

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية / المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك ، العدد 118 : غشت 2022

❖ مواضع العدد 118 :

- الغش التجاري في التشريع الفلسطيني.
- الحقوق السياسية للمرأة في التشريع الوطني.
- عارض الكلية في قضايا المالية الإسلامية.
- الإكراه كعيب للرضاء في القانون التونسي.
- خصوصية الأنثى وأثرها في أحكام حد الزنا.

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية	العدد 118
الصفحة الرئيسية	العدد 118
الجنة الاستشارية	العدد 118
أهداف المجلة	العدد 118
أعضاء المجلة	العدد 118
المجلة بـنـسـا	العدد 118
المدير المسؤول	العدد 118
شروط النشر	العدد 118
مقالات مقبولة	العدد 118
مقالات قسرية	العدد 118
مقالات مستمرة	العدد 118
مقالات وترجمية	العدد 118
حوارات علمية	العدد 118
تقارير خاصة	العدد 118
الناقدون والمجلة	العدد 118
أعداد المجلة	العدد 118
عنصر	العدد 118

العدد 118 غشت 2022

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص المجلة تراعى ضوابط البحث العلمي الأكاديمي.(ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- معلومات الكاتب مع ملخصين بالعربية والانجليزية.
- ألا تقل الصفحات عن 3000 كلمة وأن لا تتجاوز 9000 .
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد 118 لشهر غشت 2022

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 118 لشهر غشت 2022 ، بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك...03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. المسؤولية الجنائية المترتبة على جريمة الغش التجاري في التشريع الفلسطيني : الدكتور محمد كمال خميس

الحوالي ، محاضر بكلية الشريعة والقانون ، الجامعة الإسلامية غزة – فلسطين.....06

3. الحقوق السياسية للمرأة بين المرجعية الدولية لحقوق الإنسان والتشريع الوطني والواقع المغربي : نجاة

بوعريب ، دكتوراه في الشريعة والقانون ، كلية الشريعة ، جامعة ابن زهر أكادير - المملكة المغربية.....27

4. عارض الكلية في بعض التصرفات في المالية الإسلامية : الدكتور جمال محمد عز الدين ، قسم الشريعة

الإسلامية ، أستاذ مشارك بكلية القانون جامعة الزيتونة – ليبيا.....51

5. أركان الإكراه كعيب للرضاء في القانون التونسي : منى القرقوري ، باحثة دكتوراه في القانون الخاص

بكلية الحقوق بصفاقس – تونس.....78

6. أثر الأنوثة في حد الزنا : حازم أحمد الهزايمة ، طالب دكتوراه في جامعة العلوم الإسلامية العالمية ، قاضٍ في

دائرة قاضي القضاة الأردنية - المملكة الأردنية الهاشمية.....88

ترتيب المقالات يخضع لإعبارات فنية

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

كلمة العدد 118 لشهر غشت 2022



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكالك

Email : Sldg55@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ،
نضع بين أيديكم العدد 118 لشهر غشت 2022 من مجلة الفقه والقانون
الدولية وقد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات والأبحاث الهامة من
عدة كليات وجامعات ونخص بالذكر :

- كلية الشريعة والقانون ، الجامعة الإسلامية غزة - فلسطين.
- كلية الشريعة ، جامعة ابن زهر أكادير - المملكة المغربية.
- كلية القانون جامعة الزيتونة - ليبيا.
- كلية الحقوق بصفاقس - تونس.
- جامعة العلوم الإسلامية العالمية ، المملكة الأردنية الهاشمية.

فشكرا لجميع الباحثين بالعالم الذين أكرمونا بتوجيهاتهم و بحوثهم ودراساتهم الأكاديمية القيمة الرصينة ، وساهموا في مزيد من التقارب والتواصل والتفاعل بين الباحثين في العلوم الشرعية والقانونية .

ومن بين المواضيع القيمة التي ناقشها العدد الجديد ما يلي :

- المسؤولية الجنائية المترتبة على جريمة الغش التجاري في التشريع الفلسطيني.
- الحقوق السياسية للمرأة بين المرجعية الدولية لحقوق الإنسان والتشريع الوطني والواقع المغربي.

- عارض الكلية في بعض التصرفات في المالية الإسلامية.

- أركان الإكراه كعيب للرضاء في القانون التونسي.

- أثر الأنوثة في حد الزنا.

ختاما لا تنسوننا من دعائكم وتوجيهاتكم ، وجعلنا العلي القدير مثل البنيان

المرصوص يشد بعضه بعضا.

مع تحيات المدير المسؤول

الدكتور صلاح الدين دكداك

المملكة المغربية ردمد : 0615 - 2336

<https://web.facebook.com/majalahdroit>

دراسات وأبحاث بالعربية : ✓

المسؤولية الجنائية المترتبة على جريمة الغش التجاري في التشريع الفلسطيني

Criminal liability arising from the crime
of commercial fraud in Palestinian legislation



الدكتور محمد كمال خميس الحولي ، دكتوراه في القانون

العام ، محاضر بكلية الشريعة والقانون ، الجامعة الإسلامية _ غزة

DR MOHAMMED Kamal khamis ALHOLI , Ph.D. in Public Law,
Lecturer at the Faculty of Sharia and Law, Islamic University_Gaza

الملخص :

تعد جريمة الغش التجاري من الجرائم الماسة بسلامة الإنسان وصحته، ذلك أن السلوك الإجرامي في مثل هذا النوع من الجرائم ينصب على غش ما يتناوله الإنسان من طعام أو شراب أو عقاقير وأدوية وغيرها، إلا أننا نجد بأن المشرع الفلسطيني قد قصر الحماية الجزائية في جريمة الغش التجاري على الأغذية دون غيرها، الأمر الذي يتطلب عناية المشرع الفلسطيني من أجل أن تشمل تلك الحماية على كل فعل غش من شأنه أن يمس بالصحة العامة، إضافة إلى ذلك فقد تعددت التشريعات المنظمة لجريمة الغش التجاري في فلسطين، الأمر الذي ترتب عليه وجود بعض العقوبات المتناقضة بين التشريعات القانونية السارية في فلسطين، وهو ما يتطلب عناية المشرع الفلسطيني، ولم يكتف المشرع الفلسطيني بالنص على العقوبات المقررة لجريمة الغش التجاري إنما نص على جملة من التدابير الاحترازية بهدف الوقاية من جريمة الغش التجاري كإغلاق المنشأة وحظر مزاولة النشاط ونشر الحكم بالإدانة.

• الكلمات المفتاحية : المسؤولية الجنائية، جريمة، الغش التجاري.

Abstract :

The crime of commercial fraud is one of the crimes affecting human safety and health, as the criminal behavior in this type of crime focuses on cheating what a person consumes of food, drink, drugs, medicines and others. However, we find that the Palestinian legislator has limited criminal protection to the crime of fraud. This requires the attention of the Palestinian legislator in order for this protection to include every act of fraud that may affect public health. In addition, there have been numerous legislations regulating the crime of commercial fraud in Palestine, which has resulted in the existence of some contradictory penalties. Among the legal legislation in force in Palestine, which requires the attention of the Palestinian legislator, the Palestinian legislator was not satisfied with stipulating the penalties for the crime of commercial fraud, but also stipulated a set of precautionary measures with the aim of preventing the crime of commercial fraud, such as closing the facility, prohibiting the practice of activity and publishing the verdict of conviction.

- **Keywords :** criminal responsibility, crime, commercial fraud.

مقدمة :

إن الغش كسلوك إجرامي يرتبط بانعدام القيم وخلل الضمائر، ذلك أنه حين يتهدم الكيان الديني والأخلاقي للإنسان وتطغى المادة والمصلحة على نزعاته، ويغيب الصدق والأمانة في المعاملات بين الأفراد فإن ذلك من شأنه أن يدفعه لارتكاب سلوكيات من شأنها الإضرار بصحة الإنسان، الأمر الذي يستدعي يقظة المشرع لردعه حفاظاً على أمن وسلامة المجتمع.

ولقد تفاقمت ظاهرة الغش التجاري نتيجة لسياسة الانفتاح الاقتصادي وجريمة المعاملات التجارية وزيادة المنتجات الصناعية، مع نشوء طبقة تسعى فقط إلى تحقيق الربح ولو كان بوسائل غير مشروعة، وذلك من خلال الاتجار بالمواد الغذائية والعقاقير الطبية والحاصلات الزراعية الفاسدة، مما أدى إلى وجود نوع من الغدر يطال صحة الإنسان⁽¹⁾.

(1) ملك عمر موسى، الجريمة الاستهلاكية في التشريع الجزائري الفلسطيني (ص 53).

المبحث الأول : ماهية جريمة الغش التجاري :

تعتبر جرائم الغش التجاري من الجرائم الخطيرة التي تمس كيان الفرد والمجتمع بشكل عام، بل وعلى الاقتصاد القومي وحجم التعامل التجاري بين الأفراد وذلك أياً كان النظام السائد في الدولة⁽¹⁾.

حيث ترتب على تطور العلاقات الاجتماعية بين الناس إلى زيادة الاتصال والتواصل فيما بينهم، مما كان له أثر على حجم التعامل التجاري بين الأفراد، وقد ساعد على ذلك زيادة طغيان المادة على غيرها من سائر مقومات الحياة.

فقد اصطبغت الحياة اليومية بطابع السعي وراء الرزق من ناحية، واتجاه أشخاص إلى العمل على زيادة ثرواتهم من ناحية أخرى، وذلك إما باتباع وسائل مشروعة أم غير مشروعة، وفي الحالة الأخيرة يكون الغش هو سلاحهم لزيادة ثرواتهم⁽²⁾.

المطلب الأول : التعريف بجريمة الغش التجاري :

الغش هو آفة إنسانية تسعى تشريعات الدول للحد منها ومحاربتها، إلا أنها تواجه صعوبة في تحقيق تلك الأهداف، لاسيما التطور المستمر لأساليب الغش وصعوبة الكشف عن مرتكبيها⁽³⁾، الأمر الذي يتطلب بيان مفهوم الغش التجاري من الناحية اللغوية وكذلك القانون.

الفرع الأول : مفهوم الغش التجاري في اللغة :

الغش في اللغة: من الفعل الثلاثي "غشش" ولها عدة معان منها: الغش نقيض النصح وهو مأخوذ من الغشش المشرب الكدر، ومن هذا الغش في البياعات، وقد غشه يغشه غشا: لم يحضه النصيحة، وغش الشيء: خلطه بغيره مما هو أرخص منه⁽⁴⁾.

التجاري في اللغة: أصلها من الفعل الثلاثي "تجر": باع وشري، واتجر وهو: افتعل، ورجل تاجر، وأرض متجرة: يتجر إليها، وفي الصحاح: يتجر فيها، ويقال ناقة تجرة وأخرى كاسدة، ويقال: ربح فلان في تجارته: إذا أفضل وأربح⁽⁵⁾.

الفرع الثاني : مفهوم الغش التجاري في القانون :

لقد كان تجريم الغش التجاري أمراً يتفق ودور القانون في تنظيم سلوكيات الأفراد في المجتمع وتجويم كل ما من شأنه الحصول على مكاسب غير مشروعة أو تهديد أمن الإنسان في صحته ومعاشه،

(1) بلال عبدالمطلب بدوي، حماية المستهلك من الغش التجاري في مرحلة ما قبل التعاقد (ص 125).

(2) ملك عمر موسى، الجريمة الاستهلاكية في التشريع الجزائري الفلسطيني (ص 53).

(3) أحمد أبو علي، الطبيعة القانونية لجرائم الغش التجاري في ظل قانون حماية المستهلك (ص 7).

(4) ابن منظور، لسان العرب (ص 323).

(5) ابن منظور، لسان العرب (ص 89).

خاصة في مجتمعات بدا فيها خراب الذمم أمراً مألوفاً، يساعد عليه الطفرة التي حدثت في مجال العلوم الطبيعية والكيميائية والبيولوجية على نحو سهّل لمرتكبي الغش إمدادهم بمزيد من الوسائل التي تساعد على ارتكابهم لأفعالهم الإجرامية.

لكل ذلك كان من الطبيعي أن يتدخل القانون لتجريم الغش في كافة المعاملات التجارية بين الأفراد، فصدرت القوانين الخاصة التي تقنن هذا التجريم، حيث لم يكتف مشرعو كثير من الدول بتجريم الغش في قانون العقوبات، لما رأوا من أن نصوص هذا القانون قد تكون قاصرة عن ردع مرتكبي جرائم الغش التجاري⁽¹⁾.

ولقد كان المشرع الفلسطيني صاحب سبق في إصدار تشريعات تنص على جرائم الغش التجاري، حيث نص على تلك الجرائم في قانون العقوبات المطبق في الضفة الغربية⁽²⁾، وقانون حماية المستهلك⁽³⁾، وقانون المواصفات والمقاييس⁽⁴⁾، وقانون الصحة العامة⁽⁵⁾، وقانون العقوبات المطبق في قطاع غزة⁽⁶⁾، والقرار بقانون بشأن قمع التدليس والغش التجاري⁽⁷⁾، فهي غير محصورة بقانون واحد.

وبالرجوع إلى التشريعات القانونية النازمة لجريمة الغش التجاري في فلسطين، نجد بأن تلك التشريعات لم تضع تعريفاً محدداً لجريمة الغش التجاري، إنما اقتصرت على بيان وسائل ارتكابه ومظاهره في نصوص القانون، الأمر الذي تطلب من الفقه القانوني التدخل لتحديد ذلك المفهوم.

ويرى الباحث بأن المشرع الفلسطيني قد أحسن عندما ترك تعريف الغش التجاري للفقهاء وشراح القانون، كونهم الأقدر على مواكبة التطور، خاصة وأن تعريفه يتغير مراراً بما يواكب كل زمان ومكان، وذلك بدلاً من النص على مفهومه بنص قانوني قد يطول الزمن لتعديله أو تغيير القانون الناظم له.

ولقد عرف الفقه القانوني جريمة الغش التجاري بأنها: فعل عمدي إيجابي ينصب على سلعة مما يعينه القانون ويكون مخالفاً للقواعد المقررة لها في التشريع أو في أصول الصناعة متى كان من شأنه أن ينال من خواصها أو فائدتها أو ثمنها، وبشرط عدم علم المتعاقد الآخر به⁽⁸⁾.

(1) بلال عبدالمطلب بدوي، حماية المستهلك من الغش التجاري في مرحلة ما قبل التعاقد (ص 126).

(2) المواد (386_388) و(428_437) من قانون العقوبات المطبق في الضفة الغربية رقم (16) لسنة 1960م.

(3) قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005م.

(4) قانون المواصفات والمقاييس الفلسطينية رقم (6) لسنة 2000م.

(5) قانون الصحة العامة رقم (20) لسنة 2004م.

(6) قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936م.

(7) القرار بقانون رقم (11) لسنة 1966م.

(8) ملك عمر موسى، الجريمة الاستهلاكية في التشريع الجزائي الفلسطيني (ص 55).

وقد بينت محكمة النقض المصرية وسائل وطرق ارتكاب جرائم الغش بقولها: " قد يقع بإضافة مادة غريبة إلى السلعة أو بانتزاع شيء من عناصرها النافعة، ويتحقق كذلك بالخلط أو بالإضافة بمادة مغايرة لطبيعة البضاعة أو من نفس طبيعتها ولكن من صنف أقل جودة يقصد الإيهام بأن الخلط لا شائبة فيه أو بقصد إخفاء رداءة البضاعة وإظهارها في صورة أجود مما هي عليه في الحقيقة"⁽¹⁾

فالغش خداع وتضليل وإيهام بأمر غير صحيح أو غير حقيقي، ولا يكفي فيه مجرد الكتمان أو الكذب وإنما يتحقق باتخاذ طرق احتيالية تؤثر نفسيا في الطرف الآخر، وذلك بهدف تحقيق كسب غير مشروع على حساب البسطاء ذوي النية الحسنة، لاسيما إذا كانت السلعة المغشوشة تدخل في صناعة أو تركيب سلعة أخرى ضرورية لحياة الإنسان أو الحيوان، أو نمو النباتات كالأسمدة الكيماوية والمبيدات الحشرية ومبيدات النباتات الطفيلية⁽²⁾.

ويعتبر التدليس قريب من الغش بل هو لازم لقيامه، فهو عبارة عن استخدام أحد أطراف العقد طرقا احتيالية من شأنها أن توقع الطرف الآخر المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، ومثال ذلك: لو أن شخصا باع لآخر سيارة وكتم عنه أن هذه السيارة قد تم البدء في نزع ملكيتها للمنفعة العامة فإن هذا الكتمان يعد تدليسا⁽³⁾.

ويفرق البعض بين الغش والتدليس، حيث يرون بأن الغش عمل يعمد إليه الشخص بقصد الإضرار بحقوق سابقة، فهو يقع بعد تكون العقد، في حين إن التدليس يقع أثناء تكوينه، غير أن المبادئ من أحكام محكمة النقض لا تعرف هذه التفرقة⁽⁴⁾.

ويجب اجتماع مجموعة من الشروط من أجل تحقق عيب من عيوب الرضا والمعروف بالتدليس أو التغيرير، ومن هذه الشروط أن يكون التدليس دافعا إلى التعاقد حيث إن العبرة ليس بقوة الحيلة وقدرتها على إقناع الطرف الآخر، وإنما بتأثيرها على الطرف الآخر الذي يتم إبرام العقد معه فهي تقوم هنا على المعيار الشخصي، كما ويشترط أن يتصل المتعاقد الآخر بالتدليس فيؤثر عليه⁽⁵⁾.

ويرى الباحث بأنه لا توجد تفرقة فعلية بين كل من مصطلح الغش والتدليس، ذلك أن جريمة الغش لا يمكن أن تقوم إلا بالتدليس، فهي جزء أصيل من الأجزاء المكونة لجريمة الغش، فلا تقوم جريمة الغش إلا إذا كان هناك تدليس ملموس.

(1) الطعن رقم (1175) لسنة 32 ق جلسة 1962/1/12م.

(2) ملك عمر موسى، الجريمة الاستهلاكية في التشريع الجزائري الفلسطيني (ص 55).

(3) أحمد أبوعلي، الطبيعة القانونية لجرائم الغش التجاري في ظل قانون حماية المستهلك (ص 16).

(4) ملك عمر موسى، الجريمة الاستهلاكية في التشريع الجزائري الفلسطيني (ص 56).

(5) أحمد أبوعلي، الطبيعة القانونية لجرائم الغش التجاري في ظل قانون حماية المستهلك (ص 17).

المطلب الثاني : صور الغش التجاري :

في ظل انتشار روح التنافس التجاري أصبحت ظاهرة الغش التجاري سمة مميزة للكثير من النشاطات التجارية في هذا العصر وذلك لكثرة المنتجين من جانب وكثرة المواد المنتجة وتنوعها من جانب آخر، كما أن الإيقاعات السريعة في العصر الحديث أدت إلى ظهور صناعات غير متقنة إلى جانب قلة الرقابة والسيطرة على تلك المخلفات.

وقد ساعد على ذلك جشع الشركات المنتجة وسعيها الدؤوب لكسب الأموال بالطرق المشروعة وغير المشروعة، وانتشرت السلع الرخيصة المقلدة على حساب المنتجات الأصلية والماركات العالمية المسجلة، واختلفت صور الغش التجاري المتمثلة في استخدام العلامات التجارية للشركات الأخرى وعدم التقيد بالمواصفات و المقاييس الصناعية، والتلاعب بأنواع المواد الخام المستخدم في الصناعة وكميتها ونسبها، كما ظهر التلاعب في مدة صلاحية المنتج وغيرها من ضروب الغش التجاري بما يؤثر سلبا على الصحة العامة⁽¹⁾.

الفرع الأول : غش المواد الغذائية والمشروبات :

إن الإنسان كائن حي لا يستطيع الحياة دون مأكلا أو مشرب، وفي ضوء هذا الاحتياج البالغ للغذاء والشراب كان لا بد للمشرع الجنائي أن يتدخل لحماية الإنسان في غذائه وشرابه.

ولقد أورد المشرع الفلسطيني مفهوم المواد الغذائية تحت مصطلح الأغذية، وعرفها بأنها: كل مادة يستخدمها الإنسان أكلا وشربا أو مضغاً أو ما يمكن أن يدخل في تحضير تلك المواد أو تركيبها⁽²⁾.

ويعرف الغذاء بأنه عبارة عن مواد تؤخذ عن طريق الفم للإبقاء على الحياة والنمو حيث تمد الجسم بالطاقة وتبني الأنسجة وتعوض التالف منها⁽³⁾.

كما ويقصد بالغذاء تلك المواد المستخدمة كغذاء للإنسان والحيوان سواء أكانت تلك المواد مجالها الطبيعية أم كانت مجهزة أو مضافا إليها موادا أخرى غير غذائية كالمواد الحافظة⁽⁴⁾.

(1) سالم محمد عبود، الحماية القانونية للمستهلك من الغش التجاري (ص 262).

(2) المادة (1) من قانون الصحة العامة رقم (20) لسنة 2004م.

(3) لينا زياد أحمد الدبك، مشكلة الغذاء وعلاجها (ص 9).

(4) فاطمة بحري، الحماية الجنائية للمستهلك (ص 90).

والغذاء قد يكون صلباً أو سائلاً أو غازياً، وعليه فقد فرق المشرع الفلسطيني بين الأغذية والمشروبات⁽¹⁾، وهذا على خلاف المشرع المصري الذي اعتبر المشروبات من ضمن الأغذية وهي تفرقة شكلية⁽²⁾.

وتعتبر المواد الغذائية من أهم السلع التي يتم الاتجار بها باعتبارها سلعة أساسية يقبل على شرائها المستهلك باستمرار، لذا كانت تلك السلع عرضة للغش من قبل المنتجين أو التجار، سواء أكان ذلك بالانقاص أو الخلط بمواد أخرى غير مطابقة للمواصفات والمقاييس الصناعية، وذلك سعياً منهم لتحقيق أرباح طائلة، خاصة في ظل المنافسة التي تشهدها الأسواق⁽³⁾.

ومن أمثلة الغش في المواد الغذائية والمشروبات، تلك المنتجات التي توصف بأنها غنية بالفيتامينات وتوصف بأنها جيدة للصحة مع أنها في الواقع نجدها لا تخدم الأغراض الصحية وأنها مغشوشة، ومن ذلك أيضاً بيع مياه معدنية على أساس أنها صالحة للهضم وأمراض الكلى، أو بيع مشتقات الحليب على اعتبار أنها طبيعية لكن الواقع يظهر عكس ذلك⁽⁴⁾.

كما أنه يمكن التلاعب بتلك السلع بطرق سهلة وسريعة، سواء بإضافة مواد لتخفيف تركيزها، أو بوزنها وكيلها ونوعها وغير ذلك الكثير، ويعد الغش في إنتاج المواد الغذائية والمشروبات من أكثر أنواع الغش شيوعاً وأكثرها سهولة، حيث يستطيع الجاني التحكم بكمية وتركيز المواد الداخلة في تركيب المنتج بخلاف ما ينص عليه القانون، وعليه فإنه يشترط لكي يقع الغش أن تكون المواد المخلوطة مخالفة للمواصفات والمقاييس الصناعية⁽⁵⁾.

الفرع الثاني : غش المواد الطبية :

إن من أهم صور الغش التجاري تلك التي تتعلق بصحة الإنسان وهي الأدوية المغشوشة والمستلزمات الطبية الملوثة التي تؤدي إلى إصابة الأفراد بأمراض مختلفة، بل إلى وفاة الكثير منهم.

فالهدف الأسمى الذي تسعى إليه التشريعات هو الحفاظ على صحة الإنسان، ونظراً لمدى الخطورة المترتبة على استخدام المواد الطبية وما قد يكون لها من تأثير على جسد الإنسان وعقله وصحته بشكل

(1) نصت المادة (386/1) من قانون العقوبات المطبق في الضفة الغربية رقم (16) لسنة 1960م علمأنه: يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبالغرامة من خمسة دنانير إلى خمسين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين:

أ- من غش مواد مختصة بغذاء الإنسان أو الحيوان أو عقاقير أو أشربة أو منتجات صناعية أو زراعية أو طبيعية معدة للبيع...".

(2) مريم قرقاط، رقابة النوعية وقمع الغش (ص 27).

(3) أحمد أبوعلي، الطبيعة القانونية لجرائم الغش التجاري في ظل قانون حماية المستهلك (ص 25).

(4) أولد رابح، صافية إقلاوي، حماية المستهلك من أساليب الغش (ص 15).

(5) أحمد أبوعلي، الطبيعة القانونية لجرائم الغش التجاري في ظل قانون حماية المستهلك (ص 25).

عام، خاصة وأن هذه التأثيرات قد تظهر بعد فترة وجيزة من تناول العقار أو الدواء أو بعد فترة طويلة من استهلاكه، ولعل هذه الأسباب هي التي دفعت المشرع الجزائري لإحاطة المواد الطبية بحماية خاصة⁽¹⁾.

ولقد عرف المشرع الفلسطيني الدواء بأنه أية مادة أو مجموعة مواد تستعمل في تشخيص أو شفاء أو معالجة أو تلطيف أو منع أي مرض في الإنسان والحيوان أو توصف بأن لها هذه المزايا، أو المواد التي تؤثر على بنية الوظيفة للجسد وكذلك مستحضرات التجميل المستخدمة في الأغراض الطبية⁽²⁾.

والغش لا يكون في المواد الطبية فقط، بل يقع الغش على كل مادة تدخل في تركيبها، ويشمل كذلك النباتات الطبية التي انتشر استعمالها في الدواء والعلاج كحبة البركة وزيت الخروع وغيرها⁽³⁾.

الفرع الثالث : غش الحاصلات الزراعية :

وهي كل ما تنتجه الأرض نتيجة لعمل المزارع فيها، ويدخل فيها ما يعتبر من المواد الغذائية، كالخضار والفواكه والحبوب والزيوت المستعملة في الأكل، إضافة إلى ما يستخدم في الصناعة كالخشب والصمغ والورق، أو النسيج كالقطن والصوف والحرير⁽⁴⁾.

وقد تطرأ على هذه المواد تعديلات تغير شكل المحصول الأصلي، فإذا كانت التحويلات من عمل المزارع يحتفظ الإنتاج بصفته كمحصول زراعي، أما إذا قام الصانع بإجراء تعديلات على الإنتاج ففي هذه الحالة يفقد صفة المحصول الزراعي ويصبح منتج⁽⁵⁾.

الفرع الرابع : غش المنتجات الطبيعية والصناعية :

تشمل المنتجات الطبيعية كل ما منحه الله تعالى لعباده من منتجات موجودة في الأرض سواء أكانت سائلة أم صلبة⁽⁶⁾.

حيث تشتمل على الموجودات على سطح الأرض كالأشجار والنباتات، أو في باطن الأرض مثل الموارد والثروات الطبيعية، كالمعادن من ذهب وفضة وبترو، أو في الحجر وما تحويه من أحجار نفيسة كالجرانيت والرخام وغيرها، أو ما تطرحه البحار والمحيطات والأنهار من اسفنج ولؤلؤ ومحار⁽⁷⁾.

أما المنتجات الصناعية: فهي المنتجات التي تنتج عن عمليات معينة سواء أكان ذلك من خلال استحداث المادة، أم بإدخال تعديلات على الشيء فيأخذ شكلاً جديداً، وتشتمل على الصناعات

(1) سالم محمد عبود، الحماية القانونية للمستهلك من الغش التجاري (ص 262).

(2) المادة (1) من القرار بقانون رقم (15) لسنة 2016م بشأن نقابة الصيادلة، والمادة (1) من نظام مزاولة مهنة الصيادلة في فلسطين.

(3) مريم شبيح، قمع الغش في إطار قانون حماية المستهلك (ص 11).

(4) فاطمة بحري، الحماية الجنائية للمستهلك (ص 93).

(5) فاطمة بحري، الحماية الجنائية للمستهلك (ص 93).

(6) أحمد محمد محمود خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية (ص 192).

(7) فاطمة بحري، الحماية الجنائية للمستهلك (ص 94).

التحويل كتحويل الحديد والصلب إلى آلات أو ماكينات أو صناعات التعبئة كتعبئة المستحضرات التجميلية والأدوية والمشروبات الغازية⁽¹⁾.

المبحث الثاني : الجزاء الجنائي المقرر لجريمة الغش التجاري في التشريع الفلسطيني :

الجزاء في التشريع الجنائي في أغلب الدول المعاصرة لم يعد قاصراً على العقوبات وحدها، وإنما أضيف إليه وسيلة أخرى وهي التدابير الاحترازية، حيث تعتبر العقوبة والتدبير الوقائي وجهين لرد الفعل الاجتماعي، حيث يهدف كل منهما إلى تحقيق غرض خاص به⁽²⁾.

فالجزاء الجنائي بنوعيه هو ردة فعل المجتمع تجاه المجرم على جريمته، أو هو التدبير القهري الذي يتخذ مع المسئول جنائياً، وهو بهذا المعنى أشمل من العقوبة، ذلك أن ردة فعل المجتمع تجاه المجرم غير مقصورة على العقوبة، فهناك التدابير الاحترازية وهي النوع الثاني من أنواع الجزاء الجنائي.

وبناءً على ما تقدم يمكن تعريف الجزاء الجنائي بأنه المظهر القانوني لرد الفعل الاجتماعي إزاء الجناة، والذي يتمثل في صورة عقوبة تواجه الجريمة المرتكبة، أو في صورة تدبير احترازي يواجه من تثبت لديه خطورة إجرامية، وذلك من أجل تحقيق الأغراض المستهدفة بكل منهما⁽³⁾.

وعليه فإن جرائم الغش التجاري كغيرها من الجرائم أوردت لها التشريعات جزاءً جنائياً يواجه مرتكبها، حيث قرر المشرع الفلسطيني عقوبات متعددة لكل من يرتكب جريمة من الجرائم المضرة بالصحة العامة.

ولم يكتف المشرع الفلسطيني بتقرير عقوبات على كل من يرتكب سلوكاً من شأنه الإضرار بالصحة العامة، إنما قرر كذلك جملة من التدابير الاحترازية التي تهدف إلى مواجهة الخطورة الكامنة في شخصية من تثبت لديه الخطورة الإجرامية.

المطلب الأول : العقوبات المقررة لجريمة الغش التجاري في التشريع الفلسطيني :

تقوم الدولة برسم السياسات الاقتصادية والاجتماعية من أجل تحقيق أهداف معينة، ولا سبيل إلى ذلك إلا إذا دعمت القوانين الاقتصادية بالجزاء، وأشد هذه الجزاءات هي العقوبات الجزائية، إلا أنه لا يتم اللجوء إليها إلا إذا تبين عدم جدوى التدابير الأخرى وهو ما يعتبر من حسن السياسة الاقتصادية⁽⁴⁾.

(1) أحمد محمد محمود خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية (ص 193).

(2) نزار حمدي إبراهيم قشقة، الوجيز في أصول علم الإجرام والعقاب (ص 137).

(3) ساهر إبراهيم الوليد، الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني (ج1/2).

(4) فاطمة بحري، الحماية الجنائية للمستهلك (ص 236).

وتعد سلامة المنتجات من المواضيع الجوهرية التي حرص المشرع على بيان الأحكام الخاصة بها لضبط معيار السلامة الغذائية، وذلك نظراً لتأثيرها المباشر على صحة المستهلك وسلامته، فكان لا بد من توفير الحماية القانونية لضمان سلامة المنتجات من خلال وضع التعليمات التي يجب اتباعها من قبل العاملين في مجال صناعة المواد الغذائية والمنتجات الأخرى⁽¹⁾.

وتتعدد صور جريمة الغش التجاري، إذ أنها تتوفر في حالة عرض أو بيع سلع تمويينية فاسدة أو التلاعب بتاريخ صلاحيتها، كما أن الغش قد يكون في مقدار السلع أو في جودتها ومواصفاتها.

الفرع الأول: عقوبة عرض أو بيع سلع تمويينية فاسدة أو تالفة أو التلاعب بتاريخ صلاحيتها

لقد نظم المشرع السوداني جريمة عرض أو بيع السلع المضرة بصحة الإنسان، حيث يعاقب كل من يقوم قصداً بالبيع أو العرض لسنف من الطعام أو الشراب يكون ضاراً بالصحة، أو غير صالح للأكل والشرب بعقوبة السجن مدة لا تتجاوز سنة أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً⁽²⁾.

كما ويعاقب القانون ذاته بذات العقوبة السابقة كل من يقوم بسوء قصد ببيع أو العرض للبيع أي دواء أو مستحضر طبي يغير أو المستحضر الطبي المطلوب أو منتهي الصلاحية⁽³⁾.

إضافة إلى ذلك فإن المشرع السوداني يعاقب كل من يبيع أو يعرض للبيع أو يقدم لحم الميتة علماً بأنه سوف يستعمل غذاء للإنسان بعقوبة السجن مدة لا تتجاوز سنة أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً⁽⁴⁾.

إلا أن التشريعات العقابية النازمة لحماية المستهلك في فلسطين لم تنظم جريمة بيع أو عرض لحم الميتة للبيع، لذا يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بضرورة النص على تجريم بيع أو عرض لحم الميتة للبيع وإيراد عقوبة مناسبة لها على غرار التنظيم القانوني لها من قبل المشرع السوداني.

كما يعاقب المشرع السوداني كل من يعرض على شخص طعاماً أو شرباً وهو يعلم أنه محرم في دينه أو دين ذلك الشخص أو يعرض على الجمهور غذاء للإنسان يحتوي على مادة يعلم أنها محرمة في دينه أو دين بعضهم دون أن يبين ذلك للشخص أو الجمهور، بعقوبة السجن مدة لا تتجاوز ستة أشهر أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً⁽⁵⁾.

إلا أن التشريعات العقابية النازمة لحماية المستهلك في فلسطين لم تنظم جريمة بيع أو عرض الطعام والشراب المحرم على الآخرين، لذا يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بضرورة النص على تجريم بيع أو عرض الطعام الذي حرّمته الشريعة الإسلامية الغراء وإقرار عقوبة مناسبة لها على غرار ما فعله

(1) نسرين إبراهيم السيقلي، شرح قانون الصحة العامة الفلسطيني رقم (20) لسنة 2004م (ص 77).

(2) المادة (82) من القانون الجنائي لسنة 1991م.

(3) المادة (84/2) من القانون الجنائي لسنة 1991م.

(4) المادة (85) من القانون الجنائي لسنة 1991م.

(5) المادة (86) من القانون الجنائي لسنة 1991م.

المشرع السوداني، ذلك أن الإسلام هو دين الدولة في فلسطين والشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر التشريع في الدولة وفقا لما نص عليه القانون الأساسي الفلسطيني.

أما التنظيم القانوني للعقوبات الواردة على جريمة عرض أو بيع السلع الفاسدة في فلسطين قد وردت في تشريعات عدة، الأمر الذي يتطلب بيان العقوبات المقررة لتلك الجريمة في جميع تلك التشريعات.

حيث يعاقب قانون العقوبات المطبق في الضفة الغربية على جريمة عرض أو بيع السلع التموينية الفاسدة أو التالفة المتلاعب بتاريخ صلاحيتها بالحبس من شهر إلى سنة وبالغرامة من خمسة دنائير إلى خمسين دينارا أردنياً أو بإحدى هاتين العقوبتين⁽¹⁾.

أما قانون العقوبات المطبق في قطاع غزة يعاقب مرتكب تلك الجريمة بالحبس مدة سنة واحدة⁽²⁾.

كما أن قانون الصحة العامة يعاقب كل من تداول أغذية وقع بها غش على نحو يغير من طبيعتها أو كانت غير صالحة للاستهلاك الآدمي، أو ضارة بصحة الإنسان، وكذلك في حال حدوث تغيير في صفاتها الطبيعية أو كانت منتهية الصلاحية⁽³⁾، بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين وبالغرامة لا تزيد عن ألفي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين⁽⁴⁾.

إلا أن قانون حماية المستهلك يعاقب عليها بالسجن لمدة لا تزيد عن عشر سنوات أو بغرامة لا تتجاوز عشرة آلاف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو بكلتا العقوبتين، مع إتلاف البضاعة الفاسدة وضبط الموازين والمكاييل غير المعتمدة⁽⁵⁾، كما نص القانون ذاته على تشديد ومضاعفة العقوبة في حال العود إلى ارتكاب الجريمة وتكرارها⁽⁶⁾.

ويلاحظ الباحث بأن التشريعات النازمة لجريمة الغش التجاري في فلسطين لم تحدد مقداراً واحداً للعقوبة المقررة لجريمة عرض أو بيع السلع التموينية الفاسدة أو التلاعب بتاريخ صلاحيتها، حيث اعتبرها قانون العقوبات المطبق في الضفة الغربية من جرائم الجرح التي يعاقب عليها القانون، وهو ذات المسلك الذي تبناه كل من قانون العقوبات المطبق في قطاع غزة وكذلك قانون الصحة العامة.

(1) المادة (386) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م.

(2) المادة (196) من قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936م.

(3) المواد (18_19) من قانون الصحة العامة رقم (20) لسنة 2004م.

(4) المادة (81) من قانون الصحة العامة رقم (20) لسنة 2004م.

(5) المادة (27/1) من قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005م.

(6) المادة (30) من قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005م.

إلا أن قانون حماية المستهلك الفلسطيني قد اتجه اتجاهاً مغايراً لتلك التشريعات حيث اعتبرها من جرائم الجنايات المعاقب عليها قانوناً، وتطلب إلى جانب العقوبة الأصلية عقوبات تبعية تتمثل بإتلاف البضاعة الفاسدة وضبط الموازين غير المعتمدة.

وعليه فإن السياسة العقابية لجريمة عرض وبيع السلع الفاسدة ليست واضحة المعالم في فلسطين نظراً لتعدد التشريعات الناظمة لهذه الجريمة، الأمر الذي يتطلب من المشرع العمل على تحقيق التوافق والتكامل بين التشريعات الخاصة بحماية الصحة العامة، لاسيما في ظل تداخل قانون حماية المستهلك مع غيره من القوانين الأخرى ذات العلاقة.

لذا يوصي الباحث بضرورة إعمال العقوبة الواردة في قانون حماية المستهلك الفلسطيني على كل من قام بعرض أو بيع السلع المغشوشة أو تلاعب بصلاحيته، ذلك أنه وبالاستناد إلى قواعد تفسير النصوص القانونية فإن النص اللاحق ينسخ النص السابق، وقانون حماية المستهلك يعتبر قانوناً لاحقاً على التشريعات الأخرى ذات العلاقة.

إضافة إلى ذلك فإن قواعد التفسير تقضي بأن القانون الخاص يقيد القانون العام، ونقصد هنا القانون المختص وليس القانون الخاص بمعناه الواسع، وبإعمال هذه القاعدة نجد بأن قانون حماية المستهلك هو القانون الخاص بحماية الأغذية وسلامتها، لذا فإن النص الوارد في قانون حماية المستهلك يكون ناسخاً للنصوص الواردة في القوانين السابقة ذات العلاقة.

ولم يكتفِ المشرع الفلسطيني بإيقاع العقوبة على كل من عرض أو باع السلع الفاسدة أو تلاعب بتاريخ صلاحيتها، فقد سعى المشرع أيضاً إلى منع الغش والحيلولة دون وقوعه فقد جرم كل من قام بصنع أو بيع أو عرض للبيع أو زرع أية مواد أو سلع أو معدات مما تستعمل في الغش بشرط علم الفاعل بذلك، وكذلك التحريض على استعمالها بواسطة نشرات أو مطبوعات أو معلقات أو إعلانات أو تعليمات أخرى، ويعاقب عليها بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات أو بغرامة لا تتجاوز ثلاثة آلاف ديناراً أردنياً أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً⁽¹⁾.

ونشير هنا إلى أن المشرع الفلسطيني قد أخذ بالإجراءات التحفظية حتى يحافظ على المستهلك في صحته وسلامته، ولكي لا يتم تكرار ذلك الجرم، وذلك من خلال إتلاف البضاعة الفاسدة⁽²⁾.

(1) المادة (29) من قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005م.

(2) المادة (27/1) من قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005م.

الفرع الثاني : الغش في مقدار السلع :

يعاقب المشرع السوداني من يقوم بغش صنف من الطعام أو الشراب بانتزاع جزء منه أو إضافة شيء إليه بحيث ينقص بذلك من نوعه أو مادته أو طبيعته قاصداً بيعه باعتباره سالماً بالسجن مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً⁽¹⁾.

أما في فلسطين، فإن قانون العقوبات المطبق في الضفة الغربية يعاقب على جريمة استعمال المعايير غير القانونية من عيارات أو مكاييل أو عدد وزن أو وكيل مغشوشة أو غير مضبوطة في غش المتعاقد معه في كمية الشيء المسلم به وهو عالم بها بعقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين أو بالغرامة من عشرة دنانير إلى خمسين ديناراً⁽²⁾.

