مملكة البحرين
وزارة العدل والشئون الاسلامية
معهد الدراسات القضائية والقانونية

مجلة معهد الدراسات القضائية والقانونية

مجلة دورية محكمة متخصصة تصدر عن معهد الدراسات القضائية والقانونية بوزارة العدل والشئون الإسلامية
مملكة البحرين (العدد الثاني) السنة الأولى - يونيو ٢٠٠٨م

ISSN 1985- 8388

في هذا العدد

فعاليات أقيمت بالمعهد.....٧

الأبحاث

استعانة المتهم بمحاميه.....١٥

عقد الإيجار وفقاً لأحكام القانون المدني وقوانين الإيجار الخاصة.....٣٥

الحضانة وأبرز المشكلات العملية المتصلة بها.....٥٣

جريمة غسل الأموال عبر الانترنت ٩٥

أحدث التشريعات ١١٠

أحدث الأحكام والمبادئ القضائية ١١٧

للاطلاع على احدث الأحكام والمبادئ القضائية على شبكة الانترنت ١٣٠

جدول برامج المعهد للعام القضائي ٢٠٠٨/٢٠٠٩م (التدريب الأساسي، والنوعي)....١٣٢

الآراء الواردة في الابحاث المنشورة في هذه المجلة لا تعبر بالضرورة عن رأي معهد الدراسات القضائية والقانونية

هيئة التحرير

المشرف العام

د. مصطفى عبد الغفار

مدير التحرير

محسن العصفور

عباس الحداد

فعاليات أقيمت بالمعهد

تصوير: محمد جناحي

المنازعات الإدارية في النظام القضائي البحريني ١٠ – ١٢ مارس ٢٠٠٨م

عقد معهد الدراسات القضائية والقانونية ورشة عمل بعنوان " المنازعات الإدارية في النظام القضائي البحريني " حاضر فيها الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيحا أستاذ القانون العام والخبير الدستوري بالمجلس الأعلى للمرأة، والعميد الأسبق لكلية الحقوق – جامعة بيروت العربية، والدكتور يوسف الإكيابي وكيل محكمة الاستئناف العليا وذلك بمشاركة ثلاثة وثلاثون مشاركاً من أعضاء السلك القضائي وباحثي ومستشاري كل من دائرة الشئون القانونية ووزارة الإسكان وهيئة صندوق التقاعد ووزارة العدل ووزارة شئون البلديات، حيث تناولت مبدأ مشروعية القرار الإداري الصادر من سلطة الإدارة، وأركان وعيوب القرار الإداري والتمييز بين أنواع القرارات الإدارية، وموضوع صحة وأسباب بطلان أو انعدام القرار الإداري.

دورة التدريب الأساسي الأولى لقضاة المحاكم الشرعية الجدد
١٦ مارس – ٩ ابريل ٢٠٠٨م

أقام معهد الدراسات القضائية والقانونية في الفترة من ١٦ مارس ولغاية ٩ ابريل ٢٠٠٨م، دورة التدريب الأساسي الأولى لقضاة المحاكم الشرعية التي امتدت لأربعة أسابيع، وضمت أربع قضاة شرعيين جدد من المحاكم الشرعية السنية والجعفرية،وقد حاضر فيها لفيف من قضاة محكمة التمييز ومكتب التفتيش القضائي والمحاكم الشرعية.

وفي الحفل الختامي للدورة تم توزيع شهادات المشاركة على المشاركين بحضور الشيخ خليفة بن راشد آل خليفة نائب رئيس المجلس الأعلى للقضاء ورئيس محكمة التمييز.

صياغة العقود اللغة والنسق ١٠ ابريل ٢٠٠٨م

عقد معهد الدراسات القضائية والقانونية بالتعاون مع دائرة الشئون القانونية وجمعية المحامين الأمريكية دورة تدريبية بعنوان صياغة العقود، وذلك ليوم واحد بحضور السادة مستشاري وباحثي دائرة الشئون القانونية ومستشاري عدد من الوزارات الحكومية بالمملكة.

وقد حاضر فيها الأستاذ كينث آدمس المحاضر في جامعة بنسلفانيا والخبير في صياغة العقود.

مقدمة لدارسة التحكيم الدولي المرحلة الأولى ٢٢-٢٤ ابريل ٢٠٠٨م

استضاف المعهد في الفترة من ٢٢ إلى ٢٤ ابريل ٢٠٠٨ برنامج تدريبي مقدم من قبل معهد ((CIArd Chartered Institute Of Arbitrators، بالمملكة المتحدة يتضمن مقدمة حول التحكيم التجاري الدولي وذلك لعدد مائه وأربعة مشاركا من القضاة وأعضاء النيابة العامة والمحامين ودائرة الشئون القانونية ومجلس التنمية الاقتصادية والمصرفيين والمحاسبين بهدف التعريف بآليات التحكيم الوطنية والدولية. ويؤهل ذلك البرنامج للحصول على العضوية المنتسبة. Associate Membership

التعريف بنظام إدارة الدعوى الجديد ٤ الى٦ مايو ٢٠٠٨م

أقام معهد الدراسات القضائية والقانونية ورشة عمل للتعريف بنظام الدعوى إدارة الدعوى الجديد بحضور عدد من القضاة والمحامين والباحثين القانونيين بوزارة العدل والشئون الإسلامية، حاضر فيها كل من الوكيل المساعد لشؤون المحاكم والتوثيق والخبير الاسترالي في نظم إدارة الدعوى باري وولش وتضمنت الورشة عرضاً للمشروع المقترح لتطوير نظام إدارة الدعوى.

التعريف بنظام التدريب عن بعد ٧ مايو ٢٠٠٨م

في أطار تطوير الوسائل التدريبية للمعهد باستخدام التقنيات الحديثة لتحقيق التواصل مع الفئات المستهدفة من نشاطه، عمل المعهد على أعداد وتصميم برنامج التدريب عن بعد بالتعاون مع نقابة المحامين الأمريكيين.وقد نظم المعهد ورشة عمل لتقديم البرنامج للمستخدمين من قضاة المحاكم من خلال المزج بين عرض البرنامج داخل قاعات الدراسة والتعريف بكيفية استخدامه عن بعد.

مقدمة للتعريف بالقانون الدولي الإنساني ١٨-٢٠مايو ٢٠٠٨م

نظم معهد الدراسات القضائية والقانونية بالتعاون مع البعثة الإقليمية للجنة الدولية للصليب الأحمر في الفترة من ١٨ إلى ٢٠ مايو ٢٠٠٨ ورشة عمل حول التعريف بالقانون الدولي الإنساني انتظم فيها عدد من القضاة وأعضاء النيابة العامة والقضاء العسكري وأعضاء دائرة الشئون القانونية والمحامون وإدارة الدفاع المدني بوزارة الداخلية.

وقد حاضر في الورشة عدد من خبراء اللجنة الدولية للصليب الأحمر، وتضمنت عرضاً للمفاهيم الأساسية للقانون الدولي الإنساني ونشأته وتطوره، والفئات والأماكن المشمولة بحماية القانون الدولي الإنساني،مع استعراض تطور القضاء الجنائي الدولي والتعريف بالمحكمة الجنائية الدولية وعلاقتها بالقضاء الوطني،ودور القضاء الوطني بشقيه العادي والعسكري في التصدي للانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني.

ضوابط تسبيب الأحكام في القضاء الشرعي ٢٨ إلى ٢٩ مايو ٢٠٠٨

عقدت في الفترة من ٢٨ إلى ٢٩ مايو ٢٠٠٨ بمقر معهد الدراسات القضائية والقانونية ورشة عمل حول ضوابط تسبيب الأحكام في القضاء الشرعي، شارك بها ٢٣ قاضياً من قضاة المحاكم الشرعية.

وقد حاضر في الورشة القاضي عاصم عبد الجبار سعد نائب رئيس محكمة النقض المصرية، القاضي بالمحكمة العليا بسلطنة عمان.وقد دارت خلال الورشة مناقشات حول العناصر الأساسية لبناء حكم خال من عيوب التسبيب، وكيفية تناول أدلة الدعوى والرد على الدفوع والطلبات، والمناهج المختلفة للصياغة وأفضل الممارسات في هذا الصدد.

المبادئ الأساسية للسلوك المهني للمحامين١ يونيو ٢٠٠٨

بتاريخ ١ يونيو٢٠٠٨ استضاف معهد الدراسات القضائية والقانونية بالتعاون مع جمعية المحامين البحرينية حلقة نقاش حول القواعد الأساسية للسلوك المهني للمحامين، شارك بها ٢٠ محامياً.

تضمنت حلقة النقاش استعراض تجارب الدول الأخرى التي تبنت مواثيق تنظم السلوك المهني للمحامين وأخلاقيات وآداب المهنة، والمستويات الدولية المتعلقة بدور المحامين وآداب وتقاليد المهنة، وعرضت مشروع ميثاق الشرف للمحامين الذي أعدته جمعية المحامين البحرينية حيث دارت مناقشات حول المشروع وأهم ما تضمنه وأهميته والخطوات اللازمة لتبنيه وتفعيله.

التوفيق الأسري ٢-١١ يونيو ٢٠٠٨م

عقدت في الفترة ٣ إلى ٩ يونيو ٢٠٠٨ بمقر معهد الدراسات القضائية والقانونية ورشة عمل حول التوفيق الأسري، وانتظم بها عدد من الباحثين بمكاتب التوفيق الأسري بوزارة العدل،والمحامين والعاملين بمكتب شكاوى المرأة بالمجلس الأعلى للمرأة وبقسم الإرشاد الأسري بوزارة التنمية الاجتماعية.

برنامج التحكيم الدولي المرحلة الثانية ٢١-٢٣ يونيو ٢٠٠٨م

في إطار خطة وزارة العدل والشئون الإسلامية بإعداد وتأهيل المحَكمين، نظم بمقر معهد الدراسات القضائية والقانونية الجزء الأول من المرحلة الثانية من برنامج إعداد المحكمين والمؤهلة للحصول على عضوية المعهد القانوني للمحكمين بلندن (Chartered Institute of Arbitrators (CIArb ، خلال الفترة من ٢١ إلى ٢٣ يونيو ٢٠٠٨

تقنيات التحقيق الحديثة في الجرائم المالية ٢٩- ٣٠ يونيو ٢٠٠٨م

عقدت بمعهد الدراسات ورشة عمل حول تقنيات التحقيق الحديثة والجرائم المالية بالفترة ٢٩ إلى ٣٠يونيو ٢٠٠٨م.

وتضمنت الورشة عرضا لأحدث التقنيات وبرامج الحاسوب المستخدمة في تتبع والكشف عن الجرائم المالية وكذلك كيفية البحث عن الأدوات الالكترونية المستخدمة في ارتكاب الجرائم وضبطها.

حاضر في هذه الورشة الخبير الأمريكي كينيث لوسون الذي عمل في مجال الادعاء العام وفي كل من وزارة الخزانة ووزارة الأمن الوطني الأمريكية وانتظم في الورشة ٢٧ عضوا من أعضاء النيابة العامة.

الأبحاث

استعانة المتهم بمحاميه

الأستاذ عبدالله الشملاوي

المحامي

استعانة المتهم بمحاميه

تختلف العلوم الإنسانية عن العلوم الطبيعية في أن الأخيرة علوم تراكمية، أي أن كل إضافة تتساند على ما سبقها بحسبانها قاعدة لها. ويستمر بذلك تقدم هذا النوع من العلوم. أما العلوم الإنسانية فهي ليست من النوع التراكمي، وليس شرطا أن يكون الباحث الجديد أفضل ممن سبقوه، بل قد يكون الباحث الأول، أو الأسبق، أدق منهجا وأوفى بحثا وأكثر غزارة في المعرفة ممن يليه، على أن هذا النظر لا يجب أن يمنعنا،أو حتى يجعلنا نبتعد أو نهمل طرق أبواب البحث، فهو وإن لم يضف جديدا، فانه سيمكن الباحث التالي من تلافي نقائص من سبقوه؛ إذ ليس من المفروض أن يواصل الإنسان بحثه حتى يصل إلى الحقيقة غير المعروفة في السابق، ولكنه إذا قام بتنويع مصادر بحثه فقد يجعل العقل يكتشف الرؤية الجديدة لمسلمات سابقة. وهو ما حدا بنا لطرق باب هذا البحث؛ إذ لا يمكن اعتبار أي موضوع علمي كامل الدراسة لا يقبل مزيدا منها، أو مستقرا استقرارا نهائيا لا وجه للبحث فيه، مهما بدا ذلك كذلك؛ إذ أن معاودة النظر في أي مسألة كفيلة بأن تكشف عن حقائق خافية، أو على الأقل تفتح الباب لمثل هذا الكشف.

وسنتناول هذا العنوان في ثلاثة مباحث نسبقها بتمهيد ونختمها بخلاصة. وسيرد أول تلك المباحث على موقع الاستعانة بمحام في الشرائع قديمها وحديثها، ويتناول الثاني الطبيعة القانونية للاستعانة بمحام ونطاقها. أما المبحث الثالث فموضوعه الحقوق المتفرعة عن استعانة المتهم بمحاميه، ثم نقفي على كل ذلك بخلاصة.

تمهيد :

العدل والمساواة صنوان لا ينهض أحدهما دون الآخر. وإذا كان ثمة مظهر ناطق لهما، فهو حق الدفاع، الذي هو بمثابة الصدى لصوت العدل، وهو غاية الغايات للإنسان منذ كان، وسيبقى حلم حياته، وأمل مفكريه، وجوهر شرائعه، السماوية منها والوضعية، وسياج أمنه ورائد ركبه؛ يحدو بأجيال وأجيال تتأبى على الحصر، من أجل غد مشرق للإنسانية جمعاء. ولئن كانت التشريعات الموضوعية هي موطن العدل،فإن التشريعات الإجرائية هي السبيل إليه، والتي ينبغي أن تكون مطية ذلولا لعدل سهل لمن يبتغيه، دون تعلل بالشكل وتمحل فيه، أو لدد في الخصومة قصدا للكيد والمطل ليس إلا؛ لقول النبي الأكرم صلى الله عليه وآله : **لن تقدس أمة لا يأخذ فيها الضعيف حقه، غير متعتع.**

ذلك أن حق الدفاع في سهولة ويسر ليس حقا للمتهم وحده فحسب، بل هو شرط جوهري لانتظام وصحة الدعوى الجنائية. وسوف نمر على هذا الحق عبر الحقب التاريخية لنرى أنه ضارب في القدم على مر العصور.

المبحث الأول : استعانة المتهم بمحاميه في الشرائع القديمة والحديثة :

سنتناول استعانة المتهم بمحاميه في الشرائع التالية:

أ – الشريعة الفرعونية ب – الشريعة السومرية

ج – العرب قبل الإسلام د – الشريعة الإسلامية

هـ – الشرائع الوضعية الحديثة

وذلك على التوالي .

ا) الشريعة الفرعونية :

دلت الآثار الفرعونية على قيام محامين يترافعون عن المتهمين، مستندين في ذلك إلى براعة الخطابة وسحر البيان، الذي يؤثر على وجدان القضاء، إلى أن تحول الأمر إلى مرافعات خطية يعدها مختصون بالتعاون مع الخصوم، حتى تميزت تلك الشريحة من الكتاب وغدا لها مركزها الاجتماعي الخاص.

وقد جاء في وصية الإمبراطور تحتمس الثالث الذي حكم مصر سنة ١٥٠٠ ق.م إلى رئيس القضاة عند تعيينه قوله: إعمل ما يطابق القانون، ولا تتحيز؛ لأن ذلك يغضب الآلهة. ولا تمتنع عن الاستماع إلى شاك ولا تهز له رأسك حينما يتحدث، ولا تعاقب أحدا قبل أن تسمع كلامه عما ستعاقبه بشأنه، وإن مما يبعث على سخط الأمير أن تؤذى العدالة.

ب) الشريعة السومرية :

لم تظهر الوثائق الأثرية للسومريين أن المحاماة كانت تمارس كمهنة، لكن الكهنة يوثقون العقود والوصايا ، بأجر، للخصم الذي يترافع بشخصه، إلا أن فكرة المعاونة في الدفاع كانت موجودة، وهو ما يشبه إلى حد بعيد صورة المدافع الشعبي في النظم الاشتراكية التي سادت في القرن الماضي ثم بادت وتقترب منها فكرة المدافع العام الذي تعرفه بعض الولايات المتحدة الأمريكية ويتحمل تكاليفه دافعوا الضرائب بوصفه متطلبا لتحقيق العدالة.

ج) العرب قبل الإسلام :

كان العرب في الجاهلية يولون أمر القضاء لمن عرف بحصافة الرأي والحكمة، وغالبا ما يكونوا من الكهان والعرافين، ولم تكن المحاماة تمارس كمهنة. ولكن العرب عرفوا وقتئذ ما يسمى حجاجا، وهو الشخص القوي الحجة، القادر على بسط وجهة نظر الطرف الذي يمثله في الخصومة، وكانوا غالبا من الشعراء؛بوصف أنهم أهل الفصاحة والبيان، كما عرف ما سمي بحلف الفضول، وهو ميثاق جماعي بين بعض وجوه قريش، غايته حماية المظلوم وإنصاف الضعيف من القوي، والغريب من المقيم بمكة، حرا كان أم عبدا، وكانت تلك إحدى انعكاسات تحول مكة إلى سوق يتوسط طريق التجارة بين اليمن والشام.

د – الشريعة الإسلامية :

انتظم عقد الوكالة في الفقه فكرة الاستعانة بمحام يدافع عن الخصم منذ القرن الهجري الثاني إلى حد أن بعض الفقهاء أفتى بكراهة أن يحضر الشريف الخصومة بنفسه، بل بلغ الأمر إلى أن القاضي كان إذا

تخلف الخصم عن حضور الجلسة يبعث من ينذره بأنه إذا مضى في تخلفه عن الحضور، فإن القاضي سينصب عنه وكيلا وتسمع البينة ضده في حضور الوكيل المنتدب ، والذي يكون مأجورا على حساب ذلك الخصم الغائب.

هـ – في الشرائع الوضعية الحديثة :

وسنتناول تحت هذا البند الميثاق العالمي لحقوق الإنسان ثم الدستور المصري لسنة ١٩٢٣م بوصفه مرجع الدساتير العربية، ثم الدستور البحريني وميثاق العمل الوطني.

١- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان :

ما إن أطفأ الله نائرة الحرب العالمية الثانية ووضعت أوزارها، حتى هبت الشعوب المطحونة التي اكتوت بلهيب تلك الحرب، إلى وضع ميثاق الأمم المتحدة الذي يهدف إلى توثيق التعاون الدولي لحماية حقوق الإنسان دون تفرقة بسبب اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين، وانبثق عن ذلك أن أقرت الجمعية العامة لحقوق للأمم المتحدة في ١٩٤٨/١٢/١٠م، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والذي، وإن لم يتضمن النص على حق المتهم في الاستعانة بمن يدافع عنه، إلا أن مادته الحادية عشره قررت أن كل شخص متهم يعتبر بريئا حتى تثبت إدانته قانونا بمحاكمة تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه.

وقد انتقل هذا التنظيم إلى معظم دساتير العالم المختلفة، إن لم يكن لها كلها.

٢- الدستور المصري :

سجل الدستور المصري لعام ١٩٢٣ مبادئ حق الدفاع وبين مظاهره إذ قرر ألا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، وهو ما يعرف بمبدأ المشروعية، وألا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ ذلك القانون، وهو ما يعرف بمبدأ عدم الرجعية، وأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها كافة ضمانات الدفاع عن نفسه، وأن حق اللجوء للقضاء مكفول للكافة، ولا يجوز تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء.

كما ورد بقانون الإجراءات الجنائية المصري تنظيم لأحكام الاستعانة بمحام في مواضع مختلفة، دون وجود حكم عام في الموضوع، وإن كان قد أغفل النص إلا على استعانة المتهم بمحام فيما يتعلق بالجناية دون معالجة الأمر بالنسبة للجنح والمخالفات، وعلى ذلك نهج القضاء المصري حتى قمة هرمه، وهي محكمة النقض – قبلة القضاء في الوطن العربي – التي تقول " **إن الأصل أن حضور محام عن المتهم ليس بلازم في مواد الجنح**" . ثم جاء دستور ١٩٧١ ليسد هذا النقص في التشريع حينما قرر أن حق الدفاع بالأصالة أو بالوكالة، يكفله القانون، إلا أنه صمت عن بيان مدى هذا الحق. وأمام التراكم السابق للمفاهيم التي أرستها أحكام القضاء، يغدو ما قام به دستور ١٩٧١ سدا نظريا للفراغ التشريعي ليس إلا.

٣ – الدستور البحريني :

لما كان الدستور المصري يعد أصلا تاريخيا للدستور البحريني والذي تولى صياغته فقهاء مصريون، فقد نهج على منوال الدستور المصري فيما قرره بهذا الشأن، فقضى في مادته العشرين على أنه: لا جريمة

ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها، وأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة وفقا للقانون، وأنه يجب أن يكون لكل متهم في جناية محام يدافع عنه بموافقته،وأن حق التقاضي مكفول للجميع وأكد ذلك ما ورد في ميثاق العمل الوطني في الفقرة الخامسة من البند ثانيا من الفصل الأول. وقد وردت عبارة المتهم ووكيله في عدد من مواد قانون الإجراءات الجنائية كما في المادة ٨٤ وكذلك المادة ١٣٤ التي توجب دعوة محامي المتهم لحضور التحقيق معه في جناية لكن الفقرة الثانية من ذات النص، جعلت المحامي مجرد صورة؛ لأنه لا يملك الكلام إلا بإذن عضو النيابة،وللأخير أن لا يمنح ذلك الإذن، وما عليه سوى إثبات المنع!

المبحث الثاني : استعانة المتهم بمحاميه طبيعتها ونطاقها :

أولا : الطبيعة القانونية للاستعانة بمحام :

ينبغي لإيضاح طبيعة الاستعانة بمحام، بحث ماهيتها القانونية، لبيان ما إذا كانت حرية أم حقا، وهل أنها من الحقوق الأساسية للإنسان أم لا. وتفريعا على ذلك سنتصدى لما يتصل بالاستعانة بالمحامي من حقوق .

أولا : هل هي حرية أم حق :

الحق يتضمن رابطة إلزام قانونية بين شخصين يهيئ أحدهما للآخر مكنة استعماله ويكون ملزما بذلك. أما الحرية فهي ما يستطيع الشخص القيام به دون التزام من أحد بتمكينه من ممارسة حريته، أو هي بعبارة أخرى، مكنة القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. فإذا أخذنا القول بأن استعانة المتهم بمحام حق،فيستلزم ذلك القول بقيام واجب على الدولة بتمكين المتهم من ممارسة هذا الحق دون معوقات.

إلا أننا لو نظرنا إلى استعانة المتهم بمحام على أنها حرية، فيترتب على ذلك النظر أن يغدو المتهم حرا في أن يستعين بمحام أو لا يستعين، وينبني على ذلك ألا يقع على كاهل الدولة واجب تمكينه من الاستعانة بمحام، بل أن المتهم حر في ذلك.

وظلت هذه المسألة محل خلاف بين الدساتير، فقد ورد بدستور مصر لعام ١٩٢٣، حكم فرضت بموجبه المادة التاسعة والعشرون الاستعانة بمحام على سبيل الإلزام في الجنايات، وهو ذات ما قرره الدستور المصري لعام ١٩٧١، والدستور البحريني في مادته العشرين، وقبله الدستور الكويتي وليد ذات المصدر.

ولما كان الوصف القانوني لاستعانة المتهم بمحام ينافح عنه على أنه حق، يستتبع التسليم له بالإختيار بين مباشرته أو تركه، بل والتنازل عنه؛ لأن المرء لا يجبر على ممارسة حقه، وإلا انقلب إلى زجر له؛ مما ينفي عنه وصف الحق. على أنه يجب عدم الخلط بين حق المتهم في الاستعانة بمحام، وبين حقه في التنازل عن الاستعانة بذلك المحامي؛ إذ أن حقه الأول مرتبط بحق آخر هو حق الجماعة في أن تكفل لأحد أفرادها محاكمة عادلة؛ بوصف أن العدل من مقومات كيان تلك الجماعة، فلا يجوز للفرد المساس بذلك المقوم والركن، بأن يتخلى عن حق المجتمع بإرادته هو المنفردة، ولكن هذا الحق لا ينفي حق المتهم في أن يستخدم حريته في اختيار المدافع أو المدافعين عنه وفقا لما يراه؛ بوصف أن ذلك من إطلاقاته كما هو المقرر دستوريا. وتأسيسا على ما تقدم ننتهي إلى القول بأن الوصف القانوني لاستعانة المتهم بمحاميه إنما هو حق بالمعني

الفني الدقيق لهذا المصطلح وهو ليس حقا له وحده، بل له باعتباره أحد أفراد الجماعة التي تخضع للقانون في جميع جنبات حياتها، ومن ثم فليست رخصة يمكنه مباشرتها أو التخلي عنها متى شاء.

ثانيا : نطاق الاستعانة بمحامي :

إذا أخذنا الدستور البحريني مثلا للمناقشة لمعرفة نطاق هذا الحق أو مداه، فسنرى المادة العشرين منه تقول: المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية، تؤمن له فيها الضمانات الضرورية، في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة " .

ومن ذلك يتضح أن الدستور قد إستوجب حضور محام مع المتهم أمام المحققين، وأمام قاضي التحقيق،وفي التحقيق النهائي لدى محكمة الموضوع، وأثناء نظر موضوع التهمة، حيث عبر الدستور عن ذلك " بجميع مراحل التحقيق والمحاكمة ". مما يعني التحقيق لدى الشرطة أو النيابة العامة أو التحقيق القضائي بأنواعه، كما مر، وذلك لحصول الاندماج بين شخصية المتهم ومحاميه من حيث الحضور، فهما يعتبران شخصا واحدا، ولا يتصور صحة حضور أحدهما عن الآخر، إلا في بعض استثناءات خاصة نصت عليها المادة ١٣٤ من قانون الإجراءات الجنائية، كما في حالتي الخوف والاستعجال بسب الخوف من ضياع الأدلة والاستثناء لا يتوسع في تفسيره، ولا يقاس عليه، سيما في قانون العقوبات وما ارتبط به من تشريعات؛لضرورة تفسير كل شك لصالح المتهم. وصالح المتهم هو حضور المحامي الذي اختاره أو قبله، وعلى المحقق إجابته إلى ذلك؛ لأن حضور المحامي الذي اختاره أو ارتضاه المتهم ضمانة دستورية أقامها القانون للمتهم فلا يجوز حرمانه منها، فضلا عن أنها في صالح المحقق نفسه، فهي شهادة أو قرينة على صحة التحقيق وسلامته،فإن لم يكن المحامي حاضرا، وجب تأجيل الاستجواب إلى وقت آخر لإعلانه بالموعد؛ لأن غياب المحامي شهادة أو قرينة على بطلان التحقيق، ولكن يظل من حق المحقق أن يقرر عدم تلبية هذا الطلب إذا اقتضت ضرورة التحقيق ذلك، وعندئذ عليه أن يبين ذلك بقرار مسبب حتى تشرف محكمة الموضوع على مدى الضرورة، فإذا وجدت تلك المحكمة أن إجراءات التحقيق بمعزل عن المحامي لا تبرره مصلحة الكشف عن الحقيقة فإنها تقرر بطلان الإجراء الذي قام به المحقق لهدره الضمانة الدستورية وهي وجوب حضور المحامي الذي اختاره أو ارتضاه المتهم معه أثناء التحقيق، ومن ثم لا يصح التعويل على ما أدلى به المتهم في غياب محاميه؛ بوصف أنه وليد إجراء باطل فيكون مثله في البطلان، لمنافاته الشرعية الإجرائية.

وقد ردت بعض أحكام القضاء عندنا على ما سبق بالقول بأن نص المادة العشرين من الدستور البحريني قد وردت ضمن الباب الثالث في الحقوق والواجبات العامة بأن يكون للمتهم في جناية محام يدافع عنه، بما مقتضاه ولازمه أن تحقق اللزومية لا يكون إلا في الحاكمة وفي مرحلتها فقط، وأنه في غير مرحلة المحاكمة فلا لزوم لحضور محام مع المتهم، يعني أنه ليس بلازم أن يحضر محام مع المتهم أثناء الإدلاء بإفادته لدى الشرطة أو النيابة العامة أو قاضي التحقيق، أو أية جهة أخرى، وأن لزم حضور محامي مع المتهم يكون أثناء محاكمة في الجناية فقط ، وذلك بصريح نص المادة العشرين من الدستور (هـ) التي ورد فيها (يجب أن يكون لكل متهم في جناية محام يدافع عنه بموافقته) . إلا أن هذا النظر منقوض من وجوه:

الأول: إن الفقرة (هـ) من المادة العشرين من الدستور البحريني دليل ضد هذا الرأي وليس لصالحه،ذلك أنه ليس في قول المشرع (يجب أن يكون لكل متهم في جناية محام يدافع عنه بموافقته) . ليس فيه مخصص للمبدأ العام الذي يوجب توفير الضمانات الضرورية للمتهم أثناء التحقيق والمحاكمة، ثم أن استلزام

حضور المتهم مع محاميه الذي اختاره أو قبله، في الجنايات دون مخصص بالمرحلة، إنما هو لمزيد حرص المشرع على توفير مزيد من الضمانات للمتهم ولخطورة وضعيته ومركزه القانوني. ولما لحضور محاميه معه من أهمية بالغة يراد منها كفالة وتحقيق حق الدفاع للمتهم، ولكفالة سير محاكمة عادلة من المجتمع لذلك الفرد الذي زلت قدمه. فإذن يغدو حصر اللزوم، بالجناية وحصر ذلك اللزوم بالمحاكمة فقط ، إنما هو تخصيص بلا مخصص وتقييد بلا مقيد، فضلا عن مخالفته للقاعدة الهامة، وهي أن الشك يفسر دائما لصالح المتهم، وعند وجود ذلك الشك، فأحرى أن نفسره لصالح المتهم ، بتوسيع نطاقه، أو بالأقل فهمه على سعته. وليس العكس، كما ذهب هذا الرأي الذي لا يمكن الميل إليه فضلا عن تبنيه أو الدفاع عنه؛ ذلك أن اختصاص الفقرة (هـ) من المادة العشرين من الدستور البحريني بتعيين محام للمتهم في جناية، لا يعني قصر لزومه على مرحلة المحاكمة الجنائية، وإلا لكان ما ورد بشأن ضرورة وجود المحامي بوصفه من أهم الضمانات الدستورية للمتهم في الدستور أكدتها الفقرة الخامسة من البند ثانيا من الفصل الأول من ميثاق العمل الوطني، في مراحل التحقيق من باب العبث الذي يتنزه عنه المشرع هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإذا كان المشرع يستلزم حضور المحامي في مرحلة المحاكمة أمام القضاء وهو بلا شك، سياج الحريات، وملاذ الملهوفين، فمن باب أولى يكون استلزامه أمام غير القاضي، أخذا بقاعدة أن مقدمة الواجب واجبة مثله، أو أن مالا يتحقق الواجب إلا به فهو واجب مثله. وتتجلى أهمية هذا الأمر أكثر إذا علمنا أن المحاكمة ما هي إلا مرحلة تالية لمراحل سابقة، بحيث لو أهدرت ضمانات المتهم قبلا، فمن المستحيل تحقيق الضمانات له لاحقا، استنادا لقاعدة عدم قبول الدليل المتحصل من إجراء باطل أو غير مشروع أو خلافا للقواعد الشكلية القانونية، وهو ما يعرف بالشرعية الإجرائية. ولا شك أن عدم حضور المحامي مع المتهم الذي اختاره أو قبله، بوصفه ضمانة دستورية يعدم كل قول أو إفادة أو دليل تحصل عن ذلك الإجراء.

الثاني: مخالفته الصريحة لنص الدستور وميثاق العمل الوطني اللذان تستلزمان وجود المحامى مع المتهم الذي اختاره أو وافق عليه، حينما اشترطا أن تؤمن للمتهم الضمانات الضرورية، في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة، ولا شك فإن أولى الضمانات المقصودة هي حضور المحامي الذي اختاره المتهم أو وافق عليه، في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة. وكلمة جميع تعني في اللغة، الإطلاق دون تقييد، والعموم دون تخصيص ثم أن استلزام الفقه والقضاء أن يسبب المحقق قراره بمباشرة التحقيق دون إبلاغ محامي المتهم، إذا ما اقتضت الضرورة ذلك، إنما ليكون قرار عضو النيابة ذلك ، تحت رقابة محكمة الموضوع. مما يعني أن استلزام حضور المحامى مع المتهم الذي اختاره، أو وافق عليه إنما ليكون في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة المعنى المتقدم، لا بالمفهوم الضيق الذي نحى إليه القضاء.

الثالث: مخالفة الرأي القائل بالتضييق لما استقر في الفقه والقضاء وعلى رأسه محكمة النقض المصرية،فخر القضاء العربي، بأسره، ولعل مرد المخالفة التأثر بأحكام قضائية مصرية مما قبل دستور سنة ١٩٧١ التي كانت غامضة بعض الشيء، فنسج القضاء آنئذ عليها قصر لزوم حضور المحامى مع المتهم في جناية، وأثناء مرحلة المحاكمة وصارت تلك تستلف بعد ذلك، وساعد تلك الاقضية في فهمها، ما جرى به نص المادة (٧٦) من قانون أصول المحاكمات الجزائية البحريني السابق التي تعتبر تدوين الاعتراف لدى قاضي التحقيق من باب التحري، وهو فهم لو أخذ به، لأهدرت الضمانات الدستورية، فلا مندوحة من إطراح هذا الفهم الذي يوحي، أو يوهم به نص المادة سابقة الذكر والتمسك بحبل الدستور، المقدم

والمرجح على سائر القواعد القانونية، بوصفه سقفها جميعا، يؤيد ما نقول به إن القضاء المصري،وفي ظل دستور مصر الحالي القريب في تفرد مدرسته من الدستور البحريني، كما مر بالمبحث الأول، من استيجاب حضور المحامي مع المتهم في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة، وهو الرأي الأوفق باتجاه عالمي يعتبر المبالغة في حفظ وتوفير الضمانات لحقوق الإنسان، سمة عصرية وعلامة على الالتحاق بركب الأمم المتمدينة،وهي الفكرة التي سوقها ميثاق العمل الوطني والفلسفة التي تبناها.

المبحث الثالث – الحقوق المتفرعة عن حق الاستعانة بمحام :

يعد حق المتهم في الدفاع عن نفسه أصلا تتفرع عنه حقوق منها حقه في الاستعانة بمحام يدافع عنه، وحقه في اختيار محاميه، وحقه في الاتصال بذلك المحامي، وحقه في سرية ما يدلي به من معلومات لمحامية، وألا يجمع ذلك المحامي بين الدفاع عنه وعن من يتعارض معه من المتهمين، وحق المتهم في حصانة محاميه وحمايته، وصمت المتهم، وكذبه. وسوف نمر على هذه الحقوق بإيجاز قدر الإمكان.

أ – حق المتهم في اختيار محاميه :

يتفرع عن حق المتهم في الاستعانة بمحام يدافع عنه، حقه في اختيار المحامي الذي يرى أنه محلا لثقته،سواء تعلق الأمر بكفاءة ذلك المحامي أو بحسن ظن المتهم فيه بحيث يأتمنه على أسراره بما يمكن ذلك المحامي من الاضطلاع بمهمته دون مدارة أو كذب من جانب المتهم. وقد تناولت ذلك المادة العشرون من الدستور البحريني.

على أن هذا الحق قد ينتقص إذا عجز المتهم ماديا عن إسناد مهمة الدفاع عنه لمحام يختاره على نفقته الخاصة. وحتى لا يؤدي قصر ذات يد المتهم لحرمانه من أهم ضمانات العدالة فإن المحكمة تنتدب له من يدافع عنه من المحامين، وتتولى الدولة دفع أتعابه، أو عندما يتطوع محام للدفاع عنه دون مقابل عملا بقوله تعالى: (والذين هم للزكاة فاعلون) .وليس فقط دافعون.

ب – حق المتهم في الاتصال بمحاميه:

يجب أن يمكن المتهم من الاتصال بمحاميه بكافة وسائل الاتصال والتحدث إليه مباشرة، سواء كان ذلك إبان توقيفه أو حبسه، أو في حالة كونه طليقا. ولعل هذا الحق يتجلى أكثر حالة كون المتهم حبيسا، لحاجته لبيان موقفه وأوجه دفاعه عن نفسه لمن اختاره، أو ارتضاه، للدفاع عنه. ولا يجوز لرجال الأمن التصنت على ما يدور من حديث بأية وسيلة بين المتهم ومحاميه الذي اختاره، أو وافقه عليه. كما حرم القانون فض مراسلاتهما، كما تقضي بذلك المادة السادسة والعشرون من الدستور، كما لا يجوز منع المتهم من الاتصال بمحاميه خلال فترة التحقيق الابتدائي بحجة سريته، لأن هذا الحجة تهدر أهم الحقوق المتفرعة عن حق المتهم في الاستعانة بمحام وتخل بالضمانات الدستورية التي تناولتها الفقرة (ج) من المادة العشرين من الدستور كما مر آنفا بالحديث عن نطاق حق المتهم في الاستعانة بمحاميه، كما تخالف ما قررته المادة ١٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية حيث تقرر: (وفي جميع الأحوال لا يجوز الفصل بين المتهم ومحاميه الحاضر معه أثناء التحقيق).

ج – حق المتهم في سرية ما يدلي به لمحاميه:

مما يتمم حق المتهم في الاستعانة بمحاميه حقه في أن تصان أسراره التي يسر بها إلى محاميه بسياج من الضمانات الدستورية والقانونية اللازمة لطمأنة المتهم على سرية ما يدلي به من معلومات إلى محاميه والتي قد تؤدي إلى براءته أو تخفيف العقوبة عنه وحتى تلك التي لو وصلت إلى سلطة الاتهام لفاقمت من وضع المتهم، ولذا أكدت المادة ١٤٠ من قانون الإجراءات الجنائية على حق المدافع عن المتهم في ملاقاته دائما بدون حضور أحد – كما منعت المادة ٩٤ من ذات القانون على عضو النيابة أن يضبط المستندات أو الأوراق التي سلمها المتهم للمدافع عنه لأداء مهمته الدفاعية.

وأول لازم للوصول لهذه الغاية أن تقوم الثقة بين المتهم ومحاميه. وقد ألزمت القوانين المحامين بعدم إفشاء أسرار موكليهم بأي شكل من الأشكال، تحت طائلة العقاب، والتأديب الذي يصل لحد شطب المحامي من جدول قيد المحامين فضلا عن التعويض المادي.

د – حقه بعدم الجمع بينه وبين من يتعارض معه من المتهمين بواسطة محاميه:

يتفرع على حق المتهم في الاستعانة بمحاميه ألا يجمع ذلك المحامي في مهمة الدفاع بينه وبين متهم آخر مع تعارض المصالح بينهما؛ لأن المحامي يسعى دائما لتبرئة ساحة موكله، ولا يتمكن من ذلك إذا تعارضت المصالح التي يمثلها المحامي، على النحو الذي تناولته المادة الرابعة والعشرون من قانون المحاماة ، بما قد يؤدي لنتائج عكسية تضر بصالح المتهم فتفوت بذلك الضمانات التي نظمها الدستور والقانون له.

هـ – حق المتهم في حصانة محاميه وحمايته:

الدفاع حر، وحريته لا سياج لها إلا الذمة والأمانة والشرف، دون لوم عليه أو تثريب، فهدف العدل تتساقط أمامه الحقوق التي تعترضه ولا يطاوله غيره من الأهداف. والدفاع يقوم على الجدل والحجاج، ومقارعة البرهان بالبرهان. والقانون يحمي اللسان والقلم في ميدان الدفاع لنخوة المظلوم وعونه ، فهي من أجل المهن على الإطلاق، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بحصانة المحامي عند قدفه الشهود والخبراء أو نسبة الرشوة والكذب وشهادة الزور إلى محرري ضبط الواقعة من رجال الضبط القضائي أو الإداري. ويجوز في نطاق حصانة الدفاع وحريته، النيل من إجراءات النيابة والتشكيك في محاضرها دون حاجة للطعن بالتزوير في هذه المحاضر كلما كان لذلك مقتضى، وكل خروج عن مقتضى الدفاع لا حصانة له،وتقدير ذلك مرجعه للمحكمة التي لها أن تلفت نظر الدفاع لكل خروج غير مشروع عن نطاق الدفاع. ولعل في الذكر الحكيم إشارة لمثل هذا الأمر إذ تقول الآية الكريمة (لَّا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَن ظُلِمَ) – سورة النساء الآية ١٤٨، وهي إباحة خاصة وردت استثناء إذ اقتضتها ضرورات الدفاع؛ ذلك أنه من المقرر قانونا أن مرافعة الخصم ليست هي الحصافة وحدها ولا العلم بالقانون وحده، ولكنها روعة في الأداء ولباقة الرد في الورود وسلاسة في الصدور بالنسبة للواقع والدليل، وهي الاعتدال بحيث لا يرمي الخصم خصمه أو وكيل ذلك الخصم بشيء يجرحه، بل يتعين الابتعاد عن الصياح والتمثيل والعويل؛ لأن وقار المرافعة أسرع إلى منافذ القلب وأشد وطأ وأقوم قيلا. وإذا قيل بجواز أن يصب الخصم جام غضبه على خصمه معتذرا بأنه في موقع خصومة يكتوي بنارها، فإن عليه أن يتقيد بضرورات الدفاع وألا يتجاوز موضوع الدعوى ونطاقها، وأن يتنزه عن التردي في الإساءة إلى الخصوم أو وكلائهم، ومن باب أولى عدم

الإساءة إلى المحكمة. عن فحش القول وجارح الكلام، ذلك أنه، وكما تقول محكمة النقض المصرية: أن الحقيقة ليست بنت التهويل والتشهير والمبالغة والترهيب، بل هي بنت البحث الهادئ والجدل الكريم، وإذا كان لحسن النية مظهر ناطق فإن الأدب في المناظرة والصدق في المساجلة وكرم الخصومة، دون تمحل أو لجاجة فارغة أو لدد.

