مجلة إلكترونية شهرية محكمة لنشر الدراسات الشرعية والقانونية / المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك ، العدد 128 : يونيو 2023

❖ مواضيع العدد 128 :

- **التوقف عن الدفع في القانون التجاري.**
- **الدعوى الحوزية من أجل كـف الشغب.**
- **سبل مواجهة جريمة الاعتقال التعسفي.**
- **الحماية الدستورية للحق في المعلـومة.**
- **الأحكـام الفقهية الـمتعلقة بالإسراف.**

العدد 128 يونيو 2023

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الـديـن دكـداك : مـديـر مجلة الفـقـه والـقـانـون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محـمـد كولفرنـى : أستـاذ بـكـليـة الشـريـعـة بأكـاديـر.
- الدكتور عمـر العسري : أستاذ بكلية الحقـوق السـويسى بالـربـاط.
- الدكتور الميلود بوطريكى : أستاذ القانـون الإداري بكلية الـنـاظـور.
- الدكتور إحـيا الطالبـى: أستـاذ بكـلية الآداب والحقـوق بأكـاديـر.

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي.(ترسل في ملفword).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال مشتركا أو سبق نشره على شبكة الإنترنيت.
- معلومات الكاتب بالعربية والأنجليزية.
- ملخصين للمقال بالعربية والأنجليزية مع كلمات مفتاحية.
- 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 كاتبيها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

مجلة الفقه والقانون

ردمد : 2336-0615

https://web.facebook.com/majalahdroit

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد 128 لشهر يونيو 2023

1. كلمة العدد 128 لشهر يونيو 2023 ، بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.....**03**

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. إشكالية التوقف عن الدفع في القانون التجاري الموريتاني : باب ولد عبد الله ، دكتور في القانون الخاص وأستاذ متعاون في جامعة العلوم الإسلامية ـ موريتانيا.....**06**

3. شروط الدعوى الحوزية في كف الشغب في القانون التونسي : منى القرقوري – باحثة دكتوراه في القانون الخاص بكلية الحقوق بصفاقس – تونس.....**18**

4. المواجهة الموضوعية لجريمة الاعتقال التعسفي : سلواني عبد العزيز، طالب باحث بسلك الدكتوراه ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس– المملكة المغربية.....**28**

5. الحماية الدستورية للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات : إيمان جسام محمد ، باحثة دكتوراه في القانون الدستوري ومدرس في قسم القانون ، كلية الفارابي الجامعة بغداد – العراق.....**44**

6. الأحكام الفقهية المتعلقة بالإسراف : د. يوسف صلاح الدين يوسف نصر ، الأستاذ المساعد بكلية العلوم والآداب بالقريات ، جامعة الجوف – المملكة العربية السعودية.....**65**

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد 128 لشهر يونيو 2023

بقلم مدير مجلة الفقه والقانون
الدكتور : صلاح الدين دكداك
Email : Sldg55@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين و بعد ،

نضع بين أيديكم العدد 128 لشهر يونيو 2023 من مجلة الفقه و القانون الدولية و قد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات و الأبحاث الهامة من عدة كليات وجامعات ونخص بالذكر :

- **جامعة العلوم الإسلامية ـ موريتانيا.**
- **كلية الحقوق بصفاقس – تونس.**
- **كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس- المملكة المغربية.**
- **قسم القانون ، كلية الفارابي الجامعة بغداد – العراق.**
- **كلية العلوم والآداب بالقريات جامعة الجوف بالمملكة العربية السعودية.**
- **كلية الشريعة والقانون بطنطا جامعة الأزهر- جمهورية مصر العربية.**

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 :

- إشكالية التوقف عن الدفع في القانون التجاري الموريتاني .
- شروط الدعوى الحوزية في كف الشغب في القانون التونسي .
- المواجهة الموضوعية لجريمة الاعتقال التعسفي .
- الحماية الدستورية للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات .
- الأحكام الفقهية المتعلقة بالإسراف.

ختاما لا تنسونا 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

❖ دراساتٌ وأبحاثٌ بالعربيةِ :

إشكالية التوقف عن الدفع في القانون التجاري الموريتاني

The problem of stopping payment In the Mauritanian commercial law

باب ولد عبد الله دكتور في القانون الخاص

وأستاذ متعاون في جامعة العلوم الإسلامية ـ موريتانيا

Baba Ould Abdellahi : Doctor of Private Law and

Associate Professor at the University of Islamic Sciences - Mauritania

ملخص:

حاولنا في إطار دراستنا لإشكالية التوقف عن الدفع في القانون التجاري الموريتاني، التطرق لهذا الموضوع في فقرتين تناولنا في الفقرة الأولى الإطار المفاهمي للتوقف الدفع، ووجدنا أن للتوقف عن الدفع مفهومين، مفهوم قانوني ويتحقق عندما لا تبادر المؤسسة إلى إبراء ذمتها من الديون المستحقة عليها في المواعيد المحددة لذلك من قبل (أولا)، ومفهوم اقتصادي، يعتبر التوقف عن الدفع ناتجا عن مركز مالي مضطرب والبحث في مدى تأثير التوقف عن الدفع على ائتمان التاجر(ثانيا)وتطرقنا في الفقرة الثانية لشروط التوقف عن الدفع ورأينا أن للتوقف عن الدفع له عدة شروط منها ما هو موضوعي(أولا) ومنها شكلي (ثانيا)، فالشروط الموضوعية تتمثلفي وجود ديون مستحقة الأداء على المؤسسة وعجز أصولها عن مواجهة تلك الديون، أما الشروط الشكلية فمنها ما يتعلق بوجوب طلب فتح مسطرة التوقف عن الدفع ومنها ما يتعلق بضرورة صدور حكم يثبت واقعة التوقف عن الدفع، ثم خصنا إلى خاتمة البحث وتطرقنا فيها لاستنتاجات البحث وعدة اقتراحات.

- **الكلمات المفتاحية** : التوقف عن الدفع ـــ مفهوم التوقف عن الدفع ـــ شروط التوقف عن الدفع.

Abstract :

In the framework of our study of the problem of stopping payment in the Mauritanian commercial law, we tried to address this issue in two paragraphs :

In the first paragraph, we dealt with the conceptual framework for stopping payment, and we found that stopping payment has two concepts, a legal concept that is achieved when the institution does not discharge its debts due from it on the dates specified for that by (First), and an economic concept, the stopping of payment is considered a result of a center Financial turmoil and research into the extent of the impact of stopping payment on merchant credit (Second).

In the second paragraph, we touched on the conditions for stopping payment, and we saw that stopping payment has several conditions, some of which are objective (first) and formal (second). What is related to the necessity of requesting the opening of a procedure for stopping payment, including what is related to the necessity of issuing a judgment proving the fact of stopping payment, then we summarized the conclusion of the research and we touched on the conclusions of the research and several suggestions.

- **Keywords** : Cessation of payment – the concept of cessation of payment – terms of cessation of payment.

مقدمة :

يعتبر التوقف عن الدفع من أهم شروط فتح مسطرة معالجة صعوبات المؤسسة[1]، ذلك أنه لإمكانية فتح هذه المسطرة من قبل المحكمة المختصة لا بد ـ بالإضافية إلى ضرورة توفر الصفة التجارـ توقف تلك المؤسسة عن الدفع.

والتوقف عن الدفع هو استحالة مواجهة المؤسسة لديونها الواجبة الأداء بأصولها المتوفرة[2].

وقد نظم المشرع الموريتاني التوقف عن الدفع بمقتضى المادة 1285 وما بعدها من مدونة التجارة، أما المشرع المغربي[3] فقد نظمه بمقتضى المادة 560 وما بعدها من مدونة التجارة، في حين أن المشرع الجزائري نظمه بمقتضى المادة 215 وما بعدها من القانون التجارة.

وتظهر **أهمية** التوقف عن الدفع في المكانة التي يحتلها في فتح مساطر معالجة صعوبات المؤسسة بحيث يعتبر شرط أساسي لفتح هذه المسطرة.

ورغم أهمية دراسة هذا الموضوع إلا الدارس له تعترضه عدة **صعوبات** من قبيل عدم تعريف المشرع الموريتاني للتوقف عن الدفع أو تحديد مفهومه بشكل دقيق .

وتثير دراسة التوقف عن الدفع عدة **إشكاليات** أهمها:

ما هو التوقف عن الدفع ؟ ومتى يتم الاعتداد به ؟ وما هي الشروط اللازمة له ؟

وللإجابة على هذه الأسئلة نتبع **المنهج التحليلي الوصفي والمقارن**، بحث نقارن أحكام التوقف عن الدفع في القانون التجاري الموريتاني مع بعض التشريعات المقارنة.

وعليه فإن دراستنا لهذا الموضوع ستكون من خلال تحديد الإطار المفاهيمي للتوقف عن الدفع (**الفقرة الأولى**) وشروطه (**الفقرة الثانية**)

الفقرة الأولى : الإطار المفاهيمي للتوقف عن الدفع.

لم يعرف المشرع الموريتاني بشكل صريح التوقف عن الدفع على غرار أغلب التشريعات كالتشريع المغربي[4] والجزائري[5] وإن كان قد نظم مختلف أحكامه.

---

1 . تعني المؤسسة في مفهوم القانون التجاري الموريتاني كل شخص طبيعي ممارس لنشاط تجاري أو صناعي أو حرفي وكذلك كل شخص اعتباري من القانون الخاص ذي نشاط اقتصادي، وكذلك تعني المؤسسة أيضا في مفهوم هذا القانون ، كل مؤسسة عمومية لها شكـــل شخص اعتباري من القانون الخـــاص، (المادة 1268 من مدونة التجارة الموريتانية).

جدير بالذكر أن المشرع الغربي يستخدم عبارة المقاولة بدلا من المؤسسة، راجع الكتاب الخامس من مدونة التجارة المغربية المتضمن مساطر صعوبات المقاولة.

2 . . المادة 1185 من مدونة التجارة الموريتانية.

3 . لم يعد المشرع المغربي يسمي هذه المسطر بمسطرة معالجة صعوبات المقاولة بل أصبح يسميها بمقتضى تعديل 2019 مساطر النفاذ.

4 . أناس العمراني . شروط افتتاح مساطر صعوبات المقاولة . مقال تم تقديمه في الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى للقضاء المغربي في ندوة تحت عنوان ، صعوبات المقاولة وميدان التسوية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى للقضاء . سنة 2007 . ص 122

5 . بالنظر إلى المادة 215 من القانون التجاري الجزائري نلاحظ أنها لم تعرف التوقف عن الدفع.

إن تحديد مفهوم التوقف عن الدفع تضاربت بشأنه الآراء في التشريع المقارن خصوصا الفرنسي، بحيث بدأت الاجتهادات الفقهية في محاولة تحديد مفهوم التوقف عن الدفع المبرر لفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية، إذ استند في البداية إلى معيار مادي خالص يكمن في التوقف عن أداء الديون بغض النظر عن وضعية المقاولة أو المؤسسة، بمعنى أن المقاولة بمجرد أن تتوقف عن أداء ديونها، فإن مسطرة المعالجة يجب أن تفتح في مواجهتها بغض النظر عن كونها موسرة أو معسرة، إلا أن محكمة النقض الفرنسية سرعان ما تخلت عن هذا الرأي وقضت في أولى قراراتها في هذا الشأن بتاريخ 5 دجنبر 1949 بأن مجرد عدم أداء دين أو عدة ديون لا يكفي لاعتبار المدين في حالة توقف عن الدفع بل يجب أن يكون هذا المدين في وضعية مالية ميؤوس منها، وقد استقر اجتهاد القضاء الفرنسي على هذه النظرية إلى غاية 1978 حيث تدخلت محكمة النقض الفرنسية من جديد لتعدل موقفها السابق وتجعله أكثر تطورا، بحيث لم يعد يكفي أن تكون وضعية المؤسسة أو المدين ميؤوسا منها بل يجب مقارنة خصوم المؤسسة بأصولها بمعني أن عدم قدرة المؤسسة على مواجهة الخصوم المستحقة عليها بالأصول المقررة لديها هو الذي يجعلها في حالة التوقف عن الدفع المقرر لفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية في حقها، هذا التوجه كرسه المشرع الفرنسي وتبناه بمقتضى قانون 25 يناير 1985، حيث نص في الفصل الثالث من هذا القانون على أن مسطرة التسوية القضائية تفتح في حق كل مؤسسة يستحيل عليها مواجهة خصومها المستحقة بأصولها المتوفرة[1].

وإذا كان التشريع الفرنسي قد مر بعدة مراحل لتحديد مفهوم التوقف عن الدفع، فإن أغلب تشريعات العالم الثالث ـ بما فيها التشريع الموريتاني ـ لم تمر بتلك المراحل لبلورة مفهوم التوقف عن الدفع بل أخذته بمفهومه الحديث، ومع ذلك ونتيجة لمرونة مفهوم التوقف عن الدفع فقد تنازعته نظريتين لتحديد مفهومه، نظرية اعتمدت على المعيار القانوني (**أولا**) وأخرى استندت على معيار اقتصادي (**ثانيا**) .

أولا : المفهوم القانوني أو المادي للتوقف عن الدفع :

يقصد بالمعيار القانوني للتوقف عن الدفع عدم أداء المؤسسة المدينة لديونها في تاريخ الاستحقاق المتفق عليه بينها وبين دائنيها المعنيين بالأمر، وبعبارة أخرى فإن المقاولة (المؤسسة) تعتبر بحسب هذا المعيار في حالة التوقف عن الدفع عندما لا تبادر إلى إبراء ذمتها من الديون المستحقة عليها في المواعيد المحددة لذلك من قبل، إذ يكفي ثبوت عدم أداء ديون حالة لاعتبار هذه المقاولة أو المؤسسة معترضة لصعوبات تعكس توقفها عن الدفع، مما يستنتج بالتالي افتتاح المسطرة الجماعية ضدها وذلك من دون أدنى اعتبار لما إذا كانت موسرة

[1] . محمد كرام . الوجيز في مساطر صعوبات المقاولة في التشريع المغربي . الجزء الأول . الطبعة الأولى . ص 52 . 53.

أم معسرة[1]، ذلك أن الضرر الذي يلحق الدائنين من جراء عدم وفاء المدين التاجر بديونه في مواعيد استحقاقها لا يقل عن الضرر الذي يعود عليهم جراء عدم الوفاء بها أصلا[2] .

ويقتصر أصحاب المفهوم القانوني للتوقف عن الدفع على التفسير الحرفي لمصطلح التوقف عن الدفع بناء على أن عالم التجارة يقوم على الدفع في تنفيذ الالتزامات وعلى احترام مواعيد الاستحقاق لأنه يكفي أن يتوقف أحد التجار عن أداء ديونه، ويترك من ثم دائنيه في وضعية صعبة، فهذا الاتجاه يسعى إلى حماية أهم دعائم المعاملات التجارية وهي الثقة والائتمان[3]، كما أنه يعتمد على ظاهر النص التشريعي وينظر إليه نظرة مادية صرفة ذلك أن كل توقف عن الدفع ودون الرجوع إلى أسبابه وحيثياته، يؤدي آليا إلى صدور حكم يقضي بالإفلاس[4].

وبناء على ذلك فمناط تعرض المؤسسة للصعوبات، في إطار المعيار القانوني المذكور، هو عدم أداء الديون في وقتها، الأمر الذي من شأنه أن يجعل التوقف عن الدفع المترتب على ذلك يكتسي طابعا سلبيا يتجلى في الواقع الخارجي لوضعية المؤسسة التي يعنيها الأمر والمتجسد في الامتناع عن الأداء أو عدم الاستمرار فيه، وهو ما من شأنه أن يجعل المعيار القانوني للتوقف عن الدفع تتفرع عنه مفارقة غريبة مؤداها أنه يجوز افتتاح إحدى المساطر الجماعية ضد المؤسسة أو المقاولة التي لا تقوم بدفع ديونها في مواعيد استحقاقها ولو كانت ميسورة الحال، بينما لا يجوز في المقابل القيام بإجراء من هذا القبيل بشأن هذه المؤسسة ذاتها إذا ما كانت تؤدي ما عليها من ديون في أوقات الأداء المتفق عليها بالرغم من كونها توجد في وضعية مالية غير قابلة للإصلاح، وذلك بطبيعة الحال مع مراعاة الشروط الأخرى المتطلبة لاعتبار الدين متوقفا عن الدفع، حيث يشترط لذلك أن يكون الدين الممتنع عن دفعه محققا، أي خاليا من النزاع، وأن يكون معين المقدار ومستحق الأداء[5].

وقد برر أصحاب هذا التوجه قولهم بأن التجار تجمعهم حلقة من العلاقات القانونية المتبادلة بحيث يكون كل منهم دائنا في بعض العلاقات ومدينا في البعض الأخر، وتخلف التاجر عن الوفاء بدينه قد يستتبع عجز الآخرين بدورهم عن أداء ديونهم، ومن ثم علق المشرع ـ برأي هؤلاء ـ الإفلاس على توقف التاجر عن دفع ديونه بغض النظر عن ما إذا موسرا أم معسرا، تقل خصومه عن أصوله أم تزيد عنها[6].

---

[1] . محمد لفروجي . صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها . الطبعة الأولى . سنة 2000 . ص 126

[2] . مصطفى طه كمال . أصول الإفلاس . الطبعة الثالثة . 1958 . ص 17 .

[3] . أناس العمراني . مرجع سابق . ص 23

[4] . محمد الكشبور . مفهوم التوقف عن الدفع . مجلة المنتدى . العدد الثالث . يونيو . 2002 . ص 21 .

[5] . محمد لفروجي . مرجع سابق . ص 126 .

[6] . مصطفى طه كمال . الأوراق التجارية والإفلاس في القانون اللبناني . الطبعة الأولى . ص 416

وإذا كان هذا هو التصور السائد في القرن العشرين، فإنه في مطلع القرن الواحد والعشرين، بدأت أصوات فقهية تنادي بالتخلي عن هذا التوجه، حيث اعتبر البعض[1] أن هناك بعض السلبيات التي تطبع تحديد معنى التوقف عن الدفع على النحو المذكور أعلاه، مما من شأنه أن يؤدي إلى نتائج غير مرضية، ذلك أن توقف المدين عن أداء ديونه في آجالها قد لا يكون في جميع الأحوال ناتجا عن خيانته للثقة التي وضعها فيه دائنوه، بل على العكس من ذلك، فإن هذا التوقف عن الأداء يمكن أن يعزى في كثير من الأحيان إلى عوامل خارج إرادة المدين، سرعان ما تمر ويستعيد بعدها سالف قدرته على الوفاء بالتزاماته اتجاه دائنيه بما فيها الحالة والمؤجلة الأداء، وبذلك يكون من التعسف في حق المدين في هذه الحالة أن يتم التسرع في افتتاح مسطرة المعالجة ضده مع ما يترتب على ذلك من إمكانية الحكم عليه بالإقصاء أو الانسحاب من مجال المعاملات التجارية، لا سيما وأن حقوق دائنيه ليست في خطر محدق وأكيد مادام أن الضائقة المالية التي يمر بها لا تلبث أن تزول وأن حظوظ استيفاء هؤلاء الدائنين لما لهم من ديون عليه لا تزال متوفرة بشكل قوي.

وقد أخذت بهذا التوجه أغلب التشريعات الحديثة ومن ضمنها التشريع الموريتاني[2]، بحيث يشترط في فتح مسطرة التوقف عن الدفع استحالة وفاء المؤسسة بدينها عن طريق أصولها، وبعبارة أخرى، فإن المشرع الموريتاني يمنع فتح مسطرة التوقف عن الدفع طالما أن أصول التاجر أو المؤسسة تساوي أو تفوق الديون، وهذا ما يستشف من مفهوم مخالفة المادة 1285 من مدونة التجارة التي تقضي بأن مسطرة التوقف عن الدفع تفتح في حق المؤسسات التي تكون في حالة استحالة مواجهة ديونها الواجبة الأداء بأصولها المتوفرة .

ثانيا : المفهوم الاقتصادي للتوقف عن الدفع :

يقوم هذا المفهوم على أن يكون التوقف عن الدفع ناتجا عن مركز مالي مضطرب والبحث في مدى تأثير التوقف عن الدفع على ائتمان التاجر، وهذا ما يطلق عليه المعيار الاقتصادي، الذي لا يتوقف على حدود المظاهر الخارجية والمادية للامتناع أو رفض الديون في أجل الاستحقاق، بل البحث في المركز الحقيقي للتاجر المتوقف عن دفع ديونه، هل التوقف يتم عن اضطراب مالي خطير في تجارته أم مجرد صعوبة وقتية طارئة تمر بها المؤسسة، وهكذا أصبح يعتد بالوضعية المالية للمدين لبحث وضبط المظاهر الدالة على واقعة التوقف عن الأداء الشيء الذي جعل عملية التشخيص تتجاوز الأسباب الذاتية التقليدية لتشمل الكشف عن الظروف الموضوعية[3] .

---

[1] . محمد لفروجي . مرجع سابق . ص 130 .

[2] . وهو ما يعرف بالمعيار أو المفهوم الاقتصادي للتوقف عن الدفع .

3. نور الدين لعرج . التوقف عن الدفع وإشكالاته على هامش قرار المجلس الأعلى عدد422 في الملف التجاري عدد 1454 /2001/01/03 الصادر بتاريخ 26 أبريل 2006 . ص 156 ، وأنظر كذلك فاتحة مشماشي . الصفة العقارية للإفلاس . رسالة . القانون الخاص . كلية الحقوق الرباط . 1995 . ص 22

وقد أخذ المشرع الفرنسي هذا المفهوم في الفصل 3 من قانون 1985/01/25 وحدد معيارا صاغ فيه العبارات التالية[1]:

<< عدم قدرة المقاولة على مواجهة الخصوم المستحقة عند الحلول بالأصول القابلة للتصرف >>.

أما بالنسبة للتشريعات العربية نجد أن بعضها تبنت في النصف الثاني من القرن العشرين المفهوم الاقتصادي للتوقف عن الدفع، كما هو الشأن مثلا بالنسبة للقانون التجاري الكويتي الذي نص في المادة 553 منه على أنه << كل تاجر اضطربت أعماله المالية وتوقف عن دفع ديونه التجارية يجوز شهر إفـــلاسه[2] >>.

أما في العصر الحديث فإن أغلب التشريعات أصبحت تأخذ بالمفهوم الموضوعي أو الاقتصادي للتوقف عن الدفع، ومن ضمن هذه التشريعات التشريع الموريتاني[3].

الفقرة الثانية : شروط التوقف عن الدفع :

يعتبر عنصر التوقف عن الدفع ـ كما ذكرنا سابقا ـ شرطا أساسيا لفتح مسطرة المعالجة، إذ يعد الشرارة الأولى لإخضاع المؤسسة إما للتسوية القضائية أو التصفية القضائية، وبعبارة أخرى فإن عدم ثبوت هذا الشرط يجعل المؤسسة في منأى عن أي مساطر[4]، ولاعتبار المؤسسة في حالة توقف عن الدفع لابد من توفر شروط في هذه الأخيرة منها ما هو موضوعي (**أولا**) ومنها ما هو شكلي إجرائي (**ثانيا**)

أولا : الشروط الموضوعية :

تتمثل هذه الشروط أساسا في وجود ديون مستحقة الأداء على المؤسسة (أ) وعجز أصولها عن مواجهة تلك الديون (**ب**).

أ ـ وجود ديون مستحقة كشرط لفتح مسطرة التوقف عن الدفع :

بحسب مقتضيات المادة 1285 من مدونة التجارة الموريتانية، فإن أول شرط لفتح مسطرة التوقف عن الدفع هو وجود ديون مستحقة الأداء، وليس بالضرورة وجود عدة ديون، وليس كذلك بالضرورة أن يكون هذا

[1] . أناس العمراني . مرجع سابق . ص 124 .

[2] . محمد لفروجي . مرجع سابق . 133

[3] . المادة 1185 من مدونة التجارة.

[4] . محمد كرام . مرجع سابق . ص 56

الدين تجاريا بل قد تفتح هذه المسطرة بمقال افتتاحي للدعوى لأحد الدائنين، مهما كانت طبيعة دينه متى كان الدين محققا ومعين المقدار وواجب الأداء[1].

وعليه فإن الشرط الأساسي لاعتبار الدين موجبا لفتح مسطرة التوقف عن الدفع، أن يكون هذا الدين حالا ومستحق الأداء (أ) أن يكون محققا وخاليا من النزاع (ب).

1 ـ أن يكون الدين معين المقدار ومستحق الوفاء :

يجب أن يكون الدين محل التوقف عن الدفع معين المقدار وفي شكل سيولة، ومعنى ذلك أن يكون هذا الدين محددا بقيمة معينة من النقود، سواء بالعملة الوطنية أو بإحدى العملات الأجنبية الممكن تحديد سعرها بالعملة الوطنية، كما يجب أن يكون الدين ثابتا في سند يتضمن كافة العناصر التي تسمح بتحديد قيمته الواجبة الأداء، ويجب أن يكون الدين مستحق الأداء، أي غير معلق على شرط واقف أو أجل فاسخ[2].

2 ـ أن يكون الدين ثابتا وغير منازع فيه :

لإمكانية الاعتداد بالتوقف عن الدفع لابد أن يكون الدين ـ سبب التوقف عن الدفع ـ ثابتا وغير متنازع فيه، فإذا نازع المدين منازعة جدية في الدين موضوع التوقف عن الدفع، سواء قبل طلب فتح مسطرة معالجة صعوبات المؤسسة أو مباشرة بعد تقديم هذا الطلب إلى المحكمة التجارية المختصة، فإن هذه المحكمة لا يمكنها الحسم في المنازعة المثارة أمامها بهذا الخصوص، الاعتداد بالدين المنازع فيه للحكم بافتتاح المسطرة، ذلك أنه قد يعتبر من قبيل الإجحاف في حق المدين عدم إعطائه الحق في الدفاع عن مصالحه بواسطة المنازعة في الدين المطلوب منه أداؤه أو الدين الذي يدعى بشأنه التوقف عن الدفع، المبرر لفتح مسرة معالجة صعوبات المؤسسة[3].

ب ـ عدم القدرة الأصول الموجودة على سداد الديون المستحقة كشرط لفتح مسطرة التوقف عن الدفع :

بحسب مقتضيات المادة 1285 من مدونة التجارة الموريتانية، فإن الشرط الثاني للحكم بالتوقف عن الدفع هو عدم كفاية موجودات الشركة لسداد ديونها، والمقصود بموجودات الشركة أو أصولها هو ما تملكه من أموال لحظة وجود الديون، على أن تكون هذه الأموال في شكل مبالغ سائلة، أو بإمكانها أن تتحول إلى مبالغ نقدية سائلة.

---

1 . المادة 1288 من مدونة التجارة الموريتانية، ولم يعد المشرع المغربي يأخذ هذا التوجه على اعتبار أنه تجلى عن مساطر صعوبات المقاولة وستبدلها بمساطر الإنقاذ التي تهدف إلى تمكين المقاولة من تجاوز صعوباتها، وذلك من أجل ضمان استمرارية نشاطها، والحفاظ على مناصب الشغل بها، وتسديد خصومها (المادة 560 من مدونة التجارة).

2 . نور الدين لعرج . مرجع سابق . ص 151

3 . محمد لفروجي . مرجع سابق . ص 147

وبالرجوع إلى ما ذكرته المادة 1285 ـ سابقة الذكر ـ من ضرورة استحالة مواجهة أصول المؤسسة لديونها ـ للحكم بالتوقف عن الدفع ـ ، فإن هذه الاستحالة يجب أن تكون موضوعية، فلا يعتد هنا بامتناع المؤسسة المدينة عن أداء ديونها ما لم تكن أصولها عاجز فعلا عن تغطية أخصومها.

ثانيا : الشروط الشكلية :

لاعتبار المؤسسة في مرحلة توقف عن الدفع لابد من توفر عدة شروط، منها ما يتعلق بوجوب طلب فتح مسطرة التوقف عن الدفع (أ) ومنها ما يتعلق بضرورة صدور حكم يثبت واقعة التوقف عن الدفع (ب).

أ ـ شرط طلب فتح مسطرة التوقف عن الدفع :

بالإضافة إلى الشروط الموضوعية السابقة، لابد من طلب فتح مسطرة التوقف عن الدفع، والأصل أن يقدم الطلب من طرف رئيس المؤسسة (**1**) رغم إمكانية تقديمه من طرف أحد الدائنين (**2**) كما يمكن للمحكمة أن تتعهد من تلقاء نفسها بناء على معلومات من النيابة العامة (**3**).

1 ـــ وجوب تقديم رئيس المؤسسة لطلب فتح مسطرة التوقف عن الدفع :

لاستصدار حكم بالتوقف عن الدفع ألزم المشرع رئيس المؤسسة بطلب فتح إجراءات المعالجة في خمسة عشر يوما اللاحقة للتوقف عن الدفع[1]، وانطلاقا من ذلك هناك نوعين من التوقف عن الدفع، توقف فعلى ويكون في الحالة التي تعجز فيها المؤسسة عن مواجهة ديونها بأصولها، فيضطر مالكها إلى المطالبة بإصدار حكم قضائي يقضي بتأكيد ذلك العجز، فبعد صدور هذا الحكم تصبح المؤسسة في حالة توقف قانوني، وهذا هو النوع الثاني من أنواع التوقف.

ويجب على رئيس المؤسسة أن يودع بكتابة ضبط المحكمة طلبه، تعلن تصريحاته أسباب توقف الدفع ويجب أن تكون مصحوبة بالوثائق التالية :

ـ مستخرج من التقييد بسجل التجارة.

ـ الكشوف المالية التلخيصية التي تضم على الخصوص الحصيلة وحساب النتائج وجدول مالي للموارد الاستخدامات.

ـ بيان الخزينة.

ـ كشف رقمي بالديون والأصول مع بيان الاسم ومقر الدائنين والمدينين.

[1] . المادة 1286 من مدونة التجارة الموريتانية.

ـ كشف مفصل للأصول والديون والضمانات الشخصية والعينية الممنوحة أو المتحصل عليها من طرف المؤسسة أو مسيريها.

ـ جرد أموال المدين مع الإشارة للأموال المنقولة الخاضعة لطلب الاستحقاق من طرف مالكيها وتلك المصحوبة بشرط احتياطي للملكية.

ـ عدد المؤجرين وقيمة الأجور غير المدفوعة.

ـ قيمة رقم الأعمال والأرباح الخاضعة للضريبة للسنوات الثلاث الأخيرة.

ـ اسم وعنوان ممثلي العمال.

ـ إذا تعلق الأمر بشخص اعتباري، قائمة الأعضاء المسؤولين على وجه التضامن عن ديونه مع الإشارة لأسمائهم ومقارهم وكذلك أسماء وعناوين مسيريه.

– يجب أن تحمل كل هذه الوثائق التاريخ والتوقيع و أن تكون مطابقة للأصل ومصدقا عليها من طرف المصرح [1].

2 ـــ تقديم طلب فتح مسطرة التوقف عن الدفع من الدائنين :

فإذا كان الأصل أن رئيس المؤسسة هو من يقوم بتقديم طلب فتح مسطرة التوقف عن الدفع، فإنه يمكن فتح هذه المسطرة بمقال افتتاحي للدعوى لأحد الدائنين مهما كانت طبيعة دينه متى كان الدين محققا ومعين المقدار وواجب الأداء، جب أن يحدد المقال الافتتاحي للدائن مبلغ دينه و يشير إلى السند الذي يقوم عليه[2].