بينما يعاقب قانون المواصفات والمقاييس بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على سنة، أو بغرامة لا تقل عن ألف دينار أردني ولا تزيد على عشرة آلاف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً كل من قام بصناعة أية أدوات قياس غير قانونية أو باعها أو تلاعب بها بقصد الغش، أو قام باستعمال أية أدوات قياس غير مدموغة أو مختومة من قبل الجهات المختصة، أو من قام بالتلاعب بأوزان أو أحجام المواد بقصد الغش⁽³⁾.

غير أن المشرع قرر في قانون حماية المستهلك على مجرد حيازة هذه الموازين أو المكاييل غير المعتمدة عقوبة الحبس لمدة لا تزيد عن عشرة سنوات أو بغرامة قدرها عشرة آلاف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً⁽⁴⁾، كما نص القانون ذاته على تشديد ومضاعفة العقوبة في حال العود إلى ارتكاب الجريمة وتكرارها⁽⁵⁾.

ويلاحظ الباحث بأن هناك اختلاف واضح وكبير بين التشريعات النازمة لجريمة الغش في مقدار السلع وحيازة آلات القياس غير القانونية في تقرير العقوبات الملائمة لهذه الجريمة، حيث يعاقب قانون العقوبات المطبق في الضفة الغربية بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنتين، أو بغرامة من عشرة دنانير إلى خمسين ديناراً، بينما يعاقب قانون المواصفات والمقاييس بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على سنة أو بغرامة لا تقل عن ألف دينار أردني ولا تزيد على عشرة آلاف دينار أردني، في حين أن قانون حماية المستهلك قام بتشديد مقدار تلك العقوبة بحيث تكون العقوبة بالحبس لمدة لا تزيد عن عشرة سنوات أو بغرامة قدرها عشرة آلاف دينار أردني.

(1) المادة (83/1) من القانون الجنائي لسنة 1991م.

(2) المادة (430) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م.

(3) المادة (31) من قانون المواصفات والمقاييس رقم (6) لسنة 2000م.

(4) المادة (27/1) من قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005م.

(5) المادة (30) من قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005م.

وعليه فإن السياسة العقابية لجريمة الغش في مقدار السلع وحياسة الآلات غير القانونية غير واضحة المعالم في فلسطين نظراً لتعدد التشريعات النازمة لهذه الجريمة، الأمر الذي يتطلب من المشرع العمل على تحقيق التوافق والتكامل بين التشريعات.

ويرى الباحث بأنه وبالرغم من أن قانون المواصفات والمقاييس هو القانون الخاص الناظم لأدوات القياس وأنواعها فإنه يعاقب مرتكب جريمة صناعة أو بيع أو استعمال أو التلاعب بأدوات القياس بالحبس لمدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن سنة، إلا أنه في الوقت ذاته يعاقب قانون حماية المستهلك الذي يعتبر بمثابة الشريعة العامة لحماية المستهلك على مجرد حيازة تلك الأدوات والآلات لمدة لا تزيد عن عشر سنوات.

لذا يوصي الباحث بضرورة إعمال العقوبة الواردة في قانون حماية المستهلك الفلسطيني على كل من قام بالغش في مقدار السلع أو حيازة آلات القياس غير القانونية، ذلك أنه وبالاستناد إلى قواعد تفسير النصوص القانونية فإن النص اللاحق ينسخ النص السابق، وقانون حماية المستهلك يعتبر قانوناً لاحقاً على التشريعات الأخرى ذات العلاقة، إضافة إلى ذلك فإننا بحاجة إلى عقوبات رادعة وزاجرة من أجل حماية المستهلك من جرائم الغش التجاري.

الفرع الثالث : الغش في جودة السلع أو المنتجات ومواصفاتها :

يعاقب المشرع السوداني كل من يبيع صنفاً من الطعام أو الشراب يختلف في نوعه أو مادته أو طبيعته عما يطلبه المشتري أو عما يزعمه ذلك البائع لذلك الصنف مع علمه بذلك بعقوبة السجن مدة لا تتجاوز شهراً أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً⁽¹⁾.

كما يعاقب ذات القانون كل من يقوم بغش الدواء أو المستحضرات الطبية بطريقة تقلل من مفعوله أو تغير من تأثيره أو تجعله ضاراً بالصحة قاصداً يبيعه باعتباره سليماً بالسجن مدة لا تتجاوز سنتين أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً⁽²⁾.

ويلاحظ الباحث بأن المشرع السوداني قد شدد العقوبة على كل من يرتكب سلوكاً من شأنه أن يغير من تأثير الدواء أو يقلل مفعوله أو يجعله ضاراً بصحة الإنسان، وهو أمر محمود للمشرع السوداني.

أما في فلسطين، فإن المشرع نص على أن يعاقب المزود إذا تبين له بأن السلعة التي وضعها قيد التداول تتضمن عيباً أو أكثر من شأنه أن يضر بسلامة المستهلك وصحته أو أنها قد تشكل خطراً عليه

(1) المادة (83/1) من القانون الجنائي لسنة 1991م.

(2) المادة (84/1) من القانون الجنائي لسنة 1991م.

ولم يتم بالإبلاغ عنها بالحبس لمدة لا تزيد عن ستة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً⁽¹⁾.

كما قرر المشرع ذات العقوبة في حالة رفض المزدود استرجاع المنتجات المضمونة إذا تبين أن بها عيباً خلال مدة وشروط الضمان المتفق عليها مع المستهلك، إذ يجب عليه استبدالها أو استرجاعها حسب رغبة المستهلك ولا يجوز له الاتفاق على ذلك وإلا استحق العقوبة المقررة قانوناً⁽²⁾، وقد نص المشرع على تشديد العقوبة ومضاعفتها في حال العود⁽³⁾.

ويعاقب المشرع أيضاً على التلاعب بالعلامة التجارية بقصد الغش بالحبس مدة لا تتجاوز سنة واحدة أو بغرامة لا تتجاوز مائة جنيه أو بكلتا هاتين العقوبتين معاً⁽⁴⁾.

وبالرغم من أن جريمة التلاعب بالعلامة التجارية بقصد الغش من صلب اختصاص قانون حماية المستهلك إلا أن نصوصه جاءت خالية من النص على هذه الجريمة، لذا يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بضرورة النص في قانون حماية المستهلك على تجريم التلاعب بالعلامات التجارية وإيراد عقوبات رادعة خاصة في ظل انفتاح أسواق المنتجات بشكل غير مسبوق في فلسطين وما يقوم به التجار من غش وخداع عند بيعهم لمنتجاتهم مستغلين بعض العلامات التجارية التي لربما يرغب المستهلك بالشراء منها، لاسيما وأن قانون العلامات التجارية الذي نص على هذه الجريمة هو قانون قديم ولا يستطيع مواكبة التطورات المستجدة.

أما فيما يتعلق بالموصفات الخاصة بالسلع والخدمات فقد عاقب المشرع في قانون حماية المستهلك على جريمة عدم مطابقة المنتج للتعليمات الفنية الإلزامية بالحبس لمدة لا تزيد عن ستة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة دينار أردني أو بكلتا العقوبتين⁽⁵⁾، كما نص المشرع على تشديد العقوبة ومضاعفتها في حال العود⁽⁶⁾.

إلا أن قانون المواصفات والمقاييس قرر لذات الجريمة عقوبة الحبس لمدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن سنة أو بغرامة لا تقل عن ألف دينار أردني ولا تزيد عن عشرة آلاف دينار أردني أو بكلتا العقوبتين، كما قرر ذات العقوبة لجريمة كتابة عبارة مطابق للمواصفات والمقاييس دون الحصول على موافقة خطية من مؤسسة المواصفات والمقاييس⁽⁷⁾.

(1) المواد (11) و (27/3) من قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005م.

(2) المواد (19) و (27/3) من قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005م.

(3) المادة (30) من قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005م.

(4) المادة (38) من قانون العلامات التجارية رقم (35) لسنة 1938م.

(5) المادة (27/2) من قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005م.

(6) المادة (30) من قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005م.

(7) المادة (31) من قانون المواصفات والمقاييس رقم (6) لسنة 2000م.

كما أن قانون الصحة العامة يعاقب على مخالفة المواصفات الفنية الإلزامية الصادرة عن مؤسسة المواصفات والمقاييس بالحبس لمدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تزيد عن ألفي دينار أردني، أو بإحدى هاتين العقوبتين⁽¹⁾.

ويلاحظ الباحث أن هناك فارق كبير بين العقوبات المقررة لجريمة عدم مطابقة المنتج للتعليمات الفنية الإلزامية، الأمر الذي يتطلب تدخل المشرع الفلسطيني من أجل التوفيق بين نصوص تلك التشريعات بما يضمن حماية المستهلك.

لذا يوصي الباحث بضرورة إعمال العقوبة الواردة في قانون حماية المستهلك على كل من عرض أو باع منتج مخالف للتعليمات الفنية الإلزامية، ذلك أن قانون حماية المستهلك هو القانون اللاحق على التشريعات الأخرى ذات العلاقة، خاصة وأن مثل هذه الجريمة بحاجة إلى التشديد في مقدار العقوبة.

المطلب الثاني : التدابير المقررة لجريمة الغش التجاري في التشريع الفلسطيني :

عادة ما تتضمن التشريعات إلى جانب العقوبات تدابير وقائية، وهذا ما هو معمول به في التشريعات السارية في فلسطين، فقد تضمنت قوانين حماية المستهلك إلى جانب قانون العقوبات تدابير احترازية تتمثل بإغلاق المنشأة وحظر مزاولة النشاط التجاري ونشر الحكم بالإدانة.

الفرع الأول : إغلاق المنشأة :

يعتبر إغلاق المنشأة من التدابير الاحترازية ويقصد به منع المحكوم عليه من ممارسة ذات العمل الذي كان يمارسه فيه قبل إنزال هذا التدبير، وعدم السماح له بالاستعانة مرة أخرى بظروف العمل في المحل وارتكاب جرائم جديدة، وذلك عن طريق إغلاق المنشأة⁽²⁾.

إلا أن إغلاق المنشأة من العقوبات التي قلماً ينص عليها قانون العقوبات فهي تعتبر عقوبة جوازيه⁽³⁾، وبالرغم من ذلك فإن استخدامها يكثر في قوانين حماية المستهلك حيث تعتبر من الطرق الفاعلة في إزالة الاضطراب الذي أحدثته الجريمة ومنع تكرارها فهو موجه نحو المشروع ذاته فيوقفه حتى ولو وجدت إرادة جديدة⁽⁴⁾.

وقد أخذ المشرع الفلسطيني في قانون حماية المستهلك بنظام إغلاق المنشأة، حيث أجاز القانون للمحكمة أن تحكم بإغلاق المحل التجاري بشكل مؤقت أو بشكل دائم⁽⁵⁾.

(1) المواد (21) و(81) من قانون الصحة العامة رقم (20) لسنة 2004م.

(2) محمد الحلبي، أكرم الفايز، شرح قانون العقوبات (ص 281).

(3) المادة (35) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م.

(4) عبدالسلام بن حدو، الوجيز في القانون الجنائي المغربي (ص 315).

(5) المادة (31/1) من قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005م.

ويهدف المشرع من إغلاق المنشأة إلى حماية المستهلكين من المخاطر التي يكون مصدرها المنشأة والتي تهدد أمنهم وسلامتهم البدنية والصحية، وكذلك حماية التاجر الشريف باستبعاد التجار المخالفين من مجال التعامل التجاري، إضافة إلى حماية خطوط الإنتاج الوطنية من السلع المخالفة.

ولقد أجاز التعديل الأخير لقانون حماية المستهلك قيام دائرة حماية المستهلك بإصدار قرار الإغلاق وذلك في حالة عرض أو بيع سلع تموينية فاسدة أو تالفة أو التلاعب في تاريخ صلاحيتها أو احتكارها على ألا تتجاوز مدة الإغلاق ثلاثين يوماً⁽¹⁾.

ويلاحظ الباحث بأن المشرع الفلسطيني قد أعطى دائرة حماية المستهلك سلطة واسعة لمباشرة مهامها في مواجهة المزودين المخالفين لأحكام ونصوص قانون حماية المستهلك.

إلا أن بعض الفقه القانوني يرى بأن يتم وضع المنشأة المخالفة تحت الحراسة كنظام بديل عن إغلاق المنشأة، وذلك بهدف التخفيف من الآثار المترتبة على الإغلاق والتي تصيب العاملين، فقد يتم الاكتفاء بتعيين مسير آخر للمنشأة أو بتأجيرها، ويحقق هذا النظام الهدف المرجو من العقاب والوقاية، وذلك من خلال إبعاد مرتكب الجريمة عن إدارة المنشأة التي تعد مصدر ربحه وكذلك وسيلة لارتكاب الفعل، ويتم تشغيل المنشأة واستثمار الربح العائد منها لحساب الدولة وتخصم الخسارة من الجزاءات المالية للمحكوم عليه⁽²⁾.

ولم يأخذ المشرع الفلسطيني بهذا الجزاء في القانون العام وكذلك القوانين الخاصة، ولعل السبب في ذلك يعود إلى التكلفة المرتفعة للحراسة وعدم تغطية الدخل الوارد من المنشأة لهذه التكاليف.

ويرى الباحث بأن المشرع الفلسطيني قد أحسن عندما لم يأخذ بنظام الحراسة كبديل عن إغلاق المنشأة، ذلك أن الهدف الأساسي من إقرار الجزاء الجنائي ليس تحقيق الربح وجني الأموال لصالح الدولة، كما أن بقاء العاملين في أماكن عملهم ليس بأهمية كبيرة مقابل تحقيق الردع بما يضمن المحافظة على الصحة العامة.

الفرع الثاني : حظر مزاولة النشاط التجاري :

أخذ المشرع الفلسطيني في قانون حماية المستهلك بعقوبة حظر مزاولة النشاط التجاري⁽³⁾، إلا أنه حتى يتم تطبيق هذا الحظر لا بد من وجود علاقة بين ممارسة النشاط التجاري والجريمة⁽⁴⁾، ويمكن أن

(1) المادة (3) من قانون تعديل بعض مواد قانون حماية المستهلك رقم (2) لسنة 2017م.

(2) أحمد محمد محمود خلف، الحماية الجنائية للمستهلك (ص 468).

(3) المادة (31/1) من قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005م.

(4) عبدالسلام بن حدو، الوجيز في القانون الجنائي المغربي (ص 314).

يكون الحظر شاملاً لجميع الأنشطة التي ارتكبتها المجرم، وقد يكون الحظر جزئياً لبعض الأنشطة التي وقعت الجريمة بمناسبةها⁽¹⁾.

وعليه يعد حظر نشاط المنشأة جزاءً أفضل من إغلاقها، وذلك لأن من خلاله يتحقق هدف العقوبة والمتمثل بإيلاء المجرم وحرمانه من تحقيق ربح خلال فترة معينة، وكذلك لا يتعدى أثره إلى الغير.

الفرع الثالث : نشر الحكم بالإدانة :

يعتبر نشر الحكم بالإدانة من أشد العقوبات تأثيراً على التاجر وسمعته التجارية، حيث أن التجارة تقوم على مبدأ ثقة العملاء بالحل التجاري ومنتجاته، وفي حال تزعزعت هذه الثقة فهذا يعني فشل المشروع التجاري وإغلاقه نهائياً.

وقد أخذ المشرع الفلسطيني بنشر الحكم بالإدانة في أحكام قانون حماية المستهلك دون غيرها من الأحوال، وذلك لما لها من تأثير على المحكوم عليه فإنها تصيبه في شرفه واعتباره⁽²⁾.

وزيادة في إيلاء المزود المخالف لأحكام قانون حماية المستهلك فإن الحكم ينشر في صحيفة محلية أو أكثر بحسب ما تقدره المحكمة، ويكون ذلك أيضاً على حساب المحكوم عليه، فيصيبه هذا الجزاء في سمعته وشرفه وماله وتجارته.

الختام :

بعد أن انتهينا من هذه الدراسة وصلنا إلى مجموعة من النتائج و التوصيات التي تهدف إلى سد مواطن النقص والقصور والتعارض الذي اعترى النصوص الناظمة للجزاء الجنائي المقرر لجريمة الغش التجاري في التشريع الفلسطيني.

أولاً : النتائج :

- ضيق المشرع الفلسطيني من مجال الحماية الجزائية وقصرها على المواد التموينية دون غيرها.
- لم تنظم التشريعات العقابية الناظمة لحماية المستهلك في فلسطين جريمة بيع أو عرض لحم الميتة للبيع.
- لم تنظم التشريعات العقابية الناظمة لحماية المستهلك في فلسطين جريمة بيع أو عرض الطعام والمشروبات المحرم على الآخرين.

(1) أحمد محمد محمود خلف، الحماية الجنائية للمستهلك (ص 471).

(2) المادة (31/2) من قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005م.

– التنظيم القانوني للعقوبات الواردة على جريمة عرض أو بيع السلع الفاسدة والغش في مقدار وجودة السلع في فلسطين قد وردت في تشريعات عدة، الأمر الذي ترتب عليه وجود أكثر من عقوبة لذات السلوك الإجرامي.

ثانياً : التوصيات :

– نوصي المشرع الفلسطيني بتعديل نص المادة (27/1) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني بحيث تشمل الحماية الجزائية على المواد التموينية والأدوية والمشروبات والمنتجات الزراعية أو الطبيعية أو الصناعية المغشوشة، وذلك تحقيقاً للغاية التشريعية من قانون حماية المستهلك الفلسطيني.

– نوصي المشرع الفلسطيني بضرورة النص على تجريم بيع أو عرض لحم الميتة للبيع وإيراد عقوبة مناسبة لها على غرار التنظيم القانوني لها من قبل المشرع السوداني.

– نوصي المشرع الفلسطيني بضرورة النص على تجريم بيع أو عرض الطعام الذي حرّمته الشريعة الإسلامية الغراء وإقرار عقوبة مناسبة لها على غرار ما فعله المشرع السوداني، ذلك أن الإسلام هو دين الدولة في فلسطين والشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع في الدولة وفقاً لما نص عليه القانون الأساسي الفلسطيني.

– نوصي القضاء الفلسطيني بإعمال العقوبة الواردة في المادة (27/1) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني على كل من قام بعرض أو بيع السلع المغشوشة أو تلاعب بصلاحياتها، ذلك أنه وبالاستناد إلى قواعد تفسير النصوص القانونية فإن النص اللاحق يلغي النص السابق، وقانون حماية المستهلك يعتبر قانوناً لاحقاً على التشريعات الأخرى ذات العلاقة.

– نوصي القضاء الفلسطيني بإعمال العقوبة الواردة في المادة (27/1) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني على كل من قام بالغش في مقدار السلع أو حيازة آلات القياس غير القانونية، ذلك أنه وبالاستناد إلى قواعد تفسير النصوص القانونية فإن النص اللاحق ينسخ النص السابق، وقانون حماية المستهلك يعتبر قانوناً لاحقاً على التشريعات الأخرى ذات العلاقة، إضافة إلى ذلك فإننا بحاجة إلى عقوبات رادعة وزاجرة من أجل حماية المستهلك من جرائم الغش التجاري.

– نوصي القضاء الفلسطيني بإعمال العقوبة الواردة في المادة (27/2) من قانون حماية المستهلك على كل من عرض أو باع منتج مخالف للتعليمات الفنية الإلزامية، ذلك أن قانون

حماية المستهلك هو القانون اللاحق على التشريعات الأخرى ذات العلاقة، خاصة وأن مثل هذه الجريمة بحاجة إلى التشديد في مقدار العقوبة.

❖ المصادر والمراجع :

- ملك عمر موسى، الجريمة الاستهلاكية في التشريع الجزائري الفلسطيني، القدس، رسالة ماجستير، جامعة القدس، (2014م).
- بلال عبدالمطلب بدوي، حماية المستهلك من الغش التجاري في مرحلة ما قبل التعاقد، مصر، بحث محكم، جامعة عين شمس، (2011م).
- أحمد أبو علي، الطبيعة القانونية لجرائم الغش التجاري في ظل قانون حماية، جنين، بحث محكم، الجامعة العربية الأمريكية، (2019م).
- ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل، جمال الدين بن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، بيروت، دار صادر، ط3، (1414هـ).
- سالم محمد عبود، الحماية القانونية للمستهلك من الغش التجاري، بحث محكم، العراق، الجامعة المستنصرية، (2012م).
- لينا زياد أحمد الدبك، مشكلة الغذاء وعلاجها، رسالة دكتوراه، جامعة النجاح الوطنية، (2009م).
- فاطمة بحري، الحماية الجنائية للمستهلك، الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، (2013م).
- مريم قرقاط، رقابة النوعية وقمع الغش، رسالة ماجستير، الجزائر، جامعة العربي بن مهيدي، (2014م).
- أولاد رايح، صافية إقلولي، حماية المستهلك من أساليب الغش، بحث محكم، الجزائر، جامعة محمد خيضر بسكرة، (2017م).
- القرار بقانون رقم (15) لسنة 2016م بشأن نقابة الصيادلة.
- نظام مزاوله مهنة الصيادلة في فلسطين.
- مريم شبيح، قمع الغش في إطار قانون حماية المستهلك، رسالة ماجستير، الجزائر، جامعة العربي بن مهيدي، (2015م).

- أحمد محمد محمود خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، القاهرة، دار الجامعة الجديدة، (2005م).
- نزار حمدي قشطة، الوجيز في أصول علم الإجرام والعقاب، غزة، مكتبة نيسان، (2016م).
- نسرین السیقلی، شرح قانون الصحة العامة الفلسطيني رقم (4) لسنة 2004م، غزة، ط 1، (2016م).
- ساهر الوليد، الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني، غزة، ط2، (2011م).
- محمد علي السالم الحلبي الحلبي، أكرم طراد الفايز، شرح قانون العقوبات القسم العام، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (2011م).
- عبدالسلام بنحدو، الوجيز في القانون الجنائي المغربي، مراكش، المطبعة الوطنية، ط 5، (2004م).
- قانون العقوبات المطبق في الضفة الغربية رقم (16) لسنة 1960م.
- قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005م.
- قانون المواصفات والمقاييس الفلسطينية رقم (6) لسنة 2000م.
- قانون الصحة العامة رقم (20) لسنة 2004م.
- قانون العلامات التجارية رقم (35) لسنة 1938م.
- قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936م.
- القرار بقانون رقم (11) لسنة 1966م.
- الطعن رقم (1175) لسنة 32 ق جلسة 1962/1/12م.
- القانون الجنائي السوداني لسنة 1991م.

**الحقوق السياسية للمرأة بين المرجعية الدولية
لحقوق الإنسان والتشريع الوطني والواقع المغربي**

Women's political rights between the
international reference for human rights,
national legislation and the Moroccan reality



نجاة بوعريب¹ : دكتورة في الشريعة والقانون ، كلية الشريعة ، جامعة ابن زهر

أكادير، المغرب منسقة برنامج الدمج المدرسي للأطفال الصم ، مهتمة بقضايا المرأة والطفل

Najat Bouarib : Doctor of Chariaa and Law , Faculty of Sharia , Ibn
Zohr University, Agadir/Morocco , Coordinator of the School Inclusion
Program for Deaf Children , Interested in women's and children's issues

¹ - Email : najatbouarib26@gmail.com

الملخص باللغة العربية :

ترتبط الحقوق السياسية عموماً، بالمشاركة في الحياة السياسية التي تتضمن بالأساس الحق في التصويت في جميع الانتخابات والاستفتاءات العامة، وحق الترشيح والحق في الولوج إلى الوظائف الانتخابية والمناصب السياسية وتسيير الشأن العام.

أما الحقوق السياسية للمرأة على وجه الخصوص فترتبط بمرجعتين، دولية تلخصها مجموعة من الاعلانات والاتفاقيات الدولية، ووطنية تركزها جملة من التشريعات والقوانين الداخلية.

إن مختلف هذه التشريعات الدولية نصت على ضرورة اتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية، وبوجه خاص، تكفل للمرأة حق المساواة مع الرجل في التصويت والترشح لجميع الانتخابات والاستفتاءات العامة، والحق في شغل وممارسة جميع الوظائف العامة على جميع المستويات الحكومية وحق المشاركة في جميع المنظمات المهتمة بالحياة العامة والسياسية.

في إطار ذلك، عمل المشرع المغربي على اتخاذ مجموعة من التدابير والآليات لتعزيز مشاركة المرأة في الحياة السياسية والاستحقاقات الانتخابية، بهدف تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية، ودعم تمثيلية المرأة على مستوى جميع أجهزة اتخاذ القرار وهو ما يؤكد وجود حصيلة مهمة على مستوى المؤشرات الواقعية المرتبطة بالمشاركة السياسية للمرأة المغربية ، رغم وجود عدة عوائق اجتماعية ثقافية وسياسية مؤسسية.

• **الكلمات المفتاحية :** المشاركة السياسية للمرأة — حق التصويت — حق الترشيح — الواقع السياسي

Abstract :

Political rights are generally related to participation in political life, which mainly includes the right to vote in all elections and public referendums, the right to run for office, the right to access electoral functions and political positions, and the management of public affairs.

As for the political rights of women in particular, they are linked to two references, international ones summed up in a set of international declarations and agreements, and national ones enshrined in a set of internal legislation and laws.

These various international legislations stipulate the need to take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in political life, in particular, to guarantee women the right to vote and stand for equality with

men in all elections and public referendums, the right to occupy and exercise all public functions at all levels of government and the right Participation in all organizations interested in public and political life.

In this context, the Moroccan legislator worked to take a set of measures and mechanisms to enhance women's participation in political life and electoral benefits, with the aim of encouraging equal opportunities for women and men to access electoral functions, and supporting women's representation at the level of all decision-making bodies, which confirms the existence of an important outcome on The level of realistic indicators related to the political participation of Moroccan women, despite the presence of several institutional social, cultural and political obstacles.

- **Keywords :** Women's political participation - right to vote-Right to run - political reality.

مقدمة :

ترتبط الحقوق السياسية عموماً، بالمشاركة في الحياة السياسية التي تتضمن بالأساس الحق في التصويت في جميع الانتخابات والاستفتاءات العامة، وحق الترشيح والحق في الولوج إلى الوظائف الانتخابية والمناصب السياسية وتسيير الشأن العام.

وتستند الحقوق السياسية للمرأة في مرجعيتها الدولية، إلى مجموعة من الاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان، من أبرزها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، واتفاقية الحقوق السياسية للمرأة، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. إن هذه الاتفاقيات نصت على ضرورة اتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية، وبوجه خاص، تكفل للمرأة حق المساواة مع الرجل في التصويت والترشح لجميع الانتخابات والاستفتاءات العامة، والحق في شغل وممارسة جميع الوظائف العامة على جميع المستويات الحكومية وحق المشاركة في جميع المنظمات المهتمة بالحياة العامة والسياسية.

في إطار ذلك، عمل المشرع المغربي على اتخاذ مجموعة من التدابير والآليات لتعزيز مشاركة المرأة في الحياة السياسية والاستحقاقات الانتخابية، بهدف تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في وولوج الوظائف الانتخابية، ودعم تمثيلية المرأة على مستوى جميع أجهزة اتخاذ القرار.

استناداً إلى ما سبق، سنحاول دراسة الحقوق السياسية للمرأة انطلاقاً من تحديد الإطار المرجعي للحقوق السياسية للمرأة (المطلب الأول) لنتناول بعدها واقع الحقوق السياسية للمرأة المغربية (المطلب الثاني) ثم

اخيرا عوائق تمتع المرأة بالحقوق السياسية المنصوص عليها في اتفاقية سيداو والتشريع الداخلي (المطلب الثالث)..

المطلب الأول : الإطار المرجعي للحقوق السياسية للمرأة :

ترتبط الحقوق السياسية للمرأة عموما بمرجعيتين، دولية تلخصها مجموعة من الاعلانات والاتفاقيات الدولية، ووطنية تكرسها جملة من التشريعات والقوانين الداخلية. وسنحاول في ما يلي الوقوف عند مضمون هاتين المرجعيتين وفق ما يلي :

الفقرة الأولى : المرجعية الدولية للحقوق السياسية للمرأة :

يتحدد الإطار القانوني للحقوق السياسية للمرأة عموما في المرجعية الدولية بما تكرسه مجموعة من المواثيق الدولية. على رأس هذه المواثيق ما ورد في الإعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948، الذي تناول الحقوق السياسية بصفة عامة دون تمييز بين الرجل والمرأة، باعتبار الرجل والمرأة يتقاسمان نفس الحقوق والواجبات ويضطلعان بنفس الأدوار وينهضان بنفس الأعباء على قدم المساواة. ولقد توالى فيما بعد، الاتفاقيات والعهود الدولية التي تركز هذه الحقوق بدءا باتفاقية الحقوق السياسية للمرأة لسنة 1952 (أولا)، مروراً بالعهد الدولي للحقوق السياسية لسنة 1966 (ثانياً)، وصولاً إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979 (ثالثاً).

أولاً : اتفاقية الحقوق السياسية :

تعتبر اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة، التي اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرار 640 المؤرخ في 20 ديسمبر 1952، من أبرز الاتفاقيات التي سعت إلى تكريس مبدأ المساواة على مستوى الحقوق السياسية للمرأة دون تمييز بينها وبين الرجل. ان هذه الاتفاقية صدرت بعد أربع سنوات من إصدار الاعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948. اتفاقية يمكن اعتبارها تفسيراً أو شرحاً لمضامين ميثاق حقوق الإنسان في الشق المتعلق بالمساواة في الحقوق السياسية بين الجنسين. وتتكون هذه الاتفاقية من 11 مادة. ثلاث مواد أساسية هي التي تهتم بالحقوق السياسية للمرأة، هذه المواد هي المادة الأولى والمادة الثانية والمادة الثالثة،، فبخصوص المادة الأولى فتتص على أن: "للساء حق التصويت في جميع الانتخابات بشروط تساوي بينهم وبين الرجال دون أي تمييز".

أما المادة الثانية، فتتص على أن : "للساء الأهلية في أن ينتخب لجميع الهيئات المنتخبة بالاقتراع العام، المنشأة بمقتضى التشريع الوطني بشروط تساوي بينهم وبين الرجال دون أي تمييز".

بموازاة ذلك، تنص المادة الثالثة من نفس الاتفاقية على أن: "للساء أهلية تقلد المناصب العامة وممارسة جميع الوظائف العامة المنشأة بمقتضى التشريع الوطني بشروط تساوي بينهم وبين الرجال دون أي تمييز".

انطلاقاً من مضمون هذه المواد، يتبين أن هذه الاتفاقية تحدد الحقوق السياسية للمرأة في حق الانتخاب، وحق التصويت، وحق تولي المناصب والوظائف العمومية.

ثانياً: العهد الدولي للحقوق السياسية :

ان العهد الدولي للحقوق السياسية لسنة 1966، ألزم الدول الأطراف في هذا العهد بتوفير جميع الضمانات لكفالة المساواة بين الرجال والنساء في التمتع بجميع الحقوق المدنية والسياسية المنصوص عليها في هذا العهد. تجسيدا لهذا الهدف نصت المادة 25 على أنه " لكل مواطن الحق في أن ينتخب وينتخب في انتخابات نزيهة تجري دوريا بالاقتراع وتتاح له فرصة تقلد الوظائف العامة".

كما تنص المادة 26 منه على أن الناس جميعا سواء أمام القانون، ويتمتعون دون تمييز بحق المساواة في التمتع بحمايته. والتمييز كما هو معلوم قد يقوم على العرق أو اللون أو الجنس أو الدين أو الرأي السياسي أو غير السياسي أو الانتماء القومي أو الاجتماعي...

ثالثاً: اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة :

تم تبني هذه الاتفاقية في ديسمبر 1979 من لدن الأمم المتحدة، وتعتبر من أبرز الاتفاقيات الفئوية لا الموضوعاتية للملاحظ أن هذه الاتفاقية أكثر تقدماً من الاتفاقية الأولى، كون الاتفاقية الأولى أي اتفاقية الحقوق السياسية، تدعو إلى المساواة بين الرجل والمرأة، بينما هذه الأخيرة (السيداو) تهدف إلى القضاء على جميع أشكال التمييز.⁽¹⁾

ان أهم المواد التي لها صلة بموضوع التمثيلية السياسية للمرأة في المادة الثالثة التي تنص على أنه: " تتخذ الدول الأطراف في جميع الميادين، ولا سيما الميادين السياسية والاجتماعية والاقتصادية والاتفاقية، كل التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعي منها، لكفالة تطور المرأة وتقدمها الكاملين، وذلك لتضمن لها ممارسة حقوق الإنسان والحريات الأساسية والتمتع بها على أساس المساواة مع الرجل"

بموازاة ذلك، دعت الاتفاقية في مادتها السابعة إلى ضرورة أن: " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية والعامة للبلد، وبوجه خاص تكفل للمرأة على قدم المساواة مع الرجل الحق في:

أ- التصويت في جميع الانتخابات والاستفتاءات العامة، والأهلية للانتخاب لجميع الهيئات التي ينتخب أعضاؤها بالاقتراع العام.

ب- المشاركة في صياغة سياسة الحكومة وفي تنفيذ هذه السياسة، وفي شغل الوظائف العامة، وتأدية جميع المهام العامة على جميع المستويات الحكومية.

ت- المشاركة في أية منظمات وجمعيات غير حكومية تهتم بالحياة العامة والسياسية للبلد."

(1)العربي ايعيش، اللوبي النسائي المغربي ومعركة الثلث في أفق المناصفة العربي، سلسلة دفاتر وجهة نظر (21) سنة 2012، ص:26.

إن هذه المادة أجملت جميع أوجه المشاركة السياسية للمرأة، سواء على مستوى: الانتخاب، التصويت، التشريع، التنفيذ في المؤسسات السياسية أو المجتمع المدني. بالإضافة إلى ما سبق، تنص المادة 8 من نفس الاتفاقية على أنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتكفل للمرأة، على قدم المساواة مع الرجل، ودون أي تمييز. فرصة تمثيل حكومتها على المستوى الدولي والاشترك في أعمال المنظمات الدولية".

ارتباطاً بما سبق، ونتيجة انضمام المغرب لهذه الاتفاقيات ومصادقته على العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، عمل على ملاءمة تشريعه الداخلي مع مختلف هذه البنود. فإلى أي حد تلائم المرجعية القانونية الوطنية هذه المرجعية الدولية؟

الفقرة الثانية: المرجعية الوطنية للحقوق السياسية للمرأة:

عمل المغرب جاهداً على القيام بإصلاحات جوهرية، على مستوى البنية القانونية الداخلية، بهدف ملاءمتها مع الصكوك الدولية، وتماشياً مع التزاماته الدولية المعبر عنها خاصة بعد انضمامه لاتفاقية السيداو والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وذلك بغية ترقية المكانة السياسية للمرأة وإشراكها بصورة مباشرة في مواقع ومراكز منع القرار، ابتداءً بالدستور باعتباره أسمى تشريع وقانون الحريات العامة (أولاً)، مروراً بالتشريعات الداخلية الأخرى كقانون الوظيفة العمومية ومدونة الانتخابات (ثانياً)

أولاً: الدستور المغربي وقانون الحريات العامة

نصت مختلف التشريعات الوطنية على الحقوق السياسية للمرأة، سواء على مستوى الدستور أو قانون الحريات العامة.

1- الدستور المغربي:

لقد حرص المغرب، انسجاماً مع توصية اللجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على ادماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في التمتع بكافة الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية في تصدير دستور 2011، وضمن عدد من فصوله.

انطلاقاً من ذلك، سنحاول في هذا المطلب قراءة وضعية المرأة المغربية على المستوى الدستوري، وذلك برصد مضمون الحقوق الممنوحة لها وفق دستور 1996، باعتباره استمراراً للدساتير السابقة، مروراً بدستور 2011 الذي جاء بمجموعة من الحقوق والمكتسبات لفائدة المرأة المغربية.

أ- مضمون الحقوق السياسية الممنوحة للمرأة وفق دستور 1996:

أقرت الدساتير المتعاقبة ابتداءً من دستور 1962 إلى دستور 1996 بمساواة الرجل والمرأة في الحقوق السياسية⁽¹⁾. عمل المشرع المغربي منذ الاستقلال على الاعتراف بالأهلية القانونية للمرأة المغربية. فبالرجوع إلى الدستور المغربي لسنة 1996، وعلى غرار الدساتير السابقة، ينص في فصله الخامس وكمبدأً أساسياً

(1) نجاة الكص، مواقف وآراء حول الوضع القانوني للمرأة المغربية، دار القلم الرباط، الطبعة الأولى، يونيو 2002، ص: 43.

على المساواة بين المغاربة أمام القانون، حيث نجده ينص بصريح العبارة على أن: "جميع المغاربة سواء أمام القانون" ولفظ المغاربة طبعاً يشمل الرجال والنساء.⁽¹⁾

ويضيف الفصل الثامن من نفس الدستور أن "الرجل والمرأة متساويان في التمتع بالحقوق السياسية" مؤكداً في نفس السياق "أن لكل مواطن ذكراً أم أنثى الحق في أن يكون ناخباً إذا كان بالغاً سن الرشد وتمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية"⁽²⁾

إن الحق في التمتع بالحقوق السياسية لكل من المرأة والرجل ورد في الدساتير المغربية، حيث خصصت دساتير 1962 و 1970 و 1972 و 1992 الفصل الثامن منها لهذا الموضوع مضموناً وعبارة.⁽³⁾

إلا أن الملاحظ بهذا الخصوص، أنه بالرغم من الاعتراف المبكر للمشرع المغربي للمرأة بحقوقها السياسية، منذ مطلع الستينات من القرن الماضي، إلا أنه على مستوى الواقع السياسي يتم معاملتهن كأشخاص قصرات سياسياً، فقد كن الضحايا الرئيسيات للأمية المتفشية والفقر والهشاشة الاجتماعية والاقصاء والعنف بجميع تظاهراته، لينعكس هذا الوضع سلبياً على حقوقهن السياسية.⁽⁴⁾

وبالرغم من أن النساء المغربيات تمكن من ولوج مجالات المهن الحرة والوظيفة العمومية والمقاولة العصرية، إلا أنهن نادراً ما وصلن إلى مراكز التمثيلية الشعبية والقرار العمومي، إذ بقي إسهامهن المهني محصوراً في بعض المرافق وبعض الأنواع المحدودة من الوظائف.⁽⁵⁾ نتساءل في هذا الإطار عن موقع الحقوق السياسية للمرأة في دستور 2011؟

ب - حقوق المرأة المغربية في دستور 2011 :

تضمن دستور 2011 ضمانات أساسية لحماية حقوق الإنسان، حيث تمت "دسترة سمو المواثيق الدولية كما صادق عليها المغرب، على التشريعات الوطنية، ومساواة الرجل والمرأة في الحقوق المدنية، وذلك في نطاق احترام أحكام الدستور، وقوانين المملكة المستمدة من الدين الإسلامي، وكذا تكريس المساواة بينهما، في كافة الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، واحداث آلية للنهوض بالمناصفة بين الرجل والمرأة".⁽⁶⁾

في نفس الإطار، وإدراكاً منها لضرورة تقوية الدور الذي تضطلع به على الصعيد الدولي، فإن المملكة المغربية، العضو العام النشط في المنظمات الدولية، تتعهد بالتزام ما تقتضيه مواثيقها من مبادئ وحقوق

(1) أمين ركلمة، تأصيل مقارنة النوع في دستور 2011، مقال منشور في مجلة مسالك، عدد مزدوج 23-24، السنة: 2013 ص: 35.

(2) المرجع نفسه، ص: 35.

(3) دامية بنخويا، واقع المشاركة السياسية للمرأة المغربية، مشاركة في ندوة "المشاركة السياسية للمرأة العربية: تحديات أمام التكريس الفعلي للمواطنة: دراسات ميدانية في أحد عشر بلداً عربياً. منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان، تونس 2004 ص: 426

(4) محمد زين الدين، الحقوق السياسية للمرأة بين التمثيلات المجتمعية والترسانة القانونية، مقال منشور في مجلة مسالك، عدد مزدوج 23-24،

السنة 2013، ص: 26.

(5) المرجع نفسه، ص: 26.

(6) مقتطف من نص الخطاب السامي الذي وجهه جلالة الملك محمد السادس مساء الجمعة 17 يونيو 2011 بمناسبة الدستور الجديد.

وواجبات، وتؤكد تشبثها بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالمياً⁽¹⁾، مع خطر ومكافحة كل أشكال التمييز، بسبب الجنس أو اللون أو المعتقد أو الثقافة أو الانتماء الاجتماعي أو الجهوي أو اللغة أو الإعاقة أو أي وضع شخصي مهما كان.

ويؤكد الفصل 6 من دستور 2011⁽²⁾ على ضرورة تفعيل مبدأ المساواة بين الجنسين، وينص في هذا الإطار على ما يلي: "تعمل السلطات العمومية على توفير الظروف التي تمكن من تعميم الطابع الفعلي لحرية المواطنين والمواطنات، والمساواة بينهم، ومن مشاركتهم في الحياة السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية".

كما تضمن الفصل 19 من دستور 2011، الذي يندرج في الباب الثاني، والمتعلق بالحريات والحقوق الأساسية، تأكيداً صريحاً على مبدأ المساواة بين الجنسين، حيث نص على أنه: "يتمتع الرجل والمرأة على قدم المساواة بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى، وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها.