و – صمت المتهم:

ثار حول صمت المتهم ومدى أحقيته وتأويل ذلك الصمت خلاف فقهي، سنتناوله في مطالب خمسة هي: أولا صمت المتهم، وثانيا حق المتهم في الصمت، وثالثا تقدير حق المتهم في الصمت، ورابعا وسائل حماية حق المتهم في الصمت وخامسا مدى جواز اعتبار الصمت اعترافا من المتهم.

المطلب الأول : صمت المتهم :

النيابة العامة إذ تقوم بتحريك الدعوى العمومية، تطالب باسم المجتمع بتوقيع العقوبة على المتهم، قولاً منها بأنه المرتكب للفعل المطروح أمامها والذي يعد جريمة في القانون، فعلى عاتقها يقع عبء الإثبات،وعليها أن تقدم الأدلة على صحة إسناد الفعل المؤثم إلى المتهم، وأنه مرتكبه؛ ذلك أنه من المقرر قانونا أنه يتعين لأن يكون الإنسان مسئولا عن نتيجة عمله أن تكون هذه النتيجة منسوبة إليه، باعتبار أن النسبة شرط أولي للمسئولية. ولإمكان محاسبة الفاعل عن عمله وتحميله نتائجه يجب أن يكون فعله هذا مؤثما، بمعنى أن يكون الفاعل بموجبه مخطئا، فالنسبة والمسئولية والإجرام ثلاثة أمور مرتبطة ومكملة لبعضها البعض. فتقوم الجريمة بحق شخص إذا ما نسبت التهمة المؤثمة إلى فعله، بأن كانت وليدة نشاطه وإرادته.

(جندي عبدالملك – الموسوعة الجنائية ج٣ ص٦٢) .

ومن ثم فمجرد توجيه الاتهام لشخص ما، لا يلزمه أن يقيم الدليل على براءته ما دامت النيابة لم تقدم من جانبها دليل الإثبات على الإدانة. ومجرد تقديم النيابة العامة لما تعتقده دليلا على مقارفة المتهم للجرم لا يوجب حتما القضاء بالإدانة حتى لو قعد المتهم عن دفع الاتهام المسند إليه، إذ يجب على القاضي أن يتحرى الحقيقة من أي سبيل كان، فلا يكون سلبيا، وإنما يتخذ موقفا إيجابيا إلى الاهتداء لوجه الحق،ذلك أنه من الأجدى للجماعة أن يفلت ألف مجرم من أن يدان بريء واحد.

ولكن ما الحكم إذا ما آوى المتهم إلى الصمت ولم يجر على التهمة المسندة إليه جوابا، فعلى أي وجه يمكن حمل هذا الصمت؟ فقد يرجع إلى مفاجئته بخطورة الاتهام المسند إليه، وقد يكون مبعثه استهانته به لعدم مسئوليته، أو أنه سكت إقرارا بالذنب أو تسليما بقضاء الله، إلى غير ذلك من البواعث والدوافع، وهذه الصور تعطي احتمالاً بألا يكون هو المرتكب للجرم موضوع الدعوى، أخذا بقاعدة أن سكوت المتهم احتجاج بالبراءة، ولا يصح أن يفسر الصمت على أنه قرينة على الإقرار بالجرم، لأن ذلك يعد وسيلة غير مباشرة من وسائل الإكراه. ومع قيام الاحتمال ينشا إلى جانبه احتمال آخر بأن القضاء بإدانته قد يمثل ظلما يحيق به، عملا بقاعدة أنه إذا شاب الدليل احتمال سقط في الاستدلال. وجريا مع القاعدة الشرعية التي هي درء الحدود بالشبهات، وهي وإن كانت قد وردت في الحدود إلا أنها لا تقتصر عليها بل تمثل قاعدة عامة من قواعد العدالة؛ لأن خصوصية المورد لا تخصص الوارد كما يقرر الأصوليون، والأدلة على ذلك كثيرة.

وثم قاعدة شرعية أخرى هي أنه لا ينسب لساكت، قول، بما مؤداه ولازمه أن من تنسب إليه تهمة فيسكت عن الرد، لا يستشف من هذا السكوت إقرارا بتلك التهمة، وهذا ما جرى عليه القضاء من أن سكوت المتهم لا يصح أن يتخذ قرينة على ثبوت التهمة ضده.

(نقض مصري ١٨/٣/٧٣س٢٤ ق ٧٣ص٣٣٧) .

وللمتهم أن يمتنع عن الإجابة، إن شاء، أو عن الاستمرار فيها، ولا يعد هذا الامتناع قرينة ضده، وإذا تكلم فإنما ليبدي دفاعه، ومن حقه دون غيره، أن يختار الوقت والطريقة التي يبدي بها هذا الدفاع، فلا يصح أن يتخذ الحكم من امتناع المتهم عن الإجابة في التحقيق الذي باشرته النيابة العامة بعد إحالة الدعوى دليلا ضده.

(نقض ١٧, ٥, ١٩٦٠ - ١١٥ ق٩ ص ٥٦٧)

وإن عدم رد المتهم على ما يوجه له من الأسئلة من المحقق أو عضو النيابة أو القاضي، لا يعد اعترافا ضمنيا منه بالوقائع المنسوبة إليه، وإن التشريعات المقارنة تذهب إلى عدم جواز أخذ قرينة من صمت المتهم يمكن أن تستغل ضده لمصلحة الاتهام، فانه ووفقا النظام الحر للاقتناع الشخصي، والذي بمقتضاه لا يحكم القاضي الجنائي إلا بما ترتاح إليه نفسه، ووفقا لتقديره الخاص، فلا يكون من المقبول إنسانيا، أن نمنع هذا القاضي من التخلص من انطباع بالتشديد مع شخص يرفض كل تعاون معه أكثر من شخص اعترف بالحقيقة تلقائيا أو حاول أن يبرر موقفه.

وليس هناك أدنى شك في أن القاضي لن يفسر هذا الصمت في مصلحة المتهم خاصة إذا لم يوجد هناك سبب آخر لمسلكه، وكان مركزه في الدعوى يستدعي أن يتقدم ببعض الإيضاحات لكي يرد بها على الاتهامات. ولكن الأمور المتفق عليها أنه لايمكن التسليم للقاضي بأن يبني اقتناعه بالأدلة مع التزام المتهم بالصمت،أو على تفسير ذلك على أنه اعتراف بالإدانة مع التزام المتهم بالصمت، أو على تفسير ذلك الصمت على أنه اعتراف من جانبه بالوقائع المنسوبة إليه، ذلك لأن من حق المتهم أن يختار الوقت والطريقة التي يبدي بها دفاعه؛ لأن القاضي الذي يبني اقتناعه بالأدلة مع التزام المتهم الصمت يكون قد فرض عليه عبء إثبات عدم صحة الاتهامات الموجهة إليه، وفي هذا، بلا شك تناقض مع قرينة البراءة التي يتعين على القاضي أن يلتزم بها وبنتائجها، بل أن هناك تشريعات أقرت للمتهم بحقه في الصمت واعتبرت امتناعه هذا عن الإجابة كإقرار منه بعدم الإدانة أو احتجاج بالبراءة، ذلك أن الحكم بالبراءة لا يجوز أن يتوقف على تقديم دليل عليها، فالمتهم ليس منوطا به أن يتخذ موقفا إيجابيا في إقامة مثل هذا الدليل بالمرة؛ لأنه إذا كان المتهم في التزامه بالصمت مستعملا لحقه في الاستفادة من قرينة البراءة، فلا يمكن تأسيس الاقتناع بالإدانة على استعمال المتهم لحق يعترف له به القانون وإلا وقعنا في التناقض والتعارض وأكثر من ذلك فإن للمتهم الإنكار بعد الإقرار، إذ يذكر لنا التاريخ قصة رجل يدعى معزة التميمي أقر بالزنا أمام الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله، فأمر برجمه لأنه محصنا، ثم عاد بعض الصحابة للرسول الأكرم، وقالوا يا رسول الله، ما إن أحس معزة بحر الحصى حتى فر من بين أيدينا، فتبعناه فقال الرسول الأعظم ويحكم هلا تركتموه، ألا تعلمون أن فراره منكم إنكار بعد إقرار. وهذه العظمة في قول المصطفى صلى الله عليه وآله يستفاد منها جواز الإنكار أثناء تنفيذ الحكم، أي بعد المحاكمة، فمن باب أولى إنكارها قبله.

المطلب الثاني : حق المتهم في الصمت:

هناك مبدأ جوهري يفرض نفسه على جميع إجراءات الدعوى الجزائية وهو النظر إلى المتهم على أنه برئ حتى يثبت العكس بحكم قضائي ونتيجة لهذا لا يطلب منه الدليل على نفي التهمة الموجهة إليه؛ لأن عبء الإثبات لا يقع على المتهم، فهو غير ملزم بالدفاع عن نفسه. وقد أجمع الفقه، واستقر القضاء، على أن للمتهم الحرية الكاملة في عدم إبداء أقواله، وله الامتناع متى شاء عن الإجابة على الأسئلة التي توجه إليه،كما أنه لا يصح في جميع الأحوال أن يحمل صمته على وجه يضر بمصلحته، أو أن يتعامل معه على أي كيفية ضده في الإثبات. ذلك أن للمتهم، دائماً، حرية كاملة في الكلام والصمت، ومقتضى هذا الحق أن يتمكن المتهم من إبداء أقواله في حرية تامة أو الامتناع عن الإجابة عن كل أو بعض الأسئلة الموجهة إليه دون أن يؤخذ مسلكه هذا كدليل أو قرينة ضده؛ مما يستتبع حظر استخدام الوسائل العلمية أو وسائل الإكراه التي من شأنها التأثير على إرادة المتهم. وعلى السلطة المنوط بها كشف الحقيقة في جريمة ما عندما يستخدم المتهم حقه في الصمت، أن تبنى الإدانة على دليل مستقل عن المتهم يتكون من عناصر أخرى، غير أقواله، على أساس أن حق المتهم في الصمت يعد من مظاهر حق الفرد في الخصوصية، والذي يعتبر من دعائم التنظيم الاجتماعي السليم؛ لأنه متى قوضت معنويات الفرد اهتزت دعائم المجتمع نفسه بانتهاك هذا الحق للإنسان، وهو حقه في ألا يتسلل أحد إلى حياته الخاصة، والكشف عن أسراره الكامنة في أعماق نفسه، لأنه لو كانت لديه الرغبة في الاعتراف لقام بذلك وهو حر الإرادة.

لذلك فحق الصمت يعتبر من الحقوق المقررة للمتهم سواء نص عليه في القانون أم لم ينص عليه ضمن الحقوق صراحة، أو لم يترتب لكل منها حماية خاصة، فهو حق ليس في حاجة إلى تقريره، ومن العبث عدم الاعتراف به، لأنه لا توجد جدوى من القول بغير ذلك. فليس هناك أي طريقة لإخراج المتهم من الصمت الذي يرغب في التزامه بالإكراه المحظور دوليا والمعاقب عليه في كل الشرائع، بل أن أساس تقرير حق الصمت للمتهم هو وجود وسائل مشروعه يمكن بها إلزامه على الإجابة.

وما لم يقدم إلى القاضي الدليل القاطع على الإدانة، فيتعين عليه أن يقضي بالبراءة. ويعني ذلك أن الإدانة لا تبنى إلا على اليقين والجزم، أما البراءة فيجوز أن تبنى على الشك. وفي تعبير آخر، فإن القاضي لا يطلب دليلاً قاطعاً للحكم بالبراءة ويكفيه ألا يكون ثمة دليل قاطع على الإدانة، وهو الذي يعبر عنة بعدم كفاية الأدلة ، وهي قرينة دستورية، والشك يفسر لمصلحة المتهم وهو دليل حاكم على باقي الأدلة ، كما يستفاد من أقوال الرسول الكريم، إدرؤوا الحدود بالشبهات.

وقد نصت م ١١٤- إجراءات جنائية فرنسي على أنه يجب على المحقق أن يخطر المتهم بأنه حر في أن لا يدلي بأي تصريح، أي أن له أن يصمت عند استجوابه، ويذهب الفقه إلى أنه ليس للمتهم أن يصمت ما دامت الضمانات القانونية قد وفرت له، ولكن ليس ثم وسيلة لإرغام المتهم على الكلام أو ذكر الحقيقة. أي ليس هناك جزاء قانوني، ولكن لها جزاء إجرائي هو إضعاف مركزه في المحاكمة، فالمتهم يلتزم بأن يتخذ موقفاً إزاء الأدلة، فإما أن يدحضها بوسائل الدفاع أو أن يسلم بها ويعترف بجريمته ثم يقتصر على الاحتجاج بأسباب التبرير أو الإعفاء من المسئولية أو التخفيف منها، وللمتهم الحق في أن يصمت ويرفض الكلام أو الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه، وقد يكون ذلك خشية منه الإدلاء بأقوال قد تضره أو تكون في غير مصلحته وهو حق مستمد من حريته في إبداء أقواله، وأكدت هذا المبدأ سائر الدساتير، كما في إيطاليا، والمادة (٨٧) إجراءات جنائية إيطالي والمادة (٨) إجراءات كوبي، وقد ذهب القانون الهندي إلى

وجوب تنبيه المتهم الذي يبدي استعداده للاعتراف إلى أن أقواله قد تستخدم ضده كدليل ضده، ويعطى مهلة ٢٤ ساعة للتفكير. وطالما أن صمت المتهم وامتناعه عن الإجابة استعمالاً للحق مقرر قانوناً مستمد من حريته في إبداء أقواله فلا يجوز للمحكمة أن تستخلص من صمت المتهم قرينة ضده؛ لأن تلك وسيلة إكراه كما تقدم بيانه، حتى لو كانت وسيلة الإكراه هذه ناعمة بعض الشيء.

المطلب الثالث : تقدير حق المتهم في الصمت :

بالرغم من أن الغالبية العظمى من رجال الفقه مع تمتع المتهم بالحق في الصمت، فقد ذهب بعض الفقه إلى إعطاء هذا الحق له على أساس أن الاعتراف للمتهم بالحق في الصمت أن المجتمع لا يكون له حق الوصول إلى الحقيقة عنوة؛ لأن مثل هذه الأمور تصطدم بحق المجتمع في الإثبات وإظهار الحقيقة بصدد جريمة وقعت عليه، فليس من الأمور التي تتفق وطبائع الأشياء ألا يرد المتهم على ما يوجه إليه من الأسئلة،بل من واجب المتهم أن يدلي بالأقوال التي تفيد في كشف الحقيقة، فالصمت ليس له ما يبرره في هذا العصر لعدم تجاوبه مع الأفكار الحديثة المتعلقة بالأخلاق التي تقضي بضرورة التوقف عن تأليه الفرد والامتناع عن تغليب حقوقه على حقوقه الجماعة. فإذا كان من جهة المتهم أن يلتزم الصمت أمام ما يوجه إليه من أسئلة فإنه سيكون هناك خطر كبير على هيبة القانون، حيث سينظر إليه من وجه نظر أغلبية المجتمع على أنه غير جدير بالاحترام. ومع اعتراف البعض بحق المتهم في الصمت، إلا أنهم ذهبوا إلى إنكار حقه في الكذب على أساس أنه يبعد الصلة بينه وبين قرينة البراءة من جهة، ومن ثم فلا صلة له بحق الصمت من جهة أخرى، لأن البريء وهو من يهدف القانون لحمايته، ليس في حاجة للكذب. فإذا اعترف للمتهم بحق الكذب، فمعنى ذلك أنه لن يستفيد منه إلا المذنب وهو ما لا يمكن التسليم به. ويذهب البعض الآخر منهم إلى القول بأنه يجب عدم الاعتراف بهذه الحقوق للمتهم إلا بالقدر الذي يقرر فيه ذلك بالنسبة للمجتمع، فما دام المشرع يغتال حق الصمت والكذب بالنسبة للشاهد ولا يعفيه من التزام الإدلاء بأقواله إلا في بعض الحالات الاستثنائية فيجب إذن معاملة المتهم في هذه الحالة على وجه يتشابه ما هو متبع بالنسبة للشاهد الذي يكون على درجة قرابة قوية به فيترك له القانون حرية الاختيار بين تأدية الشهادة بالقواعد المنظمة لها وعدمها. ويذهب الفقه الغالب إلى أنه لا يوجد أي تعارض بين حق المتهم في الصمت وبين حق المجتمع في الإثبات وإظهار الحقيقة؛ لأن الحق في الصمت يمثل أحد مظاهر حرية المتهم في الدفاع عن نفسه. وكفالة حرية الدفاع من المبادئ الإنسانية في التشريعات المتمدنة وإحدى الدعامات الأساسية التي يقوم عليها صرح العدالة الجنائية.

المطلب الرابع : وسائل حماية حق المتهم في الصمت:

يحرص المشرع دائماً عند الاعتراف بحق ما على تقرير كافة الطرق الكفيلة بحمايته والتي يصبح بدونها ذلك الحق عديم الفائدة وحق المتهم في الصمت، توجد الكثير من الوسائل لحمايته، بعضها ذات طبيعة وقائية تهدف إلى حماية ذلك الحق في أدائه وتحول دون الاعتداء عليه، وبعضها الآخر ذات طبيعة إجرائية تحميه في حالة وقوع اعتداء عليه.

وتكمن الوسيلة الوقائية في ضرورة تنبيه المتهم، قبل البدء في استجوابه، إلى حقه في التزام الصمت حيال ما يوجه إليه من أسئلة، ولذلك تحرص بعض التشريعات على إلزام سلطة التحقيق بضرورة تنبيه

المتهم لحقه في الصمت ويرى بعض الفقه عدم وجود ضرورة في إلزام سلطة التحقيق أن يثبت للمتهم إلى تمتعه بحق الصمت، ولكن هذا القول محل نظر، إذ أن القول به يسلب الحق في الصمت مضمونه ويحرم المتهم،في كثير من الأحيان، من التمتع به، ذلك أن كثيرا من المتهمين لا يعلمون أن من حقهم ألا يجيبوا على ما يوجه إليهم من أسئلة بل أن بعضهم يعتقد أنه يجبر على الإدلاء بأقواله، ومن ثم فإنه يترتب على مخالفته البطلان على أساس أنه إجراء جوهري قصد به مصلحة المتهم وحده.

أما الوسائل الجنائية التي تحمي حق المتهم في الصمت، إذا حدث اعتداء بالفعل عليه، فإنها تستند إلى أن انتزاع سلطة التحقيق، أو الاتهام، لما يحتفظ الفرد به من مكنوناته الخاصة من ذاكرة وعقل باطن على غير إرادته، يعتبر اعترافاً غير إرادي، وبالتالي لا يصح للمحكمة التعويل عليه، إذ لا يجوز مطلقاً استعمال أي من الوسائل غير المشروعة بما فيها الوسائل العلمية الحديثة لإجبار المتهم على الكلام؛ لأنه إذا كان من الممكن إجبار المتهم على الكلام فإنه من المستحيل إجباره على قول الصدق وإلا ترتب على ذلك بطلان الاستجواب والحكم المبني عليه، بل قد يكون هذا الفعل غير المشروع مكوناً لجريمة تعذيب، ويقع القائم بها تحت حكم قانون العقوبات والاتفاقات الدولية التي تحرم التعذيب والتي انضمت إليها مملكة البحرين بما في ذلك العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي صادقت عليه مملكة البحرين.

والسكوت يعتبر لأول وهلة، رفضاً لا قبولاً، فالسكوت غير ذي أثر قانوني ولا يعتبر إلا في حكم العدم، ولقد روي عنه صلى الله عليه وآله (رحم الله امرأ قال خيراً فغنم أو سكت فسلم، وقال: يا معاذ أنت سالم ما سكت فإذا تكلمت فعليك أو لك) .

المطلب الخامس : هل صمت المتهم يعد اعترافاً منه بالتهمة؟ :

الصمت إما أن يكون طبيعيا أو متعمداً، ويكون صمت المتهم طبيعياً إذا كان أصما أو أبكما، وهنا يجب أن تحرر له الأسئلة ويرد عليها كتابة إن كان يعرف الكتابة، وإلا جاز للمحقق أو القاضي أن يعين للمتهم العاجز مترجماً خبيرا في التحدث مع أمثاله، وهو حق للمحقق أو المحكمة لها ألا تسلكه إذا كانت إشارات الأبكم واضحة الدلالة في ارتكابه الفعل المنسوب إليه دونما لبس أو غموض ، ومتى أمكن الاطمئنان إلى مؤدى تلك الإشارة.

أما إذا تعمد المتهم الصمت فلا يعني أنه مدان، فقد يكون الصمت وليد أسباب عديدة مثل الرغبة في إنقاذ شخص عزيز عليه كصمت الابن عندما توجه إليه تهمة ارتكبها والده، أو الحفاظ على سمعة خليلته كما في حالة الزنى عندما يضبط شخص بمنزل خليلته فيفضل السكوت إزاء تهمة السرقة، أو عدم الكشف عن شخصيته إذا كان من شأن الكشف تشديد العقوبة عليه، أو قد يكون سكوته لمرض نفسي أو لعدم حضور محاميه معه. وعليه إذا رفض المتهم الإجابة فلا يجوز للمحقق أو المحكمة أن تتخذ من امتناعه هذا قرينة ضده أو إكراهه لحمله على الكلام، وإلا ترتب على ذلك بطلان الاستجواب ومن ثم الحكم المبني عليه.

وحق المتهم في الصمت هو أحد مظاهر حرية المتهم في الدفاع عن نفسه كما تقضي بذلك المادة (٢٧٤) محاكمات جنائية مصري ((لا يجوز استجواب المتهم إلا إذا قبل ذلك... وإذا امتنع المتهم عن الإجابة أو إذا كانت أقواله في الجلسة مخالفة لأقواله في محضر جمع الاستدلالات أو التحقيق جاز للمحكمة أن تأمر بتلاوة أقواله الأولى)) وقد سكت القانون البحريني عن تنظيم هذه المسألة، لكن لا يمنع ذلك من القول بوجوبها عملا بالقواعد العامة في التشريع الجنائي المقارن.

وقد استقر قضاء النقض والتمييز المقارن على أن للمتهم إذا شاء أن يمتنع عن الإجابة أو عن الاستمرار فيها. ولا يعد هذا الامتناع قرينة ضده وإذا تكلم فإنما ليبدي دفاعه، وأن من حقه دون غيره، أن يختار الوقت والطريقة التي يبدي بها هذا الدفاع، فلا يصح أن يتخذ الحكم من امتناع المتهم عن الإجابة في التحقيق الذي باشرته النيابة العامة قرينة على ثبوت التهمة قبله.

وترتيباً على ما تقدم يمكن القول بأن صمت المتهم لا يعتبر اعترافاً منه؛ لأن ذاك الصمت لا يعتبر صراحة إقراره بالواقعة الإجرامية المنسوبة إليه، وهو في حقيقته ليس إلا استعمالا منه لحق قرره القانون له.

وجدير بالذكر أن وضع المتهم مختلف عن وضع الشاهد، فالأخير يعاقب إذا رفض الشهادة أو شهد زوراً،ولكن القانون يستبعد ذلك بالنسبة للمتهم؛ لأن أقواله تعتبر وسيلة دفاع ، فهي حق له وليست فرضاً عليه ، وله وحده أن يقرر إن كان سيستعمل هذا الحق أم لا، فإذا ما رأى المتهم أن الصمت أحسن وسيلة للدفاع كان له الحق المطلق في عدم الإجابة عن الأسئلة التي توجه إليه، ولا يمكن تفسير سكوته، سواء في مرحلة التحقيق أو المحكمة على أنه قرينة تبنى عليها إدانته.

كذب المتهم

الكذب، كما هو معلوم، إدلاء بغير الحقيقة، وقد ثار الخلاف حول جواز أن يكذب المتهم من عدمه، وسنتناول هذه المسألة بالبحث في مطالب ثلاثة، سيكون الأول حول رأى الفقه والقضاء في كذب المتهم، والثاني في الاعتراف الكاذب والمطلب الثالث والأخير في مدى جواز استخدام الوسائل العملية لكشف الكذب وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: رأى الفقه والقضاء في كذب المتهم:

ثمة مذاهب فقهيه ثلاثة تتقاسم الرأي في مسألة كذب المتهم، فقد ذهب أصحاب الرأي الأول إلى القول بعدم جواز أن يكذب المتهم؛ لأن ذلك مما يبعده عن قرينة البراءة، ذلك أن البريء وهو من يهدف القانون إلى حمايته، ليس في حاجة للكذب. ويوضحون رأيهم بالقول بأن الاعتراف للمتهم بحقه في الكذب. أمر لا يمكن التسليم به؛ لأنه لن يستفيد من الكذب سوى المذنب بخلاف غاية المشرع التي ترمي إلى حماية البريء. فضلا عن منافاة كذب المتهم للمثل الأخلاقية التي ترى أن الكذب في كافة صورة قبيح ينبغي الترفع عنه.

أما الرأي الثاني فيرى أنصاره، أنه لا يوجد حق مطلق للمتهم في الكذب، وأن كل ماله من حق لا يتعدى إنكار التهمة، أو الإقرار بها، ولكن ليس له إلصاق التهمة بغيره كما في قول متهم على متهم آخر، وإن وقع منه ذلك، فإنه، أي المتهم، يكون وفقا لهذا الرأي مرتكبا لجريمة البلاغ الكاذب.

على أن الرأي الثالث، يذهب بخلاف الرأيين السابقين– وبحق – إلى أن للمتهم أن يلجأ للكذب، لا على أنه حق، بل هو رخصة أجيزت له، تمكنه من الدفاع عن نفسه، وعلى أن مسلك المتهم في الدفاع عن نفسه بكل السبل، لا يصح أن يتخذ دليلا على قيام المسئولية بحقه. وعلى ذلك فللمتهم أن يلجأ للكذب عند الإدلاء بأقواله، إذا رأى أن هذا المسلك منه يحقق مصالحه في الدفاع عن نفسه، وعلى ألا يؤدي سلوكه هذا إلى أن يسوء موقفه في الدعوى الجنائية، أو تستمد منه قرينة تستغل ضده، أو حتى خضوعه لطائلة العقاب. فغريزة المحافظة على النفس تفرض على المشرع أن يضع لها مكانا في اعتباره، على نحو ما استقر في قضاء

محكمة النقض المصرية – مرجع القضاء في الوطن العربي – حيث قضت بأنه" إذا قرر المتهم أقوالا في التحقيق، أو أمام المحكمة فإن هذه الأقوال تعد بمثابة الدفاع عن نفسه في التهمة، ويكون الغرض منها درء الشبهة عن نفسه، ولا يمكن أن يؤآخذ على الكذب فيها مهما مست هذه الشهادة الغير، على أساس أن المتهم لا يحلف اليمن على قول الحق من جهة، ومن جهة أخرى لا تكون الشهادة إلا من شخص لا مصلحة له في الدعوى. وعلى ذلك فللمتهم الحرية المطلقة في كيفية إدارة دفاعه عن نفسه، صادقا كان هذا الدفاع أم كاذبا .

" نقض ٢, ١١, ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٨ ق٤ ص٨".

وهذا بخلاف المقرر في القضاء الأمريكي من استيجاب أن يحلف المتهم على قول الحق، وبذلك يمتنع عليه الكذب، وإلا لوحق بجريمة الحنث باليمين، ويرجعون ذلك إلى أن إدلاء المتهم بأقواله تحت القسم هو في صالحه لتأثير اليمين في توثيق الأقوال لدى هيئة المحلفين ويتضح اختلاف الفلسفة على اختلاف التطبيق بين النظام الأنجلوسكسوني المتبع في أمريكا، و النظام اللاتيني المتبع في البلاد العربية.

المطلب الثاني : الاعتراف الكاذب :

الاعتراف الكاذب هو إقرار غير مطابق للحقيقة يصدر عن شخص بريء لدوافع شتى فقد يكون المعترف متعمدا للكذب كوسيلة دفاع له، أو للتخلص من الإكراه المادي أو المعنوي الذي غدا منزعجا من وقوعه أو واجما من استمراره عليه، وهو أغلب صور الاعتراف الكاذب.

وقد يعترف المتهم كذبا بجريمة لم يرتكبها لقاء فائدة تعود عليه أو على ذويه، أو إطاعة لسيده ، يدفعه في ذلك قصد إنقاذ نفسه مما هو أدهى وأمر، أو قد يدفعه للاعتراف الكاذب قصد افتداء غيره كأب أو ولد أو زوج .

كما قد يكون الدافع للكذب حب الظهور والشهرة، إذا كانت الجريمة الواقعة مما يثير إعجاب الجمهور،أو قد يجد المتهم نفسه وقد أحاطت به الأدلة إحاطة السوار بالمعصم من كل جانب وظن ألا تحين مناص،فيفضل عندها الاعتراف على الإنكار، رغم براءته، أملا في أن يكون اعترافه مبررا للتخفيف عليه، أو دفعا للاتهام بجريمة أخرى أشد عقوبة، كمن يضبط في منزل فيعترف بالسرقة إخفاء لعلاقة خاطئة تربطه بصاحبة ذلك المنزل، مما يستتبع وجوب عدم التعويل على مجرد اعتراف المتهم على نحو الإجمال، ما لم يكن معززا بأدلة أخرى تقر بوجدان المحكمة ثبوت قيام مسئولية المتهم، فإذا انفرد الاعتراف وجب إطراحه، ومن باب أولى إذا كان اعترافا كاذبا.

المطب الثالث : تعريض المتهم للوسائل العلمية الكاشفة للكذب :-

انطلاقا من قاعدة أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته، كما نصت على ذلك سائر المواثيق الدولية وكافة دساتير العالم وتشريعاتها الجنائية، فإنه يجب معاملة المتهم بما يؤكد احترام حريته؛ إذ لا قيمة للحقيقة التي يتم الوصول إليها على مذبح الحرية؛ لأن الشرعية التي تقوم عليها النظم تتطلب حماية الحرية في مواجهة السلطة، والعمل على احترام الحريات والضمانات المقررة لها، دون افتئات على الشرعية وخروج عن أهداف القانون .

وتفريعا على ذلك لا يجوز استعمال الوسائل العملية كطرق لاستنطاق المتهم؛ لأنه ما من شك في أن لهذه الوسائل أثر في أن تفوت على المتهم اختيار الطريق التي يدير بها دفاعه، فضلا عما لها من أثر في تعطيل الإرادة الواعية للمتهم بانتهاك الملكات العقلية للتفكير في العقل البشري وأضعاف الحاجز بين العقل الواعي للمتهم وعقله الباطن فتجعله غير قادر على التحكم في إرادته بما يريد الإفضاء به أو عدم البوح به ، فيسترسل في الإدلاء بأقوال هو عاجز عن السيطرة عليها، بما يعني إجباره على إدانة نفسه، وهو ما لا يريده أو يرغب فيه، وأنه لو كانت لديه الرغبة في الاعتراف لقام بذلك دون تعريضه للاختبار بجهاز كشف الكذب الذي يقوي من عملية الإيحاء بالشعور بالإثم والإفصاح عن أشياء لم يقارفها المتهم، أو كان يرفض الإفصاح عنها لو لم يعرض لمثل هذا الجهاز الذي يعمل على أساس رد الفعل على الانفعال بافتراض أن من يكذب يكون له رد انفعالي تظهره تغييرات سيكولوجية، فيلاحظ الجهاز تلك التغييرات التي قد تطرأ على ضغط الدم وضربات القلب وعرق اليدين، دون أن يسجل الجهاز صدق أو كذب المتهم محل الاختبار، إنما ذلك ما يستنتجه المحقق. ولا شك أن طبيعة الشخص المعرض للاختبار بالجهاز الكاشف للكذب تؤثر في النتيجة المستنبطة من قراءة ما يظهره الجهاز نفسه، فإذا ما أسفرت تلك القراءة، وما يليها من استنتاج من جانب المحقق المباشر لعملية الاختبار، عن إقرار من المتهم، فإن ذلك الإقرار يكون وليد قدر من التأثير على إرادة المقر بما يكفي لإبطاله؛ لأن استخدام هذا الجهاز يعد صورة من صور الإكراه المعنوي الذي لا شك في أنه يؤثر فيما يدلي به المتهم الخاضع للاختبار بجهاز كشف الكذب، ولو كان تعريضه للجهاز برضاه؛ لما في ذلك من مساس بإنسانية المتهم كإنسان وهدر لآدميته، وانتهاك لحريته في التفكير ورغبته في عدم الكشف بمكنوناته الذهنية والفكرية، وما يكره إطلاع غيره عليه لو خلي بينه وبين إرادته.

إذن فتعريض المتهم لجهاز كشف الكذب مبطل للدليل المتحصل عنه، وإنه لمن نافلة القول، الإشارة إلى أن جهاز كشف الكذب لا يعدو كونه مسمى جديدا لاسم قديم، ونسخة مطورة عنه، ألا وهو ما يعرف في النظم البدوية بالبشعة، والتي تعني لغة: الطعم الكريهة كما ورد بمختار الصحاح ص ٢٢ ...

وتعني اصطلاحا أن يقوم حكيم القبيلة بإحماء حديدة في النار لحد الإحمرار فيلحسها المتهم، ويسقى بعدها الماء ويعرض لسانه على مجلس القبيلة والحكيم فإن لم يوجد بلسانه أثر أقره الحكيم على إنكاره للتهمة وقضى ببراءته، وإن وجد أثر إحمرار مائل للبياض بلسان ذلك الشخص، عد إنكاره للتهمة كذبا ،ومن ثم يؤخذ بما نسب إليه من تهمة. وأساسها هو العامل النفسي الذي مرده أن الصادق لا يجف ريقه بخلاف الكاذب الذي يجف ريق فمه جراء اضطرابه وخوفه، كما يتوهمون. ولا يرد على ذلك بأن نتيجة الاختبار بجهاز كشف الكذب أو البشعة الحديثة ، قلما تخطيء فنقول إن مجرد الشك أو الاحتمال بأن يؤخذ برئ ويفلت من العقاب جان، كاف للإطاحة بهذا الدليل لمخالفته قاعدة من أرسخ قواعد القانون الجنائي، وهي أن الشك يفسر لمصلحة المتهم، أو كما ورد في الشريعة الغراء: ادرؤوا الحدود بالشبهات. وما ينطبق بشأن جهاز كشف الكذب أو البشعة الحديثة، ينطبق بشأن التنويم المغناطيسي وهو التأثير في إرادة المنوم بحيث يجيب على ما يوجه إليه من أسئلة دون تحكم فيما يصدر عنه من أقوال أو أفعال، أي أنه يكون في حالة تبعية لمن نومه ويكون في حالة حرمان من عمل جهازه الإرادي، وهذا أشد أنواع الإختراق للنفس البشرية وأكثرها تعديا على حق الإنسان في سلامة نفسه وجسمه وسلبا للحرية الفردية، وهي محرمة قانونا ولو رضي بها المتهم المنوم، إذ لا عبرة برضاه، بل ينبغي حمايته حتى من نفسه.

وينسحب ذات الحكم على التخدير الطبي بواسطة الباتنوتال – أو مصل التحقيق، كما يسمى، إذ يؤدي لنفس نتائج التنويم المغناطيسي من حيث شل الجهاز الإرادي للمخدر، ويلاقي نفس النواهي القانونية وإلى ذلك يذهب الفقه والقضاء في أمريكا حين عرض ما تقدم من وسائل علمية للتحقيق مع المتهم كما يلي:

إن هذه الأمور لم تصل من الدقة بما يعطي نتائجها درجة الدليل الكاشف للحقيقة.

إن الخضوع لأحد هذه الأمور إذا كان بطلب من المتهم فإنما ليثبت براءته، وليس ليدلي بإقرار لدى المحقق وإن إخضاع المتهم لأحد هذه الأمور يعد تعديا على إرادة المتهم ومخالفة للضمانات الدستورية، وبالتالي يعد باطلا.

الخلاصة :

يظهر من عرضنا السابق أن حق الدفاع قديم قدم الحضارات الإنسانية، وقد اتخذ أشكالا شتى كلها تصب في صالح المتهم بشكل عام، بغية إنصافه إن كان مظلوما أو إعانته في تحقيق دفاعه إن كان غير ذلك، وهي مسألة يرجع تقديرها إلى القضاء الذي يحكم بالبراءة، أو الإدانة حسبما يتكشف له من أدلة الاتهام، ولا يخضع في شيء لتقدير الدفاع بسبب اختلاف الوظيفة، فضلا عن كون الدفاع حقا للمتهم على الجميع صيانته وتحقيقه دون تسلل لبواطن نفس المتهم أو قهره على البوح بما لا يريد أو إساءة فهم صمته حتى لا يحيف القوي ويطمع ويرتاع الضعيف ويجزع.

عقد الإيجار وفقاً لأحكام القانون المدني
وقوانين الإيجار الخاصة

القاضي: سعيد عبدالله الحميدي

رئيس المحكمة الكبرى الإدارية

عقد الإيجار وفقاً لأحكام القانون المدني وقوانين الإيجار الخاصة

رأيت من واجبي أن أحاول كل الجهد في إظهار بعض النزاعات المتعلقة بأطراف عقود الإيجار،مساهمه متواضعة منى في إيضاح هذه المنازعات وكيفية مواجهتها، مما يسهم في اتساع دائرة المعرفة لكل المشتغلين في ميدان القانون من مشرعين وقضاة ومحامين، مما يسهم بالتبعية في تحقيق استقرار الأبعاد الاجتماعية والاقتصادية والقانونية.

الامتداد القانوني لعقد الإيجار:

لقد نص المشرع على الامتداد القانوني لعقد الإيجار في المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم (٩) الصادر في ١٢ نوفمبر لسنة ١٩٧٠م على أنه ((لمستأجر العقار الحق في تجديد عقد الإيجار عند انتهاء مدته، ويستفيد من هذا الحكم كل شاغر لعقار بعقد انتهت مدته واقتصرت على البيوت والبنايات المؤجرة حسبما ورد تعريفها في قانون الإيجارات الصادرة بالإعلان رقم ٤٢ لسنة ١٣٦٥ والإعلان رقم ١٢ لسنة ١٣٧٣ والواقعة في المنامة والمحرق)).

إذن فالامتداد القانوني لعقد الإيجار، رخصة من الرخص التشريعية، مقررة لمصلحة المستأجر وحدة دون المؤجر، وتجعل عقود الإيجار التابعة بمحافظتي المنامة والمحرق ممتدة تلقائيا بقوة القانون وتخول المستأجر الاستمرار في شغل العين، ما دام يقوم بالوفاء بالتزاماته على نحو الذي فرضه عقد الإيجار، وأحكام القانون، إلا إذا رغب هو في النزول عن تلك الرخصة بعد اكتسابها،وترك العين المؤجرة مراعيا في ذلك مواعيد التنبيه بالإخلاء.

ويستفاد مما تقدم أنه لا يجوز للمؤجر أن يطلب من المستأجر إخلاء العقار المؤجر ولو عند انتهاء المدة المتفق عليها في العقد ومهما طال الأمد ، إلا إذا اخل المستأجر بالتزاماته المتولدة عن العقد،وهى على سبيل المثال عدم الوفاء بالأجرة في موعدها، والتأجير على الغير دون اتفاق أو موافقة المؤجر، وحالة الهدم وإعادة البناء بشكل أوسع وإساءة استعمال العقار.....الخ.

وإيضاحا لذلك فأن حدود منطقتي المنامة والمحرق هي العقارات التابعة لتلك البلديات، فإذا كان المأجور يتبع بلدية جدحفص، أو مدينة عيسى، أو سترة من المنامة، أو كان المأجور يتبع بلدية الحد،أو قلالى من المحرق فلا يستفيد المستأجر من ذلك التجديد وينتهي العقد بانتهاء المدة المحددة فيه، إلا إذا اتفقا على خلاف ذلك .

ثم جاء المرسوم بقانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠١م بإصدار قانون البلديات في ٢٠٠١/١٢/١٣ والذي قسم البلديات في المادة الأولى منة إلى خمس وهى :-

١ - بلدية المنامة

٢- بلدية المحرق
٣- بلدية المنطقة الشمالية
٤- بلدية المنطقة الوسطى
٥- بلدية المنطقة الجنوبية

ويتحدد نطاق اختصاص كل بلدية بحدود منطقة المحافظة التي تقع فيها. ويكون إنشاء بلديات أخرى أو إلغاء بلديات قائمة بموجب مرسوم .

