

مجلة البحوث القانونية

مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون - جامعة مصراتة



مما تقرأ في هذا العدد

- أحكام استعمال الماء المتغير
د. احمد عثمان الطنجوب
- الحلول المتعلقة بتفعيل قانون الزكاة
أ. ابوبكر الحسن ابيشيري
- أحكام أجرة الحضنة في الفقه الاسلامي والقانون الأردني
د. رافع عبد الهادي الصغير
- أحكام الخلع
د. عبد العظيم محمد الاجطل
- رقابة القضاء الإداري على ركن الشكل في القرار التأديبي
أ. مصعب إبراهيم مخلوف
- الحماية الجنائية للممتلكات الثقافية
د. مصطفى إبراهيم العربي
- تعليق على حكم محكمة البيضاء الابتدائية
في الدعوى 2014/237 م
د. خلود علي الساعدي

السنة الثالثة

العدد الثاني

ابريل 2016 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ﴾

من الآية 105 من سورة التوبة

مجلة البحوث القانونية

مجلة علمية دورية محكمة
تصدر عن كلية القانون
- جامعة مصراته -

جميع الحقوق محفوظة للمجلة

المراسلات: باسم رئيس التحرير - كلية القانون - جامعة مصراته - ليبيا

الإيداع

كلية القانون مصراتة

رقم الإيداع المحلي 2013/134م

دار الكتب الوطنية بنغازي - ليبيا

هاتف

9090509 – 9096379 – 9097074

بريد مطور

9097073

البريد الإلكتروني

Nat-liba@hotmail.com

مجلة البحوث القانونية

رئيس التحرير

د. علي أحمد علي شكورفو

مدير التحرير

أ. عبد المنعم محمد الفرجاني

هيئة التحرير

أ. محمد عبد الله عبد العالي

أ. عبد الحكيم محمد ارويجة

أ. مصعب إبراهيم مخلوف

اللجنة الاستشارية للمجلة

أ. د. محمد محمد مصطفى سليمان

د. عمر إبراهيم صافسار

د. محمد نجيب أحمد الكبتي

قواعد النشر في المجلة

- تعنى المجلة بنشر البحوث والدراسات القانونية والشرعية والمقارنة، شريطة ألا تكون منشورة في السابق.
- تقبل المجلة البحوث في مجال تخصصها باللغة العربية والأجنبية.
- تخضع البحوث المقدمة للنشر في المجلة للتقييم العلمي ولهيئة التحرير أن تطلب من المعني التعديلات الواردة في نتائج التقييم قبل الموافقة على النشر.
- تقبل المجلة أعمال المؤتمرات والندوات المقامة في مجال تخصصها ويجوز إصدار أعداد خاصة من المجلة بذلك.

ضوابط ومواصفات قبول البحوث للنشر:

- تقدم البحوث والدراسات مطبوعة على وجه واحد على ورق مقاس (A4) بخط حجم 13 وبهامش حجم 11 وهوامش جانبية من كل الجوانب (4.25) .
- أن يراعى في البحث الأصول العلمية للبحث العلمي وقواعده.
- تحمل الصفحة الأولى من البحث عنوان البحث، واسم الباحث ثلاثياً ودرجته العلمية، ووظيفته ومكانها.
- لا يزيد عدد صفحات البحث عن 30 صفحة مطبوعة.
- الأبحاث المقدمة للنشر لا ترد سواء نشرت أو لم تنشر.
- الآراء في البحوث والدراسات والمقالات المنشورة في المجلة تمثل وجهة نظر كاتبها وهم وحدهم المسؤولون عنها.

المحتويات

رقم الصفحة

الموضوع

الافتتاحية

| أولاً: البحوث العلمية | |
|-----------------------|---|
| 2 | أحكام أجره الحضانة في الفقه الإسلامي والقانون الأردني د. رافع عبد الهادي عبد الله الصغير |
| 27 | أحكام استعمال الماء المتغير أحمد عثمان المجدوب |
| 47 | أحكام الخلع د. عبد العظيم محمد الأجلل |
| 63 | الصنعة الإسنادية عند الإمام الترمذي من خلال كتابه الشمايل د. حافظ امحمد مصطفى القليب |
| 105 | الحلول المتعلقة بتفعيل قانون الزكاة أ. أبو بكر الحسين المستيري |
| 129 | حقوق المرأة .. بين تجاذبات الواقع الاجتماعي والنظر الفقهي د. عبد الحكيم أحمد أبو زيان |
| 167 | حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني د. علي محمد اعنيبة |
| 193 | الحماية الجنائية للممتلكات الثقافية على المستويين الوطني والدولي د. مصطفى إبراهيم العربي |
| 215 | نظام الحكم السياسي في الفكر السياسي الاسلامي د. علي محمد ديهوم |
| 244 | قراءة في الأحكام الحديثة للدائرة الدستورية بالمحكمة العليا د. محمد نجيب أحمد الكبتي |
| 262 | رقابة القضاء الإداري على ركن الشكل في القرار التأديبي أ. مصعب إبراهيم مخلوف |

رقم الصفحة

الموضوع

| | |
|------------------------------------|--|
| 283 | عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (بوت – Bot) ودورها في التنمية أ.محمد أحمد كرواد |
| 313 | نشأة وتطور القضاء الإداري في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية د.محمود عمر معتوق |
| 347 | خصائص تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الليبي والمقارن أ. مناء مفتاح الصور |
| ثانياً: التعليقات القانونية | |
| 383 | تعليق على حكم محكمة البيضاء الابتدائية الصادر في الدعوى رقم 2014/237م، والقاضي بانعدام حكم المحكمة العليا الصادر في الطعن الدستوري رقم 61/17ق د.خلود علي العربي الساعدي |
| ثالثاً: القوانين | |
| 413 | القانون رقم (21) لسنة 2016م بشأن تعديل القانون رقم (4) لسنة 1423م في شأن تحريم الخمر |

تتوية

لقد ورد خطأ لا يخفى على السادة متابعي أعداد المجلة إدراكه يتمثل في تاريخ إصدار العدد السابق (5)، حيث أثبت على الغلاف أن تاريخ نشر العدد أبريل 2016م، في حين أن تاريخ نشر العدد هو أكتوبر 2015م، وهو ما يتفق وتسلسل تاريخ نشر أعداد المجلة. وهيأة التحرير إذ تنوه على ذلك تلتمس العذر من السادة القراء عن هذا الخطأ.

الإفتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خير الأنام، وعلى آله وصحبه الطيبين الكرام.

أما بعد،،

بتوفيق من الله، وصلنا إلى إصدار عدد المجلة السادس، الذي يحتوي على أبحاث ودراسات تعددت مواضيعها، وتخصصاتها، كتبها أساتذة أجلاء، من حيث التخصص والدرجة العلمية، وهو ما يعكس جهد المصمم الصادق.

وهيأة التحرير، ترى أن هذه الإفتتاحية مقاماً للتقدم بجزيل الشكر وخالص الامتنان، لكافة الأساتذة الذي تقدموا بنتائجهم العلمي للنشر على صفحات هذه المجلة، وكذلك الذين قاموا بتقييم هذه الأعمال ومراجعتها، ممن لم يألوا جهداً ولم يبتغوا أجراً، هدفهم المساهمة في الدور العلمي والثقافي لهذه المجلة، سائلين الله للجميع أن يديم عطائهم العلمي، وتواصلهم الفكري، وأن تكون هذه المجلة في مستوى تطلعات وطموح المهتمين بها المتابعين لأعدادها والمطلعين على ما فيها.

والشكر موصول لإدارة جامعة مصراته، على دعمها اللامتناهي لهذه المجلة، والذي كان حافزاً لبذل مزيد من الجهد والعطاء، وتخطي العديد من الصعاب.

وهيأة التحرير إذ تقمّم هذا العدد لقرائها الأعزاء، تأمل أن تتحقق الاستفادة مما نشر فيه، وتلتمس العذر عن كل خطأ أو قصور يرونه، وتذكرهم بأنها لازالت على العهد معهم بأن تكون الأعداد القادمة من المجلة أفضل، وأنها ترحب بكل ملاحظاتهم وانتقاداتهم التي من شأنها الرقي بالمجلة شكلاً وموضوعاً، وتقبلها بالرضى وسعة الصدر، والعمل بمحتواها.

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل

وإلى اللقاء في عدد قادم بإذن الله تعالى

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

هيأة التحرير

أولاً:

البحوث العلمية

أحكام أجره الحضانة في الفقه الإسلامي والقانون الأردني

د. رافع عبد الهادي عبد الله الصغير (*)

المقدمة:

الحمد لله الذي شرع لعباده أقوم الشرائع والأحكام، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خير الأنام، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين. وبعد: فقد خص التشريع الإسلامي الأولاد باهتمام كبير وعظيم؛ فشرع لهم كثيرا من الحقوق، بداية من تشريع الزواج لإيجادهم وتكثيرهم إلى تشريع ما يحفظهم ويصونهم ثانيا؛ كل ذلك لأجل قيام مجتمع متين متماسك آمن. ومن هذه الحقوق المتضمنة حفظ الأولاد ورعايتهم: حق الحضانة.

والحضانة بقدر أنها تكليف بمهمة إنسانية نبيلة، إلا أنها في المقابل عمل يتطلب بذل جهد بدني ونفسي ومالي معاً، ويتطلب تفريغ زمننا معيناً للقيام بمقتضياتها؛ لذا قرر التشريع للقائم بها الحق في أجره مقابل قيامه بعمل الحضانة.

فما هي حقيقة هذه الأجره؟ وما الأحكام المنظمة لجزئياتها؟ هذا ما سيجيب عنه هذا البحث، وذلك وفق أحكام فقه المذاهب الأربعة، وقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم: (36) لسنة: 2010م، من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول

التعريف بأجره الحضانة ومدى أحقية الحاضن لها

يتضمن هذا المبحث الحديث عن أجره الحضانة من حيث: تعريفها، والحكمة من مشروعيتها، وتمييزها عن غيرها من المصطلحات المتداخلة معها،

(*) محاضر في كلية القانون، جامعة مصراتة.

ومدى أحقية الحاضن لها في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، وذلك في مطلبين:

المطلب الأول

تعريف أجره الحضانة، والحكمة منها، وتمييزها عن غيرها من المصطلحات

أولاً: تعريف أجره الحضانة:

يتألف هذا المصطلح من كلمتين، وهما: الأجرة، والحضانة، الأمر الذي يستلزم بيان مدلول كل كلمة، ثم بيان المدلول الإجمالي للكلمتين، وذلك على النحو التالي:

1 - تعريف الأجر:

الأجر له معنى في اللغة، وآخر في الاصطلاح:

أ - الأجر في اللغة: الجزاء عن العمل، والجمع أجور، والإجارة: من أجرَ يَأْجِرُ، وهو: ما أعطيت من أجر في عمل، والأجرُ: الثواب، والأجرة والإجارة والأجارة: ما أعطيت من أجر⁽¹⁾.

ب - الأجر في الاصطلاح: هو المال المقدر عن ملك منافع معينة⁽²⁾.

2 - تعريف الحضانة: الحضانة لها معنى في اللغة، وآخر في الاصطلاح:

أ - الحضانة في اللغة: تستعمل في معنيين:

أحدهما: جعل الشيء في ناحية، يقال: حَضَنَ الرجل الشيء، أي: اعتزله فجعله في ناحية منه.

والثاني: الضم إلى الجنب، يقال: حَضَنْتَهُ واحْتَضَنْتَهُ إذا ضمته إلى جنبك، والحَضْنُ: الجنب، فحضانة الأم ولدها: هي ضمها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه من أبيه؛ ليكون عندها، فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه⁽³⁾.

(1) ينظر: لسان العرب لابن منظور: 31/1، مادة: «أجر»..

(2) ينظر: طلبه الطلبة للنسفي: 261.

(3) ينظر: لسان العرب لابن منظور 911/9، مادة: «حضان».

ب - الحضانة في الاصطلاح: هي حفظ الولد في مبيته ومؤنه وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه⁽¹⁾.

3 - تعريف أجره الحضانة:

بعد معرفة معنى كلمة الأجر وكلمة الحضانة يمكن أن نخلص إلى تعريفهما بشكل مركب بأنها: البذل الذي ينتقاه القائم بأمر الحضانة كعوض عن قيامه بخدمة الطفل والقيام بشؤونه من حفظ وإمساك وغسل وغيرها، وكذلك عن قيامه بتفريغ نفسه لرعاية المحضون وتعهده.

ثانياً: الحكمة من أجره الحضانة:

من التعريف السابق لأجره الحضانة يمكن استخلاص الحكمة من مشروعيتها، وذلك في جملة من النقاط على النحو التالي:

- إن أجره الحضانة هي عوض مالي عن القيام بعمل، وهو رعاية الطفل وتعهده.
- إن الحاضن قد فرغ نفسه لرعاية المحضون وتعهده، فاستحق الأجرة، وإلا فإنه سيضطر إلى البحث عن أسباب عيشه، وهذه بدوره سيكون على حساب مصلحة الصغير وحسن القيام بأمره.
- إن الحاضن يقوم بأمر جليل لولاه للحق الطفل عناء عظيم ربما أدى إلى هلاكه؛ لذا استحق أجره.
- إن الحاضن يصرف زمناً في شؤون المحضون⁽²⁾.

(1) ينظر: حاشية ابن عابدين 555/3، ومواهب الجليل للحطاب 593/5، والحاوي للموردي 507/11، والأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدري باشا، مع شرحه للإبياني 955/2.

(2) ينظر: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدري باشا، مع شرحه للإبياني 976-974/2.

ثالثاً: تمييز أجره الحضانة عن غيرها من المصطلحات المتداخلة معها:

هناك بعض المصطلحات المتداخلة مع مصطلح أجره الحضانة، إلا أنها تتميز عنها، وهي: نفقة الصغير، وأجره الرضاع⁽¹⁾.

فنفقة الصغير: هي كل ما يحتاجه من طعام وكسوة وعلاج وغيرها من مشتملات النفقة، وهي غير أجره الحضانة، فنفقة الصغير هي حق خالص للصغير، تقبضها الحاضنة من الأب، وليس للأب أن يقول للحاضنة: ابعتيه ليأكل عندي ثم يعود لك؛ لما فيه من الضرر بالطفل والإخلال بصيانتته، وليس لها موافقته على ذلك⁽²⁾.

وأجره الرضاع: هي العوض الذي تتلقاه المرأة لقاء قيامها بإرضاع الصغير خلال مدة الحولين، فهي حق خالص للرضعة⁽³⁾، وهي غير أجره الحضانة⁽⁴⁾: فأجره الحضانة تستحق مقابل القيام بشؤون الصغير، أما أجره الرضاعة فتستحق مقابل الإرضاع.

وتتشارك هذه المصطلحات الثلاثة في أن الملزم بها هو الصغير نفسه إذا كان له مال، وإلا فإنها تكون على الأب.

(1) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم 222/4، والأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قنري باشا، مع شرحه للإباني 974/2.

(2) ينظر: الفقه المالكي وأدلته للحبيب بن طاهر 299/4.

(3) ينظر: حاشية ابن عابدين 561/3.

(4) ينظر: الفتاوى الهندية 543/1، والأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قنري باشا، مع شرحه للإباني 974/2.

المطلب الثاني

أحقية الحاضن لأجرة على الحضانة

أولاً: أحقية الحاضن لأجرة على الحضانة في الفقه الإسلامي:

1 - مذهب الحنفية:

حضانة الصغير قد تكون من قبل أمه، فهي التي تتولى أعمال الحضانة، وقد تكون الحضانة من قبل غير أمه.

الحالة الأولى: الحاضن هو الأم:

فإذا كانت الحاضنة هي الأم فقد تكون زوجة أو معتدة لأبي ولدها المحضون، وقد تكون أجنبية عنه؛ لطلاقها منه.

فإذا كانت الحاضنة هي الأم وهي زوجة لأبي المحضون، فإنها لا تستحق أجرة عن الحضانة؛ لوجوب الحضانة عليها ديانة؛ نظراً لقيام النكاح؛ ولأن أجرة الحضانة لها شبه بالنفقة، والزوجة لها النفقة على زوجها، فلا معنى لجمعها بين نفقتين.

وإذا كانت الحاضنة هي الأم وهي معتدة لأبي المحضون من طلاق رجعي فإنها لا تستحق أجرة عن الحضانة؛ لوجوب الحضانة عليها ديانة؛ نظراً لاعتبار النكاح قائماً في عدة الطلاق الرجعي؛ ولأنها مستحقة للنفقة.

وإذا كانت الحاضنة هي الأم وهي معتدة لأبي المحضون من طلاق بائن ولم تتقضي عدتها منه، فهناك قولان في المذهب:

القول الأول: إنه لا تجب لها في هذه الحالة أجرة الحضانة؛ وذلك لأن لها نفقة عدة على أبي الصغير، فلا تجمع بين النفقة وأجرة الحضانة. وهذا القول عليه الفتوى في المذهب.

القول الثاني: إن لها أجره الحضانة؛ لأن زوجيتها قد زالت بمجرد الطلاق البائن فكأنها أجنبية منه. قال الإيباني: والعمل الآن على هذا، وحينئذ فيمكن أن تأخذ المرأة من الرجل ثلاث مراتب: نفقة العدة، وأجره الرضاع، وأجره الحضانة⁽¹⁾. وإذا كانت الحاضنة هي الأم ولكنها طلقت من أبيه وانقضت عدتها منه، ففي هذه الحالة تستحق أجره الحضانة اتفاقاً، سواء أكان طلاقها الذي انقضت عدتها منه رجعيًا أم بائنًا؛ لأن زوجيتها قد زالت فكأنها أجنبية منه.

الحالة الثانية: الحاضن غير الأم:

إذا كان حاضن الصغير أو الصغيرة غير أمه فإنها تستحق أجره على حضانتها بكل حال، سواء أكانت قريبة لأبيه أم لم تكن⁽²⁾.

هذه هي الحالات التي تستحق فيها الحاضنة أجره، والحالات التي لا تستحق فيها أجره وفقاً لمذهب الحنفية. ولكن قد يحدث أمران:

الأمر الأول: أن تكون الحاضنة تستحق الأجره وفي نفس الوقت توجد حاضنة أخرى مستعدة للقيام بالحضانة بدون أجره، أي: مستعدة للتبرع بالحضانة، فما هو الحكم في هذه الحالة؟

الأمر الثاني: أن تجبر الحاضنة على الحضانة، فهل تستحق الأجره مع الإيجاب؟ فيما يلي الإجابة عن هذين السؤالين:

الأول: حكم التبرع بالحضانة:

حكم التبرع بالحضانة يكون على النحو التالي:

(1) ينظر: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدرى باشا، مع شرحه للإيباني 976/2.

(2) ينظر: الفتاوى الهندية 543/1، وحاشية ابن عابدين 561/3، والأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدرى باشا، مع شرحه للإيباني 974/2-975-976، والمفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم لعبدالكريم زيدان 57/10، والأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية لمحمد محيي الدين عبد الحميد 398.

أ - المتبرع بالحضانة من محارم المحضون:

إذا امتنعت الأم من حضانة ولدها مجاناً، ووجدت متبرعة من محارم الولد المراد حضانتها، والمتبرعة أهل للحضانة، فالحكم يكون وفقاً للحالات التالية:

الحالة الأولى: إذا كان الولد وأبوه فقيرين: فيقال للأم: أما أن تحضنيه مجاناً، وإما أن تسلميه للمتبرعة لتقوم هي بحضانتها مجاناً.

الحالة الثانية: إذا كان الأب موسراً والولد فقيراً: فالحكم في هذه الحالة أن يسلم الولد للأم لتحضنه بأجر المثل؛ لأن في حضانتها نفعاً له ولا ضرر على الأب في دفع أجر المثل؛ ليساره.

الحالة الثالثة: إذا كان الأب فقيراً والولد غنياً.

الحالة الرابعة: إذا كان الأب غنياً والولد غنياً.

اختلف في حكم هاتين الحالتين الإمام أبو حنيفة وصاحبه:

فقال الإمام أبو حنيفة: تخير الأم بين إمساك الولد وحضانتها مجاناً، وبين تسليمه للمتبرعة التي هي أهل للحضانة؛ لأن الأجرة في هاتين الحالتين تجب في مال الصغير المحضون، وبما أنه ينبغي المحافظة على مال الصغير ولا يصرف إلا لحاجة، والحاجة إلى التربية قد اندفعت بوجود المتبرعة، فلا يدفع إلى الأم شيء من مال الولد، بل تخير الأم كما تقدم؛ مراعاة لمصلحته المالية، والأم وإن كانت أشفق وأحن عليه من غيرها إلا أن تطلعها إلى مال ولدها يوجب سوء الظن بها والشك في شفقتها على أن المتبرعة هي أيضاً شفوقة عليه لما؛ رحم محرم، وقال صاحبان أبو يوسف ومحمد: يسلم الولد إلى الأم تحضنه بأجر المثل ولو من مال الولد الصغير؛ لأن الأم أكثر شفقة عليه من غيرها وأصبر على تربيته وخدمته، والنظر إلى مصلحة تربيته أولى من النظر إلى مصلحته المالية بحفظ ماله بعدم دفع أجر الحضانة من ماله.

قال الإيباني: وكل من القولين مصحح، فينظر القاضي في ذلك: فإن كانت الأم فقيرة محتاجة إلى الأجرة عمل بقول الصاحبين، وإن علم أنها طامعة في مال ابنها مع إنها موسرة حكم بقول أبي حنيفة⁽¹⁾.

ب - المتبرع بالحضانة أجنبي من المحضون:

إذا كان المتبرع بالحضانة أجنبي من المحضون أو بحكم الأجنبي بأن لا يكون من محارمه، فإن الولد يدفع إلى أمه تحتضنه بأجر المثل ولو من مال الولد المحضون إن كان له مال، ولا يدفع إلى الأجنبي المتبرع بحضانتها مجاناً⁽²⁾.

الثاني: الإيجار على الحضانة:

متى استحققت الحاضنة الأجرة فهي لها وإن أجبرت على الصحيح؛ لأن الإيجار على القيام بعمل لا ينافي استحقاق الأجرة له، فإن الإلزام لأجل دفع الضرر الذي كان يحصل لو لم تضمه إليها، وفي هذا من أولوية استحقاقها للأجرة ما لا يخفى؛ لأنها قامت بأمر جليل لولاه للحق الصبي عناء عظيم ربما أدى إلى هلاك نفسه، ولذلك نظائر، منها:

- لو استأجر سفينة يوماً مثلاً وانقضت المدة في وسط البحر، فإن الملاح يجبر على بقاء السفينة مع المستأجر حتى يصل إلى الشط.
- لو استأجر دابة عشر ساعات ليمر بها من المفازة، وانتهت المدة قبل إتمام المرور منها، فيلزم صاحب الدابة أن يبقها مع المستأجر إلى أن يصل إلى مكان آمن يمكنه أن يصل منه إلى محل إقامته.

ففي المسألتين مع كونهما يجبران على ذلك يستحقان أجر المثل اتفاقاً.

(1) ينظر: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدرى باشا، مع شرحه للإيباني 978/2.

(2) ينظر: الفتاوى الهندية 543/1، وحاشية ابن عابدين 562/3، والأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدرى باشا، مع شرحه للإيباني 977/2، والمفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم لعبد الكريم زيدان 59/10.

وكذا الحكم في الظئر التي تعود الطفل على ثديها ولم يقبل ثدي غيرها، فإنها تجبر على إرضاعه بأجر المثل بلا خلاف. وقال بعضهم: إن الحاضنة إذا أجبرت على الحضانة لا تستحق الأجرة؛ لأنها قامت بأمر واجب عليها شرعا. قال الإبياني: والأول أولى؛ لقوة دليبه⁽¹⁾.

2 - مذهب المالكية:

ليس للحاضنة أجرة في نظير الحضانة، وليس لها أن تنفق على نفسها من نفقة الولد لأجل حضانتها، وهذا هو قول مالك الذي رجع إليه. وأخذ به ابن القاسم بعد أن كان يقول: ينفق عليها من مال المحضون، نعم إن كانت الحاضنة أمًّا له معسرة، فلها النفقة على نفسها من ماله؛ لعسرها لا للحضانة⁽²⁾.

وهذا الحكم بناء على أن الحضانة حق للحاضن. ووجه ذلك: أن الحاضنة قد وصلت إلى حقها بضم المحضون إليها، ولا يستقيم أن تأخذ مع ذلك أجرة؛ لأن ذلك زيادة على حقها، وهو باطل.

وعلى القول بأن الحضانة حق للمحضون: فيجب للحاضنة أجرة، ويكون الحق له عليها إنما هو أن تحضنه بأجرة.

ودليل القول بأن الأم إذا كانت معسرة أن تنفق على نفسها من مال ولدها: حديث هند أنها قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال ﷺ: **(خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)**⁽³⁾. ووجه الاستدلال: أنه يؤخذ من الحديث جواز أن

(1) ينظر: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدري باشا، مع شرحه للإبياني 976/2.

(2) ينظر: منح الجليل لعليش 432/4، وشرح الخرشي على مختصر سيدي خلي 219/4.

(3) رواه البخاري. (صحيح البخاري 2052/5، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ من غير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، حديث رقم 5049).

يأخذ الإنسان لنفسه ما يجب له بالحكم، فقد أباح النبي ﷺ له أن تأخذ من مال زوجها بغير إذنه ما يجب لها فيه ولولدها من حق.

وأما إذا كانت الأم غير معسرة فلا يجوز لها، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾⁽¹⁾.

والظاهر أن الحاضنة إذا لم تكن أماً للمحضون ولم يوجد له حاضن غيرها وكانت فقيرة، يقضى لها بالإفناق من مال المحضون أو مال أبيه إن لم يكن للمحضون مالا؛ لتوقف مصالح المحضون من رعاية وتعهد على ذلك⁽²⁾.

3 - مذهب الشافعية:

إن الحاضنة تستحق الأجرة على حضانتها ولو كانت أماً. قال الشربيني: (وتصح الإجارة ولو من زوج لحضانة امرأة لولد وإرضاع له معا وإلحدهما فقط، أما الحضانة؛ فلأنها نوع خدمة، وأما الإرضاع؛ فلقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمُّوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَسُتْرُوعٌ لَهُ أُخْرَى﴾⁽³⁾، وإذا جاز الاستئجار على الإرضاع وحده فله مع الحضانة أولى، فالحاجة داعية إلى ذلك⁽⁴⁾.

وقال الأنصاري: (ومؤنة الحضانة في ماله ثم على الأب؛ لأنها من أسباب الكفالة كالنفقة، فتجب على من تلزمه نفقته)⁽⁵⁾.

(1) سورة النساء، الآية: 6.

(2) ينظر: منح الجليل 4/432، وحاشية العدوي 5/420، والمفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم لعبد الكريم زيدان 10/61، والفقهاء المالكي وأدلته للحبيب بن طاهر 4/299.

(3) سورة الطلاق، الآية: 6.

(4) مغني المحتاج للشربيني 2/443.

(5) أسنى المطالب للأنصاري 3/447، وينظر: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم لعبد الكريم زيدان 10/60.

4 - مذهب الحنابلة:

إن الحاضنة تستحق الأجرة على حضانتها ولو كانت أمًا، قال البهوتي: «فأحق الناس بحضانتها أمه، فنقدم ولو بأجرة مثلها مع متبرعة كرضاع، فهي - أي: الأم - أحق بحضانتها»⁽¹⁾.

ومعنى ذلك: أنها تستحق الأجرة على حضانة الولد، ويبدو أن لها الأجرة على حضانتها حال قيام الزوجية وبعدها؛ قياساً على ما قالوه في الرضاعة، وأن للأم أن تطلب الأجرة على ذلك وإن وجدت المتبرعة بإرضاعه، وسواء ذلك حال قيام الزوجية وبعدها، فقد قالوا: (لا يمنع الأب أم الرضيع من رضاعه إذا طلبت ذلك، وإن طلبت أجرة مثلها ووجد الأب من يتبرع له برضاعه. فهي - أي الأم - أحق سواء كانت في حبال الزوجية أو مطلقة؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِيَ الرِّضَاعَةَ﴾⁽²⁾، وهو خبر يراد به الأمر، وهو عام في كل والد؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾⁽³⁾؛ ولأنها أشفق وأحق بالحضانة)⁽⁴⁾.

وإذا كانت الأم تستحق أجرة الحضانة على حضانة ولدها فغيرها في هذا الاستحقاق أولى⁽⁵⁾.

ولو استؤجرت امرأة للرضاع والحضانة لزمها بالعقد، وإن استؤجرت للرضاع وأطلق العقد لزمها الحضانة تبعاً للرضاع، وقيل: لا يلزمها سوى الرضاع، وإن استؤجرت للحضانة وأطلق العقد لم يلزمها الرضاع⁽⁶⁾.

(1) ينظر: كشف القناع للبهوتي 433/5.

(2) سورة البقرة، الآية: 233.

(3) سورة الطلاق، الآية: 6.

(4) ينظر: كشف القناع للبهوتي 433/5.

(5) ينظر: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم لعبد الكريم زيدان 62/10.

(6) ينظر: كشف القناع للبهوتي 434/4.

بعد استعراض موقف المذاهب الأربعة من مسألة متى يستحق الحاضن أجره على الحضانة، يتبين أن ذلك ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن الحاضنة لها الحق في طلب أجره على الحضانة مطلقاً، سواء أكانت الحاضنة أمّاً أم غيرها؛ لأن الحضانة غير واجبة على الأم، ولو امتنعت من الحضانة لم تجبر عليها في الجملة. وهذا هو قول الشافعية والحنابلة.

القول الثاني: إنه لا أجره على الحضانة. وهذا قول المالكية.

القول الثالث: يفصل:

إذا كانت الحاضنة أمّاً في عصمة أبي المحضون أو معتدة رجعيًا منه فلا تستحق أجره على الحضانة؛ لوجوب ذلك عليها ديانة، وهو رواية أيضاً في المعتدة من طلاق بائن.

وإن كانت الحاضنة غير الأم أو كانت أمّاً مطلقة وانقضت عدتها أو في عدة الطلاق البائن في رواية فإنها تستحق الأجره.

هذا ما لم توجد متبرعة، فإن وجدت متبرعة بالحضانة:

فإن كانت غير محرم للمحضون فإن الأم تقدم عليها ولو طلبت أجراً. وإن كانت المتبرعة محرماً للمحضون، فإنه يقال للأم: إما أن تمسكيه مجاناً، وإما أن تدفعيه للمتبرعة. لكن هذا مقيد بقيدتين:

الأول: إيسار الأب سواء أكان للصغير مال أم لا.

الثاني: يسار الأب مع وجود مال للصغير؛ صونا لمال الصغير؛ لأنها في هذه الحالة تكون في مال الصغير.

فإن كان الأب موسراً ولا مال للصغير، فتقدم الأم وإن طلبت الأجره؛ نظراً للصغير. وهذا هو مذهب الحنفية⁽¹⁾.

(1) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية 311/17.

ثانيا: أحقية الحاضن لأجرة على الحضانة في القانون الأردني:

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم: (36) لسنة: 2010م في المادة: (178/ج) على أنه: (لا تستحق الأم أجره الحضانة حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي).

ومن هذا النص تتبين الأحكام التالية:

- عدم استحقاق الأم لأجرة الحضانة ما دام لها حكم الزوجة؛ لأنها إذا كانت زوجة لأبي الطفل المحضون أو معتدة له من طلاق رجعي فهي تستحق النفقة على أبي الصغير، فلا تستحق عليه نفقة أخرى مقابل الحضانة، كما أن الحضانة في هذه الحالة واجب عليها ديانة كالرضاع فلا تستحق عليها أجرا.
- أما بعد انقضاء عدة الطلاق الرجعي فتستحق الأم أجره على الحضانة؛ لأنها أجره على عمل.

- إن الأم المعتدة من طلاق بائن أو من وفاة تستحق أجره الحضانة.
- إن الحاضنة غير الأم تستحق أجره على الحضانة.

وبذلك يكون القانون الأردني قد أخذ بمذهب جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة في أن للحاضن الحق في أخذ أجره على حضانتها، وأنه استثنى ما استثناه الحنفية، وهي الأم التي على الزوجية حقيقة أو حكما، فهي لا تستحق الأجرة على حضانتها⁽¹⁾.

المبحث الثاني

الأحكام المنظمة لأجرة الحضانة

يتضمن هذا المبحث الحديث عن الأحكام التي تنظم أجره الحضانة من حيث: تقدير هذه الأجرة، ومشمولاتها، والملزم بدفعها، والوقت الذي تستحق فيه، وذلك في مطلبين:

(1) ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية للسرطاوي 379.

المطلب الأول

تقدير أجره الحضانة والملزم بدفعها

أولاً: تقدير أجره الحضانة:

مقدار أجره الحضانة يتم تحديده بالطرق التالية:

1 - الاتفاق:

قد يتم تحديد مقدار أجره الحضانة عن طريق الاتفاق، فإذا اتفق الحاضن والمكلف بأجره الحضانة على مقدار معين كأجره للحضانة فإن هذا المقدار المعين في الاتفاق هو المقدار المستحق للحاضن والذي يلزم المكلف بأجره الحضانة بأدائه؛ لأن العقد شريعة المتعاقدين.

2 - أجره المثل:

إذا لم يتم الاتفاق بين الحاضن والمكلف بأجره الحضانة على مقدار معين كأجره للحضانة، ففي هذه الحالة يصار إلى أجره المثل، فننظر إلى المقدار الذي تأخذه مثيلاتها من الحاضنات، فيكون هذا المقدار هو المستحق كأجره للحاضنة.

3 - حكم القضاء:

في حالة عدم وجود اتفاق بين المكلف بأجره الحضانة والحاضن على مقدار معين كأجره للحضانة يصار إلى أجره المثل، لكن قد يحدث نزاع بين المكلف بأجره الحضانة والحاضن في مقدار أجره المثل، كأن يقول المكلف بأجره الحاضنة: إن مقدارها كبير يزيد على مقدرتها وسعته، أو يقول الحاضن: مقدارها قليل لا يوفي ما يقوم به من عمل. فما الحكم في هذه الحالة؟

في هذه الحالة يكون القضاء هو المرجع في حل هذا النزاع، فالقضاء هو الذي يحدد مقدار أجره الحضانة المستحق، ويكون حكمه ملزم للجميع بما فيهم طرفي النزاع، ويراعي القضاء في حكمه المتضمن تحديد مقدار أجره الحضانة الاعتبارية التالية:

أ - الأمثال، بمعنى أن ينظر القاضي عند حكمه إلى المبلغ الذي تأخذه مثيلاتها من الحاضنات.

ب - حال ومقدرة المكلف بأجرة الحضانة، فقد يكون المكلف بأجرة الحضانة في حالة صحية غير جيدة تمنعه من العمل، وقد يكون فقيراً بالكاد يتحصل على قوته، وفي المقابل قد يكون صحيحاً قادر على الكسب والعمل، وقد يكون غنياً ميسور الحال.

فهذه الأمور يراعيها القاضي في تقديره لأجرة الحضانة، حتى يكون حكمه متضمناً للعدالة التي أمرنا الله تعالى بها⁽¹⁾.

وقد أشار قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010م في المادة (178/أ) إلى كيفية تقدير أجرة الحضانة بنصه: (أجرة الحضانة على المكلف بنفقة المحضون، وتقدر بأجرة مثل الحاضنة على أن لا تزيد على قدرة المنفق، ويحكم بها من تاريخ الطلب، وتستمر إلى إتمام المحضون سن الثانية عشرة من عمره).

كما نص في المادة (179): (تفرض أجرة مسكن الحاضنة حسب قدرة المنفق يسراً وعسراً من تاريخ الطلب).

ثانياً: مشتملات أجرة الحضانة:

عرفنا فيما سبق بأن أجرة الحضانة هي البديل الذي يتلقاه القائم بأمر الحضانة كعوض عن قيامه بخدمة الطفل والقيام بشؤونه من حفظ وإمساك وغسل وغيرها، وكذلك عن قيامه بتفريغ نفسه لرعاية المحضون وتعهده. وهذا

(1) ينظر: في هذا الموضوع: البحر الرائق لابن نجيم 222/4، وحاشية ابن عابدين 562/3، والأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدري باشا، مع شرحه للإيباني 976/2، ونظام الأسرة في الإسلام للدكتور محمد عقلة 383/3، والأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد عبد الحميد 399، والشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني للدكتور أحمد ملحم 240، وشرح قانون الأحوال الشخصية للسرطاوي 380.

البدل يكون في العادة مبلغ من المال، وقد يكون هذا البدل شيئاً آخر غير المال كتقديم خدمة، مثال ذلك: أن يكون المكلف بأجرة الحضانة محامي، فيتعهد بالدفاع والترافع عن الحاضن في قضية معينة، ومتى تصالحا على ذلك لزم المكلف بأجرة الحضانة دفع هذا البدل.

وهذا البدل المستحق كأجرة للحضانة يكون للحاضن حق التصرف فيه وفقاً لمتطلباته المعيشية المتعددة، من مأكّل وكسوة وغيرها.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: أن الحاضن قد لا يكون له مسكن يمسك فيه المحضون بل يسكن عند أحد محارمه، وقد يكون المحضون بحاجة إلى خادم يخدمه، فهل أجرة الحضانة تكون شاملة لأجرة المسكن والخادم؟ نص الحنفية على أنه: (إذا لم يكن للحاضنة مسكن مملوك لها تحضن فيه الصغير، كان لها أن تطالب المكلف بالنفقة على الصغير بواحد من أمرين: الأول: أن يؤجر لها مسكناً تقيم فيه هي والصغير المحضون. الثاني: أن يعطيها أجرة مسكن وهي تكتري لنفسها مسكناً تقيم فيه هي والصغير).

ونص ابن حجر الهيتمي الشافعي: (الأم الحاضنة إن كانت في عصمة الزوج الأب، فالإسكان عليه، وإلا فليس لها إلا أجرة الحضانة، فتستأجر منها مسكناً إن شاءت، ولا تسقط حضانتها بعدم ملكها أو نحوه لمسكن)⁽¹⁾. كما نص الحنفية والمالكية والشافعية على أنه: (إذا كان القيام بشؤون الصغير المحضون يحتاج إلى خادم، وكان الملزم بالنفقة على الصغير موسراً كان للحاضنة أن تطالب الملزم بالنفقة عليه بواحد من أمرين: الأول: أن يؤجر لها خادم يقوم بشؤون المحضون.

(1) ينظر: الفتاوى الفقهية الكبرى 216/4.

الثاني: أن يعطيها أجره خادم لتؤجره هي⁽¹⁾.

وقال ابن وهب: (لا خدمة عليه، وبهذا قضى أبو بكر على عمر رضي الله عنه)⁽²⁾.

ونص المالكية على أنه: يجب للحاضنة السكنى بالاجتهاد فيما يخصها ويخص الولد، بأن يوزعها الحاكم أو غيره عليهما، فيجعل نصف أجره المسكن – مثلا – في مال المحضون أو أبيه ونصفها على الحاضنة، أو ثلثها في مال المحضون أو أبيه وثلثها على الحاضنة أو بالعكس⁽³⁾.

من هذين النصين يتبين لنا الآتي:

- إن الحنفية يجعلون أجره الحضانة شاملة لأجرة المسكن إذا لم يكن للحاضن مسكن، وكذلك شاملة لأجرة الخادم إذا كان المحضون بحاجة إلى خادم وكان المكلف بالنفقة على المحضون موسرا.
- إن الشافعية يجعلون أجره الحضانة شاملة لأجرة الخادم إذا كان المحضون بحاجة إلى خادم وكان المكلف بالنفقة على المحضون موسرا.
- إن المالكية رغم أنهم يقولون: إن الحاضن لا يستحق الأجرة على الحضانة، إلا أنهم يقررون أنه يجب للحاضن السكنى، بمعنى توفير سكن أو أجره سكن له وللمحضون.

ويقرون أيضا: أن أجره السكن جزء منها مكلف بها الملزم بالنفقة على المحضون والجزء الآخر يتحمله الحاضن وذلك وفقا لاجتهاد القاضي، بمعنى: كأنهم يجعلون منافع سكنى الحاضن عليه، ومنافع سكنى الصغير المحضون على الملزم بالنفقة على المحضون.

(1) ينظر: حاشية ابن عابدين 562/3، ومنح الجليل لعليش 432/4، والأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدرى باشا 975/2، والمفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم لعبد الكريم زيدان 58/10، والأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد عبد الحميد 399.

(2) ينظر: منح الجليل لعليش 432/4.

(3) ينظر: الفقه المالكي وأدلته للحبيب بن طاهر 299/4.

أما موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة: 2010م فقد نص في المادة: (178) على أنه: (تستحق الحاضنة أجره مسكن لحضانة المحضون على المكلف بنفقته ما لم يكن لها أو للصغير مسكن يمكنها أن تحضنه فيه).

ثالثاً: المكلف بدفع أجره الحضانة:

- إن المكلف بدفع أجره الحضانة هو الأصناف التالية على الترتيب، وهي:
- المحضون، بشرط أن يكون له مال، كأن يكون قد ورث مالا عن غيره؛ لأن الأصل هو أن تكون نفقة الإنسان من ماله.
- وإذا تبرع والد المحضون بدفع الأجره مع يسر ولده، جاز ذلك، وليس له أن يرجع على الولد بعد ذلك.
- والد المحضون، فإذا لم يكن للمحضون مال ففي هذه الحالة يكون المكلف بدفع أجره الحضانة هو والد المحضون بشرط أن يكون موسراً قادراً على دفع أجره الحضانة؛ لأنها من أسباب الكفالة كالنفقة فتجب على من تلزمه نفقته.
- المكلف بالنفقة على المحضون عند عدم الأب، فإذا كان والد المحضون معسراً عاجزاً عن دفع أجره الحضانة ففي هذه الحالة يعتبر الأب كأنه غير موجود وتقرض أجره الحضانة على من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم الأب⁽¹⁾.
- بيت مال المسلمين، فإذا كان المحضون معسراً، ولم يكن لديه أحد من أقاربه يتولى النفقة عليه، فإن واجب تحقيق العدل والإحسان يقتضي أن تكون أجره الحضانة في

(1) ينظر: حاشية ابن عابدين 562/3، وأسنى المطالب 447/3، والأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدري 974/2، والمفصل في أحكام المرأة لعبد الكريم زيدان 58/10، ونظام الأسرة في الإسلام للدكتور محمد عقلة 383/3، والشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني للدكتور أحمد ملحم 240، وشرح قانون الأحوال الشخصية للسرطاوي 380.

بيت مال المسلمين، أي: خزانة الدولة؛ باعتبار أنه فرد من أفراد المسلمين، ووجوب رعايته وحفظه وتعهده يستلزم ذلك⁽¹⁾.

المطلب الثاني

تاريخ استحقاق أجره الحضانة

أولاً: تاريخ بداية استحقاق أجره الحضانة:

تاريخ استحقاق أجره الحضانة: هو الوقت الذي يكون فيه من حق الحاضنة المطالبة بأجرتها، ويكون فيه المكلف بأجرة الحضانة ملزم بأدائها.

وهذا التاريخ قد يكون: تاريخ القيام بالحضانة، أو تاريخ الاتفاق على أجره الحضانة، أو تاريخ الحكم بأجرة الحضانة، وذلك على النحو التالي:

- تاريخ القيام بالحضانة: إذا كان الحاضن هو الأم فإنها تستحق أجرتها على الحضانة من وقت قيامها بفعل الحضانة من غير توقف على تراض أو قضاء، **والعلة في هذه الحكم:** هو أن شفقة الأم ورحمتها لا تحملها على القيام بفعل الحضانة إلى حين الاتفاق أو الحكم لها بالأجرة، بل ستحملها هذه الشفقة والرحمة على قيام بالحضانة قبل ذلك، بل قد تقوم بها ولو لم تحصل على أجره أصلاً.
- تاريخ الاتفاق على أجره الحضانة: إذا كان الحاضن غير الأم وكان تحديد أجره الحضانة قد تم بموجب الاتفاق، فإن تاريخ هذا الاتفاق يكون هو الوقت الذي تستحق فيه هذه الأجرة؛ لأن العقد شريعة المتعاقدين.
- تاريخ الحكم القضائي بأجرة الحضانة: إذا كان الحاضن غير الأم وكان تحديد أجره الحضانة قد تم بموجب حكم القاضي، فإن تاريخ هذا الحكم يكون هو الوقت الذي تستحق فيه أجره الحضانة⁽²⁾.

وقد أشار قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010م في

(1) ينظر: أسنى المطالب للأصاري 448/3.

(2) ينظر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد عبد الحميد 399، والشرح

التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني للدكتور أحمد ملحم 241.

المادة (178/أ) إلى تاريخ استحقاق أجره الحضانة بنصه: (أجرة الحضانة على المكلف بنفقة المحضون، وتقدر بأجرة مثل الحاضنة، على أن لا تزيد على قدرة المنفق، ويحكم بها من تاريخ الطلب، وتستمر إلى إتمام المحضون سن الثانية عشرة من عمره).

ثانياً: تاريخ انتهاء أجره الحضانة:

تاريخ انتهاء أجره الحضانة: هو الوقت الذي لا يكون فيه من حق الحاضنة المطالبة بأجرتها ويكون فيه المكلف بأجرة الحضانة غير ملزم بأدائها. وانتهاء الحضانة يكون بأحد الطرق التالية، ومن تاريخه تكون غير مستحقة الأداء، وهذه الطرق هي:

1 - انتهاء الزمن المقدر للحضانة، فإذا انتهت مرحلة الحضانة انتهى تبعاً لذلك استحقاق الحاضن لأجرة الحضانة؛ لأن هذه الأجرة مقررة كبديل عن فعل الحضانة، وقد انتهى، فيستلزم ذلك انتهاء أجرتها. وقد اختلف الفقهاء في مدة انتهاء الحضانة:

فعند الحنفية: الصغير تستمر حضنته حتى يستغني عن النساء، بأن يأكل ويشرب وحده ويلبس وحده ويستجي وحده، وذكر الخشاف: سبع سنين أو ثمان سنين أو نحو ذلك، ومدة حضنة الصغيرة إلى حين بلوغها⁽¹⁾.

وعند المالكية: تستمر الحضانة للذكر للبلوغ، وتستمر حضنة الأنثى للدخول، أي: دخول الزوج بالبنت المحضونة⁽²⁾.

وعند الشافعية: مدة الحضانة إلى بلوغ المحضون ذكراً أو أنثى حدّ التمييز، وسن التمييز عندهم غالباً: سبع سنين أو ثمان تقريباً، وقد يتقدم على

(1) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني 42/4.

(2) ينظر: المعونة للقاضي عبد الوهاب 641/1، والفقهاء المالكي وأدلته للحبيب بن طاهر

السبع وقد يتأخر عن الثمان، والحكم مدار على التمييز لا على السن⁽¹⁾.
وعند الحنابلة: مدة الحضانة إلى بلوغ المحضون سبع سنين⁽²⁾.

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم: (36) لسنة: 2010م فقد نص في المادة: (178/أ) على أن مدة الحضانة إلى بلوغ المحضون ذكراً أو أنثى سن الثانية عشرة من عمره.

2 - سقوط حق الحاضن في الحضانة⁽³⁾، فإذا سقط حق الحضانة عن الحاضن لسبب من الأسباب المسقطة لحق الحضانة، كأن يصاب بعجز يمنعه من الحركة وبالتالي لا يستطيع رعاية المحضون، أو يتضح أنه غير أمين لارتكابه جريمة بيع المواد المخدرة، أو أن يسافر بالمحضون خارج البلاد بدون إذن وليه، وغيرها من الأسباب، ففي هذه الحالة يقسط حق الحاضن في الحضانة ويسقط تبعاً لذلك حقه في استحقاق الأجرة.

ومما ينبغي ملاحظته هنا هو أن أجرة الحضانة ينتهي استحقاقها من قبل من سقط عنه حق الحضانة وتصبح من حق من تولى أمر الحضانة.

الخاتمة

بعد هذا البحث الموجز لموضوع أجرة الحضانة يمكن استخلاص النتائج التالية:

- أجرة الحضانة هي البديل الذي يتلقاه القائم بأمر الحضانة كعوض عن قيامه بخدمة الطفل والقيام بشؤونه وكذلك عن تفرغه لرعاية المحضون وتعهده.

(1) ينظر: أسنى المطالب للأنصاري 450/3.

(2) ينظر: كشاف القناع للبهوتي 437/4.

(3) ينظر: بشأن شروط حق الحضانة وأسباب سقوطها المصادر التالية حاشية ابن عابدين 557/3، والمعونة للقاضي عبدالوهاب 641/1، وأسنى المطالب للأنصاري 448/3، وكشاف القناع للبهوتي 435/4، والمفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم لعبد الكريم زيدان 30/10، ونظام الأسرة في الإسلام للدكتور محمد عقله 357/3، وشرح قانون الأحوال الشخصية الأردني للسرطاوي 373، والفقهاء المالكي وأدلته للحبيب بن طاهر 290/4.

- أجره الحضانة تتميز عن نفقة الصغير وأجره الرضاع.
 - جمهور الفقهاء يرون أن للحاضن الحق في أخذ أجره على حضانته، واستثنى الحنفية الأم التي على الزوجية حقيقة أو حكماً، وبهذا أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني.
 - أجره الحضانة تقدر بالاتفاق أو بأجره المثل أو بحكم القاضي.
 - أجره الحضانة تشمل أجره المسكن إذا لم يكن للحاضن أو المحضون مسكن.
 - المكلف يدفع أجره الحضانة هو المحضون نفسه إذا كان له مال، وإلا والده بشرط أن يكون موسراً، وإلا المكلف بالنفقة على المحضون عند عدم الأب.
 - تاريخ بدء استحقاق أجره الحضانة هو تاريخ القيام بالحضانة بالفعل إذا كان الحاضن هو الأم، أما إذا كان الحاضن غير الأم فقد يكون تاريخ الاتفاق أو تاريخ الحكم القضائي.
- أما تاريخ انتهاء استحقاق أجره الحضانة فهو تاريخ انتهاء مدة الحضانة، وقد اختلف الفقهاء بشأنها، وقد نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنها تنتهي ببلوغ المحضون سن الثانية عشرة من عمره.

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.
- الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، محمد قدري باشا، وشرحه لمحمد زيد الإيباني، مع ملحق قوانين الأحوال الشخصية العربية، تحقيق: محمد أحمد سراج، وعلي جمعة، دار السلام، الطبعة الثانية، 2009م.
- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى، محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1984م.
- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري، تحقيق: محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2000م.
- البحر الرائق، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982م.
- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، 2000م.
- حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، علي بن أحمد الصعدي والعدوي، مطبعة الخامجي، الطبعة الأولى، 1989م.
- الحاوي في فقه الشافعي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد البصري البغدادي المعروف بالماوردي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1994م.
- الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني، الدكتور أحمد سالم ملحم، مكتبة الرسالة الحديثة، الأردن، الطبعة الأولى، 1998م.
- شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل، محمد بن عبد الله الخرشي، دار الفكر، بيروت.

- شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، الدكتور محمود علي السرطاوي، دار الفكر، الأردن، الطبعة الثالثة، 2010م.
- صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، تحقيق: مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، بيروت، الطبعة الثانية، 1987م.
- طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، أبو حفص عمر بن محمد النسفي، ضبط وتعليق وتخريج: خالد عبد الرحمن العك، دار النفائس، بيروت، الطبعة الأولى، 1995م.
- الفتاوى الفقهية الكبرى، أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، دار الفكر.
- الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، جماعة من علماء الهند، دار الفكر، 1991م.
- الفقه المالكي وأدلته، الحبيب بن طاهر، مؤسسة المعارف، بيروت، الطبعة الثانية، 2005م.
- كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: محمد أمين الضناوي، عالم الكتب، بيروت، 1997م.
- لسان العرب، محمد بن مكرم الأفرريقي المعروف بابن منظور، دار المعارف.
- المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب علي بن نصر البغدادي المالكي، تحقيق: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1998م.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، 1997م.
- المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الدكتور عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1993م.
- منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، محمد عيش، دار الفكر، بيروت، 1989م.

- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، 2003م.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف بالكويت، دار الصفاة، مصر، الطبعة الأولى.
- نظام الأسرة في الإسلام، الدكتور محمد عقلة، مكتبة الرسالة الحديثة، الأردن.

أحكام استعمال الماء المتغير

أحمد عثمان المجدوب (*)

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه، وبعد:
فإن الماء ثروة طبيعية وهبها الله ﷻ لخلقهم، وهو عصب الحياة، قال الله ﷻ: ﴿وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ﴾ (1) عليه تقوم الحضارات، على مر العصور؛ لذلك فإن الشريعة الإسلامية التي أحاطت بالإنسان في كل مناحي الحياة أولت هذا الموضوع اهتماماً خاصاً، حيث أرشدت المسلم إلى كيفية المحافظة على هذا الماء من التغيير، وبيان حكم إلقاء القاذورات فيه، وما الطاهر منه وغير الطاهر، وما إلى ذلك من الموضوعات التي سأتناولها بعونه تعالى تحت عنوان: (أحكام استعمال الماء المتغير)؛ وذلك لظهور بعض المسائل السلبية المعاصرة، كأثار مياه الآبار السوداء على مياه آبار الشرب، ومياه البحر، وكتحلية المياه، مما هو بحاجة إلى بيان ما يتعلق به من أحكام، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: التعريف بالماء، والمصطلحات ذات الصلة، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بالماء، لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: التعريف بالمصطلحات ذات الصلة.

المبحث الثاني: استعمال الماء المتغير، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: استعمال الماء المتغير بشيء طاهر.

المطلب الثاني: استعمال الماء المتغير بشيء نجس.

المطلب الثالث: ماء الشرب المتغير بالتحلية الحديثة.

(*) عضو هيئة تدريس، الجامعة الأسمرية زليتن.

(1) سورة الأنبياء، الآية: 30.

المبحث الأول

التعريف بالماء، والمصطلحات ذات الصلة

المطلب الأول

التعريف بالماء، لغةً، واصطلاحاً

أولاً: التعريف بالماء لغةً:

أصل كلمة ماء (مَوَّه)، فأصل الألف واو، وأصل الهمزة هاء، فقلبت الواو ألفاً، لتحركها وانفتاح ما قبلها، فاجتمع حرفان خفيان، فقلبت الهاء همزة، ولم تقلب الألف؛ لأنها أعلت مرة، والعرب لا تجمع على الحرف إعلالين، ولهذا يرد إلى أصله في الجمع والتصغير، فيقال: مياه، ومويه، قال الجوهري: (الماء الذي يشرب، والهمزة فيه مبدلة من الهاء، في موضع اللام، وأصله (مَوَّه) بالتحريك؛ لأنه يجمع على أمواه في القلة، ومياه في الكثرة، مثل: جمل، أجمال، وجمال، والذاهب منه الهاء؛ لأن تصغيره مَوَّيه⁽¹⁾، والنسب إلى الماء: مائي، وماوي، أو ماهي، ويقال: بئر ماهة، وميهة، أي كثيرة الماء، كما يقال (ما) بالقصر أي بدون همزة⁽²⁾.

ثانياً: التعريف بالماء اصطلاحاً:

عرف الفقهاء الماء بعدة تعريفات أذكر منها:

التعريف الأول: الماء: "جوهر لطيف سيال، لا لون له، يتلون بلون إنائه، أو بلون مقابله"⁽³⁾.

(1) الصحاح (موه)، وهناك لقب ماء السماء لعامر بن حارثة الأزدي، سمي بذلك لأنه كان إذا أجذب قومه أعطاهم الماء. المصدر نفسه.

(2) لسان العرب، ابن منظور (موه)، ويلاحظ أن أهل اللغة لم يضعوا تعريفاً للماء، فيما طلعت عليه من المصادر، واكتفوا بقولهم إنه معروف، لعله من أن توضيح الواضحات من المشكلات.

(3) حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير 13/1.

فمعنى (جوهر) أي جسم، ومعنى (لطيف) أي لا يحجب ما وراءه، وذلك لشفافيته فهو لا لون له، أو أنه يتلون بلون إنائه، ومعنى (سيال) أي مائع لا جامد، وذلك كماء المطر، أو ما يذوب من ثلج، وبرد⁽¹⁾.
التعريف الثاني: الماء هو: "الجسم الرقيق المائع، الذي تكون به حياة كل نام"⁽²⁾.

فمعنى المائع: السائل، يقال: ماع الماء والدم ونحوه يميع ميعاً، أي جرى على وجه الأرض جرياً منبسطاً في هيئته⁽³⁾، ومعنى النماء: الزيادة، فكل نام، أي: كل زائد من حيوان، ونبات؛ ليخرج الجمادات⁽⁴⁾، قال تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ﴾⁽⁵⁾، بمعنى أن الله خلق كل شيء من الماء، أو أنه حفظ حياة كل شيء بالماء، أو أنه خلق من ماء الصلب كل شيء حي⁽⁶⁾.

المطلب الثاني

التعريف بالمصطلحات ذات الصلة

هناك بعض المصطلحات التي تتعلق بموضوعنا يحسن التعرف عليها، وهي:

أولاً- الماء المطلق:

ويسمى الماء الطهور أيضاً، ويقصد به غير المقيد بقيد يخرج عن أصل خلقته، مما يضاف إليه، كماء ورد مثلاً، ولا يقصد به مطلق الماء لأن هناك فرقاً

(1) ينظر: المصدر السابق، والكواكب الدرية، محمد جمعة 9، والمجموع، للنووي 13-12/1.

(2) الكلبيات، للكفوي 873.

(3) لسان العرب، مادة (ميع).

(4) ولا يرد عليه أن الماء المالح ليس فيه حياة؛ لأن ذلك عارض والأصل فيه العذوبة؛ لأن أصله من ماء السماء. ينظر: الكلبيات، للكفوي 873، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ابن عابدين 323/1.

(5) سورة الأنبياء، الآية: 30.

(6) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، مجلد6/ج11/248.

بين الماء المطلق، ومطلق الماء، حيث يقتصر في الأول على الماء الطهور فقط في حين يشمل الثاني الطهور وغيره⁽¹⁾، وقد عرفه ابن عرفة أي الماء المطلق بقوله: (ما بقي بصفة أصل خلقه غير مخرج من نبات ولا حيوان ولا مخالط لغيره)⁽²⁾.

وعرفه الجرجاني بأنه: " الماء الذي بقي على أصل خلقته، ولم تخالطه نجاسة، ولم يغلب عليه شيء طاهر"⁽³⁾.

كما عرفه ابن الحاجب بأنه: (الباقى على أصل خلقته)⁽⁴⁾.

ويلاحظ بأن قولهم (أصل خلقته) هي القاسم المشترك بين كل التعريفات، وهي كل صفة خلق الله الماء عليها من حرارة، أو برودة، أو عذوبة، أو ملوحة، أو غيرها، سواء كان الماء نازلاً من السماء، أو نابعاً من الأرض⁽⁵⁾.

أما الشيخ خليل فقد عرفه بقوله: (هو ما يصدق عليه اسم ماء بلا قيد)⁽⁶⁾.

فأخرج بقيد (اسم ماء): الجامدات والمائعات التي لا يصدق عليها اسم ماء، كالسمن والعسل، و(بلا قيد): أي لازم، أخرج نحو: ماء ورد، وماء زهر، حيث لا تذكر إلا مضافة، دون الوصف المنفك، كمااء البحر، وماء البئر⁽⁷⁾؛ لأن إضافته لا تؤثر.

(1) ينظر: الكليات، للكفوي 874.

(2) الحدود مع شرح الرصاع 89/1.

(3) التعريفات 192.

(4) التوضيح لخليل على مختصر ابن الحاجب 5/1.

(5) ينظر: الشرح الكبير مع المغني لابن قدامة 36/1.

(6) الشرح الكبير، للدردير على مختصر خليل 34/1.

(7) المصدر نفسه.

ثانياً: الماء المتغير:

يقال: غيرت الشيء تغييراً، أي أزلت وصفه، أو ذاته عما كان عليه⁽¹⁾، قال الراغب: (والتغيير يقال على وجهين: أحدهما: لتغيير صورة الشيء دون ذاته، يقال: غيرت داري، إذا بنيتها بناءً غير الذي كان، والثاني: لتبديله بغيره، نحو: غيرت غلامي ودابتي إذا أبدلتهما بغيرهما)⁽²⁾، نحو قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ لَمْ يَكُ مُغَيِّرًا نِعْمَةً أَنْعَمَهَا عَلَى قَوْمٍ حَتَّى يُغَيِّرُوا مَا بِأَنْفُسِهِمْ وَأَنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾⁽³⁾، قال القرطبي: (هذا العقاب؛ لأنهم غيروا وبدلوا، ونعمة الله على قريش الخصب والسعة، والأمن والعافية، ﴿أَوْ لَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا وَيُتَخَطَّفُ النَّاسُ مِنْ حَوْلِهِمْ﴾⁽⁴⁾ (5).

ولعل المعنى الأول هو الذي يتناسب مع المعنى الاصطلاحي لتغيير الماء عند الفقهاء، أي أنهم يقصدون بتغيير الماء هو اختلاف إحدى أوصافه: اللون، أو الطعم، أو الريح، أو هو ما يقابل الماء المطلق، وذلك إما بحدوث شيء طراً عليه في ذاته، أو بمخالطة غيره له.

الفرق بين تغيير الماء وتغييره:

يلاحظ من قولنا: تغيير الماء تغييراً، وغيرت الماء تغييراً، أن هناك فرقاً بين الحالتين:

الحالة الأولى: يتغير الماء فيها من تلقاء نفسه دون فعل من أحد، ومنه (الماء الآجن): وهو الماء الذي تغير بسبب طول مكثه⁽⁶⁾، من غير مخالطة شيء،

(1) ينظر: لسان العرب، باب (غير)، والمصباح المنير، الفيومي (غير).

(2) المفردات في غريب القرآن 368.

(3) سورة الأنفال، الآية: 53.

(4) سورة العنكبوت، الآية: 67.

(5) الجامع لأحكام القرآن 29/8/4.

(6) ينظر: المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير 42/1.

إلا أنه يشرب، وقيل هو الماء الآسن، قال تعالى في وصف أنهار الجنة: ﴿وَأَنْهَارٌ مِنْ مَّاءٍ غَيْرِ آسِنٍ﴾⁽¹⁾، وقيل إن الماء الآسن أشد منه، بحيث لا يشرب⁽²⁾.
الحالة الثانية: وهي التي يحدث التغيير فيها بسبب فعل إنسان، سلباً أو إيجاباً، بخلط شيء آخر على الماء، بحيث يغير أوصافه، وهذا الشيء إما أن يكون طاهراً، أو نجساً، بقصد أو بغير قصد، ولكل أحكامه، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

ضابط التغيير:

اتفق العلماء⁽³⁾ على اعتبار التغيير في أوصاف الماء، من حيث: الطعم، واللون، والرائحة، سواء كان الماء قليلاً أو كثيراً، بشرط أن يكون هذا التغيير على سبيل التأكيد لا التوهم أو الشك؛ لقول النبي ﷺ: **(إن الماء طاهر إلا إن تغير ريحه، أو طعمه، أو لونه، بنجاسة تحدث فيها)**⁽⁴⁾.

1- **الرائحة:** أصل الماء لا رائحة له، وقد يتغير برائحة مجاور، أو ملاصق، أو برائحة بخور في إناء، ثم يزال ويبقى شيء من الرائحة فيتأثر بها، وما إلى ذلك⁽⁵⁾.

2- **اللون:** أصل الماء شفاف لا لون له، يأخذ لون مجاوره، أو وعائه⁽⁶⁾.

(1) سورة محمد، الآية: 16.

(2) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية محمود عبد الرحمن 191/3.

(3) حكي الاتفاق ابن رشد ينظر: بداية المجتهد 59/1، والإجماع لابن المنذر 33.

(4) السنن الكبرى 260/1، قال الشافعي: يروى هذا عن النبي ﷺ من وجه لا يثبت أهل الحديث مثله، إلا أنه قول عامة العلماء، لا أعلم له بينهم خلافاً، المصدر نفسه.

(5) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للرددير 37/1. ونقل أن ابن الماجشون يقول بعدم تأثير تغيير الرائحة مطلقاً، وذكر الرجراجي أن سبب هذا القول الاختلاف في رواية قوله ﷺ (أو رائحته) مناهج التحصيل 102/1.

(6) بلغة السالك 13/1. إلا ما قاله الصاوي بأن لون الماء أبيض.

3- **الطعم:** قد يكون طعم الماء عذباً، وقد يكون مالحاً، قال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي مَرَجَ الْبَحْرَيْنِ هَذَا عَذْبٌ فُرَاتٌ وَهَذَا مِلْحٌ أُجَاجٌ﴾⁽¹⁾، فالعذب الفرات الحلو شديد العذوبة، الذي يشرب عادة. قال تعالى: ﴿أَفَرَأَيْتُمُ الْمَاءَ الَّذِي تَشْرَبُونَ أَنْتُمْ أَنْزَلْتُمُوهُ مِنْ الْمُزْنِ أَمْ نَحْنُ الْمُنزِلُونَ﴾⁽²⁾، وأما الملح الأجاج فمعناه الماء الذي به مرارة، وملوحة طعم⁽³⁾، وظاهر الآية يدل على أن الماء نوعان: عذب وملح، على غير ما يراه البعض من أن الأصل ماء السماء، والماء المالح عارض.

ثالثاً: الماء المستعمل:

الماء المستعمل هو: (كل ماء أزيل به الحدث، أو استعمل في البدن على وجه التقرب إلى الله تعالى)⁽⁴⁾.

والمقصود بالحدث هنا هو الحدث الأصغر، أو الحدث الأكبر، بمعنى أن هذا الماء قد جرى عليه استعمال في وضوء، أو غسل، سواء كان في اغتسال حي، أو غسل ميت، أو إزالة خبث كدم أو بول عن بدن المصلي، وهو معنى القرية، الواردة في التعريف، ويطلق عليه أيضاً (الماء المستعمل في عبادة).

قال القرافي: (الماء المستعمل فهو الماء الذي أديت به طهارة، وانفصل عن الأعضاء؛ لأن الماء مادام في الأعضاء فلا خلاف أنه طهور ما دام متردداً، فإذا انفصل عن العضو اختلف فيه هل هو صالح للتطهير أم لا؟)⁽⁵⁾.

الفرق بين الماء المستعمل، واستعمال الماء:

وأما قولهم يجوز أن يستعمل هذا الماء في العبادات والعبادات، فالمقصود به صلاحية الماء لأن يستعمل في العبادة، وهي الوضوء والغسل، كما سبق ذكره

(1) سورة الفرقان، الآية: 53.

(2) سورة الواقعة، الآية: 68-69.

(3) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي 58، 59/13/7.

(4) التعريفات، للجرجاني 192.

(5) الفروق 2/560.

بالإضافة إلى ثوب المصلي، ومكانه.

وأما استعماله في العادة فمعناه جواز أن يشرب منه الإنسان، ويسقي به الحيوان، والزرع، ويغسل به الثياب وغير ذلك.

المبحث الثاني

استعمال الماء المتغير

الماء النازل من السماء والمودع في الأرض طاهر مطهر، على اختلاف ألوانه، وطعومه، وأرياحه، حتى يخالطه غيره، والمخالط للماء على ثلاثة أنواع: النوع الأول: ما يوافق الماء في صفتيه، أي كونه طاهراً مطهراً، فإذا خالطه فغيره، لم يسلبه وصفاً منهما؛ لموافقته لهما وهو التراب.

النوع الثاني: ما يوافق الماء في إحدى صفتيه وهي الطهارة، دون التطهير، فإذا خالطه فغيره سلبه ما خالفه فيه وهو التطهير، كما ورد.

النوع الثالث: ما خالف الماء في الصفتين جميعاً، وهي الأشياء النجسة، فإذا خالطه فغيرته سلبته الصفتين جميعاً؛ لمخالفتها له فيهما فصار نجساً⁽¹⁾.

وفيما يلي بيان لهذه الأنواع:

المطلب الأول

استعمال الماء المتغير بشيء طاهر

الماء المتغير بمخالطة شيء طاهر على عدة أضرب، هي:

الضرب الأول: الماء المتغير بأشياء معفو عنها

ويرجع سبب العفو عنها إما لصعوبة الاحتراس منها، أو للحاجة إليها في استخراج الماء، أو لأنها لا تتفك عن الماء عادة، وبالتالي فإن هذا الماء صالح للاستعمال في العادات والعبادات معاً ويشمل الأنواع الآتية:

(1) ينظر: الجامع لأحكام القرآن القرطبي 41/13/7-42.

- الماء المتغير بما تحمله الرياح، من ورق الشجر، أو تين، أو بما تجره السيول، فيقع في الآبار، أو البرك، وسواء كان في البادية، أو في الحاضرة، مما لا يمكن الاحتراز منه غالباً.
- الماء المتغير بمقره، أي بالأرض التي يمر بها مما هو من أصل الأرض، كالطين، والتراب، والملح، والكبريت، والمعادن، والحديد، والنحاس، وغيرها⁽¹⁾.
- الماء الموضوع في أنية مصنوعة من فخار، أو نحاس، أو بما تطلّى به الآنية من قطران⁽²⁾ وغيره، وكذلك التغير بأثر المواسير البلاستيكية، أو الحديدية، لا يضر ما لم يكثر التغير أو يستفحل، فعندئذٍ لا يصلح للعبادات ويقصر على العادات فقط، ودليل أصل جواز الاستعمال ما ورد أن النبي ﷺ توضأ من إناء من الصفر (أي النحاس)⁽³⁾.
- الماء المتغير بما تولد من بطول بقائه، كالطحلب، والزغلان، والسمك، إذا كانت لا تزال حية، أما إذا ماتت فيه وغيرته فإنه يفسد.
- الماء المتغير بسبب طول مكثه في مكانه، كالحوض، والغدير، والبئر من غير أن يخالطه شيء آخر، وهو ما يسمى بالماء الآجن، يقول ابن المنذر: "أجمعوا على أن الوضوء بالماء الآجن من غير نجاسة حلت فيه جائز"⁽⁴⁾.
- الماء المتغير بسبب آلة السقي، كالمضخة، والحبل، والدلو، وما إلى ذلك مما لا يمكن الاستغناء عنه في استخراج الماء، فلا تضر⁽⁵⁾.

(1) باستثناء مياه الشرب كما سيأتي.

(2) لأن العرب كانت تستعمل القطران كثيراً في الماء عند الاستقاء وغيره فتسومح فيه؛ لأنه صار كالمتغير بالمقر، ينظر: الشرح الصغير، للرددير 14/1.

(3) سنن أبي داود في الطهارة، باب الوضوء في أنية الصفر.

(4) الإجماع 32-33، ثم قال: "وانفرد ابن سيرين فقال لا تجوز"، وخلافه شاذ.

(5) ينظر: الشرح الصغير، للرددير 14/1.

- الماء المتغير رائحته بسبب مجاور له من جيفة، أو عذرة ولو بعد إزالتها، أو تبخير إناء ثم يصب فيه الماء بعد ذهاب الدخان منه، فإنه يعفى عنه ما لم ينتقل المجاور إلى الماء بحيث يلاصقه فإنه يضر في هذه الحالة⁽¹⁾.
- الضرب الثاني: الماء المتغير بشيء وضع فيه عمداً**
ويشمل ما يلي:

- الماء الذي تغيرت إحدى أوصافه: لونه، أو طعمه، أو ريحه، بشيء طاهر وضع فيه قصداً، مثل: الزيت، أو الخل، أو التمر، أو الزهر، أو الورد، أو بما خالطه من دخان بخور، أو غيره؛ فإنه يجوز ذلك ويكون صالحاً للعبادات ولا يصلح للعبادات؛ وذلك لتعمد وضع هذه الأشياء في الماء فنقل بها من الماء المطلق إلى ماء ورد، أو ماء تمر، أي صار مقيداً بما أضيف إليه، قال تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً﴾⁽²⁾، ووجه الاستدلال أن الله تعالى شرط لجواز التيمم عدم وجود الماء المطلق، ولم يجعل بينه وبين التيمم واسطة⁽³⁾.
- ولقول النبي ﷺ لأبي نر ﷺ: (يا أبا نر إن الصعيد طهور وإن لم تجد الماء إلى عشر سنين، فإذا وجدت الماء فأمسسه جلدك)⁽⁴⁾، حيث لم يأذن النبي ﷺ لأبي نر في الوضوء بغير الماء ولو بقي عشر سنين.
- أما إذا لم تتغير إحدى أوصاف الماء عند إضافة أحد الأصناف السابقة إليه كالزيت أو العجين، فإنه طاهر يجوز استعماله في العادة والعبادة؛ لما ورد أن النبي ﷺ (اغتسل، وميمونة من إناء واحد، في قصعة فيها أثر العجين)⁽⁵⁾.

(1) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب 57/1-58، والشرح الكبير، للدردير على مختصر خليل

مع حاشية الدسوقي 35/1.

(2) سورة النساء، الآية: 43.

(3) ينظر: المنتقى، للباقي 59/1.

(4) أبو داود 92/1، والسنن الكبرى 7/1.

(5) السنن الكبرى 7/1.

- وفي سؤر ما يستعمل النجاسة مثل الهر والفأرة، فإن ريء في أفواهها النجاسة كان كالماء الذي خالطته النجاسة، فإن تحققت طهارة أفواهها فطاهر، وإن لم يعلم فيغتفر ما يعسر التحرز منه⁽¹⁾.

الضرب الثالث: الماء المستعمل في طهارة

سبق بيان معنى الماء المستعمل، أما حكم استعماله مرة أخرى في الطهارة فهو الكراهة – عند وجود غيره – واختلف الفقهاء في علة هذه الكراهة، على عدة أقوال أهمها:

- أنه أديت به عبادة، فلا تؤدي به عبادة أخرى، كالرقبة في العنق، وهو معارض بأشياء كثيرة في الشرع تؤدي بها عبادة مراراً كالسيف في الجهاد، والفرس، وغيره من آلات الجهاد وهو عبادة.
- أنه رفع به مانع من أداء عبادة وهو الحدث بنوعيه.
- أنه ماء ذنوب؛ لقوله ﷺ: (إذا توضأ المؤمن فغسل يديه خرجت الخطايا من بين أنامله، وإذا مسح برأسه خرجت من أطراف أذنيه)⁽²⁾، واعترض بأن هذه الذنوب ليست أجراماً توجب تنجس الماء.
- أنه مختلف في ظهوريته.
- أنه لا يؤمن نقاؤه من الأوساخ التي كانت عالقة بالجسم.
- أنه ليس من عمل السلف⁽³⁾.

(1) القوانين الفقهية لابن جزي 26.

(2) مسلم كتاب المسافرين رقم 294.

(3) ينظر: بلغة السالك 16/1، والفروق للقرافي 561/2-562.

يقول الشيخ الصاوي - رحمه الله -: (وأوجه تلك العلل مراعاة الخلاف)⁽¹⁾، أي العلة الرابعة، وهي أنه مختلف في طهوريته. أما الماء الفاضل الجنب، والحائض من الماء فهو طاهر مطهر، ويجوز أن يتطهر الرجل بفضل المرأة، والعكس؛ لحديث ميمونة السابق⁽²⁾.

المطلب الثاني

استعمال الماء المتغير بشيء نجس

- إذا وقع شيء نجس في الماء، فغير لونه، أو طعمه، أو ريحه، فلا خلاف في نجاسته قليلاً كان أو كثيراً مادام متغيراً⁽³⁾، كمياه الآبار إذا تغيرت بسبب قربها من الآبار السوداء، أو المجاري، فلا يجوز استعمالها في العبادات ولا في العادات، من أكل، أو شرب، ويستثنى من ذلك سقي الحيوان والزرع، فإنه يسقى بها، إلا إذا ثبت علمياً أنها تسبب ضرراً على الإنسان قطعاً عند أكله لثمارها، فإنها تمنع حينئذ؛ لقول النبي ﷺ (لا ضرر ولا ضرار)⁽⁴⁾.
- إذا تنجس الماء بتغير أحد أوصافه الثلاثة، ثم زال هذا التغير، بحيث رجع الماء إلى حالته المعهودة بسبب إضافة شيء آخر إليه فأصلحه، أو زال التغير بنفسه بمرور الوقت، فهل هذا الماء يعود طاهراً، أم هو على نجاسته؟ وكذلك إذا تحول البول وما معه من نجاسة إلى ماء، وذلك بالمعالجة الصناعية المعروفة اليوم، ويطلق عليها الاستحالة⁽⁵⁾، ومعناها تحول الماء من حالة إلى حالة أخرى، فللعلماء فيه قولان:

(1) بلغة السالك 16/1.

(2) ينظر: القوانين الفقهية لابن جزي 25.

(3) مواهب الجليل، الحطاب 119/1، الإجماع، لابن المنذر 33.

(4) موطأ الإمام مالك 745/2، مسند أحمد 313/1.

(5) ينظر: مثلاً مدونة الفقه المالكي، الصادق الغرياني 54/1.

القول الأول: إن هذا الماء لا يطهر؛ استصحاباً لأصله، وهو النجاسة⁽¹⁾.
القول الثاني: بأنه يطهر؛ لأن علة نجاسته وجود النجاسة فيه وقد زالت، وصار بأوصاف وخصائص الماء المعتادة، وعليه فهو طاهر يجوز استعماله في العادة والعبادة، إلا إذا تبين أن به ضرراً على الصحة فإنه لا يجوز استعماله حينئذ؛ لأجل الضرر لا لأنه نجس⁽²⁾.

- وإذا وقعت نجاسة قليلة في ماء قليل أيضاً، فإنه يكره استعماله بالقيود الآتية:
- أن يكون الماء قليلاً قدر آنية الغسل فأقل.
- أن تكون النجاسة كالقطرة، أي قدر نقطة المطر المتوسطة ففوق.
- ألا يتغير الماء.
- أن يوجد غيره.
- أن يستعمل فيما يتوقف على طهور.
- ألا يكون لها مادة⁽³⁾.

الفرق بين تنجس الماء وتنجيسه:

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا، هل يجوز لنا أن ننجس الماء؟ وذلك بوضع نجاسة في الماء تتسبب في تغييره.
 وسبب هذا التساؤل أنه ظهر في الآونة الأخيرة شيان:
الأول: وضع خراطيم المجاري في آبار المياه الجوفية بحفرها بجوار البيوت.

(1) ينظر: الشرح الكبير، للردير 46/1.

(2) ينظر: المصدر السابق 17/1-18. وهو ما رجحه الشيخ الصادق الغرياني (مفتي ليبيا) في مدونته 54/1، وما ذهبت إليه اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية فتوى رقم 79/5 نقلاً عن الفتاوى الشرعية في المسائل العصرية خالد الجريسي 600.

(3) ينظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير 16/1.

الثاني: تجميع أنابيب الآبار السوداء في مستنقعات كبيرة، تنفذ من خلالها إلى المياه الجوفية مما يؤثر عليها وعلى آبار المواطنين من حولها، ناهيك عن ما ينشأ عنها من باعوض، وما يصدر منها من روائح كريهة، هي بكتيريا ضارة.

الثالث: ضخ المياه السوداء في البحر بالقرب من الشواطئ.

هذه الأعمال كلها لا تجوز بأي حال من الأحوال وتحت أي ذريعة، وهذه أشياء سيئة يحمل وزرها من يفعلها، كما يحمل وزر من يعمل بها إلى يوم القيامة، ويجب على ولاة الأمر معالجة ذلك ووضع الحلول المناسبة له، ودليل ذلك ما يلي:

- قول الله ﷻ ﴿وَلَا تَفْسُدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾⁽¹⁾، ولا شك أن ما سبق ذكره من الإفساد في الأرض.
- قول النبي ﷺ: (لا يبولن أحدكم في الماء الدائم، الذي لا يجري ثم يغتسل فيه)⁽²⁾، فيه دلالة على منع البول والاعتسال في الماء الدائم، أي الساكن⁽³⁾، فكيف بمن ينجسه.
- عن أبي هريرة ؓ: أن النبي ﷺ قال: (لا يغتسلن أحدكم في الماء الدائم وهو جنب)، فقالوا يا أبا هريرة كيف نعمل؟ قال: يتناوله تناولاً⁽⁴⁾.
- أن المحافظة على الماء، والبيئة بصفة عامة مقصد يدخل في مقصد المحافظة على النفس، والجسم.
- قد يكون في هذه الأعمال مصالح للذين يقومون بها، ولكن المصلحة العامة تقدم عند التعارض على المصلحة الخاصة، كما أن دفع المفساد الناتجة عنها التي سبق ذكرها مقدم على المصالح المزعومة.

(1) سورة الأعراف، الآية: 55.

(2) مسند أحمد 2/259.

(3) ينظر: نيل الأوطار للشوكاني 1/36، وإحكام الأحكام لابن دقيق العيد 1/24.

(4) صحيح البخاري 1/94، واللفظ له، وصحيح مسلم 1/235.

المطلب الثالث

ماء الشرب المتغير بالتحلية الحديثة

يقصد بالماء المتغير بالتحلية تغييره إلى الأحسن، أو إلى التغيير الإيجابي، لا مطلق التغيير، أي معالجته وجعله في حالة تتماشى مع الإنسان في أوصافه الثلاثة: الطعم، والريح، واللون، وتقبلها للشرب خاصة، وذلك بفترة المياه المالحة، بعمل إحدى الطريقتين: إما بتقليل المركبات الإضافية من الماء إلى القدر المطلوب، أو بإزالة هذه المركبات منه بالكلية، ثم إضافتها إليه بحسب المطلوب، وذلك وفق المواصفات الحديثة المعتمدة من المركز الوطني للمواصفات والمعايير القياسية الليبي، حيث وضع عدة شروط قياسية يجب توافرها في مياه الشرب المعبأة وغير المعبأة، منها الاشتراطات الطبيعية، والكيميائية، والحيوية، ونص على أنه:

- يجب ألا تحتوي مياه الشرب على أية مواد تؤثر فيها من الناحية الحسية والمظهرية.
- يجب أن تخلو المياه تماماً من المواد الكيميائية السامة، أو البيولوجية، أو غيرها من الشوائب.
- يجب ألا تحتوي على أية مواد تؤثر فيها من ناحية اللون، أو الطعم، أو الرائحة، أو المظهر، وأن تخلو من المواد الغريبة والشوائب التي يمكن مشاهدتها بالعين المجردة سواء كانت أتربة، أو رمالاً، أو خيوطاً، أو شعيرات، أو غيرها من الشوائب⁽¹⁾.

(1) ينظر: مياه الشرب المركز الوطني للمواصفات والمعايير القياسية الجماهيرية العربية الليبية م م ق ل 82:2008، الإصدار الأول 2008م، ص 1.

هذا وقد خصصت مواصفات أكثر دقة لمياه الشرب المعبأة في قنينات خاصة لأجل بيعها للمواطنين حيث وضعت عدة جداول للخصائص الطبيعية والكيميائية والحيوية نذكر منها:

جدول رقم (1)

الحدود القصوى المسموح بها للخصائص الطبيعية:

| ت | القياس | الوحدة | الحد الأقصى المسموح به |
|---|---------|-------------------------|------------------------|
| 1 | اللون | وحدة لون حقيقي (TCU) | ± 15 |
| 2 | العكارة | وحدة قياس العكارة (NTU) | 1 |

جدول رقم (2)

يبين الحدود القصوى المسموح بها للمكونات الأساسية غير العضوية مقاسة بالمليجرام/لتر⁽¹⁾:

| ت | القياس | الحد الأقصى المسموح به |
|-----|------------------------------------|------------------------|
| 1 | الرقم الهيدروجيني | 8.5 – 6.5 |
| 2 | الأملاح الذائبة الكلية | 500 |
| 3 | الأمونيا | 0.5 |
| 4 | العسر الكلي (كالكربونات كالسيوم) | 200 |
| 5 | القلوية الكلية (كالرمونات كالسيوم) | 200 |
| 6 | الصوديوم | 100 |
| 7 | الحديد | 0.3 |
| 8 | النحاس | 1.0 |
| ... | | |

(1) مياه الشرب المعبأة، المركز الوطني للمواصفات والمعايير القياسية، الجماهيرية العربية الليبية م.ق.ل 10: 2007م، الإصدار الأول، ص2 فما بعدها.

هذه المواصفات المعتمدة يجب الأخذ بها وخاصة مع ثبوت أن عدم الأخذ بها يؤثر على الإنسان في الحال أو المآل، وذلك من حيث النقص أو الزيادة، ففي حال نقص بعض الأملاح يسبب هشاشة في العظام، أو تأخرًا في النمو، أو ما إلى ذلك؛ وفي حال الزيادة تلحق ضرراً بالإنسان؛ وذلك لما يلي:

- أن هذه المواصفات صادرة من ولي الأمر الذي تجب طاعته، قال تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾⁽¹⁾.
- أن عدم الالتزام بها فيه غش للمسلمين، قال ﷺ: (من غش ليس منا)⁽²⁾، وبخاصة إذا دونت هذه المواصفات على وألزقت على القنينة، وكان ما بداخلها أي القنينة على خلافه.
- أن التحايل على الجهات المختصة بالمتابعة، والتدقيق بتقديم اختبارات وهمية، أو مزورة، لا يجوز أيضاً؛ لأن مرده إلى ما سبق إما فيه معصية، وإما فيه غش.

الخاتمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه أجمعين،

وبعد:

فإنه في الخاتمة - نسأل الله حسنها - أصل إلى بعض النتائج

والتوصيات منها:

- أن الماء قد يتغير من تلقاء نفسه لعدة أسباب، وقد يتغير بفعل الإنسان، وذلك لحاجة الإنسان، بإضافة أشياء من مصلحات الماء، أو بأشياء لا تفارقه عادة، فهذه لا بأس بها، ولا تؤثر في طهوريته، أما إذا كان المغير نجساً وتغيرت إحدى أوصاف الماء، من لون أو ريح أو طعم، فهذه أو لا تفقد الماء طهوريته، وثانياً هي أعمال لا تجوز إذا كانت متعمدة، والقصد منها إفساد الماء.

(1) سورة النساء، الآية: 58.

(2) سنن الترمذي 606/3، وقال حديث حسن صحيح.

- هناك هوة بين الناس وبين فهم الشرع، وتطبيقه في المحافظة على الماء بكل صورها، ولذلك فإنه يقع على الجهات المسؤولة من الأوقاف، ودار الإفتاء، ووزارات الدولة كالتعليم، وغيرها التعاون وتكاتف الجهود من أجل تبصير الناس، وتوعيتهم بذلك، قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾⁽¹⁾، وإصلاح ما يمكن إصلاحه، وتكرار المحاولات، وعدم اليأس، قبل أن يتسع الخرق على الرقاع.

المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم.
- الإجماع، لابن المنذر، تحقيق: فؤاد عبد المنعم، رئاسة المحاكم الشرعية قطر، الطبعة الثالثة، 1411هـ-1991م.
- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، لابن دقيق العيد، تعليق: محمد منير، عبده آغا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1420هـ-2000م.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن رشد (الحفيد)، شرح وتحقيق: عبد الله العبادي، دار السلام، الطبعة الثالثة، 1427هـ-2006م.
- التعريفات، للجرجاني، مكتبة القرآن، القاهرة، 2003م.
- الجامع لحكام القرآن، للقرطبي، دار الشام للتراث بيروت، الطبعة الثانية.
- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، لابن عابدين، تحقيق: عادل عبد الموجود، وآخر، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1424هـ-2003م.
- الحدود، أحمد بن عرفة، مع شرح محمد الرصاع، تحقيق محمد أبو الأجنان، وآخر، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1993م.
- السنن الكبرى، للبيهقي، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، دار الباز، مكة المكرمة، 1414هـ-1994م

(1) سورة المائد، الآية: 3.

- الشرح الصغير، أحمد الدردير، مع حاشية أحمد الصاوي، طبعة مصطفى الحلبي، 1372هـ-1952م.
- الشرح الكبير أحمد الدردير، مع حاشية الدسوقي، وتقريرات الشيخ عيش، دار إحياء الكتب العربية، فيصل الحلبي.
- الصحاح، الجوهري، تحقيق: أحمد عطار، دار العلم للملايين بيروت، الطبعة الأولى، 1407هـ-1987م.
- الفروق أنوار البروق في أنواع الفروق، للقرافي، تحقيق: محمد سراج، وآخر، دار السلام القاهرة، الطبعة الأولى، 1421هـ-2001م.
- الكليات، أبو البقاء الكفوي، اعتناء: عدنان درويش، ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، 1419هـ-1998م.
- الكواكب الدرية في فقه المالكية، محمد جمعة عبد الله، الطبعة الرابعة، 1399هـ-1979م.
- لسان العرب، محمد بن منظور، تحقيق: عامر حيدر، وآخر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1426هـ-2005م.
- المجموع شرح المهذب، للنووي، مع تكملة، تصنيف: محمد المطيعي، دار عالم الكتب، 1423هـ-2003م.
- مدونة الفقه المالكي وأدلته، الدكتور المفتي: الصادق عبد الرحمن الغرياني، مؤسسة الريان، الطبعة الأولى، 1423هـ-2002م.
- معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، محمود عبد الرحمن عبد المنعم، دار الفضيلة القاهرة.
- المغني، لموفق الدين بن قدامة، مع الشرح الكبير على متن المقنع، لشمس الدين بن قدامة المقدسي، دار الفكر، 1412هـ-1992م.
- المفردات في غريب القرآن، الراغب الأصبهاني، تحقيق: محمد سيد كيلاني، دار المعرفة، بيروت.

- مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشاكلها، علي بن سعيد الرجراجي، تقديم علي علي لقم، دار ابن حزم بيروت، الطبعة الأولى، 1428هـ-2007م.
- مياه الشرب المعبأة، المركز الوطني للمواصفات والمعايير القياسية، الجماهيرية العربية الليبية، م م ق ل 10:2007، الإصدار الأول، 2007م.
- مياه الشرب، المركز الوطني للمواصفات والمعايير القياسية، الجماهيرية العربية الليبية، م م ق ل 82:2008، الإصدار الأول 2008م.
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، محمد الشوكاني، تحقيق: أنور الباز، دار الوفاء، الطبعة الثالثة، 1426هـ-2005م.

أحكام الخلع

د. عبد العظيم محمد الأجل (*).

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد الصادق الأمين، وعلى آله وصحابته أجمعين، ومن دعا بدعوته واهتدى بهديه إلى يوم الدين.

إن علوم الشريعة الإسلامية أشرف العلوم على الإطلاق؛ لأنها تخدم الشريعة الإسلامية، والدين الإسلامي الحنيف، وعلم الفقه الإسلامي واحد من هذه العلوم المهمة، والأحوال الشخصية التي تهتم بما يتعلق بالشخص مع نفسه، وغيره من بني جنسه، جزء من هذا الفقه.

وهذه الدراسة تتعلق بجانب من جوانب الأحوال الشخصية في المذاهب الأربعة الأكثر شهرة وانتشاراً، والمذهب الظاهري، ألا وهو باب الخلع.

وبما أن الدين الإسلامي دين حياة متكامل، ترك المصطفى ﷺ أمته فيه على المحبة البيضاء، ليلها كنهارها، لا يزيغ عنها إلا هالك، دعاهم ورغبهم في اتباع سنة من سنن المرسلين، ألا وهي النكاح، وبين لهم أنه قد حُبِّبَ إليه من هذه الدنيا الطيب والنساء، وجعلت قرّة عينه في الصلاة، وأن النكاح من سنته، ومن يرغب عن هذه السنة فليس من أمته، كل ذلك من أجل إعفاف النفس، وتكثير النسل؛ لعمارة الكون؛ لكي يتحقق استخلاف الإنسان في الأرض، إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

وإذا كان الأمر بحق كذلك، فإن الشارع الحكيم قد أحاط رباط النكاح المقدس بضوابط متينة لا تنفصم عراها، فلا تتحل عقده إلا بطريق شرعي يُرضى الطرفين عاجلاً أو آجلاً.

(* عضو هيئة التدريس، كلية الدراسات الإسلامية، جامعة مصراتة.

فالأزواج اللذان قدر الله - تعالى - لهما الارتباط بعقد نكاح صحيح، قد تحدث بينهما بعض المشاكل التي قد يصعب على العقلاء حلها، فإن كانت من الزوجة فقد شرع الله - تعالى - لزوجها الطلاق؛ ليتخلص منها ويوفيهما حقها، أو يلاعنها إن أتى ببينة على تورطها بفاحشة زنا، أو ظهر بها حمل ليس منه. وإن كانت المشكلة من الزوج بسبب غير مقنع، فقد جعل الشارع للزوجة طريقاً للخلاص من الزوج بالخلع، فتتركه وتشق طريقها في الحياة من جديد. فالحمد لله الذي أباح لنا النكاح، وحرّم علينا البغي والسفاح، وجعل لنا من كل شدة فرجاً، ومن كل ضيق مخرجاً.

والمراد من التشريع بيان مصالح الطاعات، والمعاملات وسائر التصرفات؛ لسعي العباد في تحصيلها، وبيان مقاصد المخالفات؛ لسعي العباد في درئها، وبيان مصالح العبادات؛ ليكون العباد على خير منها⁽¹⁾، ومن ثم جاء "إجماع أئمة الفقه على أن أحكام الله - تعالى - لا تخلو من حكمة ومقصد"⁽²⁾. واختلاف مصدر الضرر بين الأزواج متحقق، فقد يكون من الزوج على الزوجة - وهو الغالب والكثير - وقد يكون من الزوجة على الزوج، وهذا الضرر يدفعه الزوج بطلاقه، لكن ضرر الزوج متعدد الجوانب؛ فقد يكون لسوء العشرة، وقد يكون لقلّة الحياء والدين، وقد يكون لضعف جنسي معين تكرهه الزوجة، ولرفع واحد من هذه الأضرار، تحتاج الزوجة لمدة طويلة، قد لا تستطيع في نهايتها الخروج بنتائج إيجابية، رغم الضرر الفعلي والبالغ الواقع عليه من زوجها، "وكل تصرف جرّ فساداً أو دفع صلاحاً فهو منهي عنه، كإضاعة المال بغير فائدة"⁽³⁾.

(1) قواعد الأحكام 8/1.

(2) الإحكام في أصول الأحكام للأمدي 411/3. وينظر: شرح المحلي على جمع الجوامع 318/2. وحاشية العطار على جمع الجوامع 318/2.

(3) قواعد الأحكام 89/2.

هذه الزوجة التي ابتليت بواحد من الأزواج الذين ابتلاهم الله - تعالى - بأحد هذه الأوصاف المضرة، قد شرع الله - تعالى - لها الخلع، فتخلع نفسها بعوض مقابل طلاقها منه؛ لكي تحافظ على دينها وسمعتها، بل وسمعة زوجها، وتحاول شق طريقها في الحياة من جديد بإنكاح زوج آخر، يتمتع بخلق ودين، ولا توجد فيه الصفات التي واجهتها وصادفتها في زوجها الأول، فكرهت الحياة معه بسببها، صونا لدينها، أو شرفها وكرامتها، أو حسبها ونسبها. "لأن اعتناء الشرع بالمصالح العامة أوفر، وأكثر من اعتناؤه بالمصالح الخاصة"، على أن "جمهور الفقهاء، كانوا يذهبون في اجتهاداتهم إلى أن ما شرعه الله من أحكام، لم يشرعه الله إلا لمصلحة جلب منفعة لهم، أو دفع مضرة عنهم، فلهذا كانت تلك المصلحة هي الغاية المقصودة من التشريع"⁽¹⁾ والمقصود هنا هو رفع الضرر عن الزوجة المتضررة. وفي هذا دليل على أن جميع "الأحكام شرعت لمصالح العباد بدليل إجماع الأئمة على ذلك"⁽²⁾، والحق أن الزوجة الصادقة مع نفسها ومع زوجها، المتمسكة بدينها المطبقة لتعاليم ربها، يصدق عليها قول الحق - تبارك وتعالى -: ﴿وَالطَّيِّبَاتُ لِلطَّيِّبِينَ وَالطَّيِّبُونَ لِلطَّيِّبَاتِ﴾⁽³⁾. وتستحق التقدير والاحترام، وتجد الوسيلة الشرعية للعمل بما شرعه الله - تعالى - لها ولأمثالها من رفع الضرر المحقق الواقع عليها، فتطلب خلعها من زوجها وتركه، فإن الله قد جعل لها سبيل الخلاص مما واجهها من المشاكل الجسيمة بالخلع، وهذا دليل على رأفة الله - تعالى - ورحمته بعباده، وأنه لطيف لما يشاء، وهو الرؤوف الرحيم، يأتي بالفرج والمخرج للمتقين منهم، على اعتبار أن: "الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخرى، هي: معانيها، وهي

(1) أدلة التشريع المتعارضة د. بدران أبو العينين 242-243.

(2) منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل 184.

(3) سورة النور، الآية: 26.

المصالح التي شرعت لأجلها"⁽¹⁾.

فما هو الخلع وما حكمه ودليله، وألفاظه، وما هي أركانه وشروطه، وما أسبابه، وهل يجوز أخذ العوض فيه، وهل يجوز رجعة المختلعة، وما حكم وقوع الخلع من غير الزوجة والزوجة المريضة، هذا ما سنتناوله في الفقرات التالية:
أولاً: معنى الخلع:

عرف العلماء الخلع في اللغة بأنه: النزاع والإزالة⁽²⁾، وفي الاصطلاح: بذل المرأة العوض على طلاقها⁽³⁾، وعرفه الحنفية بأنه: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه"⁽⁴⁾ وعرفه الشافعية بأنه: "فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع"⁽⁵⁾، وعرفه الحنابلة بأنه: "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها، أو من غيرها بألفاظ مخصوصة"⁽⁶⁾.

هذه التعريفات متقاربة المعنى في مجملها، ولكن تجدر الإشارة هنا إلى أن علاقة هذه التعريفات بالتعريف اللغوي المتقدم، تتمثل في أن الخلع لفظ مستعار من خلع اللباس، فكما يقال: خلع الرجل ثوبه. يقال: خلع وخالع الرجل

(1) الموافقات للإمام الشاطبي 385/2.

(2) الخلع بالفتح: النزاع، كقولك: خلع قميصه أو نعله إذا أزاله ونحاه. وبالضم: طلاق المرأة ببدل وعوض، ومنه المخالعة والتخالع. وبالكسر: ما يخلع على الإنسان، وتخالعوا نقضوا الحلف الذي بينهم. انظر مختار القاموس للشيخ الطاهر الزاوي مادة خلع 190، وينظر: الدر المختار ورد المختار لابن عابدين 482/3.

(3) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد 82/2، وشرح الخرشي على مختصر خليل 12-4/2.

(4) الدر المختار 483-482/3.

(5) نهاية المحتاج للرملي 395-393/6.

(6) الفقه الإسلامي وأدلته وهبة الزحيلي 7008/9، 4، وينظر: المغني لابن قدامة المقدسي 174/8.

امرأته، فأصل الخلع من خلع القميص عن البدن، وهو نزع عنه وإزالته؛ لأنه يزيل النكاح بعد لزومه، وكذا المرأة لباس للرجل وهو لباس لها، قال تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾⁽¹⁾ فإذا تفارقا فقد نزع كل واحد منهما لباسه".⁽²⁾

ثانياً: حكمه ودليله:

اتفق جمهور الفقهاء⁽³⁾ على أن الخلع جائز؛ لما فيه من تخليص الزوجة من زوجها، الذي أساء عشرتها، أو قصر في واجباته الزوجية معها، ولا سبيل إلى مراجعتها بعده؛ كما حدث لإحدى الصحابيات التي خافت على نفسها الفتنة في دينها. ويكره مع استقامة حال المرأة التي صادفت ما تكرهه من زوجها، لما فيه من العيب. ولقول رسول الله ﷺ: (أَيُّ امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ فِي غَيْرِ مَا بَأَسَ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهَا رَائِحَةَ الْجَنَّةِ)⁽⁴⁾. ويسن للزوج الموافقة للزوجة إن طلبته. ويستحب لها الصبر على زوجها. ولا يختص وقوعه بطهر المرأة؛ لأنه تقرر لرفع الضرر عنها، وتعجيل رفع الضرر عنها أهم من انتظار طهرها.

(1) سورة البقرة، الآية: 187.

(2) تكملة مجموع النووي للمطيعي 147/18، وينظر: شرح الخرشي 4/2-11.

(3) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني 145-144/3/2 والدر المختار ورد المختار 482/3-490، وتكملة المجموع 175-148/18 ونهاية المحتاج 6/393-409. وشرح الخرشي 4/2-12، والقوانين الفقهية لابن جزي 237، وبداية المجتهد 2/82-85، والمغني 8/174-186، والشرح الكبير لابن قدامة (8/174-190). والمحلي لابن حزم (10/235).

(4) هذا الحديث رواه سيدنا ثوبان عن النبي ﷺ أخرجه: الحاكم في المستدرک کتاب الطلاق 200/2، وابن ماجه في سننه 10، كتاب الطلاق 21، باب كراهية الخلع حديث رقم 2055، 662/1، والترمذي في سننه 11، كتاب الطلاق 11، باب ما جاء في المختلعات حديث رقم 1187، 484/3.

دليله من الكتاب العزيز:

فهو قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁽¹⁾.
 وشذ قول من قال: إن آية الخلع منسوخة بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ﴾⁽²⁾. وكذلك شذ قول من قال: لا يصح الخلع إلا إذا ثبت زنا الزوجة، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبِينَةٍ﴾⁽³⁾.

دليله من السنة:

حديث سيدنا عبد الله بن عباس ؓ الذي جاء فيه: (أن امرأة ثابت⁽⁴⁾ ابن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس أما إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم. قال رسول الله ﷺ: أقبل الحديقة وطلقها تطليقه)⁽⁵⁾. فأخذ الحديقة التي أصدقها وطلقها تطليقة لم يراجعها بعدها.

(1) سورة البقرة، الآية: 229.

(2) سورة النساء، الآية: 20.

(3) سورة النساء، الآية: 19.

(4) هو: ثابت بن قيس بن شماس بن زهير بن مالك الخزرجي، أبو محمد وقيل: أبو عبد الرحمن، استشهد في خلافة أبي بكر الصديق. ترجمته في أسد الغابة ترجمة رقم (905) 1/395-396. والاستيعاب ترجمة رقم (250) 1/200-203.

(5) أخرجه النسائي في سنن كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع 3/169، واللفظ له، وابن ماجه في سنن 10، كتاب الطلاق 22، باب المختلعة تأخذ ما أعطها حديث رقم (2056) 1/663.

ثالثاً: ألفاظه⁽¹⁾:

ألفاظ الخلع المعمول بها عند المالكية هي: الخلع: ويكون بردها ما أعطاها، والصلح: ويكون بردها بعض ما أعطاها. والفدية: وتكون بردها أكثر مما أعطاها. والمبارأة: وتكون بإسقاطها لحقوقها التي عليه. والمعاطاة: إن جرى بها عرفهم؛ كأن تعطيه أساورها أو قلادتها فيأخذها وتتصرف، فهو خلع وإن لم يحصل منهما نطق بالخلع وما في معناه.

وزاد الحنفية: المفارقة، والبيع والشراء بدل المعاطاة. وجعل الشافعية والحنابلة: ألفاظ الطلاق ألفاظاً للخلع من طلاق صريح أو كنايات مع النية؛ كالبيع والشراء. بالإضافة إلى لفظ الخلع، والمفاداة، والفسخ.

رابعاً: أركان الخلع

ذهب جمهور الفقهاء⁽²⁾ إلى أن أركان الخلع خمسة:

- الإيجاب من الزوج أو من ينوب عنه، من وكيل أو ولي لسفيه أو صغير، لا سيد عبد رشيد، لتعلق الخلع بقيام وتحقق الزوجية.
- قيام الزوجية حقيقة؛ كأن يكون النكاح صحيحاً لا فاسداً، لأن المتعة باطلة في النكاح الفاسد. أو حكماً؛ كأن تكون الزوجة مطلقاً طلاقاً رجعيّاً.
- البذل أو العوض من الزوجة أو من غيرها، ويتحقق بالقليل والكثير، وبما يصح أن يكون مهراً. لكنهم استحبوا ألا يأخذ منها أكثر مما أصدقها.
- الصيغة، وتكون بلفظ الخلع، أو ما في معناه؛ كالمفاداة، والإبراء وما اشتق منها، وبالكناية أيضاً. ويتحقق بمجرد بذل العوض عند المالكية، وهو ما عبروا عنه بالمعاطاة.

(1) ينظر: بدائع الصنائع 148/3/2، والدر المختار 187/3، وبداية المجتهد 82/2، وأقرب المسالك 446/1، وتكملة المجموع 157/18-158، ونهاية المحتاج 405/6-407، والشرح الكبير 186/8، والمغني 182/8.

(2) ينظر: شرح الخرشي 11-4/2، وأقرب المسالك 444/1، ونهاية المحتاج 395/6-396.

- قبول الزوجة في مجلس تبليغها لا بعده.
- وزاد الشافعية اتفاق وتطابق القبول والإيجاب؛ كقوله: خالعتك على ألف فقالت: على ثمان مئة لم يقع، لعدم التوافق، وكذلك لو قالت: بل على ألفين.
- وقال الأحناف⁽¹⁾: للخلع ركنان فقط هما:
الأول: الإيجاب. والثاني: القبول.

لأنه عقد قد اتفقا فيه على الطلاق بعوض، ولا تتحقق الفرقة إلا بهما، كما أن العوض لا يكون مستحقاً إلا بهما.