عموماً، نسجل أن الدستور المغربي لسنة 2011، جاء بمجموعة من الحقوق والواجبات لفائدة المرأة المغربية، يمكن تفصيلها كما يلي⁽³⁾:

- مبدأ المساواة بين الرجال والنساء في الحقوق والواجبات والحريات، حيث ساوى الدستور الجديد بين المرأة والرجل في الحقوق والواجبات والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية وفق الاتفاقيات والمواثيق الدولية كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها.

- الحق في تقديم اقتراحات في مجال التشريع وتقديم عرائض إلى السلطات العمومية، حيث أصبح يحق للمرأة المغربية على غرار الرجل سن القوانين وتقديم العرائض للسلطات العمومية.

- الحق في التصويت والترشح في إطار المساواة بين الرجل والمرأة، بحيث يحق لكل مواطن أو مواطنة التصويت والترشح للانتخابات شرط بلوغ سن الرشد القانونية والتمتع بالحقوق المدنية والسياسية. وينص القانون على مقتضيات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية. جاء في الفصل 30: "لكل مواطنة ومواطن الحق في التصويت وفي الترشح للانتخابات، شرط بلوغ سن الرشد القانونية، والتمتع بالحقوق المدنية والسياسية. وينص القانون على مقتضيات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية.

(1) تصدير دستور 2011، ظهير شريف رقم 91-11-1 الصادر في 27 من شعبان 1432 الموافق ل 29 يوليو 2011 القاضي بتنفيذ نص الدستور.

(2) الجريدة الرسمية عدد 5964، مكرر الصادرة بتاريخ 28 شعبان 1432 الموافق ل 30 يوليو 2011.

(3) أمين ركلمة، تأصيل مقارنة النوع في دستور 2011، مجلة مسالك، مرجع سابق، ص: 43-44.

التصويت حق شخصي وواجب وطني".

- معالجة الأوضاع الهشة لفئات عريضة من النساء والأمهات والأطفال والأشخاص المسنين والوقاية منها، حيث تم التنصيب على ضرورة قيام السلطات العمومية بوضع سياسات موجهة إلى الأشخاص والفئات من ذوي الاحتياجات الخاصة وتفعيلها، ولهذا الغرض تسهر الدولة على معالجة الأوضاع الهشة لفئات من النساء والأمهات، والأطفال والأشخاص المسنين والوقاية منها.

- في مجال السلطة القضائية، نص الدستور الجديد على ضرورة ضمان تمثيلية النساء القاضيات من بين الأعضاء العشرة المنتخبين للمجلس الأعلى للقضاء، جاء في الفصل 115: "ويجب ضمان تمثيلية النساء القاضيات من بين الأعضاء العشرة المنتخبين، بما يتناسب مع حضورهن داخل السلك القضائي".⁽¹⁾

- خلق مؤسسات وهيئات لحماية الحقوق والحريات وحماية حقوق الانسان والنهوض بها، حيث نص الفصل 164 من الدستور على إحداث هيئة مكلفة بالمنصفة ومحاربة جميع أشكال التمييز بموجب الفصل 19⁽²⁾، من مهامها الحرص على احترام الحقوق والحريات المنصوص عليها في الفصل المذكور، مع مراعاة الاختصاصات المسندة إلى المجلس الوطني لحقوق الإنسان

انطلاقاً من هذه المقترضات، يتضح أن هناك إرادة سياسية قوية لترسيخ المساواة بين الجنسين عبر تبني مطلب دسترة المساواة، من خلال إحداث هذه الهيئة لإنجاح مهام المجلس الاستشاري للأسرة والطفولة، من أجل الحفاظ على حقوق الأسرة والطفل وضمان المساواة بين الجنسين في الحقوق.⁽³⁾

عموماً، يمكن القول إن المغرب عمل من خلال الدستور على التنصيب على عدة مقترضات دستورية مهيكلت ترسي الضمانات والشروط اللازمة لترسيخ دولة الحق والقانون التي تحترم حقوق الإنسان، ومن ثمة إعطاء المرأة المغربية كل حقوقها وتحديد واجباتها كمواطنة فعالة في المجتمع بهدف رآب الهوة التي تكونت تاريخياً بين الجنسين في مجال التمتع بالحقوق والحريات الإنسانية التي لا يمكن أن تضيق أو أن تمنح بشكل طبيعي.⁽⁴⁾ نتساءل في هذا الاطار عن موقع المرأة في قانون الحريات العامة؟

2- قانون الحريات العامة :

انطلاقاً من الظهير الشريف رقم 1.58.376 بتاريخ نوفمبر 1958 والظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.73.283 بتاريخ 10 أبريل 1973 المتعلق بحق تأسيس الجمعيات فإن قانون الحريات العامة، وإن كان لا يشير صراحة إلى المواطنين حسب الجنس كما هو الشأن بالنسبة للفصل الثامن من الدستور، فإنه لا ينص

(1) الفصل 115 من الدستور المغربي.

(2) ينص الفصل 19 من الدستور على ما يلي: "يتمتع الرجل والمرأة، على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى، وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها.

تسعى الدولة إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء. وتُحدث لهذه الغاية، هيئة للمناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز".

(3) أمين ركلمة، تأصيل مقارنة النوع في دستور 2011، مرجع سابق ص: 45.

(4) المرجع نفسه، ص: 45.

على أي تمييز بين الجنسين بشأن تأسيس الجمعيات، وهو يستعمل لفظة شخص للدلالة على المرأة والرجل⁽¹⁾، ينص الفصل الأول المعرف للجمعيات على أن: "الجمعية هي اتفاق لتحقيق تعاون مستمر بين شخصين أو عدة أشخاص لاستخدام معلوماتهم أو نشاطهم لغاية غير توزيع الأرباح فيما بينهم". كما أنه لا يشترط أي شرط بالنسبة إلى انخراط النساء في الجمعيات أو تأسيسهن لها، بل إن هذا التأسيس يتم بكل حرية. جاء في الفصل 2: "يجوز تأسيس جمعيات الأشخاص بكل حرية ودون سابق إذن بشرط أن تراعي في ذلك مقتضيات الفصل 5" ويحدد هذا الفصل، أي الخامس، المقتضيات الواجب اتباعها لكي تتمتع الجمعيات بالأهلية القانونية ولا يشتمل هذا الفصل على أي تمييز بين الجنسين. كذلك لا نجد في إطار قانون الحريات العامة، أي تمييز بين الجنسين فيما يتعلق بالقانون المنظم للتجمعات العمومية أو القانون المتعلق بالصحافة⁽²⁾، فالفصل الأول من قانون الصحافة يشير إلى حرية الطباعة وترويج الكتب، جاء فيه: "إن الطباعة وترويج الكتب حران"، كما ينص الفصل 3 من نفس القانون على أنه: "يمكن نشر كل جريدة أو مطبوع دوري بحرية بعد القيام بالإجراءات المقررة في الفصل الخامس من ظهيرنا الشريف هذا" (أي الظهير الشريف رقم 1.58.378 بتاريخ 15 نونبر 1958 بشأن قانون الصحافة بالمغرب)، ومعلوم أن الاجراءات المقررة بالفصل الخامس لا تتعلق سوى بالإجراءات القانونية المتعلقة بالنشر.

ثانيا: قانون الوظيفة العمومية ومدونة الانتخابات :

تعتبر الحقوق السياسية للمرأة في المغرب مكسبا تحقق منذ السنوات الأولى للاستقلال، حيث منح هذا الحق للمرأة بمقتضى قانون الوظيفة العمومية 1958 ومدونة الانتخابات فيما بعد.

1- قانون الوظيفة العمومية :

ينص الظهير الشريف رقم 1.58.008 المؤرخ في 24 فبراير 1958 المتضمن للقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية في فصله الأول على المساواة بين الجنسين فيما يتعلق بالوصول إلى الوظائف العمومية. جاء في هذا الفصل: "لكل مغربي الحق في الوصول إلى الوظائف العمومية على وجه المساواة. ولا فرق بين الجنسين عند تطبيق هذا القانون ما عدا المقتضيات التي ينص عليها أو التي تنتج عن قوانين أساسية خصوصية". الملاحظ أن قانون الوظيفة العمومية يساوي بين الجنسين فيما يتعلق بولوج أسلاك الإدارة، وفيما يتعلق بالأجر والترقية إلا أنه من جهة أخرى لا يساوي بين الموظفين من الجنسين فيما يتعلق بولوج بعض المناصب الخاصة ببعض الإدارات انطلاقا من أنظمتها الأساسية.⁽³⁾

أما النظام الأساسي الخاص بموظفي المديرية العامة للأمن الوطني، فإنه عندما يستعمل صيغة المذكر فإنه يقصد بها الذكور، ذلك أن هناك الفصول المتعلقة بمنصب للنساء ونجدها محددة بصريح العبارة في هذا القانون، وهكذا فإننا لا نجد أثرا للنساء في وظائف مثل حراس الأمن وضباط الأمن وقواد حراس الأمن

(1) دامية بنخويا، واقع المشاركة السياسية للمرأة المغربية، مرجع سابق، ص: 427.

(2) دامية بنخويا، واقع المشاركة السياسية للمرأة المغربية، مرجع سابق، ص: 428.

(3) المرجع نفسه، ص: 428.

ومفتشي الشرطة وعمداء الشرطة، وولاية الأمن في حين نجد أن وظائف مسعفات الشرطة ومساعدات الشرطة حكرا على النساء وحدهن بحيث يتم التنصيب بصيغة التأنيث على موظفات هذا الإطار. إن عملية التذكير والتأنيث في لغة الفصول تحدد بوضوح المجالات التي يمكن للمرأة أن تشتغل بها، ويتأكد هذا الأمر من خلال الفصل 45 الذي جاء ليحدد اجراءات تعيين التقنيين من الجنسين، بحيث تم الحديث عن الجنسين معا بتعبير "المرشحين" والمرشحات"، أما النظام العام للقوات المساعدة فهو مجال حكر على الرجال دون الاناث، وهذا ما تؤكد التسمية التي يحملها الظهير الشريف بمثابة قانون والمتعلق بالنظام الأساسي الخاص ب: "رجال" القوات المساعدة، كما تؤكد ذلك تسميات الاسلاك والدرجات التي يرتب فيها "رجال" القوات المساعدة وهي: رجال القيادة، سلك المفتشين، سلك المساعدين ورجال الصف. نفس هذا التوجه الذكوري ينطبق على رجال المطافئ، حيث إننا نجد المرسوم رقم 83.77.2 المؤرخ بتاريخ 5 فبراير 1977 المنظم للنظام الأساسي الخاص بهيئة رجال المطافئ، يجعل هذه الوظيفة حكرا على الرجال دون الإناث، ويحدد الفصل الأول هيئة رجال المطافئ في: سلك رجال المطافئ وسلك ضباط الصف لرجال المطافئ، وسلك ضباط رجال المطافئ.⁽¹⁾

أما بالنسبة إلى الجنسين، فإن المرسوم الملكي بتاريخ 10 فبراير 1966 يحرص الوظائف التي تشغلها النساء في العمل الاجتماعي، ولا يخفى أن ابعاد النساء عن مناصب السلطة التابعة لوزارة الداخلية هو ابعاد لهن عن مراكز القرار، ذلك أن هذه الوظائف كلها باستثناء الوقاية المدنية هي وظائف تندرج في إطار سلطة القرار.

وبهذا فإن قانون الوظيفة العمومية وإن بدا في مقتضياته العامة قانونا قائما على المساواة فهو قانون قائم على التمييز وتحكمه عقلية ذكورية ترسخ للنظرة السائدة حول المرأة التي لا يجب أن تتولى السلطة. وفي هذا الإطار فالمعدل الإجمالي لتأنيث الوظيفة العمومية يبلغ فقط 39.7% سنة 2018.⁽²⁾

2- مدونة الانتخابات :

تندرج مدونة الانتخابات ضمن الاصلاحات التي جاءت بها المراجعة الدستورية بتاريخ 13 سبتمبر 1996 وينظمها الظهير الشريف رقم 97.83 الصادر في 2 أبريل 1997 بشأن تنفيذ القانون رقم 9.97 المتعلق بمدونة الانتخابات.

وقد نصت هذه المدونة في فصلها الثالث المتعلق بتحديد هوية الناخبين، على أن الناخبين هم: "المغاربة ذكورا وإناثا البالغون من العمر عشرين سنة شمسية كاملة والمتمتعون بحقوقهم المدنية والسياسية غير الموجودين في إحدى حالات فقدان الأهلية الانتخابية المنصوص عليها في هذا القانون".

(1) دامية بنخويا، واقع المشاركة السياسية للمرأة المغربية، مرجع سابق ، ص: 430.

(2) المملكة المغربية، وزارة اصلاح الادارة والوظيفة العمومية، مكانة المرأة الموظفة بمناصب المسؤولية في الادارة العمومية بالمغرب، ماي 2018، ص:

بناء على ذلك، فالمرأة ما لم تشملها إحدى هذه الحالات، فهي تضمن لها على وجه المساواة مع الرجل الحق كناخبة، كما أن عليها مثل الرجل واجب طلب التقييد في اللائحة الانتخابية للجماعة التي يقيمون فيها منذ ثلاثة أشهر⁽¹⁾. في هذا الإطار تنص المادة 3 من مدونة الانتخابات، على ما يلي: "الناخبون هم المغاربة ذكورا وإناثا البالغون من العمر ثمان عشرة سنة شمسية كاملة على الأقل..."⁽²⁾

هكذا يتساوى المغاربة ذكورا وإناثا في كونهم ناخبين، كما يتساوون أيضا في شروط الأهلية للترشح، ذلك أن المادة الأولى من القانون رقم 36,08³ تشترط لأهلية الترشيح بالإضافة إلى السن أن يكون المترشح ناخبا،⁽⁴⁾ وقد جاء نص هذه المادة كما يلي: "يشترط في من يترشح للانتخابات أن يكون ناخبا وبالغا من العمر واحدا وعشرين سنة شمسية كاملة على الأقل في التاريخ المحدد للاقتراع"⁽⁵⁾.

المطلب الثاني : واقع تمتع المرأة المغربية بحقوقها السياسية :

لقد تم إقرار الحقوق السياسية للمرأة في مختلف الدساتير التي عرفها المغرب منذ سنة 1962 إلى غاية 1996 وذلك في الفصل الثامن الذي يقضي بأن: "الرجل والمرأة متساويان في التمتع بالحقوق السياسية. لكل مواطن، ذكرا كان أو أنثى، الحق في أن يكون ناخبا إذا كان بالغا سن الرشد. ومتمتعاً بحقوقه المدنية و السياسية".

علاوة على ذلك صادق المغرب على العديد من المعاهدات والمواثيق والاتفاقيات التي تهدف إلى ضمان مشاركة المرأة في العمل السياسي.

إلا أنه ورغم هذه الترسانة القانونية، فالأرقام تظهر بأن ولوج المرأة إلى الحقل السياسي عرف مقاومات عديدة على مستوى الواقع، وهو ما يجعلنا على الأبعاد السوسيولوجية لإشكالية المشاركة السياسية للمرأة المغربية المتسمة بالتناقض بين تحسن وضعيتها الاجتماعية واستمرار عزلتها السياسية، وذلك أن التحولات الاجتماعية التي راكمت البلاد في العقود الأخيرة أفضت إلى تحسن نسبي لوضعية المرأة، وقد تمثلت هذه التحولات بالأساس بتحقيقها للانتقال الديموغرافي واقتحامها لسوق الشغل، إلا أن هذا التطور تساكنت مع استمرار التمثيلات النمطية التي تحول دون مشاركتها السياسية.⁽⁶⁾

(1) دامية بنخويا، واقع المشاركة السياسية للمرأة المغربية، مرجع سابق، ص: 431.

(2) القانون رقم 64,02 بتغيير وتتميم القانون رقم 9.97 المتعلق بمدونة الانتخابات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 103,83 بتاريخ 20 محرم 1424 (24 مارس 2003). بالجريدة الرسمية عدد: 5093 بتاريخ 20 محرم 1424 الموافق ل 24 مارس 2003، ص: 1001.

(3) القانون 36,08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.08.150 بتاريخ 2 محرم 1430 (30 ديسمبر 2008) بالجريدة الرسمية عدد 5696 بتاريخ 4 محرم 1430 (فاتح يناير 2009)، ص: 3.

(4) دامية بنخويا، واقع المشاركة السياسية للمرأة المغربية، ص: 431.

(5) المملكة المغربية، وزارة العدل، مديرية التشريع، قانون مدونة الانتخابات رقم 97.9، ص: 9.

(6) محمد كولفرني: المشاركة السياسية للمرأة بالمغرب الدلالة الاتفاقية والاحتجاجية، مقال منشور ب"المرأة العربية من العنف والتمييز إلى المشاركة السياسية"، مركز دراسات الوحدة العربية سلسلة كتب المستقبل العربي 70، الطبعة الأولى، يناير 2014 بيروت ص: 116.

لهذا ظل الحضور السياسي للمرأة المغربية ضعيفا لأن تمثيلها السياسي كان مغيبا عن أجندة الفاعلين، ويعود هذا الوضع إلى الهيمنة البطريركية على الحقل السياسي. حيث ظل إقبال المرأة المغربية على السياسة كنشاط ذكوري بامتياز ضعيفا، مما أفضى إلى بعدها عن مركز القرار السياسي وجعلها موضعا للسياسة أكثر منها فاعلة سياسية. وقد أفضى هذا الوضع إلى اختزال دورها السياسي في التصويت في الاستحقاقات الانتخابية. وإذا ما تجاوزنا حق المرأة في التصويت، فإن الحقوق السياسية المخولة للمرأة المغربية لا تجد طريقها للتطبيق الفعلي، لأن المجال السياسي لا زال يعتبر مجالا ذكوريا، وأن حضوره مقتصر على الذكور دون الإناث، وأن مراكز اتخاذ القرار بدورها ذكورية، مما يجعل الحقوق السياسية المعترف بها للمرأة في النص الدستوري تحتل على مستوى التطبيق والممارسة في التصويت ولا تتعدى كونها صوتا انتخابيا يراهن عليه.⁽¹⁾ ان المرأة كناخبة وكقوة عديدة تشكل رهانا سياسيا ذا أهمية كبيرة باعتبار وزنها في الهيئة الانتخابية.⁽²⁾

أولا: واقع المشاركة السياسية للمرأة بالمغرب في الانتخابات البرلمانية والمحلية :

بالرغم من الاعتراف المبكر للمرأة المغربية بالحقوق السياسية ومنذ مطلع ستينيات القرن الماضي، إلا أن تمثيلتها السياسية ظلت لعقود من الزمن ضعيفة، نتيجة عدة عوامل ثقافية وسياسية واجتماعية لها علاقة بالنظرة النمطية للمرأة في المجتمع، وللأمية التي ظلت نسبتها مرتفعة في صفوف النساء. فما هو واقع التمثيلية السياسية للمرأة المغربية؟

1- موقع المرأة في الانتخابات البرلمانية :

إذا كان الدستور المغربي يقر بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في المجال السياسي منذ سنة 1962 وينص على ضمان التمتع بالحقوق السياسية لكلا الجنسين، إلا أن هذه الحقوق كانت مختزلة في حق التصويت كما سبق أن أوضحنا ذلك.

فعلى صعيد الانتخابات التشريعية في تجرتي 1963 و 1977 لم يتعد عدد المرشحات سبع مرشحات بالرغم من أن النساء كن يشكلن نسبة 48,5 بالمائة من الناخبين
أما في انتخابات 1984 كان عدد المرشحات 16 مرشحة من مجموع 1366 مرشحا ولم تفرز أي منهن بأي مقعد.⁽³⁾

(1) سناء زعيبي: الوضع القانوني للمرأة المغربية بين الكونية والخصوصية رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، إشراف: عسو

منصور جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، كلية الحقوق الموسم الجامعي: 2005-2006، ص: 135

(2) رقية المصدق، المرأة والسياسة: التمثيل السياسي في المغرب، دار توبقال للنشر ط 1 السنة 1990، ص 29

(3) سناء زعيبي، الوضع القانوني للمرأة المغربية بين الكونية والخصوصية، مرجع سابق، ص 181

إن جميع هذه التجارب الانتخابية لم تعرف فوز أي مرشحة من عدد المرشحات إلى حدود انتخابات 25 يونيو 1993، التي عرفت فوز — لأول مرة في التاريخ النيابي المغربي، مرشحتين اثنتين⁽¹⁾، وقد تكرر الرقم نفسه في انتخابات 14 نوفمبر 1997. رغم ارتفاع عدد المرشحات إلى 68 مرشحة.⁽²⁾

إن التحول الكبير للمشاركة السياسية للمرأة المغربية، قد حصل مع انتخابات 28 شتنبر 2002، التي أسفرت عن انتخاب 35 امرأة. إن هذا التطور النوعي ارتبط أساسا بتبني المغرب لنظام الكوتا، حيث تم تخصيص نسبة 10 بالمائة أي 30 مقعد على الصعيد الوطني من مجموع أعضاء البرلمان الذي يضم حوالي 325 عضوا.⁽³⁾

إن هذا المعطى مكن المغرب من تصدر ترتيب البلدان العربية من حيث نسبة حضور النساء في المجالس التشريعية، حيث تقدم على سوريا التي وصل عدد النساء في برلمانها إلى 25 برلمانية من أصل 250 نائبا، وعلى تونس التي وصلت فيها نسبة حضور النساء إلى 14 من أصل 175، ومصر التي لا يتجاوز فيها عدد النائبات 11 من أصل 454 نائبا، ولبنان التي لا تضم سوى 3 برلمانيات من مجموع 127 نائبا.

بموازاة ذلك، اعتبر الاتحاد البرلماني الدولي أن انتخاب 35 امرأة مغربية خلال اقتراع شتنبر 2002 "تقدما ذو دلالة (...)" وسابقة في أفق تحقيق مشاركة أكبر للنساء وترسيخ ديموقراطيتها⁽⁴⁾.

إلا أنه في انتخابات 7 شتنبر 2007 عرف تمثيل المرأة في البرلمان تراجعا طفيفا، إذ تم انتخاب 34 امرأة فقط من بين 325 عضوا وذلك رغم التجربة المسجلة في 2002 المتعلقة بتبني قائمة وطنية خاصة بالنساء، والإجماع الحاصل بين الأحزاب السياسية من أجل إدراج حصة للنساء على قائمتهم.⁽⁵⁾

ولقد تم انتخاب 30 مقعد عن طريق اللائحة الوطنية، و4 مقاعد عن طريق اللوائح المحلية لتصل نسبة النساء إلى 10,46% من مجموع أعضاء مجلس النواب و1,11% في مجلس المستشارين بثلاث نساء.⁽⁶⁾

أما الانتخابات البرلمانية ل 25 نونبر 2011، والتي أجريت في ظل دستور 29 يوليوز، والذي نص في عدد من فصوله على تفعيل المساواة بين الرجال والنساء وكذا سعي الدولة إلى تحقيق مبدأ المناصفة في الفصل 19، كما ينص الفصل 30 على مقتضيات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية. إن هذه الانتخابات عرفت وصول 67 امرأة إلى المؤسسة التشريعية أي بنسبة 17

(1) هما بديعة الصقلي، وسميرة بناني سميرس

(2) محمد بن هلال، المشاركة السياسية للمرأة بالمغرب بين المعوقات وسبل التجاوز مقال منشور بالمجلة العربية للعلوم السياسية، العدد 29 يناير

2011، مركب دراسات الوحدة العربية، ص: 129

(3) المرجع نفسه، ص 129

(4) محمد بن هلال، المشاركة السياسية للمرأة بالمغرب بين المعوقات وسبل التجاوز، مرجع سابق، ص: 130

(5) نعيمة سمنية دور المرأة المغربية في التنمية السياسية المحلية وعلاقتها بأنظمة الحكم نماذج الجزائر، تونس، المغرب مذكرة لنيل شهادة الماجستير في

العلوم السياسية والعلاقات الدولية كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قصدي السنة الجامعية: 2010-2011 ص: 116

(6) محمد بن هلال المشاركة السياسية للمرأة بالمغرب بين المعوقات وسبل التجاوز. مرجع سابق ص: 13

فلمائة إلى مجلس النواب بعد الرفع من حصة النساء في اللائحة الوطنية المخصصة للنساء والشباب إلى 60 امرأة و30 شابا، وهو ما جعل ترتيب المغرب يتحسن عالميا في سلم التمثيلية النسائية في البرلمان.⁽¹⁾

2 — موقع المرأة في المجالس المحلية :

إذا كان حضور المرأة في المؤسسة البرلمانية قد عرف تطورا بفضل نظام الكوتا في انتخابات 2002 و2007 و2011، فإن حضورها في الانتخابات المحلية ظل ضعيفا، حيث إن عدد المنتخبات في جماعات 1992 لم يتجاوز 77 مستشارة بنسبة 0,34 بالمائة من المرشحين وفي عام 1997 كان العدد 74 منتخبة بنسبة 0,34% وفي انتخابات 2003 وصل العدد إلى 128 بنسبة 0,53%.⁽²⁾

كما لم تتجاوز نسبة المرشحات في انتخابات سنة 2003، 5% مقابل 95% للرجال، ولقد أفضى هذا الوضع إلى فشل نسائي ذريع حيث لم تتجاوز نسبة المستشارات البلديات 0,34% من الحجم الإجمالي للمستشارين الجماعيين، إلا أن تمثيلية المرأة على هذا المستوى شهدت تطورا مهما في جماعات 2009 بفضل نظام الكوتا، حيث أفضى الأخذ بهذا النظام إلى وصول عدد النساء المنتخبات إلى 3407 من أصل 20407 مرشحة. هذا التطور انعكس على تطور حضورهن مقارنة مع سنة 2003 بنسبة 2,50%.⁽³⁾

لقد اعتبر إقرار نظام الكوتا مطلباً مركزياً لدى مختلف التنظيمات النسائية منذ فترة التسعينيات من خلال المذكرات المطالبة، نظراً لاعتباره آلية تمكن المرأة من ولوج مراكز القرار وتحقيق المساواة الفعلية، وكذا إبراز كفاءة المرأة في تدبير الشأن العام في أفق توفير أرضية سياسية مواتية للتنافس، إلا أن الحصيلة المحدودة لهذا النظام تبرز وجود أسباب عميقة وإكراهات حقيقية تحول دون اعتباره رافعة لتطوير المشاركة السياسية للمرأة⁽⁴⁾

عموماً، لعبت التشريعات و الإجراءات المتخذة لرفع التمثيلية النسائية دوراً مهماً في تقوية المشاركة السياسية للمرأة بمناسبة انتخابات 4 شتنبر 2015، حيث شكلت النساء فعليا، حسب التقرير الأولي للمجلس الوطني لحقوق الإنسان حول ملاحظة الانتخابات، نسبة 21,94% من مجموع الترشيحات للانتخابات الجماعية (28725 ترشيح)، و38,64% من مجموع الترشيحات للانتخابات الجهوية (2928 ترشيحاً). وأوضحت معطيات وزارة الداخلية حول الانتخابات الجماعية والجهوية حصول النساء في الانتخابات الجماعية ل 4 شتنبر 2015 على 6673 مقعداً، أي ما يعادل تقريبا ضعف العدد المسجل خلال الاقتراع الجماعي لسنة 2009.⁽⁵⁾

(1) صباح العمراني، المرأة والمشاركة السياسية بالمغرب، مرجع سابق، ص: 105

(2) محمد كولفري، المشاركة السياسية للمرأة بالمغرب: الدلالة الاتفاقية والاحتجاجية، مرجع سابق، ص: 122-123

(3) المرجع نفسه، ص 123

(4) صباح العمراني المرأة والمشاركة السياسية بالمغرب، مرجع سابق ص 161

(5) خالد الرحموني، دور التدابير التشريعية في التمكين السياسي للمرأة بالمغرب مساهمة في تقييم تمثيلية المرأة من خلال انتخابات 2011 مقال منشور بالمجلة المغربية للدراسة القانونية والاقتصادية، عدد مزدوج 1 و2 يناير 2017، مطبعة 44 برانت، الدار البيضاء ص: 26-27.

وفي هذا الصدد اعتبرت رئيسة بعثة منظمة " جندر كونسيرن انترناشيونال " صبرابانو، أن مشاركة النساء إلى جانب الرجال في المسلسل الانتخابي تعد مؤشرا "جد قوي" على التقدم الديمقراطي للمغرب، وسجلت أن النساء حظيت بحق الولوج داخل وخارج مكان التصويت ولم يتم تسجيل أي قمع في حقهن. عموما، فقد شكلت محطة 4 شتنبر 2015 حسب المتبعين للشأن السياسي والمحلي بالمغرب خطوة نوعية نحو تعزيز التمثيلية النسائية في المجالس المحلية، حيث تشير النتائج المحصل عليها على مستوى نصيب النساء من المقاعد إلى نجاح سياسة المغرب في تشجيع ودعم مشاركة المرأة في مسلسل اتخاذ القرار وتسيير الشأن العام على كافة المستويات، وكذا ضمان وصولها إلى المؤسسات التمثيلية.⁽¹⁾

ثانيا: حضور المرأة في الحكومة والأحزاب :

ساهمت المقترحات التشريعية التي سنها المشرع المغربي في تطور المشاركة السياسية للمرأة المغربية، سواء على مستوى الحكومة أو داخل الأحزاب.

1— موقع المرأة في الحكومة المغربية :

على مستوى موقع المرأة في المناصب العليا عموما، وفي الحكومة على الخصوص فسنة 1997 تشكل محطة بارزة في هذا الصدد، إذ لأول مرة يعرف المغرب تعيين أربع كاتبات دولة في حكومة تتكون من ثلاثين عضوا. إن هذا التعيين يشكل منعطفًا حاسمًا في مسار الوعي بضعف تمثيلية النساء في مجال اتخاذ القرار⁽²⁾ وعلى العكس من ذلك، تم تقليص ذلك العدد إلى كاتبتين دولة في حكومة التناوب ل 1998، كما أسفر التعديل الحكومي لسبتمبر 2000 على تعيين أول امرأة وزيرة في تاريخ المغرب، وقد ارتفع هذا العدد في الحكومة التي تم الإعلان عنها في 7 نونبر 2002 إلى 3 حقائب وزارية ثم إلى 7 حقائب في حكومة 2007.⁽³⁾

إن الملاحظ أن استوزار المرأة المغربية لم يجعلها تصل إلى منصب وزيرة كاملة الاستوزار إلا سنة 2002، نظرا لتعيينهن ككاتبات دولة تحت قيادة ذكورية، إضافة إلى اختصار استوزار المرأة المغربية على حقائب وزارية في إطار المجال الاجتماعي، كالأسرة والطفل والعمل التضامني والجالية، أما في حكومة سنة 2012 فالملاحظ عموما، أن هذا الحضور النسوي، الذي لا يلغي التمييز سيتراجع إلى أدنى مستوياته مع حكومة عبد الإله بنكيران، إذ لم تمثل المرأة سوى بوزيرة واحدة هي، بسيمة الحقاوي، من أصل 30 وزيرا، وقد أفضى هذا التراجع إلى تقهقر الترتيب العالمي للمغرب من المرتبة 39 عام 2007 إلى المرتبة 93 سنة 2012.⁽⁴⁾ ولقد تم تعديل هذه الحكومة في يوليوز 2013، حيث ارتفعت تمثيلية النساء إلى ست وزيرات. أما بعد اعفاء عبد الإله بنكيران كرئيس للحكومة، فقد تم سنة 2017 تشكيل حكومة جديدة برئاسة سعد الدين العثماني،

(1) المرجع نفسه، ص: 27

(2) محمد بن هلال، المشاركة السياسية للمرأة بالمغرب بين المعوقات وسبل التجاوز مرجع سابق، ص: 131

(3) المرجع نفسه، ص: 131

(4) محمد كولفوني، المشاركة السياسية للمرأة بالمغرب الدلالة الاتفاقية والاحتجاجية، مرجع سابق ص: 125

وقد تضمنت 9 وزيرات، في نفس السياق شهدت الولاية التشريعية ما بين سنة 2016 و 2021 تعديلا حكوميا جديدا، مباشرة بعد خطاب العرش لسنة 2019، الذي طالب فيه الملك محمد السادس الحكومة ب"تجديد مناصب المسؤولية"، ولقد تضمن هذا التعديل تقليص عدد الحقائق الوزارية من 39 الى 24، من بينهم 4 نساء.

أما بخصوص نسبة تمثيلية النساء في البعثات الدبلوماسية والقنصلية، فقد عرفت تطورا مهما بين 2011 و2017، حيث انتقلت نسبة سفيرات المملكة في الخارج من 13,33% سنة 2011 إلى 21,96% سنة 2017 ونسبة القنصلات العامة من 2,70% سنة 2011 إلى 17,39% سنة 2017.⁽¹⁾

أما فيما يخص حضور المرأة في المنظمات الدولية وتمثيلها للمملكة على الصعيد الدولي، تم انتخاب أو تعيين عدد من النساء الخبيرات في مناصب عليا للجنة المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان، لاسيما فريق العمل حول الاختفاء القسري أو غير الطوعي ولجنة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية اللاإنسانية أو المهينة، ولجنة حقوق الطفل، ومجلس إدارة منظمة العمل الدولية، ومنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة، كما تتواجد 54 سيدة مغربية بمختلف المنظمات الدولية، وبلغ عدد الموظفات المعينات بالبعثات الدبلوماسية 280 بنسبة 24% والموظفات المعينات بمراكز القنصليات 335 بنسبة 37% سنة 2018.⁽²⁾

على العموم، تجدر الإشارة أن مسألة وصول المرأة إلى مركز اتخاذ القرار يرتبط غالبا بمجموعة من المعطيات، كالأصل الاجتماعي والتكوين العلمي... إلخ، كما تتأثر بطبيعة العقلية والأنماط الثقافية السائدة في المجتمع، إلا أن هناك بعض التحول قد حصل في هذا المجال بفعل عملية التحديث التي ساهمت في خلخلة مجموع التصورات والمفاهيم الموروثة حول دور المرأة في المجتمع. إن هذا التحول يتم ببطء إلا أنه ثابت ويتأكد يوما بعد يوم.⁽³⁾

2 - موقع المرأة في الأحزاب السياسية :

تكتسي وضعية المرأة في الأحزاب السياسية أهمية خاصة، ويرجع ذلك إلى أن الأحزاب السياسية هي إحدى القنوات المهمة لولوج مراكز القرار السياسي، سواء في بعده التمثيلي أو التنفيذي. وإذا كان زعماء الأحزاب السياسية يتمسكون بخطابات مشجعة لإدماج المرأة في المجال السياسي، فإن وضعية المرأة داخل الأجهزة التنظيمية والتنفيذية للأحزاب نفسها تشير إلى تأخر كبير على هذا المستوى⁽⁴⁾، فرغم أن الأحزاب السياسية بنى أساسية لولوج الوظائف السياسية، إلا أنها مازالت نوادي خاصة

(1) التقرير الخامس والسادس للمغرب حول اعمال اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، 27 يناير 2020، ص: 13

(2) التقرير الخامس والسادس للمغرب حول اعمال اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، 27 يناير 2020، ص: 15

(3) التقرير الخامس والسادس للمغرب حول اعمال اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، 27 يناير 2020، ص: 131

(4) محمد بن هلال المشاركة السياسية للمرأة بالمغرب بين المعوقات وسبل التجاوز مرجع سابق ص: 132

بالرجال، ولهذا فإن حضور النساء في المكاتب السياسية للأحزاب المغربية كان منعزلاً أو ضعيفاً⁽¹⁾ ورغم أن الدستور المغربي يقر في فصله الثالث بأن "الأحزاب السياسية، والمنظمات النقابية والجمعيات المحلية والغرف المهنية تساهم في تنظيم المواطنين وتمثيلهم"، إلا أن تواجد النساء على مستوى الأحزاب بقي ضعيفاً خاصة خلال العقود الأولى من الاستقلال، حيث كان الحراك الحزبي يتجاهل العنصر النسوي في عضوية الهياكل الحزبية. فعلى سبيل المثال حزب الاستقلال الذي يعد من أقدم الأحزاب المغربية، لم تحتل منذ نشأته وبعد ثلاث عقود من الاستقلال تقريباً، المرأة الاستقلالية أي منصب في أجهزته القيادية. و كانت سنة 1982 رمزية في هذا الصدد، إذ ضمت اللجنة التنفيذية للمؤتمر في أبريل من السنة نفسها امرأتين، وقد ارتفع هذا العدد إلى ثلاث نساء بعد المؤتمر الذي عقد في أواخر فبراير 1997.⁽²⁾

ولا يختلف الأمر بصفة عامة، على هذا المستوى في باقي الأحزاب فالاتحاد الاشتراكي لم يكن يعرف حضور المرأة في مكتبه السياسي إلا في المؤتمرات الأخيرين، حيث أنه لم يكن يضم في لجنته المركزية إلا أربع مناضلات من أصل 101 مناضل.⁽³⁾ أما حزب التجمع الوطني للأحرار والحزب الاشتراكي الديمقراطي، قبل أن يندمج في الاتحاد الاشتراكي فيضمان امرأة واحدة.⁽⁴⁾ إلا أن بداية الألفية الثانية وبالضبط سنة 2000 شهدت تطوراً نوعياً، حيث تبنت بعض الأحزاب السياسية نظام الحصص بما يصل إلى 20% تقريباً من تركيبة هيئات صنع القرار على المستوى الوطني.⁽⁵⁾

فبناء على مقترحات لجنة التنسيق الوطنية لنساء الأحزاب السياسية التي تكونت من ممثلات عن 10 أحزاب سياسية، بهدف بحث وسائل تعزيز مركز المرأة داخل الأجهزة القيادية للأحزاب السياسية، قامت بعض الأحزاب بتطبيق مبدأ الحصة التمييزية (نظام الكوتا) لتعزيز تمثيل النساء داخل الأجهزة الحزبية. وهكذا خصص حزب الاستقلال والاتحاد الاشتراكي 20% للنساء في المراكز العليا للحزب، يليهما في ذلك التجمع الوطني للأحرار بنسبة 5% ضمن اللجنة المركزية، ثم بقية الأحزاب بأقل من تلك النسبة.⁽⁶⁾

هذا وقد نصت المادة 26 من القانون التنظيمي رقم 11-29 المتعلق بالأحزاب السياسية فيما بعد، على التمييز الإيجابي بما يلي "يجب أن يسعى كل حزب سياسي إلى توسيع وتعميم مشاركة النساء والشباب في التنمية السياسية للبلاد ولهذا الغاية يتخذ كل حزب سياسي التدابير الملائمة لضمان نسبة تمثيلية وازنة

(1) محمد كولفوني، المشاركة السياسية للمرأة بالمغرب الدلالة الاتفاكية والاحتجاجية مرجع سابق، ص:125

(2) نعيمة سمينة، دور المرأة المغربية في التنمية السياسية المحلية وعلاقتها بأنظمة الحكم نماذج الجزائر، تونس، المغرب، مرجع سابق، ص:120

(3) محمد بن هلال، المشاركة السياسية للمرأة بالمغرب بين المعوقات وسبل التجاوز، مرجع سابق، ص:132

(4) محمد كولفوني المشاركة السياسية للمرأة بالمغرب الدلالة الاتفاكية الاحتجاجية مرجع سابق، ص:126

(5) نعيمة سمينة دور المرأة المغربية في التنمية السياسية المحلية وعلاقتها نماذج الجزائر، تونس المغرب، مرجع سابق، ص:120

(6) محمد بن هلال، المشاركة السياسية للمرأة بالمغرب بين المعوقات وسبل التجاوز، ص:133

للنساء في أجهزته المسيرة وطنيا وجهويا ولا تقل عن الثلث في أفق التحقيق التدريجي لمبدأ المناصفة بين الرجال والنساء⁽¹⁾

هكذا أصبحت الأحزاب السياسية المغربية، تلعب دورا هاما في دفع النساء نحو الهيئات السياسية المنتخبة، وذلك عبر تنظيماتها السياسية وانتدابهن من داخل هياكل الأحزاب⁽²⁾، حيث شهدت سنة 2006 صعود أول امرأة إلى رئاسة حزب سياسي، ويتعلق الأمر بزهور الشقافي التي كسرت حلجز الزعامات الذكورية للأحزاب المغربية بقيادتها لحزب المجتمع الديمقراطي، الحزب النسائي الخالص، والذي يتكون مكتبه السياسي حصرا من النساء، كما تم انتخاب نبيلة منيب أمينة عامة للحزب الاشتراكي الموحد من طرف المجلس الوطني في 15 يناير 2012.⁽³⁾

عموما، يمكن القول إن حضور النساء داخل الأحزاب السياسية شهد تطورا كبيرا نظرا لعدة عوامل أبرزها:

أولا : الحركية النسائية التي يعيشها المغرب منذ بداية العشرية الأخيرة والتي كان لها تأثير على الأحزاب السياسية.

ثانيا : الإجراءات التمييزية الإيجابية التي اتخذت بغرض زيادة عدد النساء بين صفوف الأحزاب وخصوصا في الهياكل القيادية.