3 ـــ فتح مسطرة التوقف عن التوقف الدفع من طرف المحكمة :

يمكن للمحكمة أيضا أن تبدأ المسطرة التوقف عن الدفع تلقائيا أو بطلب من النيابة العامة لاسيما في حالة عدم تنفيذ الالتزامات المالية المبرمة في إطار الاتفاق الودي[3].

ب ـــــ صدور حكم قضائي بالتوقف عن الدفع :

يعد الشرط الأخير لاعتبار المؤسسة في حالة توقف عن الدفع هو صدور حكم يقضي بذلك، هذا الحكم يجب أن يعين تاريخ التوقف عن الدفع وإذا لم يعينه تعتبر المؤسسة في حالة توقف من تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة المعالجة، هذه المسطرة التي تفضي إلى التسوية أو التصفية.

---

[1] . المادة 1287 من مدونة التجارة الموريتانية

[2] . المادة 1288 من مدونة التجارة الموريتانية

[3] . الفقرة الأخيرة من المادة 1288 من مدونة التجارة الموريتانية

لذلك فقد جاء في المادة 1292 من مدونة التجارة لموريتانية أنه << لا يمكن أن تفتح مسطرة جماعية لتسوية أو لتصفية الممتلكات إلا بحكم من المحكمة التجارية >>.

وفي إطار معرفة مدى توقف المؤسسة عن الدفع، يمكن للمحكمة في كل الأحوال، أن تأمر بإجراء كل ما تراه مفيدا للتأكيد من توقف المؤسسة عن الدفع، ويحدد رئيس المحكمة عند تقديم فتح مسطرة التسوية مبلغ لتغطية مصاريف الإشهار وتسيير هذه المسطرة.

الخاتمة :

انطلاقا مما سبق يمكن أن نخرج بجملة من الاستنتاجات بالإضافة إلى بعض التوصيات.

*** الاستنتاجات:**

بالرجوع إلى ما ذكرناه سابقا يمكن أن نستنج ما يلي :

ـــــ أن التوقف عن الدفع هو استحالة مواجهة المؤسسة لديونها الواجبة الأداء بأصولها المتوفرة.

ـــــ أن للتوقف عن الدفع مفهوم قانوني وآخر اقتصادي، فالمفهوم القانوني للتوقف عن الدفع يتحقق عندما لا تبادر المؤسسة إلى إبراء ذمتها من الديون المستحقة عليها في المواعيد المحددة لذلك من قبل، إذ يكفي ثبوت عدم أداء ديون حالة لاعتبار هذه المؤسسة معترضة لصعوبات تعكس توقفها عن الدفع، أما المفهوم الاقتصادي للتوقف عن الدفع فيعني أن التوقف يكون ناتجا عن مركز مالي مضطرب والبحث في مدى تأثير التوقف عن الدفع على ائتمان التاجر.

ـــــ أن للتوقف عن الدفع عدة شروط منها ما هو موضوعي ومنها شكلي، فالشروط الموضوعية تتمثل في وجود ديون مستحقة الأداء على المؤسسة وعجز أصولها عن مواجهة تلك الديون، أما الشروط الشكلية فمنها ما يتعلق بوجوب طلب فتح مسطرة التوقف عن الدفع ومنها ما يتعلق بضرورة صدور حكم يثبت واقعة التوقف عن الدفع.

*** الاقتراحات :**

ـــــ يجب إعادة صياغة التوقف عن الدفع بحث يتم تحديد مفهومه وتاريخ الاعتداد به بشكل دقيق

ـــــ تجب إعادة صياغة مساطر صعوبات المؤسسة بما يتلاءم مع التطورات الراهنة ويساير التشريعات الحديثة

ـــــ تحديد شروط فتح مسطرة التوقف عن الدفع بشكل دقيق بحيث يمكن معه تحديد لحظة التوقف بشكل أدق.

❖ قائمة المصادر و المراجع :

ـ أناس العمراني ـ شروط افتتاح مساطر صعوبات المقاولة ـ مقال تم تقديمه في الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى للقضاء المغربي في ندوة تحت عنوان ، صعوبات المقاولة وميدان التسوية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى للقضاء ـ سنة 2007 ـ

ـ محمد كرام ـ الوجيز في مساطر صعوبات المقاولة في التشريع المغربي ـ الجزء الأول ـ الطبعة الأولى ـ ـ

ـ محمد لفروجي ـ صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها ـ الطبعة الأولى ـ سنة 2000 ـ

ـ مصطفى طه كمال ـ أصول الإفلاس ـ الطبعة الثالثة ـ 1958 ـ

ـ محمد الكشبور ـ مفهوم التوقف عن الدفع ـ مجلة المنتدى ـ العدد الثالث ـ يونيو ـ 2002 .

ـ مصطفى طه كمال ـ الأوراق التجارية والإفلاس في القانون اللبناني ـ الطبعة الأولى ـ

ـ نور الدين لعرج ـ التوقف عن الدفع وإشكالاته على هامش قرار المجلس الأعلى عدد422 في الملف التجاري عدد 1454 /2001/01/03 الصادر بتاريخ 26 أبريل 2006 ـ

ـ فاتحة مشماشي ـ الصفة العقارية للإفلاس ـ رسالة ـ القانون الخاص ـ كلية الحقوق الرباط ـ 1995 ـ

شروط الدعوى الحوزية
في كف الشغب في القانون التونسي

Conditions of possessory action
in the cessation of the riotin the Tunisian law

منى القرقوري - باحثة دكتوراه
في القانون الخاص بكلية الحقوق بصفاقس – تونس
Mouna GARGOURI : PhD researcher in
private law at the Faculty of law in Sfax –Tunisia

الملخص:

اهتم التشريع التونسي، كغيره من التشريعات، بحماية الحائز وذلك من خلال إحداث الدعاوى الحوزية والسبب في ذلك هو نظرية الظاهر، أي بعبارة أخرى، أن الوضعيات الظاهرة تنشئ بعض الحقوق والالتزامات سواء لمن يمارسها أو لمن يتعامل معها، لذلك وجبت المحافظة على هذه الوضعيات وحمايتها ولو بصفة مؤقتة في انتظار إقرارها أو إلغائها؛ وعليه فإن الدعوىالحوزية في كف الشغب تعتبر إحدى أبرز هذه الدعاوى في القانون التونسي وذلك لأن مرادها يتمثل في حماية حائز العقار من شغب وقع بالفعل؛ لذلك فإن الغاية من هذا البحث تتمثل في التطرق إلى شروط الدعوى الحوزية في كف الشغب في القانون التونسي، أي بمعنى أدق، التطرق إلى الشروط العامة لقيام الدعوى الحوزية والشروط الخاصة المتعلقة بالدعوى الحوزية في كف الشغب.

- **الكلمات المفتاحية** : الحوز ، الشغب المادي، الشغب القانوني، الشغب المباشر، الشغب غير المباشر.

Abstract :

Tunisian legislation, like other legislations, has been concerned with protecting the possessor through the creation of possession actions, and the reason for this is the theory of the apparent, or in other words, that the apparent situations create some rights and obligations, whether for those who practice them or for those who deal with them. Therefore, these situations must be preserved and protected even if provisionally pending approval or repeal; accordingly, the possessory action in the cessation of riotis considered one of the most prominent of these actions in the Tunisian law, because its purpose is to protect the owner of the property from a riot that has already occurred. Therefore, the purpose of this research is to address the conditions of the possessory actionin the cessation of the riot in the Tunisian law, that is, in a more precise sense, to address the general conditions for the establishment of the possessory action and the special conditions related to the possessory action in the cessation of the riot.

- **Keywords** : possession, material riot,legal riot, direct riot, indirect riot.

المقدمة :

اقتضى الفصل 38 من مجلة الحقوق العينية أن: «الحوز سيطرة لشخص بنفسه أو بواسطة على حق أو شيء». وفي نفس الإطار، وبالرجوع إلى مجلة المرافعات المدنية والتجارية فقد جاء بالفصول 51: «توصف بدعوى حوزية القضية التي خول القانون القيام بها لحائز عقار أو حق عيني على عقار وذلك بقصد استرجاع الحوز أو استبقائه أو تعطيل أشغال»؛ و52 «يمكن لمن هو حائز بنفسه أو بواسطة غيره لعقار أو حق عيني على عقار أن يقوم بالدعوى الحوزية: أولا: إذا كان يقصد بقيامه استبقاءه على حوزه أو الاعتراف له به في صورة وقوع الشغب أو استرجاع حوزه في صورة افتكاكه منه...»؛ و53 «الشغب في هذا الموضوع هو كل أمر ينجر منه رأسا ومن نفسه أو بطريق الاستنتاج دعوى مخالفة لحوز الغير»؛ و54 «... إن القيام بدعوى الحوز لا يقبل إلا :1 -إذا كان الطالب حائزا منذ عام على الأقل حال وقوع الشغب أو افتكاك الحوز أو إتمام الأشغال التي من شأنها أن ينجر عنها شغب ولم يسكت مدة عام من بعد وقوع ذلك الشغب أو افتكاك الحوز من يده أو إتمام تلك الأشغال؛ 2 -إذا كان الحوز مستمرا بدون التباس ولا انقطاع ولا شغب مشاهدا بصفة مالك».

وعليه، ومن هذا المنطلق، فإنه لا بد من الإشارة، إلى أن الدعوى الحوزية «L'action possessoire» تتباين عن الدعوى الاستحقاقية «L'action pétitoire» وذلك لأن الدعوى الأولى تهدف إلى تحقيق

الحماية التي تجد سندها في مجرد التصرف الفعلي في العقار لمدة محددة وعلى هذا الأساس يتمتع الحائز الفعلي بحماية ولو لم يكن هو المالك وحتى، أيضا، ضد المالك الحقيقي[1] وفي المقابل، فإن الدعوى الثانية هي «ادعاء أصلي لحق عيني على عقار»[2]؛ وكنتيجة لذلك، فإن الدعوى الحوزية هي اختصاص مطلق لقاضي الناحية يرجع له النظر مهما كانت قيمة العقار وذلك عملا بحكم الفصل 39[3] من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، وفي حين، أن الدعوى الاستحقاقية ترجع بالنظر إلى المحكمة الابتدائية طبقا لحكم الفصل 40 في فقرته الأولى[4] من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

وتماشيا مع ما تم ذكره، فإنه، كذلك، يجب أن ننوه، إلى اختلاف الدعوى الحوزية في كف الشغب[5]عن بقية الدعاوى الحوزية المتمثلة في كل من دعوى تعطيل الأشغال[6] ودعوى استرجاع الحوز المفتك بالقوة[7]. ويتمظهر هذا التباين في أن الدعوى الحوزية في كف الشغب تهدف إلى حماية حائز العقار من شغب وقع فعلا، وفي المقابل، فإن الدعوى الحوزية في تعطيل الأشغال المراد منها هو حماية الحائز من شغب مستقبلي متوقع الحصول فقط[8]. أما بالنسبة لدعوى الحوزية في استرجاع الحوز المفتك بالقوة[9]فالمراد منها هو استرجاع العقار بعد أن وقع افتكاكه بالإكراه[10] مع إمكانية القيام بدعوى جزائية وذلك على أساس حكم الفصل 255[11] من المجلة الجزائية المتعلق بزجر جنحة افتكاك الحوز بالقوة.

---

[1] ينص الفصل 47 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية على أنه: «لا يجوز الحكم في دعوى الحوز على أساس ثبوت الحق الملكي أو نفيه ولكن للحاكم أن يتأمل من الأدلة المدلى بها على هذا الحق بقدر ما يفيده فيما يخص الحوز».

[2] أنظر: سلمى عبيد الشعري، محاضرات في الإجراءات المدنية وطرق التنفيذ (غير منشورة)، كلية الحقوق بصفاقس، 2016 -2017.

[3] جاء بالفصل المذكور ما يلي: «ينظر قاضي الناحية ... ويختص بالحكم ابتدائيا: ... ثانيا: في دعاوى الحوز...».

[4] جاء بالفصل المذكور ما يلي: «تنظر المحكمة الابتدائية، ابتدائيا في جميع الدعاوى عدا ما خرج عنها بنص خاص».

[5] التي تسمى في الاصطلاح الفرنسي «L'action en complainte».

[6] التي تسمى في الاصطلاح الفرنسي «La dénonciation de nouvel œuvre».

[7] أنظر: نبيلة الكراي الوريمي، حائز العقار، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، صفحة 412، فقرة 326.

[8] أنظر: نبيلة الكراي الوريمي، المرجع السابق، صفحة 412، فقرة 326؛

Ernest-Désiré GLASSON, Albert TISSIER, Traité théorique d'organisation juridique, de compétence, et de procédure civile 3ème édition, Recueil Sirey, 1925, Tome 1er, page 518, paragraphe 204.

وفي هذا الإطار، يمكن ذكر تعريف محكمة التعقيب الفرنسية في أحد قراراتها لهذه الدعوى حيث جاء في أحد حيثيات هذا الأخير:

«La dénonciation de nouvel œuvre peut donc être définie une action possessoire par laquelle le possesseur menacé d'un trouble futur, demande la suspension des travaux que le défendeur a commencé sur son propre fonds» ; Voir : Chambre des requêtes de la cour de cassation Française (est une ancienne formation de la cour de cassation), 04/02/1856,S. 56.1.433.

Et dans le même sens, Voir : Cassation civile, 21/02/1910, Sirey 1913.1.35, note RAVIART.

[9] التي تسمى في الاصطلاح الفرنسي «L'action en réintégration».

[10] أنظر: سلمى عبيد الشعري، المحاضرات السابقة.

[11] جاء بالفصل المذكور ما يلي: «يعاقب بالسجن مدة ثلاثة أشهر وبخطية قدرها مائة وعشرون دينارا كل من ينزع بالقوة من يد غيره ملكا عقاريا دون أن يمنع ذلك من العقوبات الأكثر شدة المستوجبة لأجل التجمع بسلاح أو حمله أو التهديد أو العنف أو الضرب أو غير ذلك من الجرائم. والمحاولة موجبة للعقاب».

كما أنه وفي الإطار نفسه، لا بد من التمييز بين الدعوى الحوزية في كف الشغب عن دعوى كشف الشغب على العقار المسجل وذلك لأن الأولى غايتها «حماية وضع اليد» وبالتالي «تحقيق استقرار الأوضاع الظاهرة في العقارات غير المسجلة»، أما الدعوى الثانية فإن مرادها يتمثلفي حماية حق ملكية العقارات المسجلة[1]وهي موضوع حكم الفصل 307[2]من مجلة الحقوق العينية.

وانطلاقا مما سلف، ينص الفصل 19 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية على أن: «حق القيام لدى المحاكم يكون لكل شخص له صفة وأهلية تخولانه حق القيام بطلب ما له من حق وأن تكون للقائم مصلحة في القيام». وبالتالي وتطبيقا لهذا الفصل، فإن كل شخص يرغبفي أن يقوم بالدعوى الحوزية لا يكون هذا القيام صحيحا إلا إذا كان ممن له مصلحة في القيام، وممن له الصفة القانونية لدى القائم بها وذلك إلى جانب الأهلية التي تسمح له بأن يدافع عن مصالحه وحقوقه لدى القضاء[3]. ولكن إلى جانب هذه الشروط، البديهية في كل دعوى، فإن دراسة الدعوى الحوزية في كف الشغب في القانون التونسي تستوجب، في مرحلة أولى، التعرض إلى الشروط العامة لقيام الدعوى الحوزية في القانون التونسي(I)؛ أما، في مرحلة ثانية، فتستوجب التطرق إلى الشروط الخاصة المتعلقة بدعوى كشف الشغب في القانون التونسي (II).

I – الشروط العامة لقيام الدعوى الحوزية في القانون التونسي :

تتطلب دراسة الشروط العامة لقيام الدعوى الحوزية في القانون التونسي التطرق، أولا، إلى الشروط المتعلقة بموضوع الحوز وأركانه وخصائصه(أ)، وثانيا، إلى الشروط المتعلقة بآجال الدعوىالحوزية (ب).

أ – الشروط المتعلقة بموضوع الحوز وأركانه وخصائصه :

اقتضى الفصل 38 من مجلة الحقوق العينية أن: «الحوز سيطرة لشخص بنفسه أو بواسطة على حق أو شيء». وفي نفس السياق، جاء بالفصل 51 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية بأنه: «توصف بدعوى حوزية القضية التي خول القانون القيام بها لحائز عقار أو حق عيني على عقار...»؛كما نص الفصل 52 من نفس المجلةعلى أنه: «يمكن لمن هو حائز بنفسه أو بواسطة غيره لعقار أو حق عيني على عقار أن يقوم بالدعوى الحوزية...»؛ وفي نفس السياق، اقتضى الفصل 54 من المجلة نفسها بأن: «...القيام بدعوى الحوز لا يقبل إلا...: 2 -إذا كان الحوز مستمرا بدون التباس ولا انقطاع ولا شغب مشاهدا بصفة مالك». وبالتالي وتطبيقا لهذه الفصول،

---

[1] أنظر: القرار التعقيبي المدني عدد 67496 – 2018، الصادر بتاريخ 2018/12/19؛ وفي نفس الإطار، حاتم الرواتبي، محاضرات في المرافعات المدنية، سنة ثانية ماجستير بحث في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2020 – 2021، صفحة 31 وما بعد، موجودة على الانترنت في موقع الذخيرة القانونية، تاريخ الدخول: 2023/05/08، الرابط:

https://drive.google.com/file/d/1L7coMfAvPVYiDQdBu3VSHEivnPlbZL8i/view.

[2] جاء بالفصل المذكور ما يلي: «لا يسري مرور الزمن على الحق المرسم. وليس لأي كان أن يتمسك بالحوز مهما طالب مدته.
ويختص قاضي الناحية بالحكم بكف الشغب الحاصل في الانتفاع بالعقار المسجل».

[3] لمزيد المعلومات حول «شروط قبول الدعوى القضائية»؛ أنظر: حاتم الرواتبي، المحاضرات السابقة، صفحة 32 وما بعد.

فإنه بالنسبة لموضوع الحوز فهو يتعلق بعقار أو حق عينى على عقار[1]، أي بمعنى آخر، لا يمكن أن تتعلق الدعوى موضوع هذا البحث بالمنقولات.

أما بالنسبة للشروط المتعلقة بأركان الحوز، فإن المشرع التونسى يكرس النظرية الشخصية[2]ومعنى ذلك أنه يشترط توفر ركنين فى الحوز، أي أن الحيازة لا تقوم على الركنالمادي دون المعنوي أو على الركن المعنوي دون المادي[3]. وبالتالى فإن أركان الحوز هما كل من الركن المادي المتمثل فى «السيطرة الفعلية» والركن المعنوي المتمثل فى «نية التملك»[4]. أي بعبارة أخرى، يقصد بالركن المادي للحوز مباشرة الحائز الأعمال المادية التى يخولها الحق المحوز[5]. أي بمعنى أدق، مجموع الأعمال المادية التى يقوم بها واضع اليد[6]. وعليه فإن مجرد الأعمال القانونية مثل الكراء وغيره لا تعتبر من باب الحوز، بل يجب لتوفر هذا العنصر أن تكون السيطرة فعلية مع وجوب تكرر هذا العمل للدلالة على طبيعة الحوز والتصرف بحسب طبيعة العقار[7]. أما بالنسبة للركن المعنوي للحوز فالمقصود به هو توفر «نية التملك» ومعنى ذلك أن يظهر بمظهر صاحب الحق[8].

وعليه، وتماشيا مع ما تم ذكره، فإنه لا بد من الإشارة، إلى أنه يفترض في الشخص الواحد أن يستجمع الركنين؛ أي كلا من الركن المادي والركن المعنوي للحيازة؛ إلا أنه لأسباب متباينة يتعسر، في بعض الأحيان، على الحائز أن يباشر الحوز بنفسه، لذلك فإنه، في هذه الوضعية، يقوم بإحالة الركن المادي إلى غيره، ويبقى لديه الركن المعنوي، وهذا ما يصطلح عليه «بالحيازة بواسطة»[9]. وبالتالي فالملاحظة، هنا، هو أن الحوز الحقيقي يتباين عن الحوز العرضي وذلك لأن الحائز العرضي لا يحوز لفائدته، وعليه فإنه ليست له النية في الظهور كمالك[10].

---

[1] أنظر: الفصول من 03 إلى 12 من مجلة الحقوق العينية.

[2]أي بعبارة أخرى، أن المشرع التونسي لم يكرس النظرية المادية للحوز؛ وبالتالي لمزيد التعمق حول هذه الأخيرة،

Voir : Aurélien BAMDE, La possession : éléments constitutifs, caractères, effets et protection, publié sur le site le droit dans tous ses états, 16/03/2020, page 01, disponible en ligne, visité le : 15/04/2023, le lien :

https://aurelienbamde.com/2020/03/16/la-possession-elements-constitutifs-caracteres-effets-et-protection/.

[3]أنظر: علي كحلون، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، طبعة ثالثة (معدلة ومنقحة)، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014، صفحة 205.

[4] أنظر: حاتم الرواتبي، المحاضرات السابقة، صفحة 31.

[5]أنظر: علي كحلون، المرجع السابق، صفحة 204؛

Aurélien BAMDE, article précité, page 01.

[6]أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2000، صفحة 780 وما بعد.

[7]أنظر: علي كحلون، المرجع السابق، صفحة 204 وما بعد.

[8] أنظر: حاتم الرواتبي، المحاضرات السابقة، صفحة 31.

[9]أنظر: علي كحلون، المرجع السابق، صفحة 205.

[10] Voir : Jean CARBONNIER, Droit civil, Les biens, tome 3, 19 édition refondue, *Presses universitaires de France,* 2000, page 6.

أما بالنسبة للشروط المتعلقة بخصائص الحوز، فإنه يشترط في الحيازة أن تكون هادئة، أي «بدون شغب»لذلك فلا حوز لمن يتعمد الإكراه[1]. كما يشترط أن تكون، كذلك، مشاهدة، أي ظاهرة وعلانية وأن يعلم بها المالك الأصلي[2]. وإلى جانب ذلك، يشترط فيالحيازة أن تكون مستمرة «بدون انقطاع» ومعنى ذلك متواصلة، أي بمعنى أدق، أن يباشر الحائز الحيازة حسب ما تتطلبه طبيعة العقار، فلو كان مثلا محلا للسكن فإنه يسكنه، وإذا كان أرضا للزراعة فإنه يقوم في هذه الحالة بخدمتها[3]. وبالإضافة إلى ما سبق، فإنه يشترط، أيضا، أن تكون الحيازة بدون التباس، أي بمعنى آخر، بدون غموض[4].

ب –الشروط المتعلقة بآجال الدعوىالحوزية

اقتضى الفصل 54 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية بأن: «...القيام بدعوى الحوز لا يقبل إلا: 1 –إذا كان الطالب حائزا منذ عام على الأقل حال وقوع الشغب أو افتكاك الحوز أو إتمام الأشغال التي من شأنها أن ينجر عنها شغب ولم يسكت مدة عام من بعد وقوع ذلك الشغب أو افتكاك الحوز من يده أو إتمام تلك الأشغال...».

وعليه، وتطبيقا لهذا الفصل، فإن القيام بالدعوى الحوزية لا يكون مقبولا إلا إذا أثبت المدعي أنه حائز لمدة سنة على الأقل قبل مشاغبته في حوزه وأيضا، أنه لم يسكت مدة عام من بعد وقوع ذلك الشغب[5].

II – الشروط الخاصة المتعلقة بدعوى كف الشغب في القانون التونسي :

اقتضى الفصل 53 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية أن: «الشغب في هذا الموضوع هو كل أمر ينجر منه رأسا ومن نفسه أو بطريق الاستنتاج دعوى مخالفة لحوز الغير». وبالتالي وتطبيقا لهذا الفصل، فإن مصطلح «رأسا» يقصد به مباشرة، في حين يعني مصطلح «عن طريق الاستنتاج» بصفة غير مباشرة؛ وهو ما أكدت عليه محكمة التعقيب في أحد قرارتها الصادرة بتاريخ 16 ماي 1989 حيث ورد في أحد حيثيات هذا الأخير أن: «الشغب هو كل أمر ينجر منه رأسا ومن نفسه أو بطريق الاستنتاج دعوى مخالفة لحوز الغير. وقد فسر شراح القانون بأنه كل عمل مادي أو كل تصرف قانوني يتضمن بطريق مباشر أو غير مباشر ادعاء يعارض به المدعى عليه حيازة المدعي»[6].

---

[1]أنظر: رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2002، صفحة 327؛ يوسف الكناني، فوزي بالكناني، قانون الأموال، مركز النشر الجامعي، تونس، 2003، صفحة 135؛ علي كحلون، المرجع السابق، صفحة 210 وما بعد.

[2]أنظر: علي كحلون، المرجع السابق، صفحة 211.

[3] أنظر: علي كحلون، المرجع السابق، صفحة 210.

[4] أنظر: علي كحلون، المرجع السابق، صفحة 211.

[5] أنظر: سلمى عبيد الشعري، المحاضرات السابقة.

وفي هذا الإطار، يراجع: القرار التعقيبي المدني عدد 48981، بتاريخ 2018/02/13، صفحة 05، منشور على الإنترنت، تاريخ الدخول: 2023/05/15، الرابط:

chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.cassation.tn/fileadmin/user_upload/48981.pdf.

[6] أنظر: القرار التعقيبي المدني عدد 17421، المؤرخ في 1989/05/16، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1989، صفحة 215.

وعليه، وتماشيا مع ما تم ذكره، فإن دراسة الشروط الخاصة المتعلقة بدعوى كف الشغب في القانون التونسي تستوجب التطرق إلى الشغب المادي والشغب القانوني (أ)، وإلى الشغب المباشر والشغب غير المباشر (ب).

أ – الشغب المادي والشغب القانوني

يتمثل الشغب المادي «Trouble de fait»في «كل عمل مادي» هدفه هو التعدي على حوز حائز العقار؛ أي بعبارة أخرى، دخول المشاغب بالأرض التي يحوزها الحائز من دون إذن يعتبر شغبا يحق لحائز العقار المطالبة بإيقافه[1]. بل قد يتمادى الشغب إلى حدود إخراج الحائز من الأرض وأن يتم سلبه وضعيته[2]. هذا وقد أفرز فقه القضاء العديد من الأعمال المادية الأخرى المحدثة للشغب وذلك كتكسير الحد وغرسه بكرم الهندي دون وجه حق، وقلع شجرة من كرم التين من أرض الحائز...، فقضت محكمة التعقيب، في هذا الإطار، بكف الشغب ناقضة القرار الاستئنافي ومؤيدة في ذلك الحكم الابتدائي[3].

وتماشيا مع ما تم ذكره، فإنهلا بد من التأكيد، إلى أنه لا يشترط في العمل المادي أن يترتب عنه ضرر مادي للحائز، وإنما يكفي أن يعكر على الحائز حيازته على العقار[4]. وبالتالي، فإن دعوى كف الشغب تختلف عن دعوى رفع المضرة والسبب في ذلك هو أن وقوع الضرر لا يعتبر شرطا للقيام بالدعوى الحوزية[5]. وكنتيجة لما سبق ذكره، فإنه يمكن ذكر القرار التعقيبي المدني، الصادر بتاريخ 02 نوفمبر 1976 الذي جاء في أحد حيثياته بأنه: «إذا لم يكن حوز العقار محل نزاع وإنما يتعلق الأمر بطلب رفع مضرة نتجت عن الجوار كدخان المداخن ودوي المحركات فإن الخلاف بشأن ذلك يكون من أنظار المحاكم الابتدائية لا محاكم النواحي وتطبيقا لذلك فإن دعوى كف الشغب التي قام بها شخص على جاره الخباز والرامية إلى إجباره على نقل مخبزته إلى مكان آخر لا تشكل في الحقيقة دعوى حوزية وهي بالتالي ليست من اختصاص حاكم الناحية»[6].

---

[1] أنظر: نبيلة الكراي الوريمي، المرجع السابق، صفحة 414، فقرة 330.

[2] أنظر: نبيلة الكراي الوريمي، المرجع السابق، صفحة 414، فقرة 330.

[3] أنظر: القرار التعقيبي المدني عدد 10592، المؤرخ في 1975/01/07، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1975، جزء 01، صفحة 21.

[4] أنظر: نبيلة الكراي الوريمي، المرجع السابق، صفحة 415، فقرة 330؛

Cassation civile 03/05/1897, Dalloz 1897.1. 481.

[5] أنظر: القرار التعقيبي المدني عدد 10673، المؤرخ في 1984/11/12، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1984، جزء 02، صفحة 121.

[6] أنظر: القرار التعقيبي المدني،المؤرخ في 1976/11/02، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1976، جزء 01، صفحة 570.

وفي نفس الإطار، يمكن ذكر القرار التعقيبي عدد 56604، المؤرخ في 27 /2018/11 الذي اعتبرت فيه محكمة التعقيب أنه: «لا جدال أن دعوى رفع المضرة تختلف عن دعوى كف الشغب من حيث السند القانوني والإجراءات وكذلك من حيث مرجع النظر الحكمي ضرورة أنه ولئن كانت دعوى مضار الجوار هي دعوى شخصية تستند إلى تنفيذ التزام قانوني بحسن الجوار وهي من أنظار المحكمة الابتدائية عملا بالفصلين 22 و40 من مجلة المرافعات المدني والتجارية بقطع النظر عن القيمة المادية للعقار الواقع عليه الضرر باعتبارها دعوى غير مقدرة القيمة فإن دعوى كف الشغب بوصفها دعوى عينية لا تستند إلى تنفيذ أي التزام ناتج عن القانون أو الاتفاق أو الجنحة أو شبه الجنحة بل تتعلق بوضع اليد على عقار أو حق عيني عقاري وهي أيضا دعوى عقارية تقوم على حماية العقارات على خلاف دعوى رفع المضرة التي غايتها حماية الأشخاص من كل الأضرار التي قد تصيب راحتهم وصحتهم سواء أصابتهم مباشرة أو أصابت عقاراتهم»؛ أنظر: أنظر: القرار التعقيبي المدني عدد 56604، المؤرخ في 2018/11/27 (غير منشور).

وفي نفس الإطار، أنظر: القرار التعقيبي المدني عدد 22634، المؤرخ في 16 /1989/03، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1989؛ القرار التعقيبي المدني، عدد 59178.97، المؤرخ في 1999/10/21 (غير منشور)؛ القرار التعقيبي المدني عدد 56940، المؤرخ في 1997/03/05، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1997، جزاء 01، صفحة 59؛ القرار التعقيبي المدني عدد 11177، المؤرخ في 1985/04/30ن نشرية محكمة التعقيب لسنة 1985، جزء ن صفحة 147.

