸⁸⁾، وقيل أن رفع أمر المفقود إلى القاضي أو إلى والي البلد أو والي الزكاة هو في ذات المرتبة أو الدرجة، وإن كان الرفع إلى القاضي هو الأضبط⁽⁸⁹⁾.

أما فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة فلم يذكروا صراحةً الجهة المختصة بالحكم باعتبار المفقود ميتاً، غير أنه يستفاد من أقوالهم ضمناً أن هذا الحكم هو من اختصاص القاضي أو الحاكم⁽⁹⁰⁾.

(88) الدسوقي في حاشيته ج2، ص479، والعدوي في حاشيته ج2، ص93، 94.

(89) النفراوي في الفواكه الدواني، ج2، ص40، 41.

(90) انظر في الفقه الحنفي: الزيلعي في كتابه تبيين الحقائق، ج3، ص312، وانظر في الفقه الشافعي: النووي في روضة الطالبين، ج5، ص35، 36، وانظر في الفقه الحنبلي: المرداوي في الإنصاف، ج7، ص335 وما بعدها.

وهذا أيضاً هو المشروط صراحةً أو المستفاد ضمناً من نصوص قوانين الأحوال الشخصية العربية، حيث لا يُعدّ المفقود ميتاً في ظلال نصوصها مهما طال غيابُه وانقطعت أخبارُه إلا بصدور حكم قضائي أو قرار إداري يصدُر بناءً على طلبِ ذي المصلحة (سواء كان زوجاً أو قريباً للمفقود)، يقضي فيه باعتبار المفقود ميتاً، بل ولا يبدأ سريان أثر هذا الحكم أو ذاك القرار عادةً إلا منذ ذلك التاريخ الذي صدر فيه أيهما، حيث تجري على أثره معاملة هذا المفقود معاملة الأموات، ويتولّى القضاء في مصر سلطة إصدار هذا الحكم عندما يكون المفقود شخصاً غير عسكري ولم يحصل فقدُه في سفينة غرقت أو طائرة سقطت، في حين يتولاه وزير الدفاع إذا كان المفقود عسكرياً وحدث فقدُه في إحدى العمليات العسكرية، ويتولاه رئيس مجلس الوزراء إذا كان المفقود شخصاً وقع فقدُه في سفينة غرقت أو طائرة سقطت، أما باقي الدول العربية الأخرى فتتعمد للقضاء وحده مهمة الحكم بموت المفقود، باستثناء قانون الأحوال الشخصية التونسي الذي أناط هذا الاختصاص للحاكم أو للسلطة التنفيذية ممثلة في الحكومة وليس للقضاء، ويتجلى ذلك واضحاً فيما جاء بالفصل (82) من قانون الأحوال الشخصية التونسي بقوله: "إذا فُقد الشخص في وقت الحرب أو في حالات استثنائية يغلب فيها الموت فإن الحاكم يضرب أجلاً لا يتجاوزُ العامين للبحث عنه ثم يحكمُ بفقده، وإذا فُقد الشخص في غير تلك الحالات فيفوض أمرُ المدة التي يحكمُ بموت المفقود بعدها إلى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة على معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً.

في حين نجد أن كل قوانين الأحوال الشخصية الأخرى تنص صراحةً أو ضمناً على إسناد مهمة البت في أمر المفقود لسلطة القضاء وحده فلا يزاومُه فيه أحدٌ من سلطات الدولة الأخرى مثل السلطة التنفيذية، وتطبيقاً لذلك تنص صراحةً المادة (112) من قانون أحكام الأسرة البحرينية في

قسمه الأول (القسم السنوي) على أنه "أ. يُحكّم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد مضي أربع سنواتٍ من تاريخ فقده".

"ب. إذا صدرَ حكمٌ بموتِ المفقودِ تَعَتَّدَ زوجته عدةَ الوفاةِ من وقتِ صيرورةِ الحكمِ نهائياً"، كما تنصُّ المادة (237) من قانونِ الأحوالِ الشخصيةِ الإماراتي رقم (28) لسنة 2005 على أنه "1- على القاضي في جميع الأحوال أن يبحثَ عن المفقودِ، بكلِّ الوسائلِ للوصولِ إلى معرفةِ ما إذا كانَ حياً أو ميتاً قبلَ أن يُحكّمَ بوفاته". "2 - يحكّم القاضي بموتِ المفقودِ إذا قامَ دليلٌ على وفاته". "3 - للقاضي أن يحكّمَ بموتِ المفقودِ في أحوالٍ يغلبُ فيها هلاكُه، إذا مضتْ سنةٌ على إعلانِ فقده بناءً على طلبِ ذوي الشأنِ، أو إذا مضتْ أربعُ سنواتٍ في الأحوالِ العاديةِ".

"وتنصُّ المادةُ (194) من قانونِ الأحوالِ الشخصيةِ العماني على أنه "أ - على القاضي أن يحكّمَ بموتِ الغائبِ أو المفقودِ إذا قامَ دليلٌ على الوفاة". "ب - للقاضي أن يحكّمَ بموتِ الغائبِ أو المفقودِ إذا مرّتْ على الغيابِ أو الفقدِ أربعُ سنواتٍ"، بل وتنصُّ المادةُ (196) منه على أن "يُعتبر يومُ صدورِ الحكمِ بموتِ الغائبِ أو المفقودِ تاريخاً للوفاة"، كما تنصُّ المادة (114) من قانونِ الأحوالِ الشخصيةِ الجزائري على أنه "يصدر الحكم بالفقدان أو موت المفقود بناءً على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة"، وتنصُّ المادةُ (109) من قانونِ الأسرةِ الجزائري على ذلك أيضاً بقولها: "المفقودُ هو الشخصُ الغائبُ الذي لا يُعرَفُ مكانُه ولا يُعرَفُ حياته أو موته ولا يُعتبرُ مفقوداً إلا بحكم"، كما أن المادة (87) من قانونِ رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980م تنصُّ ذلك بقولها: "يتم الإعلان عن حالة المفقود وبقرار من المحكمة....."، وقد جعلت المادة 6/299 من قانونِ المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969م أحكام المفقود من اختصاص محاكم الأحوال الشخصية.

وقد تسند بعضُ القوانين لجهة أخرى إلى جانب القضاء مهمة البت في أمر المفقود، مثال ذلك أن يكلف القانون رئيس مجلس الوزراء بإصدار قرارات بموت المفقودين المدنيين في طائرة سقطت أو سفينة غرقت أو يكلف وزير الدفاع بإصدار قرارات بموت المفقودين في العمليات العسكرية، أو يكلف وزير الداخلية بإصدار قرارات بموت المفقودين في عمليات الأمن الداخلي، وتطبيقاً لذلك تنص المادة (21) من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم (25) لسنة 1929م والمعدلة بالقانون رقم (33) لسنة 1992م، والقانون رقم (2) لسنة 2006م على أن "..... ويعتبرُ المفقودُ ميتاً بعدَ مضي سنةٍ من تاريخ فقده في حالة ما ثبت أنه كان على ظهر سفينةٍ غرقت أو كان في طائرةٍ سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفُقد أثناء العمليات الحربية. ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال وبعد التحري واستظهار القرائن التي يعلبُ معها الهلاك قراراً بأسماء المفقودين الذين أُعْتُبروا أمواتاً في حكم الفقرة السابقة ويقوم هذا القرارُ مقامَ الحكم بموت المفقود". كما تنص المادة (87) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (87) لسنة 1980م على أنه: "..... ويقوم قرارُ وزير الدفاع أو وزير الداخلية مقامَ قرار المحكمة بالنسبة إلى أفراد القوات المسلحة وقوى الأمن الداخلي. ويُلعَى الإعلانُ إذا ظهر دليلٌ على حياة المفقود".

وهنا يثارُ التساؤلُ حول حقيقة التاريخ الذي يَبْدَأُ من عنده حسابُ مدة الفقد، هل يجري هذا الحسابُ من تاريخ الفقد أم من تاريخ رفع الزوج (ذكراً كان أو أنثى) طلبه للحكم بموت مفقوده، أو من تاريخ حصول الإعلان عن هذا الفقد من قبل الجهات الرسمية في البحث والتحري أو من تاريخ صدور الحكم القضائي أو القرار الإداري باعتبار هذا المفقود ميتاً؟

أولاً: موقف الفقه الإسلامي من تاريخ بدء مدة الفقد

لقد اختلفت وجهات نظر فقهاء الفقه الإسلامي في ذلك، فمنهم من ارتأى بدء حساب هذه المدة من تاريخ رفع أمر المفقود إلى القاضي وأمره زوجة المفقود بالتربص وهو قول سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعطاء وقتادة، وهذا هو المعتمد في المذهب المالكي⁽⁹¹⁾، والأصح في الشافعية⁽⁹²⁾، والحنابلة في رواية⁽⁹³⁾، ومنهم من ارتأى بدء حساب هذه المدة من تاريخ اليأس من وجود المفقود بعد البحث والتحري عنه، وقد قيل بذلك في رواية عن الإمام مالك⁽⁹⁴⁾ ومنهم من ارتأى بدء حساب هذه المدة من تاريخ الغيبة أو الفقد أي من حين انقطاع خبره، وهذا هو قول الشافعي في الصحيح⁽⁹⁵⁾، والرواية الأصح والصواب عند الحنابلة⁽⁹⁶⁾، والأباضية⁽⁹⁷⁾.

ثانياً: موقف قوانين الأحوال الشخصية العربية

يبدو واضحاً وبصورة صريحة من نصوص معظم قوانين الأحوال الشخصية أن مدة الفقد تُحسب من تاريخ فقد المفقود، وليس من تاريخ رفع أمره إلى القضاء ولا من تاريخ الإعلان عن فقده، ولا من تاريخ حكم

(91) الدسوقي في حاشيته - المرجع السابق - ج 2، ص 479، والصاوي في حاشيته - المرجع السابق - ج 2، ص 695.

(92) الحاوي للماوردي - المرجع السابق - ج 11، ص 318.

(93) ابن قدامة في المغني - المرجع السابق - ج 8، ص 108، المرادوي في الإنصاف - المرجع السابق - ج 9، ص 289.

(94) الدسوقي في الحاشية - المرجع السابق - ج 2، ص 479.

(95) الشيرازي في المهذب - المرجع السابق - ج 2، ص 146.

(96) المرادوي في الإنصاف - المرجع السابق - ج 9، ص 289.

(97) أطفيش في شرح النيل - المرجع السابق - ج 7، ص 37.

القضاء باعتباره ميتاً، وتطبيقاً لذلك تنصُ المادةُ (21) من القانونِ المصري رقم (25) لسنة 1929م المعدلةُ بالقانونِ رقم (33) لسنة 1992م، والمعدلةُ بالقانونِ رقم (2) لسنة 2006م على أن "يُحَكَّمُ بموتِ المفقودِ الذي يغلبُ عليه الهلاكُ بعدَ أربعِ سنواتٍ من تاريخِ فقده. ويعتبرُ المفقودُ ميتاً بعد مضي مدةٍ خمسة عشر يوماً على الأقل من تاريخ فقده....."، كما تنصُ المادةُ (108) من قانونِ أحكامِ الأسرةِ البحريني الموحّد على أنه " (1) وفقاً للفقهِ السني لزوجة المفقود أو الغائب الذي لا تعلم حياته ولا موته ولا يعرف موطنه ولا محل إقامته طلب التّطليق، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد البحث والتحري عنه ومضي أربع سنوات من ثبوت الفقد أو الغياب". (2) وفقاً للفقهِ الجعفري: (أ) لزوجة المفقود أو الغائب الذي لا تعلم حياته ولا موته ولا يعرف موطنه ولا محل إقامته طلب التّطليق، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد رفع أمرها إلى القاضي ومضي أربع سنوات من البحث والتحري". (ب) لا تطلق الزوجة إذا كان للمفقود أو الغائب مال أو ولي ينفق عليها"، كما تنصُ المادةُ (146) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (51) لسنة 1984م على أن "يُحَكَّمُ بموتِ المفقودِ الذي يَغْلُبُ عليه الهلاكُ بعدَ أربعِ سنينٍ من تاريخِ فقده، وفي جميعِ الأحوالِ الأخرى يُفَوَّضُ أمرُ المدةِ إلى القاضي وذلك بعد التحري عنه لمعرفة إن كان حياً أو ميتاً"، وتنصُ المادةُ (291) من قانون الأسرة القطري رقم (22) لسنة 2006م على أنه "ويَحَكَّمُ القاضي بموتِ المفقودِ بعد التحري عنه بكلِّ الوسائلِ في أي من الحالتين التاليتين:

1 - قيام دليلٍ على وفاته.

3 - فقده في ظروفٍ لا يَغْلُبُ فيها الهلاكُ بعد مضي أربع سنواتٍ من تاريخِ الفقدِ أو كانَ قد فُقِدَ في ظروفٍ يغلبُ فيها الهلاكُ ومضتْ سنتان على الفقد".

وتنصُ المادةُ (143) من قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد 2010م على أنه "لزوجة المفقود الذي لا تُعرَفُ حياته من مماتِه الطلبُ من القاضي فسخَ عقدِ زواجهما لتضررها من بعده عنها ولو تركَ لها مالاً تُنْفِقُ على نفسها منه فإذا لم تُعرَفُ حياته من مماتِه بعدَ البحثِ والتحري عنه ففي حالة الأمن وعدم الكوارث يُؤَجَلُ الأمرُ أربعَ سنواتٍ من تاريخِ فقده، فإذا لم يُمكنَ أخذُ خبرٍ عن الزوجِ المفقودِ وأصرَتِ الزوجةُ على طلبِها يُفَسَخُ عقدُ زواجهما، أما إذا فُقدَ في حالٍ يَغْلِبُ على الظنِّ هلاكُه فيها كفقده في معركةٍ أو إثرِ غارةٍ جويةٍ أو زلزالٍ أو ما شابه ذلك فللقاضي فسخُ عقدِ زواجهما بعد مضي مدةٍ لا تقلُّ عن سنةٍ من تاريخِ فقده بعدَ البحثِ والتحري عنه"، كما تنصُ المادةُ 194/ب من قانونِ الأحوالِ الشخصيةِ العماني على أنه "للقاضي أن يَحْكَمَ بموتِ الغائبِ أو المفقودِ إذا مرَّتْ على الغيابِ أو الفقدِ أربعَ سنواتٍ"، كما تنصُ المادةُ (264) من قانونِ الأحوالِ الشخصيةِ للمسلمين السوداني لسنة 1991م على أنه "يجوزُ للقاضي أن يَحْكَمَ بموتِ المفقودِ في أيِّ من الحالاتِ الآتية: (أ) قيامُ دليلٍ على وفاتِه. (ب) فقده في ظروفٍ: (أولاً) لا يغلبُ فيها الهلاكُ ومضي أربعِ سنواتٍ على الأقل، من تاريخِ فقده. (ثانياً) يغلبُ فيها هلاكُه، ومضي سنتين على ذلك"، وما تنصُ عليه المادةُ (327) من مدونة الأسرة المغربية الصادرة بالقانون رقم 03-70 في 3 فبراير عام 2004م بقولها: "يُحْكَمُ بموتِ المفقودِ في حالة استثنائيةٍ يَغْلِبُ فيها الهلاكُ بعدَ مضي سنةٍ من تاريخِ اليأسِ من الوقوفِ على خبرِ حياته أو مماتِه...".

بيدَ أن بعضَ قوانينِ الأحوالِ الشخصيةِ العربية اتجهتْ إلى حسابِ مدةِ الفقدِ التي قرَّرتها للمفقودِ سواءً في الظروفِ التي يغلبُ فيها الهلاكُ أو تلك التي تغلبُ فيها السلامةُ من تاريخِ الإعلانِ عن الفقدِ، وليس من تاريخِ الفقدِ نفسه، وتطبيقاً لذلك تنصُ المادةُ (93) من قانونِ رعاية القاصرين العراقي

رقم (87) لسنة 1980م المعدل على ذلك بقولها: "للمحكمة أن تحكّم بموت المفقود في إحدى الحالات الآتية: - أولاً - إذا قام دليل قاطع على وفاته. ثانياً - إذا مرت أربع سنوات على إعلان فقده. ثالثاً - إذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه ومرت سنتان على إعلان فقده"، ومثال ذلك أيضاً ما تنص عليه المادة 3/237 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28) لسنة 2005م بقولها: "للقاضي أن يحكم بموت المفقود في أحوال يغلب فيها هلاكه، إذا مضت سنة على إعلان فقده بناءً على طلب ذوي الشأن،.....".

وهنا يجدر بنا بعد هذا العرض طرح هذين السؤالين: أولهما يدور حول مدلول الإعلان عن الفقد الذي تتجه بعض القوانين إلى بدء حساب مدة الفقد من تاريخ حصوله؟ ثانيهما يدور حول مدى أفضلية حساب فترة الفقد من تاريخ حصول الفقد أو من تاريخ الإعلان عنه، مع بيان سبب هذا التفضيل؟

ثالثاً: مدلول الإعلان عن الفقد

هل يُقصد بالإعلان عن الفقد ذلك الإعلان غير الرسمي الذي يُجرّيه ذوو المفقود أو أحد أصدقائه أو جيرانه بأي وسيلة من وسائل الإعلام على إثر فقده بغض النظر عن تاريخ الفقد، أي سواء أجراه عبر وسائل الإعلام المرئية (مثل التلفزيون والمواقع الإلكترونية)، أم عبر وسائل الإعلام المسموعة (مثل الراديو)، أم عبر وسائل الإعلام المقرّوة (كما لو قام بنشره في الصحف)، أم يُقصد به ذلك الإعلان الرسمي الذي تقوم به إحدى الجهات الرسمية المختصة، وذلك سواء جرى هذا الإعلان الرسمي عن الفقد على إثر انقطاع أخبار المفقود، وبعد مراجعة ذوي المفقود لإحدى

الجهات الرسمية المختصة، كما لو قامت وزارة الداخلية بمديرياتها وفروعها المختلفة بالإعلان عن فقد المفقود على إثر مراجعة ذوي المفقود لهذه الوزارة، وقيامها بالبحث والتحري عنه دون أن تُعثر له على خبر، أو جرى هذا الإعلان بعد صدور حكم قضائي باعتبار المفقود ميتاً على إثر قيام قاضي التحقيق أو من يُنيبه عنه في ذلك بإعلان الحكم القضائي الصادر باعتبار المفقود ميتاً إلى بعض الجهات الرسمية في الدولة التي يعنىها هذا الحكم، مثل محاكم الأسرة أو محاكم الأحوال الشخصية أو مكاتب السجل المدني (أي تلك المكاتب التي تضطلع رسمياً بمهمة تسجيل المواليد والوفيات وإصدار الشهادات المثبتة لها)، حتى يتسنى لهم مباشرة ما يتصل بهذا المفقود من إجراءات تدخّل في اختصاصهم الوظيفي؟ من البدهي ألا يعول على الإعلان عن الفقد إلا إذا جرى بصورة رسمية من قبل جهة مختصة بشأن الفقد والمفقودين، وهذا أمرٌ طبيعيٌّ لأنه لا يمكن التعويل على إعلان غير رسمي يجريه أشخاص عاديون غير مكلفين قانوناً بذلك، رغم ما يترتب على هذا الإعلان من آثار قانونية خطيرة بشأن مال المفقود وزوجه، وتطبيقاً لذلك تنص المادة (87) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (78) لسنة 1980م على أن "يتم الإعلان عن حالة المفقود بقرار من المحكمة، ويقوم قرار وزير الدفاع أو وزير الداخلية مقام قرار المحكمة بالنسبة إلى أفراد القوات المسلحة وقوى الأمن الداخلي. ويُغى الإعلان إذا ظهر دليلٌ على حياة المفقود".

رابعاً: هل الأفضل الاعتداد عند حساب مدة الفقد بتاريخ الفقد أو تاريخ الإعلان عن الفقد أو تاريخ رفع الأمر للقاضي للحكم بالفقد؟

أعتقد أرى أن الحق والعدل يمليان علينا، عند النظر في شأن مفقود معين يُرادُ استصدار حكم قضائي أو قرار إداري بموته، ضرورة الاعتداد

بتاريخ هذا الفقد، وذلك تأسيساً على أنه التاريخ المعبر عن الحقيقة والواقع، وعلى ذوي الشأن توخي الدقة والصدق في الكشف عن هذا التاريخ ليني عليه القاضي تقديره لمدة الفقد من بعد عند رفع الأمر إليه في حدود المدد الزمنية المقدرة له في النص القانوني الملزم بتطبيقه، وهذا ما أرى أفضليته رغم ما قد يكتنفه من مخاطر عدم الدقة في الكشف عنه، لكن مما يزيل مثل هذه المخاوف أن ذوي المفقود عادةً ما يتذكرون بكل دقة مواعيد فقد مفقودهم، هذا إذا كان المفقود غير عسكري، وتتلاشى هذه المخاوف تماماً إذا كان المفقود عسكرياً أو كان قد قُعد في طائرة سقطت أو سفينة غرقت، إذ يسهل بكل دقة تحديد تاريخ العملية العسكرية أو تاريخ سقوط الطائرة أو تاريخ غرق السفينة التي قُعد فيها المفقود، وهذا ما تنص عليه صراحةً معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية سالفه الذكر، أما تاريخ الإعلان عن الفقد الصادر عن جهة رسمية مختصة أو تاريخ رفع ذوي الشأن طلب الحكم بالفقد إلى القاضي، فإنه وإن كان هذا التاريخ أو ذلك من السهل تحديده بكل دقة بحيث تتلاشى أية مظان في معرفته بسهولة، إلا أنه من شأنه أن يؤدي إلى تجاهل الحقيقة والواقع اللتين تؤكدان مرور فترة زمنية طويلة أو قصيرة سابقة على حصول هذا الإعلان أو هذا الرفع.

بيد أنه رغم ذلك إلا أن هناك من يرى أفضلية الاعتداد بتاريخ رفع أمر المفقود إلى القاضي بحجة أنه تاريخ معروف يقيناً، أما المدة التي قبل ذلك التاريخ فمشكوك فيها⁽⁹⁸⁾.

(98) يوسف عطا محمد حلو - المرجع السابق - ص 49.

المبحث الثالث

أحكام المفقود قبل الحكم بموته

لا جرم أن المفقود قبل الفقد كان شخصاً حياً، ومن ثم لا ينبغي رغم غيابه وفقده أن نتجاهل هذا الثابت بيقين (ألا وهي حياته التي كانت مؤكدة) إلا بيقين مثله (أي بموته موتاً فعلياً أو مؤكداً) أو بظن راجح (أي بأمارات ودلائل يرجح القاضي على ضوئها موت المفقود على بقاءه حياً فيحكم بموجبها بموته موتاً حكماً) تقتضيه السياسة الشرعية أو المصلحة المعبرة (سواء كانت مصلحة عامة أو مصلحة خاصة راجحة)، ولذا يجب أن يعامل هذا المفقود معاملة الحي سواء بالنسبة لزوجه أو بالنسبة لماله أو بالنسبة لما له من حقوق لدى الآخرين (سواء كانت ديوناً أو إرثاً أو وقفاً أو وصية أو شفعة)، مادام أنه لم يصدّر بعد حكم قضائي أو قرار إداري بموته، وهذا أمر طبيعي لأن حياته كانت قبل الفقد متيقنة فبقي استصحابها خلال مدة الفقد (أي المدة التي نتربصها إلى حين الحكم بموته) ولا نعده ميتاً إلا بحصول أحد الأمرين: الأمر الأول: الموت الفعلي أو الحقيقي، أي إذا تأكدت ميتته فعلاً، لأن اليقين لا ينبغي أن يزول إلا بيقين مثله، وهذا لا يتحقق يقيناً إلا بثبوت موته موتاً فعلياً، وذلك بخروج روجه وثبوت ما يدل على مفارقتة الدنيا، سواء بتوقف القلب والتنفس، أو بموت دماغه⁽⁹⁹⁾،

(99) وأعتقد من جاني أنه وإن كان المريض يعد ميتاً من الناحية الطبية في حالة توقف عمل كل من القلب والرئتين، إلا أنه يبقى حياً شرعاً وقانوناً ما دام أنه لم يموت بعد مخه أو دماغه، وتطبيقاً لذلك فقد استقر رأي اللجنة الاستشارية القومية للأخلاق في فرنسا comité consultatif national d'éthique en France الصادر في 17/11/1988م من أن الفرد يعد ميتاً في حالة الموت الدماغية أي حينما يموت مخه، كما أنه هو نفس ما حكم به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 2/7/1993م، (وهو نفس ما أقره مؤتمر جنيف الدولي الذي عقد في عام

الأمر الثاني: الموت الحكمي أو التقديري، وذلك بصدور حكم قضائي أو قرار إداري باعتباره ميتاً بناءً على أماراتٍ وشواهدٍ تجعل من موته وقد انقطعت أخباره خلال وقتٍ معقولٍ وكافٍ بحسب تقدير القاضي أو الوزير المختص ظناً راجحاً على بقاءه حياً.

وتترتب على ذلك الآثار الآتية:

أولاً: بقاء رابطة الزوجية طوال مدة الفقد.

ثانياً: بقاء مال المفقود على ذمته إلى أن يُحكم بموته.

ثالثاً: وقف نصيب المفقود في الميراث والوصية.

وسنوالي شرح هذه الآثار في مطالب ثلاثة على التفصيل الآتي:

المطلب الأول

بقاء رابطة الزوجية طوال مدة الفقد

من الطبيعي أن تبقى رابطة الزوجية قائمةً بين المفقود وزوجه الآخر خلال مدة الفقد سواء كان المفقود رجلاً أو امرأة (هذا ما لم يُطلقها زوجها إن كان المفقود امرأةً خلال مدة الفقد) فلا تنتهي علاقتهما إلا بعد صدور حكم قضائي أو قرار إداري باعتبار المفقود ميتاً، بل ومن تاريخ هذا الحكم أو القرار.

وهنا نتساءل ما الحكم إذا تضررت زوجة المفقود من فقدته ولم تشأ أن

1979م، حيث عرف الموت بتوقف جذع المخ بغض النظر عن نبض القلب بالأجهزة الصناعية (انظر عرض ذلك مفصلاً: د. خالد جمال أحمد حسن "مدى حق المريض في قبول أو رفض العمل الطبي وبعض المشكلات العملية التي يثيرها"، ص 13، طبعة عام 2004م).

تتربص مدة الفقد حتى تنتهي علاقتها بموت المفقود حكماً، هل لها أن تطلب من القاضي تطلقها للضرر؟ وما هي المدة التي تستطيع بعدها طلب تطلقها من زوجها المفقود؟

سنذكر بعض نصوص قوانين الأحوال الشخصية التي عالجت هذه المسألة بنصوص صريحة، منها على سبيل المثال لا الحصر:

أولاً: موقف قانون أحكام الأسرة البحريني الموحد

لقد عالجت المادة (108) من قانون أحكام الأسرة البحريني الموحد هذه الفرضية بقولها: " (1) وفقاً للفقهاء السني لزوجة المفقود أو الغائب الذي لا تعلم حياته ولا موته ولا يعرف موطنه ولا محل إقامته طلب التطلق، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد البحث والتحري عنه ومضي أربع سنوات من ثبوت الفقد أو الغياب. (2) وفقاً للفقهاء الجعفري: (أ) لزوجة المفقود أو الغائب الذي لا تعلم حياته ولا موته ولا يعرف موطنه ولا محل إقامته طلب التطلق، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد رفع أمرها إلى القاضي ومضي أربع سنوات من البحث والتحري. (ب) لا تطلق الزوجة إذا كان للمفقود أو الغائب مال أو ولي ينفق عليها". ويستفاد من ذلك النص أنه إذا تضررت الزوجة من غياب زوجها المفقود أو زوجها الغائب الذي لا يُعرف له موطن أو محل إقامة فلها أن تطلب من القاضي تطلقها للضرر، لكن لا يحكم لها به إلا بعد مرور أربع سنوات من تاريخ الفقد أو الغياب.

وهذا نص محل نظر لأنه بعد أن أثبتت للزوجة حق طلب التطلق من زوجها المفقود أو الغائب غير معروف الموطن أو محل الإقامة، أوقعها في العنت والمشقة وظلمها ظلماً كبيراً حينما فرض عليها أن تنتظر مدة طويلة هي لا تقل عن أربع سنوات من تاريخ فقد زوجها أو غيابها في المذهب

السني أو من تاريخ البحث والتحري بعد الفقد أو الغياب في المذهب الجعفري، ولم يجز من ثم للقاضي أن يحكم بتطليقها منه إلا بعد مرور هذه المدة، وهذا دون أدنى شك لا يخلو في اعتقادي من الإضرار بالمرأة ضرراً جسيماً، لأنه سيعرضها لأحد الأمرين: كلاهما مرُّ إما البقاء بلا زوج مع تعرضها للعنت والمشقة، وهذا مناف لمراد الله لنا فهو يريد لنا اليسر ولا يريد لنا العسر، وصدق الله العظيم إذ يقول: ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾⁽¹⁰⁰⁾، ويقول أيضاً: ﴿يضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم﴾⁽¹⁰¹⁾، وإما أن تصير صيداً سهلاً لشیطان نفسها وهواها أو لشیاطين أهل الغواية والانحراف، وصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"⁽¹⁰²⁾، ولا ينبغي أن يقال بعدم جواز منح المرأة حق طلب من القاضي بحجة أن في تطليقها من زوجها المفقود أو الغائب غير معروف الموطن أو محل الإقامة ضرراً بالمفقود أو الغائب، وأن الضرر لا يزال بالضرر كما هو واضح من الحديث الشريف، فهذا الاحتجاج مردودٌ عليه، لأن ضررَ الزوجة مؤكّدٌ، في حين أن ضررَ المفقود أو هذا الغائب غير معروف الموطن أو الإقامة ضررٌ محتملٌ، لأنه يحتملُ أن يكونَ حياً ويحتملُ أن يكونَ ميتاً، ومن البدهي أن يجري دفعُ الضررِ المؤكّدِ بالضررِ المحتملِ، ثم أن هذا المفقودَ أو هذا الغائب إن كان حياً وقادراً على التواصل مع

(100) الآية رقم 185 من سورة البقرة.

(101) الآية رقم 157 من سورة الأعراف.

(102) فعن أبي سعيد سعد بن سنان الخدري رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا ضرر ولا ضرار"، حديث حسن رواه ابن ماجة والدارقطني وغيرهما مسنداً، ورواه مالك في الموطأ مرسلًا: عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم، فأسقط أبا سعيد، وله طرق يقوي بعضها بعضاً (انظر سنن ابن ماجة، ج2، رقم الحديث 2340، 2341، ص784 مطبعة دار الريان التراث).

زوجته ورغم ذلك لم يفعل شيئاً إيجابياً ليعلمها بحياته فهو ظالم لها ومضيع لحقوقها، الأمر الذي يوجب حمايتها تجاهه.

ولذا أقترح من أجل صيانة زوجة هذا المفقود أو هذا الغائب وعفتها أن يكون مرخصاً لها في طلب تطليقها منه درءاً للضرر الحاصل لها من بقائها بلا زوج، ودفعاً للمفسدة التي قد تحدث لها (وهذه رخصة بوسع المرأة التي تقدر على فراق زوجها وبعاده دون أن تخشى على نفسها الفتنة ألا تأخذ بها وتصابر محتسبة في ذلك، ولها أجرٌ عظيمٌ عند الله تعالى، لكن إن أرادت طلاقها فلها ذلك) إن لم تشأ البقاء في عصمته إلى أن يحكم لها القاضي بموته موتاً تقديرياً، لا سيما وأن الحكم بموت المفقود يتطلب منها مدةً طويلةً كما سبق أن رأينا.

ومما يدعو للدهشة والغرابة أن مدة التربص التي فرضتها المادة (108) سالفه الذكر على زوجة المفقود أو الغائب طالبةً التطليق هي مدة أربع سنوات، وهي مدة طويلة جداً على نحو مفرط، وهي مدة مماثلة تقريباً للمدة المطلوب من زوجة المفقود أن تربصها عند طلبها الحكم بموت زوجها المفقود موتاً حكماً، وهنا يثار هذا التساؤل: هل الأفضل لزوجة المفقود طلب تطليقها من زوجها في ظل إلزامها قانوناً بالبقاء على زوجها منه ظلاً وعدواناً مدة أربع سنوات على الأقل قبل أن تطلب هذا الطلب، أم أن الأفضل لها أن تستصدر حكماً بموته موتاً تقديرياً فتحتفظ برابطة الزوجية إلى أن تزول بالموت الحكمي؟

أعتقد أرى أن الأفضل لها دون أدنى شك أن تحتفظ برابطة الزوجية إلى أن تنتهي بالموت الحكمي حتى يتسنى لها الحصول على حقوق المرأة المتوفى عنها زوجها ومنها الإرث منه إن كان له مالٌ أو كان للمفقود أو الغائب ولي ينفق عليها بدلاً من أن تطلب تطليقها منه فلا تترك منه شيئاً منه

حتى وإن حُكِمَ بعد ذلك بفترةٍ ولو قليلةٍ بموته، لأنها لن تكونَ زوجةً له عندَ الحكمِ بموتِ المفقودِ الذي فارقتُه بالتطليقِ قبلَ موتهِ موتاً تقديرياً، وهذا ما نصت عليه المادة (108) بشأن الفقه الجعفري

كما لاحظتُ أن المادة (110) من قانون أحكام الأسرة البحريني في قسمه الأول المُلعَى كانت تسمحُ للزوجةِ التي غابَ عنها زوجها بلا عذرٍ (أي غابَ عنها زوجها خارجَ موطنِهما أو محلِ إقامتهما دونَ مبررٍ معقولٍ كمن يغيبُ لمجردِ السياحةِ أو النزهةِ تاركاً زوجته وحيدةً تعاني الوحشةِ والسكينةِ، أما من يخرجُ للعلمِ أو التجارةِ أو الجهادِ فسفرُهُ له مبررُهُ أو عذرُهُ المقبولُ⁽¹⁰³⁾ مدةً طويلةً تقدرُ عادةً بسنة، أن تتضرر من غيابه عنها طالبةً من القاضي تطليقها منه طلاقاً بائناً، وذلك بعدَ إعذاره إياه إما بالعودةِ أو اصطحابها معه أو طلاقها، وتطبيقاً لذلك كانت تنصُ المادة (110) من القانون رقم (19) لسنة 2009م بإصدارِ قانونِ أحكامِ الأسرةِ البحريني القسمِ

(103) وإن كنتُ أرى أن العذر المبرر لسفر الزوج وإن كان ينفي عنه قصد الإضرار بزوجته، إلا أنه لا يرفع عن الزوجة وقع ضرر غياب زوجها عنها فيستوي الغياب بغير عذر من حيث نتيجته مع الغياب بعذر، ففي كليهما إلحاقُ ضرر بالزوجة، وعليه فإنني أرى أنه من الإنصاف لهذه الزوجة في كلا الحالتين أن نلبي لها طلبها إذا أرادت تطليقها من زوجها الغائب سواء كان غيابه بعذر أو بغير عذر وذلك متى تضررت من غيبته ولم تأمن على نفسها من شرك الوقوع في الفتنة، لاسيما وأن هذا الزوج قد جرى إعذاره وتخييره من قبل القاضي بإحدى هذه الخيارات الأربعة: إما العودة إلى زوجته أو اصطحابها معه أو طلاقها أو الحضور إليها مرة واحدة على الأقل كل أربعة أشهر وليس أكثر من أربعة شهر، وذلك عملاً بما قضى به الفاروقُ عمرُ بن الخطاب رضي الله عنه في القصة المشهورة أنه لما علم بتضرر زوجة أحد جنوده من غيابه في الجهاد، سأل أمنا حفصة رضي الله عنها عن المدة التي تطيقها الزوجة بعيداً عن زوجها، فأخبرته بأنها أربعة أشهر فأصدر أمراً بالأيتأخر زوجٌ عن زوجته ولو بسبب الجهاد أكثر من أربعة أشهر.

الأول المُلغى على أن "للزوجة طلبُ التّطليقِ بسببِ غيابِ زوجها المعروفِ موطنه أو محلّ إقامته دونَ عذرٍ مدّة سنةٍ، ولو كانَ له مالٌ يمكنُ استيفاءَ النفقةِ منه، ولا يُحكّمُ لها بذلكِ إلا بعدَ إنذارِ الزوجِ إما بالإقامةِ مع زوجتهِ وإما نقلها إليه وإما طلاقها، على أن يُمهّلَ لأجلٍ لا يقلُّ عن أربعةِ أشهرٍ ولا يتجاوزُ سنةً" (104).

ويُراعى أن مدلول الغيبة في هذا النص كان ينصرف فقط كما يرى البعض - وبحق - إلى غيبة الزوج عن بلد إقامة الزوجة بإقامته في بلد آخر، وهذا ما يجري عليه العمل في البحرين، وبناء عليه فإن التّطليق بسبب هذه الغيبة يختلف عن التّطليق لغيبة الزوج أو هجره بيت الزوجية ولو كان الزوج مقيماً في ذات البلد الذي تقيم فيه الزوجة (105).

وأرى أن هذا النصّ المُلغى سالف الذكر كان محلّ نقدٍ ليس فقط لأنه قصرَ حق طلبِ التّطليقِ على الزوجة التي غابَ عنها زوجها بغيرِ عذرٍ لمدّة سنةٍ، مجدداً بذلكِ حق الزوجة المتضررة من غياب زوجها لمدّة سنة ولو بعذرٍ مقبول من حق طلبِ التّطليق، بل إن الأمر لم يقف عند حد الظلم لهذه الزوجة فقط، وإنما ظلم أيضاً الزوجة الغائب عنها زوجها بغيرِ عذرٍ مقبول حينما غالى كثيراً في تحديد مدة الإمهال التي يمنحها للزوج الذي يجري إعداره ليخيره بين العودة إلى زوجته أو نقلها إليه أو طلاقه إياها، حيث

(104) وهذا ما نصت عليه المادة 1/109 من قانون الأحوال الشخصية السوري بقولها "إذا غاب الزوج بلا عذرٍ مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه".

(105) د. أحمد محمد بخيت الغزالي، د. ياسر عبد الرحمن المحميد "التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)"، ص 545، الطبعة الأولى، بدون تاريخ نشر أو دار نشر.

جعل حدها الأدنى أربعة أشهر وحدها الأقصى سنة، وهذا فيه إسرافٌ غيرُ مبرر، لما فيه من تجاهل غير مبرر لظروف الغياب وأحوال المرأة، وهما من أهم ما ينبغي وضعهما في الحسبان عند طلب الزوجة تطليقها، لا سيما وأن الأمر يتعلق بتضرر الزوجة من غياب زوجها، فهل المطلوب من القاضي عند تضررها من هذا الغياب أن يسارع في غوثها ودفع الضرر عنها، أم يؤخر إجابتها إلى طلبها لمدة قد تصل إلى سنة أخرى فيشقى عليها أكثر وأكثر ويزيدها ضرراً على ضررها، وهذا أمرٌ منهى عنه شرعاً، فقد نهانا رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم أن نشق على أحد ممن تحت إمرتنا وولايتنا ودعى على من يشق بأن يوقعه الله في المشقة والعنت، كما دعانا إلى الرفق واللين بهم ودعى لمن يرفق بهم بأن ينالهم من الله الرفق والرحمة، حيث روي عن أمنا السيدة عائشة رضي الله عنها، أنها قالت: سمعتُ النبي صلى الله عليه وسلم في بيتي هذا يقول: "اللهم من ولي من أمتي شيئاً فرفق بهم فارفق به، ومن ولي من أمتي شيئاً فشق عليهم فاشقق عليه" (106).

كما أنه كان كافياً من وجهة نظري في خصوص مدة الإمهال والتخيير منح الزوج مدةً لا تقلُّ عن شهرٍ ولا تزيد عن شهرين، فتكون بذلك مدةً معقولةً يتسنى خلالها للزوج أخذ القدر الكافي للتفكير والتروي لتدبير أموره على النحو الذي يراه محققاً لمصلحته دون أن نستعجله في اتخاذ قراره، ودون أن نشق في الوقت نفسه على الزوجة فنجعلها تنتظر طويلاً دون أدنى مبرر لذلك مدةً قد تصل إلى سنة كما جاء في النص سالف الذكر.

كما أن التسوية في المدة اللازمة لطلب التطليق في كل الحالات أمرٌ غير مقبول، فهو لا يخلو من الظلم، فالمساواة بين المتباينات في الظروف

(106) رواه الإمام مسلم في صحيحه، كما ذكره الإمام النووي في كتابه رياض الصالحين.

والأحوال حتى وإن تماثلن في الجنس أو النوع لا يخلو من الظلم، ولا يمكن أن يحقق معنى العدالة، فليست الصغيرة كالكبيرة، وليست الزوجة التي تعيش وحدها في بيت أو شقة كالتى تعيش مع والديها أو مع أم زوجها، وليست التي تعيش في الريف كالتى تعيش في الحضر، وليست التي معها أولاد كتلك التي ليس معها أولاد⁽¹⁰⁷⁾.

وقد كان من المأمول أن يسمح القانون لزوجة المفقود بطلب التخليق بسبب غياب زوجها عنها مدة سنة فأكثر مثلما فعل بالنسبة لزوج الغائب، وذلك نظراً لاتحادهما في العلة، حيث إنه في كلتا الحالتين يُفصد من منح إحداهما طلب التخليق من زوجها الغائب أو المفقود دفع العنت والمشقة عنها وإعانتها في المحافظة على عفتها وطهارتها، وهذا مقصد حيوي من مقاصد التشريع حقيق علينا أن نحرص عليه وندعو واضع القانون إلى الأخذ به.

ويؤخذ على قوانين الأحوال الشخصية في مصر أنها لم تورد حكماً خاصاً بدعوى الزوجة طلب التخليق بسبب فقد زوجها أو غيابه عنها بعذر، واكتفى القانون رقم (25) لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم (100) لسنة 1985 في المادة (12) منه بتنظيم طلب الزوجة تخليقها لغياب زوجها عنها بغير عذر بقوله: "إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تخليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه". وكان الزوجة ليس لها طلب التخليق إلا في حالة الغياب بغير عذر، وهذا وضع منتقد أحيل في شأنه على ما ذكرته من نقد لقانون الأسرة البحريني آنفاً.

(107) ولا شك أن تجاهل هذه الظروف يوقع المرأة في المشقة أو يجبرها إلى الانحراف، وهذا ما لا يقبله أحد عاقل.

ثانياً: موقف قانون الأسرة القطري

مما يحمّد لقانون الأسرة القطري أنه سوى بين زوجة المفقود وزوجة الغائب لجهة مجهولة في الحق في طلب التطليق للضرر إذا كانت مدة الغياب لا تقل سنة، (وإن كنت أفضل أن يعطى للزوجة حق التضرر من غياب زوجها ولو لمدة قصيرة⁽¹⁰⁸⁾ أرى تقديرها بأربعة أشهر كما حددتها أم المؤمنين حفصة رضي الله عنها)، ومن ثم فقد جعل لها بعد تمام سنة من الغياب أو الفقد أن تطلب من القاضي التفريق بينهما، ولم يلزمها بالبقاء مدة أربع سنوات كما فعل القانون البحريني دافعاً عنها بذلك الحرج والمشقة اللتين وقعت فيهما زوجة المفقود أو الغائب في البحرين، وفي ذلك تنصّ المادة (144) من قانون الأسرة القطري على أن "للزوجة طلب التفريق من زوجها المفقود، أو الغائب لجهة مجهولة، لمدة لا تقل عن سنة، ويفرق القاضي بينهما دون تأجيل ولو كان له مال".

كما يحمّد لهذا القانون أيضاً أنه حينما منح الزوجة التي تتضرر من

(108) أرى أنه ليس من العدالة في شيء أن يكون للزوج أن يتزوج على زوجته ولو لم تغب عنه ولو يوم واحد، بل له ذلك حتى ولو كانت حاضرة معه، لمجرد أنه يريد أكثر من امرأة، ثم لما تتضرر الزوجة من غياب زوجها أو فقده نرى أن في طلبها للتطليق منه بسبب الغياب أو الفقد لمدة أربعة أشهر منكرًا من القول وزورًا، وعلينا أن نفكر في الأمر بعيداً عن الانحياز للطبيعة الذكورية ولنعدّل في القول بتجرد وحيدة حتى نرضي الله عز وجل فيها ونشعر المرأة بحنان ورأفة هذا الدين الذي يرفع عنها أنواع المشقة وأغلال الحرج، وصدق الله العظيم إذ يقول: ﴿يريد الله بكم اليس ولا يريد بكم العسر﴾ (الآية رقم 185 من سورة البقرة)، ويقول أيضاً: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ (الآية رقم 78 من سورة الحج)، وقوله تعالى ﴿ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم﴾ (الآية 157 من سورة الأعراف)، وقوله تعالى: "يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً"، (الآية رقم 28 من سورة النساء).

غياب زوجها عنها في موطن معلوم أو محل إقامة معروف لمدة سنة فأكثر حق طلب التطلق لم يقيد حقها باشتراط أن يكون غياب الزوج بعذر، مما يعني بمفهوم الموافقة أنه بوسعها طلب التطلق تضرراً من غيابها سواء كان غائباً بعذر أم بغير عذر، وتطبيقاً لذلك تنص المادة (143) من قانون الأسرة القطري رقم (22) لسنة 2006م على أنه "للزوجة طلبُ التفريقِ بسببِ غيابِ زوجها المعروفِ موطنه أو محلُ إقامته لمدة سنة فأكثر، ولو كان له مالٌ يمكنُ استيفاءُ النفقة منه، ويضربُ له القاضي أجلاً لا يتجاوزُ شهرين يندُرُه فيه، إما بالعودة للإقامة معها، أو نقلها إليه، أو طلاقها، وإلا فرق بينهما" (109).

وإن كنتُ أملُ في تعديلِ مدةِ الغيابِ فتكونُ أربعة أشهرٍ فقط عملاً بما قضى به فاروقُ هذه الأمة سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعد استشارته لأهل الخبرة والاختصاص من النساء الراشدات، حيثُ رجَعَ إلى أم المؤمنين السيدة حفصة رضي الله عنها في قصة المرأة التي سمعها أثناء تفقده لأحوال الرعية ليلاً وهي تتألم من فراق زوجها لها لخروجه مجاهداً في جيش الأمة مستجيرة بالله من شر نفسها وشر الشيطان وشركه، سائلاً إياها عن المدة التي لا تطيقُ المرأةُ بعدها فراقَ زوجها، فأخبرته بأنها أربعة أشهرٍ، وهذه مدةٌ حددتها أمنا حفصة رضي الله عنها، وكانت وقت تحديدها في خير القرون ألا وهو قرن النبوة فكيف تكون المدة فيما بعده بقرون كثيرة، هذا مع كثرة الفتن وضعف الوازع الديني لدى الناس، فالمفروض إن

(109) تنص المادة (104) من مدونة الأسرة المغربية على أنه "إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة، أمكن للزوجة طلب التطلق". "تؤكد المحكمة من هذه الغيبة ومدتها ومكانها بكل الوسائل". "تبلغ المحكمة الزوج المعروف العنوان مقال الدعوى للجواب عنه، مع إشعاره بأنه في حالة ثبوت الغيبة، ستحكم المحكمة بالتطلق إذا لم يحضر للإقامة مع زوجته أو لم ينقلها إليه".

لم نقلل المدة عن أربعة أشهر، أو على الأقل نأخذ بالأربعة أشهر حتى نجنب الزوجة مخاوف الوحدة والوحشة.

ثالثاً: موقف قانون الأحوال الشخصية الإماراتي

مما يحمّد لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28) لسنة 2005م أنه أثبت لزوجة المفقود الحق في طلب التتليق إذا تضررت من فقده دون أن يقيد حقها بضرورة مرور مدة معينة سابقة على هذا الطلب (بعكس قانون الأسرة البحريني الذي أوجب عليها المكث أربع سنين على الأقل من تاريخ الفقد، وقانون الأسرة القطري الذي أوجب عليها التربص مدة سنة من تاريخ الفقد)، وهذا يعني وفق مفهوم الموافقة أنه قصد ترك تقدير هذه المدة التي يمكن للزوجة التضرر بعدها من فقد زوجها للقاضي يقدرها حسب ظروف كل حالة على حده، وأعتقد أن هذا أفضل، فليست الزوجة صغيرة السن كالزوجة العجوز، وليست الزوجة التي تعمل وتخالط الرجال كالتّي لا تعمل ولا تخالط الرجال، هذا مع ضرورة أن يراعي القاضي إذا أراد أن يأمر المرأة بالتربص بعض الوقت قبل تطليقها فليضع في حسابه مضمون مشورة أم المؤمنين السيدة حفصة لأبيها أمير المؤمنين حتى لا يأمر بتربص المرأة أكثر من أربعة أشهر.

غير أنني آخذ على مسلك هذا القانون أنه لم يجرز للقاضي أن يحكم بالتطليق إلا بعد البحث والتحري ومضي سنة من تاريخ رفع الدعوى، وكأنه بذلك النص يعالج حالة الموت الحكمي للفقد وليس التطليق للفقد، وكان من المفروض على واضع القانون في هذا النص أن يترك للقاضي تحديد قدر هذه المدة بما لا يقل عن شهر ولا يزيد عن شهرين حتى نحقق الغاية من وراء هذا النص، والتي تتمثل في تجنيب المرأة مظاهر العنت والمشقة بسبب الانتظار بلا زوج يؤنس وحدتها، ويدفع عنها وساس النفس والشيطان.

وفي ذلك تنصُّ المادةُ (130) من قانونِ الأحوالِ الشخصيةِ الإماراتي "لزوجةِ المفقودِ والذي لا يُعرَفُ محلُّ إقامته طلبُ التظليقِ، ولا يُحكَمُ لها بذلك إلا بعد التحري والبحثِ عنه ومضي سنةٍ على تاريخِ رفعِ الدعوى".

كما يحمَدُ لقانونِ الأحوالِ الشخصيةِ الإماراتي أنه منحَ الزوجةَ طلبَ التظليقِ بسببِ غيابِ زوجها المعروفِ موطنه أو محلِّ إقامته سواء كان غيابُه بعذرٍ أو بغيرِ عذرٍ، ودون أن يُشترَطَ مضي مدةٍ معينةٍ على غيابِه تاركاً للقاضي أمرَ تقديرِها، كما يحمَدُ له أنه لما خولَ القاضي سلطةَ تقديرِ مدة الإمهالِ للزوج قيد ذلك بالأ تزييد هذه المدة عن سنة، بحيث يكون للقاضي إجابة طلبِ الزوجة بعد شهر أو شهرين مثلاً من تاريخ إعداره بطلب التظليق، وتطبيقاً لذلك تنص المادة (129) من هذا القانون على أن "للزوجة طلب التظليق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد إنذاره إما بالإقامة مع زوجته أو نقلها إليه أو طلاقها، على أن يمهل لأجل لا يزيد على سنة".

المطلب الثاني

بقاء مال المفقود على ذمته إلى أن يُحكَمَ بموته

لا شك أنه إذا كان للمفقود مالٌ قبلَ فقده فيبقى هذا المالُ على ذمته فلا يرثُ منه زوجه الآخر أو أحد من أقاربه، كما لا تنفذ وصيته في حدودها إلا بعد موته حقيقةً أو حكماً، وبناءً عليه لا يوزعُ شيءٌ من ماله على من أوصى له قبل فقده أو على أحد من ورثته مثل زوجه الآخر وأقاربه وذويه إلا بعد تأكد موته فعلاً أو صدور حكم قضائي أو قرار إداري باعتباره ميتاً، إذ يعتبرُ المفقودُ حياً ويعامل معاملة الأحياء إلى أن تثبت ميتته فعلاً أو يثبت موته حكماً وتقديراً بصدور هذا الحكم أو ذلك القرار، وتطبيقاً لذلك

تنص المادة (326) من مدونة الأسرة المغربية على أن "المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله، فلا يورث ولا يقسم بين ورثته، إلا بعد الحكم بتمويلته، ومحتمل الحياة في حق نفسه وكذلك في حق غيره، فيوقف الحظ المشكوك فيه إلى أن يبت في أمره".

وَبِرَاعَى أنه إذا كَانَ المفقودُ قد تركَ وكيلاً عنه قبل الفقد لإدارة أمواله استمر في ممارسة متطلبات هذه الإدارة، حيث لا يفقد هذا الوكيل وكالته بالفقد، وعلى المحكمة تثبيته في هذه الإدارة مادام مستوفياً شروط الوصي، أما إذا كان لم يترك وكيلاً عنه قبل الفقد تولى القاضي تعيين وكيل عن هذا المفقود لإدارة أمواله سواء تم ذلك بناء على طلب زوجة الآخر أو أحد أقاربه، لأن القاضي ناظرٌ لكل من عجزَ عن النظرِ لنفسه، والمفقودُ لفقده باتَ عاجزاً عن النظرِ لنفسه بنفسه، وتطبيقاً لذلك تنصُ المادة (234) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28) لسنة 2005م "إذا لم يكن للغائب أو المفقود وكيلٌ يعينُ له وكيلٌ قضائي لإدارة أمواله". كما تنص المادة (235) من القانون نفسه على أن: "تُخصى أموالُ الغائب، أو المفقود، عندَ تعيينِ وكيلٍ قضائي عنه وتُدَارُ وفقَ إدارةِ أموالِ القاصر"، كما تنص المادة (204) من قانون الأحوال الشخصية السوري على ذات المعنى بقولها: "إذا ترك المفقود وكيلاً عاماً تحكم المحكمة بثبوتته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي وإلا عينت له وكيلاً قضائياً"، تنص المادة (234) من قانون الأحوال الشخصية (28/2005 الإماراتي "إذا لم يكن للغائب أو المفقود وكيلٌ يعينُ له وكيلٌ قضائي لإدارة أمواله"، كما تنصُ المادةُ (235) على أن: "تُخصى أموالُ الغائب، أو المفقود، عندَ تعيينِ وكيلٍ قضائي عنه وتُدَارُ وفقَ إدارةِ أموالِ القاصر"، كما تنصُ على ذلك أيضاً المادةُ (260) من قانونِ الأحوال الشخصية للمسلمين السوداني عام 1991م بقولها: "إذا لم يكن للغائب، أو المفقود وكيلٌ فيعينُ له

القاضي قيماً لإدارة أمواله"، والمادة (261) من القانون ذاته "تُحصَرُ أموالُ الغائبِ، أو المفقودِ، عند تعيينِ القيمِ عليهما، وتُدارُ وفقَ إدارة أموال القاصر" (110).

ولقد نظم واضع القانون الليبي أحكام المفقود في القانون رقم (17) لسنة 1992 الخاص بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم (111)، وقد نصت المادة الثانية والعشرون من على: "إذا لم يكن للغائب أو المفقود وكيل عينت له المحكمة قيماً لإدارة أمواله"، كما نصت المادة الثالثة والعشرون من القانون رقم (17) لسنة 1992 الخاص بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمه "تأمر المحكمة عند تعيين القيم وفقاً لأحكام المادة السابقة بإحصاء أموال الغائب أو المفقود وتدار وفق إدارة أموال القاصر".

ولا يرخص للمحكمة كقاعدة في بيع أموال المفقود عقاراً كانت أو منقولاً، هذا ما لم تكن هذه الأموال عروضاً يسرعُ إليها التلفُ (مثل الثمارُ والسلعُ الغذائيةُ التي تتعرضُ سريعاً للتلف، فعندئذ يجوزُ بيعُها لحساب المفقود والاحتفاظ له بثمنها)، أو كان قد قُضي على المفقود بدين أو

(110) تنص المادة (192) من قانون الأحوال الشخصية العماني على أن "تحصى أموال الغائب، أو المفقود، عند تعيين وكيل قضائي عنه وتدار وفق إدارة أموال القاصر" كما تنص على ذلك المادة (115) من قانون الأحوال الشخصية اليمني بقولها "تحصى أموال الغائب أو المفقود عند تعيين مقدم عليه وتدار وفق إدارة أموال القاصر".

(111) إذ تنص المادة (32) من القانون المدني الليبي على أنه "يسري في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة والقوانين الخاصة فان لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية".

استحقاقٍ أو ضمانٍ عيبٍ فعندئذٍ يجوزُ لها بيعُ هذا الأموالِ لتوفي عنه ما عليه من حقوقِ العباد⁽¹¹²⁾.

وليس للقاضي أخذ ما تركه المفقود في يد غيره عاريةً قبل انتهاء مدتها، تأسيساً على أن يد المستعير على العارية كيد القاضي يدُ حفظِ فتبقى العاريةُ في يده إلى أن ينتهي الأجل المضروب بينهما، ذلك أن من ألزم نفسه معروفاً لزمه، وإذا كان ذلك يلزم المرءَ حال حضوره فإنلزمه به حال غيابه أو إلزام وكيله به يكون أولى⁽¹¹³⁾، كما ليس له أخذ ما تركه المفقود في يد غيره وديعةً أو مضاربةً ليحفظه له، لأن يد الوديع أو يد المضارب كيد القاضي يدُ حفظِ، وقد رضي المفقودُ عن أيهما قبل فقده لحفظ ماله⁽¹¹⁴⁾.

كما أن لزوجة المفقود أن تأخذ ما يلزمُ لنفقتها وعيالها من مال المفقود أو الغائب، فإن لم يكن له مالٌ استدانَتْ على ذمته لهذا الغرض ثم تطالبُ المفقودَ أو الغائبَ بالسدادِ بعدَ العودة، فقد روي عن سيدنا عبد الله ابن عباس أنه سُئل عنها فقال: تستدين فإن جاء زوجها أخذت من ماله، وإن مات أخذت من نصيبها من الميراث، وبه قال النخعي: فإن لم يكن للمفقود مال، وطلبت الزوجة من القاضي الحكم لها بالتفقة فإنه يجيبها إلى ذلك، وبه قال النخعي، وهو قول لأبي حنيفة، وفي قولٍ آخر له: لا يجيبها

(112) السرخسي في المبسوط ج11، ص39، طبعة عام 1409هـ/1989 م، دار المعرفة بيروت - لبنان. والزيلعي في تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، ص311، طبعة عام 1315هـ.

(113) عليش في منح الجليل - المرجع السابق - ج7، ص62، المواق في التاج والإكليل - المرجع السابق - ج7، ص301.

(114) ابن عابدين في حاشيته، ج4، ص293.

القاضي إلى طلبها، وهو قول شريح، وقال زفر: يأمرها القاضي بأن تستدين، وتنفق على نفسها⁽¹¹⁵⁾

ويراعى سقوط هذه النفقة بموت المفقود أو بمفارقتها لها، فإن استمرت في قبض النفقة بعد ثبوت موته أو التفريق بينهما، ثم رجع المفقود بعد ذلك، تعين عليها أن تعيد له كل ما قبضته من تاريخ الموت أو المفارقة، وتسقط هذه النفقة عند الشافعية بزواج امرأة المفقود من غيره، وعند الحنابلة تسقط بتفريق الحاكم بينها وبين زوجها المفقود، أو بزواجها من غيره، وتجب في مال المفقود نفقة زوجته في مدة العدة، بذلك قال ابن عمر، وابن عباس رضي الله عنهم، وهو قول الحنابلة⁽¹¹⁶⁾، غير أن منهم من رأى أن لا نفقة لها في العدة، وهذا هو قول المالكية⁽¹¹⁷⁾، والشافعية⁽¹¹⁸⁾، والحنابلة في رواية⁽¹¹⁹⁾.

وتجب نفقة الفقراء من أولاده ووالديه في مال المفقود وهو قول الحنفية، والشافعية، والمالكية غير أن المالكية اشترطوا لاستحقاق الأبوين النفقة أن يكون قد قضى بها قاضٍ قبل الفقد، فإن تبين أن المفقود ميت،

(115) ابن عابدين في الحاشية، ج3، ص607، ج4، ص295، والزيلعي في تبين الحقائق، ج3، ص59، 60، وابن المنذر في كتابه "الإشراف على مذاهب أهل العلم" للشيخ أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، ج1، ص87، طبعة دار الفكر عام 1414هـ/1993م.

(116) بل أن صاحب المغني أشار إلى استمرار الزوجة في قبض النفقة بعد العدة فلا تنقطع إلا بزواجها من آخر أو بتفريق القاضي بينهما (المغني لابن قدامة، ج8، ص109).

(117) الدسوقي في الحاشية، ج2، ص480، والنراوي في الفواكه الدواني، ج2، ص41.

(118) الشيرازي في المهذب، ج2، ص165.

(119) المرادوي في الإنصاف، ج9، ص288.

واستمرّ هؤلاء في قبض التّفقة بعد ثبوت موته، فإنّهم يغرّمون ما أنفق عليهم من يوم مات، لأنّهم ورثة⁽¹²⁰⁾.

وقد اختلف الفقهاء حول وجوب الزكاة في مال المفقود بين مثبت لوجوبها وهم الحنابلة والشافعية⁽¹²¹⁾، (تأسيساً على أن كل مال حال عليه الحول وبلغ النصاب تجب فيه الزكاة، فهي حق واجب في هذا المال أو غيره، ومن ثم يجب أدائه عن المفقود) وناق لوجوبها وهم الأحناف⁽¹²²⁾، (وقد استدل الأحناف في ذلك بما روي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال: "لا زكاة في المال الضمار"⁽¹²³⁾)، وتوسط بينهما المالكية فقالوا يجب التفرقة في هذا الصدد بحسب نوع المال، فأوجبوها في الحرث (مثل الحب، والثمار والمواشي)، ومنعوها في أعيان الأموال⁽¹²⁴⁾.

(120) السرخسي في المبسوط، ج 5، ص 224، ج 9، 271، طبعة عام 1406هـ، دار المعرفة، بيروت - لبنان.

(121) البهوتي في شرح منتهى الإرادات، ج 2، ص 543.

(122) الكاساني في بدائع الصنائع، ج 2، ص 11.

(123) والضمارة لغة هو المال المخفي أو الغائب الذي لا يرجى، وكل ما لا تكون منه على ثقة (انظر في ذلك: لسان العرب لابن منظور، ج 4، ص 492، الطبعة السادسة عام 1997م، دار الفكر العربي، بيروت - لبنان) وجاء في الموسوعة الفقهية الكويتية أنه اصطلاحاً يطلق الفقهاء "المال الضمار" على المال الذي لا يتمكن صاحبه من استنمائه، لزوال يده عنه، وانقطاع أمله في عوده إليه، وعلى هذا عرفه صاحب "المحيط" من الحنفية بقوله: هو كل ما بقي أصله في ملكه، ولكن زال عن يده زوالاً لا يرجى عوده في الغالب، وقال الكاساني: هو كل مال غير مقدور الانتفاع به مع قيام أصل الملك، وفي مجمع الأنهر: هو مال زائل عن اليد، غير مرجو الوصول غالباً (الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 29، ص 208 www.islam.gov.kw).

(124) الدسوقي في حاشيته، ج 1، ص 480.

وقد ذكر رأي في الفقه الحديث أن مال المفقود الذي لا تعرف حياته ولا موته لا زكاة فيه، بل تؤجل الزكاة حتى يبين أمره، فإن بان حياً أخرجها بعد حضوره، وإن بان ميتاً أخرجها الورثة فيما يتعلق بالنقود، أما غير النقود من أثاث وبيوت السكن..... هذا ليس فيها زكاة، إنما الزكاة في النقود وأشباهها: كالإبل والبقر والغنم والسائمة ونحو ذلك مما فيه الزكاة. فالحاصل أنه لا يُزكى ماله إلا بعد ظهور حياته فيزكي هو، أو يقوم بها وكيله، أو يظهر موته فيزكي الورثة بعد أن صار المال إلى ملكهم⁽¹²⁵⁾.

المطلب الثالث

وقف نصيب المفقود في الميراث والوصية

لا جرم أن استحقاق المفقود الإرث (وكذلك نفاذ الوصية له) من غيره يستوجب موت المورث (أو موت الموصي) حقيقةً أو حكماً، فضلاً عن تأكيد حياة المفقود عند وفاة مورثه (أو عند الإيصاء)، وتطبيقاً لذلك تنص المادة (324) من مدونة الأسرة المغربية الصادرة في 3 فبراير 2004م على أن: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو حكماً، وبتحقق حياة وارثه بعده".

فإذا أوصى أحدٌ للمفقود بوصيةٍ أو مات للمفقود قريبٌ وكان المفقود من مستحقي الإرث منه، أوقف له نصيبه من الوصية أو الإرث لحين اتضح أمره، فإن ظهر حياً أو ثبتت ميته في تاريخ لاحقٍ على موت الموصي أو موت مورثه كان مستحقاً للوصية وللإرث منه، ثم يجري توزيع ذلك القدر الموصى به لهذا المفقود، وذلك القدر المستحق له بطريق الإرث مع ما خلفه هو من تركةٍ على من كان حياً من ورثته وقت موت هذا المفقود، أما

(125) الموقع الرسمي لسماحة الشيخ عبد العزيز بن باز www.binbaz.org.sa.

إن ثبتت ميتته قبل حصول الإيضاء له أو قبل موت المورث لم يستحق شيئاً، وينطبق الحكم نفسه على المفقود ذاته إذا ظل حاله (حياً أو موتاً) أمراً مجهولاً إلى أن صدر حكم قضائي أو قرار إداري باعتباره ميتاً، لأن شرط استحقاقه الوصية أو الإرث من غيره أن تتأكد حياته وقت الإيضاء أو الإرث، وحياته خلال مدة الفقد كانت غير متيقنة، ومن ثم فلا يستحق شيئاً من الوصية أو الإرث من غيره، ولذا يجري رد الوصية إلى الموصي إن كان حياً، أو إلى ورثته إن كان قد توفي، كما يجري أيضاً رد ما أوقف له من ميراث إلى ورثة مورثه وليس إلى ورثته هو⁽¹²⁶⁾، وتطبيقاً لذلك تنص المادة 1/315 من قانون أحكام الأسرة القطري على أنه: "يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها على تقدير حياته فإن ظهر حياً فيأخذه، وإن حكم بموته فيرد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت المورث"⁽¹²⁷⁾، وتنص المادة (45) من قانون الموارث المصري رقم (77) لسنة 1943م على أنه: "يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها فإن ظهر حياً أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه"، وتنص المادة

(126) انظر في ذلك المعنى: في الفقه الحنفي: السرخسي في المبسوط، ج30، ص54، وفي الفقه المالكي: ابن عابدين في الحاشية، ج4، ص487، وفي الفقه الشافعي: الغزالي في كتابه "الوسيط" للإمام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، ج4، ص367، تحقيق/ أحمد محمود إبراهيم، ومحمد تامر، الطبعة الأولى عام 1417هـ، دار السلام بالقاهرة، وفي الفقه الحنبلي: ابن مفلح في المبدع، ج6، ص218.

(127) وهو عين ما نصت عليه المادة (151) من قانون الأحوال الشخصية التونسي، والمادة (331) من قانون الأحوال الشخصية اليمني، والمادة 1/301 من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمادة (354) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، والمادة 1/401 من قانون الأحوال الشخصية السوداني، والمادة 332/أ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

(332) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه: "أ- يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه". "ب- إن ظهر حياً بعد الحكم بموته، أخذ ما تبقى من نصيبه بأيدي الورثة".

المبحث الرابع

أحكام المفقود بعد الحكم بموته

إذا لم تظهر حياة المفقود بعد البحث والتحري عنه ومضت على فقدته وانقطاع أخباره المدة القانونية المقررة لذلك (كما هو الوضع في كل التشريعات العربية) أو مضت المدة المعقولة (التي ينبغي أن يترك للقاضي أمر تقديرها للقاضي أمر في ضوء ظروف وملابسات الفقد، وهذا ما أقرح الأخذ به في كل التشريعات العربية حتى نتيح للقاضي فرصة التعاطي مع ظروف الفقد وأحوال المفقود بصورة ملائمة ومحققة للمصلحة الراجحة بلا إفراط ولا تفريط)، يحكم القاضي بعدها بموت المفقود موتاً اعتبارياً.

ويعد يوم صدور هذا الحكم هو يوم أو تاريخ وفاته، وتطبيقاً لذلك تنص المادة (238) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنه: "يعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخاً لوفاته"، ثم يجري على إثر ذلك تطبيق أحكام الميث موتاً فعلياً على هذا المفقود، فيفرق بينه وبين زوجته وتعتد منه عدة المتوفى عنها زوجها، كما يجري سداد ديونه عنه إن كانت عليه ديون، ثم من بعد يجري تنفيذ وصاياه إن كانت قد صدرت عنه وصية، ثم يوزع بعد ذلك الباقي من ماله بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم.

وسنوالي عرض ذلك كله على التفصيل الآتي:

المطلب الأول

التفريق بين المفقود وزوجته مع وجوب اعتدادها عدة الوفاة

إذا مضت مدةً الفقد فهل يلزم صدور حكم قضائي لاعتبار المفقود ميتاً ولترتيب الآثار الشرعية والقانونية على ذلك الموت، فيتسنى للزوجة أن تبتدئ في حساب مدة عدتها منه، أم أن هذه الفرقة بينهما تترتب بصورة تلقائية بمجرد انتهاء مدة الفقد دون حاجة إلى صدور حكم قضائي بموت المفقود موتاً حكماً، أو بمعنى آخر هل يكون حكم القاضي بالفرقة بين المفقود وزوجته منشأً لإنهاء رابطة الزوجية بينهما، بحيث لا تبدأ الزوجة في حساب مدة العدة إلا بعد صدور هذا الحكم، أم أن هذا الحكم مجرد حكم كاشف يكشف عن انفصام رابطة الزوجية وانتهائها بين المفقود وزوجته منذ تاريخ انتهاء مدة الفقد؟

لقد اختلف فقهاء المذاهب الإسلامية حول هذا الموضوع على رأيين: فذهب البعض منهم إلى لزوم صدور هذا الحكم باعتبار المفقود ميتاً حكماً حتى تترتب على الفقد آثاره الشرعية مثل بدء مدة العدة، وتوزيع تركة المفقود، وهذا هو المنصوص عليه في المذهب الحنفي وقول في المذهب المالكي وقول في المذهب الشافعي، وقول في المذهب الحنبلي، في حين يرى الحنابلة في الأصح عندهم وقول في المذهبين المالكي والشافعي عدم لزوم هذا الحكم القضائي⁽¹²⁸⁾، ومن ثم فهو حكم كاشف لموت المفقود وليس منشأً له، حيث يُعدُّ المفقود ميتاً من تاريخ انتهاء مدة الفقد.

(128) الدسوقي في الحاشية، ج2، ص480، طبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى الحلبي وشركاه، والماوردي في الحاوي، ج11، ص318، الطبعة الأولى عام 1412هـ/1992م، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، والشربيني في مغني المحتاج، ج3، ص397، طبعة عام 1377هـ، 1958م، مصطفى البابي الحلبي.

وقد أخذت قوانين الأحوال الشخصية - وبحق - بالرأي الأول في القول بلزوم الحكم القضائي لاعتبار المفقود ميتاً، بل إنه إذا حكّم القاضي بموت المفقود موتاً حُكْمياً (أو صدر قرارٌ إداري في بعض الحالات الاستثنائية) أُعْتَبِرَ تاريخُ هذا الحكم هو تاريخ وفاة المفقود، وتطبيقاً لذلك تنصُّ المادة (196) من قانون الأحوال الشخصية العماني بقولها: "يُعتَبَرُ يومُ صدورِ الحكمِ بموتِ الغائبِ أو المفقودِ تاريخاً للوفاة"، وتنصُّ المادة (119) من قانون الأحوال الشخصية اليمني على ذلك بقولها: "يُعتَبَرُ يومُ صدورِ الحكمِ بموتِ المفقودِ تاريخاً لوفاته" (129).

وتعتدُّ زوجة المفقود بعد صدور الحكم القضائي عدة المتوفى عن زوجها، أي أربعة أشهر وعشرة أيام، وذلك عملاً بقول الله تعالى "والذين يُتَوَفَّونَ مِنْكُمْ ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهرٍ وعشراً"، وهذا ما نصت عليه المادة (147) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (51) لسنة 1984م بقولها: "بعد الحكم بموت المفقود تعتد زوجته عدة الوفاة من وقت صدور الحكم"، كما نصت على ذلك أيضاً المادة 112/ب من قانون أحكام الأسرة البحرينية بقولها: إذا صدر حكم بموت المفقود تعتد زوجته عدة الوفاة من وقت صيرورة الحكم نهائياً"، ونصت المادة (178) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976 على أنه: "بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة في المادة السابقة تعتد زوجته اعتباراً من تاريخ الحكم عدة الوفاة.....".

(129) وهذا هو عين ما نصت عليه المادة (95) من قانون رعاية القاصرين العراقي بقولها: "يُعتَبَرُ يومُ صدورِ الحكمِ بموتِ المفقودِ تاريخاً لوفاته" وقد نصت على ذات المعنى المادة (325) من مدونة الأسرة المغربية "الميتُ حكماً من انقطع خبره وصدر حكم باعتباره ميتاً".