ثالثا : وضع الحكومة المغربية نظاما تحفيزيا ماليا للأحزاب السياسية من أجل تخصيص مراكز متقدمة للنساء بمختلف لوائح الترشيح العادية وكذا الدوائر التي ينتخب ممثلوها عن طريق الاقتراع الفردي.⁽⁴⁾ انطلاقا مما سبق، يتبين أن المشاركة السياسية للمرأة المغربية لا تعكس مدى ما وصلت إليه المرأة على مستويات أخرى، اجتماعية واقتصادية ومهنية، مما يؤكد وجود عدة عوائق تحول دون مشاركتها الفعلية في الحياة السياسية.

المطلب الثالث : عوائق المشاركة السياسية للمرأة :

إن الغياب السياسي للمرأة، وحضورها المحتشم فيما بعد، يرتبط بصيرورة المجتمع ككل، مجتمع ما زال في طور اكتساب طرق المشاركة السياسية في صورها المعاصرة، وما زال يتلمس طريقه في اعتماد الديمقراطية كآلية لتدبير الشأن العام في مجال جغرافي يتميز بحداثة التجربة الديمقراطية. إن هذه الآليات الحديثة تحتاج إلى مدة زمنية لكي تتجدر وتنعكس على العمل السياسي بشكل عام وعلى مشاركة المرأة بشكل خاص، يضاف إليها جملة من العوامل الاجتماعية والعوائق الثقافية وكذا العراقيل السياسية والمؤسسية.

(1) محمد كولفرني المشاركة السياسية للمرأة بالمغرب: الدلالة الاتفاقية والاحتجاجية، مرجع سابق، ص:126

(2) نعيمة سميحة دور المرأة المغربية في التنمية السياسية المحلية وعلاقتها بأنظمة الحكم نماذج الجزائر تونس المغرب مرجع سابق، ص:120

(3) محمد كولفرني المشاركة السياسية للمرأة بالمغرب الدلالة الاتفاقية والاحتجاجية، مرجع سابق، ص:126

(4) تقرير المملكة المغربية، بكن+15، أبريل 2009، ص:18

أولاً : العوائق الاجتماعية :

يساهم الوضع الاجتماعي في التأثير على المشاركة السياسية التي تعبر عن حرية المواطن في التعبير عن رأيه، ولكن المواطن وخاصة المرأة لا تلجأ دائماً لممارسة هذا الحق، ولا تهتم بالحياة السياسية بل وتتهرب من كل ما هو سياسي.⁽¹⁾

ومن أبرز العوائق الاجتماعية التي تحول دون المشاركة السياسية للمرأة: ارتفاع نسبة الأمية في صفوف النساء خاصة القرويات منهن، تدني المستوى المعيشي، وهشاشة الوضع المادي لأغلب النساء، بالإضافة إلى التمثلات الشعبية حول المرأة وخاصة في دورها الإنتاجي أوسعها للمشاركة في تدبير الشأن العام.

فبخصوص الأمية، ورغم التقدم الذي تم احرازه على مستوى المؤشر العام للتعليم الذي وصل إلى 56% بحسب الأرقام الأخيرة، فإن نسبة الأمية مازالت مرتفعة، وهي تضرب صفوف النساء بصورة جلية، فحسب البحث الوطني حول الأمية وعدم التمدرس والانقطاع عن الدراسة الذي تم إنجازه سنة 2006، بلغت نسبة الأمية في صفوف النساء 46,8% مقابل 33,2% عند الرجال، كما بلغت 54,4% في العالم القروي مقابل 27,6% بالوسط الحضري، ورغم أن هذه الأرقام تغيرت، حيث بلغت نسبة الأمية لدى النساء القرويات 58% حسب معطيات المندوبية السامية للتخطيط لشهر مارس 2012، إلا أنها نسبة لا تزال مرتفعة، وهذا يؤثر على إشكالية العزلة والتهميش⁽²⁾

أما بخصوص الفقر، فيعتبر مثله مثل الأمية ظاهرة نسائية وقروية امتياز، حيث بلغ معدل الفقر بالوسط القروي 14,5% لدى النساء و14,2% لدى الرجال، مقابل 4,8% للنساء و4,7% للرجال بالوسط الحضري، بينما أكد تقرير الرابطة المغربية للمواطنة وحقوق الإنسان سنة 2014 أن حوالي 15% من سكان المغرب يعانون الفقر، كما يعيش 60% من الفقراء بالعالم القروي، وتعتبر المرأة أكثر المتضررين من هشاشة الوضع المادي حيث تقدر مساهمتها في التنمية الاقتصادية بأقل من قيمتها ويبقى عملها غير ملحوظ، ويمكن رصد الظروف التي تجعل المرأة أكثر فقراً من الرجل من منظور النوع الاجتماعي، فالتقسيم الجنسي للعمل يحصر وظيفة المرأة في الدور الانجابي⁽³⁾

إن اجتماع الفقر والأمية مضافة إليها الثقافة السائدة في المجتمع حول أدوار المرأة، تجعل من الصعب على النساء الانخراط في أي نشاط سياسي أو مجتمعي أو حتى مجرد التفكير في ممارسة أي دور في تدبير الشأن العام. فالأمية تسد على المرأة منافذ المعرفة والوعي بحقوقها ودورها الأساسي في التغيير والبناء بينما يكبلها الفقر ويجعل تفكيرها اليومي ينصرف إلى توفير قوت يومها وقوت من تعولهم. بل إن هذه الأوضاع التي

(1) صباح العمراني، المرأة والمشاركة السياسية بالمغرب، مرجع سابق، ص:141

(2) المرجع نفسه، ص:143.

(3) صباح العمراني، المرأة والمشاركة السياسية بالمغرب، مرجع سابق، ص:146

تعيشها شريحة مهمة من النساء تجعلها تنظم إلى العمل السياسي باعتباره مجرد ترف لا يمسه ولا يهتم بحاجياتها الآنية والمستعجلة⁽¹⁾

ثانيا : العوائق الثقافية :

بخصوص العوائق ذات الطبيعة الثقافية، فيمكن إرجاعها عموما إلى النمذج المغلقة "stéréotypes" حول المرأة المتجذرة في الوعي الجماعي، حيث تعيق الوعي بكل أبعاد المشاركة السياسية للمرأة، وتبني على تدرج في المراتب الاجتماعية، وعلى الإحالة على التقسيم التقليدي للأدوار، بحيث يعود المجال العمومي إلى الرجال، في حين أن المجال العائلي موكول إلى المرأة، بعيدا عن العمل السياسي الذي يتلاءم مع طبيعتها⁽²⁾. فالمجتمع المغربي تسود فيه الثقافة والرواسب الاجتماعية القائمة على توزيع المهام بين المجال العام كفضاء ذكوري والمجال الخاص كفضاء نسائي، إلى جانب التمثلات والعقليات السائدة في المجتمع المغربي، حيث تخصص للمرأة دورا أو نشاطا أساسيا يرتبط بالحياة الخاصة داخل البيت: تربية الأبناء والقيام بشؤون المنزل، في حين نجد الرجل مخصص بطبيعته للاضطلاع بالتكاليف وشغل المسؤوليات في المجال العام، فالثقافة والقيم تخلق بدون شك حواجز تحد من مساهمة المرأة في الحقل السياسي⁽³⁾.

هكذا تتأسس الثقافة المجتمعية السائدة على فكرة تفوق الرجل واختصاصه بالسلطة والعمل خارج البيت، في حين تركز هوية المرأة على أمومتها ودورها داخل البيت، ورغم اتساع دائرة النساء اللاتي يعملن خارج البيت، فإن عملهن لا ينظر إليه كجزء من هويتهم وإطار لتطوير شخصيتهم ومساوهم في الحياة العامة بقدر ما يعد مصدر دخل إضافي في الأسرة، وحسب هذا المنظور فإن النشاط السياسي للمرأة يعتبر في أحسن الظروف خروجاً عن المألوف أو ترفاً ومضيعة للوقت وخروجها إلى العمل يعتبر تعسفا على حقوق البيت والأسرة⁽⁴⁾.

في نفس السياق يمكن الإشارة إلى المقاومات الثقافية Résistances culturelles التي يستعملها الفاعلون الحزبيون كتبرير لضعف المشاركة السياسية للمرأة المغربية. فعادة ما يتم التركيز على أن هذه المقاومات لا تمس الرجال فقط، وإنما النساء أيضا، بالنظر إلى أنهن لا يمنحن ثقتهن للنساء المرشحات، وهكذا فإذا كانت النساء تظهر غير قادرات على كسب ثقة مثيلتهن المواطنات، فإنهن يجدن صعوبة أكبر في إقناع الرجال⁽⁵⁾.

إن التركيز على المقاومات الثقافية يندرج في إطار توظيف مفهوم النظام الأبوي كإحدى الآليات النظرية لتفسير ضعف المشاركة السياسية للمرأة، ويتأسس التفسير الأبوي على أن السلطة الأبوية داخل الأسرة

(1) المرجع نفسه، ص:147

(2) محمد بن هلال، المشاركة السياسية للمرأة بالمغرب بين المعوقات وسبل التجاوز، مرجع سابق، ص:134

(3) رشيدة الطاهري، الديمقراطية المبتورة للنساء والسلطة السياسية بالمغرب، منشورات الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب، ط:2001، ص:143

(4) سناء زعيبي، الوضع القانوني للمرأة المغربية بين الكونية والخصوصية، مرجع سابق، ص:185

(5) محمد بن هلال المشاركة السياسية للمرأة بالمغرب بين المعوقات وسبل التجاوز، مرجع سابق، ص:134

هي نموذج مصغر لكافة مؤسسات المجتمع، وبالتالي فانتشار السلطة الأبيسية في كافة المؤسسات الاجتماعية يحول دون دور فاعل للمرأة.⁽¹⁾

ثالثا: العوائق السياسية والمؤسسية :

تكتسي العوائق السياسية والمؤسسية أهمية بالغة في التحليل، ويمكن تلخيصها فيما يلي :

- المناخ الانتخابي والذي يؤثر سلبا على مشاركة النساء والرجال على حد سواء، حيث تسيطر آليات استخدام العنف والفساد وسلاح المال على المناخ السياسي، ما أدى إلى إجماع النساء من المشاركة.

- ضعف وهشاشة الدعم الحزبي للمرأة حيث تكاد تنعدم الإرادة الحقيقية لدى الأحزاب السياسية في تشجيع انخراط المرأة وتمكينها من تقلد مناصب قيادية في الأحزاب وكذلك في جعلها في المراتب الأولى في قوائم مرشحيها.

- ضعف الآليات المؤسسية التي من شأنها تعزيز حقوق المرأة، وإن وجدت فإنها تعاني من ضعف التمويل والتسيير وعدم الاستقلالية في القرارات.

- قلة وجود منظمات نسائية ناشطة في الدفاع الحقيقي عن المرأة دون التبعية لأي حزب أو جهة فأغلب المنظمات النسائية هي منظمات حكومية أما الخاصة منها تعاني من قلة التمويل.

- محدودية البرامج تستهدف النوع الاجتماعي عموما بسبب مقاومتها من طرف بعض الشرائح السياسية ومنظمات المجتمع المدني.⁽²⁾

ختاما، فالحقوق السياسية للمرأة من أهم الحقوق الانسانية التي ركزت عليها المرجعية الدولية لحقوق الانسان مبكرا ومنذ عقود من الزمن، في نفس السياق اهتمت الدساتير المغربية المتوالية بحق المرأة في المشاركة السياسية للمرأة عموما. وعلى مستوى الواقع، مارست المرأة المغربية حق التصويت والترشح مبكرا، لكن الوصول إلى مراكز القرار على ، سواء في المؤسسات التمثيلية أو غيرها، ظل دون طموح المرأة المغربية، وذلك نظرا لعدة معوقات اجتماعية وثقافية ومؤسسية.

(1) المرجع نفسه، ص:134

(2) المرجع نفسه، ص:140

❖ لائحة المراجع :

- أمين ركلمة، تأصيل مقارنة النوع في دستور 2011، مجلة مسالك، عدد مزدوج 23 - 24، السنة: 2013 .
- العربي ايعيش، اللوبي النسائي المغربي ومعركة الثلث في أفق المناصفة العربي، سلسلة دفاتر وجهة نظر (21) سنة 2012.
- التقرير الخامس والسادس للمغرب حول اعمال اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، 27 يناير 2020.
- تقرير المملكة المغربية، بكين+15، أبريل 2009.
- خالد الرحموني، دور التدابير التشريعية في التمكين السياسي للمرأة بالمغرب مساهمة في تقييم تمثيلية المرأة من خلال انتخابات 2011 مقال منشور بالمجلة المغربية للدراسة القانونية والاقتصادية، عدد مزدوج 1 و2 يناير 2017، مطبعة 44 برانت، الدار البيضاء .
- الخطاب السامي الذي وجهه جلالة الملك محمد السادس مساء الجمعة 17 يونيو 2011 بمناسبة الدستور الجديد.
- دامية بنخويا، واقع المشاركة السياسية للمرأة المغربية، مشاركة في ندوة" المشاركة السياسية للمرأة العربية: تحديات أمام التكريس الفعلي للمواطنة: دراسات ميدانية في أحد عشر بلدا عربيا. منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان، تونس 2004 .
- رشيدة الطاهري، الديمقراطية المتورة النساء والسلطة السياسية بالمغرب، منشورات الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب، طبعة: 2001.
- رقية المصدق، المرأة والسياسة: التمثيل السياسي في المغرب، دار توبقال للنشر الطبعة: 1 السنة 1990.
- سناء زعيمي: الوضع القانوني للمرأة المغربية بين الكونية والخصوصية رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، إشراف: عسو منصور جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، كلية الحقوق الموسم الجامعي: 2005 - 2006.
- محمد زين الدين، الحقوق السياسية للمرأة بين التمثلات المجتمعية والترسانة القانونية، مقال منشور في مجلة مسالك، عدد مزدوج 23 - 24، السنة 2013.
- محمد كولفرني: المشاركة السياسية للمرأة بالمغرب الدلالة الاتفاقية والاحتجاجية، مقال منشور ب"المرأة العربية من العنف والتمييز إلى المشاركة السياسية"، مركز دراسات الوحدة العربية سلسلة كتب المستقبل العربي 70، الطبعة الأولى، يناير 2014 بيروت .
- المملكة المغربية، وزارة اصلاح الادارة والوظيفة العمومية، مكانة المرأة الموظفة بمنصب المسؤولية في الادارة العمومية بالمغرب، ماي 2018.

- المملكة المغربية، وزارة العدل، مديرية التشريع، قانون مدونة الانتخابات رقم 97.9.
- نجاة الكص، مواقف وآراء حول الوضع القانوني للمرأة المغربية، دار القلم الرباط، الطبعة الأولى، يونيو 2002.
- نعيمة سمينة دور المرأة المغاربية في التنمية السياسية المحلية وعلاقتها بأنظمة الحكم نماذج الجزائر، تونس، المغرب مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قصدي السنة الجامعية : 2010-2011 .

عارض الكلية في بعض التصرفات في المالية الإسلامية

Opponent of collegein

some behaviorin Islamic Finance



د . جمال محمد عزالدين ، أستاذ

مشارك بكلية القانون جامعة الزيتونة – ليبيا

Jamal Mohamed Ezldeen : Associate Professor

at the Faculty of Law, Al-Zaytoonah University - Libya

ملخص :

تُعنى هذه الدراسة بالبحث في اختلاف الأحكام ببعض التصرفات المالية بحسب الكلية والجزئية، وبما أن الأحكام موضوعة في الأصل بالجزء أي للشخص الواحد في الزمان الواحد فقد جعلت النظر إليها بحسب العموم في ذلك بمثابة العارض الذي يتغير به الحكم.

واقترنت هذه الدراسة على بعض تلك التصرفات التي تخص نقل الحق بعوض من مستحق إلى آخر في الأعيان: كالبيع والقرض، أو في المنافع: كالإجارة وفروعها، وبما أنها متنوعة بين العزائم والرخص فإن الاستشكال الذي حاولت الدراسة الإجابة عنه هو: هل هي على السواء في توجه الخطاب بها للواحد وللجميع؟

وتوصلت الدراسة إلى أن الأحكام فيها تختلف بحسب الكلية والجزئية بحسب قوة حق الله فيها بدخول أكثر من عارض يُظهر ذلك .

وكانت هيكلية البحث فيها – مع المقدمة والخاتمة – مطالب محتوية على دراسة ما يأتي :

المباح والعوارض المؤثرة فيه، العزائم والرخص في التصرفات المالية بين الكلية والجزئية، حقوق الله في العزائم والرخص المرتبطة بالأعذار، التصرفات المالية المستثناة والحكم الاقتضائي، رأي الشاطبي في شمول القاعدة للتصرفات المالية المستثناة، سريان قاعدة اختلاف الأحكام بالكلية والجزئية على القرض، ما يترتب على اختلاف الأحكام في التصرفات المالية بحسب الكلية والجزئية.

• الكلمات المفتاحية : عارض . كلية . تصرفات . مالية.

Abstract :

This study is concerned with examining the different rulings on some financial transactions according to the total and partial, and since the rulings were originally placed in the part, that is, one person at the same time, it made looking at them according to the generality in that as the accident by which the ruling is changed.

This study was limited to some of those behaviors related to the transfer of the right in return from one owed one to another in properties: such as sale and loan, or in benefits: such as leasing and its branches. Speech by one and the group?

The study concluded that the rulings in it differ according to the total and partial, according to the strength of God's right in it, with the entry of more than one symptom that shows that.

The structure of the research in it - with the introduction and conclusion - demands containing the study of the following:

Permissibility and the incidents affecting it, wills and licenses in financial transactions between college and partial, God's rights in wills and licenses related to excuses, the exempted financial transactions and the judicial ruling, Al-Shatibi's opinion on the rule's inclusion of the exempted financial transactions, the application of the rule of different provisions in total and partial on the loan, the consequences of different Judgments in financial transactions according to the total and partial.

• **Keywords :** viewer. College . Actions . Finance.

مقدمة :

الحمد لله الذي أنزل على عبده الكتاب ولم يجعل له عوجا، والصلاة والسلام على سيدنا محمد صاحب الكتاب الخاتم والنور المبين وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد ،

فقد كُلفَ الإنسان بعبادة ربه والقيام بمهمة الاستخلاف، ويحتاج ذلك إلى تحصيل ضروراته وتحقيق حاجاته، فوضعت الأحكام لإفادة المصالح العاجلة والآجلة على التفصيل، وشرعت التشريعات الميحية للتصرفات المحققة لذلك ومن جملة ذلك ما يتعلق منها بالأموال.

والمعاملات المالية هي من قسم العادات - الذي ظهر وجه المصلحة فيه - وهي متنوعة ، فبعضها راجع إلى التملك كالبيع والإجارة، وبعضها راجع إلى التكسب كعقود الشركات من قراض ومزارعة وغيرها ، وهي وإن اشتركت في الوصف العام وهو تعلقها بالأموال إلا أن قصد الشارع لم يتحد فيها.

وبما أنها من قسم العادات فقد أضفى هذا على كثير من أحكامها بعض الخصائص التي تميزها. وسنقف فيها على محطات تَظْهَرُ فيها آثار بعض تلك الخصائص.

وتمثل هذه الدراسة أولى تلك المحطات، وتُعنى بالبحث في اختلاف الأحكام فيها بحسب الكلية والجزئية، وهل هي على السواء في توجه الخطاب بها للواحد وللجموع؟ وتُرجمت على هذا النحو : " عارض الكلية في بعض التصرفات في المالية الإسلامية "، وهي إحدى الآليات التي يتم بها فحص الأحكام الشرعية المتعلقة بالأحكام المالية، وإبراز الأسس والمعايير الموجهة لها.

وقد قسمت البحث إلى تمهيد، وعدة مطالب ، وخاتمة.

وكانت المطالب فيه على النحو الآتي :

- المطلب الأول : حكم المباح والعوارض المؤثرة فيه .
- المطلب الثاني : العزائم والرخص في التصرفات المالية بين الكلية والجزئية .
- المطلب الثالث : حقوق الله في العزائم والرخص المرتبطة بالأعدار .
- المطلب الرابع : التصرفات المالية المستثناة والحكم الاقتضائي.
- المطلب الخامس : رأي الشاطبي في شمول القاعدة للتصرفات المالية المستثناة .
- المطلب السادس : سريان قاعدة اختلاف الأحكام بالكلية والجزئية على القرض .
- المطلب السابع : ما يترتب على اختلاف الأحكام في التصرفات المالية بحسب الكلية والجزئية .

تمهيد :

شرع الله تعالى الأحكام ؛ لنفع العباد في الدارين ، وجعلها صنفين :

– ما شرع من الأحكام الكلية ابتداءً، وهو الأصل في التشريع. ومعنى كونها كلية أنها لا تختص ببعض المكلفين دون بعض ولا ببعض الأحوال دون بعض. ومعنى كونها ابتدائية أنه قُصِدَ بها إنشاء الأحكام التكليفية من أول الأمر فلم يسبقها حكم شرعي في محلها، فإن سبقها وكان منسوخا بها كان هذا الأخير كالحكم الابتدائي، وهذا الصنف إن قابله تخفيف في محاله فهو المسمى عزيمية في الأحكام الوضعية على ما ذهب إليه المحققون.

– ما شرع من الأحكام الجزئية، استثناء من أصل كلي يقتضي المنع، فإن كان لعذر شاق مع قيام الدليل المحرم لولا العذر فهو الرخصة، كما في أكل الميتة للمضطر، ولذلك عُدَّ مما شرع ثانياً، وإن لم يشرع لعذر بأن لم يبق الدليل المحرم قائماً فيها فهو ما شرع تحت أصل الحاجيات الكليات كالقراض والقرض والسلم والمساقاة، وقد عُدَّ من الأحكام الابتدائية؛ لمعنى يخصه - كما سيأتي .

وقد فصل في هذا الصنف بين ما شرع من الرخص لأجل العذر أي باشتراط وجود العارض الداعي إليها والحاجة التي تقتضيها، وما شرع للحاجيات التي لم يشترط فيها ذلك، إلا أن كليهما شرع لرفع الحرج، وهو مقصد كلي تنحو به الأحكام نحو التخفيف.

والعوارض المؤثرة في سير الأحكام واطرادها كثيرة ومتنوعة، يدخل بعضها تحت جنس ما ذكرنا، وبعضها من جنس آخر قد يتغير به الحكم نحو التخليط، وهي - جميعاً - تلحق العبادات والعادات على السواء، ولا يشترط في العوارض الطارئة على العبادات - التي هي غير معقولة المعنى في أصلها وكيفياتها - أن تكون من جنسها.

أما العادات - التي هي معقولة المعنى في أصلها وكيفياتها - فإن العوارض الطارئة عليها تكون - في الأغلب - من جنسها، فهي معقولة المعنى أيضاً.

وسأتكلم في هذه العجالة عن إحدى تلك العوارض اللاحقة بنوع من التصرفات المالية المشمولة بوصف الإباحة، ويسبق ذلك البحث في حكم المباح والعوارض المؤثرة فيه.

المطلب الأول : حكم المباح والعوارض المؤثرة فيه :

المباح: هو ما خير فيه بين الفعل والترك بحيث لا يُقصد فيه من جهة الشرع إقدام ولا إحجام، فلا يترتب عليه - في الفعل أو الترك - أمر ضروري ولا حاجي ولا تكميلي من حيث هو جزئي أي هذا الفعل المعين من الشخص المعين - بل قُصِدَ جعله لخيرة المكلف فيرجع إلى نيل حظ عاجل له خاصة⁽¹⁾.

¹ - الموافقات في أصول الشريعة، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي مع شرح الشيخ عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت - لبنان ج 1 ص 147.

وهذا حكمه في ذاته أي مجردا عن العوارض من الملابسات والمؤثرات المحيطة به، فإذا تعرض لشيء منها فإن الحكم فيه يتغير إلى ما تقتضيه؛ لأن الحكم بإباحة فعلٍ ما ليس على إطلاقه - كما سيظهر .

والملابسات المؤثرة في أحكام المباح كثيرة، فما يتعلق منها بهذا المقام⁽¹⁾:

- ما كان بالأمر الخارجية، كأن يتعلق به في سوابقه أو لواحقه أو قرائنه ما يصير به غير مباح، فإذا ترتب على عدم أكل هذا الرغيف المعين إتلاف النفس فإن أكله يصبح واجبا.

- أو بالنظر إلى الأمر الكلي الذي يخدمه ذلك المباح، فإن التمتع بالأكل والشرب مباح في نفسه وإباحته بالجزء، إلا أنه لما كان خادما لأصل ضروري وهو إقامة الحياة فقد صار مطلوبا من هذه الجهة.

وتغير الأحكام بالعوارض لا ينقض المبدأ العام المقرر، وهو استقرار الأحكام التكميلية؛ لأن ذلك من حيث ذاتها لا بالنظر إلى أمر آخر⁽²⁾.

ثم إن التماثل الحاصل بين بعضها حينئذ في الرتبة لا يعني أنها في الاعتبار الشرعي كذلك، بل هي متفاوتة من حيث إن الحكم في بعضها أصلي وفي البعض الآخر تبعي بفعل العارض، ولكل منهما آثاره الخاصة به. وسأقتصر في الحديث - في هذا المقام - على اختلاف الحكم في المباح بالنظر إلى ما هو خادم له.

فقد ذكر الشاطبي أن كل مباح ليس بمباح بإطلاق وإنما هو بالجزء خاصة، وأما بالكل فهو إما مطلوب الفعل أو مطلوب الترك، ضمن قاعدة كلية مطردة مفادها " أن الأفعال كلها تختلف أحكامها بالكلية والجزئية " وهي قاعدة - كما قال : " بالغة مبلغ القطع "⁽³⁾.

والمباح بالنظر إلى ما يخدمه نوعان⁽⁴⁾:

الأول : مطلوب تركه بالكل، بمعنى أن فعله من الجميع أو المداومة عليه من الشخص الواحد منهي عنه ، وهو ظاهر في الجزء من المباح الذي يعتبر عفوا ، مثل: اللعب المباح والغناء المباح.

الثاني : مطلوب فعله بالكل في الأزمان والأشخاص، مثل: التمتع بالطيبات من المأكل والمشرب، والبيع والشراء ، فلو ترك من الشخص الواحد جملة كان على خلاف ما ندب الشارع إليه، وكذا لو تركه الناس كلهم فيصير من قبيل الواجب كفاية بالكل، وهو ظاهر في الجزء من المباح الذي وقع التخيير فيه مما هو مجال البحث هنا في تلك التصرفات.

¹ - الموافقات ج 1 ص 114 ، 128 .

² - الموافقات ج 3 ص 329 وما بعدها، ج 1 ص 143 .

³ - الموافقات ج 1 ص 136 ، 139 .

⁴ - الموافقات ج 1 ص 130 ، 132 ، 141 .

والاعتبار بما هو خادم له يجعل النظر فيه راجعا إلى حقيقته الكلية لا إلى اعتباره الجزئي المذكور ، فبحسب ما يخدمه يتغير حكمه بكلي الأزمان أو الأشخاص فيه .

والسبب في تغير حكم المباح بحسب الكلية شيئان :

-الأول : أن المباح إنما يكون مباحا إذا اعتبر فيه حظ المكلف خاصة - وهو عام فيما خير فيه بين الفعل والترك وبين ما لا حرج فيه - فاختيار المكلف له تابع لتحصيل حظه، فإذا جاء الأمر بالمباحات وحُمِلَ على الطلب فإن الأمر فيها راجع إلى حقيقتها الكلية ، كقوله تعالى : [يأيتها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم]⁽¹⁾ لا إلى جزئي منها على الخصوص⁽²⁾ .

-الثاني : هو أن الأحكام موضوعة في الأصل بالجزء أي للشخص الواحد في الزمان الواحد؛ لمعنى جزئي مقصود للشارع، فإذا اعتبرت الكلية فيها فإن الحكم يتغير؛ لتغير المقاصد المترتبة حينئذ، فقد وضع الشارع الشريعة على اعتبار المصالح ، والمصالح المعتبرة هي الكليات ، وقد اعتنى الشارع بها وقصدَ إليها في التكاليف ، فهي الأقوى في الاعتبار، دون الجزئيات التي هي أضعف شأنها⁽³⁾ .

وبما أن الأحكام موضوعة بالجزء فإني سأجعل النظر إليها بحسب الكلية بما يخدمه ذلك الجزء بمثابة العارض، وسأقتصر في ذلك - في عقود المالية الإسلامية - على بعض التصرفات التي تخص نقل الحق بعوض من مستحق إلى آخر في الأعيان: كالبيع والقرض، أو في المنافع: كالإجارة وفروعها من القراض والمساقاة ونحو ذلك، وهل هي بتنوعها بين العزائم والرخص على السواء في تأثرها بذلك العارض، فأقول :

المطلب الثاني : العزائم والرخص في التصرفات المالية بين الكلية والجزئية :

شرعت الأحكام المالية في الإسلام بحفظ المال ونمائه: أما حفظه فهو من قواعد كليات الشريعة الراجعة إلى قسم الضروري، وأما نظام نمائه وطرق دورانه فهو معظم مسائل الحاجيات كالبيع والإجارة والسلم ، فكثير من أحكامها مكملة لحفظ المال وليست داخلة في أصل حفظه⁽⁴⁾ .

وهذه التصرفات التي تنظم نمائه هي من قبيل المباحات المتساوية الطرفين في الفعل والترك، وهي ليست على نسق واحد فبعضها من قبيل العزائم كالبيع والشراء وبعضها مما يطلق عليه الرخص كالقراض والسلم والمساقاة، ويجمعها كونها أحكاما ابتدائية باختلاف الاعتبار في ذلك - كما سيأتي.

¹ - البقرة الآية (171) .

² - الموافقات ج 1 ص 128 ، 129 ، 147 .

³ - الموافقات ج 1 ص 139 .

⁴ - مقاصد الشريعة الإسلامية، للشيخ محمد الطاهر بن عاشور، تحقيق ودراسة. محمد الطاهر الميساوي ، دار الفجر ودار النفائس - الأردن ، الطبعة الأولى 1999. ص 224 ، 336 .

وهي - كباقي المباحات - أحكام تعلقت محلها بالجزء في الأشخاص والأزمان، فإذا فعلها الرجل في بعض الأزمان أو تركها بعض الناس لم يقدح ذلك، وأما لو داوم الشخص على تركها أو تمالأ الناس على ذلك فإنها بحكم القاعدة تخرج عن دائرة المباح وتصبح مطلوبة.

والسؤال: هل عارض الكلية في التصرفات المالية المباحة يلحق النوعين فيها، أعني العزائم والرخص، فيكونان على السواء في ذلك، أو أن التباين في طبيعتهما يقتضي اختلافا في جريان القاعدة عليهما؟

وما جعل السؤال مطروحا شيئا :

أحدهما: يرجع إلى التأسيس. والآخر: يرجع إلى التطبيق.

فأما ما يرجع إلى التأسيس: فإنه معلوم أن الأوامر الشرعية في عمومها لا تجري في التأكيد مجرى واحدا ولا تدخل تحت قصد واحد، وإنما ذلك بحسب تفاوت المصالح والمفاسد المترتبة عن الامتثال والمخالفة، والحال في الحاجيات لا يخرج عن ذلك فليس الطلب بالنسبة إلى المباحات التي لا معارض لها مثل البيع كالطلب بالنسبة إلى ما له معارض، كالقرض والسلم والمساقاة، فطلب هذه أقل من طلب المباحات التي لا معارض لها في الشريعة؛ لأنه وقع فيها الاستثناء من القواعد⁽¹⁾.

فكان الأصل ألا تستوي المباحات التي لا تعارضها الأصول الكلية مع غيرها مما تعارضها تلك الأصول، مما استوجب أن يكون جعل بعضها محلا للقاعدة موضع نظر.

وما يرجع إلى التطبيق: فإنه توجد بعض التصرفات المالية المستثناة من أصل محرم وهو القرض جرى عليه نوع من التضييق من الشارع، وذلك بعدم صلاته ﷺ على المدين⁽²⁾، فهل هو تنبيه موجه إلى جميعها بعدم التوسع فيها فتكون محلا لإجراء القاعدة عليها بالترك الكلي، فيكون المباح فيها من النوع الذي لا حرج فيه؟ والحال أن ما نحن فيه هو تغيير الحكم بالكلية بطلب فعله - بحيث يحصل الإثم بالتلاؤم على تركه - الذي يلحق المباح بمعنى المخير فيه، وليس تغييره بالكلية على وجه الترك الذي يلحق المباح الذي لا حرج فيه.

والبداية ببيان وجه جريان القاعدة على أحكام العزائم والرخص:

- فأما الأحكام التي هي من قبيل العزائم كالبيع والشراء فلأنها المقصد الأول في التكاليف حيث اقتضت الأدلة الأحكام فيها اقتضاء أصليا، وانبت الأحكام عليها، فهي محل لإجراء القاعدة عليها؛ لسلامة النتائج المترتبة عنها؛ لموافقته لمقصد الشارع منها.

فهذا البيع المعين - الذي لم يقع النهي عنه - هو من المباحات الأصلية، فلو تركه الرجل في بعض الأحوال أو الأزمان أو تركه بعض الناس لم يقدح ذلك، إلا أنه لما كان خادما لكلي حفظ النفس وحفظ المال تحصيلًا

¹ - الموافقات ج3 ص209، مع هامش درازرقم 2.

² - عن أبي هريرة ؓ " أن رسول الله ﷺ كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين، فيسأل: هل ترك لدينه فضلا؟ فإن حُذِث أنه ترك لدينه وفاء صلى، وإلا قال للمسلمين: صلوا على صاحبكم " أخرجه البخاري، كتاب الكفالة، باب الدين، حديث رقم 2298.

وإبقاء ، فقد قام الدليل على طلبه في كلي الأزمان والأشخاص، فلو تركه الشخص الواحد على الدوام لقدح فيه ؛ لأنه كما قال السرخسي: ما يحتاج إليه كل أحد لا يوجد مباحا في كل موضع ، وفي أخذه على سبيل التغالب فساد، والله لا يجب الفساد⁽¹⁾ .

وكذا لو تمألاً الناس على ذلك ؛ لأنهم كما قال الجويني: لو لم يتبادلوا ؛ لجر ذلك ضرورة ظاهرة، فمستند البيع آيل إلى الضرورة الراجعة إلى النوع والجملة⁽²⁾ ، فأصبح من الضروريات المأمور بها فكان الدخول فيه واجبا بالكل⁽³⁾ ، أي من قبيل الواجب كفاية بالكل، فأصبح مطلوباً بما يحقق مقصده، فاختلف الحكم فيه بحسب الكلية.

– وأما الأحكام التي هي من قبيل الرخص كالقراض والسلم والمساقاة فهي مباحة بالجزء، فلو تركها الشخص الواحد في بعض الأزمان أو بعض الناس لم يقده ذلك ؛ لأنه لا تترتب عليه مصلحة لازمة ولا مفسدة معتبرة.

وأما بالكل فالأمر فيها يتعلق بمبدأ أعم، وهو: هل إن محال الرخص على العموم تختلف أحكامها بالكلية والجزئية ، أو أن كونها محلاً لعارض سابق - وهو رفع الحرج - مانعٌ يمنع من جريان عارض آخر عليها ، فيكون مختصاً بما يمكن تسميته بـ "الحال الحرة" التي لم تتأثر بعارض سابق ؟

يجب النظر - أولاً - في أنواع الرخص هل التوصيف فيها واحد أو متفاوت؛ لتبين هل يصح أن يكون جميعها محلاً لعارض الكلية، أو لا ؟

أنواع الرخص وأحكامها: تتنوع الرخص إلى نوعين :

الأول: ما شرع لعذر استثناء من أصل كلي يقتضي المنع، مع الاقتصار على محل الحاجة فيه ، كقصر الصلاة وإباحة الفطر؛ لعارض السفر، وكان الحكم الابتدائي يقضي بوجوب أداء الصلاة كاملة وحرمة الفطر.

الثاني: ما استثني من أصل كلي يقتضي المنع كالقروض والقراض والمساقاة إلا أنه لم يشرع لعذر، ولم يقتصر الإذن فيه على محل الحاجة، فيجوز للإنسان أن يقترض، وأن يساقي حائطه، وأن يقارض بماله وإن لم يكن بحاجة إلى ذلك.

وإطلاق الرخصة على النوع الثاني لم يرتضه بعض العلماء؛ لأنه داخل تحت أصل الحاجيات الكليات، والحاجيات لا تسمى عندهم باسم الرخصة⁽⁴⁾ .

¹ - المبسوط، للإمام شمس الدين أبوبكر السرخسي، تقديم: الشيخ خليل محي الدين الميس ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2000 . مجلد 6 ج 12 ص 95 .

² - البرهان في أصول الفقه، للإمام الحرميين أبي المعالي عبد الملك الجويني، تعليق: صلاح عويضة ، منشورات : دار الكتب العلمية . بيروت ، الطبعة الأولى 1997 م . ج 2 ص 79 .

³ - الموافقات ج 1 ص 131 ، 132 .

⁴ - الموافقات ج 1 ص 302 .

ورفع الحرج عنه لا يسوغ ذلك الإطلاق، وإلا يجب أن تكون الشريعة كلها رخصة؛ لخفتها بالنسبة إلى الشرائع المتقدمة - كما قال الشاطبي⁽¹⁾.

ومن أطلق عليه اسم الرخصة - وإن انتفت عنه تلك الخاصية - فلاعتبرين :

1. لأنه لما جرى عليه حكمها في الاستثناء من أصل ممنوع جرى عليه حكمها في التسمية، فصار محلها أحد إطلاقات الرخصة، كما ذهب إلى ذلك الشاطبي⁽²⁾.

2. أو لأنهم اعتبروا في إطلاق اسم الرخصة عليها أن تغيير الحكم أعم من تغييره بعد ثبوته، أو تغيير ما لو ثبت لكان مخالفا للحكم المشروع⁽³⁾.

وعلى أي ذي كان فالمعنى المعقول من إجازة مثل هذه التصرفات إنما هو الرخصة، وأن الرخصة في ذلك - كما قال ابن رشد: "إنما هي لموضع الفرق بالناس"⁽⁴⁾.

ومثل هذا النوع من العقود هي بحكم القياس باطلة؛ لاشتغالها على ما يقتضي فسادها من الربا والغرر والجهالة :

ففي الإجارة لم يوجد العوض، وفي القرض في الأموال الربوية فُقد الحلّ الذي هو شرط في صحة المعاملة على الأموال الربوية، وفي السلم وقع العقد على ما جهلت أوصافه، وهو لا يجوز؛ لاختلاف رتب الأوصاف في زيادة المالية ونقصانها، وفي القراض والمساقاة وقع الترخّص فيهما؛ لجهالة الأجرة.

وقد جوز الشارع كل تلك العقود؛ للاحتياج إليها، وقد سُمّي السلم بـ "بيع الخوايج"⁽⁵⁾.

ولأهمية ما ذكر ألغى شرط انتفاء الموانع الكامنة في تلك العقود، ولأنه من المكملات - كاستجماع الشرائط التي هي كالصفة مع الموصوف وليس بجزء⁽⁶⁾ - فقد جرى عليها شرط التكملة - الذي هو من جملة آليات فقه المال الخاص⁽⁷⁾ - وهو: "ألا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال"⁽⁸⁾، فاشتراطها فيها يعدمها

¹ - الموافقات ج 1 ص 313.

² - الموافقات ج 1 ص 303 ، 304 .

³ - مقاصد الشريعة الإسلامية ص 343 .

⁴ - بداية المجتهد ، للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، صححه الشيخ : محمد شاكر ، الناشر: مكتبة الخانجي بالقاهرة ، الطبعة الأولى 1997م . ج 2 ص 197 .

⁵ - الجامع لأحكام القرآن ، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، دار الشام للتراث بيروت - لبنان . الطبعة الثانية . ج 3 ص 379 ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، لسلطان العلماء أبي محمد عز الدين بن عبد السلام السلي ، مراجعة وتعليق: طه عبد الرؤوف سعد ، دار الشرق للطباعة 1968 . ج 2 ص 182 ، مقاصد الشريعة الإسلامية ص 355 .

⁶ - الموافقات ج 1 ص 182 ، 267 .

⁷ - هو مصطلح عندي للدلالة على ذلك العلم الذي تتم به مراقبة الأعمال المطلوبة إذا أدت إلى نتائج منبهي عنها . ويتم ذلك بآليات الاستحسان وسد الذرائع ومنع الحيل وشرط التكملة . ويقابله فقه المال العام الذي يُعنى بمعرفة الأثر المترتب على تشريع وامتثال الأحكام من جلب المصالح ودرء المفاسد ، وهو وقسيمه يتفرعان عن " فقه المال " و" فقه المأل " وقمت بدراسته في رسالة دكتوراه تحت عنوان : " الاستحسان وعلاقته بفقه المأل " .

⁸ - الموافقات ج 2 ص 13 .

بالكلية، ويسد باب المعاملة بها مع شدة الحاجة إليها؛ إذ المنافع في الإجارة - مثلاً - لا يتصور وجودها حال العقد، ولا تحصل منافعها إلا كذلك.