خامساً: شروط الخلع⁽²⁾

اشتراط الفقهاء لوقوع الخلع ونفاذه:

- أهلية الزوج بالبلوغ والعقل، وهذا يقتضي أنه لا يقع من الصبي والمجنون. إلا أن الحنابلة أجازوه من الصبي المميز — كما في الطلاق — وقد ترتب على هذا الشرط، وقوع الخلع من السفیه والمريض. وصحة التوكيل فيه من الزوجين، لصحة وقوعه منهما، ذلك أن من صح وقوعه منه، صح توكيله فيه. كذلك يصح وقوعه من ولي الصبي والمجنون.
- أهلية الزوجة محل الخلع بحيث تكون في حال زواج صحيح حقيقة أو حكماً ولو غير مدخول بها. وأن تكون مكلفة غير محجور عليها، لرق أو سفه أو مرض أو جنون. إلا أن الحنفية أجازوا خلع المريضة.
- أن يكون العوض مما يصح أن يكون مهراً؛ كأن يكون مالا مقوماً يصح تملكه والانتفاع به، وإن كان ديناً، أو منفعة، لا خمراً أو خنزيراً. وإن وقع الخلع بهما أو أحدهما، تبين الزوجة بطلاق بائن ولا شيء للزوج؛ كما لو وقع بمال مسروق أو مغضوب.

(1) ينظر: بدائع الصنائع 145/3/2.

(2) ينظر: نهاية المحتاج 395/6-396، وتكملة المجموع 170/1/8، وبدائع الصنائع

145/3/2، والمحلي 170/18/10، والفقہ الإسلامي وأدلته 7018/9-7023.

لكنهم أجازوه بمعدوم ينتظر وجوده؛ كجنين في بطن حيوان. وكذلك المجهول؛ كأحد الجوادين. وما فيه غرر؛ كالعبد الآبق والبعير الشارد. وما أضيف إلى أجل مجهول؛ كخلال هذه الأشهر أو الأعوام. وقال الظاهرية: بضرورة وجوده، وألا يكون مجهولاً. وإلا بطل الخلع. وذهب المالكية إلى أن شروط الخلع ثلاثة:

- أن يكون المال المبذول عوضاً في الخلع يصح تملكه. فلا يصح الخمر ولا الخنزير بدلاً، ولكنهم أجازوا العوض المجهول والغرر فيه.
 - ألا يكون وسيلة للتعامل بالربا؛ كأن يكون على السلف، أو على تأخير دين حل أجله، أو تعجيل دين ما زالت مدته، لما فيه من جر نفع لها. في مقابل حل عصمتها منه. لكنها تبين منه وتبقى الديون على حالها حسب آجالها المضروبة.
 - أن يكون الخلع نابعا من رغبة المرأة في الخلاص من زوجها، من غير إكراه أو ضرر لحقها منه. وإلا وقع طلاقاً ولم يكن خلعا⁽¹⁾.
- سادساً: أسباب الخلع وحكم أخذ العوض فيه⁽²⁾:

لا يخلو طلب الخلع من سبب لطلبه وهذا السبب:

- قد يكون من الزوجة بسبب نفورها من الزوج، ونشوزها دون إكراه أو إضرار من الزوج بها؛ كخوفها ألا تؤدي حقوق زوجها، أو تقع في الفتنة بسبب سوء منظره، أو ضعفه وكبر سنه. وهنا يجوز للزوج أخذ العوض من زوجته على خلعها، وفي

(1) ينظر: أقرب المسالك 444/1، والقوانين الفقهية لابن جزي 237، والفقه الإسلامي وأدلته 7025/9، ط4.

(2) ينظر: بدائع الصنائع 151-150/3/2، والدر المختار ورد المختار 490-489/3، وتكملة المجموع 151-148/18، ونهاية المحتاج 394-393/6، والمغني 176/8-180، والشرح الكبير 179-176/8، وشرح الخرشي 15-12/4/2، وأقرب المسالك 442-441/1، والفقه الإسلامي وأدلته 7029-7027/9، ط4، والمحلّى 235/10.

مقابلة فراقها، لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁽¹⁾. وكره بعض الفقهاء للزوج أن يأخذ أكثر مما أصدقها.

• وقد يكون طلب الفراق بسبب نفور ونشوز الزوج. وهنا يكره له أخذ العوض عن طلاقها، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾⁽²⁾.

• وقد يكون الفراق مطلباً للطرفين، والكره متبادل بينهما، وخشياً التقصير والتقريط في حقوق الله تعالى والحقوق الزوجية، وهنا يجوز أخذ العوض للزوج قليلاً أو كثيراً، قلَّ عن الصداق أو زاد عنه، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁽³⁾.

لكن ماذا عن الخلع بالمنافع والحقوق⁽⁴⁾:

ولما جاز الخلع في حالتين وكره في حالة، وجاز البذل فيه بالمعدوم والمجهول، جاز أيضاً في مسائل أخرى أهمها:

• الخلع على الرضاع؛ كأن تطلب إرضاع ولدها مقابل خلعهها دون مقابل، لأن الرضاع يكون بمعاوضة، وبمقابل في غير الخلع، والمعاوضة فيه بالخلع أولى، وموتها أو موت ولدها يُمكن الزوج من الرجوع عليها بقيمة المثل في حالة موت الولد، ويرجع على ورثتها إن كانت هي الميئة.

(1) سورة البقرة، الآية: 229.

(2) سورة النساء، الآية: 20.

(3) سورة البقرة، الآية: 229.

(4) ينظر: بدائع الصنائع 149/3/2، والدر المختار ورد المختار 501-500/3، وتكملة المجموع 170-167/18، ونهاية المحتاج 400-398/6، والمغني 195-192/8، والشرح الكبير 201-197/8، وشرح الخرشي 14-13/4/2، وأقرب المسالك 442/1، والفقہ الإسلامي وأدلته 7033-7029/9، ط4.

- الخلع على الحضانة؛ كأن تطلب حضانة ولدها مقابل خلعها مدة معلومة بدون أجر.
 - الخلع على بقاء الولد إلى البلوغ بدون مقابل.
 - الخلع على نفقة الصغير.
 - الخلع على إسقاط نفقة العدة.
 - الخلع على إسقاط حضانة الولد. وقيل إن الحضانة من حق الولد وليست من حق الأم، فليس لها حق إسقاطها، والمخالعة بها.
- وخالف الظاهرية جمهور الفقهاء بعدم تجويزهم الخلع بالمنافع، على اعتبار أنها حقوق شرعية لا يحق التنازل عنها⁽¹⁾. والرأي مع الجمهور؛ لصراحة النص القرآني في إباحة أخذ ما تراضيا على الافتداء به.

سابعاً: نوع الفرقة بالخلع ورجعة المختلعة

اتفق الفقهاء⁽²⁾ على أن الزوجة التي خلعت نفسها، لا تلحقها الرجعة؛ لأن القصد منه إزالة الضرر عن الزوجة، والقول بإباحة الرجعة يعيد الضرر للزوجة، ولا يحقق الغرض من الخلع الذي بذلت فيه الزوجة عوضاً، وإذا شرط الزوج الرجعة، مضى الخلع وبطل الشرط لتنافيهما.

وعليه فإن الفرقة الواقعة بالخلع طلاق بائن عند جمهور الفقهاء⁽³⁾ وهو إحدى الروايتين عن الإمام أحمد والشافعي، والأخرى فسخ لا طلاق عندهما، وهو قول

(1) ينظر: المحلى 244/10-245.

(2) ينظر: بداية المجتهد 86/2، وأقرب المسالك 441/1، ونهاية المحتاج 409/6، وتكملة المجموع 174/18، والمغني 185/8-186، والشرح الكبير 189/8-190.

(3) ينظر: بداية المجتهد 85/2، وأقرب المسالك 444/1، وبدائع الصنائع 152/3/2، والدر المختار ورد المختار 488-487/3، والمغني 181/8، والشرح الكبير 185/8-186، والمحلى 239/10.

ابن عباس وبعض التابعين⁽¹⁾ - رحمهم الله جميعا - وهو طلاق رجعي عند الظاهرية.

ثامناً: صحة وقوع الخلع من غير الزوجة

وإذا كان المقصد الشرعي من الخلع، رفع الضرر عن الزوجة، التي قد لا تدرك الضرر المحقق بها؛ لصغرهما أو لغفلتها اتفق جمهور الفقهاء⁽²⁾ على صحة وقوع الخلع من غير الزوجة أيضاً؛ كأبيها، ووكيلها، ولكن ليس للأب طلب الخلع، أو تطليق زوجة ابنه الصغير بعوض أو بغير عوض. وقال الظاهرية: لا يخالغ عن المجنونة والصغيرة أب ولا غيره⁽³⁾.

تاسعاً: مخالعة الزوجة المريضة

لما كان المقصد الشرعي من الخلع، رفع الضرر عن الزوجة، اتفق أهل العلم والفقهاء⁽⁴⁾ على جواز خلع الزوجة المريضة، وأنه يقع منها صحيحاً كما لو كانت صحيحة؛ لما فيه من المعاوضة كالبيع، وصح بميراثها منه فما دون، وبمهر مثلها أيضاً.

(1) وهم: طاوس، وعكرمة، ومن الفقهاء: أبو ثور، وإسحاق. ينظر: المغني 181/8.

(2) ينظر: بدائع الصنائع 146/3-147، والدر المختار ورد المحتار 502/3-504، وبداية المجتهد 84/2، والقوانين الفقهية 238، ونهاية المحتاج 402/6-403، وتكملة المجموع 176/18-177، والمغني 217/8-222، والشرح الكبير 180/8-182.

(3) ينظر: المحلى 244/10.

(4) ينظر: بدائع الصنائع 149/3-149، والدر المختار ورد المحتار 506/3، وبداية المجتهد 85/2، وأقرب المسالك 444/1-445، ونهاية المحتاج 398/6، وتكملة المجموع 180/18-179، والمغني 223/8-224، والشرح الكبير 224-222/8..

الخاتمة

أهم نتائج البحث:

- رفع الضرر مصلحة شرعية مقدمة على جلب المصلحة؛ فالتفريق بالخلع شرع لرفع الضرر عن الزوجة، التي تخشى الفتنة في دينها، بترك عش الزوجية الذي حلمت به قبل ولوجه.
- اهتمام الشريعة الإسلامية، والدين الإسلامي الحنيف، بأمن واستقرار الحياة الزوجية، وديمومتها بين الأزواج ذكورا وإناثا على حد سواء، من دون ضرر أو اضرار.
- لما كان الطلاق لمن أخذ بالساق وهو الرجل؛ لكي يرفع به الضرر عن نفسه، جعل الشارع الحكيم الخلع للزوجة؛ لكي ترفع به الضرر عن نفسها.
- عدم اختلاف حكم المختلعة عن الرجعية، أي: المطلقة طلاقا رجعيا، فالرجعية زوجة حكما، لها كافة الحقوق الزوجية، وعليها جميع الواجبات ما عدا المعاشرة.
- المختلعة فلا تلحقها رجعة، ولا يحكم بخلعها حاكم، وطلاقها بائن يباح في زمني الطهر والحيض؛ لأنه شرع لرفع الضرر عن الزوجة، وتأجيله يضاعف الضرر عليها.
- صحة وقوع الخلع بعوض أو من دون عوض، وأن أخذ العوض قد يكون مباحا، وقد يكون مكروها، ثم إن العوض فيه قد يكون مبلغا ماليا، وقد يكون منافع عينية.
- ولما كان تشريع الخلع لرفع الضرر عن الزوجة، جاز من الصحيحة والمريضة على حد سواء؛ فتفك الزوجة المريضة المتضررة عصمتها، مقابل مؤخر صداقها أو نحوه، وتعالج نفسها.
- صحة وقوع الخلع من الزوجة ومن غيرها؛ كأبيها ووكيلها، لكنه لا يصح من الحاكم أو القاضي.

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم: مصحف المدينة المنورة، رواية ورش عن نفع.
- أدلة التشريع المتعارضة وأوجه الترجيح بينها د. بدران أبو العينين بدران مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1985م.
- أقرب المسالك لأحمد الدردير شرح مختصر خليل مع بلغة السالك لأحمد الصاوي شركة مصطفى الحلبي القاهرة مصر، الطبعة الأولى، 1952م.
- الأحكام في أصول الأحكام للآمدي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1983م.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساتي، دار الكتب العلمية، بيروت — لبنان، الطبعة الثانية، 1982م.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد (الحفيد)، مراجعة وتصحيح عبد الحلیم محمود وعبد الرحمن حسن، دار إحياء التراث العربي، بيروت — لبنان، الطبعة الأولى، 1929م.
- تكملة مجموع النووي، شرح المهذب للفيروز أبادي، تحقيق وتعليق المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة — السعودية، الطبعة الأولى.
- حاشية العطار على جمع الجوامع، المطبعة العلمية، القاهرة، الطبعة الأولى.
- سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة — مصر، الطبعة الأولى، 1994م.
- سنن الترمذي، الجامع الصغير، تحقيق أحمد شاكر وآخرون، دار الحديث، القاهرة — مصر، الطبعة الأولى.
- سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي، دار إحياء التراث، بيروت — لبنان، الطبعة الأولى.
- شرح جمع الجوامع للمحلي، المطبعة العلمية، القاهرة، الطبعة الأولى.

- شرح الخرشني على مختصر خليل بهامش حاشية العدوي، دار صادر، بيروت — لبنان، الطبعة الأولى.
- الشرح الكبير على متن المقنع لعبد الرحمن بن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت — لبنان، الطبعة الأولى، 1994م.
- الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر، تحقيق علي البيجاوي، دار الجيل، بيروت — لبنان، الطبعة الأولى، 1982م.
- الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر، تحقيق علي البيجاوي، دار الجيل، بيروت — لبنان، الطبعة الأولى، 1992م.
- رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ومعه تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف، دار الفكر، بيروت — لبنان، الطبعة الأولى، 1995م.
- الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر، دمشق، الطبعة الرابعة، 1997م.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام عز الدين بن عبدالسلام، مراجعة وتعليق طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة الأولى، أم القرى للطباعة والنشر القاهرة.
- القوانين الفقهية محمد بن جزي، الدار العربية للكتاب، ليبيا تونس، الطبعة الأولى، 1982م.
- مختار القاموس الطاهر الزاوي، الدار العربية للكتاب، الطبعة الأولى، 1981م.
- منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل لابن الحاجب، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1985م.
- المحلى لابن حزم، تحقيق لجنة التراث العربي، دار الجيل والآفاق الجديدة، بيروت — لبنان، الطبعة الأولى، 1352هـ.
- المستدرک على الصحيحين للحاكم النيسابوري، إشراف د. يوسف المرعشلي، دار المعرفة، بيروت — لبنان، الطبعة الأولى، 1986م.

- المغني على متن المقنع لابن قدامة، دار الفكر، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1994م.
- الموافقات في أصول الشريعة لإبراهيم الشاطبي بشرح عبدالله دراز، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الثانية، 1982م.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج أحمد الرملي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1993م.

الصنعة الإسنادية عند الإمام الترمذي من خلال كتابه الشمائل

د. حافظ امحمد مصطفى القليب(*)

المقدمة:

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد .. فقد رأيت أن أتناول في هذه الدراسة "الصنعة الإسنادية عند الإمام الترمذي من خلال كتابه الشمائل"، أحاول أن أبين من خلالها معالم المنهج وأساليبه، ونتعرف على كنهه ومراميه في تلك المسالك والأساليب.

وسبب اختيار موضوع الدراسة:

- مكانة الإمام الترمذي الحديثية، وما تميز به من موسوعية تظهر في مؤلفاته إفادةً وتحريراً، الكشف عنها يُفيد طالب الحديث في تقريب الاستفادة من جهودهم، وإدراك مراميههم ومغازيهم، وحسن تصنيفهم وعرضهم، ذلك أنهم مارسوا معارفهم تطبيقاً وعملاً، فاقترضى دراسة المنهج لتلمس تلك المعارف، وإدراك الإشارات والمغازي، واستخلاص الفوائد والقواعد، وإبراز حسن الصنعة التأليفية والحديثية عندهم، وخاصة أن الإمام الترمذي لم يُبين في كتابه الشمائل منهجه فيه.

(*) عضو هيئة التدريس، كلية التربية، جامعة مصراتة.

• يعتبر كتاب الشمايل أمًا في بابه، فهو يحنلّ المكانة السامية في هذا الباب، جمعًا وجودةً وتحريراً واختصاراً.

• لم أقف على أي جهد في الكشف عن منهج الترمذي في هذا الكتاب، وما وقفت عليه هو إشارات عامة في بعض الكتب إذا اتصل الحديث بموضوعاتها⁽¹⁾، لا تبين الخصائص الدقيقة لهذا الإمام ومؤلفه.

وسبب الاقتصار على دراسة الصنعة الإسنادية دون الصنعة المتنبية تشعب البحث وطوله بدراستهما معاً، فرأيتُ أن تكون هذه الدراسة كما هي موسومة، على أن تكون منهجيته في المتن موضوع دراسةٍ مستقلة لاستيعاب ملامح المنهج، وإتمام القسمة المنطقية المفروضة لهذه الدراسة. وقد رأيت تقسيم البحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: منهجه في عرض أسانيده ورواية أحاديثه، وفيه أربعة طرق.
الطريقة الأولى: جمع أسانيد الحديث في سياق واحد، **الطريقة الثانية:** تعداد الأسانيد وذكر المتن عقب الإسناد الأول، **الطريقة الثالثة:** إفراد كل إسناد مع منته بالرواية، **الطريقة الرابعة:** التنبيه على بعض الفوائد من خلال تعليق الأسانيد، أو التعقيب.

المطلب الثاني: بعض مقاصده من تعداد الأسانيد والمتون.
المطلب الثالث: درجة شيوخه، وعدة الأحاديث عنهم إجمالاً، ومنهجه في ذكرهم، وفيه:

أولاً: درجة شيوخه، وعدة الأحاديث عنهم على الإجمال، **ثانياً:** منهجه في ذكرهم.

المطلب الرابع: درجة أحاديثه إجمالاً.

المطلب الخامس: عنايته بالتعريف بالرواة.

(1) كالدكتور نور الدين عتر في كتابه الموازنة، والدكتور عداب الحمش في كتابه عن الترمذي وغيرهم.

تنبيهات:

- 1- استخدمت في الإحالة على الشمايل الطبعة المخرجة بتحقيق عبده علي كوشك، الصادرة عن دار اليمامة، لكونها الأمثل، وإن استعنتُ بغيرها بيّنت ذلك في الهامش.
- 2- إذا أطلقت لفظ السنن، فإنما المراد طبعة دار إحياء التراث، وإلا بيّنتُ.
- 3- قد أختصر أسماء الكتب التي تكثر الإحالة عليها.
- 4- لم أترجم للإمام الترمذي؛ لأن ترجمته مسطرة في كثير من الدراسات، فأدتها تسويد للورق⁽¹⁾.

مدخل:

اهتمَّ الإمام الترمذي بالفنون الإسنادية وأولاهها عنايةً فائقةً، وتفنَّنَ فيها تفنُّناً عجيبيّاً، فعَدَّدَ الشيوخ والطرق، وتفنَّنَ في إيراد الأسانيد، فجمع بينها لملاحظٍ، وفرَّقها لملاحظٍ أيضاً، ونَبَّهَ على كثيرٍ من الفوائد في ذلك؛ إما من خلال عرض الأحاديث، أو بالتنصيص عليها، ويخلص بذلك إلى كثيرٍ من الفوائد، تشهد بدقَّة هذا الإمام وحسن صنيعه.

(1) ينظر: كتاب الدكتور عتر الموازنة، والدكتور عداب الحمش حول الإمام الترمذي.

هذا وإنما لم يلتزم بيانَ درجة الأحاديث، والكثير من الفوائد التي نبّه عليها في كتابه: "السنن"، وخلا منه كتابه الشمالي، لأن الهدف من كتابه انتشاره بين كافة الناس عامتهم وخاصتهم، والتنبيه على مثل ذلك يُرغّب الناس عنه، فاستعاض عن هذا البيان بما يدركه المتأمل المتأنّي، والحافظُ الإمام يصون كتابه عما يشينه بحسب موضوعه، وجمهوره المستهدف، ولا يُخلي كتابه من الفوائد والحكم صراحةً؛ أو دلالةً؛ أو إشارةً، ولهم في ذلك تصرفات وأغراض.

المطلب الأول

منهجه في عرض أسانيدِه ورواية أحاديثِه

ساق الترمذي في ترجمة الباب ما يصلح للدلالة عليها بأسانيدِه، وعدّد طرق الحديث الواحد لفائدةٍ قصدها، ولو لم يصرّح بها، وبين اختلاف الرواة واتفقهم إشارةً أو تصريحاً، كما ذكر المتابعات والشواهد، وأورد في الباب ما يُحقّق المقصود ويُجليه، ويمكن حصر مسلكه في الآتي:

الطريقة الأولى

جمع أسانيد الحديث في سياق واحد

وذلك بأن يجمع الطرق التي ورد الحديث بها في سياق إسنادٍ واحد، ويكون الجمع بمسلكين:

أولاً: العطف بين الشيوخ: أن يروى الحديث الواحد عن شيخين فأكثر، ويشتركون في إسناد الحديث، فيذكر شيوخه عاطفاً بينهم بالواو، ثم يذكر بقية الإسناد المشترك بينهم والمتن.

وقد تنوع صنيع الترمذي في العطف بين الشيوخ، فتارةً يعطف بين شيخين، وتارةً بين ثلاثة، وتارةً يعطف على الإبهام بعد ذكر شيخ أو شيخين، وتارةً يعطف عند الاتفاق في اللفظ والرتبة، وتارةً عند الاختلاف، وسأورد أمثلة من كل ذلك:

أ- العطف عند اتفاق اللفظ ورتبة الشيخين، ومن أمثلته:

- حدثنا محمود بن غيلان ويوسف بن عيسى قالوا: حدثنا وكيع، عن مُساورِ الورَّاق، عن جعفر بن عمر بن حُرَيْث، عن أبيه (أن النبي ﷺ خطب الناس وعليه عمامةٌ سوداء) (1).

فشياخاه محمود بن غيلان العدوي المروزي، ويوسف بن عيسى بن دينار المروزي كلاهما تفتان (2)، عطف بينهما بالواو، وتمم الإسناد المشترك بينهما وأعقبه بالمتن.

والملاحظ أنه عند الاتفاق في اللفظ يسكت في الغالب عن بيان لفظ من هذا؟ إشارة إلى اتفاقهما فيه.

ب- العطف عند الاتفاق في المعنى واختلاف الرتبة:

- حدثنا أحمد بن عبدة الضبي البصري وعلي بن حُجر وأبو جعفر محمد بن الحسين وهو ابن أبي حليلة المعنى واحد قالوا: حدثنا عيسى بن يونس، عن عمر مولى غفرة، حدثني إبراهيم بن محمد من ولد علي بن أبي طالب قال: كان عليُّ إذا وصف رسول الله ﷺ قال: (لم يكن رسول الله ﷺ بالطويل المُعَطَّ... (3)، فقد قرن بين ثلاثة شيوخ (4)، واختلفت مراتبهم، فأحمد بن عبدة ثقة (5)، وعلي بن حجر كذلك، أما محمد بن الحسين بن أبي حليلة أبو جعفر المصري، فمقبول، لم يرو عنه غير الترمذي (6)، ويبين أن المعنى واحد.

ج- العطف عند اختلاف اللفظ مع استواء الرتبة:

(1) ص 35، رقم 110.

(2) ينظر: تقريب التهذيب، ابن حجر، ص 522-611.

(3) ص 42، رقم 6.

(4) وينظر: للزيادة باب: ما جاء في صفة كلام رسول الله، ص 73.

(5) ينظر: تقريب التهذي، ص 82.

(6) ينظر: تقريب التهذيب ص 474، وتهذيب الكمال المزي 81/25.

• قال⁽¹⁾: حدثنا محمد بن سَهْل بن عَسْكَر وعبد الله بن عبد الرحمن قالوا: أخبرنا يحيى بن حسان، حدثنا سليمان بن بلال، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: (نعم الإدام الخل)، قال عبد الله بن عبد الرحمن في حديثه: (نعم الأدم أو الإدام الخل)، عطف بين تفتين، ولاحظ ملحظاً آخر، وهو أن الدارمي شكذ فيه، فنبه على هذه الفائدة.

ويبقى هنا أن نورد مثالاً للعطف على الإبهام، وهو عين المثال المتقدم في العطف عند الاتفاق في المعنى: * حدثنا علي بن حجر وغير واحد قالوا: أخبرنا عيسى بن يونس، عن عمر بن عبد الله مولى غفرة قال: حدثني إبراهيم بن محمد من ولد علي بن أبي طالب قال: كان علي إذا وصف رسول الله ﷺ قال: (كان إذا مشى تقلع كأنما ينحط في صيب) ⁽²⁾.

فأبهم من قرنه من شيوخه مع شيخه علي بن حجر، وهم جمع مع شيخه المصرح به، ولذلك قال: قالوا.

وقد أورد هذا المثال بعينه مرة أخرى فقال⁽³⁾: حدثنا أحمد بن عبدة الضبي وعلي بن حجر وغير واحد قالوا: أخبرنا عيسى بن يونس... لكن الغالب إذا أبهم فقد سبق بيان من أبهم لتكرار الحديث، والإبهام مفيدٌ في معرفة صاحب اللفظ المساق.

والملاحظ في خصوص صنيعه في هذا الحديث في أمثلة قليلة نحوه أن الحديث قد أوردته قبل هذا، وذكر من أبهم، فلما أعاده أبهم في العطف، واختصر المتن — لكن ذلك ليس مطرداً عنده، فقد يرد الحديث عنده في موضع واحد، ويذكر شيخاً ويعطف عليه مع الإبهام⁽⁴⁾ — وعندئذ فيه إشارة إلى سماعه

(1) ص 113، رقم 155.

(2) ص 96، رقم 118.

(3) ص 54، رقم 18.

(4) ينظر: ص 81، رقم 84، وص 143، رقم 220.

عن غير واحد، كما يفيد ذلك في تحديد لفظ من من الرواة هو؟ وفيه فائدة أخرى وهو الإشارة إلى تقوية الضعيف بالمتابعة، فلما أعاده ثانية اقتصر على شيوخه الثقتين إشارة إلى الاعتماد عليهما، وضعف من أبهما، فلما ذكره الثالثة اقتصر على شيخ واحد لملاحظ الإعادة والاختصار.

إلا أن الغالب عليه عند العطف بين شيوخه أن يلاحظ استواء الرتبة، ولذلك تجده يُفرد طريق الضعيف، ثم يتبعها بطريق أخرى عاطفاً بين شيوخين ثقتين، وقد يُنبذه على اختلاف ألفاظهما، وسيأتي مثال ذلك.

ثانياً: التحويل بين الأسانيد: أن يسوق الحديث بأسانيد متعددة، تلتقي في رَأوٍ من رواة الحديث فما فوقه، فيذكر الإسناد الأول إلى موضع الالتقاء، ويأتي بما يشير إلى الانتقال إلى إسناد آخر - وفي الغالب يستعملون لذلك ما صورته (ح)⁽¹⁾ - ويذكر إسناده الآخر إلى موضع الاتفاق، ثم يتم الإسناد من موضع الالتقاء إلى آخر السند، وهذا ما يُعرف بالتحويل، وقد عبر عنه الترمذي في الشمايل بصيغتين، كل الصور ب(ح) إلا واحدة (حينئذ)، وهاكها:

(1) قلت: في الغالب لأن الترمذي استخدم في موضع من الشمايل للإشارة إلى التحويل: (حينئذ)، قال القاري: قوله حينئذ: كذا وقع في أصل سماعتنا، وبعض النسخ الحاضرة، وهي إشارة إلى التحويل من السند الذي ذكر إلى سند آخر، فينطق بها حاء ممدودة، وأما قول ابن حجر مقصورا فلا وجه له، وإنما يجوز حالة الوقف عند بعضهم، أو علامة صح ليعلم أن الإسناد المذكور لم يصل إلى منتهاه، ولئلا يتوهم أن حديث هذا الإسناد سقط، ولئلا يركب الإسناد الثاني على الإسناد الأول فيصير إسناداً واحداً أو اختصاراً من قولهم الحديث، يعنون إلى آخره... وقيل: من الحيلولة، لأنه يحول بين الإسنادين، وليست من الحديث فلا يتألف بشيء مكانها، ينظر: هامش الشمايل ص20.

1- حدثنا عبد الله بن الصّباح الهاشمي البصري، أخبرنا عبيد الله بن موسى، أخبرنا إسرائيل، عن عباد بن منصور (حينئذ)⁽¹⁾، وحدثنا علي بن حجر، حدثنا يزيد بن هارون، أخبرنا عباد ابن منصور، عن عكرمة، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: (كان النبي صلى الله عليه وسلم يكتحل قبل أن ينام بالإثمد ثلاثاً في كل عين)، وقال يزيد بن هارون في حديثه: (أن النبي صلى الله عليه وسلم كانت له مكحلة يكتحل منها عند النوم ثلاثاً في كل عين)⁽²⁾.

قد جمع بين شيخيه مع اتفاق رتبتهما واختلاف لفظهما، وبين الخلاف بين الألفاظ، وحصل بهذا الجمع فوائد: أتى بطريق عالية ونازلة، تبين تفرد عباد بالحديث، والرواية إلى عباد بن منصور في الشمال كلهم ثقاة، وعباد بن منصور صدوق رُمي بالقدر، وكان يدلّس عن الضعفاء، وتغير بأخرة⁽³⁾، وروى بالنعنة، وللعلماء في روايته عن عكرمة مقال⁽⁴⁾، ولما كان ضعيفاً ذكر شواهد بعدة إشارة إلى تقويّه.

2- قال: حدثنا قتيبة، عن مالك بن أنس (ح) وأخبرنا إسحاق بن موسى، أخبرنا معن، أخبرنا مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (إذا انتعل أحدكم فليبدأ باليمين...)⁽⁵⁾.

وبتتبع الطرق التي أخرجها الترمذي من طريق شيخه قتيبة، ومن طريق معن عن مالك، نرى أن الترمذي أخرج من هذين الطريقين ستة عشر حديثاً،

(1) ووردت في طبعة كوشك: (ح) كمثيلاً لها، ويكرر عليه قول القاري في شرحه: كذا وقع أي حينئذ في أصل سماعنا وبعض النسخ الحاضرة، وهو إشارة إلى التحويل في السند، ولم ينبه كوشك على فروق.

(2) باب: ما جاء في كحل رسول الله صلى الله عليه وسلم، ص 20، بتحقيق أحمد البزرة.

(3) ينظر: تقريب التهذيب، ص 291.

(4) قال أبو حاتم: كان ضعيفاً، يكتب حديثه، ونرى أنه أخذ هذه الأحاديث عن ابن أبي يحيى، عن داود بن الحصين، عن عكرمة، عن ابن عباس، ينظر: تهذيب الكمال، 14/159.

(5) ص 80، رقم 81.

ثمانية منها من طريق معن من رواية إسحاق بن موسى الأنصاري⁽¹⁾، صرح فيها بالسماع بين معن ومالك، وستة أحاديث من طريقهما معاً، واثنان فقط من طريق قتيبة بن سعيد، وبملاحظة هذا جزمنا أنه ما أراد إلا أن يجمع بين طريقين تنوع صنيع العلماء فيها، هل يقدم العلو أم الحفظ؟ والترمذي يقدم الحفظ في الغالب، أو يجمع بينهما، فإذا خرج عن ذلك فلنكتة، وبالنظر فيما أفرد به طريق شيخه قتيبة وهما موضعان تظهر لنا هذه النكتة:

الموضع الأول: استفتح به كتابه، فأراد أن يستفتح به علوً ترغيباً فيه وإظهاراً لعلوه، بدليل أنه لما أعاده ذكره من طريق إسحاق عن معن، ثم أعقبه بطريق قتيبة وقال: نحوه⁽²⁾، كما أن سياق معن أجود لتصريحه بالتحديث، بخلاف قتيبة فبالنعنة.

الموضع الثاني: حدثنا قتيبة بن سعيد، حدثنا مالك...⁽³⁾، فعمله لتصريحه بالسماع مع علوه، أو لم يسمعه إلا منه.

والجمع بين الرواة جائزٌ عند اتفاق اللفظ، وعند اختلافهم جائزٌ عند من يرى جواز الرواية بالمعنى، والترمذي يرى ذلك⁽⁴⁾.

لكنه مع أنه يرى الجواز سلك طريق التحرير والبيان، وأشار إلى اتفاقهم واختلافهم، إما بالتنصيص، أو بالمفهوم، وذلك من خلال الجمع مع عدم التعقيب، أو بالإشارة، وله في هذه الإشارة طرق: فتارة يقول: والمعنى واحد، أو نحوه، أو مثله، أو مثله بمعناه.

كما يظهر من هذا العرض الكثير من الفوائد، يمكن جمعها في الآتي:

أ- الاختصار، ب- التقوية، ج- بعض الفوائد الأخرى.

(1) ثقة متقن، ينظر: تقريب التهذيب، ص 103.

(2) ينظر: ص 231، رقم 372.

(3) ص 91، رقم 106.

(4) ينظر: الموازنة، ص 75.

فقد يجمع من باب الاختصار، وقد يجمع من باب المتابعة والتقوية، ولذلك لم يجمع بين ضعيفين، والغالب على صنيعه أنه يجمع بين الثقات، فإذا عطف بين ثقةٍ وغيره فللدلالة على التقوية بالمتابعة، وفي هذا الصنيع إشارة إلى فوائد أخرى كقضية العلو، والإشارة إلى تفرد الراوي، ونحو ذلك، لكننا رأيناه في التحويل لا يجمع إلا بين تقنين.

الطريقة الثانية

تعداد الأسانيد وذكر المتن عقب الإسناد الأول

وذلك بأن يخرج الحديث بسنده ومنتها، ثم يذكر عقبه بقية الأسانيد، ويشير إلى المتن بكلمة نحوه، أو مثله ونحو ذلك، ولا يذكره اختصاراً، مثاله:

1- حدثنا اسحاق بن موسى، أخبرنا معن، أخبرنا مالك، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة (أن رسول الله ﷺ كان يصلّي من الليل إحدى عشرة ركعة، يُوتر منها بواحدة، فإذا فرغ منها اضطجع على شقه الأيمن).

حدثنا ابن أبي عمر، أخبرنا معن، عن مالك، عن ابن شهاب نحوه، (ح) وحدثنا قتيبة، عن مالك، عن ابن شهاب نحوه⁽¹⁾.

وأنت تلاحظ أنه قدّم طريق معن مع كونها نازلة بالنسبة للثالثة؛ لأن معنًا أثبت في مالك، وابن أبي عمر صدوقٌ فيه غفلة، فأتى به متابعةً، فلاحظ أمرين: العلوّ والمتابعة.

الطريقة الثالثة

إفراد كل إسناد مع متنه بالرواية

وذلك بأن يخرج الحديث من طرق متعددة، ويتبع كل طريق بلفظها، فيعيد المتن لزيادة لفظ، أو اختلاف بين الرواة فيه، أو إشارة إلى صحته من وجهين وتعدد مخارجه، أو لبيان علة في الحديث، وهذه الأمثلة على ذلك، إلا أنك ستلاحظ أنه قد يجمع أكثر من طريقة في الحديث الواحد، فيشير إلى المتن

(1) ص 179، رقم 271.

في طريق، ويذكره في أخرى:

1- حديث أنس بن مالك افتتح به كتابه، قال فيه: أخبرنا أبو رجاء قتيبة بن سعيد، عن مالك ابن أنس، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، عن أنس بن مالك أنه سمعه يقول: (كان رسول الله ﷺ ليس بالطويل البائن، ولا بالقصير، ولا بالأبيض الأمهق، ولا بالآدم، ولا بالجعد القَطَط، ولا بالسَّبَط، بعثه الله على رأس أربعين سنة، فأقام بمكة عشر سنين، وبالمدينة عشر سنين، وتوفاه الله على رأس ستين سنة، وليس في رأسه ولحيته عشرون شعرةً بيضاء).

وساقه ثانية بعده مباشرة من وجه آخر بأخصر من هذا اللفظ، حيث قال: حدثنا حميد بن مسعدة البصري، حدثنا عبد الوهاب الثقفي، عن حميد، عن أنس بن مالك قال: (كان رسول الله ﷺ ربعةً، ليس بالطويل ولا بالقصير، حسن الجسم، وكان شعره ليس بجعد ولا سبط، أسمر اللون، إذا مشى يتكفأ)، فكرر الحديث مرتين مع أنه أتى به أولاً أتمّ سياقاً، لزيادة الثاني: (ربعة، حسن الجسم...)، والملاحظ هنا أنه قدّم الأصح، والأشهر، فحميد بن مسعدة صدوق⁽¹⁾، وأتى بالثانية متابعة إشارة إلى تقويها، فحميد مدلس وقد عنعنه، وعامة ما يرويها عن أنس لم يسمعه منه، وإنما سمعه من ثابت، كما قال حماد بن سلمة⁽²⁾، ولذلك أخرج الشيخان هذا الحديث من طريق ربيعة بن أبي عبد الرحمن به⁽³⁾.

2- حديث البراء بن عازب⁽⁴⁾، قال فيه: حدثنا محمد بن بشار، حدثنا محمد بن جعفر، أخبرنا شعبة، عن أبي إسحاق قال: سمعت البراء بن عازب يقول: (كان

(1) ينظر: تقريب التهذيب، ص 182.

(2) ينظر: تهذيب الكمال، 7/360.

(3) صحيح البخاري، 3/1302، باب: صفة النبي ﷺ، رقم 3354، وصحيح مسلم 7/87،

باب: في صفة النبي ﷺ، ومبعثه وسنه، رقم 6235.

(4) ص 41، رقم 5.

رسول الله ﷺ رجلاً مربوعاً، بعيد ما بين المنكبين، عظيم الجمّة إلى شحمة أذنيه، عليه حلّة حمراء، ما رأيت شيئاً قط أحسن منه).

ثم ساقه ثانيةً من وجه آخر، فقال: حدثنا محمود بن غيلان، حدثنا وكيع، حدثنا سفيان، عن أبي إسحاق، عن البراء بن عازب قال: (ما رأيت من ذي لمة في حلّة حمراء أحسن من رسول الله ﷺ، له شعرٌ يضرب منكبيه، بعيد ما بين المنكبين، لم يكن بالقصير ولا بالطويل) (1).

ذكر كل متن عقب إسناده، وكرره فبين اختلاف الرواة فيه وألفاظهم، وفي الثاني زيادة ليست في الأول، وقدّم طريق شعبة عن أبي إسحاق، على طريق سفيان عنه، لكون أبي إسحاق مدلس (2)، وقد صرح في رواية شعبة بالسماع فزالت شبهة تدليسه، كما أن شعبة أوثق من سفيان، وهو قديم السماع، فبطريق شعبة أمناً تدليسه واختلاطه (3)، وقد قدّم الأصح.

وقد يذكر الحديث من ثلاثة أوجه، مرتباً لها حسب الأصحية، إشارة إلى التقوي، وملاحظاً زيادة الألفاظ، ومن أمثلته:

3- حديث علي بن أبي طالب كرم الله وجهه (4): قال فيه: حدثنا محمد بن إسماعيل، حدثنا أبو نعيم، حدثنا المسعودي، عن عثمان بن مسلم بن هُرْمَز، عن نافع بن جبير بن مطعم، عن علي بن أبي طالب ﷺ، قال: (لم يكن النبي ﷺ بالطويل ولا بالقصير، شَنَّ الكفين والقدمين، ضخم الرأس، ضخم الكراديس، طويل المسربة، إذا مشى تكفأ تكفياً، كأنما ينحط من صَبَب، لم أر قبله ولا بعده

(1) ص 40-41، رقم 3-4.

(2) هو عمرو بن عبد الله السبيعي الكوفي، مشهور بالتدليس، ثقة، مكثر، اختلط بأخرة، ينظر: تقريب التهذين، ص 423، وطبقات المدلسين، ابن حجر، ص 42.

(3) ينظر: تهذيب الكمال 111/22، و 490/12.

(4) ص 41، رقم 5.

مثله)، ثم قال: حدثنا سفيان بن وكيع⁽¹⁾، حدثنا أبي، عن المسعودي بهذا الإسناد نحوه بمعناه، ثم قال: حدثنا أحمد بن عبدة الضبي البصري، وعليّ بن حجر، وأبو جعفر محمد بن الحسين، وهو ابن أبي حليلة، المعنى واحد، قالوا: حدثنا عيسى بن يونس، عن عمر بن عبد الله مولى غفرة، قال: حدثني إبراهيم بن محمد من ولد علي بن أبي طالب عليه السلام، قال: كان علي عليه السلام إذا وصف رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لم يكن بالطويل الممّط ولا بالقصير المتردد، وكان ربعة من القوم، ولم يكن بالجعد القطيط ولا بالسبّط...) وساقه بطوله، وفسّر غريبه.

كرّر الحديث، وساق متنه أولاً عقب الإسناد الأول، ثم قال ثانياً نحوه، ثم ساقه ثالثاً لزيادة فيه، والظاهر أنه ذكر الإسناد الثاني إشارة إلى تقويّه بالأول، فسفيان بن وكيع بن الجراح الرؤاسي، صدوق إلا أنه ابتلي بوراقه فأدخل عليه ما ليس من حديثه، فنصح فلم يقبل، فسقط حديثه⁽²⁾، والمسعودي⁽³⁾، وإن كان قد اختلط بأخرة، إلا أن سماع أبي نعيم ووكيع كان بالكوفة قديماً كما قال أحمد⁽⁴⁾، وقدم طريق أبي نعيم لكونها أصح، ففي طريق وكيع ابنه، وذكر المتابعة إشارة للتقوية، وأعاده الثالثة لكونه أتم سياقاً، وأجمع حديث في الباب وأحسنه وصفاً، وهو وإن كان غير متصل كما قال الترمذي في السنن⁽⁵⁾، لأجل أن إبراهيم بن محمد ابن الحنفية ابن علي ابن أبي طالب لم يسمع من جده⁽⁶⁾، إلا أنه ما ذكره قبله من المتابعات يشهد له، فيرتقي إلى الحسن، كما أن أحاديث الباب تشهد لكثير من ألفاظه، فله دره ما أدقه!

(1) في طبعة كوشك: أحمد بن وكيع، وهو خطأ، ولعله انتقل بصره إلى ما بعده.

(2) تقريب التهذيب، ص 245.

(3) هو عبد الرحمن بن عبد الله بن عتبة بن عبد الله بن مسعود الكوفي، صدوق اختلط قبل موته، وضابطه أن من سمع منه ببغداد فيعد الاختلاط، تقريب التهذيب ص 344.

(4) ينظر: تهذيب الكمال 6/6.

(5) قال في طبعة الرسالة 6/230، حديث ليس إسناده بمتصل.

(6) ينظر: تحفة الأحوذى، المباركفوري 84/10.

وفي الشمايل أمثلة يُقدّم فيها الحديث المرجوح، ثم يعقبه بالحديث الأقوى، ويشير إلى ما في الحديث الأول من العلة، وربما تتبّع مَنْ رواه على الوجه المرجوح، وذكر الراجح من وجه واحد، ويشير إلى أن هناك من رواه على هذا الوجه، ومن أمثلته:

حديث أم سلمة رضي الله عنها⁽¹⁾: قال فيه: أخبرنا محمد بن حميد الرازي، أخبرنا الفضل بن موسى، وأبو تميلة، وزيد بن حباب، عن عبد المؤمن بن خالد، عن عبدالله بن بريدة، عن أم سلمة رضي الله عنها قالت: (كان أحب الثياب إلى رسول الله ﷺ القميص).

ثم قال: حدثنا عليّ بن حجر، أخبرنا الفضل بن موسى، عن عبد المؤمن بن خالد، عن عبدالله ابن بريدة، عن أم سلمة قالت: (كان أحب الثياب إلى رسول الله ﷺ القميص).

ثم ختم بالوجه الأصح فقال: حدثنا زياد بن أيوب البغدادي، أخبرنا أبو تميلة، عن عبد المؤمن بن خالد، عن عبدالله بن بريدة، عن أم سلمة قالت: (كان أحب الثياب إلى رسول الله ﷺ يلبسه القميص).

ثم ختم بقوله: هكذا قال زياد بن أيوب في حديثه عن عبدالله بن بريدة، عن أم سلمة رضي الله عنها، وهكذا روى غير واحد عن أبي تميلة مثل رواية زياد بن أيوب، وأبو تميلة يزيد في هذا الحديث عن أمه وهو أصح.

الطريقة الرابعة

التنبيه على بعض الفوائد من خلال تعليق الأسانيد، أو التعقيب

والمقصود بذلك أن يذكر إسناداً مع متنه أصيلاً في الدلالة على الترجمة المعقودة، ثم يذكر أو يشير إلى وجه آخر تعليقياً⁽²⁾ أو تعقيباً في أصل الحديث:

(1) ص 69-70، رقم 54-55-56.

(2) التعليق: هو ما سقط أول إسناده، سواء كان الساقط واحداً أو أكثر، ينظر: نزهة النظر،

ابن حجر، ص 218.

ومن أمثلته:

أ- حدثنا قتيبة بن سعيد، أخبرنا يحيى بن زكريا بن أبي زائدة، عن الحسن بن عياش، عن أبي إسحاق، عن الشعبي قال: قال المغيرة بن شعبة: (أهدى دحية للنبي ﷺ خُفَيْن فلبسهما)، ثم قال بصورة التعليق: وقال إسرائيل عن جابر، عن عامر: (وَجُبَّةٌ فلبسهما حتى تخرقا، لا يدري النبي ﷺ أذكى هما أم لا؟) وأبو إسحاق هذا هو أبو إسحاق الشيباني، واسمه سليمان⁽¹⁾.

وعقب بقوله: قال إسرائيل للزيادة الواردة من طريقه، وإشارة إلى ضعفها، حيث اقتصر على الأولى مسندة متصلة لكونها حسنة؛ لأجل الحسن بن عياش، صدوق⁽²⁾، وبقيتهم ثقات، وترجم الباب بحسب دلالتها، وعلق الثانية تعقيباً لأن فيها جابر بن يزيد الجعفي وهو ضعيف⁽³⁾، ومن باب التقنن في الإشارة إلى أنها تنقوى في القدر المشترك مع الأولى، ثم بين أن أبا إسحاق هو الشيباني، وليس السبيعي، وهذا من أغراضه في التعقيب أن يزيل الاشتباه. ومن ذلك قوله: قال محمد بن بشار: يونس هذا الذي روى عن قتادة هو يونس الإسكافي⁽⁴⁾.

ب- حدثنا يوسف بن عيسى، أخبرنا وكيع، أخبرنا إسرائيل، عن سيماء بن حرب، عن جابر بن سمرة قال: (رأيت النبي ﷺ متكئاً على وسادة)، ثم قال تعقيباً: لم يذكر وكيع فيه: على يساره، وهكذا روى غير واحد عن إسرائيل نحو رواية

(1) ص76، رقم 71-72.

(2) تقريب التهذيب، ص163.

(3) تقريب التهذيب، ص137.

(4) ص112، رقم 151، وينظر: للمزيد ص117، رقم 165، وص181، رقم 273،

وص194، رقم 304.

وكيع، ولا نعلم أحداً روى فيه على يساره إلا ما روى إسحاق بن منصور عن إسرائيل⁽¹⁾.

قد ختم بهذه الطريق باب التكاة، وصدر الباب بالطريق التي فيها زيادة: على يساره، وساق سنده إليها، فقال: حدثنا عباس بن محمد الثوري، أخبرنا إسحاق بن منصور، عن إسرائيل، عن سيماء بن حرب، عن جابر بن سمرة قال: (رأيت رسول الله ﷺ متكئا على وسادة على يساره)، وإنما صدر بهذه الزيادة المعلولة بالتردد والمخالفة في نظره؛ لأنها أجمع رواية في الدلالة على الباب، ثم ختم الباب ببيان إعلالها⁽²⁾.

ج- حدثنا محمد بن بشار، أخبرنا عبدالرحمن بن مهدي، عن سفيان، عن سعد بن إبراهيم، عن ابن كعب بن مالك، عن أبيه (أن النبي ﷺ كان يلحق أصابعه ثلاثاً)، ثم قال تعليقا: وروى غير محمد بن بشار هذا الحديث قال: (كان يلحق أصابعه الثلاث)⁽³⁾.

عقب هنا لبيان الاختلاف في اللفظ، وأخرجه مسلم⁽¹⁾ وصرح في بعض طرقه بأن ابن كعب هو عبد الرحمن، وفي بعض كتب الحديث تردد بينه وبين عبد الله أخيه، ولعله لذلك أبهمه الترمذي، وعلى كل فكلاهما ثقة⁽²⁾ غير مطعون، وكذا بقية رجال الإسناد.

د- حدثنا أحمد بن نصر النيسابوري، أخبرنا إسحاق بن محمد الفروي، حدثنا عبيدة بن نائل، عن عائشة بنت سعد بن أبي وقاص، عن أبيها (أن النبي ﷺ كان يشرب قائما)، ثم قال تعليقا: وقال بعضهم: عبيدة بنت نائل⁽³⁾.
إنما عقب الترمذي هنا لبيان الخلاف في عبيدة، هل هي بنت نائل، أم

(1) ص 100، رقم 128.

(2) إلا أن إسحاق لم ينفرد بذكر هذه اللفظة، فقد تابعه عبد الرزاق، المصنف 324/7، رقم 13343، وعبيد الله بن موسى، الدارمي 231/2، رقم 2316.

(3) ص 109، رقم 142.

نابل؟ ولم يجزم بشيء، وقد اختلفت كتب التراجم فيها كذلك، وقال الدارقطني: تُكْنَى: أم عبد الله، حجازية⁽⁴⁾.

هـ- حدثنا محمود بن غيلان، أخبرنا أبو أسامة، عن شريك، عن عاصم الأحول، عن أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال له: (يا أبا الأذنين)، ثم قال تعقيباً: قال محمود: قال أبو أسامة: يعني يمازحه⁽⁵⁾.

اختلف في المراد من قول النبي ﷺ: يا أبا الأذنين، قال المباركفوري: قيل: معناه الحض والتبويه على حسن الاستماع لما يقال له، لأن السمع بحاسة الأذن، ومن خلق الله له الأذنين وغفل؛ ولم يُحسن الوعي لم يُعذر، وقيل: إن هذا القول من جملة مداعباته ﷺ ولطيف أخلاقه، قاله صاحب النهاية كذا في المرقاة، قلت: ما قال صاحب النهاية هو الظاهر عندي، وهو الذي فهمه الترمذي وشيخ شيخه، والحديث أخرجه أبو داود وسكت عنه هو والمنذري⁽⁶⁾.

عقب الترمذي هنا لبيان وجه مناسبة الحديث للترجمة، وإلا لما كان له وجه إن لم يحمل على المعنى الذي عقب به في هذا الباب.

و- حدثنا سفيان بن وكيع قال: أخبرنا أبي، عن شريك، عن عثمان بن موهب قال: سئل أبو هريرة ؓ هل خضب رسول الله ﷺ؟ قال: نعم، ثم قال تعقيباً:

(1) 325/10، رقم 3789.

(2) ينظر: تقريب التهذيب، ص 319-344.

(3) ص 142، رقم 219.

(4) المؤلف والمختلف 110/2، وينظر: تهذيب الكمال 239/35، والتقريب 750، وتاريخ دمشق 366/20، وثقها ابن حبان، وقال ابن حجر: مقبولة، قلت: روى عنها جمع ذكرهم في تهذيب الكمال، وليس في روايتها ما ينكر، فحديثها حسن، ولم يرو لها الترمذي إلا حديثاً واحداً، ختم به الباب، وقدم له شواهد إشارة إلى تمشيطه.

(5) باب ما جاء في صفة مزاح رسول الله ﷺ، ص 68.

(6) تحفة الأحوذى 108/6.

وروى أبو عوانة هذا الحديث عن عثمان بن عبدالله بن موهب فقال: عن أم سلمة⁽¹⁾.

لعله عقب هنا للإشارة إلى أن الحديث معلولٌ للاضطراب.

ز- قال في حديث سالم بن أبي الجعد، عن أبي سلمة عن أم سلمة: (ما رأيت النبي ﷺ يصوم شهرين متتابعين إلا شعبان ورمضان)، هذا إسنادٌ صحيحٌ، وهكذا قال: عن أبي سلمة، عن أم سلمة، وروى هذا الحديث غير واحد عن أبي سلمة، عن عائشة، عن النبي ﷺ، ويحتمل أن يكون أبو سلمة بن عبد الرحمن قد روى هذا الحديث عن عائشة وأم سلمة جميعاً⁽²⁾.

ومن هذه الأمثلة يمكن أن نقول: إن منهجه في التعليق ملاحظ فيه الآتي:

1- الإشارة إلى علة، 2- الزيادة في ألفاظ الحديث، 3- الاختلاف في اسم راو، 4- بيان المراد من لفظة في الحديث، وبيان وجه مناسبتها للترجمة، 5- بيان تعدد مخارج الحديث، 6- إزالة الاشتباه عن اسم راوٍ لمشاركة غيره له في اسم أو كنية.

المطلب الثاني

بعض المقاصد من تعداد الأسانيد والمتون

إن الدارس لكتاب الشرائع يلحظ بوضوح تعداد الأسانيد والأحاديث في الباب الواحد، وقد اطرّد عمله ذلك في كل أبواب كتابه، بل في المسألة الواحدة، وهذا الاطراد يستوقف النظر، ويحث على التأمل لاستجلاء غرضه من ذلك. ويمكن أن نقف على ذلك من خلال هذا البيان:

1- معرفة تفرد الراوي بالحديث: وبها يعرف الحديث الفرد متناً وإسناداً، والحديث الفرد إسناداً لا متناً⁽³⁾:

(1) ص 65، رقم 45.

(2) ص 145، رقم 224.

(3) ينظر: مقدمة ابن الصلاح، ص 157.

أ- الفرد متناً وإسناداً: وهو الحديث الذي تفرد بمتنه راوٍ واحد، صحابياً كان أو غيره.

* كحديث ابن عباس⁽¹⁾، وقد ساقه من ثلاث طرق، أفرد طريق شيخه محمد بن حميد الرازي، فقال: حدثنا محمد بن حميد الرازي، أخبرنا أبو داود الطيالسي، عن عباد بن منصور، عن عكرمة، عن ابن عباس، أن النبي ﷺ قال: (اكتحلوا بالإثمد، فإنه يجلو البصر، وينبت الشعر، وزعم أن النبي ﷺ كانت له مكحلة يكتحل منها كل ليلة ثلاثاً في هذه وثلاثاً في هذه).

وإنما أفرد هذه الطريق لضعف شيخه محمد بن حميد، وتفرد به بزيادة: (اكتحلوا بالإثمد فإنه يجلو البصر، وينبت الشعر)، ثم ساقه من طريقين، فقال: حدثنا عبد الله بن الصباح الهاشمي البصري، أخبرنا عبيد الله بن موسى، أخبرنا إسرائيل، عن عباد بن منصور (ح) وأخبرنا علي بن حجر، أخبرنا يزيد بن هارون، أخبرنا عباد بن منصور، عن عكرمة، عن ابن عباس، كان النبي ﷺ يكتحل قبل أن ينام بالإثمد ثلاثاً في كل عين، وقال يزيد بن هارون في حديثه: أن النبي ﷺ كانت له مكحلة يكتحل منها عند النوم ثلاثاً في كل عين.

تبين بهذا العرض تفرد عباد بن منصور به سنداً ومتناً، فلا يعرف بهذا السياق إلا من طريقه، وينظر بعد ذلك في المتفرد هل هو ثقةٌ أو مجروح؟ وعباد فيه كلام، وهو مدلس وقد عنعن، وفي روايته عن عكرمة مقال⁽²⁾، ولكن ساق شواهد له.

* قال: حدثنا يحيى بن موسى، حدثنا عبدالله بن نمير، حدثنا قيس بن الربيع (ح) وحدثنا قتيبة، حدثنا عبدالكريم الجرجاني، عن قيس بن الربيع، عن أبي هاشم، عن زاذان، عن سلمان قال: قرأت في التوراة أن بركة الطعام الوضوء بعده،

(1) ص 67، رقم 49-50.

(2) ينظر: تهذيب الكمال 159/14، والتقريب، ص 291.

فذكرت ذلك للنبي ﷺ وأخبرته بما قرأت في التوراة، فقال رسول الله ﷺ: (بركة الطعام الوضوء قبله والوضوء بعده)⁽¹⁾.

قال في السنن: لا نعرف هذا الحديث إلا من حديث قيس بن الربيع، وقيس بن الربيع يُضعف في الحديث، وأبو هشام الرّماني اسمه يحيى بن دينار⁽²⁾.

* قال: حدثنا محمد بن خليفة، وعمرو بن علي قالوا: حدثنا يزيد بن زريع، حدثنا حجاج بن صوّاف، عن حنان، عن أبي عثمان النهدي، قال: قال رسول الله ﷺ: (إذا أعطي أحدكم الريحان فلا يردّه، فإنه خرج إلى الجنة)، ثم قال: ولا نعرف لحنان غير هذا الحديث⁽³⁾.

فهو هنا بيّن تفرد حنان به، والحديث مرسل⁽⁴⁾.

ب- الفرد إسناداً لا متناً: وهو ما تفرد بسنده بعض الراوة لم يرو عن غيرهم:

قال: حدثنا محمد بن سهل بن عسكر البغدادي، وعبدالله بن عبدالرحمن قالوا: أخبرنا يحيى بن حسان، حدثنا سليمان بن بلال، عن شريك بن عبدالله بن أبي نمر، عن إبراهيم بن عبد الله بن حنين، عن أبيه، عن علي بن أبي طالب ﷺ (أن النبي ﷺ كان يلبس خاتمه في يمينه)، حدثنا محمد بن يحيى، أخبرنا أحمد بن صالح، أخبرنا عبدالله بن وهب، عن سليمان ابن بلال، عن شريك بن عبدالله بن أبي نمر نحوه⁽⁵⁾.

هذا المتن معروف من رواية أنس، وعبد الله بن جعفر، وجابر، وابن عباس، وابن عمر، وقد أخرجه الترمذي عن هؤلاء، لكنه لا يعرف من حديث

(1) ص 129، رقم 191.

(2) 281/4.

(3) ص 145، رقم 224.

(4) ينظر: في ترجمة النهدي التقريب، ص 351.

(5) ينظر: ص 84، (92) 1/92.

علي إلا من طريق شريك بن عبد الله، تفرد به سليمان.
وكحديث أنس في تختمه ﷺ في يمينه⁽¹⁾.

وقد صرح الترمذي بذلك فقال: حديث غريب لا نعرفه من حديث سعيد بن أبي عروبة عن قتادة، عن أنس، عن النبي ﷺ نحو هذا إلا من هذا الوجه، وروى بعض أصحاب قتادة عن قتادة عن أنس عن النبي ﷺ أنه تختم في يساره، وهو حديث لا يصح أيضاً.

ووجه غرابته كونه لا يعرف من رواية قتادة، عن أنس إلا من هذا الوجه، وقد صح من طرق أخرى، وقد أخرجه مسلم، عن ابن شهاب، عن أنس، وعن ثابت عن أنس⁽²⁾.

يقول الدكتور عتر: وتظهر فائدة مثل هذا النوع فيما إذا كان في الرواية عن المتفرد عنه قيدٌ زائد، أو نقصٌ يخل بالمعنى⁽³⁾.

2- معرفة تعدد رواة الحديث مع اتفاقهم في المتن:

يقول الدكتور عتر: نعلم منها أن الاتفاق وقع في اللفظ والمعنى، أم في المعنى فقط؟ وهل التعدد في الصحابي، أو من دون الصحابي من الرواة؟ وهو على أي حال يفيد تقوية الحديث، وانجبار ما فيه من الوهن إن كان⁽⁴⁾.
ويمكن أن نفصل فنقول: تظهر هذه الفائدة في حالتين:

أ- في حالة التعدد مع الضعف، ينجبر الضعف في إحدى الطرق بمجيئه من وجه آخر أو وجوه.

ب- فإذا كان صحيحاً، كان زيادةً في تأكيد ثبوته، وقد نعرف من ذلك العزيز والمشهور والمتواتر، ونستفيد من ذلك أيضاً في حالة التعارض، فإذا تعارض

(1) ينظر: ص87، رقم 98.

(2) ينظر: هامش الشامل، ص87، رقم 3، وصحيح مسلم (5608) 6/152.

(3) الموازنة، ص126.

(4) الموازنة، ص126.

حديثان، فما كثرت طرقه مقدّم في الغالب على الفرد، كما نستفيد من ذلك بعض الفوائد الأخرى كزيادة لفظة أو ألفاظ في الحديث، أو توضيح معنى، أو التصريح باسم راوٍ مبهم ونحو ذلك.

وقال الدكتور عتر: يحصل بذلك أربعة أنواع من أنواع علوم الحديث: المتابعة، والشاهد، والصحيح لغيره، والحسن لغيره، ولن أستطرد في تعريفها، فقد ذكرته كتب المصطلح، وذكره الدكتور عتر في منهج الترمذي في السنن⁽¹⁾، إلا أن ما ينبغي التنبيه إليه أن فوائد ذلك لا تنحصر فيما ذكر، بل نعرف على سبيل المثال لا الحصر: كيفية سماع الحديث وتحمله وصفة ضبطه، وهو النوع الرابع والعشرون عند ابن الصلاح، والعالي والنازل، وهو التاسع والعشرون عنده، ومختلف الحديث وهو السادس والثلاثون عنده، وغيرها كثير.

3- معرفة تعدد الرواة مع اختلافهم بالزيادة والنقص:

قال الدكتور عتر: وذلك بأن يزيد بعض الرواة في الحديث زيادةً لا تأتي في رواية الآخرين، فإن كانت هذه الزيادة من الضعفاء فلا اعتداد بها لدى علماء الحديث، أما الزيادة من الثقات إذا تفرد بها بعض الرواة فإنه في غاية الأهمية لدى علماء الحديث، قد اعتنوا بها وكثر اختلافهم فيها، وتعب العلماء في البحث عن الأسانيد، وألفاظ الحديث من أجلها، وهي إما أن تكون في السند أو في المتن، ثم تكلم عن صورها وآراء العلماء في ذلك، فارجع إليه فلا فائدة من التكرار، ولا جديد⁽²⁾.

والزيادة في السند أهمها ما يكثر من اختلاف الرواة في وصل الحديث وإرساله – بالمعنى الواسع للإرسال – أو رفعه ووقفه، وقد رجح الدكتور عتر أن مذهب الترمذي: قبول زيادة الثقة الضابط مع ملاحظة القرائن.

(1) ينظر: الموازنة ص126 وما بعدها.

(2) ينظر: الموازنة ص132 وما بعدها.

مثالها: حديث أم سلمة أنها قالت: (كان أحب إتياب إلى رسول الله ﷺ القميص)⁽¹⁾.

فقد أخرج من ثلاث طرق: طريق شيخه محمد بن حميد وهو ضعيف⁽²⁾، عن الفضل بن موسى وأبو تميلة وزيد بن حباب، عن عبد المؤمن بن خالد، عن عبد الله بن بريدة، عن أم سلمة، ثم من طريق شيخه الثقة الحافظ علي بن حجر، عن الفضل بن موسى، عن عبد المؤمن، عن عبد الله، عن أم سلمة، ثم من طريق زياد بن أيوب البغدادي الحافظ الثقة، عن أبي تميلة عن عبد المؤمن، عن عبد الله، عن أمه، عن أم سلمة، ثم قال الترمذي: هكذا قال زياد بن أيوب في حديثه: عن عبد الله بن بريدة، عن أمه، عن أم سلمة، وهكذا روى غير واحد عن أبي تميلة مثل رواية زياد بن أيوب، وأبو تميلة يزيد في الحديث: عن أمه، وهو أصح.

وقد بين الترمذي اختلاف الرواة في وصل الحديث وإرساله، ثم رجح الوصل، لكنه في الغالب يشير إلى الاختلاف في مثل ذلك دون ترجيح، أو من خلال تعداد الأسانيد، قال في حديث عائشة: (كان أحب الشراب إلى النبي ﷺ الحلو البارد)⁽³⁾: هكذا روى غير سفيان هذا الحديث عن معمر، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة، ورواه ابن المبارك وعبد الرزاق وغير واحد، عن معمر، عن الزهري، عن النبي ﷺ مرسلًا، ولم يذكر في: عن عروة، عن عائشة، وهكذا روى يونس وغير واحد عن النبي مرسلًا، إنما أسنده ابن عيينة من بين الناس، فقد بين تفرد ابن عيينة بوصل الحديث دون الثقات، وأشار بذلك إلى إعلاله، وكحديث: (كلوا الزيت وادّهنوا به)⁽⁴⁾، أخرج من وجهين، ثم قال:

(1) ينظر: ص 69، رقم (54-55-56).

(2) ينظر: التقريب، ص 475.

(3) ينظر: ص 137، رقم 208.

(4) ينظر: ص 116، رقم 162-163.

كان عبد الرزاق يضطرب في هذا الحديث، وربما أسنده، ولم يبين لنا ما رجح، لكن البخاري رجح المرسل⁽¹⁾.

وللوقوف على حكم الزيادة في المتن عند الترمذي يراجع الموازنة فقد كفى⁽²⁾، إلا أن المهم أن نقول: إن الترمذي يسلك في بيان الزيادة مسلكين: الأول: الإشارة اللطيفة بأن يخرج الأحاديث التي فيها الزيادة والأحاديث التي ليست فيها مكتفياً بذلك، وهذا هو الغالب، الثاني: التصريح بالنص عليها.

4- معرفة تعدد الرواة مع اختلافهم على وجه التباين:

قال الدكتور عتر: الاختلاف على هذا الوجه قد يكون بمخالفة الراوي من هو أرجح منه، وهو إما أن يكون ثقة خالف من هو أوثق منه، أو يكون ضعيفاً خالف الثقات، وقد يكون التباين مع التساوي في الرتبة بين رواة الأوجه المختلفة، أو تحصل المخالفة بسبب خفي يظهر من تتبع الطرق، ويتفرع عنها من علوم الحديث، أهمها ستة: الشاذ، ويقابله المحفوظ، والمنكر، ويقابله المعروف، والمضطرب، والمعل، ويبين تعريفاتها، فارجع إليه⁽³⁾.

والغالب من صنيع الترمذي أنه يترك الحكم للقاريء، ولا يعقب إلا نادراً في مثل ذلك، لكنه قد يفهم من تصرفه رأيه:

أ- مثال ما عقب فيه، قال⁽⁴⁾: حدثنا أحمد بن منيع، أخبرنا إسماعيل بن إبراهيم، أخبرنا علي بن زيد، عن عمر، هو: ابن أبي حرملة، عن ابن عباس...

ثم قال: واختلف الناس في رواية هذا الحديث عن علي بن زيد بن جدعان، فروى بعضهم: عن علي بن زيد، عن عمر بن أبي حرملة، وروى بعضهم: عن علي بن زيد، عن عمرو بن حرملة، وروى شعبة، عن علي بن

(1) فيض القدير 68/1.

(2) ينظر: ص 138.

(3) ينظر: ص 142.

(4) ص 138، رقم 209.

زيد فقال: عن عمر بن حرملة، والصحيح: عمر بن أبي حرملة، فأزال الاضطراب، ورجح إحدى الوجهين.

ب- حدثنا قتيبة بن سعيد، أخبرنا يحيى بن زكريا بن أبي زائدة، عن الحسن بن عيَّاش، عن أبي إسحاق، عن الشعبي قال: قال المغيرة بن شعبة: (أهدى دحية للنبي ﷺ خُفَّين فلبسهما)، ثم قال تعقيباً: وقال إسرائيل عن جابر، عن عامر: (وجبة فلبسهما حتى تخرقا، لا يدري النبي ﷺ أذكى هما أم لا؟ وأبو إسحاق هذا هو أبو إسحاق الشيباني، واسمه سليمان⁽¹⁾).

ولم يحكم على زيادة إسرائيل بشيء، وفيها جابر الجعفي، وهو ضعيف⁽²⁾، وهو قد خالف أبا إسحاق وهو ثقة من كبار أصحاب الشعبي، وهذا هو المنكر. ورأيه في هذه الزيادة يمكن أن نفهم أنه يذهب إلى تضعيفها، وذلك لأنه ترجم للباب بمقتضى رواية أبي إسحاق، ثم ساق الضعيفة تعليقا.

قال: حدثنا سفيان بن عيسى، حدثنا وكيع، حدثنا إسرائيل، عن سماك بن حرب، عن جابر بن سمرة قال: (رأيت النبي ﷺ متكئا على وسادة)، ثم قال: لم يذكر وكيع على يساره، وهكذا روى غير واحد عن إسرائيل نحو رواية وكيع، ولا نعلم أحداً روى فيه على يساره إلا ما روى إسحاق ابن منصور عن إسرائيل⁽³⁾.

وقد ختم بهذه الطريق باب التكاة، وصدر الباب بالطريق التي فيها زيادة: على يساره، وساق سنده إليها، فقال: حدثنا عباس بن محمد التوري، أخبرنا إسحاق بن منصور، عن إسرائيل به مع الزيادة، فيكون إسحاق مع كونه ثقة قد خالف الثقات، وهذا هو الشاذ، وهو هنا يشير إلى شذوذها.

5- معرفة تصريح المدلسين بالسمع:

(1) ص 75-71-72.

(2) التقريب، ص 137.

(3) ص 100، رقم (128).

والمدلس في العموم لا يحتج بحديثه إلا إذا صرّح بما يفيد السماع، ولذا حرص الترمذي على جمع الطرق وإيرادها، فمن خلالها يتبين وجه سماع المدلس، هل صرّح في طريق بالسماع فيعود على حديثه بالقبول، أم لا؟ وإذا لم يصرح بالسماع فإن الترمذي يعتني بذكر الشواهد المشعرة بالتقوي، ولكنه في هذا النوع يجعل إدراك ذلك للمتأمل ولا يصرح في الغالب.

6- الإشارة إلى تعدد مخارج الحديث:

قال: حدثنا محمد بن طريف الكوفي، أخبرنا أبو بكر بن عياش، عن عاصم، عن أبي وائل، عن حذيفة قال: لقيت النبي ﷺ في بعض طرق المدينة... ثم قال: حدثنا إسحاق بن منصور، أخبرنا النضر بن شميل، أنبأنا حماد بن سلمة، عن عاصم عن زرّ، عن حذيفة، عن النبي ﷺ نحوه، هكذا قال حماد بن سلمة: عن عاصم، عن زر، عن حذيفة⁽¹⁾.

كما له فوائد أخرى كإزالة اللبس الحاصل في بعض الأسانيد بما جاء موضحاً في أسانيد أخرى، كقوله: حدثنا سفيان بن وكيع، أخبرنا أبي، عن شريك، عن عثمان بن موهّب قال: سئل أبو هريرة هل خضب رسول الله ﷺ؟ قال: نعم، ثم قال: وروى أبو عوانة هذا الحديث عن عثمان بن عبد الله بن موهّب، فقال: عن أم سلمة⁽²⁾.

لما كان عثمان بن موهّب قد يشتبه بعثمان بن عبد الله بن موهّب، صرح بذلك تعليقاً⁽³⁾.

(1) ص 228-229، رقم (365) 1/365.

(2) ص 65، رقم (45).

(3) قال في التقريب، ص 385، عثمان بن موهّب عن أنس مقبول من الخامسة، وهو غير

عثمان بن عبد الله بن موهّب.

المطلب الثالث

درجة شيوخه، وعدة الأحاديث عنهم إجمالاً، ومنهجهم في ذكرهم

أولاً: درجة شيوخه، وعدة الأحاديث عنهم إجمالاً:

روى في الشمايل عن (89) شيخاً، اختلفت رواياته عن كل شيخ قلّة وكثرة، فبلغ من لم يرو عنه إلا "حديثاً واحداً" (44) شيخاً، كأبي داود المصاحفي سليمان بن سلم، وأبو جعفر محمد ابن الحسين، وسعيد بن يعقوب الطالقاني، وأبو الأشعث أحمد بن المقدم البصري العجلي، ومن روى عنه "حديثين" (13) شيخاً، كأبي مصعب المدني، وزياد بن أيوب البغدادي، ومحمد ابن سهل بن عسكر البغدادي، ومن روى عنه "ثلاثة أحاديث" (7) شيوخ، كالحسن بن محمد الزعفراني، وإسماعيل بن موسى الفزاري، وعمرو بن علي الفلاس، وأحمد بن بن عبدة الضبي، ومن روى عنه "أربعة أحاديث" (6) شيوخ، كحميد بن مسعدة البصري، والبخاري، والحسين بن حريث الخزاعي، ومن روى عنه "خمسة أحاديث" (4) شيوخ، كسويد بن نصر المروزي، ويوسف بن عيسى الزهري المروزي، وعبد بن حميد، وعباس الدوري، وروى "ستة أحاديث" عن محمد بن العلاء أبو كريب فقط، و"ثمانية" عن هارون بن إسحاق الهمداني فقط، و"عشرة" عن هناد بن السري فقط، و"اثنا عشر" عن سفيان بن وكيع الرؤاسي فقط، و"ثلاثة عشر" عن إسحاق بن موسى أبو موسى المدني، وإسحاق بن منصور المروزي فقط، و"ستة عشر" عن محمد بن المثني العنزي فقط، و"سبعة عشر" عن عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي فقط، و"تسعة عشر" عن محمد بن يحيى بن أبي عمر فقط، و"ثلاثاً وعشرون" عن علي بن حجر المروزي فقط، و"ثمان وعشرون" عن أحمد بن منيع فقط، و"ثلاثين" عن محمود بن غيلان المروزي فقط، و"خمساً وأربعين" عن محمد بن بشار العبدي البصري فقط، و"اثنان وخمسون" عن قتيبة بن سعيد، وهو أكثر من روى عنه، واستفتح به كتابه.

وقد تتبعت منزلتهم من التقريب، فكانت درجاتهم على النحو التالي:

1- من قال فيه ثقة كررها أو لا، (53) من شيوخه، 2- من قال فيهم صوق ونحوها (27) من شيوخه، 3- من قال فيهم مقبول (2)، 4- من قال فيهم مستور (1)، 5- من قال فيهم ما يدل على الضعف (4)، 6- من قال فيهم متروك (1).

ومن هنا يمكننا أن نقول: إن غالب شيوخه ثقات، بل كلهم يُحتملون في هذا الباب غير واحد منهم، وسأقف مع المراتب الأربعة الأخيرة بذكر نموذج أو نموذجين من كل واحدة منها:

أولاً: من قال فيه ابن حجر: متروك⁽¹⁾، وهو عمر بن إسماعيل بن مجالد الهمداني البغدادي، ولكن ابن عدي خالفه فقال: وهو مع ضعفه يكتب حديثه⁽²⁾.

وما يهمننا هنا أن نستكشف رأي الترمذي فيه لنحاكمه بشرطه، وقد قمت بمراجعة السنن، فرأيت أنه قد أخرج له فيها في أربعة مواطن، الأول منها في الفضائل وحسن حديثه، والثاني في أسباب النزول وحسنه، وقد توبع عليه، والثالث في الفضائل، وقال فيه: حسن صحيح، وله شواهد، والرابع في الفضائل، وضعفه بشيخه لا به.

ومن هنا يمكن أن نقول: إن الرجل صالحٌ للاحتجاج عنده، وخاصة في باب الفضائل.

والحديثان اللذان رواهما من طريقه في الفضائل، وهي:

الأول: قال في خاتمة باب: ما جاء في صفة رسول الله ﷺ: حدثنا عمر بن إسماعيل بن مجالد بن سعيد الهمداني، ثنا أبي، عن بيان، عن قيس بن أبي حازم، عن جرير بن عبد الله قال: عرضت بين يدي عمر بن الخطاب ﷺ فألقى

(1) ينظر: التقريب، ص410.

(2) الكامل 68/5.

جرير رداءه، ومشى في الإزار فقال له: خذ رداءك، فقال عمر للقوم: ما رأيتم رجلاً أحسن صورة من جرير إلا ما بلغنا من صورة يوسف عليه السلام⁽¹⁾.

وما زلت متحيراً في علاقة الحديث بالباب المترجم، وقد قال القاري: المناسبة غير ظاهرة، وقال ميرك: لعله من ملحقات بعض النساخ سهواً، وقال ابن حجر: وجهه أن طيب الصورة يلزمه غالباً طيب ريحها، ففيه إيماء إلى التعطر، قال القاري: ولا يخفى ما فيه من التكلف، بل التعسف، والأقرب أن يتصرف في عنوان الباب بزيادة: وحسن صورة الأصحاب، وعرضهم على عمر بن الخطاب⁽²⁾.

وقال في باب: ما جاء في عيش رسول الله ﷺ: حدثنا عمر بن إسماعيل بن مجالد بن سعيد، أخبرنا أبي، عن بيان بن بشر، عن قيس بن أبي حازم قال: سمعت سعد بن أبي وقاص يقول: إني لأول رجل أهرق دمًا في سبيل الله، وإني لأول رجل رمى بسهم في سبيل الله، لقد رأيتني أغزو في العصابة من أصحاب محمد ﷺ ما نأكل إلا ورق الشجر والحُبلة، حتى إن أحدنا ليضع كما تضع الشاة والبعير، وأصبحت بنو أسد تُعزرن في الدين، لقد خبت إذا وضل عملي⁽³⁾. وأخرج الأخير في السنن وقال: حديث حسن صحيح غريب من حديث بيان⁽⁴⁾. وأخرجه البخاري في صحيحه من طريق عمرو بن عون، حدثنا خالد بن عبد الله، عن إسماعيل، عن قيس نحوه⁽⁵⁾.

(1) ص 145، رقم (225).

(2) ينظر: الشمائل بتحقيق البزرة، ص 63.

(3) ص 105، رقم (138).

(4) ينظر: باب: معيشة أصحاب رسول الله ﷺ 582/4، رقم (2365).

(5) 1364/3، رقم (3522).

ثانياً: نموذج ممن قال فيهم ما يدل على الضعف:

أحببت أن أمثل براو أكثر عنه، وهو: سفيان بن وكيع بن الجراح الرؤاسي، وقد كان صدوقاً إلا أنه ابتلي بوراقه فأدخل عليه ما ليس من حديثه، فنصح فلم يقبل، فسقط حديثه⁽¹⁾، ولينته أبو حاتم، وقال الذهبي: ضعيف⁽²⁾. وما يهمنا رأي الترمذي فيه، وبمراجعة السنن نرى أنه حسن له منفرداً في الأحكام⁽³⁾، وعند الاختلاف قدم غيره عليه⁽⁴⁾، فبالتالي هو صالح للاحتجاج عنده عند عدم المخالفة.

وقد أخرج في الشمائل من طريقه اثنا عشر حديثاً بالمكرر، وبالنظر في مواضعها نرى الآتي:

أنه أعاد ثلاثة أحاديث من أحاديثه لفائدة وملحظ.

وتبقى تسعة مواطن، الأغلب فيها أنه ذكره مقروناً مع غيره من شيوخه، أو ذكر متابعة من تابعه قبل حديثه مباشرة، أو في الباب، وكثير منها ذكر شواهدا في الباب، ولم يخرج له منفرداً إلا في ثلاثة مواطن:

أ- الحديث الطويل في وصفه ﷺ، قال: حدثنا سفيان بن وكيع، حدثنا جميع بن عمير بن عبد الرحمن العجلي إماماً علينا من كتابه قال: حدثني رجل من بني تميم من ولد أبي هالة زوج خديجة يكنى أبا عبد الله، عن ابن أبي هالة، عن الحسن بن علي قال⁽⁵⁾: سألت خالي هند ابن أبي هالة وكان وصافاً... وقد كرره في مواطن.

(1) التقريب، ص 245.

(2) ينظر: تهذيب الكمال 203/11، والكاشف 449/1.

(3) 183/2، رقم (352).

(4) 458/2، رقم (569).

(5) ص 45، رقم (7).

والحديث وإن كان ضعيفاً لكنه مقبول في هذا الباب، ما أبعد من حسنه، وخاصة وكثير من ألفاظه لها شواهد، كما أنه كما قال ابن الأثير: أحسن وأتم ما روي في صفته ﷺ مجموعاً في حديث واحد⁽¹⁾.

ب- قال: حدثنا سفيان بن وكيع، حدثنا حميد بن عبد الرحمن الرؤاسي، عن زهير، عن أبي إسحاق قال: سألت رجل البراء بن عازب أكان وجه رسول الله ﷺ مثل السيف؟ قال: لا بل مثل القمر⁽²⁾.

ذكره منفرداً معتمداً عليه، والحديث قد حسنه في السنن، وذكر له في الشمايل شواهد.

ج- قال: حدثنا سفيان بن وكيع، قال: حدثنا أبي، عن شريك، عن عثمان بن موهب قال: سئل أبو هريرة هل خضب رسول الله ﷺ؟ قال: نعم، ثم قال: وروى أبو عوانة هذا الحديث عن عثمان بن عبد الله بن موهب فقال: عن أم سلمة⁽³⁾.

وقد أشار إلى إعلاله، وخاصة أنه صدر الباب بحديث أحمد بن منيع عن أبي رمثة وفيه: ورأيت الشيب أحمر، ثم قال الترمذي: هذا أحسن شيء روي في هذا الباب وأفسر، لأن الروايات الصحيحة أن النبي ﷺ لم يبلغ الشيب.

ومن هنا يمكننا أن نقول: إن إيراده لأحاديث سفيان قائم على الانتقاء، كما أنه لم يصدر أي حديث من طريقه الباب.

ثالثاً: من قال فيهم مستور: وهو الحسين بن محمد بن جعفر الحريري البلخي⁽⁴⁾.

وله حديث واحد في الشمايل قال فيه: حدثنا الحسين بن محمد الجُريري⁽¹⁾، حدثنا سليمان بن حرب، حدثنا حماد بن سلمة، عن حميد، عن بكر

(1) جامع الأصول 94/12.

(2) ص 50، رقم (10).

(3) ص 65، رقم (45).

(4) التقريب، ص 168.

بن عبد الله المرزني، عن عبد الله بن رباح، عن أبي قتادة (أن النبي ﷺ كان إذا عرس بليل اضطجع على شقه الأيمن، وإذا عرس قبيل الصبح نصب ذراعه ووضع رأسه على كفه)⁽²⁾.

وقد أشار الترمذي في السنن إلى ضعفه⁽³⁾، وأخرج له في مواطن مقروناً، والحديث أخرجه مسلم في صحيحه من طريق إسحاق بن إبراهيم، أخبرنا سليمان بن حرب، حدثنا حماد بن سلم به⁽⁴⁾، فانتهى له الترمذي مما هو معروف من حديث الثقات.

رابعاً: من قال فيهم مقبول: وهما: محمد بن الحسين بن أبي حليلة البصري⁽⁵⁾، ومحمد بن خليفة البصري⁽⁶⁾، وقد أخرج لهما في موضع واحد مقروناً بغيرهما من الثقات⁽⁷⁾.

ثانياً: منهجه في ذكر شيوخه:

الناظر في كيفية إيراد الترمذي لشيوخه يرى أنه قد أزال اللبس عنهم، وأوضحهم بأتم بيان، فيذكر الاسم كاملاً، ثم إن كان مكثرًا عنه قد يختصر اسمه

(1) قال في تحفة الأحوذى 465/6: بالحاء المهملة كذا وقع في النسخة الأحمديّة وكتب في هامشها ما حاصله أنه وقع في نسخة صحيحة هكذا بالحاء ووقع في بعض النسخ الأخرى بالجيم، قلت: قال: في الخلاصة الحسين بن محمد بن جعفر الجريري من ولد جرير النخيلي، وعنه الترمذي، فعلم منه أنه الجريري بفتح الجيم وكسر الراء، وفي شرح الشيخ ابن حجر الجريري بضم الجيم هو الصواب، والظاهر أنه بفتح الجيم.

(2) ص 173، رقم (260).

(3) ينظر: 539/4، رقم (2285).

(4) ينظر: 142/2، رقم (1597).

(5) ينظر: ص 474.

(6) التقريب، ص 477.

(7) ينظر: ص 42، رقم (6).

بعد ذلك، مثال ذلك شيخه محمد ابن يحيى بن أبي عمر المكي، ذكره في أول موضع هكذا تام النسبة⁽¹⁾، ثم جعل يقول بعد ذلك محمد بن يحيى على قلة⁽²⁾، وقال في نفس الباب: ابن أبي عمر وهو الغالب⁽³⁾، وقتيبة ابن سعيد استفتح به كتابه هكذا: أبو رجاء قتيبة بن سعيد، ثم بعد ذلك جعل يقول: قتيبة، أو قتيبة بن سعيد، وقد يكتفى في بعض شيوخه على ما يميزهم فقط، كشيخه علي بن حجر ما أورده إلا كذلك، وعبد الله بن عبد الرحمن، وغيرهم، وذلك لشهرتهم، وهم ثقات حفاظ مشهورون، وأما من لم يكثر عنهم فهو في الغالب يذكرهم بآتم بيان، كقوله في: أبو عمار الحسين بن حريث الخزاعي⁽⁴⁾، وهكذا في الخمسة مواطن التي أخرج فيها من طريقه أورده، وكقوله في عدد من شيوخه وكلهم أخرج لهم حديثاً واحداً، وبما أوردهم أوردهم: عيسى بن عثمان بن عيسى بن عبد الرحمن الرملي⁽⁵⁾، أبو بكر محمد بن نافع البصري⁽⁶⁾، أبو هاشم محمد بن يزيد الرفاعي⁽⁷⁾، عبد الله بن عمران: أبو القاسم القرشي المكي⁽⁸⁾.

وقد رأيت أن أسوق أسماء شيوخه في كل حديث من الباب الأول على

الترتيب، توضيحاً للمقام:

أبو رجاء قتيبة بن سعيد، حميد بن مسعدة البصري، محمد بن بشار العبدي، محمود بن غيلان، محمد بن إسماعيل، سفيان بن وكيع، أحمد بن عبدة الضبي البصري وعلي بن حجر وأبو جعفر محمد بن الحسين وهو ابن أبي

(1) ينظر: ص 57، رقم (27).

(2) ينظر: ص 85، رقم 1/92.

(3) ص 145، رقم 224.

(4) ينظر: ص 54.

(5) ص 175.

(6) ص 181.

(7) ص 196.

(8) ص 221.

حليمة، سفيان بن وكيع، أبو موسى محمد بن المثنى، هناد بن السري، سفيان بن وكيع، أبو داود المصاحفي سليمان بن سلم، قتيبة بن سعيد، سفيان بن وكيع، عبد الله بن عبد الرحمن.

المطلب الرابع درجة أحاديثه إجمالاً

ختم الإمام الترمذي كتابه بأثر عن ابن سيرين قال: هذا الحديث دينٌ فانظروا عمن تأخذون دينكم، وفيه إشارة مليحةٌ إلى أنه صان كتابه عن الكذابين والمتروكين، واحتاط في الرواية عن الضعفاء، وهذا وجه ختم كتابه به، كما أنه دعا كل من يعتني بحديث رسول الله بالسير على هذا المنهج.

والإمام الترمذي لم يشترط الصحة في كتابه ولا ادعاها، ولكنه كناقِدٍ بصير لم يسق في كتابه كل غثٍ وسمين، بل جمع تحت الترجمة ما يصلح تدليلاً عليها بأصح ما يروى فيها، وهذا المروري تتفاوت درجته إلا أنه لا ينزل عن رتبة المقبول في هذا الباب في نظره، وقد نص على ضعف بعض الأحاديث، كما أخرج بعضاً منها إشارة إلى علتها، ومعارضتها لما هو أقوى منها، وقد تتبعت (95) حديثاً الأولى بحسب ما ورد في تخريج عبده كوشك، فكانت النتيجة كالآتي:

(75) حديثاً صحيحاً، و(17) أحاديث حسان أصالة، أو لمتابعة، أو شواهد، و(3) أحاديث ضعيفة، وحديث ضعيف جداً، فنسبة الحديث الصحيح والحسن تشكل 92%، اتفق الشيخان على إخراج (22) حديثاً منها، وانفرد البخاري بإخراج (4) منها، ومسلم بإخراج (15) منها.

فنسبة ما اتفق عليه الشيخان منها أو انفرد بإخراجه أحدهما يشكل 41%، ومن هنا تعلم درجة أحاديثه على الإجمال، إلا أنه ينبغي التنبيه على أمور:

1- أنه قد يخرج الحديث الضعيف لأنه لم يجد غيره في الباب:

مثاله: ما أخرجه في باب ما جاء في تقنع رسول الله ﷺ: حدثنا يوسف بن عيسى، أخبرنا وكيع، أخبرنا الربيع بن صبيح، عن يزيد بن أبان، عن أنس ابن مالك قال: كان رسول الله ﷺ يكثر القناع، كأن ثوبه ثوب زيات⁽¹⁾.

ولم يخرج في هذا الباب غيره، فلما لم يجد غيره أخرجه وفيه ضعف، وهو يحتمل في هذا الباب، قال الترمذي في السنن: يزيد بن أبان الرقاشي ضعيف⁽²⁾.

2- أنه قد ينبه على ضعف الحديث من وجه، وقد صح من وجوه أخرى، فيخرجه لبيان علتة، أو للضدية، أو للحاجة إليه لعدم غيره تنميماً لفهم الحديث الصحيح، وإشارة إلى أنها تتقوى بالصحيح، مثاله:

* حدثنا عبدالله بن عبدالرحمن، حدثنا محمد بن عيسى وهو ابن الطباع، حدثنا عباد بن العوام، عن سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن أنس بن مالك أن النبي ﷺ كان تختم في يمينه، وقال: هذا حديث غريب لا نعرفه من حديث سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن أنس عن النبي ﷺ نحو هذا إلا من هذا الوجه، وروى بعض أصحاب قتادة عن قتادة عن أنس بن مالك عن النبي ﷺ أنه كان يتختم في يساره، وهو حديث لا يصح أيضاً⁽³⁾.

فقد نص هنا على أنه حديث ضعيف، والحديث مخرج عند مسلم من طريق يونس، عن ابن شهاب عن الزهري، عن أنس، وقد قدم الترمذي قبل هذا الحديث الأحاديث التي تثبت تختمه ﷺ في يمينه، فأخرج ذلك من حديث علي، وعبد الله بن جعفر، وجابر، وابن عباس، بل ومن عمل الصحابة، وترجم للباب بما يدل على ذلك، فأخرجه للحديث إنما هو للبيان والنص على علتة من ذلك الوجه فقط.

(1) ص 97، رقم (120).

(2) 380/5، رقم (3255).

(3) باب: ما جاء أن النبي ﷺ كان يتختم في يمينه، ص 87، رقم (98).

* حدثنا محمد بن حاتم، أخبرنا عامر بن صالح، عن هشام بن عروة، عن أبيه عن عائشة قالت: توفي رسول الله ﷺ يوم الإثنين.

* حدثنا محمد بن أبي عمر، حدثنا سفيان بن عيينة، عن جعفر بن محمد، عن أبيه قال: قبض رسول الله ﷺ يوم الاثنين فمكث ذلك اليوم، وليلة الثلاثاء، ودفن من الليل، وقال سفيان وغيره: يسمع صوت المساحي من آخر الليل.

* حدثنا قتيبة بن سعيد، أخبرنا عبدالعزيز بن محمد، عن شريك بن عبد الله بن أبي نمر، عن أبي سلمة بن عبدالرحمن بن عوف قال: توفي رسول الله ﷺ يوم الإثنين ودفن يوم الثلاثاء، ثم قال: هذا حديث غريب⁽¹⁾.

في هذا المثال ذكر المعنى المراد من حديث عائشة - وقد أخرجه البخاري - ثم تم معناه ببيان تفاصيل وقت الدفن بحديث مرسل لعدمه في حديث صحيح، وأتى بالتعليق عن سفيان لبيان الوقت من الليل، ثم ذكر ما يخالف ذلك، ونص على ضعفه لسببين: إرساله، ومخالفته للصحيح الثابت.

3- اعتنى الترمذي بجمع أصح ما في الباب، وما فيه قد يكون صحيحاً أو حسناً أو ضعيفاً، والضعيف إن أخرجه ذكر له متابعاته وشواهد ليتقوى إن وجد، وإلا فهو يرى أنه حجة في الباب، ولا أدل على ذلك من إخرجه:

حديث علي بن أبي طالب الطويل⁽²⁾، الذي قال فيه في السنن: حديث

حسن، ليس إسناده بمتصل⁽³⁾، وكثير من ألفاظه ليس لها شواهد.

4- الحديث الذي ذكر محقق الشمايل تبعاً لقول الهيثمي في المجمع: فيه عبد العزيز بن عمران بن أبي ثابت وهو ضعيف جداً⁽⁴⁾، لا يسلم له، ذلك أن

(1) ص 236، 237، رقم (381-382-383).

(2) ص 42، رقم (6).

(3) 599/5، رقم (3638).

(4) الحديث رقم (14)، ص 51.

الترمذي يرى أن عبد العزيز ضعيف الحديث فقط⁽¹⁾، والرجوع إلى قوله لازم، لاختلاف الأنظار في مثل ذلك، والحكم على أحاديث كتاب ينبغي أن يراعى فيه نظر صاحبه واجتهاده.

ومن هنا يمكننا أن نقول: إنه صان كتابه عن المتروكين والكذابين، وأن كل ما أورده محتجاً به من غير إشارة إلى علة أو تصريح بها فهو مقبول بالمعنى الواسع، وأنه قلما يورد الحديث الضعيف، فإن أورده ذكر جوازه، فإن لم يذكر جوازه فهو مقبول في الباب لاستيفائه شروط العمل بالضعيف، ولا مناص من قبوله في مثل تلك الحالة لخلو المقام مما يقوم منابه.

المطلب الخامس

عنايته بالتعريف بالرواة

قد اعتنى الترمذي بالتعريف بالرواة، وله في ذلك مسالك:

1- أن يبين اسم من ذكر في السند بكنيته تعقيباً، ومن أمثلة ذلك:

أبو بشر: اسمه جعفر بن أبي وحشية⁽²⁾ وأبو إسحاق هذا، هو أبو إسحاق الشيباني واسمه سليمان⁽³⁾، وأبو رمثة اسمه رفاعة بن يثربي التيمي⁽⁴⁾.

2- أن يبين في أصل السند من ذكر مبهماً أو كان يشتبه بغيره:

عن أشعث يعني بن سوار عن أبي إسحاق⁽⁵⁾، حدثنا أشعث وهو ابن أبي الشعثاء عن أبيه⁽⁶⁾، عن يزيد هو الرقاشي، عن أنس بن مالك⁽⁷⁾، أخبرنا عبد

(1) ينظر: السنن 221/3، رقم (870).

(2) ينظر: ص 81.

(3) ينظر: ص 76.

(4) ينظر: ص 65.

(5) ينظر: ص 49.

(6) ينظر: ص 80.

(7) ينظر: ص 59.

الرحمن، وهو ابن عبد الله ابن دينار⁽¹⁾، أخبرنا يعقوب ابن إسحاق، يعني الحضرمي، أخبرنا شعبة⁽²⁾.

وهو أكثر من هذا الصنيع طلباً للاختصار، وفي هذا الصنيع إزالة للإبهام أو الإيهام في الراوي.

3- أن يبين من جاء مبهماً ويحتمل أكثر من واحد تعقيباً:

* قال محمد بن بشار: يونس هذا الذي روى عن قتادة هو يونس الإسكافي⁽³⁾.

* ويزيد هو يزيد الرشك الضبعي البصري وهو ثقة، وروى عنه شعبة وعبد الوارث بن سعيد وحماد بن زيد وإسماعيل بن إبراهيم، وغير واحد من الأئمة، وهو يزيد القاسم، ويقال: القسام، والرشك بلغة أهل البصرة هو القسام⁽⁴⁾.

ففي المثال الأول أزال الإبهام، وفي الثاني أزال الاشتباه، وبين فوائد في ضمن ذلك ببيان مرتبته، والاختلاف في اسمه، ومن روى عنه، بحيث تعتبر ترجمة مختصرة.

4- أن يبين طبقة الراوي، وقد يأتي في ضمن ذلك بفوائد أخرى، ومن أمثلة ذلك:

* وجابر هذا هو جابر بن طارق ويقال ابن أبي طارق وهو رجل من أصحاب رسول الله ﷺ ولا نعرف له إلا هذا الحديث الواحد وأبو خالد اسمه سعد⁽⁵⁾.

بين الخلاف في نسب جابر، وبين أنه صحابي، وأنه ليس له إلا حديث واحد، واستطرد بذكر فائدة أخرى في السند، حيث ورد في السند إسماعيل بن أبي خالد، فبين أن اسم أبيه سعد.

(1) ينظر: ص 111.

(2) ينظر: ص 109.

(3) ينظر: ص 112.

(4) ينظر: ص 194.

(5) ينظر: ص 117.

* ودَغفل لا نعرف له سماعاً من النبي ﷺ، وكان في زمن النبي ﷺ رجلاً⁽¹⁾.
 فقد بين هنا أنه تابعي مخضرمٌ، وهذا ترجيحٌ منه لعدم صحبته، قال ابن حجر: دغفل بن حنظلة بن زيد السدوسي النسابة مخضرم، ويقال له صحبة ولم يصح، نزل البصرة غرق بفارس في قتال الخوارج قبل سنة ستين⁽²⁾.
 وفي كلا المثالين نعرف الاتصال من عدمه، وفي المثال الثاني بيانٌ لحكم رواية المخضرم⁽³⁾.

* ويزيد الفارسي هو يزيد بن هرمز، وهو أقدم من يزيد الرقاشي، وروى يزيد الفارسي عن ابن عباس أحاديث، ويزيد الرقاشي لم يدرك ابن عباس، وهو يزيد بن أبان الرقاشي، وهو يروي عن أنس بن مالك، ويزيد الفارسي ويزيد الرقاشي كلاهما من أهل البصرة، وعوف بن أبي جميلة هو عوف الأعرابي، حدثنا أبو داود سليمان بن سلم البلخي، حدثنا النضر بن شميل قال: قال عوف الأعرابي: أنا أكبر من قتادة⁽⁴⁾.

فقد أزال الاشتباه في يزيد الفارسي، وبين أنه أقدم من الرقاشي، وأنه من كبار التابعين، ونص على نسبته مع المشتبه، واستطرد بذكر فائدة أخرى، وهي نصه على أن الحديث من رواية الأكابر عن الأصاغر.

* بعد أن ذكر الحديث الذي يفيد دخول ابن عباس وخالد بن الوليد على رسول الله ﷺ وزوجه ميمونة قال: وميمونة بنت الحارث زوج النبي ﷺ هي خالة خالد بن الوليد وخالة ابن عباس وخالة يزيد الأصم⁽⁵⁾.

(1) ينظر: ص 231.

(2) تقريب التهذيب، ص 201.

(3) ينظر: في تعريفه وحكم روايته فتح المغيث للسخاوي 1/155، و 3/162.

(4) ينظر: ص 248.

(5) ينظر: ص 138.

فأبان أن دخولهما عليها لكونه خالتهما، وزاد فائدة أخرى وهي كونها خالة يزيد الأصم أيضاً.

5- أن يبين التصحيف الذي حصل في الراوي، أو الخلاف في اسمه:

عمر بن أبي حرملة، وعمرو بن أبي حرملة، والصحيح عمر بن أبي حرملة⁽¹⁾. عبيدة بنت نائل وقال بعضهم عبيدة بنت نابل⁽²⁾.

الخاتمة

وفي نهاية المطاف أسجل هنا أهم النتائج المستنبطة:

- لم ينص الترمذي على اسم كتابه، واختلفت النسخ الخطية والمطبوعة في ذلك، وكلٌّ عبّر بما وقع له.
- امتاز الكتاب بحسن التنظيم والترتيب، وكثرة الفوائد والعوائد والبركات.
- تقرد برواية الشمايل عن الترمذي أبو سعيد الهيثم الشاشي، وهو ثقة متقن، وعنه أبو القاسم علي ابن أحمد الخزاعي، وعنه أحمد بن محمد الخليلي، وعنه اشتهر الكتاب، وكثرة الاختلافات بين النسخ مرجعها في نظري إلى أبي القاسم علي بن أحمد الخزاعي فهو خفيف الضبط.
- رغم كثرة طبعات الكتاب إلا أن الكتاب ما زال بحاجة إلى طبعة جديدة محققة، تقوم على جمع المخطوطات المتقنة والقديمة للكتاب، ويستفرغ الجهد في الفصل في الخلافات الموجودة بالترجيح والمقارنة، على أن أفضل طبعاته ما خرج بتحقيق كوشك على عوار.
- تنوعت طرق الترمذي في عرض الحديث ورواياته، وبهذا التنوع أبرز كثيراً من الفوائد التي تلاحظ من خلال التعدد والتقنن، وإدراك ذلك يحتاج إلى استقراء وتأمل.

(1) ينظر: ص 139.

(2) ينظر: ص 143.

- غالب أحاديثه صحيحة وحسنة، وما نزل عن ذلك فهو محتملٌ بحسب رأيه واجتهاده، وإخراجه لغير الصحيح أصالة له فيه ملحظٌ، وقد ينبه على ضعفه، أو يخرجهُ للضدية، أو ليبين به معنى، أو إشارة إلى التقوية.
 - الإمام الترمذي يرى الاحتجاج بالحديث الضعيف إذا خلا الباب من الصحيح.
 - صان كتابه عن المتروكين والكذابين بحسب نظره واجتهاده، وكل حديث احتج به من غير إشارة إلى علة فهو مقبول عنده، وإن أورد ضعيفاً ذكر له جوابه.
 - استوعب في الدلالة على الترجمة المعقودة إما بتتبع التفاصيل، أو بإيراد الأحاديث الجامعة.
- وبالجملة فكتابه مجمع للفوائد، ومنبع للنكات والعوائد، وكلما تأملت صنيعه وقفت على جديد مفيد، فله دره ما أدقه وأعلمه، ورحمه الله تعالى، وأعلى درجاته في عليين.
- والله تعالى أعلم، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه، والحمد لله رب العالمين.

المصادر والمراجع:

- الإمام الترمذي والموازنة بين جامعهِ وبين الصحيحين، د. نور الدين عتر، الطبعة الأولى، 1970م.
- التحبير في المعجم الكبير السمعاني، تحقيق: منيرة سالم، رئاسة الأوقاف، بغداد، الطبعة الأولى، 1975م.
- تحفة الأحوذى شرح سنن الترمذي، المباركفوري، دار الكتب العلمية بيروت.
- تدريب الراوي شرح تقريب النواوي، السيوطي، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، مكتبة الرياض الحديثة.
- تقريب النهذيب، ابن حجر، تحقيق عوامة، دار الرشيد، سوريا، 1986م.
- التقييد لمعرفة رواة السنن والمسانيد، أبو بكر البغدادي، تحقيق كمال الحوت، دار الكتب العلمية، 1408هـ.

- تهذيب الكمال، المزي، تحقيق بشار عواد، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1980م.
- جامع الأصول، ابن الأثير، تحقيق عبد القادر الأرناؤوط، مكتبة الحلواني.
- دستور العلماء، عبد رب النبي نكري، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2000م.
- سنن الترمذي، تحقيق أحمد شاكر، دار إحياء التراث، بيروت.
- سنن الترمذي، تحقيق شعيب الأرناؤوط، دار الرسالة العالمية، الطبعة الثانية، 2010م.
- سنن الدارمي، دار الكتاب العربي بيروت، الطبعة الأولى، 1407هـ.
- الشذا الفياح من علوم ابن الصلاح، أبو إسحاق الأبناسي، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى، 1998م.
- الشمايل المحمدية، الترمذي، تحقيق عبده علي كوشك، دار اليمامة دمشق، الطبعة الثالثة، 2008م.
- شمايل النبي، الترمذي، تحقيق أحمد البزرة، دار إقرأ، دمشق، الطبعة الأولى، 2009م.
- صحيح البخاري، تحقيق البغا، دار ابن كثير، الطبعة الثالثة، 1987م.
- صحيح مسلم، دار الجيل، بيروت.
- طبقات المدلسين، ابن حجر، تحقيق عاصم عبد الله، مكتبة المنار، الأردن، الطبعة الأولى.
- فتح المغيث، السخاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1403هـ.
- فيض القدير، المناوي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، 1994م.
- الكامل في ضعفاء الرجال، ابن عدي، دار الفكر، بيروت، 1980م.
- المؤلف والمختلف، الدار قطني، دار الغرب.

- المفردات في غريب القرآن، أبو القاسم الحسين بن محمد، تحقيق محمد سيد، دار المعرفة لبنان.
- مقدمة ابن الصلاح، مكتبة الفارابي، الطبعة الأولى، 1984م.
- نزهة النظر شرح نخبة الفكر، ابن حجر، مطبعة سفير الرياض، الطبعة الأولى، 1422هـ.
- النكت على ابن الصلاح، ابن حجر، عمادة البحث العلمي المدينة، الطبعة الأولى، 1984م.

الحلول المتعلقة بتفعيل قانون الزكاة

أ.أبو بكر الحسين المستيري(*)

المقدمة:

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهداه، وبعد.

فالزكاة ركن من أركان الدين القويم، جعلها الله قرينة الصلاة في مواطن كثيرة من كتابه الكريم، حققت نتائجها الباهرة وأهدافها السامية في شتى جوانب الحياة الإيمانية والنفسية والتربوية والاجتماعية والاقتصادية عند تطبيقها في التاريخ الإسلامي منذ العهد النبوي، ثم ضعف تطبيقها في العصور المتأخرة، وكادت أن تصبح الفريضة المنسية أو الغائبة، ثم عادت إليها الصحوه من جديد، حيث أدركت العديد من الدول الإسلامية أهمية تطبيقها - باعتبارها ركناً واجباً على المسلمين كافة، وواجباً على ولي الأمر أن يحملهم ويعينهم على ذلك - فأصدرت الأنظمة والقوانين التي تنظم الزكاة والأجهزة الإدارية المسؤولة عن جبايتها من الشخصيات الطبيعية والمعنوية الواجبة عليها وصرفها على مستحقيها؛ لضمان تطبيقها بشكل صحيح وبناء.