المطلب الثاني

توزيع أموال المفقود بين ورثته الموجودين وقت تاريخ الحكم القضائي أو القرار الإداري بموته

يتم توزيع أموال المفقود بعد سداد ديونه وتنفيذ وصاياه بين ورثته الموجودين وقت اعتباره ميتاً بموجب الحكم القضائي أو القرار الإداري (على أن يُرَاعَى في مصر أولاً يبدأ حسابُ تاريخ وفاة المفقود الصادر بموته قرار إداري إلا من تاريخ نشر هذا القرار وليس من تاريخ صدوره)، وتطبيقاً لذلك تنص المادة (96) من قانون رعاية القاصرين العراقي على أنه: "تقسم تركة المفقود المحكوم بموته وفق المادة (95) من هذا القانون على ورثته الموجودين وقت الحكم بموته"، وتنص المادة (178) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976م على أنه: "بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة في المادة السابقة تعدد زوجته اعتباراً من تاريخ الحكم عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم".

وبناء عليه فإن من ثبت موته من أقارب المفقود قبل تاريخ صدور الحكم القضائي (أو نشر القرار الإداري في مصر) فإنه لا يرثُ من مال المفقود شيئاً، حتى وإن كان موجوداً قبل ذلك التاريخ طوال مدة الفقد، تأسيساً على أن حياته لم تكن محققة وقت اعتبار المفقود ميتاً موتاً حكماً، ومن ثم فإنه لا يكون مستوفياً لشرط الإرث منه، خاصة وأن القانون يعتبر تاريخ صدور الحكم (أو نشر القرار الإداري) بموت المفقود هو تاريخ وفاته، وتنص المادة (119) من قانون الأحوال الشخصية اليمني على أنه: "يعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخاً لوفاته"، وتنص المادة (326) من مدونة الأسرة المغربية على أن: "المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله، فلا يورث ولا يقسم بين ورثته، إلا بعد الحكم

بتمويلته....."، وجاءت المادة الخامسة والعشرون من القانون رقم (17) لسنة 1992 الخاص بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمه بأنه "تنتهي الغيبة بظهور موطن الغائب أو محل إقامته أو بثبوت وفاته أو الحكم باعتباره ميتاً" وينتهي فقدان بثبوت حياة المفقود أو وفاته أو الحكم باعتباره ميتاً". وتنص المادة (196) من قانون الأحوال الشخصية العماني على أنه: "يعتبر يوم صدور الحكم بموت الغائب أو المفقود تاريخاً للوفاة"، وتنص المادة (265) من قانون الأحوال الشخصية السوداني على أنه: "إذا صدر حكمٌ بموت المفقود، فيعتبرُ ميتاً من تاريخ: (أ) فقده، في حق مال الغير، (ب) الحكم بموته في ماله الخاص.

موقف قانون الأحوال الشخصية الإماراتي

لقد أوردَ واضعُ القانون الإماراتي حكماً خاصاً بالنسبة لأموال المفقود عموماً، حيث لم يجرَ توزيع مال المفقود على ورثته عند الحكم بموته، رغم سماحه للزوجة بالزواج من غيره على إثر الحكم بموته بعد قضاء عدتها، إنما أوجب مضي مدة خمسة عشرة من تاريخ إعلان فقد المفقود، وليس من تاريخ الحكم بموته، وتطبيقاً لذلك تنص المادة 4/237 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنه: "لا تُوزَعُ أموالُ المفقود الذي حُكِمَ بموته إلا بانقضاء خمس عشرة سنةٍ من تاريخ إعلان فقده".

وأرى أن مضمونَ هذا النصِّ وإن بدت فيه رعايةً ظاهرةً للمفقود إذ يبقى بمقتضاه ماله رغم الحكم بموته دون أن يجري توزيعه على ورثته مدةً طويلةً حدَّدها بخمس عشرة سنةٍ، بل ولا يجري حسابُ هذه المدة من تاريخ الحكم بموت المفقود ولكن من تاريخ الإعلان عن هذا الفقد، (وبناء عليه إذا حكم بموت المفقود وتأخرَ الإعلانُ عن فقده فترةً من الزمن، لم يبدأ بعد حساب هذه المدة إلا من تاريخ الإعلان، ولذا يتعيَّن تدخلُ واضع

القانون في ظل هذا النص - رغم اعتراضه على النص أصلاً - لتحديد موعد يتعين الإعلان خلاله عن الحكم الصادر بموت المفقود، مخافة التلكأ في اتخاذ هذا الإجراء فتطول مدة عدم توزيع مال المفقود أكثر مما هي زائدة أصلاً) إلا أنه لا يخلو من معاني الظلم والعت لورثة المفقود، إذ سيحرمهم من حقهم في ميراث مال المفقود طوال هذه المدة دون وجود سند شرعي أو مبرر منطقي يبررها، هذا بالإضافة إلى أنه سيؤدي إلى نتيجة خطيرة متمثلة في تضييع الحقوق على أصحابها لأن من كان حياً من الورثة وقت الحكم بموت المفقود ربما يموت خلال مدة الخمس عشرة سنة فلا يحصل على هذا الحق رغم أنه قد يكون في ميسر الحاجة إليه، فيضيع عليه حقه في الإرث، صحيح أن حقه في النهاية سيذهب إلى ورثته، لكن الحق الذي يتأخر حصول صاحبه عليه أو حصول ورثته عليه هو حق مبتور أو مشوه.

المبحث الخامس

أثر ظهور المفقود حياً بعد الحكم بموته

تمهيد قد يحدث أن يظهر المفقود بعد الحكم بموته، فما هو الأثر المترتب على هذا الظهور سواء بالنسبة لزوجته أو بالنسبة لأمواله؟

المطلب الأول

أثر ظهور المفقود حياً بعد الحكم بموته بالنسبة لزوجته في الفقه الإسلامي

لا جدال في أن الحكم على الشيء فرع من تصوره، ولذا فإن بيان تأثير ظهور المفقود حياً على حياته الزوجية مع زوجته يتوقف على وقت ظهوره بالنظر إلى حال الزوجة، هل ظهر المفقود قبل الحكم بموته أو بعد الحكم بموته؟ وإذا كان ظهوره بعد الحكم بموته، فهل ظهر أثناء العدة أو بعد انقضاء العدة؟ وإذا كان ظهوره بعد انقضاء العدة فهل تزوجت الزوجة

بأخر أم لم تتزوج؟ وإذا كان قد ظهر بعد زواجها من آخر فهل دخل بها هذا الزوج الثاني أو لم يدخل بها؟

أولاً: أثر ظهور المفقود حياً قبل أو بعد الحكم بموته وقبل انقضاء العدة بالنسبة لزوجته

لا جرم أنه إذا عاد الزوج إلى الظهور قبل الحكم بموته أو بعد الحكم بموته وقبل انقضاء العدة، فليس هناك خلاف بين فقهاء المذاهب الإسلامية حول رجوع زوجة المفقود إلى زوجها بغير حاجة إلى رضاها وبلا عقد أو مهر جديدين، تأسيساً على أن رابطة الزوجية لم تنزل قائمة بينهما، ذلك أنه مادامت لم تنقض بعد عدتها فهي لم تنزل زوجته⁽¹³⁰⁾، بل إنه يحرم على زوجة المفقود في هذه الفروض أن تتزوج بغيره، بحيث إذا ثبت أنها تزوجت من غيره قبل الحكم بموته أو بعد الحكم بموته وقبل انقضاء عدتها، كان نكاحها باطلاً، ووجب على القاضي أن يفرق بينهما، لأنها لم تنزل بعد منكوحة لهذا المفقود، فلا تحل لغيره إلا بعد الحكم بموته وانقضاء مدة عدتها، هذا مع مراعاة أنه رغم التفرقة بين زوجة المفقود والزوج الثاني إلا أنه لا يجوز للمفقود (الزوج الأول) بعد أن يقربها حتى تنقضي مدة عدتها من الزوج الثاني لأنها تكون بالنسبة له أشبه بالموطوءة بشبهة⁽¹³¹⁾.

(130) الشافعي في الأم، ج 5، ص 255، ابن قدامة في المغني، ج 8، ص 108، السرخسي في المبسوط، ج 11، ص 37، الباجي في المنتقى، ج 4، ص 93، الحلبي في شرائع الإسلام، ج 3، ص 28، ابن مفلح في المبدع، ج 8، ص 130.
(131) ابن قدامة في المغني، ج 8، ص 108، والمواق في التاج والإكليل، ج 5، ص 499، والشافعي في الأم، ج 5، ص 255، والسرخسي في المبسوط، ج 11، ص 37، وابن حزم في المحلى، ج 9، ص 68، وابن الهمام في فتح القدير، ج 3، ص 208 والدسوقي في الحاشية، ج 2، ص 480.

ولعل هذا هو نفس ما يستفاد ضمناً من النصوص المنظمة لأثر ظهور المفقود حياً بالنسبة لزوجته في قوانين الأحوال الشخصية العربية سالفه الإشارة.

ثانياً: أثر ظهور المفقود حياً بعد انقضاء العدة وقبل زواج زوجته من آخر
إذا ظهر المفقود حياً بعد أن قضت زوجته عدتها (وهي أربعة أشهر وعشراً) وقبل أن تتزوج بغيره، فإن رجوعها إلى المفقود على رأيين:

1 - الرأي الأول: ثبوت حق المفقود في إرجاع زوجته

يذهب رأي أول (وهم جمهور الفقهاء) إلى أحقية المفقود في إرجاع زوجته إليه في هذا الفرض بلا عقد ولا مهرٍ جديدين، لأن الزوجية بينهما لم تزل قائمة، وذلك تأسيساً على أن الحكم بموت المفقود وترتيب آثار الموت عليه بُني على غلبة الظن بموته، فإذا ثبتت حياته بعد ذلك فقد ظهر خطأ الحكم الذي حكم بموته وبات هذا الحكم كأن لم يكن، ومن ثم لم يجوز أن يُرتب عليه أي أثر من آثار الوفاة ومنها حلُّ رابطة الزوجية بين المفقود وزوجته⁽¹³²⁾، بل إن من هؤلاء (وهم الأحناف) من يرى أن رابطة الزوجية بين المفقود وزوجته لا تنفصم مطلقاً حتى وإن تزوجت بآخر، بل حتى وإن دخل بها هذا الآخر⁽¹³³⁾.

(132) الدسوقي في الحاشية، ج2، ص480، والعدوي في الحاشية، ج2، ص95،
والشافعي في الأم، ج5، ص255، وابن مفلح في المبدع، ج8، ص130.
(133) الدسوقي في الحاشية، ج2، ص480، والعدوي في الحاشية، ج2، ص95،
والشافعي في الأم، ج5، ص255، وابن مفلح في المبدع، ج8، ص130،
وابن قدامة في المغني، ج8، ص108، والنووي في روضة الطالبين، ج6،
ص380.

وقد أخذت معظم نصوص قوانين الأحوال الشخصية العربية (مثل مصر والبحرين وقطر وسوريا واليمن والسودان وليبيا وغيرهم) بهذا الرأي، فنصت صراحةً على رجوع زوجة المفقود إلى المفقود عند ظهوره حياً في حالات عديدة، منها أن يكون ظهوره قد حدث قبل زواجها من شخص آخر غيره.

2 - الرأي الثاني: عدم ثبوت حق المفقود في إرجاع زوجته

يذهب رأي ثانٍ (وهو الإمامية في أشهر الروايتين، والشافعية في قولٍ قديمٍ، والمالكية في قولٍ ضعيفٍ) إلى أنه أنه ليس للمفقود حق في إرجاع زوجته بعد أن جرى التفريق بينهما بحكم قضائي صدر بموته وقامت الزوجة بقضاء عدتها منه، إذ بعد حصول كل ذلك يبطل نكاحهما ولم يعد له من سبيل عليها لحملها على الرجوع إليه عند ظهوره للحياة من جديد بغير رضاها وبغير عقد ولا مهر جديدين⁽¹³⁴⁾.

تحليل ونقد

إذا حللنا الرأي الأول لاحظنا عليه أن يقيم وجهته على اعتبارين: الاعتبار الأول: فساد الحكم القاضي بالموت بناء على الظن الراجع بعد ثبوت اليقين المثبت للحياة بظهور المفقود حياً بعد الحكم بموته، الاعتبار الثاني: بقاء زوجة المفقود دون زواج طوال مدة الفقد وحتى ظهور المفقود حياً، ومن ثم لم يتعلق بها حق للغير، وفي اعتقادي فإن هذا الرأي مع وجاهته محل نظر على أساس أنه يتجاهل، وهو بصدد إثباته لأحقية الزوج في إرجاع زوجته بلا عقد ولا مهر جديدين، كل إرادة للمرأة في العودة أو

(134) ابن رشد في المقدمات الممهدة، ج1، ص529، والنووي في روضة الطالبين، ج6، ص380، الحلبي في شرائع الإسلام، ج3، ص28، الشهيد الثاني في الروضة البهية، ج6، ص68.

عدم العودة إلى هذا المفقود، وهذا أمرٌ غيرٌ مقبولٍ، لأنه ليس فيه أي تقدير لرأي المرأة في شأنِ حيوي في حياتها الأسرية، هذا مع مراعاة أنني لست ضد أن تعودَ زوجةُ المفقودِ إليه، فعادةً ما تكونُ المرأةُ في لهفٍ وتوقٍ لعودةِ زوجها المفقودِ إليها لاسيما وأنها لم ترتبط بغيره، لكن لا ينبغي أن ينسبنا هذا أن نثبت لها في الوقت نفسه حقها في قبول ذلك أو رفضه، فكما أن هذا الدين الحنيف أثبت للمرأة ابتداءً حقها في قبول أو رفض من يتقدم لها بقصد الزواج (وهو أن يكون أمر قبولها للزوج عند العقد بيدها) فكذلك فإن مما يتفق مع عدالة هذا الدين أن يكون لها رأيٌ معتبرٌ عند عودة المفقود إليها انتهاءً بعد أن اعتدت منه على إثر الحكم بموته، فنشترط قبولها للعودة إليه، ففي اعتقادي أن القول بعودة المرأة إلى المفقود بغير إرادة منها لا يستقيم مع ما يثبته الشرع للمرأة من كرامة وتقدير لها في ذلك الرباط المقدس.

ثم إن الحكم القضائي الذي حكم بموت المفقود ينبغي أن تودع فيه الثقة لدى الناس، وهذا يملي علينا ألا نهدم ما أثبتته لزوجة المفقود من مركز أو وضع اجتماعي متمثل في إنهاء رابطة الزوجية بينها وبين زوجها المفقود، حتى وإن ظهرَ فسادهُ بعد ذلك لثبوت عدم صحة ما ابتنى عليه من أسباب، لأنه بصدوره في ضوء مبرراته التي استوجبت الحكم به صار عنواناً للحقيقة، لا سيما وأن هذا الحكم وقت صدوره عن القاضي كان مبنياً على أسباب مرجحة لموت هذا المفقود على حياته، ومن ثم فهو لم يصدر عبثاً أو اعتباطاً، ولذا فإنه لا ينبغي هدره واعتباره كأن لم يكن مراعاة لاستقرار ما ابتنى عليه من أوضاع أو مراكز قانونية.

في حين أننا إذا حللنا الرأي الثاني لاحظنا أنه يتعامل مع هذه الفرضية بشيء من الواقعية، ذلك أن الواقع يشهد بأن رابطة الزوجية بين الزوجين قد

سبق حلُ بناء على هذا الحكم القضائي الذي حكم بموت المفقود، ولذا لم يثبت أنصاره لهذا المفقود أحقية في رد من كانت زوجةً له بغير رضاها بموجب ما كان بينهما من رابطة زوجية بعد انفلت عقدها وانفصلت عراها، كما أنه يثبت للمرأة ما هو منشود لها من تقدير ورأي في أخص شئون حياتها، وأخيراً فإن الأخذ بهذا الرأي يجنبنا مغبة الوقوع في شرك الجدال المحتدم حول مصير الحمل الذي قد يحدث لزوجة المفقود من غير نكاح لها في الفترة ما بين الحكم بموت المفقود وانقضاء عدة الزوجة وبين ظهور هذا المفقود حياً بعد هذا الحكم، ولا يسمح من ثم بإلحاق هذا الحمل إلى هذا المفقود زوراً وبهتاناً، لأنه لا يتصور أن تبقى الزوجة فراشاً لهذا المفقود بعد غيابه وانقطاع أخباره لسنوات طوال قد تصل إلى أربع سنوات أو أكثر، وبعد أن زالت رابطة الزوجية بينهما بحكم قضائي مع انقضاء مدة العدة، لذلك كله أجدني أشاطر هذا الرأي الأخير فيما انتهى إليه من قول.

ثالثاً: أثر ظهور المفقود حياً بعد زواج زوجته وقبل الدخول بها

إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بموته ووجد من كانت زوجة له بعد انقضاء عدتها منه قد تزوجت بآخر لم يدخل بها بعد، فهل تكون هذه الزوجة للمفقود أم تكون لمن تزوجها من بعده حتى ولو لم يدخل بها بعد؟

للفقه الإسلامي في هذه الفرضية آراء ثلاثة:

1 - الرأي الأول: المفقود أحق بزوجه ما لم يدخل بها الثاني

يرى أنصاره وهم الجمهور أنها تكون للمفقود فهو أحق بها من الثاني، تأسيساً على أنه قد تبين بعودته حياً فساد الحكم القاضي بموته والمفرق بينه

وبين زوجته، ومن ثم يبطل النكاح الثاني المنبني على هذا الحكم، فيكون المفقود أحق بها من الزوج الثاني⁽¹³⁵⁾.

وهذا الرأي هو ما أخذت به قوانين الأحوال الشخصية العربية، وفي ذلك تنص المادة (266) من قانون الأحوال الشخصية السوداني على أنه: "إذا حكم بموت المفقود ثم ظهر حياً، فيترتب على هذا أن: (أ) يستحق ما بقى من ماله في أيدي ورثته. (ب) تعود زوجته إلى عصمته، ما لم تتزوج ويقع الدخول بها.

كما تنص المادة (197) من قانون الأحوال الشخصية العماني على أنه: "إذا حكم باعتبار الغائب أو المفقود ميتاً ثم ظهر حياً فإنه:

- 1 - يرجع على الورثة بالتركة ما عدا ما استهلك منها.
- 2 - تعود زوجته إلى عصمته ما لم تتزوج ويقع الدخول بها.

تحليل ونقد الرأي الأول

أرى أن هذا الرأي مع وجاهته محل نظر، لأنه وإن كان صحيحاً أن ظهور المفقود كشف لنا عن فساد الحكم الصادر بموته، إلا أننا لا نستطيع أن ننكر الواقع الذي يشهد بوضوح أن هذا الحكم وقت صدوره كان عنواناً للحقيقة، وأنه قد تم بموجبه حل رابطة الزوجية بين المفقود وزوجته، فبات من بعد انقضاء عدتها من الحلائل لأي شخص، ثم إنه بعد كل هذا جاء آخر وارتبط بها بعد أن رضيته الزوجة زوجاً لها، وتعلقت حقوقهما معاً بهذا الزواج الجديد، فهل يعقل من بعد ذلك كله عند ظهور المفقود حياً أن نهدم

(135) عليش في منح الجليل، ج4، ص319، ابن عابدين في حاشيته، ج3، ص413، النفراوي في الفواكه الدواني، ج2، ص41، النووي في روضة الطالبين، ج6، ص380، الحلبي في شرائع الإسلام، ج3، ص28.

هذا البنيان الجديد الذي انبنى على أسسٍ صحيحةٍ، مفترضين افتراضاً غير واقعي ومجافٍ لمقتضيات العدالة، مؤداه أن رابطة الزواج الأولى رغم مدة التربص التي انتظرتها زوجة المفقود وحكم القاضي بعدها بموته بعد التحري والتدقيق، ثم قضاء الزوجة مدة العدة لم تزل قائمة (وهذا الافتراض بعد كل هذه الإجراءات المنهية لرابطة الزوجية بين المفقود ومن كانت زوجة له افتراض غير مقبول، حتى ولو ثبت أن المرأة لم تتزوج أحداً بعد المفقود) لم تنصم بعد أن بان فساد الحكم القاضي بموت المفقود؟

وبناء على ما سبق فإننا في الحقيقة لا نفاضل في هذه الفرضية بين زوج وزوج، إنما نفاضل بين مفقودٍ ليس زوجاً (كان زوجاً ثم زالت رابطته الزوجية)، وبين زوجٍ حقيقي تعلق حقه بالزواج من امرأةٍ غير منكوحه حقيقةً لأحد، وقد ارتبط بها ورضيها زوجةً لنفسه على هذا الأساس، ومن ثم ينبغي عدالةً وواقعاً أن تظل هذه المرأة لهذا الزوج الفعلي وليست للمفقود بعد ظهوره حياً، لأن هذا المفقود لم يعد له أي سبيلٍ عليها بعد، حتى من قبل أن ترتبط بأحدٍ غيره، فكيف يكون له حقٌ عليها بعد أن ارتبط بها غيره بزواجٍ صحيحٍ لا شبهةً فيه.

2 - الرأي الثاني: تخيير المفقود بين الزوجة والصداق

يرى أنصاره وهم المالكية في قول⁽¹³⁶⁾، والحنابلة في قول⁽¹³⁷⁾ تخيير المفقود بين رجوع زوجته إليه وبين صداقها، وذلك قياساً على من كان مستحقاً لسلعة اشتراها وهي قائمة بيد مشترٍ آخر غيره، إذ يكون هو بالخيار بين أخذ هذه السلعة لنفسه أو أخذ ثمنها وتركها للمشتري الثاني⁽¹³⁸⁾.

(136) ابن رشد في المقدمات الممهيات، ج1، ص 530.

(137) ابن مفلح في المبدع، ج8، ص30.

(138) ابن رشد في المقدمات الممهيات، ج1، ص 530.

تحليل ونقد الرأي الثاني

في اعتقادي أرى أن هذا الرأي ليس له وجهة، فمن ناحية آراه يغفل عن حقيقة واقعية مفادها أن امرأة المفقود بعد انفصالها عنه وانقضاء عدتها منه لم تعد تحل له، حتى من قبل أن يرتبط بها غيره، فمن ثم لم يعد له أي حق أو سلطان عليها، ولا يمكنه إعادتها إليه بغير رضاها، ويتأكد ذلك بصورة أقوى بارتباطها بشخص آخر غيره، سواء دخل بها أم لم يدخل، ومن ثم فلا يصح أصلاً إثبات أي حق له في التخيير بين رد من كانت زوجة له أو أخذ صداقها، لأنه لا حق له عليها حتى يثبت له هذا الخيار.

ومن ناحية أخرى فإن انتفاء وجود أي حق للمفقود على من كانت زوجة له بعد انقضاء عدتها على إثر الحكم بموته يجعل من قياس حكم هذه الفرضية على حكم فرضية شراء مشتر متأخر لسلمة معينة سبق أن اشتراها غيره قياساً غير دقيق لاختلاف الفرضين اختلافاً يمنع من صحة القياس فيما بينهما، هذا مع كامل اعتراض أصلاً على ضرب هذا المثال في حد ذاته - حتى مع فرض حسن ظنا وكمال تسليمنا بانتفاء سوء القصد - لأنه لا يصح بحال تشبيه المرأة بالسلمة المشتراة أصلاً، لأنه لا ينسجم مع استحقاقها التكريم والتفضيل المثبت لها من الكبير المتعال لدخولها في عموم الجنس البشري الذي كرمه الله وفضله على سائر الخلائق الأخرى، وصدق الله العظيم إذ يقول: "ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً" (139).

هذا بالإضافة إلى أن شراء أحد على غيره هو عملٌ محرمٌ شرعاً يَأْتُمُ فاعله، وقد دلَّ الدليلُ الشرعيُّ على حرمة، وذلك لما رُوِيَ عن عبدِ

(139) الآية رقم 70 من سورة الإسراء.

الله بن عمر رَضِيَ اللهُ عنهما أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: "لَا يَبِيعُ أَحَدُكُمْ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ، وَلَا يَخْطُبُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ" (140)، لَكُنْ فِي هَذِهِ الْفَرْضِيَّةِ لَيْسَ هُنَاكَ دَلِيلٌ شَرْعِيٌّ يَحْرُمُ زَوَاجَ أَحَدٍ مِمَّنْ كَانَتْ زَوْجَةً لِلْمَفْقُودِ بَعْدَ الْحُكْمِ بِمَوْتِهِ وَانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، أَوْ يَجْعَلُ هَذَا الزَّوْاجَ بَعْدَ ظَهْوَرِ الْمَفْقُودِ حَيًّا زَوَاجًا فَاسِدًا أَوْ بَاطِلًا.

3 - الرَّأْيُ الثَّلَاثُ: زَوْجَةُ الْمَفْقُودِ بِزَوَاجِهَا لَمْ يَعُدْ لِلْمَفْقُودِ عَلَيْهَا سَبِيلٌ

يرى أنصاره - وبحق - وهم الإمام مالك في القديم (141) والحنفية في قول (142)، والإمامية في قول (143) أن المرأة تكون لمن تزوجها، وليس للمفقود سبيلٌ عليها بعد أن حُلَّتْ رابطتُهما الزوجية بانقضاء عدتها منه بعد الحكم بموته موتاً حكماً، واحتجوا في ذلك بما روي عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عنه أنه قال: "أَيُّمَا امْرَأَةٍ فَقَدْتُ زَوْجَهَا فَلَمْ تَذُرْ أَيْنَ هُوَ، فَإِنَّهَا تَنْتَظِرُ أَرْبَعَ سِنِينَ ثُمَّ تَعْتَدُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةَ ثُمَّ تَحِلُّ" (144)، أي تصبح حلالاً لكل من يرغب في الارتباط بها بعد زوال رابطة زواجها بالمفقود، ومن ثم فإنه إذا عَقَدَ عَلَيْهَا أَيُّ شَخْصٍ بَعْدَهُ، لَمْ يَعُدْ لِلْمَفْقُودِ عَلَيْهَا سَبِيلٌ سِوَاءِ تَمَّ الدَّخُولُ بِهَا أَمْ لَا.

وقد قال الإمام مالك بعد ذكره لقول سيدنا عمر سالف الذكر: "وإن

(140) رواه الإمام أحمد في مسنده.

(141) الإمام مالك في المدونة الكبرى، ج 2، ص 30.

(142) ابن عابدين في حاشيته، ج 4، ص 297.

(143) الشهيد الثاني في الروضة البهية، ج 6، ص 68.

(144) رواه الإمام مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب التي تفقد زوجها، رقم الحديث 52، ج 2، ص 450.

تَزَوَّجَتْ بعد انقضاء عدتها فدخلَ بها زوجها أم لم يَدْخُلْ فلا سبيلَ لزوجها الأولِ إليها» (145).

تحليلُ وتأييدُ الرأي الثالثِ

وأعتقدُ أرى أن هذا الرأيَ أولى بالترجيحِ لما فيه من ملامسةٍ لكبدِ الحقيقةِ والواقعِ، حيثُ لم يعدْ للمفقودِ أيُّ حقٍّ على من كانتِ زوجةً له بعدَ زوالِ رابطتهما بحكمِ قضائي مع انقضاءِ مدةِ العدةِ، فكيفَ نثبتُ له حقاً عليها بعد أن انقضتِ عدتها منه وارتبطَ بها غيره بزواجٍ صحيحٍ لا شبهةً فيه، سواء دخل بها أم لم يدخل.

رابعاً: أثر ظهور المفقود حياً على زواج من كانت زوجة له والدخول بها

تتعلقُ هذه الفرضيةُ بالحالةِ التي يَظْهَرُ فيها المفقودُ بعد أن تكونَ المرأةُ التي كانتِ زوجةً له قد تزوجتْ بآخرٍ بعدَ الحكمِ بموتِ المفقودِ وانقضاءِ عدتها منه ثم زواجها بغيره ودخولِ هذا الزوجِ الجديدِ بها بعدَ انقضاءِ عدتها من المفقودِ، هل لم يزلْ للمفقودِ سبيلٌ عليها فيحَقُّ له ردها إليه من زوجها الحالي الداخل بها أم ليسَ له هذا الحقُّ؟

لقد اختلفَ فقهاءُ المذاهبِ الإسلاميةِ حول هذه الفرضيةِ على آراءٍ أربعةٍ، هي على التفصيلِ الآتي:

1 - الرأي الأول: أحقية المفقودِ بزواجه حتى وإن دخلَ بها غيره

يرى الأحنافُ في قولِ⁽¹⁴⁶⁾ - وهو الأصحُّ عندهم - والحنابلةُ في

(145) الإمام مالك في الموطأ، ج2، ص450.

(146) السرخسي في المبسوط، ج11، ص37.

رواية⁽¹⁴⁷⁾، والشافعية في الجديد الأظهر⁽¹⁴⁸⁾، والزيدية في قول⁽¹⁴⁹⁾،
أحقية المفقود في زوجته مطلقاً، أي حتى وإن دخل بها غيره بموجب زواج
صحيح بعد قضائها العدة على إثر الحكم بموته، واحتجوا في ذلك بأن
ظهور المفقود حياً بعد الحكم بموته يُفيدُ فسادَ الحكم بموته، ويجعلُ
زواجها الثاني بمثابة زواج واقع على امرأة ذات زوج فلم يصح، كما أن
منكوحة الغير ليست من الحلائل اللاتي يحلُّ نكاحهن، بل إن نكاحها محرماً
على سائر الناس عملاً بقول الله تعالى في مقام ذكره المحرمات من النساء
"والمحصنات من النساء"⁽¹⁵⁰⁾.

ولم يأخذ بهذا الرأي من بين قوانين الأحوال الشخصية العربية إلا
قانون الأحوال الشخصية اليمني، وفي ذلك تنص المادة (120) من قانون
الأحوال الشخصية اليمني على أنه: "إذا حُكِمَ باعتبار المفقود ميتاً ثم ظهر
حياً فإنه:

أ - يَسْتَحَقُّ جميعَ ماله.

ب - تعتبر زوجته باقية في عصمته.

تحليل ونقد

يعيبُ هذا الرأيَ تجاهله للواقع الذي يشهدُ بزوالِ رابطةِ الزوجيةِ بين
المفقودِ ومن كانتِ زوجةً له، فلم تعدْ تحلُّ له - وهو النقدُ نفسه الذي سبق
أن وجهته سلفاً تجاه من سلك مسلكهم - هذا بالإضافة إلى إغفاله عن حق

(147) المردوي في الإنصاف، ج 9، ص 291.

(148) الشربيني في مغني المحتاج، ج 5، ص 98، 99.

(149) المرتضى في البحر الزخار، ج 4، ص 35.

(150) الآية رقم 24 من سورة النساء.

الزوج الثاني الذي تزوجَ زواجاً صحيحاً ودخلَ بمن كانت زوجةً له، وهو على اطمئنانٍ كاملٍ لصحةٍ وسلامةٍ ارتباطه بهذه الزوجة، وأنه لم يعقدَ على منكوحةٍ أحدٍ غيره، وهذا يمثل اعتداءً صارخاً غير مبرر على حق الزوج الثاني، هذا بالإضافة إلى ما فيه من اعتداءٍ جسيم غير مسوغ على حق من كانت زوجةً للمفقود وصارت زوجةً لغيره بعد انفصال رابقتها بهذا المفقود، بموجب حكم قضائي صار عنواناً للحقيقة على اعتباره ميتاً ومعاملته على إثره معاملة الأموات الحقيقيين، واعتدادها منه عدة المتوفى عنها زوجها، فلا يستساغ أخذها من زوجها الثاني بغير حق ودون اعتبار لإرادتها، وكأنها شيء يجري تحريكه من المفقود إلى الزوج الثاني، ثم بعد ظهور المفقود حياً يحكم برجوعه للمفقود ثانية تاركةً زوجها الثاني، وهذا محض امتهان لكرامتها وكرامة الزوج الثاني.

وأخيراً لم يفتن هذا الرأي إلى ما قد يكون قد نجمَ عن هذا الدخول من أولادٍ أو حتى حملٍ، ألا يمكن أن يكون ثمة أولادٍ أو حملٌ من هذا الزواج الثاني، وعندئذٍ نتساءل ألا ينبغي أن يكون لوجود هؤلاء الأولاد أو حتى لوجود هذا الحمل في هذا الزواج سبباً قوياً لتدعيم بقاء من كانت زوجةً المفقود لمن تزوجها من بعد موت هذا المفقود ودخلَ بها بعد أن قضت عدتها منجياً منها أولاد أو على وشك الإنجاب منها بعد اكتمال مدة الحمل وتمام الولادة، رعايةً للأولاد ليشبوا في كنف والديهما وتحت عايتهما.

2 - الرأي الثاني: أحقية المفقود بزوجه إن عقدَ عليها غيره وهي في العدة أو دخلَ بها مع علمه بحياة المفقود

يرى المالكية أنه إذا عقد الزوج الثاني بزوجة المفقود وهي لم تزَلْ في

عدتها، أو دخلَ بها بعدَ العدةِ لكنه كانَ على علمٍ بحياةِ المفقودِ، فعندئذٍ يكونُ المفقودُ أحقُّ بها من الزوجِ الثاني⁽¹⁵¹⁾.

وهذا ما تأخذُ به قوانينُ الأحوالِ الشخصيةِ العربيةِ، وتطبيقاً لذلك تنصُ المادةُ (239) من قانونِ الأحوالِ الشخصيةِ الإماراتي على أنه: "إذا حُكِمَ باعتبارِ المفقودِ ميتاً ثم ظهرَ حياً".

1 - عادتُ زوجتهُ إليه في الأحوالِ الآتية:

- أ - إذا لم يدخلُ بها زوجها الثاني في نكاحٍ صحيحٍ.
- ب - إذا كان زوجها الثاني يعلمُ بحياةِ زوجها الأولِ.
- ج - إذا تزوجها الثاني أثناء العدة.

كما تنصُ المادةُ (148) من قانونِ الأحوالِ الشخصيةِ الكويتي رقم (51) لسنة 1984م على أنه: "إذا جاء المفقودُ، أو تبينَ أنه حيٌّ، فزوجتهُ له ما لم يدخلُ بها الزوجُ الثاني، غيرَ عالمٍ بحياةِ الأولِ، وإلا كانتُ للثاني، ما لم يكنْ عقدُهُ في عدةٍ وفاةِ الأولِ".

كما أن هذا هو المستفاد من قانونِ الأحوالِ الشخصيةِ العماني بمفهوم المخالفة، إذ تنصُ المادةُ (197) منه على أنه: "إذا حكم باعتبار الغائب أو المفقود ميتاً ثم ظهر حياً فإنه:

- 1 - يرجع على الورثة بالتركة ما عدا ما استهلك منها.
- 2 - تعود زوجته إلى عصمته ما لم تتزوج ويقع الدخول بها.

(151) الدردير في الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه، ج2، ص480.

تحليل ونقد

أن المدقق لهذا الرأي يجده منطقياً فيما انطلق إليه من فكر، ومنطقياً فيما خلص إليه من نتيجة وحكم، لا سيما في الفرض الذي يعقد فيه الزوج الثاني عقده على زوجة المفقود وهي لم تزل في العدة، لأنهما يكونا ظالمين بأنفسهما أولاً بارتكابهما ما هو محرمٌ عليهما شرعاً، وهو الزواج قبل انقضاء العدة، وصدق الله العظيم إذ يقول: ﴿ولا تعزّموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله واعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه واعلموا أن الله غفورٌ حلِيمٌ﴾⁽¹⁵²⁾، إلى جانب تعديهما على حق الغير وهو المفقود وذلك بنكاح الزوج الثاني من زوجة المفقود وهي لم تزل على ذمته، حيث لم تنقض بعد عدتها من هذا المفقود.

بيد أنه لم يكن موفقاً في إمضاء ذات الحكم سالف الذكر وتطبيقه على الفرضية التي يقع فيها ارتباط الزوج الثاني بمن كانت زوجة المفقود بعد زوال رابطةها مع هذا المفقود بحكم قضائي صار عنواناً للحقيقة وقضائها كامل عدتها منه، حتى أضحت هذه المرأة من بعد غير منكوحة لأحدٍ وغير متعلق بها حق أحدٍ، وبناءً عليه يصبح من حق أي شخص أن يعقد عليها ويدخل بها فيكون عقده صحيحاً ظاهراً وباطناً ولا شبهة فيه، سواء أكان هذا الزوج الثاني عالماً بظهور المفقود حياً أم لا قبل الدخول بها.

فَعَلِمَ الزوج الثاني بحياة المفقود - في اعتقادي - هو في حقيقته سلوكٌ مذمومٌ يُظهِرُ عدمَ أمانة صاحبه، ويحملُ معنى الغش لديه في مواجهة المفقود نفسه (حيث أقدم على الزواج بزوجه مع علمه ببقائه حياً) وفي مواجهة من كانت زوجة المفقود وستكون في الوقت نفسه زوجة له، على نحو يبرر لها

(152) الآية رقم 235 من سورة البقرة.

إن شاءت أن تطلب من القاضي فسخ هذا الزواج بسبب هذا الغش، كما يبرر الاعتراف للمفقود بعد ظهوره حياً بالحق في مساءلته مدنياً وجنائياً عن سلوكه غير المشروع، لكنه لا يتصور مع هذا السلوك التسليم بالنتيجة التي أخذت بها معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية، والتي مؤداها القول بانقلاب الزواج الثاني عدماً أو عده زواجاً واقعاً على منكوحة للغير كما يتصوره البعض بطريق الخطأ فيجعله زواجاً معدوماً غير صحيح شرعاً.

وبناءً عليه فإنني أعتقد أن علم الزوج الثاني بحياة المفقود قبل دخوله بمن كانت زوجة للمفقود يعد سلوكاً ملاماً عليه ديناً لا قضاءً، مادام أنه لم تتضرر منه الزوجة، ولم يتضرر منه المفقود بعد ظهوره حياً.

كما أنه مادام أن عقد زواج الزوج الثاني على من كانت زوجة للمفقود قد استوفى أركانه وشروط صحته، فلا ينبغي المساس به لسبب خارجي عن هذا العقد، مثل علمه قبل الدخول بحياة المفقود، كما أننا حتى لو سلمنا جدلاً باستحقاقه جزاءً على إخفائه مثل هذه المعلومة الجوهرية عن تلك التي كانت زوجة للمفقود وستصير زوجة له، فهل من المقبول أن يصل هذا الجزاء إلى حد الحكم ببطلان زواجه منها مطلقاً حتى ولو لم تتضرر هي من ذلك السلوك، إضافة إلى أن مثل هذا الحل لا يسلم من النقد لتجاهله الكامل لرأي الزوجة التي ينبغي أن يُراعى رأيها عند الإفتاء بحكم يتعلق بأخص وأخطر شؤون حياتها الاجتماعية ألا وهو أمر إنهاء رابطة الزوجية، ثم أنه قد يتصور أن تتقبل هذه الزوجة الاستمرار مع هذا الزوج رغم إخفائه خبر حياة المفقود عنها لارتياحها له ربما أكثر من ذلك المفقود الذي كان زوجاً لها.

3 - الرأي الثالث: أحقية الزوج الثاني بزوجة المفقود إذا دخل بها بعد العدة غير عالم بحياة المفقود

يرى المالكية⁽¹⁵³⁾، والأحناف في قول⁽¹⁵⁴⁾، والحنابلة في رواية⁽¹⁵⁵⁾، والشافعية في القديم⁽¹⁵⁶⁾، والإمامية⁽¹⁵⁷⁾، أنه في حال دخول الزوج الثاني على من كانت زوجة للمفقود بعد العدة غير عالم بحياة المفقود تفوت على المفقود زوجته، ويستمر نكاحها مع الزوج الثاني صحيحاً.

وهذا هو المستفاد بمفهوم الموافقة من نصوص قوانين الأحوال الشخصية العربية، إذ تنص المادة (239) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنه: "إذا حُكِمَ باعتبار المفقود ميتاً ثم ظهر حياً".

1 - عادت زوجته إليه في الأحوال الآتية:

أ - إذا لم يدخل بها زوجها الثاني في نكاح صحيح.

ب - إذا كان زوجها الثاني يعلم بحياة زوجها الأول.

ج - إذا تزوجها الثاني أثناء العدة.

إذ تنص المادة (266) من قانون الأحوال الشخصية السوداني على أنه: "- إذا حُكِمَ بموت المفقود ثم ظهر حياً، فترتب على هذا أن:

(153) الدردير في الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي، ج4، ص480.

(154) الشيخ نظام وآخرون من أعلام الهند العظام في "الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان"، ج2، ص300، الطبعة الثانية عام 1310هـ، تصوير عن طبعة المطبعة الأميرية ببولاق، دار الفكر، بيروت - لبنان.

(155) المرادوي في الإنصاف، ج9، ص291.

(156) النووي في روضة الطالبين، ج6، ص380، والماوردي في الحاوي، ج11، ص320.

(157) الخميني في "تحرير الوسيلة" للموسوي الخميني، ج2، ص300، طبعة عام 1987م، منشورات المستشارية الثقافية للجمهورية الإسلامية الإيرانية، دمشق.

(أ) يَسْتَحَقُّ ما بَقِيَ من مالِه في أيدي ورثته.

(ب) تعودُ زوجته إلى عصمته، ما لم تتزوج ويقع الدخولُ بها".

والمادة (110) من قانون الأسرة البحريني الموحد في فقتها الثانية بقولها: "ووفقاً للفقهاء الجعفري إذا جاء المفقود أو تبين أنه حي فهو أحق بزوجه ما لم تخرج من العدة، فإذا خرجت من العدة فقد بانت منه".

تحليل وتأييد

أعتقدُ أرى أن هذا الرأي هو أقرب الآراء إلى الصواب لِمَلاستِهِ كبد الحقيقة نظراً لابتناؤه فيما اتجه إليه من فكرٍ على حكم قضائي صارَ عنواناً للحقيقة ظاهراً وباطناً فيما فصلَ فيه من إنهاءٍ لرابطة الزواج بين المفقود ومن كانت زوجته له بعدَ تربصِها طوالَ مدةِ الفقدِ وبعدَ قضائها عدتها منه، ثم وجودِ عقدٍ صحيحٍ أبرمه الزوج الثاني على من كانت زوجته للمفقود مع دخوله بها غيرَ عالمٍ بحياة هذا المفقود لا عندَ العقدِ أو ولا لحظةَ الدخولِ بها، فمثلُ هذه الرابطة التي قامت على أساسٍ شرعيٍ اطمأن فيها أطرافها إلى سلامتها وصحتها لهي جديرةٌ بأن تُوفَرَ لها الحماية القانونية أو الشرعية اللازمة لبقائها واستمرارها، وهذا دونَ أدنى شكٍ يسهمُ في تحقيقِ الاستقرارِ المأمولِ للمراكزِ القانونية والاجتماعية المترتبة لصالح الأفراد بناء على أحكام قضائية هي عنوان الحقيقة، ثم ما تلاها من عقود زواج توافرت لها شروط صحتها وسلامتها من المبطلات أو المفسدات لها، كما يوفرُ في الوقتِ نفسه الثقةَ لدى الأفراد فيما يصدره القضاء لهم أو لغيرهم من أحكام، وفيما يبنّي لهم اعتماداً عليها من مراكز قانونية، وهاتان مصلحتان أساسيتان من المصالح العامة في المجتمع التي يجب التمسكُ بهما للحفاظ على النظام العام والآداب فيه.

وجديرٌ بالذكرِ أن هذا الرأي هو ما تأخذُ به قوانين الأحوال الشخصية

العربية، وتطبيقاً لذلك تنصُ المادةُ (179) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976 على أنه: "إذا تزوجت المرأة التي حُكِمَ بوفاة زوجها ثم تحققت حياة الزوج الأول لا يفسخُ النكاحُ الثاني بعدَ الدخولِ وأما قبلَ الدخولِ فيفسخُ".

4 - الرأي الرابع: تخييرُ المفقودِ بين زوجته وصدّقها

يرى الإمامُ الشافعي في روايةٍ عنه⁽¹⁵⁸⁾، والحنابلةُ في المذهب⁽¹⁵⁹⁾، والزيديةُ في قول⁽¹⁶⁰⁾، والإباضيةُ في قول⁽¹⁶¹⁾، تخييرُ المفقودِ بين الزوجةِ وصدّقها، فإن اختارها كانت زوجته له بموجبِ عقدِهما الأولِ، وإن اختارَ صدّقها بقيت زوجته للثاني.

تحليلٌ ونقدٌ

تفادياً للتكرارِ فإنني أُحيلُ على ما ذكرته من تحليلٍ ونقدٍ في حق من قال سلفاً بالتخييرِ إذا عاد المفقود حياً بعدَ العقدِ وقبلَ الدخولِ بمن كانت زوجةً للمفقود، إذ سيُصبحُ النقدُ المذكورُ سلفاً أولى وأظهرَ ههنا ضد من يقولُ بتخييرِ المفقود بعد دخول الزوج الثاني بها.

(158) الشافعي في الأم، ج 7، ص 250.

(159) ابن مفلح في المبدع، ج 8، ص 130.

(160) المرتضى في البحر الزخار، ج 4، ص 35.

(161) أطفيش في شرح النيل، ج 7، ص 65، 66.

المطلب الثاني

أثر عودة المفقود حياً بالنسبة لزوجته في التشريعات العربية

يظهرُ واضحاً سواء بصورةٍ صريحةٍ أو بصورةٍ ضمنيةٍ من نصوص قوانين الأحوال الشخصية العربية المعالجة لهذه الفرضية، (باستثناء القانون السوري ومدونة الأسرة المغربية وقانون رعاية القاصرين العراقي الذين أغفلوا أمر تنظيمها على نحو غير مبرر)، أن للمفقود حق إعادة زوجته إليه في أي من الحالات الآتية:

- إذا عاد المفقود أو تبينت حياته وزوجته لم تتزوج بآخر.
- إذا عاد المفقود أو تبينت حياته وتزوجها آخر وهي لم تزل في العدة.
- إذا ظهرت حياة المفقود بعد أن عقد عليها غيره دون أن يدخل بها.
- إذا ظهرت حياة المفقود بعد أن عقد عليها غيره دون أن يدخل بها.
- إذا ظهرت حياة المفقود بعد أن عقد عليها غيره ودخل بها وهو عالم بحياة المفقود.

وتطبيقاً لذلك تنص المادة (8) من القانون المصري رقم (25) لسنة 1920م على أنه: "إذا جاء المفقود أو لم يجيء وتبين أنه حي فزوجته له ما لم يتمتع بها الثاني غير عالم بحياة الأول، فإن تمتع بها الثاني غير عالم بحياته كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول".

كما تنص المادة (110) من قانون ر قانون الأسرة البحريني الموحد الصادر في 201م على أنه: "وفقاً للفقهاء السني إذا جاء المفقود أو تبين أنه حي فزوجته له ما لم يدخل بها الزوج الثاني، إن كان الثاني غير عالم بحياة الأول". "ووفقاً للفقهاء الجعفري إذا جاء المفقود أو تبين أنه حي فهو أحق بزوجه ما لم تخرج من العدة، فإذا خرجت من العدة فقد بانت منه".

كما تنص المادة (144) في فقرتها الثانية من قانون الأسرة القطري على أنه: "وإذا عاد المفقود، أو تبين أنه حي، فزوجته له، ما لم يدخل بها الزوج الثاني، غير عالم بحياة الأول، وإلا كانت للثاني".

كما تنص المادة (239) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنه: "إذا حكم باعتبار المفقود ميتاً ثم ظهر حياً".

1 - عادت زوجته إليه في الأحوال الآتية:

أ - إذا لم يدخل بها زوجها الثاني في نكاح صحيح.

ب - إذا كان زوجها الثاني يعلم بحياة زوجها الأول.

ج - إذا تزوجها الثاني أثناء العدة.

وتنص المادة (148) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (51) لسنة 1984م على أنه: "إذا جاء المفقود، أو تبين أنه حي، فزوجته له ما لم يدخل بها الزوج الثاني، غير عالم بحياة الأول، وإلا كانت للثاني، ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول".

تنص المادة (266) من قانون الأحوال الشخصية السوداني على أنه - " إذا حكم بموت المفقود ثم ظهر حياً، فيترب على هذا أن:

(أ) يستحق ما بقي من ماله في أيدي ورثته.

(ب) تعود زوجته إلى عصمته، ما لم تتزوج ويقع الدخول بها.

تحليل وإحالة

تفادياً للتكرار فإنني في خصوص تحليل ونقد مسلك قوانين الأحوال الشخصية العربية سألقة الذكر أحيل على ما سبق أن وجهته تفصيلاً من انتقادات إلى آراء الفقه الإسلامي سألقة الذكر بوصفها المعين المأخوذة منها اتجاهات تلك القوانين.

ومما يؤخذ على آراء الفقه الإسلامي ونصوص التشريعات العربية التي استقت أحكامها من معين هذا الفقه الإسلامي - وبحق - أنها لم تأخذ بعين الاعتبار عنصراً أساسياً عند المفاضلة بين المفقود والزوج الثاني، ألا وهو عنصر الإنجاب أو الأولاد، بحيث يفضل الإبقاء على الزواج الذي فيه أولاد على الزواج الذي ليس فيه أولاد، فإن تساويا في هذا العنصر، أمكن النظر إلى الاعتبارات الأخرى⁽¹⁶²⁾.

تحليل موقف قانون الأحوال الشخصية اليمني

تنص المادة (120) من قانون الأحوال الشخصية اليمني على أنه: "إذا حُكم باعتبار المفقود ميتاً ثم ظهر حياً فإنه:

أ - يستحق جميع ماله.

ب - تعتبر زوجته باقية في عصمته".

يرى البعض أن هذا النص يفيد بقاء زوجة المفقود على عصمته مادامت لم تتزوج بغيره، أما إذا ظهر المفقود بعد أن تزوجت امرأته فأمر بقاء عصمتها متوقف على معرفة ظروف زواج الغير بها، فإن كان ثمة سوء نية من جانب الزوج الثاني بالنسبة للمفقود بعلمه بحياته أو عودته، تم فسخ زواجه منها وعادت زوجة المفقود إليه بعد قضائها العدة من هذا الزوج الثاني⁽¹⁶³⁾.

يبدو لي من ظاهر هذا النص أنه لم يشأ أن يسلك مسلك بقية قوانين

(162) د. إسماعيل غانم "محاضرات في النظرية العامة للحق"، ص 185، طبعة عام 1966م، القاهرة، د. محمد حسام محمود لطفي - المرجع السابق - ص 116، هامش 41.

(163) المستشار/ أحمد نصر الجندي "الأحوال الشخصية في القانون اليمني"، ص 190، طبعة عام 2010 م، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى - مصر.

الأحوال الشخصية العربية في تخصيص أو تقييد ما أورده من حكم بشأن زوجة المفقود عند عودة زوجها المفقود أو ظهور حياته بعد الحكم بموته، فأورد حكماً عاماً ومطلقاً دون تخصيص أو تقييد، مؤداه أنه إذا عاد المفقود أو ظهرت حياته فزوجته باقية على عصمته في جميع الحالات، أي بغض النظر عن كونها متزوجة أو غير متزوجة، دخل بها الزوج الثاني أو لم يدخل بها، (وكأنه بذلك أخذ بالرأي المعتمد في الفقه الحنفي، كما رأينا آنفاً)، وبذلك يكون قد جعل من رجوع المفقود أو ظهور حياته سبباً في عودة علاقته الزوجية بها بمجرد رجوعه أو ثبوت حياته، وسبباً في الوقت نفسه في زوال علاقتها الزوجية بالزوج الثاني واعتبارها كأن لم تكن، وكأنه بذلك قد أوصل هذه العلاقة بعد انقطاعها على إثر الحكم بموت المفقود وارتباط الزوجة بآخر، ثم عادت لتتواصل بعد اعتبار علاقتها بالزوج الثاني كأن لم تكن.

ولا ينبغي أن يُقال أن النص قد قصد بحكمه أن يعالج فرضيةً بعينها وليس كل الفرضيات المتصورة عند ظهور المفقود حياً - كما تصور صاحب الرأي السابق خطأ - إذا لو شاء واضح القانون ذلك لما أورد حكماً عاماً أو مطلقاً، ولعمد إلى أسلوب التخصيص أو التقييد، كأن يقول مثلاً تعود زوجة المفقود إليه إذا لم تتزوج هذه الزوجة بغيره أو تزوجت بغيره ولكن كان عقده عليها أثناء العدة أو كان الزوج الثاني قد دخل بها مع ثبوت علمه بحياة المفقود، مثلما فعلت معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية الأخرى كما سبق أن رأينا، فمن المسلم به أن العام يحمل على عمومه والمطلق يحمل على إطلاقه ما لم يخصه مخصص، أو يقيد مقيّد.

المطلب الثالث

أثر ظهور المفقود حياً على ماله الموزع بين ورثته

أولاً: موقف مذاهب الفقه الإسلامي

لقد تمخض الخلاف الفقهي حول أثر ظهور المفقود حياً بعد أن جرى توزيع ماله بين ورثته على رأيين:

1 - الرأي الأول: للمفقود استرداد ما بقي من غير ضمان لما استهلك أو تلف يرى أنصار هذا الرأي (وهم الحنفية⁽¹⁶⁴⁾، والشافعية⁽¹⁶⁵⁾، والحنابلة في قول⁽¹⁶⁶⁾)؛ أن ورثة المفقود قد استحقوا ما جرى عليهم توزيعه من مال المفقود بناء على حكم قضائي صادر بموته، ومن ثم فلا ضمان عليهم فيما استهلكوه أو أتلّفوه من هذا المال، ويقتصر حق الورثة على استرداد ما بقي في أيديهم من مال مفقودهم، وقاسوا مال المفقود على مال اللقطة، فكما أنه إذا عاد مالك اللقطة بعد حولان الحول وتملك الملتقط لها، فليس له من حق في الرجوع على الملتقط إلا فيما بقي منها فقط، أما ما استهلك منها أو تلف، فلا ضمان عليه فيه، فكذلك الحال ورثة المفقود، فلا يكون أحدهم ضامناً لما استهلكه أو أتلّفه مما استحقه من تركة المفقود بعد الحكم بموته.

2 - الرأي الثاني: للمفقود استرداد ما بقي مع ضمان ورثته لما استهلك أو تلف يرى أنصار هذا الرأي (وهم المالكية⁽¹⁶⁷⁾)، والمعتمد لدى

(164) ابن عابدين في حاشيته، ج 4، ص 297.

(165) الشربيني في مغني المحتاج، ج 4، ص 49.

(166) المرادوي في الإنصاف، ج 7، ص 339.

(167) الصاوي في حاشيته، ج 2، ص 698.

الحنابلة⁽¹⁶⁸⁾، والأباضية⁽¹⁶⁹⁾؛ أن للمفقود عند ظهوره حياً الحق في استرداد ما بقي موجوداً من مال تركته في أيدي ورثته، مع التزامهم بضمان ما سوى ذلك مما استهلكوه أو أتلّفوه من هذا المال، واحتجوا في ذلك بأنه ظهور المفقود حياً بعد توزيع مال تركته على ورثته فقد بان بطلان استحقاقهم لهذا المال، ومن ثم تصبح قسمة هذا المال فيما بينهم لاغية، ويصير للمفقود حق استرداد ما هو موجود من ماله بعينه بين أيدي ورثته، فضلاً عن حقه في أخذ بدل ما تعذر استرداده عيناً.

تحليل ونقد

إن الناظر بعين التدقيق لأي من هذين الرأيين لا يملك إلا أن يحترم وجهة نظر كل منهما، حتى وإن لم يسلم لهما بكامل التأييد في كل ما انتهيا إليه من نتائج، لذا فإنني أراهما رغم كمال احترامي لهما قد جانبنا الصواب فيما خلصا إليه، إما لغلو أحدهما في مراعاة مقتضيات المنطق والعقل والتنكر كليةً في الوقت نفسه لفكرة العدالة، أو تطرف الرأي الآخر في تقدير موجبات العدالة والتنكر كليةً لموجبات المنطق والعقل.

بالنسبة للرأي الأول

ذلك أن مضمون الرأي الأول - في اعتقادي - وإن كان متفقاً مع المنطق والعقل فيما خلص إليه من حكم أو نتيجة قصر فيها حق المفقود في الاسترداد على ما بقي بين يدي ورثته من مال تركته، دون أن يتجاوز به إلى غيره مما استهلكه أي وارث منهم أو أتلّفه من هذا المال، تأسيساً على أن الضمان لا يكون إلا عند التعدي، والوارث لم يتعد، إنما أخذ مال المفقود

(168) البهوتي في شرح منتهى الإرادات، ج 2، ص 543.
(169) محمد أطفيش في شرح النيل، ج 13، ص 568 : 570.

بناء على حكم قضائي مثبت له الصلاحية شرعاً لاستحقاقه، ومن ثم فلا يعقل أن يثبت عليه الضمان فيما يستهلكه من هذا المال أو يتلف بين يديه منه، إلا أنه يجافي - في اعتقادي - منطق العدالة التي كانت تفرض عليهم مراعاة جانب المفقود باعتباره طرفاً ضعيفاً يحتاج إلى حكم ينصفه عند ظهوره بعد فقده وضياعه، فيفرض ابتداءً على ورثته عند تلقي تركة مفقودهم بعد الحكم بموته تقديم ضمان يضمن له استرداد ما أخذه كاملاً من ماله إذا ظهر حياً فيما بعد توزيعه بينهم أو تعهدهم ابتداءً أو إلزامهم انتهاءً برد ما يوازي قيمة هذا المال وقت توزيعه عليهم (ويكفيه ضرراً أنه سيسترد قيمة هذا المال وقت التوزيع وليس وقت الرد) وجعل هذا الضمان أو هذا التعهد شرطاً لازماً لإجراء عملية توزيع تركة المفقود، لا سيما وأن الحكم بموت المفقود حكم اقتضته العدالة تقديراً لمصلحة ورثة المفقود، رغم مجافاته للمنطق والعقل اللذين كانا يمليان علينا عدم الحكم بموت أحد إلا إذا ثبت بالدليل القطعي موته موتاً فعلياً، وأرى أن العدالة ههنا تقتضي حماية ورعاية المفقود بتوفير سند شرعي لمطالبته الورثة، وإلا كانت عدالة عرجاء تمشي على قدم واحدة، الأمر الذي يحتم الاعتراف للمفقود بالحق في استرداد جميع ما أخذه من ماله على إثر الحكم بموته إذا ما ظهر حياً فيما بعد فوجد ماله قد قسم ولم يعد معه من مال معين له على حاضره ومستقبله، بل إن العدالة تقتضي أن يفرض على ذوي المفقود تقديم يد العون والمساعدة المالية لقريبهم المفقود لاسيما الأقرب درجة منه، كل في حدود طاقاته وسعته، حتى ولو لم يكن للمفقود قبل فقده مالٌ جرت قسمته بينهم مراعاة لأواصر القربى ووشائج الرحم التي تربطهم به، فكيف إذا كان المفقود قبل الفقد ذا مال قُسم بين ورثته، لا شك إن إلزام الورثة بالرد يكون أكثر عدالة⁽¹⁷⁰⁾.

(170) ولا يصح أن يقاس حكم تأثير ظهور المفقود حياً بالنسبة لزوجة هذا المفقود التي

هذا بالإضافة إلى أن الحكم سالف الذكر يفتقر إلى تحقيق مبدأ المساواة في معاملة الورثة، لأنه قد يطبق حكمه على بعض الورثة دون البعض الآخر، لأنه يفرض واجب الرد على من بقي مال المفقود موجوداً ظاهراً بين يديه، أما الوارث الذي أنفق مال هذا المفقود أو أتلّفه أو تصرف فيه، فليس عليه التزام بالرد، وتلك معاملة لا تخلو من التفرقة غير المبررة، كما أنه سيُشجع الورثة على الحيلة والخداع من أجل توقي حكم الرد عند عودة المفقود حياً، بتعمدهم منذ البداية إذابة مال المفقود في أموالهم أو التصرف فيها حتى لا تبقى على حالتها فيلتزمون بردها في المستقبل إذا عاد مفقودهم إلى الظهور حياً بعد الحكم بموته.

بالنسبة للرأي الثاني

فإنني أرى أن هذا الرأي وإن راعى جانب العدالة بالنسبة للمفقود حينما ألزم ورثته برد كل ما جرى توزيعه عليهم من مال مورثهم عند ظهوره حياً، إلا أنه افتقر إلى الوجه الآخر للعدالة بالنسبة لورثته حينما لم يقيد التزام الورثة بالرد بضرورة وجود ما يفيد إعلامهم ابتداءً لحظة توزيع مال المفقود عليهم بأن هذا المال سيرد لمفقودهم إذا ما عاد إلى الظهور في المستقبل، بل ولا يكفي مجرد العلم وحده، إنما يلزم إلى جانب ذلك وجود ضمان أو تعهد مقدم من جانب الورثة قبل توزيع مال المفقود عليهم.

وبناء على ما سبق فإنني أؤيد مضمون هذا الرأي تماماً شريطة أن يكون الورثة منذ البداية على علم حقيقي أو فعلي، وليس مجرد علم افتراضي أو حكمي، وذلك بأن يقوم القاضي أو من يقوم مقامه عند توزيع مال المفقود

تزوجت بغيره على حكم تأثير ظهوره حياً بالنسبة لماله الذي جرى توزيعه بين ورثته، لاختلاف طبيعة المقيس على المقاس عليه اختلافاً يستوجب تباين حكم كل منهما، فليست العلاقة الزوجية كالعلاقة المالية.

على ورثته بإلزامهم بتقديم ضمان أو تعهد لتمكين المفقود من الحصول على كامل ماله إذا ظهر حياً في المستقبل، ومن ثم يتوافر السند الشرعي أو القانوني للالتزامهم بالرد كاملاً لكل ما أخذوه من مال المفقود بموجب عقد الضمان أو التعهد الانفرادي المقدم، سواء ما بقي من هذا المال على حالته أو ما لم يبق منه على حالته مما استهلكوه أو أتلّفوه أو تصرفوا فيه من هذا المال، فيلتزمون عندئذ بدفع قيمته أو مقابله لهذا المفقود، أما إذا جرى توزيع هذا المال على الورثة من غير إعلامهم بالالتزامهم بالرد مستقبلاً، بل ودون الحصول منهم على ضمان أو تعهد يكفل تنفيذهم لهذا الالتزام، فالمفروض عقلاً ومنطقاً ألا يلتزمون بشيء في مواجهة هذا المفقود، تأسيساً على أن الضمان لا يكون إلا بموجب العقد أو ثبوت التعدي، وهذا أو ذاك ما لم يتحقق بالنسبة لورثة المفقود.

ثانياً: موقف التشريعات العربية

1 - موقف غالبية التشريعات العربية

تتجه غالبية التشريعات العربية إلى قصر إلزام الورثة على رد ما بقي في أيديهم من مال المفقود، أما ما سوى ذلك مما استهلكوه أو تصرفوا فيه أو أتلّفوه فلا يلتزمون عنه بشيء، وتطبيقاً لذلك تنص المادة (293) من قانون الأسرة القطري على أنه: "إذا حكم بموت المفقود ووزعت تركته على ورثته ثم ظهر حياً فيكون له الباقي في يد الورثة من تركته، ولا يعود عليهم بما فات" (171)، كما تنص المادة (333) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي

(171) المستشار/ أحمد نصر الجندي "الأحوال الشخصية في القانون القطري" ص 384، طبعة عام 2009 م، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، المحلة الكبرى، مصر.

على أنه: "إذا حكم بموت المفقود، واستحق ورثته تركته، ثم جاء هذا المفقود، أو تبين أنه حي، فله الباقي من تركته في يد ورثته، ولا يطالب بما ذهب من أيديهم"، تنص المادة (197) من قانون الأحوال الشخصية العماني على أنه: "إذا حكم باعتبار الغائب أو المفقود ميتاً ثم ظهر حياً فإنه:

1 - يرجع على الورثة بالتركة ما عدا ما استهلك منها.

كما تنص المادة (266) من قانون الأحوال الشخصية السوداني على أنه: "إذا حكم بموت المفقود ثم ظهر حياً، فيترتب على هذا أن:

(أ) يستحق ما بقي من ماله في أيدي ورثته".

وقد نصت المادة 2/239 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنه: "إذا حكم باعتبار المفقود ميتاً ثم ظهر حياً:

....."

رجع على ورثته بتركته عدا ما هلك منها.

وتنص المادة 2/301 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: "وإذا ظهر حياً بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه في أيدي الورثة"⁽¹⁷²⁾.

كما تنص المادة (151) من قانون الأحوال الشخصية التونسي على أنه: "يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فإن ظهر حياً أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، وإن ظهر حياً

(172) المستشار/ أحمد نصر الجندي "الأحوال الشخصية في القانون السوري" ص 219، طبعة عام 2009 م، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، المحلة الكبرى، مصر.

بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة" (173).

2 - موقف قانون الأحوال الشخصية اليمني

تنص المادة (120) من قانون الأحوال الشخصية اليمني⁽¹⁷⁴⁾ على أنه:
"إذا حكم باعتبار المفقود ميتاً ثم ظهر حياً فإنه:

أ - يستحق جميع ماله.

ب - تعتبر زوجته باقية في عصمته.

يبدو واضحاً من مسلك هذا القانون في بيانه لحكم ظهور المفقود حياً على زوجته أو ماله، أنه يتبنى الرأي المعتمد في المذهب الحنفي والذي يميل إلى اعتبار حكم موت المفقود كأن لم يكن وإزالة كل أثر ترتب عليه، على نحو يوجب بقاء زوجة المفقود على عصمته واسترداد جميع أمواله التي وزعت على ورثته.

3 - موقف قانوني الأحوال الشخصية المصري والبحريني

يُعابُ على قانوني الأحوال الشخصية المصري والبحريني إغفالهما أمر تنظيم أثر ظهور المفقود حياً بعد الحكم بموته على ما جرى توزيعه من ماله بين ورثته، رغم تنظيمهما لتأثير هذا الظهور على زوجة المفقود، وهذا إغفال غير مبرر، غير أن الفقه والقضاء فيهما مستقرٌ على أنه إذا ظهر

(173) المستشار/ أحمد نصر الجندي "الأحوال الشخصية في القانون التونسي" ص230، طبعة عام 2008 م، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، المحلة الكبرى، مصر.

(174) المستشار/ أحمد نصر الجندي "الأحوال الشخصية في القانون اليمني" ص189، طبعة عام 2010 م، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، المحلة الكبرى، مصر.

المفقود حياً كان له حق استرداد ما بقي في أيدي ورثته من مال تركته، أما ما استهلكه الورثة من مال المفقود أو تصرفوا فيه أو أتلّفوه فليس عليهم شيء فيه، إذ لا ضمان بغير تعدٍ، والورثة لم يحدث منهم أي تعدٍ، بل أخذوا هذا المال بسند شرعي وهو الإرث وبناء على حكم قضائي اعتبر المفقود بموجبه ميتاً⁽¹⁷⁵⁾، وهذا هو عين ما نصت عليه المادة (45) من قانون المواريث المصري رقم (77) لسنة 1943م، إذ تقول: "فإن ظهر (أي المفقود) حياً بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة".

بل إن من الفقه من ذهب - وبحق - إلى إلزام من تلقى مالاً عن مفقوده بأن يرد له إلى جانب ما بقي تحت يده من هذا المال، ما اكتسبه من غيره بدلاً عن مال مفقوده أو ما أخذه من هذا الغير مقابلاً لهذا المال، تحقيقاً لاعتبارات العدالة، بحيث إذا كان الوارث الذي آل إليه ميراث المحكوم بموته قد قايض على ثمار مزرعة مفقوده بأدوات للزراعة أو باعها نظير مبلغ نقدي معين، فيحق للمفقود استرداد ما جرت المقايضة به، وهي

(175) د. إسماعيل غانم "محاضرات في النظرية العامة للحق"، ص184، طبعة عام 1966م، القاهرة، د. حسام الدين كامل الأهواني "أصول القانون"، بند 509، ص457، طبعة عام 1988م، القاهرة، د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - بند 581، ص504، 505، الشيخ/ أبو زهرة "الأحوال الشخصية" بند 397، ص530، طبعة عام 1950م، بون دار نشر، د. محمد حسام محمود لطفي - المرجع السابق - ص116، 117، د. عبد الوهاب خلاف "أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية"، بند 138، ص262، الطبعة الثانية، بدون تاريخ نشر أو دار نشر، د. عمر عبد الله "أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية" ص225، طبعة عام 1956م، بدون دار نشر، د. حسن كيرة - المرجع السابق - بند 268، ص535، 536، د. محمد حسين عبد العال - المرجع السابق - ص346.

أدوات الزراعة أو المقابل النقدي وهو ثمن الثمار، وذلك إعمالاً لفكرة
الحلول العيني⁽¹⁷⁶⁾.

الخاتمة

ومما تَجَدُّرُ الإشارةُ إليه أنه إذا كانت التشريعاتُ العربيةُ المعاصرةُ (أي
قوانين الأحوال الشخصية العربية) قد أخذت أحكامَ المفقودِ من معينِ أحكامِ
الفقه الإسلامي، وهذا مسلكٌ محمودٌ في أصله ومبتدئه نظراً لعمقِ وشفافيةِ
رجالِ هذا الفقه الرائد - لاسيما القدامى منهم - في رؤاهم وآرائهم، حتى
أنك عادةً ما تجدهم مفلحين بفضلِ فتوحاتِ الله عليهم وتوفيقاته لهم في
إصابةِ أكبادِ الحقائقِ في معظم - إن لم يكن في كل - ما يعالجونه من
موضوعاتٍ وقضايا، إلا أنه يُؤخَذُ على هذه التشريعاتِ العربيةِ افتقارُها
الشديدُ إلى تحقيقِ عنصرِ المواءمةِ بين بعضِ هذه الأحكامِ ذاتِ المعينِ
الصافي والفكرِ الواعي المستنيرِ والمتغيراتِ التي حدثت في زمننا المعاصرِ
ولم تكن موجودةً من قبل في زمنِ وضعِ هذه الأحكامِ المنظمةِ للمفقودِ في
الفقه الإسلامي، فأضرت هذه التشريعاتُ بالناسِ مجريةً عليهم وعلى
المفقودين منهم بعضَ الأحكامِ التي لا تتناسبُ مع واقعِ ظروفهم ومستجداتِ
حياتهم، بل وأضرت ظاهرياً بالفقه الإسلامي الذي يمثلُ مصدراً تاريخياً
للنصوصِ التشريعيةِ المنظمةِ لأحكامِ المفقودِ.

إذ قد يتصورُ الرائي لأولِ وهلةٍ أن العيبَ أو القصورَ الموجودَ في تلك
الأحكامِ المنظمةِ للمفقودِ راجعٌ إلى المصدرِ المأخوذةِ منه هذه الأحكامُ،
دونَ أن ينتبهَ إلى عينِ الحقيقةِ التي تُبريء ساحةَ الفقه الإسلامي الذي وضعَ
هذه الأحكامِ منذَ قرونٍ عديدةٍ مضت، وكانت وقتها مناسبةً لظروفِ

(176) د. محمد حسام محمود لظفي - المرجع السابق - ص 117.

ومعطيات واقعهم، وتكشف لنا بجلاء عن حقيقة شاخصه مؤداها أن العيب لا يرجع إلى هذه الأحكام القديمة في ذاتها والتي لم تعد صالحة للتطبيق الآن بعد أن تغيرت ظروف الزمان وظروف المكان اللتين عاصرتا وقت ظهورها إلى حيز الوجود في أول مرة في ظلال الفقه الإسلامي، وإنما يرجع إلى من يظل متمسكاً بالأخذ بهذه الأحكام بعد حدوث كل هذه المتغيرات على واقع المجتمع.

ذلك أنه من المفروض علينا أن نعي تماماً أن أية أحكام مهما سما مصدرها وارتقى معينها إن لم تُراع عند سننها معطيات وواقع المجتمع الذي ستطبق فيه، ستكون أشبه بالدواء المسموم الذي يفتك بجسم هذا المجتمع الذي يطبق فيه.

وبناءً عليه خلص بحثي إلى أن سهام النقد لا ينبغي أن توجه إلى ما استقيناه عن المذاهب الفقهية الإسلامية في تشريعاتنا العربية من أحكام منظمة للمفقود سواء للحكم بفقده أو لترتيب الآثار بعد الحكم بموته، وإنما ينبغي أن توجه هذه السهام في الحقيقة إلى السلطات التشريعية في الدول العربية التي تملك تزويد المجتمعات بما يتناسب مع ظروف واقعها من تشريعات، وتملك أيضاً في الوقت نفسه تعديل أو إلغاء ما لم يعد منسجماً منها مع مستجدات ظروف وواقع هذه المجتمعات، فتلغي ما لم يعد صالحاً من التشريعات القديمة وتسن تشريعات جديدة مناسبة بديلة عنها.

ولعل هذا التقصير هو ما شاب عمل السلطة التشريعية في كثير من الدول العربية، حيث لم تُراع هذه السلطة عنصر الملاءمة والانسجام بين ما استقتته من أحكام خاصة بالمفقود من معين المذاهب الفقهية الإسلامية (والتي وضعها فقهاء تلك المذاهب منذ مئات السنين في ظلال ظروف ومعطيات واقعهم المعاصر لهم) وبين معطيات الواقع المعاصر للدول التي تمثلها وتنوب عنها، فجاءت نصوص قوانين الأحوال الشخصية في معظم

الدول العربية غير محققة للمصالح المنشودة من ورائها، وهذا مرده إلى التباين الكبير والاختلاف الشديد بين معطيات هذا الواقع المعاصر الذي فرض البحث والتنقيب في معين الفقه الإسلامي بحثاً عن أفضل تنظيم لأحكام المفقود (هذا الواقع الذي له ظروفه المعاصرة وأجواؤه الخاصة به)، ومعطيات الواقع القديم الذي عاصر وضع فقهاء المذاهب الإسلامية لأحكام المفقود (ذلك الواقع الذي ظهرت في ظلها هذه الأحكام لأول مرة من أجل ضبطه وتنظيمه، وكان بينهما وقتئذٍ انسجامٌ كاملٌ وتناغمٌ كبيرٌ، ثم ما لبث هذا كله بعد تغير ظروف هذا الواقع وملابساته أن بات هذا الانسجامُ نسياً منسياً).