وعلى هذا لا امتداد قانوني لعقود إيجار العقارات التابعة لغير محافظتي المنامة والمحرق وتصبح هذه العقود غير لازمة للمؤجرين بعد انتهاء المدة المحددة فيها من تاريخ التعديل، وتدخل عقود الإيجار التابعة لبلدية الحد وقلالى وأمواج ضمن حدود بلدية محافظة المحرق، وجدحفص وكرانة وبوصيبع وسار والجنبية ضمن بلدية المحافظة الشمالية....الخ

حالات الامتداد القانوني لعقد الإيجار:

قلنا بان الامتداد القانوني لعقد الإيجار، يخول المستأجر الاستمرار في شغل العين المؤجرة، مادام يقوم بالوفاء بالتزاماته على النحو الذي فرضه عقد الإيجار، وأحكام القانون ، ولكون المشرع قد فرض بنصوصه الآمرة امتداد عقود الإيجار للعقارات الواقعة ضمن بلدية محافظة المنامة والمحرق إلى مدة غير محددة، دون حاجة إلى توافق إرادة العاقدين، صريحة كانت أو ضمنية، ومن ثم فإذا اتفق المؤجر والمستأجر على مدة معينة ينقضي فيها العقد ووافقه المستأجر على ذلك، فلا يعتد بهذا الاتفاق إذا تمسك المستأجر بعد ذلك بالعقد والاستمرار في العلاقة الايجارية، بل يمتد العقد ويتجدد من تلقاء نفسه وبقوة القانون، ولا يملك المؤجر المطالبة بعدم نفاذ الإيجار في حقه بعد انقضاء المدة المتفق عليها مع المستأجر وهو ما يؤدى لفقدان رغبة المشرع والظروف التي دعت إلى إصداره، إلا انه في حالة اتفاق الطرفين بعد قيام العقد وبعد اكتساب المستأجر حق الامتداد الذي فرضه المشرع يتعهد فيه المستأجر بإخلاء العقار المأجور في ميعاد معين فيكون هذا التعهد ملزما للمستأجر لا يتحلل منة وتنتهي العلاقة التاجيريه بينهما بحلول الميعاد المتفق عليه، ويصبح المستأجر بعد ذلك شاغلا للعقار المؤجر دون سند لكون الامتداد القانوني لعقد الإيجار بقوة القانون لا ينفي نزول المستأجر عن ميزة الامتداد وهى المقررة لمصلحته.

إما في حال اتفاق الطرفين على مقدار أجرة معينة حال انتهاء المدة المحددة في العقد، كزيادة الأجرة ١٠٪، مثلا، ولم يمتثل المستأجر لنداءات المؤجر بسداد تلك الأجرة فيعد مخلاً لالتزاماته العقدية مما يحق للمؤجر أن يتخذ الإجراءات التي رسمها القانون لإنهاء العقد ووضع حد لامتداده. لان الامتداد القانوني للعقد لا يشمل أركانه والذي ترك لإرادة الأطراف، أما في حالة لم يتفق الطرفان على مقدار معين للأجرة بعد مضي المدة المحددة في العقد وتركا الأمر للتقدير فيما بعد بينهما، ولم يمتثل المستأجر لنداءات المؤجر لتقدير الأجرة فلا يعد المستأجر مخلاً بشروط العقد، ومن ثم لا

يحق للمؤجر إنهاء الرابطة العقدية قبل الحكم بتقدير أجرة المثل من قبل المحكمة المختصة.
إما الزيادة المقررة ١٠٪ بموجب قانون الإعلانات، فهي مقصورة على العقارات السكنية الواقعة في المنامة والمحرق، بشرط قيام المؤجر بترميم للعقار المأجور أو صيانته، وهى تطلب مرة واحدة فقط.

المستفيدون من حالات امتداد عقد الإيجار:

الزوجة وأحوالها المتغيرة:

يمكن القول أن الأساس القانوني لإقامة الزوجة في مسكن الزوجية هو صفة الزوجية المستمدة من عقد الزواج الذي يربط بين الزوجين ، وبمعنى آخر فان أقامة الزوجة في مسكن الزوجية أنما يكون باعتبارها زوجة المستأجر، ومن هذه الاعتبارات فكرة التبعية الزوجية التي تجعل الزوجة تابعة لزوجها ، أوصفه الزوجية التي تجعل الزوجة مرتبطة بزوجها، وترجع فكرة التبعية الزوجية إلى أثار عقد الزواج الصحيح ، حيث يترتب على عقد الزواج أنواع كثيرة من الحقوق ولعل أهم حق من الحقوق الواجبة للزوجة على الزوج في هذه الأيام، الحصول على مسكن الزوجية والذي يعد من النفقة الزوجية الواجبة عليه شرعا مثل الطعام والكسوة - وعلى هذا فإذا مات المستأجر تخلفه زوجته في المسكن وتستفيد من الامتداد القانوني ولا يستطيع المؤجر إخراجها من العين المؤجرة بحجة موت المستأجر.

وتقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد:

لعقد الإيجار طابع عائلي وجماعي ، لا يتعاقد فيه المستأجر ليسكن بمفرده ، بل ليعيش معه أفراد أسرته، ومن يترائي له إيوائهم.

بيد أن حق الزوجة في الإقامة بمسكن الزوجية رهين باستمرار العلاقة الزوجية. فإذا قام المستأجر بتطليق زوجته ثم مات، فلا تستفيد المطلقة من امتداد العقد وبقائها في المأجور، بل تصبح يدها على العقار يد غاصب. فإذا كانت الزوجة معتدة، تظل شاغله للعقار لفترة العدة فقط.

أما المطلقة الحاضنة تستفيد من الامتداد القانوني لعقد الإيجار، كونها اكتسبت صفة جديدة هي كونها الحاضنة الشرعية لأولادها الصغار، وبهذه الصفة لا تغادر مسكن الزوجية ، بل تظل مقيمة فيه، وتملك الاستغلال مع صغارها الذين في حضانتها دون المطلق ، ما لم يهيئ للصغار والحاضنة مسكنا أخر مستقلا ومناسبا. وكذلك أرملة المستأجر لها الحق في الامتداد القانوني لعقد الإيجار،إذ لا ينتهي عقد أيجار المسكن بوفاة المستأجر إذا بقى فيه أرملته أو أولاده أو اى من والديه الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة، أما إذا كانت الأرملة قد تركت منزل الزوجية قبل وفاة الزوج ، وظل الزوج يعيش بمفرده قبل وفاته، ففي هذه الحالة لا يكون لها الحق في الاستفادة من الامتداد القانوني لعقد الإيجار بعد وفاة زوجها ، لفقدان احد الشروط العامة للامتداد القانوني لعقد الإيجار، وهو شرط الإقامة بل يكون من حق المؤجر طلب أخلاء العين المؤجرة لوفاة المستأجر وحيدا.

ويحدث في الحياة العملية أن تكون الزوجة هي المستأجر الأصلية لمسكن الزوجية وليس الزوج

كأن تكون مستأجرة العين ثم تتزوج ويأتي الزوج للإقامة معها في المأجور والذي يصبح مسكنا للزوجية،وان كان الأصل أن الزوج هو المكلف شرعا بالحصول على مسكن الزوجية وهو نوع من التعاون بين الطرفين في تذليل كافة الصعوبات التي تعترض بناء عش الزوجية ،وليس هناك ما يمنع شرعا أو قانونا أن تكون الزوجة هي المستأجر الأصلية لمسكن الزوجية دون أن يعد ذلك واجبا مفروضا عليها، أو أن يكون الزوج هو الذي يقوم بسداد أجرة العين بدلا من الزوجة وان كان المأجور باسمها، وعلى هذا فان الزوج في هذه الحالة يستمد صفة الزوجية من عقد الزواج والذي يولد له الحق في الإقامة بمسكن الزوجية ، طالما استمرت العلاقة الزوجية. وفى حال قيام الزوج بتطليق زوجته المستأجرة فقد صفة الزوجية والتي كانت تولد له الحق في الإقامة بمسكن الزوجية، ويتعين على الزوج مغادرة المأجور لفقدان السند القانوني لبقائه فيه.

ونتساءل ألان، حكم قيام أرملة المستأجر، بالزواج من رجل آخر والعيش معها في العين المأجورة، هل يضع هذا الزواج حد للامتداد القانوني؟

أقول وبالصوت الرفيع، يظل عقد الإيجار ساري لصالح زوجة المتوفى، ولا تأثير على العقد والامتداد قيامها بالزواج من رجل آخر والعيش معها في المأجور.

ضوابط الامتداد القانوني لعقد الإيجار:

المقصود بالضوابط هي القواعد أو الإحكام الخاصة التي لا تندرج ضمن الشروط العامة للامتداد القانوني وهى ضوابط تتعلق بعقد الإيجار وضوابط تتعلق بالعين المؤجرة وضوابط تتعلق بالمستفيدين .

أولا - ضوابط تتعلق بعقد الإيجار:

١- الامتداد لعقد الإيجار متعلق بالنظام العام:-

قلنا في تعريف عقد الإيجار بأنه رخصة من الرخص الممنوحة للمستأجر ، بل هو من أهم الرخص على وجه الإطلاق ومتعلق بالنظام العام ، يجعل عقد الإيجار ممتدا تلقائيا وبقوة القانون طالما بقيت التشريعات الخاصة قائمة وهى سمحت للمستأجر بالبقاء شاغلا للعقار ما دام موفيا بالتزاماته على نحو الذي فرضه عقد الإيجار وإحكام القانون، وطالما سلب المشرع بهذا الامتداد المؤجر حقه في عدم تجديد العقد أو عدم امتداده بإرادته المنفردة ومن ثم لا جدوى من التذرع بان عدم توجيه التنبيه يتضمن تجديدا للعقد، لكون العقارات الخاضعة للتشريعات الخاصة، لا تنتهي بانتهاء مدتها ، بل تمتد إلى مدة غير محددة وهى إحكام مغايرة لإحكام القانون المدني.

٢- الامتداد لعقد الإيجار يسرى في حق المالك الجديد للعقار المأجور:

تنتقل عقود الإيجار بما فيها من حقوق والتزامات إلى المالك الجديد ويمتد العقد دون إن يعد ذلك أنشاء لعلاقة إيجاريه جديدة ، سواء احتفظ المستأجر بعقده أو حرر له المالك الجديد عقدا جديدا.

٣- الامتداد لعقد الإيجار يمد معه الكفالة المقدمة من الكفيل:-

من المقرر وطبقا للقواعد المقررة في امتداد الإيجار يمتد العقد بنفس شروط الإيجار الأصلي وتكون التزامات المؤجر هي نفسها التزاماته السابقة وكذلك التزامات المستأجر وتبقى التأمينات العينية والشخصية التي تكفل التزامات المستأجر في عقد الإيجار الأصلي كافلة لهذه الالتزامات بعد أن امتد العقد ومن ثم لا تنتهي كفالة الضامن المستأجر وتبقى كالمؤبد ما لم يحصل هلاك للعين أو ما تنفسخ به العقود، إلا إذا اتفق المؤجر والمستأجر على خلاف بنود العقد الأصلي سواء بالتشديد أو التخفيف دون علم الكفيل فيتحلل هذا الأخير من هذه الكفالة.

٤- الامتداد لعقد الإيجار رخصة تشريعية للمستأجر جواز نزوله عنها إثناء قيام العقد :-

قلنا في تعريف الامتداد القانوني لعقد الإيجار بأنه رخصة من الرخص التشريعية الممنوحة للمستأجر ، وتكييف الامتداد القانوني بأنه رخصة من المشرع للمستأجر ومقررة لمصلحته ومن ثم يجوز له النزول عن تلك الرخصة بعد إن اكتسب الحق فيها وصارت إرادته حرة طليقة.

ثانيا:- ضوابط تتعلق بالعين المؤجرة:

١- عدم سريان الامتداد القانوني على العقارات المخصصة للمنفعة العامة.

إن سريان الامتداد القانوني لعقد الإيجار، إنما يكون في مجال عقود الإيجار المدنية التي تنظمها قواعد القانون الخاص ، سواء كانت القواعد العامة في القانون المدني أو أحكام القوانين الخاصة ، دون مجال التراخيص بشغل العقارات التي ترد على المنافع العامة للدولة.

وتقول محكمة التمييز البحرينية في هذا الصدد:

لما كان من المقرر أن أملاك الدولة المخصصة للنفع العام تعتبر أموالا عامة . وان تصرف الشخص الادارى في تلك الأموال لانتفاع الإفراد بها لا يكون إلا على سبيل الترخيص بما لا يؤثر في تخصيصها للمنفعة العامة، وهذا الترخيص مؤقت بطبيعته وغير ملزم لجهة الإدارة التي لها دائما لدواعي المصلحة العامة الحق في إلغائه والرجوع فيه قبل حلول آجلة ولا تعتبر هذه العلاقة من علاقات القانون الخاص إنما تخضع لأحكام القانون العام.

وتقول محكمة التمييز ايضا في هذا الصدد:

إذا كان محل العقد المبرم بين إحدى الجهات الحكومية وأحد الأفراد حديقة وهى من المنافع العامة . لا يعتبر عقد إيجار يخضع لقواعد الامتداد القانوني المنصوص عليها في المرسوم بقانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٠م عند انتهاء مدته.

٢- عدم سريان الامتداد على عقود إيجار المنشئات التجارية الخاصة بها (إيجار المتجر).

أن المشرع البحريني في تنظيمه لبعض أحكام أيجار العقارات المبنية اصدر القانون رقم ٤٢ لسنة

١٣٦٥ هـ خاصا ببيوت السكنى ثم اصدر القانون رقم ١٢ لسنة ١٣٧٣ هـ خاصا بالبنايات المستعملة في أغراض أخرى غير السكن وقد نص على أن هذه البنايات تشمل الدكاكين والحفريات والكراجات والمقاهي والفنادق والمخازن ودور السينما. كما اصدر القانون رقم ٤٢ لسنة ١٣٧٤ هـ المعروف بقانون تحديد أجارات المحلات التجارية في المنامة لعام ١٩٥٥م . وقد نص على أن العقار في أحكامه يعنى اى ارض أو بنايات تستعمل لغير السكن أو لغير أغراض اجتماعية .

وتقول محكمة التمييز في هذا الصدد:

ولما كان البين من صياغة أحكام هذين القانونين وعباراتهما أن المقصود بهما هو العقارات التي تؤجر كأماكن للانتفاع بها في إغراض تجارية فإنها لا تسرى على إيجار المنشات التجارية التي تمارس نشاطها في هذه الأماكن تحت عنوان تجارى خاص بها . ذلك أن المتجر ليس هو العقار الذي يشغله وإنما يتكون من مجموعة من العناصر المادية والمعنوية التي تجعل له كيانا قانونيا خاصا لا يشكل المكان إلا احد هذه العناصر . فإذا تم تأجيره بقصد استغلاله من قبل المستأجر بحالته فلا يعتبر ذلك إيجارا للعقار الذي يشغله ومن ثم لا يسرى عليه الامتداد القانوني المقرر بنص المادة الأولى من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٠ . فإذا كان ذلك وكان البين من العقد المبرم بين الطرفين أن المطعون ضدهم خولوا الطاعن الانتفاع بالفندق المملوك لهم واستغلاله كمنشاة تجارية بجميع عناصرها المادية والمعنوية فانه ينتهي بانتهاء مدته ما دام الطرفان لم يتفقا على تجديده ولا يسرى عليه الامتداد القانوني المقرر بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٠م.

استثناء:-

الأماكن المؤجرة كفنادق أو بنسيونات أو ما شابهها والتي هي معدة بطبيعتها للتأجير من الباطن لنزلائها . حق المستأجر لها تجديد عقود إيجارها عند انتهاء مدتها.

وتقول محكمة التمييز في هذا الصدد:

حق مستأجر العقار في تجديد عقد الإيجار عند انتهاء مدته طبقا لنص المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٠ إنما يشمل جميع أنواع العقارات المبنية التي وضع المشرع القواعد المنظمة لإيجارها ومنها البنايات التي ينطبق عليها الإعلان رقم ١٢ لسنة ١٣٧٣ والتي تشمل الفنادق حسبما نصت على ذلك المادة الثانية من هذا الإعلان يستوي في ذلك أن يكون العقار المؤجر مفروشا أم غير مفروش مصرحا للمستأجر بتأجيره من الباطن أو غير مصرح له بذلك . وإذ صدر بعد ذلك المرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٧٦ بتعديل بعض أحكام الإيجار ونص في الفقرة الأولى من مادته الأولى على عدم سريان حكم المادة الأولى من الرسوم بقانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٠ على المستأجر المصرح له بالتأجير من الباطن ثم بين في الفقرتين الثانية والثالثة القواعد المنظمة لعلاقة المؤجر بالمستأجر من الباطن بعد انتهاء عقد الإيجار الأصلي طبقا للفقرة الأولى وانتهى في الفقرة الأخيرة من المادة إلى عدم سريان أحكام فقراتها السابقة على الأماكن المؤجرة كفنادق أو بنسيونات أو ما

شابهها والتي هي معدة بطبيعتها للتأجير من الباطن لنزلائها . فان هذه الأماكن تظل خاضعة لحكم المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٠ فيحق لمستأجريها تجديد عقود إيجارها عند انتهاء مدتها طبقا لحكم هذه المادة . فإذا كان ذلك وكان المرسوم بقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٨٦ بشان تنظيم السياحة لم يتناول المسائل المتعلقة بإيجار الفنادق وليس فيه ما يشير إلى عدم تجديده طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٠.

إيضاحا لما تقدم، لو أن زيد من الناس استأجر محل بفندق الدبلومات لاستعماله لبيع الزهور، أو الحلوى، أو للحلاقة أو لوازم الكمبيوتر مثلا وانتهى العقد المبرم بين مالك الفندق والمستأجر الأصلي له – أقول وعلى الرغم من انتهاء عقد الإيجار بين مالك الفندق والمستأجر الأصلي، إلا أن عقد الإيجار المبرم بين المستأجر الاصلي، وزيد المستأجر من الباطن، صاحب محل الزهور والحلاقة والحلوى – يظل باقي ويخضع للامتداد القانوني، ولا يستطيع مالك الفندق إخراج المستأجرين من الباطن بحجة انتهاء فترة عقد إيجار المستأجر الأصلي .

٣- مدي سريان الامتداد القانوني على الأرض الفضاء:

تقول محكمة التمييز في هذا الصدد ــ انه وان كان لمستأجر العقار الحق في تجديد عقد الإيجار عند انتهاء مدته طبقا لإحكام المرسوم بقانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٠ فلا ينتهي العقد بانتهاء مدته المتفق عليها وإنما يمتد بحكم القانون إذا رغب المستأجر في ذلك لمدة غير معينة بذات شروطه . إلا إنه وقد آلت إلى الطاعنة في نهاية مدة العقد وطبقا لشروط ملكية المباني التي أقامتها المطعون ضدها في الأرض الكائنة بالمنامة المؤجرة لها . فقد أصبح العقار بصورته الحالية مغايرا للعقار الذي كان مؤجر بالعقد المبرم بين الطرفين . فلا يسوغ سريان الامتداد القانوني على هذا العقد وبذلك يكون قد انتهى بانقضاء مدته ولم يتم تجديده لمدة أخرى لعدم اتفاق الطرفين على ذلك.

كما تقول محكمة التمييز في هذا الصدد:

جرى قضاء هذه المحكمة على أن ما قرره المرسوم بقانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٠م من حق مستأجر العقار في تجديد عقد الإيجار عند انتهاء مدته ينصرف إلى عقود إيجار البيوت والبنايات الأخرى التي وضع المشرع تنظيما لإيجارها في القوانين الخاصة بذلك دون غيرها من العقارات التي لا تخضع عقود إيجارها لأحكام هذه القوانين فلا يسري على الأراضي الفضاء إلا إذا كانت واقعة داخل حدود بلدية المنامة ومؤجرة لغرض غير السكن أو غير أغراض اجتماعية والتي اعتبرها المشرع ضمن العقارات التي يسري عليها قانون تجديد أجارات المحلات التجارية في المنامة لعام ١٩٥٥ . ولما كانت العبرة بحالة العقار عند تأجيره باعتبار أنها هي التي كانت محل نظر المتعاقدين وقت التعاقد فلا يسري التجديد القانوني على إيجار الأرض الفضاء حتى ولو أجرت لإ قامة بناء عليها واشترط أن تؤول ملكيته إلى المؤجر عند انتهاء العقد إذ يصبح العقار بصورته التي آل إليها وقتئذ مغاير للعقار الذي كان مؤجر بالعقار الذي انتهى فلا يسوغ تجديده بذات شروطه بحكم القانون.

الامتداد القانوني وتحقق الشرط الفاسخ الصريح:

أولا: الدعاوى الموضوعية:

١- المحلات التجارية الواقعة في المنامة:

إذا كان المأجور محل تجاري يقع ضمن محافظة المنامة، فان قانون الإيجارات، أوجب على المؤجر إشعار المستأجر خلال اسبوعين، وذلك للحكم بالإخلاء إذا تخلف عن سداد الأجرة، والأعذار هنا شرط للحكم بالإخلاء. فإذا لم يحصل هذا الأعذار وقام المستأجر بإيداع الأجرة وفقا لما يقضي به القانون في العرض والإيداع، فلا محل للحكم بالإخلاء.

وإذا اتفق الطرفان على شرط فاسخ صريخ، ففي تقديري لا يغير هذا الاتفاق شيء، فهو ليس إلا ترديد وتحصيل حاصل، إذ وجب على المؤجر الانتظار لمدة الأسبوعين التي تطلبها القانون للحكم بفسخ العقد بين الطرفين، فمده الإشعار بأسبوعين هو بمثابة الشرط الفاسخ الصريح بقوة القانون للقضاء بالفسخ. إذن سواء ابرم العقد في ظل القانون المدني أو قبله لا يعمل بأحكام القانون المدني كون القانون الخاص يقيد العام والله أعلم.

المؤجرة لغرض غير تجاري والواقعة في المنامة:

قلنا أن البيوت والشقق السكنية الواقعة ضمن منطقة المنامة تخضع للامتداد القانوني. فإذا كان العقد ابرم في ظل القانون المدني واتفق على شرط فاسخ صريح، وجب على المؤجر أعذار المستأجر قبل رفع الأمر إلى القضاء للحكم بالإخلاء، وسواء أودع المستأجر الأجرة المتخلفة أو لم يودعها حق عليه الإخلاء لتحقق الشرط الفاسخ الصريح، والأعذار هنا لا غنى عنه ومتعلق بالنظام العام وفقا لحكم المادة (١٤١) من القانون المدني إذ تقضي على أنه – ((الشرط القاضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه، عند عدم الوفاء بالالتزام، لا يعفي في غير المواد التجارية من الأعذار، ولو اتفق على الإعفاء من)). كما يجوز أن يقوم إعلان صحيفة افتتاح الدعوى مقام الأعذار، بشرط أن يتضمن تكليف المستأجر بالوفاء، أو بتحقق الشرط الفاسخ الصريح.

أما إذا ابرم العقد قبل العمل بالقانون المدني، فلا حاجة للمؤجر أعذار المستأجر وتكون دعوى الإخلاء محققه للمؤجر، وذلك لتحقق الشرط الفاسخ الصريح.

٢- المحلات لغرض تجاري والواقعة في المحرق:

وإذا كان العقار مؤجر لغرض تجاري ويقع في مدينة المحرق فلا محل لإعمال الأعذار المعمول به في منطقة المنامة وهي مدة الأسبوعين إذ الحكم يختلف هنا. وإذ ابرم العقد وقت العمل بالقانون المدني وتحقق الشرط الفاسخ الصريح فلا محل أيضا للأعذار، إذ تنص المادة (١٤١) من القانون المدني – ((الشرط القاضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه، عند عدم الوفاء بالالتزام، (لا يعفي في غير المواد التجارية من الأعذار)، ولو اتفق على الإعفاء من)).

وإذا كان العقار محل للسكن وابرم العقد في ظل القانون المدني، وجب على المؤجر قبل رفع دعوى الإخلاء أعذار المستأجر بتحقق الشرط الفاسخ الصريح وفقا للمادة سالفة البيان، وإلا كانت دعواه غير مقبولة. أما قبل العمل بالقانون المدني، فلا حاجة للأعذار.

ثانيا: الدعاوى المستعجلة:

١- المحلات التجارية الواقعة في المنامة:

إذا اتفق الطرفان على شرط فاسخ صريح في العقد، فعلى المؤجر الانتظار لمهلة الأسبوعين للحكم بطرد المستأجر من العقار المأجور أمام قاضي الأمور المستعجلة، وإلا كانت دعواه غير مقبولة ، ولا تغير في الحكم، سواء ابرم العقد في ظل القانون المدني أو قبله. بيدا أنه بإمكان المستأجر أن يتفادى الحكم بالطرد في أي وقت إن هو أودع الأجرة المطالب بها ولو أمام محكمة الاستئناف. إذن لا فائدة من هذا الأعذار كونه لا يخدم المؤجر أمام قاضي الأمور المستعجلة إذا أودع المستأجر الأجرة المطالب بها.

٢- العقارات المؤجرة لغرض السكن والواقعة في المنامة:

قلنا أن البيوت والشقق السكنية الواقعة ضمن منطقة المنامة تخضع للامتداد القانوني. فإذا كان العقد ابرم في ظل القانون المدني واتفق على شرط فاسخ صريح، وجب على المؤجر أعذار المستأجر قبل رفع الأمر إلى القضاء وذلك للحكم بالإخلاء، وسواء أودع المستأجر الأجرة المتخلفة أو لم يودعها حق عليه الإخلاء لتحقق الشرط الفاسخ الصريح، والأعذار هنا لا غنى عنه ومتعلق بالنظام العام وفقا لما سلف بيانه.

أما إذا ابرم العقد قبل العمل بالقانون المدني، فلا حاجة للمؤجر أعذار المستأجر، وتكون دعوى طلب الطرد والإخلاء صحيحة. إلا انه كما أسلفنا، إذا بادر المستأجر بسداد الأجرة قبل أو بعد رفع الدعوى، تفادى القضاء بطرده من المأجور قبل السيد قاضي الأمور المستعجلة.

٣- المحلات لغرض تجاري والواقعة في المحرق:

إذا كان العقار محلاً تجارياً ويقع في مدينة المحرق، قلنا لا محل لإعمال الأعذار المعمول به في منطقة المنامة وهي مدة الأسبوعين لاختلاف الحكم في هذه المنطقة. وإذ ابرم العقد وقت العمل بالقانون المدني وتحقق الشرط الفاسخ الصريح فلا محل أيضا للأعذار، إذ تنص المادة (١٤١) من القانون المدني – ((الشرط القاضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه، عند عدم الوفاء بالالتزام، لا يعفي في غير المواد التجارية من الأعذار، ولو اتفق على الإعفاء منه)).

وإذا كان العقار المأجور محل للسكن، مفروش أو غير مفروش، وابرم العقد في ظل القانون المدني، وجب على المؤجر قبل رفع دعوى الطرد أعذار المستأجر بتحقق الشرط الفاسخ الصريح، وإلا كانت دعواه غير مقبولة. إما قبل نفاذ القانون المدني، فلا حاجة للأعذار.

أحكام الامتداد في القانون المدني:

تنص المادة (٥٤٦) والمادة (٥٤٧) من القانون المدني على انه :

((ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المحددة له في العقد دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء ما لم يكن هناك اتفاق على امتداد الإيجار لمدة أخرى محددة أو غير محددة عند عدم التنبيه بالإخلاء في ميعاد معين .

وإذا انتهى عقد الإيجار وبقى المستأجر منتفعاً بالمأجور بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى ولكن لمدة غير محددة ، وتسرى على الإيجار إذا تجدد على هذا الوجه أحكام المادة (٥١١) والتي تنص على التالي :

أ- إذا عقد إيجار دون تحديد مدة أو عقد لمدة غير معينة أو تعذر إثبات مدته اعتبر الإيجار منعقدا للمدة المحددة لدفع الأجرة.

ب- وينتهي الإيجار بانقضاء هذه المدة إذا نبه احد المتعاقدين الأخر بكتاب مسجل بعلم الوصول بلا مظروف بالإخلاء قبل نصفها الأخير على ألا يزيد ميعاد التنبيه على ثلاثة أشهر .

وتنتقل إلى الإيجار الجديد التأمينات العينية التي كان المستأجر قد قدمها ضماناً للإيجار القديم مع مراعاة قواعد تسجيل الحقوق ، أما التأمينات المقدمة من الغير فلا تنتقل إلى الإيجار الجديد إلا إذا رضي مقدمها بذلك)).

مؤدى نصوص المواد المتقدمة، أن المشرع البحريني ميز بين تجديد الإيجار تجديداً ضمنياً وبين امتداد الإيجار، فإذا كان الإيجار لمدة محددة وانقضت انتهى الإيجار بانقضائها دون حاجة إلى تنبيه. فإذا بقى المستأجر مع ذلك منتفعاً بالمأجور دون رضا المؤجر فانه يكون مغتصباً ويجوز الحكم عليه برد المأجور والتعويض . أما أذا بقى المستأجر منتفعاً بالمأجور بعلم المؤجر ودون اعتراض منه، فان هذا يكون تجديداً للإيجار السابق أي إيجار جديد بشروط الإيجار الأول ولكن لمدة غير محددة.

فإذا اتفق المتعاقدان على وجوب مراعاة التنبيه حال الرغبة في إنهاء العقد ولم يقم المؤجر بمراعاة ذلك التنبيه وقام برفع دعوى ضد المستأجر فلا يترتب على هذا العقود امتدادا للعقد لمدة مماثلة أو دليلا على قبوله الامتداد الإتفاقي بعد انقضاء مدة العقد الأصلية بل تعتبر لائحة الدعوى بمثابة إشعار بطلب الإخلاء مادامت قد تضمنت رغبة المؤجر بعدم الاستمرار في العلاقة الايجارية. بل أننا نذهب إلى أبعد من ذلك - يصح أن يبدى المؤجر هذه الرغبة بأي طريقة كانت ولو أثناء المرافعة بمحضر الجلسة مادام تضمن دفاعه عدم الرغبة في الاستمرار في العلاقة الايجارية ووصل ذلك إلى علم المستأجر. وفي هذه الحالة، إذا ابدى المستأجر استعداده لإنهاء الرابطة العقدية،

فان المحكمة وجزاءً على ذلك تلزم المؤجر المدعى بمصاريف الدعوى وفقاً لنص المادة (١٩٦) مرافعات،باعتبار أن المؤجر هو المتسبب في رفع الدعوى.

أما في حالة اتفاق الطرفين في عقد الإيجار أن العقد يتجدد إلى مدة مماثلة ، فان هذا الاتفاق ملزم للطرفين لا يجوز لإحداهما نقضه أو تعديله إلا بموافقة الطرف الآخر أخذاً بالقواعد العامة في العقود ، فإذا اتفق الطرفان على مدة معينة ينقضي فيها العقد ويتجدد إلى مدة مماثلة حال عدم قيام الطرف بإخطار الطرف الآخر في المهلة المحددة له فان العقد يمتد لمدة مساوية للاتفاق الأول بذات الشروط ، وينتهي العقد بانتهاء هذه المدة ولا يتجدد لمدة أخرى حال عدم التنبيه بل يصبح عقدا غير محدد المدة يجوز للأطراف إنهائه في اى وقت، وإذا اتفق الطرفان أفراغ التنبيه في شكل معين فيتعين الالتزام به لا نتاج هذا الأثر.

ويحدث في الحياة العملية أن يتفق المؤجر والمستأجر على ضرورة الإشعار قبل انتهاء المدة المحددة في العقد بشهر مثلا، ويقوم المؤجر بإشعار المستأجر بعدم رغبته في الاستمرار في العلاقة الايجارية،وعند نهاية مدة الأشعار وحلول يوم انتهاء العقد، يقوم المؤجر باستلام الأجرة من المستأجر ويتكرر هذا الاستلام.

أقول أن سكوت المؤجر وقيامه باستلام الأجرة من المستأجر يعد بمثابة نزول المؤجر عن الإشعار الذي وجهه إلى المستأجر، يعطي الحق للأخير الاستمرار في العلاقة العقدية والتي أصبحت لمدة غير محددة.

فإذا رفع المؤجر دعوى بطلب إخلاء المستأجر من العقار المأجور، فلا تكون دعواه مجابة ما لم تتضمن لائحة دعواه ما يفيد بعدم رغبته في الاستمرار في العلاقة الايجارية.

حكم التأمينات الواردة في عقد الإيجار عند تجديده:-

أولا: التأمينات التي يقدمها المستأجر:

إن التأمينات التي يقدمها المستأجر ضماناً للإيجار والواردة في العقد ، ففي حال تجدد العقد سواء لمدة متفق عليها أم لمدة غير محددة كما هو الشأن في حال بقاء المستأجر منتفعاً بالمأجور بعلم المؤجر ودون اعتراض تنتقل التأمينات إلى الإيجار الجديد مع مراعاة القواعد المتعلقة بشهر الحقوق ، ومن ثم فلا يشترط في انتقال الرهن الذي يكون المستأجر قد قدمه في الإيجار السابق وبورقة رسمية جديدة ، بل ينتقل هذا الرهن بسنده الأصلي إلى الإيجار الجديد.

ثانيا - التأمينات المقدمة من غير المستأجر:

وجب أن نفرق هنا في حال إذا كان العقار يقع ضمن محافظتي المنامة والمحرق ويخضع للامتداد القانوني وفقا لما نص عليه المرسوم بقانون رقم (٩) لسنة ١٩٧٠ م أو غير خاضع للامتداد .

١ - إذا كان العقار يقع خارج حدود منطقة المنامة والمحرق، أي لا يخضع للامتداد القانوني. فوفقا للفقرة (ب) من المادة (٥٤٧) من القانون المدني أن التأمينات المقدمة من الغير لا تنتقل إلى الإيجار الجديد إلا إذا رضي مقدمها بذلك اى وجب الاتفاق من جديد بين المؤجر والكافل الضامن على انتقال التأمينات في حال سكوت طرفي العقد وهما المؤجر والمستأجر عند عدم انتهاء العقد أو في حال امتداده إلى مدة أخرى سواء مثيلة للأولى أو مدة غير محددة ، وتكون بورقة رهن جديدة غير ورقة الرهن السابقة .

٢-إذا كان العقار تابعا لمنطقة المنامة والمحرق: فانه طبقاً للقواعد المقررة في امتداد الإيجار يمتد العقد بنفس شروط الإيجار الأصلي وتكون التزامات المؤجر هي نفسها التزاماته السابقة وكذلك التزامات المستأجر وتبقى التأمينات العينية والشخصية التي تكفل التزامات المستأجر في عقد الإيجار الأصلي كافلة لهذه الالتزامات بعد أن امتد العقد ومن ثم لا تنتهي كفالة ضامن المستأجر وتبقى كالمؤبد، ما لم يحصل هلاك للعين أو ما تنفسخ به العقود، إلا إذا اتفق المؤجر والمستأجر على خلاف بنود العقد الأصلي سواء بالتشديد أو التخفيف دون علم الكفيل فيتحلل هذا الأخير من هذه الكفالة ، إذن يفهم من هذا السياق أن الضمانات التي يقدمها الكفيل للمؤجر لضمان التزامات المستأجر تختلف حسب موقع العقار المأجور.

حكم فيما إذا انتقلت ملكية المأجور إلى شخص آخر:

تنص المادة (٥٤٩) مدني على انه إذا انتقلت ملكية المأجور إلى خلف خاص، فلا يكون الإيجار نافذا في حقه بغير رضاه ما لم يثبت انه كان يعلم به أو كان له تاريخ ثابت سابق على السبب الذي ترتب عليه انتقال الملكية إليه، ومع ذلك يجوز لمن انتقلت إلية الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه .

فان مفهوم المادة المتقدمة، إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة بهبة أو مقايضة أو شركة أو شفعة أو غير ذلك من أسباب نقل الملكية كان هذا حكمه حكم البيع ، بل أن البيع نفسه قد يكون اختياريا كما هو الغالب وقد يكون جبريا ، والحكم واحد في الحالتين ...فلا يسرى الإيجار على الخلف الخاص للمؤجر إلا إذا كان ثابت التاريخ سابقا على سبب نقل الملكية ، فإذا كان السبب الذي نقل الملكية هو عقد البيع مثلا وكان كل من البيع والإيجار غير ثابت التاريخ أو كانا ثابتي التاريخ في يوم واحد فان الإيجار لا يسرى في حق المشترى حتى لو كان عقد البيع غير مسجل.

وتقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد:

الإيجار السابق على التصرف الناقل للملكية . انصراف أثره إلى الخلف الخاص . شرطه . حقوق المؤجر والتزاماته ثبوتها لهذا الخلف دون حاجة الاشتراط عليه بها وقت انتقال الشيء إليه . التزام المؤجر بتركيب مصعد . انتقاله إلى مشترى العقار ولو لم يكن وارد في عقود الإيجار.

وتقول المحكمة أيضا في هذا الصدد:

لمشترى العقار بعقد غير مسجل مطالبة المستأجر بالحقوق الناشئة عن عقد الإيجار شرطه . حوالة عقد الإيجار له من البائع وقبول المستأجر للحوا لة أو إعلانه بها . أثره . للمشترى مقاضاة المستأجر المحال عليه في شان الحقوق المطالب بها.

حكم الظروف الغير متوقعة في إنهاء العقد المحدد المدة:

تنص المادة (٥٥٢) مدني إذا كان الإيجار معين المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا حدثت ظروف غير متوقعة من شانها أن تجعل تنفيذ الإيجار من بدايته أو أثناء سريانه مرهقا على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد التنبيه بالأخلاء المنصوص عليه بالمادة (٥١١) وعلى أن يعوض الطرف الآخر تعويضا عادلا .

فإذا كان المؤجر هو الذي يطلب إنهاء العقد فلا يجبر المستأجر على رد المأجور حتى يحصل على التعويض أو على تامين كاف .

إن الظروف الغير متوقعة تتوافر على سبيل المثال إذا كان المستأجر محاميا واستأجر مكتبة أو طبيبا ثم اضطر إلى ترك مهنته لسبب لا يد له فيه ، كما قد يكون تنفيذ الإيجار أو الاستمرار في تنفيذه مرهقا للمؤجر نفسه، كما إذا كان هذا قد تعهد بإقامة بناء يكمل العين المؤجرة ثم جدت ظروف غير متوقعة تجعل القيام بالبناء مرهقا للمؤجر ، ففي الحالتين يستطيع المتعاقد الذي يرهقه تنفيذ الإيجار أو الاستمرار فيه أن يطلب إنهائه بعد التنبيه بالأخلاء في المواعيد المبينة بالمادة (٥١١) وبعد أن يعوض الأخر تعويضا عادلاً تراعى فيه هذه الظروف ، كل هذا إذا كان الإيجار محدد المدة ،أما إذا كانت مدته غير محددة فيكفي أن يلجأ الطرف الذي يحس إرهاقا إلى حقه في تنبيه الطرف الأخر بالأخلاء في المواعيد المبينة في المادة (٥١١) .

عقد الإيجار ووفاة المستأجر أو المؤجر:

((تنص المادة (٥٥٣) مدني على انه لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر .

ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا ثبتوا إنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل أن تتحملها مواردهم، أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم ، وفي هذه الحالة يجب أن يراعى ميعاد التنبيه بالأخلاء المبين بالمادة (٥١١) وأن يكون طلب إنهاء العقد في مدة سنة على الأكثر من وقت موت المستأجر)) .

الأصل أن الإيجار لا ينتهي بموت المؤجر ولا بموت المستأجر ، فإذا مات المؤجر بقى المستأجر ملتزما بالأجرة لورثته وإذا مات المستأجر كان على ورثته إن يؤدوا الأجرة للمؤجر في حدود التركة التي ورثوها من المستأجر. إلا أن موت المستأجر قد ينهى عقد الإيجار في حالتين :-

١- إذا كان الإيجار قد عقد لاعتبار شخصي في المستأجر كما إذا أجرت العين لتكون مكتبا لمحامي أو عيادة لطبيب فيجوز لورثة المستأجر أن يطلبوا إنهاء العقد .

٢- إذا لم يلحظ في الإيجار اعتبارات شخصية في المستأجر ومع ذلك اثبت الورثة بعد موته أن العقد مرهق لهم أو انه مجاوزة لحدود حاجتهم يجوز إنهاء العقد بشرط أن يكون هذا الطلب في مدة سنة من موت المستأجر وان يراعى مواعيد التنبيه بالأخلاء المبينة في المادة (٥١١)

وتقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد:

عقد الإيجار عدم انتهائه بوفاة احد المتعاقدين. انتقال الحقوق والالتزامات لورثة المستأجر . التزامهم بأداء الأجرة للمؤجر طالما بقيت مدة العقد الاتفاقية . مؤداه . للمؤجر استرداد العين بوفاة المستأجر وانتهاء المدة المتفق عليها . التجديد الضمني اعتباره إيجارا جديدا لا امتدادا للإيجار الأصلي .

كما أن المشرع جعل القاعدة أن موت احد المتعاقدين في عقد الإيجار لا ينهيه بل تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه إلى الورثة الذين يلتزمون نحو المؤجر بأداء الأجرة ما بقيت مدة العقد الاتفاقية. وترتيبا على ذلك فانه بوفاة المستأجر لعين مؤجرة مفروشة وانتهاء المدة المتفق عليها في العقد يكون العقد لا وجود له ويحق للمؤجر استرداد العين المؤجرة من ورثته وانه وان كان هذا الحق مقررا لمصلحة المؤجر فانه يجوز له التنازل عنه ويعتبر التجديد الضمني أيجار جديداً لا مجرد امتداد للإيجار الأصلي.

إنهاء العقد مقرر لورثة المستأجر وحدهم حال تحريره بسبب حرفة المستأجر. ومقرر للمؤجر وورثة المستأجر حال تحريره لاعتبارات متعلقة بشخص المستأجر.

((تنص المادة (٥٥٤) إذا لم يعقد الإيجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء الإيجار مع مراعاة ميعاد التنبيه بالأخلاء المنصوص عليه في المادة (١١٥)) .

يدل على أن المشرع جعل القاعدة أن موت احد المتعاقدين في عقد الإيجار لا ينهيه ، بل تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه إلى الورثة ، أخذاً بان الأصل في العقود المالية أنها لا تبرم عادة

لاعتبارات شخصية ، فإذا لم يعقد الإيجار خلافا للأصل إلا بسبب حرفة المستأجر ، أو إذا كان الإيجار لم يبرم إلا لاعتبارات شخصية مراعاة فيه ، فان الإيجار لا ينتهي بقوة القانون بل يجب أن يطلب إنهاؤه .