وبلادنا الحبيبة من تلك الدول التي أدركت أهمية الزكاة وأهمية وجود قوانين تنظمها وتنظم عمل القائمين عليها، حيث أصدرت قانوناً بشأن الزكاة لاحقته العديد من القرارات التي توضح العمل به وفهم بعض نصوصه، وأسندت مهمة تنفيذه لمؤسسة مستقلة تسمى: (صندوق الزكاة).

ونظراً لأهمية الزكاة، وإدراكاً منا للدور الكبير الذي تؤديه هذه الفريضة فيما إذا أخذت طريقها إلى التطبيق بالشكل الصحيح، ولحدثة تجربة صندوق

(*) عضو هيئة التدريس بقسم الشريعة الإسلامية، كلية القانون، جامعة مصراتة.

الزكاة الليبي في مجال تنظيم وإدارة الزكاة، لذلك فهي تتطلب اهتماماً خاصاً بمحاولات تطويرها وتيسير أدائها.

فأردت بهذا البحث أن أبين أهم الحلول التي يمكن أن تكون ناجعة في تفعيل قانون الزكاة والعمل به مما يعين على أداء هذه الفريضة، كما تساهم في تطور نشاط صندوق الزكاة وقبول سياساته، وقد عنونت بحثي بـ: «الحلول المتعلقة بتفعيل قانون الزكاة»، وقمت بتقسيمه إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: التعريف بقانون الزكاة الليبي

المطلب الثاني: تأكيد مبدأ ولاية الدولة على الزكاة

المطلب الثالث: تنظيم العلاقة بين المزمكين والعاملين على الزكاة

المطلب الرابع: تكثيف الحملة الإعلامية

وأوردت في نهاية هذا البحث خاتمة لخصت فيها أهم النتائج وبعض التوصيات.

المطلب الأول

التعريف بقانون الزكاة الليبي

لقد بدأ تقنين الزكاة في ليبيا عام 1971م، حيث صدر القانون رقم (89) لسنة 1971م، الذي نظم شؤون الزكاة (جباية وصرافاً).

وقد صدر هذا القانون مطابقاً للشريعة الإسلامية، وهو يتكون من أربعة أبواب، بها سبع وأربعون مادة.

وصدرت استناداً إلى هذا القانون اللائحة التنفيذية له، والتي تتكون من ثلاثين مادة، ثم تلاها صدور العديد من القرارات اللازمة لتنظيم التطبيق العملي لفريضة الزكاة⁽¹⁾.

(1) ينظر: مجموعة تشريعات الضمان الاجتماعي، منشورات إدارة الشؤون الإدارية والعلاقات العامة، الهيئة العامة للضمان الاجتماعي، الدار العربية للكتاب، ليبيا، 1398هـ-1978م، ص77 وما بعدها.

الأسس التي يقوم عليها هذا القانون:

يمكن إجمال الأسس التي يقوم عليها هذا القانون فيما يأتي⁽¹⁾:

أولاً: تضمن القانون الأحكام الأساسية في الزكاة دون التطرق إلى التفاصيل والجزئيات المختلفة، إذ وجد أنه من الأنسب أن يترك ذلك للوائح والقرارات التفسيرية التي تصدر بعده.

ثانياً: أخذت أكثر الأحكام الأساسية عن مذهب الإمام مالك – باعتباره المذهب السائد في ليبيا – مع مراعاة عدم التقيد بذلك المذهب في كل النصوص، وذلك بالنظر للتطورات البعيدة المدى التي طرأت على الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية، والتي اقتضت في بعض المواضيع الاستقاء من أحكام المذاهب الإسلامية الأخرى، وذلك بما يتلاءم مع الأوضاع الراهنة، ودون إخلال بالأصول الشرعية العامة المقررة في الزكاة⁽²⁾.

ثالثاً: عمد المشرع إلى البساطة واليسر في جباية الزكاة، استناداً إلى أن الزكاة فريضة دينية قبل كل شيء، ويتفق مع هذه الفريضة الدينية أن يعتمد على إقرار المكلف، وذلك إلا إذا قامت شبهات قوية تتمثل فيما يرد إلى الإدارة العامة لشؤون الزكاة من معلومات أو بيانات، تشكك في صحة البيانات التي يدلي بها

(1) ينظر: المذكرة الإيضاحية لقانون الزكاة، ضمن قانون الزكاة في الجمهورية العربية الليبية، دار الفتاح/ ودار التراث العربي، ليبيا، ط1/1392هـ-1972م، ص42-44، والوثائق والدراسات الخاصة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، (طبع بمطبعة المحكمة العليا، الجمهورية العربية الليبية، ط1/1392هـ-1972م)، ج1/ص149-150.

(2) وقد أخذت بذلك الندوة الأولى لقضايا الزكاة المعاصرة، حيث جاء في توصيتها الأخيرة ما يأتي: «عدم الالتزام الدائم بمذهب واحد في القضايا التي تهم جميع المسلمين، كقضية الزكاة بصفتها فريضة إسلامية تمثل التكافل الاجتماعي لجميع البلاد الإسلامية». فتاوى وتوصيات الندوة الأولى لقضايا الزكاة المعاصرة، المنعقدة بالقاهرة عام 1409هـ-1988م، ضمن أبحاث فقهية في قضايا الزكاة المعاصرة، الدكتور محمد سليمان الأشقر وآخرون، دار النفائس، عمان، الأردن، ط4/1430هـ، ج2، ص880.

المكلف، فعندئذ يحق لهذه الإدارة أن تتدخل باستدعاء المكلف لمناقشته في إقراره، ومطالبته بما تراه لازماً من بيانات ومستندات، وقد روعي في ذلك الموازنة بين الحفاظ على حق الله في أموال الناس وبين حرمة أسرارهم، باعتبار أن أداء الزكاة يعتمد إلى حد كبير على قوة إيمان الناس، وتمسكهم بتعاليم دينهم الحنيف.

رابعاً: اعتمد مبدأ دفع الزكاة إلى ولي الأمر في الأموال الظاهرة، كالأنعام والزروع والثمار، وأما الأموال الباطنة - كأوراق النقد والمدخرات والودائع في البنوك - ففوض الأمر فيها إلى صاحبها إن شاء دفع زكاتها لإدارة الزكاة، وإن شاء أداها بنفسه وصرفها في مصارفها الشرعية.

وفي سنة 1997م أعاد المشرع الليبي تنظيم الزكاة بموجب القانون رقم (13) لسنة 1997م بشأن الزكاة، والذي ألغى بموجبه القانون الصادر سنة 1971م.

ويتألف هذا القانون من أربع عشرة مادة، متضمنة الإطار العام لتنظيم فريضة الزكاة، دون التطرق إلى الجزئيات والتفاصيل، حيث ترك ذلك للوائح التنفيذية والقرارات التفسيرية التي تصدر بعده.

كما أنه يقوم على نفس الأسس التي يقوم عليها القانون السابق إلا أنه اعتمد مبدأ إلزام المكلف بدفع جميع زكاته المستحقة (في الأموال الظاهرة والباطنة) إلى الهيئة العامة لشؤون الزكاة عدا زكاة الفطر⁽¹⁾.

وقد صدرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون بموجب القرار رقم (5) لسنة 1998م⁽²⁾، وهي تتكون من سبع وأربعين مادة، موزعة على ثمانية فصول.

(1) ينظر: الجريدة الرسمية، العدد 20، الصادرة بتاريخ 1998/12/31م، مطابع العدل، ليبيا، ص735-737.

(2) ينظر: المرجع نفسه، العدد 10، الصادر بتاريخ 1999/5/29م، ص386-394.

ثم صدر القرار رقم (30) لسنة 2005م، بشأن تحديد مستحقي الزكاة، وبيان قواعد صرف حصيلتها⁽¹⁾.

كما صدر القرار رقم (185) لسنة 2008م، بشأن أسس وضوابط تحصيل الزكاة وصرفها⁽²⁾.

وبعد ثورة 17 فبراير صدر قرار مجلس الوزراء رقم (49) لسنة 2012م بإنشاء صندوق الزكاة، حيث نصت المادة (1) منه على أن: (ينشأ وفقاً لأحكام هذا القرار صندوق يسمى (صندوق الزكاة) يكون له الشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة، ويخضع لإشراف وزارة الأوقاف والشؤون الدينية).

وجاء في المادة (5) من القانون المذكور أن مجلس إدارة الصندوق يختص بعدة اختصاصات منها: (العمل على تنفيذ القانون رقم (13) لسنة 1997م بشأن الزكاة ولائحته التنفيذية، وما تقرره التشريعات في هذا الشأن).

كما صدر قرار مجلس إدارة صندوق الزكاة رقم (32) لسنة 2013م بشأن تحديد أسس وضوابط تحصيل الزكاة وصرفها، والذي عدل بقرار رئيس مجلس إدارة صندوق الزكاة رقم (17) لسنة 2015م بشأن تحديد أسس وضوابط تحصيل الزكاة وصرفها.

ولكي نضمن تفعيل قانون الزكاة لا بد من دراسة القصور الوارد فيه وفيما تبعه من قرارات؛ لتطويرها، والأخذ بالاجتهادات الفقهية المنضبطة بالنص الشرعي والتي تراعي مقتضيات الحياة المعاصرة، وتكون أقرب إلى تحقيق المصلحة العامة، وأكثر تجاوباً مع أهداف تشريع الزكاة، وأقترح على إدارة صندوق الزكاة أن تشكل لجان متخصصة لذلك.

ثم بعد ذلك سأشرع في ذكر بعض الحلول التي يمكن أن تساهم في تفعيل قانون الزكاة، وذلك في المطالب التالية:

(1) ينظر: دليل الزكاة، الإدارة العامة لشؤون الزكاة، إصدار الهيئة العامة للأوقاف وشؤون

الزكاة، طرابلس، ليبيا، د.ت، ص 43-46.

(2) صدر عن الهيئة العامة للأوقاف وشؤون الزكاة (سابقاً).

المطلب الثاني

تأكيد مبدأ ولاية الدولة على الزكاة

إن التأكيد على مبدأ ولاية الدولة في جمع الزكاة وتوزيعها على مستحقيها يهدف إلى أن الزكاة ليست تكليفاً فردياً كالصيام، أو قرابة مندوبة كصدقة التطوع يوكل الأمر فيها إلى ضمير الفرد وأخلاقه، يؤديها بمحض إرادته كيف ومتى أراد؟، وإنما هي فريضة من الله، ووظيفة دينية اجتماعية من وظائف الدولة المسلمة، عهد الله إليها بأن تتولى أمرها وتنفذها على أرض الواقع وتحمل الناس عليها، وهذا يستدعي إصدار الأنظمة والقوانين التي ينظم الزكاة والأجهزة الإدارية المسؤولة عن جبايتها من الشخصيات الطبيعية والمعنوية الواجبة عليها وصرافها على المستحقين، والقانون الليبي أخذ بذلك مستجيباً للتوجيهات الصريحة في الأدلة الشرعية، والتي منها ما يلي:

أولاً: قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾⁽¹⁾، فقد جاء الأمر الإلهي للنبي ﷺ بصفته حاكماً للمسلمين، وهو خطاب عام لكل من تولى أمر المسلمين من بعده.

وبالتالي فالواجب على كل من يتولى أمر المسلمين طبقاً لهذا الأمر الإلهي أن يقوم بشؤون الزكاة جباية وتوزيعاً، وهذا ما فهمه أبو بكر الصديق ﷺ فقد طالب أصحاب الأموال بالزكاة وقاتلهم عليها، وقال: (والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة، فإن الزكاة حق المال، والله لو منعوني عناقاً كانوا يؤدونهم إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم عليه)⁽²⁾، ووافق الصحابه ﷺ على ذلك.

(1) سورة التوبة، الآية: 103.

(2) صحيح البخاري، لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محب الدين الخطيب، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الزكاة، باب وجوب الزكاة، ح1400، المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، ط1/1400هـ، ج1/ص432، وصحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الإيمان، باب الأمر بقتال الناس

ثانياً: قوله تعالى: ﴿وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾⁽¹⁾، حيث جعل القرآن لهم نصيباً مفروضاً من الزكاة، وهذا يدل على أن أخذ الزكوات إلى الإمام؛ لأن هؤلاء العاملين يعينهم الإمام، ولو كان توزيع الزكاة موكولاً لأصحاب الأموال، لما احتيج إلى عامل لحبايتها⁽²⁾.

ثالثاً: السنة القولية والعملية عن رسول الله ﷺ أنه كان يرسل السعاة إلى مختلف الأمصار لجمع الزكاة، ومنها:

- حديثه ﷺ إلى معاذ بن جبل ؓ عند إرساله إلى اليمن: (... فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم، فإن هم أطاعوا لذلك فأياك وكرائم^(*) أموالهم، واتق دعوة المظلوم، فإنه ليس بينها وبين الله حجاب)⁽³⁾.

حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله وقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة ويؤمنوا بجميع ما جاء به النبي ﷺ، ح 20، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت، ج 1/ص 51. واللفظ للبخاري.

(1) سورة التوبة، الآية: 60.

(2) ينظر: أحكام القرآن، لأحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1405هـ، ج 4/ص 324، والفقهاء الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 2/1405هـ-1985م، ج 2/ص 887-888.

(*) قال ابن حجر: (الكرائم جمع كريمة، يقال ناقة كريمة، أي غزيرة اللبن، والمراد: نفائس الأموال من أي صنف كان، وقيل له نفيس؛ لأن نفس صاحبه تتعلق به، وأصل الكريمة كثيرة الخير، وقيل للمال النفيس كريم؛ لكثرة منفعته). فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محب الدين الخطيب، (دار المعرفة، بيروت، د.ت)، ج 3/ص 322.

(3) صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب الزكاة، باب وجوب الزكاة، ح 1395، ج 1، ص 430، وصحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الإيمان، باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام، ح 19، ج 1، ص 50، واللفظ لمسلم.

فهذا الحديث يدل دلالة صريحة على أن الإمام هو المسؤول عن العاملين على الزكاة، يعينهم، ويبحثهم، ويخبرهم بالواجبات التي عليهم، ويرشدهم إلى طريق الحق في عملهم.

قال العيني معلقاً على هذا الحديث: (الحديث دليل على أن الإمام يرسل السعاة إلى أصحاب الأموال لقبض صدقاتهم)⁽¹⁾.

• وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر رضي الله عنه على الصدقة)⁽²⁾.
والأحاديث في هذا كثيرة، والتي تنص على أن النبي صلى الله عليه وسلم قد عين عمالاً على الصدقات، على كل قبيلة أو قوم عامل.

قال ابن المنذر: (أجمع أهل العلم على أن الزكاة كانت تدفع لرسول الله صلى الله عليه وسلم ولرسله وعماله، وإلى من أمر بدفعها إليه)⁽³⁾. وكذلك فعل الخلفاء رضي الله عنهم من بعده، حيث كانوا يرسلون سعاتهم لقبض الزكاة.

رابعاً: ما أفتى به الصحابة رضي الله عنهم بأن للدولة حق الولاية على الزكاة جباية وتوزيعاً، ومن ذلك ما روي عن سهل بن أبي صالح عن أبيه قوله: (اجتمع عندي نفقة فيها صدقة - يعني بلغت نصاب الزكاة - فسألت سعد بن أبي وقاص وابن عمر وأبا هريرة وأبا سعيد الخدري رضي الله عنهم أن أقسمها أو أدفعها إلى السلطان؟ فأمروني جميعاً أن أدفعها إلى السلطان، ما اختلف علي منهم أحد)⁽⁴⁾.

(1) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، لبدر الدين محمود بن أحمد العيني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت، ج8، ص238.

(2) صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الزكاة، باب في تقديم الزكاة ومنعها، ح983، ج2، ص676.

(3) الإجماع، تحقيق: فؤاد عبدالمعنى أحمد، دار الدعوة، الإسكندرية، ط3/1402هـ، ص46.

(4) البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، لابن الملقن، دار الهجرة، الرياض، السعودية، ط1/1425هـ-2004م. ج5، ص507.

وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: (ادفعوا صدقاتكم إلى من ولاه الله أمركم، فمن ير فلنفسه ومن أثم فعليها)⁽¹⁾.

فهذه الأدلة كلها تؤكد على أن الزكاة أمر إلهي، يكلف الحاكم بالإشراف على تنفيذه، ومن هنا نص الفقهاء على أنه يجب على الإمام أن يبعث السعاة لجباية الزكاة⁽²⁾.

– فضلا عن الأدلة الشرعية السابقة، فإن ثمة أسباباً عملية توجب على الدولة المسلمة القيام بتلك المهمة وأداء هذه الرسالة:

- وذلك على اعتبار أن الدولة بحكم اطلاعها وإحاطتها بظروف المجتمع وسلّم الأولويات تتمكن بكفاءة – أكثر من غيرها – في تحديد مقدار ما يصرف على كل مصرف من مصارف الزكاة، وذلك وفقا لمتغيرات الزمان والمكان، فضلا عن أن الأفراد لا يتمكنون من تقدير بعض مصارف الزكاة، مثل (المؤلفة لقلوبهم) وكذلك مصرف (في سبيل الله) لأنه يتصل بسياسة الدولة الداخلية والخارجية، ومراعاة مصالح الدين في ضوء الظروف المحيطة به، كما أن ترك هذا الأمر للأفراد يجعل التوزيع فوضي، فقد ينتبه أكثر من غني لإعطاء فقير واحد، على حين يغفل عن آخرين، وربما كانوا أشد منه فقراً.

(1) السنن الكبرى، لأحمد بن الحسين البيهقي، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، ح7173، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1414هـ-1994م، ج4، ص115.

(2) المهذب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق الشيرازي، دار الفكر، بيروت، دت، ج1، ص168، ومنح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد عليش، دار الفكر، بيروت، 1409هـ-1989م، ج2، ص20، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، لعلي بن سليمان المرادوي، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1406هـ، ج3، ص193، وفقه الزكاة، للدكتور يوسف القرضاوي، مؤسسة الرسالة، ط7، 1422هـ-2001م، ج2، ص49.

- ولأن في الناس من يملك المال ولا يعرف ما يجب عليه، ومنهم من يبخل، فوجب أن يبعث الإمام من يأخذ الزكاة منهم⁽¹⁾.
- كما أن في أخذ الفقير حقه من الدولة لا من الشخص الغني حفظاً لكرامته، وصيانة لماء وجهه أن يراق بالسؤال، ورعاية لمشاعره أن يجرحها المن والأذى.
- إن كثيراً من الناس قد تموت ضمائرهم أو يصيبها السقم والهزال، فلا ضمان لحق الفقير إذا ترك لمثل هؤلاء.

وبما أن الزكاة هي فريضة من الله تعالى، كلف الدولة مسؤولية جبايتها من الأغنياء، وتوزيعها في مصارفها المعروفة، فهي أيضاً شأن مجتمعي لا تستطيع الدولة تطبيقه وتحقيق أهدافه ما لم تتوافق إرادتها مع إرادة المجتمع في إخراج الزكاة مرضاة لله عز وجل.

ونظراً لحدثة نشأة صندوق الزكاة الليبي فإنه توجد أمامه العديد من المعوقات والصعوبات التي تعيق أو تضعف دوره في المجتمع، والتي تحتاج إلى تكاتف الجهود لحلها؛ ليتمكن من القيام بدوره المهم على أفضل وجه، ومن تلك المعوقات:

1. أن الوزارات وأجهزة الدولة تتعامل مع صندوق الزكاة كجزء من الجهاز التنفيذي التقليدي؛ مما أدى إلى فقدان التنسيق معه من بعض أجهزة الدولة، وخاصة وزارة المالية، وإدارة الضرائب، وذلك لحصر الأموال التي تجب عليها الضرائب والزكاة، وحسم الجزء المدفوع للزكاة من الوعاء الضريبي حتى لا يكلف الشخص مرتين على المال الواحد، أو يدفع الضريبة عن المبلغ الذي دفعه فعلاً للزكاة، فإن تم هذا التنسيق أدى لتشجيع أداء الزكاة، وخاصة من ضعاف الإيمان.

(1) ينظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج1، ص168، وكشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي، تحقيق: محمد أمين الضناوي، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ-1997م، ج2، ص94.

2. وأيضاً هناك ضعف في التعاون والتنسيق بين صندوق الزكاة والجهات الأخرى ذات العلاقة بأمر الرعاية ونحوها مثل وزارة الشؤون الاجتماعية، ونرجو أن يفعل ذلك بأسرع ما يمكن؛ لأن هذا التنسيق واجب ومن أساسيات العمل، ويساهم في مساعدة سائر الوزارات على تخفيف المآسي الاجتماعية وغيرها.

المطلب الثالث

تنظيم العلاقة بين المزكين والعاملين على الزكاة

إن نجاح تطبيق الزكاة رهين بحسن وضعها في مصارفها الشرعية، وإن هذا الأمر مبني على الثقة بين المزكين وصندوق الزكاة؛ فإذا حسن التطبيق عمرت الثقة ونمت، وإذا أسيء التطبيق — لا قدر الله — خربت الثقة، ولن يجدي بعد ذلك النظم والقوانين والعقوبات.

ولا بد لإنجاح تفعيل قانون الزكاة من اتباع نهج الإسلام في تنظيم العلاقة بين المزكي والعامل على الزكاة، ونقطة البدء في هذه العلاقة هي حسن اختيار العامل على الزكاة وفق الشروط التي اشترطها الفقه الإسلامي فيه، وهي إلى جانب إسلامه وعقيدته الإيمانية الراسخة:

- أن يكون أميناً غير خائن، لا تثمّنه على أموال المسلمين، عدلاً غير فاسق، فلا يخالف ما طلب إليه فيما وُلّي فيه، ولا يلحق جوراً بأصحاب الأموال، ولا يتهاون في تحصيل حقوق الفقراء متأثراً بهوى أو منفعة⁽¹⁾.

(1) ينظر: منح الجليل، مرجع سابق، ج2، ص87، والمجموع شرح المهذب، ليحيى بن شرف النووي، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، د.ت، ج6، ص142، والإنصاف، مرجع سابق، ج3، ص225، وفقه الزكاة، مرجع سابق، ج2، ص55-56.

- والمراد بالعدالة هنا: عدالة كل واحد فيما وُلِّيَ فيه، فعدالة الجابي في جبايتها، والمفروق في تفرقتها وهكذا، وليس المراد عدالة الشهادة⁽¹⁾.
- كما يشترط أن يكون عالماً بأحكام الزكاة، متفقاً فيها؛ لأنه يحتاج إلى معرفة من تؤخذ منه، وقدر ما يؤخذ، وقدر المأخوذ منه، ومن تدفع له، ويحتاج إلى الاجتهاد الجزئي فيما يعرض من مسائل الزكاة وأحكامها⁽²⁾.
- وهذا الشرط إذا كان العامل على الزكاة مفوضاً تفويضاً عاماً؛ لأن الجهل بأحكام فريضة الزكاة ضار بمصلحة العمل، وكان خطؤه أكثر من صوابه، فإن اقتصر تكليف العامل على شيء محدد، فلا يشترط علمه إلا بما كُفِّ به⁽³⁾.
- أن يكون العامل كافياً لعمله، قادراً على تحمل أعبائه وضبطه على الوجه المعتبر، قال تعالى: ﴿إِنَّ خَيْرَ مَنْ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾⁽⁴⁾، وقال على لسان يوسف عليه السلام: ﴿قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ﴾⁽⁵⁾، فالحفظ يعني: الأمانة، والعلم يعني: الكفاية والخبرة، وهما أساس كل عمل ناجح⁽⁶⁾.

-
- (1) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد عرفة الدسوقي، دار الفكر، بيروت، 1424هـ-2003م، ج1، ص771-772.
- (2) ينظر: المصدر نفسه، ج1، ص772، والفتح المبين في بيان الزكاة وبيت مال المسلمين، لعبد الرحمن الحسني الفاسي، تحقيق: عبد المغيث محمد الجبلاني، دار ابن القيم، الرياض، المملكة العربية السعودية، ودار ابن عفان، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ط1، 1429هـ-2008م، ص99، وفقه الزكاة، مرجع سابق، ج2، ص56.
- (3) ينظر: المجموع، مرجع سابق، ج6، ص142، ومطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى، لمصطفى السيوطي الرحباني، المكتب الإسلامي، دمشق، 1961م، ج2، ص137.
- (4) سورة القصص، الآية: 26.
- (5) سورة يوسف، الآية: 55.
- (6) ينظر: كشاف القناع، مرجع سابق، ج2، ص99، وفقه الزكاة، مرجع سابق، ج2، ص56، والموسوعة الفقهية، لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، طباعة ذات السلاسل، الكويت، ط2، 1404هـ-1983م، ج23، ص307.

ويقول النبي ﷺ لأبي ذر الغفاري ؓ حين طلب منه أن يوليه عملاً من أعمال المسلمين: (إنك ضعيف، وإنها أمانة، وإنها يوم القيامة خزي وندامة، إلا من أخذها بحقها وأدى الذي عليه فيها)⁽¹⁾.

ولقد ضرب رسول الله ﷺ المثل في ذلك عندما بعث عمر بن الخطاب ومعاذ بن جبل وأبا موسى الأشعري وغيرهم ؓ على الصدقة، وكلهم معروفون لدى المزكين بعدالتهم وأمانتهم ورجاحة عقولهم.

ولم يكتف الإسلام بتحديد شروط العاملين على الزكاة، بل شرح لنا مهمتهم، فهم ليسوا مجرد جباة للزكاة، بل إنهم يؤدون خدمة دينية للمزكين، وقد أناط الإسلام بهم هذا الواجب الإسلامي، وحملهم هذه الرسالة الدينية، وجعلهم مسؤولين عنها أمام الله عز وجل، الأمر الذي يرفع شأنهم ومكانتهم عند الله ثم الناس.

والعاملون على الزكاة مسؤولون عن أي ظلم يقترفونه في حق المزكين، وقد حرم عليهم قبول أي عطاء حتى لو كان في شكل هدية من المزكين؛ لأن هذا العطاء يعتبر من قبيل الرشوة التي حرمها الله ورسوله، وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾⁽²⁾، ويقول النبي ﷺ: (لعن الله الراشي والمرتشي والرائش)⁽³⁾.

وقد روي في هذا الشأن أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على صدقات بني سليم يدعى ابن اللثبية، فلما جاء حاسبه، قال: هذا مالكم وهذا هدية، فقال رسول الله ﷺ: (فهلا جلست في بيت أبيك وأمك حتى تأتيك هديتك إن كنت

(1) صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الإمارة، باب كراهة الإمارة بغير ضرورة، ح 1825، ج 3، ص 1457.

(2) سورة البقرة، الآية: 188.

(3) مسند الإمام أحمد بن حنبل، للإمام أحمد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين، ح 9031، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1420 هـ - 1999 م ج 15، ص 11.

صَادِقًا؟ ثم خطبنا فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: أما بعد: فإنني أستعمل الرجل منكم على العمل مما ولاني الله، فيأتي فيقول: هذا مالكم وهذا هدية أهديت لي، أفلا جلس في بيت أبيه وأمه حتى تأتيه هديته، والله لا يأخذ أحد منكم شيئاً بغير حقه إلا لقي الله يحمله يوم القيامة⁽¹⁾، كما نهى الإسلام العاملين على الزكاة عن استغلال شيء من أموال الزكاة لأنفسهم، بل عليهم أن يجمعوا الزكاة حيث أمروا وأن يضعوها حيث أمروا، ولا يكتموا مما جمعوا من أموال الزكاة قليلاً أو كثيراً.

وألزمهم الإسلام بإرشاد المزكين إلى ما يجب عليهم وحثهم على أن يؤدوا زكاة أموالهم بالمعروف.

وقد كرم الإسلام هؤلاء العاملين على الزكاة الذين توافرت فيهم هذه الشروط وأدوا رسالتهم الدينية على خير وجه، حيث رفع مرتبتهم إلى درجة المجاهدين في سبيل الله، وفي ذلك يقول رسول الله ﷺ: **(العامل على الصدقة بالحق كالغازي في سبيل الله حتى يرجع إلى بيته)**⁽²⁾.

وضماماً لاستمرار حسن العلاقة بين المزكين والعامل على الزكاة كان النبي ﷺ يوصي المصدق بالرفق والاعتدال مع المزكين، وأن يدعو لهم استجابة لقول الله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ

(1) صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب الحيل، باب احتيال العامل ليهدى له، ح 6979، ج4، ص293، وصحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الإمارة، باب تحريم هدايا العمال، ح1832، ج3، ص1463. واللفظ للبخاري، وقد رواه في مواضع أخرى من صحيحه.

(2) سنن أبي داود، لسليمان بن الأشعث السجستاني أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبدالحميد، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في السعاية على الصدقة، ح2936، دار الفكر، د.ت، ج3، ص132، وسنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، كتاب الزكاة، باب ما جاء في العامل على الصدقة بالحق، ح645، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت، ج3، ص37، وقال عنه: حديث حسن.

سَكَنَ لَهُمْ⁽¹⁾، أي ادع لهم، ولما ورد من حديث عبدالله بن أبي أوفى رضي الله عنه قال: (كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أتاه قوم بصدقتهم قال: اللهم صل على آل فلان، فأتاه أبي بصدقته، فقال: اللهم صل على آل أبي أوفى)⁽²⁾، وإن شاء دعا بغير ذلك.

مما سبق يتبين لنا حرص الإسلام على أن يتوفر في العامل على الزكاة عدة شروط لقيامه بهذه المهمة، حتى تكون له المنزلة الرفيعة في نفوس المكلفين، تحفزهم على أداء الزكاة بطيب نفس واهتمام، وقد زاد على تحديد شروط العامل بأن حاول توصيف مهمته بكل دقة، حتى يبدو وكأنه يؤدي خدمة للمكلفين أكثر مما يجمع منهم ما استحق عليهم من الزكاة، وهذا من شأنه أنه يعزز العلاقة الطيبة بين المزكين والعامل على الزكاة على أساس من التعاون والثقة والعدالة والاحترام المتبادل، ويعطي بالتالي لهذه الفريضة مزيداً من الفاعلية، والقدرة على تحقيق أهدافها في المجتمع.

ومما هو جدير بالذكر في نهاية هذا المطلب: موضوع تدريب العاملين على الزكاة وتأهيلهم:

بما أنه يشترط في العامل على الزكاة أن يكون عالماً بأحكامها؛ لأن الزكاة باعتبارها فريضة شرعية تقتضي إلماماً واسعاً، وإدراكاً ومعرفةً بفقه الزكاة، وباعتبارها عملاً فنياً يعتمد أسس وأساليب ونظم العمل في مجالات التقدير والجباية والتوزيع، يقتضي عملاً دعويًا ومستمرًا لترقية وصقل خبرات العاملين عليها في المجالات المختلفة.

(1) سورة التوبة، الآية: 103.

(2) صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب الزكاة، باب صلاة الإمام ودعائه لصاحب الصدقة، ح1497، ج1، ص464، وصحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الزكاة، باب الدعاء لمن أتى بصدقة، ح1078، ج2، ص756.

والزكاة باعتبارها عملا اجتماعيا إنسانيا يقتضي درجة عالية من الإلمام بكيفية التعامل مع الناس على اختلاف أطرافهم ومستوياتهم (دافعين للزكاة ومستحقين لها).

وبما أن تجربة صندوق الزكاة في مجال تنظيم وإدارة الزكاة حديثة النشأة، لذلك فهي تتطلب اهتماما خاصا بمحاولات تطويرها وتيسير أدائها. لكل ما تقدم تكتسب قضية التدريب بصندوق الزكاة أهمية كبيرة؛ إذ إنه يلعب دورا هاما في إتقان العمل والارتقاء بمستوى ونوعية الخدمات التي تقدم؛ مما يعزز ثقة الناس فيمن يتعاملون معه من ممثلي الصندوق، وسيكون لهذه الثقة مردود في تحقيق الحكمة من تشريع الزكاة.

لذلك نقترح على إدارة صندوق الزكاة في مجال التدريب ما يلي:

- وضع خطة تدريب شاملة للعاملين بالصندوق ومكاتبه على مختلف مستوياتهم، ولكل مجالات العمل بالصندوق مبنية على الاحتياجات التدريبية الفعلية، وتأخذ في الاعتبار مرامي الصندوق المستقبلية.
- حصر الإمكانيات التدريبية المتاحة بالصندوق، وتحديد الفجوة والعمل على سدها.
- اعتبار التدريب عملية مستمرة، وذلك عن طريق تنظيم البرامج الأساسية وإعادة التأهيل.

المطلب الرابع

تكثيف الحملة الإعلامية

أول ما يميز صندوق الزكاة — المسند إليه تطبيق قانون الزكاة — هو أنه متداخل المهام متكامل الأدوار، ولذلك يصعب تصنيفه في إطار واحد، فهو معني بشعيرة دينية تعبدية، وبهذا يأخذ البعد الدعوي.

ومن جانب آخر يتعامل في شؤون الأموال جباية وصرفا وتنمية، وبهذا يأخذ البعد الاقتصادي، ومن جهة أخرى نجده معني بمساعدة الفقراء والمساكين وغيرهم، وبهذا يأخذ بعدا اجتماعيا.

وبالتالي نستطيع أن نقول إن صندوق الزكاة مؤسسة دعوية اقتصادية اجتماعية، كما أنها سلطانية تقوم الدولة بتنظيمها ورعايتها - كما ذكر آنفاً - قال تعالى: ﴿الَّذِينَ إِن مَّكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ﴾⁽¹⁾.

وهذا بالضرورة ينعكس على جميع مجالات ومحاور العمل الإعلامي في الصندوق، وهناك مسائل تواجه تفعيل الإعلام في الاهتمام بهذه الشعيرة التي غابت عن التطبيق ردحا من الزمن، ومنها:

- الانقطاع الطويل بين مجتمعات المسلمين من ناحية التطبيق العملي للزكاة نتيجة الغزو الاستعماري للأقطار العربية والإسلامية ودوره في إبعاد المسلمين عن ثقافتهم الإسلامية ونهب ثرواتهم والتسلط على مقدراتهم والتحكم في سياستهم.
- والمسألة الأخرى التي يجب أن نركز عليها هي أن شعيرة الزكاة شعيرة مالية، ونعلم أن التعامل المالي تغطي عليه في بعض الأحيان ظروف عدم الثقة، لذلك فإن على صندوق الزكاة أن يسعى في تعزيز جسور الثقة بينه وبين الجمهور وأفراد المتعاملين.

كما أن عملية صرف أموال الزكاة، وحجم الشفافية والضوابط حولها، هما من أهم التحديات التي يواجهها الصندوق، فينبغي أن يحرص دائماً على توفير كافة الآليات التي تعطي المزمكين الثقة والطمأنينة بأن الأموال التي يزكونها ويدفعونها للصندوق تصل لمن يستحقها بمنتهى الشفافية والوضوح. وبالنظر لذلك فإن الإعلام لابد أن يراعي التغيرات التي تكتنف المجتمع ويستصحبها؛ ليكون الخطاب بلاغياً وافياً وحجة على الناس⁽²⁾.

(1) سورة الحج، الآية: 41.

(2) ينظر: خطاب الزكاة، محمد إبراهيم وآخرون، ص 256-257. ورقة مقدمة إلى المؤتمر الأول للزكاة 1994م، مطبوعة ضمن سلسلة الكتب الوثائقية، الصادرة عن المعهد العالي لعلوم الزكاة بالسودان، د.ت.

فعلى العاملين على الزكاة ألا يكتفوا بأخذ الزكاة فقط، وإنما عليهم أن يدعوا للمزكين؛ ليحيوا فيهم معاني الإيمان ويذكروهم بالإخلاص والصدق في عبادتهم.

كما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الزكاة السابق رقم (89) لسنة 1971م أن القانون حرص على التنبيه إلى الطبيعة الدينية للزكاة حتى يكون الأفراد على بينة من ذلك؛ فيرعون الله تعالى في الاستجابة لأحكام القانون بوحى من ضمائرهم، وقوة إيمانهم، وتمسكهم بتعاليم دينهم الحنيف⁽¹⁾.

ويأتي هذا التنبيه للتأكيد على أن علاقة الدولة بالمزكين وعلاقة المزكين بما يدفعونه هي علاقة تعبدية، وليس علاقة جبائية لفريضة مالية عادية بحيث تقوم الدولة بتوضيح أهمية الزكاة وبسط المعرفة بها وبيان أحكامها في المجتمع؛ لهذا لا بد من الاهتمام بالتوعية في مجال الزكاة عبر خطاب مستثير يتسم أسلوبه بالإقناع الفكري، والمجادلة والتي هي أحسن من خلال مخاطبة العقل والوجدان عبر فنون التواصل المختلفة، حتى يقبل الناس على أداء الزكاة طواعية، وبذلك تجمع إدارة صندوق الزكاة بين قوة السلطان ورقابة الضمير.

ولهذا نجد أن الهيكل التنظيمي لصندوق الزكاة الليبي تضمن مكتباً للإعلام، والذي يختص بما يلي⁽²⁾:

- التعريف بمهام الصندوق وأهدافه والدور المنوط به، وإبراز مناشطه إعلامياً، بالتنسيق مع وسائل الإعلام المختلفة المرئية والمسموعة والمقروءة.
- متابعة ما يرد بالصحف ووسائل الإعلام المختلفة من بلاغات وشكاوى وقضايا عامة تتعلق بعمل الصندوق، وإعداد تقارير في شأنها وإحالتها للعرض.

(1) ينظر: مجموعة تشريعات الضمان الاجتماعي، مرجع سابق، ص77، وقانون الزكاة في

الجمهورية العربية الليبية، مرجع سابق، ص44-45.

(2) المادة (11) من الهيكل التنظيمي لصندوق الزكاة وتنظيم جهازه الإداري المعتمد بقرار

مجلس الوزراء رقم (349) لسنة 2012م.

وقد قام صندوق الزكاة الليبي بشكل نسبي تحقيق بعض ذلك، حيث عقد العديد من الاجتماعات واللقاءات، وقام ببعض الندوات وورش العمل، وأصدر العديد من المطويات والملصقات للتعريف به، وكذلك اللوحات الإعلانية الثابتة الخاصة بالصندوق عند مداخل ومخارج المدن وفي الطرق الرئيسية، كما أنشأ موقعاً إلكترونيًا على الإنترنت للاستفادة من هذه التقنية الحديثة؛ لتقديم خدماتهم التثقيفية والتوعوية والقيام بدوره في نشر فقه الزكاة.

ولاشك أن الاستفادة من التقنيات الحديثة والتطور الواسع في وسائل الاتصال والإعلام سيكون لها الأثر الطيب في تطور نشاط صندوق الزكاة وقبول سياساته.

ومع ذلك كله فلا يزال الإعلام مقصراً في دوره الريادي في خدمة هذه الفريضة، ولهذا نرجو من إدارة صندوق الزكاة الليبي أن يفعل مكتب الإعلام على أكمل وجه، وأن يجعله في كل مكاتبه.

كما أنه لا بد من تضافر جهود المؤسسات على المستوى الرسمي وغيره إعلامياً لتوعية أغنياء المجتمع على أن إخراجهم لزكاة أموالهم يعتبر عبادة وقربة من القرب إلى الله تعالى ووسيلة من وسائل التكافل الاجتماعي.

الخاتمة

في ختام هذا البحث يمكننا تلخيص أهم النتائج وبعض التوصيات، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

- لضمان تفعيل قانون الزكاة لا بد من تعديل بعض القصور الوارد فيه، وفيما تبعه من قرارات؛ مراعاة لمقتضيات الحياة المعاصرة، وليكون أقرب إلى تحقيق المصلحة العامة، وأكثر تجاوباً مع أهداف تشريع الزكاة.
- ولاية الدولة على الزكاة فريضة من فرائض الشرع، وضرورة من ضرورات الواقع.

- حسن اختيار العامل على الزكاة وفق الشروط والصفات التي اشترطها الفقه الإسلامي فيه يؤدي إلى توثيق العلاقة بين المزمكين وصندوق الزكاة، مما يساهم في إنجاح تفعيل قانون الزكاة.
- تكتسب قضية التدريب بصندوق الزكاة أهمية كبيرة؛ إذ إنه يلعب دوراً هاماً في إتقان العمل والارتقاء بمستوى ونوعية الخدمات التي تقدم؛ مما يعزز ثقة الناس فيمن يتعاملون معه من الصندوق، وسيكون لهذه الثقة مردود في تحقيق الحكمة من تشريع الزكاة.
- أهمية دور الإعلام في نشر الوعي الزكوي وتعميقه بين أفراد المجتمع، وفي رفع مستوى الثقة بصندوق الزكاة، حتى يقبل الناس على أداء الزكاة طواعية، وبذلك تجمع إدارة صندوق الزكاة بين قوة السلطان ورقابة الضمير.

ثانياً: التوصيات:

- تشكيل لجان متخصصة لمراجعة قانون الزكاة وما تبعه من قرارات ودراساتها؛ لتطويرها، والأخذ بالاجتهادات الفقهية المنضبطة بالنص الشرعي والتي تراعي مقتضيات الحياة المعاصرة، وتكون أقرب إلى تحقيق المصلحة العامة، وأكثر تجاوباً مع أهداف تشريع الزكاة.
- ضرورة التعاون والتنسيق بين صندوق الزكاة والجهات الأخرى ذات العلاقة بأمور الرعاية ونحوها.
- تأهيل العاملين على الزكاة وإكسابهم المهارات اللازمة لتجويد أدائهم وتنمية ملكاتهم حتى يحققوا الرسالة المنوطة بصندوق الزكاة.
- تفعيل دور مكتب الإعلام على مستوى صندوق الزكاة ومكاتبه.
- القيام بتكثيف حملات التوعية في مختلف وسائل الإعلام المقروءة والمسموعة والمرئية بشأن الزكاة وإيراز دورها وأحقية الدولة في تحصيلها.
- دراسة التجارب العملية لتطبيق الزكاة في مختلف البلاد العربية والإسلامية وتقييمها للاستفادة من الجوانب الإيجابية، وتجاوز العقبات، وتخطي السلبات.

هذا ما يسّر الله تعالى تدوينه في هذا البحث المتواضع، وكل رجائي من قارئه أن يعفو عن زلله، وأن يسد ما أمكنه من خلله، والله أسأل أن أكون قد وفقت في ذلك، وما توفيقني إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.

المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم، برواية حفص عن عاصم.

ثانياً: الكتب:

- الإجماع، لمحمد بن إبراهيم بن المنذر (ت: 318هـ)، تحقيق: فؤاد عبدالمنعم أحمد، دار الدعوة، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، 1402هـ.
- أحكام القرآن، لأحمد بن علي الرازي الجصاص (ت: 370هـ)، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1405هـ.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، لعلي بن سليمان المرادوي (ت: 885هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1406هـ.
- البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، لابن الملقن، دار الهجرة، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1425هـ-2004م.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد عرفة الدسوقي (ت: 1230هـ)، دار الفكر، بيروت، 1424هـ-2003م.
- خطاب الزكاة، لمحمد إبراهيم وآخرين، ورقة مقدمة إلى المؤتمر الأول للزكاة 1994م، مطبوعة ضمن سلسلة الكتب الوثائقية، الصادرة عن المعهد العالي لعلوم الزكاة بالسودان، د.ت.
- دليل الزكاة، الإدارة العامة لشؤون الزكاة، الهيئة العامة للأوقاف وشؤون الزكاة، طرابلس، ليبيا، د.ت.

- سنن أبي داود، لسليمان بن الأشعث السجستاني (ت: 275هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبدالحميد، دار الفكر، د.ت.
- سنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (ت: 279هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.
- السنن الكبرى، لأحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت: 458هـ)، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1414هـ-1994م.
- صحيح البخاري، لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري (ت: 256هـ)، تحقيق: محب الدين الخطيب، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، المطبعة السلفية ومكنتها، القاهرة، الطبعة الأولى، 1400هـ.
- صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت: 261هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.
- عبادة الزكاة وفضائلها الشاملة، لأحمد كرزون، دار نور المكتبات، جدة، المملكة العربية السعودية/ودار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1420هـ-1999م.
- عمدة القاري شرح صحيح البخاري، لبدر الدين محمود بن أحمد العيني (ت: 855هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.
- فتاوى وتوصيات الندوة الأولى لقضايا الزكاة المعاصرة، المنعقدة بالقاهرة عام 1409هـ-1988م، ضمن أبحاث فقهية في قضايا الزكاة المعاصرة، للدكتور محمد سليمان الأشقر، والدكتور محمد عثمان شبير، والدكتور محمد نعيم ياسين، والدكتور عمر سليمان الأشقر، دار النفائس، عمان، الأردن، الطبعة الرابعة، 1430هـ.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت: 852هـ)، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، د.ت.

- الفتح المبين في بيان الزكاة وبيت مال المسلمين، لعبدالرحمن بن إدريس الحَسَنِي الفاسي المالكي (ت: 1179هـ)، تحقيق: عبد المغيث محمد الجيلاني، دار ابن القيم، الرياض، المملكة العربية السعودية، ودار ابن عفان، القاهرة، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، 1429هـ-2008م.
- الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الثانية، 1405هـ-1985م.
- فقه الزكاة، للدكتور يوسف القرضاوي، مؤسسة الرسالة، ط7، 1422هـ-2001م.
- كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي (ت: 1051هـ)، تحقيق: محمد أمين الضناوي، عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ-1997م.
- المجموع شرح المذهب، ليحيى بن شرف النووي (ت، 676هـ)، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، د.ت.
- مسند الإمام أحمد بن حنبل (ت: 241هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، 1420هـ-1999م.
- مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى، لمصطفى السيوطي الرحبياني (ت: 1243هـ)، المكتب الإسلامي، دمشق، 1961م.
- منح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد عيش (ت: 1299هـ)، دار الفكر، بيروت، 1409هـ-1989م.
- المذهب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق الشيرازي (ت: 476هـ)، دار الفكر، بيروت، د.ت.

ثالثاً: القوانين

- الجريدة الرسمية، العدد 20، الصادرة بتاريخ 1998/12/31م، مطابع العدل، ليبيا.
- قانون الزكاة في الجمهورية العربية الليبية، دار الفتح، ودار التراث العربي، ليبيا، الطبعة الأولى، 1392هـ-1972م.

- مجموعة تشريعات الضمان الاجتماعي، منشورات إدارة الشؤون الإدارية والعلاقات العامة، الهيئة العامة للضمان الاجتماعي، الدار العربية للكتاب، ليبيا، 1398هـ-1978م.

رابعاً: الموسوعات الفقهية

- الموسوعة الفقهية، لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، طباعة ذات السلاسل، الكويت، الطبعة الثانية، 1404هـ-1983م.

خامساً: الوثائق

- الوثائق والدراسات الخاصة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، (طبع بمطبعة المحكمة العليا، الجمهورية العربية الليبية، الطبعة الأولى، 1392هـ-1972م).

حقوق المرأة .. بين تجاذبات الواقع الاجتماعي والنظر الفقهي

قراءة تحليلية نقدية متأنية

د. عبد الحكيم أحمد أبو زيان (*)

المقدمة:

إننا نساهمُ وبشكلٍ خطيرٍ في تقديم صورة قاتمة ومشوّهة حول وضع المرأة في مجتمعاتنا العربيّة الإسلاميّة، ليست هي الصُّورة النَّاصعة التي رسمها الإسلامُ لها، ولا المكانة المرموقة التي بوأها إيّاها، وقد حدث ذلك من خلال وجود تصوّراتٍ فكريّة خاطئة نشأت مع مرور الزّمن وابتعاد النَّاس عن مشكاة النُّبوة، وغشيان الفقر والجهل والتخلّف والاستبداد عليهم، فكان ولا بدّ من خلقهم لعداءاتٍ مصطنعة يمكنُ أن يعلّقوا عليها أسباب إخفاقهم في صناعة الحياة، وفشلهم في تحقيق شرائط النهوض وأبجديّاته الضّروريّة، ولعل في هذا البحث ما يشير لبعض العوائق الاجتماعيّة والفكريّة والنفسيّة التي أسهمت في عدم وضوح الرؤية الصّحيحة والمعتدلة تجاه المرأة.

الإشكالية:

ومع تمرّد طباع النَّاس، وتضخيم ذواتهم، والاعتداد بفحولتهم، وعدم اعترافهم بإخفاقاتهم، وبما يملأ هذه الطّباع من أدبيّات اللّغة والشّعْر والخطابة والحروب، ومن مفردات الفخر والحماسة والشّجاعة والنخوة والرُّجولة؛ وبنأيهم عن دينهم، وتغليبهم تلك اللّغة وما يصحبها من خوف العيب، ولحاق العار أكثر من خوف ارتكاب المحرمات، ومن النزول إلى العرف والعادة أكثر من النزول إلى التّشريع والأحكام لقيت المرأة بسبب ذلك كلّ حظاً واسعاً من وضع اللّعنات

(*) عضو هيئة التدريس بكلية الدراسات الإسلامية.

التي أصابتهم، والجوائح التي داهمتهم على أكتافها؛ فأصبحت مثاراً لانزعاجهم، وشوْماً يكتنف حياتهم، ورهقاً يمنعهم من الحراك والنهوض.

لقد ظلَّ موضوعُ المرأة (إلى جانب الحكم والمال) عنواناً لإدارة الصِّراع بين القوى المختلفة على مدار مراحل التاريخ الإنساني، كلُّ يحاولُ اجتذابه لناحيته، وانهزاه لتحقيق مكاسبه الذاتية الدعائية بعيداً عن أيّ جدية في تناوله بحيادية وتجرّد وإصاف.

وقد مارست القوى السياسيّة والدينيّة بمختلف توجُّهاتها من اليسار والوسط واليمين ألواناً من التّجارات الرّخيصة بالمرأة، واستغلالها في منافسة الخصوم، وتحقيق نقاط متقدّمة عليهم في منافساتهم السياسيّة؛ فمن تجريدها من أوثقها، وإبعادها عن وظيفتها الأساسيّة، إلى حبسها وضرب الحُجب عليها، وقصر دورها على الوطأ والحمل والولادة وخدمة البيت، وإن تفاوتت المجتمعات العربيّة والإسلامية فيما بينها بحسب تمدّنها وتقريّتها، وبوفق تحضُّرها وتبديّها؛ إلاّ أنّه وفي نهاية المطاف تحكّم الجميع عقليّةً مستفزةً لكرامتها، ومجففةً بحقوقها، ومُغمضةً لشأوها!.

إنّنا نستغربُ جدّاً حين نسمعُ عن المرأة في زمن ليس ببعيد في بعض مجتمعاتنا المسلمة أنّها تطبخُ اللّحمَ ولا تأكله، وحين نسمعُ من بعض القصاصين أو الوعاظ على أعواد المنابر من دعوة الناس في خطبة العيد – وهو يوم الفرح والسُّرور – وفي غيرها من المناسبات الأخرى إلى ضرب الحُجب عليها، وأنّها لا تخرجُ إلاّ ثلاث مرّات: من بطن أمّها إلى الدُّنيا، ومن بيت أبيها إلى بيت زوجها، ومن بيتها إلى قبرها، ولا تعلّمُ الكتابةَ ولا القراءةَ حتّى لا تمارسَ الخيانة؛ لأنّ التعلّم بالنسبة إليها أداةٌ خطيرةٌ تساعدُ على الفساد والانحلال، وتجعلها قادرةً على المغازلة والمشاكسة بالمكاتبة والمراسلة! كما أنّها لا تعلّم شيئاً من الحرف سوى غزل الصُّوف، وتسردُ في ذلك الكثيرُ من الحكايات والخرافات والأقاصيص المبنوثة في الأدبيّات العربيّة والإسلاميّة وهي تصوّرُ

المرأة في أبشع صور الازدراء والتحقير، وتجعلها في الحضيض من الإدانة والتوبيخ... كل ذلك لا زلتُ أسمعُه بأذني منذ صغري وإلى خطبة العيد الفائتة مع تعاقب الخطباء، وتغيّر الزّمان والحال، والعودة العنيفة وغير المنضبطة ولا المتوازنة للمرأة كي تمارس شيئاً من حقّها دون استئذان في هذه المرّة من أحد، كردّة فعل قاسية للتعبير عن كرامتها وحرّيّتها؟!!!.

وبالأمس القريب كنّا نرى المرأة وهي توضع بالموضع المخصّص للحيوانات في وسائل النقل الحديثة، فهي لا تستحقُّ أن تجلس في المكان المخصّص لجلوس الأدميين؛ لأنها امرأة، حسب مفهوم الفلسفة الذكورية للأنثى وللحياة، ولا يمكنُ لسائق تلك الوسيلة أن يسلمَ أو يُسلمَ عليه، تماماً كمن هو على حال قضاء حاجته أو أشدُّ من الفهاهة والهرج وعدم الالتفات!!.

ونحنُ — المسلمين — لا نريدُ أن ننسب كلَّ هذه المواقف الخاطئة إلى رسالته الخالدة؛ لمعرفتنا الجيدة بنصوصها القاطعة التي كفلت كلَّ الحقوق للمرأة، وبيّنت دورها في صناعة الحياة بشكل عام، وفصلت علاقتها بالرجل بشكل خاص.

وإنما ينسبُ القصورَ لهذا الدين المنتهزون لمثل هذه التفسيرات البشرية وفهومها ومواقفها وممارساتها الخاطئة، والملتقطون لتلك الاجتهادات المبذولة المرجوحة الواقعة تحت عدّة مؤثرات ظرفيّة واجتماعية من أجل توظيفها في استغلال المرأة وتخريبها عن قيمها الدنيئة الحضارية، وإقصاء المسلمين عن دينهم ومعتقدهم.

دوافع الحديث في هذا الموضوع:

هذا: وقد دعاني لاختيار الكتابة في هذا الموضوع أسباباً منها:

أولاً: التنبيه إلى أننا بحاجة إلى مراجعة تراثنا بين الحين والآخر، وأن ما كان مرجوحاً في زمن قد يمسي راجحاً في زمن آخر نتيجة تغيّر المفاهيم، واختلاف الزّمن، وتباين عادات المجتمعات.

ثانياً: التّوبه بما يحمله هذا الدّين من قيم ومبادئ ومقومات تدفعنا لتجديد النّظر فيها، ومعالجة قضايانا على ضوءها، وفق ما دلّت عليه نصوص الكتاب والسنة ودون اعتبار لما خالفهما من آراء الرّجال وتفسيراتهم المحكومة بالكثير من المؤثرات الفكرية والاجتماعية والزمنية.

ثالثاً: التّنبه إلى أنّ ثمة أخطاء في كيفية معالجة بعض المظاهر السلبية في المجتمعات المسلمة من جهة، ومن جهة أخرى في وجود غلوّ في استعمال بعض القواعد والنصوص الشرعية وتطبيقها على نطاق واسع على حساب التّقريب في حقوق المرأة الأساسية والمشروعة.

رابعاً: نقل الأجيال العلمية من مرحلة التلقين والتسليم بكلّ ما هو مدوّن في إرثنا الفقهي على أنّه مقدّس قداسة الكتاب والسنة ولا يقبل النقص ولا النقاش، مع المبالغة والغلوّ في تنزيل آراء الرّجال منزلة الوحي المعصوم إلى نوع من التحرر من كلّ هذه السلبيات، والقراءة الصريحة والجريئة التي دعانا الإسلام لأخذ بها، وليس ذلك إلا للمشتغلين بطلب العلم وفق أصوله وضوابطه.

إنّ كثيراً من البسطاء يحسب في هروبه من الغزو الثقافي وانصرافه إلى الإرث الفقهي الخليل بالحسنات والسيئات، يحسب في ذلك عودة منه للإسلام؛ فإذا ما حققت فيه النظرة وجدته يعود إلى لوك ثقافة تقليدية باهتة، مليئة بترييد نفس الأخطاء وتكرير الكثير من المهارات الكلامية النظرية إلى جملة من الصّور والهيئات الشكلية المسطحة، التي تكتنفها هالة من القداسة الموهومة، والإقصاء العنيف للآخر، وهو في غياب كامل عن بلوغ الرشد الاجتماعي، وانصراف تام عن مواكبة المشهد السياسي والحضاري، نائياً بنفسه عن المشاركة في تطوير تصوّراته وتصديقاته ومفاهيمه التي تصله بالتكامل المعرفي والأخلاقي.

وها نحن نرى اليوم سوء التدبير من بعض المنتسبين لهذا الدّين من فرق وأحزاب ومجموعات ومشیخات وتيارات يقتادون الناس ويستعبدونهم باسم الدّين،

ويكبلون أيديهم بنقلبات أمزجتهم، وحسابات صراعاتهم مع الآخرين، ويقدمون للعالم باسم الإسلام من التصورات السيئة الكالحة، ومن التصديقات المشوهة، والتطبيقات المموجة أسوأ المشاهد التي عرفتھا الإنسانية على مدار التاريخ، عداؤهم فيما بينهم شديد، كل ينسب نفسه للحق، ويبرهن على دخول الناس الجنة من بابه دون غيره.

خامساً: كما أودُّ التنبيه إلى أن ما أطرحه في هذه العجالة من آراء فقهية إنما يأتي لغرض التمثيل والتوضيح لما أقصدُ إليه بغضَّ النظر عن آحاد تلك المسائل في إلزام الناس بها؛ إذ ليس المرادُ في هذا البحث الانتصاب لتقرير مسائل الفقه، بل لتأصيل منهج التفكير في تقريرها، وتجديد الصيغ في إعادة عرضها، وإزاحة الحرج أو الخوف من نقدها وتحليلها وقراءتها قراءةً متأنيةً متعلقةً في ضوء نصوص الشريعة الثابتة، ومقاصد الإسلام الرَّاسخة، ومن خلال تنقيته الإرث الفقهي من الشوائب التي يحسنُ الأعداءُ استغلالها وتوظيفها في تشويه صورة الإسلام، والتفجير منه.

وقد اخترتُ المرأةَ كنموذج لهذا العمل نظراً لحساسية موضوعها، ومعايشتنا له في واقع حياتنا، وما نواجهه في ذلك من مخططات وتحدياتٍ وشبهاتٍ لو أهملنا المصارحة فيها لاجتاحتنا الكثير من الأمور التي لا تخطرُ على البال؛ فلأن نبدأ بأنفسنا في معاودة صياغة ما نسطره حول هذه القضية وغيرها خيرٌ من أن يعيدَ الآخرون صياغته وتقديمه إلينا كبديل غريب عن ثقافتنا إلى ثقافتهم، خارج عن دائرة اجتهاداتنا إلى اجتهاداتهم!.

وربما خرجتُ قليلاً عن موضوع المرأة لغرض توكيد قاعدةٍ أو ترسيخ مبدأٍ يخدم ما نحنُ بصدده.

وإنني إذ أتناولُ هذا الموضوع فإنَّ هدفي من خلاله ليس التبرُّم لهذا التراث أو الدعوة إلى القطيعة معه، بل إنَّ الهدف من ذلك العودة إليه بقوة، من خلال تشذيبه من اللُغظ، وتنقيته من الدُّخَل، وتحرير العقل المسلم من تبعات

العصبية المذهبية، وهيمنة القداسة المفرطة لآراء الرجال وتقديمها على مآثر النصوص الجلية من وحي الكتاب والسنة، وبخاصة في النوازل والحوادث والمظاهر الدينية والاجتماعية العامة التي تعكس المشهد العام للمجتمع المسلم. وهنا بالطبع لا أتحدث على انتقاص التأطير العام للمنظومة الفقهية المذهبية المحكمة أو انتقاضها؛ فهي منظومة رائعة تمثل في مجملها عاملاً أساسياً في استقرار الأحكام، وانتظام حياة الناس، وغلق المنافذ التي يتسلل منها أدعياء العلم، وسامسة الفتيا.

إنّ هذا الحراك — من منظوري المتواضع — يؤسس لما بعده من نشدان نهضوي لا يكتمل بناؤه إلا بوجود المصارحات الداخلية الصادقة، والنقد الذاتي الخالص من المواربة أو المداهنة أو الهروب من الواقع إلى المجهول.

وقد رأيت تناول هذا الموضوع من خلال خطة بحثية تتمثل في التالي:

المبحث الأول: صور المرأة عبر التاريخ الانساني

المبحث الثاني: التوسع سداً للذريعة لا يطل الحق المشروع

المبحث الثالث: أحاديث ضعيفة وموضوعة وأخرى صحيحة ساء فهمها وتنزيلها

المبحث الرابع: المرأة وصور من التهميش

المبحث الأول

صور المرأة عبر التاريخ الإنساني

أولاً: المرأة في الديانات والمعتقدات القديمة.

لقد حاول الرجال عبر التاريخ الإنساني شيطنة المرأة واستعبادها، وحاولوا وضع التفسيرات المحرّفة للنصوص المقدّسة التي تكفل لهم ما يريدون من ذلك باسم الدين.

فقد قال عنها الإغريق: هي شجرة مسمومة، وهي رجز من عمل الشيطان، وتباع كأبي سلعة متاع.

وقال الرومانُ عنها: ليس لها روحٌ، وكان من صور عذابها أن يُصَبَّ عليها الزيتُ الحارُّ، وتُسحبُ بالخيل حتى الموت.

وقال الصينيونُ عنها: مياهٌ مؤلمةٌ تغسلُ السَّعادةَ، وللصينيِّ الحقُّ أن يدفنَ زوجتهَ حيَّةً، وإذا مات حُقَّ لأهله أن يرثوه فيها.

وعند الهنود: ليس الموتُ والجحيمُ والسُّمُّ والأفاعي، والنَّارُ، أسوأَ من المرأة، بل وليس للمرأةُ الحقُّ عند الهنود أن تعيشَ بعد ممات زوجها، بل يجبُ أن تُحرقَ معه .

وعند الفرس: أباحوا الزَّواجَ من المحرَّمات دون استثناء، ويجوزُ للفارسيِّ أن يحكم على زوجته بالموت.

وعند اليهود: قالوا عنها: لعنةٌ لأنها سببُ الغواية، ونجسةٌ في حال حيضها، ويجوزُ لأبيها بيعها.

وعند النصارى: عقد الفرنسيون في سنة: 586م مؤتمراً للبحث: هل تعدُّ المرأةُ إنساناً أم غيرَ إنسان؟! وهل لها روحٌ أم ليست لها روحٌ؟ وإذا كان لها روحٌ فهل هي روحٌ حيوانيةٌ أم روحٌ إنسانيةٌ؟ وإذا كانت روحاً إنسانيةً فهل هي على مستوى روح الرَّجُل أم أدنى منها؟ وأخيراً قرَّروا أنها إنسانٌ ، ولكنها خُلقت لخدمة الرَّجُل فحسب.

وأصدر البرلمانُ الإنجليزيُّ قراراً في عصر هنري الثامن ملك إنجلترا يحظرُ على المرأة أن تقرأ كتابَ العهد الجديد أي: الإنجيل المحرَّف؛ لأنها تُعتبرُ نجسةً .

وعند العرب قبل الإسلام: تُبغضُ بُغضَ الموت، بل يؤدِّي الحالُ في كُرْهها – كما صورَ لنا القرآنُ ذلك – إلى وأدها ودفنها حيَّةً... هكذا المرأةُ في نظر الديانات القديمة – زعموا – لكنَّ الحقَّ أنَّ ذلك كلَّه ممَّا نجح الرَّجُلُ في تسطيِّره وزخرفته باسم الدِّين!!.

واليوم وفي عصرنا الحاضر: فإن أرقى معدّلات العُنف ضدّ المرأة هو مسجّل في المجتمعات الغربيّة، وبشكل فضيع في المتقدّمة منها كفرنسا مثلاً. فالمرأة بالنسبة للمجتمع الغربيّ هي أداة لبيع السلع، وجلب الزبائن، وعامل مهمّ لإنعاش التجارة السيّاحيّة، بل إنّ الآلاف من النساء سنويّاً يهربن من الدّول الفقيرة في آسيا وأفريقيا وأوروبا الشّرقية لبيعهنّ للشركات السيّاحيّة الجنسيّة بأزهد الأثمان.

ثانياً: حقوق المرأة عند الغرب.

إنّ موضوع حقوق المرأة في الغرب لم يُطرح إلّا في مطلع القرن العشرين؛ إذ نجد انجلترا التي تُعدّ أقدمَ بلد ديمقراطيّ متبجّح بحقوق الإنسان لم تقل بحقوق للمرأة متساوية مع الرّجل إلّا في مطلع هذا القرن. كما أنّ الولايات المتّحدة ورغم اعترافها بحقوق الإنسان العامّة عند إعلان استقلالها في القرن الثّامن عشر، إلّا أنّها لم تصادق على مساواة المرأة للرّجل في الحقوق السياسيّة إلّا في عام 1920م. ولكن.... وبالرغم من ذلك كلّها فإنّ حديث هؤلاء عن المرأة لا يخرج عن إطاره الماديّ البحت، فأين هذا من قيم الإسلام الخالدة الممتّدة في أعماق التّاريخ، والتي لم نفلح بعد عصر الرّسالة في تقديمها للعالم بصورتها المشرقة والمشرّقة؟!!!

ثالثاً: المرأة في عصر الرّسالة:

من الممكن القول: إنّ المجتمع الإنسانيّ — بما فيهم المسلمون — قد ظلم المرأة بكلّ أسف حيث أنصفها الإسلام. ونحن لا نريدُ لمجتمعاتنا المحافظة المسلمة أن تعودَ بالمرأة إلى عهد الطوائف الدّينيّة القديمة والحديثة التي صورتها أو لنقل صورها الرّجالُ باسم الدّين في أبشع صور الازدراء والتّحقير. إنّ المرأة في عصر الرّسالة وقبل اتّساخ المفاهيم نحوها كان لها دورٌ لم يشهد تاريخُ البشريّة له سابقةً ولا مثيلاً، فهي أوّلُ من آمن بهذا الدّين على

الإطلاق (خديجة)، وأول من استشهد في سبيل نصرته (سمية)، والمرأة على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - هي التي كانت تقم المسجد وتخدمه، وهي أول من قام بعملية الإمداد للدعوة (أسماء) كما كانت فتاوها واجتهاداتها مرجعاً أساسياً للفقهاء المجتهدين (عائشة) .

وعلى سبيل المثال وبحسب موسوعة غينيس للأرقام القياسية؛ فإن جامع القرويين يعدّ كمؤسسة جامعية هي الأقدم في العالم وهي لا زالت تؤدّي رسالتها حتى اليوم، قد قامت ببنائها امرأة مسلمة وهي السيدة فاطمة بنت محمد الفهري القيرواني عام 245هـ-859م، في مدينة فاس المغربية. وهو ما يعكس النضج والدور الذي كانت تلعبه المرأة في بدايات المراحل الأولى القريبة نسبياً من عصر الرسالة.

صور قرآنية عن دور المرأة على مدار التاريخ:

وفي آيات القرآن الكريم دارت عظام الأمور، وتجلت مشاهد البطولة والتضحية في أبرز صورها، وهي تتحدث عن المرأة!.

فتحدثت عن امرأة عمران (أمّ مريم) وهي تهب وليدها في بطنها محرراً من كدورات الدنيا وشغوبها، خالصاً مفرغاً لعبادة الله، لخدمة البيت المقدس⁽¹⁾ ﴿إِذْ قَالَتْ امْرَأَةٌ عِمْرَانَ رَبِّ إِنِّي نَدَرْتُ لَكَ مَا فِي بَطْنِي مُحَرَّرًا فَتَقَبَّلْ مِنِّي إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾⁽²⁾.

ثمّ بيّنت كيف تأسى زكرياء وهو نبيّ الله بمريم الأنثى البتول: ﴿كَلِمًا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ عِنْدَهَا رِزْقًا قَالَ يَا مَرْيَمُ أَنَّى لَكِ هَذَا قَالَتْ هُوَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يَرْزُقُ مَنْ يَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ﴾⁽³⁾.

(1) تفسير القرآن العظيم لابن كثير 48/3، تحقيق: جماعة من العلماء، مؤسسة قرطبة، ط1، 2000م.

(2) سورة آل عمران، الآية: 35.

(3) سورة آل عمران، الآية: 37.

وفي هذا تكريمٌ للمرأة تمثل في أنّ المرأة كانت أسوةً للرجل، بل لنبي من أنبياء الله المكرمين.

وقد جعل الإسلام مكان سعي هاجر، التي ضحّت بنفسها وولدها تلبيةً لأمر الله، في ذلك المكان المقفر بلا ماء ولا مأوى، وبلا زرع أو أنيس؛ جعله معلماً من معالم الحج الأكبر يتحتّم على الرجال والنساء من المسلمين المرور به على مدار الزمن تخليداً لذكراها، وتكريماً لموقفها وتضحيتها.

﴿رَبَّنَا إِنِّي أَسْكَنْتُ مِنْ ذُرِّيَّتِي بُوَادٍ غَيْرِ ذِي زَرْعٍ عِنْدَ بَيْتِكَ الْمُحَرَّمِ رَبَّنَا لِيُقِيمُوا الصَّلَاةَ فَاجْعَلْ أَفْنِدَةً مِنَ النَّاسِ تَهْوِي إِلَيْهِمْ وَارْزُقْهُمْ مِنَ الثَّمَرَاتِ لَعَلَّهُمْ يَشْكُرُونَ﴾⁽¹⁾.

وقد خلد القرآن ذكرَ امرأة فرعون – وهي غيرُ تلك التي في زمن موسى⁽²⁾ – تلك المرأة التي أثرت رضا الله – تعالى – وطاعته وعدله على ظلم فرعون وطغيانه واستبداده، وكانت بذلك مثلاً للمؤمنين في تحدي الظالمين، وعدم الاغترار بالدنيا، والانجرار وراء الترف على حساب الحق والعدل.

﴿وَضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا لِلَّذِينَ آمَنُوا امْرَأَتَ فِرْعَوْنَ إِذْ قَالَتْ رَبِّ ابْنِ لِي عِنْدَكَ بَيْتًا فِي الْجَنَّةِ وَنَجِّنِي مِنْ فِرْعَوْنَ وَعَمَلِهِ وَنَجِّنِي مِنَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ﴾⁽³⁾.

وانظر إلى حكمتها وعقلها وقوة يقينها وشدة شوقها لربّها، وإلى إخلاصها في مطلبها كيف أنّها اهتمت بضمان مستقرّها الأخروي، قبل أن تهتمّ بضمان مصيرها الدنيوي، وما عسى أن يلحقها من أدوات الظلم والاستبداد!

﴿.. رَبِّ ابْنِ لِي عِنْدَكَ بَيْتًا فِي الْجَنَّةِ وَنَجِّنِي مِنْ فِرْعَوْنَ وَعَمَلِهِ..﴾⁽⁴⁾.

فكيف يصلُ الحالُ بالمرأة إلى هذا الوضع المزري بين مجتمعاتنا وهي تتلو كتابَ الله ليلَ نهار، وتؤمنُ به وتعرفُ مكانةَ المرأة في الإسلام، الذي:

(1) سورة إبراهيم، الآية: 73.

(2) التحرير والتنوير لابن عاشور 376/28، الدار التونسية للنشر، ط: بلا، بدون تاريخ.

(3) سورة التحريم، الآية: 11.

(4) سورة التحريم، الآية: 11.

- شرع لها حضور الجمعة والجماعة في المسجد، حتى إن إحداهن حفظت سورة "ق" من طول ما سمعتها من فم النبي ﷺ، ولم يكن هناك في صدر الإسلام مسجدًا للرجال وآخر للنساء، ولا سوق للرجال ولا سوق للنساء.
 - وأمرها - حتى البكر في خدرها - بحضور صلاة العيد، وحتى الحائض أن تشهد هذا الاجتماع الإسلامي الكبير الذي يجمع الجميع في ساحة واحدة ملتزمين بأدب الإسلام، ومظاهر الحشمة والحياء.
 - وندب خاطبها أن ينظر إليها.
 - وأمرها بالتعلم كما أمر الرجل سواء بسواء.
 - وقد كانت المرأة تخرج مع الجيش لتقوم بمهام التمريض وإسعاف الجرحى والمصابين، بل في بعض الأحيان يتعين عليها الجهاد لدفع الصائل ورد المعتدي دون أخذ إذن من أحد، وقد خرجت للجهاد بالفعل مع الرجال المؤمنين في أحد، كما فعلت "تسيبة بنت كعب"، وفي حنين كما فعلت "أم سليم" وفي غيرها، ورضي الله عن "أم عطية الأنصارية" التي قالت فيما رواه مسلم وأحمد وابن ماجه: (غزوت مع رسول الله ﷺ سبع غزوات)، وهكذا يمضي المسلمون مع مرور الزمن في مسار غير مسار الإسلام الصحيح! مسار يعطف بهم نحو جاهلية تحكمها الأعراف، وتقيد الطباع والتقاليد!.
 - ولقد كان للمرأة في صدر الإسلام فاعلية كبيرة، وأثر ملموس في الحياة الاجتماعية؛ حيث كانت داعية إلى الخير، آمرة بالمعروف، ناهية عن المنكر. ولكنها منعت بعد ذلك كله سدًا للذريعة، ودرءًا للفتنة، وحسمًا للفساد!!.
- لقد طردت المرأة من كل هذه المساحات الشاسعة وغيرها لتعيش في عزلة تامة عن ممارسة حقوقها المشروعة المنضبطة بضوابط الشرع تمامًا كانضباط الرجل بشعائر الدين، بحجة سد ذرائع الفساد، ولم نر على مر الأيام وكر الأعوام إلا ازديادًا في حجم هذه المفاصد التي يلعب الرجل في إنكائها دورًا مهمًا لكنه وبحزم من الضغوط الاجتماعية والتقاليد، وبانحياز فطري كامل

للنوع والعنصر استطاع الرجلُ أن يُقَيَّ مساحات العفو والإباحة مفتوحةً له، ولم يسدَّ شيئاً منها أمامه لأجل الذريعة المتخيَّلة!!.

كما لم نر مع مرَّ الأيام وكرَّ الأعوام إلا مزيداً من الاحتقان لدى المرأة التي وقعت بين مطرقة المحافظين عليها تحت هاجس من الخوف والشكِّ، والانتهزام النفسيِّ أمام الآخر، وبين سندان المغربيين لها، والمستغلِّين لهذا التوجُّه الذي يفرضه عليها واقع تقليديٍّ رجوليٍّ مؤلمٍ ومتعصِّب.

المبحث الثاني

التوسُّع سدِّ الذريعة لا يطلُّ الحقَّ المشروع

ونذكرُ تحت هذا المبحث عدداً من المسائل المتعلقة بالتوغُّل غير المحدود في توظيف هذه القاعدة للتضييق على تصرفات المرأة والحجر عليها.

أولاً: معنى سدِّ الذريعة والتجاوز الحاصل في استعمالاته.

معنى كلمة (سدِّ) المنع والحسم⁽¹⁾. والذريعة: "التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة"⁽²⁾.

ومن خلال ذلك يتضح لنا معنى المركب بتمامه وهو: المنع من المسألة التي ظاهرها الإباحة وتؤوُّل أو يمكنُ أن يتوصَّل بها إلى فعل المحظور" كما جاء في تعريف المازري (ت: 536هـ): (منع ما يجوزُ لئلاً يُنطَرَّقَ به إلى ما لا يجوزُ)⁽³⁾.

إنَّ إعمال قاعدة سدِّ الذرائع بشكل موسَّع دون ضابط قد أوقع المسلمين في تشريع ما لم يأذن به الله، خصوصاً فيما كتبه الفقهاء بعيداً عن حضور المرأة ومشاركتها، وتحت ضغط التقاليد الضَّاربة في أعماق التَّاريخ العربيِّ الجاهليِّ القديم، المبنيِّ على كُره المرأة ووأدها، واعتبارها الشَّيطانَ الذي يجبُ غلقُ جميع

(1) المصباح 320/1، مادة "سدد".

(2) الموافقات للشاطبي 199/4.

(3) مقاصد الشريعة ومكارمها لجلال الفاسي/154، مكتبة الوحدة العربية، الدار البيضاء.

الأبواب في وجهه ورصد كل تحركاته سدًا لباب الفساد الذي يمارسه الرجل بشكل مطلق دون أي رقابة تذكر، ودون أن تسدّ الذرائع في وجهه، وهكذا استمرّ إحكام سدّ الذريعة في حق المرأة لتزداد مساحات المشروع والمباح الموصدة في وجهها، في الوقت الذي لم نلمس فيه أيّ تحسّن للأحوال في المجتمعات التي حُرمت فيها المرأة الكثير من المباحات تحت هذه الذرائع المصطنعة والموهومة، بل العكس هو الذي حدث، حيثُ أوجدت هذه الذرائع المصطنعة حثالات من المتعطّشين لما بقي للمرأة من كرامةٍ تُستباح من قبلهم باسم الحرية الشخصية والتّوير أو التّقدم والعصرنة وغيرها من شعارات برّاقة اندفعت هي للجري وراءها بعد أن يئست من أن يضع لها المجتمع إطاراً تمارس فيه حقّها المشروع لها بالأصالة وفق المرجعية الدينيّة المعتبرة، والمدنيّة المباحة، وبعد أن أوصدت في وجهها من قبل المجتمع الذكوريّ أبواب المشروع ليستحكم بذلك الفساد، ولتتلبّد ساعتئذٍ الأجواء المحيطة بالمرأة بمزيدٍ من الامتعاظ والاحتقان ولتكون كرة يتقاذفها الفريقان بين أقصى اليمين وأقصى اليسار، ولتدوّل كذلك قضيتها؛ لتبقى عنواناً لإدارة الصّراعات الحزبيّة والسياسيّة لغرض المتاجرة بحريّتها والسّمسة بحقوقها وكرامتها.

وهكذا وبعد دهرٍ من استحكام الغلق المبنيّ أساساً على الضّغوط الاجتماعيّة المقنّنة بسدّ الذريعة والغيرة الموهومة، خرجت المرأة غير آبهة بشرع متوازن، ولا بتقليد محافظ؛ وهي تنظرُ إلى أنّ الجميع قد تأمر عليها!!
وهكذا — أيضاً — تكون حصائد كلِّ عملٍ عشوائيٍّ غير منقادٍ بالحكمة الواعية، والرؤية الثاقبة، وملاحظة المقاصد العظمى للإسلام، وممارسة حكمه وأحكامه.

والغريب: أنّ الذريعة التي يتحدثون عن سدّها هي موجودة في زمن تنزل الوحي، وفي عهد الرّسالة المبكر — كما سيأتي — فالفتنة بالنساء موجودة

منذ عهد التشريع الأوّل، وهي لم تحدث فيما بعدُ حتى يوجد لها حكمٌ خاصٌّ لم يكن من قبلُ.

إنّ التاريخ الفقهيّ في أمّتنا مليءٌ بمثل هذه التوجّهات المبالغ فيها تحت مسمّى سدّ الذريعة حيناً وعدم استواء المرأة بالرجل أحياناً أخرى، خصوصاً فيما وقع في أعراف النّاس ممّا هو من شأن المرأة فحالوا بينها وبين كثير ممّا هو مشروعٌ في حقّها كما هو مشروعٌ في حقّ أخيها الرجل تحت هذه الحجج إضافةً إلى شؤم النّقاليد والأعراف التي سنّت في حقّها كالّتعليم والعمل والخروج من المنزل، حتى تبلورت تلك الصّورُ جميعاً في شبح مخيفٍ بعيدٍ عن حقيقة الإسلام وموقفه من المرأة بشكل عام.

ثانياً: الشريعة تكفّت بضبط هذه القاعدة.

إنّ سدّ الذريعة المفضية إلى الحرام قد تكفّلت الشريعة بضبط بابها في كلّ ما كان معهوداً في زمن التشريع، وما مات النبي ﷺ وبأبه مفتوحٌ لا يملك أحدٌ أن يسدّه كائناً من كان.

مثال للتوضيح:

وهذا مثالٌ لتوضيح هذه المسألة: وهو قوله ﷺ: (لا تمنعوا إماء الله مساجدَ الله)⁽¹⁾؛ فقد فتح هذا الحديث للمرأة الخروجَ من بيتها خمسَ مرّاتٍ في اليوم والليلة، وعندما رأى بعضهم (بلال بن عبد الله) منعهنّ سدّاً للذريعة كما جاء في بعض طرق هذا الحديث حيث قال: لا ندعهنّ يخرجنّ فيتخذنه دغلاً - أي: خداعاً وسبباً للفساد - فزبره - أي: زجره - عبدُ الله بنُ عمر، وفي بعض طرق الحديث: فسبّه عبدُ الله سبّاً سيئاً ما سمعته سبّه مثله قطُّ، قائلاً: (أقولُ قال رسولُ الله وتقولُ: لا ندعهنّ؟؟؟)⁽²⁾.

(1) رواه البخاري برقم: 858، مع فتح الباري، ومسلم برقم: 442، دار ابن رجب، مصر، ط1، 1422هـ.

(2) رواه مسلم برقم: 442.

ولمّا قالت عائشةُ — رضي الله عنها — : " لو رأى رسولُ الله ما أحدث النساءُ بعده لمنعهنّ المساجدَ كما مُنعت نساءُ بني إسرائيل " (1) لم يمتثل لقولها أحدٌ من الصحابة — وإنّما كان هذا مجردَ رأي لها، مع أنّها لم تقل: امنعوهنّ من المساجد — وكأنّ لسانَ حالهم يقول: إن كانت المرأةُ تجاوزت في خروجها حدودَ المشروع بفعل ما لا يحلُّ لها فعله فليس الحلُّ منعها ممّا شرعه الله لها ورسوله؛ بل الحلُّ هو أن يُحالَ بينها وبين ذات ذلك الخطأ، وهكذا الأمرُ في كلّ تجاوز للمشروع يُمنع من ذلك التّجاوزُ لا من المشروع نفسه، وإلاّ لوقع الناسُ في الحرج والضيق، وأخذ المظلومُ بجريرة الظالم!!..

ولذا قال ابنُ حزم (علي بن أحمد ت: 456هـ) (2) — تعليقاً على حديث عائشة —: " إنّه — عليه السّلام — لم يدرك ما أحدثن فلم يمنعهنّ فإذا لم يمنعهنّ فمنعهنّ بدعةً وخطأً... إنَّ الإحداثَ إنّما هو لبعض النساء بلا شكٍّ دون بعضٍ، ومن المحال منعُ الخير عمّن لم يحدث من أجل من أحدث " (3).
وأظنُّ أنّ هذه قاعدةٌ مهمّةٌ في تصويب النظر، وكيفية ابتداء الحكم الشرعيّ على أسس صحيحة.

وقال ابن حجر (علي بن أحمد ت: 852هـ) (4): (وتمسك بعضهم بقول عائشة في منع النساء مطلقاً، وفيه نظر؛ ثم أخذ — رحمه الله — في تعداد ما دعاه إلى هذا النظر والتّحفظ فقال:

(1) رواه البخاري 405/2، برقم: 869، مع فتح الباري.

(2) انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء 540/13، رقم: 4172، ووفيات الأعيان 325/3، رقم: 448.

(3) المحلى 167/3.

(4) انظر ترجمته في: شذرات الذهب 270/7، لابن العماد الحنبلي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط: بلا . والأعلام 175/1، للزركلي، الطبعة الثالثة.

- إذ لا يترتبُ على ذلك تغييرُ الحكم لأنّها علّقته على شرط لم يوجد بناءً على ظنِّ ظنّته، فقالت: "لو رأى لمنع، فيُقال: لم يرَ ولم يمنع، فاستمرَّ الحكمُ حتّى إنَّ عائشةَ لم تصرِّحْ بالمنع وإن كان كلامُها يُشعرُ بأنّها كانت ترى المنع.
- وأيضاً: فقد علم الله - سبحانه - ما سيُحدثنُ فما أوحى إلى نبيّه بمنعهنَّ، ولو كان ما أحدثنُ يستلزمُ منعهنَّ من المساجد لكان منعهنَّ من غيرها كالأسواقِ أولى.
- الإحداثُ إنّما وقع من بعض النساء لا من جميعهنَّ، فإنّ تعيّن المنعُ فليكن لمن أحدثت(1).

لقد أرسى لنا ابنُ حجر بهذا الكلام النفيس حجرَ الأساس لقواعدَ مهمّةٍ في كيفية التعامل مع النصِّ الشرعيِّ فهماً وتنزيلاً، وكيفية تطبيقه تطبيقاً سليماً خالياً من التعميم المفضي إلى العنت، والمجازفة المفضية إلى نشر الحرج.

وقد أرشد كلامه هذا العقلاء إلى وجوب ترك التعميم في الحكم على الناس، وبالترام تطبيق القاعدة على من تشمله ومن تعيّن عليه دونما سواه.

وهكذا يجبُ أن يكونَ منطقُ الفقهاء مبنياً على هذا النحو من التفصيل، وعدم التعميم الذي يجتثُّ الجميعَ ويصادرُ حقوقهم دونما تمييز، ويعكسُ لنا حالةً من التوقّف والارتباك الذي لا داعي له .

يقولُ ابنُ قدامة الحنبلي (عبد الرحمن بن محمد ت: 682هـ)(2):
 (... وسنةُ رسول الله ﷺ أحقُّ أن تُتبع، وقولُ عائشةَ مختصٌّ بمن أحدثت دون غيرها، ولا شكَّ أنّ تلك يُكره لها الخروج)(3).

بعضُ الفقهاء في زماننا مغيبون تماماً عن رؤية واقع المرأة واحتياجاتها الأساسية التي ربّما كانت في زمن القلّة والعوز نوعاً من الترفّه الزائد؛ ثمّ

(1) فتح الباري 406/2.

(2) انظر ترجمته في: شذرات الذهب 376/5، وفوات الوفيات 291/2، رقم: 261، للكتبي، تحقيق: د. إحسان عباس، دار الثقافة، بيروت، ط: بلا.

(3) المغني 232/2، لابن قدامة، دار الفكر، بيروت، ط1، 1404هـ.

أضحت اليوم من أهمّ مرتكزات تواصلها مع العالم الآخر، ولذا نجدهم يردّدون ما هو مدوّنٌ في تلك الأزمنة السّحيقة دون موازنة بينها سواء على مستوى الاحتياجات أم على مستوى طبيعة العلاقات القائمة، وكذلك على مستوى التّحدّيات الصّناعيّة والتّقنيّة التي أضافت المزيد من الضّروورات البشريّة، وزادت من تعقيدات الحياة.

فتاوى على نفس النّسق:

لقد أفتى العديد من فقهاءنا المعاصرين – على سبيل المثال – بمنع المرأة من قيادة السيّارة أو استعمال المحمول، أو دخول الأسواق، أو المساجد أو المدارس تحت قاعدة سدّ ذرائع الفساد، لكننا لم نسمع أحداً منهم يطبّق هذه القاعدة على شبابنا الذين أسرفوا في استعمال كلّ هذه الأشياء بإزهاق الأرواح وممارسة الكثير من المفاسد والتّجاوزات من خلالها!!.

إنّ الأصل في استعمال هذه الأشياء وما شاكلها في تحقيق المقصود منها هو الإباحة للرجل والمرأة على حدّ سواء، وربّما خرج هذا الحكم الأصليّ إلى غيره وجوباً وحرمةً، وندباً وكرهيةً باعتبار آحاد الناس وخصوصيّة استعمالاتهم وأوضاعهم وأحوالهم.

رابعاً: سدّ الذّرائع يطال حتى جانب العبادات.

لم يكتف بعضهم من المبالغة في استعمال هذا الأصل لتخليق أبواب من المباحات في جانب المعاملات فقط بل تعدّوه إلى جانب الأمور العباديّة، فردّوا به دلائل النّصوص الثّابتة الصّريحة سدّاً للذّرائع.

ولنضرب لذلك مثلاً بما أفتى به بعضهم من كراهية صيام ستّة أيّام من شوّال متتابعةً، مع اشتراط عدم اتّصالها برمضان، وإخفاء صيامها ممن يُقتدى به، سدّاً لذريعة اعتقاد الناس وجوب ذلك!!

بل ذهب بعضهم إلى استحباب صيامها في العشر الأوّل من ذي الحجّة، ورأى تخصيص شوّال بالذّكر في الحديث للتّخفيف، حيث إنّ الناس اعتادوا

الصِّيَامَ قَبْلَهُ لَا لِأَنَّ الصِّيَامَ فِيهِ أَفْضَلُ مِنْ غَيْرِهِ!!⁽¹⁾، مع أَنَّ الثَّابِتَ الصَّحِيحَ فِي ذَلِكَ هُوَ اسْتِحْبَابُ صِيَامِهَا، دُونَ قَيْدٍ أَوْ شَرْطٍ، لِقَوْلِهِ ﷺ: ((مَنْ صَامَ رَمَضَانَ وَاتَّبَعَهُ سَنًا مِنْ شَوَّالٍ كَانَ كَصِيَامِ الدَّهْرِ))⁽²⁾.

فانظر كيف أُلغيت السُّنَّةُ الصَّحِيحَةُ لمجرد جهل بعض النَّاسِ بتطبيقاتها سدًّا للذريعة الموهومة^{(3)!!؟؟}.

قال الشُّوكَانِيُّ (ت: 1250هـ)⁽⁴⁾: (وهو— أي قولهم: ربَّما يُظَنُّ وجوبُها — باطلٌ، لا يليقُ بعاملٍ، فضلاً عن عالمٍ، نصَّبَ مثله — أي: مثلَ هذا القول — في مقابلةِ السُّنَّةِ الصَّحِيحَةِ الصَّرِيحَةِ — وأيضاً — يلزمُ مثلُ ذلك في سائر أنواعِ الصَّوْمِ المرغَّبِ فيها، ولا قائلَ به)⁽⁵⁾.

وأضيف إلى ما ذكره الشُّوكَانِيُّ ما يلي:

- أن قولهم: "يستحب إخفاؤها ممن يقتدى به" مردودٌ بأنَّ أفضلَ من يقتدى به وهو النَّبِيُّ ﷺ قد دعا إلى صيامها وحثَّ عليها، وأبان فضلها.
- وأمَّا خوفُ اعتقادِ العمَّامةِ وجوبها، فإنَّ تبريرِ واقِعهم لا يكونُ بإلغاءِ السُّننِ، وطمسِ الآثارِ، بل بإزالةِ الجهلِ عنهم، وتبصيرهم بأمر دينهم، وإحياءِ السُّننِ فيهم، ونشرِ العلمِ بينهم.

(1) الشرح الكبير 517/1، للدردير، دار إحياء الكتب العربية، ط: بلا، ومواهب الجليل

486/2، للحطَّاب، دار الفكر، بيروت، ط1، 2002م.

(2) رواه مسلم برقم: 1164، وأبو داود برقم: 2433، والترمذي برقم: 759، وابن ماجه برقم: 1716، وغيرهم.

(3) وبهذا احتجَّ بعضُ علمائنا من المالكيَّة لكرهية وضع اليدين إحداهما على الأخرى في الصلاة، ينظر: بلغة السالك لأقرب المسالك 118/1، لأحمد بن محمد الصاوي، ط: أخيرة، 1372هـ.

(4) انظر ترجمته في: الأعلام 190/7، ومعجم المؤلفين 53/11.

(5) نيل الأوطار 340/4، للشوكاني، تحقيق: د. نصر فريد واصل، المكتبة التوفيقية، ط: بلا.

- فبدلاً من أن نشغل بمحاربة الجهل اشتغلنا بمحو السنن وطمس معالمها، وتزهد الناس فيها!!.
 - وأمّا من يرى نقلها إلى ذي الحجّة فلا دليل له على ذلك سوى افتياته على المشرّع إلى مجرد الرأى والتّخمين بمخالفة الصّحيح الصّريح.
 - وأمّا ملاحظة جانب التّخفيف على النّاس، فإنّ استحبابها وعدم جوبها عليهم يُعتبر تخفيفاً من الشّارع، وساحةً لتنافس المتسابقين في الخيرات، مع إيهام القول بالتّخفيف أنّها واجبة!!
 - ومن المهمّ جدّاً التّأكيد على أنّ الأصل في أمور العبادات التّوقّف والمنع حتى يرد الدّليل الصّحيح بإثباتها ومشروعيتها، وأنّ التعديّات لا يمكن أن تخضع للقياس أو التّعليل، كما أنّ الأصل في أمور المعاملات والعبادات الإباحة والمشروعية، حتى يرد الدّليل بالمنع وهي كثيراً ما تخضع للتّعليل والقياس، ومع ذلك فهي — أيضاً — لا تخلو من مراعاة جانب التّعبد فيها⁽¹⁾.
- فلابدّ إذن من التّنبّه في نقل كلّ ما يُعزى لأهل العلم، والتّأكّد من صلاحية تلك الاجتهادات واستقامتها على الحقّ، وعدم التّلقّي الجامد لها دون وعي لمضامينها أو إدراك لتنزّلاتها وآثارها.
- هذا: وإن كنت مالكيّاً مفاخراً بانتسابي لمذهب إمام دار الهجرة إلا أنّ ذلك لا يمنعني من مناقشة ونقد بعض ما يُعزى للمذهب من آراء غايّة في الغرابة!.
- قال القرافيُّ (أحمد بن إدريس ت: 684 هـ)⁽²⁾: (والجمود على المنقولات أبداً

(1) لبحث هذه المسألة، ينظر: الموافقات 2/300-317، في أصول الشريعة، لأبي إسحاق

الشاطبي، ضبط واعتناء: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط: بلا.

(2) انظر ترجمته في: الديباج 1/236، رقم: 124، لابن فرحون، تحقيق: محمد الأحمد، دار

التراث، القاهرة، ط: بلا.

ضلالاً في الدين، وجهلاً بمقاصد علماء المسلمين، والسلف الماضين⁽¹⁾.

ثالثاً: مبدأ سد الذريعة يستعمل في آحاد المسائل، وبعض الناس ولفترة مؤقتة.

نعم: قد يحظر على آحاد الناس رجالاً كانوا أو نساءً ممارسة بعض المباحات سداً لمنافذ الفساد عليهم، ولكن المحذور في هذا الأمر هو تعميم الأحكام على الجميع، ونقلها من كونها استثناءً في محلّه إلى كونها أصلاً ثابتاً، وشرعاً دائماً، وحكماً عاماً يوصد الباب أمام من يريد ممارسة حقه المشروع وفق المعايير والضوابط.

وهذا ما كان يدأب عليه فقهاء الصحابة اتباعاً لمنهج النبي ﷺ في معالجة بعض النوازل بأحاد الناس.

ومن أمثلته:

ما هو منقول عن أهل العلم، وثابت عند أهل السنة بالأدلة الصحيحة: أن للقاتل عمداً توبة، فليس لمن سأل عن ذلك، وقد علم من ظاهر حاله عزمه على القتل أن يُخبر بذلك سداً لباب الشر والفتنة والفساد.

ويُعدُّ ابن عباس من فقهاء الصحابة الذين استعملوا هذا الأصل في مناسباته، وسنوا به أحكاماً تختصُّ بأفراد الناس، وأعيان المسائل، دون اعتماده أساساً عاماً تقفُّل به أبواب المشروع، فقد جاء عنه: "أن رجلاً سأله، فقال: ألمن قتل مؤمناً توبة؟ قال: لا، إلا النار، فلما ذهب قال له جلساؤه: ما هكذا كنت تفتينا فمال هذا اليوم؟ قال: إنني أحسبه مُغضباً، يريد أن يقتل مؤمناً، فبعثوا في أثره فوجده كذلك"⁽²⁾.

(1) الفروق /198 " الفرق الثامن والعشرون " للقرافي، تحقيق: د. عبد الحميد هنداوي،

المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، ط: أولى، سنة: 2003م.

(2) تلخيص الحبير /187/4، لابن حجر، تصحيح: عبد الله هاشم اليماني، المدينة المنورة،

1384هـ، والجامع لأحكام القرآن 5/286.

قال سفيانُ (ت: 161هـ)⁽¹⁾: (كان أهلُ العلم إذا سئلوا عن القاتل، قالوا: لا توبةَ له، فإذا ابتليَ رجلٌ - أي: وقع منه ذلك - قالوا له: تَبُّ)⁽²⁾.

قال الصَّيْمِرِيُّ (ت: 405هـ)⁽³⁾: (إذا رأى المفتي المصلحةَ أن يفتيَ العامِّيَ بما فيه تغليظٌ، وهو ممَّا لا يعتقُدُ ظاهره وله فيه تأويلٌ، جاز ذلك زجراً له فيفعلُ هذا زجراً للعامَّة، ومن قلَّ دينه ومروءته)⁽⁴⁾.

أي: أنَّ هذه الأحكامَ هي خاصَّةٌ ببعض الأفراد لسوقهم بحكم الشَّرْع، وتحقيق المصلحة بقفل الباب أمام نوازع الشَّرِّ في نفوسهم، وتطهير المجتمع من آثامهم وبوائقهم.

المبحث الثالث

أحاديثٌ ضعيفةٌ وموضوعةٌ، وأخرى صحيحةٌ ساء فهمُها وتنزيلُها

وكما أنَّ التوسُّع المفرطَ في تطبيق بعض القواعد الأصوليَّة أدَّى إلى هذه النتائج المروعة في حقِّ المرأة؛ فإنَّ كثيراً من كتب التُّراث تتحدَّثُ عن المرأة فتصوِّرها في أشنع الصُّور المزرية والممتهنة مستمدةً هذا التصويرَ من أحاديثٍ واهيةٍ لا تقومُ بها حجَّةٌ، ولا يقبلُها عقلٌ، وهي من مظاهر الإساءة والتشويه لأحكام الدين القويم.

أولاً: نماذجٌ من تلك الأحاديث الضعيفة والواهية:

أ - قوله ﷺ لابنته فاطمة: ((أيُّ شيءٍ خيرٌ للمرأة؟ قالت: ألا ترى رجلاً ولا يراها رجلاً فضمَّها إليه وقال: ذريَّةٌ بعضُها من بعض))⁽⁵⁾.

(1) انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء 147/7، رقم: 1083، ووفيات الأعيان 386/2، رقم: 266.

(2) تلخيص الحبير 187/4 .

(3) انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء 566/12، رقم: 3620 .

(4) كتاب العلم، ص 136-137، للنووي .

(5) قال الحافظ العراقي: رواه البزارُ والدارقطنيُّ في الأفراد من حديث علي بسند ضعيف، وله رواية أخرى في مجمع الزوائد قال عنها الحافظُ الهيثمي: رواه البزارُ وفيه من لم

التعليق على هذا الحديث:

أولاً: هذا الحديث هو حديثٌ ضعيفٌ - كما هو مدوّنٌ بالهامش - وعلى هذا الأساس: فلا يصلحُ الاحتجاجُ به رأساً.

ثانياً: قابله الكثيرُ من الأحاديثِ الصحيحةِ القاضيةِ بخلافه والموجودة في الصحيحين وغيرهما وكلُّها تبينُ كيف كانت المرأةُ المسلمةُ على عهد رسول الله ﷺ تلقى الرجالَ فتراهم ويرونها.

ب - ما صحَّ عن أمّ الفضل بنت الحارث: أن ناساً تَمَارَوْا عندها يومَ عرفة في صوم النبي ﷺ فقال بعضهم: هو صائمٌ، وقال بعضهم: ليس بصائمٍ، فأرسلتُ إليه بقَدَحِ لبنٍ وهو واقفٌ على بعيه فشربه⁽¹⁾.

قال الحافظُ ابنُ حجر: " وفي الحديث من الفوائد ... المناظرةُ في العلم بين النساء والرجال"⁽²⁾.

ثالثاً: وردت أحاديثٌ كثيرةٌ صحيحةٌ تفيدُ أنها كانت تخرجُ من بيتها، فترى الناسَ ويراهم الناسُ ولن أطيلُ بذكرِ تلكم الأحاديثِ الكثيرةِ المستفيضة!

وممّا يؤسَفُ له أن تلكم الأحاديثَ الهزيلةَ تطفحُ بها الكثيرُ من الدّواوين، بل ولا يزالُ يردُّها الكثيرُ من الخطباءِ على أعواد المنابر، كما يشطحُ بها العوامُّ في مجالس أفراحهم وأنراحهم، ويُغرقونها بالكثير من التّفسير المنهكة البعيدة عن الحقِّ والعدل والإنصاف في حقِّ الإسلام بشكل عامٍّ، والمرأة بشكل خاصٍّ.

أعرفه (ينظر إحياء علوم الدين 46/2، كتاب: النكاح، الباب: الثالث، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1983م، ومجمع الزوائد 202/9، للهيثمي، دار الكتب، بيروت، ط2، 1967م).

(1) رواه البخاري 55/3، كتاب الصوم، صوم عرفة، صحيح البخاري، دار الجيل، بيروت، تقديم: أحمد شاكر، ط: بلا، ومسلم 543، برقم: 1123.

(2) فتح الباري 268/4، لابن حجر.

أحاديثُ على نفس النسق:

وعلى هذا النسق جاءت الأحاديثُ الموضوعية ومنها: ((شاوروهنَّ وخالفوهنَّ))⁽¹⁾ ومنها: ((أعدى عدوك زوجتك))⁽²⁾ وغيرها كثيرٌ. أين هذا من قول النبي ﷺ الصحيح: ((خيركم خيركم لأهله و أنا خيركم لأهلي))⁽³⁾!!؟.

ثانياً: نماذج من أحاديثٍ صحيحةٍ ساء فهمها أو تنزيهاً.

وكما ساهمت تلكم الأحاديثُ الواهية في تبدل فهم بعض الناس، ومن ثمَّ اعوجاج موقفهم إزاء المرأة، فقد وردت - كذلك - بعضُ الأحاديث التي لا مطعن في صحتها تصفُ المرأةَ بأوصافٍ لا تخلو من اشتباه لدى بعض الناظرين فيها ممَّن عزلها عن غيرها، وقد ضاق بهم العطنُ للملمة أطرافها، وحملٍ خاصها على عامها، ومجملها على مفسرها، ومطلقها على مقيدها ليتولد عن ذلك فقهٌ متصادمٌ، ونظرٌ متصدعٌ، وفهمٌ متبلدٌ خلُوٌ من حسنة الجمع بينها وبين ما يقابلها من أحاديثٍ صحيحةٍ صريحةٍ تمدحُ المرأةَ، وتدعو لحسن معاشرتها، وتبينُ رفعة مكانتها، وعلو شأنها.

ومن القواعد المقررة في أصول الفقه أن: " أنَّ الجمع بين الدليلين اللذين ظاهرها التعارضُ أولى من إعمال أحدهما وإهمال الآخر " بضوابط وقواعد تحكم هذا العمل.

يقول الإمام ابن خزيمة - رحمه الله - : (لا أعرف أنه روي عن النبي ﷺ حديثان بإسنادين صحيحين متضادان، فمن كان عنده فليأت به حتى أولف بينهما)⁽⁴⁾.

(1) باطل لا أصل له. سلسلة الأحاديث الضعيفة برقم: 430.

(2) ضعيف الجامع الصغير برقم: 1033.

(3) أخرجه الترمذي 323/2، و الدارمي 159/2، و ابن حبان برقم: 1312.

(4) الكفاية في علم الرواية للخطيب البغدادي/433، باب: القول في تعارض الأخبار، نشر:

دائرة المعارف العثمانية، الهند، 1357هـ.

ولست هنا بصدد متابعة تلك النصوص وبيان مراميها، وهو ما يحتاج إلى مصنف خاص يجمع شتاتها، ويوجهها الوجهة الصحيحة المرضية، وإنما دوري هنا الإشارة لمن يريد التتبع من طلاب العلم كي يقدم لنا دراسات أوفى عن هذه الظواهر وتلك المظاهر التي تطفح بها كتب التراث على اختلاف مدراسها وتتنوع مناهجها.

المبحث الرابع

المرأة وصور من التهميش

للمرأة دورٌ كبيرٌ في حركة المجتمع، ولها العديد من المجالات الفسيحة التي تغيبت عن حضورها، كما غُيبت حقوقها ولم يلتفت إليها عند صياغة بعض الأحكام والعقوبات التي تطل زوجها، وفيما يلي نماذج من هذا التهميش.

أولاً: مكان المرأة في باب الاجتهاد شاعراً:

لقد تصفحت العديد من كتب الأصول، وهي تتحدث عن شرائط المجتهد، فلم أجد أحداً يشترط الذكورية أساساً لممارسة حق الاجتهاد، وفجأة نجد أن المرأة وعبر امتداد التاريخ وعمقه، وبعد انصرام عصر الرسالة والخلافة - نجدها قد انسحبت أو اضطرت للانسحاب من هذه المساحة الحساسة والمشروعة التي كان ينبغي أن تتواجد فيها لممارسة حقها في الاجتهاد وفق شرائطه وآدابه، ولو على أقل تقدير فيما يتعلق بها، ويلتصق بخصوصيتها حيث جازت تجزئ الاجتهاد ليتولى المجتمع بنقاليده وأعرافه تدوين كل مالها وما عليها⁽¹⁾.

وهذه حقيقة أخرى تتجلى لكل منصف؛ وهي: أننا انشغلنا وعلى مرّ التاريخ بمحاربة المرأة بدلاً من محاربة الفساد، ومارسنا حظراً كاملاً، وحجراً تاماً، على تصرفاتها بدلاً من اتجاهنا لتذليل الصعاب التي تعترض طريقها،

(1) إعلام الموقعين لابن القيم 4/146، الفائدة: الثانية والثلاثون، تحقيق: رضوان جامع

رضوان، مكتبة المنصورة، مصر، ط1، 1419هـ-1999م.

وفسح المجال لها لممارسة حقوقها الطبيعيّة وفق الضوابط الشرعيّة، وقد وقع كلُّ ذلك تحت مسمّى سدِّ الذرائع، وضغط التقاليد البالية، والأعراف الباهتة.

ثانياً: تهميش وضع المرأة حتى عند معاقبة الرجل.