وعليه أوصي بالتوصيات الآتية:

جعل مدة الفقد أو المدة التي يحكم بعدها بالموت متروكة لتقدير القاضي حسب ظروف وملابسات كل حالة على حده، دون تحديدها بقدر معين قد يناسب حالة أو حالات معينة دون غيرها من الحالات، سواء كان الفقد في ظروف آمنة أو ظروف يغلب فيها الهلاك.

توفير ضمان كافٍ يضمن للمفقود عودة ماله إليه إذا ما ظهر حياً بعد الحكم بموته سواء قدمه ورثة المفقود أو وفرته الدولة من خلال هيئاتها الاجتماعية صونا لأدمية المفقود والحيلولة دون صيرورته عدواً لأسرته ومجتمعه.

احترام من كانت زوجة للمفقود فلا تلزم بالعودة إليه عند ظهوره حياً بعد الحكم بموته إلا بقبولها ذلك، وبعقد ومهر جديدين حتى ولو لم تكن قد تزوجت بآخر أو كانت قد تزوجت دون أن يدخل بها.

احترام حق زوج من كانت زوجة للمفقود فلا يعتدى عليه فيحكم بعودة زوجة المفقود إليه بعد زواجها من غيره مادام قد تزوجها بعقد صحيح بعد الحكم بموت المفقود وانقضاء عدة الوفاة، سواء دخل بها أو لم يدخل.

المراجع

أولاً: المراجع الشرعية:

- ابن حزم في "المحلى بالآثار" للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، تحقيق عبدالغفار البغدادي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، بدون تاريخ نشر.
- ابن ضويان في كتابه "منار السبيل" للشيخ إبراهيم بن محمد بن ضويان، الطبعة الثانية عام 1405 هـ، مكتبة المعارف بالرياض - السعودية.
- ابن قدامة في "المغني على مختصر الخراقي" للشيخ موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد المعروف بابن قدامة، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، بدون تاريخ نشر.
- ابن قدامة المقدسي في كتابه "الشرح الكبير على متن المقنع" للشيخ شمس الدين عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الطبعة الأولى عام 1984 م - 1404 هـ، دار الفكر، بيروت - لبنان.
- ابن ماجة في كتابه "سنن ابن ماجة" للإمام أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق خادم السنة/محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر بيروت - لبنان.
- ابن مفلح المقدسي في كتابه "الفروع" للشيخ شمس الدين أبي عبدالله محمد بن مفلح المقدسي، الطبعة الرابعة عام 1985 م، طبعة عالم الكتب، بيروت - لبنان.
- ابن منظور في معجمه "لسان العرب" للإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، تحقيق كل من: أ. عبدالله علي الكبير، أ. محمد أحمد حسب الله، أ. هاشم محمد الشاذلي، طبعة دار المعارف المصرية.
- ابن مودود الموصللي في كتابه "الاختيار لتعليل المختار" للشيخ عبدالله بن محمود بن مودود الموصللي الحنفي، بيروت - لبنان، بدون تاريخ نشر.
- الباجي في كتابه "المنتقى شرح الموطأ" للشيخ أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، الطبعة الأولى عام 1332 هـ، مطبعة السعادة مصر.
- البهوتي في "شرح منتهى الإرادات" المسمى "دقائق أولي النهى لشرح المنتهى" للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الطبعة الأولى عام 1993 م، عالم الكتب بيروت - لبنان.
- البهوتي في كتابه "كشاف القناع عن متن الإقناع" للشيخ منصور بن يونس إدريس

- البهوتي الحنبلي، مكتبة النصر الحديثة بالرياض - السعودية، بدون تاريخ نشر.
- البيهقي في سننه "سنن البيهقي الكبرى" للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، طبعة عام 1414م، دار الباز، مكة المكرمة - السعودية.
- الترمذي في كتابه "سنن الترمذي" للإمام أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
- الجمل في "حاشية الجمل على شرح المنهاج"، "فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهاج الطلاب"، دار الفكر بيروت - لبنان، بدون تاريخ نشر.
- الحاكم في كتابه "المستدرک على الصحيحين" تحقيق/ مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الأولى عام 1411 م، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- الحراني في كتابه "المحرر في الفقه" للشيخ عبد السلام بن عبدالله بن تيمية الحراني، الطبعة الثانية عام 1402 هـ، مكتبة المعارف بالرياض - السعودية.
- الخطاب في كتابه "مواهب الجليل شرح مختصر خليل" لأبي عبدالله محمد بن محمد المغربي المعروف بالخطاب، الطبعة الثالثة عام 1992 م، دار الفكر، بيروت - لبنان.
- الخرخشي في كتابه "شرح الخرخشي على مختصر خليل" للإمام أبي عبدالله محمد بن عبدالله الخرخشي المالكي، دار الفكر، بيروت، لبنان، تصوير عن نسخة المطبعة الأميرية ببولاق، الطبعة الثانية عام 1987م.
- الدار قطني في سننه "سنن الدار قطني" للإمام أبي الحسن علي بن عمر الدار قطني البغدادي، تحقيق السيد عبدالله هاشم يماني المدني، طبعة عام 1386 هـ، دار المعرفة بيروت - لبنان.
- الدسوقي في "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" للإمام شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، تحقيق محمد عيش، طبعة دار الفكر بيروت - لبنان، بدون تاريخ نشر.
- الرحيباني في كتابه "مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى" للشيخ مصطفى السيوطي الرحيباني، الطبعة الأولى عام 1961 م، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان.
- الزيلعي في كتابه "نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية" للشيخ جمال الدين عبد بن يوسف الزيلعي، كتاب المفقود، الطبعة الأولى عام 1415 هـ - 1995 م.

- الزيلعي في كتابه "تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق" للإمام الشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، طبعة ثانية مصورة بالأوفست من الطبعة الأولى المطبوعة من المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق بالقاهرة عام 1313 هـ.
- السرخسي "المبسوط" للإمام أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، طبعة عام 1406هـ، دار المعرفة بيروت.
- السرخسي في كتابه "المبسوط" للإمام شيخ الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، طبعة دار المعرفة عام 1409 هـ - 1989م.
- الشافعي في كتابه "الأم" للإمام أبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي، الطبعة الثانية عام 1393 هـ، دار المعرفة بيروت لبنان.
- الصاوي في كتابه "حاشية الصاوي على الشرح الصغير، بلغة السالك لأقرب المسالك" للشيخ أحمد بن محمد الخلوني الشهير بالصاوي، طبعة دار المعارف، مصر، بدون تاريخ نشر.
- العاملي في "مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة" محمد الجواد بن محمد الحسيني العاملي، طبعة عام 1326هـ، مطبعة الشورى بالفجالة.
- العدوي في كتابه "حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني" للشيخ علي الصعدي العدوي، طبعة دار الفكر بيروت - لبنان.
- الكمال ابن الهمام "شرح فتح القدير" للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت لبنان.
- المرتضى في "البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار" للإمام المجتهد أحمد بن يحيى المرتضى، وبهامشه "جواهر الأخبار المستخرجة من لجة البحر الزخار" لمحمد بن يحيى بن بهران الصعدي، دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ نشر.
- المرادوي في كتابه "الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف" للشيخ علاء الدين علي أبي الحسن بن سليمان المرادوي، الطبعة الأولى عام 1958م، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
- المواق في كتابه "التاج والإكليل لمختصر خليل" للشيخ عبدالله محمد بن يوسف العبدري، الشهير بالمواق، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، بدون تاريخ نشر.
- النفراوي في كتابه "الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني" للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي، طبعة دار الفكر، بيروت - لبنان، بدون تاريخ نشر.

- النووي في كتابه "روضة الطالبين" للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف الدمشقي، طبعة عام 1368 هـ، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر.
- أطفيش في كتابه "شرح النيل وشفاء العليل" للشيخ محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش، الطبعة الثالثة عام 1985م، طبعة مكتبة الإرشاد بجدة - السعودية.

ثانياً: المراجع القانونية:

- أحمد محمد بخيت الغزالي، د/ ياسر عبد الرحمن المحميد "التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)"، الطبعة الأولى، بدون تاريخ نشر أو دار نشر.
- أبو زهرة "الأحوال الشخصية"، طبعة عام 1950م.
- أحمد نصر الجندي في كتابه "الأحوال الشخصية في القانون التونسي"، طبعة عام 2008م، الناشر دار الكتب القانونية.
- أحمد نصر الجندي "الأحوال الشخصية في القانون القطري"، طبعة عام 2009م، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، المحلة الكبرى، مصر.
- أحمد نصر الجندي "الأحوال الشخصية في القانون السوري"، طبعة عام 2009م، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، المحلة الكبرى، مصر.
- أحمد نصر الجندي "الأحوال الشخصية في القانون اليمني"، طبعة عام 2010م، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، المحلة الكبرى، مصر.
- أحمد نصر الجندي "الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة" ص 460، طبعة عام 2007م، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، المحلة الكبرى، مصر.
- إسماعيل غانم "محاضرات في النظرية العامة للحق"، طبعة عام 1966م، القاهرة.
- حسام الدين كامل الأهواني "أصول القانون"، طبعة عام 1988م، القاهرة.
- حسن كيرة "المدخل إلى القانون"، طبعة منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ نشر.
- خالد جمال أحمد حسن "المدخل في مبادئ القانون البحريني"، الطبعة الأولى عام 2010م، مكتبة فخرأوي للدراسات والنشر - مملكة البحرين.
- خالد جمال أحمد حسن "مدى حق المريض في قبول أو رفض العمل الطبي وبعض المشكلات العملية التي يثيرها"، طبعة عام 2004م.

- خليل في كتابه "مختصر خليل" للشيخ خليل بن إسحاق بن موسى المالكي، تحقيق أحمد على بركات، طبعة دار الفكر، بيروت لبنان، بدون تاريخ نشر.
- سحنون في "المدونة الكبرى" رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان.
- عبدالحى حجازي "المدخل لدراسة العلوم القانونية"، الحق، وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، طبعة عام 1970م، مطبوعات جامعة الكويت.
- عبدالمنعم فارس سقا "أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي" دراسة مقارنة، الطبعة الأولى عام 1429هـ - 2008 م، دار النوادر، لبنان - بيروت.
- عبدالناصر توفيق العطار "مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية"، طبعة عام 1979م، مطبعة السعادة بالقاهرة.
- عبدالودود يحيى "دروس في مبادئ القانون لطلبة كلية التجارة"، طبعة عام 1976-1977م.
- عبد الوهاب خلاف "أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية"، الطبعة الثانية، بدون تاريخ نشر أو دار نشر.
- علي سيد حسن "الأحكام الخاصة بالمفقود"، طبعة 1984م، دار النهضة العربية بالقاهرة.
- عمر عبدالله "أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية"، طبعة عام 1956م، بدون دار نشر.
- مالك في "الموطأ"، طبعة دار إحياء الكتب العربية لصاحبها عيسى البابي الحلبي وشركاه.
- محمد حسام محمود لطفي "المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء"، الكتاب الثاني: نظرية الحق، الطبعة الثالثة بدون تاريخ نشر، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر بالجيزة.
- محمد حسين عبدالعال "المدخل لدراسة القانون البحريني"، الطبعة الأولى عام 2004م، مطبوعات جامعة البحرين.
- يوسف عطا محمد "أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية"، رسالة ماجستير بكلية الدراسات العليا - جامعة النجاح الوطنية بنابلس بفلسطين، طبعة عام 1424م - 2003م.

نظام التعليم عن بعد وأثره على نفاذ مبدأ المساواة في الولوج إلى الحق في التعليم في المغرب وضعية الأطفال ذوي الإعاقة نموذجًا

د. الحسين العويمر*

الملخص

في ظل حالة الارتباك والذهول التي يعيشها العالم بسبب جائحة كورونا، سارعت العديد من الدول إلى تبني مقاربات استباقية لتطويق الأزمة الصحية وعملت على اتخاذ سلسلة من التدابير الاحترازية من قبيل سن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية لمواجهة الجائحة، تمخض عنها تقييد مجموعة من الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها في المواثيق الدولية والداستير الوطنية. وقد فرض هذا الواقع على الحكومات تحديات جديدة مرتبطة بضرورة تأمين الحقوق الأساسية خلال فترة الطوارئ لا سيما تلك المتعلقة منها بإعمال الحق في التعليم خاصة لفئة الأطفال ذوي الإعاقة. ورغم المجهودات المبذولة من طرف الحكومة لضمان الحق في التعليم عبر اعتماد نظام التعليم عن بعد، إلا أن التنزيل الفعلي لهذا الورش شابه العديد من الاختلالات المرتبطة أساسا بقصور إعمال مبدأ المساواة وعدم التمييز في الولوج إلى المحتوى الرقمي بين صفوف المتعلمين

(*) دكتور باحث في مجال حقوق الإنسان والعدالة الانتقالية، جامعة محمد الخامس الرباط، كلية الحقوق السوسي - المملكة المغربية.

والمتعلمات، و اتساع الفجوة الرقمية بين الأسر الميسورة والفقيرة، وحدة الفوارق المجالية بين الوسطين الحضري والقروي بالإضافة إلى حرمان فئات واسعة من الأطفال في وضعية إعاقة من الحق في التعليم بسبب عدم اتخاذ التدابير المناسبة لتكييف وضعيتهم مع متطلبات العملية التعليمية الرقمية.

الكلمات المفتاحية: كورونا، التعليم عن بعد، مبدأ المساواة، الحق في التعليم، الأطفال ذوي الإعاقة.

Abstract

In the light of the confusion and astonishment the world is undergoing due to the Coronavirus pandemic, many countries have adopted proactive approaches to deal with the health crisis and have taken a series of precautionary measures such as the enactment of special health emergency provisions to face the pandemic which led to the restriction of a number of basic rights and freedoms as stipulated in international conventions and national constitutions. This reality has imposed new challenges to governments, linked to the need to guarantee basic rights during the emergency period, especially those related to the realization of the right to education for children with disabilities. Despite the efforts made by the Government to guarantee the right to education through the adoption of the distance education system, the real implementation of these workshops has been marred by many imbalances linked mainly to the lack of establishing the principle of equality and non-discrimination in accessing digital content among learners, the widening digital-divide between affluent and poor families, the severity of the urban and rural disparities, in addition to depriving large groups of children with disabilities of the right to education owing to the absence of appropriate measures to adapt their situation with the requirements of the digital learning process

Keywords: Coronavirus, distance education, principle of equal access, right to education, Children with disabilities.



لقد باتت أزمة انتشار فيروس كورونا التي اجتاحت العالم وخلفت عددًا كبيرًا من الإصابات والوفيات في أغلب دول العالم واحدة من موضوعات البحث العلمي والدراسات والندوات التي يحاول الخبراء والأكاديميون فيها تقديم معالجات ومقاربات لأبعاد جائحة كورونا من زوايا مختلفة اجتماعية وسياسية واقتصادية ونفسية.

وفي ظل حالة الارتباك والذهول التي يعيشها العالم بسبب جائحة كورونا، عمدت الدول والحكومات إلى سن العديد من الإجراءات والتدابير لمواجهة التأثيرات السلبية لكوفيد - 19 والحد من انتشاره، بالنظر للأخطار غير المسبوقة للفيروس التاجي على حياة ورفاهية الرجال والنساء والأطفال في جميع أنحاء العالم، وكذلك على أداء الاقتصاد العالمي والأعمال التجارية⁽¹⁾.

وهددت جائحة كورونا التقدم المحرز في مجال التعليم من خلال تجليين اثنين، أولهما الإغلاق شبه العالمي للمدارس على مستوى جميع المراحل، وثانيهما الركود الاقتصادي الناجم عن تدابير مكافحة الجائحة⁽²⁾، وقد تسبب وباء كوفيد- 19 في حرمان ما لا يقل عن ثلث التلاميذ في أنحاء العالم، أو ما يعادل (463) مليون طفل، من التعليم لعدم قدرتهم على القيام بذلك افتراضياً بعد إغلاق الكثير من المدارس، وفقاً لتقرير منظمة الأمم المتحدة للطفولة (يونيسف)⁽³⁾.

(1) فاطمة لمححر، حقوق الإنسان في ظل جائحة كورونا، المركز العربي للبحوث والدراسات، 21 نونبر 2020؛ <https://bit.ly/3u9awIe>.

(2) جائحة كورونا: صدمات التعليم والاستجابة على صعيد السياسات، مجموعة البنك الدولي، 7 ماي 2020؛ <https://bit.ly/3nyBTsK>.

(3) تفادي ضياع جيل الكورونا: خطة النقاط الست للاستجابة والتعافي ووضع رؤية

وقد فرض هذا الواقع على الحكومات تحديات جديدة مرتبطة بضرورة تأمين الحقوق الأساسية خلال فترة الطوارئ، لا سيما تلك المتعلقة منها بإعمال الحق في التعليم خاصة لفئة الأطفال ذوي الإعاقة، وذلك اتساقاً مع أهداف التنمية المستدامة 2030⁽⁴⁾ The Sustainable Development Goals (SDGs)، وتعد اتفاقية اليونسكو لسنة 1960 صكاً رئيسياً يتناول المبادئ الأساسية لعدم التمييز وتكافؤ الفرص في التعليم⁽⁵⁾، حيث أوصت هذه المنظمة الحكومات بالعمل على إيجاد حلول قائمة على التكنولوجيا المتطورة أو البسيطة، لضمان انتظام عملية التعليم واستمراريتها، للتخفيف من آثار الجائحة على الأطفال الذين يواجهون أصلاً حواجز تعيق حصولهم على تعليم جيد⁽⁶⁾.

وكباقي دول العالم التي تأثرت بالجائحة، تبنى المغرب نظام التعليم عن بعد كحل بديل للتعلم داخل الفصل الدراسي من أجل ضمان الاستمرارية البيداغوجية خلال فترة الحجر الصحي، وذلك عبر اتخاذ مجموعة من التدابير التي شملت بث الدروس المصورة عبر القنوات التلفزيونية

جديدة لعالم ما بعد الجائحة لكل طفل، منظمة الأمم المتحدة للطفولة (اليونيسف)، نيويورك، تشرين الثاني / نوفمبر 2020، ص 9.

(4) Parmi les 17 Objectifs de développement durable (ODD) énoncés par l'ONU dans agenda 2030, figure l'objectif 04 qui vise à «assurer l'accès à tous et toutes à une éducation équitable, gratuite et de qualité à travers toutes les étapes de la vie, en éliminant notamment les disparités entre les sexes et les revenus»

(5) صباح صالح الشجراوي، تكافؤ الفرص التعليمية من خلال التعليم عن بعد في ظل جائحة كورونا من وجهة نظر الطلبة، المجلة العربية للنشر العلمي، العدد 23، أيلول 2020، <https://bit.ly/3eM5tXH>

(6) نسمة الحلبي، إغلاق المدارس وضرورة إعمال الحق في التعليم، مجلة فصلية حقوق الإنسان الفلسطيني، العدد 64 شتاء 2019، ص 29.

وتوفير المضامين الرقمية، بالإضافة إلى إمكانية تنظيم أقسام افتراضية عبر المنصات الإلكترونية المخصصة لهذا الغرض⁽⁷⁾.

ورغم المجهودات المبذولة من طرف الحكومة لضمان الحق في التعليم عبر اعتماد نظام التعليم عن بعد، إلا أن التنزيل الفعلي لهذا الورش شابه العديد من الاختلالات المرتبطة أساساً بقصور أعمال مبدأ المساواة، وعدم التمييز في الولوج إلى المحتوى الرقمي بين صفوف المتعلمين والمتعلمات، واتساع الفجوة الرقمية بين الأسر الميسورة والفقيرة، وحدة الفوارق المجالية بين الوسطين الحضري والقروي⁽⁸⁾، بالإضافة إلى حرمان فئات واسعة من الأطفال في وضعية إعاقة من الحق في التعليم، بسبب عدم اتخاذ التدابير المناسبة لتكييف وضعيتهم مع متطلبات العملية التعليمية الرقمية.

تسعى هذه الدراسة إلى تقديم مراجعة لواقع أعمال الحق في التعليم خلال فترة الطوارئ الصحية انطلاقاً من تقييم مستوى تفعيل التشريعات الدولية والوطنية في تكريس هذا الحق، كما تفحص هذه الدراسة مدى تأثير اعتماد نظام التعليم عن بعد على مبدأ المساواة، وعدم التمييز في وولوج الأطفال في وضعية إعاقة إلى تعليم ميسر وذو جودة.

تنطلق هذه الدراسة من فرضية رئيسية هي أن قرار الحكومة إغلاق

(7) حسن بلحياح، رهانات التعليم عن بعد في المغرب، في مؤلف جماعي: الدليل المعرفي لجائحة كوفيد 19 لجامعة محمد الخامس بالرباط المعرفة والابتكار والخبرة في مواجهة وباء كوفيد 19: نحو خروج سريع من الأزمة تحليل التداعيات واقتراح الحلول، جامعة محمد الخامس - الرباط، 10 يوليو 2020، <https://bit.ly/3mMILDw>.

(8) الانعكاسات الصحية والاقتصادية والاجتماعية لفيروس كورونا "كوفيد19" والسبل الممكنة لتجاوزها، تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، إحالة رقم 28 / 2020، <https://bit.ly/3t9bPpd>.

المدارس والجامعات في 13 مارس 2020، واعتماد التعليم عن بعد؛ قد تسبب في حرمان فئات عريضة من المتعلمين والمتعلمات بالمدارس والجامعات من الولوج إلى المحتويات الرقمية التي أقرتها وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي خاصة الأطفال في وضعية إعاقة، وهو ما يقوض المبادئ الدستورية في إعمال الحق في التعليم على أساس المساواة وتكافؤ الفرص.

تجيب هذه الدراسة عن إشكالية رئيسية: هل ساهم اعتماد نظام التعليم عن بعد في المغرب خلال فترة الجائحة في تكريس المساواة وتكافؤ الفرص بين صفوف المتعلمين، خاصة الأطفال ذوي الإعاقة في الولوج إلى الخطط والبرامج الرقمية التي أقرتها الوزارة؟ وما هي العراقيل والمعوقات التي حالت دون استفادة فئة الأطفال ذوي الإعاقة من حقهم الدستوري في تعليم جيد ومنصف وفق الآليات الرقمية التي تبنتها الحكومة؟

لمقاربة هذا الموضوع وبسط مختلف الإشكاليات المرتبطة به، سنعتمد على المنهج التحليلي القانوني لتفكيك النصوص القانونية المؤطرة للحق في التعليم، واستنباط الأفكار والخلاصات المرتبطة بها، كما سنعتمد على منهج تحليل المضمون لاستقراء الأثر الذي خلفه اعتماد نظام التعليم عن بعد على إعمال مبدأ المساواة في الولوج إلى تعليم دامج وتضامني لفائدة جميع المتعلمين دون تمييز.

من أجل الإجابة عن أسئلة الدراسة سنعمل على تقسيمها إلى ثلاثة أجزاء كمحاور كبرى:

المبحث الأول: الحق في التعليم في ظل حالة الطوارئ الصحية: اختبار لفعالية الحقوق الأساسية في سياق استثنائي.

المبحث الثاني: نظام التعليم عن بعد في المغرب: محددات التنزيل وضوابط التفعيل.

المبحث الثالث: الأطفال ذوي الإعاقة ومبدأ المساواة في الولوج إلى الحق في التعليم في ظل الجائحة.

المبحث الأول

الحق في التعليم في ظل حالة الطوارئ الصحية: اختبار لفعالية الحقوق الأساسية في سياق استثنائي

هناك بداية يقر بها الجميع من أهل الفكر والاقتصاد والاجتماع والسياسة، ويعبرون عنها باقتناع، هي أن عالم اليوم -المتغير والمتجدد باستمرار وبوتائر سريعة في مختلف مجالات الحياة - يركن كله إلى المعرفة بكل أشكالها. وهذا يفرض بالضرورة تربية الجميع وتكوينه وتأهيله بما يحتاجونه من معارف وثقافة ومهارات وتقنيات، واتخاذ مواقف للاندماج السلس في سياقات هذا التحول والتغير⁽⁹⁾.

وفي هذا السياق، يمثل الحق في التعليم كأحد الحقوق الأساسية التي تضمنتها المواثيق الدولية والداستير الوطنية، والهادفة إلى نشر المعرفة وتحقيق التكافل الاجتماعي بين أفراد المجتمع وتوفير إمكانيات متجانسة للتقدم والرفاه⁽¹⁰⁾، وتقوم الأسس القانونية المؤطرة لهذا الحق على مبدأين أساسيين، هما تمكين الجميع من فرص الحصول على التعليم على أساس

(9) الخمار العلمي، المريطوقراطية واللامساواة العادلة، مجلة المدرسة المغربية، عدد مزدوج 8/7، منشورات المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي، نونبر 2017، ص 245-246.

(10) نوار بدير، الحق في التعليم، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (9/

المساواة وعدم التمييز، وحرية اختيار نوعية التعليم ومضمونه، ويشكل هذان الجانبان روح الحق في التعليم وجوهره الأصيل⁽¹¹⁾.

ومن أهم شروط الوفاء بهذا الحق هو توفير المعرفة العميقة بمختلف أنواعها للمتعلم، بالإضافة إلى حريته في التعبير عن أفكاره على منهج تفكير علمي، وذلك بالشكل الذي يمكنه من الإبداع والابتكار، من خلال توفير البيئة والموارد المالية والفنية والمهنية لغرض إنفاذ هذا الحق إنفاذاً عملياً داخل المجتمعات⁽¹²⁾.

المطلب الأول

الإطار المعياري الدولي للحق في التعليم: المنطلقات والأسس النظرية

أفردت العديد من الصكوك الدولية مساحة واسعة لتأطير الحق في التعليم باعتباره أحد الحقوق الأصيلة التي تصون كرامة الإنسان وتضمن حريته، فقد كرس الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948 هذا الحق، من خلال التنصيص الصريح على مجانية التعليم وإلزاميته وإتاحته للجميع على أساس المساواة

(2017)، وحدة القانون الدستوري كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت

2017، <https://bit.ly/3uayfqE>

(11) الحق في التعليم، مكتبة حقوق الإنسان جامعة منيسوتا، الوحدة 16، <https://bit.ly/3fiFHLX>

(12) حامد عامر، الحق في التعليم: أسسه، سياقاته وإشكالياته، ورقة مقدمة ضمن المؤلف الجماعي: الحق في التعليم: رؤى وتوجهات، المركز القومي للبحوث التربوية بالتعاون مع مكتب اليونسكو الاقليمي بالقاهرة، الطبعة الأولى - القاهرة 2008، ص: 07

وتكافؤ الفرص⁽¹³⁾، كما أكد العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966، على ضرورة توجيه التربية والتعليم إلى الإنماء الكامل للشخصية الإنسانية والحس بكرامتها، وإلى توطيد احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية⁽¹⁴⁾.

وحرصت موثيق دولية أخرى على تكريس الأهمية التي يحظى بها الحق في التعليم، حيث نصت اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 على الإعمال الكامل لهذا الحق، من خلال اتخاذ التدابير الضرورية لتشجيع الحضور المنتظم في المدارس والتقليل من معدلات الهدر المدرسي⁽¹⁵⁾، وأكدت اتفاقية مكافحة التمييز في مجال التعليم التي اعتمدها منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة في 14 كانون الأول 1960، على ضرورة تطوير سياسات وطنية لتأمين فرص مناسبة ومنتساوية في التعليم بجميع مراحلها دونما تمييز أو إقصاء⁽¹⁶⁾.

من جانب آخر، حظي الحق في التعليم في ارتباطه بمفهوم التنمية باهتمام المجتمع الدولي، حيث التزمت (193) دولة سنة 2015 بضمان تعليم جيد ومنصف وشامل، مع تعزيز فرص التعلم مدى الحياة للجميع

(13) أنظر المادة (26) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

(14) أنظر المادة (13) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المعتمد في 16 ديسمبر 1966.

(15) انظر المادة (27) من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

(16) عبدالمنعم عبدالوهاب العامر، حق التعليم في العراق في ضوء مخرجات التعليم الأولي للعام الدراسي 2015-2016، ورقة مقدمة إلى أشغال المؤتمر الدولي المحكم: تطوير الأنظمة التعليمية العربية، طرابلس لبنان 22-23 مارس 2019. مركز جيل للبحث العلمي، سلسلة كتاب أعمال المؤتمرات، العام السابع - العدد 25، مارس 2019.

باعتباره الهدف الرابع للتنمية المستدامة، وهو التزام يرد في خطة التنمية المستدامة لسنة 2030، التي وضعتها الأمم المتحدة كإطار مرجعي تسترشد به في سعيها إلى النهوض بالتنمية المستدامة، واستندت هذه الخطة على الحد من الفقر وتأمين الاستدامة البيئية بهدف تحقيق العدالة الاجتماعية⁽¹⁷⁾.

وتقع على عاتق الدول والحكومات مسؤولية الأعمال الفعلية للحق في التعليم لجميع الأفراد الموجودين على أراضيها، والخاضعين لولايتها، وتلتزم الدول بضمان هذا الحق عبر تفعيل ثلاث مستويات من الالتزام هي الاحترام والحماية والإعمال، ويعتبر عدم الوفاء بأي من هذه الالتزامات الثلاثة انتهاكاً لهذا الحق⁽¹⁸⁾.

ويترتب على الدول التزامات فورية تشمل المساواة وعدم التمييز في توفير التعليم، وأخرى توجب على الدولة اتخاذ خطوات تدريجية لإعمال الحق في التعليم، كإتاحة الوصول إلى التعليم العالي، وبالتالي تصبح الدول ملزمة - وبشكل مستمر - بإعمال الحق في التعليم فور دخولها طرفاً في معاهدة تنطوي على حماية هذا الحق، وتستلزم اتخاذ جميع التدابير اللازمة لتحقيق الأعمال الكامل لهذا الحق في أسرع وقت ممكن.

وكما يوضح PAUL HUNT⁽¹⁹⁾، فإن شيوع تعبيرات الأعمال التدريجي وتوافر الموارد، يضيف نوعاً من الضبابية على المضمون الدقيق لبعض

(17) التقرير العالمي لرصد التعليم، التعليم الشامل للجميع: الجميع بلا استثناء، منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة UNESCO، الطبعة الأولى 2020، <https://bit.ly/3HFtmxL>

(18) مبادئ ماستريخت التوجيهية المتعلقة بانتهاكات الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (المبدأ التوجيهي رقم 6)، <https://bit.ly/3v3V82T>

(19) UN Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the high-attainable standard of physical and mental health, August 2002-July 2008.

التزامات الدول، بحيث يتفاوت مستوى إعمال هذا الحق من دولة لأخرى وداخل الدولة نفسها، وقد يكون لأساليب وإجراءات الرصد الفعالة فائدة في تعريف المحتوى الأساسي للحق في التعليم⁽²⁰⁾.

وشكل القرار الذي اتخذته المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية سنة 1954 فيما يسمى قضية براون ضد مجلس التعليم في مدينة TOPEKA، نقطة تحول في مسار إقرار المساواة في الولوج إلى الحق في التعليم، حيث أكدت المحكمة العليا أن القوانين التي تنص على إنشاء مدارس عامة منفصلة للطلاب السود والبيض غير دستورية، وأن توفير التعليم بشكل متساو بين الأفراد يعد من أسمى مهام الدولة⁽²¹⁾.

المطلب الثاني

الضوابط الدولية لتقييد الحق في التعليم في ظل حالة الطوارئ الصحية

تشكل حالة الطوارئ إحدى تطبيقات "نظرية الظروف الاستثنائية"⁽²²⁾،

(20) الحق في التعليم، مكتبة حقوق الإنسان جامعة منيسوتا، الوحدة 16، <https://bit.ly/3fiFHLX>

(21) تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في التعليم: إمكانية التقاضي بشأن الحق في التعليم، الجمعية العامة للأمم المتحدة - مجلس حقوق الإنسان، رقم الوثيقة: <https://bit.ly/3LNoJDE>، 10 ماي 2013، A/HRC/23/35

(22) "La théorie des circonstances exceptionnelles a pour objet d'élargir les pouvoirs de l'administration autant qu'il faut pour faire face aux menaces graves à l'ordre public lesquelles résultent de circonstances exceptionnelles. Ce qui est en situation normale gravement irrégulier serait, en situation de circonstances exceptionnelles, légal ou, du moins, entaché d'illégalité normale qui ne constitue pas une voie de fait." Voir: YEHIA KERKATLY, LE JUGE ADMINISTRATIF ET LES LIBERTÉS PUBLIQUES EN DROITS LIBANAIS ET FRANÇAIS, thèse de doctorat, Ecole Doctorale des Sciences Juridiques de l'Université de Grenoble, 05 novembre 2013, P: 169,

والتي يتم إعلانها بالعادة لمواجهة خطر يهدد أمن الدولة واستقرارها، وبموجبها يتم تقييد العديد من الحقوق والحريات العامة للأفراد بشكل استثنائي⁽²³⁾، حيث تضم النظم الدستورية والقانونية في كل البلدان عددًا من الأنظمة الاستثنائية التي تسمح للسلطات العمومية باتخاذ مجموعة من التدابير التشريعية والتنفيذية والتنظيمية غير المألوفة في الظروف العادية، للتححرر من التزاماتها الدستورية والقانونية في مثل هذه الظروف⁽²⁴⁾، وعادة ما ينجم عن إعلان حالة الطوارئ تقييد لممارسة الحقوق والحريات، لذلك اهتمت جميع الدساتير بوضع قواعد تحكمها، من حيث شروطها والجهة التي لها صلاحية إعلانها ومدتها الزمنية⁽²⁵⁾.

وقد اختلفت الآراء الفقهية في تعريف حالة الطوارئ وتحديد خصائصها وأساليب تنظيمها، فقد عرفها الفقيه الفرنسي ANDRE DE LAUBADERE بأنها "نظام استثنائي للضبط تبرره فكرة حماية البلاد من

(23) نوار بدير، مدى انسجام إعلان حالة الطوارئ مع القانون الأساسي الفلسطيني والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان لمواجهة انتشار فيروس كورونا (كوفيد-19)، منشورات مركز جنيف لحوكمة قطاع الأمن 2020، <https://bit.ly/2SNMIfi>.

(24) أحمد البوز، الدستور وتدابير الأزمات كقراءة في القواعد المنظمة لحالة الطوارئ الصحية، في كتاب: حالة الطوارئ الصحية، التدابير القانونية والاقتصادية والسياسية وأبعادها، مؤلف جماعي الجزء الأول، منشورات مركز تكامل للدراسات والأبحاث، فبراير 2020، ص 17.

(25) عبد المنعم كيوة، القيود الدستورية في تحديد القانون لضوابط الحقوق والحريات الأساسية في الدساتير الحديثة بالبلدان العربية: دراسة مقارنة، الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري: 2015-2016، المنظمة العربية للقانون الدستوري، تونس 2017، <https://urlz.fr/fOej>

الخطر" (26)، كما عرفها MAURICE HAURIUO بأنها "نظام قانوني معد سلفاً لتأمين البلاد يركز على تقوية السلطة التنفيذية عن طريق نقل السلطة المدنية إلى أيدي السلطة العسكرية" (27) فيما حدد DOMINIQUE ROUSSEAU مفهومها على أنها "تعليق ووقف لسيادة القانون، والمبادئ الدستورية التي يقوم عليها، واستبعاد لآليات الرقابة" (28).

وإذا كانت جل التعاريف قد اتفقت على الطابع الاستثنائي لحالة الطوارئ في النظم الدستورية والقانونية وتهديدها للأمن والنظام العام، فإن السمة البارزة لها هي تقييدها للحقوق والحريات خلال سريان فترة الطوارئ وتقليصها للضمانات القانونية على التمتع الكامل بها، بالإضافة إلى قصور مستويات الرقابة على سلطات الإدارة وتقويض صلاحيات السلطة التشريعية والقضائية.

ويمكن تعريف حالة الطوارئ التي تؤثر على أعمال الحق في التعليم على أنها «جميع الحالات التي تدمر فيها الكوارث سواء الطبيعية أو تلك التي يتسبب فيها الإنسان، ظروف الحياة المعتادة وبنيات الاستقبال والمرافق التعليمية الخاصة بالأطفال في غضون فترة قصيرة من الزمن، الشيء الذي يؤدي إلى تعطيل الحق في التعليم وحرمان الأطفال منه أو إعاقة التقدم فيه» (29)، وكثيراً ما تكون الفرص المتاحة للتعليم، حتى في أوقات السلم،

DE LAUBADERE (André), Traité élémentaire de droit administratif, 7ème ed, (26) L.G.D.J, Paris, 1976, p.277.

Maurice Hauriou, Précis élémentaire de droit constitutionnel, 2^e édition. (Paris: (27) Recueil Sirey, 1930), p.158

Dominique Rousseau, «L'état d'urgence, un état vide de droit(s), C.E.R.A.S (28) «Revue Projet», 2006/2 n° 291, p. 19.

Report of the Committee on the Rights of the Child on its General Discussion (29) on the Right of the Child to Education in Emergencies Situation, 49th Session, 3 October 2008. <https://bit.ly/3uNx4xM>

غير متكافئة وتمييزية، وفي أوقات الطوارئ تزداد ممارسات اللامساواة والتمييز إزاء الفئات الهشة كالنساء والفتيات والأشخاص في وضعية إعاقة⁽³⁰⁾.

وقد وضعت الشبكة المشتركة بين الوكالات للتعليم في ظل حالات الطوارئ⁽³¹⁾ المعايير الدنيا للتعليم في ظل حالات الطوارئ والأزمات المزمنة كإطار متناسق لمبادئ وممارسات العمل لجميع الجهات الفاعلة التي يمكن أن تشارك في توفير التعليم خلال حالات الطوارئ، حتى تتمكن من تنسيق أنشطتها التعليمية⁽³²⁾.

وتشدد هذه المعايير على أهمية ضمان اتصال التعليم بسبل كسب العيش، كالأعمال الصغيرة والمعرفة بالقواعد المالية والتعليم والتوظيف وتطوير التدريب التقني والمهني، وتضم (19) معيارًا يرافق كل منها خطوات أساسية وملاحظات إرشادية، بهدف تحسين جودة الجهوزية التعليمية والاستجابة والتعافي، كما يزيد من فرص الحصول على تأمين أمن وملائم⁽³³⁾.

وفي هذا الصدد، يسمح القانون الدولي للدولة أن تعلن حالة الطوارئ

(30) تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في التعليم : تعزيز وحماية جميع حقوق الإنسان المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك الحق في التنمية الحق في التعليم في ظل حالات الطوارئ، مجلس حقوق الإنسان الدورة الثامنة، رقم الوثيقة: A/HRC/8/10، 20 ماي 2008، <https://bit.ly/3A2DfSj>.

(31) شبكة تضم أكثر من (15000) عضو و(130) منظمة شريكة في (190) دولة.

(32) تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في التعليم، مرجع سابق.

(33) غسان الكحلوت، العمل الإنساني: الواقع والتحديات، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الطبعة الأولى، الدوحة أكتوبر 2020، ص 182.

وفق اعتبارات موضوعية تتناسب مع التدابير المتخذة، ويحدد الشرط الأساسي لفرض حالات الطوارئ بوجود خطر استثنائي يهدد حياة الأمة، وبشرط ألا تكون التدابير المتخذة متعارضة مع التزامات الدولة المعنية بموجب القانون الدولي، وعدم انطواء هذه التدابير على نزعة تمييزية⁽³⁴⁾.

وتجيز المادة الرابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية تقييد بعض الحقوق الأساسية في حالة الطوارئ، مع احترام مجموعة من الضوابط والشروط القانونية⁽³⁵⁾:

- يجب أن تكون حالة الطوارئ معلنة.
 - يجب حماية الحق في الحياة والحرية والسلامة الجسدية في حالة الطوارئ.
 - يجب إنهاء حالة الطوارئ بمجرد أن تسمح الظروف بذلك.
- وقد ألزمت مبادئ سيراكوزا⁽³⁶⁾ الدول الأطراف في هذا العهد بإصدار هذه القيود في شكل قوانين واضحة محددة، غير تعسفية ولا تمييزية بالإضافة إلى استجابتها لضرورة عامة أو اجتماعية ملحة ولا اعتبارات موضوعية⁽³⁷⁾،

(34) فاطمة لمححر، حقوق الإنسان في ظل جائحة كورونا، مرجع سابق، <https://bit.ly/3u9awIe>.

(35) وسف البحيري، تدابير حالة الطوارئ لمكافحة جائحة فيروس كورونا والحريات العامة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الثامنة - ملحق خاص - العدد 6 - شوال 1441 هـ - يونيو 2020، ص: 414.

(36) The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Right, American Association for the International Commission of Jurists, april 1985, <https://bit.ly/3s2L9sQ>.

(37) سرور طالبي، تقييد الحق في التنقل في ظل الحجر الصحي، مركز جيل البحث العلمي سلسلة كتاب أعمال المؤتمرات، العام التاسع - العدد 31 - أبريل 2021، ص 25.

كما منعت الدول من الاحتجاج لدواعي تتعلق بالأمن القومي لتبرير اتخاذ تدابير مقيدة لحقوق معينة، إلا عندما تتخذ هذه التدابير لحماية بقاء الدولة أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي ضد استخدام القوة أو التهديد باستخدام القوة⁽³⁸⁾.

المبحث الثاني

نظام التعليم عن بعد في المغرب:

محددات التنزيل وضوابط التفعيل

حرصت الدساتير المعاصرة، لا سيما تلك التي وضعت ما بعد الحرب العالمية الثانية على تكريس الحقوق الاجتماعية، وخاصة الحق في التعليم⁽³⁹⁾، واختلفت النصوص الدستورية في تنظيم الحق في التعليم، فمنها من توسعت في تفكيك مضامينه، وأخرى نظمته وفق ضوابط معينة تحدد بشكل ضيق أهدافه، وطبيعة الالتزامات المترتبة على الدولة لتأمينه⁽⁴⁰⁾، وقد تناولت الدساتير العربية الحق في التعليم وفق منهجين اثنين، ركز الأول على توجيه التعليم نحو التنمية الكاملة للشخصية الإنسانية كأداة فاعلة لتحقيق

(38) حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في سياق مكافحة الإرهاب، مذكرة الأمين العام للأمم المتحدة، الدورة الحادية والستون للجمعية العامة للأمم المتحدة، 20 سبتمبر 2006، وثيقة رقم: A/61/267. <https://bit.ly/3N3fCzt>.

(39) عيد أحمد الحسبان، حق التعليم في النظم الدستورية المعاصرة دراسة تحليلية مقارنة، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 39، العدد 1 سنة 2012، ص 371.

(40) نوار بدير، الحق في التعليم، مرجع سابق، ص 12.

الارتقاء الحضاري والنضج والوعي، بينما رسخ الثاني تكريس توافق هذا الحق مع المعتقدات الدينية والفلسفية السائدة⁽⁴¹⁾.

وفي هذا السياق، فقد أطر الدستور المغربي الحق في التعليم من خلال التنصيص على مساهمة الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية في تعبئة كل الوسائل المتاحة، لتيسير أسباب استفادة المواطنين والمواطنات، على قدم المساواة، من الحق في الحصول على تعليم عصري ميسر الولوج وذي جودة⁽⁴²⁾، والتأكيد على أن التعليم الأساسي حق للطفل وواجب على الأسرة والدولة⁽⁴³⁾، وإحداث مجلس أعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي كهيئة استشارية، مهمتها إبداء الآراء حول كل السياسات العمومية، والقضايا الوطنية التي تهم التربية والتكوين والبحث العلمي⁽⁴⁴⁾.

وقد تضمن الميثاق الوطني للتربية والتكوين باعتباره أول لبنة في مسار إصلاح منظومة التربية والتكوين مجموعة من الدعامات التي تؤكد على ضرورة بناء المجتمع الديمقراطي، ابتداء من المدرسة عبر العمل على تحقيق مبدأ المساواة بين المواطنين وتكافؤ الفرص أمامهم، وحق الجميع في التعليم⁽⁴⁵⁾، فيما قاربت الرؤية الاستراتيجية لإصلاح التعليم 2015 - 2030 إشكاليات منظومة التربية والتكوين والبحث العلمي من خلال ثلاث قضايا

(41) مخاط محمد ثامر، حق التعليم في المواثيق الدولية والإقليمية والدساتير العربية والعراقية: دراسة تطبيقية على واقع التعليم في العراق، مجلة كلية التربية للعلوم الصرفة، المجلد 1، العدد 1 (31 مارس/آذار 2010)، ص 102

(42) الفصل 31 من الدستور المغربي.

(43) الفصل (32) من الدستور المغربي.

(44) الفصل (168) من الدستور المغربي.

(45) خالد أعبو، المدرسة بين إرادة الديمقراطية وواقع إعادة الإنتاج، مجلة المدرسة المغربية، العدد 8/7، نونبر 2017، ص 70.

أساسية: الإنصاف وتكافؤ الفرص، الجودة للجميع، الارتقاء الفردي والمجتمعي⁽⁴⁶⁾.

وارتكز المغرب، لتنزيل ورش الرقمنة في منظومة التربية والتكوين، على عدد من الآليات لإدماج تكنولوجيا الإعلام والاتصال في مختلف مستويات المنظومة، وهي الآليات التي تضمنتها الإصلاحات التربوية المتتالية من خلال تعزيز إدماج تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في النهوض بجودة التعليمات، وتحسين مردوديتها⁽⁴⁷⁾، حيث يتعذر على أي سياسة تربوية اليوم، أن تستبعد من أهدافها وتدبيرها هذا التوجه، بالنظر للمخاطر التي يمثلها الوضع الراهن للمنظومة التربوية، خصوصاً الفجوة الرقمية التي تتوسع يوماً بعد يوم، رغم الجهود الملموسة في كسب رهانات الخطة الوطنية للمغرب الرقمي⁽⁴⁸⁾.

وقد دفعت الأزمة الوبائية التي خلفتها جائحة كوفيد-19 الوزارة الوصية إلى تعليق الدراسة الحضورية في جميع المؤسسات التعليمية العمومية والخاصة، وهو الإجراء الذي قيد استمرارية الدروس التعليمية الحضورية، في مقابل ذلك سارعت الوزارة الوصية إلى تنزيل التعليم عن بعد لأول مرة

(46) رأي المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي في مشروع القانون الإطار لمنظومة التربية والتكوين والبحث العلمي، رأي رقم 2/2016، نونبر 2016، ص 07.

(47) تفروت لحسن، من شروط تجويد التعليم عن بعد في المدرسة المغربية، مجلة منهجيات، العدد 2، خريف 2020، ص 31.

(48) عبد الحق منصف، تعدد النماذج البيداغوجية في المنظومة التربوية الوطنية وسياسات التغيير، مجلة دفاتر التربية والتكوين، العدد 12 أكتوبر 2017، ص 13.

في تاريخ المغرب ضماناً للاستمرارية البيداغوجية⁽⁴⁹⁾ وتفعيلاً لأحكام القانون الإطار 51-17 خاصة تلك المتعلقة منها بتعزيز إدماج تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في النهوض بجودة التعلّيمات، وتنمية وتطوير التعلّم عن بعد، باعتباره مكملاً للتعلّم الحضوري⁽⁵⁰⁾.

المطلب الأول

نظام التعلّم عن بعد: المفهوم والمنطلقات

تمتد جذور التعلّم عن بعد إلى ما يقرب من (160) عاماً على الأقل، فقد ظهر إعلان في إحدى الصحف السويدية في عام 1833 ليعلن عن إمكانية تعلّم اللغة وتركيباتها النحوية عن طريق البريد، وفي عام 1840 سمحت إدارة البريد في إنجلترا والتي كانت في حينها منشأة جديدة لـ Pitman Issac⁽⁵¹⁾ بتقديم تعلّم للاختزال عن طريق المراسلة، وبعدها بثلاثة أعوام تم تقديم التعلّم بطريقة مؤسسية منظمة عن طريق جمعية المراسلة التي أسسها سير "إيزاك بيتمان"⁽⁵²⁾.

يشير مصطلح «التعلّم عن بعد» بمفهومه العريض إلى التعلّم عبر الإنترنت، والتعلّم الإلكتروني، والتعلّم عن طريق المراسلة، والدراسة عن

(49) كوفيد 19: وضع استثنائي وتمرين حقوقي جديد، التقرير السنوي 2020 عن حالة حقوق الإنسان بالمغرب، المجلس الوطني لحقوق الإنسان، مارس 2021، <https://bit.ly/3onP5m6>.

(50) المادة (33) من القانون 51 - 17 المتعلق بمنظومة التربية والتكوين.

(51) Isaac Pitman (4 janvier 1813-22 janvier 1897), fondateur d'une méthode de sténographie connue aujourd'hui sous le nom de sténographie Pitman.

(52) لي آيرز شلوسر ومايكل سيمونسن، نظريات التعلّم عن بعد ومصطلحات التعلّم الإلكتروني، مكتبة بيروت، الطبعة الثانية، مسقط 2013، ص 7.

بُعد، والتعليم المرن، والدورات المكثفة المفتوحة عبر الإنترنت⁽⁵³⁾، ويمكن تعريفه على أنه: "عملية نقل المعرفة إلى المتعلم في موقع إقامته أو عمله، بهدف إيصال المعرفة والمهارات والمواد التعليمية إلى المتعلم باستخدام وسائط وأساليب تقنية مختلفة"⁽⁵⁴⁾، كما يعرف المفهوم على أنه: "طريقة من طرق التدريس التي تسمح لشخص ما بالتعلم بشكل مستقل نسبيًا مع وجود الحد الأدنى من الإكراهات المرتبطة بالوقت والتنقل وبدعم عن بعد من أشخاص ذوي خبرة"⁽⁵⁵⁾.

ويعتبره Henry France وKaye Anthony على أنه نظام معقد يتعارض مع الأنظمة التقليدية للتعلم، ويهدف إلى تنظيم الأنشطة والموارد التربوية التي يستخدمها المتعلم وفقًا لرغباته، بدون أنه يُجبر على الخضوع لقيود الزمان والمكان والعلاقات الناشئة عن تأثير سلطة التدريس التقليدية⁽⁵⁶⁾ كما يعرفه Brje Holmberg بأنه مصطلح يشمل كافة أساليب الدراسة وكل المراحل التعليمية التي لا تتمتع بالإشراف المباشر والمستمر من قبل معلمين يحضرون مع طلابهم داخل قاعات الدراسة التقليدية، ولكن تخضع عملية التعليم

(53) ضمان فعالية التعليم عن بعد في ظل أزمة كوفيد-19: توجيه للمعلمين، منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (UNESCO) 2020، <https://bit.ly/3InhPIT>

(54) التعليم عن بعد، مفهومه، أدواته، إستراتيجياته، دليل لصانعي السياسات في التعليم الأكاديمي والمهني والتقني، منظمة الأمم المتحدة للتربية والتعليم والثقافة UNESCO سبتمبر 2020، <https://bit.ly/339Q3ul>

(55) L'enseignement à distance: Enjeux pédagogiques, syndicaux et sociétaux, publication du comité école et société de la FNEEQ (Fédération nationale des enseignantes et des enseignants du Québec), Rapport présenté au conseil fédéral (1er, 2 et 3 mai 2019), <https://bit.ly/3yEfAY9>.

(56) France Henri et Anthony Kaye, le savoir à domicile : pédagogie et problématique de la formation a distance, presse de l'Université du Québec, télé-université 1985, P: 09.

لتخطيط وتنظيم وتوجيه من قبل مؤسسة تعليمية ومعلمين⁽⁵⁷⁾.

وقد تختلف التعاريف التي توصل لمفهوم التعليم عن بعد، لكنها تتفق جميعها على أن التعليم عن بعد يعتمد على بعدين أساسيين، أولهما يتعلق باستخدام وسائل الاتصال المتعددة سواء المطبوعة أو الإلكترونية، وثانيهما يرتبط بوجود حدود مكانية تفصل المعلم عن المتعلم⁽⁵⁸⁾، فالتعليم عن بعد بالتأكيد ليس مجرد "تحميل" المحتوى، ولكنه مفهوم يؤسس لشكل جديد من التعلم باستخدام أدوات مبتكرة، تساهم في إبراز أهمية التفاعلات بين المعلمين والطلاب، والأدوات التقنية، ومحتوى التدريب⁽⁵⁹⁾.

المطلب الثاني

نظام التعليم عن بعد في المغرب:

التدابير التنظيمية وآليات التنزيل

في ظل ما آلت إليه الأوضاع التعليمية بعد انتشار وباء كورونا، ومانتج عنه من إغلاق للمدارس والمؤسسات التعليمية، أصبح تأمين استمرارية التعلم خلال فترة تعطيل الدراسة أولوية بالنسبة للحكومات حول العالم،

Hédia El Aoud Bahloul, Enseignement à distance : définition du concept, réalité, (57) et principaux défis pour les acteurs du processus éducatif (Tunisie- exemple), journal of human resources development for studies and research, Democratic Arabic Center, Fifteenth Issue - Berlin January 2022, P: 163.

قودة عزيزودهمي زينب، التعليم عن بعد في الجامعة الجزائرية في ظل أزمة جائحة Covid19- تصفح سوسيولوجي لبعض الدراسات في المواقع الإلكترونية، مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 13 العدد 04، أكتوبر 2021، ص 465.

Yaprak Türkân Yücelin-Ta, Difficulties encountered by students during distance education in times of confinement in Turkey, Educational Research and Reviews, vol.16, no.3, March 2021, pp: 88. (59)

فلجأت الكثير منها إلى استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات للتخفيف من آثار الجائحة على منظومة التربية والتكوين⁽⁶⁰⁾، إلا أن الأمر كان معقدًا جدًا بالنسبة للعديد من الدول النامية والفقيرة التي كانت تعاني من ضعف شديد في أنظمتها الصحية، والاقتصادية، والاجتماعية، قبل أزمة الجائحة وبعدها⁽⁶¹⁾.

وفي هذا السياق، واجه المغرب التحديات الناتجة عن جائحة كورونا بفرض مجموعة من التدابير الصارمة لفرض حجر صحي تقييدي، فبعد أن استوعبت السلطات المغربية بسرعة خطورة الوضع، سارعت إلى إعلان حالة الطوارئ الصحية⁽⁶²⁾ لمدة شهر مع إغلاق الحدود الوطنية واتخاذ تدابير لدعم الاقتصاد والتشغيل، ودعم الفئات الهشة، إلى جانب فرض قيود على حرية التنقل والتجمع والتظاهر⁽⁶³⁾.

لقد أدت الانعكاسات السلبية لجائحة كورونا على قطاع التربية والتكوين

(60) التعليم أثناء جائحة كوفيد - 19 وما بعدها، موجز سياساتي، الأمم المتحدة أغسطس 2020، <https://bit.ly/3xUuMA5>.

(61) علي أسعد وطفة، هواجس التعليم عن بعد في ظل جائحة كورونا وإشكالياته في البلدان النامية، دليل التربية والتنوير، 3 يناير 2021، <https://bit.ly/3xUDmyK>، (تاريخ الاطلاع: 19 فبراير 2022).

(62) مرسوم بقانون رقم (292,20,2) صادر في 28 من رجب 1441 (23 مارس 2020) يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، والمرسوم رقم (293,20,2) صادر في 29 من رجب 1441 (24 مارس 2020) بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا - كوفيد 19.

(63) تدبير حالة الطوارئ الصحية بالمغرب: الحكامة الأمنية وحقوق الإنسان، تقرير مركز دراسات حقوق الإنسان والديمقراطية، يوليو 2020، <https://bit.ly/3sPs8uX>.

إلى اعتماد التعليم عن بعد كخيار إستراتيجي لتعويض التعليم الحضوري، كما تم وضع خطة عمل على المدى القصير لضمان الاستمرارية البيداغوجية بالمؤسسات التعليمية، ولضمان نجاح هذه المقاربة ونجاحاتها، عملت الوزارة الوصية على اتخاذ مجموعة من التدابير، من أهمها بث الدروس المصورة عبر القنوات التلفزية، وتوفير المضامين الرقمية، بالإضافة إلى إمكانية تنظيم أقسام افتراضية عبر المنصات الإلكترونية المخصصة لهذا الغرض⁽⁶⁴⁾.

وفي هذا الصدد، تم يوم 16 مارس 2020 إعطاء إنطلاقة عملية التعليم عن بعد من خلال إطلاق البوابة الإلكترونية TelmidTICE، والتي توفر مضامين رقمية مصنفة تغطي كافة الأسلاك و المواد الدراسية⁽⁶⁵⁾، وقد بلغ معدل المستعملين لهذه المنصة حوالي (600) ألف مستعمل(ة) يومياً، كما بلغ مجموع الموارد الرقمية المصورة التي تم إنتاجها (3000) مورداً.

وشرعت الوزارة في التاريخ نفسه في بث الدروس المصورة، في مرحلة أولى، عبر "القناة الثقافية"، ثم تلتها "قناة العيون" ابتداء من الثلاثاء 24 مارس 2020⁽⁶⁶⁾، وقد وصل عدد الدروس اليومية التي تبثها القنوات التلفزية الوطنية الثلاث إلى (56) درساً كل يوم بما مجموعه (730) درساً منذ انطلاقة هذه العملية. كما بلغ عدد الدروس المصورة التي تم

(64) حسن بلحياح، رهانات التعليم عن بعد في المغرب، مرجع سابق. <https://bit.ly/3mMILDw>

(65) بلاغ وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي بتاريخ 16 مارس 2020، <https://bit.ly/3HZtd7C>.

(66) الحصيلة المرحلية لعملية التعليم عن بعد، بلاغ وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي بتاريخ 02 أبريل 2020؛ <https://bit.ly/3revIvZ>.

إنتاجها إلى غاية الأربعماء فاتح أبريل 2020 حوالي (2600) درسًا على المستوى المركزي والجهوي والإقليمي⁽⁶⁷⁾.

كما أطلقت وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي عبر منظومة taalim.ma العمل بالخدمة التشاركية Teams المدمجة في منظومة مسار، والتي توفر وظائف مهمة تمكن الأساتذة من التواصل مع التلاميذ، وكذا تنظيم دورات للتعليم عن بعد عبر أقسام افتراضية تتيح إمكانية مشاركة التلاميذ في العملية التعليمية التعلمية⁽⁶⁸⁾.

المبحث الثالث

الأطفال ذوي الإعاقة ومبدأ المساواة في الولوج إلى الحق في التعليم في ظل الجائحة

برزت في السنوات الماضية جملة من التحديات والمشاكل التي تواجه الأشخاص ذوي الإعاقة في الوصول إلى تعليم جيد وعادل، وقد ظهرت هذه التحديات بشكل جلي في مرحلة الانتقال إلى التعليم عن بعد في ظل جائحة كورونا، بالرغم من وجود اتفاقيات دولية تلزم الدول الأطراف بتكفل نظامًا تعليميًا جامعيًا على جميع المستويات وتعلمًا مدى الحياة⁽⁶⁹⁾، وقد يجد المتعلمون ذوو الإعاقات المختلفة أنفسهم مستبعدين من التعلم إذا لم يكن

(67) المرجع نفسه.

(68) بلاغ وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي بتاريخ 23 مارس 2020.

(69) التعليم عن بعد وأثره على الطلاب ذوي الإعاقة البصرية والسمعية خلال جائحة كوفيد-19 في محافظة الزرقاء، ورقة سياسات، معهد غرب آسيا وشمال أفريقيا، عمان كانون الأول 2020، <https://bit.ly/3H0HFvc>

متاحًا وسهل الوصول إلى المواد التعليمية، وإستراتيجيات التواصل لأولئك الذين لا يستطيعون الوصول إلى الإنترنت⁽⁷⁰⁾.

المطلب الأول

مبدأ المساواة في الولوج إلى الحق في التعليم في ضوء اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة

يندرج تأهيل وتعليم الأشخاص في وضعية إعاقة ضمن حقوقهم الأساسية التي تضمنها المرجعيات التشريعية الوطنية والدولية. وقد كانت المملكة المغربية من الدول السبّاقة إلى التوقيع على الاتفاقية الدولية، لتعزيز حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، يوم 30 مارس 2007، إلى جانب انضمامها إلى البروتوكول الاختياري الملحق بها (2009) من منطلق التزامها بحماية الحقوق الكونية للإنسان والنهوض بها، ومنع ومناهضة كل أشكال التمييز⁽⁷¹⁾.

ويتفاهم تهميش الأطفال ذوي الإعاقات بسبب المفهوم السائد للإعاقة على أنه شكل من أشكال الضعف، وافترض أن المدرسة ليست إلا سببًا للتنشئة الاجتماعية للطلاب ذوي الإعاقة وليس للتعليم. فحرمان الأطفال ذوي الإعاقة من الحق في التعليم يعزز المواقف والافتراضات الشائعة بتضاؤل قدرتهم، ما يضعهم في أوضاع غير مواتية بشكل أكبر⁽⁷²⁾.

(70) أيمن قويدري، ذوي الإعاقة في زمن فيروس كورونا - كوفيد 19، شبكة تأمين التعليم، 11 أبريل 2020، <https://bit.ly/3gWbRx8>، (تاريخ الاطلاع : 17 فبراير 2022).

(71) رأي المجلس في موضوع تعليم الأشخاص في وضعية إعاقة نحو تربية دامجة، منصفة وناجعة، رأي رقم 4/201، المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي، يونيو 2019، <https://bit.ly/3uVAbr5>.

(72) شارلوت ماكلين-نهلابو، القطعة المفقودة: التعليم الشامل لذوي الإعاقة،

وعادة ما اعتمدت الأنظمة المدرسية نهجاً واحداً من المناهج المختلفة الثلاثة للأشخاص ذوي الإعاقة وهي: الاستبعاد والفصل والإدماج، وقد أضفت اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لسنة 2006 صفة الإلزام قانوناً على مفهوم "النظم التعليمية الجامعة"، التي اعترفت بها بوصفها الوسيلة الوحيدة لضمان الحق في التعليم لجميع التلاميذ، بمن فيهم ذوو الإعاقة، دون تمييز وعلى قدم المساواة مع الآخرين. وبعبارة أخرى، جرى التشديد في الاتفاقية على أن الحق في التعليم هو في الواقع الحق في التعليم الجامع⁽⁷³⁾.

وتنص الفقرة (2) من المادة رقم (24) من اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة على عدم استبعاد الأشخاص ذوي الإعاقة من النظام التعليمي العام، وهو ما يعني عدم استبعادهم من المدارس العادية على أساس أي إعاقة، كما أن الدول ملزمة أيضاً بموجب هذه المادة بإعمال هذا الحق لتيسير ولوج هذه الفئة إلى تعليم جامع جيد ومجاني في الابتدائي والثانوي على قدم المساواة مع الآخرين⁽⁷⁴⁾.

ورغم التقدم المحرز في إعمال الحق في التعليم بموجب اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة وانخراط الدول الأطراف في تنفيذ مقتضياتها والوفاء بالتزاماتها، إلى أن مجموعة من العقبات تعترض سبيل ولوج فئات

مدونات البنك الدولي، 6 ديسمبر 2018، <https://bit.ly/3H1KH2f>، (تاريخ الاطلاع: 18 فبراير 2022).

(73) دراسة مواضيعية عن حق الأشخاص ذوي الإعاقة في التعليم، تقرير مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، الجمعية العامة للأمم المتحدة، مجلس حقوق الإنسان، 18 ديسمبر 2013، <https://bit.ly/3I3Afc5>

(74) المادة رقم (24) من اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لسنة 2006، <https://bit.ly/3JABIMB>

عريضة من الأشخاص في وضعية إعاقة، إلى تعليم جيد ومتاح على أساس مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين الجميع، وذلك بسبب تأثير العديد من العوامل نذكر منها⁽⁷⁵⁾:

أ - الإخفاق في فهم أو تنفيذ نموذج الإعاقة القائم على مقارنة حقوق الإنسان.

ب - استمرار التمييز ضد الأشخاص في وضعية إعاقة، إضافة إلى العزلة التي يعاني منها الذين لا يزالون يعيشون في مؤسسات الرعاية طويلة الأمد.

ت - ضعف تملك المعارف ذات الصلة بطبيعة وميزة التعليم الشامل ذي النوعية الجيدة.

ث - القصور في البيانات المصنفة وفي البحوث وهو ما يعيق وضع سياسات وبرامج لتعزيز التعليم الشامل للجميع.

ج - عدم وجود إرادة سياسية حقيقية لإعمال الحق في التعليم وتمكين فئة الأشخاص في وضعية إعاقة من الولوج إلى تعليم جيد ومنصف ومتكافئ.

ح - عدم ملاءمة وكفاية آليات التمويل التي تتيح الحوافز والترتيبات التيسيرية المعقولة لإدماج الطلبة ذوي الإعاقة، والتنسيق بين الإدارات الحكومية والدعم والاستدامة.

خ - عدم وجود سبل انتصاف قانونية وآليات للمطالبة بالجبر الفعال في حالة وقوع انتهاكات.

(75) التعليق العام رقم 4 (2016) بشأن الحق في التعليم الشامل للجميع، الأمم المتحدة، اللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، رقم الوثيقة: CRPD/C/GC/4، 25 نوفمبر 2016، <https://bit.ly/357ScHU>.

المطلب الثاني

أثر نظام التعليم عن بعد على نفاذ مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص في ولوج الأطفال ذوي الإعاقة للحق في التعليم بالمغرب

رغم وجود إطار تشريعي مشجع، ووجود إستراتيجيات وطنية تتطور بشكل إيجابي⁽⁷⁶⁾، فإن ولوج الأطفال في وضعية إعاقة للتعليم يبقى أحد التحديات الكبرى في المغرب، فمن بين (640,407) طفل في وضعية إعاقة الذين تراوح أعمارهم بين 4 و 15 سنة 2014، 1، 55% فقط هم الذين دخلوا المدرسة، كما يعيش الأطفال ذوي الإعاقة غير المتمدرسين تمييزاً مزدوجاً، فهم يتقاسمون مع أقرانهم الحواجز نفسها التي تعيق ولوجهم إلى مؤسسات التربية والتكوين (أطفال العالم القروي، ومشاكل تدرس الفتاة، الخ)، ويعانون، زيادة على ذلك، من صعوبات خاصة ترتبط بإعاقتهم (التصورات الاجتماعية، والولوجيات بالمدرسة...)⁽⁷⁷⁾.

كما يزيد من تعقيد وضعية تدرس الأطفال ذوي الإعاقة، عدم وجود أطر تربوية متخصصة وذات كفاءة ملائمة بحسب نوعية الإعاقة، وغياب الدعم الفردي والتربوي للأطفال المتمدرسين في وضعية إعاقة، وعدم توافر

(76) قامت وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي بوضع "البرنامج الوطني للتربية الدامجة لفائدة التلميذات والتلاميذ في وضعية إعاقة"، والذي يروم تعزيز الجهود الهادفة إلى تحقيق المساواة في ولوج المدرسة ودعم التمدريس في صفوف التلميذات والتلاميذ في وضعية إعاقة، من خلال إرساء عدة تدابير وإجراءات مؤسسية وبيداغوجية انطلاقاً من الموسم الدراسي 2019-2020.

(77) تقييم نموذج تربية الأطفال في وضعية إعاقة في المغرب نحو تربية دامجة، تقرير المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي، الرباط 2019، <https://bit.ly/3BGbbW3>.

مؤسسات ومراكز لتقديم الدعم النفسي والرعاية الاجتماعية لهذه الفئة، لا سيما في الوسط القروي، وضعف انخراط القطاع الخاص في الجهود الرامية إلى دمج وتعليم الأطفال ذوي الإعاقة، وغياب بنيات داعمة للتدريس، كالداخليات ودور الطلبة، وضعف التمويلات المرصودة من صندوق التماسك الاجتماعي، أو ما يماثله من مبادرات، للجمعيات العاملة في هذا الميدان⁽⁷⁸⁾.

وقد ساهمت جائحة كوفيد - 19 في تعميق الإكراهات المرتبطة بولوج الأطفال ذوي الإعاقة إلى الحق في التعليم بشكل متساو وعادل مع باقي أقرانهم، فبالرغم من المجهودات التي بذلتها الوزارة الوصية لتأمين الاستمرارية البيداغوجية خلال فترة الجائحة، إلا أنه لم يتم الأخذ بعين الاعتبار وضعية التلاميذ والطلبة ذوي الإعاقات "الخفيفة" أثناء الحجر الصحي، إذ لم يتم إجراء أي تهيئة خاصة أو تكييف ملائم لوضعهم خلال فترة توفير الدروس عن بعد، فأغلب الأسر التي لديها أطفال ذوي إعاقة تكون إما أسراً فقيرة أو في وضعية هشاشة، وبالتالي فلا يمكنها اقتناء جهاز حاسوب أو هاتف ذكي أو حتى جهاز تلفزيون في بعض الأحيان⁽⁷⁹⁾.

من جهة أخرى، فقد شملت الانعكاسات السلبية للجائحة فئة المتعلمين الحاملين لإعاقات "متوسطة"، حيث توقفت الخدمات المقدمة لهذه الفئة خلال فترة الحجر الصحي من قبيل الترويض، وإعادة التأهيل، بسبب إغلاق أقسام الإدماج المدرسي، كما حرم العديد من الأطفال ذوي

(78) رأي المجلس في موضوع: تعليم الأشخاص في وضعية إعاقة نحو تربية دامجية،

منصفة وناجعة، مرجع سابق، <https://bit.ly/3uVAbr5>

(79) الانعكاسات الصحية والاقتصادية والاجتماعية لفيروس كورونا "كوفيد19"

والسبل الممكنة لتجاوزها، مرجع سابق، <https://bit.ly/3uVAbr5>

الإعاقات " العميقة " من متابعة دراستهم بسبب الجائحة، بعد أن انقطعت المراكز المتخصصة والتي تشرف عليها جمعيات المجتمع المدني، عن توفير الدعم النفسي والرعاية الاجتماعية لفائدة هذه الشريحة من الأطفال، و تأثرت كذلك فئات الأطفال من ذوي الإعاقة السمعية الذين يعتمدون على قراءة الشفاه من وضع جميع الناس الكمامات على وجوههم، مما أعاق هؤلاء الطلاب عن جزء كبير من برامج تعليمهم⁽⁸⁰⁾.

ونافذة القول، أن نظام التعليم عن بعد لم ينجح إلى حد كبير في تحقيق مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتدربين وخاصة الأطفال ذوي الإعاقة، حيث ساهمت الجائحة بشكل كبير في تعميق المشاكل والإكراهات التي تعاني منها هذه الفئة رغم المجهودات التشريعية واللوجستية التي تم تبنيها لتعميم التعليم عن بعد، فالتفاوتات المجالية والاجتماعية بين الأسر وآثار الفجوة الرقمية بين الوسط القروي والحضري، وضعف البنية التحتية المتعلقة بتوفير التكنولوجيات الرقمية، بالإضافة إلى ضعف تكوين المدرسين على استخدام الأقسام الافتراضية للتواصل مع المتعلمين خاصة الأطفال ذوي الإعاقة، كلها عوامل ساعدت على تكريس عدم المساواة في الولوج إلى الحق في التعليم، وحرمت فئات عريضة من الأطفال ذوي الإعاقة من الوصول إلى المقررات والبرامج الدراسية.

(80) طارق عبد المجيد، تأثير جائحة كورونا على الطلاب ذوي الاحتياجات الخاصة، مدونة تعليم جديد، 05 نوفمبر 2020، <https://bit.ly/3H3bdbu>، (تاريخ الاطلاع: 19 فبراير 2022).

الخاتمة

لم يكن تعليق أو انتهاك الكثير من الحقوق والحريات في زمن جائحة كورونا (COVID-19) الحدث التاريخي الأول من نوعه، فحقوق الإنسان لم تكن أبداً في وضع مقبول إنسانياً قبل هذه الجائحة، غير أن خرقها خضع في كل مرة لسياقات تختلف سياسياً واستراتيجياً من حيث طبيعتها ودوافعها ومبرراتها وأهدافها⁽⁸¹⁾، ولا يشكل الحق في التعليم استثناء للحقوق التي تم تقييدها خلال فترة الطوارئ، فقد دفعت الجائحة السلطات العمومية إلى تعليق الدراسة الحضورية في جميع المؤسسات التعليمية العمومية والخاصة، مما ساهم في حرمان شرائح واسعة من المتعلمين من الولوج إلى تعليم جيد ومنصف وشامل على أساس مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين الجميع.

وتعتبر فئة الأطفال ذوي الإعاقة من أكثر الفئات الهشة التي تضررت من الجائحة، وخاصة بعد إقرار نظام التعليم عن بعد كبديل للتعليم الحضوري، حيث عمقت الأزمة البوائية الاختلالات البنيوية التي تعاني منها السياسات التعليمية الموجهة لهذه الفئة، والتي تتسم بالمحدودية في استحضار متطلبات هذه الشريحة خلال إعداد البرامج والخطط المدرسية والقصور في تكييف المناهج التربوية، وعدم القدرة على استهداف كل أنواع الإعاقة وإدماجها في الوسط المدرسي، مع الأخذ بعين الاعتبار لخصوصيات كل نوع على حدة.