وتقول محكمة النقض في هذا الصدد:

عقود إيجار الأماكن بسبب حرفة المستأجر . انتهاؤها بوفاته منوط برغبة ورثته إذا كانت ممارسة المهنة تعود منفعتها عليه وحده . حق ورثة المستأجر والمؤجر في إنهاء العقد متى كانت المنفعة تعود عليهما معا.

وتقول المحكمة أيضا في هذا الصدد:

طلب المؤجر إنهاء العقد لوفاة المستأجر . عبء أثبات أن العقد حرر لاعتبارات متعلقة بشخص المستأجر . وقوعه على عاتق المؤجر . لا يكفى في ذلك النص في العقد على الغرض من الإيجار.

كما تقول محكمة النقض:

وفاة مستأجر المكان بسبب حرفته ، لورثته حق البقاء في العين ، عدم اشتراط احتراف أيهم لذات حرفة مورثهم.

عقد الإيجار من الباطن ينقضي حتما بانقضاء عقد الإيجار الأصلي ولو كان قائما:

إن عقد الإيجار من الباطن ينقضي حتما بانقضاء عقد الإيجار الأصلي ، ولو كان قائما بحسب الشروط التي اشتمل عليها. وانه لا يلزم لسريان حكم فسخ عقد المستأجر ألاصلي على عقد المستأجر من الباطن أن تقام الدعوى على هذا الأخير . ولا يهم في هذه الحالة أن يكون عقد المستأجر من الباطن ثابت التاريخ قبل رفع دعوى الفسخ أو بعد رفعها ، كما لا يهم أن يكون عالما بسبب الفسخ وقت استئجاره أو غير عالم به . ولا يشترط كذلك أن ينبه عليه بالإخلاء لكي يسري عليه حكم فسخ عقد الإيجار، كما لا تخوله حق تملك الثمار بعد انقضاء عقده تبعا لفسخ عقد المستأجر الأصلي ، إذ يصبح حائزا بلا سند.

والله ولي التوفيق

الحضانة وأبرز المشكلات العملية المتصلة بها

أ.د أحمد محمد أحمد بخيت

الأستاذ المشارك بجامعة البحرين

تقديم:

من يتدبر القرآن الكريم لابد وأن يستوقفه تعدد النصوص الصريحة الآمرة ببر الوالدين ، وفي المقابل قلة النصوص القرآنية التي تقرر حقوق الأبناء ، والبرَّ بهم ، وما ذاك إلا لأن برَّ الأبناء غريزة فطرية ، فطر الله الناس عليها ، غير أن من النفوس التقيات ، ومنها الفاجرات ، ولذا فإن في سياق تلك النصوص القليلة يلحظ إثارة الانتباه إلى احتمال انتكاس فطرة الوالدين إلى حد التعاسر ،والمضارة بالأولاد ، لاسيما عقيب الطلاق ، ألم تر إلى قول الله تعالى " فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى " (١) وقوله " ...لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده " (٢) .

وقد جاءت البحوث الميدانية شاهدة لروعة وقيمة هذا التنبيه ، إذ تؤكد على ظاهرة مقايضة الأطفال بالطلاق ، أو بحقوق ما بعد الطلاق ، حيث يصبح الولد ثمنا ومثمنا ، فهو إما ورقة ضغط للتنازل عن الحق ، أو وسيلة ابتزاز لدفع الأذى ، دون مراعاة لمشاعر هؤلاء الأولاد وكرامتهم ، بل دون اعتبار لإنسانيتهم .

بل مما يثير الاشمئزاز أنه في الوقت الذي تدعو فيه كافة القوى الدولية والمحلية ، الرسمية والمدنية ، إلى تقرير حقوق الأطفال وذوي الأعذار وتقنينها والإلزام بها ، في هذا الوقت يزداد الاعتداء على الأطفال وذوي الأعذار واستغلالهم زيادة مطردة ، حتى ليشق على الباحث أن يصنف الجرائم التي تقع عليهم ، وبواسطتهم ، لتنوعها واختلاف أشكالها ، ولكننا نتوقف فقط عند تلك الجرائم التي تعود لسبب أو آخر إلى إهمال الوالدين ، أو قسوتهما ونحو ذلك مما يؤدي إلى هروب الولد من الحجر ، إلى الأحراش، والقفار ، حيث تلتقطه عصابات الجريمة المنظمة ، فإن أبقته حيا استعملته فيما هو معروف من الجرائم ، وإن واتتها الفرصة اتجرت في أعضائه وأوصاله مع من يدفع الثمن ، وإن نجا من استعماله أو تقطيعه نشأ مبغضا لمن حوله وما حوله ، وليس بمثله تقوم دولة ، أو يستقيم كيان .

لهذا كانت الحضانة ، وعظمت أهميتها ، وبرزت فادحة التفريط فيها .

تقسيم :

وفي الحديث عن الحضانة كموضوع للتقاضي أمام المحاكم الشرعية عموما ، وفي ظل غلبة دعوات التقيد بالمرجعية الدولية في حقوق الإنسان ، خصوصا الطفل والمرأة ، لا إمكانية لإهمال الحديث عن حدود العلاقة بين الوحي وفقهه من جانب ، والجديد من الفكر والسياسة والقانون من جانب آخر ، لاسيما مع اختلاف التأسيس ، والغاية .

وبمراعاة الحالة البحرينية فإن مشكلتين أخريين تبرزان للبحث :

أولاهما : غياب القانون الموضوعي المكتوب لمعالجة مشكلات الحضانة ، وعدم وجود نص قانوني قاطع في الإحالة إلى الحكم الواجب التطبيق ، هذا مع تصريح المذكرة التفسيرية للدستور ب"

ضرورة أن تكون الشريعة الإسلامية ـ بمعنى الفقه الإسلامي ـ مصدرا رئيسيا للتشريع ، وهي التي توجه المشرع وجهة إسلامية أساسية ، دون منعه من استحداث أحكام من مصادر أخرى في أمور لم يضع الفقه الإسلامي حكما لها ، أو يكون من المستحسن تطوير الأحكام في شأنها بما لا يخالفها، مسايرة لضرورات التطور الطبيعي على مر الزمن " . وصريح قول ديباجة الدستور " ولقد انبثقت تعديلات الدستور من أن شعب البحرين العريق مؤمن بأن الإسلام فيه صلاح الدنيا والآخرة، وأنه لا يعني الجمود ولا التعصب، وإنما يقرر في صراحة تامة أن الحكمة ضالة المؤمن أينما وجدها أخذها ، وأن القرآن الكريم لم يفرط في شيء، وتحقيقا لذلك كان من الضروري أن نمد السمع والبصر إلى كل تراث الإنسانية شرقا وغربا ، لنقتطف منه ما نراه نافعا وصالحا ومتفقا مع ديننا وقيمنا وتقاليدنا وملائما لظروفنا " .

فهل يعني هذا أن تتقيد التفريعات المذهبية بالقواعد الشرعية ، بحيث إنه متى ضعف دليل الاجتهاد المذهبي ، أو جافى غايته ومقصوده لزم القاضي تركه ، والبحث عن غيره مما صح دليله ، وسلمت غايته ، وإن كان من مذهب آخر؟ . مع ما في ذلك من احتمال عدم الاستقرار، وتنافر الأحكام .؟.

والطريف في الأمر أنه بينما تفتقر الحضانة إلى تشريع مكتوب فإن كفالة مجهولي النسب والأيتام ومن تتشابه ظروفهم مع هؤلاء ، ويحتاجون لمن يرعاهم إلى أسرة بحرينية مسلمة بهدف إيوائهم وتوفير الرعاية الاجتماعية والصحية لهم وتحمل مسؤولية تنشئتهم ، تنظم بالمرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٠ .

والثانية : أن القضاء في البحرين ، شرعي ومدني ، وبينما يستقل القضاء الشرعي بالفصل في منازعات الأحوال الشخصية [٣] للمسلمين [٤]تختص المحاكم المدنية بالفصل في منازعات هذه المسائل بين غير المسلمين ، وإن كانوا من المواطنين [٥] .

ويتألف القضاء الشرعي من دوائر سنية ، وأخرى جعفرية ، ويتحدد اختصاص الدائرة على أساس مذهب المدعي وقت رفع الدعوى، ....إلا في حالات مستثناة.

ودلالة ذلك أن الاختصاص القضائي يجلب الاختصاص التشريعي ، والمؤكد – إثر هذا– أن لدينا دائما قاعدتين للتطبيق ، إحداهما سنية ، والأخرى جعفرية ، وثمة احتمال آخر هو أن التعويل على مذهب المدعي ، أو مذهب الزوج السني يجعل الباب مفتوحا للقول بوجوب تطبيق قانون أو مذهب سني (غير المالكي) متى كان طرفا المنازعة يتمذهبان بمذهب آخر ، أو يكونان من المسلمين غير المواطنين ، دون أن يكون القانون الأجنبي ، أو الخيار المذهبي مخالفا النظام العام أو الآداب في البحرين .

لذلك كله تستدعي معالجة القضية محل البحث التعرض لتلك الأفرع التي نوهنا بها في تحديد أهدافه ، فلنخص كلا منها بمبحث موجز ، يسعى إلى الهدف من أقرب طريق ، ويفسح المجال للمستفيدين لبسط فروع المسألة من مصادرها ، على أن تكون وقفتنا مع الأحكام الموضوعية للحضانة أطول وأشمل مما هي مع المحاور الأخرى.

المبحث الأول
الحضانة والأدلة الشرعية الحاكمة في مشكلاتها

أولا : التعريف :

الحضانة – بفتح الحاء وكسرها- في اللغة [٦] مصدر للفعل حضن ، مأخوذ من الحضن ، والحضن ما دون الإبط إلى الكشح ، أي وسط الإنسان إلى ضلعه الخلف ، وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما ، والصورة المقربة للمعنى : الطائر يحضن بيضه ، إذا ضمه إلى جسمه تحت جناحه ، ولما كان الضم والاحتواء مظهرا من أبرز مظاهر الحفظ سميت حافظة الطفل ومربيته حاضنة ، وفعلها حضانة .

وفي الاصطلاح :

تعددت التعريفات المنقولة في ذلك :

فقيل هي " ضم الأم ولدها إلى جنبها واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه قبل الفرقة أو بعدها " [٧]

وقال المالكية هي " حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه " [٨] أو هي " صيانة العاجز والقيام بمصالحه "[٩] .

وقال الشافعية هي : " حفظ من لا يستقل بأموره ، وتربيته بما يصلحه ، ودفع ما يضره "[١٠].

وقريب منه قول بعض الحنابلة الحضانة هي :" حفظ من لا يستقل بنفسه وتربيته حتى يستقل بنفسه" [١١] .

وللزيدية تعريف فيه إضافة ذات قيمة ، قال العنبسي" هي حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه عند من هو أولى بذلك "[١٢] .فتفردوا بإضافة التنويه بالمستحق ، وأن استحقاقه لأولويته .

وفي جواهر الكلام للجعفرية : الحضانة " ولاية وسلطنة على تربية الطفل وما يتعلق بها من مصلحة حفظه في نفسه وجعله في سريره وكحله وتنظيفه وغسل خرقه وثيابه ونحو ذلك " [١٣] .

وبمقارنة هذه التعريفات فيما بينها يبدو لي أن تعريف الزيدية هو أولاها بالاعتبار ، إذ يفسح المجال لدخول غير الطفل ممن لا يستقل بأموره ، وتوسعة مسئوليات الحاضن أو الحاضنة لتشمل فضلا عن القيام بواجبات الحفظ والعناية الشخصية التربية الصالحة ، هذا فضلا عن التنويه بأساس استحقاق الحضانة.

وعلى كل حال فإننا نرى الحضانة هي " التزام من لهم الحق من لا يستقل بأموره للقيام على تربيته وإصلاح شأنه ووقايته مما يضره . " [١٤] .

وبخصوص الحالة البحرينية فإن الحضانة ستظل – حتى يوضع قانون – تمضي على حسب المفهومين المالكي والجعفري ، وواضح في التعريفين تخصيص الحضانة ب " حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه " ، وكما يقول الباجي المالكي في المنتقي " لأن الحضانة تختص

بالمبيت ، ومباشرة عمل الطعام ، وغسل الطعام ، وتهيئة المضجع ، والملبس ، والعون على ذلك كله ، والمطالعة لمن يباشره ، وتنظيف الجسم ، وغير ذلك من المعاني التي تختص مباشرتها بالنساء " [١٥] . ولنا تعليق على ذلك لاحقا .

ثانيا : الأدلة الشرعية الحاكمة في مادة الحضانة .

يستدل على المشروعية عادة بآيات الكتاب ، وأحاديث النبي صلى الله عليه وسلم ، وتدعم الدلالة بالإجماع عليها ، أو بموافقة العقل لمقتضاها ، وجريان العرف عليها ، ووفائها بالمصالح المعتبرة .

وقد تأيدت الحضانة في أساسها بكل هذه الأدلة ، فأثبتتها بعض آيات القرآن ، وقضى بها النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، وتابعه على ذلك أصحابه ، ولا يعرف لهم مخالف ، ثم إن العقل يوجبها ، والفطرة السليمة تقررها ، وهي سبب كثير من المصالح، ولم يعرف انتقال عنها قط.

فمن الكتاب آيات منها : قول الله تعالى ﴿ وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا ﴾ [١٦] .

وقوله تعالى حكاية عن أخت موسى عليه السلام أنها قالت لبيت فرعون ﴿ هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم وهم له ناصحون × فرددناه إلى أمه كي تقر عينها ولا تحزن﴾ [١٧] .

وعلى اعتبار التلازم بين الرضاع والحضانة غالبا استدلوا عليها بقول الله تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ [١٨] .

فالنص الأول : إقرار بأهميتها حتى وجب شكرها ، وطلب الرحمة للوالدين بسببها ،وأن الأصل فيها أنها شركة بين الوالدين .

والآية الثانية : تدل على أن في الحضانة تحمل تبعة ، ونيابة لا تلغي التزام الأصيل ، وقد عبر ذلك بالفعل " يكفلونه "[١٩] والشأن فيهم أنهم له ناصحون ، والنصيحة " يعبر بها عن جملة إرادة الخير للمنصوح له ، وليس يمكن أن يعبر عن هذا المعنى بكلمة واحدة تجمعه غيرها "[٢٠] وقال ابن رجب : النصح بذل الجهد في تحسين العمل وإتمامه وإكماله .[٢١]. وأنها مع وفائها بحاجة المحضون تبهج الحاضنة وتؤمنها ، وتؤنسها .

أما الآية الثالثة : فاستدل بها على أمور :[٢٢]

أولها : وجوب الحضانة في الحولين .

والثاني : أن الحاضنة هي المرضع غالبا ، للتلازم بين الحضانة والرضاعة .

والثالث : أن الحضانة للأم والنصرة للأب.

أما السنة الشريفة فمنها :

١. ما رواه أحمد والترمذي والحاكم وصححه عن أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة" [٢٣] وقد وجهه ابن رشد الحفيد بقوله : إذا لم يفرق بين الأمة والمسبية وولدها

فالحرة أخص بذلك .[٢٤] .

٢. وروى البيهقي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قضى بعاصم بن عمر لأمه ثم قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول " لا توله والدة على ولدها " [٢٥]

٣. وروى أبو داود وغيره عن عبد الله بن عمرو : أن امرأة قالت : يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء، وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني ، وأراد أن ينتزعه مني. فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم " أنت أحق به ما لم تنكحي" [٢٦] .

٤. وروى أبو داود أيضا عن علي كرم الله وجهه قال : خرج زيد بن حارثة إلى مكة ، فقدم بابنة حمزة ، فقال جعفر : أنا آخذها ، أنا أحق بها ، ابنة عمي ، وعندي خالتها ، وإنما الخالة أم . فقال علي : أنا أحق بها ، ابنة عمي ، وعندي ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهي أحق بها ، فقال زيد : أنا أحق بها ، أنا خرجت إليها ، وسافرت ، وقدمت بها ، فخرج النبي صلى الله عليه وسلم فذكر حديثا ، فقال " وأما الجارية فأقضي بها لجعفر، تكون مع خالتها ، وإنما الخالة أم " وفي رواية " الخالة بمنزلة الأم " [٢٧].

والأحاديث واضحة الدلالة على أحقية الأم وأولويتها ، وأن قرابة الأم تنزل منزلة الأم ، ولكن هل ذلك مطلقا أم عند عدم المنازعة ، هذا ما اختلف فيه .

أما الإجماع : فالثابت منه أن الزوجين إذا افترقا وبينهما ولد أن الأم أحق به ما لم تنكح .

هذا هو القدر محل الاتفاق ، وما عداه فحكايات الإجماع عليه لا تسلم من الاعتراض ، وسنرى شيئا من ذلك لاحقا.

المبحث الثاني
قضية الثبات والتغير في الأحكام الأسرية وضوابط تنزيلها على الوقائع المتجددة

تنوع المدارس الفكرية والقانونية في حياتنا لا ينكر ، وهو سبب إثراء فكري وتشريعي إن كان غرض الفرقاء الوصول إلى كلمة سواء ، تقر الحق ، وتقيم العدل ، وتحمي المصالح المشروعة .

ولكن هذه الأمنية لم تزل حتى الساعة بعيدة المنال ، حيث الإصرار على إقصاء الآخر جملة ، والمسارعة باتهامه دون مراجعة أو تدقيق ، فكثير من الحداثيين يرون أحكام الأسرة – كغيرها من أحكام الفقه الإسلامي- جملة من " التأويلات المختلفة لقوانين وضعها وفسرها رجال يريدون تثبيت سيطرتهم على المرأة ، وبالتالي على الأسرة في مجتمع أبوي صرف " [٢٨] وينكرون على الذين يعارضون بعض المعايير الغربية رفضهم تقليد القوانين الأسرية المعمول بها في الغرب ، ويتهمونهم بتناسي أن القوانين المدنية المطبقة في معظم الدول العربية مشتقة من القوانين الغربية ، وخصوصا القانون المدني الفرنسي .

ولا يترددون في الإصرار على "اعتبار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، ومجمل الاتفاقيات الدولية ، سندا معياريا لتحليل الواقع والممارسات، ولتحديد المعوقات ولوضع الخطط المستقبلية الهادفة إلى تطوير مجتمعاتنا وأنسنتها " [٢٩] ومن ضرورات ذلك – في رأيهم – المصادقة على اتفاقيتي " الطفل " و"سيداو" مع التقيد بمضمونيهما ، ومراجعة وتعديل وتطوير التشريعات والقوانين الخاصة بالمرأة لتواكب التغيرات الحاصلة [٣٠].

وقد جوبه هذا الشطط حتى من قبل راسمي السياسات ، ومن ثم أعادت الدعوة إلى التغيير العمل بالخطة القديمة ، القائمة على التوظيف المغلوط لقول النبي صلى الله عليه وسلم " ...أنتم أعلم بشئون دنياكم " [٣١] وللقاعدة الشهيرة " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان " [٣٢] واعتبار المصلحة في التشريع.[٣٣] .

ودون خوض في تفصيلات غدت معلومة فإن التذرع بهذه الأصول – الإسلامية- لإنفاذ قرارات وتوصيات الشرعة الدولية ، لاسيما تلك التي تتحفظ عليها أغلبية الدول العربية قد أوجد نوعا من رد الفعل المضاد لدى كثير من المحسوبين على الفكر الإسلامي ، فوجدناهم يصرون على الجمود على المنقول دون تفرقة بين ما أصله شرع ثابت ، وما ملحظه عرف خاص ، أو مصلحة تغير وجه اعتبارها ، أو قياس اضطربت – باختلاف الزمان والحال- علته ، بل دعاهم خوفهم كما يعلم أهل البحرين إلى رفض تقنين أحكام الأسرة جملة . [٣٤].

وفي رأينا أن كلا الموقفين بحاجة إلى مراجعة الآخر ومدارسته .

أما الداعين إلى الخروج على الفقه الإسلامي جملة فعليهم أن يعلموا – ويعلمن – أن هذه دعوى غير دستورية ، وغير قانونية، وغير علمية ،ناهيك عن كونها مرفوضة اجتماعيا [٣٥] .

فالمادة الخامسة من الدستور البحريني تنص صراحة على أن "الأسرة أساس المجتمع، قوامها

الدين والأخلاق وحب الوطن، يحفظ القانون كيانها الشرعي، ويقوي أواصرها وقيمها، ويحمي في ظلها الأمومة والطفولة، ويرعى النشء، ويحميه من الاستغلال، ويقيه الإهمال الأدبي والجسماني والروحي. كما تُعنى الدولة خاصة بنمو الشباب البدني والخلقي والعقلي.

أ. تكفل الدولة التوفيق بين واجبات المرأة نحو الأسرة وعملها في المجتمع، ومساواتها بالرجال في ميادين الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية.

ب. تكفل الدولة تحقيق الضمان الاجتماعي اللازم للمواطنين في حالة الشيخوخة أو المرض أو العجز عن العمل أو اليتم أو الترمل أو البطالة، كما تؤمّن لهم خدمات التأمين الاجتماعي والرعاية الصحية، وتعمل على وقايتهم من براثن الجهل والخوف والفاقة.

ج. الميراث حق مكفول تحكمه الشريعة الإسلامية .

والمادة الأولى من القانون المدني البحريني والتي حددت المصادر الرسمية للقانون البحريني نصها كما يلي :

أ. " تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تحكمها هذه النصوص ، بلفظها أو بمفهومها .

ب. فإذا لم يوجد نص تشريعي يحكم به القاضي حكم بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية مستهديا بأصلح الآراء فيها بالنظر لواقع البلد وأحوالها ، فإذا لم يوجد حكم بمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

وقد فهم الفقه القانوني من جملة هذه النصوص أن الدين يعتبر مصدرا رسميا خاصا ، يأتي تاليا للتشريع مباشرة ، وسابقا على العرف في مسائل الأحوال الشخصية، فما لم ينظم من هذه المسائل بتشريع مكتوب يخضع للحكم الديني المعترف به في مملكة البحرين [٣٦] .

وكما هو معروف فإن المملكة قد تحفظت على المواد ٢، ١٦ ، ٢/٩ ، ٤/١٥ ، ١/٢٩ من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) لتضمنها أحكاما لا تقرها الشريعة الإسلامية.

أما دعوى تغير الأحكام بتغير الزمان ، وإناطة التشريع بالمصلحة فهي لا شك من أصول الاجتهاد الإسلامي ، والتفريط في اعتبارها مخالفة للشرع " والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين"[٣٧].على أن يكون ذلك في إطار من كون الحكم من المتغيرات ليناط بالعرف، وتوفر ضوابط اعتبار المصلحة في الانتقال أو الاعتبار .

وفي كل حال يجب ربط مصالح الدنيا بالآخرة ، واحترام التدرج المصلحي كما يرعي التدرج القانوني ، فترعى المصلحة بطبقاتها الثلاثة : الضرورية ، والحاجية ، والتحسينية ، و ترعى أولوياتها ، من حيث إن المقاصد : التحسينية والحاجية ليست مقصودة لذاتها ، أو مخترعة بحالها في الشريعة

الإسلامية ، وإنما هي معتبرة من حيث تعد مكملة للضروريات ، فلا عبرة لمقصود تحسيني يعارض مقصودا حاجيا ، ولا عبرة لمقصود حاجي يعارض مقصودا ضروريا[٣٨] وفي هذا الإطار لا يخالف سابق أو لاحق .

ودعوى الرافضين لتقنين أحكام الشريعة قد فندت [٣٩] وليس هنا مكانها ، فقط نذكر أن التقنين من قبيل الإلزام برأي أو مذهب فقهي معين مما يقبل اشتراط الحاكم على القاضي أن يقضي به. في قول الحنفية، وهو قول عند المالكية ، وبه قال السبكي وغيره من الشافعية. [٤٠] . وَقَالَ الْمَاوَرْدِيُّ : إِذَا حَكَمَ بِمَذْهَبٍ لَا يَتَعَدَّاهُ كَانَ أَنْفي لِلتُّهْمَةِ ، وَأَرْضَى لِلْخَصْمِ ، هَذَا وَإِنْ كَانَتْ السِّيَاسَةُ تَقْتَضِيهِ فَأَحْكَامُ الشَّرْعِ لَا تُوجِبُهُ[٤١] .

وكما يقول الدكتور القرضاوي " ليست الأصالة إذن هي التقوقع على القديم ، ورفض كل جديد ، مهما يكن في القديم من ضرر ، ومهما صاحب الجديد من نفع ، إن بقاء كل قديم على قدمه ، وإغلاق باب الإبداع والاجتهاد هو سبيل العاجزين الذين لا يريدون أن يعملوا ما وهبهم الله من عقول ، ولا أن يبذلوا جهدا يثبتون به وجودهم ، وصلاحيتهم للخلافة في الأرض ، والسيادة في الكون ، مرددين قول من قال : ما ترك الأول للآخر شيئا .

وليست الأصالة في رفض كل شيء جاء عن الغير أيا كان ذلك الشيء ، وذلك الغير ، فقد نستطيع أن نأخذ بعض الأطر أو الأشكال المناسبة لنا ، لنضع داخلها مضامينا ومفاهيمنا الخاصة ، بشرط ألا يكون مبعث ذلك مجرد الرغبة في التقليد ، بل الحاجة إلى التحسين ، وقد نقتبس بعض الجزئيات والصور من هنا أو هنالك إذا كنا في حاجة حقيقية إليها ، ولم يكن عندنا ما يغنى عنها ، ولم تكن منافية لأصولنا وجوهر حضارتنا ، وخصوصا ما كان يتعلق بما يطلق عليه اسم أحكام المراسم أو الإجراءات، أو غير ذلك من النواحي الشكلية ، .... و التقنين على غرار القوانين الحديثة ، لتكون مواد الفقه مرجعا سهلا محددا يمكن بيسر أن يتقيد به القضاة ، ويرجع إليه المحامون ، ويتعامل على أساسه المواطنون ".[٤٢].

مراعاة الحالة البحرينية :

وفي خصوص الحالة البحرينية فإن القضاء كما قلنا ماض على التقيد المذهبي ، وفي ذلك تضييق من ذريعة الاختلاف والتنافر بين الأحكام القضائية ، لا نشك في ذلك ، ولكنا نريد أن ننبه إلى أن من الأحكام التى يضمها الفقه الإسلامي ما يستند إلى نصوص شرعية قاطعة، لا مجال للرأي والاجتهاد فيها ، ومنها ما يستند إلى أدلة ظنية محتملة ، للرأي فيها مجال، وباعتبار هذه الحيثية فإن " الأحكام- المبنية على مصادر قطعية - هي وحدها التى لا يجوز الاجتهاد فيها، وهي تمثل من الشريعة مبادئها وأصولها الثابتة التى لا تحتمل تأويلا أو تبديلا ، ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها ".[٤٣].

وفيما خلا ذلك من أحكام الفقه فإنها لا ترقى لأن تكون تشريعاً إسلامياً بالمعنى الدقيق، ومن ثم

فإنها وإن لزمت في الجملة فإنها لا تلزم على التفصيل، إذ يجوز مخالفتها والخروج عليها استنادا إلى دليل شرعي أقوى ، أو بناء على اجتهاد جديد شريطة " أن يكون هذا الاجتهاد واقعا في إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية بما لا يجاوزها، مقيما الأحكام العملية بالاعتماد في استنباطها على الأدلة الشرعية ، متوخيا من خلالها تحقيق المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال".

وعلى هذا الأساس درجت المحكمة الدستورية العليا المصرية على التأكيد بأن " كل قاعدة قانونية ولو كان العمل قد استقر عليها أمدا لا تحمل في ذاتها ما يعصمها من العدول عنها ، وإبدالها بقاعدة جديدة لا تصادم حكما شرعيا قطعيا ورودا ودلالة، وتكون في مضمونها أرفق بالعباد ، وأحفل بشئونهم وأكفل لمصالحهم الحقيقية التى يجوز أن تشرع الأحكام لتحقيقها ، وبما يلائمها ، فذلك وحده طريق الحق والعدل ، وهو خير من فساد عريض ، ومن ثم ساغ الاجتهاد في المسائل الاختلافية التى لا يجوز أن تكون أحكامها جامدة بما ينقض كمال الشريعة ومرونتها .....

ومن ثم صح القول بأن اجتهاد أحد من الفقهاء ليس أحق بالإتباع من اجتهاد غيره ، وربما كان أضعف الآراء سندا أكثرها ملائمة للأوضاع المتغيرة ، ولو كان مخالفا لأوضاع استقر عليها العمل زمنا ... وتقول: إن مرونة الشريعة ينافيها أن يتقيد ولي الأمر بآراء بذاتها لا يريم عنها ، أو أن يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية تكون المصالح المعتبرة شرعا قد جاوزتها.. وتلك هي الشريعة الإسلامية في أصولها ومنابتها، متطورة بالضرورة ، نابذة الجمود ، لا يتقيد الاجتهاد،فيما لا نص عليه فيها ، بغير ضوابطها الكلية وبما لا يعطل مقاصدها " (٤٤) .

وفيما خلا قول المحكمة " وربما كان أضعف الآراء سندا أكثرها ملائمة للأوضاع المتغيرة " لأنه على طلاقته .. أي باعتبار العصر والأوان أو الحجة والبرهان .. يناقض القاعدة المرعية في الترجيح (٤٥)، ولا شك أن قاعدة الترجيح أضبط من مجرد ملاءمة الأوضاع المتغيرة الذي قد يؤدى إلى توهم المصلحة ، أو مراعاة القلة على حساب الكثرة،أقول فيما خلا ذلك فإنني لا أظن أحدا من علماء الشريعة المدققين يخالف المحكمة فيما تذهب إليه.

ولا يخفى على قضاة الشرع أن الشارع الحكيم قد أحال إلى العرف أمورا من مسائل الأسرة : مثال ذلك الواجب في النفقة ، وبعض أحكام المهر ، وبعض أحكام الطلاق ، ونحو ذلك، ومن ثم فإن فتاوى السابقين في هذه القضايا وأمثالها قد بنيت على أعراف أهلها وظروف بيئتها وزمانها ، وبالتالي فإنه ليس من الفقه في شيء اعتمادها ، ما لم تكن مناسبة لأعراف الزمان والمكان ، غير مجافية للمصالح المعتبرة ، ولله در السلف إذ قالوا "فمهما تجدد العرف فاعتبره، ومهما سقط فألغه، ولا تجمد على المنقول في الكتب طول عمرك، ... فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين"(٤٦) .

المبحث الثالث
المقاصد الشرعية الإسلامية في باب النسل وبناء المجتمع القويم السليم

في مدخل الحديث عن الزواج يقول الإمام السرخسي الحنفي في موسوعته (المبسوط) : .... ثم يتعلق بهذا العقد أنواع من المصالح الدينية والدنيوية ، من ذلك ..... تكثير عباد الله تعالى بالتناسل ، والتناسل لا يكون عادة إلا بالمعاشرة ، فجعل الشارع طريق تلك المعاشرة النكاح ، ... وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة ، وإنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة ، ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة ليرغب فيه المطيع والعاصي .(٤٧) . فطلب الحياة وامتدادها إلى قيام الساعة من تعاليم الإسلام ، وقد رغب في الزواج ليكون الزوجان أباء، وأن يكون لهم بعد الأولاد أحفاد ، قال تعالى " والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة " (٤٨) .

وفي أكثر حديث القرآن عن الولد كان الوصف بالبشرى (٤٩) .وبقرة العين (٥٠) .

وفي مواضع قليلة حذر الله تعالى من الولد " الملهي " عن ذكر الله (٥١) ومن الولد الفتنة (٥٢) وخَوَّف من كون بعض الأزواج والأولاد عدوا (٥٣).

وبالجمع بين الآيات يمكن أن نخلص إلى أن الفتنة والعدو إنما هم فئات مخصوصة أوقعوا آباءهم في المعصية ومباشرة الحرام لأجلهم ، أو صدوا عن الإسلام والهجرة (٥٤) أما عموم الأولاد فهم بشرى ، وقرة عين ، يقول أبو حامد الغزالي – رحمه الله – فوائد الزواج ...: أولها " " الولد : وهو الأصل ، وله وضع النكاح ، والمقصود إبقاء النسل ، وألا يخلو العالم عن جنس الإنس .... وفى التوصل إلى الولد قربة – أى عبادة – من أربعة أوجه .. الأول : وهو أدق الوجوه ، وأبعدها عن أفهام الجماهير ، وهو أحقها وأقواها عند ذوى البصائر النافذة فى عجائب صنع الله ومجارى حكمه ... وهو موافقة محبة الله بالسعي في تحصيل الولد لإبقاء جنس الإنسان .. وبيانه أن السيد إذا سلم إلى عبده البذر وآلات الحرث وهيأ له أرضا مهيأة للحراثة ، وكان العبد قادرا على الحراثة ووكل به من يتقاضاه عليها ، فإن تكاسل وعطل آلة الحرث وترك البذر ضائعا حتى فسد ودفع الموكل عن نفسه بنوع من الحيلة كان مستحقا للمقت والعتاب من سيده ..... الوجه الثاني : السعي في محبة رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضاه بتكثير ما به مباهاته حيث قال " تناكحوا تكثروا فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة"

الوجه الثالث: أن يبقى بعده ولدا صالحا يدعو له ، كما ورد فى الخبر أن جميع عمل ابن آدم منقطع إلا ثلاثا فذكر الولد الصالح . الوجه الرابع : أن يموت الولد قبله فيكون له شفيعا " (٥٥) .

ولكن مَنْ هذا الولد الذي يحقق مراد الله ، وبه يحمد رسول الله إلى ربه عمل أمته ، ويتصل به العمل ، وتنال به الشفاعة ؟.

لا شك أن أول مطلوب هذا الولد بعد التخير ، وإطعام الحلال ، نظافة محاضنه ، وخلوها من أسباب انحراف العقيدة والسلوك، ولا يكون ذلك إلا برحمته ، والإحسان إليه ، وحسن تربيته ، وحفظه من القسوة والعنف ، يقول العلامة ابن خلدون " من كان مرباه – أي تربيته- بالعسف

والقهر ، من المتعلمين أو المماليك أو الخدم – يبدو أن زمانه كان خاليا من صورة الأم المتخلية والأب المشغول ناهيك عن العنف الأسري- سطا به القهر ، وضيق على النفوس في انبساطها ،وذهب بنشاطها ، ودعاه إلى الكسل، وحمله على الخبيث ، خوفا من انبساط الأيدي بالقهر عليه ، وعلى المكر ، والخديعة ، ولذلك صارت له عادة ، وخلقا ، وفسدت معاني الإنسانية التي له من حيث الاجتماع والتمدن ، وهي الحمية والمدافعة عن نفسه أو منزله ، وصار عيالا – عبئا وعالة- على غيره في ذلك ، بل وكسلت النفس عن اكتساب الفضائل ، والخلق الجميل"(٥٦) رحمه الله إنه ليشخص حالة أولاد الشارع ، وساحات المحاكم في زماننا.

وقد فقهت الصحابية الجليلة – التي جادلت رسول الله عليه وسلم في زوجها حتى سمع الله شكواها – المخاطر التي قد يتعرض لها الأولاد إثر انفصال الأبوين فقالت ﴿ إن لنا أولادا ، إن ضممتهم إلي جاعوا ، وإن ضممتهم إليه ضاعوا "(٥٧) . ولعله أحد أهم الأسباب التي بُغِّض بسببها الطلاق ، واستحب الصلح الشخصي أولا ، ثم بجهود الحكمين إن أخفق الزوجان في رتق الخرق ،وجمع الشمل .

المبحث الرابع
المعنى المؤثر في تفريعات الحضانة

قراءة في فقه الإمام ابن القيم :

في مصنفه القيم (جامع الفقه) أفرد العلامة ابن قيم الجوزية قرابة السبعين صحيفة لبحث أحكام الحضانة ، متخذا من المعنى المؤثر في تفريعاتها ثغرا ، ينطلق منه ، ويعود إليه ، والمستند الأساس لعلة الحضانة – كما يظهر من خطته – هو قول النبي صلى الله عليه وسلم للأم ﴿ أنت أحق به ما لم تنكحي) .وكانت الأم قد قدمت لدعواها بقولها " إن ابني هذا كان بطني له وعاء ،وثديي له سقاء ، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني ، فأراد أن ينتزعه مني ؟ " فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم ما قال .

وفي أول توسله للكشف عن المعنى يقول ابن القيم " وفي هذا دليل على اعتبار المعاني والعلل ،وتأثيرها في الأحكام ، وإناطتها بها ، وأن ذلك أمر مستقر في الفطر السليمة ، حتى فطر النساء – وقد كن يغلبهن الجهل فيما مضى – وهذا الوصف الذي أدلت به المرأة ، وجعلته سببا لتعليق الحكم به ، وقد قرره النبي صلى الله عليه وسلم ، ورتب عليه أثره ، ولو كان باطلا ألغاه ، بل ترتيبه الحكم عقيبه دليل على تأثيره فيه ، وأنه سببه " .(٥٨) .

وفي عامة فصول هذا الباب يصدر ابن القيم بحثه بقاعدة " أنت أحق به ما لم تنكحي" أو يخرج الأقوال عليها ، أو يرجح بمقتضاها .

ومن أوائل المعاني التي يكشف عنها قوله " تقديم الأم في الحضانة من محاسن الشريعة ،والاحتياط للأطفال ، والنظر لهم ، وتقديم الأب في ولاية المال والتزويج كذلك ، إذا عرف هذا ، فهل قدمت الأم لكون جهتها مقدمة على جهة الأبوة في الحضانة ، فقدمت لأجل الأمومة ، أو قدمت على الأب لكون النساء أقوم بمقاصد الحضانة والتربية من الذكور ، فيكون تقديمها لأجل الأنوثة؟

ففي هذا للناس قولان ..... والصواب في المأخذ هو أن الأم إنما قدمت لأن النساء أرفق بالطفل ، وأخبر بتربيته ، وأصبر على ذلك، ..... وإذا تقرر هذا الأصل فهو أصل مطرد منضبط لا تتناقض فروعه، بل إن اتفقت القرابة والدرجة واحدة قدمت الأنثى على الذكر ، .... وإن اختلفت القرابة قدمت قرابة الأب على قرابة الأم ، ... وهذا هو الاعتبار الصحيح ، والقياس المطرد ، وهذا الذي قضى به سيد قضاة الإسلام شريح ، .... ومن سلك غير هذا المسلك لم يجد بدا من التناقض " (٥٩).

ومن التناقض محل الاعتبار عنده – وكشفه مفيد في حالتنا– قوله عن المالكية " ومن ذلك أن مالكا لما قدم أم الأم عن أم الأب، قدم الخالة بعدها على الأب وأمه ، واختلف أصحابه في تقديم خالة الخالة على هؤلاء ، على وجهين ، فأحد الوجهين : تقديم خالة الخالة على الأب نفسه ، وعلى أمه،وهذا في غاية البعد ، فكيف تقدم قرابة الأم وإن بعدت على الأب نفسه ، وعلى قرابته ، مع أن الأب وأقاربه أشفق على الطفل، وأوعى لمصلحته من قرابة الأم .... كيف تقدم خالة الخالة على الأب نفسه وعلى أمه ، فهذا القول مما تأباه أصول الشريعة وقواعدها ، وهذا نظير إحدى الروايتين

عن أحمد في تقديم الأخت على – أم الأب- والخالة على الأب ، وهذا أيضا في غاية البعد، ومخالفة القياس .وحجة هذا القول : أن كلتيهما تدليان بالأم المقدمة على الأب ، فتقدمان عليه .

وهذا ليس بصحيح ، فإن الأم لما ساوت الأب في الدرجة ، وامتازت عليه بكونها أقوم بالحضانة ، وأقدر عليها وأصبر ، قدمت عليه ، وليس كذلك الأخت من الأم ، والخالة مع الأب ، فإنهما لا يساويانه، وليس أحد أقرب إلى ولده منه ، فكيف تقدم عليه بنت امرأته أو أختها ؟ وهل جعل الله الشفقة فيهما أكمل منه ؟" . (٦٠) .

وبعد استعراض مذهب الحنفية ، وأقوال الإمام أحمد في المسألة يصل إلى شيخه ابن تيمية ،ويرى أن ضابطه هو " أقرب ما يضبط به باب الحضانة ، وحاصله : لما كانت الحضانة ولاية تعتمد الشفقة والتربية والملاطفة كان أحق الناس بها أقومهم بهذه الصفات ، وهم أقاربه يقدم منهم أقربهم إليه ، وأقومهم بصفات الحضانة ، فإن اجتمع منهم اثنان فصاعدا ، فإن استوت درجتهم قدم الأنثى على الذكر ..... لأنها تلي الحضانة بنفسها ، والرجل لا يليها بنفسه " (٦١) .

وفي بقية فصول الباب يلحظ حرص ابن القيم على هذا المعنى ، سواء في ذلك عند ضبط شروط استحقاق الحضانة ، أو تقييم أسباب سقوطها ، أو تقدير زمانها ، وأنفع الأساليب في توجيه المحضون عند انتهاء مدتها . .

عموم الفقه الإسلامي ينزع إلى اعتبار مصلحة المحضون في تقرير الحضانة:

المعنى الذي لاحظه شيخ الإسلام – وهو تقرير الحق على أساس الأقوم بالصفات النافعة للمحضون – سبق إليه القرافي المالكي حيث قال " يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها " (٦٢) وتابع عليه الخلف ، ومن ذلك مثلا قول ابن عابدين الحنفي " .... الفتاة بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء ، والمرأة على ذلك أقدر ، وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين والحفظ ، والأب فيها أقوى ، وأهدى" (٦٣) .