وهذان النوعان وإن تنوعا من الرخص بشكل عام إلا أنهما يفترقان في أوجه ويجتمعان في أخرى - كما سيأتي ذكره - فهل اشتراكهما فيما يجتمعان فيه يستوجب صحة التوجه إليهما بهذا النظر - أعني اختلاف أحكامهما بالكلية والجزئية - أو أن ما يفترقان فيه يمنع من ذلك؟

1 - أما النوع الأول المرتبط بالأعذار: فحيثما وجدت الأعذار وجدت الرخصة في جزئي الأفراد أو كليهم على السواء.

والظاهر أن هذا النوع محل لاختلاف الأحكام فيه بحسب الكلية، فلو داوم المسافر على ترك القصر فإن ذلك يقدح فيه؛ لأنه إعراض عن الرخصة التي جرت مجرى السنن، وارتقى بعضها فلم يختص بحال المشقة كالقصر بعرفة ومنى ومزدلفة لغير أهلها⁽¹⁾، فأخذت حكم العزائم.

ولو اجتمع أصحاب الأعذار على ترك الرخصة؛ للحقتهم المؤاخنة بخوفا من ضياع هذا المعلم الشرعي، كما سيأتي بيانه.

ولنا أن نقدر في هذا المقام أن من عَظُمَ في نفسه⁽²⁾ ترك سيدنا عثمان t القصر يوم عرفة استند - من بين ما استند إليه - إلى هذا الأساس، فتركه وإن كان بشخصه في زمنه مما يأخذ حكم الجزئية فيه - الذي من شأنه ألا يُضَيِّع معلما شرعيا - إلا أن هذا الفعل يمكن أن يجري مجرى الكلية باعتبار المشهد العظيم وكونه خليفة يمثل الأمة.

إلا أن التمعن في سبب هذا الترك يظهر دقة نظره فتركه القصر في ذلك المشهد إنما هو لمعنى أكبر مما تقتضيه أحكام القاعدة، وهو الخوف من أن تدرس العزائم في الأذهان في بعض الأحوال، أو ينقلها البعض من الحاضرين على أن عزيمتها كذلك، أو أن الصلاة غيرت على ما علل به المازري ذلك، حيث قال: "وإنما ذلك خيفة أن يغتر الجهال إذا صلى ركعتين ويظنوا أن الصلاة غيرت"⁽³⁾ فكان حماية للذريعة، وهو مما يفرضه فقه المال الخاص الأمر الذي تتوسع معه الدائرة المشمولة لهذا الفقه، ويظهرُ هيمنته على بعض محال القاعدة التي هي محل البحث.

¹ - المنتقى شرح موطأ مالك، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، راجعه: د. محمد محمد تامر، الناشر: مكتبة الثقافة الدينية القاهرة 2004 م. ج 4 ص 73، 74.

² - وقد صح عند البخاري عن عبد الرحمن بن يزيد أنه قال: "صلى بنا عثمان بن عفان ؓ بمنى أربع ركعات، فقبل ذلك لعبد الله بن مسعود ؓ فاسترجع، ثم قال: صليت مع رسول الله ﷺ بمنى ركعتين، وصليت مع أبي بكر ؓ بمنى ركعتين، وصليت مع عمر بن الخطاب ؓ بمنى ركعتين، فليت حظي من أربع ركعات ركعتان متقبلتان". كتاب تقصير الصلاة. باب الصلاة بمنى. حديث رقم 1084.

³ - المعلم بفوائد مسلم، للإمام أبي عبد الله محمد بن علي المازري، تقديم وتحقيق: الشيخ محمد الشاذلي النيفر، دار الغرب الإسلامي. بيروت. لبنان، الطبعة الثانية 1992. ج 1 ص 299.

2 - وأما النوع الثاني الداخلة تحت أصل الحاجيات الكليات الذي لم يختص بأهل الأعذار ولم يقتصر الأمر فيه على مورد الحاجة، فقد انضوت التصرفات المستثناة فيه بمجملتها تحت قسم الإباحة بالجزء؛ لأمرين:
الأول: اشتراكها في كون الحكم فيها ثبت استثناء، ولم تتميز آحادها بخواص تسوغ اختلاف الحكم فيها، ولم تترجح بمرجحٍ مَّا يرقى بها عن درجة الإباحة، باستثناء القرض؛ لمعنى يخصه - كما سيأتي .
الثاني: اتحاد المحل فيها وهو المال، فاعتبرت صورها المختلفة بدائلَ لنمائه .
وكونها مباحة هو بالنظر الجزئي لشخص معين في زمن معين لم يتوقف على الأخذ بها تحقيق مقصد ضروري أو حاجي، كما هو الحال في أحكام الإباحة على العموم.
فإذا ترك الرجل العمل بالقراض أو السلم أو المساقاة زمنًا ما، أو ترك بعض الناس العمل بها فإن ذلك لا يقدر، ولم يرتب الشارع مؤاخذه عليه؛ لانعدام المناسبة حينئذ.
وأما بحسب الكلية فهل يجري عليها ما جرى على العزيمة والرخصة المرتبطة بالأعذار، أو أن ذلك لا يسري عليها؟

ومنشأ هذا الإشكال هو أن شبه التصرفات المالية المستثناة بالعزيمة والرخصة المرتبطة بالأعذار ليس كاملاً ، فقد أخذت من كل منهما بشبهه وخالفت بآخر ، ولا بد من تسليط الضوء على ذلك؛ لأن له تعلقاً بما نحن فيه :

فأشبهت العزيمة :

أ- في كون أحكامها كلية وعمامة وليس لها بالجزء مناط خاص تنقيد به، مما يعني أن اقتضاء الأدلة فيها يجري مجرى ما اقتضاؤه أصلي في عموم مناطه وعدم تنزله على حالة خاصة، وإن كانت أدلتها من قسم ما اقتضاؤه تبعي، ولذلك عدت أحكامها ابتدائية - كما قال الشاطبي⁽¹⁾.
ب- من حيث اطرادها مع العادات الجارية؛ لعدم اشتراط وجود مناط خاص فيها.
وخالفتها: في كون أحكامها مخالفة للقواعد - كما هو ظاهر .
وأشبهت الرخصة :

- في كون الحكم فيها ثبت استثناء من أصول كان شأنها المنع، فكلاهما كالعارض الطارئ على الكلي.
- في كون الأدلة فيها من النوع الذي اقتضاؤه تبعي كالاستحسان وشرط التكملة.

ولما كان الشأن في الأدلة ذات الاقتضاء التبعي أن تنزل على مناطات خاصة، ولما فُقد هذا في التصرفات المالية المستثناة وكان الحكم فيها عامًا، خالفت الرخصة في ذلك، أي في كونها خاصة ببعض المكلفين . هذه واحدة .
الثانية: الرخص ذات الأعذار لها عزائم تقابلها، فالإباحة فيها بمعنى رفع الحرج في ترك عزائمها، بخلاف النوع الثاني - كما سيأتي.

¹ - الموافقات ج 1 ص 338.

الثالثة : الرخص ذات الأعذار ثبتت بالقصد الثاني فلم تشرع ابتداء ولهذا لم تكن كليات وإن كان المقصد منها وهو رفع الحرج ثبت بالقصد الأول ؛ لعموم محاله في الرخص والعزائم جميعا، أما النوع الثاني فهي كليات ابتدائية وإن خالفت القواعد.

الرابعة : الرخص ذات الأعذار تكون عند انخراق العوائد الجارية فهي منزلة على مناطات خاصة توفرت فيها الأعذار المسيبة لها، بخلاف النوع الثاني الذي اعتبر كالعزائم من حيث اطراده مع العادات الجارية.

الخامسة : الوصف بالرخص على النوع الثاني هو مجرد إطلاق، ولا تفرغ يترتب عليه ، بخلاف الرخص ذات الأعذار⁽¹⁾.

فهل تأخذ التصرفات المالية المستثناة حكم العزائم والرخص في اختلاف أحكامها بالكلية والجزئية بما تحمل من شبه من كل منهما ، أو أنها تقصر عن ذلك بما تحمله من مخالفة لهما بافتراض وجوب وجود الشبه كاملا في ذلك ؛ لينسحب الحكم عليها؟

تساؤل يجعل المسألة تحت النظر وبحاجة إلى تدبر ؛ لقصور تلك الأوصاف عن أن تكون مسوغة لذلك؛ لعدم وجود مناسبة دقيقة لذلك كله .

ويمكن لنا أن نفترض بأن ما جعلهما عرضة لعارض الكلية هو أمر آخر أكبر من تلك الأوصاف؛ وهو وجود حق لله فيهما، وهو أمر مشترك بينهما يعكسه تعلق بعض أحكام الاقتضاء بكل منهما على تفاوت في ذلك، وهو سبب ذو مناسبة يجعل الحكم في محاله ينحو نحو التخليط بحسب الكلية في الأشخاص والأزمان، شأن كل ما تعلق به حق لله وقوي فيه، وأعظم ما يلاحظ ذلك في أحكام العبادات - التي قوي فيها هذا الحق - على العموم .

فالاقتضاء في الأحكام - بالأمر والنهي - يجعل محالها حقا لله : إما أصالة كالأحكام الأصلية التي لم تنقلها العوارض إلى أحكام أخر: كالوجوب في أداء الصلوات ، وإما عَرَضًا بتأثير العوارض: كالوجوب في أكل رغيف تتوقف الحياة عليه.

وكانت محاله حقا لله ؛ لأوجه:

- عموم النفع فيها، فلا يختص بأحد بعينه .
 - علو المعاني المعتبرة فيها.
 - تَوْقُفُ المقاصد الضرورية والحلجية والتحسينية للأفراد والجماعات عليها بصورة مباشرة أو غير مباشرة.
- ولأبسط القول في ذلك، فأقول :

المطلب الثالث : حقوق الله في العزائم والرخص المرتبطة بالأعذار :

تقدم أن العزائم تختلف أحكامها بحسب الكلية والجزئية، وهي تنقسم إلى الأحكام التكليفية - ما يظهر حقا لله فيها - وإذا كانت الرخصة ذات الأعذار تنقسم أيضا إلى بعض تلك الأحكام التكليفية فإنه يظهر دخولها

¹ - الموافقات ج 1 ص 307 ، 318 ، 353 .

تحت القاعدة أيضا ، إلا أن منها ما يرجع إلى حق الله والترخص فيه مطلوب، وقد ورد في الحديث : " ليس من البر الصيام في السفر"⁽¹⁾ ومنها ما هو راجع إلى حظ العباد ، وهذا القسم منه ما اختص بالطلب حتى لا يعتبر فيه حال المشقة أو عدمها كالمجمع بعرفة ومزدلفة ، وهو لاحق بالعزائم ، كما قال الشاطبي⁽²⁾ .
والحديث وإن اختلف العلماء في تفسيره بين حمله على عمومه أو حمله على خصوص مورده في وصول صائم معين إلى حالة المشقة الشديدة⁽³⁾ ، إلا أنه على كلا الحالين يعكس حقا لله في هذا الترخيص: إما أصالة فيمن حمله على عمومه ، أو اعتبارا بعارض الأمور الخارجية - كما في الحمل الثاني.
وقال بعض العلماء: "محمل الحديث على من يصوم ولا يقبل الرخصة"⁽⁴⁾ فحملوه على من داوم على تركه - وهو ما اصطُح على التعبير عنه في هذا البحث بـ "عموم الأزمان" - بله التمالؤ على تركه من عموم الأشخاص ، كما هو ظاهر.

وتعلق حق الله تعالى فيها جميعا تشير إليه تلك المعاني السابقة وهي معان يطلب تحقيقها ويمنع التمالؤ على ترك أسبابها وهو معنى الكلية فيها ، فهل بنيت الأحكام في التصرفات المالية على حظوظ المكلفين خاصة ، أو أن الله حقا فيها ، وما الغالب في ذلك ؟
الأول : بالنظر إلى أنها قائمة على حظوظ العباد ، وأن الأمر لا يعدو رفع المؤاخذة عنها ، فإنه لا وجه لجريان القاعدة عليها.

الثاني : هناك وجه آخر يجعل الحكم في المسألة يجري على وفق القاعدة ، ويتعلق ذلك بالبحث عن حق الله فيها ، ويتم ذلك بالتعرف على خواصها :
خواص التصرفات المالية المستثناة :

التصرفات المالية المستثناة تحمل خواصا في أدلتها وأحكامها ربما يُسهم بيانها في توضيح ما نحن بسبيله ، وما سنذكره يختص بها باستثناء الأول الذي يجمعها بباقي أنواع الرخص ودُكر لذاته وتمهيدا لما بعده :
1. التصرفات المالية المستثناة شرعت بدليل الاستحسان الذي هو من الأدلة التبعية وأهم الآليات التي يقوم عليه فقه المالك الخاص.

¹ - سنن النسائي ، للحافظ أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ، بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي ، دار الفكر . كتاب الصيام ، باب ما يكره من الصيام في السفر . ج 4 ص 175 . وسنن ابن ماجه ، للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه . بشرح الإمام السندي ، وحاشية الإمام البوصيري ، تحقيق : الشيخ خليل مأمون شيحا ، دارالمعرفة بيروت - لبنان ، الطبعة الخامسة 2009 م . كتاب الصيام ، باب ما جاء في الإفطار في السفر ، حديث رقم 1664 . ج 2 ص 308 .

² - الموافقات ج 1 ص 321 .

³ - كما ورد في الحديث عن جابر بن عبد الله " أن رسول الله ﷺ مر برجل في ظل شجرة يرش عليه الماء ، قال : ما بال صاحبكم هذا ! قالوا : يا رسول الله ﷺ صائم ، قال : "إنه ليس من البر أن تصوموا في السفر..." سنن النسائي ، كتاب الصيام ، باب ما يكره من الصيام في السفر . ج 4 ص 176 .

⁴ - شرح الإمام السندي لسنن ابن ماجه مع حاشية الإمام البوصيري ، تحقيق : الشيخ خليل مأمون شيحا ، دارالمعرفة بيروت - لبنان ، الطبعة الخامسة 2009 م . ج 2 ص 308 .

وكون أحكامها تنسب - في مقام الاستدلال - إلى الأدلة الأصلية كالنص في الإجارة في قوله تعالى ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾⁽¹⁾، والقرض في قوله تعالى: { وَأَقْرَضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا }⁽²⁾ لا يناقض ذلك :

فمن حيث مخالفتها للقواعد نسبت إلى الآلية التي ترمز إلى ذلك وهي الاستحسان، ومن حيث ورود الإذن بها في الأدلة الأصلية نسبت إليها .

فقد تعددت صور الاستدلال لها وتنوعت: فتارة تنسب إلى النص؛ لورودها فيه. وتارة إلى الاستحسان؛ للتنبيه إلى مخالفتها للقواعد، إذ هو آلية لقص الحكم ومنعه من الاطراد؛ ميولا إلى وجه الاستحسان، وهو النص الوارد بإجازة ما ذكر؛ لمقصد أهم. وتارة يجمع بينهما؛ تنبيها لما ذكر، فيقال: شرعت استحسانا بالنص، فأصبح النص - الدليل الأصلي وأم الأدلة جميعا - أحد أوجه الأدلة التبعية، وصار الدليل فيها مزدوجا فجمع الأصلي والتبعية معا.

2. بجمعها بين الأدلة الأصلية والتبعية جمعت بين خاصتيهما، وأخذت من كل منهما بطرف فاعتبرت أدلتها ذات اقتضاء أصلي وتبعية معا:

- أما كون اقتضاءها أصليا فلعدم تنزل أدلتها على مناطات خاصة، ولذلك عدت من الرخص الابتدائية.
- ولما وقع بها الاستثناء عوملت معاملة الأدلة ذات الاقتضاء التبعية، دون وجود خواص الرخص فيها. فكان لها بهذا الجمع تميز عن الرخص المرتبطة بالأعدار - التي لها عوائم تعتبر أصلا لها⁽³⁾ - فإذا أراد المكلف العدول عن الرخصة في القراض فأى أصل يرجع إليه، فإن التصرف البديل - للخروج من الجهالة فيه - لا يحمل اسم القراض ولا أحكامه، فإن عيّن للعامل نصيب مقطوع فإنه يتحول من قراض مستثنى - لأجل الجهالة فيه - إلى إجارة مستثناة - لأجل التعاقد على معدوم فيها، تكفل مبدأ التقديرات بإضفاء الشرعية عليها - وهي مختلفة في أحكامها وأوصافها عنه، ولا تعتبر أصولا لبعضها، فيكون البديل والمبدل منه من التصرفات المستثناة.

3. هذه التصرفات المستثناة وإن عفي فيها عن بعض المخاذير إلا أن الشارع أبقى على تأثير بعض الأوصاف فيها، فإنه لا يلزم من جوازها استحسانا اغتفار جميع الغرر فيها "فإن الغرر المغتفر هو فيما يعسر انضباطه من العمل ومدته، واختلاف أزمانيه من حر وقر، فأما ما يتيسر فيه ذلك فلا بد من ضبطه وبيانه، مثل بيان نوع العمل، ومقدار الأجر، ومقدار رأس مال القراض، ومقدار ما للعامل من الربح في القراض، أو من الثمرة في المساقاة، أو من الجزء في المغارسة"⁽⁴⁾.

إن نظرة في هذه الخواص تظهر حقا لله فيها، وذلك على النحو الآتي :

¹ - سورة الطلاق الآية (5).

² - سورة المزمّل الآية (20).

³ - كما هو الحال في مثال القصر والفطر في السفر، فإذا ترك شخص رخصتهما رجع إلى العزيمة فيهما.

⁴ - مقاصد الشريعة الإسلامية ص 356.

1. شبه التصرفات المالية المستثناة بالعزائم من حيث كونها أحكاما ابتدائية فاعتبرت بمثابة ما شرع بالأدلة الأصلية، وسرى إليها بهذا الوصف بعض ما في العزائم من خواص وهو وجود حق لله تعالى فيها.

2. بعض الأحكام المتضمنة فيها تظهر ذلك الحق، فقد أوجب الشارع ضبط بعض الأوصاف فيها وبيانها فيما زاد عن المعفو عنه فيها، مثل: بيان نوع العمل ومقدار الأجر ومقدار رأس مال القراض وما للعامل من ربح وغير ذلك.

3. أدلتها تحمل طبيعة خاصة وهي تنوعها إلى أدلة أصلية وتبعية، مما يشير إلى اهتمام الشرع بها وأن الحق فيها مشترك بين الله والعبد، مع اختلاف موجبيهما: فموجب حق العبد هو تحصيل الحظوظ العاجلة له، وموجب حق الله تعالى هو الالتزام بما تتضمنه من أحكام وعدم جواز إسقاطها؛ لأن التبعد في الأحكام إما أن يكون بمعنى عدم معرفة عللها وإما بمعنى عدم جواز الاتفاق على إسقاطها. وعندما ذكر ابن عاشور⁽¹⁾ أنه كان حقا على أئمة الفقه أن لا يساعدوا على وجود الأحكام التعبدية في تشريع المعاملات، ويعتقد أنه لا يرى أن يكون فيها تعبدي، فإنما هو - بما أرى - بالمعنى الأول، أما الثاني فلا ينازع أحد في أنه يمثل وجه التبعد فيها. وإذا اعتبر ما ذكر أصلا في إثبات حق الله فيها فإن ذلك يتقوى بالإشارة إلى ما وُكِّلَ إليها القيام به من وظائف:

- أ- تحصل بها التنمية لقسم من أموال الأمة في وجه من وجوه استثمارها، وقد يصار بتركها بالكلية إلى الإخلال بهذا الأصل.
- ب- كون قسم منها يمس الغذاء: وهو المساقاة والمزارعة، وهو مقصد حاجي يكمل أصلا ضروريا وهو حفظ النفس، ويرفع ما وجد من حرج فيه، وهذا شأن الحاجيات على العموم.
- ج - ومنها ما هو أعم من محالها وهو القصد إلى التوظيف الثقافي الأمثل لهذه التصرفات بنشر المبدأ العام والمقصد الكلي للأحكام الشرعية وهو "رفع الحرج وانتفاء العسر" فيحصل بها - بما تحمله من تنوع وما تتضمنه من يسر - إشاعة المبادئ والتشريعات الإسلامية المتضمنة لذلك على نطاق واسع، فيتحقق بها ما هو من مكملات حفظ الدين وهو حفظ قواعده. وتشريع مثل هذه العقود يجري مجرى التجسيم لتلك القواعد؛ لتكون هذه الآلية الإضافية المالية في صرح ذلك التوظيف، وهي ثانية اثنتين - فيما أرى - بعد التجسيم المتمثل في بقاء الحجر خارج البيت وهو منه - إشارة إلى وجوب ترك بعض الواجبات إذا أدى فعلها إلى مآل مخالف تأسيسا لمبدأ تقديم الأهمية العارضة على الأهمية الأصلية⁽²⁾، وتطبيقا لها.

¹ - في كتابه: مقاصد الشريعة الإسلامية ص 177.

² - ينظر ما ذكره الإمام الشيخ محمد الطاهر بن عاشور في أمر هذا المبدأ وأنه ظاهر في تقديم الحمد على لفظ الجلالة في قوله تعالى: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ﴾ في سورة الفاتحة في بداية المصحف - بما يوجبه المقام من ابتداء أولى النعم وهي نعمة تنزيل القرآن بالحمد، وكان الشأن تقديم ذكر الله تعالى - فهو الأهم أصالة - كما في آية الجاثية في قوله تعالى: ﴿فَلِلَّهِ الْحَمْدُ﴾ الآية (35). التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر. ج 1 ص 159، 165.

وقد تعددت صورها في تلك المجالات المختلفة ؛ ترسيخا لذلك المبدأ ، ولتظهر بجلاء قوة الشرع الناعمة في سير الأحكام تشريعا وتطبيقا ، فكان قصد الشارع - إضافة إلى رفع الحرج عن فاعلها - هو نشر هذه الثقافة على أوسع نطاق ، ولا يخفى حق الله فيها.

ولأجل ذلك المعنى استوت تلك التصرفات في حكمها - جزئيا - فكانت مباحة؛ لتكون بدائل يكمن المقصد في تنوعها، فيضمن هذ المبدأ - عبر هذه الصور المختلفة للاستثمار القائمة على مبدأ التيسير - سعة الانتشار، فتظهر قوة هذا المبدأ وترسخه في الشريعة ، وهو مقصد تحسيني نلزم بإظهاره ؛ لاهتمام الشارع به.

وبناء على وجود حق لله فيها، فلماذا لم تُعط لتلك التصرفات المستثناة - وقد كانت سببا في تحصيل تلك الأهداف - أحكاما تتناسب مع وجود ذلك الحق فيها فيحكم بندها - جزئيا - ويمنع من التمالؤ على تركها بالكلية ؛ محافظة على كل تلك المقاصد، ومنعا من الإخلال بها ؟

المطلب الرابع : التصرفات المالية المستثناة والحكم الاقتضائي :

مع تلك الوظائف التي تحققها تلك التصرفات فإنها لم تعط أحكاما اقتضائية ؛ للآتي:

الأول : مع وجود حق لله فيها إلا أنها من قسم ما غلب فيه حق العبد على حق الله، ومن شأن هذا النوع من الأفعال ألا يتوجه الطلب بتحصيلها.

الثاني : لخفاء تلك الأهداف يكون من شأن إعطائها تلك الأحكام جعلها أقرب إلى التعبد وأبعد عن طبيعتها العادية.

الثالث : جرت سنة الشارع في تشريع الأحكام استثمار الدافع الجبلي⁽¹⁾ - الذي أوجده الله تعالى في الطبيعة الإنسانية - وإعطاؤه دورا في ذلك ، وذلك في أمهات المسائل وفروعها على السواء.

ومن فروعها ما نحن فيه ، فإنه لما كان لهذه التصرفات من فوائد استثمارية ظاهرة ولما جبلت النفوس على الرغبة في استثمار المال والحرص على تملكه ونمائه ، استغنيَ بهذا الدافع وصار الأمر فيها إلى تقليل الدافع الشرعي ، وأوكل أمر عدم تركها بالكلية إلى هذا الدافع البديل.

والأمر بحاجة إلى الاستئناس ببعض الأحكام من قسم العادات وأخرى من قسم العبادات ؛ لتبين صحة هذا المبدأ ومدى شيوعه في المجالات المختلفة :

الأول : فرع فقهي بُنيَ أساسا على تحصيل الحظوظ وهو البيع والشراء فإنه لما كان له دافع جبلي بتصريف ما لا يُحتَاج إليه ؛ دفعا لفساده ورغبة في جلب ما يُحتَاج إليه ، خُفِّفَ فيه الحكم الشرعي بالجزء - فكان مباحا - ؛ لئلا يجتمع له دافعان فيخرج التصرف عن تحصيل ما شرع لأجله وهو تحصيل الحاجيات بشكل لا إفراط فيه ولا تفريط.

¹ - الموافقات ج 2 ص 180 وما بعدها . وموضوع الدافع الجبلي وتأثيره في الأحكام مشروع دراسة بعنوان "الدافع الجبلي واستثماره في الأحكام" أنا الآن بصدها. ونشرت إشارات منها تحت عنوان "الوازع : أنواعه . مراتبه . مقاصده". في مجلة العلوم القانونية. منشورات كلية القانون ترهونة / جامعة الزيتونة - ليبيا. العدد الرابع . السنة الثانية - 2014م.

الثاني : فرع فقهي اعتُبر الدافع الشرعي الأصل فيه وهو طهارة الحدث، فإنها من التبعيدات المحضة؛ لاحتياجها إلى النية ، ودوران الأمر في بدائلها على التضاد: فهي تنظيف في الوضوء وتوسيح في التيمم. وغسل الرجلين مما طلب لتحصيل تلك الطهارة، وبما أنها عرضة للتوسخ الدائم فقد وجد له دافعان: الدافع الشرعي القائم على المطالبة بغسلها؛ أسوة باليدين؛ لشبههما بهما، والدافع الجبلي بما جبل عليه الإنسان من إزالة الأدران عن جسده ، والرجلان أولى بذلك منهما؛ لأنه كما قال الحجاج : " ليس شيء من ابن آدم أقرب إلى الخبث من قدميه بباقي المغسول"⁽¹⁾

وقد رأى الفقهاء الاكتفاء بالغسل الخفيف؛ ليقصد في صب الماء عليهما؛ لكونهما مظنة للإسراف⁽²⁾، ولا يخفى وجه هذا الحكم في هذا المقام؛ إذ فيه حث على عدم المبالغة في الغسل؛ اكتفاء بالدافع الجبلي الذي يدفع إلى ذلك، وبقي للدافع الشرعي - الذي يتحقق تحصيله بالغسل الخفيف - أصل الطلب في وجوب الغسل برواية النصب وبما جرت عليه السنة⁽³⁾؛ إبقاء للوجه المطلوب المتعبد به. وقد جاءت رواية بلجر في قوله تعالى: { وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلِكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ }⁽⁴⁾ عطفًا على الرؤوس لفظًا، لا معنى بالحوار على ما ذهب إليه المحققون⁽⁵⁾؛ تنبيهًا على ذلك .

وليس الأمر في هذه التصرفات المالية قارا على هذا الأمر، فقد يغلب حق الله فيها فيتقوى الدافع الشرعي ويتغير حكمها بحسب الكلية ، ويظهر ذلك في حالتين:

الأولى : إذا ضعف الدافع الجبلي لسببٍ ما فإن الدافع الشرعي يتقوى فيطلب عدم التماهي على تركها؛ تحقيقًا لتلك الأهداف، على غرار الحكم بسنية غسل النجاسة للصلاة والحكم بإعادتها أبدا إذا تعمد الصلاة بها على الأقوال المشهورة المذكورة في محلها⁽⁶⁾.

الثانية: إذا تعينت تلك التصرفات وصارت متوجهة الطلب، فلو تمالأ أصحاب الأموال الذين ليست لهم قدرة على تنمية أموالهم على منع إعطاء العمال - الذين لا مال لهم - ما يعملون به قراضا مثلا ربما صاروا تحت المؤاخنة؛ لأنه يترتب عليه حرمان من لا مال لهم من العمل والارتزاق فيأثمون من هذه الناحية، ولو داوم

¹ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، لشمس الدين محمد ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير ، دار إحياء التراث العربي بيروت، الطبعة الأولى 2005م ج 1 ص 110 .

² - فلم يرد من فعله صلى الله عليه وسلم والصحابة بعده إلا الغسل. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب ج 1 ص 225 ، نهاية المحتاج ج 1 ص 110 .

³ - مواهب الجليل ج 1 ص 224 .

⁴ - سورة المائدة الآية (7) .

⁵ - وحملوا المسح - في الطلب الأصلي ، دون غيره كالخف - على الغسل الخفيف الذي تسميه العرب مسحًا، كما قال أبو علي الفارسي. شرح التلغين ، للإمام أبي عبد الله المازري ، تحقيق الشيخ محمد المختار السلامي ، دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الثانية 2008 م. ج 1 ص 152 .

⁶ - فقد أوقع الفقهاء على إزالة النجاسة لفظ السنة؛ اعتمادا على الوازع الطبيعي والمحاسن العادية التي تستوجب تلك الإزالة . فإذا خولف ذلك عمدا رجع إلى الأصل من الطلب الجزم ، فأمر بالإعادة أبدا . الموافقات ج 3 ص 132 . وما ذكر يقدم أنجع الحلول في معالجة: كيف يصح وصف الشيء بأنه سنة مع تأييم التارك وإيجاب الإعادة عليه ، حيث إن الظاهر يمنع مثل هذه الترتبات . وللمسألة معالجات أخرى . ينظر: شرح التلغين ج 1 ص 126 ، المنتقى ج 1 ص 76 .

الشخص - ذو المال العاجز عن تنميته - على ترك العمل بالقراض - والحال أنه تعين سبيلا لدوام تحقيق حاجياته - فإنه يؤاخذ .

فقد اختلف الحكم في هذه التصرفات بحسب الكلية؛ لغلبة حق الله فيها، وتمَّ ذلك في الحالة الثانية بتوسط عارض آخر بين عارض الحرج الذي جعلها مستثناة وعارض الكلية محل النظر، والعارض المذكور في المثال هو عارض "الأمر الخارجي" - المُسندُ أمرٌ تفعيله لفقهِ المال الخاص - الذي يدخل على جميع التصرفات والأفعال جزئياً و كلياً، فيغير حكمها بطلب الفعل أو الترك.

فإذا توقفت حياة إنسان على الاقتراض مثلا كان واجبا في حقه وفي حق من يقرضه ، وإذا ترتب على العمل في القراض إضاعة مقصد أعظم فإنه يطالب بتجنُّبه، فهو أقوى تأثيرا وأعم محالا من عارض الكلية الذي يتغير به الحكم المسلط على الجزئي المباح المخير فيه بطلب فعله ؛ لأجل الأمر الكلي الذي يخدمه ذلك الجزئي ، كما تقدم.

وما جعل الحكم يختلف عند توسط هذا العارض الذي تنحو به الأحكام نحو التغليظ هو أن هذا التصرف - بما لزم عنه - خرج عن حظ العباد وصار متوجه الطلب فأصبح حقا لله، الأمر الذي يقوي ما افترضنا جعله معيارا لاختلاف الأحكام بحسب الكلية، وهو أن كل ما كان لله فيه حق - أمر أو نهي - فالقاعدة تدخله ؛ لأن الحكم الشرعي يتوجه إلى الفعل بحسب ما فيه من المصلحة، ومن شأن قوة ذلك الحق أن ينتقل الفعل بها من دائرة الإباحة إلى حكم أشد؛ لأن المباح " إنما يوصف بكونه مباحا إذا اعتبر فيه حظ المكلف فقط فإن خرج عن ذلك القصد كان له حكم آخر"⁽¹⁾.

والسؤال : ما هو موقف الشاطبي - الذي ذكر أن قاعدة اختلاف الأحكام بالكلية والجزئية تدخل الأفعال كلها - من شمول القاعدة للتصرفات المالية المستثناة ؟

المطلب الخامس : رأي الشاطبي في شمول القاعدة للتصرفات المالية المستثناة :

يبدو الأمر - بما ذكر سابقا - منطقيًا ومتناسقا ، إلا أن ما عكر صفو هذا الفهم واعتبر غريبا عن هذا السياق هو أن الشاطبي عند عرض القاعدة وتقليب وجوه النظر فيها، قال: لمدَّع أن ينازع في اطراد القاعدة ويدعي اتفاق أحكامها - بالكلية والجزئية - في جملة مسائل، منها: العمل بالقراض والمساقاة وشراء العرية وغيرها مما يخصنا في هذا المقام⁽²⁾ .

¹ - الموافقات ج 1 ص 147 .

² - الموافقات ج 1 ص 136 .

وقد بنى صاحب الشبهة هذا مدعاه في اتفاق أحكام ما ذكر على أنه "حيث لا يكون ذلك متوجه الطلب"⁽¹⁾.

وعقب عليه الشاطبي بقوله: إن لصاحب النظر الأول - أي من يقول باطراد القاعدة - أن يجيب : بأنه لو تمالأ الناس على تركها داخلهم الحرج من وجوه عدة ، فصار الترك منها عنه نهي كراهة إن لم يكن أشد، فيكون الفعل إذا مندوبا بالكل إن لم نقل واجبا، وبجسبك في المسألة أن الناس لو تمالؤوا على الترك لكان ذريعة إلى هدم معلم شرعي⁽²⁾.

فاعتبرها من المعالم الشرعية ومنع الناس من التمالئ على تركها دون افتراض وجود حق لله تعالى فيها، وهو مبعث الغرابة في ذلك؛ لأن أصل الاعتراض بناه صاحبه على انعدام الأمور الخارجية التي توجب ذلك التصرف في قوله: "حيث لا يكون ذلك متوجه الطلب"، ولم يبينه على افتراض وجود حق لله فيه بغير ذلك الوجه؛ لخلو حديثه عما يشير إلى ذلك. بل لعله بتلك الحيثية استوعب استبعاد حقوق الله - المفترضة هنا - جميعها، وذلك لقوتها وعموم محالها - كما سبق - فتترجم تلك الحيثية إلى التالي: "حيث لا يكون لله فيها حق".

والسؤال: هل ما أورده الشاطبي على لسان صاحب النظر الأول يعبر عن رأيه؟ وقد ذكره بطريقة جرى عليها منهجه في الموافقات عند طرح مثل هذه القواعد، وهو منهج قائم على ذكر الأدلة وتقليب وجوه النظر فيها، بإيراد الشبه والاحتمالات المفترضة جميعها - على لسانه أو بافتراض نسبتها إلى مدع ينازع في صحتها واطرادها - وبعض ما يورده مما يخالف ما سعى إلى تثبيته قد يعلق عليه أو يدفعه، وهو ما لم يفعله هنا.

وليتضح موقفه بشكل صحيح لا بد من النظر في السياق وتتبع الأمثلة التي ذكرها؛ تأسيسا للقاعدة أو تطبيقا لها:

ذكر الشاطبي في المسألة الثانية من كتاب الأحكام في الموافقات⁽³⁾ أن الإباحة بحسب الكلية والجزئية يتجاذبها الأحكام البواقية، وساق أمثلة من أحكام العزائم كالأكل والشرب ووجوه الاكتسابات الجائزة كالبيع والشراء والغناء المباح، وغير ذلك، ولم يذكر فيها مثالا واحدا للمباح من أحكام الرخص.

¹ - المصدر نفسه.

² - الموافقات ج 1 ص 137، 138.

³ - الموافقات ج 1 ص 130 وما بعدها.

وتمهيدا لهذه القاعدة تكلم في المسألة الأولى⁽¹⁾ على أحكام المباح في الترك والفعل وفي بحث ما يقتضيه من ترجيح أحدهما على الآخر ببيان أن فيه ما يقتضي عدم الترك أو عدم الفعل، ثم قال⁽²⁾: "وسياتي لذلك تقرير في المباح الخادم لغيره"، ولم يذكر فيها من الرخص إلا مسألة قصر الصلاة والفطر في السفر، مع النص المرغب في الرخص على العموم.

فهل في اقتضائه في الأمثلة على أحكام العزائم وأحكام الرخص المرتبطة بالأعذار ما يشير إلى اختصاص قاعدة اختلاف الأحكام بالكلية والجزئية بهما؟

أما أحكام العزائم فقد نص صراحة على هذا، فذكر أن الناس لو تركوا البيع والشراء لكان تركا لما هو من الضروريات المأمور بها فكان الدخول فيها واجبا بالكل⁽³⁾.

وأما في الرخص المرتبطة بالأعذار فلم ينص على ذلك، إلا أن الظاهر أنه يرى دخولها تحت القاعدة؛ لأمرين:
الأول: ذكر فرعها منها في التمهيد؛ لتأصيل القاعدة.

الثاني: عند ذكر أنواع الرخص جعل ما شرع لعذر هو الذي يقع التفريع عليه، ولم يستثن تفريعا معينا في ذلك، ومن جملة ما يتفرع عليه اختلاف الأحكام فيه بالكلية - على ما يتضح من المقام.

وأما الرخص غير المرتبطة بالأعذار كالتصرفات المالية المستثناة فلم يتعرض لها إلا في الفقرة السابقة عند إيراد الشبه الواردة على القاعدة بقوله: إن لصاحب النظر الأول - القائل باختلاف الأحكام بالكلية والجزئية - أن يقول: إن عدم سريان القاعدة على العمل بالقراض والمساقاة وغيرها مما ذكر يُضَيِّع معلما شرعيا.

والسؤال: ما هو المعلم الشرعي الذي خيف عليه أن يضيع؟

- هل هو في حصر تلك التصرفات، وأنه مما تقتضيه القسمة العقلية في المشاركات (مال ومال - عمل وعمل - مال وعمل) فتعد معلما شرعيا نظريا يذكر في سياق بيان ما يقره الشارع من صور الاستثمار التي يتشارك فيها العمل والمال، وهو مستبعد؛ لأنه بعيد عن السياق بدليل قوله: "لو تمالأ الناس على الترك".
- أو هو المبدأ الشرعي الحاكم على جميع التصرفات ومنها المالية بأنه إن توقف مقصد ضروري أو حاجي على فعلها فإنها تكون في حيز الواجب، وهو مستبعد كذلك؛ لأن هذا المبدأ غير ناشئ عن عارض الكلية - محل البحث - وإنما هو من موجبات عارض الأمور الخارجية، وهو منتف هنا؛ لقول صاحب الشبهة: "حيث لا يكون ذلك متوجه الطلب".

¹ - الموافقات ج 1 ص 109 وما بعدها .

² - الموافقات ج 1 ص 117 .

³ - الموافقات ج 1 ص 131، 132 .

• أو هو المعنى الكلي في هذه التصرفات وهو رفع الحرج ، وهو ممتنع ؛ لأنه كلي لا ينعدم بانعدام جزئياته وليس كلا ينعدم بانعدام أجزائه .

• أو هو آحاد جزئيات هذا المعنى الكلي ، فيكون القراض معلما شرعيا ، والمساقاة معلما شرعيا ، وهكذا . ويتفرع عن هذا الاحتمال الأخير أن كلا من تلك التصرفات تحمل خصوصية تميزها عن غيرها ترقى بها إلى أن تكون كذلك ، مما يجعلها فرائض شرعية تحمل معان تعبدية ، فهل هي كذلك؟ أو أن وصفها بالشرعية لا يعدو أن يكون رفعا للمؤاخذه عما تحمل من مخالفات ، فتكون فرائض شرعية في مقام الاختيار بينها وبين الصور المحرمة ، وضرورة اقتصادية إن تعينت سبباً لنماء الأموال .

إن هذه التصرفات المالية لا تعدو أن تكون بدائل متعددة للاستثمار بها يحصل التمايز بينها ، وهي من قسم المباح ولم يترجح أحدها بمرجحٍ ما فتخرج عنه ، وقد خالفت جميعها القياس ، فلكونها بدائل للتمويل تحت بند الحاجيات - رفعا للحرج - أصبحت بمثابة الجزئيات له ، وهو معنى كلي يقع التعبد به على العموم من حيث وجوب اعتقاد ابتناء الشريعة كلها عليه ، أما هي فلم نتعبد الله بجميعها ولا بأحدها على الخصوص فتكون فرائض شرعية يُطلبُ إيجادها ، وإنما يقع التعبد بأحدها إذا كانت متوجه الطلب ، أو ميلا لصاحبها عن التصرفات الربوية والمحرمة ، سوى القرض الذي سأفرد الكلام عنه ؛ لمخالفته لبعضها فيما نحن فيه .

ذلك أن الجزئيات - في التعبد بها وعدمه - ليست على نسق واحد ، بل هي على نسق ثلاثة :

• جزئي يقع التعبد به كصلاة الضحى مثلا ، وهو جزئي لكلي إقامة الصلاة .

• جزئي يقع التعبد به لا على خصوصه ، بل بما يحتويه من المعنى الكلي كالتصدق بشيء ما ، وقد استوى مع غيره في النفع إلى المتصدق ، فهو جزئي لكلي التصديق .

• جزئي لا يقع التعبد به⁽¹⁾ كما هنا إلا إذا اعتراه عارض الأمور الخارجية بأن كان متوجه الطلب أو اختيار بديلا عن التصرفات المحرمة بالعزوف عنها ، وهو المعبر عنه بالامتثال .