فنظام التعليم عن بعد وبالرغم من المكتسبات المهمة التي تم ترصيدها بتبني هذه التجربة لأول مرة بالمغرب في سياق مضطرب وصمته سرعة تفشي

(81) زياد حميدان، حالة الاستثناء في زمن الجائحة حقوق الإنسان بين الواقع والمآل مقارنة سوسولوجية، منشورات مؤسسة الحق 2020، <https://bit.ly/3v3awge>.

الوباء وآثاره السلبية على قطاع التربية والتكوين، قد ساهم في تكريس اللامساواة الرقمية في أعمال الحق في التعليم خاصة لدى الأطفال ذوي الإعاقة، حيث لم يستجب هذا النظام لمبدأ تكافؤ الفرص الذي تم تبنيه في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان وفي الرؤية الإستراتيجية للإصلاح 2015 - 2030، ومقاصد القانون الإطار 17-51 المتعلق بمنظومة التربية والتكوين، كما لم يراع هذا النظام الفوارق المجالية والاجتماعية بين الأسر المغربية خاصة في الوسط القروي، وعطل هذا النظام أقسام الإدماج ومراكز الدعم الاجتماعي الخاصة بالأطفال ذوي الإعاقة بدون البحث عن بدائل مناسبة لتأمين ولوج هذه الفئة إلى الدروس والموارد الرقمية في ظل الهشاشة الاجتماعية للأسر، ومحدودية تملكها للوسائل والآليات الرقمية.

وعلى العموم، ومن خلال تقييمنا في هذه الدراسة لمدى استفادة الأطفال ذوي الإعاقة من حقهم الأصيل في الولوج إلى تعليم جيد ومتكافئ خلال فترة الجائحة، يمكننا استخلاص مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات التي من شأنها تحسين جودة التعلّيمات والارتقاء بمستوى تفعيل آليات التعليم عن بعد التي تستهدف هذه الفئة:

- تكييف المناهج والخطط المدرسية مع السياقات التي تفرضها الأزمات الوبائية، وذلك باستحضار الإكراهات التي تحول دون إدماج فئة الأطفال ذوي الإعاقة في برامج التعليم عن بعد، وتقاسم التجارب الفضلى في تدبير التعلّيمات خلال فترة الجائحة.
- استكمال الأوراش الحكومية المفتوحة في مجال الرقمنة وتعزيز الإطار القانوني والتشريعي المتعلق بتوظيف التكنولوجيات الرقمية في قطاع التربية والتكوين.
- تكثيف الدورات التكوينية الخاصة بتطوير مهارات الأساتذة والمربين

- في مجال تصميم وإنتاج المحتويات الرقمية والبرامج التفاعلية التي تواكب سياقات التعليم عن بعد وتستهدف فئة الأطفال ذوي الإعاقة.
- تخصيص دعم مالي وتقني مباشر لفائدة الأطفال ذوي الإعاقة لتذليل الفوارق الاجتماعية والمجالية خاصة بالوسط القروي، وتوفير بنية تحتية مناسبة تسمح بالولوج بشكل عادل متساو إلى البرامج والموارد الرقمية.
- تعزيز تعبئة الفاعلين والشركاء حول إدماج فئة الأطفال ذوي الإعاقة في مسار التعليم عن بعد، وذلك بتمويل المبادرات الرامية إلى تمكين هذه الفئة من الوسائل اللوجستية الضرورية للولوج إلى المنصات الرقمية، وتعميق الوعي الأسري بأهمية الثقافة الرقمية للتصدي للانعكاسات الاجتماعية للجائحة.

المراجع المعتمدة

المؤلفات :

- غسان الكحلوت، العمل الإنساني: الواقع والتحديات، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الطبعة الأولى، الدوحة أكتوبر 2020
- لي آيرز شلوسر ومايكل سيمونسن، نظريات التعليم عن بعد ومصطلحات التعليم الإلكتروني، مكتبة بيروت، الطبعة الثانية، مسقط 2013.
- نوار بدير، مدى انسجام إعلان حالة الطوارئ مع القانون الأساسي الفلسطيني والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان لمواجهة انتشار فيروس كورونا (كوفيد-19)، منشورات مركز جنيف لحوكمة قطاع الأمن 2020.

المقالات العلمية والأوراق البحثية:

- أحمد البوز، الدستور وتدابير الأزمات، قراءة في القواعد المنظمة لحالة الطوارئ الصحية، في كتاب: حالة الطوارئ الصحية، التدابير القانونية والاقتصادية والسياسية وأبعادها، مؤلف جماعي الجزء الأول، منشورات مركز تكامل للدراسات والأبحاث، فبراير 2020.
- تفروت لحسن، من شروط تجويد التعليم عن بعد في المدرسة المغربية، مجلة منهجيات، العدد 2، خريف 2020.
- حامد عامر، الحق في التعليم: أسسه، سياقاته وإشكالياته، ورقة مقدمة ضمن المؤلف الجماعي: الحق في التعليم: رؤى وتوجهات، المركز القومي للبحوث التربوية بالتعاون مع مكتب اليونسكو الإقليمي بالقاهرة، الطبعة الأولى - القاهرة 2008.
- حسن بلحياح، رهانات التعليم عن بعد في المغرب، في مؤلف جماعي: الدليل المعرفي لجائحة كوفيد 19 لجامعة محمد الخامس بالرباط المعرفة والابتكار والخبرة في مواجهة وباء كوفيد 19: نحو خروج سريع من الأزمة تحليل التداعيات واقتراح الحلول، جامعة محمد الخامس - الرباط، 10 يوليو 2020.
- خالد أعبو، المدرسة بين إرادة الديمقراطية وواقع إعادة الإنتاج، مجلة المدرسة المغربية، العدد 8/7، نونبر 2017.
- الخمار العلمي، المريطوقراطية واللامساواة العادلة، مجلة المدرسة المغربية، عدد مزدوج 8/7، منشورات المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي، نونبر 2017.

- زياد حميدان، حالة الاستثناء في زمن الجائحة حقوق الإنسان بين الواقع والمآل مقارنة
سوسيولوجية، منشورات مؤسسة الحق 2020، <https://bit.ly/3Irc7iL>
- سرور طالبي، تقييد الحق في التنقل في ظل الحجر الصحي، مركز جيل البحث العلمي
سلسلة كتاب أعمال المؤتمرات، العام التاسع - العدد 31 - أبريل 2021.
- صباح صالح الشجراوي، تكافؤ الفرص التعليمية من خلال التعليم عن بعد في ظل
جائحة كورونا من وجهة نظر الطلبة، المجلة العربية للنشر العلمي، العدد 23،
أيلول 2020.
- عبدالحق منصف، تعدد النماذج البيداغوجية في المنظومة التربوية الوطنية وسياسات
التغيير، مجلة دفاتر التربية والتكوين، العدد 12 أكتوبر 2017.
- عبدالمعمر عبد الوهاب العامر، حق التعليم في العراق في ضوء مخرجات التعليم الأولي
للعام الدراسي 2015-2016، ورقة مقدمة إلى أشغال المؤتمر الدولي المحكم:
تطوير الأنظمة التعليمية العربية، طرابلس لبنان 22-23 مارس 2019. مركز
جيل للبحث العلمي، سلسلة كتاب أعمال المؤتمرات، العام السابع - العدد
25، مارس 2019.
- عبدالمعمر كيوة، القيود الدستورية في تحديد القانون لضوابط الحقوق والحريات
الأساسية في الدساتير الحديثة بالبلدان العربية: دراسة مقارنة، الكتاب السنوي
للمنظمة العربية للقانون الدستوري: 2015-2016، المنظمة العربية للقانون
الدستوري، تونس 2017
- عيد أحمد الحسينان، حق التعليم في النظم الدستورية المعاصرة دراسة تحليلية مقارنة،
مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 39، العدد 1 سنة 2012.
- فاطمة لمححر، حقوق الإنسان في ظل جائحة كورونا، المركز العربي للبحوث
والدراسات، 21 نونبر 2020.
- قودة عزيزو دهيمي زينب، التعليم عن بعد في الجامعة الجزائرية في ظل أزمة جائحة
Covid-19 تصفح سوسيولوجي لبعض الدراسات في المواقع الإلكترونية، مجلة
الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 13 العدد 04، أكتوبر 2021.
- مخاط محمد ثامر، حق التعليم في المواثيق الدولية والإقليمية والدساتير العربية
والعراقية: دراسة تطبيقية على واقع التعليم في العراق، مجلة كلية التربية للعلوم
الصرفة، المجلد 1، العدد 1 (31 مارس/ آذار 2010).

- نسمة الحلبي، إغلاق المدارس وضرورة إعمال الحق في التعليم، مجلة فصلية حقوق الإنسان الفلسطيني، العدد 64 شتاء 2019.
- نوار بدير، الحق في التعليم، سلسلة أوراق عمل بيزيت للدراسات القانونية (9/2017)، وحدة القانون الدستوري كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيزيت 2017.
- يوسف البحيري، تدابير حالة الطوارئ لمكافحة جائحة فيروس كورونا والحريات العامة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الثامنة - ملحق خاص - العدد 6 - شوال 1441هـ - يونيو 2020.

التقارير الدولية:

- الانعكاسات الصحية والاقتصادية والاجتماعية لفيروس كورونا "كوفيد 19" والسبل الممكنة لتجاوزها، تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، إحالة رقم 2020/28.
- تدبير حالة الطوارئ الصحية بالمغرب: الحكامة الأمنية وحقوق الإنسان، تقرير مركز دراسات حقوق الإنسان والديمقراطية، يوليو 2020.
- التعليق العام رقم 4 (2016) بشأن الحق في التعليم الشامل للجميع، الأمم المتحدة، اللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، 25 نوفمبر 2016.
- التعليم أثناء جائحة كوفيد - 19 وما بعدها، موجز سياساتي، الأمم المتحدة، أغسطس 2020.
- التعليم عن بعد وأثره على الطلاب ذوي الإعاقة البصرية والسمعية خلال جائحة كوفيد-19 في محافظة الزرقاء، ورقة سياسات، معهد غرب آسيا وشمال إفريقيا، عمان كانون الأول 2020.
- التعليم عن بعد، مفهومه، أدواته، إستراتيجياته، دليل لصانعي السياسات في التعليم الأكاديمي والمهني والتقني، منظمة الأمم المتحدة للتربية والتعليم والثقافة UNESCO، سبتمبر 2020.
- تفادي ضياع جيل الكورونا: خطة النقاط الست للاستجابة والتعافي ووضع رؤية جديدة لعالم ما بعد الجائحة لكل طفل، منظمة الأمم المتحدة للطفولة (اليونيسف)، نيويورك، تشرين الثاني / نوفمبر 2020.

- التقرير العالمي لرصد التعليم، التعليم الشامل للجميع:الجميع بلا استثناء، منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة UNESCO، الطبعة الأولى 2020.
- تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في التعليم: تعزيز وحماية جميع حقوق الإنسان المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك الحق في التنمية الحق في التعليم في ظل حالات الطوارئ، مجلس حقوق الإنسان الدورة الثامنة، 20 ماي 2008.
- تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في التعليم: إمكانية التفاضل بشأن الحق في التعليم، الجمعية العامة للأمم المتحدة - مجلس حقوق الإنسان، 10 ماي 2013.
- تقييم نموذج تربية الأطفال في وضعية إعاقة في المغرب نحو تربية دامجة، تقرير المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي، الرباط 2019.
- جائحة كورونا: صدمات التعليم والاستجابة على صعيد السياسات، مجموعة البنك الدولي، 7 ماي 2020.
- حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في سياق مكافحة الإرهاب، مذكرة الأمين العام للأمم المتحدة، الدورة الحادية والستون للجمعية العامة للأمم المتحدة، 20 سبتمبر 2006.
- دراسة مواضيعية عن حق الأشخاص ذوي الإعاقة في التعليم، تقرير مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، الجمعية العامة للأمم المتحدة، مجلس حقوق الإنسان، 18 ديسمبر 2013.
- رأي المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي في مشروع القانون الإطار لمنظومة التربية والتكوين والبحث العلمي، رأي رقم 2/2016، نونبر 2016.
- رأي المجلس في موضوع تعليم الأشخاص في وضعية إعاقة نحو تربية دامجة، منصفة وناجعة، رأي رقم 4/201، المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي، يونيو 2019.
- ضمان فعالية التعليم عن بعد في ظل أزمة كوفيد-19: توجيه للمعلمين، منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (UNESCO) 2020.
- كوفيد 19: وضع استثنائي وتمارين حقوقي جديد، التقرير السنوي 2020 عن حالة حقوق الإنسان بالمغرب، المجلس الوطني لحقوق الإنسان، مارس 2021.

النصوص القانونية :

- مرسوم بقانون رقم (292,20,2) صادر في 28 من رجب 1441 (23 مارس 2020) يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها.
- مرسوم رقم (293,20,2) صادر في 29 من رجب 1441 (24 مارس 2020) بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا - كوفيد 19.

مقالات الرأي :

- أيمن قويدري، ذوي الإعاقة في زمن فيروس كورونا - كوفيد 19، شبكة تأمين التعليم، 11 أبريل 2020، <https://bit.ly/3gWbRx8>، (تاريخ الإطلاع : 17 / 02 / 2022).
- شارلوت ماكلين-نهلابو، القطعة المفقودة: التعليم الشامل لذوي الإعاقة، مدونات البنك الدولي، 6 ديسمبر 2018، <https://bit.ly/3H1KH2f>، (تاريخ الاطلاع : 18 فبراير 2022).
- طارق عبد المجيد، تأثير جائحة كورونا على الطلاب ذوي الاحتياجات الخاصة، مدونة تعليم جديد، 05 نوفمبر 2020، <https://bit.ly/3H3bdbu>، (تاريخ الاطلاع : 19 فبراير 2022).
- علي أسعد وطفة، هواجس التعليم عن بعد في ظل جائحة كورونا وإشكالياته في البلدان النامية، دليل التربية والتنوير، 3 يناير 2021، <https://bit.ly/3xUDmyK>، (تاريخ الاطلاع : 19 فبراير 2022).

OUVRAGES :

- DE LAUBADERE (André), **Traité élémentaire de droit administratif**, 7ème ed, L.G.D.J, Paris, 1976, p.277.
- Maurice Hauriou, **Précis élémentaire de droit constitutionnel**, 2^e édition. (Paris : Recueil Sirey, 1930), p.158

Articles :

- Dominique Rousseau, **L'état d'urgence, un état vide de droit(s)**, C.E.R.A.S «Revue Projet», 2006/2 n° 291, pages 19.
- France Henri et Anthony Kaye, **le savoir à domicile : pédagogie et problématique de la formation a distance**, presse de l'Université du Québec, télé-université 1985
- Hédia El Aoud Bahloul, **Enseignement à distance : définition du concept, réalité, et**

principaux défis pour les acteurs du processus éducatif (Tunisie- exemple), journal of human resources development for studies and research, Democratic Arabic Center, Fifteenth Issue - Berlin January 2022

- Yaprak Türkân Yücelsin-Ta°, **Difficulties encountered by students during distance education in times of confinement in Turkey**, Educational Research and Reviews, vol.16, no.3, March 2021

Rapports :

- L'enseignement à distance : Enjeux pédagogiques, syndicaux et sociétaux, publication du comité école et société de la FNEEQ (Fédération nationale des enseignantes et des enseignants du Québec), Rapport présenté au conseil fédéral (1er, 2 et 3 mai 2019),
- Report of the Committee on the Rights of the Child on its General Discussion on the Right of the Child to Education in Emergencies Situation, 49th Session, 3 October 2008
- UN Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, August 2002-July 2008.

اقتناء الأجانب للعقارات لأغراض دبلوماسية ودينية

القاسمي مصطفى*

الملخص

يقتضي نظام البعثات الدبلوماسية الدائمة أن يكون لها مقرات دبلوماسية وأمكنة خاصة بها تستخدمها في ممارسة مهامها ونشاطاتها وفي اتصالاتها وصلاتها بالدولة المضيقة وغيرها من البعثات الأجنبية والمنظمات الدولية، بحيث أن أول ما تتطلبه البعثة التي تستقر في أية دولة هو حيازة مقرات ومباني للقيام بأنشطتها الدبلوماسية والإدارية ومساكن لأعضاء البعثة.

ولقد حثت الاتفاقيات الدبلوماسية والقنصلية الدول المضيقة على تسهيل مسطرة اقتناء العقارات من البعثات الدبلوماسية الأجنبية للقيام بمصالحها ومهامها.

حيث تكاد تجمع تشريعات الدول على شرط المعاملة بالمثل وأيضا الإذن السابق في حيازة العقارات من طرف البعثات الدبلوماسية الأجنبية، وبعضها يحدد المساحة المسموح تملكها، وفي حدود الحاجة.

(*) طالب باحث بسلك الدكتوراه، جامعة محمد الخامس بالرباط، كلية الحقوق والاقتصاد - اكدال، المملكة المغربية.

كما ينطوي نفس الامر على اقتناء الأجنب غير المسلمين الأراضي والعقارات من أجل تخصيصها لممارسة الشعائر الدينية، اذ يلتزم الأمر تحديد نظام قانوني يحدد إجراءات اقتناءها وشروط تخصيصها، وكذا كل تعديل يدخل عليها سواء من حيث التوسيع أو الترميم أو الهدم إلا ويخضع لأحكام قانونية صريحة بما يضمن كفالة تكريس سيادة الدولة في مراقبة وتبعية ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين. الكلمات المفتاحية: الأجنب، حيازة العقارات، البعثات الدبلوماسية، القنصليات والسفارات، ممارسة الشعائر الدينية، الكنائس ودور العبادة والمقابر.

Abstract

The system of permanent diplomatic missions requires that they have diplomatic headquarters and places of their own that they use in the exercise of their tasks and activities and in their communications and links with the host country and other foreign missions and international organizations so that the first thing that the mission that settles in any country is the possession of headquarters and buildings to carry out its diplomatic and administrative activities and residences for members of the mission.

Diplomatic and consular agreements have urged the host countries to facilitate the process of acquiring real estate from foreign diplomatic missions to carry out their interests and tasks.

Where the legislation of countries is almost unanimous on the condition of reciprocity and also the previous permission to possess real estate by foreign diplomatic missions, some of them specify the area allowed to be owned, and within the limits of need.

The same matter also involves non-Muslim foreigners acquiring land and real estate in order to allocate them to the practice of religious rites as the order is obligated to specify a legal system that defines the procedures for their acquisition and the conditions for their allocation as well as any modification made to it whether in terms of expansion restoration or demolition unless it is subject to explicit legal provisions in a manner that guarantees Ensuring the consolidation of state sovereignty in monitoring and tracking the practice of religious rites for non-Muslims.

Key words: Foreigners, possession of real estate, diplomatic missions, consulates and embassies, practicing religious rites, churches, places of worship and cemeteries.

هناك حقيقة ثابتة لا يختلف اثنان على صحتها، وهي أن البشرية جبلت على الحاجة لبعضهم البعض من أجل تبادل المنافع والمصالح، والتي تتزايد حيناً بعد حين بتزايد تطور المجتمعات نفسها وحاجياتها، وهو المعطى القانوني الذي ينطبق على العلاقات الدبلوماسية التي تعتبر أداة الاتصال بين أشخاص القانون الدولي العام، لكونها تساهم في تشجيع العلاقات وتوطيدها وإنمائها في المجالات كافة، بما في ذلك تسهيل التبادل الاقتصادي والتجاري والثقافي بين البلدين.

وتبعاً لذلك يكون مهماً خلق نواة البعثات الدبلوماسية لتبادل المصالح والتفاوض في أوقات السلم والحرب بين الدول، بحيث لا يمكن تصور في العصر الحالي أي دولة ذات سيادة بدون سفارات وقنصليات، إلا وترسل دبلوماسيين وقناصل إلى دول أخرى تقوم بتنظيم العلاقات وإدارتها معها.

ومن المؤكد أن مزاولة البعثات الدبلوماسية لأنشطتها ووظائفها يقتضي توفير تسهيلات وامتيازات من طرف الدولة المضيئة، أهمها تسهيل اقتناء العقارات لأداء مهامها، والسكن لأعضائها، سواء بالتملك أو الإيجار أو بأي صيغة قانونية أخرى.

ومما لا ريب فيه أن اقتناء الأجانب للعقارات لا يكون فقط لأغراض دبلوماسية، وإنما يتعدد حسب رغباتهم وحاجياتهم، بحيث يشكل الغرض الديني إحداها، إذ لا يمكن تصور ممارسة الشعائر الدينية والعقائدية من طرف الأجانب خارج دور العبادة والكنائس والمقابر.

وعلى هذا النحو تبرز أهمية تناول موضوع اقتناء الأجانب للعقارات لأغراض دبلوماسية ودينية في كون العقار يشكل آلية مادية أساسية في تسهيل

أداء الأجانب لأغراضهم الدينية والدبلوماسية، إذ بدون عقارات ومباني لإقامة سفارات وقنصليات ودور عبادة وكنائس ومقابر لا يمكن الحديث عن وجود قنوات الاتصال الدبلوماسية عن قرب بين الدول، ولا يمكن القول أن هناك ممارسة الشعائر الدينية والعقائدية على أرض الواقع.

ونتيجة لما تقدم ذكره، تبرز إشكالية الدراسة حول: مدى خضوع العمليات العقارية التي ينجزها الأجانب لأغراض دبلوماسية ودينية لرقابة الدولة؟

ولبحث هذه الإشكالية ندرس في مرحلة أولية أحكام اقتناء الأجانب للعقارات لأغراض دبلوماسية (المبحث الأول)، وفي مرحلة ثانية نسلط الضوء على أحكام اقتناء الأجانب للعقارات لأغراض دينية (المبحث الثاني)، وذلك من خلال توظيف المنهج التحليلي في تحليل النصوص وشرحها، والمنهج الاستقرائي، بحيث سيتم عرض النصوص القانونية محل الدراسة واستقراءها واستنباط مدلولاتها والتعليق عليها، بما يمكننا من تكوين تصور واضح ودقيق ومحدد للكيفية التي نظم بها المشرع المغربي أحكام اقتناء الأجانب للعقارات لأغراض الدبلوماسية ودينية.

المبحث الأول

أحكام اقتناء الأجانب للعقارات لأغراض دبلوماسية

مما لا شك فيه أن طبيعة العمل الدبلوماسي تقتضي أن يكون لكل بعثة دبلوماسية مقر خاص بها في إقليم الدولة الموفدة إليها، فلها أن تمارس فيه مهامها باسم الدولة المعتمدة والحفاظ على مصالحها ومصالح رعاياها، كما تجعل من هذا المقر مكاناً يحتفظ فيه بالوثائق الرسمية الخاصة بعملها وتتخذ مركزاً لها في علاقاتها المباشرة بحكومة الدولة الموفدة إليها، ومنبراً تعبر منه

عن مواقفها الدولية تجاه ما يحدث على تراب الدولة المعتمد لديها ، أو تلك التي تحدث على الساحة الدولية.

ولأن الأمر كذلك سوف نتناول أحكام اقتناء الأجانب للعقارات لإقامة مقرات لبعثاتها الدبلوماسية في ضوء اتفاقيات فيينا للعلاقات الدبلوماسية والقنصلية (المطلب الأول)، على أن نعرض على أحكام اقتناء الأجانب للعقارات لإقامة المقرات الدبلوماسية في التشريع المغربي والمقارن (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أحكام اقتناء الأجانب للعقارات في اتفاقيات فيينا للعلاقات الدبلوماسية والقنصلية

يقتضي نظام البعثات الدبلوماسية الدائمة أن يكون لها مقرات دبلوماسية⁽¹⁾ وأمكنة خاصة بها تستخدمها في ممارسة مهامها ونشاطاتها وفي

(1) المقرات الدبلوماسية هي أماكن خاصة تستخدمها البعثات الدبلوماسية في أدائها لمهامها ونشاطاتها، بحيث تشمل هذه الأماكن أو المقرات المباني وأجزاء الأبنية والأراضي الملحقة بها، بغض النظر عن مالكةا المستخدمة في أغراض البعثة بما فيها منزل رئيس البعثة: راجع المادة (3) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية 1961 التي دخلت حيز التنفيذ في 24 أبريل 1964. وتشمل أيضًا مكاتب أخرى تكون جزءًا من البعثة، تنشئها في غير الأماكن التي أنشئت فيها البعثة، وذلك برضى الدولة المعتمد لديها، ويعتبر المقر أهم هذه الأماكن تستخدمه البعثة كمركز لها في عاصمة الدولة المعتمد لديها. علي حسين الشامي، الدبلوماسية، دار الثقافة، عمان، 2011، ص 482.

- أنواع المقرات الدبلوماسية:

- القنصليات: يقصد بالقنصلية بعثة دائمة تبعث بها دولة ما إلى دولة أخرى لتمثيلها والدفاع عن مصالحها وهي وإن كانت تتبع وزارة الخارجية التي تعين

اتصالاتها وصلاتها بالدولة الموفدة إليها وبغيرها من البعثات الأجنبية والمنظمات الدولية، بحيث أن أول ما تتطلبه البعثة التي تستقر في أي دولة هو حيازة مقرات ومباني للقيام بأنشطتها الدبلوماسية والإدارية ومساكن لأعضاء البعثة⁽²⁾.

وفي هذا الصدد أقرت اتفاقية (25) من فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961، على مبدأ عام بشأن التسهيلات الممنوحة للبعثة الدبلوماسية لممارسة عملها، إذ من الواجب على الدول المعتمد لديها منح التسهيلات

موظفيها وتشرف عليها، إلا أن مهمتها ليست مهمة دبلوماسية وإنما يغلب على مهامها الصفة الاقتصادية والإدارية ورعاية شؤون المواطنين، ومتابعة علاقاتهم مع الدولة المعتمد لديها. راجع سهيل حسين الفتلاوي، الدبلوماسية، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان، 2006، ص 227.

- السفارات: هي عبارة عن إدارة دبلوماسية يمثل أعضائها دولتهم في دولة أخرى، أي بعثة دبلوماسية تبعث بها دولة ما إلى دولة أخرى لتمثيلها والدفاع عن مصالحها، ولتسهيل أعمال وشؤون مواطنيها المقيمين في الدولة المضيفة، وعادة تكون السفارة بعاصمة الدولة المضيفة وبطبيعة الحال وجودها دليل على وجود اعتراف وعلاقات دبلوماسية بين الدولتين. راجع على صادق أبو هيف، القانون الدبلوماسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 10.

- الفرق بين القنصلية والسفارة:

السفارة هي البعثة الدبلوماسية من دولة إلى دولة أخرى لتمثيلها الدبلوماسي، والقنصلية تكون تابعة للسفارة لتسهيل عملها بتخفيف الضغط عنها وتسهيل الشؤون الإدارية.

ومن الممكن أن يكون لدولة ما سفارة واحدة في دولة أخرى وعدة قنصليات منتشرة في تلك الدولة في حال كانت دولة كبيرة، وقد يكون هناك قنصلية في دولة تابعة لسفارة بلادها في دولة أخرى. راجع على يوسف الشكري، الدبلوماسية في عالم متغير، إيتراك للطباعة والنشر مصر، 2004، ص 71.

(2) وسيم حسام الدين الأحمد، الحصانات القانونية، منشورات الحلبي القانونية، لبنان، 2010، ص 27.

كافة بغية إنجاز البعثة لوظائفها على أفضل وجه كممثلة لدولها، ومن المؤكد أن أمر حصول الدول على عقارات لإقامة مقرات دبلوماسية يشكل أحد التسهيلات التي يجب على الدولة الموفدة إليها العزم على تيسير اقتنائها وحيازتها.

وبدورها أكدت المادة رقم (21) من الاتفاقية نفسها على هذه النقطة، ونصت على أنه: "

- يجب على الدولة المعتمد لديها، وفي حدود ما تسمح به تشريعاتها، أن تيسر للدولة المعتمدة أن تحوز في أراضيها المباني اللازمة لبعثتها، أو أن تسهل لها العثور على مباني بطريقة أخرى.

- كما يجب عليها أيضًا إذا ما استدعى الأمر مساعدة البعثات للحصول على مساكن ملائمة لأعضائها".

وبناء عليه يتوجب على الدولة المعتمد لديها مساعدة الدولة المعتمدة في الحصول على المباني لبعثتها ومساكن مناسبة لأعضائها.

إلا أن ما تجب الإشارة إليه أن المادة أعلاه لم تحدد الصيغ القانونية التي تقتني بها البعثات هذه العقارات، وهل يقصد بذلك فقط حق إيجارها، أم أن الأمر ينصرف إلى اقتنائها ملكية تامة دون أي قيد؟

وفي اعتقادي أن الاتفاقية تركت أمر تحديد الصيغ القانونية لحيازة العقارات من طرف البعثات إلى الأنظمة الوطنية، مراعية في ذلك الاختلاف بين قوانين الوطنية المنظمة لاكتساب الملكية العقارية من حيث شروط تملك العقارات، والسماح بإيجارها، ومساحة المسموح بها وأماكن تشييدها، ورخص بنائها.

وهو ما يفيد أن حصول البعثات الدبلوماسية على عقارات لأداء

وظائفها يجب أن يحصل في إطار شرعي وتنظيمي للدولة الموفدة إليها، بغض النظر عن مقتضيات المادة أعلاه التي لا تشكل سوى القاعدة العامة.

ومن بين التساؤلات التي يمكن طرحها في موضوع اقتناء البعثات الدبلوماسية للعقارات: هو هل بإمكان الدولة الوافدة أن تختار المكان الذي يجب أن تقيم فيه بعثتها الدبلوماسية في الدولة المعتمد لديها؟

بدون شك فإن الممارسة العملية قد أبانت على أن مباني البعثات الدبلوماسية ومكاتبها تكون في العاصمة، إلا أنه استثناء يمكن للدولة الوافدة إنشاء مكاتب تابعها في أي مكان آخر بعد الحصول على سابق من الدولة المعتمد لديها، وهذا المعطى القانوني أقرت به المادة رقم (12): "ليس للدولة المعتمدة، بدون الحصول مقدماً على موافقة الدولة المعتمد لديها أن تنشئ مكاتب تابعة لبعثتها في أماكن أخرى غير التي توجد فيها البعثة".

ومن جهة ثانية يثار تساؤل آخر حول امتداد مباني أو طبيعة عقارات البعثة، بحيث هل تعتبر كل العقارات التي تقتنيها الدول المعتمدة بمثابة مباني دبلوماسية تتمتع بالحقوق والامتيازات نفسها التي تتمتع بها العقارات، والتي تعتبر في حكم بعثات دبلوماسية؟

حسب مدلول المادة الأولى من الاتفاقية أعلاه، فإن اصطلاح مباني البعثة يشمل: "المباني وأجزاء المباني والأراضي الملحقة بها التي تستعملها البعثة، أيًا كان المالك، كما تشمل مقر إقامة رئيس البعثة".

وبناء عليه يدخل في حكم مباني البعثة جميع المباني أو أجزاء المباني المستعملة لحاجات البعثة، والتي تكون إما ملكية الدولة المعتمدة أو لطرف ثالث يديرها لحسابه، وإذا تعلق الأمر بعمارة، فيقصد بذلك الأرض التي حولها وتوابعها الأخرى، بما فيها الحديقة ومرافق السيارات.

إلا أن الضرورة تحتم بأن يكون لطاغم البعثة مكاتب خاصة بها، وخاصة التي تقدم خدمات مفتوحة للجمهور، مثل المكتبات، والمراكز الثقافية، ومكاتب المعلومات والدعاية، والمفوضات التجارية ومعارضها، ومتاحف، ومنتزهات سياحية وترفيهية.

وفي اعتقادي أن المعيار المحدد للمباني التي تعتبر امتداد للبعثة الدبلوماسية هو معيار الوظيفة، بحيث إذا كان المبنى أو العقار داخلاً في الوظائف الاعتيادية للبعثة الدبلوماسية من أجل القيام بمهامها الضرورية، فيعتبر امتداداً للبعثة الدبلوماسية.

وعليه فإن الصيغة الجديرة بالاعتبار في تحديد ما يدخل في حكم مباني البعثة، هي أن تضع كل بعثة سجل محدد بامتداد مبانيها الدبلوماسية، وأن تترك للدولة الموفدة إليها تحديد طبيعة هذا المبنى من حيث اعتباره مبنى دبلوماسياً أم لا.

ومن جهتها حثت اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963 الدول الموفدة إليها، تيسير قدر الإمكان الذي يسمح به قانونها الداخلي للدولة المفيدة؛ حيابة العقارات الضرورية للبعثة القنصلية ومساكن لأعضائها، وهو المقتضى القانوني الذي كرسه المادة رقم (30) والتي تنص على أنه: "

- 1 - يجب على الدولة الموفدة إليها-في حدود قوانينها ولوائحها-أن تيسر للدولة الموفدة حيابة المباني اللازمة للبعثة القنصلية في أراضيها، أو أن تساعد في العثور على مبانٍ بأي طريقة أخرى.
- 2 - ويجب عليها كذلك-إذا لزم الأمر- أن تساعد البعثة القنصلية في الحصول على مساكن ملائمة لأعضائها".

ويستخلص من نص المادة أعلاه، بأنه من الواجب على الدولة الموفدة إليها القيام بمساعدة الدولة الموفدة في إيجاد مقر لبعثاتها القنصلية، ويجب

عليها عند الاقتضاء مساعدة أعضاء البعثة في الحصول على السكن اللائق بها⁽³⁾، وبطبيعة الحال يترتب عن ذلك التزام قانوني على الدولة الموفد إليها باحترام حرمة هذه المباني، وتوفير الحماية اللازمة لها⁽⁴⁾.

وعلى خلاف اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961، كرست اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963⁽⁵⁾ بشيء من التفصيل والدقة قواعد عامة حول أحكام حيازة وإنشاء بعثات قنصلية في الدول الموفدة، إذ:

- لا يمكن إنشاء بعثة قنصلية على أراضي الدولة الموفد إليها إلا بموافقة هذه الدولة.

- يحدد مقر البعثة القنصلية ودرجتها ودائرة اختصاصها بمعرفة الدولة الموفدة، وبعد موافقة الدولة الموفد إليها.

(3) وبطبيعة الحال تكون عقارات المقام عليها هذه المقرات مملوكة أو مستأجرة، وتخضع في ذلك إلى أحكام وقوانين الدولة الموفد لديها تطبيقاً لمبدأ سيادة الدولة على تنظيم حق التملك العقاري على أراضيها. حامد شادية، المعاملات العقارية للأجانب في التشريع الجزائري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون، تخصص قانون عقاري، جامعة العربي التبسي تبسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية-الجزائر، 2016/2017، ص 73.

(4) حيث تنص المادة رقم (22) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961 على أنه: "تتمتع مباني البعثة بالحرمة وليس لممثلي الحكومة المعتمد لديها الحق في دخول مباني البعثة إلا إذا وافق على ذلك رئيس البعثة. على الدولة المعتمدة لديها التزام خاص باتخاذ كافة الوسائل اللازمة لمنع اقتحام أو الإضرار بمباني البعثة، وبصيانة أمن البعثة من الاضطراب أو من الحط من كرامتها. لا يجوز أن تكون مباني البعثة أو مفروشاتها أو كل ما يوجد فيها من أشياء أو كافة وسائل النقل، عرضة للاستيلاء أو التفتيش أو الحجز لأي إجراء تنفيذي".

- المحتوى نفسه بخصوص حرمة مباني القنصلية أكدت عليه المادة رقم (31) من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية.

(5) دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في 19 مارس 1967.

- لا يمكن للدولة الموفدة إجراء أي تعديل لاحق لمقرر أو درجة اختصاص البعثة القنصلية إلا بموافقة الدولة الموفد إليها.
- ينبغي كذلك الحصول على موافقة الدولة الموفد إليها إذا أرادت قنصلية عامة أو قنصلية، افتتاح نيابة قنصلية أو وكالة قنصلية في منطقة غير التي توجد هي فيها.
- وينبغي أيضًا الحصول على موافقة صريحة وسابقة من الدولة الموفد إليها، لفتح مكتب يكون تابعًا لقنصلية قائمة ولكن خارج مقرها.
- وعليه يكون على الدولة الوافدة الحصول على إذن سابق لإنشاء بعثة قنصلية، أو تحديد مكان تشييدها، أو أي تعديل لمقرها، أو افتتاح نيابة أو وكالة أو مكتب تابع لها، إلا ويستلزم الحصول على موافقة أولية من طرف الدولة الموفد إليها.
- وتبعًا لذلك نتسأل عن كيفية تنظيم المشرع المغربي والتشريعات المقارنة حق الدول الأجنبية في حيازة العقارات لإنشاء مقرات دبلوماسية؟

المطلب الثاني

أحكام اقتناء الأجانب للعقارات لإقامة المقرات الدبلوماسية في التشريع المغربي والمقارن

البادئ ذي بدء أن المشرع المغربي على غرار باقي التشريعات المقارنة مصادق على اتفاقيات فيينا للعلاقات الدبلوماسية والقنصلية، وبالتالي فإن الدولة المغربية تكون ملزمة قانونًا في حدود ما يسمح به التشريع الداخلي بتسهيل وتيسير للدولة الأجنبية أحقية تملك العقارات أو كرائها لإقامة مقراتها الدبلوماسية من قنصليات وسفارات ومساكن لأعضاء الطاقم الدبلوماسي لبعثتها.

وطبعًا وفي غياب نص صريح ينظم بشكل دقيق شروط اقتناء الدول الأجنبية العقارات لإقامة مقراتها الدبلوماسية من حيث المساحة المسموح بها، وأماكن تشييدها وتنازل عليها وتغييرها وعدد ملحقاتها...، فلا يسعنا سوى العودة إلى القاعدة العامة الواردة في الفصل الأول من الظهير الشريف رقم (1,59,171) بتاريخ 4 ذي القعدة 1378 (12 ماي 1959) بشأن العمليات العقارية التي تحققها دولة أجنبية أو مؤسسة عمومية أجنبية⁽⁶⁾، الذي ينص على أنه: "تخضع لسابق إذن جميع العمليات العقارية التي تحققها دولة أجنبية أو مؤسسة عمومية أجنبية سواء كانت تلك العمليات تشمل أملاكًا محفظة أو أملاكًا غير محفظة.

ويقصد بالعمليات العقارية ما يأتي:

أولاً: التخلي أو الاقتناء بعوض أو بدونه وبوجه عام جميع المعاملات بخصوص نقل الملكيات من أي نوع كانت.

ثانيًا: حصص المساهمة في شركة.

ثالثًا: تأسيس حقوق ارتفاقية أو عينية.

رابعًا: الأكرية لمدة تتجاوز ثلاث سنوات.

وعليه فإن جميع المعاملات التي تنصب على نقل الملكيات من أي نوع كانت، والتي تنجزها الدول الأجنبية فيما يخص اقتناء العقارات لإقامة مقرات ومساكن لبعثاتها الدبلوماسية يخضع لإذن سابق، باستثناء العمليات العقارية المنصبة على الأكرية لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، هي غير مشمولة بضرورة الحصول على إذن السابق.

(6) الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 24 يوليوز 1959.

والجدير بالملاحظة أن الفصل أعلاه جاء بقاعدة عامة مفادها أن جميع العمليات العقارية التي تحققها الدول الأجنبية تخضع لإذن السابق، وهو مقتضى قانوني محمود، من جهة باعتباره إجراء احترازي ورقابي وأمني وسياسي يهدف إلى بسط سيادة الدولة على كل عملية تنجزها دول أجنبية على إقليمها، وخاصة اقتناء العقارات لأغراض دبلوماسية.

أما بخصوص المسطرة والجهة المختصة بإصدار الإذن، فقد أشار الفصل (2) من الظهير نفسه إلى أن الإذن المذكور المقرر في الفصل الأول أعلاه، يطلب ويسلم ضمن الشروط التي يتحدد بموجب مرسوم.

وفي هذا الشأن كرس المشرع مرسوم رقم 0381-59-2 بتاريخ 4 ذي القعدة 1378 (12 ماي 1959) في تحديد شروط تطبيق الظهير الشريف رقم 171-5-1 الصادر في 4 ذي القعدة 1378 الموافق 12 ماي 1959 المتعلق بالعمليات العقارية التي تنجزها دولة أو مؤسسة عمومية أجنبية⁽⁷⁾، حيث ينص الفصل الأول على أن طلب الحصول على سابق الإذن يودع لدى وزارة المالية-مصلحة الأملاك المخزنية ويعطي عنه وصلاً، ويبين في الطلب المذكور نوع المعاملة وكذا الحالة القانونية للملك المعني بالأمر.

وتبت في الطلب وزارة المالية بناء على موافقة لجنة تتركب من الأعضاء الآتي ذكرهم:

- نائب رئيس الوزارة، وزير الاقتصاد الوطني والمالية أو ممثله بصفته رئيساً؛
- ممثل عن الديوان الملكي؛
- ممثل لوزير الخارجية؛

(7) الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 24 يوليوز 1959.

- ممثل لوزير الداخلية؛
- ممثل لوزير الدفاع الوطني؛
- ممثل لوزير الفلاحة؛
- ممثل لوزير الأشغال العمومية⁽⁸⁾.

بالإضافة إلى ذلك يمكن للجنة أن تضم عند الاقتضاء باقتراح من رئيسها كل عضو آخر ترى في مساعدته فائدة.

وفضلاً عن ذلك تكون وزارة المالية ملزمة بالإجابة على الطلب داخل أجل (6) شهور تبتدئ من تاريخ توصلها بالطلب إما بالقبول أو رفض الإذن بالعملية العقارية المنوي إنجازها، ويعتبر عدم الرد في ظرف هذا الأجل بمثابة الإذن⁽⁹⁾.

وبطبيعة الحال فإن جميع العمليات المنجزة خلافاً للمقتضيات الواردة في الظهير أعلاه تبطل بصفة مطلقة وتكون عديمة المفعول ولو بين الفريقين⁽¹⁰⁾.

(8) الفصل (2) من مرسوم رقم 0381-59-2 بتاريخ 4 ذي القعدة 1378 (12 ماي 1959) في تحديد شروط تطبيق الظهير الشريف رقم 171-5-1 الصادر في 4 ذي القعدة 1378 الموافق 12 مايو 1959 المتعلق بالعمليات العقارية التي تنجزها دولة أو مؤسسة عمومية أجنبية.

(9) الفصل (2) من مرسوم رقم 0381-59-2 بتاريخ 4 ذي القعدة 1378 (12 ماي 1959) في تحديد شروط تطبيق الظهير الشريف رقم 171-5-1 الصادر في 4 ذي القعدة 1378 الموافق 12 مايو 1959، المتعلق بالعمليات العقارية التي تنجزها دولة أو مؤسسة عمومية أجنبية.

(10) الفصل (3) من ظهير شريف رقم 1,59,171 بتاريخ 4 ذي القعدة 1378 (12 ماي 1959)، بشأن العمليات العقارية التي تحقّقها دولة أجنبية أو مؤسسة عمومية أجنبية، المقصود بالعمليات العقارية.

إلا أن ما يعاب على المشرع هو تقييد وزارة المالية بأجل (6) شهور من أجل الرد على طلب الحصول على إذن السابق، دون تحديد أجل القانوني لاجتماع اللجنة المذكورة لإعطاء الموافقة، دون أن يحدد النصاب القانوني لصحة الموافقة، ومدى تأثير غياب عضو من اللجنة على صحة الموافقة أو في عدم موافقته.

والجدير بالملاحظة أيضًا، هو عدم فرض التزامات وقيود على هذه الأشخاص العمومية الأجنبية، فيما يخص القيود الواردة التصرفات اللاحقة بإنجاز العمليات العقارية، والتي من شأنها ضمان استمرار المراقبة المستمرة على العمليات العقارية التي ينجزها هذه الأشخاص العمومية لفائدة الغير.

حيث حسب مقتضيات الفصل الأول من ظهير 12 ماي 1959، يخضع كل تخلي عن عقارات من طرف البعثات الدبلوماسية سواء بعوض أو بدونه إلى إذن سابق، طبقًا للإجراءات المسطرية الواردة في مرسوم 12 ماي 1959 المحدد لشروط تطبيق ظهير المتعلق بالعمليات العقارية التي تنجزها دولة أو مؤسسات عمومية.

وفي منظوري أن اقتناء العقارات لإقامة مقرات دبلوماسية يحتاج إلى نص فريد يحدد كيفية اقتنائها، والمساحة المسموح بها، وما إذا كان الأمر يتعلق بتفويت عقارات لفائدة هذه الدول بالمجان في إطار المعاملة بالمثل⁽¹¹⁾.

(11) ويقصد بشرط المعاملة بالمثل أن تعامل الدولة الأجنبية المعاملة نفسها التي يعامل بها رعاياها في إقليم دولة هذا الأجنبي. للتفصيل بشأن مبدأ المعاملة بالمثل، يراجع هشام علي صادق، الجنسية ومركز الأجنبي، المجلد الثاني، مركز الأجنبي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1977، ص 170 وما بعدها. ويلاحظ أن مبدأ المعاملة بالمثل لا يخلق لذاته الحق الذي يتمتع به الأجنبي،

وعلى نقيض المشرع المغربي الذي أخضع اقتناء العقارات لأغراض دبلوماسية لنص عام، نظمت بعض التشريعات المقارنة بشكل صريح الوضعية القانونية لاقتناء الدول الأجنبية العقارات، من أجل إقامة مقرات للبعثات الدبلوماسية، وهو المعطى القانوني الذي بلوره المشرع الكويتي في المادة الثانية من قانون رقم (74) لسنة 1979 بشأن تنظيم تملك غير الكويتيين للعقارات والمعدل بموجب قانون رقم (119) لسنة 1986 بأنه: "يجوز للدول العربية والأجنبية أن تملك العقار المخصص لسفاراتها أو مفوضيتها وقنصليتها، وكذلك سكن رئيس البعثة الدبلوماسية بشرط المعاملة بالمثل وصدور الإذن لها بالتملك، على ألا تزيد مساحة العقار أو العقارات المراد اكتساب ملكيتها على 4000 متر مربع للدولة الواحدة".

ولقد كرس المشرع السوري شرطي الإذن السابق و المعاملة بالمثل⁽¹²⁾ والحاجة في القانون رقم (11) لسنة 2011 الذي ينظم تملك الأشخاص غير السوريين طبيعيين كانوا أم اعتباريين للحقوق العينية العقارية في الجمهورية العربية السورية، حيث جاء في المادة الأولى على أنه: "مع مراعاة كل من

لأنه ليس مصدرًا لهذا الحق بل شرط لتقريره، حيث يتوقف هذا التمتع على مسلك دولة هذا الأجنبي مع الرعايا التابعين للدولة التي تأخذ بهذا المبدأ. أحمد قسمت الجداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية ومركز الأجنبي، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة 1979، ص 349.

(12) يقصد بالإذن السابق استصدار ترخيص أو رخصة إدارية من وزارة الخارجية للدولة الموفدة إليها أو الجهات الإدارية المختصة بالموافقة على تملك عقار لأجل استغلاله في الأنشطة الدبلوماسية والقنصلية.

ويقصد بالمعاملة بالمثل أن تقوم الدولة الموفد إليها بمنح البعثات الدبلوماسية الأجنبية حق تملك للعقارات بالصورة والقيود بنفسها التي يتمتع بها بعثاتها الدبلوماسية لدى الدولة الوافدة إليها من حيث الشروط والمساحة والمكان...

المرسوم التشريعي رقم (41) تاريخ 14 / 5 / 1972 وتعديلاته، والقانون رقم (41) تاريخ 26 / 10 / 2004 وتعديلاته، والمرسوم التشريعي رقم (8) تاريخ 27 / 1 / 2007 وتعديلاته، والقانون رقم (32) تاريخ 14 / 12 / 2007 وتعديلاته، يجوز إنشاء أو تعديل أو نقل أي حق عيني عقاري في أراضي الجمهورية العربية السورية لاسم أو لمنفعة شخص غير سوري طبيعياً كان أم اعتبارياً وفق الأحكام التالية:

أ -

ب - تملك البعثات الدبلوماسية والقنصلية والهيئات والمنظمات العربية والإقليمية والدولية والمراكز الثقافية مقرات لها، أو لسكن رؤسائها أو أعضائها داخل المخططات التنظيمية للوحدات الإدارية أو البلديات وفقاً للحاجة، ولا يتم التملك إلا بموافقة مسبقة من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الخارجية، بشرط المعاملة بالمثل بالنسبة للبعثات الدبلوماسية والقنصلية والمراكز الثقافية.

وأخذ المنظم السعودي بشروطي المعاملة بالمثل والإذن السابق في المادة الثالثة من نظام تملك غير السعوديين للعقار واستثماره لسنة 2000 والتي تنص على أنه: "يجوز -على أساس المعاملة بالمثل- للتمثليات الأجنبية المعتمدة بالمملكة تملك المقر الرسمي ومقر السكن لرئيسها وأعضائها، ويجوز للهيئات الدولية والإقليمية في حدود ما تقضي به الاتفاقيات التي تحكمها تملك المقر الرسمي لها، وذلك كله بشرط الحصول على ترخيص من وزير الخارجية.

بينما اكتفى المشرع المصري بشرط المعاملة بالمثل في المادة الثالثة قانون رقم (230) لسنة 1996 بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية

والأراضي الفضاء، والتي تنص على أنه⁽¹³⁾: "لا يخضع تملك العقارات المبنية والأراضي الفضاء للشروط الواردة في هذا القانون في حالة ما إذا كانت ملكية العقار لحكومة أجنبية لاتخاذها مقررًا لبعثتها الدبلوماسية، أو القنصلية، أو ملحقاتها، أو لسكنى رئيس وأعضاء البعثة، وذلك بشرط المعاملة بالمثل، أو كانت الملكية بإحدى الإدارات أو المنظمات الدولية أو الإقليمية".

وتبعًا لذلك تكون التشريعات المقارنة التي تناولناها أعلاه أكثر وضوحًا في موضوع ملكية العقارات لإقامة مقرات دبلوماسية، بحيث تكاد تجمع كلها على شرط المعاملة بالمثل، وأيضًا الإذن السابق، وبعضها يحدد المساحة المسموح تملكها، وفي حدود الحاجة، كما أن البعض منها نظم بالإضافة إلى ذلك ملكيات العقارات لفائدة المنظمات الدولية أو الإقليمية، والتي يسري عليها ما يسري على المقرات الدبلوماسية العائدة للدول الأجنبية.

(13) الشروط الواردة في المادة رقم (2) من القانون أعلاه والتي لا تسري على الأشخاص المشار إليهم في المادة (3) هي:

- أن يكون التملك لعقارين على الأكثر في جميع أنحاء الجمهورية بقصد السكنى الخاصة له ولأسرته، وذلك دون إخلال بحق تملك العقارات اللازمة لمزاولة النشاط الخاص المرخص به من السلطات المصرية المختصة، ويقصد بالأسرة الأزواج والأبناء القصر.

ألا تزيد مساحة كل عقار على أربعة آلاف متر مربع؛

ألا يكون العقار من العقارات المعتبرة آثارًا في تطبيق أحكام قانون حماية الآثار؛

ولرئيس مجلس الوزراء استثناء من الشرطين الواردين بالبندين 1 و2 من هذه المادة في الحالات التي يقدرها؛

ولمجلس الوزراء أن يضع شروطًا وقواعد خاصة بالتملك في المناطق السياحية والمجمعات العمرانية التي يحددها؛

المبحث الثاني

أحكام اقتناء الأجانب للعقارات لأغراض دينية

من المعلوم أن حرية المعتقد وممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين وطقوسها تكتسي أهمية بالغة في مجال الحريات العامة وحقوق الإنسان، حيث سعت الصكوك الدولية المعنية بحقوق الإنسان إلى ضمان ممارستها وحمايتها، وكذا الشرائع السماوية، وعلى رأسها الدين الإسلامي والقوانين الوضعية، ومن ضمنها الفصل (3) من الدستور المغربي لسنة 2011 الذي ينص على أنه: "الإسلام دين الدولة، والدولة تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية".

ونظرًا لخصوصيات ممارسة الشعائر الدينية وطقوسها التي لا يمكن تصور ممارستها خارج المباني ودور العبادة والكنائس ومقابر للدفن الموتى، فإنه يكون لزامًا على الأجانب لممارسة شعائرهم الدينية اقتناء عقارات وأراضي ومباني لأجل ذلك، وهو المعطى الذي يدفعنا إلى بسط تساؤل مهم حول: ما هي أحكام اقتناء الأجانب للعقارات لأغراض دينية في التشريع المغربي (المطلب الأول) والمقارن (المطلب الثاني)؟

المطلب الأول

أحكام اقتناء الأجانب للعقارات لأغراض دينية في التشريع المغربي

تعتبر حرية المعتقد من الحقوق اللصيقة بالإنسان، وترتبط ارتباطًا وثيقًا مع باقي الحريات الأخرى، كحرية التعبير والتعليم والإعلام، سواء منها الفردية أو الجماعية، بحيث تعد ممارسة الشعائر الدينية الجانب العملي لحرية المعتقد.

وفي هذا الصدد كرست المواثيق الدولية والاتفاقيات الأممية⁽¹⁴⁾،

(14) يؤكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، على منح الأشخاص حريات وحقوق أساسية، ومنها تلك المتعلقة بحق الإنسان في العقيدة، وأداء العبادات، وممارسة الشعائر الدينية، دون قيد أو شرط أو تمييز. خالد مصطفى فهمي، الحماية القانونية للمعتقدات وممارسة الشعائر الدينية وعدم التمييز في إطار الاتفاقيات الدولية والقانون الوضعي والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة طبعة الأولى دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2012، ص55.

وقد نصت المادة الثانية من الإعلان عن حق كل إنسان بالتمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة فيه، دون تمييز يكون مرده العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، ونصت المادة السابعة منه على المساواة أمام القانون وضمنت لهم الحق في التمتع بحماية متكافئة دون تفرقة.

- كما نصت المادة رقم (18) من الإعلان بأن لكل شخص الحق في حرية التفكير والضمير والدين، اعتناق أي دين دون قيد أو شرط، كما جاء فيها الحق في الإعراب عن الدين، وذلك إنما يكون من خلال إقامة شعائره والتفقه فيه سرًا أو علانية، وبشكل فردي أو جماعي، ففحوى هذه المادة يتضمن حق كل إنسان بالجهر بدينه.

يؤكد الإعلان المتعلق بالقضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائم على أساس الدين أو لتمييز الديني والمعتقدي الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 1981 عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في المادة الأولى على حق كل إنسان في حرية الدين، واختياره وإظهاره عن طريق العبادة وممارسة الشعائر والتعلم سواء بمفرده أو مع جماعة، وتعلمه سواء بمفرده أو مع جماعة، سرًا أو جهراً، وجاء في المادة الثانية منه على عدم التمييز بسبب الدين والمعتقد، وأكدت المادة السادسة منه على حرية ممارسة الشعائر وإقامة وصيانة المؤسسات، واقتناء المواد والأشياء الضرورية المتصلة بالطقوس أو عادات الدين أو معتقد ما، وحرية كتابة وإصدار منشورات حول هذه المجالات وحرية تعلم الدين أو المعتقد في مكان مناسب يليق بالغرض، وطلب مساهمات مالية من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، ومراعاة أيام الراحة والاحتفال بالأعياد وإقامة الشعائر وفقاً لتعاليم دين الشخص ومعتقده.

سواء منها تلك الأومية أو الإقليمية حق ممارسة الشعائر الدينية، واهتمت به وضمنته، وكفلته لجميع البشر بالتساوي، فنادت بأن من حق كل إنسان أن يعتقد الدين الذي يرتضيه لنفسه والعقيدة التي يؤمن بها، وكذا أداء طقوسها، وممارسة شعائرها، شريطة التقيد بالنظام العام، والآداب العامة والصحة العامة، واحترام خصوصيات الآخرين⁽¹⁵⁾.

ووفقاً للفقرة الثالثة من المادة الأولى من الإعلان المتعلق بالقضاء على

(15) من جملة المواثيق الاتفاقيات الدولية التي كفلت ضمانات ممارسة الشعائر الدينية وهي:

ميثاق الأمم المتحدة الصادر بتاريخ 06 أبريل 1945.

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948.

الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية الصادرة بتاريخ 14 نوفمبر

1950، ودخلت حيز التنفيذ في 03 سبتمبر، 1953.

العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية، المعتمد سنة 1966، ودخل حيز النفاذ

في 23 مارس 1976.

- العهد الدولي لحقوق الاقتصادية والاجتماعية، المعتمد في 1966، ودخل

حيز التنفيذ في 03 فبراير 1976.

البروتوكول الاختياري الأول الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية

والسياسية، المعتمد في سنة 1966، ودخل حيز التنفيذ بتاريخ 23 مارس 1976.

الإعلان المتعلق بالقضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على

أساس الدين أو المعتقد، الصادر بموجب الجمعية رقم 55/36 في 25 نوفمبر

1981.

الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، المنعقد سنة 1981، ودخل حيز

التنفيذ بتاريخ 21 أكتوبر 1986.

إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام، الصادر في 04 غشت 1990.

اتفاقية حقوق الطفل، الصادرة عن قرار جمعية الأمم المتحدة رقم 25/44،

بتاريخ 02 نوفمبر 1990.

الميثاق العربي لحقوق الإنسان، الصادر بتاريخ 23 ماي 2004.

جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد التمييز الديني والمعتقدي الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 1981 عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، فإن الحق في حرية الفكر أو الوجدان أو الدين أو المعتقد يقتضي التمكين من حرية صنع واقتناء واستعمال القدر الكافي من المواد والأشياء الضرورية المتصلة بطقوس أو عادات دين أو معتقد ما، وهو المعطى القانوني الذي يفيد بضرورة تمكين الأفراد من تملك المباني باعتبارها أشياء مادية ضرورية للممارسة الشعائر الدينية.

وهذا ما حدا بجبل الدساتير العالمية إلى تضمين هذا الحق في طياتها، ومنها المشرع المغربي الفصل (3) من دستور 2011 الذي ينص على أنه: "الإسلام دين الدولة، والدولة تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية". وهو ما يعني أن الدين المرجعي للمملكة المغربية هو الإسلام، ولكن هذا لا يعني أنه هو الدين الوحيد المسموح به، فإذا كانت الدولة تعترف بالإسلام كدين رسمي لها، فإن الإسلام يعترف بباقي الأديان السماوية ولا ينكرها، إذ تعتبر الدولة المغربية الضامن الأساسي لحرية ممارسة الأفراد لشؤونهم الدينية، بالنظر إلى وجود أقليات دينية فوق التراب المغربي، وهو ما دفع المشرع إلى ضمان حرياتهم الدينية داخل الوثيقة الدستورية، من أجل إرساء دعائم الاستقرار الديني والعقائدي للمجتمع المغربي، بتحميل الدولة مسؤولية ضمان ممارسة الشؤون الدينية الفردية للمواطنين والحرية الدينية المعترف بها من خلال النص أعلاه، وهي تكريس لتقليد عريق لا ينفصل عن روح الإسلام ذاته، وتجد تفسيرها في ذلك الالتزام التاريخي لأمر المؤمنين بضمان الحماية لأهل الكتاب، وبالنظر إلى أن الملك أمير المؤمنين هو "حامي حمى الدين والملة"⁽¹⁶⁾، فإن وظيفته

(16) ينص الفصل (41) من الدستور المغربي لسنة 2011 على أنه: "الملك، أمير المؤمنين وحامي حمى الدين، والضامن لحرية ممارسة الشؤون الدينية".

على هذا المستوى تتحدد في حماية عقائد مواطني الدولة المغربية سواء كانوا مسلمين أو يهود أو مسيحيين⁽¹⁷⁾.

ولقد أكد أمير المؤمنين الملك محمد السادس على ذلك في خطابه بمناسبة زيارة البابا للمغرب يومي 30 و31 مارس 2019 على أنه: "وبصفتي ملك المغرب، وأمير المؤمنين فإنني مؤتمن على ضمان حرية ممارسة الشعائر الدينية، وأنا بذلك أمير جميع المؤمنين على اختلاف دياناتهم.

وبهذه الصفة، لا يمكنني الحديث عن أرض الإسلام، وكأنه لا وجود هنا لغير المسلمين، فأنا الضامن لحرية ممارسة الديانات السماوية.

وأنا المؤتمن على حماية اليهود المغاربة، والمسيحيين القادمين من الدول الأخرى، الذين يعيشون في المغرب⁽¹⁸⁾.

إلا أن ما يعاب على المشرع المغربي هو عدم إرساء نصوص تشريعية تنظم شروط ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين سواء منهم الأجانب أو المغاربة بصفة عامة، وبصفة خاصة اقتناء العقارات من أجل تخصيصها للشعائر الدينية سواء لإقامة كنائس⁽¹⁹⁾ أو دور العبادة أو لتشييد مقبرة دفن

(17) كريم لحرش، الدستور الجديد للملكة المغربية، شرح وتحليل، مكتبة الرشاد، سطات، 2016، ص 17 و18.

(18) نص الخطاب الذي ألقاه أمير المؤمنين خلال مراسم الاستقبال الرسمي لقداسة البابا فرانسيس، المنشور في الموقع الرسمي لرئاسة الحكومة بتاريخ 31 مارس 2019 www.cg.gov.ma.

(19) الكنيسة هي مكان للديانة المسيحية، كما تعني كذلك تجمع أو جمهرة من المسيحيين الذين يشتركون بالعقائد نفسها وأيضاً هي مكان حياة وليست مجرد موضوع للتفكير.

الأموات⁽²⁰⁾، إذ لم يرد أي مقتضى قانوني يوضح شروط وكيفية اقتناء وتخصيص أي بناية أو بنائها أو ترميمها لممارسة الشعائر الدينية، ومقدار المساحة المسموح بها والعلو، والجهة التي تتكلف بمنح ترخيص للقيام بهذه التصرفات والأعمال.

وفي خضم ذلك لم نجد سوى دورية رقم 003915 الصادرة عن المحافظ العام للأملك العقارية بتاريخ 9 أبريل 2021 في موضوع التصرفات الصادرة عن الكنيسة الكاثوليكية بالمغرب، حيث اعتبرت اللجنة المنصوص عليها في الفصل الثاني من المرسوم المؤرخ في 12 ماي 1958 المتعلق بتحديد شروط تطبيق الظهير الشريف رقم (171,59,1) المؤرخ في 12 ماي 1959 بشأن العمليات العقارية التي تحققها دولة أجنبية أو مؤسسة عمومية أجنبية، التصرفات العقارية التي تجربها الكنيسة الكاثوليكية بالمغرب تخضع للترخيص الإداري المنصوص عليه في الفصل الثاني من ظهير الشريف المؤرخ في 12 ماي 1959.

(20) تعريفها: لغة واصطلاحًا:

أ. لغة: المقابر جمع قبر وهو مدفن الإنسان، يقال: قبر الميت إذا دفنه، ويقال أقبر الميت: إذا أمر بدفنه راجع ابن منظور جمال الدين بن مكرم، لسان العرب: المجلد الأول، الطبعة الثالثة، دار صادر، لبنان، 1994ص.1060

ب. اصطلاحًا: هي مدافن الأموات، وهي ديار الموتى ومنازلهم، وعليها تنتزل الرحمة على محاسنهم، فإكرام هذه المنازل واحترامها من تمام محاسن الشريعة الإسلامية. راجع فهد بن عبد الله العمري، (أحكام زيارة القبور) مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية والإفتاء، السعودية، العدد 85، 2008، ص 238.

وعرفها المشرع المصري في المادة الأولى من قانون رقم (80) لسنة 2016 بشأن تنظيم بناء وترميم الكنائس، بأنها مبنى مستقل قد تعلوه قبة أو أكثر تمارس فيه الصلاة والشعائر الدينية للطوائف المسيحية على نحو منتظم ولها الشكل التقليدي، ستكون من طابق واحد أو أكثر وله سقف واحد أو أكثر.

وبالتالي فإن الاستجابة لطلبات الإيداع أو التقييد بالسجلات العقارية المتعلقة بالتصرفات الصادرة عن الكنيسة الكاثوليكية بالمغرب، تبقى متوقفة على الإدلاء إليكم بالترخيص الإداري المنصوص عليه في الظهير المذكور، وكذا استيفاء باقي الشروط المتطلبية قانوناً.

إلا أن الإشكال القانوني الذي يثار في هذا الشأن هو حول: هل تعتبر الكنيسة الكاثوليكية مؤسسة عمومية؟ على اعتبار أن الظهير أعلاه حدد نطاق سريانه الشخصي على الدول والمؤسسات العمومية الأجنبية، والحال أن الكنيسة الكاثوليكية لا تعتبر مؤسسة عمومية أجنبية، بل أنها لا تعدو أن تكون عبارة عن جمعية دينية تتمتع بالشخصية المعنوية وتخضع لمقتضيات الظهير الشريف رقم (1.58.376)، الذي يضبط بموجبه حق تأسيس الجمعيات⁽²¹⁾، بحيث يحق لها بعد تأسيسها بشكل قانوني داخل المدار الحضري اكتساب حقوق عينية بعوض أو بدونه، وتنازل عنها وتخلي عنها دون أي قيد، أسوة بالجمعيات الوطنية والأجنبية العاملة في المجال الرياضي والاجتماعي والثقافي، بحيث لا تكون في حاجة إلى ترخيص سابق، إلا إذا انصبت العمليات العقارية على عقارات فلاحية أو ذات الصبغة الفلاحية خارج المدار الحضري حسب ما هو مكرس في مرسوم (29) دجنبر 2004 المتعلق باللجنة الجهوية المكلفة ببعض العمليات العقارية.

وعلى خلاف القصور التشريعي الذي يشوب الأحكام القانونية التي تسري على أماكن ممارسة الأجانب والمغاربة غير المسلمين لشعائهم الدينية، نظم المشرع المغربي الأحكام القانونية التي تسري على أماكن

(21) الجريدة الرسمية عدد 2404 مكرر بتاريخ 16 جمادى الأولى 1378 (27 نونبر 1958) ص 2849.

ممارسة الشعائر الدين الإسلامي، حيث إنه حسب مقتضيات الفصل الأول من الظهير الشريف رقم (1.59.171) صادر في 6 محرم 1405 (2 أكتوبر 1984)، المعتبر بمثابة قانون يتعلق بالأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي فيها، على أنه: "يفرض في جميع أنحاء مملكتنا الشريفة الحصول على رخصة البناء المنصوص عليها في المادة رقم (40) من القانون رقم (120.90) المتعلق بالتعمير، قبل القيام ببناء أو توسيع أي مكان من الأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي فيها.

من أجل تطبيق أحكام هذا النص، تعتبر أماكن مخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي فيها، المساجد والزوايا وجميع الأماكن الأخرى التي يمارس فيها المسلمون شعائرهم الدينية" (22).

وفضلاً عن ذلك نظم الأحكام القانونية التي تسري على مراقبة حالة بنايات المساجد بمقتضى ظهير شريف رقم (1.14.121) صادر بتاريخ 25 من رمضان 1435 (23 يوليوز 2014) في شأن مراقبة حالة بنايات المساجد⁽²³⁾، والأحكام القانونية التي تسري على دفن الجثث وإخراجها من القبور ونقلها بمقتضى ظهير شريف رقم (986,68) بتاريخ 19 شعبان 1389 (31 أكتوبر 1969) يتعلق بنظام دفن الجثث وإخراجها من القبور ونقلها⁽²⁴⁾.

وإذا كان المشرع المغربي لم يهتم بتنظيم الأحكام القانونية التي تسري على اقتناء الأجانب للعقارات لأغراض دينية، فإن بعض التشريعات المقارنة

(22) الجريدة الرسمية عدد 3753 بتاريخ 7 محرم 1405 (3 أكتوبر 1984)، ص 927.

(23) الجريدة الرسمية عدد 6276 بتاريخ 12 رمضان 1435 (24 يوليوز 2014)، ص 6099.

(24) الجريدة الرسمية عدد 2981 بتاريخ 7 شوال 1389 (17 دجنبر 1969)، ص 3143.

العربية كانت أكثر جراءة، ووضعت قوانين تنظم شروط اقتناء وتخصيص عقار لممارسة الشعائر الدينية.

المطلب الثاني أحكام اقتناء الأجنبي للعقارات لأغراض دينية في التشريعات المقارنة

عملت بعض التشريعات العربية على تنظيم ملكية العقارات لأغراض دينية، كالمشروع الجزائري في أمر رقم 06-03 مؤرخ في 29 محرم عام 1472 الموافق 28 فبراير سنة 2006، يحدد شروط وقواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين⁽²⁵⁾، حيث نصت المادة رقم (5) منه على أنه: "يخضع تخصيص أي بناية لممارسة الشعائر الدينية للرأي المسبق من اللجنة الوطنية للشعائر الدينية المنصوص عليها في المادة رقم (9) من هذا الأمر.

تمنع ممارسة أي نشاط داخل الأماكن المخصصة لممارسة الشعائر الدينية يتعارض مع طبيعتها ومع الأغراض التي وجدت من أجلها.

تخضع البنايات المخصصة لممارسة الشعائر الدينية لإحصاء من طرف الدولة وتستفيد من حمايتها".

والجدير بالملاحظة أن المشروع الجزائري خص أمر اقتناء بناية معينة لتخصيصها لممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين لإبداء الرأي السابق من

(25) للمزيد حول ضوابط ممارسة الشعائر الدينية للأجانب غير المسلمين المقيمين في الجزائر، راجع جمال الدين مرسوت، حول ضوابط ممارسة الشعائر الدينية للأجانب غير المسلمين المقيمين في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قانون العلاقات الدولية الخاصة، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية- ورقلة، 2015/2016.

طرف اللجنة التي تحدث لدى الوزارة المكلفة بالشؤون الدينية والأوقاف، وهي اللجنة الوطنية المكلفة بالشعائر الدينية⁽²⁶⁾.

وفي السياق ذاته أرسى المشرع المصري قانون رقم (80) لسنة 2016 بشأن تنظيم بناء وترميم الكنائس يحدد الأحكام القانونية التي تسري على اقتناء عقار من أجل تخصيصه لممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين، إذ لا يمكن حسب الفقرة (10) من المادة الأولى القيام ببناء أو توسيع أو تغطية أو تعديل أو تدعيم أو ترميم أو هدم أو تشطيبات خارجية بالكنيسة أو ملحقات الكنيسة أو مبنى الخدمات أو بيت الخلوة، إلا بعد الحصول على ترخيص من الجهة الإدارية.

على أنه حسب المادة الثانية بالنسبة لمساحة الكنيسة المطلوب الترخيص ببنائها وملحقها يجب أن تكون على نحو تتناسب مع عدد وحاجة مواطني الطائفة المسيحية في المنطقة، التي تقام بها، مع مراعاة معدلات النمو السكاني.

ولعل المتأمل في موقف التشريعات المقارنة أعلاه أنها لم تقيد حق الجمعيات الدينية غير الإسلامية في اقتناء عقار على ترخيص أولي، وإنما قيدت تخصيصه بعد ذلك لممارسة الشعائر الدينية لإبداء الرأي أو الحصول على رخصة إدارية من الجهات الإدارية.

(26) حسب المادة رقم (9) تتولى هذه اللجنة على الخصوص: - السهر على احترام حرية ممارسة الشعائر الدينية، - التكفل بالشؤون والانشغالات المتعلقة بممارسة الشعائر الدينية، - إبداء رأي مسبق لاعتماد الجمعيات ذات الطابع الديني.

الخاتمة

إن أبرز الخلاصات التي توصلنا لها من خلال هذه الورقة البحثية هي :

(أ) أن المشرع المغربي أخضع اقتناء الأجانب للعقارات لأغراض دبلوماسية للقواعد العامة الواردة في ظهير 12 ماي 1959 بشأن العمليات العقارية التي تحققها دولة أجنبية أو مؤسسة عمومية أجنبية، والمرسوم التطبيقي له الصادر بالتاريخ نفسه، بحيث نسجل قصور هذا الظهير ومرسومه التطبيقي في تغطية أحكام اقتناء الأجانب للعقارات لأغراض دبلوماسية، إذ إنه تضمن فقط شرط الحصول على الإذن السابق، دون تحديد مساحة مسموح بها، وما إذا كان الأمر يتعلق بتفويت عقارات لفائدة هذه الدولة في إطار المعاملة بالمثل، كما هو الأمر في بعض التشريعات المقارنة.

- إغفال تحديد المدن والأماكن التي يمكن فيها للأجانب اقتناء العقارات لبعثاتها الدبلوماسية.

- إغفال تحديد طبيعة العقارات التي تعتبر امتداداً للبعثة الدبلوماسية،

(ب) أما بالنسبة لأحكام اقتناء الأجانب للعقارات لأغراض دينية، فإنه لم يرد أي نص قانوني ينظم أحكام اقتناء الأجانب للعقارات من أجل تخصيصها لممارسة الشعائر الدينية سواء لإقامة كنائس أو دور العبادة أو لتشييد مقابر دفن الأموات من حيث الشروط وكيفية اقتنائها وتخصيص أي بناية أو بنائها أو ترميمها لممارسة الشعائر الدينية، ومقدار المساحة المسموح بها والعلو وأمكنة إقامتها، والجهة التي تتكلف بمنح ترخيص القيام بهذه التصرفات والأعمال.