وفي البهجة شرح التحفة عند تقرير الحق في الحضانة ، " وقال المشاور : ينظر في الأرفق بالصبي " .

وينزع الفقه والقضاء المعاصران إلى التأكيد على النظر إلى الأرفق ، والأحظ ، والأقوم بمصلحة المحضون ، " فليس الصغير ملكا لأبيه ولا هو الذي أودعه حاضنته، بل الشرع هو الذي سلطها على حضانة الصغير ، لمصلحته ، لا لمصلحة أبيه ، ولا لمصلحة أي شخص آخر ، بل للصالح العام "(٦٤) .

و " من واجب القضاة أن يراعوا دائما في باب الحضانة مصلحة الطفل فقط دون التفات إلى أي اعتبار آخر " (٦٥) .

مصلحة المحضون هي محور الحضانة في الفكر القانوني:

جعلت الاتفاقيات الدولية الرامية إلى حماية حقوق الطفل مصلحة المحضون هي المحور في

هذا الباب ، وعليه فإن الدراسات القانونية الحديثة ، لاسيما المقارنة منها ، تؤكد على هذا المعنى ،وتحض على اعتباره في التقنين .

وقد جاءت القوانين الأسرية الحديثة لاسيما المغاربية منها ،مستجيبة لذلك ، غير أنها أفرطت أحيانا في الاعتبارات العاطفية ، والإغداق على المرأة حتى خرجت على بعض قوانين الشرع في هذا الباب ، ومن ذلك مثلا المدونة المغربية التي قررت في المادة ٨٧ منها أنه " في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت إليه الحضانة ، أما كانت أو أبا أو غيرهما " .

وعيب النص أنه لا يهدر فقط حق ولي النفس ، ولكنه بعمومه يجعل هذه الولاية للأم وإن كانت غير مسلمة ، ولا ولاية لها على نفس المسلم شرعا.

وفي هذا المعني نص الفصل ٦٧ من المجلة التونسية الذي يقرر " تتمتع الحاضنة بصلاحيات الولاية فيما يتعلق بسفر المحضون ، ودراسته ، والتصرف في حساباته المادية ... " .

ولاشك أن تحديد إطار المصلحة بهذا القدر يخالف أمرين :

أولهما : الفصل بين مصلحة الدنيا ومصلحة الآخرة ، وقد قلنا إن من ضوابط تشريع المصلحة ربط مصالح الدنيا بالآخرة .

والثاني : مناقضة النص الشرعي " لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده " ففي سلب ولاية الأب بالكلية إضرار به لا جدال في ذلك .

التعويل على مصلحة المحضون معتبر شرعا:

ومتى اجتنبت مظاهر الإفراط هذه فإن التعويل على مصلحة المحضون في باب الحضانة أساس قويم ، تشهد لاعتباره النصوص الشرعية من الكتاب والسنة ، ويُسَوِّغ الحرص عليه أن غالبية أحكام الحضانة اجتهادية ، واختلاف كلمات الفقه في كل أفرعها ملحوظ ، لا جدال ، ولعل سر ظهوره أنهم كانوا يبنون على المصلحة ، ولما كان مفهوم المصلحة مفهوما نسبيا ، وكان لكل فقيه نظرته الخاصة في هذا المجال ، لذا فقد تعددت أقوالهم واختلفت على نحو ما هو مقرر في المصنفات الفقهية .

أثر اعتبار مصلحة المحضون في أحكام الحضانة:

والمعنى الذي يهمنا بيانه في ضوء ذلك أنه لما كانت مصلحة المحضون هي الملحظ في أكثر أحكام وتفريعات الحضانة ، وكانت المصالح مما يتغير بتغير الأوضاع والاعتبارات ، فإن تطبيق أقوال السلف في الحضانة بحذافيرها قد ينتهي بنا إلى إهدار مصلحة المحضون وليس البناء عليها ،فالواقع الاجتماعي ، وتحولات المجتمع في حاجياته وضروراته وثقافة آحاده قد غَيَّرَ كثيرا من المفاهيم ، وبَدَّلَ كثيرا من المصالح والمفاسد ، ومن ذلك مثلا التطور المذهل في وسائل الانتقال والاتصال قد غير كثيرا من مفاهيم السفر والزيارة ، وبالتالي فإنه يغير من أحكام الانتقال بالمحضون ، ونفس المعنى نجده في مفهوم الفسق ، ومعنى التدين ، واعتبار اختلاف الدين ، وأثر زواج الأب على أولاده ، بل

في مفهوم المصلحة ذاتها ، وهل تناط الحضانة بالخدمات المادية التي ترمي إلى حماية المحضون جسديا وتلبية حاجاته المادية ، كحفظه ، وإطعامه ، ونظافته ، وإشعاره بالحنان ، كما هو ظاهر كلام السلف، أم يتسع مفهوم المصلحة ليشمل أمورا تتعلق بقرارات المحضون ومستقبله ، بما لا يضر بحقوق ولي النفس؟ .

تقول إحدى الباحثات بحق " الحضانة مسألة قضائية بالأساس ، وهذا يقتضي أن يكون القاضي الذي يفصل في الحضانة قاضيا متخصصا في أحكام الأسرة ، وعلى دراية كافية بما يضر المحضون ، وما ينفعه " (٦٦) .

بقي أن ننبه إلى أن المادة ٥/ أ من الدستور تنص على أن " الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق وحب الوطن، يحفظ القانون كيانها الشرعي، ويقوي أواصرها وقيمها، ويحمي في ظلها الأمومة والطفولة، ويرعى النشء ويحميه من الاستغلال، ويقيه الإهمال الأدبي والجسماني والروحي. كما تُعنى الدولة خاصة بنمو الشباب البدني والخلقي والعقلي " .

المبحث الخامس
العلاقة بين الأحكام الفقهية الواجبة التطبيق في منازعات الحضانة وبقية المنظومة القانونية في المملكة

البحرين دولة قانونية ، لها دستور ، وتخضع إدارتها للقانون ، ونظامها يقوم على احترام حقوق الأفراد وحرياتهم ، وتقر مبدأ تدرج القواعد القانونية .[٦٧] .

وعلى أساس هذا المبدأ الأخير وجب أن يكون التشريع الفرعي أو اللائحي موافقا للقانون ، وأن يكون القانون موافقا للدستور ، أو التشريع الأساسي للدولة ، وعلى أساس المادة ١٢١/أ من الدستور فإنه " لا يخل تطبيق هذا الدستور بما ارتبطت به مملكة البحرين مع الدول والهيئات الدولية من معاهدات واتفاقات." و " تكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ، ونشرها في الجريدة الرسمية " . م ٣٧ من الدستور.

ويعترف الدستور البحريني بالرقابة القضائية على القوانين ، غير أنه حصرها في إطار الرقابة على دستورية القوانين بصورتيها السابقة واللاحقة ، وقد نص في المادة ١٠٦ من الدستور صراحة على أن " تنشأ محكمة دستورية، ..... وتختص بمراقبة دستورية القوانين واللوائح.." .

وتفعيلا لهذا النص صدر المرسوم بقانون رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٢ بإنشاء المحكمة الدستورية ناصا في مواده التالية على :

مادة (١٦) تختص المحكمة دون غيرها بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح.

مادة (١٧) للملك أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها، لتقرير مدى مطابقتها للدستور.

مادة (١٨) ترفع المنازعات الخاصة بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي:

أ – بطلب من رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشورى أو رئيس مجلس النواب.

ب–إذا تراءى لإحدى المحاكم أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت المحكمة الدعوى، وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية للفصل في المسألة الدستورية.

ج–إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة،ورأت هذه المحكمة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى، وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز شهرا واحدا لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد المحدد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

مادة (١٩) يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها ،وفقا لحكم المادة السابقة، بيان النص المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة.

مادة (٢٠) يجب أن تكون لوائح الدعاوى المقدمة إلى المحكمة موقعا عليها من محام مقبول للحضور أمام محكمة التمييز ومرفقا بها سند الوكالة.

ومعنى ذلك أن ليس للقاضي الشرعي أو غيره أن يبطل العمل بالقانون من تلقاء نفسه ، فكل ما يستطيعه في ضوء المادة ١٨/ب أن يمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور في الدعوى المنظورة أمامه ، بحيث يظل هذا القانون قائما وقابلا للتطبيق في دعاوى أخرى ، ثم يحيل الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية للفصل في المسألة الدستورية ، وإن كان الدفع بعدم الدستورية من قبل أحد الخصوم ، ورأت المحكمة أن الدفع جدي ، أجلت نظر الدعوى الموضوعية ، وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز شهرا واحدا لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية ، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن .

وفي دائرة الموضوعات محل اختصاص القضاء الشرعي :

فإن المذكرة التفسيرية للدستور قد فسرت مصطلح الشريعة الإسلامية بمعنى الفقه الإسلامي ، وهو لاشك أعم من المذهب الواحد ، بل وفقا لعبارتي المذكرة التفسيرية ، والديباجة فإنه أعم من المنقول عن السلف في التفريعات ، التي لا تحول دون واضع القانون البحريني " من استحداث أحكام من مصادر أخرى في أمور لم يضع الفقه الإسلامي حكما لها ، أو يكون من المستحسن تطوير الأحكام في شأنها بما لا يخالفها، مسايرة لضرورات التطور الطبيعي على مر الزمن" .

وبمقتضى إشارة نص (٦٨) المادة ١٤ من قانون السلطة القضائية فإن المراد بالفقه الواجب التطبيق في المحاكم الشرعية هو الفقه الجعفري بالنظر إلى الدوائر الجعفرية ، والفقه السني بالنظر إلى الدوائر السنية، غير أنه قد جرى عرف الدوائر السنية على القضاء بمقتضى المشهور من مذهب الإمام مالك ، باعتباره مذهب ولي الأمر ، وبمقتضى إفادة بعض قضاة الشرع السنيين فإنه يمكن في بعض الأحوال العدول عن مشهور المذهب إلى غيره متى كان يحقق مصلحة معتبرة يراها القاضي ،أو مجموع القضاة .

ومعنى ذلك – في خصوص القضاء السني – أن عامة الأحكام العملية المستنبطة من الأدلة الشرعية،في إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية، وبما لا يجاوزها، والتي تتوخى تحقيق المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال" . تعد بمثابة النص الدستوري ، بينما تعد تفريعات المالكية المرعية في التطبيق بمثابة القانون ، ووفقا لقاعدة التدرج فإنه ينبغي ألا يكون الفرع محل الاعتبار في العمل مما يجاوز الأحكام الكلية للشريعة ، أو يخل بمقاصدها من صون الدين والنفس والعقل ، والعرض ، والمال .

ومن ذلك مثلا في باب الحضانة عدم اشتراطهم الإسلام في الحاضن ، رجلا كان أو امرأة (٦٩) لاسيما مع اشتراطهم عدم الفسق لاستحقاق الحضانة ، بيد أن منع الفاسق يبرر من باب أولى منع الكافر ، ثم إنه يناقض الأصل في مشروعية الحضانة ، التي ما شرعت إلا للعمل على تحقيق ما هو أصلح للمحضون(٧٠) .

كما يناقض الأصل في مشروعيتها ، القول بإسقاط الحضانة وعدم عودها بعذر أدخلته الحاضنة على نفسها كتزوجها بعد وجوب الحضانة لها من غير محرم للمحضون ، فإنها لا تعود ولو طلقت ،ونحو ذلك .

المبحث السادس
القواعد المرعية في منازعات الحضانة ولائيا وإجرائيا وموضوعيا

أولا : القواعد الولائية :

ينظم اختصاص القضاء في البحرين قانون المرافعات رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ ، بينما عالج قانون السلطة القضائية رقم ٤٢لسنة ٢٠٠٢ اختصاص المحاكم الشرعية في المادتين ١٣ ، ١٤، وذلك على النحو التالي:

١. عقد قانون المرافعات الاختصاص للمحكمة الكبرى المدنية بالنظر في جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين، سواء كانوا من الأجانب أو من المواطنين . (المادتان ١، ١٠ من قانون المرافعات) .

٢. وتمتد ولاية القضاء البحريني على الأجانب وفق قواعد الاختصاص الدولي – وينظمها قانون المرافعات – على النحو التالي :

مادة (١٤) تختص محاكم البحرين بنظر الدعاوى التي ترفع على غير البحريني الذي له موطن أو محل إقامة في البحرين .....

مادة (١٥) تختص محاكم البحرين بنظر الدعاوى التي ترفع على غير البحريني الذي ليس له موطن أو محل إقامة في البحرين وذلك في الأحوال الآتية:-

١. إذا كان له في البحرين موطن مختار.
٢. .....
٣. .....
٤. .....
٥. إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأم أو الزوجة متى كان لهما موطن في البحرين أو للصغير المقيم فيها.
٦. إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعي وطنياً أو كان أجنبياً له موطن في البحرين ، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون البحريني واجب التطبيق في الدعوى.
٧. إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم في البحرين أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها.
٨. إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة الولاية على المال متى كان للقاصر أو المطلوب الحجز عليه أو مساعدته قضائياً موطن أو محل إقامة في البحرين أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب.
٩. إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في البحرين.

مادة (١٧) تختص محاكم البحرين بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا.

مادة (١٨) إذا رفعت لمحاكم البحرين دعوى داخلة في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية، كما تختص بالفصل في كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر معها.

مادة (١٩) تختص محاكم البحرين بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في البحرين ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية.

وهذا مع ملاحظة أن قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين يختص بنظرها القضاء الشرعي ،فيما عدا المنازعات المتعلقة بأصول التركة وتصفيتها فتختص بنظرها المحكمة المدنية المختصة نوعيا. فإن كانت المنازعة مما يتعلق بمسألة من أحوال الشخصية لغير المسلمين فالاختصاص بنظرها يدخل في ولاية المحكمة المدنية الكبرى، كما قلنا .

٣. وينظم قانون السلطة القضائية عمل القضاء الشرعي على النحو التالي :

مادة (١٣) تتألف المحاكم الشرعية من:

١. محكمة الاستئناف العليا الشرعية.
٢. المحكمة الكبرى الشرعية
٣. المحكمة الصغرى الشرعية
٤.

وتؤلف كل محكمة منها من دائرتين:

أ - الدائرة الشرعية السنية.

ب- الدائرة الشرعية الجعفرية.

وتختص محاكم القضاء الشرعي بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمسلمين، فيما عدا المنازعات المتعلقة بأصول التركة وتصفيتها والتي تختص بنظرها المحكمة المدنية المختصة نوعيا.

مادة (١٤) يكون اختصاص محاكم القضاء الشرعي على أساس مذهب المدعي وقت رفع الدعوى.

واستثناءً من أحكام الفقرة السابقة، يكون الاختصاص في القضايا المترتبة على عقود الزواج على أساس المذهب الذي تم إبرام عقد الزواج على مقتضى أحكامه، ويتحدد ذلك حسب الدائرة الشرعية أو مأذونها الذي وثق عقد الزواج.

ويكون الاختصاص على أساس مذهب الزوج وقت إبرام عقد الزواج وذلك إذا لم يوجد عقد زواج موثق، أو إذا تم توثيق العقد خارج مملكة البحرين ولم يصدق عليه من أي من الدائرتين.

ويكون الاختصاص بنظر المسائل المتعلقة بالميراث والهبة والوصية والوقف على أساس مذهب المورث أو الواهب أو الموصي أو الواقف.

مادة (١٧) تختص المحكمة الصغرى الشرعية بالحكم في الدعاوى الآتية :

أ. نفقة الزوجة ونفقة الصغير –بجميع أنواعها– والنفقات بين الأقارب وطلبات زيادتها أو إنقاصها أو إسقاطها.

ب. حق الحضانة والحفظ والانتقال بالصغير إلى بلد آخر.

ج. إثبات الوراثة والإيصاء والوصية والهبة وضبط إعلامات الوراثة (الفريضة الشرعية).

د. ضبط الحجج الشرعية والإشهادات بأنواعها وتوثيق المحررات المتعلقة بالأحوال الشخصية وكذا حجج الوقف وما يدخل عليها من تعديلات، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام قانون التوثيق.

مادة (١٨) تختص المحكمة الكبرى الشرعية بالحكم ابتدائياً في جميع الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الصغرى الشرعية.

وتختص كذلك بالحكم النهائي فيما يستأنف إليها من أحكام صادرة من المحكمة الصغرى الشرعية.

مادة (١٩) تختص محكمة الاستئناف العليا الشرعية بالفصل فيما يستأنف إليها من أحكام صادرة من المحكمة الكبرى الشرعية بصفة ابتدائية.

مادة (٢٠) الأحكام الصادرة من الدائرة الشرعية السنية تستأنف أمام الدائرة الشرعية السنية بالمحكمة المختصة، والأحكام الصادرة من الدائرة الشرعية الجعفرية تستأنف أمام الدائرة الشرعية الجعفرية بالمحكمة المختصة، وذلك بصرف النظر عن مذهب المستأنف أو المستأنف عليه.

مادة (٢١) يتبع في شأن الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية الأحكام الواردة بالمرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ١٩٨٦ بشأن الإجراءات أمام المحاكم الشرعية.

ثانيا : إجراءات التقاضي :

يفرق في الإجراءات ومصدرها بالنظر إلى جهة القضاء المختصة ، فإن كان الاختصاص ثابتا للمحكمة الكبرى المدنية اتبعت الإحكام والإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات ، وإن كان الاختصاص للقضاء الشرعي اتبعت الأحكام الواردة بالمرسوم بقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٨٦ بشأن الإجراءات أمام المحاكم الشرعية.

ثالثا: الأحكام الموضوعية في الحضانة .

أ- الدوائر الجعفرية :

تفصل الدوائر الجعفرية في المنازعات التي ترفع إليها وفق المذهب الجعفري، وحسب إفادة بعض طلاب العلم الجعفري المطلعين على خطة قضاة الشرع الجعفرية فإن القضاء يلتزم في الغالب الأخذ باجتهاد الفقهاء الأخباريين ، وأكثر نزوله على اجتهادات المحقق الشيخ يوسف البحراني صاحب الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة ، وحاصلها كما في المجلد ٢٥ من هذه الموسوعة :

قال : والأقرب عندي في الجمع بين أخبار المسألة هو أن يقال: إنه بعد الطلاق إن وقع التشاجر

والنزاع بين الأبوين في الحضانة فالظاهر أن الأب أحق به إلا في مدة الحولين إذا رضيت بما يرضى به غيرها، أو تبرعت، فإنها تصير حينئذ أحق [٧١].

المسألة الثانية: قد صرح الأصحاب بأن حضانة الأم حيث تثبت لها الحضانة مشروطة بشروط:

الأول: أن تكون مسلمة إذا كان الولد مسلما كولد المسلم المحكوم بالإسلام لإسلام أبيه، وعلل بأن الحضانة ولاية، ولا ولاية للكافر على المسلم، للآية ، وبأنها تفتنه عن دينه لأنه ينشأ على ما يألفه منها.

الثاني: أن تكون حرة، فلا حضانة لها لو كانت أمه لان منافعها مملوكة

الثالث: أن تكون عاقلة، فلا حضانة للمجنون لان المجنون يحتاج إلى من يحضنه، فكيف يحضن غيره، ، وفي إلحاق المرض المزمن الذي لا يرجى زواله كالسل والفالج بحيث يشغل الألم عن كفالته وتدبير أمره وجهان:، وقد رجح الشيخ البحراني أنها لا تسقط حيث يمكن الاستنابة في المباشرة .

قيل : ولو كان المرض مما يعدي كالجذام والبرص فالأظهر سقوط حضانتها بذلك تحرزا من تعدي الضرر إلى الولد، وهو مبني على الخبر الوارد عنه صلى الله عليه وآله " فر من المجذوم فرارك من الأسد " ويحتمل بناء على خبر " لا عدوى ولا طيرة" .

الرابع: أن تكون فارغة من حقوق الزوج، فلو تزوجت سقط حقها من الحضانة. أقول: ويدل على هذا الشرط ما تقدم في حديثي المنقري وحفص بن غياث الدالين على أن المرأة أحق بالولد ما لم تتزوج،ونقل الشهيد الثاني في الروضة الإجماع على هذا الشرط وإطلاق النص، وكلام الأصحاب يقتضي أنه لا فرق في سقوط حقها بالتزويج بين دخول الزوج وعدمه، ويحتمل اختصاص السقوط بحال الدخول لدنه الذي يحصل فيه الاشتغال بحقوق الزوج المانعة لها من الكفالة.

بقي الكلام في أنه لو طلقت الأم فهل تعود إليها الولاية لزوال المانع وهو التزويج؟ أم لا لخروجها بالنكاح عن الاستحقاق فلا تعود إلا بدليل ؟ قولان: أولهما للشيخ، والثاني لابن إدريس،. قال العلامة في المختلف بعد نقل القولين المذكورين: والوجه ما قاله الشيخ لان الحضانة جعلت إرفاقا بالصبي،فإذا تزوجت الأم خرجت باشتغالها بزوجها وحقوقه عن الحضانة للطفل فلهذا سقطت، فإذا طلقت زال المانع فيبقى المقتضي سليما عن المعارض فيثبت حكمه، وظاهر السيد السند في شرح النافع الميل إلى هذا القول أيضا حيث جعله الأقرب، والظاهر أنه كذلك، ثم إنه بناء على العود بالطلاق فظاهر كلام السيد المشار إليه أنه إنما يعود بمجرد الطلاق إذا كان الطلاق بائنا، ولو كان رجعيا فبعد العدة. وفيه أنه من الممكن ترتب الحكم على مجرد الطلاق في الرجعي أيضا بناء على أنها لا يجب عليها بعد الطلاق شئ من حقوق الزوجية التي بها حكموا بزوال حضانتها بالتزويج،وحينئذ فتكون فارغة لكفالة الصبي والقيام بأحواله.

الخامس: أن تكون أمينة، فلا حضانة لمن لا أمانة لها، قال في شرح النافع: وهذا الشرط لم يعتبره المصنف، وقد اعتبره الشيخ في المبسوط وجماعة منهم الشهيد في القواعد، ولا بأس به لأن من لا أمانة لها ربما خانت في حفظ الولد، ولأن في التكليف بتسليم الولد إلى غير المأمونة عسرا وحرجا فكان منفيا.

أقول- والكلام للشيخ البحراني- : لا يخفى ما في هذه التعليلات العليلة، فإن الخروج عما ثبت شرعا

لها من حق الحضانة بمثل هذه التعليلات لا يخلو من مجازفة، على أنه من المعلوم الذي جبلت عليه الطباع حنو المرأة على ولدها وحرصها على القيام به واللطف به في جميع أحواله وحرصها على ما يصلحه وينفعه، كل ذلك جبلة وطبيعة وهذا بحمد الله سبحانه ظاهر لا مرية فيه، وكيف مع هذا يتم ما ذكره من قوله " وربما خانت في حفظ الولد ". وبالجملة فإن كلامه – رحمه الله – عندي هنا غير موجه، على أنه لو تم ما ذكروه من هذه التخريجات لجرى ذلك في الأب أيضا وهو معلوم البطلان،ولعل ترك هذا الشرط هو الأظهر، فإن الأم لمزيد شفقتها وحنوها على ولدها طبيعة وجبلة يمنع مما توهمه علة لهذا الشرط.

السادس: أن تكون مقيمة، فلو انتقلت إلى محل تقصر فيه الصلاة سقط حقها من الحضانة عند الشيخ في المبسوط، ثم نقل عن قوم أنه إن كان المنتقل هو الأب فالأم أحق به، وإن انتقلت الأم فإن كان انتقالها من قرية إلى بلد فهي أحق به، وإن كان من بلد إلى قرية فالأب أحق به، لأن في السواد يقل تعليمه وتخرجه، وقال – بعد نقل ذلك –: إنه قوي، وحكى الشهيد في قواعده قولا بأن الأب لو سافر جاز له استصحاب الولد وسقطت حضانة الأم.

أقول: الظاهر أن جميع هذه التفريعات والتعليلات كلها من كلام العامة،(يعني أهل السنة) كما عرفت في غير موضع من الكتب السابقة، جرى عليها الشيخ في المبسوط وتبعه غيره. ولا يخفى ما في بناء الأحكام الشرعية عليها من المجازفة في أحكامه سبحانه المبنية على النصوص الواضحة من الكتاب والسنة، كما استفاضت به أخبارهم (عليهم السلام) .

ويفهم من ذلك أن البحراني لا يعتد بالإقامة في إثبات أو إسقاط الحضانة .

المسألة الثالثة: قد صرحوا بأنه لو مات الأب وقد صارت الحضانة له بأن كان الولد أكبر من سنتين والبنت أكبر من سبع – بناء على ما ذكروه مما تقدم نقله عنهم – فإن الحضانة تنتقل إلى الأم دون الوصي المنصوب من قبل الأب وغيره .

المسألة الرابعة: قد اختلف الأصحاب في حكم الحضانة مع فقد الأبوين اختلافا زائدا لعدم النصوص الواردة في هذا المقام ، والأكثر في هذه المسألة على تعدي الحكم إلى باقي الأقارب، وترتيبهم على ترتيب الإرث تمسكا بظاهر قوله تعالى " وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله " (٤) فإن الأولوية تشمل الإرث والحضانة وغيرهما، ولأن الولد يفتقر إلى التربية والحضانة، فلا بد من أن يكون له من يقوم بذلك، والقريب أولى من البعيد، وعلى هذا فمع فقد الأبوين ينظر في الموجود من الأقارب، ويقدر لو كان وارثا، ويحكم له بحق الحضانة، ثم إن اتحد اختص، والمسألة لعدم النص لا تخلو من الإشكال .

وعلى هذا فلو فقد الأبوان والجد فإن كان للولد مال استأجر الحاكم له من يربيه من ماله، فإن لم يكن له مال كان حكم تربيته حكم الإنفاق عليه، فيجب على المؤمنين كفايته .

والنتيجة التي نخلص إليها أن الأقوال تتعدد عند الجعفرية كتعددها عند المذاهب السنية ،وأنهم يبرزون كأهل السنة خلو أكثر مسائل الحضانة من نصوص ، ومن ثم تبني الأحكام فيها على الاعتبار .

والفارق الأبرز بين الجعفرية وجمهور العلماء في الحضانة أنهم يقررون أن الأب أحق بحضانة

الولد فيما بعد الحولين ، وهذه عكس قاعدة أهل السنة في الباب أن الأم أحق .

ب- أما الدوائر السنية :

فإنها تعمل بمقتضى المشهور من مذهب الإمام مالك باعتباره مذهب ولي الأمر، ويمكن في بعض الأحوال العدول عن مشهور المذهب إلى غيره متى كان يحقق مصلحة معتبرة يراها القاضي ، أو مجموع القضاة .

وحسب إفادة بعض أصحاب الفضيلة القضاة فإن غالب الاعتبار على ما في الشرح الصغير للدردير ، وبلغة السالك للصاوي ، وبعض شروح تحفة ابن عاصم، خصوصا بهجة التسولي ، ولا يعدل عن هذه الثلاثة إلا إذا خلت من ذكر المسألة محل النظر.

وفي جمل قصيرة ننبه على فتاوى المالكية في باب الحضانة ، مختصرة من بحث الدكتور محمد بشير الشقفة ، من الجزء الرابع من موسوعته الرائعة " الفقه المالكي في ثوبه الجديد " وتكون لنا وقفة أطول نسبيا مع حضانة غير المسلمة ، وأجرة الحضانة ، ومسقطات الحضانة .

١. موضوع الحضانة : حفظ الولد في مبيته ، ومؤنة طعامه ، ولباسه ، ومضجعه، وتنظيف جسمه .
٢. حكم الحضانة الوجوب العيني إن لم يوجد إلا الحاضن ، والوجوب الكفائي عند تعدده .
٣. اختلف القول في الحضانة ، هل هي حق للأم أم حق للولد على أمه ؟ .

في المذهب قولان ، والمشهور أن الحضانة حق للحاضن ، وفرعوا على ذلك أن الحاضنة لا تستحق أجرا على الحضانة ، وتسقطها إن شاءت ، بعوض أو غيره .

ومما يؤخذ على بعض أحكام المحاكم السنية أنها أقرت المخالعة على إسقاط حق الحضانة . [٧٢] نزولا على هذا المشهور ، ومصلحة الصغير ترجح عكسه.

٤. حق الحضانة لا يصح أن يتعارض مع حق الولاية ، فتعليم الابن العلوم والحرف ، وتأديبه إلى الأب.
٥. يشترط في الحاضن عموما : العقل ، والقدرة على الحضانة ، والسلامة من الأمراض المعدية ،والأمانة ، وعدم القسوة ، وأن يحضن في محرز يأمن فيه الحاضن على نفس المحضون وماله ،وأخيرا أن يكون رشيدا في حفظ المال ، وإن لم يكن بالغا.
٦. واشترطوا في الحاضنة الأنثى : أن تكون خالية من زوج أجنبي ليس بولي فلا حضانة لها إلا في ثمان مسائل [٧٣] وأن تكون ذات رحم محرم من المحضون ، وألا تسكن بالمحضون مع أنثى سقطت حضانتها .
٧. واشترطوا في الحاضن الذكر : أن يكون وليا للمحضون ، أو من عصبته ، وأن يكون عنده من الإناث من تصلح للحضانة ، وإن كانت المحضونة أنثى فالشرط أن يكون الحاضن محرما لها .
٨. وفي ترتيب درجات مستحقي الحضانة تقدم الأم وأمها على جميع النساء، وتقدم جميع النساء على من عدا الأب من الرجال ، وتقدم بقية النساء من جهة الأم على النساء من جهة الأب عند التساوي في الدرجة ، ويقدم الشقيق من الرجال على الذي لأم، ويقدم الذي لأم على الذي لأب ، وفي المتساويين من الجال والنساء من جهة واحدة يقدم من عنده صيانة أو شفقة على الخالي

منها منهما ، وإن كان في أحدهما صيانة وفي الأخر شفقة قدم ذو الشفقة .

٩. ويمنع الحضانة ابتداء ، ويسقطها إن وجد : بالإسقاط ، وسكوت مستحقتها – من النساء- سنة كاملة ، وبسفر النقلة والانقطاع مسافة ١٣٣ كيلو مترا ، وبالزواج بعد انتقال الحضانة إليها.

١٠. تنتهي عند المالكية ببلوغ الولد ولو مجنونا ، أو زمنا ، أو معتوها ، وبزواج البنت ودخول الزوج بها ، ولو كانت عندئذ صغيرة .

١١. ونفقة المحضون على أبيه ، أما سكنى المحضون فاختلف فيها ، ونص عبارة الحطاب في مواهب الجليل " .... والسكنى بالاجتهاد ، والمشهور أن على الأب السكنى، وهو مذهب المدونة ، خلافا لابن وهب . وعلى المشهور قال سحنون : تكون السكنى على حسب الاجتهاد ، ونحوه لابن القاسم في الدمياطية ، وهو قريب مما في المدونة ، وقيل إنها على الموسر من الأب والحاضنة ، وقال يحيى بن عمر : على قدر الجماجم (الرءوس) ، وروي لا شيء على المرأة ما كان الأب موسرا ، وحكى ابن بشير قولا : بأنه لا شيء على الأم من السكنى ، ورأي اللخمي : أن الأب لو كان في مسكن يملكه أو بكراء ، ولو كان ولده معه لم يزد عليه في الكراء، أن لاشيء عليه ، لأنه في مندوحة عن دفع الأجرة في سكناه ، وإن كان يزاد عليه في الكراء ، أو عليها هي لأجل الولد فعليه الأقل مما يزاد ، لأجله ، فإن كان ما زيد عليها أقل أخذته ، لأنه القدر الذي أضر بها ، وإن كان ما يزاد عليه غرمه ، لأنه مما لم يكن منه بد لو كان عنده ، وفي الطرر : لا سكنى للرضيع على أبيه في مدة الرضاع ، وإذا خرج من الرضاع كان عليه أن يسكنه . قال الحطاب : ولا أظنهم يختلفون في الرضيع " (٧٤) .

وإنما أطلنا في الكلام عن السكنى باعتبارها من نوازل زماننا ، وكثير من مشكلات الحضانة تثور بسببها ، وقد فصلنا ذلك في بحثنا إسكان المحضون في الفقه الإسلامي والتقنينات العربية . المشكلة وتصورات في الحل . (٧٥) .

وعموما فإن أهل السنة :

أ. يجمعون على أن الأم أحق بالحضانة ما لم تتزوج .

ب. ويبدو أنهم يلتقون على موضوع الحضانة كما يحده المالكية ،(وقد ذكرنا أنه: حفظ الولد في مبيته ، ومؤنة طعامه ، ولباسه ، ومضجعه، وتنظيف جسمه). ونود لو يعاد النظر فيه بما يناسب الأم المتعلمة ، والأب المنشغل بنفسه وزوجته عن أولاده .

ج. ويتفقون على أن من شرط الحاضن العقل والقدرة على القيام بواجبات الحضانة ، ولا يعقل التردد في اعتباره بحال .

د. ثم يختلفون فيما وراء ذلك .

وسابق عهدنا بالفقه الإسلامي أنه في المسائل محل الخلاف يندر أن يخلو مذهب من رأي وافق قولا في مذهب آخر أو أكثر ، وفي الموسوعات ومصنفات النوازل عند المالكية ما يقضي به العجب من كثرة الأقوال ، وهذا باب سعة نود لو أن أصحاب الفضيلة قضاة الشرع يدققون النظر فيه

فيلتقطون من غير المشهور ما هو أحظ للمحضون ، وأنسب لروح العصر ، وأقرب إلى النظريات العلمية الحديثة في رعاية الطفل وتربيته ، فكما قلنا فإن الحضانة مسألة قضائية في المقام الأول ، وموضوعها من أدق المسائل القانونية ، حيث يحتوى على تساؤلات معقدة ، ويحظى بوجهات نظر جد متعارضة ، وفئة المحضونين تمثل اليوم قسما هاما في المجتمع يحتاج إلى مزيد من العناية والاهتمام ، وتكاتف كافة مؤسسات المجتمع وقواه ، والأمر الذي لا ينبغي التردد في إعلانه أن مصلحة الجماعة مستترة وراء مصلحة هؤلاء ، وتضييعهم إضرار بالمجتمع ، ولو بعد حين .

حضانة غير المسلمة ، وأجرة الحضانة ، ومسقطاتها :

من بين المسائل التي يكثر النقاش حولها المسائل الثلاث المذكورات لاسيما وأن المالكية لا يقولون بشرط إسلام الحاضن ، ويفرعون على المشهور أن الحضانة حق للحاضن فليس له على الحضانة أجر ، ومتى سقطت لا تعود ، لذا فقد رأينا أن نبحث هذه المسائل مقارنة عسانا نخلص إلى ما نظنه أرفق بالمحضون ، وأحظ له ، وأنفع في تحقيق مصلحته .

أولا: حضانة غير المسلمة :

قلنا إن المالكية لا يشترطون في المشهور – خلافا لجمهور العلماء ومنهم الجعفرية وهو قول ابن وهب واللخمي من المالكية - إسلام الحاضن متى كان المحضون مسلما ، سواء كان الحاضن رجلا أم امرأة، فلغير المسلمة الحق في حضانة ولدها كالمسلمة ، متى توافرت فيها بقية الشروط الأخرى للحضانة ، وقد وافق جمهور المالكية على هذا الرأي الإباضية ، وهو مذهب الأحناف ، وقول ابن حزم في الحاضنة الأنثى (٧٦) .

غير أن الحنفية ، ومعهم ابن حزم الظاهري ، يقولون إذا بلغ المحضون مبلغ فهم الأديان ، ويخشى عليه أن يألف دينا غير الإسلام نزع من حضانتها ، وسلم إلى حاضنة مسلمة ، كما ينزع من يدها إذا ثبت أنها تحاول تلقينه دينها – غير الإسلام- تأسيسا على أنها أصبحت غير أمينة عليه .

أما المالكية الإباضية فلا يقولون بنزع الولد من حضانتها عند الخوف من أن تطعمه المحرمات أو تلقنه الاعتقاد غير الإسلامي ، وإنما توضع هذه الحاضنة تحت رقابة مسلم لمنعها من ذلك .

وقد ذكروا دليلا على عدم اشتراط الإسلام ما روى أبو داود وغيره أن رافع بن سنان قد أسلم وأبت زوجته الإسلام ، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت : ابنتي ، وهي فطيم ، وقال رافع ابنتي ،فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : اقعد ناحية ، وقال لها : اقعدي ناحية ، وأقعد الصبية بينهما ،ثم قال : ادعواها ، فمالت الصبية إلى أمها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اللهم اهدها ،فمالت الصبية إلى أبيها فأخذها " .

والوجه فيه : أنه لما خيرها دلَّ ذلك على أن الإسلام ليس شرطا في الحاضنة ، إذ لو كان شرطا لما خيرها .

هذا فضلا عن حديث " لا توله والدة على ولدها " وحديث " من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة " .

ولهم من المعقول : أن مدار الحضانة على الشفقة ، واعتقاد غير الإسلام لا يمنع الشفقة .
أما الجمهور: فيتمسكون – في شرط اتحاد الدين – بقاعدة " لا ولاية لغير المسلم على المسلم " وحديث " كل مولود يولد على الفطرة ، فأبواه يهودانه أو ينصرانه ، أو يمجسانه " (٧٧) . ولا تخفى إشارته إلى خطر التأثير في تغيير هذه الفطرة، والمتصور أن الحاضنة – خصوصا في حال تعلقها بدينها وبغضها الإسلام – ستسعى في أن تنشئه على دينها وتعوده عاداتها .
ولهم من المعقول : القياس على الفاسق ، فالفسق مانع من الحضانة ، حتى عند المالكية (٧٨) ، مع أنه أخف – من منظور الإسلام – من الكفر ، فمتى منعت الحضانة مع الأخف منعت مع الأشد من باب أولى.
ويستدل على القول بجواز الحضانة مع اختلاف الدين ما لم يبلغ المحضون حدا يخاف معه أن يألف غير الإسلام أو يعقل الأديان بأن مناط الحضانة هو الشفقة ، وهي متوافرة بالفطرة ، ولا تختلف باختلاف الدين ، ومن لا عقل له لا يميز بين دين ودين ، ومن ثم فلا يكون في بقائه معها خوف من الفتنة ، فإنه لا معرفة له بما يشاهد .
وحيث لا نص على سن معينة يقدر معها أن يعقل المحضون الأديان أو يخشى عليه – متى بلغها- أن يألف دينا غير الإسلام ، أو عادات غير عاداته ، فإن القائلين بالنزع عند معقولية الأديان أو الخشية من إلف ما يخالف الإسلام يختلفون ، فبعضهم يحددها بسبع ، وحددها بعضهم بأقل من ذلك ، وذهبت محكمة الأسكندرية الابتدائية – الدائرة الاستئنافية- إلى أنها فوق السبع بحجة أن " الدين وتعقله لا يقاس بالغرائز والطباع ، التي يتبادر إلى الطفل نموها وظهورها ، وإنما الدين يأتي بالتعليم والتلقين ، ولذلك وقت يجيء متأخرا عن الأشياء المحسوسة التي يتبادر إلى الطفل تعلمها ، وقد راعى الشارع ذلك فلم يوجب تكاليفه لغير البالغ ، ولم يمهد لها دون السابعة ، فقياس الدين وتفهمه ، وهو من الأشياء التي ترجع إلى الروح والعقل، على الأشياء المحسوسة والمجسمة قياس ظاهر البطلان ، نعم قد يوجه الطفل توجيها سيئا فيقول كلمات تقليدية لا يريدها ، ولا يفهم معناها ولا مدلولها ، وهذا ليس دينا ، ولا هو مقصود للطفل بحال" .

وفي رأيي :
أن تقرير الحق في الحضانة لغير المسلمة ما لم يبلغ المحضون سنا يخشى عليه فيها من الفتنة في دينه هو أقرب الأقوال إلى عموم الأدلة ، وأنسبها إلى بناء الحضانة على الأنفع للمحضون والأحظ له ، ويحتمل مشهور مذهب المالكية المصير إليه ، لأن وضع الحاضنة غير المسلمة تحت رقابة مسلم يمنعها أن تغذي المحضون بالمحرمات ، أو تلقنه أمور دينها قيد غير عملي ، بل قد يتعذر تحصيله في الواقع ، ومن ثم فلا طريق لحماية المحضون من الفتنة في دينه إلا أن ينزع من حضانة غير المسلمة ويسلم إلى من تفيده في دينه .

أثر الردة على الحضانة :
وقد اضطربت الفتاوى في أثر الردة – بعد إسلام – على الحضانة ، ففي بعضها أن المرتدة ليست

أهلا للحضانة ، لأن جزاءها الحبس حتى تتوب أو تموت ، فلا تصلح لحضانة طفل وتربيته ما بقيت على ردتها ، ولأنها برجوعها عن الإسلام تكون مبغضة لدين الطفل المسلم ، ولا تؤمن أن توجهه إلى غير الإسلام فينزع من يدها محافظة عليه .(٧٩)

وفي فتوى أخرى " ... إن سقوط حق المرتدة في الحضانة ليس لذات الردة ، بل لما يترتب عليها من الحبس بالفعل وعدم التفرغ للحضانة ، فإذا لم تحبس لم يكن ضرر على الصغير من بقائه عند الحاضنة فلا يكون هناك مقتضى لزوال حق الحضانة عنها، حتى يبلغ المحضون مبلغ من يعقل الأديان أو خيف عليه أن يألف الكفر .."(٨٠) .

وأرى أن الأول أرجح ، إذ مع الردة تقوى شبهة بغض الإسلام ، والحرص على توجيه المحضون إلى غيره ، فلا تكون مصلحته في بقائه في يدها .