وإذا كان القراض مثلا هو جزئي يمثل التشريعات التي عفى فيها الشارع عن تأثير الأوصاف المانعة من صحة العقود ؛ لعارض الحرج - الذي هو كلي - فهو ليس الجزئي الوحيد التي انتظم هذا الكلي في هذه التصرفات لأجله ، فهناك السلم والقرض والمساقاة وغيرها ، والتعبد واقع في كليها وهو رفع الحرج ، أما أحدها فإذا تعينت سبباً لنماء الأموال تكون ضرورة شرعية واقتصادية معا ، ولا تناقض ؛ لانفكاك الجهة - كما هو ظاهر .

ما ذكرته هو ما دفعني إلى استبعاد أن يكون ما ذكره الشاطبي في التعقيب يعبر عن رأيه - وَهُوَ مَنْ هُوَ - إضافة إلى أنه ذكر في آخر فصل⁽²⁾ من المسألة الأولى من النوع الخامس في العزائم والرخص: أن ما شرع

¹ - وذلك لا يعني عدم التعبد بما تضمنه من أحكام خرجت عن محل العفو فإنه يجب الالتزام بها ولا يصح الاتفاق على إسقاطها - وهو محال التعبد فيها - متى اختير طريقا للاستثمار ، كما مر ذكر في صلب البحث .

² - الموافقات ج 1 ص 307 ، 303 .

لعذر واقتصر فيه على موارد الحاجة فإنه يقع التفريع فيه، وأما ما استثني من الحاجيات الكليات كالقراض والقرض والمساقاة فإنه لا تفريع فيه، وإنما يتبين به أنه إطلاق شرعي .
وإذا كان هناك جزئي في هذه التصرفات المخالفة للقياس يصح اعتباره معلما شرعيا فهو القرض، فهل تسري القاعدة عليه لأجل ذلك؟

المطلب السادس : سريان قاعدة اختلاف الأحكام بالكلية والجزئية على القرض :

الأمر يحتاج إلى توطئة يتضح فيها من أحكامه ما يُحتاج إليه في هذا المقام:

القرض : هو بيع الدرهم بالدرهم إلى أجل، وأصله المنع ؛ للذهي عنه، وقد أجزى ؛ للتوسعة، فهو جار على خلاف القياس. قال القرافي: " اعلم أن قاعدة القرض خولفت فيها ثلاث قواعد شرعية: قاعدة الربا إن كان في الربويات كالنقدين والطعام، وقاعدة المزابنة وهي: بيع المعلوم بالمجهول من جنسه إن كان في الحيوان ونحوه من غير المثليات، وقاعدة بيع ما ليس عندك في المثليات " (1) .

وبتبع أحكام القرض المرتبطة بهذا المقام نجد يحمل أحكاما ظاهرة وإشارات خفية ، مقاصدُها متباينة لم توجد مجتمعة في غيره من التصرفات المستثناة :

الأول : حث ظاهر على فعله باعتباره قرضا لله يضاعفه ويُربيه ، ولذلك عُدَّ - إضافة إلى كونه من المعاوضات - من جنس التصرفات الملحقة بالقربات ؛ لجملة الآثار الحائثة عليه والمرغبة فيه ، وأقل ما يتناسب مع هذا المقصد من الأحكام هو الندب ، ولم يكن واجبا ؛ لقيام الإجماع على أن الإنسان مستبد بماله (2) ، وقد احتاج إلى هذا الحث؛ لمنافرة الجبلة له؛ فإن شُحَّ النفوس يحول دون تحصيله، فلما ضعف فيه الدافع الجبلي تقوى لأجله الدافع الشرعي، فعدَّ ملحقا بالقربات.

الثاني : حث خفي على تركه بامتناعه صلى الله عليه وسلم عن الصلاة على المدين (3) ، وإذا كان في هذا الامتناع دعوة إلى سرعة التخلص من الدين فإن فيه حثا خفيا على تركه ؛ لأنه قد يفجأه الموت. وكان الأصل أن يأخذ القرض حكما يتناسب مع هذا الوضع وهو الكراهة إلا أنه لم يحكم عليه بذلك واكتفي بهذا التصرف من الشارع؛ لتحقيق ذلك ، إضافة إلى جملة من التشريعات الأخرى التي تُضيقُ من التوسع فيه.

¹ - الفروق (المسمى أنوار البروق في أنواع الفروق) ، للإمام شهاب الدين القرافي ، مع حاشية إدرار الشروق على أنواع الفروق لابن الشاط ، وتهذيب الفروق ، لابن حسين المكي ، عالم الكتب. بيروت. ج 4 ص 2.

² - هذا إذا لم يكن متوجه الطلب كما هو واضح .

³ - وهذا الحكم وإن نسخ بقوله صلى الله عليه وسلم : "... فمن توفي من المؤمنين فترك دينا فعلي قضاؤه" صحيح البخاري ، كتاب الكفالة ، باب الدين ، حديث رقم 2298. إلا أن دلالاته لا تزال موضع اعتبار، كما ذكر.

وقد ذكر العلماء⁽¹⁾ السبب لترك النبي صلى الله عليه وسلم الصلاة على المدين :وهو التنفير من الديون، والتحريض على قضائها ، والتوصل إلى البراءة منها .

إلا أن المقام يستدعي تعليلا إضافيا للسبب المذكور، مبنيا على نظرة مختلفة بعدة احتمالات تزيد من مخالفة القرض لباقي التصرفات المستثناة - وأنها ليست في ذلك على درجة واحدة - بما يسوغ اختصاصه بجريان قاعدة اختلاف الأحكام بالكلية والجزئية عليه:

الأول : أن ذلك من آثار كونه رخصة ومستثنى من ممنوع، فيكون الشارع قد ألمح بهذا التصرف إلى سريان هذا التضييق على الباقي، وهو مستبعد؛ لفارقتها لها من أوجه :

أ- اختلاف الحكم فيهما: فالقرض مندوب، وعُدَّ من جنس التصرفات الملحقة بالقربات، أما باقي التصرفات فهي مباحة تُحصَلُ حظوظا للمكلفين.

ب- اتفقت التصرفات في اجتماع جانب التخيير بين العاقدین فيها على حد سواء، والأمر في القرض مختلف ، فقد توجه الحث عليه للمقرض دون المستقرض واختلفت التشريعات اللاحقة بالطرفين.

ج - اختلاف الدافع فيهما، فإنه لما كان الشح غالبا على النفوس ضعف الدافع الجبلي في القرض فقوي الدافع الشرعي بلحث عليه، والأمر بالعكس في التصرفات المالية ، فإنها لما كانت للاستثمار تقوى فيها الدافع الجبلي فخف الطلب الشرعي.

د - اختلاف المقصد التشريعي فيهما، فالمقصد في القرض هو الإعانة، وحثُّ عليه؛ لإشاعة روح التعاون بين أفراد الأمة بإقامة معلم تتجسد فيه تلك الروح، أما باقي التصرفات المستثناة فهي للاستثمار خاصة .

الثاني: والاحتمال الأقرب هو أن الشارع لما علم بأن الاستقراض في الغالب لا يكون إلا للاستهلاك وأنه غير موجه للاستثمار - كما هو واقع - فقد احتاج إلى هذا التصرف منه ﷺ؛ لتقليله ، بخلاف نحو القراض والمساقاة فتوظيفها للاستثمار خاصة.

فالقرض من التصرفات المالية المستثناة المتقابلة الأحكام بين عاقدیه، وقد رغب فيه الشارع للمقرض ورغب عنه للمستقرض بجملة التوجيهات الخاصة بذلك ؛ لاختلاف المقصد فيهما، فمن حيث القصد إلى الإعانة وأن المبالغ فيه تكون - في الغالب - متواضعة حثُّ عليه، ومن حيث إنه موجه - غالبا - للاستهلاك ضيق فيه، وقد غلب القصد الأول في أحكامه، فلذلك جاء الطلب فيه وصح كونه معلما شرعيا يتجسد فيه ذلك المقصد، فطلب بالكل ومُنِعَ من تمالي الناس على تركه .

وانسحبت قاعدة اختلاف الأحكام بحسب الكلية عليه؛ لضعف الدافع الجبلي فيه ؛ لغلبة الشح على النفوس، أما في باقي التصرفات المستثناة فإنها لما شرعت للاستثمار قوي فيها الدافع الجبلي فلم يحكم باختلاف أحكامها بذلك ؛ لئلا يجتمع دافعان عليها - كما سبق.

¹ - قواعد الأحكام 168/2. وإرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، لأبي العباسي شهاب الدين أحمد القسطلاني . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع . بيروت - لبنان 2000 م، ج 5 ص 304 .

والسؤال الذي يفرضه المقام هو: ما هي الآثار المترتبة على اختلاف الأحكام في التصرفات المالية بحسب الكلية والجزئية؟

المطلب السابع: ما يترتب على اختلاف الأحكام في التصرفات المالية بحسب الكلية والجزئية: ينبغي في نهاية البحث ذكر ما يترتب على اختلاف الأحكام في تلك التصرفات بحسب الكلية حتى لا يكون هذا البحث معدودا من الترف الفكري في المجال الفقهي عموما والمالي على الخصوص. هناك جملة آثار تترتب على ذلك الاختلاف في الأحكام عموما وفي التصرفات المالية على الخصوص، وهي متعددة ومتنوعة ، ومما يسمح به المقام من ذلك ⁽¹⁾ :

1. بملاحظة ما يخدمه الجزئي من الأمر الكلي يثاب على ذلك الجزئي ثواب ذلك المخدم، باعتبار أن الجزئي الخادم للأمر الكلي هو من صورته فيحصل الثواب به في ذلك إذا لوحظ وحصل به المقصود. ولأن المقام يتحدث عن الثواب فلا بد من التمثيل بفرع من العبادات؛ ليتضح به الأمر: فإذا كان فعل العمرة أو الحج ابتداء أو تطوعا يأخذ حكمها بالجزء - بالوجوب أو السنية في الحج، والسنية أو الندب في العمرة - فإن على القاصد ذلك أن يلاحظ في نُسكِهِ تَعْمِيرَ البيت - الذي هو مطلوب بالكل - حتى يحصل له ثوابان: ما فعله من ذلك الجزئي وما نواه من الأمر الكلي.

2. العفو عن بعض ما يعترئها من عارضات المفسد مما لم يكن معفوا عنه بالجزء، فإنها إذا طُلبت بالكل عُفِيَ عن بعض ما لم يكن معفوا عنه فيها بالجزء؛ لأنها أصبحت مطلوبا ولم تبق على أصل الإباحة فلا يعارضها من عارضات المفسد إلا ما كان قويا.

وقد جرى أمر الشارع في التوسيع من دائرة العفو عما يعترئ الأحكام المتأثرة بالعوارض بحسب نوعية العارض .

والنظر إلى عارضات المفسد ليس على وزان واحد، فإن كانت قليلة ولم تشتت فإنه يطلب الخروج عنها، أما إذا كثر الفساد واشتهرت المناكر فإنه يطالب بالكف عما يستطاع الكف عنه؛ لأنه إذا طلب الكف المطلق عنه فإنه يؤدي إلى التضييق والحرج فيما هو خادم للمطلوب في الأصل أو تكليف ما لا يطاق فيما هو مطلوب بالأصل، "ففقده الموانع من المكملات كاستجماع الشرائط" ⁽²⁾ فيجري عليها شرطها وهو: "ألا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال"، والنظر في كل متوقف على كون المنكر واقعا أو متوقعا وقوة المفسدة فيه، ولكل حكمه، وهذا الأمر بابه باب التعارض والترجيح ⁽³⁾.

والتمثيل بالبيع في ذلك يوضح المقصود، فإن له أحوالا متعددة ⁽⁴⁾ :

¹ - الموافقات ج 3 ص 216 ، 231 .

² - الموافقات ج 1 ص 182 .

³ - الموافقات ج 1 ص 181 ، 184 .

⁴ - الموافقات ج 3 ص 231 ، 232 .

الأول : بحسب الأصل بأن خلا عن أي عارض ينقله من المباح ، فالعوارض في طريقه معتبرة ؛لأن طبيعة المباحات إذا استرسل فيها المكلف تنشأ عنها المناكر فإذا خرجت المناكر فيه عن الحد المألوف اقتضت حظره.

الثاني : بحسب عارض الأمور الخارجية :فمن له حاجة تصل به إلى حفظ الحياة فإنه يصبح واجبا؛ لتعلقه بتحقيق أمر ضروري فيطلب طلب الضروريات فيعفى عن تأثير عارضات الفساد التي تقصر عن مرتبتها.

الثالث : له حاجة لا تصل به إلى حفظ الحياة إلا أنه يتأذى بتركه فيطلب طلب الحاجيات ولا بد للمكلف من اقتضاها وإن كانت تقصر عن سابقتها ؛لأن الحاجي خادم للضروري كما هو معلوم.

الرابع : بحسب عارض الكلية ،فالجزئي يطلب فعله بالنظر للكلية المخدم طلب ندب فيعفى عن تأثير ما قصر عن مرتبته منها.

فقد بذلت جهدا لأقدم طرحا جديدا في دراسة المالية الإسلامية ؛لتكون هذه الدراسة المحطة الأولى عبر "محطات في المالية الإسلامية تحت النظر الأصولي الفقهي" ،ضمن سلسلة : " نحو آفاق أرحب للمعرفة الفقهية " إن هيا الله الزمان والإمكان لذلك .

وهي آفاق تحتاج إلى تصبر وثبات ، تتسع بها المدارك وتتضح بها مرامي الأحكام، وبما أنها نظرة متجددة في دراسة التراث الفقهي فإني سأسعى إلى تجديدها بشكل أعمق وتوسيع للمجالات المستهدفة فيها.

وأوصي من أخذ من هذا المقام علما أن ينوي تعليمه كل من هو من أهله وأن يفعل ذلك مَنْ عَلمَه ، فهذا متجر لا غاية لرجه - كما قال القرافي⁽¹⁾ .

ونحتم كما بدأنا بلخير الصِّرف وهو الصلاة على سيدنا ومولانا محمد ﷺ صاحب الفضل والمعروف والإحسان ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الخاتمة :

أبرز ما توصلت إليه من نتائج في هذا البحث :

- أحكام العزائم تختلف عن أحكام الرخص المرتبطة بالأعدار ، فلكل منهما خواص تميزها .
- تختلف الأحكام بحسب الكلية والجزئية في العزائم والرخص المرتبطة بالأعدار.
- المعيار الذي يجعل تلك الأحكام تختلف بحسب الكلية والجزئية هو وجود حق لله فيها.
- التصرفات المالية المستثناة تختلف بحسب الكلية والجزئية عندما يكون لله فيها حق بتعرضها لعارض الأمور الخارجية.
- يختص القرض من التصرفات المالية المستثناة بكونه معلما شرعيا ينبغي عدم التماهي على تركه.

¹ - الذخيرة ، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي .تحقيق :د . محمد حبي . دار الغرب الإسلامي . الطبعة الأولى 1994 . ج 1 ص 53 .

❖ المصادر والمراجع :

- القرآن الكريم .
- إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، لأبي العباسي شهاب الدين أحمد القسطلاني. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. بيروت - لبنان 2000 م.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، تصحيح: الشيخ محمد شاعر، الناشر مكتبة الخالجي بالقاهرة الطبعة الرابعة 1997.
- البرهان في أصول الفقه، للإمام الحرميين أبي المعالي عبد الملك الجويني، تعليق: صلاح عويضة، منشورات دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1997 م.
- التحرير والتنوير، للإمام الشيخ محمد الطاهر بن عاشور، الدار التونسية للنشر.
- الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الشام للتراث بيروت - لبنان الطبعة الثانية.
- الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: د محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى 1994.
- سنن ابن ماجه، للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه، بشرح الإمام السندي وحاشية الإمام البوصيري. تحقيق: الشيخ خليل مأمون شيحا، دار المعرفة بيروت - لبنان، الطبعة الخامسة 2009 م .
- سنن النسائي، للحافظ أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي. دار الفكر .
- شرح الإمام السندي لسنن ابن ماجه مع حاشية الإمام البوصيري، تحقيق: الشيخ خليل مأمون شيحا، دار المعرفة بيروت - لبنان، الطبعة الخامسة 2009 م.
- شرح التلقين، للإمام أبي عبد الله المازري، تحقيق الشيخ محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية 2008 م.
- الفروق (المسمى أنوار البروق في أنواء الفروق)، للإمام شهاب الدين القرافي، مع حاشية إدراج الشروق على أنواء الفروق لابن الشاط، وتهذيب الفروق، لابن حسين المكي، عالم الكتب. بيروت
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لسلطان العلماء أبي محمد عز الدين بن عبد السلام السلمي، مراجعة وتعليق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الشرق للطباعة - القاهرة 1968 م .
- المبسوط، للإمام شمس الدين أبوبكر السرخسي، تقديم: الشيخ خليل محي الدين الميس، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2000 .
- المعلم بفوائد مسلم، للإمام أبي عبد الله محمد بن علي المازري، تقديم وتحقيق: الشيخ محمد الشاذلي النيفر، دار الغرب الإسلامي. بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1992 .

- مقاصد الشريعة الإسلامية، للشيخ محمد الطاهر بن عاشور، تحقيق ودراسة محمد الطاهر الميساوي، دار الفجر ودار النفائس - الأردن، الطبعة الأولى 1999 .
- المنتقى شرح موطأ مالك، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، راجعه: محمد محمد تامر، الناشر: مكتبة الثقافة الدينية القاهرة 2004 م .
- الموافقات في أصول الشريعة، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي مع شرح الشيخ عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، دار إحياء التراث العربي بيروت، الطبعة الأولى 2005م

أركان الإكراه كعيب للرضاء في القانون التونسي

Pillars of coercion as a defect of consent in Tunisian law



منى القرقوري - باحثة دكتوراه في القانون الخاص بكلية الحقوق بصفاقس - تونس

Mouna Elgargouri : PhD researcher in private law

at the Faculty of law in Sfax-Tunisia

الملخص :

يقصد بالإكراه الخوف والرهبة بسبب الوسائل الحسية والنفسية التي تدفع المكره إلى التعاقد وذلك للتخلص من الشر الذي قد يناله وبالتالي فإن إرادته تكون معيبة. فإرادة المكره موجودة ولكنها ليست حرة لاختياره التعاقد حتى يتجنب الأذى الذي قد يلحق به أو بغيره، ولولا تلك الرهبة لما أقدم على إبرامه للعقد. أي بمعنى آخر، إذا تيقن أن المتعاقد كان سيوافق على إبرام العقد، بنفس الشروط التي تم عليها حتى لو لم يمارس عليه التهديد وذلك لفائدة وجدها في التعاقد فإن الإكراه كعيب للرضاء لا يتحقق.

- الكلمات المفتاحية : الإكراه من خلال الوسائل الحسية والنفسية - عنصر عدم المشروعية - الخوف المؤدي إلى إبرام العقد.

Abstract :

Coercion means fear and dread because of the sensory and psychological means that pushimpeller to contract in order to get rid of the evil that he may receive, and therefore his will is defective. The will of impeller exists, but it is not free, because he chooses to contract in order to avoid the harm that may be inflicted on him or others, and without this fear, the contractor would not have concluded the contract. In other words, if it is certain that the contractor would have agreed to conclude the contract, on the same terms on which it was concluded, even if the threat was not exerted on him for the benefit he found in contracting, the defective coercion to consent is not realized.

- **Keywords :** Coercion through sensory and psychological means -The element of illegality - Fear performs to conclude the contract.

المقدمة :

ينص الفصل 50 من مجلة الالتزامات والعقود على أن «الإكراه هو إجبار أحد بغير حق على أن يعمل عملا لم يرتضه». وفي نفس السياق، ورد صلب الفصل 51 من نفس المجلة «لا يكون الإكراه موجبا لفسخ العقد إلا في الصور الآتية: أولا: إذا كان هو السبب الملجئ للعقد؛ ثانيا: إذا كان الإكراه من شأنه إحداث ألم ببدن المكره أو اضطراب معنوي له بال في نفسه أو خوف عليها أو على عرضه أو ماله من ضرر فادح بالنسبة لسنه وكونه ذكرا أو أنثى ومقامه بين الناس ودرجة تأثره».

يستخلص من هذين الفصلين بأن الإكراه كعيب للرضاء في القانون التونسي يتطلب ركنا موضوعيا وهو الوسائل التي يمارس بها وينتج عنها توليد الضغط؛ وركنا نفسانيا يتمثل في النتيجة التي يسفر عنها الضغط وهي إذعان الإرادة لإبرام العقد¹. وبالتالي، سيقع التعرض إلى الركن المادي (I)، وإلى الركن المعنوي (II).

I- الركن المادي :

يتكون الركن المادي للإكراه كعيب للرضاء في القانون التونسي من عنصرين: يتمثل العنصر الأول في الإكراه (1)، أما العنصر الثاني فيتمثل في عدم المشروعية (2).

¹ أنظر: المنجي طرشونة، محاضرات في القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، العقد، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية بسوسة، 1993 -

1- عنصر الإيجاب :

يقصد بعنصر الإيجاب تعرض المتعاقد إلى وسائل من الضغط والتهديد التي لا يجيزها القانون¹. وعبارة ضغط يجب أن تحمل في معناها الواسع؛ ومعنى ذلك هو أن هذه الوسائل إما أن تكون حسية أو نفسية².

بالنسبة للوسائل الحسية فهي تتمثل في تلك التي تسلط على الجسم فينتج عنها ألم مادي، ولتفاديه يظهر المكره رضاه³، وقد كرسها المشرع التونسي صلب الفصل 51 ثانيا من مجلة الالتزامات والعقود الذي نص على أن «الإكراه من شأنه إحداث ألم ببدن المكره»؛ وذلك كالضرب المبرح والإيذاء بأنواعه المختلفة⁴. ويعتبر الإكراه الحسي قليل الوقوع خاصة في المجتمعات المتحضرة⁵.

أما بالنسبة للوسائل النفسية فتتمثل في التهديد بإلحاق الأذى دون إيقاعه حقيقة ولكنه يؤثر في إرادة المتعاقد ويحمله على الرضاء⁶. وقد كرسها المشرع التونسي في نفس الفصل الذي كرس فيه الوسائل الحسية وعبر عنها «باضطراب معنوي له بال». ويعتبر هذا النوع من الإكراه الأكثر شيوعا في الحياة العملية⁷. ومن أمثلة ذلك التهديد بالقتل، أو الضرب، أو إفشاء السر، أو الإيذاء، أو إتلاف المال، ويمكن، أيضا، أن يحدث الألم النفسي بسبب خطف شخص ذو مكانة لدى المكره، أو تجويعه أو تعذيبه، أو الإساءة إليه⁸. وهذا على خلاف النفوذ الأدبي والذي يصطلح عليه، أيضا، بالخشية التأديبية، أو السطوة الأدبية والذي يعرف بكونه شعور شخص معين نحو آخر بسبب ما يمكنه له من عظيم الاحترام والتقدير والإجلال⁹. وذلك كنفوذ الأستاذ على تلميذه، أو الزوج على زوجته، أو الأب على ابنه، أو الرئيس على مرؤوسه¹⁰، بل حتى الأولاد قد يكون لهم نفوذ على والديهم، بسبب العطف أو الحنو الذي لدى الوالدين على أولادهم¹¹. وفي هذا السياق، جاء

¹ أنظر: عبد الهادي العطافي، مصادر الالتزام، نظرية العقد، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، بدون دار ومكان نشر، 1983، صفحة 210، فقرة 187.

² أنظر: نفس المرجع.

³ أنظر: عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، جزء 1، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 1998، صفحة 421، فقرة 403؛ أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، بدون مكان نشر، 1987، صفحة 273، منشور على الانترنت، في مكتبة المحبرة القانونية، تاريخ الدخول: 2022/07/08، الرابط،

<https://drive.google.com/file/d/18PFS6JSE-Gggc5pj4gmVe0F3HtjEgPc/view>.

⁴ أنظر: عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، صفحة 421، فقرة 403.

⁵ أنظر: عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، صفحة 421، فقرة 403.

⁶ أنظر: عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، صفحة 421، فقرة 403.

⁷ أنظر: عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، صفحة 421، فقرة 403.

⁸ أنظر: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني-2، في الالتزامات، طبعة 4، مجلد 1، نظرية العقد والإرادة المنفردة، نشرة عالم الكتاب، القاهرة، 1987، صفحة 392، فقرة 213.

⁹ أنظر: عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، بدون دار ومكان نشر، 1984، صفحة 375 فقرة 178.

¹⁰ أنظر: عبد الهادي العطافي، المرجع السابق، ص. 210، ف. 187.

¹¹ أنظر: الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، المبحث الأول، أحكام العقد، جزء 1، أركان العقد، طبعة 2، بدون دار ومكان نشر، 1998، صفحة 199.

الفصل 55 من مجلة الالتزامات والعقود ناصا على أن «الخوف المترتب على الحياء لا يقتضي الفسخ»؛ وذلك لأن النفوذ الأدبي يستشعره المرء بذات نفسه بسبب شدة العلاقة وقوة التأثير مما ينجر عنه الموافقة على إبرام العقد حياء واحتراما ومع ذلك لا يعتبر إكراها لأنه ليس ملجئا للتعاقد¹. ولكن في صورة مصاحبة العلاقة مثلا بين الأب وابنه، أو الزوج وزجته، نوعا من التهديد القوي، أو الضرب فعندئذ يمكن الحديث عن الإكراه كعيب للرضاء².

2 - عنصر عدم المشروعية :

يشترط في الإكراه الذي ينتج عنه إبطال العقد أن يكون غير مشروع³. وقد وقع التنصيص على عنصر عدم المشروعية صلب الفصل 50 من مجلة الالتزامات والعقود الذي اعتبر أن «الإكراه هو إجبار بغير حق». وتتحقق عدم مشروعية الإكراه سواء بعدم مشروعية الوسيلة المستعملة أو بعدم مشروعية الهدف منه أو حتى بعدم مشروعيتهما معا⁴.

بالنسبة إلى عدم مشروعية الوسيلة فيتحقق الإكراه إذا كانت الوسيلة التي استعملت غير مشروعة؛ ويمكن أن نذكر الأمثلة التالية كالضرب، أو التهديد بإيذاء الشخص، أو أحد أفراد عائلته، وغير ذلك من الوسائل التي لا يسمح بها القانون⁵.

وفي هذا السياق، من الممكن طرح التساؤل المتعلق بمدى تحقق الإكراه في صورة استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غاية مشروعة؟ والمثال في ذلك تهديد الدائن مدينه بالبوح بسر له ينال من شرفه وسمعته إذا لم يدفع دينه المستحق عليه، أو تهديده باختطاف ابنه، أو منعه من ممارسة العمل⁶، أو أن يكسب تحت تهديد السلاح من المسؤول عن العمل غير المشروع على تعهد بخلاص مبلغ على سبيل التعويض⁷.

¹ أنظر: علي كحلون، التعليق على مجلة الالتزامات والعقود، منشورات مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس، 2018، صفحة 238؛ علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزامات، أحكام الالتزامات، منشورات مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس، 2015، صفحة 204.

² جاء بالفصل 55 من مجلة الالتزامات والعقود: «الخوف المترتب على الحياء لا يقتضي الفسخ إلا إذا صحبه تهديد قوي أو ضرب».

³ أنظر: محمد محفوظ، النظرية العامة للالتزام (I)، العقد، طبعة 2، منشورات مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس، 2019، صفحة 68، فقرة 102.

⁴ أنظر: لمياء القلاي، محاضرات النظرية العامة للالتزام، مدخل عام لنظرية الالتزام، بدون دار ومكان نشر، صفحة 102، متوفر على الانترنت، تاريخ الدخول: 2022/07/08، الرابط، https://drive.google.com/file/d/1SZfwnHB7pJmsZCce6SN_EHjG24vDIol/view.

⁵ أنظر: نفس المحاضرات.

⁶ أنظر: عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، منشورات دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2000، صفحة 123، فقرة 149.

⁷ أنظر: حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، بدون دار ومكان نشر، 1991-1992، صفحة 126، فقرة 168.

ويعتبر بعض الفقهاء أن الإكراه في هذه الحالة لا يتوفر لأن الغرض مشروع وبالتالي فإن العقد صحيح، وإنما يمكن معاقبة من استعمل الوسيلة غير المشروعة جزائياً، ومطالبته بالتعويض المدني إذا توفرت شروطه¹.

في المقابل نستنتج من أحكام الفصل 52 من مجلة الالتزامات والعقود أن الإكراه يتحقق ولو كان الهدف مشروعاً وذلك طالما أن الوسيلة غير مشروعة؛ أي أن مشروعية الهدف ليست مبرراً لاستعمال العنف أو التهديد به². فقد جاء صلب هذا الفصل بما معناه أن التهديد بالرافعة لدى المحاكم أو غيرها من الطرق القانونية لا يمنع إبطال العقد وذلك إذا كان مرتبطاً بأمور تقتضي الإكراه طبقاً للفصل 51 من مجلة الالتزامات والعقود والمقصود بذلك أنه إذا تم استعمال وسائل غير مشروعة إلى جانب وسائل مشروعة فإن ذلك يعتبر إكراهاً يمكن أن يترتب عنه إبطال العقد³.

وأساس إبطال العقد هو أن احترام علو القانون والحرية الشخصية أجدر من حماية المصلحة المالية للمتعاقد؛ فهل يعقل أن نهدد شخصاً بالنيل بسمعته وشرفه لإرغامه بالوفاء بدينه، فأى المصلحتين أجدر بالرعاية هنا، مصلحة الدائن أم مصلحة المدين⁴.

أما بالنسبة لعدم مشروعية الغاية فيتحقق الإكراه سواء كانت الوسيلة مشروعة أو غير مشروعة طالما أن الغاية هي غير مشروعة⁵.

ومن أمثلة الوسائل المشروعة التي ترمي إلى غاية غير مشروعة يمكن أن نذكر تهديد شخص آخر بالتبليغ عن جريمة ارتكبها ليحمله على أن يعطيه مبلغاً من المال لا حق له فيه⁶، وهذا على عكس ما إذا استكتبه سنداً ببلغ هو مقدار ما أصابه من الضرر بسبب ارتكابه الجريمة فإن الغرض هنا مشروع والعقد صحيح⁷، أو من هدد غيره بإشهار إفلاسه إذا لم يضيف مبلغاً يزيد على مبلغ الدين المحدد بالسند، وهنا يعتبر تهديده إكراهاً معيباً للرضاء، طالما أن الهدف غير مشروع، وذلك لاستغلال الظرف للحصول على ما أكثر من ماله⁸.

¹ أنظر: حسين النوري، نظرية الالتزام، القسم الأول، العقد، ملتزم الطبع والنشر مكتبة عين شمس، القاهرة، بدون تاريخ، صفحة 142.

² أنظر: محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، 1- العقد، طبعة 2، منشورات مطبعة الوفاء، تونس، 1997، صفحة 160، ف. 193.

³ أنظر: لمياء القلاي، المحاضرات السابقة، صفحة 102.

⁴ أنظر: عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، صفحة 123، فقرة 151.

⁵ أنظر: لمياء القلاي، المحاضرات السابقة، صفحة 102.

⁶ أنظر: عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، صفحة 428، فقرة 407؛ لمياء القلاي، المحاضرات السابقة، صفحة 102.

⁷ أنظر: عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، صفحة 428، فقرة 407.

⁸ أنظر: عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، صفحة 428، فقرة 407.

أما بالنسبة للوسيلة غير المشروعة والتي تهدف إلى تحقيق غاية غير مشروعة، يمكن ذكر صورة تهديد شخص بالقتل لحمله إلى إبرام تصرف يضر بمصلحه¹. ويرى الفقه هنا بأن الإكراه يتواجد في أشنع صورته².

وإجمالاً، لكي يكون العقد صحيحاً، فإنه يشترط أن يتم استعمال وسيلة مشروعة والغاية منها بلوغ هدف مشروع³. وذلك كأن يهدد شخص شخصاً آخر بأنه سيقدم بلاغاً إلى النيابة العمومية بسبب تبديده للمال المدوع لديه إن لم يكتب له سنداً بالمبلغ حتى يضمن حقه؛ وبالتالي لا يعتبر هذا الإقرار باطلاً للإكراه لأن الوسائل التي استعملت للضغط على إرادة المدين وسائل مشروعة ولا يهدف بها الدائن إلا إلى ضمان حقه وهو هدف مشروع⁴. وقد كرس المشرع التونسي هذه الفرضية صلب الفقرة الأولى من الفصل 52⁵ من مجلة الالتزامات والعقود.

II - الركن المعنوي :

لا يكفي التهديد الحسي أو النفسي للمتعاقد حتى يضحى رضاه معيباً، بل لا بد أن يترتب عن تلك الوسائل رهبة في نفسه⁶. وبذلك يتحدد الركن المعنوي للإكراه بالأثر الذي يحدثه في نفس المكره، أي الخوف الدافع إلى التعاقد⁷. وبالتالي سيقع التطرق لمفهوم الرهبة الدافعة إلى التعاقد(1)، وإلى مجال الرهبة الدافعة إلى التعاقد(2).

1 - مفهوم الرهبة الدافعة إلى التعاقد :

جاء بالفصل 51 من مجلة الالتزامات والعقود: «لا يكون الإكراه موجبا لفسخ العقد إلا في الصور الآتية: أولاً: إذا كان الإكراه هو السبب الملجئ للعقد...». ويفيد هذا الفصل بأن الرهبة هي سبب التعاقد⁸. والمقصود بالرهبة «الخشية من الأذى التي تؤثر في رضاه المتعاقد، بحيث تحمله على إجراء تصرف، ما كان ليرغب فيه لولاها»⁹. ومعنى ذلك أن الطرف الذي يدعي أنه أرغم على التعاقد يكون قد تعرض إلى خوف من التعرض لأذى أكبر¹⁰. أي أن الضرر الذي كان سيلحقه نتيجة استعمال الوسائل الغير المشروعة، أكبر

¹ أنظر: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، صفحة 369، فقرة 174؛ عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، صفحة 426، فقرة 407.

² أنظر: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، صفحة 369، فقرة 174.

³ أنظر: لمياء القلاي، المحاضرات السابقة، صفحة 103.

⁴ أنظر: عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، صفحة 427، فقرة 407.

⁵ جاء بالفصل المذكور ما يلي: «الخوف المبني على التهديد بالتقاضي لدى المحاكم أو بغير ذلك من الطرق القانونية لا يوجب الفسخ».

⁶ أنظر: سليمان مرقس، المرجع السابق، صفحة 394، فقرة 214.

⁷ أنظر: سليمان مرقس، المرجع السابق، صفحة 394، فقرة 214.

⁸ أنظر: لمياء القلاي، المحاضرات السابقة، صفحة 101.

⁹ أنظر: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، صفحة 357، فقرة 174.

¹⁰ Voir : Robert-Joseph POTHIER, Traité des obligations, Dalloz, Paris, 2011, page 17, paragraphe 25.

بكثير من الضرر الذي سيلحقه إذا ما أبرم العقد، لذلك فإن المتعاقد اختار إبرام العقد ليتجنب خطراً أكثر جسامة¹. وبذلك غياب كل مصلحة للمكره سواء مادية أو معنوية في إبرامه للعقد². أي أن لولى تلك الرهبة لرفض المكره إبرام العقد³. فبعبارة أخرى، إذا تبين أن الطرف المتعاقد كان سيوافق على إبرامه للعقد بنفس الشروط التي تم عليها حتى لو لم يقع ممارسة عليه التهديد وذلك لفائدة وجدها في العقد فإن الإكراه المعيب للرضاء لا يتحقق⁴. وعلى هذا الأساس، أقرت محكمة التعقيب التونسية: «لا يعد إكراها تصريح الوالدين بتهديد أحد أبنائهما بفراقهما إن لم يمضيا له بعقد البيع المحرر بواسطة عدلين»⁵. ومن الممكن أن نشرح موقف محكمة التعقيب وذلك على أساس النظر إلى الضرر الذي أصاب الأبوين من إمضاء عقد البيع بكونه يفوق بكثير الضرر الذي كان من الممكن أن يصيبهما إذا فارقهما ابنتهما خاصة وأنه ليس بالابن الوحيد لهما⁶.

هذا وتقاس الرهبة بمعيارين: يسمى المعيار الأول بالموضوعي، وهو «معيار الرجل المعتاد»⁷، والذي يصطلح عليه، كذلك، «بالرجل العاقل»⁸، والمقصود به أن الضغط لا بد أن يكون من الطبيعة التي تؤثر على الرجل المتوسط، أي ليس جباناً ولا بطلاً⁹. أما المعيار الثاني فيسمى بالشخصي، والذي يتمثل في «قدرة المقاومة الشخصية لمن وقع عليه الإكراه»¹⁰. أي بمعنى آخر، لا بد من معاينة حالة المتعاقد الذي مورس عليه فعل الإكراه، والظروف التي ألت به¹¹.

وبالرجوع إلى مجلة الالتزامات والعقود وتحديدًا صلب الفصل 1251 فإنه يتبين أن المشرع التونسي قد تبنى المعيار الشخصي¹³ وهو المعيار الذي أخذت به الشريعة الإسلامية¹⁴. ويعتبر هذا المعيار الأقرب إلى الصواب،

¹ أنظر: لمياء القلاي، المحاضرات السابقة، صفحة 101.

² أنظر: عبد الهادي العطاوي: المرجع السابق، صفحة 212، فقرة 189.

³ أنظر: محمد محفوظ، النظرية العامة للالتزام (I)، العقد، المرجع السابق، صفحة 72، فقرة 106.

⁴ أنظر: محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، منشورات دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، صفحة 82.

⁵ أنظر: قرار تعقيبي مدني عدد 1059 مؤرخ في 1979/02/20، نشرة 1979، جزء 1، صفحة 82.

⁶ أنظر: لمياء القلاي، المحاضرات السابقة، صفحة 101.

⁷ أنظر: عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، صفحة 126، فقرة 155.

⁸ أنظر: الياس ناصيف، المرجع السابق، صفحة 196.

⁹ أنظر: عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، صفحة 127، فقرة 155.

¹⁰ أنظر: عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، صفحة 126، فقرة 155.

¹¹ أنظر: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، جزء 1، مقدمة- صيغة العقد، منشورات محمد الراية، بيروت، لبنان، 1953 - 1954، صفحة 181.

¹² جاء بالفصل المذكور ما يلي: «...بالنسبة لسنه وكونه ذكراً أو أنثى ومقامه بين الناس ودرجة تأثره».

¹³ أنظر: لمياء القلاي، المحاضرات السابقة، صفحة 101.

¹⁴ أنظر: هائل حزام مهبوب العامري، نظرية الإكراه المدني بين الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، منشورات المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، صفحة 173.

لأن الناس ليسوا سواء في قابليتهم للخوف والرهبة¹. فالأنثى غير الذكر، والصبي الصغير غير الشاب القوي غير الهرم البالي، والجاهل غير المتعلم². ومن بين الظروف الأخرى والملابسات التي قد تؤثر في جسامته الإكراه فتحدث رهبة في نفس المتعاقد، يمكن ذكر المكان، إذا كان بعيدا أو مهجورا، على عكس المكان إذا كان أهلا بالسكان وعلى مقربة من رجال الأمن، كذلك يمكن ذكر الزمان، حيث يراعى إن كان الإكراه واقعا ليلا، أو نهارا³. وفي هذا السياق، اعتبرت محكمة التعقيب التونسية بأن هذه الظروف والملابسات هي وسائل واقع لا قانون: «وحيث أن مؤدى ما تقدم هو ألا يعتد بالإكراه...إلا إذا ما كان حاسما...يحملة على التعاقد...وهو من هذا المنطلق يعتبر من المسائل الموضوعية التي يخضع تقديرها إلى اجتهاد محكمة الموضوع. وحيث لا خلاف في أن تقدير محكمة الموضوع للأدلة والعناصر المتوفرة لها واجتهادها في بناء حكمها في الدعوى من صميم اختصاصها وسلطتها التقديرية ولا رقابة لمحكمة التعقيب عليها في ذلك إذا ما كان ما انتهت إليه متماه مع ما احتواه الملف من معطيات ثابتة ومعللا تعليلا سليما دون تحريف أو ضعف أو خرق للقانون»⁴.

2 – مجال الرهبة الدافعة إلى التعاقد :

ينتج عن الإكراه كعيب للرضاء في القانون التونسي رهبة الضحية على النفس، أو العرض، أو المال⁵. وهو «ما يوجب فسخ العقد حتى وإن وقع على من له قرابة قوية مع المتعاقد المكره على العقد» طبقا لأحكام الفصل 54 من مجلة الالتزامات والعقود.

وتطرح عبارة الأقارب بعض التساؤلات، فهل المقصود بها فقط العلاقة الدموية، بمثل ما نصت عليه الصياغة الفرنسية⁶، وبالتالي فهي تتعلق فقط بالأصول والفروع، أم من الممكن أن تشمل، كذلك القرين وأقربائه، وهو ما تستوعبه الصياغة العربية «المرجحة بحسب قواعد القراءة المعينة للنصوص القانونية بالمنظومة القانونية التونسية»⁷. كما تطرح عبارة القرابة القوية الواردة بالصياغة العربية تساؤلا حول إمكانية إعمالها بالنسبة للخطيب، والخطيبة والصديق، والصديقة...ويرى الأستاذ محمد محفوظ بأن الإجابة عن هذا التساؤل، تتطلب ألا يقع اعتبار المعطيات الأخلاقية، بل إن العبرة يجب أن تكون فيما قد يكون قد عيب إرادة

¹ أنظر: عدنان إبراهيم الرسحان. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، صفحة 127، فقرة 156.

² أنظر: عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، صفحة 435، فقرة 414.

³ أنظر: عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، صفحة 435، فقرة 414.

⁴ أنظر: قرار تعقيبي مدني عدد 47771 مؤرخ في 13 نوفمبر 2017، منشور على الانترنت، بموقع محكمة التعقيب، صلب التقرير السنوي لسنة 2017،

ص. 186، تاريخ الدخول: 2022/0/08، الرابط، <http://www.cassation.tn/fileadmin/jurisprudence/2018/rapport-annuel-2017.pdf>.

⁵ أنظر: الفصل 51 ثانيا من مجلة الالتزامات والعقود.

⁶ L'article 54 du code des obligations et des contrats prévoit que :« la violence donne ouverture à la rescision, même lorsqu'elle a été exercée sur une personne avec laquelle la partie contractante est étroitement liée par le sang ».

⁷ أنظر: محمد محفوظ، النظرية العامة للالتزام (I)، العقد، المرجع السابق، صفحة 70، فقرة 104.

المتعاقد فعلا، وبالتالي فإن العنف المسلط على الخطيب، أو الخطيبة، أو الصديق، أو الصديقة، يمكن أن يكون سببا تحت طائلة الإكراه أكثر من العنف المسلط على زوج، أو زوجة فترت العلاقة بينهما¹. كما أنه يمكن الاعتماد على الموقف الذي اتخذته القانون التونسي في التفرقة وتغليب المعطيات النفسية عن المعطيات الأخلاقية بالقياس مع ما قرره للغلط في القانون؛ فبالرغم من وجود تنصيص صريح، وهو الفصل 545 من مجلة الالتزامات والعقود² المانع من التعذر بجهل القانون، فإن المشرع لم يمنع من اعتبار غلط يكون مأثاه الجهل بقاعدة قانونية، أو بموقف فقه قضائي، أو نظرية تضاف إلى قاعدة قانونية³.

الخلاصة :

يستخلص مما سبق، بأن الإكراه كعيب للرضاء في القانون التونسي يستوجب توفر ركنان: أولهما الركن المادي والمتمثل في الوسائل الحسية أو النفسية التي يتولد عنها الضغط؛ وثانيهما الركن المعنوي والمتمثل في الرهبة الدافعة إلى التعاقد.

❖ قائمة المراجع :

I - باللغة العربية :

- أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، بدون مكان نشر، 1987، منشور على الانترنت، في مكتبة المحبرة القانونية، تاريخ الدخول: 2022/07/08، الرابط،
<https://drive.google.com/file/d/18PFS6JSE-Gggc5pj4gmVe0F3HtjEgPcJ/view>.
- الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، المبحث الأول، أحكام العقد، جزء 1، أركان العقد، طبعة 2، بدون دار ومكان نشر، 1998.
- حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، بدون دار ومكان نشر، 1991-1992.
- حسين النوري، نظرية الالتزام، القسم الأول، العقد، ملتزم الطبع والنشر مكتبة عين شمس، القاهرة، بدون تاريخ.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني-2-، في الالتزامات، طبعة 4، مجلد 1، نظرية العقد والإرادة المنفردة، نشرية عالم الكتاب، القاهرة، 1987.
- عبد الهادي العطافي، مصادر الالتزام، نظرية العقد، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، بدون دار ومكان نشر، 1983.

¹ أنظر: محمد محفوظ، النظرية العامة للالتزام (I)، العقد، المرجع السابق، ص. 70، ف. 104؛ محمد محفوظ، دروس في العقد (أحكامه العامة)، طبعة 2، مركز النشر الجامعي، تونس، 2021، صفحة 218، فقرة 193.

² جاء بالفصل المذكور ما يلي: «جهل القانون لا يكون عذرا في ارتكاب ممنوع أو فيما لا يخفى حتى على العوام وذلك بعد نشره ومضي المدة المعينة لإجراء العمل به».

³ أنظر: محمد محفوظ، النظرية العامة للالتزام (I)، العقد، المرجع السابق، صفحة 70، فقرة 105.

- عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، جزء 1، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 1998.
- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، جزء 1، مقدمة- صيغة العقد، منشورات محمد الراية، بيروت، لبنان، 1953 - 1954.
- عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، منشورات دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2000.
- عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، بدون دار ومكان نشر، 1984.
- علي كحلون، التعليق على مجلة الالتزامات والعقود، منشورات مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس، 2018.
- علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزامات، أحكام الالتزامات، منشورات مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس، 2015.
- محمد محفوظ، النظرية العامة للالتزام (I)، العقد، طبعة 2، منشورات مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس، 2019.
- محمد محفوظ، دروس في العقد (أحكامه العامة)، طبعة 2، مركز النشر الجامعي، تونس، 2021.
- محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، 1- العقد، طبعة 2، منشورات مطبعة الوفاء، تونس، 1997.
- محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، منشورات دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- هائل حزام مهيب العامري، نظرية الإكراه المدني بين الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، منشورات المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005.
- لمياء القلالي، محاضرات النظرية العامة للالتزام، مدخل عام لنظرية الالتزام، بدون دار ومكان نشر، متوفر على الانترنت، الرابط،
https://drive.google.com/file/d/1SZfwnHB7pJmsZCcce6SN_EHjG24vDlol/view.
- المنجي طرشونة، محاضرات في القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، العقد، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية بسوسة، 1993 - 1994.

II – En langue française:

- Robert-Joseph POTHIER, Traité des obligations, Dalloz, Paris, 2011.

أثر الأنوثة في حد الزنا

The Effect of Femininity in the Limit of Adultery



حازم أحمد الهزايمة¹ ، طالب دكتوراة في جامعة العلوم

الاسلامية العالمية ، قاضٍ في دائرة قاضي القضاة الأردنية

Hazem Ahmad Al-Hazaymeh , a PhD student

at the International University of Islamic Sciences,

a judge in the Jordanian Judicial Judge Department

الملخص :

راعت الشريعة الإسلامية خصائص الأنثى في بعض الأحكام ، وأعطتها أحكام خاصة بها ، فعند تطبيق حد الزنا عليها يراعى حال الأنثى إذا كانت حاملاً، أو إذا كانت نفساء أو مرضعة ونحو ذلك ؛ لأن تطبيق الحد عليها وهي في مثل هذه الحالات قد يكون إضراراً بالآخرين، ويراعى أيضاً كيفية تطبيق الحد عليها ، من حيث الهيئة واللباس، وقد قمت بكتابة بحثي هذا لأبين فيه أثر الأنوثة في حد الزنا.

• الكلمات المفتاحية : حد الزنا للمرأة، الحدود، الزنا، الوطء ، العقوبات المقدرة.

¹ hazem.aah1982@gmail.com

Abstract :

Islamic Sharia took into account the characteristics of the female in some rulings, and gave her special provisions for her. When applying the punishment for adultery on her, the condition of the female should be taken into account if she is pregnant, or if she is postpartum or breastfeeding, and so on, because applying the limit of adultery punishment on her while she is in such cases may be harmful to others, and it is taken into account Also, how to apply the limit of adultery punishment to her, in terms of appearance and dress, and I have written this research to show the effect of femininity in the limit of adultery.

- **Keywords** : Fornication of a Woman, Allah's boundaries, Adultery, Trampling, and Estimated Penalties.

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على عبده ورسوله الذي أرسل رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد :

إن الرجل والأنثى متساويان في أصل الخلقة، وهذا التساوي لا يوجب التماثل في بعض الأحكام، لاختلافهما من حيث الخلقة والوظيفة، وقد راعت الشريعة الإسلامية طبيعة الأنثى من حيث التكوين، وخصتها بأحكام في العبادات، وأحكام عند تطبيق الحدود عليها، وطريقة تنفيذها، وقد قمت بدراسة أثر الأنوثة عند تطبيق حد الزنا عليها.

• أهمية البحث :

تأتي أهمية الدراسة من خلال بيان ما يلي :

- بيان أثر الأنوثة في تطبيق حد الزنا.
- بيان أثر الأنوثة في تغريب الزاني وهل هو حد أم تعزير.
- بيان أثر الأنوثة عند تنفيذ العقوبة عليها.

• مشكلة الدراسة :

من المعلوم أن جنس الأنوثة يؤثر في بعض الأحكام ولا يؤثر في البعض الآخر، وتأتي هذه الدراسة للكشف عن تأثيرها في حد الزنا، وهل يختلف الرجل عن الأنثى في إثبات هذا الحد وفي تطبيقه، ويتفرع على هذه الإشكالية أسئلة فرعية أخرى:

- ماهو أثر الأنوثة عند تطبيق حد الزنا؟
- ماهو أثر الأنوثة في تغريب الزاني وهل هو حد أم تعزير؟
- ماهو أثر الأنوثة عند تطبيق حد الزنا؟

• أهداف الدراسة :

تهدف الدراسة إلى بيان الأحوال التي تدرء فيها عقوبة الزنا عن الأنثى، وبيان أثر الأنوثة عند تطبيق وتنفيذ حد الزنا، وبيان أثرها أيضاً في التغريب.

• الدراسات السابقة :

لم يطلع الباحث ان على دراسة علمية قامت بدارسة (الأنوثة وأثرها في حد الزنا دراسة فقهية مقارنة)، وتوجد بعض الدراسات التي تعرضت لذلك، وإن كان الموضوع منثوراً كمسائل فقهية في كتب الفقه، إلا أنه لا توجد دراسة كاملة عن هذا الموضوع.

• منهج الدراسة :

المنهج الاستقرائي، من خلال تتبع المسائل من كتب الفقه المذهبي، والمنهج التحليلي، من خلال تحليل الأقوال وترجيح الرأي بين هذه الأقوال، والمنهج الوضعي، من خلال عرض أقوال العلماء، بالإضافة إلى المنهج الاستنباطي الذي يعتمد على النظر في الأدلة التفصيلية وبيان الأحكام من خلالها.

• خطة الدراسة :

المبحث الأول : العقوبة في الفقه

المطلب الأول : أنواع العقوبات في الفقه

المطلب الثاني : العقوبة الحدية

الفرع الأول : التعريف بالحد لغة واصطلاحاً

الفرع الثاني : أنواع الحدود في الفقه

المطلب الثاني : الزنا في الفقه

الفرع الأول : التعريف بالزنا لغة واصطلاحاً

الفرع الثاني : شروط تطبيق حد الزنا

الفرع الثالث : أنواع الزناة من حيث ايقاع العقوبة عليهم

المبحث الثاني: خصوصيات الأنثى في تطبيق حد الزنا عليها

المطلب الأول : أنواع الجرائم التي تصيبها المرأة

المطلب الثاني : حد الزانية غير المحصنة

الفرع الأول : ما تشترك فيه الأنثى مع الرجل من العقوبة في حد الزنا إذا كانت غير محصنة

أولاً : عقوبة الجلد

ثانياً : تغريب الأنثى وهل يعتبر حداً أم سياسة شرعية

الفرع الثاني : ما تختلف فيه الأنثى عند تنفيذ عقوبة الزنا عليها

أولاً: حال كونها حامل

ثانياً : حال كونها نفساء

ثالثاً : حال كونها مرضعة

رابعاً : حالها من حيث اللباس والستر

المبحث الأول : العقوبة في الفقه :

المطلب الأول : أنواع العقوبات في الفقه :

سيتم الحديث في هذا المطلب عن تعريف العقوبة في اللغة والاصطلاح ثم بيان أنواعها :

أولاً : معنى العقوبة لغة :

العين والقاف والباء أصل أن صحيحان "كُلُّ شَيْءٍ يُعْقَبُ شَيْئاً فَهُوَ عَقَبِيٌّ كَقَوْلِكَ : خَلَفَ يَخْلُفُ بِمَنْزِلَةِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ إِذَا قَضَى أَحَدُهُمَا عَقَبَ الْآخَرَ فَهُمَا عَقِيبَانِ كُلٌّ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَقِيبٌ صَاحِبُهُ وَيَعْتَقِبَانِ وَيَتَعَقَبَانِ : إِذَا جَاءَ أَحَدُهُمَا ذَهَبَ الْآخَرَ. وَعَقَبَ اللَّيْلُ النَّهَارَ وَالنَّهَارُ اللَّيْلَ : أَي خَلَفَهُ" (1)

فالمعنى اللغوي للعقوبة يأتي بمعنى محيئ الشيء بعد شيء آخر، وهذا المعنى مقصود حيث أن العقوبة تأتي بعد اقتراف جناية موجبة للعقاب.

ثانياً : معنى العقوبة في الاصطلاح :

الجزء الشرعي المقرر على فعل الجاني يسمى في الفقه عقوبة والعقوبة : "هي زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر، وترك ما أمر به" (2).

وغاية العقوبة في الفقه ليس العقاب إنما فيها تحقيق المصلحة العامة والخاصة للمجتمع، سواء كانت الجناية على فعل معصية أو ترك أمر (3).

ثالثاً : أنواع العقوبات.

ما يصدر عن الإنسان إما أن يكون له عقوبة مقدره أو غير مقدره، وتنقسم بذلك إلى قسمين وهما :

الأول : الحدود، وسيكون لتعريفها مطلب خاص.

الثاني : التعزير، والتعزير في اللغة: هو المنع عن الشيء والرد عنه والتأديب على فعل ما (4).

أما التعزير اصطلاحاً فهو لا يتعدى المعنى اللغوي سابقاً في المقصود منه حيث أنه الحنفية

(تأديب دون الحد) (5)، وجاء تعريف الحنابلة أوضح حيث عرف ابن فرحون التعزير بأنه: (تأديب وإصلاح وزجر علي ذنوب لم يشرع فيها حدود ولا كفارات) (6).

(1): الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري (المتوفى: 170هـ)، كتاب العين، تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ج 1، ص 179

(2): الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ)، الأحكام السلطانية، دار الحديث - القاهرة، 325.

(3): عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الناشر: دار الكاتب العربي، بيروت، ج 1 ص 609.

(4): الهروي، أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله البغدادي (المتوفى: 224هـ)، غريب الحديث، تحقيق: د. محمد عبد المعيد خان، مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدرآباد- الدكن، الطبعة: الأولى، 1384 هـ - 1964 م، ج 4، ص 22.

(5): ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (المتوفى: 861هـ)، فتح القدير، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 5، ص 345.

(6): ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، برهان الدين اليعمري (المتوفى: 799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، 1406 هـ - 1986 م، ج 2، ص 288.

فالتعزير عقوبة من الشرع غير مقدره متروكة لاختيار القاضي وحيثيات الفعل، وقد تختلف من قاض لآخر، وقد تكون العقوبة التعزيرية أشد من العقوبة الحدية في بعض الاحيان، خاصة في حال تكرار الفعل من الفاعل.

المطلب الثاني : العقوبة الحدية.

سيكون الحديث في هذا المطلب عن تعريف العقوبة الحدية، وأنواعها في الفقه.

الفرع الأول : التعريف بالحد لغة واصطلاحاً.

أولاً : الحد لغة.

الحد : جمعه (حدود)، وله معان عدة ؛ منها :

المنع، لذا سمي البواب حداً (1)؛ لمنعه الناس من الدخول، وهو الحاجز بين الشئين لتأديب المذنب (2)، ومنها الأحكام: و حدود الله من الأحكام لأن الله حدها، ولا يجوز للإنسان أن يتعدها (3).

فالمعنى اللغوي للحد هو في حقيقته المنع من الشيء، وضرورة الالتزام بأمر معين.

ثانياً : الحد اصطلاحاً.

إتفق الفقهاء أن الحد هو عقوبة مقدره من الشرع، ثم اختلفوا بعد ذلك في بعض القيود والشروط كما يلي:

- أ- ذهب الحنفية إلى أن الحد هو (العقوبة المقدره حقاً لله تعالى) (4).
- ب- وذهب المالكية إلى أن الحد هو (ما وضع لمنع الجاني من عوده لمثل فعله وزجر غيره) (5).
- ت- وذهب الشافعية إلى أن الحد هو (عقوبة مقدره وجبت زجراً عن ارتكاب ما يوجبها) (6).

(1) العسكري، أبوهلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران (المتوفى: نحو 395هـ)، التلخيص في معرفة أسماء الأشياء، عني بتحقيقه: الدكتور عزة حسن، دار طلاس للدراسات والترجمة والنشر، دمشق، الطبعة: الثانية، 1996 م، ص 107.

(2) الكفوي، أبو البقاء الحنفي أيوب بن موسى الحسيني القريبي (المتوفى: 1094هـ)، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش - محمد المصري، مؤسسة الرسالة - بيروت، ص 391.

(3) الحميري، نشوان بن سعيد اليميني (المتوفى: 573هـ)، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، تحقيق: د حسين بن عبد الله العمري - مطهر بن علي الإرياني - د يوسف محمد عبد الله، دار الفكر المعاصر (بيروت - لبنان)، دار الفكر (دمشق - سورية)، الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 1999 م، ج 3، ص 1245.

(4) عبد الغني الميداني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1298هـ)، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: وفصله، وضبطه، وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، ج 3، ص 181.

(5) أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعدي العدوي (نسبة إلى بني عدي، بالقرب من منفلوط) (المتوفى: 1189هـ)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، 1414 هـ - 1994 م، ج 2، ص 288.

(6) البجيري، سليمان بن محمد بن عمر المصري الشافعي (المتوفى: 1221هـ)، تحفة الحبيب على شرح الخطيب = حاشية البجيري على الخطيب، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة، 1415 هـ - 1995 م، ج 4، ص 164.

ث- وذهب الحنابلة إلى أن الحد هو (عقوبة مقدرة لتمعن من الوقوع في مثله)⁽¹⁾.

قيد الحنفية والشافعية والحنابلة تعريف الحد بأنها عقوبة مقدرة من الشارع الكريم فبذلك يخرج ما هو غير مقدر من العقوبات وهي العقوبات التعزيرية، ومع أن القصاص عقوبة مقدرة من الشارع الحكيم لكنها متعلقة بحقوق العباد فلا تدخل في التعريف، وأما تعريف المالكية فإنه غير مانع من دخول لقصاص والتعزير حيث أنهما شرعا لمنع الجاني وزجره أيضا .

التعريف المختار: من شروط التعريف أن يكون مانعا جامعا، وحيث لم تسلم تعريفات المالكية والشافعية والحنابلة من الاعتراض فإن الباحث يرجح ما ذهب إليه الحنفية من أن الحد هو : (العقوبة المقدرة حقا لله تعالى)⁽²⁾.

فقيد (المقدرة) لتفيد في أن الشرع هو الذي عين العقوبة وقدرها في الكتاب ، أو السنة ، أو الإجماع، ولإخراج التعزير والقصاص.

أما قيد (حقا لله)، لأنها شرعت بقصد المحافظة علي المقاصد الخمس (العقل، والدين، والمال، والنفس، والعرض).

الفرع الثاني : أنواع الحدود في الفقه :

اختلف الفقهاء في أنواع الحدود إلى قولين :

القول الأول : ذهب الحنفية إلى أن الحدود هي :

الزنا، القذف، شرب الخمر، السرقة، الحرابة.⁽³⁾

القول الثاني : ذهب الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أن الحدود سبعة، هي الزنا، القذف، شرب الخمر، السرقة، الحرابة، البغي، القصاص⁽⁴⁾.

(1) ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: 884هـ)، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1418 هـ - 1997 م، ج 7، ص 365.

(2) عبد الغني الميداني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1298هـ)، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: وفصله، وضبطه، وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، ج 3، ص 181.

(3) الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (المتوفى: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1406 هـ - 1986 م، ج 7، ص 33.

(4) المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدي الغرناطي، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1416 هـ - 1994 م، ج 8، ص 436، الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (المتوفى: 476هـ) المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، ج 3، ص 334.

المطلب الثالث : الزنا في الفقه :

الفرع الأول : التعريف بالزنا لغة واصطلاحاً :

أولاً: تعريف الزنا لغة.

{الزنا الذي هو الفجور غير مهموز يُقال زنى يزني زناً فأماً زناً يزناً زناً بالهمزة من حد صنع فمعناه صعد⁽¹⁾، يجوز في اللغة كتابة الزنا بالمدودة وزنى بالمقصورة⁽²⁾، وتدل الكلمة على الصعود والضييق.⁽³⁾

ثانياً: تعريف الزنا اصطلاحاً.

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفهم للزنا، وسبب الخلاف بينهم هو مكان الايلاج للمالكية⁽⁴⁾ والشافعية⁽⁵⁾ والحنابلة⁽⁶⁾ لا يشترط عندهم أن يكون الايلاج في القبل فقط بل أي وطء محرم سواء في قبل أو دبر فهو زنا، أم الحنفية فحصرها الجرم في حال الايلاج في القبل فقط.

وسوف يتم نقل تعريفات الفقهاء للزنا من المذاهب كما يلي:

- 1- عرف الحنفية الزنا بأنه : (وطء الرجل المرأة في القبل بغير تملك ولا شبهة)⁽⁷⁾
- 2- عرف المالكية الزنا : بأنه : (انتهاك الفرج المحرم بالوطء المحرم من غير تمليك ولا حتى شبهة تمليك)⁽⁸⁾.
- 3- وعرف الشافعية الزنا بأنه : (وطء رجل من أهل دار الإسلام امرأة محرمة عليه من غير عقد ولا شبهة عقد ولا ملك، وهو شخص عاقل مختار ويعلم تحريمه)⁽⁹⁾

(1) عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص، نجم الدين النسفي (المتوفى: 537هـ)، طلبة الطلبة، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، الطبعة: بدون طبعة، 1311هـ، ص75

(2) أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: 393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة: الرابعة 1407 هـ - 1987 م، ج 1، ص 54.

(3) محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، أبو منصور (المتوفى: 370هـ)، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، 2001م، ج 13، ص 173

(4) القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري (المتوفى: 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية، 1400هـ/1980م ج2، ص1071.

(5) السنكي، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى (المتوفى: 926هـ)، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (هو شرح للمؤلف على كتابه هو منهج الطلاب الذي اختصره المؤلف من منهاج الطالبين للنووي)، دار الفكر للطباعة والنشر الطبعة: 1414هـ/1994م، ج 2، ص190.

(6) ابن قدامة الكافي، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير المقدسي (المتوفى: 620هـ)، في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1414 هـ - 1994 م، ج4، ص 85.

(7) المرغناني، الهداية في شرح بداية المبتدي ج 2 / ص 344.

(8) القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير (المتوفى: 684هـ)، الذخيرة، تحقيق جزء 1، 8، 13: محمد حجي، جزء 2، 6: سعيد أعراب، جزء 3- 5، 7، 9- 12: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي- بيروت، الطبعة: الأولى، 1994 م، ج 12، ص48.

(9) الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 3، ص 334.

4- وعرف الحنابلة الزنا بانه : (هو فعل الفاحشة في قبل أو دبر)⁽¹⁾.

من خلال الاطلاع على تعريفات الفقهاء السالفة يتبين أن الفقهاء قد اتفقوا على أن الزنا تغيب الذكر في أحد الفرجين من غير عقدٍ ولا شبهة عقد، وبخلاف ذلك فإن أي فعل محرم لا يكون زنا، ويدخل في ذلك الإيلاج في القبل والدبر عند أصحاب المذاهب الثلاث المالكية الحنابلة والشافعية، بخلاف ما ذهب إليه الحنفية من أن الزنا هو الإيلاج في القبل مع العلم بالتحريم.

وعليه فإن ما ذهب إليه الجمهور من أن الزنا هو ما يكون في قبل أو دبر مع العلم بالتحريم، مع استيفاء باقي الشروط.

الفرع الثاني : شروط تطبيق حد الزنا :

هناك شروط يجب توفرها على الشخص الذي وقع منه فعل الزنا حتى يتم إقامة الحد عليه، وهذه الشروط هي :

أولاً : تغيب الحشفة :

هذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء من أجل تطبيق حد الزنا؛ فإن لم يحصل ذلك من إدخال الحشفة أو قدرها من مقطوعها في الفرج فلا يعتبر ذلك الفعل زنا⁽²⁾.

ثانياً : التكليف :

يشترط في الزاني أن يكون مكلفاً، والمكلف هو العاقل البالغ فيخرج بذلك المجنون والصبي فهما غيرا مكلفين فلا حد عليهما إذا ارتكبا فاحشة الزنا فلا يعد زنا منهما⁽³⁾، لقوله صلى الله عليه وسلم: (رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق)⁽⁴⁾

(1) أبو النجا موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجواي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، (المتوفى: 968هـ)، الإقناع في فقه

الإمام أحمد بن حنبل المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت - لبنان، ج 4/ ص 250

(2) الموصلي، الاختيار للتعليل المختار، ج 4 / ص 88، الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير ب المالك (المتوفى: 1241هـ)، بلغة السالك

لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)

دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 4 / ص 456، ولي الدين أبو زرعة أحمد بن عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن العراقي الكُردي المِهْراني

القاهري الشافعي (762 هـ - 826 هـ)، تحرير الفتاوى على «التنبيه» و «المنهاج» و «الحاوي» المسمى (النكت على المختصرات الثلاث)، تحقيق عبد الرحمن

فهي محمد الزواوي، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011 م، ج 3، ص 173. . ابن قدامة

بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج 4، ص 85.

(3) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 5، ص 445، ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج 4، ص 219.

(4) أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: 275هـ)، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي

الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، حيث رقم 4399، ج 6، ص 452، قال المحقق صحيح.

ثالثاً : العلم بالتحريم :

العلم في حرمة الزنا شرط لإيقاع العقوبة على الفاعل، فغير العالم بجرمة الزنا كأن يكون الشخص حديث عهد بإسلام فلا حد عليه للشبهة.⁽¹⁾

ولما روى سعيد بن المسيب أن رجلاً زنى باليمن، فكتب في ذلك عمر رضي الله تعالى عنه: (إن كان يعلم أن الله حرم الزنى فجلدوه، وإن كان لا يعلم فعلموه، فإن عاد فجلدوه)⁽²⁾

رابعاً : ألا يوجد شبهة للفاعل⁽³⁾

مما اتفق عليه الفقهاء أنه لصحة إقامة الحد علة الزاني فيجب ألا يكون له شبهة في الفعل وعلى الإمام التحري عن ذلك⁽⁴⁾؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم : (ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة)⁽⁵⁾، وقد أجمع الفقهاء على أن الحدود تدرأ بالشبهات. فالحدوث متفق على العمل به⁽⁶⁾.

خامساً : الاختيار في فعل الزنا :

لتطبيق حد الزنا على الفاعل لا بد أن يكون الفاعل أقدم على الزنا باختياره فإن أكرهه، فلا يقام الحد على المكره على الزنا، وقد وقع خلاف بين الفقهاء في حقيقة الاكراه ولهم تفصيلات كثيرة في التفرقة في الاكراه والمكره والمكره وغير ذلك.⁽⁷⁾

وقد اتفق الحنفية والشافعية والحنابلة⁽⁸⁾ لوجوب إقامة حد الزنا أن تكون الموطوءة على قيد الحياة، فلا حد إذا جامع امرأة ميتة؛ فالحد للزجر، ووطء غير الحياة ينفر الطبع عنه، فلا يحتاج إلى الزجر عنه بحد لزجر الطبع عنه

(1): ابن عابدين حاشية ابن عابدين ج 3 ص 142، ابن عرفة، حاشية الدسوقي ج 4، ص 316 الخطيب الشربيني مغني المحتاج ج 4، ص 146 الهوتي، كشاف القناع ج 6 ص 97.

(2): ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 4، ص 168.

(3): المرغناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج 2، ص 342.

(4): العيني، البناية شرح الهداية ج 6، ص 262، ابن قاضي شهبة: بدر الدين أبو الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعي (798 - 874 هـ)، بداية المحتاج في شرح المنهاج ج 6، ص 262، أنور بن أبي بكر الشيشي الداغستاني بمساهمة: اللجنة العلمية بمركز دار المنهاج للدراسات والتحقيق العلمي، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011 م، ج 4، ص 185

(5): أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جردى الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458 هـ)، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م، حديث رقم 17057، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، ج 8، ص 413.

(6): الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، ج 4، ص 49.

(7): الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج 4، ص 88، ابن قاضي شهبة، بداية المحتاج في شرح المنهاج، ج 4، ص 186.

(8): الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 4، ص 455.

لكن فيه التعزير⁽¹⁾، وخالف المالكية إلى عدم اشتراط هذا الشرط فلحد يجب سواء كان الوطاء لحي أو ميت⁽²⁾.

وهناك شروط أخرى آثرت تركها لأن أغلبها تتعلق بالمكان الذي تجري فيه الجريمة أو بعض شروط الجماع.⁽³⁾

الفرع الثالث : أنواع الزناة من حيث إيقاع العقوبة عليهم.

يشارك الزناة من حيث اشتراكهم في جرم الزنا، ولكن يختلفون من حيث العقوبة فيفرق بين أن يكون الزان غير متزوج بزواج صحيح من ذي قبل أو متزوج بزواج صحيح وهما من حيث العقوبة يقسمان إلى القسمين التاليين :

أولاً: الزاني غير المحصن.

وهو الذي لم يسبق له الدخول بعقد زواج صحيح، ويستوي ي ذلك الذكر والأنثى، ولا خلاف أن اسم الزنا في حال اكتمال الفعل يشملهما.

ثانياً: الزاني المحصن.

وهو الذي تزوج بعقد زواج صحيح سواء كان الزواج باقياً أو منحللاً من قبل وحصل الدخول⁽⁴⁾. ويختلف الزاني غير المحصن عن الزاني في العقوبة على النحو التالي

أولاً: عقوبة الزاني غير المحصن.

الزاني غير المحصن الذي لم يسبق له الدخول بعقد زواج صحيح عقوبته الجلد مائة جلدة وهذا محل اتفاق بين الفقهاء⁽⁵⁾ لقوله تعالى : { أَلزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ

(1) العيني، البناية شرح الهداية، ج 6 / ص 262، السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج 4، ص 125.

(2) الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسعى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، ج 4، ص 488.

(3) ولي الدين أبو زرعة، تحرير الفتاوى على «التنبيه» و «المنهاج» و «الحاوي» المسعى (النكت على المختصرات الثلاث)، ج 3، ص 173.

(4) الزبيدي أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي اليمني الحنفي (المتوفى: 800هـ)، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية للطبعة: الأولى، 1322هـ، ج 3، ص 151، الخرشى، شرح مختصر خليل للخرشي، ج 8، ص 82.

(5) الزبيدي، الجوهرة النيرة، ج 2، ص 152 الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسعى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، ج 4، ص 456، النووي أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (المتوفى: 676هـ)، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، الطبعة: الأولى، 1425هـ/2005م ج 1، ص 295، المرادوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: 885هـ) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ ج 10، ص 173.

فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيَشْهَدُ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ }⁽¹⁾. ولم يحصل الخلاف في ذلك بين العلماء إذا كان الزاني مجتمعة فيه شروط إقامة الحد. وعقوبة الزاني غير المحصن إذا كان ذكراً هي الجلد مائة جلدة وتغريب عام، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء⁽²⁾ لقوله صلى الله عليه وسلم: (البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام)⁽³⁾، والحكم يدخل فيه الذكر والأنثى بالاتفاق، أما التغريب فهل تغرب المرأة البكر أم لا؟. سيتم مناقشة ذلك في المبحث الثاني من حيث البحث.

ثانياً: عقوبة الزاني المحصن.

إذا كان الزاني محصناً فعقوبته الرجم حتى الموت يستوي في ذلك الرجل والمرأة، وهذا مجمع عليه بين الفقهاء⁽⁴⁾.

المبحث الثاني: خصوصيات الأنثى في تطبيق حد الزنا عليها:

سيخصص هذا المبحث للحديث عن ما تتفرد به المرأة عن الرجل عند ايقاع العقوبة عليها في ثبت الجريمة.

المطلب الأول: أنواع الجرائم التي تصيبها المرأة:

المرأة كالرجل في التجريم فأى فعل يقع من الرجل والمرأة وتعد من الأفعال المحرمة أو التروك التي يجب الاتيان بها تعد في الشرع جريمة يعاقب عليها الشرع ولا تتفرد المرأة بعقوبات خاصة تختلف عن الرجال إلا في التعزير كونها متروكة لرأي الإمام أو من ينيبه مكانه لتنفيذ هذه العقوبة.

المطلب الثاني: حد الزاني غير المحصن:

الفرع الأول: ما تشترك فيه الأنثى مع الرجل من العقوبة في حد الزنا إذا كانت غير محصنة

1- عقوبة الجلد.

أجمع العلماء أن الزاني غير المحصن سواء كان ذكراً أو أنثى فعقوبته بالشرع الجلد مائة جلدة.

(1): (النور: 2)

(2): ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ابن رشد ج 4، ص 14-15، المقدمات الممهيات، ج 3، ص 251، النووي، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي) ج 20، ص 16، ابن قدامة، المغني لابن قدامة، ج 9، ص 43.

(3): مسلم، صحيح مسلم حديث رقم 1690 باب حد الزنا ص 720.

(4): ابن قدامة أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، ج 9، ص 35.

فالزاني غير المحصن الذي لم يسبق له الدخول بعقد زواج صحيح عقوبته الجلد مائة جلدة وهذا مجمع عليه بين الفقهاء⁽¹⁾ لقوله تعالى: { الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشَهِدَ عَدَاِبَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ }⁽²⁾.

وعقوبة الزاني الذكر غير المحصن هي جلده مائة جلدة وتغريبه لعام، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء⁽³⁾ لقوله صلى الله عليه وسلم: (البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام)⁽⁴⁾، و الحكم يدخل فيه الذكر والأنثى بالاتفاق، واختلفوا في التغريب وسيناقش ذلك لاحقا.

2- عقوبة الزاني المحصن.

إذا كان الزاني محصنا فعقوبته الرجم حتى الموت يستوي في ذلك الرجل والمرأة، وهذا مجمع عليه بين الفقهاء⁽⁵⁾.

3- تغريب الأنثى وهل يعتبر حدا أم سياسة شرعية.

إذا زنت الأنثى البكر وتم تنفيذ حد الجلد عليها فهل تغرب بعد الجلد أم لا ؟
 وقع الخلاف بين الفقهاء في تغريب الزاني البكر بعد الجلد وكان الخلاف على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا تغريب على الزاني غير المحصن سواء كان ذكرا أو أنثى، فالتغريب ليس حدا، إلا أنه يجوز التغريب للزاني من باب السياسة الشرعية وهو قول الحنفية⁽⁶⁾

(1) أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الرَّبِيدِيّ اليميني الحنفي (المتوفى: 800هـ)، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية الطبعة: الأولى، 1322هـ، ج 2، ص 152، الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسعى أقرب المسالك لِذَهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)، ج 4، ص 456، النووي أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (المتوفى: 676هـ)، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، الطبعة: الأولى، 1425هـ/2005م ج 1، ص 295، المرادوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ ج 10، ص 173.

(2) (النور: 2)

(3) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ابن رشد ج 4، ص 14-15، المقدمات المهمات، ج 3، ص 251، النووي، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي) ج 20، ص 16، ابن قدامه، المغني لابن قدامة، ج 9، ص 43.

(4) مسلم، صحيح مسلم حديث رقم 1690 باب حد الزنا ص 720.

(5) ابن قدامة أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، ج 9، ص 35.

(6) الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن الباري، فخر الدين الحنفي (المتوفى: 743 هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشَّيْبَانِي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشَّيْبَانِي (المتوفى: 1021 هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى،

القول الثاني: يغرب الرجل والأنثى إذا ثبت الزنا منهما ويستوي الرجل والأنثى فيه وهو قول الشافعية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ ولكن المرأة تنفى مع ذي رحم.

القول الثالث: التفرقة ما بين الرجل الزان غير المحصن فيغرب ولا تُغرب المرأة، وبه قال الأوزاعي⁽³⁾.

الأدلة والمناقشة:

القول الأول: لا تغريب على الزاني غير المحصن سواء كان ذكرا أو أنثى.

ذهب الحنفية أنه لا يغرب الذكر ولا الأنثى غير المحصنين إلا إذا رآه الإمام يصلح الرعية، فهو من باب الإجراءات الإصلاحية التي قد يجوز للإمام إتباعها لا من باب الحد فله فعلها وتركها.

وقد استدلووا على ذلك بالأدلة التالية:

1- قوله تعالى: { الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي }⁽⁴⁾

وجه الاستدلال: ذكرت الآية حكم من زنى مطلقا سواء ذكرا وأنثى، فلا يزداد على ذلك إلا بدليل يساويه أو يترجح عليه، فلا يجوز الزيادة على النص فهذا يعتبر نسخا للنص⁽⁵⁾.

2- عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ، عَنِ النَّبِيِّ أَنَّ رَجُلًا أَتَاهُ فَأَقْرَبَ عِنْدَهُ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ سَمَّاهَا لَهُ فَبَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ إِلَى الْمَرْأَةِ، فَسَأَلَهَا عَنْ ذَلِكَ فَأَنْكَرَتْ أَنْ تَكُونَ زَنْتٌ، فَجَلَدَهُ الْحَدَّ وَتَرَكَهَا

وجه الاستدلال: فلو كان التغريب واجبا لما تركه عليه الصلاة والسلام.

3- التغريب قد يلحق ضررا أكبر بما قد تفعله المرأة من امتهان للزنا لعدم وجود أهل لها معها⁽⁶⁾.

4- القول بالنسخ لقوله - صلى الله عليه وسلم - : «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»

فآية الجلد اقتضت على ذلك وهي متأخرة عن الحديث فيكون نسخا، حيث تدرجت العقوبة في بداية التشريع كانت الايذاء لقوله تعالى: (فأذوهما) ثم نسخ فأصبحت العقوبة حسبما بقوله تعالى: { وَالَّتِي يَأْتِيَنَّ الْفَحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٌ مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّى هُنَّ

(1) المهذب، الشيرازي، ج 3، ص 343.

(2) ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، ج 10، ص 165.

(3) العدوي أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعدي (نسبة إلى بني عدي، بالقرب من منفلوط) (المتوفى: 1189هـ) حاشية العدوي على شرح كفاية

الطالب الرياني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، 1414هـ - 1994م، ج 2، ص 223.

(4) (النور: 2)

(5) البابرتي، العناية شرح الهداية، ج 5، ص 241.

(6) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ج 3، 174-175

أَمَوْتُ أَوْ يَجْعَلُ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا⁽¹⁾. ثم قال - صلى الله عليه وسلم - «خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً» فهذا بيان لمعنى السبيل في الآية وكل هذا قبل نزول آية الجلد، فكانت ناسخة للكل⁽²⁾.

5- حديث التغريب من أحاديث الأحاد فلا تصلح أن تكون ناسخة للقرآن ولا يصار إلى الجلد كونه زيادة على النص القطعي، فيجب للزيادة أن تكون بطريق طريق قطعي كذلك.

6- ما روي عن عمر أنه نفى رجلاً فلحق بالروم فقال: لا أنفي بعدها أحداً فلو كان النفي من الحدود لما جاز لعمر تركه وقد قال عمر ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر أحد قوله فدل أنه كان سياسة وتعزيراً.⁽³⁾

7- لو كان التغريب حداً لاشتهر ذلك بين الصحابة كباقي الحدود، فلا يسوغ بعدها الخلاف فيه وقد اختلفوا بالتغريب لما روي عن علي رضي الله عنه ذلك⁽⁴⁾.

8- التغريب من معانيه الحبس ولا يقتصر على الإبعاد: (وفسر التغريب في النهاية بالحبس وهو أحسن وأسكن للفتنة من نفيه إلى إقليم آخر)⁽⁵⁾

القول الثاني: يغرب الرجل والأثني إذا ثبت الزنا منهما ويستوي الرجل والأثني.

ذهب الشافعية على أن الزانية البكر تغرب كما الرجل بما يلي :

1- (البكر بالبكر جلد مائة، وتغريب عام)⁽⁶⁾

2- بما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: (خذوا عني، خذوا عني، فقد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم)⁽⁷⁾.

(1): [النساء: 15]

(2): البائري، العناية شرح الهداية، ج 5، ص 242

(3)، الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج 4، ص 84

(4): الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ج 3، ص 174

(5): ابن نجيم المصري زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف (المتوفى: 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد 1138 هـ)، وبالْحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، - ج 5، ص 11

(6): الدارمي، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، البُستي (المتوفى: 354هـ)، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي (المتوفى: 739 هـ)، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الأولى، 1408 هـ - 1988 م، حديث رقم 4427، ج 10، ص 273، قال المحقق الحديث صحيح.

(7): أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م، ج 25، ص 251

وجه الاستدلال : الحديثان يدلان على ثبوت التغريب وأنه من العقوبة، وهي من تمام الحد⁽¹⁾، وأن حد الزاني البكر غير المحصن الجلد مع التغريب ولم يفرق بين الذكر والأنثى⁽²⁾.

واستدلوا بالأثار بما روي أن أبا بكر رضي الله عنه جلد وغرب إلى فذك، وجلد عمر وغرب إلى الشام، وجلد عثمان وغرب إلى مصر، وجلد علي وغرب من الكوفة إلى البصرة، وليس لهم في الصحابة مخالف، ولكن لا تغرب المرأة إلا بمحرم⁽³⁾، فإن لم يوجد تستأجر محرماً لها من مالها⁽⁴⁾.

القول الثالث : التفرقة ما بين الرجل الزان غير المحصن فيغرب ولا تُغرب المرأة.

فالمرأة لا تقدر على حفظ نفسها فتحتاج إلى ذلك، وحالها مع التغريب إما أن يكون بمحرم أو بغير محرم وهو لا يجوز بغير محرم⁽⁵⁾ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم)⁽⁶⁾.

وحتى لا يكون تغريبها وحدها دعوة لها بالفجور والعهر، وإشتراط محرم لها عقوبة لمن هو ليس بزنان وهي عقوبة من غير وزر فلو كلفت بدفع أجرة لها كان ذلك زيادة على عقوبتها ولم يزد الشارع ذلك فالقول باللزوم زيادة على الشرع، أما التغريب في الحديث فهو من باب تخصيص العام وهو في حق الرجل.

وكذلك فعل الصحابة رضي الله عنهم ولا خلاف في جواز تخصيص العام، والعمل بالعموم لأنه يلزم من العمل بعمومه مخالفة مفهومه فانه دل بمفهومه على أنه ليس على الزاني أكثر من العقوبة المذكورة فيه وإيجاب التغريب على المرأة يلزم منه الزيادة على ذلك وفوات حكمه لأن الحد وجب زجراً عن الزيادة وفي تغريبها إغراء به وتمكين منه مع أنه قد يخصص في حق الثيب باسقاط الجلد في قول الأكثرين فتخصيصه ههنا أولى⁽⁷⁾.

(1) :الغمرأوي محمد الزهري (المتوفى: بعد 1337هـ)، السراج الوهاج على متن المنهاج، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت، ص 295.

(2) :العمرائي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 12، ص 356، ابن قدامه، المغني، ج 9، ص 44.

(3) :الشيرازي، المهذب، ج 2، ص 344.

(4) :الحصبي، كفاية الأخيار، 474.

(5) :العدوي أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي (نسبة إلى بني عدي، بالقرب من منفلوط) (المتوفى: 1189هـ) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، 1414هـ - 1994م، ج 2، ص 223.

(6) :مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره، حديث رقم 1338، ج 2، ص 975.

(7) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، المقدمات الممهديات، دار الغرب الإسلامي

الطبعة: الأولى، 1408 هـ - 1988 م، ج 3، ص 253، ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج 4، ص 220

المناقشة والترجيح :

بعد عرض أقوال الفقهاء وما استدلوا به على بعضهم البعض فيترجح عند الباحث قول المالكية الذي خصوا الذكر بالتغريب، وذلك لما استدلوا به أنه حتى يجل سفر المرأة مدة القصر فيجب أن يرافقها ذو محرم لها وهذا فيه نوع من تحميل الوز لمن لم يذنب، وكذلك تكليف الزانية بدفع أجرة لذي رحم زيادة على العقوبة بلا دليل، ولا شك أن في تغريب الزانية وحدها دعوة لها على الفجور، وأن استثناء العام جائز في الفقه وعليه فإذا حدثت الزانية لا تغرب عن ديارها، ولكن من باب المصلحة العامة يجوز تغريب المرأة بالمذهب على قول اللخمي وتغريبها لا يكون بالإبعاد عن موضوع سكنها بل بحبسها في محل إقامتها وهذا حسن، وأن المغرب قد يكون فقيرا لا يقوى على نفقة نفسه فكيف يحمل نفقة غيره، ولأن الغاية من تغريبها تأديبها، ونفيها يفتح لها بابا لم يستطع أهلها بمراقبتهم لها إبقائه مغلقا؛ فكيف تعطى مفاتيح الباب وتترك وحدها.

الفرع الثاني : ما تختلف فيه الأنثى عند تنفيذ عقوبة الزنا عليها.

حال كونها حامل.

إذا ارتكبت المرأة جريمة توجب عقابها، وكانت بعد ثبوت الجريمة عليها حاملا فهل تنفذ عليها العقوبة أم لا؟ والعقوبة قد تكون قصاصا أو رجما أو جلدا، سيتم الحديث عن ذلك وفق ما يلي:

أولاً: أن تكون العقوبة قصاصا أو رجما.

ثانياً: أن تكون العقوبة جلدا.

أولاً: أن تكون العقوبة قصاصا أو رجما.

اتفق العلماء⁽¹⁾ على أنه إذا ثبت الجريمة على المرأة، وكانت وقت ذلك حامل، فلا تستوفى العقوبة منها حتى ولادتها و تؤخر ولا تستوفى لحمل المرأة، واستندوا على ذلك بأدلة من القرآن والسنة ومنها قوله تعالى: {وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ۗ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطٰنا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ ۗ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورا ۝۳۳} (2) وجه الاستدلال: أنه من الإسراف المنهي عنه قتل المرأة الحامل، كون العقوبة ستسري على نفس الجنين من غير ذنب، فيكون الاستيفاء محرم.

(1) ان نجيم: البحر الرائق، ج 5، ص 23. ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة، ج 12، ص 107. الشافعي: الأم، ج 6، ص 58. ابن القيم، زاد المعاد،

ج 5/، ص 23.

(2): (الإسراء. 33)

وقد استدلل العلماء على حرمة استيفاء حد الرجم أو القصاص من الحامل بحديث الغامدية حيث جاء فيه أن امرأة من بني غامد جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: فقالت: يا رسول الله، طهرني، فقال: «ويحك ارجعي فاستغفري الله وتوبى إليه» فقالت: أراك تريد أن ترددني كما رددت ماعز بن مالك، قال: «وما ذاك؟» قالت: إنها حبلى من الزنى، فقال: «أنت؟» قالت: نعم، فقال لها: «حتى تضعي ما في بطنك»، قال: فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت، قال: فأتى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: «قد وضعت الغامدية»، فقال: «إذا لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه»، فقام رجل من الأنصار، فقال: إني رضاعه يا نبي الله، قال: فرجمها»⁽¹⁾

وجه الدلالة: بعد أن علم عليه الصلاة والسلام أن الغامدية حامل تركها ولم يرقم عليها الحد وهذا دليل على عدم جواز استيفائه حال حملها.⁽²⁾

ثانياً: أن تكون العقوبة جلداً.

1- في حال كون المرأة حاملاً.

حمل المرأة مانع من تطبيق حد الجلد عليها، فلا يصار (إلى تنفيذ العقوبة عليها بل تنتظر حتى تضع حملها)⁽³⁾، سواء كان الحمل من زواج صحيح أو وطء بشبهة أو سفاح⁽⁴⁾.

فنفس الصغير ولو كان جنينا محترمة وتطبيق الجلد على الحامل سيؤذي الصغير من غير ذنب فعله، فجلد الحامل قد يؤدي إلى شق جلد الام وقد يتبع ذلك تلف نفس الجنين⁽⁵⁾ أو قد يضعف جسدها نتيجة الجلد فيضعف الجنين لذلك⁽⁶⁾.

(1) مسلم، صحيح مسلم، باب من اعترف على نفسه بالزنا، حديث رقم 1665، ج 3، 1321.

(2) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة: السابعة والعشرون، 1415هـ/1994م، ج 5، ص 23.

(3) القرافي، الذخيرة، ج 12، ص 82.

(4) العيني، البنائة شرح الهداية، ج 6، ص 292، القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (422هـ) الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق الحبيب بن طاهر، الناشر: دار ابن حزم الطبعة: الأولى، 1420هـ - 1999، ج 2، ص 867، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 5، ص 280. ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، ج 10، ص 133.

(5) أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي، عميرة حاشيتنا قليوبي وعميرة، دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، 1415هـ-1995م، ج 4، ص 184.

(6) المرغيناني علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: 593هـ) متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح - القاهرة، 105، البابرتي، العناية شرح الهداية، ج 5، ص 245.

وشواهد ذلك كثيرة في الشرع من القران والسنة والإجماع.

أ- من القرآن :

قوله تعالى : { وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهٖ سُلْطٰنًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا }⁽¹⁾

وجه الدلالة : إن من الإسراف في تنفيذ العقوبة تعريض حياة الجنين في بطن أمه للخطر دون ذنب فعله ؛ فلا يستوفى الحد إذا ثبت أن الأم حامل ، و بغض النظر عن الحمل هل هو من نكاح أو سفاح أو وطء شبيهة.

قوله تعالى : { قُلْ أَغَيْرَ اللَّهِ أَبْغَى رَبًّا وَهُوَ رَبُّ كُلِّ شَيْءٍ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُمْ مَرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ }⁽²⁾

وجه الدلالة : فيه إخبار منه سبحانه أن نفسا لا تحاسب عن نفس أخرى؛ فلا يسري إلى الغير أثر العقوبة، وتطبيق الحد على الأم الحامل هو من باب إلحاق العقاب بالغير بما لا يستحق.⁽³⁾

ومن السنة النبوية :

أولاً: استدلل العلماء على عدم جواز تنفيذ الحد على الحامل بحديث المرأة الغامدية، حيث جاء فيه أن امرأة من بني غامد جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، طهرني، فقال: «ويحك ارجعي فاستغفري الله وتوبي إليه» فقالت: أراك تريد أن ترددني كما رددت ماعز بن مالك، قال: «وما ذاك؟» قالت: إنها حبلى من الزنى، فقال: «أنت؟» قالت: نعم، فقال لها: «حتى تضعي ما في بطنك»، قال: فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت، قال: فأتى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: «قد وضعت الغامدية»، فقال : «إذا لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه»، فقام رجل من الأنصار، فقال: إلي رضاعه يا نبي الله، قال : فرجمها⁽⁴⁾

وجه الدلالة: أن النبي عليه الصلاة والسلام حينما علم أن الغامدية حامل لم ينفذ عليها الحد وتركها⁽⁵⁾، حتى استقل ابنها بالطعام فحينها أمر النبي عليه السلام أن ترجم فرجمت، فلو رجمها وهي حامل لأزهق روحا محترمة وترك التنفيذ أثناء الحمل دليل على أنه لا يجوز⁽⁶⁾

(1): (33: الإساء).

(2): (الانعام: 164)

(3): الميداني، اللباب في شرح الكتاب، 331

(4) مسلم، صحيح مسلم، باب من اعترف على نفسه بالزنا، حديث رقم 1665، ج 3/ 1321.

(5) العدوي أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي (المتوفى: 1189هـ) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: 1414هـ - 1994م، ج 2، ص 331.

(6) العيني، البناية شرح الهداية، ج 6، ص 292، ابن حجر الهيتمي أحمد بن محمد بن علي، حنفة المحتاج في شرح المنهاج روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد الطبعة: بدون طبعة، 1357 هـ - 1983 م، ج 5، ص

ثانياً: واستدل العلماء أيضاً بما جاء في حديث عمران بن حصين رضي الله عنه أن امرأة في جهينة زنت فأنت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا نبي الله، أصبت حداً، فأقمه عليّ. فدعا نبي الله صلى الله عليه وسلم وليها فقال: "أحسن إليها، فإذا وضعت فأتني بها"، ففعل فأمر بها صلى الله عليه وسلم فشكت عليها ثيابها- أي شدت - ثم أمر بها فرجمت ثم صلى عليه الصلاة والسلام عليها، فقال له عمر رضي الله عنه، تُصلي عليها يا رسول الله وقد زنت؟ فقال صلى الله عليه وسلم: "لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم، وهل وجدت توبة أفضل من أن جادت بنفسها لله"

وجه الدلالة: أن النبي عليه السلام أخرج إستيفاء الحد عندما أخبر بحمل الزانية تركها ووكّل بها وليها بها لفترة، لحين ولادتها، وهذا دليل أن الحد لا ينفذ على المرأة الحامل⁽¹⁾.

وقد أجمعت علماء الأمة أن الحد لا يقام على المرأة الحامل⁽²⁾.

(1) ابن الرفعة أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف (المتوفى: 710هـ) كفاية النبيه في شرح التنبيه تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، م 2009، ج 17، ص 213، ابن قدامه، الشرح الكبير على متن المقنع ج 10، ص 133.

(2) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 5، ص 280.

2- حال كون المرأة نفساء.

إذا وضعت المرأة المستحقة للعقوبة جنينها، فهل النفاس مانع من تطبيق العقوبة عليها.

وقع الخلاف بين الفقهاء في مدى أثر النفاس في تأخير العقوبة على القولين التاليين.

القول الأول : قال الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ وأكثر الحنابلة⁽⁴⁾ إن العقوبة جلدا أو قطعاً فيؤخر الاستيفاء حتى يذهب النفاس ؛ حتى لا يكون الجلد أو القطع سببا في سريان العقوبة لروح المرأة فالعقوبة ستجمع عليها الضرب والضعف والمرض⁽⁵⁾، فإذا انقضى نفاسها ولم يخشى سريان العقوبة الى النفس أقيمت العقوبة عليها وبهذا يتلافى إزهاق روحها⁽⁶⁾ وهو يعد مرضا مانع من استيفاء العقوبة.⁽⁷⁾

واستدلوا بـ :

أ. حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه في حديثه العهد بنفاس، فقد روي عنه أنه قال: "إن أمةً لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فأمرني أن أجلدها، فإذا هي حديثه عهد بنفاس، فخشيت إن أنا جلدتها أن أقتلها، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: "أحسن" (8) وفي رواية (اتركها حتى تماثل)⁽⁹⁾

(1) ابن الهمام، فتح القدير، ج 5، ص 246.

(2) الآبي صالح بن عبد السميع الأزهرى (المتوفى: 1335هـ)، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية - بيروت، ص 599، اللخمي علي بن محمد الربيعي، أبو الحسن، المعروف (المتوفى: 478 هـ)، التبصرة، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011 م، ج 13، ص 6218

(3) السنيكي، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (هو شرح للمؤلف على كتابه هو منهج الطلاب الذي اختصره المؤلف من منهاج الطالبين للنووي) ج 2، ص 191

(4) الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، ج 3 / ص 104، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: 1243هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، الطبعة: الثانية، 1415 هـ - 1994 م، ج 6، ص 164.

(5) ابن عرفه، المختصر الفقهي لابن عرفه، ج 10، ص 208.

(6) عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (المتوفى: 1392هـ) حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، الطبعة: الأولى - 1397 هـ، ج 7، ص 307

(7) الزبيدي، الجوهرة النيرة، ج 2، ص 152، خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي (المتوفى: 372هـ)، التهذيب في اختصار المدونة، دراسة وتحقيق: الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة: الأولى، 1423 هـ - 2002 م، ج 4، ص 415.

(8) مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، حديث رقم 1705 باب تأخير الحد عن النفساء، ج 3، ص 1331.

(9) المصدر السابق، ج 3، ص 1332

ب- الحمل سبب لها الضعف خلاله فيخشى من ذلك على روحها فلا تحد وهي نفساء⁽¹⁾، (والمرض مانع من تطبيق العقوبة فالنفاس مرض) ولأنه إذا انضم ألم الجلد إلى ألم الولادة بما يؤدي إلى الإلتلاف وهو غير مستحق في هذه الحالة فتؤخر إلى أن تتعافى من نفاسها⁽²⁾.

القول الثاني : فرق اصحابه ما بين أن تكون المرأة تحتمل العقوبة فتنفذ عليها وبين أن تحتمل العقوبة فتؤخر وهو قول بعض الشافعية⁽³⁾ وبعض الحنابلة⁽⁴⁾.. (لا يؤخر حد المريض ولو رجي زوال المرض، ولا النفساء فتحد بمجرد الوضع)⁽⁵⁾،

واستدلوا على ذلك : (أن عمر أقام الحد على قدامة بن مظعون في مرضه، ولم يؤخره، وانتشر ذلك في الصحابة، ولم ينكر؛ فكان كالإجماع (ولا تؤخر النفساء فتحد) النفساء (بمجرد وضع)⁽⁶⁾. لأنها وإن كانت نفساء فهي كالمرضى فالمرضى لا يؤخر عنه الحد فكذلك النفساء.

واستدلوا بفعله صلى الله عليه وسلم حيث أمر بضرب المريض الزاني ضربة واحدة بمائة ضربة، فقد أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم برجل قد زنى، فسأله فاعترف، فأمر به فجرد، فإذا هو حمش الخلق مقعد، فقال : " ما يبقي الضرب من هذا شيئاً فدعا بعثكول فيه مائة شراخ فضربه ضربة واحدة"⁽⁷⁾ والحديث واضح المعنى بين الدلالة أنه لا يؤخر الحد لا لمرض ولا نفساء لوجوب استيفائه فوراً ولو جاز لأخره النبي عليه السلام⁽⁸⁾ وكان هذا في محضر الصحابة من غير نكير فكان إجماعاً⁽⁹⁾، فإن خيف على نفس المجلود لمرض أو نفاس جلد بعثكول به مائة سوط أو خمسين مرتين⁽¹⁰⁾

(1) ابن المحاملي ن أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي، أبو الحسن الشافعي (المتوفى: 415هـ) اللباب في الفقه الشافعي تحقيق: عبد الكريم بن صنيبتان العمري، دار البخارى، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 384، ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج 4، ص 108.

(2) السرخسي، المبسوط، ج 9/ ص 73.

(3) الروياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل (ت 502 هـ)، بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، تحقيق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 2009 م، ج 13، ص 21

(4) الكرمي، مرعي بن يوسف (ت 1033 هـ)، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، الطبعة الأولى، دار السلام، دمشق، 1378، ج 3، ص 313، مصطفى بن سعد، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج 6، ص 164.

(5) الكرمي، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، ج 6، ص 164.

(6) مصطفى بن سعد، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج 6، ص 164.

(7) أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303هـ)، السنن الكبرى حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م، باب الضرب في خلقته يصيب الحد، وذكر اختلاف الناقلين لخبر أبي أمامة بن سهل فيه حديث رقم 7259، ج 6، ص 470.

(8) مصطفى بن سعد، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج 6، ص 164

(9) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج 7، ص 371.

(10) عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد البعلبي الخلوئي الحنبلي (المتوفى: 1192هـ)، كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات، قابله بأصله وثلاثة أصول أخرى: محمد بن ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية - لبنان/ بيروت الطبعة: الأولى، 1423 هـ - 2002 م، ج 2، ص 746.

الترجيح : بعد عرض أدلة الفقهاء وما استدلوا به فإن الباحث يرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو وجوب تأجيل الحد عن النفساء حين تعافي المرأة من نفاسها حيث أنه يعد أحد أنواع الأمراض وحتى لا يكون استيفاء العقوبة من المرأة ساريا لنفسها، وكون تأخير العقوبة في وجود العذر لا يعد عصيانا لأمر الله من وجوب أن تنفذ العقوبة فوراً.

3- حال كونها مرضعة.

إذا كانت المرأة مرضعة لابنها الصغير بعد ثبوت الجريمة عليها، فهل يعد الرضاع سبباً مجيزاً لتأخير العقوبة على المرضع.

وقع خلاف بين العلماء كما يلي :

المذهب الأول : ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية⁽¹⁾ في بعض أقوالهم أن الرضاع لا يعد سبباً مجيزاً لوقف تنفيذ العقوبة على الجانية، فأى امرأة تستطيع الإرضاع فلا يكون الإرضاع سبباً في تأخير العقوبة.

المذهب الثاني : تأخير تنفيذ العقوبة على المرأة المرضعة حين إيجاد امرأة أخرى ترضع الصغير، وهو قول عند الشافعية، وإحدى الروايتين عند الحنابلة.⁽²⁾

واستدلوا على ذلك بحديث الغامدية (إذا لا نرجمها وندع ولدها صغيراً ليس له من تُرضعه، فقام رجل من الأنصار، فقال: إني إرضاعه يا نبي الله، قال : فرجمها)⁽³⁾

المذهب الثالث : الرضاع يكون سبباً لإيقاف تنفيذ العقوبة إن لم تجد الأم من يرضعه، حتى ترضعه حولين كاملين ويفطم، وهذا القول أحد الروايات عند الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة في روايات⁽⁴⁾.

وذلك لأمر النبي عليه الصلاة والسلام للغامدية بقوله لها: (ارجعي حتى تلدي فرجعت، فلما ولدت أتته بالصبي، فقال: ارجعي فأرضعيه حتى تظميه، فجاءت به وقد فطمته، وفي يده شيء يأكله، فأمر بالصبي فدفع إلى رجل من المسلمين، فأمر بها فحفر لها، وأمر بها فرجمت)⁽⁵⁾

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 7، ص 59 هـ العبدري: التاج والإكليل، ج 6، ص 253. الشيرازي: المهذب، ج 2، ص 271، الهوتي: كشف القناع، ج 5، ص 535 هـ.

(2) النووي: روضة الطالبين، ج 9، ص 225. ابن قدامة: المغني، ج 9، ص 48. السياغي: الروض النضير، ج 4، ص 206.

(3) - مسلم: صحيح مسلم، ج 3، ص 1322، حديث رقم 1695. ج 4، ص 96 باب من اعترف على نفسه بالزنا.

(4) ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد: شرح فتح القدير، ج 5، ص 245. مالك: المدونة، ج 16، ص 250، ابن الفراء البغوي: التهذيب، ص 82. ابن القيم: زاد المعاد، ج 5، ص 33.

(5) مسلم: صحيح مسلم، 1322/3، 96 باب من اعترف على نفسه بالزنا، حديث رقم 1695. ج 4، ص 96.

حفرة، فجعل فيها إلى صدره» - اي لماعز - وقال في الغامدية، ثم أمر بها، فحفر لها حفرة، فجعلت فيها إلى صدرها، وكذلك في حديث أبي بكر أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم امرأة فحفر لها إلى الشدوة⁽¹⁾ وإن اختار الإمام عدم الحفر فلكون المرأة لا تجرد من ثيابها عند التنفيذ وهذا بذاته ستر لها⁽²⁾. ويستحب الحفر للمرأة عند تثبيت العقوبة عليها إن كان الزنا ثبت بالبينة، حتى لا تتكشف تنكشف⁽³⁾، ولا يحفر لها عند تنفيذ الرجم إن كان الزنا ثبت عليها بالإقرار لتمكن من الهرب إن رجعت عن إقرارها⁽⁴⁾ (ولأن الظاهر من اليهود: أنهم لا يرجعون؛ فيكون الرجم في الحفرة أسهل)⁽⁵⁾، وفي رواية في المذهب أنه يحفر لها مطلقاً بغض النظر عن الطريقة التي ثبت بها الحد وقيل الأمر متروك للإمام إن شاء حفر وإن شاء ترك⁽⁶⁾، لأنه - عليه السلام - (حفر للغامدية إلى صدرها وكانت مقرة).

واختلفت الرواية عند المالكية: (واختلف في الحفر، فقال مالك في المدونة: لا يحفر له، واستشهد بالحديث: فرأيت الرجل يجني على المرأة يقيها الحجارة، فلو كان في حفرة ما حنى عليها. قال: ولا يربط وقال مالك في كتاب محمد: لا يحفر للمرجوم ولا للمرجومة. وقال أشهب: وإن حفر له فأحب إلي أن تُخلى يده، وإن لم يحفر له لم أر به بأساً، قال: والأحسن عندي ألا يحفر له فرأى ذلك واسعاً واستحب ألا يحفر. وقال ابن وهب: يفعل الإمام من ذلك ما أحب. وقال أصبغ في كتاب ابن مزين: أستحب الحفر وترسل يدها يتقي بهما عن وجهه)⁽⁷⁾.

وسبب الخلاف في المذهب أن الأحاديث في ذلك مختلفة⁽⁸⁾.

وكذلك اختلف القول عند الحنابلة: فقليل لا يحفر للمرأة، لعدم ثبوته فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحفر للجهنية ولا لماعز، ولا لليهوديين. (ظاهر كلام أحمد أن المرأة لا يحفر لها أيضاً وهو الذي ذكره القاضي في الخلاف وذكر في المجرى أنه إن ثبت الحد بإقرارها لم يحفر لها وإن ثبت بالبينة حفر لها إلى الصدر قال أبو الخطاب وهذا أصح عندي)⁽⁹⁾.

وسبب التفريق بالحفر أو عدمه بالنسبة للمرأة سبب ثبوت موجب الحد فإن كان بإقرار منها لم يحفر لها فالحفر قد يمنعها من الهرب وهربها مع الإقرار مقبول ويعتبر شبهة مانعة من الحد والحفر يمنع ذلك، أما إذا ثبت الحد

(1): البيهقي أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجَرْدِي الخراساني، أبو بكر (المتوفى: 458هـ)، السنن الصغير للبيهقي، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي. باكستان، الطبعة: الأولى، 1410هـ - 1989م، حديث رقم 2541، باب الزنا، ج 3، ص 290.

(2): القاري، فتح باب العناية بشرح النقاية ج 6، ص 1.

(3): النووي، المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، ج 20، ص 47.

(4): الماوردي، كتاب الحاوي الكبير، ج 13، ص 430.

(5): ابن الرفعه، كفاية النبيه في شرح التنبيه، ج 17، ص 227.

(6): ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد المعروف بـ «ابن النحوي» والمشهور بـ «ابن النحوي» (المتوفى: 804هـ) عجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج، ضبطه على أصوله وخرج حديثه وعلق عليه: عز الدين هشام بن عبد الكريم البدراني: دار الكتاب، إربد - الأردن، عام النشر: 1421هـ - 2001م، ج 4، ص 1628.

(7): اللخمي، التبصرة، ج 13، ص 6180.

(8): ابن رشد، بداية المجتهد، ج 4، ص 221.

(9): ابن قدامه، الشرح الكبير على متن المقنع، ج 10، ص 137 - 138.

بالبينة فيحفر لها : (؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحفر للجهنية لما رجمها... ولأن الحفر أستر لها، ولا حاجة إلى تمكينها من الهرب. بخلاف من أقرت)⁽¹⁾.

أما عن كيفية تنفيذ حد الجلد على المرأة.

اتفق العلماء على وجوب إبقاء ما يغطي العورة للمحدود سواء كان المحدود رجلا أو إمراه، وينزع عنهما ما يمنع من وصول الم الجلد للجسم كالفرو، فإبقائها لا يسمى الجدد جلدًا في اللغة ويزول اسم الجلاد عن الجلد، وكما نطبق الاسم بمعناه لا بد من إزالة ما يمنع تحقق الفعل وذلك بنزع ما يمنع من وصول الإيلام إلى جسم المجلود.⁽²⁾ وتجلد المرأة في قفة استحبابا ولزيادة الستر لها يترك تحتها تراب مبلول عند المالكية⁽³⁾.

أما كيفية تطبيق الحد على المحدود فالرجل يجلد قائما وتجلد المرأة وهي قاعدة عند الحنفية، ويزال عن الرجل لباسه ويجعل ظهره مكشوفًا ويترك عليه إزاره، وتبقى ثياب المرأة عليها إلا ما يمنع من وصول الألم إليها ولا تجرد من ثيابها إلا ما كان مانعا من إيصال الإيلام لجسدها كصوف⁽⁴⁾.

والرجل والمرأة يجلدان وهم قعود عند المالكية⁽⁵⁾ ولا يمسك بأيديهما وثيابهما لا تشد عليهما⁽⁶⁾، والرجل تتخلع الثياب عنه إلا ما بين سرته وركبته؛ لأن الأمر بجلده يقتضي مباشرة جسمه⁽⁷⁾ (ويترك للمرأة ما يستر جسدها ولا يقيها الضرب زاد في المدونة: أن بعض الأئمة أقعد المرأة في قفة فبلغ ذلك مالك فأعجبه)⁽⁸⁾ وخص الشافعية المرأة بأن تجلد وهي جالسة وبشروط ويجعل: (عند المرأة محرم أو امرأة تلف عليها ثيابها إذا انكشفت ويجعل عند الخنثى محرم لا رجل أجنبي ولا امرأة أجنبية)⁽⁹⁾ ليتولى المكلف بذلك متابعة سترها، حتى لا تتكشف وتظهر عورتها للناس وهو محرم وواجب حفظه ولا يتحقق ذلك إلا بتكليف غيرها به⁽¹⁰⁾.

(1): التنوخي زين الدين المُتَنِّي بن عثمان بن أسعد ابن المنجي الحنبلي (631 - 695 هـ)، الممتع في شرح المقنع، دراسة وتحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م، ج 4، ص 224.

(2): الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، ص 528-529، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 2، ص 162، الماوردي، الحاوي ج 17، ص 346، ابن قدامه، المغني ج 12، ص 508.

(3): النفراوي: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج 2، ص 312.

(4): محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو 540 هـ)، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، 1414 هـ - 1994 م، ج 3، ص 143.

(5): التنوخي، قاسم بن عيسى بن ناجي القيرواني (المتوفى: 837 هـ)، شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، أعتنى به: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1428 هـ - 2007 م، ج 2، ص 338.

(6): عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجَلَّاب المالكي (المتوفى: 378 هـ)، التفرع في فقه الإمام مالك بن أنس - رحمه الله - تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1428 هـ - 2007 م، ج 2، ص 221.

(7): النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ج 2، ص 312.

(8): زروق، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي، المعروف بـ (المتوفى: 899 هـ) شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، أعتنى به: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1427 هـ - 2006 م، ج 2، ص 888.

(9): أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي (المتوفى: 1310 هـ) عانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (هو حاشية على فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، 1418 هـ - 1997 م ج 4، ص 174.

(10): الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 5، ص 522.

وتجرد المرأة من الفرو والحشو تحقيقا لاسم الجلد ولإيصال الإيلام المطلوب عند الحنابلة⁽¹⁾ وتجلد وهي جالسة سترها⁽²⁾، لكونها عورة والجلوس يحقق الستر وتمسك يداها⁽³⁾ لما روي في حديث عمران بن حصين قال: " (فأمرها النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فشكت عليها ثيابها ثم أمر بها فرجمت) وتخالف الرجل بصفة الجلد أيضا: (بدليل أنه يشرع لها في الصلاة أن تجمع نفسها في الركوع والسجود)⁽⁴⁾.
يلاحظ أن الفقهاء أعطوا المرأة زيادة حرص في تطبيق العقوبة عليها، فاتفقوا على أن المرأة لا تحد إلا جالسة، واستحب المالكية جلدها في قفة وإمعانا في سترها على تراب ميلول خشية تفلت البول منها فتتخرج زيادة وهذه ليست عقوبة مقصودة أصالة ولا تبعا للشارع، كما أوجب الشافعية تولي أمر المرأة غيرها في الستر عليها عند إقامة الحد عليها.

• النتائج :

- تأخير إقامة العقوبة على الأنثى لا يعد في الفقه الإسلامي تفرقة بينها وبين الرجل، في العقاب، لكن مراعاة ذلك تنسجم وأحكام المحافظة على احد الضرورات الخمس وهي حفظ النفس.
- إذا حدثت الزانية لا تغرب عن ديارها، ولكن من باب المصلحة العامة يجوز تغريب المرأة بالمذهب على قول اللخمي وتغريبها لا يكون بالإبعاد عن موضوع سكنها بل بحبسها في محل إقامتها.

• التوصيات :

- بث الوعي بين الناس ان التفرقة في كيفية تنفيذ العقوبة على الأنثى هي لأسباب خاصة بطبيعة وفترة الأنثى وهو من تمام العدل، وليس إنقاصا من الأنثى.

(1): ابن قائد عثمان بن أحمد بن سعيد النجدي الشهير (ت: 1097 هـ)، منتهى الإيرادات [في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات] مع حاشية المنتهى لابن

قائد النجدي، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1999 م، ج 5، ص 115

(2): ابن قدامة المقدسي أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير (المتوفى:

620هـ)، عمدة الفقه، تحقيق أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية، الطبعة: 1425هـ - 2004م، ص 135.

(3): عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي (المتوفى: 624هـ)، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة الطبعة: بدون طبعة،

1424 هـ 2003 م، ص 588.

(4): ابن مفلح، الميدع في شرح المقنع، ج 7، ص 371.

❖ المراجع والمصادر:

- القرآن الكريم.
- الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري (المتوفى: 170هـ)، كتاب العين، تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.
- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ)، الأحكام السلطانية، دار الحديث - القاهرة.
- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الناشر: دار الكاتب العربي، بيروت.
- الهروي، أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله البغدادي (المتوفى: 224هـ)، غريب الحديث، تحقيق د. محمد عبد المعيد خان، مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد - الدكن، الطبعة: الأولى، 1384 هـ - 1964 م.
- ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (المتوفى: 861هـ)، فتح القدير، دار الفكر.
- ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، برهان الدين اليعمري (المتوفى: 799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، 1406 هـ - 1986 م.
- العسكري، أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران (المتوفى: نحو 395هـ)، التلخيص في معرفة أسماء الأشياء، عني بتحقيقه: الدكتور عزة حسن، دار طلاس للدراسات والترجمة والنشر، دمشق، الطبعة: الثانية، 1996 م.
- الكفوي، أبو البقاء الحنفي أيوب بن موسى الحسيني القريني (المتوفى: 1094هـ)، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش - محمد المصري، مؤسسة الرسالة - بيروت.
- الحميري، نشوان بن سعيد اليميني (المتوفى: 573هـ)، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، تحقيق: د حسين بن عبد الله العمري - مطهر بن علي الإيراني - د يوسف محمد عبد الله، دار الفكر المعاصر (بيروت - لبنان)، دار الفكر (دمشق - سورية)، الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 1999 م.

- عبد الغني الميداني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1298هـ)، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: وفصله، وضبطه، وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان.
- أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (المتوفى: 1189هـ)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، 1414هـ - 1994م.
- البُجَيْرَمِيُّ، سليمان بن محمد بن عمر المصري الشافعي (المتوفى: 1221هـ)، تحفة الحبيب على شرح الخطيب = حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة، 1415هـ - 1995م.
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: 884هـ)، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1418هـ - 1997م.
- الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (المتوفى: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1406هـ - 1986م.
- المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1416هـ - 1994م، ج 8، ص 436، الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (المتوفى: 476هـ) المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية.
- عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص، نجم الدين النسفي (المتوفى: 537هـ)، طلبه الطلبة، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، الطبعة: بدون طبعة.
- أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: 393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة: الرابعة 1407هـ - 1987م.
- محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (المتوفى: 370هـ)، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعبالناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، 2001م.
- القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري (المتوفى: 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية، 1400هـ/1980م.

- السنكي، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى (المتوفى: 926هـ)، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (هو شرح للمؤلف على كتابه هو منهج الطلاب الذي اختصره المؤلف من منهاج الطالبين للنووي)، دار الفكر للطباعة والنشر الطبعة: 1414هـ/1994م.
- ابن قدامة الكافي، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير المقدسي (المتوفى: 620هـ)، في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1414 هـ - 1994 م.
- القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير (المتوفى: 684هـ)، الذخيرة، تحقيق جزء 1، 8، 13: محمد حجي، جزء 2، 6: سعيد أعراب، جزء 3 - 5، 7، 9 - 12: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الأولى، 1994 م.
- أبو النجا موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجواي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، (المتوفى: 968هـ)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت - لبنان.
- الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير ب المالكي (المتوفى: 1241هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَدَّهَبِ الإمام مَالِكٍ)، دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ولي الدين أبو زرعة أحمد بن عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن العراقي الكردي المِهْراني القاهري الشافعي (762 هـ - 826 هـ)، تحرير الفتاوى على «التنبيه» و «المنهاج» و «الحاوي» المسمى (النكت على المختصرات الثلاث)، تحقيق عبد الرحمن فهمي محمد الزواوي، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011 م، ج 3، ص 173.
- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السُّجِسْتَانِي (المتوفى: 275هـ)، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.
- ابن قاضي شهبة: بدر الدين أبو الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعي (798 - 874 هـ)، بداية المحتاج في شرح المنهاج عنى به: أنور بن أبي بكر الشخي الداغستاني بمساهمة: اللجنة العلمية بمركز دار المنهاج للدراسات والتحقيق العلمي، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011 م.

- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسرَوُجِردِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م.
- الزَّيْدِيُّ أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي اليميني الحنفي (المتوفى: 800هـ)، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية الطبعة: الأولى، 1322هـ.
- النووي أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (المتوفى: 676هـ)، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، الطبعة: الأولى، 1425هـ/2005م
- المرادوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالح الحنبلي (المتوفى: 885هـ) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية.
- ابن قدامة أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة.
- أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزَّيْدِيُّ اليميني الحنفي (المتوفى: 800هـ)، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية الطبعة: الأولى، 1322هـ.
- الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الحنفي (المتوفى: 743 هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشُّلِّيُّ، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشُّلِّيُّ (المتوفى: 1021 هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1313 هـ.
- العدوي أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي (نسبة إلى بني عدي، بالقرب من منفلوط) (المتوفى: 1189هـ) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، 1414 هـ - 1994 م.
- ابن نجيم المصري زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف (المتوفى: 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد 1138 هـ)، وبالْحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية .
- الدارمي، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، البُستي (المتوفى: 354هـ)، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي

- (المتوفى: 739 هـ)، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الأولى، 1408 هـ - 1988 م.
- أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241 هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م.
- الغمراوي محمد الزهري (المتوفى: بعد 1337 هـ)، السراج الوهاج على متن المنهاج، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.
- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261 هـ)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520 هـ)، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي
- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751 هـ)، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة: السابعة والعشرون، 1415 هـ / 1994 م.
- القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (422 هـ) الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق الحبيب بن طاهر، الناشر: دار ابن حزم الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 1999.
- أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي، عميرة حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، 1415 هـ - 1995 م.
- ابن الرفعة أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف (المتوفى: 710 هـ) كفاية النبيه في شرح التنبيه تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى.
- الأبى صالح بن عبد السميع الأزهري (المتوفى: 1335 هـ)، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية - بيروت.

- اللخمي علي بن محمد الربيعي، أبو الحسن، المعروف (المتوفى: 478 هـ)، التبصرة، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011 م.
- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (المتوفى: 1392 هـ) حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، الطبعة: الأولى - 1397 هـ.
- خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي (المتوفى: 372 هـ)، التهذيب في اختصار المدونة، دراسة وتحقيق: الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة: الأولى، 1423 هـ - 2002 م.
- ابن المحاملي أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي، أبو الحسن الشافعي (المتوفى: 415 هـ) اللباب في الفقه الشافعي تحقيق: عبد الكريم بن صنيان العمري، دار البخاري، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية.
- الروياني، أبو الحسن عبد الواحد بن إسماعيل (ت 502 هـ)، بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، تحقيق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 2009 م.
- الكرمي، مرعي بن يوسف (ت 1033 هـ)، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، الطبعة الأولى، دار السلام، دمشق.
- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303 هـ)، السنن الكبرى حقه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م.
- عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد البعلي الخلوئي الحنبلي (المتوفى: 1192 هـ)، كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات، قابله بأصله وثلاثة أصول أخرى: محمد بن ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية - لبنان/ بيروت الطبعة: الأولى، 1423 هـ - 2002 م.
- الجصاص أحمد بن علي أبو بكر الرازي الحنفي (المتوفى: 370 هـ)، شرح مختصر الطحاوي تحقيق: عصمت الله عنایت الله محمد - سائد بكداش - د محمد عبيد الله خان - زينب محمد حسن فلاتة، أعد الكتاب للطباعة وراجعه وصححه: أ. د. سائد بكداش، الناشر: دار البشائر الإسلامية - ودار السراج، الطبعة: الأولى 1431 هـ - 2010 م.

- التنوخي، قاسم بن عيسى بن ناجي القيرواني (المتوفى: 837هـ)، شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، أعتنى به: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1428 هـ - 2007 م.
- زروق، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي، المعروف بـ (المتوفى: 899هـ) شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، أعتنى به: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: لأولى، 1427 هـ - 2006 م.
- أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي (المتوفى: 1310هـ) عانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (هو حاشية على فتح المعين بشرح قرّة العين بمهمات الدين)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، 1418 هـ - 1997 م.
- ابن قائد عثمان بن أحمد بن سعيد النجدي الشهير (ت: 1097 هـ)، منتهى الإرادات [في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات] مع حاشية المنتهى لابن قائد النجدي، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1999 م.

مجلة الفقه والقانون

المملكة المغربية ، ردمد : 0615 - 2336

<https://web.facebook.com/majalahdroit>