وهذا مثال آخرُ أعمل فيه الفقهاء قاعدة سدِّ الذرائع وصمّم فقهيّاً ليكونَ علاجاً رادعاً لتلاعب الرجل بميثاقه الغليظ بإلزامه ثلاث طلاقات إذا تلفّظ بها دفعةً واحدة طالما كان مستجمعاً لقواه العقليّة مهما اشتطّ غضبه، وذلك عندما رئيَ تهاوُنُ النَّاسِ بهذا الأمر، مع غياب كامل لما سيؤولُ إليه وضع المرأة وأولادها بعد ذلك!!.

إنّ هذه الفتوى وإن كان لها ما يبررّها في زمنها لضيق مساحة الطلاق الواقع، ولقلة أعداد المشرّدين من الأسر بسببه، إلّا أنّها تحمّل في مضمونها تهميشاً واضحاً لحقوق ومشاعر المرأة، واستلاباً سريعاً لفرحتها ببيتها وزوجها، وإضراراً فادحاً بأولادها ومستقبلها، وإهداراً لفقهِ المآلات الذي ينبغي ابتناء الاجتهاد على وفاقه.

كما أنّ هذا الزوّج المستهتر لن تلحقه بتلك العقوبة معرّة تكبح جماح طيشه، بقدر ما سيلحق تلك المرأة المسكينة وأولادها الذين لا علاقة لهم بحماقاته من التشرّد والعنت والضّرر والفاقة.

ثمّ لماذا كانت هذه الأحوال المؤقتة بوقتها قدراً مستمراً على مجموع الأمة يتبنّاه جمهور العلماء إلى يومنا هذا، فلا يمكنُ تغييره ولا الانفكاكُ عنه رغمَ التّحدّيات التي يواجهها المجتمع المسلم، وفي ظلّ نسب الطلاق المرتفعة، والأميّة المتفشّية، والمشاكل الاجتماعيّة الخائفة؟.

وهل سأل كثيرٌ منّا نفسه وهو يردُّ على أسئلة المستفتين ويعبسُ في وجوههم: هل من المصلحة في ظلّ كلّ هذه التّحدّيات استعمالُ سدِّ الذريعة لردع هؤلاء المتجرّئين على الطلاق بهذه الصورة؟.

وهل الإفتاء بذلك هو الأصل أم أنه استثناءً وافدٌ مؤقتٌ رآه بعضهم حلاً من وجهة نظره؟.

وهل هذا الأصل فعلاً قد سدَّ البابَ أمامهم، ووضع حلاً ناجعاً لجرأتهم على الطلاق؟ أم أن المشاكل لم تنزل تزداد يوماً بعد يوم، وعدد الطواق والمشردين في مجتمعاتنا في ارتفاع مستمر؟.

مثال للتوضيح:

ولنضرب هنا بعض الأمثلة على ما تعانيه الشعوب العربية من ارتفاع متزايد في نسب الطلاق والعنوسة، حيث أشارت التقارير إلى أن نسبة الطلاق في قطر وصلت إلى 38% من حالات الزواج في حين بلغت نسبة العنوسة فيها إلى 15% ووصلت نسبة الطلاق في الكويت إلى 35% من إجمالي حالات الزواج كما وصلت نسبة العنوسة فيها إلى 18% بينما وصلت نسبة الطلاق في الإمارات إلى 46% في حين بلغت نسبة العنوسة فيها إلى 20% كما يوجد تسعة ملايين من العوانس شباباً وفتيات في مصر وحدها، و(264 000) حالة طلاق سنوياً، وبلغت نسبة الطلاق في السعودية 45 ويوجد فيها أكثر من مليون ونصف عانس، وقد قفزت في المغرب أحكام الطلاق من 14791 ألفاً سنة 2006م، إلى 21328 ألفاً سنة: 2007م.

لقد صدرت تلك الفتوى في زمن لم تكن فيه مثل هذه الأرقام المخيفة التي تزعج الدولة والقائمين عليها، ولم تتغول فيه المأساة إلى ما نشاهده اليوم. والغريب: أن تكون مثل هذه الفتاوى شرعاً ثابتاً، وحكماً دائماً لدى الفقهاء وإن تغيرت الظروف وتبدلت الأحوال، وامتدت الآماد. والأغرب: أن أحداً ممن تبنى هذه الفتوى وباركها بعد مرور ذلك الزمن، وانصرام تلك الحقبة لم يتطرق إلى ما سيلحق المرأة وأولادها نتيجة تهوّر الرجل وإحداثه لمثل هذه الصورة من الطلاق البدعي المحرم.

وهنا لا بد من ذكر قاعدة أصولية مهمة، وهي: أن حكم الإجماع المستند إلى المصلحة المرسله — كما في مسألتنا هذه — لا يعدُّ إجماعاً أبدياً كغيره من الإجماعات الأخرى المستندة إلى الكتاب أو السنة أو القياس — فهو حجة مادامت المصلحة الشرعية مستمرة — فإذا انتهت المصلحة التي استند إليها، أو إذا ما بان خلافها جاز مخالفة هذا الإجماع ونقضه وإسقاطه.

ثالثاً: مسألة الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع إلا طلاقاً واحداً:

إنَّ الطَّلَاقَ بلفظ الثلاث لا يقع إلا مرةً واحدةً كما صحَّ ذلك في حديث ابن عباس: "كان الطلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمرَ واحدةً فقال عمرُ: (إنَّ النَّاسَ قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناةٌ فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم)"(1).

وعن ابن عباس: (أنَّ رُكَّانَةَ بنَ عبدِ يزيدٍ طَلَّقَ امرأته ثلاثاً في مجلسٍ واحدٍ فحزن عليها حزناً شديداً قال: فسأله رسولُ الله ﷺ: كيف طَلَّقْتَهَا؟ قال: ثلاثاً فقال: في مجلسٍ واحدٍ؟ قال: نعم، قال: فإنما تلك واحدةٌ فأرجعها إن شئتَ)) (2).

قال في مجموع الفتاوى: (ولا نعرف أن أحداً طلق على عهد النبي ﷺ امرأته ثلاثاً بكلمة واحدة فألزمه النبيُّ بالثلاث ولا روي في ذلك حديث صحيح ولا حسن ولا نقل أهل الكتب المعتمد عليها في ذلك شيئاً بل رويت في ذلك أحاديث كلها ضعيفة بإجماع علماء الحديث بل موضوعاً)(3).

ولا غرابة إذن بأن نجد الأحناف والشافعية والظاهرية قد أنكروا القول بهذا الأصل، فالمباح عندهم باق بحكم الشرع، وإذا منع منه فإنما يمنع منه بدليل الشرع.

(1) رواه مسلمٌ برقم: 1472، وأحمد 314/1.

(2) رواه أحمد 265/1، وأبو داود برقم: 2196.

(3) مجموع الفتاوى 11/17.

وقد أعاد فقهاء التشريع والقضاء في بلادنا النظرَ في هذه المسألة مخالفين بذلك المذهب المالكيّ السائدَ في ضوء التحدّيات التي لا تخفى عليهم، والتي تضربُ في العمق الاجتماعيّ بلا هوادة، وتتخرُّ في عظمه بلا رحمة، رفقاً بالمرأة التي اكتفت بالصمت وتحملت ما ترتب على ذلك من التشريعات والآثار، حيث جاء في القانون الليبي رقم 1984/10 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، بالرأى المخالف لجمهور العلماء، حيث نصت المادة 33 ف.د: "لا يقع الطلاق المقترن بالعدد لفظاً، أو إشارة، أو كتابة إلا طلاقة واحدة رجعية؛ ما لم تكن مكتملة للثلاث" وهذا ما أدينُ الله - تعالى - به.

رابعاً: ابن عباس رضي الله عنهما يقود حملة مبكرة دفاعاً عن حقوق المرأة:

ولنزد مثالاً آخرَ بمسألة الغرّاوين في فقه الميراث ولها صورتان: زوجٌ وأمٌّ وأبٌّ، أو زوجةٌ وأمٌّ وأبٌّ وقد نصَّ كتابُ الله - تعالى - على أنّ للأُمّ الثلثَ عند عدم الفرع الوارث لكنّ الجمهور من فقهاء الصحابة والتابعين، والأئمّة الأربعة - رحمهم الله جميعاً - يرون أنّ لها ثلثَ الباقي وليس ثلثَ جميع التركة، وهو في الحقيقة سدسُ التركة في المسألة الأولى، وربّعها في المسألة الثانية، وقد علّل بعضُ العلماء هذه التسمية بأنّها تأدّبٌ مع لفظ القرآن - مع أنّ التأدّب مع القرآن يقتضي العمل بما دلّت عليه نصوصه الصريحة - وأنّها لا تستحقُّ الثلثَ لأنّ في ذلك تغليباً للمرأة على الرجل، وقد تكلف العديدُ منهم تفسيرَ ما ورد من نصوص واضحة في هذه المسألة.

والحقيقة هي: أنّ إعطاءها ثلثَ التركة هو عملٌ بصريح كتاب الله - تعالى - كما هو عملٌ بصحيح السنّة الأمرة بتقديم أصحاب الفروض على العصابات، وإعطاء العصابات ما تبقى بعد ذلك دون أن تفرّق بين أب أو غيره، حيثُ قال النبي صلى الله عليه وآله: (ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلاولى رجل ذكر) (1) والمرأة صاحبةُ فرض في هاتين المسألتين!!

لقد كان من الممكن جداً، والمنصف كذلك أن يُدخلوا العولَ عليهما معاً؛ ليشتركا في اقتسام الضرر!!.

ثم إنَّ المرأة في المسألة الثانية إذا أعطيت ثلثَ جميع التركة فإنَّها تأخذُ أقلَّ من الرجل، فيصحَّ لها (4) من (12) ويصحَّ للأب (5) من (12)، كما يصحُّ لها في المسألة الأولى (2) من (3) وللأب (1) من (3) فالمسألتان بهذا الوضع قمَّةٌ في العدل والإنصاف.

وهذا ما ذهب إليه ابنُ عباس ، وعليٌّ ومعاذٌ رضي الله عنهم وتبعهم في ذلك ابنُ سيرين وشريحُ القاضي، وداودُ بن علي الظاهريّ وابنُ حزم وأبو الحسن الفرضيّ المعروف بابن اللبَّان من الشافعية⁽¹⁾.

وقد أرسل ابنُ عباس إلى زيد رضي الله عنه منكرًا عليه قائلاً له: (أين تجدُ في كتاب الله ثلثَ ما بقي؟ 'فردَّ عليه - كما في مسند ابن أبي شيبة وغيره -: إنما أنت رجلٌ تقولُ برأيك - باجتهادك - وأقولُ برأيي - باجتهادي).

وقد درج القانونُ المصريُّ في مادته: 14، والقانونُ السوريُّ في مادته:

271، على اجتهاد زيد ومن تبعه من العلماء.

مثالٌ آخرُ:

وهو أنَّ الجمهور خالفوا ظاهرَ ما دلَّ عليه نصُّ القرآن الكريم من أنَّ للأُمَّ السدسَ إن كان للميت جمعٌ من الإخوة، وذلك في قوله - تعالى: ﴿فإن كان له إخوةٌ فلأُمَّهُ السُّدُسُ﴾⁽²⁾ وهو ظاهرٌ في اشتراط الجمع للأخوة أي: ثلاثة فأكثر، لكنهم عدلوا عن هذا الظاهر، فقالوا: إنَّ أقلَّ الجمع هنا اثنان فأكثر، فلا تُعطى الثلثُ بوجودهما.

(1) المحلى 10/152.

(2) سورة النساء، الآية: 11.

وقد خالفهم ابنُ عباسٍ - أيضاً - باشتراط الجمع وأقلهم ثلاثة في حجبها إلى الثلث مع أن جمهورهم في غير هذا الموطن يقولون: أقل الجمع ثلاثة⁽¹⁾.
وقد دخل ابنُ عباسٍ رضي الله عنهما على عثمان رضي الله عنه يحتاجه في هذه المسألة قائلاً:
(الأخوان في لسان قومك ليسوا بإخوة، فقال عثمان: لا أستطيع أن أنقضَ أمراً كان قبلي توارثه الناسُ ومضى في الأمصار)⁽²⁾.
ونلاحظُ أن عثمان رضي الله عنه لم يعترض على رأي ابن عباس، ولم يكن له حجة يردُّ بها قوله إلا عمل الناس.

قال ابنُ حزم: (وقد وجب للأُم بنصِّ القرآن الثلث، ولم يحطها اللهُ - تعالى - إلى السدس إلا بولدٍ للميت، أو بأن يكون له إخوة، فلا يجوزُ منعها مما أوجبه اللهُ - تعالى - لها إلا بيقين من سنةٍ واردة، ولا سنةٍ في ذلك ولا إجماع)⁽³⁾.

إنَّ القرآن الكريم لم يتعرَّض لحكم أكثرَ تفصيلاً وإبانةً من مسائل الميراث؛ وذلك لما جُبلت عليه النفوسُ من حبِّ المال والتنافس عليه.
ولذلك حرص على بيان الأعداد والمقادير والشروط، وعمل على سلامتها من أيِّ غموض أو إجمال، أو تكلف في التفسير.

وعلى سبيل المثال اقرأ معي قوله - تعالى -: ﴿إن امرؤ هلك ليس له ولدٌ وله أختٌ فلها نصفُ ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولدٌ فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان ممَّا ترك وإن كانوا إخوة رجالاً ونساءً فللذكر مثلُ حظِّ الأنثيين..﴾⁽⁴⁾ فهل أطلق القرآن لفظ "إخوة" على الاثنين أم على الثلاثة فما فوق؟؟.

(1) الجامع لأحكام القرآن 64/5، للقرطبي، تخريج وتعليق: عرفات العشا، مراجعة: صدقي محمد جميل، دار الفكر، بيروت، 1415هـ.

(2) المحلى 150/10.

(3) المصدر السابق 152/10.

(4) سورة النساء، الآية: 176.

ومع احترامي الشديد لرأي الجمهور؛ فإن ما ذهب إليه ابن عباس ومن وافقه من العلماء هو الأقرب إلى الصواب، والحجة فيه بالغة بيّنة من كتاب الله - تعالى - وسنة نبيه ﷺ وقولهما مقدّم على قول غيرهما.

وهذه دعوة لفقهاء التشريع والقضاء في بلادنا بأن يعيدوا النظر في حيثيات هذه المسألة ومؤثراتها المختلفة في ضوء ما ننشده جميعاً من ردّ الاعتبار لدور المرأة ومكانتها في المجتمع الإسلامي المتحضّر، والأخذ بدلائل الكتاب والسنة الصريحة في إكرامها وحماية حقوقها.

إنّ رتبة التلقين وقفل باب المناقشة والحوار في العملية التعليمية، والتشجيع بمن يطرح التساؤلات المنطقية فيما هو حاصل في دائرة فهم النصّ، واحتمال العقل أمرٌ قاتلٌ لروح التجديد ومميتٌ لحركة العلم والاجتهاد .

فالرأي قويٌّ بحجّته لا بقائله، وليعلم كلُّ مشتغل بفقهِ شرائع الدّين أنّ الحقّ مقطوعٌ به مطلقاً في أصول الدّين ومقاصده، لا في تفاصيل شرائعه، وجزئيات أحكامه، فذلك للناس فيه فسحةٌ بشرائطها العلميّة.

قال ابن حزم - بعد أن فنّد حجج الجمهور -: «ليس الرأي حجةً، ونصّ القرآن يوجب قول ابن عبّاس، بقوله - تعالى -: ﴿فَأَمَّهُ الثَّلَاثُ﴾ فهذا عمومٌ لا يجوز تخصيصه، والعجب: أنهم مجمعون معنا على أنّ قوله - تعالى -: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمَّه السِّدْسُ﴾⁽¹⁾ أنه سدسُ المال لا ما يرثه الأبوان، ثم يقولون هاهنا في قوله - تعالى -: ﴿فَأَمَّهُ الثَّلَاثُ﴾ أن المراد به ما يرثه الأبوان، وهذا تحكّم في القرآن..»⁽²⁾.

ويكفي هنا أن أشير - أيضاً - إلى ما دوتّه بعضُ الفقهاء حول عدم وجوب التداوي على الزّوج إذا مرضت زوجته، وعدم أحقيّتها في التّجهيز من ماله إذا ماتت، وهي أمّ أولاده، وحافضة سرّه، وراعية بيّته؛ ورفيقة عمره معلّنين

(1) سورة النساء، الآية: 11.

(2) المحلى 153/10.

ذلك بأنَّ العقد مبرمٌ في نظير الاستمتاع، وقد انتهى الاستمتاع بموتها، فلمقابل ماذا ينفقُ عليها؟؟!!!.

إنَّ أيَّ استمتاع حقيقيٍّ بين المرأة والرجل إنما يقومُ على نتاج هذه العشرة الطويلة بينهما المبنية على مبادئ أخلاقية، وروابط روحية، وعلاقات حميمية، ومعاني جمالية إنسانية تتجاوزُ المعنى السطحيَّ العالق في أذهان بعضهم إلى ما يوجبُ لتلكم العشرة الراقية أكثرَ من هذه الحقوق المستتلة، وهي في الحقيقة أطولُ امتداداً من هاته الحياة القصيرة، وأبعدُ مدىً من تلك النظرة البسيطة السريعة !!.

خامساً: معادلةٌ صعبةٌ لتحقيق التساوي ونفي التشابه.

يرى الإسلامُ أنَّ هناك تفاوتاً بين الرجل والمرأة وهو قائمٌ على التناسب مع الاستعدادات والأدوار وهو ليس نقصاً في المرأة كما لا يُعدُّ كمالاً للرجل. وهنا لابدُّ من الإشارة إلى قضية مهمة تتعلق بتحرير موضع النزاع مع الآخر، وهي: أنَّ الغرب حينما يطرح المساواة بين المرأة والرجل لا يريد بها تحقيق المساواة في الحقوق والواجبات، وإنما يريدُ بذلك: التشابه وهو ما يمنعه الإسلامُ، والتشابه أمرٌ غير ممكن لأنه يتعارضُ مع نظام التكوين والفرقة التي أودعها الله في كلِّ المخلوقات: ﴿ومن كلِّ شيء خلقنا زوجين لعلكم تذكرون﴾. فالغربُ يسعى أن تكون القوانين والحقوق والوظائف والتكاليف واحةً للرجل والمرأة غيرَ آخذٍ بعين الاعتبار الاختلافات الغريزية والعضوية والنفسية بينهما، وفي هذا إجحافٌ للطرفين على حدٍّ سواء.

إذن: فالإسلامُ لا يعارضُ المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة، لكنَّه يعارضُ التشابه، فهو يلعنُ المنتسبات من النساء بالرجال والمنتسبين من الرجال بالنساء، في الوقت الذي يمدحُ فيه الإحسان إلى المرأة (خيركم خيركم لأهله) و(استوصوا بالنساء خيراً)، وهي معادلةٌ يصعبُ على المجتمعات المادية استيعابها وتصورها.

وهذه المعادلة هي في الحقيقة نابعة من الأهمية الكبيرة التي يوليها الإسلام لعملية التوازن المجتمعي، التي لا يمكن الحفاظ عليها إلا من خلال الحفاظ على الاستعدادات الطبيعية لدى كل من الرجل والمرأة، واستخدام كل منها ضمن الإطار المتلائم معها.

أمّا عند الاستخدام المحرّف لهذه الاستعدادات وزجّها في عملية لا تتناسب معها، فحينئذ سينعكس ذلك الاستخدام المحرّف على أوضاع المجتمع وأدائه ليظهر على شكل اصطدام القوى والإمكانات ببعضها البعض، ووجود جنس آخر غير محدّد المعالم والقيم والوظائف، وهو ما يؤدي بالتالي إلى خروج المجتمع الإنساني عن مساره الطبيعي وانزلاقه إلى متهات لا يحمّد عقابها مثلما هو الحال اليوم في المجتمعات الغربية.

إنّ المجتمع الإنساني لا يمكن أن تستقيم أمورُه بفقدان أيّ من الدّورين الرّجاليّ والنّسائيّ؛ لأنّ المجتمع والحياة بشكل عام بحاجة ماسّة إلى توأمة الدّورين معاً وفي آن واحد.

ولك أن تتخيّل معي مجتمعاً ثالثاً يخلط بين مميّزات وأدوار كلّ من الجنسين بلا حدود إلى أيّ قاع ينحدر، أو في أيّ مستنقع يغرق!!؟؟.

لقد تعرّف المستعمر على نزعاتنا التي تحكّم سلوكنا وانفعالاتنا على كافّة المستويات، والتي لم يستطع القضاء عليها وإذابتها سوى الإسلام وهو يسعى منذ وقت طويل لأن يلعب دوراً تآمرياً خطيراً من خلال معرفته بتصوراتنا وانفعالاتنا ليقسم فيه محتعاتنا العربية والإسلامية إلى دوائر متناحرة، وعناصر متآكلة، ودول متخاصمة، وأحزاب متصارعة؛ فأسس للوقعة بين الأمراء والفقهاء، وللفضل بين الدّين والدّولة، كما ابتدع العداوة بين القديم والحديث، والخصومة بين الأصالة والمعاصرة، والتّباين بين الرّجل والمرأة، والمفاصلة بين العروبة والإسلام، وربّي في أحضانه أجيالاً من الموالين لأهدافه ومؤامراته،

وشن حملات التّغريب ومولها بكلّ ما يسهلُ له ترويج ثقافته، وتميرَ مخطّطاته، وقتلَ الشّعور بغربته بيننا.

النتائج والتوصيات:

وفي خاتمة هذه الورقة أودُّ أن أسجل بعض النقاط المتضمّنة لأهم النتائج و التوصيات، وذلك في التالي:

أولاً: أسباب التّحفّظ على هذه الاجتهادات.

يأتي التّحفّظ على مثل هذه الاجتهادات ونحوها من عدّة جهات أهمّها:

- كونها تعزّزُ الثقافة الاجتماعيّة السّائدة نحو المرأة، وتكرّسُ في نظر العامّة فكرة شيطنتها وسوء طالعها.

- إعطاء الذّريعة لمستغلي قضية المرأة للمتاجرة السياسية، ولتجريدها، ومن ثمّ استلابها من كلّ معاني الانتماء للهويّة والدين، والتّنكّر للفضيلة والقيم الحضاريّة والإنسانيّة!!.

- الدّفع إلى الحراك الإيجابيّ داخلَ هذا الزّخّم الكبير من الإرث الفقهيّ لتفعيله وفق مقتضيات المنهج السّليم في استنطاق أدلّته، واستجابته لحاجة المجتمعات.

مع ملاحظة أنّ ذلك لا يعني أبداً الحطّ من أقدار علمائنا وأسلافنا، كيف؟

وهم أهل الأمانة والعلم والنزاهة والصّدق، وهم أهل الإخلاص والفضل والاجتهاد إلاّ أنّ للأمة - من اجتهادهم الذي لم يُلزموه أحداً من غيرهم - حقّ الاختيار لكلّ ما يُساعدُ على استقرارها الاجتماعيّ والإنسانيّ.

كما أنّ مناقشة مجمل آرائهم وتقليب النظر فيها أمرٌ لا بدّ منه، خصوصاً

مع الفواصل الزّمنيّة البعيدة، المليئة بتقلّبات الأحداث، وتطور المجتمعات، وتغيّر المفاهيم، وهو ما يرفعُ من شأن هذا الدين، ويعطيه رونق التّجدّد والانفتاح والتكثيف مع النوازل والأحداث... كما لا يعني البتّة أنّ ما ذكرته كان انقلاباً عليهم أو تنكراً لجهودهم وفضائلهم.

ثانياً: الدعوة موجهة إلى المتخصصين لمزيد من التوسع.

كما أنني أوجه الدعوة لطلبة الدراسات العليا من إخواني المتخصصين بأن يسيّلوا أفكارهم وأقلامهم بهذا اللون من الدراسات النقدية، والمصارحات الداخلية المهمة لتفكيكها وتحليلها ومقارنتها وتنزيلها على واقع الأمة المتردي بإخلاص، وثقة وجديّة وعمق.

إنّ الفهم الجيد لهذه المسائل ونحوها هو جزء من فهمنا لذواتنا، وتشخيص عللنا، والمسألة من نحو هذه المسائل لا يكمن إشكالها بالنظر إليها من جهة جزئيتها أو تقرير أخذها أوردّها، وإنما يكمن في منهجية التفكير والنظر، وأسلوب المناولة ودرجات التقدير لدى المجتمعات المسلمة.

ثالثاً: إنّنا بحاجة إلى إعادة النظر في تقييم هذا المسلك بعيداً عن كلّ التأثيرات والوساوس والعواطف التي تأخذنا بعيداً عن إصابة الحق، والتي تعمق الهوة الواقعة بين نسيج المجتمع المسلم المحافظ، كما تُعطي الفرصة لوجود البدائل الغريبة عن قيمنا وحضارتنا.

إنّنا نعاني كثيراً من السرد التقليدي لكلام المجتهدين والفقهاء وقلمنا نجد من المؤهلين من يملك الجراءة على مناقشة آرائهم في ضوء الدلالات الصريحة لنصوص الوحيين، وعلى وفق ما يشهده الواقع من مفارقات جوهرية في الزمان والمكان تحتمّ عليهم أن لو كانوا بين أظهرنا اليوم لأعادوا النظر — لا أقول فيما ذهبوا إليه من آراء بل لأعادوا النظر — في منهج التّعبد الفقهي برمته.

إنّ هذا الغلق العنيف على المرأة فيما هو حق مشروع لها قد أعطى للمتسلّين ذريعة استغلاله على نطاق واسع، والخاسر دائماً في هذه المعارك الطاحنة ليست هي وحدها بل المجتمع الإسلامي بأسره.

رابعاً: هناك حزمة من المؤثرات لابدّ من مراجعة النظر فيها.

إنّ ما حاولت تسليط الضوء عليه في هذا البحث يتمحور حول عدّة عوامل ومؤثرات ساهمت مجتمعة في كلّ هذه التراكمات المختلطة التي نشهدها

على امتداد رقعة نسيجنا الاجتماعي والفكري، بين خوف مفرط، وغيره موهومة على المرأة إلى حدّ الإسفاف، وبين انتهاز لوضعها إلى حدّ المتاجرة بحقوقها وتدويل قضيتها لأغراض مختلفة.

وهذه الأوضاع تحتاج منا إلى مزيد من التتبع والنظر لاستجلائها، وتقديم الحلول الموضوعية والعملية للتعامل معها وفق منهج علمي رشيد، خال من المؤثرات الضاغطة المذهبية والاجتماعية والسياسية وغيرها، وهذه أهم تلك العوامل:

- الغلو في استعمال مصطلح سدّ الزريعة.
 - مجموعة من الآيات الكريمة والأحاديث الصحيحة التي أسيء تأويلها، إضافة إلى أحاديث أخرى ضعيفة أو موضوعة تخدم الفكرة وتؤسس لها.
 - الغلو في تقديس آراء الرجال وتنزيلها منزلة نصوص الوحي المنزل.
 - مدارس التغريب التي تعمل وفق أجندة محدّدة لاستجلاب الآخر، وتغيير نمط الحياة الاجتماعية والثقافية.
 - دعوى فساد الزمان .
 - سوء الظنّ بالمرأة واستضعافها.
 - سيطرة الرجل على مصادر التقنين وإقصاء المرأة عن ممارسة حقّها في الاجتهاد.
 - الغيرة المريضة والموهومة.
 - الموروث التقليدي والاجتماعي والبيئي البعيد عن حيثيات العلم والخالي من حضور عنصرين مهمين في تفكيرنا الحضاري والإبداعي وهما: الوعي والوحي.
 - الانهزام المادي أمام المدنية الغربية، وعقدة الشعور بالنقص أمام الآخر.
- وإني لأدعو كلّ زملائي الباحثين والمهتمين إلى المزيد من التأمل في هذه المؤثرات وتبعاتها، وتقديم ما يمكن تقديمه من علاجات علمية، ومقترحات توعوية تخرج بنا عن الإطار التقليدي والوعظي في الحديث إلى لون من المصارحة والمكاشفة والإحصاءات والدراسات.

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.
- إحياء علوم الدين، للإمام الغزالي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1983م.
- الأعلام للزركلي، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة.
- إعلام الموقعين لابن القيم، تحقيق: رضوان جامع رضوان، مكتبة المنصورة، مصر، الطبعة الأولى، 1419هـ-1999م.
- بلغة السالك لأقرب المسالك، لأحمد بن محمد الصاوي، الطبعة الأخيرة، 1372هـ.
- تحرير والتوير لابن عاشور، الدار التونسية للنشر، ط: بلا.
- تفسير القرآن العظيم لابن كثير، تحقيق: جماعة من العلماء، مؤسسة قرطبة، الطبعة الأولى، 2000م.
- تلخيص الحبير، لابن حجر، تصحيح: عبد الله هاشم اليماني، المدينة المنورة، 1384هـ.
- الجامع لأحكام القرآن، للإمام القرطبي، تخريج وتعليق، عرفات العشاء، مراجعة: صدقي محمد جميل، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة: 1415هـ-1995م.
- الجامع الصحيح، للإمام البخاري، تقديم: أحمد محمد شاكر، بيروت، لبنان.
- الجامع الصحيح للإمام الترمذي، تحقيق وشرح: أحمد محمد شاكر، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان.
- الجامع الصحيح للإمام مسلم، دار ابن رجب، مصر، الطبعة الأولى، 1422هـ.
- الديباج لابن فرحون، تحقيق: محمد الأحمد، دار التراث، القاهرة.
- السنن، لأبي داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد المكتبة العصرية، بيروت.
- شذرات الذهب، لابن العماد الحنبلي، دار الآفاق الجديدة، بيروت.

- الشرح الكبير للدردير، دار إحياء الكتب العربية.
- فتح الباري، لابن حجر العسقلاني، تقديم وتعليق: إبراهيم محمد الجمل، دار القلم للتراث، ومطابع دار الحرمين، القاهرة، مصر.
- الفروق للقرافي، تحقيق: د. عبد الحميد هندراوي، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، الطبعة الأولى، 2003م.
- فوات الوفيات للكتبي، تحقيق: د. إحسان عباس، دار الثقافة، بيروت.
- الكفاية في علم الرواية للخطيب البغدادي، نشر: دائرة المعارف العثمانية، الهند، 1357هـ.
- مجمع الزوائد، للهيتمي، دار الكتب، بيروت، الطبعة الثانية، 1967م.
- المسند، للإمام أحمد بن حنبل، دار صادر بيروت.
- لمغني 2/232، لابن قدامة، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 1404هـ.
- مقاصد الشريعة ومكارمها لعلال الفاسي، مكتبة الوحدة العربية، الدار البيضاء.
- الموافقات في أصول الشريعة، لأبي إسحاق الشاطبي، ضبط واعتناء: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- مواهب الجليل، للحطّاب، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 2002م.
- نيل الأوطار، للشوكاني، تحقيق: د. نصر فريد واصل، المكتبة التوقيفية.

حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني

د. علي محمد اعنيبة(*)

المقدمة:

إن قيمة الحكم القضائي الذي يعتبر خلاصة عمل وجهد القاضي في استصدار حكمه على الواقعة المعروضة عليه، إذ من خلال بحثه للوقائع وتكييفها، تم تحديد النصوص القانونية الواجبة التطبيق على الشخص، حيث تستمد من مدى التسليم الواجب له، والاحترام اللازم، وهو قدر مشترك يجب ادأؤه من القضاة والخصوم على السواء بترك تجديد البحث فيما قضى به، وترك المنازعة.

ومن هنا يتحدد لنا موضوع البحث وهو "حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني"، وذلك باعتباره بحثاً في إحدى أهم خصائص الحكم الجنائي وآثاره التي تتمثل تجسيداً لفكرة نفود الأحكام والقانون من خلال الامتثال للحكم الجنائي وترك المنازعة فيه.

1- موضوع البحث:

نتناول في هذه الورقة حجية الحكم الجنائي على الدعوى المدنية في القانون الليبي، وذلك من خلال تناولنا لحجية الأحكام الصادرة بالإدانة، وكذلك الصادر بالبراءة على الدعوى المدنية، ثم بيان قاعدة الجنائي يوقف المدني؛ كنتيجة من النتائج المترتبة على الحكم الجنائي في الدعوى المدنية.

2- أهمية البحث:

إن موضوع الآثار القانونية المترتبة على حجية الحكم الجنائي على الدعوى المدنية من المواضيع المهمة، سواء لدى فقهاء القانون، أو القضاة، أو

(*) عضو هيئة التدريس، كلية القانون، جامعة مصراتة.

الأشخاص أطراف النزاع، فهذا الموضوع له من الأهمية الكثير، حيث يتطرق لعدة تساؤلات في غاية الأهمية، وهي ما مدى حجية الحكم الجنائي على الدعاوى المدنية، وهل ينقيد الثاني بهذا الحكم أم لا؟ أم أن هناك اختلافاً في حالة صدور الحكم الجنائي بالإدانة أو البراءة؟ بناءً عليه يجوز للقاضي المدني عدم التقيد به.

3- أسباب اختيار موضوع البحث:

- رغم إدراك الباحث لطبيعة الموضوع الشائكة، وما يكتنفه من تعقيدات، فقد دفعتنا عدة أسباب قوية للتصدي لهذه الدراسة نوجزها من الآتي:
- يعتبر هذا الموضوع من المواضيع المهمة فيما يتعلق بمدى حجية الأحكام الجنائية لدى القضاء المدني.
 - معرفة أثر الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة أو البراءة؛ على الدعاوى المدنية المستقلة.
 - إن هذا الموضوع يمثل تجسيدا لأحكام القانون في حالات الخصوصية الجنائية، ويوضح ثمرة جهد القاضي الجنائي في فهم الوقائع وتكييفها، وتحديد النصوص القانونية على الواقعة.
 - عدم وجود دراسات سابقة للموضوع في القانون الليبي، مما دفعنا للدراسة في الموضوع؛ وبيان موقف المشرع الليبي، والمحكمة العليا الليبية في هذا الشأن.

4- أسئلة البحث:

- هناك عدة تساؤلات مهمة سيعرضها الباحث في صلب هذه الورقة وأبرزها:
- ما مدى حجية الحكم الجنائي على الدعاوى المدنية سواء الصادرة بالبراءة أم الإدانة؟.
 - هل يكون للدعاوى الجنائية المرفوعة أمام القضاء الجنائي أثر على وقف الدعوى المدنية المرفوعة أمام القضاء المدني؟.

5- منهج البحث:

على ضوء ما تقدم، سيتناول الباحث في هذه الدراسة موضوع حجية الأحكام الجنائية أمام القضاء المدني، والغاية من ذلك استخلاص أهمية الأحكام الجنائية سواء الصادرة بالبراءة أو الإدانة على الدعاوى المدنية. لأجل ذلك وتحقيقاً لمتطلبات البحث؛ اتبع الباحث المنهج التحليلي، وفقاً لمنهجية علمية واضحة محاولاً قدر الإمكان تأصيل كل جزئية من جزئيات البحث من خلال الرجوع إلى نصوص قانون الإجراءات الجنائية الليبي، وبيان موقف المحكمة العليا منها، مستنداً قدر الإمكان على أحكام القضاء المصري.

6- خطة البحث:

في سبيل تحقيق أهداف البحث؛ تناول الباحث موضوع البحث من خلال الخطة البحثية التالية:

المطلب الأول: حجية الأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة.

المطلب الثاني: حجية الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة.

المطلب الثالث: قاعدة الحكم الجنائي يوقف المدني كأثر مترتب على حجية الأحكام الجنائية على الدعوى المدنية.

المطلب الأول**حجية الأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة**

وفق المادة 417 من قانون الإجراءات الجنائية، فإن للأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة حجية تقيد المحكمة المدنية؛ متى كان هذا الحكم مبنياً على عدم كفاية الأدلة، أو كان الفعل المرتكب غير معاقب عليه، أو وجدت عوامل الإباحة في الفعل المرتكب، أو انقضت الدعوى الجنائية، وسيتم تناول كل منها على حده في فرع مستقل.

الفرع الأول

الحكم بالبراءة لانتفاء العقاب على الفعل.

وفق لنص المادة الأولى في قانون العقوبات الليبي فإنه لا يعاقب عن أي فعل غير منصوص عليه في القانون⁽¹⁾، بالتالي متي ما كان الفعل الصادر عن المتهم لا يشكل جريمة يعاقب عليها القانون، وصدر حكم من المحكمة الجنائية بالبراءة على المتهم لعدم العقاب على الفعل، فإن هذا الحكم لا يحوز أي حجية أمام المحاكم المدنية⁽²⁾.

فالقاضي المدني لا يتقيد بأي حكم جنائي يتضمن نفي المسؤولية عن المتهم، أو كان الحكم الجنائي المنسوب للمتهم يقضي بعدم العقاب لانتفاء التجريم على الفعل بمقتضى قانون العقوبات، ويستوي في ذلك أن يكون سبب عدم العقاب هو عدم وجود نص في قانون العقوبات يعاقب على هذا الفعل، أو أن يكون الفعل المرتكب غير مكتمل العناصر القانونية الموجبة للعقوبة⁽³⁾.

(1) إذ تنص المادة المذكورة أعلاه على أنه: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

(2) وعلى أثر ذلك ما جاء في المحكمة العليا (انه وفقاً للمادة 417 إجراءات يكون الحكم الجنائي بالبراءة قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية في الدعاوي التي لم يكن قد فصل فيها نهائياً إلا أن الحكم بالبراءة لا تكون له هذه القوة إذا بني على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون ولما كان البين من مطالعة الحكم الصادر من المحكمة الجنائية أنه سواء صدر منها باعتبارها دائرة جنح أو محكمة أحداث في جنابة أو في جنحة، إن مدونات منطوقه وأسباب الوثيقة الصلة به قد اقتضت على القضاء بعدم مسؤولية المتهم فيها لحدائثة سنه ومن ثم فقد خلت مما يتحصن بقوة الشيء المحكوم به أمام المدنية التي تنتظر الدعوى، وتكون هذه المحكمة الأخيرة في هذه الحالة مطلق السلطة في تكييف الفعل الضار ونسبته إلي مقترفه).

المحكمة العليا الليبية، طعن جنائي رقم 111/22ق، جلسة 1977/2/9م.

(3) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الإيطالية في حكم لها بأنه: (حكم بأن براءة المتهم في جريمة ابتزاز الأموال بالقوة أو التهديد والمؤسسة على أن "العنف المباشر لا يرقى إلي

فإذا حكم القاضي ببراءة المتهم؛ لأن الواقعة بحسب نصوص قانون العقوبات لا تعد جريمة حتى على فرض صحتها، ثم أضاف القول أنها مع ذلك غير ثابتة في حق المتهم ثبوتاً كافياً، فيكون فصله في الثبوت غير ضروري، بل من باب التزويد والتوكيد فحسب؛ لأن البراءة يكفي فيها قوله الأول، ومن ثم لا يمنع هذا القول الثاني القاضي المدني من القول بثبوتها رغم ذلك، ومن الحكم بالتعويض للمضرور، هذا فضلاً عن أن مثل هذه التزويد يعد من قبيل الأسباب غير الجوهرية التي لا تقيد القاضي المدني؛ إذ أن المبرر دائماً بمنطوق الحكم وبأسبابه الجوهرية دون غيرها⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الحكم بالبراءة لانتفاء الدليل.

إذا صدر الحكم بالبراءة في الدعوى الجنائية، وكان يستند هذا الحكم على كون الفعل المرتكب يعاقب عليه القانون، ولكن الحكم الجنائي صدر بالبراءة؛ لعدم كفاية الأدلة أو قصورها في إثبات واقعة الجناية على المتهم، مثل: أن تكون الواقعة المنسوبة للمتهم لم يتم إثبات الفعل منه، أو أنها لم تقع منه أصلاً، أو كانت التهمة من الأفعال التي يترتب عليها الضرر الذي يكون ركناً من أركان الجريمة، ولم يتم إثبات الضرر، أو ما شابه ذلك، فهي في هذه الحالة تحوز الحجية أمام القضاء المدني، بالتالي يترتب على ذلك أن القاضي المدني في حكمه

مرتبة القوة أو التهديد لا يخول دون قيام القاضي المدني بتقييم هذا العنف بغرض استخلاص ما اذا كان هناك عيب من عيوب الرضا المؤثرة على صحة العقد" نقض إيطالي الدائرة العمومية المدنية 28 يناير 1958م، العدالة الجنائية 1958م، ج1، 296، مشار إليه في: مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، بيروت، دار الكتب، ط1، الجزء الأول، ص428.

(1) رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دون مكان نشر، دار الجبل للطباعة، الطبعة السابعة عشر، 1989م، ص257-258.

يكون مقيداً بحجية الحكم الجنائي، ولا يجوز أن يخالفه؛ باعتبار الحكم اكتسب الحجية، أساسه عدم كفاية الدليل في الحكم الجنائي الذي يصدر بالبراءة؛ لعدم كفاية الدليل، أو قصوره على إثبات الواقعة في حق المتهم⁽¹⁾، وحجيته أمام المحاكم المدنية جاء في نص المادة 394 من القانون المدني⁽²⁾، ونص المادة 417 من قانون الإجراءات الجنائية⁽³⁾.

(1) سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري والمقارن، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار الجليل، القاهرة، 1986م، ص289.

(2) إذ تنص المادة المذكورة أعلاه على أنه: (لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً).

(3) إذ تنص المادة المشار إليها أعلاه على أنه: (إذا صدر حكم جنائي بالبراءة على أساس عدم كفاية الأدلة، فإن هذا الحكم يكون له قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية، ويلتزم القاضي المدني به في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم إذا كان فصله فيها ضرورياً).

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في الحكم الجنائي بالبراءة على أساس انتفاء التهمة، أو عدم كفاية الدليل القضاء بالتعويض من المحكمة المدنية استناداً إلى ثبوت الخطأ دون البحث في أساس حكم البراءة، جاء في المادة 394 من القانون المدني التي تنص على أنه: (لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً، وإن المادة 417 من قانون الإجراءات الجنائية تنص على أن "يكون للحكم الجنائي الصادر من المحكمة الجنائية في موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو بالإدانة قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية في الدعوى التي لم يكن قد فصل فيها نهائياً فيما يتعلق بوقوع الجريمة ووصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها، ويكون للحكم بالبراءة هذه القوة إذا كان مبيناً على انتفاء التهمة أو عدم كفاية الأدلة). المحكمة العليا الليبية، طعن جنائي رقم 10/35، جلسة 10/15/1990م، ص91.

الفرع الثالث

توفر عنصر الإباحة في الفعل المرتكب.

الإباحة هي ظروف محددة يقع فيها الفعل المكون للجريمة، على نحو ينتفي معه المساس بالمصلحة المحمية جنائياً؛ فتنتفي الصفة غير المشروعة عن الفعل، أي: أن الفعل يكون للوهلة الأولى خاضعاً لنص التجريم، لكنه ولأسباب واقعية تجعله خاضعاً لنص إباحة، مع أن الأصل أن كل فعل يتعدى إلى إحداث الضرر المادي أو المعنوي بالغير يستوجب المسؤولية، وأن القانون الجنائي يوجب المسؤولية ويفرض العقوبة المقررة قانوناً على كل من ارتكب فعلاً نتيجة سلوكه الإجرامي، إلا أن من الأفعال ما يبيح القانون القيام بها، ولا يوجب الجريمة فالإباحة عبارة عن ظروف موضوعية عينية حددها المشرع، وجعل من أهم أثارها نفي الصفة التجريبية عن الفعل بعدما كان مجرمًا، أي: نفي الصفة غير المشروعة عن الفعل بالرغم من تطابقه مع النموذج التشريعي للجريمة التي تضمنها النص العقابي⁽¹⁾.

وعلى ضوء ذلك فأسباب الإباحة هي وسائل دفاع حقيقية تنفي عن الفعل وصف التجريم وتنتفي المسؤولية عنها سواء الجنائية منها أم المدنية. فالإباحة ترد إلى ظروف موضوعية لا علاقة لها بشخص الفاعل، ومن ثم فهي من الأسباب الموضوعية التي ينصب أثرها على الفعل أو الامتناع،

(1) وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا الليبية في حكم لها بأن: (في انتفاء المسؤولية عن الزوج الذي يضرب زوجته في الحدود المعقولة تأديباً لها لا يرجع إلي انتفاء القصد الجنائي عنده لسلامة نيته بل يرجع إلي الإباحة القانونية المنصوص عليها في المادة 14 من قانون العقوبات الليبي التي تقضي بأنه "لا تخل أحكام هذا القانون في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة، فإذا تجاوز الزوج حدود التأديب المباح عليه العقاب المقرر للجريمة الضرب أو الإيذاء").

المحكمة العليا الليبية، طعن جنائي رقم 300/24، جلسة 1977/11/29م، ص 243.

فتنزع عنه الوصف الإجرامي، وتعطل بذلك نصوص التجريم، فهي تعتبر من وسائل الدفاع الحقيقية التي تنفي عن الفعل وصف التجريم وتنفي المسؤولية عنهم سواء الجنائية منها أم المدنية⁽¹⁾.

الفرع الرابع

انقضاء الدعوى الجنائية.

تخضع الأحكام الجنائية إلى أسباب معينة ما إن تطرأ عليها إلا وتتقضي الدعوى الجنائية، وقد تكون هذه الأسباب طبيعية، أو أسباب عارضة، فيما يتعلق بالأسباب الطبيعية وهي، ما تعرف بالأسباب العامة فإن نص المادة 415 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي جاءت ببيان بها عندما نصت عليها⁽²⁾، أمّا ما يتعلق بالأسباب العارضة فهي: بعد أن تصدر المحكمة حكمها بإدانة المتهم وتجريمه، وتحديد العقاب المتناسب مع فعله، مع التطبيقات القضائية للظروف القضائية المشددة أو المخففة للفعل، وبعد أن يتم تصديق قرار الحكم من المحكمة المختصة، ويصبح باتاً، ويبدأ تطبيقه عملياً على المدان⁽³⁾؛ لكون الحكم الجنائي البات بالإدانة يعتبر حجة في ما يتعلق بتعيين الواقعة المكونة للجريمة، ونسبتها إلى فاعلها ووصفها القانوني يحصل إن تم سقوط الحكم الجنائي لأسباب منها.

(1) جاسم خريبط خلف، اثر حكم البراءة والإدانة أمام القضاء المدني، مجلة أبحاث ميسان، المجلد الثالث، العدد السادس، ص 154-155.

(2) إذ تنص المادة المذكورة أعلاه على أنه: (تنقضي الدعوى الجنائية بالنسبة للمتهم المرفوعة عليه والوقائع المسندة فيها إليه بصدور حكم نهائي فيها بالبراءة أو الإدانة فإذا صدر حكم في موضوع الدعوى الجنائية فلا يجوز إعادة نظرها إلا بالطعن في هذا الحكم بالطرق المقررة في القانون).

(3) السيد خلف الله عبدالعال أحمد الحامدي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، الجزء الأول، طرابلس، الجامعة المفتوحة، 2006م، ص 208.

أولاً: وفاة المتهم.

تكفلت المادة 105 من قانون العقوبات الليبي⁽¹⁾، بيان أثر وفاة المتهم على الدعوى الجنائية فبمجرد وفاة المتهم، أو الفاعل تنقضي الدعوى الجنائية، فإذا توفي المتهم أثناء التحقيق أوقفت الإجراءات الجنائية وقفاً نهائياً، كما يتم إيقاف الدعوى المدنية تبعاً لذلك، ويحق للمدعي فيها عند صدور القرار بإيقاف الإجراءات الجنائية بحق المتهم المتوفى أن يلجأ للقضاء المدني للمطالبة بالتعويض عن الضرر الناشئ عن الجريمة، أمّا إذا توفي المحكوم عليه قبل صيرورة الحكم نهائياً تسقط الجريمة أيضاً، ويزول كل أثر لهذا الحكم، وأن للمتضرر إقامة الدعوى المدنية، وعلى هذا الأساس تنقضي الدعوى الجنائية بوفاة المتهم حتى لو صدر حكم بات يقضي بإدانة المتهم، إذ تزول جميع النتائج المترتبة على قرار الحكم القضائي البات ويعتبر موت المدان انقضاء للفعل الإجرامي⁽²⁾.

ثانياً: صدور العفو العام.

تكفلت المادة 106 من قانون العقوبات الليبي⁽³⁾، بتوضيح أثر صدور

العفو العام على

استمرار الدعوى الجنائية، ويصدر العفو بقانون ينظم أحكامه، ويفصل طرق اتباعه، ويترتب على هذا العفو انقضاء الدعوى الجنائية، ومحو حكم الإدانة الذي يكون قد صدر فيها، كما يتبع ذلك سقوط جميع العقوبات الأصلية والتبعية والتكميلية وجميع التدابير الاحترازية، ولا يكون لهذا العفو أثر على ما سبق تنفيذ من العقوبات، مالم ينص قانون العفو على غير ذلك، ولا يمس العفو

(1) إذ تنص المادة المذكورة أعلاه على أنه: (تسقط الجريمة بوفاة المتهم قبل إدانته).

(2) السيد خلف الله عبدالعال أحمد الحامدي، مرجع سابق، ص 211.

(3) إذ تنص المادة المذكورة أعلاه على أنه: (تسقط الجريمة بصدور العفو العام عنها، كما

تسقط بمقتضاه العقوبات الأصلية والتبعية التي حكم بها).

العام الحقوق الشخصية للغير، وهذا العفو يصدر من السلطة التشريعية المخولة بذلك، فيزيل القانون عن المشمول بالعفو عقوبة الجريمة، ويسقطها دون أن يلغى حق المدعي بالحق الشخصي في المطالبة بالالتزامات المدنية المترتبة بحق المدان المعفو عنه⁽¹⁾.

ثالثاً: الأمر الجنائي.

هو أمر قضائي بتوقيع العقوبة المقررة للجريمة من دون تحقيق أو مرافعة، معني ذلك أن الأمر الجنائي يصدر من دون اتباع القواعد الخاصة بإجراءات المحاكمة والتحقيق النهائي اللازم للحكم الجنائي.

وبالنظر إلى الطبيعة التي الخاصة للأمر الجنائي فهو ليس مطلقاً، وبشكل عام فهو مقيد بجرائم معينة تكفل قانون الإجراءات الجنائية بتوضيحها في نص المادة 292⁽²⁾.

فالأمر الجنائي هو أمر بعقوبة جنائية يوقعها قاضي المحكمة الجزئية المختص، أو النيابة العامة على المتهم بناء على محضر جمع الاستدلالات، أو أدلة الإثبات الأخرى بغير إجراء تحقيق أو سماع مرافعة.

مما سبق يتضح لنا ما يلي:

أولاً: أن الأمر الجنائي يصدر في مواد الجرح والمخالفات فقط فلا يصدر في مواد الجنائيات.

(1) السيد خلف الله عبدالعال أحمد الحامدي، مرجع سابق، ص220.

(2) إذ تنص المادة المشار إليها أعلاه على أنه: (للنيابة العامة في مواد الجرح والمخالفات التي لا يوجب القانون الحكم فيها بعقوبة الحبس أو بغرامة يزيد حدها الأدنى على عشرة جنيهاً إذا رأت أن الجريمة بحسب ظروفها تكفي فيها عقوبة الغرامة لغاية عشرة جنيهاً غير العقوبات التبعية والتضامنية وما يجب رده والمصاريف، أن تطلب من قاضي المحكمة الجزئية التي من اختصاصها نظر الدعوى أن يوقع العقوبة على المتهم أ بمر يصدره على الطلب بناء على محاضر جمع الاستدلالات أو أدلة الإثبات الأخرى بغير إجراء تحقيق أو سماع مرافعة).

ثانياً: أن الأمر الجنائي يصدر من قاضي المحكمة الجزئية في الجرح التي لا يوجب القانون الحكم فيها بعقوبة الحبس والجرح المعاقب عليها بالحبس أو الغرامة، أما الجرح التي يوجب القانون الحكم فيها بعقوبة الحبس والجرح المعاقب عليها بالحبس والغرامة معا يمتنع على قاضي المحكمة الجزئية إصدار الأمر الجنائي فيها.

ثالثاً: أن الأمر الجنائي يصدر من قاضي المحكمة الجزئية بناء على طلب النيابة العامة، كما أن له أن يصدره من تلقاء نفسه في الجرح التي لا يوجب القانون الحكم فيها بعقوبة الحبس إذا توفر شرطان هما أن يتغيب المتهم عن الحضور رغم إعلانه وألا تطلب النيابة العامة توقيع أقصى العقوبة⁽¹⁾.

ويتفق الأمر الجنائي مع الحكم الصادر بالإدانة؛ فهو في جوهره حكم بالإدانة صدر دون تحقيق من جانب المحكمة ودون مراعاة شفوية⁽²⁾.

وكما يشترك الأمر الجنائي مع الحكم بالإدانة في أنه مُنّه للخصومة وفاضل في الموضوع إضافة إلي ذلك فهو يشترك مع الحكم بالقوة التنفيذية متي أصبح الأمر نهائياً، ويحوز قوة الشيء المقضي به والتي تحول دون الرجوع إلي الدعوى حتي مع ظهور أدلة جديدة.

(1) حسن عبدالحليم، تنفيذ الأوامر الجنائية، <http://kenanaonline.com>، تاريخ الاقتباس

2016/5/21م، ساعه 10.

(2) وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا الليبية في حكم لها بقولها: (إن الأمر الجنائي بطبيعته ليس حكماً يلزم الخصوم ولكنه نوع من الصلح والتسوية يقررها القاضي في جرائم القليلة الأهمية تيسيراً لإجراءات الدعوى الجنائية لتعرض علي الخصوم لفض النزاع ولهم مطلق الحرية في أن يقبلوه وتنتهي الدعوى أو أن يرفضوه وحينئذ يجب رفع الدعوى والسير فيها بالطرق العادية).

المحكمة العليا الليبية، طعن جنائي رقم 1-7، تاريخ الطعن 27 الطير 1955م، ج1، ط2، ص87.

المحكمة العليا الليبية، 27 أبريل 1955م، مجموعة القواعد، ج1، 50، ص 73.

كما يظهر جانب من الاختلاف بين الأمر الجنائي، والحكم بالإدانة في أن الأمر الجنائي يقتصر علي جرائم محددة وعقوبات معينة، إضافة إلي انه يصدر دون تحقيق أو مرافعة علي خلاف الحكم الذي يتطلب التحقيق والمرافعة؛ كما أن الأمر الجنائي يصدر دون الحاجة إلي العلانية علي حين أن الحكم لا بد وأن يصدر في جلسة⁽¹⁾.

القواعد التي تحكم الأمر الجنائي في التشريع الليبي.

وقد منح المشرع الليبي في قانون الإجراءات الجنائية سلطة إصدار الأمر الجنائي لقاضي المحكمة الجزئية التي من اختصاصها نظر الدعوى وكذلك لوكيل النيابة بالمحكمة التي من اختصاصها نظر الدعوى. أولاً: إصدار الأمر الجنائي من القاضي الجزئي.

وفق لقانون الإجراءات الجنائية في مادته 296⁽²⁾، فإن الأمر الجنائي يصدر بناء علي طلب

وفق لقانون الإجراءات الجنائية في مادته 296⁽³⁾، فإن الأمر الجنائي يصدر بناء علي طلب كتابي من النيابة العامة تطلب فيه من القاضي الجزئي

(1) مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، بيروت، دار الكتب، ط1، ج2، ص283.

(2) إذ تنص المادة المشار إليها أعلاه على أنه: (للنيابة العامة في مواد الجرح والمخالفات التي لا يوجب القانون الحكم فيها بعقوبة الحبس أو بغرامة يزيد حدها الأدنى على عشرة جنيهاً إذا رأت أن الجريمة بحسب ظروفها تكفي فيها عقوبة الغرامة لغاية عشرة جنيهاً غير العقوبات التبعية والتضامنية وما يجب رده والمصاريف، أن تطلب من قاضي المحكمة الجزئية التي من اختصاصها نظر الدعوى أن يوقع العقوبة على المتهم أ بمر يصدره على الطلب بناء على محاضر جمع الاستدلالات أو أدلة الإثبات الأخرى بغير إجراء تحقيق أو سماع مرافعة).

(3) إذ تنص المادة المشار إليها أعلاه على أنه: (للنيابة العامة في مواد الجرح والمخالفات التي لا يوجب القانون الحكم فيها بعقوبة الحبس أو بغرامة يزيد حدها الأدنى على عشرة

المختص بنظر الدعوى إصدار أمر جنائي بناء علي محضر جمع استدلالات، وتقوم النيابة بهذا الطلب من دون الحاجة إلي إعلان المتهم أو أي خصم بذلك، فالأمر الجنائي يصدر في غرفة المداولة بعد الاطلاع على الأوراق ويكون صدور الأمر الكتابة علي الطلب ولا ينطق به في جلسة علنية⁽¹⁾، كما يملك القاضي الجزئي المختص أن يرفض إصدار الأمر الجنائي وذلك في حالتين نصت عليهما المادة 298⁽²⁾.

جنيهاً إذا رأت أن الجريمة بحسب ظروفها تكفي فيها عقوبة الغرامة لغاية عشرة جنيهاً غير العقوبات التبعية والتضامنية وما يجب رده والمصاريف، أن تطلب من قاضي المحكمة الجزئية التي من اختصاصها نظر الدعوى أن يوقع العقوبة على المتهم أ بمر يصدره على الطلب بناء على محاضر جمع الاستدلالات أو أدلة الإثبات الأخرى بغير إجراء تحقيق أو سماع مرافعة).

(1) على ضوء ذلك قضت المحكمة العليا الليبية أنه: (إن الأمر الجنائي بطبيعته ليس حكماً يلزم الخصوم ولكنه نوع من الصلح والتسوية يقرها القاضي في جرائم القليلة الأهمية تيسيراً لإجراءات الدعوى الجنائية لتعرض علي الخصوم لفض النزاع، ولهم مطلق الحرية في أن يقبلوه وتنتهي الدعوى، أو أن يرفضوه وحينئذ يجب رفع الدعوى والسير فيها بالطرق العادية).

المحكمة العليا الليبية، طعن جنائي رقم 1-7، جلسة 27 الطير 1955م، ج1، ط2، ص87.

(2) إذ تنص المادة المشار إليها أعلاه علي أنه: (يرفض القاضي إصدار الأمر الجنائي إذا رأي: "أولاً أنه لا يمكن الفصل في الدعوى بحالتها. تانياً: أن الواقعة نظراً لسوابق المتهم أو لأي سبب آخر تستوجب توقيع عقوبة أشد من الغرامة التي يجوز صدور الأمر بها").

ويصدر القاضي قراره بالرفض بتأشيرة علي الطلب الكتابي المقدم له ولا يجوز الطعن في هذا القرار.

ثانياً: إصدار الأمر الجنائي من النيابة العامة.

أباح المشرع في المادة 298 مكرر من قانون الإجراءات الجنائية الليبي⁽¹⁾، لوكيل النيابة بالمحكمة التي من اختصاصها نظر الدعوى إصدار الأمر الجنائي، غير أنه يلاحظ أن المشرع قد حظر علي وكيل النيابة إصدار الأمر بالنسبة للمخالفات التي يقرر لها المشرع عقوبة تكميلية إلي جانب الغرامة أو كان قد طلب فيها تضمينات أو رد.

ومتي صدر الأمر الجنائي بشكل صحيح واصبح نهائياً ولم يسقط بأي سبب من أسباب سقوطه سواء بالتقرير بالاعتراض عليه خلال موعد ثلاثة أيام من الإعلان بالاعتراض علي تنفيذه، فإنه تنقضي به الدعوى الجنائية، وهو في ذلك يتماثل مع الحكم الصادر بالإدانة.

مع ذلك فإن الأمر الجنائي له حجية الحكم الموضوعية فمتي صدر الأمر الجنائي وأصبح نهائياً ولا يجوز معه إعادة محاكمة المتهم بناء على ظهور أدلة جديدة، أو وقائع جديدة طالما يملك المقومات القانونية للدفع بالسبق الفصل في الدعوى الجنائية.

والأمر الجنائي لا يحوز حجية مثله مثل الحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية فلا يتوافر فيه الضمانات التي يشترط توافرها في الحكم القضائي لأنه

(1) إذ تنص المادة المضافة بالقانون رقم 18 لسنة 1962م، المنشور بعدد الجريدة الرسمية رقم 8 لسنة 1962م علي أنه: (لوكيل النيابة بالمحكمة التي من اختصاصها نظر الدعوى إصدار الأمر الجنائي في الجرح التي يعينها وزير العدل بقرار منه، إضافة إلي ذلك المخالفات متي كان القانون لا يجب الحكم فيها بالحبس أو بعقوبة تكميلية ولم يطلب فيها التضمينات أو الرد، ولا يجوز أن يأمر فيه بغير الغرامة على ألا تزيد علي ثلاثة جنهيات).

ولرئيس النيابة العامة أو من يقوم مقامه أن يلغي الأمر لخطأ في تطبيق القانون في ظرف عشرة أيام من تاريخ صدوره. ويترتب على ذلك اعتبار الأمر كأن لم يكن ووجوب السير في الدعوى بالطرق العادية.

يصدر دون تحقيق وفي غيبة المتهم، فالأحكام الجنائية هي فقط التي لها حجيتها أمام القضاء المدني بالنسبة لما فصلت فيه من وقوع الجريمة ونسبتها إلي الفاعل، ويكون للأمر الجنائي حجية على الدعوى المدنية في حالة ما إذا رفعت الدعوى المدنية إلي القضاء المدني مراعاة أن الدفع يسبق الفصل في الدعوى في المواد المدنية هي من الدفوع المتعلقة بالخصوم ولا تتعلق بالنظام العام علي عكس الحال بالنسبة لهذه الدفوع في المواد الجنائية⁽¹⁾.

المطلب الثاني

حجية الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة

الواقع أن نطاق حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني لا تشمل كافة المسائل التي وردت في الحكم الجنائي، إنما يتعلق بما فصل في منطوقه الحكم من مسائل لازمة وجوهرية للفصل ويشترط لإعمال حجية الحكم الجنائي على دعوى المدنية بعض من الشروط اللازمة لمنح الحكم الحجية، فليست جميع المسائل التي وردت بالحكم الجنائي تحوز الحجية أمام القضاء المدني، فالحجية تكون قاصرة على بعض عناصر الحكم دون عناصر الأخرى وهذا ما أورده المادة 417 من قانون الإجراءات الجنائية⁽²⁾.

فالحكم الجنائي سواء أكان صادرا بالبراءة أم بالإدانة له حجيته أمام القضاء المدني في كل ما يتعلق بوقوع الجريمة، ووصفها القانوني، ونسبتها إلي الفاعل.

والقضاء المدني مقيد بما قضي به القاضي الجنائي، متعلقاً بتوفر الركن المادي والقانوني أو بعدم توفر هذه الأركان، فإذا قضي الحكم بعدم وقوع جريمة أصلاً، أو بانتفاء رابطة سببية، فلا يجوز للمحكمة المدنية منازعة الحكم الجنائي فيما قضي فيه سواء في ثبوتها أم انتفاءها.

(1) مأمون سلامة، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 302.

(2) انظر إلي المادة 417 المشار إليها في الصفحة رقم 5.

والقضاء المدني كذلك مقيد بما قضي به القاضي الجنائي متعلقاً بالوصف القانوني للواقعة؛ فلا يجوز له مناقشته، فإذا حكمت المحكمة الجنائية على متهم باعتباره قام بخيانة الأمانة، فلا تملك المحكمة المدنية التغيير في هذا الوصف واعتبار الجريمة سرقة⁽¹⁾.

والقضاء المدني مقيد كذلك بما قضي به القاضي الجنائي متعلقاً بنسبة الجريمة إلي فاعلها، فلو حكم القاضي الجنائي بإسناد الفعل إلي المتهم، فلا تملك المحكمة المدنية منازعته في ذلك⁽²⁾.

ولكن ثمة تساؤل يثور في ذهننا مؤداه هل القرارات أو التصرفات الصادرة من النيابة العامة أو قاضي التحقيق سواء بالإحالة للمحكمة المختصة أو بالأمر بالا وجه لإقامة الدعوى لها أثر أو حجية أمام القضاء المدني؟ لذلك، فإننا سوف نبين في فرعين أثر قرارات قاضي التحقيق أو النيابة العامة أمام القضاء المدني، وأثر أحكام محكمة الموضوع أمام القضاء المدني.

الفرع الأول

أثر قرارات قاضي التحقيق أمام القضاء المدني

يعتبر قاضي التحقيق هو الجهة التي أوكل إليها القانون القيام بالتحقيق الابتدائي، بالتالي فإن المهام المتعددة التي أسندها إليه جعلته صاحب أدوار مختلفة ومتداخلة، من حيث جمع الأدلة عن الجرائم ودراستها دراسة دقيقة؛ للنظر فيها من حيث كفاية هذه الأدلة على الإدانة في حق المتهم، وتحويله بعد ذلك إلي المحكمة المختصة للنظر في قضيته، أو أن كل هذه الأدلة قاصرة في

(1) محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005م، ص 888، وكذلك، مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، دار الكتب، لبنان، الجزء الأول، 1971م، ص 423-433.

(2) محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص 449، وكذلك، السيد خلف الله عبدالعال أحمد الحامدي، مرجع سابق، ص 341.

إدانة المتهمين، وما يترتب عليها من إصداره لأمر بإغلاق الدعوى؛ لعدم كفاية الأدلة، والإفراج عن المتهم في حالة ما إذا كان موقوفاً، وهكذا كما يبدو الأمر بأن قاضي التحقيق هو مكلف بإصدار قرارات بعد فحصه الأدلة المتوفرة لديه في القضية، مع ملاحظة أن قاضي التحقيق لا يملك حق مناقشة الأدلة مع المتهم، لأنها من صميم اختصاص محكمة الموضوع، حيث أن قاضي التحقيق فور انتهائه من التحقيق له أن يصدر أمراً بالألا وجه لإقامة الدعوى، والإفراج عن المتهم، أو رفض الشكوى، أو أن يصدر قراراً بحفظ الأوراق، أو إحالة المتهم إلى المحكمة المختصة، فالنيابة العامة باعتبارها سلطة تحقيق أصلية في القانون الليبي وقاضي التحقيق له سلطات التحقيق المخولة للنيابة العامة تعتبر تصرفاتهم في الدعاوي الجنائية تنفي عنهما صفة الأحكام الجنائية، وذلك لأنها لا تصدر في موضوع الدعوى الجنائية، بل تصدر في نطاق وظيفة قاضي التحقيق أو النيابة العامة التي تقوم بدورها في التحقيق بالجرائم، حيث أن تصرف النيابة العامة في الواقعة أو الدعوى لا تكتسب الحجية أو قوة الشيء المحكوم به جزئياً، والسبب في ذلك يكمن لان تصرف النيابة العامة أو قاضي التحقيق بالإحالة للمحكمة المختصة ليس لها أية قوة أمام هذه المحكمة في إدانة المتهم⁽¹⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أنه إذا كانت هذه القرارات أو التصرفات لا تتمتع بقوة الشيء المحكوم به أمام القضاء الجنائي، فإنه من باب أولى أن لا تكون لها أي حجية أو قوة أمام القضاء المدني، لأنها لم تفصل في موضوع الدعوى الجنائية.

(1) جاسم خريط خلف، مرجع سابق، ص 162-163.

الفرع الثاني

أثر أحكام محكمة الموضوع أمام القضاء المدني.

ما إن يصدر حكم نهائي يفصل في موضوع الدعوى، ويدين المتهم بارتكابه للواقعة الإجرامية التي يجرمها القانون ويعاقب عليها، فإن القضاء المدني يلتزم بما صدر من أحكام جنائية. وهذا ما أشار إليه المشرع الليبي في قانون الإجراءات الجنائية في المادة 417⁽¹⁾.

ويتضح من ذلك أن الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة تنصب في ثلاثة عناصر جوهرية وهي⁽²⁾:

1- وقوع الجريمة.

ما إن تحكم المحكمة الجنائية بوقوع الجريمة، فإنه يترتب على ذلك: أن تمنع المحاكم المدنية التحقق من مدي صحة وقوع الجريمة من عدمها؛ لأن الحكم الصادر من محكمة الجنائية القاضي بوقوع الجريمة تمتع بقوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية⁽³⁾، مثال ذلك الاختلاس في السرقة، متي ما خلص الحكم الجنائي إلي قيامها، فلا تملك المحكمة المدنية عند طرح موضوع الدعوى فيها أن تنازع في مدي توفر النصاب المقدر لعقوبة الاختلاس من عدمه.

(1) التي تنص على أنه: (يكون للحكم الجنائي الصادر من المحكمة الجنائية... قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية... فيما يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها).

(2) محمد نيازي حتاته، شرح الإجراءات الجنائية في القانون الليبي، الزاوية، منشورات الجامعة، ط1، بدون تاريخ نشر ص133.

(3) مأمون محمود سلامة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص423.

2- نسبة الجريمة إلى الفاعل

الواقع أن للمحكمة الجنائية أن تحكم بالإدانة؛ إذا تأكدت أن الجريمة المسندة إلي المتهم قد وقعت فعلاً، فمتي ما قضى القضاء الجنائي بتوقيع عقوبة معينة على فاعل ارتكب جريمة ما، وتمت ادانته أمام المحاكم الجنائية، فإن المحاكم المدنية تكون ملتزمة بهذا، فليس من اختصاصها أن تقوم بنفي التهمة عن هذا المتهم، أو الحكم بأنه بريء ولم يرتكب الجريمة، بل يجب على المحكمة المدنية أن تلتزم بما صدر من حكم جنائي حول نسبة الجريمة إلى الفاعل⁽¹⁾.

3- الوصف القانوني.

يشمل نطاق حجية الحكم الجنائي بالإدانة فيما يتعلق بالوصف القانوني للواقعة، فهو في ذلك يقيد المحكمة المدنية، فلو حكمت المحكمة الجنائية باعتبار الوصف ضرباً بسيطاً وأدانت المتهم بناء على هذا الوصف، نافية وجود رابطة سببية بين الضرر ووفاة المجني عليه، فليس من حق المحكمة المدنية أن تعارض ذلك، وتعتبر الواقعة ضرباً مفضياً إلى الموت⁽²⁾، بالتالي عندما يرتكب فعل معين يجرمه القانون، ويعاقب عليه، ويقضي بإدانة متهم حول هذه الجريمة، فإن المحكمة الجنائية يجب عليها أن تعطي للوقائع المعروضة أمامها وصفاً قانونياً معيناً "أي: النص القانوني التي ينطبق عليه فعله الإجرامي" وهذا الوصف تلتزم به المحكمة المدنية عند نظرها في دعوى التعويض أمامها، مثل: أن تحكم محكمة جنائية بأن الجريمة تشكل جنائية، فلا يحق للمحكمة المدنية اعتبارها جنحة⁽³⁾.

(1) نبيه صالح، الوسيط في شرح مبادئ الإجراءات الجنائية "دراسة مقارنة" الاسكندرية،

منشأة المعارف، الجزء الأول، 2004م، ص540.

(2) رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص256.

(3) السيد خلف الله عبدالعال أحمد الحامدي، مرجع سابق، ص338.

المطلب الثالث

قاعدة الحكم الجنائي يوقف المدني كأثر مترتب على حجية الأحكام الجنائية على الدعوى المدنية

تعتبر قاعدة الجنائي يوقف المدني من أهم مظاهر سيادة الدعوى الجنائية على الدعوى المدنية، بحيث لو رفعت الدعوى المدنية أولاً ثم بعد ذلك رفعت الدعوى الجنائية؛ فإعمالاً بقاعدة الجنائي يوقف المدني يجب أن توقف الدعوى المدنية إلي حين أن يصدر حكم نهائي في الدعوى الجنائية، ويرجع تبرير ذلك: أنه وفقاً لهذه القاعدة تمنع تعارض بين الأحكام الجنائية والأحكام المدنية وتحقيقاً للعدالة أن تحكم للجنائي أولاً قبل المدني، على أساس أن المحكمة الجنائية تملك سلطات أوسع تجعلها هي المهيأة والأفضل للفصل في الدعوى⁽¹⁾، وهذا ما عبر عنه قانون الإجراءات الجنائية في المادة 1/238⁽²⁾.

(1) فهد نشمي ناجي الرشدي، الأثار القانونية المترتبة على حجية الحكم الجنائي على الدعوى المدنية في القانون الكويتي والمصري، <http://www1.mans.edu.eg/faclaw/arabic/megala/documents/51/3>، تاريخ الاقتباس 2016/4/25م.

(2) إذ تنص المادة المشار إليها أعلاه على أنه: (إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية يجب وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائياً في الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أو في أثناء السير فيها).

وقد قضت محكمة النقض المصرية عن هذه القاعدة بأنه: (إن الواجب يقتضى أن يترقب القاضي المدني أو قاضى الأحوال الشخصية حتى يفصل القاضي الجنائي نهائياً في أمر ورقة مدعى بتزويرها متى كانت هذه الورقة بذاتها مقدمة إلى المحكمة المدنية كدليل إثبات).

محكمة النقض المصرية، تاريخ الطعن 23 يوليو 1958م، مجموعة أحكام النقض،

ومن المقرر قانوناً: أن قاعده الجنائي يوقف المدني التي نصت عليها المادة سالفة الذكر هي قاعدة من النظام العام، اقتضتها قاعدة حجية الأحكام الجنائية، فمتى كانت الدعوى المدنية تتضمن ما يفيد تعويض الضرر الناشئ عن فعل يعد جريمة، فإنه يجب ابتداءً أن يثبت قيام هذه الجريمة، ونسبتها إلى المتهم بحكم يصدر من المحكمة الجنائية متى كانت الواقعة معروضة عليها، وما دامت هذه المحكمة لم تنته بعد إلى رأى معين، وجب على المحكمة المدنية أن تتريث إلى حين الفصل في الدعوى الجنائية، حتى تقيم حكمها على ما تنتهى إليه فيها؛ إعمالاً لمبدأ حجية الأحكام الجنائية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن منطق العدالة يقتضى مثل هذه النتيجة وهى: وجوب وقف الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجنائية؛ لأن الواقعة الجنائية تعتبر بالنسبة إلى الدعوى المدنية مسألة أولية في خصوص الحق المدعى به في الدعوى المدنية، ومن ثم فالمنطق يقتضي بوجوب الفصل فيها أولاً من المحكمة الجنائية باعتبارها المحكمة المعبرة عن فكرة القضاء الطبيعي للواقعة الجنائية، متى كانت تلك الواقعة معروضة عليها فضلاً عن منع أي تأثير قد يشوب عقيدة القاضي الجنائي نتيجة الفصل في تلك المسألة من القضاء المدني إذا صدر منه حكم.

مبررات قاعدة الجنائي يوقف المدني.

أولاً: الحرص على الحيلولة من تأثر القاضي الجنائي بحكم القاضي المدني، وخاصة فيما يتعلق بالحكم الجنائي؛ لأنه يمس المصلحة العامة للمجتمع، فلا يصح أن تتأثر هذه المصلحة بمصلحة خاصة أقل أهمية منها⁽¹⁾.

ثانياً: إعمال قاعدة الجنائي يوقف المدني، يمنع من التعارض بين الحكمين الجنائي والمدني وخاصة فيما يتعلق بالأجزاء المشتركة بينهما، لا سيما وأن

(1) فرج العلواني هليل، قانون الإجراءات الجنائية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية،

القضاء الجنائي هو المختص بالفصل في وقوع الجريمة ونسبتها إلي المتهم؛ لذلك وجب أن يترك له الفصل فيها قبل البث في موضوع الدعوى المدنية⁽¹⁾.
ثالثاً: أنها نتيجة طبيعية ومنطقية لقاعدة حجية الحكم الجنائي على الدعوى المدنية.

شروط إعمال قاعدة الجنائي يوقف المدني.

1- أن تكون كلا الدعويين ناشئة عن فعل واحد.

من شروط وقف الدعوى المدنية: أن يكون السبب في هذه الدعوى هو ذات السبب في الدعوى الجنائية المتمثلة في الجريمة المقدم بشأنها المتهم للمحاكمة، فإن اختلفا فلا محل لوقف الدعوى المدنية، لذلك توقف الدعوى المدنية التي رفعت دعوى استرداد أمانها، ثم رفعت الدعوى الجنائية عن جريمة السرقة إلي حين أن تفصل المحكمة الجنائية في موضوع جريمة السرقة.

"ومن أمثله اختلاف الواقعتين: أن ترفع دعوي مدنية؛ بناء على الخطأ المفترض في حق صاحب البناء، ثم رفعت الدعوى العمومية عن جنحة القتل والإصابة بالخطأ، فهنا لا يجب على المحكمة المدنية أن توقف السير في الدعوى المدنية"⁽²⁾؛ إذ أن الحكم الجنائي الصادر في الدعوى الجنائية لن يقيد المحكمة المدنية فيما قضى به لاختلاف السبب المنشئ لكل من الدعويين".

2- أن تكون الدعوى الجنائية حركت قبل رفع الدعوى المدنية.

يجب أن تكون الدعوى الجنائية قد رفعت قبل رفع الدعوى المدنية، أو في أثناء السير فيها، وهنا يجب الإشارة أن الدعوى الجنائية لا يشترط فيها أن تكون قد رفعت بل يكفي أن تحرك الدعوى الجنائية بمعرفة سلطات التحقيق⁽³⁾.

(1) فرج العلواني هليل، مرجع سابق، ص 1252.

(2) مأمون سلامة، مرجع سابق، ص 432-433.

(3) مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص 432.

خصائص قاعدة الجنائي يوقف المدني:

أولاً: شمولية التطبيق.

مما لا شك فيه أن تطبيق قاعدة الحكم الجنائي يوقف الحكم المدني، نتيجة حتمية من لمبدأ حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني، وحتى أنها تعد وسيلة للإثبات، بالتالي فإنه من الطبيعي أن يكون نطاق التطبيق واحداً بالنظر إلي هذا الارتباط الوثيق بينهما⁽¹⁾.

ثانياً: تعلق القاعدة بالنظام العام.

تعد قاعدة الحكم الجنائي يوقف الحكم المدني، من القواعد العامة التي يطلبها النظام العام، شأنها في ذلك شأن مبدأ حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني.

أثر توافر شروط وقف الدعوى.

إذا توافرت شروط وقف الدعوى المدنية على النحو المتقدم، تعين وقفها، وهو أمر وجوبي على المحكمة المدنية، لتعلقه بالنظام العام، فإذا دفع المدعى عليه في الدعوى المدنية بوجود دعوى جنائية مقامة ضده، والحكم في الأولى مترتبة على الحكم في الدعوى الجنائية، وجب على المحكمة أن تجيبه لطلبه، وتوقف الدعوى المدنية، أما إذا رفضت المحكمة طلبه رغم توافر شروط المادة 1/238 إجراءات جنائية كان حكمها باطلاً ومحلاً للطعن؛ لمخالفته قاعدة قانونية من النظام العام.

الاستثناء الوارد على قاعدة الجنائي يوقف المدني:

نصت المادة 2/238 من قانون الإجراءات الجنائية على أنه (إذا أوقف الفصل في الدعوى الجنائية لجنون المتهم يفصل في الدعوى المدنية)، وعليه فإذا أوقفت الدعوى الجنائية لسبب جنون حل بالمتهم حتى يعود إليه رشده، فإن

(1) فهد نشمي ناجي الرشيد، مرجع سابق، ص 53.

ذلك الأمر قد يطول وتنتفي الحكمة من وقف الدعوى المدنية، ويتأثر حق المدعى المدني بهذا الوقف، ومن ثم فقد أجاز المشرع للمحكمة المدنية المضي قدماً في الدعوى المدنية المرفوعة أمامها رغم وجود دعوى جنائية لم يتم الفصل فيها، غير أن هذا الاستثناء بوقف الدعوى الجنائية قد يشمل الدعوى المدنية إذا رفعت تابعة أمام المحكمة الجنائية فيصيبها قرار الوقف؛ لتبعيتها للدعوى الجنائية، غير أن هذا لا يمنع المدعى بالحق المدني أن يسلك الطريق المدني للدفاع عن حقوقه، دون أن يقابل بدفع ووقف الدعوى المدنية؛ لوجود الدعوى الجنائية وما ارتبطت به من دعوى مدنية، وذلك لتوافر الحكمة من عدم الوقف وفقاً لنص المادة 2/238 سالف الذكر⁽¹⁾ وهو عدم استطالت مدة الوقف الجنائي للدعوى الجنائية لأجل غير مسمى يضر بحقوق المدعي بالحق المدني⁽²⁾.

الخاتمة

لقد تناولنا في هذا البحث المتواضع مدى حجية الحكم الجنائي على الدعوى المدنية، حيث تناولنا حجية الأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة والأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة، وتناولنا أيضاً قاعدة الحكم الجنائي بوقف المدني كأثر مترتب على حجية الأحكام الجنائية على الدعوى المدنية. ولا نكون مبالغين بعد هذا العرض أن نقرر أن الأحكام الجنائية تبنى على الجزم واليقين لا على الظن والتخمين، وأن الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة تكون لها قوة الشيء المحكوم فيه، وبالتالي يتفقد بها القاضي المدني، الذي يجب عليه أن يضع نفسه موضع القاضي الجنائي عند بيان مدى احترام الأحكام الجنائية والتمسك بحجيتها.

(1) إذ تنص المادة المذكورة أعلاه: (إذا أوقف الفصل في الدعوى الجنائية لجنون المتهم يفصل في الدعوى المدنية).

(2) فرج العلواني هليل، مرجع سابق، ص 1252-1253.

كما أن الأصل في التزام القاضي المدني بما يقرره القاضي الجنائي يعود إلى أن القاضي الجنائي يتمتع بسلطات أوسع من القاضي المدني في نطاق الإثبات ووسائله، والقاضي المدني ملزم بأن يلتزم بمنطوق الحكم الجنائي وبواعثه المرتبطة له، وهو بطبيعة الحال لا يستطيع أن يخالف ما جاء في الحكم الجنائي بشأن وقوع الفعل ووضعه القانوني ونسبته إلى فاعله ومدى ثبوت التهمة عليه أو براءته.

كما أن أثر حكم البراءة والإدانة أمام القضاء المدني، يدعونا إلي القول بأن الأحكام الجنائية لها الحجية المطلقة على المتهم وعلى جميع الناس، وعلى المجني عليه أيضاً؛ حتى لو لم يتدخل في الدعوى الجنائية، كما أن معني الحكم الجنائي ينصرف إلي الحكم الجنائي الفاصل في الموضوع، ولا يدخل فيه قرارات الولاية وباقي القرارات الفاصلة في المسائل الإجرائية، ولهذا فإن الحكم الجنائي: يرتبط بصفة معينة وشروط محددة كما تم توضيحها.

إضافة إلي ذلك، تبين أن الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة تكون لها قوة الشيء المحكوم فيه بالتالي يتقيد بها القاضي المدني.

أيضا أن الاحكام الجنائية الصادرة بالبراءة تكون لها قوة الشيء المحكوم فيه، بالتالي يتقيد القاضي المدني؛ إلا إذا كانت البراءة مبينة على فعل لا يعاقب عليها قانونا، وإن كانت البراءة على نفي نسبة الواقعة إلي المتهم.

ختاماً أسأل الله العلي القدير، أن نكون قد وفقنا في هذا البحث إلي بيان حقيقة الحكم الجنائي، وحجته على الدعوى المدنية، وأن يكون هذا البحث قد ساهم ولو بشيء يسير في إثراء الفكر القانوني، وأن يجد كل باحث فيه ما يبتغيه.

والحمد لله رب العالمين

المصادر والمراجع

- السيد خلف الله عبدالعال أحمد الحامدي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، الجزء الأول، منشورات الجامعة، طرابلس، ليبيا، 2006م.
- رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، الطبعة السابعة عشر، دار الجبل للطباعة، 1989م.
- سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري والمقارن الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار الجليل، القاهرة، 1986م.
- فرج العلواني هليل، قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1998م.
- مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الجزء الأول، بدون مكان نشر، 1971م.
- مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، منشورات المكتبة، الزاوية ليبيا، الطبعة الثانية، 2000م.
- مجمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005م.
- نبيه صالح، الوسيط في شرح مبادئ الإجراءات الجزائية دراسة مقارنة، الجزء الأول، منشأة المعارف، 2004م.
- حسن عبدالحليم، تنفيذ الأوامر الجنائية، <http://kenanaonline.com>، تاريخ الاقتباس 2016/5/21 الساعة 10:00 صباحاً.
- جاسم خريبط خلف، اثر حكم البراءة والإدانة أمام القضاء المدني، مجلة أبحاث ميسان، المجلد الثالث، العدد السادس.
- فهد نشمي ناجي الرشيد، الآثار القانونية المترتبة على حجية الحكم الجنائي على الدعوى المدنية في القانون الكويتي والمصري، <http://www1.mans>، تاريخ الاقتباس 2016/4/25.

الحماية الجنائية للممتلكات الثقافية على المستويين الوطني والدولي (التشريع الجنائي الليبي أنموذجاً)

د. مصطفى إبراهيم العربي (*)

المقدمة

تشكل الممتلكات الثقافية عنصراً أساسياً من عناصر الحضارة والثقافة لأي مجتمع، سواء تمثلت هذه الموروثات في الممتلكات الثقافية المنقولة، كالتماثيل، والفسيفساء، وقطع الفخار، والزجاج، والمسكوكات القديمة، والنقوش، والمخطوطات، ومجموعات التاريخ الطبيعي، والتي تشمل كل ماله علاقة بالسلالات البشرية والحيوانية والنباتية والصخور والأحجار، أو في الممتلكات العقارية، كالمدن القديمة، والأحياء والمباني التاريخية، والمتاحف. فهذه الموروثات تسهم في تشكيل الهوية الحضارية للمجتمعات، وهي ليست حكرًا على جيل بعينه؛ وإنما هي إرثٌ لكل الأجيال (الحاضرة والمستقبلية، كما كانت إرثًا للأجيال السابقة).

وإلى جانب هذا، فإن لهذه الممتلكات فوائد أخرى، بعضها ديني، وبعضها الآخر اقتصادي. وتتجلى الفوائد الدينية فيما تتيحه هذه الموروثات لعقل الإنسان من فرصة للتفكير والتدبر في سنة الله في الكون، والإيمان بالله وباليوم الآخر لمن لم يؤمن، وتقوية هذا الإيمان وترسيخه لمن آمن؛ وذلك بمعرفة حقيقة أن كل حي مآله إلى الموت والفناء مهما طال عمره، وأنه سيقف بين يدي الله للحساب والسؤال عن عمره فيما أفناه. وفي هذا يقول المولى عز وجل: ﴿قُلْ سِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الَّذِينَ مِنْ قَبْلُ كَانَ أَكْثَرُهُمْ مُشْرِكِينَ﴾⁽¹⁾.

(*) أستاذ القانون الجنائي، كلية القانون، جامعة المرقب/ الخمس.

(1) سورة الروم، الآية: 41.

وقال: ﴿وَعَادًا وَثَمُودَ وَقَدْ تَبَيَّنَ لَكُمْ مِنْ مَسَاكِينِهِمْ وَزَيْنَ لَهُمُ الشَّيْطَانُ أَعْمَالَهُمْ فَصَدَّهُمْ
عَنِ السَّبِيلِ وَكَانُوا مُسْتَبْصِرِينَ﴾⁽¹⁾، ويقول أيضاً عزّ من قائل: ﴿إِنَّا مُنْزِلُونَ عَلَى أَهْلِ هَذِهِ
الْقَرْيَةِ رِجْزًا مِنَ السَّمَاءِ بِمَا كَانُوا يَفْسُقُونَ، وَلَقَدْ تَرَكْنَا مِنْهَا آيَةً بَيِّنَةً لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ﴾⁽²⁾.

وتتجلى الفوائد الاقتصادية فيما تشكله هذه الممتلكات من مصدرٍ للدخل القومي؛ حيث تلعب دوراً بارزاً في جذب السواح واستقطابهم، بما يعنيه ذلك من دخول لرؤوس الأموال الأجنبية لخزانة الدول السياحية، ومساهمتها في نمو اقتصادها وازدهاره.

ولهذه الأسباب نجد الأمم المتحدة تحتّ الدول الأعضاء على اتخاذ ما يلزم من تدابير لحماية هذه الممتلكات من خلال الاتفاقيات المبرمة لهذا الغرض. من ذلك مثلاً ما تنص عليه المادة الرابعة من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح، التي أبرمت بمدينة لاهاي سنة 1954م، تحت رعاية مؤتمر منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو)، والتي سيشار إليها - فيما بعد - باتفاقية لاهاي، وذلك بقولها:

"1- تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة باحترام الممتلكات الثقافية، الكائنة سواء في أراضيها أو أراضي الأطراف السامية المتعاقدة الأخرى؛ وذلك بامتناعها عن استعمال هذه الممتلكات أو الوسائل المخصصة لحمايتها، أو الأماكن المجاورة لها مباشرة؛ لأغراضٍ قد تعرضها للتدمير أو التلف في حالة نزاعٍ مسلحٍ عن أي عملٍ عدائيٍ إزاءها.

2- ...

3- تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة أيضاً بتجريم أي سرقةٍ أو نهبٍ أو تبيدٍ للممتلكات الثقافية ووقايتها من هذه الأعمال....".

(1) سورة العنكبوت، الآية: 38.

(2) سورة العنكبوت، الآيتان: 34-35.

ونزولاً عند هذه الاعتبارات، وحيث أن ليبيا تعتبر من الدول الغنية بالمتعلقات الثقافية، خاصةً العقارية؛ حيث تحتضن ثلاث مدنٍ أثريةٍ معروفةٍ على مستوى العالم (لبدة الكبرى Leptis Magna، ومدينة شحات المعروفة بمدينة قورينا اليونانية، ومدينة صبراتة التاريخية)، فقد أصدر المشرع الليبي القانون رقم (3) لسنة 1994م بشأن حماية الآثار والمتاحف والمدن القديمة والمباني التاريخية⁽¹⁾؛ بقصد حماية هذه المتعلقات من أشكال الاعتداء المختلفة، وهذا القانون هو محور هذه الدراسة، وسيشار إليه - فيما بعد - بقانون حماية المتعلقات الثقافية.

أهمية الدراسة

تكتسب هذه الدراسة أهميتها من أهمية الموضوع الذي تنصب عليه؛ حيث يعتبر موضوع الحماية الجنائية للمتعلقات الثقافية من الموضوعات التي لم تلق حظها الوافر من الدراسة والبحث، خصوصاً بعد غياب الجانب الأمني في بعض الدول العربية بعد الثورات التي قامت بها، إذ ربما تكون هذه الموروثات لقمةً سائغةً وسهلةً للعبث بها، أو التصرف فيها بالمخالفة لأحكام القانون. ولهذا، فإن هذه الدراسة لا تخلو من فائدةٍ، وإن كانت متواضعة، ولعل من أبرز فوائدها الإسهام في بيان بعضٍ من الأحكام القانونية المتعلقة بحماية هذه الموروثات الثقافية على المستوى الجنائي.

نطاق الدراسة

ستقتصر هذه الدراسة - في جانبها الوطني - على دراسة نصوص القانون الليبي المتعلقة بحماية المتعلقات الثقافية على المستوى الجنائي، دون دراسة نصوص القوانين الأخرى غير الليبية، وذلك لسببين: الأول هو عدم إمكانية الحصول على نصوص هذه القوانين من مصادرها الرسمية؛ الأمر

(1) نُشر هذا القانون بالجريدة الرسمية الليبية، ع19، س33، 1994م، ص638.

الذي قد يترتب عليه إفراغ هذه الدراسة من محتواها إذا ما تم الاعتماد على المصادر غير الرسمية لهذه النصوص، والثاني هو قواعد المنهجية التي لا تمنح لإجراء البحوث الصغرى إلا ورقياتٍ قد تحول دون الاستطراد في معالجة أي موضوع من موضوعات القانون.

إشكالية الدراسة

تتمثل هذه الإشكالية في معرفة مدى كفاية نصوص قانون الممتلكات الثقافية الليبي؛ لبسط الحماية الجنائية المنشودة على تلك الممتلكات على المستوى الداخلي، ومدى كفاية الحماية التي يقدمها المجتمع الدولي لهذه الممتلكات أيضاً على المستوى الدولي.

خطة البحث ومنهجه

ستتم معالجة هذا الموضوع من خلال تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، يُخصّص أولهما لبحث جوانب الحماية الجنائية على مستوى القانون الجنائي الليبي، ويُخصّص الآخر لبحث جوانب هذه الحماية على المستوى الدولي. أما عن منهج هذا البحث فإن الباحث سيتبع المنهج الوصفي، دون استبعاد اللجوء إلى المنهج التحليلي كلما تطلب الأمر ذلك.

المبحث الأول

الحماية الجنائية للممتلكات الثقافية على مستوى

القانون الجنائي الليبي

جرّم المشرع الليبي عدداً من صور الاعتداء على الممتلكات الثقافية، وقرّر لها جزاءً جنائياً تمثل في الحبس والغرامة التي قد تصل إلى عشرين ألف دينارٍ ليبي، إضافةً إلى الرد والمصادرة.

وسيم التركيز على بحث جانب التجريم دون جانب الجزاء؛ على اعتبار أن لا إشكاليات تُذكر يمكن أن تُثار حوله، اللهم إلا المصادرة من حيث عدم دقة صياغة النص الخاص بها، وسيأتي بيان ذلك في نهاية هذا المبحث وقبل الانتقال

إلى المبحث الثاني المتعلق بالحماية الجنائية لهذه الممتلكات على المستوى الدولي.

ودراسة جانب التجريم تقتضي في الواقع بحث ثلاثة موضوعات، هي: الركن المفترض في الجرائم الواقعة على الممتلكات الثقافية (المطلب الأول)، ثم أهم أنماط السلوك التي حددها المشرع الليبي للقول بارتكاب جرائم الاعتداء على هذه الممتلكات (المطلب الثاني)، وأخيراً الركن المعنوي المتطلب توافره للقول بارتكاب هذه الجرائم (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الركن المفترض في الجرائم الواقعة على الممتلكات الثقافية

لكي تنطبق نصوص قانون حماية الممتلكات الثقافية على أنماط السلوك المحددة بهذه النصوص يتعيّن أن ترد هذه الأفعال على الممتلكات الثقافية، وهذا يقتضي تحديد المقصود بهذه الممتلكات.

وبالرجوع إلى القانون المشار إليه، نجده قد عرفها تحت بند (الأثر والآثار) بأنها (كل ما أنشأه الإنسان أو أنتجه مما له علاقة بالتراث الإنساني، ويرجع عهده إلى أكثر من مائة عام) (مادة 1 من القانون المشار إليه).

ثم حدّد في المواد التي تلي هذه المادة - على وجه التفصيل - أنواع هذه الممتلكات، وهي لا تخرج في عمومها على أحد صنفين: فإما أن تكون منقولة، وإما أن تكون عقاراً.

وقبل أن نضرب أمثلة لكلا النوعين من هذه الممتلكات، نوّد أن نشير إلى أن هذه الممتلكات - وإن كانت أموالاً عامة مملوكة للدولة بحسب الأصل - إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن تكون مملوكة لأحد الأفراد أو الهيئات الخاصة، بموجب قرار تسجيل بأسمائهم من قبل الجهة المختصة. ويظهر هذا جلياً من خلال نصي المادتين (5، 11) من قانون حماية الممتلكات الثقافية، اللتين أعطيتا لهؤلاء الأشخاص والهيئات الحق في تملك بعض الآثار، إذا ما رأت

اللجنة المختصة ذلك؛ حيث قالت الأولى (تعتبر مالاَ عاماً جميع الآثار العقارية والمنقولة والوثائق، سواءً كانت في باطن الأرض أو على سطحها، أو كانت تحت المياه الإقليمية، باستثناء ما هو مسجلاً بأسماء الأفراد والهيئات بمقتضى أحكام التشريعات المعمول بها قبل صدور هذا القانون)، وقالت الأخيرة (على كل من اكتشف أثراً عقارياً أو منقولاً أو علم باكتشافه أثناء القيام بأعمال حفر أو بناءٍ أو بأية أعمالٍ أخرى أن يبلغ عنه الجهة المختصة أو أقرب مركز شرطة...، وعلى اللجنة المختصة إذا رأت عدم الاحتفاظ بالآثر المكتشف أن تعطيه لمكتشفه وأن تمنحه شهادةً تثبت ملكيته له).

بيد أن ملكية الأفراد لهذه الآثار لا تجعلها معصومةً من تطبيق أحكام قانون حماية الممتلكات الثقافية عليها، وإنما يسري عليها ما يسري على الآثار المملوكة للدولة من أحكام (مادة 12 من قانون حماية الممتلكات الثقافية).

أولاً: الممتلكات الثقافية المنقولة

وهي المنقولات الأثرية التي صنعت؛ لتكون بطبيعتها منفصلةً عن الآثار العقارية، ويمكن تحويلها من مكانها دون تلف، ومثالها: التماثيل، وقطع الفسيفساء، والفخار، والزجاج، والمسكوكات القديمة، والنقوش، وبعض الصناعات التقليدية (مادة 1 من ذات القانون).

وتشمل أيضاً الوثائق، وهي النصوص المكتوبة والمنقوشة على أية مادةٍ أو عنصر، كالحجر والفخار والجلود والمعادن والعظام، شريطة ارتباطها بحضارة الإنسان وتجاربه، وتشمل كذلك الأشرطة المغنطية والمصورة والمخطوطات والحجج والمعاهدات والخرائط والمطبوعات، شريطة أن يمضي على وجودها خمسين سنة (مادة 1 من قانون حماية الممتلكات الثقافية).

وعلى هذا، فإن أي أثرٍ تاريخيٍ يعتبر موروثاً ثقافياً منقولاً، إذا ما أمكن فصله عن ما يحيط به أو نقله دون تلف، شريطة أن يرجع عهده إلى أكثر من مائة عام، بالنسبة لسائر المنقولات، وخمسين عاماً على الأقل بالنسبة للوثائق.

وبتحديد ما إذا كانت الآثار ترجع في عمرها إلى أكثر من هاتين المدينتين - حسب كل حالة - فإن على القاضي أن يستعين في ذلك بأهل الخبرة والاختصاص؛ باعتبار أن ذلك يعد من المسائل الفنية البحتة التي لا يستطيع أن يقم نفسه فيها، أو يستقلّ بإبداء الرأي فيها دون الرجوع إلى أهل الاختصاص⁽¹⁾.

ثانياً: الممتلكات الثقافية العقارية

وهي تنقسم إلى قسمين: آثارٌ عقاريةٌ بحسب الأصل، وآثارٌ عقاريةٌ بالتخصيص.

أ - الآثار العقارية بحسب الأصل

وهي كثيرةٌ، ومثالها: بقايا المدن، والتلال الأثرية، والقلاع، والحصون، والأسوار، والمساجد، والمدارس، والأبنية الدينية، والمقابر، والكهوف سواء كانت في باطن الأرض أو على سطحها، والمياه الإقليمية، والمعالم ذات الطابع المعماري المميّز، والمواقع والشواهد التاريخية، التي تتصل بمعارك الجهاد والكفاح، وترتبط بالتاريخ السياسي والثقافي والاجتماعي للبلاد، والمتاحف والتي هي في حقيقتها مؤسساتٌ علميةٌ وثقافيةٌ مميّزة، هدفها حفظ وتوثيق وعرض التراث الإنساني والطبيعي والتطور العلمي والفني، ونشر المعرفة والتوعية بين أفراد المجتمع (مادة 1 من قانون حماية الممتلكات الثقافية).

ب - الآثار العقارية بالتخصيص

وهي الآثار المنقولة بطبيعتها، ولكنها خصّصت لخدمة الآثار العقارية؛ بحيث أصبحت جزءاً منها أو مكملّة لها أو زخرفةً فيها.

(1) د. مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، ج2، منشورات الجامعة الليبية،

كلية الحقوق، بنغازي، ليبيا، ط1، 1971م، ص189.

المطلب الثاني

أنماط السلوك المجرم في جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية

حدّد المشرع الليبي جملةً من أنماط السلوك التي بارتكابها تقع جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية. وقبل بيان هذه الأنماط، نود أن نشير هنا إلى ثلاث ملاحظاتٍ مهمةٍ، هي:

الأولى: أن بعض هذه الأنماط أو الجرائم هي جرائم تقليدية منصوص عليها بقانون العقوبات العام الليبي الصادر سنة 1954م، ولكن هذا لا يعني انطباق النصوص التقليدية عليها، واستبعاد النصوص الخاصة التي وردت بقانون حماية الممتلكات الثقافية، وإنما العكس هو الصحيح؛ على اعتبار أن الأخيرة إنما هي نصوصٌ خاصةٌ وردت بقانونٍ خاص، والقاعدة أنه عند تعارض النصوص الخاصة مع النصوص العامة تعيّن تطبيق الأولى واستبعاد الأخيرة.

الثانية: أن المشرع الليبي أغفل النص على تجريم سرقة المنقولات الثقافية، كنمطٍ من أنماط السلوك المجرّم التي يمكن أن ترتكب ضد هذه الممتلكات، وكان الأجدر أن ينص على هذه الجريمة أسوةً ببقية الجرائم الأخرى؛ باعتبارها من أكثر الجرائم التي يُتصوّر ارتكابها ضد المنقولات الثقافية، ومع هذا فإن ذلك لا يعني عدم عقاب الفاعل في مثل هذه الحالة؛ وإنما سيعاقب تطبيقاً للنصوص العامة التي تعاقب على السرقة بشكل عام، ومنها نص المادة 444 عقوبات، التي تنص على تجريم سرقة المنقولات أياً ما كان وصفها، وذلك بقولها **(كل من اختلس منقولاً مملوكاً لغيره يعاقب بالحبس)**.

الثالثة: تتعلق بحرص المشرع الليبي على تحديد الأنماط التي يمكن أن ترتكب ضد الممتلكات الثقافية على وجه التفصيل؛ حيث أدّى به هذا الحرص إلى الإسراف في النص على صور هذه الأنماط وضرب الأمثلة لها، وهو ما من شأنه أن أدّى أيضاً إلى تكرارها وتداخلها بين أكثر من نص، الأمر الذي قد يجعل القاضي في عنتٍ من أمره عند محاولة إسباغ الوصف القانوني الصحيح

على ما سيعرض عليه من وقائع. وكان الأجدر أن يبين المشرع الصورة العامة للسلوك، ويمتنع عن ضرب الأمثلة؛ حتى تكون صياغة النص دقيقةً ومحكمة. على كل حال، فإن الأنماط التي نص عليها المشرع الليبي في قانون حماية الممتلكات الثقافية لا تخرج في جوهرها - وفقاً لتصور الباحث أو هكذا يظهر له - عن سبعة أنماطٍ هي: الإتلاف، والتغيير أو التحوير، والتصرف، والاستغلال، والتتقيب، والامتناع عن تقديم المنقول من هذه الآثار في حالة طلبه من الجهات المختصة، وأخيراً الإهمال في حراسة الممتلكات الثقافية.

أولاً: إتلاف الممتلكات الثقافية

حظرت المادة الثامنة من قانون حماية الممتلكات الثقافية، إتلاف الآثار، سواء كانت عقاريةً أو منقولة.

ولا يشترط أن يكون الإتلاف كلياً أو جسيماً، وإنما يكفي أن يكون جزئياً أو غير جسيم؛ إذ ليس من اللّازم أن يكون الأثر قد أُنُف أو خُرّب أو هُدّم كله، وإنما يكفي أن يكون قد عُيّب⁽¹⁾.

ثانياً: تغيير أو تحوير الممتلكات الثقافية

ويدخل في ذلك إجراء أية تعديلاتٍ على الآثار، كتشويهاها بالكتابة، أو الحفر عليها، أو تغيير معالمها، أو فصل جزءٍ منها، أو لصق إعلاناتٍ أو وضع لافتاتٍ عليها من شأنها أن تؤثر على صفتها أو قيمتها الأثرية.

كما جرّم المشرع أيضاً بعض أفعال المساعدة في إجراء التغييرات على هذه الممتلكات، واعتبرها جرائم قائمة بذاتها، وعاقب عليها بعقوبةٍ خاصة، استثناءً من قاعدة من اشترك في جريمة فعلية عقوبتها، المنصوص عليها بالمادة 101 عقوبات ليبي.

(1) جندي عبدالملك، الموسوعة الجنائية، ج2، دار العلم للجميع، بيروت، لبنان، ط2، بدون

ومن هذه الأفعال وضع التخطيط أو التعديل؛ لتنظيم المدن والقرى، أو تجميعها، أو إقرار مشروع تقسيم أرض للمباني أو مشروع شق طرق جديدة أو إجراء أية تعديلات، إلا بالاتفاق مع المؤسسات العلمية والفنية المسؤولة عن إدارة وتنظيم ورعاية وحماية الآثار والمتاحف والوثائق والمدن القديمة والأحياء والمباني التاريخية (مادة 7 من قانون حماية الممتلكات الثقافية).

ثالثاً: التصرف في الممتلكات الثقافية

حظرت المادة السادسة من قانون حماية الآثار الليبي إجراء أي تصرف في الآثار الموجودة في باطن الأرض أو على سطحها إلا بموافقة الجهة السابقة. ومن قبيل التصرف في الآثار بيعها أو هبتها، أو الاتجار فيها.

رابعاً: استغلال الممتلكات الثقافية

ويدخل في ذلك تصويرها لغرض تجاري، أو لغرض النشر عنها، دون موافقة الجهة المختصة (مادة 8/أ من قانون حماية الممتلكات الثقافية)، واستعمالها كمقابر، أو أمكنة للنفايات، أو استخدامها لغرض السكن، أو مزاوله الأنشطة الاقتصادية دون الحصول على موافقة الجهة المختصة.