- توجه اللجنة المكلفة بمنح ترخيص في شأن العمليات العقارية التي تحققها دولة أجنبية أو مؤسسة عمومية أجنبية استناداً إلى ظهير 12 ماي 1959 ومرسومه التطبيقي في اعتبار التصرفات العقارية التي

تجربها الكنيسة الكاثوليكية تخضع لمقتضياته، والحال أن الكنيسة لا تعتبر مؤسسة عمومية أجنبية، بل هي مجرد جمعية دينية أجنبية مرخص لها بممارسة أنشطتها الدينية على غرار باقي الجمعيات الأجنبية التي تنشط في مختلف المجالات، إذ بمجرد حصولها على الترخيص القانوني لمزاولة نشاطه فوق إقليم المملكة المغربية، يحق لها اقتناء وتملك العقارات بدون أي قيد أو حظر إلا ما استثني بنص خاص صريح، ولذلك في منظرونا أن أمر اقتناء الأجانب العقارات لأغراض دينية يحتاج إلى معالجة قانونية شاملة وليس فقط إلى إذن سابق.

لائحة المراجع المعتمدة

أولاً - الكتب :

- ابن منظور جمال الدين بن مكرم، لسان العرب: المجلد الأول، الطبعة الثالثة، دار صادر، لبنان، 1994.
- أحمد قسمت الجداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية ومركز الأجنبي، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة 1979.
- خالد مصطفى فهمي، الحماية القانونية للمعتقدات وممارسة الشعائر الدينية وعدم التمييز في إطار الاتفاقيات الدولية والقانون الوضعي والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة طبعة الأولى دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2012.
- سهيل حسين الفتلاوي، الدبلوماسية، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان، 2006.
- علي حسين الشامي، الدبلوماسية، دار الثقافة، عمان، 2011.
- علي صادق أبو هيف، القانون الدبلوماسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977.
- علي يوسف الشكري، الدبلوماسية في عالم متغير، إيتراك للطباعة والنشر، مصر، 2004.
- فهد بن عبد الله العمري، (أحكام زيارة القبور) مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية والإفتاء، السعودية، العدد 85، 2008.
- كريم لحرش، الدستور الجديد للمملكة المغربية، شرح وتحليل، مكتبة الرشاد، سطات، 2016.
- هشام علي صادق، الجنسية ومركز الأجنبي، المجلد الثاني، مركز الأجنبي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1977.
- وسيم حسام الدين الأحمد، الحصانات القانونية، منشورات الحلبي القانونية، لبنان، 2010.

ثانيا - الرسائل :

- حامد شادية، المعاملات العقارية للأجانب في التشريع الجزائري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون، تخصص قانون عقاري، جامعة العربي التبسي تبسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية - الجزائر، 2016/2017.
- جمال الدين مرسوت، حول ضوابط ممارسة الشعائر الدينية للأجانب غير المسلمين المقيمين في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قانون العلاقات الدولية الخاصة، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية-ورقلة، 2015/2016.



حوارات
ولقاءات

حول العمل التطوعي القانوني

حوار مع سعادة الدكتور هادي بن علي آل سالم الياامي*

أجرت الحوار: سميرة سالم

قد يغلب على الظنّ أن العمل القانوني والاستشاري دائماً ما يرتبط بالمادة أو المقابل، فمن يسدي خدمة قانونية معينة أو استشارة محددة في موضوع من الموضوعات، فإنّ هذه الخدمات والاستشارات تكون بمقابل، نظراً لأنّ من يؤديها يكون ممن يكتسب وصف المهني، كالمحامين على سبيل المثال. وإن كان هذا الأمر سمة من سمات العمل في مجال المحاماة والاستشارات القانونية، غير أنّ ذلك لا يعني خلو الساحة القانونية من الخدمة الطوعيّة، خاصّةً وأنّ هناك من الناس من هم بحاجة إلى مثل هذه الخدمة والتوعية بحقوقهم القانونية، دون أن يكون لديهم القدرة أو الاستعداد لتقديم المقابل.

لفت انتباهنا، إحدى مؤسسات المجتمع المدني في المملكة العربية السعودية الشقيقة، وهي جمعية إحسان للخدمات القانونية، وهي جمعية ناشئة وناشطة في مجال التوعية الحقوقية والإسناد القانوني، اطلعنا على موقعها الإلكتروني وما يحتويه من بيانات ومعلومات حول نشاط هذه

(*) رئيس جمعية إحسان للخدمات القانونية بالمملكة العربية السعودية.

الجمعية⁽¹⁾، لكن آثرنا التواصل المباشر مع هذه المؤسسة، لنسلط الضوء بمزيد من الاهتمام على "العمل التطوعي القانوني" وهو فرعٌ من فروع العمل التطوعي إجمالاً.

في هذه الوقفة الحوارية، نلتقي مع الدكتور هادي بن علي بن محمد آل سالم اليامي، رئيس جمعية إحسان للخدمات القانونية، وهو محام وكاتب رأي لدى صحيفة الوطن السعودية وصحيفة الأهرام، حاصل على درجة الدكتوراه من كلية الحقوق بجامعة القاهرة، وقبلها نال الماجستير من الجامعة نفسها، رغم أنه تخرج من كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الملك سعود.

شغل الدكتور هادي اليامي عدة مناصب في المملكة، منها كونه عضواً بمجلس الشورى للدورة الثامنة 1442هـ حالياً، فضلاً عن عضويته بمجلس الشورى للدورة السابعة لعام 1438هـ، كما ترأس لجنة حقوق الإنسان والهيئات الرقابية لعدة مرات في مجلس الشورى السعودي، كما شارك في عدة لجان منها لجنة الشؤون الإسلامية والقضائية للسنة الشورية الأولى والثانية للدورة السابعة، ولجنة الصداقة البرلمانية السعودية -الفرنسية والأفريقية للدورة الشورية الثامنة وعضو لجنة الصداقة البرلمانية السعودية - المصرية والأفريقية للدورة الشورية السابعة، كما أصبح رئيساً للجنة حقوق الإنسان العربية بجامعة الدول العربية منذ عام 2014-2017م، ورئيس التحقيقات والقضايا بوزارة البرق والبريد والهاتف سابقاً، وشارك في إعداد ومناقشة العديد من التقارير، منها التقرير الدوري الشامل الأول والثاني لحالة حقوق الإنسان في المملكة العربية السعودية بمجلس هيئة حقوق الإنسان بجنيف، وهو عضو مؤسس في الاتحاد العربي لحقوق الإنسان. ولا

(1) <https://ils.org.sa>

تتوقف نشاطات اليامي هنا فقط، فهو أيضاً باحث ومؤلف، ومن إنتاجاته العلمية: تدرج التشريعات، حقوق الإنسان في المملكة العربية السعودية، الحق في الإفصاح والشفافية، شركة الشخص الواحد، تقنين العقوبات التعزيرية في الفقه الإسلامي، دور المؤسسات القضائية والأمنية في مكافحة العنف الأسري، وغيرها الكثير. وسوف نتوقف هنا، بعيداً عن دوره في مجال "حقوق الإنسان" أو في مجال "التأليف"، لنرصد معه الدور الذي يقوم به بمعونة زملائه في "العمل التطوعي القانوني".

جمعية إحسان للخدمات القانونية
Ihsan Association for Legal Services



❖ بداية نرجو أن تسلط للقارئ الكريم الضوء على جمعية إحسان، رؤيتها ورسالتها وأهدافها، وكيف تحولت من فكرة نظرية إلى حقيقة عملية؟

تأسست جمعية إحسان للخدمات القانونية عام 1441هـ الموافق 2020م، بترخيص رقم (1698) صادر من وزاره العمل والتنمية الاجتماعية بتاريخ 14 / 5 / 1441، واكتسبت سمعة متميزة في مجال التدريب والتأهيل، وتقديم الخدمات القانونية بكافة أنواعها، باعتبارها أول جمعية متخصصة في المجال القانوني، وكان اكتسابها لهذه الثقة، وتلك السمعة ناتج عن حرصها على التميز في تقديم الدعم والمشورة، انطلاقاً من رؤية المملكة 2030 التي أظهرت حرصاً كبيراً على تنمية دور القطاع غير الربحي

بما يتواءم مع أهداف التنمية الوطنية طويلة الأمد، وما تتطلبه من تعزيز دعم المشروعات، والبرامج ذات الأثر الاجتماعي، وتسهيل وتهيئة البيئة المساندة، وغرس ثقافة التطوع لدى أفراد المجتمع.

ولأنها جمعية أهلية تهتم بتنمية الجانب التوعوي بالحقوق المجتمعية والثقافة القانونية، فقد قدمت العديد من الخدمات القانونية والاستشارات وأعمال التدريب والتأهيل، وإعداد الدراسات والأبحاث القانونية المحلية والدولية، لتطوير بعض الأنظمة السائدة، ورفع كفاءة العاملين في الجهاز الإداري، وقدمت خدماتها ذات العلاقة للقطاعات الحكومية، والجمعيات والمؤسسات غير الربحية، والشركات الكبرى، والفئات المجتمعية الأكثر احتياجًا، من خلال منظومة قانونية تضم عددًا كبيرًا من المستشارين وأساتذة الجامعات.

وتتملك الجمعية رؤية واضحة في أن تكون نموذجًا رائدًا في نشر الوعي والثقافة القانونية، وتقديم الخدمات ذات العلاقة على المستويين المحلي والدولي. كما تتمثل رسالتها في الإسهام في بناء مجتمع واع بحقوقه القانونية، من خلال تطوير الأداء والتدريب والتأهيل ونشر الثقافة المعرفية بأنظمة المملكة والقوانين المقارنة، وإعداد الدراسات وتقديم الخدمات والاستشارات للقطاعات الحكومية والجمعيات والمؤسسات والفئات الأكثر احتياجًا بأعلى مستويات الجودة والاحترافية.

أما فيما يتعلق بالشق الثاني من السؤال، فقد ولدت فكرة تأسيس الجمعية في يناير 2018، من خلال عملي في عدد من الآليات الدولية وما مرتت به من تجارب حول دور المنظمات المدنية وأهميتها وجودها في المملكة لتطوير العمل المؤسسي القانوني، خصوصًا الذي يتعلق بالمجتمع المدني، لذلك تأسست الجمعية وحققته ولله الحمد نجاحات كبيرة وخدمت

المستفيدين الذين تجاوز عددهم 13000 مستفيد وما يقارب 100 جمعية و360 مؤسسة أهلية.

❖ ما هي أبرز الأهداف التي تسعى الجمعية إلى تحقيقها؟

تركز جمعية إحسان على التأسيس لمجتمع واع بالأنظمة والحقوق القانونية، وتعزيز القدرات التأهيلية لكافة الفئات ذات العلاقة بالعمل القانوني، وتقديم الدعم الإستراتيجي للوزارات والقطاعات الحكومية كافة في المجال القانوني، وتوفير القيمة المضافة لتحقيق متطلبات التحول الوطني، وتلبية احتياجات القطاع غير الربحي من الاستشارات والدراسات القانونية، ودعم الفئات الأكثر احتياجًا، وتقديم خدمات التحكيم والتسوية الودية للنزاعات.

❖ ما هي أبرز الخدمات التي تقدمها الجمعية؟ وماهي أكثر الفئات المستهدفة من هذه الخدمات؟

تقدم الجمعية خدماتها القانونية والتي تتمثل في الاستشارات القانونية، والتدريب والتأهيل القانوني، وتأسيس الإدارات القانونية في منظمات المجتمع المدني، والمشاركة مع القطاع الخاص والحكومي في خدمة الفئات المستهدفة، ونشر الثقافة القانونية، والترافع عن الفئات الأشد حاجة، وتقديم البحوث والدراسات، وغيرها من الخدمات التي لا زالت تدرس حاليًا لمواكبة التطورات النوعية للتشريعات والأنظمة في المملكة.

أما ما يخص الفئات المستهدفة فهي (الطفل، المرأة، ذوي الإعاقة، أصحاب الدخل المحدود، المسنين) وتقدم عبر لائحة متخصصة تعنى بالمستفيدين من خدمات الجمعية بناء على الدخل المادي، والحالة الاجتماعية، وعدد من التصنيفات الأخرى.

❖ ما هي مفاهيم العمل التطوعي القانوني؟ وماهي أفكاره؟ وكيف تؤثر قضية التخصص في العمل التطوعي القانوني؟ وما التدابير التي قمتم بها لسد ثغرة التخصص؟

يمثل التطوع أهم أدوات المجتمع المدني التي تعتمد عليها الدول لتحقيق العديد من الأهداف التي تحتاج إليها المجتمعات، والتي يصعب على الحكومات وأجهزتها الرسمية القيام بها، لذلك تكتسب الجهود الطوعية قدرة كبيرة في التحرك وتحقيق الأهداف المرصودة بما تمتلكه من سواعد شابة، وارتباط المتطوعين بالمجتمعات ومعرفتهم بخصائصها وتفصيلها.

كذلك فإن من المكاسب التي تتحقق عن طريق دعم وتعزيز جمعيات العمل الطوعي زيادة الإحساس بالانتماء وسط الشباب الذين يمثلون في الغالب الجزء الأكبر من المتطوعين، فهو يرفع من الروح الوطنية لهؤلاء الشباب، ويصقل قدراتهم، ويزيد مهاراتهم، ويدفعهم إلى الإحساس بالمسؤولية، ويعودهم على العمل، وهو ما يؤدي في الآخر إلى زيادة الوعي الفردي والمجتمعي.

❖ من هذه الرؤية ندرك أن بإمكان المملكة الاستفادة من ارتفاع نسبة الشباب في المجتمع لتحقيق العديد من المكاسب؟

بالضبط، فنظرة سريعة لخصائص التركيبة السكانية في المملكة تؤكد أننا نمتلك كنزاً لم نحقق منه الاستفادة الكاملة، لا سيما إذا أخذنا في الاعتبار أن الغالبية العظمى من السعوديين هم من فئة الشباب الذين لا تتجاوز أعمارهم 35 سنة، كذلك فإن شبابنا يمتاز بالرغبة في الإسهام في بناء الوطن وتنفيذ البرامج التي تعود على مواطنيه بالخير.

وقد أكدت بعض التجارب العملية صدق ذلك، فما نشاهده خلال مواسم الحج من شباب غض يجند نفسه لخدمة ضيوف الرحمن في هجير

الشمس وأثناء الليل تسبقهم ابتساماتهم الصادقة، كذلك ما شهدناه خلال جائحة كورونا التي عشنا تفاصيلها، فقد تسابق عشرات الآلاف من الشباب إلى تسجيل أسمائهم في منصة تطوع، ونذروا أنفسهم لتقديم كافة ما يطلب منهم، وقد لفتت تلك النماذج المضيئة الانتباه وحازت الإعجاب.

❖ ولكن ما يعوق الاستفادة من هذه القدرات هو قلة تجربة هؤلاء الشباب وجهلهم بأساليب العمل الطوعي؟

هذا الكنز الكبير يمكن الاستفادة منه لتحقيق العديد من الأهداف، خصوصًا إذا ما تم تدريب هذه السواعد الفتية على أحدث متطلبات العمل الطوعي، وتأهيلها لتكون بمثابة قوات احتياط نستفيد منها عند الحاجة، فهذا المجال لم يعد كما كان في الماضي، وتعددت أوجهه وجوانبه، ودخلت عليه الكثير من المصطلحات بسبب تقدم الزمن وتطور العصر وتعدد الاحتياجات، للدرجة التي أصبح فيها علمًا قائمًا بذاته، لذلك خصصت وكالات الغوث الإنساني ومنظمات الأمم المتحدة كليات لتخريج كوادر شبابية قادرة على الإيفاء بالمتطلبات المطلوبة منهم، وفق معايير وأسس علمية محددة.

ولا تقتصر أدوار العمل التطوعي على حالات الكوارث الطبيعية والأزمات، بل أن هناك حاجة ماسة لاستمرار هذا العمل بصورة متواصلة، فعلى سبيل المثال هناك فئات وشرائح فقيرة في المجتمع بأمس الحاجة لمن يقدم لها المساعدة والعون، وليس بالضرورة كذلك أن يكون الدعم في صورة مادية، بل تكون الحاجة مساعدة قانونية، ومن واقع ارتباطي بالعمل الحقوقي، فقد قابلت كثيرًا من الذين يواجهون مشكلات قانونية أو يحتاجون إلى استشارات ولا يملكون القدرة أو المعرفة للحفاظ على حقوقهم المعرضة للضياع، لذلك نشأت الكثير من الجمعيات التطوعية التي تقدم هذه الخدمات للمحتاجين دون مقابل.

❖ ألا ترى أن ثقافة التطوع في مجال القانون قد تكون حديثة على المجتمع؟
كيف يمكن ترسيخها؟

يمتد عمل الجمعيات التطوعية القانونية ليشمل جوانب أخرى، مثل نشر الثقافة القانونية في أوساط المجتمع، عبر إقامة الفعاليات المتنوعة، ونشر المطبوعات المتخصصة، وإقامة حلقات النقاش، لا سيما في هذا العصر الزاهر الذي تسعى فيه الدولة لنشر الثقافة القانونية وجعلها جزءًا من المجتمع، وإدراجها ضمن المقررات الطلابية. كذلك تهتم تلك المؤسسات بنشر الثقافة الحقوقية وسط المواطنين كافة.

هناك أيضًا جانب على قدر كبير من الأهمية للقيام بواجب التطوع تضطلع به تلك الجمعيات في القطاع غير الربحي، يتمثل في التنسيق مع الشركات ومكاتب المحاماة في المملكة لتنظيم دورات تدريبية لحديثي التخرج في كليات القانون والشريعة، وهو ما اعتقد أنه أهم الأدوار التي ينبغي التركيز عليها، وذلك إسهامًا في رفع كفاءة الشباب السعودي، ومنحه القدرة على المنافسة في سوق العمل عبر زيادة مهاراته، وهو ما نادى به رؤية المملكة 2030، باعتباره المدخل الرئيسي لتحقيق الأمن المجتمعي، فأولئك الخريجون لا بد من إكسابهم الخبرات اللازمة، والصبر عليهم حتى تقوى أعودهم، ليكونوا قادرين على القيام بمهامهم الجسيمة.

❖ ما هي حصيلة إنجازات الجمعية والأرقام والإحصاءات في كل فرع من فروع الأنشطة التي تمارسها؟

حققت الجمعية ولله الحمد خلال سنتين ماضيتين منذ التأسيس أرقامًا مميزة ولكنها ليست الطموح، وأجزها فيما يلي:

- مدة العمل: 24 شهرًا.

- المستفيدون من خدمات الجمعية: (13558) مستفيدة.

- التدريب والتأهيل : (4886) مستفيد/ة.
- الاستشارات والخدمات القانونية المقدمة لمنظمات المجتمع المدني : (1950) استشارة.
- الاستشارات والخدمات القانونية المقدمة للفئات المستهدفة : (3200) استشارة.
- الجهات المستفيدة من خدمات الجمعية من منظمات المجتمع المدني : (460) جهة.
- الأبحاث والدراسات : (15).
- ورش العمل : (21).
- الدورات والندوات : (42).
- الشركاء : (18).

❖ ما هي الطموحات المستقبلية للجمعية؟ وهل تفكر في التوسع سواء داخل السعودية، أو خارجها؟

نعم، الطموح وتحقيق التطلعات مطلب نعمل عليه تحت ظل قيادتنا التي استلهمنا منها عدم التوقف ومواصلة العمل لخدمة المجتمع. ومن هذا المنبر أتقدم بالشكر للقيادة الرشيدة على ما نجده من دعم واهتمام، ودعم كذلك لمنظمات المجتمع المدني الذي يحملنا مسؤولية عظيمة تجاه القيادة والوطن والمجتمع.

أما ما يخص التوسع، ولله الحمد الجمعية كانت تستهدف التوسع في مناطق المملكة خلال السنتين الأولى وصدرت الموافقة الكريمة على توسيع نطاق الجمعية من الرياض إلى جميع مناطق المملكة، وستكون بإذن الله هنالك خطط توسعية ستعلن في حينها.



د. هادي بن علي آل سالم اليامي
رئيس جمعية إحسان للخدمات القانونية بالمملكة العربية السعودية



المقالات
العلمية

الحق في الموت: الانتحار والقتل

بناءً على رضا بالمجني عليه*

أ.د ضاري خليل محمود**

كان التفكير الإنساني في الموت وسيستمر اللغز الأزلي الذي حار في تفسيره الفلاسفة والمفكرون، وبحث فيه الأديان مطولاً بشأن ماهيته، وهل من بعثٍ بعده وهل من حياة أخرى.

والموت مصير الإنسان الحتمي الذي لا بد أن يلاقه مهما طال به العمر، سواء عاشه في رغدٍ وسرور أو في شحٍ وشقاء، وقد يموت الإنسان بعد شيخوخة أو يموت طفلاً حديثاً أو صبيّاً أو شاباً بمرض أو بحادث من حوادث الحياة⁽¹⁾.

(*) قدم الباحث الفاضل الدكتور محمد أحمد جوهر في مجلة الحقوقية، العدد الأول يونيو 2021، مقالة علمية بعنوان (القتل الرحيم - مراجعة تاريخية وإنسانية)، وبالنظر لما انطوت عليه هذه المقالة من قيمة علمية متميزة، فقد وجدنا من المناسب أن نكمل هذا الجهد العلمي القيم بعرض الموقف القانوني الجنائي لهذه المسألة التي شغلت الفكر الإنساني قديماً وحديثاً، وذلك إتماماً للفائدة العلمية التي توخاها الباحث وتوخته مجلة الحقوقية. [الكاتب]

(**) مستشار قانوني - مملكة البحرين، أستاذ القانون الجنائي وقاضٍ ومدعٍ عام سابق - الجمهورية العراقية.

(1) من جميل ما صور هذه المعاني ما قاله شعراً قس بن ساعدة الإيادي:

ومثلما يرغب الإنسان أحياناً بطول العمر وحب الحياة، فقد يرغب أيضاً باستعجال موته بنفسه لأسباب قد لا تقع تحت حصر، إذ قد تكون نتيجة دوافع نفسية بسبب الإصابة ببعض الأمراض العقلية أو النفسية كالإكتئاب أو بسبب ضغوط نفسية حادة ناجمة عن معاملة شخص له بقسوة واحتقار، أو لدوافع عاطفية كفقد حبيب أو نديم، أو اقتصادية لفقر وعوز، أو حتى لأسباب سياسية أو مواقف أخلاقية⁽²⁾.

وقد يقع الانتحار بأن يقتل الإنسان نفسه بنفسه بطريقة من الطرق التي يختارها ويُسمى الانتحار باللغة الإنكليزية Suicide، وفي حالات أخرى قد يطلب الشخص من غيره أن يساعده على إزهاق روحه إذا عجز عن القيام بذلك لأي سبب، أو أن تخونه الشجاعة على فعل ذلك، ولذلك ينبغي التمييز بين حالي الانتحار والمساعدة عليه.

من القرون لنا بصائر	في الذاهبين الأولين
للموت ليس لها مصادر	لما رأيتُ موارداً
يمضي الأصاغر والأكابر	ورأيتُ قومي نحوها
ولا مِن الباقين غابر	لا مِن مضي يأتي إليك
حيث صار القوم صائر	أيقنتُ أنني لا محالة

(2) أقدم العديد من القادة العسكريين اليابانيين على الانتحار على طريقة الهاراكيري (ara-kiri) عند هزيمة اليابان في الحرب العالمية الثانية 1945 مفضلين العمل بالقوانين الأخلاقية التي اعتمدها المحاربون اليابانيون القدامى ببقر البطن وتقطيع الأحشاء بسيف القائد نفسه، ولذلك فإن وزير الحرب الياباني (كوريشيكا أنامي) بعد أن وقع وثيقة الاستسلام نزولاً عند رغبة إمبراطور اليابان، أقدم على الانتحار بهذه الطريقة لعدم تحمل عار الهزيمة. كما قد يُقدم بعض المعتقلين لأسباب سياسية بما يسمى الإضراب عن الطعام حتى الموت، ولا شك بأن ذلك نوع من الانتحار.

أما الموت الرحيم أو السهل أو الجيد أو القتل شفقة بالمجني عليه فيسمى باللغة الإنكليزية Euthanasia، وقد يقع هذا النوع من القتل في حالتين:

الحالة الأولى، أن يطلب شخصٌ من شخصٍ آخر أن ينهي له حياته بدافع الرحمة والشفقة به جرّاء معاناته من مريض ميؤوس من شفائه وليس له من باقي أيام أو ساعات حياته سوى العذاب والألم، أو كجريح الحرب الميؤوس مطلقاً من علاجه وشفائه بسبب شدة وجسامة إصابته.

الحالة الثانية، أن يقوم الفاعل بنفسه بقتل المريض الميؤوس من شفائه بدافع الرحمة والشفقة من دون أن يطلب المريض ذلك لعدم قدرته على التعبير عن رغبته في الموت لفقدان وعيه، كما في الحوادث على شتى أشكالها، وبعض الحالات المرضية التي يبقى فيها المريض فاقد الوعي لأسباب عدة، أشهرها تهتك الدماغ جرّاء حادث أو إصابته بجلطة دماغية حادة شديدة تسبب تلفاً في الدماغ.

وهناك حالة أخرى يقوم فيها شخصٌ بقتل شخصٍ آخر بناءً على رغبته ومحض إرادته الحرة لأسباب عدة تحدوه إلى ذلك، ويسمى هذا النوع من القتل بالقتل بناءً على طلب المجني عليه، وهو وإن كان نوعاً من الانتحار والمساعدة عليه، إلا أن بعض القوانين أفردت له أحكاماً قانونية خاصة بسبب رضا المجني عليه به، سنأتي على إيضاحه لاحقاً.

ولذلك فإنه قد يحصل الخلط بين مفهوم الموت الرحيم Euthanasia الذي يكون الفاعل هو صاحب القرار في إنهاء حياة مريض يعاني العذاب جرّاء مرض ميؤوس من شفائه، وقد يكون على وعي أو فاقد الوعي، وبين المساعدة على الانتحار Suicide، الذي يكون فيه المنتحر هو من يقوم بفعل الانتحار ولكن بمساعدة شخصٍ آخر.

وبناءً على ما تقدم سنعرض الموقف القانوني الجنائي من الحالات المتقدمة على التوالي:

المفهوم القانوني للانتحار:

نصت المادة رقم (335) من قانون العقوبات البحريني على:

"يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنين من حرص آخر أو ساعده بأية وسيلة على الانتحار إذا تم الانتحار بناء على ذلك.

وإذا كان المنتحر لم يتم الثامنة عشرة أو كان ناقص الإدراك أو الاختيار عُذ ذلك ظرفاً مشدداً. ويعاقب الجاني بعقوبة القتل عمداً أو الشروع فيه، بحسب الأحوال، إذا كان المنتحر فاقد الإدراك أو الاختيار".

يبدو بوضوح أن أحكام المادة رقم (335) من قانون العقوبات البحريني آنفة الذكر قصرت العقاب على فعل المساعدة والتحريض على الانتحار من دون أن تفرد نصاً يقضي بعقاب أو عدم عقاب من يشرع بالانتحار.

ولعل المتأمل بنص الجملتين الأولى والثانية من المادة رقم (335) من قانون العقوبات البحريني، يلاحظ بأنهما تنصان على حالتين وهما، التحريض والمساعدة على الانتحار، الأمر الذي تتولى إيضاحه بإيجاز.

أولاً: التحريض على الانتحار:

يُقصد بالتحريض قيام المُحرِّض بتحريض شخصٍ على الانتحار شرط أن يقع الانتحار فعلاً، فإن لم يقع الانتحار فلا عقاب على المُحرِّض⁽³⁾.

(3) يلاحظ بأن قوانين عقابية أخرى تعاقب على التحريض في الانتحار ولو لم يقع

ويُشترط في التحريض أن يقوم الجاني بتسويغ وتبرير قيام المجني عليه بقتل نفسه إلى الحد الذي تُسيطر فيه إرادة المُحرِّض على إرادة (المُحرِّض)، بحيث يندفع بسبب ذلك إلى ارتكاب الجريمة اقتناعاً وطوعاً.

ولا تهم وسيلة الإقناع أو التسويغ أو التبرير، فقد تكون بالأقوال أو الكتابة وغيرها ما دامت تؤثر في إرادة المنتحر، فيخضع لهذا التحريض ويقوم بالانتحار.

ولذلك يكون من الجدير الانتباه إلى إنّ مجرد إبداء الرأي أو المشورة أو الدعوة العابرة لارتكاب الانتحار، لا يُعد تحريضاً عليه ما لم يكن هذا التحريض جدياً ومؤثراً في إرادة المنتحر، بحيث يقتنع بضرورة الإقدام على الانتحار.

ثانياً: المساعدة على الانتحار:

وهو قيام المُساعد بتقديم الأدوات التي تساعد المنتحر على تنفيذ الانتحار، كتقديم سلاح ناري أو مادة سامة أو حبال للشنق وغير ذلك من وسائل.

ومثلما تكون المساعدة بالفعل، كما في المثال المتقدم ذكره (تقديم السلاح)، فإنها قد تقع بالقول الإرشادي أو الكتابة الإرشادية، كمن يكتب رسالة لمن يريد الانتحار يوضح له فيها طرائق الانتحار، كإرشاده لتناول أنواعاً معينة من السم ونحو ذلك.

الانتحار، ولكن بعقوبة أخف مما لو وقع الانتحار فعلاً كما ورد بنص المادة رقم (408) من قانون العقوبات العراقي.

ثالثاً: حالة تحريض أو مساعدة من يُقدّم على الانتحار وهو غير كامل الأهلية:

تتضمن أحكام المادة رقم (335) من قانون العقوبات البحريني صورتين لهذه الحالة وهما:

صورة أن يكون المنتحر ناقص الأهلية أما لعدم إتمامه وقت الانتحار الثامنة عشرة من العمر، أو لكونه ناقص الإدراك أو حرية الاختيار لأي سبب من أسباب نقص الإدراك أو حرية الاختيار، كأن يكون المنتحر مصاباً بعاهة عقلية، أو كان تحت تأثير مادة مسكرة أو مخدرة، أو أي سبب آخر يقرر العلم أنه يؤدي إلى نقص في الإدراك أو حرية الاختيار.

وعلى ذلك فإن من يقوم بتحريض أو مساعدة شخص من هؤلاء على الانتحار، يُعد ذلك ظرفاً مشدداً للعقاب المقرر بموجب المادة رقم (335)، بدلالة أحكام المادة رقم (76) من قانون العقوبات البحريني التي تُبين سُلم تشديد العقوبة.

صورة أن يكون المنتحر فاقد الأهلية، كالصغير غير المميز، أو كالمصاب بعاهة عقلية تفقده سلامة الإدراك أو حرية الاختيار، أو كان تحت تأثير مادة مسكرة أو مخدرة، أو أي سبب آخر يقرر العلم أن يؤدي إلى فقد في الإدراك أو حرية الاختيار.

وعلى ذلك فإن من يقوم بتحريض أو مساعدة شخص من هؤلاء على الانتحار يعاقب بعقوبة القتل عمداً أو الشروع فيه، لأن الفاعل هنا إنما يقوم بتسخير المجني عليه بسبب فقدانه الإدراك أو حرية الاختيار لقتل نفسه بنفسه، ولذلك يسمى هذا النوع من مرتكبي الجرائم وفقاً لمصطلحات

القانون الجنائي (الفاعل المعنوي أو الفاعل بالواسطة)، ويعامل معاملة (الفاعل المادي) لأنه يرتكب الجريمة لمصلحته.

فرض العقاب على من يشرع في الانتحار من عدمه:

في الواقع أن أكثر القوانين العقابية لم تنص على فرض عقوبة على من يشرع في الانتحار مثلما لم تنص على عدم العقاب عليه إذا فعل ذلك، وهو الموقف الذي اختاره قانون العقوبات البحريني، إذ لم يرد بنص المادة رقم (335) منه أي حكم يشير إلى العقاب أو عدم العقاب على الشروع في الانتحار.

ويُستنتج من سكوت نص المادة رقم (335) من قانون العقوبات البحريني عن معاقبة أو عدم معاقبة الشارع في الانتحار، بأنه لا عقوبة عليه إذا هو حاول الانتحار ولم ينجح بتحقيقه، وذلك عملاً بمبدأ لا جريمة ولا جزاء جنائي إلا بنص قانوني أو بناءً على نص قانوني.

ولكن يُلاحظ في المقابل بأنه توجد قوانين عقابية أخرى وضعت نصاً جنائياً صريحاً يتضمن عدم العقاب على الشروع في الانتحار، كما فعل قانون العقوبات العراقي حيث نصت الفقرة (3) من المادة رقم (408) منه "لا عقاب على من شرع في الانتحار".

وعلى الرغم من أن معظم قوانين العقوبات العربية التي لم يرد فيها نص يعاقب على الشروع بالانتحار، كقانون العقوبات البحريني والمصري والعراقي والسوري واللبناني، فقد انفرد قانون العقوبات السوداني بفرض عقوبة على من يشرع في الانتحار بموجب نص المادة رقم (261) منه.

على أنه ينبغي الملاحظة بأن القوانين العسكرية - في معظم إن لم يكن

في جميع الدول - غالبًا ما تعاقب على شروع العسكري في الانتحار أو تعتمد إصابة نفسه، تأسيسًا على أن ذلك يُعد تهريبًا من الخدمة العسكرية أو التهرب من مواجهة العدو⁽⁴⁾.

ومن الجدير ذكره في هذا الصدد أيضًا بأن القانون العمومي في إنكلترا كان يعاقب على الشروع في الانتحار، إلى أن صدر قانون الانتحار (Suicide Act) سنة 1960، الذي لم يعد يعاقب على الشروع في الانتحار⁽⁵⁾.

ويعلل الفقه الجنائي عدم العقاب على الشروع في الانتحار في عدم جدوى فرضه، لأن من تهون عليه نفسه لن يُقّعه التهديد بعقوبة سالبة للحرية أو عقوبة مالية عن تكرار محاولة الانتحار لتنفيذ مبتغاه⁽⁶⁾.

ولكن على الرغم من تأييدنا لعلّة عدم جدوى عقاب من يشروع بالانتحار، إلا أن هذا الشخص لا شك يمر بظروف نفسية عصبية، فإذا كانت العقوبة لا تصلح أن تكون علاجًا لها، فإنه لا ينبغي أن يقف القانون موقفًا سلبًا منه، لأن من يشروع في الانتحار مرة ولا ينجح، سيعود إليه مرات أخرى ما دامت العوامل التي دفعته في السابق قائمة لم تزول، ولذلك فإنه إذا كان فرض العقاب عليه غير مجدٍ، فإن تطبيق التدابير الاحترازية العلاجية والتقويمية والتثقيفية عليه ستكون ذات جدوى، وقد تحول بينه وبين العودة إلى محاولة الانتحار مجددًا، مما ينبغي أن تكون محل عناية قوانين العقوبات.

(4) راغب فخري وطارق قاسم حرب - شرح قانون العقوبات العسكري/الجرائم العسكرية/المبادئ العامة - دائرة التدريب/مديرية الدائرة القانونية 1985 - ص 82.

(5) Rusell On Crime -12th Ed. VOL.1 - London 1964 P.559

Smith and Hogan - Criminal L AW- 12th - Vol.1- London 1978-p335

(6) محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات/القسم العام - دار النهضة العربية القاهرة 1973 الطبعة الثالثة، ص 93.

المفهوم القانوني للحق في الموت :

احتلت مسألة حق الإنسان في اختيار وقت إنهاء حياته بمحض رغبته وإرادته مواضع بارزة في اهتمامات العديد من العلوم الفلسفية والاجتماعية والنفسية والقانونية، إلى الحد الذي ظهرت فيه دعوات حديثة متزايدة، أسست رأيها على أنه إذا كان يتعين على القانون حماية حق الإنسان في الحياة، ووجوب العقاب على من يمس بهذا الحق، فإن من حق الإنسان كامل الأهلية سليم الإدراك حر الاختيار كذلك ألا يُجبر على الاستمرار في حياة يراها ذات كدر وشقاء وعناء لم يعد يريدتها، واختار بمحض إرادته أن يضع نهاية لها لأسباب يقدرها هو وليس غيره، فمثلما يكون من حق الإنسان أن يعيش بكرامة فإن من حقه أن يموت بكرامة.

والواقع أن هذه الدعوات لم تقم على فراغ، وإنما قامت على أصول فكرية وفلسفية بدأت خفيفة الصوت ولكنها تزايدت في تأثيرها سنة بعد أخرى، وتحولت بمرور الزمن إلى مفاهيم قانونية إلى الحد الذي دخلت التشريعات القانونية بأشكال مختلفة في مختلف دول العالم ولا سيما الدول الغربية، وهي وإن كانت ما تزال تدور مدار حق الإنسان المصاب بمرض ميؤوس من شفائه بمنحه الموت الرحيم، إلا أنها أخذت بالتطور على نحو تزايد فيه النداء لمنح الإنسان الحق في المساعدة في إنهاء حياته في الوقت الذي يشاء، ما دام يقرر ذلك وهو سليم الإدراك حر الاختيار (أي كامل الأهلية القانونية)، ولو لم يكن مصاباً بمرض عضال ميؤوس من شفائه.

والواقع أن من قديم ما ذكره المؤرخون بأنه عندما اشتدت الآلام المريرة التي عانى منها الإمبراطور الروماني (أغسطس قيصر) جرّاء إصابته بمرض عضال كان قد ألمّ به سنة 14 ميلادية، طلب من زوجته أن تساعده

في وضع نهاية لحياته بأن تقدم له بضع حبات من التين المسموم فتناولها وودع الحياة⁽⁷⁾.

والواقع أن نزعة إقرار حق الإنسان في إنهاء حياته جرأ المعاناة من آلام مرض لا أمل بالشفاء منه يتصل بموضوع آثاره الأطباء قبل غيرهم، هؤلاء الأطباء الذين تبثليهم الظروف بمعالجة مرضى ميؤوس من شفائهم ولا تنفع حتى أشد العقاقير المهدئة والمخدرة من تخفيف آلامهم، ولا يكون لهم ما بقي من أيام أو ساعات حياتهم سوى الألم والعذاب.

والواقع أن من قبيل ذلك أيضًا ما يُسمى حالات موت الدماغ، التي يكون فيها الإنسان في حكم الميت سريريًا، لأنه يبقى فاقد الوعي نهائيًا، وما أن تُفصل عنه أجهزة التنفس والأغذية الاصطناعية حتى يموت تلقائيًا.

فهل يُعد قيام حبيبه أو طبيبه بإنهاء حياته بدافع الشفقة به جريمة قتل، أم يكون فعلًا مباحًا أو في الأقل سببًا لتخفيف العقوبة المقررة عليه قانونًا؟

موقف القانون الجنائي المقارن من حق الإنسان في الموت:

لقد اختلفت مواقف القوانين من مسألة حق الإنسان في إنهاء حياته إلى حدود كبيرة نستعرضها بإيجاز كما يأتي:

(7) يُنظر: محمد أحمد جوهر- القتل الرحيم/مراجعة تاريخية وإنسانية- مقالة علمية- مجلة الحقوقية التي تصدرها جمعية المرصد لحقوق الإنسان في البحرين-العدد الأول يونيو 2021-ص249.

أولاً: الاتجاهات القانونية في الدول الغربية:

أشار بعض الباحثين إلى أنّ أول من استعمل مصطلح (الموت الرحيم) هو الفيلسوف الإنكليزي (فرانسيس بيكون) في القرن 17 الميلادي، واصفاً إياه بأنه موت سهل غير مؤلم وسعيد⁽⁸⁾.

ومنذ هذا التاريخ بدأت الأفكار والآراء تتفاعل بين مؤيد ومعارض لفكرة تلبية رغبة المريض الميؤوس من شفائه في الموت، حتى ظهر النداء التشريعي القانوني الأول سنة 1906 في ولاية (أوهايو) في الولايات المتحدة الأمريكية حين قُدم مشروع قانون لإجازة القتل الرحيم، ولكنه رُفض ولم يشهد النور، وعلى الرغم من ذلك بقيت دعوات أنصار إقرار حق الإنسان في الموت تتفاعل وتنتشر إلى أن قُدمت جمعية إجازة الموت الرحيم التطوعي في إنكلترا سنة 1936 مشروع قانون لإجازة الموت الرحيم، ولكنه مُني بالفشل أيضاً، واستمر السجال الفكري الفلسفي والاجتماعي والقانوني بين معارض ومؤيد حتى سنة 1957، حيث حدث موقف لافت عندما أعلن الفاتيكان رأيه بإجازة الموت الرحيم بفصل أجهزة الإنعاش عن المريض الميؤوس من شفائه، وصولاً إلى سنة 1997 حين أقر قانون الموت الرحيم في ولاية (أوريغون) في الولايات المتحدة الأمريكية، تلتها بعد ذلك ثمان ولايات منها (واشنطن وكاليفورنيا ونيو جيرسي)، ثم سارت على النهج نفسه عدد من الدول الأوروبية منها (سويسرا وهولندا وفرنسا وبلجيكا وإسبانيا والبرتغال)، ثم تبعتها كذلك (أستراليا وكندا وكولومبيا)، مشرطةً أن تجري عمليات الموت الرحيم بإشراف طبيب مؤهل يتولى تقدير حالة المريض الميؤوس من شفائه، وأن يكون المريض طالب الموت في كامل قواه

(8) المرجع نفسه، ص 250.

العقلية، وأن يقوم المريض بنفسه إعطاء نفسه المادة التي تُسبب له الموت تحت إشراف الطبيب⁽⁹⁾.

والواقع أن هذه الشروط وبخاصة شرط قدرة المريض على إعطاء نفسه المادة التي تسبب إنهاء حياته لم تصمد أمام دعوات أن يشمل الموت الرحيم المرضى الميؤوس من شفائهم والمصابين بحوادث تسبب الحالة المعروفة بموت الدماغ من الذين لا يستطيعون إعطاء أنفسهم المادة المميتة، كونهم بسبب المرض أو الإصابة قد فقدوا الوعي ولا أمل بعودة الوعي إليهم، لا بل تذهب دعوات حديثة إلى شمول كل راغب بوداع الحياة ما دام راغباً في ذلك بوعي وإرادة، جرياً على أنه مثلما يجب ضمان حق الإنسان أن يعيش بكرامة، فإنه يجب ضمان حقه في أن يموت بكرامة، وهو ما يُعبر عنه حديثاً (حق الإنسان في الموت).

ثانياً: الاتجاهات القانونية في الدول العربية:

لقد اختلفت القوانين العربية في مواقفها، الأمر الذي نستعرضه بإيجاز كما يأتي:

جرت معظم قوانين العقوبات العربية ومنها قانون العقوبات البحريني والمصري والعراقي على عدم النص على حكم خاص بالقتل، شفقة بالمجني عليه سواء بناءً على طلبه أو بغير طلبه، وتركت تقدير ذلك للقضاء في أن يعتبره ظرفاً مخففاً للعقاب من عدمه، الأمر الذي يعني عدم اعترافها بوجود وضع قانوني خاص للموت الرحيم، وإنما تركته للسلطة التقديرية للقضاء ليعتبرها سبباً لتخفيف العقوبة من عدمه بحسب الأحوال.

(9) المرجع نفسه، ص 251 - 253.

انفرد قانون العقوبات السوري في المادة رقم (538) وقانون العقوبات اللبناني في المادة رقم (552) اعتبار القتل شفقة بالمجني عليه المقترن بالحاحه في طلب الموت، عذراً قانونياً مخففاً للعقوبة⁽¹⁰⁾. وهذا في الواقع اعتراف بوضع قانوني خاص بالقتل شفقة بالمجني عليه.

وحيث إن من الواضح بأن التشريعات العربية التي رفضت إلى حد الآن وضع أحكام خاصة بالموت الرحيم، وتركت حالاته إلى أحكام جريمة القتل فيها وفقاً لما يقدره القضاء، كان بتأثير أحكام الشريعة الإسلامية، ولذلك فإنه يكون من المناسب استعراض موقف أحكام الشريعة الإسلامية بشأن هذا الموضوع بإيجاز.

الانتحار والقتل بناءً على طلب المجني عليه في الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي:

نعرض دراسة موجزة لموضوعي الانتحار والقتل بناءً على طلب المجني عليه تالياً.

أولاً: الانتحار في الشريعة الإسلامية:

حرّمت أحكام الشريعة الإسلامية الانتحار لكونه قتلاً للنفس، واعتبرت الشروع فيه معصية يُعاقب عليها من يشرع في الانتحار تعزيراً، فإن مات

(10) محمد الفاضل - الجرائم الواقعة على الأشخاص - ط 3 - مطابع فتي العرب - دمشق 1965، ص 436.

علماً بأن قانون العقوبات الإيطالي بنص المادة رقم (579) يكفي لتطبيق العذر المخفف للقتل شفقة، أن يكون دافع القتل هو الشفقة بالمجني عليه من دون اشتراط رضاه أو إلحاحه في الطلب.

المنتحر كان عقابه في الآخرة، وذلك سندًا لقوله تعالى ﴿ولا تقتلوا أنفسكم إن الله بكم رحيمًا ومن يفعل ذلك عدوانًا وظلمًا فسوف نصليه نارًا وكان ذلك على الله يسيرًا﴾⁽¹¹⁾. وقوله سبحانه وتعالى أيضًا ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق﴾⁽¹²⁾.

وعلى الرغم من أن الشريعة الإسلامية لا تعاقب المنتحر ما دام قد مات، إلا أنها تعاقب من يقوم بالمساعدة والتحريض على الانتحار باعتباره منكرًا، ومن ثم معصية تستوجب التعزير، سندًا لقوله ﷺ: ﴿من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان﴾، كما أن ذلك ما تنهى عنه قاعدة وجوب الأمر بالمعروف ووجوب النهي عن المنكر، وفعل الانتحار منكرًا، والمساعدة والتحريض عليه من جنسه وهو منكر أيضًا⁽¹³⁾.

علمًا بأن التشريعات الأوروبية في القرون الوسطى بتأثير التعاليم الكنسية كانت تعاقب على الشروع في الانتحار بأقصى العقوبات، لا بل تعاقب المنتحر حتى بعد موته، وذلك بإيقاع العقاب على جثته ومصادرة أمواله⁽¹⁴⁾.

وكما ذكرنا آنفًا بأن القانون العمومي في إنكلترا (Common Law) كان يعاقب على الشروع في الانتحار، إلى أن صدر قانون الانتحار (Suicide Act) سنة 1960، الذي لم يعد يعاقب على الشروع في الانتحار.

(11) سورة النساء الآية 30.

(12) سورة الإسراء الآية 33.

(13) أحمد موافي - الفقه المقارن بين الشريعة والقانون - مطبعة مخيمر 1963/1964، ص 292.

(14) جلال ثروت - نظم القسم الخاص/ جرائم الاعتداء على الأشخاص - المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر 1971 ص 78).

ثانياً: القتل بناء على طلب المجني عليه في الفقه الإسلامي :

لقد انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية حول مدى الاعتداد برضا المجني عليه في القتل إلى رأيين، وهما كالآتي:

الرأي الأول: ذهب هذا الرأي إلى أن الرضا بالقتل لا يُسقط القصاص عن القاتل، وهو الرأي الراجح عند الجعفرية⁽¹⁵⁾، والمالكية⁽¹⁶⁾، وهو رأي الإمام زفر من فقهاء المذهب الحنفي⁽¹⁷⁾. وحجة هذا الجانب من الفقه في عدم الاعتداد برضا المجني عليه في إسقاط القصاص عن القاتل، هي:

إن النفس محرم إزهاقها حتى على صاحبها إذ لا يجوز أن يقتل نفسه، فكيف له أن يأذن لغيره بقتله، فلا يكون لهذا الإذن من قيمة، ولأن حرمة النفس لا تحتمل الإباحة⁽¹⁸⁾.

إن الرضا لا يجدي في إسقاط القصاص من الناحية المنطقية، وذلك لأنه إسقاط ما لم يجب بعد، بمعنى أن القصاص لا يقوم ولا يثبت إلا بتمام القتل، ومن ثم يكون الرضا به قبل ثبوته لغواً⁽¹⁹⁾.

(15) التاج المذهب لأحكام المذهب - شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار ج4 ط1 لأحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني - مطبعة إحياء الكتب العربية بمصر 1947، ص285.

(16) محمد أبو زهرة - فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي - القسم الثاني - معهد الدراسات العربية العالمية 1966، ص278.

(17) نظام الدين عبد الحميد - جناية القتل العمد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الآداب بجامعة بغداد 1974، ص258.

(18) محمد أبو زهرة - المرجع السابق، ص278.

(19) هاشم معروف - المسؤولية الجنائية في الإسلامي، ص173.

الرأي الثاني: ذهب هذا الرأي إلى أن القصاص يسقط برضا المجني عليه بالقتل، وهو رأي غالبية فقهاء المذهب الحنفي⁽²⁰⁾، وهو الرأي الراجح عند الحنابلة⁽²¹⁾. وحجة هذا الجانب من الفقه في الاعتداد برضا المجني عليه في إسقاط القصاص عن القاتل، هي أن رضا المجني عليه بالقتل وإن لم يؤد إلى إباحة القتل، إلا أنه يُوجد شبهة والشبهة تدرأ الحد ومن ثم تدرأ القصاص⁽²²⁾، ولكن مع ذلك فإن القتل بالرضا يوجب التعزير، إذ الأولى بالجاني أن يستجيب لأمر الله في النهي عن القتل⁽²³⁾.

-
- (20) تحفة الفقهاء ج3 لعلاء الدين السمرقندي - حققه وعلق عليه الدكتور محمد زكي عبد البر - مطبعة جامعة دمشق 1959، ص148.
- (21) محمد أبو زهرة - المرجع السابق، ص278.
- (22) هاشم معروف - المرجع السابق، ص173.
- (23) محمد أبو زهرة - المرجع السابق، ص278.

دور عمادة كلية الحقوق في جامعة الكويت: آفاقٌ واسعةٌ، احتمالاتٌ مفتوحةٌ، وفرصٌ ممكنة

د. مشاعل عبدالعزيز الهاجري*

منذ فترة، وقعت في يدي صورة نادرة للمسودة الأصلية للدستور الكويتي، نشرت مع مقابلة قديمة أجريت عام 1963، أي منذ أكثر من 50 عاماً، مع المرحوم الدكتور عثمان خليل عثمان، المستشار القانوني الذي ساهم في وضع دستور دولة الكويت. تحت الصورة، لفتت نظري هذه الفقرة من حديثه: "من الأقوال الشائعة فيما يتعلق بالدساتير أنها توضع بعقلية ما قبل إصدارها، مستوحاة من الماضي بظروفه ومشاكله، ولكننا راعينا أثناء إعداد هذا الدستور أن يأتي أقرب إلى مفاهيم الغد منه إلى مفاهيم الأمس وحتى إلى مقاييس اليوم".

وهكذا، فإن مفاهيم "الغد" (غُدّه هو، عندما كان يتحدث عام 1963) هي مفاهيم "اليوم" (يومنا هذا). يمكن إسقاط ذلك على المستقبل الأكاديمي لكلية الحقوق في جامعة الكويت. فوفقاً للأعراف الأكاديمية المستقرة، هناك جناحان للممارسة الجامعية، هما البحث العلمي والتدريس، إلا أن أيّاً منهما لا يرتفع في قيمته الأكاديمية إلا من خلال

(*) أستاذ مشارك، كلية الحقوق، جامعة الكويت.

جملة من العناصر، بعضها موجود فلا يتطلب الأمر إلا الاستمرار في استعماله، وبعضها معطل فينبغي تنشيطه، فيما البعض الثالث منها غائب ولكن ممكن الاستحداث: إن الأمر يتعلق بالسعي الجاد نحو آفاق واسعة، احتمالات مفتوحة وفرص ممكنة، بشكل يقارب ما تقدّم من منطلق إعداد دستور دولة الكويت.

هنا سرّد لمنظوري الخاص حول الأمر، وهو سرّد يدور في إطارٍ فكريّ مرن، يستوعب الطبيعة الخاصة للجامعة باعتبارها مؤسسة ديناميكية ينبغي أن تجدد نفسها باستمرار، ويكل المهام إلى العمادة باعتبارها الجهاز التنفيذي الأعلى في كليات الحقوق. إن الأمر لا يتعلق بالأهداف فقط، وإنما بالإطار الفكري الذي يتمدد ليحتويها بمرونة تستوعب إملاءات المرحلة، أيّ ما كانت هذه الأهداف، ومهما بلغ حجمها. وفي حين أنني أكتب هنا عن جامعتي، جامعة الكويت، فلا شك أن أغلب ما سيلقي هي نظرات موضوعية، تنطبق على كل عمادة لكلية حقوق عربية في الجامعة كـ "مؤسسة" بشكل عام، أيّ كانت.

أولاً: آفاق واسعة: مجال كبير للحركة

1 - الجامعة مؤسسة طليعية؛ ينبغي أن تتقدّم مؤسسات الدولة دائماً، إلا أن حركتها يجب أن تكون بخطواتٍ مدروسة في ظل استراتيجياتٍ كبرى تكون بمثابة خارطة طريق لها (مثل رؤية الكويت 2035، تقارير الأمم المتحدة، الخطة الاستراتيجية لجامعة الكويت). على العمادة استحضار كل ذلك أولاً، بحيث تقود خطواتها الإدارية الكلية باتجاه تلك الأهداف دائماً، لا بالإنحراف عنها.

2 - كلية الحقوق هي أولى كليات القانون في منطقة الخليج العربي

(1967)، ولها بذلك تاريخ فخور. ومع ذلك، فمن الملاحظ أن لها طبيعة انعزالية ما تفصلها عن الممارسة القانونية في العالم، رغمًا عن اعتبارات العولمة، مما انعكس على تعاطي الكلية مع القانون المقارن. للعمادة دور كبير في الدفع نحو دعوة أعضاء هيئة التدريس إلى استكشاف النظم القانونية المقارنة، من أجل تجديد في المعارف الحقوقية لطلبتهم.

3 - فيما عدا بعض البرامج الوقتية والمتفرقة التي تفتقر لعنصر الاستدامة، تفتقر البنية المؤسسية لكلية الحقوق لآليات تطوير أعضاء هيئة التدريس. لذلك، أرى أن واحدة من أولى واجبات العمادة هي الدفع باتجاه استحداث "وحدة لتدريب وتطوير أعضاء هيئة التدريس" بداخل الكلية، بما يحقق لهم فرص مواكبة المستجدات المتصلة بعملهم الأكاديمي ودورهم في تقديم تجارب تعليمية أفضل للطلبة.

4 - رغم أنه من المحبذ أن تكون لكليات الحقوق طبيعةً راسخةً ما انسجاماً مع الاستقرار القانوني، إلا أن الملاحظ هو أن المناهج وطرق التدريس فيها هي أقرب للجمود منها للاستقرار. في كثير من المقررات يُدرّس الأستاذ لطلبته ما كان هو يدرّسه عندما كان على مقاعد الدراسة، مما يقلل من فرص اطلاعهم على التطور القانوني في العالم من حولهم. إن إثارة هذا الأمر وجعله مادة للنقاش المستمر في الكلية ينبغي أن يكون من أولويات العمادة الفاعلة.

5 - أنبّه دائماً إلى أن كلية الحقوق، رغم تاريخها العريق، تخلو تماماً من المراكز العلمية البحثية المتخصصة، فلم يتم استحداث أي مركز بحثي تخصصي فيها منذ إنشائها وحتى اليوم. صار من اللازم أن تضطلع العمادة بهذا الأمر كأولوية، فتسعى إلى إنشاء مركز للدراسات القانونية المقارنة في الكلية، تكون من مهامه دعم الأبحاث والدراسات المعمقة في القانون

المقارن، والعمل كمركز اتصال بين كلية الحقوق والمراكز البحثية الدولية ذات الغرض المماثل، إضافة إلى تقديم الاستشارات للجهات الحكومية خلال المراحل التحضيرية لإعداد التشريعات واللوائح، من واقع دراسة الاتجاهات الحديثة النظم القانونية المقارنة، للخروج بتشريعات أفضل في دولة الكويت.

ثانياً: احتمالات مفتوحة: ما يمكن أن يكون

1 - الدراسة الحقوقية حول العالم تتغير (الأكاديمية) كما أن الممارسة القانونية تشهد تحولاً تدريجياً ملحوظاً (المحاماة)، ذلك أن التحوّل صار يجري الآن على قدم وساق من اقتصادٍ مبنّى على المكوّن المادي إلى اقتصادٍ معرفيّ تكون فيه المعارف والمهارات هي قطب الرّحى (كما تبين مؤشرات التنمية الإنسانية لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي). من ذلك، إن الذكاء الاصطناعي سيبدأ بأخذ دور المحامين تدريجياً حتى يقلّ الطلب السوقيّ على خدماتهم (فتقنيات ما يعرف بـ Block Chain والعقود الذكية Smart Contracts هما التغيير المستقبلي القادم، وقد بدأ فعلاً بإزاحة دور المحامين، بهدوء). بذلك، فإن نوعية المهارات الحقوقية المطلوب خلقها في داري القانون بدأت تتغير، بحيث صار ينبغي اعداد قانونيين من صنفٍ رفيع ومتخصّص (كالمختصّين في موضوعات النقل البحريّ مثلاً أو حقوق الملكية الفكرية)، لأن هؤلاء فقط من سيكتب لهم البقاء في سوق العمل خلال السنوات القادمة. على العمادة نشر هذه الثقافة في أوساط كل من هيئة التدريس والطلبة معاً.

2 - للأمانة العلمية/ الأكاديمية مركز الصدارة، فتقع على رأس هرم القيم المؤسسية لكلية الحقوق تحديداً بسبب من الطبيعة القيمة للدراسة

فيها، بما يتطلب التعاطي مع مسائل الغش الدراسي بأقصى درجات الجدية. ويثبت النظر المقارن أن المؤسسات لا تحرز النجاح في التصدي لمسألة الأمن المعلوماتي إلا من خلال التجديد (المدارس/ الجامعات/ الجمارك/ شركات الحاسب الآلي/ المنافذ الحدودية - كل هذه مثلاً). إن وضع حدّ لهذه الإشكالية إنما يكمن في أحداث تغيير في فلسفة الأسئلة وأساليبها: لقد لوحظ أن الاختبارات التي تتطلب إجابات سردية أو وصفية أو اختيار من متعدد لا تمثل تحدياً للطلاب لأنها لا تتطلب مهارات التفكير العليا، فهي بذلك تعتمد على التلقين وحفظ المناهج عن ظهر قلب، بما يسمح لغالبية الطلبة - وليس للمستحقين منهم فقط - بالانتقال إلى المراحل الدراسية المتقدمة وبدرجاتٍ عاليةٍ مضللة للواقع. لذلك، على العمادة مهمة التعامل مع هذه الثقافة المؤسفة لإحداث تغيير حقيقي في النسق/ الباراداييم، من خلال الحث على التخلي تماماً عن الأسئلة السردية/ التقليدية، والتحول إلى الأسئلة التحليلية/ التفكيرية، من خلال تغيير طريقة الأسئلة وأساليبها والتنسيق لتدريب الطلاب على هذا النمط الجديد من الأسئلة.

3 - تحسين التجربة الدراسية للطلبة من ذوي الاحتياجات الخاصة هو أمر يتطلب إتفاته خاصة من العمادة (إعاقة سمعية/ إعاقة بصرية/ إعاقة حركية/ بطيء التعلم). يمكن عمل الكثير على هذه الجبهة (تعديلات مرفقية بسيطة، التعاون مع معاهدهم، تقديم مساعدة تدريسية خاصة ومجدولة). إن العدالة الاجتماعية تتطلب ذلك، كما أننا - كأساتذة - رصدنا في كثير منهم طاقةً واعدةً وذكاءً ملفت.

4 - أغلب الدارسين في كلية الحقوق وأكثر مالئي قائمة الشرف السنوية لها هن من الفتيات، ومع ذلك، تُحرم هذه الفتيات - عملياً - من فرص وظيفية عديدة تبدو مستعصية عليهن، فيما تتاح لزملائهن من الطلبة

بسهولة، حتى وإن كانت معدلاتهم أقل منهن. لما كانت هذه المفارقة لا تليق بصورة كلية الحقوق، فعلى العمادة التحرك بشأن هذه الإشكالية الماسة بعدالة الفرص.

ثالثاً: فرصٌ ممكنة: استغلال المتاح والانتباه للمُهمل

1 - تعتمد كلية الحقوق بشكل تام على الجامعة كمصدرٍ ماليٍّ وحيد مما يؤثر على ميزانيتها في ظل اشتراطات التقشف وترشيد الإنفاق. ولكن على العمادة مدّ جسور التعاون مع جهاتٍ أخرى يمكن أن تلعب دوراً في تمويل أنشطة الكلية ورعايتها (مثل غرفة التجارة، المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، الهيئة العامة للاستثمار، البنك المركزي، هيئة الاستثمار الأجنبي المباشر، الوقفيات الخيرية، المنظمات الدولية). يمكن للعمادة الاستفادة من هذه الجهات لتمويل العديد من الأنشطة لمصلحة الطلبة (Internships / التدريب / البعثات / دورات اللغات).

2 - رغم تاريخها العريق، إلا أن كلية الحقوق لم تحصل على الاعتماد الأكاديمي، حتى الآن رغم تشجيع الجامعة لكلياتها في هذا الصدد. إن العمادة ينبغي أن تجعل الحصول على الاعتماد الأكاديمي لبرامج كلية الحقوق على رأس أولوياتها، إذ لا شك أن الاعتماد سوف سيكسب الطلبة قدراً أكبر من التنافسية في سوق العمل على المستويين المحلي والدولي.

3 - تلحق بكلية الحقوق مرافق ذات سمعةٍ طيبةٍ وتاريخ عريق، يجدر التنبه إلى وجوب تطويرها وتفعيل جميع مقدراتها، فهي يمكن أن تضيف إلى الكلية الكثير (مجلة الحقوق مثلاً).

4 - لعل واحدة من أهم واجبات العمادة هي تفعيل الاتفاقيات الثنائية

ومذكرات التفاهم مع الجامعات والجهات الدولية المختلفة (هذه موجودة سلفاً ولكن لا يُعرف لها تفعيل ولم تُر لها نتائج). مثل هذه الصكوك كثيرة ومتناثرة، وبعضها مرت عليه السنون من دون أن تستفيد الكلية منه شيئاً. ربما كانت الخطوة الأولى في هذا الصدد هو إعداد سجلٍ بحصرها وما ورد من امتيازاتٍ للكلية فيها، لتفعيله. كما أن هناك فرصاً كثيرةً لعقد المزيد (والمختلف) من هذه الاتفاقيات لمصلحة الكلية والطلبة والأساتذة.

5 - هناك مؤسسات موازية/ رديفة يمكن استغلالها لتوسعة مجال حركة كلية الحقوق (كوزارة التعليم العالي، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، معهد الأبحاث العلمية، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب وعداها). بشيء من التنسيق المنظم، يمكن للعمادة الاستفادة من مقدرات هذه المؤسسات لخدمة طلبة الكلية في مجالات كثيرة (للتدريب، التمويل، الفرص الوظيفية، الابتعاث القصير).

وبعد،

فيبدو أن هناك جيلاً مُضَيَّعاً من الأكاديميين العرب الرائعين: يدرسون ولا جدوى، ويُدرسون ولا جدوى، ويقرأون ولا جدوى، ويكتبون ولا جدوى، وينشرون الأبحاث ولا جدوى، ويدبجون الكتب ولا جدوى، ويُحاضرون ولا جدوى، ويُستشارون ولا جدوى. مع هؤلاء، يسود الشعور بأنهم إنما يبنون بقوالب الهواء أو يحفرون بمياه البحر، فتتهترّ الرؤوس أسفاً لحالهم. ومع ذلك، فهم مستمرون؛ مستمرون دائماً، لا لأنهم يؤمنون بصلاحيه ظرف الزمان الذي وضعتهم الصدفة التاريخية فيه - هم أدرى الناس برداءته - وإنما لأنهم مهمومون دائماً بتحسين ظرف المكان من خلال خلق الوعي ونقل المعارف. هم يعرفون أنك إذا استثمرت هنا في المرحلة، ربحت هناك في المستقبل. هؤلاء الممسوسون يدركون تماماً أنهم حلقةٌ في

سلسلة تاريخية طويلة وعتيقة من تاريخ الوجود العربي، بل والإنساني؛
لولاهم لما كان لهذه الأمة، بل ربما للبشرية، وجود.

هذا هو سبب كتابة ما تقدم: الأمل.

على العمادة - في كل كلية حقوق عربية - أن تستحضر ذلك دائماً،
في جميع مساعيها.

الأعمال السينمائية وتقريب مفاهيم القانون والحقوق للمتلقي العربي

منتصر حمادة*

مقدمة

معلوم أن وظيفة الأعمال السينمائية تندرج ضمن وظائف الفن، والتي لا تخرج إجمالاً عن تهذيب النفوس ضمن وظائف أخرى، مرتبطة بطبيعة المجال الفني، الموزع بدوره على سبعة حقول على الأقل، من مسرح وموسيقى وعمارة ونحت ورسم وتأليف إبداعي.

ومما اشتهرت به الأعمال السينمائية مثلاً، المعالجة الدرامية لأحداث تاريخية، كما هو الحال مع أعمال فيلم "الرسالة" (1976) و"عمر المختار" (1981) للمخرج السوري العقاد، أو أعمال فرانسيس فورد كوبولا الخاصة بالحرب الفيتنامية ("القيامة الآن، 1979) ضمن أمثلة أخرى.

كما يمكن أن تكون أفلام خيال علمي، لعل أشهرها خلال السنوات الأخيرة فيلم "بين نجمين" (2016) للمخرج كريستوفر نولان، أو أفلام إثارة، وأنماط أخرى اشتغلت عليها العديد من الإصدارات⁽¹⁾.

(*) مركز المغرب الأقصى للدراسات والأبحاث، الرباط - المملكة المغربية.

(1) من بين الأعمال التي ننصح بها في هذا السياق، كتاب إيمانويل إيتيس تحت

ما يهمننا في هذه المقالة الشق التوعوي الخاص بالمجال القانوني والحقوقى في الأعمال السينمائية، ونقصد تصنيف مجموعة من الأعمال السينمائية في خانة تبسيط مفاهيم القانون.

ومعلوم أنه غالباً ما يتم ترويج الأدبيات القانونية والحقوقية عبر المؤسسات التعليمية، في مختلف مسالك الدراسة، من مرحلة الابتدائي حتى الدراسات الجامعية في الكليات والمعاهد، كما يمكن أن يكون عبر حملات إعلامية توعوية، أو عبر أداء بعض منظمات العمل الأهلي من قبيل الجمعيات الحقوقية، لولا أننا نعاين مع الأعمال السينمائية خاصة لا نجدتها كثيراً في باقي مجالات الترويج، التعليمية والإعلامية والأهلية، وعنوانها تبسيط المفاهيم القانونية أو تقريبها للمتلقى، عبر بوابة عمل سينمائي، أو يبدو أنه مجرد عمل سينمائي، بينما الأمر يتجاوز ذلك.

من أجل تقريب فكرة المقالة للقارئ، نتوقف عند بعض الأمثلة في هذا السياق، مع الاستشهاد بما يصدر عن أهم مؤسسات سينمائية في العالم، أي مؤسسة هوليوود الأمريكية، والتي تعتبر إحدى ركائز "القوة الناعمة" في نسختها الأمريكية بالتحديد.

لن نتوقف هنا عند لائحة عريضة من الأفلام التي تصنف في خانة التوعوية الحقوقية، والتي استعرضت أطوار محاكمات، وذلك لاعتبارين اثنين على الأقل:

أ - الأول أنه سبق أن اشتغلت بعض المقالات على التعريف بهذه الأعمال⁽²⁾، مع تسليط الضوء على نوعية بعض المحاكمات ودروسها للمتلقى.

عنوان "علم اجتماع السينما وجماهيرها"، ترجمة سلمى مبارك، دار معنى، ط1، 2021.

(2) انظر على سبيل المثال لا الحصر الروابط التالية:

ب - والثاني أن تلك الأعمال كانت صريحة في التعريف بالخطاب
الحقوقي والقانوني، ومن ذلك أن سيناريو هذه الأفلام كان
صريحًا في الإحالة على اللغة القانونية والحقوقية.

بينما الأمر مختلف في النماذج الخمسة التي نتوقف عندها، ضمن
نماذج أخرى يصعب حصرها، لأنها تهتم أعمالاً سينمائية لا تتطرق بشكل
مباشر وصريح لقضايا قانونية أو حقوقية وغيرها، لكن رسائلها تصنف في
خانة تبسيط وتقريب أدبيات الفلسفة السياسية⁽³⁾، ومنها الأدبيات القانونية
والحقوقية بشكل لا نجد له مثيلاً في باقي القنوات التعليمية والإعلامية
والأهلية المعنية بترويج تلك الأدبيات.

- حسن عادل، أفلام المحاكمات: 14 فيلمًا من أجمل الأفلام التي تدور
أحداثها وحواراتها داخل محكمة، 3 أكتوبر 2015، على الرابط:
<https://www.sasapost.com/movies-about-trials/>

- ثلاثة أفلام ناقشت قضايا قانونية ضمن أحداث حقيقية، 10 مايو 2020، على
الرابط:
<https://www.enabbaladi.net/archives/376833>

- عبد الله القمزي "محاكمة سبعة شيكاغو"، درس من التاريخ في توقيت
مثالي، 25 أكتوبر 2020، على الرابط:
<https://www.emaratalyoum.com/life/cinema/2020-10-25-1.1413840>

(3) من بين الأعمال البحثية التي نقترحها في سياق تعريف واشتغال الأعمال
السينمائية على قضايا الحقوق والعدالة، نذكر ثلاثة أعمال مرجعية:
- Strickland, Rennard, Foster, Terec, and Banks, Taunya L., "Screening Justice
- The Cinema of Law: Significant Films of Law, Order and Social Justice"
(2006).

- Steve Greenfield, Guy Osborn, and Peter Robson Film and the Law: The Ci-
nema of Justice, Publisher: Hart Publishing, (2010).

- Anne Wagner, Le Cheng, Law, Cinema, and the Ill City: Imagining Justice
and Order in Real and Fictional Cities Publisher: Routledge, (2019).

نماذج تطبيقية :

تأسيسًا على ما سبق، نتوقف عند الأمثلة التالية، مع وقفات تعريفية ببعض رسائلها ذات الصلة بموضوع المقالة :

1 - فيلم "المغادرون" [The Departed] 2006، للمخرج الأمريكي مارتن سكورسيزي، وبطولة ليوناردو ديكابريو ومات ديمن وجاك نيكولسون ومارك والبيرغ.

الظاهر من رسائل الفيلم أن أحداثه تدور في جنوب بوسطن، حيث يقيم أحد رموز المافيات الأمريكية [جسد دوره جاك نيكولسون] بشراء ذمة مسؤول أمني في شرطة الولاية [جسد دوره مات ديمن]، ومقابل ذلك، تقوم شرطة الولاية نفسها بزرع أحد أفرادها [جسد دوره ليوناردو ديكابريو] داخل أجهزة المافيا، قبل أن يدرك الطرفان الواقعة، أي الشرطي الفاسد والشرطي الصالح، وينخرط كل طرف بالتالي في محاولة الكشف عن الطرف الآخر، إنقاذًا للذات من جهة، وتقديم خدمة للمؤسسة المعنية من جهة ثانية، سواء كانت مؤسسة الشرطة أو مؤسسة المافيا.

لكن باطن الفيلم يكمن في تسليط الضوء على معضلة الفساد في عقر المؤسسة الأمنية من جهة، كما يُثير قضية أسالت الكثير من مداد أهل القانون والفلسفة السياسية، من القدامى والمعاصرين، والحديث عن قضية إحقاق العدالة عبر خرق القانون، وهو ما لخصته اللقطة ما قبل الأخيرة في الفيلم، عندما اضطر أحد رجال الأمن [جسد دوره مارك والبيرغ] إلى قتل مات ديمن، زميله في العمل، عبر خرق القانون، دون ترك أي بصمات كأننا في "شريعة الغاب"، بعدما تأكد له أن المؤسسة الأمنية لم تنفطن بعد لتبغات فساد المعني، لأنه أبدع في إخفاء فساد، وتأكد بالتالي أنه من المستحيل أن يُقنع الإدارة بفساد المعني.

والملاحظ أن هذا الخيار سيكون نفسه الذي يلجأ إليه الممثل نفسه في فيلم آخر، بعنوان "القناص" [Shooter] 2007، والذي تلخص مضامينه العنوان الفرعي الذي يوجد في ملصق الفيلم، وجاءت صيغته كالتالي: Yesterday was about honor. Today is about justice. وترجمتها إلى العربية: "بالأمس، كانت قضية شرف، اليوم، هي قضية عدالة".