أما بالنسبة للشغب القانوني «Trouble de droit»فهو كل ما كان منبعه عمل قانوني غايته أن يشكك في وضعية حائز العقار[1]، أي بمعنى آخر، هو «كل ما لم يكن مؤسسا على فعل مادي ولكنه شوش على الحائز حوزه للعقار»[2]. ومن أمثلة ذلك يمكن ذكر أن يقوم شخص برفع دعوى ضد المكتري للعقار وذلك للمطالبة بدفع معلوم الكراء والحال أن هذا الشخص هو ليس بالمالك[3]. وفي هذا الإطار، طرح تساؤل مهم وذلك بخصوص تنفيذ الأحكام القضائية، أي إلى أي مدى يمكن اعتبار هذه الأخيرة شغبا قانونيا يمكن القيام بالدعوى الحوزية في كف الشغب؟ وللإجابة عن هذا التساؤل، فإن المحاكم التونسية ميزت بين صنفين من الأحكام، حيث اعتبرت أن تنفيذ الحكم القضائي الصادر «بين الطرفين» لا يمكن أن يتكون منه الشغب القانوني وعليه فإنه لا مبررلممارسة الدعوى الحوزية في كشف الشغب[4]؛ وفي المقابل، فإن الحكم الصادر بين «أشخاص غير حائزين للعقار» فإن تنفيذه يمكن من رفع الدعوى الحوزية في كف الشغب ضد من يقوم بأعمال التنفيذ وذلك في صورة التسبب في تعطيل الحيازة[5].

2 – الشغب المباشر والشغب غير المباشر

جاء بالفصل 53 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية أن: «الشغب في هذا الموضوع هو كل أمر ينجر منه رأسا ومن نفسه أو بطريق الاستنتاج دعوى مخالفة لحوز الغير».

وتطبيقا لهذا الفصل، فإنه يقصد بالشغب المباشر هو صدور الشغب عن شخص المشاغب نفسه الذي يرغب في أن يعارض الحائز فوق أرضه مباشرة وذلك بقطع النظر عما إذا كان الشغب ماديا أو قانونيا[6].

أما بالنسبة للشغب غير المباشر فإنه يمكن أن يكون، كذلك، ماديا وذلك من خلال ممارسة أفعال مادية لا تحدث شغبا للحائز إلا بصفة غير مباشرة أو من الممكن، أيضا، أن يكون الشغب غير المباشر قانونيا وذلك كأن تمارس الدعوى الحوزية لا ضد الحائز بصفة مباشرة، وإنما ضد الواسطة الذي يحوز بإسم ولمصلحة حائز العقار[7].

---

[1] Voir : Andre STEINER, Le trouble de droit dans les actions possessoires, Thèse pour le Doctorat d'Etat, Université de Strasbourg, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, 1938.

[2] أنظر: نبيلة الكراي الوريمي، المرجع السابق، صفحة 419، فقرة 331.

[3] أنظر: حاتم الرواتبي، المحاضرات السابقة، صفحة 32.

[4] أنظر: نبيلة الكراي الوريمي، المرجع السابق، صفحة 420، فقرة 331.

[5] «لا نزاع في أن الأحكام التي أضرت بالغير ومست بحقوقه مع أنه أجنبي عنها لا حق له الاعتراض عليها. لكن هذا لا يمنع من اعتبار تنفيذ تلك الأحكام مصدر مشاغبة قانونية ومادية للغير في حوزه لما استقر بيده المدة القانونية. ومما لا جدال فيه أن كل عمل يؤدي إلى رفع يد الحائز لعقار ما بالصفة القانونية يخول للحائز القيام بكف الشغب ذلك العمل باعتبار أنه مصدر مشاغبة. وما قيام المدعية في قضية الحال إلا في طلب إرجاع يدها التي ارتفعت عن محل النزاع بموجب تنفيذ الحكم الاستعجالي عدد 35175، إليها وكف مشاغبة المدعى عليهما بذلك الحكم عنها»؛ أنظر: الحكم المدني الابتدائي، عدد 20489، المؤرخ في 1960/11/03، محكمة باجة، مجلة القضاء والتشريع لسنة 1961، عدد 01، صفحة 69.

[6] أنظر: نبيلة الكراي الوريمي، المرجع السابق، صفحة 421، فقرة 333.

[7] أنظر: نبيلة الكراي الوريمي، المرجع السابق، صفحة 421، فقرة 334.

الخاتمة :

يستخلص مما سبق، بأن شروط الدعوى الحوزية في كف الشغب في القانون التونسي يمكن تبويبها إلى صنفين: يتمثل الصنف الأول، في الشروط العامة لقيام الدعوى الحوزية وهي المتعلقة بموضوع الحوز وأركانه وخصائصه وفي آجال الدعوى الحوزية؛ أما الصنف الثاني،فهي الشروط الخاصة التي تتمثل في كل من الشغب المادي والقانوني وفي الشغب المباشر وغير المباشر.

❖ **قائمة المصادر و المراجع :**

1 – باللغة العربية :

- **المراجع:**

- **رمضان أبو السعود**، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2002.
- **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2000.
- **علي كحلون**، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، طبعة ثالثة (معدلة ومنقحة)، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014.
- **نبيلة الكراي الوريمي**، حائز العقار، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
- **يوسف الكناني، فوزي بالكناني**، قانون الأموال، مركز النشر الجامعي، تونس، 2003.

- **دروس ومحاضرات :**

- **حاتم الرواتبي**، محاضرات في المرافعات المدنية، سنة ثانية ماجستير بحث في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2020 – 2021، موجودة على الانترنت في موقع الذخيرة القانونية، تاريخ الدخول : 2023/05/08، الرابط :

.https://drive.google.com/file/d/1L7coMfAvPVYiDQdBu3VSHEivnPlbZL8i/view

- **سلمى عبيد الشعري**، محاضرات في الإجراءات المدنية وطرق التنفيذ (غير منشورة)، كلية الحقوق بصفاقس، 2016 - 2017.

2 – En langue Française:

- **Ouvrages** :

– **CARBONNIER Jean**, Droit civil, Les biens, tome 3, 19 édition refondue, *Presses Universitaires de France,* 2000.

– **GLASSON Ernest–Désiré** , **TISSIER Albert**, Traité théorique d'organisation juridique, de compétence, et de procédure civile 3ème édition, Recueil Sirey, 1925, Tome 1er.

– **LARROUMETChristian**, Droit civil, les biens, Droits réels principaux, 3ème édition. Delta, Paris, 1998.

– **STEINER Andre**, Le trouble de droit dans les actions possessoires, Thèse pour le Doctorat d'Etat, Université de Strasbourg, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, 1938.

- **Articles et notes**:

– **BAMDE Aurélien**, La possession : éléments constitutifs, caractères, effets et protection, publié sur le site le droit dans tous ses états, 16/03/2020, disponible en ligne, visité le : 15/04/2023, le lien :

https://aurelienbamde.com/2020/03/16/la-possession-elements-constitutifs-caracteres-effets-et-protection/.

– Cassation civile, 21/02/1910, Sirey 1913.1.35 note **RAVIART**.

المواجهة الموضوعية
لجريمة الاعتقال التعسفي

Substantive confrontation
of the crime of arbitrary detention

سلواني عبد العزيز[1] : طالب باحث بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس

ABDELAZIZ SELOUANI : PhD research student

at the Faculty of Legal, Economic and Social Sciences in Fez

[1] -مختبر الأبحاث" القانون، الفلسفة والمجتمع.

ملخص :

لما كانت الحرية هي أصل الحقوق الأساسية للإنسان تتعلق بصميم كرامته ومصدر لقيمته وسبب تقدمه نحو المثل العليا للإنسانية،ونظرا لخطورة إجراء الحد من حريات الأفراد بمناسبة البحث والتحري عن الجرائم، ولضمان حماية حرية الإنسان وعدم الإخلال بها بأي شكل من الأشكال فقد أحاطته الإعلانات والمواثيق الدوليةوالتشريعات الوطنية بمجموعة من الضمانات الصارمة إذا أغفلت كلها او بعضها صار الامر تعسفا تحمل مرتكبه المسؤولية الجنائية المقررة قانونا.

وبالرجوع الى القانون الجنائي المغربي نجده عالج جريمة الاعتقال التعسفي من خلال الفصول225 الى 230 منه ،وهذا السلوك الماس بالحرية المكون لهذه الجريمةوفق نموذجها الاجرامي لا يتحقق الا بتوافر ثلاث اركان أساسية لا مكانية تنزيل العقوبة المقررة قانونا :

-الركن القانوني والمحدد وفق مبدأ الشرعية في الفصول من 225 الى 230 من القانون الجنائي المغربي.

-الركن المادي الذي تظهر فيه الجريمة كنشاط يأتيه الفاعل فيحدث به تغييرا في العالم الخارجيويتحقق بتوافر ثلاث عناصر: صفة الفاعل ، التصرف الماس بالحرية ، وان يكون هذا التصرف غير مشروع.

-الركن المعنوي أو القصد الجنائي القائم على الوجه الأصح على العلم والإرادة.

- **الكلمات المفتاحية** : الاعتقال التعسفي ، الاعتقال.

Abstract :

Because freedom is the root of human rights, it relates to the core of human dignity, the source of its worth and the reason for its progress towards the ideals of humanity. s freedoms on the occasion of the search and investigation of crimes, In order to ensure that human freedom is protected and in no way violated, international declarations, instruments and national legislation encompass a set of strict safeguards if all or some of them are arbitrarily omitted from holding the perpetrator to legally prescribed criminal responsibility.

With reference to Morocco's Criminal Code, the offence of arbitrary detention is dealt with in chapters 225 to 230 of the Code. The conduct of diamonds consisting of liberty, in accordance with its criminal model, is achieved only by the availability of three basic elements, not by the possibility of imposing the penalty prescribed by law:

- The legal element defined in accordance with the principle of legality in chapters 225 to 230 of Morocco's Criminal Code.

-The physical element in which the crime manifests itself as an activity by which the perpetrator produces change in the outside world and is achieved by the availability of three elements: the character of the perpetrator, the conduct of diamonds with freedom, and that such conduct is unlawful.

- Moral element or criminal intent based more correctly on science and will.

- **Keywords** : Arbitrary arrest, detention.

مقدمة :

لما كانت الحرية هي أصل الحقوق الأساسية للإنسان تتعلق بصميم كرامته ومصدر لقيمته وسبب تقدمه نحو المثل العليا للإنسانية[1]، وبفضل الحرية ظهرت الحضارات وتحققت الانتصارات في مختلف المناحي الاقتصادية، الاجتماعية منها والعلمية كذلك، فهي تفجر الطاقات وتلهم العقول وتحرك البشرية نحو مزيد من التقدم والازدهار، ومن تم كانت بمثابة الشعلة التي أنارت الطريق أمام مختلف حركات التحرر والإصلاح، وكانت الشعار الذي ارتفع عاليا رمزا ودليلا على الكفاح والنضال ضد صنوف الظلم والاستبداد.

ونظرا لخطورة إجراء الحد من حريات الأفراد بمناسبة البحث والتحري عن الجرائم، ولضمان حماية حرية الإنسان وعدم الإخلال بها بأي شكل من الأشكال فقد أحاطته الإعلانات والمواثيق الدولية[2] والتشريعات الوطنية بمجموعة من الضمانات الصارمة إذا أغفلت كلها او بعضها صار الامر تعسفا[3] تحمل مرتكبه المسؤولية الجنائية المقررة قانونا.

وبالرجوع الى القانون الجنائي المغربي نجده لم يعرف جريمة الاعتقال التعسفي اسوة بتعريفه لجريمة التعذيبوانما اعتبرها من جرائم الصفة والحالات التي تعد اعتقالا تعسفيا، وامام صعوبة تحديد هذا المفهوم نجد هيئة التحكيم المستقلة في إطار العدالة الانتقالية والمشكلة بأمر ملكي بتاريخ 16 غشت 1999 عرفته "بكونه احتجاز تقوم به أجهزة الدولة دون مراعاة الشروط الجوهرية والاجرائية المتعلقة بسلب الحرية..."[4]

وتأسيسا على ما تقدم يمكن طرح الإشكالية التالية :

---

[1] -صبحي المحمصاني، أركان حقوق الانسان، دار القلم للملايين بيروت، الطبعة الأولى مارس1979،ص.99

[2] -الإعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948

العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966

[3] - عبد الله عبد السلام الشريف، المسؤولية المترتبة على بطلان القبض على المتهم في القانون الليبي، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، المجلد3، العدد 8، غشت 2019، ص.111

[4] - إسماعيل الجباري الكرفطي، القضاء والسياسة والافلات من العقاب – تجربة العدالة الانتقالية بالمغرب -، مطبعة هافانا طنجة، الطبعة الأولى 2012،ص.26.

ماهي تجليات المعالجة الموضوعية لجريمة الاعتقال التعسفي في التشريع الجنائي المغربي وبعض القوانين المقارنة؟.

وسنعالج هذه الدراسة من خلال الخطة التالية :

المبحث الأول: أركان جريمة الاعتقال التعسفي

المبحث الثاني: القصد الجنائي مناط عقاب جريمة الاعتقال التعسفي

المبحث الأول : الاركان المكونة لجريمة الاعتقال التعسفي :

تعد أركان الجريمة هي الشروط الأساسية التي تقوم عليها والتي بدونها مجتمعة لا يمكن أن يكون هناك جريمة ولامسؤولية جنائية، والفعل أو السلوك مهما كانت خطورته لا يشكل جريمة إلا إذا نص القانون على تجريمه وهذا ما يسمى الركن القانوني للجريمة[1](المطلب الأول).

وبما أن الجريمة لايكون لها مظهر خارجي تبرز به الى العالم إلابركن مادي (المطلب الثاني) يقوم على ثلاث عناصر، فعل وهو نشاط إيجابي أو موقف سلبي ينسب للجاني ونتيجة وهي اثره الخارجي الذي يمتثل فيه الإعتداء على حق يحميه القانون، وعلاقة سببية والتي تشكل الرابطة بين الفعل والنتيجة وثبت ان حدوث النتيجة يرجع الى ارتكاب الفعل[2](المطلب الثاني).

المطلب الأول : الركن القانوني لجريمة الاعتقال التحكمي :

يقصد بالركن القانوني "ضرورة خضوع الفعل أو الامتناع لنص من نصوص التجريم"، أي لكي يعتبر الفعل أو الامتناع جريمة فلا بد من وجود نص جنائي يجرم هذا الفعل او الامتناع ويضفي عليه صبغة عدم المشروعية، فهذا الركن هو ما يعبر عنه أحيانا بمبدأ "شرعية الجرائم والعقوبات"، وأحيانا أخرى بمبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" أو "مبدأ النصية"، والذي يعني حصر مصادر التجريم والعقاب في مصدر واحد هو نص القانوني الجنائي[3].

[1]- فرج القصير، القانون الجنائي العام ، مركز النسخ الجامعي 2006 ، ص.38.

[2]- محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم العام ،دار النهضة العربية 1962 ،ص.43.

[3]- عبد الواحد العلمي ،شرح القانون الجنائي المغربي- القسم العام-، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الخامسة 2013: ص. 84.

ونظرا لمكانة هذا المبدأ في المنظومة الجنائية اعتبره المشرع الدستوري قاعدة أساسية[1]لها أهمية بالغة في حماية الحقوق والحريات، وكرسه المشرع الجنائي من خلال الفصل الثالث من القانون الجنائي"لا يسوغ مؤاخذة أحد على فعل لا يعد جريمة بصريح القانون ولا معاقبته بعقوبات لم يقررها القانون".

وتطبيقا لهذا المبدأ عمل المشرع المغربي على حماية حريات الأفراد فعاقب على كل مساس بها من خلال الفصل 225 من القانون الجنائي: "كل قاض، أو موظف عمومي أو أحد رجال أو مفوضي السلطة العامة أو القوة العمومية يأمر أو يباشر بنفسه عملا تحكميا ماسا بالحريات الشخصية أو الحقوق الوطنية لمواطن أو أكثر يعاقب بالتجريد من الحقوق الوطنية، لكن إذا أثبت أنه تصرف بناءا على أمر صادر عن رؤسائه في مادة تدخل في نطاق اختصاصهم ويوجب عليه طاعتهم، فإنه يتمتع بعذر معف من العقاب وفي هذه الحالة تطبق العقوبة على الرئيس الذي أصدر الأمر وحده، وإذا كان العمل التحكمي أو المساس بالحرية الفردية قد ارتكب أو أمر به لغرض ذاتي أو بقصد إرضاء أهواء شخصية طبقت العقوبة المقررة في الفصول 436 إلى 440".

كما نجد كذلك إحجام الموظف العمومي أو أحد رجال السلطة أو القوة العمومية عن الاستجابة لإثبات حالة إعتقال تحكمي يعرضه للعقوبة[2] المقررة في الفصل 225 من القانون الجنائي الفقرة الأولى منه[3] هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن كل عضو في الهيئة القضائية أو ضابط شرطة قضائية في غير حالة التلبس أثار متابعة أو أصدر أمرا بالإحالة على التحقيق أو أي إجراء آخر يمس حرية الأشخاص الذي يتطلب القانون الإذن بالمتابعة يعاقب كذلك بعقوبة الفقرة الأولى من الفصل 225 من القانون الجنائيوهي التجريد من الحقوق الوطنية[4].

هذا ناهيك عن أن كل مدير لمؤسسة سجنية[5]أو موظف بها تسلم معتقلا دون الوثائق التي تتطلبها قواعد المسطرة الجنائية أو امتنع ورفض تقديم معتقل لمن له الحق في رؤيته من السلطات أو الأشخاص أو رفض تقديم سجلات لمن له الحق في الاطلاع عليها يعد مرتكبا جريمة الاعتقال التحكمي[6]،بهذا فطبقا لهذا

---

[1]-ينص الفصل 23 من الدستور المغربي الفقرة الأولى "لا يجوز إلقاء القبض على أي شخص أو إعتقاله أو متابعته أو إدانته إلا في الأحوال وطبقا للإجراءات التي ينص عليها القانون".

[2]- Raymond GASSIN , la libertéindividuelledevantledroitpénal ,Ed.sirey1980 ,p.94

[3]-الفصل 227 من القانون الجنائي المغربي "كل موظف عمومي أو أحد رجال القوة العمومية أو مفوضي السلطة العامة المكلفين بالشرطة القضائية أو الإدارية برفض أو يهمل الاستجابة لطلب وجه إليه يرمي إلى إثبات حالة إعتقال تحكمي غير مشروع سواء في الأمكنة أو المحلات المخصصة للاعتقال أو في أي مكان آخر ولم يقدم دليلا على أنه أبلغه إلى السلطة الرئاسية يعاقب بالتجريد من الحقوق الوطنية".

- [4]أنظر الفصل 227 من القانون الجنائي المغربي.

-[5]يعتبر مدير المؤسسة السجنية مسؤولا بصفة خاصة عن قانونية الاعتقال طبقا للمادة الأولى من المرسوم التطبيقي لقانون 98-23 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية.

[6]-راجع الفصل 228 من القانون الجنائي المغربي.

الفصل فجريمة الاعتقال التعسفي تدخلضمن جرائم المس بالحرية الشخصية للمواطنين، وما على الموظف[1] المكلف أوالقاضي إلا حمايتها لكونها محمية كذلك دستوريا وبمقتضى الاتفاقيات والأوفاق الدولية.

وبالرجوع إلى القوانين المقارنة وفي خضم الحماية الدولية للحرية الشخصية التي تكفلها المعاهدات الدولية نجد جلها عملت على زجر كل تعدي على حريات الأفراد وحقوقهم، لهذا فالمشرع الجنائي اللبناني نص في المادة 178 من قانون العقوبات، على أن كل موظف أوقف أو حبس شخصا في غير الحالات التي ينص عليها القانون يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة، في حين المادة 179 عالجت حالة مدراء وحراس السجون أو المعاهد التأديبية والإصلاحيات الذين يقبلون شخصا بدون مذكرة قضائية أو بدون قرار قضائي، أو اذا تم الإبقاء على شخصا إلى ما بعد الأجل المحدد لتوقيفه، كما يعاقب ضباط الشرطة والدرك الذين يرفضون أو يؤخرون إحضارشخص موقوف أو سجين أمام المحكمة أو القاضي ذي الصلاحية الذي يطلب إليهم ذلك، بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر أو بغرامة لا تزيد عن خمسين دينار[2].

وتأثرا بنظيره اللبناني ذهب المشرع الجنائي الأردني في جرائم التعدي على الحرية الفردية التي يرتكبها الموظفون العموميون فخصص لها المواد من 178 إلى 181 من قانون العقوبات[3]، غير أن المشرع الجنائي المصري خالف الاتجاهات السابقة من خلال عدم تقرير أي فرق بين الجريمة المرتكبة من طرف الموظف العمومي، والجريمة المقترفة من أي فرد عادي دون أن يكون متمتعا بسلطة ما وذلك في الباب الخامس من الكتاب الثالث من قانون العقوبات المواد 280، 281و 282، فنص في المادة 280 "من قبض على أي شخص أو حبسه أو حجزه بدون أمر أحد الحكام المختصين بذلك وفي غير الأحوال التي تصرح فيها القوانين واللوائح بالقبض على ذو الشبهة، يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيها مصريا".

[1]-ينص الفصل 224 من القانون الجنائي المغربي: "يعد موظفا عموميا في تطبيق أحكام التشريع الجنائي كل شخص كيفما كانت صفته، يعهد إليه في حدود معينة بمباشرة وظيفة أو مهمة ولو مؤقتة بأجر أو بدون أجر ويساهم بذلك في خدمة الدولة أو المصالح العمومية أو الهيئات البلدية أو المؤسسات العمومية أو مصلحة ذات نفع عام وتراعي صفة الموظف في وقت ارتكاب الجريمة ومع ذلك فإن هذه الصفة تعتبر باقية له بعد انتهاء خدمته، إن كانت هي التي سهلت له ارتكاب الجريمة أو مكنته من تنفيذها".

[2]-محمد سعيد نمور ، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص- الجرائم الواقعة على الأشخاص (الجزء الأول) ،دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الطبعة الأولى 2005 : ص .285.

[3]-محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع عمان ، الطبعة الأولى 2002 : ص .161 .

كما قضى في المادة 281 "يعاقب أيضا بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين كل شخص أدار محلا للحبس أو الحجز غير الجائزين مع علمه بذلك"[1]، في حين أن المادة 282[2] أشارت إلى ظروف تشديد الجريمة المنصوص عليها في المادة 280 من قانون العقوبات.

ومن التشريعات التي تفرق في العقوبة كذلك التشريع الفرنسي، حيث أدرج الأحكام الخاصة بالقبض الذي يقع من ممثلي السلطة في بند تحت عنوان "الاعتداء على حرية الأفراد" وذلك في المواد من 4-432 إلى 6-432 من قانون العقوبات الفرنسي، والمضافة بالقانون رقم 916 لسنة 2000 الصادر في 19 شتنبر 2000 حيث قرر المشرع معاقبة كل من رجال السلطة العامة أو من في حكمهم من الموظفين إذا استغل وظيفته في إصدار أمر أو تنفيذ أمر تعسفي بحيث يشكل اعتداء على الحرية الفردية[3].

وانطلاقا مما سبق فالعلة في التجريم أن الحق في الحرية حق طبيعي قبل أن يكون حقا قانونيا، إنه عطاء السماء قبل أن يكون عطاء البشر، كيف لا وقد قال ذلك الفاروق عمر بن الخطاب رضي الله عنه بجملة مشهورة حفرت على جبين التاريخ "متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا"، كما تتمثل كذلك في الاعتداء على هذا الحق الإلهي المقدس الذي يعتبر أمرا ضروريا لبقاء كيان المجتمع قائما بل ومتطورا، إذ بدون هذه الحماية تتعرض مسيرة المجتمع إلى أقوى المخاطر التي تهدده بالسقوط والزوال[4] والاندثار.

المطلب الثاني : الركن المادي لجريمة الاعتقال التعسفي :

لا يكفي الركن القانوني لقيام الجريمة وإنما لابد من توافر عنصر مادي، تظهر فيه الجريمة كنشاط يأتيه الفاعل فيحدث به تغييرا في العالم الخارجي، إذ هناك حد أدنى للوجود الخارجي لإرادة الفاعل لابد منه حتى يمكن القول بوجود نشاط إجرامي يتمثل في الأعمال المادية التي تقع بها الجريمة[5]،وبما أن الاعتقال التحكمي جريمة يرتكبها الموظف العمومي يتحقق ركنها المادي يتوافر ثلاث عناصر: صفة الفاعل (1)، التصرف الماس بالحرية (2)، وان يكون هذا التصرف غير مشروع (3).

---

[1]-صلاح الدين جمال الدين ، بطلان اجراءات القبض - دراسة في أحكام محكمة النقض الجنائي- ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، طبعة 2005 :ص . 81.

[2]-المادة 282 من قانون العقوباتالمصري "إذا حصل القبض في الحالة المبنية في المادة 280 من شخص تزيا بدون حق بزي مستخدمي الحكومة أو اتصف بصفة كاذبة أو أبرز أمرا مزورا مدعيا صدوره من طرف الحكومة يعقب بالحبس ويحكم في جميع الأحوال بالاشتغال الشاقة على من قبض على شخص بدون وجه حق وهدده بالقتل أو عذبه بالتعذيبات البدنية".

[3]-عبد المنعم سالم شرف الشيباني ، الحماية الجنائية للحق في أصل البراءة - دراسة مقارنة- ، دار النهضة العربية القاهرة ، الطبعة الأولى 2006: ص 337.

[4]-السعيد كامل ، شرح قانون العقوبات – الجرائم الواقعة على الشرف والحرية - دراسة مقارنة ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الطبعة الأولى 2002: ص. 203.

[5]- جعفر العلوي، القانون الجنائي العام المغربي، دون ذكر المطبعة، طبعة 1998-1999 : ص .90.

1- صفة الفاعل (الركن المفترض) :

إن صفة الموظف العمومي هي العنصر التي يميز جريمة الاعتقال التحكمي عن باقي الجرائم الماسة بالحرية التي يرتكبها الأشخاص العاديون كالاختطاف والاحتجاز.

لقد عمل المشرع الجنائي المغربي حسنا حينما أعطى تعريفا للموظف العمومي من المنظور الجنائي[1]، متوسعا عن التعريف الذي أعطي له في إطارالقانون المنظم للوظيفة العمومية[2]، ومتجاوزا بذلك بعض التشريعات المقارنة، كالتشريع الفرنسي الذي ترك للفقه مهمة تعداد الأشخاص الذين يدخلون في حكمه[3]، وهذا راجع إلى كونه أراد إعطاء مفهوما واسعا للاعتقال التحكمي حتى يشمل كل مصادر السلطة وإعطاء الأوامر في الدولة، والتي بإمكانها أن تتعسف وتعرض حريات المواطنين للانتهاك، ومن هنا نجد الفصول المنظمة لهذه الجريمة تشمل القضاة – وعلى الخصوص قضاة التحقيق وقضاة النيابة العامة – وضباط الشرطة القضائية، إضافة إلى المشرفون على إدارة السجون من مدراء وحراس.

وفي المقابل نجد القانون المقارن، ومنه القانون المصري لم يتطلب في مرتكب هذه الجريمة صفة معينة، فهي من جرائم الفاعل المطلق فقد يكون فردا عاديا وقد يكون موظفا عاما من رجال السلطة وذلك من خلال الفصل 280 من قانون العقوبات، وعلى الرغم من الانتقادات الموجهة إليه من كون أن هذه الجريمة لا يتصور وقوعها إلا من الموظف العام باعتبارها جريمة تقع على الحق في الحرية، بخلاف الجريمة المقترنة من شخص عادي فهي تقع على الشخص اعتبارا للدافع والباعث على اقترافها، سار القضاء كذلك على نفس النهج ولم يفرق بين القبض أو الحبس الواقع من موظف عام وذلك المرتكب من غيره[4].

---

[1]-الفصل 224 من القانون الجنائي المغربي: "يعد موظفا عموميا في تطبيق أحكام التشريع الجنائي كل شخص كيفما كانت صفته يعهد إليه في حدود معينة بمباشرة وظيفة أو مهمة ولو مؤقتة بأجر أو بدون أجر ويساهم بذلك في خدمة الدولة أو المصالح العمومية أو الهيئات البلدية أو المؤسسات العمومية أو مصلحة ذات نفع عام.

وتراعى صفة الموظف في وقت إرتكاب الجريمة ومع ذلك فإن هذه الصفة تعتبر باقية له بعد انتهاء خدمة، إذا كان هي التي سهلت له ارتكاب الجريمة أو مكنته من تنفيذها".

[2]-الفصل 2 من الظهير الشريف رقم 1.58.008 بتاريخ 24 فبراير 1958: "يعد موظفا كل شخص يعين في وظيفة قارة ويرسم في إحدى رتب السلم الخاص بأسلاك الإدارة التابعة للدولة".

[3]- Art 432-4 de C.P.F : « le fait par une personne dépositance ce de l'autorité ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission d'ordonner ou d'accomplir arbitrairement un acte à la liberté individuelle est puni de 7 ans d'emprisonnements et de 100000 euros d'admande lorsque l'acte attentataire consiste en une détention ou une rétention d'une durée de plus de 7 jours la peine est portée à 30 ans de réclusion criminelle et à 450000 euros d'amende ».

[4]-جمال جرجس مجلع تاوضروس ، الشرعية الدستورية لأعمال الضبطية القضائية ،دون طبعة :ص .66 وما بعدها.

2- التصرف المساس بالحرية :

التصرف الماس بالحرية قد يأخذ سلوكا ماديا إيجابي يتخذ صورة شل حركة الشخص، وهذا ما عبر عنه المشرع في الفصل225 القانون الجنائي المغربي "يأمر أو يباشر بنفسه عملا تحكميا ماسا بالحرية الشخصية..."، وشل حركة الشخص تكون إما بالقبض أو الحبس أو الحجز من قبل الموظف العمومي، وقد يأخذ سلوكا ماديا سلبيا في صورة الامتناع، كعدم تبليغ ضابط الشرطة القضائية عن حالة اعتقال تعسفي إلى مرؤوسيه، والامتناع عن تقديم معتقل لمن له الحق في رؤيته، أو رفض وضع سجلات الاعتقال رهن إشارة السلطة المكلفة بالاطلاع عليها طبقا للقواعد المسطرية في قانون الإجراءات الجنائية، ويدخل كذلك في هذا الإطار الامتناع عن الإفراج عن المحبوس حين يتعين الإفراج عنه قانون[1].

وأفعال القبض والحرمان من الحرية بشتى صورها تشترك في تحقيق معنى واحد هو حرمان المجني عليه من حريته، ويكفي أن يأتي الجاني فعلا من هذه الأفعال لتقوم الجريمة إن كان فعله مقصودا وكان قد حصل بدون وجه حق[2]، فهي من الجرائم المستمرة التي تبدأ من لحظة إلقاء القبض على المجني عليه وتستمر حتى لحظة انتهاء حالة الحرمان من الحرية.

3- عدم مشروعية الفعل الماس بالحرية :

اعتبر المشرع المغربي الفعل الماس بالحرية غير مشروع كلما كان القبض على المتهم أو الاحتفاظ به لا يبرره القانون، كإعتقال شخص داخل مؤسسة أو مكان مخصص لذلك أو أي مكان آخر لفترة زمنية وذلك خارج الحالات المنصوص عليها قانونا أو بدون إذن السلطة العامة، وعلى العكس من ذلك يمكن أن يكون الفعل ماسا بالحرية لكنه لا يشكل جريمة كالوضع تحت تدابير الحراسة النظرية من قبل ضباط الشرطة القضائية في حالة تلبس[3]، أو إذا كانت ضرورة البحث تقتضي ذلك، وحالات التحفظ على الأشخاص ومنعهم من مبارحة مكان الواقعة إلى حين انتهاءه من التحريات اللازمة، إضافة إلى الأوامر بالإيداع في السجن التي تصدرها النيابة العامة في حق المتهم بعد تقديمه إليها وظهر لها أن القضية جاهزة للحكم[4]. وفي ذات السياق كذلك إذا كان المتهم لا يتوفرعلى ضمانات الحضور وكانت الجريمة معاقب عليها بالحبس واعترف بالمنسوب إليه أو كان خطير على النظام العام[5]، وإحالته على جلسة الحكم داخل أجل 3 أيام في حالة الجنح وداخل أجل 15 يوما في حالة الجنايات.