ويدخل في ذلك أيضاً استغلال حرم الآثار العقارية، والذي حدده المادة 17 من القانون المشار إليه بـ 500 متر؛ وذلك بإقامة المساكن فيه، أو المحاجر، أو المصانع، أو غيرها من المحال أو المنشآت، دون موافقة الجهة المختصة.

خامساً: التنقيب عن الموروثات الثقافية

حظرت المادة 25 من القانون المشار إليه على غير المرخص لهم أن يقوموا بإجراء الحفائر الأثرية للبحث عن الآثار في أي مكان، ولو كان المكان مملوكاً لمن يقوم بذلك.

وإذا ما قام أي شخص بذلك - بسوء نية أو بحسن نية - وعثر على موروثات ثقافية، فعليه أن يبلغ عنها الجهة المختصة، وهي أية مؤسسة علمية

وفنية مسؤولة عن إدارة وتنظيم ورعاية وحماية الآثار المنقولة والعقارية، وإذا لم يتمكن من ذلك، فعليه أن يتقدم ببلاغه لأقرب مركز شرطة خلال خمسة أيام على الأكثر من تاريخ اكتشافه للأثر، أو علمه بهذا الاكتشاف، وإلا عدَّ مسؤولاً عن امتناعه هذا (مادة 10 من قانون حماية الممتلكات الثقافية).

سادساً: الامتناع عن تقديم الآثار المنقولة في حال طلبها من الجهات المختصة جرّمت هذا السلوك السلبي المادة 21 من القانون المشار إليه، وذلك بقولها (على أصحاب الآثار المنقولة تقديمها إلى الجهات المختصة، إذا طلبت منهم ذلك لدراستها أو تصويرها وأخذ قوالب لها أو النشر عنها أو عرضها بصفة مؤقتة في إحدى المتاحف أو المعارض...).

ويلاحظ أن هذا الامتناع متصورٌ فقط في الحالة التي لا تكون فيها الآثار مملوكة للدولة، وذلك بأن كانت ملكاً لأحد الأفراد أو المؤسسات ومسجلة باسمه بناءً على ترخيصٍ بذلك من الجهات المختصة، إذ في هذه الحالة فقط تكون تلك الآثار خارجةً عن متناول يد الدولة.

سابعاً: الإهمال في حراسة الآثار المنقولة والمحافظة عليها

أوجبت المادة 23/ج من القانون المذكور على أصحاب الآثار المنقولة المحافظة عليها، واتخاذ كل ما يلزم من وسائل الحيلة؛ للحيلولة دون ضياعها أو سرقتها، وبالتالي إذا ثبت التقصير في توفير الحماية أو الحراسة في حق المالك الخاصين لهذه الآثار، فإنهم سيُعدّون مسؤولين عن جريمة التقصير في حماية الآثار التي بحوزتهم.

المطلب الثالث

الركن المعنوي في الجرائم الواقعة على الممتلكات الثقافية

لاشك أنه يلزم للقول بتوافر أنماط الجرائم المبينة سابقاً ضرورة توافر الركن المعنوي، ولما كان بعض هذه الجرائم عمدياً وبعضها خطئياً، فإن صورة

الركن المعنوي في هذه الجرائم تختلف باختلاف نوع الجريمة، كونها عمديةً أو خطئية.

أولاً: الركن المعنوي المطلوب توافره في أنماط السلوك العمدية

تتمثل صورة الركن المعنوي في هذه الجرائم في القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة؛ أي العلم بالعناصر اللازمة لقيام الجريمة، واتجاه الإرادة إلى تحقيقها.

ومن صور أنماط السلوك العمديّ في الجرائم الواقعة على الآثار: الإلتلاف؛ حيث يلزم أن يعلم الجاني أنه يباشر سلوكه على موروث ثقافي، وأن تتجه إرادته إلى تصفيره غير صالح كلياً أو جزئياً.

وقد لا يكفي للقول بتوافر الركن المعنوي في بعض هذه الجرائم توافر القصد الجنائي العام، وإنما يلزم علاوةً على ذلك توافر قصدٍ خاصٍ، قوامه انصراف الإرادة إلى تحقيق غايةٍ خاصةٍ من وراء ارتكاب السلوك. من ذلك مثلاً قيام شخصٍ بالحفر في مكانٍ أثريٍّ واقعٍ في ملكه، فلكي تقوم في حقه جريمة البحث أو التنقيب عن الآثار، يتعين أن يكون قصده من هذا الحفر البحث عن الآثار، وإلا لما سُئل عن هذه الجريمة.

ثانياً: الركن المعنوي المطلوب توافره في أنماط السلوك الخطئية

تتجسد صورة الركن المعنوي في هذه الأنماط في مجرد توافر الخطأ في حق الجاني، ويقصد بالخطأ اتجاه الإرادة إلى القيام بسلوكٍ خطرٍ دون القيام بما هو واجبٌ على مرتكبِهِ من التدبّر والحيلة⁽¹⁾.

ومن صور الجرائم الخطئية الواقعة على الآثار: الإهمال في حراستها والمحافظة عليها من قبل الأشخاص، عندما تكون مملوكةً لهم ومسجلةً بأسمائهم بناءً على ترخيصٍ بذلك من الجهات المختصة.

(1) د. عوض محمد عوض، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية،

وعلى هذا إذا أُلْتُفِت هذه الآثار، أو أُلْحِقَ بها ضرر، أو سُرِقَتْ، أو ضاعت وتبيّن أن مالكها لم يَقم بما يفرضه عليه واجب الحِيطَة والحذر للحيلولة دون وقوع تلك النتائج الضارة، فإنه سيعد مسؤولاً عن جريمة التقصير في حفظ الموروثات الثقافية.

ومعيار الخطأ هنا معيارٌ موضوعي، قوامه النظر إلى سلوك المتهم ومقارنته بسلوك الشخص المعتاد أو المتوسط الحرص، فإذا ما وقع هذا الشخص فيما وقع فيه مالك هذه الآثار من خطأ فإنه لا يُسأل عنه، أما إذا لم يقع ذلك الشخص في هذا الخطأ، فإن المالك سيعد مسؤولاً عن إهماله أو تقصيره⁽¹⁾.

وقبل إنهاء الحديث عن جوانب الحماية الجنائية للممتلكات الثقافية على مستوى التشريع الليبي، والانتقال إلى الحديث عن جوانب هذه الحماية على المستوى الدولي، يود الباحث أن يشير إلى أن المشرع قرّر العقاب على هذه الجرائم بعقوبتي الحبس، والغرامة التي قد تصل إلى العشرين ألف دينارٍ ليبي في بعض الحالات، كعقوبتين أصليتين، بالإضافة إلى الرد والمصادرة.

والحقيقة أن النص على الجزاء الأخير وهو المصادرة بموجب نص المادة 51/ج من قانون حماية الممتلكات الثقافية، بهذه الصيغة (كما يحكم بمصادرة المضبوطات محل الجريمة) يعتبر نصاً معيباً؛ لأن المضبوطات محل الجريمة التي يتحدث عنها النص قد تكون موروثاتٍ ثقافيةٍ مملوكةٍ للدولة، وقد تكون موروثاتٍ ثقافيةٍ مملوكةٍ لأحد الأفراد ومسجلةٍ باسمه قانوناً، وإذا كانت المصادرة مقبولةً في الحالة الأخيرة، فإنها لا تكون كذلك في الحالة الأولى؛ لأن المصادرة في جوهرها إجراءٌ الغرض منه تجريد الشخص من ملكية مالٍ أو من

(1) د. محمد رمضان باره، شرح القانون الجنائي الليبي، ج1، الشركة العامة للورق والطباعة،

حيازة شيء معين له صلةً بجريمة وقعت أو يخشى وقوعها، وإضافته إلى ملك الدولة، قهراً عن صاحبه وبدون مقابل⁽¹⁾.

فإذا ما أمكن تصور تجريد الشخص من ملكية الموروثات الثقافية وإضافتها إلى ملك الدولة، فإن هذا التصور سيكون متعذراً في الحالة التي ترتكب فيها الجرائم ضد الموروثات الثقافية المملوكة للدولة، إذ كيف يمكن تصور نزع ملكية هذه الأشياء وإضافتها إلى ملك الدولة، وهي مملوكة لها في الأساس!

لهذا يفترض أن تعدّل صياغة هذا النص بحيث تقتصر المصادرة فيه على الموروثات الثقافية المملوكة للأفراد، دون المملوكة للدولة التي يتعين أن تُطبّق بشأنها أحكام الرد، وليس المصادرة.

المبحث الثاني

الحماية الجنائية للممتلكات الثقافية على المستوى الدولي

اعترافاً من المجتمع الدولي بأن حماية الممتلكات الثقافية واجبٌ دوليٌّ أيضاً إضافةً إلى كونها واجباً وطنياً؛ على اعتبار أن هذه الممتلكات هي تراثٌ ثقافيٌّ للإنسانية جمعاء، فقد صدرت عدّة اتفاقياتٍ تحت رعاية اليونسكو (منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة)، لإقرار الحماية الدولية للممتلكات الثقافية، من بينها: اتفاقيةٌ بشأن الوسائل التي تستخدم لحظر ومنع استيراد وتصدير ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة، التي اعتمدت بباريس بتاريخ 1970/11/14م، والتي سيشار إليها - فيما بعد - باتفاقية باريس، واتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح، المشار إليها سابقاً، والتي وقعت عليها مجموعةٌ كبيرةٌ من الدول، من بينها ليبيا، وكذلك البروتوكول

(1) مصطفى إبراهيم العربي، أحكام المصادرة في القانون الجنائي الليبي والمصري، دراسة مقارنة (رسالة ماجستير غير منشورة)، كلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا، 2003م،

الثاني الملحق بها، والذي صدر أيضا في لاهاي بتاريخ 1999/3/26م، والذي سيشار إليه - فيما بعد - ببروتوكول لاهاي الثاني.

وستقتصر الدراسة على بيان أهم ما جاءت به هذه الوثائق الثلاثة من أحكام في إطار الحماية الدولية للممتلكات الثقافية، وسيقسم هذا المبحث إلى مطلبين، يُخصص أولهما لبيان الأحكام الموضوعية التي تضمنتها هذه الوثائق، ويُخصص الثاني لبيان الأحكام الإجرائية فيها.

المطلب الأول

الأحكام الموضوعية الدولية لحماية الممتلكات الثقافية

تضمنت الوثائق المشار إليها مجموعة من الأحكام الموضوعية في مجال حماية الآثار، يمكن بيان أهمها على النحو الآتي:

أولاً: تحديد الممتلكات الثقافية

حددت اتفاقية باريس للممتلكات الثقافية المقصودة بالحماية بأنها: الممتلكات التي تقرّر كل دولة، لاعتبارات دينية أو علمانية، أهميتها لعلم الآثار، أو ما قبل التاريخ، أو التاريخ، أو الأدب، أو الفن، أو العلم، والتي تدخل في إحدى الفئات المبينة بالفقرات الإحدى عشر من المادة الأولى من هذه الاتفاقية، والتي من بينها: المجموعات والنماذج النادرة من مملكتي الحيوان والنبات، ومن المعادن أو علم التشريح، ونتائج التنقيب عن الآثار القانونية وغير القانونية، والاكتشافات الأثرية، والآثار التي مضى عليها أكثر من مائة عام، كالنقوش والعملات والأختام المحفورة.

وقد أشرنا فيما سبق إلى أن المشرع الليبي قد اشترط لاكتساب المنقول أو العقار صفة الأثر أن يرجع عهده إلى أكثر من مائة عام، بخلاف الوثائق، حيث خفّض هذه المدة، واشترط أن يرجع عهدها إلى خمسين سنة فأكثر، وهو في اشتراطه هذا قد تأثر بنصوص هذه الاتفاقية.

كما أضافت المادة 7 من الاتفاقية مجموعةً أخرى من الممتلكات الثقافية، وألزمت الدول بأن تعترف بأنها تشكل جزءاً من التراث الثقافي لكل دولة، ومن بين هذه الممتلكات: تلك التي يُعثر عليها داخل أرض الدولة، أو التي تقتنيها البعثات الأثرية أو الإثنولوجية (أي تلك التي تهتم بالسلالات العرقية البشرية) أو بعثات العلوم الطبيعية، بموافقة السلطات المختصة في البلد الأصلي لهذه الممتلكات.

أما اتفاقية لاهاي، فقد حدّدت هذه الممتلكات بأنها الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي، كالمباني المعمارية، الفنية منها أو التاريخية، الدينية أو المدنية، والأماكن الأثرية، ومجموعات المباني التي تكتسب بتجمعها قيمةً تاريخيةً أو فنيةً، والتحف والمخطوطات والكتب ذات القيمة الفنية التاريخية أو الأثرية (مادة 1/أ من الاتفاقية).

ومنها أيضاً: المباني المخصصة بصفةٍ رئيسيةٍ وفعليّةٍ لحماية وعرض الممتلكات الثقافية المنقولة، كالمتاحف، ودور الكتب الكبرى، ومخازن المحفوظات، والمخابئ المعدة لوقاية الممتلكات المنقولة (م 1/ب من الاتفاقية).

ثانياً: الالتزامات المفروضة على الدول لحماية الممتلكات الثقافية

فرضت الوثائق المشار إليها على الدول أن تتخذ بعض التدابير؛ من أجل ضمان الحماية الفعّالة للممتلكات الثقافية في زمني السلم والحرب، ويمكن بيان أهمها على النحو الآتي:

أ) في حالة السلم

- اتخاذ ما يلزم من تدابير لحظر تصدير الممتلكات الثقافية، إلا إذا كانت مصحوبةً بشهادةٍ رسميةٍ من الدولة المالكة، تفيد إجازة التصدير (مادة 6 من اتفاقية باريس).
- اتخاذ ما يلزم من التدابير التربوية اللازمة لغرس وتنمية احترام التراث الثقافي في جميع الدول (م 5/و من ذات الاتفاقية).

ب (في حالة الحرب

ألزمت اتفاقية لاهاي الدول المعتدية، والدول المعتدى عليها، بأن تتخذ بعض التدابير اللازمة لحماية الممتلكات الثقافية في زمن الحرب، نذكر أهمها على النحو الآتي:

1 - التزامات الدولة المعتدى عليها

- إبعاد الممتلكات الثقافية المنقولة عن جوار الأهداف العسكرية، أو توفير حماية كافية لها في موقعها (مادة 8/أ من بروتوكول لاهاي الثاني).
- تجنب إقامة أهداف عسكرية على مقربة من الممتلكات الثقافية (مادة 8/ب من ذات البروتوكول).

2 - التزامات الدولة المعتدية

- بذل كل ما في وسعها للتحقق من أن الأهداف المراد مهاجمتها ليست ممتلكات ثقافية (م 7/أ من البروتوكول المشار إليه).
- الامتناع عن اتخاذ أي قرارٍ بشن هجومٍ قد يُتوقع تسببه في إلحاق أضرارٍ عرضيةٍ مفرطةٍ بممتلكاتٍ ثقافيةٍ (م 7/ج من البروتوكول).
- إلغاء أو تعليق أي هجوم إذا اتضح أن الهدف يتمثل في ممتلكاتٍ ثقافيةٍ، أو أنه قد يتسبب في إلحاق أضرارٍ عرضيةٍ مفرطةٍ بها (م 7/د من البروتوكول).
- الالتزام بتوعية أفراد القوات المسلحة التابعة لها بالقيمة الحضارية للممتلكات الثقافية، وزرع روح احترام هذه الممتلكات في نفوسهم عند النزاعات المسلحة (م 7 من اتفاقية لاهاي).
- وفي حالة الاحتلال، تلتزم الدولة التي احتلت أرض غيرها أو جزءاً من هذه الأرض بأن تمتنع عن أي تصرفٍ يهدف إلى تصدير الممتلكات الثقافية للدولة الواقعة تحت الاحتلال، أو نقلٍ غير مشروعٍ لها، أو تغييرٍ لمليتها، أو القيام - من حيث المبدأ - بأعمال التنقيب عن الآثار في إقليم الدولة المحتلة، أو إجراء أي

تغيير في هذه الممتلكات، أو في أوجه استخدامها؛ بقصد إخفاء أو تدمير أي شواهد ثقافية أو تاريخية أو علمية (م 9 من البروتوكول).

المطلب الثاني

الأحكام الإجرائية الدولية لحماية الممتلكات الثقافية

ألزم المجتمع الدولي الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بأن تقرّ مبدأ المسؤولية الفردية لمن قام بأيّ اعتداء على الممتلكات الثقافية في زمن الحرب، أيّاً كانت صفته، وبأن تتخذ كل ما يلزم من إجراءات لضمان محاكمته عن هذه الجرائم، وتوقيع الجزاءات الجنائية والتأديبية في شأنه (م 28 من اتفاقية لاهاي). ولضمان ملاحقة كل من يثبت ضلوعه في ارتكاب هذه الجرائم، فقد أقرّ بروتوكول لاهاي الثاني مبدأ تسليم المطلوبين جنائياً، ونظام المساعدة القانونية المتبادلة، ونحاول في عجالة أن نبين أحكامهما على النحو الآتي:

أولاً: مبدأ تسليم المطلوبين جنائياً

نودّ أن نشير أولاً إلى أن البروتوكول استخدم بالمادة 18 تعبير تسليم المجرمين، وهذا التعبير في الواقع جانِبٌ للصواب؛ لأن التسليم نوعان: تسليم لشخص صدر ضده حكم بالإدانة، وتسليم لشخص ارتكب جريمةً وفرّ إلى دولة أخرى دون محاكمة. فإذا كانت التسمية تصدق على التسليم في الحالة الأولى؛ باعتبار أن هذا الشخص قد صار مجرماً بحكم الإدانة، فإنها لا تصدق عليه في الحالة الثانية؛ لأنه لم يكتسب هذا الصفة بعد، ولهذا فالأفضل استخدام تعبير تسليم المطلوبين جنائياً؛ حتى تشمل دلالة التسمية نوعي التسليم⁽¹⁾.

أما عن الأحكام المتعلقة بالتسليم التي نص عليها البروتوكول، فإنها تتلخص في إلزام الدول بأن تدرج الجرائم الواردة فيه في أية معاهدة تبرم بينها،

(1) د. سليمان عبدالمنعم، الجوانب الإشكالية في النظام القانوني لتسليم المجرمين، دراسة

مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007م، ص 7.

وأن تعتبرها - في هذه المعاهدات - جرائم يخضع مرتكبوها للتسليم في حالة طلبه (م 1/18 من البروتوكول).

وفي الحالات التي لا تجعل فيها الدول التسليم مشروطاً بوجود معاهدة، فإن عليها أن تعتبر هذه الجرائم من الجرائم الجائز فيها التسليم وفقاً لقانونها الداخلي (م 3/18 من البروتوكول).

وأخيراً فقد ألزم هذا البروتوكول الدول بأن تستبعد من نطاق الجرائم السياسية أو الجرائم المرتبطة بها، الجرائم التي ترتكب ضد الممتلكات الثقافية؛ بحيث لا يجوز لها أن ترفض طلبات التسليم أو حتى المساعدة المتبادلة، إذا تعلق الأمر بهذه الجرائم، بحجة أن الجريمة المطلوب التسليم فيها جريمة سياسية أو جريمة مرتبطة بها (م 1/20 من البروتوكول).

ثانياً: نظام المساعدة القانونية المتبادلة

تعتبر المساعدة القانونية المتبادلة من الوسائل المهمة في مجال مكافحة الجرائم التي تهم المجتمع الدولي عموماً؛ وذلك لما يتيح من فرصة لتبادل المعلومات بين الدول حول تلك الجرائم وتقديم الأدلة بشأنها⁽¹⁾.

ولهذا حثت المادة 19 من بروتوكول لاهاي الثاني الدول على أن تتبادل أكبر قدر من المساعدة فيما يتعلق بالتحقيقات والإجراءات الجنائية وإجراءات التسليم المتخذة بشأن الجرائم المنصوص عليها فيه.

كما حثتها أيضاً على أن تضمن أية معاهدة تبرم فيما بينها جميع الترتيبات التي تكفل القيام بتبادل المساعدة في مجال هذه الجرائم، وفي حالة عدم وجود مثل هذه المعاهدات، فإنها تتبادل المساعدة وفقاً لقانونها الداخلي.

الخاتمة

(1) مصطفى إبراهيم العربي، السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال في القانون الجنائي

الليبي، دراسة مقارنة (رسالة دكتوراه غير منشورة)، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية،

مصر، 2011 م، ص 206.

بعد الانتهاء من بحث هذا الموضوع، توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، يمكن إبداء أهمها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

أ) من حيث حماية الممتلكات الثقافية على مستوى التشريع الجنائي الليبي

يمكن القول بأن الحماية الجنائية للممتلكات الثقافية، التي أقرها المشرع الليبي بموجب قانون حماية الممتلكات الثقافية هي حماية قاصرة وغير كافية؛ وذلك بسبب ما اعترى نصوص هذا القانون من عيوب أجهضته قبل ميلاده، وتمثلت أهم هذه العيوب في عييين رئيسيين هما:

- إسرار المشرع وإغراقه في بيان تفاصيل الجرائم في هذا القانون؛ الأمر الذي أدى إلى تكرار أنماط السلوك وتداخلها.
- عدم كفاية العقوبات المفروضة بموجب هذا القانون، والتي تمثلت في الحبس والغرامة بالدرجة الأولى، وهي لا تتناسب البتة مع خطورة الأفعال التي قد ترتكب ضد الممتلكات الثقافية، كإتلافها أو الاتجار فيها. فكأنّ بهذا القانون قد تم إعداده وصياغته من قبل المختصين بالعمل في مجال الآثار والسياحة، دون اشتراك أقرانهم من المختصين بالعمل في حقل القانون في ذلك، وكان الأحرى أن يُصاغ من لجنة تضم أعضاء من كلا الفريقين؛ إذ هذا أدنى إلى إصدار قانون ناجع وفعال في مكافحة الجرائم التي تقع على الممتلكات الثقافية.

ب) من حيث حماية الممتلكات الثقافية على المستوى الدولي

أما عن هذه الحماية على المستوى الدولي، فإنه يمكن القول بأنها، وإن كانت أقرب إلى الكفاية من الناحية النظرية، إلا أنها قاصرة من الناحية العملية؛ وذلك لارتباطها بالمنطق السائد في المجتمع الدولي، الذي يجعل الغلبة للأقوى؛ فلا أحد يستطيع من الناحية العملية أن يطالب بتسليم أحد أفراد القوات المسلحة التابعة للدولة ذات النفوذ السياسي، إذا ما ارتكب أية جريمة من جرائم الحرب، والشواهد التاريخية على ذلك أصدق إنباءً من الكتب.

ثانياً: التوصيات

يوصي الباحث المشرع الليبي بإعادة النظر في قانون حماية الممتلكات الثقافية، وذلك بإعادة صياغة نصوصه صياغةً تكفل وضعها موضع التطبيق، وربما يكون إلغاء هذا القانون برمته واستبدال غيره به أفضل.

المصادر والمراجع

- أولاً: القرآن الكريم.
- ثانياً: المراجع العامة:
- محمد رمضان باره، شرح القانون الجنائي الليبي، ج1، الشركة العامة للورق والطباعة، الخمس، ليبيا، الطبعة الثالثة، 2000م.
- مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، ج2، منشورات الجامعة الليبية، كلية الحقوق، بنغازي - ليبيا، الطبعة الأولى، 1971م.
- جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج2، دار العلم للجميع، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، بدون تاريخ نشر.
- سليمان عبد المنعم، الجوانب الإثكالية في النظام القانوني لتسليم المجرمين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007م.
- عوض محمد عوض، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية - مصر، 1998م.
- مصطفى إبراهيم العربي:
- أحكام المصادرة في القانون الجنائي الليبي والمصري، دراسة مقارنة (رسالة ماجستير غير منشورة)، كلية القانون، جامعة طرابلس - ليبيا، 2003م.
- السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال في القانون الجنائي الليبي، دراسة مقارنة (رسالة دكتوراه غير منشورة)، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية - مصر، 2011م.

ثالثاً: النصوص والوثائق

- القانون رقم (3) لسنة 1994م، بشأن حماية الآثار والمتاحف والمدن القديمة والمباني التاريخية، الجريدة الرسمية الليبية، ع19، س33، 1994م.
- اتفاقية الوسائل التي تستخدم لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة، الصادرة من المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة، باريس، 1970م.
- اتفاقية حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة، لاهاي، 1954م.
- البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي، لعام 1954م، المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة، لاهاي، 1999م.

نظام الحكم السياسي في الفكر السياسي الإسلامي

د. علي محمد ديهوم (*)

المقدمة:

يعتبر نظام الحكم الإسلامي من أهم الموضوعات التي يعكف الباحثون في الآونة الأخيرة على دراستها للوقوف على أهم المبادئ والحقائق التي يدور حولها نظام الحكم في الفكر السياسي الإسلامي، وخصوصاً في هذه المرحلة بعد اندلاع ثورات الربيع العربي، والتي كانت لحركات الإسلام السياسي دوراً فيها وحققت الكثير من الإنجازات على المستوى السياسي وصولاً إلى تولي الحكم في هذه البلدان، وكذلك بسبب الصحو الهائلة في العالم الإسلامي؛ بحيث أخذ الفكر السياسي الإسلامي محوراً رئيسياً تدور حوله تيارات الفكر المعاصر، ولاسيما تيارات الفكر الغربي التي تبدي اهتماماً كبيراً جداً بالعالم الإسلامي.

ولقد تعرض الفكر السياسي الإسلامي للاستهداف المتعمد؛ لإنكار المساهمات الإسلامية في النتاج الحضاري الإنساني كلياً، أو التقليل من شأنه عندما يكون الإنكار غير مجدياً.

لذا تعددت مستويات التشويه والإنكار، فقد تعرض البعض للإنكار الكامل والمفرط، فيما تعرض البعض الآخر إلى الإنكار النسبي، ومن هذه الأجزاء التي تعرضت لعلمية إنكار وتشويه الفكر السياسي الإسلامي ونظم الحكم الإسلامية، وبالتالي فنحن بحاجة ماسة للتعرف على هذا النظام من الحكم الذي تناوله الفكر السياسي الإسلامي، والتعريف به، وبيان مرتكزاته الأساسية، وتحديد الأطر العامة التي يقوم عليها هذا النظام، ورؤية الفكر السياسي لقيم الديمقراطية الحديثة

(*) عضو هيئة التدريس، كلية الاقتصاد والتجارة، الجامعة الأسمرية.

ومدى تلائم هذه القيم مع القيم الإسلامية في الحكم من خلال رؤية الإسلام للأحزاب والحرية والمعارضة السياسية.

مشكلة البحث:

تدور المشكلة البحثية الرئيسية لهذا البحث حول التساؤل الرئيسي وهو

"ما هي طبيعة نظام الحكم السياسي من منظور الفكر السياسي الإسلامي؟"

ومن هذا التساؤل الرئيسي تطرح عدد من التساؤلات الفرعية لإمكانية

التحليل والدراسة، وهذه التساؤلات الفرعية تتعكس بدورها على تقسيمات هذا البحث وهذه التساؤلات الفرعية كالتالي:

- ما هي المرتكزات التي يقوم عليها النظام السياسي الإسلامي؟
- ما هي الحقوق والحريات وفقاً للشريعة الإسلامية؟
- ما هي رؤية النظام السياسي الإسلامي للأحزاب السياسية؟
- ما هي رؤية النظام السياسي الإسلامي للمعارضة السياسية؟

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث من خلال تعرضه لموضوع مهم جداً وهو نظام حكم يهم أكثر من مليار مسلم في العالم، بالإضافة إلى الدوائر الغير إسلامية المهتمة بالوضع الإسلامي، مما يجعل البحث في هذا الموضوع يمثل إسهاماً في التعريف بنظام الحكم الإسلامي، وتحديد طبيعة هذا النظام، والأسس التي يقوم عليها ومدى احترامه للحقوق والحريات الإنسانية، بالإضافة إلى رؤية هذا النظام للقيم الديمقراطية الحديثة، وإزالة الغموض أو التشويه المتعمد تجاه هذا النظام الإسلامي، وتوضيح الحقائق الخاصة به.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى:

- معرفة طبيعة النظام السياسي الإسلامي.
- معرفة المرتكزات التي يقوم عليها نظام الحكم السياسي.

- معرفة رؤية الإسلام إلى العمل السياسي الحزبي وعمل المعارضة السياسية.
- معرفة طبيعة الحقوق والحريات في النظام السياسي الإسلامي.

منهجية البحث:

بالنظر في مناهج البحث في العلوم السياسية وفي ضوء ما يتناسب مع هذا البحث فإنه يتراءى للباحث استخدام أكثر من منهج علمي نظراً لكثرة جوانب الموضوع وتشعبها وبهذا سيتم استخدام المنهج التحليلي والمنهج الوصفي والتاريخي.

تقسيمات البحث:

لمحاولة الإجابة على التساؤلات التي طرحتها إشكالية البحث سيتم تقسيم

البحث إلى:

- أولاً: طبيعة نظام الحكم في الفكر السياسي الإسلامي.
- ثانياً: الحقوق والحريات في النظام السياسي الإسلامي.
- ثالثاً: رؤية النظام السياسي الإسلامي للأحزاب السياسية والمعارضة السياسية.

أولاً: طبيعة النظام السياسي الإسلامي:

لقد ظهر الإسلام في القرن السابع الميلادي في شبه جزيرة العرب، وحمل رسالته إلى الناس كافة "النبى محمد بن عبد الله ﷺ"، وقد كان هذا الظهور للإسلام إيذاناً بمشرق فجر جديد يزرع ثورة في الجزيرة العربية، فوحد أهلها وأخرجهم من الظلمات إلى النور، وطهرهم من بوائق الجاهلية وأدران الوثنية، وصقلهم، وهدب نفوسهم بما تضمنه من مبادئ أخلاقية سامية تعد أرقى ما عرفته البشرية من مبادئ الأخلاق في قديمها وحديثها، ثم أخذت طلائع النور تزحف إلى مشارق الأرض ومغاربها تضيء الكون والنفوس، وتلهم البشر سبيل الهدى والرشاد، وتوضح لهم طريق الحق والعدل، ويصلح الدنيا ويؤمن الآخرة، وهكذا أخذ الإسلام ينتشر ويزدهر، وأقبل الناس من مختلف البقاع على الانضواء تحت لوائه، والإيمان برسالة الجديدة التي جاءت تؤكد ما سبقها من رسالات،

وتقول كلمة الله الأخيرة في دعوة عباده إلى الحق، وقد قامت للإسلام دولة مترامية الأطراف طبقت فيها مبادئه وسادت أحكامه وتحقق في ربوعها العدل السياسي والاجتماعي⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الدين الإسلامي جاء منظماً لكل مناحي حياة البشر الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، فالإسلام دين ودولة بعكس الديانات الأخرى التي اقتصر اهتمامها على الجوانب الدينية فقط، لأن الإسلام نظام متكامل ولم يفصل الحياة الدنيا عن الحياة الآخرة بل ربطهما ببعض من حيث عمل الفرد في هذه الدنيا ومصيره في الدار الآخرة، كربط النتيجة بالسبب، ولم يترك الإسلام أمراً من الأمور إلا وتطرق له سواء في جزئياته أو عمومياته، فقد تحدث الإسلام مثلاً عن الميراث في أدق تفاصيله، بينما وضع أموراً أخرى في أساسياتها مثل أن الحياة الاجتماعية والسياسية لا بد وأن تكون شورى بين الناس أو من يهمهم الأمر ويتمثل ذلك في قوله تعالى: ﴿وَأْمُرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ﴾⁽²⁾، إن هذا التصريح بطريقة الأمر يجعله فرضاً على كل مسلم عليه أن يتمسك به في حياته اليومية⁽³⁾.

وبهذا تكون الشريعة الإسلامية هي النظام الذي شرعه الله سبحانه وتعالى ليأخذ الإنسان بها نفسه في علاقته بربه من خلال أداء الواجبات الدينية كالصلاة والصوم، وعلاقته بأخيه الإنسان من خلال المحبة والتناصر على الدوام، وعلاقته بالكون من خلال حرية البحث والنظر في الكائنات واستخدام ذلك لرفي الإنسان، وعلاقته بالحياة من خلال التمتع بها دون إسراف ولا تقشف،

(1) محمد كامل اليلمي، النظم السياسية والدولة والحكومة، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، 1969م، ص424-425.

(2) سورة الشورى، الآية: 39.

(3) علي محمد شمشيش، العلوم السياسية، ط5، مكتبة الأنوار العلمية، بنغازي، 1969م، ص231-232.

وقد عبر الإسلام في كثير من آياته عن "العقيدة والإيمان"، وعن "الشريعة بالعمل الصالح"، فقد جاء في سورة الكهف: ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ كَانَتْ لَهُمْ جَنَّاتُ الْفِرْدَوْسِ نُزُلًا﴾⁽¹⁾، وكذلك في سورة العصر: ﴿وَالْعَصْرِ إِنَّ الْإِنْسَانَ لَفِي خُسْرٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ﴾⁽²⁾ وبهذا نلاحظ أن العقيدة هي الأصل والأساس التي تبنى عليه الشريعة، وعلى ذلك فإن الشريعة تعتبر أثراً تستتبعه العقيدة بحيث لا تقوم الشريعة بدون العقيدة، فهما أمران متلازمان مترابطان بحيث لا يصح إهدار إحداهما والإبقاء على الآخر، فالعقيدة أصل يدفع إلى الشريعة، والشريعة تلبية واستجابة لانفعال القلب بالعقيدة⁽³⁾.

وإجمالاً يمكن القول أن القرآن الكريم اشتمل على الأحكام الأساسية لنظام الدولة في الإسلام، فبين علاقة الفرد بالفرد، وعلاقة الفرد بالأسرة، وبين حقوق وواجبات الأفراد، وأقام نظام الأسرة على قواعد صحيحة وواضحة، وبين علاقة الأسرة بالأمة، وعلاقة الحاكم بالأمة وبالأفراد داخل هذه الأمة، وتعرض كذلك لعلاقة الأمة بغيرها من الأمم في حالتها السلم والحرب، وتعرض للنظام الاقتصادي فوضع له أصولاً حكيمة وسليمة، وتناول كذلك النظام الاجتماعي فأقامه على أساس الاعتراف بالقيم الخلقية ووازع الضمير أولاً ثم تحكيم القانون ثانياً.

ولقد كان الرسول ﷺ ساهراً على إرساء قواعد دولة المسلمين التي حملت رسالة الإسلام حيث بدأت هذه الدولة في رقعة جغرافية محدودة، ولقد كان الرسول ﷺ يمارس سلطته تحت مظلة الوحي لكن هذا الوحي لم يكن خليل الرسول ﷺ في كل المواقف كما هو معروف، وهو ما خلق فضاءاً للشورى والتشاور وبالفعل فقد كان التنظيم الداخلي لهيكل السلطة ونظام عملها السياسي

(1) سورة الكهف، الآية: 107.

(2) سورة العصر، الآيات: 1-3.

(3) محمد كامل ليلي، النظم السياسية والدولة والحكومة، مرجع سابق، ص426-427.

قائماً على أسلوب الشورى بوضعها آلية سياسية لممارسة السلطة، سلطة الدولة وقد اكتسب هذا المبدأ جاذبية دينية خاصة بسبب وروده في أمر قرآني للنبي ﷺ وللمسلمين ومن هنا كانت قوته الإلزامية، وقد جرى تطبيق هذه الآلية في تجربة السلطة النبوية في حالات مصيرية عديدة، تعلق أمرها بالحرب والسلام وستصبح هذه الآلية المخرج الوحيد لتجاوز إشكالية الخلافة مع الإقرار في نفس الوقت بأن عملية التفاوض العسيرة لاختيار خليفة المسلمين بين أهل الحل والعقد خضعت لاعتبارات قبلية أحياناً، ومهما يكن فإنها مكنت كيان الدولة الناشئة من الاستمرار وحققت سقفاً من التداول على السلطة بين نخبة الدولة أي كبار الصحابة، ولم تحدث الانشقاقات والضعف إلا بعد التخلي الصريح عن هذا المبدأ أي مبدأ الشورى في الدولة الإسلامية⁽¹⁾.

وزيادة في تأكيد أن ما أقامه الرسول ﷺ في المدينة المنورة هي دولة كاملة الأركان ورداً على المشككين في ذلك يرى الدكتور أحمد كمال أبو المجد أحد مفكري التيار الإسلامي، أن السياسة الشرعية هي جزء من شريعة الإسلام، وإقامة الحكم الصالح جزء من رسالته⁽²⁾.

وبهذه المقولة ينتهي الجدل الطويل حول الإسلام والسياسة، وإن ما استدلل به بعض الناس قديماً وحديثاً من أن النبي ﷺ كان نبياً؟ ورسولاً ولم يكن ملكاً ولا رئيس دولة قد فنده العلماء من خلال فهم طبيعة الإسلام التي تعتبر المدخل لحسم قضية الدين والسياسة، فالإسلام كما يكتشف استقراء نصوص الدين والسنة نظام شامل، واهتماماته لا تتخلى أبداً عن جانب هام من حياة الإنسان، كما يقول الغزالي أحد المفكرين الإسلاميين الذين أسس والسلطان

(1) بني جديّة محمد، جدل الدين والسياسة بين الرأيين الوظيفية والمعياريّة، ط1، عالم الكتب الحديث، 2013م، ص18-19.

(2) أحمد كمال أبو المجد، الشورى والديمقراطية، مقال مجلة العربي، الكويت، أبريل 1972م.

حارس، وما لا أسس له فمهذوم، وما لا حارس له فضائع"، أما ما احتج به البعض من أن نظام المجتمع الإسلامي في عهد النبي ﷺ قد خلا من مظاهر الحكم وتنظيم الدولة فهذا يرد عليه السيد أحمد أبو المجد بالقول أن النبي ﷺ سارع فور هجرته إلى المدينة المنورة إلى تنظيم المجتمع الجديد للمؤمنين فكتب الوثيقة المعروفة بدستور المدينة وأقام على أساس مبادئها المدونة "دولة" بالمعنى الكامل لهذا المصطلح عند أهل الاختصاص ومارس فعلاً أمور الحكم والرئاسة وقد كانت الشورى أصلاً للحكم، والعدل أساسه، ومسئولية الرعاة والرعية، وبهذا فالرسول ﷺ لم تقتصر مهمته على الرسالة والتبليغ فقط بل كان حاكماً سياسياً ومؤسساً لدولة سياسية حيث أنه عليه السلام أقام أكثر من عشر سنوات في المدينة وسط أتباعه من المهاجرين والأنصار وفي نطاق مجتمع جديد ليست فيه سلطة سياسية أخرى حتى تقول أن مهمته كانت تقتصر على الدعوة وتبليغ الرسالة، وأنه ترك المجتمع السياسي القائم يسير على طريقته ويأخذ مدها تحت لواء سلطته سياسة منفصلة عنه وعن أتباعه، وبهذا يكون النبي ﷺ فعلاً رئيسياً لهذا المجتمع وحاكماً بأمر الله تعالى⁽¹⁾.

ومن هنا يمكن القول إن الدعوة التي جاء بها النبي ﷺ لم تكن دعوة توحدي فقط، وإنما كانت نظاماً سياسياً متكاملًا يدل على البعد السياسي للإسلام وبذلك تأسس دولة الإسلام في المدينة تنويجاً منطقياً للطبيعة السياسية للإسلام حيث كانت العقيدة أهم دعائم تكوين تلك الدولة.

أولاً: مرتكزات الحكم في النظام الحكم الإسلامي؛

النظام السياسي الإسلامي هو مجموع الأصول والمبادئ الكلية التي فرضها القرآن الكريم وقررتها السنة النبوية في تنظيم شؤون الحكم والتي طبقت في عصر صدر الإسلام تطبيقاً سليماً، والإسلام فيما يتعلق بشؤون الحكم قد أتى بمبادئ كلية ترسم الإطار العام لنظام المجتمع الإسلامي، وقد أتى بنظام دائم منذ

(1) أحمد كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص134.

بعثة النبي ﷺ حتى تقوم الساعة، وقد عفا عن التفاصيل لأن التفاصيل والجزئيات تتغير بتغير العصور والبيئات، وهو ما يكتب لمبادئ الدين أن تكون صالحة للتطبيق على مر العصور واختلاف البيئات، ولو أن الإسلام ألزم المسلمين بشكل موحد في نظام الحكم فقد يكون منها ما يلائم عصرًا دون عصر أو بلدًا دون بلد وفي هذا مرجع بالغ ومشقة⁽¹⁾.

أما المرتكزات الأساسية والمبادئ العامة التي يقوم عليها نظام الحكم في الإسلام فهي كالآتي:

1 - الشورى:

قبل الخوض في مبدأ الشورى وتحديده لابد من القول أن الإسلام لم يمنع الاجتهاد والاعتماد على الرأي القائل بأنه: مادام القرآن الكريم كلمات الله وحروفه قد حوى كل شيء يتطلب توضيح أمرين هما⁽²⁾:

- **المسائل التوقيفية:** وهي تلك المتعلقة بشؤون الدين والعقيدة والعبادة وهذه ليس لأفراد الأمة فيها رأي ولا مشورة، وما الرسول نفسه بالنسبة لأمر الدين إلا مبلغاً ومبشراً وما أفراد الأمة فيها إلا مطيعين ومنفذين.

- **المسائل التوفيقية:** وهي تلك المتعلقة بالشؤون الدنيوية وشؤون الحكم وبالأمر التي يتعرض لها الناس في حياتهم اليومية، وفي بعض المناسبات والظروف الخاصة بهم، ويكون للناس فيها رأي ومشورة.

ومعنى هذا أن نظام الشورى كان نظاماً معترفاً به في الدولة الإسلامية ولقد اختلف المتكلمون في كون الله سبحانه وتعالى أمر رسوله بالاستشارة مع أنه أيده ووقفه وفي ذلك أربعة وجوه هي:

(1) عاصم أحمد عليجة، محمد رفعت عبد الوهاب، النظم السياسية، ط5، نهضة مصر، القاهرة، 1992م، ص173.

(2) محمد جلال أبو الفتوح شرف، علي عبد المعطي محمد، الفكر السياسي في الإسلام شخصيات ومذاهب، ط1، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1987م، ص70.

أحدها أنه عليه الصلاة والسلام أمر بمشاورة الصحابة استمالة لقلوبهم وتطبيقاً لنفوسهم، والرأي الثاني: أنه يشاورهم في الحرب ليستقر له الرأي الصحيح فيعمل عليه، والرأي الثالث: أنه أمر بمشاورتهم لما فيها من النفع والمصلحة، والرأي الرابع: أنه تشاورهم ليقنّدي به الناس⁽¹⁾.

ولقد قال الله تعالى في كتابه العزيز: ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانْفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ﴾⁽²⁾.

وبهذا تكون الشورى في نظام الحكم الإسلامي قد حققت أسمى صور الديمقراطية لأن الديمقراطية الإسلامية هي منهاج حياة متكامل، حيث أنها مبنية على المشورة والتشاور في الأمر، سواء في الحياة اليومية الأسرية أو على مستوى الدولة، كما يؤكد الإسلام على الربط الكامل بين أمور الدنيا والدين، لأن تلك الأمور هي أمور تكمل بعضها البعض حيث قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ﴾⁽³⁾.

ولقد طبق الرسول ﷺ مبدأ الشورى، وهو الراجح العقل الذي يتلقى الوحي ولا ينطق عن الهوى، وإنما قصد من ذلك تعويد الناس على انتهاج هذا السبيل واتباع المبدأ في حكم الأمة ولذلك كان يستشير المسلمين في الأمور التي لم يرد بشأنها وحي، وكان يأخذ برأيهم فيما هم أعرف به من شؤون دنياهم يتنازل عن رأيه مادامت المصلحة العامة ظاهرة في جانب من ذوي الرأي الآخر. وكان الرسول ﷺ يتجه إلى طلبه للمشورة إلى أهل العلم والخبرة من ذوي الرأي لأنهم يستطيعون تقدير الأمور حق قدرها وكان أحياناً في بعض المسائل يستطيع رأي أبناء الأمة من الخاصة والعامة على السواء، وهذه صورة للشورى

(1) محمد جلال أبو الفتوح شرف، علي عبد المعطي محمد، مرجع سابق، ص 1987.

(2) سورة آل عمران، الآية: 159.

(3) سورة الشورى، الآية: 38.

المباشرة، وكان استطلاع الرأي يتم بواسطة تنظيم معين تقسم فيه الأمة إلى جماعات وهيئات أو أي شيء من هذا القبيل، وكل مجموعة تختار من يمثلها ويعبر عن رأيها ويكون هؤلاء همزة الوصل بين الأفراد والحاكم، وبذلك تسهل معرفة رأي الأمة في المسائل العامة التي يحتاج إلى إبدائهم الرأي فيها⁽¹⁾، وبذلك طبق النبي الكريم عليه السلام مبدأ الشورى، ولكنه لم يضع تنظيمًا ثابتًا جامدًا ملزمًا للأجيال المقبلة وإنما ترك حرية التصرف مما يلائم ظروفهم ولكل عصر وزمان آليات وأدوات معينة للشورى ولكن المهم هو تطبيق المبدأ فقط ولا يعني شيء تغيير الأدوات والآليات والوسائل لمواكبة التطورات الحاصلة في العالم.

2 - العدل:

يحتل الحكم بالعدل بين الناس مكانة متقدمة بين الأهداف والمثل والمبادئ العليا والأهداف التي ينبغي للإسلام تحقيقها، وقد وردت في القرآن الكريم آيات كثيرة تدل على أن العدل بين الناس يأتي على رأس سلم أولويات القيم الإسلامية، ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى﴾⁽²⁾، وكذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾⁽³⁾.

وتتضح أهمية العدل على النحو الذي تعكسه هذه الآيات، ويلاحظ أن العدل الذي أمر به الإسلام هو قيمة مطلقة يطالب بتحقيقها في كل الظروف وفي جميع الأحوال، وفي مواجهة الكافة بما في ذلك هؤلاء الذين يكونون مشاعر العداء أو بغض للمسلمين، حيث يقول الله تعالى: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾⁽⁴⁾. وقد اعتبر بعض كبار المفكرين الإسلاميين إن العدل

(1) محمد ضياء الدين، النظريات السياسية الإسلامية، القاهرة، دن، 1967م، ص 289.

(2) سورة النحل، الآية: 90.

(3) سورة النساء، الآية: 58.

(4) سورة المائدة، الآية: 8.

ليس مجرد صفة يجب أن يتحلى بها خليفة المسلمين أو حاكمهم وإمامهم، ولكنها شرط من الشروط الواجب توافرها فيمن يشغل أياً من هذه الوظائف القيادية في الدولة الإسلامية⁽¹⁾.

ويروا كذلك أن العدل غاية الغايات في مقاصد السلاطة الإسلامية ووظائفها، والعدل يعني عند بعض المفكرين هو أن تجرى على الناس أحكام الشريعة الإلهية، كما أوحى الله بها إلى أنبيائه ورسوله، ولما كانت الشريعة الإسلامية جماع الشرائع الإلهية وتامها، فإن العمل بها تحقيق للعدل الإلهي في الحياة الإنسانية، في أكمل صورة، ومن العدل الذي أمر به الإسلام العدل لأهل الذمة، حيث أن كفالتهم واجبة على الدولة الإسلامية، مثلهم في ذلك مثل المسلمين، فهم متساوون معهم في الحقوق، وإن تحمل المسلمين واجب أكثر منهم، ولهم حرية أداء شعائهم الدينية، دون قيد أو شرط، فلا إكراه في الدين، وكجزء من وظيفة إقامة العدل، تتحمل الدولة الإسلامية مهمة القضاء والنظر في المظالم، إحقاقاً للحق وإنفاذاً للعدل بين الناس⁽²⁾.

وبالفعل فإن العدل في الإسلام هو مبدأ أساس ومرتكز مهم في قواعد الدولة الإسلامية نصت عليه الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة، ويجب الإشارة هنا إلى أن هذا المبدأ لم يكن مبدأ نظرياً فقط بل طبق هذا المبدأ على أرض الواقع في عهد الرسول ﷺ، بالإضافة إلى عهود الخلفاء الراشدين الأربعة "أبو بكر الصديق، وعمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب" هذه العهود التي ساد فيها العدل والإنصاف بين الناس، بالإضافة إلى بعض الحكام في عصور أخرى الذي تمسكوا بالتعاليم الإلهية التي تأمر بالعدل ومنهم الخليفة الأموي العادل "عمر بن عبد العزيز".

(1) محمد كامل ليلي، النظرية السياسية، مرجع سابق، ص 447.

(2) حسن نافعة، مبادئ علم السياسة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2007م،

3 - الحكم الإلهي "الحكم بما أنزل الله":

في الإسلام نرى أن الحاكم الحقيقي للعالم هو الله سبحانه وتعالى، وأن القوانين الإلهية هي القوانين السامية والخالدة، إذ أن العالم هو ملك الله تعالى حيث قال تعالى في كتابه: ﴿قُلِ اللَّهُمَّ مَالِكِ الْمُلْكِ تُؤْتِي الْمُلْكَ مَنْ تَشَاءُ وَتَنْزِعُ الْمُلْكَ مِمَّنْ تَشَاءُ وَتُعِزُّ مَنْ تَشَاءُ وَتُذِلُّ مَنْ تَشَاءُ بِيَدِكَ الْخَيْرُ إِنَّكَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾⁽¹⁾، وكذلك يقول الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾⁽²⁾.

فهذه الآيات تؤكد صراحة على أن الحكم بيد الله سبحانه وتعالى، وبهذا فإن نظام الحكم في الدولة الإسلامية لم يكن يعتمد على بطش حاكم فرد وتسلطه بالقوة الجسدية والجبروت البدني، بل كان نظاماً إلهياً روحياً، ولم يكن ارسنقراطياً، ولم يكن نظاماً يعتمد على جمع الحكام للأموال، بل كان بعيداً عن التكالب عن المادة وجمعها، كما لم يكن قانوناً إنسانياً خالصاً أو مختلطاً بل كان القانون من طبيعة إلهية⁽³⁾.

وبهذا يكون الله سبحانه وتعالى مالك الملك أمر في آيات صريحة وعديدة بالحكم بما أنزل الله تعالى، فقد جاء في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾⁽⁴⁾، وبهذا يكون الحاكم في الدولة الإسلامية ملزم بتطبيق الأحكام والقواعد التي وردت في القرآن الكريم، وهذا يؤدي إلى ضرورة اعتماد الشريعة الإسلامية كمصدر رئيسي للتشريع في الدولة الإسلامية.

(1) سورة آل عمران، الآية: 26.

(2) سورة آل عمران، الآية: 189.

(3) عامر حسن فياض، علي عباس مراد، مدخل إلى الفكر السياسي القديم والوسيط، جامعة قاريونس، بنغازي، 2004م.

(4) سورة المائدة، الآية: 44.

4 - المساواة:

تعتبر المساواة من المبادئ الأساسية في الإسلام، فالآيات القرآنية التي تؤكد على وحدة الجنس البشري وعلى المساواة بين البشر بصرف النظر عن جنسيتهم أو عرقهم عديدة إلى الدرجة التي يصعب حصرها، ومن هذه الآيات قوله تعالى: ﴿خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا﴾⁽¹⁾.

ففي هذه الآية الكريمة، وفي غيرها تأكيد على أن الله خلق البشر جميعاً من أصل واحد من تراب، وأن مصيرهم ومآلهم واحد، وهو الموت، ثم البعث في الحياة الآخرة، وقد بين القرآن الكريم انقسام البشر إلى شعوب وقبائل مختلفة على الرغم من انتمائهم جميعاً إلى أصل واحد، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا﴾⁽²⁾، وأنه ميز بينهم في الدنيا من حيث الأرزاق والإنعام فجعل هذا غنياً وذلك فقيراً، ولكنه لم يميز بينهم في الآخرة على أساس عرقي أو لغوي، وإنما ميز بينهم استناداً إلى ما عملت به قلوبهم من تقوى وخشية الله في سلوكهم وتصرفاتهم، وقد أكدت على ذلك أيضاً الأحاديث النبوية الصحيحة، حيث قال الرسول ﷺ في حجة الوداع: "يا أيها الناس ألا إن ربكم واحد، وإن أباكم واحد، لا فضل لعربي على أعجمي ولا لأعجمي على عربي ولا لأحمر على أسود ولا أسود على أحمر إلا بالتقوى"⁽³⁾.

ثانياً: السلطات في النظام السياسي الإسلامي:

إن الحديث عن السلطات التي يجب أن تتوفر في الدولة الإسلامية لا يختلف كثيراً من حيث الشكل التنظيمي عن المفهوم المعاصر للسلطات وإن كانت تختلف اختلافاً جوهرياً من حيث الأساس والغاية، وبالتالي ستجد أن أنواع

(1) سورة الزمر، الآية: 6.

(2) سورة الحجرات، الآية: 13.

(3) محمد جلال شرف، نشأة الفكر السياسي وتطوره في الإسلام، ط2، دار النهضة العربية،

بيروت، 1990م، ص27.

من السلطات العامة تضطلع بأعباء الحكم في الدولة الإسلامية، وهذه السلطات هي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية.

1 - السلطة التشريعية:

من المتعارف عليه أن السلطة التشريعية هي التي تتولى إصدار التشريعات، وسن القوانين التي تحتاجها الدولة، وتتولى هذه السلطة مجالس تعرف بالبرلمان أو مجلس النواب أو الشعب أو الأمة وغيرها. أما في نظام الحكم الإسلامي فالأمر مختلف شيء ما، فنجد أن التشريع مستمد من القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة والاجتهاد، وتجدر الإشارة هنا إلى أن السلطة التشريعية ليست مطلقة في سن التشريعات ولكنها ملزمة بالأسس الآتية⁽¹⁾:

- الخضوع التام للتشريع الإسلامي وعدم إجازة تعديه، وبالتالي كل القوانين وفقاً لمبادئه.
 - ليس للسلطة التشريعية التشريع بما يخالف القرآن الكريم والسنة النبوية والاجتهاد. ويجب الإشارة هنا إلى أن ذلك لا ينقص من قيمة السلطة التشريعية في النظام السياسي الإسلامي، ولا يتعارض مع مبدأ الديمقراطية، وذلك لأن السلطات التشريعية في دول العالم كافة لا بد أن تخضع خضوع كامل للدساتير في هذه الدول، ولا يمكن لها أن تسن أي تشريع يخالف قواعد الدستور الذي هو القانون الأعلى في الدولة.
- وبالتالي فإن اعتبارنا أن القرآن الكريم والسنة مصدراً للتشريع أو بمثابة دستور أو اعتبار أن مصدر التشريع هو القرآن الكريم نبض دستوري هذا لا يغير في الأمر شيء، بل يؤكد أنه لا فرق بين السلطة في الدول الغير إسلامية عنه في النظام الحكم الإسلامي.

(1) حسن نافعة، مبادئ علم السياسة، مرجع سابق، ص 108.

2 - السلطة التنفيذية:

وهي السلطة التي تقوم بتنفيذ القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية وهذه السلطة هي في الأصل بيد رئيس الدولة والوزراء وجميع موظفي الوزارات والمصالح الحكومية والإدارية في الدولة، وبعد وفاة الرسول ﷺ كانت السلطة التنفيذية تتجسد في شخص الخليفة حسبما هو معروف في التاريخ السياسي للدولة الإسلامية، وكان هذا النظام أقرب ما يكون إلى نظام الحكم الرئاسي المعروف اليوم، وبالتالي وجب توضيح نظام الخلافة كالاتي:

— كيفية اختيار الخليفة:

يرى البعض الخلافة هي عبارة عن عقد طرفاه جماعة الاختيار "أهل الحل والعقد" من جهة، والخليفة من جهة أخرى، ولكن يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط في أهل الحل والعقد تتعلق بالعدالة والعلم والرأي والحكمة، ويقصد بهذه الشروط تمكين الجماعة من حسن الاختيار بالتسمية للخليفة الذي سيدير شؤون الأمة بأمانة وعزم وحزم، وقد اختلف في عدد أفراد جماعة الحل والعقد الذي تتعقد به الإمامة وتكون صحيحة، فذهب البعض إلى القول بأن الإمامة لا تتعقد إلا بجمهور أهل الحل والعقد من كل بلد ليكون الرضا بالخليفة عاماً أو بالعهد من الخليفة السابق، وموافقة أهل الحل والعقد، وفي حالة اختيار أهل الحل والعقد للخليفة وبايعوه فإنه وجب دخول كافة أفراد الأمة في بيعته، وبذلك تتحقق للخليفة البيعة الكبرى نتيجة موافقة الأمة على رأي أهل الحل والعقد⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن في النظام السياسي الإسلامي وطبقاً للتاريخ السياسي الإسلامي فإن الخليفة يختار من قبل مجموعة من أهل الحل والعقد ورضا وقبول الناس، وبذلك وهذا يؤكد على مبدأ الاختيار والرضا من الناس، وهذا ما يتفق مع النظم السياسية الحديثة ولا يتعارض معها والقائمة على اختيار الناس للحاكم والقبول به ولو بنسبة (50% + 1)، وبالتالي فإن النظام الإسلامي

(1) نقلاً عن: علي محمد شمش، العلوم السياسية، مرجع سابق، ص240.

لا يتعارض مع مبدأ الانتخاب ولو اختلفت الآلية نتيجة للظروف التاريخية ولا تساع رقعة الجغرافيا وعدم وجود تطور كبير يمكن من خلاله إجراء انتخابات، ونجد الاختلاف في الآلية وليس في المبدأ.

— الشروط الواجب توافرها في الخليفة:

يرى فقهاء الإسلام أن الذين يتولون الخلافة يجب أن تتوافر فيهم الشروط الآتية: الإسلام، فلا يجوز أن يكون الخليفة غير مسلم لقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ أَمَّا الَّذِينَ آمَنُوا فَأَن تَجْعَلُوا لِلَّهِ عَلَيْكُمْ سُلْطَانًا مُّبِينًا﴾⁽¹⁾، وكذلك العلم، العدل، سلامة الحواس، سلامة الأعضاء، الرأي الصالح، الشجاعة والنجدة، وهناك شرط آخر هو محل خلاف كبير بين علماء المسلمين وهو أن يكون الخليفة من قبيلة قريش حصراً، حيث يرى أغلب العلماء أن الرسول ﷺ وسلم لم يستخلف من بعده أحد ولم يرد في الكتاب ولا السنة النبوية ما يدل على أن أمر المسلمين بعد الرسول موكول إلى أسرة معينة أو قبيلة أو جماعة، بل أن النبي عليه الصلاة والسلام جعل الفصل بين المسلمين بالتقوى والعمل الصالح، كما نصّ على ذلك القرآن في قوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾⁽²⁾، ومن خلال ما سبق نلاحظ أنه لا خلاف ولا تعارض بين هذه الشروط والشروط التي تطرح اليوم المرشح للانتخابات في الدول لتولي المناصب السياسية مما يعطي انطباع أن النظام السياسي الإسلامي له السبق في تحديد مواصفات المرشحين لتولي المناصب السياسية في الدولة، وهنا نجد أن هناك انسجام كامل بين النظم السياسية الحديثة والنظام السياسي الإسلامي في هذا المجال.

(1) سورة النساء، الآية: 144.

(2) سورة الحجرات، الآية: 13.

– واجبات الخليفة:

للخليفة في نظام الحكم الإسلامي مجموعة من المهام والوظائف وهي

كالآتي:

- الحكم ما أنزل الله تعالى.
- الحفاظ على وحدة الأمة الإسلامية، فكيان الأمة وعقيدها متوقف على هذه الوحدة، وهي تحتاج إليها في حماية دينها والدفاع عن وجودها وكيانها.
- إقامة العدل فهو الغاية الأولى في مقاصد السلطة الإسلامية ووظائفها.
- الجهاد دفاعاً عن الأمة وعقيدها، وصيانة لحريةها وكرامتها وحقوقها وحماية لدولتها وأرضها ومجتمعها، دون أن تستبعد هذه الوظيفة تحقيق السلام والمهادنة والموادعة والجنوح للسلام مع الدول الأخرى مسلمة كانت أو غير مسلمة.
- الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فعلى هذه الوظيفة يتوقف صلاح أمر الأمة في دينها ودنياها، وهي ذات أبعاد فردية واجتماعية، إذ تفرض على المسلمين أن يعملوا في سبيل الخير والصلاح أفراداً وجماعات.

ومن هنا يمكن القول أن هذه الواجبات والمهام المتاحة للخليفة في النظام السياسي الإسلامي لا تختلف عن المهام والواجبات التي يجب أن يقوم بها رئيس الدولة في عالمنا المعاصر، حيث إن رئيس الدولة يحكم طبقاً لأحكام الدستور في الدول غير الإسلامية باعتباره القانون الأسمى، أما في الدول الإسلامية فالقرآن الكريم هو التشريع الأسمى ويسعى للحفاظ على وحدة البلاد وسلامة أراضيها والحكم بالعدل بين الناس والدفاع عن الوطن من العدوان، ونشر القيم والمبادئ الحسنة، وبهذا يكون النظام الإسلامي غير متعارض في هذه الجزئية مع النظم السياسية الحديثة بالمرّة.

هـ - السلطة القضائية:

السلطة القضائية هي التي تتولى الفصل في المنازعات والخصومات والجرائم والمظالم واستيفاء الحقوق ممن مطل بها وإيصالها إلى مستحقيها من خلال تطبيق القانون على هذه المنازعات.

وقد كان الرسول ﷺ في عهده هو الذي يتولى هذه السلطة فهو الذي يقضي بين الناس في المدينة المنورة، وبعث القضاة إلى الأمصار، حيث بعث علي بن أبي طالب ﷺ إلى اليمن قاضياً، وكان الخليفة أبوبكر الصديق ﷺ يباشر القضاء بنفسه في المدينة، وكان الولاة هم المسئولون عن القضاء في الأمصار، وعندما تولى عمر بن الخطاب الخلافة عين بعض الصحابة قضاة في المدينة، وعين بعض القضاة في الأمصار الأخرى، وبهذا يكون التشريع الإسلامي رسم خطة القضاء وأوضح مبادئه دون التطرق إلى التفاصيل والجزئيات التي تختلف باختلاف العصور والبيئات، تلك التفاصيل التي هي بمثابة نظم زائدة على ما يعد ركناً للعدالة، ترد على حسب ما تقتضيه ظروف كل عصر وبلد على أن التاريخ الإسلامي السياسي يقدم لنا بعض السلطات التي لها شبهة بالقضاء وهما⁽¹⁾:

- **ولاية المظالم:** وهي نوع من القضاء يختص بمنازعات لا ينظرها القضاء عادة، كنظر في تظلم المتقاضين من رجال القضاء والولاة والجبابة وكان والي المظالم يجمع في مجلسه القضاة والحكام والفقهاء والعلماء والكتاب والحماة والأعوان.
- **ولاية الحسبة:** وهي تعرف بأنها الأمر بالمعروف فبهي بمثابة حكم بين الناس لا يتوقف على الدعوة ومن يتولاه يسمى المحتسب أو والي الحسبة.

(1) محمد كامل ليلي، النظم السياسية (الدولة والحكومة)، مرجع سابق، ص439.

ثانياً: الحقوق والحريات في الإسلام:

لقد عرفت الشريعة الإسلامية الحقوق والحريات بمختلف أنواعها في الوقت التي لم تكن قد ظهرت فيه القوانين الوضعية بعد والتي وجدت مصدرها في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وذلك كضرورة اجتماعية لا غنى عنها، وقد قسمت الحقوق في الإسلام إلى ثلاثة أقسام وهي كالآتي:

- حقوق الله.
- حقوق العباد.
- حقوق مشتركة.

فحقوق الله سبحانه وتعالى يقصد بها الحق المقرر لصالح المسلمين عامة، وليس لفرد معين بذاته، كحق الله الخالص في التشريع وحقه في إقامة الحدود كالحق المقرر للسرقة، وشرب الخمر والإرهاب أو الحراقة، وكذلك العبادات وهي الأمور المكلف بها الفرد شرعاً كالإيمان والصلاة والزكاة والصيام والحج والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

أما حقوق العباد فيما بين بعضهم البعض من بيوع وإيجارات وهبات وتبرعات ... وغيرها وهي تنظمها الأحكام التي وردت في قسم المعاملات الإسلامية.

أما الحقوق المشتركة بين الله سبحانه وتعالى والعباد فهناك ما يغلب فيه حق الله ويكون حق الله ظاهراً عن حق الفرد أي أن الحق رغم تعلقه بحق شخص إلا أن حق الله فيه ظاهر. وهناك ما يكون فيه حق الفرد أظهر كالقصاص الذي يكون فيه حق الفرد أظهر من حق الله تعالى. ولهذا قال الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ﴾⁽¹⁾.

(1) سورة البقرة، الآية: 179.

وبهذا يكون الإسلام هو أول تشريع يقرر للإنسان حقوقه الأساسية وحرياته؛ حيث إن الحريات الأساسية للإنسان قد تقررت في الإسلام منذ تأسيس الدولة الإسلامية في المدينة على يد الرسول ﷺ منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان، فحقوق الإنسان في الإسلام منذ ميلاده وتتابع هذه الحقوق والحريات في كل مراحل عمره حتى مماته⁽¹⁾.

ومن الحقوق والحريات التي كفلها الإسلام وناد بها هي الحرية والمساواة والعدل، كما نادى بها الديمقراطية الحديثة، وإذا كان المفكر الفرنسي "روسو" قال في القرن الثامن عشر: (أن الأفراد يولدون ويعيشون أحراراً) فقد قال قبله بكثير عمر بن الخطاب رضي الله عنه (متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً)، وأصر الإسلام على الحرية الفردية سياسياً واقتصادياً واجتماعياً وهذه الحرية هي ضمن نطاق الشريعة وحدها، وبهذا سبق الإسلام جميع القوانين الوضعية والديمقراطية الحديثة، بل إن البعض يقول أن هذه الحريات في القوانين الوضعية تتغير بمجرد موافقة الأكثرية الشعبية على هذا التغيير، إلا أنه في الإسلام لا يستطيع أي أحد تغيير المبادئ التي جاء بها الإسلام وهي في جوهرها مبادئ سرمدية⁽²⁾.

وقد ضمن الإسلام حرية العقيدة فقد قال الله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾⁽³⁾، وبهذا يضمن الإسلام حرية الاعتقاد وإقامة شعائرهم الدينية الخاصة بهم دون عائق أو عراقيل، ولا إكراه لهم على دخول الإسلام، حيث إن الغاية من ذلك هي اختيار الناس لا إكراههم وإعطائهم الحرية في الاعتقاد، كذلك كفل الإسلام حرية الرأي والتعبير حيث قال الرسول ﷺ (لا يكن أحدكم إمعة يقول أنا

(1) بطرس غالي، محمود خيرى عيسى، المدخل في علم السياسة، ط1، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 1988م، ص82.

(2) عامر حسن فياض، علي عباس مراد، مدخل إلى الفكر السياسي القديم والوسيط، ط1، جامعة قاريونس، 2004م، ص460.

(3) سورة البقرة، الآية: 256.

مع الناس إن أحسن الناس أحسنت وإن أساءوا أسأت ولكن وطنوا أنفسكم إن أحسنوا الناس تحسنوا وإن أساءوا تجنبوا إساءتهم). وقال عليه الصلاة والسلام: (أفضل الجهاد كلمة حق عند سلطان جائر)، وقال كذلك: (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلساته، فإن لم يستطع فبقلبه وهذا أضعف الإيمان)⁽¹⁾.

وتتفر من التبطل وعيش العالة، حتى ولو ظهر في شكل التفرغ للصلاة والذكر وعاب حالة المذلة والاستكانة وتكفف الناس، وكذلك نص الإسلام على أن الرعاية الصحية حق للمواطن، كما حث على زيارة المرضى⁽²⁾. وإجمالاً يمكن القول إن الإسلام كنظام اجتماعي كفل كافة الحقوق في هذا الجانب، وجعل حق الرعاية الاجتماعية التزام على المسلمين تجاه بعضهم البعض.

ولقد كفل الإسلام كذلك حق المرأة، حيث وزع الإسلام الاختصاصات العملية توزيعاً يوافق طبائع الذكورة والأنوثة، حيث كفل الإسلام للمرأة حقوقاً عديدة في المجالات السياسية، فقد أقر لها حق المشاركة السياسية من حيث إبداء الرأي، من خلال جعل الأمر شورى بين المسلمين دون تخصيص بين رجال ونساء، وسمح للمرأة بالعمل، وراعى تركيبة المرأة البيولوجية، ومنحها كذلك حق التعلم والتملك وكافة الحقوق التي منحت للرجل⁽³⁾.

وقد كفل الإسلام حق التعليم والتعلم، بل ودعى الإسلام إلى الأخذ بالمعرفة في شتى صورها، باعتبار مصدر الرقي، بل زاد من ذلك فجعل

(1) عاصم أحمد عليجة، محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية السياسية، ط5، نهضة مصر، القاهرة، 1992م، ص200.

(2) بلال أمين زين الدين، الأحزاب السياسية من منظور الديمقراطية المعاصرة، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، 2013م، ص259.

(3) عاصم أحمد عليجة، محمد رفعت عبد الوهاب، النظم السياسية، مرجع سابق، ص160.

الإسلام طلب العلم فريضة وواجب، كما أعطى الإسلام حرية الفكر والتفكير والتعبير للإنسان، وتحديداً إذا كان هذا الفكر هو في مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة في البلاد الإسلامية⁽¹⁾.

وكان من الطبيعي في هذا المجال أن يكون الإنسان المسلم حراً عاملاً مبدعاً مفكراً ليكون الجزاء على قدر اتساع دائرة النشاط والإبداع الفكري، وهذه الحرية هي حرية عريضة واسعة ولم تكن مثل هذه الحرية مجردة لتمنح للفرد في المجتمع الإسلامي بشكل مجرد، بل ارتبطت هذه الحرية باهتمام كبير وعريض بالعلم والعلماء، وبهذا يكون ارتباط المجتمع الإسلامي بالعلم في كل زمان ومكان، ويخطئ كثيراً من يظن أن الدين الإسلامي قد اكتفى بطلب العلم وتشجيعه والحث على العمل فيه في مجال محدد، إذ أن التشجيع والطلب والحث شمل كل أنواع العلم دون أي تحديد، وكان طبيعياً أن يطالب المسلم وأن يدعى إلى تعلم كل ما يحتاجه المجتمع الإسلامي، وكل من يساعد على تقدمه وتطوره، وقد كرم الله تعالى العلماء بقوله: ﴿يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ﴾⁽²⁾، وقال تعالى: ﴿وَتِلْكَ الْأَمْثَالُ نَضْرِبُهَا لِلنَّاسِ وَمَا يَعْقِلُهَا إِلَّا الْعَالِمُونَ﴾⁽³⁾.

ولقد نص الإسلام كذلك على الحقوق الاجتماعية والتي تعني ما يحتاجه الفرد في حياته المعيشية، وتوفير الوسائل الصحية والاجتماعية له، وهي حقوق لم تكن موضوع اهتمام الدساتير الغربية ومواثيق حقوق الإنسان، إلا من وقت متأخر نتيجة ضغط النظريات الاشتراكية التنظيمية النقابية، حيث نجد هذه الحقوق أصلية في النظام الإسلامي ومن هذه الحقوق الاجتماعية التي ينص عليها حق العمل وحق الرعاية الصحية وحق كفالة العيش الكريم، حيث حث الإسلام على العمل وقدسيتها.

(1) حسام مرسى، مدخل العلوم السياسية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012م، ص183-186.

(2) سورة المجادلة، الآية: 11.

(3) سورة العنكبوت، الآية: 43.

ثالثاً: رؤية الإسلام للأحزاب والمعارضة السياسية:

يرى الكثير من المفكرين أن الإسلام عرف المعارضة والأحزاب السياسية قبل أن تعرفها الديمقراطية الحديثة، ويستشهدون على ذلك باجتماع السقيفة حيث يعتبرون ذلك مؤتمراً سياسياً تحاور فيه المهاجرون والأنصار حواراً أشبه بحوار الأحزاب السياسية في ندوة برلمانية ديمقراطية، وخرج منه المؤتمرون بنتيجة أكدتها الأكثرية الساحقة، ولم يحاول الحزبان فرض آرائهما فرضاً، بل لجأ كل منهما إلى حجة الإقناع المنطقي لما فيه خير الأمة الإسلامية، في انتقاء الرجل الذي يقود الأمة "الدولة الإسلامية" بعد وفاة الرسول ﷺ، ولم تختلف خطبة "أبي بكر الصديق" الأولى عن برنامج حزبي تعرضه حكومة برلمانية على الشعب فور تسلمها دفة السلطة، ثم تطلب على أساس هذا البرنامج، ثقة المجلس النيابي، وبهذا يمكن القول أن الحضارة الإسلامية والفكر السياسي الإسلامي عرف نظام الأحزاب السياسية وإن كان بصورة تلك المرحلة وظروفها وكذلك عرف المعارضة السياسية وإن كانت هي الأخرى بصورة ذلك الزمان والظروف، ومن هنا يمكن لنا الإشارة إلى الآتي:

1 - رؤية الإسلام للأحزاب السياسية:

لقد مر العالم الإسلامي بالعديد من الأزمات السياسية التي ترتبت على تعدد الاتجاهات الفكرية والمنهجية للفئات والطوائف التي تكون منها العالم الإسلامي، فعقب وفاة الرسول ﷺ وجد أن الجدل والنقاش قد صاراً حول من له الأحقية في خلافة الأمة الإسلامية، وتولي أمر شؤونها وإدارتها، واستقر الرأي لذا أهل الرأي والمشورة على إسناد الخلافة "لأبي بكر الصديق" ثم "عمر بن الخطاب"، ثم "عثمان بن عفان"، إلا أن مقتل "علي بن أبي طالب" وظهور الخلاف حول أحقيته في الخلافة من معاوية بي أبي سفيان، اختلف المسلمون وظهرت الكثير من الآراء السياسية والفقهية حول قضايا الحكم والسياسة، وبالتالي ظهرت آراء حول موقف الإسلام من الأحزاب السياسية.

وهنا لا بد لنا من الإشارة إلى مفهوم الحزب في الفكر الإسلامي الحديث حيث يرى الكثير أن مفهوم الحزب السياسي اليوم يختلف عن مفهومه في القرآن الكريم الذي يصف الحزب بأنه كل من تألب على حرب الرسول ﷺ من مشركين ويهود في غزوة الخندق، بحيث أصبح مفهوم الأحزاب السياسية هو أداة ضرورية تعتمد عليها النظم الديمقراطية الحديثة لإرساء مبادئ وأسس وأيديولوجيات تهدف لتحقيق الحرية والمساواة والعدل وحماية الحقوق والحرريات⁽¹⁾، وبالرغم من ذلك اختلفت الآراء الفقهية حول الأحزاب السياسية وظهرت اتجاهات مؤيدة ومعارضة لوجودها وهي كالاتي:

أ - الاتجاهات المؤيدة للأحزاب السياسية:

يرى الكثير من مفكري الاتجاه الإسلامي أن النظام السياسي الإسلامي لا يمانع في وجود الأحزاب السياسية وذلك للأسباب التالية⁽²⁾:

- إن الأحزاب السياسية هي الوسيلة المثلى التي تمكن الأمة من استخدام حقها في محاسبة الحكام، لأن جماعة المسلمين لا تستطيع النهوض بأعباء محاسبة الحكام في الدولة الإسلامية، ولذلك يذهب بعض أصحاب هذا الاتجاه إلى أن إقامة الأحزاب السياسية تعتبر فرض كفاية على الأمة الإسلامية لكي تتم محاسبة الحكام عن تصرفاتهم وسياستهم.
- إن الإسلام دين عالمي يرعى المسلمين وغير المسلمين فإذا كانت أحكامه موجهة أصلاً للمسلمين إلا أنه يصون الأقليات الدينية والسياسية داخل الدولة الإسلامية، فيمنح هذه الأقليات حق التعبير عن الرأي وممارسة نشاطهم السياسي والأحزاب هي السبيل لذلك.

(1) بلال زين الدين، الأحزاب السياسية، مرجع سابق، ص 261-262.

(2) محمد أبو سمرة، مفهوم الحريات، دراسة مقارنة في النظم السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية المعاصرة، ط1، دار الراجعية للنشر والتوزيع، 2012م، ص 31.

• إن الاختلاف في الرأي من سنن البشر والأجدر بالأمة الإسلامية أن تقوم هذا الاختلاف وتنظمه للاستفادة منه في إصلاح المسلمين.

ب - الاتجاهات المعارضة لوجود الأحزاب السياسية:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن النظام السياسي الإسلامي لا يجذب نشأة الأحزاب السياسية في البلاد الإسلامية ولو كان حزباً واحداً وذلك بسبب: إن الدين الإسلامي يأبى التعددية الحزبية لأن من شأن ذلك أن يؤدي إلى التنازع والانقسام بين أفراد الأمة الإسلامية وفئاتها وإن الآثار المترتبة على وجود الأحزاب هو الانقسام بالإضافة إلى أن الأحزاب السياسية في قيامها بوظائفها يترتب عليه تودد إلى الأفراد وتحقيق مصالح حزبية ضيقة⁽¹⁾.

ومن خلال ما سبق فإن الإسلام يحترم الاختلافات في الآراء والحرية في التعبير عنها لكنه يرفض الاختلافات التي تؤدي إلى الانقسامات والتشردم والبحث عن المصالح الضيقة التي لا تهم الأمة بأكملها.

ومن هنا استنتج أن الإسلام لا يرفض الأحزاب كلية ولكن يرفضها إذا أدت إلى انقسامات وصراعات واقتتال وانقسام الأمة وإهمال مصالح الأمة العليا في سبيل مصالح ضيقة.

2 - رؤية الإسلام للمعارضة السياسية:

يرى كثير من المفكرين أن نظام الحكم الإسلامي يقوم على أساس ديني عقائدي وأن هذا النظام لا يمكن له أن يكون ذا طبيعة إسلامية إلا باتباع المنهج الإسلامي الذي أتى به القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة.

الأمر الذي يعني وحدة جميع الناس تحت لواء هذا المنهج وهذا لا يمنع من تعدد برامج العمل، أي أن برامج العمل قد تتعدد في سبيل تحقيق الالتزام بالمنهج الواحد، وهذه البرامج تشمل الأساليب والسياسات التي تكفل سلامة

(1) حورية يونس الخطيب، الإسلام ومفهوم الحرية، دار الملتقى للطباعة والنشر، قبرص،

وصحة التطبيق والخطط التي تكفل تنفيذ هذه السياسات التي بلا شك لا بد أن ترتبط بظروف المجتمع وأحواله ونطاق المعارضة في الدولة الإسلامية يجب أن يتحدد في برامج العمل⁽¹⁾.

والمعارضة وفقاً للنظرية السياسية تعتبر أمراً مشروعاً لأن السلطة السياسية وإن كانت سلطة مسلمة إلا أنها غير معصومة من الخطأ، بل إنه يجب على السلطة الحاكمة في الدولة أن تشجع المعارضة لأنها تقوم بتبصيرها بمواطن الزلل الذي يجب اجتنابه، لتصحيح مسار السلطة في الدولة الإسلامية التي تبتغي الرشد والصواب دائماً، وحينئذٍ تصبح الرعية راضية عن الحاكم وحكمه، وقد قال الرسول ﷺ: "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"، وقال: "إن أفضل الجهاد كلمة حق عند سلطان جائر"، وقال: "من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وهذا أضعف الإيمان".

وقد طبق نظام المعارضة في عصور الإسلام الأولى تطبيقاً سليماً حيث أن الخليفة "أبو بكر الصديق" عندما تولى أمور الدولة الإسلامية بعد وفاة الرسول ﷺ قال في أول خطبة "أما بعد أيها الناس فإني قد وليت عليكم ولست بخيركم، فإن أحسنت فأعينوني وإن أسأت فقوموني"⁽²⁾.

وبهذا يكون الإسلام قد سبق الديمقراطيات الحديثة في وجود المعارضة السياسية للحاكم، وضرورة تبيان الأخطاء ومحاولة تصحيحها وإن كانت تعرف "بالتناصح".

(1) راشد الغنوشي، الحريات العامة في الدولة الإسلامية، مركز دراسات الوحدة العربية، 1993م، ص 60-61.

(2) حسام موسى، مدخل العلوم السياسية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012م، ص 194-195.

الخاتمة

حاول الباحث في هذا البحث تحديد طبيعة النظام السياسي ونظام الحكم في الإسلام وأهم المرتكزات والأسس التي يقوم عليها هذا النظام وكذلك طبيعة الحقوق والحريات في هذا النظام رؤية الإسلام للأحزاب السياسية والمعارضة السياسية وقد توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات تتمثل في:

أولاً: النتائج:

- إن النظام السياسي الإسلامي لا يختلف كثيراً عن نظم الحكم الحديثة، وإن المرتكزات التي يقوم عليها هذا النظام هي مرتكزات لا تختلف كثيراً عن الأسس والمرتكزات التي تقوم عليها النظم السياسية الحديثة.
- النظام السياسي الإسلامي نظام شورى يرفض جميع أشكال الحكم الاستبدادي وكل أنظمة القمع والفوضى.
- الشورى "الديمقراطية" ضرورة إنسانية في جميع المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية وهي في الإسلام من لوازم الإيمان بالله تعالى.
- حق اختيار الحاكم في النظام السياسي الإسلامي هو للأمة بواسطة أهل الحل والعقد، فالحكم في الإسلام هو عقد تراضي بين الأمة والحاكم.
- طاعة الحاكم في النظام السياسي الإسلامي واجبة ما لم يخالف نصاً صريحاً للشريعة الإسلامية.
- النظام السياسي الإسلامي ضمن كافة الحقوق والحريات التي ضمنها النظم السياسية الحديثة بل زاد عليها الإسلام في الكم والسبق.
- ضمن الإسلام والنظام السياسي الإسلامي حقوق المرأة بما يتوافق مع طبيعتها الأنثوية.
- إن الإسلام سمح بالعمل الحزبي والمعارضة السياسية في النظام السياسي طبقاً لشروط وضوابط تحدد طبيعة هذه العملية.

ثانياً: التوصيات:

- ضرورة العمل على توضيح طبيعة النظام السياسي الإسلامي وإزالة الغموض والتشويه الواقع على طبيعة الحكم في الإسلام.
- ضرورة الالتزام بضوابط الحكم الإسلامي طبقاً للشريعة الإسلامية والسنة النبوية وما كان عليه الخلفاء الراشدون لأن في هذه الفترة كانت الدولة الإسلامية في أوج مجدها.
- التأكيد على احترام الحقوق والحريات في البلاد الإسلامية لأنها منطلق إسلامي وهي سابقة على النظم الحديثة في احترامها لحقوق الإنسان.
- رفض كل الاتهامات التي توجه إلى النظام السياسي الإسلامي والإسلام التي تنتهمه بالرجعية وعدم احترام حقوق الإنسان وعدم احترام حقوق المرأة.
- التمسك بنظم وقواعد الشريعة الإسلامية لأنها تحترم كل الحقوق والحريات.

المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب:

- بطرس غالي، محمود خيرى عيسى، المدخل في علم السياسة، الطبعة الأولى، (القاهرة: مكتبة الأنجلو المصرية: 1988م).
- بلال أمين زين الدين، الأحزاب السياسية من منظور الديمقراطية المعاصرة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013م.
- بن جدية محمد، جدل الدين والسياسة بين الرويتين الوضعية والمعيارية، الطبعة الأولى، عالم الكتاب الحديث، إربد، الأردن، 2013م.
- حسام مرسي، مدخل العلوم السياسية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012م.
- حسن نافعة، مبادئ علم السياسة، الطبعة الثالثة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2007م.

- حورية يونس الخطيب، الإسلام ومفهوم الحرية، الطبعة الأولى، دار الملتقى للطباعة والنشر، قيرص، 1993م.
 - راشد الغنوشي، الحريات العامة في الدولة الإسلامية، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1993م.
 - عاصم أحمد عجيلة، محمد رفعت عبد الوهاب، النظم السياسية، الطبعة الخامسة، نهضة مصر، القاهرة، 1992م.
 - عامر حسن فياض، علي عباس مراد، مدخل إلى الفكر السياسي القديم والوسيط، الطبعة الأولى، جامعة قاريونس، بنغازي، 2004م.
 - علي محمد شمبش، العلوم السياسية، الطبعة الخامسة، مكتبة الأنوار العلمية، بنغازي، 1996م.
 - محمد أبوسمرة، مفهوم الحريات "دراسة مقارنة في النظم السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية المعاصرة"، الطبعة الأولى، دار الرياسة للنشر والتوزيع، عمان، 2012م.
 - محمد جلال أبو الفتوح، شرف، علي عبد المعطي محمد، الفكر السياسي في الإسلام شخصيات ومذاهب، الطبعة الأولى، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1987م.
 - محمد جلال شرف، نشأة الفكر السياسي وتطوره في الإسلام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، 1990م.
 - محمد ضياء الدين، النظريات السياسية الإسلامية، الطبعة الأولى، دن، القاهرة، 1967م.
 - محمد كامل ليلي، النظم السياسية "الدولة والحكومة"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، 1969م.
- ثالثاً: الدوريات:

- أحمد كمال أبو المجد، الشورى والديمقراطية، مجلة العربي، الكويت، أبريل، 1972م.

قراءة في الاحكام الحديثة للدائرة الدستورية بالمحكمة العليا

د. محمد نجيب أحمد الكبتي (*)

المقدمة

تقف القواعد الدستورية في قمة الهرم للنظام القانوني في كل دولة، وهو ما يقتضي ان تكون هذه القواعد حاكمة لما دونها من القواعد القانونية الاخرى. ولتحقيق تلك الغاية تشرع الدول الرقابة القضائية على ما تجريه السلطة التشريعية من تصرفات فيما يعرف " بالدعوى الدستورية" لضمان مطابقة هذه التصرفات لنصوص الدستور، وينشئ لذلك قضاءا دستوريا متخصصا لممارسة تلك الرقابة لضمان تطبيق قاعدة تدرج القواعد القانونية في النظام القانوني للدولة التي تقضي عدم جواز مخالفة القاعدة القانونية الادنى للقاعدة القانونية الأعلى منها مرتبة، فقاعدة التدرج تعد من نتائج مبدا المشروعية التي تتطلب ان تخضع الافراد والسلطات لحكم القانون، والنظام القانوني الليبي لم يخرج من هذا النهج، حيث عهد للدائرة الدستورية بالمحكمة العليا بهذا الاختصاص منذ نشأتها عام 1953م.

وقد اصدرت هذه الدائرة على مر تاريخها الكثير من الاحكام بشجاعة، وارست بموجبها العديد من المبادئ الهامة كانت اساسا للقضاء الدستوري في ليبيا.

ومن ابرز هذه المبادئ سلطة الرقابة على مدى صحة الاجراءات الشكلية التي يوجب الدستور على السلطة التشريعية اتباعها عند اصدارها لقراراتها،

(*) عضو هيئة التدريس، كلية القانون، جامعة مصراتة.

خاصة فيما يتعلق بنصاب حضور جلساتها والتصويت على قراراتها، حيث قضت الدائرة الدستورية بعدم دستورية العديد من القرارات خلال سنوات (2012-2013-2014م).

والسؤال هنا من اين استمدت هذه الدائرة اختصاصها في بسط رقابتها على هذا الجانب، ومدى صحة احكامها، في هذا الشأن وهل يجوز التعقيب عليها من اي جهة قضائية اخرى.

لتوضيح هذه الجوانب وللإجابة على هذه التساؤلات بعد هذه المقدمة نخصص خطة البحث التالية:

المطلب الاول: مفهوم الرقابة الدستورية (نشأتها والية اتصال المحكمة بالدعوى الدستورية).

المطلب الثاني: نطاق الرقابة الدستورية

الخاتمة: وتتضمن النتائج والتوصيات

المطلب الاول

مفهوم الرقابة الدستورية (نشأتها وآلية اتصال المحكمة بالدعوى الدستورية)

تعد الرقابة الدستورية اداة لتأكيد المشروعية وسمو القواعد الدستورية، وضرورة احترامها من السلطة التشريعية، كون هذه القواعد تنظم الحقوق والحريات وتبين السلطات العامة واختصاصاتها، وهو ما دعى الانظمة القانونية لمختلف الدول من الاقرار للقضاء بحق ممارسة الرقابة على مدى مشروعية تصرفات السلطة التشريعية ومدى مطابقتها لما ينص عليه الدستور من خلال دعوى عدم الدستورية.

الفرع الاول: مفهوم الدعوى الدستورية ونشأتها

فدعوى عدم الدستورية تعني الدعوى التي يرفعها كل ذي مصلحة للطعن في تصرف اجرته السلطة التشريعية مخالف للدستور او هي وسيلة اختيارية

اعطاها القانون لصاحب المصلحة في اللجوء الى القضاء، لإيقاع الجزاء الذي يقرره القانون على اخلال البرلمان بالواجب الذي تحتمه القاعدة الدستورية⁽¹⁾.

ومن هذا التعريف يمكن استخلاص عدد من الخصائص تميز الدعوى الدستورية:

- الدعوى الدستورية قضائية: يقتصر رفعها امام الجهة القضائية التي يحددها القانون، وهذا ما نص عليه قانون المحكمة العليا لسنة 1953م في المادة 16 بقوله يجوز لكل ذي مصلحة شخصية مباشرة الطعن امام المحكمة العليا في اي تشريع او اجراء او تصرف او عمل يكون مخالفا للدستور وهذا ما اكد عليه نص المادة 23 من القانون 17 لسنة 1994م المعدل للقانون رقم 6 لسنة 1982م بشأن اعادة تنظيم المحكمة العليا.

- الدعوى الدستورية ذات طبيعة عينية موضوعية: يعني انها دعوى عينية لم ترصد لحماية حقوق شخصية للأفراد، انما لتحقيق الشرعية الدستورية، من خلال اختصاص التصرف الذي اجرته السلطة التشريعية غير الدستوري، فهي طعن عيني ينبني على المصلحة العامة التي يجب ان تسود الاعمال التشريعية، واذا ما سمح للأفراد برفعها عند الدفع بعدم الدستورية او بالدعوى المباشرة، انما رغبة من المشرع في ان يجعل من هؤلاء رقباء على الهيئات التشريعية لضمان سيادة الدستور، ويقتربون في ذلك من دور اعضاء النيابة العامة حينما يحركون الدعوى الجنائية باسم المجتمع ولمصلحته⁽²⁾.

فجوهر الطعن الدستوري هو النعي بعدم دستورية التصرف او الاجراء المطعون فيه، فهي لا تمثل خصومة تتعلق بحقوق شخصية مثل دعاوى

(1) راجع د. رفعت عبد السيد: الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص 189 وما بعدها.

(2) د. طعيمة الجرف: شروط قبول الدعوى الدستورية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995م، ص 211.

التعويض، أو دعوى بين خصمين دائن ومدين، انما مخصصة التصرف المخالف للدستور بقصد رده الى حكم الدستور حماية للشرعية الدستورية، بمعنى ان صاحب الدعوى لا يخاصم البرلمان الذي صدر عنه التصرف او الاجراء الطعين انما يخاصم القانون او التصرف ذاته.

وقد كانت بوادى ظهور الرقابة الدستورية في النظام القانوني الليبي ما نصت عليه المادة 153 من دستور سنة 51م حيث اسند النص الدستوري مهمة الرقابة للمحكمة العليا والتي تم تنظيم عملها بموجب قانون المحكمة العليا لسنة 53م الذي نص في المادة 16 على جواز الطعن امام هذه المحكمة في اي تشريع او اجراء او عمل يكون مخالفا للدستور واستمر هذا الاختصاص الى ان اصدر المشرع الليبي القانون رقم 6 لسنة 1982م بشأن اعادة تنظيم المحكمة العليا، والذي اغفل او تغافل النص على اختصاص المحكمة بالطعون الدستورية، كما انه لم يسند هذا العمل القضائي الى اي جهة قضائية اخرى، واستمر العمل على هذا النسق الى ان تراجع المشرع عن مسلكه واصدر القانون رقم 17 لسنة 1994م الذي اعاد بموجب المادة 23 منه الاختصاص للمحكمة العليا بنظر الطعون الدستورية، لكن ذلك بقي نظريا، حيث لم تمارس المحكمة هذا الاختصاص لا بعد صدور اللائحة الداخلية للمحكمة في 2004م، حيث ان القانون السالف الذكر يتوقف تنفيذه على صدور اللائحة الداخلية التي تأخر صدورها 10 سنوات.

كما صدر القانون رقم 8 لسنة 2004م بتعديل المادة 23 من القانون 94/17م بالنص على تشكيل الدوائر المجتمعة من عدد من المستشارين بقرار من الجمعية العمومية للمحكمة، وصدر هذا التشكيل بموجب قرار الجمعية العمومية بتاريخ 2006/11/4م، والذي بموجبه باشرت المحكمة اختصاصاتها في مجال الرقابة الدستورية⁽¹⁾.

(1) لمزيد من التفصيل راجع: د.عبد الرحمن ابوتوتة، د.جمعة الزريقي، المحكمة العليا

مسيرة نصف قرن، منشورات المحكمة العليا، طرابلس، 2009م، ص 55 وما بعدها.

الفرع الثاني: آلية اتصال المحكمة بالدعوى الدستورية

لا تملك المحكمة العليا ان تتصل بالدعوى الدستورية من تلقاء نفسها انما لابد من رفع النزاع امامها من قبل من له مصلحة في الدعوى حول مسألة ثار الشك حول دستوريته وحددت م23 من القانون رقم 6 لسنة 82م المعدل بالقانون رقم 17 لسنة 94م آلية اتصال المحكمة بالدعوى الدستورية بنصها على ان تختص المحكمة العليا دون غيرها، منعقدة بدوائرها مجتمعة برئاسة رئيسها او من يقوم مقامه بالفصل في المسائل الاتية:

اولا: الطعون التي يرفعها كل ذي مصلحة شخصية مباشرة في اي تشريع يكون مخالفا للدستور.

ثانيا: اية مسألة قانونية جوهرية تتعلق بالدستور او بتفسيره تثار في قضية منظورة امام اي محكمة وتتصل المحكمة بهذه المسائل بإحدى الدعويين:

• الدعوى المباشرة "الاصلية"

• الدعوى الفرعية "الدفعية بعدم الدستورية".

1 - الدعوى المباشرة: يقصد بالدعوى المباشرة في مجال الطعن الدستوري، ان صاحب الشأن - المصلحة - الذي اضير من قانون او نص بانه مخالف للدستور له ان يطعن فيه مباشرة امام القضاء الدستوري للحصول على حكم بعدم دستورية القانون وقد باشرت المحكمة العليا الليبية هذا الاختصاص بنظرها العديد من الطعون وفق هذا النحو، والتي كان اخرها الطعون ارقام "17,16,11 ط لسنة 61ق خلال شهر يونيو 2014م⁽¹⁾.

وتعرض للطعون الاخيرة بشيء من التفصيل في المطلب الثاني من هذه الورقة.

(1) لمزيد من التفصيل راجع الطعن الدستوري رقم 6/3ق جلسة 1964/2/29م م.م.ع، ص88، كذلك الطعن الدستوري 44/1 ق جلسة 2008/11/12م، احكام المحكمة العليا بدوائرها مجتمعة، ص18، كذلك الطعون (11,16,17) لسنة 61، الجريدة الرسمية العدد السابع السنة الثانية، ص736-751.

2 - الدعوى الفرعية: على خلاف الدعوى المباشرة التي تعد وسيلة هجومية يتبنى رافعها مهاجمة القانون او التصرف التي اجرتها السلطة التشريعية مباشرة، فإن الدعوى الفرعية، ينتظر رافعها لحظة يطبق فيها نص القانون في منازعة قضائية يكون احد اطرافها، وقد اوضحت المادة 19 من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا المعدلة بقرار الجمعية العمومية للمحكمة رقم 285 لسنة 2005م اسلوب الاحالة بنصها عل اذا كانت المسالة القانونية المتعلقة بالدستور وتفسيره اثرت من احد الخصوم في دعوى منظورة امام اي محكمة ورات جوهريتها، اجلت نظر الدعوى وحددت لمن اثار هذا الدفع ميعادا لا يجاوز الثلاثة اشهر لرفع الدعوى بذلك امام المحكمة العليا.

ويتبين من هذا النص ان طريقة الدفع وفق هذا الاسلوب ضرورة ان يكون هناك نزاع قضائي مطروح على احد المحاكم، فيدفع احد الخصوم بعدم دستورية النص القانوني الذي ستطبقه محكمة النزاع للفصل في الخصومة، وهو ما يقتضي عدم قدرة القاضي على احالة هذا الدفع بشكل تلقائي، فقط اعطاء القانون سلطة تقدير مدى جدية الدفع، ومنح المدعي اجل قدره 3 اشهر لرفع الدعوى الدستورية امام المحكمة العليا، فان انقضى هذا الاجل اعتبر هذا الدفع كان لم يكن.

ويمكن استخلاص النقاط التالية:

- انه لا يجوز للقضاء الأدنى (العادي - الاداري) نظر دعوى عدم الدستورية، حيث ان ذلك مقصور على المحكمة العليا دون غيرها.
- ان قاضي الموضوع لا يجوز له تحريك الدعوى الدستورية من تلقاء نفسه ما لم يطلبه احد الخصوم حتى وان تبين له عدم دستورية النص المراد تطبيقه على النزاع المنظور امامه.
- اشتراط جدية الدفع بعدم الدستورية ومنح قاضي الموضوع سلطة تقدير جدية الدفع بعدم دستورية النص المطعون فيه، وسلطته في ذلك شبه سلطة القاضي الاداري

عند فحصه الشق المستعجل لطلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه بدعوى الالغاء، بمعنى ان القاضي اذا ترجح لديه جدية الاسباب التي بني عليها الدفع يمنح المدعي اجلا لتحريك الدعوى الدستورية امام المحكمة العليا.

• يجوز لمقدم الدفع الطعن في الحكم في حالة رفض الدفع بعدم دستورية امام المحكمة الاعلى درجة حسب لأوضاع المقرره قانونا.

ونستخلص مما سبق ان آلية اتصال الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا بالدعوى الدستورية يتجسد في طريقتين لا ثالث لهما وفق ما نصت عليه المادة 19 من اللائحة الداخلية للمحكمة وتعديلاتها، وما تنتهجه المحكمة العليا في احكامها، التي منها ما جاء في الطعن الدستوري 52/5م جلسة 6-5/2006م بقولها "ان اللائحة الداخلية للمحكمة قد بينت القواعد والاجراءات الخاصة برفع الدعوى الدستورية ونظرها ورأسمت للمتقاضين السبل الواجب اتباعها عند ممارسة حقهم في رفع هذه الدعوى، كما حددت للمحكمة الاوضاع الواجب مراعاتها اذا ما اثار الخصوم امامها اية مسالة قانونية تتعلق بالقواعد الدستورية او تفسيرها..... ولما كان الثابت من الاوراق ان المحكمة التي اثير امامها الدفع بعدم الدستورية قد قضت بتاريخ 27/6/2005م بوقف السير في الدعوى واحالة الدفع الى هذه المحكمة للفصل فيه دون ان تأجل نظر الدعوى وتحدد ميعادا لمن اثار هذا الدفع، فإنها تكون بذلك قد خالفت الاحكام والقواعد التي رسمتها المادة 19 من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا بشأن رفع الدعوى الدستورية مما يتعين معه عدم قبول الدعوى"⁽¹⁾.

(1) طعن دستوري رقم 52/5ق، جلسة 6/5/2006م، احكام مجلة المحكمة العليا لسنة الاربعون، العدد الاول، ص313 وما بعدها.

المطلب الثاني

نطاق الرقابة الدستورية

تمتد رقابة الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا لتشمل الجوانب الشكلية المتمثلة في الجانب الكتابي والقانوني " كأداة ووعاء، والاجراءات اللازمة لحصوله، والجوانب الموضوعية وهي المضمون الذي يحتويه القالب والمتعلق بمادة وجوهر العمل القانوني، وتبين عادة القواعد الدستورية والتشريعية واللائحية الجوانب الشكلية والاجرائية والمضامين الموضوعية التي يجب ان تتحقق فيما يصدر عن السلطة التشريعية من تصرفات ذات طبيعة قانونية، وهو ما يعني ان محل الرقابة الدستورية يكون في المطاعن الشكلية المبنية على مخالفة الاوضاع الاجرائية التي يتطلبها الدستور، او المطاعن الموضوعية التي تظهر في مخالفة النصوص المطعون فيها للدستور من حيث مضمونها او محتوياتها، اي لمخالفتها الاحكام الموضوعية في الدستور.

وتعد الاوضاع الشكلية من مقومات النصوص القانونية لا يكتمل بنيانها في غيابها، وتفقد بتخلفها وجودها كقواعد قانونية ملزمة.

فالاوضاع والضوابط الواردة في الدستور هي قيد على ما تباشره السلطات العامة في الدولة من اختصاصات⁽¹⁾. ويقع واجبا عليها الالتزام بها لكي لا يوصف تصرفها بعدم المشروعية.

وامر الرقابة الدستورية على الجوانب الشكلية والموضوعية لا يثير جدلا في الرقابة على دستورية القوانين، فالسؤال هنا هل يتم ذلك بنفس الكيفية في الرقابة على التعديلات الدستورية عندما تمنح السلطة التشريعية سلطة التعديل؟

هنا يجب التمييز بين الجوانب الشكلية والجوانب الموضوعية كالاتي:

(1) لمزيد من التفصيل راجع د.محمد ماهر ابو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة الدستورية، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، 2006، ص25 وما بعدها.

1 - الجوانب الموضوعية: قولا واحدا قضت المحكمة العليا بعدم اختصاصها بالطعن في الجوانب الموضوعية للقواعد الدستورية اي ان رقابتها لا تمتد الى النصوص الدستورية ذاتها من حيث الجوهر والمضمون، واكدت هذا المسلك في حكمها بالطعن الدستوري رقم 60/12م الذي جاء فيه " ان اختصاص دوائر المحكمة مجتمعة بالطعون الدستورية يقتصر على الفصل في دستورية القوانين في المسائل الجوهرية التي تتعلق بالدستور وتفسيره اذا اثبتت في قضية منظورة امام المحاكم ولا يمتد هذا الاختصاص الى رقابة الدستور نفسه... ولما كان ذلك وكان الطعن المائل تعلق بطلب القضاء بعدم دستورية نص ورد بالإعلان الدستوري المؤقت وطلب اعادة المشروعية لدستور 1951م الذي لا يدخل النظر فيه او التعقيب عليه في ولاية هذه المحكمة ."

ويتفق ذلك مع الاتجاه الذي اخذ به القضاء والفقهاء المصريين في استبعاد النصوص الدستورية من الرقابة، استنادا الى ان السلطة التأسيسية هي التي وضعت الدستور والذي من خلاله نشأت السلطات الاخرى والتي من بينها المحكمة الدستورية، فكيف يكون للأخيرة ان تراقب الدستور الذي اوجدها، اضافة الى اي قانون ستحتكم المحكمة اذا ما سمح لها بمراقبة النصوص الدستورية نفسها⁽¹⁾.

وعلى خلاف ذلك اعطى القضاء الدستوري الايطالي لنفسه الحق في الرقابة على التعديلات الدستورية وجاء ذلك واضحا في الحكم الدستوري رقم 1146 الصادر بتاريخ 1988/12/29م بأن "سلطة تعديل الدستور يتعين عليها ان تتقيد بالمبادئ الدستورية العليا وهي بصدد مباشرة اختصاصاتها، وان الدستور الايطالي يتضمن مجموعة من المبادئ العليا لا يمكن تعديلها او الغاؤها وهي بمثابة قيود مطلقة على سلطة التعديل".

(1) راجع د. رفعت عبد سيد، مرجع سابق، ص 222 وما بعدها.

ويتضح ان القضاء الدستوري الايطالي اعطى لنفسه الحق المطلق في الرقابة دون تمييز بين الجوانب الشكلية او الموضوعية، وهو عكس ما انتهجه القضاء الدستوري الفرنسي الذي يرفض اي نوع من الرقابة على التعديلات الدستورية⁽¹⁾.

2 - الجوانب الشكلية: وهي المسائل المتصلة بشكل الدستور ومكوناته، والمتمثلة في الاجراءات الواجب اتباعها في وضع الدستور او في طرق تعديله او في الشكليات التي يجب على السلطة التشريعية اتباعها عند اصدار التشريعات اذا اسند لها سلطة تعديل الدستور، ومن امثلة هذه القواعد النص على اجراءات معينة قبل اجراء التعديل او اصدار القانون، كالعرض على لجان او هيئات فنية، كذلك الحصول على نصاب محدد للاتفاق او اغلبية معينة عند التصويت، فهي شروط شكلية تتصل بالنصاب او المراحل التي يمر بها الاجراء اثناء نظره او اقراره او اصداره.

ومن ضمن هذه النصوص ما جاء في م رقم 36 من الاعلان الدستوري الصادر بتاريخ 2011/8/3م على انه "لا يجوز الغاء وتعديل اي حكم وارد بهذه الوثيقة الا بحكم اخر صادر عن المجلس الوطني الانتقالي المؤقت - الذي حل محله المؤتمر الوطني العام - وباغلبية ثلثي اعضاء المجلس"⁽²⁾

فهذا النص يشير الى جانب شكلي مهم وهو ضرورة حصول اي الغاء او تعديل في نصوص الاعلان الدستوري على اغلبية ثلثي الاعضاء، والا اصبح الاجراء المتخذ فاقدا للمشروعية.

(1) مشار اليه عند د. عبد الحفيظ الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص 165 وما بعدها، كذلك د. عبد العزيز سالمان، رقابة التعديلات الدستورية، موقع المحكمة الدستورية العليا المصرية.