أجر الحضانة :

نفقة المحضون ، الذي لا مال له ، على أبيه ، لا يخالف في ذلك أحد ، وحسب قاعدة المالكية فإنها تقدر بالاجتهاد من القاضي (٨١) ، وعلى حد قول صاحب التحفة :

وكل ما يرجع لافتراض .... موكل إلى اجتهاد القاضي .

بحسب الأقوات والأعيان .... والسعر والزمان والمكان .

وقد نبهنا فيما سبق إلى اختلاف الأقوال في المذهب في نفقة السكنى ، والمشهور أنها على الأب .

ولكن المشهور – في الأجر- أن الحاضنة لا تستحق أجرا عن الحضانة لأن الحضانة حقها فلا مبرر للأجر ، إلا إذا كانت الحاضنة أما فقيرة وللمحضون مال فإنه ينفق عليها من مال المحضون لأجل فقرها ، وليس أجرا عن حضانتها ، فإن لم يكن للمحضون مال فليس على الأب أجر ولو كانت الحاضنة فقيرة ، هذا مع ملاحظة أن نفقة الخادم تجب على الأب باعتبارها جزءا من نفقة المحضون ، وعلى ذلك إذا قامت الحاضنة بخدمة المحضون فأعدت له طعامه ، وغسلت ثيابه ، ونحو ذلك من صور الخدمة فإنها تستحق على ذلك أجرا ، لأن خدمة الولد على أبيه (٨٢).

وفي رأي بعض المالكية أن للحاضنة ، غير الأم ، المتعينة النفقة من مال المحضون أو من مال أبيه إن كانت فقيرة ، لتوقف مصالح المحضون على عنايتها به .

ومذهب الحنفية : أن الحضانة عمل تقوم به الحاضنة- كائنة من كانت- لحساب والد المحضون ،فيقابل هذا العمل التزام بأجر يجب على من تجب عليه نفقة الصغير ، جزاء احتباس الحاضنة لأجل الصغير ومصالحه ، غير أن من تستحق على أبي المحضون نفقة – زوجية أو عدة- لا تستحق عليه أجر حضانة ، ولهم في ذلك ضابط عام مفاده " لا يجمع بين النفقة والأجور كجزاء للاحتباس" .

وقد درج القضاء المصري على اشتراط عدم استحقاق الأم المطلقة نفقة عدة على مطلقها حتى يقبل طلبها بأجر حضانة صغيرهما ، تأسيسا على أن المطلقة لها على مطلقها نفقة عدة ، وهذه النفقة سببها أن الزوجية قائمة حكما ، وما دامت الزوجية قائمة ، ولو حكما ، فإن احتباس المطلقة لحق الزوج قائم ، وما دام الاحتباس قائما وجبت النفقة ، وإزاء هذا الوجوب لا يجب أجر الحضانة ، لأن الاحتباس هنا ليس من أجل المحضون ، وإنما من أجل قيام الزواج حكما. (٨٣) .

على أن عدم الاستحقاق مقيد بأم الصغير دون غيرها ، فضلا عن تقيده بعدم استحقاقها نفقة زوجية أو عدة على أبيه ، وعلى ذلك فإن الزوجة لو تولت حضانة ولد زوجها من غيرها – أى من زوجة أخرى- تستحق أجر حضانة وإن كانت نفقتها واجبة على الزوج ،لأن حضانتها لهذا الصغير غير واجبة عليها (٨٤) كما تستحق الحاضنة أجرا وإن كانت تستحق على ولي المحضون نفقة قرابة .

غير أن استحقاق أجر الحضانة مقيد بمدة الحضانة الإلزامية ، وقد اطردت أحكام المحاكم المصرية (٨٥) بأن ما تقوم به الحاضنة في المدة الإضافية أقرب إلى معنى العناية منه إلى معنى الحضانة .

وأنها تكون دائما بطلب من الحاضنة تدعى فيه الحرص على الولد لا على أجرة الحضانة ومكايدة الرجل بإطالة أمدها ، وإنه لذلك و لكيلا يتخذ الولد حجة وذريعة للخصومة أمام القضاء في سبيل الوصول إلى منفعة مادية تقرر أن تكون هذه المدة الإضافية دون أجر حتى لا يثقل كاهل الآباء ، وحتى لا يحول الإلزام المالي دون الاستجابة لمصلحة الولد وعاطفة الأمهات عند الاقتضاء .

وقد جاءت أكثر القوانين الحديثة ، كالقانون المصري (م ١٨ مكرر من القانون ٢٥لسنة ١٩٢٩ مضافة) والقانون الكويتي (م ١٩٩) بهذا الذي فصلناه من مذهب الأحناف .

وفي مشروع القانون العربي الموحد – المصري / السوري- مادة ١٦٥ اقتراح بأنه " إذا وجدت متبرعة بالحضانة صالحة لها من الأرحام المحارم ، وكان المكلف بأجرة الحضانة معسرا ، أو كان للولد مال ولم ترض الحاضنة الأحق بالحضانة أن تمسكه إلا بأجر ، سلم الولد للمتبرعة " وتقيد المادة ١٦٨/ج استحقاق الأجر بمدة الحضانة الإلزامية دون الإضافية .

الرأي في أجر الحضانة :

أساس مشهور مذهب المالكية في عدم استحقاق الأجر أن الحضانة حق للحاضن ، ومذهب ابن الماجشون أن الحضانة من حق المحضون ، ولو اعتبر قول ابن الماجشون لاختلف القول في الأجر ،وكان لها أجر مثلها حتى ولو كانت هناك أخرى تضمه مجانا ، والأب قادر مستطيع ، قياسا على قولهم في الرضاع .(٨٦).

وكما رأينا فإنه متى كانت الحاضنة تخدم المحضون فإن لها أجر الحضانة ، فالذي لا يستحق – على المشهور- هو الأجر مقابل النظر والإشراف (٨٧).

وعلى ذلك فلا مشكلة في القضاء بالأجر إن كانت الحاضنة – غير الزوجة- هي التي تتولى خدمة المحضونين ، وإنما تنشأ المشكلة متى كان للمحضون من يخدمه غير الأم ، أو يخدم نفسه .

وافتراض خدمة النفس ضعيف في حق الصغار عموما ، وفي حق الذكور وإن كانوا فوق السابعة على ما هو مشاهد في البحرين وغيرها .

تبقى الخدمة بالخادم ولا أرى معها الاستغناء التام عن دور الحاضنة وعنايتها ، خصوصا لو كانت قد آثرت حضانة بنيها على زواجها من آخر ، فلا شك أنها عندئذ محتبسة لمصلحة حضانتهم ،فتستحق الأجر لذلك (٨٨).

ولعل المعضلة الأهم في ضوء فقه المالكية أن حضانة الولد إلى البلوغ والبنت إلى أن تتزوج ويدخل بها الزوج ، ومع تأخر الزواج إلى الثامنة عشرة فما فوقها يصبح من غير المنطقي إيجاب أجور لحضانة

هؤلاء الكبار والظن أنهم مستغنون عن خدمة النساء ، ولديهم مكنة الاستقلال بأنفسهم ، مما يجعل من تقرير الأجر ، والحال كما وصفنا ، حكما دون أساس مقبول يسنده .

وفي ضوء ما تقدم أرى أن أنسب الحلول إلى أجر الحضانة هو ما اقترح في مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد بين مصر وسوريا ، ومضمونه أن الأم أحق بحضانة ولدها ، ولو بأجر متى كان الملتزم بنفقة المحضون واجدا ، على أن يقيد ذلك بالحضانة خلال السن التي لا يستغني فيها المحضون عن خدمة النساء .

مسقطات الحضانة :

في الحديث عن مسقطات الحضانة تثار جملة مشكلات ، لعل أبرزها ، أثر زواج الأم على حضانتها ، وأثر عمل الحاضنة على استحقاقها الحضانة ابتداء ، وبقاء حقها فيها بعد نشوئه .

الحضانة وزواج الحاضنة :

رأينا أن الحديث الذي عُدَّ عمدة في باب الحضانة هو أن النبي صلى الله عليه وسلم قد قضى بالحضانة للأم وقال " أنت أحق به ما لم تنكحي " ، غير أن أهل العلم مختلفون في تفسير "ما لم تنكحي" هل هو تعليل أم توقيت ؟ قال ابن القيم : العلماء على قولين ، والمشهور من مذهب الإمام مالك : أنه توقيت ، وقال بعض أصحابه كقول الجمهور : إنه تعليل ، ويظهر أثر الخلاف فيما إذا طلقت ، هل يعود حقها في الحضانة من جديد ؟ مشهور المذهب لا ، وقول بعض الأصحاب ، وهو قول الجمهور : يعود .

وعلى القول بأنه تعليل لانشغال الحاضنة بحقوق الزوج الجديد ، ومخافة تضييع المحضون ، فإن للعلماء في سقوط الحضانة بالنكاح أربعة أقوال :

١. فالجمهور : على أنها تسقط الحضانة مطلقا .
٢. والحسن البصري ، وهو قول ابن حزم : أنها لا تسقط بالتزويج بحال .
٣. وإحدى الروايتين عن أحمد أن زواج الحاضنة يسقط حضانتها عن المحضون الذكر دون الأنثى فتبقى معها إلى سبع سنين ، أو إلى أن تبلغ .
٤. والقول الرابع : أنها إذا تزوجت بقريب من الطفل لم تسقط حضانتها ، غير أن أنصار هذا الرأي قد اختلفوا في حد القرابة ، فظاهر قول أصحاب أحمد تكفي القرابة ، ويشترط أصحاب أبي حنيفة مع القرابة المحرمية ، وقول مالك وبعض أصحاب أحمد يشترط أن يكون بين الزوج وبين الطفل إيلاد ، بأن يكون جدا للطفل . قال ابن القيم " فهذا تحرير المذاهب في هذه المسألة"(٨٩) .

ويميل ابن القيم إلى القول بأن " الزوج إذا رضي بالحضانة وآثر كون الطفل عنده ، في حجره ، لم تسقط الحضانة ،- ويقول- هذا هو الصحيح ، وهو مبني على أصل أن سقوط الحضانة بالنكاح هو مراعاة لحق الزوج ، فإذا آثر الزوج ذلك وطلبه وحرص عليه زالت المفسدة ،التي لأجلها سقطت الحضانة ، والمقتضى قائم فيترتب عليه أثره ، يوضحه : أن سقوط الحضانة بالنكاح ليس حقا لله

،إنما هو حق للزوج ، وللطفل وأقاربه ، فإذا رضي من له الحق جاز " [٩٠] .

أما ابن عابدين الحنفي فيغلب في سقوط الحضانة بالزواج مصلحة الصغير فيقول " إن سقوط الحضانة بذلك لدفع الضرر عن الصغير ، فينبغي للمفتي أن يكون ذا بصيرة ليراعي الأصلح للولد ، فإنه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته ، ويكون زوج أمه مشفقا عليه ، يعز عليه فراقه ، فيريد قريبه أخذه منه ليؤذيه ويؤذيها ، أو ليأكل من نفقته ، ونحو ذلك .

وقد يكون للقريب زوجة تؤذي الطفل أضعاف ما يؤذيه زوج أمه الأجنبي ، وقد يكون للقريب أولاد فيخشى على البنت منهم الفتنة لسكناها معهم ، فإذا علم المفتي أو القاضي شيئا من ذلك لا يحل له نزعه من أمه ، لأن مدار أمر الحضانة على نفع الولد. [٩١] .

وفي المسألة أقوال أخرى ، وروايات حديث ابنة حمزة ، والقضاء بها لجعفر بن أبي طالب ، أو لزوجته خالتها تفسح المجال للاحتمالات .

والذي يبدو من مذهب المالكية أنهم وإن قالوا بسقوط الحضانة بالزواج إلا أنهم يضيقون من نطاق السقوط على النحو التالي :

أولا : لا تسقط الحضانة بمجرد العقد ، وإنما تسقط بالدخول بالحاضنة .

ثانيا : الزواج المسقط هو الزواج برجل أجنبي فإن كان محرما للمحضون فلا تسقط .

ثالثا : يسقط الزواج بالأجنبي الحضانة بالقيود التالية ، ومتى اختل أحدها فلا تسقط ، وهذه القيود هي:

١. مطالبة من له الحق في الحضانة بعد علمه بزواج الحاضنة خلال مدة سنة على الأكثر ، فلو طالب بعدها لا تسمع مطالبته .
٢. إن كان المحضون رضيعا فلا تسقط الحضانة إلا بوجود مرضعة غير حاضنته ، يقبل رضاعها ،وتقبل المرضعة أن ترضعه في بيت الحاضنة الجديدة
٣. وجود حاضن صالح لحضانة الطفل بعد زواج حاضنته .
٤. ألا تكون الحاضنة التي تزوجت بأجنبي وصية على الطفل بتولية أبيه أو بحكم القاضي.
٥. إذا لم تفارق الحاضنة زوجها الأجنبي بطلاق أو موت الزوج قبل أن يطالب من بعدها بحقه في الحضانة .
٦. ألا تكون الحاضنة قد تركت الحضانة لعذر ، ثم عادت إلى طلبها. [٩٢]

وعلى أساس ذلك أرى أن النزول على المقترح المرقوم ١٦٦ من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد هو الأجدر بالاعتبار ، بحسبانه الأنفع للمحضون ، والأقرب إلى أساس الحضانة ، ونص هذه المادة " إذا تزوجت الحاضنة ومانَعَ ولي الطفل ، أو – مانعت – الحاضنة التالية في بقائه تحت حضانتها فللقاضي منع الحضانة عن المتزوجة إذا رأى أن استمرارها منافيا لمصلحة الطفل ".

وواضح مدى ابتنائها على قولي ابن القيم وابن عابدين .

الحضانة وعمل الحاضنة [٩٣]:

لم ينص المالكية على شرط عدم الاحتراف ، أو عدم الخروج المتكرر لمزاولة الأعمال لاستحقاق

الحضانة ، ولكن يفهم من عامة شروطهم أنه يلزم لثبوت الحضانة ابتداء ، ودوامها بقاء ألا تكون الحاضنة كثيرة الخروج ، لعمل أو لغير عمل ، كثرة يضيع معها الولد ، لأن مدار الحضانة على حفظ المحضون ورعايته والعناية به ، والخروج الكثير يؤدي إلى إهمال المحضون وتعريضه للضياع ، فيضاد مصلحته ، ولا يغير من ذلك أن يكون العمل الموجب للخروج مشروعا.

ولعل أكثر الفقهاء عناية بضبط هذا الحكم هم الأحناف ، وفي توضيحه وبيان أطره قالوا : إن عمل الحاضنة في ذاته لا يسقط الحضانة ، إنما المناط في سقوط الحضانة هو ضياع المحضون وإهماله ،وقالوا إن من العمل المسقط انقطاعها للعبادة وترك المحضون دون ملاحظة أو رعاية .[٩٤].

وعلى أساس ذلك قضي في مصر بأنه : إذا كانت ظروف الحاضن التي تقوم بالتدريس تسمح بإرضاع ولدها في الأوقات الواجبة ، وكان لها مع ذلك خادم يقوم بخدمة الرضيع ، اعتبرت الحاضنة بذلك قادرة على صيانة محضونها وحفظه طبقا لما تشير إليه نصوص المذهب الحنفي. [٩٥] .

وعلى أساس ما يفهم من عامة شروط المالكية فإنهم لا يبتعدون عن صريح قول الأحناف في ذلك ، وحاصل الاتجاهين أن يترك تقدير الأمر إلى قاضي الموضوع ، فإن بدا له أن عمل المرأة يشغلها عن محضونها ويخشى أن يضيع الولد بانشغالها وجب الحكم بإسقاط حضانتها دون اعتبار لماهية وطبيعة ومشروعية ، أو عدم مشروعية العمل ، وإن كان عملها لا يشغلها عن المحضون فلا وجه لإسقاط حضانتها ما لم يكن عملا لا تقره الشريعة ويخشى معه على أخلاق المحضون ودينه ، وقد قضي في مصر بأن احتراف التمثيل والرقص في المسارح مسقط حق الحاضنة في الحضانة شرعا ،وأنه لا يعتد في ذلك بالعرف ، لأن العرف الفاسد لا اعتبار له مهما طال الزمن . [٩٦] .

هذا ما تيسر لنا إنجازه في عجالة وندعو الله أن يكون نافعا.

١. الطلاق. من الآية ٦.
٢. البقرة من الآية ٢٣٣ .
٣. في ضوء تطورات كثيرة لحقت بصياغة وتحديد مصطلح " الأحوال الشخصية " في اللوائح والقوانين المتتالية ، وفي ضوء أحكام النقض المصرية فإن مصطلح الأحوال الشخصية يراد به في العمل :

- المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم.
- المسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وواجباتهم المتبادلة ، والمهر ونظام الأموال بين الزوجين .
- المسائل المتعلقة بالطلاق والتطليق والتفريق .
- المسائل المتعلقة بالبنوة ، والأبوة ، والعلاقة بين الأصول والفروع ، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار
- المسائل المتعلقة بتصحيح النسب والتبنى .
- المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية والقيامة والحجر والإذن بالإدارة ، والغيبة ، واعتبار المفقود ميتا .
- المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغير ذلك من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .
- وتعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك . يراجع في هذا : المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة – في مصر- والصادرة بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٧ ، والمادتان ١٣ ،١٤ من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بنظام القضاء المصرى، نقض مصرى في ١٩٦٣/١/٢ مجموعة أحكام النقض س١٤ ص٣٢ ، المستشار معوض عبد التواب . الدعوى الشرعية ط دار المطبوعات الجامعية . الإسكندرية .ص ١٣-١٩ ، المستشار . حسن حسن منصور . المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية ط ٢٠٠١ . مقدمة الجزء الأول . د . أحمد الغندور . الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي . ط٤ . نشر مكتبة الفلاح ٢٠٠١ ص ٢١ وما بعدها .

٤. ينظم قانون السلطة القضائية رقم ٤٢لسنة ٢٠٢ اختصاص المحاكم الشرعية على النحو التالي:

مادة (١٣) تتألف المحاكم الشرعية من:

- محكمة الاستئناف العليا الشرعية.
- المحكمة الكبرى الشرعية
- المحكمة الصغرى الشرعية

وتؤلف كل محكمة منها من دائرتين:

- الدائرة الشرعية السنية.

- الدائرة الشرعية الجعفرية.

وتختص محاكم القضاء الشرعي بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمسلمين، فيما عدا المنازعات المتعلقة بأصول التركة وتصفيتها والتي تختص بنظرها المحكمة المدنية المختصة نوعيا.

وتنص مادة)١٥) من قانون المرافعات رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ على أن" تختص محاكم البحرين بنظر الدعاوى التي ترفع على غير البحريني الذي ليس له موطن أو محل إقامة في البحرين وذلك في الأحوال الآتية:

- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعي وطنياً أو كان أجنبياً له موطن في البحرين وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون البحريني واجب التطبيق في الدعوى.

٥. حيث ينص قانون المرافعات رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ على ما يلي:

مادة (١) تختص المحاكم المدنية بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالمسائل المدنية والتجارية، وبالأحوال الشخصية لغير المسلمين.

مادة (١٠) تختص المحكمة الكبرى بالنظر بصفة ابتدائية في جميع النازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين .

٦. انظر في مادة ح. ض. ن : لسان العرب ، المصباح المنير . مختار الصحاح .

٧. الكاساني . علاء الدين أبو بكر بن مسعود . بدائع الصناع في ترتيب الشركات . ط دار الحديث . ٤٠/٤

٨. الشيخ الصاوي .أحمد . بلغة السالك لأقرب المسالك ط عيسى الحلبي ٥٢٧/١ .

٩. الدرير . أحمد بن محمد . الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك . ط دار الشعب ١٣٩٨هـ ٤٥١/١ ، الدسوقي . محمد عرفة. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ط الحلبي ٥٢٦/٢ ، الحطاب . محمد بن عبد الرحمن . مواهب الجليل شرح مختصر خليل . ط م النجا ١٩٧٨ ٢١٤/٤.

١٠. لرملي . محمد بن أبي العباس أحمد . نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج . ط الحلبي ٢١٤/٧ .

١١. المرادي. علي بن سليمان . الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل . ط دار إحياء التراث العربي. بيروت ٤١٩/٩.

١٢. العبسي . احمد بن قاسم . التاج المذهب لأحكام المذهب ، في فقه الأئمة الأطهار. ط دار إحياء الكتب العربية ١٣٦٦هـ ٣٦٧/٣.

١٣. النجفي . محمد حسن . جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام بتحقيق وتعليق محمود القوجاني ، والسيد إبراهيم الميانجي . ط المكتبة الإسلامية . طهران . ٣١/ ٢٨٣.

١٤. راجع لنا . دروس في حقوق الأولاد والأقارب لطلاب الفرقة الثانية بكلية حقوق بني سويف .

مصر ١٩٧٧ ص ١٢٢ .

١٥. المنتقى شرح الموطأ. ط ثالثة ١٩٨٣ ١٨٦/٦.وانظر : جواهر الكلام ٢٩١/٣١.

١٦. الإسراء . من الآية ٢٣.

١٧. القصص . الآيتان ١٢،١٣.

١٨. البقرة من الآية ٢٣٣ .

١٩. وقد عرفوا الكفالة بأنها : ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل ، والتزام الأول بتأدية ما على الأصيل من الحق إن لم يؤده. انظر: الشيخ على الخفيف . أحكام المعاملات الشرعية . ط دار الفكر العربي الثالثة . ص ٤٤٢ .

٢٠. الألوسي . محمود شكري .روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني. نشر مكتبة التراث . القاهرة ١٠ / ١٥٨

٢١. ابن رجب الحنبلي عبد الرحمن بن شهاب الدين . جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم . ط الرسالة الحديثة ص ٤٣ .

٢٢. انظر مثلا . شرائع الإسلام وجواهر الكلام ٢٨٤/٣١ وما بعدها ، القرطبي . محمد بن أحمد . الجامع لأحكام القرآن . ط دار الفكر . الأولى ١٩٨٧ ١٦٤/٣ ، ابن العربي . محمد بن عبد الله . أحكام القرآن بتحقيق علي محمد النجار . ط دار إحياء التراث العربي ٢٠٤/١،د.الشقفة . محمد بشير . الفقه المالكي في ثوبه الجديد . ط دار القلم . الأولى ٢٠٠٣ ٥٤٣/٤.

٢٣. انظر : السيوطي .جلال الدين . الجامع الصغير بشرح فيض القدير للمناوي ٢٤٢/٦.

٢٤. الزيلعي .عبد الله بن يوسف . نصب الراية تخريج أحاديث الهداية . بتحقيق أحمد شمس الدين.ط دار الكتب العلمية .الأولى ١٩٩٦ ٣٨٩/٣.

٢٥. نصب الراية ٣٨٩/٣ وما بعدها .

٢٦. نصب الراية ٣٨٩/٣.

٢٧. نصب الراية ٣٩٠/٣.

٢٨. انظر مثلا كتاب مؤتمر المرأة الخليجية والألفية الثالثة والمنعقد بالمنامة في ٧-٨ مارس ٢٠٠٠ إصدار جمعية نهضة فتاة البحرين. ص ٩٥ . ولم ننسب الكلمات إلى قائليها لكونها تمثل توجها ملحوظا عند مجموع هذا الفريق.

٢٩. السابق ص ١٧١ .

٣٠. السابق ١٧٦ .

٣١. راجع لنا مقدمة الشريعة الإسلامية . دراسة في الفقه الإسلامي وأبرز قواعده ونظرياته الكبرى. دار النهضة العربية ٢٠٠٧ ص ٦٤ وما بعدها .

٣٢. المادة ٣٩ من مجلة الأحكام العدلية ، وفي شرح مبسط لهذه القاعدة راجع الزرقا . مصطفى أحمد . المدخل الفقهي العام . ط دار الفكر . العاشرة ١٩٦٨ ٢/ ٨٣٢- ٩٤٠ وهو بسط جامع

في نظرية العرف

٣٣. راجع في ذلك مثلا . البنا . جمال . المرأة المسلمة بين تحرير القرآن وتقييد الفقهاء . ط دار الفكر الإسلامي . القاهرة ١٩٩٨ ، مناع . هيثم الزواج بين الفقه التقليدي واتفاقية إلغاء جميع أشكال التمييز ضد المرأة . دراسة منشورة في يناير ٢٠٠٤ من خلال الموقع الألكتروني (أمان) .

٣٤. عبر المجلس العلمائي الجعفري ، والجمعيات ، وبعض العلماء البحرانيين عن موقفهم من خلال نشرة معالم الهدى العدد الخاص بقانون الأسرة . يناير ٢٠٠٦ ، وصدر عن بعض طلاب العلم منشورات ، ومقالات غير مجمعة، فيما أعلم .

٣٥. نتيجة الاستطلاع الذي أجري بمعرفة مركز البحرين للدراسات والبحوث لمصلحة المجلس الأعلى للمرأة وقد نشره في العام ٢٠٠٥ أن ٩٧ ٪ تقريبا يصرون على ضرورة أن يستمد القانون الأسري من الشريعة الإسلامية ، في حين يرفض ذلك ١٪ فقط ، واكتفى ٢,٤٪ بالجواب بلا أعلم . ، ومن ثم فقد كانت الوصية الأولى للدراسة هي " ضرورة إصدار قانون لأحكام الأسرة ينظم العلاقات بين أفراد الأسرة على أن يكون مستمدا من الشريعة الإسلامية ، ومنفذا لأهدافها النبيلة" .

٣٦. أى مرده الدين إسلاما أو يهودية ، أو مسيحية . انظر : د. محمد حسين عبد العال . المدخل لدراسة القانون وفقا للقانون البحريني . من منشورات جامعة البحرين ٢٠٠٤ ص ١١٩ ،وسيادته يشير في ذلك إلى جماعة من الشراح المصريين .

٣٧. أعلام الموقعين الجزء الثالث ص٣-٧٨ ويراجع بخاصة ٧٧ وما بعدها.، وتكاد عبارته تلتقى بعبارة الإمام القرافي في الفروق ج ١ ص١٧٦.

٣٨. انظر الشاطبي . إبراهيم بن اسحاق . الموافقات في أصول الأحكام . ط المنار ٢٥/٢ ، ومواضع متفرقه من كتابه الاعتصام ، مثلا ٣٩٥/٢- ٣٠٣، ٣٠٧- ٣١٣.

٣٩. انظر لنا : قراءة نقدية في تقنين وصياغة أحكام الفقه الإسلامي تطبيقا على مسودة مشروع قانون الأسرة البحريني السنية . قيد النشر

٤٠. د. الجرعى . والمصادر المشار إليها عنده ،

٤١. انظر : الماوردي " على بن محمد بن حبيب " الحاوي الكبير . بتحقيق على معوض ، وآخرين . ط دار الكتب العلمية الأولى . الأولى ١٤١٤ هـ /١٩٩٤ . ص ٢٥/١٦ .

٤٢. د. القرضاوي . يوسف محمود . الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد ، نشر مكتبة وهبة ١٩٩٩ ص ٢٦- ٢٧ ، ص٤٩.

٤٣. من عبارة المحكمة الدستورية العليا المصرية ، وقد درجت عليها في أحكامها الكثيرة المتعلقة بعدم دستورية نص ما في أحد القوانين لمخالفتها المادة الثانية من الدستور.

٤٤. عادة ما تورد المحكمة في حيثيات أحكامها المتعلقة بإعمال المادة الثانية من الدستور المصرى عبارة المتن . انظر مثلا : حكمها في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية بجلسة ١٩٩٣/٣/١٥

. المحاماة س ٧٣ عدد أغسطس ١٩٩٤ ص ٧٣ ، ٨٠ – ٨٢ ، ق رقم ٩ لسنة ١١ ق بجلسة ١٩٩٣/٦/١٩ . المصدر السابق ص ١٠٢ وما بعدها ، ق رقم ٢٩ لسنة ١١ ق بجلسة ١٩٩٤/٣/٢٦ . المحاماة عدد ديسمبر ١٩٩٤ ص ١٢٢ وما بعدها ، ق رقم ٥ لسنة ٨ ق دستورية بجلسة ٦ يناير ١٩٩٦ ص ٧ ، ٨ من الحكم .

٤٥. باب هذه المسألة واسع ولا يمكن تقصيها في عجالة تناسب عرضيتها في البحث فأحيل إلى بابها في مؤلفات أصول الفقه وإلى البحث الجامع للدكتور محمد إبراهيم محمد الحفناوي . التعارض والترجيح عند الأصوليين وأثرهما في الفقه الإسلامي – وقد طبع أكثر من مرة ونشرته دار الوفاء . بالمنصورة – خصوصا الفصل الثالث من الباب الثاني ، وكقاعدة عامة فإن العلماء على العمل بالأقوى " وهذا – كما يقول أستاذنا الدكتور يوسف قاسم أصول الأحكام الشرعية ط ١٩٩١ ص ٣٨٤ – لا خلاف فيه ، ذلك أن من نظر في أحوال الصحابة والتابعين وتابعيهم ومن بعدهم وجدهم متفقين على العمل بالراجح .

٤٦. ( ) أعلام الموقعين الجزء الثالث ص٣-٧٨ ويراجع بخاصة ٧٧ وما بعدها.، وتكاد عبارته تلتقي بعبارة الإمام القرافي في الفروق ج ١ ص١٧٦.

٤٧. السرخسي . محمد بن أحمد بن سهل . المبسوط . ط المكتبة التجارية بمكة المكرمة ١٩٢/٤-١٩٤ . بتصرف.

٤٨. النحل . من الآية ٧٢. وانظر للشيخ محمد الغزالي . قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة . ط دار الشروق. ص ١٠٢.

٤٩. ومن ذلك مثلا : قول الله تعالى " ولقد جاءت رسلنا إبراهيم بالبشرى قالوا سلاما قال سلام فما لبث أن جاء بعجل حنيذ فلما رأى أيديهم لا تصل إليهم نكرهم وأوجس منهم خيفة قالوا لا تخف إنا أرسلنا إلى قوم لوط × وامرأته قائمة فضحكت فبشرناها بإسحاق ومن وراء إسحاق يعقوب " هود ٦٩-٧١ ، وفي آل عمران ٣٩ " فنادته الملائكة وهو قائم يصلي في المحراب إن الله يبشرك بيحيى " .واتل الآيات : ١٩ من سورة يوسف ، ٣١ من سورة العنكبوت .

٥٠. كما في قوله تعلى " ربنا هب لنا من أزواجنا وذرياتنا قرة أعين " الفرقان : ٧٤ ، وفي طه : ٤٠ ﴿ فرددناك إلى أمك كي تقر عينها " واتل القصص ١٣ ، وفي القصص : ٩ " وقالت امرأة فرعون قرت عين لي ولك لا تقتلوه .. "

٥١. اتل الآية ٩ من سورة المنافقون .

٥٢. اتل الأنفال :٢٨ ، والتغابن ١٥.

٥٣. قال تعالى في التغابن : ١٤ " يا أيها الذين آمنوا إن من أزواجكم وأولادكم عدوا لكم فاحذروهم .. "

٥٤. انظر : الفخر الرازي . محمد بن الحسين . التفسير الكبير (مفاتيح الغيب) والمشتهر بتفسير الرازي ط دار إحياء التراث العربي . الثانية ١٩٩٧ ١٠/ ٥٥٦ .

٥٥. مختصرا من إحياء علوم الدين ٣٥/٢ – ٣٩ ط دار الحديث ١٩٩٨ .

٥٦. ابن خلدون .عبد الرحمن بن محمد . المقدمة . بتحقيق درويش الجويدي .ط المكتبة العصرية . بيروت ٢٠٠٢ ص ٥٣٨ وما بعدها.

٥٧. راجع قصة المجادلة في مواضعها من كتب التفسير ، سورة المجادلة. مثلا الألوسي ٣/٢٨ .وانظر في أثر التفكك الأثري على انحراف الأحداث . د. عبد الحميد غزي بن حسين . مقالة بعنوان " دور المؤسسات في التنشئة الاجتماعية " مجلة الوعي الإسلامي ع ٣٨٨ ابريل ١٩٩٨ . الكويت .

٥٨. جامع الفقه . جمع وترتيب وتحقيق يسري السيد محمد . ط دار الوفاء . المنصورة . مصر ٣٧١/٦ .

٥٩. جامع الفقه ٢٧٣/٦ وما بعدها مع اختصار عبارته .

٦٠. جامع الفقه ٢٧٥/٦ وما بعدها .

٦١. جامع الفقه ٦/ ٢٨١ وما بعدها.

٦٢. ذكره صاحب البهجة منسوبا إلى الذخيرة .

٦٣. حاشية ابن عابدين ٥٦٠/٢.وانظر : مغني المحتاج ٤٦٢/٣

٦٤. حكم محكمة مصر الكلية ، الدائرة الاستئنافية في الطعن رقم ١٠٢٢ /٤٠ بجلسة ١٩٧١/٢/٢٣ .مباديء القضاء في الأحوال الشخصية للمستشار أحمد نصر الجندي ط ثالثة ١٩٨٦ ص ٤٣٤ م ٧٣ .

٦٥. الشيخ أبو بكر الجزائري . منهاج المسلم ط ١٩٨١ ص ٤٣٠ ، وفي فقه السنة للشيخ السيد سابق ط . دار الفتح للإعلام العربي . القاهرة ١٩٩٤ – ٣٠٩/٢ " تقدير مصلحة الصغير أو الصغيرة موكول إلى القاضي" .ويقول الشيخ محمد مصطفى شلبي . أحكام الأسرة في الإسلام . ط الدار الجامعية . الأسكندرية ١٩٨٣ ص ٧٦٣ : الغرض من الحضانة تحقيق المصلحة للطفل. وفي قضاء النقض المصري ط رقم ٤/١٣ ق أحوال شخصية بجلسة ٨٥/٣/٢٦ " ومدار الحق في الحضانة نفع المحضون ، فمتى تحقق نفعه وجب المصير إليه." .

٦٦. حميدو زكية . باحثة جزائرية مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة . رسالة للدكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة أبو بكر بلقايد – تلسمان . الجزائر ٢٠٠٥ ص ٨٣ وما بعدها .

٦٧. راجع في هذا الخصوص : د. البياتي . منير حميد . النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدولة القانونية . رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق . جامعة القاهرة ١٩٧٧ . نشر دار البشير . الأردن ١٩٩٤ ص ٢٤-٢٧ ، د. العوا . محمد سليم . في النظام السياسي للدولة الإسلامية . ط دار الشروق . السابعة ص ٢١-٢٣ ، د. العربي . محمد ممدوح . دولة الرسول صلى الله عليه وسلم في المدينة ز ط الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٨٨ ص ٢١ وما بعدها .وصريح

نص المادة ١/د من الدستور البحريني " - للمواطنين، رجالاً ونساءً، حق المشاركة في الشئون العامة والتمتع بالحقوق السياسية، بما فيها حق الانتخاب والترشيح، وذلك وفقاً لهذا الدستور وللشروط والأوضاع التي يبينها القانون. ولا يجوز أن يحرم أحد المواطنين من حق الانتخاب أو الترشيح إلا وفقا للقانون . وصريح المادة (٤) العدل أساس الحكم، والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين، والحرية والمساواة والأمن والطمأنينة والعلم والتضامن الاجتماعي وتكافؤ الفرص بين المواطنين دعامات للمجتمع تكفلها الدولة.

٦٨. يقصد بإشارة النص دلالة اللفظ على معنى غير مقصود من سياقه لا أصالة ، ولا تبعا ،ولكنه لازم للمعنى الذي سيق الكلام من أجله ، فالنص لا يدل على هذا المعنى بنفس صيغته وعبارته ، وإنما يشير ويوميء إلى هذا المعنى بطريق الالتزام ، أي أن المعنى الذي يدل عليه النص بعبارته يستلزم هذا المعنى الذي يشير إليه . وقد نصت المادة ١٤ على أن يتحدد اختصاص الدائرة " على أساس مذهب المدعي وقت رفع الدعوى..... إلخ وسياقه في تحديد الاختصاص على أساس مذهب المدعي أو الزوج ، أو الموصي ، أو المورث ، أو الواقف ، ولازم ذلك أن يكون هذا المذهب هو الواجب التطبيق ، فما تحدد الاختصاص القضائي إلا لرعاية الاختصاص التشريعي . انظر . د. عبد الكريم زيدان . الوجيز في أصول الفقه . ط خامسة الرسالة ١٩٩٦ ص٣٥٦ .

٦٩. انظر . د. الغرياني . الصادق عبد الرحمن .الأسرة أحكام وأدلة . من منشورات جامعة الفاتح . ليبيا ١٩٩٢ ص ٣٨٥ وما بعدها

٧٠. انظر . د. أبو زيد . رشدي شحاتة . شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية . دراسة مقارنة . ط أولى ١٩٩٩ ص ١٩٦ .

٧١. الحدائق الناضرة ٢٥/ ٨٩ .

٧٢. راجع الفصل الثامن من بحث الدكتور أحمد العطاوي . تطبيق أحكام الأسرة في البحرين ومدى الحاجة إلىالتقنين أطروحة للدكتوراة مقدمة إلى جامعة ويلز /لامبيتر . بريطانيا ٢٠٠٤ . غير مطبوعة.

٧٣. سيأتي بيانه تفصيلا عند الكلام عن مسقطات الحضانة .

٧٤. راجع : مواهب الجليل ط دار الفكر ٢٢٠/٦ ، وانظر أيضا : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٥٣٣/٢ وما بعدها ، منح الجليل للشيخ محمد عليش ط دار الفكر ١٩٨٩ ٤٣٢/٤ ، ابن عبد الرفيع . معين الحكام .ط دار الغرب الإسلامي بيروت ١٩٨٩ ٣٥٦/١ .

٧٥. طع هذا البحث في العام ٢٠٠١ وتوزعه دار النهضة العربية بالقاهرة.

٧٦. راجع : المبسوط للسرخسي ٢١٠/٥ ، بدائع الصنائع ٤٢/٤ ، المدونة الكبرى ٢٤٥/٢ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٨٩/٢ ، حاشية ابن عابدين ٢/ ٦٥٦ ، ٥٦٧/٣، توى دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٩١٨/١٠/٢٨ ، وبتاريخ ١٩١٦/٨/٦ . الفتاوى الإسلامية ٣٦٢/١ ، وفتوى بتاريخ ١١ صفر ١٣٥٧ هـ أبريل ١٩٣٨ ، مغني المحتاج ٤٥٥/٣ ، المهذب للشيرازي ١٨١/٢

، المغني لابن قدامة ٩/ ٢٩٧ ، كشاف القناع – ط الشرفية ١٣٢٠هـ – ٣/٣٢٥ ،المحلى لابن حزم ١٠/ ٣٢٣ وما بعدها ، المختصر النافع للحلي الجعفري ص ١٩٤ ، البحر الزخار للزيدية ٢٨٥/٤ ، شرح كتاب النيل للشيخ محمد إطفيش الأباضي ٤١٥/٧ ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي للدكتور أحمد الغندور – نشر مكتبة الفلاح ط رابعة – ص ٦٠٠ ،د.الغرياني ص ٣٨٥ وما بعدها ، ومن أحكام المحاكم المصرية انظر : حكم محكمة ميت غمر – وقد تأيد استئنافيا- في ١٤/ ١/١٩٥٣ . المحاماة الشرعية ٢٥/ ٨١ ، وحكم محكمة دمنهور الشرعية في ١٩٣١/٨/١٥ . المحاماة الشرعية س ٤ ع ١ رقم ١٦ ، حكم محكمة كرموز الابتدائية في القضية رقم ١١٤ لسنة ١٩٣٩- ١٩٤٠ ، حكم محكمة الأسكندرية الابتدائية – الدائرة الاستئنافية – في ١٩٤٠/٥/١٣ . م شرعية س ١١ ع ٨-١٠ ص ١٠٢،١٠٦ رقم ١٥٩ ،وهو حكم هام سنتعرض لبعض حيثياته في المتن.

٧٧. رواه أحمد وغيره ، وصححه السيوطي في الجامع الصغير .

٧٨. الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٢/ ٥٢٨ .

٧٩. فتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٩٦٧/١٢/٢٦ . الفتاوى . المجلد الخامس ص ١٩٥٧ .

٨٠. فتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٩٣١/١/٦ نقلا عن رشدي شحاته أبو زيد ص ٢٢٣ .

٨١. انظر لنا : قراءة نقدية في تقنين وصياغة أحكام الفقه الإسلامي تطبيقا على المسودة السنية لمشروع قانون الأسرة البحريني . ص ١٥٢ ، وفيه استعراض لبعض أحكام الدوائر السنية للمحاكم الشرعية البحرينية في خصوص النفقات .

٨٢. انظر في التفصيلات : د. الغرياني ص ٣٩٣ وما بعدها ، د . الشقفة ٤/ ٦٠٠وما بعدها .