---

[1]-جمال جرجس مجلع تاوضروس ، م .س : ص. 75.

[2]-محمد سعيد نمور، م . س : ص .288.

[3]-المادة 56 من قانون المسطرة الجنائية المغربي.

[4]-المادة 73 من قانون المسطرة الجنائية المغربي.

[5]-المواد 47 و 74 من قانون المسطرة الجنائية المغربي.

هذا ناهيك عن القرارات التي يصدرها قاضي التحقيق في إطار احترام تام للقواعد المسطرة في قانون المسطرة الجنائية، سواء من حيث شكلها أو من حيث مدتهاوبالتالي فكل فعل مخالف للمقتضيات القانونية السالفة الذكر والحاد من الحرية يعد عملا تحكميا.

ومن العناصر المهمة في الركن المادي كذلك محل الجريمة، فالنشاط الإجرامي يجب أن يقع على شيء له حرمته وقدسيته هو الحرية الفردية المتمثلة في الحرمان من التنقل دون وجه حق،وفي هذا الإطار فإن كلا من القبض والاحتفاظ أو الحجز كلها أفعال إن حصلت فهي تؤدي إلى تقييد حركة الشخص وحرمانه من حرية التنقل المتمثلة في الذهاب والإياب[1]، والحرية لا يمكن تصورها بدون إنسان لهذا فهي لصيقة به، من هنا يمكن القول أن محل جريمة الاعتقال التحكمي هي الإنسان أو الشخص فلا يمكن تصور وقوعها على الأشياء.

المبحث الثاني : الركن المعنوي مناط العقاب عن جريمة الاعتقال التعسفي :

إن الجريمة ليست كيانا ماديا خالصا قوامه الفعل وآثاره، وإنما هي كذلك كيانا نفسيا قوامه العناصر النفسية المكونة لها[2]، وهو ما اصطلح على تسميته بالركن المعنوي باعتباره توجيه إرادة الفاعل الى ارتكاب الفعل المكون لجريمة الاعتقال التعسفي(المطلب الأول)، ومتى استكملت الأركان القانونية لهذه الجريمة وقام الدليل الأكيد على ثبوتها استحق مرتكبها العقوبة المقررة قانونا[3] (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الركن المعنوي لجريمة الاعتقال التعسفي :

الركن المعنوي أو القصد الجنائي هوالرابطة النفسية والذهنية بين الفاعل وماديات الجريمة، ولهذا يقال بأن هذا الركن هو ركن الإثم لماديات الجريمة ويتمثل في السيطرة الذهنية والنفسية عليها، بحكم أن هذه الماديات لاتعني المجتمع إلا إذا صدرت عن إنسان يسأل عنها ويستحق العقوبة المقررة من أجلهاولمساءلته ينبغي أن تكون إرادته حرة مختارة فلا إرادة لمن لا اختيار له[4].

[1]- محمد الأمين ، جريمة الاعتقال التحكمي،أي مسؤولية جنائية لضباط الشرطة القضائية؟، المجلة المغربية للقانون الجنائي والعلوم الجنائية ،العدد المزدوج 4-5 دجنبر 2017 :ص . 21.

[2]-علي حسين الخلف، سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، المكتبة القانونية بغداد، ص.148

[3]- ماهر عبد شويش الدرة ، شرح قانون العقوبات -القسم الخاص-،المكتبة القانونية بغداد، الطبعة الثانية ،ص.367

[4]-محمد العروصي، المختصر في القانون الجنائي المغربي- الجزء الاول - القانون الجنائي العام، مطبعة مرجان مكناس ،الطبعة الثانية 2016 : ص. 232.

تقتضي جريمة الاعتقال التحكمي لاستكمالها على الوجه الأصح القصد الجنائي العام القائم على العلم والإرادة دون القصد الخاص وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها[1]، فالعلم كما نعلم جميعا حالة نفسية تقوم في ذهن الجاني جوهرها الوعي بحقيقة العناصر والوقائع التي يتكون منها القصد الجرمي، مع تمثل أو تصور النتيجة الإجرامية التي قد يكون من شأن الفعل الإجرامي إحداثها كأثر له، ومعيار العلم شخصي بحت مرجعه نفسية الجاني هو لا نفسية الرجل العادي، وبصرف النظرعن قيامه على أسباب معقولة أو غير معقولة لأن قياس العلم يتم إلا بمقياس ذاتي شخصي وليس موضوعي[2].

أما الإرادة وهي أن يكون تصرف الجاني إراديا، ذلك أن إرادية التصرف شرط جوهري لازم في جميع الجرائم مقصودة كانت أو غيره مقصودة، فإن كان مكرها على ذلك إكراها ماديا أو معنويا تخلفت المسؤولية الجزائية[3]، كمن أكره على إغلاق مكان على شخص بداخله لأن إرادته لم تتجه إلى إتيان الفعل[4].

والجدير بالذكر هنا أن الفقه المقارن[5]اعتبر حسن النية عامل انتفاء المسؤولية الجنائية للفاعل، كادعاء الجهل بعدم مشروعية الفعل وهنا يجب التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى وتتمثل في الدفع بجهل أحكام قانون العقوبات الموضوعي، فهذا لا يقبل كأساس لعدم عقاب الفاعل على اعتبار افتراض علمه بأحكامه ومكلف بتطبيقه[6].

والحالة الثانية تتحقق في الدفع بجهل أحكام قانون الإجراءات الجنائية، فهو دفع يتعلق بغير أحكام قانون العقوبات مما يؤدي إلى نفي القصد الجنائي ومن الأمثلة العملية في هذا الشأن:

---

[1]-"المقرر قانونا أن جريمة القبض على الأشخاص وحبسهم أو حجزهم المصحوب بالتهديد بالقتل هي من الجرائم العمدية ولذلك لا يستلزم القانون في هذه الجريمة سواء كانت في صورتها المبسطة بالمادة 280 من قانون العقوبات أو صورتها المشددة في المادة 282 من قانون العقوبات لا يتطلب القانون فيهما سوى القصد الجنائي العام بركنيه الإرادة والعلم وهو يستفاد من وقائع الدعوى ولا يتطلب القانون أي قصد جنائي خاص لهذه الجريمة في صورتها وفي ذلك حكمت محكمة النقض بأنه لما كانت جريمة القبض والحبس والحجز المصحوب بالتهديد بالقتل هي من الجرائم العمدية ويتحقق القصد الجنائي في هذه الجريمة متى كان الجاني قد أتى الفعل عمدا وهو يعلم انه يحرم المجني عليه من حريته دون وجه حق ويهدد حياته بالقتل وهذه الجريمة لا تطلب غير القصد الجنائي العام ولما كانت المحكمة لا تلتزم بأن تتحدث باستقلال عن القصد الجنائي في هذه الجريمة بل يكفي أن يكون هذا القصد مستفادا من وقائع الدعوى كما أورد الحكم وهو ما تحقق في واقعة الدعوى فإن منع الطاعنين في هذا الشأن يكون غير سديد".
نقص جنائي في الطعن رقم 47672 لسنة 67 جلسة 12-04-2000 أورده عادل عبد العليم ،شرح جرائم الخطف وجرائم القبض على الناس دون وجه حق ،دار الكتب القانونية ، مطابع شتات 2006 :ص . 138.

[2]- السعيد كامل، شرح قانون العقوبات – الجرائم الواقعة على الشرف والحرية - دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الطبعة الأولى 2002. ص . 208.

[3]-السعيد كامل ، م . س : ص . 208.

[4]-محمد سعيد نمور، م . س : ص. 290.
نقض 17-04-1956 في الطعن رقم 1422 أورده صلاح الدين جمال الدين،م . س : ص . 97.

[5]-جمال جرجس مجلع تاوضروس، م .س :ص. 86ومابعدها.
- صلاح الدين جمال الدين، م . س : ص . 98.

[6]-محمد العزوزي، الحراسة النظرية بين القانون والقضاء، بحث لنيل دبلوم الماستر في العدالة الجنائية والعلوم الجنائية،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،السنة الجامعية 2007-2008 :ص.57.

– مأمور الضبط القضائي الذي يقوم بالقبض على شخص توجد في يده قطعة تشبه المخدرات إلى حين التحقق من طبيعتها[1].

– القبض على شخص لتشابه الأسماء.

– القبض على شخص برئ خطأ استنادا على معلومات أدلي بها مرشد سري

ومن تم فإن حسن النية وإن كان يمنع إقامة المسؤولية الجنائية، فإنه لا يمنع من إمكانية قيام المسؤولية الإدارية والتّأديبية وكذا المدنية، لأنها تنفي العمد ولا تنفي الخطأ بذلك قضت محكمة النقض المصرية: "القضاء بالبراءة لعدم العقاب على واقعة القبض دون وجه حق، لا يؤدي حتما إلى انتفاء المسؤولية ولا يمنع أن تكون نفس هذه الواقعة فعلا خاطئا ضارا يوجب فاعله بتعويض الضرر"[2].

المطلب الثاني : عقاب جريمة الاعتقال التعسفي :

إذا قامت جريمة الاعتقال التحكمي بتوافر الأركان الثلاثة السالفة الذكر وأسند الفعل لمرتكبيه، تحمل مسؤوليته الجنائية الممثلة أساسا في العقاب كرد فعل اجتماعي عن كل فعل أو ترك مخالف للقانون تحقيقا للردع بنوعيه العام والخاص.

تتمثل عقوبة جريمة الاعتقال التعسفي في التجريد من الحقوق الوطنية فهي كعقوبة أصلية تقضي بها المحاكم في الجنايات السياسية فقط ولمدة تتراوح بين سنتين وعشر سنوات ما لم تنص مقتضيات خاصة على خلافا ذلك، ويوجب الحكم بهذه العقوبة حرمان المحكوم عليه من :

– من جميع الوظائف العمومية وكل الخدمات والأعمال العمومية.
– أن يكون ناخبا أو منتخبا وحرمانه بصفة عامة من سائر الحقوق الوطنية والسياسية ومن حق التحلي بأي وسام.
– عدم الأهلية للقيام بمهمة عضو محلف أو خبير وعدم الأهلية كذلك لأداء الشهادة في أي رسم من الرسوم أو الشهادة أمام القضاء إلى على سبيل الإخبار فقط.
– عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو مشرفا على غير أولاده.
– المنع من حق حمل السلاح ومن الخدمة في الجيش والقيام بالتعليم أو إدارة مؤسسة أو العمل في مؤسسة للتعليم كأستاذ أو مدرس أو مراقب.

[1]-رمسيس بهنام ، الجرائم المضرة بأحاد الناس، منشاة المعارف بالإسكندرية ، دون طبعة : ص. 291.

[2]-نقض 17 أبريل 1956 مجموعة أحكام النقض 1422 س 25 ق:أورده عبد المنعم سالم شرف الشيباني ، م.س : ص.344.

إلا أنه إذا كان المحكوم عليه أجنبيا أو مغربيا سبق تجريده من تلك الحقوق في جريمة سابقة ولم تنته الفترة المحكوم بها عليه بعد، يكون القاضي ملزما بالحكم على المتهم بالسجن من خمس إلى عشر سنوات تطبيقا للفقرة الثانية من الفصل 27 من القانون الجنائي[1].

كما يتعين التأكيد على أن التجريد من الحقوق الوطنية عقوبة جنائية أوردها المشرع لخطورة العمل التحكمي الماس بحرية وحقوق الأشخاص المحمية دستوريا وكذا في مختلف القوانين الأخرى، فهذه العقوبة نفسها تطبق على الرئيس الذي يأمر مرؤوسيه بالعمل التحكمي إذا أثبت المرؤوس أنه تصرف بناء على أمر من رئيسه، لكن إذا تصرف الموظف بدافع شخصي أو لتحقيق مصالح ذاتية تطبق عليه العقوبات المحددة في الفصول من 436 إلى 440 من القانون الجنائي[2]، وبالرجوع إلى هذه الأخيرة – التي تتعلق بالجرائم المرتكبة من قبل الأفراد ضد فرد آخر– إذا تم القبض دون إذن السلطات المختصة أو في الحالة التي لايجيزها القانون، وكانت مدة القبض 30 يوما أو أكثر فالعقوبة هي السجن من 10 إلى 20 سنة،أما إذا ارتكبت عن طريق ارتداء بدلة أو حمل شارة نظامية أو انتحال صفة، أو تقديم أمر مزور كانت العقوبة من 20 إلى 30 سنة، وقد تصل العقوبة إلى السجن المؤبد إذا كان القبض بهدف المطالبة برهائن أو فدية وتسهيل ارتكاب جنحة أو جناية أو الإفلات من عقابهما.

إلى جانب ذلك عاقب الفصل 227 من القانون الجنائيبالتجريد من الحقوق الوطنية، كل موظف عمومي أو أحد رجال القوة العمومية أو مفوضي السلطة العامة المكلفين بالشرطة القضائية أو الإدارية إذا رفض أو أهمل الاستجابة لطلب إثبات حالة اعتقال تحكمي، ولم يقدم دليلا على كونه قد أبلغه إلى السلطة الرئاسية، وترمي جريمة هذا الفصل إلى معاقبة الموظفين المكلفين مباشرة بتنفيذ الاعتقال إذا كان تحكميا والذين يمتنعون ولا يبلغون رؤسائهم.

بينما الفصل 229 من القانون الجنائيعاقب كل عضو في الهيئة القضائية أو أحد ضباط الشرطة القضائية بنفس العقوبة، إذا حرك متابعة أو قام بإجراء يمس حرية شخص يتمتع بحصانة قضائية دون الرجوع إلى مسطرة الإذن بالطرق المسموح بها قانونا.

من جهة أخرى نجد المشرع نص على عقوبة جنحية في الفصل 228 من القانون الجنائي[3]، لأن الأفعال المشار إليها هي في الواقع خرق للإجراءات الشكلية يوجبها القانون ولو كان الاعتقال في ذاته صحيحا[4].

---

[1]-جعفر العلوي، م. س : ص . 136.

[2]-محمد الأمين، جريمة الاعتقال التحكمي،أي مسؤولية جناية لضباط الشرطة القضائية؟ ، م . س :ص . 22.

[3]-الفصل 228 من القانون الجنائي: "كل مشرف أو حارس في سجن أو في مكان مخصص لإقامة المعتقلين، تسلم معتقلا بدون الوثائق القانونية المبررة لذلك، طبقا للفصل 653 هن المسطرة الجنائية، أو رفض تقديم المعتقل إلى السلطات أو الأشخاص الذي لهم الحق في رؤيته طبقا لأحكام الفصول 660 إلى 662 من المسطرة الجنائية وذلك دون وجود أمر من قاضي التحقيق بمنع الاتصال بالمعتقل أو رفض تقديم سجلاته إلى من له الحق في الاطلاع عليها يعد مرتكبا لجريمة الاعتقال التحكمي ويعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم".

[4]-توفيق محمد الشاوي، تعليقات وشروح مقارنة مجموعة القانون الجنائي المغربي، دار الكتاب الدار البيضاء: ص.204.

وإرتباطا بالقانون المقارن نجد قانون العقوبات الأردني نص على عقوبة جنحية وذلك في الفصول 346 و 178 و 179 من قانون العقوبات وهي :

- الحبس من أسبوع واحد كحد أدنى إلى سنة كحد أقصى أو الغرامة التي تجاوز خمسين دينارا

- الحبس من 3 أشهر إلى سنة إذا وقعت من موظف دون أن تكون لوظيفته أي علاقة أو ارتباط.

- الحبس من شهر إلى سنة إذا ارتكب أحد حراس السجون أو المعاهد التأديبية أو الإصلاحية وفق ما نصت عليه المادة 179 من قانون العقوبات الأردني[1]، لهذا اعتبر بعض الفقه أن اتجاه المشرع نحو تجنيح هذه الجريمة من خلال العقوبة المقررة لها لا يتناسب وجسامة الفعل المرتكب التي يشكل اعتداء على أهم حقوق الإنسان ألا وهي الحرية الشخصية.

وفي ذات السياق نهج المشرع المصري نفس المنحى وعاقب على جريمة الاعتقال التحكمي في المادة 280 من قانون العقوبات بعقوبة جنحية وهي الحبس أو الغرامة التي لا تتجاوز مائتي جنيه مصري[2]، كما عاقب كذلك بالحبس لمدة لا تزيد عن سنتين كل من أعار محلا للحبس و الحجز غير الجائزين وهو على علم بذلك، غير أنه لطف من هذا الاتجاه الذي تبناه المشرع الأردني من خلال ظروف التشديد[3]التي نصت عليها في المادة 282 من قانون العقوباتوهي التحايل والتهديد بالقتل والتعذيب البدنيالتي حولت الجنحة إلى جناية بتشديد العقوبة على مقترفيها.

خاتمة :

أمام التطور المذهل الذي تعرفه الحرية على المستوى الدولي وما واكبه من دينامية على المستوى الوطني، وباعتبار الاعتقال التعسفي شكلا من اشكال المس بها فقد عملت جل القانونية الموضوعية المعاصرة على الحق من هذه الممارسات من خلال عمليتي التجريم والعقاب.

لذلك لا تخلو القوانين الوضعية من المعالجة الموضوعية لهذه الجريمة سواء كان مرتكبها من الخواص في إطار الاحتجاز او الاختطاف او كان من المكلفين بمهمة رسمية بمناسبة الشطط في استعمال السلطة وهذا ما سار عليه المشرع الجنائي المغربي من خلال المواد من 225 الى 230 من ق.ج. كما سبق الإشارة الى ذلك.

---

[1]- محمد صبحي نجم ، م . س : ص 167. وما بعدها.

[2]-المادة 280 ق.ع المصري: "كل من قبض على أي شخص أو حبسه أو حجزه بدون أمر أحد الحكام المختصين بذلك وفي غير الأحوال التي تصرح فيها القوانين واللوائح بالقبض على ذوي الشبهة يعاقب بالحبس او الغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه"

[3]-"يتحقق الظرف المشدد المنصوص عليه في المادة 282 من قانون العقوبات متى كان وقوعه مصاحبا للقبض ولا يشترط أن يكون تاليا له" الطعن رقم 717 لسنة 29 ق جلسة 1959/6/23.أورده عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون العقوبات(الكتاب الثالث والرابع)، الجنايات الجنح والمخالفات التي تحدث لافساد الناس، منشأة المعارف الاسكندرية 2003: ص .351.

وانطلاقا من هذه الدراسة المتواضعة يمكن الخروج بالتوصيات التالية :

- ضرورة وضع تعريف قانوني لجريمة الاعتقال التعسفي يتماشي مع المقتضيات التي صادق على المغرب في الاتفاقيات الدولية
- تجاوز منطق العبارات الفضفاضة في المعالجة الموضوعية للجريمة
- لعدم الإفلات من العقاب يجب وضع قواعد إجرائية لتجاوز صعوبة اثبات جريمة الاعتقال التعسفي
- تنزيل أقسى العقوبات على مرتكب هذه الجريمة انسجاما مع التوجه الدستوري لسنة 2011
- تثمين توجه مسؤولية الدولة عن أخطاء موظفيها في إطار التأطير الدستوري للخطأ القضائي من خلال الفصل 122 منه.
- احاطة الإجراءات الماسة بالحرية بجل الضمانات الضرورية لعدم التعسف في المراحل السابقةو المواكبة واللاحقة للمحاكمة.

❖ قائمة المصادر والمراجع المعتمدة :

- عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون العقوبات(الكتاب الثالث والرابع)، الجنايات الجنح والمخالفات التي تحدث لإفساد الناس، منشأة المعارف الاسكندرية 2003

-توفيق محمد الشاوي، تعليقات وشروح مقارنة مجموعة القانون الجنائي المغربي، دار الكتاب الدار البيضاء

-محمد العزوزي، الحراسة النظرية بين القانون والقضاء، بحث لنيل دبلوم الماستر في العدالة الجنائية والعلوم الجنائية،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،السنة الجامعية 2007-2008

- رمسيس بهنام ، الجرائم المضرة بأحاد الناس، منشاة المعارف بالإسكندرية ، دون طبعة

-عادل عبد العليم ،شرح جرائم الخطف وجرائم القبض على الناس دون وجه حق ،دار الكتب القانونية ، مطابع شتات 2006.

- السعيد كامل، شرح قانون العقوبات – الجرائم الواقعة على الشرف والحرية - دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الطبعة الأولى 2002.

-محمد العروصي ، المختصر في القانون الجنائي المغربي- الجزء الاول - القانون الجنائي العام، مطبعة مرجان مكناس ،الطبعة الثانية 2016

-محمد الأمين ، جريمة الاعتقال التحكمي،أي مسؤولية جنائية لضباط الشرطة القضائية؟، المجلة المغربية للقانون الجنائي والعلوم الجنائية ،العدد المزدوج 4-5 دجنبر 2017

-جمال جرجس مجلع تاوضروس ، الشرعية الدستورية لأعمال الضبطية القضائية ،دون طبعة

-السعيد كامل ، شرح قانون العقوبات – الجرائم الواقعة على الشرف والحرية – دراسة مقارنة ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الطبعة الأولى 2002.

-جعفر العلوي، القانون الجنائي العام المغربي، دون ذكر المطبعة، طبعة 1998-1999

-صلاح الدين جمال الدين ، بطلان اجراءات القبض – دراسة في أحكام محكمة النقض الجنائي- ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، طبعة 2005.

-عبد المنعم سالم شرف الشيباني ، الحماية الجنائية للحق في أصل البراءة – دراسة مقارنة- ، دار النهضة العربية القاهرة ، الطبعة الأولى 2006.

-محمد سعيد نمور ، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص- الجرائم الواقعة على الأشخاص (الجزء الأول) ،دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الطبعة الأولى 2005.

-محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع عمان ، الطبعة الأولى 2002 .

-عبد الواحد العلمي ،شرح القانون الجنائي المغربي- القسم العام-، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الخامسة 2013

- Raymond GASSIN , la libertéindividuelledevantledroitpénal ,Ed.sirey1980

الحماية الدستورية للحق في
الحصول على المعرفة وتداول المعلومات

Constitutional protection of the right to
access to knowledge and to exchange information

إيمان جسام محمد[1]

باحثة دكتوراه في القانون العام

القانون الدستوري- والمدرس في قسم

القانون، كلية الفارابي الجامعة، العراق، بغداد

Iman Jassam Mahammad, PhD researcher

in public law - constitutional law - and teacher

in the Law Department, Al-Farabi University College, Iraq, Baghdad

[1] - email : eman.jasam@alfarabiuc.edu.iq

ملخص :

أن الحاجة إلى الحصول على المعلومات اصبحت لا تخفى على أحد، فالسرية الحكومية اصبح أسلوب إدارة غير سليم في عصر العولمة وتكنولوجيا المعلومات والانفتاح الاقتصادي، فأصحاب المصلحة بل والمواطنون وكل المستفيدون من برامج التنمية، وكذلك منظمات المجتمع المدني والمشتغلون بقطاع الأعمال والتجارة، جميعهم يحتاجون إلى المعرفة والمعلومات التي تحتفظ بها الإدارات الحكومية سواء ما كان يتصل بعملياتها أو قرارتها.

ويعتبر حق الجمهور في الحصول على المعرفةوالمعلومات من أحد أهم ركائز البناء . كما أن الوصول إلى المعلومات يعد متطلبا أساسيا لكل الديمقراطي أليةدولة في العالم فرد للمشاركة في الحياة العامة في المجتمع واتخاذ قرارات حكيمة من بن عدة بدائل في مسائل مثل الانتخاب، والمشاركة في الشؤون العامة للدولة، ومناقشة السياسات ومشاريع القوانين، ومراقبة الحكومات، وكشف انتهاكات حقوق الإنسان، وكشف الفساد وترهل أجهزة . والمعلومات من أفضل الوسائط الحكومة، وتسهيل إقامة المشاريع التجارية والاقتصادية للحوار بن المواطن للوصول إلى أكبر قدر من الاتفاق حول مختلف القضايا السياسية والاقتصاديةوالاجتماعية.

- **الكلمات المفتاحية** : حماية دستورية، حق المعرفة، تداول المعلومات.

Abstract :

The need to obtain information is not hidden from anyone. Government secrecy has become an unsound management method in the era of globalization, information technology and economic openness. The stakeholders, and even citizens and all beneficiaries of development programs, as well as civil society organizations and those engaged in business and trade, all need knowledge. and information held by government departments, whether related to their operations or decisions.

The right of the public to obtain knowledge and information is one of the most important pillars of building it. Also, access to information is a basic requirement for every democrat in any country in the world to participate in public life in society, make wise decisions from among several alternatives, and participate in electoral matters such as Public policies of the state, discussing

policies and bills of laws, monitoring governments, exposing human rights violations, exposing corruption and slackening of the government's apparatus and information are among the best media, and facilitating the establishment of commercial and economic projects for dialogue between citizens to reach the greatest degree of agreement on various political, economic and social issues.

- **Keywords :** Constitutional protection, right to know circulation of information.

المقدمة :

أولا : التعريف بموضوع البحث :-

إن حق المعرفة وحرية تداول المعلومات يعنى لدى الكثير من الأفراد أنه الحق في الحصول على المعلومات التي تحتفظ بهاالجهات العامة، فضلا عن أنه يتم الاعتراف به الأن بشكل واسع النطاق على أنه حق إنساني أساسي, كما أن هناك توجهعالمي كبير نحو الاعتراف القانوني بهذا الحق، فالدول التي ترغب في مختلف أرجاء العالم إلى الديمقراطية إما قد تبنت قوانين حرية المعلومات أو هي في مرحلة عملية الإعداد لذلك,ويمثل هذا الشأن تغير ضخم منذ عشر سنوات مضت عندما تم تبني أقل من نصف قوانين حرية المعلومات المعمول بها حاليا.

ويعد حق المعرفة وتداول المعلومات الوجه الآخر لحرية الرأي والتعبير, حيث أنها تعنى حق الأفراد في أن يعبروا عن أراءهم وأفكارهم بحرية, وهو ما يحتوى ضمنيا من حق المتلقي للأفكار والمعلومات على طرق للحصول عليها دون عوائق أو قيود, أي حقه في أن يعرف ويتداول ما يعلمه, وذلك من خلال وسائل الاعلام المختلفة في هذا الشأن.

وهنا لابد من بيان أن أهمية الحق في الوصول للمعلومات وتداولها تأتى من اعتباره أحد أهم آليات تعزيز ودعم ممارسة الحقوق الأخرى على اختلاف أنواعها، مثل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والحقوق الإنسانية, فهو عامل أساسي لتهيئة سياق وبيئة عامة تحترم وتحمي وتؤدي الحقوق, سواء كان ذلك على مستوى الفرد الطامح لأن يكون مواطنا كاملا دون عنف أو تمييز أو تهميش، أو على مستوى مجتمع طامح لتنمية إنسانية حقيقية ومناخ يحترم الحريات، ويقوم على أسس ديمقراطية تحترم معايير الشفافية والحكم الرشيد.

وقد زاد الاهتمام التشريعي بحق المعرفة وتداول المعلومات في الفترة الأخيرة في العديد من النظم القانونية, وذلك لأنه يعتبر أحد أهم العوامل الأساسية لتهيئة سياق وبيئة عامة تحترم وتحمى الحقوق العامة للأشخاص, سواء كانت على المستوى الفردي أو على المستوى الجماعي

ونتيجة لذلك فقد أثر الحق في المعرفة والوصول للمعلومات على تعزيز وحماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية إعمالا لمبدأ "أن الحقوق كل غير قابل للتجزئة" فإن الحق في المعرفة لا يعتبر فقط حقا في حد ذاته، ولكنه أداة لتفعيل ممارسة حقوق أخرى، فمن واجب الدولة أن تتيح لمواطنيها حق الوصول للمعلومات التي من شأنها أن تؤثر على حياتهم، ومن ثم تكون قد وفرت حق تمتعهم بكافة الحقوق الأخرى، فتوافر وتداول المعلومات يتيح إمكانية المعرفة الموضوعية الشاملة بأوضاع الحقوق الأخرى، وإمكانية الحكم على مدى وفاء الدولة بما التزمت به من معايير وأهداف أعلنتها في موازناتها وخططها العامة، وفشلها في ضمان حرية وتداول المعلومات يعني بشكل أو بآخر فشلها في الوفاء بكافة الحقوق الأخرى التي التزمت بأدائها وحمايتها.

وهذا ما دعانا في تلك الدراسة في ظل تلك المؤشرات إلى أنه ينبغي على الدولة العراقيةأن تراجع وتعدل الكثير من الأطر التشريعية والممارسات الإجرائية، التي احتكرت بها على مدى العقود السابقة ما يزيد على80٪ من المحتوى المعلوماتي،بأوجهه العسكرية والأمنيةوالسياسية والفكرية والاقتصادية والبحثية والاجتماعية, وتتعامل من خلالها الأغلبية الكبيرة من مؤسسات الدولة وهيئاتها البيروقراطية والإدارية باعتبار أن الأصل في الأمورهو حجب المعلومات لا الإفصاح عنها وتداولها بحرية، وأن المعلومات ملك للدولة وليس للمواطن أو المنشآت والمؤسسات المختلفة حقوق فيها، بل إن على الآخرين أن يتلقوا فقط المعلومات التي ترى هي أنهم بحاجة إليها أو أنهم يستحقونها أو يمكن أن تحقق لهم منفعة أو تدفع ضررا، وبطريقة أخرى فقد اعتبرت الدولة نفسهاالولي والوصي على المواطنين فيما يتعلق بملكية وإدارة المحتوى المعلوماتي المجتمعي، وتوظيفه واستخدامه وطرق تداوله.

ثانيا : إشكالية الدراسة :-

تتركز إشكالية الدراسة حول ما مدى الحماية الدستورية للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات؟ وهل توجد حماية دستورية فعلية طبقا للواقع العملي لها؟ الأمر الذى يحتم علينا أن نفترض وجود عدد من التساؤلات التي تفرض نفسها في تلك الدراسة والتي سوف يتم الإجابة عليها من خلال تناولها بالدراسة محل بحثنا هذا وهى كالاتي :-

1- ما هو مفهوم الحق في تداول المعلومات والحصول على المعرفة؟

2- هل توجد حماية دستورية فعلية طبقا لنصوص الدستور العراقي للحق في المعرفة وتداول المعلومات؟ وما هو موقف المشرع الدستوريالمصري منها؟

3- هل توجد حماية دولية طبقا لقواعد القانون الدولي والمواثيق الدوليةللحق في تداول المعلومات والحق في المعرفة؟

4- ما هو موقف المشرع القانونيالعراقي من مفهوم الحق في المعرفة وتداول المعلومات؟

ثالثا :أهمية البحث:-

إن أهمية تلك الدراسة تظهر من خلال ضرورة توعية الأفراد بحقوقهم وحرياتهم التي من خلالها تنهض دولهم وشعوبهم, لأنه بالمعرفة والعلم تنهض الأمم وليس بالجهل والتعتيم وتقييد الحريات وحقوق الأفراد, فضلا عن توفير الضمانات القانونية حول استخدام هذا الحق دون تقيده, بل في الحدود التي تضمن عدم التعدي على حقوق الغير.