(2) راجع الاعلان الدستوري الصادر في 2011/8/3م.

وقد سمحت الفرصة للمحكمة العليا بان تؤكد على ما جاء في النص السالف الذكر بجلسة 2013/2/26م بعدم دستورية التعديل الدستوري رقم 3 لسنة 2012م الذي اجراه المجلس الانتقالي للفقرة 2 من البند رقم 6 من المادة 30 من الاعلان الدستوري، ومما جاء في حكمها " وحيث ان دفع ادارة القضايا بعدم اختصاص المحكمة بنظر الطعن في غير محله، وذلك وان كانت الرقابة الدستورية وفقا لنص المادة 23 من القانون رقم 6 لسنة 82م بشأن اعادة تنظيم المحكمة العليا مقصورة على مراقبة مدى التزام القانون محل الطعن لأحكام الدستور ولا يمتد الى رقابة النصوص الدستورية ذاتها لأنه متى نص الدستور على طريقة معينة واجراءات محددة لتعديل النصوص الدستورية تعين على السلطة التشريعية عند اصدار التعديل التزامها بذلك، فالطعن في نص التعديل الدستوري بانه مؤسس على اجراءات تخالف الاجراءات والاوزاع الواردة بالإعلان، فان من اختصاص الدائرة الدستورية ان تتصدى لمراقبة مدى التزام تلك السلطة بالقيود الواردة بالدستور، اعمالا للمبدأ الاساسي في التقاضي، الذي مقتضاه ان القضاء هو صاحب الولاية العامة بالفصل في المنازعات الا ما استثنى بنص خاص، ولو قبل بغير ذلك لكان للسلطة التشريعية ان تتحلل من القيود الواردة بالدستور بشأن التعديل، وهو اطلاق لسلطتها، وفتح الباب لمخالفة النصوص الدستورية، وهو مالا يستقيم قانونا"⁽¹⁾.

وقد انصب هذا الطعن على مخالفة المجلس الوطني الانتقالي عند اجرائه التعديل لنص المادتين 36,17 من الاعلان الدستوري، حيث ان هذا التعديل لم يصدر بأغلبية ثلثي اعضاء المجلس التي يشترطها الدستور، حيث صدر بموافقة 49 عضو من الاعضاء الحاضرين الذين كان عددهم 55 عضو في حين ان

(1) راجع الطعن الدستوري رقم 28 لسنة 59ق الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الليبية، جلسة 2013/2/26م حكم غير منشور.

مجموع اعضاء المجلس الانتقالي 102 عضو، وهو ما يعني ان التعديل صدر دون مراعاة لما تنص عليه المادة 36 من الاعلان الدستوري وانتهت المحكمة الى القول "ان العيب اللاحق بهذا الاجراء ينصرف بطريق اللزوم الى النتيجة المترتبة عليه وهي صدور النص المطعون فيه " وقضت بعدم دستورية التعديل الثالث".

وقد تواترت احكام المحكمة العليا في هذه الاتجاه بالرقابة الدستورية على الجوانب الشكلية والاجرائية التي ينص عليها الدستور ومدى تقيد واحترام السلطة المختصة بالتشريع بها في العديد من الاحكام خلال الفترة الاخيرة، والتي من اهمها الطعن الدستوري رقم 11 لسنة 61م والطعن 17 لسنة 61م، ولأهمية هذين الحكمين في ارساء وتثبيت مبادئ اساسية في مجال الرقابة الدستورية نتطرق لهما تفصيلا:

الفرع الاول: الطعن الدستوري رقم 11 لسنة 61م⁽¹⁾ (12): نظرت الدائرة الدستورية هذا الطعن بجلستها المنعقدة بتاريخ 2014/6/9م وموضوع الطعن في قرار المؤتمر الوطني رقم 38 لسنة 2014 الصادر في جلسته رقم 187 بتاريخ 2014/5/4م القاضي بتعيين السيد احمد عمر امعيتيق رئيسا للحكومة المؤقتة حيث طعن عدد من اعضاء المؤتمر الوطني بعدم دستورية هذا القرار ومما جاء في حيثيات الحكم "ان من اهم الاستحقاقات الدستورية التي اسندها الاعلان الدستوري للمؤتمر الوطني العام تعيين الحكومة المؤقتة، فان قيام المؤتمر بهذا الاستحقاق لا يكون صحيحا الا اذا تم وفقا لما هو مقرر من الاجراءات التي تمهد لحصول هذا الاستحقاق، والتي لزم المؤتمر الوطني نفسه بها من خلال اصداره لنظامه الداخلي، بما يجعل خرق تلك الاجراءات او تجاوزها مخالفة لقاعدة دستورية.....".

(1) الحكم منشور في الجريدة الرسمية العدد السابع السنة الثالثة بتاريخ 2014/12/31م،

ورات الدائرة ان هناك مخالفات جسيمة شابت عملية التصويت التي صدر القرار المطعون فيه بناء عليها والتي من ابرزها:

- ترأس النائب الثاني لجلسة المؤتمر مع وجود النائب الاول حيث ان ترؤسه مشروط بغياب الرئيس والنائب الاول وفق ما نصت عليه م8 من النظام الداخلي للمؤتمر.

- اعتبار الجلسة التي تعقد بعد رفع الجلسة استمرار للجلسة الاولى مشروط بان يكون هناك تعليق للجلسة لا رفعها، وفق ما نصت عليه م74 من النظام الداخلي، والثابت من محضر الاجتماع ان رئيس الجلسة (النائب الاول) رفع الجلسة ولم يعلقها.

- من لم يكن حاضرا للجلسة عند الشروع في التصويت يعد ممتعا عن التصويت م73 من النظام الداخلي وحيث ان عدد المصوتين لصالح الحكومة 113 من بين الحاضرين مما يعني ان بقية الحاضرين اما انهم يحجبون الثقة او ممتنعون عن التصويت، وبالتالي الاعضاء الثمانية الذين منحوا الثقة بعد رفع الجلسة لم يكونوا حاضرين عند الشروع في التصويت، مما يجعل فتح باب التصويت لبعض الاعضاء بعد رفع الجلسة اجراء باطلا لا يعتد بما ترتب عليه من اثار.

ولكل ما تقدم فان عملية التصويت بشأن اختيار رئيس الحكومة جاءت مخالفة للقواعد والاجراءات التي نص عليها النظام الداخلي للمؤتمر الوطني العام، والتي كان المؤتمر التزم بها من اجل تحقيق اهم استحقاقاته الدستورية، والتي تجد اساسها في الاعلان الدستوري، فان مخالفة القرار المطعون فيه لما يتضمنه النظام الداخلي يصمه بعدم الدستورية لقرار المؤتمر رقم 38 لسنة 2014م بشأن تعيين السيد احمد عمر امعيتيق رئيسا للحكومة المؤقتة.

الفرع الثاني: الطعن الدستوري رقم 17 لسنة 61م: اصدرت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا حكمها في هذا الطعن بجلستها المنعقدة بتاريخ 2014/6/11م، الذي يقضي بعدم دستورية الفقرة 11 من المادة 30 من الاعلان الدستوري

المعدل بموجب التعديل الدستوري السابع الذي اجراه المؤتمر الوطني العام بتاريخ 2014/3/11م.

وقبل ان تبحث الدائرة في موضوع الدعوى اكدت على اختصاصها بنظرها، وذلك ردا على ما دفعت به ادارة القضايا من عدم اختصاص المحكمة بنظر الطعن، حيث قالت "متى نص الدستور على طريقة او اجراء معين لتعديل النصوص الدستورية، تعين على السلطة التشريعية عند اصدار التشريع التزامها بذلك وحيث ان الطعن في نص التعديل بانه مؤسس على اجراءات تخالف الاجراءات والايضاح في الاعلان الدستوري، فان هذا اختصاص الدائرة الدستورية ان تتصدى لمراقبة مدى التزام تلك السلطات بالقيود الواردة بالدستور".

كما اكدت الدائرة على توافر المصلحة لدى الطاعنين باعتبارها شرطا لقبول الدعوى، بقولها "ان المصلحة في الطعن الدستوري... تتحقق في جانب الطاعن متى كان التشريع موضوع الطعن واجب التطبيق عليه، او ان تطبيقه عليه سيكون حتما، ولا تنتقص المصلحة دستوريا على اي تشريع او اجراء مخالفا للدستور، الا متى كان تطبيقه ينحصر في فئة معينة لا ينتمي اليها الطاعن، وحيث ان الطاعن الاول عضو في مجلس النواب، والثاني عضو في المؤتمر الوطني بما يجعلهما مخاطبين بهذا التعديل ومن ثم يكون لهما مصلحة شخصية مباشرة في الطعن بعدم دستوريته".

وقد انصب الطعن على عدم تحقيق النصاب المطلوب دستوريا للتصويت وفق ما نصت عليه م36 من الاعلان الدستوري التي لا تجيز الغاء او تعديل اي حكم من احكام الاعلان الدستوري الا بأغلبية ثلثي اعضاء المجلس، حسب الية التصويت المنصوص عليها في م73 من النظام الداخلي للمجلس التي تعتبر من تخلف عن حضور الجلسة عند الشروع في التصويت في حكم الممتنع عن التصويت.

وتستطرد المحكمة فتقول "وإذا كان التصويت على الفقرة 11 من م30 من الاعلان الدستوري المعدله بالتعديل السابع قد تم بموافقة 121 صوتا، في حين كان ينبغي الا يقل عن 124 صوتا على اعتبار ان اعضاء المؤتمر 186 عضوا..... فان التصويت على هذا النحو لا يعتد به لانطوائه على مخالفة م36 من الاعلان الدستوري.... وان هذا العيب اللاحق بهذا الاجراء ينصرف بطريق اللزوم الى النتيجة المترتبة عليه بما يتعين معه القضاء بعدم دستوريته"⁽¹⁾.

وقد كانت هذه الاحكام مجالا خصبا لآراء وكتابات الفقه الدستوري في ليبيا، حيث علق (د. جمعة الزريقي) على اتجاه المحكمة العليا في الرقابة الدستورية بقول ان الاجتهاد القضائي الحديث يفرق بين السلطة التأسيسية التي تقوم بوضع الدستور، والتي عادة ما تكون في بلاد خالية من الدستور، او بعد الاطاحة به، فهي سلطة تأسيسية لها ان تضع ما تشاء من القواعد، لان الدولة في مرحلة التأسيس، وبين سلطة التعديل التي تباشر وظيفتها في اطار دستور قائم، ووفقا لشروطه التي نص عليها الدستور، فالسلطة الاولى غير مقيدة، اما الثانية فهي مقيدة بالشروط الخاصة بالتعديل، وهو ما اخذت به الدائرة الدستورية لان القول بغير ذلك يسمح للسلطة التشريعية ان تتحلل من القيود الواردة بالدستور بشأن التعديل، واطلاق لسلطتها، وفتح لباب مخالفة النصوص الدستورية، وهو ما لا يستقيم قانونا⁽²⁾.

كما اشاد د. عادل عبد الحفيظ كندير بمسلك المحكمة العليا علي اختصاصها بنظر الطعون في المخالفات الاجرائية المصاحبة للتعديلات الدستورية المشار اليها اعلاه والتي جاءت بالمخالفة للإجراءات المنصوص

(1) الجريدة الرسمية، المرجع السابق، ص746 وما بعدها.

(2) تعليق د.جمعة الزريقي المستشار السابق بالمحكمة العليا على حكم الدائرة الدستورية في الطعن الدستوري رقم 28 لسنة 59ق، على صفحته بالفيس بوك.

عليها في المواد 36 من الاعلان الدستوري والمادة 73 من النظام الداخلي للمؤتمر الوطني العام، وان اتجاه المحكمة هذا يتفق وصحح القانون. كما اشار د.كندير الى الاحكام الدستورية بانها ذات حجية مطلقة ينصرف اثرها للكافة، ولا يقتصر على من كان طرفا في الدعوى فقط، ويؤكد ذلك ما نصت عليه م 31 من قانون المحكمة العليا رقم 6 لسنة 1986م بان ما يصدر عن المحكمة العليا من احكام ملزم للمحاكم الادنى وكافة السلطات في الدولة⁽¹⁾. ويعد اتجاه المحكمة العليا هذا اجتهادا قضائيا متميزا سبقت به غيرها من المحاكم الدستورية العربية، كما ان فيه ترسيخ لاستقلالية القضاء الليبي وحياديته، وينم عن شجاعة اعضائه وعدم خضوعهم لغير الله وضمايرهم والقانون.

الخاتمة

من خلال مجريات البحث في مجال الرقابة الدستورية وتوجهات الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا بشأنها توصلنا الى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج

- شرعت الدعوى الدستورية في مختلف الانظمة القانونية لأجل ضمان احترام قواعد الدستور وسموها.
- الدعوى الدستورية دعوى عينية موضوعه تخاصم التصرف المخالف للدستور وليست بين خصمين (الطاعن - والبرلمان).
- يمتد اختصاص القضاء الدستوري لبحث الجوانب الشكلية والموضوعية التي يتوجب احترامها عند اصدار التشريع وهو ما جرى عليه عمل المحكمة العليا الليبية.

(1) راجع تعليق د.عادل عبدالحفيظ كندير، عضو هيئة التدريس بكلية القانون جامعة طرابلس، تعليق على الطعن الدستوري رقم 17 لسنة 61ق، منشور على صفحة التواصل الاجتماعي.

- فيما يتعلق بالرقابة على التعديلات الدستورية ميزت المحكمة بين الجوانب الشكلية والاجرائية التي ينص عليها الدستور عند اجراء التعديل، وبين الجوانب الموضوعية المتعلقة بمضمون التعديل وجوهره حيث اعطت لنفسها الحق في رقابة الاولى دون الثانية.
- المحكمة العليا انتهجت مسلكا جديدا في مجال الرقابة الدستورية بان بسطت رقابتها على الجوانب الشكلية التي يجب على السلطة التشريعية مراعاتها عند القيام بتعديل النصوص الدستورية، لان القول بغير ذلك يسمح للسلطة التشريعية بان تتحلل من القيود الواردة بالدستور عند اجراء التعديل مما يؤدي اطلاق لسلطاتها واهدار للنصوص الدستورية، وهو ما لا يستقيم قانونا.

ثانياً: التوصيات

لأهمية القضاء الدستوري في ترسيخ وضمان المشروعية الدستورية الذي مؤداه حماية حقوق وحرريات الافراد وكيان الدولة ونظامها القانوني، وحيث ان ليبيا وما تشهده من تغيرات سياسية وقانونية بعد ثورة 17 فبراير 2011م، وتوقع اقرار دستور دائم للدولة الليبية، الامر الذي يقتضي انشاء قضاء دستوري مستقل عن القضاء العادي، ليسهم في تحقيق هذه الآمال والمتغيرات، وبذلك نوصي.

المصادر والمراجع

- د. ابراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
- د. رفعت عبد السيد، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية القاهرة، 2004م.
- د. طعيمة الجرف، شروط قبول الدعوى الدستورية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995م.
- د. صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية القاهرة، 1993م.

- د. عبدالحفيظ الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.
- د. عبدالعزيز سالم، رقابة التعديلات الدستورية، بحث منشور بموقع المحكمة الدستورية العليا المصرية.
- د. فتحي فكري، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة.
- د. محمد ماهر ابو العينين، الانحراف التشريعي للرقابة الدستورية، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، 2006م.
- د. نبيلة عبدالحليم كامل، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م.
- د. نورة فرغلي عبدالرحمن السناري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، بدون دار نشر او مكانها، 2007م.
- الجريدة الرسمية، تصدر عن وزارة العدل، ليبيا.
- مجلة المحكمة العليا، تصدر عن المكتب الفني بالمحكمة العليا الليبية.
- مقالات منشورة على صفحات التواصل الاجتماعي.

رقابة القضاء الإداري على ركن الشكل في القرار التأديبي

أ. مصعب إبراهيم مخلوف (*)

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.... وبعد.

تعتبر النظرية العامة للتأديب إحدى أهم النظريات في القانون الإداري حيث تشكل أهم ركائز الوظيفة العامة، فالموظف العام أو المشمولين بنظام التأديب على وجه عام قد تصدر عنهم أخطاء مسلكية تدخل في نطاق المخالفات التي تستوجب التأديب، والتأديب ليس هدفاً في حد ذاته أو أن غاية مقصده الانتقام والتشفي ممن صدر بحقه، أو إيقال جهة الإدارة بشكليات لا طائل منها، وإنما الهدف الحقيقي من التأديب هو تقويم الانحراف عن مقتضى القانون والزرع عن ارتكاب أية مخالفات مستقبلية، وحتى يكون من صدر بحقه القرار التأديبي عبرة للغير الذين قد يحذون حذوه في ارتكاب أفعال مماثلة تجعلهم تحت طائلة النظام التأديبي.

والنظام التأديبي يتحدد أصوله وقواعده في نصوص القانون بمعناه الواسع لا الضيق ثم يأتي دور القضاء الإداري في استخلاص واستنباط المبادئ في إطار تلك النصوص من خلال الطبيعة الإنشائية والاجتهادية التي يتسم بها القضاء الإداري.

ونظراً لطبيعة وخطورة قرارات التأديب على الحقوق والحريات فقد أحاطها المشرع بجملة من الضوابط والإجراءات التي تضمن عدم تعسف سلطة التأديب عند إيقاعها للعقوبات التأديبية، وهذا ما تقتضيه العدالة التأديبية والتي تستوجب إقامة نوع من التوازن بين سلطة التأديب والضمانات القانونية المقررة

(*) عضو هيئة تدريس بقسم القانون العام، كلية القانون، جامعة مصراتة.

في هذا الشأن لضمان مشروعية وسلامة القرار التأديبي، وإلا تعرض قرارها للطعن عليه بالإلغاء أو بالتعويض أمام القضاء الإداري أو بكلاهما معاً، كجزء لعدم التزامها بصورة كلية أو جزئية بالقواعد الشكلية في نطاق التأديب والمحددة في القوانين واللوائح.

أهمية الدراسة

تتبع أهمية الدراسة في كونها تسلط الضوء على جانب مهم من الوظيفة العامة ألا وهو التأديب من خلال التركيز على الجانب الشكلي فيه ورقابة القضاء عليه، بما يكفل للموظف العام أن يكون على بينة بالإجراءات التي تسبق توقيع العقوبة التأديبية عليه في حال ارتكابه ما يبرر ذلك، والضمانات القانونية المقررة له في هذا الشأن.

إشكالية البحث

تتضح إشكالية البحث من خلال طرح بعض التساؤلات التي يثيرها موضوع البحث:

- ما هو مفهوم الشكل في القرار التأديبي وكيف تتحدد علاقته بالنظام العام.
- هل هناك فرق بين الشكليات الجوهرية وغير الجوهرية في القرار التأديبي، وما أثر ذلك على القرار التأديبي.
- ما حدود رقابة القضاء على القرار التأديبي وماذا يترتب على ذلك.

منهج الدراسة

سيتم في هذه الدراسة إتباع المنهج التحليلي المقارن.

خطة البحث

تم الاعتماد في هذه الدراسة على التقسيم الثنائي على النحو التالي:

- المطلب الأول: ماهية الشكل وصوره في القرار التأديبي
- المطلب الثاني: مظاهر رقابة القضاء الإداري على ركن الشكل في القرار التأديبي
- الخاتمة: وتتضمن ما تم التوصل إليه من نتائج وتوصيات

المطلب الأول

ماهية الشكل وصوره في القرار التأديبي

سوف يتم في هذا المبحث بيان ماهية الشكل في القرار التأديبي أولاً، على أن يتم التحدث ثانياً عن صور الشكل في القرار التأديبي وذلك على النحو التالي:

أولاً: ماهية الشكل في القرار التأديبي

سنقوم في هذا الفرع بتحديد مفهوم الشكل لغةً على أن نبين أيضاً مفهومه في الاصطلاح القانوني.

الشكل لغة

الشَّكْلُ: الشَّبَهُ، والمِثْلُ، وَيُكْسَرُ، وما يُوَأْفَقُكَ وَيَصْلُحُ لَكَ، تَقُولُ: هذا من هَوَايَ ومن شَكْلِي، وواحدُ الأشْكالِ: للأُمُورِ المُخْتَلِفَةِ المُشْكِلَةِ، وصُورَةُ الشَّيْءِ المَحْسُوسَةِ والمُتَوَهَّمَةِ، ج: أشْكالٌ وشُكُولٌ، و: نباتٌ مُتَلَوِّنٌ أَصْفَرٌ وأَحْمَرٌ، والجمع بين الخَبْنِ والكَفِّ. والشاكِلةُ: الشَّكْلُ، والناحيَةُ، والنِّيَّةُ، والطريقةُ، والمذْهَبُ والبياضُ ما بين الأذُنِ والصَّدْغِ، ومن الفرس: الجِلْدُ بين عُرضِ الخاصِرَةِ والنَّقِيَّةِ. وتَشَكَّلَ: تَصَوَّرَ. وشَكَّلَهُ تَشْكِيلًا: صَوَّرَهُ⁽¹⁾.

الشكل في الاصطلاح القانوني

يُعرَّف الشكل بأنه: تلك القواعد الإجرائية أو الشكلية المحددة لإصدار القرارات الإدارية وبعبارة أخرى، يقصد بشكل القرار الهيئة أو الصورة التي تقوم جهة الإدارة بإفراغ إرادتها وترتيب أثرها القانوني للقرار عند إصداره⁽²⁾.

(1) مجد الدين الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، 2007م، ص 881.

(2) د. محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، الطبعة السادسة، 2010م،

وللشكل في القرار الإداري علاقة بالنظام العام، ويترتب على ذلك بعض الآثار المهمة، وقبل الحديث عن علاقة الشكل بالنظام العام لآبد من ضبط المصطلح المتعلق بالنظام العام وتحديد عناصره، ثم تحديد علاقته بركن الشكل. النظام العام أمر نسبي متغير من مجتمع لآخر وفقاً للفلسفة السائدة في الدولة، فهو أمر يتسم بالمرونة والتطور، فالنظام العام يمثل مجموعة من الأركان الأساسية والأحكام الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع كوحدة متكاملة مستقلة عن أحاد الأفراد والتي قد تكون سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية. وتتحدد فكرة النظام العام وفقاً لثلاث ركائز أساسية وهي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة⁽¹⁾.

- **الأمن العام:** الأمن نقيض الخوف وهو شعور داخلي بالطمأنينة على النفس والمال والعرض من أي خطر يتهدها وبصرف النظر عن مصدره.
 - **الصحة العامة:** ويقصد بها السلامة والوقاية من الأمراض والأوبئة، كالمحافظة على سلامة مياه الشرب والأغذية ومكافحة التلوث والاهتمام بالنظافة العامة.
 - **السكينة العامة:** هي حماية الناس ووقايتهم من الضوضاء والإزعاج والمحافظة على سكون الطرق والأماكن العامة وتنظيم المحال المقلقة للراحة كالورش على سبيل المثال، بأن تكون خارج التجمعات السكانية قدر الإمكان.
- وهكذا بعد أن حددنا بشكل موجز مفهوم النظام العام، نحدد علاقته بركن الشكل.

يترتب على عدم الالتزام بالشكل في القرار التأديبي أن يكون القرار معيباً بعبء الشكل وهذا العيب يتعلق بالنظام العام، وبالتالي بإمكان القاضي إثارته من تلقاء نفسه، كما يجوز لصاحب الشأن الدفع بهذا العيب في أية مرحلة

(1) أنظر: د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996م، ص 476-477 وما بعدها. أنظر أيضاً: د. سمير عبد السيد تتاغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية بدون تاريخ، ص 89-99.

كانت عليها الدعوى ولو أمام دائرة النقص الإداري بالمحكمة العليا، كما أن تنازل صاحب الشأن عنه أو تصديق الجهة الإدارية التي يتبعها مصدر القرار المعيب به ليس من شأنهما إزالة عيب الشكل فيه⁽¹⁾.

وفي المقابل إذا لم يكن الدفع متعلقاً بالنظام العام ولم يعرض على محكمة الموضوع، فإنه لا يمكن التمسك به لأول مرة أمام المحكمة العليا، بحسبانه يعد سبباً جديداً⁽²⁾.

ثانياً: صور الشكل في القرار التأديبي

يتنوع الشكل في القرار التأديبي إلى شكل ثانوي غير أساسي لا يؤثر عدم إتباعه على صحة القرار الصادر عن سلطة التأديب، وشكل جوهري يؤدي إغفاله إلى بطلان القرار التأديبي وهذا ما نتناوله اتباعاً

1- الشكل غير الجوهري في القرار التأديبي

يكون الشكل ثانوياً إذا كان القرار سيصدر بذات المحتوى فيما لو قامت الجهة المختصة بإتباع الشكل الذي تم إغفاله.

وبعبارة أخرى إذا لم يشترط القانون ضرورة إتباعه ولم يجعل البطلان جزاءً لإغفاله أو لم يكن الشكل مقررًا لمصلحة الأفراد وإنما كان متعلقاً بمصلحة جهة الإدارة.

وبناءً على ما سبق فإن إتباع الشكل الثانوي من عدمه متروك لملاءمات جهة الإدارة وفقاً لظروف الحالة المعروضة عليها.

(1) د.محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، الطبعة الخامسة، منشورات المكتبة الجامعية، الزاوية، 2010م، ص432 وما بعدها، د.محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، مرجع سابق ص575.

(2) أنظر: طعن مدني رقم 25/86ق، مجلة المحكمة العليا، السنة السابعة عشر، العدد الثاني، يناير 1981م، المكتب الفني، ص89.

ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر اتجاه القضاء الإداري في مصر إلى أن سماع الشهود في التحقيقات الإدارية قبل توقيع الجزاء التأديبي لا يعد من قبيل الشكليات الجوهرية التي يؤدي إغفالها إلى بطلان القرار التأديبي، وذلك إذا كانت تلك الشهادة غير مؤثرة في نتيجة التحقيق⁽¹⁾.

كما اتجه القضاء الإداري في ليبيا إلى وصف بعض الإجراءات بأنها ثانوية وغير جوهرية وبالتالي فهي لا تؤثر على مشروعية القرار الإداري، كعدم الإشارة في صلب القرار التأديبي إلى النصوص التشريعية التي كانت سبباً في إصداره، وعدم تمكين المتهم من الاستعانة بمحام طالما كان بإمكانه الدفاع عن نفسه مباشرة، وإغفال ذكر أسماء أعضاء المجلس التأديبي في صلب القرار التأديبي طالما كانت هذه الأسماء قد ورد بيانها في محاضر جلسات هذا المجلس⁽²⁾.

ولا تملك الجهة المختصة بالتأديب سلطة مطلقة في هذا الشأن فالقاضي هو الذي يحدد ما إذا كان الشكل الذي تمت مخالفته جوهرياً مقررًا لصالح الأفراد ومن ثم لا مناص من إتباعه أو أنه مقرر لمصلحة الإدارة وبالتالي يكون ثانويًا لا يؤثر في مشروعية القرار التأديبي⁽³⁾.

2- الشكل الجوهري في القرار التأديبي.

من خلال استقراء أحكام القضاء الإداري في هذا الشأن يتبين لنا أن هناك شكليات جوهرية يستلزم توافرها وإتباعها، وذلك إذا نص عليها القانون

(1) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للقرارات الإدارية في الفقه والقضاء، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008م، ص104 وما بعدها.

(2) د.محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، مرجع سابق، ص431 وما بعدها.

(3) د.عمر محمد السيوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار ومكتبة الفضيل، للنشر والتوزيع، بنغازي، ط1، 2013م، ص257.

والقانون هنا يؤخذ بمعناه الواسع وهو ما يترتب عليه التوسع في نظرية انعدام القرارات الإدارية، أو كانت مقررة لصالح الأفراد كضمانة أساسية والإجراءات الشكلية في مجال القرارات التأديبية جُلها من الإجراءات الجوهرية التي يتطلبها المشرع وتتعلق بالضمانات المقررة لصالح الأفراد - كما تقدم - وإغفالها كلياً أو جزئياً يترتب عليه بطلان العقوبة التأديبية الصادر بها القرار التأديبي، وتتمثل هذه الشكليات فيما يلي:

أ/ الإجراءات التمهيدية السابقة على صدور القرار التأديبي

لقد استقر القضاء الإداري على أن الإجراءات التمهيدية للقرار التأديبي، والمتمثلة في الإعلان بالوقائع المنسوبة لصاحب الشأن، والتحقيق معه وإحالاته للتأديب وبيان وصف التهمة وزمان المحاكمة ومكان انعقادها مع كل الضمانات المقررة في هذا الشأن بتمكين صاحب الشأن موضوع المساءلة التأديبية من الدفاع عن نفسه، تعتبر من قبيل الإجراءات الجوهرية التي يترتب على عدم النزول عليها إلى بطلان القرار التأديبي⁽¹⁾.

فشرط الكتابة عند القيام بالتحقيق أو إجراء المحاكمة التأديبية يعتبر من ضمن الشكليات الجوهرية التي يتعين احترامها من قبل الجهة المختصة بالتأديب، ويقصد بالتحقيق مجموعة الإجراءات التي تهدف إلى كشف الحقيقة، وهي التثبت والتأكد من وقوع الجريمة التأديبية ونسبتها إلى موظف معين، فهو يمثل مرحلة تمهيدية لمرحلة المحاكمة التأديبية التي يصدر فيها القرار التأديبي النهائي⁽²⁾.

(1) د.محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، مرجع سابق، ص422.

(2) د.نصر الدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة، دراسة موازنة في القانون الليبي والمصري والشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، 2002م، ص699 وما بعدها.

وقد نص على ذلك المشرع الليبي في القانون رقم 12 لسنة 2010م⁽¹⁾ بشأن إصدار قانون علاقات العمل، إذ نصت المادة 156 منه على أن: " لا يجوز توقيع عقوبة على الموظف إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه ومع ذلك يجوز للأمين المختص (الوزير) أو للكاتب العام (وكيل الوزارة) أو لرئيس المصلحة أو مدير الإدارة عند توقيع عقوبة الإنذار أو الخصم من المرتب أن يجري التحقيق مع الموظف شفاهة، على أن يثبت مضمونه في القرار الصادر بتوقيع العقوبة، كما يجوز دون اللجوء إلى التحقيق أن يوقع أيًا من العقوبتين المشار إليهما، إذا شاهد وقوع المخالفة بنفسه أو كانت ثابتة من واقع الأوراق والمستندات.. "

وهكذا بعد أن أرسى المشرع الليبي قاعدة عامة في مجال التحقيق، حيث اشترط إفراغه في شكل معين والمتمثل في الكتابة، أورد استثناء يتعلق ببعض العقوبات التأديبية، أو إذا كانت الواقعة متلبسًا بها.

القاعدة العامة أن القرارات الإدارية يمكن أن تصدر بأي صورة وفي أي شكل فقد تصدر مكتوبة أو شفوية بشكل صريح أو ضمني كما قد تصدر بالإشارة أيضًا، طالما أنه بين وبجلاء إرادة جهة الإدارة إلى إحداث أثر قانوني معين.

ب/ قواعد تشكيل وانعقاد المجلس التأديبي

من المستقر عليه في المجال الإداري أن القواعد المتعلقة بتشكيل المجالس التأديبية، وما يتبع أمامها من إجراءات يعتبر من القواعد الأساسية والجوهرية المتعلقة بالنظام العام والتي يترتب على عدم مراعاتها بشكل جزئي أو كلي بطلان تشكيل هذه المجالس وما يصدر عنها من عقوبات تأديبية، إذا ما انعقدت بنصاب يزيد أو ينقص عن العدد المحدد، فإذا اشترط المشرع لصحة انعقاد مجلس التأديب أن يتكون من ثلاثة أعضاء وكان المجلس قد انعقد بأربعة

(1) مدونة التشريعات، السنة العاشرة، العدد السابع، 2010م، ص 260.

أعضاء خلافاً للوجه الذي اشترطه المشرع، فإن انعقاده على هذا النحو يكون باطلاً لمخالفته لإجراء جوهرى واجب الإتياع⁽¹⁾.

ج/ تسبب القرار التأديبي

القاعدة العامة أن جهة الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها الإدارية، غير أن المشرع الليبي خرج عن هذا الأصل فيما يتعلق بالقرارات التأديبية⁽²⁾، فقد يشترط القانون تسبب بعض القرارات الإدارية، وحينئذ يصبح هذا الإجراء شكلاً أساسياً في القرارات يترتب على إهماله بطلانه. أما إذا لم يلزم المشرع الإدارة بذلك، فليس عليها حرج في أن تخفي تلك الأسباب. وهذا هو المسلك في فرنسا وما أخذ به مجلس الدولة المصري باستمرار⁽³⁾. فالتسبب في القرارات التأديبية من الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون بصورة آمرة، ويترتب على إهداره عدم مشروعية القرار التأديبي⁽⁴⁾.

وهو ما نصت عليه المادة 156 من القانون رقم 12 لسنة 2010م بشأن إصدار قانون علاقات العمل، إذ نصت على أن: ".... وفي جميع الأحوال يجب أن يكون القرار الصادر بتوقيع العقوبة مسبباً".

كما حرص المشرع الأردني على النص صراحة على تسبب القرارات التأديبية، حيث نصت المادة 44/أ من نظام الخدمة المدنية رقم 1 لسنة 1998م

(1) أنظر: د حسين حموده المهدي، شرح أحكام الوظيفة العامة، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، طرابلس ط1، 1986م، ص430، أنظر أيضاً: حكم المحكمة العليا، طعن إداري، رقم 30/28 ق، مشار إليه ص9 وما بعدها من البحث.

(2) د.خليفة سالم الجهمي، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، ط1، 2009م، ص270. أنظر أيضاً في ذات المعنى: د.عمر محمد السيوي، مرجع سابق، ص253 وما بعدها.

(3) د.سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996م، ص649.

(4) د.نصر الدين مصباح القاضي، مرجع سابق، ص788.

على أن: " على المجلس التأديبي أن يصدر قراره النهائي في أي دعوى تأديبية أحيلت إليه خلال مدة لا تزيد على تسعين يوماً من تاريخ تقديمها إلى رئيسه متضمناً الأسباب والعلل التي بني عليها مستخلصة من البيانات المقدمة في الدعوى، ومستندة إلى الأحكام القانونية والنظامية المعمول بها.. " (1).

ويقصد بتسبيب القرارات الإدارية إفصاح الإدارة في صلب قرارها عن الأسباب التي دعتها إلى إصدارها. والتسبيب يختلف عن السبب في القرار الإداري. فالسبب هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تستند عليها جهة الإدارة في إصدارها لقراراتها، وبالتالي فإن السبب هو ركن من أركان القرار الإداري يؤدي تخلفه إلى عدم مشروعية القرار لعيب في سببه، أما التسبيب فهو شرط شكلي لصحة القرار الإداري يؤدي إغفاله إلى بطلانه لعيب في شكله (2).

ويعد التسبيب للقرارات الإدارية من أنجع الضمانات المقررة للأفراد بحسابه يتيح لهم ولل قضاء في آن واحد التثبت من مشروعية القرار، وهو ما حدى بالمشروع الفرنسي في القانون رقم 587 لسنة 1979م إلى إلزام الإدارة بتسبيب كافة قراراتها التي قد تلحق ضرراً بالأفراد، بما يجعلها أي الإدارة تتريث قبل إصدار قراراتها وتسعى فيها إلى إقامة رباط منطقي بين منطوق القرار وأسبابه، ويشترط في التسبيب أن يرد في صلب القرار، يجب أن يكون التسبيب واضحاً لتتحقق الغاية منه، بعيداً عن الغموض أو القصور في البيان (3).

وبعد أن حددنا مفهوم الشكل وصور الشكل في القرار التأديبي نتجه للحديث عن دور القضاء الإداري في الرقابة على ركن الشكل في القرار التأديبي.

(1) د.نواف كنعان، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2002م، ص276.

(2) د.محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، مرجع سابق، ص419.

(3) د.خليفة سالم الجهمي، مرجع سابق، ص271 وما بعدها.

المطلب الثاني

مظاهر رقابة القضاء الإداري على ركن الشكل في القرار التأديبي

لا تتمتع الجهة المختصة بالتأديب بسلطة مطلقة عند مباشرتها لاختصاصها التأديبي، إذ تخضع لرقابة القضاء الإداري الذي يضمن عدم انحرافها عن تطبيق القانون لسلامة ومشروعية القرار التأديبي وهو ما يعتبر ضماناً فعّالاً وناجعة في هذا الصدد، وذلك بالنظر إلى خطورة القرارات التأديبية والأثر المترتب عليها.

واختصاص القضاء الإداري في هذا الشأن يستند إلى القانون رقم 88 لسنة 1971م⁽¹⁾ بشأن القضاء الإداري والذي نص في المادة الثانية منه على أن: " تختص دائرة القضاء الإداري دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية:..... 3. الطلبات التي يقدمها الموظفون العامون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية.

ويشترط لقبول الطلبات المنصوص عليها في البنود 2 و3 و4 و5 و6 من الفقرة السابقة أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو إساءة استعمال السلطة "

كما نصت المادة الثالثة على أن: " تفصل دائرة القضاء الإداري في طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في المادة السابقة إذا رفعت إليها بصورة أصلية أو تبعية، ويترتب على رفع دعوى التعويض إلى دائرة القضاء الإداري عدم جواز رفعها أمام المحاكم العادية، كما يترتب على رفع دعوى التعويض أمام المحاكم العادية عدم جواز رفعها إلى دائرة القضاء الإداري "

(1) الجريدة الرسمية، السنة التاسعة العدد 59، ص1233.

يستفاد مما سبق أن الرقابة القضائية على القرار التأديبي تتخذ صورة دعوى إلغاء أو تعويض أو كلاهما معاً، فإذا لجأ صاحب الشأن إلى رفع دعوى الإلغاء بصورة مجردة أو ضمّنها تعويض فإن الاختصاص هنا هو اختصاص مانع للقضاء الإداري، أما إذا كانت الدعوى المرفوعة بشأن القرار التأديبي دعوى تعويض فقط عندئذ بإمكان المتضرر من أن يرفع دعواه أمام القضاء المدني أو أمام القضاء الإداري.

غير أنه إذا سلك أحد الطرفين يمتنع عليه اللجوء إلى الطريق الآخر منعاً لتضارب وتناقض الأحكام الصادرة عن القضاء المدني والقضاء الإداري⁽¹⁾. وبما أن القرار التأديبي يدخل في نطاق القرارات الإدارية، فإن القاضي الإداري يسبغ رقابته على هذا القرار من حيث الاختصاص بإصداره والمحل (العقوبة التأديبية) والسبب (المخالفة التأديبية) والغاية، بالإضافة إلى الإجراءات التي تمت في هذا الصدد أو ما يعرف بركن الشكل "محل الدراسة".

ويبسّط القضاء الإداري رقابته على الإجراءات السابقة للقرار التأديبي أي الإجراءات التي تمهّد لصدور ذلك القرار ومن ضمنها التحقيق مع صاحب الشأن وتمكينه من الدفاع عن نفسه.

وهو ما أكّده المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 24 إبريل 1975م والذي جاء فيه: "إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن تأديب الموظف له أصوله وضوابط تملّحها قاعدة أساسية هي ضرورة تحقيق الضمان وتوفير الاطمئنان والأمان للموظف موضوع المساءلة الإدارية فلا تجوز مساءلته إلا بعد تحقيق تكون له كل مقومات التحقيق القانوني الصحيح وكفالاته وضمّاناته من حيث وجوب استدعاء الموظف وسؤاله ومواجهته بما هو منسوب إليه وتمكينه من الدفاع عن نفسه وإتاحة الفرصة له لمناقشة

(1) أنظر: د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، مرجع

شهود الإثبات وسماع من يرى الاستشهاد بهم من شهود النفي وغير ذلك من مقتضيات الدفاع وهو أمر تقتضيه العدالة والأصول العامة كمبدأ عام في كل محاكمة جنائية أو تأديبية دون حاجة للنص عليه ومع ذلك فقد نصت عليه معظم الدساتير...⁽¹⁾.

كما اتجه مجلس الدولة المصري إلى تقرير ذات الحكم من حيث تمكين الفرد من الدفاع عن نفسه، ببيان التهمة الموجهة إليه في إعلان الحضور. فإذا جهلت هذه التهمة، وفوجئ بها الفرد أمام مجلس التأديب، فإن القرار يكون باطلاً⁽²⁾.

كما تتصرف رقابة القضاء الإداري إلى قرار الإحالة إلى المحاكمة التأديبية والذي يترتب على عدم الالتزام به بطلان القرار التأديبي. وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 2004/4/18م ومما جاء في حكمها: "..... وحيث أنه وإن كان إعلان المتهم بقرار الإحالة المتضمن بياناً بالمخالفات المنسوبة إليه وبتاريخ الجلسة المحددة

(1) طعن إداري، رقم 22/1 ق، مجلة المحكمة العليا، السنة الحادية عشرة، العدد الرابع، يوليو، 1975م، المكتب الفني، ص21. أنظر أيضاً: حكم محكمة القضاء الإداري في مصر في القضية رقم 6/834 ق، 18 يناير 1953م، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، السنة السابعة، ج 2، المكتب الفني، ص334، أشار إليه د.نصر الدين مصباح القاضي، مرجع سابق، ص505. أنظر أيضاً: حكم محكمة العدل العليا الأردنية، قرارها رقم 10 في القضية رقم 97/111 بتاريخ 1997/9/9م غير منشور، أشار إليه د.نواف كنعان، مرجع سابق، ص282.

(2) حكم المجلس الصادر في 18 نوفمبر سنة 1953م، السنة الثامنة، ص73، أشار إليه د.سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص669.

نظر الدعوى التأديبية يعتبر إجراءً جوهرياً يترتب على إغفاله بطلان قرار مجلس التأديب.....⁽¹⁾.

كما يراقب القاضي الإداري أيضاً القواعد المتعلقة بتشكيل المجالس التأديبية وفقاً لما نصّت عليه القوانين واللوائح الصادرة بشأنها.

ومن ذلك ما قضت به المحكمة العليا الليبية في حكمها الصادر بتاريخ 3 يونيو 1984م بقولها: " متى كان من المقرر في الفقه في القضاء الإداري أن القواعد الخاصة بتشكيل المجالس التأديبية والإجراءات التي تتبّع أمامها تعتبر من القواعد الجوهرية المتعلقة بالنظام العام ويترتب على إغفالها كلياً أو جزئياً بطلان تشكيل هذه المجالس وبطلان القرارات التي تصدرها، ولو لم يرد بذلك نص في القانون وكانت المادة 40 من لائحة النظام الدراسي والتأديبي والاجتماعي الصادرة في 1970/6/5م قد بيّنت كيفية تشكيل مجلس التأديب الخاص بالطلبة وحددت عدد أعضائه بثلاثة أعضاء معينين وكان الواقع في الدعوى أن مجلس التأديب المطعون في قراره قد شكل من أربعة أعضاء خلافاً لما تقضي به المادة المذكورة فإن تشكيله على هذا النحو يكون باطلاً لمخالفته لإجراء من الإجراءات الجوهرية الواجبة الإلتباع ويترتب على ذلك أن القرار المطعون فيه يكون هو أيضاً باطلاً لصدوره من مجلس لم يشكل تشكيلاً صحيحاً.

والقول بأن المقصود بالزيادة في أعضاء المجلس إنما هو تحقيق الضمانات المقررة في اللائحة، وأن القرار المطعون فيه قد أعتد من اللجنة الشعبية العامة لا يغير من الأمر شيئاً لأن الضمانات المقررة في اللائحة لا تتحقق إلا بإتباع الشكل الذي حدده المشرع وليس بمخالفته كما أن اعتماد

(1) طعن إداري، رقم 47/112 ق، مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، 2004م،

اللجنة الشعبية العامة للقرار ليس من شأنه أن يزيل عيب الشكل الذي لحق بهذا القرار....⁽¹⁾.

من خلال استقراء هذا الحكم يتبين وبجلاء أن سلطة التأديب يتعين عليها التزام واحترام القواعد الخاصة بتشكيل مجلس التأديب والمنصوص عليها في القوانين واللوائح، وليس لها أن تضيف ضمانات لإجراء المحاكمة التأديبية، لم يرد بشأنها نص معين.

وفي ذات المعنى ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 20 فبراير سنة 1957م إلى أن: "إن قواعد تشكيل مجالس التأديب من النظام العام، وتتعلق بإجراء جوهرى روعي فيه الصالح وهو حسن سير المحاكم التأديبية. ومن ثم فإن تشكيل المجلس الابتدائي بغير عضوية موظف من درجة مدير عام من مصلحة الري التي يتبعها المدعي يؤدي إلى بطلان هذا التشكيل، وبالتالي إلى بطلان جميع الإجراءات التي صدرت منه"⁽²⁾.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بضرورة تسبيب الأحكام والقرارات التأديبية وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 17/6/1989م بقولها: "يتعين أن تصدر الأحكام والقرارات التأديبية بالنسبة للعاملين مسببة لیتسنى لمن صدرت بشأنه أن يطعن عليها أمام الجهات الرئاسية أو المحاكم القضائية المختصة لكي تباشر ولايتها في الرقابة على مشروعية تلك الأحكام أو القرارات التأديبية بحسب الأحوال والعامل شرع حقه في الدفاع عن نفسه في جميع المراحل

(1) طعن إداري، رقم 30/28ق، مجلة المحكمة العليا، السنة الثانية والعشرون، العدد الأول، أكتوبر 1985م، المكتب الفني، ص26.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 20 فبراير 1957م، السنة الحادية عشرة، ص224، أشار إليه د.سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص661.

اللازمة إدارياً أو قضائياً ليستقر مركزه القانوني من الناحية التأديبية على أساس من الحق والحقيقة وفي إطار من سيادة القانون والشرعية....⁽¹⁾

وبناءً على ما سبق فإن القاضي الإداري إذا ما تأكد من صحة ما يدعيه الطاعن قبل القرار التأديبي من حيث عدم مراعاة الضوابط الشكلية لإصدار ذلك القرار، فإنه سيقوم بإلغائه ما لم تقم الإدارة بإلغائه أو إعدامه بأثر رجعي عن طريق سحبه دون التقيد فيه بميعاد الطعن على القرارات الإدارية (60 يوم)، حيث لا يكتسب هذا القرار أية حصانة مهما ما سرى عليه من الزمن.

غير أن ولاية القضاء الإداري في الرقابة على القرار التأديبي لا تتصرف إلى تعديل القرار المطعون فيه، بأن يحل القاضي محل الإدارة في عمل أو إجراء هو من صميم اختصاصها⁽²⁾.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي لا يعترف بمسؤولية الإدارة فيما يتعلق بعيب الشكل ما لم يكن الشكل جوهرياً أما إذا كان الشكل ثانوياً فلا يحكم بالتعويض، ففي حكمه الصادر بتاريخ 7 فبراير سنة 1934م في قضية (Guidicelli) حكم بتعويض أحد الموظفين لفصله من غير استشارة مجلس التأديب مقدماً؛ لأن هذه الشكلية أساسية".

وبالمقابل رفض مجلس الدولة الفرنسي الحكم بالتعويض على الرغم من قيامه بإلغاء القرار الصادر عن مجلس التأديب لعيب في شكله، وذلك بالاستناد إلى أن القرار سليم من حيث الموضوع ففي حكمه الصادر بتاريخ 7 يونيو سنة

(1) أشار إليه د. خالد عبد الفتاح محمد، الموسوعة الشاملة في شرح النظام التأديبي للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام والكوادر الخاصة في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام 2003م، الجزء الأول والثاني، ط2، 2004م، 34/1121 (17/6/1989م)، ص716.

(2) أنظر طعن إداري، رقم 23/37ق، مجلة المحكمة العليا، السنة الثالثة عشر، العدد الرابع، يوليو 1977م، المكتب الفني، ص18.

1940م في قضية (Dame Hoarau) قضى مجلس الدولة بإلغاء قرار فصل طالب من إحدى المدارس لعيب في شكله ولكنه رفض التعويض؛ بالنظر إلى جسامه الأفعال الصادرة منه وكونها تبرر فصله⁽¹⁾.

وفي ذات الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه: " إذا اعترى القرار الإداري عيب في الشكل المقرر لإصداره، أو فيما يتعلق بالسلطة المقررة لإصداره، فإن هذا القرار لا يولد مسؤولية الإدارة عن تعويض الآثار الضارة الناجمة عن تنفيذه في جميع الحالات، حيث تنتفي المسؤولية طالما أن هذا العيب غير مؤثر في موضوع القرار الذي كان سيصدر على أية حال بذات المضمون"⁽²⁾.

ومن الجدير ذكره في هذا الصدد أن الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري لعيب في شكله قد لا يكون ذات جدوى من الناحية العملية. إذ أن مثل هذا الحكم لا يحول دون قيام جهة الإدارة بإصدار ذات القرار المحكوم بإلغائه بعد أن تراعي الشكليات والإجراءات التي يتطلبها القانون. فالحكم الصادر بإلغاء قرار فصل طالب أو موظف لصدوره عن مجلس تأديبي مشكل بأقل من النصاب القانوني المقرر لا يمنع جهة الإدارة من إصدار ذات القرار من قبل مجلس تأديبي مشكل تشكيلاً صحيحاً⁽³⁾.

(1) أنظر: د، سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن على الأحكام، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996م، ص141 وما بعدها.

(2) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 30/2553ق، جلسة 10/1/1993م، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج39، ص101، أشار إليه د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007م، ص176.

(3) د.محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، مرجع سابق، ص433.

وإن كان استدراك عيب الشكل وتصحيحه بقرار لاحق أمراً مسلماً به لجهة الإدارة، إلا أن الأمر يدق عندما تقرر جهة الإدارة أن تستدرك ما أصاب قرارها من عيب في الشكل بقرار يمتد أثره إلى تاريخ نفاذ قرارها السابق أي بأثر رجعي.

حيث انقسم الفقه الإداري إلى اتجاهين بهذا الشأن، فالاتجاه الأول يذهب إلى عدم إمكانية الاستيفاء اللاحق لعيب الشكل بصورة رجعية، لأن في ذلك مساس بمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، وما فيه من إهدار لضمانات الأفراد والحكمة التي توخاها المشرع في هذا الصدد، مما سيؤدي إلى عدم اهتمام جهة الإدارة واكثراتها بقواعد الشكل عند إصدارها لقراراتها، حيث تضع في اعتبارها مسبقاً إمكانية التصحيح الرجعي لعيب الشكل، في حين يذهب الاتجاه الآخر من الفقه يعترف لجهة الإدارة بأحقيتها في التصحيح اللاحق لعيب الشكل بأثر رجعي دون أي تغيير في مضمونه، استناداً إلى حق الإدارة في تعديل قرارها بعد إصداره فمن باب أولى إجازة التصحيح اللاحق للإجراءات الشكلية تفادياً لإلغاء القرار.

أما القضاء الإداري الليبي فإنه ومع اعترافه بإمكانية تصحيح القرار الباطل بقرار جديد على الوجه الصحيح، فإنه يؤيد الاتجاه الأول، إذ لا ينتج هذا القرار أثره إلا فور صدوره ولا ينسحب على الماضي، لتصحيح القرار السابق⁽¹⁾.

(1) أنظر: د. عمر محمد السيوي، مرجع سابق، ص 260 وما بعدها. أنظر أيضاً: د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 688. أنظر أيضاً: د. خليفة سالم الجهمي، مرجع سابق، ص 284-286.

الخاتمة

استعرضنا في هذه الدراسة موضوع رقابة القضاء على ركن الشكل في الفرار التأديبي، ومن خلال ذلك تم التوصل إلى بعض النتائج نعرضها أولاً وثم نحدد بعض التوصيات المقترحة ثانياً.

أولاً: النتائج

- عندما يحدد القانون - بمعناه الواسع - شكلاً معيناً للقرار التأديبي، فإن هذا الشكل يعتبر شكلاً جوهرياً يترتب على إغفاله بطلان القرار التأديبي.
- هناك فرق بين الشكليات الثانوية والشكليات الجوهرية في القرار التأديبي، فلا يترتب على عدم الالتزام بالأولى أي أثر على القرار التأديبي على خلاف الثانية.
- لركن الشكل في القرار التأديبي علاقة بالنظام العام، تخول القاضي الدفع به من تلقاء نفسه والتمسك بهذا الدفع من قبل الخصوم ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا.
- القرار التأديبي يعتبر تصرفاً قانونياً مركباً بحيث لا يكتمل وجوده القانوني بعملية واحدة، إذ لا بد فيه من السير في بعض الإجراءات التمهيدية والتي تنتهي بإصدار قرار نهائي يتضمن العقوبة التأديبية.
- لا يتحصن القرار التأديبي المعيب في شكله كغيره من القرارات الإدارية المعيبة بذات العيب، من الطعن عليه بالإلغاء أمام دوائر القضاء الإداري لفوات الميعاد المحدد للطعن على القرارات الإدارية وهو 60 يوم.
- يخضع القرار التأديبي كغيره من القرارات الإدارية الأخرى لرقابة القضاء الإداري للوقوف على مشروعية هذا القرار من عدمه.

ثانياً: التوصيات

- يتعين الالتزام بالشكليات المحددة لإصدار القرار التأديبي، حتى لا يكون عرضة للطعن عليه أمام القضاء الإداري.

- يجب ألا يكون مكنة الاستيفاء اللاحق لعيب الشكل، هو الأساس الذي تضعه جهة الإدارة في حساباتها عند إصدارها للقرارات التأديبية، مما يجعل السمة الغالبة عليه التسرع والارتجال، بما يضر بحقوق من تصدر بشأنهم.
- يجب أن يكون رائد الإدارة في إصدار القرارات التأديبية، تحقيق المصلحة العامة وليس الانتقام والتشفي من المحال للتأديب، وأن لا يستغل رجل الإدارة ذلك لتحقيق مآرب شخصية.
- على الجهة المختصة بالتأديب أن تضع في اعتبارها أن التأديب وسيلة وليس غاية في ذاته.

المصادر والمراجع

- الجريدة الرسمية، السنة التاسعة، العدد 59.
- د. حسين حموده المهدي، شرح أحكام الوظيفة العامة، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، طرابلس، الطبعة الأولى، 1986م.
- د. خالد عبد الفتاح محمد، الموسوعة الشاملة في شرح النظام التأديبي للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام والكوادر الخاصة في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام 2003م، الجزء الأول والثاني، الطبعة الثانية، 2004م.
- د. خليفة سالم الجهمي، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، الطبعة الأولى، 2009م.
- د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996م.
- د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن على الأحكام، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996م.
- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007م.

- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للقرارات الإدارية في الفقه والقضاء، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008م.
- عمر محمد السيوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار ومكتبة الفضيل، للنشر والتوزيع، بنغازي، الطبعة الأولى، 2013م.
- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996م.
- مجد الدين الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، 2007م.
- مجلة المحكمة العليا، المكتب الفني.
- د. محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، الطبعة السادسة، 2010م.
- د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، الطبعة الخامسة، منشورات المكتبة الجامعية، الزاوية، 2010م.
- مدونة التشريعات، السنة العاشرة، العدد السابع، 2010م.
- د. نصر الدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة، دراسة موازنة في القانون الليبي والمصري والشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، 2002م.
- د. نواف كنعان، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2002م.

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (بوت-BoT) ودورها في التنمية

أ. محمد أحمد كرواد(*)

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

لقد كان الأسلوب السائد للقيام بالتنمية الاقتصادية في الدول النامية إبان عقدي الخمسينيات والستينيات من القرن الماضي هو أن تقترض الحكومة من الدول الأجنبية أو من البنوك الدولية أموالاً لإنشاء مشروعات البنية التحتية اللازمة للتنمية حتى تعوض عقود الاستثمار الطويلة التي كانت المستعمرات (الدول النامية) من خلالها تعتبر مصدر للمواد الخام للدول الاستعمارية التي بنت ثرواتها من نزف موارد تلك الدول ثم تصنعها وبيعها لها بأثمان باهظة.

ولما نالت المستعمرات استقلالها وجدت حكوماتها أنها قد تخلفت عن الدول المتقدمة بعشرات السنين وبالتالي لجأت إلى الاقتراض على نطاق واسع لتحاول اللحاق بالدول المتقدمة حتى بلغت ديون معظم الدول النامية مئات الملايين من الدولارات، ولقد ترتب على ذلك إرهاب ميزانيات الدول النامية نتيجة سداد أقساط القروض والفوائد السنوية.

ونظراً لهذا الإرهاب المالي الشديد الذي أثر على الخدمات الواجب تقديمها لمواطني الدول النامية بدأت الدول النامية في التفكير في حلول أخرى يمكن أن تتم عن طريقها التنمية ويتم إنشاء المشروعات دون قروض دولية ودون أن تتحمل ميزانية الحكومة أعباء جسيمة.

(*) مستشار قانوني بإدارة المنطقة الحرة، مصراتة.

ومن وسائل التنمية وبالاعتماد على القطاع الخاص وجدت الدول النامية ضالتها في نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (Build-Operate-Transfer) وبالاختصار (B. O. T) الذي يتولى فيه القطاع الخاص بناء المشروع بامتياز تمنحه له الحكومة ثم يقوم بتشغيله لمدة زمنية طويلة تصل إلى ثلاثين عاماً ثم بعد ذلك يقوم بنقل ملكيته للحكومة عقب انتهاء مدة الامتياز، وتستفيد الدولة من خلال هذا النظام فائدة مزدوجة فهي تحصل في مقابل الامتياز على نسبة متفق عليها ولا تتحمل عبئاً على ميزانيتها ثم تستلم المشروع كاملاً بعد انتهاء مدة العقد⁽¹⁾.

ومن خلال هذه الورقة سوف نقوم باستعراض هذا النظام من خلال مطلبين حيث نتناول في المطلب الأول ماهية عقود البوت موضحين تعريفها وأنواعها وطبيعتها، وفي المطلب الثاني نستعرض التنظيم القانوني والفقهى لهذا النوع من العقود.

المطلب الأول

ماهية عقود البوت (BoT)

إن تمويل مشاريع بناء وتشبيد البنية التحتية وإقامة المرافق العامة التي تتضمن إقامة محطات توليد الكهرباء، والاتصالات، ومحطات معالجة المياه، والصرف الصحي، والغاز، وبناء الطرق والجسور والكباري والسدود والقنوات والمطارات والموانئ والسكك الحديدية، إضافة إلى مشاريع خدمات التعليم والصحة والأمن والدفاع، وغيرها، كل هذه المشاريع يمثل تمويلها عبئاً مالياً على نفقات جميع الدول وخاصة الدول النامية.

(1) د. خالد ممدوح إبراهيم، عقود الاستثمار الدولية وصياغتها (BOT)، ندوة عقود الاستثمار

الدولية ومنازعاتها، الفترة من 16 إلى 20/07/2007م، الدار البيضاء - المغرب،

لقد اعتادت الدول في الماضي على إقامة وبناء وتشغيل هذه المشاريع وتمويلها من خزينتها على قدر استطاعتها، أو تمويلها عن طريق الاقتراض الداخلي باللجوء إلى إصدار السندات، أو الاقتراض الخارجي من المؤسسات العامة كالبنك الدولي للإنشاء والتعمير ومؤسسة التنمية الدولية، وأخيراً قد تلجأ الدول إلى زيادة نسبة الضرائب والرسوم المفروضة على المواطنين أو قد تفرض عليهم ضرائب جديدة لتوفير التمويل اللازم لإقامة مثل هذه المشاريع، ولكن ومع مرور الوقت تنبهدت الكثير من الدول وخاصة النامية منها إلى صعوبة الاعتماد على الوسائل السابقة في تمويل مشاريع البنية التحتية، وبالتالي تنفيذ خططها التنموية، فخرزنتها لا تتوفر فيها الأموال اللازمة لتمويل جميع هذه المشاريع لقلّة مواردها من ناحية، ولأن الاقتراض الداخلي باللجوء إلى طرح السندات الحكومية لا يجد الطلب الكافي من المواطنين لشراء هذه السندات نظراً لارتفاع نسبة التضخم الذي يتصف به اقتصاد الدول النامية، وانخفاض دخول النسبة الغالبة من المواطنين في هذه الدول إلى جانب انخفاض الوعي المالي والمصرفي لدى قطاع كبير منهم، أما بالنسبة للاقتراض الخارجي من المؤسسات العالمية فهو أكثر صعوبة لأن هذه المؤسسات لا تمنح الدول الراغبة في الحصول على تمويل لمشاريعها إلا نسبة ضئيلة من القروض المطلوبة لتمويل هذه المشاريع، إضافة إلى أن هذه القروض محكومة بشروط واعتبارات من المؤسسات العالمية تؤدي إلى صعوبة حصول الدول النامية على هذه القروض، وفي حالة لجوء الدولة إلى الزيادة في نسب الضرائب والرسوم أو فرض ضرائب جديدة على المواطنين فسيواجه ذلك غالباً بمقاومتهم وحدوث بعض الاضطرابات السياسية في الداخل.

كل هذه الأمور دفعت الدول إلى التفكير في إيجاد وسائل بديلة توفر لها التمويل اللازم لإنجاز هذه المشاريع الهامة التي تقدم خدمات أساسية وضرورية للمواطنين، ومن هنا سعت دول العالم سواء المتقدمة منها أو النامية إلى

التخصيص ويقصد به مشاركة القطاع الخاص في تنفيذ هذه المشاريع وإدارتها وتشغيلها وتنازل الحكومة عن دورها التقليدي في احتكار إقامة مشاريع البنية التحتية ومن ثم التخفيف من أعبائها المالية والإدارية، وتفرغها للأعباء الرئيسية والهامة كالأمن والدفاع ونحوها.

ومن الأساليب الجديدة لمظاهر التخصيص ومنح القطاع الخاص امتيازات لتنفيذ مشاريع البنية التحتية أسلوب البناء والتشغيل ونقل الملكية أو ما يعرف بعقود البوت (BOT).

وفي هذا المطلب سوف نقوم بتعريف هذا النوع من العقود في الفرع الأول، ونبين أنواعها وطبيعتها في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تعريف عقود البوت

لقد استخدم هذا المصطلح باللغة الإنجليزية Transfer Operate Build (BOT) لأول مرة من رئيس الوزراء التركي الراحل (تورجوت أوزال) وذلك في بداية عقد الثمانينيات من القرن الماضي، وهذا الاصطلاح في حد ذاته ليس اصطلاحاً قانونياً كما أنه ليس له تعريف قانوني محدد، لكن وبالرغم من ذلك فقد اكتسب قبولاً دولياً وصارت له دلالة محددة ومنضبطة في العمل الدولي.

ويقصد بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) تلك المشروعات التي تعهد بها الدولة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية وتسمى شركة المشروع وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة زمنية محددة ثم نقل ملكيته إلى الدولة، وقد عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسترال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنها (شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخاصة ويدعى شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق

أرباحاً من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة).

ويعرف هذا النظام بأنه نظام من نظم تمويل مشروعات البنية الأساسية تلتزم فيه شركة المشروع بمقتضى اتفاق تبرمه مع الدولة بتصميم وبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي ويرخص لشركة المشروع بتملك أصول هذا المشروع وتشغيله بنفسها أو عن طريق الغير ويكون عائد تشغيل المرفق خالصاً لها على نحو يمكنها من استرداد تكلفة المشروع وتحقيق هامش ربح طوال مدة الترخيص وتلتزم شركة المشروع بنقل ملكية أصول المشروع إلى الدولة عند نهاية مدة الترخيص بالأوضاع والشروط الواردة في الاتفاق⁽¹⁾، وترمز حروف B-O-T إلى الحروف الأولى لثلاث مصطلحات إنجليزية وهي Build وتعني البناء، Operate وتعني التشغيل، Transfer وتعني نقل الملكية.

والعنصر الأساسي الذي يميز نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية عن غيره من أشكال مشاركة الدولة للقطاع الخاص هو أن المستثمر الخاص في ظل هذا النظام يصرح له بتملك أصول المشروع خلال مدة الترخيص، وذلك على عكس عقود الخدمات والإدارة والتأجير والتزامات المرافق العامة، إذ أنه في جميع هذه الصور الأخيرة تظل ملكية المرفق كاملة للدولة أو إحدى الجهات التابعة لها⁽²⁾.

ولمعرفة أكثر لمفهوم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) نسلط الضوء على بعض جوانبه في التالي:

(1) د.بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي

الحقوقية، بدون سنة نشر، ص 63.

(2) هاني صلاح، مقال مفهوم BOOT كتاب الأهرام الاقتصادي، مكتبة الأهرام للبحث

العلمي، العدد 177، 2002م.

أولاً: أطراف عقود البوت

يتميز نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية بكثرة وتعدد الجهات والمؤسسات المشتركة في إتمامه، وتنفيذ المشروعات المنفذة بواسطته، والتي قد يصل عددها إلى العشرات، تبدأ بالدولة المضيفة وشركات المقاولات والتوريد والتمويل وغيرهم الكثير، لذلك ربما يكون من المناسب تمثيل هذه الجهات العديدة بطرفين فقط الطرف الأول الدولة المضيفة، والطرف الثاني الشركة المنفذة للمشروع⁽¹⁾.

ثانياً: مجالات عقود البوت

لقد كان من نتائج نجاح مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص انتشار استخدام هذا الأسلوب في معظم دول العالم، فأصبحت كثيراً من دول العالم وخصوصاً النامية منها تعتمد اعتماداً كبيراً على هذه المشروعات وتضعها في خططها الاستثمارية، وتشمل هذه المشروعات الاستثمارية:

- مشروعات البنية الأساسية مثل الطرق والكباري والموانئ والأنفاق.
- استغلال المناجم والمحاجر.
- المجمعات الصناعية.
- استصلاح الأراضي الصحراوية.
- إنشاء المطارات والمستشفيات.
- مشروعات الإذاعة والتلفزيون والقنوات الفضائية.
- مشروعات إقامة شبكات الري وخطوط نقل المياه.
- مجالات الطاقة ومنها الغاز الطبيعي والنفط والفحم.

(1) د.ناهد علي حسن السيد، حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، ورقة بحثية، الدورة التاسعة عشرة لمنظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، ص6.

- محطات الكهرباء والمياه والصرف الصحي.
- شبكات الاتصالات والانترنت.
- المجال الترفيهي كالمدن الترفيهية.
- المجال السياحي كالمنتجعات السياحية المختلفة.
- المجال العقاري والاستثماري (المجمعات السكنية - المجمعات التجارية).
- المجال التعليمي (المدارس - الجامعات).

ثالثاً: أهمية عقود البوت

تكمن أهمية عقود البوت في التالي:

- تمكين الدولة من توفير الخدمات الضرورية في مختلف المجالات.
- مساعدة الدولة على توجيه مواردها العامة إلى القطاعات الإستراتيجية.
- المساهمة في معالجة مشكلة الركود الاقتصادي والقضاء على البطالة.
- نقل وتوزيع المخاطر المالية والصناعية من الحكومة إلى نظام البوت.
- استفادة القطاع الحكومي العام من خبرات القطاع الخاص في إدارة وتشغيل هذه المشروعات.

رابعاً: مخاطر عقود البوت

تتركز أهم المخاطر التي قد تواجه الدولة نتيجة الأخذ بنظام البوت

في التالي:

- مخاطر ناجمة عن عدم استكمال تنفيذ المشروع طبقاً للمواصفات المحددة.
- مخاطر ناجمة عن سوء إدارة وتشغيل المشروع.
- مخاطر حدوث عجز أو عدم كفاية المواد اللازمة للتشغيل.
- المخاطر القانونية المتعلقة بالاختلاف في تفسير بنود العقد.
- عدم وجود إطار قانوني محدد يحكم نظام عقود البوت.
- الأخطار السياسية الناتجة عن عدم استقرار الأوضاع السياسية.
- المخاطر المتعلقة باحتمال تغيير قوانين الرسوم الجمركية والضرائب.

- المخاطر المتعلقة بقوانين الصرف وسعر العملات وتداولها.
- المخاطر الخاصة بعدم سلامة استخدام تصاريح نقل التكنولوجيا الخاصة بالمشروع.
- المخاطر الخاصة بعدم التسليم في الميعاد المتفق عليه.
- عدم وجود قانون (نظام) أو تشريع خاص ينظم عقود البوت.
- عدم موثمة البيانات القانونية لإنفاذ عقود البوت.
- غياب الشفافية.
- مغالاة المستثمرين في تقدير التكاليف الاستثمارية للمشروعات والهدف من ذلك فرض أسعار عالية على مستخدمي المشروعات بعد الانتهاء منها.
- قد يترتب على تشغيل بعض المشروعات أضرار بالأوضاع البيئية وهذا يقتضي من جانب الحكومات وضع اشتراطات تتعلق بالتوازن البيئي تكون كأحد شروط منح الامتياز.
- إن بعض المستثمرين قد يلجأون إلى استخدام معدات قديمة أو تكنولوجيا متأخرة نسبياً مما قد لا يوفر الجوانب الفنية اللازمة لخلق كوادر جديدة قادرة على استيعاب المستحدثات الفنية ونقلها.
- إجماع بعض المستثمرين عن الالتزام بحقوق العمال من تأمينات وضمن وتأمين صحي.
- إمكانية إهمال المستثمرين في صيانة المشروعات كلما قربت مدة انتهاء فترة الامتياز.

خامساً: إيجابيات عقود البوت

- يوفر مرافق مدنية للبلاد من دون إيقال ميزانية الدولة بما يكلفها مالياً لصرفها في مصالح وطنية أخرى.
- يستجلب مهارات الشركات المتخصصة المؤهلة في مشروع معين، وإدارته بكفاءة بعد الانتهاء منه.

- تدريب العمالة الوطنية: هذا النوع من العقود يعطي الفرصة للعمالة الوطنية على التدريب لإدارة المشروع بكفاءة بعد انتهاء فترة العقد وتحويل المشروع إلى إدارة البلاد
- نقل التكنولوجيا.
- تسترد الشركة المقاوله تكاليف المشروع، والأرباح المقدره لها منه من تشغيله.
- تتحمل الشركة المقاوله صيانة المشروع حتى تسليمه بحالة جيدة.
- تزداد أرباح الشركة المقاوله كلما طالت المدة، وكانت جودة المشروع عالية.

الفرع الثاني

أنواع وطبيعة عقود البوت (BOT)

أولاً: أنواع عقود البوت

تتعدد صور عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وتختلف أنماطها ولا تأخذ شكلاً واحداً، فبالإضافة إلى النوع الذي يعني البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T فإن الواقع العملي أبرز عدة صوراً أخرى وهي:

1. عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T)

Build-Owner Ship- Operate- Transfer

هذا النوع من العقود يتيح للمتعاقد مع الدولة بناء المشروع وإقامة هيكله ومعداته وتملكه لفترة مؤقتة، ويقتصر دور الدولة على الإشراف على التأسيس والتشغيل خلال فترة المشروع وبعد انتهاء هذه الفترة تعود ملكية المشروع للدولة.

2. عقد البناء والتملك والتشغيل (B.O.O)

Build – Owner Ship - Operate

هذه العقود تبرم بين الدولة والمتعاقد لإقامة المشروع وتأسيسه وتملكه بواسطة شركة امتياز تتولى الإشراف على التشغيل، ولا ينتهي هذا النوع من المشروعات بنقل ملكيته إلى الدولة ولكن بعد انتهاء الفترة المحددة يتم تجديد العقد أو انتهاء المشروع لانتهاء العمر الافتراضي له.

وتحصل الدولة على نصيب من الإيرادات التي يحققها المشروع مقابل منح الامتياز ودعم المشروع أمام الجهات المختلفة.

3. عقد التصميم والبناء والتمويل والتشغيل (D.B.F.O)

Design – Build –Finance -Operate

في هذا النوع من العقود تتفق الدولة مع المتعاقد على إقامة مشروع البنية الأساسية أو المرفق العام وفقا للشروط الفنية والتصميمات التي تحددها الدولة للمتعاقد بواسطة الجهات الاستشارية، ويتولى المتعاقد الإنفاق على إقامة المشروع وتأسيسه وإمداده بالآلات والمعدات والأجهزة، ويتولى البحث عن تمويل من أحد البنوك العاملة في الدولة أو من البنوك الخارجية، ويقوم بتشغيل المشروع وفقا للضوابط التي تضعها له الدولة بعد فترة الامتياز حيث أن الدولة تحصل على مقابل الأرض وعلى قيمة أو نسبة من الإيرادات مقابل منح الامتياز.

4. عقد البناء ونقل الملكية والتشغيل (B.T.O)

Build – Transfer - Operate

يقصد بهذا النوع من العقود تعاقد الدولة مع المتعاقد على بناء المشروع أو المرفق العام ثم التخلي عن ملكيته لصالح الدولة التي بدورها تقوم بإبرام عقد آخر لإدارة وتشغيل المشروع خلال فترة العقد وذلك مقابل الحصول على إيرادات التشغيل ومن ثم تصبح الدولة مالكة للمشروع منذ البداية.

5. عقد البناء والتأجير ونقل الملكية (B.L.T)

Build –Lease- Transfer

في هذا العقد تتفق الدولة مع المتعاقد على بناء المشروع وتأجيره له لفترة زمنية يحصل خلالها المتعاقد على الإيرادات في مقابل أن يؤدي للدولة إيجار المشروع، ومن ثم تنتقل ملكيته للدولة.

6. عقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية (M.O.O.T)**Moderanize- Owner Ship – Operate – Transfer**

هنا تتفق الدولة على تطوير المرفق أو مشروع البنية الأساسية الموجود من قبل، وهذا معناه أن المتعاقد مع الدولة لا ينشئ المشروع وإنما تقتصر مهمته على تطويره تكنولوجيا مقابل أن يملكه لفترة يتولى خلالها إدارته والحصول على إيراداته على أن ينقل المشروع بما وصل إليه من تطور بعد انتهاء مدة العقد إلى الدولة.

7. عقد التجديد والتملك والتشغيل (R.O.O)**Rehabilitate- Owner Ship – Operate**

في هذا النوع من العقود تتعاقد الدولة مع المتعاقد من أجل تجديد أحد المشروعات العامة التي تحتاج إلى تجديد سواء من حيث المباني أو الآلات أو المعدات أو الأجهزة والأساس ووسائل النقل وغيرها في مقابل أن يمتلك المتعاقد المشروع ويتولى تشغيله والحصول على إيراداته على أن تحصل الدولة منه على مقابل انتقال ملكية المشروع منها إليه.

8. عقد البناء والتمويل ونقل الملكية (B.F.T)**Build – Finance– Transfer**

يقوم المتعاقد في هذا النوع من العقود بتقديم التمويل اللازم لإقامة مشروع من مشروعات البنية الأساسية ثم تقوم الدولة بسداد تكلفة التمويل إلى المشروع على أقساط.

9. عقد التأجير والتدريب ونقل الملكية (L.T.T)**Lease -Training– Transfer**

في هذا النوع من العقود يقوم المتعاقد بتمويل إقامة المشروع وتدريب العاملين التابعين للدولة ثم تأجير المشروع ليقوم بتشغيله خلال فترة زمنية معينة على أن تعود ملكية المشروع إلى الدولة عند انتهاء مدة العقد.

10. عقد البناء والتشغيل والتأجير ونقل الملكية (B.O.L.T)**Build - operate - lease - transfer**

هو نظام تعاقد يقوم فيه المتعاقد بالبناء والتشغيل والتأجير ونقل الملكية للدولة بعد فترة.

11. عقد التحديث أو التطوير والتشغيل ونقل الملكية (M.O.T).**Maintain - operate - transfer**

في هذا العقد يقوم المتعاقد بتحديث وتطوير المنشأة محل العقد وإدارتها لفترة ثم نقل الملكية للدولة.

12. عقد البناء والتشغيل. وتجديد الامتياز (B.O.R).**Build - operate - renew concession**

في هذا العقد يقوم المتعاقد ببناء وتشغيل المشروع وتجديد الامتياز.

13. إعادة التأهيل والصيانة وتشغيل ونقل الملكية (R.O.T).**Rehabilitate - operate - transfer**

في هذا العقد تعطي الدولة للمتعاقد معها المسؤولية وتحمل كل المخاطر للإصلاح (إعادة تأهيل) والارتقاء بالاستثمارات الموجودة وتطبيق تقنيات جديدة ثم تشغيل ونقل الملكية.

14. التشغيل والصيانة (O.M).**Operation - maintenance**

في هذا العقد يقوم المتعاقد بالتشغيل والصيانة وتبقى ملكية المشروع للدولة.

ثانياً: طبيعة عقود البوت

لقد ثار الخلاف الفقهي حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد البوت، وقد انقسمت آراء الفقهاء إلى ثلاثة اتجاهات وهي:

أ. الطبيعة الإدارية لعقود البوت

يذهب فريق من الفقهاء إلى القول بأن عقد البوت يعتبر من العقود الإدارية وذلك للأسباب التالية:

- إن عقد البوت هو امتداد لعقد الامتياز.
 - وجود الدولة كطرف في العقد.
 - تعلق العقد بإنشاء مرفق عام.
 - تضمن العقد لشروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.
- ب. الطبيعة المدنية لعقود البوت⁽¹⁾

يذهب أنصار هذا الرأي إلى إنكار الطبيعة الإدارية لعقد البوت ووصفه بصفة عقود القانون الخاص الأمر الذي يخضعه لقواعد القانون المدني، كما يختص القضاء العادي بنظر المنازعات الناشئة عنه ما لم ينص العقد على شرط التحكيم أو يتم إبرام مشاركة تحكيم بين الطرفين، وقد كانت حجج هذا الفريق متمثلة في التالي:

- قيام هذا العقد على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.
- يرتب هذا العقد حقوقا والتزامات بين الدولة والمتعاقد معها.
- عدم ظهور سلطان الإدارة الذي تتمتع به الدولة في مجال العقود الإدارية.
- خضوع العقد في منازعاته للقضاء العادي ويحكمه القانون المدني⁽²⁾.

ج. الطبيعة الخاصة لعقود البوت

يذهب فريق آخر من الفقهاء إلى اعتبار عقد البوت من العقود ذات الطبيعة الخاصة، حيث يتم إبرامه بعد مفاوضات طويلة بين الدولة والمتعاقد معها، كما أنه يعد مفهوما جديدا في مجال القانون يقوم على استخدام التمويل من

(1) د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م، ص 384.

(2) نجاتي عبدالغني إبراهيم غازي، التنظيم القانوني لعقد منح التزام المرافق العامة في ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام (BOT) دراسة تأصيلية - تطبيقية - مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007م، ص 75.

القطاع الخاص، إضافة إلى أن هذا النوع من العقود قد أوجد ضرورة وضع قواعد قانونية جديدة تتعلق بالأمور التالية:

- ملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع.
- مدى جواز تحويل الأموال التي يحققها المشروع إلى الخارج.
- مدى إمكانية إجراء تسوية المنازعات وديا.
- كيفية إعادة المشروع للدولة.
- الرسوم التي يحق للمتعاقد مع الدولة الحصول عليها من الأفراد.
- التأمينات العينية.
- مدى جواز حجز على الأموال.

المطلب الثاني

تنظيم وتمويل لعقود البوت (BOT)

ينظر الفقه إلى عقود البوت على أنها ليست عقودا مستحدثة، وإنما هي امتداد لعقود الالتزام (امتياز المرافق العامة)، وتجمع مشروعات البوت بين نوعين من القواعد القانونية أهمها مستقى من القانون الخاص والآخر مستمد من القانون العام، ففي قواعد القانون الخاص يمكن إرجاع مفهوم تمويل وإدارة القطاع الخاص لمشروعات البوت إلى فكرة تمويل المشروع بضمان السداد من عوائده، ومن ثم فإن الفكرة الأساسية لهذا النوع من التمويل هي أن المقرضين أو الممولين سوف يستردون رأس المال المقرض والأرباح من الدخل الذي يحققه المشروع بعد إتمامه، وأما عن القواعد المستمدة من القانون العام فترجع إلى أن الهدف الأساسي لراعي المشروع هو الحصول على امتياز تمنحه له الدولة، وبما أن الامتياز يتعلق غالبا بإنشاء وإدارة مرفق عام فإنه يخضع للقواعد التي تحكم عقود الامتياز، كما أن إنشاء المشروع يرد على عقار مملوك للدولة أو لإحدى الجهات العامة التابعة لها، لذلك فهو يخضع للقواعد المنظمة لعقود الأشغال العامة.

ولهذا السبب لم يضع المشرع الليبي قانوناً خاصاً يحدد القواعد التي تحكم عقد البوت في ذاته، وكذلك هو الحال في مصر إلا أن الرأي الغالب في الفقه والقضاء المصري لا يزال يعتبر عقد البوت من عقود التزام المرافق العامة، ومن ثم فإنه يطبق عليه القانون رقم 129 لسنة 1947م المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1958م بشأن التزام المرافق العامة، ولكن ونتيجة لزيادة فرصة إعمال هذا العقد وعدم مواكبة فكرة عقود التزام المرافق العامة للتطورات اللاحقة فقد قامت الحكومة المصرية بمعالجة بعض جزئيات عقد البوت بإصدار بعض التشريعات الخاصة ومنها على سبيل المثال القانون رقم 12 لسنة 1976م المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1996م بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر⁽¹⁾. ومن خلال هذا المطلب سوف نقوم بالحديث عن التنظيم القانوني لهذا النوع من العقود في التشريع الليبي في الفرع الأول، ونتناول في الفرع الثاني تمويل عقود البوت.

الفرع الأول

التنظيم القانوني لعقود البوت في التشريع الليبي

نتناول في هذا الفرع موقف المشرع الليبي من عقود البوت من خلال

النقاط التالية:

أولاً: صور عقود البوت في التشريع الليبي.

ثانياً: مراحل تنفيذ عقود البوت في التشريع الليبي.

لقد أشار المشرع الليبي لبعض صور وأنواع عقود البوت في لائحة العقود الإدارية الصادرة بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة سابقاً (مجلس الوزراء حالياً) رقم (563) لسنة 2007م وذلك في الباب السابع المتعلق بالأحكام الخاصة بعقود المشروعات غير الممولة من الميزانية العامة حيث عرف هذه

(1) د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 364.

المشروعات في المادة (136) بأنها⁽¹⁾ عقود المشروعات غير الممولة من الميزانية العامة للمشروعات الصناعية أو الخدمية أو مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة التي تطرحها الجهة أو الوحدة الإدارية ويجري تمويل رأس المال اللازم لتنفيذها من قبل أدوات التنفيذ كلياً أو جزئياً أو من أية جهة غير ممولة من الخزنة العامة، وتتولى الجهات أو الوحدات الإدارية شراء أو تأجير أو استئجار المنتج أو الخدمة وفقاً للشروط التي يتفق بشأنها، كما يجوز لأدوات التنفيذ بيع المنتج أو الخدمة للأفراد مباشرة في الحالات التي تحددها الوحدة الإدارية.

وهذه المشروعات إما مشروعات تملكها الجهات أو الوحدات الإدارية أو تملكها الجهات الخاصة بصفة مؤقتة.

أ. مشروعات تملكها الجهات أو الوحدات الإدارية:

وهي المشروعات التي تملكها الجهات والوحدات الإدارية وتطرحها للتنفيذ أو الإيجار أو التأهيل أو التطوير مع التشغيل، ثم يتم تسليمها في حالة صلاحة للتشغيل للجهة أو الوحدة الإدارية بعد انقضاء الفترة الزمنية المحددة في العقد.

ب. مشروعات تملكها الجهات الخاصة بصفة مؤقتة:

وهي المشروعات التي تطرحها الجهة أو الوحدة الإدارية للتنفيذ أو الإيجار أو التأهيل أو التطوير مع التشغيل وتملكها أدوات التنفيذ لمدة يحددها العقد على ألا تقل عن العمر التصميمي للمشروع).

وقد صنف المشرع الليبي المشروعات غير الممولة من الميزانية العامة وذلك في نص المادة (137) من لائحة العقود الإدارية على النحو التالي⁽²⁾:

(1) المادة (136) من لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007م.

(2) المادة (137) من لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007م.

أ. مشروعات تملكها الجهات والوحدات الإدارية:

- تصميم وتنفيذ وتشغيل وتسليم
- تأجير أو استئجار وتشغيل وتسليم
- تأهيل وتشغيل وتسليم
- تطوير وتشغيل وتسليم

ب. مشروعات تملكها الجهات الخاصة بصفة مؤقتة

- تصميم وتنفيذ وتملك وتشغيل
- تأهيل وتملك وتشغيل
- تطوير وتملك وتشغيل

وتجدر الإشارة هنا إلى ضرورة إصدار تشريع مستقل من قبل الجهات المسؤولة في الدولة الليبية يحكم عقود البوت ويبين الإطار القانوني لها وطبيعتها وكيفية فض منازعاتها نظرا للأهمية التي أشرنا لها في مطلع حديثنا عن هذه العقود.

ثانياً: مراحل تنفيذ عقود البوت

هناك إجراءات يتعين على الدولة أن تتبعها عند إبرام العقد، وفي مقدمة تلك الإجراءات هي اختيار المتعاقد مع الدولة، فالدولة ليست حرة كالأفراد في اختيار من تتعاقد معه، وإنما تخضع في اختيارها هذا إلى اعتبارين أساسيين، فالاعتبار الأول هو تحقيق أكبر وفر مالي للخزانة العامة، وهو ما يقتضي أن تلتزم الدولة باختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية، أما الاعتبار الثاني فهو المصلحة الفنية للدولة وهو ما يستتبع تمكين الدولة من اختيار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة التي تحرص هي على تحقيقها بصرف النظر عن الاعتبارات المالية⁽¹⁾.

(1) د.ياسر أحمد كامل الصيرفي، النظام القانوني لعقد BOT، مجلس النشر العلمي، جامعة

ولقد نصت لائحة العقود الإدارية الصادرة بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة سابقا (مجلس الوزراء حاليا) رقم (563) لسنة 2007م على طريقة التعاقد بهذا الأسلوب في نصوص المواد من 138 إلى 141 وذلك على التالي:

نصت المادة (138) فيما يتعلق بطرق اختيار المقاول على:

(تسري في شأن التعاقد على المشروعات غير الممولة من الميزانية العامة إجراءات التعاقد المنصوص عليها في هذه اللائحة.

على أنه في الحالات التي تستثنى فيها أدوات التنفيذ من القيد والتصنيف وفقا لما نصت عليه أحكام المادة (15) من هذه اللائحة فيجب أن تخضع أدوات التنفيذ للتقويم الفني والمالي المسبق قبل البدء في إجراءات التعاقد).

نصت المادة (139) فيما يتعلق بموضوع ومتطلبات المشروع على:

(تضع الجهة أو الوحدة الإدارية صاحبة المشروع متطلبات المشروع بمراعاة أحكام المادة (11) من هذه اللائحة إضافة إلى الآتي:

- تحديد دقيق لحجم المشروع أو سعته أو طاقته الإنتاجية بحسب الأحوال.
- تحديد دقيق لمواصفات المنتج أو الخدمة
- تقرير سعر شراء المنتج أو الخدمة خلال الفترة التي تقع تحت مسؤولية المقاول وأي تغيير في السعر وأسلوب تحديده وتغييره بناء على متطلبات تجارية أو نتيجة لتغيير مستوى وطبيعة الخدمة.
- أسلوب ومستوى تقديم الخدمة
- المدة الزمنية المقدرة لتنفيذ المشروع وتاريخ بدء التشغيل
- الفترة الزمنية المقدرة للتأهيل أو التطوير أو التملك أو التأجير أو الاستئجار مع التشغيل حسب الأحوال.

ونصت المادة (140) فيما يتعلق بلجان العطاءات غير الممولة من

الميزانية العامة على:

(تشكل لجنة خاصة لكل مشروع وفقا لحكام المادة (20) من هذه اللائحة بناء على اقتراح الجهة أو الوحدة الإدارية صاحبة المشروع).

ونصت المادة (141) فيما يتعلق بإبرام العقد على:

(تبرم العقود الخاصة بالمشروعات المحددة في هذا الباب وفقا لحكام هذه اللائحة وبالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة هذه المشروعات وبمراعاة ما يلي:

- حقوق المقاول المتعلقة بالملكية المؤقتة والحقوق الحصرية للمنتج أو الخدمة.
- واجبات المقاول في مجال التنفيذ والتشغيل وعلى الأخص ضمان الأداء والإنتاج والتأمين ضد الإهمال والقصور في تحقيق المستهدفات ومواجهة المسؤولية.
- حق الجهة المتعاقدة في تغيير مستوى وطبيعة الخدمة أو المنتج لصالح المستهلك أو المستفيد.
- تحديد علاقة المقاول بالمستفيد أو المستهلك في الحالات التي يتم فيها بيع المنتج أو الخدمة مباشرة للأفراد بحيث يتم توضيح حقوق ومسؤوليات المستفيد أو المستهلك والتزام المقاول باتخاذ الإجراءات اللازمة للتعامل مع شكاوى ودعاوى المستفيدين والمستهلكين من الخدمات أو المنتجات.
- إلزام المقاول بالقيام بفحص ومراقبة دورية للمشروع وتقديم تقارير عن ذلك للجهة المتعاقدة مع احتفاظ الجهة المتعاقدة بحقها في مراقبة التشغيل وجودة الخدمة أو المنتج.
- أسس تقويم الحالة الفنية لتسليم منشآت المشروع.
- حق المقاول في التعويض عن إخلال الجهة المتعاقدة بالتزاماتها النصوص عليها في العقد.
- حق الجهة المتعاقدة في أن تحل محل المقاول في القيام بإدارة المشروع لأسباب قوية تتعلق بالمصلحة العامة وذلك بقرار مسبب من الجهة المصدرة للإن بالتعاقد دون الإخلال بحق المقاول في التعويض إن كان له مقتضى.

ومن الواضح أن الاعتبار الأول يؤدي إلى تقييد حرية الدولة إلى مدى بعيد بينما ينتهي الاعتبار الثاني إلى منح الإدارة بعض الحرية في اختيار المتعاقد معها، وتراعي التشريعات عادة التوفيق بين هاذين الاعتبارين لحفظ الخزانة العامة مع عدم إهدار الاعتبارات الفنية⁽¹⁾.

ويخضع إبرام عقد البوت كأصل عام لأسلوب المناقصة العامة غير أن ذلك لا يمنع من اللجوء إلى أساليب التعاقد الأخرى إذا ما توافرت شروطها⁽²⁾. ويمر تنفيذ المشروعات وفق نظام البوت بمراحل زمنية يمكن تقسيمها إلى خمسة مراحل، وذلك على النحو التالي⁽³⁾:

1- مرحلة إعداد المشروع واختيار المتعاقد

تخضع هذه المرحلة لسلسلة من الإجراءات التي تتبعها الدولة من أجل اختيار المتعاقد معها على تنفيذ المشروع، وتكون هذه الإجراءات كما يلي:

– اختيار المشروع وإعداد مواصفاته من قبل الدولة:

تقوم الدولة بتحديد أولوياتها التي تحتاج إليها لخدمة المجتمع، ومن ثم تقوم بتشبيد البنية التحتية اللازمة لهذه المنطقة، وتقوم بإعداد دراسات الجدوى للمشروع بالإضافة إلى تحديد الأسس والمواصفات الفنية اللازمة لبناء المرفق وتشغيله على النحو الذي يتفق مع احتياجاتها.

(1) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008م، ص224.

(2) أ. عامر محمد عامر، النظام القانوني لعقد الإنشاء والتشغيل والتسليم BOT، رسالة ماجستير، الأكاديمية الليبية للدراسات العليا، 2009م، ص58-59.

(3) د. خالد ممدوح، الإطار القانوني لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، ورقة بحثية، ندوة عقود الاستثمار الدولية ومنازعاتها وورش عمل إجراءات التحكيم الدولي في عقود الاستثمار الدولية، القاهرة، الفترة من 10 إلى 16 مايو 2007م، ص18.

— إعداد مستندات العطاء

يجب أن تشمل مستندات العطاء على الجوانب الفنية المتعلقة بوصف المشروع ومتطلباته إلى جانب الاتفاقيات الرئيسية التي تنظم العلاقة بين الدولة والمتعاقد معها، ويجب أن تستوفي مستندات العطاء المعايير الدولية كما يجب أن تكون صياغتها دقيقة ومتوازنة، والهدف الرئيسي من مستندات العطاء هو بيان المتطلبات الأساسية للمشروع وتحديد مستوى الأداء والتعرف على حقوق والتزامات الدولة والمتعاقد معها.

— الدعوة إلى تقديم مستندات العطاء

عقب إعداد مستندات العطاء تقوم الدولة بدعوة الشركات إلى تقديم عروضها وفق كراسة العطاء، والدعوة إلى التعاقد تكون إما بالمناقصة العامة أو المناقصة المحدودة.

— تقديم العروض المالية والفنية⁽¹⁾.

تقوم الشركات المدعوة بتقديم عطاءاتها في المواعيد وبالإجراءات التي حددتها الدولة على أن يتضمن العطاء تحديد مصادر تمويل المشروع بموجب خطة تمويلية تحدد تلك المصادر وتضع الضمانات التي تكفل تنفيذها، ويجب أن تتضمن العطاءات الرسومات الخاصة بالمشروع وكيفية تنفيذه والجدول الزمني على أن توضع كل هذه المستندات في مظروف واحد.

— تقييم العطاءات واختيار المتعاقد

بعد أن تنتهي الدولة من تقييم العطاءات المختلفة تقوم باختيار العرض الأفضل من الناحيتين الفنية والمالية وتتم الترسية على المتعاقد الذي سيقوم بتنفيذ المشروع.

2- مرحلة التنمية

تقوم الدولة في هذه المرحلة بالتفاوض مع المتعاقد لتنفيذ المشروع.

(1) د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 376.

3- مرحلة التنفيذ

يتم في هذه المرحلة تنفيذ المشروع وفقاً للشروط والمواصفات الفنية المنفق عليها.

4- مرحلة تشغيل المشروع وصيانته

تتصل هذه المرحلة بتشغيل المشروع طوال مدة العقد، وقد تقوم شركة المشروع وهي المتعاقد مع الدولة بتشغيل المشروع وصيانته بمعرفتها أو تقوم بإسناد عملية التشغيل والصيانة إلى إحدى الشركات المتخصصة.

5- مرحلة الإنهاء

يتم في هذه المرحلة إنهاء التعاقد بعد انتهاء مدته ونقل أصول المشروع إلى الدولة، ويجب أن يتضمن العقد الأحكام والقواعد الأساسية المتعلقة بنقل الأصول وكيفية الحالة التي يجب إعادة الأصول وفقاً.

- آثار عقود البوت

يعتبر عقد البوت قيماً على حرية الدولة في استخدام حقها كسلطة عامة لتعديل العقد أو فسخه إذا شاب تنفيذه بعض المآخذ وفقاً لما هو متاح لها في العقد الإداري⁽¹⁾.

وتضع الدولة تلك القيود بمحض إرادتها ومثالها عدم اللجوء إلى تأمين المشروع أو مصادرته أو فرض الحراسة عليه، ولا تلجأ الدولة لمنح تلك الحوافز والضمانات إلا بسبب حاجتها الشديدة إلى إنشاء تلك المشاريع بسبب قصور الأموال العامة لديها ورغبتها في تخصيص أموال الخزانة العامة لغيرها من المشروعات ذات الأهمية.

(1) د.سمير برهان، عقود الاستثمار، ورقة بحثية، ندوة عقود الاستثمار الدولية وورش عمل إجراءات التحكيم الدولي في عقود الاستثمار الدولية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، من 16 إلى 10 مايو 2007م، ص18.

وبالإضافة إلى ما سبق فإن ضعف الادخار الوطني من جهة أخرى لا يساعد المتعاقد مع الدولة على ولوج هذا المجال، وحتى إذا ما توافر لدى التمويل المالي فقد لا تتوافر لدى الخبرة الفنية والهندسية لإقامة مثل هذه المشاريع. ويرتب عقد البوت بين طرفيه العديد من الآثار تتمثل في حقوق والتزامات أطرافه نتناولها بشيء من الإيجاز في التالي:

أولاً: حقوق والتزامات الدولة

أ. حقوق الدولة

- الحق في الرقابة والإشراف والتوجيه
- الحق في تعديل العقد
- الحق في توقيع جزاءات متنوعة على المتعاقد
- الحق في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة

ب. التزامات الدولة

- توفير المناخ القانوني لإقامة المشروع
- تسهيل الأمور الإدارية
- توفير الحوافز المالية
- تنفيذ العقد وفقاً لمبدأ حسن النية

ثانياً: حقوق والتزامات المتعاقد مع الدولة

أ. حقوق المتعاقد

- الحق في الحصول على المقابل المالي للعقد.
- الحق في الحصول على التعويض إن كان له محل.

ب. التزامات المتعاقد

- عدم جواز التنازل عن المشروع.
- تنفيذ المشروع وفقاً للمواصفات الفنية المتفق عليها وفي المدة المحددة في العقد.
- الالتزام بتشغيل المشروع.

- الالتزام بنقل ملكية المشروع إلى الدولة بعد انتهاء مدة العقد.
- وفي حالة إخلال أحد طرفي العقد بالتزاماته ونشؤ المنازعات بين الطرفين فإن فض المنازعات يتم بإحدى الطرق التالية⁽¹⁾:
- في حالة حدوث النزاع في مرحلة إنشاء المشروع فيتم عرض النزاع على سلطة محايدة عاد ما تكون من ذوي الاختصاص كمهندس مثلاً أو مجموعة خبراء يعهد إليهم بمهمة اتخاذ قرار في موضوع النزاع.
- في حالة حدوث النزاع في مرحلة متأخرة من تنفيذ المشروع فقد يتفق الطرفان على إجراء الصلح قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم.
- قد يتم إحالة النزاع إلى القضاء مباشرة أو عرضه على التحكيم في حالة عدم توصل الطرفين إلى حل ودي ينهي النزاع.
- وبالنسبة لنهاية عقد البوت فإنه ينتهي كباقي العقود الإدارية، وذلك إما أن ينتهي نهاية طبيعية بتنفيذ الالتزام موضوع العقد، أو أن ينتهي نهاية غير طبيعية وهي النهاية المبتسرة ولهذه النهاية غير الطبيعية أسباب وهي:
- انتهاء عقد البوت باتفاق الطرفين.
- انتهاء عقد البوت بنص القانون.
- انتهاء عقد البوت بحكم قضائي أو حكم تحكيم.

الفرع الثاني

تمويل عقود البوت

بالتأمل في عقود البوت بمختلف أنواعها نجد أن هذه العقود تشتمل في صيغها التعاقدية على طرفين رئيسيين، وهما الطرف الأول وهو الدولة صاحبة الأرض التي سيقام عليها المشروع، وهي صاحبة الحق في الامتياز الذي ستمنحه لمن سيقوم بتنفيذ المشروع، والطرف الثاني هو شركة المشروع والتي ستتولى تنفيذ المشروع، وإنه لا بأس من التعاقد بأي صورة من صور عقود

(1) د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 392.

البوت، فللدولة أن تمنح هذه الفرصة للشركة صاحبة العطاء الأفضل لإقامة مشروع من مشاريع البنية التحتية يتحقق منه نفع عام ومباح للجمهور، ونفع خاص لمن يقوم بتنفيذه لفترة زمنية معينة ومحددة وهي فترة الامتياز ثم تعود ملكية المشروع بعد انتهائها للدولة، وللدولة أيضا الحق في أن تشتري أو تستأجر منفعة المشروع من الشركة خلال فترة الامتياز، أو تتنازل عن المشروع في بعض الحالات لمن قام بتنفيذه وكل ذلك مرتبط بتحقيق المصلحة والنفع العام المباح للجمهور، ولكن بالنظر في كيفية تأسيس شركة المشروع التي ستتولى تنفيذه المشروع ومصادر تكوين رأس مالها والتمويل الذي ستحصل عليه لتغطية مصاريف التنفيذ نجد أن مؤسسي هذه الشركات من المستثمرين والقانونيين والمهندسين وأصحاب المقاولات العالمية والمحلية والذين يقومون بتكوين اتحاد مالي يتفقون به على نسبة مساهمة كل منهم في رأس المال وهي تشكل عادة من 15% إلى 30% من إجمالي التمويل اللازم للمشروع، ويحصلون على بقية إجمالي التمويل الذي تتراوح نسبته من 70% إلى 85% عن طريق الاقتراض من البنوك ومؤسسات التمويل، ولا شك أن هذه المبالغ المقترضة تفرض عليها جهات التمويل فوائد ربوية ومعلوم أنها من قبيل ربا النسئة الذي نزل الحكم الشرعي بتحريمه في القرآن الكريم فقد قال الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ * يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ * فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ * وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾⁽¹⁾ وتوجد هناك بعض الصيغ الإسلامية المقترحة والتي يمكن بواسطتها

(1) سورة البقرة، الآيات: 275-280.

أن تحصل شركة المشروع على التمويل بدون اللجوء إلى الاقتراض بفوائد ربوية محرمة، بالوسائل التالية:

1- الحصول على التمويل من المصارف الإسلامية بطريق المشاركة:

تستطيع شركة المشروع الحصول على الجزء المتبقي لتغطية إجمالي التكاليف اللازمة لنفقات المشروع من المصارف الإسلامية، وتعتبر هذه المصارف مساهمة في رأس مال شركة المشروع بقدر نسبة مساهمتها في التمويل، وتقدر نسبة ربح المصارف الإسلامية على حسب الاتفاق المبرم بينها وبين شركة المشروع، وفي حالة حدوث خسارة فإن هذه الخسارة توزع على حسب نسبة رأس المال، ومما يشجع المصارف الإسلامية على المساهمة في مشاريع البنية التحتية أنها مشاريع قائمة على دراسات جدوى دقيقة ويتوقع أن تكون تدفقات الإيرادات منها خلال فترة الامتياز كافية لتغطية تكاليفها مع تحقيق أرباح مجزية.

ومن هنا فإن العقد الذي تستطيع بواسطته شركة المشروع الحصول على ما تحتاجه من التمويل اللازم من المصارف الإسلامية ينطوي على مساهمتها بجزء من رأس المال، وقيامها بأعمال الإدارة، ومساهمة المصارف الإسلامية بالجزء المتبقي من إجمالي رأس المال، ولكن ينبغي أن يجعل لشركة المشروع زيادة في نسبة الربح نظير قيامها بأعمال الإدارة.

2- تأسيس شركة مساهمة وطرح أسهمها للاكتتاب العام:

يمكن لمتبنى المشروع وأعضاء الاتحاد المالي الحصول على ترخيص من الحكومة لتأسيس شركة مساهمة يكون الغرض من إنشائها تنفيذ المشروع المطلوب القيام به، وتكون مدة الشركة هي نفس فترة الامتياز الممنوحة من الحكومة، ومن ثم يقوم المؤسسون بطرح أسهم الشركة للاكتتاب العام للجمهور على أن يشترط في عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي على المؤسسين

والمساهمين التنازل عن حصصهم وأسهمهم للدولة بعد انتهاء مدة الشركة وفترة امتيازها.

3- التمويل عن طريق إصدار وبيع سندات الخدمة:

التي تنتجها شركة المشروع للجمهور بحيث يمثل كل سند فيها كمية معروفة وموصوفة ومحددة تحديدا دقيقا للخدمة المنتجة على أن يكون الانتفاع بهذه السندات في فترة زمنية مستقبلية ومحددة أيضا وبثمن أقل من الثمن الذي تباع به نفس كميات الخدمة المتاح استخدامها على الفور، وهذه الصيغة من قبيل بيع السلم لأن ثمن سند الخدمة ستحصل عليه شركة المشروع عند تسويقه حالاً والانتفاع بالخدمة التي يحتويها السند مؤجلة إلى وقت محدد في المستقبل، وقد ذكر جمهور الفقهاء جواز السلم في المنافع والخدمات إذا كانت صالحة للثبوت في الذمة ويمكن تحديدها وضبطها بالقدر والصفة⁽¹⁾..... والله اعلم.

الخاتمة

لقد تعرضنا في هذه الورقة البحثية لنظام جديد من الأنظمة المستحدثة في مجال التعاقدات الدولية وهو عقود البوت، وحاولنا تسليط الضوء على ماهية هذه العقود وأنواعها وطبيعتها، ثم تطرقنا إلى التنظيم القانوني والفقهية لهذه العقود مبينين بذلك وموقف المشرع الليبي من هذا النوع من العقود. وقد خلصنا من هذه الدراسة إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج

إن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) وباعتبارها من العقود المستحدثة التي تخط بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، فإنني أرى ضرورة توخي الحذر في حال تعاقد الدولة وفق هذا النظام، وعلى الدولة أن

(1) د. أحمد بن حسن بن أحمد الحسني، دراسة شرعية اقتصادية لتمويل مشاريع البنية التحتية بأسلوب لبناء والتشغيل ثم الإعادة (BOT)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 1، دار لجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001م، ص 75.

تتبنى سياسة واضحة فيما يتعلق بنوعية المشاريع التي يمكن تنفيذها وفق هذا النظام، والمشاريع التي سيتم تنفيذها باستخدام أسلوب التمويل العادي الذي تتولى فيه جهة الإدارة تمويل المشروع من مواردها الخاصة أو من القروض التي تقرضها من المصارف.

ثانياً: التوصيات

- إصدار تشريع خاص ينظم هذا النوع من العقود.
- تحديد مدة العقد بدقة بما يتناسب مع حجم المشروع،
- تحديد الجهة المختصة بالفصل في المنازعات الناشئة عن هذا النوع من العقود إما عن طريق القضاء أو عن طريق التحكيم.
- إعداد مراكز تحكيم قوية و متمكنة في الدول العربية والنص في العقد على إحالة النزاعات التي قد تنشأ بين أطراف العقد على هذه المراكز.