وتدور قصة الفيلم حول تورط مسؤولين كبار في مؤسسات الدولة السياسية والعسكرية والأمنية، في اغتيالات وحشية جرت في أفريقيا، موازاة مع جرائم أخرى من قبيل الاتجار غير المشروع في السلاح⁽⁴⁾. اجتهد بطل

(4) "لا يمكن أن نصبح قادة/ قذوة، إن كانت هواجسنا تدور في فلك الحسابات الانتخابية". هذه إحدى الرسائل التي جاءت في كلمة ألقاها الممثل الأمريكي ماثيو ماكونهي يوم الثلاثاء 7 يونيو 2022 في البيت الأبيض موجهاً نداء صريحاً لأهل التشريع في الكونغرس من أجل استصدار قانون مراقبة الأسلحة، للحد من حوادث إطلاق النار الجماعي في البلاد. وجاء خطابه الذي استغرق 21 دقيقة، في أعقاب إطلاق النار على مدرسة ابتدائية في مسقط رأسه بأوفالدي بولاية تكساس، مما أسفر عن مقتل (19) طالباً ومعلمين. رابط الشريط المؤرخ في 7 يونيو 2022:

<https://www.youtube.com/watch?v=r2a3TorfNi4>

أقرّ ماكونهي بأن التشريع الخاص بالأسلحة لن ينهي عمليات إطلاق النار الجماعية، إلا أنه يمكن اتخاذ المزيد من الخطوات لتجنب مثل هذه المآسي، والحال أن وقوع تلك المآسي، فرصة للتذكير بمجموعة من الأعمال السينمائية التي تعتبر مشاهدتها، فرصة لأخذ فكرة أولية على صعوبة صدور القانون المرجو من طرف الرأي العام هناك، والإحالة هنا على مثالين ضمن مجموعة من الأعمال: "ملك الحرب" 2005 [Lord of War] أو "عراب الحرب" من بطولة نيكولا كيج؛ وفيلم "كلاب حرب" 2016 [War Dogs]، من إخراج تود فيليس. قصة الفيلمان معاً مفادها أن سوق السلاح "لا خلاق له"، لا إنسانية ولا مشترك إنساني ولا قانون دولي ولا احترام معاهدات، مع فارق أن قصة فيلم "كلاب حرب" ليس خيالاً، وإنما مستوحاة من أحداث واقعية، بما يُزكي كرة أخرى

الفيلم في إثبات تورط هؤلاء أمام القضاء هناك، وصدر حكم هذا الأخير في جلسة مغلقة، خلاصته أن الجرائم ارتكبت خارج التراب الأمريكي، لكن عجز تفعيل الحكم القضائي، جعل البطل المعني يلجأ إلى شريعة الغاب من أجل تحقيق تلك العدالة.

2 - نأتي للفيلم الثاني، ويهم سلسلة أفلام عنوانها "مباريات الجوع" [The Hunger Games]، صدرت في أربعة أجزاء بين 2012 و2015، من بطولة جنيفر لورانس، وجوش هوتسرسن، ووليام هيمسورث.

ظاهر السلسلة لا يخرج عن كونها أفلام خيال علمي وبعض من الإثارة، حيث تدور أحداثها في مستقبل بائس لما بعد نهاية العالم، في دولة مكونة من (12) مقاطعة فقيرة، موزعة على فئة حاكمة وفئة من المحكومين، يتم اختيار (12) من المرشحين قصد المشاركة في مباريات الجوع، لكي يتقاتلوا في مكان مفتوح تتحكم به إدارة "الكابيتول"، حتى يتبقى متسابق واحد على قيد الحياة. وأصل هذه المسابقة هو عقاب للمقاطعات بسبب محاولة الثورة ضد "الكابيتول".

لكن باطن السلسلة يُفيد أن رسائلها ذات صلة بالواقع السياسي للعديد من دول العالم، بما في ذلك واقع وأداء الرأسمالية التي لديها قابلية التضحية بالإنسان باسم الفرجة والألعاب والمسابقات، حفاظاً على مصالحها.

لا تقتصر ميزة هذه السلسلة على الشق التوعوي الخاص بتسليط الضوء السينمائي على الصراع الطبقي، وإنما تجاوزته على أرض الواقع البعيد عن

أهمية مثل هذه الأعمال في تنوير الرأي العام بتعقيدات هذه القضايا التي تتداخل فيها عوامل سياسية واقتصادية وأمنية وغيرها.

الخيال العلمي، لأن دروس السلسلة والمرتبطة جزء منها بالدور الذي قامت به جنيفر لورانس، حوّل لها تقديم وصلة في موقع يوتيوب في إطار حملة توعوية لمواجهة الفساد في الساحة السياسية الأمريكية، وخاصة لدى الحزب الجمهوري والحزب الديمقراطي، حيث تضمن الشريط أرقامًا حول واقع الفساد في العمل السياسي المؤسستي الأمريكي، مستعرضة ثلاثة مقترحات تروم التصدي لهذه المعضلة⁽⁵⁾.

نقطة أخرى لا تقل أهمية بخصوص دروس السلسلة، ونعانيها في العديد من الأفلام الأمريكية، وهي ارتفاع مؤشر ممارسة النقد الذاتي في الساحة، بما في ذلك نقد المنظومة الرأسمالية، ونقد تواضع السياسات العمومية، فالأخرى نقد الفاعلين السياسيين، وهناك لائحة عريضة من الأفلام في هذا السياق، من قبيل الثلاثية الشهير للمخرج أوليفر ستون عن حرب فيتنام "بلاتون" [1986]، "ولد في الرابع من تموز" [1990]، "بين الأرض والفردوس" [1993]، وهي الثلاثية التي تنتقد الرواية الأمريكية الرسمية بخصوص حرب الفيتنام [1955-1975]، أو فيلم "جي. إف. كي: للمخرج نفسه، وهو الفيلم الذي تدور أحداثه حول مقتل الرئيس الأمريكي جون كيندي، لكن عبر ترويح قراءة مغايرة للرواية الرسمية حول الواقعة، أو "فيلم "سنودن" (2016)، إحالة على موظف لدى وكالة المخابرات المركزية، الذي عمل كمتعاقد مع وكالة الأمن القومي [NSA] قبل أن يسرب تفاصيل برنامج التجسس "بريسم" إلى الصحافة في غضون عام 2013.

(5) انظر رابط الوصلة التحسيسية، والذي نُشر في موقع "يوتيوب" يوم 27 فبراير 2019، على الرابط [تاريخ تصفح الرابط: 17 أبريل 2022]:
<https://www.youtube.com/watch?v=TfQij4aQq1k>

ميزة هذه الأعمال التي تُصنف في خانة النقد الذاتي، أنها تحيل على الفوارق في الأنظمة السياسية، وبالتالي الفوارق في أدبيات الفلسفة السياسية بين هذا الحقل السياسي أو غيره، بدليل أن أفلام أوليفر ستون مثلاً، لا يمكن أن نجد لها مثيلاً في حقبة الاتحاد السوفياتي ولا في حقبة روسيا اليوم، ولا بالأحرى في كوريا الجنوبية وفي مجموعة من الدول.

3 - فيلم "سيكاريو"⁽⁶⁾ [sicario] 2015، من إخراج دينيس فيلنوف وبطولة الثلاثي إيميلي بلنت وبينيشيو ديل تورو وجوش برولين، ولا تختلف رسائل الفيلم عن رسائل الأفلام السابقة أعلاه، سواء تعلق الأمر بتقريب التباين في تفعيل القانون على أرض الواقع، أو في قابلية ممارسة العقل الأمريكي للنقد الذاتي، وهي قابلية تصب في مصلحة الأمن القومي الأمريكي، خاصة أن الأمر يهم أداء مؤسسة حساسة، محسوبة على الاستخبارات.

ظاهر الفيلم الذي صُنف ضمن أفلام الجريمة والإثارة، يدور حول تجنيد عميلة مكتب التحقيقات الفيدرالي بواسطة وحدة المهام الحكومية الخاصة؛ للمساعدة في الحرب المتصاعدة ضد تجار المخدرات في المنطقة الحدودية الواقعة بين الولايات المتحدة والمكسيك؛ وللمساعدة أيضاً في القبض على أحد أباطرتها في تلك المنطقة، وهذا ما تحقق فعلاً لكنه جرى موازاة مع تورط بعض أعضاء الفريق في انتهاكات حقوقية خارج المجال الأمريكي.

هناك ثلاثة خيارات على الأقل في هذا الفيلم، بخصوص احترام القانون لدى وحدة المهام الحكومية الخاصة التابعة للمؤسسة الأمنية المعنية:

(6) مصطلح "سيكاريو" يُقصد به في المكسيك "القاتل المأجور".

أ - جسدت إيميلي بلنت الخيار الأول، وهو المطلوب إجمالاً، لأنها شاركت في العملية مع هاجس ذاتي عنوانه احترام القانون.

ب - خيار آخر جسده جوش برولين، الضابط في "مكتب التحقيقات الفيدرالي"، وكان هاجسه تطبيق العدالة ولو تطلب الأمر خرق القانون، وهذه أهم رسائل الفيلم لأن الفريق الذي سيحط الرحال بالمكسيك من أجل ترحيل مجرم هناك نحو الديار الأمريكية، بمساعدة رجال الأمن في المكسيك، سيتعامل بمنطق الضابط سالف الذكر.

ج - وأخيراً، خيار ثالث جسده بينيشيو ديل تورو، ضابط أمريكي من أصل مكسيكي، سوف يستغل هذه المهمة من أجل الانتقام ضد قتلة عائلته، مع أنه يفترض فيه أن يحترم القانون وألا يستغل تأدية مهمة أمنية لتصريف حسابات شخصية أفضت إلى ارتكاب سلسلة جرائم ضد عائلة ومحطيتها.

هذا التباين الجلي في الخيارات الثلاثة، يُحيل على بعض أدبيات الفلسفة السياسية، وبالتحديد ثنائية العدالة والقانون في سياق الحرب، بما فيها حرب العصابات، وهذا جدل يهم واقعة واحدة يمكن تعميمه على وقائع لا حصر لها في العالم بأسره، كما يمكن تعميمه الجدل نفسه على ما ميّز العديد من الأحداث، من قبيل تنظير المفكر الأمريكي مايكل فالزر⁽⁷⁾ في أمريكا لأطروحة "الحرب العادلة" مباشرة بعد اعتداءات نيويورك وواشنطن،

(7) معلوم أن مايكل فالزر كان في مقدمة مروجي أطروحة "الحرب العادلة" التي تبرر شن الولايات المتحدة الأمريكية الحرب ضد طالبان من أجل إسقاط وتفكيك تنظيم "القاعدة"، ولو تطلب الأمر سقوط ضحايا مدنيين، لأن سقف "الحرب العادلة" من منظور مايكل فالزر يسمو على سقف الحقوق الإنسانية لساكنة أفغانستان.

أو تعامل المفكرة الألمانية حنا أرندت مع محاكمات أدولف أيخمان، ومعلوم أن أرندت قامت بتغطية المحاكمة لحساب مجلة "النيويورك"، وصدرت لاحقاً في كتاب "أيخمان في القدس" مع عنوان فرعي للكتاب جاء فيه "تقرير عن تفاهة الشر"، وكان أيخمان هو المسؤول عن ترحيل وإعدام اليهود في ألمانيا النازية، لولا أن العنوان الفرعي تسبب لها في حملة نقدية لأنها تعاملت مع أيخمان على أساس أنه موظف إداري وبورجوازي تافه، وليس موظفاً سادياً أو شاذاً بتعبير نقادها حينها، ومرد ذلك، إيمانها بأن الأنظمة الشمولية، من قبيل النازية، لديها قابلية تحويل البشر إلى آلات تنفيذية وتجريدتهم من إنسانيتهم.

4 - فيلم "شاء رمزاً للثأر" [V for Vendetta] 2005، من إخراج جيمس ماكنتيغ وبطولة هوغو ويفنغ وناتالي بورتمان وستيفن ريا، وقد صُنف الفيلم ضمن أفلام ديستوبيا والإثارة، حيث تدور أحداثه حول شخص غامض مُقنع يسعى إلى تغيير الواقع السياسي في بريطانيا، وبالتحديد في سنة 2038، حيث أصبحت بريطانيا دولة شمولية يحكمها حزب يميني متطرف.

ينطلق الفيلم من تاريخ 5 نوفمبر موعداً مفصلياً من أجل تفجير المحكمة الجنائية المركزية، وبعد سنة بالضبط يتم تفجير قصر وستمنستر، وانطلاقاً من هذين الحدثين، يتم تمرير رسائل حول الفوضى والفساد والانتقام، على غرار⁽⁸⁾ ما عاينا مع فيلم "جوكر" (2019)، لكن أهمية

(8) كأن هناك بعض القواسم المشتركة بين الفيلمين، انظر في هذا السياق، مقالة للصحفي السعودي مشاري الدايدي في الاتجاه نفسه: وجه الجوكر... وقناع فانديتا، الشرق الأوسط، لندن، عدد 9 أكتوبر 2019. يمكن تصفح المقالة على الرابط المختصر: <https://bit.ly/3K529EF>

واعتبر الدايدي أننا "هنا أمام ظاهرة ليست محصورة بشاشات العرض، سواء في صالة السينما أم على أريكتك بمنزلك من خلال شاشة الآيباد، نحن أمام فعل

الفيلم هنا لا تكمن في تقريب مفاهيم قانونية وحقوقية للرأي العام وحسب، وإنما في تفعيل التطبيق على أرض الواقع، سواء جاء ذلك عبر المشاهد التي تضمنها العمل، بما فيها قرار بطل الفيلم القيام بعملية انتحارية من أجل تفجير قصر وستمنستر، أو عبر مجموعة من الاقتباسات التي تضمنها العمل، منها على سبيل المثال لا الحصر: يوجد خلف هذا القناع أكثر من مجرد لحم، تحت هذا القناع توجد فكرة والأفكار مضادة للرصاص؛ الفنانون يكذبون ليقولوا الحقيقة، أما السياسيون فيكذبون ليخفوا الحقيقة؛ لا ينبغي أن يخاف الناس من حكومتهم، بقدر ما ينبغي أن تخاف الحكومات من شعوبها؛ بوجود عدد كافٍ من الأشخاص، يمكن لتفجير مبنى أن يُغير العالم، ضمن اقتباسات أخرى مؤرقة.

وبسبب هذه الإحالات والإشارات، كانت هناك قراءات ربطت أحداث الفيلم بما جرى في المنطقة العربية منذ عقد ونيف، ابتداءً من أحداث 2011.

5 - نأتي للنموذج الخامس والأخير، ويهم فيلم "العصابات" [Gangster Squad] 2013، من إخراج روبين فليشر وبطولة شون بين ورايان غوسلينغ وإيما ستون وجوش برولين.

يُعتبر هذا الفيلم نموذجًا مصغراً لبعض أدوار "الدولة العميقة"⁽⁹⁾ في

على الواقع يستمد طاقته من سردية الفيلم. كما في مثال مجزرة سينما كولورادو"، ويقصد ما جرى عام 2013، حين قُتل (12) شخصًا وجُرح (70) بمدينة أورورا بولاية كولورادو، عندما فتح رجل النار على الحضور أثناء عرض فيلم باتمان "صحوة فارس الظلام".

(9) من بين الدراسات المرجعية التي اشتغلت على مفهوم "الدولة العميقة" [The Deep State]، دراسة حرّرها باتريك أونيل، أستاذ علم السياسة وشؤون الحكم،

حماية مصالح الدولة الوطنية، بما يقتضي بداية التوقف عند بعض أحداثه، والتي تدور في أواخر الأربعينات وتحديداً في مدينة لوس أنجلوس، حيث تحاول نخبة من رجال الشرطة إبقاء عصابات المافيا من ضمنهم رجل العصابات ميكى كوهين [جسد دوره شون بين] خارج المدينة.

ميكى كوهين هنا في الفيلم، كان رمزاً للشر أو مؤسسة فساد تمشي في الأسواق، لأنه يتزعم مافيا، استطاعت شراء صمت رموز المؤسسة القضائية والأمنية والسياسية من أجل تكريس واقع الفساد، حيث يتاجر في القمار والدعارة وتبييض الأموال.. إلخ.

منعطف الفيلم الذي يُجسد قرار اللجوء إلى طرق غير شرعية من أجل التصدي لفساد ميكى كوهين، جاء في مشهد من بضعة دقائق، جمع جوش برولين، الذي جسد دور شرطي رفض الصمت والتواطؤ، بالمثل نيك نولت، والذي مثل دور عمدة المدينة، حيث طلب هذا الأخير من جوش برولين، أن يتصدى لميكى كوهين، في حرب مفتوحة، وعبر مهمة غير رسمية، ولكنه لديه ضوء أخضر في القيام بكل ما يقدر عليه، خارج الأعراف القانونية، بما في ذلك اللجوء لممارسات قذرة، ما دام الهدف الأسمى هو القضاء على المافيوزي الأول في المدينة وبالتالي حماية مصالح

جامعة بوجت ساوند الأمريكية، مؤرخة في 21 نوفمبر 2017. [تاريخ تصفح الرابط: 18 أبريل 2022]. انظر:

Patrick H. O'Neil, The Deep State: An Emerging Concept in Comparative Politics, Posted: 22 Aug 2013 Last revised: 17 Apr 2012, in: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2313375

انظر أيضاً، دراسة للباحث علي الجرباوي، أستاذ العلوم السياسية والدراسات الدولية، جامعة بريزيت الفلسطينية، بعنوان: "الدولة العميقة": محاولة لضبط المفهوم، وصدرت في مجلة "سياسات عربية"، الدوحة، قطر، العدد 34، أيلول سبتمبر 2018.

المواطنين ضد هذا الفساد، شرط ألا تظهر للعلن أي علاقة بين العمدة ورجل الأمن المعني، وهذا ما سيتحقق فعلاً لاحقاً. وكانت أول خطوة قام بها جوش برولين بعد تلقيه الضوء الأخضر من العمدة، أنه شرع في تأسيس فريق أممي، تطلب منه الأمر التدقيق في ملفات العديد من رجال الأمن، من باب الظفر بكفاءات لإنجاز مهمة إصلاحية نافعة للمدينة والمجتمع والدولة⁽¹⁰⁾.

هناك تباين كبير في تقييم أدوار مؤسسة "الدولة العميقة"⁽¹¹⁾ التي لا نجد لها أي أثر في المدونة الدستورية لأي دولة في العالم، لكن الواقع الذي لا يترفع يُفيد أنه لا يخلو مجال سياسي ما من وجود ما يُشبه "دولة عميقة"، بصرف النظر عن طبيعة أداؤها، لأنه قد يكون أقرب إلى الصلاح كما قد يكون أقرب إلى الفساد، وما جرى في النموذج المصغر الذي تضمنه هذا الفيلم، يصب في الاتجاه الأول، بينما الأمر يزداد تعقيداً في العديد من المجالات السياسية، ولو توقفنا عند أحداث 2011 هنا في المنطقة العربية،

(10) هذه إشارة تحيل على قاعدة: "المناصب لأهل الولاءات أم لأهل الكفاءات" بتعبير عالم النفس اللبناني مصطفى حجازي في أعماله حول "سيكولوجية الإنسان المقهور" و"سيكولوجية الإنسان المغدور" هنا في المنطقة العربية.

(11) بسبب هيمنة خطاب المؤامرة والشعبوية في التداول العربي، بل نعاين الأمر حتى لدى فئة من الأعلام البحثية والإعلامية، غالباً ما يختزل مخيال هذه الفئة الحديث عن "الدولة العميقة" هنا في هذه الدولة أو تلك، أو في بعض الدول الإفريقية والآسيوية، والحال أن المصطلح أصبح متداولاً حتى لدى بعض صانعي القرار، كما جرى فعلاً في لقاء صحفي بقصر الإليزيه في 31 يناير 2019، أعلن فيه الرئيس الفرنسي الحالي إيمانويل ماكرون بأن "الدولة العميقة لم تتغير بما يكفي"، وذلك في معرض حديثه عن العقبات التي تواجه سياسة تقاربه مع موسكو. انظر لمزيد من التفصيل:

Marc Endeweld, Is the Quai d'Orsay in the hands of the 'deep state'? Macron and his foreign ministry, Monde diplomatique, Paris, September 2020, in: <https://mondediplo.com/2020/09/03quai-dorsay>

فقد اتضح أن أداء هذه المؤسسة كان حاسماً في تدبير الأوضاع بعد خروج الجماهير للشارع، وعائنا ذلك في عدة أمثلة⁽¹²⁾.

السياق العربي للظاهرة:

رُبَّ معترض على تواضع مثل هذه الأعمال السينمائية في العديد من دول العالم، ومنها أغلب دول المنطقة العربية، والحال أن هذا اعتراض وجيه من حيث الشكل، لكنه ليس كذلك من حيث المضمون، لأن هناك عدة محددات تقف وراء هذا التواضع، أو غيابها كلياً كما أشرنا أعلاه مع الأنظمة السياسية التي ورثت حكم نظام شيوعي مع الحالة الروسية أو الأنظمة شبه الشمولية مع الحالة الكورية الشمالية، وفي هذا السياق، نقرأ دلالات المبادرة التي في غضون 1994، "منظمة العفو الدولية" عبر بوابة "شبكة أفلام حقوق الإنسان" في العاصمة التشيكية براغ، واحداً وأربعين مهرجاناً سينمائياً في جميع أنحاء العالم، ومن بين المدن التي تحتضن هذه المهرجانات نذكر سيول وباريس وملبورن وبوينس آيرس وبريتوريا، وتفاعلاً مع هذه المبادرة، أطلق فاعلون عرب مشروع "الشبكة العربية لأفلام حقوق الإنسان"، والتي تروم "تأمين بيئة داعمة عربياً ودولياً لصانعي أفلام حقوق الإنسان، ولا سيما أولئك المعرضين للخطر على حياتهم أو من يعانون من قمع الرقابة"، أو "الترويج لإنتاجات الأفلام الحقوقية العربية في المهرجانات والمحافل الدولية كافة"، و"تشجيع توزيع أفلام حقوق الإنسان ضمن السياقات التعليمية والتربوية"⁽¹³⁾.

(12) بصرف النظر هنا أيضاً عن تقييم هذا الأداء، وغالباً ما سيكون تقييماً منحازاً حسب المقام السياسي أو الأيديولوجي للمعني بالاشتغال على هذا التقييم.

(13) رابط "الشبكة العربية لأفلام حقوق الإنسان"، ومقرها العاصمة الأردنية عمان: <https://www.arabfilmnetwork.com/>

من بين هذه المحددات طبيعة مؤشرات حرية التعبير، تأثير أدبيات الفلسفة السياسية في المجال السياسي المعني، طبيعة التأهيل المهني والذاتي للمخرجين المعنيين، وكذلك بروز ظاهرة المخرجين أصحاب المشاريع، ومنهم أوليفر ستون سالف الذكر، والذي لا يمكن فصل أغلب أعماله السينمائية عن هاجس التوعية السياسية من مقام العمل السينمائي، مع تبني خيار نقدي ضد السياسات العمومية، وبالتالي ضد صانعي القرار، وليس صدفة أن يكون مخرجاً لسلسلة وثائقية بعنوان "التاريخ غير المروي للولايات المتحدة"، 2012، وتمتد نحو عشر ساعات موزعة على عشر حلقات تغطي أهم حقبة التاريخ الأمريكي منذ الحرب العالمية الثانية.

من بين المحددات كذلك المؤثرة، الاختلاف الجلي في طبيعة الأنظمة السياسية، ففي المنطقة العربية مثلاً، نجد أنظمة ملكية كما نجد أنظمة جمهورية ضمن نماذج أخرى من الحكم، وواضح أنه لا يمكن أن نعابن المؤثر نفسه بخصوص وعي الفاعل السينمائي العربي بدور وأهمية العمل السينمائي من أجل تقريب مفاهيم القانون والحقوق للمتلقي.

ثمة عدة نماذج في المنطقة العربية لهذه الأعمال السينمائية التي تروم تقريب الجمهور من قضايا حقوقية وقانونية، رغم كثرة الإكراهات، قد تكون أعمال المخرج المصري عاطف الطيب في مقدمة هؤلاء، وهو الملقب بـ "مخرج الواقعية"، من قبيل "التخشيب" 1984، "البريء" 1985، "الهروب" 1991، أو فيلم "ضد الحكومة" 1992، لكن الأمر هنا يتعلق بحالة خاصة ضمن حالات أخرى في المنطقة، بما يُفيد أنه ثمة تواضع كبير لدى أهل العمل الفني، والنموذج هنا العمل السينمائي، في سياق توظيفه لتقريب وتبسيط مفاهيم وقضايا قانونية وحقوقية وإنسانية بشكل عام للمتلقي، المحلي والإقليمي، بل نزع أن هناك تراجعاً كبيراً في هذا المضمار،

مقارنة مع ما أنتجته الساحة العربية وفي مقدمتها الساحة المصرية، من أعمال خلال العقود الأخيرة.

سوف نتوقف عند نموذجين اثنين ضمن مجموعة من النماذج، في سياق تسليط الضوء على التباين القائم بين تأثير الأعمال البحثية والأعمال السينمائية على المتلقي. نقول هذا ونحن نأخذ بعين الاعتبار التباين القائم أصلاً بين الفئة المستهدفة من العاملين معاً، لكن هذه الجزئية لا تحول دون التقزيم من أهمية الأدوار المباشرة للأعمال السينمائية في التوعية، وبالتالي أدوارها غير المباشرة في أفق الإصلاح.

أ - نبدأ بمضامين ركن "الفلسفة السياسية" الذي كانت تنشره مجلة "أفكار" المغربية في أعدادها الأخيرة، وخاصة أعداد صيف وخريف 2018، وكان باباً يروم التعريف بمجموعة من الأسماء لدى الفلسفة الغربية التي تحرر في الفلسفة السياسية، وكانت هذه الدراسات مناسبة لكي يتعرف قارئ المجلة حينها في المغرب وفي العالم الرقمي على أعمال الثنائي جون رولز وروبرت نوزيك. اشتهر الأول بأعماله حول مفهوم العدالة، وخاصة بعد صدور كتابه "نظرية العدالة" (1971)، واشتهر الثاني بتقويم النظرية نفسها⁽¹⁴⁾.

جاءت هذه المقالات التي حرّرها الباحث شريف يوسف الميموني

(14) مما خلّص إليه الباحث شريف يوسف الميموني، أنه "بالرغم من المنطلقات التي يتوافق عليها أستاذا هارفارد [يقصد جون رولز وروبرت نوزيك] فإنهما، سينتهيان إلى نتائج متباينة بشأن مشاكل المساواة والعدالة التوزيعية والاستحقاق، حيث سيقوم وجه افتراقهما عند نقطة هامة وهي معرفة أي الحقوق ينبغي إعطاؤها الأولوية كي يعامل الأشخاص كغايات في ذاتهم وفق الرؤية الواجبية الكانطية". انظر: شريف يوسف الميموني، نقد روبرت نوزيك لنظرية العدالة عند جون رولز، مجلة "أفكار"، الرباط، العدد 27، يوليو 2018، ص 60.

تحت عنوان التالية: "نقد روبرت نوزيك لنظرية العدالة عند جون رولز"، عدد يوليو 2018؛ "الليبرالية المطلقة: روبرت نوزيك وتقويم الشرط اللوكي"، عدد سبتمبر 2018؛ وأخيرًا، "نظرية العدالة عند جون رولز: مقومات المشروع الفلسفي"، عدد أكتوبر 2018، وكانت هذه الدراسات سابقة بحثية بأن يتعرف القارئ المحلي، ونسبة معينة من القارئ في المنطقة، على أعمال روبرت نوزيك، والتعريف على الخصوص بأهم مضامين كتابه المرجعي الذي يحمل عنوان "الفوضى، الدولة، واليوتوبيا" (1974)، ويروم المشروع الفلسفي النوزيكي تأكيد الثنائية التالية: تخرق نظرية العدالة عند جون رولز، عبر دعوتها إلى تدخل الدولة توزيعيًا، الحقوق الأساسية وبالخصوص حق الملكية، وإذن فهي في واقع الأمر لا أخلاقية؛ دولة الحد الأدنى هي شكل التمثيل السياسي الوحيد الذي يفرض احترام نفس الحقوق الأساسية.

ب - من بين أحدث الإصدارات في المجال الثقافي الفرنكفوني، والتي تطرقت للتوقف عند قضايا تهمة الفلسفات السياسية في العالم بأسره، نقرأ مجلدًا صدر في الساحة الفرنسية بعنوان "المجتمع القادم" (15)، وفي

Didier Fassin (sous la direction), La Société qui vient, éditions: Seuil, Paris, (15) 2022.

جدير بالذكر، أن العمل الذي جاء في (1340) صفحة، تضمن (64) محورًا، تهتم المجالات الحيوية في المجتمع كافة، من قبيل الحقل السياسي والاقتصادي والثقافي والديني والبيئي، ونزعم أن هذا الكتاب يستحق أن يُترجم إلى اللغة العربية، وأن يوزع على الجامعات والكليات والمراكز البحثية في المنطقة العربية، أخذًا بعين الاعتبار أهمية مضامينه، وطبيعة المفاتيح النظرية التي يعج بها، والتي من شأنها أن تساعد الطلبة والباحثين العرب، من شتى التخصصات في اقتراح مشاريع بحثية، بما فيها المشاريع البحثية الخاصة بالأنشطة الجامعية، في العلوم السياسية والاجتماعية والفلسفة وغيرها.

المحور الثاني منه، نقرأ عشر دراسات ذات صلة بالحقل السياسي وحقوق الإنسان، من قبيل الديمقراطية، السلطوية، الشعبوية، النيوليبرالية، التمثيلية في الانتخابات، المشاركة الانتخابية، العصيان، ضمن محاور أخرى، حيث يتكفل باحث (ة) متمكن في مجاله البحثي، من الاشتغال على المحور المعني.

وعلى الرغم من نوعية مضامين هذا العمل الجماعي المرجعي في المجال الفرنسي على الخصوص، ومعه المجال الفرنكفوني، بما في ذلك المجال البحثي المغربي⁽¹⁶⁾، إلا أنه يبقى متداولاً بين الأقسام البحثية على الخصوص، هذا فرض أنها قد تشتغل على التعريف به للرأي العام، وهذا احتمال قائم في الساحة الفرنسية، وإن كان احتمال متواضع لكنه قائم؛ وفي المقابل يبقى الاحتمال نفسه ضعيفاً جداً في المجال المغربي، فالأحرى العربي، بالرغم من أهمية مضامين المجلد، والتي نزع أنه لا نجد مثيلاً لها في أغلب ما يصدر هنا في المنطقة العربية.

عطفاً على مضامين هذين النموذجين التطبيقيين، الأول خاص بركن فلسفة سياسية في مجلة فكرية، والثاني خاص بمضامين عمل جماعي مرجعي، تتطرق بعض مضامينه لقضايا سياسية وحقوقية، وأخذاً بعين الاعتبار طبيعة الفئة المجتمعية المستهدفة من هذه الأعمال، أي النخبة البحثية والطلاب والباحثين، وهي أقلية مجتمعية أساساً، إضافة إلى أن تأثيرها على مخيال المجتمع يبقى متواضعاً لعدة اعتبارات، أهمها تواضع مؤشرات "اقتصاد المعرفة"⁽¹⁷⁾، فإن استحضار هذه المحددات، يصب في

(16) حصلنا على نسخة من العمل في إحدى مكتبات العاصمة المغربية الرباط.

(17) والنموذج هنا أن مع مصير مجلة "أفكار" المغربية التي انفردت بنشر ركن خاص بالفلسفات السياسية، حيث أغلقت، كما لو أن الساحة المغربية والعربية تعج

مصلحة الرهان على الأدوار التوعوية التي يمكن أن تقوم بها تلك الأعمال السينمائية التي تساهم في تبسيط مضامين مثل هذه الأعمال، كما هو الحال في هذه المادة مع قضايا الفلسفة السياسية.

ونزعم أنه إذا توفرت عدة شروط محلية وإقليمية هنا في المنطقة، فمن شأنها المساهمة في تنوير الرأي العام بتلك بما تعج به تلك القضايا، وفي مقدمتها ما يصدر عن صناع القرار، لأن وتيرة الإصلاح التي تأتي عن دائرة صناعة القرار⁽¹⁸⁾ غالباً ما تكون أسرع بكثير مقارنة مع جرعات الإصلاح التي تصدر عن دوائر أخرى؛ ومنها أيضاً ما يصدر عن الفاعلين في الصناعة السينمائية، المحلية والإقليمية، من المؤهلين للاشتغال على هذا الأفق، شرط أن تكون لديهم رؤية إصلاحية وتنويرية، وواضح أن هؤلاء أقلية، لكن مجرد وجود نسبة معينة من هذه الفئة، يُعتبر باباً من أبواب استغلال هذه الأعمال في أفق يروم تنوير الرأي العام، والتأثير على مخيال شعوب المنطقة بخصوص التعريف بمفاهيم وقضايا الحقوق والعدالة، وكل ما يصب في خانة الفلسفات السياسية.

بأمثال هذه المجالات، والحال أن الأمر خلاف ذلك، مقابل فورة في المنابر البحثية التابعة أو المحسوبة على مشاريع "أسلمة المعرفة"، في شقها الأيديولوجي.

(18) النموذج هنا في الساحة المغربية، جرى في عدة مناسبات مع تدخل المؤسسة الملكية في ملفات اجتماعية أثارت جدلاً سياسياً وأيديولوجياً بين فرقاء الساحة، من قبيل الجدل الذي أثاره "المشروع الوطني لإدماج المرأة في التنمية"، والذي تسبب في احتقان مجتمعي بين تيار إسلامي حركي وتيار حداشي، وأفضى إلى تدخل المؤسسة الملكية لتعيين لجنة تشرف على تدبير الخلاف، أفضت بدورها إلى صدور تقرير كان نواة الإعلان الملكي عن تعديل مدونة الأسرة في 2004، ضمن أمثلة أخرى.

المحكمة الدستورية في ضوء مستجدات دستور 2011:

قراءة في الأدوار والوظائف

إلياس المساوي*

مقدمة :

يرجع الفضل في إبراز معالم القضاء الدستوري وظهوره إلى المشرع الفرنسي الذي نص عليه سنة 1799، حيث تم إحداث المجلس المحافظ والذي خول له الدستور الفرنسي مهمة الرقابة على دستورية القوانين الذي تم إلغاؤه نظراً لمجموعة من العوامل.

وكما لا يخفى علينا أن التجربة الفرنسية عرفت ماضياً عسيراً أسفر عن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان بصفة عامة، والعقل البشري بصفة خاصة الذي ينتج خارج التصور الكنسي، فخلال هذه السنوات خاضت فيه الطبقة البورجوازية أو ما يسميها "ألتوسير" بالطبقة الثالثة صراعاً مع رجال الدين سنة 1789 من أجل وضع حد لهذه التجاوزات التي تطال الذات

(*) باحث بسلك الدكتوراه، تخصص: القانون الدستوري والعلوم السياسية، جامعة سيدي محمد بن عبدالله - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، المملكة المغربية.

الإنسانية قاطبة باسم الكنيسة، رغبة منهم في فصل السلطة الدينية عن السلطة الزمنية، بالرغم من ذلك فلم يتم إصلاح هذا الوضع المتعلق بالرقابة السياسية على دستورية القوانين إلا بعد صدور الجمهورية الخامسة 1958، والذي أتى بالمجلس الدستوري.

غير أن القضاء الدستوري بالمفهوم الحديث ظهر في الولايات المتحدة الأمريكية في قضية مشهورة سنة 1803، هذا القرار الذي عرف "قرار ماديسون ضد بوري" والذي ظهر في عهد رئيس المحكمة العليا "مارشال" حيث أقر القضاء على ضرورة احترام القانون الدستوري... لينتقل بعد ذلك إلى مجموعة الدول في أمريكا اللاتينية ليصل بعد ذلك إلى أوروبا بعد الحرب العالمية الأولى، بعدها أخذت دول العالم في هذه الدول تجربة القضاء الدستوري لتشمل جل دول العالم⁽¹⁾.

يمكن الرجوع بفكرة القضاء الدستوري بالمغرب إلى مشروع دستور 1908، الذي أسند إلى "مجلس الشرفاء"، باعتباره غرفة عليا ضمن "منتدى الشورى" (البرلمان)، مهمة مراقبة القوانين التي يصدرها "مجلس الأمة"، من حيث هو الغرفة السفلى للمنتدى المذكور، ونص على أن القوانين لا يُمكن أن يصدر الأمر بتنفيذها إلا بعد مصادقة "مجلس الشرفاء".

لكن، وبسبب أن مشروع هذا الدستور لم يجد طريقه إلى الإقرار، نتيجة لوقوع المغرب في براثن الاحتلال؛ فإنه لم يتمكن من وضع فكرة مراقبة دستورية القوانين موضع التنفيذ إلا غداة الاستقلال، مع أول دستور

(1) العزوي عبدالرحمن: "القضاء الدستوري المغربي ودوره في حماية الحقوق والحريات-من الغرفة الدستورية إلى المحكمة الدستورية"، تاريخ الزيارة 20/11/2021، نشر على الرابط التالي: <https://democraticac.de/?p=78849>.

عرفه المغرب الحديث سنة 1962، ذلك بإحداثه لغرفة دستورية⁽²⁾ في حظيرة⁽³⁾ المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً). و قد أسند هذا الدستور إلى الغرفة المذكورة اختصاصات محدودة جداً في مجال الرقابة على دستورية القوانين، اقتصرت على الرقابة الوجوبية القبليّة لكل من القوانين التنظيمية⁽⁴⁾ والقوانين الداخلية للبرلمان⁽⁵⁾، وهو ما تم تكريسه بعد ذلك، نطاقاً وحدوداً، في دستوري 1970 و1972.

لكن وبسبب ضعف المكانة والآليات القانونية المتاحة للغرفة الدستورية، وبالتالي غياب القرارات الحاسمة والمؤثرة سيجعل من هذه المؤسسة تظهر بمظهر "حذر ومسالمة"⁽⁶⁾.

إن مثل هذه الصعوبات التي صاحبت عمل "الغرفة" كعدم اختصاصها في هذه المرحلة بمراقبة القوانين العادية، سيدفع بدستور 1992، بإلغائها وتعويضها بالمجلس الدستوري، الشبيه من حيث الاختصاص بالمجلس الدستوري الفرنسي، لكنه يختلف من حيث التركيبة والهيكلية.

(2) كان تنصيب الغرفة الدستورية لدى المجلس الأعلى، أول مرة بكامل أعضائها، بتاريخ 17 ديسمبر 1963.

(3) رشيد لمدور: "مستجدات القضاء الدستوري المغربي في نطاق دستور 2011"، مقال منشور في كتاب تجربة الإصلاح الدستوري في المغرب، تسيّف وتقديم سعد الدين العثماني، ص 97.

(4) نصت الفقرة الثالثة من الفصل (63) من دستور 1962 على ما يلي: "لا يمكن إصدار الأمر بتنفيذ القوانين التنظيمية إلا بعد عرضها على الغرفة الدستورية من المجلس الأعلى بقصد الموافقة.

(5) نص الفصل (43) من الدستور نفسه على ما يلي: يضع كل مجلس قانونه الداخلي ويصادق عليه بالتصويت، بيد أنه لا يمكن العمل به إلا بعد أن توافق عليه الغرفة الدستورية للمجلس الأعلى.

(6) Nadia Bernoussi: «la constitution de 2011 et le juge constitutionnel», sous la commentaires: L.G.D.J, Extensio édition,p: 210.

وهكذا أصبح المجلس الدستوري بعد التأكيد عليه في دستور 1996 يحتل المكانة الرابعة في سلم المؤسسات الدستورية، باعتباره هيئة مستقلة عن القضاء العادي تتمتع بالإضافة إلى الاختصاصات السابقة - للغرفة - ولأول مرة في المسلسل الدستوري المغربي "بسلطة الرقابة على دستورية القوانين العادية" التي تعتبر اختصاصاً رئيسياً لكل قضاء دستوري⁽⁷⁾.

إلا أنه وبصدور دستور 2011، طرأ تحول نوعي على مستوى القضاء الدستوري بالمغرب، وذلك بالانتقال من المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية؛ أي الانتقال من الرقابة السياسية لدستورية القوانين إلى الرقابة القضائية، وهو أمر فيه دلالة ومؤشر على ترسيخ الانتقال الديمقراطي من خلال الوثيقة الدستورية لسنة 2011، حيث سيصبح للمواطنين المغاربة لأول مرة الدفع بعدم دستورية بعض القوانين أمام المحكمة الدستورية، كما أن المستجدات الدستورية امتدت إلى إعادة تركيب وهيكله هذه المحكمة.

من خلال ما سبق، ولمعرفة وُقْع هذه المستجدات المتعلقة بالقضاء الدستوري على عملية الانتقال الديمقراطي بالمغرب، سنقدم هذه القراءة للتحقق من مدى استجابة هذه التعديلات للمتطلبات والمعايير العقلانية لسير وتنظيم هذا الورش الدستوري المهم، ومعرفة مدى توفره على الشروط اللازمة لإعطاء منتج بحجم التطلعات الحقوقية التي تطبع مرحلة ما بعد دستور 2011، لكن، وقبل ذلك، لابد من التساؤل عن القيمة النوعية التي أضافتها مستجدات القضاء الدستوري بالمغرب لتحقيق العدالة الدستورية المنشودة؟

(7) عبد الحق بلفقيه: "تجربة القضاء الدستوري بالمغرب: دراسة نقدية تحليلية"، ص 88.

فرضية الورقة البحثية:

إن هذا الانتقال النوعي في اختصاصات المحكمة الدستورية، سيمنح لهذه المؤسسة الدستورية إضافة اقتراحية وإلزامية، خاصة وأن المشرع الدستوري قد دعم هذا التحول بمجموعة من الاشتراطات، وخصوصاً تلك المتعلقة بكيفية اكتساب العضوية من داخل المحكمة الدستورية. إن هذا التحول ناتج عن علاقة التأثير والتأثر بين ورش القضاء الدستوري والمكتسبات الديمقراطية التي جاءت بها الوثيقة الدستورية.

سنحاول من خلال هذه الورقة البحثية توضيح أهم المتغيرات التي تدعم مكانة المحكمة الدستورية داخل المنظومة المؤسساتية من خلال محورين رئيسيين:

المحور الأول

أهمية الموارد البشرية في الرفع من مكانة المحكمة الدستورية

إن الارتقاء بالقضاء الدستوري من مجلس دستوري إلى محكمة دستورية، يثير السؤال حول موقع هذه المحكمة في التنظيم القضائي العادي، ذلك إن لم يقع أي تغيير على مستوى تركيبها وعدد أعضائها بالمقارنة مع ما كان عليه الأمر في المجلس الدستوري، فما التغييرات التي أتى بها دستور 2011؟ في خضم هذا السؤال، سنقسم هذا المحور إلى فقرتين: ستهتم الفقرة الأولى بالمستجدات التي جاء بها المشرع فيما يتعلق بتشكيل المحكمة الدستورية، في حين ستدقق الفقرة الثانية في شرط الكفاءة الواجب توفره في القاضي الدستوري لمباشرة مهامه.

(8) القانون التنظيمي رقم (13,066) المتعلق بالمحكمة الدستورية، الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم (1,14,139) بتاريخ 13 أغسطس 2014، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6288، 4 سبتمبر 2014، ص 6661.

الفقرة الأولى: قراءة في مستجدات تشكيل المحكمة الدستورية

خصص المشرع الدستوري الباب الثامن من دستور (29) يوليو، بفصوله من (129) إلى (134)، للمحكمة الدستورية من حيث إحداثها وتأليفها واختصاصها.

وهكذا نص الفصل (129) على أن "تُحدث محكمة دستورية"، كما نص الفصل (130) والمادة الأولى من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية⁽⁸⁾ على أن هذه المحكمة تتألف من اثني عشر عضوًا، يعينون لمدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد، وينقسم هؤلاء الأعضاء إلى فئتين:

فئة معينة: يعين الملك خمسة أعضاء من هذه الفئة بشكل منفرد وعضو سادس باقتراح من رئيس المجلس العلمي الأعلى.

فئة منتخبة: ثلاثة أعضاء منها ينتخبون على مستوى مجلس النواب، وثلاثة أعضاء على مستوى مجلس المستشارين، عن طريق الاقتراع السري بأغلبية ثلث الأعضاء الذي يتألف منهم كل مجلس⁽⁹⁾.

ويعين الملك رئيس المحكمة الدستورية⁽¹⁰⁾ بظهير من بين جميع الأعضاء الذين تتألف منهم دون تمييز بينهم بحسب مصدر تعيينهم، سواء كانوا من الفئة الأولى التي يعينها الملك نفسه أو الفئة الثانية التي ينتخبها أعضاء مجلسي البرلمان⁽¹¹⁾، كما تُنشر في الجريدة الرسمية ظهائر تعيين

(9) يونس اسمايون: "القضاء الدستوري في التجربة الدستورية المغربية"، ص 64.

(10) وكان الملك قد عين رئيس المحكمة الدستورية وأعضاءها في 4 أبريل 2017، ليتم الارتقاء بهذه المؤسسة الدستورية، من مجلس دستوري إلى محكمة دستورية تطبيقاً لمقتضيات دستور 2011.

(11) حيث كان رئيس المجلس الدستوري حسب الفصل (79) من دستور 7 أكتوبر 1996 يختاره الملك من بين الأعضاء الستة الذين يعينهم فقط.

رئيس المحكمة الدستورية وأعضائها المعينين من قبل الملك، وكذا ملخص محضري الجلسة العامة لمجلسي البرلمان المتضمنين لنتائج انتخابات أعضاء كل مجلس.

ويمكن الطعن في عملية ونتائج انتخابات أعضاء المحكمة الدستورية داخل أجل 8 أيام، من تاريخ إعلان النتائج، على أن تبت المحكمة الدستورية في الطعن داخل أجل لا يتعدى ثلاثة أيام⁽¹²⁾.

كما أن المشرع الدستوري، بعدما غير طريقة الاختيار بالنسبة للأعضاء الستة الذين يكون تعيينهم عن طريق مجلسي البرلمان من طريقة التعيين إلى أسلوب الانتخاب، توقع أن تعترض هذا الأسلوب بعض العراقيل التي تنتج في الغالب عن خلافات سياسية تظهر بين الأحزاب الممثلة في البرلمان بسبب نصاب الثلثين الواجب توافره للموافقة على أولئك الأعضاء، ولأجل ذلك، وتحسباً لما يمكن أن يقع من عدم استكمال هذه العملية التي تتطلب توافقاً قبلياً بين جميع الفرق السياسية يندر حصوله، نص على أنه: "إذا تعذر على المجلسين أو على أحدهما انتخاب هؤلاء الأعضاء، داخل الأجل القانوني للتجديد، تمارس المحكمة اختصاصاتها وتصدر قراراتها وفق نصاب لا يُحتسب فيه الأعضاء الذين لم يقع بعد انتخابهم"⁽¹³⁾.

تطبيقاً لمقتضيات الفصل العاشر من دستور (29) يوليوز 2011 ألح المشرع الدستوري على أن يضمن للمعارضة البرلمانية حق المساهمة في اقتراح وانتخاب الأعضاء المرشحين لعضوية المحكمة الدستورية، وأن كيفية

(12) المادة الثانية من القانون التنظيمي رقم (06,136) المتعلق بالمحكمة الدستورية.
(13) رشيد المدور: "تطور الرقابة الدستورية بالمغرب: الغرفة الدستورية، المجلس الدستوري، المحكمة الدستورية"، ص 68.

ممارسة المعارضة لهذا الحق ستحدده بموجب القوانين التنظيمية لمجلسي البرلمان⁽¹⁴⁾.

وبالنسبة للتجارب المقارنة، نجد أن المجلس الدستوري الفرنسي يتكون من (9) أعضاء يعين ثلثهم البرلمان، ويعين رئيس الجمهورية الثلث المتبقي (مع تقييدات على هذا التعيين من قبل الرئيس كما ينص على ذلك الفصل (56) من الدستور الفرنسي)، هو ما يضمن استقلالية المجلس الدستوري عن السلطة التنفيذية وعن السلطة التشريعية، لأن الأخيرة برأسين يستحيل بينهما التواطؤ بالنظر إلى تركيبة مجلس الشيوخ.

أما الدستور الإسباني فتتكون المحكمة الدستورية من (12) عضواً، أربعة أعضاء يختارهم مجلس النواب، وأربعة يختارهم مجلس الشيوخ بالانتخاب بأغلبية ثلاثة أخماس، واثنين تختارهما الحكومة، واثنين يختارهم مجلس القضاء.

بينما نص الدستور التونسي على أن المحكمة الدستورية تتشكل من اثني عشر عضواً، أربعة منهم يعينهم رئيس الجمهورية، وأربعة يختارهم مجلس النواب، وأربعة يختارهم المجلس الأعلى للقضاء، ويكون التعيين لفترة واحدة مدتها تسع سنوات، ولا تعين أي جهة رئيس المحكمة، وإنما جعل المشرع ذلك من صلاحيات أعضاء المحكمة الدستورية، الذين لهم حق انتخاب رئيس المحكمة ونائبه من بينهم⁽¹⁵⁾.

ومن هنا نلمس الفرق الكبير بين التجارب المقارنة، التي تكرس

(14) نصت المادة (69) من النظام الأساسي لمجلس النواب لسنة 2017 على ما يلي:
تساهم المعارضة في اقتراح المرشحين وفي انتخاب أعضاء المحكمة الدستورية وذلك وفق الكيفيات المنصوص عليها في المادة (323) من هذا النظام.

(15) المادة (118) من دستور تونس الصادر في 26 يناير 2014.

الأفضلية في تعيين أعضاء القضاء الدستوري للبرلمانات المنتخبة شعبياً على حساب السلطة التنفيذية، والدستور المغربي الذي يجعل من السلطة التنفيذية، المهيمن الأساسي على تركيبة المحكمة الدستورية، وهو ما يشكل عائقاً أما استقلالية هذه المحكمة، وإمكانية نهوضها بالاختصاصات الموكولة إليها⁽¹⁶⁾.

الفقرة الثانية: التنصيب الدستوري على شرط الكفاءة لاكتساب العضوية داخل المحكمة الدستورية

وإذا كانت الدساتير السابقة - باستثناء دستور - 1962 - لم يشترط شروطاً محددة بالنسبة للقضاة الدستوريين، فإن الدستور الحالي جاء بإضافة مهمة في هذا الإطار، تتعلق بالزام الأطراف التي لها حق تعيين أو انتخاب أعضاء المحكمة الدستورية، اختيارهم من بين "الشخصيات المتوفرة على تكوين عال في مجال القانون وعلى كفاءة قضائية أو فقهية أو إدارية، والذين مارسوا مهنتهم لمدة تفوق خمس عشرة سنة، والمشهود لهم بالتجرد والنزاهة"⁽¹⁷⁾.

إذ لا يمكن أن نتحدث عن العدالة الدستورية وعن إسهاماتها في ترسيخ المكتسبات الحقوقية على المستوى الدستوري، إلا عبر قاضي دستوري كفؤ، لأن الرهان اليوم، لا يتعلق بمراقبة دستورية القوانين، فهذه يمكن أن ندرجه ضمن المقاربة التقليدية والضيقة للقاضي الدستوري، بكون الاختصاصات المخولة له جد متقدمة وذات أبعاد مختلفة.

(16) عبدالرحيم العلام: "الملكية وما يحيط بها في الدستور المغربي المعدل"، ص 66.

(17) عبد الحق بلفقيه: "تجربة القضاء الدستوري بالمغرب: دراسة نقدية تحليلية"، مرجع سابق، ص 100.

فالدستور اليوم التزم بتطوير منظومة الحقوق والحريات وفق المتغيرات الوطنية والدولية، والقاضي الدستوري هو المسؤول الأول عن الدستور، وهذا ما يستدعي مسألة أساسية ومعيارية في التركيبة البشرية لمؤسسة المحكمة الدستورية، والمتمثلة في وجود فئة أنتيليجنسية داخل هذه المؤسسة؛ أي وجود قاضٍ دستوري لا يكتفي⁽¹⁸⁾ بتكريس وحماية المقتضيات الدستورية، بل يساهم أيضًا من داخل مؤسسته في إنتاج مقتضيات دستورية، تعزز من حماية منظومة الحقوق والحريات.

وبالتالي ففعالية القواعد الدستورية مرتبطة إلى حد كبير، بإشكالية وجود قضاة مهنيين مستقلين وجريئين، يتميزون بالحكمة والتبصر⁽¹⁹⁾. وقد كرست المحكمة الدستورية المغربية شرط الكفاءة والمؤهلات لاكتساب العضوية داخل المحكمة الدستورية في إحدى قراراتها، بحيث نصت على أنه: "... فإن إمكانية تمثيل النساء في العضوية بالمحكمة الدستورية، لا يتأتى ضمانه إلا على مستوى الاقتراح والترشيح، دون أن يفضي ذلك إلى تخصيص نسبة مسبقة للرجال ولا للنساء في هذه المحكمة التي تخضع في اختيار أعضائها تعيينًا وانتخابًا، لشروط دستورية لا يجوز الإخلال بها اعتمادًا على أي معيار بما في ذلك التمييز بين الجنسين المحظور دستوريًا"⁽²⁰⁾.

ونسجل أيضًا أن المشرع الدستوري قد تشدد لأول مرة في اختيار

(18) صالح أزحاف: "المحكمة الدستورية قيمة مؤسساتية نوعية"، ص: 15.

(19) مصطفى جاري: "عناصر من أجل مقارنة سوسيو سياسية للدستور المغربي الجديد"، ص 21.

(20) للمزيد راجع فرار المجلس الدستوري ملف عدد 14 / 1400، رقم 14 / 943 بتاريخ 25 يوليوز 2014.

أعضاء المحكمة الدستورية، باشتراط الكفاءة والنزاهة والتجرد، بالإضافة إلى التجربة الواسعة والتكوين العالي. زيادة على توسيع هامش حالات التنافي بالنسبة للمهام لا يمكن الجمع بينها وبين عضوية المحكمة الدستورية، استحضار لعوامل استقلالية أعضاء المحكمة⁽²¹⁾.

إن فرض شروط صعبة لتولي منصب القضاء الدستوري، خاصة فيما يتعلق بعنصر الكفاءة والخبرة والتخصص، يشكل عنصراً من عناصر الاستقلالية، لأنه يقلص فرص التعيين ويحصرها في نخبة مختارة.

هذه الشروط قد تتعلق بأعضاء المحكمة الدستورية أنفسهم، كشرط العمر ومدة الخدمة، وكذلك ما يتعلق بالسيرة العلمية للقاضي الدستوري ليكونوا أعضاء في القضاء الدستوري تطلب وضع ضوابط معينة.

على مستوى الأنظمة المقارنة، نجد أن الفصول من (35) إلى (39) من القانون المنظم للمحكمة الدستورية البلجيكية، يشير إلى مؤهلات

(21) تنص المادة الخامسة من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية على ما يلي: "لا يجوز الجمع بين عضوية المحكمة الدستورية وعضوية الحكومة أو مجلس النواب أو مجلس المستشارين أو المجلس الأعلى للسلطة القضائية أو المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي أو كل هيئة ومؤسسة من المؤسسات والهيئات المنصوص عليها في الباب الثاني عشر من الدستور.

كما لا يجوز الجمع بين عضوية المحكمة الدستورية وممارسة أي وظيفة عامة أخرى أو مهمة عامة انتخابية أو شغل منصب مهما كان مقابل أجر في شركة تجارية أو مزاولة مهام يؤدي عنها أجر من قبل دولة أجنبية أو منظمة دولية أو منظمة دولية غير حكومية".

في حين أن المادة السادسة من القانون نفسه تنص على أن: "لا يجوز الجمع بين عضوية المحكمة الدستورية وممارسة أي مهنة حرة. ولهذا الغرض، يجب على كل عضو بالمحكمة الدستورية يمارس مهنة حرة، تعليق هذه الممارسة خلال مدة عضويته.

مساعدى "référendair"، المحكمة الدستورية والمتمثلة فى دبلوم عالى فى العلوم القانونية، يتم توظيفهم بمباراة، ويكونون فى وضعية تدريب لمدة ثلاث سنوات، كما يمكنهم أن يترشحوا لاحقاً لعضوية المحكمة الدستورية.

وفى ما يخص مؤهلات المستشارين القانونيين "Letrados" للمحكمة الدستورية الإسبانية، فتمثل فى دبلوم عالى فى العلوم القانونية والتوظيف بمباراة، كما يوضعون فى وضعية إلحاق إن كانوا موظفين سابقاً، ويتم تعيين الأمين العام للمحكمة الدستورية من بينهم⁽²²⁾.

المحور الثانى

تجويد اختصاصات المحكمة الدستورية

فى ضوء الوثيقة الدستورية لسنة 2011

الاختصاصات التى حولتها الوثيقة الدستورية لسنة 2011 للمحكمة الدستورية هى عديدة ومتنوعة، اعترافاً منها بالأهمية التى أضحت تضطلع بها هذه المؤسسة الدستورية فى الحياة العامة، ومن خلال هذا المحور سنحاول التطرق للاختصاصات التى ورثتها المحكمة الدستورية عن المجلس الدستورى من خلال الفقرة الأولى، فى حين ستجيب الفقرة الثانية عن الأدوار الجديدة التى حولها المشرع الدستورى، والقوانين التنظيمية لهذه المؤسسة التى تسهر على التنزيل الأمثل للدستور.

(22) صالح أزحاف: "المحكمة الدستورية قيمة مؤسساتية نوعية"، مرجع سابق، ص 20.

الفقرة الأولى : الاختصاصات التي احتفظت بها المحكمة الدستورية

احتفظت المحكمة الدستورية بمجموعة من الاختصاصات التي كانت تمارس من قبل المجلس الدستوري في الفترة الممتدة بين 1996 و2011، وسنحاول من خلال هذه الفقرة التطرق لأهم هذه الاختصاصات التي ورثتها المحكمة الدستورية عن المجلس الدستوري.

مراقبة الأنظمة الداخلية للمجالس البرلمانية :

نص الفصل (132) من الدستور على أن الأنظمة الداخلية لكل من مجلس النواب ومجلس المستشارين قبل الشروع في تطبيقها تحال إلى المحكمة الدستورية لتبت في مطابقتها للدستور، وهو ما سبق كذلك وأكده الفصل (69)⁽²³⁾ من الدستور الحالي في فقرته الأولى عندما نص على : " أنه لا يجوز العمل بالنظام الداخلي، الذي يضعه كل من مجلسي البرلمان ويقره بالتصويت، إلا بعد أن تصرح المحكمة الدستورية بمطابقته لأحكام هذا الدستور"⁽²⁴⁾.

مراقبة القوانين التنظيمية قبل إصدار الأمر بتنفيذها :

تصنف القوانين التنظيمية في منزلة موالية بعد الدستور الذي يسمو على جميع أصناف التشريعات، لكونها - أي القوانين التنظيمية- وُضعت لتكون

(23) الذي تعادله الفقرة الثانية من الفصل (81) من دستور 1996.

(24) في هذا الصدد قضى المجلس الدستوري رقم 12/829 الصادر بتاريخ 04 فبراير 2012، بعدم دستورية مجموعة من مواد النظام الأساسي لمجلس النواب المحال على الأمانة العامة للمجلس الدستوري بتاريخ 13 يناير 2012، تنزيلاً للفصل (69) من الدستور والمادة (21) من القانون التنظيمي للمحكمة الدستوري.

مكملة له. وهذا ما يميز الدساتير المكتوبة، فسميت كذلك نظرًا لطبيعة النص الدستوري، حيث إن النصوص الدستورية بطبيعتها ليست قوانين إجرائية، وإنما هي نصوص قانونية أساسية مختصرة ومقتضبة في شكلها المكتوب، لا يمكن أن تضم جل التفاصيل والجزئيات التي تستوعبها القوانين الأخرى الأدنى درجة من الدستور، وهذا هو دور القوانين التنظيمية - والقوانين العادية والمراسيم التطبيقية أيضًا - التي تفرد وتتطرق لهذه التفاصيل والجزئيات التي أشارت إليها الوثيقة الدستورية في مواد خاصة على سبيل الحصر دون الخروج عن المطابقة لأحكام الدستور ومضامينه. لهذا وُصفت القوانين التنظيمية عند جانب من الفقه بالقوانين المكملة خصوصًا بعد استعاضة الدستور عن إعطاء تعريف لها، واكتفى فقط بتسميتها "بالتنظيمية"، فهي من جهة مصدرها هو الدستور، ومن جهة أخرى هي مكملة ومفصلة له.

إن ما يميز القوانين التنظيمية عن غيرها من القوانين العادية حسب المعيارين الشكلية والموضوعية أمرين، أولهما من الناحية الإجرائية حدد الدستور المغربي للبرلمان حسب مقتضى الفصل (85) من أجل التداول في مشروع أو مقترح القانون التنظيمي أجل (10) أيام بعد وضع المشروع لدى مكتب مجلس النواب⁽²⁵⁾، ونظرًا لأهمية القوانين التنظيمية ودورها في حماية

(25) تنص الفقرة الأولى من الفصل (85) من الدستور المغربي لسنة 2011 على ما يلي: "لا يتم التداول في مشاريع ومقترحات القوانين التنظيمية من قبل مجلس النواب، إلا بعد مضي عشرة أيام على وضعها لدى مكتبه، ووفق المسطرة المشار إليها في الفصل (84)، وتتم المصادقة عليها نهائيًا بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين من المجلس المذكور، غير أنه إذا تعلق الأمر بمشروع أو بمقترح قانون تنظيمي يخص مجلس المستشارين أو الجماعات الترابية، فإن التصويت يتم بأغلبية أعضاء مجلس النواب".

الحقوق والحريات الدستورية، لعل الغاية من تحديد هذا الأجل الدستوري تتجلى في تمكين نواب الأمة والفرق النيابية بشكل كلي من الاطلاع والتفكير والتمعن في مسودات القوانين ودراسة اللجان البرلمانية لها قبل الشروع رسمياً في عملية التداول والتصويت النهائي عليها.

فضلاً عن ذلك تخضع مشاريع القوانين التنظيمية قبل إصدار الأمر بتنفيذها بعد مرورها على المجلس الوزاري ومصادقة المؤسسة التشريعية عليها، تخضع للرقابة الإجبارية على الدستورية من طرف المحكمة الدستورية بعد إحالة نص القانون التنظيمي عليها، حيث لا يمكن إعمال الأمر بتنفيذ القانون التنظيمي ونشره بالجريدة الرسمية، إلا بعد أن ينظر القضاء الدستوري في مدى مطابقته للدستور وتصريحه بعدم تعارض بنود هذا القانون لأحكامه، وذلك للحيلولة دون مخالفة السلطة التشريعية لنص الدستور. وعليه لا يمكن للقانون التنظيمي أن يفيد بند من بنوده إلى ما يخالف أحكام ومقتضيات الدستور، بخلاف القانون العادي الذي من المحتمل أن يحتوي على ما قد يعارض نص الوثيقة الدستورية، ما عدا لو تمت إحالته اختياريًا وليس وجوبًا على المحكمة الدستورية من طرف الملك، أو من طرف رئيس الحكومة أو المؤسسة التشريعية للنظر في صحة دستوريته. وعلى هذا المنوال تخضع القوانين التنظيمية المكملة للدستور لمسطرة تشريعية وقضائية-دستورية خاصة، تتمثل في طريقة تحضيرها والموافقة النهائية عليها، تضيي عليها شكلاً من الخصوصية والتعقيد في أسلوب وضعها أو تعديلها، وتحيطها بنوع من الحصانة الدستورية. وبالتالي فإن خصوصية هذه المراحل المسطرية المتبعة تجعلنا نعاود القول أنها هي التي تعكس علة تصنيف القوانين التنظيمية وتحدد موقعها في منزلة ثانية من ناحية القيمة والأهمية بعد الدستور، وهذا ما يبرر منطق هرمية التشريعات.

الأمر الثاني الذي يميز القوانين التنظيمية، يتمثل في شرط تأسيسي

يعود إلى نوعية المجالات والمؤسسات التي يناط لهذا الصنف من القوانين تنظيمها وتقنينها والتي تختلف إلى حد ما عن المجالات التي تختص بها القوانين العادية، حيث يحدد نص الوثيقة الدستورية على سبيل الحصر في عدد من الفصول التي يشار من خلالها لمضامين القوانين التنظيمية ويرجى بموجبها قواعد سير بعض المؤسسات والسلطات العامة للدولة المرتبطة بنظام الحكم ومؤسسات الدولة، كالبرلمان بمجلسيه، والقضاء، ومؤسسة الحكومة التي أحال دستور 2011 اختصاص تنظيمها لأول مرة لقانون تنظيمي، بالإضافة إلى بعض المؤسسات الدستورية الأخرى كالمجلس الاقتصادي، والاجتماعي، والبيئي، والمحكمة الدستورية، علاوة على المجالات الأخرى التي أقرها الدستور بانتمائها إلى حظيرة القوانين التنظيمية⁽²⁶⁾.

مراقبة صحة الانتخابات التشريعية:

إذا كانت العملية الانتخابية مناسبة للتنافس بين مختلف الفاعلين السياسيين، فإن ذلك يجعلها لا تكاد تخلو من منازعات وصراعات قد تثار في مثل هذه المناسبات، والتي من شأنها التأثير على نزاهة وشفافية ومصداقية الانتخابات، عوض التقيّد بالقواعد والضوابط المؤطرة لها.

وحرصاً من المشرع على إرساء ضمانات لأجل مرور الانتخابات البرلمانية في جو سليم بعيداً عن كل تلاعب أو مساس بإرادة الناخبين، وبالتالي إفراز مؤسسة برلمانية منتخبة بطريقة ديموقراطية، فقد عمل على

(26) محمد كمال بلحاج: "إقرار القوانين التنظيمية: مدخل أساسي لتفعيل دستور 2011"، نشر في موقع ديموك بريس الإلكتروني يوم 15/04/2015، تاريخ الزيارة 13/03/2022 على الرابط التالي: <https://cutt.us/tuOrt>.

بسط رقابة القضاء الإداري على العملية الانتخابية برمتها، سواء المراحل التي تسبق العملية الانتخابية، أو الموضوعية التي تواكب الانتخابات منذ أول مراحلها إلى غاية فرز الأصوات والإعلان عن النتائج، وذلك بوصفها محكمة موضوع ملزمة بتطبيق القانون وتغليب أحكام الدستور والقوانين الانتخابية على المنازعات المثارة بشأنها⁽²⁷⁾.

من بين مستجدات القضاء الدستوري في هذا الصدد، هو أن المحكمة الدستورية أصبحت مقيدة وملزمة، بموجب الفقرة الأخيرة من الفصل (132) من دستور 2011، بالبت في الطعون المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان المحالة إليها داخل أجل السنة، تبتدئ من تاريخ انقضاء أجل تقديم الطعون إليها، غير أنه يمكن للمحكمة تجاوز هذا الأجل بموجب قرار معلل، إذا استوجب ذلك عدد الطعون المرفوعة إليها، أو استلزم ذلك الطعن المقدم إليها⁽²⁸⁾.

مراقبة توزيع الاختصاص بين البرلمان والحكومة:

وتلعب المحكمة الدستورية دور الوسيط المحكم بين البرلمان

(27) أيوب عيروض: "تسهيل الولوج إلى العدالة الدستورية في مجال المنازعات الانتخابية"، مجلة القانون العام والعلوم السياسية، العدد 3، يناير 2022، ص 183.

(28) وفي هذا الصدد نشير إلى أن المادة (32) من القانون التنظيمي رقم 066،13 المتعلق بالمحكمة الدستورية، قد أضاف مستجداً في هذا الإطار للطرف الطاعن، فبعدما كانت المادة (29) من القانون التنظيمي المتعلق بالمجلس الدستوري قد حددت أجل الطعن في (15) يوماً، جاءت المادة المشار إليها (32) لتنتقل بهذا الأجل إلى (30) يوماً، تبتدئ من اليوم الموالي لتاريخ الإعلان عن نتيجة الاقتراع المتعلق بالدائرة الانتخابية المتعلقة بهذا الطعن.

والحكومة، وتهم هذه الرقابة تغيير نصوص سبق صدورها في شكل قانون، بمرسوم، كما يتعلق بدفع الحكومة بعدم قبول اقتراح أو تعديل ترى أنه لا يدخل في اختصاص السلطة التشريعية، وهاتان العمليتان يمكن إدراجهما في مجال مراقبة الدستورية لأنه في الحالة الأولى تتحقق المحكمة الدستورية من أن النص المراد تغييره لا يدخل في مجال التشريع المحدد بفصول الدستور، وأنه يدخل في المجال التنظيمي الذي يتم التشريع فيه بواسطة مراسيم، وفي الحالة الثانية، تفحص المحكمة الدستورية الاقتراح أو التعديل موضوع دفع الحكومة هل يدخل في المجال التشريعي في ضوء المحددات الدستورية المنصوص عليها في الدستور⁽²⁹⁾.

الفقرة الثانية: مستجدات الرقابة على دستورية القوانين في ظل تجربة المحكمة الدستورية

مراقبة القوانين الداخلية للمجالس المنظمة بموجب قانون تنظيمي:

لقد أقر القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية على إجبارية إحالة

(29) وبالمقارنة عما كان عليه الوضع في دستور 1996، نشير إلى أنه لم يحصل أي تغيير على مستوى طبيعة الاختصاصات المسندة إلى المحكمة الدستورية، بموجب الفصلين (73) و(79) من دستور 2011، لكن تجدر الإشارة إلى أن التغيير حصل على المستوى المعيارية لممارسة المحكمة الدستورية الرقابة على تطبيق قواعد توزيع الاختصاصات التشريعية و التنظيمية، حيث موقع تطور ملحوظ على مستوى تفصيل مجال القانون، الذي اتسع ليشمل بموجب الفصل (71) من الدستور ثلاثين مجالاً، بعدما كان يقتصر في الدستور السابق على (9) ميادين فقط.

- رشيد المدور: "مستجدات القضاء الدستوري في نطاق دستور 2011"، مرجع سابق، ص ص: 108 - 109.

القوانين التنظيمية للمجالس المنظمة بموجب قانون تنظيمي إلى المحكمة الدستورية، لأجل البت في مطابقتها مع المبادئ التي جاءت بها الوثيقة الدستورية لسنة 2011، وهكذا نجد أن النظام الداخلي للمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، من خلال الفقرة الأولى من المادة (37) من القانون التنظيمي المتعلق بهذا المجلس⁽³⁰⁾، قد نصت على ضرورة إحالته إلى المحكمة الدستورية للبت في مطابقتها لأحكام الدستور.

ومن الأنظمة الداخلية المشمولة بهذه المراقبة، نجد النظام الداخلي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، ووفقاً للقانون التنظيمي المتعلق بهذا المجلس، نجد المادة (49) منه قد نصت على أن: "يضع المجلس نظامه الداخلي ويحيله، قبل الشروع في تطبيقه، إلى المحكمة الدستورية للبت في مطابقتها لأحكام الدستور وأحكام هذا القانون التنظيمي"، وتنص المادة (119) على أن هذه الإحالة إلى المحكمة الدستورية تكون داخل أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر من تاريخ تنصيب المجلس⁽³¹⁾.

(30) المادة (37) من القانون التنظيمي رقم (128,12) المتعلق بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي.

(31) وفي هذا الصدد فقد أسقطت المحكمة الدستورية النظام الداخلي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، من خلال قرار رقم 31 / 17 م. د، الصادر بتاريخ 27 يوليو 2017، بعدما صرحت بأن سبع مواد من النظام الداخلي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، مخالفة للدستور والقانونين التنظيميين للمجلس الأعلى للسلطة القضائية والنظام الأساسي للقضاة.

- للمزيد من التفاصيل المرجو زيارة الرابط التالي للاطلاع على قرار 31 / 17: <https://cutt.us/aVAMk>.

وقد اعتمدت المحكمة الدستورية، النظام الداخلي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية من خلال قرار رقم (55,17) الصادر في 25 من محرم 1439 (16 أكتوبر 2017).

إضافة إلى هذين النظامين، نجد أن القانون التنظيمي رقم (90,15) المتعلق بمجلس الوصايا، بدوره قد خضع لنفس المسطرة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل (132)، من خلال قرار (16/1000) (م. د) الصادر في 27 مايو 2016، الذي أشار في تعليقه إلى المادة السادسة منه التي حددت الصيغة التي صدر بها هذا القانون، والتي أكدت على ضرورة إحالة القوانين الداخلية للمجالس المنظمة بقانون تنظيمي إلى المحكمة الدستورية لمراقبة مدى مطابقتها للدستور⁽³²⁾.

الرقابة الدستورية البعدية أو الدفع بعدم الدستورية:

يعتبر مبدأ الدفع بعدم دستورية القوانين آلية جديدة للرقابة البعدية على القوانين في منظومتنا القانونية والقضائية، إذ سيصبح بإمكان كل من له الصفة الدفع بأن القانون الذي سيطبق عليه في النزاع المعروض على إحدى المحاكم يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وبذلك فحق إحالة القوانين غير الدستورية على المحكمة الدستورية علم يعد حكرًا على الطبقة السياسية، بل أصبح من حق المتقاضين أيضًا من خلال مسطرة الدفع بعدم الدستورية⁽³³⁾.

ويعد هذا الاختصاص من أهم الاختصاصات التي جاء بها دستور

(32) تنص الفقرة الأخيرة من المادة (6) من القانون رقم (90,15) المتعلق بمجلس الوصايا على ما يلي: إذا تعلق الأمر بقانون تنظيمي أو قانون تمت إحالته إلى المحكمة الدستورية بموجب أحكام الفصل (132) من الدستور، فإنه يجب أن يشار في الأمر بمثابة ظهير القاضي بإصدار الأمر بالتنفيذ، إلى قرار المحكمة الدستورية.

(33) يوسف ادريدو: "نظام تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية في القانون المغربي"، ص 164.

2011، والذي كان محل مطالبات الفاعلين السياسيين وجمعيات المجتمع المدني، وعلى هذا الأساس، جاء المشرع المغربي ليجيب عن هذه الانتظارات من خلال الفصل (133) الذي نص على: "تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور".