الأمر الذى دفعنا إلى تناول هذا البحث بالدراسة, لأن الحماية الدستورية للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات حديث العهد نسبيافي العراق, حيث أنه لم ينص عليه صراحة في دستور العراق لعام2005, وإنما تم النص علي كفالة الحق في حرية التعبير والرأي بشتى الطرق بالإضافة إلى حرية الصحافة وحرية الاجتماع والتظاهر السلمى والحق في الاعلام والاعلان والنشر.

رابعا : أهداف الدراسة:-

تهدف تلك الدراسة إلى العديد من الأهداف والتي تناولها هذا البحث ومن بينها :-

1- توضيح مدى توافر الحماية الدستورية للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات من عدمه.

2- بيان مدلول الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلوماتفي التشريع العراقي.

3- بيان موقف المشرع الدستوريالعراقي من هذا الحق محل الدراسة.

خامسا : منهج البحث:-

لقد أتبعت في تلك الدراسة كل من المنهج الوصفي وذلك من خلال وصف مفهوم الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات, حتى يتسنى لنا بيان مدى أهمية هذا الحق في الحياة السياسية والاجتماعية, فضلا عن الأخذبالمنهج التحليلي والذى يشتمل على تحليل مفهوم هذا الحق, مع توضيح الأساس التشريعي والدستوري له من خلال بيان النصوص الدستورية التي نصت على تكريس هذا الحق الدستوري الذى كفله الدستور تلك الدراسة.

سادسا :خطة الدراسة:-

تشمل دراسة هذا البحث بيان مدى الحماية الدستورية للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات, وقد تناولنا هذا البحث بالدراسة من خلال مقدمة ومبحثان وينقسم كل مبحث منهما إلى مطلبان وذلك على النحو التالي:-

المبحث الأول : التنظيم التشريعي للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات في العراق.

المطلب الأول : مفهوم الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات.

المطلب الثاني : رؤية المشرع العراقي من الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات.

المبحث الثاني : دور الدستور والاتفاقيات الدولية للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات

المطلب الأول : موقف الدستور العراقي لسنة 2005 من الحق في المعرفة وتداول المعلومات.

المطلب الثاني : دور المنظمات الدولية في دعم حرية تداول المعلومات وحق المعرفة.

المبحث الأول

التنظيم التشريعي للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات في العراق

لابد في البداية أن نوضح أم مفهوم الحماية القانونية في لغة القانون يعنى "منع الأفراد من الاعتداء على حقوق بعضهم البعض بموجب أحكام ونصوص قانونية"([1]), فالحماية بهذا المعنى تختلف من نوع لآخر تبعا لاختلاف الحقوق المحمية, فقد تكون الحماية مدنية أو إدارية أو جنائية أو سياسية, فمن الممكن أن نرى حماية مدنية للقاضيالمدني متى أقر التعويض المدني مثلا في إطار المسؤولية المدنية, أو حماية للقاضيالجنائي متى لحقت العقوبة والجزاء المالي وتقييد حرية الأشخاص وذلك حسبما في إطار المسؤولية الجنائية([2]).

ولذلك فإن الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات لابد أن يتمتع بالحماية القانونية على المستوى الداخلي داخل إطار الدولة وذلك من خلال التشريعات الوطنية التي تضمن أو تكفل حماية هذا الحق من اهداره أو التعدي عليه, وأيضا على الصعيد الخارجي أو الدولي من خلال قواعد القانون الدولي والمواثيق الدولية التي تحافظ على الحق في المعرفة وحرية تداول المعلومات([3]).

ولعل من الأهمية أن نتحدث أولا عن مفهوم الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات وذلك حتى يتسنى بيان دور الحماية القانونية في الحفاظ على هذا الحق ولذلك سوف يتم تناول كل منهما بالدراسة في مطلبان على النحو التالي:-

المطلب الأول : مفهوم الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات.

([1]) د. المنزول، مصطفى النابر, الحماية القانونية للحوق الفنية والأدبية في السودان, دراسة مقارنة, مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية, عام 2007, ص 20.

([2]) د. جابر، صالح, حق المعرفة وتداول المعلومات في التشريع الجزائري بين الحماية والتقييد, مجلة الدراسات الفقهية والقضائية, العدد 2, عام 2016, ص 170.

([3]) د. عبد المجيد، قدري, الإعلام وحقوق الإنسان قضايا فكرية ودراسة تحليلية وميدانية, دار الجامعة الجديدة الإسكندرية, عام 2008, ص 225.

المطلب الثاني : رؤية المشرع العراقي من الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات.

المطلب الأول

مفهوم الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات

أن التشريعات العربية والفقه أكد على حصول الفرد على المعلومات والتي تقتضي من ورائها تحقيق المصلحة، لكن بعض الدول تمتنع عن إعطاء المعلومة، وذلك للحفاظ على أمنها القومي، وخاصة الدولة القوية، وذلك خشية من تداول المعلومات إلى الإفراد وإلى الدول الأخرى وتعرضها للخطر، لكن في الوقت ذاته أكدت الاتفاقيات على ضرورة حصول الفرد على المعلومات وتداولها من خلال نقل الأفكار والآراء بما يساهم في التقدم العلمي.

وعلى هذا الأساس يقسم الباحث المطلب إلى فرعين، الأول يتناول فيه المقصود بالحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات، والفرع الثاني يوضح فيه أهمية الحصول على المعلومات وتداولها.

أولًا- المقصود بالحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات :

يعنى المفهوم العام لحرية تداول المعلوماتهو حق الأفراد في الحصول على المعلومات التي تحتفظ بها المؤسسات العامة والتي تهدف من وراء ذلك إلى الصالح العام, وبناء على ذلك فلابد أن تكون المعلومات متاحة للكافة أي لجميع الأفراد, وذلك إذا لم تكن هناك مصلحة حيوية وضرورية للدولة تقتضى سرية هذه المعلومات, لأن الدول التي يتم فيها تداول المعلومات بحرية تعبرعن صورة جيدة لمجتمعاتها لدى الخارج, بينما تتقلص البدائل والخيارات في المجتمعات المغلقة التي لا تتيح تبادل المعلومات فتقدم صورة سلبية عن نفسها, فالمجتمعات والدول القوية لا تخشى المعلومة, لأنها تجعلها مجتمعات حصينة حيث أنها بذلك تضع كل تصرفاتها تحت المجهر أمام الأفراد, بينما على الجانب الأخر فالمجتمعات والدول الضعيفة التي تخشى المعلومة تكون عرضة لتكريس الضعف في أجهزتها وأبنيتها المجتمعية المختلفة, وتصبح أجيالها القادمة عاجزة عن المنافسة بين الدول في ظل غياب المعرفة والحقائق([1]).

ولذلك فإن تداول المعلومات يعد السبيل لمحاربة الفساد داخل الدولة وعدم التستر على الأخطاء أو انتشار الشائعات التي قد تضر بالأمن القومي,فإذا كان الحفاظ على الأمن القومي الحجة الأساسية لأنصار حجب المعلومة نتيجة مبررات ونوايا حسنة أحيانا, فإن حجب المعلومة من الممكن أحيانا أن يترتب عليه ضررا كبير بالأمن القومي للدولة, فقد يكون حجب المعلومة مفيد لحفظ أسرار الدولة, ولكنه من الممكن أن يعود بالسلب على الارتقاء بأهم جانب من جوانب الأمن القومي بالمفهوم الشامل له, وهو الخاص بالارتقاء

[1]) د. سراج الدين، إسماعيل, حرية تداول المعلومات في مصر, مكتبة الإسكندرية, عام 2009, ص 7.

بمستوى مفهوم الوعى والثقافة في المجتمع والذى لا يتحقق إلا من خلال فتح نوافذ تداول المعلومات حتى يصبح المجتمع قويا([1]).

ومن انعكاسات تلك الفكرة أن حق الحصول على المعلومات في بعض الدول يشمل ثلاثة فروع وهى المعلومات (الإدارية, والتشريعية, والقضائية), بينما في بعض الدول الأخرى لا يشمل إلا الفرع الأول وهو المعلومات الإدارية, على الرغم من أنه لا يوجد سبب يمنع من شمول الفرعين الآخرين, طالما أن قانون الاستثناءات يحمى المعلومات الشرعية السرية([2]).

وصفوة القول:أن مفهوم الحق في الحصول على المعلومات هو حق الإنسان في الوصول الآمن للمعلومات من خلال عدم الإساءة لمتلقي المعلومة أو طالبها والتي تحتفظ بها المؤسسات العامة والجهات الخاصة, حيث أنه من واجب هذه الجهات والمؤسسات أن توفرها عند الطلب أو بدونه أيضا, فهو يعتبر حق أصيل من حقوق الإنسان بحيث يسرى عليه ما يسرى على بقية الحقوق الأخرى للأفراد, حيث أنه يتفرع من العديد من الحقوق الاخرى مثل الحق المعرفة والاعلام والاتصال وحق المواطن أو الفرد في المشاركة في الحياة السياسية, إلا أنه يجب على المشرع أن يضع التشريعات اللازمة لتنظيم هذا الحق حتى لا يخرج عن الغرض الذى أقيم من أجله في الدستور.

ثانيًا- أهمية الحصول على المعلومات وتداولها :

تعد مسألة حرية تداول المعلومات من أهم المسائل التي يتوقف عليها الحق في الحصول على المعلومات, والذى يكمن في إمكانية إتاحة تلك المعلومات بما تمثله من قدرة على امتلاك أدوات تكنولوجية مع القدرة على استخدامها بشكل صحيح للحصول على المعلومات([3]).

وفى ضوء ذلك فقد أقر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948م في المادة رقم 19على أن "يتمتع الجميع بحق حرية الرأي والتعبير, ويشمل هذا الحق على حرية الاحتفاظبالآراء دون أي تدخل, أو بحث أو تلقى أو من خلال نقل المعلومات والافكار من خلال أي وسيلة إعلام وبغض النظر عن الحدود "وعلى ذلك يشمل هذا الحق حرية البحث عن الافكار والمعلومات وتلقيها وإذاعتها بأية وسيلة ودون اعتبار للحدود, وقد نصت المادة 27 من ذات الإعلان على الحق في المشاركة الحرة في حياة المجتمع الثقافية مع المشاركة في التقدم العلميوما يترتب عليه من مكاسب([4]).

---

[1]) د. الإسلام ، أحمد سيف, تأصيل الحق في المعرفة كسلاح للدفاع عن حرية الرأي والتعبير, مجلة الدراسات الإعلامية, عام 1996, ص 27.

[2]) د.عقل، زياد, حرية تداول المعلومات في مصر والأطر الدستورية والتشريعية، مجلة الديمقراطية، الأهرام، السنة(١٦)، العدد(٦٣)، يوليو ٢٠١٦.

[3]) د. محفوظ، محمد عبد اللطيف م, عصر المعلومات وموقف النظام الإعلامي المصري من مفهوم حق المعرفة, رسالة ماجستير, كلية الآداب جامعة الاسكندرية, عام 1998م, ص 87.

[4]) أ. عادل، مارينا, أليات إتاحة المعلومات, دراسة مقارنة, مركز دعم لتقنية المعلومات, مصر, عام 2013, ص 32.

ومما لا شك فيه أن مفهوم الحق في المعلومات يشير في الاساس إلى حق الفرد في الحصول على المعلومات التي تكون بحوزة السلطات العامة في أي دولة, ويعتبر هذا الحق ذو طبيعة مزدوجة, حيث أنه يعتبر من طائفة الحقوق السلبية في جزء منه, وذلك من خلال امتناع السلطات العامة عن اتخاذ أيإجراءات تشريعية أو إدارية أو غيرها للحيلولة دون الانتشار الحر للمعلومات سواء من الداخل أو تدفقها من الخارج, وبناء على ذلك يمتنع على الدولة وضع العوائق ضد تدفق المعلومات من الخارج , أو أن تحتكر المعلومات التي بحوزتها وتمنع نشرها إلا في حالة وجود سبب قوى يتعلق بالصالح العام مثل الأمن القومي, أما بالنسبة للجانب الإيجابي للحق في الحصول على المعلومات فيعنى ضرورة التزام الدولة بنشر المعلومات الرئيسية التي تتعلق بالمصلحة العامة على أوسع نطاق, وذلك ضمانا للشفافية والرقابة على أداء السلطات العامة ومحاسبتها عند الانحراف([1]).

وبناء على ذلك يمكن التمييز بالنسبة لحرية تداول المعلومات بين مفهومين وهما :

الأول : التداول الموسع في إطار حرية التعبير والتدفق الحر للمعلومات والأفكار وما يرتبط بها من الحق في الحصول على المعلومات المتاحة.

الثاني : هو التداول المنظم الذي يركز على الحق في الحصول على المعلومات الرسمية بإشكالها المختلفة دون النظر إلى الوسيلة المستخدمة, وهو ما يستلزم وجود تشريعات تنظم أسلوب الحصول على المعلومات والقواعد التي تحمي مبادئ الخصوصية وأمن المجتمع وقد ظهرت أهمية المفهوم الثاني مع اتساع نطاق تطبيق الديمقراطية، كما ساعد التطور الكبير في تكنولوجيا المعلومات والتجارب الدولية في مجال إتاحة المعلومات في دعم حرية تداول المعلومات([2])..

ومن هذا المبدأفإن القاعدة العامة للإطار القانوني لحرية تداول المعلومات تقوم على الإتاحة المطلقة ، ويرتبط بذلك التحديد الواضح للمجالات التي يسمح فيها بحظر تداول المعلومات سواء كليا أو جزئيا والتي يجب أن يكون نطاقها محدودا وأن تستند إلى قواعد قانونية وتنظيمية تتسم بالوضوح والشفافية, وتساهم حرية تداول المعلومات بشكل كبير في توفير الدعم للنظم الديمقراطية في الحكم من خلال المشاركة الفعالة ووضع أسسوقواعد للمحاسبة والشفافية ، وإمكانية الوصول إلى السلطة والمشاركة فيها وتوفير الخدمات العامة([3]).

إلا أنه على الرغم من استقرار هذا المبدأ فإنه يوجد استثناءات عليه فيما يخص كافة التشريعات على قبول استثناءات محددة تمس المصلحة العامة للمجتمع, ومن الممكن تلخيصها في الوثائق السرية الخاصة بالأمن

---

[1]) د. مندل، تونى, حرية المعلومات, مسح قانوني مقارن, دراسة منشورة من قبل منظمة التربية والعلوم والثقافة التابعة للأمم المتحدة, عام 2003, ص 50 وما بعدها.

[2]) د. الشنراق، حسام محمد نبيل, حرية تداول المعلومات, بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع الإلكتروني:
https://www.facebook.com/hossamnabi/posts.

[3]) د. مندل، تونى, حرية المعلومات, المرجع السابق, ص 54.

القومي والدفاع والسياسة الخارجية للدولة، والوثائق المتعلقة بالنظم الداخلية للأفراد، والمعلومات التي تتعلق بأسرار التجارة أو التي تهدد سلامة الموقف التنافسي كالمعلومات عن المنتجات المطورة، والمعلومات الخاصة بالمواقف المالية والتجارية التي تم الحصول عليها بصورة سرية، والمعلومات الخاصة بصنع القرار المرتبط بالمصلحة العامة للمجتمع، وكذلك المعلومات عن الأفراد التي يؤدي تداولها إلى المساس بالخصوصية كالسجلات الطبية، ومحاضر التحقيق التي يؤدي تداولها إلى التأثير على إجراءات تطبيق القانون أو الحرمان من إجراءات محاكمة عادلة، أو كشف مصادر المعلومات السرية والوثائق الخاصة بالمؤسسات الحيوية بالدولة([1]).

ويمكن القول أنه بالنسبة لما سبق أن هناك تنوع وتباين في الاستثناءات التي ترد على حرية تداول المعلومات وهو ما يؤدي إذا ما تم تطبيقها إلى الحد بشكل مؤثر من حرية تداول المعلومات, لذلك فلابد من النظر إلي مدى ارتباط المعلومات بأهداف التداول الموضوعية ، وعدم ترتب ضرر على إتاحتها للتداول وفقا للهدف من تداولها وهل يحقق تداولها المصلحة العامة أم لا ؟

المطلب الثاني

رؤية المشرع العراقي من الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات

والجدير بالذكر أن إقرار تشريع لحرية تداول المعلومات يحتاج إلى منهج يسترشد به للوصول لذلك الغرض ، ولذلك فقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة عدة مواثيق وأقرت اتفاقيات ، تضمنت القواعد التي يمكن أن تسترشد بها الدول في هذا الشأن, وقد أصبحت تلك القواعد نبراسا ونموذجا لكل من يريد أن يقر تشريعاَ لتداولالمعلومات، وعليه فقد لجأت المنظمات الإقليمية لإتباع المنهج الذي أقرته مواثيق الأمم المتحدة في هذا الشأن حتى تهتدي به الدول التي تقع في الإقليم حتى لا تتعارض تشريعاتها، وتكون ملمة بكافة الجوانب في هذا الشأن, وقد قامت العديد من الدول بسن تشريعات لإتاحة تداول المعلومات حتى تلحق بركب الدول المتقدمة وتتيح الشفافية بين مؤسسات الحكومة والأفراد, وهو ما ينعكس إيجابا على كافة نواحي الحياة فيها وخاصة الاستثمارات، والسياحة، وغيرها مما يحقق الرخاء وبالنظر إلى الوضع في العراق فإن الحاجة إلى تشريع ينظم حرية تداول المعلومات أصبحت ضرورة ملحة, وعليه فسوف نتناول دراسة الموقف التشريعي لحرية تداول المعلومات من خلال المشرع العراقي[(2)].

---

[1]) د. الشنراق، حسام محمد نبيل, المرجع السابق, ص 4.

[2]) د. فاضل، محمد, حرية تداول المعلومات ركن أساسي في حقبة التحول إلى مصر الديمقراطية، المنظمة المصرية الأمريكية لسيادة القانون، تقرير نوفمبر, عام ٢٠١٢, ص 32.

أولا : الموقف التشريعي لحرية تداول المعلومات في القانون العراقي :-

إن وجود الحق في الحصول على المعلومة لا يقتصر على الدستور والقوانين الخاصة بالتعبيرعن الرأي فقط، وإنما اتجه المشرع العراقي تحت ضغوط مطالبات الرأي العام الذي تبنته عدد من المنظمات الحقوقية ومنظمات المجتمع المدني إلى البدء بأولى خطوات تشريع قانون لتنظيم الحق في الحصول على المعلومة، حيث تم وضع مسودة لهذا القانون وهي تنتظر العرض أمام مجلس النواب العراقي لقراءتها والتصويت عليها[1].

ولتوضيح ذلك نشير إلى أنه بالرجوع إلى مسودة مشروع القانون المزمع تشريعه حتى الأن، لوجدنا أنها تحتوي العديد من السلبيات والاشكاليات والتي يجب أن يتجاوزها المشرع العراقي للخروج بصيغة تشريعية تلبي رغبات المشرع العراقي وتتلاءم مع المعايير الدولية, ومنها مسودة مشروع القانون فقد وردت تحت تسمية (قانون الحصول على المعلومات)، والأصل في تسمية القوانين أن تكون للغرض منها حيث أن هذا الغرض يتمثل في تنظيم ممارسة الافراد للحق في الحصول على المعلومات،وكان من الأحرى أن يكون تحت عنوان (قانون تنظيم الحق في الحصول علىالمعلومات)[2].

وفضلا عن ذلك لم ترد (الهيئات المستقلة) ضمن مؤسسات الدولة المخاطبة بأحكام هذا القانون، إلا أنه من الواجب أن تردبأحكامه شأنها شأن باقي المؤسسات,وأيضا لم يشير المشرعإلى الاحزاب والكيانات السياسية والكتل النيابية ومنظمات المجتمع في مسودة هذا القانون, وبالإضافة أيضا إلى وجود تعارض بينصوص مسودة قانون حرية الحصول على المعلومات وبين نصوص القوانين الأخرى، وهذاالتعارض يحتاج إلى توضيح أو رفع لغرض تلافيه وإزالته، للوصول إلى صياغة واضحة وجليةتفيبالمطلوب وتحقق الغرض من القانون[3].

ولابد من الاشارة إلى أن السند القانوني للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات لا يتوقف على مسودة هذا القانون فقط, وإنما نجده في التشريعات العراقية الأخرى وذلك على النحو الاتي:-

1. قانون ديوان الرقابة المالية رقم (6) لسنة 1990 المعدل[4] ، حيث نص في الفقرة (ثالثا) من المادة (3) على ما يلي (يعلن الديوان وينشر على نحو واسع النتائج النهائية لنتائج عمله, بضمن ذلك كل تقييمات الاداء والتدقيق والخطط والتقارير . فصليا على الاقل , او ينشر الديوان قائمة التقارير

[1]) د. كشكول، يمامة محمد حسن, د. البياتي، وائل منذر,التنظيم الدستوري والقانوني للحق في الحصول على المعلومات,كلية القانون, الجامعة المستنصرية, عام 2018, ص 6.

[2]) د. يمامة محمد حسن, التنظيم الدستوري والقانوني للحق في الحصول على المعلومات, المرجع السابق, ص 7.

[3]) نقلا عن دراسة منشورة في الشبكة الدولية للمعلومات الانترنيت للباحث فايز شخاترة. مستشار و باحث قانوني المركز الوطني لحقوق الإنسان, ص13.

4) نشر في الوقائع العراقية العدد 3293 في1990/2/5

المدققة الأخيرة وتوزع القائمة على نحو واسع بقدر الامكان, وباستخدام الانترنت أن توفر كل التقارير إلى الصحافة وأي شخص مهتم من خلال تقديم طلب مكتوب).

2. قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل ، حيث نص في الفقرة (1) من المادة (61) على ما يلي (تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم إجراءها سرا محافظة على النظام العام ومراعاة للآداب العامة ولحرمة الأسرة)([1])

3. قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (32) لسنة 1971 المعدل حيث نص في المادة (152) على ما يلي (يجب أن تكون جلسات المحاكمة علنية ما لم تقرر المحكمة أن تكون كلها أو بعضها سرية لا يحضرها غير ذوي العلاقة بالدعوى مراعاة للأمن أو المحافظة على الآداب ولها أن تمنع من حضورها فئات معينة من الناس)([2]).

4. النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي الصادر بتاريخ 2006/6/15 ، حيث نص في المادة (29) على ما يلي(تكونجلسات المجلس علنية إلا إذا تطلبت الضرورة غير ذلك بطلب من رئيس الجلسة أو باقتراحمن مجلس الرئاسة أو رئيس مجلس الوزراء أو بطلب من 35 عضواً من أعضائه وبموافقةالمجلس بأغلبية الحاضرين, وفي هذه الحالة لا يحضر أحد الجلسة حتى من موظفي المجلسويقوم النائبان ومن يُنَسب من قبل هيأة الرئاسة بتنظيمالمحضر.ثانياً.تنشر محاضر الجلساتبالوسائل التي تراها هيأة رئاسة المجلس مناسبة).

ويمكن القول : أن المشرع العراقي لم يغفل هذا الحق الحيوي للمواطن حينما أشار إلى حرية التعبير في نص الدستور، كذلك بإشارته إلى البحث العلمي وغيرها من الإشارات التي عرضها سلفا، كما أن بعض التشريعات ألزمت بعض المؤسسات بعلنية بعض إجراءاتها ونشر التقارير التي تتعلق بالأمور المالية والحسابية على وفق ما نص عليه قانون ديوان الرقابة المالية وقانون مفوضية النزاهة العامة، ويعتبر ذلك تطور مهم على مستوى التشريع العراقي، وخصوصا الإشارة الصريحة التي وردت في قانون مفوضية النزاهة في القسم السابع حول حق الحصول على المعلومة، كما إن بعض القوانين الإجرائية في المحاكمات أوجبت أن تكون الجلسات علنية وما أشار إليه النظام الداخلي لمجلس النواب حول علنية الجلسات, وهذا يتوافق مع الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات موضوع البحث, لأن وجوب العلنية يمكن المواطن من الاطلاع على ما يجري أثناء المحاكمات أو أثناء مناقشات مجلس النواب.

[1]) أنظر نص المادة رقم (61) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969.

[2]) أنظر نص المادة رقم (152) من قانون المحاكمات الجزائية العراقي رقم (32) لسنة 1971.

المبحث الثاني

دور الدستور والاتفاقيات الدوليةللحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات

إن الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات يتطلب الحماية الدستورية والدولية أيضا التي تكفل ضمانا احترامه ووجوده وعدم التعدي على هذا الحق أو الانتقاص منه, فلابد أن تكون هناك حماية دستورية لهذا الحق وذلك من خلال النص عليه صراحة في صلب الدستور, إلا أنه على الرغم من ذلك لم ينص الدستور العراقي لعام 2005 صراحة على الحق في حرية الحصول على المعرفة وتداول المعلومات, وإنما تضمن بعض النصوص الأخرى التي تضمن كفالة هذا الحق دون النص علية صراحة([1]), ولذلك سوف نتناول بالدراسة الحماية الدستوريةلهذا الحق في المعرفة وتداول المعلومات من جانب المشرع الدستوري العراقي في كل من دستور العراق الحالي لعام 2005, وأيضا في ظل المواثيق الدولية وقواعد القانون الدولي, وذلك من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول : موقف الدستور العراقي لسنة 2005 من الحق في المعرفة وتداول المعلومات

المطلب الثاني : دور المنظمات الدولية في دعم حرية تداول المعلومات وحق المعرفة.

المطلب الأول

موقف الدستور العراقي لسنة 2005 من الحق في المعرفة وتداول المعلومات

الدستور العراقي لعام 2005 لم ينص صراحة على حق الافراد في الحصول على المعلومات لكنه في المادة (31) منه قد نص على كفالة حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل وحرية الصحافة وحرية الاجتماع والتظاهر السلمي والطباعة والاعلان والاعلام والنشر([2]).

ومما لا شك فيه فإن تكوين الأفراد لأي رأيبخصوص أي من مؤسسات الدولة وسلطاتها وسيرعملها سواء كان هذا الرأي سلبيا أو إيجابيا والتعبير عنه لا يمكن إلا من خلال المعرفة الحقيقية لنشاط هذه السلطات والمؤسسات ومدى مطابقته للقانون من عدمها, فالدستور بإقراره لحرية الرأي والتعبير قد اقر بشكل ضمني

[1]) د. عقل، زياد, حرية تداول المعلومات في مصر, الأطر الدستورية والتشريعية، مجلة كلية التربية، جامعة الازهر, العدد 168, الجزء الرابع, أبريل لعام 2016م.

[2]) أنظر نص المادة رقم (31) من دستور العراق الحالي لعام 2005.

حق الأفراد في الحصول على المعلومات التي يكون الفرد على أساسها أراءه،والحقيقة أن الدستور العراقي وإن خلا من الإشارة إلى اقرار صريح بهذا الحق([1]).

إلا أنه على الرغم من عدم النص في الدستور العراقي لعام 2005 على هذا الحق صراحة فإنه لا يعني عدم وجود اعتراف دستوري بهذا الحق,وإنما يمكن الرجوع إلى الحق في حرية التعبير المكفول بموجب أحكام المادة (31) من الدستور، حيث أن العديد من فقهاء القانون يعتبرون الحصول على المعلومات جزء لا يتجزأ من حرية التعبير، حيث أنامتلاك المعلومة يعد مرحلة أولية لممارسة التعبيرعن الرأي,ثم يتم بعدها تبني حقيقة معينة وبالتالي اتخاذ القرار أو التوجه بناء على ذلك, ومن هذا المنطلق يظهر تكريس الحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات دستوريا باعتباره أساسا لحرية التعبير, فامتلاك المعلومات يعتبر أداه هامة جدا يجب أن يمتلكها الاشخاص للرقابة على السلطة الإدارية([2]).

ومما لا شك فيه أن إعطاء هذا الحق مرتبة الحقوق الدستورية يعني تمتعه بالعلو الذي تمتاز به نصوص الدستور على باقي النصوص التشريعية العادية الأخرى بما يحمله هذا الامتياز من ضمانة تتمثل بحمايته من الاعتداء عليه من قبل السلطات العامة سواء بالانتقاص أو النقض, حيث تحظر المادة (46) من الدستور ذلك بالإضافةإلى الجمود الذي تضفيه عليه المادة(2/126) من الدستور, حيث منعت تعديل الاحكام المتعلقة بالحقوق الحريات إلا بعد مرور دورتين انتخابيتين وموافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب واقراره بالاستفتاء الشعبي([3]).

وفى ذات السياق فقد أكد الدستور العراقي لعام 2005 الحالي على الحق في الحصول على المعرفة وتداولالمعلومات, ولذلك فإن بعض مواده التي نظمت حرية الرأي والتعبير والصحافة دلت على الاعتراف بهذا الحق والأخذ به, وذلك طبقا لعدد من المواد على النحو الاتي:

أ- المادة (14) "العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييزٍ بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي"([4]).

---

[1]) د. الهلالي، علي هادي عطية،النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي، ط 8،منشورات زين الحقوقية، بيروت، عام 2011, ص 65.

[2]) د.الموسوي، سالم روضان، حق الحصول على المعلومة حق من حقوق الانسان، مقال منشور في مجلة الحوار المتمدن،العدد 2897, في 2010/1/24.

[3]) د. البياتي، وائل منذر ،الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية في العراق, دراسة مقارنة،اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق،جامعة النهرين، عام 2016, ص 85.

[4]) أنظر نص المادة رقم (14) من دستور العراق لعام 2005 الحالي

ب- المادة 3/34 وتنص على"تشجع الدولة البحث العلمي للأغراض السلمية بما يخدم الإنسانية، وترعى التفوق والإبداع والابتكار ومختلف مظاهر النبوغ"([1]).

ج- المادة (36) وتنص على "تكفل الدولة بما لا يخل بالنظام العام والآداب حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل,وحرية الصحافة والطباعة والإعلان والإعلام,وحرية الاجتماع والتظاهر السلمي، وتنظم بقانون"([2]).

د- المادة (42) وتنص على أن "لكل فرد حرية الفكر والضمير والعقيدة".

ويمكن القول: أنالحقوقوالحريات الدستوريةتنقسم إلىثلاثطوائف،وتأتيحرية تداول المعلومات (كجزء منحرية الرأيوالتعبير)ضمنطائفة الحرياتالتي ينظمها القانون، والتنظيمهنايقصد بهاتدخل المشرع لضمان عدم تعارض ممارسة هذه الحرية مع حقوق وحريات أخرى يحميها الدستور، أو الأنواع التشريعية الأدنى، وإحالة تنظيم الحق إلى القانون، بحيث يجب أن تأتي ممارسة الأفراد في حدود ما استقرعليه التشريع الأدنى، وتكمن الإشكالية الرئيسية في أن المُشرع العراقي استغل هذا التمكين الذي منحه إياه الدستور،وأثقلحرية تداول المعلوماتبنصوص عديدةومتفرقة، بل بقوانينكاملة، كانتسببارئيسيا في إعاقة هذا الحق الأصيل.