والله تعالى أعلم وهو الهادي إلى سواء السبيل وآخر دعوانا أن الحمد

لله رب العالمين

المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب

- أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م.
- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006م.
- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية — دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008م.
- ياسر أحمد كامل الصيرفي، النظام القانوني لعقد BOT، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2008م.

ثالثاً: الرسائل الجامعية

- عامر محمد عامر، النظام القانوني لعقد الإنشاء والتشغيل والتسليم BOT، رسالة ماجستير غير منشورة، الأكاديمية الليبية للدراسات العليا، 2009م.
- نجاتي عبدالغني إبراهيم غازي، التنظيم القانوني لعقد منح التزام المرافق العامة في ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام (BOT) دراسة تأصيلية — تطبيقية — مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007م.

رابعاً: الدراسات والأبحاث

- أحمد بن حسن بن أحمد الحسني، دراسة شرعية اقتصادية لتمويل مشاريع البنية التحتية بأسلوب لبناء والتشغيل ثم الإعادة (BOT)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 1، دار لجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001م.
- خالد ممدوح إبراهيم، الإطار القانوني لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، ورقة بحثية، ندوة عقود الاستثمار الدولية وورشته عمل إجراءات التحكيم الدولي في

عقود الاستثمار الدولية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، من 10 إلى 16 مايو 2007م.

• خالد ممدوح إبراهيم، عقود الاستثمار الدولية وصياغتها (BOT)، ندوة عقود الاستثمار الدولية ومنازعاتها، الفترة من 16 إلى 20/7/2007 الدار البيضاء المغرب.

• سمير برهان، عقود الاستثمار، ورقة بحثية، ندوة عقود الاستثمار الدولية وورشات عمل إجراءات التحكيم الدولي في عقود الاستثمار الدولية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، من 10 إلى 16 مايو 2007م.

• ناهد علي حسن السيد، حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT)، ورقة بحثية مقدمة في الدورة التاسعة عشرة لمنطقة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي، الشارقة خلال الفترة من 26 إلى 30/04/2009م.

• هاني صلاح، مقال مفهوم BOOT كتاب الأهرام الاقتصادي، مكتبة الأهرام للبحث العلمي، العدد 177، 2002م.

خامساً: التشريعات

• لائحة العقود الإدارية في ليبيا رقم 563 لسنة 2007م.

نشأة وتطور القضاء الإداري في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

د.محمود عمر معتوق(*)

المقدمة:

إن العمل على تقدم الدولة ونمو مرافقها العامة، يستتبع زيادة كبيرة فيما تضطلع به هيئات الدولة الإدارية من تبعات، وغنى عن البيان، فإن النهوض بهذا العبء، رهين بتوجيه تلك الهيئات توجيهها رشيدا لقيام نظام إداري يشد من أزرها ويوقفها إلى أحسن القيام على المصالح العامة. لذلك، فإن هذه العقبات، تقتضي التعجيل بإعداد مقومات هذا النظام وتدبير اليد التي تتعهد إنباته إنباتا حسنا، لاسيما بعد أن طال عهد الدولة بأوضاع إدارية لا تستجيب للرغبة الملحة في توفير الاطمئنان لموظفيها، وتمكين هيئاتها الإدارية من أداء واجباتها على أكمل وجه، وخير العمل لتحقيق هذه الأغراض، هو استكمال الأداة الإدارية من الاستقلال، ولا يكون ذلك، إلا بإنشاء قضاء إداري مستقل في ليبيا على غرار مجلس الدولة الفرنسي، الذي استقر نظامه منذ سنة 1872م. فقد مضى على وجوده الآن قرابة قرن ونصف، بعد تطور طويل يرجع عهده إلى ما قبل الثورة الفرنسية، ومجلس الدولة المصري، الذي ولد بموجب القانون رقم 112 لسنة 1946م وأخذ في التطور تدريجيا لغاية أن نص على وجوده المشرع الدستوري في الدساتير المصرية المتعاقبة منذ دستور 1971م وحتى الدستور الحالي 2014م، وقد حددت المذكرة الإيضاحية لأول قانون ينظم عمل مجلس الدولة المصري، بأن المهمة الأساسية لهذا المجلس تكمن في أمرين: أولهما تأمين الموظفين على وظائفهم، وبث روح الطمأنينة في نفوسهم، حتى يقوموا بما يعهد به إليهم من واجبات، ويمنح لهم من سلطات، دون مراعاة لغير أحكام القانون

(*) عضو هيئة التدريس، كلية القانون، جامعة طرابلس.

سبيلا، فلا ينحرفون عنها خوفا من بطش أو توقيا للانتقام، وثانيهما: حماية الأفراد مما يحيق بهم من ضرر بسبب ما يتخذه الموظفون حيالهم من أعمال إدارية مخالفة لأحكام القانون. وبجانب هذا الاختصاص القضائي، الذي يكمن في إلغاء العمل الإداري غير المشروع، ثم منح المجلس اختصاصا من نوع آخر، ذا طبيعة استشارية، يتمثل في إبداء الرأي فيما يعترض الجهات الإدارية من صعوبات قانونية، وهو الاختصاص الذي تمارسه الآن الإدارة العامة للقانون بوزارة العدل في بلادنا، كما يمكن أن يتولى المجلس مراجعة ما تعده الحكومة من مشروعات القوانين، أو ما تعترزم إصداره من أعمال إدارية ذات صبغة تنظيمية، وذلك للتأكد من سلامتها من الناحية القانونية، ولضمان التناسق بينها وبين التشريعات القائمة، تلافيا لما قد يكون بينها من تكرار أو تناقض.

وبناء على ما تقدم سنعالج في هذه الورقة ومن خلال مطلبين اثنين أهمية وجود قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي، من خلال تطبيقات القضاء الإداري، في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في المطلب الأول، ثم ننتقل بعد ذلك لنرى التطور الذي حل بالقضاء الإداري الليبي منذ الاستقلال وحتى الآن في المطلب الثاني.

المطلب الأول

التطور التاريخي للقضاء الإداري

نعالج في هذا المطلب ومن خلال فرعين التطور التاريخي لنشأة وتطور القضاء الإداري، بحيث نخصص الفرع الأول لنشأته وتطوره في الشريعة الإسلامية، في حين نخصص الفرع الثاني لنشأة وتطور القضاء الإداري في القانون الوضعي.

الفرع الأول

القضاء الإداري في الشريعة الإسلامية (قضاء المظالم)

يجمع أغلب الفقهاء على أن الشريعة الإسلامية - وبالتحديد أثناء تولي الخلفاء الراشدين الحكم - هي مصدر القضاء الإداري⁽¹⁾، وذلك من خلال إنشاء ديوان المظالم أو قضاء المظالم، الذي ظهر بجانب القضاء العادي، الأمر الذي يمكن معه القول أن هذا النوع من القضاء يقترب كثيراً من القضاء الإداري، الذي تطبقه العديد من دول العالم اليوم، والتي تتبنى نظام ازدواج القضاء، بحيث تتولى جهة النظر في المنازعات الفردية، في حين تختص الجهة الأخرى بنظر منازعات الإدارة، ومع أن الإمام علي عليه السلام، وكرم وجهه هو أول من تولى قضاء المظالم، لكن مباشرته لهذه الوظيفة، كانت غير دائمة، حيث كلف قاضيه أبو ادريس الأزدي للقيام بهذه المهمة. لكنه كان - أحياناً - ينظر بنفسه في المظالم عندما يتقدم له متظلم. من هذا المنطلق نقف على تعريف قضاء المظالم أولاً، ثم نرى اختصاصاته ثانياً.

أولاً: تعريفه

قضاء المظالم هو (قود المتظالمين إلى التتاصف بالرهبنة وزجر المتنازعين عن التجاحد بالهيئة)⁽²⁾. وقد عرف بأنه (وظيفة ممتزجة من سطوة السلطنة ونصفة القضاء، وتحتاج إلى علو يد وعظيم رهبة تقمع الظالم من الخصمين، وتزجر المعتدي وكأنه، يمضي ما عجز القضاة أو غيرهم عن

(1) أنظر: سليمان الطماوي، عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة، دار الفكر العربي، القاهرة، ص342، نعيمة البلعزي، قضاء المظالم في الشريعة الإسلامية، المكتب الوطني للبحث والتطوير، طرابلس، 2006م، ص137.

(2) أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية، مكتبة الحلبي، القاهرة، 1973م،

إمضائه⁽¹⁾ أو أنه (قضاء من نوع خاص يتولاه الخليفة، ويتميز بالرهبة والهيبة)⁽²⁾.

ثانياً: اختصاصاته

بين الإمام الماوردي اختصاصات قاضي المظالم⁽³⁾ وهي على النحو

التالي:

- النظر في تعدي الولاة على الرعية، وأخذهم بالعسف في السيرة، وهذا الاختصاص يتعلق بمخاصمة الافراد للسلطات العامة، بسبب ما يطلق عليه الانحراف بالسلطة أو اغتصابها.
- النظر في جور العمال فيما يجبونه من الأموال، فيرجع فيه إلى القوانين العادلة في دواوين الأئمة، فيحمل الناس عليها، ويأخذ العمال بها وينظر فيما استزادوه، فإن رفعوه إلى بيت المال أمر برده، وإن أخذوه لأنفسهم استرجعه لأربابه، ويمثل هذا الاختصاص ما يسمى اليوم بالمنازعات الضريبية التي يختص بنظرها القضاء الإداري.
- التثبت من أموال كتاب الدواوين فيما يستوفونه، فينظر قاضي المظالم أحوال ما وكل إليهم، فإن عدلوا بحق من دخل أو خرج إلى زيادة أو نقصان ردهم إلى قوانينه وعاقب على تجاوزه. وهذه المسائل تشبه اليوم اختصاص القضاء الإداري بشأن حماية الأموال العامة والرقابة عليها.

(1) عبد الرحمن بن خلدون، المقدمة، المكتبة التجارية الكبرى، بيروت، بدون طبعة، ص222.

(2) حمدي عبدالرحمن، ديوان المظالم، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1983م، ص50.

(3) أنظر: الماوردي، المرجع السابق، ص80. وأنظر: صبيح بشير مسكوني، مبادئ القانون الإداري الليبي (دراسة مقارنة) الكتاب والتوزيع والإعلان والمطابع، بنغازي، ط3، 1982م، ص25. وأنظر: نصرالدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة، دراسة موازنة في القانون المصري والليبي والشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997م، ص432 وما بعدها.

- تظلم المسترزقة من نقص ارزاقهم أو تأخرها عنهم، وإجحاف النظر بهم، فيرجع بهذا الشأن إلى ديوانه، وإلى المظالم في فرض العطاء العادل، فيجريهم عليه، وينظر فيما أنقصوه أو منعه من قبل، فإن أخذه ولاية أمورهم أسترجه منهم، وإن لم يأخذوه قضاه بيت المال. وتدخل بعض هذه المواضيع في اختصاص القضاء الإداري، باعتبارها من المسائل المتعلقة بالمرتبات والأجور وما في حكمها، لأن المسترزقة طبقة من طبقاتهم.
- رد الغصوب، وهي ضربان: أحدها غصوب سلطانية، قد تغلب عليها ولاية الجور كالأملاك، المقبوضة من أربابها، إما لرغبة فيها، وإما لتعد على أهلها، فهذا إن علم به قاضي المظالم عند نظره، رده إلى المتظلم، وإن لم يعلم به فهو موقوف على تظلم أربابه، ويجوز أن يرجع فيه عند تظلمهم إلى ديوان السلطنة، فإذا وجد فيه ذكر قبضها على مالها عمل عليه وأمر بردها إليه، ولم يحتج إلى بيينة تشهد به، وكان ما وجده في الديوان كافياً.
- ويقابل هذا الموضوع ما يعرف في القضاء الإداري اليوم بنظرية الاعتداء المادي التي يختص بنظرها القضاء العادي والقضاء الإداري على حد سواء، أما الضرب الثاني من الغصوب فهو ما تغلب عليه نوو الأيدي القوية، وتصرفوا فيه تصرف الملاك بالقهر والغلبة.
- الإشراف على الأوقاف العامة والخاصة ليجريها وإلى المظالم على سبيلها فيمضيها على شروط وأقيفها، ويقترّب هذا الاختصاص من ما يسمى اليوم بحماية المال العام.
- تنفيذ ما وقف القضاء من أحكامها لضعفهم عن إنفاذها وعجزهم عن المحكوم عليه، لتعززه وقوة يده، أو لعلو قدره، وعظم خطره، فيكون قاضي المظالم أقوى يداً وأنفذ أمراً، فينفذ الحكم على من توجه إليه بانتزاع ما في يده أو بإلزامه إخراج ما في ذمته.

- النظر فيما عجز عنه الناظرون من الحسبة في المصالح العامة، كالمجاهرة بمنكر، ضعف عن دفعه، فيتولى والى المظالم الأخذ بحق الله في جميعه، ويأمر بحملهم على موجبه.
 - مراعاة العبادات والشعائر الظاهرة، كالجمع، والأعياد، والحج والجهاد في سبيل الله.
 - النظر بين المتشاجرين، والحكم بين المتنازعين، فلا يخرج في النظر بينهم عن موجب الحق ومقتضاه، ولا يسوغ أن يحكم إلا بينهم بما يحكم به الحكام والقضاة. والمستفاد من هذه الاختصاصات المسندة لقاضي المظالم، أن أغلبها تكون جهة الإدارة أحد أطراف المنازعة، مما يعني أنه يشبه القضاء الإداري المعمول به في بعض دول العالم⁽¹⁾.
- وتجدر الإشارة إلى أن قضاء المظالم قد تطور كثيرا في الدولة الأموية، حيث استقر هذا القضاء في عهد الخليفة عبد الملك بن مروان، وخصص للمظالم مجلساً رسمياً للنظر في شكاوي المتظلمين. أما أول خليفة جلس بنفسه للمظالم، فهو عمر بن عبد العزيز، ثامن خلفاء الدولة الأموية، وقد شهد قضاء المظالم تطوراً ملحوظاً في عهده، حيث فصل قضاء المظالم عن القضاء العادي، وخصص يوماً للنظر في المظالم⁽²⁾.

(1) عبد الجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، عالم الفكر، القاهرة، ط1، 1984م، ص245. أنظر أيضاً: نصرالدين مصباح القاضي، أصول التنظيم الإداري وتطبيقاته في القانون الليبي، دراسة موازنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الفكر العربي القاهرة، 2008م، ص119.

(2) أنظر حول هذا الموضوع أكثر توسعاً محمود عمر معتوق، المسؤولية الإدارية عن الخطأ المرفقي في القانون الليبي (دراسة تطبيقية مقارنة)، (بدون ناشر) ط1، 2004-2005م، ص22 وما بعدها.

الفرع الثاني

نشأة القضاء الإداري في القانون الوضعي وتطوره

يقوم نظام القضاء الإداري على أساس وجود جهتين قضائيتين، أحدها هي القضاء العادي الذي يفصل في منازعات الأفراد، والجهة الأخرى هي القضاء الإداري الذي يتولى نظر المنازعات الإدارية، وقد طبقت هذا النظام الأخير العديد من دول العالم، على رأسها فرنسا منذ سنة 1872م، كما تبنته اليونان منذ سنة 1928م وإيطاليا والنمسا منذ سنة 1924م، ثم تركيا منذ سنة 1930م ومن الدول العربية يؤخذ به في سوريا منذ سنة 1941م وفي مصر منذ صدور قانون مجلس الدولة رقم 112 لسنة 1946م، كما يعمل بهذا النظام في لبنان وتونس، لذلك نرى كيف نشأ هذا النظام في فرنسا ثم في مصر باعتبارهما المصدر التاريخي للقضاء الإداري في ليبيا.

أولاً: نشأة القضاء الإداري في فرنسا

نلقي نظرة على مبررات نشأة هذا النظام أولاً، ثم لكيفية تكوين مجلس الدولة الفرنسي ثانياً.

1 - نشأته ومبررات وجوده.

يقوم نظام ازدواج القضاء في فرنسا على أساس مبدأ الفصل المطلق بين السلطات، وهو مبدأ دستوري، حيث رأى قادة الثورة الفرنسية - نتيجة لاعتبارات تاريخية تخص فرنسا وحدها وبالتحديد - التحفظ حول المحاكم المدنية التي كانت تعارض كل الإصلاحات القانونية التي أراد قادة الثورة القيام بها⁽¹⁾.

(1) محمد عبدالله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي (رقابة دوائر القضاء الإداري) المكتبة الجامعة، الزاوية، ط5، 2010م، ص38.

من هذا المنطلق فإن أول عمل قام به هو منع القضاء من التدخل في أعمال الإدارة⁽¹⁾ وقررت الجمعية الوطنية الفرنسية بتاريخ 8 يناير 1790م أن (كل عمل من أعمال القضاء، يمكن أن يعارض أو يعطل عملاً إدارياً يعد عملاً غير دستوري) وتنفيذاً لهذا النص من الناحية الواقعية صدر قانون 16-24 بتاريخ 1790م نصت المادة الثالثة عشرة منه على أن (الوظائف القضائية مستقلة، وتظل دائماً منفصلة عن الوظائف الإدارية، وليس للقضاة أن يعرقلوا بأية صورة كانت أعمال الإدارة، أو أن يستدعوا أحداً من رجال الإدارة للمثول أمامهم، بسبب قيامهم بأداء وظائفهم)⁽²⁾، ومع أن نشأة القضاء الإداري الفرنسي، تعود لتفسير مبدأ الفصل المطلق بين السلطات، والظروف التاريخية التي عاشتها فرنسا أبان الثورة، فإن زوال هذا السبب الآن لم يؤد إلى إلغاء نظام ازدواج القضاء، حيث ظهر مبرر جديد، يكمن في أن القضاء الإداري استطاع أن ينشئ مبادئ قانونية جديدة، لم تعرف من قبل، وهذه المبادئ هي ما يسمى اليوم بالقانون الإداري، وهو عبارة عن قواعد قانونية تختلف عن قواعد القانون الخاص، لأنها تراعى ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد⁽³⁾ وتغليب المصلحة العامة على المصالح الفردية، دون الانتقاص من حقوق وحريات الأفراد، وفي معرض إشارته بالقضاء الإداري الفرنسي يقول أحد رجال الفقه الإنجليز: (إن مجلس الدولة في فرنسا، ولو أنه أنشي ليحمى الإدارة في الأصل، فإنه يقوم بوظيفة مغايرة تماماً، إذ أنه يقوم بحماية المواطنين ضد تصرفات

(1) محمد فؤاد مهنا، مجلس الدولة والقضاء الإداري في مصر، مجلة الحقوق للبحوث

القانونية والاقتصادية، السنة الثالثة، العدد الأول، يناير-مارس، 1948م، ص283.

(2) محمود حافظ، القضاء الإداري في المغرب، مجلة القانون والاقتصاد، س34، ع1، ص135.

(3) صبيح مسكوني، القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية، جامعة بنغازي، 1974م،

ص95.

الإدارة غير المشروعة، ويضيف... إن ما قدمته المحاكم الإدارية وعلى قمتها مجلس الدولة في فرنسا من حماية للمواطنين ضد تصرفات الإدارة لم يتحقق للمواطن في إنجلترا).

وقد ترتب على صدور قانون 16-24 أغسطس 1790م أن أصبحت المنازعات تنظر بواسطة الإدارة نفسها، حتى سنة 1799م، حيث أصبحت حكما وخصما في نفس الوقت، وهو ما أطلق عليه نظام الإدارة القاضية أو الوزير القاضي، وفي هذه السنة نشأ مجلس الدولة ليقوم بتقديم الاستشارات لجهة الإدارة، ونظرا لكفاءة رجال المجلس والثقة الممنوحة اليهم تمتع المجلس بقدر كبير من الاحترام داخل أروقة الإدارة، مما جعلها تلتزم بما يقدم إليها من المشورة، ومع ذلك ظلت أعمال المجلس تخضع للتصديق عليها من قبل رئيس الدولة، وأستمر هذا الحال حتى حكمه بتاريخ 24 مايو 1872م حيث منح المجلس سلطة القضاء المفوض، وأصبح جهة قضائية منفصلة عن القضاء العادي، وقد أقر المجلس أنه مختص دون غيره بنظر النزاع بين السيد (كادو) وبلدية مرسيليا، وقد أعتبر هذا الحكم من أحكام المبادئ، لأنه أنهى وبشكل قاطع نظام الإدارة القاضية، وجعل مجلس الدولة هو القاضي العام، بنظر المنازعات الإدارية، سواء تعلق الأمر بإلغاء القرار الإداري أو التعويض عنه⁽¹⁾.

2 - تنظيم مجلس الدولة الفرنسي

ينظم مجلس الدولة الفرنسي عدة قوانين، لعل أهمها قانون 31 يوليو 1945م، والمرسوم الصادر بتاريخ 30 يوليو 1963م، وأخيرا مرسوم 31 ديسمبر 1987م وتعديلاته، واستنادا لهذه النصوص، فإن المجلس يتكون من المحاكم الآتية:

(1) مارسولون وآخرون، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة أحمد يسري،

- المحاكم الخاصة: وهي محاكم خاصة، تختص بنظر منازعات محددة، مثل محكمة المحاسبات، ومجلس المراجعة... وغيرهما⁽¹⁾.
- المحاكم الإدارية: هذا النوع من المحاكم جاء على أنقاض مجالس الأقاليم، التي ألغيت بموجب مرسوم 30 سبتمبر 1953م، وتقدم هذه المحاكم الاستشارات القانونية إلى جهة الإدارة، كما تختص بنظر المنازعات الإدارية، كقاضي أول درجة داخل النطاق المكاني للمحكمة.
- المحاكم الاستئنافية: هذا النوع من المحاكم حديث العهد مقارنة بباقي المحاكم، حيث لم تنشأ إلا بموجب قانون 31 ديسمبر 1987م، وقد تم تحديدها على سبيل الحصر⁽²⁾.
- مجلس الدولة. يمثل مجلس الدولة قمة الهرم في القضاء الإداري الفرنسي، كما تمثل محكمة النقض القمة في القضاء العادي، ومن هذا المنطلق، فإن هذا المجلس يعلو كافة المحاكم الإدارية، سواء كانت هذه المحاكم نوعية أو متخصصة أو استئنافية، ويرأس المجلس الوزير الأول (رئيس مجلس الوزراء) ويحل محله عند غيابه وزير العدل، على أن رئاسة المجلس الفعلية يتولاها نائب رئيس المجلس⁽³⁾، ويعاون رئيس المجلس خمسة من رؤساء الأقسام، ومساعدان للقسم القضائي، ومجموعة من المستشارين والمندوبين⁽⁴⁾.

(1) يحيى الجمل، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986م، ص 96 وما بعدها. خليفة على الجبراني، القضاء الإداري الليبي، الرقابة الإدارية على أعمال الإدارة، مركز سيما للطباعة والإعلان، طرابلس، ط 1، 2005م، ص 110.

(2) سامي جمال الدين، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص 240.

(3) صبيح بشير مسكوني، المرجع السابق، ص 111.

(4) نفس المرجع، نفس الصفحة. وأنظر حول الموضوع عبدالقادر باينة، القضاء الإداري (الأسس العامة والتطور التاريخي) دار توبقال للنشر، الدار البيضاء، ط 1، 1988م،

ويتكون مجلس الدولة من قسمين أحدهما القسم الإداري أو الاستشاري،
والقسم الآخر هو القسم القضائي.

• القسم الإداري (الاستشاري):

يضم هذا القسم أربع إدارات، تتولي كل إدارة الإفتاء لبعض الوزارات
بالرأي القانوني الواجب التطبيق.

القاعدة العامة هي أن رأي المجلس غير ملزم لجهة الإدارة⁽¹⁾ حتى لو
كانت هذه الاستشارات إجبارية، فيمكن للإدارة إهمالها وعدم الأخذ بها والتمسك
برأيها، ما لم يكن هناك نص قانوني يلزمها بالأخذ بالرأي الذي يقدمه المجلس،
وفي هذه الحالة الأخيرة، ليس للإدارة خيار إلا تطبيق ما ورد في الاستشارة⁽²⁾،
وتجدر الإشارة في هذا المقام، أن الآراء التي يقدمها المجلس لا تتصف بالصبغة
القضائية، ومن ثم لا تتمتع بحجية الأمر المقضي به، لذلك فليس من المستبعد أن
يخالف القسم القضائي رأي القسم الإداري، وذلك من خلال صدور أحكام قضائية
نهائية تخالف الرأي القانوني⁽³⁾.

• القسم القضائي:

بدأ مجلس الدولة الفرنسي في أول عهده كمرجع استشاري، لكنه
سرعان ما تحول إلى ممارسة العمل القضائي دون التخلي عن دوره الاستشاري،
بعد أن منح حق القضاء المفوض منذ سنة 1872م ومع أن المجلس يمثل قمة
هرم القضاء الإداري في فرنسا، لكنه مع ذلك يمارس عدة اختصاصات قضائية
لعل من أهمها:

(1) محمود عمر معتوق، مبدأ المشروعية وتطبيقاته في ليبيا، دون ناشر، طرابلس، ط1،

2004-2005م، ص410.

(2) أنظر نفس المرجع، نفس الصفحة، هامش رقم 2.

(3) سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص241.

1 - اختصاص المجلس باعتباره محكمة نقض:

حيث يمكن الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة في الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية، التي لا يجوز استئناف أحكامها أمامه مباشرة، مثل محاكم المحاسبات وبعض اللجان الإدارية، ذات الاختصاص القضائي، ويقتصر دور المجلس في مراقبة تطبيق القانون دون التعرض للوقائع⁽¹⁾.

2 - اختصاص المجلس باعتباره محكمة استئناف:

يختص المجلس بهذه الصفة، بنظر الطعون في الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية، التي أعطاه القانون الحق في نظرها، وفي هذه الحالة لا يناقش القاضي مدى احترام الإدارة للقانون فقط، بل يتعرض للوقائع أيضا⁽²⁾.

3 - اختصاص المجلس باعتباره أول وآخر درجة⁽³⁾:

بموجب قانون 31 ديسمبر 1953م أوكل المشرع الفرنسي لمجلس الدولة ولاية محددة، بوصفه محكمة أول وآخر درجة في بعض المسائل المحددة على سبيل الحصر وهي:

- الطعون المتعلقة بإلغاء القرارات الصادرة في شكل مراسيم لائحية أو فردية.
- المنازعات الخاصة بالموظفين المعيّنين بمراسيم، صادرة عن رئيس الجمهورية والمتعلقة بوظائفهم.
- المنازعات الإدارية المتعلقة بإلغاء قرارات إدارية، يتجاوز نطاق تطبيقها حدود الاختصاص المكاني لأكثر من محكمة إدارية.
- المنازعات الإدارية المتعلقة بتعيين أعضاء المجلس الاقتصادي والاجتماعي.

(1) يحيى الجمل، المرجع السابق، ص101.

(2) صبيح بشير مسكوني، المرجع السابق، ص115.

(3) عبد القادر بابنة، المرجع السابق، ص110. خليفة على الجبراني، المرجع السابق،

- المنازعات الخاصة بالقرارات الصادرة في مجال الوظيفة العامة للقطاعات المهنية.
- المنازعات الإدارية التي لا تدخل في اختصاص أية محكمة إدارية، أو إحدى المحاكم الإدارية لأقاليم ما وراء البحار⁽¹⁾.

ثانياً : نشأة القضاء الإداري في مصر وتطوره

قبل صدور القانون رقم 112 لسنة 1946م بشأن مجلس الدولة، كان القضاء العادي هو الذي يتولى الرقابة على أعمال الإدارة⁽²⁾، وبصدور القانون المذكور، أصبحت مصر إحدى الدول التي انتهجت نظام ازدواج القضاء. وينظم القانون رقم 47 لسنة 1972م القضاء الإداري في مصر الآن، في حين يتولى القانون رقم 46 لسنة 1972م تنظيم القضاء العادي، ونعالج في هذه الفقرة تبعية مجلس الدولة المصري، ثم كيفية تشكيله.

1 - تبعية مجلس الدولة:

يتميز مجلس الدولة المصري عن نظيره الفرنسي، أن الأول أكد عليه المشرع الدستوري، في المادة رقم 172 من دستور سنة 1971م التي تنص على أن (مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى)⁽³⁾ أما المادة الأولى من القانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن المجلس فقد ورد فيها (مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، تلحق بوزير العدل)⁽⁴⁾. ورغم تأكيد

(1) لمزيد من التفصيل أنظر: محمود عمر معتوق، مرجع سابق، ص 411.

(2) أنظر: محمد فؤاد مهنا، المرجع السابق، ص 287. عثمان خليل عثمان، تطور القضاء الإداري في الجمهورية العربية المتحدة، مجلة العلوم الإدارية، س 1، ع 1، يوليو 1959م، ص 49. داود الباز، القضاء الإداري دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة، 1995م، ص 182.

(3) أنظر تأكيد هذا القول في المادة رقم 190 من الدستور المصري الحالي الصادر في 14 يناير 2014م.

(4) أنظر نص القانون في الجريدة الرسمية، أكتوبر 1972م، ع 40.

المشرع على أن المجلس هيئة مستقلة، لكن الإشارة إلى تبعيته لوزير العدل، أثارت بعض التحفظ من رجال القضاء الإداري⁽¹⁾، لذلك أضطر المشرع لتعديل النص بموجب القانون رقم 136 لسنة 1984م حيث ورد في المادة الثانية منه (مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة)⁽²⁾.

2 - تشكيل المجلس:

وفقا لما ورد في القانون رقم 47 لسنة 1972م، فإن مجلس الدولة المصري يشكل من رئيس وعدد من نواب الرئيس والمستشارين المساعدين والنواب والمندوبين، كما يلحق به مندوبون مساعدون، تسري عليهم الأحكام الخاصة بالمندوبين، عدا شرط الحصول على دبلومين في القانون، وقد أحاط المشرع أعضاء مجلس الدولة بالعديد من الضمانات، التي تحقق الحيادة والنزاهة والاستقلال في العمل، فهم غير قابلين للعزل، كما أن تأديبهم، يتم بواسطة مجلس تأديب خاص، كل ذلك خوفا من أن تتدخل السلطة التنفيذية في أعمال المجلس من قريب أو من بعيد (المادة الثانية من القانون) ويتكون المجلس من ثلاثة أقسام، هي القسم القضائي، وقسم الفتوى، وقسم التشريع، ونعطي - في هذه الورقة - نبذة مختصرة عن كل قسم⁽³⁾.

أولاً: القسم القضائي

(1) أنظر: يحيي الجمل، المرجع السابق، ص116.

(2) أنظر: القانون رقم 136 لسنة 1984م بتعديل بعض أحكام القرار بقانون رقم 47 لسنة 1972م بشأن مجلس الدولة، النشرة التشريعية ع 8، أغسطس 1984م، ص1637م. وأنظر حول أهمية هذا النص وهيب عياد سلامة حتمية بقاء مجلس الدولة، مجلة هيئة قضايا الدولة، س 36، ع1، ص32.

(3) أنظر نص القانون رقم 47 لسنة 1972م بشأن مجلس الدولة، منشور في النشرة التشريعية، ع10، أكتوبر 1972م، ص3387. ويمكن الاطلاع على القانون أيضا في الجريدة الرسمية، ع40.

يعتبر هذا القسم من أهم أقسام المجلس على الإطلاق، فوفقاً لنص المادة الثالثة من القانون رقم 47 لسنة 1972م يتكون هذا القسم من المحاكم الآتية:

1 - المحكمة الإدارية العليا:

تقع المحكمة الإدارية العليا على قمة القضاء الإداري في مصر، مع أنها لم تنشأ إلا بموجب القانون رقم 165 لسنة 1955م في شأن مجلس الدولة⁽¹⁾ فالقانون رقم 112 لسنة 1946م، وتعديله بموجب القانون رقم 9 لسنة 1949م، لم ينص على وجودها، ويرأس المحكمة الإدارية العليا رئيس مجلس الدولة ذاته، وهي متعددة الدوائر، يتولى رئاسة كل دائرة أحد نواب رئيس المجلس، وتختص المحكمة الإدارية العليا بنظر الطعون في الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري، والمحاكم التأديبية، والمحاكم الإدارية (المادة الرابعة من القانون رقم 47 لسنة 1972م).

2 - محكمة القضاء الإداري:

عندما قرر المشرع المصري التخلي عن نظام وحدة القضاء، وانتهاج أسلوب القضاء المزدوج، أصدر القانون رقم 112 لسنة 1946م، كانت محكمة القضاء الإداري هي المحكمة الوحيدة في تشكيله، ولذلك أطلق عليها المحكمة الأم⁽²⁾، وتختص المحكمة وفقاً للمادة العاشرة من القانون رقم 47 لسنة 1972م بالفصل في كافة المنازعات الإدارية، عدا ما تختص به المحاكم الأخرى⁽³⁾. ومقر محكمة القضاء الإداري مدينة القاهرة، ويتولى رئاستها نائب رئيس مجلس الدولة، وتصدر أحكامها من دوائر تشكل من ثلاثة مستشارين، يحدد رئيس مجلس الدولة اختصاص كل دائرة، ويجوز لرئيس المجلس إنشاء دوائر لمحكمة

(1) أنظر وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص28. وأنظر عبدالفتاح أبو الليل، قضاء

المشروعية، (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م، ص87.

(2) يحيى الجمل، المرجع السابق، ص132.

(3) محمود عمر معتوق، المرجع السابق، ص414.

القضاء الإداري في بعض المحافظات، ومن هذا المنطلق، توجد الآن دوائر للمحكمة في كل من محافظة الاسكندرية، ومحافظة المنصورة⁽¹⁾.

3 - المحاكم الإدارية:

نتيجة العدد الكبير من القضايا المنظورة أمام محكمة القضاء الإداري، وتقريب القضاة إلى المتقاضين، والفصل السريع في القضايا، أضطر المشرع المصري إلى إصدار القانون رقم 147 لسنة 1954م، أنشأ بموجبه عدداً من المحاكم الإدارية، وقد أعاد المشرع تنظيم المحاكم الإدارية في قوانين مجلس الدولة المتعاقبة (1955-1959-1972م) ووفقاً لنص المادة الخامسة من القانون رقم 47 لسنة 1972م بشأن مجلس الدولة الحالي، تشكل المحاكم الإدارية برئاسة مستشار، وعضوية اثنين من النواب على الأقل، ومقر هذه المحاكم محافظة القاهرة ومحافظة الإسكندرية، وقد خول المشرع لرئيس مجلس الدولة الحق في إنشاء محاكم إدارية أخرى في باقي المحافظات، لذلك أصدر رئيس مجلس الدولة قرارات أنشأ بموجبها محاكم إدارية في كل من محافظات المنصورة وطنطا وأسيوط⁽²⁾.

4 - المحاكم التأديبية:

أنشئت المحاكم التأديبية بموجب القانون رقم 117 لسنة 1958م، الذي قرر المشرع فيه إعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكم التأديبية، بحيث حلت هذه المحاكم محل المجالس التأديبية، التي كان موكل إليها نظر قضايا الموظفين الخاضعين للقانون رقم 210 لسنة 1951م، وتتكون المحاكم التأديبية من نوعين الأول: هو محاكم العاملين في مستوى الإدارة العليا، ومقره مدينة القاهرة ومدينة الإسكندرية، وتشكل كل دائرة من ثلاثة مستشارين. أما الثاني، فهو محاكم

(1) نفس المرجع، نفس الصفحة.

(2) أنظر القانون رقم 47 لسنة 1972م، بشأن مجلس الدولة المصري، وأنظر: يحيى الجمل،

المرجع السابق، ص133.

العاملين من المستويات الأول والثاني والثالث، وتشكل كل محكمة برئاسة مستشار مساعد، على الأقل، وعضوية نائبين من النواب على الأقل. ويتولى أعضاء النيابة الإدارية الادعاء أما المحاكم التأديبية، أما الطعن في احكامها، فتتظر أمام المحكمة الإدارية العليا (المادة السابعة من القانون رقم 47 لسنة 1972م).

5 - هيئة مفوضي الدولة:

إزاء النجاح الذي احرزه مفوضو الحكومة في فرنسا⁽¹⁾، أدخل المشرع المصري هذا النظام لأول مرة في القانون رقم 165 لسنة 1955م بشأن مجلس الدولة، ولم يكتف المشرع المصري بالتجربة الفرنسية فحسب، بل توسع في المهمة المسندة إلى مفوضي الدولة، على نحو لم تصل إليه التجربة الفرنسية بعد⁽²⁾، ووفقا لقانون مجلس الدولة الحالي، تعتبر هيئة موظفي الدولة جزء لا يتجزأ من القسم القضائي للمجلس، وتؤلف الهيئة من أحد نواب رئيس مجلس الدولة رئيسا، وعضوية عدد كاف من المستشارين، والمستشارين المساعدين، والنواب، والمندوبين وحضور ممثل من الهيئة ضروري لصحة جلسات جميع محاكم مجلس الدولة، عدا المحاكم التأديبية وهو ما أكده القضاء المصري، ممثلا في المحكمة الإدارية العليا (الأصل أنه لا يسوغ الحكم في الدعوى الإدارية، إلا بعد قيام هيئة مفوضي الدولة بتحضيرها، وإبداء الرأي القانوني بشأنها وإغفال هذا الاجراء الجوهرى يرتب بطلان الحكم الذي يصدر في الدعوى...)⁽³⁾.

(1) صبيح بشير مسكوني، المرجع السابق، ص155.

(2) يحيى الجمل، المرجع السابق، ص140، وانظر حول هذا الموضوع محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1968م، ص300.

(3) الطعن رقم 650 لسنة 30 ق، جلسة 1985/11/16م، المجموعة، س31، ج1، ص259.

وإذا كان دور مفوضي الحكومة في فرنسا، يقتصر على دراسة ملف الدعوى في مرحلة سابقة على الحكم وتلخيصها، وإبراز ما تثيره من نقاط قانونية، وإعداد مذكرة ترفع إلى المحكمة تتضمن الرأي القانوني السديد اتجاه الدعوى، فإن اختصاص هيئة مفوضي الدولة في مصر يتجاوز ذلك بكثير، فبالإضافة إلى تهيئة الدعوى للمرافعة، وتقديم تقرير يحدد وقائع النزاع، تملك الهيئة الإغفاء من الرسوم القضائية، وإمكانية تسوية النزاع بين الخصوم، وإنهاء الخصومة نهائياً، كما تملك حق الطعن في الأحكام أمام المحكمة الإدارية العليا⁽¹⁾. وتقول المحكمة الإدارية العليا (من المهام الأساسية التي يقوم بها نظام مفوضي الدولة، طبقاً للقانون رقم 165 لسنة 1955م تجريد المنازعات الإدارية من الخصومات الفردية باعتبار أن الإدارة خصم شريف لا ينبغي إلا معاملة الناس جميعاً طبقاً للقانون على حد سواء ومعاونة القضاء الإداري معاونة فنية ممتازة تساعد على تمحيص القضايا تمحيصاً يضيء ما أظلم من جوانبها ويجلو ما غمض من وقائعها برأي تتمثل فيه الحيطة لصالح القانون وحده)⁽²⁾.

ثانياً: قسم الفتوى

بالإضافة إلى الدور القضائي المناط بمجلس الدولة، فإنه يتولى مهمة أخرى، لا تقل أهمية عن النشاط القضائي، وهي المهمة الاستشارية، وذلك من خلال إبداء الرأي القانوني في المسائل التي يتم عرضها عليه من قبل جهات الإدارة المتعددة، ويتكون قسم الفتوى من إدارات متخصصة تعمل داخل الإدارات

(1) يحيي الجمل، المرجع السابق، ص140. وأنظر محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، 1990م، ص32. وأنظر: محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص301، هامش رقم 1.

(2) القضية رقم 150 لسنة 1 ق، جلسة 1955/12/17م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، س 1، ع1، ص312، بند37.

كرئاسة الجمهورية، ورئاسة مجلس الوزراء، والوزارات والهيئات والمؤسسات العامة، ويتولى رئاسة كل إدارة مستشار أو مستشار مساعد، ويحدد الإدارات واختصاصاتها قرار يصدر عن الجمعية العمومية لمجلس الدولة. مع العلم بأن القسم لا يصدر الفتاوى من تلقاء نفسه، وإنما يتم الأمر بناء على طلب الجهات الإدارية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن الجهة الإدارية غير ملزمة بطلب الفتوى، والأمر متروك لاختيارها، فإذا وجدت أنها محتاجة إلى رأى المجلس، لجأت إليه تطلب الفتوى، وقد ترى جهة الإدارة أن المسألة واضحة، مما يدعو إلى الاستغناء عنها، وعدم طلبها، ومن

جهة ثالثة، فالفتوى التي يصدرها القسم، ليست ملزمة للجهة طالبة الفتوى، وبمعنى أكثر دقة، فإن الإدارة غير ملزمة بالتقيد بها، ويمكن أن تضرب بها عرض الحائط⁽¹⁾.

ثالثاً: قسم التشريع

تجدر الإشارة إلى أن قسم التشريع، كان في الأصل مدمجاً في قسم الفتوى، لكن المشرع قرر فصل القسمين عن بعضهما بعضاً بموجب قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972م الحالي، ويشكل القسم من أحد نواب رئيس مجلس الدولة رئيساً، وعدد كاف من المستشارين والمستشارين المساعدين، ويلحق به عدد من النواب والمندوبين (المادة الثانية والستون من القانون رقم 47 لسنة 1972م) ويمارس قسم التشريع دورين أساسيين، هما الإعداد ومراجعة الصياغة، فوفقاً لنص المادة الثالثة والستين من قانون مجلس الدولة، يتولى القسم مراجعة صياغة مشروعات القوانين واللوائح ذات الصبغة التشريعية قبل إصدارها (على كل وزارة أو مصلحة قبل إصدار أي قانون من رئيس الجمهورية ذي صبغة تشريعية أو لائحة أن تعرضه على قسم التشريع لمراجعة الصياغة).

(1) أنظر محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص 228.

والمسلم به، أن دور قسم التشريع بمجلس الدولة، ينحصر في مراجعة وضبط النص من الناحية القانونية البحتة، دون التعرض لروح النص من قريب أو بعيد، فهذه المهمة تخرج عن صلاحياته⁽¹⁾. حيث تنص المادة الثالثة والستون على أنه يجوز أن يعهد لقسم التشريع إعداد بعض التشريعات، مع العلم أن صياغة التشريع غير إعداده⁽²⁾.

المطلب الثاني

القضاء الإداري في ليبيا

نقسم هذا المطلب، إلى فرعين نتطرق في الأول للقضاء الإداري في ظل قانون المحكمة العليا لسنة 1953م، ثم ننقل بعد ذلك لنري القضاء الإداري بعد صدور القانون رقم 88 لسنة 1971م في شأن القضاء الإداري في الفرع الثاني.

الفرع الأول

صدور قانون المحكمة العليا لسنة 1953م

تطلعت ليبيا بعد حصولها على الاستقلال⁽³⁾ نحو الشقيقة مصر من أجل اقتباس بعض التشريعات التي تساهم في بناء دولة قانونية حديثة، تضاهي دول العالم المتقدم⁽⁴⁾، وهو ما تم بالفعل، حيث نقل المشرع الليبي عن المشرع

(1) يحيي الجمل، المرجع السابق، ص126. محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص238. داود الباز، المرجع السابق، ص216.

(2) صبيح بشير مسكوني، المرجع السابق، ص162.

(3) أنظر حول استقلال ليبيا يشكل موسع مالك محمد أبو شهيو، النظام السياسي في ليبيا في الفترة من 1951-1969م، رسالة ماجستير، غير منشورة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 1977م، ص37 وما بعدها. وأنظر: محمود عمر معتوق، المرجع السابق، ص426 وما بعدها.

(4) صبيح بشير مسكوني، المرجع السابق، ص166.

المصري العديد من القوانين، لعل أهمها القانون المدني، والقانون التجاري، وقانون المرافعات المدنية والتجارية، وقانون الإجراءات الجنائية، ولكن ما يهمنا في إطار هذه الدراسة، هو أن المشرع الليبي نقل الاختصاصات التي كان يتولاها مجلس الدولة المصري بموجب القانون رقم 112 لسنة 1946م وتعديله بالقانون رقم 9 لسنة 1949م، وتضمينها قانون المحكمة العليا باعتبارها محكمة مختصة بنظر المنازعات الإدارية - ومن هذا المنطلق - فقد ظلت المحكمة العليا وهي أعلى جهة قضائية في ليبيا، محكمة أول وآخر درجة بالنسبة لبعض المنازعات المنصوص عليها في القانون المذكور، إلا أن ما يمكن الإشارة إليه في هذا السياق هو أن الرقابة التي تمارسها دائرة القضاء الإداري في المحكمة العليا، ليس لأنها جهة قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي، بل لأن المحكمة العليا تعد أعلى سلطة قضائية في الدولة الليبية، من مهامها ممارسة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ناهيك عن كونها محكمة نقض للمنازعات المدنية والجنائية، ومحكمة دستورية تنظر في رقابة دستورية القوانين⁽¹⁾ كما تجدر الإشارة إلى أن اختصاص المحكمة العليا (دائرة القضاء الإداري) فيما يتعلق بنظر المنازعات الإدارية ليس اختصاصا مانعا، بل تشاركها، وكما سنرى المحاكم المدنية (الجزئية - الابتدائية) في نظر بعض القضايا استنادا للقانون رقم 28 نوفمبر 1953م بشأن نظام القضاء الذي كان ساريا آنذاك.

ووفقا لنص المادة 20 من قانون المحكمة العليا المشار إليه، تختص المحكمة العليا بالنظر في القضايا الإدارية، التي ترفع إليها في المنازعات والطلبات المنصوص عليها في المواد 21، 22، 23، 24، 25 من القانون المذكور، ويكون لها فيها ولاية نهائية.

(1) نفس المرجع، ص 167. وأنظر محمد فرج محمد الفقي، الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1998م، ص 399 وما بعدها.

إذن وفقاً لنص المادة 21 فإن المنازعات التي تختص بها دائرة القضاء الإداري بالمحكمة العليا هي:

- المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات التقاعدية، والمكافآت المستحقة للموظفين المصنفين وغير المصنفين أو ورثتهم.
- الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن للطعن في القرارات النهائية، الصادرة في الوظائف العامة بالترقية أو بمنح العلاوات.
- الطلبات التي يقدمها الموظفون المصنفون وغير المصنفين، بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية.
- الطلبات التي يقدمها الأفراد والهيئات، بإلغاء القرارات الإدارية النهائية.

ويشترط في الطلبات المذكورة، أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص، أو وجود عيب في الشكل، أو مخالفة القوانين واللوائح، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة.

أما المادة 23 من القانون، فقد نصت على أن تختص الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا بنظر طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في المادة 21 ويترتب على رفع دعوى التعويض أمام المحاكم العادية، عدم جواز رفعها إلى دائرة القضاء الإداري وبالعكس.

المادة 24 أعطت المحكمة العليا حق الفصل في بعض العقود الإدارية (تفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الامتياز، وعقود الالتزام، وعقود الأشغال العامة، وعقود التوريد التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر من العقد، إلا إذا نص العقد أو القانون على غير ذلك).

وأخيراً المادة 25 التي نصت على (تفصل محكمة القضاء الإداري في الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة عن جهات إدارية لها اختصاص قضائي متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب في

الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة).

إذن الاستفادة من أستعراض الاختصاصات المسندة إلى الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا، أن المشرع الليبي أنتهج أسلوب وحدة القضاء المطبق في الدول الانجلوامريكية⁽¹⁾، وذلك لعدم وجود محاكم إدارية منفصلة عن القضاء العادي، كما هو الحال في فرنسا ومصر، كما لا يوجد مجلس دولة يشكل من محاكم متخصصة بنظر جميع المنازعات الإدارية، كلما هنالك وجود دائرة إدارية بالمحكمة العليا، تتولى نظر بعض المنازعات الإدارية على سبيل الحصر.

الفرع الثاني

صدور القانون رقم 88 لسنة 1988م بشأن القضاء الإداري

صدر القانون رقم 88 لسنة 1971م في شأن القضاء الإداري بتاريخ 31 أكتوبر 1971م، وهو أول قانون متعلق بالقضاء يصدر بعد التغيير الذي حصل في ليبيا عام 1969م، ولعل ما يلفت الانتباه أن القانون الجديد أبقى على نظام وحدة القضاء، لكنه نقل الاختصاصات التي كانت مسندة إلى دائرة القضاء الإداري بالمحكمة العليا، إلى دوائر إدارية تنشأ بمحاكم الاستئناف المدنية، في حين ظلت دائرة القضاء الإداري بالمحكمة العليا، هي الجهة التي يتم الطعن أمامها بالنقض في الأحكام الصادرة من دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف

(1) أنظر حول نظام وحدة القضاء صبيح بشير مسكوني، المرجع السابق، ص 81 وما بعدها. عمر محمد السيوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، طبعة 2013م. خليفة على الجبراني، القضاء الإداري الليبي، الرقابة على أعمال الإدارة، مركز سيما للطباعة والإعلان، طرابلس، ط 1، 2005م، ص 85. محمود عمر معتوق، المرجع السابق، ص 399 وما بعده.

الكائنة حتى الآن في (طرابلس - بنغازي - مصراتة - الجبل الأخضر - الزاوية - سبها - الخمس) (1).

ولعل أهم ما يميز القانون رقم 88 لسنة 1971م عن قانون المحكمة العليا لسنة 1953م، فيما يتعلق بالقضاء الإداري (2) (1) ما يلي:

1 - تعدد جهات الرقابة القضائية على أعمال الإدارة:

قبل صدور القانون رقم 88 لسنة 1971م في شأن القضاء الإداري، لا توجد إلا هيئة قضائية واحدة مكلفة بالرقابة القضائية على أعمال الإدارة هي المحكمة العليا (دائرة القضاء الإداري)، لكن بصدور القانون المذكور أصبح هناك أكثر من جهة تتولى مهمة الرقابة القضائية، فبالإضافة إلى المحاكم المدنية (الجزئية - الابتدائية)، أصبحت هناك دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف تساهم في الرقابة، مما يعني - والحالة هذه - إمكانية زيادة فعالية الرقابة في حد ذاتها من ناحية، وتقريب القاضي إلى المواطن من ناحية ثانية (3).

2 - تعدد درجات التقاضي:

في ظل قانون المحكمة العليا لسنة 1953م، كانت دائرة القضاء الإداري بالمحكمة العليا، هي محكمة أول وآخر درجة، بالنسبة للمنازعات المنصوص عليها في القانون، على سبيل الحصر، حيث لا يوجد تدرج قضائي مثل ما يجري عليه العمل في القضاء العادي، أما بصدور القانون رقم 88 لسنة 1971م -

(1) تنص المادة رقم 24 من القانون رقم 6 لسنة 1982م بإعادة تنظيم المحكمة العليا والذي حل محل قانون 1953م على أنه: (تختص المحكمة العليا كمحكمة نقض بنظر الطعون التي ترفع إليها في المسائل الآتية: ثانيا: الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف منعقدة بهيئة قضاء إداري طبقاً للقانون رقم 88 لسنة 1971م) أنظر نص القانون رقم 6 لسنة 1982م بإعادة تنظيم المحكمة العليا، الجريدة الرسمية، ص20، ع22.

(2) أنظر: صبيح بشير مسكوني، المرجع السابق، ص174. عمر محمد السيوي، المرجع السابق، ص74. خليفة على الجبراني، المرجع السابق، ص118.

(3) محمود عمر معتوق، المرجع السابق، ص431.

الذي استحدث دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف الموجودة في أكثر من محكمة - حيث تقبل هذه الدوائر الدعوى ابتداء، في حين تتولى دائرة القضاء الإداري بالمحكمة العليا - وكما أشرنا سابقا - نظر الطعون في احكامها بالنقض، هذا الوضع الجديد خلق بدون شك ضمانا أخرى، تكفل لذوي الشأن بعض الحقوق، لم يكن بالإمكان تحقيقها لهم قبل صدور قانون القضاء الإداري⁽¹⁾.

3 - توسيع اختصاص القضاء الإداري:

بموجب القانون رقم 88 لسنة 1971م في شأن القضاء الإداري، وسع المشرع الليبي من اختصاص القضاء الإداري، حيث أصبحت دعاوى الجنسية من اختصاص دوائر القضاء الإداري (المادة الثانية، الفقرة السادسة)، كما قرر المشرع أن اختصاص دوائر القضاء الإداري إجباريا بنظر منازعات متعلقة ببعض عقود إدارية⁽²⁾، على أن القانون رقم 88 لسنة 1971م أستبعد المنازعات الخاصة بعقود الامتياز من ولايته، بعد أن كانت في ظل قانون المحكمة العليا من اختصاص دائرة القضاء الإداري بالمحكمة (مادة 24).

(1) أنظر: صبيح بشير مسكوني، المرجع السابق، ص174. وأنظر عبدالسلام علي المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، الكتاب الخامس، الوسيط في الإدارة والرقابة على أعمالها، ج 2، النظرية العامة للرقابة، الجامعة المفتوحة، طرابلس، ط3، 1993م، ص77. عمر محمد السيوي، المرجع السابق، ص75. خليفة علي الجبراني، المرجع السابق، ص 118 وما بعدها.

(2) أنظر نص المادة الثالثة من القانون رقم 88 لسنة 1971م في شأن القضاء الإداري (تفصل دائرة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد) مشار إلى القانون في الجريدة الرسمية س9، ع59. وأنظر محمد عبدالله الحراري، المرجع السابق، ص280.

4 - وقف تنفيذ القرار الإداري⁽¹⁾:

كانت المادة السابعة والعشرون من قانون المحكمة العليا لسنة 1953م تعطي للمحكمة العليا وحدها الحق في أن تأمر من تلقاء نفسها وقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه، إذا رأت أن نتائج تنفيذه يتعذر تداركها، غير أن القانون رقم 88 لسنة 1971م لم يمنح هذا الحق للمحكمة حتى ولو رأت أن نتائج تنفيذ القرار يتعذر تداركها، ما لم يطلب منها ذلك في صحيفة الدعوى، حيث تنص المادة السابعة على أنه (لا يترتب على رفع الدعوى أمام دائرة القضاء الإداري وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه، إذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها...).

5 - تقصير زمن رفع الدعوى:

وفقاً لنص المادة الثانية والعشرين من قانون المحكمة العليا لسنة 1953م، فإنه يعتبر في حكم قرار بالرفض فوات مدة تزيد على أربعة أشهر، دون أن تصدر السلطات الإدارية المختصة قراراً في التظلم المقدم إليها. يكون ميعاد رفع الدعوى في هذه الحالة الأخيرة سنتين يوماً من تاريخ انقضاء الأشهر المذكورة، أما القانون رقم 88 لسنة 1971م فقد قصر من مدة الأربعة أشهر وجعلها سنتين يوماً فقط وهو ما أكدته المادة الثامنة من هذا القانون (... ويعتبر قراراً بالرفض فوات وقت يزيد على سنتين يوماً، دون أن تصدر السلطات الإدارية قراراً في التظلم المقدم إليها، ويكون رفع الدعوى في هذه الحالة الأخيرة سنتين يوماً من تاريخ انقضاء السنتين يوماً المذكورة) وبهذا النص، فإن

(1) أنظر حول هذا الموضوع بشكل أكثر توسعاً محمود عمر معنوق، وقف تنفيذ القرار

الإداري، مجلة جامعة سبها للعلوم الانسانية، المجلد 12، ع2، 2013م، ص50 وما

بعدها.

المشرع الليبي قد ضيق من الفترة الزمنية التي تستطيع الإدارة خلالها الماطلة والتمادي في إصدار قرارها⁽¹⁾.

الخاتمة

وهكذا بعد أن القينا نظرة على القضاء الإداري، سواء من خلال تطبيقاته في الشريعة الإسلامية (قضاء المظالم) أو من خلال المعمول به في القانون المقارن (مجالس الدولة في فرنسا ومصر) أو من خلال نظام دوائر القضاء الإداري في ليبيا فإنه يمكن أن نخلص إلى النتائج التالية:

أولاً: إن وجود قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي نظام قديم عرفته الشريعة الإسلامية منذ أكثر من أربعة عشر قرناً تقريباً، ولا زالت بعض الدول الإسلامية تطبقه، مثل المملكة العربية السعودية، وكان المشرع الليبي قد أنشأ مكتباً للمظالم بموجب القانون رقم 42 لسنة 1970م يختص بالعمل على رفع الظلم وإقرار العدالة بين الناس، وتحقيق حكم القانون والمساواة بين الأفراد، ودفع أي تعد أو غصب، ورد الحقوق إلى أصحابها.

ثانياً: من خلال تطبيقات نظام ازدواج القضاء المعمول به في العديد من دول العالم، يتضح الدور الفعال الذي يلعبه هذا القضاء، حيث العديد من النظريات والمبادئ هي من اكتشافاته، خاصة الدور الذي يقوم به القسم القضائي عندما يتمتع بولاية إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، حيث يستطيع أن يتخذ من هذه الولاية السند لسيطر رقابته على الكثير من أوجه نشاط الإدارة، فيراقب كافة تصرفات السلطة التنفيذية دون استثناء، وفي وسع القاضي الإداري - أيضاً - أن يضيف ما استطاع من دائرة تلك الأعمال، التي لازالت بمنأى عن كل رقابة، والتي تسمى أعمال السيادة، وفي وسعه كذلك أن يوسع دائرة المبادئ العامة

(1) صبيح بشير مسكوني، المرجع السابق، ص176. عمر محمد السيوي، المرجع السابق،

ص74 وما بعدها. محمود عمر معتوق، المرجع السابق، ص432.

للقانون، التي تعتبر مخالفتها وجها من أوجه عدم المشروعية، شأنها في ذلك شأن النص القانوني الصريح سواء بسواء. أما فيما يتعلق بالاختصاصات الأخرى المقررة للقاضي الإداري، فهي ميدان خصب لتثبيت الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ومجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص مثل حي لما يمكن أن يقدمه القاضي للعدالة من خدمات، عندما يتسم قضاؤه بروح تحررية إنسانية، تضع في الاعتبار أن الفرد اتجاه الإدارة هو الخصم الضعيف الذي لا يكفي لإنصافه أن يقف القاضي منه موقفا سلبيا بحثا، بل يجب أن يمد له يد العون، تارة بالمساعدة في تقديم ما يلزم من الأدلة لتدعيم دعواه، وتارة أخرى بافتراض الخطأ في جانب الإدارة، أو حتى بالتجاوز عن إثبات الخطأ أو عن افتراضه، وهكذا ظهرت في القضاء الإداري الفرنسي نظريات أصيلة له أن يفخر بها، كنظرية الظروف الطارئة، ونظرية عمل الأمير، والفرقة بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي، والمسئولية على أساس المخاطر، غير أنه لم يتوان في المقابل في التوسعة لحساب الإدارة، عندما تقتضى المصلحة العامة هذه التوسعة ولو في ذلك الخروج عن النص التشريعي، وهو ما يفسر ظهور نظريات مقابلة كنظرية الظروف الاستثنائية ونظرية الضرورة.

ثالثاً: عندما تكون السلطة الادارية متفهمة الغاية من وجودها هو الصالح العام وحده دون شريك تقبل بكل صدر رحب رقابة القاضي، ولا تجد في إهدار عملها غير القانوني بحكم منه، أو في التعويض عن الضرر الذي تسبب فيه خروجاً عن المؤلف، أو مساساً بأي اعتبار ذاتي، لأن الصالح العام الذي تتغياه هو ما يهدف إليه القاضي، لذلك أن الاوان لكي يتخلص رجال الإدارة نهائياً من هذه النعرة الخاطئة، التي يرون بها القاضي الإداري خصماً قبل أن يكون عوناً على تحقيق العدالة، وغريماً قبل أن يكون سنداً لسلامة وامتانة الجهاز الإداري ذاته، بل إن تقوية الجهاز الإداري يقدم في صورة أخرى إلى الحكام خدمات مفيدة، وذلك أياً كان شكل الحكم وآية ذلك أنه بتحقيق العدالة في علاقات الإدارة

بالأفراد يضمن سلامة جبهته الداخلية، فيستطيع عندئذ التفرغ لشؤون السياسة الداخلية والخارجية، مطمئناً إلى أنه قد نظم طريقة ترفع المظالم بشكل آلي، وحسبه في ذلك أن يوسع من اختصاص القاضي الإداري ما استطاع، وأن ييسر إلى الشعب الوصول إليه بكل سهولة ويسر، بل قد يكون الحاكم أكثر حاجة للقاضي الإداري وتحقيق العدالة الداخلية على أوسع نطاق، تعويضاً للمحكومين عن بعض الحريات التي لا يتحصلون عليها بصورة كاملة، لأن الموظف أو العامل الصغير يتأثر بحرمانه دون وجه حق من علاوة ضئيلة القيمة، أو من ترقية تحسن حالته المادية، أكثر من تأثره من منع الاجتماعات العامة أو المظاهرات السياسية.

رابعاً: من خلال وقوفنا على القضاء الإداري في ليبيا، لاحظنا أنه لم يتطور منذ سنة 1953م، وحتى القانون رقم 88 لسنة 1971م في شأن القضاء الإداري الذي مضى على صدوره أكثر من أربعين عاماً، لم يضاف جديداً ولم يغير من الأمر شيئاً، فكل ما هنالك هو أنه نقل الاختصاصات التي كانت مسندة لدائرة القضاء الإداري بالمحكمة العليا إلى دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف المدنية المتواجدة، في سبع محاكم استئناف فقط، ونعتقد أن السبب يعود إلى عدم نية الدولة الصادقة في تطوير هذا القانون، لأنه يمس بشكل مباشر حرية وحقوق الأفراد، لذلك فإننا نتفق مع الاتجاه الذي يسعى إليه الدستور الليبي المرتقب ويؤيده أغلب رجال الفقه في ليبيا، وهو ضرورة إنشاء مجلس دولة، وفصل القضاء الإداري عن القضاء العادي، وذلك للأسباب التالية:

1 - بعد الشقة بين القاضي والمتقاضين:

وهو عيب يجمع الفقه على ضرورة علاجه، فوفقاً للتنظيم الحالي المطبق في ليبيا يتعين على الشخص الذي يرغب في إلغاء قرار إداري مس بمصلحته، أن يرفع دعواه إلى إحدى دوائر القضاء الإداري التي لا توجد إلا في محاكم الاستئناف، ومقرها في الغالب بعيد عن المتقاضين، إذ إن الشخص المقيم

في منطقة بعيدة عن محكمة الاستئناف يكون أكثر ميلاً إلى تجاوز الخطأ الإداري وتحمله في ماله وحريته، منه إلى تكبد مصاريف الانتقال من أجل رفع الدعوى. لذلك نرى أن الأمر يقتضى إنشاء محاكم إدارية يختص كل منها بالمنازعات التي تنور في دائرة المحاكم الجزئية، وذلك بشكل مؤقت على الأقل، إلى أن يرى نظام القضاء المزدوج - الذي طالبنا به منذ وقت بعيد - النور قريباً بإذن الله.

2 - وجود درجة قضاء واحدة:

الأصل وفقاً للتنظيم الحالي أن تصدر دوائر القضاء الإداري الموجودة في محاكم الاستئناف أحكاماً نهائية، لا تقبل الاستئناف أمامها، لأنها تنظر النزاع باعتبارها محكمة درجة أولى، وهذا عيب خطير يتعين علاجه، إذ من العدالة فتح الباب لذوى الشأن، لطلب إعادة نظر الدعوى من حيث الواقع والقانون أمام قاض استئنافي، ولا يكون ذلك إلا بتنظيم جهاز قضائي من درجتين، حتى تصدر محاكم الدرجة الأولى (الجزئية - الابتدائية) أحكاماً تستأنف أمام محاكم الدرجة الثانية (محاكم الاستئناف).

ويلاحظ أن طريق الطعن أمام المحكمة العليا، الذي نظمته المشرع في القانون رقم 6 لسنة 82م بإعادة تنظيم المحكمة العليا، لا يغنى البتة عن طريق الاستئناف، ذلك أن حق الطعن أمام المحكمة العليا ليس مباحاً دون عقبات لذوى الشأن، حيث إنه يجب التنبيه بادی الرأي إلى أنه لا وجه لافتراض التطابق التام بين نظام الطعن بطريق النقض المدني، ونظام الطعن الإداري، سواء في شكل الاجراءات، أو كيفية سيرها، أو مدى سلطة المحكمة العليا بالنسبة للأحكام موضوع الطعن أو كيفية الحكم فيها، بل مرد ذلك إلى النصوص القانونية التي تحكم النقض المدني، وتلك التي تحكم الطعن الإداري، وقد تتفقان في ناحية وتختلفان في ناحية أخرى. فالتطابق قائم بين النظامين من حيث تبيان الحالات التي تجيز الطعن في الاحكام، ولكنه غير قائم سواء بالنسبة إلى ميعاد الطعن أو شكله أو إجراءاته، أو كيفية الحكم فيه، إذ لكل من النظامين قواعده الخاصة التي

يسير فيها في هذا الشأن، مما قد يمتنع معه إجراء القياس لوجود الفارق، إما من حيث النص ذاته، أو اختلاف طبيعة الطعنين اختلافاً مردده أساساً إلى التباين بين طبيعة الروابط التي تنشأ بين الإدارة والأفراد في مجالات القانون العام، وتلك التي تنشأ فيما بين الأفراد فيما بينهم في نطاق القانون الخاص.

3 - اختصاص القضاء الإداري بنظر كافة المنازعات الإدارية:

لم يحاول المشرع العدول عن التعداد الحصري، ولم يرغب في وضع نص عام يقضى باختصاص دوائر القضاء الإداري بنظر جميع المنازعات الإدارية بصفة عامة، ونعتقد أن الوقت قد حان لكي يخطو المشرع هذه الخطوة التي سوف تعتبر عاملاً جوهرياً، يساعد على تطور الفقه والقضاء الإداريين، ذلك أن الأحكام التي تصدر في شأن تحديد نطاق الاختصاص العام، سوف تكون مجالاً خصباً لظهور الكثير من النظريات القضائية والقانونية، وهو ما يتضح بجلاء من دراسة تطور القضاء الإداري الفرنسي من منتصف القرن التاسع عشر من خلال أحكامه في بناء نظريات القانون الإداري وهي نظرية المرفق العام ومساهمتها في تحديد الكثير من النظم الإدارية، كالقرار الإداري والعقد الإداري والعمل التشريعي والعمل القضائي والموظف العام والأموال العامة والمؤسسة العامة وغيرها...، وكذلك ما قام به المشرع المصري الذي طور القضاء الإداري من حيث الاختصاصات أو من حيث تعدد المحاكم فمن محكمة واحدة سنة 1946م إلى أربع محاكم سنة 1972م، ناهيك عن الاختصاصات الأخرى المتعلقة بالفتوى والتشريع وغيرها...، وقد ترتب على التعداد الحصري في مسائل الموظفين - على سبيل المثال - أن أفلتت بعض صور النشاط الإداري من رقابة القضاء، وهي الصور التي لم يشملها القانون رقم 88 لسنة 1971م في شأن القضاء الإداري، مثل قرارات النقل وقرارات الندب والإعارة، وقرارات التثبيت في الوظيفة العامة... وغيرها من القرارات الإدارية الأخرى.

والله من وراء القصد،،

المصادر المراجع

- أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية، مكتبة الحلبي، القاهرة، 1973م.
- حمدي عبدالرحمن، ديوان المظالم، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، 1983م.
- خليفة علي الجبراني، القضاء الإداري الليبي، الرقابة على أعمال الإدارة، مركز سيما للطباعة والإعلان، طرابلس، الطبعة الأولى، 2005م.
- دواد الباز، القضاء الإداري، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة، 1995م.
- سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مبدأ المشروعية، تنظيم القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية.
- سليمان محمد الطماوي، عمر الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976م.
- صبيح بشير مسكوني، مبادئ القانون الإداري الليبي، دراسة مقارنة، الكتاب والتوزيع والإعلان والمطابع، بنغازي، الطبعة الثالثة، 1982م.
- _____ القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية، منشورات جامعة بنغازي، كلية الحقوق، 1974م.
- عبدالجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، دراسة مقارنة، عالم الفكر، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1984م.
- عبدالسلام علي المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، الكتاب الخامس، الوسيط في الإدارة والرقابة على أعمالها، الجزء الثاني، النظرية العامة للرقابة، الجامعة المفتوحة، طرابلس، الطبعة الثالثة، 1993م.
- عبدالفتاح أبو الليل، قضا المشروعية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، 1998م.

- عبد القادر باينة، القضاء الإداري، الأسس العامة والتطور التاريخي، دار توبقال للنشر، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1988م.
- عثمان خليل عثمان، تطور القضاء الإداري في الجمهورية العربية المتحدة، مجلة العلوم الإدارية، س1، ع1.
- عمر محمد السيوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، بدون طبعة، 2013م.
- مارسولون وآخرون، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة أحمد يسري، دار المعارف الاسكندرية، الطبعة الأولى، 1991م.
- مالك محمد أبو شهيو، النظام السياسي في ليبيا في الفترة من 1951-1969م، رسالة ماجستير، غير منشورة، جامعة القاهرة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 1977م.
- محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى، 1967-1968م.
- محمد عبدالله الحراري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، رقابة دوائر القضاء الإداري، منشورات المكتبة الجامعة، الزاوية، ليبيا، الطبعة الخامسة، 2010م.
- محمد فرج محمد الفقي، الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1998م.
- محمد فؤاد مهنا، مجلس الدولة والقضاء الإداري في مصر، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، س3، ع1.
- محمود محمد حافظ، القضاء الإداري في المغرب، مجلة القانون والاقتصاد، س34، ع1.
- محمود عمر معتوق، المسؤولية الإدارية عن الخطأ المرفقي في القانون الليبي، دراسة تطبيقية مقارنة، الطبعة الأولى، 2004-2005م.

- _____ مبدأ المشروعية وتطبيقاته في ليبيا، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2004-2005م.
- _____ وقف تنفيذ القرار الإداري، مجلة جامعة سبها للعلوم الإنسانية، مجلد 12، ع2، 2013م.
- نصرالدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة، دراسة موازنة في القانون المصري والليبي والشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998م.
- _____ أصول التنظيم الإداري وتطبيقاته في القانون الليبي، دراسة موازنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008م.
- نعيمة سالم البلعزي، قضاء المظالم في الشريعة الإسلامية وموازنته مع القوانين الوضعية، المكتب الوطني للبحث والتطوير، طرابلس، الطبعة الأولى، 2006م.
- وهيب عياد سلامة، حتمية بقاء مجلس الدولة، مجلة هيئة قضايا الدولة، س 36، ع1.
- يحيى الجمل، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986م.

خصائص تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الليبي والمقارن

أ. مناء مفتاح الصور(*)

المقدمة:

تعتبر الآثار المترتبة على أحكام المحاكم الأجنبية⁽¹⁾، من أهم الموضوعات التي ينظمها القانون الدولي الخاص، فلا قيمة حقيقية لدراسة تنازع

(*) عضو هيئة التدريس بقسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة طرابلس.

القوانين وتنازع الاختصاص القضائي دون الخوض في مسألة آثار الأحكام الأجنبية، ويعتبر حكماً⁽²⁾ أجنبياً كل حكم يصدر عن هيئة قضائية باسم دولة أجنبية دون أن يكون لجنسية القضاة الذين يصدرونه أو المكان الذي يعقدون فيه جلساتهم أي اعتبار⁽³⁾، فما هي قيمة الحكم الأجنبي، وهل يجوز التمسك بآثاره في دولة القاضي، وفي أي حدود؟.

إن الإجابة عن كل هذه التساؤلات تستدعي معالجة مواقف مختلف التشريعات في التعاطي مع تلك الآثار، فمن ناحية - وكقاعدة عامة - إن الأحكام القضائية في دولة ما تنتج آثارها في حدود نطاق إقليمها، وحدود اختصاص محاكمها الوطنية التي أصدرتها، ولا يكون للأحكام الصادرة عن محاكمها أي أثر في دولة أخرى، وذلك استناداً إلى قاعدة (الاختصاص الإقليمي) للدولة، غير أن الأخذ بهذه القاعدة لا يتفق ومقتضيات التعاون القضائي الدولي، فضلاً عن أنه يجافي في بعض الأحيان متطلبات العدالة، لما يترتب عليه من عدم احترام للحقوق المكتسبة بالخارج، لذا ارتأت بعض النظم القانونية لزوم احترام تلك الآثار والنص عليها في تشريعاتها الداخلية⁽⁴⁾، والجدير بالذكر أن الأحكام

(1) تتنوع آثار الأحكام الأجنبية إلى: قوة التنفيذ وحجية الأمر بالتنفيذ (حجية الشيء المحكوم به وقوة التنفيذ)، مشار إليه عند د. أحمد عمر بوزقية، الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية، بحث منشور في مجلة دراسات في المرافعات الداخلية والدولية وأبحاث أخرى، الناشر مجلس الثقافة العام، ص113، بدون مكان وتاريخ نشر.

(2) المقصود بالحكم (كل قرار تصدره محكمة مشكلة تشكياً صحيحاً في خصومة معقودة لديها وفق قواعد المرافعات)، د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص المصري، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ط3، 1958م، ص751.

(3) المرجع السابق، نفس الصفحة.

(4) د. محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، 2000م، ص270.

الأجنبية والتي تنتج أثراً دولية (في نطاق هذه الدراسة) هي التي تتعلق بالمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية مع استبعاد تلك المتعلقة بالمواد الجنائية أو الإدارية أو المالية، حيث أن مجالها يخرج عن نطاق هذه الدراسة.

ولتبيين قيمة الأحكام الأجنبية أو الاعتراف بها خارج نطاق الاختصاص الإقليمي لمحاكم الدولة التي أصدرتها، يتعين تحديد أهم الاتجاهات التي تناولت هذا الموضوع، ومن المفيد الإشارة إلى اتجاهين رئيسيين:

الاتجاه الأول: ويفيد معنى الاعتراف غير المقيد بآثار الأحكام الأجنبية في الدولة المراد تنفيذها فيها، ومعاملة تلك الآثار كما لو كانت آثاراً لأحكام وطنية، وهذا يتنافى ومبدأ سيادة الدولة كما أسلفت، إذ أن الاعتراف غير المشروط يتضمن من جهة؛ المساس بسيادة الدولة التي يراد تنفيذ الأحكام على إقليمها، ومن جهة أخرى يتضمن معنى الخضوع لسيادة الدولة التي أصدرت محاكمها تلك الأحكام.

الاتجاه الثاني: ومفاده انكار أي أثر للأحكام الأجنبية بشكل مطلق، وهذا ما يتعارض وحاجة جميع الدول إلى التعاون القضائي فيما بينها، فضلاً عن أنه يشكل عائقاً أمام تحقيق المصالح المشتركة بين الدول في شتى المجالات.

عليه ومن الطبيعي أن يرسو الأمر على موقفٍ وسطٍ بين هذين الاتجاهين، فيتم الاعتراف بآثار الأحكام الأجنبية على إقليم الدولة من جهة، وفي حدود معينة مقيدة تحفظ لها سيادتها من جهة أخرى⁽¹⁾، انطلاقاً من ذلك سنعالج هذا الموضوع في مطلبين؛ نتناول في المطلب الأول تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون المقارن، ونتناول في المطلب الثاني شروط تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية في القانون الليبي.

(1) د. هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبدالعال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الثاني، دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2011م،

المطلب الأول

تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون المقارن

للخوض في مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون المقارن، يتعين التّطرق إلى أمرين؛ أولهما يتعلق بالأنظمة المتبعة في تنفيذ الأحكام الأجنبية في تلك الدول، والثاني يتعلق بشروط تنفيذ تلك الأحكام فيها، وذلك على النحو التالي:-

أولاً: الأنظمة المتبعة في تنفيذ الأحكام الأجنبية

درجت مختلف الأنظمة القانونية على بيان الإجراءات والتدابير التي ينبغي اتباعها للاعتراف بآثار الأحكام الأجنبية، وذلك وفق ما يلي:

1- نظام الأمر بالتنفيذ:

تبنى المشرع الفرنسي هذا النظام وتبعته في ذلك العديد من الأنظمة القانونية المتأثرة به ومنها تشريعات بعض الدول العربية، ومن خلال هذا النظام يعترف للحكم الأجنبي بوصفه حكماً قضائياً أجنبياً يجوز تنفيذه بعد التأكد من توافر شروط محددة وفق تشريع كل دولة. غير أن التشريعات التي تأخذ بهذا النظام انقسمت فيما بينها إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يكتفي بمراقبة الحكم الأجنبي من الناحية الخارجية؛ وهو ما يسمى (بالمراجعة الشكلية) وبالتالي لا يتعرض القاضي إلى موضوع النزاع الذي يتضمنه ذلك الحكم، ويكتفي بمراقبة مدى استيفائه للشروط اللازمة لصحته فحسب؛ كأن يكون الحكم صادراً عن محكمة مختصة دولياً، وأُتبعَت فيه الإجراءات الصحيحة، وأن يكون قد طبق على موضوع الدعوى القانون الواجب التطبيق (القانون المختص) كما هو الحال في بعض التشريعات المقارنة⁽¹⁾، كما

(1) استقر القضاء الفرنسي على هذا الاتجاه بمقتضى حكم صار عن محكمة النقض الفرنسية

في 7 يناير 1964م، مشار إليه عند: د. هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبد العال،

مرجع سابق، ص 365.

اتفقت أغلب التشريعات في الدول العربية على الأخذ بشروط محددة للاعتراف بآثار الأحكام الأجنبية فيها، بيد أنها اختلفت فيما يبدو في شرط عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام، فاعتبرته بعض تلك التشريعات شرطاً موضوعياً⁽¹⁾، واعتبرته أخرى شرطاً شكلياً.

الاتجاه الثاني: يكتفي بالمراقبة الشكلية وإنما تمتد المراقبة إلى العنصر الموضوعي في الحكم الأجنبي (المراجعة الموضوعية) ومقتضى هذا الاتجاه تخويل القاضي سلطة فحص الحكم الأجنبي (شكلاً وموضوعاً). فيقوم بمراقبة مدى استيفائه للشروط الشكلية أولاً، وكذلك مدى تقدير الحكم للوقائع ثانياً، وتطبيق القانون المختص عليه ثالثاً، وله بالتالي سلطة تعديله إذا كان هناك مقتضى⁽²⁾. إلا إنه مهما كان الاتجاه الذي يتم الأخذ به فإن الثابت أن دور القاضي الوطني يقتصر على الأمر بالتنفيذ أو رفض التنفيذ⁽³⁾.

2- نظام الدعوى الجديدة:

وهو النظام المتبع في التشريعات الانجلوسكسونية والاسكندنافية. وتتنحصر تطبيقاته في اتجاهين رئيسيين:

- (1) يعتبر هذا الشرط من الشروط الموضوعية في القانون والقضاء المغربيين (مادة 430 من القانون المدني المغربي)، مشار إليه عند: عبدالصمد التامري، خصوصيات تنفيذ الأحكام الأجنبية بالمغرب، بحث منشور في مجلة المرافعة، إصدار هيئة المحامين لدى محكمتي الإستئناف بأكادير والعيون، عدد 21 نوفمبر 2011م، ص 87.
- (2) أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الاتجاه في بعض أحكامها القديمة، مشار إليه عند: د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبدالعال، نفس المرجع السابق، ص 365.
- (3) أيد القضاء المصري هذا الرأي بمقتضى حكم صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1986/12/9 (دعوى رقم 808/172)، حيث نص المبدأ على (أن ولاية القاضي المصري تقتصر على رفض تنذيل الحكم أو الأمر الأجنبي بالصيغة التنفيذية ولا يمتد إلى أحكام المحاكم الأجنبية وهو ما لا يجوز). منشور على الموقع:

الاتجاه الأول: يقوم هذا الاتجاه على رفع دعوى جديدة من قبل صاحب المصلحة يطالب فيها بالحق الثابت في الحكم الأجنبي، وعلى القاضي الوطني⁽¹⁾ الاستناد إلى ذلك الحكم كدليل قطعي لا يقبل إثبات العكس في إثبات⁽²⁾ الحق المدعى به⁽³⁾، ويرى البعض بأن هذا النظام يكاد يعترف بشكل غير مباشر بآثار الحكم الأجنبي في بلد القاضي بشكل عام إذا توافرت الشروط الشكلية المطلوبة لتنفيذه دون حاجة لمراقبة سلامة الحكم من الناحية الموضوعية، كما أن هذا النظام يحافظ على مبدأ سيادة الدولة من حيث الشكل باشتراط رفع دعوى جديدة وفقاً للنظام القانوني لتلك الدولة⁽⁴⁾.

وحرى بالملاحظة أن الأنظمة الأنجلوسكسونية سارت على هذا النهج (أي نظام الدعوى الجديدة) ولم يجد هذا الاتجاه أنصار له في التشريعات العربية المعاصرة.

الاتجاه الثاني: ينحو إلى عدم الاعتراف بآثار الحكم الأجنبي إلا بعد رفع دعوى جديدة يقدم فيها الحكم الأجنبي كدليل غير قطعي أي (قابل لإثبات العكس)؛ وهو ما أخذ به في تشريعات الدول الأسكندنافية⁽⁵⁾.

-
- (1) المقصود به قاضي البلد الذي يعرض فيه النزاع والمراد تنفيذ الحكم الأجنبي فيه.
- (2) محل الإثبات هو المصدر الذي ينشئ الحق المدعى به وليس الحق نفسه، والمصادر التي تنشئ الحقوق قد تكون تصرفاً قانونياً أو واقعة قانونية، مشار إليه عند د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، دار أحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ص 46.
- (3) د. ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الدولي الخاص المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م، ص 228.
- (4) د. هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص 363، انظر كذلك: د. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص 244-245.
- (5) د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 803.

والملاحظ على هذا النظام باتجاهية، تعاطيه مع الحكم الأجنبي (كواقعة) وليس (كحكم قضائي)، فالإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء وفق ما حدده القانون على وجود واقعة قانونية رتبت آثاراً قانونية⁽¹⁾.

ثانياً: الشروط المقررة في التشريعات المقارنة لتنفيذ الأحكام الأجنبية

استناداً إلى مبدأ التعاون القضائي الدولي واحتراماً للحقوق المكتسبة بالخارج ارتأت أغلب التشريعات المقارنة الاعتراف بالآثار المباشرة للأحكام الأجنبية المراد تنفيذها ضمن النطاق الإقليمي لدولة أخرى، وهو ما يسمى بتنفيذ الأحكام الأجنبية، بيد أن مواقف تلك التشريعات اختلفت في التعاطي مع تلك الآثار، وخاصةً فيما يتعلق بشروط تنفيذ الأحكام الأجنبية، وذلك على النحو التالي:

1- الشروط المختلف فيها:

أ - شرط التبادل (المعاملة بالمثل)

ويقصد بشرط التبادل أو المعاملة بالمثل معاملة الحكم الأجنبي في الدولة التي يطلب تنفيذه فيها بنفس المعاملة المقررة للأحكام القضائية في تلك الدولة التي أصدرت محاكمها الحكم⁽²⁾ بنفس القدر وفي نفس الحدود والظروف وفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل والذي يجب أن يطبق في أضيق معانيه. فيجب النظر إلى معاملة المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه في دولة ما لحكم صادر عن محاكم هذه الدولة في نفس الظروف إذا ما أُريد تنفيذه في تلك الدولة الأجنبية، فإذا كانت تلك الدولة لا تحترمه في ظل تلك الظروف وجب على محكمة الدولة المطلوب إليها إصدار الأمر بتنفيذه ألا تحترم ذلك الحكم الأجنبي المراد تنفيذه، ولا أهمية لكونها قد تحترم أحكاماً أخرى في ظروف أخرى.

(1) د. السنهوري، مرجع سابق، ص 13.

(2) د. محمد المبروك اللافي، مرجع سابق، ص 273.

عليه فإن شرط التبادل لا يتعلق بالحكم الأجنبي في حد ذاته وهو شرط أساسي للاعتراف بآثار الأحكام الأجنبية.

وقد اختلفت التشريعات المقارنة من حيث تقديرها لكيفية التحقق من وجود شرط التبادل، فمنها من يشترط أن يكون التبادل (دبلوماسياً)⁽¹⁾ وهو التبادل المنصوص عليه في معاهدة نافذة مبرمة بين دولتين أو أكثر، أي إذا وجد نص في المعاهدة يقضي بضرورة تنفيذ محاكم كل دولة للأحكام الصادرة من محاكم الدول الأخرى،.

ومن الأمثلة على المعاهدات الثنائية التي تبنت هذا الشرط المعاهدة المبرمة بين ليبيا ومصر بتاريخ 1992/2/26م بالقاهرة، ومن الأمثلة على المعاهدات المتعددة، المعاهدة الإطارية المبرمة بين الدول العربية بشأن تنفيذ الأحكام القضائية والتي اعتمدها مجلس الجامعة العربية بتاريخ 14 سبتمبر 1952م⁽²⁾.

بينما يشترط بعضها الآخر أن يكون التبادل (تشريعياً)، أي أن يتم النص عليه في النظام القانوني للدولة، بمعنى أن لا تقوم محاكم الدولة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، ما لم يتضمن قانون هذه الدولة نصاً يسمح بتنفيذ تلك الأحكام، وقد تم النص على شرط التبادل في العديد من التشريعات المعاصرة⁽³⁾.

(1) كما هو الحال في البلاد الاسكندنافية، مشار إليه عند: د. عز الدين عبدالله، مرجع سابق، ص 802.

(2) صادق على المعاهدة كل من: الأردن في 17/ فبراير/ 1953م، السعودية في 23/ مايو/ 1953م، مصر في 9/ يونيو/ 1953م، سوريا، في 19/ ابريل/ 1953م، العراق في 27/ يوليو/ 1953م، اليمن في 28/ نوفمبر/ 1953م، لبنان في 9/ يونيو/ 1953م، مشار إليه عند د. محمد المبروك اللافي، مرجع سابق، ص 329.

(3) على سبيل المثال قانون المرافعات المصري في المادة (296)، قانون المرافعات السوري المادة (306)، مشار إليه عند نفس المرجع السابق، وأكد على ذلك محكمة النقض المصرية في مبدأ لها بمناسبة الطعن رقم 1136 لسنة 54 ق جلسة 1990/11/28 م،

وقد يكون التبادل (واقعيًا)، وفي هذه الحالة لا ينظر إلى وجود معاهدة أو نص قانوني لإثبات توافر التبادل، بل ينظر إلى ما يجري عليه العمل في الواقع أمام القضاء الأجنبي بمعنى عدم قبول الأحكام الأجنبية في دولة ما إلا إذا كانت تلك الدولة الأجنبية المراد تنفيذ حكمها تسمح بتنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكم الدولة المطلوب إليها إصدار الأمر بالتنفيذ⁽¹⁾، ومن الأمثلة على ذلك، التشريع الألماني الذي يقضي بعدم الأخذ بالشروط الشكلية الأخرى إذا لم يتم التحقق من شرط التبادل (باستثناء الأحكام الصادرة في غير المعاملات المالية) ولا يشترط هذا التشريع وجود معاهدة تقررته أو نص تشريعي في القانون الأجنبي، فيكفي لتحقيق شرط التبادل بين ألمانيا والدول الأخرى أن تعترف تلك الدول بآثار الأحكام الصادرة عن المحاكم الألمانية⁽²⁾. وهو ما يعتبر لدى البعض محاولة لإكراه الدول الأجنبية على الاعتراف بآثار الأحكام الألمانية وهو ما سار عليه المشرع المصري أيضاً⁽³⁾.

والذي جاء فيه أن (النص في المادة 296 من قانون المرافعات يدل على أن المشرع أخذ بمبدأ المعاملة بالمثل أو التبادل وعلى ذلك يتعين أن تعامل الأحكام الأجنبية في مصر ذات المعاملة التي تعامل بها الأحكام المصرية في البلد الأجنبي الذي أصدر الحكم المراد تنفيذه في مصر واكتفى المشرع في هذا الصدد بالتبادل التشريعي ولم يشترط التبادل الدبلوماسي الذي يتقرر بنص في معاهدة أو اتفاقية ويجب على المحكمة أن تتحقق من توافر شرط التبادل التشريعي من تلقاء نفسها)، منشور على الموقع:

<http://helmylawyers.blogspot.com/2010/08/bolog-post.12html>

- (1) د.صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص255.
- (2) د.عز الدين عبدالله، مرجع سابق، ص802.
- (3) د.جمال محمود الكردي، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، محاضرات في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط1، 1996/1995م، ص547.

هذا من جهة - ومن جهة أخرى - فإن شرط التبادل لا يجد ترحيباً في بعض الدول الأخرى، كما هو الحال في التشريعات الإيطالية والأنجلوسكسونية⁽¹⁾. وكذلك عند بعض الفقه الفرنسي الذي يرى بأن شرط التبادل ينحرف بالعدالة عن مضمونها الموضوعي⁽²⁾، وقد أبد ذلك القضاء الفرنسي حيث لم يعتبر التبادل شرطاً لازماً للاعتراف بآثار الأحكام الأجنبية لأنه يرى بأن الاعتراف بآثار الأحكام الأجنبية يقع في نطاق الحقوق المكتسبة للأفراد بالخارج، بينما يقع التبادل أو المعاملة بالمثل في نطاق المصالح السياسية وضرورات التعاون القضائي الدولي.

غير أن جانباً آخر من الفقه الفرنسي يرى بأن شرط التبادل ليس شرطاً لازماً للأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الفرنسي الحالي، في الوقت الذي يؤيد هذا الجانب وجوب النص على هذا الشرط في التشريع، وقد تبنى هذا الرأي مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي الذي وضعته لجنة تنقيح القانون المدني سنة 1950م (المادة 101 وما بعدها وخاصة المادة 104)⁽³⁾. وفي مصر يرى جانب من الفقه بأن المشرع المصري قد جانبه الصواب باشتراطه مبدأ التبادل أو المعاملة بالمثل، ذلك أن هذا المبدأ يجد أساسه في المجاملة الدولية البعيدة عن أساس قواعد القانون الدولي الخاص، إذ لا يصلح أن يرتهن أداء العدالة في

(1) د.عزالدين عبد الله، مرجع سابق، ص 802.

(2) د.محمد عبد الخالق عمر، القانون الدولي الليبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971م، ص 213، انظر كذلك: د.الكوني علي اعبودة، القواعد العامة للتنفيذ الجبري، الجزء الأول، ط1، طرابلس، 2003م، ص 162.

(3) د.عزالدين عبدالله، مرجع سابق، ص 767، انظر كذلك: د.جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 548 وما بعدها.

الدولة لمجرد دواعي المنفعة والاعتبارات السياسية تجاه استقرار المعاملات الدولية والتعايش المشترك بين أعضاء الجماعة الدولية⁽¹⁾.

ب- شرط الاختصاص

اختلفت تشريعات الدول حول المقصود بشرط الاختصاص، هل يقصد به الاختصاص الدولي للمحكمة التي أصدرت الحكم، أم هو الاختصاص الداخلي لتلك المحكمة فحسب.؟ أم الاختصاصين معاً.؟

للإجابة على هذه الأسئلة، يمكن القول أن هناك اتجاهين:

الأول: وهو الاتجاه السائد، ويرى بأن المقصود من شرط الاختصاص في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية، هو الاختصاص الدولي للمحكمة التي أصدرت الحكم، ولا يلزم القاضي بالبحث عن مدى احترام الحكم لقواعد الاختصاص الداخلي لمحاكم البلد الأجنبي التي أصدرته، فقد نصت بعض التشريعات على اشتراط أن يكون الحكم الأجنبي قد صدر عن هيئة قضائية مختصة طبقاً لقواعد القانون الدولي الخاص المقررة في قانونها الداخلي، شريطة ألا تكون محاكم الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها مختصة بالنزاع الذي صدر الحكم أو الأمر الأجنبي بخصوصه، وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون المصري⁽²⁾ وكذلك القضاء المصري، حيث أكدت على ذلك محكمة النقض المصرية عندما نصت على أن (مفاد المادة 1/298 من قانون المرافعات وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه يشترط ضمن ما يشترط لتنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي أن تكون المحكمة التي أصدرته مختصة بإصداره، وأن تحديد هذا الاختصاص إنما يكون وفقاً لقانون الدولة

(1) تبنى هذا الاتجاه: د. هشام علي الصادق، د. عكاشة عبدالعال، مرجع سابق، ص 778،

انظر كذلك: د. صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 255.

(2) نصت على ذلك المادة (298 فقرة 1) من قانون المرافعات المصري، كذلك (المادة الثانية الفقرة الأولى) من الاتفاقية الإطارية لتنفيذ الأحكام بين الدول العربية، انظر د. صلاح

الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 261.

التي صدر فيها الحكم، وأن العبرة في ذلك هي بقواعد الاختصاص القضائي الدولي دون تدخل من جانب المحكمة المطلوب منها إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي في قواعد الاختصاص الداخلي للتحقق من أن المحكمة التي أصدرته كانت مختصة نوعياً أو محلياً بنظر النزاع⁽¹⁾.

كما أكدت المحكمة في مبدأ آخر على وجوب التحقق من ألا تكون محاكم الجمهورية المصرية مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر الأجنبي المراد تنفيذه في مصر⁽²⁾.

بيد أن بعض الفقه المصري يرى بأنه إذا ترتب على عدم الاختصاص الداخلي بطلاً للحكم أو الأمر الأجنبي في بلده، فلا يجوز تنفيذه في مصر⁽³⁾.

وانتهج المشرع المغربي نفس الاتجاه⁽⁴⁾، إلا أنه يرى بأن الاختصاص يحدد وفق قانون بلد التنفيذ وليس بلد إصدار الحكم، كما أكد القضاء المغربي

(1) الطعن رقم 26 لسنة 1958م، ق بجلسة 1990/2/27م، منشور على الموقع:

<http://helmylawyers.blogspot.com/2010/08/bolog-post.12html>

(2) الطعن رقم 1136 لسنة 1954 ق بجلسة 1960/11/28م، مرجع سابق، منشور على الموقع:

<http://helmylawyers.blogspot.com/2010/08/bolog-post.12html>

(3) د.صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 262.

(4) نصت الفقرة الثانية من المادة 430 من قانون المسطرة المدنية المغربية على أنه: (يجب على المحكمة التي يقدم إليها الطلب أن تتأكد من صحة الحكم واختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرته...)، وكذلك الاتفاقية المغربية الفرنسية المبرمة في 1957م، التي تؤكد على أن منح الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي صادر في فرنسا ومطلوب تنفيذه في المغرب أو العكس يستلزم أن يكون صادراً عن جهة قضائية مختصة حسب قواعد القانون الدولي المعمول بها في بلد التنفيذ، مشار إليه عند: أ. عبد الصمد التامري، مرجع سابق، ص 83.

على أن شرط الاختصاص المقصود به الاختصاص الدولي دون الداخلي حيث رفضت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء تذييل حكم فرنسي بالصيغة التنفيذية⁽¹⁾ بعلّة أن المحكمة المغربية هي المختصة وليست المحكمة الفرنسية.

ونحا القضاء الفرنسي نحو تحديد الاختصاص الدولي وفق القانون الفرنسي، فإذا كانت المحاكم الفرنسية هي المختصة بنظر النزاع امتنع القاضي عن إصدار الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي، وإذا لم تكن المحكمة الفرنسية المختصة على (القاضي) أن يقدر اختصاص المحكمة الأجنبية المُصدرة للحكم المراد تنفيذه في فرنسا وفقاً لقواعد الاختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية، باستثناء حالة تعلق النزاع بأموال موجودة في إقليمها⁽²⁾. أما بالنسبة لتحديد الاختصاص الداخلي فيرجع فيه حسب بعض الفقه الفرنسي إلى قانون الدولة التي أصدرت محاكمها الحكم. **عليه** إذا تبين للقاضي الفرنسي (المطلوب منه الأمر بالتنفيذ)، أن الحكم المراد تنفيذه في فرنسا قد صدر مخالفاً لقواعد الاختصاص الداخلي في القانون الأجنبي، أن يرفض طلب الأمر بالتنفيذ. إلا أن جانباً آخر من الفقه المعاصر (الفرنسي) يرى بأن على القاضي في مثل هذه الحالات ألا يرفض الطلب متى كانت تلك المخالفة لا تؤثر في وجود الحكم ولا تمنع من إنتاج آثاره في البلد الذي صدر فيه، أي أن يكون للحكم الأجنبي المراد تنفيذه في فرنسا وجوداً قانونياً في بلد صدوره⁽³⁾.

وعلى أي حال فقد تمسك القضاء الفرنسي بالرجوع إلى القانون الوطني في تحديد الاختصاص الدولي للمحاكم الأجنبية بينما لم تفعل ذلك التشريعات في

(1) صدر الحكم بتاريخ 3/أبريل/1964م، مشار إليه عند نفس المرجع السابق بنفس الصفحة.

(2) د. هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص 385.

(3) د. عز الدين عبدالله، مرجع سابق، ص 770.

كل من إيطاليا و إنجلترا وألمانيا، حيث لم تتمسك هذه التشريعات كذلك بثبوت الاختصاص الداخلي في حالة التحقق من الاختصاص الدولي⁽¹⁾.

2- الشروط المتفق عليها:

أ- شرط صحة الإجراءات

يجد هذا الشرط أساسه في أغلب التشريعات المقارنة، وقد تم النص عليه كذلك في بعض الاتفاقيات الدولية النافذة⁽²⁾. ويقصد بهذا الشرط أن تكون الإجراءات المتبعة في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد تمت بشكل صحيح، وكلف الخصوم ومثلوا فيها⁽³⁾ أمام المحكمة المختصة وفق الكيفية المقررة في القانون الأجنبي⁽⁴⁾ استناداً إلى القاعدة العامة في خضوع قواعد المرافعات لقانون القاضي.

وقد عبر عن ذلك قانون المرافعات اللبناني بشكل أفضل من غيره حيث نص في المادة (2/1014) على أن يكون المحكوم عليه قد أبلغ الدعوى التي أدت إلى الحكم وتأمنت له حقوق الدفاع⁽⁵⁾.

ويرى بعض الفقه وجوب تطبيق القواعد الشكلية والموضوعية (حسب قانون القاضي) على تلك الإجراءات، كأن يتحقق القاضي من أن المحكمة الأجنبية قد طبقت القانون الواجب التطبيق على النزاع وفق قواعد الإسناد في قانونها، غير أن جانباً آخر من الفقه يرى الاكتفاء بتطبيق القواعد الشكلية دون

(1) د. عبد الرزاق المرتضى سليمان، الأشخاص الطبيعية في العلاقات الدولية الخاصة، مكتبة طرابلس العالمية، طرابلس، ط1، 2007م، ص179.

(2) منها الاتفاقية الإطارية المبرمة بين دول الجامعة العربية بشأن تنفيذ الأحكام القضائية بتاريخ 14/سبتمبر/1952م، مرجع سبقته الإشارة إليه.

(3) د. ناصر عثمان محمد عثمان، مرجع سابق، ص240.

(4) د. الكوني علي اعبودة، مرجع سابق، ص164.

(5) انظر المرجع السابق بنفس الصفحة.

الموضوعية، إذ يصعب على القاضي الوطني التأكد من كون القاضي الأجنبي قد طبق القواعد الشكلية والموضوعية بشكل سليم، وقد حاولت محكمة النقض الفرنسية التخفيف من غلو هذا الشرط، إذ اكتفت بأن تكون القواعد التي طبقها القاضي الأجنبي في موضوع النزاع تؤدي إلى نفس النتيجة في حال تطبيقها وفق قواعد الإسناد الفرنسية⁽¹⁾.

كما يؤكد جانب آخر من الفقه بأن مخالفة القاضي الأجنبي لقواعد المرافعات في قانونه يجب ألا يترتب عليها رفض طلب الأمر بالتنفيذ إذا كانت المخالفة لا تؤثر في صحة الإجراءات وكذلك صحة الحكم⁽²⁾.

في الوقت الذي يشترط فيه جانب آخر من الفقه لصحة الإجراءات أن يشتمل الحكم على ما مفاده أنه صدر غيابياً⁽³⁾.

ومن تطبيقات القضاء المصري بخصوص هذا الشرط ما جاء في احد المبادئ التي قررتها محكمة النقض المصرية على أن (شرط إعلان الخصوم على الوجه الصحيح هو مما يجب التحقق من توافره في الحكم الأجنبي قبل أن يصدر الأمر بتذييله بالصيغة التنفيذية وذلك عملاً بما تقرره المادة 298 من قانون المرافعات، واتفاقية تنفيذ الأحكام المبرمة بين دول الجامعة العربية بالمادة الثانية (ب) منها)⁽⁴⁾.

ب- نهائية الحكم المطلوب تنفيذه:

(1) أ.عبدالصمد التامري، مرجع سابق، ص84.

(2) د.عز الدين عبدالله، مرجع سابق، ص770.

(3) د.عبد الحميد أبوهيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، مطبعة السعادة، مصر، 1927م، ص400.

(4) الطعن رقم 558 لسنة 1952 ق، س 38 ع1، ص368، منشور على الموقع:

http://helmylawyers.blogspot.com/2010/08/blog-post_12.html

ويقصد بهذا الشرط، أن يكون الحكم الأجنبي قد حاز قوة الشيء المقضي، وقابلاً للتنفيذ الجبري وفقاً للقانون الذي صدر في ظلّه، أي أن يكون هذا الحكم غير قابل للطعن عليه بالطرق العادية، لذا يتعين على القاضي رفض طلب الأمر بالتنفيذ إذا كان الحكم يقبل الطعن عليه بالاستئناف أو المعارضة وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه⁽¹⁾. وهذا ما أكدت عليه أغلب التشريعات المقارنة فاشتترطت أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه حكماً نهائياً⁽²⁾، وذلك لكي تتحقق الحكمة من توافر الاستقرار اللازم للمعاملات، ناهيك عن تقادي مشاكل إلغاء الأحكام غير النهائية وما يترتب على ذلك من مسائل لا تحمد عقباهما⁽³⁾.

ولعله من الجدير بالذكر أن اشتراط حيازة الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه لقوة الشيء المقضي به يترتب عليه عدم جواز تنفيذ الأحكام الأجنبية المشمولة بالإنفاذ المعجل (التنفيذ المؤقت)، وهذا ما أخذ به القضاء المصري⁽⁴⁾ وكذلك القضاء المغربي، وهو ما أقرته محكمة استئناف وجدة في إقرارها عدد 498⁽⁵⁾، إلا أن القضاء الفرنسي وشابهه في ذلك الفقه الفرنسي على خلاف ذلك، إذ أنها يجيزان تنفيذ الأحكام الوقائية متى كانت قابلة للتنفيذ في الدولة التي صدرت عنها، بغض النظر عن كونها حائزاً لقوة الأمر المقضي به⁽⁶⁾، وقد نهج هذا النهج أيضاً القضاء اليوناني⁽⁷⁾.

(1) انظر: د. عبد الرزاق المرتضى، مرجع سابق، ص 180.

(2) انظر: على سبيل المثال، قانون المرافعات المصري المادة (298) فقرة (3)، كذلك قانون المرافعات السوري مادة (308/أ)، مشار إليه عند د. محمد المبروك اللافي، مرجع سابق، ص 297-308.

(3) د. أحمد عمر بوزقية، الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 129.

(4) د. هشام علي الصادق، د. عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص 401.

(5) أ. عبد الصمد التامري، مرجع سابق، ص 86.

(6) نفس المرجع السابق ونفس الصفحة.

(7) د. هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص 401.

ج- شرط عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام والآداب:

نصت بعض التشريعات المقارنة على هذا الشرط حمايةً للنظام القانوني الوطني من وجود أحكام أجنبية قد تمس الأسس والمبادئ الجوهرية العامة التي تقوم عليها الدولة. ويعتبر هذا الشرط من الشروط الشكلية المتفق عليها لتنفيذ الأحكام الأجنبية بالرغم من أن بعض الفقه يرى أنه من الشروط الموضوعية التي تعطي الحق للقاضي قبل الأمر بالتنفيذ أن يفحص مضمون الحكم الأجنبي، وذلك إذا نص تشريعه على عبارة (لا يتضمن) مما يعني أن مضمون الحكم الأجنبي هو المقصود من عدم مخالفته للنظام العام والآداب. وعلى سبيل المثال فقد نصت المادة 298 بالفقرة الرابعة من قانون المرافعات المصري على أن (..... ولا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها). كذلك اتجه الفقه المصري متأثراً بالفقه والقضاء الفرنسيين، إلى توسيع نطاق شرط عدم مخالفة النظام العام أو الآداب ليشمل وجوب احترام الإجراءات، وعدم انتهاك حقوق الدفاع المقررة في قانون دولة القاضي. في الوقت الذي يتجه فيه القضاء الفرنسي إلى التخفيف في التعاطي مع هذا الشرط استناداً إلى الأثر المخفف للنظام العام - في تنازع القوانين - احتراماً للحقوق المكتسبة بالخارج، لذلك اعترف القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه بآثار الأحكام الأجنبية التي قد تخالف النظام العام أو الآداب في فرنسا تتضمن بعض الأحكام الأجنبية لنظام التطبيق بالرغم من أن القانون الفرنسي في حينها لا يعترف به، كذلك اعترف ببعض نظم الشريعة الإسلامية التي تقر تعدد الزوجات والطلاق بالإرادة المنفردة⁽¹⁾.

(1) د. أحمد عمر بوزقية، مرجع سابق، ص 134-135، انظر كذلك عبد الصمد التامري،

واستناداً إلى أن فكرة النظام العام والآداب فكرة مرنة ومتطورة بتطور الزمان والمكان لذلك يجب أن ينظر إلى توافر اشتراطها في الحكم الأجنبي المراد تنفيذه وقت تقديم الطلب بالتنفيذ لا وقت صدور الحكم⁽¹⁾.