٨٣. انظر مثلا : محكمة الأزبكية الشرعية حيث قضت فى ١١/١٧ /١٩٢٨بامتناع فرض أجرى حضانة وإرضاع الصغير للمعتدة التي تستحق النفقة على مطلقها . المحاماة الشرعية س ٢ ص ٢٦٩ وما بعدها ، وفي نفس المعنى: كلي مستأنف مصر في القضية رقم ١٤١٣/ ٣٧ س ك مصر بتاريخ ١٩٣٨/١/١٤ . المحاماة الشرعية س ٩ ص ٨٣٠ ، محكمة فاقوس الشرعية فى ١١/٢٦/ ١٩٣٨بالقضاء بأن معتدة الطلاق رجعيا كان أو بائنا المفروض لها نفقة لا تستحق أجر الحضانة ولا الرضاع . المحاماة الشرعية –س ١٠ ص ٧٥٦ ، وقد تأيد في الاستئناف ، السنطة الجزئية الشرعية في القضية رقم ٤٢١/ ٤٣ السنطة بجلسة ٢٧ /٤/ ١٩٤٤ . المحاماة الشرعية س ١٦ ص ٦٤ ، وقد تأيد استئنافيا بحكم محكمة طنطا الابتدائية الشرعية في ١٩٤٤/٩/١٧ ، وانظر : جزئي شبرا رقم ١٩٨٤/٤٠٦ بجلسة ١٩٨٥/٢/١٠ . الأخير نقلا عن م. أشرف كمال ص ٣١٦ ، ويراجع في التفصيلات م . صلاح زغو ص ٢٢٩ وما بعدها ،م. عبد العزيز عامر ٢/ ٣٦٢-٣٦٩ ، م أحمد نصر الجندي . الحضانة والنفقات في الشرع والقانون ص ٥٤- ٥٧ ، م أشرف كمال . المشكلات العملية في قوانين الأحوال الشخصية ط ١٩٩٣ ص ٣١٥-٣١٦ ، ولنا النفقة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر . دراسة تطبيقية ص ١٦٨-١٧٠ .

٨٤. م . صلاح زغو ص ٢٣٠ ، م. أشرف كمال ص ٣١٥ .م عبد العزيز عامر ١٧٤/٢، ١٧٥ وما بعدها .

٨٥.)انظر مثلا : القضية رقم ١٠٢٢/ ٤٠س ك مصر بجلسة ١٩٤١/٢/٢٣ . المحاماة الشرعية س ١٢ ع ٤ ص٧٢ ، وفيه قالت المحكمة " إذا بلغ الطفي أقصى سن الحضانة وطلب المحكوم عليه بالنفقة سقوط أجرة الحضانة حكم له بسقوطها ، سواء كان محكوما له بضم الطفل إليه أم لم يحكم " والقضية رقم ٣٦/٤٨ أجا بجلسة ٢١ /١٩٣٦/١٢ – وقد تأيد استئنافيا – المحاماة الشرعية س ١٠ ص ٣٧٠ ، وفيه قالت المحكمة " أجرة الحضانة تستحق عن عمل هو حفظ الصغير ورعايته في سن الحضانة " نقض أحوال شخصية في الطعن رقم ٧٥ لسنة ٥٣ ق بجلسة ١٩٨٥/٣/١٩ . م المكتب الفني س ٣٦ ص ٤٢٢ ، نقض الطعن رقم ٥٥/٧٣٦ بجلسة ١٩٩٠/١/١١ ، الطعن رقم ٢٢٨٧ /٥٥/ بجلسة ١٠/٥/ ١٩٩٠ م . اشرف كمال . المشكلات ص ٣٥٩ ، ٣٨٩ ، م . نصر الجندي التعليق على قانون الأحوال الشخصية ص ٤٥٠

٨٦. انظر: البيان والتحصيل لابن رشد الجد بتحقيق محمد العرايشي ط دار الغرب الإسلامي ١٩٨٨ ٣٢٧/٥، ٣٧٦ وما بعدها ،٣٨١ ، النوادر والزيادات لابن أبي زيد بتحقيق محمد عبد العزيز الدباغ . ط دار الغرب الإسلامي . الأولى ٥٣/٥ .

٨٧. البهجة شرح التحفة ٤٠٤/١ ، مواهب الجليل للحطاب ٥/ ٦٠٥ .

٨٨. وقد ذكر الحطاب صورة من تأيمت ولم تتزوج بعد وفاة زوجها لأجل أولادها ، وكانت هي الحاضنة ، والقائمة بأمرهم أن لها النفقة وإن كانت أكثر من الأجرة ، لأنها لو تركتهم وتزوجت أتى من ينفق عليها فكان من مصلحة للأولاد كونهم في نظرها وخدمتها . وليست كذلك في رأيه من لا تخدم بنفسها ، وقد بينت ضعف فرضية الاستغناء التام بالخادم .المواهب ٦٠٥/٥ .

٨٩. جامع الفقه ٦/ ٢٨٣- ٢٨٥ .

٩٠. جامع الفقه ٢٠٦/٦ ، زاد المعاد ٢٥٥/٤ ، ٢٧٧ وما بعدها .

٩١. حاشية ابن عابدين ٦٥٧/٢ .

٩٢. د. الغرياني ص ٣٨٩ -٣٩١ .

٩٣. د. الشقفة ٤/ ٥٧٢ وما بعدها .

٩٤. حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٥٧ ، د. سلام مدكور . الوجيز لأحكام الأسرة ص ٤٨٠ ،

٩٥. انظر : م . نصر الجندي . الحضانة ص ١٥ وما بعدها .د. محمد محمد فرحات . أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ط ١٩٩٢ ص ٥٧٨ ، حكم محكمة أسيوط في الدعوى رقم ١١٨٢ لسنة ٤٦ بجلسة ١٩٤٧/١٠/١٥ ، المحاماة س ٢٠ ص ٩٠٢ ، حكم محكمة الأسكندرية الكلية – الدائرة الاستئنافية – في الدعوى رقم ٢١٢ لسنة ١٩٦٤ بجلسة ١٩٦٤/٥/٢٨ ، حكم محكمة شبين الكوم الابتدائية – ك س- في الدعوى رقم ٢٩٠ لسنة ١٩٨٦ بجلسة ١٩٨٦/١٠/٢٥ .

٩٦. انظر : م. نصر الجندي الحضانة ١٦ وما بعدها .

جريمة غسل الأموال عبر الانترنت

إعداد: أمل أحمد أبل

رئيس النيابة

جريمة غسل الأموال عبر الانترنت [١]

تعتبر جرائم غسل الأموال (Money Laundering) اخطر جرائم عصر الاقتصاد الرقمي ،إنها التحدي الحقيقي أمام مؤسسات المال والأعمال ، وهي أيضا امتحان لقدرة القواعد القانونية على تحقيق فعالية مواجهة الأنشطة الجرمية ومكافحة أنماطها المستجدة ،وغسل الأموال جريمة لذوي الياقات البيضاء ، وهي تماما كغيرها من الجرائم الاقتصادية التي ترتكب من محترفي الإجرام الذين لا تتواءم سماتهم مع السمات الجرمية التي حددتها نظريات علم الإجرام والعقاب التقليدية .

ويعد موضوع غسل الأموال عن طريق الانترنت من الموضوعات بالغة الأهمية وتأتي هذه الأهمية من التوسع الهائل في استخدام شبكة الانترنت وما يشكله الاقتصاد الرقمي من اهتمام متزايد، فإذا أضفنا إلى ذلك الخروقات العديدة التي ترتكب عبر شبكة الانترنت من مستخدمين يصعب تحديدهم لكون فضاء الانترنت متاح للجميع، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن القيود التشريعية أضحت غير متوازنة ومتفاوتة من بلد إلى آخر، من أجل ذلك توجهت لبيان خطورة جريمة غسل الأموال المرتكبة بأحدث أساليب العصر عبر شبكة الانترنت ولتسليط الضوء في دراستي على تقنيات ارتكاب جريمة غسل الأموال عبر الانترنت والوسائل التي يستخدمها المجرمون عالميا، و أساليب مواجهة جريمة غسل الأموال عبر شبكة الانترنت واستظهار أساليب المواجهة التشريعية على الصعيد الدولي والإقليمي والوطني.

أولا: مفهوم ونطاق جرائم غسل الأموال

إن اصطلاح غسل الأموال يرجع من حيث مصدره إلى عصابات المافيا، حيث كان يتوفر بيد هذه العصابات أموال نقدية طائلة (غالبا بفئات صغيرة) ناجمة عن الأنشطة غير المشروعة وفي مقدمتها المخدرات والقمار والأنشطة الإباحية والابتزاز وتجارة المشروبات المهربة وغيرها، وقد احتاجت هذه العصابات أن تضفي المشروعية على مصادر أموالها عوضا عن الحاجة إلى حل مشكلة توفر النقد بين يديها ومشكلة عدم القدرة على حفظها داخل البنوك، وكان احد ابرز الطرق لتحقيق هذا الهدف شراء الموجودات وإنشاء المشاريع ، وهو ما قام به احد اشهر قادة المافيا (آل كابون) ، وقد أحيل (آل كابون) عام ١٩٣١ إلى المحاكمة ، لكن ليس بتهمة غسيل الأموال غير المعروفة في ذلك الوقت ، وإنما بتهمة التهرب الضريبي ، وقد اخذ الحديث مداه عن المصادر غير المشروعة لهذه الأموال في تلك المحاكمة خاصة عند إدانة (مير لانسكي) لقيامه بالبحث عن وسائل لإخفاء الأموال باعتباره المحاسب والمصرفي العامل مع آل كابون ، ولعل ما قام به (ميرلانسكي) في ذلك الوقت وفي بدايات تطور الصناعة المصرفية يمثل احد ابرز وسائل غسيل الأموال فيما بعد ، وهي الاعتماد على تحويل نقود إلى مصاريف أجنبية وإعادة الحصول عليها عن طريق القروض .

ثانياً: مراحل غسل الأموال:

أما فيما يتعلق بكيفية تحقق غسل الأموال، أو مراحل ذلك، فأن عملية غسل الأموال ليست فعلا واحدا، ولكنها عملية تنطوي على مراحل وسلسلة من الإجراءات، من هنا يكون لإدراك مراحلها أهمية في تحديد ما ينشأ من صور جرمية ترتبط بهذه المراحل، وبشكل عام فان غسل الأموال يمر بمراحل أساسية ثلاث يمكن أن تحصل جميعها دفعة واحدة ويمكن أن تحصل كل مرحلة فيها مستقلة عن الأخرى وهي كالآتي:

المرحلة الأولى: هي عملية إدخال المال في النظام المالي القانوني (PLACEMENT)، وهدف هذه المرحلة التخلص من كمية النقد الكبيرة بين يدي مالكها في البلد أو الموضع الموجودة فيه وذلك بنقلها من موضعها أو موضع الحيازة وتحويلها إلى أشكال نقدية أو مالية مختلفة كالشيكات السياحية الحوالات البريدية وغيرها[٢] .

المرحلة الثانية: فهي عملية نقل وتبادل المال القذر ضمن النظام المالي الذي تم إدخالها فيه (LAYERING)، وهي المرحلة التي يبدأ فيها الجناة بخلق عدة عمليات معقدة بهدف التمويه على اصل هذه الأموال و مصدرها، بل وتدعيم ذلك بالمستندات التي تؤدي إلى تضليل الجهات الرقابية والأمنية بما يحول دون اقتفاء المسار غير المشروع لهذه الأموال.

وتلعب الشركات والمؤسسات الوهمية (Shell Companies) التي تنشئها مؤسسات غسل الأموال دوراً بارزاً في هذه المرحلة من خلال تناقل الأموال المغسولة فيما بينها تحت عناوين التجارة العالمية الحرة، كما تعمل منظمات غسل الأموال على إنشاء شركات ليس لها أهداف تجارية ملموسة على ارض الواقع والهدف منها طبعاً توفير غطاء قانوني لإخفاء وتمويه الملكية الفعلية الحقيقية للأموال والحسابات التي تملكها عصابات الجريمة المنظمة.

المرحلة الثالثة: فتتمثل بعملية دمج المال نهائيا بالأموال المشروعة لضمان إخفاء المصدر القذر لها (INTEGRATION) ولتحقيق نجاح هذه العمليات الثلاث فان استراتيجيات غسيل الأموال الجرمية تنطلق من الحاجة إلى إخفاء المصدر الحقيقي للملكية غير المشروعة، والحاجة إلى المحافظة على ترتيبات عملية غسيل الأموال، والحاجة إلى تغيير الآلية وتعددها من اجل تحصيل كمية كبيرة من النقد المشروع.

وعن طبيعة هذه المرحلة في غسل الأموال عبر الانترنت فقد لا يختلف الأمر من حيث طبيعة العمليات التي تجري من خلالها من شراء للأصول المادية أو الاستثمار في البورصات اولعب القمار عبر شبكة الانترنت، غير أن ما يميز عمليات غسل الأموال بطابعها التقليدي عن تلك التي تتم من خلال

شبكة الانترنت تحديداً في مرحلة الدمج، وهي المرحلة الأخيرة من مراحل غسل الأموال ، هو أن تلك العمليات تتم بواسطة الحاسوب عبر شبكة الانترنت دون الحاجة لوساطة البنوك مما يحقق لغاسلي الأموال الطمأنينة في ارتكاب الجرائم دون التخوف من قيمة الإيداعات المشبوهة أو الإبلاغ عنها ،وذلك على نحو كبير من السرعة والخفية والدقة التي يصعب تتبعها [٣] .

ماذا بعد الانتهاء من مرور عمليات غسل الأموال بمراحلها ؟ :

يثور التساؤل دائماً عما يكون عليه الحال بعد مرور الأموال المغسولة بمراحل غسل الأموال، فبعد تلك المراحل يمكن القول بأن الأموال القذرة قد بلغت برّ الأمان وحينئذ يكون بمقدور غاسلي الأموال إعادة استغلالها في مشروع تجاري استثماري يدر عائداً مشروعاً، وبذلك تختلط الأموال المشروعة بالأموال غير المشروعة دون تفرقة.

والجدير بالذكر بأن هناك اتجاها من الفقه يرى، بأن المرور بمراحل غسل الأموال الثلاث التي أشرت لها ليس أمراً حتمياً، وأنا أميل إلى ذلك الرأي، ذلك أن وسائل الغسل تختلف باختلاف الظروف المحيطة بعمليات الغسل عموماً، وباختلاف الظروف المحيطة بكل عملية منها، كما أن غاسلي الأموال أنفسهم تختلف ظروفهم الشخصية ومصداقيتهم أمام المجتمع، ويتم الغسل في دولة تتسم قوانينها بالحزم في مواجهة عمليات الغسل ، وقد يتم في دولة تتضاءل أن لم تنعدم فيها القيود القانونية ، على عمليات الغسل وعلى حركة الأموال ضمن إطار النظام المالي ، مثال ذلك : انه قد يتم استخدام الأموال الناتجة عن الاتجار في المخدرات مباشرة في مشروعات تجارية كإنشاء الفنادق أو المطاعم وفي الأعمال التجارية الأخرى ، ويعاد استثمار تلك الأموال دون تمييز بين مراحل الغسل الثلاث ، وقد يتم الغسل في عملية واحدة تمثل المراحل الثلاث دفعة واحدة ، وقد تندمج مرحلتان في مرحلة واحدة كما هو الحال في المضاربة عن طريق البورصة فيمكن أن يمثل تغطية ودمجاً في آن واحد .

ثالثاً: خصائص جريمة غسيل الأموال وطبيعتها القانونية

أخذت عمليات غسيل الأموال طابعاً مخيفاً في السنوات الأخيرة الماضية بعد دخول عصابات الجريمة المنظمة والمافيات الدولية في هذه العمليات مما جعل المشكلة تأخذ طابعاً دولياً، ونظراً للأرباح الخيالية التي تتحقق من تلك العمليات لجأت الكثير من الشركات الضخمة والبنوك، لا بل بعض الحكومات إلى هذا المجال الغامض واتخذت طرقاً ملتويةً لإضفاء الصبغة القانونية على أعمالها، لا غرابة أن تحتل ظاهرة غسيل الأموال أهمية كبيرة على الساحة الاقتصادية خلال العقدين الأخيرين من القرن العشرين، وذلك إدراكاً من المجتمع الدولي للآثار السلبية لهذه الظاهرة على الاستقرار الاقتصادي مما أدى إلى تزايد الاهتمام بهذه الظاهرة وبسبل مواجهتها من قبل العديد من التشريعات الداخلية منها والدولية خاصةً بعد أن غدت تلك الظاهرة تهدد الاقتصاد العالمي

برمته وتحديداً اقتصاديات العالم النامي الذي تنتمي إليه بلداننا العربية، وهنا فان لجريمة غسل الأموال خصائص عديدة سأورد منها الآتي:

١. جريمة غسيل الأموال جريمة منظمة

وللجريمة المنظمة صورتان -تبعاً لنطاق نشاطها المكاني-:[٤] فالصورة الأولى ويطلق عليها الجريمة المنظمة الوطنية، ويقصد بها الجريمة المرتكبة من المنظمة الإجرامية داخل الحدود الإقليمية للدولة بحيث تخضع لمبدأ الإقليمية، والصورة الثانية يطلق عليها الجريمة المنظمة غير الوطنية، ويقصد بها الجريمة المرتكبة من المنظمة الإجرامية والتي تمس عدداً من الدول.

وتعرف الجريمة المنظمة بأنها: (مجموعة من الأفراد المنظمين بقصد الكسب بوسائل غير مشروعة وباستمرار). وتمتد ممارسة الأنشطة الإجرامية عبر الدول بوسائل يمكن من خلالها استخدام العنف وإفساد الموظفين، وتهدف هذه التنظيمات إلى الربح.[٥]

وعليه فالارتباط وثيق بين الجريمة المنظمة وغسيل الأموال، باعتبار أن هذه الأخيرة لا تقع إلا من جماعة منظمة، أي أن القائمين على عمليات غسيل الأموال هم منظمات إجرامية تخصصت بصفة مستمرة لممارسة هذا الإجرام المنظم واعتباره حرفة تجلب من خلاله الأرباح الطائلة، كما أن الأموال المراد غسلها وتطهيرها جاءت من مصادر غير مشروعة كالاتجار بالمخدرات والسلاح،وأن الجهة التي قامت بمثل هذا النشاط الإجرامي لا بد وأن تكون جهة احترفت مثل هذا النوع من الإجرام المنظم، هذا بالإضافة إلى أن القضاء على عمليات غسيل الأموال لا يكون منفرداً، بل يجب أن يشمل القضاء على الجهة التي تديره وتمارسه وهي عصابات الجريمة المنظمة، أي أنه لا بد من القضاء على الجريمة المنظمة حتى نتمكن من القضاء على جريمة غسيل الأموال.

٢. جريمة غسل الأموال جريمة اقتصادية

تشكل الجرائم الاقتصادية تهديداً خطيراً لكافة المجتمعات في العالم بسبب تأثيراتها الضارة على اقتصاديات هذه المجتمعات، ونتيجة لما تدره على مرتكبيها من عوائد مالية ضخمة، فإنها تأخذ أشكالاً متعددة، كما تتنوع أساليب ارتكابها.

وتُعرف الجرائم الاقتصادية بأنها: (فعل أو امتناع ضار له مظهر خارجي يخل بالنظام الاقتصادي والائتماني للدولة وبأهداف سياستها الاقتصادية، يحظره القانون ويفرض عليه عقاباً يأتيه إنسان أهل لتحمل المسؤولية الجنائية).

٣. جريمة غسل الأموال جريمة تبعية

إن جريمة غسل الأموال جريمة تبعية تفترض ابتداءً سبق ارتكاب جريمة أولية نتج عنها أموال

غير مشروعة، ثم تأتي في مرحلة تالية عملية غسيل تلك الأموال القذرة، لتطهيرها في إحدى صور الغسيل.

٤. جريمة غسل الأموال ذات صفة دولية

تتعدى عمليات غسيل الأموال حدوداً لأكثر من دولة، وقد تأكد هذا الطابع الدولي نتيجة للتغيرات التي شهدها الاقتصاد العالمي خاصة مع ظهور مفهوم العولمة Globalization والاتجاه العالمي نحو حرية التجارة والمعاملات والمعلومات وإزالة الحواجز التجارية بين الدول وتحريك الخدمات المالية وسهولة انتقال الأموال بين الدول المختلفة وما صاحب ذلك من تطور تقني هائل في وسائل الاتصالات، فأثر ذلك على نمو حركة الجريمة المنظمة ويسر حركة تداول أموال المنظمات الإجرامية محلياً ودولياً وبخاصة صوب الملاذات المالية الآمنة وتركيز الأنشطة الرامية إلى إخفاء مصدر العائدات المالية ، [٦] وبخاصة في تلك البلدان التي تفتقر إلى تشريعات جنائية رادعة، أو تبدو فيها وسائل الإشراف والرقابة والمكافحة ضعيفة وغير قادرة على رقابة حركة الأموال.

٥. استخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة في تسهيل جرائم غسل الأموال

حيث تشهد هذه العمليات تطوراً كبيراً في فنونها مدفوعة بالتزايد الكبير في حجم الأموال والمتحصلات الناتجة عن الأنشطة غير المشروعة، إضافةً إلى التطور الكبير في الوسائل التكنولوجية التي تستخدم في نقل الأموال وتحويلها عبر الحدود الجغرافية والإقليمية.

ومع تطور أنظمة التحويل الإلكتروني واستخدام شبكات الحاسوب في الربط بين كافة الأسواق المالية والنقدية، وسهولة نقل أموال كبيرة إضافة إلى انتشار التجارة الإلكترونية فقد تزايد تبعاً لذلك استخدام شبكة الإنترنت في عمليات غسيل الأموال وهذا يعني أن هذا النوع من الجريمة، يتسم بصعوبة إثباتها وإدانة مرتكبيها، وذلك لعدة أسباب، أهمها أنها لا تترك أثراً بعد ارتكابها، وصعوبة الاحتفاظ بآثارها إن وجدت، كما أنها تحتاج إلى خبرة فنية يصعب على المحقق التقليدي التعامل معها، إضافةً إلى أنها تعتمد على الخداع في ارتكابها، والتضليل في التعرف على مرتكبيها، فمن الصعوبة بمكان تحديد موقع الجريمة لأن الملفات والوسائل الحاسوبية يمكن أن تنتقل من نظام إلى آخر في ثوانٍ قليلة.

رابعاً :أساليب غسل الأموال :

تزايدت الخدمات المصرفية واتسعت في ظل عصر العولمة وثورة الاتصالات والتعامل الالكتروني والتحويلات على شبكة الانترنت والتي يتم من خلا لها إجراء تبادل عمليات التحويل المالية بدون مخاطر وتكاليف تتعلق بتبادلها وإدارتها وحمايتها حيث توفر هذه الطريقة إمكانية مرورها بين طرفين على شبكة الانترنت دون الحاجة لوسيط كالبنوك ومن ثم توفر المجال الواسع لاستغلاله في إخفاء مصادر الأموال وغسلها .

وكانت هناك عدة أساليب تقليدية يلجأ لها الجناة في السابق مثل :

أ : الشركات الوهمية Shell Companies: وهي طريقة تقليدية لعملية غسيل الأموال،حيث يتم إنشاء مجموعة شركات وهمية كستار لإخفاء المصدر غير المشروع للأموال القذرة، ويتم إنشاء إحداها في بلد معين تتميز تشريعاته الضريبية والمالية والرقابية بالتساهل وعدم التعقيد، وتعتبر تلك الشركات هي الواجهة المشروعة للأموال القذرة.

ب : التهريب Smuggling : كان التهريب ابرز الأساليب التي يتم بها غسيل الأموال إذ يقوم المتورطون في العمليات الإجرامية بتهريب النقود بأنفسهم أو عن طريق آخرين خارج البلاد، وكان ذلك يتم بأساليب بسيطة مثل إخفاء النقود الورقية في الجيوب السرية للحقائب، وغيرها من الطرق التي تؤدي إلى نقلها خارج البلاد إما براً و إما بحراً أو جوا، ومن طرائف عمليات تهريب الأموال التي تتم في الولايات المتحدة الأمريكية أن نفس الأموال التي يتم تهريبها منها تعود إليها مرة أخرى،ولكن في هذه المرة مطهرة،[٧] إذ يقوم المهرب مثلا بعبور حدود الولايات المتحدة إلى المكسيك، ثم يعود إلى الولايات المتحدة الأمريكية من مَنفذ قانوني ويعلن لسلطات الجمارك فيها عن المبالغ التي بحوزته ليكون دخوله بها قانونيا، ثم يقوم هذا المهرب بإيداع هذه المبالغ في البنوك الأمريكية، ولا يلتزم حينئذ بالكشف عن مصدر هذه الأموال أو مَلءِ الطلب البنكي الخاص بذلك، إذ أن دخوله بالأموال إلى الولايات المتحدة حصل بطريقة قانونية، ثم يعمد هذا المهرب إلى التصرُّف في هذا المبلغ بالطريقة التي تروقه إما باستثمارها داخل الولايات المتحدة أو إعادة تحويلها بنكيا إلى بلد آخر.

ج: الفواتير المزورة[٨] over invoicing and under invoicing: مما لا شك فيه أن لجوء غاسلي الأموال إلى هذه الطريقة ينم عن مدى الذكاء والخبرات المتوافرة لدى هؤلاء الأشخاص، ففي هذه الحالة يتم إنشاء أو شراء عمل تجاري في البلد الذي تجلب منه الأموال من جانب صاحب الأموال غير المشروعة، ثم يقوم بنفس الشيء في البلد الذي تودع فيه هذه الأموال.

وفي هذه الحالة تتمثل عملية غسل الأموال في شراء أو بيع السلع والخدمات بين الشركتين عن طريق عمليات صورية يقوم فيها غاسل الأموال بشراء سلع الشركة التي يراد تحويل الأموال إليها وذلك من خلال عدة صور وهي إما عن طريق رفع قيمة السلع والخدمات الواردة في الفاتورة ويكون الفرق هو المال المغسول، أو عن طريق إرسال فواتير مزورة بصفة كلية فيكون إجمالي المبلغ المدفوع هو المال المغسول.

خامساً :الأسلوب المصرفي في غسل الأموال عبر الانترنت :

١. شراء وبيع بطاقات الائتمان: يقوم أصحاب المال غير المشروع باللجوء إلى هذه البطاقات حيث يتم تحويل و صرف أموال من أي جهاز صرف إلى في أي بلد أجنبي ومن ثم يعتمد الفرع الذي تم الصرف فيه من جهاز السحب الالكتروني إلى طلب تحويل المال إليه ممن أصدر بطاقة الائتمان

وبهذه الطريقة يكون العميل قد تخلص من القيود المالية التي تفرض على هذه التحويلات.
٢.الوساطة في العمليات النقدية (دور السماسرة): وهي من الأساليب التي يسهل استخدامها من خلال السماسرة الذين يقومون بشراء أسهم وسندات وتسجل هذه الأسهم والسندات بأي اسم أو باسم شركة وهمية وقد لا يتطلب الأمر إلى تسجيلها بصفة رسمية ويتم كذلك من خلال السماسرة الدخول لمزادات شراء السيارات الفارهة أو المجموعات الفنية والتحف النادرة وشراء البواخر وكذلك المحلات التجارية المتعثرة والتي تصبح بعد فترة في عداد المشروعات الناجحة من جراء ضخ الأموال إليها فتحقق ارباحاً وتمثل هذه الأرباح أموالا أتت من مصادر مشروعة.
٣.الصيرفة عبر الهاتف: تبعا للتطور التكنولوجي وتطور الخدمات المصرفية فلقد أصبح استخدام الهاتف من الوسائل المعتمدة والمتبعة في القيام بالخدمات المصرفية على مدار الساعة ودون التعرف على هوية الزبون ولا شك بان ذلك يحقق مزايا أهمها المرونة في التعامل، والتوفير في الوقت والسرعة في تلبية الاحتياجات، ولكن بالمقابل يسهل إجراءات غسل الأموال ويحول دون إمكانية متابعتها وكشف مصدرها.

ومما لاشك فيه أن كل هذه الخدمات تستغل من قبل غاسلوا الأموال لتحقيق أهدافهم إخفاء مصادر أموالهم والحيلولة دون اكتشافهم.

وبما أن عملية غسل الأموال تتبع أساليب متعددة ومتغيرة تنشأ غالباً من أفكار احتيالية ذكية تولد لدى المجرمين من جراء خبرتهم العميقة بالعمل المصرفي فانه لابد أن يتم مواجهة هذه الطرق الاحتيالية بدرجة اكبر من الخبرة والكفاءة المصرفية من البنوك والمصارف نفسها باعتبارها الجهة الأكثر علاقة في مكافحة أنشطة غسل الأموال حيث قد تتورط في عمليات غسل الأموال بدون علمها ،كما انه يمكن أن يتم استغلالها من قبل العصابات الإجرامية أو بعلم وتواطؤ موظفيها أو مدرائها، وقد كان المشرع البحريني متنبهاً لجميع تلك الأفعال الخطيرة فجرمها في القوانين الخاصة بغسل الأموال و بالمرسوم ٢٨/ ٢٠٠٢ بشأن المعاملات الالكترونية والتعليمات الصادرة بمصرف البحرين المركزي.

سادساً : آثار جريمة غسل الأموال :

١- أثر ظاهرة غسيل الأموال على معدل الاستثمار والادخار: تعيق جريمة غسيل الأموال عملية الاستثمار من خلال إفساد المناخ الاستثماري ذاته، إذ أن هذا المناخ عبارة عن مجموعة من العوامل الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والقانونية تعمل على زرع الثقة وتوفير الاستقرار الذي يشجع الاستثمار ويدفع إليه، وغسيل الأموال يقوض كل ذلك من خلال زعزعة هذا المناخ، ومن شأن ذلك أن يفقد القانون هيبته واحترامه، وقد يدفع ذلك الحكومات إلى تغييره أو التشدد فيه مما يشوش على مناخ الاستثمار.

من جهة أخرى لا يمكن إنكار أثر عمليات غسيل الأموال السلبي على الادخار المحلي ويتجلى ذلك من خلال انخفاض معدل الادخار الناجم عن غسيل الأموال وذلك بسبب هروب الأموال إلى الخارج،عندما تقترن به التحويلات النقدية المصرفية بين البنوك المحلية والبنوك الخارجية، وفي مثل هذه الحالة تعجز المدخرات المحلية عن الوفاء باحتياجات الاستثمار ويوسع نطاق الفجوة التمويلية،(٩) حيث يتم إيداع المدخرات في البنوك الخارجية دون أن توجه إلى قنوات الاستثمار داخل البلد وهو ما يعرف بالاقتصاد المستتر .

٢- أثر ظاهرة غسيل الأموال على معدل التضخم: الواقع أن عمليات غسيل الأموال تؤدي إلى تدفق نقدي نحو الاستهلاك و بخاصةً لدى فئات تتسم بعدم الرشد والعشوائية، الأمر الذي يؤدي إلى ارتفاع المستوى العام للأسعار، ثم حدوث مواجهة تضخمية مصحوبة بتدهور القوة الشرائية للنقود.(١٠)

٣- أثر ظاهرة غسيل الأموال على الدخل القومي: تؤدي عمليات غسيل الأموال إلى هروب الأموال إلى الخارج، وهنا تتمثل خسارة الإنتاج لأحد أهم عناصره وهو رأس المال،الأمر الذي يؤدي إلى إعاقة إنتاج السلع والخدمات مما ينعكس سلباً على الدخل القومي بالانخفاض

وهناك العديد من الآثار الاجتماعية والسياسية لجريمة غسل الأموال والتي سيطول الحديث فيها إلا أنها تصب جميعها في إطار واحد هو أن جميع هذه الآثار تعمل على زيادة معدلات الجريمة باختلاف صورها في أي مجتمع ويقع أفراده ضحية لتلك الآثار الخطيرة لهذه الجريمة الكبرى.

سابعاً: الجهود الدولية لمكافحة غسل الأموال

يمكن القول أن عام ١٩٨٨ يمثل سنة الارتكاز بالنسبة للجهود الدولية في حقل غسل الأموال على أن يكون مفهوما أن الاهتمام الدولي والإقليمي والوطني في هذا الموضوع قد بدأ قبل هذا التاريخ بسنوات ولكنه بقي ضمن إطار البحث العلمي ورسم الخطط وبناء الاستراتيجيات دون أن يصل إلى إطار دولي لتوحيد جهود المكافحة، ففي عام ١٩٨٨ وتحديدا في ١٩ /١٢/ ٨٨ صدرت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة أنشطة ترويج المخدرات (اتفاقية فينا ١٩٨٨) وتعد أهم اتفاقيات الأمم المتحدة باعتبارها قد فتحت الأنظار على مخاطر أنشطة غسل الأموال المتحصلة من المخدرات وأثرها المدمر على النظم الاقتصادية والاجتماعية للدول، وهذه الاتفاقية لا تعد من حيث محتواها اتفاقية خاصة بغسل الأموال إذ هي في الأساس اتفاقية في حقل مكافحة المخدرات، بيد أنها تناولت أنشطة غسل الأموال المتحصلة من تجارة المخدرات، باعتبار أن تجارة المخدرات تمثل أكثر المصادر أهمية للأموال القذرة محل عمليات الغسل. ومن المفيد أن نشير في هذا المقام أن الربط بين المخدرات

وغسل الأموال أوقع العديد من الدراسات القانونية في منزلق أدى إلى تصور أنشطة غسل الأموال جزءا من أنشطة المخدرات فقط، لكن لم تلبث الجهود العلمية والبحثية أن تبينت التمييز بينهما بل تتجه الآن للقول بظهور مصادر جديدة للأموال القذرة أكثر أهمية من المخدرات مثل أنشطة المقامرة وتحديدا عبر الانترنت والأنشطة الإباحية وأنشطة الفساد الإداري والمالي وتحديدا من قبل القيادات المتنفذة المدنية والعسكرية في مختلف الدول وفي مقدمتها دول العالم النامي.

وإلى جانب جهد الأمم المتحدة، وبعد عام واحد تقريبا تأسس إطار دولي لمكافحة جرائم غسل الأموال (FINANCIAL ACTION TASK FORCE ON MAONEY LAUNDERING - FATF) نشأ عن اجتماع الدول الصناعية السبعة الكبرى ، وقد عكفت هذه المنظمة على تحديد أنشطة غسيل الأموال وفتحت عضويتها للدول الراغبة ، وشئ فشيء وعبر خبرائها ولجان الرقابة أخذت تكشف عن أوضاع غسيل الأموال في دول العالم كل ذلك عبر آلية التقارير السنوية التي تصدرها وتحظى باهتمام الجهات الحكومية والتشريعية في مختلف دول العالم ، ففي تقريرها لعام ٢٠٠٠ مثلا حددت هذه المنظمة ١٥ دولة غير متعاونة في ميدان مكافحة أنشطة غسيل الأموال من بينها دولة عربية واحدة هي لبنان التي بدورها تقدمت للمنظمة بإيضاحات واعتراضات على وضعها ضمن هذه القائمة السوداء . ويرجع لهذه المنظمة الفضل في وضع أول دليل إرشادي لأنشطة غسيل الأموال وهو في الحقيقة توصيات (التوصيات الأربعون) يجري الاعتماد عليها في وضع استراتيجيات المكافحة والتدابير التشريعية ويعتمد عليها من قبل المؤسسات المالية والمصرفية لتقيم أدائها في هذا الحقل.

وكذلك فقد عقدت اتفاقية المجلس الأوروبي والتي يشار إليها باتفاقية ستراسبورج (Strasbourg Convention) في ٨ نوفمبر ١٩٩٠ والتي دخلت حيز التنفيذ الفعلي في الأول من مارس ١٩٩١ ، حيث جاءت إكمالا للتعاون الدولي القائم من اجل مكافحة جريمة غسل الأموال وتعزيزا لما أرسته الاتفاقيات الأوروبية المنعقدة في ٢٠ ابريل ١٩٥٣ بشان المساعدة المتبادلة في المسائل الجنائية،والاتفاقية الأوروبية المنعقد في ١٥ مايو ١٩٧٢ حول نقل الدعاوى في المسائل الجنائية ، وكذلك الاتفاقية الأوروبية المنعقدة في ٢٨ مايو ١٩٧٩ بشان الصلاحية الدولية للأحكام الأجنبية ، والتي جاءت وبما تحمله من نظم قانونية مختلفة ، إذ شارك في صياغتها خبراء من استراليا والولايات المتحدة الأمريكية وكندا.

ثامناً : المواجهة التشريعية على المستوى الوطني في مملكة البحرين :

كانت الصدارة للمشرع البحريني في إصدار قانون لمكافحة غسل الأموال على المستوى العربي فقد كانت مملكة البحرين من أوائل الدول التي واجهت تلك الجريمة الخطيرة في عام ٢٠٠١ ، وتتالت الخطى حثيثة بعد ذلك على المستوى العربي وجاء المشرع المصري لينص على القانون رقم ٨٠ لسنة

٢٠٠٢ بشأن مكافحة غسل الأموال ، فقد بين المشرع البحريني في المرسوم بقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠١ بشأن حظر ومكافحة غسل الأموال في المادة ١/٢ بأنه: (يعد مرتكبا لجريمة غسل الأموال كل من اقترف فعلا من الأفعال التالية بقصد إظهار إن مصدر الأموال مشروع :

أ - إجراء أية عملية تتعلق بعائد جريمة مع العلم أو الاعتقاد أو ما يحمل على الاعتقاد بأنه متحصل من نشاط إجرامي أو من أي فعل يعد اشتراكا فيه.

ب – إخفاء طبيعة عائد جريمة أو مصدره أو مكانه أو طريقة التصرف فيه أو حركته أو ملكيته أو أي حق يتعلق به مع العلم أو الاعتقاد أو ما يحمل على الاعتقاد بأنه متحصل من نشاط إجرامي أو من فعل يعد اشتراكا فيه.

ج – اكتساب أو تلقي أو نقل عائد جريمة مع العلم أو الاعتقاد أو ما يحمل على الاعتقاد بأنه متحصل من نشاط إجرامي أو من فعل يعد اشتراكا فيه.

د – الاحتفاظ بعائد جريمة أو حيازته مع العلم أو الاعتقاد أو ما يحمل على الاعتقاد بأنه متحصل من نشاط أجرامي أو من أي فعل يعد اشتراكا فيها).

ومن الواضح هنا بأن المشرع البحريني قد سلك منهجا موسعا في تعريفه لجريمة غسل الأموال بحيث لم يقتصر مجال التجريم على أموال متحصلة من جرائم معينة مثل الاتجار بالمخدرات أو الدعارة أو الرشاوى بل يشمل التجريم العائدات المتحصلة بوجه عام، ومن استقراء لما نص عليه المشرع البحريني في تجريم أفعال الاشتراك في الجريمة والتوسع في التفسير لمفهوم الاشتراك في جريمة غسل الأموال، كما توسع المشرع في بيان مفهوم أفعال الجريمة بحيث تشمل إجراء أية عملية تتعلق بعائد جريمة أو إخفاء طبيعة عائد جريمة، واكتساب أو تلقي عائد جريمة أو احتفاظ أو حيازة عائد جريمة، وقد حرص المشرع البحريني على تعيين الجزاءات المقرر لها ، وعني أيضا بتقرير المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية في مواد القانون وسأستعرض العقوبات المقررة لجرائم غسل الأموال :

١. عقوبة السجن والغرامة: جرائم غسل الأموال أو الاشتراك فيها من الجنايات وهي معاقب عليها بعقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات والغرامة التي لا تجاوز مليون دينار.

٢. المصادرة: نص المشرع على عقوبات تبعية بالإضافة للعقوبة الأصلية المقررة وهي مصادرة الأموال موضوع الجريمة أو أية أموال مملوكة لكل من ارتكب جريمة من جرائم غسل الأموال أو لزوجته أو لأبنائه القصر وتكون مساوية للأموال موضوع الجريمة دون إخلال بحقوق الغير حسن النية، حتى ولو بانقضاء الدعوى الجنائية لوفاة المتهم دون أن يثبت ورثته مشروعية مصدرها.

كما وضع المشرع البحريني نهجاً واضحاً وعاماً بالنسبة لحالات تشديد العقاب والإعفاء من العقاب

والجرائم المرتبطة بجريمة غسل الأموال والعديد من الإجراءات الجنائية بشأن مرحلة الاستدلالات ومرحلة التحقيق وقد استجاب المشرع البحريني بصورة مشرفة لما أوصت به الاتفاقيات الدولية من عدم سريان الأحكام الخاصة بانقضاء الدعوى الجنائية وسقوط العقوبة بمضي المدة المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية، كما أعطى المشرع سلطات واسعة للنيابة العامة في إصدار الأمر بالتحفظ على الأموال الغير مشروعة في مرحلة التحقيق من خلال التعديلات التي أضافها على المرسوم بقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠١.

وكذلك فان المشرع البحريني لم يغفل مدى أهمية الرقابة والاستدلالات في مكافحة جريمة غسل الأموال وعهد لوزير الداخلية بتشكيل (الوحدة المنفذة) وإدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية وبين أهمية دورها في التحريات والتحليل بشأن جميع الأنشطة المالية المشبوهة وتبادل المعلومات في سبيل مكافحة الجريمة في مملكة البحرين الحبيبة نظراً لكونها مركزاً ماليا للبنوك الدولية منها مرفأ البحرين المالي ومركز التجارة العالمي وغيرها من المؤسسات المالية الكبرى.

تاسعاً: دور النيابة العامة في قضايا غسل الأموال:

تضطلع النيابة العامة بدور كبير في قضايا غسل الأموال حيث تردها التحريات من الوحدة المنفذة بوزارة الداخلية وهي إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية في حال ورود شبهات حول مصادر أموال في إحدى المؤسسات المالية الكبرى أو بالنسبة للأشخاص من خلال مسئول الإبلاغ وهو موظف في كل مصرف أو مؤسسة مالية في مملكة البحرين وكل بمهمة الإبلاغ عن أية أنشطة مالية مشبوهة في نطاق المؤسسة وتتم التحريات من خلال جميع أوجه التعاون بين السلطة القضائية المتمثلة في النيابة العامة والوحدة المنفذة بوزارة الداخلية ويحال ملف التحريات للنيابة العامة وتتخذ شئونها في التحقيق مع الجناة والشهود والإطلاع على تقرير اللجنة المالية المختصة بتحليل التحركات المالية عبر الانترنت ومن خلال رصد حركة الأموال غير المشروعة ومرورها بجميع مراحل غسل الأموال واستظهار أساليب ارتكاب الجريمة وتوافر الأركان، وتجري النيابة العامة ما يلزم للتحفظ على الأموال محل الشبهات، وإحالة الملف للقضاء بعد إسباغ القيد والوصف اللازم بشأن الجريمة.