المطلب الثاني

دور المنظمات الدولية في دعم حرية تداول المعلومات وحق المعرفة

أولا: موقف المواثيق الدولية من حرية تداول المعلومات وحق المعرفة :-

يعد حق تداول المعلومات ركنا أساسيا من أركان حرية الرأي والتعبير، بل إنه يعتبر حقا أساسيا من حقوق الإنسان، وقد عبرت الجمعية العامة للأمم المتحدة عن هذا المعني في دورتها الأولى عام 1946، عندما أكدت في قرارها رقم 1/59 على أن "الحق في تداول المعلومات يعد من الحقوق الأساسية للإنسان، وهو الأساس لكل الحريات التي تكرسها الأمم المتحدة", وفي الإعلانات والمواثيق الدولية التي اعتمدتها الأمم المتحدة، فقد عالجت الحق في تداول المعلومات باعتباره جزء رئيسي من أحد الحقوق الأساسية، وهو حق حرية التعبير الذي تضمنته المادة 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، بقولها "لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء دون مضايقة. وفي التماس الأنباء والأفكار وتلقيها ونقلها

[1]) أنظر نص المادة رقم (3/34) من دستور العراق لعام 2005 الحالي

[2]) أنظر نص المادة رقم (36) من دستور العراق لعام 2005 الحالي

إلى الآخرين بأية وسيلة ودون أياعتبار للحدود", وهو نفس المعنى الذي أكدت عليه المادة 19/2من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية([1]).

وفى ذات السياق فقد استقرت الأدبيات الدولية الخاصة بالحق في تداول المعلومات على الجمع بين هذا الحق وبين الحق في الحصول على المعلومات التي تكون بحوزة السلطات العامة, فعلى سبيل المثال أكد المقرر الخاص للأمم المتحدة المعني بحرية الرأي والتعبير، في التقرير السنوي لعام 1998 أن "الحق في الحصول على المعلومات ، وتلقيها ، وإذاعتها يفرض التزاما إيجابيا على الدول بأن تضمن القدرة على الوصول إلى المعلومات، خاصة تلك التي تكون محفوظة لدى الحكومة بأي نوع من أنواع التخزين([2]).

ومن هذا المبدأ فقد أكد الإعلان الأمريكي لمبادئ حرية التعبير، الصادر في أكتوبر 2000 على أن " ضمان حرية المعلومات التي بحوزة الدولة سوف يضمن بصورة أكبر الشفافية القدرة على محاسبة الأنشطة الحكومية وتقوية المؤسسات الديمقراطية", ويبين الإعلان بوضوح أن "الحق في الحصول على المعلومات التي بحوزة الدولة هو حق أساسي لكل فرد, وعلى الدولة التزامات بضمان الممارسة الكاملة لهذا الحق, ويتيح هذا المبدأ فرض قيود استثنائية يُنص عليها في القانون في حالة وجود خطر حقيقي داهم يهدد الأمن القومي للمجتمعات الديمقراطية"

ومن زاوية أخرى فقد تضمنت وثيقة لندن حول "حرية التعبير" الصادرة في مارس 1999 عن اجتماع لخبراء الكومنولث نصا صريحا حول الحق في تداول المعلومات، إذ أكدت على أن "يجب ضمان حرية تداول المعلومات بوصفها حق قانوني قابل للتطبيق يتيح لكل فرد أن يحصل على سجلات ومعلومات تكون في حوزة السلطات التنفيذية، والتشريعية، والقضائية للدولة، أو مؤسسة مملوكة للحكومة، أو أية جهة أخرى تقوم بتنفيذ مهام حكومية"([3]).

لقد نصت المواثيق الإقليمية على الحق في الحصول على المعلومات كأحد حقوق الإنسان، مما يعكس اهتماما متزايدا وتأكيدا على هذا الحق ودوره في ممارسة باقي حقوق الإنسان, فقد عالج الميثاق العربي لحقوق الإنسان مسألة حرية الحصول على المعلومات في المادة (٣٢) والتي نصت على الحق في الحصول على الأخبار والإحصاءات من مصادرها المختلفة, كما نص الميثاق على بعض القيود المشروعة، حيث تمارس هذه الحقوق

([1]) Report of the Special Rapporteur, Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, UN Doc. E CN.4/1998/40, 28 January 1998, Para. 14.

([2]) د. الشريف،سارة, آليات اتاحة المعلومات، دراسة مقارنة، مركز دعم لتقنية المعلومات, القاهرة, عام 2015, ص 53.

([3]) د. مجليأنجلا, حرية تداول المعلومات ركن أساسي في حقبة التحول إلى مصر الديمقراطية، تقديم محمد فاضل، المنظمة المصرية الأمريكية لسيادة القانون, تقرير نوفمبر ٢٠١٢, ص 32.

والحريات في إطار المقومات الأساسية للمجتمع، ولا تخضع إلا للقيود التـي يفرضها احترام حقوق الآخرين أو سمعتهم أو حماية الأمن الوطني أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة([1]).

ثانيا: موقف المحكمة الأوربية لحقوق الأنسان من تداول المعلومات وحق المعرفة : –

أعربت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان عن رأي مفاده أن حرية التعبير تنطبق ليس فقط على المعلومات والأفكار التي يجرى تلقيها بصورة إيجابية، أو التي تعتبر غير مؤذية، أو مسألة لا تثير اهتمام أحد، ولكن أيضا على المعلومات والأفكار التي تجرى، أو تصيب، أو تزعج الدولة، أو أي قطاع من قطاعات السكان"، وذكرت المحكمة أن هذه هي مقتضيات التعددية، والتسامح، وسعة الأفق التي بدونها لا يمكن أن يوجد مجتمع ديمقراطي([2]).

وننوه إلى أن البرلمان الأوروبي والمجلس قاما بإقرار قواعد الحصول على الوثائق الخاصة بالبرلمان الأوروبي ، والمجلس وذلك في مايو 2001 وتذكر الديباجة أهمية الحق في تداول المعلومات بقولها "التفتح يتيح للمواطنين المشاركة بصورة أكبر في عمليات صنع القرار، ويضمن تمتع الإدارة بقدر أكبر من الشرعية كما أنها تصبح أكثر فاعلية، ومسئولة أمام المواطنين في النظام الديمقراطي, ويسهم التفتح في تقوية مبادئ الديمقراطية، واحترام الحقوق الأساسي([3]).

إلا أنه على الرغم من ذلكفالممارسة العملية تعكس بعض الممارسات التي تقيد حق الحصول على المعلومات، حيث أشـار تقريـرالتنمية الإنسانية العربية لعام ٢٠٠٤م، إلى ضعف البيئة الإعلاميةالمحفزة والممكنـة للمعرفة في المجتمعات العربية, أما النظام الأفريقي لحماية حقوق الإنسان تلاحظ أنه قد تبنت المفوضية الأفريقية لحقوقالإنسان والشعوب إعلان مبادئ حرية التعبير في دورة انعقادها الثانية والثلاثين عام٢٠٠٢م، وقد أيد هذا الإعلان الحق في إتاحة المعلومات حيث بين أن كل فرد يتمتع بالحق في الحصول على المعلومات وذلك في إطار القوانين واللوائح([4]).

([1]) د. مجلى أنجلا, المرجع السابق, ص 34.

[2]) د. حبيبألبرت سيف, حرية تداول المعلومات كحق للمواطن، رئاسة مجلس الوزراء، الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة، الإدارة المركزية للبحوث, عام 2009, ص 56.

[3] (Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism, Advisory Opinion OC-5/85, 13 November 1985, Para. 30

[4]) د. حبيب،ألبرت سيف, المرجع السابق, ص 63.

الخاتمة :

أولا: نتائج البحث:-

1- على الرغم منأن الدستور العراقي لعام 2005لم ينص صراحة على الحق في المعرفة وتداول المعلومات,فإنه لا يعني عدم وجود اعتراف دستوري بهذا الحق, وإنما ينبع هذا الحق من حرية التعبير المكفولة بموجب أحكام المادة (31) من الدستور، حيث أن الكثير من فقهاء القانون يعتبرون أن الحق في الحصول على المعلومات جزء لا يتجزأ من حرية التعبير عن الرأي.

2- نرى بأن المشرع القانوني العراقي لم يكن بعيد عن تطبيقات هذا الحق, حيث أن العراق قد وقع وصادق على ميثاق الأمم المتحدة والعهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية، وأصبحت جزء من المنظومة الوطنية القانونية في العراق ، ومع ذلك لم تخلوا القوانين والأنظمة العراقية من الإشارة إليه ضمنا، وصراحة أحيانا، وهذا يؤكد أن البيئة القانونية العراقية مهيأة لاستقبال تشريع يتناول الحق بشكل مباشر ويركز أحكامه بنصوص واضحة ، تلزم كافة الدوائر والمؤسسات باحترامه، لتعلقه بالمواطن وحقوقه الأساسية.

3- يمكن القول أنه على الرغم من غياب النص التشريعي الصريح للحق في الحصول على المعرفة وتداول المعلومات إلا أن هذا الحق مكفول من الناحية القانونية والدستورية حيث أنه قد أشارت إليه بعض نصوص القوانين الأخرى كما وضحنا سلفا في تلك الدراسة.

4- توجد ظاهرة شائعة في التشريعات العراقية سواء التي تقيد حرية تداول المعلومات، أو التي تلزم بالإفصاح عن معلومات معينة، وهي عدم وجود تعريفات واضحة، للمصطلحات التي تحوز مكاناً جوهرياً ومؤثراً في مجال تداول المعلومات، مثل الأمن القومي، والنظام العام، والمصلحة العامة، والسلم العام، وهو ما يمكن الجهات القائمة على تطبيق هذه القوانين من التفسير الواسع لهذه المصطلحات الاستثنائية، مما قد يحول الاستثناء بتقييد حرية تداول المعلومات في حالات معينة إلى قاعدة عامة، وهو ما يحدث بالفعل حاليا.

5- تبين لنا من خلال تلك الدراسة أنه لا يوجد في القوانين العراقية إجراءات تتيح الطعن على قرارات رفض طلبات الحصول على المعلومات من جانب الجهات الإدارية، كما لا توجد جهة رقابية مستقلة تراقب أداء الجهات الحكومية والخاصة في مجال إتاحة المعلومات، ويمكن التظلم أمامها من الانتهاكات المتعلقة بخصوص هذا الشأن.

ثانيا : التوصيات:-

1- ضرورة وسرعة اصدار تشريع قانوني يضمن أو يكفل حماية الحق في المعرفة وحرية تداول المعلومات في العراق, حيث أنه حتى تلك اللحظة لا يوجد سوى مشروع قانون تم إعداده من ذي قبل خلال عام 2018, إلا

أنه حتى تلك اللحظة لم يرى النور, مما يستلزم على السلطة التشريعية بضرورة وجود تشريع خاص بالحق في المعرفة وتداول المعلومات في المجتمع المصري.

2- إن التطور الديمقراطي تأثر بشكل كبير بسبب عدم حق حرية تداول المعلومات وعدم إتاحة فرص مساوية للمواطنين في الحصول علي للمعلومات وبسبب القوانين التي تضيق الخناق بشتى الطرق على الصحافة والمواطن، تداول المعلومات له دور أساسي في مكافحة الفساد ودعم اقتصاد الدول وللجميع الحق في المعرفة ولذلك لابد من وجود ضمانة قانونية تضمن هذا الحق.

3- يجب على جميع السلطات في العراق مراعاة المبادئ العامة لحرية تداول المعلومات وإتاحتها للجميع بالتساوي فيما بينهم, ويجب وضع تشريعات تنظم الحق في تداول المعلومات وتكفل الحرية في الوصول لها ورفع العقوبات عن حرية قضايا النشر ويجب ضمان ذلك بنص دستوري, مع ضرورة إلزام الحكومة بالنشر الروتيني والدوري للمعلومات التيتهم كافة الناس من مواطنين وصحفيين وضمان إجراءات محددة للحصول على المعلومات, وأيضاإتاحة المعلومات بدون أي مقابل ماديلأنها حق دستوري للجميع.

ثالثا: المصادر والمراجع:-

1- المراجع العربية:-

1- عزت، أحمد, حرية تداول المعلومات, دراسة قانونية, مؤسسة حرية الفكر والتعبير, القاهرة, ط 2, عام 2013.

2- الإسلام، أحمد سيف, تأصيل الحق في المعرفة كسلاح للدفاع عن حرية الرأي والتعبير, مجلة الدراسات الإعلامية, عام 1996.

3- صالح، أحمد, مقال منشور على شبكة الانترنت بعنوان "هل يكفل المشرع المصري الحق في تداول المعلومات", بتاريخ https://www legal-agenda.com,2018/2/20

4- مجلي، أنجلا, حرية تداول المعلومات ركن أساسي في حقبة التحول إلى مصر الديمقراطية، تقديم محمد فاضل، المنظمة المصرية الأمريكية لسيادة القانون, تقرير نوفمبر ٢٠١٢.

5- حبيب، ألبرت سيف, حرية تداول المعلومات كحق للمواطن، رئاسة مجلس الوزراء، الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة، الإدارة المركزية للبحوث, عام 2009.

6- سراج الدين، إسماعيل, حرية تداول المعلومات في مصر, مكتبة الإسكندرية, عام 2009.

7- مندل، تونى, حرية المعلومات, مسح قانوني مقارن, دراسة منشورة من قبل منظمة التربية والعلوم والثقافة التابعة للأمم المتحدة, عام .2003

8- الشنراقى، حسام محمد نبيل, حرية تداول المعلومات, بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع الإلكتروني: https://www.facebook.com/hossamnabi/posts

9-زياد عقل, حرية تداول المعلومات في مصر والأطر الدستورية والتشريعية، مجلة الديمقراطية، الأهرام، السنة(١٦)، العدد 168, الجزء الرابع, أبريل لعام 2016م.

10-الشريف، سارة, آليات اتاحة المعلومات، دراسة مقارنة، مركز دعم لتقنية المعلومات, القاهرة, عام 2015, ص 53.

11 –الموسوي، سالم روضان ، حق الحصول على المعلومة حق من حقوق الانسان، مقال منشور في مجلة الحوار المتمدن، العدد 2897, في 2010./1/24

12- شاهين، شريف كامل ، حرية تداول المعلومات في مصر بين التشريع والتنفيذ، ورقة بحث مقدمة للمؤتمر ، كلية الآداب جامعة القاهرة, عام .2013

13- جابر، صالح, حق المعرفة وتداول المعلومات في التشريع الجزائري بين الحماية والتقييد, مجلة الدراسات الفقهية والقضائية, العدد 2, عام .2016

14- مبارك، عماد, حرية تداول المعلومات, دراسة قانونية مقارنة, مؤسسة حرية الفكر والتعبير, ط 1, عام 2011, ص .11

14- الهلالي، علي هادي عطية،النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي، ط 8،منشورات زين الحقوقية، بيروت، عام 2011

15- عبد البر, فارق الحماية الدستورية للحقوق والحربات, دار النهضة العربية, ط 1,بدون تاريخ نشر.

16- عبد المجيد، قدري, الإعلام وحقوق الإنسان قضايا فكرية ودراسة تحليلية وميدانية, دار الجامعة الجديدة الإسكندرية, عام 2008.

17- المنزول، مصطفى النابر, الحماية القانونية للحوق الفنية والأدبية في السودان, دراسة مقارنة, مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية, عام .2007

18-محفوظ، محمد عبد اللطيف, عصر المعلومات وموقف النظام الإعلامي المصري من مفهوم حق المعرفة, رسالة ماجستير, كلية الآداب جامعة الاسكندرية, عام 1998م.

19-عادل، مارينا, أليات إتاحة المعلومات, دراسة مقارنة, مركز دعم لتقنية المعلومات, مصر, عام .2013

20- فاضل، محمد, حرية تداول المعلومات ركن أساسي في حقبة التحول إلى مصر الديمقراطية، المنظمة المصرية الأمريكية لسيادة القانون، تقرير نوفمبر, عام ,٢٠١٢

21-البياتي، وائل منذر ،الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية في العراق, دراسة مقارنة ،اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق،جامعة النهرين، عام 2016, ص .85

2- المراجع الأجنبية:-

22) Report of the Special Rapporteur, Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, UN Doc. E CN.4/1998/40, 28 January 1998, Para. 14..

23)Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism, Advisory Opinion OC-5/85, 13 November 1985, Para. 30

الأحكام الفقهية المتعلقة بالإسراف

Jurisprudential rulings related to extravagance

د/ يوسف صلاح الدين يوسف نصر الأستاذ المساعد

بكلية العلوم والآداب بالقريات جامعة الجوف بالمملكة

العربية السعودية والمدرس بكلية الشريعة والقانون بطنطا جامعة الأزهر

Dr. Youssef Salah El-Din Youssef Nasr ,Assistant Professor,

Al-Jouf University, College of Science and Arts in Al-Qurayyat

The Faculty of Sharia and Kingdom of Saudi Arabi And a teacher at

Law in Tanta , Al - Azhar University

ملخص :

يتناول هذا البحث تعريف الإسراف وبيان أنواعه ثم يوضح في المبحث الأول الأحكام الفقهية المتعلقة بالإسراف في العبادات كالطهارة والصوم والصلاة وغيرها ويتناول المبحث الثاني الأحكام الفقهية المتعلقة بالإسراف في الأحوال الشخصية كالمهر ووليمة العرس والطلاق وغيرها ويوضح المبحث الثالث الأحكام الفقهية المتعلقة بالإسراف في العقوبات كالقصاص والحدود والتعزير .

- **الكلمات الإفتتاحية** : (الإسراف – الفقهية – الأحكام).

Abstract :

This research deals with the definition of extravagance and its types. Then, in the first section, it clarifies the jurisprudential rulings related to extravagance in acts of worship, such as purity, fasting, prayer, and others The second topic deals with the jurisprudential rulings related to extravagance in personal status, such as the dowry, the wedding feast, divorce, etc. The third topic explains the jurisprudential rulings related to extravagance in penalties such as retribution, hudud, and discretion.

keywords : (extravagance - jurisprudence - rulings)

مقدمة :

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

فقد أباحت الشريعة الاستمتاع والانتفاع بالشهوات والملذات الفطرية التي خلقها الله لعباده؛ من زينة وطعام وشراب وسائر الطيبات، ولم تحرِّم من ذلك إلا ما كان فيه فساد أو ضرر أو ظلم أو سرف.

«ولأجل الدخول في الفعل على قصد الاستمرار، وُضعت التكاليف على التوسط وأُسقط الحرج ونهي عن التشديد»[1]، وإن الاعتدال هو الجوهر الذي جاءت به الشريعة في كل الأنشطة البشرية؛ لذلك نهت عن جميع صور الإسراف، سواء كان هذا الإسراف في العبادات، أو الأحوال الشخصية، أو العقوبات.

لذلك أردت أن أتناول بالدراسة: «**الأحكام الفقهية المتعلقة بالإسراف**».

وقد قسمت البحث إلى مقدمة، وتمهيد، وثلاثة مباحث، وخاتمة، وذلك على النحو التالي:

التمهيد : التعريف بالإسراف وأنواعه.

المبحث الأول : الأحكام الفقهية المتعلقة بالإسراف في العبادات.

المبحث الثاني : الأحكام الفقهية المتعلقة بالإسراف في الأحوال الشخصية.

المبحث الثالث : الأحكام الفقهية المتعلقة بالإسراف في العقوبات.

الخاتمة : وفيها أهم النتائج والتوصيات التي ظهرت للباحث أثناء إعداد البحث.

(1) الموافقات، للشاطبي، (243/2).

التمهيد

التعريف بالإسراف وأنواعه

في هذا التمهيد أقوم بالتعريف بالإسراف لغةً وشرعًا، ثم أذكر أنواعه، وذلك على النحو التالي:

أولاً : الإسراف لغةً واصطلاحًا :

أ- الإسراف لغةً :

السَّرَف والإسراف مجاوزة القصد، وأسرف: جَاوز الحدَّ، ويقال: أسرف في ماله وأسرف في الكلام وأسرف في القتل: أخطأ وغفل وجهل. والسَّرف: الضراوة بالشيء والولوع به. والسرف: ضد القصد. والسرف: الخطأ، وأخطأ الشيء وضعه في غير حقه. وسرِف الشيء -بالكسر- سرفًا: أغفله وأخطأه وجهله[1].

ب- الإسراف شرعًا :

«هو تجاوز الحد في كل فعل يفعله الإنسان، وإن كان ذلك في الإنفاق أشهر»[2].

وقيل: هو «مجاوزة حد المباح إلى المحظور، فتارة يكون السرف في التقصير وتارة في الإفراط لمجاوزة حد الجائز في الحالين»[3].

ثانيًا : أنواع الإسراف :

أ- الإسراف في الطاعات: وله صور؛ منها: الزيادة على الثلاث الموعبة في غسل أعضاء الوضوء، وصوم الوصال، والتصدق بجميع المال بحيث يؤدي إلى فقر المنفق نفسه حتى يتكفف الناس، والزيادة على الثُّلث في الوصية[4].

ب- الإسراف في المباحات : كالإسراف في الأكل والشرب والبناء والزينة.

جـ- الإسراف في المحرمات : فارتكاب المحرمات يعتبر بنفسه إسرافًا؛ لأنه مجاوزة الحد المشروع.

د- الإسراف في العقوبة : الأصل في الشريعة أن العقوبة بقدر الجريمة، قال الله تعالى: **{وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ}** [النحل/126].

---

(1) ينظر: لسان العرب، لابن منظور، (148/9)، والمعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى وآخرين، (ص427).

(2) ينظر: المفردات في غريب القرآن، للراغب الأصفهاني، (ص407).

(3) أحكام القرآن، للجصاص، (81/2).

(4) ينظر: المجموع، للنووي، (4198/1)، والمغني، لابن قدامة، (104/1).

المبحث الأول

الأحكام الفقهية المتعلقة بالإسراف في العبادات

فيما يلي أذكر بعض صُور الإسراف التي نهت عن الشريعة في أبواب العبادات:

أولًا: من باب الطهارة :

جاءت بعض صور الإسراف في الطهارة والتي نهت عنها الشريعة، فمن ذلك ما يلي :

1- الإسراف في كمية الماء المُستعمل في الطهارة :

من هدي النبي ﷺ أنه كان يقتصر على أقل القليل من الماء في وضوئه وغسله، مما يدل على كراهته الإسراف، وقد جاء في السنة النبوية كمية الماء التي كان يتوضأ بها النبي ﷺ ويغتسل، ففي حديث أنس ﷺ قال: كان النبي ﷺ يتوضأ بالمد، ويغتسل بالصاع(1)، إلى خمسة أمداد(2).

قال الإمام النووي رحمه الله: «أجمع العلماء على النهي عن الإسراف في الماء ولو كان على شاطئ البحر، والأظهر أنه مكروه كراهة تنزيه، وقال بعض أصحابنا: الإسراف حرام، والله أعلم»(3).

لذلك «كره أهل العلم الإسراف فيه، وأن يجاوزوا فعل النبي ﷺ»(4).

2- الزيادة على غسل الأعضاء ثلاثًا في الوضوء :

اتَّفق الفقهاء على أنه يُستحب لمن توضأ أن يغسل أعضاءه ثلاثًا(5). قال الإمام النووي: «الطهارة ثلاثًا ثلاثًا مستحبة في جميع أعضاء الوضوء بإجماع العلماء، إلا الرأس؛ ففيه خلاف للسلف»(6).

أما إذا زاد المتوضئ عن الثلاث فإن الزيادة حينئذ تكون غير مشروعة، فعن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رجلًا أتى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله كيف الطهور؟ فدعا بماء في إناء فغسل كفيه ثلاثًا، ثم غسل وجهه ثلاثًا، ثم غسل ذراعيه ثلاثًا، ثم مسح برأسه فأدخل إصبعيه السباحتين في أذنيه، ومسح بإبهاميه

---

(1) الصاع مكيال يسع أربعة أمداد، والمد مختلف فيه، فقيل: هو رطل وثلث بالعراقي، وبه يقول الشافعي وفقهاء الحجاز. وقيل: هو رطلان، وبه أخذ أبو حنيفة وفقهاء العراق، فيكون الصاع خمسة أرطال وثلثًا، أو ثمانية أرطال. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير، (60/3).
فمقدار الصاع عند الحنفية: 4 أمداد = 8 أرطال = 57، 1028 درهمًا = 362، 3 لترًا = 5، 3261 غرامًا. ومقداره عند غير الحنفية: 4 أمداد = 1/3 = 5 رطلًا = 7، 685 = درهمًا = 748، 2 لترًا = 2172 غرامًا. ينظر: معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، (ص270).

(2) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الوضوء، باب: الوضوء بالمد، رقم الحديث: (201)، (51/1)، ومسلم في صحيحه، كتاب: الحيض، باب: القدر المستحب من الماء في غسل الجنابة، وغسل الرجل والمرأة في إناء واحد في حالة واحدة، وغسل أحدهما بفضل الآخر، رقم الحديث: (325)، (258/1).

(3) شرح صحيح مسلم، للنووي، (2/4).

(4) فتح الباري، لابن حجر، (305/1).

(5) وهذا يشمل جميع الأعضاء سوى الرأس؛ فالخلاف فيه مشهور.

(6) المجموع، للنووي، (461/1).

على ظاهر أذنيه، وبالسباحتين باطن أذنيه، ثم غسل رجليه ثلاثًا ثلاثًا. ثم قال: «**هَكَذَا الْوُضُوءُ، فَمَنْ زَادَ عَلَى هَذَا أَوْ نَقَصَ فَقَدْ أَسَاءَ وَظَلَمَ - أَوْ ظَلَمَ وَأَسَاءَ**»(1).

قال ابن عبد السلام : «من زاد على الثلاث فإن كان قاصدًا للقربة بالزيادة على الثلاث فقد أساء؛ لتقرُّبه إلى الرب بما ليس بقربة»(2).

فيُستفاد من الحديث أن الزيادة على الثلاث تعدٍّ وإسراف وظلم منهي عنه. وقد «أجمع العلماء على كراهة الزيادة على الثلاث»(3).

ثانيًا : من باب النوافل:

نذكر من ذلك ما يلي:

1- **إحياء الليل كله:** والمراد به: ترك النوم طول الليل والشغلُ والذكر والصلاة فيه(4).

اتَّفق الفقهاء على أنه يُندب إحياء الليالي الفاضلة التي ورد بشأنها نص(5)، كما يُندب إحياء أي ليلة من الليالي؛ لأن التطوع بالعبادة في الليل كالدعاء والاستغفار في ساعاته مستحب استحبابًا مؤكَّدًا، وخاصَّة في النصف الأخير من الليل، ولا سيما في الأسحار، قال تعالى: **{وَالْمُسْتَغْفِرِينَ بِالأَسْحَارِ}** [آل عمران: 17].

وعن جابر ﷺ عن النبي ﷺ قال: «**إِنَّ فِي اللَّيْلِ لَسَاعَةً لَا يُوَافِقُهَا رَجُلٌ مُسْلِمٌ، يَسْأَلُ اللهَ خَيْرًا مِنْ أَمْرِ الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، إِلَّا أَعْطَاهُ إِيَّاهُ، وَذَلِكَ كُلَّ لَيْلَةٍ**»(6).

وعن عائشة رضي الله عنها قالت: كان ينام أول الليل، ويحيي آخره(7).

---

(1) رواه أبو داود في سننه، كتاب: الطهارة، باب: الوضوء ثلاثًا ثلاثًا، رقم الحديث: (135)، (33/1)، والنسائي في سننه، كتاب: الطهارة، باب: الاعتداء في الوضوء، رقم الحديث: (140)، (88/1)، وابن ماجه في سننه، كتاب: الطهارة وسننها، باب: ما جاء في القصد في الوضوء وكراهية التعدي فيه، رقم الحديث: (422)، (146/1). قال النووي في خلاصة الأحكام (166/1): «رواه أبو داود بلفظه بإسناد صحيح، والنسائي وآخرون». وقال ابن الملقن في البدر المنير (143/2): «هذا الحديث صحيح». وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (268/1): «أبو داود والنسائي وابن خزيمة وابن ماجه من طرق صحيحة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مطولًا ومختصرًا».

(2) قواعد الأحكام، لابن عبد السلام، (207/2).

(3) شرح صحيح مسلم، للنووي، (109/3).

(4) ينظر: التعريفات الفقهية، للبركتي، (ص19).

(5) وهي: ليلة الجمعة، وليلتا العيدين، وليالي رمضان، ويخص منها ليالي العشر الأواخر منه، ويخص منها ليلة القدر، وليالي العشر الأول من ذي الحجة، وليلة نصف شعبان، والليلة الأولى من رجب. ينظر: رد المحتار، لابن عابدين، (460/1)، ومواهب الجليل، للحطاب، (74/1)، والمجموع، للنووي، (45/4)، والفروع، لابن مفلح، (398/1، 438).

(6) رواه مسلم في صحيحه، كتاب: صلاة المسافرين وقصرها، باب: في الليل ساعة مستجاب فيها الدعاء، رقم الحديث: (757)، (521/1).

(7) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: التهجد، باب: من نام أول الليل وأحيا آخره، رقم الحديث: (1146)، (53/2)، ومسلم في صحيحه، كتاب: صلاة المسافرين وقصرها، باب: صلاة الليل وعدد ركعات النبي ﷺ في الليل وأن الوتر ركعة وأن الركعة صلاة صحيحة، رقم الحديث: (739)، (510/1).

أمَّا إذا اعتاد المسلم قيام الليل كله كل ليلة فإن هذا قد يدخل في صور الإسراف؛ لأنه في هذه الحالة لا بد من الإضرار بالنفس وتفويت بعض الحقوق؛ لأنه إن لم ينم بالنهار فهو ضرر ظاهر، وإن نام نومًا ينجبر به سهره فوَّت بعض الحقوق، بخلاف مَن يصلي بعض الليل، فإنه يستغني بنوم باقيه، وإن نام معه شيئًا في النهار كان يسيرًا لا يفوتُ به حق(1).

وعن عائشة رضي الله عنها قالت: ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قام ليلة حتى الصباح(2).

وقد استدل بهذا الحديث الشافعية والحنابلة(3) بكراهة قيام الليل كله، واستثنوا من ذلك إحياء الليالي المخصوصة كالعشر الأواخر من رمضان.

2- قراءة القرآن في أقل من ثلاث :

قال النبي ﷺ: «**لَمْ يَفْقَهْ مَنْ قَرَأَ القُرْآنَ فِي أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثٍ**»(4).

ومعنى الحديث أنه «لا يقدر الرجل أن يتفكر أو يتدبر في معنى القرآن لو ختم القرآن في ليلة أو ليلتين؛ لأنه يقرأ على العجلة والملالة، بل ينبغي ألَّا يختم القرآن إلا في ثلاث ليال أو أكثر، حتى يقرأ على التأني، ومن طيب النفس ونشاطها، ويتفرغ للتدبر في معناه»(5).

وعن ابن مسعود ﷺ قال: «من قرأ القرآن في أقل من ثلاث فهو راجز»(6).

وقال الإمام أحمد: «أكره أن يقرأه في أقل من ثلاث»(7).

وقال الإمام النووي: «من كان مشغولًا بنشر العلم أو غيره من مهمات الدين ومصالح المسلمين عامة فليقتصر على قدر لا يحصل بسببه إخلال بما هو مرصد له»(8).

***

(1) ينظر: شرح صحيح مسلم، للنووي، (41/8).

(2) رواه مسلم في صحيحه، كتاب: صلاة المسافرين وقصرها، باب: جامع صلاة الليل، ومن نام عنه أو مرض، رقم الحديث: (746)، (515/1).

(3) ينظر: المجموع، للنووي، (47/4)، وكشاف القناع، للبهوتي، (437/1).