وتجدر الإشارة، إلى أن تطبيق حق الدفع رهين بإصدار قانون تنظيمي مستقل ومنفصل عن القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية، ينظم كيفية إثارة الدفع بعدم دستورية قانون يراد تطبيقه على نزاع معروض أمام مختلف المحاكم، وهذا ما أكدته المادة (28) من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية، على أنه: "تحدد بقانون تنظيمي لاحق⁽³⁴⁾ شروط وإجراءات ممارسة المحكمة الدستورية لاختصاصها في مجال النظر في كل دفع بعدم دستورية قانون طبقاً لأحكام الفصل (133) من الدستور".

(34) لم يصدر بعد؛ رغم أن الحكومة قامت بإعداد مشروع قانون تنظيمي رقم (86,15)، يتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون صادق عليه البرلمان بتاريخ 6 فبراير 2018، وبعد إحالته على المحكمة الدستورية، أصدرت بخصوصها قرارها، رقم: 18/70، بتاريخ 6 مارس 2018، بعد أن صرحت بعدم مطابقة بعض من مواده للدستور.

يمكن أن نذكر بهذا الخصوص قرار المحكمة الدستورية رقم: 80/18، الصادر بتاريخ 12 يونيو 2018، بعد اطلاعها على العريضة المسجلة بأمانتها العامة في 28 مايو 2018، التي قدمها السيد توفيق بوعشرين، بواسطة دفاعه، طالباً فيها التصريح بعدم دستورية المادة (265) من قانون المسطرة الجنائية، حيث صرحت بتعذر البت في هذا الطلب، نظراً لغياب قانون تنظيمي متعلق بالدفع بعدم دستورية قانون.

مراقبة الترحال السياسي للبرلمانيين :

من مستجدات القضاء الدستوري في نطاق دستور 2011، إسناد اختصاص جديد إلى المحكمة الدستورية، هو التصريح بشغور المقعد البرلماني، الناتج عن التخلي عن الانتماء السياسي أو الفريق أو المجموعة البرلمانية، وهكذا فإن الفصل (61) من الدستور، بعدما نص في الفقرة الأولى، على أنه: "يجرد من صفة عضو في أحد المجلسين، كل من تخلى عن انتمائه السياسي الذي ترشح باسمه للانتخابات، أو عن الفريق أو المجموعة البرلمانية التي ينتمي إليها"، نص أيضاً في الفقرة الثانية، على أن المحكمة الدستورية تُصرح بشغور مقعد البرلماني المعني بالتجريد، بناء على إحالة من رئيس المجلس الذي يعنيه الأمر، وذلك وفق أحكام النظام الداخلي للمجلس المعني، الذي يحدد أيضاً آجال ومسطرة الإحالة على المحكمة الدستورية⁽³⁵⁾.

التحول النوعي لاختصاصات المحكمة الدستورية في مجال مراقبة الاتفاقيات والمعاهدات الدولية :

ترتبط المعاهدات الدولية بالتشريعات الداخلية للدولة ارتباطاً متيناً، والهدف من ذلك أن بموجب مصادقة الدولة على المعاهدة تصبح هذه الأخيرة قوة ملزمة لها⁽³⁶⁾، وعليه، فإن تخويل اختصاص مراقبة المعاهدات والاتفاقيات الدولية للمحكمة الدستورية، له نوع من تحميل المسؤولية

(35) رشيد المدور: "مستجدات القضاء الدستوري المغربي في نطاق دستور 2011"، مرجع سابق، ص 115.
(36) فيصل عقلة شنطاوي: "الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية - دراسة مقارنة"، ص 56.

للقضاء الدستوري بخصوص إعطاء تفسير منطقي للفصل (19) من دستور 2011، أثناء مراقبة مدى دستورية الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، لأن المسألة تتعلق بإشكالية لطالما شكلت عائقاً للتحول المؤسستي الذي تعرفه الدولة المغربية، والمتمثل في ثنائية "الكونية والخصوصية"، ولكن بما أن عضوية المحكمة الدستورية أصبحت مشروطة بالكفاءة والتجربة، فبالتالي قد تم ربط القاضي الدستوري بمقومات التفسير والاجتهاد أثناء مراقبته للمعاهدات الدولية⁽³⁷⁾.

لقد كانت الرقابة الدستورية التي تمارس بإحالة اختيارية من جهات سياسية، تقتصر فقط في الدستور السابق على القوانين قبل إصدار الأمر بتنفيذها، وفي دستور 2011 أصبحت تشمل إضافة إلى ذلك، الالتزامات الدولية قبل المصادقة عليها⁽³⁸⁾، الاتجاه نفسه سلكته المادة (24) من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية التي نصت على أن: "تكون إحالة

(37) صالح أزحاف: "المحكمة الدستورية قيمة مؤسسية نوعية"، مرجع سابق، ص 21.

(38) وينص الفصل (55) من دستور 2011 على ما يلي: "يوقع الملك على المعاهدات الدولية ويصادق عليها، غير أنه لا يصادق على معاهدات السلم أو الاتحاد، أو التي تهتم رسم الحدود، ومعاهدات التجارة، أو تلك التي تترتب عليها تكاليف تلزم مالية الدولة، أو يستلزم تطبيقها اتخاذ تدابير تشريعية، أو تتعلق بحقوق وحرريات المواطنين والمواطنات، العامة أو الخاصة، إلا بعد الموافقة عليها بقانون. للملك أن يعرض على البرلمان كل معاهدة أو اتفاقية أخرى قبل المصادقة عليها. إذا صرحت المحكمة الدستورية، إثر إحالة الملك، أو رئيس الحكومة، أو رئيس مجلس النواب، أو رئيس مجلس المستشارين، أو سدس أعضاء المجلس الأول، أو ربع أعضاء المجلس الثاني، الأمر إليها، أن التزاماً دولياً يتضمن بنوداً يخالف الدستور، فإن المصادقة على هذا الالتزام لا تقع إلا بعد مراجعة الدستور".

الالتزامات إلى المحكمة الدستورية قصد البت في مطابقتها للدستور، طبقاً لأحكام الفقرة الأخيرة من الفصل (55) منه، برسالة من الملك أو رئيس الحكومة أو رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس المستشارين، أو برسالة أو عدة رسائل تتضمن في مجموعها إمضاءات عدد من أعضاء مجلس النواب لا يقل عن سدس الأعضاء الذين يتألف منهم، أو ربع أعضاء مجلس المستشارين". ويكون بت المحكمة الدستورية لمطابقة الالتزامات الدولية للدستور في أجل لا يتجاوز (30) يوماً ابتداء من تاريخ إحالتها إليها، وتصير هذه المدة في حدود ثمانية أيام حال حضور عنصر الاستعجال⁽³⁹⁾.

وعلى صعيد الممارسة الدولية، نجد في دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لسنة 1958 ينص الفصل (55) على أنه: "يكون للمعاهدات أو الاتفاقيات التي تم التصديق أو الموافقة عليها قانوناً، مباشرة بعد نشرها، قوة تفوق قوة القوانين شريطة أن يطبق الطرف الآخر هذه المعاهدة أو هذه الاتفاقية".

في حين ينص الفصل (54) من الدستور نفسه على أنه: "إذا صرح المجلس الدستوري، إثر إحالة رئيس الجمهورية، أو الوزير الأول، أو أحد رئيسي مجلسي البرلمان، أو ستين نائباً، أو ستين عضواً من مجلس الشيوخ، الأمر إليه، أن التزاماً دولياً يتضمن بنداً يخالف الدستور، فإن المصادقة أو الموافقة على هذا الالتزام الدولي لا يمكن أن تقع إلا بعد مراجعة الدستور "وهو نص مماثل في هندسته للفصل (55) من دستور 29 يوليو 2011.

وللمقارنة، فإن القانون التنظيمي الفرنسي رقم (58,1067) الصادر في 7 أكتوبر 1958 كما تم تغييره وتتميمه حول المجلس الدستوري، لم ينطرق

(39) المادة (26) من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية رقم (066,13) السالفة الذكر.

-على عكس القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية رقم (066,13) بالمغرب-
لمسألة تطبيق القاعدة القانونية المخالفة للدستور والموجودة في معاهدة
دولية. بل ترك ذلك ضمنياً لنص الدستور في فصليه (54 و55) المشار إليهما
في الفقرتين السابقتين⁽⁴⁰⁾.

عموماً يمكن القول أن هذه الخطوة التي خطاها المغرب في دستور
2011، جاءت كنتيجة لمجموعة من المطالب التي فرضتها الساحة الدولية
الحقوقية، منها ضرورة ملاءمة القوانين الوطنية للمواثيق الدولية، بل
وضرورة ترجيح مقتضيات المواثيق الدولية على القوانين المحلية، وقد كان
المغرب مطالباً في إطار مسلسل البناء الديمقراطي، بمسايرة الدول
الديموقراطية في هذا المجال⁽⁴¹⁾.

مراقبة المحكمة الدستورية إجراءات مراجعة الدستور

من مستجدات الدستور، إمكان عرض الملك بظهير على البرلمان
مشروع مراجعة بعض مقتضيات الدستور. وقد أسند المشرع الدستوري إلى
جهاز القضاء الدستوري اختصاصات جديدة بهذا الشأن، فمن جهة، نص

(40) ويتبين من خلال هذين الفصلين (54 و55) من دستور 1958 الفرنسي، وجود
تعايش للنظريتين الأحادية والثنائية، فالأول يفيد بسمو القانون الدولي على
القانون الداخلي، بينما الثاني يقول بأن تطبيق القاعدة القانونية الموجودة في
معاهدة دولية والمخالفة للدستور، لا يمكن أن تصوره إلا بإدماجها في القانون
الداخلي للدولة.

- جمال الدين أيت الطاهر: "قراءة في المادة (27) من القانون التنظيمي المتعلق
بالمحكمة الدستورية"، ص ص126-127.

(41) صالح أزحاف: "المحكمة الدستورية قيمة مؤسساتية نوعية"، مرجع سابق،
ص 25.

على أن هذه المراجعة للدستور لا تعرض على البرلمان إلا بعد استشارة
حصرية على رئيس المحكمة الدستورية، ومن جهة أخرى، نص على أن
صحة الإجراءات المتعلقة بتلك المراجعة، تراقب من لدن هذه المحكمة،
وهي التي تعلن نتائجها⁽⁴²⁾.

الخاتمة

وختامًا يمكننا أن نقول، أن بتنصيب المحكمة الدستورية سوف يتم
تطوير مفهوم العدالة الدستورية في التجربة المغربية من خلال الاختصاص
الجديد الذي خول للمحكمة الدستورية، والذي لم تألفه منذ أن أسس
القضاء الدستوري بالمغرب، حيث سيكون متاحًا ولأول مرة، للمواطنين
النظر دعوى جارية، أن يطعنوا في دستورية القوانين التي من شأنها أن تمس
بحقوقهم وحررياتهم المخولة لهم بموجب دستور 2011، ومن شأن نفاذ هذا
المستجد الدستوري أن يحقق نقلة نوعية في تطور اختصاصات القضاء
الدستوري.

لكن من خلال وقوفنا على جميع القرارات التي صدرت عن القضاء
الدستوري المغربي لحدود سنة 2020، يتضح أنه بالرغم من كون تجربته

(42) ينص الفصل (174) من دستور 2011 على ما يلي: "تعرض مشاريع ومقترحات
مراجعة الدستور بمقتضى ظهير، على الشعب قصد الاستفتاء. تكون المراجعة
نهائية بعد إقرارها بالاستفتاء. للملك بعد استشارة رئيس المحكمة الدستورية، أن
يعرض بظهير، على البرلمان، مشروع مراجعة بعض مقتضيات الدستور. ويصادق
البرلمان، المنعقد، بدعوة من الملك، في اجتماع مشترك لمجلسيه، على مشروع
هذه المراجعة، بأغلبية ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم.
يحدد النظام الداخلي لمجلس النواب كيفية تطبيق هذا المقتضى. تراقب
المحكمة الدستورية صحة إجراءات هذه المراجعة، وتعلن نتائجها.

متقدمة مقارنة مع ما كان عليه الأمر إبان الغرفة الدستورية، إلا أن دوره لم يرق لمستوى التطلعات الحقوقية، بكونه استمر في التعاطي أكثر مع مسألة الانتخابات والمؤسسات السياسية من حيث التنظيم، بدون الارتقاء بقراراته إلى مواجهة هذه المؤسسات التي تسعى إلى المس بحقوق وحرّيات الأفراد.

صحيح أن المحكمة الدستورية ستنتقل من إطار المراقبة القبليّة نحو إطار الرقابة البعدية، أي أن الدستور المغربي أخذ بالرقابة السياسية والرقابة القضائية (رقابة الإلغاء السابقة والرقابة عن طريق الدفع)، لكن احتكار مجال الاختصاص للمحكمة الدستورية، وعدم جواز البت في دستورية القوانين من طرف محاكم الموضوع (مدنية، جنائية، إدارية، تجارية)، أي أنه تم الأخذ بنظام "مركزية الرقابة القضائية"، رغم جدية هذا الاختصاص إلا أننا نسجل تحفظنا على جعل تخصص ولوج المواطنين للعدالة الدستورية مقروناً بقانون تنظيمي، الذي لا زال حبيس دواليب السلطتين التشريعية والتنفيذية رغم مرور أزيد من تسع سنوات على بداية نفاذ الوثيقة الدستورية الحالية.

قائمة المراجع

الكتب :

- رشيد لمدور: "مستجدات القضاء الدستوري المغربي في نطاق دستور 2011"، مقال منشور في كتاب تجربة الإصلاح الدستوري في المغرب، تنسيق وتقديم سعد الدين العثماني، منتدى العلاقات العربية والدولية، الطبعة الأولى، 2015.
- عبد الرحيم العلام: "الملكية وما يحيط بها في الدستور المغربي المعدل"، دفا تر وجهة نظر، العدد 33، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2015.
- مصطفى جاري: "عناصر من أجل مقارنة سوسيو سياسية للدستور المغربي الجديد"، أعمال الندوة الوطنية المنظمة يوم 29 نوفمبر 2012، من طرف مجموعة البحث حول الإدارة والسياسات العمومية، جامعة القاضي عياض، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، العدد 40، 2013.

النصوص القانونية :

- الدستور المغربي لسنة 1962، الصادر بتنفيذه يوم 17 رجب 1382 (14 ديسمبر 1962). الجريدة الرسمية: عدد 2616 مكرر، 19 ديسمبر 1962.
- الدستور المغربي لسنة 1996 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم (1,96,157) بتاريخ 23 من جمادى الأولى 1417 (7 أكتوبر 1996)، الجريدة الرسمية عدد 4420 بتاريخ 10 أكتوبر 1996.
- الدستور المغربي لسنة 2011 الصادر بتاريخ 29 يوليوز 2011، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر في 30 يوليو 2011.
- الدستور التونسي الصادر في 26 يناير 2014.
- القانون التنظيمي رقم (066,13) المتعلق بالمحكمة الدستورية.
- القانون التنظيمي رقم (128,12) المتعلق بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي.
- النظام الأساسي لمجلس النواب لسنة 2017.

المجلات :

- أيوب عيروض: "تسهيل الولوج إلى العدالة الدستورية في مجال المنازعات الانتخابية"، مجلة القانون العام والعلوم السياسية، العدد 3، يناير 2022.
- جمال الدين أيت الطاهر: "قراءة في المادة (27) من القانون التنظيمي المتعلق بالمحكمة الدستورية"، مجلة العلوم القانونية، العدد الخامس، مطبعة الأمنية، الرباط، 2016.
- رشيد المدور: "تطور الرقابة الدستورية بالمغرب: الغرفة الدستورية، المجلس الدستوري، المحكمة الدستورية"، مجلة دراسات دستورية، المحكمة الدستورية بمملكة البحرين، المجلد الثالث، العدد السادس، يناير 2016.
- عبد الحق بلفقيه: "تجربة القضاء الدستوري بالمغرب: دراسة نقدية تحليلية"، مجلة العلوم القانونية، العدد الخامس، مطبعة الأمنية، الرباط، 2016.
- صالح أزحاف: "المحكمة الدستورية قيمة مؤسساتية نوعية"، مجلة القانون المغربي، دار السلام للطباعة والنشر، العدد 41، 2019.
- فيصل عقلة شنطاوي: "الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية - دراسة مقارنة _"، مجلة دراسة علوم الشريعة والقانون، المجلد 42 العدد الأول، 2015.
- يوسف ادريدو: "نظام تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية في القانون المغربي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 139، يناير- أبريل 2018.
- العزاوي عبدالرحمن: "القضاء الدستوري المغربي ودوره في حماية الحقوق والحريات-من الغرفة الدستورية إلى المحكمة الدستورية"، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والاقتصادية والسياسية، نشر على موقع المركز.

الرسائل الجامعية :

- يونس اسمايون: "القضاء الدستوري في التجربة الدستورية المغربية"، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، السنة الجامعية 2017-2018.

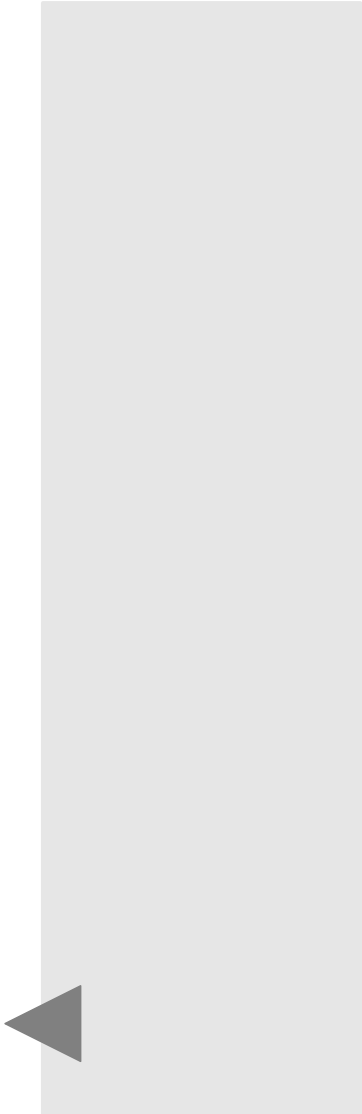
المواقع الإلكترونية :

موقع المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية، الاقتصادية والسياسية :
<https://democraticac.de/>

موقع ديموك بريس : <http://democpress.com/>

المراجع بالفرنسية :

- Nadia Bernoussi: «la constitution de 2011 et le juge constitutionnel», sous la commentaires: L.G.D.J, Extenso édition.



ترجمات

أيمكنهم فعل ذلك حقًا؟

التزامات الدول بموجب اللوائح الصحية الدولية في ضوء كوفيد-19



أرمين فون بوغاندي*، وبيدرو فياريال**
ترجمة: د. علي الصديقي***

مقدمة المُترجم:

في ندوة حوارية بعنوان (كوفيد-19 والقانون الدولي)، أقامتها مدونة Opinio Juris المعنية بشؤون القانون الدولي وتطوراتها في العالم خلال الفترة (مارس-أبريل 2020م). تضمنت الندوة عددًا من المقالات والأوراق العلمية التي تناولت موضوعات مختلفة متعلقة بأزمة فيروس كورونا كوفيد-19 المستجد، وتم استضافة عدد من الباحثين الذين قاموا بكتابة أوراقهم، كلٌ في بيته، استجابةً لمقتضيات الحجر العام. هذه الندوة الحوارية، بمنتجاتها

(*) أرمين فون بوغاندي (Armin von Bogdandy): المدير في معهد ماكس بلانك للقانون العام المقارن والقانون الدولي MPIL (هايدلبرغ - ألمانيا).
(**) بيدرو فياريال (Villarreal): كبير الباحثين في معهد ماكس بلانك للقانون العام المقارن والقانون الدولي MPIL (هايدلبرغ - ألمانيا).
(***) أستاذ القانون الخاص المساعد، ومحاضر غير متفرغ - لدى كليات الحقوق بجامعة البحرين وجامعة العلوم التطبيقية - مملكة البحرين.

المعرفية، ناقشت باستفاضة أوضاع القانون الدولي في ضوء مستجدات كوفيد-19 فمن بين كتّابها من طرق موضوعات القانون الدولي البيئي، ومنهم من عرض ظروف إعلان حالة الطوارئ الدولية، وآخرون ناقشوا موضوعات القانون الدولي لحقوق الإنسان، وحقوق السجناء، وقضايا الهجرة والعمل والاقتصاد والتجارة الدولية. فضلاً عن إجراءات المحاكم والعقوبات الجنائية، وغيرها من موضوعات الساعة لدى الفقه القانوني.

وفي خضم تلك الموضوعات المتنوعة، أثارت اهتمامي إحدى الأوراق المنشورة التي تحدثت بشكل مباشر ومركّز حول القانون الدولي للصحة العامة، وقد وقع اختياري لهذا الموضوع وترجمته لسببين رئيسيين:

الأول- إننا قلّمًا نجد اهتمامًا بالمعايير القانونية الخاصة بالقانون الدولي للصحة العامة في الفقه القانوني العربي. حيث يكثر اهتمام فقهاء القانون الدولي لحقوق الإنسان والجرائم الدولية، وبدرجة أقل في القانون الدولي للعمل والتجارة وفي باقي موضوعات القانون الدولي، في حين أن قضية الصحة العامة لم تكن تحتل نصيبًا وافرًا فيما مضى، ولكن ربّما تحتلّ - مستقبلاً - حيزًا كبيرًا في الدرس القانوني عند الفقه العربي، بسبب الأزمة الفيروسية الجديدة.

والثاني- أن هذا الموضوع، أخذ في الآونة الأخيرة، حيزًا من الاهتمام الدولي، بوصفه أداة من أدوات الصراع السياسي الدولي، أي أن هذه المادة العلمية قد تجلّعتنا أكثر إدراكًا لتفاصيل الصراع الجديد حول قضية المسؤولية الدولية عن التسبّب في انتشار فيروس كورونا كوفيد-19، والخلل في الإجراءات الاحترازية لاحتوائه، أهى الصين أم منظمة الصحة العالمية؟ إنّها تساؤلات الساحة حاليًا.

في تلك الندوة، قُدمت الورقة تحت عنوان ("أيمكنهم فعل ذلك

حقاً؟" التزامات الدول بموجب اللوائح الصحية الدولية في ضوء كوفيد-19⁽¹⁾ وقد جاءت الورقة على جزئين، كتبها كل من السيد/ أرمين فون بوغاندي، المدير في معهد ماكس بلانك للقانون العام المقارن والقانون الدولي MPIL في هايدلبرغ - ألمانيا، والسيد/ بيدرو فياريال، كبير الباحثين في معهد ماكس بلانك للقانون العام المقارن والقانون الدولي MPIL في هايدلبرغ - ألمانيا.

حاولت في هذه الترجمة أن أقدم مادة يسهل قراءتها لغير المتخصص في علم القانون، والاحتفاظ من جهة أخرى بروح المصطلحات القانونية التي تعتبر عنصرًا لازمًا لفهم سياقاتها العلمية.

النص المترجم:

أيمكنهم فعل ذلك حقاً؟

التزامات الدول بموجب اللوائح الصحية الدولية في ضوء كوفيد-19

في الوقت الراهن، تتفشى جائحة فيروس كورونا (SARS-COV-2) في جميع أنحاء العالم. ويتبدّل وضع الوباء بشكل يومي، وغالبًا بنمط دراماتيكي. كما أن مجموعة التدابير الإيجابية التي اتخذتها السلطات المحلية في هذا الصدد تتمتع هي الأخرى بهذه الديناميكية ذات الخطوات السريعة. حيث يبدو الأمر مُروّعًا عندما نرى كيف هزت هذه الأزمة عمق هياكل

(1) COVID-19 Symposium: "Can They Really Do That?" States' Obligations Under the International Health Regulations in Light of COVID-19
<http://opiniojuris.org/2020/03/31/covid-19-symposium-can-they-really-do-that-states-obligations-under-the-international-health-regulations-in-light-of-covid-19-part-i/>

المجتمع، ويظهر أثر ذلك في هذه الندوة الحوارية، حيث تتصل اتصالاً مباشراً بمجموعات غير متجانسة، من حيث المجالات القانونية التي تعطينا علامةً على مدى تعدد المجالات التي تؤثر فيها الجائحة بالفعل.

وعليه، فإنه جديرٌ بالاهتمام أن نعيد النظر في بعض العناصر الأساسية في صكوك القانون الدولي المخصصة للاستجابة للأوبئة، أي اللوائح الصحية الدولية لمنظمة الصحة العالمية. في سبيل ذلك نتناول الأسئلة الآتية: ما هي الالتزامات الأساسية المقررة بموجب اللوائح الصحية الدولية في ضوء جائحة فيروس كورونا؟ ثم ماذا يمكن أن يحدث إذا خُرقَت المعايير التي حددتها اللوائح؟ وهل يُمكن لمنظمة الصحة العالمية متابعة انتهاكات المعايير؟

نؤكد أن ورقتنا هذه غير معنية بجميع الالتزامات التي تقرها اللوائح الصحية الدولية. إننا سوف نتطرق فقط إلى بعض القضايا التي يمكن أن تؤدي إلى تحليلات مستقبلية. إذ في ضوء العدد المتزايد باستمرار من المقالات المنشورة عبر شبكة الإنترنت حول هذا الموضوع، فإن هناك ما يبرر لفت الانتباه إلى القضايا الشائكة التي لا مفر منها. وعليه، نقدم عدداً من الأسانيد التي نستعرضها بعد قليل في ورقةٍ تشاركنا سويّاً في تأليفها.

اللوائح الصحية الدولية: أداة قانونية غير قياسية:

إن أول السمات الغريبة التي تتمتع بها "اللوائح الصحية الدولية" هي أنها تتطلب لنهاذا إجراء الموافقة عليها. ومن ثم فإنها ليست اتفاقيةً دوليةً بهذا المعنى. ولكنها عوضاً عن ذلك، أداةً ملزمة قانوناً بموجب معاهدة دولية أخرى تم الموافقة عليها، أي أن قوتها القانونية جاءت تأسيساً على حكم المادة رقم (21) من دستور منظمة الصحة العالمية. يسمح هذا الحكم

لجمعية الصحة العالمية، التي تعد أعلى هيئة تتولى صنع القرار في منظمة الصحة العالمية، إصدار لوائح ملزمة في مجالات متعددة من بينها "... الإجراءات التي تُصمم من أجل منع الانتشار الدولي للأمراض". في عام 2005م، أي بعد عامين فقط من كارثة 2002-2003 مع متلازمة الالتهاب الرئوي الحاد (SARS-COV-1)، صوتت جمعية الصحة العالمية (المكونة من ممثلين من الدول الأعضاء في منظمة الصحة العالمية) بالموافقة على اللوائح الصحية الدولية. وبموجب المادة رقم (22) من دستور منظمة الصحة العالمية، فإن نفاذ هذه اللوائح لا يتطلب إجراء تصديق وطني لاحق. وكما ذكر بعض المؤلفين في هذا الصدد، فإن ذلك يُظهر تفويضاً ملحوظاً من قبل السلطات المعنية بالدول الأعضاء للمنظمة، بما يعني ثقة أساسية في السلطة التشريعية للمنظمة.

ويُشير آخرون، أنّ منظمة الصحة العالمية لم تُوسّع من نطاق السلطات التي تتمتع بها بموجب المادتين رقمي (21) و(22) من دستورها. فمنذ عام 1948م، لم تصدر سوى لائحتين ملزمتين فقط، وهما: "اللوائح الصحية الدولية"، و"اللوائح المتعلقة بالتسميات ذات العلاقة بالأمراض وأسباب الوفاة". ومن خلال منظور معياري، يرى البعض أن هذا الأمر من شأنه أن يهدر إمكانات القانون الدولي لتعزيز الصحة العالمية. كما عبّر البعض الآخر عن اهتمامهم الكبير بذلك قائلين: إنّ الأنظمة القانونية القائمة لم تفي بوعودها. وإذا كان الأمر على هذا النحو، فلماذا تُمارَس الضغوط نحو تعزيز الامتثال بهذه المعايير؟ هذا نقاشٌ يتجاوز نطاق هذه الورقة، إذ يكفي القول أنّ هناك اعترافاً كبيراً بكون المعايير الحالية لا تفي بالغرض التي صدرت لأجله، وهي - من ثم - بحاجة إلى إصلاحٍ شامل.

التزامات الدول بموجب اللوائح الصحية الدولية: " صارمة وسريعة " و "طويلة الأمد" و "طارئة"

في صميم أزمة فيروس كورونا المستمرة يتجلى السؤال المتعلق بالقانون الدولي العام فيما يأتي: ما هي الالتزامات القانونية الملقة على الدول؟ إنه سؤال بسيط غير أنه يؤدي إلى إجابات مُعقدة بسبب مذاهب رجال القانون. ففي ظل مخاطر التبسيط المُفرط، سأحاول تقسيم بعض الالتزامات عبر استخدام ثلاثة مصطلحات غير رسمية (على الإطلاق) بغرض تمييزها وهي: (1) التزامات " صارمة وسريعة"، و (2) التزامات " طويلة الأمد"، و (3) التزامات " طارئة". وهذه التصنيفات الثلاثة لا تقوم على الأسس التقليدية الأكثر قبولاً في علم القانون.

تتضمن اللوائح الصحية الدولية سلسلة من الالتزامات " الصارمة والسريعة"، أي تلك التي يمكن أن تشهد امتثالاً إلى مضمونها بشكل فوري من الناحية العملية. فمن بين ما يقع تحت هذا التصنيف، الالتزام " بإخطار منظمة الصحة العالمية" بالمستجدات طبقاً للمادة رقم (6) من اللوائح الصحية الدولية، حيثُ يعدُّ هذا الالتزام بمثابة حجر الزاوية في النظام العالمي لمراقبة الأمراض. ومن زاوية معيارية، يُمكن تبرير وجود مثل هذا الالتزام، فقد أوضحت لنا أزمة 2002-2003 (SARS-COV-1) إنَّ عواقب تخلف عنصر " الإخطار" يُمكن أن تكون كارثية على المجتمع الدولي، ذلك أنَّ تأخر الحكومة الصينية في إبلاغ منظمة الصحة العالمية عن الفيروس في عام 2002م لم يسمح للدول الأخرى بتجهيز نفسها. في هذا الصدد، عادةً ما تُتخذ " الأمور الفنية" شماعَةً لتبرير عدم القيام بالإخطار، ومن خلال استخدام عبارات وبائية مفرطة في التبسيط. يقوم الخبراء الطبيّون بالمخاطرة عندما يدّعون أنَّ فيروس كورونا يتسبب في "مرض شبيه بالإنفلونزا" يُدعى

(كوفيد-19) تُشبه أعراضه في بعض الأحيان أعراض الإنفلونزا الموسمية. وهذا التبسيط المُفرط بدوره يجعل أنظمة مراقبة الدول تواجه صعوبةً منذ البداية في تحديد الأشخاص المصابين. ولا تستأنف عملية المراقبة الدولية فعاليتها إلا عندما يصل إلى علم المنظمة أنّ هناك سببًا جديدًا يؤدي إلى المرض. خلافًا لذلك، فقد يتم تشخيص الحالات الإيجابية - في الواقع - على أنها حالات إنفلونزا أو في الحالات الأكثر خطورة على أنها حالة من "التهاب الرئوي غير المبرر". و عوضًا عن ذلك، فإن تنبيه المنظمة إلى وجود مُسبّب مرضي جديد يسمح للسلطات بتضمين مسببات الأمراض الجديدة على قوائم المراقبة الوبائية، ويمنح فرصة للقيام بتغيير طبيعة الإرشادات التشخيصية لها. هذا الإجراء سيكون ضروريًا على وجه الخصوص في الرقابة على "نقاط الدخول" إلى المناطق (انظر المواد أرقام من (19)- إلى (22) من اللوائح الصحية الدولية). وعليه، فإن المادة رقم (6) من اللوائح الصحية الدولية تُلزم الدول بإخطار منظمة الصحة العالمية في غضون (24) ساعة بعد تحديد أي حادث "يمكن أن يشكل حالة طوارئ صحية عامة ذات أهمية دولية". وسوف يتناول السيد مارك إيكليستون تورنر في هذه الندوة الحوارية هذا المفهوم بمزيد من التفصيل.

كما ذكرنا مسبقًا، بدون إخطار الدول بتقارير حول الأمراض السارية سيجعل من منظمة الصحة العالمية -في الغالب- في وضع "كالأعمى". السلطات المحلية -عادةً- هي الأكثر قدرةً واستعدادًا لجمع البيانات الوبائية التجريبية. ومع ذلك، يمكن لمنظمة دولية قادرة على معالجة هذه التقارير أن تؤدي دورًا فنيًا رئيسيًا في ساعة حالة الطوارئ، من دون حاجة إلى وضع هذه الأدوار الفنية على أجندة الدولة، أو بطريقة سريّة على أقل تقدير. دعونا نتصوّر ماذا سيحدث للمراقبة العالمية للأمراض إذا اعتمد النظام على مشاركة الحكومات لبياناتها الحساسة مباشرة مع بعضها البعض. فإذا قمنا

بمضاعفة ذلك مائتي مرة، ستكون النتيجة بانورامية شاملة حول تقارير الدول. بالإضافة إلى ذلك، فإن أي عمل عدائي جيو-سياسي يمكن أن يشكل خطأً مُهلكاً في مجال التأهب للجائحة، في حين أنّ وجود "محور محايد" في هيكل منظمة الصحة العالمية يعدّ أمراً منطقيّاً من أجل تجنب ذلك.

ترتبط الالتزامات "الصارمة والسريعة" باحترام حقوق المسافرين أيضاً. حيث تُحدد المواد أرقام (31) و(32) و(40) و(42) من اللوائح الصحية الدولية سلسلةً من القيود على الكيفية التي يتم فيها تنفيذ الدول للتدابير الصحية، فيما يتعلق بالأشخاص الذين يدخلون إلى أراضيها. الجدير بالملاحظة في هذا الصدد أنّ المادة رقم (42) من اللوائح الصحية الدولية، تفرض عدم التمييز في طريقة التعامل مع المسافرين. ولعمرك أنّ تحديد المسافرين في ضوء ملامحهم الشخصية - وما قد يتضمنه هذا الأمر من نقاش - من شأنه أن ينتهك أحكام اللوائح فيما يتعلق بعنصر "عدم التمييز"، فلا ريب أنه يمكننا التحقق من وجود هذا الانتهاك.

تعدّ الالتزامات الأخرى التي تفرضها اللوائح الصحية الدولية "طويلة الأمد" إذا ما قورنت بمثيلاتها. فكما حللنا في مقالاتنا الأخرى، فإن المواد أرقام (5) و(6) و(13) من اللوائح الصحية الدولية، بالإشارة إلى الملحق رقم (2)، تنطوي على التزامات تنظم وتطوّر "بناء القدرات". وبالتأكيد، فيما يتعلق بمهمة "الإخطار الفوري"، فإن الدولة بحاجة إلى نظام صحي قادر على القيام بذلك في المقام الأول. كما أنه من خلال اللوائح الصحية الدولية، فقد التزمت الدول بتطوير "القدرات الأساسية" في غضون فترة زمنية معينة (أي: خمس سنوات + سنتين + سنتين، انظر: المواد أرقام (5) و(13) والملحق (1) من اللوائح الصحية الدولية). ولكن كيف يمكننا قياس الحد الأدنى من الالتزام الذي يكرس "بناء القدرات"؟ الجواب أن هذه

العملية غير واضحة، فهناك قصورٌ في تحديد النتائج المترتبة على حالة عدم الوفاء بالموعد النهائي الأولي. وقد استُخدمت أداة قياسية أطلق عليها "أداة التقييم الخارجي"، التي أدت إلى زيادة الامتثال -تدريجياً- على مر السنين. ومع ذلك، فإننا في عالم تتباين فيه أنظمة الرعاية الصحية تبايناً هائلاً فيما بينها، لذلك فإن الامتثال المُوحد لهذه الالتزامات التي تتسم بكونها "طويلة الأمد" يعتبر من قبيل الوهم.

أخيراً، ثمة التزامات يمكن اعتبارها ذات طبيعة "طارئة". تعتمد في تطبيقها بشكل كبير على الظروف. إذ بسبب الصياغة المُجرّدة لبعض أحكام اللوائح الصحية الدولية، فإن بعض الالتزامات تتطلب تطبيقاً سياقياً على حالات محددة. فعلى سبيل المثال، تُجيز المادة رقم (43) من اللوائح الصحية الدولية للدول الأعضاء اتخاذ تدابير صحيّة تتجاوز في مداها تلك التي أوصت بها منظمة الصحة العالمية، وذلك بتحقيق شرطين: (1) قيامها بإبلاغ منظمة الصحة العالمية؛ و(2) توقّر أساس علمي لتلك التدابير. هذه التدابير يمكن أن تشمل إجراءات تُتخذ ضد الأفراد، أو حتى ضد الدول بشكل عام، كإجراءات حظر السفر على سبيل المثال. وكما بيّننا أعلاه، فإن الالتزام بالإخطار يتسم "بالصرامة والسرعة". ولكن بمجرد تحقيق ذلك "الإخطار"، فإن قياس (عدم) الامتثال لللائحة سوف يعتمد على ما تقوم الدولة بتقديمه من مبررات.

إن أفضل مساحةٍ تمارس فيه منظمة الصحة العالمية سلطاتها الفنية، هو استخدامها لصلاحياتها -ولا سيما صلاحيات مديرها العام- في إصدار توصيات إلى الدول الأعضاء بموجب المواد أرقام (15) و(16) و(18) من اللوائح الصحية الدولية. فعلى غرار الموضوعات الأخرى التي تتضمنها اللوائح، تُجيز المادة رقم (43) للدول الأعضاء اعتماد تدابير صحية إضافية

يتوقف تطبيقها على مدى توفر المبرر العلمي. ويعتمد إعمال هذا الالتزام أو تجاهله على طبيعة الظروف السائدة. في الواقع، سوف يكون مسار العمل مختلفاً عندما ننظر إلى نوعية الحالة الطارئة التي تقع بين أيدينا. إن إجراء ما قد يُوصى بتجنّبه في بعض الظروف، قد يكون هذا الإجراء نفسه مطلوباً لاتخاذها في ظروفٍ أخرى. وقد تقوم الدولة تحت مبررات علمية بأعمال تتعارض مع توصيات منظمة الصحة العالمية. في واقع الأمر، خلال هذه الأزمة المستمرة، فقد كانت هناك خلافات بين خبراء الصحة العامة حول ماهية "أفضل مسار للعمل". وبما أن ذلك يتطلب فهماً مُعقدًا في علوم الطب والصحة العامة، فإن مساهمات الخبراء تعدُّ ضروريةً من أجل توفير المزيد من الوضوح. قد تعكس توصيات منظمة الصحة العالمية نوعيّة التدابير التي ينبغي اتخاذها خلال أزمة معينة. وهذا يعني مزيدًا من الخصوصية في طبيعة الالتزامات العامة التي تكرسها اللوائح الصحية الدولية.

هنا تتمتع منظمة الصحة العالمية بوضع متميز في قدرتها على تقديم المزيد من الإرشادات حول نوعيّة القيود التي يمكن اتخاذها، ولكن لا يُمكننا القول أنّ المنظمة قد قامت بتقييم شامل يجعلنا نتعامل تعاملًا شموليًا مع سياقات الأزمة.

ومع ذلك، فإن التساؤل هو: ماذا لو انحرفت الدول عن مشورة منظمة الصحة العالمية، هل تعتبر مقصرة في الوفاء بالتزاماتها الدولية بموجب اللوائح الصحية الدولية؟ الجواب المثير للجدل في رأينا هو: " أنّ هذا يعتمد على طبيعة الموقف". يجب أن ندرك أن المادة رقم (43) من اللوائح -بجملتها- ليست من قبيل الصنف "الصارم والسريع"، وبالتالي فإن هذا لا يعني أنّ مجرد تجاهل الدولة لتوصيات منظمة الصحة العالمية يؤدي في حد ذاته إلى انتهاك. فقد يتطلب أمر القول بوجود الانتهاك إلى إعادة تأطير كاملة

لتلك التوصيات، فربّما لم تُعد هذه التوصيات مجرد "نصيحة غير ملزمة" بعد الآن بالمعنى الذي تحدده المادة رقم (1) من اللوائح الصحية الدولية.

من المؤكد أيضاً، أن عدم اتباع خطوات "الإخطار" و"التبرير العلمي" التي توجبها المادة رقم (43) من اللوائح الصحية الدولية يُعتبر انتهاك صريح. فعلى سبيل المثال، رغم أن منظمة الصحة العالمية قد ذكرت في 30 يناير 2020م أن إجراء حظر السفر (في الغالب إلى الصين) "غير موصى به"، إلا أننا رغم ذلك شاهدنا كيف طبقتها الدول بشكل كبير. السؤال هنا: هل تطبيق هذه الإجراءات رغم عدم الإيحاء بها تُعتبر خرق - بحدّ ذاته - لقواعد اللوائح الصحية الدولية؟ المناقشة حول ذلك ما زالت مفتوحة.

في ضوء هذه النظرة العامة على بعض الالتزامات التي تفرضها اللوائح الصحية الدولية على الدول، سنتناول فيما يأتي قضايا أخرى تتعلق بتنفيذها، ونعني بها: ماذا يحدث إذا انحرفت الدول عن تلك الالتزامات؟

إشراف منظمة الصحة العالمية على التزامات اللوائح الصحية الدولية - لا توجد شرطة صحية حتى الآن:

كما أوضحنا سابقاً، لا يمكن لمنظمة الصحة العالمية الاحتجاج بالمسؤولية القانونية عندما تنتهك الدول اللوائح الصحية الدولية. وقد عُرضت تقارير بشأن عدم الامتثال في جمعية الصحة العالمية دون أن تُتخذ مزيد من الإجراءات. إذ لا تمنح اللوائح تفويضاً صريحاً لمنظمة الصحة العالمية في تحميل الدول المسؤولية عند انتهاك اللوائح الصحية الدولية.

مثالٌ على ذلك، تبرز هذه الفجوة بشكل جلي فيما يتعلق بشرعية "حظر السفر" المتزايد باستمرار، والتي تقع -مباشرةً- ضمن اختصاص

اللوائح الصحية الدولية. إذ عندما تم الإعلان عن حالة الطوارئ لأول مرة، كان الشاغل الرئيسي هو الكيفية التي سيؤدي فيها حظر السفر إلى عزل الصين، وخاصة عزل مقاطعة هوبي حيث بدأ الفيروس في الانتشار. أما الآن، فإن الحظر يسري بطريقتين: يُمنع الأشخاص من دخول بلد أجنبي، كما أنهم يُمنعون من مغادرة بلادهم. ولكن: هل يُجيز القانون للدول القيام بذلك؟ للإجابة نقول كما قلنا سابقًا: " إن الأمر يعتمد على طبيعة الموقف".

تجاهلت الدول - على نطاقٍ واسع - توصية منظمة الصحة العالمية الصادرة في 30 يناير 2020م، التي صنفت "حظر السفر" من ضمن الإجراءات "غير الموصى بها". وقد احتجت الدول التي فرضت حظر السفر متجاهلةً توصية المنظمة بالقول أن الادعاء بأن إجراءات الحظر هذه تُشكل انتهاكًا للائحة الصحية الدولية، يُعتبر قول يحتاج إلى تدقيقٍ كثير. بادئ ذي بدء، يضع الكثيرون وزنًا للتوصيات غير الملزمة، وهذا يعني -ضمنًا- منح منظمة الصحة العالمية، وكذلك مديريها العام، السلطة الواقعية في خلق التزامات جديدة ذاتيًا على الدول من خلال توصياتها تلك. إن هذا سيمثل تفويضًا كبيرًا في سلطات المنظمة.

علاوة على ما تقدم، فإن القصور الكبير في آليات الإنفاذ التي تتمتع بها منظمة الصحة العالمية كلما تم انتهاك اللوائح الصحية الدولية، كان خيارًا واضحًا عند من صاغ تلك اللوائح. في نهاية المطاف، عندما تمت الموافقة على اللوائح الصحية الدولية، لم ترَ الدول الأعضاء أيَّ ضرورة في تحويل المنظمة من "منظمة دولية" إلى "شرطة صحية"، لأن ذلك يعني بدلاً من مجهودات كبيرة لأجل مقارنة المنظمة مع نظيراتها، ووضعها في موضع السلطات المحلية التي تمارس سلطات العمل الشرطي من أجل حماية

الصحة العامة. وبدلاً من ذلك، رغب من صاغ اللوائح وجوب تركيز الاهتمام بشكل أكبر على دور المنظمة المُتخصص بوصفها "وكالة فنية".

لا يوجد أفراد هنا: تعويضات "تقليدية" محورها الدولة:

كما ذكرنا سابقاً، فإن انتهاك اللوائح الصحية الدولية سوف يؤدي إلى المسؤولية الدولية عن الأفعال غير المشروعة. ولكن، بصراحة، إذا لم تكن منظمة الصحة العالمية هي من يقوم بالاحتجاج بالمسؤولية فمن ذا الذي يُمكنه الاحتجاج بها؟ تجدر الإشارة هنا إلى أن اللوائح الصحية الدولية، من حيث هي موضوعٌ للقانون الدولي، تُعتبر الأداة الأساسية التي تُركز على دور الدولة. حيث تُجيز المادة رقم (56) من اللوائح للدول الدخول في مفاوضات أو وساطة، وفي حالة عدم نجاح تلك المفاوضات أو الوساطة، يتم تسوية منازعاتها أمام محكمة التحكيم الدائمة. وهذا النص يُجيز للدول أن تلتزم الإنصاف كلما اتخذت تدابيراً مثل "حظر السفر" بحق دولة أخرى. بالتأكيد، يجب أن يُنسب هذا الفعل غير المشروع إلى الدولة أو من يمثلها، لذلك لن تكون هذه المسؤولية ملقاة على عاتق الشركات الخاصة التي يكون فيها اتخاذ القرار ضمن سياساتها الخاصة.

وبما أن تسوية المنازعات -حتى اللحظة- لم تحدث أبداً، فإن هذا يبقى مجرد سيناريو افتراضي. ومع ذلك، فإن استكشاف المزيد من الاحتمالات الممكنة، يمكن أن يساعدنا في فهم الأساس المنطقي لآلية عمل النظام القانوني. وهنا تنطبق الشروط المعتادة في تقرير مسؤولية الدولة، والتي تشمل، ضمن جملة أمور، إثبات "علاقة السببية". يمكن أن يكون للدول موقف قضائي بصدد رفع دعاوى على أساس تحقق الضرر الذي خلفته الإجراءات المتخذة ضدها، أو بسبب الإهمال الذي وقعت فيه دولٌ أخرى،

إذا تضررت مصالح الدولة المدّعية بطريقة ما. هنا، سيكون من الضروري إجراء تحليل واقعي حول التأثيرات التي تعكسها إجراءات حظر السفر في اقتصادات الدول الأخرى، وهو القلق الذي يرتبط أيضًا بالأسباب التي جعلت منظمة الصحة العالمية تمتنع عن تقديم توصية بفرض قيود السفر. هناك طريقة محتملة للخروج من العقبات الأولية للموقف، حيث إن مواد لجنة القانون الدولي المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليًا (ARSIWA)، تُجيز " للدول الاحتجاج بالمسؤولية، حتى لو لم يؤثر عليها إجراء أو امتناع معين بشكل مباشر" ، باعتبار أن الفعل غير المشروع قد يخرق "واجبًا تجاه المجتمع الدولي كله" (انظر المادة رقم (48) الفقرة (1-ب)). لكن هذا يتطلب مناقشة أكثر تفصيلاً.

تنطبق صعوبات العلاقة السببية أيضًا في حالة الالتزامات "الصارمة والسريعة"، كما تم تصنيفها في بداية ورقتنا. فإذا ركزنا على الالتزام الوارد في المادة رقم (6) من اللوائح الصحية الدولية المتعلقة "بالإخطار"، فيجب أن يكون التحقق من حدوث الانتهاك القانوني عملية مباشرة نسبيًا: فإما أن تُبلغ الدول في الوقت المحدد (خلال 24 ساعة)، أو لا تفعل ذلك. وإذا كانت هناك عواقب ضارة تؤثر في دول أخرى نتيجةً للتأخير في الإخطار، فيمكن التماس الإنصاف في هذه الحالة. وعند هذه المرحلة يتدخل ممارسو القانون: حيث يتطلب إثبات مثل هذا الانتهاك في مجلس قضائي إقامة الأدلة عليه. إذ يبدأ الإطار الزمني الذي يعمل على مدار (24) ساعة بمجرد تقييم "معلومات الصحة العامة"، أي على سبيل المثال: بمجرد التأكد المختبري من وجود فيروس جديد. وبالتالي، فإن هذا يعني الاعتماد على "معيار شخصي" بالقدر الذي يستلزم فيه إثبات أن السلطات كانت على علم بوجود حدث ما تحتاج معه إلى إخطار منظمة الصحة العالمية. ولكن إذا لم تدرك السلطات الوطنية نفسها حقيقة وجود التهديد، فكيف يمكن اعتبارها

مُلزمة بالإخطار حينئذ؟ بالإضافة إلى ذلك، قد يقوم بعض المُبلغين الآخرين بتصعيد الموقف حول المخالفات أو قد يلجأون إلى تقارير بديلة غير حكومية (انظر المادة رقم (9) من اللوائح). عندها: كيف يمكن إثبات أنّ السلطات الوطنية كانت "على دراية" بوجود مرض مُحتمل بوصفه جائحة قبل وقت طويل من الإبلاغ عنه؟ هل تكفي الروايات الصحفية لإثبات ذلك؟

على النقيض من موقف الدول، فإن الأفراد -ببساطة- ليس لديهم مساحة للتحرك بموجب اللوائح الصحية الدولية. صحيح أن اللوائح تُشير إلى حقوق الإنسان للأفراد والمسافرين، على سبيل المثال، في المادتين رقمي (2) و(32) من اللوائح، لكن هذه الأداة القانونية لا تتوخى أن تلجأ إليها الأفراد في حالة ارتكاب الدول لأفعال غير مشروعة. فإذا انتهكت حقوق المسافرين المُقررة بموجب اللوائح الصحية الدولية، فإن الأمر يرجع في الواقع إلى دولهم الأصلية لرفع دعاويهم. في سابقة، تم تسوية الخلافات المحتملة بين الدول، والتي نشأت عن انتهاك حقوق المسافرين، بالطرق الدبلوماسية، وكان ذلك نتيجة لتحليل حسابات الربح والخسارة لدى الأطراف ذات العلاقة.

هنا، لا يزال من الممكن تقديم تحذيرين: إذ يُمكن الاستناد إلى اللوائح الصحية الدولية، من الناحية النظرية، من قبل الأفراد سواء في المحاكم (الإقليمية) لحقوق الإنسان أو في المحاكم المحلية، كلما اعتقدوا أن الانتهاك قد سبب لهم ضرراً. وفي حالة لجوء الأفراد إلى المحاكم الإقليمية لحقوق الإنسان، يمكنهم -بطريقة أو بأخرى- أن يستندوا إلى الالتزامات الواردة في اللوائح الصحية الدولية. وعلى الرغم من عدم اعتبارها مسألة محسومة، إلا أنه يمكن الاستناد إلى اللوائح نفسها على المستوى المحلي أيضاً، اعتماداً على طبيعة النظام القانوني القائم. وبالنظر

إلى امتداد نطاق هذا الموضوع نحو مشاركات زملاء آخرين في هذه الندوة،
فإنني لا أتوسع في عرض هذه الأفكار في الوقت الحالي.

نشر التحليل القانوني في عصر الجوائح:

ربما لم يكن التحليل الوارد في هذه الورقة تحليلاً مُشجعاً لرجال القانون الدولي. ذلك أن أحد أغراضنا منها هو الحصول على الاستعداد والاستجابة للجائحة على أساس قاعدة توفير المزيد من الاطمئنان لمن يُخاطبون بموجب هذه المعايير، سواء أولئك المُلزَمين بها أو الذين يَحَقُّ لهم الحصول على الحقوق بمقتضاها. عوضاً عن ذلك، فقد وُضعت العديد من التحذيرات فيما يتعلق بجوانب هاتين الوظيفتين، التي يبدو أنها تؤدي إلى إهدار الثقة بشكل كبير. لكننا على العكس، نعتقد أن هناك قيمة كبيرة في محاولة تشخيص النظام القانوني الحالي واستجابته للجائحة بدقة، بما في ذلك بيان الثغرات الحالية بطبيعة الحال. وحيث إن القانون يهدف إلى توفير عنصر الثقة، وتثبيت التوقعات المشروعة من وجود هذه المعايير، فإن تناول الزوايا الشائكة المتعددة وأخذها في الاعتبار يعدّ أمراً لا بدّ منه. هذه الورقة قد تكون معقدة ومبهمّة، لكنها أفضل فرصة لدينا لتوصيف قواعد ذلك النظام القانوني، لأننا -وفي منتصف دراما كوفيد-19 التي تتكشف لنا- من الطبيعي أن نتساءل: أين هي المعايير القانونية بالضبط عندما نكون في أشدّ الحاجة إليها؟

إسهامات القانون الدولي في السلام

تأليف: باري كارتر*

ترجمة: محمد بن عبدالرحمن بن عبيد المرشدي**

مقدمة بقلم المترجم:

أصبح على فقهاء القانون الدولي العودة إلى التقسيم التقليدي لهذا العلم، إلى السلام والحرب، بالعودة إلى زمان: أوبنهايم، ولوتريشت، وكلسن، ومن العرب: علي ماهر بك، ومحمود جنيته، وفؤاد شباط؛ حيث كان بعضهم يُطلق عليه لقب "قانون الأمم"، أو "قانون السلم والحرب"، فمن غير المجدي قصر باب السلام إلى التنظيم الدولي، وتقزيم الحرب في أبواب المنازعات الدولية، بينما الأمن الدولي يترنح بين الحين والآخر، لا شك أن القانون الدولي في وقت السلم هو أقوى منه وقت الحرب، لكن الحاجة إلى قوة قانونية وسلطة عالمية تبسط السلام، وتنتهي الحرب لن تبرز إلا بأثر الفقه أولاً؛ وهذا هو الأمر الواقع عندما يندلع نزاع دولي عسكري

(*) (1942-2014م)، كان أستاذ القانون الدولي في جامعة جورج تاون.

(**) طالب في برنامج الماجستير، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الملك سعود.

كبير، كما هو الحال في الصراع الروسي الأوكراني الحالي، لا تعجب أن القانون الدولي ساهم في إحلال السلام في مناطق دون أخرى، وليس حول العالم بالمجمل، ولا يرجع هذا إلى قصور في القانون ذاته، كلا؛ بل هو راجع إلى الكتل السياسية الكبرى في المجتمع الدولي، والتي تُقدم مصالحها على حساب قواعد القانون الدولي؛ فالمصالح السياسية والاقتصادية أقوى من النصوص القانونية الصّرفة؛ ولعل أوضح صورة هنا تكمن في استخدام الولايات المتحدة الأمريكية حق النقض كلما مر على مجلس الأمن قرار يُدين فيها إسرائيل، وتاريخياً، قُصِدَ بالسلام -غالبًا- غياب العنف أو الحرب الصريحة بين الدول أو داخلها أحياناً.

على أن الحديث عن السلام لم ينكفئ بتاتاً؛ فالعالم -أكان أولاً أو ثالثاً- لم ينسَ حظه من طلب السلم والعدل؛ فاقترضى هذا عملنا على هذه المقالة وترجمتها، لعل من يقرأ يُدرك الجهود المبذولة، وهي إن كانت يسيرة، إلا أنها تتصادم بالمصالح الدولية للدول الكبرى، ولم يؤخذ في الحسبان أن تطور القانون الدولي، وظهور أفرع جديدة له -كالقانون الدولي الجنائي، والدولي البيئي- تساهم في عملية السلام، ونحن نتيقن من أن ولادة فرع جديد لهذا القانون إنما هي مخاض عملية جديدة لإحلال السلام، أيما كان الباب الذي يُطرق له؛ فالقاعدة تقول: تطور القانون الدولي هو تطور السلام بذاته.

على أن المؤلف هنا قصرت ورقته البحثية في عناصر دون أخرى، وأنه لم يُفصل فيها كما يفعل فقهاء القانون عادة، فلم يأت على ذكر دور الأمم المتحدة بالتفصيل، أو مكانة المنظمات الدولية بشكل موسع، ولم يناقش حيثيات القانون الدولي الجنائي -الذي كان وقت كتابته للمقال في طور تأسيسه- وتجنب ذكر التطور التاريخي للقانون الدولي للبحار؛ بل لم يتطرق

إلى مبدأ التراث المشترك للإنسانية، إلا أن على المطلع على مقالته أن يدرك صواب بعض آرائه، كالحد من التسلح، والتكامل الإقليمي، وقواعد حقوق الإنسان.

والمؤلف كان أستاذًا في جامعة جورجيتاون منذ عام 1979، وقبلها بعقد تخرج من كلية الحقوق في جامعة ييل، وقبلها درس في ستانفورد وبرنستون وهي من كبرى الجامعات الأمريكية، وعمل في وزارتي الدفاع والتجارة الأمريكية، وكان وثيق الصلة بعراب الدبلوماسية الأمريكية هنري كيسنجر، لهذا وقع الاختيار على مقالته العلمية بحكم خبرته وتعمقه في علائق القانون الدولي.

النص المترجم:

أدى التطور التدريجي للقانون الدولي في حثّ العالم على التقدم في ضروبٍ متنوعة من الطرق -على طول الدروب- إلى السلام، وإن هذه السردية -غالبًا- لم يتم فهمها أو تقديرها.

استعمال القوة العسكرية:

في مناطق الصراع الأكثر بروزًا، تمّ تقييد استعمال القوة العسكرية -تدريجياً- من خلال استحداث القواعد القانونية الدولية المقبولة. إذ بينما يبدو الأمر مُفاجئًا حاليًا؛ فإن حق الدول في شن الحرب والسيطرة على الأقاليم غزوًا كان أمرًا مقبولًا على نطاق واسع حتى عام 1914م، والحرب العالمية الأولى.

في الوقت الذي أدركت فيه الدول الأوروبية وجود عقبات لحق الغزو

داخل القارة الأوروبية بسبب المعاهدات المُبرمة؛ فقد كان الحق في الغزو خاضعاً لقيود أقل خارج أوروبا⁽¹⁾، لقد ظهرت معايير مختلفة كثيراً، وتطورت من خلال البدايات الدموية؛ حتى أصبحنا ننظر الآن إلى استعمال القوة العسكرية على أنه أمرٌ يناهض القانون الدولي، وإن جاز استخدامها في حدود استثنائية.

تبدأ النقاط الرئيسية من خلال مسار يترقى من التجارب اللاذعة إبان الحرب العالمية الأولى، تتلوها عُصبة الأمم التي -مع ذلك- لم تُدُن أبداً استخدام القوة؛ لكنها -فقط- عملت على التهدئة لفترات، حيث كان أعضاؤها -فضلاً عن ذلك- غير مستعدين للتحرك بقوة ضد عدوان اليابان⁽²⁾، ثم إيطاليا⁽³⁾، مع أن ميثاق كيلوغ- بربيان 1928 "يُدين بشدة اللجوء إلى الحرب، وينبذها كأداة من أدوات السياسة القومية"⁽⁴⁾، بيد أن هذا الميثاق كان يفتقر إلى وجود أحكام تنفيذية.

لقد قدمت الحرب العالمية الثانية زخماً مُضاعفاً لجهود العديد من البلدان لمنع الحروب، أولاً: أنشأت قوى الحلفاء الكبرى الأربع (الولايات المتحدة الأمريكية، المملكة المتحدة، فرنسا، الاتحاد السوفيتي) المحكمة العسكرية الدولية في نورنبرغ بألمانيا في أغسطس 1945م⁽⁵⁾، وحدد نظام

(1) لعل الكاتب يقصد مبدأ مونرو المنسوب إلى الرئيس الأمريكي جيمس مونرو 1817- 1825 كأحد القيود، والذي يقضي بعدم التدخل الأوروبي في شؤون القارتين الأمريكيتين.

(2) يقصد العدوان الياباني عام 1931 ضد منشوريا (المترجم).

(3) يقصد الحرب الإيطالية الإثيوبية الثانية عام 1935 (المترجم).

(4) Treaty Providing for the Renunciation of War as an Instrument of National Policy, Aug. 27, 1928, at 1, 46 Stat. 2343, 94, ::N.T.S 57.

(5) Charter of the International Military Tribunal, Aug. 8, 1945, 59 Stat. 1544, 82 U.N.T.S 279.

المحكمة اختصاصها في جرائم معينة، بحيث تشمل جرائم الحرب وجرائم ضد السلام، كما خولت المحكمة صلاحية محاكمة الأشخاص نيابة عنهم، وإصدار الأحكام وإيقاع العقوبات، وأعقب ذلك بوضع نظام للمحاكمات اللاحقة لجرائم الحرب أمام المحكمة، بالإضافة إلى إجراء محاكمات المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى، واتخاذ مجموعة من الإجراءات أمام محاكم مدنية وعسكرية، مما ساهم في نشوء سوابق قضائية بارزة حول القواعد العامة التي تحد من استعمال الدولة للقوة العسكرية، وكذلك سوابق تتعلق بمسؤولية الأفراد عن ذلك، وهي قواعد لا تقل أهمية عن تأسيس منظمة الأمم المتحدة نفسها؛ إذ نص ميثاق الأمم المتحدة في الفقرة 4 من المادة 2 على أن:

"يمنع أعضاء الهيئة جميعاً -في علاقاتهم الدولية- عن التهديد باستعمال القوة، أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة، أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة".

لاحظ أن المادة المذكورة لم تستخدم مُصطلح "الحرب" الذي أصبح -غالباً- تعريفه لا يستند لأسس موضوعية، وإنما "استعمال القوة" الذي أصبح أكثر شمولاً.

وهناك حالة استثنائية واضحة لهذا المنع في المادة رقم (51) من الميثاق، التي تنص على:

"ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينتقص الحق الطبيعي للدول، فرادى أو جماعات، في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء الأمم المتحدة، وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدولي، والتدابير التي اتخذها

الأعضاء استعمالاً لحق الدفاع عن النفس تبلغ إلى المجلس فوراً، ولا تؤثر تلك التدابير بأي حال فيما للمجلس -بمقتضى سلطته ومسؤولياته المستمرة من أحكام هذا الميثاق- من الحق في أن يتخذ في أي وقت ما يرى ضرورة لاتخاذها من الأعمال؛ لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه".

ومن هنا فقد اكتسب حق الدفاع عن النفس -نوعاً ما- مفهوماً فيه من المرونة ومنطويّاً على استثناء مُتعلق به، بحيث يُعد التدخل لنجدة دولة لا تستطيع -أو لا تريد حكومتها- حماية مواطنيها أمراً مقبولاً بشكل واسع دولياً؛ وكانت هناك حوارات حول الاستثناءات الأخرى المحتملة من حق الدفاع عن النفس؛ كالأعمال الانتقامية.

على كل حال -ونقيض الوضع السائد قبل الحرب العالمية الأولى- من المهم تأكيد أن المجتمع الدولي صار يقبل الآن -بشكل عام- مبدأ عدم استعمال القوة إلا في ظروف معينة ومحدودة. قطعاً، كان تطبيق الميثاق مُتبايناً لسنوات عديدة؛ لأن إجراءات مجلس الأمن كانت تعرقه، بسبب حق النقض من قبل أي من الأعضاء الخمسة الدائمين في المجلس: الولايات المتحدة، بريطانيا، فرنسا، روسيا، الصين. ولكن أصبحت هذه المشكلة أقل أهمية منذ نهاية الحرب الباردة.

في هذا الوقت، فإنّ الغزو العراقي للكويت في 1990، واستجابة الأمم المتحدة والولايات المتحدة له، يظهر مدى التقدم المحرز في منع استعمال القوة العسكرية، حيث لم يكن للعراق أي مبرر ذي مصداقية لاستخدامه القوة، فقد أدان المجتمع الدولي -بالإجماع تقريباً- العدوان في جزء منه؛ لأنه ينتهك القاعدة القانونية ضد استخدام القوة (بالطبع، كانت هناك جوانب أخرى معنية، بما في ذلك الاقتصادية والجيوسياسية، لكن

القانون الدولي ساهم في تشكيل ردة الفعل)، فسُرعان ما أَدان مجلس الأمن الغزو العراقي، وأصدر لاحقًا القرار رقم (678) الذي أذن فعليًا لعملية "عاصفة الصحراء" (6).

الحد من التسلح:

تقدّم مهم، تمّ إحرازه في مجال الحد من التسلح، فقد كُبرت هذه المساعي جزئيًا مقارنةً بالجهود المبذولة في القرن الماضي من قبل الدول والصليب الأحمر؛ في مجال الحد من سلوك الحرب ومعالجة الأسرى والمدنيين كما هو الحال في اتفاقيات جنيف، بالإضافة إلى معاهدة لندن 1930 للحد من التسلح البحري وتقليصه (7).

وفي الوقت الحالي، أصبح هناك عدد كبير من الاتفاقيات المهمة التي تحد من تسلح القوات العسكرية، وخاصة الأسلحة النووية، وأسلحة الدمار الشامل. وتشمل هذه الاتفاقيات على سبيل المثال: اتفاقية الأسلحة البيولوجية لعام 1972م (8)، واتفاقية الأسلحة الكيميائية لعام 1993م (9) (التي

(6) S.C. Res. 678, U.N. SCOR, 45th Sess., 2963rd mtg., U.N. Doc. S/Res/678 (1990). Resolution 678 authorized Member States "to use all necessary means to uphold and implement" previous resolutions demanding Iraq's withdrawal from Kuwait. Id.

(7) Treaty for the Limitation and Reduction of Naval Armaments, Apr. 22, 1930, *reprinted in part in THE LAWS OF ARMED CONFLICTS* (Dietrich Schindler & Jiri Toman ed., 2d ed. 1981).

(8) Convention on the Prohibition of the Development, Production, and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction, Apr. 10, 1972, 26 U.S.T. 583, 1015 U.N.T.S. 163.

(9) Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, Jan. 13, 1993, 32 I.L.M. 800 (1993).

دخلت حيز التنفيذ عام 1997)، ومعاهدة الحظر الجزئي للتجارب النووية 1963م⁽¹⁰⁾، ومعاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية لعام 1968م⁽¹¹⁾، ومعاهدات الحد من الأسلحة الإستراتيجية الهجومية بين الولايات المتحدة وروسيا.

وإلى جانب هذه الاتفاقيات، فإنّ هناك العديد من نُظم مراقبة الصادرات - بدرجات مُتباينة العضوية- صُممت للحد من انتشار المواد الحساسة النووية والكيميائية والبيولوجية وغيرها. وتضمنت هذه النُظم: ترتيب فاسينار⁽¹²⁾، ومجموعة الموردن النوويين⁽¹³⁾، ومجموعة أستراليا⁽¹⁴⁾، ونظام تحكّم تكنولوجيا القذائف⁽¹⁵⁾.

Treaty Banning Nuclear Weapons Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water, Aug. 5, 1963, 14 U.S.T. 1313, 480 U.N.T.S. 43. (10)

Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, July 1, 1968, 21 U.S.T. 483, 729 U.N.T.S. 161. (11)

(12) يقصد به نظام فاسينار بشأن الرقابة على الصادرات للأسلحة التقليدية والسّلع والتكنولوجيات ذات الاستخدام المزدوج، وقد تم التوقيع عليه عام 1996 في هولندا، ويشمل العديد من الدول حول العالم (المترجم).

(13) في منظمة دولية تسعى لمنع انتشار الأسلحة النووية من خلال التحكّم في تصدير المواد والمعدات التكنولوجية التي يمكن استخدامها لتصنيع الأسلحة النووية، ويشار لها اختصارًا (NSG)، وتضم في عضويتها العديد من الدول، منها الدول الخمس الكبرى (المترجم).

(14) نظام دولي لمراقبة تصدير الأسلحة الكيميائية والعوامل الحيوية، ومتعدد الأطراف، أنشئت في عام 1985 لمساعدة البلدان على تحديد تلك الصادرات للسيطرة عليها؛ حتى لا تسهم في انتشارها، ويشار لها اختصارًا (AG) (المترجم).

(15) تختصر (MTCR) وهو نظام دولي كان الغرض من إنشائه كبح انتشار منظومات التسليم بدون طيار للأسلحة النووية، ثم أصبح يشمل جميع أسلحة الدمار الشامل، وتضم في عضويتها العديد من الدول، ومنها الدول الكبرى باستثناء الصين (المترجم).

فعلى الرغم من ذلك، لا يمكن تحقيق السلام بطريقة ميسرة من خلال قواعد تحدّ من استخدام القوة العسكرية، وفرض القيود على التسلح فحسب، فإنّ مُلتَجاً الهند وباكستان إلى تجربة الأسلحة النووية عام 1998 يسלט الضوء على الحاجة إلى المزيد من تلك النظم.

مجموعة شاملة من القواعد الدولية:

ربما تكون أهم مساهمة للقانون الدولي -في الماضي القريب والسنين العشر القادمة- هي إنشاء مجموعة شاملة أو شبكة من القواعد الدولية، تشجع النمو الاقتصادي والديموقراطية وحقوق الإنسان، بحيث يجب أن تكون هذه غاية العالم الموحد الذي لم تعد فيه الحرب خياراً، فضلاً عن كونها تبدو مستحيلة، ولا يمكن تصورها.

ومن أجل تحقيق هذه الغاية، ثمة إجراءات تتخذ لزيادة التكامل الإقليمي، وتعزيز النظم القانونية الدولية في المجالات المتخصصة، ويعدّ الاتحاد الأوروبي نموذجاً للتكامل الإقليمي، عندما كان اندماج ألمانيا هو الحافز المهم في أوروبا، معبراً عن أنّ ألمانيا لم تعد تنوي شن حرب أخرى.

بانّ الاتحاد الأوروبي من خلال سلسلة من المراحل منذ ظهور "الجماعة الأوروبية للفحم والصلب في 1952"⁽¹⁶⁾ (دمج الصناعات مهمة)، و"الجماعة الأوروبية للطاقة الذرية"⁽¹⁷⁾، و"الجماعة الاقتصادية

(16) هدفت هذه الجماعة إلى تنظيم الإنتاج الصناعي لأعضائها الذين وقعوا معاهدة باريس التي ضمت كلاً من بلجيكا، وفرنسا، وإيطاليا، ولوكسمبورغ، وهولندا، وألمانيا الغربية وقتئذ، وانتهى سريانها في 2002 (المترجم).

(17) يُرمز لها EAEC أو Euratom، أنشئت عام 1957، وتنظّم عمل سوق الطاقة النووية في القارة الأوروبية (المترجم).

الأوروبية في 1958م⁽¹⁸⁾؛ ثم تم دمج وتعزيز هذه المنظمات، حتى صار الاتحاد الأوروبي اليوم يضم بين جنباته خمسة عشر عضوًا⁽¹⁹⁾. فمع ناتج محلي وتعداد أكبر للسكان من الولايات المتحدة⁽²⁰⁾، أصبح الاتحاد الأوروبي الآن منطقة تجارة حرة مع تعريفات جمركية مشتركة، ولكن هناك المزيد من التكامل في مجال قواعد الاتحاد الأوروبي بشأن الاستثمار، وأساليب العمل، والهجرة والبيئة.

علاوة على ما تقدّم، فإنّ أحد عشر عضوًا من الدول الأعضاء الآن على مسافة طويلة من عملية التحول إلى عملة موحدة (اليورو)، ومحكمة العدل الأوروبية التي تمتلك سلطة إبطال القوانين الوطنية غير المتجانسة مع معاهدات أو لوائح الاتحاد الأوروبي، بل يزدهر التكامل الإقليمي في أماكن أخرى وإن لم تكن متقدمة أو جامعة.

بمثل ما يجري عليه الحال في الاتحاد الأوروبي، فإنّ هناك الكثير من التطور في نافتا⁽²¹⁾، وتطور آخر في منتدى التعاون الاقتصادي لدول آسيا والمحيط الهادئ، وفي السوق المشتركة الجنوبية. وإلى جانب هذا التكامل الإقليمي، فإنّ هناك تطورات رائدة للتكامل المتخصص أيضًا، حيث تعتبر منظمة التجارة العالمية النموذج الجديد لهذا الشكل من التكامل، حيث

(18) منظمة دولية إقليمية، هدفت لتحقيق تكامل اقتصادي في القارة، وحل محلها الاتحاد الأوروبي حاليًا (المترجم).

(19) كان هذا وقت كتابة المقال، أما في الحاضر؛ فيضم الاتحاد الأوروبي سبع وعشرين دولة.

(20) حاليًا، الناتج الإجمالي للولايات المتحدة أكبر مع ازدياد التعداد في الاتحاد الأوروبي إلى ما يربو على نصف مليار نسمة (المترجم).

(21) هي اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية بين أقطابها الثلاثة: أمريكا والمكسيك وكندا، وقعت عام 1992 (المترجم).

دخلت هذه المنظمة إلى حيز الوجود في 1995م خلفاً للاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة⁽²²⁾، وتضم الآن (130) عضواً⁽²³⁾، ولديها قواعد موسعة في قطاع التجارة بالسلع، كما توسعت في الخدمات التجارية، وحماية حقوق الملكية الفكرية، والعديد من المجالات التجارية الدولية الأخرى.

كما نظمت هذه المنظمة طرق الفصل في المنازعات، ولدينا مجال آخر أيضاً من التكامل التخصصي قد اتسع نطاقه، وهو حقوق الإنسان، حيث أظهر الأوروبيون نشاطاً مؤثراً من خلال المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي تضم كل الدول الأوروبية تقريباً⁽²⁴⁾، بيد أن العالم شهد انتشاراً لافتاً للاتفاقيات متعددة الأطراف التي تعزز القواعد الدولية لحقوق الإنسان، فضلاً عن المحاكم الوطنية في أوروبا، بما فيها الولايات المتحدة الأمريكية، التي مارست سلطاتها القضائية بشكل متزايد في القضايا التي تتضمن انتهاكات للقانون الدولي لحقوق الإنسان.

يتمّ دعم التقدم الإقليمي والمتخصص - في الغالب - من خلال النظم الجديدة والقوية في حل النزاعات الدولية، فعلى الرغم من تقدم محكمة العدل الدولية في هذا الصدد، فإنّ المحافل والوسائل الدولية الأخرى لتسوية المنازعات الدولية تُظهر هي الأخرى تقدماً، حيث توجد المحاكم الإقليمية مثل: (محكمة العدل الأوروبية، والمحكمة الأوروبية لحقوق

General Agreement on Tariffs and Trade, Oct. 30, 1947, 61 Stat. A3, 55 (22) U.N.T.S. 194

(23) كان هذا وقت نشر هذا المقال، أما اليوم؛ فتضم منظمة التجارة العالمية (164) عضواً (المترجم).

(24) ما عدا روسيا وبيلاروسيا وسويسرا وكوسوفو (المترجم).

الإنسان⁽²⁵⁾، والمحاكم المتخصصة، مثل: (محكمة القانون الدولي للبحار)، ونظام فض المنازعات في منظمة التجارة العالمية.

خلافًا لمنظمة التجارة العالمية، فقد شهد التحكيم التجاري نموًا متزايدًا كحل ناجع لتسوية المنازعات، ففي كل عام يذهب إلى التحكيم التجاري المئات من المنازعات التجارية الدولية، وعنصر الأساس هنا هو اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها⁽²⁶⁾، وهذه الاتفاقية -المعروفة باسم اتفاقية نيويورك- تضم نحو (120) دولة، بما في ذلك جميع الدول الصناعية الكبرى، باستثناء البرازيل⁽²⁷⁾. فإذا تم إجراء التحكيم الدولي في إقليم أحد الطرفين، يُنص على أن قرار المحكم مُساوٍ في حجّيته للحكم النهائي لأعلى محكمة في إقليم جميع أطراف الاتفاقية، فعلى سبيل المثال: يمكن لمحكم واحد في سويسرا أن يتخذ قرارًا ضد شركة (آي بي إم IBM)⁽²⁸⁾ مقابل مليون دولار، وإذا رفضت الشركة الدفع طواعيةً؛ فيمكن للطرف الذي كسب النزاع الذهاب إلى محكمة مقاطعة أمريكية في نيويورك للاعتراف بهذا القرار، وتنفيذه ضد أصول الشركة في نيويورك، حيث إنّ الاستثناءات على التنفيذ والإنفاذ تعتبر محدودةً للغاية. أما في الممارسة العملية؛ فإن تنفيذ الأحكام يتم بطريقة تلقائية في جميع دول العالم.

(25) الفرق بينهما أن الثانية تعتبر جزءًا من مجلس أوروبا، والأولى جزء من الاتحاد الأوروبي (المترجم).

(26) New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10, 1958, 21 U.S.T. 2517, 330 U.N.T.S. 3.

(27) اعترافًا بازدياد أهمية التحكيم الدولي، كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية؛ تسعى اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها، وآلآن فإن جميع الدول الكبرى انضمت طرفًا فيها، بما في ذلك البرازيل (المترجم).

(28) شركة المؤسسة الدولية للحواسيب International Business Machines Corporation (المترجم).

لربما كان الأمريكيون الأوائل يطلقون على كل ما تقدّم "شبكة العنكبوت"، ومن جهتي أفضل التفكير على أنها شبكة تنشأ الروابط التي تجمع الدول والشعوب من أجل منافعهم المشتركة، فمن غير المتصور على سبيل المثال أن تهاجم ألمانيا بلجيكا وفرنسا في الحاضر، بل على الأحرى فقد أصبحت البلدان تتعاون اقتصادياً وبطرق أخرى.

أود أن أنهي حديثي بهذه الملاحظة الإيجابية. على كل حال، لقد دخلنا في فترة من التباطؤ الاقتصادي والاضطرابات الاجتماعية في أجزاء كبيرة من آسيا وروسيا - وربما في أماكن أخرى، ونحن الآن بحاجة إلى توسيع شبكة القواعد الدولية وقواعد العلاقات، وإجراء تغييرات فيها حسب الظروف.

لربما تكون هناك مثل هذه الشبكة من العلاقات في جنوب آسيا في يوم من الأيام، ولربما تصبح الحرب بين الهند وباكستان ضرباً من المحال ولا يمكن تصورها.

إنّه من صالح الولايات المتحدة وبقية البلدان أن تعزز تقدم وتطور القانون الدولي.



مرصد
الكتاب

مراجعة كتاب: أخلاقيات الوساطة..

حالات وتعليقات

تحرير: أ.د. إلين والدمان*

عرض: د. محمد الزكري**

جعل "الأخلاق" مَحَكُ البَحْثِ والدراسة في العملية القانونية يُدخِلُ الدراسات القانونية كافة في منطقة مشتركة بين الأنثروبولوجيا والثقافة والسلوك والأعراف. إنَّها منطقةٌ لا يمكن سَبْرُها بخلفية قانونية صِرْفَةً أو أنثروبولوجية صرفة تجنِّيان أجوبة تقليدية. إنها "حالة" غير مَطْرُوقَةٍ، بل بحاجة ماسَّة إلى منهج الملاحظة مع أدوات المساءلة مع منطق الاستدلال المُهَجَّن ليس بدافع مُقَارَبَةِ القانوني نحو الأنثروبولوجي أو العكس، بل لإنتاج معرفة لها اسمٌ "خاص" لا نعلمه بعد، كل ما نعلم أنه شيء معرفي يُولد بيننا منذ فترة قريبة جدًّا.

لتفادي كوننا مازلنا في عملية مخاض تقع بين مناهج وأدوات ومناطق، ولتجاوز هذا المأزق، يقوم هذا الكتاب الذي نستعرضه باستحداث عنوان

(*) بروفيسورة في القانون، جامعة فرجينيا - الولايات المتحدة الأمريكية، وخبيرة في مجال الوساطة.

(**) أستاذ جامعي ومحاضر في مادة المناهج العلمية (Academic Methods)، جامعة بي تي يو كوتبس (University of BTU Cottbus) - ألمانيا.

مهجن بجدارة " Mediation Ethics " أو " أخلاقيات الوساطة القانونية " لكي يجرب شيئاً جديداً⁽¹⁾. ومن ثم ينطلق الكتاب ليس ككتاب ينتجه قلم مؤلف واحد، بل ينطلق من فكرة تحرير فصول يكتب كل فصل فيه باحث مختلف. كل باحث ينتمي إلى خلفية معرفية مختلفة. بهذه الطريقة تمكن " الكتاب " الذي أشرفت على تحريره بروفيسورة الحقوق الأستاذة إلين والدمان Ellen Waldman⁽²⁾، من خوض تجربة طرح قضية الأخلاق قانونياً وثقافياً وأنثروبولوجياً وعرفياً وسلوكياً في آنٍ واحد.

(1) هذا الكتاب حررته البروفيسورة في القانون: إلين والدمان (Ellen Waldman)، تحت عنوان (أخلاقيات الوساطة: حالات وتعليقات) Mediation Ethics: Cases and Commentaries وقد صدر عن مؤسسة Jossey-Bass عام 2011م في الولايات المتحدة الأمريكية، في (464) صفحة.

(2) تهتم البروفيسورة والدمان (Ellen Waldman)، أيضاً بمفهوم العدالة في الوساطة، وهو موضوع تستكشفه بعمق أكبر مع الدكتورة لولا أكين أوجيلاي (انظر: إيلين والدمان ولولا أكين أوجيلاي، "الوسطاء والعدالة الموضوعية: نظرة من موقع راولز الأصلي" (2016م) 30 مجلة ولاية أوهايو حول تسوية المنازعات (391)). انضمت إلين والدمان إلى المعهد الدولي لحل المنازعات (CPR) كنائب رئيس، لشؤون التوعية التعليمية، في فبراير 2022م. كما عملت كأستاذة في مجالات الوساطة وأخلاقيات الطب لأكثر من عقدين، مارست خلالهما نشاطها في مجال حل المنازعات، وقامت بتقديم التدريب والاستشارات في مجموعة واسعة من القضايا. وقد رأت سابقاً لجنة الأخلاقيات في معهد الوساطة الدولي، وتولت عضوية فريق العمل لمجموعة تابعة لمجلس كاليفورنيا القضائي حول متطلبات التدريب للوسطاء المرتبطين بالمحكمة. كما تولت رئاسة قسم حل المنازعات في نقابة المحامين الأمريكية بشأن الرعاية الصحية، وتولت عضوية لجنة الأخلاقيات فيها. وقد نشرت أكثر من (25) مقالاً حول العديد من موضوعات حل المنازعات، وحررت أول كتاب طويل لمعالجة المعضلات الأخلاقية في الوساطة بعنوان (أخلاقيات الوساطة: قضايا وتعليقات).

نُشر هذا الكتاب في عام 2011 بواسطة Jossey-Bass. ويعتبر هذا الكتاب ثاني كتاب تناول بشكل حصري التعقيدات الأخلاقية لممارسة الوساطة في قضايا قانونية⁽³⁾. ولكن يمكن القول أن النهج الذي أطرت خلاله السيدة إلين الدمان هذا الكتاب نهج رائد من حيث أنها قامت بتجميع عدة حالات واقعية وشائكة تم شرح كل عملية نزاع وما رافقها من وساطة في فصل قائم بذاته.

ينطلق الكتاب في فصل أساسي كتبه البروفيسورة والدمان، يقوم هذا الفصل بشرح نهج التفكير المتنوع في مجال الوساطة، وشرح أهميته وتقديم إرشادات للوسطاء حول كيفية التنقل في "التضاريس الأخلاقية الغامضة" التي من المُحتمل أن تواجه من يقوم بالوساطة أثناء ممارستهم لعملية فض النزاعات القانونية، والوساطة من أجل إيجاد حل مقبول للأطراف كافة.

والدمان - والأخلاق:

يحتوي الكتاب على ثلاثة عشر فصلاً. الأول، كتبه البروفيسورة والدمان، يناقش "القيم الأساسية للوساطة، وقواعدها التنظيمية، ونماذج الممارسة الناشئة". ذلك أن القيم التي حددها والدمان هي: الاستقلالية، والعدالة الإجرائية، والإنصاف الموضوعي.

من جهة أخرى، يتعامل كل فصل من الفصول الاثني عشر المتبقية مع موضوع أخلاقي مُعين باستخدام أمثلة واقعية أو سيناريو أو أكثر من

(3) حيث تعد المستشارة القانونية البروفيسورة فيليس برنارد Phyllis Bernard (Professor of Law at Oklahoma City University School of Law,) أول من ألف بصيغة متكاملة في موضوع الأخلاق أثناء الوساطة وحل المنازعات عبر كتابها: (أخلاقيات حل النزاعات: الدليل الشامل - 9 مارس 2004).

السيناريوهات التي تحاكي الواقع والمُحتمل وقوعه في أي لحظة، بحيث يكون مهمًا في كل حالة تُدرس، الإسراع إلى توضيح نوعية وحجم وأسباب "التوتر" بين الأطراف المتنازعة. فيكون من المهم استيعاب كيف نشب التوتر في ثقافة تؤمن بقيم العدالة والإنصاف بين أطراف مكوناتها من الجماعات. وكيف يمكن مساعدة المتنازعين على اتخاذ قرارات مستنيرة لا تنتهك القواعد الأساسية للعدالة والإنصاف.

ومن أجل خلق نوع من الحيادية، يشير الكتاب إلى عرض كافة تفاصيل الحال المتنازع عليها على شخصين (وأحياناً أكثر) من طبقة كبار الممارسين في حل النزاعات ليشرحوا خطواتهم ومسار تهيئة الأرضية أمام ظروف النزاع المعروضة عليهم، مع تقديمهم لتبريرات تناصر قرارهم الإجرائي.

ومن المهم الإشارة هنا، أنّ المساهمين في تأليف الكتاب معروفون جيداً وهي أسماء اشتهرت في علم القضاء والقانون وفض المنازعات. ومن بين هؤلاء: فورست (وودي) موستين، وليلا لوف، وجاكلين نولان هايلي، وجولي ماكفارلين، ودوايت غولان، وآرت هينشو، وكاري مينكيل ميدو، وهارولد أبرامسون. وحول الخطوات الخاصة بفض النزاع، لا يتفق هؤلاء المؤلفون دائماً على طريقة واحدة أو منهج محدد يبيّن ماذا يجب فعله لتحقيق وساطة ناجعة. ففي هذا الكتاب نقرأ ونفهم ونستوعب حقائق موضوعية وواقعية تتمثل في وفرة وتنوع مناهج الوساطة. ويمكن لنا أن نصنف مناهج أخلاقيات الوساطة بأنها ذات طابع متعدد، تقوم على سياقات متباينة في الأساليب المتبعة ومن بينها: تيسير الأعمال، إجراء التقييم، سرد الحالات، تحويل طرق التفكير. كل هذه أساليب متبعة أثناء القيام بالوساطة.

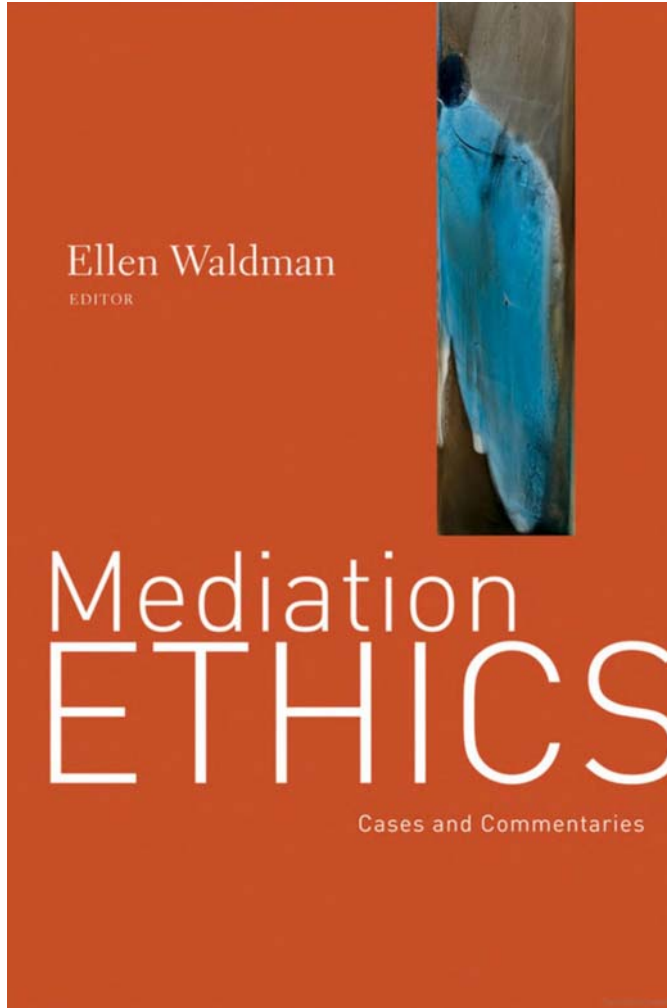
لقد نجحت البروفيسورة والدمان في تسليط الضوء على الاستنتاجات المختلفة للغاية التي توصل إليها الممارسون والمؤلفون من ذوي الخبرة عند

تحليل ما يشكل "الإجراء الأخلاقي الصحيح" في أي حالة معينة يتم التوسط فيها. ومع ذلك، على الرغم من وجود نقاط كثيرة مُختلف عليها بين الرواد الناشطين في أخلاقيات الوساطات، يمكن القول بوجود قاسم مشترك في الطريقة التي يتعامل بها المنخرطون في الوساطة، وهو قاسم يضمن تحقيق حد أدنى من "الأخلاق الحميدة" أثناء المشكلات المعروضة في "دراسات الحالة". يتمثل القاسم المشترك في كونهم جميعًا مطالبون بتحديد "القيم" التي تحظى باهتمامهم، وتعيين "الأولوية" التي يعطونها لهذه القيم، ورسم "خطة العمل" التي يقومون بها لأجل تحقيق الوساطة.

مسؤولية الوسيط ومتطلبات العدالة :

تعتبر مسؤولية الوسيط عن تحقيق مقصد "عدالة النتائج" موضوعًا مركزيًا في الكتاب ويربط جميع الفصول معًا. ففي الكلمة الختامية التي كتبتها الأستاذة والدمان تذكر قاعدة "العدالة" كمقصد نبيل وسامي فتقول: يجب أن يتحمل الوسطاء بعض المسؤولية لضمان تلبية النتائج التي يتم التوصل إليها، ويتحملون فيها الحد الأدنى من معايير الإنصاف.

كُتب الكتاب بأسلوب يسهل الوصول إليه ويسهل قراءته. لذلك فإنه كتاب يناسب متخصصي الوساطة وحل النزاعات، كما أن الكتاب مفيد لمجموعات أخرى من المهتمين كطلاب تخصصات حل المنازعات وإدارة الصراعات، بل والأكاديميين الذين يبحثون عن مصادر ومراجع تعزز بحوثهم وإنتاجاتهم العلمية، والباحثين وصانعي السياسات، وأي شخص آخر يسعى إلى تحليل مدروس وواقعي لقضايا الوساطة العديدة. لذلك، فإن القوة الحقيقية للكتاب تكمن في توجيه الممارسات الخاصة بالوساطة لتكون أكثر التزامًا بالقيم والمعايير الأخلاقية المطلوبة للوصول إلى الحلول العادلة أو المنصفة، إجرائيًا وموضوعيًا.



غلاف كتاب (أخلاقيات الوساطة)

مراجعة كتاب: النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان

تأليف: أ. د. محمد أمين الميداني*
عرض: د. ترتيل تركي الدرويش**

أود بداية أن أتوجه بالشكر للقائمين على مجلة (الحقوقية) لإتاحة هذه الفرصة الكبيرة لتقديم هذا الكتاب للأستاذ الدكتور محمد أمين الميداني. فقد تتلمذت على يده في مجال حقوق الإنسان بدورة المعهد الدولي لحقوق الإنسان بمدينة ستراسبورغ بفرنسا عام 2012، حيث تعرفت لأول مرة على النظام الأوروبي لحقوق الإنسان. وكان أن تَفَضَّل بوضع التقديم على كتابي الموسوم "الدولة وراء القضبان؛ جدلية مساءلة الدولة جنائياً على الصعيد الدولي" (1).

ماذا نعرف عن منظمة مجلس أوروبا وأهدافها ونشاطاتها؟ والأهم ماذا

(*) رئيس المركز العربي للتربية على القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان، ستراسبورغ، فرنسا. وأستاذ محاضر، جامعة ستراسبورغ. أستاذ حقوق الإنسان، جامعة الجنان، طرابلس، لبنان.

(**) أستاذ مشارك في قسم القانون الجنائي في جامعة بيروت العربية، بيروت، لبنان.
(1) ترتيل تركي درويش، الدولة وراء القضبان؛ جدلية مساءلة الدولة جنائياً على الصعيد الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015.

نعرف عن حماية حقوق الإنسان في رحاب هذه المنظمة، حيث تُعدّ هذه الحماية من بين الأهداف الرئيسية لهذه المنظمة الأوروبية⁽²⁾؟ وهل يستفيد من هذه الحماية من يحمل الجنسية الأوروبية فقط أم من يقيم أيضًا، ومن دون أي تمييز، على أراضي الدول الأعضاء في هذه المنظمة والتي يبلغ عددهم حاليًا (46) دولة أوروبية؟

لقد استطاع الأستاذ الدكتور محمد أمين الميداني، كقامة كبيرة من رجال القانون المتمرسين بالخبرة، والمتميزين بأسلوبهم المنهجي والموضوعي المتقن، وبحنكة رجل أمضى جلّ حياته محاضرًا ومدافعًا عن حقوق الإنسان، وبحبكة خبير متميّز بعمق تفكيره وقوة إقناعه، أن يحوّل مجموعة من المحاضرات التي ألقاها على المشاركين العرب في الدورة الدراسية التاسعة عشر التي نظمها المعهد الدولي لحقوق الإنسان في كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية التابعة لجامعة ستراسبورغ الثالثة عام 1988 - وقد تتلمذت على يده في هذا المعهد الدولي وبفضل دورة ستراسبوغ لحقوق الإنسان في عام 2012 - إلى سلسلة متتابعة ومتراصة من الكتب بدءًا من العام 1988، ومرورًا بالعام 2002 والعام 2008، ووصولًا إلى العام 2014. ونذكر هنا بأن الطبعة الرابعة لعام 2014 صدرت على نفقة منظمة مجلس أوروبا الذي تبنى هذه الطبعة، وتم توزيعها مجانًا على زوار المنظمة من خبراء الدول العربية.

وجاء عام 2023 الذي شهد إصدار الطبعة الخامسة من هذا الكتاب

(2) انظر بخصوص منظمة مجلس أوروبا، محمد أمين الميداني، منظمة مجلس أوروبا. أهدافها، هيئاتها، وحماية حقوق الإنسان وتعزيزها، الطبعة الأولى، منشورات شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2018.

الموسوم "النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان"⁽³⁾، والذي يستحق بأن يكون مرجعاً لأي طالب أو باحث قانوني يرغب بالتزوّد من دقائق النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان والتعرف على مختلف الصكوك التي تم اعتمادها في رحابها. وهو مرجع أيضاً لكل من يرغب بالاطلاع على الاجتهادات الحديثة للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، كما يستحق أن يكون مُرشداً لأي شخص كان، سواء أكان أكاديمياً أو مدافعاً عن حقوق الإنسان أو صحفياً يرغب بالاطلاع على آخر التطورات التي عرفها هذا النظام الأوروبي، فضلاً عن المستجدات التي طرأت على صعيد الاتفاقيات والبروتوكولات والآليات المرتبطة بها، لا سيما بعد دخول البروتوكول رقم (15) حيّز النفاذ عام 2021، والبروتوكول رقم (16) حيّز النفاذ عام 2018.

يستعرض هذا الكتاب، في مقدمة وخاتمة وعشرة فصول، ذات الصلة بالنظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان، وفيما يزيد عن (800) صفحة، كل المعلومات التي تدور في فلك هذا النظام بطريقة جذابة فريدة، وقد صيغ بأسلوب متقن وبسيط، وبمضمون غنيّ بالأفكار والشرح والتحليل وعرض الأمثلة والاجتهادات الحديثة التي تعكس حرص الكاتب على متابعة كافة المستجدات والتطورات التي طرأت على مختلف جوانب هذا النظام الأوروبي الذي يسعى لتحقيق حماية فعلية لحقوق الإنسان وحياته الأساسية، فضلاً عن عرض الاتفاقيات والبروتوكولات الأوروبية الجديدة، ووضعها في متناول قارئ العربية ليستفيد منها وينهل من فحواها.

قسّم المؤلف، وكما ذكرنا، الكتاب إلى عشرة فصول، وهي:

الفصل الأول: الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

(3) الكتاب من إصدارات: منشورات الحلبي الحقوقية، مكان النشر: بيروت - لبنان، الطبعة الخامسة 2022، عدد الصفحات: 816.

الفصل الثاني: المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

الفصل الثالث: الميثاق الاجتماعي الأوروبي.

الفصل الرابع: الاتفاقية الأوروبية للوقاية من التعذيب والعقوبات أو المعاملات غير الإنسانية أو المهينة.

الفصل الخامس: الاتفاقية-الإطار لحماية الأقليات القومية.

الفصل السادس: الاتفاقية الأوروبية لممارسة حقوق الأطفال.

الفصل السابع: اتفاقية مجلس أوروبا لمكافحة الإتجار بالبشر.

الفصل الثامن: اتفاقية مجلس أوروبا بشأن حماية الأطفال من الاستغلال والاعتداء الجنسي.

الفصل التاسع: اتفاقية مجلس أوروبا للوقاية من العنف تجاه النساء والعنف المنزلي ومكافحتهما.

الفصل العاشر: منظمة مجلس أوروبا ومكافحة الفساد، وحماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.

لا شك بأن بعض هذه الفصول هي أكثر أهمية من غيرها. ولعلنا نضرب ثلاثة أمثلة: الفصل الأول، والفصل الثاني، والفصل الرابع.

فالفصل الأول يدخل في أدق تفاصيل الحقوق والحريات التي نصت عليها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تم اعتمادها عام 1950، ودخلت حيز النفاذ عام 1953. وإن بدت لنا هذه الحقوق والحريات معروفة وتقليدية لكن اتضح لنا مدى تطبيقاتها، والتطورات التي طرأت عليها على مدار العقود الأخيرة.

وليتبين لنا مدى أهمية تطبيقات الحقوق والحريات التي نصت عليها

الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وبفضل اجتهادات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومقرها مدينة ستراسبورغ بفرنسا، وحيث يسكن المؤلف منذ أكثر من أربعة عقود حين وصلها وانتسب لجامعتها وتخرج منها، وهو يحاضر فيها أيضًا.

الفصل الثاني مخصص للبحث في هذه المحكمة الأوروبية، وهو ينقسم إلى جزأين: يشرح المؤلف وبالتفصيل هيكلية هذه المحكمة وكيف تتوزع على غرف وأقسام، واستقلالية القضاة ومميزاتهم وحصاناتهم. أما في الجزء الثاني والذي يهتم القضاة والمحامين والقانونيين في بلداننا العربية، فمكرس آلية عمل المحكمة وكيف تعرض القضايا عليها، وكيف يتم الفصل فيها، وإصدار القرارات والأحكام. وأشار المؤلف في مقدمة الطبعة الخامسة من كتابه إلى أنه تم ترجمة العديد من القرارات والأحكام التي أصدرتها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى اللغة العربية، وهي توزع مجاناً لكل من يطلبها سعيًا لتعم الفائدة، وليكون بين يدي المهتمين باجتهادات هذه المحكمة الأوروبية مادة علمية تفيدهم في أعمالهم وأبحاثهم⁽⁴⁾.

أما الفصل الرابع فمخصص للاتفاقية الأوروبية للوقاية من التعذيب والعقوبات أو المعاملات غير الإنسانية أو المهينة التي تم اعتمادها عام 1987، ودخلت حيز النفاذ عام 1989. ولكن أين تكمن أهمية هذه الاتفاقية الأوروبية؟ تكمن في آليتها التي أنشأت لجنة خبراء مستقلين، يحق لها زيارة أماكن الاعتقال والاحتجاز، والتأكد من حسن الظروف الإنسانية والصحية للمعتقلين والمحتجزين.

(4) انظر، نماذج من أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ترجمات، (إشراف وتحرير)، منشورات المركز العربي للتربية على القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان، ستراسبورغ، 2021.

ونذكر بهذا الخصوص، وكما أوضح المؤلف، بأن هذه الاتفاقية بالإضافة إلى اتفاقيات أوروبية أخرى، وهي: الاتفاقية-الإطار لحماية الأقليات القومية (الفصل الخامس)، واتفاقية مجلس أوروبا لمكافحة الإتجار بالبشر (الفصل السابع)، واتفاقية مجلس أوروبا بشأن حماية الأطفال من الاستغلال والاعتداء الجنسي (الفصل الثامن)، وأخيراً اتفاقية مجلس أوروبا للوقاية من العنف تجاه النساء، والعنف المنزلي ومكافحتهما (الفصل التاسع).

وتعتبر كل هذه الاتفاقيات: "اتفاقيات مفتوحة"، بمعنى أنه يمكن للدول غير الأعضاء في منظمة مجلس أوروبا أن تنضم إليها وتلتزم بها. وهي فرصة سانحة أمام الدول العربية للانضمام لهذه الاتفاقيات أو بعضاً منها إذا كانت حريصة ومهتمة فعلياً بتحقيق حماية فعلية لحقوق الإنسان.

وأكثر ما يلفتنا في هذا الكتاب هو توزيع الموضوعات بشكل متسلسل على عشرة فصول مترابطة فيما بينها، ووفرة المعلومات التي قدمها لنا الكاتب بشكل شيق، فكلما قرأنا فصلاً نشعر بالرغبة بقراءة الفصل الذي يليه، فهذا الكتاب ليس كالكتب التي تعتمد على عرض الاتفاقيات وسردها بشكل ممل، لا سيما وأن المؤلف قد استطاع من خلال خبرته وموضوعيته وأسلوبه المميز أن يرتقي بكتابه، وأن يُحييه عبر عرض الأمثلة والاجتهادات الحديثة التي لم يبخل بعرضها وترجمتها والإحالة إليها، لعلمه أن هذه الاجتهادات ستكون عاملاً مساعداً للطلبة والباحثين.

ومن سمات هذا الكتاب غناه بالهوامش التي وُضعت بطريقة منهجية، بحيث استطاع الكاتب تطويعها في خدمة موضوع الكتاب من جهة، وإحالة القارئ إلى العديد من الوثائق والوسائط والمراجع والاجتهادات للاستفادة منها من جهة ثانية.

لقد اعتمد المؤلف على مجموعة كبيرة من المراجع، خاصة باللغتين الإنكليزية والفرنسية، وأوضح أيضًا قلة المراجع بلغة الضاد والمتعلقة بالنظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان ومختلف جوانبه.

ولا بد أن نذكر الأسلوب المنهجي المفيد الذي أراد المؤلف من خلاله تسهيل الاطلاع على أهم الاتفاقيات الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، وبشكل خاص الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والعديد من البروتوكولات الأساسية التي تمت إضافتها لهذه الاتفاقية الأوروبية، حين عمد إلى وضع مجموعة من الملاحق المترجمة للغة العربية، بقصد مساعدة كل الباحثين والطلبة، ووضع هذه الوثائق الإقليمية الأوروبية الهامة في متناولهم، والتي نادرًا ما يتم العثور عليها!

أما هذه الوثائق فهي:

- 1 - اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية (روما، 1950).
- 2 - البروتوكول المضاف إلى اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية (باريس، 1952).
- 3 - البروتوكول رقم (4) المضاف إلى اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، والذي يقرّ ببعض الحقوق والحريات غير المنصوص عليها في الاتفاقية، والبروتوكول الأول المضاف إليها (ستراسبورغ، 1963).
- 4 - البروتوكول رقم (6) المضاف إلى اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية والخاص بإلغاء عقوبة الإعدام (ستراسبورغ، 1983).
- 5 - البروتوكول رقم (7) المضاف إلى اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية (ستراسبورغ، 1984).

6 - البروتوكول رقم (12) المضاف إلى اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية (ستراسبورغ، 2000).

7 - البروتوكول رقم (13) المضاف إلى اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية والخاص بإلغاء عقوبة الإعدام في كل الظروف (فيلينوس، 2002).

8 - البروتوكول رقم (16) المضاف إلى اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية (ستراسبورغ، 2013).

9 - الاتفاق الأوروبي الخاص بالأشخاص المشاركين في الإجراءات أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (ستراسبورغ، 1996).

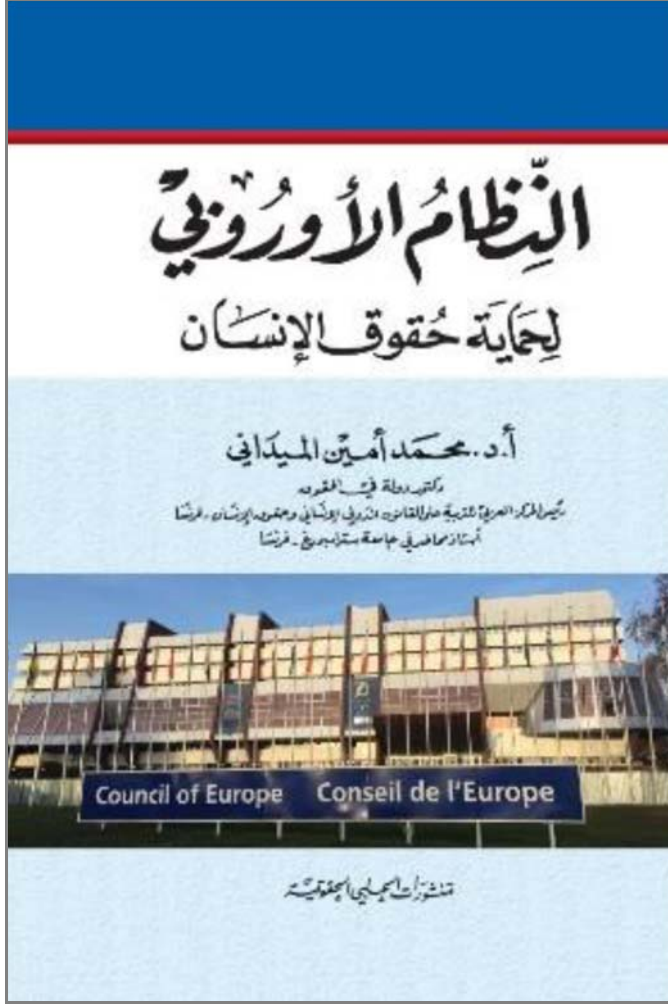
في الواقع، يمثّل هذا الكتاب نقلة نوعية في إطار المؤلفات التي تعنى بحقوق الإنسان وحرياته بشكل عام، ولعل أكثر ما يميّز هذا الكتاب هو مواكبته للتطورات والمستجدات على الساحة الدولية، لا سيما فيما يتعلق بالنظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان، وعرضه للاجتهادات الحديثة الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وتضمّنه قائمة طويلة ومفصلة من المصادر والمراجع الورقية والإلكترونية بثلاث لغات، مما يجعل من هذا الكتاب بحق مرجعاً حقوقياً مميزاً، ومنازعةً لمساعدة الطلاب والباحثين في إطار حماية حقوق الإنسان في القارة الأوروبية.

ولعلنا نتطلع مستقبلاً لطبعات جديدة من هذا الكتاب، يضمّنها ما وعدنا في مقدمة الطبعة الخامسة من إضافة فصول جديدة تخصص للبحث في اتفاقيات أوروبية أخرى، مثل اتفاقية حماية حقوق الإنسان وكرامة الكائن البشري في مجال التطبيقات البيولوجية والطبية، والتي تم اعتمادها عام 1997، ودخلت حيز النفاذ 1999، والبروتوكول الذي يحظر استنساخ البشر، اعتمد عام 1998، ودخل حيز النفاذ عام 2001.

إن نظام حماية حقوق الإنسان في رحاب منظمة مجلس أوروبا يتطور بشكل مستمر بفضل ما يتم اعتماده من اتفاقيات أوروبية، وبفضل -بشكل خاص وأساس- ما يصدر من قرارات وأحكام عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي تجتهد منذ عام 1959 بشرح وتحليل وتفسير مواد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبروتوكولات المضافة إليها.

والله وليّ التوفيق

بيروت 8 / 08 / 2022



غلاف كتاب: النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان

مراجعة كتاب:

الحماية من العنف الأسري في مملكة البحرين

تأليف: د. علي حسن الطوالة*

عرض: ندى الرياشي**

إنّ العنف الأسري لا ينحصر في مكانٍ أو زمانٍ معين، فهو موجود في كل بقاع الأرض، ويمارسه أفراد منتمون إلى كافة الأديان والأجناس والطبقات الاجتماعيّة والاقتصاديّة، ويمكن تقسيمه إلى ثلاثة أنواع، وهي (العنف ضد الأطفال - العنف ضد المرأة - العنف ضد المسنين).

ولطالما تصدرت حوادث وقضايا العنف الأسري مؤخراً مواقع التواصل الاجتماعي بين مندّد بالعنف الأسري ومشدد على ضرورة المحاسبة القانونية للمعتدين، ووضع حد لهذه الاعتداءات المتكررة.

والسؤال الرئيسي هنا "هل تصدّت القوانين لظاهرة العنف الأسري للتخفيف من حدة هذه الاعتداءات"؟

ولعلي وجدت إجابة تساؤلي في كتاب (الحماية من العنف الأسري في مملكة البحرين) لمؤلفه المستشار الدكتور / علي حسن الطوالة.

(*) أستاذ القانون الجنائي المشارك، ونائب رئيس هيئة المستشارين القانونيين بمجلس الشورى، مملكة البحرين.
(**) محامية، مملكة البحرين.

فبمجرد المطالعة السريعة للكتاب نجد أنه اتسم ببساطة اللغة وقوة المعنى، فيستفيد منه العامة والقانونيين، مما يؤكد أن الكاتب استهدف القراء بشكل عام والقانونيين بشكل خاص.

وذلك نظرًا لأهمية جرائم العنف الأسري والتي تعد من المواضيع المهمة لما تحمله من تناقض بين ما يفترض وجوده من عاطفة وحنان لدى أفراد الأسرة الواحدة تجاه بعضهم البعض، وبين ما تحمله جرائم العنف الأسري من أذى لأشخاص يفترض أن تقدم لهم المحبة والرعاية، خاصة أن أثر العنف داخل الأسرة لا يقتصر على مرتكبه والضحية فحسب، وإنما يطال جميع أفراد الأسرة.

لذلك تناولنا الكتاب بداية من النظرة الشكلية الخاطفة له، فوجدنا أن عدد صفحات الكتاب (261) صفحة، فكان التساؤل هل تطرق الكاتب للموضوع بعمق فعلاً أم أن الكتاب قد استند على تكرار المؤلفات السابقة؟

فكانت الإجابة في أن الكاتب قد احتوى الموضوع بمعنى الكلمة وتعمق فيه لدرجة أن القارئ سيكون فكرة كاملة وشاملة عن العنف الأسري بشكل عام، والحماية من العنف الأسري في مملكة البحرين بشكل خاص، عند انتهائه من قراءة الكتاب.

حيث إن الكتاب قد احتوى على ستة فصول، بالإضافة إلى الفصل التمهيدي، وقد تميز الكاتب في اختياره وترتيبه التدريجي للفصول لا العشوائي، بداية في الفصل التمهيدي والمعنون بـ "تاريخ العنف الأسري" والذي اشتمل بدوره على ثلاثة مطالب، المطلب الأول "تاريخ العنف ضد المرأة"، والجميل هنا هو أنه سلط الضوء على العنف ضد المرأة ومكانة المرأة ليس عند العرب فقط، بل توسع ليشمل الحضارات والثقافات الغربية والتي لطالما حُسب لها بأنها نصيرة المرأة، خلافاً للواقع كما بين الكاتب

على سبيل المثال بذكره لقدماء الرومان والذين اعتبروا بأن المرأة مجرد أداة للإغراء، ووسيلة للخداع وإفساد قلوب الرجال، وبسبب هذه العقيدة كانوا ينظرون إلى المرأة نظرة الاستغلال ويفرضون عليها عقوبات شتى متنوعة يأبأها الضمير الإنساني ويحرمها العقل البشري!

أما في المطلب الثاني للفصل التمهيدي فقد استطرد الكاتب بوصفه تاريخ العنف ضد الأطفال، ومن ثم إلى المطلب الثالث المُعنون بـ "حماية الأسرة من العنف في مملكة البحرين".

فمن الفصل التمهيدي سيكوّن القارئ الفكرة المبدئية للعنف الأسري في مملكة البحرين، والتي من خلالها يستطيع أن يفهم باقي الفصول دون أن يشق عليه الأمر.

أما الفصل الأول فقد عنون بـ "ماهية العنف الأسري" في المبحث الأول: مفهوم العنف، واشتمل على مطلبين، المطلب الأول: تعريف العنف في اللغة، المطلب الثاني: تعريف العنف في الاصطلاح، أما في المبحث الثاني للفصل الأول: مفهوم الأسرة، واشتمل على مطلبين، المطلب الأول: تعريف الأسرة لغةً، المطلب الثاني: تعريف الأسرة اصطلاحاً، والمبحث الثالث: مفهوم العنف الأسري.

من هنا تكونت لدينا فكرة عن العنف بشكل عام، والعنف الأسري بشكل خاص، فيأتي السؤال عن تفسير العنف الأسري من المنظور النفسي والاجتماعي وعلم الإجرام؟

لنجده في عنوان الفصل الثاني، والذي جاء على مبحثين، المبحث الأول: أصحاب الاتجاه الفردي في تفسير العنف الأسري، المبحث الثاني: أصحاب الاتجاه التكاملي في تفسير العنف الأسري.

أما في الفصل الثالث فقد تطرق الكاتب إلى: صور العنف الأسري، وذلك من خلال أربعة مباحث، المبحث الأول: العنف الجسدي، المبحث الثاني: العنف النفسي، المبحث الثالث: العنف الجنسي، المبحث الرابع: العنف الاقتصادي.

وفي الفصل الرابع كان تناوُل الكاتب للموضوع من الناحية القانونية، حيث عنون بـ " جرائم العنف الأسري في قانون الحماية من العنف الأسري البحريني"، المبحث الأول: جريمة الإيذاء الجسدي، المبحث الثاني: جريمة الإيذاء النفسي، المبحث الثالث: جريمة الإيذاء الجنسي، المبحث الرابع: جريمة الإيذاء الاقتصادي.

من خلال قراءتي للفصل الرابع أقترح على الكاتب أن ينشر الفصل الرابع لأهميته عن طريق مقالات وندوات ومحاضرات يصل فيها إلى المعنيين به، والحماية القانونية لهم، وذلك بالتعاون مع الجهات المختصة من مراكز شرطة ومراكز اجتماعية مختصة بهذا الشأن ومن في حكمهم، وذلك لأهمية ما تطرق إليه في هذا الفصل، وليبانه الحماية القانونية للمعنيين بهذه الجرائم من المجني عليهم والمتضررين من هذه الجرائم، وأن القانون قد وجد فعلاً لحمايتهم، وأن السكوت عن هذه الجرائم كونها في نطاق الأسرة وعدم إبلاغ السلطات في حد ذاته جريمة يقتربها المرء بحق نفسه وبحق المعنف الذي لم يستطع الوصول إلى السلطات بسبب الخوف أو التهديد أو لأي أسباب أخرى.

أما بعد، وحيث إن جرائم العنف الأسري تتسع وتتفرع ولا يمكن أن يحتويها قانون الحماية من العنف الأسري فقط، بل تصدت لها العديد من القوانين الجنائية الأخرى كقانون العقوبات على سبيل المثال، فحسناً ما قام به الكاتب بأنه أورد الفصل الخامس للمواجهة التشريعية لجرائم العنف

الأسري في القوانين الجنائية الأخرى، نذكر منها على سبيل المثال (جريمة القتل- الإجهاض- الاغتصاب- الزنا... وما تطرق إليه الكاتب تفصيلاً في المباحث الأخرى).

وفي نهاية المطاف بعد أن عرفنا ما هو العنف الأسري، وماهي جرائم العنف الأسري، والنظر في الأمر من ناحيتي التجريم والعقاب، فهل هذا يكفي؟ هل نحن بحاجة فقط إلى تجريم وعقاب، أم في نطاق العنف الأسري يجب أن تكون هناك تدابير خاصة بالحماية من العنف الأسري؟ هل يجب أن تكون هناك جهات مختصة بمكافحة العنف الأسري؟ وهل يجب أن تكون هناك حماية إجرائية وعقابية للمرأة والطفل في التشريعات العقابية؟

هذه الأسئلة ستنفذ إلى ذهنك بعد أن تفرغ من قراءة الفصول أعلاه، لتجد إجابتها في الفصل الأخير من الكتاب وهو الفصل السادس: الجهات المختصة بالحماية من العنف الأسري وتدابير الوقاية منه، منها (المجلس الأعلى للمرأة- النيابة العامة- وزارة الداخلية- وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف- وزارة الصحة- وزارة التربية والتعليم- وزارة العمل- وزارة التنمية الاجتماعية) فبين من خلال هذا الفصل دور كل جهة على حدة، وأن أدوار هذه الجهات متصلة ببعضها البعض وليست منفصلة، وذلك لأهمية التعاون والتكاتف لمكافحة العنف الأسري كل على حسب دوره.

في الختام وكما ذكر الكاتب في صفحات الكتاب "إن الإنسانية مازالت تدفع ضريبة باهظة من أمنها واستقرارها جرّاء اعتمادها العنف وسيلة للحياة والتخاطب"، وحيث إنني عجزت فعلاً عن إيجاد نقاط ضعف في الكتاب الذي وفق فيه سعادة المستشار الدكتور/ علي الطوالبة باختيار موضوعه وكتابته وإخراجه إلى المكتبة العامة -وليست القانونية فقط- بهذا الشكل البسيط في حروفه والعميق في معانيه، حيث إن العنف الأسري بشكل عام

موضوع لن توفيه سطور، والتعمق فيه مطلوب جداً كما فعل الكاتب مشكوراً على ذلك، وأرى بأنه من الأفضل في الطبقات القادمة بإذن الله من الكتاب بأن يضمه بأحكام قضائية من واقع المحاكم في هذا الشأن، حتى يعزز الجانب التطبيقي للكتاب، ويبين لضحية العنف الأسري الذي يخشى أن يصل إلى السلطات بأن القانون سينصفه، وأن الجاني سينال جزاءه ولن يفلت من العقاب لوجود تصدي تشريعي في مملكة البحرين لجرائم العنف الأسري كافة، فوجود الجريمة في جدران منزل العائلة لا يعني أن القانون قد كف يده عنها، وأن الجاني سيعفى من العقوبة لكونه من أهل المجني عليه.

لذلك أرى بأن هذا الكتاب لم ينتج بين ليلة وضحاها بل كانت ثمرة جهود حقيقة وواضحة من الكاتب في بيان الحماية من العنف الأسري في مملكة البحرين، ولعله الكتاب الوحيد الصادر من كاتب بحريني في هذا المجال، فبحثنا في المكتبة القانونية ولم نجد أي كتاب يوازيه، لذلك أوصي الباحثين في المجال القانوني بإكمال مسيرة سعادة المستشار، والنظر في هذا الموضوع على نحو مستجد.



غلاف كتاب: الحماية من العنف الأسري في مملكة البحرين



التقارير
العلمية

تقرير بشأن أعمال الطاولة المستديرة

بعنوان: «تحولات التجربة الانتخابية في البحرين»*

إعداد: محمد يوسف النعار**

عقد مركز عيسى الثقافي أعمال الطاولة المستديرة بعنوان "تحولات التجربة الانتخابية في البحرين" في مقره الواقع بمنطقة الجفير بالعاصمة البحرينية المنامة. حيث جاء عقد أعمالها بالتزامن مع قرب موعد إجراء الانتخابات النيابية والبلدية في البحرين. وقد شارك فيها جمعٌ من الخبراء والمختصين للتباحث بشأن عدد من الموضوعات الخاصة بالتحولات السياسية والثقافية والتاريخية التي طالت العملية الانتخابية في البحرين. وقد توزعت المداخلات العلمية على عدة محاور: محور تاريخي تحدث عن انطلاق التجربة الانتخابية، ومحور المرأة، ومحور حول مشاركة المرأة البحرينية في الانتخابات، ومحور حول الأسس والضوابط الحالية، ومحور الوعي الانتخابي.

وقد قامت الطاولة المستديرة على فكرة طرق التساؤلات واعتمدت آلية نقاش تداولية، تُطرح فيها الأفكار وتتم مناقشة كل فكرة مناقشة نقدية، لأجل

(*) عقدها مركز عيسى الثقافي، المنامة - مملكة البحرين، 7:30 - 9:30 مساءً: الثلاثاء 11 أكتوبر 2022م.

(**) القائم بأعمال مدير إدارة الشؤون الثقافية والعلمية - مركز عيسى الثقافي.

إثراء الجانب العلمي وتعزيز فضاء عام لتداول المفاهيم، بعيداً عن الطابع التقليدي في المحاضرات. وبذلك فقد شكلت الجلسة في واقع أمرها جلسة للعصف الذهني المتمقّق في موضوعات فنية دقيقة من ناحية التاريخ السياسي والجانب القانوني والدستوري.

وقد بدأت مناقشات الطاولة المستديرة بكلمة ترحيب لمعالي الدكتور الشيخ خالد بن خليفة آل خليفة، نائب رئيس مجلس الأمناء، المدير التنفيذي لمركز عيسى الثقافي، فيما كانت هناك كلمة تقديمية للأستاذ محمد يوسف النعار، القائم بأعمال مدير إدارة الشؤون الثقافية والعلمية، رئيس الإعلام والنشر، بمركز عيسى الثقافي، وهي الإدارة التي تولت عملية التنسيق لعقد الطاولة المستديرة. ثم تولى الدكتور علي فيصل الصديقي⁽¹⁾ إدارة حوارات الطاولة المستديرة والتعليق على المداخلات التي قدمها الخبراء المختصون.

الكلمة الترحيبية: د. الشيخ خالد بن خليفة آل خليفة:

قال معالي الدكتور الشيخ خالد بن خليفة آل خليفة، في كلمته الترحيبية إنه: "منذ انطلاقة المشروع الإصلاحي لحضرة صاحب الجلالة الملك حمد بن عيسى آل خليفة، ملك البلاد المعظم، دخلت مملكة البحرين عهداً جديداً في الممارسة الديمقراطية إذ شهدت التجارب الانتخابية على مر تاريخ المملكة وتحديداً منذ أكثر من مئة عام، تحولات كبيرة في النظم والأسس والمرجعيات الانتخابية، بما يؤصل عراقلة التجربة ومواكبتها للتغيرات المتعاقبة في البيئة والوعي المجتمعي". وتابع "تشهد مملكة البحرين هذه

(1) أستاذ القانون المساعد (غير متفرغ)، والباحث المتخصص في الشؤون التاريخية والقانونية، ورئيس تحرير مجلة الحقوقية.

الأيام استعداداتها الرسمية والشعبية للعرس الديمقراطي الذي سيضيف للمشهد السياسي بُعداً آخر، وتجدد بها الدماء للعمل على تحريك عجلة ومسيرة الوحدة الوطنية". وذكر أن "العملية الانتخابية في البحرين عريقة وتمتد جذورها لأكثر من مئة عام، ولا بد أن هذه التجربة مرت بتحويلات جذرية في البنية النظامية والفكرية للممارسة السياسية". وقال أنه: "في قراءتنا للتاريخ فإن التجربة السياسية البحرينية خضعت للتراكم في القيم والتطور في النظم ومرت بوقفات أعادت تشكيل فهم المجتمع ورغبته السياسية".

كما نوه إلى أن "كل تلك المفاصل المهمة كان لها أثرها الكبير في إحياء هذه المنظومة التشاركية مع إطلاق سيدي حضرة صاحب الجلالة الملك حمد بن عيسى آل خليفة، ملك البلاد المعظم، حفظه الله ورعاه، لمشروعه الإصلاحية لتبدأ الحياة السياسية فصلاً جديدة من العطاء للوطن وللشعب". وقال: "إن حضور المرأة البحرينية هو أول حضور للمرأة على المستوى العربي، حيث حظيت بالمشاركة في الانتخابات المحلية، وعكس ذلك منظومة القيم المجتمعية التي امتازت بالانفتاح الثقافي والقبول بالاختلافات، وإننا نرى امتداد ذلك فيما وصلت إليه المرأة البحرينية من إنجاز وطني وحظيت باهتمام على مستويات مختلفة، كما أن انطلاق ميثاق العمل الوطني واعتماد الدستور من أهم محطات التجديد في الفكر الثقافي والمجتمعي التي رسخت ثوابت الممارسة الديمقراطية في المملكة، ووضعت أطراً داعمة للعملية الانتخابية".

المداخلة الأولى: د. عايد عتيق الجريد⁽²⁾:

تحدث الدكتور عايد الجريد، عن تأثير المجالس الشعبية في الفكر الانتخابي، والتاريخ الثقافي المشترك في تأسيس المجالس الشعبية ووضع القوانين بين كل من مملكة البحرين ودولة الكويت، حيث تعتبر المجالس الشعبية إحدى محطات تطور التجربة الانتخابية. وقال: "إن العلاقة الوثيقة بين البلدين أدت إلى الاستفادة من بعضهما البعض في أفكار ومشاريع، لعل أبرزها قانون البلدية الكويتي عام 1932، الذي نظم أعمال المجلس البلدي الكويتي الأول، والذي جاءت فكرته من البحرين، وكانت بداية نقل هذه التجربة البحرينية عبر أحد رجال العلم الكويتيين، وهو الشيخ يوسف بن عيسى القناعي الذي زار البحرين في أغسطس 1928م، ليستطلع حالتها التجارية، حيث وجدها إمارة تهتم بالنظافة، والفضل في ذلك يرجع إلى المجالس البلدية في البحرين التي أنشئت فيها منذ عام 1919م". وذكر أن "رجال العلم والمثقفين الكويتيين تأثروا بالكثير من مظاهر التقدم التي كانت تعيشها البحرين في أوائل القرن العشرين، منها قيام المشاريع الثقافية في البحرين".

المداخلة الثانية: أ. راشد عيسى الجاسم⁽³⁾:

بدوره، تحدث الأستاذ راشد الجاسم عن تاريخ المجلس الاستشاري الذي تأسس عام 1911م، باعتباره أقدم هيئة تنظم المشاركة الشعبية في اتخاذ القرار السياسي، ليس في البحرين فحسب بل في الخليج العربي،

(2) أستاذ التاريخ الحديث، دولة الكويت.

(3) باحث ومؤرخ، مملكة البحرين.

حيث يعكس المجلس جذور التجربة الديمقراطية التي وصلت إليها البلاد. وذكر أن "الاستقرار السياسي الذي عاشته البلاد في عهد صاحب العظمة الشيخ عيسى بن علي آل خليفة طيب الله ثراه؛ ساهم في ازدهار البلاد في مجالات وأصعدة متعددة، وقد انعكس ذلك على المجتمع برمته، حيث صاحب هذا الاستقرار نهضة فكرية وثقافية وتعليمية من جانب، ومن جانب آخر، برز العديد من المفكرين الإسلاميين والعرب، وتحديدًا أولئك الذين كانوا يطرحون أفكاراً تتعلق بالمشاركة النيابية وإنشاء مجالس الشورى المنتخبة، وكان غالبية أولئك المفكرين لهم ارتباط مباشر بالنبخ البحرينيين، أو انتقلت إليهم الأفكار عبر قراءة مؤلفاتهم وصحفهم أو علاقاتهم بالجيل الثاني من طلبتهم، ومن ذلك شباب البحرين الذين درسوا في مصر والهند في الربع الأخير من القرن التاسع عشر وحتى الربع الأول من القرن العشرين، فضلاً عن إنشاء المدارس والنوادي العربية في الهند، وافتتاح مكتب البريد في 20 يوليو 1884م، بالإضافة إلى انتشار الصحف العربية مثل المنار والأهرام والهلال".

وتابع في ورقته: "كانت إرادة صاحب العظمة الشيخ عيسى بن علي آل خليفة بالموافقة والدعوة إلى إنشاء المجلس، وكان هناك عقد اجتماعي، مقابل إنشاء المجلس هناك تعهدات من الأهالي بالسمع والطاعة لصاحب العظمة، وحول الأحكام المنظمة للمجلس الاستشاري نشير ابتداءً إلى أنّ حلّ المجلس كان بصلاحيّة خاصة بيد صاحب العظمة، وكان موقع المجلس الاستشاري في مدينة المحرق والتي كانت في تلك الفترة هي العاصمة التاريخية للبحرين، وكان هناك آلية للاختيار للمجلس، على أساس علمي وقبلي، فكان الطلاب يزكون شيخهم للانضمام للمجلس، وكذلك زعماء القبائل كانوا ممثلين لهذه القبائل والعشائر، وأما الصلاحيات، فكانت انتخاب القضاة الشرعيين، وانتخاب رؤساء الدوائر، وعزل القضاة".

المداخلة الثالثة: أ. يوسف عقيل إسحاق⁽⁴⁾:

تحدث الأستاذ يوسف عقيل في المداخلة الثالثة، عبر تقنية الاتصال عن بعد "زوم"، عن التجربة البلدية المتميزة في مملكة البحرين والتي تحمل أبعاداً حضارية وديمقراطية متطورة بدرجة تعكس المستوى الحضاري لشعب البحرين في تلك المراحل المبكرة من الزمان، حيث في مطلع القرن الماضي أنشأت البلديات في البحرين كتجربة ولادة سبقت دول المنطقة حيث تعتبر بلدية المنامة التي تأسست في 14 يوليو 1919، ثالث بلدية يتم تشكيلها في دول العالم العربي.

وأشار إلى أن "الحالة الديمقراطية كانت فريدة في البحرين خاصة في نظام الإدارة المحلية على مستوى المنطقة العربية، حيث إن قانون بلدية المنامة الأساسي الذي صدر في 20 يوليو 1920، حدد طبيعة عمل بلدية المنامة والنظام الإداري للمجلس البلدي، والذي يشكل نصف أعضائه بالانتخاب من الأهالي، والنصف الآخر يتم تعيينهم من الحكومة، وهي باكورة الديمقراطية في البحرين، وذلك من خلال انتخاب أعضاء المجلس، لذلك يعود تاريخ الانتخابات في البحرين إلى عام 1920 بصدر قانون بلدية المنامة الأساسي". كما تطرق إلى "مراحل التطور في النظام الانتخابي لمجلس بلدية المنامة من عام 1920 إلى 1971م، وعلاج التمثيل للطوائف، وإعادة انتخاب أعضاء المجلس البلدي".

(4) باحث أول بمركز الوثائق التاريخية، بمركز عيسى الثقافي.

المداخللة الرابعة: د. منيرة مبارك الفاضل⁽⁵⁾:

تحدثت الدكتورة منيرة الفاضل عن الحضور السابق للمرأة البحرينية عربياً وخليجياً، حيث تعددت مشاركة المرأة في الحياة العامة، وكان لها حق المشاركة جنباً إلى جنب مع الرجل بحسب الوثائق التاريخية التي أثبتت أحقية التصويت لأي امرأة تملك عقار مسجل باسمها، وأن تدفع رسوم البلدية، وهذه تعتبر اللبنة الأولى التي حظيت بها المرأة البحرينية من حقوقها السياسية وهي حقها في الانتخاب، ويعتبر ذلك السبق التاريخي على المستوى الخليجي والعربي.

وفي مطلع السبعينات، شاركت المرأة في استفتاء إثبات عروبة البحرين عبر (8) سيدات من جمعية رعاية الطفل والأمومة، وجمعية نهضة فتاة البحرين، عندما حضر المبعوث الخاص للأمين العام للأمم المتحدة. ومع تولي حضرة صاحب الجلالة الملك حمد بن عيسى آل خليفة ملك البلاد المعظم مقاليد الحكم في البلاد عام 1999م، وفي أول تشكيل لمجلس الشورى في عهد جلالته عام 2000م، دخلت (4) سيدات لأول مرة في عضوية مجلس الشورى.

كما كان للمرأة البحرينية حضوراً بارزاً وفاعلاً في لجنة إعداد ميثاق العمل الوطني، التي تكونت من (46) شخصية من شخصيات المجتمع، كان منهم (6) سيدات، كما أصدر جلاله الملك المعظم في 24 فبراير 2001 المرسوم رقم "6" لسنة 2001 بإنشاء "لجنة تفعيل ميثاق العمل الوطني"، وضمت في عضويتها (16) عضواً منهم سيدتان.

(5) مستشار قانوني، متخصصة في القانون الدستوري وتشريعات المرأة والأسرة والشؤون التقنية.

وقالت أن العام 2001 يعتبر الانطلاقة الأساسية لاستكمال حصول المرأة البحرينية على حقوقها في المشاركة السياسية من خلال التعديلات التشريعية التي قدمها ميثاق العمل الوطني، وضمنها دستور مملكة البحرين في عام 2002، حيث ثبت حق المرأة في الانتخاب والترشح في المجلس النيابي والبلدي. وفيما يتعلق بنظام "الكوتا الانتخابية"، اعتبرته د. منيرة الفاضل أنه تمييز إيجابي لكنها رأت في الوقت ذاته أن البحرين ليست بحاجة إليه.

المداخلة الخامسة: د. مروان محمد محروس المدرس⁽⁶⁾:

تحدث الدكتور مروان المدرس عن اهتمام مملكة البحرين بالحقوق السياسية كونها من أبرز أهداف البرنامج الإصلاحي لجلالة الملك المعظم حفظه الله ورعاه، من خلال زيادة المشاركة الشعبية في إدارة الشأن العام، حيث تجلى ذلك في ميثاق العمل الوطني الذي صدر عام 2001م، إذ نص الميثاق في الفصل الثاني على أن حق الشعب في المشاركة في الشؤون العام: "يتمتع المواطنون -رجالاً ونساء- بحق المشاركة في الشؤون العامة والتمتع بالحقوق السياسية في البلاد، بدءاً بحق الانتخاب والترشيح طبقاً لأحكام القانون". وما نص عليه الدستور أن "للمواطنين، رجالاً ونساء، حق المشاركة في الشؤون العامة والتمتع بالحقوق السياسية، بما فيها حق الانتخاب والترشيح، وذلك وفقاً لهذا الدستور وللشروط والأوضاع التي يبينها القانون ولا يجوز أن يحرم أحد المواطنين من حق الانتخاب أو الترشيح إلا وفقاً للقانون". ونوه إلى أن "أبرز ما جاء به المشروع الإصلاحي هو منح المرأة كامل حقوقها السياسية كمرشحة وناخبة ومساواتها

(6) رئيس قسم القانون العام، كلية الحقوق - جامعة البحرين.

بالرجل، وقد كانت للمرأة مشاركة فعالة في جميع الانتخابات واستطاعت الوصول إلى قبة البرلمان في الفصول التشريعية السابقة".

المدخلة السادسة: د. محمد علي عبدالسلام⁽⁷⁾:

تناول الدكتور محمد عبدالسلام في مداخلته حول الرقابة القضائية، مؤكداً أن "المشروع بمملكة البحرين انتهج إقرار الرقابة القضائية للدائرة المدنية بمحكمة الاستئناف العليا على القيد في سجل الناخبين، والرقابة على التصويت والفرز وإعلان النتائج وجعل محكمة التمييز موئل الطعن على صحة العضوية". وذكر أن "هذه الضمانة جعلها المشروع الدستورية ضماناً أساسية حيث تعد الحقوق والحريات الأساسية جزءاً لا يتجزأ من الحقوق والحريات العامة التي لا غنى للأفراد عنها، وبالتالي يمارس القضاء البحريني دوراً بارزاً في حماية الحقوق والحريات السياسية، وبالتالي يقوم القضاء بدور الحامي لحقي الترشح والانتخاب، وإلى جانب ذلك يراعي الحريات السياسية التي تتكامل فيما بينها".

المدخلة السابعة: أ. محسن علي الغريري⁽⁸⁾:

تطرق الأستاذ محسن الغريري إلى "ثنائية الحيادية والرقابة على الانتخابات، ودور مؤسسات المجتمع المدني في الرقابة على الانتخابات، وأشكال الرقابة وحجم تأثيرها تكاملياً على حيادية الممارسة"، مضيفاً أن "مملكة البحرين تحرص كل الحرص على إحاطة العملية الانتخابية

(7) أستاذ القانون العام المساعد، كلية الحقوق، جامعة العلوم التطبيقية - مملكة البحرين.

(8) رئيس جمعية المرصد لحقوق الإنسان، مملكة البحرين.

بالضمانات الدستورية والقانونية، وأيضاً ضمنّت تنظيم هذه العملية في أجواء النزاهة والديمقراطية والشفافية والتحقق من سلامة وصحة الإجراءات المطبقة على أرض الواقع". وشدد على "أهمية مراقبة منظمات المجتمع المدني للعملية الانتخابية في البحرين، حيث بدأت تلك الرقابة مع عودة الحياة النيابية في المملكة ومع انطلاق المشروع الإصلاحي لجلالة الملك المعظم، في انتخابات 2002".

كما ذكر أن "أهمية مراقبة مؤسسات المجتمع المدني على الانتخابات تنطلق من أهمية الانتخابات نفسها، حيث تؤثر نتيجة تلك المراقبة في انتخاب أشخاص يؤثرون في اتخاذ القرارات، لذلك تستلزم الرقابة الفعالة من قبل مؤسسات المجتمع المدني، حيث تتميز بالحيادية والاستقلالية والخبرة القانونية". وتحدث عن "ضرورة أن تطبق مؤسسات المجتمع المدني عنصر الديمقراطية في جمعياتها من خلال عقد الاجتماعات الدورية، وإجراء الانتخابات داخلها بشفافية وحيادية واستقلالية".

المداخلة الثامنة: د. شيخة أحمد العليوي⁽⁹⁾:

تحدثت الدكتورة شيخة العليوي عن مدى فعالية النظام الجمالي وحماية البيئة في الدعاية الانتخابية البحرينية وآفاق تطبيقها حالياً، ومقارنة ذلك بتجارب دولية في هذا المجال، حيث ذكرت أنه "لا يمكن تحديد الطرف الأضعف، ما بين الدعاية الانتخابية، وفي الوقت ذاته، ضرورة المحافظة على البيئة، وبالتالي العملية الديمقراطية والبيئة، الاثنین، كفلهما الدستور البحريني، ولذلك يمكن القول إن البيئة والعملية الانتخابية وجهان لعملة

(9) دكتوراه الفلسفة في القانون العام، كلية الحقوق - جامعة البحرين.

واحدة، وبالتالي حق الأفراد في الترشح والانتخاب ليس حقاً مطلقاً، ولكن يمكن تقييده لحماية النظام الجمالي لمباني الدولة والمحافظة على البيئة، وبالتالي الهندسة الجمالية مطلوبة".

وتحدثت عن "الممارسات العشوائية في الدعاية الانتخابية مثل وضع الياфطات والإعلانات الانتخابية على الأشجار والإشارات الضوئية، وأنواع النفايات وبقايا الطعام والبلاستيك، والكتابة على الألواح، فكل ذلك يؤثر على المنظر الجمالي. وذكرت أن المشرع البحريني نظم عملية الدعاية الانتخابية للانتخابات النيابية والبلدية، بحيث يكون هناك توازن بين الدعاية الانتخابية وبين حماية البيئة، حيث منع لصق الدعايات الانتخابية على الأشجار، ووضع ضوابط لتنسيق الإعلانات بحيث لا تتداخل مع بعضها البعض، وبحيث تكون هناك مسافات بينها وبين بعضها، كما حظر استخدام مكبرات الصوت، والتي تسبب التلوث الضوضائي".

المداخلة التاسعة: أ. عبدالله ناصر القطان⁽¹⁰⁾:

تناول الأستاذ عبدالله القطان "الضوابط والقواعد المنظمة للدعاية الانتخابية" وتحدث بتفاصيل دقيقة عن هذه الضوابط، حيث نظم المشرع البحريني هذا الأمر، ومن أبرز هذه الضوابط مبدأ المساواة بين المرشحين وحمايتهم من سوء المعاملة، وضمان الشفافية والنزاهة، وضمان حياد السلطات العامة ومؤسسات الدولة، وضمان عدم التأثير السلبي على الناخبين، ومراعاة السكنينة العامة والنواحي الجمالية، وضمان المحافظة على حرمة دور العلم ودور العبادة والمرافق العامة للدولة، والحفاظ على أخلاقيات الدعاية الانتخابية.

(10) باحث في الشؤون القانونية، مملكة البحرين.

المدخل العاشرة: د. محمد عبدالكريم الزكري القضاعي⁽¹¹⁾:

تحدث الدكتور محمد الزكري عبر كلمة مسجلة من ألمانيا، موضحاً فيها أن "المجتمعات العربية تمارس مسألة الحوارات المفتوحة وإبداء الرأي منذ قديم الزمان، في حين أن الحوارات كانت بدأت في فرنسا عبر الصالونات في القرن السابع عشر، وعلى الرغم من ذلك هناك اعتقاد لدى المجتمعات الأوروبية أن العرب يعيشون في فوضى، ولكن العكس هو الصحيح، أن المجتمعات العربية كانت تمارس حرية التعبير وإبداء الرأي داخل مجالسها، من خلال النقاشات العامة التي كانت بين العرب قديماً منذ مجلس دار الندوة، مروراً بمجلس دار ابن الأرقم، وصولاً إلى مجالس المحرق، التي ورثت مجال الجزيرة العربية، ومن هناك كان لا بد من تسليط الضوء على مفهوم برمجة المجتمعات العربية لجمهايرها إيجابياً".

واعتبر الزكري أن "كل مجالس البحرين، لاسيما مجالس المحرق، تعد مجالس شورى، لاسيما وأنه عند قراءتنا للمجالس نستنتج أنها تعد أماكن لعقد روش يتعلم روادها أدب سلوك النقاش والحوار والجدل والإنصات والقبول والرفض".

المدخل الحادية عشر: أ. حمد راشد عبدالله⁽¹²⁾:

تناول الأستاذ حمد عبدالله، موضوع شرط الكفاءة العلمية للمرشح النيابي في التشريع البحريني والمقارن"، حيث ذكر أن "المشكلة الرئيسية

(11) باحث أنثروبولوجي بحريني مقيم في ألمانيا، وأستاذ المناهج العلمية في جامعة كوتبوس، ألمانيا.

(12) باحث في الشؤون القانونية، مملكة البحرين.

تكمن في تأثير اشتراط الشهادة العلمية للمرشح النيابي ما بين مؤيد ومعارض، لأن الفكرة العامة تتمثل في أن تقييد مبدأ حرية الترشح من شأنه التأثير على المشاركة في الحياة السياسية ومخالفة مبدأ تكافؤ الفرص، ومن جهة أخرى فإن عدم وجود مثل هذا الشرط يشكل لدى البعض ثغرة ترتبط بعمل النائب داخل المجلس، وما يفرضه هذا العمل من ضرورة توافر خبرة وكفاءة معينة".

واقترح "ضرورة وجود حلول قانونية وأسانيد تحسم الجدل وتؤدي إلى تطوير العمل البرلماني من الناحية الفعلية عبر التوصل إلى حلول مقبولة من ناحية التأسيس القانوني والتطبيق الفعلي بعد الموازنة ما بين الاتجاهات المختلفة".

اختتام أعمال الطاولة المستديرة:

وفي ختام جولات المداخلات التي استمرت بين المشاركين، والتعقيبات التي قام بها المشاركون في أعمال الطاولة المستديرة. قام الدكتور علي الصديقي مدير الجلسة، بالتعقيب على بعض الأفكار المطروحة وربط الموضوعات ببعضها البعض، لتشكيل خلاصة معرفية حول ما كان وما طرأ على التجربة الانتخابية في البحرين من تحولات وتغيرات على مرّ السنين. وفي ضوء ذلك انتهى المشاركون ببعض النتائج المهمة على الصعيد البحريني، من بينها:

1 - أول تجربة برلمانية رسمية في البحرين كانت عام 1911م عبر تأسيس المجلس الاستشاري، الذي ضمّ عددًا من المصلحين وقادة الرأي ورؤساء القبائل. فالتجربة الانتخابية نابعة من تاريخ البحرين عبر عقود طويلة وغير مستوردة من الخارج، سيما وأنّ قضية الوعي في المجالس

- الشعبية والأهلية قضية لها أصلٌ عريضٌ من الحوار المجتمعي في مجالس البحرين القديمة التي شكلت فضاءات تاريخية فاعلة لتداول الأفكار.
- 2 - كان عام 1919م هو موعد انطلاق تجربة العمل البلدي في البحرين، وقد تطورت هذه التجربة وتمخضت عن تحولات وتغيرات كثيرة على مر السنين، وهي تجربة مشهودة، تؤكد نجاحها بنقلها إلى دول مجاورة كدولة الكويت حين استفادت من خلال مجلسها البلدي.
- 3 - المرأة البحرينية تعد أول امرأة تمارس حقها الانتخابي على المستويين الخليجي والعربي، كما أنّ الوعي الانتخابي شهد نضجًا في مملكة البحرين بسبب تراكمات الخبرة والتجربة وتطورها.
- 4 - شكل ميثاق العمل الوطني والدستور الدعامتين لمسيرة الديمقراطية في البحرين، وهما أساسان يشكلان قيمة دستورية وقانونية للحق في الانتخاب والحق في الترشح، وأنّ المشرع عادةً ما يعول على الوعي في حق ترشح الكفاءات للبرلمان.
- 5 - تتم الرقابة على العملية الانتخابية من خلال سياقين، السياق الأول الرسمي وهو الرقابة القضائية عبر إمكانية اللجوء إلى القضاء وإتاحة باب الطعون الانتخابية. كما تمارس من خلال مؤسسات المجتمع المدني التي يتاح فيها للرقابة الشعبية على العملية الانتخابية.
- 6 - ضمّن المشرع البحريني الكثير من الضوابط الانتخابية الخاصة بالدعاية الانتخابية، وهي ضوابط راعت الموازنة بين اعتبارات حرية الترشح من جهة، واعتبارات حماية البيئة والنظام العام الجمالي، واعتبارات عدم التأثير على الناخبين عبر وسائل غير مشروعة. وتجد هذه الاعتبارات خصائصها وأحكامها في الدستور والقوانين المنظمة للدعاية الانتخابية، وتخضع لرقابة القضاء.