الهوامش

١)ورقة عمل مقدمة إلى الملتقى الحقوقي الأول ٢ – ٣ أبريل ٢٠٠٨

2) . Criminology Theories,Patterns andd Typologies, Seventh Edition, Larry J. Siegel ,Sevevnth Edition , International Headquarters , Thomson Learning , 2000, USA.

3) . MONEY LAUNDERING STATUTES AND RELATED MATERIALS , including Statutes Amended by the USA PATRIOT improvement and reauthorization Act , May 2006 .

٤) انظر بشان هذه الصور د. كوركيس يوسف داود، الجريمة المنظمة، المكتبة القانونية ، طبعة ٢٠٠١ ، الأردن .

٥) اللواء الدكتور محمد فتحي عبد، الأموال المتأتية من الجرائم المنظمة وسبل مكافحتها، المحاضرة العلمية الثالثة ضمن برنامج الموسم الثقافي الثالث عشر للمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب،الرياض، ١٩٩٦، ص٢١

٦) عادل عبد العزيز السن، الجوانب القانونية والاقتصادية لجرائم غسل الأموال، ورشة عمل غسل الأموال، أساليب وظروف المكافحة، دمشق، نوفمبر ٢٠٠٥، ص٤٢

٧) ورد ذلك في جلال محمدين، دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ، ص١٩ .

٨). دان هيرمان ، الوسائل المستخدمة في غسل الأموال ، ندوة بشأن تمويل الإرهاب الدولي وجرائم غسل الأموال ،عقدت في القاعدة الأمريكية ، بمملكة البحرين ، ٣-٦ مارس ٢٠٠٨ .

٩) حمدي عبد العظيم، غسيل الأموال في مصر والعالم، بدون دار نشر، ط١، ٢٠٠٠، ص١٩٨

١٠) في هذا المعنى انظر محمد سامي الشوا، السياسة الجنائية في مواجهة غسيل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٥٧

أحدث التشريعات

قانون رقم (٤) لسنة ٢٠٠٨

بالتصديق على اتفاقية نقل المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية بين دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

نحن حمد بن عيسى آل خليفة ملك مملكة البحرين .

بعد الاطلاع على الدستور،

وعلى اتفاقية نقل المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية بين دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية الموقعة في مدينة أبوظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة بتاريخ ٢٥ ربيع الآخر ١٤٢٦ هـ الموافق ٢٣ مايو ٢٠٠٦ م، أقر مجلس الشورى ومجلس النواب القانون الآتي نصه، وقد صدقنا عليه وأصدرناه:

المادة الأولى

صودق على اتفاقية نقل المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية بين دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية الموقعة في مدينة أبوظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة بتاريخ ٢٥ ربيع الآخر ١٤٢٦ هـ الموافق ٢٣ مايو ٢٠٠٦ م، والمرافقة لهذا القانون.

المادة الثانية

على الوزراء - كل فيما يخصه - تنفيذ هذا القانون، ويُعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

ملك مملكة البحرين
حمد بن عيسى آل خليفة
صدر في قصر الرفاع
بتاريخ: ٨ ربيع الأول ١٤٢٩هـ
الموافق: ١٦ مارس ٢٠٠٨ م

قانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٨
بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بالمرسوم بقانون (١٥) لسنة ١٩٧٦

نحن حمد بن عيسى آل خليفة ملك مملكة البحرين.

بعد الاطلاع على الدستور، وعلى قانون العقوبات الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦ وتعديلاته،

أقر مجلس الشورى ومجلس النواب القانون الآتي نصه، وقد صدقنا عليه وأصدرناه:

المادة الأولى

يُستبدل بنصوص المواد (١٨٦ فقرة أولى)، (١٨٨ فقرة أولى)، (١٨٩) من قانون العقوبات الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦ النصوص الآتية:

مادة (١٨٦ فقرة أولى)

"يُعاقب بالسجن كل موظف أو مكلف بخدمة عامة طلب أو قبل لنفسه أو لغيره بشكل مباشر أو غير مباشرعطية أو مزية من أي نوع أو وعداً بشيء من ذلك لأداء عمل أو للإمتناع عن عمل لدى قيامه بمهام وظيفته".

مادة (١٨٨ فقرة أولى)

"يُعاقب بالسجن مدة لاتزيد على عشر سنوات كل موظف عام أو مكلف بخدمة عامة طلب أو قبل لنفسه أو لغيره بشكل مباشر أو غير مباشرعطية أو مزية من أي نوع عقب تمام العمل أو الامتناع عنه لدى قيامه بمهام وظيفته".

مادة (١٨٩)

"يُعاقب بالسجن مدة لاتجاوز خمس سنين كل موظف عام أو مكلف بخدمة عامة طلب أو قبل لنفسه أو لغيره بشكل مباشر أو غير مباشرعطية أو مزية من أي نوع أو وعداً بشيء من ذلك لأداء عمل أو للإمتناع عن عمل لايدخل في مهام وظيفته، ولكنه زعم ذلك أو اعتقده خطأ".

المادة الثانية

تُضاف إلى قانون العقوبات الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦ مادة جديدة برقم (١٩٠) مكرراً نصها الآتي:

"يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر من عرض على موظف عام أو مكلف بخدمة عامة بدولة أجنبية أو منحه بشكل مباشر أو غير مباشر عطية أو مزية من أي نوع له أو لصالح شخص

آخر أو وعداً بشيء من ذلك للحصول أو للاحتفاظ بعمل تجاري أو أية ميزة أخرى في نطاق مباشرة عمل تجاري دولي مقابل قيام هذا الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة بعمل أو بالامتناع عن عمل لدى قيامه بمهام وظيفته".

المادة الثالثة

على الوزراء - كل فيما يخصه - تنفيذ أحكام هذا القانون، ويُعمل به اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

ملك مملكة البحرين
حمد بن عيسى آل خليفة
صدر في قصر الرفاع
بتاريخ: ١٥ ربيع الأول ١٤٢٩هـ
الموافق: ٢١ أبريل ٢٠٠٨ م

قانون رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٨
بتعديل المادة (١٣) من القانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦
بشأن حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة

نحن حمد بن عيسى آل خليفة ملك مملكة البحرين.

بعد الاطلاع على الدستور، وعلى القانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦ بشأن حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة،

أقر مجلس الشورى ومجلس النواب القانون الآتي نصه، وقد صدقنا عليه وأصدرناه:

المادة الأولى

يُستبدل بنص الفقرة الأخيرة من المادة (١٣) من القانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦ بشأن حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، النص الآتي:

"ويجوز لصاحب الحق إيداع المصنفات المحمية طبقاً لأحكام هذا القانون لدى الجهة الإدارية المختصة وقيد هذه المصنفات في سجل ينشأ لهذا الغرض.

ويصدر بنظام الإيداع وقيد التصرفات أو المصنفات في السجل قرار من الوزير، ويستحق عن الإيداع والقيد رسم يصدر بتحديد فئاته قرار من الوزير بعد موافقة مجلس الوزراء".

المادة الثالثة

على رئيس مجلس الوزراء والوزراء - كل فيما يخصه - تنفيذ هذا القانون، ويُعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

ملك مملكة البحرين
حمد بن عيسى آل خليفة
صدر في قصر الرفاع
بتاريخ: ٢١ ربيع الآخر ١٤٢٩هـ
الموافق: ٢٧ أبريل ٢٠٠٨ م

قانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٨

بإضافة مادة جديدة برقم (٢٧٧) مكرراً إلى قانون العقوبات الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦

نحن حمد بن عيسى آل خليفة ملك مملكة البحرين.

بعد الإطلاع على الدستور، وعلى قانون العقوبات الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦ والقوانين المعدلة له،

أقر مجلس الشورى ومجلس النواب القانون الآتي نصه، وقد صدقنا عليه وأصدرناه:

المادة الأولى

تضاف إلى قانون العقوبات الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦ مادة جديدة برقم (٢٧٧) مكرراً، نصها الآتي:

"يعاقب بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من صنّع عبوات قابلة للإشتعال أو الإنفجار بقصد استخدامها في تعريض حياة الناس أو الأموال العامة والخاصة للخطر، أو حاز أو أحرز مواد ما صنّع منها لذات الغرض".

المادة الثانية

على رئيس مجلس الوزراء والوزراء - كل فيما يخصه - تنفيذ هذا القانون، ويُعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

ملك مملكة البحرين
حمد بن عيسى آل خليفة
صدر في قصر الرفاع
بتاريخ: ١٤ جمادى الآخر ١٤٢٩هـ
الموافق: ١٨ يونيو ٢٠٠٨ م

أحدث الأحكام والمبادئ القضائية

عمل - الأجازة
الحكم السابق ٢٠٠١

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذي تلاه القاضي المقرر والمرافعة ، وبعد المداولة.

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية، وحيث إن الوقائع – على ما يبين من الأوراق – تتحصل في أن المطعون ضدهم طلبوا إلى وزارة العمل تسوية نزاعهم العمالي مع الطاعن قائلين إنهم اضطروا إلى ترك عملهم لديه بانتهاء يوم ١٩٩٩/١/٢٤ لعدم سداده أجورهم لعدة أشهر وفي رده عليهم قرر الطاعن أنهم استوفوا أجورهم حتى نهاية ديسمبر لسنة ١٩٩٨ ولم يبق لهم غير أجر ٢٣ يوماً عملوها في يناير لسنة ١٩٩٩ وإذ لم تتم تسوية النزاع ودياً وأحيل إلى المحكمة العمالية بالدعوى رقم ١٩٩٩/٢ ٢٦٠٨ /٢ طلب المطعون ضدهم الحكم لهم بأجورهم المتأخرة حتى ديسمبر لسنة ١٩٩٨ وأجر ٢٤ يوماً في يناير لسنة ١٩٩٩ فضلاً عن بدل الإجازة وتذكرة السفر للعودة إلى وطنهم ، ووجهوا إلى الطاعن اليمين الحاسمة ليحلف على أنه أوفاهم أجورهم حتى ديسمبر لسنة ١٩٩٨ وأدى الطاعن اليمين الموجهة إليه فحكمت المحكمة بإلزامه بأن يؤدي لكل من المطعون ضدهم الأول والسادس ١٨٦ / ٢٢٠ دينار والثاني والثالث والخامس ٧٩٠ / ١٧٩ دينار والرابع ٧٥٦ / ٩٦ دينار والسابع والثامن ٦١١ / ١١٠ دينار وهو ما يشمل أجر ٢٣ يوماً في شهر يناير لسنة ١٩٩٩ وبدل الإجارة فضلاً عن تذكرة العودة لكل منهم ورفضت ما عدا ذلك من الطلبات . أستأنف الطاعن الحكم بالاستئناف رقم ٢٠٠٠/٣ / ٦/٣٣٥ وحكمت المحكمة الاستئنافية بتأييده فطعن الطاعن في حكمها بطريق التمييز ، وأودع المكتب الفني مذكرة برأيه.

وحيث إن الطاعن ينعى على الحكم المطعون ضده فساد مخالفة القانون والقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال من أربعة وجوه ، وحاصل الوجهين الأول والثاني أن الحكم بنى قضاءه للمطعون ضدهم بأجر ٢٣ يوماً في شهر يناير لسنة ١٩٩٩ على أن اليمين الحاسمة التي حلفها انصبت على سداد أجورهم حتى ديسمبر لسنة ١٩٩٨ وأنه لم يثبت سداد أجورهم أيام عملهم في يناير لسنة ١٩٩٩ إضافة إلى إقراره بها في تحقيق وزارة العمل في حين أن الثابت بمحضر جلسة ١٩٩٩/١١/٢٩ أن اليمين التي وجهت إليه جاءت بصيغة مطلقة منصبة على جميع الأجور المطالب بها وإذ حلفها

بهذه الصيغة على إطلاقها فقد برئت ذمته من هذه الأجور كافة ، ولا يجوز الاستناد إلى الإقرار المنسوب إليه في وزارة العمل لإلزامه بأجور يناير لسنة ١٩٩٩ بعد أن احتكم المطعون ضدهم إلى اليمين بما مؤداه تنازلهم عن أي بينه أخرى.

وحيث إن هذا النعي مردود ذلك أن لمحكمة الموضوع سلطة تقديرية في استخلاص واقع الدعوى وفهمه على النحو الذي تراه متفقاً مع حقيقة الثابت بالأوراق دون تعقيب عليها في ذلك متى كان استخلاصها سائغاً، وإذ كان البين من الأوراق أن منازعة الطاعن اقتصرت على أجور المطعون ضدهم المستحقة حتى ديسمبر لسنة ١٩٩٨ وهي التي طلبوا توجيهه اليمين الحاسمة إليه للحلف على سدادها حسبما جاء بمذكرة وكيلهم المقدمة بجلسة ١٩٩٩/١١/٢٩.

فإن ما ثبت بمحضر تلك الجلسة أن اليمين وجهت إلى الطاعن ليحلف على سداد أجور المطعون ضدهم ينصرف بداهة ودون أدنى شك إلى الأجور المستحقة حتى ديسمبر لسنة ١٩٩٨ دون أجور الفترة اللاحقة التي أقر بها الطاعن ولم تكن محل منازعة منه ، وإذ خلص الحكم إلى ذلك وبنى قضاءه عليه فإنه يكون قد ألتزم جادة الصواب ويكون النعي عليه في هذا الشأن في غير محله ولا تثريب عليه أن استند إلى إقرار الطاعن لإلزامه بأجر أيام عمل المطعون ضدهم في يناير لسنة ١٩٩٩.

وحيث أن حاصل الوجه الثالث أن الحكم قضى للمطعون ضدهم ببدل الإجازة عن كامل مدة عملهم مع أنهم لا يستحقونه إلا على السنة الأخيرة فقط.

وحيث إنه لما كانت المادة ٨٤ من قانون العمل قد حددت مقدار الإجازة المستحقة للعامل عن كل سنة من سنوات خدمته ونصت على أنه يستحق أجازة عن كسور السنة بنسبة المدة التي قضاها في الخدمة ، كما نصت على أنه لا يجوز له النزول عن حقه في الإجازة ،وكان صاحب العمل هو الذي ينفرد بحق تحديد موعد الإجازة طبقاً لنص المادة ٨٥ من القانون التي أجازت اتفاق الطرفين على تأجيلها لمدة لا على سنتين وبشرط حصول العامل على أجازه عشرة أيام متتالية في كل عام . وإذ كانت المادة ٨٤ قبل تعديلها بالمرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٣ قد نصت على أنه لا يجوز للعامل أن يتقاضي بدلاً نقدياً عن أجازته ، وجرى قضاء هذه المحكمة تطبيقاً لذلك على أنه لا يجوز للعامل أن يتراخى في الحصول على الإجازة حتى تمر السنة المقررة لها ثم يطالب ببدل نقدي عنها إلا أنه لما كانت المادة ٨٤ قد نصت بعد تعديلها على أن للعامل أن يتقاضى بدلاً نقدياً عن أجازته طبقاً لأحكام المادة ٨٦ التي نصت على أن للعامل الحق في الحصول على البدل النقدي عن أيام الإجازة السنوية المستحقة له بعد مرور فترة السنتين المشار إليهما في المادة ٨٥ أو إذ انتهى عقد العمل قبل

أن يستنفذها . وكان البين من الأوراق أن مدة خدمة المطعون ضدهم الرابع والسابع والثامن لم تبلغ سنة كاملة وإذ قضى لكل منهم بالبدل النقدي للإجازة المستحقة له عن كسور السنة التي قضاها في الخدمة . فإن الحكم يكون قد ألتزم صحيح القانون ويكون النعي عليه بالنسبة لهم في غير محله .أما المطعون ضدهم الأول والثاني والثالث والخامس والسادس الذين استطالت مدة خدمتهم سنة ونصف تقريباً فقد مرت سنة كاملة على الخدمة دون حصولهم على الإجازة المقررة لها .ولما كان تأجيل الإجازة لا يصح إلا بالنسبة للقدر الذي أجاز المشرع تأجيله وهو أحد عشر يوماً بعد استبعاد العشرة أيام التي أوجب المشرع حصول العامل عليها في كل عام ولا يجري عليها التأجيل فلا يحق لهم المطالبة بالبدل النقدي لإجازة السنة الأولى إلا عن أحد عشر يوماً فقط فضلاً عن البدل المستحق عن كسور السنة الثانية ، وإذ قضى الحكم على خلاف ذلك بإلزام الطاعن بالبدل عن الإجازة المستحقة عن السنة الأولى بأكملها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه في هذه الجزئية .

وحيث إن حاصل الوجه الرابع أن الحكم قضى للمطعون ضدهم بتذاكر سفر عودتهم إلى وطنهم باعتبار أنه هو الذي استقدمهم إلى البحرين مع أنه تمسك بأنهم التحقوا بالعمل لدى آخر بعد تركهم العمل لديه ولم ينكروا ذلك مما يعتبر إقرارا ضمنياً به فيكون صاحب العمل الأخير هو الملزم بمصاريف إعادتهم طبقاً لنص القانون.

وحيث إن هذا النعي مردود ، ذلك أن الإقرار الذي يحتج به على المقر سواء كان صريحاً أو ضمنياً يجب أن يكون قطعي الدلالة على نزوله عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه ،وكان الأصل أنه لا ينسب لسكات قول فلا يعتبر مجرد سكوت المطعون ضدهم عن إدعاء الطاعن المكلف بإثباته بالتحاقهم بالعمل لدى غيره إقرارا بذلك يعفيه من إثباته.

وحيث إن الموضوع صالح للفصل فيه ، وحيث إنه وفقاً لما تقدم يستحق المطعون ضدهم الأول والثاني والثالث والخامس والسادس البدل النقدي لإجازتهم السنوية بمقدار لإجازتهم السنوية بمقدار أجر ٢٢ يوماً أحد عشر يوماً من السنة الأولى لخدمتهم و أحد عشر يوماً عن كسور السنة الثانية وهو يبلغ ٨٨ ديناراً لكل من المطعون ضدهما الأول والسادس ولكل من الثاني والثالث والخامس ٥٩ ديناراً فيتعين تعديل الحكم المستأنف على هذا الأساس.

وحيث إن المحكمة ترى إلزام الطاعن والمطعون ضدهم الأول والثاني والثالث والخامس والسادس مجتمعين مناصفة بين الطرفين.

فلهـذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي موضوعه بنقض الحكم المطعون فيه فيما قضى به من مقابل نقدي عن الإجازة السنوية لكل من المطعون ضدهم الأول والثاني والثالث والخامس والسادس ورفض الطعن فيما عدا ذلك ، وفي موضوع الاستئناف بتعديل الحكم المستأنف بالنسبة لهؤلاء المطعون ضدهم بإلزام الطاعن بأن يؤدي لكل من الأول والسادس ١٨٠ دينار ولكل من الثاني والخامس ١٢٠/٣٣٣ دينار ، وبإلزام الطاعن وهؤلاء المطعون ضدهم بمصاريف الاستئناف مناصفة بينهما مع المقاصة في أتعاب المحاماة .

المستشار المستشار وكيل المحكمة رئيس المحكمة

عمل - الإجازة
حكم ٢٠٠٥

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذي تلاه القاضي المقرر، والمرافعة، وبعد المداولة.
حيث إن الطعن أستوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الوقائع – على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق – تتحصل في أن الطاعن قدم شكوى إلى وزارة العمل ضد المطعون ضده للمطالبة بحقوقه العمالية المتمثلة في أجره عن ثلاثة أشهر وخمسة أيام ومكافأة نهاية الخدمة وبدل الإجازة وتذكرة العودة وجواز السفر وساعات العمل الإضافية ومبلغ ٥٥٠ دينار ،والتعويض عن الضرر، وقال بياناً لها أنه ألتحق بالعمل لدى المطعون ضده اعتبارا من ١٩٩٩/٧/١٢ حتى ٢٠٠٣/١/٥ بعقد غير محدد المدة وله حقوق يطالب بها، ولتعذر التسوية أحيل النزاع إلى المحكمة الصغرى المدنية وقيدت الدعوى برقم ٢٥٢٧ لسنة ٢٠٠٣ ، وبتاريخ ٢٠٠٣/١٠/٢٨ قضت بإلزام المطعون ضده أن يؤدي للطاعن مبلغ وقدره ١٥٨ دينار وتذكرة العودة وجواز السفر ورفضت ما عدا ذلك من طلبات .

أستأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٥٩٩ سنة ٢٠٠٣ ندبت المحكمة خبيراً في الدعوى وحكمت في ٢٠٠٤/١١/٣٠ بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض طلب الطاعن عن بدل الإجازة ومكافأة نهاية الخدمة والقضاء له بمبلغ ١٧,٤٩٩ ديناراً عن الأولى ومبلغ ٨٧,٤٩٩ ديناراً عن الثانية وتأييده فيما عدا ذلك ، طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق التمييز ،وقدم المكتب الفني للمحكمة مذكرة برأيه في الطعن.

وحيث إن الطعن أقيم على سبعة أسباب ينعى الطاعن بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون ذلك أن مدة خدمته تزيد على ثلاث سنوات ويستحق بدل الإجازة السنوية طبقاً للمادة ٨٤ من قانون العمل ولم يبلغ بأي قرار حول تراكمات الإجازات ،وإذ قضى له بمبلغ قدره ١٧,٤٩٩ ديناراً ،فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد ، ذلك أن النص في المادة ٨٥من قانون العمل الأهلي رقم ٢٣ لسنة

١٩٧٦ المستبدلة بالمرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٣ على أنه " لصاحب العمل حق تحديد موعد الإجازة السنوية كما يجوز تجزئتها برضا العامل بعد النصف الأول من المدة المحددة لها . ويجوز تأجيل الإجازة السنوية بناء على طلب وبموافقة صاحب العمل لمدة لا تزيد عن سنتين وذلك بشرط حصول العامل على إجازة عشرة أيام متتالية في كل عام " .

وفي المادة ٨٦ منه على أنه " للعامل الحق في الحصول على بدل نقدي يعادل أجره عن أيام الإجازة السنوية المستحقة له بعد مرور السنتين المشار إليها في المادة السابقة أو إذا أنهى عقد العمل قبل أن يستنفذها وذلك بالنسبة للمدة التي لم يحصل على الإجازة عنها" . لما كان ذلك وكانت الأوراق قد خلت مما يدل على أن الطاعن طلب إلى صاحب العمل تأجيل إجازته السنوية ووافقه صاحب العمل على ذلك ،فإنه لا يستحق سوى بدل عن السنة الأخيرة من خدمته ،وإذ ألتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإن النعي عليه يكون على غير أساس .

وحيث إن الطاعن ينعى بالأسباب الثالث والخامس والسابع على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب، ذلك أنه قد أصيب بأضرار نتيجة لفقده عمله وعدم الحصول على أجره وأن جواز سفره ما زال بحوزة صاحب العمل رغم قضاء أول درجة بتسليمه إليه.

وحيث إن هذا النعي في جملته غير مقبول، ذلك أن الطاعن لم يبين العيب الذي يعزو للحكم المطعون فيه وموضعه وأثره في قضائه ومن ثم يكون النعي بهذه الأسباب غير مقبول.

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الرابع على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون ذلك أنه طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت قيامه بالعمل ساعات إضافية وسداد مبلغ مقابل استصدار تأشيرة العمل ، إلا أن المحكمة ندبت خبير و ألزمته بسداد الأمانة رغم عدم مقدرته وكان يتعين إلزام المطعون ضده بها وهو مما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي مردود ،ذلك أنه وإن كان الطاعن قد طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات أدائه لساعات عمل إضافية وسداده مبلغ لصاحب العمل كطلب احتياطي ، إلا أن المحكمة ندبت خبيراً في الدعوى وألزمت الطاعن بسداد الأمانة ، وقد أستمهل المحكمة وطلب أجلا لسدادها أكثر من مرة ثم طلب تخفيضها دون التمسك بطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق مما يعد نزولاً ضمنياً عن التمسك بالإثبات بشهادة الشهود فلا على الحكم أن رفض طلبه الخاص بأجر العمل الإضافي والمبلغ المسدد لصاحب العمل لعدم تقديم الدليل عليهما ، ويكون النعي عليه على غير أساس.

وحيث إن الطاعن ينعي بالسبب السادس على الحكم المطعون فيه ضآلة الفائدة المقضي بها مما يجعلها عديمة الجدوى إذ أن المشرع قدرها لتكون غرامة تهديديه للإسراع في تنفيذه ما يتقرر في مواجهة المطعون ضده ، مما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير مقبول ، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن القانون لم يحدد سعر الفائدة التأخيرية على الديون بصفة عامة، وأنها لا تعدو أن تكون تعويضاً عن التأخير في الوفاء بالتزام تستقل محكمة الموضوع بتقديره دون معقب عليها في ذلك من محكمة التمييز ، لما كان وكان الحكم الابتدائي المؤيد قد قدر الفائدة عن المبلغ المقضي به بنسبة ١ ٪ فإنه لا يكون قد خالف القانون ويكون النعي عليه جدلاً فيما لمحكمة الموضوع من سلطة في تقديره ولا يجوز إثارته أمام محكمة التمييز.

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الأول على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، ذلك إنه قد قضى له بثلث مكافأة نهاية الخدمة في حين أنه يستحق المكافأة كاملة عملاً بالمادتين ١١١ و ١١٥ من قانون العمل، مما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي سديد ، ذلك أن النص في المادة ١١١ من قانون العمل رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٦ على أنه " بالنسبة لطوائف العمال غير المنتفعين بأحكام قانون التأمين الاجتماعي يجب على صاحب العمل إذا أنهيت علاقة العمل أن يؤدي إلى العامل مكافأة عن مدة خدمته تحسب على أساس أجر خمسة عشر يوماً عن كل سنة خدمة من السنوات الثلاث الأولى وأجر شهر عن كل سنة من السنوات التالية ويستحق العامل المكافأة عن كسور السنة بنسبة المدة التي قضاها في الخدمة " . لما كان البين من الأوراق أن مدة خدمة الطاعن من ١٩٩٩/٧/١٢ حتى ٢٠٠٣/١/٥ ثلاث سنوات وخمسة أشهر وثلاثة وعشرين يوماً والأجر الشهري ٥٠ ديناراً فإنه يستحق أجر ١٥ يوماً عن كل سنة من السنوات الثلاث الأولى مبلغ وقدره ٧٥ ديناراً وعن كسور السنة التالية ومقدارها ٥ أشهر وثلاثة وعشرون يوماً يستحق ٢٤,٥٠٠ ديناراً فيكون أجمالي المستحق له مبلغ وقدره ٩٩,٥٠٠ ديناراً ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بمبلغ ٨٧,٤٩٩ ديناراً باعتبار أن السنة التالية للسنوات الثلاثة الأولى يستحق عنها أجر ١٥ يوماً فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، بما يوجب نقضه في هذا الخصوص.

وحيث إنه لما كان الموضوع صالح للفصل فيه بالنسبة لطلب الطاعن مكافأة نهاية الخدمة ، فإنه يتعين القضاء بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض طلب نهاية الخدمة وبإلزام المطعون ضدها أن تؤدي للطاعن مبلغ ٩٩,٥٠٠ ديناراً وإلزامها بالمناسب من المصاريف.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي موضوعه بنقض الحكم المطعون فيه فيما قضى به بالنسبة لطلب مكافأة الخدمة ورفض الطعن فيما عدا ذلك ، وألزمت المطعون ضدها بمصاريف الطعن وخمسين ديناراً مقابل أتعاب المحاماة ، وفي موضوع الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض طلب مكافأة الخدمة وبإلزام المطعون ضدها أن تؤدي للطاعن مبلغ ٩٩,٥٠٠ ديناراً ،والمصاريف الاستئنافية المناسبة مع المقاصة في أتعاب المحاماة.

مستشار مستشار مستشار وكيل المحكمة رئيس المحكمة

عمل - الأجازة
احدث حكم ٢٠٠٧

أسباب الحكم

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذي تلاه القاضي المقرر وبعد المداولة حيث إن الطعن أستوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق – تتحصل في أن الطاعن تقدم بشكوى إلى وزارة العمل ضمنها أن عمل لدى المطعون ضدها اعتباراً من ٢٠٠٣/٩/٢٥ بعقد غير محدد المدة وبأجر شهري ٧٥ ديناراً وتوقف عن العمل في ٢٠٠٦/٢/٧ لامتناعها عن سداد أجوره ،ويطالبها حسب طلباته الختامية بالأجور المتأخرة من ٢٠٠٥/١١/١ حتى ٢٠٠٦/٢/٧ وبدل ساعات العمل الإضافية والتعويض والفائدة وبدل الأجازة ومكافأة نهاية الخدمة وجواز السفر وتذكرة العودة والفائدة ولتعذر التسوية حيل النزاع إلى المحكمة الصغرى المدنية وقيدت الدعوى برقم ..... سنة ٢٠٠٦. أحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق ، وبعد أن سمعت لشاهد الطاعن قضت بإلزام المطعون ضدها أن تؤدي للطاعن مبلغ ٥٥١,٤٨٦ دينار مكافأة نهاية الخدمة وبدل الأجازة والأجور المتأخرة والتعويض - وجواز السفر وتذكرة العودة ورفضت ما عدا ذلك من طلبات بحكم استأنفه الطاعن بالاستئناف رقم ١٥٥١ لسنة ٢٠٠٦ لدى المحكمة الكبرى الاستئنافية التي حكمت بتأييده، طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق التمييز، وقدم المكتب الفني للمحكمة مذكرة برأيه في الطعن .

وحيث إن الطعن أقيم على أربعة أسباب ينعي بها - عدا الثاني - على الحكم المطعون فيه في مخالفة القانون والفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع ذلك أنه قضى بتأييد الحكم الابتدائي فيما قضى به من رفض طلبه مقابل ساعات العمل الإضافية على الرغم من أنه أثبت عمله تلك الساعات بشهادة شاهده إلا أن الحكم أطرح هذه الشهادة بمقولة عدم الاطمئنان إليها ، كما لم يرد على دفاعه ودفوعه مما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في شقة الأول مردود ، ذلك أنه لما كان المقصود بساعات العمل الإضافية التي يستحق العامل عنها أجراً إضافياً هي التي يمضيها العامل في عمل فعلى أكثر من ساعات العمل المقررة بتكليف من صاحب العمل وتحت إشرافه، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد قضى برفض هذا الطلب لعدم تقديم الطاعن ما يدل على أدائه هذا العمل المقول به بناء على طلب صاحب العمل وتحت إشرافه بعد أن اطرح أقوال شاهده في هذا الشأن لعدم اطمئنان إليها – عملاً بسلطته التقديرية – وهي أسباب سائغة تكفي لحمله وتؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها وينص النعي عليه على غير أساس،والنعي في شقه الثاني غير مقبول إذ لم يبين الطاعن ماهية الدفوع وأوجه الدفاع التي يرد عليها الحكم ومن ثم يكون النعي مجهلاً.

وحيث إن الطاعن ينعي بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون ذلك أنه عمل من ٢٠٠٣/٩/٢٥ حتى ٢٠٠٦/٢/٧ يستحق عنها بدل إجازة وإذ قضى له ببدل عن السنة الأخيرة بالمخالفة للمادتين ٨٤ و ٨٥ من قانون العمل يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في محلة ذلك أنه لما كانت المادة ٨٤ من قانون العمل رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٦ المستبدلة بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٣ قد حددت مقدار الأجازة المستحقة للعامل عن كل سنة من سنوات خدمته بمدة لا تقل عن ٢١ يوماً لمن أمضى سنة كاملة متصلة ، وتزداد إلى ٢٨ يوماً بعد خدمة خمس سنوات متصلة ويستحق أجازة عن كسور السنة بنسبة المدة التي قضاها في الخدمة وأنه لا يجوز التنازل عنا ، وكان صاحب العمل هو الذي ينفرد بحقه تحديد موعد الإجازة طبقاً للمادة ٨٥ من القانون المذكور والتي أجازت اتفاق الطرفين على تأجيلها لمدة لا تزيد على سنتين يشرط حصول العامل على أجازة عشرة أيام متتالية في كل عام ، ونصت المادة ٨٦ منه على حق العامل في الحصول على بدل نقدي يعادل أجره عن أيام الإجازة السنوية المستحقة له بعد مرور فترة السنتين وإذا انتهى عقد العمل قبل يستنفذها،وكان البين من الأوراق أن مدة خدمة الطاعن سنتين كاملتين وأربعة أشهر لم يحصل خلالها على الأجازة المقررة له ومن ثم يستحق بدل نقدي عن كل سنة ، ولما كان تأجيل الأجازة لا يصح إلا للقدر الذي أجاز المشرع تأجيله وهو سنتين بشرط حصول العامل على إجازة عشرة أيام متتالية في كل عام ومن ثم يحق للطاعن بدا أجازة عن السنتين الأخيرتين بمقدار أحد عشر سنة عن كل منهما وكسور السنة ..... وإذ قضى الحكم المطعون فيه بدل إجازة عن أربعة أشهر و١٢ يوماً من السنة الأخيرة فقط يكون قد أخطأ في

تطبيق القانون بما يوجب نقض في هذا الخصوص.

وحيث إن الموضوع صالح للفصل فيه، ولما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد قضى للطاعن بمبلغ ١٨,٩٨٦ عن أربعة أشهر و١٢ يوماً من السنة الأخيرة ، وكان من حق الطاعن المقابل النقدي عن السنتين الأخيرتين ٢٢ يوماً وكسور السنة أربعة أشهر وثلاثة عشر يوماً وخمسة أيام ، وكان راتبه الشهري ٧٥ دينار فيكون أجره اليومي ٢,٥ ديناراً ، فإنه يستحق مبلغ ٧٥ ديناراً عن ٢٩ يوماً ومن ثم تقضي المحكمة بتعديله بجعل المقضي به عن مقابل بدل الإجازة ٧٥ ديناراً بدلاً من ١٨,٩٨٦ ديناراً.....

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ، وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه فيما قضى به بدل أجازة ورفض الطعن فيما عدا ذلك وفي موضوع الاستئناف بتعديل الحكم المستأنف يجعل المقضي به بدل أجازة مبلغ ٧٥ ديناراً بدلاً من ١٨,٩٨٦ ديناراً وألزمت المطعون ضدها مصاريف الطعن والمناسب من مصاريف الاستئناف وخمسين ديناراً مقابل أتعاب المحاماة.

للإطلاع على أحدث الأحكام والمبادئ القضائية يرجى زيارة موقعنا على
شبكة الانترنت www.moj.gov.bh/jlsi

- للدخول إلى موقع المعهد من موقع الوزارة

- ومن خلال الضغط على رابط التدريب عن بعد

في حاله وجود أي صعوبات في التسجيل ببرنامج التدريب عن بعد الرجاء مراجعتنا على الأرقام التالية: ١٧٥٧٠٥٩٦ - ١٧٥٧٠٠٩٦ - ١٧٥٧٠٠٩٧

لتقديم الدعم الفني .

جدول برامج المعهد

خلال العام القضائي ٢٠٠٨/٢٠٠٩

التدريب الأساسي

التاريخ	الموضوع
أكتوبر – نوفمبر ٢٠٠٨	دورة التدريب الأساسي لمساعدي النيابة العامة الجدد
مارس – أبريل ٢٠٠٩	التدريب الأساسي للمحامين الجدد

جدول برامج المعهد

خلال العام القضائي ٢٠٠٨/٢٠٠٩

التدريب النوعي المستمر

التاريخ	الموضوع
٢٢ سبتمبر ٢٠٠٨	مائدة مستديرة حول أصول الصياغة التشريعية
٢٣ إلى ٢٤ سبتمبر ٢٠٠٨	تدريب المدربين (المرحلة الثانية)
٢٢ إلى ٢٥ سبتمبر ٢٠٠٨	مهارات الإتصال
٦ إلى ٧ أكتوبر ٢٠٠٨	النطاق الزماني والمكاني لتطبيق القوانين على المنازعات الإيجارية
١٣ إلى ١٤ أكتوبر ٢٠٠٨	الإفلاس وإعادة تنظيم المؤسسات المعرضة للإفلاس
٢٨ إلى ٢٩ أكتوبر ٢٠٠٨	تنازع الاختصاص بين القضاء الشرعي والمدني
التاريخ	**الموضوع**
١ إلى ٣ نوفمبر ٢٠٠٨	التحكيم الدولي (العضوية) الجزء الثاني

الفئات المستهدفة	
	مساعدو النيابة العامة
	محامون

الفئات المستهدفة	البرنامج
دائرة الشئون القانونية – وزارة العدل	الصياغة
المدربون بالمعهد	المشكلات العملية
موظفو المعهد	المشكلات العملية
قضاة المحاكم المدنية	المشكلات العملية
قضاة المحاكم المدنية	القوانين التجارية
قضاة المحاكم المدنية والشرعية	المشكلات العملية
الفئات المستهدفة	**البرنامج**
قضاة – محامون – دائرة الشئون القانونية	القوانين المالية والتجارية

التاري
22 سبتمبر
23 إلى 24 2008
22 إلى 25 2008
6 إلى 7 أ 2008
13 إلى 14 2008
28 إلى 29 2008
1 إلى 3 ن 2008

١٠ – ١١ نوفمبر ٢٠٠٨	المهارات المتصلة بإدارة مكاتب المحاماة
٢٢ إلى ٢٤ نوفمبر ٢٠٠٨	ضمانات حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية
٢ ديسمبر ٢٠٠٨	مائدة مستديرة حول تقنيات التحقيق الحديثة (الطب الشرعي)
٢٢ إلى ٢٤ ديسمبر ٢٠٠٨	ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية
١١ إلى ١٥ يناير ٢٠٠٩	المسئولية التقصيرية وأسس تقدير التعويض (الجزء الثاني)
١٩ إلى ٢٠ يناير ٢٠٠٩	صياغة العقود (الجزء الثاني)
٢١ يناير ٢٠٠٩	إجراءات رفع الدعوى
٢٦ إلى ٢٨ يناير ٢٠٠٩	جرائم الفساد
٩ إلى ١١ فبراير ٢٠٠٩	أصول الصياغة التشريعية
١٦ إلى ١٨ فبراير ٢٠٠٩	الأصول الفنية للتحقيق الجنائي
١٧ فبراير ٢٠٠٩	حرية المعلومات (مائدة مستديرة)
٢٣ إلى ٢٥ فبراير ٢٠٠٩	ضمانات المحاكمة العادلة في الإجراءات الجنائية
١ إلى ٥ مارس ٢٠٠٩	الإجراءات أمام المحاكم الشرعية (الجزء الثاني)
٩ إلى ١٠ مارس ٢٠٠٩	التحضير للجلسة – تنفيذ قرارات المحكمة
١٦ إلى ١٧ مارس ٢٠٠٩	التعريف بقانون إدارة الدعوى الجديد
التاريخ	**الموضوع**
٣٠ إلى ٣١ مارس ٢٠٠٩	أصول إعداد المذكرات ولوائح الدعاوى
١٣ إلى ١٥ أبريل ٢٠٠٩	ضوابط تسبيب الأحكام المدنية

	محامون	المشكلات العملية
	النيابة العامة	حقوق الإنسان
	النيابة العامة	المشكلات العملية
	قضاة المحاكم المدنية	الصياغة
	قضاة المحاكم المدنية	المشكلات العملية
	دائرة الشئون القانونية	الصياغة
	أمناء السر - الباحثون القانونيون	المشكلات العملية
	النيابة العامة	المشكلات العملية
	دائرة الشئون القانونية – وزارات الدولة	الصياغة
	النيابة العامة	المشكلات العملية
	وزارة العدل	حقوق الإنسان
	كافة الفئات المستهدفة من نشاط المعهد	حقوق الإنسان
	قضاة المحاكم الشرعية	المشكلات العملية
	أمناء السر – الباحثون القانونيون	المشكلات العملية
	قضاة المحاكم المدنية – محامون	التشريعات الحديثة
	الفئات المستهدفة	**البرنامج**
	دائرة الشئون القانونية - محامون	المشكلات العملية
	قضاة المحاكم المدنية	الصياغة

٢٠ إلى ٢١ أبريل ٢٠٠٩	تقنيات التحقيق الحديثة (الجزء الثاني)
١٨ إلى ٢٠ مايو ٢٠٠٩	أبرز المشكلات العملية في المنازعات العمالية
١ إلى ٣ يونيو ٢٠٠٩	اتفاقيات التجارة الحرة
٨ إلى ١٠ يونيو	أعمال البنوك وقانون المصرف المركزي
١٥ إلى ١٧ يونيو ٢٠٠٩	القضاء المستعجل
٢٢ إلى ٢٤ يونيو ٢٠٠٩	ضمانات المحاكمة العادلة في القضايا المدنية

	النيابة العامة	المشكلات العملية
	قضاة المحاكم المدنية	المشكلات العملية
	قضاة – محامون – الدائرة	القوانين المالية والتجارية
	قضاة – محامون – الدائرة	القوانين المالية والتجارية
	قضاة المحاكم المدنية	المشكلات العملية
	كافة الفئات المستهدفة من نشاط المعهد	حقوق الإنسان

www.moj.gov.bh/jlsi

هاتف: ١٧٥٧٠٥٩٧، فاكس: ١٧٥٧٠٠٩١، ص.ب:٢٠٧ المنامة - مملكة البحرين
البريد الإلكتروني: www.moj.gov.bh/jlsi