(4) رواه الترمذي في سننه، أبواب القراءات، باب، رقم الحديث: (2949)، (198/5) وقال: «حديث حسن صحيح»، وأبو داود في سننه، أبواب قراءة القرآن وتحزيبه وترتيله، باب: في كم يقرأ القرآن؟ رقم الحديث: (1390)، (54/2)، وابن ماجه في سننه، كتاب: إقامة الصلاة والسنة فيها، باب: في كم يستحب يختم القرآن، رقم الحديث: (1347)، (428/1).

(5) المفاتيح في شرح المصابيح، للمظهري، (106/3).

(6) رواه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب: فضائل القرآن، باب: إذا سمعت السجدة وأنت تصلي وفي كم يقرأ القرآن، رقم الأثر: (5946)، (353/3)، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: الصلوات، في القرآن في كم يختم؟ رقم الأثر: (8574)، (241/2).

(7) ينظر: المغني، لابن قدامة، (128/2).

(8) التبيان في آداب حملة القرآن، للنووي، (ص61).

ثالثًا: من باب الصدقات :

الصدقات المندوبة –وهي التي تعطى للمحتاجين لثواب الآخرة– فرغم حث الإسلام على الإنفاق على الفقراء والمساكين والمحتاجين في كثير من الآيات والأحاديث، فقد أمر الله بالقصد والاعتدال وعدم التجاوز إلى حد يعتبر إسرافًا، بحيث يؤدي إلى فقر المنفق نفسه حتى يتكفف الناس، قال الله تعالى: **{وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا}** [الفرقان: 67]، وقال تعالى: **{وَلاَ تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَى عُنُقِكَ وَلاَ تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَحْسُورًا}** [الإسراء: 29].

والمعنى: لا تخرج جميع ما في يدك مع حاجتك وحاجة عيالك إليه، فتقعد منقطعًا عن النفقة والتصرف، كما يكون البعير الحسير، وهو الذي ذهبت قوته فلا انبعاث به، وقيل: لئلا تبقى ملومًا ذا حسرة على ما في يدك[1].

وقال النبي ﷺ: «**يَأْتِي أَحَدُكُمْ بِمَا يَمْلِكُ، فَيَقُولُ: هَذِهِ صَدَقَةٌ، ثُمَّ يَقْعُدُ يَسْتَكِفُّ النَّاسَ، خَيْرُ الصَّدَقَةِ مَا كَانَ عَنْ ظَهْرِ غِنًى**»[2].

ومعنى «**يَسْتَكِفُّ النَّاسَ**»: «يتعرض للصدقة، وهو أن يأخذها ببطن كفه، يقال: تكفف الرجل واستكف إذا فعل ذلك»[3]، فالنبي ﷺ نهى هذا الرجل عن تفويت ما يملكه ويحتاج إليه مما يجره إلى تكفف الناس بعد الاستغناء عنهم.

وقال النبي ﷺ: «**كَفَى بِالْمَرْءِ إِثْمًا أَنْ يَحْبِسَ، عَمَّنْ يَمْلِكُ قُوتَهُ**»[4]. وفي رواية: «**كَفَى بِالْمَرْءِ إِثْمًا أَنْ يُضَيِّعَ مَنْ يَقُوتُ**»[5]..

لذلك صرَّح الفقهاء أن الأولى أن يتصدَّق من الفاضل عن كفايته وكفاية من يمونه على الدوام، ومن أسرف بأن تصدق بما ينقصه عن كفاية من تلزمه مؤنته، أو ما يحتاج إليه لنفقة نفسه ولا كسب له فقد أثم.

فعند الحنفية: يكره لمن لا صبر له على الضيق أن ينقص نفقة نفسه عن الكفاية التامة[6].

---

(1) ينظر: الغريبين في القرآن والحديث، للهروي، (438/2).

(2) رواه أبو داود في سننه، كتاب: الزكاة، باب: الرجل يخرج من ماله، رقم الحديث: (1673)، (128/2). قال ابن الملقن في تحفة المحتاج (354/2): «رواه أبو داود، وصحَّحه ابن حبان والحاكم، وقال: على شرط مسلم».

(3) معالم السنن، للخطابي، (77/2).

(4) رواه مسلم في صحيحه، كتاب: الزكاة، باب: فضل النفقة على العيال والمملوك، وإثم من ضيعهم أو حبس نفقتهم عنهم، رقم الحديث: (966)، (692/2).

(5) رواه أبو داود في سننه، كتاب: الزكاة، باب: في صلة الرحم، رقم الحديث: (1692)، (132/2).

(6) ينظر: رد المحتار، لابن عابدين، (357/2).

وعند المالكية: إن الإنسان ما دام صحيحًا رشيدًا له التبرع بجميع ماله على كل من أحب، لكن محل ندب التصدق بجميع المال أن يكون المتصدق طيب النفس بعد الصدقة بجميع ماله، ولا يندم على البقاء بلا مال، وأن ما يرجوه في المستقبل مماثل لما تصدق به في الحال، وألا يكون يحتاج إليه في المستقبل لنفسه، أو لمن تلزمه نفقته، أو يندب الإنفاق عليه، وإلا لم يندب له ذلك، بل يحرم عليه إن تحقق الحاجة لمن تلزمه نفقته، أو يكره إن تيقن الحاجة لمن يندب الإنفاق عليه؛ لأن الأفضل أن يتصدق بما يفضل عن حاجته ومؤنته، ومؤنة من ينفق عليه(1).

وعند الحنابلة: الأولى أن يتصدق من الفاضل عن كفايته وكفاية من يمونه على الدوام؛ لأن نفقة من يمونه واجبة والتطوع نافلة، وتقديم النفل على الفرض غير جائز، فإن كان الرجل لا عيال له، فأراد الصدقة بجميع ماله وكان ذا مكسب، أو كان واثقًا من نفسه يحسن التوكل والصبر على الفقر والتعفف عن المسألة فحسن، فإن لم يوجد في المتصدق أحد هذين كره له التصدق بجميع ماله؛ ولأن الإنسان إذا أخرج جميع ماله لا يأمن فتنة الفقر، وشدة نزاع النفس إلى ما خرج منه فيندم، فيذهب ماله، ويبطل أجره، ويصير كلًّا على الناس(2).

واتفق قول الشافعية مع سائر الفقهاء في أن ما يحتاج إليه لعياله ودينه لا يجوز له أن يتصدق به، وإن فضل عن ذلك شيء، فهل يستحب أن يتصدق بجميع الفاضل؟ فيه عندهم أوجه، أصحها: إن صبر على الضيق فنعم، وإلا فلا بل يكره ذلك، قالوا: وعليه تحمل الأخبار المختلفة الظاهر، أما من يعلم من نفسه حسن التوكل، والصبر على الفقر، والتعفف عن المسألة، أو كان ذا مكسب واثقًا من نفسه، فله أن يتصدق بكل ماله عند الحاجة، ولا يعتبر هذا في حقه إسرافًا؛ لما روي أن أبا بكر ﷺ أتى النبي ﷺ بكل ما عنده، فقال له: «**مَا أَبْقَيْتَ لِأَهْلِكَ؟**» قال: أبقيت لهم الله ورسوله(3)، فهذا كان فضيلة في حق أبي بكر ﷺ، لقوة يقينه وكمال إيمانه، وكان أيضًا تاجرًا ذا مكسب(4).

رابعًا : من باب الصوم :

وقد جاءت بعض صور الإسراف في الصوم والتي نهت عنها الشريعة، فمن ذلك ما يلي:

1- صوم الدهر: والمراد به: أن يصوم فلا يفطر كل أيام السنة(5).

---

(1) ينظر: الفواكه الدواني، للنفراوي، (323/2).

(2) ينظر: المغني، لابن قدامة، (102/3، 103).

(3) رواه الترمذي في سننه، أبواب المناقب: باب، رقم الحديث: (3675)، (614/5) وقال: «حديث حسن صحيح»، وأبو داود في صحيحه، كتاب: الزكاة، باب: في الرخصة في ذلك، رقم الحديث: (1678)، (129/2). قال الحافظ في فتح الباري (295/3): «صححه الترمذي والحاكم، والحديث تفرد به هشام بن سعد عن زيد، وهشام صدوق فيه مقال من جهة حفظه».

(4) ينظر: المجموع، للنووي، (236/6).

(5) ينظر: معجم لغة الفقهاء، لمحمد قلعجي، وحامد قنيبي، (ص211).

وقد ذهب جمهور الفقهاء على وجه العموم إلى كراهة صوم الدهر، وعُللت الكراهة بأنه يضعف الصائم عن الفرائض والواجبات والكسب الذي لا بدَّ منه، أو بأنه يصير الصوم طبعًا له، ومبنى العبادة على مخالفة العادة، وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة وبعض الشافعية[1]، ومما استدلوا به :

- قوله ﷺ: «**لَا صَامَ مَنْ صَامَ الأَبَدَ**»[2].

- وعن عمر ﷺ قال: يا رسول الله، كيف بمن يصوم الدهر كله؟ قال: «**لَا صَامَ وَلَا أَفْطَرَ**» -أو قال- «**لَمْ يَصُمْ وَلَمْ يُفْطِرْ**»[3].

وجه الدلالة: صوم الأبد فيه من الإضرار بالنفس، والحمل عليها، ومنعها من الغذاء الذى هو قوامها وقوتها على ما هو أفضل من الصوم[4].

وذهب الأكثرون من الشافعية إلى أن صوم الدهر إن خاف منه ضررًا أو فوَّت به حقًّا كُره، وإلا فلا، والمراد بصوم الدهر عندهم: سرد الصوم في جميع الأيام إلا الأيام التي لا يصح صومها، وهي العيدان وأيام التشريق[5].

2- **الوصال في الصوم:** وهو صوم يومين أو ثلاثة بلا إفطار وقتَ المغرب، يعني: ألَّا يأكل ليلًا ولا نهارًا[6].

إن الشريعة لم تقصد إلى التكليف بالشاق والإعنات فيه، والنصوص الدالة على ذلك كثيرة؛ كقوله تعالى: **{لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا}** [البقرة: 286]، وقوله: **{يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ}** [البقرة: 185].

لذلك جاء النهي عن الوصال، وهذا النوع من الصوم مكروه عند جمهور الفقهاء، واستدلوا على ذلك بما يلي:

---

(1) وأما الأكثرون من الشافعية فذهبوا إلى أنه إن خاف منه ضررًا أو فوَّت به حقًّا كُره، وإلا فلا. ينظر: رد المحتار، لابن عابدين، (84/2)، والقوانين الفقهية، لابن جزي، (ص78)، والمجموع، للنووي، (388/6)، وكشاف القناع، للبهوتي، (338/2).

(2) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الصوم، باب: حق الأهل في الصوم، رقم الحديث: (1977)، (40/3)، ومسلم في صحيحه، كتاب: الصيام، باب: النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به أو فوت به حقا أو لم يفطر العيدين والتشريق، وبيان تفضيل صوم يوم، وإفطار يوم، رقم الحديث: (1159)، (814/2).

(3) رواه مسلم في صحيحه، كتاب: الصيام، باب: استحباب صيام ثلاثة أيام من كل شهر وصوم يوم عرفة وعاشوراء والاثنين والخميس، رقم الحديث: (1162)، (818/2).

(4) ينظر: شرح صحيح البخاري، لابن بطال، (122/4).

(5) ينظر: المجموع، للنووي، (388/6).

(6) ينظر: التعريفات الفقهية، للبركتي، (ص131).

– عن عبد الله ﷺ، أن النبي ﷺ واصل، فواصل الناس، فشق عليهم فنهاهم، قالوا: إنك تواصل، قال: «**لَسْتُ كَهَيْئَتِكُمْ إِنِّي أَظَلُّ أُطْعَمُ وَأُسْقَى**»[1].

– وعن أبي هريرة ﷺ قال: نهى رسول الله ﷺ عن الوصال في الصوم، فقال له رجل من المسلمين: إنك تواصل يا رسول الله، قال: «**وَأَيُّكُمْ مِثْلِي، إِنِّي أَبِيتُ يُطْعِمُنِي رَبِّي وَيَسْقِينِ**»، فلما أبوا أن ينتهوا عن الوصال، واصل بهم يومًا ثم يومًا، ثم رأوا الهلال، فقال: «**لَوْ تَأَخَّرَ لَزِدْتُكُمْ**» كالتنكيل لهم حين أبوا أن ينتهوا[2].

– وعن أبي سعيد ﷺ، أنه سمع النبي ﷺ يقول: «**لَا تُوَاصِلُوا، فَأَيُّكُمْ إِذَا أَرَادَ أَنْ يُوَاصِلَ، فَلْيُوَاصِلْ حَتَّى السَّحَرِ**»[3].

وقد ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في قول إلى كراهة صوم الوصال، وتزول الكراهة بأكل تمرة ونحوها، وكذا بمجرد الشرب لانتفاء الوصال، ولا يكره الوصال إلى السحر عند الحنابلة، ولكنه ترك سنة، وهي تعجيل الفطر، فترك ذلك أولى محافظة على السنة، وعند الشافعية قولان: الأول وهو الصحيح: بأن الوصال مكروه كراهة تحريم، وهو ظاهر نص الشافعي رحمه الله، والثاني: يكره كراهة تنزيه[4]، فالشارع لم يقصد إلى التكليف بالشاق والإعنات فيه .

خامسًا : من باب الجنائز :

وقد جاءت بعض صور الإسراف في باب الجنائز والتي نهت عنها الشريعة، فمن ذلك ما يلي:

1- الإسراف في تكفين الميت والزيادة على كفن المثل:

وقد اتفق الفقهاء على أن تكفين الميت بما يستره فرض على الكفاية تكرمةً للميت وسترًا لعورته[5]، كما اتفق الفقهاء على أن الواجب في الكفن هو الثوب الواحد، والإيتار فيه إلى ثلاث للرجل، وإلى خمس للمرأة سنة، وتكره الزيادة على الأثواب الثلاثة للرجل، والخمسة للمرأة عند الجمهور: الشافعية، والحنابلة، ورواية عند الحنفية، لما فيها من الإسراف وإضاعة المال المنهي عنهما[6].

(1) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الصوم، باب: بركة السحور من غير إيجاب، رقم الحديث: (1922)، (29/3)، ومسلم في صحيحه، كتاب: الصيام، باب: النهي عن الوصال في الصوم، رقم الحديث: (1102)، (774/2).

(2) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الصوم، باب: التنكيل لمن أكثر الوصال، رقم الحديث: (1965)، (37/3)، ومسلم في صحيحه، كتاب: الصيام، باب: النهي عن الوصال في الصوم، رقم الحديث: (1103)، (774/2).

(3) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الصوم، باب: الوصال إلى السحر، رقم الحديث: (1967)، (38/3).

(4) ينظر: مراقي الفلاح، للشرنبلالي، (ص351)، وشرح مختصر خليل، للخرشي، (243/2)، وروضة الطالبين، للنووي، (368/2)، وكشاف القناع، للبهوتي، (342/2).

(5) ينظر: المجموع، للنووي، (140/5)، وكشاف القناع، للبهوتي، (103/2).

(6) ينظر: رد المحتار، لابن عابدين، (578/1)، ونهاية المحتاج، للرملي، (450/2)، وكشاف القناع، للبهوتي، (105/2).

ولا بأس عند المالكية بالزيادة إلى خمسة في الرجل، وإلى سبعة في المرأة، وقالوا: إن الزيادة على الخمسة في الرجل، والسبعة في المرأة إسراف، وثلاثة أولى من أربعة، وخمسة أولى من ستة[1].

عن عائشة رضي الله عنها قالت: إن رسول الله ﷺ كفن في ثلاثة أثواب يمانية بيض سحولية[2] ليس فيها قميص ولا عمامة[3].

كما اتفق الفقهاء على أنه تكره المغالاة في الكفن، والمراد بها هنا الزيادة على كفن المثل[4]، فعن عامر، عن علي بن أبي طالب ﷺ، قال: لا تغال لي في كفن، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**لَا تَغَالَوْا فِي الْكَفَنِ، فَإِنَّهُ يُسْلَبُهُ سَلْبًا سَرِيعًا**»[5].

قال الطيبي: «أي: لا تغالوا في كثرة ثمنه، وأصل الغلاء الارتفاع، ومجاوزة القدر في كل شيء، يقال: غاليت الشيء وبالشيء، وغلوت فيه، أغلو إذا جاوزت فيه الحد. قوله: «**فَإِنَّهُ يُسْلَبُ سَلْبًا سَرِيعًا**» علة للنهي، كأنه قيل: لا تشتروا الكفن بثمن غال، فإنه يبلي سريعًا، وهو تبذير، قال تعالي: **{إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ}** [الإسراء: 27]»[6].

2- التكفين في الحرير:

لا يجوز تكفين الرجل بالحرير[7]، وأما المرأة فيجوز تكفينها فيه عند جمهور الفقهاء، لأنه يجوز لها لبسه في الحياة، لكن مع الكراهة، لأن فيه سرفًا ويشبه إضاعة المال، بخلاف لبسها إياه في الحياة، فإنه مباح شرعًا[8].

وعند الحنابلة يحرم التكفين فيه عند عدم الضرورة ذكرًا كان الميت أو أنثى؛ لأنه إنما أبيح الحرير للمرأة حال الحياة، لأنها محل زينة وقد زال بموتها[9].

---

(1) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (126/2).

(2) السحولية: بفتح السين وضمها، والفتح أشهر، وهو رواية الأكثرين، قال ابن الأعرابي وغيره: هي ثياب بيض نقية لا تكون إلا من القطن، وقال ابن قتيبة: ثياب بيض، ولم يخصها بالقطن، وقال آخرون: هي منسوبة إلى سحول قرية باليمن تعمل فيها، وقال الأزهري: السحولية بالفتح منسوبة إلى سحول مدينة باليمن، يحمل منها هذه الثياب، وبالضم ثياب بيض، وقيل: إن القرية أيضا بالضم، حكاه ابن الأثير في النهاية. ينظر: شرح صحيح مسلم، للنووي، (7/7، 8).

(3) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الجنائز، باب: الثياب البيض للكفن، رقم الحديث (1264)، (75/2)، ومسلم في صحيحه، كتاب: الجنائز، باب: في كفن الميت، رقم الحديث (941)، (649/2).

(4) ينظر: رد المحتار، لابن عابدين، (578/1)، والمجموع، للنووي، (148/5، 149)، وكشاف القناع، للبهوتي، (104/2).

(5) رواه أبو داود في سننه، كتاب: الجنائز، باب: كراهية المغالاة في الكفن، رقم الحديث: (3154)، (199/3). قال النووي في خلاصة الأحكام (953/2): «رواه أبو داود بإسناد حسن». وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير (256/2): «في الإسناد عمرو بن هاشم الجنبي مختلف فيه، وفيه انقطاع بين الشعبي وعلي؛ لأن الدارقطني قال: إنه لم يسمع منه سوى حديث واحد».

(6) الكاشف عن حقائق السنن، للطيبي، (1387/4).

(7) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (307/1)، والكافي، لابن عبد البر، (ص83).

(8) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (307/1)، وحاشية على الشرح الكبير، للدسوقي، (413/1)، والمجموع، للنووي، (148/5).

(9) ينظر: كشاف القناع، للبهوتي، (104/2).

وقد تقدم في المسألة السابقة اتفاق الفقهاء على كراهية المغالاة والإسراف في الكفن، ومعلوم أن تكفين المرأة بالحرير هو من باب الإسراف، فإن لبس الحرير محله الزينة، والتكفين ليس محلًّا للزينة، والله تعالى أعلم.

المبحث الثاني

الأحكام الفقهية المتعلقة بالإسراف في باب الأحوال الشخصية

جاءت بعض صور الإسراف في باب الأحوال الشخصية أذكر منها يلي:

أولًا: الإسراف في المهر:

جعلت الشريعة المهر حقًّا واجبًا للمرأة على الرجل عطية من الله تعالى مبتدأة، أو هدية أوجبها على الرجل بقوله تعالى: **{وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً}** [النساء: 4] إظهارًا لخطر هذا العقد ومكانته، وإعزازًا للمرأة وإكرامًا لها، فمصالح النكاح ومقاصده لا تحصل إلا بالموافقة، ولا تحصل الموافقة إلا إذا كانت المرأة عزيزة مكرمة عند الزوج؛ ولا عزة إلا بانسداد طريق الوصول إليها إلا بمال له خطر عنده، ولذلك شُرع المهر(1).

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى استحباب تخفيف المهر وعدم المغالاة فيه بمعنى أن يخرج به عن عادة أمثالها(2)؛ لقول النبي ﷺ: «**إِنَّ مِنْ يُمْنِ الْمَرْأَةِ تَيْسِيرَ خِطْبَتِهَا، وَتَيْسِيرَ صَدَاقِهَا، وَتَيْسِيرَ رَحِمِهَا**»(3)، ولقوله ﷺ: «**أَعْظَمُ النِّسَاءِ بَرَكَةً أَيْسَرُهُنَّ صَدَاقًا**»(4).

ففي هذين الحديثين: دليل على أفضلية النكاح مع قلة المهر، وأن الزواج بمهر قليل مندوب ومرغوب إليه؛ لأن المهر إذا كان قليلا لم يستصعب النكاح من يريده، فيكثر الزواج المرغوب فيه، ويقدر عليه الفقراء، ويكثر النسل الذي هو أهم مطالب النكاح، بخلاف ما إذا كان المهر كثيرًا، فإنه لا يتمكن منه إلا أرباب الأموال، فيكون الفقراء -الذين هم الأكثر في الغالب- غير مزوجين، فلا تحصل المكاثرة التي أرشد إليها النبي ﷺ.

قال الماوردي: «والأولى أن يعدل الزوجان عن التناهي في الزيادة التي يقصر العمر عنها، وعن التناهي في النقصان الذي لا يكون له في النفوس موقع، وخير الأمور أوساطها، وأن يقتدي برسول الله ﷺ في مهور نسائه طلبًا للبركة في موافقته»(5).

---

(1) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (275/2)، ونهاية المحتاج، للرملي، (434/6)، وكشاف القناع، للبهوتي، (128/5).

(2) ينظر: روضة الطالبين، للنووي، (249/7)، وحاشية على الشرح الكبير، للدسوقي، (309/2)، وكشاف القناع، للبهوتي، (128/5، 129).

(3) رواه أحمد في مسنده، رقم الحديث: (24478)، (27/41، 28) وقال الأرناؤوط: «إسناده حسن».

(4) رواه الحاكم في المستدرك، كتاب: النكاح، رقم الحديث: (2732)، (194/2) وقال: «حديث صحيح على شرط مسلم» ووافقه الذهبي.

(5) الحاوي الكبير، للماوردي، (400/9).

ثانيًا: الإسراف في الوليمة :

اتفق الفقهاء على مشروعية الوليمة[1]، وذكروا أن الحكمة منها إثبات النكاح وإظهاره ومعرفته؛ لأن الشهود يهلكون، وقيل: الحكمة منها رجاء صلاح الزوجة ببركتها، فكانت كالفداء له[2].

ولا حد لأقل الوليمة، وتحصل السنة بأي شيء أطعمه، ولو بمدين من شعير، فعن صفية بنت شيبة، قالت: «أولم النبي ﷺ على بعض نسائه[3] بمدين من شعير»[4].

ونقل القاضي عياض الإجماع على أنه لا حد لأقل الوليمة وأنه بأي شيء أولم حصلت السنة[5].

وعند الشافعية[6]: أقل الوليمة للمتمكن شاة، ولغيره ما قدر عليه، لقوله ﷺ لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه لما تزوج: «**أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ**»[7].

وعند الحنابلة[8]: يستحب ألَّا تنقص الوليمة عن شاة.

ومن صور الإسراف المنهي عنها: الإسراف في الوليمة، وقد جاء النهي عن الإسراف في الأكل والشرب عمومًا في قوله تعالى: **{وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلاَ تُسْرِفُوا إِنَّهُ لاَ يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ}** [الأعراف: 31]، فالمباح من الوليمة ما جرت به العادة من غير سرف ولا سمعة[9].

ومما يدخل تحت ذلك: الإسراف في المآكل والملبس والزينة بصفة عامة :

فقد شرع الله تعالى التمتع بالطيبات من الطعام والشراب والمسكن والملبس ما لم يكن فيها سرف أو مخيلة؛ لأن في جميعها حفاظًا على النفس، قال تعالى: **{قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ آمَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا خَالِصَةً يَوْمَ الْقِيَامَةِ كَذَلِكَ نُفَصِّلُ الآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ}** [الأعراف: 32].

---

(1) ينظر: رد المحتار، لابن عابدين، (347/6)، وحاشية على الشرح الكبير، للدسوقي، (337/2)، ومغني المحتاج، للشربيني، (212/3)، والفروع، لابن مفلح، (227/5).

(2) ينظر: حاشية على الشرح الكبير، للدسوقي، (337/2)، وتحفة المحتاج، للهيتمي، (425/7).

(3) قال الحافظ في الفتح (239/9): «لم أقف على تعيين اسمها صريحًا، وأقرب ما يفسر به أم سلمة».

(4) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: النكاح، باب: من أولم بأقل من شاة، رقم الحديث: (5172)، (24/7).

(5) ينظر: شرح مختصر خليل، للزرقاني، (90/4).

(6) ينظر: نهاية المحتاج، للرملي، (363/6)، وتحفة المحتاج، للهيتمي، (425/7).

(7) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: النكاح، باب: الصفرة للمتزوج، رقم الحديث: (5135)، (21/7)، ومسلم في صحيحه، كتاب: النكاح، باب: الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك من قليل وكثير، واستحباب كونه خمسمائة درهم لمن لا يجحف به، رقم الحديث: (1427)، (1042/2).

(8) ينظر: مطالب أولي النهى، للرحيباني، (232/5).

(9) ينظر: التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، لخليل بن إسحاق، (255/4).

قال القرطبي: «قال ابن عباس: «أحل الله في هذه الآية الأكل والشرب ما لم يكن سرفا أو مخيلة». فأما ما تدعو الحاجة إليه وهو ما سد الجوعة وسكن الظمأ فمندوب إليه عقلًا وشرعا لما فيه من حفظ النفس وحراسة الحواس»[1].

أما الإسراف في المآكل والمشارب: فقد قال تعالى: **{وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلاَ تُسْرِفُوا إِنَّهُ لاَ يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ}** [الأعراف: 31]. فالآية الكريمة أرشدت إلى الوسطية في المأكل والمشرب؛ أي: «يأكل ويشرب بحيث لا يتعدى إلى الحرم، ولا يكثر الإنفاق المستقبح، ولا يتناول مقدارًا كثيرًا يضره ولا يحتاج إليه»[2].

ومن صور الإسراف المنهي عنه في الطعام: صنعه زائدًا على قدر الحاجة وتكلف ما لا يطيق الإنسان، وقد نهت الشريعة عن التكلف، قال تعالى: **{وَمَا أَنَا مِنَ الْمُتَكَلِّفِينَ}** [ص: 86]، وقال ﷺ: «**هَلَكَ الْمُتَنَطِّعُونَ**». قالها ثلاثًا[3].

وأيضًا الأكل فوق الشبع لما فيه من الضرر، وقد جاء النهي عن الشبع والتحذير منه، فعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: تجشأ رجل عند النبي ﷺ فقال: «**كُفَّ عَنَّا جُشَاءَكَ؛ فَإِنَّ أَكْثَرَهُمْ شِبَعًا فِي الدُّنْيَا أَطْوَلُهم جُوعًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ**»[4].

ومن الإسراف في الزينة: لبس ما يحرم لذاته؛ كالحرير والذهب بالنسبة للرجل، ومجاوزة الحد المشروع في اللباس؛ كجر الثوب، ولبس ثوب الشهرة، ومجاوزة الحد المعقول والمألوف في اللباس المباح، وإهمال الملابس وتعريضها للتلف.

ومن الإسراف في البناء: التباهي بها وإنفاق الأموال الطائلة في تشييدها، وقد كان من هدي الصحابة رضي الله عنهم التقلل والزهد اقتداء بالنبي ﷺ، فعن خباب بن الأرت ﷺ قال: «إن المسلم ليؤجر في كل شيء ينفقه إلا في شيء يجعله في هذا التراب»[5].

ثالثًا: الإسراف في الطلاق :

قسم الفقهاء الطلاق من حيث وصفه الشرعي إلى سني وبدعي، فأما طلاق السنة: فهو ما وقع على الوجه الذي ندب الشرع لإيقاعه. وأما طلاق البدعة: فهو ما وقع على الوجه الذي منع الشرع إيقاعه عليه[6].

(1) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، (7/ 191).

(2) مفاتيح الغيب، للرازي، (14/230).

(3) رواه مسلم في صحيحه، كتاب: العلم، باب: هلك المتنطعون، رقم الحديث: (2670)، (4/2055).

(4) رواه الترمذي في سننه، أبواب: صفة القيامة والرقائق والورع، باب، رقم الحديث: (2478)، (4/649)، وقال: «هذا حديث حسن غريب».

(5) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: المرضى، باب: نهي تمني المريض الموت، رقم الحديث: (5348)، (5/2147).

(6) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام، (3/328، 329)، وحاشية على الشرح الكبير، للدسوقي، (2/361).

ويندرج الطلاق البدعي تحت الإسراف المنهي عنه، وذلك لمجاوزته حدود الشرع، ومن صور الطلاق البدعي: أن يطلِّق الزوج زوجته ثلاثًا بكلمة واحدة في الطهر أو الحيض، وكذا واحدًا أو اثنين في الحيض، أو واحدًا في الطهر الذي جامعها فيه، وكذا ثلاثًا في طهر واحد، وكذا ثلاثًا أو اثنين بتكرار اللفظ[1].

1- الطلاق في الحيض :

اتفق الفقهاء[2] على أن إيقاع الطلاق في فترة الحيض حرام، وحُكي الإجماع على ذلك، وهو أحد أقسام الطلاق البدعي لنهي الشارع عنه في قوله تعالى: **{يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ}** [الطلاق: 1] الآية.

وجه الدلالة: الآية تدل بعمومها على أن من طلق في الحيض أو في طهر جامع فيه فهو ظالم لنفسه، ولا يكون ظالمًا لنفسه إلا إذا تعدى حدوده تعالى، ولا يكون متعديًا حدوده تعالى إلا إذا ارتكب أمرًا محرمًا، ولا يكون مرتكبًا أمرًا محرمًا إلا إذا وقع ما أوقفه في الحيض أو في طهر جامع فيه[3].

وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: طلقت امرأتي وهي حائض، فذكر ذلك عمر للنبي صلى الله عليه وسلم، فتغيظ رسول الله ﷺ، ثم قال: «**مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً أُخْرَى مُسْتَقْبَلَةً سِوَى حَيْضَتِهَا الَّتِي طَلَّقَهَا فِيهَا، فَإِنْ بَدَا لَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا، فَلْيُطَلِّقْهَا طَاهِرًا مِنْ حَيْضَتِهَا قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا، فَذَلِكَ الطَّلَاقُ لِلْعِدَّةِ كَمَا أَمَرَ اللهُ**»[4].

وقوله: (فتغيظ رسول الله ﷺ) فيه دلالة على حرمة الطلاق في الحيض؛ لأنه ﷺ لا يغضب بغير حرام. قال الحافظ ابن حجر: «فيه إشعار بأن الطلاق في الحيض كان تقدم النهي عنه، وإلا لم يقع التغيظ على أمر لم يسبق النهي عنه»[5].