المطلب الثاني

شروط تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية في القانون الليبي

لا شك أنه من أهم مقومات تنفيذ مبدأ التعاون القضائي المشترك بين دول العالم، الاعتراف بالأحكام الأجنبية حتى تتحقق الطمأنينة على سلامة المعاملات الدولية بما يحفظ الحقوق المكتسبة بالخارج، لذا فقد نهج التشريع الليبي محتدياً نهج العديد من التشريعات⁽²⁾ منهج احترام تلك الأحكام، فقرر الأخذ أسلوب الأمر بتنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية بعد أن تتم مراقبتها من الناحية الشكلية وتُفحص من خلالها المقومات الخارجية لأحكام الأجنبية دون التعرض لموضوعها، وقد خصص المشرع الليبي المواد (405 إلى 407)⁽³⁾ من قانون المرافعات⁽⁴⁾ والتي تضمنت شروطاً لا بد من مراعاتها للأمر بتنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية أو رفض تنفيذها من قبل المحاكم الليبية المختصة، مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية المبرمة بين ليبيا وغيرها من الدول، وهو ما أكدته المادة

(1) د. هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص 403.

(2) أنظر على سبيل المثال المواد من (296-301) من قانون المرافعات المصري.

مشار إليه عند د. محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص الدولي، جامعة طرابلس، 2000م، ص 297-298.

(3) تضمنت المادة (408) مرافعات النص على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي وإحالت إلى المواد (405-406-407) فيما يتعلق بشروط الأمر بتنفيذها، كما نصت المادة (410) على جواز تنفيذ السندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي.

(4) نصت المواد المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية في قانون المرافعات الليبي على القوة التنفيذية للحكم الأجنبي دون الآثار الأخرى، وهو ما سارت عليه أغلب التشريعات، مشار إليه عند د. أحمد عمر بوزقية، الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 1/3.

(411) من قانون المرافعات، والتي نصت على أن (العمل بالقواعد المتقدمة لا يخل بأحكام المعاهدات المعقودة أو التي تعقد بين ليبيا وبين غيرها من الدول في هذا الشأن).

عليه إذا وجدت معاهدة ثنائية أو جماعية فلا تطبق قواعد المرافعات المتعلقة بالتنفيذ⁽¹⁾. وذلك تأسيساً على أسبقية الأخذ بنص المعاهدة الدولية في حالة التعارض مع نص تشريعي وطني، وهذا ما تبناه المشرع الليبي؛ عليه سوف نستعرض في هذا المطلب الشروط اللازمة لتنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية في ليبيا وفق ما جاءت به نصوص قانون المرافعات مُستتدين في ذلك إلى بعض أحكام القضاء الليبي المختص الصادرة بالخصوص، وكذلك نصوص الاتفاقيات الدولية المبرمة بين ليبيا وبعض الدول في هذا الشأن، وذلك على النحو التالي:

أولاً: شروط التبادل (المعاملة بالمثل)

نصت المادة (405) مرافعات على أن (الأحكام⁽²⁾ والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر الليبية فيه).

(1) د. عبدالحميد أبو هيف، مرجع سابق، ص 392.

(2) ورد مصطلح (الأحكام) في النص شمول المسائل المدنية والتجارية والجنائية والإدارية (نص مطلق) دون تمييز، إلا أن ورود هذا المصطلح في قانون المرافعات - يشير - إلى أن المقصود منه هو المسائل المدنية والتجارية دون غيرها وهو ما اتفق الفقهاء عليه مشار إليه عند د. أحمد عمر بوزقية، مرجع سابق، ص 21.

تضمن هذا النص شرطاً مبدئياً يتعين إعماله قبل شروع القاضي في فحص الحكم أو الأمر الأجنبي، ولا يتعلق هذا الشرط بماهية الحكم أو الأمر الأجنبي في حد ذاته، وعلى القاضي أن يتحقق من وجوده قبل الخوض في شرط آخر⁽¹⁾.

من ناحية أخرى فقد أكد النص صراحةً على شرط التبادل القضائي بين ليبيا وغيرها من الدول - أي شرط المعاملة بالمثل - أثناء تنفيذ الأحكام الأجنبية فيها، كأن يقرر مثلاً قضاء دولة أجنبية ما رفع دعوى جديدة - كما الحال في الدول الانجلوسكونية - لتنفيذ حكماً ليبيا على أراضيها، فعلى القضاء الليبي في المقابل معاملة الأحكام القضائية لتلك لدول بنفس المعاملة، غير أن بعض الفقه⁽²⁾ يرى أن شرط التبادل لا ينسجم والعلاقات التي يتضمنها القانون الدولي الخاص وخاصة المتمثلة في حقوق الأفراد المكتسبة بالخارج، في الوقت الذي ينسجم هذا وعلاقات القانون الدولي العام. فهو - أي شرط التبادل أو المعاملة بالمثل - بمثابة مبدأ سياسي أقرب منه إلى فكرة قانونية، فليس من العدل رفض تنفيذ حكم أجنبي تمسك به صاحبه به لمجرد أن قانوناً أجنبياً صدر عنه في ذلك البلد لا يجيز تنفيذ أحكاماً قضائية ليبية. أضف إلى ذلك أن هذا الوضع قد ينطبق على حقوق الأجانب والمواطنين على حد سواء فيما لو كان الحكم الأجنبي قد صدر لصالح مواطناً ليبيا، ونحن بدورنا نرجح هذا الرأي، ونرى بأن المشرع الليبي قد جانبه الصواب بالنص على هذا الشرط المستند على قاعدة المعاملة بالمثل، والتي تعد صالحة كأساس لقواعد القانون الدولي الخاص، للأسباب التي أشرنا إليها

(1) د. محمد مبروك اللافي، مرجع سابق، ص 273.

(2) أنظر: د. الكونوني على عبودة، القواعد العامة لتنفيذ الجبري، مرجع سابق، ص 160-161، كذلك: د. هشام على الصادق، د. عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق،

أعلاه، على ذلك فإن الأخذ بهذا الشرط قد يؤدي الى نتائج غير مقبولة تتنافى مع مبدأ العدالة واستقرار المعاملات الدولية في اطار علاقات التعاون الدولي.

من جهة أخرى فقد أكدت بعض الاتفاقيات المبرمة بين ليبيا وغيرها من الدول لتنظيم التعاون القضائي فيما بينها في مجال المواد المدنية والتجارية على شرط التبادل مثل الاتفاقية المبرمة بين ليبيا ومصر في اطار التعاون القضائي في المواد المدنية والجزائية والتي نصت مادتها التاسعة والثلاثين على أن (الأحكام القضائية والقرارات الولائية الصادرة عن الجهات القضائية بأحد البلدين معترفاً بها بقوة القانون في البلد الآخر اذا استوفت الشروط الآتية....)⁽¹⁾.

ثانياً: شرط الاختصاص:

نصت المادة (407) الفقرة (أ) على أنه (لا يجوز الأمر بالتنفيذ الا بعد التحقق مما يأتي:

1- أن الحكم أو الأمر صادر من هيئة قضائية مختصة وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه.....).

ووفقاً للنص أعلاه، يجب أن تكون الهيئة التي أصدرت الحكم أو الأمر الأجنبي مختصة بإصداره ووفقاً للتشريعات النافذة في ذلك البلد الذي صدر فيه الحكم، ويلاحظ بأن المشرع الليبي قد أورد مصطلح الاختصاص مرسلماً مما يدل

(1) تم التوقيع على هذه الاتفاقية بالقاهرة بتاريخ 26/فبراير/1992م، والتي دخلت حيز النفاذ

في نفس العام، أرشيف وزارة الخارجية والتعاون الدولي، طرابلس.

أنظر كذلك على سبيل المثال نص المادة (22) في الفصل الثالث من الاتفاقية المبرمة بين ليبيا وبريطانيا وايرلندا بشأن التعاون القضائي في المواد المدنية والتجارية والموقعة في لندن بتاريخ 17/فبراير/2008م، والتي دخلت حيز النفاذ في نفس العام أيضاً المادة (20) من الفصل الأول من الاتفاقية المبرمة بين ليبيا والجزائر في مجال التعاون القضائي، والمبرمة في مدينة بنغازي بتاريخ 8/يوليو/1994م، ودخلت حيز النفاذ في نفس السنة أرشيف وزارة الداخلية والتعاون الدولي، طرابلس.

على أنه يشمل الاختصاص الداخلي وكذلك الدولي للمحكمة الأجنبية⁽¹⁾، عليه يحدد الاختصاص الداخلي وفق قواعد المرافعات، كما يتحدد الاختصاص الدولي وفق قواعد الاختصاص القضائي الدولي في القانون الدولي الخاص في البلد الذي صدر الحكم. غير أن جانب من الفقه يؤكد على عدم أهمية توافر الاختصاص الداخلي فيجوز الأمر بتنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي متى حاز حجية الشيء المقضي به في البلد الأجنبي ولو لم تكن المحكمة التي أصدرته مختصة نوعياً أو محلياً أو ولائياً⁽²⁾، وهذا يؤكد الفقه الراجح الذي يؤمن بأن القاضي الوطني غير ملزم بمعرفة القانون الداخلي للدولة المصدرة للحكم، ومن غير المنطقي أن يمارس الرقابة على سلطات القاضي الأجنبي⁽³⁾، كما أنه لا يجوز أن يطلب منه البحث عن مدى احترام الحكم لقواعد الاختصاص الداخلي.

غير أن جانباً من الفقه⁽⁴⁾، يرى أن اعفاء القاضي الليبي من مهمة التحقق من قواعد الاختصاص الداخلي البالغة التعقيد له ميزة عملية واضحة، ومع ذلك لا يرى هذا الجانب من الفقه محلاً للأخذ بالرأي السابق، لأن الحكم الصادر من محكمة غير مختصة داخلياً هو حكم باطل وفي حكم المعدوم، وعلى القاضي أن يرفض الأمر بتنفيذه. أما صعوبة التحقق من قواعد الاختصاص الداخلي، فليست بعقبة حقيقية لأن القاضي في مجال القانون الدولي الخاص يفترض فيه أن يبذل الجهد الكبير والكثير في سبيل الوصول الي النظم القانونية

(1) د. الكوني عبودة، مرجع سابق، ص 162.

(2) د. محمد عبدالخالق عمر، مرجع سابق، ص 215.

(3) أ. عبدالصمد التامري، مرجع سابق، ص 83.

(4) محمد عبدالخالق عمر، مرجع سابق، ص 216.

الأجنبية وفهم مضمونها، عليه من الأفضل أن يعمل بالنص الوارد في التشريع بصيغته العامة⁽¹⁾ أي الاختصاص الدولي والاختصاص الداخلي معا.

من ناحية أخرى فقد قرر المشرع الليبي أن الاختصاص الدولي للمحاكم الأجنبية يقدر حسب قانون البلد الذي صدر فيه الحكم، وهو بذلك يخالف ما قرره المشرع الفرنسي بأن الاختصاص الدولي يقدر بحسب قانون البلد الذي يراد تنفيذ الحكم فيه، وبذلك يخالف المشرع الفرنسي أهم خصائص قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي والتي تؤكد على أنها قاعدة مفردة الجانب تقتصر وظيفتها على بيان مدى اختصاص المحاكم الوطنية دون غيرها⁽²⁾، وقد أكدت المحكمة العليا الليبية على ما جاء به المشرع الليبي بشأن قواعد الاختصاص القضائي الدولي⁽³⁾، حيث أرست مبدأ الاختصاص الولائي بمناسبة طعن في حكم لنزاع ناشئ عن عقد أبرم في ليبيا اشترط فيه تطبيق أحكام قانون أجنبي على العلاقة الناشئة بين طرفيه، فحكمت باختصاص المحكمة الليبية في هذه الدعوى مستندة في ذلك على أن اشتراط الطرفين في العقد المبرم بينهما تطبيق أحكام قانون ولاية تكساس على العلاقة الناشئة بينهما لا ينفي اختصاص القضاء الليبي بالحكم في النزاع وفق المادة (3) من قانون المرافعات، بغض النظر عن القانون الذي يجب على القضاء الليبي تطبيقه على موضوع الدعوى⁽⁴⁾، وفي حكم آخر للمحكمة العليا الليبية بخصوص اختصاص القضاء الليبي بنظر الدعاوى

(1) محمد عبدالخالق عمر، مرجع سابق، ص216، انظر كذلك: د.أحمد عمر بوزقية، مرجع سابق، ص128.

(2) تنص المادة الثالثة من قانون المرافعات الليبي على أن: (يختص القضاء الليبي.....).

(3) طعن رقم 36/38 ق مدني بتاريخ 1979/12/30م منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الرابع، السنة السادسة عشر، المكتب الفني، 1980م، ص72-73.

(4) مبادئ المحكمة العليا الليبية، مشار إليه عند مجلة المحكمة العليا، العدد الرابع، السنة السادسة عشر، 1980م، ص72.

المرفوعة على الأجانب في ليبيا حيث نصت على: (أن ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثالثة مرافعات صريح في أن القضاء الليبي يختص بنظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي متى كانت ناشئة عن عقد أبرم في ليبيا أو نفذ فيها أو كان مشروطاً تنفيذه فيها، فإذا كان العقد واجب التنفيذ في ليبيا أو جرى التنفيذ فيها بالفعل كان القضاء الليبي مختصاً بالفصل في الدعوى المرفوعة بشأنه وإن لم يكن الأجنبي الذي أبرم العقد مقيماً في البلاد أو له موطناً مختاراً أو وكيلاً فيها، ولما كان المشرع الليبي قد وضع بهذا النص قاعدة من القواعد الأساسية في الاختصاص بين محاكم البلاد والمحاكم الأجنبية لتحديد ولاية القضاء الليبي في المجال الدولي وهو في الأحوال المتعلقة بالنظام العام فلا يملك الخصوم الاتفاق على خلافه.....⁽¹⁾).

من جانب آخر، فقد أبرمت ليبيا العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية مع الدول أخرى بشأن الاختصاص والاعتراف بالأحكام والأوامر الصادرة في القضايا المدنية والتجارية، وقضايا الأحوال الشخصية وتنفيذها، ونخص هنا بالذكر الاتفاقية الليبية المصرية بشأن التعاون القضائي⁽²⁾، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (39) صراحةً على شرط الاختصاص بحيث يجب (أن يكون الحكم صادراً عن هيئة قضائية مختصة طبقاً لقواعد الاختصاص الدولي المقرر لدى الطرف المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ أو مختصاً بمقتضى أحكام الباب السابق)، ويلاحظ هنا أن شرط الاختصاص ورد مقتصرًا على الاختصاص الدولي دون الداخلي، وهو بذلك يخالف نص المادة 407 فقرتها (1) سالف الذكر والتي جاء فيها النص على الاختصاص بشكل مطلق، أيضاً اختلف الحكم الوارد

(1) مبادئ المحكمة العليا العدد الثالث السنة الخامسة عشر إصدار (8.0) الطعن رقم (148/23ق) بتاريخ 1978/11/5م، ص125.

(2) تم التوقيع على هذه الاتفاقية بالقاهرة بتاريخ 1992/2/26م، ودخلت حيز النفاذ في نفس السنة وهي سارية لمدة غير محددة، أرشيف وزارة الخارجية والتعاون الدولي، طرابلس.

في الاتفاقية مع النص التشريعي ذاته، والذي يؤكد صراحةً على أن الاختصاص يقدر بحسب قانون البلد الذي أصدر الحكم، بينما تقرر الاتفاقية أن يكون بحسب بلد الاعتراف أو التنفيذ، مما يجعل نص الاتفاقية مقدماً على النص التشريعي في هذا الشأن وفقاً للمادة (411) مرافعات.

كذلك تضمنت الاتفاقية المبرمة بين ليبيا والجزائر على شرط الاختصاص ولكن بصيغة مختلفة عن الاتفاقية الليبية المصرية المشار إليها حيث نصت الفقرة (أ) من المادة (20) بشأن تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية على (أن يكون الحكم صادراً من سلطة قضائية مختصة وفقاً لقانون بلد الطالب مالم يتنازل المعني صراحةً أو ضمناً)⁽¹⁾، كما نصت الاتفاقية المبرمة بين ليبيا والمغرب⁽²⁾، والاتفاقية المبرمة بين ليبيا والسودان بشأن التعاون القضائي⁽³⁾ والتي جاء النص فيها على شرط الاختصاص بشكل مطلق حيث نصت الفقرة (أ) من المادة (66) على أن (أن يكون الحكم صادراً عن جهة قضائية مختصة).

ثالثاً: توافر قوة الأمر المقضي

نصت الفقرة (1) من المادة (407) على شرط جوهرى مقتضاه حيازة الحكم الأجنبي قوة الأمر المقضي بقولها (..... وأنه حاز قوة الشيء المقضي وفقاً لذلك القانون) وهذا يعني أن الحكم الأجنبي قد اكتسب هذه الصفة

(1) تم التوقيع على الاتفاقية في مدينة بنغازي بتاريخ 8/يوليو/1994م، ودخلت حيز التنفيذ بعد مضي يوماً من تاريخ تبادل وثائق التصديق وهي سارية لمدة غير محددة صادر في أرشيف وزارة الخارجية والتعاون الدولي، طرابلس.

(2) الاتفاقية المغربية الليبية بشأن الاعلانات والانابة القضائية وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين المبرمة بتاريخ 27/1/1992م، دخلت حيز النفاذ في نفس السنة أرشيف وزارة الخارجية والتعاون الدولي، طرابلس.

(3) وقع عليها في مدينة طرابلس بتاريخ 5/3/1991م ودخلت حيز النفاذ في نفس السنة أرشيف وزارة الخارجية والتعاون الدولي، طرابلس.

بعد أن استنفذ طرق الطعن العادية وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه⁽¹⁾، أي أنه صار قابلاً للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه، وبناءً على هذا يجب رفض إصدار الأمر بالتنفيذ إذا كان الحكم قابل للطعن عليه بالاستئناف أو بالمعارضة، أو بأي طريق من طرق الطعن في البلد الذي صدر فيه الحكم. ويثير هذا النص إشكالية ما إذا كان الحكم الأجنبي مشمولاً بالنفاذ المعجل وبالتالي هل يجوز الأمر بتنفيذه في هذه الحالة في البلد الذي يراد تنفيذه فيه، وحول هذه الفرضية ثار خلاف في الفقه، فهناك من يرى⁽²⁾ عدم التمسك بحرفية النص، بمعنى أنه لا يجوز إصدار الأمر بالتنفيذ في حالة شمول الحكم الأجنبي بالنفاذ المعجل (غير نهائي)، ويرى هذا الجانب أنه في حالة ما إذا تم إلغاء الحكم أو تعديله بعد تنفيذه كلياً أو جزئياً في ليبيا فإنه يجوز (في هذه الفرضية) تمكين الخصم الذي صدر ضده أمر التنفيذ طلب تنفيذ الحكم الصادر في الطعن وإلغاء ما تم تنفيذه أو الحكم بالتعويض عن الإجراءات التي نفذت والتي لا يمكن إلغاؤها، هذا الرأي لا يجد ترحيباً عند جانب آخر⁽³⁾ من الفقه الليبي، والذي يرى بأن حجية الحكم الأجنبي غير النهائي (حجية قلقة) لا تسوغ تنفيذه في بلد آخر غير البلد الذي صدر فيه، والحكمة من ذلك هو ضرورة توافر الاستقرار اللازم للمعاملات، وتقادياً لمساوئ إلغاء أو تعديل الأحكام غير نهائية، ناهيك عن صراحة النص التي لا تسمح بتبني وجهة النظر الذي ترى جواز تنفيذ الأحكام الأجنبية المشمولة بالنفاذ المعجل. من جانب آخر فقد أكدت العديد من الاتفاقيات المبرمة بين ليبيا وغيرها من الدول على هذا الشرط مثل الاتفاقية المبرمة بين ليبيا والجزائر والتي نصت الفقرة (ج) من المادة 20 من الاتفاقية على: (أن يكون الحكم اكتسب قوة الشيء المقضي فيه

(1) أحمد عمر بوزقية، المرجع السابق، ص 129.

(2) د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص 218.

(3) د. الكوني عبودة، مرجع سابق، ص 163، أنظر كذلك د. أحمد بوزقية، المرجع السابق،

وأصبح قابلاً للتنفيذ بمقتضى قوانين الدولة التي صدر فيها، ماعدا الأحكام التي تأمر فقط باتخاذ إجراءات تحفظية أو مؤقتة شريطة ان تكون قابلة للتنفيذ⁽¹⁾، كذلك الاتفاقية المبرمة بين ليبيا ومصر⁽²⁾ بشأن التعاون القضائي في المواد المدنية والجزائية والتي نصت علي: (أن يكون الحكم قد اكتسب قوة الأمر المقضي به وأصبح قابلاً للتنفيذ بمقتضى قانون البلد الذى صدر فيه، ومع ذلك فإنه يعترف بالحكم الصادر في مواد الأحوال الشخصية المتعلقة بأداء نفقة او الزيارة والرؤية متى كان قابلاً للتنفيذ في البلد الذى صدر فيه)، ويلاحظ أن الاستثناء الوارد في الاتفاقية يؤكد على ما ذهب إليه الرأي المشار إليه أعلاه من أنه يجوز الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي المشمول بالنفذ المعجل في مسائل النفقة والزيارة والرؤية، وذلك نظراً للطبيعة المستعجلة لهذه الأمور التي لا تحتمل التأخير، وللاعتبارات الإنسانية التي تقتضي ذلك. ونرى من جانبنا شمول جميع المسائل ذات الطبيعة العاجلة والتي لا تحتمل التأخير في مختلف القضايا ضمن ما ذكر أعلاه.

رابعاً: شرط سلامة الاجراءات

نصت المادة 2/407 مرافعات على أنه (لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي.....2- إن الخصوم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً) والمقصود بهذا الشرط أن يتم تكليف الخصوم بالحضور وأن يمثلوا تمثيلاً صحيحاً وفق الكيفية المقررة في القانون الأجنبي. وبالرغم من هذا النص لم يُشترط في العموم صحة الاجراءات المتبعة في إصدار الحكم الأجنبي، واكتفي باشتراط أن (الخصوم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً) إلا أنه حسب ما نراه أن النص قد شابه قصور في الصياغة، وأن نية المشرع قد ذهبت الى

(1) وقعت بتاريخ 8/يوليو/1994م، بنغازي، ليبيا مشار إليه من هذا البحث، ص15، أرشيف وزارة الخارجية والتعاون الدولي، طرابلس.

(2) وقعت في القاهرة بتاريخ 26/2/1992م، سبق الإشارة إليه في المطلب الأول.

أبعد من ذلك في اشتراط سلامة جميع الاجراءات اللازمة لإصدار الحكم، مثل كفالة حقوق الدفاع وسماع الشهود وعلنية الجلسات وغير ذلك من الاشتراطات اللازمة لسلامة قيام الدعوى بشكل سليم.

وقد أكدت المحكمة العليا الليبية في حكم لها على أهمية هذا الشرط حيث جاء في الأسباب الواردة بمناسبة نظرها الطعن المدني رقم 41/247ق⁽¹⁾، اذ نصت على (وحيث أن مما ينعاها الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله ذلك أنه أورد أن إعلان الدعوى تم عن طريق المحضرين وأن الخصمين لم يمثلوا تمثيلاً صحيحاً استناداً الى ضوابط قانون المرافعات الليبي مع أن العبرة في القواعد الإجرائية بقانون البلد الذي صدر فيه الحكم عملاً بنص المادة 22 من القانون المدني الليبي⁽²⁾ والثابت من المستندات المقدمة الى المحكمة المطعون في قضائها أن إجراءات إعلان الدعوى التي رفعت في اليونان تمت وفقاً لنص المادة 130 من قانون المرافعات اليوناني، وهو يعيب الحكم المطعون فيه بما يوجب نقضه..... ولما كان إعلان الخصوم بالدعوى مما يدخل في نطاق هذه الإجراءات، وكانت الدعوى المطلوب تنفيذ الحكم الصادر فيها في ليبيا قد أقيمت في اليونان، ويسري على إجراءات إعلان الخصوم فيها من ثم قانون البلد الذي اقيمت فيه.....

ولما كان الحكم المراد الأخذ بتنفيذه صادراً عن هيئة مختصة وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه، وحاز قوة الشيء المقضي وفقاً لذلك القانون وفي خصومة معلنة اعلاناً صحيحاً، ولم يعارض حكماً أو أمراً صادراً عن المحاكم

(1) طعن 41/247ق، بتاريخ 1994/4/26م في استئناف رقم 71-92 مجلة المحكمة العليا، العددان 2-3، السنة 30.

(2) نصت هذه المادة على أنه (يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات وقانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات) موسعة قانون المرافعات الليبية المدنية والتجارية.

الليبية، ولم يتضمن ما يخالف الآداب أو قواعد النظام العام في ليبيا، تعين الأمر بتنفيذه طبقاً للمادتين 405 و407 من قانون المرافعات⁽¹⁾.

ويؤكد الفقه على ضرورة رفض الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية من قبل المحاكم الليبية في حالة عدم احترام حقوق الدفاع كأن لم يمكن أحد الخصوم من ابداء دفاعه أو كان الحكم قد صدر غيابياً أو كان الخصم قاصراً ولم يمثل في الخصومة تمثيلاً صحيحاً من قبل من ينوب عنه أو غير ذلك من الاجراءات الصحيحة المتبعة بالخصوص، وذلك استناداً الى فكرة النظام العام المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة 407 مرافعات⁽²⁾.

خامساً: عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم ليبي سابق

جاء النص على هذا الشرط بالفقرة 3 من المادة 407 والتي نصت على (.....) أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من المحكمة الليبية)، ويفهم من هذا النص أن الحكم القضائي الليبي يمنع إصدار الأمر بالتنفيذ لحكم أجنبي صدر قبل رفع دعوى الأمر بالتنفيذ حتي ولو كان حكماً ابتدائياً، وذلك لورود كلمة الحكم عامة غير مقيدة ويذهب رأي إلى القول بأنه يكفي مجرد قيام رفع دعوى للحيلولة دون إصدار حكم الأمر بالتنفيذ وهو ما أخذت به العديد من التشريعات الأجنبية والذي لا يجد أساساً له في القانون الليبي الذي ينص على (حكم) سبق صدوره وليس دعوى قائمة، كما أن الأخذ بهذا الرأي قد يفتح الباب على مصراعيه أمام من خسر دعواه في الخارج وصدر حكم ضده أن يرفع دعوى أمام القضاء الليبي ليعوق بذلك تنفيذ الحكم الأجنبي عليه⁽³⁾، ومن الملاحظ أن هذا الشرط يكشف عن انحياز المشرع للأحكام القضائية الوطنية في حالة تعلق الحكم الأجنبي بنفس موضوع ونفس خصوم

(1) طعن مدني رقم 41/247 ق جلسة 1995/1/16م.

(2) د. الكوني عبودة، مرجع سابق، ص164.

(3) د. أحمد عمر بوزقية، مرجع سابق، ص132.

ونفس الأسباب في الدعوى، ذلك استناداً إلى اعتبارات السيادة والتي تصدر باسمها الأحكام القضائية الوطنية⁽¹⁾. ومن ناحية أخرى يرى بعض الفقه أن نص المادة 3/407 لا يمكن التعويل عليه في فرضية طلب إصدار الأمر بتنفيذ أحكام أجنبية يراد بتنفيذها في ليبيا، كما لو صدر حكم عن محكمة مصرية وآخر عن محكمة تونسية في نزاع واحد وطلب الأمر بتنفيذهما من قبل المحاكم الليبية في هذه الحالة لا ينطبق حكم المادة 3/407 مرافعات، لأن الحكمين صدرا عن محاكم أجنبية أي باسم سيادة أجنبية، وعليه يجب المفاضلة بينهما بحسب ما يتفق وقواعد الاختصاص القضائي الدولي الليبية⁽²⁾ ويذهب رأي آخر إلى القول بأنه يجب رفض طلب الأمر بالتنفيذ متى تعارض الحكم الأجنبي مع حكم سبق صدوره من محاكم دول أخرى متى استوفى الشروط اللازمة لجعله قابلاً للتنفيذ⁽³⁾.

ومن جانبنا أن النص المذكور أعلاه جاء مرسلًا، إذ لم يحدد درجة المحاكم الليبية، والمعضلة هنا تتمثل في الاعتراف العملية التي تقف أمام القاضي الابتدائي الذي يتعين عليه التيقن من عدم صدور حكم من أي محكمة ليبية مهما كانت درجتها. وذلك لصعوبة عملية تمثيل في صعوبة الإلمام بجميع الأحكام الصادرة عن المحاكم الليبية ذات العلاقة. فلا يوجد حتى الآن حسب علمنا تجميع متاح الاطلاع عليه للأحكام المذكورة.

سادساً: عدم تعارض مضمون الحكم الأجنبي مع النظام العام والآداب

ورد النص على هذا الشرط في الفقرة 4 مادة 407 والتي جاء بها (لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي أن الحكم والأمر لا يتضمن ما يخالف الآداب أو قواعد النظام العام في ليبيا) ومعلوم أن فكرة

(1) د. عبد الرزاق مرتضى سليمان، مرجع سابق، ص 182.

(2) د. الكوني على اعبودة، مرجع سابق، ص 165.

(3) د. أحمد عمر بوزقية، مرجع سابق، ص 132.

النظام العام فكرة مرنة ورجراجة بحسب الزمان والمكان لذا فإنها تقاس بمعيار المساس بالأسس الجوهرية لأي مجتمع، عليه فإن اصطدام مضمون الحكم الأجنبي مع فكرة النظام العام أو الآداب في ليبيا تعطى القاضي الحق في رفض طلب إصدار الأمر بتنفيذ ذلك الحكم، والعبرة في تقدير ذلك بالوقت الذي طلب فيه تنفيذ الحكم الأجنبي وليس بوقت صدور الحكم⁽¹⁾.

ويرى بعض الفقه أن شرط إعمال فكرة النظام العام والآداب هو من المسائل الموضوعية⁽²⁾ تقتضي تعرض القاضي الليبي لمضمون الحكم الأجنبي، أي إلى ما قضى به القاضي الأجنبي في الموضوع، ويتضح هذا من تعبير المشرع (لا يتضمن) مما يعني ضرورة اتفاق مضمون الحكم الأجنبي مع فكرة النظام العام والآداب⁽³⁾. وقت طلب الأمر بالتنفيذ ويثير هذا الشرط جدلاً واسعاً في الفقه، حيث يميل جانب منه إلى التوسع في تفسيره بحيث يشمل الضمانات الأساسية لحقوق الدفاع في دولة القاضي⁽⁴⁾ وكذلك إذا ما صدر الحكم في نزاع ينطوي على غش نحو⁽⁵⁾ القانون أو غش نحو قواعد الاختصاص الدولي، كحالات انعقاد اختصاص المحاكم بناء على الخضوع الاختياري رغم انعدام وجود صلة بين النزاع ودولة القاضي الذي فصل في الدعوى؛ إلا أن هذا الرأي قد يكون له ما يبرره في بعض التشريعات مثل التشريع الفرنسي حيث لم تقنن شروط الأمر بالتنفيذ. ولكن لا محل له في القانون الليبي لوجود نص يشترط

(1) د. عبد الخالق عمر، مرجع سابق، ص 220.

(2) أي أنه لا يعتبر شرطاً شكلياً خارجياً للحكم الأجنبي، مشار إليه عند: د. هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 407.

(3) د. أحمد عمر بوزقية، مرجع سابق، ص 133.

(4) الفقه المصري. مشار إليه عند: د. هشام علي صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 404.

(5) مرجع سابق، ص 404-405.

إحترام حقوق الدفاع وضرورة صحة الإجراءات⁽¹⁾. من جانب آخر يميل بعض الفقه - وخاصة في فرنسا - إلى عدم التشدد في الأخذ بهذا الشرط لتعلقه بحقوق مكتسبة بالخارج وهو ما يعرف بالأثر المخفف للنظام العام⁽²⁾.

والأمثلة كثيرة على مخالفة الأحكام الأجنبية للنظام العام، ومنها طلب تنفيذ حكم اجنبي تضمنت حيثياته عبارات تجافى الشعور العام في الدولة⁽³⁾ المراد تنفيذه فيها أو حكم يرتب إثراً بزواج مسلمة من غير مسلم، وغيرها من الأمور التي قد لا تتفق والمبادئ والنظم الأساسية في دولة القاضي. وعلى أي حال فإن مرونة وهيولة فكرة النظام العام - كما هو معلوم - قد يؤدي التوسع في الأخذ بها إلى استخدامها ستاراً للتوصل من تنفيذ بعض الأحكام الأجنبية بذريعة الحفاظ على السيادة الوطنية أو مخالفة قواعد النظام العام أو الآداب.

الخاتمة

يتبين من خلال استعراض الشروط الواجب توافرها ليتم الاعتراف للأحكام الأجنبية بآثارها في الخارج، أن تلك الشروط تعتبر في حد ذاتها شروطاً شكلية (خارجية) في أغلب التشريعات، لكنها تأخذ طابع الإلزام لكي يتم الاعتراف بآثارها والتي تعتبر من الناحية الواقعية أحكاماً قضائية حاسمة توجب الاحترام بها. من ناحية أخرى فهي وسيلة لإثبات الحقوق المكتسبة بالخارج لا تقبل إثبات العكس. لذا فإن توافر تلك الشروط يجعل من تلك الأحكام تتساوى والأحكام الوطنية في آثارها كافة، وبالتالي تحصل على نفس الاعتراف.

(1) د. أحمد عمر بوزقية، مرجع سابق، ص 134.

(2) د. محمد عبد الخالق عمر، مرجع سابق، ص 220، سبق الإشارة إلى هذه المسألة في المطلب الأول من هذا البحث، ص 11.

(3) رفض القضاء الفرنسي (محكمة السين) حكماً ألمانياً تضمنت حيثياته عبارات تمس كرامة المرأة الفرنسية، مشار إلى ذلك عند: د. هشام علي الصادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 404.

وقد رأينا كيف نظم المشرع الليبي شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية مراعيًا للالتزامات الدولية الثنائية والمتعددة التي تقع على عاتق الدولة الليبية في هذا المجال، فقد نصت المادة (411) من قانون المرافعات على أن: **(العمل بالقواعد المتقدمة لا يخل بأحكام المعاهدات المعقودة والتي تعقد بين ليبيا وبين غيرها من الدول في هذا الشأن).**

كما أنه - أي المشرع الليبي - قد اعتمد وسيلة أو نظام الأمر بالتنفيذ ليس فقط بالنسبة للأحكام القضائية الأجنبية بل أيضاً بالنسبة للأوامر الولائية وأحكام المحكمين الصادرة عن بلد أجنبي، وكذلك السندات الرسمية المحررة في الخارج - مع اختلاف طبيعة كل منها عن الأخرى - ورغم ذلك قرر المشرع نفس الشروط للأمر بتنفيذها رغم أن لأحكام المحكمين خصوصياتها في بعض الجوانب وأنها تختلف عن أحكام المحاكم، فالأولى تصدر عن جهات غير قضائية وتستمد قوتها من اتفاق الخصوم وليس من السلطة العامة، بخلاف الحكام القضائية التي تصدر عن محاكم الدولة والتي تعتبر من أبرز خصائص سيادتها.

والاعتراف بالأحكام القضائية من قبل دولة أخرى من عدمه يعتبر من قبيل أعمال السيادة. وينطبق هذا التحليل على الحكام الأجنبية الصادرة عن الجهات غير القضائية في الدولة وأيضاً على السندات الرسمية الأجنبية.

من جانب آخر لاحظنا أن شروط الأمر بالتنفيذ المنصوص عليها في القانون الليبي اقتصر على القوة التنفيذية لتلك الأحكام ولم تشمل جميع آثار الأحكام الأجنبية، فأهملت مثلاً النص على حجية الأمر المقضي (حجية الإثبات) كأثر من آثار تنفيذ تلك الأحكام - وهو ما سارت عليه أغلب التشريعات المقارنة - مما يجعل هذه الآثار خاضعة للاجتهاد الفقهي والقضائي ومعرضة بالتالي لأن تكون موضوعاً للخلاف، وخاصةً فيما يتعلق بالحجية؛ حيث يرى بعض الفقه المقارن أن الحكم الأجنبي الذي لم يصدر بشأنه الأمر بالتنفيذ ليس له حجية الأمر المقضي - باستثناء الأحكام المتعلقة بالحالة المدنية والأهلية، ومراد ذلك أن هذه

الأحكام اكتست بالواقعية، فلا يجوز انكارها أو إهدار حجبتها، وإلا اختل الاستقرار اللازم للحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على المستوى الدولي. وإزاء هذا الخلاف لا نظن أن المشرع الليبي حسم هذا الأمر، كما أن القضاء الليبي يبدو أنه لا يهتم بذلك الخلاف، بدليل حكم المحكمة العليا الليبية الصادر في 1980/12/26م والذي جاء فيه (أنه لا يشترط صدور الأمر بالتنفيذ للدفع بسبق الفصل في الدعوى استناداً إلى حكم بالصلح جرى أمام محاكم ولاية تكساس بين الطاعنين)⁽¹⁾ وهو ما يعد قصوراً في نصوص قانون المرافعات الليبي، ويتوجب معالجته تشريعياً. كما يلاحظ أن النصوص الخاصة بشروط تنفيذ الأحكام الأجنبية والاعتراف بها ارتبطت باعتراف دولة القاضي بالدولة الأجنبية الصادرة عنها تلك الأحكام أو صدور الأحكام من دولة ناقصة السيادة قد يرتب رفض الأمر بالتنفيذ لتلك الأحكام، كما يلاحظ أن استخدام المشرع في المادة (405) من قانون المرافعات مصطلح (الأحكام والأوامر) دون تقييد أو تحديد لمفهومها، قد يشمل المسائل المدنية والتجارية والإدارية والجنائية دون تمييز بينها وهو أمر يتوجب التنبيه إليه.

المصادر والمراجع

أولاً: الكتب

- د. عبودة، الكوني علي، القواعد العامة للتنفيذ الجبري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، طرابلس، 2003م.
- د. اللافي، محمد المبروك، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس 2000م.
- د. السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، دار أحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ نشر.

(1) مجلة المحكمة العليا، السنة السابع عشر، العدد الأول، ص41.

- د. عبدالله، عز الدين، القانون الدولي الخاص المصري، الطبعة الثالثة، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- د. صادق، هشام علي، د. عبدالعال، عكاشة محمد، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الثاني، دار الفتح للطباعة والنشر. الاسكندرية، 2011م.
- د. عثمان، ناصر عثمان محمد، القانون الدولي الخاص المصري. دار النهضة العربية. القاهرة، 2008م.
- د. جمال الدين، صلاح الدين، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، بدون تاريخ نشر.
- د. الكردي، جمال محمود، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، محاضرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1995-1996م.
- د. عمر، محمد عبدالخالق، القانون الدولي الخاص الليبي، دار النهضة العربية، القاهرة 1971م.
- سليمان، عبدالرازق المرتضى، الأشخاص الطبيعية في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، مكتبة طرابلس العلمية العالمية، طرابلس، 2007م.
- د. أبوهيف، عبد الحميد، القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، مطبعة السعادة، مصر، 1927م.

ثانياً: البحوث

- أ. التامري، عبدالصمد، خصوصيات تنفيذ الأحكام الأجنبية بالمغرب، بحث منشور في مجلة المرافعة المغربية، عدد 21، 2011م.
- د. بوزقية، أحمد عمر، الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية، بحث منشور في مجلة دراسات في المرافعات الداخلية والدولية، مجلس الثقافة العام، بدون تاريخ نشر.

ثالثاً: أحكام القضاء والتشريعات والاتفاقيات الدولية

- مجلة المحكمة العليا. العدد الثالث. السنة الخامسة عشر (8.0).
 - مجلة المحكمة العليا. العدد الرابع. السنة السادسة عشر. 1980م.
 - مجلة المحكمة العليا. العددان الثاني والثالث. السنة الثلاثون.
 - مجلة المحكمة العليا. العدد الأول. السنة السابعة عشر.
 - موسوعة قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي.
 - مجموعة أحكام قضائية صادرة عن بعض المحاكم الابتدائية طرابلس (غير منشورة).
 - الاتفاقيات الدولية حول المواد المدنية والتجارية المبرمة بين ليبيا وكل من، جمهورية مصر العربية، الجزائر، المغرب.
 - ارشيف وزارة الخارجية الليبية (غير منشور).
- رابعاً: المواقع الإلكترونية:

- <http://helmylawyers.blogspot.com/2010/08/blog-post-12.html>

ثانياً:

التعليقات القانونية

حكم محكمة البيضاء في الميزان

تعليق على حكم محكمة البيضاء الابتدائية الصادر في الدعوى رقم 2014/237م، والقاضي
بانعدام حكم المحكمة العليا الصادر في الطعن الدستوري رقم 61/17ق

د. خلود علي العربي الساعدي(*)

اعلان منطوق حكم

المدعي: الشريف الوافي محمد.... وآخرين
المدعي عليه: الممثل القانوني للمؤتمر
الوطني العام وآخرين
رقم القضية: 237 / 2014 ف
تاريخ الحكم: 2015/2/5

منطوق الحكم المحكمة

حكمت المحكمة حضورياً:

أولاً: وقف نفاذ الحكم الصادر عن المحكمة العليا الليبية في الطعن الدستوري
رقم 61/17 ق بتاريخ 2014/11/6م
ثانياً: بانعدام الحكم الصادر عن المحكمة العليا الليبية في الطعن الدستوري رقم
61/17 ق بتاريخ 2014/11/6م وبإلزام المدعى عليه بالمصاريف.
امضاء كاتب الجلسة امضاء كاتب القاضي

(*) أستاذة القانون الخاص، كلية القانون، جامعة طرابلس.

ليبيا باسم الشعب

وزارة العدل محكمة البيضاء الابتدائية

الدائرة المدنية الثانية

بالجلسة المنعقدة علناً بتاريخ: الخميس الموافق 2015/2/5م

برئاسة القاضي أ. جمال محمد مفتاح الرئيس بالمحكمة.

وبحضور: عبدالله إدريس عبدالله كاتب الجلسة.

أصدرت الحكم الآتي في الدعوى رقم: 237 لسنة: 2014م

المرفوعة من: (1): الشريف الوافي محمد علي، مواطن، مقيم المرج، أعمال

حرة عضو بالمؤتمر الوطني سابقاً. (2): أسماء عمارة محمد سريبه، مواطنه،

موظفة، عضو بالمؤتمر الوطني سابقاً. (3): نوري عبد السلام صالح حسين،

مقيم بالبيضاء، موظف، رقم انتخابي (384327) ويمثلهم مكتب محمد الجياش

ويحي الموكل / للمحاماة بالبيضاء

(4): يوسف عمر قويتين طاهر، مواطن، مقيم بالبيضاء، محام، مرشح انتخابي

لمجلس النواب تحت رقم (24).

(5): سامية محمد موسى بوشامخة، مقيمة بالبيضاء، محامية رقم انتخابي

(384427) ويمثلها مكتب محمد مفتاح جربوع/ المحامي الكائن بالبيضاء شارع

العروبة.

ضد

• الممثل القانوني للمؤتمر الوطني العام - بصفته.

• الممثل القانوني لمجلس النواب المنتخب - بصفته.

• الممثل القانوني لرئيس مجلس الوزراء - بصفته - تتوب عنهم جميعاً إدارة

القضايا بالبيضاء.

الحكمة

أقام المدعون دعواهم الراهنة بصحيفة سددت عنها الرسوم المستحقة أعلنت صحيحة للمدعي عليهم طالبين فيها الحكم (أولاً: وبشكل مستعجل وقف نفاذ الحكم الصادر في الطعن الدستوري رقم 61/17 ق عن المحكمة العليا الليبية بتاريخ 2014/11/6م.

ثانياً: في موضوع الدعوى الحكم بانعدام الحكم الصادر عن المحكمة العليا الليبية في الطعن الدستوري رقم 61/17 ق الصادر بتاريخ 2014/11/6م.
ثالثاً: يتحمل المدعون مصاريف دعواهم).

وجاء بيانا للدعوى أن المدعين الأول والثانية عضوان بالمؤتمر الوطني العام الذي أستمس السلطة التشريعية في ليبيا منذ تاريخ 2012/7/7م، ولقد قاما بأعمالهما في هذا المؤتمر بما يمليه عليهما واجبهما الوطني وعلى أكمل وجه، وكان ثابتا في عقيدتهما أن عملهما بالمؤتمر الوطني سينتهي بتاريخ 2014/2/7م وفقا لما قرره الإعلان الدستوري وما أكدته وطالبت به بعد ذلك الإرادة الشعبية ممثلة في حراك (لا للتمديد) الذي أسفر عن استجابة المؤتمر بتشكيل لجنة خارطة الطريق برئاسة عضو المؤتمر دكتور سالم بوجنات، وتم التصويت علي مقترحها بنقل السلطة الى جسم تشريعي آخر عبر عنه بما يعرف بالخارطة بـ وتم التصويت بـ 147 صوتا، ومن ثم قام المؤتمر الوطني العام بتكليف لجنة فبراير التي سلمت مقترحاتها للمؤتمر والذي قام بالتصويت عليها بتاريخ 11 مارس 2014م وانتهى إلي إقرارها واعتبارها تعديلا دستوريا.

وبتاريخ 2014/11/6م وبموجب الطعن الدستوري رقم 61/17 ق قضت المحكمة العليا بدوائرها المجتمعة (بقبول الطعن شكلا وبعدم دستورية الفقرة 11 من المادة 30 من الإعلان الدستوري المعدلة بموجب التعديل الدستوري السابع الصادر بتاريخ 11 مارس 2014م وكافة الآثار المترتبة عليه وإلزام المطعون ضدهم بصفاتهم بالمصرفات وبنشر الحكم بالجريدة الرسمية).

ولم يرتض المدعون هذا القضاء كونه قد جاء معدوماً - حسب قولهم - فأقاموا دعواهم الراهنة طبقاً لأسانيد قانونية مفادها أن الدستور ووفقاً لما جري عليه القفه والقضاء لا يندرج في مفهوم القوانين التي تباشر المحكمة العليا رقابتها عليها في نطاق ولايتها المنصوص عليها بالمادة 1/23 من القانون رقم 6 لسنة 1982م بإعادة تنظيم المحكمة العليا المعدلة بموجب القانون رقم 17 لسنة 1994م باعتبار أن الدستور هو مظهر من مظاهر الإرادة الشعبية ونتاجها في تجمعاتها علي امتداد إقليم الدولة الليبية، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا بجمهورية مصر العربية في الطعن الدستوري رقم 29/76 ق - د جلسة 1 أكتوبر عام 2007م - مكتب فني 12 رقم الجزء 1 رقم الصفحة 556 والذي جاء فيه أن: (الدستور وعلي ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة لا يندرج في مفهوم القوانين التي تباشر المحكمة الدستورية العليا الرقابة عليها في نطاق ولايتها المنصوص عليها في صدر المادة 29 من قانونها والتي جاءت ترديداً لما نصت عليه المادة 175 من الدستور باعتبار أن الدستور وهو مظهر للإرادة الشعبية ونتاجها في تجمعاتها المختلفة المترامية علي امتداد النطاق الإقليمي للدولة تتصدر أحكامه القواعد القانونية الأدنى مرتبة منها وتعلوها وتكون هي الاحق بالنزول عليها احتكاماً إليها وامتثالاً لها، وهي في ذلك توكن مغايرة للنصوص القانونية سواء تلك التي أقرتها السلطة التشريعية أم أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها الدستورية، ومن ثم فقد كان منطقياً أن يقصر المشرع الدستوري والمشرع العادي ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال مراقبة الشرعية الدستورية على النصوص التشريعية دون غيرها، وعلى ذلك فإن مقالة إخضاع الدستور لرقابة هذه المحكمة تكون مجاوزة حدود ولايتها مقوضة تخومها ومن ثم يخرج ذلك عن نطاق اختصاصها).

وكانت المحكمة العليا الليبية قد كرست هذا الاتجاه بموجب قضائها في الطعن الدستوري رقم 60/12 ق عندما قضت بعد اختصاصها بنظر الدعوى بعدم دستورية الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الانتقالي بتاريخ 2011/8/3م بقولها: (إن رقابتها لا تمتد إلى مراقبة النصوص الدستورية ذاتها ذلك لأنها تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، وهي باعتبارها كذلك تتبوأ الصادرة بين قواعد النظام العام التي يتعين احترامها وتقيد السلطات الثلاثة التشريعية والتنفيذية والقضائية بوظائفها وصلاحياتها.... ولذلك يتعين على مكل سلطة ان تلتزم حدودها وأن تردّها إلي ضوابطها الدقيقة التي عينها الدستور).

بينما في الحكم المطلوب انعدامه - وحسب قول المدعين - فإن المحكمة تجاوزت هذا الرأي وتعدت على صلاحيات السلطة التشريعية عندما قضت بعدم دستورية التعديل الدستوري السابع الذي تبني مقترحات لجنة فبراير في مادته 11/30.

وبالرجوع إلى ما أسنقر عليه قضاء المحكمة العليا ذاتها حول التفرقة ما بين الحكم الباطل والحكم المعدوم فقد ساق المدعون ما جاء في الطعن المدني رقم 3/2 ق - جلسة 1961/2/18م والذي جاء فيه (إنه من المقرر في فقه القانون وضع المقارنة بين العيوب التي تعيب الحكم بالبطلان وتلك التي تقضي عليه بالانعدام، فإذا تخلف عن الحكم ركن من أركانه الأساسية المؤثرة في وجوده وهي صدوره من محكمة تابعة لجهة قضائية وتبعاً لما لها من سلطة القضاء فإنه يفقد بذلك صفته كحكم ويصبح هو والعدم سواء بحيث لا يترتب عليه أثر في القانون أو الواقع ولا يلزم للطعن فيه التمسك بالانعدام وإنما يكفي لكل ذي شأن إنكاره لإسقاط الحجة التي اشتمل عليها قضاؤه كما ترفع الدعوى المبتدئة بطلب انعدامه).

وبالتالي فإن هذا الحكم (موضوع طلب الانعدام) ووفقاً للمبدأ المتقدم يضحى منعدهما كونه صدر عن محكمة لا سلطة لها في إصداره وفقاً لقانون إنشائها المعدل لانعدام ركن من أركان الحكم وهو انعدام سلطة القضاء، فالركن هو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم.

وعقب ذلك انتهى المدعون إلى القول بأن الحكم محل طلب الانعدام قد دفع بليبيا إلى حافة الهاوية حيث تسبب بعودة المؤتمر الوطني المنتهية ولايته كفههم خاطئ لمنطوقه وفي إنشاء حكومة موازية لا شرعية لها في موازاة الحكومة الشرعية المنبثقة عن مجلس النواب الجسم الشرعي المنتخب والذي يعبر عن ضمير الشعب الليبي، كما أن الحكم المردود قد أعاد البلاد ثلاثة أعوام إلى الوراء وهو يهدد الوحدة الوطنية ويدفع بالبلاد نحو التقسيم والفراغ المؤسساتي كما أنه تسبب في فوضى سياسية عارمة في البلاد، وانتهوا إلى طلب الحكم بالطبقات سالفه البيان.

الإجراءات

وحيث أنه بالجلسة المحددة لنظر الدعوى في 2014/12/11م فقد عن المدعين من الأول وحتى الثالث الأستاذ/ يحي العوكلي / المحامي بموجب توكيل، وحضر عن المدعين الرابع والخامسة الأستاذ / محمد مفتاح جربوع / المحامي بموجب توكيل، وحضرت عن المدعي عليه الأول الأستاذة / فتحية عبد الكريم / المحامية بفرع إدارة القضايا بالبيضاء، وحضر عن المدعي عليهما الثاني والثالث الأستاذ / عبد الصالح هيبه / المحامي بفرع إدارة القضايا بالبيضاء.

وشرح دفاع المدعين من الأول وحتى الثالث وقائع صحيفة الدعوى وقدم حافظة مستندات أورد على غلافها مضامينها كما قدم مذكرة شارحة أحال على ما جاء فيها وتضامن دفاع المدعين الرابع والخامسة مع دفاع بقية المدعين

فيما ساقه وفيما انتهى إليه وشرح ما جاء بوقائع الصحيفة وطلب سرعة الفصل في الدعوى مشيراً إلى أن مصلحة الوطن تستدعي ذلك....

وبجلسة 2015/1/8 حضر وكلاء الخصوم جميعاً وقدمت الحاضرة عن المدعي عليه الأول مذكرة بدفاعها شرحت بعضاً من مفرداتها وقدمت صورة للطعن رقم 29/28 ق أحالت على ما جاء فيه، وقدم دفاع المدعي عليهما الثاني والثالث مذكرة بدفاعه أحال على ما جاء فيها كما قدم ملخصاً للرأي الدكتور الكوني أعبوده بشأن الحكم المطلوب انعدامه وتضامن مع المدعين فيما انتهوا إليه من طلبات، وطلب دفاع المدعين حجز الدعوى للحكم مع التصريح بإيداع مذكرات وعقب ذلك قررت المحكمة حجز الدعوى للحكم بجلسة: 2015/1/29م وصرحت للخصوم بإيداع مذكرات خلال أسبوعين من تاريخ جلسة: 2015/1/8م حيث أودع دفاع المدعين من الأول وحتى الثالث مذكرتي دفاع بدفاعه بقلم كتاب المحكمة بتاريخ 2015/1/20م وأودع دفاع المدعي عليهما الثاني والثالث مذكرة بدفاعه بقلم كتاب المحكمة بتاريخ 2015/1/22م، ولم تودع الحاضرة عن المدعي عليه الأول شيئاً، وتقرر مد أجل النطق بالحكم لجلسة اليوم، وفيها صدر الحكم حضورياً عملاً بالمادة 92 مرافعات وعلى النحو الوارد بالمنطوق ولأسباب الأتية:

الأسباب

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع المرافعة الشفوية:

وحيث أن دفاع المدعي عليه الأول وبموجب مذكرة دفاعه المقدمة بجلسة 2015/1/8م قد دفع بعدم جواز نظر الدعوى وبعدم قبولها بسند قضاء المحكمة العليا في الطعن رقم 34/105 ق بتاريخ: 1987/5/26م والذي يوجب على كافة المحاكم الالتزام بما تقرره المحكمة العليا من مبادئ في أحكامها فلا يحق لها أن تهدر ما تضمنته تلك المبادئ من قواعد قانونية أو تعارضها أو تقضي على خلافها لما تتمتع به تلك المبادئ من قوة مصدرها وأساسها القانون،

وكل ذلك استنادا لنص المادة 31 من القانون رقم 6 لسنة 1982م بإعادة تنظيم المحكمة العليا، فإن هذا الدفع في غير محله وهو دفع يسوقنا إلى الخوض في بيان طبيعة الدعوى الراهنة، فهو في غير محله استنادا إلى أن الدعوى الراهنة ليست بمثابة الطعن في الحكم الصادر عن المحكمة العليا (موضوع الدعوى)، وليست في حقيقتها مخاصمة لهذا الحكم وفقا لما جاء بمذكرة المدعي عليه الأول وليست بمثابة إشكال موضوعي يتعلق بصحة الحكم من عدمه وفقا لما ساقه الدفاع المذكور وإنما هي دعوى تصدت المحكمة لها وباشرت تداولها بما لها من ولاية عامة كجهة قضاء عادي تجيز لها أن تتحقق من الحكم المطروح أمره عليها والذي أصدرته جهة قضاء أخرى وما إذا كان قد صدر في حدود الولاية القضائية لها من عدمه. فمحاكم القضاء العادي هي المختصة أصلا بنظر هذه المنازعات وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأنه: (من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لجهة القضاء العادي بما لها من ولاية عامة أن تتحقق من أن الحكم المطروح أمر حجيته عليها والذي أصدرته جهة قضاء أخرى قد صدر في حدود الولاية القضائية لهذه الجهة، ولما كان الحكم الصادر من جهة قضاء خارج حدود ولايتها يعد معدوم الحجية أمام الجهة صاحبة الولاية في النزاع....الخ).

فالدعوى الراهنة هي تلك الدعوى المبتدأة التي يرفعها ذوو الشأن للمطالبة بانعدام الحكم أيا كانت المحكمة التي أصدرته إذا ما صدر في مسألة تخرج عن ولايتها، وفي هذا الصدد فقد جاء في الطعن المدني رقم 16/19 ق بتاريخ 1970/5/19م أنه (يكون الحكم معدوما إذا صدر من شخص ليست لديه سلطات قضائية كأن يصدر من قاض رفعت عنه ولاية القضاء أو يصدر من هيئة خولف فيها التكوين العددي أو يصدر في مسألة تخرج عن ولاية المحاكم إطلاقا....الخ وفي هذه الحالات يكون الحكم معدوما ولا يترتب عليه آثار قانونية ولا يلزم الطعن بانعدامه وإنما يكفي انكاره عند التمسك بما اشتمل عليه

من قضاء ولا يرد عليه تصحيح ويجوز رفع دعوى مبتدأة بطلب انعدامه ولا تزول حالة انعدامه بالرد عليه بما يفيد اعتباره صحيحا أو بالقيام بعمل أو بإجراء باعتباره كذلك).

وحيث أن دفاع المدعي عليه الأول وبموجب مذكرة دفاعه المشار إليها قد دفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة وانعقاد الصفة لمجلس النواب والحكومة المنبثقة عنه حيث ينصرف إليهما تنفيذ الحكم موضوع هذه الدعوى، فإن هذا الدفع هو الآخر في غير محله ذلك أن المدعين هم مواطنون ليبينون تجمعهم مصلحة الوطن وهذه المواطنة والمصلحة تجعلهم ذوي صفة في رفع هذه الدعوى سيما وأن هدفهم من وراء تحريك الدعوى الراهنة وحسب قولهم هو النأي بالبلاد عن التقسيم والفوضى والفراغ المؤسسي.

وحيث أنه عن الحكم الصادر عن المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 61/17 ق (موضوع الدعوى) فإن المادة 23 من قانون المحكمة العليا والمعدلة بموجب أحكام القانون رقم 17 لسنة 1994م تنص على أنه (تختص المحكمة العليا دون غيرها منعقدة بدوائرها المجتمعة برئاسة رئيسها أو من يقوم مقامه بالفصل في المسائل الآتية:

أولاً: الطعون التي يرفعها كل ذي مصلحة شخصية مباشرة في أي تشريع يكون مخالفا للدستور.

ثانياً: أية مسألة قانونية جوهرية تتعلق بالدستور أو بتفسيره تثار في أي قضية منظورة أمام أية محكمة).

فهذا النص يجعل من توسيع نطاق رقابة المحكمة الدستورية ليشمل القواعد الدستورية مخالفاً لصحيح القانون ذلك أم مناط رقابة المحكمة الدستورية هو مدى التزام القانون محل الطعن أحكام الدستور ولا يمتد إلى رقابة النصوص الدستورية ذاتها وفي هذا الصدد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بموجب الطعن رقم 29/76 ق 2007/10/1م (وحيث ان طلب الحكم بعدم

دستورية التعديلات الدستورية أو التصدي لذلك في غير محله ذلك أنه بالإضافة إلى مجاوزته نطاق حكم الإحالة فإن الدستور على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة لا يندرج في مفهوم القوانين التي تباشر المحكمة العليا الدستورية الرقابة عليه).

وقد كرست المحكمة العليا الليبية هذا القضاء حديثاً بتاريخ 2014/3/24م في الطعن الدستوري رقم 60/12 ق بقولها (إن اختصاص دوائر المحكمة العليا مجتمعة بالطعون الدستورية يقتصر على الفصل في دستورية القوانين وفي المسائل الجوهرية التي تتعلق بالدستور أو تفسيره إذا أثيرت في قضية منظورة أمام المحاكم ولا يمتد هذا الاختصاص إلى رقابة الدستور نفسه سواء من حيث إقراره أو صلاحيته للعمل به من عدمه ذلك أن نصوص الدستور إنما تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليه نظام الحكم في الدولة وهي باعتبارها كذلك تتبوأ الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين احترامها تقيد السلطات الثلاثة التشريعية والتنفيذية والقضائية بوظائفها وصلاحياتها وتضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها ومن تم تعين على كل سلطة أن تلتزم حدودها وان تردّها إلى ضوابطها الدقيقة التي عينها الدستور وإلا وقع عملها مخالفاً لأحكامه.

ولما كان ذلك وكان الطعن المائل تعلق بطلب القضاء بعدم دستورية نص ورد بالإعلان الدستوري المؤقت الصادر عن المجلس الانتقالي بتاريخ 2011/8/3م وطلب إعادة المشروعية لدستور 1951م الأمر الذي لا يدخل النظر فيها أو التعقيب عليها في ولاية هذه المحكمة التي يقتصر اختصاصها على الفصل في الطعون في أي قانون مخالف للدستور وفقاً لنص المادة 1،2/23 من القانون رقم 6 لسنة 1982م (الشمارة إليه).

وينبغي علي ذلك أنه إذا ما صدر الحكم عن جهة قضاء خارج حدود ولايتها فهو معدوم الحجية وهذا ما أكدته المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 3/2 ق جلسة 18 فبراير 1961م والذي جاء فيه: (إنه من المقرر في فقه

القانون وضع المقارنة بين العيوب التي تعيب الحكم بالبطلان وتلك التي تقضي عليه بالانعدام، فإذا تخلف عن الحكم ركن من أركانه الأساسية المؤثرة في وجوده وهو صدوره من محكمة تابعة لجهة قضائية وتبعاً لما لها من سلطة القضاء وإثبات كيانه بالتدوين في محرر مكتوب فإنه يفقد بذلك صفته كحكم ويصبح هو العدم سواء بحيث لا يترتب عليه أثر في القانون أو الواقع ولا يلزم للطعن فيه التمسك بانعدامه وإنما يكفي لكل ذي شأن إنكاره لإسقاط الحجة التي اشتمل عليها قضاؤه كما ترفع لدعوى المبتدأة بطلب انعدامه).

وحيث أنه لما كان ذلك وكانت المحكمة الدستورية قد اخترقت مبدأ الفصل بين السلطات وتدخلت في عمل من أعمال السلطة التشريعية وتصدت لنظر الطعن الدستوري رقم 61/17 ق والمتعلق بعدم دستورية الفقرة 11 من المادة 30 من الإعلان الدستوري المعدلة بموجب التعديل الدستوري السابع فإنها قد تكون قد تعدت على اختصاص السلطة التشريعية ويكون قضاؤها صادراً خارج حدود ولايتها ويفقد حكمها بناء على ذلك صفته كحكم ويصبح هو العدم سواء وجاز تبعاً لذلك لهذه المحكمة وباعتبارها صاحبة الولاية العامة التصدي للدعوى الراهنة والقضاء بناء على طلب المدعين بانعدام الحكم موضوع الدعوى والصادر عن المحكمة العليا الليبية في الطعن الدستوري رقم 61/17 ق بتاريخ 2014/11/6م وهذا القضاء هو قضاء تقريري تم بموجبه تقرير حالة الانعدام التي شابته الحكم موضوع الدعوى.

وحيث انه عن طلب وقف نفاذ الحكم الوارد في بالبند اولا فقد رأت المحكمة أنه كان لزاما التعرض له في منطوقها ذلك أنه وكما جاء برأي الفقيه الدكتور الكوني اعبوده المرفق بأوراق الدعوى حول حكم الدائرة الدستورية في الطعن رقم 61/17 ق فإن هناك من فهم الحكم في دلالاته المطلقة علي أنه إلغاء لمجلس النواب والحكومة التي شكلها وما صدر عنهما من قرارات وبأثر رجعي

وهذا الفهم لا شك أنه سيثير الكثير من الجدل وبالتالي فقد كان لزاماً القضاء بوقف نفاذ حكم الدائرة الدستورية تأكيداً على عدم الاعتداد بهذا الحكم المعدوم. وحيث عن مصاريف الدعوى فقد ألزمت المحكمة بها المدعي عليه الأول عملاً بالمادتين 281-282 مرافعات. فلهذه الأسباب

باسم الله ثم باسم الشعب

حكمت المحكمة حضورياً

أولاً: بوقف نفاذ الحكم الصادر عن المحكمة العليا الليبية في الطعن الدستوري رقم 61/17 ق بتاريخ 2014/11/6م.

ثانياً: باتعدام الحكم الصادر عن المحكمة العليا الليبية في الطعن الدستوري رقم 61/17 ق بتاريخ 2014/11/6م وبإلزام المدعي عليه الأول بالمصارف. امضاء الكاتب امضاء رئيس الجلسة

التعليق على الحكم

تمهيد

الحكم القضائي هو ذلك البناء المنطقي الذي يجريه القاضي بين مضمون القاعدة القانونية التي تحكم النزاع وبين العناصر الواقعية لهذا النزاع، والتعليق على الحكم ليس المقصود به إيجاد حل للنزاع المعروف على القضاء، ولكنه محاولة للتأمل ولتقييم الموقف القضائي مما عُرض عليه من وقائع في ضوء القواعد القانونية وبعيداً عن أي توجه سياسي. وتكمن الأهمية الخاصة للتعليق على هذا الحكم بعينه في أنه يطرح ولأول مرة، مسألة التعقيب على أحكام المحكمة العليا من قبل محكمة ابتدائية تتبعها في التنظيم القضائي وتراقب مدى صحة تطبيقها للقانون، الأمر الذي أثار الرأي العام على المستوى الداخلي والدولي باعتباره يسجل سابقة في هذا الموضوع.

إن الوضع الطبيعي لانتهاء أي خصومة معروضة أمام القضاء هو صدور حكم في موضوعها، ومحكمة البيضاء الابتدائية فصلت في موضوع الدعوى المرفوعة أمامها ولكن قضاتها يعرفون أن هذا الحكم سوف لن تكون له من الآثار القانونية إلا ما قد يثيره من ردود فعل سلبية في الغالب. وحتى نكون منصفين سوف نقدم للقارئ الكريم إيجابيات الحكم أولاً، ثم ما على الحكم من مآخذ.

أولاً: إيجابيات الحكم

أ / في البداية نثمن جهود رئيس المحكمة بصفته قاضي الدائرة المدنية التي أصدرت الحكم على جرأته وشجاعته في الاجتهاد للفصل في النزاع المعروض عليه، والذي وجد نفسه أمام أمرين يتعين احترامهما هما: حق التقاضي المكفول للجميع بمقتضى المادة 33 من الاعلان الدستوري، وعدم ارتكاب جريمة إنكار العدالة وهو بذلك يكون قد أدى واجبه الوظيفي الذي يحتم عليه الفصل في النزاع وإلا جيز مخاصمته طبقاً لأحكام المادة 2/720 من قانون المرافعات، فالقاضي لا يستطيع أن يمتنع أو يتأخر عن الفصل في الدعوى بحجة الفراغ القانوني أو غموض القانون أو قصوره عن معالجة الواقعة المعروضة عليه.

ب / لقد تم الفصل في الدعوى المعروضة في آجال معقولة، بل يمكن القول أنه فصل فيها على وجه السرعة في الشق المستعجل (وقف نفاذ الحكم)، والشق الموضوعي (الحكم بانعدام حكم المحكمة الدستورية). حيث كانت الجلسة الأولى التي تم فيها نظر الدعوى بتاريخ 2014/12/11م وصدر الحكم بتاريخ 2015/2/5م. وهذا جاء موافقاً للمبدأ المعروف وهو الفصل في الدعاوى ضمن آجال معقولة، المبدأ الذي نصت عليه العديد من التشريعات من ذلك المادة 498 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، والعديد من الاتفاقيات الدولية من ذلك المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية:

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement publiquement et dans un délai raisonnable

وهذا ما يجب أن يكون عليه القضاء الليبي بالنسبة لكل الدعاوى أيا كانت طبيعتها وأيا كان أطرافها.

ج/ سمح المشرع بتصحيح الأخطاء المادية الواردة في منطوق الحكم وذلك في المادة 288 من قانون المرافعات التي جاء فيها (تتولى المحكمة تصحيح ما يقع في منطوق حكمها من أخطأ مادية بحتة كتابية أو حسابية وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مرافعة. ويجري كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقعه هو ورئيس الجلسة). نلاحظ أن القاضي عند صدور الحكم بتاريخ 2015/2/5م نص على أن من يتحمل المصاريف هو المدعي عليه دون أن يوضح أيا منهم، فالمدعى عليهم في الدعوى متعددون إلا أنه تدارك ذلك في نسخة الحكم الأصلية المتضمنة للأسباب وأوضح أن المقصود هو المدعي عليه الأول.

ثانيا: المآخذ على هذا الحكم

يمكن تقسيم هذه المآخذ إلى مآخذ شكلية وأخرى موضوعية

أ/ المآخذ الشكلية

1/ عدم الدقة في تحرير الحكم⁽¹⁾

تعين على المحكمة أن تولي المزيد من الحرص عند طباعة أسباب الحكم خاصة وأنه بمجرد صدوره أثار صدى واسع النطاق على المستوى المحلي والدولي وبات الجميع يترقب ايداع الأسباب وبالتالي كان يجب أن يؤخذ ذلك في الاعتبار لتجنب أخطاء الطباعة أو ما يعرف بأخطاء القلم. فقد جاء الحكم مليئا بالأخطاء المادية: أخطاء في الطباعة من ذلك [الشمار اليه، الحكم بالطبلا، توكن....الخ]، اخطاء في نقل أحكام المحكمة العليا كتحويل في كلمات لها مدلولات مختلفة نخص بالذكر خطأ المحكمة المتمثل في عدم الدقة في نقل مبادئ المحكمة العليا الليبية (يقصر اختصاصها على الفصل في الطعون في أي

(1) احتفظت الكاتبة بالأخطاء الواردة في الحكم عند الطباعة.

قانون مخالف للدستور) والصحيح هو كما ورد في حكم المحكمة العليا (يقصر اختصاصها على الفصل في الطعون في أي تشريع مخالف للدستور). أيضا تمت الإشارة الى جزئية اخرى من ذات الحكم في موضعين من الحكم ولكن بصياغة مختلفة، كلمات سقطت سهوا من ذلك الإشارة الى حكم لمحكمة النقض المصرية دون ذكر رقم الطعن وطبيعته وتاريخ الجلسة، أيضا ورد ذكر للطعن رقم 29/28 ق دون توضيح المحكمة وطبيعة الطعن وتاريخ الجلسة....).

2/ النقص في محتويات الحكم

نصت المادة 273 من قانون المرافعات على ضرورة اشتمال الحكم على أسماء الخصوم ووكلائهم ونص ما قدموه من طلبات أو دفاع أو دفوع. فظاهر النص يحتم على القاضي ايراد العناصر المذكورة ولو لم يقتضها الفصل في القضية أو يتعلق بها دفاع جوهرى للخصم المعني وقد قضت المحكمة العليا بأنه (يجب لسلامة الحكم أن يواجه سند كل خصم فيما يدعيه أو يدفع به وأن يفصح عن رأي المحكمة في قبول السند أو رفضه وأن يورد تسببا صحيحا وكافيا لذلك)⁽¹⁾. وأيضا (ان القانون أوجب تسبيب الاحكام وبين في المادة 273 من قانون المرافعات ما يجب أن يشتمل عليه الحكم ومن بينها ما قدمه الخصوم من دفاع ودفوع ومضمون ما قدموه من مستندات وغرض المشرع من ذلك ليس مجرد استكمال شكل الحكم وإنما الغرض منه الزام المحكمة بان تبذل ما في وسعها للإمام بحقيقة الواقع في الدعوى وإنزال حكم القانون عليها بحيث يأتي حكمها نتيجة فحص وتدقيق حتى يطمئن المطلع عليه من الخصوم وغيرهم الى أن المحكمة قد اجتهدت بقدر المستطاع في تحقيق العدالة وتطبيق أحكام القانون على النزاع المعروض عليها فإذا قدم للمحكمة مستند منتج في الدعوى ومهم وتمسك صاحب المصلحة بما تضمنه المستند ولم تقل كلمتها فيه

(1) طعن مدني، 40/39 ق جلسة 1994/12/19م، مجلة المحكمة العليا، س 30، ع 2-3،

ولم تتحدث عنه كان حكمها معيبا بالقصور⁽¹⁾. لم نجد في حيثيات الحكم ما أبداه المدعى عليهما الثاني والثالث من دفاع ودفع حتى يتسنى مراقبة حكم المحكمة ومعرفة مدى مراعاتها لحق الدفاع وبأنها ردت على كل الدفع ولم تغفل الرد على دفع جوهرى في الدعوى، الامر الذي يجعل حكمها مشوب بالقصور في التسبيب.

3/ التعدد الصوري للمدعى عليهم

إن الدعوى رُفعت ضد الممثل القانوني للمؤتمر الوطني بصفته والممثل القانوني لمجلس النواب بصفته والممثل القانوني لرئيس مجلس الوزراء بصفته، من المعلوم أنه من شروط وجود الحق في الدعوى هو المنازعة (contestation). فالمنازعة هي الاختلاف والخصومة أي وجود تعارض بين شخصين وبدون هذا النزاع لا دعوى، فالمنازعة وحدها التي تولد الحاجة الى الحماية القضائية⁽²⁾. ولكن جاء في أسباب الحكم وتحديدا في الجزء المتعلق بالإجراءات (قدم دفاع المدعي عليهما الثاني والثالث مذكرة بدفاعه أحال على ما جاء فيها كما قدم ملخصا لرأي الدكتور الكوني أعبودة بشأن الحكم المطلوب انعدامه وتضامن مع المدعين فيما انتهوا إليه من طلبات) فتضامن دفاع المدعى عليهما مع المدعين يقود الى انعدام المنازعة والتي تكون شرط للحق في الدعوى بين المدعون والمدعى عليهما الثاني والثالث.

(1) طعن مدني، 32/14 ق جلسة 1986/3/17م، مجلة المحكمة العليا، السنة 24، العدد 3-4، ص 103.

(2) د. اعبودة، الكوني علي. قانون علم القضاء النشاط القضائي والخصومة، طرابلس، المركز القومي للبحوث العلمية، ط2، 2003م، ص 32.

ب/ المآخذ الموضوعية

1. الفساد في الاستدلال والخطأ في تطبيق القانون

كَيْفَت محكمة البيضاء الابتدائية الدعوى بأنها دعوى مبتدئة لتقرير انعدام حكم، وبررت ذلك بأن طبيعة الدعوى ليست طعنا في الحكم الصادر عن المحكمة العليا وليست اشكالا موضوعيا وليست دعوى مخاصمة وإنما هي دعوى تصدت المحكمة لها وباشرت تداولها بما لها من ولاية عامة كجهة قضاء عادي يجوز لها التحقق من الحكم المطروح والصادر من جهة قضاء أخرى وما إذا كان قد صدر في حدود الولاية القضائية لها من عدمه فمحاكم القضاء العادي - حسب ما ذكرت - هي المختصة اصلا بنظر هذه المنازعات وإن حكم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا معدوم.

(1) يبدو أن هناك خطأ واضحا في بعض المفاهيم الاجرائية الأمر الذي يستوجب إيضاح بعض المسائل:

- الجهة القضائية هي مجموعة من المحاكم يخضع بعضها لإشراف البعض الآخر مستقلة عن غيرها من المجموعات من حيث نظامها وتشكيلها⁽¹⁾. فتعدد جهات القضاء يعني أن تكون ولاية القضاء موزعة على أكثر من تنظيم قضائي داخل الدولة، لكل منها استقلاله التام عن الآخر. ويتمثل هذا الاستقلال في عدم خضوع هذه التنظيمات لرقابة محكمة عليا واحدة؛ فالمناط للقول بوجود التعدد هو وجود محكمة عليا على رأس كل مجموعة من المحاكم التي تختص بنوع معين من المنازعات أو بطائفة من المتقاضين⁽²⁾.

(1) د. سيف، رمزي. الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة

العربية 1964م، ط5، ص36، الهامش رقم 1.

(2) د. اعبودة، الكوني علي. قانون علم القضاء، النظام القضائي الليبي، المركز القومي للبحوث

والدراسات العلمية، ط3، 2003م، ص55، كيرة، مصطفى كامل. قانون المرافعات الليبي،

منشورات الجامعة الليبية، دار صادر: بيروت 1969م، ص109، كيرة، عبد العظيم. التنظيم

القضائي في ليبيا، منشورات جامعة قارونس، 1978م، ص79.

- يجب عدم الخلط بين قواعد الاختصاص وقواعد الولاية، فالاختصاص هو ما تنفرد به محكمة من ولاية القضاء المعترف بها للجهة القضائية التي تتبعها، في حين أن الولاية هي ما تنفرد به كل جهة قضائية⁽¹⁾.

وهناك إجماع بأن المشرع الليبي يأخذ بنظام وحدة القضاء ولا توجد جهة قضائية أخرى غير القضاء العسكري باعتباره جهة قضاء استثنائي. والقضاء العادي حسب ما جاء في المادة 11 من قانون نظام القضاء يتمثل في المحكمة الجزئية والمحكمة الابتدائية ومحاكم الاستئناف وعلى رأسها المحكمة العليا. وكل هذه المحاكم هي صاحبة الولاية العامة في نظر كل المنازعات والجرائم حسبما جاء في المادة 20 من قانون نظام القضاء. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في حكم لها في الطعن الدستوري رقم 19/1 في جلسة 1972/6/10م حيث ذكرت أنه (مما لا ريب فيه أنه وفقاً للأصول الدستورية تعد السلطة القضائية هي المختصة دون غيرها بمزاولة تطبيق القانون على الخصومات التي ترفع إليها فولايتها في هذا المجال ولاية أصلية وكاملة، والدستور وحده هو الذي يملك تقييد ولاية القضاء باعتباره إحدى سلطات الدولة وليس للشارع بحجة ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصها أن يمنع بعض المنازعات من ولاية القضاء متى ترتب عليها مساس بحق الأفراد سواء كان المنع كلياً أو جزئياً)⁽²⁾. فالنظام القضائي الليبي يتميز عن غيره من الأنظمة القضائية بأنه ركز الاختصاصات في جهة عليا واحدة وهي المحكمة العليا فهي محكمة نقض، محكمة موضوع في بعض الحالات محكمة تنازع، ومحكمة دستورية. ولا يوجد على الإطلاق - حسب علمي - في الفقه الليبي من يكيف المحكمة العليا بأنها جهة قضاء أخرى.

(1) د.عبودة، الكوني علي. النظام القضائي الليبي، مرجع سبق ذكره، ص295.

(2) مجلة المحكمة العليا، س 8، العدد 4، ص9.

وليس الأمر كذلك في بعض الدول ومن ذلك مصر: فالنظام القضائي المصري يقوم على ازدواج القضاء وتعدد الجهات القضائية. فالى جانب القضاء العادي صاحب الولاية العامة، هناك مثلا القضاء الإداري الذي يترأسه مجلس الدولة، كما أن الطعون الدستورية يتم نظرها من قبل المحكمة العليا الدستورية المستقلة عن محكمة النقض. وبناء عليه فإن حكم محكم النقض المصرية الذي استند إليه الحكم محل التعليق والذي لم يُشر إلى رقمه أو تاريخ الجلسة ولا الى طبيعته⁽¹⁾، يتعلق بالنظام المصري فالحكم الذي يصدر من محكمة إدارية في مسألة تدخل في ولاية القضاء العادي يكون معدوما ويرجع للقضاء العادي التحقق من هذا الحكم كما جاء في الطعن المشار إليه (من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لجهة القضاء العادي بما لها من ولاية عامة ان تتحقق من أن الحكم المطروح امر حجيته عليها والذي أصدرته جهة قضاء اخرى قد صدر في حدود الولاية القضائية لهذه الجهة ولما كان الحكم الصادر من جهة قضاء خارج حدود ولايتها يعد معدوم الحجية أمام الجهة صاحبة الولاية في النزاع). وبالتالي لا يمكن القياس عليه في نظامنا القضائي لأنه قياس مع الفارق وبالتالي لا يمكن الاستناد إليه. ومن هنا فإن ما جاء في أسباب الحكم من أن المحكمة العليا تشكل جهة قضاء اخرى في غير محله، وهذا يقودنا الى معرفة مدى قانونية الحكم محل دعوى الانعدام.

(2) القيمة القانونية لحكم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا محل دعوى الانعدام استندت محكمة البيضاء الابتدائية، عند تكييف حكم الدائرة الدستورية بأنه معدوم، إلى حكم المحكمة العليا في قضية الطعن المدني 16/19 ق في جلسة 1970/5/19م والذي جاء فيه (يكون الحكم معدوما إذا صدر من شخص ليست لديه سلطات قضائية كأن يصدر من قاض رفعت عنه ولاية القضاء أو يصدر

(1) بعد البحث تبين أن حكم محكمة النقض المصرية يحمل رقم 376 لسنة 33 ق مكتب في

18، ص 931، بتاريخ 1967/5/2م الفقرة 2.

من هيئة خولف فيها التكوين العددي أو يصدر في مسألة تخرج عن ولاية المحاكم إطلاقاً كما لو فصل في عمل من أعمال السيادة أو في مسألة لا وجود فيها لأحد الخصمين كأن يعلن المدعي عليه بالدعوى وهو متوفى أو يصدر الحكم بدون توقيع من القاضي الذي أصدره في هذه الحالات يكون الحكم معدوماً⁽¹⁾ وأيضاً الى حكمها في قضية الطعن المدني 3/2ق في جلستها 1961/2/18م والذي جاء فيه (فإذا تخلف عن الحكم ركن من أركانه الأساسية المؤثرة في وجوده وهي صدوره من محكمة تابعة لجهة قضائية وتبعاً لما لها من سلطة القضاء وإثبات كيانه بالتدوين في محرر مكتوب فإنه يفقد صفته كحكم ويصبح هو والعدم سواء)⁽²⁾.

الأمر يستوجب علينا تقديم نبذة لموقف الفقه والقضاء المقارن من الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية لنقف بعدها على مدى قانونية الحكم محل دعوى الانعدام.

- الأصل أن القاعدة الدستورية قابلة للتعديل لأنها تعبير عن حقيقة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية في بلد ما. ونظراً لأنه لا توجد حقائق مطلقة وأبدية ولكون هذه الحقائق نسبية فالقاعدة الدستورية قابلة للتعديل بما يتلائم والمستجدات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية. هذه التعديلات الدستورية قد تتم من قبل السلطة التأسيسية الأصلية وهي السلطة التي تضع الدستور أو الإعلان الدستوري ابتداءً، أو من قبل السلطة التأسيسية المنشأة أو المشتقة من السلطة الأصلية، وهي قد تكون السلطة التشريعية (البرلمان) أو هيئة خاصة أو عن طريق الاستفتاء الشعبي كما أن هذه التعديلات قد تخضع لقيود زمنية كأن ينص على عدم قابلية أحكامها للتعديل خلال فترة من الزمن، أو قيود إجرائية كأن تتم التعديلات وفقاً

(1) مجلة المحكمة العليا، س 7، ع 1، ص 76.

(2) قضاء المحكمة العليا الاتحادية، القضاء المدني، الجزء الثاني، ص 229.

لإجراءات معينة أو قيود موضوعية كأن تعطي بعض القواعد والمبادئ الدستورية أهمية عن غيرها من النصوص وبالتالي تحظر المساس بها.

- فيما يتعلق بالرقابة القضائية على هذه التعديلات الدستورية، فقد تباينت آراء الفقه بين مؤيد لهذه الرقابة وبين رافض وخاصة عند خلو الدستور من النص على مثل هذا النوع من الرقابة وقد تباينت تبعاً لذلك مواقف الدول⁽¹⁾.

فالمؤيدون يرون أن مفهوم الدولة القانونية يقتضي هذه الرقابة والقول بانعدامها قد يؤدي إلى الخروج على إرادة السلطة التأسيسية دون جزاء كما أن في ذلك خطورة في حالة ما إذا تولت التشريع فئة مناهضة للقيم الكبرى التي حرصت السلطة التأسيسية على تكريسها. في حين أن الرافضين يبررون رفضهم بأن الاختصاص الدستوري لا يُفترض، وأنه لا بد من وجود نصوص صريحة بذلك، وأن إقرار الرقابة القضائية من شأنه أن يجعل القضاء سلطة فوق السلطة التي تولت التعديل وهذا أمر غير مقبول برأيهم.

الامر الذي كان محل لاجتهاد القضاء في العديد من الدول ففي حين أن المحكمة الدستورية المصرية رفضت هذه الرقابة، أقرت المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية رقابة التعديلات الدستورية من حيث الشكل دون رقابة النصوص الدستورية ذاتها في حين أن المحكمة الدستورية الإيطالية ارتأت الحق في رقابة التعديلات الدستورية شكلاً وموضوعاً.

- موقف القضاء الدستوري الليبي: المجلس الانتقالي هو السلطة التأسيسية الأصلية التي وضعت الاعلان الدستوري وحددت كيفية تعديله وإجراءات هذا التعديل والمؤتمر الوطني السلطة التأسيسية المنشأة إذ يقوم بهذه التعديلات

(1) د الشناوي، وليد محمد. الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، دراسة مقارنة،

المنصورة مصر: دار الفكر والقانون؛ دياب، فوزي ابراهيم. الرقابة القضائية على

التعديلات الدستورية، مصراتة: مجلة البحوث القانونية، السنة الاولى، العدد الثاني، ابريل

باعتباره خلف للمجلس الانتقالي، يتعين عليه احترام الاجراءات المنصوص عليها في الإعلان الدستوري.

الإعلان الدستوري لم ينظم مسألة مدى خضوع التعديلات الدستورية للرقابة القضائية من عدمه ولا يخفى على أحد أن النصوص الدستورية وفكرة التدرج التشريعي في الفترة السابقة قد كان مثار جدل وأن الاختصاص الدستوري الذي مارسته المحكمة العليا كأول محكمة على الصعيد العربي والافريقي قد تجمد فترة من الزمن. ورغم ذلك فإنه من أجديات القانون التي يتعلمها الطالب في كلية القانون ومنذ السنة الاولى أن التشريع ثلاث أنواع التشريع الاساسي والتشريع العادي والتشريع الفرعي، فالدستور والإعلان الدستوري لا يعتبران قوانين وهذا ما أكدته المحكمة العليا نفسها في قضية الطعن الجنائي رقم 31/45 في جلستها 1986/2/4م (التشريع في الدولة درجات ثلاث يمثل التشريع الاساسي فيها المقام الاعلى ويتلوه في المرتبة التشريع العادي أو الرئيسي وهو ما يعرف بالقانون، ثم يأتي التشريع الفرعي وهو ما يسمى باللوائح من تنفيذه وتنظيمه ولوائح ضبط في المرتبة الأدنى. وأن هذا التدرج بين التشريعات في القوة يقتضى خضوع الأدنى منها للأعلى ذلك أن كل تشريع يستمد قوته من مطابقته لقواعد التشريع الذى يعلوه، فإن صدر مخالفا لأحكامه عد ما ورد به من مخالفة لاغيا، فالتشريع العادي - أي القانون - يجب ألا يعارض التشريع الاساسي، والتشريع الفرعي أو اللانحي ينبغي ألا يخالف القانون وأنه كما لا يحق للتشريع الادنى أن يتضمن من الاحكام ما يخالف التشريع الذى يعلوه لا يحق له أيضا أن يأتي بما يقيد مطلق ذلك التشريع أو يخصص عامه أو يضع استثناء عليه، أو ينسخ حكما ورد فيه فإن تضمن شيئا من ذلك كانت القوة والقابلية للتطبيق لما يرد بالتشريع الاعلى دون اعطاء أي

قوة قانونية لما يحويه التشريع الأدنى من أوجه المعارضة أو المخالفة أو التقيد أو الاطلاق⁽¹⁾

عندما أثّرت مسألة مدى رقابة المحكمة العليا على التعديلات الدستورية في قضية الطعن الدستوري رقم 59/28 ق في جلسة 2013/02/26م⁽²⁾ أجابت المحكمة العليا على دفع ادارة القضايا المتمثل في عدم اختصاص المحكمة العليا بنظر الطعن، بأنه في غير محله، ذلك (وان كانت الرقابة الدستورية وفقا لنص المادة 23 من القانون رقم 6 لسنة 1982م بشأن اعادة تنظيم المحكمة العليا، مقصورة على مراقبة مدى التزام القانون محل الطعن لأحكام الدستور ولا يمتد الى رقابة النصوص الدستورية ذاتها إلا أنه متى نص الدستور على طريقة معينة وإجراءات محددة لتعديل النصوص الدستورية تعين على السلطة التشريعية عند إصدار التعديل التزامها، فان طعن في نص التعديل الدستوري بأنه مؤسس على اجراءات تخالف الاجراءات والاوزاع الواردة بالإعلان، فان من اختصاص الدائرة الدستورية أن تتصدى لمراقبة مدى التزام تلك السلطة القيود الواردة بالدستور وإعمالا للمبدأ الاساسي في التقاضي الذي مقتضاه أن القضاء هو صاحب الولاية العامة في الفصل في المنازعات إلا ما استثني بنص خاص، ولو قيل بغير ذلك لكان للسلطة التشريعية أن تتحلل من القيود الواردة بالدستور بشأن التعديل، وهو إطلاق لسلطتها التشريعية، وفتح لباب مخالفه النصوص الدستورية، وهو لا يستقيم قانونا....).

من هنا يتبين أن القضاء الدستوري الليبي قد تبنى مبدأ الرقابة على التعديلات الدستورية واقتصر على مراقبة الاجراءات الشكلية للتعديل الدستوري أخذاً بموقف المحكمة العليا بالولايات المتحدة الامريكية. وما يؤكد ذلك أن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا حكمت بعدم اختصاصها في قضية الطعن الدستوري

(1) مجلة المحكمة العليا س 24، العدد 1-2، ص198.

(2) منشور في الجريدة الرسمية العدد 10 بتاريخ 2013/07/18م، ص620.

12 / 60 ق جلسة 2014/03/24م عندما طُلب منها الحكم بعدم دستورية الإعلان الدستوري نفسه قاضية الى أن اختصاص المحكمة العليا (لا يمتد الى رقابة الدستور نفسه سواء من حيث إقراره أو صلاحيته للعمل به من عدمه ذلك أن نصوص الدستور إنما تمثل القواعد والاصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة وهي باعتبارها كذلك تثبوء الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين احترامها وتقيد السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية في وظائفها وصلاحياتها وتضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها ومن تم تعين على كل سلطة أن تلتزم حدودها وان تردّها إلى ضوابطها الدقيقة التي عينها الدستور وإلا وقع عملها مخالفا لأحكامه). وحكمها في قضية الطعن الدستوري 61/17 ق محل دعوى الانعدام لا يعدو أن يكون إلا تأكيدا لاتجاه تبنته في أحكامها فيما سبق. ولا محل هنا للقول بأن موقف المحكمة العليا في قضية الطعن الدستوري 61/17 ق يعد عدولا عن المبدأ السابق الصادر في الطعن الدستوري رقم 61/12 ق لان الحكم محل دعوى الإنعدام جاء موافقا للحكم الصادر في الطعن الدستوري 59/28 ق والقاضي باختصاص الدائرة الدستورية برقابة التعديلات الدستورية شكلا.

والجدير بالذكر هنا أن المحكمة العليا عندما تنظر الطعون الدستورية تكون منعقدة بدوائرها المجتمعة⁽¹⁾ برئاسة رئيسها، والدوائر المجتمعة تُشكل من

(1) إن صعوبة انعقاد الدوائر المجتمعة بجميع المستشارين نظرا لغياب بعضهم لأسباب مختلفة، دفع مؤتمر الشعب العام بتاريخ 2004/3/6 إلى إصدار القانون رقم 8 لسنة 2004م لتعديل القانون رقم 6 لسنة 1982م المتعلق بإعادة تنظيم المحكمة العليا والذي نص في المادة الأولى منه على أن تضاف فقرة أخيرة للمادة الثالثة والعشرين، وذلك على النحو التالي: (و تشكل الدوائر المجتمعة من عدد كاف من المستشارين بقرار من الجمعية العمومية على أن يكون من بين أعضائها مستشار واحد على الأقل من كل دائرة من دوائرها المحكمة). وهذا التعديل أعطى الجمعية العمومية للمحكمة العليا مكنة تشكيل الدوائر المجتمعة، بشكل أسهم في سهولة وسرعة انعقاد الدوائر المجتمعة.

عدد كاف من المستشارين على أن يكون من بين أعضائها مستشار واحد على الأقل من كل دائرة من دوائر المحكمة، وكان الحال كذلك بالنسبة للدائرة الدستورية أثناء نظرها للطعن الدستوري محل الدعوى وبالتالي فالتكوين العددي للدائرة لا غبار عليه.

فهل اجتهاد المحكمة العليا في مسألة سكت عنها المشرع ولم يخرجها بنص عن ولاية القضاء كما فعل في أعمال السيادة⁽¹⁾ يجعل حكمها معدوماً؟ إذا كانت الإجابة بنعم فكل اجتهادات المحكمة العليا معدومة متى لا يوجد نص.

(3) المحكمة المختصة بدعوى بطلان تعديلات دستورية

على فرض أن المحكمة العليا غير مختصة فهل فعلاً ينعقد كما قيل⁽²⁾ الاختصاص بدعوى بطلان تعديلات دستورية للمحكمة الابتدائية؟

نجيب من البداية أن ذلك غير منطقي وغير ممكن قانوناً، فمن غير المقبول خضوع دستورية القوانين لرقابة المحكمة العليا التي هي قمة الهرم القضائي وخضوع دعاوى الدستور الذي هو قمة التشريعات للمحكمة الابتدائية. وأي محكمة مكانياً ستكون مختصة أم كل المحاكم؟ إن ذلك لا ينسجم والمنطق القانوني وروح التشريعات. غير ممكن، لأن محاكم الموضوع لا تملك النظر في المسائل القانونية المتعلقة بالدستور والتي تثار في قضية منظورة أمامها وذلك وفقاً لأحكام المادة 23 من قانون المحكمة العليا فمن باب أولى رفع دعوى مبتدئة بهذه المسائل أمامها.

(1) أعمال السيادة هي تلك التي تتصل بالسياسة العليا للدولة وتدخل فيها تلك الإجراءات التي تتخذها الدولة للمحافظة على سيادتها وكيانها في الداخل والخارج كإعلان حالة الطوارئ والأحكام العرفية وإعلان الحرب* طعن دستوري رقم 59/8 ق جلسة 2012/12/23م، مجلة المحكمة العليا، س 44، ع 1، ص 24.

(2) د. اعبودة، الكوني علي. دلالات حكم الدائرة الدستورية الأخير في قضية الطعن رقم 61/17 ق منشور على الصفحة الإلكترونية للدكتور الكوني اعبودة.

وفي كل الأحوال فإن القول باختصاص المحكمة الابتدائية بدعوى بطلان تعديلات دستورية يجعل الحكم الصادر من الدائرة الدستورية غير معدوم كما زعم لأن مخالفة قواعد الاختصاص لا يترتب عليها بأي حال من الأحوال انعدام الحكم كما رأينا في الاحكام التي ساقها الحكم محل التعليق وإنما يكون باطلا. واعتبار هذا الحكم الباطل، لمخالفته قواعد الاختصاص، قد صدر من المحكمة العليا يكون قد تحصن لان أحكامها غير قابلة للطعن. وهذا ما قضت به المحكمة العليا نفسها (الحكم الباطل إذا كان غير قابل للطعن فيه أو استغلت فيه طرق الطعن كما هو الشأن في حكم محكمة النقض، تحصن وزال عنه ما لحق به من عيب فصار الحكم بمنجاة من أي الغاء أو سحب لكونه لا يقبل التعقيب)⁽¹⁾.

(4) المحكمة المختصة بدعوى الانعدام

صحيح أن المحكمة العليا اعتبرت أن الحكم المعدوم هو والعدم سواء ولا يترتب أي أثر قانوني ولا يلزم الطعن فيه للتمسك بانعدامه وإنما يكفي انكاره عند التمسك بما اشتمل عليه من قضاء، ويجوز رفع دعوى مبدئية بطلب انعدامه ولا تزول حالة انعدامه بالرد بما يفيد اعتباره صحيحا أو بالقيام بعمل أو إجراء باعتباره كذلك. ولكن المحكمة العليا في أحكامها المشار إليها في الحكم محل التعليق لم تحدد المحكمة المختصة وإنما أجازت تقرير حالة انعدام الحكم بدعوى مبدئية فلا يوجد تلازم بين دعوى مبدئية والقضاء الابتدائي. كما هو معلوم في الفقه الاجرائي أن الدعوى المبدئية يقصد بها دعوى أصلية جديدة كوسيلة هجومية وبالمقابلة مع وسيلة أخرى وهي الوسيلة الدفاعية أي في صورة دفع⁽²⁾ كما أن المحكمة العليا لم تبين صلاحية المحكمة التي تقرر انعدام الحكم هل

(1) طعن إداري، 18/7 ق جلسة 10/1/1974م، مجلة المحكمة العليا، س 10، ع 3، ص 65.

(2) استعمالات الفقه لها انظر من ذلك مثلا: فتحي منصور عبدالصمد الفيتوري، مدى اختصاص المحكمة العليا بالرقابة الدستورية في ضوء احكام القانون رقم 17 لسنة

1423م، مجلة ادارة القضايا، العدد 3 السنة 2، 2003م، ص 96.

تفصل فيه من جديد ام تكتفي فقط بتقرير انعدام الحكم ويبقى النزاع دون أن يُفصل فيه بعد تقرير الانعدام.

إن المحكمة المختصة بطلب انعدام الحكم يُفترض أن تكون هي ذات المحكمة التي أصدرته وهو أمر تقتضيه سلامة التنظيم القضائي، فالقاعدة أن القضاء لا يسלט على قضاء اخر إلا اذا كان الأول أعلى درجة من الثاني وهذا ما يقتضيه روح التشريع⁽¹⁾.

فتدرج القضاء يقوم على فكرتين: الأولى هي ضرورة توحيد تفسير القانون وتطبيقه لدى مختلف المحاكم وهذه الفكرة هي سر وجود المحكمة العليا، والثانية إباحة الطعن في الاحكام الى محكمة أعلى وهذه الفكرة هي سبب وجود المحاكم الاستئنافية. وهذا التدرج مبني على اختلاف المحكمة الاعلى عن المحكمة الأدنى في عدد القضاة وخبراتهم وإذا سمحنا بالتعقيب على حكم المحكمة العليا من المحاكم الادنى منها ستكون الدعوى حلقة غير منتهية ولن تستقر الحقوق والمراكز القانونية. فضلا عن أنه من غير المنطقي أن يراقب قاضي فرد ما فصل فيه عدة مستشارين.

2. تناقض منطوق الحكم:

هناك تناقض في الحكم فمن جهة قرر أنه معدوم، ومن جهة اخرى حكم بوقف تنفيذه وقبل هذا جاء في حيثياته ان الحكم المعدوم لا اثر له ولا حجية. فلو أن القاضي حكم في الشق المستعجل بوقف نفاذ الحكم وارجى الفصل في الشق الموضوعي لعدة جلسات لاحقة ثم توصل الى انعدام الحكم لكان أكثر منطقيا من النطق بوقف نفاذ حكم يعتبره معدوم لا يرتب اثرا.

هذا إلى جانب أن المبادئ القانونية التي تقررها المحكمة العليا في أحكامها ملزمة لجميع المحاكم وكافة الجهات الاخرى طبقا لأحكام المادة 31 من

(1) د. أبو الوفاء، أحمد. نظرية الاحكام في قانون المرافعات، الاسكندرية: منشأة المعارف،

قانون المحكمة العليا وبالتالي لا يجوز تعطيل تنفيذ حكمها بل إن المشرع ذهب في المادة 33 من القانون المذكور الى فرض عقوبة الحبس والعزل للأشخاص المسؤولين عن التنفيذ إذا امتنعوا عن تنفيذ أحكام المحكمة بعد انقضاء شهر من إنذارهم على يد محضر بوجوب التنفيذ. وبناء عليه لا يجوز للمحكمة الابتدائية تعطيل حكم المحكمة العليا بالحكم بوقف نفاذه.

3. الحكم بأكثر مما طلبه الخصوم

القاعدة في القانون الاجرائي هو أن يكلف المحكوم عليه في الدعوى بمصاريفها بما في ذلك أتعاب المحاماة (المادة 282 من قانون المرافعات) كما للمحكمة أن تحكم بإلزام الخصم الذي كسب الدعوى بالمصاريف كلها أو بعضها إذا كان الحق مسلماً به من المحكوم عليه (283 من قانون المرافعات). هذا من جهة، ومن جهة ثانية يتعين على القاضي التقييد بطلبات الخصوم فلا يجوز للقاضي الحكم بما لم لا يطلبه الخصوم أو بأكثر من طلباتهم.

ومما جاء في حيثيات الحكم أن المدعين طلبوا تحمل مصاريف دعواهم وبعضهم تضامن مع المدعين في طلباتهم ولكن المحكمة حكمت بالمصاريف فقط على المدعى عليه الأول فهي تكون بذلك قد حكمت بأكثر مما طلبه المدعون.

الخلاصة

لم يوفق القاضي الابتدائي فيما انتهى إليه في حكمه من انعدام حكم المحكمة العليا فهو لم يحترم مبدأ التدرج القضائي ولم يلتزم صراحة بمبادئ المحكمة العليا وفي كل الاحوال يظل حكماً ابتدائياً قابلاً للطعن عليه بالاستئناف ومن بعدها بالنقض أمام المحكمة العليا التي اعتقد خطأ أنه بإمكانه أن يراقب أحكامها.

المصادر والمراجع

- د.عبودة، الكوني علي. قانون علم القضاء النشاط القضائي والخصومة، طرابلس، المركز القومي للبحوث العلمية، الطبعة الثانية، 2003م.
- د.سيف، رمزي. الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية 1964م، الطبعة الخامسة.
- مصطفى كامل. قانون المرافعات الليبي، منشورات الجامعة الليبية، دار صادر، بيروت، 1969م.
- عبد العظيم. التنظيم القضائي في ليبيا، منشورات جامعة قاربيونس، 1978م.
- د.الشناوي، وليد محمد. الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، دراسة مقارنة، المنصورة مصر، دار الفكر والقانون.
- دياب، فوزي ابراهيم. الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، مصراته، مجلة البحوث القانونية، السنة الاولى، العدد الثاني، ابريل - 2014م.
- د.أبو الوفا، أحمد. نظرية الاحكام في قانون المرافعات، الاسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة السادسة، 1989م.

ثالثاً:

القوانين

القانون رقم (21) لسنة 2016م بشأن تعديل قانون رقم (4) لسنة 1423م في شأن تحريم الخمر

المؤتمر الوطني العام

بعد الاطلاع على:

- الإعلان الدستوري الصادر بتاريخ 3 أغسطس 2011م وتعديلاته.
- وعلى النظام الداخلي للمؤتمر الوطني العام.
- وعلى قانون العقوبات الليبي.
- وعلى قانون الإجراءات الجنائية.
- وعلى القانون رقم (4) لسنة 1423م في شأن تجريم الخمر.
- وعلى قرار رئيس المؤتمر الوطني العام رقم (25) لسنة 2015م بشأن تشكيل لجنة من الخبراء لمراجعة القوانين وتعديلها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.
- وعلى ما عرضته لجنة مراجعة التشريعات بما يوافق أحكام الشريعة الإسلامية.
- وعلى ما قرره المؤتمر الوطني العام في اجتماعه العادي رقم (240) المنعقد يوم الثلاثاء بتاريخ 21/جمادي الأولى/1437هجرية/ الموافق: 2016/03/01م.

أصدر القانون الآتي

المادة (1)

تعديل المواد الآتية من القانون رقم (4) لسنة 1423م في شأن تجريم الخمر على

النحو الآتي:

المادة (3):

- يعاقب كل من حاز خمرًا أو حرزها أو قدمها أو أعطاها أو أهداها أو تعامل فيها بأي وجه بالحبس وبغرامة لا تقل عن ألف دينار، ولا تزيد على أربعة آلاف دينار.
- يعاقب كل من صنع خمرًا أو أّجر فيها بالسجن وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرة آلاف دينار.

المادة (4):

- يعاقب كل مسلم عاقل بالغ قاصد ارتكاب الفعل إذا شرب خمرًا خالصة أو مخلوطة عن علم واختيار بالجلد ثمانين جلدة حداً، وتسري عليها أحكام الجنحة.
- يعاقب ولي أمر الصغير الذي لم يبلغ بغرامة لا تقل عن 500 دينار ولا تزيد على 1000 دينار إذا ارتكب أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة السابقة أو هذه المادة.

المادة (7):

تثبت جريمة شرب الخمر المنصوص عليها في المادة رقم (4) من هذا القانون بالإقرار أمام السلطة القضائية ولو مرة واحدة، أو بشهادة رجلين أو بأية وسيلة من وسائل لإثبات الأخرى، ويراعى في صحة الإقرار والشهادة وشروطهما اتباع المشهور من أيسر المذاهب.

المادة (3):

تضاعف العقوبة إذا عاد الفاعل إلى ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون باستثناء العقوبة الواردة بالمادة الرابعة.

المادة (4)

يعمل بهذا القانون من تاريخ صدوره، ويُلغى كل ما يخالف أحكامه وينشر في الجريدة الرسمية.

المؤتمر الوطني العام

صدر في طرابلس

21/جمادي الأولى/1437هجرية

الموافق: 2016/03/01م.

JOURNAL OF LAW RESEARCH

Issued By Faculty Of Law Misurata University



للتواصل معنا

☎ الإدارة 051 2618442

☎ المسجل 051 2614727

☎ فاكس 051 2618443

📧 E.mail: law_misurata@yahoo.com

📌 كلية القانون بجامعة مصراتة