مما سبق: إذا طلق الرجل زوجته وهي حائض كان ظالمًا وواقعًا في الإسراف المنهي عنه ولذلك لتعديه حدود الله، والله تعالى أعلم.

---

(1) ينظر: التعريفات الفقهية، للبركتي، (ص136، 137).

(2) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام، (329/2)، والكافي، لابن عبد البر، (ص262)، والحاوي الكبير، للماوردي، (116/10)، والمغني، لابن قدامة، (238/8).

(3) ينظر: الكافي، لابن عبد البر، (ص263).

(4) رواه مسلم في صحيحه، كتاب: الطلاق، باب: تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، وأنه لو خالف وقع الطلاق، ويؤمر برجعتها، رقم الحديث: (1471)، (1095/2).

(5) فتح الباري، لابن حجر، (347/9).

2- الطلاق ثلاثًا بلفظ واحد:

وصورته أن يجمع الزوج ثلاث تطليقات لزوجته بصيغة واحدة، بأن يقول: أنت طالق أنت طالق، أنت طالق، ولا يقصد من تكرار هذا تأكيدًا، وهذه الصورة محرمة وإسراف منهي عنه، فعن محمود بن لبيد ﷺ قال: أُخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقاتٍ جميعًا، فقام غضبانًا، ثم قال: «**أَيُلْعَبُ بِكِتَابِ اللَّهِ وَأَنَا بَيْنَ أَظْهُرِكُمْ؟**» حتى قام رجل وقال: يا رسول الله، ألا أقتله[1]؟

فقوله: «**أَيُلْعَبُ بِكِتَابِ اللَّهِ**» أي: أيستهزأ به؟ يريد به قوله تعالي: **{الطَّلاقُ مَرَّتَانِ}** إلى قوله: **{وَلاَ تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا}** [البقرة: 229-231] أي: التطليق الشرعي تطليقة بعد تطليقة على التفريق دون الجمع والإرسال دفعة واحدة، فالحديث يدل على أن الطلاق ثلاث محرم ومنكر[2].

رابعًا: الإسراف في الإحداد:

أجمع العلماء على وجوب الإحداد في عدة الوفاة من نكاح صحيح ولو من غير دخول بالزوجة، كما أجمعوا على أنه لا إحداد على الرجل، وقد أجمعوا أيضًا على أنه لا إحداد على المطلقة رجعيًّا، بل يطلب منها أن تتعرض لمطلقها وتتزين له لعل الله يحدث بعد ذلك أمرًا[3].

أما إحداد المرأة على قريب غير زوج فإنه جائز لمدة ثلاثة أيام فقط، ويحرم الزيادة عليها، وذلك لقوله ﷺ: «**لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تَحُدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا**»[4].

فمن صور الإسراف أن تزيد الزوجة في الإحداد على الزوج أكثر من أربعة أشهر أو في الإحداد على غير الزوج أكثر من ثلاثة أيام، فهذا لا يحل لها، وللزوج منعها من الإحداد على القريب؛ وذلك لأن الزينة حقه[5]، والله تعالى أعلم.

---

(1) رواه النسائي في سننه، كتاب الطلاق، باب: الثلاث المجموعة وما فيه من التغليظ، رقم الحديث: (3401)، (142/6)، قال ابن حجر في الفتح (362/9): «أخرجه النسائي ورجاله ثقات».

(2) المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، للقرطبي، (242/4)، والكاشف عن حقائق السنن، للطيبي، (2346/7).

(3) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (152/4)، وشرح مختصر خليل، للخرشي، (287/3)، وروضة الطالبين، للنووي، (405/8)، وشرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (203/3).

(4) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الجنائز، باب: إحداد المرأة على غير زوجها، رقم الحديث: (1280)، (78/2)، ومسلم في صحيحه، كتاب: الطلاق، باب: انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها، وغيرها بوضع الحمل، رقم الحديث: (1486)، (1123/2).

(5) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، (7204/9).

المبحث الثالث

الأحكام الفقهية المتعلقة بالإسراف في باب العقوبات

أولًا: الإسراف في القصاص :

نهت الشريعة عن الإسراف في القصاص، ومن التشريعات التي تدل على ذلك ما يلي:

- اشتراط المماثلة في قصاص الأعضاء في المحل والقدر والصفة، فلا يكون العضو المقتص منه أحسن حالًا من العضو التالف، وإلا يعتبر إسرافًا منهيًّا عنه، فلا تؤخذ يد صحيحة بيد شلاء، ولا رجل صحيحة برجل شلاء، ولا تؤخذ يد كاملة بيد ناقصة، لأنه ليس للمجني عليه أن يأخذ فوق حقه، ولو وجب له قصاص في أنملة فقطع أنملتين، فإن كان عامدًا وجب عليه القصاص في الزيادة، وهذا ما لا خلاف فيه بين الفقهاء[1].

- الأمن من الحيف –وهو الزيادة– بحيث لا يتعدى في الاستيفاء إلى غير الجاني، وفي قصاص ما دون النفس لا يتعدى الطرف أو المكان الذي وجب فيه القصاص إلى غيره، وفي قصاص الأطراف يشترط إمكان الاستيفاء من غير حيف ولا زيادة، بأن يكون القطع من مفصل، فإن كان القطع من غير مفصل فلا قصاص فيه من موضع القطع، حذرًا من الإسراف[2].

وإذا أراد الولي أن يستوفي بنفسه فلا يكفي أن يكون خبيرًا بالقصاص، بل يجب أن يستعمل فيه أداة صالحة له لا كالة مثلًا ولا مسممة لئلا يعذب المقتص منه، فإن فعل ذلك وجب عليه التعزير؛ لأن من شروط القصاص أن لا يعذب الجاني وأن تزهق روحه بأيسر ما يمكن[3].

ثانيًا: الإسراف في استيفاء الحدود:

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز في الحدود التعدي والإسراف؛ وذلك لأن الحدود عقوبة مقدرة لا تقبل الزيادة والنقصان، وهي واجبة حقًّا لله تعالى لا تقبل العفو والإسقاط بعد ثبوتها، ولا يمكن استبدال عقوبة أخرى بها[4].

وقد نهت الشريعة عن الإسراف في الحدود، ومن التشريعات التي تدل على ذلك ما يلي:

---

(1) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (298/7)، ومواهب الجليل، للحطاب، (246/6)، والمهذب، للشيرازي، (182/2، 188)، والمغني، لابن قدامة، (707/7، 724).

(2) ينظر: الاختيار، للموصلي، (42/5)، ومواهب الجليل، للحطاب، (246/6)، ونهاية المحتاج، للرملي، (286/7)، والمغني، لا بن قدامة، (703/7، 704).

(3) ينظر: المهذب، للشيرازي، (2/ 198).

(4) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (33/7)، ومواهب الجليل، للحطاب، (318/6)، والإقناع، للشربيني، (244/4)، والمغني، لابن قدامة، (311/8، 312).

– لا يجوز أن يقيم الحد إلا الإمام أو نائبه؛ لأن الحد حق الله تعالى، ومشروع لصالح الجماعة، فوجب تفويضه إلى نائب الجماعة وهو الإمام؛ ولأن الحد يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن في استيفائه من الحيف والزيادة على الواجب، فوجب تركه لولي الأمر يقيمه إن شاء بنفسه أو بواسطة نائبه(1).

– درء الحدود بالشبهات: فالحدود عقوبات كاملة لمنكرات ظاهرة، ويجب الحد إذا تمت الجريمة كاملة، فإذا وجد مخرج لإسقاط العقوبة عن المتهم فيسقط عنه؛ لأن الأصل في الإنسان براءة الذمة، والمتهم بريء حتى تثبت إدانته، وبراءة المتهم ثابتة بيقين وانشغال ذمته بالتهمة احتمال، وإن ما ثبت باليقين يرجح على ما ثبت بالاحتمال والشك. ثم إن الشبهة التي تدرأ الحد عند الجمهور لا تعني أنها تسقط الحد بعد ثبوت الجريمة، وإنما تعني الشك في ثبوت الجريمة على نحو معتبر لا يستوجب ثبوت الحد والحكم به وتنفيذه؛ كالشبهة في الشهود لوجود ما يدعو إلى الشك في صحة شهاداتهم، لما بينهم وبين المشهود عليه من عداوة أو قرابة(2).

– ذهب جمهور الفقهاء إلى منع الموالاة بين الحدود، ووجوب أن يكون بينها فسحة من الوقت تسمح باندمال الجرح وزوال ألم الحدِّ الأول قبل الشروع فيما يليه من حدود(3)، ويرى المالكية أن الموالاة بين الحدود وتركها موكول إلى نظر الإمام(4).

– لا يقام الحد على الحامل، لأن فيه هلاك الجنين بغير حق، وهذا إسراف بلا شك(5).

– يشترط في الحدود التي عقوبتها الجلد، كالقذف والشرب والزنى في حالة عدم الإحصان ألا يكون في الجلد خوف الهلاك، لأن هذا الحد شرع زاجرا لا مهلكًا(6).

– يكون الضرب وسطًا، لا مبرحًا ولا خفيفًا، ولا يجمع في عضو واحد، ويتقي المقاتل، وهي الرأس والوجه والفرج، لما فيها من خوف الهلاك، وينبغي أن يكون الجلاد عاقلًا بصيرًا بأمر الضرب، وذلك كله للتحرز عن التعدي والإسراف(7).

– تقطع يمين السارق من زنده وهو مفصل الرسغ، وتحسم ولا تقطع في حر وبرد شديدين؛ لأن الحد زاجر لا متلف. ويقطع بأسهل ما يمكن، فيجلس ويضبط، لئلا يتحرك فيجني على نفسه وتشد يده بحبل، وتجر

(1) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (57/7)، والذخيرة، للقرافي، (39/12).

(2) ينظر: المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، لعبد الكريم زيدان، (63/5).

(3) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (33/24)، وأسنى المطالب، لزكريا الأنصاري، (157/4)، والمغني، لابن قدامة، (132/9).

(4) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (25/8).

(5) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (59/7)، ومواهب الجليل، للحطاب، (319/6)، والمغني، لابن قدامة، (317/8).

(6) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (59/7)، ومواهب الجليل، للحطاب، (319/6)، وحاشية قليوبي، (183/4، 204، 205) والمغني، لابن قدامة، (315-311/8).

(7) ينظر: المراجع السابقة.

حتى يبين مفصل الكف من مفصل الذراع، ثم يوضع بينهما سكين حاد، ويدق فوقهما بقوة، ليقطع في مرة واحدة. وإن علم قطع أسرع من هذا قطع به[1].

ثالثًا : الإسراف في التعزير :

وقد نهت الشريعة عن الإسراف في التعزير، ومن التشريعات التي تدل على ذلك ما يلي:

– التوازن بين مقدار المضرة في العقاب، والمضرة اللاحقة بسبب الذنب، فلا يشتط ولا يتجاوز الحد، وأن تكون العقوبة متناسبة مع المصالح التي فوتتها الجرائم، والمضار التي أنزلتها، وأن تكون درجات العقوبة متلاقية مع درجات الضرر اللاحق، فتكبر بكبر الضرر وتنزل بنزوله، لذلك يختلف التعزير باختلاف الأشخاص[2].

– كل ضرب يؤدي إلى الإتلاف ممنوع، سواء أكان هذا الاحتمال ناشئًا من آلة الضرب، أم من حالة الجاني نفسه، أم من موضع الضرب، فلا تجوز المعاقبة بجدع أنف، أو أذن، أو اصطلام شفة، وقطع أنامل، وكسر عظم، ولم يعهد شيء من ذلك عن أحد الصحابة، ولأن الواجب التأديب، وهو لا يكون بالإتلاف[3].

– على الحاكم في تقدير عقوبة التعزير مراعاة حال الجريمة، فالتعزير يختلف من حيث المقادير، والأجناس، والصفات، باختلاف الجرائم، من حيث كبرها، وصغرها، وبحسب حال المجرم نفسه، وبحسب حال القائل والمقول فيه والقول، وهو موكول إلى اجتهاد الإمام[4].

– في الضرب للتأديب لا يكون مبرحًا، ولا يكون على الوجه، ولا على المواضع المخوفة، وأن يكون مما يعتبر مثله تأديبًا، فإن المقصود منه الصلاح لا غير، فإن غلب على ظنه أن الضرب لا يفيد إلا أن يكون مخوفًا لم يجز التعزير بالضرب، وإلا كان ضامنًا بلا خلاف، لأن الضرب غير المعتاد والذي لا يعتبر مثله أدبًا تعدٍّ وإسراف فيوجب الضمان[5].

– يحرم التأديب بإحراق الجسم أو بعضه بقصد الإيلام والتوجيع إلا المماثلة في العقوبة فتجوز عند كثير من الفقهاء، ولا يجوز خنق المحبوس وعصره وغطه في الماء[6].

---

(1) ينظر: رد المحتار، لابن عابدين، (3/ 206)، ومواهب الجليل، للحطاب، (6/ 305)، وروضة الطالبين، للنووي، (10/ 149)، والمغني، لابن قدامة، (8/ 261).

(2) ينظر: الأحكام السلطانية، للماوردي، (ص206)، والجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، لمحمد أبو زهرة، (ص 153).

(3) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (120/7)، وبلغة السالك، للصاوي، (453/4)، وكشاف القناع، للبهوتي، (72/4).

(4) ينظر: رد المحتار، لابن عابدين، (183/3)، وتبصرة الحكام، لابن فرحون، (366/2)، ونهاية المحتاج، للرملي، (174/7).

(5) ينظر: حاشية على مراقي الفلاح، للطحطاوي، (375/4)، ومواهب الجليل، للحطاب، (15/4، 16)، وأسنى المطالب، للشيخ زكريا، (239/3)، والمغني، لابن قدامة، (327/8).

(6) ينظر: المغني، لابن قدامة، (7/ 119)، وفتح الباري، لابن حجر، (6/ 150).

– لا يجوز الحبس في مكان يمنع فيه المحبوس الطعام والشراب، أو في مكان حار أو تحت الشمس أو في مكان بارد، أو في بيت تسد نوافذه وفيه دخان، أو يمنع من الملابس في البرد. فإن مات المحبوس فالدية على الحابس وقيل: القود[1].

– تحرم المعاقبة بالتجريد من الثياب؛ لما في ذلك من كشف العورة[2].

– ينبغي تمكين المحبوس من الوضوء والصلاة، ولا تجوز معاقبته بالمنع منهما، كما لا يجوز منع المحبوس من قضاء حاجته[3].

– لا يجوز للإمام أو غيره التأديب باللعن والسب الفاحش وسب الآباء والأمهات ونحو ذلك. ويجوز التأديب بقوله: يا ظالم يا معتدي ونحوه[4].

– تحرم المعاقبة بالإقامة في الشمس أو صب الزيت على الرؤوس أو حلق اللحية، وكذا إغراء الحيوان كالسبع والعقرب بالمحبوس ليؤذيه[5].

رابعاً: تشريع عقوبة الحجر على المسرف :

الحجر شرعًا: المنع من التصرفات المالية[6].

والسفيه هو الشخص الذي لا يُحسِن التصرف في أمواله ولا المحافظة عليها، ويتصرف فيها على غير نهج العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله، فلا يتوقَّى من التبذير في أمواله وتضييعها أو صرفها فيما لا مصلحة فيه ولا غرض ديني أو دنيوي[7].

قال تعالى: **{وَلاَ تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا}** [النساء/5]. قال الإمام الطبري: «والسفيه الذي لا يجوز لوليه أن يؤتِّيه ماله، هو المستحقُّ الحجرَ بتضييعه مالَه وفسادِه وإفسادِه وسوء تدبيره

(1) ينظر: رد المحتار، لابن عابدين، (2/ 421)، والأحكام السلطانية، للماوردي، (ص 239)، وحاشية قليوبي، (4/ 97، 205)، والمغني، لابن قدامة، (7/ 643).

(2) ينظر: رد المحتار، لابن عابدين، (4/ 13، 5/ 379)، والأحكام السلطانية، للماوردي، (ص 239).

(3) ينظر: رد المحتار، لابن عابدين، (282/3)، وحاشية على الشرح الكبير، للدسوقي، (282/3)، وحاشية قليوبي، (205/4).

(4) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (282/3)، وحاشية على الشرح الكبير، للدسوقي، (354/4)، والأحكام السلطانية، للماوردي، (ص236).

(5) ينظر: تبصرة الحكام، لابن فرحون، (2/ 147)، وأسنى المطالب، لزكريا الأنصاري، (4/ 9)، والمغني، لابن قدامة، (7/ 641).

(6) ينظر: أسنى المطالب، للشيخ زكريا، (205/2)، والمبدع، ابن مفلح، (281/4).

(7) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (166/24)، ومفاتيح الغيب، للرازي، (151/9، 153)، والمغني، لابن قدامة، (295/4).

ذلك»[1]. وقال ابن كثير: «ومن هاهنا يؤخذ الحجر على السفهاء، وهم أقسام: فتارة يكون الحجر للصغر؛ فإن الصغير مسلوب العبارة. وتارة يكون الحجر للجنون، وتارة لسوء التصرف لنقص العقل أو الدين»[2].

المسرف في الأموال يعتبر سفيهًا عند الفقهاء؛ لأنه يبذر الأموال ويضيعها على خلاف مقتضى الشرع والعقل، وهذا هو معنى السفه عندهم، وعلى ذلك فالإسراف الناشئ عن السفه، سبب للحجر عند جمهور الفقهاء[3].

لذلك كان الحجْر على الشخص السفيه المسرف المبذر لماله صحيح محقق لمصلحته؛ لأنه يُتلف ماله ويضيّعه في غير الوجوه النافعة لِما يتصف به من خفة العقل والطيش في صرف المال بلا مبالاة ولا تقدير لما سيجرّ عليه هذا السفه ويفتح عليه في المستقبل من منافذ العوز والفاقة والفقر، وقد يصبح بذلك عالة على المجتمع، فاقتضى النظر المصلحي الحجْر على مثله صونًا لماله من العبث وحدًّا لهوى النفس بالإنفاق في وجوه غير صحيحة، فالمال عصب الحياة فيجب إنفاقه في غير إسراف ولا تبذير، وقد نهى الله تعالى عن التبذير وذمَّ أهله غاية المذمّة، فقال: **{إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا}** [الإسراء: 27].

(1) جامع البيان، للطبري، (565/7).

(2) تفسير القرآن العظيم، لابن كثير، (214/2).

(3) المغني، لابن قدامة، (343/4).

خاتمة :

تناول هذا البحث «**الأحكام الفقهية المتعلقة بالإسراف**»، ومن المعلوم بالضرورة أن لكل عمل نتائج وثمرات في نهايته، وقد توصلتُ إلى عدد من النتائج والتوصيات أثناء عملي، بيانها فيما يلي:

- إن الاعتدال هو الجوهر الذي جاءت به الشريعة في كل الأنشطة البشرية؛ لذلك نهت عن جميع صور الإسراف، سواء كان هذا الإسراف في العبادات، أو الأحوال الشخصية، أو العقوبات.

- قدَّمت الشريعة الإسلامية للبشرية منهجًا متكاملًا وتصورًا واضحًا عن طبيعة التصرف في جميع شئون الحياة، عماد هذا المنهج الوسطية والاعتدال.

- من صور الإسراف التي نهت عنها الشريعة الإسراف في الماء المتطهَّر به في الوضوء أو الغسل والزيادة عمَّا توضأ به النبي ﷺ، أو الزيادة على ثلاث غسلات في الوضوء.

- مع حرص الشريعة الغراء على قيام المسلم بالنوافل والعبادات المسنونة إلا أنه جاء في الكتاب والسنة الأمر بالاقتصاد في العبادة، والنهي عن التشدد والمبالغة والإسراف ومجاوزة الحد بما يشق فيه الإنسان على نفسه أو يضر بحقوق الآخرين.

- ينبغي مع حرص المسلم على الصلاة بالليل أن يرفق بنفسه ولا يتجاوز بقيامه حدًّا يضيِّع به الحقوق والواجبات.

- ينبغي على قارئ القرآن ألا يخرج بقراءته إلى حدٍّ لا يتمكن فيه من التدبر والتفكر بسبب العجلة والملالة.

- ينبغي على المسلم القصد والاعتدال في الإنفاق وعدم التجاوز إلى حد الإسراف، بحيث يؤدي إلى فقره وحاجته حتى يتكفف الناس، أو يؤذي من يمونهم ويعولهم من أهل وعيال.

- من صور الإسراف سرد الصيام أو صوم الدهر بما يضر به الإنسان نفسه أو يكون سببًا في تقصيره في الفرائض والواجبات والكسب الذي لا بدَّ منه.

- لا يجوز للمسلم أن يتحرى الجوع أو العطش المفرط الذي يضر العقل والجسم ويمنع أداء واجبات أو مستحبات أنفع منه؛ لأن هذه مشقات لا يقصد الشارع تكليف العباد بها.

- المغالاة والزيادة على ثمن المثل في الكفن من صور الإسراف، وقد ورد النهي عنها، واتفق الفقهاء على كراهتها، فينبغي على المسلم ألا يغالي في الكفن ويقتصر على ما ورد في السنة النبوية.

– لا يجوز للحرِّ أن يجمع بين أكثر من أربع من النساء، فالزيادة على أربع زوجات من صور الإسراف وتعدٍّ لحدود الله تعالى.

– يكره المغالاة في المهور والإسراف في تقديرها؛ وذلك لتيسير الزواج للشباب حتى لا ينصرفوا عنه، فتقع مفاسد خلقية واجتماعية متعددة.

– ينبغي على المسلم عدم الإسراف في ولائم الزواج، فيقدم ما يقدر عليه، ولا يحمل نفسه فوق طاقته، كما يجب على الأقارب والأهل من قبل الزوج والزوجة أن يراعوا ظروف الزوج المادية فلا يحملوه فوق طاقته.

– إذا طلق الرجل زوجته وهي حائض كان ظالمًا وواقعًا في الإسراف المنهي عنه ولذلك لتعديه حدود الله تعالى.

– ينبغي على المسلم إذا أراد أن يطلق أن يكون على الوجه الذي ندب الشرع لإيقاعه، وهو التطليق الشرعي تطليقة بعد تطليقة على التفريق دون الجمع والإرسال دفعة واحدة، أما إذا طلق ثلاثًا بلفظ واحد فهذا الفعل منهي عنه ومعصية وإسراف وتعدٍّ لحدود الله تعالى.

– من صور الإسراف أن تزيد الزوجة في الإحداد على غير الزوج أكثر من ثلاثة أيام، فهذا لا يحل لها، وللزوج منعها من الإحداد على القريب؛ وذلك لأن الزينة حقه.

– الإسراف في القصاص يدخل تحت الظلم والبغي والعدوان، لذلك تشترط المماثلة في المحل والقدر والصفة، وألا يستوفى القصاص فيما دون النفس إلا بحضرة السلطان أو نائبه، وإلا يعتبر إسرافًا منهيًّا عنه.

– الإسراف في الحدود يدخل تحت الظلم والبغي والعدوان، لذلك وضعت الشريعة ضوابط للحدود حتى لا يقع فيها الإسراف، فلا يقيم الحدود إلا ولاة الأمور، كما يجب على من يقيم الحدود من ولاة الأمر مراعاة الضوابط الشرعية حتى لا يقعوا في الإسراف.

– الإسراف في التعزير يدخل تحت الظلم والبغي والعدوان، لذلك وضعت الشريعة ضوابط للتعزير حتى لا يقع فيها الإسراف، فالتعزير يختلف باختلاف الجناية وأحوال الناس، فتقدر بقدر الجناية، ومقدار ما ينزجر به الجاني، ولا يكون بالضرب غير المعتاد، والذي لا يعتبر مثله أدًبا، وإلا كان تعديًا وإسرافًا.

– المسرف في الأموال يعتبر سفيهًا عند الفقهاء؛ لأنه يبذر الأموال ويضيعها على خلاف مقتضى الشرع والعقل، وهذا هو معنى السفه عندهم، وعلى ذلك فالإسراف الناشئ عن السفه سبب للحجر عند جمهور الفقهاء.

❖ قائمة المصادر والمراجع :

- **الأحكام السلطانية**، لأبي الحسن علي بن محمد بالماوردي، دار الحديث، القاهرة.

- **أحكام القرآن**، لأحمد بن علي الجصاص، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ.

- **الاختيار لتعليل المختار**، لعبد الله بن محمود الموصلي، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1356هـ 1937م.

- **أسنى المطالب**، لزكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي.

- **الإقناع**، لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت.

- **البحر الرائق**، لزين الدين بن إبراهيم ابن نجيم المصري، دار الكتاب الإسلامي، ط2.

- **بدائع الصنائع**، لأبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ 1986م.

- **البدر المنير**، لابن الملقن سراج الدين أبي حفص عمر بن علي، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1425ه، 2004م.

- **بلغة السالك**، لأبي العباس أحمد بن محمد الصاوي، دار المعارف.

- **تبصرة الحكام**، لإبراهيم بن علي ابن فرحون، مكتبة الكليات الأزهرية، ط! 1406هـ 1986م.

- **التبيان في آداب حملة القرآن**، ليحيى بن شرف النووي، ط3، 1414هـ 1994م، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.

- **تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج**، لعمر بن علي ابن الملقن، دار حراء، مكة المكرمة، ط! 1406هـ.

- **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، لأحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، 1357هـ 1938م.

- **التعريفات الفقهية**، لمحمد عميم الإحسان البركتي، دار الكتب العلمية، ط! 1424هـ 2003م.

- **تفسير القرآن العظيم**، لإسماعيل بن عمر بن كثير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط! 1419هـ.

- **التلخيص الحبير**، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار الكتب العلمية، ط! 1419هـ 1989م.

- **التوضيح في شرح المختصر الفرعي**، لخليل بن إسحاق، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط! 1429هـ 2008م.

- **جامع البيان**، لمحمد بن جرير الطبري، مؤسسة الرسالة، ط! 1420هـ 2000م.

- **الجامع لأحكام القرآن**، لمحمد بن أحمد القرطبي، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ 1964م.

- **الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي**، لمحمد أبو زهرة، دار الفكر، 1998م.

- **حاشية على الشرح الكبير**، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر، بيروت.

- **حاشية على مراقي الفلاح**، لأحمد بن محمد الطحطاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ 1997م.

- **حاشيتا قليوبي وعميرة**، دار الفكر، بيروت، 1415هـ 1995م.

- **الحاوي الكبير**، لعلي بن محمد الماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ 1999م.
- **خلاصة الأحكام**، ليحيى بن شرف النووي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1418هـ 1997م.
- **الذخيرة** لأحمد بن إدريس القرافي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.

- **رد المحتار**، لمحمد أمين بن عمر ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ 1992م.

- **روضة الطالبين**، ليحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1412هـ 1991م.
- **السنن**، لأحمد بن شعيب النسائي، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب.
- **السنن**، لعبد الله محمد بن يزيد ابن ماجه، دار إحياء الكتب العربية.
- **السنن**، لأبي داود سليمان بن الأشعث، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت.
- **السنن**، لمحمد بن عيسى الترمذي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط2، 1395هـ 1975م
- **شرح صحيح البخاري**، لابن بطال علي بن خلف، مكتبة الرشد، الرياض، ط2، 1423هـ 2003م
- **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، ليحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1392هـ
- **شرح مختصر خليل**، لمحمد بن عبد الله الخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت.
- **شرح مختصر خليل**، لعبد الباقي بن يوسف الزرقاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422هـ 2002م.

- **دقائق أولي النهى**، لمنصور بن يونس البهوتى، عالم الكتب، ط1، 1414هـ 1993م.

- **شرح موطأ الإمام مالك**، لمحمد بن عبد الباقي الزرقاني، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط1، 1424هـ 2003م.

- **صحيح البخاري**، لمحمد بن إسماعيل البخاري، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ

- **صحيح مسلم**، لمسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- **الغريبين في القرآن والحديث**، لأحمد بن محمد الهروي، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط1، 1419هـ 1999م.

- **فتح الباري**، لأحمد بن علي بن حجر، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.

- **فتح القدير**، لمحمد بن عبد الواحد ابن الهمام، دار الفكر.
- **الفروع**، لمحمد بن مفلح، مؤسسة الرسالة، ط1، 1424هـ 2003م.

- **الفقه الإسلامي وأدلته**، لوَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، دار الفكر، ط12.

- **الفواكه الدواني**، لأحمد بن غانم النفراوي، دار الفكر، بيروت، 1415هـ 1995م.

- **قواعد الأحكام**، لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة.
- **القوانين الفقهية**، لمحمد بن أحمد ابن جزي، دار القلم، بيروت.
- **الكاشف عن حقائق السنن**، للحسين بن عبد الله الطيبي، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، ط1، 1417هـ 1997م.

- **الكافي**، ليوسف بن عبد الله بن عبد البر، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط2، 1400هـ 1980م.

- **كشاف القناع**، لمنصور بن يونس البهوتي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- **لسان العرب**، لمحمد بن مكرم ابن منظور، دار صادر، بيروت، ط3، 1414ه.

- **المبسوط**، لمحمد بن أحمد السرخسي، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ 1993م.

- **المجموع**، ليحيى بن شرف النووي، دار الفكر، بيروت.

- **المستدرك**، لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله، دار الحرمين، القاهرة، 1417هـ 1997م.

- **المسند**، للإمام أحمد بن محمد بن حنبل، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421هـ 2001م.

- **المصنف**، لأبي بكر بن أبي شيبة، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ
- **المصنف**، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1403هـ
- **مطالب أولي النهى**، لمصطفى بن سعد الرحيبانى، المكتب الإسلامي، ط2، 1415هـ 1994م.

- **معالم السنن**، لحمد بن محمد الخطابي، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1351هـ 1932م.

- **المعجم الوسيط**، لإبراهيم مصطفى وآخرين، تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، القاهرة.

- **معجم لغة الفقهاء**، لمحمد قلعجي وحامد قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1408هـ 1988م.

- **المغني**، لعبد الله بن أحمد بن قدامة، مكتبة القاهرة، 1388هـ 1968م.

- **مفاتيح الغيب**، لمحمد بن عمر الرازي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 3، 1420هـ
- **المفاتيح في شرح المصابيح**، للحسين بن محمود المُظْهِري، دار النوادر، ط1، 1433هـ 2012م.
- **المفردات في غريب القرآن**، للحسين بن محمد الأصفهانى، دار القلم، الدار الشامية، دمشق، بيروت، ط1، 1412هـ.

- **المفصل في أحكام المرأة**، لعبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ط3، 1420هـ 2000م.

- **المفهم**، لأحمد بن عمر القرطبي، دار ابن كثير، دمشق، ط1، 1417هـ 1996م.

- **المهذب**، لإبراهيم بن علي الشيرازي، دار الكتب العلمية.

- **الموافقات**، لإبراهيم بن موسى الشاطبي، دار ابن عفان، ط1، 1417هـ 1997م.

- **مواهب الجليل**، لمحمد بن محمد الحطاب، دار الفكر، ط 3، 1412 هـ 1992م.

- **نهاية المحتاج**، لمحمد بن أحمد الرملي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، 1404 هـ 1984م.

- **النهاية في غريب الحديث والأثر**، للمبارك بن محمد ابن الأثير، المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ 1979م

مجلة الفقه والقانون

المملكة المغربية ، ردمد : 0615- 2336

https://web.facebook.com/majalahdroit

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكداك