

مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية القانون بالخمسة

جامعة المرقب

العدد الثاني لسنة 2019م

مجلة العلوم الشرعية والقانونية مجلة محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة المرقب

رقم الإيداع المحلي 2015/379م.

دار الكتب الوطنية بينغازي . ليبيا

هاتف:

9090509 - 9096379 - 9097074

بريد مصور:

9097073

البريد الإلكتروني:

Nat-Liba@hotmail.com

ملاحظة /

الآراء الواردة في هذه البحوث لا تعبر إلا عن وجهة نظر أصحابها، وهم وحدهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، وإدارة المجلة لا تتحمل أية مسؤولية في ذلك.

للاتصال برئيس التحرير: 091-1431325 / 092-7233083

شروط النشر بالمجلة:

- الأخوة الأفاضل حرصاً على حسن إخراج المجلة نرجو التكرم بالالتزام بالآتي:
1. أن لا يكون قد تمّ نشر البحث من قبل في أي مجلة أو كتاب أو رسالة علمية أو وسيلة نشر أخرى.
 2. أن لا تزيد صفحات البحث عن (35) صفحة تقريباً بما فيها قائمة المراجع.
 3. هوامش الصفحة من اليمين ، على ورق A4 . وحجم الخط (14) ونوعه (Traditional Arabic). وللهاوامش (12) وبين السطور (1).
 4. العناوين الوسطية تكتب مسودة وبحجم خط (16) Bold.
 - العناوين الجانبية: تكتب من أول السطر مسودة وبحجم (14) Bold ، وتوضع بعدها نقطتان رأسيان.
 5. تبدأ الفقرات بعد خمس فراغات.
 6. يجب الاهتمام بوضع علامات الترقيم في أماكنها المعروفة الصحيحة، ورموز أسمائها بالخط العربي .
 7. ضرورة استخدام رمز القوسان المزهران للآيات القرآنية (﴿ ﴾) ، والرمز (« ») للنصوص النبوية، والرمز: (" ") علامة التنصيص.
 8. تكتب في الهوامش أسماء الشهرة للمؤلفين كالبخاري، الترمذي، أبو داود، ابن أبي شيبة، ولا يكتب الاسم الكامل للمؤلفين في الهوامش.
 9. الإحالات للمصادر والمراجع تكون في هوامش صفحات البحث وليس في آخره.
 10. لا تكتب بيانات النشر للمصادر والمراجع في الهامش، وإنما يكتب ذلك في قائمة المصادر والمراجع في آخر البحث.
 - مثل : ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 2، ص 332
 11. عند الإحالة إلى كتب الحديث المرتبة على الأبواب الفقهية والموضوعات العلمية تكتب أسماء الكتب والأبواب، مع كتابة الجزء، والصفحة، ورقم الحديث إن وجد. هكذا: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب. الإيمان، باب الإيمان وقول النبي « بني الإسلام على خمس » : ج 1، ص 12 ، رقم 1.
 12. تخرّج الآيات القرآنية في المتن بعد الآية مباشرة بحجم 12.
 - مثل: قال الله تعالى ﴿سَيَقُولُ السُّفَهَاءُ مِنَ النَّاسِ مَا وَلَدُهُمْ عَنِ قِبَلَتِهِمْ الَّتِي كَانُوا عَلَيْهَا قُلْ لَلَّهِ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ﴾ [البقرة: 142].
 13. في الهوامش، يترك بعد أرقام الهوامش مسافة واحدة ثم تبدأ كتابة المعلومات التي يراد كتابتها، وهوامش كل صفحة تبدأ بالرقم واحد.
 14. قائمة المصادر ترتب على أسماء الشهرة للمؤلفين، كالأتي:
 - ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: علي محمد البحايوي، بيروت: دار الجيل، ط 1، سنة 1112 هـ / 1992م.
 15. يرفق الباحث ملخصاً لسيرته الذاتية في حدود صفحة واحدة، ويرفق صورة شخصية له.
 16. ترسل البحوث، والسير الذاتية المختصرة مطبوعة على ورق وقرص مدمج لرئيس التحرير مباشرة أو عبر البريد الإلكتروني الآتي.

-
-
17. للمجلة الحق في رفض نشر أي بحث بدون إبداء الأسباب والبحوث التي لا تقبل للنشر لا ترد إلى أصحابها.
18. ترتيب ورود الأبحاث في المجلة لا يدل على أهمية البحث أو الباحث، إنما لكل التقدير والاحترام .
19. لإدارة المجلة حرية تغيير الخطوط والتنسيق بما يناسب إخراج المجلة بالصورة التي تراها.
- نأمل من السادة الباحث والقراء المعذرة عن إي خطأ قد يحدث مقدماً ، فلله الكمال وحده سبحانه وتعالى.

مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها
كلية القانون بالخمسة - جامعة المرقب

رئيس التحرير

د. إبراهيم عبدالسلام الفرس

هيئة التحرير:

د. مصطفى إبراهيم العريبي

د. عبدالمنعم محمد الصارعي

د. أحمد عثمان احميد

اللجنة الاستشارية :

أ. د. محمد عبدالسلام ابشيش. أ. د. محمد رمضان بامر.

أ. د. سالم محمد مرشان. أ. د. عمر رمضان العبيد.

د. احمد على ابوسطاش. د. على أحمد اشكورفو.

د. عبد الحفيظ ديكنا.

فهرس الموضوعات

- 8 كلمة رئيس التحرير
- أحكام مسكن الزوجية في القانون الليبي
- 9 د. رافع عبد الهادي عبد الله الصغير الترجمان
- العدل من أسس الشريعة الإسلامية
- 29 د. عمر رمضان العبيد
- جهود الليبيين في خدمة مختصر خليل
- 41 أ. د. سعد خليفة العبار
- موقف الإسلام من الآثار
- 70 د. إبراهيم عبدالسلام الفردي
- "أعوان معمر القذافي في تطبيق أحكام قانون العفو عن بعض الجرائم رقم
(35) لسنة 2012م" تعليق على الحكم الصادر عن المحكمة العليا في الطعن
الجنائي رقم 48 / 60 ق بتاريخ 2018/05/02 م .
- 92 د. خالد سالم الفلاح
- الطبيعة القانونية لأوامر الأداء (استيفاء الديون الثابتة بالكتابة)
- 99 أ. أبو بكر عبدالسلام بن زيد
- أساس حجية الأحكام وعلاقتها بالنظام العام
- 108 د. أنصهار يوسف القذافي
- تقديم الأشخاص إلى المحكمة الجنائية الدولية في إطار تعدد الطلبات
- 129 د. أشرف عمران محمد
- ضوابط تسجيل براءة الاختراع الدوائية "دراسة في القانون الإماراتي والمقارن"
- 144 أ. مرسلم المطروش شي

- طبيعة الجزاء الجنائي في مجال الهجرة غير الشرعية
- أ. مصطفى عبدالرحمن محمد البوسيني 177
- الأحكام العامة لنظرية العلم اليقيني
- أ. محمد عبدالسلام عريقتيب 209
- حدود مهام القاضي الدستوري الليبي
- د. سراج الدين عبد الله الكيلاني 226
- أساس مسؤولية مدقق الحسابات وطبيعتها القانونية في الشركة المساهمة العامة وفقاً للتشريع الإماراتي "دراسة مقارنة"
- أ. وفاء يوسف 243
- الإضراب عن العمل في التشريع الليبي (دراسة مقارنة)
- أ. آمال سالم العريفي 277

كلمة رئيس التحرير بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين الذي علم الإنسان ما لم يعلم، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

إنه ليسرني أن أقدم إليكم هذا العدد من مجلة العلوم الشرعية والقانونية بعد جهد وعناء ممزوجين بالإخلاص والوفاء من السادة الباحث، والمراجعين، والعاملين على التنسيق والإخراج ؛ لتظهر المجلة بأحسن صورة وأبهى حلة ، وتلقى القبول الحسن في نفوسكم ، وأن تقدم لكم كل ما هو نفيس في مجالات الشريعة والقانون.

ونسأل الله أن تحقق هذه المجلة أهدافها ومبتغاها، وأن تكون رافداً حقيقياً للعلم والمعرفة، وأن يكون عملنا هذا خالصاً لوجهه الكريم ، وأن ييسر لنا الاستمرار فيه، فهو الموفق وهو المعين.

أحكام مسكن الزوجية في القانون الليبي

إعداد الدكتور: رافع عبد الهادي عبد الله الصغير الترجمان.

أستاذ مساعد بكلية القانون . جامعة مصراتة

بسم الله الرحمن الرحيم

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:

فإن عقد الزواج إذا ما تم على الوجه الذي يقتضيه الشرع والقانون فإنه يوجب حقوقاً للزوجين، وهذه الحقوق بعضها مشترك بينهما، وبعضها يخص الزوج، وبعضها الآخر يخص الزوجة، وبعضها مالي وبعضها غير مالي.

ومن الحقوق المالية الخاصة بالزوجة: النفقة، وهي تشمل كل ما تحتاجه في معيشتها من طعام وكسوة وعلاج ومسكن، وكل ما تقتضيه متطلبات الحياة الأساسية.

ولقد جاء هذا البحث ليتناول الأحكام التنظيمية الخاصة بمسكن الزوجية، وذلك وفق قانون الزواج والطلاق الليبي وتعديلاته.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في التعرف على مسكن الزوجية، ومقاصد مشروعيتها، وأحكامه في القانون الليبي، والآثار المترتب على تخلفه.

مشكلة الدراسة:

يعد المسكن من الحقوق المالية المترتبة على عقد الزواج، لذا يكثر بشأنه النزاع بين الزوجين، لاسيما إذا حصل فراق بينهما، وذلك سواء من حيث استحقاقه أو مواصفاته. لذا فإن مشكلة الدراسة تكمن في السؤال التالي:

ما هو المراد بمسكن الزوجية؟ ومتى يستحق؟ وما هي ضوابطه الشرعية والقانونية؟

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى تحقيق التالي:

. معرفة حقيقة المسكن الزوجي.

. معرفة سبب استحقاق المسكن.

. التعرف على الضوابط والشروط الشرعية والقانونية لمشروعية المسكن الزوجي.

منهج الدراسة:

سلك في إعداد هذه الدراسة المنهج الاستقرائي والتحليلي والوصفي.

حدود الدراسة العلمية:

حد موضوع الدراسة من الناحية العلمية بالقانون رقم: (10) لسنة: (1984 م) بشأن الزواج والطلاق وأثارهما، وتعديلاته كالقانون رقم: (14) لسنة: (2015م)، وأحكام القضاء الليبي، وأحكام الفقه المالكي.

خطة الدراسة:

جاءت هذه الدراسة من خلال مقدمة، ومبحثين، وخاتمة، وذلك على النحو التالي:
مقدمة: تضمنت بيان: أهمية الدراسة، ومشكلتها، وأهدافها، ومنهجها، وحدودها العلمية، وخطتها.

والمبحث الأول: التعريف بمسكن الزوجية.

والمبحث الثاني: أحكام مسكن الزوجية.

والخاتمة: وتضمنت بيان النتائج.

والفهارس: واحتوت على فهرس للمصادر.

المبحث الأول

التعريف بمسكن الزوجية

يتناول هذا المبحث الحديث عن المسكن الزوجي من حيث تعريفه، ومشروعيته، وسبب وجوبه، وطبيعته، وذلك من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف المسكن الزوجي ومشروعيته.

المطلب الثاني: سبب وجوب المسكن الزوجي وطبيعته.

المطلب الأول

تعريف المسكن الزوجي ومشروعيته

أولاً: تعريف المسكن الزوجي:

1. السكن في اللغة:

السكن في اللغة ضد الحركة، وله معان متعددة، منها: السكوت، يقال: سكنت الريح، وسكن المطر، وسكن الغضب، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَهُ مَا سَكَنَ فِي اللَّيْلِ وَالتَّهَارِ﴾. [سورة الأنعام: 13]، والإقامة، يقال: سكن بالمكان بمعنى: أقام، والسكَنُ والمسكَنُ والمسكِنُ: المنزل والبيت، والسكَنُ بسكون الكاف: أهل البيت، والسكَنُ: المرأة، لأنها يُسكن إليها، وكل ما سكنت إليه واطمأنت به، وسكِنِي المرأة: المسكن الذي يُسكنها الزوج إياه، والسكينة: الرحمة والطمأنينة⁽¹⁾.

2. السكن الزوجي في الاصطلاح:

يُطلق على المسكن الزوجي أسماء متعددة، منها: بيت الزوجية، وبيت الطاعة، ووردت فيه تعريفات متعددة، منها:

- 1. «المكان المستقر الآمن الذي تنتقل إليه المرأة بعد زواجها لتستقر فيه مع زوجها»⁽²⁾.
- 2. «محل منفرد معين مختص بالزوجة، لا يشاركها أحد في سكنها من أهل الزوج المميزين، وله غلق يخصه ومرافق، سواء كانت في البيت أو في الدار، على ألا يشاركها فيها أحد إلا برضاها. وهذا في غير الفقهاء الذين يشتركون في بعض المرافق»⁽³⁾.

1- ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج13، ص213، مادة: «سكن».

2- ينظر: سناء الحنيطي، وخلق ضيف الله آغا، شروط مسكن الزوجية في قانون الأحوال الشخصية الأردني، العدد: 02،

2018م، مجلد: 33، ص92.

3- ينظر: وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج8، ص235.

وهذه التعريفات اقتصرت على الوصف، لذا يمكن تعريف المسكن الزوجي بأنه: بناء مناسب للحياة الزوجية على هيئة مخصوصة.

فعبارة: «بناء مناسب للحياة الزوجية» قيد يخرج غيره من الأبنية كالمساجد، والمستشفيات، وعبارة: «هيئة مخصوصة» إشارة إلى الضوابط الشرعية والقانونية المطلوبة في مسكن الزوجية، ليتلاءم مع الوظيفة المخصص لها.

والعلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي ظاهرة، فكل المعاني اللغوية للمسكن موجودة في تعريفه الاصطلاحي، فبببب الزوجية يتحقق فيه السكون والراحة والطمأنينة، وفيه تسكن وتقيم المرأة وأهل الزوج.

ثانيا: مشروعية المسكن الزوجي:

وردت أدلة كثيرة على حق الزوجة في السكن، وعلى أنه واجب على الزوج، وفيما يلي بيان لبعض هذه الأدلة:

1. قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾. [سورة الطلاق: 6]، وجه الدلالة: أنه إذا كان إسكان المطلقة أثناء العدة واجبا، فإسكانها أثناء قيام الزوجية واجبا بالطريق الأولى⁽¹⁾.
2. قوله صلى الله عليه وسلم للفرعية بنت مالك عندما توفي زوجها: «امكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله»⁽²⁾، وجه الدلالة: أنه أضاف البيت للمتوفى عنها زوجها زمن العدة ليدل على حقها فيه، وحقها فيه حال قيام الزوجية أولى⁽³⁾.
3. الإجماع، اتفق الفقهاء على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن، ومن مشتملات هذه النفقة الواجبة السكن⁽⁴⁾.
4. المعقول: الزوجة محبوسة المنافع على زوجها، وممنوعة من التصرف لحقه، فوجب لها نفقتها، ولأن النفقة تجب جزاء الاحتباس، ومن كان محبوسا لحق شخص كانت نفقته عليه، لعدم تفرغه لحاجة نفسه، قياسا على القاضي والوالي والعامل في الصدقات⁽⁵⁾.

1 - ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج18، ص166، ووزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج6، ص275.

2- رواه مالك. (ينظر: مالك، الموطأ، كتاب الطلاق، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل، ج2، ص591، حديث رقم: 1295).

3- ينظر: الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج4، ص135.

4- ينظر: ابن القطان، الإقناع في مسائل الإجماع، ج2، ص55.

5- ينظر: وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج6، ص275.

5 . القانون، فقد نص القانون رقم: (10) لسنة: (1984م) بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارها في المادة: (17): «بحق للزوجة على زوجها: النفقة وتوابعها في حدود يسر الزوج واستطاعته طبقاً لأحكام هذا القانون»، ونص في المادة: (22): «تشمّل النفقة: المسكن والطعام والكسوة والعلاج وكل ما به مقومات الحياة».

المطلب الثاني

سبب وجوب المسكن الزوجي وطبيعته

أولاً: سبب وجوب المسكن الزوجي:

للنفقة بصفة عامة ثلاثة أسباب، وهي: الزواج، والقرباة، والالتزام، وسبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها هو عقد الزواج الصحيح، وذلك بسبب ما يترتب عليه من احتباس زوجته لمنافعه، ودخولها في طاعته، ليتمكن من استيفاء حقوق الزوجية⁽¹⁾.

فإذا توفر السبب وهو عقد الزواج الصحيح، وشرط التمكين والاحتباس، بأن احتبست الزوجة لخدمة زوجها، وهو التسليم الفعلي، أو كانت مستعدة للاحتباس وهو التسليم الحكمي، تترتب على ذلك استحقاقها للنفقة على زوجها والتي من مشتملاتها المسكن.

ويترتب على ذلك جملة من الآثار:

- 1 . إذا كان عقد الزواج باطلاً أو فاسداً فإن الزوجة لا تسحق النفقة وبالتالي لا تستحق المسكن، فقد جاء في نص المادة: (16) من القانون: «الزواج الفاسد ما أختل بعض شروطه وأركانه، ولا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول، ويترتب عليه بعد الدخول ما يلي:
 - . الأقل من المهر المسمى ومهر المثل.
 - . النسب وحرمة المصاهرة.
 - . العدة.

. نفقة العدة ما دامت المرأة جاهلة فساد العقد».

- 2 . إذا انتهى عقد الزواج بسبب من الأسباب، وهي الفسخ أو الطلاق أو التطليق أو الخلع، فإن الزوجة لا تستحق النفقة ومنها السكن، إذ هي تستحق النفقة مادام عقد الزواج قائماً، فإذا انتهى هذا العقد بفسخ أو طلاق أو تطليق انتهى موجب استحقاق الزوجة للنفقة، فقد جاء في نص المادة: (23) من قانون الزواج والطلاق أنه: «تجب نفقة الزوجة على زوجها الموسر من تاريخ العقد الصحيح...».

1- ينظر: الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ص306، العالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي، ص203،

والخليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ص320، وشلي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص439.

3 . إذا كانت الزوجة ناشزا سقط حقها في النفقة رغم قيام الزوجية، ذلك أنه وإن كان موجب النفقة هو عقد الزواج الصحيح، إلا أن ذلك متوقف على احتباس وتفريغ الزوجة لخدمة زوجها. ويقصد بالنشوز: الخروج عن الطاعة الواجبة، كأن منعه الاستمتاع بها، أو خرجت بلا إذن لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه، أو تركت حقوق الله تعالى كالصلاة، أو أغلقت باب المنزل دونه⁽¹⁾.
والمشروع الليبي في ظل القانون رقم: 10 لسنة: 1984م كان لا يشترط لاستحقاق الزوجة للنفقة سوى شرطا واحدا فقط وهو كون عقد الزواج صحيحا، دون اعتبار للشروط الأخرى، وبذلك لم ينص عن النشوز وأثره في استحقاق النفقة، بل وعمد إلى إلغاء أحكام النشوز السابقة، وذلك بموجب المادة: (73) فقرة: (ب) والحاري نصها: «تلغى أحكام النشوز الصادرة قبل هذا القانون وتعتبر كأن لم تكن». وبذلك لم تكن حالات النشوز مانعا من استحقاق الزوجة للنفقة مادام عقد زواجها صحيح⁽²⁾.
ثم حذفت هذه المادة بموجب القانون رقم: (14) لسنة: 2015م بتعديل بعض أحكام القانون رقم: (10) لسنة: (1984م)، بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، وهذا يعني بدلالة المفهوم عودة حالات النشوز للعمل وترتيب أثرها في استحقاق الزوجة للنفقة.

ثانيا: طبيعة حق الزوجة في المسكن:

تنقسم الحقوق الزوجية من حيث طبيعتها إلى قسمين: حقوق مالية، وحقوق غير مالية⁽³⁾. أما الحقوق المالية: فهي الحقوق التي تتعلق بالأموال ومنافعها، وقدر ترد هذه الحقوق على أشياء مادية فتسمى بالحقوق العينية، وقد تكون نتيجة علاقة بين شخصين أو أكثر وتسمى بالحقوق الشخصية، ومن صورها: حق الزوجة على زوجها في المهر، وحقها في النفقة. والحقوق الغير مالية: هي تلك الحقوق التي لا تتعلق بالمال ولا ترتبط به، ومن صورها: حق الزوج على زوجته في الطاعة⁽⁴⁾.

- 1 - ينظر: الدردير، الشرح الكبير، ومعه حاشية الدسوقي، ج2، ص343.
- 2- ينظر: الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ج1، ص323، والعالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، ص204.
- 3- ينظر: الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ج1، ص247، 316، والإبراهيم، الزواج وفرقه، ص146.
- 4 - ينظر: الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص25، والجليدي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ص410، 411، وشهاب، عبد القادر، ومحمد، الوجيز في الحقوق العينية في الفقه والقانون المقارن، ص10، 11.

وهذه الحقوق غير المالية في أصلها منها ما هو متقوم قد يؤول إلى مال وقد يعتاض عنه بالمال، كحق استمرار الرابطة الزوجية بين الزوجين الثابت بعقد الزواج وهو حق غير مالي ويمكن للزوج الاعتياض عنه بمال كما في حالة الخلع والطلاق على مال.

ويعتبر حق الزوجة في النفقة والتي من مفرداتها المسكن الزوجي حق مالي⁽¹⁾، ويترتب على ذلك جملة من الآثار، منها: 1. يجوز للزوجة التنازل عن حقها في النفقة ومن بينها السكن، ومن صور ذلك: الخلع، والطلاق على مال:

فقد جاء في المادة: (48) من قانون الزواج والطلاق:

«أ. المخالعة: التطلق بإرادة الزوجين لقاء عوض تبذله الزوجة بلفظ الخلع أو الطلاق.

ب. يشترط لصحة المخالعة أن تكون الزوجة أهلا للبدل والزوج أهلا لإيقاع الطلاق طبقاً لأحكام المادة الثانية والثلاثين من هذا القانون.

ج. يجوز أن يكون العوض حق الحضانة أو النفقة أو مؤخر الصداق أو غير ذلك». .
زواج المسيار:

وهو عقد مستوف للأركان والشروط، لكن المرأة تتنازل فيه عن السكن والنفقة⁽²⁾.

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكمه إلى رأيين:

الأول: أباحه مع الكراهة، إذ قد يتخذ ذريعة للفساد، ومن أصحابه: يوسف القرضاوي، ومحمد سيد طنطاوي، ووهبة الزحيلي، وعبد الله بن منيع، وسعود الشريم.

والثاني: حرمه، ومن أصحابه: علي القرة داغي، ومحمد الزحيلي، وعمر الأشقر⁽³⁾.

2. إذا لم ينفق الزوج على زوجته بالطريق الرضائي والمصطلح على تسميته بنفقة التمكين، فلها أن تلجأ للقضاء للمطالبة بالنفقة⁽⁴⁾.

فإذا فرض لها القاضي نفقة ومن بينها أجره سكن كبديل عن المسكن، فإن ذمة الزوج تكون مشغولة به، ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، ويورث، فإذا ماتت الزوجة جاز لورثتها المطالبة بتمجيد النفقة، وإذا مات الزوج أخذ دين النفقة من تركته قبل قسمة أعيان التركة.

- 1- ينظر: الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ج1، ص247، 316، والعالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، ص201، والإبراهيم، الزواج وفرقه، ص146.
- 2- ينظر: الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص163.
- 3- ينظر في تفصيل القولين مع الأدلة والمناقشة: الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص174 . 201.
- 4- ينظر: بشير، الأحوال الشخصية الزواج والطلاق وآثارهما في القانون وفق أحكام الشريعة الإسلامية، ص244.

وقد اعتبر القانون المدني الليبي دين النفقة من الديون الممتازة⁽¹⁾، وذلك بنص المادة: (1145) منه، وجعلها في المرتبة الرابعة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات حفظ وترميم المنقول، بشرط أن تكون هذه النفقة مستحقة عن الستة أشهر الأخيرة السابقة على التنفيذ على أموال المدين وتصفيتهما⁽²⁾.

واعتبار حق الزوجة في السكنى حق مالي لا يعني أنها تمتلك المسكن، وإنما يعني حقها في الحصول على منفعة السكنى، وبالتالي يستوي أن يكون سكن الزوجية ملكا للزوج، أو مستأجرا له، أو مستعيرا له. فإذا أعد الزوج المسكن الشرعي والقانوني المناسب لزوجته فليس لها أن تطالب بفرض نفقة لسكناها، وإن امتنع أو قصر في هذا الواجب كان لها أن تطلب من المحكمة فرض نفقة للسكنى، وتجيئها المحكمة في ذلك بتحديد أجرة للسكن مراعية في تحديدها حالة الزوج المادية طبقا لنص المادة: (23) من قانون الزواج والطلاق⁽³⁾.

المبحث الثاني

أحكام مسكن الزوجية

نظم القانون رقم: (10) لسنة: (1984م) بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق مسكن الزوجية بجملة من الأحكام، بعضها متعلق بهيئته وصفته ومكانه، وبعضها متعلق بمشاركة أقارب الزوجين في سكناه، وبعضها متعلق بالنزعات والخلافات التي تقع بين الزوجين بشأنه، وفيما يلي بيان هذه الأحكام من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: أحكام هيئة ومكان مسكن الزوجية ومشاركة أقارب الزوجين.

المطلب الثاني: الخلاف بين الزوجين حول مسكن الزوجية وأثره.

المطلب الأول

أحكام هيئة ومكان مسكن الزوجية ومشاركة أقارب الزوجين

تطلب القانون معايير خاصة في هيئة ومكان مسكن الزوجية ليكون شرعيا وقانونيا، وكذلك نظم مشاركة أقارب الزوجين لمسكن الزوجية بقواعد معينة، وفيما يلي بيانها:

1- يقصد بحق الامتياز: أولوية يقرها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته، تمكن صاحبه من التقدم على غيره من الدائنين وتبعب الشيء في أي يد يكون. (ينظر: القانون المدني، المادة: (1134)، وشهاب، الوجيز في الحقوق العينية، ص 497، 498.

2- ينظر: شهاب، ومحمد، الوجيز في الحقوق العينية في الفقه والقانون، ص 514، 515.

3- ينظر: الجلدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ج 1، ص 329.

أولاً: أحكام هيئة ومكان مسكن الزوجية:

جاء في قضاء المحكمة العليا أنه يشترط في المسكن الزوجي: «أن يكون شرعياً، ومشتماً على جميع لوازم الحياة الأساسية والمرافق الكافية، وفقاً للموضع الاجتماعي المعتاد، وبما يتسع له قدرة المزم به، وتأمين فيه الزوجة على نفسها ومالها»⁽¹⁾. فهذا المبدأ القضائي تضمن شروطاً في هيئة ومكان مسكن الزوجية.

1. أحكام هيئة مسكن الزوجية:

أ. أن يكون متناسباً مع قدرة الزوج المالية من يسر وعسر، وإليه أشارت المادة: (23) من قانون الزواج والطلاق بقولها: «... وتقدر النفقة بحسب حال المزم بما وقت فرضها عسراً أو يسراً». وأن يكون كذلك ملائماً لبيئة الزوج وحال أمثاله من طبقته الاجتماعية، كما لو كان معلماً أو محامياً أو طبيباً أو مهندساً، فينبغي أن المسكن مما يسكن فيه أمثال الزوج من مهنته. وبذلك قد يكون مسكن الزوجية بيتاً مستقلاً، أو شقة في عمارة، أو غرفة من بيت لها فقل خاص ومرافق خاصة⁽²⁾.

وإذا كانت للزوج أكثر من زوجة، فيجب أن يكون مسكن كل واحدة منهن ممثلاً للأخرى، لأن من العدل الظاهري الواجب على الزوج في حالة التعدد المساواة بين الزوجات في الطعام واللباس والمسكن⁽³⁾. ب. أن تتوفر فيه المرافق الضرورية، من مطبخ، ودورة مياه، وغرفة يمكن للزوجة أن تحفظ فيها خصوصياتها من ملابس ومقتنيات، ويكون ذلك بصورة مستقلة تحفظ على المرأة كرامتها وتصور شرفها. وكذلك أن يكون مشتماً على الأدوات واللوازم الأساسية التي تحتاجها الزوجة من أثاث، وفرش، وآنية، وكهرباء، ومياه، وأدوات مطبخ، وغيرها من متطلبات الاستقرار والسكنى بحيث لا تحتاج الزوجة إلى سؤال أهلها أو الجيران بصورة متكررة تبعث على الضيق والحرج⁽⁴⁾. ج. أن يكون بحالة تأمين فيه المرأة على نفسها ومالها، فلا يكون متصدعاً أو آيلاً للسقوط، أو مبنياً من شعر بحيث لا تأمين فيه على نفسها ومالها من السرقة وقطاع الطرق والسباع.

- 1 - طعن أحوال شخصية رقم: 41/20 ق، جلسة: 1995/06/18، س28، عدد: 3، 4، ص16، والهوني، قانون الزواج والطلاق معلقاً عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء، ص63.
- 2 - ينظر: عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج4، ص395، والإبراهيم، الزواج وفرقه، ص188، وشلي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص455، والعالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، ص211.
- 3 - ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، ج4، ص13، والإبراهيم، الزواج وفرقه، ص189.
- 4 - ينظر: الإبراهيم، الزواج وفرقه، ص188، والجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارها، ج1، ص328، وشلي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص455، والعالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، ص211.

فللزوجة أن تمتنع عن السكنى في المنزل المشرف على الخراب والمائل إلى السقوط والانهدام، وبسبب ذلك لا تعد ناشزا ولا تحرم من النفقة⁽¹⁾.

2. أحكام مكان مسكن الزوجية:

أ. أن يكون في مكان آمن ومستقر، بحيث تأمن فيه الزوجة على نفسها ومالها، وبين حيران صالحين تأنس فيه بقرهم ويدفعون عنها الأذى فيما لو خرج الزوج لعمله أو غاب عنها في سفر ونحوه. فلا يجوز أن يكون في بلاد حرب أو بلاد نائية بعيدة عن العمران لا مؤنس فيها، أو في بلاد كثيرة الزلازل والفيضانات، أو منطقة يكثر فيه الإجرام كتجار السلاح والمخدرات⁽²⁾. وإذا كانت له أكثر من زوجة، ولكل واحدة بيت مستقل، فيحضر لها مؤنسة، أو يضمها إلى جماعة مأمونة كأهله وأهلها⁽³⁾.

ب. إذا اشترط مكانا معيناً للسكن، فيجب احترامه، بشرط أن يكون الغرض مشروعاً، فقد جاء في قانون الزواج والطلاق بالمادة: (3) فقرة: (أ) منه: «يجب لكل من الزوجين أن يشترط في عقد النكاح ما يراه من الشروط التي لا تتنافى مع غايات الزواج ومقاصده». ومن صور ذلك: أن تشترط الزوجة أن يكون سكنها في مدينة مصرّاة لتكون قريبة من والديها الكبار في السن والذين بحاجة للرعاية والمتابعة، أو أن يشترط الزوج أن يكون مقر سكنهم مدينة طبرق لأن بها مقر عمله.

ويشترط للاعتداد بهذا الشرط أمام القضاء أن يكون مدوناً ومنصوصاً عليه في وثيقة الزواج، فقد جاء في نص المادة: (3) فقرة: (ب): «ولا يعتد بأي شرط إلا إذا نص عليه صراحة في عقد الزواج».

ج. الانتقال بمقر السكن: الأصل أن تقيم الزوجة مع زوجها حيث أقام، فإذا أراد أن ينقلها إلى مكان آخر، لزمها أن تنتقل معه بشروط، وهي:

أ. أن لا تكون قد اشترطت عليه عدم الانتقال.

1- ينظر: مأمون، الدفع الموضوعية في دعاوى النفقات، ص93، وقاسم، نظرية الدفع الموضوعية في الفقه والقانون، ص279.

2- ينظر: العالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، ص212، والإبراهيم، الزواج وفرقه، ص188، وسناء، وخلوق، شروط مسكن الزوجية في قانون الأحوال الشخصية الأردني، ص92، ومأمون، الدفع الموضوعية في دعاوى النفقات، ص93، وقاسم، نظرية الدفع الموضوعية في الفقه والقانون، ص278، 279.

3- قال سيدي خليل: «وإن شكت الوحد ضمت إلى الجماعة والأمن»، وقال النفراوي: «واستظهر ابن عرفة وجوب البيات عندها أو يحضر لها مؤنسة، لأن تركها وحدها ضرر بها ولا سيما إذا كان المحل يتوقع منه الفساد أو الخوف من نحو اللصوص». (خليل، التوضيح، ج4، ص267، والنفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص22).

- أن يكون الانتقال لغرض صحيح ومشروع كالتجارة والدراسة ومقتضيات العمل، ولا يكون بقصد الإضرار بما كحملها عن التنازل عن حقوقها أو طلب الطلاق.
- أن لا يعرضها السفر للضرر.
- أن يكون الزوج مأمونا عليها في نفسها ومالها.
- أن يكون قد وفاها معجل صداقها⁽¹⁾.

ثانيا: أحكام مشاركة أقارب الزوجين مسكن الزوجية:

1. أحكام مشاركة القرابة النسبية:

- نص القانون رقم: (10) لسنة: (1984م) بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما في المادة: (25) منه: «يحق لكل من الزوجين أن يسكن معه في بيت الزوجية من تجب عليه نفقته شرعا، ما لم يثبت الإيذاء من المشاركة في السكن بحكم من المحكمة المختصة».
- فبمقتضى هذا النص يجوز لكل من الزوجين أن يسكنه معه في بيت الزوجية قريبه النسبي بشرطين: الأول: أن يكون القريب المراد إسكانه ممن تجب عليه نفقته شرعا، ونفقة الأقارب تثبت للوالدين المباشرين فقط، وللأبناء المباشرين فقط، وذلك بمقتضى المادة: (71) من قانون الزواج والطلاق.
- وعليه يجوز للزوج أن يسكن معه أحد أبويه أو كليهما إذا كانا فقيرين، ويسكن أولاده وبناته من زوجة أخرى إذا كانوا في نفقته، وللزوجة أن تسكن معها في مسكن الزوجية أبويها الفقيرين، وأولادها من زوج آخر إذا وجبت عليها نفقتهم⁽²⁾.
- وبناء عليه إذا أسكن أحد الزوجين غير الأبناء المباشرين وغير الأب والأم كابن الابن والجد والعم والعممة والحال والخالة كان للطرف الآخر الاعتراض، وكذا إذا كان المراد إسكانه غنيا، إذ نفقته تكون في ماله بمقتضى نص المادة: (71) من قانون الزواج والطلاق.
- الثاني: عدم ثبوت الإيذاء من المشاركة في السكن بحكم قضائي، فإسكان الأبوين المباشرين والأبناء المباشرين مشروط بعدم ثبوت المضارة للطرف الآخر بحكم قضائي.

- 1- ينظر: الإبراهيم، الزواج وفرقه، ص182، وشلي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص448، والعالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، ص212.
- 2- ينظر: الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ج1، ص330، 331، والهوني، قانون الزواج والطلاق معلقا عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء، ص62، والعالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، ص213.

فإذا كان مثلاً إسكان أب الزوج يعكر على الزوجة صفو حياتها الزوجية ويجعلها ليست في مأمن من الاطلاع على أسرارها وما تريد إخفائه، فعليها في هذه الحالة رفع دعوى لإثبات الضرر، وبالتالي الدفع بعد شرعية وقانونية مسكن الزوجية.

وتأسيساً على ذلك جاء في قضاء المحكمة العليا: «لما كان مؤدى نصوص المواد: 22، 23، 71 من القانون رقم: 10 لسنة: 1984م بشأن الزواج والطلاق أنه يحق لأحد الزوجين إسكان من تلزمه نفقته من الوالدين أو الأولاد بمنزل الزوجية وليس للزوج الآخر أن يعترض على ذلك إلا إذا أثبت الإيذاء من هذه المسكنة بحكم من المحكمة. ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تأييد الحكم المستأنف القاضي بإلزام الطاعنة بالرجوع إلى منزل الزوجية تأسيساً على أنها لم تقدم حكماً من المحكمة المختصة يفيد ثبوت تضررها من مسكنة والدي المطعون ضده دون أن يبحث وجوب نفقة والدي المطعون ضده أو إخوته. عليه يكون قد خالف القانون»⁽¹⁾.

2. أحكام مشاركة الزوجة الأخرى لمسكن الزوجية:

إذا كان للزوج أكثر من زوجة، فهل يجوز له أن يسكنهن في منزل واحد؟
جاء في قضاء المحكمة العليا في الطعن الشرعي رقم: (50/26 ق): «إن المادة: 25 من القانون رقم: 10 لسنة: 1984م بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارهما صريحة في أنه يحق للزوج أن يسكن في بيت الزوجية من تجب عليه نفقته، وبالتالي من حق الزوج أن يسكن زوجته الأولى مع المطعون ضدها، شريطة أن يكون المسكن شرعياً ومشتتلاً على جميع لوازم الحياة الأساسية والمرافق الكافية وفقاً للوضع الاجتماعي المعتاد وبما يتسع له قدرة الملزم به وتأمين فيه الزوجة على نفسها ومالها»⁽²⁾.

فهذا الحكم صريح في أنه يجوز للزوج أن يسكن أكثر من زوجة في بيت واحد⁽³⁾، لكن بشروط، وهي:
1. أن يكون المسكن شرعياً، وتأمين فيه الزوجة على نفسها ومالها، ومشتتلاً على مرافق ولوازم الحياة الأساسية وفقاً للوضع الاجتماعي المعتاد وبما يتسع له قدرة الملزم به، كأن يكن في بيت واحد ولكل واحدة غرفة خاصة بها لها قفلها ومرافقها، أو يكن في عمارة واحدة ولكل واحدة شقتها الخاصة بها.

- 1- طعن أحوال شخصية رقم: 50/26 ق، جلسة: 2003/12/14م، س39، عدد: 1، 2، ص25، 26، والهوني، قانون الزواج والطلاق معلقاً عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء، ص63، 64.
- 2- طعن أحوال شخصية رقم: 41/20 ق، جلسة: 1995/06/18، س28، عدد: 3، 4، ص16، والهوني، قانون الزواج والطلاق معلقاً عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء، ص63.
- 3- قال سيدي خليل: «وبرضاها جمعها بمنزلة في دار»، قال ابن فرحون: إن من حقها أن لا تسكن مع زوجها، ولا مع أهل زوجها، ولا مع أولاده في دار واحدة، فإن أفرد لها بيتاً في الدار ورضيت فذلك جائز، وإلا قضي عليه بمسكن يصلح لها. (ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، ج4، ص13، وعليش، منح الجليل، ج4، ص395).

2. عدم حصول المضارة بسكن الزوجات مع بعضهن⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الخلاف بين الزوجين حول مسكن الزوجية وأثره

نظم القانون الليبي رقم: (10) لسنة: (1984م) بشأن الزواج والطلاق وآثارها صوراً من النزاع الذي قد يحصل بين الزوجين بخصوص مسكن الزوجية، وما يترتب عليها من آثار، وفيما يلي بيان ذلك.

أولاً: صور نزاع الزوجين حول مسكن الزوجية:

1. النزاع حول جهاز مسكن الزوجية:

جهاز البيت وما يتضمنه من أثاث وفرش وأدوات ومعدات ولوازم، كقاعدة عامة هو من التزامات الزوج، ولكن هذا لا يمنع من قيام الزوجة بإعداد بعضها من مالها الخاص، كقيامها بشراء غرفة النوم أو سجاد البيت، أو كل متطلبات المطبخ من ثلاجة وغاز وغيرها. وهذا الجهاز متوقع أن يحصل الخلاف في شأن ملكيته بين الزوجين، سواء حال قيام الزوجية أو بعد الفرقة بينهما حال حياتهما، بل حتى بعد مماتهما.

فإذا كان هذا الخلاف حال قيام الزوجية أو بعد الفراق وحال حياتهما:

فإذا كان هناك شرط أو عرف، قضى به، وإلا بأن لم يكن هناك عرف ولا شرط، فمن يقدم البينة على ما يدعيه يقضى له، وإن عجزا عن تقديم البينة، فما كان صالحاً للرجال أخذته الزوج بعد حلفه اليمين، لأن الظاهر شاهد له، كأدوات حرفته، وملابسه، وما كان صالحاً للنساء أخذته الزوجة بعد حلفها اليمين، لأن الظاهر شاهد لها، كأدوات الزينة، وملابسه، وما كان يصلح للرجال والنساء كالفرش والسجاد والأغطية والتلفاز والغاز وغيرها يكون بينهما مناصفة ويقتسمانه عينا إن كان قابلاً للقسمة أو قيمة بأن يباع ويقتسمان ثمنه إن كان غير قابل للقسمة⁽²⁾.

1- في القضاء الأردني: مجرد إسكان إحدى الزوجتين بقرب الأخرى يجيز لها الدفع بعدم شرعية المسكن، كما لو كن في عمارة واحدة وكانت كل زوجة في شقة، فقد قضت محكمة الاستئناف الشرعية أن خروج الزوجة من سكن الزوج الذي تسكن بجواره ضررها لا يترتب عليه اعتبارها ناشزاً لا تستحق النفقة، حيث أن مجرد وجود الضرر بقربها يؤديها، لأن المنافرة بين الضرائر أوفر، فلها الامتناع عن طاعته إلى أن يهيب لها مسكناً بعيداً عن ضررها. (ينظر: عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، القرار القضائي رقم: 16886، ص252، ومأمون، الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات، ص92، قاسم، نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون، ص279).

2 - ينظر: الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارها، ج1، ص314، 315، والهوني، قانون الزواج والطلاق معلقاً عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء، ص56، والعالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، ص198.

وإذا كان الخلاف بين أحدهما وورثة الآخر أو بين ورثتهما: فالحكم كما لو كان الخلاف بينهما حال حياتهما، لأن ورثة أحدهما يقوم مقامه⁽¹⁾.

وهذه الحكم نصت عليه المادة: (21) من قانون الزواج والطلاق بقولها: «إذا اختلف الزوجان على أثاث البيت وأدواته ولا بيئة لكل واحد منهما، فما كان صالحا للرجل أخذه الزوج بعد حلفه، وما كان صالحا للنساء أخذته الزوجة بعد حلفها، وما كان صالحا لكل من الزوجين اقتسماه عينا أو قيمة بعد حلفهما، ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك».

وجاء في قضاء المحكمة العليا: «لما كان الثابت أن الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون ضدها بأثاث غرفة النوم تأسيسا على أن العرف السائد بين الناس يقضي لها به من جهة، ولأن أثاث غرفة النوم إذا ما أحضره الزوج قبل إبرام عقد الزواج وتم الدخول به يعتبر هدية لا ترد، وكان من المقرر أن لكل من العرف والهدية أحكامه الخاصة به، فإن الحكم المطعون فيه لم يتعرض لبيان كنه أي من هذه الأحكام يكون قد وقع في عيب التناقض والقصور في التسبب مما يوجب نقضه»⁽²⁾.

2. النزاع حول توفير مسكن الزوجية:

إذا اختلف الزوجان في حصول النفقة عند عدم فرضها بالعقد أو القضاء، أو في دفعها وقبضها عند فرضها بأحدهما، فتدعى الزوجة عدم النفقة وينكر الزوج، فالحكم في هذه الحالة: أنه إذا جاء أحدهم بالبيئة قضى له، وإن عجزا عن البيئة أو تعارضت نفرق بين حالين: حالة حضور الزوج وسكنى الزوجة معه من عدمه، وحالة غيابه.

فإذا كان الزوج حاضرا والزوجة تقيم معه في مسكن واحد، فالقول قول الزوج فيما يدعيه من حصول النفقة يمينه، لأن قوله هو الظاهر ما دامت الزوجة تسكن معه وإثبات خلافه بحاجة إلى دليل، وإن كانت لا تسكن معه فالقول قولها يمينها، لأن انفرادها بالسكن عن الزوج يدعيه ما تدعيه من عدم النفقة، فيكون هو الظاهر.

وإذا كان النزاع حول نفقة وجبت على الزوج وقت غيابه، كأجرة سكن لمدة سنة من غيابه، فالقول للزوج يمينه، لأن الظاهر أن الزوج لا يترك زوجته بدون نفقة أثناء غيابه⁽³⁾.

-
- 1- ينظر: الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ج1، ص316
 - 2 - طعن أحوال شخصية رقم: 51/39 ق، جلسة: 2005/01/06، س40، عدد: 2، ص09، والهوني، قانون الزواج والطلاق معلقا عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء، ص56، 57.
 - 3- ينظر: الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، مصدر سابق، ج1، ص331، 332، والهوني، قانون الزواج والطلاق معلقا عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء، ص65.

وهذا الحكم نصت عليه المادة: (26) من قانون الزواج والطلاق بقولها: «إذا تنازع الزوجان في النفقة ولا بينة لأحدهما وكان الزوج حاضرا والزوجة تسكن معه فالقول قوله بيمينه، أما إذا كانت لا تسكن معه فالقول قولها بيمينها.

فإن كان الزوج غائبا فالقول قوله بيمينه ما لم تكن قد رفعت دعواها بعدم الإنفاق أثناء غيبته فالقول قولها بيمينها»⁽¹⁾.

ثانيا: الأثر المترتب على عدم توفير مسكن الزوجية:

1. عدم جواز الدفع بنشوز الزوجة:

يقصد بالنشوز: خروج الزوجة عن الطاعة الواجبة، كالامتناع عنه، أو إغلاق الباب دونه أو خروجها بلا إذنه، أو تركها حقوق الله تعالى كالصلاة⁽²⁾.

وقد كان المشرع في ظل القانون رقم: 10 لسنة: 1984م لا يشترط لاستحقاق الزوجة للنفقة ومنها المسكن إلا شرطا واحدا، وهو توفر عقد الزواج الصحيح، دون اعتبار للشروط الأخرى، وبذلك لم ينص عن النشوز وأثره في استحقاق النفقة، بل وعمد إلى إلغاء أحكام النشوز السابقة، وذلك بموجب المادة: (73) فقرة: (ب) والجارى نصها: «تلغى أحكام النشوز الصادرة قبل هذا القانون وتعتبر كأن لم تكن». وبذلك لم تكن حالات النشوز مانعا من استحقاق الزوجة للنفقة مادام عقد زواجها صحيح⁽³⁾. ثم حذفت هذه المادة بموجب القانون رقم: (14) لسنة: 2015م بتعديل بعض أحكام القانون رقم: (10) لسنة: (1984م)، بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، وهذا يعني بدلالة المفهوم عودة حالات النشوز للعمل وترتيب أثرها في استحقاق الزوجة للنفقة.

1 - قال سيدي خليل: «وفي إرسالها فالقول قولها إن رفعت من يومئذ لحاكم»، قال الخرشى في شرحه: «يعني أن الزوج إذا قدم من سفره فطالبته زوجته التي في عصمته بنفقتها مدة غيبته، فقال: أرسلتها لك، أو قال: تركتها عندك عند سفري، ولم تصدقه زوجته على ذلك، فالقول في ذلك قولها بيمينها إن كانت رفعت أمرها في ذلك للحاكم، فلم يجد لزوجها مالا وأباح لها الإنفاق على نفسها وأذن لها في الاقتراض والرجوع بذلك على زوجها، لكن القول قولها من يوم الرفع لا من يوم سفره، فإن القول قوله من يوم سفره قبل رفعها، أما المطلقة ولو رجعية فالقول قولها مطلقا». (ينظر: الخرشى، شرح مختصر خليل، ومعه حاشية العدوي، ج4، ص201، والحطاب، مواهب الجليل، ج4، ص205).

2 - ينظر: الدردير، الشرح الكبير، ج2، ص343.

3 - ينظر: الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ج1، ص323، والعالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، ص204.

وبناء على ذلك: إذا ادعى الزوج أن زوجته ناشر لسبب من أسباب النشوز كخروجها بدون إذنه، فإنه يمكن رد هذا الادعاء بدفوع موضوعية كثيرة، منها: عدم شرعية المسكن، أو أنها لا تأمن فيه على نفسها ومالها، أو أنه لا يحتوي على المرافق الأساسية، وغيرها من الدفوع⁽¹⁾.

2. حق الزوجة في رفع دعوى تطليق لعدم الإنفاق:

جاء في المادة: (40) من قانون الزواج والطلاق:

«أ. إذا امتنع الزوج الموسر عن الإنفاق على زوجته بدون سبب أحبر على الإنفاق.

ب. إذا كان الزوج معسرا والزوجة موسرة ألزمت بالإنفاق عليه وعلى أولادها منه.

ج. للزوجة طلب التطليق إذا لم تعلم بعسر الزوج قبل الزواج.

د. وللزوج أن يرجع زوجته في العدة إذا ثبت يسره.

هـ. لا تطلق الزوجة إذا طرأ الإعسار بسبب خارج عن إرادة الزوج أو علمت بعسره قبل الزواج.

و. لا تطلق الزوجة على زوجها المعسر إلا بعد منحه أجلا مناسباً.

ز. يعتبر التطليق لعدم الإنفاق رجعياً، فإذا تكرر الشكوى بسبب الامتناع عن الإنفاق اعتبر ذلك ضرراً يميز للزوجة طلب التفريق ويقع الطلاق بائناً».

وقد حذفت الفقرة: (ب) والتي تقضي بالزام الزوجة الموسرة بالإنفاق على زوجها المعسر وأولادها منه بموجب القانون رقم: (14) لسنة: (2015م) بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم: (10) لسنة: (1984م) الخاص بالزواج والطلاق وآثارهما.

فهذه المادة تضمنت حالتين يجوز فيهما للزوجة طلب التطليق لعدم الإنفاق، وهما:

الحالة الأولى: حالة إعسار الزوج: وفيها يجوز طلب التطليق بشروط، وهي:

1. أن لا تكون عالة بإعسار الزوج وفقره قبل الزواج، إذ علمها المسبق يفيد رضاها⁽²⁾.
3. أن لا يكون إعسار الزوج بسبب خارج عن إرادته، كسرقة أمواله أو هلاكها بحرق أو غرق، أو لعجزه عن العمل بسبب مرض أو عاهة، ففي هذه الحالة لا يجوز لها طلب التطليق للإعسار، لأن قواعد

1- ينظر: مأمون، الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات، ص93، وقاسم، نظرية الدفع الموضوعية في الفقه والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي، ص279.

2 - قال الخرشي: المشهور «أن المرأة إذا علمت عند العقد عليها أن زوجها من السؤل الطائفين على الأبواب أو من الفقراء ودخلت على ذلك راضية فإنه لا يثبت لها حق في الفسخ ولزمها المقام معه بلا نفقة، وهي محمولة على العلم إن كان من السؤل لشهرة حاله وعلى عدمه إن كان فقيراً لا يسأل». (ينظر: الخرشي، ومعه حاشية العدوي، ج4، ص197).

الشريعة توجب الوفاء والمعاونة على الزوجة وعدم مضاعفة آلام الزوج بتمكينها من التحلي عنه، أما إذا كان الإعسار بسبب منه كإمتناعه عن العمل أو لتجارته في المحرمات، فللزوجة طلب التطليق..

4 . مضي الأجل المحدد من قبل المحكمة دون أن يزول الإعسار وينفق الزوج على زوجته، فإذا طلبت الزوجة الطلاق للإعسار فالقاضي لا يطلق في الحال بل يضرب أجلا مناسباً للزوج ليتمكن من التمسك والحصول على المال، فإذا انتهى الأجل واستمرت حالة الإعسار فرق القاضي بينهما⁽¹⁾.

أما الحالة الثانية: وهي امتناع الزوج عن الإنفاق دون سبب، وفيها يجبر الزوج على الإنفاق، وينفذ الحكم بالنفقة في ماله الظاهر، أو بإلزامه بالنفقة بحبسه، فإذا انقضت مدة الحبس ولم ينفق، فيتبين بذلك أنه معسر، ويسري عليه حكم التطليق للإعسار⁽²⁾.

وقد جعل القانون التطليق لعدم الإنفاق في رجعي⁽³⁾، ليتمكن الزوجين من الرجوع لبعضهما دون حاجة لإبرام عقد جديد لا سيما وأن سبب الفرقة لا يقطع الود والمعروف الذي كان بينهما.

لكن في المقابل إذا طلقت عليه لعدم الإنفاق مرة، ثم راجعها، ثم تكرر عدم إنفاقه مرة ثانية، وأشكت الزوجة وطلبت التطليق، فحكم القاضي في هذه المرة الثانية بالتطليق لعدم الإنفاق يكون بائناً بينونة صغرى، ولا يستطيع أن يرجعها لعصمته إلا بعقد جديد، وذلك حتى لا يتخذ الإنفاق وعدمه ذريعة للإضرار بها.

الخاتمة

بعد دراسة وبحث أحكام مسكن الزوجية في القانون الليبي يمكننا أن نختتم بالنتائج والتوصيات

الآتية:

أولاً: النتائج:

1 . يحق للزوجة على زوجها: النفقة وتوابعها في حدود يسر الزوج واستطاعته، ومن مشتقات هذه النفقة: المسكن.

2 . وردت أدلة كثيرة من القرآن والسنة والمعقول تدل على حق الزوجة في السكن، وأنه واجب على الزوج.

3 . سبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها هو عقد الزواج الصحيح، وذلك بسبب ما يترتب عليه من احتباس زوجته لمنافعه، ودخولها في طاعته، ليتمكن من استيفاء حقوق الزوجية.

1- وبذلك نص المالكية، فالقاضي يتلوم له باجتهاده، بيوم أو بثلاثة أو شهر أو شهرين. (ينظر: الخرشى، شرح مختصر خليل، ومعه حاشية العدوي، ج4، ص197).

2 - ينظر: الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ج2، ص170.

3- وهو مذهب المالكية. (ينظر: الخرشى، شرح مختصر خليل، ومعه حاشية العدوي، ج4، ص197).

4. مسكن الزوجية هو المكان المخصص للحياة الزوجية، ويشترط فيه أن يكون على هيئة خاصة، ليتلاءم مع الوظيفة المخصص لها.
- فيشترط فيه أن يكون شرعياً ومشمئلاً على جميع لوازم الحياة الأساسية والمرافق الكافية وفقاً للوضع الاجتماعي المعتاد وبما يتسع له قدرة المزم به وتأمين فيه الزوجة على نفسها ومالها.
5. توفر المسكن بالشروط المنصوص عليها يحقق مقاصد الشريعة الإسلامية من تشريع الزواج، بإنشاء أسر سوية دائمة، يحفظ بها الدين والنسل والعرض ويتحقق بها العمران.
6. يحق لكل من الزوجين أن يسكن معه في بيت الزوجية من تجب عليه نفقته شرعاً بما فيهم الزوجة الأخرى، ما لم يثبت الإيذاء من المشاركة في السكن بحكم من المحكمة المختصة.
7. إذا تنازع الزوجان في النفقة ولا بينة وكان الزوج حاضراً والزوجة تسكن معه فالقول قوله بيمينه، أما إذا كانت لا تسكن معه فالقول قولها بيمينها، فإن كان الزوج غائباً فالقول قوله بيمينه ما لم تكن قد رفعت دعواها بعدم الإنفاق أثناء غيبته فالقول قولها بيمينها.
8. إذا اختلف الزوجان على جهاز البيت ولا بينة، فما كان صالحاً للرجل أخذه الزوج بعد حلفه، وما كان صالحاً للنساء أخذته الزوجة بعد حلفها، وما كان صالحاً لهما اقتسماه عينا أو قيمة بعد حلفهما، ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك.
9. عدم الوفاء بمسكن الزوجية أو بدله ووفقاً للمواصفات القانونية يعد من الدفوع الموضوعية التي يمكن للزوجة الاعتراض بها على دعوى الزوج بالنشوز.
10. إذا امتنع الزوج عن النفقة على زوجته أو كان معسراً، كان للزوجة طلب التطليق، ويقع الطلاق في هذه الحالة رجعيًا، وإذا تكرر مرة ثانية فيقع بائناً.

ثانياً: التوصيات:

1. إنه في حالة امتناع الزوج عن النفقة والتي من مشتملاتها المسكن أو أجرته، يصعب على المرأة أن تلزمه بها، فحتى لو تحصلت على حكم قضائي يلزمه بالنفقة، فإنه قد يكيد لها بإخفاء أمواله والتظاهر بالإعسار، لذا يوصي الباحث انتهاج نهج بعض الدولة الإسلامية والتي أنشأت ما يسمى بصندوق النفقات، فإذا ما تحصلت الزوجة على حكم قضائي يوجب على زوجها دفع النفقة، كان بإمكانها الذهاب لهذا الصندوق وتأخذ المبلغ المحكوم به كل شهر، ويصبح هذه المبلغ ديناً على الزوج لصالح خزينة الدولة.

فهذا النهج فيه مساعد للمرأة وإكراماً لأدميتها وإنسانيتها، لا سيما وأن النفقة هي مادة إحياء النفس وبهجتها، كما أنه يحمي المرأة من التنقل بين قاعات المحكمة ومكاتب المحاماة تستجدي نفقتها ومؤنتها.

2 . دعوة الدولة ومؤسساتها لعقد الندوات والدورات التأهيلية للشباب المقبلين على الزواج، لتعريفهم بالحقوق والواجبات الزوجية.

فهرس المصادر

- 1 . الأشقر، أسامة عمر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، ط1، 2000م.
- 2 - الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332هـ.
- 3 . الجليدي، سعيد محمد، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، دراسة فقهية مقارنة مع شرح وتعليقات على القانون رقم: 10 لسنة: 1984م، مطابع الجماهير، الخمس، ليبيا، ط2، 1998م.
- 4 - الجليدي، سعيد محمد، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، مطابع الجماهير، الخمس، ط4، 2003.
- 5 . جمعة محمد بشير، الأحوال الشخصية الزواج والطلاق وآثارها في القانون وفق أحكام الشريعة، المكتبة الجامعية، ط1، الزاوية، ليبيا، 2009 م.
- 6 . الخطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد الرعيني المغربي الطرابلسي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط3، 1992م.
- 7 - الخطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد الرعيني المغربي الطرابلسي، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف العالم، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1984م.
- 8 - الخرشى، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، ومعه حاشية العدوي، دار الفكر، بيروت.
- 9 - خليل، ضياء الدين بن إسحاق الجندي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تحقيق: أحمد نجيب، مركز نجيبويه، ط1، 2008م.
- 10 - الدردير، أحمد، الشرح الكبير على مختصر سيدي خليل، ومعه حاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، عيسى الحلبي وشركاه، مصر.
- 11 . الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ط1، 1999م.

- 12 - سناء الحنيطي، وخلوق ضيف الله آغا، شروط مسكن الزوجية في قانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة، الأردن، العدد: 02، 2018م، مجلد: 33.
- 13 - شلي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، بيروت، ط4، 1983م.
- 14 - شهاب، عبد القادر محمد، ومحمدين، عبد القادر محمد، الوجيز في الحقوق العينية في الفقه والقانون المقارن، دار الفضيل، بنغازي، ط3، 2013م.
- 15 - العالم، عبد السلام الشريف، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، الجامعة المفتوحة، طرابلس، ط3، 1998م.
- 16 - عليش، أبو عبد الله محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1989م.
- 17 - قاسم، محمد بني بكر، نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي، دار الثقافة، الأردن، ط1، 2009م.
- 18 - القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1964م.
- 19 - ابن القطان، أبو الحسن علي بن محمد الفاسي، الإقناع في مسائل الإجماع، تحقيق: حسن الصعيدي، دار الفاروق، ط1، 2004م.
- 20 - مأمون، محمد أبوسيف، الدفع الموضوعية في دعاوى النفقات، دار الثقافة، الأردن، ط3، 2011م.
- 21 - ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1.
- 22 - النفراوي، أحمد بن غانم المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، 1995م، ج2.
- 23 - الهوني، محمد مصطفى، قانون الزواج والطلاق معلقا عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء، دار الفضيل، بنغازي، ط3، 2014م.
- 24 - وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء الثامن، دار السلاسل، الكويت، ط2.

العدل من أسس الشريعة الإسلامية

إعداد الدكتور: عمر رمضان العبيد

عضو هيئة التدريس بكلية القانون – جامعة الزيتونة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

أما بعد:

فإن العدل ضروري بين الناس فهو أساس الملك، وسر السعادة في الدنيا والآخرة، وبه صلاح الحكم واستقامته، والتعايش المتكافئ بين الأفراد والجماعات والأمم، وهذا ما أكدت عليه الشريعة الإسلامية السمحاء.

والعدل بين الناس مطلوب شرعا وعقلا، من ولاة الأمور، وقضاة الأحكام، وغيرهم ممن يلي أمور العباد شيئا، مداولةً وتديباً.

ولقد أنزل الله الكتب والشرائع، وبعث الأنبياء والرسل لإقامة ميزان العدل، وقسطاس الحق، ولقمع الجور والظلم، ولمنع العباد من أن ينحرفوا ويتظالموا ويؤكدوه قوله تعالى: ﴿ قَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ﴾ (1) أي بالإنصاف والعدل، وقد نهى الإسلام عن الظلم؛ لأن المسلم الكامل لا يظلم ولا يريد أن يُظلم، فلا يصدر عنه ظلم لأحد، ولا يقبل الظلم لنفسه من أحد.

وأصل الظلم في اللغة: وضع الشيء في غير موضعه المختص به، بنقص أو زيادة أو عدول أو ميل عن وقته ومكانه (2).

وقد تطابقت كل الشرائع على قبحة، واتفقت كل الملل على تجريمه والنهي عنه، وذلك لأن الظلم بجميع أنواعه محرم؛ لأنه ضد العدل الذي أمر به الإسلام.

1 - سورة الحديد: الآية: 24.

2 - المصباح المنير للفيومي ص 46.

وأشجع أنواع الظلم ظلم الضعيف الذي ليس له ناصر إلا الله تعالى، قال الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: ((إياك إياك أن تظلم من لا ينتصر عليك إلا بالله؛ فإنه تعالى إذا علم التجاء عبد إليه بصدق واضطرار انتصر له فوراً))¹ وسينصب بحثنا هذا حول إقامة العدل وأهميته وما يتصل بذلك من أحكام وتوجيهات، وذلك وفقاً لخطة بحث ثنائية مقسمة إلى مطلبين: يتناول المطلب الأول معان العدل وضوابطه، ويتطرق المطلب الثاني إلى كيفية تحقيق العدل بين الناس ويذيل البحث بخاتمة تتضمن النتائج التي سيتم التوصل إليها من خلاله.

المطلب الأول: معان العدل وضوابطه

الفرع الأول: معان العدل:

للعدل معان كثيرة متقاربة كلها وهي:

1: العدل بين الإنسان وربه يتمثل في إشار حَقَّ اللهُ على حَقَّ النفس وتقديم رضاه على هواه، والاحتساب للزواج، والامتثال للأوامر.

2: العدل بين الإنسان ونفسه يكون بمنعها مما فيه هلاكها وذلك بتلويثها بآثار الذنوب والجرائم والسيئات من معاص الله ورسوله، يقول الله تعالى متحدثاً عن هذا النوع: ﴿ وَمَا ظَلَمُونَا وَلَكِنْ كَانُوا أَنْفُسَهُمْ يَظْلِمُونَ ﴾⁽²⁾

فكل من يرتكب كبيرة من الإثم والفواحش هو ظالم لنفسه حيث عرضها لما يؤثر فيها من الخبث والمعاصي، فتصبح بذلك أهلاً لغضب الله ولعنته والبعد عنه سبحانه وتعالى.

3: وأما العدل بينه وبين الناس فيكون ببذل النصيحة لهم؛ لأن الرسول عليه الصلاة والسلام عندما سئل عن النصيحة لمن تكون قال: ((لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم))⁽³⁾ وترك الخيانة فيما قل وكثر، والإنصاف لهم بكل وجه، ولا تكون منه إساءة لأحد بقول ولا فعل، ولا في سر وعلن، والصبر على ما يصيبه منهم من البلوى، وأن يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر، ويجب لهم ما يجب لنفسه، وأن يشاركهم في السراء والضراء، وأن يعاملهم بالحسنى، يؤيد ذلك ويؤكد قوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾⁽⁴⁾ والتي قال في حقها ابن مسعود رضي الله عنه هذه أجمع آية في القرآن لخير يتمثل وشر يجتنب، وحكى النقاش فقال: يقال: ((زكاة العدل

1 - الهدى النبوي: ص 182

2 - سورة البقرة: الآية: 57.

3 - رواه أبو داود وصححه الألباني، والنسائي/4/156

4 - سورة: النحل: الآية: 90

الإحسان، وزكاة القدرة العفو، وزكاة الغنى المعروف، وزكاة الجاه كتب الرجل إلى إخوانه))⁽¹⁾ فالله سبحانه أكد هذا الخبر التشريعي بحرف إن ومفتتحا باسم الجلالة الذي يُلقى الحرمة على هذا الخبر ويقوي دواعي الأمة لتلقيه والعمل به، ومخبرا عن الاسم بالجملة الفعلية المفيدة بتحدد الأمر، وتكراره. ونظيره في هذا المعنى قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾⁽²⁾.

ومن هنا فإن تحقيق العدل لا يكون على وجهه الأكمل ومثله الأفضل إلا إذا كانت الأحكام صادرة عن كتاب الله وسنة رسوله، وإلا كانت النظم والقوانين والتوجيهات مصبوغة بصبغة الله وهداية الإسلام، ونهج الحكم النبوي، وجوهر الأسلوب الذي مضى عليه الخلفاء الراشدون دراية وسياسة: ﴿صِبْغَةَ اللَّهِ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ صِبْغَةً وَنَحْنُ لَهُ عَابِدُونَ﴾⁽³⁾.

وقال عليه الصلاة والسلام: (عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي)⁽⁴⁾، لأن العدل في الإسلام قائم على حدود يجب أن تقام، وأحكام ينبغي أن تنفذ، وسنن في الهدى يجب التمسك بها، وأخلاق وآداب في السياسة والاجتماع يجدر بنا أن نراعيها ونطبقها على أرض الواقع فيما بيننا وبين الآخرين من بني الإنسان.

وأظهر معاني العدل هو الحكم بالقسط وعدم الجور، فمن فعل ذلك فهو من العادلين المقسطين، هذا هو العدل بالمعنى الذي نريد، وهو عدم الجور في الحكم مهما كان من خلاف بين الحاكم أو من يدعي الحكم ، وبين أقرابه أو أصدقائه وبين آحاد الناس حتى ولو كان هو نفسه أحدهما. ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تُعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾⁽⁵⁾.

يأمر الله عباده المؤمنين أن يكونوا قوامين بالقسط أي بالعدل فلا يعدلوا عنه يمينا ولا شمالا، ولا تأخذهم في الله لومة لائم ولا يصرفهم عنه صارف ، وأن يكونوا متعاونين متساعدين متعاضدين متناصرين

1 - مختصر تفسير القرطبي: 93/3

2 - سورة النساء: الآية: 58

3 - سورة: البقرة: الآية: 138

4 - رواه أبو داود، والترمذي، وابن ماجه، وابن حبان في صحيحه عن العرياض بن سارية رضي الله عنه

5 - سورة: النساء: الآية: 135 .

فيه وقوله: ((شهداء لله)) كما قال في آية أخرى: ﴿ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾ (1) أي أَدُوها ابتغاء وجه الله فحينئذ تكون صحيحة عادلة حقا، خالية من التحريف والتبديل والكتمان. ولهذا قال سبحانه: ((ولوعلى أنفسكم)) وشهادة المرء على نفسه إقراره بالحق عليها، أي اشهد بالحق ولو عاد ضررها عليك وإذا سئلت عن الأمر فقل الحق فيه ولو عادت مضرتك عليك، فإن الله سبحانه سيجعل لمن أطاعه فرجا ومخرجا من كل أمر يضييق عليه. وقوله: ((أو الوالدين والأقربين)) أي وإن كانت الشهادة على والديك وقربانتك فلا تراهم فيها، بل اشهد بالحق وإن عاد ضررها عليهم، فإن الحق حاكم على كل أحد (2).

هذا وقد اختلف في الشهادة عليهم قديما وحديثا؛ فقال ابن شهاب الزهري: كان ممن مضى من السلف الصالح يجيزون شهادة الوالدين والأخ، ويتأولون في ذلك قوله تعالى: ((كونوا قوامين بالقسط شهداء لله)) فلم يكن أحد متهم في ذلك من السلف الصالح رضوان الله عليهم، ثم ظهرت من الناس أمور حملت الولاية على اتهامهم، فتركت الشهادة من بينهم فصار ذلك لا يجوز في الولد والوالد والأخ والزوج والزوجة؛ وهو مذهب أكثر أهل العلم، وقد أجاز قوم شهادة بعضهم لبعض إذا كانوا عدولا. (3)

وقوله: ﴿ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا ﴾

أي لا ترعاه لغناه ولا تشفق عليه لفقره الله يتولاهما؛ بل هو أولى بهما وأعلم بما فيه صلاحهما، وقوله: ﴿ فَالَّا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ ﴾ أي فلا يحملنكم الهوى والعصية وبغض الناس إليكم على ترك العدل في أموركم وشؤونكم؛ بل الزموا العدل على أي حال كان؛ لأن اتباع الهوى مرد، أي مهلك: ﴿ يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ ﴾ (4) فاتباع الهوى يحمل على شهادة الزور، وعلى الجور في الحكم إلى غير ذلك. وقال الشعبي: أخذ الله عز وجل على الحكام ثلاثة أشياء: ألا يتبعوا الهوى وألا يخشوا الناس ويخشوه، وألا يشتروا بآياته ثمنا قليلا (5).

وحسبنا أيضا اتفاق البشر كلهم في جميع الأعصار والأمصار على مدح العدل وتمجيده والمطالبة بنشره على الإجمال وإن اختلفوا في جزئياته وعند تطبيقه.

1 - سورة الطلاق : الآية: 2.

2 - تفسير القرآن العظيم: 565/1.

3 - تفسير القرطبي: 3 / 1981 .

4 - سورة ص: الآية: 26

5 - تفسير القرطبي: 3 / 181.

والعدل مما تواطأت على حسنه الشرائع الإلهية والعقول الحكيمة، وتمدح بادعاء القيام به عظماء الأمم، وحسن العدل مستقر في الفطرة السليمة؛ فإن كل نفس تنشرح لمظاهر العدل ما كانت النفوس بمعزل عن الهوى يغلب عليها في قضية خاصة. أو في مبدأ تنتفع فيه بما يخالف العدل بدافع إحدى القوتين الشاهبة والغاضبة، فمثل هذه النفس كمثل المنافقين الذين قال الله عز وجل فيهم: ﴿وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُدْعِينَ أَلَمْ يَأْتُوا أَمْ يَرْتَابُونَ أَمْ يَخَافُونَ أَنْ يَحِيفَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَرَسُولُهُ بَلْ أُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (1)

وقد أمر الله بإقامة العدل أمراً جازماً بما كرر في كتابه الكريم من الآيات الآمرة بإقامة العدل المحذرة من مخالفته قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾ (2)

وقال رسول الله: ﷺ ((سبعة يظلمهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله منهم إمام عادل)) إلى آخر الحديث، فابتدأ ﷺ بالإمام العادل، وقال عليه الصلاة والسلام: ((الظلم ظلمات يوم القيامة)) (3) فاسم العدل مشهور ومعناه غير مجهول، ولكن لا بد من ضبط حقيقته وإيضاحها.

والعدل مشتق من المعادلة بين شيئين فهو مقتض شيئا ثالثا ووسطا بين الطرفين. لذلك كان اسم الوسط يستعمل في كلام العرب؛ فتارة يأتي مرادفا لمعنى العدل، والوسط ههنا الخيار والأجود كما يقال قرش أوسط العرب نسبا ودارا أي خيرها، وكان رسول الله ﷺ وسطا في قومه أي أشرفهم نسبا، ومنه الصلاة الوسطى التي هي أفضل الصلوات وهي العصر كما ثبت في الصحاح وغيرها، ولما جعل الله هذه الأمة وسطا خصها بأكمل الشرائع وأقوم المناهج وأوضح المذاهب. روى الترمذي عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ ((وكذلك جعلكم أمة وسطا)) قال: ((عدلا والوسط العدل)) قال الترمذي: حديث حسن صحيح (4).

واتفقت الشرائع والحكماء على التنويه بالعدل وأهميته، ويكفيك قول الحكيم أرسطاطليس في دائرته «العدل مألوف به صلاح العالم» (5).

فما هيّة العدل: أنه تمكين صاحب الحق بحقه بيده أو بيد نائبه وتعيينه له قولاً أو فعلاً. فالعدل يظهر في القضاء بين الناس في منازعاتهم، وفي فرض الواجبات والتكاليف عليهم، وفي التشريع والإفتاء وفي الشهادة

1 - سورة النور: الآية: 50، 49.

2 - سورة المائدة: الآية: 8.

3 - صحيح البخاري: ص 445.

4 - تفسير القرآن العظيم: 190/1.

5 - أصول النظام الاجتماعي للظاهر بن عاشور 175/1.

بينهم وفي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ﴿وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لَا تُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ (1) .

الفرع الثاني: ضوابط العدل:

ومن ضوابط العدل ما يلي:

1- إقامة العدل والمساواة بين كل الناس دون تفرقة أو تمييز بسبب الدين أو العرق أو الجنس أو الجاه أو النسب أو الحسب أو غير ذلك.

والعدل أساس العمران وسبب الاستقرار، وطريق الأمن والأمان، والسلامة والإسلام.

2- حفظ حقوق الناس المادية والمعنوية، وصيانتها من الضياع والإتلاف والتهميش والإبعاد.

3- زجر المنحرفين، وازدجار غير المنحرفين، وقمع الجناة والبغاة والظغاة وصد عدوانهم وأذاهم وترويعهم للناس كما يجري الآن في بعض البلدان العربية والإسلامية.

4- رد المظالم إلى أهلها، ومنع أخذ المال أو المتاع بغير حق، ومنع انتهاك حق الغير أو عرضه أو كرامته، قال رسول الله صل الله عليه وسلم: ((كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه)) (2) ولا يكون ذلك إلا بتمكين النظام والأمن من العمل على الاستقرار والانضباط على وفق أخذ الحق المشروع، وأداء الواجب المطلوب سواء فيما تعلق بالحقوق والواجبات المادية الحسية، أو الحقوق والواجبات الأدبية والمعنوية¹. فليحذر الذين يظلمون الناس اليوم من غضب الله وعقابه ولعنته حيث يقول عز وجل: ﴿ أَلَا لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الظَّالِمِينَ ﴾ (3) .

وعن أبي ذر عن النبي ﷺ فيما يرويه عن ربه - قال: ((يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا)) (4) وجاء عن أبي موسى الأشعري أنه قال: قال رسول الله ﷺ: ((إن الله تعالى يملئ للمظلوم فإذا أخذه لم يفلته)) (5) بمعنى لا ينجوا. ثم قرأ ﴿وَكَذَلِكَ أَخْذُ رَبِّكَ إِذَا أَخَذَ الْقُرْآنَ وَهِيَ ظَالِمَةٌ إِنَّ أَخْذَهُ أَلِيمٌ شَدِيدٌ﴾ (6) .

1 - سورة الأنعام: الآية: 152.

2 - صحيح مسلم بشرح النووي: 16 / 121

3 - سورة هود: الآية: 18

4 - بلوغ المرام لابن حجر العسقلاني: ص 257 .

5 - صحيح البخاري: ص 445.

6 - سورة هود: الآية: 102.

وقال ﷺ اتق دعوة المظلوم فإنها ليس بينها وبين الله حجاب، وعن جابر ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: ((اتقوا الظلم: فإن الظلم ظلمات يوم القيامة، واتقوا الشح فإن الشح أهلك من كان قبلكم، حملهم على أن سفكوا دماءهم، واستحلوا محارمهم))⁽¹⁾ فهذا جزاء الظلمة والظالمين فعاقبتهم وخيمة ونهايتهم سيئة أليمة سواء كانوا حكاما أو غيرهم، يوم يقدمون على الله مجردين من الحول والقوة والأنصار والأتباع والأعوان. فهل فكر هؤلاء الظلمة الذين يسفكون دماء الأبرياء ويعتصبون أموال الضعفاء ويسومونهم سوء العذاب؛ ألم يعلموا أن أمامهم يوم عظيم، يوم يقوم الناس لرب العالمين. ألا يكفيهم تهديدا ووعيدا أن رسول الله ﷺ وصفهم بالفلسين يوم القيمة، فعن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: أتدرون من المفلس؟ قالوا: المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع، فقال: ((إن المفلس من أمتي من يأتي يوم القيمة بصلاة وصيام وزكاة ويأتي وقد شتم هذا، وقذف هذا، وأكل مال هذا، وسفك دم هذا، وضرب هذا، فيعطى هذا من حسناته، وهذا من حسناته، فإن فنيت حسناته قبل أن يقضي ما عليه أخذ من خطاياهم فطرحت عليه، ثم طرح في النار))⁽²⁾.

5- ومن العدل: الإصلاح بين الناس، والعمل ما أمكن على إزالة الخلاف والخصام بين الأفراد

والجماعات، قال تعالى: ﴿ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا ﴾⁽³⁾. وكذلك بالإسهام

والنصح والتوجيه على وفق ميزان العدل والمساواة، وإرادة الخير للأمة قاطبة، ولا يتم ذلك إلا بتحقيق استقرار النظام واستمراره، واستدامة صلاحه بصلاح المهيمن عليه وهو نوع الإنسان ولن يكون النظام العام في المجتمع مستقرا ومستمرا إلا إذا ارتكز على العدل والمساواة وإعطاء كل ذي حق حقه.

المطلب الثاني: كيف يتحقق العدل بين الناس

الفرع الأول: الأمور التي يتحقق بها العدل:

1- يتحقق العدل فوق الأرض، إذا وجد من ينهض به، ويقوم بأعبائه والتزاماته، فيقيم بين الناس

موازن القسط، غير متبع لهواه ولا مستبد برأيه أي: لا يقدم الأقوياء والأغنياء على حساب الضعفاء والفقراء؛ ولا يستأثر أو يقصر في واجباته بل يقوم بها على الوجه الأكمل.

1 - الترغيب والترهيب 3-206 رواه البخاري ومسلم

2 - المصدر السابق: 208/3

3 - سورة النساء: الآية: 129

2- عظم الإسلام شأن الحاكم العادل، الذي يطبق الحدود ويعاقب المجرمين، ويؤدي الحقوق إلى أربابها، وينصف الأمة من نفسه ومن معاونيه وأتباعه... وبطانته كلها... قال ﷺ ((يوم من إمام عادل، أفضل من عبادة ستين سنة، وحد يقام في الأرض بحقه، أزكى فيها من مطر أربعين عاما)) (1) .

3- ومن أسس العدل ومنطلقاته، أن يتساوى الناس في نظر الحكام، فلا يطمع قوي في جورهم، ولا يبأس ضعيف من عدلهم. ولقد أعطى رسول الإسلام لهذا المعنى مثلاً أعلى حينما قال: ((إنما أهلك الذين من قبلكم، أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد؛ وأيم الله! لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها)) (2).

4- ويرث الصحابة العدل عن الرسول ﷺ فيقول الصديق ﷺ بعد البيعة بالخلافة، القوي فيكم ضعيف عندي حتى أخذ الحق منه، والضعيف فيكم قوي عندي حتى آخذ الحق له، إن شاء الله، ويتميز من بينهم عمر بن الخطاب بعدله الكبير، ويخطب في الناس عندما تولي الخلافة فيقول: أيها الناس من رأى في أعوجاجا فليقيمها، فيقول له رجل: والله لو رأينا فيك أعوجاجا لقومناه بسيفونا، فيقول راضيا: الحمد لله الذي جعل في المسلمين من يقوم أعوجاج عمر بسيفه. قالها مقتنعا بها؛ لأنه إمام عادل. وها هو عمرو بن العاص ﷺ وهو والي مصر يومئذ، يروي لنا قصة عمر بن الخطاب مع ابنه عبدالرحمن، حيث يقول عمرو: ((... دخلا- عبدالرحمن بن عمر وأبو سروعة - وهما منكران، فقالا: أقم علينا حد الله، فإننا قد أصبنا البارحة شرابا فسكرنا، فزرتكما وطردتكما: فقال عبدالرحمن: إن لم تفعل أخبرت أبي إذا قدمت عليه...، فحضرني رأي وعلمت أني إن لم أقم عليهما الحد غضب علي عمر في ذلك وعزلي وخالفه ما صنعت، فنحن على ما نحن عليه إذ دخل عبدالله بن عمر، فقامت إليه فرجبت به وأردت أن أجلسه في صدري مجلسي فأبي علي وقال: أبي نهي أن أدخل عليك إلا أن لا أحد من ذلك بدا، إن أخي لا يخلق على رؤوس الناس. فأما الضرب فاصنع ما بدا لك)) (3) .

قال عمرو بن العاص: وكانوا يخلقون مع الحد فأخرجتهما إلى صحن الدار فضرتهما الحد، ودخل ابن عمر بأخيه إلى بيت من الدار فحلق رأسه ورأس أبي سروعة، فو الله ما كتبت إلى عمر بشيء مما كان حتى إذا تحينت كتابه إذ هو نظم فيه:

((بسم الله الرحمن الرحيم)) من عبدالله عمر أمير المؤمنين إلى العاصي ابن العاص: ((... عجبت لك يا ابن العاص وجرأتك علي وخلاف عهدي... فما أراي إلا عازلك فمسيء عزلك. تضرب

1 - رواه الطبراني في الكبير والأوسط، عن ابن عباس ﷺ.

2 - أخرجه الشيخان وغيرهما عن عائشة وجابر بن عبد الله ﷺ عنهم. صحيح مسلم: 186/12.

3 - عبقرية عمر لعباس العقاد: ص: 27 .

عبدالرحمن في بيتك وتحلق رأسه في بيتك. وقد عرفت أن هذا يخالفني؟... إنما عبدالرحمن رجل من رعيتهك تصنع به ما تصنع بغيره من المسلمين.

ولكن قلت هو ولد أمير المؤمنين، وقد عرفت ألا هوادة لأحد من الناس عندي في حق يجب لله عليه؛ فإذا جاءك كتابي هذا فابعث به في عبادة على قتب حتى يعرف سوء ما صنع ((¹).

قال: ((فبعثت به كما قال أبوه وأقرأت ابن عمر كتاب أبيه، وكتبت إلى عمر كتاباً أعتذر فيه وأخبرته أنني ضربته في صحن داري، وبالله الذي لا يحلف بأعظم منه أنني لأقيم الحدود في صحن داري على الذمي والمسلم، وبعثت بالكتاب مع عبدالله بن عمر)) قال أسلم وهو غلام لعمر: ((فقدم عبدالرحمن على أبيه فدخل عليه وعليه عبادة ولا يستطيع المشي من مركبه. فقال: يا عبدالرحمن فعلت كذا؟!... فكلمه عبدالرحمن بن عوف وقال يا أمير المؤمنين قد أقيم عليه الحد مرة فلم يلتفت إليه وزبره. فجعل عبدالرحمن يصيح: أنا مريض وأنت قاتلي فضربه وحبسه ((²).

فهذه قصة تتوافق أخبارها ومن رويت عنهم، فلا تستغرب في جميع تفصيلاتها، وهي عدالة عمرية لا لبس فيها. فهذا هو العدل في اسمي معانيه، وأبهي صورته، وأعظم مظاهره.

5- العدل مطلوب وضروري في كل العلاقات العائلية والاجتماعية بين الكبار والصغار، وبين

الأقارب والأباعد، لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾ (³).

((وكان عمر في جميع أحكامه على وتيرة واحدة لا تفاوت بينها، فلو تفرقت بين يديه مائة قضية في أعوام متباعدات لكنت على ثقة أن تتفق الأحكام كلما اتفقت القضايا، وهكذا ينال عمر قرير العين تحت شجرة؛ لأنه لا يحس بوخز الضمير يوقظه، ويأتيه رسول كسرى فيعجب ويقول: حكمت فعدلت فأمنت فنمت يا عمر)).

ويعبر الشاعر عن ذلك بقوله:

وراع صاحب كسرى أن رأى (عمراً) بين الرعية عطلاً وهو راعيها

1 - نفس المصدر: ص 28.

2 - المصدر السابق: ص 28.

3 - سورة النساء: الآية: 135.

فقال قولة حق أصبحت مثلاً وأصبح الجليل بعد الجليل يرويه
أمنت لما أقيمت العدل بينهم فنمت نوم قرير العين قاريها

وقال عنه عبدالله بن مسعود: ((كان إسلامه فتحاً وهجرته نصراً وإمارته رحمة))⁽¹⁾ ويقول عليه الصلاة والسلام: ((إن المقسطين يوم القيامة على منابر من نور عن يمين الرحمن، وكلتا يديه يمين، الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما ولوا))⁽²⁾.

الفرع الثاني: أهمية العدل للجميع وبالجميع:

وبالعدل يصلح حال الرعاة والرعية، يقول رسول الله ﷺ: (اللهم من ولي من أمر أمتي شيئاً فشق عليهم فاشقق عليه، ومن ولي من أمر أمتي شيئاً فرفق بهم فارفق به)³، ويقول ﷺ: (كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته)⁴ أما الجور والظلم، واتباع الأهواء، وهضم الحقوق؛ فهي من عوامل انهيار الدول، وخراب البيوت العامرة، وهلاك القرون، وذهاب الأمم.

ولهذا نجد أن العدل أهم ركائز المجتمع الناجح حتى لقد قالوا: دولة الظلم ساعة ودولة العدل إلى قيام الساعة.

ودولة العدل - جعلنا الله منها - تقدر لكل ذي كفاية كفايته فتضع الرجل المناسب في المكان المناسب، ودولة الظلم - أعادنا الله منها - يشيع فيها الفساد والوساطة والمحسوبية، فلا يصل ذو الكفاءة والقدرة إلى مكانه المناسب؛ بل يحتله من هو أقوى منه أو من يقف وراءه أحد الأقوياء..

دولة العدل يعطى فيها كل ذي حق حقه، ودولة الظلم يسلب فيها الحق من صاحبه ويعطى لمن ليس له بصاحب... دولة العدل ليس فيها مكان لوصولي، ودولة الظلم يصل فيها المتسلقون إلى أعلى المراتب والمناصب، وينظر إليهم أصحاب الكفاءات والقدرات بأعين كلها حسرة وألم، دولة العدل تسود فيها الثقة بالمجتمع والاطمئنان إليه والانصراف إلى أداء الأعمال على أكمل وجه، ويقتنع فيها المواطن بوطنه فيحبه ويخلص له، ودولة الظلم يعيش فيها المواطن خائفاً على نفسه وأهله وماله متحاذلاً كأنه وحده في غابة مليئة بالوحوش المفترسة؛ يتحاشى أن يحتك بأحد ما خشية أن يفتك به دون أن يعينه أحد من مواطنيه وهو ما نشاهده في هذه الأيام في بعض المجتمعات العربية والإسلامية للأسف الشديد؛ لأن كلا منهم

1 - الفاروق القائد محمود شيت خطاب: ص 129

2 - صحيح مسلم بشرح النووي: 211/12.

3 - صحيح مسلم بشرح النووي: 212/12.

4 - نفس المصدر: 213/12.

خائفا على نفسه، لذلك يتسم فيها المواطن بالسلبية، ويستبيح البعض لنفسه أن ينهب كل ما تصل إليه يده من الأموال العامة أو الخاصة أو ما يعتبر من البنية الأساسية أو المرافق الحيوية للدولة.

هذه هي أهمية العدل والإنصاف، وهذه هي خطورة الجور والظلم والانحراف.

وإذا كان العدل مطلوباً من الحكام اتجاه شعوبهم، فإن على هذه الشعوب أن يتقوا الله ويتزاهوا ويتألفوا فيما بينهم، وأن يكونوا مع الحق والعدل أين ما كان، أفراداً وجماعات، وليحذروا التظالم والبغي، وليكن كل فرد حاكماً على ذاته، قيماً على نفسه، وليجعل من إيمانه وضميره رقيباً على أعماله وتصرفاته، فإذا تراحم الناس فيما بينهم، ولى الله عليهم من يرحمهم، وإذا تظالموا أذاقهم الله عاقبة الظلم جزاءً وفاقاً. نسأل الله سبحانه وتعالى أن يعم العدل والسلام والأمن والأمان بلادنا وسائر بلاد المسلمين، وأن يرفع عنا ظلم الظالمين وكيد الكائدين فهو ولي ذلك والقادر عليه، وهو الهادي إلى سواء السبيل.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصل الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الخاتمة

بعون الله وتوفيقه وصلنا إلى نهاية البحث الذي تبين من خلاله الآتي:

- 1- ضرورة إقامة العدل بين الناس؛ لأنه سر السلامة والسعادة في الدنيا والآخرة؛ لذلك أنزل الله الشرائع وبعث الأنبياء والرسل لإقامة ميزان العدل وقمع الجور والظلم بين العباد.
- 2- تحقيق العدل لا يكون على وجهه الأكمل إلا إذا كانت الأحكام صادرة عن كتاب الله وسنة رسوله ﷺ وكانت القوانين والتوجيهات مصبوعة بصيغة الإسلام.
- 3- العدل في الشريعة الإسلامية قائم على حدود يجب أن تقام، وأحكام ينبغي أن تنفذ، وسنن في الهدى يجب التمسك بها، وأخلاق وآداب في السياسة والاجتماع يجدر بنا أن نراعيها ونطبقها على أرض الواقع.
- 4- إقامة العدل يعني المساواة بين الناس دون تفرقة أو تمييز بسبب الدين أو العرق أو الجنس أو الجاه أو النسب أو غير ذلك.
- 5- رد المظالم إلى أهلها، ومنع أخذ المال أو المتاع بغير حق، ومنع انتهاك حق الغير أو عرضه أو كرامته.
- 6- يتحقق العدل بين الناس وفق الأرض إذا وجد من ينهض به، ويقوم بأعبائه والتزاماته، فيقيم بين الناس موازين القسط، غير متبع لهواه، ولا مستبد برأيه.
- 7- العدل مطلوب في كل العلاقات العائلية والاجتماعية، بين الكبار والصغار، وبين الأقارب والأباعد؛ ولهذا نجد أن العدل أهم ركائز المجتمع الناجح في كل عصر ومصر.

المصادر والمراجع

- 1- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم - مصحف المدينة.
- 2- أصول النظام الاجتماعي في الإسلام لمحمد الطاهر بن عاشور ط/ أولى، دار السلام 1426هـ-2015م القاهرة.
- 3- بلوغ المرام للإمام الحافظ ابن حجر العسقلاني، ت/ حازم القاضي، ط/ الثانية مكتبة نزار مصطفى البان، 1425هـ.
- 4- تفسير القرآن العظيم لابن كثير، ط/ دار إحياء الكتب العربية، مصر.
- 5- الترغيب والترهيب للحافظ عبدالعظيم المنذري، ت فريد الجندي، ط/ دار الحديث القاهرة 2004م.
- 6- الجامع لأحكام القرآن لأبي عبدالله محمد القرطبي، ط/ دار الشعب، مصر.
- 7- صحيح البخاري لأبي عبدالله محمد البخاري، اعتنى به أحمد حامد، ط/ دار الغد الجديد - المنصورة.
- 8- صحيح مسلم بشرح النووي لأبي الحسن مسلم بن الحجاج، ط/ المطبعة المصرية ومكتبتها.
- 9- عبقريّة عمر لعباس محمود العقاد، دار الهلال، مصر.
- 10- الفاروق القائد لمحمود شيت خطاب، ط/ الرابعة، دار الفكر، 1971م.
- 11- المصباح المنير للفيومي: ط/ أولى، دار الكتب العلمية- بيروت، 1994م.
- 12- مختصر تفسير القرطبي، اختصار ودراسة وتعليق الشيخ محمد كريم راجح، ط/ الثانية، دار الكتاب العربي- بيروت، 1986م.
- 13- الهدى النبوي لحامد بوعتور، ط/ الأولى، نشر مؤسسات عبدالكريم بن عبدالله 1988م.

جهود الليبيين في خدمة مختصر خليل

إعداد : أ.د. سعد خليفة العبار

عضو هيئة التدريس بقسم الشريعة الإسلامية -

كلية القانون بجامعة بنغازي

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله الأبرار وصحبه الأطهار الأخيار ومن سار على دربه إلى يوم الدين، أما بعد:

فلاشك أن مختصر خليل الفقهي من أهم مؤلفات المالكية الجامعة للأحكام الشرعية، لغزارة ما به من مسائل، صيغت في عبارات موجزة، توافقت مع حسن تقسيم وجوده ترتيباً، ودقة بالغة في تختيار الألفاظ، وبراعة في ربط الفروع الفقهية بعضها ببعض، مما أعان القضاة والمفتين والمتعلمين والمعلمين على سرعة استحضار المسائل، وسهّل عليهم حفظها.

ولا يزال هذا المختصر وشروحه الكثيرة وحواشيه العديدة مع كر السنين وتوالي الأزمنة مصدراً مهماً للفقهاء المالكيين، فقد شُغل به المالكية منذ القرن التاسع الهجري حتى يومنا هذا، شرحاً ونظماً وتدريساً، فكتب عنه الكثير، وتعرض للتعليق عليه جمعٌ غفير، واستمر التعلم منه وبه قروناً مديدة، تفرد وحده خلالها بالصدارة في الفتوى والعمل والتخريج، فكان مع صنوف الدراسات حوله كنز لا ينفد من التعليقات والتوجيهات والترجيحات، وأساساً للاجتهاد الجماعي، برز من خلاله الجهد الفائق الذي بُذل في إعداده وجمع مسائله وصياغة ألفاظه، فمهّد المسائل وجمعها، وسهّل سبيل الوصول إليها ويسره.

وقد حظي لهذا هذا المختصر بمكانة مرموقة لم ينلها غيره، وبخاصة في بلدان المغرب العربي، قديماً وحديثاً، حتى صار المعتمد الرئيس في الفتوى والقضاء والتعليم، وأساس بناء فقه مالكي راسخ، من خلال ما انبنى عليه عبر القرون من أقوال وفتاوى واستنتاجات وتخريجات وتعليقات واستدراكات، عنيت بها شروحه وحواشيه وتعليقه، فتسابق مالكية كل عصر إلى النهل منه، وتعددت جهودهم ما بين شرح وتعليق وتحشية ونظم واستدراك وتعليق وتقييد وشرح للخطبة أو للخاتمة، وتخريج أحاديث وبيان صحيحها من ضعيفها، وشرح مشكل وفك لرموز المختصر وتجليه لمسائله، حتى تجاوزت شروحه وحواشيه المعروفة

المفاتيح⁽¹⁾، وكان ما فقد منها أكثر من ذلك⁽²⁾، ولم يُعد المرء يُعد من المالكية بعد هذا المختصر فقيها إلا إذا كان له من خدمته نصيب، ومن هؤلاء بعض من علماء البلاد الليبية، إذ عني بعض منهم قديما وحديثا بهذا المختصر الفقهي، مما أبرز دوره والمذهب المالكي عموما في علم أهل هذا البلد، وأثره في فقههم واجتهاداتهم، وجملة شئون حياتهم وتعاملاتهم.

ونحن في هذا البحث سنعمل على جمع تلك الجهود وإبرازها، ما بين قديم منها ومعاصر، مع الاعتذار منذ الآن عمن أغفل ذكره، جهلا منا به، وتقصيرا في الوصول إلى ترجمة وافية عنه، لا حطا من قدره ومكانته، على أن نمهد لهذا بالتعريف في عجالة بهذا المختصر، ثم نبين في مبحثين متتالين جوانب من عناية الليبيين به، من نشر للكتاب، وشرح له، وتحقيق لشروحه وحواشيه، ودراسات معاصرة حوله، بحيث نعرض في أولهما لجهود المتقدمين من الليبيين، وفي ثانيهما لجهود المعاصرين منهم.

مطلب تمهيدي

التعريف بمختصر خليل

هذا المؤلف كتبه خليل بن إسحاق الجندي⁽³⁾ بعد فراغه من كتاب التوضيح، والذي هو شرح لجامع الأمهات لابن الحاجب، المتوفي سنة 646هـ، فكان آخر ما كتبه، بعد أن تبحر في الفقه المالكي،

1- لقد وصلت العناية بهذا المختصر حدا من المبالغة، لدرجة أن بعض علماء الصحراء المغربية اشتغلوا بعدد شروحه نظما ونثرا، مختصرات ومطولات، فأوصلها بعضهم إلى 1570 تأليفا. محمد إبراهيم علي: اصطلاح المذهب عند المالكية، ص445، ذكر منها عبد الله محمد الحبشي في معجمه الشامل لأسماء الكتب المشروحة في التراث الإسلامي وشروحا 260 كتابا: ص1595 وما بعدها.

2- حتى إنني أكاد أجزم أنه لم يُعرف أحد ممن تُرجم لهم من رجالات الفقه المالكي في المغرب العربي منذ خليل لم يترك حاشية على هذا المختصر أو شرحا أو تعليقا أو نظما، فكل من تولى تدريس الفقه بعد عصر خليل، أو ابتلي بتولي القضاء أو بالإفتاء فيه، كان عمدته في عمله هذا المختصر، ولهذا جمع ما تبين له عليه من شروحات وتعليق في كتاب نسبه لنفسه، ومع أن المحقق منها كثير، والمطبوع منها دون تحقيق أكثر، فإن ما يزال دون تحقيق أكثر بكثير، ولا أكثر منه إلا ما تحيرنا عنه كتب التراجم من شروح لم يعد لها من أثر إلا فيها.

3- هو أبو المودة ضياء الدين خليل بن إسحاق، المعروف بالجندي، للزومه لبس زي الجندي طول حياته، من أكراد مصر، أبوه من حنفية مصر، فلما لازم بعض شيوخ المالكية بما كابن الحاج والمنوفي، وجّه ابنه خليل لدراسة الفقه المالكي، فاتصل به باكرا، وتفريغ لدراسته، ولم يشتغل بغيره، وقد كان خليل ولوعا بالمطالعة والدرس، منكبنا على التحصيل، صدرا في علماء القاهرة، بارعا في العربية والفقه، جمع بين العلم والعمل حتى صار مفتي المالكية بالقاهرة، من كتبه شرح جامع الأمهات لابن الحاجب، والتوضيح، وله مختصر في المذهب المالكي جمع فيه فروعا كثيرة مع طرح الخلاف وبيان الراجح في

ونال منه غايته، وقد عكف على تأليفه خمسا وعشرين سنة⁽¹⁾، قضاها في ضبط ألفاظه وتخير أخصرها وأوفائها بالمعنى، وتحقيق مسائله، وتهذيبه وإحكام ترتيبه وتنسيقه، ومع هذا فإن المنية عاجلته ولم يحرر منه إلا ثلثه الأول، أي من باب الطهارة حتى باب النكاح، وترك باقيه في مسودة، فجمعه تلاميذه من بعده، وألحقوه بالثلث المحرر⁽²⁾.

والكتاب مصنف صغير في الفقه، وهو في حقيقته مختصر مختصر مختصر المختصر، فهو مختصر لمختصر ابن الحاجب، الذي هو مختصر لمختصر البراذعي، الذي هو مختصر لمختصر ابن أبي زيد القيرواني، الذي هو مختصر للمدونة الكبرى، وقد رتبته خليل وفق ما سار عليه صاحب المدونة، ومشى فيه على منهج ابن الحاجب في كتابه جامع الأمهات، والذي سلك فيه طريقة الحاوي عند الشافعية، وقد شمل المختصر على اثنين وستين بابا، وثلاثة وستين فصلا، وحوى على مائة ألف مسألة فقهية منطوقا ومثلها مفهوما⁽³⁾، وفيه اقتصر خليل فيه على الأقوال المفتى بها في المذهب المالكي، فأتى فيه بالعجب من حيث الإيجاز، وأبان فيه عن مقدرة بارعة على استيعاب المسائل وحصرها في ألفاظ جزلة، جمع فيها شتات الفروع الكثيرة المتنوعة.

ولدقته وحسن صنعته تواترت أقوال معاصريه والمتأخرين على تعداد مآثره والثناء عليه، فأطنبوا في مدحه وذكر أوصافه، وعدوه من أحسن ما ألف في الفقه المالكي، ومن هذا أن ابن غازي، المتوفي سنة 919هـ، وصفه بأنه "من أفضل نفائس الأعلام، وأحق ما رتق الأحداق، وصُرِّفت له همم الحذاق، عظيم الجدوى، بليغ الفحوى، بُيِّن ما به الفتوى، وجمع مع الاختصار شدة الضبط والتهذيب، واقتدر على حسن المساق والترتيب"⁽⁴⁾، وقال عنه الخطاب، المتوفي سنة 954هـ: "هو كتاب صغر حجمه، وكثر علمه، جمع فأوعى، وفاق أضرابه جنسا ونوعا، واختص بتبيين ما به الفتوى، وما هو الأرجح والأقوى، لم تسمح قريحة بمثله،

=

المسألة، كان من أهل الاجتهاد في مذهبه، توفي بالقاهرة سنة 776هـ. التنبكي: نيل الابتهاج، ص168-169، ابن فرحون: الديباج المذهب، ج1، ص357-358، بدر الدين القرافي: توشيح الديباج، ص70، التنبكي: كفاية المحتاج، ج1، ص198، ابن حجر: الدرر الكامنة، ج2، ص86، ابن العماد: شذرات الذهب، ج8، ص265، ابن القاضي المكناسي: درة الحجال، ج1، ص257.

1- التنبكي: نيل الابتهاج، ص172. وهي مدة زمنية عادة ما تُخصص للمطولات من الكتب، وعكوف خليل خلالها على تأليفه لا يدل على ضعف في العلم أو التأهيل، أو قلة صبر على البحث، ولا على انشغال بغيره، وإنما على شدة الحرص وتوخي الدقة في جمع الأحكام وتنظيمها، ولذا جاء المختصر مقتضبا في ألفاظه، دقيقا في مصطلحاته، جامعا لمعظم أمهات مسائل الفقه المالكي.

2- ابن مرزوق الحفيد: المنزح النبيل، ج1، ص230.

3- الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص78.

4- التنبكي: نيل الابتهاج، ص171.

ولم يُنسخ على منواله⁽¹⁾، وبين التنبكي المتوفي سنة 1036هـ أن الناس قد عكفوا على هذا المختصر وتوضيحه شرقاً وغرباً، حتى اقتصروا في بلاد المغرب كفاس ومراكش في هذا الوقت على المختصر فقط⁽²⁾، وشهد ابن مرزوق الحفيد، المتوفي سنة 842هـ، في مقدمة شرحه للمختصر لخليل بسعة العلم وجودة التأليف، فقال: إنه "جمع وألف، وسلك طريق التحقيق فيما صنف، فغرب الشاسع، وضم الواسع، وكثّر الفوائد، وردّ الأوابد، وقيد المطلق، واقتصر في التأويل على المحقق، ونبه على كثير من معضلات المدونة، وأتى من غرائب النوازل وطرق الفتوى بأمر مستحسنة، مقتصرًا في كل ما أورده على المشهور، وما عليه الفتوى في المذهب تدور، فكثّر العلم في الجرم اليسير"⁽³⁾.

ويصور لنا مدى ما بلغ إليه اعتماد المالكية على مختصر خليل لدرجة التزامهم قوله في كل قول، ما قرره ناصر الدين اللقاني، المتوفي سنة 958م، بنسبة المالكية إليه، بقوله: "نحن ناس خليليون، إن ضلنا ضللنا"⁽⁴⁾، وما أكدّه غيره أن الناس قد صاروا بعد خروج المختصر "من مصر إلى المحيط المغربي خليليين لا مالكية... ولو اقتصرنا على ترجمة خليل، ولم نزد أحدا ما ظلمنا جل الباقي، لأن غالبهم تابعون له"⁽⁵⁾. هذا قول القدماء في المختصر، وعلى نهجهم سار المعاصرون، فوصفوا المختصر بأنه "أكثر المؤلفات الفقهية صواباً"⁽⁶⁾، وأنه "مرجع القضاء والفتوى الذي لا يحيد عنه"⁽⁷⁾.

وهذه الشهادات - كما هو ظاهر - تتفق على تأكيد أهمية المختصر، وجودة عمل خليل فيه، واتقانه لصنعه، ولكن شهادة من حبر هذا الكتاب دراسة وتديسا وإفتاءً وقضاءً أولى بالتقديم منها، وإن توافقت معها، كونها ناتجة عن علم ودراية بتفاصيل المختصر، فهي شهادة "عملية"، نتجت عن خبرة وممارسة، فكانت بمفهومها أكثر صدقا من منطوق غيرها، فالكتاب بحق يمثل مدونة شاملة ومنقحة للفقه المالكي، وعصارة تجربة علمية طويلة وغنية، عُرف صاحبها باطلاع فقهي قل نظيره في الاتساع، وبخبرة عملية جمعت بين الإفتاء والتدريس.

1- الخطاب: مواهب الجليل، ج1، ص1.

2- التنبكي: نيل الابتهاج، ص171.

3- ابن مرزوق الحفيد: المنزع النبيل، ج1، ص226.

4- التنبكي: نيل الابتهاج، ص171، بدر الدين القراني: توشيح الديباج، ص74.

5- الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص78.

6- المصدر السابق: ج4، ص79. مع أن الحجوي يرى أن المختصرات عامة، ومنها مختصر خليل، هي من أسباب هرم

الفقه المالكي وجوده. محمد إبراهيم علي: اصطلاح المذهب عند المالكية، ص568.

7- ابن عاشور: ومضات فكر، ص411.

وقد بدأ اهتمام المالكية بهذا المختصر بعيد وفاة مؤلفه، فتسابق تلاميذه إلى جمع ما تركه مسودا من مختصره، وإلى شرحه⁽¹⁾، والانكباب على دراسته، وحفظه والتعليق عليه وتدرسه لتلاميذهم، وتدوي شروحهم له في مدونات، تفاوتت بين طول وقصر⁽²⁾، ثم إن بعضهم حمله خارج البلاد المصرية إلى أقطار المغرب العربي⁽³⁾، حتى صار العمدة فيها عند المالكية في التدريس والإفتاء والقضاء.

ومنذ ذلك العصر أصبح مختصر خليل أساس دراسة الفقه المالكي في المغرب العربي بأقطاره كافة، وفي بلدان إفريقيا ما بعد الصحراء التي سارت على المذهب المالكي، لدرجة أن أهل المغرب ودراسي

1- حيث ترك كل من تلامذته الخمسة الكبار شرحا على المختصر، وهم عبد الخالق بن الفرات، المتوفي سنة 794هـ، وقد سمى شرحه تحبير المختصر، وبهرام الدميري، المتوفي سنة 805هـ، وقد وضع عليه ثلاثة شروح، صغير سماه الدرر، وأوسط وكبير، وخلف النحري، المتوفي سنة 818هـ، وجمال الدين الاقفهسي، المتوفي سنة 823هـ، وجاء شرحه في ثلاثة أسفار، ويوسف البساطي، المتوفي سنة 829هـ، سماه الكفاء الكفيل، كما أن أكثر التلاميذ خدموا المختصر من خلال تدريسهم له بالمدرسة الشيعونية، وتوليتهم مناصب القضاء والإفتاء، فجعلوا المختصر عمدتهم في ذلك ومرجعهم، فإليهم انتهت رئاسة المذهب بمصر من بعد خليل، وعليهم دارت الفتوى في زمانهم.

2- بل إن البعض من فرط عشقه للمختصر جعل عليه أكثر من شرح، بعضها قد يكون اختصار لبعض، وقد لا يكون، وهؤلاء أكثر، منهم مثلا إبراهيم بن فايد الزواوي، المتوفي سنة 957هـ، فقد وضع عليه ثلاثة شروح، سمى أولها تسهيل السبيل لمقتطف أزهار روض خليل، وثانيها فيض النبيل، وثالثها تحفة المشتاق في شرح مختصر خليل بن إسحاق، وعلي بن محمد الأجهوري، المتوفي سنة 1066هـ، وله عليه ثلاثة شروح، كبير ووسيط وصغير، ومحمد بن إبراهيم التتائي، المتوفي سنة 942هـ، وله فتح الجليل في حل جواهر درر القاضي الشيخ خليل، وجواهر الدرر، وشرح فرائض خليل، وكثيرون كان لكل منهم على المختصر أكثر من عمل ما بين شرح وحاشية وتقييد، أشهرهم العلامة محمد الخرشبي، المتوفي سنة 1101هـ، ومحمد بن عمر بن هلال الربيعي، المتوفي سنة 795هـ، ومحمد بن قاسم القوري اللخمي، المتوفي سنة 872هـ، وعلي بن محمد القرشي القلصاوي، المتوفي سنة 891هـ، وأحمد بن محمد بن سعيد المغربي، المتوفي سنة 976هـ، وعلي بن عبد الواحد السراج الأنصاري، المتوفي سنة 1057هـ، وعلي بن أحمد بن مكرم الصعيدي، المتوفي سنة 1189هـ، ومحمد بن عبد الله البحيري، المتوفي سنة 1101هـ، أما أحمد بن عبد العزيز الهلالي السحلماسي، المتوفي سنة 1175هـ، فقد كان أكثرهم تأليفا على المختصر، حيث وضع عليه أربعة كتب، هي: تحاف المقنع بالقليل في شرح مختصر خليل، وشرح خطبة خليل، وحاشية على مختصر خليل، ونور البصر بشرح المختصر، ويبدو أن أول من اختط هذه السنة هو بهرام الدميري كبير تلامذة خليل، فقد جعل عليه شروحا ثلاثة. بدر الدين القرافي: توشيح الديباج، ص53، محمد إبراهيم علي: اصطلاح المذهب عند المالكية، ص473، ص519، ص527، الحبشي: جامع الشروح والحواشي، ص1595 وما بعدها.

3- دخل المختصر إلى المغرب العربي فور وفاة مؤلفه، ويبدو أن أول من أدخله إليه هو محمد بن عمر بن الفتح التلمساني المكناسي، المتوفي سنة 805هـ، أي بعد وفاة خليل بأقل من نصف قرن. الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص78.

المختصر استغنوا به عن أمهات المذهب ومدونات، وهذا ما أشار إليه التنبكتي، المتوفي سنة 1036هـ⁽¹⁾، أي بعد وفاة خليل بثلاثة قرون ونصف، عندما وصف الحالة الفقهية في عصره، بقوله: "لقد آل الحال في هذه الأزمنة المتأخرة إلى الاقتصار على المختصر في هذه البلاد المغربية... فقل أن ترى أحدا يعتني بابن الحاجب، فضلا عن المدونة، بل قصاراهم الرسالة (يقصد رسالة ابن أبي زيد القيرواني) و خليل، وذلك علامة على دُرس الفقه وذهابها"⁽²⁾.

ومع اشتهاار المختصر وكثرة تداوله فقد عده البعض مسئولاً عن حالة الجمود والتخلف التي عاشها الفقه في زمانه وبعده، أو على الأقل هو عامل من ضمن ما أنتجها من عوامل، وإن كان النظر في الكتاب لا يجعلنا نقر بهذا، لأن ما نتج من تقليد وجمود وتخلف، عاشته بلاد العرب والإسلام، سبق عصر خليل وشمله وامتد بعده قروناً، وبذا لا يمكن إرجاعه فقط لهذا المختصر ولا لعصره، فذلك الجمود والنأي عن الاجتهاد لم يكن إلا نتاج جملة من العوامل، تضافرت على إخراجها، فأنتج بيئة عامة، صار معها كل حسن يغرق فيها، ويذوب في ظلمتها، وعليه أن يسير في ركابها، وإلا فإنه يجير على السير في ركابها.

والكتاب -في الحقيقة- شمل الآراء الراجحة والمشهورة عند المالكية في زمانه، واعتمد فيه كاتبه على مصادر موثوقة في مذهبه، وهو بهذا يمثل عصارة الفقه المالكي، وخلاصة ما كتب قبله، وهي مدونات حظيت بشهرة وقبول عام عند المالكية وعند غيرهم، فكان النقد للمختصر يمسها ولو طرف غير معلن. ولعل علة نقد المختصر أن خليلاً وضعه للمفتين المؤهلين للنظر فيه، وهذا يؤكد قوله في مقدمته أنه وضعه "مبيناً لما به الفتوى"⁽³⁾، ولكن من بعدة جعله، لصغر حجمه، كتاباً للطلاب وللمقبلين على تعلم الفقه بأيسر وسيلة وأسرع طريقة، وهي حفظ هذا المختصر، وهذا السبب وإن أدى للنتيجة التي ذكرناها، فإن المسئول عنه بالتأكيد ليس خليلاً ومختصره.

المبحث الأول

جهود الليبيين المتقدمين في خدمة مختصر خليل

ساهم علماء ليبيا بجهودهم في خدمة مختصر خليل منذ القدم، حيث تولى بعض من عاش طرفاً من حياته في البلاد الليبية تدريس هذا المختصر وشرحه، لبيان مراده وشرح ألفاظه واستنباط الأحكام منه، ويبدو أن ذلك كان جمعاً لما كان يلقيه على تلاميذه من دروس، ومنهم:

1- الزركلي: الأعلام، ج1، ص102.

2- التنبكتي: نيل الابتهاج، ص171. ويريد بقوله دُرس الفقه أنه تقادم عهده وانمحي وصار بالياً. ابن منظور: لسان العرب، ج6، ص79.

3- الطاهر الزاوي: مختصر خليل، ص7.

أولاً - حلولو⁽¹⁾:

هو أبو العباس أحمد بن عبد الرحمن بن موسى بن عبد الحق الزليطني (اليزليطني) القروي⁽²⁾، المعروف بحُلُولُو، لبيي الأصل والمنشأ، ولد ببلدة زليتن شرقي طرابلس، ورحل إلى تونس لطلب العلم، ومنها رجع إلى طرابلس، وولي قضاءها، ثم عُزل، فرجع إلى تونس، وبها أسندت إليه مشيخة المدارس إلى وفاته⁽³⁾. وهو أحد الأئمة الحفاظ لفروع المذهب المالكي، كان عالماً صالحاً ناسكاً ورعاً ذا سمعة حسن، نافعا لخلق الله من عند السلطان وغيره، لا ييخل بجاهه، فكان كل من يعرفه يقصده فيما يليق به⁽⁴⁾، نشأ في أسرة علمية، شجعتة على طلب العلم، فنبغ فيه مبكراً، وتبوأ مكانة علمية رفيعة في مرحلة مبكرة من عمره، لأخذه العلم عن أكابر علماء عصره وجهابذته دهره، ولما تميز به من نبوغ وتفوق وعلو همة في التحصيل.

وقد عُرف بحسن التأليف وجودة التدريس، وعنه تلقى ثلثة من العلماء، فنقلوا علمه إلى الآفاق، أشهرهم أحمد البرنسي الشهير بزروق، وقد ابتدأ حلولو التأليف في وقت مبكر من حياته، وظل مشغلاً به وبالتدريس حتى وافته المنية⁽⁵⁾، ولهذا مدحه العلماء، فوصفه السخاوي بأنه "أحد الأئمة الحفاظين لفروع المذهب"⁽⁶⁾، وقال عنه مخلوف: هو "الإمام العمدة المحقق المؤلف الفقيه الأصولي، أحد الأعلام الحفاظين لفروع المذهب"⁽⁷⁾، ووصفه الكتاني بأنه "الشيخ جليل المقدار، عالي المنار، مصيب في نقله للفقه فيما يختار"⁽⁸⁾، ولا أدل على مكانته العلمية من تلك المناصب الرفيعة التي أسندت إليه في بلده وفي خارجه.

1- ممن ترجم له أحمد الأنصاري: المنهل العذب، ص 175، البغدادي: هدية العارفين، ج 1، ص 136، التنبكي: نيل الابتهاج، ص 127-128، وللمؤلف نفسه: كفاية المحتاج، ج 1، ص 123-124، الطاهر الزاوي: أعلام ليبيا، ص 81-82، السخاوي: الضوء اللامع، ج 2، ص 260، بدر الدين القرافي: توشيح الديباج، ص 29-30.

2- بفتح القاف والراء، نسبة إلى القيروان.

3- اختلف كثيراً في تاريخ وفاته، وإن كان الثابت أنه قد تجاوز الثمانين، وأن وفاته كانت في نهاية القرن التاسع. الكتاني: تكميل الصلحاء والأعيان، ج 5، ص 22، حسن حسني عبد الوهاب: كتاب العمر، ج 1، ص 810، حلولو: الضياء اللامع شرح جمع الجوامع، ج 1، ص 89.

4- المصدر السابق: ج 1، ص 41.

5- التنبكي: توشيح الديباج، ص 29-30.

6- السخاوي: الضوء اللامع، ج 2، ص 260.

7- مخلوف: شجرة النور الزكية، ج 1، ص 259.

8- الكتاني: تكميل الصلحاء والأعيان، ج 5، ص 21.

ولجودة كتبه صارت من الكتب المعتمدة في المذهب المالكي، ومنها مختصر نوازل البرزلي، وعقيدة الرسالة، والتوضيح في شرح التنقيح، والضياء اللامع في شرح جمع الجوامع، والبدر الطالع في حل ألفاظ جمع الجوامع، وشرح الإشارات للباحي، ولعل أهمها شرحه لمختصر خليل، وقد أسماه البيان والتكميل في شرح مختصر خليل، وهو شرح قل نظيره وعز مثيله، قال عنه التنبكتي عندما كان يشير إلى جودة تأليف حلوله: "له شرحان على المختصر، كبير في ستة أسفار، وقفت على أجزاء منه، حسن مفيد، فيه أبحاث وتحرير، يعتني بنقل التوضيح وابن عبد السلام وابن عرفة، ويبحث معهم، وينقل الفقه المتين، وشرح آخر مختصر في سفرين" (1)، ذكر بدر الدين القرافي أنه متداول في مصر (2)، وكلا الشرحين من الكتب المعتمدة في المذهب المالكي (3)، وسيأتي الحديث عن تحقيق شرح حلوله للمختصر لاحقاً.

ثانياً - زروق (4):

هو الفقيه المالكي الإمام الصالح الجامع بين الشريعة والأخبار أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي، الفاسي الأصل، المصراقي الحياة والوفاة، الشهير بزروق، نسبة إلى جده الذي كان أزرق العينين (5)، عرف بالبرنسي نسبة إلى قبيلة البرانس البربرية بالمغرب، وقد سرى إليه هذا اللقب من أجداده، كان عالماً محققاً ورعاً زاهداً شديداً النكير على البدع، آية في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وقافاً عند حدود العلم وأحكام الشرع وآدابه (6)، وهو يعد من أئمة المالكية الأعلام، وأحد مجددات الدرس الفقهي المالكي من خلال ربطه الأحكام الفقهية بباقي العلوم الشرعية كالتصوف والعقيدة (7)، وتنقية التصوف من البدع والخرافات (1).

1- التنبكتي: نيل الابتهاج، ص 127.

2- بدر الدين القرافي: توشيح الديباج، ص 30.

3- محمد إبراهيم علي: اصطلاح المذهب عند المالكية، ص 566.

4- ممن ترجم له بدر الدين القرافي: توشيح الديباج، ص 38-39، الطاهر الزاوي: أعلام ليبيا، ص 107، السخاوي:

الضوء الممع، ج 1، ص 222، التنبكتي: نيل الابتهاج، ص 130، مخلوف: شجرة النور الزكية، ص 267-286،

ويمكن التعرف عليه أكثر من خلال الترجمة الوافية التي أعدها له عبد الصمد أبو ذيات: الشيخ زروق الفاسي

المصراقي وجهوده في خدمة المذهب المالكي، ص 458 وما بعدها، وعبد الله كنون: ذكريات مشاهير رجال المغرب

في العلم والأدب والسياسة، ج 1، ص 541-578، وعلي فهمي خشيم: أحمد زروق والزروقية، ص 27 وما بعدها.

5- ابن مريم: البستان في ذكر الأولياء والعلماء بتلمسان، ص 45.

6- التليدي: المطرب بمشاهير أولياء المغرب، ص 148.

7- أبو ذيات: الشيخ زروق الفاسي المصراقي وجهوده في خدمة المذهب المالكي، ص 456.

وصفه ابن غازي بأنه "الفقيه المحدث الفقير الصوفي"، ولد سنة 846هـ، وتوفي سنة 899هـ، عن عمر ناهز أربعا وخمسين سنة، عاش يتيما لفقده والديه في الأسبوع الأول من حياته، في الطاعون الذي ضرب فاس سنة مولده، وحيدا لم يكن له أخوة، فتربي في حجر جدته لأمه، وكانت فقيهة سالحة، وقد شرع زروق في علومه الأولى منذ صغره، ثم رحل لطلبها إلى تونس ثم إلى الأزهر، إلى أن طاب له المقام في مصراته، بعد أن نبغ في العلوم كلها نبوغا قل أن يصل إليه غيره، مع زهد وتصوف صحيح، حيث برع في علوم التفسير والحديث والفقہ والأدب والنحو والقراءات، كما كانت له اطلالات على الذكر والشعر والطب وأدب الرحلات. اشتغل زروق طوال حياته بالفقہ المالكي تدريسا وإفتاءً وتأليفا، حتى أضحى مؤلفاته وشروحاته وتحقيقاته الفقهية مرجعا للفقہ المالكي في ليبيا والمغرب العربي عامة⁽²⁾، لاسيما في فقہ التصوف وضبط مسائله وبيان ما يجوز منه وما يكره ويمنع⁽³⁾. له تصانيف مفيدة حسنة، عرفت بدقة النقل، كان يميل فيها إلى الاختصار مع التحرير، ولذا لا يخلو شيء منها من فوائد غزيرة⁽⁴⁾، منها شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، وشرح الإرشاد، وقواعد طريق الصوفية، وشرح الوغليسية، والنصيحة الكافية لمن أحب الله بالعافية، والحوادث والبدع، كما شرح العقيدة القدسية للغزالي، وله شرح على مواضع من مختصر خليل، ويبدو أنه شرح لبعض مسائل المختصر وتعليق عليها، وليس شرحا لكل ما في المختصر من أبواب وفصول، وقد نسبته إليه محمد مخلوف⁽⁵⁾ وصالح الفلاني⁽¹⁾ وأحمد الأنصاري⁽²⁾، ومنه توجد نسخة في مخطوطات مدريد تحت رمز CDIX / c في 56 ورقة⁽³⁾.

=

- 1- تابع هذه المسألة في المصدر السابق: ص 468 وما بعدها.
- 2- تابع سردا لمؤلفات زروق عند عبد الصمد أبو ذيات للتعرف على المطبوع منها والمحقق والمخطوط: الشيخ زروق الفاسي المصراي وجهوده في خدمة المذهب المالكي، ص 462 وما بعدها.
- 3- المصدر السابق: ص 456.
- 4- بحسب القائمة التي وضعها علي فهمي خشيم لمؤلفات زروق: أحمد زروق والزرقونية، (ص: 93-98) فإنها تكون كالآتي: 39 في التصوف، 6 في الحديث، 10 في الذكر، 2 في الرحلات، 5 رسائل، 1 في السيمياء، 2 في السيرة الذاتية والتراجم، 1 في السفر، 2 في الطب، 2 في علوم القرآن، 10 في الفقہ، 3 في علم الحروف والأرقام، 2 في علم الكلام، وبهذا يكون مجموعها 85 مؤلفا، ولكنه (ص 99-144) عندما يصفها بحسب موضوعاتها وأماكن وجود نسخ المخطوط منها، فإنه يوصلها إلى 104 مؤلفات، ولعل هذا مجرد تكرار لبعضها أو كون بعضها أجزاء من بعض أو مستلة منها.
- 5- شجرة النور الزكية: ص 268.

ويبدو لنا أيضا أن التركيز على الجانب التصوفي من فكر زروق قد أضعف الاهتمام بفكره الفقهي، ولذا لم ينل شرحه للمختصر عناية من درس حياته وفكره، بل إن بعضهم أغفل ذكر هذا الشرح تماما عند سرده لمؤلفات الشيخ زروق عندما ترجم له⁽⁴⁾، كما يبدو لنا أن عمل زروق في شرح المختصر ليس فيه كثرة ابداع ولا تميز، وإنما هو شرح كغيره من الشروح والحواشي التي قام بها غيره قبله وبعده، ولذا لم ينل هذا العمل اهتماما ملحوظا، لأنه ليس فيه إضافات تستحق الإشادة، ليست فيما عرف قبله⁽⁵⁾.

ثالثا- الخطاب⁽⁶⁾:

الطاعون لا يدخل مكة والمدينة، وهذه أكملها، وله تأليف لم يكملها، منها تفسير للقرآن، وحاشية على تفسير البيضاوي، وحاشية على الإحياء، وقد توفي بطرابلس سنة 954هـ. ولعل أهم ما تركه كتاب مواهب الجليل شرح مختصر خليل⁽⁷⁾، وقد توفي قبل تبينه، فتركه مسودة بيضا ولده يحيى في أربعة أسفار كبار، وهو كتاب لم يؤلف مثله، كتبه الخطاب بعد أن تبين له عدم كفاية شروح المتقدمين، لما فيها من استغلاق في مواضع وإطلاق في مسائل، وأن فيه ما يعسر على الطالب فهمه، وغوامض يصعب عليه استيعابها، فجمع في شرحه المسائل، مع ذكر ما يناسب كل منها من فروع وتقييدات وتنبهات، وضبط وذكر الأقوال وعزوها وتوجيهها⁽⁸⁾.

=

- 1- قطف الثمر: ص32.
- 2- المنهل العذب: ص183.
- 3- علي فهمي خشيم: أحمد زروق والزروقية، ص124.
- 4- وهذا ما فعله أحمد فريد الزبيدي عند ترجمته لزروق في تصحيحه وكتابته لهوامش شرح زروق للرسالة: ص6.
- 5- علي فهمي خشيم: أحمد زروق والزروقية، ص81.
- 6- ممن ترجم له البغدادي: هدية العارفين، ج2، ص، 242، الطاهر الزاوي: أعلام ليبيا، ص370-371، بدر الدين القرافي: توشيح الديباج، ص216-217، التنبكتي: كفاية المحتاج، ج2، ص227-230، وللمؤلف نفسه: نيل الابتهاج، ص592، مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص270، وراجع الترجمة الوافية الموثقة المصادر التي أعدتها له انتصار المهدي التومي: دور علماء ليبيا في نشر المذهب المالكي من القرن العاشر إلى بدايات القرن الخامس عشر الهجري، ص13 وما بعدها، وكذلك الترجمة التي أعدها عادل المخروق: منهج أبي عبد الله الخطاب في مواهب الجليل، ص315 وما بعدها، وأيضا الترجمة الوافية الموثقة بمصادرها التي أعدها رافع عبد الهادي الترجمان: جهود الإمام الخطاب في إثراء المذهب المالكي، ص403 وما بعدها.
- 7- ليس هذا هو المؤلف الوحيد الذي خدم به الخطاب مختصر خليل، إذ له كتب أخرى، لكنها مفقودة، منها تعليق على ما في كلام بهرام في شروحه الثلاثة للمختصر مما فيه إشكال ومخالفته للمنقول. المصدر السابق: ص320.
- 8- الخطاب: مواهب الجليل، ج1، ص2. وليبيان أكثر ايضاحا لأسباب كتابة الخطاب لهذا المختصر يمكن الرجوع إلى عادل المخروق: منهج أبي عبد الله الخطاب في مواهب الجليل، ص324 وما بعدها.

والكتاب يعد بحق موسوعة فقهية، ضمت أحكام مذهب مالك، حيث شرح فيه الخطاب المختصر شرحا وافيا، يجعل المطلع عليه "يستغني به عن كثير من المطولات والمختصرات"⁽¹⁾، ولهذا لاقتى الشرح قبولا واسعا، وعوّل عليه من بعده، وأثنى عليه كثيرٌ، منهم الحجوي عندما قال: "هو أكثر الشروح تحريرا واتقاناً"⁽²⁾، ولهذا استمد منه كل من شرح المختصر بعد الخطاب، وعليه اعتمد البناني وابن سودة والرهوي في كثير من تعليقاتهم على شرح الزرقاني⁽³⁾، ومن أجله مدح التنبكي الخطاب فقال: إنه "يدل على جودة تصرفه، وكثرة اطلاعه وإمامته، لم يؤلف على خليل مثله جمعا وتحصيلا بالنسبة لأوائله"⁽⁴⁾.

وتكمن أهمية الكتاب في ذكره ما استدركه خليل على من سبقه من كبار المالكية، ولهذا كان عمدة شارحي المختصر بعده، لاحتوائه على نقول من كتب مفقودة أو لا تزال مخطوطة، ولما فيه من أقوال لمالك وكبار علماء مذهبه، ولذا كره للمخالفين لهم من العلماء والمذاهب الأخرى، لأن الخطاب كان يستوعب الأقوال في المسألة من داخل المذهب ومن خارجه، ويبين الراجح منها، ويعرّج على ما في المسألة من تنبيهات وتفريعات، ولدعمه للمذهب المالكي بالأدلة من الكتاب والسنة والاجماع والقياس، ولضبطه للألفاظ لغةً واصطلاحاً، تحاشيا لأي لبس في قراءتها أو فهمها، فقد كان مرجعا للتعريف بالمصطلحات الفقهية، ولهذا كله أقبل عليه العلماء والمتعلمين للنهل منه والاستشهاد به كمصدر موثوق للفقهاء المالكي.

والكتاب يمثل معلمة زاخرة للفقهاء الإسلامي عامة وللمذهب المالكي خاصة⁽⁵⁾، لاحتوائه على نقول من كثير من كتب الأمهات ودواوين الفقه المالكي مما ألفه علماء الأندلس ومصر والعراق وإفريقية وصقلية، مما قد لا نجد في غيره⁽⁶⁾، كما أنه موسوعة في الفقه المقارن، ومعلمة ضخمة في الدراسات الفقهية والأصولية واللغوية، ومما يدل على مكانة كتاب الخطاب تصدي علامة فاس محمد بن أحمد ميارة، المتوفي سنة 1072هـ، لاختصاره في كتابه "زبدة الأوطاب وشفاء العليل في اختصار شرح الخطاب

1- الخطاب: مواهب الجليل، ج1، ص4.

2- الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص104.

3- المصدر السابق: الموضوع نفسه.

4- التنبكي: كفاية المحتاج، ج2، ص228.

5- للتعرف أكثر على منهج الخطاب في مواهبه ومزايا هذا السفر العظيم يمكن الرجوع إلى البحث التحليلي الاستقصائي الذي أعده عادل المحروق: منهج أبي عبد الله الخطاب في مواهب الجليل، ص329 وما بعدها.

6- أوصل البعض مصادر الخطاب في مواهبه إلى ثلاثة آلاف، وهذا أمر يحتاج تقريره إلى كثير من الحصر والاستقصاء. راجع في هذا المقدمة التي أعدها لمواهب الجليل الدكتور محمد بياض بن محمد ناصر، والذي نشرت طبعته الأولى بتحقيق محمد يحيى بن محمد الأمين اليعقوبي الشنقيطي دار الرضوان سنة 1431هـ-2010م.

لمختصر خليل⁽¹⁾، وتأثر الأجهوري، المتوفى سنة 1066هـ، به، وتأليفه كتابا على منواله، أسماه "مواهب الجليل في تحرير ما حواه مختصر خليل".

ومما يميز مواهب الخطاب استيعابه لأكثر أقوال المالكية، حتى الشاذ والمهجور والمتروك منها، وسلاسة أسلوبه، وحسن تعبيره ودقته، مع اهتمام واضح فيه بالمسائل الأصولية، وارجاع الأحكام الفقهية إليها، ومزج بين الفقه وأصوله، واللغة وقواعدها، وعناية فائقة بتعريفات الأبواب الفقهية، وتحري الدقة عند توثيق الأقوال وعزوها لقائلها، وتوليد المسائل وابتكار النظائر، مع حسن تبويب واهتمام ببيان المناسبة بين الأبواب والفصول، ومزج بين الجمع والتحليل والتركيب والمناقشة، وتجنب التطويل الممل والاختصار المخل ما أمكن، وحرص واضح على التحفيز على أعمال الفكر وإمعان النظر ونبد التقليد والجمود⁽²⁾، وشرح الكلمات الغامضة والألفاظ الغريبة، وذكر ما تحتاجه كل مسألة من تقييدات وفروع مناسبة وتمتات مفيدة، وبيان الأقوال المتماثلة، وحصر الخلاف وبيان منشؤه عند تعذر الجمع بين الأقوال⁽³⁾، وهذا كله في أدب جم في النقد، والتماس للعذر لمن جانبه الصواب في نسبة قول أو فهم نص⁽⁴⁾.

رابعاً - الحضيري:

هو العلامة الجليل علي بن أبي بكر بن محمد الحضيري، مغربي الأصل، ليبي المولد والمنشأ والوفاء، ولد بسبها سنة 890هـ، وحفظ الكتاب الكريم في صباه، ورحل إلى الحجاز للحج، وجاور بالأزهر عند عودته طلباً للعلم، وظل سنين يتردد عليه حتى بلغت رحلاته إليه سبع عشرة رحلة، كان مفتياً في بلده، معلماً يعقد حلقات الدرس للعامة في المساجد، كثير التلاوة، أمراً بالمعروف ناهياً عن المنكر مكرماً لأهل العلم.

ترك مؤلفات عديدة، منها منظومة في المواعظ، ومنظومة في الفقه على خليل، تتكون من 2700 بيت، وله شرح على مختصر خليل في أربعة أجزاء، سيأتي الحديث عن تحقيقه، وله حاشية على المختصر من تقريرات مشائخه في ثلاثة أجزاء، وفتاوى متفرقة، توفي سنة 1061هـ على إثر مرض ألم به بعد أن ناهز الثمانين⁽⁵⁾.

1- البغدادي: هدية العارفين، ج2، ص290.

2- أنظر الخطاب: مواهب الجليل، ج1، ص26، ص33.

3- عادل المخروق: منهج أبي عبد الله الخطاب في مواهب الجليل، ص326.

4- أنظر الخطاب: مواهب الجليل، ج1، ص4.

5- ممن ترجمة له أحمد الدردير الحضيري: المسك والريحان، ص92-121.

خامسا - التاجوري⁽¹⁾:

هو العالم العامل الشيخ الصالح الفاضل الفقيه الصوفي المؤرخ عبد السلام بن عثمان بن عز الدين بن عبد الوهاب بن عبد السلام الأسمر، الشهير بالشيخ عبد السلام العالم، ولد بتاجوراء سنة 1058هـ، وتوفي سنة 1139هـ، تعلم الكتابة ومبادئ العلوم الشرعية واللغة في زواياها، ثم انتقل إلى طرابلس، وواصل بها التعلم على يد شيوخها، كما التقى في ترحاله بكثير من علماء الشرق والغرب، وتبادل معهم المعارف، برع في علوم الشريعة وعلوم التصوف، فكان مرشدا خيرا هاديا داعيا إلى الحق.

وقد ترك مصنفات عدة، منها "تذليل المعيار"، و"فتح العليم في مناقب الشيخ عبد السلام بن سليم"، وله "الإشارات لبعض ما في المغرب من المزارات"، و"شرح على مختصر خليل"، أو "كتابة على المختصر"، لم أعثر له على أثر، لا مطبوعا ولا مخطوطا، غير ما ذكر عنه عند من ترجم له.

سادسا - الغرياني⁽²⁾:

هو العلامة الليبي أبو عبد الله محمد بن علي بن خليفة الغرياني، التونسي المولد والمنشأ والوفاء، أحد أساطين العلم والفقه في الزيتونة، ولد سنة 1195هـ، وتوفي سنة 1194هـ، طلب العلم صغيرا بجزيرة، وكان أكثر علمه عن شيوخ الزيتونة، كما تعلم على علماء مكة والأزهر، كان فقيها محدثا نحويا تصريفا منطقيا أصوليا متكلما عروضا مفسرا⁽³⁾، تولى تدريس المختصر سنوات عديدة، وأجاز فيه كثيرا من الطلاب الذين درسوه عليه⁽⁴⁾.

ترك مؤلفات عديدة، لا تزال مخطوطة، منها حاشية على شرح السنوسي على مقدمته في علم التوحيد، وحاشية على شرح الحبيصي على متن تهذيب المنطق، وفيض الخلاق في الصلاة على راكب السراق، وتفسير البسملة، وله رسالة في حكم الخنثى المشكل، وجواب في مسائل في الإيجار وصفة

1- ترجم له البغدادي: هدية العارفين، ج1، ص572، مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص318، الطاهر الزاوي: أعلام ليبيا، ص227، أحمد الأنصاري: المنهل العذب، ص390، ناصر الدين الشريف: الجواهر الإكليلية، ص222، عبد السلام بن عثمان: تذليل المعيار، ج1، ص22 وما بعدها.

2- ممن ترجم له الطاهر الزاوي: أعلام ليبيا، ص347، حسن حسني عبد الوهاب: كتاب العمر، ج1، ص840، ناصر الدين الشريف: الجواهر الإكليلية، ص243. وللتعرف عليه أكثر يمكن الرجوع للترجمة الوافية التي أعدها عصام الحمري: محمد بن علي الغرياني وأثره في خدمة المذهب المالكي، ص695 وما بعدها.

3- الورثياني: نزهة الأنظار، ج2، ص767.

4- أنظر سردا للتلاميذ الذين درسوا المختصر الخليلي على الغرياني عند عصام الحمري: محمد بن علي الغرياني وأثره في خدمة المذهب المالكي، ص707.

الثواب⁽¹⁾، وقد كان للغرياني عناية زائدة بمختصر خليل، قراءة وإقراء⁽²⁾، إذ له كتاب حوى تعليقات على شرح الزرقاني على خطبة مختصر خليل⁽³⁾، أصله تقييدات وتعليقات قيدها الغرياني زمن قراءته لهذا الشرح للخطبة، ثم جمعها ونسقتها، وهي بهذا ليست شرحا للمختصر، ولا حتى شرحا لشرح الزرقاني عليه. وأصل هذا الكتاب شرح للناصر اللقاني على خطبة مختصر خليل، وهذا الشرح شرحه عبد الباقي الزرقاني، المتوفي 1099هـ، بما جمعه من شرح شيخه الأجهوري على خطبة المختصر، وكان للغرياني هذه التقييدات عليه، جمع فيها ما نقله شراح خليل في شرح خطبته، وزاد عليها من عنده بعض التحقيقات والتصويبات⁽⁴⁾، والكتاب لا يزال مخطوطا، منه نسخة في دار الكتب الوطنية بتونس، وأخرى بمكتبة المسجد النبوي بالمدينة المنورة⁽⁵⁾.

وللغرياني أيضا رسالة مستلة الموضوع من المختصر، جعل لها عنوان "رسالة في تعدد الحملاء أو الضامنين"، وصورتها لو أن أشخاصا اشتروا سلعة، وشرط البائع كفالة كل منهم شركاءه في ما ناب عنه من ثمن السلعة، فإنه يرجع عليه البائع بكل الثمن، ثم يرجع الدافع على شركائه في الشراء، ونص المسألة في مختصر خليل "وإن تعدد حملاء، اتبع كل بحصته، إلا أن يشترط حمالة بعضهم عن بعض، كترتبهم"⁽⁶⁾، وقد وضع الغرياني هذه الرسالة لما لاحظ تعسر أو تعذر فهمها على كثير من الطلاب، والرسالة لا تزال مخطوطة، منها نسخة مصورة بمكتبة المسجد النبوي في سبع ورقات، تحت رقم (280/112)⁽⁷⁾.

سابعا - عليش⁽⁸⁾:

هو أبو عبد الله محمد بن أحمد غُليش الطرابلسي الدار المصري القرار، شيخ السادات المالكية بمصر ومفتيها، فقيه مغربي الأصل من أهل طرابلس، ولد بالقاهرة سنة 1217هـ، وتعلم بالأزهر، وجمع بين العلم

- 1- تابع هذه المؤلفات وأماكن وجود نسخها المخطوطة في المصدر السابق: ص 710 وما بعدها.
- 2- دلالة على عنايته البالغة هو وتلاميذه بهذا المختصر أن الطلبة أثناء الدرس كانوا يجتمعون حفظا في مجالس منتظمة، وينشئون القصائد عند كل ختمة منهم له، ويؤرخون ذلك، وكلما تكررت الختمة تكرر الاحتفال بها. المصدر السابق: ص 718.
- 3- حسن حسني عبد الوهاب: كتاب العمر، ج 1، ص 841-842.
- 4- عصام الحمري: محمد بن علي الغرياني وأثره في خدمة المذهب المالكي، ص 713.
- 5- المصدر السابق: ص 714.
- 6- مختصر خليل بتصحيح وتعليق الطاهر الزاوي: ص 184.
- 7- عصام الحمري: محمد بن علي الغرياني وأثره في خدمة المذهب المالكي، ص 717.
- 8- ممن ترجم له محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ص 385، ناصر الدين الشريف: الجواهر الإكليلية، ص 299.

والعمل حتى صار عالم مصر وفقهها، وعليه تخرج جل علماء الأزهر، ولما قامت الثورة العربية أتم بموالمتها، فأخذ من داره وهو مريض محمولا، وألقي به في مستشفى السجن، وبه مات سنة 1299هـ.

له تأليف كثيرة في فنون العلم، حصل بها النفع، منها فتح العلي المالک في الفتوى على مذهب الإمام مالک، وهو مجموع فتاويه، وحاشية على أقرب المسالك، وشرح مجموع الأمير، وهداية السالك إلى آخر المسالك، وحاشية على رسالة الصبان في البلاغة، وتذكرة المنتهى في فرائض المذاهب الأربعة، وهداية المرید لعقيدة أهل التوحيد⁽¹⁾، وله منح الجليل على مختصر خليل، وحاشية على شرحه، وقد طبع مرات عدة، أكثرها تداولاً طبعة دار الفكر ببيروت سنة 1989م، وقد جاءت في تسعة أجزاء.

ثامنا - السيناوني⁽²⁾:

هو الشيخ حسن ابن الحاج عمر بن عبد الله السيناوني الغدامسي المالكي، ولد سنة 1288هـ، وتوفي سنة 1353هـ، نبغ في القراءات والتجويد حتى صار من شيوخ الإقراء المشهورين بجامع الزيتونة، ويكفيه فخرا أن أبرز علماء تونس وليبيا والجزائر درسوا على يديه، أشهرهم العلامة عبد الحميد بن باديس، المتوفي سنة 1358هـ-1940م، باني النهضة العلمية والفكرية في الجزائر.

تنحدر أصوله من بلدة سيناون بأقصى الغرب الليبي، وقد كان حاد الذهن مفرط الذكاء، تلقى علومه الأولى في زاويتها، ثم رحل مع والده صبيا إلى تونس، وانخرط في سلك تلامذة الزيتونة، حتى وصل فيها إلى أعلى الرتب العلمية، ثم رجع إلى بلده، وتصدر للتدريس بالزاوية التي تعلم فيها، لكنه سرعيا ما عاد إلى تونس، وبها سمي مدرسا، ولمدة أربعين سنة، حتى أصبح معدودا من الطبقة العليا في علوم القراءات بالزيتونة، كما تولى بها القضاء وإمامة جامع الزيتونة.

وقد ترك كتبا نادرة تدل على مكانته العلمية، هو في بعضها من الأوائل غير المسبوقين، منها الكواكب الدرية في إعراب الشاطبية، ومنح الفتاح في فتح أبواب تلخيص المفتاح، وهو في علم البلاغة، وإثارة السالك على إيضاح الألفية المرصع بكافية ابن مالک، وله في علم الأصول الأصل الجامع لدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع، ومواهب الجليل في تطبيق ما جرى به القضاء والعمل على معاملات مختصر الفتوى لخليل، ويبدو أنه جمع لفتاويه المتعلقة بباب المعاملات وما جرى عليه العمل في القضاء بشأنها أثناء توليه له بتونس، والتي اعتمد فيها على مختصر خليل، وقد نشرت المطبعة الفنية بتونس هذا

1- ناصر الدين الشريف: الجواهر الإكليلية، ص300.

2- للترجمة له أنظر جمعة الزريقي: العلامة الكبير الشيخ حسن بن عمر السيناوني وكتابة الكواكب الدرية في إعراب الشاطبية، ص417-449. علي افريو: اسهامات اللببيين في أصول الفقه المالكي، ص11.

الكتاب سنة 1930م، فحاء في 266 صفحة، وتناثرت نسخه في مكتبات العالم، ولأنه لم يُعد طبعه فهو بالتأكيد في حاجة إلى إعادة نشر بعد بحث عن مخطوطاته.

تاسعا- الفطيسي(1):

هو محمد بن محمد الفطيسي، فقيه مالكي جليل مؤلف، ولد بزليتن في أوائل القرن الرابع عشر الهجري، وتوفي سنة 1310هـ عن سن تناهز المائة، أخذ علومه الأولى عن آل بيته، ثم التحق بمدرسة تاجوراء، ثم رجع إلى زليتن، وبها تولى التدريس بزاوية آل الفطيس، له تآليف مفيدة، تدل على غزارة علمه، منها منظومته الفقهية التي جمع فيها ما ذكره خليل في مختصره، وزاد عليه فوائد كثيرة، وسماها "الضوء المنير المقتبس في مذهب الإمام مالك بن أنس"، وهي أرجوزة طويلة، تشمل على 2421 بيتاً(2)، ولأنها نالت إعجاب أهل العلم بطرابلس، فقد شرحها المؤلف في مجلدين، ولكن أكثرهما ضاع، وله أيضا منظومة في التوحيد، وأخرى في النحو، شرح كلا منهما شرحا مفيدا(3).

عاشرا- علماء آخرون:

عرض لنا أثناء البحث جهود علماء آخرين غير من ذكروا، كانت لهم شروح وتعليق على المختصر، ولكن لم يتوفر لنا قدر كاف من المعلومات عن سيرتهم وأعمالهم، ولذا نكتفي بسرد ما توفر لنا عنهم على قلته، وهم:

- بركات بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب الطرابلسي، المتوفي سنة 980هـ، فقيه صالح وعلامة مفتي، له المنهج الجليل في شرح مختصر خليل، في أربعة أسفار(4)، توجد منه نسخة مخطوطة في مكتبة جامعة بنغازي تحت رقم 849(5).

- كريم الدين عبد الكريم البرموني المصراقي المالكي المصري، إمام محدث وفقيه نبيه، ترجم لنفسه في كتابه روضة الأزهار في مناقب شيخه عبد السلام بن سليم الطرابلسي، ولد بمصر سنة 893هـ، وتوفي سنة 998هـ، تلقى تعليمه الأولي ببلده، ثم ارتحل إلى مصر، فأخذ عن الأخوين اللقائين، كما أخذ عن الشيخ عبد السلام الأسمر، له شرح على المختصر في مجلدين كبيرين(6).

1- ممن ترجم له الطاهر الزاوي: أعلام ليبيا، ص354.

2- محمد الفطيسي: الضوء المنير المقتبس في مذهب الإمام مالك بن أنس، ص3.

3- المصدر السابق: ص7.

4- ناصر الدين الشريف: الجواهر الإكليلية، ص166، التنبكي: نيل الابتهاج، ص102، محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ص279، الطاهر الزاوي: أعلام ليبيا، ص2112.

5- الحبشي: جامع الشروح والحواشي، ص1602.

6- محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ص281، التنبكي: نيل الابتهاج، ص226، ناصر الدين الشريف: الجواهر الإكليلية، ص177-178.

- أبو عبد الله محمد بن أحمد الطرابلسي المغربي المالكي، المعروف بابن الإمام، المتوفى سنة 1083هـ، له شرح على المختصر، ومع أنه شرح حافل لكنه غير كامل⁽¹⁾.
- أبو عثمان سعيد الشرف الطرابلسي، المتوفى سنة 1112هـ، له باع طويل في إلقاء مختصر خليل، فقد كان له بجامع الزيتونة درس كل يوم بعد صلاة العصر، وكانت قراءته للمختصر قراءة تحقيق⁽²⁾.
- أبو عبد الله محمد بن حسين الدرناوي التونسي، المتوفى سنة 1199هـ، له تقارير على شرح الزرقاني للمختصر⁽³⁾.
- محمد بن عبد الرزاق بن عبد الرحمن البشتي، المتوفى سنة 1310هـ، مفتي الزاوية، تولى التدريس بها، وقرأ الشرح الكبير على خليل بحاشية الدسوقي سبع عشرة مرة⁽⁴⁾.
- عبد الحفيظ بن محمد بن عبد الحفيظ، المتوفى سنة 1315هـ، من علماء زليطن، كان يدرّس مختصر خليل، وقد ختمه أربعاً وعشرين مرة⁽⁵⁾.

المبحث الثاني

جهود اللببيين المعاصرين في خدمة مختصر خليل

ربما يظن البعض أن خليلاً ومختصره قد صاروا من الماضي، فيزعم أن زمن المختصرات ولى، وأن الاهتمام بخليل قد انقضى، ولكن البحث المتأن يكشف لنا زيف هذا الوهم ومقدار خطئه، فالمطابع لا تزال تلقي إلينا بالكثير من الدراسات حول هذا المختصر، حتى كاد أن يصبح فرعاً علمياً بذاته، وأقلام الكتاب لا تزال تسبح بالخبر مدراراً في دراسات حوله وحول شروحه، فهذا يحقق المختصر أو أحد شروحه، وذلك يجري دراسة نقدية لأحد شارحي المختصر، وذاك يستخرج منه قواعد وتطبيقات، وهذا يبحث عما فيه من مقاصد وتعليقات، وغيره يبحث ويحلل ويعلل اختيارات خليل أو أحد شراح مختصره في باب فقهي معين، فكل أخذ من المختصر بطرف، ينظر إليه منه، أما الدروس والمحاضرات فهي من الكثرة بحيث يصعب عدّها ويصعب استقصاؤها وحصرها.

1- البغدادي: هدية العارفين، ج2، ص293، ناصر الدين الشريف: الجواهر الإكليلية، ص191.

2- ناصر الدين الشريف: الجواهر الإكليلية، ص204.

3- محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ص350، ناصر الدين الشريف: ص247.

4- ناصر الدين الشريف: الجواهر الإكليلية، ص308.

5- المصدر السابق: ص319.

- ومما صدر من كتب حول المختصر حديثا وشروحه، ومن دراسات كان أساسها المختصر في السنوات الستة الأخيرة فقط، وإن كانت كلها صدرت عن كتاب غير ليبين، ما يلي (1):
- بحجة البصر في تقريب مسائل المختصر (2).
 - لوامع الدرر في هتك أستار المختصر (3).
 - الدرر في شرح المختصر (4).
 - كشف المصطلحات الفقهية من خلال مختصر خليل بن إسحاق المالكي (5).
 - المدخل إلى مختصر خليل (6).
 - حاشية الإمام شرف الدين الطخيجي على مختصر خليل (7).
 - أجوبة الرماصي على أسئلة بركة التطواني فيما أشكل عليه من كلام مختصر خليل وبعض شروحه (8).

- فتح الفتاح شرح مختصر خليل في الفقه المالكي (1).

- 1- هذا السرد لا يشمل رسائل الماجستير والدكتوراه التي أعدت تحقيقا لشروح المختصر، ولا على المقالات والأبحاث المتعلقة به، ولا على شروحه المعاصرة، لأننا لو تتبعناها لخرج البحث عن سياقه وتضخم، فيصبح السرد أكبر حجما من جوهر البحث، وهذا ما تكشف لي عندما عزمت على حصر ما ألف من كتب حول هذا المختصر في العشرين سنة الأخيرة، فواجهتني كمية هائلة من الكتب، عجزت عن متابعة عناوينها فضلا عن متابعتها هي ذاتها.
- 2- وضعه أحمد معزوز أستاذ الفقه وأصوله بالجزائر، وهو شرح مبسط شرع في إصداره على شكل سلسلة سنة 2019م.
- 3- وهو شرح ضخمة للمختصر، جاء في 15 مجلد، وضعه محمد بن محمد بن سالم المجلسي الشنقيطي، ونشرته سنة 2015م دار الرضوان بنواكشوط.
- 4- وهو شرح وضعه بهرام بن عبد الله الدميري، تلميذ العلامة خليل، وقد طبع بمأمله شفاء العليل في حل مقفل خليل لمحمد بن أحمد بن غازي، والكتاب في خمس مجلدات، وبدراسة وتحقيق حافظ بن عبد الرحمن خير وأحمد بن عبد الكريم نجيب، وقد نشرت وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة قطر طبعته الأولى سنة 2014م.
- 5- وضعه محمد المصلح، ونشره سنة 2014م مركز البحوث والدراسات في الفقه المالكي والرابطة المحمدية للعلماء بالرباط.
- 6- وسماه كاتبه بشير ضيف بن أبي بكر الجزائري أيضا "سلوة المشتاق في الكلام عن خليل بن إسحاق"، وقد نشرته دار ابن حزم ببيروت سنة 2015م.
- 7- حاشية لموسى بن ميمون الطخيجي، نشرتها دار ابن حزم ببيروت سنة 2020م، بتحقيق ودراسة جمال بن مسعود حاروش.
- 8- وقد نشرته سنة 2015م دار ذاكرة الأمة بالجزائر، بتحقيق عبد الفتاح مغفور وعبد الباسط صيد.

- تصحيح متن المختصر والتعليق عليه بما تيسر⁽²⁾.

- مختصر خليل في التراث الفقهي المغربي خلال القرنين 11 و 12 الهجريين⁽³⁾.

- فتح الرب اللطيف في تخريج بعض ما في المختصر من الضعيف⁽⁴⁾.

هذا بعض ما كتب عن المختصر مؤخرًا، وهو يدل على بالغ العناية به، لاسيما في المغرب العربي، ففي كل ستة أشهر تقريبًا يخرج علينا مؤلف عنه، يكون غالبًا ذا أجزاء، يتناول طرفًا من مسأله وجوانبه، فلو قدرنا أن عمر المختصر يقارب الآن سبعة قرون، وأضفنا لتعدادنا ما كتب عن حواشيه وتعليقاته، وما لا يزال منها مجهول المؤلف أو غير محقق وكذلك الرسائل العلمية التي تناولت المختصر وما تعلق به من شروح وحواشي، وتلك الدروس المكتوبة والمسجلة على مواقع الشبكة العنكبوتية والقنوات الفضائية عنه لبان لنا ضخامة العناية به، حتى لأننا لن نكون مبالغين إذا قلنا أنه يحتاج إلى إفراده بفرع علمي يختص به⁽⁵⁾. هذا في غير بلادنا، فما هو الحال عندنا؟

لقد بذل المعاصرون من أهل بلدنا جهودًا في العناية بهذا المختصر تمثلت في:

أولاً- نشر المختصر:

كثيرة هي النسخ المنشورة لهذا المختصر، كذفت بما إلينا المطابع ودور النشر، في شرق العالم الإسلامي وغيره، بعضها يدعي من وضع اسمه عليه أنها من مراجعته أو تصحيحه، وبعضها جاء خالياً من هذا، بل حتى لم يدون على غلافه اسم الدار التي نشرته، وهذا مرجعه إلى كثرة تداول الكتاب بين طلبة العلم في المركز العلمية كالأزهر والزيتونة والقرويين وغيرها، مما دعا البعض لاستثمار ذلك تجارياً، دون أن يولي قدراً من الاهتمام لصحة ما ينشره.

=

- 1- لأبي علي الحسن بن رجال المعداني، وقد تولى تحقيقه محمد العلمي وآخرون، ونشرته سنة 2020م الرابطة المحمدية للعلماء بالمغرب، وجاء في 70 مجلداً.
- 2- وقد وضعه ألب ولد المصطفى، ونشرته سنة 2015م دار ابن حزم ببيروت.
- 3- ألفه سفيان ناول، ونشرته سنة 2019م دار إفريقيا الشرق بالرباط.
- 4- وضعه سنير الأرواني، وحققه رمضان محمد النيفرو، ونشرته سنة 2016م دار ابن حزم ببيروت.
- 5- ذكرت منذ قليل أن بعضهم أوصل ما كتب على المختصر من دراسات إلى 1750، وأنداك دهمي طائف أن هذا العدد مبالغ فيه في الكثرة، وأنا هنا يدعيني غيره، وعكسه تماماً، وقد صار بعد ذلك يقينا، لأقول أن ذاك ما أنصف لا خليلًا ولا مختصره، فتقديره يبدو لي إلى القلة أقرب، لكثرة ما رأيته من دراسات حول هذا المختصر.

ولعل من المثير ذكر أن أول نشر للمختصر كان على يد غير عرب وغير مسلمين، فقد نشر مطبوعا بالعربي ومعه ترجمة فرنسية بباريس سنة 1848م باعتناء المستشرق سنيات Seignette، وطبع بالفرنسية في باريس بأمر من الحكومة الفرنسية، وبإشراف من وزارة الدفاع⁽¹⁾، فجاء في ستة مجلدات، حوت المختصر وتعليقات نيكولا بيرون Nicolas Perron⁽²⁾، وطبع في الجزائر بين عامي 1889 و1908م، كما قام الأستاذ المستشرق فانان Fagnan بوضع فهرسة لمحتوياته، وطبع مع ترجمة إيطالية وشروح في ميلان سنة 1919م بعناية جويدي Guede وستيليانا، وهناك ترجمة حديثة أعدّها سنة 1956م و1962م بوسكيه Bousquet بعنوان (خليل بن إسحاق: مختصر الفقه الإسلامي على مذهب الإمام مالك)⁽³⁾.

ومع أنه يصعب تحديد أول طبعة بالعربية لهذا المختصر، لأن كثيرا من طبعاته القديمة جاءت خالية من بيان من طبعها فضلا عن تاريخ طبعها، ولكن يبدو أن أولها قد ظهر في مصر سنة 1293هـ الموافقة لسنة 1876م، وقد نشرتها مطبعة بولاق بالقاهرة، وجاءت في 312 صفحة، كما ظهر للمختصر بفاس طبعات عدة، أقدمها ما ظهر سنة 1301هـ (1884م)، وسنة 1322هـ (1904م)⁽⁴⁾.

ومع هذا فيبدو أن الطبعة التي نشرها الشيخ العلامة الطاهر أحمد الزاوي⁽⁵⁾ قد لاقت قبولا وانتشارا أكثر من أي طبعة أخرى، فشاعت بعده في مواقع الشبكة العنكبوتية، وتداولت دور النشر إعادة طبعها مرات

1- مما يؤكد أمر الحكومة الفرنسية بترجمة مختصر خليل ما نسبته العلامة السباعي رحمه الله للمستشرق الفرنسي سيدو (Sedillot) أنه قال: "المذهب المالكي هو الذي يستوقف نظرنا، لما لنا من صلات بعرب إفريقية، ولذا عهدت الحكومة الفرنسية إلى الدكتور نيكولا بيرون أن يترجم إلى الفرنسية المختصر في الفقه للخليل بن إسحاق". مصطفى السباعي: من روائع حضارتنا، ص90.

2- وقد جاء معنونا بالعربي كما يلي: "المختصر في الفقه على مذهب الإمام مالك بن أنس لخليل بن إسحاق بن يعقوب المالكي"، وبالفرنسية كما يلي: Précis de jurisprudence musulmane suivant le rite malékite par sidi Khalil

وجاء في صفحة العنوان بالعربي أنه "طبع في مدينة باريز المحروسة بالمطبع السلطاني المعمر سنة 1272هـ المطابقة لسنة 1855م من ميلاد المسيح"، وبالفرنسي، Publié par les soins de la société asitique, deuxième tirage, l'imprimerie imperial, Paris, 1855.

ينظر في هذا عبد السلام أحمد فيغو: أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي، ص20-21.

3- ابن زيدان البوصادي: تحريم نهب أموال المعاهدين للنصارى، ص181.

4- مختصر خليل <http://islamspedia.com/>

5- عالم مؤرخ فقيه مفتي مناضل من أجل وطنه، ولد سنة 1890م بقرية الحرشا بالزاوية بأقصى الغرب الليبي، وتلقى بها علومه الأولى في اللغة والفقه والقرآن، وفي شبابه شارك في الجهاد ضد الغزو الإيطالي في معارك عدة، أشهرها الهاني في 1911/10/2م، ثم سافر إلى مصر لتلقي العلوم الشرعية بالأزهر، فحصل على الشهادة العلمية سنة 1938م، وفي الأثناء شغل بكتابة مقالات دينية وسياسية في صحف مصرية، عرض فيها معاناة الليبيين ونضالهم ضد الطليان، ولمعارضته للنظام

عديدة، حتى أصبحت مشاعا بين أهل العلم، وقد جاءت في 277 صفحة، مشكولة كل حروف الكلمات في أغلب الطبقات، وقد سبق أصل النص بترجمة قصيرة جدا ومنقولة لخليل، لم تتجاوز صفحة ونصف، وألحق بفهرس تفصيلي للأبواب والفصول، وقد جاء عنوان الكتاب على غير ما وضعه مؤلفه، وذلك كما يلي: "مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه للعلامة الشيخ خليل بن إسحاق المالكي"، صححه وعلق عليه الشيخ الطاهر أحمد الزاوي.

وقد حلّى الشيخ الزاوي المختصر بتعليقات مختصرة كالمختصر نفسه، لم يتجاوز بعضها كلمات معدودة، بلغ عددها 523 تعليقا، وقد جاء أغلبها بيانا لمعاني كلمات في اللغة، وقليل من شرح اصطلاحات فقهية، وأقل منها أصولية، مع التمثيل لبعض ما أغفل خليل ذكر أمثلة عليه، وتفسير لبعض العبارات التي ظن الزاوي حاجتها لاستجلاء معانيها وشرحها، مع بعض إشارات إلى أقوال فقهية يحتاجها ضبط معنى المختصر، وإيضاحات وتعليقات لمسائل فقهية، ونسبة أقوال لمن صدرت عنهم من فقهاء المالكية، وبيان بعض الأحكام الفقهية التي يحتاج المطلع على المختصر، ومراعاة لنهج الاختصار كان الزاوي يصدر تعليقه بقوله: أي... كذا، أو يعني... كذا، دون أن يشير إلى مصادره في ذلك، إلا في مواضع أربعة، هي:

- ص 28 تعليق رقم 48، وفيه قال: راجع الزرقاني على الموطأ.
- ص 81 تعليق رقم 185، وفيه أحال على النسائي.
- ص 102 تعليق رقم 233، وفيه أحال على المدونة، وكذلك فعل في التعليق رقم 344، والذي ورد في ص 160.

- ص 239 تعليق رقم 474، وفيه أحال القارئ على الموطأ.

وكما نلاحظ هذه الإحالات على قلتها لا تجدي شيئا، وهي أقرب إلى التجهيل والتعمية على القارئ من إفادته بما يرغبه، إذ لم يبين لهذه المصادر ما تقتضيه أصول التوثيق، من جزء وصفحة وطبعة وناشر ومحقق وغير ذلك، زد على هذا أن تلك التعليقات يخالها المطلع عليها ما وضعت إلا لتعين على الحفظ لا الفهم، وفوق هذا لم يذكر الزاوي شيئا عن النسخة التي صحح عليها المختصر، وهي واحدة أم أكثر، وهل هي مخطوطة أم مطبوعة، وعلى كل حال هذه الهنات يشفعها للشيخ الزاوي تبحره في علوم العربية والعلوم الشرعية، وسعة اطلاعه على مدوناتها، فهو مفتي ليبيا في زمانه، وأحد أهم مؤرخي ليبيا وعلماء العربية فيها، ولكنه في

=

الملكي ظل في مصر، وبعد عام 1969م عين مفتيا للبلاد، وقد ترك مؤلفات عديدة في التاريخ والفقه واللغة، منها جهاد الأبطال في طرابلس، وعمر المختار، وأعلام ليبيا، وتاريخ الفتح العربي في ليبيا، ومعجم البلدان الليبية، وجهاد الليبيين في ديار الهجرة، ومختار القاموس، وترتيب القاموس، والكشكول، وقد توفي سنة 1986م. رجعنا في هذه الترجمة إلى الدراسة القيمة التي اعدها عن الشيخ د. محمد مسعود جبران: "الشيخ الطاهر الزاوي 1890-1986م ترجمته وآثاره"، ونشرها كمقدمة لكتاب أعلام ليبيا، ص 7-40.

الحقيقة لم يكن يكتب لنفسه، بل لمبتدئ في العلم مثلي، وقد كان من حقه عليه أن يبين له مصادره فيما كتب.

وعلى كل يبدو لنا عمل العلامة الزاوي موقفاً وجليلاً، بدليل انتشاره بين محبي خليل ودارسي مختصره، وأنه لم يؤخذ عليه ما يعيبه من خطأ في التصحيح ولو في ضبط حرف بالشكل، ولا في التعليق، ولا في طباعة المختصر، مع كثرة من رجع إليه، إما دراسة، أو عند تحقيقه لبعض حواشيه، ومع أنني عثرت على نسخ عدة مخطوطة من هذا المختصر في مكتبة جامعة بنغازي، مما أوحى لي يوماً بالعزم على تحقيق هذا الكتاب الجليل، ولكنني بعد تمحيص رأيت أن المختصر لم يعد حتى بحاجة إلى تحقيق، فكثرت نسخه المخطوطة والمطبوعة، وحفظه من قبل الكثرة عن ظهر قلب هو ما يحفظه، فالمختصر يحفظ نفسه من العبث بنفسه، بل ويحفظ شروحه كذلك، وهو محفوظ في الصدور قبل أن يحفظ كتاباً.

ثالثاً- تحقيق شروح المختصر:

ما أكثر من نال درجة علمية من وراء خليل وشروح مختصره، فأفادوا وأخرجوا للأمة شيئاً من تراثها العلمي، واستفادوا بحصولهم على تلك الدرجات العلمية، ومن هؤلاء بعض من أبناء ليبيا، حيث تقدموا برسائل علمية عن تحقيق الكتب الآتية:

- البيان والتكميل شرح مختصر خليل لأحمد حلولو، لإبراهيم مفتاح الصغير، في رسالة ماجستير تقدم بها سنة 2006م إلى كلية الشريعة والقانون بالجامعة الأسمرية، عن تحقيقه للكتاب من باب رفع الحدث وحكم الخبث إلى نهاية باب النوافل والفضائل والسنن في الصلاة، وأحمد عمران الكميتي، في رسالة ماجستير تقدم بها سنة 2007م إلى ذات الكلية عن تحقيقه للكتاب من باب أحكام صلاة الجماعة إلى نهاية باب الاعتكاف.

- شرح الحضيري على مختصر خليل لعلي بن أبي بكر الحضيري، المتوفي سنة 1061هـ، لمحمد علي الجنقة، حيث تولى سنة 2008م دراسة وتحقيق الكتاب من أول باب الذكاة إلى أول باب الجهاد، في رسالة ماجستير تقدم بها إلى كلية الشريعة والقانون بالجامعة الأسمرية، وتولى آخرون تحقيق أجزاء أخرى منه في رسائل تقدموا بها إلى قسم الدراسات الإسلامية بكلية الآداب بجامعة المرقب، فقام فرج رمضان مفتاح الشبيلي سنة 2007م بالتحقيق بداية من باب الجهاد إلى نهاية فصل (ولمن كمل عتقها فراق العبد)، وقام علي عبد الله غلبون، سنة 2008م بالتحقيق من فصل الرجعة إلى آخر الحضانة، وحقق عزالدين ناصر حسين الأمين الكتاب سنة 2008م من نهاية الجزء الأول إلى باب الحج، وتولى محمد عبد السلام الدعبوش سنة 2008م التحقيق من باب ينعقد البيع إلى نهاية فصل باب أسباب الحجر، وتولى إبراهيم علي قناو، سنة 2007م تحقيق باب الطهارة، وجمعة عيد مفتاح الشف التحقيق سنة 2011م من بداية باب الصلح إلى نهاية باب المساقاة، وخليفة المبروك عبد الله الفقيه عن رسالة الماجستير التي تقدم

بها سنة 2007م إلى كلية الآداب بتهونة- جامعة المرقب عن تحقيقه للكتاب من فصل صلاة الجماعة إلى فصل صلاة الاستسقاء.

- شرح الشبرخيتي على مختصر خليل لإبراهيم بن مرعي بن عطية الشبرخيتي (ت1106هـ)، حيث تقدمت زينب مسعود محمد المرادي إلى قسم الدراسات الإسلامية بكلية الآداب بجامعة طرابلس برسالة ماجستير عن دراسة وتحقيق للكتاب من فصل قضاء الفئات وترتيب الحواضر والفوائت في أنفسها حتى نهاية فصل في حكم صلاة النافلة، وامهيدي سعد نجم برسالة ماجستير سنة 2009م إلى قسم الدراسات الإسلامية بكلية الآداب بجامعة المرقب عن دراسة وتحقيق للشرح بداية من فصل فرائض الصلاة إلى نهاية فصل في الغسل، وتولى علي حسين أبو راس تحقيق ذات الكتاب في رسالته للماجستير التي تقدم بها سنة 2009م لذات القسم من بداية كتاب الصلاة إلى نهاية فصل في القيام وبدله، وحاتم أحمد انديشة المصراطي عن تحقيقه في ذات الجامعة سنة 2014م للكتاب من بداية باب الزكاة إلى نهايته.

- شرح الخرشبي على مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن علي الخرشبي المتوفي سنة 1101هـ، في رسالة ماجستير قدمها سنة 2010م فؤاد عثمان محمد شرف إلى قسم الدراسات الإسلامية بكلية الآداب بجامعة طرابلس.

- حاشية الرماصي على التثائي لمختصر خليل، حيث حقق منها أبو بكر أحمد عبد الكافي من أول باب الزكاة إلى نهاية باب النكاح في رسالة ماجستير قدمها سنة 2008م إلى قسم الدراسات الإسلامية بكلية الآداب بجامعة المرقب.

- تيسير الملك الجليل لجمع الشروح وحواشي خليل للشيخ سالم بن محمد السنهوري المتوفي سنة 1015م، رسالة ماجستير مقدمة لقسم الدراسات الإسلامية بكلية الآداب بجامعة المرقب سنة 2010م من طرف محمود حافظ علي الصول، لتحقيق الكتاب من بداية كتاب الزكاة إلى نهاية باب الأضحية، بينما تولى محمد أحمد أبو مزيريق الفقيه في رسالة الماجستير التي قدمها سنة 2010م إلى كلية الشريعة والقانون بالجامعة الأسمرية تحقيق الكتاب من بداية فصل بيع الخيار إلى نهايته، وتولى سليمان إبراهيم محمد اشتوي في رسالة قدمها لذات الجامعة سنة 2013م التحقيق من أول فصل المراجعة إلى نهاية فصل المقاصة.

- فتح الرب اللطيف في تخريج بعض ما في المختصر من الضعيف للقاضي سننير الآرواني، في رسالة ماجستير قدمها رمضان محمد النيفرو سنة 2010م إلى قسم الدراسات الإسلامية بكلية الآداب بجامعة المرقب.

- فتح الجليل في حل ألفاظ جواهر درر خليل لمحمد بن إبراهيم التثائي المتوفي سنة 942هـ، حيث تقدم سنة 2015م عبد الرحمن الطيب محمد دراه برسالة ماجستير لكلية الشريعة والقانون بالجامعة

الأسمرية عن تحقيق للكتاب، بينما تولى وليد صالح علي عليه تحقيق الكتاب من بداية باب الدماء إلى نهاية باب القذف في رسالة الماجستير التي قدمها سنة 2015م إلى كلية الآداب بجامعة المرقب.

- الشرح الكبير على مختصر خليل لبهرام الدميري، وقد تعاون على تحقيقه عدد من الطلبة في رسائل علمية قدموها، وهم ناجي محمد الصادق كشلاف في رسالة دكتوراه قدمها لكلية الآداب بجامعة المنوفية سنة 2014م عن تحقيقه من بداية باب الشركة إلى نهاية باب المساقاة، وأحمد عبد الحميد محمد عن تحقيقه من باب الإجارة إلى نهاية باب القذف في رسالة الدكتوراه التي قدمها لذات الجامعة، وأحمد عمر الهجينة عن تحقيقه سنة 2003م من أول الكتاب حتى فصل ستر العورة في رسالة ماجستير قدمها لجامعة أم درمان الإسلامية بالسودان، ولذات الجامعة قدمت رسائل ماجستير من طرف إبراهيم علي كشيدان عن تحقيقه سنة 2009م من أول باب الزكاة حتى بداية باب الأيمان والنذور، وعلي الشيباني عن تحقيقه للكتاب من بداية باب الأيمان والنذور حتى بداية باب الجهاد، وخالد محمود الصديق قراب عن تحقيقه سنة 2010م من بداية باب الجهاد حتى بداية باب النكاح، وعلي عبد الله بن غلبون في رسالته للدكتوراه المقدمة منه لذات الجامعة سنة 2112م عن تحقيقه من بداية باب البيوع إلى آخر باب الخيار، وفرج علي عبد الله جوان من أول فصل ستر العورة إلى نهاية باب الحج في رسالة للدكتوراه التي قدمها سنة 2005م إلى جامعة بيروت الإسلامية.

ثالثاً- الدراسات حول المختصر:

قليلة هي الدراسات التحليلية والنقدية والمقارنة التي أجريت حول هذا المختصر، فشغل أهل العلم انصب حول تحقيق شروحه وحواشيه، ولذا لم أعر على دراسة متخصصة عليه إلا بحث صغير عن "القول الضعيف في مختصر خليل -باب البيع انموذجاً"، جاء في 12 صفحة، أعده الدكتور مصطفى عمران رابعة، عضو هيئة التدريس بالجامعة الأسمرية، ونشرته مجلة تلك الجامعة في عددها السادس عشر، الصادر في شهر يونيو 2016م، عرض فيه كاتبه في عجالة لظاهرة المختصرات في الفقه المالكي ما لها وما عليها، وعرج بالتعريف على مختصر خليل، مبينا أهميته وما استدركه عليه بعض شراحه من مسائل جاء فيها بالقول الضعيف، مخالفا ما التزم به من أنه وضعه "مبينا لما به الفتوى"⁽¹⁾، ثم فصل الباحث تلك المسائل التي اعتمد فيها خليل في مختصره في باب البيع بالقول الضعيف، والبحث على صغر حجمه له من الأهمية مكان، لأنه يتعرض لتحليل منهجية خليل في مختصره ونقدها.

وغير هذا لم أعر إلا على بعض الدراسات تناولت، وإن بصورة غير مباشرة أو بشيء من العموم، لجوانب من الفقه الخليلي، منها بحث أعده عادل إبراهيم المحروق من قسم الدراسات الإسلامية بكلية الآداب بجامعة غريان -الأصابع، عن منهج الخطاب في كتابه مواهب الجليل، نشرته مجلة الجامعة الأسمرية

1- الطاهر الزاوي: مختصر خليل، ص 7.

في العدد الخاص (2) الصادر في 2019م، والذي خصصته لجهود العلماء الليبيين في خدمة المذهب المالكي في القديم والحديث، وجاء في 36 صفحة، وفي ثلاثة مباحث، عُرض في أولها سيرة الخطاب الشخصية والعلمية، مع التعريف بكتاب مواهب الجليل، وفي ثانیها تم تناول أسلوب الخطاب في الشرح والتوثيق ومنهجه في عرض المسائل ومسلكه في بيان الخلاف والترجيح، وفي ثالثها مسلك الخطاب في عرض الخلاف والترجيح، والبحث جيد ويستحق الإشادة به لما فيه من تحليل وجودة عرض وتوثيق.

الخاتمة

بعد هذه الرحلة مع خليل ومختصره الفقهي، يمكننا أن نخرج ببعض الثمار، نراها تتمثل في الآتي:

- لقد قدمت ليبيا للمذهب المالكي رجالا من مشاهير علمائه، تنوعت ضروب خدمتهم لهذا المذهب دراسة وتدریسا وتحشية ونظما، مع قلة ذكرهم في كتب التراجم، وشح المعلومات عنهم.
- أسهم الليبيون منذ القدم في التصنيف والتأليف ولهم مشاركات في خدمة مختصر خليل، حيث ضرب علماء ليبيا المثل في العناية به من خلال ما تركوه من مصنفات فقهية على هذا المختصر، نالت استحسان غيرهم، ولم يكونوا فيما كتبه عالة على غيرهم من غير أن تكون لهم إضافة أو نقد أو بيان.
- ازدادت العناية في قرننا هذا بتحقيق شروح المختصر، وخرجت علينا رسائل علمية، تتناول بالدراسة بعضها منها، وإن كان هذا عملا فرديا، يعوزه في الغالب تنسيقه مع غيره، ينتهي أثره بتحصيل معده على الدرجة العلمية، فيؤاد جهده ويطويه النسيان.
- الواجب الاهتمام بالتراث الفقهي الذي تركه الأسلاف وإخراج كنوزه بتحقيقه ونشره وتنسيقه، وخاصة أن تطور وسائل النشر التقنية لم يترك لأحد عذرا إلا التحجج بانعدام الإرادة أو سوء الإدارة.

ثبت المصادر

- ابن إسحاق المالكي، خليل، مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة إمام مالك بن أنس رضي الله عنه للعلامة، صححه وعلق عليه: الطاهر أحمد الزاوي، بيروت: دار المدار الإسلامي، ط2، 2004م.
- افریو، علي محمد فرج، اسهامات الليبيين في أصول الفقه المالكي، مجلة الجامعة الأسمرية، عدد خاص (2) 2019م، عن جهود العلماء الليبيين في خدمة المذهب المالكي في القديم والحديث.
- الأنصاري، أحمد، المنهل العذب في تاريخ طرابلس الغرب، طرابلس - ليبيا: مكتبة الفرجاني، 1970م.
- بدر الدين القرافي، محمد بن يحيى بن عمر، توشیح الديقاح وحلية الابتهاج، تحقيق: علي عمر، القاهرة: مكتبة الثقافة الدينية، 2004م.

- البرنسي الفاسي، أحمد بن محمد، المعروف بزروق، شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، اعتنى به وكتب حواشيه: أحمد فريد المزيدي، بيروت: دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1427هـ/2006م.
- البغدادي، إسماعيل بن محمد، هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، استنبول- تركيا: مطبعة وكالة المعارف.
- الترجمان، رافع عبد الهادي الصغير، جهود الإمام الخطاب في إثراء المذهب المالكي، مجلة الجامعة الأسمرية، عدد خاص (2)، 2019م، عن جهود العلماء الليبيين في خدمة المذهب المالكي في القديم والحديث.
- التليدي، عبد الله بن عبد القادر، المطرب بمشاهير أولياء المغرب، المغرب: دار الأمان، ط4، 1424هـ/2003م.
- التنبكتي، أحمد بابا، كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج، تحقيق: محمد مطيع، المغرب: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، 2000م.
- التنبكتي، أحمد بابا، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، تحقيق: عبد الحميد عبد الله الهرامة، طرابلس- ليبيا: كلية الدعوة الإسلامية، 2000م.
- التومي، انتصار المهدي، دور علماء ليبيا في نشر المذهب المالكي من القرن العاشر إلى بدايات القرن الخامس عشر الهجري، مجلة الجامعة الأسمرية، عدد خاص (2)، 2019م، عن جهود العلماء الليبيين في خدمة المذهب المالكي في القديم والحديث.
- جبران، محمد مسعود، الشيخ الطاهر الزاوي 1890-1986م ترجمته وآثاره"، ونشرها كمقدمة لكتاب أعلام ليبيا للطاهر أحمد الزاوي، بيروت: دار المدار الإسلامي، ط3.
- الحبشي، محمد عبد الله، جامع الشروح والحواشيين أبو ظي: المجمع الثقافي، 2004م.
- ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، بيروت: دار الجيل، 1993م.
- الحجوي، محمد بن الحسن الثعالبي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، الرباط: مطبعة إدارة المعارف، 1340هـ.
- الحضيري، أحمد الدردير، المسك والريحان فيما احتواه عن بعض أعلام فزان خلال الفترة ما بين القرن التاسع والثالث عشر الهجري، تحقيق وتقديم: أبو بكر عثمان الحضيري، 2006م.
- الخطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، تحقيق: محمد يحيى بن محمد الأمين الشنقيطي، نواكشوط: دار الرضوان، ط1، 2010م.

- حلولو، أحمد بن عبد الرحمن الزليطني، الضياء اللامع شرح جمع الجوامع، تحقيق: عبد الكريم النملة، الرياض: مكتبة الرشد، ط2، 1999م.
- خشيم، علي فهمي، أحمد زورق والزرقية، دراسة حياة وفكر ومذهب وطريقة، بيروت: دار المدار الإسلامي، ط3، 2002م.
- الخمري، عصام علي مفتاح، محمد بن علي الغرياني وأثره في خدمة المذهب المالكي، مجلة الجامعة الأسمرية، العدد الخاص (2)، 2019م، عن جهود العلماء الليبيين في خدمة المذهب المالكي في القديم والحديث.
- بو ذيات، عبد الصمد، الشيخ زروق الفاسي المصراقي وجهوده في خدمة المذهب المالكي، مجلة الجامعة الأسمرية، عدد خاص (2) 2019م، عن جهود العلماء الليبيين في خدمة المذهب المالكي في القديم والحديث.
- الزاوي: الطاهر أحمد، أعلام ليبيا، بيروت: دار المدار الإسلامي، ط3.
- الزركلي، خير الدين بن محمود، الأعلام، بيروت: دار العلم للملايين، ط15، 2002م.
- الزريقي، جمعة محمود، العلامة الكبير الشيخ حسن بن عمر السيناوي وكتابة الكواكب الدرية في إعراب الشاطبية، طرابلس - ليبيا: مجلة كلية الدعوة الإسلامية، تصدر عن كلية الدعوة الإسلامية، العدد 28.
- ابن زيدان البوصادي، محمد عبد الله، تحريم نهب أموال المعاهدين للنصارى، تحقيق وتقديم: حماد الله ولد سالم، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 2013م.
- السباعي، مصطفى، من روائع حضارتنا، الرياض: دار الوراق للنشر والتوزيع، ط1، 1999م.
- السخاوي، محمد بن عبد الرحمن، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، بيروت: دار الجيل، ط1، 1412هـ / 1992م.
- الشريف، ناصر الدين محمد، الجواهر الإكليلية في أعيان علماء ليبيا من المالكية، عمان - الأردن: دار البيارق، ط1.
- ابن عاشور، محمد الفاضل، ومضات فكر، تونس: الدار العربية للكتاب، 1982م.
- عبد الوهاب، حسن حسني، كتاب العمر في المصنفات والمؤلفين التونسيين، تحقيق: محمد العروسي وبشير البكوش، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط1، 1990م.
- ابن عثمان بن عز الدين بن عبد الوهاب بن عبد السلام الأسمر، عبد السلام، تذييل المعيار، تحقيق: جمعة الزريقي، طرابلس - ليبيا: جمعية الدعوة الإسلامية، ط1، 2007م.
- علي، محمد إبراهيم، اصطلاح المذهب عند المالكية، دبي: دار البحوث والدراسات الإسلامية ودار إحياء التراث، ط1، 2000م.

- ابن العماد الحنبلي، عبد الحي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، بيروت: المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، 1403هـ.
- ابن فرحون، إبراهيم، الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، تحقيق: علي عمر، القاهرة: مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 2004م.
- الفطيسي، محمد، الضوء المقتبس في مذهب الإمام مالك بن أنس، أشرف على تصحيحه وضبطه: الطاهر أحمد الزاوي، مصر: دار الاتحاد العربي، ط1، 1388هـ-1968م.
- الفلاني، صالح المدني، قطف الثمر في رفع أسانيد المصنفات في الفنون والأثر، حيد آباد، 1328هـ.
- فيغو، عبد السلام أحمد، أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي، الدار البيضاء: مطبعة دار الآفاق المغربية، مجلة الحقوق، العدد 14، 2013م.
- الكتاني، محمد بن صالح، تكميل الصلحاء والأعيان لمعالم الإيمان من أولياء القيروان، طبع ذيلًا بالجزء الخامس من معالم الإيمان للديباج، تحقيق: عبد المجيد خيالي، بيروت: دار الكتب العلمية.
- كنون، عبد الله، ذكريات مشاهير رجال المغرب في العلم والأدب والسياسة، بيروت: دار ابن حزم، ط1.
- المحروق، عادل إبراهيم، منهج أبي عبد الله الخطاب في مواهب الجليل، مجلة الجامعة الأسمرية، عدد خاص (2)، 2019م، عن جهود العلماء الليبيين في خدمة المذهب المالكي في القديم والحديث.
- ابن محمد ناصر، محمد بياه، مقدمة مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، تحقيق محمد يحيى بن محمد الأمين اليعقوبي الشنقيطي، نواكشوط: دار الرضوان، ط1، 1431هـ/2010م.
- مختصر خليل <http://islamspedia.com/>
- مخلوف، محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، القاهرة: المطبعة السلفية، 1349هـ.
- ابن مرزوق الحفيد، محمد بن أحمد، المنزاع النبيل في شرح مختصر خليل وتصحيح مسائله بالنقل والدليل، دراسة وتحقيق: جيلالي عشير ومحمد بورنان ومالك كرشوش، الجزائر: مركز الإمام الثعالبي للدراسات ونشر التراث، ط1، 2012م.
- ابن مریم، محمد بن محمد بن أحمد، البستان في ذكر الأولياء والعلماء بتلمسان، الجزائر: المطبعة الثعالبية، 1326هـ/1908م.
- ابن المكناسي، أحمد محمد، الشهير بابن القاضي، درة الحجال في أسماء الرجال، تحقيق: محمد الأحدي أبو النور، القاهرة: دار التراث، ط1، 1391هـ/1971م.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، بيروت: دار صادر.

- الورثياني، الحسين بن محمد، نزهة الأنظار في فضل علم التاريخ والأخبار، (الرحلة الورثيانية)، القاهرة: مكتبة الثقافة الدينية، ط1، مكتبة الثقافة الدينية، 1429هـ/ 2008م.

موقف الإسلام من الآثار¹

إعداد الدكتور: إبراهيم عبدالسلام الفرد .

عضو هيئة التدريس بكلية القانون وكلية الدراسات العليا بجامعة المرقب،
ورئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية القانون جامعة المرقب

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، الذي خلق فسوى، وقدر فهدى، والصلاة والسلام على محمد خير الوري،
والمبعوث رحمة للناس سوى، وعلى آله وصحبه أعلام الهدى، ومن تبعهم بإحسان على المحجة البيضاء.
وبعد:

فإني في هذا البحث أتناول قضية مهمة . وهي موقف الشريعة الإسلامية من الآثار- وقد اختلفت
فيها الأفهام، وانسقت فيها أقوال المفتين على اختلاف مشارهم وأذواقهم، - فكل يدلي بدلوه من بين محرم
ومانع، وبين مبيح بشروط ، ومبيح بلا بقاء ولا شرط، محاولاً استجلاء الحقيقة ومبيناً الحكم الشرعي في
هذه القضية . بحسب اجتهادي . من خلال استقراء المواقف، والنظر في الأدلة المختلفة، فإن كان صواباً
فتتوفيق من عند الله . تعالى . لي، وله الحمد والمنة، وإن كان غير ذلك؛ فمني ومن الشيطان، أعوذ بالله منه .
ولله الحمد في الأولى، ونسأله العفو والمغفرة في الثانية، والرأي يخطئ ويصيب، والله من وراء القصد .

إن اشكالية البحث وإن كانت تحظى باهتمام كبير بين الدارسين، فإن تبيان الحكم الشرعي فيها
من الأهمية بمكان، حيث إن ذلك الحكم قد يترتب عليه حدوث بعض التصرفات غير المسؤولة في الحياة
العامة والخاصة، من قبل بعض المغالين والمفرطين وللخوض في هذا المضمار حاولت جهدي في هذه
الدراسة بيان بعض الأحكام الشرعية حول الموضوع؛ لعلها تكون ذات فائدة للجميع . والله المستعان .
مستخدماً المنهج السردى الاستقرائى .

هذا وقد جاءت خطة هذا البحث حسب التقسيم التالي :

أ . المقدمة . تحدث فيها عن موضوع البحث وأهميته .

ب . تضمن موضوع البحث الحديث عن حكم الآثار في الإسلام من خلال قسمين اثنين:

- تمت المشاركة به في مؤتمر حماية الآثار والمدن التاريخية، بطرابلس / ليبيا . ولم ينشر البحث .

القسم الأول : يشتمل على : تعريف الآثار، وأنواعها المختلفة، وبدء دراستها في العصر الحديث.

القسم الثاني : دراسة الأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وما أثر عن الصحابة رضوان الله عليهم، وما استنبطه الفقهاء من الأحكام المتعلقة بالآثار.

ج . الخاتمة دونت فيها ما توصلت إليه من نتائج. ثم اعقبته بثبت المصادر والمراجع التي اعتمد عليها البحث.

أولاً : القسم الأول : تعريف الآثار، وأنواعها المختلفة، وبدء دراستها في العصر الحديث.

1 . تعريف الآثار: ولتعريف الآثار وتحديد ماهيتها. يجب علينا معرفة المعنى اللغوي للكلمة، وكذا المعنى الاصطلاحي لها.

- المعنى اللغوي: الآثار جمع أثر. وفي لسان العرب¹: "الأثر: بقية الشيء والجمع آثار وأثور، وخرجت في إثره، وفي أثره، أي بعده، وأَثَرْتُهُ وتأَثَرْتُهُ وتأَثَرْتُهُ تبعته أثره".

و في التعريفات الفقهية² له ثلاثة معان. الأول: بمعنى النتيجة وهو الحاصل من الشيء، والثاني: بمعنى العلامة، والثالث: بمعنى الخبر".

. المعنى الاصطلاحي :عرف علم الآثار بعدد من التعاريف منها:

أ . علم الآثار: العلم الخاصّ بدراسة القديم من تاريخ الحضارات الإنسانية، أو علم معرفة بقايا القوم من أبنية وتمائيل ونقود وفنون وحضارة.

وعالم الآثار: من يدرس الآثار ويهتم بمعرفتها. ودار الآثار: متحف يضم آثارًا معيّنة³.

ب . علم الآثار. هو الدراسة العلمية لمخلفات الحضارات الإنسانية الماضية⁴.

2. أنواع الآثار: تنقسم الآثار إلى أنواع عديدة أهمها:

1 - لسان العرب، المؤلف: ابن منظور، المحقق: عبد الله علي الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي دار النشر: دار المعارف، البلد: القاهرة . 25/1.

2 - انظر التعريفات الفقهية، المؤلف: محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، الناشر: دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان 1407هـ - 1986م)، الطبعة: الأولى، 1424هـ - 2003م. 6/1.

3 - معجم اللغة العربية المعاصرة، المؤلف: د أحمد مختار عبد الحميد عمر (المتوفى: 1424هـ) بمساعدة فريق عمل، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، 1429 هـ - 2008 م، 61/1.

4 - الموسوعة العربية العالمية، أول وأضحخ عمل من نوعه وحجمه ومنهجه في تاريخ الثقافة العربية الإسلامية. عمل موسوعي ضخم اعتمد في بعض أجزائه على النسخة الدولية من دائرة المعارف العالمية World Book International . شارك في إنجازه أكثر من ألف عالم، ومؤلف، ومترجم، ومحرر، ومراجع علمي ولغوي، ومخرج فني، ومستشار، ومؤسسة من جميع البلاد العربية.

ج . تماثيل مجسمة منها ما هو متكامل، ومنها ما هو جزء مثل رأس انسان أو حيوان.
 ح . كتابات بلغات أهل ذلك الزمن منقوشة على الأحجار ورسوم مختلفة. مثل كتابات لغة التفنغ في مدينة جرمة بالجنوب الليبي¹، ورسومات جبال أكاكوس وتبيستي²، وحجر رشيد في مصر³.
 خ . شواهد الطرق، وخزانات وآبار المياه، وما استحدثت من إنشاءات على الأنهار، ومعاصر الزيت، ومقالع ومحاجر لقلع الحجارة ونقشها وتسويتها وتهديبها.
 د . مصنوعات مختلفة منها المعدني والحجري والخشبي، والنقود المسكوكة من الذهب والفضة، والجواهر والحلي⁴.

وبعد انتشار الإسلام اضاف المسلمون إلى هذا التراث الإنساني العديد من الآثار الرائعة التي تدل على عبقرية الانسان المسلم في ذلك العصر واهتمامه بالعمران، والتي بقية آثاراً يستفاد منها في تطوير العلوم وتقدم البحث العلمي، ومن تلك الابتكارات في مجال الهندسة مثل مسجد قرطبة، وقصر الحمراء، وحدائقهما {وقاعة الأسود} وهي ساعة مائية ففي كل ساعة يخرج الماء من فم أسد، والتي خرجها المسيحيون المتشددون عندما استولوا على غرناطة، واخرجوا العرب المسلمين منها، فلم يستطيع أن يصلحها أحد إلى يومنا هذا⁵.
3. دراسة الآثار⁶ في العصر الحديث.

بدأت دراسة علم الآثار في العصر الحديث مع ظهور النهضة الحديثة لأوروبا في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، حيث تخصص الكثير من الأوربيين في دراسة الآثار الموجودة على الأراضي العربية، ولقد احضر نابليون في حملته على مصر الكثير منهم، فدرسوا آثار مصر، واكتشفوا الكثير منها، ومنها حجر رشيد الذي ساعدهم على فك لغز الكتابة الفرعونية⁷، ومنذ ذلك الوقت بدأت دراسة الآثار في بلادنا العربية، ولقائل أن يقول إن هذه الدراسات من علماء الغرب لآثارنا لم تكن مجرد العلم، فنقول نعم لقد كانت هذه الدراسات في

- 1 - انظر مجلة التاريخ العربي ص 2351، ص 153841.
- 2 - وهي تقع في الجنوب الغربي من ليبيا.
- 3 - انظر كتاب الرئد في فن التنقيب عن الآثار ص25.
- 4 - من اراد الرجوع للأحكام الفقهية في الكنوز المدفونة (الركاز) ينظر الفقه الإسلامي وأدلتها، المؤلف: وهبة الزحيلي، الناشر: دار الفكر - سوربة - دمشق، الطبعة الرابعة، 3/ 1854: 1865.
- 5 - نفخ الطيب من غصن الأندلس الرطيب، أحمد بن محمد المقرئ التلمساني، تحقيق د. إحسان عباس، الناشر دار صادر، سنة النشر 1388هـ، مكان النشر بيروت، 1/ 545.
- 6- من أراد معرفة اهتمام الاقدمين بدراسة الآثار عليه أن يرجع إلى كتاب الرئد في فن التنقيب عن الآثار، لفوزي عبدالرحمن الفخري، الصادر عن منشورات جامعة قارونوس بلا طبعة، وبلا تاريخ. ص2423.
- 7 - انظر مجلة الرسالة العدد 36 بتاريخ 12/ 3/ 1934م. بحث بعنوان: حجر رشيد والقلم الميرغليفي، لعبد الفتاح الزيايدي.

كثير من الأحيان تخفي تحت غطاءها جوانب استعمارية، وغايات فاسدة، وواجب أبناء البلد القيام بمثل هذه الدراسات، والاستفادة من تطور العلوم فيما يفيد الكشف عن هذه الآثار، والوقوف على ما خلفه السابقون من ابداعات فكرية من الممكن أن تقوم عليها نظريات علمية مفيدة في مجالات الحياة المختلفة، ومن جانب آخر جعل نتائج هذه الدراسات دليلاً على قدرات تلك الأمم والشعوب وتقدمها وريقها، فضلاً عن أخذ العبر والاتعاظ بما انزل على بعضهم من العقوبات بسبب كفرهم وفسادهم في الأرض.¹

القسم الثاني : دراسة الأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وما أثر عن الصحابة - رضوان الله عليهم - وما استنبطه الفقهاء من الأحكام المتعلقة بالآثار.

أولاً : ما ورد بخصوص الآثار في القرآن الكريم:

لقد هيا الله . تعالى . الإنسان وزوده بالقدرة على اتخاذ المدن وعمارها بالبنين، وأباح له القيام بهذا الصنيع فقال في محكم كتابه : { وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ } [سورة البقرة، الآية 127].

وفي قوله تعالى : { وَادْكُرُوا إِذْ جَعَلْنَاكُمْ خُلَفَاءَ مِنْ بَعْدِ عَادٍ وَبَوَّأْنَاكُمْ فِي الْأَرْضِ تَتَّخِذُونَ مِنْ سُهُولِهَا قُصُورًا وَتَنْحِتُونَ الْجِبَالَ بُيُوتًا فَاذْكُرُوا آيَةَ اللَّهِ وَلَا تَعْتُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ } [سورة الأعراف، الآية 74].

دليل على اباحة البناء والتشييد واتخاذ البيوت العظيمة من قصور وحتهم لها في الجبال، بل جعل ذلك منةً ليعلم الإنسان فضل الله - تعالى - عليه . فالحكم هنا اباحة اتخاذ البيوت على كل شكل مع اشتراط عدم الفساد في الأرض.

وبين الحق . تعالى . أن الانسان في العصور الماضية بناء مدناً لها شأن عظيم، فكانت آية من الآيات الدالة على تمكن أهلها من مجموعة من العلوم، والقدرة على الإبداع في فن البناء فقال الله تعالى : { إِرْمَ ذَاتِ الْعِمَادِ } [سورة الفجر، الآيات 7، 8، 9، 10]. وقال تعالى في حق قوم هود على سبيل التوبيخ والتبكيت: { أَتَبْنُونَ بِكُلِّ رِيعٍ آيَةً تَعْبَثُونَ } [سورة الشعراء، الآيتان 128، 129].

ومن خلال هذه النصوص نعلم أن الله . تعالى . يسر للإنسان بناء البيوت والمدن، وغيرها من الإنشاءات التي كانت مثال في التقدم في فن العمارة والتخطيط، وجعل تلك المباني آية للمتوسمين، وعبرة لمن يعتبر من الأجيال التي تأتي بعدهم في هذه الحياة الدنيا، فالمتتبع للآيات القرآنية يلاحظ ذلك في عدد من الآيات

1 - انظر كتاب خطط الشام ، المؤلف: محمد بن عبد الرزاق بن محمد، كُتِبَ علي (المتوفى: 1372هـ)، الناشر: مكتبة النوري، دمشق الطبعة: الثالثة، 1403 هـ - 1983 م. 6/ 171.

منها: قول الله تعالى ﴿أَفَلَمْ يَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَيَنْظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْهُمْ وَأَشَدَّ قُوَّةً وَأَثَارًا فِي الْأَرْضِ فَمَا أَعْنَى عَنْهُمْ مَا كَانُوا يَكْسِبُونَ﴾ [سورة غافر، الآية 82].

فبين الله . تعالى . أنه أُنذِرَ الناسَ بمن كان قبلهم من أقوام، وبين أن القوم الذين سبقوا كانوا أكثر قوة وأشد بأس من الذين أتوا من بعدهم، وآثارهم تدل على ذلك، لكن الله - تعالى . أزالهم وأبقى ما شيدوا لما كفروا بأنعم الله تعالى .

ومنها قول الله تعالى : ﴿ وَكَأَيِّنْ مِنْ قَرْيَةٍ عَتَتْ عَنْ رَبِّهَا وَرُسُلِهِ فَحَاسَبْنَاهَا حِسَابًا شَدِيدًا وَعَدَّبْنَاهَا عَذَابًا نُكْرًا ﴿١٠﴾ فَذَاقَتْ وَبَالَ أَمْرِهَا وَكَانَ عَاقِبَةُ أَمْرِهَا خُسْرًا ﴿١١﴾ أَعَدَّ اللَّهُ لَهُمْ عَذَابًا شَدِيدًا فَاتَّقُوا اللَّهَ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ الَّذِينَ آمَنُوا قَدْ أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكُمْ ذِكْرًا ﴿١٢﴾ ﴾ [سورة الطلاق، الآيات 8، 9، 10].

وفي هذه الآيات بين الله . تعالى . أن بعض القرى التي كفرت برحما ورسله، دمرها الله تعالى - برغم ما لها من قوة، وحاسبها حساباً عسيراً، ودعاء لأهل العقول إلى الإيمان بدين الله . تعالى . واتباع الذكر الحكيم . وفي الآيات الكريمة التالية يدعو للاعتبار والاتعاظ بمصير القوم الذين كذبوا الله تعالى فقال في محكم التنزيل: ﴿ أَوْلَمْ يَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَيَنْظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَانُوا أَشَدَّ مِنْهُمْ قُوَّةً وَأَثَارُوا الْأَرْضَ وَعَمَرُوهَا أَكْثَرَ مِمَّا عَمَرُوهَا وَجَاءَتْهُمْ رُسُلُهُمْ بِالْبَيِّنَاتِ فَمَا كَانَ اللَّهُ لِيَظْلِمَهُمْ وَلَكِنْ كَانُوا أَنْفُسَهُمْ يَظْلِمُونَ ﴿٩﴾ ثُمَّ كَانَ عَاقِبَةُ الَّذِينَ آسَأُوا السُّؤَى أَنْ كَذَّبُوا بِآيَاتِ اللَّهِ وَكَانُوا بِهَا يَسْتَهْزِئُونَ ﴾ [سورة الروم، الآيات 9، 10].

وهكذا بين الله . تعالى . أن آثار القوم الكافرين ومساكنهم، وما أقاموه من العمران، دليل على قوتهم، التي لم تمنعهم من غضب الله - تعالى - عليهم، فكيف بمن هم أقل منهم قوة وأقل جند؟ فقال الله تعالى ﴿ وَتِلْكَ الْقُرَىٰ أَهْلَكْنَاهُمْ لَمَّا ظَلَمُوا وَجَعَلْنَا لِمَهْلِكِهِمْ مَوْعِدًا ﴾ [سورة الكهف، الآية 59].

وقال الله تعالى ﴿ فَأَمَّا عَادٌ فَاسْتَكْبَرُوا فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَقَالُوا مَنْ أَشَدُّ مِنَّا قُوَّةً أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّ اللَّهَ الَّذِي خَلَقَهُمْ هُوَ أَشَدُّ مِنْهُمْ قُوَّةً وَكَانُوا بِآيَاتِنَا يَجْحَدُونَ ﴾ [سورة فصلت، الآية، 15].

ومن نصوص هذه الآيات الكريمة وغيرها من الذكر الحكيم يتبين أن الله . تعالى . جعل المواضع التي اتخذها الظالمون مدناً وحصوناً وغيرها من مظاهر القوة والعظمة والجبروت باقية بعدهم أطلال وآثار شاهدة على ما كانوا عليه من ترف وسعة في الرزق ورغد في العيش، فلم كفر بأنعم الله . تعالى . وكذبوا الرسل جعلها خراباً واطلالاً؛ لتكون عبرة للأجيال من بعدهم، وجعل تدميرها برهان على عظمة الله - تعالى - القوي القادر، وقد بين ذلك فقال تعالى: ﴿ لَقَدْ كَانَ فِي قَصَصِهِمْ عِبْرَةً لِأُولِي الْأَلْبَابِ مَا كَانَ حَدِيثًا

يُفْتَرَى وَلَكِنْ تَصْدِيقَ الَّذِي بَيْنَ يَدَيْهِ وَتَفْصِيلَ كُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً لِّقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ} [سورة يوسف، الآية، 111].

ومن هذا المنطلق نرى أنه يجب دراسة تلك الآثار، وتبيان قدرات البشر الذين بنوها وشيدوها، للموعظة والاعتبار وإرشاد النشء، ومدى قدرة الله . تعالى . الذي دمر هذه الحضارات عندما خرجت عن جادة الصواب، وكفرت بالله . تعالى .، وكذبت الرسل . صلوات ربي وسلامه عليهم . فهي شاهد على عقوبة أولئك الكفار، وتبيان أن تقدمهم وعلمهم لم ينفعهم مع الكفر والجحود والعصيان .

ما ورد بخصوص الآثار في السنة النبوية :

أولاً . التماثيل والأصنام والصور والرسومات المختلفة:

للتماثيل والأصنام والصور والرسومات حالتان، إما أنها صنعت للعبادة، وإما أنها صنعت لغير ذلك، وكان للإسلام منها موقفان ينجليان بعد استعراض الأخبار الواردة حولها . فإننا نجد أن النبي . ﷺ . اتخذ منها موقفين الأول عارض، وهو ما كان في العام الذي اعتمر فيه . ﷺ . هو وأصحابه بعد صلح الحديبية، فطاف بالبيت الحرام وحوله الأصنام، ولم يمنعه وجودها من الطواف بالبيت الحرام، ولم يكن ذلك اقراراً منه بجواز وجودها حول البيت الحرام، وإنما كان ذلك تنفيذاً لاتفاقية كانت بينه وبين المشركين من أهل مكة، فغض النظر عما كان موجوداً من مظاهر الشرك في مكة، وأقام شعائر الإسلام كما يجب¹ .

الموقف الثاني: وهو التشريعي . والحكم النهائي . ففي عام فتح مكة بعد أن طاف بالبيت الحرام أحد عوداً ومر بالأصنام المحيطة بالبيت، وهو يشير إليها ويقول: {جَاءَ الْحَقُّ وَزَهَقَ الْبَاطِلُ إِنَّ الْبَاطِلَ كَانَ زَهُوقًا} [سورة : الإسراء، الآية:81].

فكانت تقع وتتكسر، ولم يبق منها شيء محيط بالبيت، وأمر النبي . ﷺ . علي . بكسر صنم كان على سقف البيت الحرام² . ومن هذه الحادثة نعلم أن النبي . ﷺ . كسر وأمر بكسر كل صنم كان يعبد مع الله . تعالى . عندما ألت أمور مكة للمسلمين بعد الفتح¹ .

1- أحكام المساجد في الشريعة الإسلامية، المؤلف: إبراهيم بن صالح الحضيرى، الطبعة: الأولى، الناشر: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية، تاريخ النشر: 1419هـ . 235/1.

2- الجامع لأحكام القرآن، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أحمد، المعروف بالقرطبي (المتوفى: 671هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، 1384هـ - 1964م .

والنبي ﷺ . أمر عام الفتح بإزالة وكسر كل صنم كان يعبد في بلاد العرب، والتي دخل أهلها الإسلام، فقد روي جريراً، قال: قال لي رسول الله ﷺ: «ألا تريحني من ذي الخلصة»، وهو نصب كانوا يعبدونه، يسمى الكعبة اليمانية، قلت: يا رسول الله، إن رجل لا أثبت على الخيل، فضك في صدري، فقال: «اللهم ثبته، واجعله هادياً مهدياً» قال: فخرجت في خمسين فارساً من أحسس من قومي، وربما قال سفيان: فانطلقت في عصابة من قومي فأثبتها فأحرقتها، ثم أتيت النبي ﷺ . فقلت: يا رسول الله، والله ما أتيتك حتى تركتها مثل الحمل الأحرَب، فدعا لأحسس وخيلها².

وبهذا يكون النبي ﷺ . قد أقر قاعدة أن ما كان يعبد من دون الله - تعالى - يزال فلا يحتفظ المسلمون بمظاهر الشرك في بلادهم. وأنه ﷺ . ترك اليهود في المدينة على ما هم عليه في مساكنهم، وبيعهم وصلواتهم مع علمه بأنهم يتخذون التماثيل والصور والنصب فيها، لم يمنعهم من شيء من عباداتهم في وقت المعاهدة³. ولقد ورد النهي عن النبي ﷺ . في صنع التماثيل ابتداءً، فعن ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ : «أشد الناس عذاباً يوم القيامة رجل قتل نبياً أو قتله نبي أو رجل يضل الناس بغير علم أو مصور يصور التماثيل»⁴. وكذلك روى ابن عباس . رضي الله عنهما . قال أخبرني أبو طلحة -^أ - صاحب رسول الله، وكان قد شهد بدرًا مع رسول الله، أنه قال: « لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب ولا صورة يريد التماثيل»⁵ (صورة التماثيل التي فيها الأرواح.

وروى عن عائشة - رضي الله عنها: قالت: «كنت ألعب بالبنات عند رسول الله ﷺ - وكانت تأتيني صواحي، فكن ينقمعن من رسول الله ﷺ - وكان يسرحن إلي فيلعبن معي» أخرجه البخاري⁶ ومسلم⁷.

=

- 1 - إمتاع الأسماع بما للنبيء من الأحوال والأموال والحفدة والمتاع، المؤلف: تقى الدين أحمد بن علي المقرئ، تحقيق محمد عبد الحميد النميسي، دار النشر: دار الكتب العلمية، ط الأولى، 1999/1420، بيروت، 188/4.
- 2 - أخرجه البخاري 73/8، حديث رقم 6333.
- 3 - نور اليقين في سيرة سيد المرسلين، المؤلف: محمد بن عفيفي الحضري، المحقق: هيثم هلال، الناشر: دار المعرفة بيروت- لبنان، الطبعة: الأولى، 1425هـ/ 2004م، 73/1.
- 4 - أخرجه صاحب المعجم الكبير، المؤلف: سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني، تحقيق: حمدي بن عبدالمجيد السلفي، الناشر: مكتبة العلوم والحكم - الموصل، الطبعة الثانية، 1404 - 1983، 211/10، حديث رقم 10519.
- 5 - أخرجه البخاري في صحيحه المؤلف: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، 1422هـ. 174/1، حديث رقم 4002.
- 6 - أخرجه البخاري في صحيحه، 31/8، حديث رقم 6130.
- 7 - أخرجه مسلم في صحيحه، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي

وفي رواية أبي داود¹ قالت: «كنت ألعب بالبنات يوماً، فرمى دخل علي رسول الله - ﷺ - وعندي الجواري، فإذا دخل خرجن، وإذا خرج دخلن».

وله في رواية أخرى: «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قدم من غزوة تبوك - أو خيبر - وفي سهوتها ستر فهبت ريح، فكشفت ناحية الستر عن بنات لعائشة لعب، فقال: ما هذا يا عائشة؟ قالت: بناتي، ورأى بينهما فرسا له جناحان من رفاع، فقال: وما هذا الذي أرى وسطهن؟ قالت: فرس، قال وما هذا الذي عليه؟ قالت: جناحان، قال: فرس له جناحان، قالت: أما سمعت أن لسليمان عليه السلام. خيلاً لها أجنحة؟ فضحك حتى رأيت نواجذه». قال الشيخ الألباني²: صحيح.

وهذه الحادثة اتخذها فقهاء المالكية والشافعية دليلاً على جواز لعب البنات بالدمى، وذلك لتعويدهن على تعلم كيفية تربية الأطفال مستقبلاً، فهذا الخبر يفيد الخصوص³. وما يكره من التماثيل والصور، هو ما يحدده الخبر التالي: أخبرنا عبد الرزاق عن معمر عن قتادة قال: «يكره من التماثيل ما فيه الروح فأما الشجر فلا بأس به»⁴.

وروى أبو طلحة الأنصاري، قال: إن رسول الله - ﷺ - قال: «لا تدخل الملائكة بيتاً فيه صورة».

قال بسر بن سعيد: «ثم اشتكى زيد بن خالد، فعدناه، فإذا على بابه ستر فيه صورة، فقلت لعبيد الله الخولاني - ربيب ميمونة زوج النبي - ﷺ - : ألم يخبرنا زيد عن الصور يوم الأول؟ فقال عبيد الله: ألم تسمعه حين قال: إلا رقما في ثوب؟»⁵.

=

الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت. 1891/14، حديث رقم 2440.

1 - أخرج أبو داود الرويتان في سننه، وهو: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: 275هـ)، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا - بيروت. 284 283/4، حديث رقم 4932.

2 - آداب الزفاف في السنة المطهرة، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت. 1409هـ. 203/1.

3 - الموسوعة الفقهية الكويتية، صادر عن: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الطبعة: (من 1404 - 1427 هـ). 112/12، 123.

4 - أخرجه عبد الرزاق، في المصنف، المؤلف: أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية، 1403. 400/10، حديث رقم 19493.

5 - أخرجه صاحب جامع الأصول في أحاديث الرسول، المؤلف: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (المتوفى: 606هـ)، تحقيق: عبد القادر الأرنبوط، الناشر: مكتبة الحلواني - مطبعة الملاح - مكتبة دار البيان، الطبعة: الأولى، الجزء [1، 2]: 1389 هـ، 1969 م. 808/4، حديث رقم 2963.

وروى أيضاً : حَدَّثَنَا ابْنُ يَمَانَ ، عَنِ الرَّبِيعِ بْنِ الْمُنْذِرِ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ ، قَالَ : « لَا بَأْسَ بِالصُّورَةِ إِذَا كَانَتْ تُوْطَأُ » .

وروي عن عَبْدِ الرَّحِيمِ بْنِ سُلَيْمَانَ ، عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ ، عَنْ عَطَاءٍ ؛ فِي التَّمَاثِيلِ ، « مَا كَانَ مَبْسُوطًا يُوْطَأُ وَيُبْسَطُ فَلَا بَأْسَ بِهِ ، وَمَا كَانَ يُنْصَبُ فَإِنِّي أَكْرَهُهَا »¹ .

وقال مالك: «وتركه أحب إلي. ومن ترك ما فيه رخصة غير مُحَرَّم له فلا بأس عليه. وأكره أن يشترى الرجل لابنته الصور وأن يجعل في فص خاتمه التماثيل»² .

قال رسول الله ﷺ: «أتاني جبريل، فقال: إني أتيتك البارحة، فلم يمنعني أن أكون دخلت، إلا أنه كان على الباب تماثيل، وفي البيت قرام ستر فيه تماثيل، وكان في البيت كلب، فَمَرَّ برأس التماثيل يقطع فيصير كهيئة الشجرة، ومُرَّ بالستر، فليقطع، فليجعل منه وسادتان منبوذتان توطآن، ومُرَّ بالكلب فليخرج، ففعل رسول الله ﷺ»³ .

أقوال العلماء في ما يتعلق بالتماثيل، والصور:

قال ابن القاسم: " وسألت مالكا عن التماثيل وتكون في الأسرة والقباب والمنار وما أشبهها؟ قال: هذا مكروه، وقال: لأن هذه خلقت خلقا، قال: وما كان من الثياب والبسط والوسائد؛ فإن هذا يمتهن، قال: وقد كان أبو سلمة بن عبد الرحمن يقول ما كان يمتهن فلا بأس به، وأرجو أن يكون خفيفا ومن تركه غير مُحَرَّم له فهو أحب إلي" ⁴ .

1- أخرجهما صاحب المصنف، مُصنّف ابن أبي شيبة، المصنف: أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العباسي الكوفي (159 . 235 هـ)، تحقيق: محمد عوامة. 320/8، حديث رقم 25805، وحديث رقم 25806.

2- أخرجه صاحب الموطأ، المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، المحقق: محمد مصطفى الأعظمي، الناشر: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي - الإمارات، الطبعة: الأولى، 1425 هـ - 2004 م. 266/1، حديث رقم 62.

3- انظر شرح السنة، المؤلف: محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى: 516هـ)

تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمد زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت، الطبعة: الثانية، 1403 هـ - 1983 م. 134/12.

4 - انظر المدونة الكبرى، المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ) المحقق: زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت. لبنان. 182 / 1.

قال مالك: "يكره التماثيل في الأسرة، والقباب، وأما البسط والوسائد والثياب فلا بأس به، وكره أن يصلى إلى قبلة فيها تماثيل".

ويحرم صور التماثيل على صفة الإنسان والحيوان واستعمالها في شيء أصلاً؛ فإن كانت رسماً في حائط أو رقماً في ستر أو ببسط أو وسائد يترفق بهن ويتكأ عليهن ففي كراهته وتحريمه قولان، وقيل بجواز ما يمتهن من الصور¹.

واعلم أن التماثيل المصورة على صورة الإنسان أو صفة شيء من الحيوان مما له ظل قائم على صفة ما يحيا يوم القيامة يحرم لقوله ﷺ: "إن أصحاب هذه الصورة يعذبون يوم القيامة ويقال لهم أحيوا ما خلقتم"².

التماثيل أي الصور على ثلاثة أقسام: قسم يحرم باتفاق، وهو ماله ظل قائم من مشبه الحيوان العاقل وغيره، وقسم مباح باتفاق؛ إلا ما حكي عن مجاهد من كراهته، وهو ما لا يشبه الحيوان كالشجر والثمار ونحو ذلك³.

"وكان أبو حنيفة وأصحابه يكرهون التصاوير في البيوت بتمثال ولا يكرهون ذلك فيما يبسط، ولم يختلفوا أن التصاوير في الستور المعلقة مكروهة، وكذلك عندهم ما كان خرطاً أو نقشاً في البناء.

وكره الليث التماثيل التي تكون في البيوت والأسرة والقباب والطماس والمنارات إلا ما كان رقماً في ثوب.

وقال المزني عن الشافعي: وإن دعي رجل إلى عرس؛ فرأى صورة ذات روح أو صوراً ذات أرواح لم يدخل إن كانت منصوبة، وإن كان يوطأ فلا بأس، وإن كانت صور الشجر فلا بأس.

وقال الأثرم قلت: لأحمد بن حنبل إذا دعيت لأدخل ف رأيت ستراً معلقاً فيه تصاوير أُرجم، قال: نعم، قد رجع أبو أيوب، قلت: رجع أبو أيوب من ستر الجدر، قال: هذا أشد، وقد رجع عنه غير واحد من أصحاب رسول الله، قلت له: فالستر يجوز أن يكون فيه صورة، قال: لا . قيل فصورة الطائر وما أشبهه، فقال: ما لم يكن له رأس فهو أهون، فهذا ما للفقهاء في هذا الباب"⁴

1 - انظر جامع الأمهات، لجمال الدين بن عمر بن الحاجب، تحقيق أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضر، دار البمامة، بيروت، ط/ 2، سنة 2000م، 566/1.

2 - انظر شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، المؤلف: قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني، (المتوفى: 837هـ)، أعتنى به: أحمد فريد المزيدي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1428 هـ - 2007 م. 463/4.

3 - انظر شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، المؤلف: شهاب الدين أحمد بن أحمد البرنسي الفاسي، المعروف بـ زروق (المتوفى: 899هـ)، أعتنى به: أحمد فريد المزيدي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1427 هـ - 2006 م. 1056 /2.

4 - انظر التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، 253/1.

ولا يصلي إلى قبلة فيها تماثيل، وتكره التماثيل التي في الأسرة والقباب والمنابر، وليس كالتياب والبسط التي تمتهن، وكان أبو سلمة بن عبد الرحمن يقول: ما كان يمتهن فلا بأس به، وأرجو أن يكون خفيفاً، ومن تركه غير محرم له فهو أحب إلي، ولا يلبس خاتم فيه تماثيل ولا يصلي به¹.

وروى أبو محمد عبد الله بن يحيى بن عبد الجبار السكري ببغداد أخبرنا إسماعيل بن محمد الصفار حدثنا سعدان بن نصر حدثنا أبو معاوية عن عاصم الأحول عن عكرمة قال: كانوا يكرهون ما نصب من التماثيل نصباً، ولا يرون بما وطئته الأقدام بأساً².

ويحرم صنع التماثيل ونصبها في أي مكان، لما أخرجه الشيخان أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «إن الملائكة لا تدخل بيتاً فيه تماثيل»، وتباح صور النباتات، والمناظر الطبيعية الكونية من السماء والأرض والحدائق والجبال والبحار والأنهار، والأشياء الجامدة من طائرات وسيارات وغير ذلك من الكائنات المخلوقة وليست بذات روح؛ لأنها ليست مما تناولها النص النبوي بإشارة «يشبهون بخلق الله» وإشارة «يقال لهم: أحيوا ما خلقتهم».

أما الصور المحسّمة على المخاد والوسائد والستائر والبسط والفرش والبطائن فلا مانع منها، لأنها ممتهنة. وتباح عند بعض العلماء اللوحات الزيتية ونقوش الحيطان، والرسوم على الورق، والصور المطبوعة أو المنسوجة في الملابس والستور، والمطرزات والموشاة والمشغولة بأنواع الخيوط ونحو ذلك مما لا ظل له³.

ومن هذه الأقوال يتضح لنا جلياً أنه يمنع صنع التماثيل ابتداءً، ويكره اتخاذ التماثيل التي لها روح، وتكون ذات ظل، وأما وجودها في قبلة المصلي فيمنع الصلاة إليها، وكره مالك ذلك، وكره جعلها في الأسرة والقباب، وأما التصاوير، وما كان منسوجاً فلا بأس به إذا كان ممتهناً، بأن كان بسطاً وفرشاً.

ثانياً المدن الأثرية وما يتبعها من موجودات حضارية:

ونرى أثر حديث النبي - ﷺ - في فعل أصحابه . مع من عاهدوا من أهل الكتاب والمشركين، فقد مر الصحابة بمدن وقصور بما التماثيل والرسوم والصور وغيرها من مصنوعات الأمم السابقة لهم، وهم في جيش الفتح وهم منتصرون، ويعقدون معاهدات السلام أو التسليم؛ فلم يأمرؤا بكسر أصنام القوم وتماثيلهم وصورهم ورسوماتهم ولا حتى أمرؤا بتغييرها، ولم يمسوها بأداء، ولم يهتموا بها.

1- انظر التهذيب في اختصار المدونة، تصنيف أبي سعيد خلف بن أبي القاسم القيرواني البرازعي، تحقيق محمد الأمين بن الشيخ. الناشر دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الامارات العربية، ط/1، سنة 1999م. 1/ 259.

2 - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 270/7، حديث رقم 14975. وابن أبي شيبة في مصنفه، المصنف: أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي (159 . 235 هـ)، تحقيق: محمد عوامة. 318/8، حديث رقم 25800.

3 - انظر الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف: أ.د. وهبة الزحيلي، الناشر: دار الفكر، ط/4، - سوربة - دمشق، 222/4

وصالح أمير المؤمنين عمر بن الخطاب أهل القدس على بقاء مدينتهم على ما هي عليه بدون أن يلزمهم تغيير شيء فيها، من كنائس أو دور عبادة بما فيها من صور وتماثيل ورسوم وصلبان فهي شأن خاص بهم، وترك ما كان من ذلك برغم أنه مخالف لشعائر الإسلام، فإنه تركه لهم كما كان قبل الصلح¹، وما فعله الفاروق أقره عليه الصحابة . رضوان الله عليهم . الذين كانوا في جيش الفتح فكان إجماعاً.

وامتنع من دخول كنائسهم لما بها من مخالفات، فقد روى عن نافع عن أسلم مولى عمر: أن عمر حين قدم الشام صنع له رجل من النصارى طعاماً، فقال لعمر: إني أحب أن تجيئني وتكرمني أنت وأصحابك، وهو رجل من عظماء الشام، فقال له عمر: إنا لا ندخل كنائسكم من أجل الصور التي فيها يعنى التماثيل². فعمد بين الحكم والعله، فهذا ما يجب علينا نحن فعله في هذه المسألة، اقتداء بسنة أصحاب رسول الله . وأما غير ذلك فتنتطح زائد، والله المستعان.

وفي زمن معاوية بن أبي سفيان بناء سعد القصير (غلام معاوية) داراً في مكة داره بالحجارة المنقوش بها تماثيل، ثم اشتراها منه معاوية، وفيه دليل على أنهم لم يتخرجوا في استخدام الحجارة التي بها تماثيل قديمة، حيث لم ينكر عليه ذلك أحد من أصحاب النبي . الذين كانوا بمكة أو غيرها، وإنما كانوا يمنعون صنعها ابتداء³. وفي هذا دليل على جواز بقاء آثار الأمم السابقة التي تقع في أرض الإسلام على ما هي عليه، وعدم المساس بها بأي حال وشكل كان.

والمسلمون الأولون كان همهم الدعوة والألفة لغيرهم من الشعوب بطريق الولوج للقلوب بالحببة والعطف والإحسان، وسائر الصفات الحميدة التي تقرب الناس للإسلام وهم في رسوهم . الأسوة الحسنة⁴. ودليل ذلك ما روى عن عائشة أنها قالت: سألت النبي . صلى الله عليه وسلم . عن الجدر، أمن البيت هو؟ قال: «نعم». قلت: فما لهم لم يدخلوه في البيت؟ قال: «إن قومك قصرت بهم النفقة» قلت: فما شأن بابه مرتفعاً؟ قال: «فعل ذلك قومك ليدخلوا من شاءوا، يمنعوا من شاءوا، ولولا أن

1 - الاكتفاء بما تضمنه من مغازي رسول الله والثلاثة الخلفاء، المؤلف / أبو الربيع سليمان بن موسى الكلاعي الأندلسي دار النشر / عالم الكتب - بيروت - الطبعة : الأولى، 1417هـ، 291/3.

2 - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 268/7، حديث رقم 14958.

3 - أخبار مكة في قدوم الدهر وحديثه، المؤلف : أبو عبد الله محمد بن إسحاق بن العباس المكي الفاكهي (المتوفى : 272هـ)، المحقق : د. عبد الملك عبد الله دهيش، الناشر : دار خضر - بيروت، الطبعة : الثانية، 1414هـ. 289/3 - 290، حديث رقم 2119.

4 - الأنس الجليل بتاريخ القدس والخليل، المؤلف : مجير الدين الحنبلي العلمي، تحقيق : عدنان يونس عبد الحميد نباتة، دار النشر : مكتبة دنديس - عمان - 1420هـ - 1999م. 304/2.

قومك حديث عهدهم بالجاهلية فأخاف أن تنكر قلوبهم أن أدخل الجدر في البيت، وأن ألقى بابه بالأرض».¹

انظر كيف ترك النبي ﷺ . البيت الحرام على ما هو عليه؛ ولم يجدده على قواعد إبراهيم الخليل . عليه السلام . رغم علمه بتقصير قريش في بناء البيت من أجل النفقة، رفقاً بمن دخل الإسلام حديثاً، وذلك بعدم فتنته، ورغبة منه . ﷺ . في تألف حديثي العهد بالإسلام، مع أنه في ذلك الوقت كان الفاتح المنتصر يصنع بهم كيف يشاء؟

ولهذا نرى أصحابه من بعده يتجهون هذا الاتجاه في الفتوى؛ فلم تعني لهم التماثيل والصور الموجودة في البلاد المفتوحة شيئاً، فتركوها كما هي ولم يتخذوا منها موقفاً بالتحطيم أو الإزالة؛ بل نجدهم في كل مكان استوطنوه اتخذوا موقفاً جديداً يناسبهم، وتركوا ديار المشركين بما في تلك الديار من أشياء (معابد، صور، تماثيل، رسوم) لم يرضوا عنها، ولم يلحقها منهم أداء ولا إزالة ولا تدمير، ففي لدة الكبرى تركوها لأهلها، واتخذوا مدينة غربها بمسافة سكنوها وعمروها. وكذلك عندما سكنوا تونس لم يسكنوا مدنها القديمة بل أسسوا مدينة القيروان².

وهذا فعل محمد بن القاسم فاتح الهند والسند، فقد وجد أهل البلاد مشركين، ولكنه صالحهم على عدم المساس بدور عبادتهم ومدنهم وعاملهم كمعاملة النصارى واليهود أهل الكتاب، اقتداء بالنبي ﷺ . في معاملته لجوس هاجر، وهذا مما أسهم في انتشار الإسلام بينهم سريعاً، وهم الآن أكثر المسلمين عدداً، وسيرتهم محمودة³.

"أخذ السلطان صلاح الدين كثيراً من البلاد الشامية التي كانت بيد الفرنج وأعظم ذلك بيت المقدس و كان بقاؤه في يد الفرنج إحدى وتسعين سنة، وأزال السلطان ما أحدثه الفرنج من الآثار، وهدم ما أحدثوه

1 - متفق عليه أخرجه الشيخان، البخاري في صحيحه، كتاب التمني حديث رقم 7243، ومسلم في صحيحه 968/4، حديث رقم 1333، وانظر شرح السنة، المؤلف: أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى: 516هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمد زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت، الطبعة: الثانية، 1403هـ - 1983م. 109/7، حديث رقم 19104.

2 - الاستقصاء لأخبار دول المغرب الأقصى، أبو العباس أحمد بن خالد بن محمد الناصري، تحقيق جعفر الناصري/ محمد الناصري، مكان النشر الدار البيضاء، الناشر دار الكتاب، سنة النشر 1418هـ/ 1997م. 1/ 135.

3- الكامل في التاريخ، تأليف: أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم الشيباني، تحقيق: عبد الله القاضي، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - 1415هـ، الطبعة: 2، ط2/ 250/4.

من الكنائس، وبنى موضع كنيسة منها مدرسة للشافعية، فجزاه الله عن الإسلام خيراً، ولم يهدم كنيسة القيامة اقتداء بعمر. حيث لم يهدمها لما فتح بيت المقدس¹ ومن هذه الحادثة تبين لنا أن ما صولح عليه أهل البلد أيام الفتح يبقى بحالة لا يتعدى عليه، ولا يؤخذ من أيديهم ولا يهدم، ولكن لا يجوز لهم استحداث بناء جديد إلا إذا أذن لهم ولي الأمر لأمر تقتضيه مصلحة المسلمين والسياسة الشرعية.

ومن الآداب والقواعد الشرعية التي قررها لنا النبي ﷺ . عند مرورنا بديار القوم الكافرين، في حادثة مروره على ديار ثمود، ما تثبتته هذه الحادثة، فقد روى ابن عمر ، قال «نزل رسول الله ﷺ . بالناس عام تبوك، نزل بهم الحجر عند بيوت ثمود، فاستسقى الناس من الآبار التي كان يشرب منها ثمود، فحجنا منها، ونصبوا القدور باللحم، فأمرهم رسول الله ﷺ فأهرقوا القدور، وعلفوا العجيين الإبل، ثم ارتحل بهم حتى نزل بهم على البئر التي كانت تشرب منها الناقة، وهاهم أن يدخلوا على القوم الذين عذبوا قال: «إني أخشى أن يصيبكم مثل ما أصابهم، فلا تدخلوا عليهم»².

فروى ابن عمر. أن النبي ﷺ . لما مر بالحجر قال: «لا تدخلوا مساكن الذين ظلموا أنفسهم إلا أن تكونوا باكين، فإن لم تكونوا باكين فلا تدخلوا عليهم أن يصيبكم مثل الذي أصابهم» ثم قنع رسول الله ﷺ . رأسه، وأسرع السير حتى أجاز الوادي³.

ثانياً . الركاك : وهي دفن الجاهلية من الذهب والفضة وغيرها مما كون ثمنه غالباً، ويكون مخبأ أو مدفون في الأرض من المصنوع أو ما كان وجوده طبيعياً كعرق ذهب في الأرض أو فضة، أو غيره من المعادن. أجاز الإسلام استخدامها والاستفادة منها بالبيع أو الاقتناء، بأمر صريح لا لبس فيه وهو حديث النبي ﷺ . حيث قال : « في الركاك الخمس ». قيل : وما الركاك يا رسول الله؟ قال : « الذهب والفضة الذي خلقه الله في الأرض يوم خلقت »⁴.

1- تاريخ الخلفاء، المؤلف : عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد، الناشر : مطبعة السعادة - مصر، الطبعة الأولى ، 1371هـ - 1952م. 1/ 387.

2- أخرجه الإمام أحمد في مسنده، تحقيق: أحمد محمد شاكر، الناشر: دار الحديث . القاهرة، الطبعة: الأولى، 1416 هـ - 1995 م. 328/5 حديث رقم (5984).

3- متفق عليه، أخرجه البخاري في الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، 1422هـ. 1/94، حديث رقم433. ومسلم في صحيحه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، 2286/4، حديث رقم 39 (2980).

4 - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي، المؤلف : أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، مؤلف الجوهر النقي: عملاء الدين علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني، المحقق : الناشر : مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد، الطبعة : الطبعة : الأولى . 1344 هـ. 4/152، حديث رقم7890.

قال: " ولقد سفل مالك عن تراب على ساحل البحر يغسل فيوجد فيه الذهب والفضة، وربما أصابوا فيه تماثيل الذهب والفضة؟ قال مالك: أما التماثيل ففيها الخمس، وأما تراب الذهب والفضة الذي يخرج من ذلك التراب ففيه الزكاة، وهو بمنزلة تراب المعادن"¹.

وكان فعل عمر بن عبد العزيز في خلافته «جعل المعدن بمنزلة الركاز يؤخذ منه الخمس، ثم عقب بكتاب آخر فجعل فيه الزكاة»².

فأما ما أصيب من أموال الجاهلية في فيافي أو بلد عفا ثم اختطه المسلمون فهو لواجده، وفيه الخمس³ "وحقيقة الأمر أن علم الآثار وأعمال الحفريات، وإن حققت بعض الإنجازات في هذا الحقل، إلا أنها لازالت تقصر عن عرض أخبار الماضين بصورة متكاملة. على أن الأمل كبير في أن يتقدم العلم، وتتطور وسائل التكنولوجيا الحديثة فتكشف من الحقائق ما يوضح للباحثين معاني الآيات البينات(من القرآن الكريم) وما تضمنت من إشارات وقصص، فتخرس ألسنة المرجفين والحاقدين على الإسلام والمسلمين والطاعنين في كتاب الله المبين. وتعين فوق ذلك على إجلاء صورة الماضي فنكون على بينة من تاريخ العالم القديم. وعلى الله قصد السبيل"⁴.

الخاتمة

وفي ختام البحث لا يسعني إلا أن قدم للقاري أهم الأحكام التي أرى الأخذ بها في موضوع الآثار القديمة باختلاف أنواعها، وهو رأي بحسب ما تبين لي من الأدلة القولية والعملية، للنبي ﷺ. وصحبه الكرام فالآثار تراث انساني فيه العبرة والعظة للمعتبرين وأهم ما يتعلق بها من أحكام نصلها في التالي:

1. حكم التماثيل والأصنام والصور والرسومات المختلفة:

- 1 - انظر المدونة الكبرى 4/456.
- 2 - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 4/152، حديث رقم 7888.
- 3 - انظر التبصرة، المؤلف: علي بن محمد الربيعي، أبو الحسن، المعروف باللخمي (المتوفى: 478 هـ)، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011م. 7/3225.
- 4- مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المؤلف: الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الناشر: موقع الجامعة على الإنترنت <http://www.iu.edu.sa/Magazine>
عدد الأجزاء: 120 عددًا، مصدر الكتاب: ملتقى أهل الحديث . 31/459.
<http://www.ahlalhdeth.com>

- تماثيل وأصنام ونصب تعبد من دون الله - تعالى - يجب كسرها وإزالتها، وهو ما فعله النبي ﷺ .
مع الأصنام التي كانت قريش تعبدها، وكانت حول الكعبة أو فوقها، وأصنام القبائل التي بعث لها أصحابه فكسروها مثل ذي الخليفة.

- تماثيل لا يجوز للمؤمن صنعها واتخاذها وحكمها الكراهة، وهي ما كانت لها صورة ذي روح ولها ظل.

- رسوم وصور ورقوم لا بأس بما إذا كانت ممتهنة وليست ذات بروز واضح.

- تماثيل من شجر أو من أشكال الطبيعة المختلفة فلا بأس بها.

2. حكم المدن الأثرية وملحقاتها.

والمدن بمختلف أنواعها لا يجوز لنا المساس بها، لأن الصحابة أخذوها إما عنوة أو صلحاً، وهم لم يمسوها بسوء، ولم يغيروا فيها شيء، سواء ما كنت فتحاً أو صلحاً. والافتداء بهم أمرنا به النبي ﷺ .
وأوصانا به.

والمدن نوعان . أولاً : مدن الأقيام المغضوب عليهم مثل ديار قوم ثمود وعاد.

وهذه وإذا مرنا بها، نمر بها سريعاً خاشعين ضارعين لله تعالى. ولا يجوز أن نستخدم إي غرض من أغراضها، ولا نقيم بها لنهى النبي ﷺ . عن ذلك.

ثانياً: مدن هُجرت وصارت خراباً بموت أهلها أو انتقالهم عنها، مثل لبدة وشحات وغيرها كثير، فهذه يجوز المرور بها، واستخدام ما بها إذا اضطررنا لذلك، ولنا دخولها للاعتبار والتفكير، ولا يوجد ما يمنع من الإقامة فيها وقت الحاجة الضرورية.

3. الركاز: وهو كنز الأرض ففيه الخمس، والمعدن تخرج منه الزكاة.

وفي كل الأحوال في عصرنا الحاضر لا يجوز لأحد أن يمس الآثار بسوء لأن ولي الأمر اصدر قانوناً يحميها، ثم إن الأمم المتحدة اقرت اتفاقيات لحمايتها. ومن يتعدى على الآثار يستعدي على بلاده دول العالم؛ فإنه بفعله ذلك يجلب الحرب والخراب لبلاده، فالسياسة الشرعية ومصصلحة الأمة توجب المحافظة على الآثار وحمايتها من كل اعتداء.

والله وليّ التوفيق ومنه السداد.

المصادر والمراجع

1. القرآن الكريم.
2. أحكام المساجد في الشريعة الإسلامية، المؤلف: إبراهيم بن صالح الخضير، الطبعة: الأولى، الناشر: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية، تاريخ النشر: 1419 هـ .
3. أخبار مكة في قديم الدهر وحديثه، المؤلف : أبو عبد الله محمد بن إسحاق بن العباس المكي الفاكهي (المتوفى : 272هـ)، المحقق : د. عبد الملك عبد الله دهيش، الناشر : دار خضر - بيروت، الطبعة : الثانية ، 1414 هـ.
4. آداب الزفاف في السنة المطهرة، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت . 1409 هـ . 203/1.
5. الاستقصا لأخبار دول المغرب الأقصى، أبو العباس أحمد بن خالد بن محمد الناصري، تحقيق جعفر الناصري/ محمد الناصري، مكان النشر الدار البيضاء، الناشر دار الكتاب، سنة النشر 1418 هـ / 1997 م.
6. الاكتفاء بما تضمنه من مغازي رسول الله والثلاثة الخلفاء، المؤلف / أبو الربيع سليمان بن موسى الكلاعي الأندلسي، دار النشر / عالم الكتب - بيروت - الطبعة : الأولى.
7. إمتاع الأسماع بما للنبيء من الأحوال والأموال والحفدة والمتاع، المؤلف : تقي الدين أحمد بن علي المقرئ، تحقيق محمد عبد الحميد النميسي، دار النشر : دار الكتب العلمية ، بيروت، ط الأولى ، 1999/1420 .
8. الأنس الجليل بتاريخ القدس والخليل، المؤلف : مجير الدين الحنبلي العلمي، تحقيق : عدنان يونس عبد الحميد نباتة، دار النشر : مكتبة دنديس - عمان - 1420 هـ - 1999 م.
9. البخاري في الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، 1422 هـ.

10. البيهقي في السنن الكبرى 270/7، حديث رقم 14975. وابن أبي شيبة في مصنفه، المصنف : أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي (159 . 235 هـ)، تحقيق : محمد عوامة.
11. البيهقي في السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي، المؤلف : أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، مؤلف الجوهر النقي: علاء الدين علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني، المحقق : الناشر : مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة، حيدر آباد، الطبعة: الأولى . 1344 هـ.
12. تاريخ الخلفاء، المؤلف : عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد، الناشر : مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الأولى ، 1371 هـ.
13. التبصرة، المؤلف: علي بن محمد الربيعي، أبو الحسن، المعروف باللحمي (المتوفى: 478 هـ)، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011م.
14. تحقيق: شعيب الأرنؤوط- محمد زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت، الطبعة: الثانية، 1403 هـ - 1983م.
15. التعريفات الفقهية، المؤلف: محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، الناشر: دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان 1407 هـ - 1986م)، الطبعة: الأولى، 1424 هـ.
16. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، المؤلف : أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى : 463 هـ)، المحقق : محمد عبد القادر عطا، الناشر : دار الكتب العلمية.
17. التهذيب في اختصار المدونة، تصنيف أبي سعيد خلف بن أبي القاسم القيرواني البراذعي، تحقيق محمد الأمين بن الشيخ. الناشر دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الامارات العربية، ط/1، سنة 1999م.

18. جامع الأصول في أحاديث الرسول، المؤلف: مجد الدين ابن الأثير (المتوفى: 606هـ)، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، الناشر: مكتبة الحلواني - مطبعة الملاح - مكتبة دار البيان، الطبعة: الأولى، الجزء [1، 2]: 1389 هـ، 1969 م.
19. جامع الأمهات، لجمال الدين بن عمر بن الحاجب، تحقيق أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضرى، دار اليمامة، بيروت، ط/2، سنة 2000م.
20. الجامع لأحكام القرآن، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أحمد، المعروف بالقرطبي (المتوفى: 671هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، 1384هـ - 1964 م.
21. خطط الشام، المؤلف: محمد بن عبد الرزاق بن محمد، كُرد علي (المتوفى: 1372هـ)، الناشر: مكتبة النوري، دمشق، الطبعة: الثالثة، 1403 هـ - 1983 م.
22. سنن أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: 275هـ)، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.
23. شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، المؤلف: قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني، (المتوفى: 837هـ)، أعتنى به: أحمد فريد المزيدي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1428 هـ - 2007 م.
24. شرح السنة، المؤلف: أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى: 516هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط - محمد زهير الشاويش، الناشر: المكتبة الإسلامي - دمشق، بيروت، الطبعة: الثانية، 1403هـ - 1983م.
25. شرح السنة، المؤلف: محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى: 516هـ)
26. شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، المؤلف: شهاب الدين أحمد بن أحمد البرنسي الفاسي، المعروف بزروق (المتوفى: 899هـ)، أعتنى به: أحمد فريد المزيدي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان، الطبعة: الأولى، 1427 هـ - 2006م.

27. صاحب الموطأ، المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، المحقق: محمد مصطفى الأعظمي، الناشر: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي - الإمارات، الطبعة: الأولى، 1425 هـ - 2004 م.
28. صحيح، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
29. صحيح البخاري، المؤلف: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، 1422 هـ .
30. صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
31. النفثة الإسلامية وأدلتها، المؤلف: أ.د. وهبة الزحيلي، الناشر: دار الفكر، ط/4، - سوربة - دمشق.
32. كتاب الرئد في فن التنقيب عن الآثار، فوزي عبد الرحمن الفخراي، منشورات جامعة قارونوس.
33. لسان العرب، المؤلف: ابن منظور، المحقق: عبد الله علي الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي، دار النشر: دار المعارف، البلد: القاهرة .
34. المدونة الكبرى، المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، المحقق: زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت . لبنان.
35. مسند أحمد بن حنبل، تحقيق: أحمد محمد شاكر، الناشر: دار الحديث . القاهرة، الطبعة: الأولى، 1416 هـ - 1995 م.
36. مُصنّف ابن أبي شيبة، المصنّف: أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي (159 هـ). 235 هـ، تحقيق: محمد عوامة.
37. المصنّف، المؤلف: أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية، 1403. 400/10، حديث رقم 19493.

38. المعجم الكبير، المؤلف : سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني، تحقيق : حمدي بن عبدالمجيد السلفي، الناشر : مكتبة العلوم والحكم - الموصل، الطبعة الثانية ، 1404 - 1983.
39. معجم اللغة العربية المعاصرة، المؤلف: د أحمد مختار عبد الحميد عمر (المتوفى: 1424هـ) بمساعدة فريق عمل، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، 1429 هـ - 2008م.
40. الموسوعة العربية العالمية، أول وأضخم عمل من نوعه وحجمه ومنهجه في تاريخ الثقافة العربية الإسلامية.
41. الموسوعة الفقهية الكويتية، صادر عن : وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الطبعة 1: (من 1404 - 1427 هـ).
42. نفخ الطيب من غصن الأندلس الرطيب، أحمد بن محمد المقرئ التلمساني، تحقيق د. إحسان عباس، الناشر دار صادر، سنة النشر 1388هـ، مكان النشر بيروت.
43. نور اليقين في سيرة سيد المرسلين، المؤلف : محمد بن عفيفي الخضري، المحقق : هيثم هلال، الناشر : دار المعرفة بيروت - لبنان، الطبعة : الطبعة الأولى، 1425هـ / 2004م .
المجلات:
- 1 - مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المؤلف : الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الناشر : موقع الجامعة على الإنترنت.

<http://www.iu.edu.sa/Magazine>

<http://www.ahlalhdeeth.com>

2 - مجلة الرسالة ، مكان الصدور ، مصر - القاهرة - العدد 36 بتاريخ 12 / 3 / 1934م.

"أعوان معمر القذافي في تطبيق أحكام قانون العفو عن

بعض الجرائم رقم (35) لسنة 2012م"

تعليق على الحكم الصادر عن المحكمة العليا في الطعن الجنائي

رقم 60/48 بتاريخ 2018/05/02م

إعداد الدكتور: خالد سالم فلاح، أستاذ مساعد بكلية القانون . جامعة الزيتونة

المقدمة

أصدر مجلس النواب الليبي قانون العفو العام رقم (35) لسنة 2012م ونص في البند الأول من مادته الأولى، على الآتي:

لا تسري أحكام هذا القانون على الحالات الآتية:

1. "الجرائم المرتكبة من زوج المدعو معمر محمد عبد السلام أبومنيار القذافي وأبنائه وبناته أصالة أو بالتبني وأصهاره وأعوانه..."

وحيث أن المحاكم العاملة في ليبيا بمناسبة نظرها للجرائم المرتكبة إبان ثورة 17 فبراير وما قبلها من هؤلاء الأشخاص المذكورين بالنص، وبحث مدى استفادة المتهمين أياً كانوا من قانون العفو لتصل في النهاية إلى الحكم لصالحهم بانقضاء الدعوى الجنائية في حقهم بالعفو العام أو نفي هذه الاستفادة ومن ثم الاستمرار في نظر موضوعها، اعترضها بيان المفهوم الصحيح للفظ "الأعوان" الوارد في قانون العفو، كونه لفظ "دخيل" على المصطلحات القانونية المستعملة في لغة المشرع، وهو ما حدا بالمحكمة العليا للتدخل

ليبين مفهوم هذا اللفظ في أول مناسبة عرضت عليها فأصدرت مبدأ بشأنه ضمنته الحكم الجنائي الصادر بتاريخ 2018/05/02م تحت رقم 60/48ق⁽¹⁾ وهو الحكم محل هذا التعليق.

ولالإلمام بالموضوع ووفقاً لما يتطلبه المقتضى العلمي في كتابة التعليق على الأحكام سنعرض في

هذا التعليق إلى:

أولاً: مفهوم العفو العام وأحكامه وآثاره.

1 (المحكمة العليا الليبية، طعن جنائي رقم 60/48ق، جلسة 2018/05/02م، الدائرة الجنائية الرابعة "غير منشور.

ثانياً : مفهوم المحكمة العليا للفظ أعوان معمر القذافي.

ثالثاً : تقييم مفهوم المحكمة العليا لمفهوم أعوان معمر القذافي

أولاً : مفهوم العفو العام وأحكامه وآثاره.

أ. مفهوم العفو العام:

يُعرف بعض الفقه (1) العفو العام بأنه إجراء قانوني يرفع الصفة الجنائية عن الفعل المرتكب بأثر رجعي فيصبح غير معاقب عليه.

وهذا التعريف - كما يرى جانب من الفقه بحق (2) غير دقيق، فالعفو في حقيقته لا يلغي الجريمة، أي لا يلغي الوصف القانوني الجنائي عن الفعل المرتكب المعفو عنه، إنما يُلغي في حقيقته أثر الجريمة في اقتضاء العقوبة من مرتكبها، وذلك بما للهيئة الاجتماعية عبر ممثلها وهي السلطة التشريعية من حق في التنازل عن الحق الذي رتبته الجريمة وتعلق برقبة الجاني.

وعلى هذا الأساس يظهر العيب الذي صيغت به المادة "106" من قانون العقوبات الليبي حين نصت على "تسقط الجريمة بصدور العفو العام عنها" والحال أن الصحيح في السقوط هو الدعوى الجنائية المترتبة عنها وليست الجريمة في ذاتها.

ب. الأحكام القانونية للعفو:

1) يكون العفو العام بموجب قانون يصدر عن السلطة التشريعية، وهذا الحكم يتم التأكيد عليه غالباً في دساتير كثير من دول العالم لأهميته كقاعدة دستورية.

وهذا بخلاف ما يطلق عليه بالعفو الخاص، الذي يكون بقرار من السلطة التنفيذية ويتناول عادة قوائم بمتهمين أو محكوم عليهم محددتين بالاسم وفي جرائم معينة.

2) العفو العام سبب مسقط للدعوى الجنائية وحدها، أما إذا رفعت مع الدعوى الجنائية دعوى مدنية تابعة لها، فلا تأثير للعفو عليها، وتظل المحكمة الجنائية ملزمة بالفصل فيها. (3)

1 - انظر د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة "7" السنة 1996م ص 168 - وانظر أيضاً د. مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، مطبعة دار الكتب، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، الجزء الأول ، 1971م ، ص 223؛ وأيضاً د. إدوار غالي الذهبي ، الإجراءات الجنائية ، مكتبة غريب ، مصر ، الطبعة الثانية ، 1990م ، ص 160.

2 - انظر : د. عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر، "بلون طبعة" ، 2008 م ، ص 123.

3 - وهي من الحالات القليلة التي تتحول فيها المحكمة الجنائية إلى محكمة مدنية خالصة.

ومرد ذلك أن العفو يفيد التنازل، ولا يكون هذا الأخير إلا من صاحب الحق فيه، وصاحب الحق في التنازل عن الحق المدني، ليس هو المجتمع وإنما هو الشخص الذي طالب به أمام القضاء، فلا يكون للمجتمع حق في التنازل عن الحق الخاص إلا إذا آل على نفسه تحمل التعويض المترتب على الجريمة كما يرى بعض الفقه⁽¹⁾.

3) في نطاق الدعوى الجنائية يقتصر أثر العفو على اسقاط الدعوى الجنائية المترتبة على الجرائم التي شملها العفو، ولا يمتد لغيرها ولو كان بينها أي ارتباط أو اقتران، وهذا ما تقضي به المادة 2/106 عقوبات لبيي.

4) القاعدة في سريان قانون العفو من حيث الزمان هو الأثر الفوري والمباشر وعدم الرجعية، فلا يسرى العفو إلا على الدعوى الناشئة عن الجرائم التي ارتكبت قبل صدور قانون العفو، إلا إذا تم النص في قانون العفو ذاته على موعد آخر "م 3/106 عقوبات".

والعبرة هنا هو بوقت إرتكاب السلوك المادي للجريمة ولو تأخرت نتيجتها، فإذا ارتكبت الجريمة في سلوكها المادي قبل صدور قانون العفو وتأخرت نتيجتها بعد صدوره، كمن يضرب شخصاً على رأسه ليجعله محفوظاً في قسم العناية بالمستشفى لعدة أيام يصدر خلالها قانون العفو ليشمل جرمته، ثم يتوفى المصاب بعد صدور القانون فهذا يستفيد من قانون العفو؛ لأن الفعل عند صدور قانون العفو وقبل الوفاة يُعد شروعا في الجريمة، وإذا ما كان العفو سيسري على الجرائم التامة فمن الأولى أن يسري على الجرائم التي شُرِعَ فيها ولم تكتمل نتائجها، فإذا تحققت الجريمة بعد ذلك فلا عبرة بما في جواز رفع الدعوى الجنائية؛ لأنها ناتجة عن فعل عفى عنه المجتمع وأصدر بشأنه قانوناً يفصح فيه عن نيته الصريحة في العفو.

وهذا الحكم على عكسه بالنسبة للجرائم المستمرة، فإذا حصلت حالة الإستمرار ولو في جزء بسيط منها بعد صدور قانون العفو فلا يستفيد مرتكبها من آثار العفو، لأنه ارتكب الجريمة ولو في جزء منها بعد صدور قانون العفو.

5) استثنى المشرع في المادة 4/106 عقوبات من سريان أحكام العفو بعض الفئات من الجناة

وهم:

- العائدون عوداً متكرراً في الجرائم المتماثلة.
- معتادو الإجرام.
- محترفو الإجرام

1 - انظر: عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص 124.

- المنحرفون في الإحرام.

وذلك ما لم ينص قانون العفو على حكم آخر.

وعلة ذلك واضحة، كون هؤلاء المجرمين يمثلون خطورة إجرامية بارزة تتعارض مع حكمة العفو في التناسي والتغاضي عن الجرائم المرتكبة بغية إعادة إدماج المعضو عنهم في المجتمع مواطنين صالحين، فهذه الفئات المذكورة ليست محل ثقة من المشرع في أنهم لن يعودوا للإجرام مستقبلاً بعد العفو بما يهدر الحكمة منه أساساً، فنص على حرمانهم من الاستفادة منه.

ج. آثار العفو:

كما ذكرنا سلفاً فإن العفو العام يسقط الدعوى الجنائية وعلى الجهة التي يجوزتها هذه الدعوى أن تتخذ من الإجراءات ما يؤدي إلى انقضائها بالعفو.

وعليه إذا صدر قانون العفو قبل رفع الدعوى وبعد تحريكها من قبل سلطة التحقيق، كان على الأخيرة إصدار أمر بالأوجه لإقامتها لانقضائها بالعفو العام، أما إذا رفعتها النيابة العامة للمحكمة المختصة تغاضياً عن قانون العفو الصادر كان على المحكمة أن تحكم بعدم قبولها، لكونها مرفوعة إليها في غير ذي موضوع.

أما إذا صدر العفو العام بعد رفع الدعوى إلى المحكمة كان على الأخيرة أن تحكم بانقضائها بالعفو، وذلك مهما كانت درجة المحكمة التي تنظر الدعوى ولو كانت المحكمة العليا.

ولا تأثير على الحكم بالإنقضاء على الحكم بالمصادرة إذا كانت الأخيرة وجوبية وفقاً لنص المادة 2/163 عقوبات.

وانقضاء الدعوى الجنائية بالعفو العام سبب يتعلق بالنظام العام، كما هو الحال بالنسبة لأسباب السقوط والإنقضاء عموماً، وعليه فإنه على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا تنتظر أن يتمسك به المهتم أمامها، وليس للأخير خيار في قبول تطبيق العفو عليه من عدمه، ولو كان متأكداً من صدور حكم ببراءته لو استمرت المحكمة في نظر الدعوى، وذلك كله مرده أن قانون العفو يسقط الدعوى الجنائية بمجرد صدوره فتصبح الدعوى الجنائية مجردة عن الإطار الإجرائي الذي يحكم مسارها أمام السلطات القضائية.

ثانياً: مفهوم المحكمة العليا للفظ أعوان معمر القذافي.

بينت المحكمة العليا في طعنها رقم 60/48 ق المشار إليه مفهومها لأعوان معمر القذافي في تطبيق قانون العفو عن بعض الجرائم رقم 35 لسنة 2012م، حيث عارضت ما إنتهت إليه محكمة استئناف الزاوية دائرة الجنايات في القضية رقم 2012/221/ الزاوية التي رفضت دفاع المتهمين بأن المجرمين المحكوم ضدهما واللذين كانا يتبعان جحفل الإنتصار المقاتل بالزاوية والمؤيد لمعمر القذافي في حربه سنة 2011م لقمع الحراك الشعبي ضد النظام، وذكرت أنه ينطبق عليهما لفظ أعوان معمر القذافي وبالتالي لا يستفيدان

من العفو بالتطبيق للبند الأول من المادة الأولى من قانون العفو رقم 35 لسنة 2012م، حيث اعتبرت المحكمة العليا أن ما انتهت إليه محكمة استئناف الزاوية غير سديد، إذ ذكرت في حكمها: " لما كان ذلك وكان البند الأول من المادة الأولى من قانون العفو المذكور تنص على أنه: " لا تسرى أحكام هذا القانون على الحالات الآتية: 1. الجرائم المرتكبة من زوج المدعو معمر محمد عبد السلام أبو منيار القذافي وأبنائه وبناته أصالة أو بالتبني وأصهاره وأعوانه..."

ولما كان يبين من النص المذكور أن المشرع قد اعتبر أعوان معمر القذافي في مرتبة تتساوى مع زوجته وأبنائه وأصهاره، وبالتالي فإن المقصود بهم في هذا المقام أولئك الرجال والنساء المقربين منه والذين كان يعتمد عليهم في إدارة نظام البلاد السياسي والاقتصادي والاجتماعي والعسكري، وغالبا ما كانوا يتبعون الوظائف القيادية والعليا فيها؛ ومقتضى ذلك أنه ليس كل من عمل موظفا أو مجندا مع القذافي يعتبر من أعوانه وفقا للتعريف السابق. ولما كان الطاعنان مجرد مجندين أو متطوعين في الحرس الشعبي ولا تربطهما علاقة بمعمر القذافي، وبالتالي فهما لا يعتبران من أعوانه. ولما كان الحكم المطعون فيه قد ذهب خلاف هذا النظر واعتبر الطاعنين من الأعوان فإنه يكون مخطئا في تطبيق القانون وقاصرا في التسيب، بما يوجب نقضه مع الإعادة دون حاجة لبحث المناعي الأخرى".

وواضح من خلال الحكم المذكور أعلاه أن المحكمة العليا قد إلتجأت في تفسيرها للفظ " أعوان معمر القذافي" للتفسير المضيق، وهو أحد أنواع التفاسير المسموح بها حين تغيم ضبابية على النص فتختل الصراحة والوضوح فيه. (1)

والتفسير المضيق - بعكس الموسع - هو الذي يضيّق عن دخول حالات كان سيشمّلها لو التجأ المفسّر إلى التفسير الموسّع، وهو جائز في تطبيق قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية، وفي قانون العقوبات بصفة أولى، لأن التفسير الموسّع في هذا القانون ربما سيتعارض مع قاعدة الشرعية، وقد يصطدم مع قاعدة "الشك يفسر لصالح المتهم" حين يحتّم النص أكثر من تفسير فيميل المفسّر إلى التفسير الموسّع ليحكم النص الحالة المعروضة فينهدم ببيان القاعدة المذكورة التي ما قُدرت إلا لتغليب قاعدة أخرى هي قاعدة وقرينة البراءة. (2)

1- انظر: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984م، ص 97 وما بعدها.

2- وعلى ذلك تسير محكمة النقض المصرية حيث ترى في طعنها الصادر بتاريخ 17/11/1969م أنه لا يصح التوسع في تفسير النصوص المتعلقة بالإعفاء وعلى سبيل الحصر، ولا مجال لإعمال القياس في ذلك - مشار إليه لدى د. حسن صادق المرصفاوي، قانون العقوبات، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون طبعة أو سنة نشر، ص 22.

ثالثاً : تقبيح مفهوم المحكمة العليا للفظ أعوان معمر القذافي:

رأت المحكمة العليا أن البند الأول من المادة الأولى من قانون العفو قد اعتبر أعوان معمر القذافي في مرتبة تتساوى مع زوجه وأبنائه وأصهاره، وبالتالي فإن المقصود بالأعوان هنا أولئك الرجال والنساء المقربين منه والذين كان يعتمد عليهم في إدارة نظام البلاد السياسي والإقتصادي والإجتماعي والعسكري، أما من عدا هؤلاء فهم ليسوا بالأعوان ولو كانوا قد ساعدوا نظام القذافي بشكل أو بآخر.

وللوصول إلى قناعة بصحة أو بعدم صحة ما انتهت إليه المحكمة العليا في هذا الصدد، فلا بد من إجراء موازنة بين المصالح التي يحققها هذا التفسير والمصالح التي يهدرها:

أ. المصالح التي يحققها تفسير المحكمة العليا للفظ أعوان معمر القذافي:

1- يحقق التفسير المذكور فائدة عظيمة في جانب ما يرمي إليه المجتمع من تحقيق للمصالحة الوطنية عقب ثورة 17 فبراير 2011م، إذ بهذا التفسير سيُطال العفو من ساندوا وأيدوا معمر القذافي سنة 2011م ولو عن طريق حمل السلاح لصد وقمع الثوار الذين خرجوا على نظامه، وهؤلاء المؤيدون ليسوا بالعدد القليل، وبعض منهم ظل قابلاً في السجن إلى حين صدور قانون العفو، والبعض الآخر هارب أو مهجر خارج البلاد يقاسي الغربة عن الوطن مع ما يصحب ذلك من معاناة إجتماعية واقتصادية لا تحصى.

والأخطر من ذلك أن هؤلاء - هم أو أبنائهم - سيعودون يوماً، ولكن محملين بأفكار وثقافات وردات فعل إجتماعية ستعمل جميعها ضد المصلحة الوطنية للبيبا، فالعفو عن هؤلاء في وقت مبكر أولى وأحرى في سبيل العودة وإعادة الإدماج.

2- يحقق التفسير الذي ارتكبت إليه المحكمة العليا كذلك مصلحة أخرى، هي الإستفادة من الخبرات والكفاءات التي يحملها الكثير من هؤلاء المؤيدين في بناء ليبيا الجديدة التي تسع الجميع.

حيث أن هؤلاء قد أنفقت عليهم الدولة ومن مال الليبيين أموالاً طائلة إلى أن اكتسبوا هذه المؤهلات والخبرات والكفاءات، فيصبح ريمهم وراء قضبان السجون إهداراً للمصلحة في الإستفادة منهم، ويضحى كنزهم لسنوات في السجون أو بلاد المنفى ضد التفكير الوطني السليم.

2- وفي جانب ثالث يحقق هذا التفسير من المحكمة العليا للفظ أعوان القذافي، إنهاء لكثير من القضايا المتراكمة أمام المحاكم والتي تُعد من القضايا الشائكة في وضع إنتقالي تنقده التوجهات السياسية ويغلفه الضعف الملحوظ في الأداء القضائي والأمني.

ب. المصالح التي يهدرها تفسير المحكمة العليا للمضيق للفظ أعوان معمر القذافي:

مع المصالح التي تتحقق بتفسير المحكمة العليا الذي ذهبت إليه والمشار إلى أهمها سلفاً، فإن هناك بعض المصالح التي ستهدر بهذا التفسير والسلبات التي ستتربت عليه، ومن أهمها:

1. استفادة الكثير ممن أوغلوا في الإجرام إبان ثورة 17 فبراير من قانون العفو، وهو ما سيكون معه العفو يحمل معنى التغاضي الأجوفاً عن المساءلة دون أن ينطوي عن النية الصادقة للمجتمع في الصفح والمساخمة.

2. الجانب الآخر - وهو الأهم في نظرنا - هو دخول قانون العفو عن بعض الجرائم المرتكبة من أعوان النظام السابق حيز النفاذ واستفادة هؤلاء منه، دون أن يكون ذلك بالتوازي مع تفعيل قانون العدالة الانتقالية الصادر، والذي يحفظ الحق في المساءلة المتوازنة وبإجراءات معينة منضبطة تحقق الشعور بالعدالة لدى الجاني عليهم والمجتمع، وهو ما سيقود إلى تطاير كفتي ميزان العدالة بين الخصوم.

الخاتمة

ومع الملاحظات المذكورة حول ما يهدره قانون العفو واستفادة بعض الفئات من المجرمين من تفسير المحكمة العليا للمضيق للفظ أعوان القذافي، يظل تفسيرها يحقق غايات بناءة يهدف المجتمع بكل تأكيد إلى تحقيقها للوصول إلى بناء دولة يطوي فيها الجميع صفحة الماضي ليسطر كل واحد في قادم الصفحات مستقبل هذا البلد بعيداً عن الأحقاد والضغائن والنظرة الأحادية الضيقة، وهو ما يرى معه الباحث ترجيح صحة ما انتهت إليه المحكمة العليا من تفسير.

المراجع

1. د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - القاهرة - ط 7. س. 1996م.
2. د. إدوارد غالي الذهبي - الإجراءات الجنائية - مكتبة غريب - مصر. ط 2. س. 1990م.
3. د. حسن صادق المرصفاوي - قانون العقوبات - منشأة المعارف بالإسكندرية - بدون طبعة أو سنة نشر .
4. د. عوض محمد عوض - قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - مصر . ط بدون . س 2008م.
5. د. مأمون محمد سلامة - الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي - مطبعة دار الكتب - بيروت لبنان - ط 1. الجزء الأول . س 1971م.
6. د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات اللبناني - القسم العام - دار النهضة العربية - القاهرة - ط بدون . س 1984م.

الطبيعة القانونية لأوامر الأداء (استيفاء الديون الثابتة بالكتابة)

إعداد الأستاذ: أبوبكر عبدالسلام بن زيد
عضو هيئة التدريس بالجامعة الأسمرية
كلية العلوم الشريعة مسلاتة - قسم القانون

مقدمة

نظم قانون المرافعات المدنية والتجارية وأوامر الأداء من أجل التيسير على المتقاضين والمحاكم على حد سواء، وهي نوع خاص من المطالبات القضائية رأى المشرع فيها أن تعرض المسائل التي تتضمنها وبيث فيها بأسلوب أسرع من الإجراء العادي المتبع في الدعوى القضائية، بحيث يمكن للدائن الحصول على حقه سريعاً، دون اللجوء إلى طريق الدعوى القضائية الطويل، وذلك عن طريق الاكتفاء بتقديم عريضة إلى القاضي المختص، يوضح فيها الدائن اسمه وحقه قبل الغير، وتكون هذه العريضة مصحوبة بدليل ثابت بالكتابة لحق الدائن، ومقداره، وموعد استحقاقه، وهو ما يسمى بنظام أوامر الأداء؛ تقديراً من المشرع الليبي بأن تحقيق بعض الديون لا يحتاج إلى مواجهة بين الطرفين؛ لأن المدين ليس لديه في الظاهر ما يعارض به ادعاء الدائن، وأساس هذا التقدير هو ثبوت الدين بالكتابة، فهذا الثبوت يغلب معه تحقق الدين.

وقد خصّ قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي أوامر الأداء بالتنظيم وذلك في الباب الخامس المواد (778-785) وأطلق عليها اسم (استيفاء الديون الثابتة بالكتابة).

ولدراسة نظام أوامر الأداء أهمية كبيرة سواء في فكرتها العامة أو طبيعتها القانونية التي كانت مثاراً لجدل شديد عند شرح القانون الإجرائي، وهو الذي تتولى هذه الورقة تناوله وذلك في خطة بحثية كالاتي:

المطلب الأول/ الطبيعة القضائية لأوامر الأداء.

أولاً/ أوامر الأداء والعمل القضائي.

ثانياً/ أوامر الأداء والحكم القضائي.

المطلب الثاني/ الطبيعة الولائية لأوامر الأداء.

أولاً/ أوامر الأداء والأمر على عريضة.

ثانياً/ الطبيعة الخاصة لأوامر الأداء.

الخاتمة

المطلب الأول

الطبيعة القضائية لأوامر الأداء

إذا كانت الوظيفة الأساسية للقضاء هي فض النزاعات بين الخصوم، ومنح الحماية القانونية لهم، فإن هناك من يرى في أوامر الأداء أنها من الأعمال القضائية، وهناك من يرى فيها أنها حكم قضائي، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً/ أوامر الأداء والعمل القضائي:-

يتجه غالبية الشراح إلى أن أمر الأداء هو عمل قضائي، إذ يتضمن قضاءً فاصلاً في مطالبة قضائية، وأنه يصدر من القاضي في موضوع رفع وفقاً للإجراءات التي رسمها القانون، فالقانون قد أوجب إتباع نظام أوامر الأداء، واعتبره طريقاً لرفع المطالبة القضائية استثناءً من القواعد العامة في رفع الدعاوى؛ لهذا يعد طلب استصدار أمر الأداء مطالبة قضائية بحق، لأن فيه معنى المطالبة بالحق أمام القضاء، المطالبة الجازمة بعد تكليف المدين بالوفاء، والقاضي المختص بإصدار أمر الأداء يفصل في مطالبة قضائية بحق، وفي خصومة حول أصل الحق، إذ هو يقضي بإلزام المدين بأداء الحق وهو قضاء قطعي ملزم، فيكون عمله عملاً قضائياً¹.

فالعمل القضائي هو تعبير عن إرادة القاضي تتجه إلى تقييد الخصوم برأيه في إدعاءهم، ويحترم القانون هذه النية ويقيدهم فعلاً برأيه، كما أن القانون يحترم هذه الإرادة، لأنها تصدر من القاضي بناءً على ما له من ولاية عامة بحكم وظيفته القضائية، وبالتالي فإن أمر الأداء هو عمل قضائي تتوافر فيه كافة العناصر الجوهرية اللازمة، فالقاضي يعبر عن إرادة قطعية بإلزام المدين بأداء معين، وموضوع الإجراءات مطالبة قضائية هي إلزام المدعى عليه بأداء معين، وهي تفترض تجهيلاً حول مركز قانوني معين حيث يدعي الطالب عدم أداء الطرف الآخر لدين حال، كما يتحقق لهذا الأمر سبب العمل القضائي حيث يفصل القاضي في المطالبة المرفوعة بناءً على تحقيق مختصر يبني فيه اقتناعه على الأدلة المرفقة بالبريضة، فإذا لم يجدها كافية لتكوين اقتناعه، ورأى إجراء مزيد من التحقيق في المطالبة المرفوعة فإنه يجيلها إلى المحكمة التي تنظرها في شكل خصومة عادية، وهذا يعني أن الإجراءات المذكورة تستهدف دائماً عملاً قضائياً، فإذا كانت كافية بذاتها لتكوينه صدر في شكل أمر أداء.

1 - أمينة مصطفى النمر، أوامر الأداء في مصر والدول العربية والأجنبية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1989، ص39.

عبدالعزیز عامر، شرح قانون المرافعات الليبي، القاهرة، مكتبة غريب (ب- ت)، ص436.

وبناءً على ما تقدم فإن أمر الأداء هو عمل قضائي يخضع للقواعد التي تحكم العمل القضائي، وإن القاضي يصدره عندما يقوم بوظيفة قضائية فيخضع لذات القواعد التي يخضع لها سائر القضاة عند مباشرتهم لوظيفتهم القضائية، كل هذا بطبيعة الحال ما لم يرد نص خاص يقرر استثناءً أو كانت القواعد المتقدمة تتعارض مع النظام القانوني لأوامر الأداء¹.

وقد تبني القضاء المصري هذا الاتجاه، حيث قضت محكمة النقض المصرية أنه: "...وقد أكد المشرع ذلك بمعاملة أوامر الأداء معاملة الأحكام في مواطن كثيرة منها: ما نصت عليه المواد (852-856) مكرر مرافعات، مما يتأتى معه إن أوامر الأداء وإن كانت تصدر بطريقة تختلف عن الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وتشتهب بطريقة استصدار الأوامر على العرائض إلا أنها تصدر بموجب السلطة القضائية لا الولاية²". وفي حكم آخر لمحكمة النقض المصرية قضت فيه: "أوامر الأداء وإن كانت تصدر بطريقة تختلف عن الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، وتشتهب بطريقة استصدار الأوامر على العرائض إلا أنها تصدر بموجب السلطة القضائية للقاضي لا الولاية ولها ما للأحكام من قوة"³.

وبالرغم من ذلك فإن هناك من يرى في أوامر الأداء أنها من قبيل الأحكام القضائية وذلك على النحو الآتي بيانه.

ثانياً/ أوامر الأداء والحكم القضائي:-

يذهب فريق من الشراح إلى اعتبار أمر الأداء حكماً قضائياً؛ لأنه يتضمن قضاءً قطعياً بإلزام المدين بالدين، فأمر الأداء باعتباره قراراً يصدر من القاضي في موضوع مطالبة رفعت بالإجراءات التي رسمها القانون وهو حكم قضائي في موضوع هذه المطالبة، ولا يمنع من إسباغ هذا الوصف (أي الحكم على أمر الأداء) أن إجراءات المطالبة ليست هي الإجراءات العادية لرفع الدعوى، وإنما هي إجراءات خاصة، فليست هذه الحالة الوحيدة التي يتطلب فيها المشرع إجراءات خاصة بخلافاً للإجراءات العادية دون أن يثور الشك في اعتبار القرارات الصادرة أحكاماً بالمعنى الصحيح، والمثال على ذلك: إشكالات التنفيذ

1 - أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990، ص 674. وحدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1974، ص 658.

2 - طعن مدني مصري رقم 52/888ق، جلسة 10-11-1983م، قضاء النقض المدني إعداد سعيد احمد شعله، مطبعة الإسكندرية، منشأة المعارف، ص 293، وتجدر الإشارة إلى أنه قد تبعنا هذا الموضوع في القضاء الليبي فلم نجد حكماً للمحكمة العليا يتعلق بطبيعة أوامر الأداء على قلة الطعون المتعلقة بهذا الموضوع (أوامر الأداء) ذلك أن المتقاضين يكتفون بالتقاضي أمام محاكم الموضوع من خلال نظر الأوامر والتظلم منه.

3- طعن مدني مصري رقم 63/20ق جلسة 4/4/1963م، مجموعة أحكام النقض، السنة 14، العدد الثاني، ص 475.

الوقتية، إذ يكفي المشرع فيها بأن تبنى أمام المحضر عند حضوره للتنفيذ، وأن تثبت في المحضر الذي يحرره، ومع هذا فالقرار الصادر في الإشكال الوقي هو حكم بالمعنى الدقيق، كما لا يغير من وصف أوامر الأداء باعتبارها حكماً أن إجراءات استصدارها أقرب إلى إجراءات الأوامر على العرائض منها إلى الإجراءات العادية لرفع الدعوى¹، فأمر الأداء هو حكم بكل معنى الكلمة، فهو لا يستند إلى سلطة القاضي الولائية بل إلى سلطته القضائية، ذلك لأنه بالنظر إلى مضمون الأمر لا يقرر إجراءً وقتياً أو تحفظياً، وإنما يتضمن تقرير حق من صدر له الأمر قبل من صدر عليه مع إلزام هذا الأخير بالدفع فهو يحسم نزاعاً ويفصل في أصل الحق، ويشتمل على قضاء قطعي بالمعنى الصحيح، فالعبرة في تكييف قرار القاضي ليس بالإجراءات التي تُتبع وإنما بطبيعة موضوع القرار وفي أمر الأداء يوجد قضاء قطعي ملزم، كما أن المشرع اعتبر إجراءات أوامر الأداء استثناءً من القواعد العامة في رفع دعاوى، إضافة إلى ذلك فإن عدم اشتراط تسيب أمر الأداء لا يحول دون وصفه بأنه حكم، فالمشرع قد يخرج على قاعدة وجوب تسيب الأحكام كما في الأحكام الخاصة بإجراءات الإثبات، وإن كان لهذا الأمر أسبابه المتمثلة: في الوقائع والأسانيد التي يلزم القانون بيانها في العريضة²، ومما يؤكد صحة هذا التكييف ورود بعض النصوص التي تفيد هذا المعنى ومنها المادة (782) من قانون المرافعات الليبي التي تنص على أن " يعلن المدين في موطنه بالعريضة والأمر الصادر عليها بالدفع ويعتبر الأمر بالأداء كأن لم يكن إذا لم يعلن المدين خلال ستة أشهر من تاريخ صدوره ويجب أن يشمل الإعلان على أنه إذا لم يتظلم من الأمر خلال ثمانية أيام من إعلانه به يصبح الأمر بمثابة حكم نهائي واجب التنفيذ "

وإذا كان شرح القانون يرون وفقاً لهذا الاتجاه أن أوامر الأداء ذات طبيعة قضائية بحتة فإن البعض الآخر منه يرى فيها أنها ذات طبيعة ولائية تصدر من القاضي المختص بما له من سلطة الأمر وليس سلطة الحكم.

المطلب الثاني

الطبيعة الولائية لأوامر الأداء

يرى البعض أن أمر الأداء في حقيقته هو أمر على عريضة، ومع ذلك فقد اعتبره البعض أنه يمثل نوعاً خاصاً من المطالبات القضائية.

¹ فتحي عبدالصبور، (طبيعة أوامر الأداء والطعن فيها)، مجلة المحاماة المصرية، السنة (38)، العدد الثالث 1972، ص437،438،440. أمينة مصطفى النمر، أوامر الأداء في مصر والدول العربية والاجنبية، مرجع سابق، ص53.

² الكوني علي عبودة، قانون علم القضاء، الجزء الثاني، النشاط القضائي، طرابلس، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الطبعة الأولى، 1998، ص404. محمود السيد عمر التحيوي، النظام القانوني لأوامر الأداء، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1999، ص23. أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، الإسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة السادسة، 1976، ص184.

أولاً/ أوامر الأداء والأمر على عريضة:-

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الأمر الصادر بالأداء يعتبر عملاً ذات طبيعة ولائية، فالقاضي المختص بإصدار الأمر بالأداء يباشر وظيفة ولائية يستند فيها إلى سلطته الولائية وليس إلى سلطته القضائية، وهو يصدر أمراً وليس حكماً قضائياً، ومن ثم فإنه لا يلزم أن يتوافر في الأمر الصادر بالأداء بيانات الحكم القضائي ولا يصدر في جلسة علنية، ولا يطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانوناً للأحكام القضائية، وهو يقبل الاستئناف المباشر بنص قانوني خاص (م783) من قانون المرافعات الليبي، وإنما قصد المشرع في ذلك هو تبسيط الإجراءات وتيسيرها وتخفيف عمل القاضي، فالمشرع قد خالف القواعد العامة من حيث رفع الطلب القضائي، فهو يرفع من خلال اتخاذ إجراءات ولائية بحتة، ومن حيث نظره فإنه ينظر كأني طلب يقدم على عريضة، ومن حيث صدور القرار في الطلب فإنه يصدر كأني أمر على عريضة¹.

ومما يؤكد الطبيعة الولائية للأمر الصادر بالأداء أن قانون المرافعات الليبي يمنع القاضي المختص بإصدار أوامر الأداء من مولاة وظيفته القضائية عند إصداره لها (أي الأمر بالأداء)، حيث نصت المادة (781) من قانون المرافعات على أنه (إذا رأى القاضي ألا يجيب الطالب إلى كل طلباته كان عليه أن يمتنع عن إصدار الأمر وأن يحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة مع تكليف الطالب بإعلان خصمه الحضور إليها).

فالقاضي المختص بإصدار الأمر بالأداء لا يصدره إلا إذا أوجب به كل مطلوب الدائن الذي يطلب استصداره، فإذا تطلب الأمر فصلاً في خصومة قضائية، فإنه يجب على القاضي المختص بإصدار أمر الأداء أن يمتنع عن مولاة وظيفته الولائية، حتى لا يخرج عن حدودها وحتى لا يباشر سلطة قضائية في حالة يكون فيها ممنوعاً من مباشرتها، لأنه ليس بصدد خصومة قضائية وهو يكون ممنوعاً من مولاة سائر السلطات التي يباشرها القاضي بما له من سلطة قضائية عند إصداره للأمر بالأداء، وكل ما تقدم لا يمنع القاضي المختص بإصدار أمر الأداء من مولاة وظيفته الولائية في الحدود المقررة له في التشريع.

ومما يؤكد الطبيعة الولائية للأمر بالأداء أيضاً وفقاً لهذا الاتجاه أن إجراءات استصداره تتم بغير مواجهة وفي غفلة من المدين، كما أن الأمر بالأداء لا يلزم أن تتوافر فيه قانوناً إلا البيانات التي أوجبها صراحة.

وإذا كان الحكم كقاعدة عامة هو الإطار الشكلي للعمل القضائي بالمعنى الخاص فإنه لاعتبارات خاصة قد يكون هذا الإطار العام الشكلي هو الأمر مثلما هو الحال بالنسبة لأوامر الأداء، فهي تتضمن

1 أحمد عمر بوزقية، قانون المرافعات، بنغازي، جامعة بنغازي، الطبعة الأولى 2003، ص49. محمود السيد عمر التحيوي(أوامر أداء الحقوق الثابتة بالكتابة كاستثناء من القواعد العامة في رفع الدعاوى المدنية)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية كلية الحقوق، العدد الرابع عشر السنة السابعة 1980م، ص261.

قضاءً بالإلزام في شكل أمر، وليس في إطار الحكم التقليدي، فإرادة المشرع لها وحدها الكلمة في إلزام السلطة القضائية بإصدار أمر أو قرار ولائي بدلاً من إصدار حكم أو إصدار حكم بدلاً من إصدار أمر ولائي، أو في منح آثار الحكم لمجرد أمر ولائي¹.

وبالرغم من كل ذلك فإن هناك من يرى في أوامر الأداء أنها ذات طبيعة خاصة.

ثانياً/ الطبيعة الخاصة لأوامر الأداء:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الأمر الصادر بالأداء يكون ذا طبيعة مزدوجة، فهو يكون أمر على عريضة، ولكنه ليس من قاضي الأمور الوقتية، وليس صادراً في مسألة ولائية، وإنما يكون صادراً من القاضي المختص بإصدار أوامر الأداء في مطالبة قضائية، ولذلك فرغم كونه من الناحية الشكلية أمراً على عريضة إلا أن موضوعه يكون أشبه بالحكم القضائي الغيابي ولكنه لا يعني المماثلة التامة بينهما؛ لاختلاف ظروف إصدار الأمر بالأداء عن ظروف إصدار الحكم القضائي الغيابي، فالأمر الصادر بالأداء يتبع في إصداره إجراءات مختصرة وشكله هو نفس شكل الأعمال الولائية والذي يتبع في إصدارها دائماً إجراءات مختصرة وإجراءات إصدار الأمر بالأداء لا تماثل مطلقاً إجراءات إصدار الأعمال القضائية ولا تتطابق معها، بل هي تشبه إجراءات إصدار الأعمال الولائية وبذلك فإن الأمر الصادر بالأداء يكون من الناحية الشكلية عملاً ولائياً، ولا ينفي صفة الأمر عن الأمر الصادر بالأداء أن يكون هناك اختلافاً في بعض الإجراءات الخاصة به عن إجراءات استصدار الأمر على عريضة، فهذا الاختلاف يكون مرجعه أساساً إلى نوع العمل الصادر في الحالتين حيث يكون مترتباً في الحالة الأولى على عمل قضائي، مما يقتضي مزيداً من الضمانات والمغايرة في بعض قواعد الأمر على عريضة ولو عن طريق الأخذ بالقواعد المقررة في الأحكام القضائية، ويكون في الحالة الثانية صادراً بإجراء وقتي أو تحفظي، وفيما عدا أوجه الاختلاف هذه فإن الأمر الصادر بالأداء يخضع لذات القواعد التي تحكم نظام الأمر على عريضة.

أما موضوع الأمر الصادر بالأداء فإنه يتضمن قضاءً قطعياً ملزماً، ويحتوي على عنصرَي التقدير والإلزام، فهو يتضمن إثبات الحق لأحد الخصمين، وإلزام الخصم الآخر بأدائه ويقرر الحق للدائن ويلزم المدين بأدائه، ولذلك فإن مادة الأمر الصادر بالأداء هي نفسها مادة العمل القضائي والتي تحتوي كذلك على عنصرَي التقرير والإلزام، ومما لا شك فيه أن الطبيعة المزدوجة للأمر الصادر بالأداء تنعكس انعكاساً كاملاً على النظام القانوني له (أي نظام أوامر الأداء)، فهو نظام لا يتطابق تماماً مع النظام القانوني للعمل الولائي، ولا يتطابق أيضاً مع النظام القانوني للعمل القضائي بل هو مزيج من النظامين، فالنصوص التشريعية المنظمة

¹ الكوني عبودة، قانون علم القضاء، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 403. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 655، 656. محمود السيد عمر التحيوي، المقال السابق الإشارة إليه، ص 263، 264.

للأمر الصادر بالأداء تشبه تماماً النصوص التشريعية المنظمة للحكم القضائي، كما أن بعض النصوص التشريعية المنظمة للأمر الصادر بالأداء تشبه تماماً النصوص التشريعية المنظمة للأمر على عريضة، وكل ذلك يدفع إلى الطبيعة المزدوجة التي تتمتع بها أوامر الأداء¹.

الخاتمة

في نهاية البحث يمكن القول إن أوامر الأداء كاستثناء من القواعد العامة في رفع الدعاوى القضائية وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية، والتي تثار بشأن طبيعتها القانونية جدلاً واسعاً عند فقهاء قانون المرافعات إن آراء الفقه القانوني انحصرت في اتجاهين تدور بين الطبيعة القضائية من حيث كونه عملاً قضائياً أو حكماً قضائياً، وبين اعتبار هذه الأوامر ذات طبيعة ولائية رأى البعض أنها أمر على عريضة، بينما رأى فيها البعض الآخر أنها ذات طبيعة خاصة انزوت تحتها.

إن مرد هذا الخلاف يكمن في الكيفية التي عالج بها المشرع موضوع أوامر الأداء سواء من حيث رفع الأمر، وكيفية نظره، أو استصداره والتظلم منه، بحيث ألفت هذه المعالجة ظلالها على طبيعة أوامر الأداء مما يكون لها الأثر البالغ عندما يقول القضاء كلمته في هذا الموضوع، وهي غائبة حتى الآن، والتي ندعو من خلالها أن يكون للقضاء رأي فيها والحديث ينصب على من أسند إليه المشرع نظر أمر الأداء، والمحكمة العليا من خلال ما يعرض عليها من طعون وما ترسيه من مبادئ في هذا الخصوص.

والله من وراء القصد

قائمة المراجع

اولاً/الكتب:

1- أحمد ابوالوفا:

- نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الإسكندرية، منشأة المعارف،

الطبعة الثالثة 1977 م.

- إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، الإسكندرية، منشأة

¹ محمود السيد عمر التحيوي(أوامر أداء الحقوق الثابتة بالكتابة كاستثناء من القواعد العامة في رفع الدعاوى المدنية) مقال سبقت الإشارة إليه، ص267،266.عبدالمعزم جيرة، القواعد العامة في التنفيذ الجزري، بنغازي، المكتبة الوطنية، ص104. أحمد مسلم، أصول المرافعات، القاهرة، دار الفكر العربي، 1971، ص666،665. الكوني علي اعبودة، قانون علم القضاء، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص405. أحمد أبوالوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الإسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة 1977 م، ص45،46،47. فتحي عبدالصبور، (طبيعة أوامر الأداء والظعن فيها)، مقال سبقت الإشارة إليه، ص441،440.

المعارف 1974م.

2- أحمد السيد صاوي:

- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990.

3- أحمد عمر بوزقية:

- قانون المرافعات، بنغازي، جامعة بنغازي، الطبعة الأولى 2003.

4- أحمد مسلم:

- أصول المرافعات، القاهرة، دار الفكر العربي، 1971.

5- أمنية مصطفى النمر:

- أوامر الأداء في مصر والدول العربية والأجنبية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1989.

6- عبد العزيز عامر:

- شرح قانون المرافعات الليبي، القاهرة، مكتبة غريب (ب-ت).

7- عبدالمنعم عبدالعظيم جيرة:

- القواعد العامة في التنفيذ الجبري، بنغازي، المكتبة الوطنية، 1978.

8- محمود السيد عمر التحيوي:

- النظام القانوني لأوامر أداء الحقوق الثابتة بالكتابة كاستثناء من القواعد العامة في رفع الدعاوى المدنية، الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة للنشر، 1999.

9- وجدي راغب فهمي:

- النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، الإسكندرية، منشأة المعارف 1974.

ثانياً / المقالات القانونية:

1- فتحي عبدالصبور:

- طبعة أوامر الأداء والطعن فيها، مجلة المحاماة المصرية، السنة (38)، العدد الثالث، 1972م.

2- محمود السيد عمر التحيوي

- أوامر أداء الحقوق الثابتة بالكتابة كاستثناء من القواعد العامة في رفع الدعاوى المدنية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية جامعة

المنوفية كلية الحقوق، العدد الرابع عشر، السنة السابعة، أكتوبر 1998.

ثالثاً/ أحكام القضاء:

قضاء النقض المدني في الأحكام، إعداد سعيد أحمد شعلة، الإسكندرية، منشأة المعارف.

أساس حجبية الأحكام وعلاقتها بالنظام العام

إعداد الدكتورة: انتصار يوسف القذايف

عضو هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة طرابلس

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

إن القول بحجية الحكم القضائي يرتبط بفلسفة تشريعية أو قانونية أسهمت في وجودها وترعرعها عدة خصوصيات، ونشأت في ظلها العديد من الاتجاهات والنظريات، فالبحث في أساس الحجية بالنسبة للأحكام القضائية يقتضي الرجوع إلى ماهية وحقيقة ومصدر تلك الحجية والأساس الذي بنيت عليه أو نشأت في ظلها، تلك الفلسفة جعلت من الحجية القضائية مرتبطة ومتعلقة بالنظام العام الذي يعكس أهميتها ويبين حدودها ويرسم معالمها فالقول باعتبار فكرة حجية الحكم القضائي فقهاً وتشريعاً يعود أصلاً إلى فلسفة معمقة في نظر الفقيه أو المشرع اعتمدها كمنطلق فكري يبني عليه هذا المبدأ، يجعلنا نلاحظ أنه ارتبط تأسيسه في الفقه والتشريع على السواء بالإطار الفكري الذي نشأ وترعرع فيه هذا الفقه أو التشريع. بالإضافة إلى ارتباط ما يمكن اعتباره نظريات أسست لحجية الأحكام بمراحل تاريخية معينة عبّرت عن رؤية محكمة بعامل الزمان والمكان كما أن النظر إلى أساس الحكم القضائي اختلف في المسائل المدنية عنه في المسائل الجنائية والمسائل الدستورية متأثراً بطبيعة المواضيع واختلافها خاصة في القانون الوضعي.

ولقد تنوع النظر إلى هذا الأساس متعلقة بالنظام العام فالحجية تتعلق بالنظام العام بشكل مطلق في الشريعة الإسلامية، أما في القوانين الوضعية فهي متفاوتة بين الإطلاق والنسبية، فالقاعدة العامة هي أن الحجية التي تتمتع بها الأحكام القضائية عموماً هي حجية نسبية تقتصر آثارها على أطراف الخصومة القضائية ولا تمتد إلى غيرهم، والمرجع في ذلك إلى الطابع الذاتي التي تتسم به المنازعات حول الحقوق والمراكز الشخصية، وتخرج عن هذه القاعدة - على سبيل المثال - أحكام الإلغاء الصادرة من القضاء الإداري والتي تحوز حجية مطلقة في مواجهة الكافة.

وهكذا رأينا دراسة أساس حجبية الأحكام وعلاقتها بالنظام العام في مبحثين:

المبحث الأول/ مفهوم الحجية القضائية.

المطلب الأول/ معنى الحجية القضائية.

المطلب الثاني/ الأسس الفلسفية والقانونية لحجية الأحكام القضائية.

المبحث الثاني/ فكرة النظام العام وعلاقتها بحجية الأحكام.

المطلب الأول/ مفهوم النظام العام.

المطلب الثاني/ أثر اعتماد فكرة النظام العام في إعمال الحجية القضائية.

أسأل الله التوفيق والسداد فهو المعين والهادي إلى سبيل الرشاد

المبحث الأول

مفهوم الحجية القضائية

يمكن القول بأنه قد تعددت التعريفات والمفاهيم التي قيلت في تعريف الحجية القضائية، فبعضها يتفق مع البعض الآخر، وبعضها يختلف معه، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى ان ماهية الحجية القضائية تتطلب ضوابط معينة يجب توافرها في الحكم القضائي¹. والتي بدونها لا يمكن الحديث عن الحجية، فالحجية القضائية لبست نوعاً واحداً محمداً، بل هي نوعان: نوع يكتسب حجية مطلقة فيسري على الكافة وتلتزم به كل السلطات ونوع يكتسب حجية نسبية فيسري على البعض ويلتزم به أطراف الخصومة فقط.

انطلاقاً من ذلك سنبين مفهوم الحجية القضائية في مطلبين هما:

المطلب الأول: معنى الحجية القضائية.

المطلب الثاني: الأسس الفلسفية والقانونية لحجية الأحكام القضائية.

المطلب الأول

معنى حجية الأحكام القضائية

يحصل المشروع دائماً في مختلف النظم القانونية على وضع حد للمنازعات القضائية، والعمل على استقرار المراكز القضائية، والحيلولة دون تعدد الأحكام وتعارضها، فالحكم متى صدر صحيحاً مستوفياً لشروطه الشكلية والموضوعية يعتبر عنواناً للحقيقة ومن ثم يجوز الحجية وتكتمل عناصر وجوده وتحدد ضوابط قيامه، وتنجلي معالم غموضه.

وعلى ضوء ذلك سنبحث معنى الحجية في فرعين هما:

1 - هذه الضوابط منها ما هو شكلي يتمثل في اتباع الإجراءات بحيث يصدر صحيحاً من الناحية الشكلية، ومنها ما هو موضوعي، بحيث يقع على عاتق المحكمة التي اصدرته وغيرها من المحاكم واجب احترامه بعدم العدول عنه إلا بالطرق المقررة للطعن عليه.

الفرع الأول: المقصود بحجية الأحكام القضائية.

تجدد الإشارة إلى أن مصطلح حجية الأحكام القضائية، هو مصطلح مركب من كلمة (حجية) و(أحكام قضائية) وبناءً على ذلك لا بد أن نحدد معنى الحجية لغة واصطلاحاً ثم الوقوف على معناها في الفقه الإسلام وصولاً إلى الأحكام القضائية التي تتمتع بالحجية سواء أكانت مطلقه أم نسبية. أولاً/ المعنى اللغوي لحجية الأحكام القضائية:

1- الحجية لغة:

وأصلها حاجة أو حاج أو الحجّة أي البرهان و حاجّه فحجّه من باب ردّ أي غلبه بالحجة، ويقال في المثل حجّ فحجّ فهو رجل (مُحجاج) بالكسر أي كثير الجدل. والتجاج هو التخاصم والحجّة هي جادة الطريق¹. وتطلق حاجه في اللغة محاجة وحجاجاً، احتج عليه أقام الحجة وعارضه مستنكراً فعله، تجاجوا أي تجادلوا².

قال تعالى ﴿والذين يحاجون في الله من بعدما استجب له حجتهم داحضة عند ربهم وعليهم غضب ولهم عذاب شديد﴾ [سورة الشورى الآية 14] وقوله تعالى ﴿قل أتجاجوننا في الله وهو رنا وربكم ولنا أعمالنا ولكم أعمالكم ونحن له مخلصون﴾ [سورة البقرة الآية 138] وعرفها بعض الفقه بأنها الدليل والبرهان والجمع حجج، وحاجه محاجّة، فحجّه بحجّة من باب قفل، إذا غلبه في الحجة³.

2- الحكم لغة:

الحكم في اللغة حكماً وحكومةً بالأمر للرجل أو عليه أو بينهم، قضى وفصل، وحكم البلاد أي تولى شؤونها⁴.

والحكم مصدر الفعل حكم، وهو القضاء بالعدل، والحكم هو مصدر الفعل حكم - يحكم - أي قضاءً، ويأتي من الحكمة التي هي وضع الشيء في محله، والبت في أمر والفصل فيه، ومن صفاته الأحكام والإتقان وحسن التقدير بعد التدبر - وعليه فهو الفصل أو الإثبات أو النفي مسند لأمر معين⁵.

1 - محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، بترتيب الشيخ محمود خاطر، باب حجج، ص 122-123.

2 - أحمد بن محمد بن علي المغربي الفيومي، المصباح المنير، الطبعة الخامسة، بدون دار نشر، ص 167.

3 - أحمد بن محمد الفيومي، المرجع السابق، ص 167.

4 - جبران محمود، معجم لغوي عصري، دار العلم للملايين، لبنان 2005 ص 498.

5 - الإمام علي بن خليل الطرابلسي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الحكام، دار الفكر، بيروت، بدون سنة نشر ص 29.

ثانياً: المعنى الاصطلاحي لحجية الحكم القضائي

1- ماهية حجية الحكم القضائي في الفقه الإسلامي.

أ- الحجية في الفقه الإسلامي.

تعتبر الحجية القضائية من وجهة نظر فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه ((فصل في الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي على سبيل الإلزام)) ويؤكد أصحاب هذا الرأي بأن معنى ((فصل في الخصومة)) يعد الحل الذي يقع في نفس القاضي بشأن النزاع المعروض عليه وذلك عن طريق تطبيق الأحكام الشرعية مما يتضمن الإلزام لكل من الخصمين بالأوضاع الحقوقية وفق ما يراه القاضي¹.

ويرجع استخدام فقهاء الشريعة الإسلامية لمصطلح عدم النقض بديلاً عن مصطلح الحجية للدلالة على عدم جواز نظراً للنزاع مرة أخرى² ولعل هذا ما اتفق عليه فقهاء المذاهب الإسلامية الأربعة، ونبين ملامح ذلك على النحو التالي:

مذهب المذهب الشافعي: إلى أن ((من اجتهد من الحكام فقضى باجتهاده ثم رأى أن اجتهاده، خطأ أو رد عليه قاضٍ غيره، سواء فيما خالف كتاباً أو سنة أو اجماعاً، أو ما في معنى هذا رده، وحكم فيما يستأنف، بما هو أصوب عنده، وهذا صحيح، وإذا كان للقاضي إنه قد أخطأ في حكمه، أو بأن له أن غيره من القضاة قد أخطأ في حكمه فذلك ضربان:

الأول/ أن يخطئ فيما يسوغ فيه الاجتهاد، والثاني أن يخطئ فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد، فإن أخطأ فيما يسوغ فيه الاجتهاد وهو أن يخالف أولى القياسين من قياس المعنى الخفي، أو أولاهما من قياس التقريب في الشبه، كان الحكم نافداً ولا يتعقب بفسخ أو نقض³.

● **وفي المذهب الحنفي:** جاء إنه ((إذا قال القاضي بعدما قضى في واقعة، رجعت عن قضائي أو أبطلت حكمي أو وقفت على تلبيس الشهود، وأراد أن يبطل حكمه، لا يؤخذ ولا يعتبر هذا القول منه، ويبقى القضاء ماضٍ على حاله))⁴.

● **وذهب الحنابلة إلى أنه ((إذا حكم الحاكم بشرطه، وقع الحكم لازماً لا يجوز الرجوع فيه ولا ينقض منه ولا منه ولا من غيره))**¹.

1 - د. صافي أحمد قاسم، حجية الأحكام الصادرة برفض الطعن في دعوة الإلغاء والدعوة الدستورية في النظام القانوني المصري دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص26.

2 - آمال مقوي، الطعن في الحكم الجنائي الصادر بالإدانة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري، الجزائر، 2011، ص8.

3- إبراهيم عبدالله بن أبي الدم، أدب القضاء، مطبعة الإرشاد بغداد، الطبعة الثالثة 1994، ص53.

4 - عبداللطيف حسن عبدالرحمن، الفتاوى الفقهية، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، 2000، ص232.

بينما ذهب المالكية إلى أنه ((لا يتعقب حكم العدل العالم، أي لا ينظر فيه من تولى بعده، لئلا يكثر المهرج والخصام الذي يؤدي إلى تفاسم الأمر والفساد وحمل عند الجهل الحال على العدالة إن ولاه عدل رفع حكم العدل العالم الخلاف الواقع بين العلماء، فالعدل العالم لا يحكم إلا صواباً))².

ب - الحكم في الفقه الإسلامي:

لم يحظ تعريف مصطلح ((الحكم القضائي)) باهتمام غالبية الفقهاء بوجه عام كاهتمامهم بتعريف القضاء نفسه، ويمكن ذلك في اقتصارهم على تعريف القضاء على تعريف القضاء للدلالة على الحكم الصادر عنه، الفاصل في النزاع بين المتخاصمين، سيّما أن اللغويين يطلقون لفظ الحكم على القضاء والقضاء على الحكم³.

وإن كان هناك بعض الفقه قد اجتهد بوضع تعريف محدد لاصطلاح الحكم القضائي مثل الفقيه ابن حجر الهيتمي⁴ من الشافعية الذي عرفه بأنه ((ما يصدر من مُتَوَلٍّ عموماً وخصوصاً راجعاً إلى عام من الالتزامات السابقة له في القضاء على وجه مخصوص))، وعرفه الإمام ابن غرس⁵ من الحنفية بأنه ((الإلزام في الظاهر على صفة مختصة بأمر ظن لزومه في الواقع شرعاً)).

في حين عرفه الفقيه الإمام البهوتي من الحنابلة بأنه ((تبين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات))⁶.

وعرف الفقيه القوافي من المالكية بأنه ((إنشاء إطلاق إلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا))⁷ وعليه أظهر الفقه الإسلامي الذاتية الخاصة للحكم القضائي باعتباره إجراء

=

1 - إمام منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ج6، بدون سنة نشر ص335.

2 - عبدالناصر أبوبصل، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، دار النفائس، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1422هـ، ص34.

3 - عبدالناصر أبوبصل، المرجع السابق، نفس الصفحة.

4 - راجع الشوكاني محمد بن علي في مؤلفه، البدر الطالع، دار المعرفة، لبنان، بيروت، بدون سنة نشر، ص387 وما بعدها.

5 - ابن غرس الحنفي، الفواكه البدرية في البحث عن أطراف القضايا الحكمية مطبعة النيل، القاهرة، بدون سنة نشر، ص10.

6 - الإمام البهوتي، شرح منتهي الإرادات (481/3) تحقيق عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1421هـ. ص20

7 - راجع الإمام القرافي، الأحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق، عزت العطار، مطبعة الانوار، الطبعة الأولى، مصر، 1357هـ، ص2،3

قضائي صادر عن جهة مختصة به، يترتب عليه إنهاء الخصومات القائمة.

2- ماهية حجية الحكم القضائي في القانون الوضعي

(أ) معنى الحجية في القانون الوضعي

نصت المادة (101) من قانون الإثبات في المواد المدنية التجارية المصري بقولها ((الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقص هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قائم بين الخصوم انفسهم دون ان تتغير صفتهم بذات الحق محلاً وسبباً، وتقضي المحكمة هذه الحجية من تلقاء نفسها)).

وبالإضافة على النصوص التشريعية الليبية، نجد أن المادة (7/393) من القانون المدني الليبي تنص على ((الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قائم بين الخصوم انفسهم أو ورثتهم أو خلفهم دون أن تتغير صفتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً¹.

باستقرار النصين السابقين نلاحظ بأنهما اتفقا من حيث المضمون على إطلاق مصطلح حجية الشيء المقضي به ليعبر عن مفهوم الحجية القضائية، حيث ذهب البعض من الفقه⁽³⁾ بأنه يقصد بالحجية أو حجية الأمر المقضي به بأن الحكم القضائي عندما يطبق أحكام القانون على الحالة المعروضة عليه يكون حجة فيما فصل فيه من الحقوق بحيث يجوز الاحترام والإلزام، سواء أمام المحكمة التي أصدرته أو أمام المحاكم الأخرى، بما يمنع من إعادة نظر النزاع في ذات المسألة التي قضى فيها سابقاً.

وبناء عليه فلا يجوز للخصوم أنفسهم رفع ذات الدعوى التي سبق الفصل فيها مرة أخرى، مما يتعين عدم قبولها بل وعلى المحكمة من تلقاء ذاتها عدم النظر في نزاع قد سبق الفصل فيه². وفي حال قام أحد الخصوم برفع دعوة جديدة لإثارة نزاع مقضي فيه مسبقاً يحق للخصم الآخر الدفع بعدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها، كون أن هذا الدفع من الدفوع المتعلقة بالنظام العام مما يجوز إبدائه في أي مرحلة من مراحل التقاضي.

1- راجع فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية 1993، ص135.

2 - راجع أكر كلاب، حجية الأحكام الدستورية وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني، رقم(3) لسنة 2006، دار العلم، غزة 2010، ص120.

في حين ذهب بعض آخر من الفقه¹، إلى أن المقصود بحجية الشيء المقضي به هو أن الحكم القضائي متى صدر يعد حجة فيها قضى به، ومعنى آخر قد أصبح عنوان للحقيقة وأنه لا يمكن قبول عكس ذلك.

بينما ذهب جانب من الفقه²، إلى إحقاق صفة حجية الأمر المقضي به بالحكم القضائي القطعي الصادر من المحكمة المختصة، الأمر الذي يؤدي إلى احترام ذلك الحكم سواء من قبل المحكمة ذاتها أو من قبل المحاكم الأخرى، بل يجب التسليم بما قضى به الحاكم بين الخصوم.

وجدير بالذكر بأنه لا بد من التمييز بين مصطلح حجية الأمر المقضي به، وقوة الأمر المقضي به، فقد اختلط الأمر على الفقهاء في التمييز بينهما مما أثر سلباً على النصوص التشريعية وأحكام المحاكم³.

ورغم هذا الخلط فلقد حاول العديد من الفقهاء وضع حد فاصل بين هذين المصطلحين، حيث ذهب بعض الفقه، بأن حجية الأمر المقضي به يقصد بها ((بأن للحكم حجية فيما بين الخصوم ولذات الحق محلاً وسبباً، في حين يقصد بقوة الأمر المقضي به أنها المرتبة التي يصل إليها الحكم في حال أصبح الحكم نهائي غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن العادية و عن قبل الطعن فيه بطرق غير العادية، وعليه تثبت صفة حجية الأمر المقضي به للأحكام القطعية بغض النظر، سواء أكانت ابتدائية أو نهائية، حضورية أم غيابية، كونها أحكام فاصلة في الخصومة، في حين أنها لا تحوز قوة الأمر المقضي به، ما لم تصبح نهائية غير قابلة للطعن فيها بالطرق العادية، وعليه كل حكم يحوز قوة الأمر المقضي به يكون حتماً حائزاً لحجية الأمر المقضي به والعكس غير صحيح⁴.

وعلى ضوء ما سبق ذهب جانب من الفقه إلى تقدير حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره، أما قوة الأمر المقضي به لا تثبت إلا للأحكام القضائية النهائية سواء أكانت كذلك ابتداءً أم كانت صادرة ابتدائية ثم أصبحت نهائية بفوات ميعاد الطعن أو باستنفاد طرق الطعن فيها⁵.

1 - راجع د. عبدالغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية والقانون الدستوري منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997، ص813

2 - انظر د. عبدالحكيم فودة، موسوعة الحكم القضائي في المواد المدنية والجنائية على ضوء الفقه وقضاء النقص ((نظرية الحكم المدني)) منشأة المعارف بالإسكندرية 2003، ص299.

3 - عبدالغني بسيوني عبدالله، المرجع السابق، ص815.

4 - راجع د. عبدالحكيم فودة، المرجع السابق، ص301.

5 - راجع، عبدالله ناصف، حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا التعديل وبعد التعديل، دار النهضة العربية، 1998، ص22.

وجدير بالذكر بأن التفرقة بين حجية الأمر المقضي به وقوة الأمر المقضي به ليست تفرقة في الدرجة، بل كل منها تفي بغرض مختلف عن الآخر، حيث أن حجية الأمر المقضي به هي صفة للحماية القضائية التي يمنحها القرار القضائي، في حين أن قوة الأمر المقضي به صفة في هذا القرار، علاوة على ذلك أن الحجية كصفة للحماية القضائية ينتج أثرها بالنسبة للمستقبل، خارج الخصومة التي صدرت بشأنها، أما قوة الأمر المقضي به تبقى داخل الخصومة محل النزاع، وذلك للدلالة على ما يتمتع به الحكم الصادر من قابليته للطعن فيه بطرق معينة من عدمه¹.

(ب) معنى الحكم القضائي في القانون الوضعي

لقد حظي تعريف الحكم القضائي باهتمام الفقه القانوني، حيث عرفه الفقه المصري بأنه ((كل اعلان لفكر القاضي لاستعماله لسلطته القضائية، وذلك أيًا كانت المحكمة أصدرت الحكم أيًا كان مضمونه))². في حين البعض الآخر بأنه ((القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكياً صحيحاً في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات سواء أكان صادراً في موضوع الخصومة أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه))³. وعرفه فريق آخر بأنه ((النتيجة الفاصلة لما تتوصل إليه المحكمة في نزاع معروض أمامها تصدره وفق مقتضى القانون))⁴.

واتجه البعض إلى تعريفه بأنه ((عمل يصدر عن القاضي في شكل قرار يحسم موضوع الدعوى أو شق منه أو مسألة أولية متفرعة عنه، سواء صدر أثناء نظر الدعوى أو صدر في نهايتها أو في أية مرحلة من مراحلها))⁵.

وذهب بعض من الفقه الجزائري⁶ إلى تعريفه بأنه هو ((كل قرار تصدره الجهة القضائية المنوطة بالفصل في نزاع معين لوضع حد له في الشقين الموضوعي والإجرائي)).

كما عرفه بعض الفقه الفلسطيني بأنه هو ((ما يصدر عن القاضي في خصومة قضائية يتحقق فيه مبدأ المواجهة بين الخصوم)) وأيد البعض الآخر التعريف القائل بأنه هو ((عمل يصدر عن القاضي في شكل قرار يحسم موضوع الدعوى أو شق منه أو في مسألة ما أولية متفرعة عنه،

1 - انظر، عبدالحكيم فودة، المرجع السابق، ص303.

2 - راجع/ د. فتحي والي، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص531.

3 - د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة العاشرة، دار المعارف، بدون سنة نشر، ص701.

4 - انظر د. أحمد سعيد المومني، الحكم القضائي، الطبعة الأولى 2000 بدون سنة نشر، ص15.

5 - راجع/ محمود الطراونة، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الطبعة الثانية، الأردن 2001، ص402.

6 - حسن طيفور، حجية الحكم القضائي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منشوري، الجزائر، 2012،

سواء صدر أثناء نظر الدعوى أو صدر في نهايتها أو أية مرحلة من مراحلها، وهو إجراء من إجراءات الخصومة تترتب عليه آثاره¹.

بينما ذهب بعض من الفقه الإماراتي بأنه ((كل قرار يصدر عن القاضي استعمالاً لسلطته القضائية، ويكون متعلقاً بخصومة قضائية، أيّاً كانت المحكمة التي أصدرت الحكم وأياً كان مضمونه))². أما الفقه الليبي فقد عرف الحكم القضائي تعريفاً موسعاً بقوله بأنه ((شكل معين للقرارات الصادرة من المحكمة))³.

أما المشرع الليبي فقد اطلق اصطلاح الحكم على القرارات التي تصدر عن المحكمة حين تفصل في الموضوع، أو حين تقبل دعفاً من الدفع السابقة على الدخول في الموضوع، أو حين تقرر لأي سبب آخر عدم إمكان الفصل في الموضوع (مادة 118 مرافعات ليبي) وبذلك فإن المشروع الليبي يكون قد أخذ بالمفهوم الضيق للحكم القضائي ولا تعتبر أحكاماً وإنما أوامر، القرارات الصادرة عن المحكمة برفض الدعوى الشكلية أو قبول إجراء، من إجراءات التحقيق أو أي قرار آخر يتعلق بمواصلة السير في القضية (مادة 119 مرافعات ليبي) ومن خلال استقراء نصوص قانون المرافعات الليبي يمكن القول بأنه الحكم الدستوري هو حكم قضائي صادر في دعوى قضائية، وهو بذلك يخضع لقواعد النظرية الأحكام في قانون المرافعات المدنية والتجارية شأنه شأن أي حكم قضائي آخر، وذلك لا يتعارض مع طبيعة الدعوى الدستورية، كما أنه تسرى عليه الأحكام الخاصة المنصوص عليها في القانون رقم 6 لسنة 1982م والمتعلقة بإعادة تنظيم المحكمة العليا والمعدل بالقانون رقم 17 لسنة 1994م، واللائحة الداخلية للمحكمة العليا الصادرة بقرار الجمعية العمومية للمحكمة العليا في جلستها رقم 383م 2004.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن الحكم القضائي المتفق مع أحكام القانون لا بد أن يكون مستوفياً لأركانه الجوهرية ليعتد به أمام الجهات المختصة، وإذا كانت التعريفات السابقة متفقة حول أركان الحكم القضائي إلا أنها قد اختلفت بشأن نظام الحكم ذاته، فبعضهم وسع من نطاقه ليشمل كل قرار قضائي يصدر عن المحكمة في موضوع الدعوى سواء أكان منهيّاً للخصومة أم مقررّاً في مسألة أو فرع أو شق من الدعوى دون الفصل التام فيها، الأمر الذي يؤدي إلى إدخال القرارات التمهيديّة ضمن نظام الحكم⁴ بخلاف

1 - للاطلاع أكثر راجع/ عبدالله خليل الفراء، الوجيز في أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، غزة 2011، ص250.

2 - للاستزادة أكثر راجع/ أ.د. علي الحديدي، القضاء والتقاضى وفقاً لقانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، أكاديمية شرطة دبي، 2009، ص249.

3 - د. الكوي علي اعبودة، الخصوم القضائية، منشورات جامعة بنغازي 1998، ص320.

4 - راجع/ د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص630 وما بعدها.

ما ذهب إليه البعض الآخر في تعريفه للحكم القضائي، وذلك باقتصاره على الأحكام الفاصلة في النزاع فقط¹.

ويكمن قد يصدر القاضي حكماً بقبول الدفع الشكلي فينهى الخصوم ولكنه لا يحسم النزاع، وبناءً على ما سبق كان من الأفضل تعريف الحكم القضائي بأنه هو ((الذي يفضل في الخصومة دون اقتصاره على الفصل في النزاع. فالحكم القضائي هو الذي يصدر عن جهة قضائية مختصة بإصداره طبقاً لأحكام القانون، مما يترتب عليه إنهاء خصومة قائمة أو حسم التماساً أو تقديراً في مسألة مطروحة، يمكن الفصل فيها إعمالاً لنص القانون.

فالحكم هو عنوان للحقيقة؛ لذلك يجب أن يكون تعريفه مظهرًا للأركان العامة للحكم القضائي². سيّما دوره في إنهاء الخصومة القضائية أمام المحكمة المختصة بنظرها طبقاً لأحكام القانون، ولما كانت بعض الأحكام القضائية قد صدرت بحضور فريق واحد دون أن تكون هناك خصومة قائمة أمام المحكمة مثل الحكم الفاصل في طلب مقدم من شخص لديه مصلحة في موضوع ما، أو تقديراً في مسألة مطروحة أمامها للحصول على رأيها في إجراء أو قرار صادو عن جهة معينة ومدى اتفاق قرارها مع أحكام الدستور أو القانون من عدمه الأمر الذي دفعنا إلى إظهار ذاتية الحكم القضائي وفق علته وذاتيته ونطاقه.

المطلب الثاني

الأسس الفلسفية والقانونية لحجبية الأحكام القضائية

لقد كان لتطور الفقه القانوني والنظريات المختلفة المتعلقة بالدعوى والحكم القضائي بالغ الأثر في تحديد الأساس القانوني لحجبية الحكم القضائي حيث عبّرت الرؤى المختلفة لأساس حجبية الحكم القضائي عن مراحل تاريخية وتطوراً معيّناً شهدته الفقه القانوني حول مفهوم الحكم القضائي وما يتعلق به، وبغض النظر عن التباين الظاهري في التأسيس لحجبية الحكم القضائي بين القانون المدني وقانون العقوبات والقانون الدستوري، فإن التوجهات المحددة له تكاد تقترب من بعضها في كل منهم ولهذا سنتناول هذا المطلب في فرعين هما:

- 1 - راجع د. مصطفى عبد الباقي، الحكم القضائي في قاعدة الأحكام القضائية، معهد الحقوق، جامعة بيروت، 2004، ص 49.
- 2 - عرفت المحكمة العليا الليبية الحكم بأنه ((القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكياً صحيحاً، أو مختصة في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات سواء كان صادراً في موضوع الخصوم أو في شق منها أو في مسألة متفرغة عنها)).
طعن مدني رقم 13/2 ق/م بتاريخ 16/12/1976، مجلة المحكمة العليا العدد 1_ السنة الخامسة، ص 13.

الفرع الأول/ أساس حجية الحكم القضائي في القانون المدني.

الفرع الثاني/ أساس حجية الحكم القضائي في قانون العقوبات.

الفرع الثالث/ أساس حجية الحكم القضائي في القانون الدستوري.

الفرع الأول/ أساس حجية الحكم القضائي في القانون المدني تتلخص النظريات المؤسسة لحجية الحكم القضائي في القانون المدني في نظريات متعددة هي:

أولاً/ نظرية العقد القضائي:

يرى أصحاب هذه النظرية أن الحكم القضائي هو نتيجة لعقد أو شبه عقد بين أطراف الخصومة القضائية، يلتزمون مسبقاً بقبول حكم القاضي الصادر في الخصومة، فيكون ما يتمتع به الحكم من حجية بين الخصوم وما يبدله له المقضي بينهم من احترام نتيجة طبيعية، لما ترتب عليه من التزام بموجب العقد¹. إلا أن هذه النظرية لاقت العديد من الانتقادات الجوهرية لعل أهمها أن الحكم القضائي يكون ناشئاً عن مطالبة قضائية، ودعوى يرفعها عادة بعض الخصوم، فالقول باعتباره ناشئاً عن عقد أو شبه عقد افتراض بعيد الواقع، إذ الأصل أن ولاية القضاء تجمع النظر في كافة الخصومات، وأنه ليس للأفراد أن يعينوا من يقضي بينهم، إذ هي وظيفة الدولة، ويعد التحكم الصورة الوحيد التي يستغني بها الأفراد عن قضاء الدولة².

ثانياً/ نظرية الحقيقة:

يرى أصحاب هذه النظرية أن الحكم القضائي هو عنوان الحقيقة والصحة، بحيث أن ما يقرره يعبر عن الواقع بصدق أو يبين الواجب كما يحدده القانون، فالحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية متطابقتان، وهو افتراض يقوم على الراجح الغالب من حال الحكم القضائي، وما يفترضه سير القضاة على تطبيق القانون، والنزاهة في تمحيص الوقائع والعدل في الحكم³ وسواء اعتبرنا الحجية قرينة قانونية أو قاعدة موضوعية فإن كلا الكفتين قائم على ترجيح الغالب من أحوال الحكم القضائي، وهو مطابقته للحقيقة ويوجه إلى هذه النظرية انتقاد مفاده أن الحكم القضائي ما دام يفترض إصابته للحقيقة، فإنه يجب أن يكون حجة على الكافة، لا مجرد أطراف الخصومة، كما أن سلطات القاضي المدني في فض النزاع بين أطراف الخصومة محدودة، ويقتصر دوره على ترجيح أدلة الإثبات التي يقدمها الخصوم⁴.

1 - راجع/ عبدالحكيم فودة، حجية الأمر المقضي به وقوته، دار الشروق القاهرة 1993، ص 19-20.

2 - راجع، مراد كاملي، حجية الحكم القضائي، دراسة مقارنة، الجزائر، بدون دار نشر، 2009، ص 160.

3 - انظر د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 306.

4 - راجع مراد كاملي، المرجع السابق، ص 161.

ثالثاً/ نظرية القوة المنشأة:

يرى أصحاب هذه النظرية أن أساس حجية الحكم القضائي هو قدرته على إنشاء مراكز قانونية وتغييرها، ولهذا فإنه في حالة عدم عدالته ينتج واقعة قانونية موضوعية جديدة بدلاً عن الرابطة القانونية السابقة¹.

ولم تسلم هذه النظرية من النقد الشديد لانشغالها بحالة عدم عدالة الحكم القضائي عن حالة عدالته، كما أن طائفة الأحكام القضائية الكاشفة لا تتناسب مع مفترضات هذه النظرية².

رابعاً/ نظرية الحماية القانونية:

يرى أصحاب هذه النظرية أن القضاء لما كان يطبق القانون في أعيان القضايا فإنه يمنح حماية قانونية لأحكامه، تستمد مما يتمتع به القانون من حماية وواجب احترام، ولهذا لو افترضنا عدم تمتع الحكم القضائي بالحجية وهو قائم على تنزيل نصوص القانون على الوقائع فإن هذا يمس بما يجب للقانون من احترام وسلطان، وهذا ما يفسر اقتصار الحجية على الأعمال القضائية التي تمنح الحماية القضائية دون غيرها، كما يفسر اقتصار الحجية على أطراف الدعوى، لأن الحماية القضائية الممنوحة بالحكم، إنما منحت لطرف في مواجهة آخر³. ويوجه لهذه النظرية انتقاد مفاده أن الحماية تكون عرضه لعدم الاعتبار حال الطعن في الحكم وإلغائه بناءً على ذلك.

خامساً/ نظرية التشريع الخاص:

يرى أصحاب هذه النظرية أن أساس حجية الحكم القضائي تتمثل في كونه تشريعاً خاصاً في مسألة معينة مقضي فيها، بحيث يتمتع بقوة القانون الذي يتولى تطبيقه، فالأمر القانوني الذي تتضمنه القاعدة القانونية غير كافٍ إلا بتحويله إلى أمر قانوني خاص متمثلاً في الحكم القضائي⁴.

وقد انتقدت هذه النظرية فقد اعتبرت الحكم القضائي ناسخاً للقاعدة القانونية في المسألة المفصول فيها بينما أن يكون تطبيقاً لها، إضافة إلى كونه يخلط بين وظيفة القاضي والمشرع⁵.

سادساً/ نظرية المصلحة الاجتماعية: يرى أصحاب هذه النظرية أنه يمكن التأسيس للقول بحجية الحكم القضائي بما تحققه من منافع ومصالح اجتماعية، بحيث اعتبروا أن هذه الأخيرة هي المبررات الحقيقية

1 - انظر فتحي والي، المرجع نفسه، ص 61

2 - راجع، عبدالحكيم فودة، المرجع السابق، ص 22

3 - انظر، د. زينب قاسمي، مبادئ قضاء القانون المدني، الجزائر، 2013، ص 82.

4 - انظر بگوش مجي، أدلة الإثبات، دار نون، الجزائر 2014، ص 96.

5 - راجع زينب قاسمي، المرجع السابق، ص 62.

للقول بحجية الحكم القضائي، وأظهرها استقراراً للأوضاع والعلاقات الاجتماعية، ومنع تجدد النزاع وتضارب الأحكام¹ وقد انتقدت هذه النظرية أيضاً فاعتماد القول بأنه الحجية تثبت للحكم القضائي بمجرد صدوره، وأنها لا تصادم مع حق الأطراف في الطعن في الحكم، وأنه لا يكون لها قوة تنفيذية إلا إذا حازت قوة الأمر المقضي لا مجرد حجيته، فاستقرار المراكز والعلاقات الاجتماعية لا يمكن اعتباره أساساً للحجية؛ لأنه تحديد هذه المراكز واستقرارها مرهون بجيافة الحكم للقوة التنفيذية، وتنفيذه فعلاً لا بمجرد حيازته للحجية².

وباستقراء النظريات السابقة والانتقادات التي وجهت إليها تبدو نظرية الحقيقة القانونية أكثر معقولة لأنها افتراض يقوم على أن الغالب في أحوال الحكم القضائي هو مطابقته للحقيقة، وأظهر منها نظرية المصلحة الاجتماعية فيترجح أن الأساس الحقيقي للحجية يتمثل في المصلحة الفردية والجماعية التي أينط بها تحقيقها وهذا الأساس إنما يقوم على اعتبارين هما، وضع حد للمنازعات ضماناً لاستقرار الأوضاع الاجتماعية والقانونية وكذلك تجنب الوقوع في تناقض الأحكام حفاظاً على هيبة وكرامة القضاء الموسوم بالرفعة وعلو المقام.

الفرع الثاني/ أساس حجية الحكم القضائي في قانون العقوبات

ان البحث في اساس حجية الحكم القضائي في قانون العقوبات ينطلق من مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص على فعل واحد مرتين , ذلك أن القول بحجية الحكم الجنائي يتضمن اخفاء حصانة على هذا الحكم, تمنح الشخص حق عدم معاقبته مرة ثانية على نفس الفعل , إلا أنها تمنعه من الطعن في الحكم إلا اتبع الطرق المنصوص عليها قانونياً وبأجأها المحددة, وكذلك تمنع القضاة بعد صدور الحكم من إعادة بحث موضوع التهمة المعاقب بها ذات المهم, ومن المساس بالحكم بالتغيير أو التبديل, وتمنح حق التمسك به في دعاوي جديدة³.

ومبرر اعتماد الحجية في الاحكام الجنائية مرة إلى ما فيه من حماية للحرية الفردية للشخص المتهم, وإلى تحقيق المصلحة الاجتماعية, فهدف تشريع العقوبات الأساسي هو حفظ المصلحة العامة وحماية المجتمع من المجرمين, فالمصلحة العامة تقتضي استقرار النظام الاجتماعي, وهو رهين بتطبيق العقوبات على المجرمين والمخالفين للقوانين والقواعد والالتزامات.

1 - راجع بكوش يحيى، المرجع السابق، ص 97.

2 - راجع ناتالي فريسيرو، الحكم القضائي، ترجمة وتدقيق جورج حنا، بيروت، لبنان، 2000، ص 909.

3 - راجع د. إدوارد الذهبي، حجية الحكم الجنائي، دار الشروق، القاهرة، 2001، ص 58.

الفرع الثالث/ أساس حجية الحكم الدستوري :

ما يؤكد حجية الحكم الدستوري هو صدوره بناءً على دعوى دستورية ذات طبيعة عينية خاصة، وتعلق تلك الدعوة بالنظام العام، وتقرأ في أحكام القضاء الدستوري ما يؤكد هذه الحجية، ومنها ما انتهت إليه المحكمة العليا الليبية في أحد أحكامها معتمدة أسلوب مقارنة دعوى عدم الدستورية بدعوى الإلغاء الذي اجمع الفقه والقضاء على طبيعتها العينية إلى القول: " إن الطبيعة العينية للدعوى الإلغاء وسيلة عامة للدفاع عن المشروعية والصالح العام أكثر منها وسيلة خاصة للدفاع عن الحقوق والمصالح الشخصية.....". ويلاحظ أن الكلام عن دعوى الإلغاء الإدارية هو أولى بالتطبيق في الدعوى الدستورية، حيث يخاصم المعنى قانون ما بأنه غير دستوري، ولا شك في أن الطعن بعدم الدستورية أوضح وأظهر في صيانة الصالح العام¹.

ومن خلال قراءتنا لحكم المحكمة العليا نستطيع أن نستكشف أن الطبيعة العينية للدعوى الدستورية وتعلقها بالنظام العام هما الأساس الذي تبنى عليه الحجية المطلقة في الحكم الدستوري، وما حكم المحكمة إلا دليل على تلك الحجية التي اكتسبت طبيعتها وأساسها من عينة تلك الدعوى الدستورية وتعلقها بالنظام العام².

والمتأمل في الاتجاهات المختلفة في بيان أساس حجية الحكم القضائي والدستوري يخلص إلى أنها تتمحور حول عدة أسس، ففي القانون المدني يتمحور أساس الحجية حول اتجاهين أساسيين وهما : اتجاه تأسيس الحجية على فرضية مطابقة الحكم القضائي للحقيقة والصحة واتجاه تأسيس الحجية على ما يحققه القول بيمين مصلحة، كما أن أساس الحجية في قانون العقوبات يعتمد على اعتبار ما يحقق به القول من مصلحة، سواء أكانت ضماناً للحرية الفردية للشخص المتهم بعدم جواز محاكمته مرتين أم كانت مصلحة جماعية، تتمثل في المحافظة على النظام الاجتماعي وهيبة مرفق القضاء، أما أساس الحجية في الحكم الدستوري فيرجع إلى ما تتمتع به الدعوى الدستورية من طبيعة عينية خاصة من ناحية وتعلقها بالنظام العام من ناحية أخرى على ما سبق ذكره.

1 - حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الدستوري رقم 12/1ق، جلسة 11 يناير، 1970م، مجلة المحكمة العليا، س6، ع1، ص44.

2 - في النظام القانوني الليبي تجد حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية أساسها في المادة (31) من قانون المحكمة العليا رقم 6 لسنة 1982 والتي تنص على أنه: ((المبادئ القانونية التي تقرها المحكمة العليا في أحكامها ملزمة لجميع المحاكم وكافة الجهات الأخرى...)).

المبحث الثاني

فكرة النظام العام وعلاقتها بحجبة الأحكام

المتأمل فيما سبق بيانه من أساس حجية الحكم القضائي, يجد أنها تكاد تتمحور حول عدة قواعد, لعل أبرزها مراعاة المصالح العامة والتي هي من النظام العام, بحيث لا يجوز أن يجحد عنها القضاة ولا الخصوم بل يجب عليهم التزامها, بحيث يجب على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه, دون أن يتمسك بها الخصوم ويجوز للخصوم أن يتمسكوا بها في كل مرحلة من مراحل الحكم, ولئن كان ذلك مسلماً به في فقه الشريعة الإسلامية, فإن القانون الوصفي خاصة على مستوى التشريع لم يرتب على اعتماد اعتبار الحجية متعلقة بالنظام العام بحجبة الأحكام القضائية في مطلبين هما:

المطلب الأول/ مفهوم النظام العام.

المطلب الثاني/ أثر اعتماد فكرة النظام العام في إعمال الحجية القضائية.

المطلب الأول

مفهوم النظام العام

لتبيان مفهوم النظام العام ينبغي التطرق لمعناه في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين هما:

الفرع الأول: معنى النظام العام في الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: معنى النظام العام في القوانين الوضعية.

الفرع الأول / معنى النظام العام في الشريعة الإسلامية.

تقوم أحكام الشريعة الإسلامية على رعاية مصالح الإنسان, قال العز بن عبد السلام¹ (والشريعة كلها مصالح إما تدرأ مفاسد أو تجلب مصالح) إلا أن هذه المصالح لا تنفق من حيث درجتها ولا من حيث كليتها, فهنا له المصالح العامة التي تنظم جميع أحكام الشريعة متمثلة في حفظ نظام الأمة ومصالحها الضرورية والعامة, ويمكن تحديد مفهوم النظام العام بأنه " مجموع المصالح العامة والضرورية التي أقام الشرع عليها نظام المجتمع الإسلامي ".

فالنظام العام يشمل في فقه الشريعة نوعين من المصالح وهما :

1. المصالح الضرورية: وهي المصالح التي قصد الشرع ابتداءً حفظها للإنسان, وهذه المصالح لا يمنع من انتظامها في مفهوم النظام العام كونها فردية نظراً لأساسيتها ولزوميتها .

1 - قواعد الاحكام في مصالح الأنام، دار الخليل، بيروت، لبنان، ط2، 1980، ص11.

2- المصالح العامة: وهي المصالح التي قصد الشرع ابتداء حفظها للجماعة وانتظامها في مفهوم النظام العام بقدر عمومها وأثرها على الجماعة وقد ترتب عن هذا النظر لدرجة المصالح وعمومها وهو ما اصطلاح فقهاء الشريعة على تسميته بحقوق الله وحقوق العباد، ومعيار التفرقة بين النوعين هو باعتبار أن حق الفرد يمكن اسقاط المطالبة به أما حق الله فهو الذي لا يمكن المطالبة بإسقاطه كحقوق العبادات والحدود والكفارات وغيرها¹.

الفرع الثاني/ معنى النظام العام في القوانين الوضعية

اختلفت وتعددت الآراء حول تعريف النظام العام هو مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء أكانت سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية أم أخلاقية، بحيث يعتبر بقاء المجتمع سليماً مستقراً متوقفاً على وجود تلك المصالح². ولما كانت لهذه المصالح هذه الأهمية فقد تكفل القانون بتنظيمها من خلال القواعد الآمرة التي لا يملك الأفراد إزاءها القدرة على مخالفتها ولا الاتفاق على نقيضها، ويكون الاتفاق الخاص الذي يقضي بالمخالفة باطلاً ولو كان يحقق للأفراد مصلحة فردية لأن المعتبر هي مصلحة المجتمع الأساسية³. وتظهر قواعد القانون العام كأظهر قواعد تتعلق بالنظام العام، وفي مقدمتها قواعد القانون الدستوري المتعلقة بالحقوق والحريات العامة وكذلك قواعد القانون الإداري في كل ما يتصل بالوظيفة العامة وتنظيم المرافق العامة، وكذا في القانون المالي خاصة فيما يتعلق بفرض الضرائب، وتنظيم النقد، وفي قانون العقوبات فيما يتعلق بالمسؤولية والعقوبة.

ولا تخلو قواعد القانون الخاص من قواعد تتعلق بالنظام العام، وفي مقدمتها قانون الأحوال الشخصية، وترتبط بفكرة النظام العام فكرة الآداب العامة على اعتبار أنها مجموعة القواعد الأخلاقية التي تجب مراعاتها لحفظ نظام المجتمع الاخلاقي، وهي في حقيقتها جزء من النظام العام⁴.

أما القواعد الاجرائية فهي قواعد أمرة وتمس بالمصلحة العامة فهي حتماً ذات ارتباط بالنظام العام، فقواعد قانون المرافعات المتعلقة بالنظام العام لا يجوز اتفاق الخصوم على مخالفتها ويمكن التمسك بها في أي مرحلة من مراحل الدعوى، ويجوز إثارتها من طرف القاضي وكل ذي مصلحة⁵.

1 - راجع (السرخسي) أبو بكر بن أحمد بن أبي سهل، أصول السرخسي، تحقيق أبو الوفا الأنفغاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج2، ص287.

2 - راجع د. عبد الحميد فودة، حجية الامر المقضي وقوته، مرجع سابق، ص29.

3 - انظر ادوارد غالي الذهبي، المرجع السابق، ص74.

4 - راجع الأحضر سعيد، فكرة النظام العام، دار اقرأ، الجزائر 2016 ص73.

5 - راجع، مراد كامل، المرجع السابق، ص163.

المطلب الثاني

أثر اعتماد فكرة النظام العام في أعمال الحجية القضائية

تختلف الأحكام القضائية في طبيعتها فمنها ما هو مطلق الحجية يسرى على الكافة، ومنها ما هو نسبي الحجية لا يسرى إلا على أفراد الخصومة القضائية، ولما كان الأمر كذلك فإن الأحكام القضائية تتباين وتختلف، فالحكم المدني لا يتعلق بشكل مطلق بالمصلحة العامة للمجتمع، بينما الحكم الجنائي والحكم الدستوري كذلك.

لذلك سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

- الفرع الأول/ أثر اعتماد فكرة النظام العام في أعمال الحجية في القانون المدني.
- الفرع الثاني/ أثر اعتماد فكرة النظام العام في أعمال الحجية في قانون العقوبات.
- الفرع الثالث / أثر اعتماد فكرة النظام العام في أعمال الحجية في القانون الدستوري.

الفرع الأول/ أثر اعتماد فكرة النظام العام في أعمال الحجية في القانون المدني

يرى بعض الفقهاء أن حجية الأمر المقضي ليست من النظام العام في القانون المدني¹ ويستند هذا الاتجاه كون حجية الأمر المقضي قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية، كما يسند أن الحجية في القانون المدني تعنى بمصالح الأفراد الخاصة ولا تتعلق بمصالح المجتمع العامة.

بينما يرى اتجاه آخر أن الحجية في القانون المدني من النظام العام، ويتمسك القائلون بهذا الرأي بأن الحجية قرينة مطلقة، ومادامت كذلك فهي من النظام العام² وسندهم في ذلك هو إدراج النصوص القانونية للحجية ضمن القرائن القانونية، فقد أدرج القانون المدني الجزائري في بابه السادس النص المتعلق بقوة الشيء المقضي به (المادة 338)، فالهدف من تقرير الحجية في القانون المدني هو الرغبة في وضع حد لتجدد الخصومات وعدم السماح بقيام أحكام متعارضة مما يغض من كرامة القضاء، وهذه اعتبارات تتعلق بالنظام العام لأنها تمس مصلحة جوهرية للمجتمع وهي الحاجة إلى استقرار الأوضاع القانونية³.

1 - ومنهم الأستاذ السنهوري الذي يرى أن النظام العام في القانون المدني لا تعد أن تكون قاعدة مقررّة لمصلحة الخصوم؛ للاستزادة

أكثر راجع د. عبد الحميد فودة، حجية الأمر المقضي وقوته، مرجع سابق، ص 30

2 - انظر، ادوارد الذهبي، المرجع نفسه، ص 75.

3 - انظر، محمد الجمهورين تنفيذ الأحكام القضائية، دار القلم، الرياض، الطبعة الثانية 2017، ص 102.

وقد انتهى البعض إلى حل توفيقى حيث رأى ضرورة اعتبار حجبية الشيء المقضي فيه من النظام العام من حيث عدم جواز إقامة الدليل على عدم صحتها أما من حيث أنها دفع، فهي لا تتعلق بالنظام العام¹.

والحقيقة أن إضفاء الحجبية على الأحكام المدنية كان الهدف الأساسي منه هو وضع حد للمنازعات، وعدم فسح المجال لقيام أحكام متعارضة تشكك في مصداقية القضاء، كما تمنع من إهدار وإضاعة وقت القضاة في بحث النزاعات مرات متعددة، وهي مصالح ارجح من مصالح الأفراد في التمسك بحقوقهم أو التنازل عنه، ولهذا كان واجب التشريع لكي يتناغم مع الهدف الذي تقررت الحجبية لأجله، أن ينص على أن للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها وأن ليس للأفراد أن يتنازلوا عنها.

الفرع الثاني/ أثر اعتماد فكرة النظام العام في أعمال الحجبية في قانون العقوبات

يصرح كثير من الفقهاء القانونيين باعتقاد الإجماع على حجبية الأمر المقضي فيه من النظام العام في المسائل الجنائية².

ولهذا فإن الحكم الجنائي متى صدر أصبح حجة أمام أي محكمة جنائية، فالحكم بالبراءة أو الإدانة واجب الاحترام من جميع الخصوم وكافة المجتمع، وجميع المحاكم، والحجبية بهذا المعنى مطلقة، ولهذا فلا يملك الخصوم التنازل عن التمسك بها، ويجوز للقاضي اثارها من تلقاء نفسه دون ان يتمسك بها الخصوم، ويجوز لهم ان يتمسكوا بها ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا.

وتعليل هذا الإجماع وذلك الإطلاق أن الحكم الجنائي يصدر باسم المجتمع كافة ولمصلحته العامة، وللمجتمع تمثيل في المحاكم الجنائية، ويعتبر صدور حكم حائز لحجبية الشيء المقضي فيه في الدعوى الجنائية، النهائية الطبيعية للدعوى العمومية³. لأن مرد الحجبية في الاحكام الجنائية هو حماية الحرية الفردية وما يترتب عنها من تحقيق المصلحة الاجتماعية المتمثلة في استقرار الأوضاع الاجتماعية وحفظ المصالح العامة وفرض هيبة القضاء وسط الأمن وحماية الحقوق والحريات.

الفرع الثالث/ أثر فكرة النظام العام في أعمال الحجبية في القانون الدستوري

لأن الدستور يعتبر أعلى مرتبة في التدرج القانوني باعتباره قانون القوانين، فإن فكرة النظام العام تتسع اتساعاً كبيراً في القضاء الدستوري، فالقاضي الدستوري مكلف بمراقبة مدى اتفاق القوانين مع

1 - راجع مراد كاملي، المرجع السابق، ص 175.

2 - انظر د. محمود الجهوري، المرجع السابق، ص 103.

3 - راجع مراد كاملي، المرجع السابق، ص 176.

الدستور باعتباره يتمتع بالرفعة والسمو ويتميز بالهيبه والعلو، فعلى القاضي الدستوري أن يثير من تلقاء نفسه أي دفع يتعلق بتطبيق الدستور، بجميع نصوصه ومبادئه، كونها تمثل كتلة واحدة، وإذا وجد أن هناك مخالفة فعلية، أن يقضي بعدم دستورتها، سواء أكان المدعي قد أثار هذه المخالفة أم لم يثرها، فقد تصدت المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية من تلقاء نفسها، بعدم الدستورية في العديد من القضايا، واستعملت أسلوب التصدي بشجاعة، وكذلك فعل القضاء الدستوري المصري فقد استعمل رخصة التصدي في كثير من أحكامه وذلك بموجب الرخصة الممنوحة له¹.

فالنظام العام ما هو إلا قواعد قانونية _ قبل كل شيء _ ذات مضمون أساسي في الحفاظ على المجتمع والرقى به، وما سبب قيام الدعوى الدستورية إلا حماية النظام العام المنبثق عن الشرعية الدستورية حتى أن مفهوم النظام العام يزداد تجلياً ووضوحاً كلما ازدادت واتسعت سلطة القاضي الدستوري في إدارة النزاع، وتحديد نطاق الدعوى، وتعديل أسبابها، وسلطة القاضي الدستوري في مد آثار الحكم إلى نصوص المدعي لم يقاضبها وقرار الإحالة لم يحتويها².

الخاتمة

ختاماً لهذا البحث الذي يتناول أساس حجية الأحكام وعلاقتها بالنظام العام فإنه يبدو ضرورياً تبيان هذه الاسس وتحديد علاقتها بالنظام العام وبتتبع عبارات فقهاء الشريعة الإسلامية في التأسيس لحجية الأحكام القضائية نجدها تعتمد على تحقيق المصالح بما يفيد البلاد والعباد وكذا عبارات فقهاء القانون الوضعي في التأسيس لحجية الحكم القضائي وذلك بما يحققه من مصالح وهي الفكرة المشتركة في التأسيس للحجية في القانون المدني وقانون العقوبات وذلك من أجل الحفاظ على استقرار المراكز القانونية، باستقرار الأحكام القضائية، والحفاظ على هيبه القضاء وحمائته من التنازع والأهواء، وكذلك منع الفساد الذي سيزداد في حال استمر التخاصم وإطالة النزاع حتى الحصول على حكم حاسم.

وبعد الاطلاع على النظريات المؤسسة لحجية الأحكام القضائية في القوانين الوضعية يتضح أنها تتأسس على ما يحققه القول بما من مصلحة، وأيضاً على مطابقة الحكم للحقيقة والصحة.

أما النظام العام فيرتبط بمجمله من المصالح الضرورية والعامه حسب ما ذهب إليه فقهاء الشريعة (وهي المعبر عنها بحقوق الله) فالنظام هنا عام في ميزان الشريعة، حيث اجتهد الفقهاء في تبيان المصالح

1 - نص على ذلك القانون رقم 48 لسنة 1979 والخاص بالمحكمة الدستورية العليا وذلك في المادة 27 منه، للاستزادة أكثر، راجع د. محمد باهي أبو يونس، القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2016 ص123.

2 - راجع د. عمر عبدالله امبارك، الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، 2013، ص425.

الضرورة وضبط معانيها، وبيان ما يراها من أحكام شرعية أما المصالح العامة المتعلقة بحقوق الله فضابطها أن لا يكون للعبد حق اسقاطها، وهي معلومة بمقتضى النصوص الشرعية فمعنى النظام العام مستقر ومضبوط ومحدد ومجموع تلك المصالح يمثل المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمعات الإسلامية وعلى النقيض من ذلك فإن القانون الوضعي رغم أنه يعتبر أن النظام العام يعني المصالح الأساسية التي يقوم عليها المجتمع فإنه يعود ويحددها من خلال القواعد الآمرة التي لا يملك الأفراد القدرة على مخالفتها أو الاتفاق على نقيضها، كما أن هناك عدم اتفاق بين الانظمة القانونية حول المعايير الموضوعية التي تؤسس لحجية الأحكام القضائية بين القوانين المختلفة، معيار الحجية في القانون المدني ليس هو في قانون العقوبات وكذلك الحال في القانون الدستوري حيث اتساع سلطة القاضي من أجل الحفاظ على النظام العام وحماية الحقوق والحريات من الاعتداء والتصدي لما من شأنه عرقلة الاستقرار القانوني والمجتمعي على السواء.

أسأل الله لي ولكم التوفيق في كل مسعى وتحقيق كل مبتغى

قائمة المراجع

- 1- القرآن الكريم
- 2- ابن غرس الحنفي، الفواكه البدرية في البحث عن أطراف القضايا الحكمية مطبعة النيل، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 3- أبي الدم، إبراهيم عبدالله، أدب القضاء، مطبعة الارشاد، بغداد، الطبعة الثالثة، 1994.
- 4- البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، شرح منتهى الارادات، تحقيق عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1421هـ.
- 5- العز بن عبدالسلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الجليل، بيروت، لبنان، 1980.
- 6- السرخسي، أبوبكر محمد بن أبي سهيل، أصول السرخسي، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
- 7- الشوكاني، محمد بن علي، البدر الطالع، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
- 8- الرازي، محمد بن أبي بكر عبدالقادر، مختار الصحاح، بترتيب الشيخ محمود خاطر، بدون سنة نشر.
- 9- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المغربي، المصباح المنير، الطبعة الخامسة، بدون دار نشر.
- 10- أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة العاشرة، دار المعارف، بدون سنة نشر.
- 11- أحمد سعيد المومني، الحكم القضائي، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، 2000.
- 12 - إدوارد غالي الذهبي، حجية الحكم الجنائي، دار الشروق، القاهرة، 2001. - الاخضر سعيد، فكرة النظام العام، دار اقرأ، الجزائر 2016.

- 13- الكوني علي اعبودة، الخصومة القضائية، منشورات جامعة بنغازي 1998. - أكرم كلاب، حجية الأحكام الدستورية وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني، دار العلم، غزة، 2010.
- 14- عبدالله ناصف، حجية وأثار المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، دار النهضة العربية، 1998.
- 15- عبدالحكيم فودة، موسوعة الحكم القضائي، في المواد المدنية والجنائية على ضوء فقه النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- 16- عمر عبدالله امبارك، الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا، رسالة دكتوراة جامعة الاسكندرية، 2013.
- 17- جبران محمود، معجم لغوي عصري دار العلم للملايين، لبنان، 2005.
- 18- محمد الجمهوري، تنفيذ الأحكام القضائية، دار القلم، الرياض، الطبعة الثانية، 2017.
- 19- مراد كاملي، حجية الحكم القضائي، دراسة مقارنة، الجزائر، بدون دار نشر 2009.
- 20- ناتالي فريسيرو، الحكم القضائي، ترجمة وتدقيق، جورج حتّا، بيروت، لبنان 2000.

تقديم الأشخاص إلى المحكمة الجنائية الدولية في إطار

تعدد الطلبات

إعداد الدكتور: أشرف عمران محمد

عضو هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة الزيتونة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

التقديم هو : "نقل دولة ما شخصاً إلى المحكمة الجنائية الدولية عملاً بنظام روما الأساسي " ، بينما يعني التسليم: "نقل دولة ما شخصاً إلى دولة أخرى بموجب معاهدة أو اتفاقية أو تشريع وطني"¹. وقد أوضح نظام روما الأساسي في الباب التاسع منه بعنوان : (التعاون الدولي والمساعدة القضائية) الأحكام الخاصة بكيفية تقديم الأشخاص المطلوبين إلى المحكمة الجنائية الدولية من أجل القيام بالدور المأمول منها في الكشف عن الحقيقة وعدم مرور الجرائم الداخلة في اختصاصها بدون عقاب ؛ نظراً لما تشكله هذه الجرائم من تهديد جسيم للسلم والأمن الدوليين . فيجوز للمحكمة الجنائية الدولية أن تقدم طلباً مشفوعاً بالمواد المؤيدة للقبض على شخص ما وتقديمه إلى أي دولة قد يكون ذلك الشخص موجوداً في إقليمها، وعليها أن تطلب تعاون تلك الدولة في القبض على ذلك الشخص وتقديمه إليها ، وعلى الدول الأطراف أن تمتثل لطلبات إلقاء القبض والتقديم وفقاً لأحكام الباب التاسع من نظام روما الأساسي وللإجراءات المنصوص عليها في قوانينها الوطنية². وتلتزم الدول الأطراف بالتعاون مع المحكمة الجنائية الدولية وفقاً لنظام روما الأساسي وهذا ما بيته المادة 86 من نظام روما الأساسي بقولها : "تتعاون الدول الأطراف، وفقاً لأحكام هذا النظام الأساسي، تعاوناً تاماً مع المحكمة فيما تجرّبه، في إطار اختصاص المحكمة، من تحقيقات في الجرائم والمقاضاة عليها".

1 - راجع المادة (102) من نظام روما الأساسي .

2 - راجع المادة (89/ ف1) من نظام روما الأساسي .

أما الدول غير الأطراف في نظام روما الأساسي فتتعاون مع المحكمة الجنائية الدولية في تقديم الأشخاص إليها : إذا أحال مجلس الأمن حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية قد ارتكبت وفق أحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة . كما تلتزم الدولة غير الطرف بموجب اتفاق خاص مع المحكمة الجنائية الدولية ، وهي بذلك تلتزم بالتعاون مع المحكمة الجنائية الدولية فيما تجر به من تحقيق أو مقاضاة¹ .

كما يجوز للدولة غير الطرف طبقاً للمادة (3/12) من نظام روما الأساسي أن تقبل اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بموجب إعلان يودع لدى مسجل المحكمة الجنائية الدولية ، وفي هذه الحالة يكون على تلك الدولة أن تتعاون مع المحكمة تعاوناً كاملاً بشأن التحقيقات التي تجر بها² . ولكن من الممكن أن تتعدد الطلبات الموجهة للدولة فقد تتلقى طلباً من المحكمة الجنائية الدولية بتقديم شخص مطلوب لديها بموجب المادة (89) من نظام روما الأساسي ، وتتلقى طلباً من أية دولة أخرى بتسليم الشخص نفسه عن ذات السلوك الذي من أجله تطلب المحكمة تقديمه إليها أو عن سلوك آخر ، وهذا سيكون موضوع هذه الدراسة لما له من أهمية بالغة في معرفة مسلك نظام روما الأساسي في معالجته لهذه المسألة منعاً للتنازع في الاختصاص .

وهو ما يثير بعض التساؤلات المتمثلة في الآتي : ما مدى نجاعة الحلول التي جاء بها نظام روما الأساسي لمعالجة تقديم الأشخاص إلى المحكمة الجنائية الدولية في إطار تعدد الطلبات ؟ وماهي معوقات تقديم الأشخاص وفقاً لحالات التعدد ؟ وبالأخص ما نصت عليه المادة (98) من نظام روما الأساسي التي تشكل عائقاً في سبيل تقديم الأشخاص إلى المحكمة الجنائية الدولية ما لم تتحصل المحكمة الجنائية الدولية على التعاون فيما يتعلق بالتنازل عن الحصانة والموافقة على التقديم ، وستتم الإجابة على هذه التساؤلات وفقاً للمنهج التحليلي النقدي في إطار الخطة التالية :

مقدمة .

المطلب الأول : مسلك نظام المحكمة الجنائية الدولية في معالجة تعدد الطلبات .

الفرع الأول : تعدد الطلبات في إطار ذات الجريمة الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية.

الفرع الثاني : تعدد الطلبات في إطار جريمة غير داخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية.

1- راجع المادة (4/ف2) من نظام روما الأساسي.

2 - فتوح عبد الله الشاذلي ، القانون الدولي الجنائي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، دط ، 2002م ، ص 171

وما بعدها .

- المطلب الثاني : معوقات تقديم الأشخاص إلى المحكمة الجنائية الدولية في إطار تعدد الطلبات .
- الفرع الأول : التزام الدولة الموجه إليها الطلب بعدم التقديم بسبب الحصانة .
- الفرع الثاني : التزام الدولة الموجه إليها الطلب بعدم التقديم بسبب اتفاقيات عدم التقديم .
- خاتمة .

المطلب الأول

مسلك نظام المحكمة الجنائية الدولية في معالجة تعدد الطلبات

عالج نظام روما الأساسي مسألة تعدد طلبات التقديم والتسليم إلى الدولة الموجه إليها الطلب وذلك من خلال المادة (90) منه؛ وذلك لضمان عدم حصول التنازع في الاختصاص ، وهذه المعالجة تختلف ما إذا كان تعدد الطلبات في إطار ذات الجريمة المطلوب فيها الشخص وهو ما سيتم تناوله في (الفرع الأول)، أو في إطار جريمة أخرى وهو ما سيتم التطرق له في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعدد الطلبات في إطار ذات الجريمة الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية

في حالة تلقي دولة طرف طلباً من المحكمة الجنائية الدولية بتقديم شخص بموجب المادة (89) من نظام روما الأساسي وتلقيها أيضاً طلباً من أية دولة أخرى بتسليم الشخص نفسه بسبب السلوك ذاته الذي يشكل أساس الجريمة التي تطلب المحكمة من أجلها تقديم الشخص المعني، يكون على الدول الطرف أن تحظر المحكمة الجنائية الدولية والدولة الطالبة بواقعة تعدد الطلبات¹؛ ليتسنى وضع الحل المناسب لهذه المعضلة وفق أحكام نظام روما الأساسي الذي يختلف إذا كانت الدولة الطالبة طرفاً في نظام روما الأساسي (أولاً) أم غير طرف في هذا النظام (ثانياً).

أولاً : إذا كانت الدولة الطالبة طرفاً في نظام روما الأساسي :-

إذا كانت الدولة الطالبة للتسليم دولة طرفاً في نظام روما الأساسي؛ كان على الدولة الموجه إليها الطلب أن تعطي الأولوية للطلب المقدم من المحكمة الجنائية الدولية²، وذلك على النحو التالي :

(أ) إذا كانت المحكمة الجنائية الدولية قد قررت، عملاً بالمادتين (18 و 19) من نظام روما الأساسي، مقبولة الدعوى التي يطلب بشأنها تقديم الشخص، وروعت في ذلك القرار أعمال التحقيق أو المقاضاة التي قامت بها الدولة الطالبة فيما يتعلق بطلب التسليم المقدم منها .

1 - راجع المادة (90/ف1) من نظام روما الأساسي .

2 - راجع المادة (90/ف2) من نظام روما الأساسي .

ومعني ذلك أن تفحص الدولة المقدم إليها الطلب مسألة اختصاص القضاء الجنائي الوطني للدولة الطرف طالبة التسليم وفقاً لنظام روما الأساسي فقط تكون مضلعة بالتحقيق أو المقاضاة ، وبالتالي ستوافق الدولة الموجه إليها الطلب على إعطاء الأولوية لها ، أما إذا قررت المحكمة الجنائية الدولية مقبولة الدعوى أمامها وفقاً للمادتين (18، 19) من نظام روما الأساسي فتكون الأولوية في التقديم للمحكمة الجنائية الدولية من الدولة الموجه إليها الطلب .

فقد تناولت المادة (18) من نظام روما الأساسي الإخطار الموجه من المدعي العام للدول فإذا أحييت الجريمة إلى المحكمة الجنائية الدولية من قبل دولة طرف أو باشر المدعي العام التحقيق فيها ورأى أن هناك أساساً مقبولاً لبدء التحقيق، فعليه إخطار جميع الدول الأطراف والدول التي يرى حسب معلوماته المتاحة أن لها ولاية على الجرائم موضع النظر¹ .

إذن الغاية من هذا الإخطار هو منح الفرصة للقضاء الجنائي الوطني من الأفراد لوحده بنظر الدعوى موضع التحقيق، ومنعاً من تنازع الاختصاص القضائي حيث تتاح الفرصة لهذا القضاء ليعلن اختصاصه بهذه الدعوى ، لتكون له الأولوية في الاختصاص على المحكمة الجنائية الدولية² .

وفي غضون شهر واحد من تلقي الإخطار، للدولة أن تبلغ المحكمة الجنائية الدولية بأنها تجري أو أجرت تحقيقاً في الدعوى موضع الإخطار مع رعاياها أو غيرهم، في حدود ولايتها القضائية، فيما يتعلق بالجرائم المنصوص عليها في المادة (5) من نظام روما الأساسي³ .

ويجوز لهذه الدولة أن تطلب معلومات إضافية من المدعي العام؛ لمساعدتها في الرد على هذا الإخطار، في غضون مهلة الشهر؛ وذلك للتيقن جيداً من الأفعال موضع الدعوى، وما إذا كانت هي ذاتها الأفعال التي أجرت فيها تحقيقاً أو لا زالت تنظر فيها⁴، وهذا الرد يعالج مسألة تعدد طلبات التقديم والتسليم بالنسبة للدولة الموجه إليها الطلب لتحديد القضاء المختص في هذه الحالة .

وبناءً على طلب تلك الدولة، يتنازل المدعي العام لها عن التحقيق مع هؤلاء الأشخاص ما لم تقرر الدائرة التمهيدية الإذن بالتحقيق، بناءً على طلب المدعي العام، حيث يكون تنازل المدعي العام عن التحقيق للدولة قابلاً لإعادة النظر فيه بعد ستة أشهر من تاريخ التنازل أو في أي وقت يطرأ فيه تغير ملموس في الظروف

1 - راجع المادة (18 / ف 1) من نظام روما الأساسي.

2 - محمد لطفي، آليات الملاحقة في نطاق القانون الجنائي الدولي الإنساني، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، دط، 2006 م ، ص 260 .

3 - راجع المادة (18 / ف 2) من نظام روما الأساسي.

4 - القاعدة (53) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية .

يستدل منه أن الدولة أصبحت حقا غير راغبة في الاضطلاع بالتحقيق أو غير قادرة على ذلك¹، هنا تقرر المحكمة الجنائية الدولية مقبولة الدعوى أمامها، وتكون لها الأولوية في تقديم الشخص إليها .
وقد أجازت المادة (19) من نظام روما الأساسي الطعن أو الدفع بعدم اختصاص المحكمة أو عدم قبول الدعوى استنادا إلى المعايير المنصوص عليها في المادة (17) من نظام روما الأساسي ، والمتعلقة بالرغبة والقدرة على نظر الدعوى .

وقد حددت المادة (19) من نظام روما الأساسي من له الحق في الدفع بعدم المقبولية؛ حيث ذهبت إلى أن المحكمة تتحقق من أنها مختصة حقا بنظر الدعوى ومن تلقاء نفسها، بحيث تنظر في مقبولة الدعوى طبقاً للمادة (17) من نظام روما الأساسي .
و يجوز أن يطعن في مقبولة الدعوى استنادا إلى الأسباب المشار إليها في المادة 17 أو أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة كل من²:

(1) المتهم أو الشخص الذي يكون قد صدر بحقه أمر بإلقاء القبض أو أمر بالحضور عملا بالمادة 58؛

(2) الدولة التي لها اختصاص النظر في الدعوى لكونها تحقق أو تباشر المقاضاة في الدعوى أو لكونها حققت أو باشرت المقاضاة في الدعوى؛ أو

(3) الدولة التي يطلب قبولها بالاختصاص عملا بالمادة 12.

وقد حددت المادة (19 ف6) من نظام روما الأساسي الجهة التي تنظر في الطعن بعدم المقبولية، وهي تختلف بحسب الأحوال؛ فإذا قدم هذا الطعن قبل اعتماد التهم، فإنه يحال إلى الدائرة التمهيدية، أما إذا قدم بعد اعتماد التهم، فيحال الطعن إلى الدائرة الابتدائية، أما إذا كانت الدائرة الابتدائية لم تشكل بعد فإن الطعن بعدم المقبولية يحال إلى دائرة الرئاسة التي تحيله بدورها إلى الدائرة الابتدائية بمجرد تشكيلها .

ولا يؤثر تقديم الطعن على صحة أي إجراء يقوم به المدعي العام أو أي أوامر تصدرها المحكمة قبل تقديم الطعن، وإذا قررت المحكمة عدم قبول الدعوى عملاً بالمادة (17) من نظام روما الأساسي جاز للمدعي العام أن يقدم طلباً لإعادة النظر في هذا القرار يكون على اقتناع تام بأن وقائع جديدة قد نشأت، ومن شأنها أن تلغي الأساس الذي سبق أن اعتبرت الدعوى بناءً عليه غير مقبولة عملاً بالمادة (17) من نظام روما الأساسي ؛ لأن المدعي العام قد تكون لديه معلومات جديدة بعدم رغبة الدولة، أو عدم قدرتها على

1- راجع المادة (18 / 3-2) من نظام روما الأساسي .

2 - راجع المادة (19 ف2) من نظام روما الأساسي .

الاضطلاع بالتحقيق أو بالمحاكمة، وبالتالي يدلي بها للمحكمة لتعيد النظر فيما أصدرته بعدم مقبولة الدعوى أمامها طبقاً للمادة (17) من نظام روما الأساسي.

ويمكن القول أن الطعن بعدم المقبولية لا يقدم إلا مرة واحدة، قبل الشروع في التحقيق، أو عند بدء المحاكمة، ويجوز في الظروف الاستثنائية أن تأذن المحكمة الجنائية الدولية بالطعن أكثر من مرة، و يجوز استئناف القرارات المتعلقة بالمقبولية أمام دائرة الاستئناف؛ وفقاً للمادة 82 من نظام روما الأساسي .

إذا أتضح أن الممكنة التي منحها نظام روما الأساسي بالطعن في مقبولة الدعوى لدى المحكمة الجنائية الدولية؛ إنما العلة منها معرفة القضاء المختص ومساعدة الدولة الموجه إليها الطلب في تحديد موقفها من تعدد طلبات التقدم والتسليم الموجهة إليها من المحكمة الجنائية الدولية ومن الدولة، فإذا قضت المحكمة الجنائية الدولية بعدم مقبولة الدعوى أمامها عملاً بنص المادة (19) من نظام روما الأساسي فستكون الأولوية في التسليم للدولة الطالبة، أما إذا قضت خلاف ذلك بمقبولية الدعوى أمامها فستقوم الدولة الموجه إليها الطلب بتقديم الشخص المطلوب إلى المحكمة الجنائية الدولية بناءً على ذلك .

(ب) إذا كانت المحكمة الجنائية الدولية قد اتخذت القرار المبين في الفقرة الفرعية (أ) استناداً إلى الأخطار المقدم من الدولة الموجه إليها الطلب بموجب الفقرة 1.

أي قررت مقبولة الدعوى عملاً بالإخطار المقدم من الدولة الموجه إليها الطلب فهنا تكون الأولوية في تقديم الشخص إلى المحكمة الجنائية الدولية، وفي حالة عدم صدور قرار من المحكمة الجنائية الدولية بمقبولية الدعوى أمامها، وريثما يصدر هذا القرار، يجوز للدولة الموجه إليها الطلب، بحسب تقديرها، أن تتناول طلب التسليم المقدم من الدولة الطالبة، على ألا تسلم الشخص قبل اتخاذ المحكمة قراراً بعدم المقبولية، ويصدر قرار المحكمة في هذا الشأن على أساس مستعجل¹.

وبهذا يتضح أنه إذا كانت الدولة الطالبة طرفاً في نظام روما الأساسي وقدمت طلباً بتسليم الشخص المتواجد لدى الدولة الموجه إليها الطلب عن نفس السلوك المطلوب من أجله أمام المحكمة الجنائية الدولية، فإن الأولوية تكون للطلب المقدم من المحكمة الجنائية الدولية إذا قررت مقبولة الدعوى أمامها، أما إذا قررت عدم مقبولة الدعوى أمامها فيسلم الشخص المطلوب إلى الدولة الطالبة الطرف في نظام روما الأساسي، ولكن هل يختلف الأمر إذا كانت الدولة الطالبة غير طرف في نظام روما الأساسي فلمن ستكون الأولوية في هذه الحالة؟ وهو موضوع الفقرة التالية .

1 - راجع المادة (90/3) من نظام روما الأساسي.

ثانياً: إذا كانت الدولة الطالبة غير طرف في نظام روما الأساسي :

إذا كانت الدولة الطالبة غير طرف في نظام روما الأساسي كان على الدولة الموجه إليها الطلب أن تعطى الأولوية لطلب التقديم الموجه من المحكمة الجنائية الدولية إذا كانت قد قررت مقبولة الدعوى ولم تكن هذه الدولة مقيّدة بالتزام دولي بتسليم الشخص إلى الدولة الطالبة ، وفي حالة عدم صدور قرار من المحكمة بشأن مقبولة الدعوى، يجوز للدولة الموجه إليها الطلب، بحسب تقديرها، أن تتناول طلب التسليم الموجه إليها من الدولة الطالبة¹ .

وفي الحالات التي تقرر فيها المحكمة الجنائية الدولية مقبولة الدعوى وباستثناء أن يكون على الدولة الموجه إليها الطلب التزام دولي قائم بتسليم الشخص إلى الدولة الطالبة غير الطرف في هذا النظام الأساسي، يكون على الدولة الموجه إليها الطلب أن تقرر ما إذا كانت ستقدم الشخص إلى المحكمة أم ستسلمه إلى الدولة الطالبة. وعلى الدولة الموجه إليها الطلب أن تضع في الاعتبار، عند اتخاذ قرارها، جميع العوامل ذات الصلة بما في ذلك دون حصر:

(أ) تاريخ كل طلب.

(ب) مصالح الدولة الطالبة، بما في ذلك، عند الاقتضاء ما إذا كانت الجريمة قد ارتكبت في إقليمها، وجنسية الجني عليهم وجنسية الشخص المطلوب.

(ج) إمكانية إجراء التقديم لاحقاً بين المحكمة والدولة الطالبة.

ويلاحظ هنا أن الالتزام القائم بالتسليم بين الدولة الموجه إليها الطلب والدولة الطالبة غير الطرف، يجعل من الدولة الموجه إليها الطلب أن تضع في اعتبارها بعض العوامل المهمة لتختار الآلية المناسبة لتطبيق الأولوية في التقديم إلى المحكمة الجنائية الدولية أو التسليم إلى الدولة الطالبة غير الطرف ، وهذا الأمر بخلاف إذا كانت الدولة الطالبة طرفاً في نظام روما الأساسي فالأولوية تكون للمحكمة الجنائية الدولية إذا قررت مقبولة الدعوى بغض النظر عن وجود التزام دولي قائم بينها وبين الدولة الموجه إليها الطلب ، هذا كله إذا كان تعدد الطلبات في إطار ذات الجريمة المطلوب فيها الشخص والداخلية في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ، ولكن هل يختلف الحال إذا تعددت الطلبات في إطار جريمة أخرى غير داخلية في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية وهو ما سيتم التطرق له في (الفرع الثاني).

1 - راجع المادة (90/4-5) من نظام روما الأساسي.

الفرع الثاني

تعدد الطلبات في إطار جريمة غير داخلية في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية

في حالة تلقي دولة طرف في نظام روما الأساسي طلباً من المحكمة الجنائية الدولية بتقديم شخص إليها، وتلقيها كذلك طلباً من أي دولة بتسليم الشخص نفسه بسبب سلوك غير السلوك الذي يشكل الجريمة التي من أجلها تطلب المحكمة تقديم الشخص¹:

(أ) يكون على الدولة الموجه إليها الطلب أن تعطى الأولوية للطلب المقدم من المحكمة إذا لم تكن مقيدة بالتزام دولي قائم بتسليم الشخص إلى الدولة الطالبة.

(ب) يكون على الدولة الموجه إليها الطلب أن تقرر، إذا كان عليها التزام دولي قائم بتسليم الشخص إلى الدولة الطالبة، ما إذا كانت ستقدم الشخص إلى المحكمة أم ستسلمه إلى الدولة الطالبة. وعلى الدولة الموجه إليها الطلب أن تراعى عند اتخاذ قرارها، جميع العوامل ذات الصلة، بما في ذلك، دون حصر، العوامل المنصوص عليها في (المادة 90/ ف 6) من نظام روما الأساسي المشار إليها سلفاً²، على أن تولى اعتباراً خاصاً إلى الطبيعة والخطورة النسبيتين للسلوك المعني.

حيثما ترى المحكمة الجنائية الدولية - عملاً بالإخطار الموجه إليها من الدولة المتواجد بها الشخص المطلوب - عدم مقبولية الدعوى، ويتقرر فيما بعد رفض تسليم الشخص إلى الدولة الطالبة، يكون على الدولة الموجه إليها الطلب أن تخطر المحكمة بهذا القرار³، أي قرار رفض تسليم الشخص للدولة الطالبة .

وعليه يمكن القول أن مسلك نظام روما الأساسي في معالجة تعدد طلبات التقديم والتسليم في حالة تلقي دولة طرف في نظام روما الأساسي طلباً من المحكمة الجنائية الدولية بتقديم شخص إليها، وتلقيها كذلك طلباً من أي دولة بتسليم الشخص نفسه بسبب سلوك غير السلوك الذي يشكل الجريمة التي من أجلها تطلب المحكمة تقديم الشخص - سواء كانت الدولة الطالبة طرفاً في نظام روما الأساسي أم غير طرفاً فيه - حيث تمنح الأولوية للطلب المقدم من المحكمة الجنائية الدولية ما لم تكن الدولة الموجه إليها الطلب مقيدة بالتزام دولي قائم بتسليم الشخص إلى الدولة الطالبة فهنا سيكون هذا الأمر محل دراسة من قبل الدولة الموجه إليها الطلب لتقرر ما إذا كانت ستقدم الشخص إلى المحكمة الجنائية الدولية أم ستسلمه إلى الدولة الطالبة وفقاً للعوامل المنصوص عليها في نظام روما الأساسي .

1 - راجع المادة (90/ف7) من نظام روما الأساسي .

2- راجع ما تم ذكره في الفقرة ثانياً من الفرع الأول .

3 - راجع المادة (90/ف8) من نظام روما الأساسي .

هكذا كانت معالجة نظام روما الأساسي لتعدد طلبات التقديم والتسليم منعاً من حدوث التنازع في الاختصاص بين المحكمة الجنائية الدولية والقضاء الجنائي الوطني ، وقد لوحظ منح الأولوية لطلب التقديم المقدم من المحكمة الجنائية الدولية ما لم تكن الدولة الموجه إليها الطلب مقيدة بالتسليم إلى الدولة الطالبة بموجب التزام دولي قائم ، وهو ما يعيق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بالمقاضاة على أشد الجرائم خطورة ، بالإضافة إلى العقوبات الأخرى التي تعيق المحكمة الجنائية الدولية في أداء عملها على أكمل وجه والتي نصت عليها المادة (98) من نظام روما الأساسي وهو ما سيتم دراسته في (المطلب الثاني) .

المطلب الثاني

معايير تقديم الأشخاص إلى المحكمة الجنائية الدولية في إطار تعدد الطلبات

قد تنطبق شروط تقديم الشخص إلى المحكمة الجنائية الدولية في إطار تعدد طلبات التقديم والتسليم ولكن توجد بعض العقوبات التي تحول دون ذلك التي أشارت إليها المادة (98) من نظام روما الأساسي المتعلقة بوجود التزام يقع على عاتق الدولة الموجه إليها الطلب بعدم تقديم الشخص بسبب الحصانة التي يتمتع بها وهو ما سيتم التطرق له في (الفرع الأول) وقد يكون الالتزام مع الدولة بعدم تقديم رعاياها إلى المحكمة الجنائية الدولية وهو ما يسمى باتفاقيات التحصين الثنائية وهو ما سيتم التطرق له في (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

التزام الدولة الموجه إليها الطلب بعدم التقديم بسبب الحصانة

نصت المادة 98/ ف1 من نظام روما الأساسي على الآتي :

"1- لا يجوز للمحكمة أن توجه طلب تقديم أو مساعدة يقتضي من الدولة الموجه إليها الطلب أن تتصرف على نحو يتنافى مع التزاماتها بموجب القانون الدولي فيما يتعلق بحصانات الدولة أو الحصانة الدبلوماسية لشخص أو ممتلكات تابعة لدولة ثالثة، ما لم تستطع المحكمة أن تحصل أولاً على تعاون تلك الدولة الثالثة من أجل التنازل عن الحصانة" .

فبموجب هذا النص يفترض أن هناك أحد الأشخاص ممن يتمتع بالحصانة -في إقليم دولة أخرى غير دولته- مثل رؤساء الدول، أو ملوكها، أو أحد القادة العسكريين أو أحد الدبلوماسيين، أو غيرهم - وقد وجه إليه اتهام بارتكاب إحدى الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ،فتقوم المحكمة

الجنائية الدولية بتوجيه طلب إلى الدولة التي يتواجد فيها هذا الشخص - وهي ليست دولته التي يحمل جنسيتها - لتقديمه للمثول أمامها¹.

هنا يتوجب على المحكمة الجنائية الدولية أن تطلب من الدولة التي يحمل الشخص المطلوب جنسيتها التنازل عن حصانته حسب تشريعها الوطني - فإذا لم توافق على ذلك - لا تستطيع المحكمة أن تطلب من الدولة المتواجد الشخص على إقليمها أن تتخلى عن التزاماتها بموجب الاتفاقيات الدولية المتضمنة احترام حصانة الأشخاص الممنوحة لهم؛ بمقتضى قوانين الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، تفادياً لما قد يتسبب به تسليمهم دون موافقتها من توتر في العلاقات بين الدول، لذلك يقتضي مثول المتهمين بارتكاب جرائم دولية، تدخل ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية تعاون الدولة التي يتواجد على إقليمها المتهم والدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، وهو ما يصعب تحقيقه غالباً².

وبهذا تصبح المحكمة الدولية الجنائية غير قادرة على مباشرة اختصاصها، إلا بعد الحصول على موافقة الدولة الموجه إليها الطلب ، وبذلك فإن هذا النص يثير تناقضاً واضحاً مع نص المادة(27) من نظام روما الأساسي؛ الذي أكد على أن الحصانة لا تشكل عائقاً لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية³.

غير أن نظام روما الأساسي قد حاول مراعاة العلاقات بين الدول بحيث لا يكون تدخل المحكمة الجنائية الدولية سبباً في خلق جو من التوتر في العلاقة بين الدول.

ولحل هذه المشكلة ، لا بد من اعتبار رفض الدولة -التي ينتمي إليها الشخص بالجنسية - التنازل عن حصانته ، بمثابة حالة من حالات عدم التعاون مع المحكمة الدولية الجنائية ، التي ينبغي أن يعرض أمرها على جمعية الدول الأطراف أو مجلس الأمن مجلس الأمن إذا كان هو من أحال الحالة إلى المحكمة الدولية الجنائية، ومن ثم يمكن اتخاذ قرار بشأن هذه الدولة الراضية، على أنها لا ترغب في التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية عملاً بنص المادة (87/ ف5-7) من نظام روما الأساسي .

وفي الحقيقة أن نص المادة (98/ ف1) من نظام روما الأساسي يمثل عقبة كبيرة في سبيل تقديم الأشخاص إلى المحكمة الجنائية الدولية حتى في إطار تعدد الطلبات ، وهو ما يستدعي إلغاءه من نظام روما الأساسي عندما تسمح الفرصة بإجراء تعديلات على النظام الأساسي ، ولكن هل ينطبق هذا القول

1 - خالد محمد خالد، مسؤولية الرؤساء أو القادة في المحكمة الجنائية الدولية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون، الأكاديمية العربية المفتوحة، الدمامك ، غير منشورة ، 2008م، ص71.

2 - المرجع السابق .

3 - د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، قواعد أساسية في نظام محكمة الجزاء الدولية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2006م، ط1 ، ص144.

على ما تنص عليه المادة (98/ف2) من نظام روما الأساسي بالسماح للدول بإبرام اتفاقيات تتضمن عدم تقديم الأشخاص إلى المحكمة الجنائية الدولية وهو ما سيتم تناوله في (الفرع الثاني) .

الفرع الثاني

التزام الدولة الموجه إليها الطلب بعدم التقديم بسبب اتفاقيات عدم التقديم

نصت المادة 98/ف2 من نظام روما الأساسي على أنه :

"2- لا يجوز للمحكمة أن توجه طلب تقديم يتطلب من الدولة الموجه إليها الطلب أن تتصرف على نحو لا يتفق مع التزاماتها بموجب اتفاقات دولية تقتضى موافقة الدولة المرسله كشرط لتقديم شخص تابع لتلك الدولة إلى المحكمة، ما لم يكن بوسع المحكمة أن تحصل أولاً على تعاون الدولة المرسله لإعطاء موافقتها على التقديم".

من خلال استقراء نص المادة (98/2) من نظام روما الأساسي، نجد أنها لا تجيز للمحكمة الجنائية الدولية أن تلزم الدولة الموجه إليها طلب تقديم الشخص التابع للدولة المرسله، عند قيامه بارتكاب جريمة دولية تدخل في اختصاص المحكمة أن تقدمه للمثول أمام المحكمة لمقاضاته، متى قامت تلك الدولة المعنية بعقد اتفاقيات دولية مع الدولة الموجه لها الطلب، هذه الاتفاقية تتفق في مضمونها على منح حصانة لجنودها ومسؤوليها، من المثول أمام المحكمة الجنائية الدولية، وبالتالي يتمتع على المحكمة مباشرة ولايتها القضائية .

وهذا الأمر جعل الولايات المتحدة الأمريكية تعقد العديد من الاتفاقيات الثنائية؛ عملاً بالمادة (98/2) من نظام روما الأساسي مع الدول لحماية رعاياها من المسؤولية الجنائية¹.

إن ما تعقده الولايات المتحدة من اتفاقيات لضمان إفلات مواطنيها من الولاية القضائية للمحكمة الجنائية الدولية، بشأن الجرائم الخطيرة الداخلة في اختصاصها، يشكل عرقلة لعمل المحكمة في ممارسة اختصاصها على أشد الجرائم جسامة، لذلك يتعين على الدول كافة سواء الأطراف في نظام روما الأساسي أو عدم الأطراف فيه عدم التوقيع على هذه الاتفاقيات، وبالأخص الدول الأطراف في نظام روما الأساسي؛ لأن التوقيع على هذه الاتفاقيات يعتبر إخلالاً بمبدأ عدم الاعتداد بالحصانة، ومن شأنه أن يعيق المحكمة الجنائية الدولية في ممارسة اختصاصها على أشد الجرائم خطورة، كما أنها تكون قد

1 - محمد بركات فارس الطراونة، اختصاص القضاء الجنائي الدولي بنظر الجرائم ضد الإنسانية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، غير منشورة، 2008م، ص199.

تصرفت بصورة من شأنها أن تحبط هدف نظام روما الأساسي وغرضه، وبالتالي قد خرقت التزاماتها بموجب القانون الدولي الذي يحكم المعاهدات¹.

فقد استعملت الولايات المتحدة ضغوطاً على الدول لحملها على إبرام مثل هذه الاتفاقيات، كتعليق المساعدة العسكرية والمساعدة الاقتصادية؛ ففي عام 2003 م و أوقفت الولايات المتحدة مساعدتها العسكرية على 35 دولة (من بينها دول أوروبية)، عدا دول أعضاء الناتو، وحلفاء الولايات المتحدة، مثل: (إسرائيل، أستراليا، كوريا الجنوبية)، وكانت رومانيا وإسرائيل من أوائل الدول التي وقعت على هذه الاتفاقيات، وبلغ عدد الدول الموقعة عليها حتى عام 2006 م مائة واثنان دولة ومن بين الدول العربية، وهي ليست طرفاً في نظام روما الأساسي (المغرب، الجزائر، مصر، الكويت، البحرين، الإمارات، اليمن، وموريتانيا)، كذلك الأردن؛ أبرمت اتفاقية مع الولايات المتحدة الأمريكية، رغم أنها دولة طرف في نظام روما الأساسي². خلاصة القول أن هناك ضرورة ملحة؛ للعمل على إلغاء نص (98) من نظام روما الأساسي ؛ لأنها غير متفقة مع أحكام المادة (27) من نظام روما الأساسي ؛ فهذه المادة تكرر نظام الحصانات، الذي رفضته المادة (27) من نظام روما الأساسي³، مما يحول دون تقديم الأشخاص إلى المحكمة الجنائية الدولية حتى في إطار تعدد طلبات التقديم والتسليم للدولة المتواجد بها الشخص المطلوب للعدالة .

خاتمة

توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى الآتي :

- عالج نظام روما الأساسي مسألة تعدد طلبات التقديم والتسليم إلى الدولة الموجه إليها الطلب وذلك من خلال المادة (90) منه ؛ لضمان عدم حدوث التنازع في الاختصاص بين المحكمة الجنائية الدولية والقضاء الجنائي الوطني.

1 - أشرف عمران محمد ، "انعكاس اتفاقيات عدم التسليم على اختصاص المحكمة الجنائية الدولية " ، مجلة العلوم الشرعية والقانونية ، كلية القانون ، جامعة المرقب ، العدد الأول لسنة 2014م ، ص 261 وما بعدها .

2 - عزة كامل المقهور ، "الولايات المتحدة الأمريكية والمحكمة الجنائية الدولية" ، بحث مقدم لأكاديمية الدراسات العليا، طرابلس ، ليبيا، في الفترة من 10 إلى 11 يناير 2007 م، ص 27 .

3 - د. محمد حسني علي شعبان، القضاء الدولي الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010 م، ط1، ص 345، عماد علي ربيع، الخصائص الأساسية للمحكمة الجنائية الدولية "عدم جواز إبداء التحفظات على النظام الأساسي للمحكمة"، بحث مقدم لأكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، في الفترة من 10 إلى 11 يناير 2007 م، ص 10.

- إذا تعدد طلبات التقديم والتسليم في إطار ذات الجريمة المطلوب فيها الشخص والداخلية في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية وكانت الدولة الطالبة طرفاً في نظام روما الأساسي فالأولوية تكون للمحكمة الجنائية الدولية إذا قررت مقبولية الدعوى بغض النظر عن وجود التزام دولي قائم بين الدولة الطالبة الطرف وبين الدولة الموجه إليها الطلب ، أما إذا كانت الدولة الطالبة غير طرف في نظام روما الأساسي فإن الالتزام القائم بالتسليم بين الدولة الموجه إليها الطلب والدولة الطالبة غير الطرف، يجعل من الدولة الموجه إليها الطلب أن تضع في اعتبارها بعض العوامل المهمة لتختار الآلية المناسبة لتطبيق الأولوية في التقديم إلى المحكمة الجنائية الدولية أو التسليم إلى الدولة الطالبة غير الطرف .
- إذا كان تعدد طلبات التقديم والتسليم في إطار جريمة غير داخلية في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية فالأولوية تكون لطلب التقديم المقدم من المحكمة الجنائية الدولية ما لم تكن الدولة الموجه إليها الطلب مقيدة بالتسليم إلى الدولة الطالبة بموجب التزام دولي قائم ، وذلك بغض النظر ما إذا كانت الدولة الطالبة طرفاً في نظام روما الأساسي أم غير طرفاً فيه .
- يشكل نص المادة (98) من نظام روما الأساسي عائقاً في سبيل تكريس مبدأ عدم الاعتداد بالحصانات المنصوص عليه في المادة (27) من نظام روما الأساسي حيث اشترطت الفقرة الأولى من هذه المادة موافقة الدولة الثالثة للتنازل على الحصانة، التي يتمتع بها الشخص ليتسنى تقديمه إلى المحكمة الجنائية الدولية، فإذا فشلت المحكمة في الحصول على التنازل من الدولة المانحة للحصانة، عندها لا تستطيع أن توجه طلباً إلى الدولة التي يتواجد فيها الشخص المطلوب، وبالتالي يتمتع عليها إجراء التحقيق والمحاكمة .
- إن التوقيع على اتفاقيات عدم التقديم في إطار المادة (98 ف 2) من نظام روما الأساسي يعتبر إخلالاً بمبدأ عدم الاعتداد بالحصانة، مما يعيق المحكمة الجنائية الدولية في ممارسة اختصاصها على أشد الجرائم خطورة.
- هناك ضرورة ملحة؛ للعمل على إلغاء نص (98) من نظام روما الأساسي ؛ لأنها غير متفقة مع أحكام المادة (27) من نظام روما الأساسي ؛فهذه المادة تكرس نظام الحصانات، الذي رفضته المادة (27) من نظام روما الأساسي، مما يحول دون تقديم الأشخاص إلى المحكمة الجنائية الدولية حتى في إطار تعدد طلبات التقديم والتسليم للدولة المتواجد بها الشخص المطلوب للعدالة عندما تسمح الفرصة بإجراء تعديلات على النظام الأساسي.

وبالله التوفيق

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب :

- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، قواعد أساسية في نظام محكمة الجزاء الدولية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2006م، ط 1 .
- فتوح عبد الله الشاذلي ، القانون الدولي الجنائي ، بدون طبعة ، الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2002م .
- د.محمد حسني علي شعبان،القضاء الدولي الجنائي ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010م، ط1.
- محمد لطفي ،آليات الملاحقة في نطاق القانون الجنائي الدولي الإنساني ،دار الفكر والقانون ، المنصورة ، مصر ، دط، 2006 م .

ثانياً: الرسائل العلمية :

- خالد محمد خالد، مسؤولية الرؤساء أو القادة في المحكمة الجنائية الدولية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون، الأكاديمية العربية المفتوحة، الدانمارك ، غير منشورة ، 2008م.
- محمد بركات فارس الطراونه، اختصاص القضاء الجنائي الدولي بنظر الجرائم ضد الإنسانية، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، غير منشورة ، 2008م.

ثالثاً : الأبحاث :

- أشرف عمران محمد ، "انعكاس اتفاقيات عدم التسليم على اختصاص المحكمة الجنائية الدولية" ، مجلة العلوم الشرعية والقانونية ، كلية القانون ، جامعة المرقب ، العدد الأول لسنة 2014م .
- عزة كامل المقهور ،"الولايات المتحدة الأمريكية والمحكمة الجنائية الدولية" ، بحث مقدم لأكاديمية الدراسات العليا، طرابلس ، ليبيا، في الفترة من 10 إلى 11 يناير 2007 م.
- عماد علي ربيع ، الخصائص الأساسية للمحكمة الجنائية الدولية "عدم جواز إبداء التحفظات على النظام الأساسي للمحكمة" ، بحث مقدم لأكاديمية الدراسات العليا، طرابلس ، ليبيا، في الفترة من 10 إلى 11 يناير 2007 م.

رابعاً: الوثائق الدولية :

- وثيقة الأمم المتحدة رقم (PCN.ICC/1999/INF/3) تتضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة .
- وثيقة الأمم المتحدة رقم (ICC-ASP/1/3) تتضمن القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

ضوابط تسجيل براءة الاختراع الدوائية دراسة في القانون الإماراتي والمقارن

إعداد الباحثة : مريم سالم المطروشي
"باحثة ماجستير في القانون الخاص"
الأستاذ المشرف: د. محمد مرسي عبده
أستاذ القانون التجاري المشارك

المقدمة

تعد حقوق الملكية الفكرية من أحدث فروع القانون وأسرعها تطوراً، وهي واحدة من أهم صور الملكية بلا منازع لارتباطها بأنفس ما يملكه الإنسان وهو العقل، وحقه في استثمار إنتاجه الفكري وإبداعه العلمي، سواء كان حقاً للمؤلف على مصنفاته أو حقاً للمخترع على مخترعاته، والحق في العلامة التجارية، وغيرها من صور للملكية الصناعية والأدبية التي تخول صاحبها حقاً مادياً يتمثل في حقه الاستثنائي في استثمار أفكاره استثماراً مشروعاً وإخراجها إلى حيز الوجود.

وقد عرف المشرع الإماراتي براءة الاختراع في القانون الاتحادي رقم (31) لسنة 2006م في شأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية في المادة الأولى بأنه سند الحماية الذي تمنحه الإدارة باسم الدولة عن الاختراع، ولا شك في أن الصناعات الدوائية تعتبر من أهم الصناعات على مستوى العالم؛ وذلك لارتباطها بصحة البشر ارتباطاً لا يقبل الانفصال.

ومسألة حقوق الملكية الفكرية في مجال براءة الاختراع على المنتجات الدوائية تفرض نفسها بقوة على ساحة النقاش والبحث في السنوات الأخيرة، فهي تحظى باهتمام الدول النامية، وأن بيع المنتجات الدوائية في هذه الدول يجب أن تكون بأسعار أقل من الدول المتقدمة؛ لضمان توفير الرعاية الصحية لرعاياها، كمقوم رئيسي لاستقرار هذه الدول ونموها وتطورها، فهي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من أمنها؛ فالدواء والعلاج يتضمن بعداً إنسانياً علاوة على كونه نتاجاً لبحث علمي؛ فهو مجال متطور متبدل ومتجدد يضاف إلى ذلك أن معدل الربحية في هذا المجال كبير جداً.

كما أن دولة الإمارات جعلت من الاختراع والإبداع قيمة مضافة لها وزمها في الاقتصاد الوطني وفي المجتمع ككل، حيث أن الاختراع لم يعد خياراً، وإنما هو ضرورة للدول والمجتمعات والشعوب الساعية لتعزيز

موقعها على خريطة العالم الاقتصادية وتقوية تنافسيتها. ولذلك فإن الإمارات وضعت الاختراع أحد المحاور الأساسية لرؤيتها 2021.

1- مشكلة البحث:

1. المتبع للوضع القانوني لبراءة الاختراع الدوائية في دولة الإمارات يجد أننا أمام تغير جذري خلال السنوات الأخيرة، خاصة بعد انضمام الدولة لاتفاقية التريس، والتمهها بحماية الصناعية الدوائية بنظام براءات الاختراع؛ فوفقاً للمادة (2/6) من القانون الاتحادي الملغي رقم (44) لسنة 1992 بشأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءة الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، كان المشرع الإماراتي يستبعد الحصول على براءة الاختراع كافة الاختراعات الكيميائية المتعلقة بالأغذية أو العقاقير الطبية أو المركبات الصيدلانية إلا إذا كانت هذه المنتجات تصنع بطرق كيميائية خاصة وفي هذه الحالة لا تنصرف الحماية إلى المنتجات ذاتها بل تنصرف إلى طريقة صنعها.

2. أما بعد انضمام الدولة لاتفاقية التريس، وصدور القانون الاتحادي الجديد رقم (31) لسنة 2006م متفقاً معها، فقد تغير الوضع برمته، حيث قام المشرع الإماراتي بحذف الفقرة الخاصة باستبعاد الحصول على براءة الاختراع للاختراعات الكيميائية المتعلقة بالعقاقير الطبية أو المركبات الصيدلانية، وباتت هذه الاختراعات ذات الأهمية الجوهرية محمية ببراءة الاختراع، ولا يجوز لشركات الأدوية المحلية أن تصنع الأدوية إلا بعد الحصول على ترخيص من الشركة العالمية مالكة البراءة، ودون ذلك ستكون قد انتهكت قوانين الملكية الفكرية الإماراتية، ومهددة بدفع تعويضات هائلة للشركات المالكة للبراءة الدوائية.

2- أهمية البحث:

من الناحية النظرية: من خلال التتبع والاستقراء للبحوث والدراسات القانونية في الدولة تبين أن هناك ندرة في الدراسات التي تناولت موضوع براءة الاختراع على المنتجات الدوائية. من الناحية العملية: قد تضع هذه الدراسة الحلول القانونية المناسبة أمام الجهات المختصة في دولة الإمارات العربية المتحدة لتوطين الصناعات الدوائية، وإتاحة الفرصة لإنتاج أدوية وطنية جديدة، أو لطرح الأدوية العالمية بأسعار مناسبة.

3- أهداف البحث:

- بيان مفهوم براءة الاختراع الدوائية وأهميتها العملية في القانون المقارن (الإماراتي والمصري).
- بيان الشروط الموضوعية والشكلية لتسجيل براءة الاختراع في مجال الصناعات الدوائية.
- الوقوف على اتجاه المشرع الإماراتي من براءة اختراع الأدوية.

4- منهج الدراسة:

سيقوم الباحث باتباع المنهج التحليلي المقارن، ويظهر ذلك من خلال اتباع أسلوب الشرح للنصوص القانونية ذات الصلة بالدراسة؛ وذلك بهدف الوقوف على المقصود منها، كما تظهر المقارنة من خلال مقارنة القوانين الإماراتية المرتبطة بالدراسة بغيرها من القوانين التي يطرحها البحث؛ ومن ثمّ التوصل إلى أفضل الحلول.

5- خطة البحث:

المبحث الأول: ماهية براءة الاختراع الدوائية.

المبحث الثاني: شروط منح براءة الاختراع الدوائية.

المبحث الأول**ماهية براءة الاختراع الدوائية**

ميز الله الإنسان بنعمة العقل والتفكير، وقد أنعم الله -عز وجل- على فئة منهم بملكات إبداعية خلاقية؛ فكان على الدولة لزاماً أن تحيطهم بالعناية والرعاية الخاصة بهم لتفردهم، وأن توفر لهم الحماية لمبتكراتهم بما يعود بعظيم المنفعة على المجتمع والمبدع لذلك كان لتنظيم حقوق الملكية الصناعية بمختلف صورها (براءات الاختراع، والرسوم والنماذج الصناعية، وامتيازات الاختراعات والرسوم، والعلامات، والمؤشرات الجغرافية، والدوائر المتكاملة) أهميته الخاصة بين تشريعات الدول المتقدمة والنامية¹.

ومن أهم عناصر حقوق الملكية الصناعية هو الحق الوارد على براءة الاختراع، خاصة عندما يتعلق الأمر بالصناعات الدوائية؛ كونها من الصناعات المرتبطة بمسائل الصحة العامة للبشرية. حيث شهدت الصناعات الدوائية تطوراً مدهلاً في الاكتشافات العلمية في مختلف مجالاتها مما أدى إلى نموها وازدهارها في حجم استثماراتها ورؤوس أموالها المدفوعة في هذا المجال، حيث أن الدواء هو أساس في استقرار وأمن أي مجتمع فهو سلعة ضرورية للبناء والتطوير، وقد اهتمت به الدول والمنظمات الدولية بإبرام اتفاقيات التجارة لتنظيم شتى العلاقات والمعاملات التجارية التي ومن بينها تجارة الدواء.

ونتيجة لانضمام دولة الإمارات العربية المتحدة إلى منظمة التجارة العالمية ومصادقتها على اتفاقيات التجارة المنبثقة عنها وعلى وجه الخصوص اتفاقية (التريس)، بات من الضروري أن تنظم قوانينها بما يتفق مع هذه الاتفاقية؛ وما تفرضه من حماية قانونية مستحدثة للابتكارات الدوائية.

1 - د. نوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، مطبوعات جامعة الامارات، الطبعة الأولى، 2008م، ص 28.

وتلعب براءة الاختراع الدوائية دوراً فعالاً في حماية حقوق أصحاب الصناعات الدوائية بصفة خاصة، لأن البراءة الدوائية تمثل حماية حقوق شركات الدواء، حيث تمثل الشهادة التي تثبت حقوق هذه الشركات على الأدوية التي قاموا باختراعها وتجربتها، فضلاً عن أنها تعتبر بمثابة السند الذي تستند عليه تلك الشركات لمنع الآخرين من الاعتداء على هذه الحقوق أو المطالبة بالتعويض في حالة وقوع الاعتداء. ومما لا شك فيه أن البراءة الدوائية تساعد في فهم الوسائل الناجحة لحماية هذه البراءة والحفاظ على الحقوق المترتبة عليها، وتعتبر البراءة الدوائية صمام الأمان لحاملها إذ تمثل رخصة وسند تحول صاحبها مواجهة الشركات الدوائية صاحبة المنتج الدوائي ممن يعتدي على حقوقها والتي تحولها في الوقت ذاته الاستثثار بتلك الحقوق طول فترة حماية البراءة الدوائية، وهذا يعني أن المنتجات الدوائية تنطبق عليها هذا النوع من الحماية، وخاصة أنها ناتجة عن جهد بشري، إذ أن المبتكر أبداع شيئاً لم يكن له وجود فعلي قائم¹.

وهذا الوضع الجديد بشأن حماية الابتكارات الدوائية ببراءة الاختراع التزم به المشرع الإماراتي في قوانين الملكية الصناعية بعد الانضمام لاتفاقية التريبس بتاريخ 10 أبريل 1996م²؛ فوفقاً للفقرة الثاني من المادة (6) من القانون الاتحادي رقم (44) لسنة 1992م كانت لا تمنح براءة الاختراع عن الاختراعات الكيميائية المتعلقة بالأغذية أو العقاقير الطبية أو المركبات الصيدلانية، إلا أنه بعد الانضمام لاتفاقية التريبس رفع هذا الاستثناء ولم يعد وارد في المادة (6) من القانون الاتحادي رقم (31) لسنة 2006 المعدل للقانون رقم (17) لسنة 2002م بشأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية.

لذلك كان من الضروري الموازنة بين مصالح شركات الدواء في الحصول على براءات الاختراع، ومصالح المجتمع المتمثلة في توفير الدواء بسعر معقول، وهو ما يمكن الوصول إليه من خلال القيود الواردة على حق المخترع كما سنرى لاحقاً.

وقبل البدء بدراسة النظام القانوني لبراءة الاختراع الدوائية، سيكون من المناسب الوقوف على ماهية براءة الاختراع الدوائية، ومن ثم بيان أهميتها العملية، وذلك على النحو التالي:

1- د. عثمان محمود محمد بني يونس، الحماية القانونية للمستحضرات الصيدلانية، القاهرة، مقالة، تاريخ النشر 9/3/

2016م، متاح على الموقع التالي: <https://www.mohamah.net>

2 - قاعدة بيانات المنظمة العالمية للملكية الفكرية (وايبو)، تاريخ آخر زيارة 20/2/2019م، متاح على الموقع التالي:

<https://wipolex.wipo.int/ar/treaties/parties/231>

المطلب الأول: مفهوم براءة الاختراع الدوائية.

المطلب الثاني: الأهمية العملية لبراءة الاختراع الدوائية.

المطلب الأول

مفهوم براءة الاختراع الدوائية

ستعرض للإطار المنظم لمفهوم براءة الاختراع الدوائية من خلال هذا المطلب الأول، بحيث نقف على تعريف الاختراع ومفهوم الدواء عموماً، وصولاً لتحديد مفهوم براءة الاختراع الدوائية بصفة خاصة. عرف الإنسان منذ القدم بضرورة حماية المبدعين، والمبتكرين في مجال الاختراع، وتشجيعهم بأن ضمن لهم المجتمع حماية حقوقهم المادية والمعنوية المترتبة على اختراعاتهم، وقد أنشئت براءة الاختراع كأداة لهذا الغرض. وتنقسم الابتكارات الصناعية إلى نوعين، ابتكارات موضوعية تؤدي إلى تحقيق نتيجة صناعية نفعية (الاختراعات)، وابتكارات شكلية تضيف على المنتجات رونقاً خارجياً يميزها عن غيرها، ومن خلال هذا المطلب سيتم التركيز على الجانب المفاهيمي لبراءة الاختراع الدوائية.

أولاً. التعريف اللغوي والاصطلاحي للبراءة:

هي من فعل برأ وجمعها براءات برءاً، بُرءاً، خُلِقَ من العدم، برّأ: تبرئة جعله بريئاً من التهمة، برءاً وبروءاً شفي من المرض، البراءة: الإجازة، السلامة من العيب¹.

ويقصد بالبراءة اصطلاحاً ذلك الصك الذي يمثل حق الاختراع بوصفه إنتاجاً ذهنياً، وثمره التفكير والابتكار². كما عرفها الفقه بأنها شهادة تمنحها الإدارة لشخص ما، وبمقتضى هذه الشهادة يستطيع صاحب البراءة أن يتمسك بالحماية التي يضيفها القانون على الاختراع³.

ثانياً. التعريف اللغوي والاصطلاحي للاختراع:

يوجد بضع مفردات تدل على الاختراع في اللغة. ومن قبيل ذلك، اخترع، يخترع، اختراعاً، مُخترع، فاخترع(الشيء) أي أنشأه أو ابتدعه أو ابتكره. ويخترع(الشيء) أي ينشئه أو يبتدعه أو يبتدعه أو يبتكره. وأخترع(الشيء) أي إنشاء أو ابتداء أو ابتكار خلق الشيء. ومخترع(الشيء) أي من ينشئ الشيء أو يبتدعه أو يبتكره. والشيء المخترع، أي ما ينشئه أو يبتدعه أو يبتكره المخترع⁴. فيقال "الحاسوب مُخترع".

1 - المعجم الوسيط، لسان العرب، للعلامة ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، ابن منظور الأفيريقي المصري، دار الفكر، مجمع اللغة العربية، القاهرة، ص32

2- د.محسن شفيق، القانون التجاري المصري، دار نشر الثقافة بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ص 598.

3- د.محمد حسني عباس، التشريع الصناعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 31 .

4 - المعجم الوسيط، للعلامة ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، مرجع السابق، ص69.

ويقصد بالاختراع اصطلاحاً كل ابتكار جديد وقابل للاستغلال الصناعي، سواء تعلق بمنتجات صناعية جديدة، أم بطرق أو وسائل صناعية مستحدثة أم بتطبيق جديد لطرق أو وسائل صناعية معروفة¹. فالاختراع فكرة تجاوزت المرحلة النظرية العلمية إلى مرحلة الابتكار والتطبيق والاستغلال والتقدم.

وقد عرف المشرع الإماراتي في المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم (17) لسنة 2002م، والذي عدل بالقانون الاتحادي 31 لسنة 2006م الخاص بتنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج بأنها "الفكرة التي يتوصل إليها أي مخترع، وتتيح عملياً حلاً جديداً لمشكلة معينة في وبراءة الاختراع هي سند الحماية الذي تمنحه الإدارة باسم الدولة عن الاختراع"².

ومن أهم التعريفات الفقهية التي قيلت بشأن براءة الاختراع: أنها شهادة تمنحها الإدارة لشخص ما، وبمقتضى هذا السند يستطيع صاحب البراءة أن يتمسك بالحماية التي يضعها القانون على الاختراعات، ما دام أن صاحب البراءة قد استوفى الشروط اللازمة لمنح براءة اختراع صحيحة³.

ومن مجمل التعريفات السابقة، يمكن للباحثة أن يقترح تعريفاً جامعاً لبراءة الاختراع بأنها: شهادة رسمية تصدرها الجهات الحكومية المختصة ممثلة بمسجل براءات الاختراع بعد استيفائها الشروط المعينة بها والمحددة قانوناً، وتخول صاحبها احتكار استغلال اختراعه بنفسه أو بواسطة الغير وذلك من خلال عقود الترخيص وفق لمدة محددة.

ثالثاً. الدواء لغةً واصطلاحاً:

يقال أدواء غيره أي مرضه، ودأواه أي عاجله، ويقال هو يدوي أي يعالج به الدواء، والدواء ما يتداوى به ويعالج، والجمع: أدوية⁴.

فالدواء أي مادة من أصل نباتي أو حيواني أو كيميائي تستخدم لعلاج الأمراض في الإنسان أو الحيوان أو للوقاية منها، ويتم تناولها عن طريق الفم أو الحقن أو بالاستعمال الخارجي أو بأية طريقة أخرى أو ما يوصف بأن له هذه المزايا⁵.

1 - د. سميحة القليوبي، القانون التجاري نظرية الأعمال التجارية والتجار "المحل التجاري" دار النهضة العربية، القاهرة، ص 292.

2 - المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم 17 لسنة 2002م، والذي عدل بالقانون الاتحادي 31 لسنة 2006م الخاص بتنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج.

3 - د. محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 49.

4 - المعجم الوسيط، للعلامة ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، مرجع السابق، ص 279.

5 - د. نصر أبو الفتوح فريد حسن، حماية حقوق الملكية الفكرية في الصناعات الدوائية، جامعة المنصورة، دارالجامعة الجديدة، 2007م، ص 76.

وعرف أيضاً بأنه مادة يتم تناولها لتحقيق أهداف علاجية أو وقائية أو تشخيصية¹. وعرفه البعض كذلك بأنه " أي مادة تستعمل في تشخيص أو معالجة الأمراض التي تصيب الإنسان أو الحيوان أو التي تفيد في تخفيف وطأتها، أو الوقاية منها " 2.

كما عرف الإماراتي الدواء في القانون الاتحادي رقم (20) لسنة 1995 م بشأن الأدوية والمستحضرات المستمدة من مصادر طبيعية³ في المادة (7/1) على إنه " الدواء أو المستحضر المستمد من مصدر أو مصادر طبيعية : كل دواء أو مستحضر يحتوي على مواد فاعلة من أصل نباتي أو حيواني أو غير ذلك من المصادر الطبيعية، معبأ في عبوة نهائية ومهيأ بقصد علاج الإنسان أو الحيوان من الأمراض أو الوقاية منها، سواء كان الدواء أو المستحضر في هيئته الطبيعية او في شكل مسحوق أو مستخلص أو صبغات أو عصارات أو أي شكل نتج عن عملية تنقية أو تجزئة أو تركيز. ولا يعد مستمداً من مصدر طبيعي أي دواء أو مستحضر تدخل في تكوينه مواد كيميائية مخلقة أو شبه مخلقة".

وهذا التعريف جاء أكثر تفصيلاً وتوضيحاً للدواء من ناحية المصدر الذي يتخذه على الرغم أنه قد توسع في وصف صور الدواء المستمد من المصدر الطبيعي، وأيضاً قصر استخدامه على الإنسان والحيوان ولم يتعرض للنباتات، كما أنه قد أغفل القانون إضافة عبارة استعمالات طبية أخرى فتشمل على سبيل المثال التطهير وتحسين الصحة بالفيتامينات والمقويات.

ومما سبق يمكن للباحثة استنتاج تعريفاً لبراءة الاختراع الدوائية بأنها "سند حماية تمنحه الدولة للمخترع عن اختراعه الدوائي أو المستحضر الصيدلاني المستخدم للعلاج أو الوقاية من الأمراض، وتخول للمخترع الحق الاستئثار باستغلال نسبة مالية لاختراعه واستغلاله ودفع أي اعتداء عنه، لمدة زمنية معينة".

المطلب الثاني

الأهمية العلمية لبراءة الاختراع الدوائية

تحتل الأدوية مكانة هامة ما بين باقي السلع، فهي تأتي في المرتبة الثانية بعد الغذاء في حيويتها وأهميتها؛ لكونها تنطوي على تخليق مواد أولية جديدة، تقنية، اقتصادية، إنسانية، تاريخية وأخلاقية، وكانت نتاجاً

1 - حذيفة أحمد الخراط، رحلة الدواء داخل الجسم، الفصيل العلمية - العدد 58، <http://www.alfaisal.com/?p=1460>

scientific.com/?p=1460 تمت زيارة الموقع في 2019/10/1

2 - عبد الرحمن بن رباح بن رشيد الراددي، صناعة الدواء والأحكام المتعلقة بها، بحث مقدم لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني جامعة الأمام محمد بن سعود الإسلامية .

3- القانون الاتحادي (20) لسنة 1995 م في شأن الأدوية والمستحضرات المستمدة من مصادر طبيعية والمنشور في الجريدة الرسمية لسنة 1995 م عدد (287) .

طبيعياً لسلعة الدواء واستيعابها جوانب الحياة المختلفة، فالدواء يرتبط ارتباطاً وثيقاً بحياة الإنسان واستقرار المجتمع والحياة الاجتماعية، فهو ليس سلعة كمالية فالإنسان يستطيع أن يستغنى عن بعض السلع ولكنه لا يمكن أن يستغنى عن الدواء، فتحرص الدول على توفيره سواء باستيراده أو تصنيعه محلياً¹.

وتبرز أهمية براءات الاختراعات الدوائية في كونها تؤدي إما إنشاء تقنية حديثة تتيح الحصول على مادة جديدة لم تكن الواسع في إنتاجها لولا استغلال هذا الاختراع الدوائي أو أن تؤدي إلى تحسين المنتج الدوائي²، وتسعى كل دول العالم إلى توفير الوسائل المادية التي تتحقق الرفاهية لشعوبها فأهمية الصحة العامة لا تقل عن أهمية الاقتصادي في الدولة، ويتم ذلك من خلال توفير من الوقاية من الأمراض في الدولة كمرحلة أولى ومن ثم العلاج كمرحلة ثانية. وعلى هدي ما سبق، سنركز في هذا المطلب على أهمية صناعة الدواء في الدولة من خلال ما يلي:

أولاً. وجود نظام أمان دوائي وطني:

تمكن أي دولة من السيطرة على القطاع الدوائي يجعل لها ميزة وهي الحفاظ على الامن القومي الدوائي بما يسمح لها من الاستقلالية والسيطرة في تمويل شركات صناعة الدواء الوطنية وتوزيع منتجاتها؛ وبالتالي تستطيع أن تنتج الدواء الذي تحتاجه في حالة أي ظرف أو أزمة قد تصيب هذه الدولة والمتعلقة بالصحة العامة، كما أنه سيجنب الدولة من الاعتماد على المورد الأجنبي، فمثلاً قد نجد المعروض الدولي لمضادات الفيروسات في بعض الحالات غير كافي خاصة في الدول النامية في حالة حدوث وباء، والمتعلق باللقاح للوقاية من مرض انفلونزا H1N1 في هذه الدول النامية، فلو كان لدى الدول العربية القدرة في مجال تصنيع اللقاحات لتمكنت من إنتاج لقاح محلي مضاد للفيروس دون الحاجة إلى الشركات الدولية³.

ثانياً. انخفاض سعر الدواء:

في الدول النامية التي غالباً ما تفتقر إلى الصناعات الدوائية الوطنية المبتكرة والمؤثرة على الصحة العامة لديها، تكون عروض المنتجات الدوائية المعالجة للأمراض الشائعة داخل تلك الدولة والتي لا تملك صناعة الدواء محلي لمواجهتها متوقفة على ما تقدمه الشركات الدوائية والتي تكون دائماً في موقف المحتكر لمثل هذه الأدوية؛ لذلك تقوم بتحديد السعر وفقاً لرغبتها، والذي يكون مرتفعاً خاصة على الأدوية الحاصلة على

1 - د. سائد حاتم الدين، حماية حقوق الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 80.

2 - د. سمير جمال الفتلاوي، استغلال براءة الاختراع، الجزائر، 1984، ص 8.

3 - د. محمد مرسي عبده، الضوابط القانونية لصناعة الدواء الجيد وتسويقه في دولة الإمارات، مرجع سابق، ص 143.

براءة اختراع، على سبيل المثال معالجة مرض الإيدز المنتشر داخل الدول الأفريقية الفقيرة وبعض دول أمريكا الجنوبية كالدرازيل، يحتاج إلى تكلفة مالية باهظة لا يقدر عليها سكان هذه الدول، خاصة وأن سكان هذه الدول يعتمدون على شرايهم لهذه الأدوية على قدراتهم المالية دون وجود التأمين الاجتماعي الذي يمكن أن يساعدهم بجزء كبير من ثمن هذه الأدوية.

وترى الباحثة أنه يجب على الدول النامية استقطاب المهارات والخبرات من الأيدي العاملة سواء كان لديها أو من الخارج واستثمار العقول المبتكرة وتنميتها وتحفيز أنشطة البحث العلمي بما يفيد المجتمع خاصة أن الدول المتقدمة تدفق رؤوس أموال ضخمة في مجال تصنيع الدواء خاصة المبتكرة والخاضعة لبراءة الاختراع الدوائي وكنتيجة منطقية يؤدي ذلك إلى ارتفاع ثمن الدواء.

ثالثاً. دعم خطة التنمية الصناعية:

الحقيقة التي يجب النظر إليها، أن تمكن الدول العربية من الوصول إلى مرحلة تصنيع المنتجات الدوائية محلياً، وهي أن تلك الدول سيظهر عليها منطقة صناعية في مجال صناعة الأدوية؛ فمن ناحية يجب إقامة فرع لإنتاج الأدوية والذي يؤدي بدوره إلى إنشاء وتطوير القطاع الصيدلي للدولة، مما سيؤدي إلى توفير قدرات تكنولوجية مستقلة تساعد تلك الدولة في الوصول إلى السيطرة الصناعية في هذا القطاع، وهذا يعني أن تلك الدول تمكنت من الوصول إلى التكنولوجيا الحقيقية القائم على الصناعات الدوائية وذلك عن طريق أعمال البحث والتطوير في ستممكن من الوصول إلى أدوية جديدة أو تحسين طرق صناعية صيدلية يمكن استغلالها في إنشاء منطقة صناعية في مجال صناعة الدواء المحلي ومن ثم يتطور الأمر والوصول إلى أسواق عالمية¹.

وخلاصة القول فإن الصناعات العربية هي وليدة مقارنة مع الصناعات الأجنبية فهي تستهلك ضعف ما تنتج بالرغم من توفر الإمكانيات المادية والمعنوية من هذه الدول.

المبحث الثاني

الشروط القانونية لتسجيل براءة الاختراع الدوائية

تمنح براءة الاختراع حسب ماورد في المادة الرابعة من القانون الاتحادي رقم 31 لسنة 2006 المعدل للقانون الاتحادي رقم 17 لسنة 2002 بشأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج "عن كل اختراع جديد ناتج عن فكرة مبتكرة أو تحسين مبتكر لا اختراع تحميه براءة في كافة

1- د. محمد مرسي عبده، الضوابط القانونية لصناعة الدواء الجيد وتسويقه في دولة الإمارات، مرجع السابق، ص 143.

مجالات التقنية ويكون كل منهما قائماً على أسس علمية وقابلاً للاستغلال الصناعي، سواء تعلق ذلك بمنتجات صناعية جديدة أم بطرق أو وسائل صناعية مستحدثة أو بتطبيق جديد لطرق أو وسائل صناعية معروفة¹.

حيث لا يمكن للمخترع الحصول على براءة اختراع إلا إذا توافرت فيه عدة شروط قانونية التي تتمثل في الشروط الموضوعية لاستحقاق براءة الاختراع، والتي سوف نتناولها تفصيلاً على النحو التالي:

المطلب الأول: الابتكار الدوائي.

المطلب الثاني: جدة الابتكار الدوائي ومشروعيته.

المطلب الثالث: قابلية الابتكار الدوائي للتطبيق العلمي.

المطلب الأول

الابتكار الدوائي

تشهد البشرية تغيراً جذرياً من ناحية الابتكار الدوائي فالصناعات الدوائية تنطوي تحت أكثر من عنصر، فطريقة التصنيع للدواء أو المادة الفعالة، وعبوة الدواء، وصناعة الأدوية الكيميائية سواء تأخذ عن طريق الفم أو الحقن، يعد ابتكار جديد لصنع دواء منشئين نتيجة لذلك علم هو ما يسمى الجزئيات الحيوية².

1- يوافق حكمها الفقرة الأولى من المادة (1) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري والتي نصت على أن "تمنح براءات الاختراع طبقاً لأحكام هذا القانون عن كل اختراع جديد ناتج عن فكرة مبتكرة أو تحسين مبتكر لاخترع تحميه براءة في كافة مجالات التقنية ويكون كل منهما قائماً على أسس علمية وقابلاً للاستغلال الصناعي، سواء تعلق ذلك بمنتجات صناعية جديدة أم بطرق أو وسائل صناعية مستحدثة أو بتطبيق جديد لطرق أو وسائل صناعية معروفة". كذلك يوافق حكمها من المادة (4) من القانون الأردني والتي نصت على أن " يكون الاختراع قابلاً للحماية بالبراءة بتوافر الشروط التالية: أ-1. إذا كان جديداً من حيث التقنية الصناعية غير مسبوق بالكشف عنه للجمهور في أي مكان في العالم بالوصف المكتوب أو الشفوي أو عن طريق الاستعمال أو بأي وسيلة أخرى يتحقق بها العلم بمضمون الاختراع قبل تاريخ إيداع طلب تسجيل الاختراع أو قبل تاريخ أولوية ذلك الطلب المدعى به وفق أحكام هذا القانون. 2. ولا يعتد بالكشف عن الاختراع للجمهور إذا حدث خلال الأشهر الاثني عشر السابقة لتاريخ إيداع طلب تسجيله أو لتاريخ الادعاء بأولوية الطلب، وكان نتيجة تصرف قام به طلب التسجيل أو بسبب عمل غير محقق من الغير ضده. ب- إذا كان منظوياً على نشاط ابتكاري لم يكن التوصل إليه بديهياً لرجل المهنة العادي المطلع على حالة التقنية الصناعية السابقة لموضوع الاختراع. ج- إذا كان قابلاً للتطبيق الصناعي بحيث يمكن صنعه أو استعماله في أي نوع من أنواع الزراعة أو صيد السمك أو الخدمات أو الصناعة بأوسع معانيها، ويشمل ذلك الحرف اليدوية.

2 - د. رمزي أحمد ماضي، خصوصية الشروط الموضوعية لمنح براءات الاختراع التكنولوجية الحيوية (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 43، 2016، ص 979.

لم يُرد المشرع الإماراتي في قانون تنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية الاتحادي تعريفاً للابتكار على الرغم من انه شرط رئيس لاستحقاق براءة الاختراع، حيث تتطلب المشرع في الاختراع أن يكون ناتج عن فكرة مبكرة أو تحسن مبتكر.

إلا أن المشرع الإماراتي عرف في قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الاتحادي الابتكار في المادة (1) الفقرة السادسة بقوله " الطابع الإبداعي الذي يسبغ على المصنف الأصالة والتميز". إلا أن هذا التعريف يصعب الأخذ به لارتباطه بالإبداعات الفنية والأدبية وبعيداً عن النواحي الصناعية ذات الصلة ببراءة الاختراع. لذلك ترك المشرع الإماراتي للفقه مسألة تفسير المقصود بشرط الابتكار؛ والذي استقر على أنه الابتكار يجب أن يحمل إبداعاً يضيف قدراً جديداً إلى ما هو موجود من ذي قبل داخل الفن الصناعي، أو طريقة صناعية مستحدثة، أو تطبيقات جديدة لطرق صناعية معروفة من قبل¹.

فالاختراع هي الخطوة الإبداعية التي يتجاوز فيها الاختراع في حدوده المبتكرة مستوى الفن الصناعي وما ينتج عن هذه الفكرة الابتكارية الذي ينتمي إليه هذا الاختراع، ومعياره أن يتجاوز المهارة الاعتيادية للعامل في الفن².

ويخرج عن مجال الابتكارات في هذا الخصوص الاكتشافات المتعلقة بالطبيعة وقوانينها، فالظواهر الطبيعية لا تعد ابتكاراً مكتشفها في المجال الصناعي مثلاً اكتشاف البترول لا يعد اختراعاً³.

لذلك يلزم أن تتوافر الفكرة الإبداعية الابتكارية في الاختراع الدوائي حتى يستحق البراءة أو أنه يوجد تطبيق صناعي لهذه الفكرة الابتكارية الإبداعية حتى نستطيع القول بأننا أمام اختراع أسلوب صناعي دوائي يستحق حماية القانون. ويرى البعض أنه لا يشترط في الابتكار الدوائي أن يؤدي إلى التقدم في الصناعة بل يكفي أن يأتي بشيء جديد يكون موضوعه مختلفاً عما هو موجود ومعروف⁴.

وترى الباحثة أننا نكون أمام ابتكار دوائي إذا تولد بشكل مادي جديد متكامل إلى حيز الوجود وله صفاته وخصائصه المميزة عن غيره من الاختراعات الدوائية الأخرى؛ بحيث يكون له ذاتيته وكيانه الخاص به حينها يسبغ عليه المشرع حمايته القانونية إذا توافر باقي الشروط الموضوعية والشكلية لمنح براءة الاختراع.

1- د. سميحة القيلوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص52؛ نبيل نوغي، شروط منح براءة الاختراع وفق القانون الجزائري، المجلة العلمية لجامعة الامام المهدي، العدد 7، 2016، ص16.

2- د. محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، مرجع السابق، ص57.

3- د.ريم سعود سماوي، براءات الاختراع في الصناعات الدوائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008م، ص94.

4- د. جعفر محمد الشلالي، التنظيم القانوني لاستغلال براءة الاختراع، مرجع سابق، ص41.

مثال ذلك: اختراع مصل طبيعي لمرض أو تركيب كيميائي جديد لم يكن معروفاً من قبل لداء معين، أما إدخال تعديل أو استبدال نسبة تركيبية لدواء بنسبة أخرى، فلا يعد اختراعاً جديداً، إلا إذا كان استبدال هذه المادة أو التركيبية من شأنه إحداث تغيير جوهري في المنتج الدوائي، فيعد آنذاك ابتكاراً دوائياً جديداً وله الحماية التي كفلها القانون للاختراع الجديد.

كما في المركبات الكيميائية التي يتغير تكوينها وجوهرها تغيراً جذرياً باستبدال بعض المواد الكيميائية أو تغيير نسبتها المثوية فتخرج كائناً مختلفاً عن غيره، فيصبح اختراعاتاً ابتكارياً جديداً يشملها القانون بحماية ويمنح عنه البراءة¹. وترى الباحثة أن الابتكار الدوائي يقوم على شيء لم يكن موجوداً من قبل سواء يتعلق بالمنتج النهائي أم بالوسيلة أم بطريق الصنع، وأن يكون لهذا الشيء تطبيق في المجال الصناعي بحيث تفوق هذه الفكرة المستوى السابق للفن الصناعي.

المطلب الثاني

جدة الابتكار الدوائي ومشروعيته

الجدة تطلق على كل شيء لم يكن معروفاً من قبل، والجدة كشرط للحصول على براءة الاختراع معيارها المستوى التقني والفني، والتطور الذي أحدثه الابتكار داخل الفن الصناعي؛ فالجدة التي يتطلبها القانون لمنح البراءة، تفهم . بصفة عامة . على أنها الجدة المطلقة، التي تحدث تطوراً على الحالة التقنية الموجودة فعلاً داخل الفن الصناعي المعني².

حيث إن الجدة المطلوبة في الاختراع تعني وجود فكرة ابتكارية أحدثت تطوراً على الحالة التقنية الموجودة، والحالة التقنية الموجودة تتكون من المعارف التي اتاحت للجمهور قبل تاريخ إيداع طلب البراءة، بوصفها كتابةً أو شفاهيةً أو بالاستخدام أو بأي وسيلة أخرى، ورجل الصناعة المعتاد لديه معلومات كافية عنها تمكنه من تطبيقها داخل العملية الصناعية دون معوقات³.

1- د.دانا حمه باقي عبد القادر، حقوق الملكية الفكرية ذات الصلة بالأصناف النباتية الجديدة والمنتجات الدوائية، دار الكتب القانونية، مصر 2011، ص 486 وص 487.

2- د.محمد مرسي عبده، الإطار القانوني للمعرفة الفنية للمشروعات الصناعية، مرجع سابق، ص 94.

3-غالبية قوانين براءات الاختراع الجديدة تأخذ بالجدة المطلقة من حيث الزمان والمكان، كالقانون الفرنسي والأمريكي والألماني، وفي مصر كان قانون البراءات الملغى يأخذ بالجدة النسبية من حيث الزمان، والجدة النسبية من حيث المكان إذا تعلق الأمر بسبق نشر الابتكار أو استعماله، والجدة المطلقة من حيث المكان والنسبية من حيث الزمان، إذا تعلق الأمر بسبق طلب أو صدور براءة الاختراع، ثم عدل عن ذلك مجارياً قوانين البراءات الجديدة في قانون الملكية الفكرية لعام رقم 82 لسنة 2002، واخذ بالجدة المطلقة من حيث الزمان والمكان. راجع تفصيلاً: مختار بريري، قانون المعاملات التجارية، الجزء الأول: الأعمال التجارية والتاجر- الأموال التجارية، دار النهضة العربية 2000، ص 194 وما بعدها..

ويقصد بمفهوم الجدة في إطار براءة الاختراع الدوائية أن يكون الاختراع الدوائي جديداً من الناحية الموضوعية والشكلية، فمن الناحية الموضوعية أن يشكل الاختراع إبداعياً فعلياً لم يسبق إليه أحد في الوسط الفني الصناعي الدوائي السائد، ومعيار الموضوعية هنا عدم إتاحة الاختراع الدوائي للمجتمع قبل التقدم بطلب الحصول على براءة الاختراع الدوائية.

أما من الناحية الشكلية يتضمن ذلك عدم إعلان المخترع عن هذا الاختراع الدوائي بكافة طرق الإعلان والنشر، أو استعماله أو استغلاله، أو إتاحتها للجمهور أو علم الغير بسر الاختراع قبل تقديم طلب الحصول على براءة الاختراع، وكذلك لم يسبقه أحد في تقديم طلب الحصول على براءة اختراع عن ذات المنتج الدوائي¹.

وقد أوجب المشرع الإماراتي أن يكون الاختراع جديداً أي لم يسبق معرفة سره من قبل كشرط لحمايته، وشرط الجدة كشرط موضوعي للحصول على براءة الاختراع فإنه لا يكفي أن يكون الاختراع جديداً بالنسبة للمخترع نفسه، بل يجب أن يكون جديداً بالمقارنة مع الاختراعات التي سبق أن تم إنجازها؛ لذلك فإن الجدة يجب أن تكون شخصية وموضوعية معاً.

ويلاحظ أن المشرع الإماراتي لم يوضح تفصيلاً المقصود من الجدة، وإن كان يفهم ضرورة أن يكون الاختراع جديداً، وذلك من خلال نص المادة 4 من القانون المتعلق بتنظيم الملكية الصناعية في دولة الإمارات والتي تنص على ما يلي:

"تمنح براءة الاختراع عن كل اختراع جديد ناتج عن فكرة مبتكرة أو تحسين مبتكر لاختراع تحميه براءة في كافة مجالات التقنية ويكون كل منهما قائماً على أسس علمية وقابلاً للاستغلال الصناعي، سواء تعلق ذلك بمنتجات صناعية جديدة أم بطرق أو وسائل صناعية مستحدثة أو بتطبيق جديد لطرق أو وسائل صناعية معروفة".

وعلى خلاف المشرع الإماراتي، نص المشرع المصري في المادة الأولى من قانون حماية الملكية الفكرية وتعديلاته على شرط الجدة كما يلي " تمنح براءة اختراع طبقاً لأحكام هذا القانون عن اختراع قابل للتطبيق الصناعي، ويمثل خطوة إبداعية، سواء كان الاختراع متعلقاً بمنتجات صناعية جديدة أو بطرق صناعية مستحدثة، أو بتطبيق جديد لطرق صناعية معروفة".

1- د. سائد حاتم سيف الدين، حماية حقوق الملكية الفكرية في مجال الصناعات الدوائية، المرجع السابق، ص 121.

ووفقاً للمادة الثالثة من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري الجديد رقم 82 لسنة 2002 لا يعتبر الاختراع كله أو جزء منه جديداً في الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى. سبق طلب براءة عن ذات الاختراع أو سبق صدورها:

فلا يعتبر الاختراع جديداً كله أو جزء منه إذا سبق إصدار براءة اختراع عن ذات الاختراع أو عن جزء منه سواء في جمهورية مصر العربية أو في الخارج، وذلك قبل تقديم طلب للحصول على البراءة في مصر. وكذلك لا يعتبر الاختراع جديداً كله أو جزء منه إذا سبق الطلب المقدم للحصول على البراءة في مصر تقديم طلب آخر للحصول على براءة عن ذات الاختراع أو عن جزء منه سواء في جمهورية مصر العربية أو في الخارج.

ويستثنى من ذلك أنه يجوز لمن أودع طلباً للحصول على براءة اختراع في بلد أجنبي عضو في اتحاد باريس أن يقدم طلباً للحصول على براءة عن ذات الاختراع في مصر خلال سنة من تاريخ تقديم أول طلب في البلد الأجنبي، وفقاً لمبدأ الأولوية الذي تقرره اتفاقية باريس 1883 بشأن الملكية الصناعية في المادة 4 (أولاً) منها. 9 وهذا المبدأ تتضمنه قوانين كان البلدان الأعضاء في اتحاد باريس.

الحالة الثانية. سبق استعمال أو استغلال الاختراع أو الإفصاح عنه:

كما يفقد الاختراع الجدة إذا سبق استعماله بطريقة علنية، أو أفصح عن سره قبل تقديم طلب الحصول على البراءة¹. وتلاحظ الباحثة أن المشرع المصري نص بشكل صريح متى يُفتقد عنصر الجدة في الاختراع، حيث ورد في قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002 في المادة الثالثة الحالات التي يفقد الاختراع عنصر الجدة، إذا سبق إصدار براءة اختراع أو صدر براءة عنه أو عن جزء منه في مصر أو في الخارج قبل تقديم طلب البراءة، إلا أنه وبالرغم من أن المشرع الإماراتي لم ينص على هذه الحالة على الإطلاق لا يعني أنه استبعد هذه الحالة من الحالات التي يفقد فيها الاختراع شرط الجدة، حيث يمكن الأخذ بهذه الحالة كونها من البديهييات.

ومما سبق نجد أن شرط الجدة يقصد به الجدة المطلقة وليس النسبية لأنه حتى يتم منح المخترع البراءة يجب أن يكون الاختراع غير معروف نثائياً، حيث يقصد بمفهوم الجدة المطلقة للاختراع حتى يوصف بالجدة (جديداً) عدم الكشف عنه في السابق بأي طريقة كانت، وبذلك تكون الجدة مقيدة من حيث الزمان أو المكان؛ فالجدة المطلقة من حيث الزمان تتحقق بعدم الكشف عن الاختراع بأي وسيلة كانت سواء وسيلة مسموعة أو

1- د. حسام الدين الصغير، حلقة الويبو الوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية للدبلوماسيين تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو)، من 5 إلى 7 سبتمبر/ 2005، القاهرة.

مقروءة أو مرئية مهما طال قِدم هذا الكشف، وكذلك عدم الحصول على البراءة أو طلب أي شخص الحصول عليها في السابق، أما المقصود بالجددة المطلقة من حيث المكان فهي التي تتحقق بعدم الكشف عن الاختراع داخل إقليم الدولة أو خارجه قبل التقدم بطلب للحصول على البراءة¹.

ويعتبر الاختراع جديداً إذا كان متميزاً عن سائر الأشياء المشابهة نظراً لهيكله الذاتي أو مكوناته الخاصة وخاصة في الدواء، وتسمى البراءة الممنوحة للمنتج في هذه الحالة (براءة الناتج) وتمنح لصاحبها حق احتكار صنع الناتج الجديد وحمايته ضد اعتداء عليه، أما براءة الطريقة الجديدة فهي مجموعة العناصر الكيميائية أو الميكانيكية المستعملة للحصول على شيء مادي ويسمى النتيجة ويستفيد المخترع في هذه الحالة ببراءة وتسمى (براءة الطريقة).

وتقدر الجدة مبدئياً يوم إيداع طلب الحصول على البراءة مع مراعاة حق الأفضلية والأسبقية في التسجيل، والذي يتمتع بهذا الحق كل من أودع - قانوناً - طلباً للحصول على براءة اختراع أو تسجيل نموذج منفعة أو رسم أو نموذج صناعي أو علامة تجارية في إحدى دول الاتحاد، كما يتمتع به خلفه من بعده، ومواعيد الأفضلية 12 شهراً لبراءة الاختراع ونماذج المنفعة. فإذا لم يقدم طلب البراءة خلال هذه المدة اعتبر الاختراع ملكاً للجمهور ويجوز استغلاله دون مسؤولية، ولقد أخذ المشرع الإماراتي والمشرع المصري بحق الأولوية، ويتمتع المخترع بموجب حق الأولوية الذ نصت عليه اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، بمهلة اثني عشر شهراً بحماية تمتد إلى خارج حدود الدولة إلى باقي دول الاتحاد، يكون فيها حرية الاختيار بين البلدان التي يريد أن يحصل على براءة لاختراعه.

ويقاس شرط الجدة بواسطة مجموعة من المقاييس أهمها²:

- مقياس الناتج: ويقصد به اختراع منتج جديد متميز عن الأشياء المشابهة له من حيث الهيكل أو من حيث المكونات. مثل: اختراع مصل جديد لعلاج مرض الزهايمر منتج بمركبات جديدة ومتميزة عن الأشياء السابقة وتسهم بالعلاج خلال فترة وجيزة.
- مقياس الطريقة: ويقصد بها مجموعة العناصر الآلية أو الكيميائية المستخدمة للحصول على شيء مادي يسمى الناتج أو غير مادي يسمى النتيجة، كاختراع آلة للتنقية أو لتنقية الهواء لتطهير المياه أو آلة لتنظيف العلب الدوائية.

1 - د. صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، مرجع سابق، ص40.

2 - د. علي رحال، النظام القانوني لبراءة الاختراع، مجلة العلوم الإنسانية، العدد47، 2017، ص426

- مقياس التطبيق: ويقصد به تطبيق جديد لوسائل معروفة للحصول على ناتج غير معروف. مثل اختراع دواء منتج من الكركم والزيوت يُسرّع عملية التئام الجروح.
 - مقياس التركيب الجديد: ويقصد به تركيب وسائل معروفة للحصول على ناتج غير معروف ويشترط للإبراء أن تكون التوليفة جديدة في حد ذاتها. مثل خلط بعض المكونات الطبيعية للإصابة من الجروح إلا أنه له نتائج غير متوقعة وهي علاج من مرض معين.
 - مقياس الفرز: ويقصد به اختيار عينة من صنف معين. مثل اختيار عينة من البرتقال المر والذي يستخدم في الطب الصيني التقليدي من أجل الغثيان وعسر الهضم والإمساك.
- لذلك تعد الجدة في الابتكار الدوائي هو الشرط الجوهرية الثاني للحصول على براءة الاختراع الدوائية؛ فيجب أن يكون الاختراع الدوائي جديداً، أي لم يسبق أن وجد من قبل أو كشف سره بأي طريقة¹. ومن الناحية الشكلية يلزم التأكد من عدم إعلان المخترع عن هذا الاختراع الدوائي بكافة طرق الإعلان والنشر، أو استعماله، أو استغلاله، أو إتاحتها للجمهور أو علم الغير بسر الاختراع قبل تقديم طلب الحصول على براءة الاختراع، أو لم يسبقه أحد في تقديم طلب الحصول على براءة اختراع لذات المنتج².
- لكي يستحق للابتكار الدوائي الحماية القانونية الاختراع، يجب ألا يكون هناك مانع قانوني من تسجيله، ويجب ألا يكون مخالفاً للنظام والآداب العامة³.

وهذا ما أقرته اتفاقية تريس⁴ في المادة (2/27) التي تنص على إنه "يجوز للبلدان أن تستثنى الاختراعات التي يكون منع استغلالها التجاري في أراضيها ضرورياً لحماية النظام العام أو الآداب، بما في ذلك حماية الحياة أو الصحة البشرية أو الحيوانية أو النباتية أو لتجنب الأضرار الشديدة بالبيئة، شريطة ألا يكون ذلك الاستثناء ناجماً فقط عن حظر قوانينها لذلك الاستغلال".

ووفقاً للمادة (3/27) من اتفاقية تريس يجوز للبلدان الأعضاء أن تستثنى طرق التشخيص والعلاج والجراحة اللازمة لمعالجة البشر أو الحيوانات من الحصول على البراءة كونها تمس المصلحة العامة أو الصحة العامة، ولذلك منع المشرع الإماراتي بموجب المادة 6 منح البراءة عن طريق التشخيص والعلاج، وأيضاً أجازت الاتفاقية عدم

1 - د. سميحة القليوبي، الوجيز في القانون التجاري، مرجع سابق، ص 224.

2 - د. سائد حاتم سيف الدين، حماية حقوق الملكية الفكرية في مجال الصناعات الدوائية، مرجع السابق، 121.

3 - د. جعفر محمد الشلاحي، التنظيم القانوني لاستغلال براءة الاختراع، المرجع السابق، ص 47.

4 - نظمت اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية المسائل المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية في سبعة أجزاء، وتعد من أهم الاتفاقيات التي نتجت عن الجولة الثامنة من المفاوضات التجارية متعددة الأطراف التي عرفت باسم جولة أوروغواي والتي وقع عليها براكش في المغرب بتاريخ 15 أبريل 1994م. مشار إلى ذلك لدى: د. محمد مرسي عبده، الاعتراف القانوني بعمليات الهندسة العكسية - دراسة مقارنة، مجلة حقوق الكويت، العدد (4) لسنة 2016م، هامش ص 194.

منح براءة عن النباتات والحيوانات بخلاف الأساليب والطرق غير البيولوجية والبيولوجية، ولكن الاتفاقية أجازت منح البراءة لأنواع معينة من النباتات ولكن عن طريق براءات الاختراع أو عن طريق نظام خاص لهذه الأنواع أو أي مزيج منها¹.

وكذلك استبعد القانون الاتحادي الإماراتي رقم 31 لسنة 2006 الخاص بتنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج في المادة (6/هـ) كافة الاختراعات التي ينشأ عن نشرها أو استغلالها إخلالاً بالنظام العام أو الآداب، وبالتالي لا يمكن الحصول على براءة اختراع عن عقار دوائي يسبب للإجهاد دون سبب مشروع. كما استبعد المشرع الإماراتي في المادة السادسة² من قانون الملكية الصناعية بعض الأشياء من نطاق الحماية المقررة لبراءة الاختراع بسبب كونها تخرج بطبيعتها عن مفهوم الاختراع، ومن بين هذه الأشياء ما يرتبط بالصناعات الدوائية على النحو التالي³:

أ- استبعاد الاختراعات الماسة بصحة وحياة الأشخاص أو الحيوانات أو النبات أو البيئة كاختراع مواد مسرطنة أو مهلكة للحياة أو ملوثة للبيئة براً وبحراً وجواً، وجاء هذا الاستبعاد متماشياً مع الاتفاقيات الدولية المعاصرة الخاصة بحماية الأرض وطبقة الأوزون والغلاف الجوي والتنوع البيولوجي. تلك الاختراعات لا تمنح عنها البراءة باعتبار أن توافرها ضرورياً لحماية الحياة أو الصحة البشرية أو الحيوانية أو النباتية أو لتجنب الإضرار الشديد بالبيئة.

ب- طرق علاج جسم الإنسان أو الحيوان بالجراحة أو المداواة وكذلك مناهج التشخيص فمن حيث طرق علاج جسم الإنسان أو الحيوان بالجراحة أو المداواة؛ فإنها مستبعدة من الحصول على براءة اختراع لسببين هما: سبب أول يتعلق بطبيعتها الخاصة كأداة لحماية الصحة العامة للسكان ومن مقتضيات رعاية هذه الصحة عدم احتكار طرق العلاج، وهنا إذا تم إبرؤها فمعنى ذلك أن

1 - اتفاقية ترس (2\27) وأيضاً المادة (6) من قانون براءات الاختراع الإماراتي.

2- تنص المادة (6) من قانون الملكية الصناعية الاتحادي على إنه 1- "لا تمنح براءة الاختراع أو شهادة المنفعة عما يأتي: أ- الأبحاث والأنواع النباتية أو الحيوانية أو الطرق البيولوجية لإنتاج النبات أو الحيوان ويستثنى من ذلك طرق علم الأحياء الدقيقة ومنتجاتها. ب- طرق التشخيص والعلاج والجراحة اللازمة لمعالجة البشر أو الحيوانات. ج- المبادئ والاكتشاف والنظريات العملية والطرائق الرياضية. د- المخططات أو القواعد أو الطرائق المتبعة لمزاولة الأعمال التجارية أو ممارسة الأنشطة الذهنية المحضة أو لعبة من اللعب. هـ- الاختراعات التي ينشأ عن نشرها أو استغلالها إخلالاً بالنظام العام أو الآداب.

3- علي رحال، النظام القانوني لبراءة الاختراع، المرجع السابق، ص 425.

احتكار استغلالها مما يترتب عنه مساس بصحة الناس خاصة عديمي الدخل، و سبب ثان كون هذه الطرق تفتقد إلى خاصية التطبيق الصناعي لكن هذه الخاصية قد تتوفر في حالة اختراع أعضاء اصطناعية للإنسان تحل محل أعضائه الطبيعية.

ت- المبادئ والنظريات والاكتشافات ذات الطابع العلمي وكذلك المناهج الرياضية: فمن حيث الاكتشافات: فإنها مجرد ملاحظات لظواهر الطبيعة يكتشفه الإنسان عن طريق الملاحظة دون أن يتدخل في إنشائها عكس الاختراع الذي هو إنشاء إنساني أما إذا تدخل الإنسان في إعادة تركيبها أو إعادة تشكيل بنيتها فيمكن أن تقع تحت دائرة الاختراع على سبيل المثال المضادات الحيوية التي هي أصلاً منتج طبيعي حوله الإنسان إلى مضاد حيوي فاستحق بذلك مكتشفه براءة اختراع عن هذا الاختراع.

- ومن حيث النظريات العلمية: والمناهج الرياضية فهي مجرد أفكار تجريدية لا تتمتع بخصائص الاختراع وإن كان لها دور في تحقيقه كنظرية النسبية التي قام بها آينشتاين أو نظرية الجاذبية التي نادى بها نيوتن. وذات الأمر ينطبق على أي شخص يدعى أنه توصل لنظرية طبية لعلاج الأمراض النفسية معتمداً على خصائص البيئة الطبيعية وتوفير الراحة النفسية للمريض؛ فلا يمكن أن يحصل على براءة اختراع بشأن هذه النظرية الطبية رغم دورها في العلاج.

وعلى ذلك وبموجب هذا الشرط فإن جميع الاختراعات التي موضوعها إنتاج الأدوية أو اللقاح أو وسائل صناعية طبية أو أي مواد ينشأ عن استغلالها إخلال بالنظام العام والآداب العامة تعد مستبعده من نطاق الحماية القانونية؛ فيجوز للإدارة المختصة عدم منح هذا الاختراع البراءة عنه.

ومثال ذلك الأدوية أو اللقاحات التي تسهم في العلاج سواء للإنسان أو الحيوان أو حتى النباتات والتي تحل بالنظام العام والآداب العامة، ابتكار دواء له تأثير المواد المخدرة واستخدامه في غير الحالات التي تستدعي لذلك؛ بحيث تصبح هذه المواد المخدرة متداولة بين الجميع وكذلك استخدام مواد أو أساليب صنع مضرّة بالصحة العامة أو أن تكون منافية للآداب والقوانين الآمرة؛ كالمواد التي تستعمل للإجهاض والتي ليس لها أي استعمال آخر مفيد¹. وغيرها مما ينتج عن استغلالها ضرر بالقيم الاجتماعية للمجتمع، وتحالف مبادئ الشريعة الإسلامية².

1- د. محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1981م، ص140.

2- د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، المرجع السابق، ص 98.

ويتمتع شرط مشروعية الابتكار الدوائي بنسبية تختلف باختلاف الزمان والمكان، وهو أمراً منطقياً لاختلاف فكرة النظام العام لدى كل دولة من الدول؛ فمن المتصور أن يتمتع تركيب دوائي لدى الدول الأوربية بالمشروعية ولكنه يفتقدها داخل دولة الإمارات العربية التي تعد الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس لقوانينها، فمثلاً الأدوية التي تؤدي العقم قد يسمح لها بالحصول على براءة الاختراع في الدول الأوربية التي تسمح قوانينها بذلك، أما في دولة الإمارات فإنه من الصعب بمكان تسجيل براءة اختراع عن هذا الدواء الذي يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وأهدافها.

المطلب الثالث

قابلية الابتكار الدوائي للتطبيق الصناعي

يقصد بقابلية الابتكار للتطبيق الصناعي . عموماً . كشرط لحصول المخترع على براءة اختراع أن يكون الابتكار الذي توصل إليه صالحاً للاستخدام في العملية الصناعية ومحدثاً أثراً فنياً فيها، أي أن يكون موضوع الابتكار من الممكن تصنيعه أو استخدامه في أي نوع من أنواع الصناعة بمفهومها الواسع¹؛ حيث يعتبر الاختراع الدوائي قابلاً للتطبيق الصناعي إذا أمكن تطبيقه أو استعماله في أي نوع من الصناعة بما في ذلك في مجال الأدوية البشرية أو الحيوانية أو النباتية.

وقد أكدت على شرط القابلية للاستغلال الصناعي الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون تنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية الاتحادي، حيث نصت على أن "ويعتبر الاختراع قابلاً للتطبيق الصناعي إذا أمكن تطبيقه أو استعماله في أي نوع من الصناعة بمعناها الواسع بما في ذلك الزراعة والصيد والحرف اليدوية والخدمات"². ومما لا شك فيه إمكانية التطبيق داخل الصناعات الدوائية ذات الأهمية الاستثنائية.

فهذا النص جاء عاماً يشمل كافة صور الصناعة وفروع التكنولوجيا التي بينها الصناعة الدوائية أو الابتكار العلمي الدوائي، ولعل هذا الشرط هو الذي يفسر استئثار المخترع باختراعه العلمي، فهو يمثل الشق المالي فيه، وتطلب توافر هذا الشرط في المنتج الدوائي يعني إتاحة المجال لاستغلال واستثمار هذا المنتج بما يحقق النفع البشري؛ فبراءة الاختراع ترد على التطبيق العملي للفكرة، وأن مبتكر الدواء قصد من وراء ابتكاره أن تعم الفائدة على المجتمع من خلال ما ينتجه من أدوية، أي بمعنى أن يكون له أثراً ملموساً

1 - د. محمد مرسي عبده، الإطار القانوني للمعرفة الفنية للمشروعات الصناعية، مرجع سابق، ص 106 وما بعدها.

2 - مقابل للمادة (27) من اتفاقية الترس، ولا يوجد مقابل لهذا النص في قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرية.

على صحة الإنسان المريض وإمكانية المساعدة في شفائه، ولا يظل أسير للنظريات والأبحاث العلمية دون تطبيقها، وهذا الشرط هو ما يبرر طول فترة تصنيع الدواء من خلال قيام الشركات الدوائية في الأبحاث والتجارب العلمية للتأكد من كفاءة المنتج الدوائي وفاعليته سواء على البشر أو على الحيوان أو النبات¹. ويستفاد من هذا النص وفق لرأي الباحثة أن قابلية التطبيق الصناعي العلمي للابتكار الدوائي يكون إما عن بالوصول إلى منتج دوائي جديد أو بالوصول إلى طريقة جديدة ومبتكرة أو تطبيق جديد لطريقة معروفة من قبل واستغلها المبتكر في أحد خطوط إنتاج الأدوية بالفعل لتوفر عليه المال أو الوقت أو الجهد.

المبحث الثاني

الشروط الشكلية للتسجيل لبراءة الاختراع الدوائية

إذا توافرت الشروط الموضوعية التي تتطلبها أغلبية الأنظمة والقوانين المنظمة لبراءات الاختراع، والمتمثلة في كون الاختراع مبتكراً ومنطوياً على جدة الابتكار ومشروعاً وقابلاً للتطبيق العلمي، تلك الشروط التي تؤهله للوجود الفعلي والواقعي، عندئذ يقوم المخترع بحسب الشروط الشكلية أن يقدم طلب التسجيل ومنحه للبراءة من قبل الجهة الإدارية المختصة²، وفي حال حصوله عليها يصبح مخترعاً ومالكاً للحقوق الناشئة عن اختراعه فيستطيع حمايتها بقانون حماية الاختراعات، أما على العكس من ذلك في حال تجاهله للشروط الشكلية المقررة قانوناً فليس أمامه إلا اللجوء إلى القواعد العامة لحماية حقوقه³. وسوف نتكلم في هذا المبحث عن الشروط الشكلية لبراءة الاختراع الدوائية وذلك في ثلاث مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: صاحب الحق في براءة الاختراع الدوائي.

المطلب الثاني: إجراءات الحصول على براءة الاختراع الدوائي.

1- د. سائد حاتم سيف الدين، حماية حقوق الملكية الفكرية في مجال الصناعات الدوائية، مرجع سابق، ص 140.

2- يشار في هذا المجال إلى اهتمام اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية بطلبات تسجيل براءات الاختراع حيث أوردت في المادة 29 منها شروط التقدم بطلبات الحصول على البراءة حيث نصت على قيام البلدان الأعضاء اشتراط إفصاح المتقدم بطلب الحصول على البراءة عن الاختراع بأسلوب واضح وكامل يكفي لتمكين تنفيذ الاختراع من جانب شخص يمتلك الخبرة التخصصية في ذلك المجال، ويجوز اشتراط أن يبين المتقدم أفضل أسلوب يعرفه المخترع لتنفيذ الاختراع في تاريخ التقدم بالطلب أو في تاريخ أسبقية الطلب المقدم حين تزعم الأسبقية. كما يجوز للبلدان الأعضاء اشتراط أن يقدم المتقدم بطلب الحصول على براءة اختراع المعلومات المتعلقة بطلبات مماثلة تقدم في بلدان أجنبية أو براءات منحت له فيها.

3- د. أسامة نائل الخيسن، الوجيز في حقوق الملكية الفكرية، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2011، ص 118.

المطلب الثالث: منح براءة الاختراع الدوائية وأسباب انقضائها.

المطلب الأول

صاحب الحق في براءة الاختراع الدوائي

أول الشروط التي تبدأ بها إجراءات إصدار البراءة هو تحديد صاحب الحق في براءة الاختراع الدوائي، ولا يتم الاختراع إلا من شخص طبيعي فهو وليد العقلانية، ذلك يعني أنه لا يتم إلا من قبل شخص طبيعي، والقانون الاتحادي يسمح لأي شخص بأن يتقدم بطلب لتسجيل الاختراع بنفسه؛ أو لخلفه القانوني¹ شريطة أن يثبت البراءة أنها من حقه إذا لم يكن هو المخترع، والمخترع دائماً هو الشخص الطبيعي؛ لأن الاختراع هو نتاج الذهن الذي يبتكره، فلا يحل محله العقل الاصطناعي² أو النظام الرقمي، فهذه جميعها وسائل تساعد المخترع إلى اختراعه، حيث أنها تساعده في تسريع خطوات ابتكاره لما تقدمه له من المعلومات المتميزة كماً ونوعاً³.

لا تثار إشكالية تذكر فيما إذا كان المخترع يعمل لحسابه فهو الذي يتقدم بطلب منح البراءة، وهذا هو الأصل أو يوكل غيره، وفي حال تعدد المخترعين تمنح لهم براءة بالتساوي بعد تقديمهم طلباً جمعياً إذ تصبح ملكية شائعة بينهم إلا إذا اتفق بينهم على غير ذلك. ولكن في مجال الصناعات الدوائية يندر وجود هذا الأصل، نظراً لطبيعة هذه الصناعة، التي تحتاج إلى ميزانيات ضخمة وتضافر جهود مجموعات من المبتكرين في مجال صناعة الأدوية، الذين يعملون في الغالب تحت مظلة إحدى شركات الأدوية.

لذا نجد المشكلة الأساسية بشأن تحديد صاحب الحق في الاختراع الدوائي تثار في حال كان المخترع يعمل لحساب الغير، أو إذا كان أجنبياً وهذا ما سنبينه فيما يلي:

أولاً. الاختراع الدوائي لحساب الغير بموجب عقد مقاوله أو عقد عمل:

قد يتعاقد المخترع مع الغير لإنجاز اختراع تؤول ملكيته بعد إنجازه للأخير، وقد يكون المخترع مجبراً على التنازل عن ملكية الاختراع فيما كان عاملاً⁴. حيث يقوم المخترع الدوائي . غالباً . باختراع أحد الأدوية أو

1- المادة (7) من القانون الاتحادي رقم (31) لسنة 2006.

2 - يقصد به الرجل الآلي وهو آلة ميكانيكية قادرة على القيام بأعمال مبرجة سلفاً، إما بإشارة وسيطرة مباشرة من الإنسان أو بإشارة من برامج حاسوبية، غالباً ما تكون الأعمال التي تبرمج على أداءها أعمالاً شاقة أو خطيرة أو دقيقة.

3 -د.نوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية الملكية الصناعية، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2005، ص69.

4 -د. أسامة نائل المحيسن، الوجيز في حقوق الملكية الفكرية، المرجع السابق، ص119.

العقايير الطبية بناء على طلب الغير، والأخير قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ويحدد العقد المبرم بينهما طبيعة العلاقة بين الطرفين¹.

وقد حسم المشرع الإماراتي هذا المسألة بالنص في المادة (9) من قانون رقم 31 لسنة 2006 على أنه "إذا انجز الاختراع الدوائي من خلال تنفيذ عقد مقاولة أو عقد عمل يكون الحق في الاختراع لصاحب العمل ما لم ينص الاتفاق على غير ذلك".

ووفقاً للمادة (7) من قانون الملكية الفكرية المصري فقد نصت على أنه "إذا كلف شخص آخر الكشف عن اختراع معين فجميع الحقوق المترتبة على هذا الاختراع تكون للأول وكذلك لصاحب العمل جميع الحقوق المترتبة على الاختراعات التي يستحدثها العامل أو المستخدم أثناء قيام رابطة العمل أو الاستخدام، متى كان الاختراع في نطاق العقد أو رابطة العمل أو الاستخدام. ويذكر اسم المخترع في البراءة، وله أجره على اختراعه في جميع الحالات فإذا لم يتفق على الأجر كان له الحق في تعويض عادل ممن كلفه الكشف عن الاختراع، أو من صاحب العمل. وفي غير الأحوال السابقة، وعندما يكون الاختراع ضمن نشاط المنشأة العامة أو الخاصة الملحق بها المخترع، يكون لصاحب العمل الخيار بين استغلال الاختراع، أو شراء البراءة مقابل تعويض عادل للمخترع، على أن يتم الاختبار في ثلاثة أشهر من تاريخ الإخطار بمنح البراءة. وفي جميع الأحوال يبقى الاختراع منسوباً إلى المخترع".

فإذا نص العقد على حق الغير في تملك الاختراع الدوائي فسوف يستأثر بالحقوق المالية، وهو يكون صاحب الحق في تقديم طلب الحصول على براءة الاختراع الدوائي على هذا المنتج وتصدر الشهادة باسمه مع ذكر اسم المخترع في الشهادة². وتطبيقاً على ذلك، إذا تعاقد إحدى شركات تصنيع الأدوية مع أحد العلماء لصنيع منتج دوائي جديد يعالج أحد الأمراض المنتشرة، ووضعت له تصوراتها بشأن الدواء المتوقع ابتكاره، ففي تلك الحالة يكون الاختراع من حق شركة الأدوية مع احتفاظ المخترع بحقه الأدبي في أن ينسب الاختراع له.

فإذا انصب حق الغير المتعاقد في تملك الاختراع الدوائي فتؤول الحقوق المالية كلها إليه. وهو الذي يقدم طلب منح البراءة وتمنح الشهادة باسمه مع إشارة إلى اسم المخترع في الشهادة.

وقد لا ينصرف موضوع العقد إلى اختراع دوائي جديد بل إلى القيام بعمل في محدد داخل الشركة غير التوصل إلى ابتكارات دوائية جديدة، ثم يتوصل الشخص أثناء تنفيذ العقد إلى اختراع دوائي، فلمن تؤول

1 - د. نوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية الملكية الصناعية، المرجع السابق، ص 70.

2 - د. سائد حاتم سيف الدين، حماية حقوق الملكية الصناعية في مجال الصناعات الدوائية، المرجع السابق، ص 145.

الحقوق؟ وهل يختلف الأمر إذا كان الشخص مكلف بالابتكار بموجب عقد عمل؟ وإذا كان المخترع مكلفاً بابتكار اختراع ولم يتوصل إليه، فهل تثار مسؤوليته القانونية؟

يمكن القول بأن الحق في براءة الاختراع يبقى للمخترع إلا إذا نص العقد صراحة على غير ذلك، وهذا هو الأصل حتى لو كان المخترع أو الباحث مستشاراً فنياً لشركة؛ فالحقوق تؤول له ما دام لا يعمل بموجب عقد عمل، فالأصل أن يمتلك المخترع اختراعه ولا يؤول للغير إلا استناداً إلى نص قانوني أو اتفاق¹.

أما إذا توصل المبتكر إلى الاختراع الدوائي بموجب عقد عمل مضمونه التوصل إلى ابتكارات دوائية جديدة لصالح شركة الأدوية المتعاقد معها، عندها تكون براءة الاختراع من حق شركة الأدوية، ويستحق المبتكر المقابل المقرر في العقد متى كان هذا المقابل يساوي قيمة المنتج الدوائي المبتكر، أما إذا كانت قيمة الاختراع الدوائي قد فاقت تصورات الطرفين؛ فيعاد النظر في ذلك ويعوض المخترع طبقاً للقواعد العامة المقررة في قانون المعاملات المدنية، بما يتناسب الجهد الذي بذله وما حققه المخترع من نجاح في السوق².

ثانياً. صاحب الاختراع الدوائي الأجنبي:

اعترفت التشريعات المقارنة بحق الأجنبي في الحماية إذا كانت من رعايا دولة ترتبط باتفاقية ثنائية أو دولية مع دولة الحماية، فإذا لم توجد اتفاقية يصار إلى المعاملة بالمثل³.

وقد أكدت الاتفاقية الدولية للملكية الصناعية⁴ حماية كل أجنبي من رعايا دول الاتحاد، ويجوز له أن يقدم طلب تسجيل اختراعه في أي دولة من دول الاتحاد ويتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها رعاياها. وإذا كان

1- د. أسامة نائل المحيسن، الوجيز في حقوق الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 120.

2- دينوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية الصناعية، مرجع سابق، ص 70 ص 71.

3 - وهذا ما ورد في القانون الاتحادي بشأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية في المادة (2).

4- وقد جاء في اتفاقية باريس المادة (2) 1- يتمتع رعايا كل دولة من دول الاتحاد في جميع دول الاتحاد الأخرى، بالنسبة لحماية الملكية الصناعية، بالمرابا التي تمنحها حالياً او قد تمنحها مستقبلاً قوانين تلك الدول للمواطنين، وذلك دون الاخلال بالحقوق المنصوص عليها بصفة خاصة في هذه الاتفاقية. ومن ثم فيكون لهم نفس الحماية التي للمواطنين ونفس وسائل الطعن القانونية ضد اي اخلال بحقوقهم، بشرط اتباع الشروط والاجراءات المفروضة على المواطنين. وكذلك اتفاقية الترس في المادة (3) يلتزم كل من البلدان الأعضاء بمنح مواطني البلدان الأخرى الأعضاء معاملة لا تقل عن المعاملة التي تمنحها لمواطنيها فيما يتعلق بحماية الملكية الفكرية مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها بالفعل في كل من معاهدة باريس (1967م)، ومعاهدة برن (1971م)، ومعاهدة روما..".

المخترع ليس من رعايا دول الاتحاد إلا أنه مقيم فيها فله نفس الحقوق لرعايا دول الاتحاد. أما إذا كان المخترع من غير رعايا دول الاتحاد وليس مقيماً فيها فليس له إلا أن يتقيد بقواعد المعاملة بالمثل¹.

كما جاء في المادة (2) من القانون الاتحادي بشأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية: "لا تخل أحكام هذا القانون بما تنص عليه الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها، والتي تنظم حقوق مواطني الدول الأطراف في تلك الاتفاقيات والمعاهدات وحقوق الأشخاص الذين يعاملون معاملتهم. ويكون للأجنبي الذي لا يشملته حكم الفقرة السابقة حقوق المواطن التي يخولها هذا القانون إذا كان يحمل جنسية دولة تعامل الدولة معاملة المثل".

في الفرض الذي يكون فيه الأجنبي غير عامل فإن القانون الاتحادي لم يفرق بين الوطني والأجنبي في حق التقدم للحصول على براءة الاختراع طبقاً لأحكام المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تكون دولة الإمارات طرفاً فيها، وإذا كان الأجنبي من دولة ليست طرفاً في المعاهدات الدولية فإنه يلجأ إلى تطبيق المعاملة بالمثل². أما إذا كان الأجنبي عاملاً فيحكمه قانون محل انعقاد عقد العمل، فإذا أبرم عقد العمل على إقليم دولة الإمارات العربية المتحدة فتنطبق أحكام قانون اتحادي رقم (5) لسنة 1985م بشأن المعاملات المدنية³.

المطلب الثاني

إجراءات الحصول على براءة الاختراع الدوائية

بعد أن أوضحنا من هو صاحب الحق في الحصول براءة الاختراع الدوائية، سيكون من المناسب بيان الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على البراءة؛ والتي تبدأ بتقديم هذا طلب إلى إدارة الملكية الصناعية في وزارة الاقتصاد وتحديد مشتملاته، وذلك على التفصيل التالي:

- 1- دينوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية الملكية الصناعية، المرجع السابق، ص76.
 - 2- د. سائد حاتم سيف الدين، حماية حقوق الملكية الصناعية في مجال الصناعات الدوائية، المرجع السابق، ص 149.
 - 3- المادة 911
1. اذا وفق العامل في اختراع أو اكتشاف جديد أثناء عمله فلا حق لصاحب العمل فيه إلا في الأحوال الآتية:
 - أ- اذا كانت طبيعة العمل المتفق عليه تستهدف هذه الغاية.
 - ب- اذا اتفق في العقد صراحة على أن يكون له الحق في كل ما يهتدي إليه العامل من اختراع.
 - ج- اذا توصل العامل الى اختراعه بوساطة ما وضعه صاحب العمل تحت يده من مواد أو أدوات أو منشآت أو أية وسيلة أخرى لاستخدامه لهذه الغاية.
 2. على أنه اذا كان للاختراع أو الاكتشاف في الحالات سالفة الذكر أهمية اقتصادية كبيرة جاز للعامل أن يطالب بمقابل خاص تراعى فيه مقتضيات العدالة كما يراعى فيه ما قدمه صاحب العمل من معونة. ولا تخل الأحكام السابقة بما تقرره القوانين الخاصة بالاختراع والاكتشاف.

أولاً. تاريخ تقديم الطلب:

يتوجب على كل مخترع أو من آلت إليه حقوقه القيام بإجراءات دقيقة للحصول على البراءة، وذلك بالتقدم بطلب للحصول على براءة الاختراع لدى الجهة المكلفة بحماية الملكية الصناعية وهيئة براءات الاختراع في كل دولة، وهذا طبقاً للمادة (1/12) من اتفاقية باريس التي ألزمت كل الدول بإنشاء مصلحة أو هيئة أو إدارة خاصة بالملكية الصناعية ومكتب يسمح للجمهور بالاطلاع على براءات الاختراع والنماذج الصناعية والعلامات التجارية والصناعية؛ على سبيل المثال يختص بذلك مكتب براءات الاختراع في الإمارات بأبوظبي، حيث يتم منح براءات الاختراعات التي تعتبر مبتكرة ومفيدة¹.

إذا توصل المخترع إلى ابتكار الدواء ولم يكشف عنه مطلقاً ومحاط بالسرية والكنتمان، فهو غير مقيد بتاريخ معين وهو وحده من يحدد الوقت المناسب للتقدم بطلب الحصول على براءة الاختراع، إلا أن تأخيره يعرضه إلى مخاطر قد يفقد بها حق الأولوية؛ فمن هذا التاريخ تحسب الأولوية لمنح براءة الاختراع².

على سبيل المثال: إذا توصلت أكثر من شركة دواء لاختراع دوائي جديد، فإن الأولوية تكون لمن تتقدم بطلب الحصول على براءة الاختراع ويسقط حق الباقيين، لافتقاده شرط الجدة؛ ففي حالة استغلال الاختراع دون التقدم بطلب الحصول على البراءة فإنه يسقط حقه تطبيقاً لنص المادة (2/7) التي نصت على أن "2- مع عدم الإخلال بأحكام المادتين (8)، (9) من هذا القانون فإنه يكون للشخص الذي يودع قبل غيره طلباً عن براءة اختراع أو شهادة منفعة، أو الذي يطالب قبل غيره بأسبقية عن ذات الاختراع، الحق في براءة الاختراع أو شهادة المنفعة حسب الأحوال، إذا توفرت في طلبه شروط الحصول عليها"³. فإذا سجل المخترع ابتكار الدواء في الخارج وأراد تسجيله في دولة الإمارات العربية المتحدة

1- رشا علي حاسم العامري، النظام القانوني لحماية حقوق براءات الاختراع، مصر، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2017م، ص151.

2- د. سائد حاتم سيف الدين، حماية حقوق الملكية الصناعية في مجال الصناعات الدوائية، المرجع السابق، ص150.

3 - يوافق حكمها المادة (6) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري التي نصت على أن "يثبت الحق في البراءة للمخترع أو لمن آلت إليه حقوقه. وإذا كان الاختراع نتيجة عمل مشترك بين عدة أشخاص، يثبت حقهم في البراءة بالتساوي فيما بينهم ما لم يتفقوا على غير ذلك. أما إذا كان قد توصل إلى ذات الاختراع أكثر من شخص يستقل كل منهم عن الآخر، يثبت الحق للأسبق في تقديم الطلب.

فعليه أن يسجله قبل انقضاء اثني عشر شهراً من تاريخ تسجيله الأول وإلا سقط حقه في الأولوية عملاً بنص المادة (11) التي نصت على أن:

1- يجوز أن يتضمن طلب الإيداع الرغبة في اعتبار الأولوية في الإيداع لطلب سبق تقديمه في دولة تكون طرفاً في اتفاقية أو معاهدة مع الدولة. وفي هذه الحالة يجب أن يوضح في الطلب تاريخ ورقم قيد الطلب السابق واسم الدولة التي قدم إليها، وذلك وفقاً لما تنص عليه اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

2- مدة الأولوية اثنا عشر شهراً من تاريخ الإيداع الأول.

ومفاد ذلك أن الجهة المختصة بإدارة الملكية الصناعية لن تعلن عن قبولها المبدئي على منح البراءة للابتكار الدوائي قبل انقضاء اثني عشر شهراً من تاريخ الإيداع الأول؛ مراعاة لحقوق أصحاب البراءة للطلبات المقدمة في الخارج للحصول على براءة ابتكار لمنتجاتهم قبل التقدم الأخير بالطلب داخل الدولة¹، تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة (2) من القانون الاتحادي التي نصت على أن "لا تخل أحكام هذا القانون بما تنص عليه الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها، والتي تنظم حقوق مواطني الدول الأطراف في تلك الاتفاقيات والمعاهدات وحقوق الأشخاص الذين يعاملون معاملتهم، ويكون للأجنبي الذي لا يشملته حكم الفقرة السابقة حقوق المواطن التي يخولها هذا القانون إذا كان يحمل جنسية دولة تعامل الدولة معاملة المثل".

وترى الباحثة بأن هذه المادة جاءت للحفاظ على حقوق طالب البراءة طوال المدة المسموح بها وعدم كشف سر اختراعه بالنشر في جريدة الملكية الصناعية حتى انقضاء تلك الفترة المسموح بها مع الملاحظة بأنه حق الأولوية لطلبات البراءة في الخارج فقط.

ثانياً. مضمون تسجيل الطلب:

الطلب هو تصريح كتابي يصدر من المخترع أو خلفه أو نائبه موجهاً إلى إدارة الملكية الصناعية في وزارة الاقتصاد وفروعها في الدولة، بحيث يطلب فيه الاعتراف باختراعه الدوائي وحماية بقانون الاختراعات لإثبات حقه فيه، وهو تصرف قانوني صادر من جانب واحد، ويتم تقديم الطلب وفقاً للنموذج المعد لذلك متبوعاً بتوقيعه².

1 د. سائد حاتم سيف الدين، حماية حقوق الملكية الصناعية في مجال الصناعات الدوائية، مرجع سابق 151.

2 د. أسامة نائل المحيسن، الوجيز في حقوق الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 125.

أما إذا تم تقديم الطلب من شخص آخر دون موافقة المخترع أو خلفه أو نائبه يعد الأخير مغتصباً للاختراع¹ وذلك وفق لما ورد في المادة (8) من قانون تنظيم وحماية الملكية الصناعية التي نصت على "إذا كانت العناصر الجوهرية للاختراع قد تم الحصول عليها من اختراع شخص آخر دون موافقته على ذلك أو على إيداع طلب الحماية، فيحوز لمن أُصيب بضرر نتيجة لهذا الاغتصاب المطالبة بنقل الطلب إليه أو بنقل البراءة أو شهادة المنفعة إذا كانت قد منحت إلى المغتصب".

فهذا النص تستخلص منه الباحثة أنه يحق للمخترع طلب تسجيل الطلب باسمه والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به سواء كان تعويض معنوي أو مالي، خاصةً في مجال براءة الاختراع على الأدوية لدقته وخصوصيته والتكاليف الباهظة التي تنفقها شركات الأدوية للوصول إلى الابتكارات الدوائية الجديدة.

وقد أوضحت المادة (10) من ذات القانون البيانات التي يجب أن يشتمل عليها الطلب، حيث ورد بها: "يذكر اسم المخترع في براءة الاختراع أو شهادة المنفعة ما لم يعلن المخترع كتابةً عن رغبته في عدم ذكر اسمه، ويتم تقديم طلب براءة الاختراع وبياناته أو شهادة المنفعة وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون". حيث أوجب القانون كتابة كل من اسم ولقب طالب البراءة واسمه التجاري وجنسيته ومهنته ومحل إقامته وعنوانه مع ذكر اسم المخترع ومجاله الفني، وإذا كان طالب البراءة شخصاً معنوياً يتعين كتابته البيانات الخاصة باسمه وعنوانه ونشاطه والرخصة التجارية. ويحق للمخترع أن يعلن عن رغبته في عدم كتابة اسمه في شهادة الحماية شريطة أن يتم هذا الإعلان كتابةً².

المطلب الثالث

منح براءة الاختراع الدوائية وأسباب انقضائها

من البديهي القول أن قرار منح البراءة يكسب المخترع حقوقه كاملة على اختراعه وله أن يستغلها وفقاً للقانون. وقرار المنح هو قرار إداري صادر من سلطة إدارية مختصة وهي دائرة تسجيل براءات الاختراع من قبل وزارة الاقتصاد في دولة الإمارات العربية المتحدة قطاع الشؤون الملكية الفكرية. وعلى وجه التحديد، تتم إدارة براءات الاختراع من قبل إدارة الملكية الفكرية، وهي أيضاً الوزارة والقسم الذي يوافق على براءات الاختراع، فإذا استوفى تقديم الطلب أوضاعه الشكلية وشروطه الموضوعية، يتم بحث الطلب وصولاً لاتخاذ قرار إما بمنح البراءة أو برفض الطلب.

1 د.ريم سعود سماوي، براءات الاختراع في الصناعات الدوائية، مرجع سابق، 207.

2- د.نوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص80.

لذا سنتناول في هذا المطلب إجراءات منح براءة الاختراع أو شهادة المنفعة بشأن الابتكارات الدوائية، وسلطة المسجل في منح البراءة، وأخيراً حالات انقضاء وسقوط البراءة.

أولاً. إجراءات منح براءة الاختراع بشأن الابتكارات الدوائية:

تمنح البراءة بقرار إداري من مسجل الاختراعات في وزارة الاقتصاد ووزير الصناعة في القانون الاتحادي في دولة الإمارات؛ فإذا كان الطلب مستوفياً للشروط المقررة قانوناً يعلن المسجل قبوله المبدئي للطلب وموافقة أولية على منح البراءة للاختراع الدوائي، ويعلن عن هذا في الجريدة الرسمية متضمناً ملخصاً عن مواصفات الاختراع وأي رسومات أو بيانات متعلقة به إن وجدت ويحق لأي شخص الاعتراض خلال شهرين من تاريخ الإعلان في الجريدة الرسمية بالموافقة المبدئية على قبول الطلب وتسجيل الاختراع، فإذا لم يتم الاعتراض أو تم رفض الاعتراض يصدر المسجل قراراً بمنح البراءة بعد استيفاء الرسوم المقررة¹.

ويقيد الاختراع في سجل البراءات، ويمنح شهادة براءة اختراع عن ابتكاره الدوائي مع مراعاة كتابة رقم وتاريخ طلب الإيداع، واسم المخترع، واسم المالك للاختراع، مع بيان جنسيته وعنوانه، واسم الاختراع، وبيانات إضافية تتعلق بالمواصفات، مع رقم القيد في السجل، وتاريخ إصدار البراءة، ومدة الحماية وتاريخ انتهائها، وينشر القرار النهائي بالنشرة الرسمية، ولا يجوز التظلم من قرار الوزير النهائي بمنح براءة الاختراع أمام لجنة التظلمات، فهذه اللجنة حدود صلاحيتها الوظيفية تقتصر على التظلمات التي تقدم من الغير بعد القبول الأولي لطلب تسجيل البراءة، وأيضاً فإن قرار بمنح البراءة يعد قرار نهائي.

وقد عرف القانون الاتحادي براءة الاختراع في المادة (8/1) بأنها: "سند الحماية الذي تمنحه الإدارة باسم الدولة عن الاختراع"، وهي إجراء قانوني صادر عن إدارة الملكية الصناعية بمنح البراءة في صورة قرار إداري باسم الدولة، وبصدورها تكتمل شروط حماية المنتج الدوائي بقواعد براءة الاختراع وهذا ما يفهم من النص سالف الذكر². حيث لا تمنح البراءة إلا إذا استكمل الاختراع شروطه الشكلية والموضوعية، لتمثل للمخترع سنداً للحماية له، والأخير عرفه المشرع في القانون الاتحادي في المادة (6/1) بأنه: "الوثيقة الدالة

1- د. نوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية، الملكية الصناعية، المرجع السابق، ص 81 و 83.

2- د. سائد حاتم سيف الدين، حماية حقوق الملكية الصناعية في مجال الصناعات الدوائية، المرجع السابق، ص 161 ص 166.

على منح الإدارة حماية لاختراع أو رسم أو نموذج صناعي، والمتمثلة في براءة اختراع أو شهادة منفعة أو شهادة تسجيل رسم أو نموذج صناعي". ويمنح بناء على طلب صاحب الاختراع، فهذا السند يشتمل على بيانات شاملة للمخترع، ووصف كامل للمنتج الدوائي، ويحق له استغلاله واحتكار هذا المنتج¹.

حيث إن قرار منح البراءة يعني أن المخترع استوفى الشروط الموضوعية والشكلية للحصول على البراءة، إلا أنها يمكن إثبات العكس من الجهة المختصة بمنح براءة الاختراع، ويتربط على ذلك إلغاء براءة الاختراع إذا كان هناك دليل على أن هذه البراءة افتقدت شرطاً أو أكثر من الحصول عليها.

ثانياً. دور المسجل في منح البراءة أو رفضها:

بعد التقدم بطلب الحصول على البراءة يظهر دور المسجل، الذي انقسمت سلطاته ثلاث اتجاهات وفقاً لنظام كل دولة:

الاتجاه الأول: ويرفض إعطاء المسجل أية سلطة تنحصر سلطته في تسلّم الطلب وتدقيقه شكلاً، فإذا كان مستوفياً البيانات المطلوبة قانوناً عليه قبول الاختراع ومنحه البراءة. بمعنى أن المسجل ليس له أي دور في تقييم الابتكار الدوائي². ويمتاز هذا النظام بالبساطة وسرعة البت في الطلبات المقدمة حيث يقتصر دور الإدارة على فحص توافر الشروط الشكلية والمشروعية بالطلب فقط فلا تكلف الدولة نفقات الاستعانة بالخبراء لإجراء التجارب للتأكد من توافر الشروط الموضوعية في الاختراع³.

أما الاتجاه الثالث: يذهب إلى الاعتراف بسلطة المسجل في تقدير الاختراع في حدود معينة، فله تدقيق الطلب شكلاً، وإعطاء مهلة للغير للاعتراض على قرار قبول طلب منح البراءة. أي بمعنى أن للمسجل الإفصاح للغير للاعتراض على قرار القبول الأولي لمنح البراءة ضمن المدة التي حددها القانون، وإذا تبين للإدارة أن هذا الاختراع الدوائي قد سبق منحه براءة الاختراع أو أنه أفتقد أحد الشروط الموضوعية لمنح براءة اختراع، فإنها ترفض منح براءة الاختراع عنه⁴. ومن عيوب هذا النظام هو السرعة في البت في طلبات البراءة مع إفصاح المجال للمجتمع في الاعتراض على قبول الإيداع المؤقت للاختراع ولا يقدم الغير على الاعتراض على التسجيل لعدم الاهتمام، مما يسمح بتسجيل اختراعات غير جديرة بالحماية ولا تتوافر فيها الشروط الموضوعية، وبنفس

1- د. أسامة نائل المحيسن، الوجيز في حقوق الملكية الفكرية، المرجع السابق، ص 127.

2- د. نوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية، الملكية الصناعية، المرجع السابق، ص 84.

3- د. ريم سعود سماوي، براءات الاختراع في الصناعات الدوائية، مرجع سابق، ص 213.

4- د. ريم سعود سماوي، براءات الاختراع في الصناعات الدوائية، مرجع سابق، ص 214.

الوقت قد لا يملك الغير الخبرة في بحث مدى توافر الشروط الموضوعية والشكلية فيفسح مجالات كبيرة للاعتراض من قبل كل شخص يملك مصلحة في عدم تسجيله مما يؤدي إلى تعطيل تسجيل الاختراع وإهدار وقت الإدارة في بحث الاعتراضات التي قد لا تكون مجدية، وبالنتيجة فكثيراً ما تصدر اختراع براءات استناداً لهذا النظام تكون غير صالحة للاستغلال الصناعي¹.

يضاف إلى هذه المآخذ أن الفترة التي حددها القانون للتظلم من القرار الأولى في القانون ستون يوماً عملاً بنص المادة 13، وهذه المدة غير كافية مع المنتجات الدوائية فهي لا تتسع لإجراء التجارب الدقيقة والفعالة للعلاج والتأكد من صحة المنتج الدوائي.

ثالثاً. انتهاء براءة الاختراع الدوائية:

طبقاً لأحكام القانون الاتحادي لدولة الإمارات فإن صاحب البراءة يتمتع بالحماية القانونية في شأن حماية وتنظيم الملكية الصناعية والقوانين المعمول بها وهذه الحماية أبدية بالنسبة للأدبي ومؤقته بالنسبة للمادي المتعلق بالبراءة، وتنتهي الحماية عن الاختراع الدوائي إما بانتهاء مدة الحماية أو ببطلان البراءة أو بسقوطها.

الخاتمة

تعد حقوق الملكية الفكرية في مجال براءة الاختراع على المنتجات الدوائية من المسائل التي فرضت نفسها وبقوة على ساحة النقاش والبحث في السنوات الأخيرة، فهي تحظى باهتمام الدول كافة، ويرجع ذلك إلى تغير الوضع القانوني للابتكار الدوائية والمتمثل في فتح الباب أمام تسجيل براءة الاختراع بشأن المنتجات الدوائية بعدما كان المستقر عليه هو عدم منح براءة اختراع دوائية باعتبار الدواء من السلع المرتبطة بصحة الإنسان، ولا يمكن احتكارها.

وبعد دراسة الضوابط القانونية اللازمة لتسجيل براءة الاختراع الدوائية، وفقاً لقوانين دولة الإمارات وتسهيل الضوء على الجانب الدولي لبراءة الاختراع الدوائي ممثلاً باتفاقية الجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية، وتأثيرها على القانون الإماراتي، قد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات التالية:

النتائج:

- أن براءة الاختراع الدوائية تمنح عن المنتجات الدوائية المبتكرة أو الأساليب الصناعية المستخدمة في صناعة الدواء طالما توافرت فيها الشروط الموضوعية والشكلية التي تطلبها المشرع.

1 - د. سميحة القيلوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 104.

- أن المشرع الإماراتي كان لا يعترف بأحقية الحصول على براءة اختراع دوائية قبل انضمام دولة الإمارات لمنظمة التجارة العالمية، وترتب على ذلك تعديل قوانين الملكية الفكرية بما يتفق مع اتفاقية التريس ومن ثم تم الاعتراف بأحقية الابتكارات الدوائية في الحصول على براءة الاختراع.
- أن الابتكارات الدوائية لها أهمية استراتيجية لدى الدول لارتباطها الوثيق بصحة الإنسان.
- لم يوضح المشرع الإماراتي . على خلاف المشرع المصري . المقصود بشرط الجدة، وذلك يثير مسألة المعيار الذي تبناه المشرع الإماراتي بشأن الجدة، وهل هي الجدة النسبية أم المطلقة، وإن كان الأمر يميل إلى أنه أخذ بالجدة المطلقة للابتكار.
- لم يخص المشرع الإماراتي الابتكارات الدوائية بخصوصية معينة، ومن ثم تطبق الأحكام العامة الخاصة ببراءة الاختراع على الابتكارات الدوائية.
- مدة حماية براءة الاختراع الدوائية عشرون عاماً من تاريخ تقديم الطلب وفقاً للقانون الإماراتي، وتسقط براءة الاختراع الدوائية في الدومين العام بانتهاء هذه المدة، ويصبح من حق كافة شركات الأدوية تصنيع هذا المنتج الدوائي.

التوصيات:

- نتمنى على المشرع الإماراتي أن يضع نصوصاً قانونية تراعي الطبيعة الخاصة لهذا النوع من البراءات ذات الصلة بصحة الإنسان، وتوازن بين مصلحة شركات الأدوية وحق الشخص في الحصول على الدواء بسعر معقول.
- نظراً لأهمية الاختراعات الدوائية وارتباطها الوثيق بصحة الإنسان، نوصي بأن تكون مدة حماية الاختراع الدوائي أقل من مدة حماية الاختراعات الصناعية الأخرى، بحيث يمكن لشركات الأدوية الوطنية تصنيع الأدوية بعد مرور الحماية القانونية.
- بهدف الحد من مسألة الاحتكار الدوائي لشركات الأدوية العالمية نوصي المشرع الإماراتي بأن ينص على مشروعية استخدام تقنية الهندسة العكسية بشأن براءة الاختراع الدوائية، وذلك لفتح المجال أمام شركات الدواء الوطنية من استخدام تقنية الهندسة العكسية على الأدوية الحاصلة على براءة الاختراع وإدخال تحسينات جوهرية عليها، ومن ثم إعادة إنتاج أدوية محلية دون أن يشكل ذلك انتهاكاً لقوانين الملكية الفكرية.

قائمة المراجع

. مؤلفات عامة ومتخصصة:

- خاطر، نوري حمد ، شرح قواعد الملكية الفكرية، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، مطبوعات جامعة الإمارات، الطبعة الأولى، 2008م.

- دانا حمه باقي عبد القادر، حقوق الملكية الفكرية ذات الصلة بالأصناف النباتية الجديدة والمنتجات الدوائية، دار الكتب القانونية، مصر 2011م.
- الدين، صلاح زين ، الملكية الصناعية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010م.
- سماوي، ريم سعود ، براءات الاختراع في الصناعات الدوائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008م.
- سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثامنة، 2009م.
- الشلاي، جعفر محمد ، التنظيم القانوني لاستغلال براءة الاختراع، دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى، مجلدات 1، 2011م.
- العامري، رشا علي جاسم ، النظام القانوني لحماية حقوق براءات الاختراع، مصر، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2017م.
- عبده، محمد مرسي ، الأسس القانونية لوصول الدول النامية لمرحلة السيطرة التكنولوجية، دار النهضة العربية، 2013م.
- الفتلاوي، سمير جمال ، استغلال براءة الاختراع، الجزائر، 1984م.
- محسن شفيق، القانون التجاري المصري، دار نشر الثقافة بالإسكندرية، الطبعة الأولى. 1997م.
- محمد حسني عباس، التشريع الصناعي، دار النهضة العربية، القاهرة. 1967م.
- محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1981م.
- المحيسن، أسامة نائل ، الوجيز في حقوق الملكية الفكرية، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2011م.
- نصر أبو الفتوح فريد حسن، حماية حقوق الملكية الفكرية في الصناعات الدوائية، جامعة المنصورة، دار الجامعة الجديدة، 2007م.
- . أبحاث في مجلات ودوريات علمية:
- الراددي، عبد الرحمن بن رياح بن رشيد ، صناعة الدواء والأحكام المتعلقة بها، بحث مقدم لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني جامعة الأمام محمد بن سعود الإسلامية.
- الصغير، حسام الدين ، حلقة الويبو الوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية للدبلوماسيين تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو)، القاهرة، من 5 إلى 7 سبتمبر/ 2005م.
- عبده، محمد مرسي ، الاعتراف القانوني بعمليات الهندسة العكسية – دراسة مقارنة، مجلة حقوق الكويت، العدد (4) لسنة 2016.
- علي رحال، النظام القانوني لبراءة الاختراع، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 47، 2017م.

- ماضي، رمزي أحمد ، خصوصية الشروط الموضوعية لمنح براءات الاختراع التكنولوجيا الحيوية (دراسة قانونية مقارنه)، مجلة الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 43، 2016م.
- نبيل نوغي، شروط منح براءة الاختراع وفق القانون الجزائري، المجلة العلمية لجامعة الامام المهدي، العدد 7، 2016م.
المواقع الإلكترونية:
- 1- بني يونس، عثمان محمود محمد ، الحماية القانونية للمستحضرات الصيدلانية، القاهرة، مقالة، تاريخ النشر 3/9/2016م، متاح على الموقع التالي: <https://www.mohamah.net>
- 2- قاعدة بيانات المنظمة العالمية للملكية الفكرية (وايو)، تاريخ آخر زيارة 20/2/2019م، متاح على المواقع التالي:
<https://wipolex.wipo.int/ar/treaties/parties/231>

طبيعة الجزاء الجنائي في مجال الهجرة غير الشرعية

إعداد الأستاذ : مصطفى عبدالرحمن محمد البوسيفي

عضو هيئة التدريس بكلية القانون – جامعة طرابلس

مقدمة

بات موضوع الهجرة الشغل الشاغل للعديد من الدول خاصة المتضررة منها ، وفي الوقت نفسه أضحت مطلباً ملحاً لدى الكثيرين من مختلف الفئات والأعمار بهدف الاستقرار وتحسين أوضاعهم المادية والاجتماعية ، ورغم تعدد الأسباب المؤدية إليها نجد الدافع الاقتصادي يتصدر جملة هذه الدوافع ، كيف لا وأن جل المهاجرين من دول نامية فقيرة تعاني التخلف في شتى مجالاتها .

مع ذلك أقرت العديد من التشريعات عقوبات رادعة وشديدة في مجال مكافحة جرائم الهجرة غير الشرعية، خاصة فيما يتعلق بسلوك المهريين، في حين كانت العقوبات المتخذة ضد المهاجرين مخففة لا تزيد عن الحبس البسيط والغرامة المخففة، بل إن بعض الدول لم تقرر لها عقوبة على الإطلاق اتباعاً للمادة 5 من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين⁽¹⁾ الذي يحث على عدم الملاحقة الجنائية للمهاجر غير الشرعي باعتباره هدفاً لسلوك المهريين المحرم .

ونظراً إلى شمول السياسة الجنائية لسياسة عقابية وأخرى وقائية متمثلة في التدابير الوقائية المتعلقة بالخطورة الإجرامية _ يترتب على قيام المسؤولية الجنائية لتهريب المهاجرين آثار جنائية معينة _ ولبحبتها يجب تحديد العقوبة المقررة للجريمة المذكورة من جانب، وتحديد الظروف المشددة للعقوبة والأعدار المعفية من العقوبة المقررة لها من جانب آخر ، أما بشأن التدابير الوقائية فإنها تتفق في عمومها ما ورد في بعض التشريعات المقارنة المقررة في الدول المصدقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة وبرتوكولها حيث عملت على النص في قوانينها على تنظيم العقوبة لجريمة تهريب المهاجرين والمقصود بها الجزاء المقرر لمصلحة المجتمع في القانون الجنائي تنفيذاً لحكم قضائي على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة وذلك لمنع ارتكابها مرة أخرى من قبل غيره .

1- الأمم المتحدة، بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25/55/res a بتاريخ 2000/11/15

ويكتسي هذا الموضوع أهمية بالغة نظرا لما تشكله الهجرة غير الشرعية من خطورة بالغة لا يستهان بها تحديدا من الناحية الأمنية خاصة مع التزايد الرهيب لأعداد المهاجرين غير الشرعيين ، مما يضطرنا لبيان طبيعة الجزاء الجنائي من خلال بيان السياسة العقابية والوقائية للدول المتضررة من الهجرة ومدى تفعيلها لأهم ما جاء في الأنظمة الدولية لمحاولة الحد منها .

فضلا عن ذلك ، فقد أثارت الهجرة غير الشرعية جدلا واسعا في أوساط المجتمعات سواء المصدرة أو المستقبلية لها من ناحية احترام وتطبيق مبادئ حقوق الإنسان من عدمه في سن قوانينها المتعلقة بالهجرة وإجراءات إعادة ترحيلهم إلى بلدانهم الأصلية أمام الأعداد الهائلة التي تصل إلى حدودهم البحرية خاصة ، ما يطرح عدة تساؤلات أهمها :

__ ما طبيعة المصلحة الجنائية المحمية من وراء ضبط الجزاء الجنائي المقرر بعد تجريم سلوك المهاجر أو المهرب ؟

__ هل يمكن للجزاء الجنائي وبالأخص العقوبة، أن يكون كافيا للحد من الهجرة غير الشرعية؟

__ ما مدى فاعلية السياسة الجنائية العقابية من قبل الدول المتضررة من الهجرة غير الشرعية؟

وسيتم طرح هذه المسائل بمنهج تحليلي لمختلف النصوص القانونية التي جاءت من خلالها فكرة البحث ، فضلا عن الاعتماد على المنهج النقدي المقارن ، فهو " نقدي " فمن الضروري اتخاذ موقف من مجموع الحلول التي حاولت أن تعالج هذه الظاهرة إيجابا أو سلبا ، وهو " مقارن " لكي نستفيد من تجارب الآخرين مع الأخذ في الاعتبار دائما اختلاف الظروف الموضوعية بين دولة وأخرى .

ولالإجابة على ما سبق ، سننتهج خطة ثنائية تحوي فرعين أساسيين : الفرع الأول ، والمتعلق بملامح العقاب في مجال الهجرة غير الشرعية ، والفرع الثاني المعنون بالتدابير الوقائية في مواجهة الهجرة غير الشرعية على النحو التالي :

الفرع الأول

ملامح العقاب في مجال الهجرة غير الشرعية

بعد أن كان الغرض من العقوبة الانتقام والتكفير مرت بفكرة الردع العام والردع الخاص حتى وصلت لفكرة الإصلاح والتهديب، إذ أصبح للعقوبة إثر ظهور أفكار السياسة الجنائية الوضعية¹ والدفاع

1 - برزت طلائع المدرسة الوضعية في القرن التاسع عشر وكان رائدها الطبيب الإيطالي سيزاري لمبروزو (1835-1909) من خلال كتابه (الرجل المجرم) والذي نادى بأن يتحول الاهتمام من مجرد دراسة الفعل الإجرامي إلى دراسة الإنسان المجرم وتركيز اهتمامهم حول التكوين البيولوجي للإنسان المجرم، وكانت جهوده هذه بداية لظهور الاتجاه البيولوجي

الاجتماعي طابعاً إنسانياً¹، كما أن الوثائق والعهود الدولية ومن خلال حقوق الإنسان تتجه نحو أنسنة العقوبة، غير أن المشرع الليبي وفي سياسته العقابية أفرط في العقاب من خلال القانون رقم 19 لسنة 2010، فعاقب على أفعال أخرجها المشرع الدولي من حيز التجريم لأسباب إنسانية وذلك بإقراره نصاً صريحاً يعاقب به المهاجر غير الشرعي على فعل الهجرة السرية "غير القانونية" من خلال هذا القانون، والذي تراوحت فيه العقوبات ما بين سلب الحرية والعقوبة المالية².

فأنواع العقوبة ثلاثة: العقوبات الأصلية والعقوبات التبعية والعقوبات التكميلية³.

فيقصد بالأصلية منها: الجزاء الأساس الذي نص عليه المشرع وقدره للجريمة، ويجب على القاضي أن يحكم به عند ثبوت إدانة المتهم، بحيث لا يمكن تنفيذها على المحكوم عليه ما لم ينص عليها القاضي في حكمه صراحة، ويمكن اقتصار الحكم عليها لأنها الجزاء المفروض على مرتكبي الجرائم لتحقيق أغراض العقاب⁴. وبالنظر إلى العقوبات الأصلية التي أقرتها التشريعات الجنائية نجدتها تضمنت النص على عقوبات السجن والغرامة عند بيانها لأحكام جريمة تهريب المجرمين⁵.

=

في تفسير الجريمة. للمزيد انظر: حنان بشير الصويغي، علم الإجرام الإجتماعي، مطابع الوحدة العربية، الزاوية، ليبيا، ص14.

1 - يعتبر فليبو جراماتيكا من ركائز المدرسة الدفاع الاجتماعي حيث أنشأ سنة 1945 في جنوة مركز دراسات الدفاع الاجتماعي، ومن أنصار هذه المدرسة الفقيه مارك آنسل الذي يرى أن الدفاع الاجتماعي يهدف أولاً لترسيخ سياسة جنائية تكفل الوقاية من الجرائم وتتم بمعالجة المنحرفين وتجنح نحو عمل منظم "التكييف الاجتماعي". للمزيد انظر: محمد معمر الرازقي، علم الإجرام والسياسة الجنائية، الطبعة الأولى، دار الأنيس، مصراته، 1995، ص 196.

2 - طارق خالد الإدريسي، جريمة الهجرة غير الشرعية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، 2010-2011، ص64.

3 - فخري عبد الرزاق الحديشي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط2، العائق للنشر، القاهرة، 1997، ص386.

4 - علي حسين الخلف، سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، دار السلام، بغداد، 1982، ص 414.

5 - ففي فرنسا العقوبة الأصلية هي الحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات والغرامة التي يبلغ مقدارها ثلاثين ألف يورو (م 622/1 من قانون دخول وإقامة الأجانب وحق اللجوء الفرنسي)، وفي ألمانيا الحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات والغرامة (م 92/1 من قانون إقامة الأجانب الألماني)، وفي إيطاليا هي الحبس لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة التي يبلغ مقدارها خمسة عشر ألف يورو عن كل شخص يتم إدخاله إلى إيطاليا (م 12 فقرة 1 من القانون الإيطالي)، وفي الجزائر

العقوبات التبعية: هي تلك العقوبات التي تلحق المحكوم عليه بحكم القانون من دون الحاجة إلى النص عليها بالذات في الحكم الذي يصدره القاضي بالعقوبات الأصلية¹ و العقوبات التبعية هي

- أولاً: الحرمان من بعض الحقوق والمزايا.
- ثانياً: مراقبة الشرطة.

فالحقوق والمزايا التي يحرم منها المحكوم عليه كعقوبة تبعية هي:

- 1- الوظائف والخدمات التي كان يتولاها بكونه .:
- 2- ناخباً أو منتخباً في المجالس التمثيلية.
- 3- عضواً في المجالس الإدارية أو البلدية أو إحدى الشركات أو مديراً لها.
- 4- وصياً أو قيماً أو وكيلاً.
- 5- مالكاً أو ناشراً أو رئيساً لتحرير إحدى الصحف.

من هنا نلاحظ أن عقوبة الحرمان من بعض الحقوق والمزايا عقوبة مستمرة من يوم صدور الحكم على المحكوم عليه وحتى إخلاء سبيله من المؤسسة العقابية، كما أن عقوبة الحرمان من بعض الحقوق والمزايا لا تلحق المحكوم عليه ما لم تكن العقوبة الأصلية المحكوم بها هي السجن، وبعبارة أخرى فإن الحكم الصادر من المحكمة المختصة إذا كان هو السجن فإنه يستتبع الحرمان من بعض الحقوق والمزايا، أما إذا كان الحبس فإنه لا يستتبع الحرمان من بعض الحقوق والمزايا المذكورة أعلاه، وبالنسبة لمراقبة الشرطة فإنها من العقوبات التبعية التي تلحق المحكوم عليه في الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي ومثالها: تزيف النقود أو تزويرها أو تقليدها، تزوير الطوابع أو السندات المالية الحكومية أو المحررات الرسمية، الرشوة، الاختلاس، السرقة، القتل العمد المقترب بظرف مشدد.

=

فإن العقوبة الأصلية هي الحبس من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات وبالغرامة من ثلاثمائة إلى خمسمائة ألف دينار جزائري (م 303 من قانون العقوبات الجزائري)، وفي تركيا فهي السجن مدة لا تزيد على ثمان سنوات ولا تقل عن ثلاث سنوات وبالغرامة (م 1/79 من القانون التركي) أما في الكويت فهي السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات وبالغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار كويتي (م 3 من مشروع القانون الكويتي لمكافحة الاتجار في البشر وتهريب المهاجرين).

من خلال ما تقدم نلاحظ بأن عقوبة الغرامة تعد عقوبة أصلية ملازمة، فالقاضي ملزم بالجمع بين العقوبات السالبة للحرية (السجن أو الحبس) وعقوبة الغرامة وذلك لاستخدام القوانين المذكورة أعلاه حرف العطف (الواو) عندما نصت على العقوبات السالبة للحرية وعقوبة الغرامة.

1. علي حسين الخلف وسلطان الشاوي، مرجع سبق ذكره، ص 433.

العقوبات التكميلية¹ هي تلك العقوبات التي لا تلحق المحكوم عليه بقوة القانون، وإنما يجب أن تنص عليها المحكمة صراحة في حكمها المتضمن للعقوبة الأصلية² لذلك نلاحظ أن العقوبات التكميلية تتشابه مع العقوبات التبعية في أن كلا منهما لا تأتي بمفردها وإنما تكون تابعة لعقوبة أصلية، ويختلفان من حيث إن العقوبات التبعية تلحق المحكوم عليه قانوناً من دون حاجة إلى نص القاضي عليها في الحكم، أما العقوبات التكميلية فإنها تستلزم النص عليها من قبل القاضي في الحكم. والعقوبات التكميلية المنصوص عليها عموماً في بعض القوانين: أولاً: الحرمان من بعض الحقوق والمزايا. ثانياً: المصادرة.

بناء على ذلك سيتم التطرق لهذه الجزئية من خلال فقرتين: أولاًها العقوبات السالبة للحرية ، وثانيهما العقوبات المالية على النحو التالي :

الفقرة الأولى / العقوبات السالبة للحرية : تعد عقوبة سلب الحرية من العقوبات الأصلية الواردة في قانون العقوبات الليبي، حيث إنه من المعروف أن العقوبات تنقسم إلى نوعين وفقاً لنص المادة 17 من قانون العقوبات³ ، وهي عقوبات أصلية وعقوبات تبعية، وقد حدد القانون العقوبات بنوعيتها على سبيل

¹ - بالنسبة للتشريعات الجنائية التي عملت على تنظيم أحكام جريمة تهريب المهاجرين فإنها خصصت لهذه الجريمة مجموعة من العقوبات التكميلية، فقد نص المشرع الفرنسي على العقوبات التكميلية للجريمة المذكورة وهي:

- 1- المنع من الإقامة لمدة خمس سنوات.
- 2- سحب رخصة القيادة لمدة خمس سنوات ومضاعفة هذه المدة في حالة العودة إلى ارتكاب الجريمة.
- 3- السحب بصورة نهائية أو مؤقتة للرخص الإدارية الممنوحة للشخص والتي تخوله القيام بتوصيل الخدمات المؤقتة أو الدائمة.
- 4- مصادرة الأشياء المستخدمة كوسيلة في نقل الأشخاص برأ أو بجرأ أو جواً ويحكم كذلك بالمصاريف التي صرفت في تنفيذ حكم المصادرة.
- 5- منع الفاعل من ممارسة الوظيفة العامة وتلك النشاطات المهنية والاجتماعية التي استخدمت كوسيلة لارتكاب الأفعال المنصوص عليها قانوناً لمدة خمس سنوات، ويعاقب بالحبس لمدة سنتين وغرامة قدرها (30000) يورو في حالة ممارسة النشاطات المذكورة أعلاه على الرغم من منعه.

يحظر الفاعل من الإقامة في الأراضي الفرنسية لمدة عشر سنوات ويتم طرده في الحالات المسموح بها قانوناً.

- ضاري خليل محمود، **البيسط في شرح قانون العقوبات**، القسم العام، ط1، بغداد، 2002، ص144.

³ - قانون العقوبات الليبي والتشريعات المكملة له حتى سنة 2005، إعداد مراد محمود الرعوي، منشورات المركز القومي للدراسات القانونية وبحوث حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، 2006. حيث تنص المادة 17 من قانون العقوبات الليبي على أنه (العقوبات نوعان أصلية وتبعية، والأصلية هي الإعدام، السجن المؤبد، السجن، الحبس، الغرامة..

الحصر الأمر الذي لا مجال معه الحكم بغيرها، وذلك تطبيقاً لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) المقرر بموجب حكم المادة الأولى من القانون المذكور¹.

وبذلك فإن المشرع الليبي لم يخرج عن سياق ما ورد في قانون العقوبات في تقرير العقوبات التي نص عليها في قانون المحجرة غير الشرعية التي منها العقوبات السالبة للحرية وهي الأنواع الثلاثة الواردة بقانون العقوبات العام من خلال المواد (20، 21 و22) والمتعلقة بتعريف السجن المؤبد والسجن والحبس²، والعقوبات السالبة للحرية الواردة في القانون رقم 19 لسنة 2010 لم تخرج عن ذلك، لنجدها بدأت بعقوبة الحبس للمهاجر غير الشرعي إذا ما دخل أراضي ليبيا أو أقام بها دون إذن أو تصريح من الجهات المختصة، بقصد الاستقرار فيها أو العبور عن طريقها لدولة أخرى³، ولفظ الحبس هنا جاء دون تحديد الحد الأدنى مما يعني إخضاعه لنص المادة 22 عقوبات، بحيث لا تزيد العقوبة على ثلاث سنوات ولا تقل بأي حال من الأحوال عن شهر باعتبارها جنحة.

كما نص القانون على عقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة لمرتكبي أحد الأفعال المعتبرة هجرة غير شرعية، وتكون هذه الأفعال قد ارتكبت بصورة فردية أو بصورة من صور الاشتراك "مساعدة، تخريض،

=

والتبعية هي الحرمان من الحقوق المدنية، الحرمان من مزاولة المهن أو الأعمال الفنية، فقدان الأهلية القانونية، نشر الحكم بالإدانة).

1 . محمد بشير الشيباني، سياسة المشرع الليبي في مكافحة جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية، رسالة ماجستير منشورة، الطبعة الأولى، أكاديمية الدراسات العليا، جنزور، طرابلس، 2005، ص128

2 . نص المادة 20 من قانون العقوبات الليبي على أنه (عقوبة السجن المؤبد هي وضع المحكوم عليه في أحد الأماكن المعدة لذلك وتشغيله مدى الحياة في الأعمال التي تعينها لوائح السجون)، وتنص المادة 21 على أن (عقوبة السجن هي وضع المحكوم عليه في سجن وتشغيله في الأعمال التي تعينها لوائح السجون ويجب ألا تقل عقوبة السجن عن ثلاث سنوات وألا تزيد عن خمس عشرة سنة إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون)، وتنص المادة 22 عن الحبس على أنه (عقوبة الحبس هي وضع المحكوم عليه في أحد السجون المركزية أو المحلية المدة المحكوم بها عليه ولا يجوز أن تقل هذه المدة بأي حال من الأحوال عن أربع وعشرين ساعة كما لا يجوز أن تزيد على ثلاث سنوات إلا في الأحوال الخاصة المنصوص عليها قانوناً).

3 - القانون رقم 19 لسنة 1378 و.ر (2010) بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة، صدر في سرت بتاريخ 28 يناير سنة 2010 منشور بالجريدة الرسمية، العدد 10، السنة العاشرة، بتاريخ 2010/6/15. المادة 6

اتفاق"، أما إذا ثبت أن الجاني عند ارتكابه للجريمة ينتمي إلى عصابة منظمة لتهريب المهاجرين فإن المسألة تكون مختلفة من حيث العقوبة، لتنتقل من الجنحة إلى الجناية وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن خمس سنوات¹، وظرف التشديد هنا يعتبر من الظروف الموضوعية التي بها تشدد العقوبة²، كما شدد المشرع في حالة أخرى من خلال المادة 5 من هذا القانون التي نصت على أنه: (يعاقب بالسجن وغرامة لا تقل عن عشرين ألف دينار ولا تزيد على خمسين ألف دينار إذا نتج عن نقل الأشخاص المهاجرين غير الشرعيين إلى الداخل أو الخارج عاهة مستديمة، وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا ترتب على النقل حدوث الوفاة)³.

وهنا المشرع اعتبر النتيجة الناشئة عن فعل النقل ظرف تشديد، وهو ما يجعل هذا السلوك من الجرائم المشددة بالنتيجة، وهي من الحالات التي يجب ألا تقع فيها النتيجة المشددة بإرادة الجاني، لأنه خلافاً لذلك سيكون الجاني مسؤولاً عن نموذج قانوني آخر من الجرائم⁴ الواردة بقانون العقوبات العام والتي تعاقب على الضرب والإيذاء أو القتل العمد، وبالتالي لا يحول دون معاقبة الجاني من خلال المادة 5 من القانون رقم 19 لسنة 2010 السالف ذكرها، إلا انقطاع علاقة السببية بين سلوك الجاني وحدث النتيجة المشددة، أما ماعدا ذلك فإن العقوبة قائمة، بغض النظر عن القصد المتكون لدى الناقل سواء كانت قصداً أو إهمالاً، بمعنى أن المسؤولية ومن خلال هذا النص هي مسؤولية موضوعية أو مادية وهي الحالة التي يعاقب فيها الشخص استناداً إلى مجرد توافر العلاقة السببية، ولذا فإن المسؤولية تحدد في هذه الحالة بأن ينسب إلى الجاني النتيجة على أساس توافر علاقة السببية⁵.

1- المادة 2/4 من القانون رقم 19 لسنة 2010.

2- ومثال الظروف المشددة الواردة في القانون النموذجي : انتهاز الجاني حالة استضعاف المهاجر أو ارتحانه بصفة خاصة للحصول على منفعة مالية أو غيرها ، إذا انطوى الجرم على ظروف استتبعت معاملة أولئك المهاجرين معاملة لا إنسانية أو مهينة ، بما في ذلك لغرض استغلالهم ، إذا ارتكب الجاني الجرائم نفسها أو جرائم شبيهة من قبل ، إذا استخدم الجاني المخدرات أو الأدوية أو الأسلحة في ارتكاب الجريمة ، إذا اشتملت الجريمة عددا كبيرا من المهاجرين ، إذا كان المهاجر المهرب طفلا أو استخدمه الجاني كمعاون أو مشارك في السلوك الإجرامي أو كان المهاجر امرأة حاملا أو صحب إعاقة ذهنية أو جسدية

3- يمكن إخضاع هذا النص للقواعد العامة بالمادة 66 من قانون العقوبات والتي تنص على أنه: (إذا علق القانون العقاب على جريمة تحقق شرط كان الفاعل مسؤولاً على الجريمة المحقق فيها الشرط ولو لم يقصد الحادث الذي يتوقف الشرط عليه).

4- محمد رمضان بارة، مرجع سابق، ص368.

5- محمد رمضان بارة، مرجع سابق، ص365

كما تقرر العقوبة بالحبس الذي لا تقل مدته عن سنة لكل من يمتنع عمداً عن اتخاذ إجراء مما يستوجب عليه قانوناً في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون فور إبلاغه عنها أو اطلاعه عليها بحكم وظيفته¹، وهذا النص موجه إلى مأموري الضبط القضائي خاصة أنه قد لوحظ في الآونة الأخيرة تورط عدد منهم في القيام بأعمال الهجرة والمساعدة فيها بتوفير الحماية للمهربين، وتفادياً للإفلات من العقاب فقد نصت المادة 2/7 من القانون رقم 19 على العقاب في صورة الإهمال والتقصير في اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة حيال الواقعة المبلغ عنها أو المطلع عليها بحكم الوظيفة من قبل مأمور الضبط القضائي، غير أن العقوبة في هذه الحالة لم تكن سالبة للحرية وإنما تمثلت في الغرامة فقط².

وبالرغم من وجود الاتفاقيات الدولية بشأن حماية المهاجر عند اعتراضه في البحر³ إلا أنه ثمة قلق تجاه بعض المشاكل . على سبيل المثال عدم تقييم كل مهاجر بمفرده على حدة مما يؤدي في كثير من الأحيان إلى احتجاز وطرد مجموعات دون مراعاة الإجراءات القانونية، وما يصاحب ذلك من سوء معاملة، كما كانت هناك صعوبات في التمييز بين المهاجرين وبين الأشخاص المسؤولين عن التهريب والاتجار غير المشروع الأمر الذي يسبب خلق أزمة إنسانية تجاه المهاجرين⁴.

الفقرة الثانية / العقوبة المالية : لم يرد في هذا القانون من العقوبات المالية سوى عقوبة الغرامة التي عرفها المشرع الليبي من خلال المادة 26 من قانون العقوبات الليبي بأنها: (إلزام المحكوم عليه أن يدفع إلى خزانة الدولة المبلغ المقدر في الحكم ولا يجوز أن ينقص هذا المبلغ عن مائة درهم بأي حال من الأحوال).

1- المادة 1/7 من القانون رقم 19 لسنة 2010.

2- المادة 2/7 من القانون رقم 19 لسنة 2010.

3- من أهم هذه الاتفاقيات :

أ- الأمم المتحدة: اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم

a/res/55/25 بتاريخ 2000/11/15 .

ب- الأمم المتحدة: بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة

المنظمة عبر الوطنية، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم a/res/55/25 بتاريخ 2000/11/15 .

ج- الأمم المتحدة : بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة

المنظمة عبر الوطنية ، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم a/res/55/25 بتاريخ 2000/11/15 .

4-تقرير المقرر الخاص المعني بحقوق الإنسان والمهاجرين، خورخي بوستامنتي، البند 3 من جدول الأعمال للجمعية

العامة، 2008، ص15.

وقد شدد المشرع في هذه العقوبة بأن زاد من قيمتها في القانون رقم 2010/19 لتصل إلى خمسين ألف دينار مع السجن إذا نتج عن نقل الأشخاص "المهاجرين غير الشرعيين" عند تهريبهم إلى الداخل أو الخارج عاهة مستديمة، وتكون ذات الغرامة والسجن إذا ترتب على الفعل حدوث الوفاة.

وكانت الغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد عن عشرة آلاف دينار لكل من قام بقصد الحصول لنفسه أو لغيره على منفعة مادية أو غير مادية، مباشرة أو غير مباشرة، بأن يرتكب أحد الأفعال المعتبرة من أعمال الهجرة غير الشرعية والواردة بالمادة¹ من هذا القانون، وتزداد قيمة الغرامة لتصل إلى خمسة عشر ألف دينار كحد أدنى ولا تزيد على ثلاثين ألف دينار إذا ثبت أن الجاني ينتمي إلى عصابة منظمة لتهريب المهاجرين، وتضاعف العقوبة إذا كان الجاني ممن عهد إليه بالعمل في حراسة المنافذ أو نقاط العبور أو الموانئ أو الحدود بصفة مباشرة أو غير مباشرة أو بمراقبتها.

ونلاحظ هنا أن المشرع قد اشترط في تطبيق أحكام هذه المادة أن ينتمي الجاني إلى عصابة منظمة لتهريب المهاجرين، وكان الأحرى به أن يكون انتماء الجاني إلى أي عصابة بغض النظر عن نشاطها الذي تمارسه، سواء تهريب المهاجرين أو المخدرات أو أي نشاط إجرامي آخر؛ لأن العبرة في تشديد العقوبة هنا هو الانتماء للعصابة والتنظيم وليس لنوع النشاط ليكون النص في صورة مطلقة (إذا كان الجاني ينتمي إلى عصابة منظمة) حتى تكون الشمولية في التحريم وعدم الإفلات من التشديد في العقوبة. أما الحد الأدنى من الغرامة في هذا القانون فكانت مخففة نسبياً لصالح المهاجر غير الشرعي، وهي الغرامة التي لا تزيد عن ألف دينار، ولا تقل وفقاً لنص المادة 26 عقوبات عن 100 درهم بأي حال من الأحوال.²

وأضاف المشرع من خلال هذا القانون واقعة قانونية خرج بها عن القواعد العامة فيما يتعلق بالعقوبات وتعدد الجرائم الواردة بقانون العقوبات تحت نص المادة 76 (الجرائم المتعددة عن فعل واحد والجرائم المرتبطة) التي تنص على أنه: (إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها، وإذا ارتكبت عدة جرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة وجب اعتبارها كلها جريمة واحدة والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم إلى حد الثلث)²، وقد خالف هذا النص أحكام المادة 9 من القانون 2010/19 والتي جاء فيها: (إذا ارتكبت

1 - المادة 4 من القانون رقم 19 لسنة 2010.

2 - تقتضي الفقرة 3 من المادة 6 من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين من الدول الأطراف اعتماد ما يلزم من تدابير تشريعية أو تدابير أخرى لاعتبار أي ظروف ظرفاً مشددة للعقوبة في جرائم تهريب المهاجرين إذا كانت: تعرّض للخطر، أو يُرَجَّح أن تعرّض للخطر، حياة أو سلامة المهاجرين المعنيين معاملة المهاجرين فيها معاملة للإنسانية أو مهينة لأغراض منها استغلالهم، وتشمل الأمثلة عن

عدة جرائم متباينة عوقب الفاعل عن كل جريمة على حدة، ولو توافرت فيها أحكام الارتباط المنصوص عليها في قانون العقوبات) وهذه مخالفة صريحة للقواعد العامة.

وفي القانون المقارن، فقد نظم المشرع المغربي على سبيل المثال لردع الجناة في جريمة الهجرة غير الشرعية، أحكاماً خاصة للعقوبات فنلاحظ أن العقوبات، جنائية أو جنحية أو ضبطية، كان منها ما هو أصلي ومنها ما هو إضافي. وبالنظر لجريمة الهجرة غير الشرعية وجريمة التنظيم والتسهيل للهجرة بصفة سرية فقد عاقب المشرع المغربي بعقوبات أصلية وإضافية على النحو الآتي ذكره:

02 وتختلف هذه العقوبات باختلاف الفعل المرتكب ومدى خطورته.

إذ أقر بالنسبة للمستهدفين بالمهجرة غير الشرعية عقوبة الحبس تتراوح بين شهر وستة أشهر وغرامة تتراوح بين 3000 و 10.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، طبعاً دون الإخلال بأحكام القانون الجنائي إذا ما ثبت ارتكاب المرحش لإحدى الجرائم المعاقب عليها بمقتضى هذا القانون، كاستعماله أثناء اجتيازه لأحد المراكز الحدودية وثيقة سفر مزورة أو تأشيرة مزورة أو انتحال اسم.

أما بالنسبة للمنظمين والمسهلين للهجرة بصفة سرية، فقد أقر عقوبة الحبس تتراوح بين 6 أشهر وثلاث سنوات وبالغرامة من 50 ألف درهم إلى 500 ألف درهم، ولم يمنح للقاضي الحق في الاختيار بين العقوبة الحبسية والمالية نظراً لخطورة هذه الأفعال.

وقد تشدد المشرع بالنسبة للأشخاص الذين يضطلعون بمهام قيادية لقوة عمومية أو ينتمون لها ويسهرون على المراقبة، أو إذا ما كان من المستخدمين بالنقل البري أو الجوي أو البحري أو أية وسيلة نقل أخرى، وقام باستغلال هذه المهمة المنوطة به وقدم العون أو المساعدة للهجرة بصفة سرية، وذلك بعقوبة خاصة تتراوح بين سنتين و5 سنوات وغرامة بين 50000 إلى 500000 درهم، دون أن يمنح القاضي سلطة الاختيار بين العقوبة الحبسية والمالية.

=

الظروف المشددة (على سبيل المثال لا الحصر) ما يلي: استغلال طفل أو خيانة الأمانة أو استغلال السلطة لارتباط الجريمة بجرائم أخرى مثل تهريب المخدرات: فيمكن، على سبيل المثال، إجبار المهاجرين على حمل مخدرات أثناء عملية تهريبهم. ظروف تهريب المهاجرين، كأن تكون درجة الحرارة أو البرودة أو الرطوبة أو الجفاف أو الازدحام في القارب أو الحافلة أو السيارة شديدة، أو أن تكون التيارات البحرية قوية جداً

هذا بالنسبة للأشخاص الطبيعيين، أما بالنسبة للأشخاص المعنويين فإن المشرع المغربي نص من خلال المادة 54 من القانون المذكور على أنه متى ارتكبت الأفعال المجرمة بموجب هذا القانون من قبل شخص معنوي فإن العقوبة تكون الغرامة التي تتراوح بين 10000 ومليون درهم.

- نشر مقتطفات من قرار الإدانة بثلاث جرائد تحددتها بكيفية صريحة، وتعليق القرار على نفقة الشخص المدان خارج مكاتبه أو في الأماكن التي يشغلها.

فالمشرع من خلال المادة 55 حول المحكمة إكمانية الحكم بهذه العقوبة الإضافية، سواء في مواجهة الشخص الطبيعي المدان أو الشخص المعنوي، وذلك بقصد التشهير بالجاني وتشنيع تصرفه، ويبقى للمحكمة الحق في تقرير ما إذا كان سيتم نشر الحكم برمته أو جزء منه فقط، وتعيين الصحف الثلاثة التي يتم فيها النشر، وكذلك الأماكن التي يمكن أن يعلق بها الحكم، ولم يجدد المشرع المغربي المدة التي يمكن أن يظل فيها الحكم معلقاً، إلا أنه بالرجوع إلى المادة 48 من ق.ج نجد أن تعليق الحكم في جميع الأحوال لا يمكن أن يتجاوز شهراً واحداً وأن مصاريف التعليق والنشر تكون على عاتق الشخص المدان.

- وبخلاف بعض التشريعات الأوروبية التي أفردت مقتضيات خاصة لأقارب المهاجر السري وذويه ممن يعيشون برفقته بشكل دائم، حيث ذهبت هذه التشريعات إلى حد إعفاء هؤلاء من المسؤولية في حالة مساعدته على الهجرة غير الشرعية، فإن المشرع المغربي من خلال قانون 03-02 لم يخص مثل هذه الفئات بمقتضيات مماثلة، فعاملُ القرابة والروابط العائلية..... إلخ، غالباً ما يدفع بذوي المهاجر السري إلى تشجيعه على الهجرة السرية وتسهيل خروجه من المغرب، بل في بعض الأحيان تنظيم الخطة التي سيتم فيها مساعدة المرشح على الهجرة بصفة سرية، وهو الأمر الذي تكرر كثيراً بالمحكمة الابتدائية بتطوان، حيث غالباً ما يتم ضبط المرشح وهو يختفي على متن سيارة أحد الأقارب الذين يرغبون في مساعدته على الهجرة إلى الضفة الأخرى، إما بدافع الشفقة أو بدافع الأمل في تحسين وضعيته، وفي بعض الحالات دون مقابل مادي، فيفاجأ بمتابعته بجنحة التنظيم وتسهيل خروج شخص من المغرب بصفة سرية ويتابع في حال اعتقاله ويدان بعقوبة حبس نافذة وغرامة مالية باهظة ويتم مصادرة سيارته، أما المستهدف فيتابع من أجل الهجرة غير الشرعية في حال إطلاق سراحه ويدان بعقوبة حبس موقوفة التنفيذ وغرامة مالية بسيطة، وعموماً، فإن المحكمة إذا ما تبين لها بعد انتهاء المرافعة في القضية المطروحة عليها أن الجزاء المقرر للجريمة في القانون قاسٍ بالنسبة لخطورة الأفعال

المرتكبة أو بالنسبة لدرجة إجرام المتهم ، فإنها تستطيع أن تمتعه بظروف التخفيف إلا إذا وجد نص قانوني يمنع ذلك¹.

كما يجوز لها في حالة الحكم بعقوبة الحبس أو الغرامة، إذا لم يكن قد سبق الحكم على المتهم بالحبس من أجل جنائية أو جنحة، أن تأمر بإيقاف تنفيذ تلك العقوبة، على أن تعلق ذلك².

- ومن المعلوم أن ظروف التشديد ترد في القانون على سبيل الحصر، ولا يمكن أن نعتبر أي ظرف كظرف مشدد ما لم ينص القانون على ذلك.

وقانون 03-02 نص على مجموعة من ظروف التشديد للجريمة التنظيم للهجرة بصفة سرية دون جريمة الهجرة غير الشرعية، ويمكن حصر هذه الظروف في:

1- اعتياد تنظيم وتسهيل دخول أو خروج أشخاص من أو إلى المغرب بصفة سرية، ويقصد بالاعتياد هنا تكرر فعل التنظيم والتسهيل أكثر من مرة، ولم يحدد المشرع المغربي عدد المرات التي يجب أن يتكرر فيها الفعل حتى يمكن القول بتوافر الاعتياد، وعموماً فإن للمحكمة السلطة التقديرية في تقدير توافر هذا الظرف المشدد، وبالتالي تغيير وصف الجريمة إلى جنائية والرفع من العقوبة.

2- الاتفاق المسبق على ارتكاب أفعال التنظيم والتسهيل لدخول أو خروج أشخاص من المغرب أو إليه بصفة سرية، ويقضي هذا الظرف تعدد الأشخاص واتفاقهم المسبق على القيام بأفعال التنظيم والتسهيل للهجرة بصفة سرية للأشخاص، ومتى توافر ذلك يتغير وصف الجريمة إلى جنائية، أما بالنسبة لرؤساء العصابة أو المسيرين الذين يتولون مهمة قيادية فيها، فتتطبق عليهم أحكام الفقرة الثانية من الفصل 294 من ق.ج.

3- إذا ما نتج عن نقل الأشخاص المنظم دخولهم إلى التراب المغربي أو خروجهم بصفة سرية عجز دائم لأحدهم فوصف الجريمة يتغير إلى جنائية.

4- إذا ما أدت أفعال التنظيم والتسهيل للهجرة بصفة سرية إلى وفاة أحد المستهدفين فإن العقوبة ترفع للسجن المؤبد.

هذا بالنسبة لظروف التشديد، أما بالنسبة لحالة العود فيخلاف المقتضيات الزجرية المتعلقة بدخول وإقامة الأجانب بالمغرب التي نص المشرع من خلالها في المادة 49 على أنه يوجد كل محكوم عليه

1- الفصل 146 من القانون الجنائي المغربي.

2- الفصل 55 من القانون الجنائي المغربي.

في حالة العود إذا ما ارتكب أحد الأفعال المشار إليها في المواد 42 إلى 48 خلال مدة خمس سنوات التالية لتاريخ صدور حكم ضده مكتسباً لقوة الشيء المقتضى به من أجل أفعال مماثلة، فإنه في القسم الثاني المتعلق بالمقتضيات الجزية المتعلقة بالهجرة غير الشرعية لم ينص على ذلك، وعموماً فإن حالة العود لا تعدو أن تكون سوى أحد ظروف التشديد الشخصية التي أفرد لها القانون الجنائي أحكاماً خاصة في المواد 155 و156 و157 و159 منه¹.

- لعله من المفيد في هذا المقام الإشارة إلى مضامين التشريع الفرنسي في هذا الشأن، حيث تضمن تشريع 1945 أهم القواعد القانونية المعتمدة في مسألة الهجرة السرية بفرنسا، وهو مؤلف من أربعين فصلاً متضمنة تسعة أبواب وتهم مضامينها شروط دخول وإقامة الأجانب بفرنسا، وأصناف الأجانب المخول لهم الإقامة، والعقوبات الخاصة بالمقيمين غير الشرعيين، وكذلك المساعدين لهم على هذه الإقامة غير الشرعية ثم بعض المقتضيات الأخرى الخاصة بقواعد التجمع العائلي وإجراءات البت في طلبات اللجوء السياسي² وينص الفصل الأول من القرار على كونه يعتبر أجنبياً في تطبيق مقتضيات قرار 1945 كل شخص غير حامل للجنسية الفرنسية، أيأ كانت جنسيته أو لم يكن حاملاً لأية جنسية، مع الأخذ بعين الاعتبار الوضعيات الخاصة في هذا الموضوع.

وينص الفصل الخامس من القرار على ضرورة توفر الأجنبي المرشح دخول التراب الفرنسي على الوثائق اللازمة، بما في ذلك جواز السفر والتأشيرة فيما إذا كان من مواطني دولة خاضعة لنظام التأشيرة، وبموجب مرسوم 27 ماي 1982 صار لزاماً على الأجانب كذلك توفير ضمانات مالية كافية لتغطية مصاريف عودتهم إلى بلدانهم، كما صار لزاماً على الأجانب بيان مبررات وظروف إقامتهم، ولم يعف من هذه المقتضيات الجديدة إلا بعض الفئات المهاجرين من مواطني الاتحاد الأوروبي وطالبي اللجوء (الفصل 3 من تعديل 12 ماي 1998، والفصل 9 من مرسوم 27 ماي 1982).

وتتنوع التأشيرات الممنوحة بالمقتضيات الفرنسية بالخارج:

- تأشيرات قصيرة المدة وتعرف "بالتأشيرات السياحية" ولا تتجاوز مدتها ثلاثة أشهر.
- تأشيرات "الإقامة الطويلة الأمد" وهي مخصصة لبعض فئات الأجانب من طلبة أو مستثمرين، وكذلك أفراد العائلات الراغبة في الالتحاق بفرنسا في إطار التجمع العائلي،

1- للمزيد من التفاصيل يمكن الرجوع إلى القانون الجنائي العام للدكتور أحمد الخليلي، مرجع سابق، ص 287-288.

2- يمكن الإطلاع على نص التشريع الفرنسي الأخير كاملاً من خلال الموقع على شبكة الانترنت:

وتعتبر الإدارة الفرنسية حرة في منح التأشيرة أو رفض منحها دون أن تكون ملزمة بتعليل قرارها بالرفض إلا بالنسبة لبعض الفئات المهاجرين الذين عددهم الفصل 5 من القرار المعدل بموجب قانون 1998، ومع ذلك فإن قرار رفض الدخول للتراب الفرنسي إذا ما كان راجعاً إلى التهديد الذي قد يشكله الأجنبي للنظام العام، فإن هذا القرار ينبغي تحريره كتابة وتعليله تعليلاً كافياً في جميع الأحوال، وتبلغ نسخة منه إلى المعني بالأمر الذي لا يمكن أن يساق إلى الحدود إلا بعد مضي يوم كامل (الفصل 5 الفقرات من 2 إلى 5).

وتعاقب مقتضيات الفصل 19 من قرار 1945 بعد تعديلها- كل مهاجر سري تسلل إلى التراب الفرنسي أو أقام فيه دون الخضوع للإجراءات والضوابط المقررة في هذا الباب بالحبس مدة سنة وغرامة قدرها 25 ألف فرنك، كما يمكن للمحكمة أن تقرر في حق المهاجر السري منعه من دخول التراب الفرنسي لمدة أقصاها ثلاث سنوات، وبعد انقضاء مدة عقوبة الحبس يتم وجوباً اقتياد المهاجر السري إلى الحدود علماً بأن هذه العقوبة لا تطال بعض فئات المهاجرين المنصوص عليهم في الفصل 25. والملاحظ أن العقوبة التي يقرها هذا التشريع الفرنسي للمهاجر السري تبقى جد مرتفعة (لاسيما بالنسبة لمدة الحبس)، إذا ما قورنت بالعقوبات المقررة في غيره من التشريعات الأوربية، كإسبانيا (التي لا تقرر إلا عقوبات مالية فقط)، وبلجيكا (المعاقب فيها على الهجرة السرية بالحبس من 8 أيام إلى 3 أشهر "أو" غرامة من 26 إلى 200 فرنك بلجيكي)، وهولندا (الحبس لستة أشهر كأقصى حد "أو" غرامة قدرها 25 ألف فلورا)، وإنجلترا (ستة أشهر كأقصى حد "أو" غرامة 500 جنيه إسترليني)، إضافة إلى دعوة المشرع إلى إلغاء بعض الحقوق كحق جمع الشمل العائلي أو حق تسوية أوضاع المقيم في البلد لعشر سنوات دون انقطاع، مما كانت تتضمنه القوانين المعمول بها في فرنسا¹. وهذا على عكس ما سار عليه النموذج البلجيكي في محاولة للتخفيف من حدة العقوبات الذي تعامل مع المهاجرين كأقليات ذات معتقد وثقافة وتقاليد، بعيداً عن مفهوم الإدماج القسري².

وإمعاناً من المجتمع الدولي في التصدي لتلك الجريمة نجد أن البروتوكول في المادة 3/6 قد نص على عدد من الظروف المشددة للعقاب من جانب وعلى الأعذار المعفية من العقوبة من جانب آخر، فالظروف المشددة في جريمة تهريب المهاجرين نظر إليها من خلال مجموعتين:

1- هشام صاغور، السياسة الخارجية للاتحاد الأوروبي تجاه الجزائر، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2010، ص 104.

2- سادي محمود، أسامة بدير، أوروبا والهجرة غير المنظمة في مصر بين المسؤولية والواجب، تقدير مركز الأرض والإنسان، سلسلة حقوق اقتصادية واجتماعية، العدد 86، 2009، ص 27.

أ- المجموعة الأولى: وهي التي تعرض حياة المهاجرين للخطر - حيث تشدد العقوبة على كل من يقوم بتهريب المهاجرين أو يساعد في تهريبهم أو إقامتهم بطريقة غير شرعية - على نحو يعرض حياتهم للخطر.

ب- المجموعة الثانية: وهي التي تنطوي على المعاملة اللاإنسانية واستغلال هؤلاء المهاجرين، فإذا انطوت جريمة تهريب المهاجرين على معاملة لا إنسانية لهم أو كان الهدف من التهريب هو استغلال هؤلاء المهاجرين (كسجارة الرقيق الأبيض) واستغلال حاجتهم الشديدة للمال - فإن ذلك يعد ظرفاً مشدداً للعقاب، على أن يراعى رفع العقوبة إلى أقصى حد لها إذا كان الجاني ولي أمر ذلك الطفل أو عائل تلك الأسرة.

ولقد نصت التشريعات الجنائية المنظمة لأحكام جريمة تهريب المهاجرين على العديد من الظروف المشددة لعقوبة الجاني في الجريمة المذكورة، ومن أهمها ما يلي:-

- ارتكاب الجريمة من قبل الجماعات الإجرامية المنظمة

لقد عملت بعض التشريعات الجنائية على إدراج حالة ارتكاب هذه الجريمة من قبل جماعة إجرامية منظمة ضمن الظروف المشددة للعقوبة المقررة لهذه الجريمة، ومن هذه التشريعات القانون الألماني والفرنسي والتركوي والجزائري¹. وسبب النص على هذا الظرف المشدد إنما يعود إلى أن ارتكاب الجريمة من قبل التنظيمات الإجرامية ستؤدي إلى زيادة نسبة خطورتها على المصلحة المحمية قانوناً، وذلك لأن هذه التنظيمات الإجرامية تؤثر على مؤسسات الدولة من خلال اختراقها بتوظيف بعض عناصرها عن طريق الرشوة بالإضافة إلى زيادة فرصة نجاح ارتكاب الجريمة نظراً لامتلاك المساهمين في ارتكابها الجراءة والإمكانات المادية اللازمة.

- تعدد الجناة

نص المشرع الجزائري وكذلك الكويتي على اعتبار تعدد الجناة من الظروف المشددة لعقوبة الجريمة²، حيث نص قانون العقوبات الجزائري على أن العقوبة هي السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات ولا تزيد على عشرين سنة وبالغرامة من (1000000 دينار إلى 2000000 دينار جزائري) إذا ارتكبت هذه

¹ - انظر نص المادة (92/3) من قانون إقامة الأجانب الألماني والمادة (622/5) من قانون إقامة الأجانب الفرنسي والمادة (79/2) من القانون التركي والمادة (303/4) من قانون العقوبات الجزائري.

² - انظر المادة (2/303) من قانون العقوبات الجزائري، والمادة (3/3) من مشروع قانون مكافحة الاتجار بالبشر وتهريب المهاجرين الكويتي..

الجريمة (من أكثر من شخص) كذلك نص مشروع قانون مكافحة الاتجار في البشر وتهريب المهاجرين الكويتي على أن العقوبة هي السجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار إذا ارتكبت الجريمة (من قبل شخصين فأكثر) و الحكممة من تشديد العقوبة في هذه الحالة إنما يعود إلى أن تعدد الجناة سوف يقوي عزيمتهم على انتهاك القانون، بالإضافة إلى كونه يدل على توافر سبق الإصرار في الجريمة، وهذا بدوره يدل على مدى الخطورة الإجرامية للجناة.

- ارتكاب الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله

نص المشرع الجزائري وكذلك الكويتي على هذه الحالة وإدراجها ضمن الظروف المشددة لعقوبة المقررة لهذه الجريمة¹، حيث جاء في قانون العقوبات الجزائري أن العقوبة هي السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات ولا تزيد على عشرين سنة وبالغرامة من (1000000 دينار إلى 2000000 دينار جزائري) إذا ارتكبت الجريمة (بحمل السلاح أو التهديد باستعماله). أما مشروع قانون مكافحة الاتجار في البشر وتهريب المهاجرين الكويتي فنص على أن العقوبة تكون السجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار إذا ارتكبت الجريمة من قبل (شخص يحمل سلاحاً ظاهراً أو مخبأً).

- ارتكاب الجريمة عدة مرات

نص المشرع الألماني على الحالة المذكورة وأدرجها ضمن الظروف المشددة لعقوبة الفاعل²، حيث جعل العقوبة هي السجن مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على عشر سنوات إذا ارتكبت هذه الجريمة لعدة مرات وكان موضوعها في جميع هذه المرات شخصاً واحداً.

والحكممة من اعتبار هذه الحالة ظرفاً مشدداً هو أنها تبرز الخطورة الإجرامية الكامنة في نفس الجاني، كما تبرز قدرته واستعداده لارتكاب الجريمة أكثر من مرة.

- استخدام وسائل النقل الدولية أو انتقال الصفة

نص المشرع الايطالي على هذه الحالة واعتبرها من الظروف المشددة لعقوبة الجريمة المذكورة، حيث جعل العقوبة هي السجن مدة لا تقل عن أربع سنوات ولا تزيد على اثني عشر سنة وبالغرامة التي لا تقل عن خمس عشرة ألف يورو.

1- انظر المادة (3/303) من قانون العقوبات الجزائري، والمادة (3/3) من مشروع قانون مكافحة الاتجار بالبشر وتهريب

المهاجرين الكويتي

2- انظر المادة (2/92) من قانون الإقامة الألماني.

- الغرض من ارتكاب الجريمة

نص المشرع الألماني وكذلك الإيطالي على حالة ارتكاب الجريمة بغرض الحصول على منفعة مادية وأدرجها هذه الحالة ضمن الظروف التي تستلزم تشديد عقوبة الجاني¹ والحكمة من اعتبار هذه الحالة ظرفاً مشدداً تكمن في أن توافر هذه الحالة سيزيد من الخطورة الإجرامية على المصالح المحمية قانوناً بسبب مطالبة الجناة بمبالغ مالية كبيرة أو تحقيق منافع مادية ذات قيمة كبيرة.

- عدد المجني عليهم (الأشخاص المهربون)

نص على هذه الحالة كل من المشرع الألماني والإيطالي وقد أدرجها ضمن الظروف المشددة للعقوبة،² حيث جعل القانون الألماني العقوبة هي السجن مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على عشر سنوات. أما المشرع الإيطالي فجعل السجن مدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد على خمس عشرة سنة، وبغرامة لا تقل عن (20000 ألف يورو) عن كل شخص يتم إدخاله إلى إقليم الدولة إن قام الفاعل بإدخال خمسة أشخاص أو أكثر إلى إقليم دولة إيطاليا و الحكمة من اعتبار هذه الحالة من الظروف المشددة هي أن إدخال أكثر من شخص إلى إقليم الدولة سيؤدي إلى زيادة نسبة احتمال انتشار الأمراض المعدية وارتفاع نسبة البطالة وكذلك ارتفاع معدلات ارتكاب الجرائم.

- سن الشخص المهرب

لقد شدد المشرع الفرنسي عقوبة هذه الجريمة حيث تكون السجن مدة عشر سنوات وبغرامة 75000 يورو إذا كان الشخص المهرب طفلاً، وكان الغرض من ارتكابها هو إبعاد الطفل عن والديه أو عن البيئة التي اعتاد العيش فيها، كذلك فعل المشرع الجزائري الذي شدد عقوبة الجريمة لتصل إلى السجن مدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد عن عشر سنوات وبالعقوبة من 500000 - 1000000 دينار جزائري إذا كان الشخص المهرب قاصراً³.

- صفة الجاني

كما شدد المشرع الكويتي عقوبة الفاعل لتصل إلى السجن الذي لا يزيد على خمسة عشرة سنة وبالعقوبة التي لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار كويتي إن كان الفاعل موظفاً عمومياً في الدولة واستغل وظيفته في ارتكاب الجريمة أو كان المتهم له شأن أو نفوذ بالجهات ذات الصلة بدخول

1 - انظر المادة (1/92) من قانون الإقامة الألماني والمادة (3 / 12) من القانون الإيطالي.

2 - انظر لمادة (2/92) من قانون الإقامة الألماني والمادة (2/ 12) من القانون الإيطالي.

3- نص المادة (5/622) من قانون الإقامة واللجوء الفرنسي والمادة (1/303) من قانون العقوبات الجزائري .

الأجانب إليها أو بعبور حدودها وموانئها¹. كذلك شدد المشرع الجزائري عقوبة الفاعل لتصل إلى السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات ولا تزيد على عشرين سنة وبالغرامة التي لا تقل عن 1000000 دينار ولا تزيد على 2000000 دينار جزائري (إذا سهلت وظيفة الفاعل ارتكاب الجريمة)².
وبالنظر إلى الأعدار المعفية من العقوبة في جريمة تهريب المهاجرين فقد نصت بعض التشريعات الجنائية المنظمة لأحكام جريمة تهريب المهاجرين على الأعدار المعفية من العقوبة المقررة للجريمة المذكورة، ومن أهمها ما يلي:

- الحفاظ على الروابط الأسرية

نص المشرع الفرنسي على حالة الإعفاء لغرض الحفاظ على الروابط الأسرية، حيث ذهب إلى إعفاء الجاني من العقوبة المقررة له إذا كان الشخص المهرب من أصوله أو فروعه أو كان زوجته أو زوج أصوله أو فروعه، أو كان الشخص المهرب أخاه أو أخته أو زوجة أخيه أو زوج أخته، أما حالات الانفصال بين الزوجين فإنها تستثنى من أسباب الإعفاء المذكورة³ كذلك يعفى الفاعل من العقوبة إذا كان الشخص المهرب زوجة الفاعل أو زوجها أو كان يعاشرها أو تعاشره جهراً، وتستثنى من سبب الإعفاء حالات الانفصال وتعدد الزوجات⁴.

- التشجيع على إغاثة الشخص المهرب

نص المشرع الفرنسي على حالة الإعفاء لغرض التشجيع على إغاثة الشخص المهرب، حيث أعفى المشرع الفرنسي الفاعل من العقوبة المقررة له إذا كان باعث ارتكابه للجريمة هو تخليص شخص آخر من الخطر الحال الذي يهدد حياته وسلامته بدنه⁵ حيث إن الشخص المهرب قد يتعرض إلى التيهان عند اجتيازه المنافذ الحدودية البرية، أو قد يتعرض إلى خطر الاختناق عند تواجده داخل صهريج أو حاوية، أو قد يتعرض للغرق عند اجتيازه المنافذ الحدودية البحرية، فيقوم شخص ما بمساعدته وتخليصه من هذه المخاطر، من خلال القيام بإدخاله إلى إقليم الدولة أو مساعدته على البقاء فيه وهو على علم بعدم توافر شروط الدخول أو الإقامة على نحو مشروع في إقليم الدولة، و بعبارة أخرى هناك خطر حال على

1- انظر المادة (4/3) من مشروع قانون مكافحة الاتجار في البشر وتهريب المهاجرين الكويت.

2- المادة (1/303) من قانون العقوبات الجزائري .

3- المادة (1/4622) من قانون الإقامة واللجوء الفرنسي

4- المادة (2/4622) من قانون الإقامة واللجوء الفرنسي

5- المادة (3/4622) من قانون الإقامة واللجوء الفرنسي

الشخص المهزَّب ولا يمكن للشخص المنقذ (في هذه الحالة الفاعل) أن يدفع هذا الخطر الحال إلا من خلال ارتكاب الجريمة المذكورة وعندها ووفقاً لهذا النص يعفى الفاعل من العقاب .

الفرع الثاني

التدابير الوقائية في مواجهة الهجرة غير الشرعية

تتمثل السياسة الجنائية الوقائية فيما يقره المشرع من التدابير الاحترازية أو الوقائية، وهي زمرة من الإجراءات قد نص عليها المشرع بغية مواجهة ما يكمن في شخص مقترف الفعل الإجرامي من خطورة لوقاية المجتمع من آثارها السيئة، وبذلك فإنها تتميز باستنادها إلى نص في القانون، بحيث لا يجوز تقريرها إلا من قبل المشرع، فلا تدبير بغير قانون¹، وبالتالي فإنها تخضع لمبدأ الشرعية، كما أنها لا تكون إلا بحكم قضائي ولا تلحق إلا شخص الجاني ممن تكمن فيه خطورة ارتكاب السلوك الإجرامي مستقبلاً.

إذاً فالتدابير الوقائية هي مسألة متعلقة دائماً بالخطورة الإجرامية وأحياناً بالضرر، والخطورة حالة تتعلق بنفس المجرم وسلوكه، لا وصف يتعلق بالجريمة، باعتبار أن الخطورة الإجرامية ما هي إلا احتمال ارتكاب المجرم جريمة مستقبلية².

هذا، وقد أقر المشرع الليبي في القوانين الجنائية التدابير الوقائية وأفرد لها قواعد وأحكاماً عامة جاءت في القوانين الأساسية ومنها قانون العقوبات العام، ونص عليها في بعض القوانين الخاصة ومنها القوانين المتعلقة بمكافحة الهجرة غير الشرعية، حيث وردت فيها التدابير الوقائية الشخصية مثل الإبعاد وحضر ارتياد بعض الأماكن، بالإضافة إلى التدابير الوقائية المالية المتمثلة في المصادرة وسحب تراخيص المزاولة. وتتمثل السياسة الوقائية التي اعتمدها المشرع الليبي في مكافحة الهجرة غير الشرعية بما أقره من تدابير احترازية في القانون رقم 19 لسنة 2010 هي المصادرة والإبعاد.

أولاً: المصادرة : ورد بقانون العقوبات الليبي في قسمه العام نوعان من التدابير الوقائية هما التدابير الوقائية الشخصية والتدابير الوقائية المالية، وتعد المصادرة إحدى التدابير الوقائية المالية التي نصت المحكمة العليا في تعريفها بأنها: (هي نزع ملكية المال جبراً وإضافته إلى ملك الدولة بغير مقابل على خلاف الغرامة التي تتمثل في تحميل ذمة المحكوم عليه بدين الدولة)³.

1- تنص المادة 137 عقوبات ليبي على أنه: (لا تفرض التدابير الوقائية إلا بناء على نص في القانون وفي حدود ذلك).

2- محمد سامي النبروي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، منشورات جامعة فار يونس، بنغازي، 1978. ص 496.

3 - المحكمة العليا جلسة 1955/12/28، مجلة المحكمة العليا، ج 1، ص 307، مشار إليه في محمد رمضان بارة، قانون العقوبات الليبي، القسم العام، منشورات الجامعة المفتوحة، 1992، ص 145.ويقصد بتعبير " المصادرة" ، التي تشمل

والمصادرة قد تكون جوازية وقد تكون وجوبية، وفي الحالة الأخيرة تكون لها خصائص التدابير الاحترازية¹ التي تستهدف سحب الشيء الخطر المضبوط من التداول؛ توفيقاً للضرر² وحجبه عن التداول. وتكون المصادرة جوازية في حالة الحكم بالعقوبة أو العفو القضائي بالنسبة للأشياء التالية:-

أ- الأشياء التي استعملت أو أعدت لارتكاب الجريمة.
ب- الأشياء التي يعد صنعها أو استعمالها أو حملها أو حيازتها أو التصرف فيها جريمة، ما لم يوجد تصريح في شأنها من السلطات الإدارية.

وبطبيعة الحال فإن الأحكام السابقة لا تنطبق إذا كان مالك الشيء شخصاً لا يد له في الجريمة³.

وفي هذا السياق، قضت المحكمة العليا بأن: (مصادرة أداة الجريمة وهي السيارة ليس وجوبياً الحكم بها وإنما تنص المادة 164 عقوبات على جواز مصادرة الأشياء التي استعملت أو أعدت لارتكاب الجريمة، ومن ثم فلا نأخذ على الحكم المطعون فيه إن هو لم يقض بالمصادرة المطلوبة، وتكون المحكمة قد طبقت صحيح القانون في هذه الجزئية وهي تمارس الرخصة التي منحها المشرع إياها بالمصادرة من عدمها)⁴.

والمشرع الليبي أقر تدبير المصادرة في القانون رقم 19 لسنة 2010 بصورة موسعة، بحيث لحقت المصادرة كافة الأموال المتعلقة بهذه الجريمة النقدية منها والعينية، والمستخدمه فيها والمحصله منها أوفي أي صورة كانت عليها هذه الأموال، حيث نصت المادة (2/10) من هذا القانون: (وفي جميع الأحوال تحكم المحكمة بمصادرة المبالغ المحصله من الجريمة ولو موهت أو بدلت أو حولت إلى مصادر مشروعة، كما يحكم

=

الحجز حيثما انطبق، التجريد النهائي من الممتلكات بموجب أمر صادر عن محكمة أو سلطة مختصة أخرى؛ لتفاصيل أكثر أنظر الأدلة التشريعية لتنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولات الملحقه بها. مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة شعبة شؤون المعاهدات الأمم المتحدة، نيويورك، منشورات الأمم المتحدة... a رقم المبيع ISBN 2004

1- تنص المادة 163 من قانون العقوبات الليبي على أنه: (يحكم دائماً بمصادرة الأشياء الآتية: الأشياء المحصله أو المكتسبة من الجريمة التي صدر فيها الحكم بالإدانة أو بالعفو القضائي ما لم يكن المالك شخصاً لايد له في الجريمة،
2- الأشياء التي يعد صنعها أو استعمالها أو حملها أو حيازتها أو التصرف فيها جريمة في ذاته وذلك حتى لو لم يصدر الحكم بالإدانة).

2- السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الرابعة، دار المعارف، مصر، 1962، ص718، مشار إليه في حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، ص371.

3- نص المادة 164 من قانون العقوبات الليبي.

4- طعن جنائي رقم 35/67 في جلسة 2004/11/19، ص260، العدد 3-4، سنة 1429

بمصادرة وسائل النقل والأشياء والأدوات المستعملة أو التي كانت معدة للاستعمال في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون إلا إذا ثبت ملكيتها للغير حسن النية...).

والمصادرة هنا وجوبية حتى لو سائل النقل والأشياء والأدوات التي كانت معدة للاستعمال، بمعنى الأمر بالمصادرة ولو كان الفعل في مرحلة الشروع أو في المرحلة التحضيرية للجريمة باعتبارها جريمة مستقلة على هذا الأساس، والتشديد هنا في محله، إذ إن الأموال في هذه الجريمة عصب التنظيم والسلاح الذي يستمر به في الوجود، كما أن هذه الأموال تعتبر في الأساس الهدف من ارتكاب جرائم الهجرة غير الشرعية¹.

وفي الوقت الذي اعتبر فيه المشرع الليبي المصادرة تديباً وقائياً فقد أقرها المشرع المغربي كعقوبة إضافية في حق المخالفين، فإذا كانت العقوبات الأصلية هي العقوبات التي يجوز للمحكمة الحكم بها وحدها باعتبارها الجزاء الطبيعي للجريمة، فإن العقوبات الإضافية تكون مضافة إلى عقوبة أصلية، فلا يجوز الحكم بها وحدها.

والمشرع المغربي من خلال ظهير 03-02 أقر مجموعة من العقوبات الإضافية زيادة على العقوبات الإضافية بقوة القانون أو ما يعرف بالعقوبات التبعية التي تنتج حتماً عن العقوبات الجنائية المتمثلة في التجريد من الحقوق الوطنية، والحجز القانوني، والحرمان من المعاش الذي تصرفه الدولة، إذا ما كانت العقوبة هي الإعدام والسجن المؤبد فإن المواد 53 و 54 و 55 من القانون المذكور حولت للمحكمة الحق في الحكم بعقوبات إضافية تتمثل في:

- مصادرة وسيلة النقل المستعملة في ارتكاب الجريمة، سواء كانت الوسيلة تستعمل للنقل الخاص أو العام أو للإيجار، شريطة أن تكون في ملكية مرتكبي الجريمة أو في ملكية الغير الذي يعلم أنها استعملت أو ستستعمل لارتكابها.

والملاحظ أن مصادرة وسيلة النقل المستعملة في ارتكاب الجريمة هي عقوبة إضافية ملزمة للمحكمة متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة 53 والمتمثلة في ملكية مرتكب الجريمة أو الشركاء لهذه الوسيلة أو العلم بالجريمة إذا كانت للغير، وهذه الإلزامية تستشف من كلمة " تأمر المحكمة بمصادرة وسيلة النقل"، فالمشرع لم يترك للمحكمة السلطة التقديرية في إضافة هذه العقوبة من عدمها، بل ألزمها باتخاذها متى توافرت الشروط المذكورة.))ولهذا فالمصادرة إذا اعتبرت عقوبة تثير كثيراً من الإشكاليات لعل أهمها :

1 - إذا قلنا أن شخصية العقوبة من المبادئ المستقرة في القانون الوضعي، فلا شك أن المصادرة ليس فيها من ذلك شيء، فهي تمس حياة من يعولهم فقط وبخاصة في حالة الحكم بالإعدام أو السجن طويل المدة، فنحن هنا لا نصادر أموال الجاني بل أموال غيره.

1- طارق خالد الادريسي، مرجع سبق ذكره، ص 112.

2 - يلجأ المشرع لهذه العقوبة غالباً في أوقات الأزمات والتوترات الاجتماعية , وهذه الأزمات هي في الغالب ناتجة عما يعتقد من الفساد الاجتماعي والسياسي في الدولة فهي مظهر من مظاهر التعبير عن الآراء و الأفكار , فأن يعاقب " الجناة" بعقوبة أخرى غير العقوبة الأصلية ففي ذلك شر مضاف إلى شر .

3 - المصادرة بهذا المعنى قد تكيف عقوبة أو تديباً وقائياً (مصادرة الأشياء التي يعد صنعها أو استعمالها أو حملها أو حيازتها أو التصرف فيها جريمة , مادة - 164 - من قانون العقوبات الليبي مثلا) , ولكن قد لا يكون الفرق واضحاً بين النظامين حينما تنصب المصادرة أيضاً على الأشياء التي استعملت في ارتكاب الجريمة , فأن تصادر المركبة التي استعملت في جلب المخدرات مثلا , فهي لا تختلف عن الغرامة في شيء فيكفي أن تزيد مبلغ هذه الغرامة , والقول بأن " لا يطبق ذلك إذا كان المالك لا يد له في الجريمة " لا يغير من الأمر شيئاً ففي الغالب نجد الجاني هو المالك لها .

وهكذا نحن نرى أنه مما هو مشروع أن تطال المصادرة فقط الأشياء التي يعد صنعها أو استعمالها ... جريمة في ذاته أي جسم الجريمة *corps du délit* , أما ما عدا ذلك فإنه مما يتناقض و أي منطق قانوني سواء كيفت عقوبة أو تديباً وقائياً .

4 - تطبيق أحكام المصادرة في كل أنواع الجرائم , الجنائيات و الجنح و المخالفات (في القانون الفرنسي), يتعارض بلا شك مع فكرة التناسب بين الجريمة و العقوبة و من ثم , مع مبدأ التفريد التشريعي للعقوبة وهذا ما لا يجوز قانوناً في اعتقادنا .

والمشكلة هنا فيما نرى , أن جل الباحثين في هذه المسألة يقررون ذلك بدون أن يسلطوا الضوء على فلسفة هذه العقوبة سواء من حيث وظيفتها أو مشروعيتها , فإذا انتفى الردع انتفت المشروعية حتماً فالعقوبة الأصلية تكفي في القيام بهذه الوظيفة .

وهذا يؤدي بنا للقول بعدم مشروعية العقوبات التكميلية , فهي سوف تكمل ماذا , لا بد أنها تكمل العقوبة الأصلية , وإذا ثبت أنها كاملة بذاتها إذا كانت من أفسى العقوبات كالإعدام أو السجن طويل المدة فأن نكمل ما هو كامل فهذا من تحصيل الحاصل وهذا من المستحيلات كما نعرف .¹

1 . أ. د. / محمد معمر الرازقي تأملات حول فلسفة العقوبة محاضرات مقدمة لطلبة الدكتوراه في القانون الجنائي كلية القانون / جامعة طرابلس.

ثانيا: الإبعاد عن أراضي الدولة

الإبعاد تدبير وقائي شخصي ينطبق على الأجنبي دون المواطن وإلا انقلب إلى شيء آخر وهو النفي إذا ما طبق على المواطن.

وقد نظم المشرع الليبي مسألة إبعاد الأجنبي عن أرض الدولة في المادة 158 من قانون العقوبات العام التي نصت على أنه (على القاضي أن يأمر بإبعاد كل أجنبي يصدر ضده الحكم بالسجن لمدة لا تقل عن عشرة أعوام، كما يجوز إبعاد الأجنبي في الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون، وتطبق على الأجنبي الذي يخالف أمر الإبعاد القوانين المتعلقة بمخالفة أوامر الإبعاد الصادرة من السلطات الإدارية).

وقد اعتبرت المحكمة العليا الليبية أن عدم أمر المحكمة بتدبير الإبعاد في حكمها يعد خطأ في تطبيق القانون، وذلك لأن مقتضى هذا النص أن الحكم إلزامي كلما توافرت شروطه، وهو أن تكون العقوبة المقضي بها هي السجن عشر سنوات فأكثر.¹

والقانون رقم 19 لسنة 2010 لم يخالف نص المادة 158 عقوبات في نصها: "كما يجوز إبعاد الأجنبي في الأحوال الأخرى التي ينص عليه القانون" فنص عليه من خلال المادة 6 والتي جاء فيها: (يعاقب الأجنبي المهاجر غير الشرعي بعقوبة الحبس مع الشغل أو بغرامة لا تزيد عن ألف دينار، وفي جميع الأحوال يجب إبعاد الأجنبي المحكوم عليه في إحدى هذه الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون من أراضي ليبيا بمجرد تنفيذه للعقوبة المحكوم بها).²

والإبعاد هنا أمر وجوبي بحكم القانون، كما أنه وجوبي بحكم الواقع في بعض الأحيان، ذلك لأن عدم إبعاده وبقائه في الإقليم بعد انقضاء العقوبة أمر غير مقبول؛ لأن بقاءه يعتبر جريمة بحكم دخوله غير

1- وهذا ما قضت به محكمة شمال طرابلس الابتدائية دائرة الهجرة غير الشرعية، (حيث حكمت المحكمة حضورا بإدانة المتهم (تركي الجنسية) ومعاقبته بإبعاده عن الأرض الليبية بمجرد تنفيذها لهذا الحكم عن الجريمة، دخول وإقامة في ليبيا دون إذن الجهات المختصة) في القضية رقم 2013/5 في جلسة الأحد الموافق 2014/1/5.

2- وهذا ما قضت به محكمة شمال طرابلس الابتدائية دائرة الهجرة غير الشرعية، (حيث حكمت المحكمة حضورا بإدانة المتهم (نيجري الجنسية) ومعاقبته بإبعاده عن الأرض الليبية بمجرد تنفيذها لهذا الحكم عن الجريمة، دخول وإقامة في ليبيا دون إذن الجهات المختصة، وبلا مصاريف جنائية) في القضية رقم 2013/117 في جلسة الأحد الموافق 2013/10/13. ومن الملاحظ بأن الإبعاد يختلف عن إعادة المهاجر الذي ألزم بروتكول مكافحة تهريب المهاجرين في المادة 18 بأن توافق كل دولة طرف على أن تيسر وتقبل، دون إبطاء لا مسوّغ له أو غير معقول، إعادة الشخص الذي يكون هدفا للسلوك المبيّن في المادة 6 من هذا البروتوكول، والذي هو من رعاياها أو يتمتع بحق الإقامة الدائمة في إقليمها وقت إعادته.

الشرعي، وذلك لأن سلوك المهاجر يعد من الجرائم المستمرة، وبالتالي فالإبعاد للمهاجر غير الشرعي الأجنبي مسألة إلزامية سواء كان ذلك بحكم القانون أو الواقع.

- أما في فرنسا فإن عقوبي الحبس والغرامة قد تضاف إليهما في بعض الأحيان تدابير إضافية تبعاً لوضعية المهاجر السري، يتعلق الأمر على الخصوص بـ:

1: الاقتياد إلى الحدود: وهو قرار يصدر عن الوالي *Un arrêt préfectoral*، وبموجبه

يتم اقتياد الأجنبي المخالف للمقتضيات المتعلقة بالإقامة والدخول إلى الحدود، إما لكونه لم يثبت دخوله الشرعي إلى التراب الفرنسي أو لكونه ظل مقيماً فيه رغم انتهاء مدة التأشيرة دون أن يقيم بتجديدها، أو بعد مرور شهر من تاريخ تواصله بمقرر رفض منحه رخصة إقامة أو رفض تجديدها، أو لأجل قيامه بتزوير رخصة للإقامة.

ومع ذلك، وبالنظر لخطورة هذا القرار فإن القانون الفرنسي قد حد من سلطات الإدارة في إصداره، بأن جعل بعض الأجانب في حل من الاقتياد إلى الحدود، إما لصغر سنهم (القاصرين) أو لطول مدة إقامتهم فوق التراب الوطني ولو بصفة غير شرعية (بالنسبة للأفراد الذين يشتون إقامتهم بفرنسا قبل سن العاشرة، أي الذين أثبتوا إقامتهم بما لأكثر من 15 سنة)، أو بالنسبة لطبيعة الروابط العائلية التي تجمعهم بمواطنين فرنسيين (الأجنبي أب أو أم الطفل فرنسي، زوج أو زوجة مواطن فرنسي لمدة تزيد عن سنة)، أو بالنظر للظروف الصحية للأجنبي المخالف (الأجنبي المحكوم له بإيراد حادثة شغل والمصاب بعجز دائم تفوق نسبتها 20 %، أو الأجنبي الذي تحتاج حالته الصحية إلى رعاية خاصة..).

ويمكن للأجنبي الذي اتخذ بحقه قرار الاقتياد إلى الحدود أن يتقدم بطلب إلغاء القرار المذكور إلى رئيس المحكمة الإدارية، والتي تبث في الطلب خلال 48 ساعة، وقرارها هو الآخر يبقى قابلاً للطعن فيه بالاستئناف خلال أجل شهر، لكن دون أن يؤدي هذا الاستئناف إلى تنفيذ قرار الاقتياد إلى الحدود، ويبقى للمهاجر المخالف في جميع الحالات حق التقدم بطلب في الموضوع إلى وزير الداخلية لإلغاء قرار الاقتياد.

2: الطرد: ويرجع أمر اتخاذ هذا القرار إلى وزير الداخلية، ويمكن أن يطال هذا القرار كل أجنبي

يشكل وجوده فوق التراب الفرنسي تهديداً خطيراً للنظام العام، ومفهوم النظام العام هنا على الرغم من إطلاقه، فإن رقابة القضاء بشأنه تبقى جد هامة حيث قرر القضاء الفرنسي أن: "المخالفات للقانون الجنائي المرتكبة من طرف الأجانب لا تبرر في حد ذاتها إجراء الطرد، ولا تعفي السلطات المختصة من ضرورة دراسة كافة المعطيات للقول فيما إذا كان وجود الأجنبي فوق التراب الفرنسي يشكل بالفعل تهديداً

للنظام العام"،⁽¹⁾ هذا ويعتبر الأجنبي في وضع المهديد للنظام العام في حال إدانته بعقوبة حبس نافذة تزيد على سنة، أو حتى تقل عنها إذا كان الأجنبي قد أدين من أجل المساعدة على الإقامة غير القانونية والعمل اللامشروع وتشغيل المهاجرين السريين.

وإذا كان الأصل أن كل الفئات المحمية من قرار الاقْتِياد إلى الحدود، محمية كذلك من قرار الطرد فإن هذه الحماية قد تختفي تماماً إذا ما تعلق الأمر بالأجنبي المحكوم عليه بعقوبة حبس تزيد على الخمس سنوات، ما عدا القاصرين والأجانب الذين أقاموا بفرنسا قبل بلوغهم سن العاشرة.⁽²⁾

وتجري المسطرة في شأن قرار الطرد بعد توافر الشروط اللازمة 59، باستدعاء المعني بالقرار خمسة عشر يوماً قبل تاريخ مثوله أمام اللجنة المشكلة لهذه الغاية (ينص على تأليفها الفصل 24 من القرار)، وتعطى له كافة الضمانات لإعداد دفاعه والاستعانة بخدمات محام، وتجري المناقشات أمام اللجنة بصفة علنية، وبعد انتهائها تبعث اللجنة بمحضر يتضمن أوجه دفاع الأجنبي المقرر طرده مشفوعة بوجهة نظرها، على أن هذه الصلاحية الاستشارية للجنة، وكذلك الضمانات المكتوبة للأجانب تتقلص إلى حد كبير في الحالات التي تعتبر فيها الإدارة أن استمرار وجود الأجنبي يشكل تهديداً خطيراً أو مساساً بأمن الدولة العام. ورغم فتح الباب أمام المهاجر للطعن في قرار الطرد أمام المحكمة الإدارية، فإن ذلك الطعن لا يوقف تنفيذ قرار الطرد، كما ينتج عن صدور هذا القرار الأخير -وخلافاً لقرار الاقْتِياد إلى الحدود- منع الأجنبي

1- المادة 23 (القانون رقم 89-548-2 أغسطس 1989)، مع الأخذ في الاعتبار أحكام المادة 25، يستطيع وزير الداخلية أن يصدر قرار الطرد إذا كان وجود الأجنبي على الأراضي الفرنسية يهدد النظام العام تهديداً خطيراً... الخ). التشريع الفرنسي كاملاً بشأن إقامة الأجانب واللجوء من خلال الموقع على شبكة الإنترنت ، الرابط الإلكتروني : www.iegisfrance.gouv.fr/

2- المادة 24 (قانون رقم 81-973-1981) لا يجوز اتخاذ قرار الطرد المنصوص عليه في المادة 23 إلا وفقاً للشروط التالية:

1- يجب إخطار الأجنبي مسبقاً وفقاً للشروط المحددة بقرار مجلس الدولة.
2- يجب استدعاء الأجنبي لسماع أقواله أمام لجنة بناء على دعوة من رئيس الشرطة، وتتكون هذه اللجنة على النحو التالي:

- رئيس المحكمة الابتدائية لعاصمة المقاطعة أو من يندبه من القضاة رئيساً.
- أحد القضاة تعينه الجمعية العمومية للمحكمة الابتدائية لعاصمة المقاطعة.
- مستشار من المحكمة الإدارية.
- رئيس دائرة الأجانب في رئاسة الشرطة مقرراً للجنة.

المطرود من العودة إلى فرنسا إلا في حال تعديل القرار من طرف الوزير أو من طرف المحكمة الإدارية، أما في حال تقرير هذه الأخيرة إيقاف التنفيذ، فإن الأجنبي المخالف يمكنه البقاء في فرنسا إلى حين صدور حكم في الموضوع، كما يمكن للأجنبي في كل وقت أن يتقدم بطلب إلغاء قرار الطرد إلى وزير الداخلية بشرط أن يتواجد بالفعل خارج فرنسا.

ومع الأخذ في الاعتبار أحكام المادة 26 فلا يتخذ قرار الطرد تطبيقاً للمادة 23 في الحالات التالية:

1- إذا لم يكن الأجنبي متعدد الزوجات وكان أباً أو أمّاً لطفل فرنسي قاصر مقيم في فرنسا، بشرط أن يثبت أنه يساهم في رعايته وتربيته وفقاً للشروط المنصوص عليها في 2-371 من القانون المدني منذ الولادة أو على الأقل منذ سنة.

2- فإذا كان الأجنبي متزوجاً من فرنسية بشرط عدم انقطاع العلاقة الزوجية، وأن الزوجة لا زالت متمتعة بالجنسية الفرنسية.

3- الأجنبي الذي يستطيع أن يثبت بأي طريقة من طرق الإثبات إقامته العادية في فرنسا ما لا يقل عن خمسة عشر سنة إلا إذا كان خلال كل هذه الفترة حاملاً لبطاقة إقامة مؤقتة تحمل عبارة "طالب" .. وإذا تحايل الأجنبي أو شرع في التحايل على تنفيذ الإجراءات المطلوبة في القانون الفرنسي

المذكور ودخل مرة أخرى بدون إذن إلى الأراضي الوطنية الفرنسية يعاقب بالحبس ثلاث سنوات.

وفي جميع الأحوال فإن الأجنبي الذي تقرر وضعه على الحدود يبعد على أحد الأماكن التالية:

1- البلد التي يحمل جنسيتها.

2- البلد التي أصدرت له وثيقة السفر ولا زالت صالحة للاستعمال.

3- البلد التي تقبل دخول الأجنبي إليها.

ولا يتم إبعاد الأجنبي إلى دولة ما إذا ثبت أن هذه الدولة يخشى عليه فيها أن حياته أو حريته

تتعرض لمعاملة تتعارض وأحكام المادة 3 من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية المؤرخة في 4 نوفمبر 1950.

وفي ذات الشأن فقد نص القانون الإسباني (فصل 57) على إمكانية استبدال الغرامات

المشار إليها سابقاً بعقوبة الطرد في بعض صور المخالفات الجسيمة أو الجسيمة جداً، إذ لا يمكن المعاقبة بالغرامة والطرده في آن واحد، وتؤدي عقوبة الطرد إلى منع المعني من الدخول إلى التراب الإسباني لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات، كما يؤدي هذا القرار إلى الإلغاء الفوري لكل رخص الإقامة الممنوحة للمعني بالأمر ويجب إشعاره بقرار الطرد وكذلك بطرق الطعن الممكن له سلوكها وهيئات التي عليه الامتثال أمامها لتقديم وجه طعنه، ولا يمكن لعقوبة الطرد أن تطاله إلا في حالة الجريمة المنصوص

عليها في الفصل 1/54 أو في حالة العود عند ارتكاب مخالفة جسيمة داخل أجل سنة - الجانب المتواجدين في الحالة التالية:

- المولدون في إسبانيا والمقيمون فيها بصفة شرعية خلال الخمس سنوات الأخيرة.
- المتحصلون على رخصة إقامة دائمة.
- الأجانب ذوو الأصل الإسباني ممن فقدوا الجنسيات الإسبانية.
- أزواج الأجانب الأصول والأولاد القاصرون أو المعوقون الموجودون تحت بند:

1- المادة 27 من القانون رقم 92-34 بشأن تنظيم دخول وإقامة الأجانب في فرنسا، 10 يناير 1990.

2- المادة 27 من القانون رقم 93-1027 بشأن تنظيم دخول وإقامة الأجانب في فرنسا، 24 أغسطس 1993.

- رعاية الأجنبي شرط أن تكون مدة إقامتهم بإسبانيا تزيد على عامين، وكذلك النساء الحوامل متى كان تنفيذ قرار الطرد في حقهم من شأنه أن يلحق ضرراً بصحتهن.

- المستفيدون من منح العجز الدائم الناتجة عن حادثة شغل أو مرض مهني حدث في إسبانيا، والمستفيدون من منح البطالة أو المستفيدون من المعاشات الاقتصادية ذات الطابع العمومي.

ويجري تنفيذ قرار الطرد بعد تبليغه إلى الأجنبي، ويتعين على هذا الأخير مغادرة التراب الإسباني داخل الآجال المقررة لذلك دون أن تقل هذه الآجال عن 72 ساعة ما لم يتعلق الأمر بواحدة من حالات المسطرة الامتياز المنصوص عليها في الفصل 63 ، وفي حالة عدم مبادرة الأجنبي إلى تنفيذ قرار الطرد يتم اعتقاله واقتياده إلى مركز الحدود في انتظار طرده، أما إن هو عجز عن تنفيذ القرار فإن له أن يطلب إيداعه في أحد المراكز دون أن تتعدى مدة هذا الإيداع في جميع الأحوال 40 يوماً، ومصاريف تنفيذ قرار الطرد يتحملها المهاجر إذا كانت له الوسائل المادية الكافية لذلك، وإلا فإن تلك المصاريف يتم تبليغها إلى القنصل أو الممثل الدبلوماسي ، ولا ينفذ قرار الطرد في حق المهاجر الذي تقدم بطلب اللجوء حتى يتم البت في هذا الطلب بالقبول أو الطرد وفقاً للقواعد الجاري بها العمل في ميدان اللجوء (الفصل 63/3).

وتؤكد مقتضيات فصول القانون الإسباني (الفصل 65) على قابلية القرارات العقابية الإدارية للطنع فيها وفقاً للقوانين المعمول بها في إسبانيا وأمام الجهات التي أسند لها القانون البت في هذه الطعون، ويمكن للأجنبي أن يمارس هذا الحق في الطعن حتى في حال تواجده خارج التراب الإسباني عن طريق الجهات الدبلوماسية أو القنصلية المختصة.

3: المنع القضائي من التراب

وهو قرار قضائي يصدر عن محكمة الجرح ومحكمة الاستئناف كعقوبة إضافية في الجرائم المتعلقة بمخالفة قواعد الدخول والإقامة، وعمل الأجانب، أو بالنسبة لبعض جرائم الحق العام، ويمكن للمنع القضائي من التراب أن يكون لمدة مؤقتة أو لمدة دائمة، ويترتب على اقتياد المعني به إلى الحدود فور انقضاء مدة الحبس، وباستثناء الحماية المقررة للقاصرين فإن للمحاكم أن تقر عقوبة المنع القضائي من التراب في حق كل الفئات الأخرى من المهاجرين المخالفين، بشرط تسببها لقرارها بالمنع، وكذلك الأخذ بعين الاعتبار خطورة الأفعال والحالة الشخصية والعائلية للأجنبي قبل تقرير المنع في حقه، ومع ذلك فإن كل الضمانات تتوارى، ويصبح تقرير المنع لازماً في حال ارتكاب الأجنبي لبعض الجرائم الجسيمة (جرائم ضد الإنسانية، والاختراقات في جماعات محاربة، المساس بالمصالح العليا للدولة، استيراد وتصدير المواد المخدرة، وتبييض الأموال الناتجة عن هذه الأنشطة..).

ويمكن للأجنبي المعني بقرار المنع أن يتقدم بطلب إلى المحكمة مصدرة الحكم، على أن هذا الطلب لا يكون ممكناً تقديمه إلا بعد مرور ستة أشهر من تاريخ الحكم، وشرط أن يوجد الأجنبي بالفعل خارج التراب الفرنسي، وفي حال عدم استجابة رئيس المحكمة للطلب يبقى بإمكان الأجنبي طلب التمتع بعفو من رئيس الجمهورية.

أما بالنسبة لأعمال التسهيل والمساعدة والتشجيع على الدخول والإقامة غير القانونيين للأجانب، فإن المشرع الفرنسي مال إلى التشدد في عقابها، وجعل العقوبات بشأنها تصل إلى خمس سنوات سجنًا وغرامة 200.000 فرنك، فضلاً عن بعض التدابير الوقائية الأخرى كالمنع من الإقامة وسحب رخص القيادة والنقل بالنسبة للناقلين الجويين والبحريين والبريين (فصلين 20 و 21)، بل وقد ترتفع العقوبات المقررة أعلاه إلى السجن لعشر سنوات والغرامة إلى 5.000.000 فرنك إذا ما كان نشاط التهجير السري والمساعدة على الدخول والإقامة غير القانونيين قد تم في إطار عصابات منظمة (فصل 12 من قانون 349-98 فقرة أولى).

ومع ذلك، ولا اعتبارات القرابة العائلية- فقد أعفى التعديل الأخير بعض الأشخاص المرتبطين بالمهاجرين السريين من المتابعة من أجل المساعدة على الهجرة السرية، وخصوصاً منهم الأزواج والإخوة، وكل الأشخاص الآخرين الذين يقيمون معهم بشكل أقرب منهم إلى الأزواج (فصل 12 من قانون 349-98 فقرة ثانية).

الخاتمة

إن الإفراط في تقييد الهجرة القانونية المنظمة يجعل من الهجرة غير الشرعية بديلا لها، ويجعلها جريمة في حق المهريين والقائمين عليها، نتيجة لآثارها السلبية، وبالتالي تجعل من المهاجرين هدفا للمنظمات الإجرامية .

فالمجتمع الدولي يحرص على وضع المصلحة الحمية جنائيا في إطار حماية الإنسان وأدميته وعدم التعرض لما يمس بكرامته في حدود النظم القانونية المعمول بها، رغم اتجاه بعض التشريعات إلى تجاهل ذلك والانسياق وراء حماية مصالح الدولة وحدودها السيادية وجعلها فوق أي اعتبار، ومع ذلك فإن التدابير التي بالرغم من اقتناع المجتمع الدولي بمساهمتها في الحد من تلك الجريمة، إلا أنها لازالت قاصرة أمام فداحة الأعمال التي تظال المهاجرين جراء استغلالهم بكافة الطرق.

إن جل المواضيع تتحدث عن جريمة الهجرة غير الشرعية في صورة تهريب المهاجرين واعتبار المهاجر في هذه الحالة ضحية وليس متهما والمتهم فيها هو الشخص الذي قام بتهريب هؤلاء ، وهذا خلط بين جريمتين رغم الاختلاف الجلي والواضح .فالتنظيم المستقل بالنص في قوانين خاصة للهجرة غير الشرعية يضمني على التشريع ومن ثم المنظومة القانونية قوة واقعية، سواء كان على صعيد مواءمتها التجريم أو العقاب.

رغم ذلك تحرص الاتفاقيات الدولية على عدم ملاحقة المهاجر جنائيا، مراعاة للجانب الإنساني وتلبية لمقتضيات العدالة باعتباره ضحية عصابات التهريب، وبالتالي فإن تجريم التشريعات الداخلية لسلوك المهاجر وردعه بقسوة قد يتنافى وذلك الاعتبار، وعلى سبيل المثال فإن القانون الليبي المتعلق بمكافحة الهجرة غير الشرعية جاء لاعتبارات سياسية بدرجة أكبر من أي اعتبار آخر، حفاظا على سيادة وأمن الدولة، دون مراعاة الجوانب الإنسانية، إضافة إلى عدم ضبط المفاهيم في نصوص القانون وتحديدتها، كإغفاله لمفهوم حسن النية في المصادرة الذي يمكن إيقاعه تحت طائلة العقاب بالرغم من جهله بحقيقة الجريمة، كذلك ماورد في المادة 19 من القانون 2010/19 والذي جاء بتعبير (آخرين) في (تنظيم وتوجيه آخرين) تعبيرا عاما قد يؤدي إلى لبس لغوي، وحتى مع إصداره وبمرور أكثر من ثلاث سنوات على الإصدار وبالرغم من حداثة نسبي فإنه لم يلق تطبيقا قضائيا فعالا لردع الجناة وتحقيق غاياته.

فالنصوص الواردة في التشريعات المقارنة جاءت موائمة إلى حد كبير لما ورد في الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة نتيجة لتطورها في مجال تنظيم الهجرة، ذلك أن مجرد التجريم والعقاب أمام الامتداد الكبير لجريمة الهجرة غير الشرعية وصعوبة الحد منها لا يكفي، مما يستدعي الحاجة لتدابير وقائية أخرى لإمكانية السيطرة على تفاقم أخطار الهجرة غير الشرعية. من جانب آخر، فإن المشرع الليبي قد خرج عن مبدأ الشرعية في

تحديد بعض العقوبات وذلك بإقرار الحد الأدنى فقط دون تحديد الحد الأعلى وهو الشيء الذي لا يمكن قبوله لعدم دستوريته.

أخيراً ، ولتنظيم أحكام جريمة تهريب المهاجرين في قانون العقوبات أو في قانون خاص نرى إدراج جريمة تهريب المهاجرين في قائمة الجرائم التي تستوجب فرض عقوبة مراقبة الشرطة على المحكوم عليه ، وتبني سياسة تعمل على وضع قواعد للهجرة والتوسع التدريجي في إيجاد قنوات شرعية لها بما يتواءم والسياسة الداخلية .

ومن وجه آخر، فلا ضير من رسم استراتيجية واسعة وخصبة قد تسمح بإدماج المهاجرين في المجتمعات التي وفدوا إليها لكي لا يشكّلوا عبئاً عليها أو يعملوا على زعزعة استقرارها، على أن يراعى في ذلك مصلحة الدولة وسيادتها على أرضها في المقام الأول ، ومن ثم نشر سياسة عدم التعامل مع المهاجر على أنه عالة على المجتمع وإنما هو إنسان يريد المكسب والثراء بمقابل أداء عمل، وذلك لضمان ولائه إلى حد ما لتلك الدولة .

قائمة المراجع

أولاً: الكتب :

- 1- أحمد الخليلي، شرحه للقانون الجنائي القسم العام، مطبعة المعارف، الرباط، الطبعة الثانية، 1989.
- 2- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات (القسم الخاص)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1979.
- 3- حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، الدار الجماهيرية، الطبعة الأولى، 1996.
- 4- حنان بشير الصويغي، علم الإجرام الاجتماعي، مطابع الوحدة العربية، الزاوية، ليبيا، 2004.
- 5- سادي محمود، أسامة بدير، أوروبا والهجرة غير المنظمة في مصر بين المسؤولية والواجب، تقدير مركز الأرض والإنسان، سلسلة حقوق اقتصادية واجتماعية، العدد 86، 2009.
- 6- ضاري خليل محمود، البسيط في شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط1، بغداد، 2002.
- 7- علي حسين الخلف، سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، دار السلام، بغداد، 1982.
- 8- محمد الرازي، محاضرات في القانون الجنائي القسم العام، دار أوبا، طرابلس، الطبعة الثالثة، 2002.
- 9- محمد رمضان باره، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، الجزء الأول، (الأحكام العامة للجريمة)، 2013.

- 10- محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1993.
- 11- محمد سامي النراوي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي، 1978.
- 12- محمد معمر الرازقي، علم الإجرام والسياسة الجنائية، دار الأنيس، مصراته، الطبعة الأولى، 1995.
- 13- هشام صاغور، السياسة الخارجية للاتحاد الأوروبي تجاه الجزائر، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2010،

ثانياً: الرسائل الجامعية :

- 1- طارق خالد الإدريسي، جريمة الهجرة غير الشرعية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، 2010-2011.
- 2- محمد بشير الشيباني، سياسة المشرع الليبي في مكافحة جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية، رسالة ماجستير غير منشورة، الطبعة الأولى، أكاديمية الدراسات العليا، جنزور، ليبيا، 2005.
- 3- هشام صاغور، السياسة الخارجية للاتحاد الأوروبي تجاه الجزائر، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2010، ص 104.

رابعاً: الوثائق :

- 1- الأمم المتحدة، اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم a/res/55/25 بتاريخ 2000/11/15.
- 2- الأمم المتحدة، بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم a/res/55/25 بتاريخ 2000/11/15.
- 3- الأدلة التشريعية لتنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولات الملحق بها . مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة شعبة شؤون المعاهدات الأمم المتحدة، نيويورك ، منشورات الأمم المتحدة a... رقم المبيع ISBN 2004.
- 4- الأمم المتحدة ، القانون النموذجي لمكافحة تهريب المهاجرين ، مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة (فيينا) ، نيويورك 2010.
- تقرير المقرر الخاص المعني بحقوق الإنسان والمهاجرين، خورخي بوستامنتي، البند 3 من جدول الأعمال للجمعية العامة، A/55/383/Add1 ، 2008

5- القانون رقم 19 لسنة 1378 و.ر (2010) بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة، صدر في سرت بتاريخ 28 يناير سنة 2010 منشور بالجريدة الرسمية، العدد 10، السنة العاشرة، بتاريخ 2010/6/15.

6- قانون العقوبات الليبي والتشريعات المكملة له حتى سنة 2005، إعداد مراد محمود الرعوي، منشورات المركز القومي للدراسات القانونية وبحوث حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، 2006.

7- القانون الجنائي المغربي " ظهير شريف " رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نوفمبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي .

خامساً: الأحكام القضائية :

1- محكمة شمال طرابلس الابتدائية، دائرة الهجرة غير الشرعية، حكمها في القضية رقم 5 / 2013، غير منشور، محاضر الجلسات، جلسة الأحد بتاريخ 2013/12/29.

2- محكمة شمال طرابلس الابتدائية، دائرة الهجرة غير الشرعية، القضية رقم 2013/5 غير منشور، محاضر الجلسات، جلسة الأحد الموافق 2014/1/5.

3- المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 35/67 ق جلسة 2004/11/19، العدد 3-4، 1429.

سابعاً: المراجع الإلكترونية :

1 - التشريع الإسباني في مادة الهجرة من 1967 إلى سنة 2000 منشور في موقع نقابة هيئة المحامين بسرقسطة على الإنترنت ، الرابط الإلكتروني :

extrangeria/www.reicaz.es //:http

2 - التشريع الفرنسي كاملاً بشأن إقامة الأجانب واللجوء من خلال الموقع على شبكة الإنترنت ، الرابط الإلكتروني :

www.iegisfrance.gouv.fr//http

الأحكام العامة لنظرية العلم اليقيني

إعداد الأستاذ: محمد عبدالسلام عريقيب

عضو هيئة التدريس بكلية القانون "الخمس" — جامعة المرقب

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، رب العرش العظيم، والصلاة والسلام على خاتم النبيين، وعلى آل بيته الطيبين الطاهرين، وأصحابه الغر الميامين، ثم أما بعد:

فإن القرارات الادارية، تكتسي أهمية بالغة في سياق العمل الإداري، وتعزى هذه الأهمية باعتبارها من أهم وسائل مباشرة الوظيفة الادارية، وأبرز مظاهر امتيازات السلطة العامة، التي تتمتع بها الادارة في مواجهة الافراد، من حيث عدم مساواة إرادتها بإرادة الأفراد، خدمة لمقتضيات المصلحة العامة، والنظام العام لذلك هناك تاريخان رئيسيان لنفاذ القرارات الإدارية، هما: تاريخ صدور القرار، وتاريخ العلم به، أو سريانه في مواجهة الأفراد، ذلك أن القرار الاداري، لا يسري في مواجهة الأفراد، ولا يلزمهم، إلا اذا وصل الى علمهم بالطريق القانوني المقرر، وهو النشر، أو الاعلان، أو العلم اليقيني، فالاحتجاج بالقرار لا يتم إلا من ساعة معرفة الجمهور به، أفرادا كانوا، أو جماعات، فرديا كان هذا القرار، أو تنظيميا، فأصحاب الشأن الذين تخاطبهم القرارات الادارية، لا يمكن أن يلتزموا بها إلا من اليوم الذي تنقل فيه إلى علمهم بإحدى وسائل الاشهار الذي يؤثر في عملية الاحتجاج على من صدر القرار في حقه. فالموازنة بين المصالح العامة واستقرار المراكز القانونية الناشئة عن القرارات الادارية من جهة، وحماية حقوق الأفراد التي تتصل بعلمهم المباشر بصدور القرار والاحاطة بمحتواه من جهة أخرى، وهذه محاور نروم لبحثها تفصيلاً في بحثنا هذا .

- أهمية البحث

تكمن أهمية هذا البحث، في ارتباطه بمسألة في غاية الأهمية على صعيد ثبات واستقرار المعاملات القانونية، فمسألة العلم اليقيني، ترتب الإلزام وغيابها، يؤدي إلى غياب قوة الإلزام في القرار، كما أنه يرتبط بميعاد الطعن في القرار الاداري، وبمسألة المشروعية التي تضمن سلامة القرارات الادارية، فتجاهل العلم اليقيني، يؤدي إلى نفاذ القرارات الادارية في حق الأفراد، والتي قد يشوبها عيوب تحدد سلامة ونزاهة العملية

الإدارية

- إشكالية البحث

تثير مسألة العلم اليقيني عديد الإشكالات، خاصة و أنها تخضع بالكامل من حيث ماهيتها وشروطها لاجتهادات القضاء، دون أن تضمن للنصوص التشريعية، ليثار التساؤل حول مستقبل هذه النظرية لاسيما أنها هجرت على صعيد بعض الأقضية المقارنة، كما سنبحث في دراستنا هذه إشكاليات، ماهية العلم اليقيني، وموقف القضاء الليبي منه، وطرق إثباته، مع تحديد الجهة التي يقع على عاتقها عبء إثبات العلم اليقيني .

- منهج البحث

سلكت في هذا البحث، المنهج الوصفي التحليلي، وذلك باستعراض الأحكام القضائية الليبية المتعلقة بالخصوص، وتناولها بالتحليل، مع الاستعانة في حدود ضيقة ببعض الأمثلة والأحكام المقارنة، وهو أمر نجد مبرره، من طبيعة وظروف نشأت هذه النظرية، التي نقلها القضاء الليبي من القضاء المقارن .

- خطة البحث

اتبعت في هذا البحث، التقسيم الثنائي القائم على مقدمة ومبحثين وخاتمة، أما المقدمة فقد بينت فيها أهمية الموضوع محل الدراسة، وتطوره في أحكام القضاء، والإشكاليات التي يثيرها أما المباحث، فكانت على النحو الآتي :

المبحث الأول : ماهية نظرية العلم اليقيني وشروط نفاذها .

المطلب الأول : التعريف بالعلم اليقيني .

المطلب الثاني : شروط اعتبار العلم اليقيني .

المبحث الثاني : إثبات العلم اليقيني .

المطلب الأول : عبء إثبات العلم اليقيني .

المطلب الثاني : حالات إثبات العلم اليقيني .

أما الخاتمة، فذكرت فيها أهم النتائج، والتوصيات، ثم ذيلت البحث، بمجموعة من المصادر والمراجع، التي رجعت إليها، لجمع مادة البحث، ورتبتها ترتيبا أبجديا .

المبحث الأول

ماهية نظرية العلم اليقيني وشروط نفاذها

من المعلوم أن القانون الإداري - بمعناه الفني الدقيق -، قد نشأت مبادئه في كنف القضاء الإداري، وإنه بذلك قانون حديث النشأة، قضائي التأصيل، لذا أبرزت الأحكام القضائية، بوضوح تام مفاهيم واشتراطات نفاذ العديد من المصطلحات القانونية، ومن بينها العلم اليقيني، الذي يعد من المفاهيم المهمة

في سياق الدلالة والنتائج، التي تترتب على التحديد الدقيق لمفهومه، لذلك سندرج على استيضاح مفهوم العلم اليقيني، وشروط نفاذها، في مطلبين، يتناول الأول: التعريف بالمصطلح، والإضاءة على نشأته، بينما يتناول المطلب الثاني: الشروط الواجبة لنفاذ نظرية العلم اليقيني:

المطلب الأول

التعريف بالعلم اليقيني وبيان نشأته

تعددت التعريفات الخاصة بمفهوم العلم اليقيني، على مستوى الفقه والقضاء، إلا أنها أجمعت على كونها وسيلة قضائية معتبرة، أضافها القضاء، كإحدى الوسائل التي يبدأ بنفاذها ميعاد الطعن القضائي، بجانب الوسيلتين التشريعتين النشر والإعلان، وللإضاءة بنوع من العمق، حول مفهوم العلم اليقيني، وظروف نشأته التاريخية على نحو ما يأتي بيانه:

أولاً: ماهية العلم اليقيني.

إن لفظت العلم اليقيني، من الألفاظ التي تختلف معانيها حسب المقام الذي ترد فيه، فهو لغة ذلك الذي يزيح الشك، ويحقق الأمر، وقد أيقن، فهو يقن، واليقين نقيض الشك، والعلم نقيض الجهل، تقول علمته يقينا⁽¹⁾ أي أحطت بجميع جوانبه، فاستقرار العلم بالشيء، يزيل ما ينافيه، والشك والتردد ينافي ويناقض الثبوت والاستقرار للحكم، ولذلك أجمع اللغويون، على اعتبار اليقين إزالة للشك وإزاحته، و إتقان العلم بانتفاء الشك والشبهة عنه، وهو العلم الجازم الذي لا شك فيه.

أما اصطلاحاً، فهو لا يختلف عن العلم اليقيني اللغوي، من حيث المفهوم، ومناطه ثبوت تحقق علم صاحب الشأن بمضمون القرار الإداري، وفحواه علماً يقينياً نافياً للجهالة، لا ظنياً أو افتراضياً، ويمكن استخلاصه من أي واقعة أو قرينة تفيد حصوله على سبيل الجزم واليقين، لا الظن والتخمين، وذلك دون التقييد بوسيلة إثبات معينة، على أن يقوم الدليل في الأوراق، على ما يؤيد توافر هذا العلم، ويقطع بحصوله كالاعتراف المدرج في صحيفة الطعن، والذي يؤكد ثبوت علمه بالقرار في تاريخ محدد، وهذا الفهم هو ما أكدته المحكمة العليا بقولها: (.... هو العلم اليقيني الكامل، والنافي للجهالة، حيث يكون شاملاً لمؤدى القرار ومحتوياته، وأن يثبت على وجه اليقين في تاريخ معين، يبدأ به حساب الميعاد، بحيث يصير صاحب الشأن في حالة تسمح له بالإلمام بكل ما تجب معرفته، فيتبين مركزه القانوني من القرار المطعون فيه، وإدراك

1- مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الفكر بيروت، الطبعة الأولى، الجزء الثامن عشر، ص596.

مواطن العيب فيه، وما يمس مصلحته، ولذلك فلا عبرة بالعلم الظني أو الافتراضي، مهما كان احتمال العلم قويا، وما دام لم يقدّم على هذا العلم، في تاريخ معين، دليل قاطع يتحدد به ميعاد رفع الدعوى⁽¹⁾ والمشروع الليبي لم ينص على اعتبار العلم اليقيني، سبب من أسباب بدء سريان ميعاد دعوى الإلغاء، حيث جاء في المادة الثامنة من القانون رقم 88 لسنة 1971م ما نصه: (ميعاد دعوى الإلغاء، أمام دوائر القضاء الإداري، فيما يتعلق بطلبات الإلغاء، ستون يوما، من تاريخ نشر القرار المطعون فيه، أو إبلاغ صاحب الشأن به)، وبذلك ترك الأمر للقضاء الإداري، الذي ينسب له الفضل في ظهور هذه النظرية، وترسيخ دعائمها، والمحكمة العليا في إطار تأكيدها على النشأة القضائية لهذه النظرية، أوردت في أحد أحكامها ما مفاده: (الأصل أن ميعاد دعوى الإلغاء، يبدأ من تاريخ نشر القرار الإداري، أو إعلان صاحب الشأن به، ويجري النشر بالنسبة للقرارات التنظيمية واللائحية والإعلان، بالنسبة إلى القرارات الفردية، والإعلان بالقرار هو الأصل، والنشر هو الاستثناء، وقد جرى القضاء، على اعتبار علم صاحب الشأن بالقرار قائما مقام النشر والإعلان في هذا الخصوص)،⁽²⁾ والنشر والتبليغ هنا ليسا غاية في ذاتهما، بل هما مجرد وسيلة، لتحقيق علم صاحب الشأن بالقرار، وترتيب الأثر القانوني، فإذا ما تحقق علمه بأية وسيلة أخرى، على وجه قاطع بصدور القرار وبمضمونه، وفقا لاشتراطات القضاء الإداري، ترتب بحقه الآثار القانونية ذاتها التي ترتب على النشر والإعلان،⁽³⁾ ونظرية العلم اليقيني شهدت تطورا تاريخيا منذ ابتداعها، وحتى رسوخها في أحكام القضاء الليبي، الذي استمر وفيها لها في أحكامه المتواترة، رغم هجرها في أحكام القضاء المقارن، وعلى رأسها أحكام مجلس الدولة الفرنسي، الذي يعود له الفضل في ابتداع ونشأة النظرية، وهو ما سيتضح لنا تباعاً .

ثانيا : النشأة التاريخية لنظرية العلم اليقيني .

تعد نظرية العلم اليقيني، من النظريات ذات المنشأ القضائي، صاغ أحكامها ومبادئها مجلس الدولة الفرنسي، والذي تأثر به القضاء الليبي، ونقل عنه أحكام ومبادئ القانون الإداري، ليس فقط في مجال

1- حكم المحكمة العليا الليبية، طعن إداري رقم 2/3ق، بتاريخ 28 / 11 / 1956م ، منشور في قضاء المحكمة العليا الإداري والدستوري، الجزء الأول، ص 58 .

2 - حكم المحكمة العليا الليبية، طعن إداري رقم 22/11ق ، بتاريخ 10 / 6 / 1976م، مجلة المحكمة العليا، السنة الثالثة عشر، العدد الثاني، ص 31 .

3- سليمان الطماوي ، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، القاهرة، دار الفكر العربي، 1996، ص 503 .

نظرية العلم اليقيني محل دراستنا، والتي أصبحت بمثابة المبدأ القضائي المستقر في قضائنا المحلي، بالرغم من عدم النص عليها، بل في مجالات أخرى كثيرة، كالمسؤولية الإدارية، والضبط الإداري، والمرفق العام، وامتيازات السلطة العامة، وهو ما ساهم إيجاباً في تكوين أحكام القانون الإداري الليبي، والمقارن عموماً، وفي قضاء مجلس الدولة الفرنسي، شهدت النظرية تطوراً مرحلياً مهماً، من حيث الاتساع في الأخذ بها، أو فرض اشتراطات صارمة لإنفاذها، بعد أن كان القرار الإداري قابلاً للطعن بالإلغاء، في حالة عدم وجود وسيلة النشر أو الاعلان، مهما طالّت المدة، بين اصدار القرار، وبين رفع الدعوى، حيث أجاز مجلس الدولة الفرنسي، الطعن في قرار بعد مرور أكثر من ثلاثين سنة على اصداره، وذلك بقبوله سنة 1924م إلغاء قرار صادر في سنة 1893م، قبل أن تعتمد هذه النظرية، في حالة مداوات المجالس المحلية، وكذلك الحالة التي يكون فيها العلم بالقرار صريحاً وواضحاً لا لبس فيه، وأعضاء المجالس يكونون على دراية بالقرارات المتخذة، خلال الاجتماع الذي يشاركون فيه، وفي ذلك أورد مجلس الدولة الفرنسي في حكم له ما نصه: (أعضاء الهيئات القائمة بالمداولة، كأعضاء المجالس البلدية، والأعضاء المشاركين في جلسات مجالس المحافظات، لديهم العلم الكافي بالقرارات التي اتخذتها هذه الهيئات بعد المداولة، وإن مهلة الطعن تسري بالنسبة لهم، من تاريخ يوم الجلسة، التي اتخذت فيها هذه القرارات)،⁽¹⁾ وبعد تخلي مجلس الدولة مؤقناً عن العلم اليقيني، عاد وبدأ يطبق نظرية العلم اليقيني، في أحكامه المختلفة، ومثالها حكم اعتبر أن التوقيع على محضر استلام الوظيفة، يفى بالضرورة العلم اليقيني بالقرار الذي يحددها،⁽²⁾ كما قضى مجلس الدولة الفرنسي، أن تظلم الشخص من القرار، ولائياً كان هذا التظلم، أو رئاسياً، يعد دليل معرفة أكيدة بالقرار، ومن تاريخ هذا التظلم، يمكن أن يبدأ ميعاد الطعن.⁽³⁾

والمتتبع لأحكام مجلس الدولة، الكثيرة الصادرة في هذا الشأن، يجد أن المبدأ الذي يسير عليه المجلس، لا يزال يمنع سريان الميعاد، إذا لم يبلغ القرار رسمياً لصاحب الشأن، فهو يتشدد من حيث قبول العناصر والظروف التي يتحقق بها، فاعتبر أن هناك علماً يقينياً مبدئياً لسريان مهلة المراجعة بالنسبة

1- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 27 يناير لسنة 1983م، المجموعة، ص 20، أشار إليه محمد وليد العبادي، الموسوعة الإدارية، القضاء الإداري، الجزء الثاني، السورق للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص

2- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 12 يوليو 1970م، المجموعة، ص 144، أشار إليه محمد وليد عبادي، الموسوعة الإدارية، القضاء الإداري، مرجع سابق، الصفحة نفسها.

3- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 4 / 4 / 1952م، مجموعة مجلس الدولة ص 211، أشار إليه ارحيم سليمان الكبيسي، مذكرات في مبادئ القانون الإداري الليبي، 2008، ص 148.

لأعضاء المجالس التقديرية، الذين يطعنون بالقرارات الصادرة من هذه المجالس، لذلك فإن مهلة المراجعة بحقهم تبدأ من تاريخ الجلسة، التي اتخذ فيها القرار، وكذلك بالنسبة للشخص الذي تم توقيع القرار الذي يعينه في حضوره من المختص، من يوم حصول هذا التوقيع، وكذلك بالنسبة للشخص الذي أقر باستلام صورة القرار، أو تقدم بتظلم إلى جهة الإدارة، ضد قرار لم يكن تم ابلاغه به، من يوم الاستلام، أو القيام بالتظلم،⁽¹⁾ ويسري العلم اليقيني بوصفه وسيلة لنفاذ القرارات الإدارية مهما كان نوعها، صريحة أو ضمنية أم سلبية، لا سيما أن النوعين الأخيرين من القرارات الإدارية، هما قرارات لا تعلن، ولا تنشر، فلا يسري الميعاد في حق الطاعن، ما لم يعلم بالقرار علماً يقينياً .

المطلب الثاني

شروط اعتبار العلم اليقيني

رغم إقرار القضاء الإداري، واعتماده فكرة العلم اليقيني، إلا أنه قد قيدها بشروط معينة، بغية الحفاظ على مصالح الأفراد، بحيث لا يسري الميعاد بالنسبة لهم، إلا بعد توافيقها مع هذه الشروط، التي نستعرضها تباعاً على النحو التالي :

أولاً : يجب أن يكون علماً يقينياً مؤكداً وناقياً للجهالة .

العلم بالقرار الذي يعول عليه في مجال سريان ميعاد دعوى الإلغاء يجب أن يكون بالغاً حد اليقين، بحيث لا يقوم على ظن أو يبني على افتراض، وفي ذلك تقول المحكمة العليا (العلم اليقيني بالقرار يحل محل النشر والإعلان، بحيث إذا لم ينشر هذا القرار أو يعلن ولكن علم به صاحب الشأن علماً يقينياً، فإن المدة تحتسب من تاريخ هذا العلم ومعنى العلم اليقيني هو الإحاطة بمضمون القرار وبكافة محتوياته، إحاطة مؤكدة لا تقوم على المظنة والافتراض)⁽²⁾ وعلى هذا الأساس يتضح أن القضاء الإداري يتشدد في أن يكون العلم بالقرار حقيقياً وثابتاً، بقيام الدليل القاطع بحيث ينتفي الشك حول علم الطاعن بفحوى القرار، ذلك أن قرينة العلم بالقرار علماً يقينياً لا تبني على احتمال العلم، مهما كان قوياً، وهو ما قرره المحكمة العليا بقولها (إذا كانت جهة الإدارة المدعى عليها قد عجزت عن إثبات حصول النشر أو إعلان المنشور الدوري المطعون فيه إلى المدعين، فلا يجديها أن تطلب سماع أقوال موظف سابق ليشهد بعلم

1- إبراهيم عبد العزيز شبيحة، القضاء الإداري (ولاية القضاء الإداري دعوى الإلغاء)، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006، ص 438.

2 - حكم المحكمة العليا الليبية، طعن إداري رقم 6/19 ق، منشور في مجلة المحكمة العليا، السنة الأولى، العدد الثاني، ص 5 .

المدعين بمضمون المنشورين، إذ لا يتحقق العلم اليقيني، ولا إثبات حقيقة الميعاد، الذي تبدأ منه مواعيد الطعن بطريق الاستماع على شاهد، توضع اقواله موضع التقدير والاحتمال والترجيح⁽¹⁾ كما توجب علم صاحب الشأن نفسه بالقرار، وليس علم أحد غيره، مهما كانت الصلة التي تربطه به، وفي ذلك قضت المحكمة العليا بما نصه: (إن الحكم المطعون فيه، قضى بعدم قبول الطعن شكلا لرفعه بعد الميعاد، مؤسسا قضائه على أن حضور مندوب الطاعن الجلسة التي صدر فيها القرار محل الطعن، دليل على علم الطاعن به علما يقينيا، وأنه الميعاد الذي يسري من تاريخه ميعاد الطعن في القرار، فإنه بذلك يكون قد خالف القانون، بما يستوجب نقضه)⁽²⁾، ونظرا لارتباط هذا الشرط، أي ثبوت العلم اليقيني المؤكد والنافي للجهالة بالقرار ارتباطه بميعاد الطعن بالإلغاء، فقد استقر القضاء الإداري، على أن التحقق من قيام هذا الشرط، هو أمر تجربته المحكمة من تلقاء نفسها، بغير حاجة للدفع به، لتعلقه بالنظام العام ولكونه من الأمور بالغة الأهمية، التي يترتب عليها قيام العلم اليقيني من عدمه⁽³⁾.

ثانيا : يجب أن يكون العلم اليقيني محدد التاريخ وشاملا لجميع محتويات القرار .

تبرز أهمية بيان تاريخ العلم اليقيني، في تمكين احتساب ميعاد الستين يوما، والذي يبدأ من اليوم التالي لثبات العلم بالقرار الإداري ومن ثمة، يتعين أن يثبت علم صاحب الشأن بالقرار في تاريخ معين، وعدم تحقق هذا الشرط، يجعل دفع الإدارة التي يقع على عاتقها إثبات حصول العلم، يجعل دفعها بعدم قبول الدعوى شكلا لرفعه بعد الميعاد يفتقد للأساس القانوني السليم، فإذا لم تتوصل الإدارة لإثبات علم المدعي بالقرار، في تاريخ ثابت، تعتبر الدعوى مقامة في الآجال القانونية لرفعها، كما يجب أن يكون العلم اليقيني شاملا لجميع محتويات القرار ومؤداه، مما يمكن صاحب الشأن من الإلمام بكل جوانب القرار، ويعلم به تماما، بحيث لا يكون شك بمضمون القرار، وفي ذلك استقر القضاء الإداري على أنه: (يجب أن يكون العلم شاملا لجميع العناصر، التي يمكن لصاحب الشأن على أساسها تبين مركزه القانوني بالنسبة إلى القرار، ويستطيع أن يحدد على مقتضى ذلك طريقته للطعن فيه)⁽⁴⁾، وهو ما قضت به المحكمة العليا بقولها أنه: (من المقرر في الفقه والقضاء الإداريين، أن العلم اليقيني الذي يقوم مقام الإعلان، ويفتح به ميعاد

- 1- حكم المحكمة العليا الليبية، طعن إداري رقم 2/3 ق، منشور في قضاء المحكمة العليا، القضاء الإداري والدستوري، الجزء الاول، ص56
- 2- حكم المحكمة العليا الليبية، طعن إداري رقم 47 / 99 ق، بتاريخ 7 / 3 / 2004م، أشار إليه خليفة سالم الجهمي، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي، دار الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي 2009، ص218.
- 3- راجع في ذلك على سبيل المثال حكم محكمة القضاء الإداري المصري، في الطعن رقم 5/1275ق، بتاريخ 1954/5/2م، منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة، السنة الثامنة، ص1337.
- 4- حكم لدائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف طرابلس، في الطعن الإداري رقم 72 / 13 ق، بتاريخ 7 / 4 / 1974.

الظعن في القرار المطعون عليه، هو العلم الحقيقي الشامل لجميع العناصر، التي يمكن لصاحب الشأن على أساسها أن يحدد مركزه القانوني، بالنسبة لهذا القرار⁽¹⁾، ومطاعن القرار الإداري، تتمحور في اعتلال أركانه، التي يجب أن يحيط بها الطاعن بشكل شامل، وهي خمس أركان، أولها: صدور القرار في الشكل الذي يتطلبه القانون، وصدوره من شخص، أو هيئة، أو سلطة مختصة بإصداره، وأن يكون له سبب يستند إلى حالة واقعية أو قانونية، توجي للإدارة بالتدخل واتخاذ القرار، وكذلك: ركن المحل الذي يجب أن يكون مشروعاً، كما يجب أن تكون للقرار غاية مشروعة، وغاية القرار الإداري هي خدمة الصالح العام، ومن ثم لا تكون الاحاطة بالقرار الإداري شاملة، إذا لم يستطع صاحب المصلحة الإمام بكل جوانبه وعناصره، لذلك لا يجزي العلم بأجزاء من القرار أو بعض فقرات منه.

المبحث الثاني

إثبات العلم اليقيني

تعد مسألة إثبات حصول العلم اليقيني من المسائل بالغة الأهمية في إطار القانون الإداري، ويمكننا تلمس هذه الأهمية في اتجاهين، الأول: في بحث مدى نفاذ القرارات الإدارية، في حق المخاطبين بها، والثاني: باعتبار العلم من الشروط الشكلية المرعية عند نظر القضاء في دعوى الإلغاء، التي تنصب أساساً على بحث مشروعية القرار الإداري وتوازن بين مصلحة جهة الإدارة، والأفراد، وذلك باحترام ميعاد الستون يوماً، الذي سنه القانون لتحضن القرار الإداري من عدمه، والمقصود بالإثبات هنا، إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، و بالقيود التي رسمها على وجود واقعة قانونية متنازع عليها، أو إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعي به، نظراً لما يترتب عليه من أثار قانونية⁽²⁾، وتعد نظرية الإثبات في المنازعات الإدارية عموماً، ذات طابع خاص، فإذا كان مبدأ حياد القاضي المدني هو الغالب في الإثبات، فإن مبادرة القاضي الإداري تنبع من الطابع التحقيقي للإجراءات، الأمر الذي يدعو إلى تدخله بدور تكميلي، لما يقدمه الخصوم من أدلة الإثبات المختلفة، خاصة إذا ما كانت المسألة تتعلق بالعلم اليقيني المتروك تقديره

1- حكم المحكمة العليا الليبية، طعن إداري رقم 4 / 30 ق، بتاريخ 9 / 2 / 1986 م، السنة الخامسة والعشرون، العددان الأول والثاني، ص 33.

2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2010، ص 15.

إلى القاضي الإداري في المحكمة المختصة،⁽¹⁾ ودراستنا لمسألة الإثبات، تتطلب منا التعرض لعبء إثبات العلم اليقيني، في مطلب أول، ووسائل إثبات العلم اليقيني في مطلب ثاني .

المطلب الأول

عبء إثبات العلم اليقيني

تختلف قاعدة عبء الإثبات الموجودة في القانون المدني، عن تلك التي تحكم القانون الإداري ، ومرد ذلك لاختلاف طبيعة الدعوى الإدارية، عن الدعوى المدنية، حيث أن هذه الأخيرة، تقوم على أساس المساواة بين أطرافها، وهذا ما يؤدي في الغالب إلى الحرية في الإثبات، أما في الدعوى الإدارية، فينعدم عنصر المساواة فيها، لأنها تقوم بين طرفين، أحدهما الإدارة، وهي الطرف الأقوى في الدعوى، نظرًا لما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة، والطرف الآخر هو الفرد الذي يعد الطرف الأضعف في هذه العلاقة، و لما كان الأصل في قواعد الإثبات أن البيئة على من ادعى، فإن عبء الإثبات بالعلم بالقرار الإداري يقع على عاتق من ادعى حصوله، وعليه أن يقيم الدليل على وقوعه، وهي في الغالب جهة الإدارة التي تحوز المستندات والأوراق ومسألة الإثبات في إطار وسيلتي النشر والإعلان تبدو أيسر نسبيًا منه في حالة العلم اليقيني، فعبء إثبات النشر و الإعلان والعلم اليقيني الذي تبدأ به المدة، يقع على عاتق الإدارة، اتفاقًا

1- نلاحظ هنا أن قواعد الإثبات ذات صبغة مختلطة، بين ما هو شكلي وموضوعي، وهي ذات أهمية بالغة، الأمر الذي يستوجب صياغتها في قانون مستقل، حرصًا على الحقوق ولتسهيل الرجوع إليها، ورغم طبيعتها الخاصة، و مرور قرابة الخمسين عامًا على اعتماد القانون رقم 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري، والذي أنشئ بموجبه دوائر مستقلة للنظر في الدعاوي الإدارية أمام محاكم الاستئناف، إلا أن المشرع لم يضع حتى يومنا هذا قانونًا مفصلاً ومستقلاً بالإجراءات الإدارية، بل يحيل في كثير من الحالات إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية، كما هو الحال في المواد (19 - 20) وهو اتجاه غير سديد من وجهة نظرنا، وذلك لاختلاف طبيعة المنازعات المدنية والإدارية، وكذلك اختلاف مراكز الخصوم في الدعوى، والأمر يزداد صعوبة في تحديد قواعد الإثبات التي وان تشابهت مع تلك المعمول بها في القانون المدني، إلا أن الأخذ بها غير ملزم ومشروط بمراعاة طبيعة المنازعة الإدارية، ومدى استعانة القاضي بها، والذي يلعب دورًا إيجابيًا حسب نوع الدعوى وظروفها وسلوك الطرفين فيها وطبيعة الادعاءات والدفع المقدمة .

حيث يثبت النشر ببيان الطرق المعينة، التي اتبعت في إشهاره، كما يقبل مجلس الدولة الفرنسي والقضاء المقارن، كل وسيلة تؤدي إلى إثبات حصول الإعلان، كتوقيع ذي المصلحة على أصل القرار، أو صورته بالعلم، وأحيانا يكفي محضر التبليغ أو إيصال البريد المسجل كقرينة⁽¹⁾، وإيقاع عبء إثبات العلم اليقيني على عاتق الإدارة، يتفق مع ما تقرره المبادئ العامة في الإثبات، فالإدارة تلتزم بتقديم كل الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع الدعوى، والمنتجة في الإثبات، متى طلب منها ذلك بوصفها الطرف الأقوى في الخصومة الإدارية، ولهذا ومحاولة لإيجاد نوع من التوازن بينها وبين الأفراد، كان لا بد من إيقاع عبء الإثبات عليها، في مقابل ما لها من صلاحيات، وامتيازات السلطة العامة، التي تجعلها في مركز أسمى من مركز الأفراد .

وبما أن عبء الإثبات يقع بطبيعة الحال على عاتق الإدارة، وذلك لأنها صاحبة المصلحة في إثبات أن المدعي مقدم الطعن بالإلغاء قد علم بالقرار المطعون فيه علما يقينيا نافيا للجهالة، منذ أكثر من ستين يوما، ما يرتب عليه عدم قبول الدعوى شكليا، فالعلم اليقيني هو في حقيقته واقعة مادية، ويجب أن يثبت ثبوتا قاطعا حتى ينتج أثره، ويجري ميعاد الطعن في حق الطاعن، وإذا قال الطاعن أنه قد علم بالأمر المطعون فيه في تاريخ معين، ولم يكن في الأوراق، ولا عند الإدارة، ما يدل على عكس ذلك، أصبح قول الطاعن هو المصدق، وجرى ميعاد الستين يوما ابتداء من ذلك التاريخ⁽²⁾، والإدارة في إطار دفعها بالعلم اليقيني، يجب عليها إثبات توافر الشروط التي وضعها القضاء، للاعتداد بالعلم اليقيني، بمعنى إثبات أن علم الطاعن بالقرار، هو علم كامل وشامل لجميع عناصر القرار الموضوعية والشكلية، وأن هذا العلم قد وقع في تاريخ معين ومحدد، مما يسمح بحساب المواعيد، فإذا ما عجزت الإدارة عن إقامة الدليل على ثبوت العلم اليقيني، على النحو السالف الذكر، يكون الحكم قبول الدعوى لوردوها ضمن الآجال القانونية.

- 1- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن الإداري رقم 588 / 7 ق، الصادر بتاريخ 9 / 12 / 1962، مجموعة المبادئ السنته الثامنة، ص 192، وكذلك بنفس المعنى أيضا حكمها في الطعن الإداري رقم 558 / 17 ق، بتاريخ 8 / 12 / 1962، أشار إليه د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 216 .
- 2 - حكم محكمة القضاء الإداري المصري، مجموعة أحكام السنة التاسعة، ص 353 أشار إليه د. مصطفى أبوزيد فهمي، قضاء الإلغاء (شروط قبول أوجه الإلغاء)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2001، ص 102 .

ويلعب القضاء دورا محوريا في تقدير توافر العلم اليقيني من عدمه، فصاحب الشأن ملزم بان يقنع القاضي بصحة دعواه، و للقاضي الإداري الحق في طلب مزيد من المعلومات التي يراها ضرورية من الأطراف، وفي حالة رفض أي طرف ذلك، فإن للقاضي أن يستنبط نتائج في غير صالح من رفض تقديم هذه المعلومات، ولما كان المدعي في الدعوى الإدارية، هو الفرد، وجانبه ضعيف، وكانت الملفات والسجلات موجودة تحت يد الإدارة، وهما مما يعتمد عليه في الإثبات بصفة رئيسية، لذلك تدخل القضاء وألزم الإدارة تخفيف عبء الإثبات الواقع على عاتق الفرد، بتقديم الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع، والمنتجة في إثباته إيجابا ونفيا، فإذا نكلت الإدارة عن تقديم قرينة الأوراق موضوع النزاع، فإن ذلك يقيم قرينة لصالح المدعي تلقى عبء الإثبات على عاتق الإدارة، ومع ذلك فإذا قدمت المستندات انتفت القرينة وأقرب مثال على ذلك، حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، والتي أوردت ما نصه: (إذا نكلت جهة الإدارة عن تقديم الأوراق والمستندات بموضوع النزاع، فإن ذلك يقيم قرينة لصالح المدعي، تلقى عبء الإثبات على عاتق الحكومة، كذلك فإن جهة الإدارة، تلتزم بإيداع المستندات المؤيدة لدعواها أو طعنها ...)⁽¹⁾ وبشكل عام تعد مسألة توفر العلم اليقيني، من المسائل الموضوعية التي تخضع لتقدير المحكمة المختصة بنظر النزاع، وفي ذلك تقول المحكمة العليا بأنه: (لما كانت واقعة العلم اليقيني بالقرار الإداري المطعون فيه، هي من المسائل الموضوعية التي تستقل بها محكمة الموضوع، ولها أن تستخلصها من أية واقعة في الدعوى، دونما رقابة عليها في ذلك، من محكمة النقض، مادام ما تنتهي إليه له أصله الثابت في الأوراق، ويؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها)⁽²⁾.

المطلب الثاني

حالات إثبات العلم اليقيني

تتعدد وسائل اثبات العلم اليقيني، والتي يلعب فيها القاضي الإداري دورا بارزا، من حيث اقتناعه بقيام العلم اليقيني وفق السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة له في استخلاص الوقائع، وتقييم الأدلة، فيتحقق من قيام أو عدم قيام هذه القرينة، أو تلك الواقعة، وتقدير الأثر الذي يمكن أن يرتبه عليها، من

1- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، ، في الطعن الإداري رقم 1815، بتاريخ 18/5/1993م، منشور في مجموعة أحكام النقض، السنة ثلاثة وثلاثون قضائي، ص1040.

2- حكم المحكمة العليا الليبية، الطعن الإداري رقم 5 / 40 ق، بتاريخ 19 / 3 / 1994م، منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الخامس، لسنة 1974، ص32.

حيث كفاية العلم أو قصوره، وذلك حسبما تستبينه المحكمة من أوراق الدعوى وظروف الحال، ويثبت العلم اليقيني بالقرار الإداري، من أية واقعة أو قرينة تفيد حصوله، دون التقيد في ذلك بوسيلة إثبات معينة، ويمكننا استعراض أهم الحالات يثبت فيها العلم اليقيني بالقرار المطعون فيه، على النحو الآتي :

أولاً : حالة اعتراف الطاعن (الاقرار) :

يعد اعتراف الطاعن وإقراره، سيد الأدلة وأبلغ البيانات وأقواها لإثبات الدعوى، وتعرفه المادة 396 من القانون المدني، بأنه : (اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة)، وتندر هذه الطريقة على الصعيد العملي، فليس من المعتاد أن يعترف الطاعن ويقر محتاراً بأنه يعلم بالقرار، فيخسر بالتالي دعواه، ويتخذ الاعتراف يأخذ صوراً متعددة تخضع جميعها لتقدير القضاء⁽¹⁾، فقد يكون الاعتراف، صريحاً، أو ضمنياً، بأن يكون مكتوباً دون اشتراط شروط خاصة لهذه الكتابة فيصح أن يكون الإقرار في صحيفة الدعوى، أو في مذكرة يقدمها الخصم المقرر للمحكمة، أو في طلبات مكتوبة يوجهها المقرر للخصم الآخر، أو أن يكون شفوياً أثناء التحقيق، أو في جلسة المحكمة ذاتها، وفي جميع الأحوال، يجب أن يدون الإقرار في محضر الجلسة، أو التحقيق، مع توقيع المقرر على ذلك، ورغم أن الأصل في الإقرار أن يكون صراحة وباللفظ الدال على المعنى، دون غموض أو إبهام، إلا أنه واستثناءً من هذا الأصل يجوز أن يكون الإقرار دلالة أو ضمناً يفهم من سياق الكلام أو المعنى العام بوجود ما يدل عليه دون شك، والإقرار الضمني لا يؤخذ به، إلا في نطاق ضيق جداً في الدعاوى الإدارية، والدعاوى القضائية على عمومها، حيث يصطدم بالقاعدة الفقهية : (لا ينسب لساكت قول)، وعموماً وفي جميع الصور المتقدمة، قد يكون الاقرار أمام القضاء، ويسمى إقراراً قضائياً أو خارج القضاء، أو في غير اجراءات الدعوى المتعلقة بالإقرار، ويسمى إقراراً غير قضائي، وهو ما يعتد به وفق منطوق المادة 398 من القانون المدني، والتي تنص على أن : (الاقرار الذي يقضى به للخصم أو لمن يمثله خارج مجلس القضاء، يعد اقراراً قضائياً في نفس الدرجة والمفعول) .

ثانياً : التظلم الإداري .

يعد لجوء الطاعن إلى جهة الإدارة، أو الأجهزة ذات العلاقة، بتظلمات لإلغاء القرار أو تعديله قرينة يستنتج منها القاضي الإداري علم صاحب الشأن بالقرار الإداري، وفي ذلك تقول المحكمة العليا : (العلم اليقيني بالقرار، يمكن استخلاصه من أية واقعة أو قرينة تفيد حصوله أو من تظلم من أضر به

1- محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، منشورات المكتبة الجامعة، الزاوية،

القرار⁽¹⁾ والمقصود بالتظلم هنا، كل طلب يتقدم به صاحب الشأن، إلى الجهة الادارية على اختلاف مستوياتها ولائي كان أو رئاسي، مضمنا إياه اعتراضه على القرار، وطالبا إعادة النظر فيه، ووفق هذا المعنى فإن استعمال صاحب الشأن عن القرار الصادر بحقه أو مطالبته بنسخة من القرار، للتأكد من صدوره والاحاطة بمحتواه، والتثبت من أسبابه، أو احتوائه على عبارات عامة، لا تشير إلى القرار بوضوح تخرج من نطاق التظلم الإداري، الذي يشي بالعلم اليقيني الكامل والنافي للجهالة من طرف الطاعن، وفي ذلك تقول المحكمة العليا أنه: (لا يجوز لجهة الإدارة، الاستدلال على علم المدعين بالقرار الإداري المطعون فيه بتظلم قدموه لجهة الإدارة، إذا لم يكن في التظلم أي إشارة إلى القرار المذكور، ولا أية عبارة يستفاد منها علم المدعين بصدوره)⁽²⁾ وبما أن مسألة تقدير العلم اليقيني، والأخذ به من عدمه يخضع لتقدير محكمة الموضوع، فإن البحث في تفاصيل صحة تقديم التظلم من عدمه، لا تؤثر في صحة اتصال الطاعن بعلم يقيني بصدور القرار، فالتظلم يحاول من خلاله ذوي الشأن اسقاط القرار دون الالتجاء للقضاء، وقد تستجيب جهة الادارة الى تظلمه، وتسحب القرار المتظلم منه، وبذلك يوفر لصاحب الشأن ما يستتبعه رفع الدعوى عادة من تكلفة ووقت وجهد، فضلا عما يتخلف عن صدور حكم قضائي بإلغاء القرار من حساسيات لدى مصدره، تسيئ إلى العلاقة بينه وبين رافع الدعوى، وهنا يجب احاطة التظلم بشروط وضوابط تضمن قبوله واعتباره، من حيث قطعه لميعاد رفع دعوى الالغاء، فعلى سبيل المثال لا يكون مجديا في قطع الميعاد، ذلك التظلم المقدم إلى جهة غير مختصة، غير تلك التي أصدرت القرار أو التي تتبعها الجهة مصدرة القرار لعدم امتلاكها قانونا سلطة الغاء القرار المتظلم منه، أو تصحيحه، وبالتالي لا ينتج التظلم أثره من حيث قطع الميعاد، إلا أنه يعتبر قرينة جلية على العلم اليقيني لصاحب الشأن، وعليه فإنه في إطار إثبات العلم اليقيني، يتحقق بمجرد تقديم التظلم الإداري، بصرف النظر عن سلامته من الناحية القانونية، والأخذ به من عدمه .

وبالإضافة إلى الحالتين السابقتين، فإن دوائر القضاء الإداري الليبي، استخلصت العلم اليقيني للطاعن من وقائع وقرائن أخرى، كقيام الطاعن بإزالة بعض المباني المقامة على عقاره، تنفيذًا للقرار

- 1- حكم المحكمة العليا الليبية، الطعن الإداري رقم 15/4ق، بتاريخ 12/4/1970م، منشور في قضاء المحكمة العليا، السنة السادسة، العدد الرابع، ص26.
- 2- حكم المحكمة العليا الليبية، الطعن الإداري رقم 2/3ق، بتاريخ 28/11/1956م، منشور في قضاء المحكمة العليا الإداري والدستوري، الجزء الأول، رقم أربعة، ص56.

المطعون فيه والمتعلق بنزع عقاره للمنفعة العامة، وكذلك قبول التعويض عن قرار نزع الملكية،⁽¹⁾ وبالمقابل رفضت الاعتداد بوقائع وقرائن أخرى، كرفض قبول شهادة أحد الموظفين بعلم الطاعن بالقرار علماً يقينياً بقولها: (إذا كانت جهة الإدارة المدعى عليها قد عجزت عن إثبات حصول النشر أو إعلان المنشور الدوري المطعون فيه إلى المعين، فلا يجديها أن تطلب سماع أقوال موظف سابق، ليشهد بعلم المدعين بمضمون المنشورين، إذ لا يتحقق العلم اليقيني، ولا إثبات حقيقة الميعاد، الذي تبدأ منه مواعيد الطعن بطريق الاستماع إلى شاهد توضع أقواله موضع التقدير والاحتمال والترجيح)،⁽²⁾ وفي حالة أخرى رفضت المحكمة العليا، اعتبار حضور مندوب صندوق التقاعد للجلسة التي صدر فيها قرار لجنة المنازعات الضمانية، كدليل على علم الصندوق بهذا القرار، مرجعاً ذلك بقولها: (ذلك لأن حضور مندوب الطاعن - صندوق الضمان الاجتماعي - الجلسة التي صدر فيها القرار المطعون فيه، ينحصر في كونه أحد أعضاء اللجنة مصدرة القرار، ولا يتعداه إلى غير ذلك، ومن ثم يظل الطعن في القرار مفتوحاً، ما لم يتم نشره، أو ابلاغ صاحب الشأن به، أو علمه به علماً يقينياً)،⁽³⁾ أما في حالة مرور فترة زمنية طويلة على صدور القرار المطعون فيه، ومدى اتصال الطاعن بالعلم به، فقد حسم القضاء الليبي أمره بعدم اعتباره قرينة للعلم بالقرار الإداري، وفي ذلك تقول المحكمة العليا ما مفاده: (إن العلم اليقيني بالقرار المطعون فيه، الذي يقوم مقام النشر، أو الإعلان، لا يستنتج من مجرد مرور زمن طويل على صدور القرار بل يقع على من يدعى حصوله، عبء إثباته، أو قرينة تفيد حصوله، دون التقييد في ذلك بأسباب معينة)⁽⁴⁾.

- 1- راجع حكم المحكمة العليا الليبية، الطعن الإداري رقم 27/107ق، بتاريخ 2001/6/5م، منشور في مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، 2001، ص756، وكذلك حكمها في الطعن الإداري رقم 49/77ق، بتاريخ 2005/5/22م، مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، 2005، ص339.
- 2- راجع حكم المحكمة العليا الليبية، الطعن الإداري رقم 27/107ق، بتاريخ 2001/6/5م، منشور في مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، 2001، ص756، وكذلك حكمها في الطعن الإداري رقم 49/77ق، بتاريخ 2005/5/22م، مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، 2005، ص339.
- 3- حكم المحكمة العليا الليبية، الطعن الإداري رقم 49/99ق، بتاريخ 2004/3/7م، منشور في مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، 2004، ص87.
- 4- حكم المحكمة العليا الليبية، الطعن الإداري رقم 48/88ق، بتاريخ 2005/2/13م، منشور في مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، 2005، ص125. يشار في هذا الصدد أن القضاء الليبي قد خالف موقفاً بعض القضاء المقارن كالقضاء المصري الذي يميل في أحكامه الحديثة رغم تأرجحه في هذه المسألة سابقاً إلى إرساء مبدأ اعتبار طول المدة قرينة على حصول العلم اليقيني مسوغة ذلك باستقرار المراكز القانونية ومن أمثلة ذلك ما ورد في حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن 3472 لسنة 35 القضائية، الصادر بتاريخ

ورغم الحالات الواردة في هذا المطلب، ومدى قبولها أو استبعادها من قبل القضاء الليبي، فإن القاعدة العامة التي تحكم إثبات العلم اليقيني، وتقدير توافره، تحدده المحكمة المختصة بنظر الموضوع، متى توافر اقتناعها بقيام الدليل عليه، باعتباره من المسائل الموضوعية التي تستقل بها .

الخاتمة

حاولت هذه الدراسة تسليط الضوء على نظرية العلم اليقيني، التي وإن هجرها مبتدعها مجلس الدولة الفرنسي، إلا أن القضاء الليبي ظل وفيها لها، وهي عموماً ومنذ ابتداعها، مثلت حلاً منطقياً يحقق نوعاً من التوازن بين جهة الإدارة صاحبة المركز الأقوى، والأفراد المخاطبين بالقرارات، حيث يشكل العلم اليقيني، ضماناً حقيقية تتيح علم الأفراد بالقرارات الإدارية، الصادرة في حقهم لحمايتهم من تسلط الإدارة من جهة، ولمنحهم القدرة على الامتثال بالقرارات الإدارية، ليحددوا مركزهم القانوني منها، ويتخذوا الاجراءات القانونية المتاحة، ويقدموا طعونهم الشكلية والموضوعية، أو تظلماهم الولائية والرئاسية في حالة عدم رضاهم عنها، والقضاء الإداري بوصفه حامي المشروعات، وضع الشروط وصاغ الضمانات التي بعد استيفائها يمكن للعلم اليقيني، أن يترتب أثره من حيث سريان الميعاد المقرر لرفع دعوى الإلغاء ويستطيع أن يحدد مقتضى ذلك طريقة إلى الطعن فيه، كما ذكرنا بحيث لا يجري الميعاد في حقه، إلا من اليوم الذي يثبت فيه قيام هذا العلم اليقيني الشامل .

وفي معرض دراستنا هذه أشرنا لمسألة اثبات العلم اليقيني، والذي يحدد من أية واقعة أو قرينة تفيد حصوله دون التقيد في ذلك بوسيلة إثبات معينة، وللقضاء الإداري في إطار أعمال رقابته القانونية التحقق من قيام أو عدم قيام هذه القرينة، أو تلك الواقعة وتقدير الأثر الذي تستتبعه المحكمة من أوراق الدعوى وظروف الحال، فلا يأخذ بهذا العلم، إلا إذا توافر اقتناعها بقيام الدليل عليه حتى لا تهدر المصلحة العامة المبتغاة من تحصين القرارات الإدارية، ولا يزعزع استقرار المراكز القانونية الذاتية التي كسبها أربابها من هذه القرارات وفي ختام دراستنا المتواضعة هذه، والتي أشرنا فيها بعض الأفكار المتعلقة بموضوع الدراسة، يمكننا أن نخلص إلى أهم النتائج والتوصيات، التي تم التوصل إليها على النحو الآتي :

=

1997/8/9 والتي قالت فيه إن (...استطالة الامد بين صدور القرار محل الطعن وبين اقامة دعوى الالغاء هو مما يرحح العلم بالقرار اذ على العامل ان ينشط دائماً الى معرفة القرارات الصادرة في شأن أقرانه العاملين معه في الجهة التي يعمل بها ومن الميسور عليه دائماً اذا طال الوقت ان يحدد مركزه بينهم وان يطعن في ميعاد مناسب...) واتجاه القضاء الليبي هو اتجاه سديد حسب وجهة نظرنا لأنه في ما سار عليه القضاء المصري تحميل للأفراد مغبة إهمال أو تقصير الإدارة في واجبها بنشر أو تبليغ القرارات الإدارية وهو ما يترتب عليه اضرار بالغ بمصالح الأفراد .

أولا : نتائج البحث

1- أن نظرية العلم اليقيني، ورغم ما يوجه لها من نقد، خاصة في الفقه المقارن، وهجر قضاء مجلس الدولة الفرنسي لها، إلا أنها من وجهة نظر الباحث، تشكل دعامة تسند وسيلتي النشر والاعلان وضمانة للأفراد خاصة في ليبيا، ودول العالم النامي عموما، و الذي تعاني الإدارة العامة فيه من ضعف وقصور الأمر الذي يدفعها للتهاون في صيانة مصالح الأفراد، ويؤثر على وسائل اتصال الأفراد بالقرارات الصادرة في حقهم .

2- أن القضاء الإداري وعند اعتماده لنظرية العلم اليقيني، فقد أحاطها بشروط تضمن حقوق الأفراد وتحقق التوازن، كاشتراط أن يكون العلم يقينيا لا ظنيا ولا افتراضيا، وأن يكون شاملا لجميع العناصر.

3- أن القضاء الليبي، لم يتوسع في الأخذ بالقرائن الدالة على العلم اليقيني، رغم ما يحوزه من سلطة موضوعية أقرها في العديد من أحكامه، حيث أن الحالات التي اعتبرها القضاء الليبي، تظل محدودة مقارنة بتوسع بعض القضاء المقارن .

ثانيا : التوصيات والمقترحات

يوصي الباحث، بتضمين نظرية العلم اليقيني في إطار تشريعي، فبعد أن تبني القضاء الإداري الليبي النظرية ووضع شروط قبولها، وطرق نفاذها، كان يجب أن يستتبع ذلك، نص تشريعي، بحيث تتدرج هذه الوسيلة في النصوص القانونية، أسوة بوسيلتي النشر والتبليغ، واللتين ذكرنا بشكل صريح في نص المادة 8 من القانون 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري، وهو ما يسهم من وجهة نظرنا، في تعزيز ضمانات الأفراد إتجاه الإدارة.

وفي ختام هذا البحث، أسأل الله وحده التوفيق والسداد، وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آل بيته الطيبين الأطهار .

قائمة المراجع

أولا : الكتب

- 1 - إبراهيم عبد العزيز شيحة، القضاء الاداري (ولاية القضاء الاداري دعوى الالغاء)، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006.
- 2 - ارحيم سليمان الكبيسي، مذكرات في مبادئ القانون الإداري الليبي، جامعة المرقب، 2008 .

- 3 - خليفة سالم الجهمي، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي، دار الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي 2009.
- 4 - سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، القاهرة، دار الفكر العربي، 1996.
- 5 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة الطبعة الأولى، 2010.
- 6 - محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، منشورات المكتبة الجامعة، الزاوية، الطبعة الخامسة، 2010.
- 7 - محمد وليد العبادي، الموسوعة الإدارية، القضاء الإداري، الجزء الثاني، الورق للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- 8 - مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الفكر بيروت، الطبعة الأولى، الجزء الثامن عشر .
- 9 - مصطفى أبوزيد فهمي، قضاء الإلغاء (شروط قبول أوجه الإلغاء)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2001 .

ثانيا : المجالات

- 1 - مجلة المحكمة العليا الليبية .
- 2 - مجلة التشريع المصرية.

حدود مهام القاضي الدستوري الليبي

إعداد الدكتور: سراج الدين عبد الله الكيلاني

عضو هيئة التدريس بكلية القانون – جامعة طرابلس

المقدمة

الدستور هو طريقة عمل البلد والمعبر عن الإرادة الشعبية، كما أن الإطار الدستوري هو السند الشرعي لوجود السلطات الحاكمة في الدولة، ويتم الكشف عن أهميته في حياتنا اليومية بقدر ما يضمن حقوق وحرية الأفراد. وبالتالي، يجب إلغاء جميع القرارات أو التشريعات التي لا تحترم مبادئ الدستور. ونظراً لأهمية وعلو المبادئ الدستورية وتطور الدساتير خلال القرنين التاسع عشر والعشرين¹، ظهرت أهمية القضاء الدستوري ابتداء من الحكم الشهير للمحكمة العليا الأمريكية لعام 1803 في قضية ماربوري ضد ماديسون الذي أعلنه القاضي جون مارشال حين أصبح القضاء الضامن بتطبيق صحيح القانون، في هذا المجال تؤكد المحكمة العليا الأمريكية بأنه (عندما يكون القانون مخالفاً للدستور، وإن الدستور ينطبق على حالة معينة (...)) يجب أن يقرر القاضي أي من النظامين المتعارضين يحكم. هذا هو جوهر الواجب القضائي². في فرنسا ظهر اتجاه رفض إسناد هذه المهمة إلى القضاء لاعتبارات تاريخية³. وبالرغم من ظهور فكرة المجلس الدستوري في 1958 إلا أن هذا الأخير لم يجرؤ على كسر أسطورة عدم أحقية القضاء في الرقابة على دستورية التشريعات⁴.

1 - يعود تاريخ أول دستور مدون إلى ما قام به الفيلسوف أرسطو، عندما قام بجمع وتصنيف دساتير 158 مدينة داخل وخارج اليونان. لمزيد من التفاصيل أنظر، غيفي، مصطفى محمود. رقابة دستورية القوانين في مصر والدول الأجنبية، جامعة عين شمس، مكتبة سعيد رافة، 1990، ص 5.

2- ZOLLER, Elisabeth. Les grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis « Les grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis », Dalloz, éd.1, 2010, p. 14.

3- أنظر في ذلك، يونس، منصور ميلاد. القانون الدستوري والنظم السياسية، دار الكتب الوطنية، الجزء الثاني، 2009، ص 213، ص 214.

4- BEZZINA, Charlene. Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel. Thèse de doctorat en droit constitutionnel : Universitaire : paris 1 panthéon Sorbonne, 2014. p.67.

وبذلك خالفت فرنسا الاتجاه السائد في الولايات المتحدة الأمريكية. إلا أن التعديل الدستوري الفرنسي في 23 يوليو 2008 في المواد 61 و62، تبني فكرة المسألة ذات الأولوية الدستورية، هذا المفهوم الذي أجاز للفرد الفرنسي بمناسبة نزاع مقدم أمام القضاء أن يدفع بأن النص المراد تطبيقه غير دستوري¹. ماركو فيفونتي يضع سببين لتأخر فرنسا في تبني فكرة القضاء الدستوري: الأول تاريخي، والثاني أيديولوجي. السبب الأول: يأتي من التجارب السياسية السابقة والمصاحبة لثورة 1789 والعداء الذي كان لدى فرنسا لتدخل السلطة القضائية مع السلطات الأخرى. السبب الثاني: يرجع لنفوذ مذاهب مونتسكيو وروسو (نظرية الفصل بين السلطات) ورفض فكرة أن قرارات الجمعيات البرلمانية السيادية يمكن أن تكون عرضة للسيطرة من قبل القضاة².

الحكمة العليا الليبية منذ إنشائها وللمرة الأولى في عام 1953، هي الهيئة المسئولة عن اتخاذ القرار بشأن مطابقة القانون للدستور من خلال الدائرة الدستورية أو ما تسمى بالدوائر المجتمعة. هذا الاستحقاق كان في البداية بتكليف من الدستور الملكي الفدرالي لسنة 1951، وفقا للباب الثامن المواد (150 إلى 158). ولأن هذا التكليف الدستوري قد تم إلغائه وفقا للتعديل الدستوري رقم (1) لسنة 1963، فقد أصبح المبرر التشريعي هو الخيار الوحيد المطروح للقاضي الدستوري لكي يمارس مهامه الأساسية في بناء دولة الحق والقانون. وينفس الطريقة واطبقت الوثائق الدستورية المتعاقبة في ليبيا على حرمان القاضي الدستوري من أي تكليف دستوري مباشر للرقابة على صحة التشريعات، بداية من الإعلان الدستوري للجمهورية الليبية 1969 أو إعلان قيام سلطة الشعب 1977 وكذلك الإعلان الدستوري المؤقت لسنة 2011.

من الناحية التشريعية حازَ القضاء الدستوري الليبي على مكانة هامة واختصاصات متعددة. هذه المهام كانت في البداية أكثر تنوعاً وفقاً للقانون الخاص بتنظيم المحكمة العليا الاتحادية لسنة 1953، بالإضافة

1 - أكد مليك بومدين أنه قبل هذا التاريخ (لم يسمح بفعالية حقيقية لعمل المجلس الدستوري . كان يكفي أن يكون

ممثلو الإحالة من نفس اللون السياسي بحيث يتم تحديد عمل المجلس) للمزيد من التفاصيل أنظر:

BOUMEDIENE, Malik. Leçons de droit constitutionnel. Ellipses, 2015

2- FIORAVANTI, Marco. Sieyès et le jury constitutionnaire : perspectives historico-juridiques [en ligne]. Annales historiques de la Révolution française, septembre 2010, p.87 et s., [Consulté le 12-04-2016]

<<https://journals.openedition.org/ahrf/11225> > .

لمهام الرقابة على دستورية القوانين والاتفاقيات الدولية (المواد 16 و 17)، حظي القضاء الدستوري بمهام استشارية اختيارية تمنحه فرصة الرقابة السابقة وفقاً للمادة 18 (الفقرتين 1، 2)¹. وبالمقابل يُظهر القانون رقم (6) لسنة 1982 الخاص بإعادة تنظيم المحكمة العليا حرمان هذه الأخيرة من ممارسة مهامها المتعلقة بمراجعة دستورية القوانين، حيث ذكرت المادة 23 على اختصاص الدائرة الدستورية في حل المنازعات القائمة بين المحاكم العادية والمحاكم الاستثنائية. وأبقى القانون رقم (6) على اختصاص المحكمة العليا باعتبارها محكمة نقض فقط (المادة 24). وفقاً للإصلاح التشريعي رقم (17) لسنة 1994 الخاص بتعديل القانون رقم (6) لسنة 1982 عاد للدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الحق في مراجعة دستورية القوانين ووفقاً للمادة 23 من التعديل الجديد²، وبهذا فإن الدائرة القضائية المذكورة هي الجهة المؤهلة للحكم على أي قرار أو قانون صادر عن سلطات الدولة بأنه غير دستوري لمصلحة صاحب المصلحة الشخصية المباشرة. كذلك فإن المشرع كلف الدائرة الدستورية بمهمة تسوية النزاعات التي تنشأ من خلال تنازع الاختصاص بين المحاكم العادية والمحاكم الاستثنائية (المادة 23 فقرة 3).

وبناء على هذه الحقائق التجريبية للوثائق التشريعية والدستورية الليبية، وانعدام النص الدستوري لتوظيف مهام العدالة الدستورية في فرض رقابتها على الإجراء البرلماني والحكومي، ونظراً لأهمية ما يصدر عن القاضي الدستوري في هذا المجال. ارتأينا توضيح بعض النقاط المتعلقة بحدود مهام القاضي الدستوري الليبي ليس فقط من حيث النصوص الدستورية والتشريعات العادية السابقة وإنما نسلط الضوء أيضاً على ما تحمله نصوص المسودة النهائية للدستور الليبي لسنة 2017، هذا الطرح نتناوله من خلال ثلاث مطالب :

1 - المادة 18 من قانون 1953 الخاص بتنظيم المحكمة العليا تنص على : (حق الحكومة الاتحادية والولايات في إحالة بعض المسائل إلى المحكمة العليا لأخذ الرأي فيها 1- للحكومة الاتحادية وللولاة ولرئيسي مجلس الشيوخ ومجلس النواب إحالة أي مسألة دستورية أو تشريعية هامة إلى المحكمة العليا لإبداء الرأي فيها، وعلى المحكمة النظر في المسألة المحالة إليها وإبلاغ فتاها للجهة ذات الشأن. 2- وكذلك يجوز للحكومة الاتحادية إحالة مشروعات القوانين الهامة إلى المحكمة العليا لمراجعة صياغتها) .

2 - تنص المادة 23 من قانون المحكمة العليا رقم (6) لسنة 1982 على أن (تختص المحكمة العليا دون غيرها منعقدة بدواتها الجمعية برئاسة رئيسها أو من يقوم مقامه بالفصل في المسائل التالية : أولاً : الطعون التي يرفعها كل ذي مصلحة شخصية في أي تشريع يكون مخالفاً للدستور ، ثانياً : أية مسألة قانونية جوهرية تتعلق بالدستور أو بتفسيره تثار في قضية منظورة أمام أية محكمة وتشكل الدوائر الجمعية من عدد كاف من المستشارين بقرار من الجمعية العمومية على أن يكون من بين أعضائها مستشار من كل دائرة من دوائر المحكمة على الأقل).

المطلب الأول : القوة المعيارية لقرارات القضاء الدستوري.

المطلب الثاني : المؤثرات الواقعية والقاضي الدستوري.

المطلب الثالث : المحكمة الدستورية المرتقبة.

المطلب الأول : القوة المعيارية لقرارات القاضي الدستوري.

الدستور وديباخته، سواء عن طريق خلق مزيد من التعديلات أو القواعد القانونية الجديدة ، تم سنه بشكل عام وبعبارة مجردة. هذه النصوص تبقى رهنا لتفسير القضاء وفقا للإجراءات المنصوص عليها من قبل المشرع. هذه القوة المعيارية في حد ذاتها لا حدود لها. من حيث المبدأ ، لا شيء يمنع القاضي الدستوري من استخلاص قواعد جديدة أو معدلة أو مهجورة من نص الدستور¹. وقد اشتدت هذه القوة الخلافة للقضاء الدستوري الليبي لسببين: السبب الأول : تدارك مهام المراجعة القضائية للدائرة الدستورية للمحكمة العليا وفقا للتعديل التشريعي رقم (17) لسنة 1994 المعدل للقانون رقم (6) لسنة 1982 ، بالإضافة لصدور اللائحة الداخلية للمحكمة العليا رقم 283 من خلال قرار الجمعية العمومية الصادر بتاريخ 2004/06/28 ، و تعاقب الإصلاحات الداخلية والخارجية للنظام السياسي والتشريعي في ليبيا في الفترة الواقعة ما بين 2003 إلى 2010². الثاني : تضخيم القوة المعيارية لقرارات المحكمة العليا ، حيث نصت المادة 155 من الدستور الملكي الليبي 1951 بأن المبادئ القانونية الصادرة عن المحكمة

1 - أن هذه السلطة المعيارية متأصلة في أي نشاط قضائي، ولا يمكن لتطبيق القانون أن يستغني عن تفسيره ، وهو ما يخلق معايير بالنسبة لبعض المؤلفين ، مثل ميشيل تروبر ، ما وراء التفسيرات القانونية هي التي تجعل التفسير وظيفة للمعرفة ، فالتفسير يعبر عن الإرادة.

Michel Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », Cahier du Conseil constitutionnel, n° 22 (Dossier : « Le réalisme en droit constitutionnel »), juin 2007.

2 - نحن نعتقد أن تعاقب التغيرات الداخلية والخارجية في الموقف الليبي في الفترة ما بين 2003 و 2010 كان لها دور في منح تفويض المحكمة العليا بإصدار اللائحة رقم 283 لعام 2004. ويمكننا أن نذكر بعض الأحداث المؤكدة على ذلك، اعتمد المؤتمر الشعبي العام تشريعاً يدعم الإصلاحات الاقتصادية الوطنية في عام 2003 ؛ وصول نظام القذافي وعائلات ضحايا لوكربي لاتفاق على حصول العائلات على تعويض في عام 2003 ؛ وافق النظام الليبي على تقديم تعويض إضافي لضحايا الرحلة UTA 772 للطائرة الفرنسية UTA التي انفجرت في منتصف الرحلة فوق النيجر في عام 1989 ؛ في عام 2004 ، زار القذافي بلجيكا بعد دعوة من الاتحاد الأوروبي ، والتي كانت زيارته الأولى خارج منطقة الشرق الأوسط لمدة 15 عامًا . في عام 2004، رفع الاتحاد الأوروبي حظر الأسلحة المفروض على ليبيا . في يوليو / تموز 2007 ، في 2008 تتولى ليبيا الرئاسة الدورية لمجلس الأمن.

العليا ملزمة لجميع المحاكم الوطنية. وبالمثل، أكدت المادة 156 بأنه يجب على جميع السلطات المدنية والقضائية في المملكة الليبية إقراض المحكمة العليا المساعدة التي قد تحتاجها. وأوضح المشرع الليبي في قانون 1953 المتعلق بتنظيم المحكمة العليا في المواد (28،29) على قيمة المبادئ القانونية لها وإلزامية تنفيذ أحكامها. وفي ذات الإطار، جاء القانون رقم (6) لسنة 1982 الخاص بتنظيم المحكمة العليا ليكون امتداداً للتشريع السابق، حيث نصت المادة 31 على أن تكون المبادئ القانونية التي تقرها المحكمة العليا، ملزمة لجميع المحاكم وكافة الجهات الأخرى. تؤكد المحكمة العليا في الطعن الجنائي رقم 105 لسنة 34 ق بقولها (إن مقتضى هذا النص التزام جميع المحاكم وكافة الجهات الأخرى في ليبيا، بما تقرره المحكمة العليا من مبادئ في أحكامها، ولا يحق لأي منها أن تهدر ما تتضمنه تلك المبادئ من قواعد قانونية أو تعارضها أو تقضي على خلافها، لما تتمتع به تلك المبادئ من قوة مصدرها وأساسها القانون، ومن ثم فإن أي تصرف يأتي على خلافها يكون مشوباً بعيب مخالفة القانون)¹. كذلك يمكن ملاحظة أن المادة 33 من القانون رقم (6) لسنة 1982 تؤكد القيمة القانونية لقرارات المحكمة العليا، حيث تنص على أن يعاقب بالسجن والفصل من منصبه، الشخص المسئول عن عدم تطبيقه. كما تنص المادة 20 من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا رقم (283) على أن (تنشر الأحكام الصادرة بعدم الدستورية في مدونة التشريعات). وهكذا فإن الجمعية العمومية للمحكمة العليا انتبعت لأهمية القرارات التي تصدرها الدائرة الدستورية التابعة للمحكمة العليا باعتبار أن هذه القرارات تتعلق بالمسائل التي لها علاقة بحقوق الإنسان، وحسن سير العدالة، والحريات العامة، وكفالة التطبيق القانوني السليم للكافة، هذه المبادئ التشريعية والقضائية هي متطابقة مع بعض النصوص الدستورية المقارنة ونذكر من ذلك مثلاً: نص المادة 195 من الدستور المصري لسنة 2014 (تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، وهي ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة، وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم...)²، وفي ذات المجال تقرر المادة 62 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل في 23 جويليه 2008 بكل وضوح، بأن الذي يصرح بعدم دستوريته لا يجوز إصداره، أو تطبيقه، ويعتبر لاغياً اعتباراً من نشر قرار المجلس الدستوري. وإذا كان هذا النص الدستوري لا يرقى إلى إعطاء القاضي الدستوري السلطة التشريعية نفسها،

1 - الطعن الجنائي رقم 105 لسنة 34 ق، جلسة 1987/5/26، مجلة المحكمة العليا العدد 2/1، ص 123.

2 - وتؤكد المحكمة الدستورية المصرية العليا بأن (من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية - فيما فصل فيه من المسائل الدستورية- إنما يجوز حجية مطلقة في مواجهة الكافة، وبالنسبة للدولة بكامل سلطاتها وعلى امتداد تنظيماتها المختلفة وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه...). حكم المحكمة الدستورية العليا رقم 34/6 ق، جلسة 2012/7/10، مجلة الدستور السنة 10 العدد 22، ص 106 و 107.

ولكن تضمن حقيقة فرض قراراته على السلطات العامة واكتشاف الحقوق والحريات . أيضا فان نص المادة 62 فقرة 2 من ذات الدستور تذهب إلى أكثر من ذلك حيث تعتبر بأن النص الدستوري الذي يصرح بعدم دستوريته من قبل المجلس الدستوري يعتبر لاغياً. هذا النص يذهب على خلاف القاعدة الفقهية التي تقول بأن النص القانوني، الذي يحكم بعدم دستوريته ، يظل سارياً نظرياً لأن القاضي الدستوري ليس لديه التفويض بإلغائه. إلا أنه يفقد قيمته القانونية ، مما يجبر جميع السلطات القضائية على الامتناع عن تطبيقه¹.

إن غياب النص الدستوري حول إلزامية القرارات الصادرة عن القاضي الدستوري الليبي بعد التعديل الدستوري رقم (1) لسنة 1963² كما ذكرنا سابقاً، يدفعنا للتساؤل عن القوة الإلزامية لهذه القرارات ؟ وهل يمكن للسلطة التشريعية تقييد ولاية القاضي الدستوري ؟ في هذا السياق تؤكد الدائرة الدستورية بأنه (... ومما لا ريب فيه أنه وفقاً للأصول الدستورية، تعد السلطة القضائية هي المختصة دون غيرها بمزاولة تطبيق القانون على الخصومات التي ترفع إليها. فولاياتها في هذا المجال ولاية أصيلة وكاملة، والدستور وحده يملك تقييد ولاية القضاء، باعتباره إحدى سلطات الدولة، وليس للشارع بحجة ترتيب جهات القضاء ، وتحديد اختصاصاتها أن يمنع بعض المنازعات من ولاية القضاء متى يترتب عليها المساس بحق الأفراد سواء كان المنع كلياً أو جزئياً، وإذا خرج القانون على الحق الدستوري ولم يلتزمه، عد التشريع غير دستوري ...)³. وفقاً لما تقدم يتضح بأن المحكمة العليا ومن خلال دائرتها الدستورية تؤكد بأنه: لا شرعية دستورية لأي نص قانوني صادر عن السلطة التشريعية يقيد حق القضاء في مراقبة القانون وحماية حقوق وحريات الأفراد . لم تكتفي الدائرة الدستورية على حماية حقها في الرقابة على التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية، على صعيد مراقبة التزام القانون محل الطعن لأحكام الدستور، وإنما أيضاً على إجراء أي تعديل على الدستور نفسه من قبل السلطة التشريعية وتقول الدائرة

1 - أنظر في ذلك ، القماطي، حميد. أثر الحكم الصادر عن القضاء الدستوري ، بحث مقدم للمؤتمر العلمي للمحاكم والمجالس الدستورية العربية ، الأردن ، 2016 ..

2 - تم إلغاء المادة 155 من الفصل الثامن من الدستور الملكي الليبي لسنة 1953 بالتعديل الدستوري رقم 1 لسنة 1963 الصادر بتاريخ 25 أبريل لسنة 1963 حيث تنص المادة 4 فقرة 2 من التعديل بأن (تلغى المواد الواردة في الفصول الثامن والعاشر والثاني عشر من الدستور...).

3 - الطعن الدستوري رقم 1/19 ق، جلسة 1972/6/10 م، مجلة المحكمة العليا ، قرارات المحكمة العليا بالدوائر المجتمعة ، ص131.

المعنية في ذلك (... إن قضاء هذه المحكمة جرى على أنه وإن كانت الرقابة الدستورية _ وفقا للمادة 23 من القانون رقم (6) لسنة 1982 المعدلة بالقانون رقم (17) لسنة 1994 بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا _ مقصورة على مراقبة مدى التزام القانون محل النص الدستور على طريقة ، أو إجراء معين لتعديل النصوص الدستورية ، تعين على السلطة التشريعية عند إصدار التشريع التزامها ، فإن طعن في نص التعديل بأنه مؤسس على إجراءات تخالف الإجراءات والأوضاع الواردة في الإعلان الدستوري ، فإن من اختصاص الدائرة الدستورية أن تتصدى لمراقبة مدى التزام تلك السلطات بالقيود الواردة في الدستور ..)¹ . وبهذا فإن الدائرة الدستورية للمحكمة العليا تضع نفسها دور المراقب على القانون وأيضاً الحامي للحقوق وحرية الأفراد وفقاً للدستور.

المطلب الثاني : المؤثرات الواقعية والقاضي الدستوري.

هل يجوز للقاضي الدستوري أن يكون واقعياً ؟ وهل من المعقول أن نمدح القاضي الدستوري على واقعته؟ قبل الإجابة على هذا التساؤل وجب علينا أن نعرف ما هي المؤثرات الواقعية التي تعترض عمل القاضي الدستوري ؟ وما مدى تأثير القاضي الدستوري الليبي بالمؤثرات الواقعية المحيطة به ؟ . يمكننا في البداية التمييز بين الواقعية كمفهوم قانوني و مفهوم الواقعية الذي يعني علم الوجود أو الحقائق الواقعية.

المعنى الأول : إذا ألقينا لها الصفة (القانونية) ، فالواقعية هي تيار للنظرية العامة للقانون ، كما يقول بوردو، هو نهج من يريد أن يصور الحق كما هو (حقاً) وليس كما ينبغي أن يكون وفقاً لفلسفة أخلاقية أو فلسفة سياسية. وبهذا المعنى ، ترتبط الواقعية بالوضعية القانونية ، دون أن تنكر بالضرورة وجود الحق الطبيعي للإنسان². أن الواقعية القانونية تختلف عن التيارات الأخرى للوضعية في أنها تنظر إلى القانون على أنه كائن تجريبي من صنع البشر. يتم تشكيله من مظاهر الإرادة والتي تظهر على وجه الخصوص في القرارات القضائية. ميشيل تروبي يذهب بأن الواقعية القانونية هي مجموعة من الأطروحات حول طبيعة أو طريقة عمل القانون. فيذكر على سبيل المثال أن الواقعية القانونية هي تلك

1 - الطعن الدستوري رقم 17 لسنة 61 قضائية ، جلسة 6-11-2014، حكم غير منشور . 1

Translated by à Riccardo Guastini, Le réalisme juridique redéfini,-2

Revus, française Éric Millard Translated by Éric Millard,

p. 113-129 <https://journals.openedition.org/revus/2511>

النظرية التي ترى أن صحة القرارات القضائية لا تعتمد على توافقها مع المنطق، وأن التفسير القضائي هي وظيفة لا تعتمد فقط على المعرفة بل هي إرادة¹.

المعنى الثاني: تشير كلمة الواقعية بدون الصفة (القانونية) إلى أطروحة فلسفية مستمدة من الحقائق الواقعية والتي بموجبها يكون لهذه الحقائق أو المسلمات وجود موضوعي. ويقصد بالحقائق الواقعية الظروف الواقعية التي تحيط بالإنسان في الجماعة، وهذه قد تكون مادية كالمنامخ، وكالتكوين البيولوجي الوظيفي للإنسان أو قد تكون ظروفًا معنوية كالشعائر الدينية و قد تكون ظروفًا اقتصادية أو قوى سياسية أو اجتماعية. هذه الحقائق لا تخلق القانون بذاتها، وإنما تكون الضرورة التي تقتضي خلقه والأرضية التي يقوم عليها ويتحدد بها، فالحقائق الواقعية تعتبر الأساس الأول لقيام القانون وان كانت غير كافية بذاتها لقيام هذا الأخير. تشتمل الحقائق الواقعية مثلًا على اختلاف الناس إلى جنسين: الرجل والمرأة، فهذه الحقيقة بحد ذاتها لا تخلق قواعد الزواج ولكنها تفرض وجود نظام للارتباط بين الرجل والمرأة وتحدد الإطار العام لهذا الارتباط وفقًا للظروف الاجتماعية والمعتقدات الدينية لكل مجتمع.

وفقًا للمعاني التي تم سردها لمفهوم الواقعية هل يمكن مطالبة القاضي الدستوري بالواقعية؟ إذا ألقينا مهام القضاء الدستوري بمفهوم الواقعية القانونية، فقد يميل المرء في بادئ الأمر إلى استبعاد أي محاولة لجعل القاضي الدستوري واقعيًا بهذا المعنى. فكيف يكون القاضي الدستوري (الذي هو ليس شخص منظرًا بل هو ممارس للقانون) شخصًا واقعيًا. إلا أنه يجب ملاحظة أن الوظيفة القضائية رغم أنها تعد ممارسة إلا أنها تفترض تطبيق نظريات قانونية معينة. والواضح أن ممارسة القانون تعتمد على التكوين الجيد للقضاة في التمثيل الصريح أو الضمني للقانون. وبهذا فإن دور القاضي الدستوري (كما هو حال أي قاضي) هو تطبيق قاعدة موجودة من الناحية الميكانيكية أي تطبيق القاعدة القانونية للبحث عن الحكم الأقرب للعدالة. ويقول ميشيل تروبي أنه بشكل ضمني تقيد القاضي بالتطبيق الميكانيكي لا يعفيه من صعوبة تحديد القاعدة السارية. وهكذا فإن القاضي هو أقرب إلى الواقعية القانونية من الالتزام الحرفي للنص التشريعي. هذا المعنى يعني أن علم القانون يجب ألا يبحث عن ما هي القاعدة السارية، بل ما الذي سيصدره القاضي. في العديد من الأحوال المتهم لا يهتم معرفة التزاماته، ولكن فقط العواقب المحتملة لأفعاله، أي السعي إلى التنبؤ بقرارات القضاة. وفقًا لمعادلة واحدة من رواد الواقعية الأمريكية، أوليفر ويندل هولمز (الحق هو التنبؤ بما ستفعله المحاكم بالفعل وليس شيئًا أكثر من ذلك)².

1- Michel Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », Cahier du Conseil - 1 .constitutionnel

2- Cité par Sowell (Thomas), The Quest for Cosmic Justice, The Free Press, - 2 1999

ومن خلال المعنى الثاني للواقعية باعتبارها هي مجموعة من الحقائق المحيطة بالقاضي الدستوري ، يمكن أن يكون القاضي هو واقعي في كل مرة يحدد فيها نفسه بالآثار المترتبة عن قراره، من خلال الواقع السياسي أو الديني أو الاجتماعي. وبهذا يجب أن نذكر بأن هذه الفكرة هي واسعة للغاية ، ولكنها منطقية جدا. فقد يحدث أن يطبق القاضي الدستوري قاعدة قانونية مجردة، ولكنه يفعل ذلك مع مراعاة الآثار المتوقعة السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية لهذا التطبيق.

وفقا للعرض السابق يمكننا أن نتساءل كيف يمكن للقاضي، ولا سيما القاضي الدستوري، أن يتقيد بالواقعية سواء الواقعية كتيار قانوني أو الواقعية الوجودية. في هذا المجال يمكن التمييز حسب ميشيل تروي بين طريقتين : الأولى : تفترض (النظرية القانونية) وجود نمط معين من القواعد التي تم تصورها ، والتي يقترن بها وجود موضوعي تطبق عليه القاعدة القانونية أمام القضاء. والأخرى : بأن لغة القانون تحتوي على تعبيرات ، مثل الدولة والمجتمعات والسلطات المحلية والشعب وما إلى ذلك، وهكذا يمكننا القول بوجود كائنات بدون مرجع في العالم ، ولكن من الضروري صياغة البيانات القانونية، بما في ذلك قيمتها المعيارية. وفي هذا المثال يعتبر المفهوم الأول هو الواقعية الوجودية ، والثانية للواقعية القانونية. يمكننا أن نذكر مثال حول تقيد القاضي الدستوري بمفهوم الواقعية سواء القانونية أو الوجودية وذلك عندما يرفض الرقابة على القوانين التي تم تبنيها عن طريق الاستفتاء (باعتبار أن اعتمادها من قبل الشعب هو تعبير مباشر عن الإرادة الوطنية دون أي صورة نيابية). في هذه الحالة تم تحديد صاحب الإرادة الوطنية في مجموعة من المصوتين بنعم أو لا . وهنا نحن نفترض مجازاً أن مجموع المصوتين هو كائن له وجود موضوعي يمكن رؤية إرادته على الفور، دون حاجة إلى رقابة هذه الإرادة. لكن الواقع التجريبي يقول بأن المصوتين ليسوا لهم إرادة موحدة كما أننا لن نحصل في غالب الأحيان على نسبة مكتملة من صوت الشعب إذا لدينا نقص في الإرادة الوطنية ولكن في هذه الحالة القواعد القانونية تكملها (قانون الاستفتاء) . وبهذا فإن إنكار وجود الإرادة المكتملة للشعب هي واقعية وجودية في حين أن الواقعية القانونية هي التي تفترض إرادة شعبية مكتملة وهو المبرر لعدم ممارسة الرقابة من قبل القاضي الدستوري.

أن القاضي يتأثر بطريقة طبيعية للغاية في ممارسة وظيفته من قبل أمرين تجعل مهمته صعبة للغاية. أولاً : وجود المؤثرات القانونية المتغيرة تكمن في القواعد الدستورية والقواعد القانونية العادية. هذه القوانين تجعل القاضي أقل حيادية ، لا سيما في الأمور المتعلقة بالدين ، والمواطنة ، وإعطاء مزيد من الدعم للمواطن فيما يتعلق بالأجنبي. ثانياً: هو الجانب النفسي حيث أن القاضي يمكن أن يمنح الحق لصالح حزب أو لجهة معينة خوفاً من الانتقام (خاصة في نظام استبدادي). ولذلك ، حاول التشريع الليبي

الحفاظ على الحد الأدنى ، الذي يمكن أن ينظمه ، من حياد القاضي من خلال قانون نظام القضاء رقم (6) لعام 2006. المادة 62 من هذا القانون تذكر؛ بأن من غير الممكن أن يشارك القضاة في أنشطة تجارية أو أنشطة أخرى لا تتفق مع حياد واستقلال القضاء . كما تعلن المادة 64 من أجل ضمان حياد القاضي، لا يحق للقاضي المشاركة في العمل والأنشطة السياسية . هاتان المادتان السابقتان تتوافقان مع المادة 8 من القانون الأساسي للقضاء الفرنسي المؤرخ 22 ديسمبر 1958 والتي تنص على أن ممارسة وظائف القاضي لا تتوافق مع أداء جميع الوظائف العامة أو أي نشاط مهني أو بأجر آخر¹. ولتفادي أي تضارب في المصالح قد ينتهك مبدأ حياد القاضي ، لا يحق للقاضي فحص الحالات التي يكون أحد أقاربه جزءاً منها. بالإضافة إلى ذلك ، فإن المادة 63 من قانون نظام القضاء رقم (6) لعام 2006 تنص على أنه لا يحق للقضاة أن يشتروا بشكل مباشر أو عن طريق شخص آخر الممتلكات الخاضعة للتقاضي . وأخيراً ، تنص المادة 66 من نفس القانون على أنه لا يحق للقاضي أن يعبر عن رأيه قبل اعتماد الحكم .

يمكن للمرء أن يتأكد بأن القاضي الدستوري هو شخص واقعي عندما يقلل هذا الأخير من نطاق تطبيق مبدأ قانوني في حالة الظروف الواقعية. ونذكر في ذلك مثلاً قرار الدائرة الدستورية للمحكمة العليا الليبية بأن (التدابير التي يراها مجلس قيادة الثورة 1969 ضرورية لحماية الثورة تخرج عن الرقابة القضائية..) وبذلك اعتبرت الدائرة الدستورية بأن (القانون رقم 78-1972 ... والذي أمم الممتلكات ... وقد أصدره مجلس قيادة الثورة في نطاق وظيفته تحقيقاً لسياسة الدولة في التنمية ... يعتبر من أعمال السيادة ويترتب على ذلك إلا يختص القضاء بأية منازعة تدور حول إغائه أو التعويض عنه ولو ترتب عليه نتائج ضارة ببعض الأفراد...)². ومن خلال هذا فإن القضاء الدستوري قد تنازل على اثنين من أهم الحقوق المذكورة في الدستور (الإعلان الدستوري 1969 في ذلك الوقت) وهو حق الملكية (المادة 8) والحق في الالتجاء للقضاء (المادة 30) تحت ذريعة أنه لا يجوز الطعن فيما يتخذه مجلس قيادة الثورة من تدابير أمام أي جهة (المادة 18 من الإعلان الدستوري)³.

1 - L'article 8 de l'ordonnance n°58-1270, du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature tel que modifiée par la loi n°2017-54 du 20 janvier 2017.

2 - الطعن الدستوري رقم 3 لسنة 19 قضائية، جلسة 30 مارس 1976 ، المحكمة العليا (أحكام المحكمة العليا بدواؤها المجتمعة) ، منشورات المحكمة العليا، ط2، 2008، ص 150 .

3 - الزريقي ، جمعة محمود . عندما تسقط السلطة القضائية في مستنقع السياسية ، طرابلس الغرب ، 2019، ص 62 وما بعدها

المطلب الثالث : المحكمة الدستورية المرتقبة

بعد ثورة فبراير 2011 شهدت ليبيا حراكاً اجتماعياً وسياسياً يطالب بالتصديق على دستور دائم للبلاد يضمن المواطن من خلاله حقوقه وحرياته. وقد رأى المجلس الوطني الانتقالي المؤقت (الممثل الشرعي لثورة فبراير) أن يترجم هذه طموحات بواسطة المادة 30 للإعلان الدستوري لسنة 2011، هذه المادة (وفقاً للتعديل الدستوري الثالث لسنة 2012) ذكرت بأن تكون اللجنة التأسيسية للدستور الليبي لجنة منتخبة. وفقاً لذلك جرت الانتخابات في 20 فبراير 2014 لانتخاب لجنة تتألف من 20 عضواً لكل إقليم من أقاليم ليبيا (طرابلس، برقة وفيزان). أستمّر عمل اللجنة التأسيسية منذ 2014 وحتى يوليو 2017 لاعتماد المسودة النهائية للدستور بالتصويت عليه بثلاثي أعضائها. ظهرت المسودة مقسمة إلى 12 باب، يندرج تحتها 197 مادة، ومن خلال هذا التقسيم، نظم الباب الرابع السلطة القضائية بأن يحدد القانون اختصاصات المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها (المواد 121 و122). ونصت المادة 128 من مسودة الدستور على أن تتولى محكمة العليا النظر في الطعون بالنقض بحيث يقتصر دورها على مراجعة الأحكام والتيقن بعدم مخالفة القانون دون الخوض في معطيات الدعوى أو تجميع الأدلة فيها.

بمقتضى المسودة النهائية للدستور لسنة 2017 وفي الباب الخامس بالذات تقرر إحداث محكمة دستورية، وأكدت المادة 135 على الاستقلال المالي والإداري للمحكمة الدستورية ويكون مقرها مدينة سبها. وتأكيداً لمبدأ الموازنة بين السلطات العامة في المشروع الدستوري الجديد، تقدم المحكمة الدستورية ميزانيتها للسلطة التشريعية على أن يأخذ رأي المحكمة في مشروعات القوانين المتعلقة بها. وأكدت المادة 135 بأن يتمتع أعضاء المحكمة بضمانات المقررة لأعضاء السلطة القضائية المذكورة في الباب الرابع (المادة 120). في جانب آخر تسرد المادة 136 تشكيل المحكمة الدستورية، حيث تشكل هذه الأخيرة من 12 عضواً من بينهم رئيس ونائبين. وتتم طريقة اختيار أعضاء المحكمة الدستورية على جزئين ستة أعضاء يقوم باختيارهم المجلس الأعلى للقضاء. وستة أعضاء يختار نصفهم السلطة التشريعية ونصف الآخر رئيس الدولة .

تذكر المسودة العديد من مهام للمحكمة الدستورية المرتقبة، فبالإضافة إلى دورها في إقرار شعور منصب رئيس الدولة بشكل دائم¹، وإقرار تعذر إجراء انتخابات رئاسية في الدولة لأسباب قاهرة¹. تقوم

1 - تنص المادة 103 من المسودة النهائية للدستور الليبي 2017 بان (... تجتمع المحكمة الدستورية ؛ لإقرار شعور المنصب بشكل دائم، ويتولى رئيس مجلس الشيوخ مهام رئيس الجمهورية ؛ وفي حالة تعذر ذلك يتولى رئيس مجلس النواب المنصب (...).

المحكمة الدستورية بممارسة مهامه أخرى تتمحور في وظيفتها كحارس للتطبيق الصحيح لأحكام الدستور، ويتعلق الأمر بنص المادة 139 من المسودة الدستورية والتي تنص على ممارسة المحكمة الدستورية مهام مطابقة التعديلات الدستورية والنصوص التشريعية والاتفاقيات الدولية للدستور، وأيضاً مراجعة قوانين الانتخابات والاستفتاء و الأنظمة الداخلية لمجلسي البرلمان و الشيوخ. وهذه الرقابة قد تكون سابقة أو لاحقة:

أولاً : الرقابة اللاحقة :

وتشمل: - نظر المحكمة في دفع متعلق بعدم دستورية قانون ما إذا ما أثير هذا الدفع أثناء دعوى قائمة أمام القضاء ودفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع غير دستوري .

- البت في الطعون المباشرة المقدمة من قبل صاحب المصلحة ويشمل ذلك الرقابة على دستورية القوانين، الرقابة على اللوائح الصادرة عن مجلسي النواب والشيوخ ، الدعاوى المتعلقة بعدم وفاء السلطة التشريعية بالتزاماتها الدستورية ، الطعون في الانتخابات الرئاسية.

وتجدر الإشارة أن من بين المقتضيات الأساسية التي تنص عليها المسودة الدستورية لسنة 2017 ما نصت عليه المادة 142 أن أحكام المحكمة الدستورية ملزمة للكافة ، وتنتشر في الجريدة الرسمية . وأن النص القانوني الذي حكمت المحكمة بعدم دستوريته يفقد قيمته المعيارية من اليوم التالي لنشر الحكم وللمحكمة في حال الضرورة أن تحدد تاريخ سريان الحكم بعدم الدستورية. كما تنص المادة 140 من المسودة على حق المحكمة الدستورية المرتقبة بأغلبية أعضائها العدول عن المبادئ التي أرستها وفق لما يحدده القانون. أن أهم ما يمكن ملاحظته هنا أن المشرع الدستوري أستدرك أهمية النص الدستوري الذي يدعم القوة المعيارية لقرارات القاضي الدستوري حتى لا يمكن للسلطتين التشريعية والتنفيذية التلاعب بهذه القرارات أو التمتع عن الاستجابة لها .

ثانياً : الرقابة السابقة :

تكون هذه الرقابة فيما يخص :

1- النظر في دستورية إجراءات التعديلات الدستورية .

2- مراجعة المعاهدات والاتفاقيات الدولية قبل التصديق عليها .

=

1 - تنص المادة 103 من المسودة النهائية للدستور الليبي 2017 بان (... ينتخب رئيس الجمهورية قبل مئة وعشرين يوماً من انتهاء فترة رئيس الجمهورية القائم وقت إجراء الانتخابات الرئاسية؛ على أن تعلن النتائج النهائية خلال أسبوعين من نهاية المدة السابقة. وفي حال تعذر إجراء الانتخابات الرئاسية؛ لأسباب قاهرة تقرأها المحكمة الدستورية، يحدد مجلس الشورى الإجراءات؛ والمواعيد اللازمة لإجراء الانتخابات الرئاسية لاحقاً...) .

3- مراجعة قوانين الانتخابات والاستفتاءات قبل إصدارها .

4- مراجعة القوانين التي حكم بعد دستوريته قبل إعادة إصدارها من قبل المجلس التشريعي .

وتجدر الإشارة إن اختصاصات المحكمة الدستورية في الرقابة القبلية المنصوص عليها في المادة 139 هي رقابة إلزامية، ولم تكن المحكمة مخيرة في ممارسة هذه المهام . ويمكن التأكيد على ذلك بملاحظة بعض النصوص الأخرى ، فمن حيث النظر في دستورية إجراءات التعديلات الدستورية، فقد نصت المادة 195 (الفقرتين 4،5) في حالة الموافقة على تعديل الدستور من قبل الأغلبية المطلقة للمجلس التشريعي، يعرض رئيس الجمهورية الأمر على المحكمة الدستورية لرقابة صحة إجراءات التعديل الدستوري ولها الحق في طلب التعديل خلال 15 يوم أو إقراره لتقديمه للاستفتاء.

ومن خلال ما تقدم يمكننا وضع بعض الملاحظات :

1- تستحدث المسودة النهائية للدستور لسنة 2017 وجود محكمة دستورية لها شخصية اعتبارية مستقلة إداريا وماليا، وبهذا في حالة التصديق عليها وخاصة فيما يتعلق بالفصل الخامس (المحكمة الدستورية) فستكون هذه المحكمة هي الأولى من نوعها في ليبيا .

2- على نحو لا يخلو من المحاصمة والترضية للأقاليم الثلاث (طرابلس ، برقة ، فزان) في تقسيم المراكز السيادية للدولة. تذكر المسودة الدستورية في المادة 137 منها على توطين المحكمة في مدينة سبها على أن يجوز لأعضائها عقد اجتماعهم أو ممارسة مهامهم في أي مدينة أخرى.

3- تحمل المحكمة الدستورية المرتقبة ملامح الرقابة السياسية من حيث مشاركة السلطتين التشريعية ورئيس الدولة في اختيار نصف أعضائها، وبهذا فقد نهج مشروع الدستور الليبي نهج بعض الدساتير المقارنة، ونص على عدم اقتصار العضوية في المحكمة الدستورية على سلك القضاء. ونذكر في ذلك مثلا المادة 118 من الدستور التونسي (المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة تتركب من اثني عشر عضوا من ذوي الكفاءة، ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون الذين لا تقل خبرتهم عن عشرين سنة. يعين كل من رئيس الجمهورية، ومجلس نواب الشعب، والمجلس الأعلى للقضاء، أربعة أعضاء، على أن يكون ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون) .

4- يبدو أن واضعي المسودة النهائية للدستور يحاولون من خلال المادة 138 تعويض الهيمنة المفرطة للسلطتين التنفيذية والتشريعية على السلطة القضائية في ليبيا. وهذا يتضح جليا في منح المجلس الأعلى للقضاء الحق في اختيار نصف أعضاء المحكمة دون قيد أو شرط . إن واضعي المسودة النهائية للدستور اتبعوا في ذلك نهج بعض الدساتير التي تضع توازن في اختيار أعضاء المحكمة الدستورية، باعتبار أن اختصاصات هذه المحكمة متنوعة تدخل في مجال القضاء والسياسة. ومن بين الدساتير التي أتبع هذا النهج نذكر المادة 135 من الدستور الإيطالي التي تذكر بأن تتكون المحكمة الدستورية من خمسة عشر

قاضيا يتم ترشيح ثلثهم من قبل رئيس الجمهورية، وثلث من قبل البرلمان في جلسة مشتركة، وثلث من قبل المحاكم العليا العادية والإدارية.

5 - لا يمكن إنكار الطبيعة القضائية للمحكمة الدستورية المرتقبة، فبالإضافة لمنح المجلس الأعلى للقضاء النصب الأكبر في اختيار أعضاء المحكمة كما ذكرنا سابقا . كذلك فقد اعتمدت المسودة الرقابة اللاحقة كأسلوب لمراجعة دستورية القوانين ويجوز في ذلك لكل ذي مصلحة شخصية الطعن بعدم دستورية قانون معين سواء بطريقة الدفع المباشر أمام المحكمة الدستورية أو بطريقة الدفع الفرعي الجدي بمناسبة دعوى منظورة أمام أحد المحاكم.

6- عُثِّقَ واضعي المسودة النهائية للدستور 2017 في الاختصاصات المنوط بالمحكمة الدستورية ، وهذا بالنظر إلى حداثة التجربة القضائية الدستورية الليبية . حيث أن المحكمة الدستورية يجب عليها وفقا للمادة 139 من المسودة التدخل في مراقبة كل الأعمال الصادرة من السلطة التشريعية ومحاسبة السلطة التشريعية في حالة عدم الوفاء بالتزاماتها الدستورية ، هذا بالإضافة للنظر في التعديلات الدستورية وقوانين الانتخابات والطمعون في الانتخابات الرئاسية. إذا فهناك مجال موسع للمحكمة الدستورية للتدخل في عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية .

الخاتمة

نختتم هذا البحث المتواضع وأتمنى أن أكون موقفا في سردي لعناصره سردا لا ملل فيه ولا تقصير موضحاً جميع النقاط المتعلقة بحدود مهام القاضي الدستوري الليبي، سواء من حيث مدى سلطته المعيارية، أو من حيث تأثير القاضي الدستوري بالمؤثرات الواقعية المحيطة به . في بحثنا ركزنا بشكل مباشر على النصوص التشريعية والدستورية الليبية بما في ذلك التغييرات المهمة التي تحملها المسودة الدستورية لسنة 2017 لمهام القضاء الدستوري ، بعد أن أيقن كاتبوا المشروع الدستوري أهمية عمل القضاء الدستوري في إرساء مبادئ الحق والقانون والوقوف أمام تجاوزات السلطتين التنفيذية والتشريعية.

منحت المبادئ الصادرة عن المحكمة العليا قوة معيارية ملزمة لجميع المحاكم والمؤسسات العامة للدولة؛ (المادة 155 من الدستور الملكي الليبي والمادة 28 من القانون القديم للمحكمة العليا لعام 1953 والمادة 31 من القانون الحديث رقم 6 لعام 1982). ومن أجل أداء مهامها القضائية ، اعتمدت المحكمة العليا طريقتي الدوائر وحدها أو معاً. فهي إما أن تصدر قرار قضائي بإحدى الدوائر المنفردة "الأحوال المدنية أو الجنائية أو الشخصية" كمحكمة النقض ، أو إلى الدوائر المجتمعة الأخرى و تتمثل في دور القاضي الدستوري : 1- الرقابة على صحة التشريعات . 2- أية مسألة قانونية جوهرية تتعلق بالدستور . 3- تنازع الاختصاص بين المحاكم وأية جهة قضاء استثنائي . 3- النزاع الذي يشور بين

تنفيذ حكمين صادر عن الجهات القضائية . 4- العدول عن البادئ الصادرة عن أحد دوائر المحكمة العليا .

في الواقع ، ليس هناك مسألة تدعو إلى التشكيك في الأسس القانونية لتلك القرارات الصادرة عن القضاء الدستوري. من ناحية أخرى يمكن للقاضي الدستوري أن يحشد موارد سلطته المعيارية من خلال تغيير تفسير القواعد الدستورية في خدمة رؤيته الخاصة . وبهذا يمكن القول بأن القاضي في العموم والقاضي الدستوري بشكل خاص هو واقعي جدا في اتخاذه لقراراته ، سواء من حيث ارتباطه بالقواعد القانونية المختلفة وتفسيراتها أو لتأثره بالظروف الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية الخ... . والأكثر من ذلك فإنه يمكننا الاعتراف بأن مبدأ حيادية القضاء ليس صحيحا بشكل كامل في جميع الحالات.

وأخيرا ، لم يقصد واضعو المسودة الدستورية المزمع تقديمها إلى الاستفتاء الشعبي إنشاء مترجم حقيقي للمبادئ الأساسية الواردة في الوثائق الدستورية السابقة، حيث قرروا السماح لأنفسهم التقدم عن باقي النصوص الدستورية السابقة. وفقاً لهذه الرؤية الإبداعية تحتاج للكثير من الرعاية والاهتمام، حتى يمكن الوصول إلى مبتغى النصوص المذكورة في المسودة النهائية للدستور الليبي. نحن نقول ذلك وخاصة إذا أمعنى النظر في اختصاصات المجلس الدستوري ونذكر من ذلك : مراجعة القوانين والتعديلات الدستورية والمعدات والاتفاقيات الدولية ، الطعون الرئاسية ، قوانين الانتخابات ، لائحتي مجلسي الشيوخ والنواب... الخ. هذا بالإضافة للباب الواسع المفتوح أمام فرصة الطعن في كل ما يدخل في اختصاصات هذا المجلس، حيث يجوز لكل ذي مصلحة سواء مباشرة أو بمناسبة دعوى منظورة أمام المحاكم اللجوء إلى المحكمة الدستورية.

المراجع باللغة العربية :

- 1- الأحواس، خليفة صالح، القانون الدستوري الليبي والنظم السياسية والإدارية، منشورات جامعة التحدي، 2004.
- 2- الحراري ، محمد عبد الله ، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، رسالة دكتوراه ، جامعة نيس، 1985.
- 3- جمعة محمود الزريقي، عندما تسقط السلطة القضائية في مستنقع السياسة ، طرابلس الغرب ، 2019.
- 4- حميد القماطي ، أثر الحكم الصادر عن القضاء الدستوري ، بحث مقدم للمؤتمر العلمي للمحاكم والمجالس الدستورية العربية ، الأردن ، 2016 .
- 5- عادل الطبطباني ، شرط المصلحة في الدعوى الدستورية ، مجلة الحقوق ، السنة 24 ، جامعة الكويت، مارس 2000.

- 6- عبد الرضا الطعان، التنظيم الدستوري في ليبيا ابعث الثورة ، منشورات جامعة قاريونس ، بنغازي ، 1995 ، ص 120 وما بعدها.
- 7- عفيفي، مصطفى محمود ، رقابة دستورية القوانين في مصر والدول الأجنبية، مكتبة سعيد رافة، 1990.
- 8- يونس ، منصور ميلاد ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، دار الكتب الوطنية ، الجزء الثاني، 2009.
- 9- الطعن الجنائي رقم 105 لسنة 34 ق ، جلسة 1987 /5/26 ، مجلة المحكمة العليا العدد 2/1.
- 10- حكم المحكمة الدستورية العليا رقم 34/6 ق، جلسة 2012/7/10، مجلة الدستور السنة 10، العدد 22.
- 11- الطعن الدستوري رقم 1/19 ق، جلسة 1972/6/10 م، مجلة المحكمة العليا ، قرارات المحكمة العليا بالدوائر المتجمعة.
- 12- الطعن الدستوري رقم 17 لسنة 61 قضائية ، جلسة 2014-11-6، حكم غير منشور.
- 13- حكم المحكمة الدستورية المصرية العليا الطعن رقم 6 لسنة 34 ق، جلسة 2012/7/ 10، مجلة الدستور السنة 10 ، العدد 22، ص 106.
- 14- الطعن الدستوري رقم 3 لسنة 53 ق ، جلسة 2009/11/11 ، حكم غير منشور.
- 15- الطعن الدستوري رقم 16 لسنة 61 ق ، جلسة 2014/11/6 ، مجلة المحكمة العليا السنة 44، العدد 4.
- 16- الطعن الدستوري رقم 3 لسنة 19 قضائية، جلسة 30 مارس 1976 ، المحكمة العليا (أحكام المحكمة العليا بدوائرها المتجمعة) ، منشورات المحكمة العليا، ط2، 2008.

المراجع باللغة الأجنبية :

- 1- ZOLLER, Elisabeth. Les grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis « Les grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis », Dalloz, éd.1, 2010.
- 2- BOUMEDIENE, Malik. Leçons de droit constitutionnel. Ellipses, 2015.
- 3- BEZZINA, Charlène. Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel. Thèse de doctorat en droit constitutionnel : Universitaire : paris 1 panthéon Sorbonne, 2014.

- 4-FIORAVANTI, Marco. Sieyès et le jury constitutionnaire : perspectives historico-juridiques [en ligne]. Annales historiques de la Révolution française, septembre 2010 .
- 5- Michel Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », Cahier du Conseil constitutionnel, n° 22 (Dossier : « Le réalisme en droit constitutionnel »), juin 2007.
Translated by à 6- Riccardo Guastini, Le réalisme juridique redéfini, Revus, française Éric Millard Translated by Éric Millard, journals.openedition.org.
- 7- Michel Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », Cahier du Sowell (Thomas), The Quest for Cosmic Justice, Conseil constitutionnel, The Free Press, 1999 .
- 8- l'ordonnance n°58-1270, du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature tel que modifiée par la loi n°2017-54 du 20 janvier 2017.

أساس مسؤولية مدقق الحسابات وطبيعتها القانونية في

الشركة المساهمة العامة وفقاً للتشريع الإماراتي

"دراسة مقارنة"

إعداد الباحثة : وفاء يوسف

باحثة ماجستير في القانون الخاص - كلية القانون - جامعة الشارقة

بإشراف الدكتور / بشار طلال المومني (أستاذ القانون المدني المشارك) .

المقدمة

تعتبر مهنة مدقق الحسابات في الشركة المساهمة العامة مهنة في غاية الأهمية نظراً للدور الرقابي الذي يشرف عليه في المؤسسات، وتظهر هذه الأهمية من خلال المهام الموكلة لمدقق الحسابات والدور الذي يلعبه في إضفاء الثقة على المعلومات المالية التي ينشرها في المؤسسات، وذلك من خلال تقريره الذي يبدي فيه رأيه الفني المحايد حول صحة الحسابات السنوية التي تعدها مصالح الشركات ومدى صدقها في التعبير عن وضع الشركة ونتائج نشاطها، ونظراً لهذه الأهمية فقد وضع المشرع الإماراتي العديد من القيود على المهام التي يمكن أن يقوم به مدقق الحسابات أثناء تأديته لوظيفته الرقابية على الأعمال التي يقوم بها في الإدارة، حيث نجد أن المشرع الإماراتي قد أقر بالمسؤولية المدنية لمدققي الحسابات في نص المادة (253) من قانون الشركات، كما نجد ذلك في العديد من التشريعات والقوانين المختلفة وضعت المهام التي على مدقق الحسابات القيام بها في الشركة التي يقوم بمراجعتها دون التدخل في التسيير، وأن يمارس هذه المهام تحت مسؤوليته الشخصية، حتى يكون على قدر من الكفاءة والحيلة اللازمة في تأدية مهامه، حيث يواجه أثناء تأديته لمهامه مسؤولية مدنية نتيجة أخطائه من خلال أعمال الشركة.

_أهداف البحث :

تمثل بحثنا في إظهار المهام الموكلة لمدقق الحسابات من خلال دراستنا للمسؤولية المدنية لمدقق الحسابات بشكل خاص، وتحليل طبيعة المسؤولية المدنية لمدقق الحسابات في ظل قانون الشركات رقم 12 لسنة 2014 المنظم لمهنة مدققي الحسابات.

3_أهمية البحث:

تجلت أهمية البحث من أهمية دور المدقق في خدمة الأطراف المختلفة التي تستخدم البيانات المالية،

وبشكل أدق فإن أهمية هذه الدراسة تنبع من الأمور التالية:

1_ في ظل التوجهات الجديدة للإقتصاد الإماراتي من تشجيع للإستثمار الإقتصادي ستزداد أهمية رأي المدقق حول عدالة البيانات المالية حتى يستطيع المستثمرون ومتخذوا القرارات الإعتماد على هذه البيانات، الأمر الذي قد يؤدي زيادة حالات اللجوء لمقاضاة المدقق، الأمر الذي يستدعي القيام بدراسات تساهم في توضيح نطاق مسؤولية المدقق تجاه العملاء والأطراف الأخرى.

_ وتمثل الهدف من هذه الدراسة أيضاً أنه يجب على مدقق الحسابات عند التخطيط لإجراءات المراجعة والتدقيق للقوائم المالية أن يأخذ في الاعتبار مخاطر وجود تحريف مادي في القوائم المالية ناتج عن الأخطاء الجوهرية.

4_ مشكلة البحث:

لم يعد هناك خلاف في القانون حول اعتبار المدقق مسؤولاً عن أخطائه المهنية، ولكن السؤال الذي يطرح هنا هو: على أي أساس تقوم هذه المسؤولية؟ هل على أساس تعاقدية أم على أساس تقصيري؟ وهل يسأل المدقق عن الخطأ الجسيم أم الخطأ اليسير؟ وفي حال وجود أكثر من مدقق واشتركوا في الخطأ هل المسؤولية تكون تضامنية فيما بينهم؟ وما نوع المسؤولية الناتجة عن خطئه؟

5_ منهجية البحث:

استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في القانون الإماراتي كأساس للمقارنة فيما يتعلق بموضوع الدراسة بالمقارنة مع القانون المصري والكويتي لبيان أوجه الشبه والاختلاف ومدى استفادة القانون الإماراتي منها أو إفادتها منهم.

6_ خطة البحث:

اقتضت دراستنا لموضوع أساس مسؤولية مدقق الحسابات وطبيعتها القانونية في الشركة المساهمة العامة، والإحاطة به أن تتم دراسته من خلال مبحثين، تناولنا في المبحث الأول أساس مسؤولية مدقق الحسابات في الشركة المساهمة العامة، في حين خصصنا المبحث الثاني لطبيعة المسؤولية المدنية لمدقق الحسابات في الشركة المساهمة العامة، وخلصنا في الخاتمة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

أساس مسؤولية مدقق الحسابات في الشركة المساهمة العامة

مهنة مدقق الحسابات من المهن التي تتطلب التدقيق والتحقق من صحة الموازنات والحسابات، كما أنه يجب على مدقق الحسابات ممارسة مهامه بكل نزاهة واستقامة وفق المقتضيات المنظمة للمهنة وذلك تحت طائلة إثارة مسؤوليته.

ويلاحظ بأن المشرع لم يتم بتحديد مسؤولية المدقق في النصوص القانونية التجارية لذلك فإننا نبحث في الأصل العام للمسؤولية المدنية لأجل مساءلة المدقق مدنياً عن الخطأ الذي ارتكبه وإصلاح الضرر، وطبقاً للقواعد العامة يسأل مدقق الحسابات عن الخطأ الذي صدر منه وألحق ضرراً بالشركة أو بالغير.

وتتشابه المسؤولية التقصيرية و العقدية في الضرر والعلاقة السببية ويختلفان في الركن الأول وهي الإضرار المتمثل بالفعل الضار، فالإضرار والضرر وعلاقة السببية ما بين الفعل والضرر، هي أركان المسؤولية المدنية وفقاً للمبادئ العامة في القانون المدني.

وهذا ما يستدعي منا البحث في أساس مسؤولية المدقق في المطلب الأول الإخلال بالإلتزام العقدي (الخطأ العقدي)، والمطلب الثاني حول الإخلال بالواجب العام المقترن بالضرر.

المطلب الأول

الإخلال بالتزام العقدي (الخطأ العقدي)

إن الإخلال بالتزام العقدي أو الخطأ العقدي، هو الركن الأول من أركان المسؤولية العقدية، فالإخلال العقدي هو عدم تنفيذ الإلتزام الناشئ عن العقد، ويشمل ذلك عدم التنفيذ المطلق، سواء لكامل الإلتزام أو لجزء منه، أو تنفيذه المعيب أو تنفيذ المتأخر⁽¹⁾.

ولقيام مسؤولية المدقق لا بد من توافر شروط، أولاً: الإخلال بالتزام العقدي، ثانياً: عدم تنفيذ الإلتزام بشكل كلي أو جزئي أو التأخر في التنفيذ أو تنفيذه بشكل معيب، ومثالها عدم قيام مدقق الحسابات بالتدقيق خلال الفترة المحددة له، أو نفذ التدقيق ولكنه لم ينهه⁽²⁾.

كما أن صورة الإخلال العقدي تختلف تبعاً لاختلاف نوعي الإلتزام العقدي، فقد يكون الإلتزام بتحقيق غاية، وقد يكون الإلتزام بذل عناية، علماً أن ما يميز الإلتزامات ويجعلها؛ إما التزامات بوسيلة أو التزامات بغاية، فإذا تعذر مع معرفة إرادتهم، وجب الرجوع عندئذ إلى طبيعة النتيجة التي يسعى المتعاقدان إلى تحقيقها، وذلك من حيث طابع الإحتمال أو اليقين النسبي في تحققها⁽³⁾، وتبعاً لهذا التقسيم، إذا كان

1- معين عمر عيد المؤمني وآخرون، التنظيم القانوني لمهمة مدقق الحسابات في الشركة المساهمة العامة، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2015، ص 109.

2- معين عمر عيد المؤمني وآخرون، التنظيم القانوني لمهمة مدقق الحسابات في الشركة المساهمة العامة، مرجع سابق، ص 110.

3- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج 1، دار إحياء التراث، بيروت، دون سنة نشر، ص 656-657.

التزام المدين بتحقيق غاية، فإنه يعد مخطئاً إذا لم يتحقق الغاية المطلوبة منه، ولا يقبل منه أن يقيم الدليل على انعدام الخطأ من جانبه، لأن هذا الخطأ وقع فعلاً لعدم تنفيذ التزامه، وللمدين رفع المسؤولية في عدم تحقق النتيجة المرجوة منه هو سبب أجنبي خارج عن إرادته، مثال على ذلك: التزام المدقق بالحفاظ على السجلات المسلمة إليه للتدقيق بها، وتقديم تقرير بخصوصها. أما في حال الإلتزام ببذل عناية، فإن الخطأ يتحقق إذا لم يقيم المدين ببذل العناية المطلوبة، ومعيار عدم التنفيذ - معيار الرجل المعتاد - فيكون مرتكباً للخطأ العقدي وتقوم مسؤوليته⁽¹⁾.

و يلاحظ بأن الفقهاء فرقوا بين الخطأ في المسؤولية التقصيرية والعقدية، وبينوا أن الخطأ العقدي " انحراف إيجابي أو سلمي في سلوك المدين يؤدي إلى مؤاخذته، ومعيار هذا الانحراف هو مجافاة المدين لمسلك الشخص العادي"، بينما الخطأ التقصيري " فهو الأذى الذي يصيب حقاً أو مصلحة مشروعة للإنسان سواء وقع هذا الأذى على الجسم المضرور أو ماله أو شرفه⁽²⁾ (3).

وبذلك يتضح، أن المسؤولية التقصيرية لا بد فيها من أركان كالإضرار أو الفعل غير المشروع والضرر وعلاقة السببية، وكذلك لا بد من توافر الإخلال بالالتزام العقدي (الخطأ العقدي) والضرر وعلاقة السببية في المسؤولية العقدية.

ومن خلال هذا التعريف للمسؤوليتين نلاحظ بأن الفقه قد اشترط في المسؤولية العقدية توافر ركنين الأول وهو الانحراف العقدي والثاني وهو الإدراك والتمييز، ولم يشترط بالمسؤولية التقصيرية سوى ركن الضرر الناشئ عن الفعل الضار، وهذا ما أخذ به المشرع الإماراتي في المادة 282.

وبناء على ما سبق، يثار تساؤل مفاده ما هو المقصود بخطأ المدقق؟ وما هو المعيار المتخذ في سلوك مدقق الحسابات؟

أولاً: المقصود بخطأ المدقق:

باستقراء نصوص قانون الشركات الإماراتي وقوانين مزاولة مهنة التدقيق والأنظمة الصادرة بموجبها في الإمارات، لا نجد من النصوص القانونية ما يشكل نظاماً قانونياً متكاملماً يتعلق بمسؤولية مدقق

1- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ص 657 أيضاً: معين عمر عيد المؤمني وآخرون، التنظيم القانوني لمهمة مدقق الحسابات في الشركة المساهمة العامة، مرجع سابق، ص 110.

2- إيهاب جمال حمدالله وشاح، مسؤولية مدقق الحسابات الخارجي في الشركات المساهمة العامة في القانون الأردني، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية، الأردن، 2013، ص 118.

الحسابات المدنية، مما يقتضي من القضاء تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية على المدقق، وذلك أن القواعد الخاصة بالمدققين اقتصر على بعض النصوص التي قامت بتوضيح واجبات والتزامات المدقق، وذكر ما يدخل من نطاق الخطأ.

وهذا ما ذكره المشرع الإماراتي في المادة 253 من قانون الشركات والتي نصت على أنه " يكون مدقق الحسابات مسؤولاً قبل الشركة عن أعمال الرقابة وعن صحة البيانات الواردة في تقريره وعن تعويض الضرر الذي يلحقها بسبب ما يقع منه في تنفيذ عمله، وإذا تعدد مدققوا الحسابات كان كل منهم مسؤولاً عن خطئه الذي ترتب عليه الضرر"⁽¹⁾.

واستناداً إلى هذه المادة فإن مدقق الحسابات يسأل عن الخطأ الذي يرتكبه أثناء ممارسته لمهامه، ولم تحدد هذه المادة طبيعة الخطأ المرتكب ومن ثم طبيعة التزام مدقق الحسابات.

فالمشرع الإماراتي والتشريعات المقارنة لم يعرفوا خطأ المدقق بشكل خاص، إلا أن بعض المحاكم في دول أخرى عرفوا خطأ المدقق بأنه: "كل سلوك يعد خروجاً عن المألوف من أهل الصناعة في بذل العناية التي تقتضيها أصول المهنة وقواعد المهنة وقواعد الفن"⁽²⁾.

فالمدقق ملزم بواجب تعاقدية الرعاية والمهارة اللازمة، وينشأ هذا الإلتزام صراحة أو ضمناً في العقد المبرم بين المدقق والشركة، كما أن فشل المدقق في استخدام العناية المطلوبة التي تؤدي إلى الخسارة التي لحقت بالشركة المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالشركة"⁽³⁾.

ولهذا ذهب جانب من الفقه إلى تقسيم الخطأ إلى خطأ مهني، وخطأ مادي، فالخطأ المهني هو ذلك الخطأ الذي يصدر من المدقق أثناء مزاولته لمهنته يترتب عليه مخالفة القوانين والأنظمة أو الجهل بها، وكل خرق لقواعد سلوك برنامج عدالة.

1- والمشرع المصري وضح في المادة 109 من قانون الشركات على أنه " يكون مراقب الحسابات مسؤولاً قبل الشركة عن تعويض الضرر الذي يلحقها بسبب الأخطاء التي تقع منه في تنفيذ عمله...". أما المشرع الكويتي فقد ذكر في المادة 232 على أنه " يكون مراقب الحسابات مسؤولاً عن البيانات المالية الواردة في التقرير وعن كل ضرر يصيب الشركة والمساهمين أو الغير بسبب الأخطاء التي تقع منه أثناء وبسبب عمله...".

2- وفقاً لما جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 487/1978 تاريخ 1978/4/26 المنشور في برنامج عدالة.

المهنة أو الإخلال بالشرف والنزاهة لحق بالموكل نتيجة لعمل مادي أو معنوي مثل خطأ المدقق في إعداد تقريره المالي. أما الخطأ المادي: فهو ذلك الخطأ الذي يقع من المدقق دون أن يكون له صلة بمهنة التدقيق فهو خارج بطبيعته عن مهنة التدقيق⁽¹⁾.

ووفقاً لهذه التعاريف يعرف الباحث خطأ المدقق بأنه: تقصير في مسلك المدقق لا يقع فيه مدقق يقظ وجد في نفس الظروف التي أحاطت به المدقق المسؤول.

ثانياً: صفة خطأ المدقق:

ويقصد بصفة خطأ المدقق نوعية هذا الخطأ، أهو خطأ مادي أم فني، خطأ جسيم أم خطأ يسير، ولقد أشرنا فيما سبق إلى الخطأ المادي والمهني. أما الخطأ الجسيم" فهو الخطأ الذي يقع من شخص قليل الذكاء والعناية ولا يتصور وقوعه من شخص عديم الإكتراث وهو أقرب إلى العمد"، والخطأ اليسير هو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص العادي"⁽²⁾.

أما عن موقف المشرع الإماراتي، من حيث مسؤولية المدقق في صفة الخطأ الموجب للمساءلة لم ينص على قواعد خاصة تستثني المدقق من أحكام القواعد العامة المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، كما أنه لم يأخذ بمسؤولية المدقق عن الخطأ الجسيم فقط، وإنما استقر على قيام مسؤولية المدقق في حال ارتكابه خطأً مهنيًا وبذلك يتحقق هذا الخطأ دون النظر إلى صفته حتى وإن كان ثابتاً وواضحاً، حيث نصت المادة(23) من قانون تنظيم مهنة مدققي الحسابات على أنه " يسأل مدقق الحسابات من الأشخاص الطبيعيين عن تعويض الضرر الذي يلحق بالعميل أو بالغير بسبب الخطأ أو التقصير المهني الذي يصدر عنه في أداء مهنته..."

يلاحظ من النص السابق بأنه يجب على مدقق الحسابات بذل عناية الرجل المهني وذلك في إتباع معايير المحاسبة الدولية ومعايير التدقيق وعلى ذلك يعد المدقق مخطئاً أو مقصراً إذا لم يؤدي مهمته بتلك المهارة والخبرة والعناية المتوقعة إعتيادياً من مدقق حسابات مؤهل مهنيًا وعلمياً مما يوجب ذلك مساءلته قانوناً

1- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، المطبعة العالمية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1964، ص386. أيضاً: إيهاب جمال حمدالله وشاح، مسؤولية مدقق الحسابات الخارجي في الشركات المساهمة العامة في القانون الأردني، مرجع سابق، ص120.

2- نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن، مج7، ع3، 2001، ص3. أيضاً: السنهوري عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص821 ولغاية 824.

سواء كان ذلك بقصد أو بغير قصد، فالمرجع أقام المسؤولية على كل فعل يعد خروجاً عن المؤلف من أهل صنعته دون النظر إلى صفة الخطأ أكان جسيماً أم يسيراً .

كما أن مسؤولية مدقق الحسابات لا تقوم إلا بإثبات الخطأ في جانبه، فهي مسؤولية قائمة على خطأ واجب الإثبات وليس على أساس الخطأ المفترض، وفي هذا حماية لمدقق الحسابات، لأنه لا يجوز مساءلة هذا الأخير إلا بعد إثبات الخطأ في حقه سواء على افتراضه أو بناء على قرينة معينة⁽¹⁾ .

ثالثاً: معيار التعدي لسلوك مدقق الحسابات:

وضع المشرع الإماراتي معياراً للتعدي وهو (العرف والعادة)، بحيث يقاس سلوك الفاعل بالسلوك المعتاد للناس، فإن كان ما قام به المدقق معتاد لدى الناس لم يكن المدقق متعدياً، وإن خرج فعله عن المعروف والمعتاد للناس عد المدقق متعدياً ووجب عليه الضمان⁽²⁾ .

فالمعيار الذي أخذ به القانون الإماراتي هو معيار موضوعي ينظر فيه إلى الفعل ذاته لا إلى شخصية المدقق، ولكن إذا كان التعدي في القانون الإماراتي يشترك مع الخطأ في القانون المصري في الضابط، فضابطهما الإنحراف عن سلوك الرجل المعتاد، فإنهما مع ذلك يختلفان من حيث أن الخطأ مفهوم شخصي يقتضي من المخطئ أن يكون مدركاً لأفعاله، في حين أن التعدي مفهوم موضوعي، لا يشترط الإدراك والتمييز، فالتعدي يمكن أن يكون بقصد أو بغير قصد، كما قد يأتيه الكبير والصغير، العاقل وغير العاقل⁽³⁾ .

فالتزام مدقق الحسابات ليس التزاماً بتحقيق نتيجة، فلا تتحقق مسؤوليته بمجرد حدوث الضرر، وإنما هو التزام ببذل العناية، مما يستوجب إقامة الدليل على تقصيره في أداء واجباته فهو خطأ مهني واجب الإثبات، فعليه أن يبذل القدر من العناية المنتظرة من رجل من وسط المهنة علماً وكفاءةً وخبرة مهنية، وإلا اعتبر مخالفاً بواجبه المهني⁽⁴⁾ .

1- لحسن العيوض، مسؤولية مراقب الحسابات في ضوء القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، المغرب، عدد خاص، 2017، ص 70 .

2- صديقي سليم خان نعمان، أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديمي التمييز في القانون المدني العراقي، مجلس القضاء، العراق، 2012، ص 27.

3- مصطفى الزرقاء، الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1988، ص 79.

4- ربيعة غيث، مسؤولية مراقبي الحسابات، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المغرب، ع 62، 2005، 98 . أيضاً: الطعن المدني رقم 113، محكمة تمييز دبي، السنة 1997 القضائية، مكتب في 8، جلسة الأحد 2 نوفمبر لسنة 1997، ص 845، صدر حكم

وهذا ما جاء في حكم المحكمة الاتحادية العليا: مسؤولية الخبير عن أخطائه - مناطها - ما يقع منهم أخطاء مهنية تتصل بالأصول الفنية للمهنة. وأساس ذلك - التزامه أن يبذل في مهمته العناية الفنية التي تقتضيها أصول مهنته. معياره - السلوك الفني المؤلف من أوسط أرباب مهنته علماً وكفايةً ويقظة. مؤدى ذلك - انعدام مسؤوليته إلا إذا انحرف عن هذا المعيار⁽¹⁾.

فمدقق الحسابات يكون مسؤولاً مسؤولية فردية عن الأخطاء الذي يرتكبها عندما يقوم بمفرده العمل دون الآخرين، وعندما يتعدد المدققين تكون مسؤوليتهم تضامنية إذا اشتركوا جميعهم في عمل واحد ولم يعترض أحدهم، وهذا ما وضحته نص المادة (245) من قانون الشركات الإماراتي بقوله (...إذا كان للشركة أكثر من مدقق وجب توزيع المهام فيما بينهم وقيام كل منهم بتقديم تقرير مفصل يتناول فيه موضوعات المهمة الموكلة إليه ثم يقدمون تقريراً مشتركاً يكونون مسؤولين عنه بالتضامن). والمادة (254) من قانون الشركات الإماراتي حيث نصت على ما يلي: (يكون مدقق الحسابات مسؤولاً قبل الشركة عن أعمال الرقابة وعن صحة البيانات الواردة في تقريره وعن تعويض الضرر الذي يلحقها منه بسبب ما يقع منه في تنفيذ عمله وإذا تعدد مدققوا الحسابات كان كل منهم مسؤولاً عن خطئه الذي ترتب عليه الضرر)⁽²⁾.

ولكنه طبقاً للقواعد العامة لا يسأل المدقق مدنياً، إلا في حدود ما ارتكبه من ضرر في تنفيذ عمله، وإذا تعدد المدققين كان كل واحد مسؤولاً عن خطئه طالما أنهم لم يشتركوا في الخطأ⁽³⁾.

نلاحظ من خلال نص المادة (254) بأنه في حال تعدد مدققي الحسابات يجب التمييز بين ما إذا كانوا ينجزون مهامهم بصورة فردية أو جماعية؛ ففي الحالة الأولى تكون مسؤوليتهم فردية، وفي الحالة الثانية تكون مسؤوليتهم جماعية على وجه التضامن.

وإذا انتفى الخطأ لمرتكب الفعل الضار فلا مجال لمسائلته وهنا يمكن وضع معيارين للخطأ:

=

مفاده: على الجراح أن يقوم بواجبه تجاه المريض بقدر معقول ومناسب من الكفاءة والمهنة، ويجب عليه أن يبذل درجة عالية من الكفاءة والمهنة، والمعيار في ذلك هو ما يقبله أهل المهنة المهرة اليقظين ممن يفترض أن يكون في مستواهم.

1- الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 52 لسنة - لسنة 25 قضائية، الموافق 16_4_2006، مكتب في 28، الجزء 2، ص 835.

2- المادة 103 من قانون الشركات المصري على أنه "... وفي حال تعدد المراقبين يكونون مسؤولين بالتضامن...". المادة 231 من القانون المدني الكويتي.

3 - Peter forstmoser: the duties and liabilities of auditors under Swiss law - Journal of Comparative Business and Capital Market Law, North-Holland, 1983, p.p, 310-312

1_ المعيار الأول هو معيار موضوعي: وهنا يقاس التعدي بمفهوم موضوعي لا ذاتي، وهو يتعلق بمستوى الخطأ أو نسبته الذي يستوجب مسؤولية المدقق وهو الخطأ الجسيم⁽¹⁾، وهذا المعيار يشابه المعيار الموضوعي في القانون المدني الذي يطلب من الشخص أن يكون بمستوى الرجل فلا يسأل إلا إذا نزل عن المستوى دون النظر إلى الجانب الشخصي أو الذاتي⁽²⁾. وهذا المعيار أخذ به المشرع الإماراتي والكويتي.

2_ المعيار الثاني هو معيار شخصي: وهو يتعلق ببذل المدقق للعناية المهنية اللازمة أثناء قيامه بالتدقيق، وإذا ما تم إثبات أن المدقق لم يعمل بإخلاص عند وضع تقريره عن تنبؤات الإدارة، وفي الوقت نفسه إذا تمكن المدقق من إثبات أن فحصاً معقولاً قد أنجز فإنه عندئذ لا يعتبر مسؤولاً عن الضرر الحاصل⁽³⁾، وهذا المعيار هو المعيار الشخصي وفقاً للقانون المدني حيث يسأل المدقق وفقاً لما لديه من قدرات. وهو المعيار الذي أخذ به المشرع المصري .

ووفقاً لهاذين المعيارين فالمدقق يسأل وفقاً لمعيار موضوعي وشخصي، أي أنه يسأل عن الخطأ الذي صدر منه، حيث أنه يمثل خروجاً على معايير المراجعة في عمله، أما الجانب الشخصي فيؤخذ بمعيار الرجل المتوسط بنفس الظروف التي يكون بها المدقق، فإن قام بنفس التصرف فإنه لا يسأل، وإن لم يقم بمثل تصرفه فإن ما قام به المدقق يعد خطأ ويسأل عنه ويلتزم بالتعويض⁽⁴⁾.

كما أوضحت المادة (253) من قانون الشركات الإماراتي على أنه " يكون مدقق الحسابات مسؤولاً قبل الشركة عن أعمال الرقابة وعن صحة البيانات الواردة في تقريره وعن تعويض الضرر الذي يلحقها بسبب ما يقع منه في تنفيذ عمله، وإذا تعدد مدققوا الحسابات كان كل منهم مسؤولاً عن خطئه الذي ترتب عليه الضرر"⁽⁵⁾.

1 - هدى خليل إبراهيم الحسيني، مسؤولية مراقب الحسابات، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، العراق، ع28، 2011، ص294.

2- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص784 وما بعدها.

3- هدى خليل إبراهيم الحسيني، مسؤولية مراقب الحسابات، مرجع سابق، ص29.

4- عبيدة عامر مرعي الربيعي، مسؤولية مراقبي الحسابات، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المغرب، العدد62، ص20، 2005.

5- يقابله المادة (109) من قانون الشركات المصري. المادة (232) من قانون الشركات الكويتي.

ونلاحظ من النص السابق بأن المدقق يكون مسؤولاً قبل الشركة عن تعويض الضرر الذي يلحقها بسبب الأفعال والأخطاء التي تقع منه أثناء أداء عمله والتي نشأ عنها ضرر، وإذا كان للشركة أكثر من مدقق حسابات واشتركوا في الخطأ كانوا مسئولين قبل الشركة بالتضامن.

فالضرر هو الركن الثاني للمسؤولية، فلا يكفي وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية في القانون المدني أن يقع خطأ بل يجب أن يحدث ضرراً، ويعد ركناً أساسياً في المسؤولية المدنية بشقيها العقدية و التقصيرية. فالالتزام الذي يقع على عاتق المدقق في مواجهة العميل -هو التزام ببذل عناية، والمتمثل في بذل الجهود التي تتفق مع الأنظمة والقوانين والمعايير المتبعة في المهنة، وإن كان هناك حالات استثنائية يلتزم المدقق بتحقيق نتيجة وهي المتعلقة بواجبات مدقق الحسابات⁽¹⁾.

إذن فالالتزام مدقق الحسابات هو التزام ببذل العناية الفنية التي تقتضيها أصول مهنته، فعليه أن يأتي السلوك الفني المؤلف من رجل أوسطهم كفاية وعلماً، والانحراف عن هذا المعيار سواء أكانت المسؤولية تقصيرية أو عقدية يعتبر خطأ مهنيًا، والخروج عن هذه الأصول خطأ لا يغتفر، حيث مدقق الحسابات يشكل طائفة من المتخصصين المحترفين الذين يفترضون فيهم العلم بالأصول المحاسبية⁽²⁾.

فالمدقق الذي يفشل في استخدام العناية والمهارة المهنية في أداء واجبات التدقيق يكون مسؤولاً عن الضرر أو الأضرار التي لحقت بالشركة أو بالشخص وتكبدت له خسائر اقتصادية نتيجة ذلك، كما أن المسؤولية تمتد أيضاً لأشخاص آخرين، ويجب على المدعي إثبات وإقناع المحكمة بأن المدقق المسؤول لم يقوم بواجب العناية والمهارة اللازمة⁽³⁾.

ووفقاً لرأي الباحث: عند تقدير فكرة التعدي يجب أن نفرق بين سلوك الشخص العادي وبين سلوك الشخص المهني، حيث أن الشخص العادي يتم تقييمه وفقاً لسلوك غيره من الناس، بينما سلوك الشخص المهني يكون وفقاً لقوانين السلوك التي تقرها جهته المهنية والتي تلتزم بها أقرانه من ذات المهنة، كما أن هناك

1- إيهاب جمال حمد الله وشاح، مسؤولية مدقق الحسابات الخارجي في الشركات المساهمة العامة في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 121.

المرجع السابق، ص 12. أيضاً: سلامة عبدالصانع أمين علم الدين، النظام القانوني لمراقب الحسابات، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 2016، ص 65. أيضاً: علي سيد قاسم، مراقب الحسابات، دار الفكر العربي، القاهرة،

2- بدون طبعة، 1996، ص 118.

3- Companies and securities law review committee: civil liability of company auditors, op.cit, p.p, 14-15.

شروط يجب توافرها في مدقق الحسابات وهو ما يسمى بشروط التكوين الذاتي كالمؤهل العلمي بأن يكون حاصل على درجة البكالوريوس، والمؤهل العملي من خلال شروط الخدمة المطلوب توافرها في مدقق الحسابات، واستقلال المدقق وعدم خضوعه لأي ضغط يفرض علينا أن نشدد المسؤولية عليه.

هذه الشروط تستلزم أن يسأل المدقق عن خطئه التافه كون أن قراره يؤثر على المركز المالي للبلد أولاً، وتشجيع الاستثمارات وجذبها، كما أن قراره يؤثر على المساهمين والغير، حيث يستنجون على قراره في الإقدام على شراء أسهم شركات الامتناع عليها، وذلك كله يستلزم سؤاله وفق معيار الرجل الحريص لما يترتب على قراره من نتائج للأهمية.

إضافة إلى أن المدقق قد يرتكب خطأً إذا أحل بوظيفته وواجباته في إخطار الإدارة أو الهيئة العامة بعدم انتظام الحسابات، عدم احترام المدقق للنصوص القانونية التي تنظم مهنته أو خروجه عنه، التصديق بغير تحفظ على صحة وانتظام حسابات ثبت عدم صحته⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الإخلال بالواجب العام المقترن بالضرر

ذكرنا سالفاً أنه لقيام مسؤولية المدقق العقدية، فإنه لا بد من إخلال بأحكام العقد المبرم بين المدقق والشركة -العميل- في حين أن المسؤولية التقصيرية تقوم عند غياب العقد، لأنه تقوم على الإخلال بالالتزام قانوني يتمثل بعدم الإضرار بالغير، وتتحقق مسؤولية المدقق عندما يكون الإخلال ناشئاً عن الإخلال بالواجب العام، بالحرص الذي يفرضه القانون بمفهومه العام تجاه الكافة، لذا نجد في أغلب الأحيان أن مسؤولية المدقق التعاقدية أكثر وجوداً في الحياة العملية من مسؤوليته التقصيرية⁽²⁾.

وتأسيساً على ذلك عرف البعض المسؤولية المدنية لمدقق الحسابات بأنها "الخطأ الذي يرتكبه المدقق تجاه العميل أو الغير أثناء ممارسته لمهنته بوجب مؤاخذته والتعويض عنه"⁽³⁾.

وهنا لا بد لنا من الإشارة عن موقف المشرع الإماراتي والكويتي والمصري عن المسؤولية التقصيرية .

رابعة رمضان محمد، دراسة العلاقة بين جودة المراجعة الداخلية واكتشاف مراقبو الحسابات للغش في القوائم المالية، جامعة عين شمس، أيضاً: سلامة عبدالصانع أمين علم الدين، النظام القانوني لمراقب الحسابات، مرجع القاهرة، مج20، ع3، 2016، ص850

1- مرجع سابق، ص66 وما بعدها. أيضاً: علي سيد قاسم، مراقب الحسابات، مرجع سابق، ص233 ولغاية 238.

2 - معين عمر عبد المؤمني وآخرون، التنظيم القانوني لمهمة مدقق الحسابات في الشركة المساهمة العامة، مرجع سابق، ص 111 .

3- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص1.

أولاً: موقف المشرع الإماراتي :

جاء في نص المادة 282 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بأنه: كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

بداية لا بد لنا من الإشارة إلى الاختلاف ما بين القانون المدني الإماراتي، والقانون المدني المصري والكويتي من حيث الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية، والذي يمثل الركن الأول من أركان هذه المسؤولية، فالقانون الإماراتي يشترط أن يكون الفعل ضاراً، ولو صدر من غير مميز، والمشرع الإماراتي أخذ بما ذهب إليه الفقه الإسلامي ومن أجل أن يكون الشخص ضامناً للضرر الذي يسببه للغير بفعله، يجب أن يكون قد أتى فعلاً يتصف بعدم المشروعية، وما ينطبق على الفقه الإسلامي⁽¹⁾ ينطبق أيضاً على القانون المدني الإماراتي الذي اختار أن يطلق على هذا العمل غير المشروع اصطلاح الإضرار⁽²⁾. حتى يكون المدقق ضامناً للضرر الذي يسببه للغير بفعله، يجب أن يكون أتى فعلاً يتصف بعدم المشروعية، فهو لا يشترط الخطأ بل يكفي الفعل بأن يكون ضاراً.

فأساس ضمان الضرر في القانون الإماراتي هو فعل الإضرار، والذي بموجبه يعد الإضرار فعلاً محضوراً بذاته وبالنظر إلى نتائجه، أي الضرر المترتب عنه، فتقع تبعته على فاعله بغض النظر عن وصف الفاعل وإرادته⁽³⁾، مميزاً أم غير مميز، صغيراً أم كبيراً، عاقلاً أم مجنوناً.

ويستبعد من نطاق الإضرار جميع الحالات التي يلحق بها شخص ضرراً بالغير وهو يمارس نشاطه بناء على جواز شرعي أو قانوني، كالمدافع الشرعي، وإتلاف الإصلاح كإتلاف الأطلعمة والأشربة والادوية لغرض التطبيب، وإتلاف الزجر كإصدار الأحكام بالعقوبات الشرعية وتنفيذها، فهذه الحالات لا تقوم بها مسؤولية محدث الضرر، لأنها تشكل واجباً تقتضيه الضرورة لحفظ الأرواح والأجساد وإقامة العدل وشرع

1- مصطفى أحمد الزرقاء، الفعل الضار والضمان فيه، مرجع سابق، ص 62.

2- عمر السيد أحمد عبدالله، مسؤولية الشخص عن فعله في قانون المعاملات المدنية الإماراتي مقارنة بالقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 1995، ص 22.

3- عدنان السرحان، المصادر غير الإرادية (الحق الشخصي)، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2010، ص 23. وكذلك انظر: حول فكرة الإضرار والضرر والخطأ، بشار طلال المؤمني وآخرون، شرح مصادر الإلتزام غير الإرادية لدولة الإمارات، مكتبة الجامعة، 2015، ص 95 - ص 100.

الله، فتعد بذلك نشاطاً مشروعاً لا عدوان فيه ولا يحقق معنى الإضرار وإن ترتب عليه إلحاق ضرر بالغير⁽¹⁾.

ويقصد بالإضرار في القانون: مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده أو التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل أو الامتناع مما يترتب عليه الضرر⁽²⁾. ويقصد بالإضرار في القانون الإماراتي (التعدي) وهو بمعنى "المساس بحق أو مصلحة مشروعة"⁽³⁾. كما أن مصطلح التعدي يتسع ليشمل جميع الصور التي ينشأ عنها الضمان كالعمد والإهمال والتقصير وعدم التحرز، وقد يكون بفعل إيجابي أو سلبي⁽⁴⁾.

ويقصد **بالفعل الإيجابي**: مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده، وهو ما يسمى بالخطأ الإيجابي، كإتلاف مال مملوك للغير⁽⁵⁾. أما **الفعل السلبي** أو ما يسمى بالخطأ السلبي: وهو التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل إذا ترتب عليه ضرر، فالامتناع أو الترك يترتب عليه المسؤولية إذا كان هناك واجب قانوني ينهي عنه⁽⁶⁾.

ونلاحظ أيضاً أن المشرع الإماراتي استبدل بركن الخطأ الواجب توافره في المسؤولية التقصيرية وفقاً للنظرية الشخصية بركن الفعل مع بقاء الأركان الأخرى (الضرر وعلاقة السببية)، حيث أخذ بالنظرية الموضوعية الذي لا يستند إلى أي عنصر شخصي كامن في إرادة الفاعل أو مستوى إدراكه وتمييزه⁽⁷⁾.
و بهذا يسأل مدقق الحسابات طبقاً للقواعد العامة في القانون الإماراتي والكويتي على أساس الفعل الضار غير المشروع الناتج عنه ضرر.

ثانياً: موقف المشرع المصري:

وفي المقابل نرى بأن المشرع المصري في المادة 163 من القانون المدني المصري نص على أنه " 1_ كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " فالمسؤولية عن الفعل الضار تقوم في القانون المصري

1- المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، ص 274 وما بعدها .

2- عدنان إبراهيم سرحان، المصادر غير الإرادية، مرجع سابق، ص 101 .

3- محمد المرسي زهرة، الفعل الضار والفعل النافع، بدون ناشر، الطبعة الأولى، 2002، ص 89 .

4- المرجع السابق، ص 89 .

5- أحمد عبدالله الكندري النظرية العامة لمصادر الالتزام غير الإرادية، جامعة الجزيرة، دبي، بدون طبعة، 2013، ص 47

6- المرجع السابق، ص 47- 48 .

7- عدنان سرحان، تأملات في أحكام الفعل الضار، مجلة المفكر، العدد السابع، ص 13 .

على الخطأ بمعنى الإعتداء والمخالفة، والخطأ مفهوم شخصي مفاده انحراف في السلوك مع نسبة الخطأ لمرتكبه من خلال كونه مدركاً لأفعاله، وهذا يستتبع عدم إمكانية مساءلة عديم التمييز لعدم إمكان نسبة الخطأ إليه، باعتبار أن الهدف من هذه المسؤولية هو جزائي رادع يقصد منه تقويم سلوك محدث الضرر، وإصلاحي يقصد منه تعويض المضرور⁽¹⁾. فالقانون المدني المصري أخذ بما ذهب إليه الفقه الغربي من ضرورة إقامة الخطأ الشخصي على ركني التعدي والإدراك، وبالتالي يشترط بأن يكون الفعل من قبيل الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية، إلا أنه فرق بين المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي وعن فعل الغير، حيث أقام الأول على فكرة الخطأ الواجب الإثبات، وأقام الثاني على فكرة الخطأ المفترض⁽²⁾.

ويعرف الخطأ على أنه "انحراف في سلوك الشخص مع إدراكه لهذا الانحراف أو إخلال بالتزام قانوني سابق⁽³⁾. وعرفه البعض الآخر بأنه "حالة ذهنية تميزت بالإهمال وقلة الإحراز"⁽⁴⁾.

ومن خلال التعريفات السابقة ننتهي إلى القول بأن المشرع المصري في المادة السابقة 163 أخذ بالمفهوم التقليدي للخطأ الذي يقتضي إلى جانب التعدي توفر عنصر الإدراك لدى الفاعل حتى يسأل. حيث نصت في الفقرة الأولى 124 من القانون المدني المصري على أنه "يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز". من خلال هذا النص يتبين بأن التمييز في نظر المشرع المصري عنصر مهم في الخطأ، ولكي يتحقق مسؤولية الشخص يجب أن يكون مميزاً، قادر على التمييز بين العمل المشروع والغير مشروع، وبمعنى المخالفة لا يسأل عديم التمييز عن أعماله الضارة⁽⁵⁾.

بالتالي يسأل مدقق الحسابات طبقاً للقواعد العامة في القانون المصري على أساس الخطأ، بأن يكون المدقق متعدياً مع كونه مدركاً لأفعاله.

1- عدنان السرحان المصادر غير الإرادية (الحق الشخصي)، مرجع سابق، ص23. أيضاً: محمد المرسي زهرة، الفعل الضار والفعل النافع، مرجع سابق، ص 91. للمزيد من التفاصيل حول فكرة الخطأ المهني راجع بشار طلال المؤمني وآخرون، مصادر الالتزام غير الإرادية، مرجع سابق، ص. أيضاً: بشار طلال أحمد المؤمني، المسؤولية المدنية الناتجة عن جراحة إزالة السمنة، دراسة قانونية تحليلية، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، الأردن، مجلد9، العدد2، 2017، ص157.

2- عدنان السرحان، المصادر غير الإرادية (الحق الشخصي)، مرجع سابق، ص96.

3- عمر السيد أحمد عبدالله، مسؤولية الشخص عن فعله في قانون المعاملات المدنية الإماراتي مقارنة بالقانون المصري، مرجع سابق، ص23.

4- عادل علي المانع، الخطأ غير العمدي عبر العلاقة السببية غير المباشرة، دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والفرنسي، مجلة الحقوق، العدد3، جامعة الكويت، 2010، ص80. أيضاً: بشار طلال أحمد المؤمني، المسؤولية المدنية الناتجة عن جراحة إزالة السمنة، مرجع سابق، ص158.

5- عبدالحكم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996، ص59.

ثالثاً: مسؤولية مدقق الحسابات التقصيرية:

أوضحت المادة (23) من قانون تنظيم مهنة مدققي الحسابات ثانياً على أنه " يسأل مدقق الحسابات من الأشخاص الطبيعيين عن تعويض الضرر الذي يلحق بالعميل أو الغير الذي يصدر عنه في أداء مهنته..."(1).

ونلاحظ من النص السابق بأن المدقق يكون مسؤولاً قبل الغير عن تعويض الضرر الذي يلحقها بسبب الأفعال والأخطاء التي تقع منه أثناء أداء عمله والتي نشأ عنها ضرر.

فالضرر هو الركن الثاني للمسؤولية، فلا يكفي وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية في القانون المدني أن يقع خطأ بل يجب أن يحدث ضرراً، ويعد ركناً أساسياً في المسؤولية المدنية بشقيها العقدية و التقصيرية، والضرر الموجب للتعويض هو الضرر المباشر والذي لحق المدعي شخصياً(2).

ويتضح هنا الفرق بين الإضرار والضرر في القانون الإماراتي، على أن الإضرار هو الفعل غير المشروع، أو المخالف للقانون، أو المجاوز للمألوف، بينما الضرر هو النتيجة الضارة للفعل(3).

ويمكن أن نعرف الضرر بمعناه العام بأنه: الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له. والمصلحة المشروعة إما أن تكون مادية أو أدبية(4).

فلا يكفي لقيام المسؤولية توافر التعدي أو الانحراف في القانون الإماراتي والكويتي، أو توافر الخطأ في القانون المصري، بل يجب أن ينجم عن الفعل ضرر، فإذا انتفى الضرر فلا تقبل دعوى المسؤولية، لأنه لا دعوى بغير مصلحة، والمكلف بإثبات الضرر هو المضرور(5). وهذا الضرر قد يكون مادياً يلحق بجسد الشخص(6)، أو في ماله(7)، وقد يكون ضرراً أدبياً يلحق الشخص في سمعته وشرفه(8).

1- يقابله المادة (109) من قانون الشركات المصري . المادة (232) من قانون الشركات الكويتي.

2- ربيعة غيث، مسؤولية مراقبي الحسابات، مرجع سابق، ص 100 .

3 - بشار طلال المومني وآخرون، شرح مصادر الالتزام غير الإرادية في قانون المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص 41 . أيضاً: عدنان السرحان، تأملات في أحكام الفعل الضار، مرجع سابق، ص 11.

4 - عمر السيد أحمد عبد الله، مسؤولية الشخص عن فعله، مرجع سابق، ص 71.

5- المرجع السابق، ص 71 .

6- المادة 299 قانون المعاملات المدنية الإماراتي .

7- المادة 300 قانون المعاملات المدنية الإماراتي .

8- المادة 293 قانون المعاملات المدنية الإماراتي .

ويذهب البعض بالقول بأنه من العسير تصور حدوث الضرر الأدبي كنتيجة لخطأ مدقق الحسابات (1)، الأمر الذي يقتضي منا البحث في الضرر المادي والأدبي تبعاً.

أولاً: الضرر المادي:

قررت المادة (1/299) " يلزم التعويض عن الإيذاء الذي يقع على النفس". وقررت المادة(300) بأنه " من أتلف مال غيره أو أفسده ضمن مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً مع مراعاة الأحكام العامة للتضمين".

أما المشرع المصري فقد ذكر في المادة (163) "كل من سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض". فالمقصود بالضرر هنا هو الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه (2).

ووفقاً لهذه المواد فالضرر المادي هو الذي يصيب جسد الشخص أو أحد حقوقه أو مصالحه المالية، ووفقاً للقواعد العامة يتحمل من يدعي وقوع الضرر عبء إثباته، إذا أدى إهمال مدقق الحسابات إلى وقوع اختلاسات على أموال الشركة فإن التعويض يقدر بقيمة المبالغ التي اختلست (3). وفي قضية حول المطالبة بالتعويض من مراقب الحسابات بحجة عزله من وظيفتها، لم تقبل الدعوى لعدم الثبوت:

تتلخص ووقائع القضية أنه عرض لدى القضاء المصري، دعوى طالب فيها المدعي (كمراقب للحسابات) للشركة مبلغ مليون جنيه تعويضاً عما أصابه من أضرار مادية وأدبية نتيجة عزله من وظيفته كمراقب حسابات للشركة مع إلزام المدعى عليه بالمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة والنفاد. حيث استند المدعي على أنه كان يعمل مراقب حسابات للشركة المدعى عليها بناء على قرار الجمعية العامة العادية للشركة، وقام بعمله على أكمل وجه، إلا أنه فوجيء بقرار الجمعية العامة العادية المنعقد بتاريخ 2014/7/21م بقرار عزله بالمخالفة للمادة 103 من القانون رقم 159 لسنة 1981، التي نصّت على أنه: " يكون لشركة المساهمة مراقب حسابات أو أكثر ممن تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها في قانون مزاوله مهنة المحاسبة والمراجعة تعيينه الجمعية العامة وتقدر أتعابه... " وتعيين آخر بدلاً منه، وهو ما أصابه بأضرار مادية وأدبية جسيمة يستحق معها التعويض، وقدم ما يؤيد دعواه من مستندات حسب الأصول.

1- علي سيد قاسم، مراقب الحسابات، مرجع سابق، ص 239 .

2- يقابله المادة (227) من القانون المدني الكويتي .

3- سلامة عبدالصانع أمين علم الدين، النظام القانوني لمراقب الحسابات، مرجع سابق، ص 96. أيضاً: علي سيد قاسم، مراقب الحسابات، مرجع سابق، ص 239.

إلا أن المحكمة وجدت أن الجمعية العامة العادية للشركة المدعى عليها قد باشرت اختصاصها وعيّنت المدعي مراقب للحسابات عن السنة المالية المنتهية 2012/12/31م، وهو ما يعني أنه تمّ تعيينه مراقباً للحسابات - لمدة سنة - وبعد انتهاء هذه المدة، تنتهي مهمته كمراقب حسابات، ما لم تقرر الجمعية العامة العادية تجديد تعيينه، وتبيّن للمحكمة من محضر اجتماع الجمعية العامة العادية للشركة المنعقد بتاريخ 2014/7/21م أنه تمّ المصادقة على اعتبار ميزانية عام 2013م هي آخر ميزانية للمدعي بالشركة المدعى عليها، وتعيين مراقب حسابات بديلاً عنه، وعليه تعتبر الجمعية العامة استعملت سلطاتها المخولة لها بموجب القانون في تغيير مراقب حسابات بآخر بديلاً للمدعى بعد انتهاء مدة تعيينه - سنة - ولا يعتبر عزلاً له، بل استعمالاً لسلطتها في الموافقة على تجديد تعيين مراقب حسابات او عدم الموافقة على التجديد له واستبداله بآخر عند انتهاء مدة تعيينه، ولا سيما وأن المدعي لم يستطع إثبات الدليل للمحكمة على أنه قد تمّ تعيينه لمدة أكثر من سنة مالية، مما يجعله عاجزاً عن إثبات دعواه، مما أدى لرفض الدعوى⁽¹⁾.

ولا يؤيد الباحثان الحكم القضائي لمخالفته نص المادة 103 من قانون الشركات المصري، والذي يفرض على الجمعية العامة إخطار مراقب الحسابات بعزله، وأسباب العزل ومناقشته قبل انعقاد الجمعية العامة بثلاثة أيام على الأقل، مما أدى إلى إصابة المدقق بأضرار مادية ومعنوية، يستحق بموجبها التعويض. وتطبيق ذلك على مدقق الحسابات فإنه إذا كانت المعلومات الخاطئة التي أدلى بها مدقق الحسابات قد دفعت أحد المستثمرين إلى شراء أسهم هذه الشركة بثمن يفوق بكثير قيمتها الحقيقية، فإنه يجب على القضاء إلزام المدقق إما بدفع الثمن الذي تكبده المشتري ومن ثم تنتقل ملكية الأسهم إليه أو بسداد قيمة الفرق بين الثمن الذي دفعه المشتري والثمن الحقيقي لهذه الأسهم⁽²⁾.

1- أنظر الدعوى رقم 1974م لسنة 2014م، اقتصادي القاهرة، محكمة القاهرة الاقتصادية دائرة(التاسعة) اقتصادي، جلسة تاريخ

2015/1/31م، نشر شبكة قوانين الشرق، الموقع التالي:

EASTLAW.COM بتاريخ 2019/11/30م،

2- علي سيد قاسم، مراقب الحسابات، ص240. أيضاً: سلامة عبدالصانع أمين علم الدين، دور الرقابة في حوكمة الشركات، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 2016، ص311.

حيث أن مدقق الحسابات له دور أساسي وهو التحكم في البيانات المالية للشركة وتقديم التقارير إلى المساهمين والمسؤولين، فعادة ما يتم النظر إلى سيطرة مدققي الحسابات للبيانات المالية هو وجود هدف مزدوج، أولاً: أنه يمكن مديري الشركة ومسؤوليها من ضمان ذلك الاعتماد على البيانات المالية في اتخاذ القرارات الإدارية، ثانياً: أنه دقة وثقة البيانات المالية هي مفتاح المساهمين في تقييم نقاط الضعف والقوة في الشركة (1).

ثانياً: الضرر الأدبي:

قررت المادة (1/293) من قانون المعاملات المدنية أن " يتناول حق الضمان الضرر الأدبي ويعتبر من الضرر الأدبي التعدي على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الإجتماعي أو في اعتباره المالي" (2).

ويجب أن يكون الضرر الأدبي محققاً وليس احتمالياً، وهذا ما قضت إليه المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات بأنه " المقرر أن الأضرار الأدبية تشمل كل ما يؤذي الإنسان في شرفه واعتباره أو يصيب عاطفته وإحساسه ومشاعره" (3).

وسواء أكانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية، فلا بد من توافر جميع الأركان اللازمة لقيامها كما بينا سابقاً، سواء أكان هذا الضرر مادياً أم أدبياً علماً بأن الكشف عن المخالفات الموجودة في شركة المساهمة العامة يستوجب إبلاغ الجهات المختصة عنها وليس إبرازها في تقرير المدقق وبممكن التعبير عن الضرر بخسارة مالية تعرض لها أحد مستخدمي القوائم المالية، ويمكن إثبات الضرر عن طريق إهمال المدقق وعدم بذله العناية المهنية

1- Soud Matar, The Impact of Legal Responsibility of External Auditors on Auditing Quality and Investment Level, Ph.D. Department of Economics & Finance, Brunel University, 2012, p.p 417-418.

2 - يقابله المادة (222/1) القانون المدني المصري. المادة (1/231) القانون المدني الكويتي.

3- تنص المادة (293/2) من قانون المعاملات المدنية على أنه " ... ويجوز أن يقضي بالضمان للأزواج أو الأقربين من الأسرة عما يصيبها من ضرر أدبي بسبب موت المصاب". وتنص المادة (293/3) من ذات القانون على أنه " ولا ينتقل الضمان عن الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي". يقابله المادة (222/2) القانون المدني المصري والمادة (231/3) القانون المدني الكويتي. حيث حدد المشرع الإماراتي والمصري والكويتي الأشخاص الذين لهم الحق المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي بعد موت المصاب، وهم الأزواج والأقربين من الأسرة، سواء كانت قرابة مباشرة أو قرابة من الحواشي دون تحديد لدرجة القرابة، بينما المشرع المصري والكويتي حددوا درجة القرابة من الدرجة الثانية، ولا ينتقل الضمان عن الضرر الأدبي إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي نهائي، وذلك بعكس التعويض عن الضرر المادي الذي ينتقل بعد موت المصاب إلى الورثة.

اللازمة⁽¹⁾. وهذا ما أكد عليه المشرع الإماراتي في المادة (249 / أولاً)⁽²⁾. وإذا كان الضرر الذي يصيب الشركة أو الغير هو في الغالب الأعم هو ضرر مادي، إلا أنه يمكن تصور حدوث ضرر أدبي، لكن نادراً ما يكون في مجال مسؤولية مدقق الحسابات، ومثال على ذلك المس بشرف أو سمعة الشركة المعنية بالأمر، الطعن في شرف القائمين بالإدارة أو إعفاء مجلس الإدارة في الكشف عن أخطاء في الحسابات على أساس غير صحيح، ومن الأمثلة أيضاً قيام مدقق الحسابات بإفشاء السر المهني الذي ينهى المشرع عن إفشائه، لما فيه من ضرر على سمعة الشركة ويلحق أضراراً بها⁽³⁾.

ويخضع تقدير الضرر الناشئ عن مدقق الحسابات للسلطة التقديرية للقضاء، وغالبا ما يتم انتداب خبير قضائي للكشف عن المدى الذي ساهم فيه إهمال أو خطأ مدقق الحسابات في النقص الحاصل في أموال الشركة، ويطبق على طالب التعويض _ المدعي _ الضرر الذي لحقه من جراء إهمال أو خطأ مدقق الحسابات وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية⁽⁴⁾.

وهذا ما جاء في حكم المحكمة الاتحادية العليا⁽⁵⁾: تتحصل الوقائع بأن الطاعنة (صندوق النقد العربي) أثناء تعاقدته مع المطعون ضده (مدقق حسابات) لتدقيق الحسابات ارتكبت عدة أخطاء نتج عنها أضراراً مادية وأدبية للطاعنة وطالبه بالتعويض عما لحقه من أضرار، حيث أن المطعون ضده قصد الإساءة بالطاعنة وعدم التزامه بالمعايير الخاصة لتدقيق الحسابات في مجال مهنته، مما أدى إلى حدوث أضرار مادية وذلك بانصراف العملاء عن العمل معها، إضافة إلى حدوث أضرار أدبية فقدت سمعتها في المجال المهني .

1 - هدى خليل إبراهيم الحسني، مسؤولية مراقب الحسابات، مرجع سابق، ص 294. أيضاً: علي قاسم، مراقب الحسابات، مرجع سابق، ص 241.

2- عندما نص على أنه " يجب على مدقق الحسابات إخطار الهيئة عن أية مخالفات لأحكام هذا القانون ...". و في حال عدم إبلاغه للهيئة عن هذه المخالفات يجوز للهيئة إيقاف المدقق عن العمل أو شطبه من الهيئة أو إحالته إلى النيابة، وهذا ما أوضحته المادة السابقة/ثانياً على أنه " في حال إخلال المدقق بحكم البند الأول من هذه المادة يجوز للهيئة إيقافه عن تدقيق حسابات الشركات المساهمة العامة لمدة لا تزيد على سنة أو شطب اعتماده من الهيئة أو إحالته إلى النيابة العامة إذا اقتضى الأمر ...".

3- لحسن العيوض، مسؤولية مراقب الحسابات في ضوء القانون رقم 19.95 المتعلق بشركات المساهمة، مرجع سابق، ص 73.

4- المرجع السابق، ص 73.

5 - الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 52 لسنة _ لسنة 25 قضائية، الموافق 16_4_2006، مكتب في 28، الجزء 2، ص 835 .

ويرى الباحث بأنه يجب على الطاعنة إثبات الغش والخداع والأضرار التي لحقتها، وهذا ما ينص عليه المشرع الإماراتي في المادة (282) على أنه: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر". فهذه المادة تقتضي في التعويض توافر الفعل الضار والضرر وإثبات علاقة السببية بين الفعل والنتيجة وبذلة العناية المطلوبه في مهامه.

ثالثاً: شروط الضرر القابل للتعويض:

ويشترط لتحقيق الضرر سواء كان ضرراً مادياً أو أديباً توافر الشروط الآتية:

أ- أن يترتب على الضرر الإخلال بحق أو مصلحة مالية للمضرور.

فالضرر يكون مادياً عندما يكون هناك إخلال بحق للمضرور أو مصلحة مالية، ومن ثم يجب التعويض عن هذه الإضرار، كالاتعاء على حق شخصي للمضرور، كتحرير المدين على عدم الوفاء بالالتزام الذي يقع على عاتقه للدائن⁽¹⁾.

ب- أن يكون الضرر محققاً وحالاً.

لكي تتعدد مسؤولية محدث الضرر لا بد أن يكون الضرر الذي يطالب المضرور بالتعويض أن يكون محققاً، أي أنه وقع حالاً، أو أنه سيقع في المستقبل (أي تراخت آثاره كلها أو بعضها في المستقبل). ومن أمثلة الضرر المحقق: الأضرار المالية التي لحقت بالشركة مباشرة نتيجة لخطأ المدقق المتمثل في توزيع مبالغ على المساهمين من أموال الشركة نتيجة لإقرار المدقق بصحة تلك الأرباح وفقاً للوضع المالي للشركة⁽²⁾.

ج- الضرر المباشر والمتوقع:

و يقصد بهذا الشرط أن يكون الضرر نتيجة طبيعية للفعل الضار الصادر عن عمل مدقق الحسابات ويستوجب أن يقع فعلاً، والمشرع وضع معياراً لتحديد الضرر المباشر ويتمثل في عدم استطاعة الدائن في توقيه ببذل جهد معقول⁽³⁾، فالضرر المباشر هو النتيجة الطبيعية لعدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه ويقاس بمعيار الرجل المعتاد، إذا وجد بنفس الظروف، بمعنى أن الضرر المباشر يعني قيام علاقة السببية بين الفعل

1- أحمد عبد الله الكندري، النظرية العامة لمصادر الالتزام غير الإرادية، مرجع سابق، ص 78.

2- عدنان السرحان المصادر غير الإرادية (الحق الشخصي)، مرجع سابق، ص 70. أيضاً: سامر سهيل حجازين، المسؤولية المدنية لرئيس وأعضاء مجلس الإدارة في الشركات المساهمة الخاصة في ظل قانون الشركات الأردني، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2013، ص 59.

3- معين عمر عيد المومني، التنظيم القانوني لمهمة مدقق الحسابات في الشركة المساهمة العامة، مرجع سابق، ص 119.

الضار(الإضرار) والضرر الواقع، وهو الذي جاء نتيجة طبيعية للفعل غير المشروع. أما الضرر المتوقع ذلك الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم تنفيذه الالتزام أو التأخر فيه، بمعنى الضرر الذي يتوقعه تعاقد الرجل العادي، ويرجع في ذلك التقدير معيار مجرد وليس ذاتي ومثال على ذلك: لو تأخر المدقق في مهمة التدقيق على سجلات الشركة خلال الفترة المحددة في العقد، أما عن عدم الإعلان عن المخالفات عند اكتشافها فهو ضرر حال⁽¹⁾.

ولذلك فالمسؤولية العقدية لا يلتزم المدقق، إلا بالتعويض عن الضرر المباشر الواقع، أما في حال المسؤولية التقصيرية فيلتزم بالتعويض عن الضرر المباشر الواقع المتوقع وغير المتوقع، ويعوض عن الضرر بالتسبب في حال التعمد والتعدي في القانون المدني الإماراتي⁽²⁾. ولكي يكون الضرر قابلاً للتعويض لا بد من توافر الشروط السابقة بأن يكون الضرر محققاً وحالاً، وشخصياً ومباشراً.

وبعد التحقق من حدوث الأضرار بسبب أخطاء مدقق الحسابات، يقع على طالب التعويض إثبات العلاقة السببية بين الخطأ المهني والضرر الحاصل.

إن العلاقة السببية تعد الرابط بين الفعل الضار (الإضرار) والضرر الواقع، أي أن الضرر كان نتيجة طبيعية للفعل الضار، ويقع عبء إثبات أركان المسؤولية التقصيرية بما فيها العلاقة السببية على من يدعي إصابته بالضرر (المضرور)، ويكون للمدعي عليه أن يدفع هذه المسؤولية بإثبات انتفاء علاقة السببية كأن لا يكون له يد في وقوع الضرر وأن سبباً أجنبياً أدى إلى وقوع الضرر، أو أن الضرر وقع بفعل الغير أو بفعل المدعي نفسه⁽³⁾. و لا يجوز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار ويعد أي اتفاق على ذلك باطلاً⁽⁴⁾.

وبهذا يعتبر الإخلال بالالتزام العقدي، والضرر وعلاقة السببية أركاناً مهمة جميعها لقيام مسؤولية مدقق الحسابات أثناء قيامه بعمله، إذ لا يكفي مجرد الإخلال العقدي، بل لا بد من تحقق الضرر، ونشؤته عن الخطأ أو الإهمال أو الفعل الضار الذي قام به المدقق، وهو ما يسمى بالعلاقة السببية بين الخطأ والضرر⁽⁵⁾.

1- المرجع السابق، ص 119.

2- المادة (283/ ثانياً): "فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو العمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر".

3- المادة (287) قانون المعاملات المدنية الإماراتي: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الإتفاق غير ذلك".

4- المادة (296) قانون المعاملات المدنية الإماراتي: "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار".

5- إيهاب جمال حمدالله وشاح، مسؤولية مدقق الحسابات الخارجي في الشركات المساهمة العامة في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 136.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لمسؤولية مدقق الحسابات في الشركة المساهمة العامة

يكون مدقق الحسابات مسؤولاً مسؤولية تعاقدية أمام الشركة إذا كان مقصراً في القيام بواجبه أو ارتكب فعلاً أو خطأ أحل بأحكام العقد الذي يربطه بالشركة، وتكون هذه المسؤولية تضامنية في حال تعدد المدققين⁽¹⁾.

كذلك يكون مدقق الحسابات مسؤولاً مسؤولية تقصيرية قبل كل واحد من المساهمين عن الأضرار التي تصيبه بصفة فردية بسبب خطأ المدقق أو إهماله في القيام بواجبه على النحو المحدد في العقد الذي يربطه مع الشركة⁽²⁾.

ومن خلال ما سبق سوف نتطرق في هذا المبحث إلى المسؤولية العقدية لمدقق الحسابات في المطلب الأول، أما المطلب الثاني خصصناه في المسؤولية التقصيرية لمدقق الحسابات.

المطلب الأول

المسؤولية العقدية لمدقق الحسابات

تتحقق مسؤولية المدقق العقدية بوجود عقد صحيح بين الشركة والمدقق، بأن يفرض على المدقق التزامات محددة تم يحدث بعد ذلك إخلاله بهذه الالتزامات، إلى جانب ذلك أن يكون الضرر الذي أصاب الشركة راجعاً إلى إخلال المدقق بالالتزامات الناشئة عن العقد، فإذا حدث ضرر بسبب لا علاقة له بالعقد، فهنا تنتفي مسؤولية المدقق العقدية، أي يجب أن يكون هناك علاقة قانونية بين العقد والضرر حتى تنشأ مسؤولية المدقق العقدية⁽³⁾.

يسأل المدقق مسؤولية تعاقدية أمام الشركة بسبب أخطائه أو إهماله في القيام بالمهام المكلف بها والتي من واجباته المفروضة عليه ضمن نصوص التشريع المختلفة وفقاً لما سبق وأن ذكرناها في هذا البحث، فأساس هذه المسؤولية هو إخلال المدقق بأحكام العقد وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني.

1- الشهابي إبراهيم الشهابي الشرفاوي، المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية في القانون الإماراتي في ضوء القواعد العامة للمسؤولية، مركز بحوث الشرطة، الشارقة، مج24، ع92، 2015، ص69.

2- المرجع السابق، ص69.

3- تحسين يوسف شمحي جبار، النظام القانوني للدفاتر التجارية، ص99-110، بحث منشور في الموقع الإلكتروني آخر زيارة للموقع 2019/1/14.

وتعتقد هذه المسؤولية ليس فقط عن الأخطاء الشخصية للمدقق، وإنما أيضاً بسبب الأخطاء التي تقع من الخبراء أو المساعدين الذين ينيهم المدقق عنه في القيام بأعمال التدقيق أو الذين اشتركوا معه في تنفيذ هذه المهمة⁽¹⁾.

كما أن تحديد مسؤولية المدقق المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية ترتبط بتكييف المركز القانوني الذي يشغله مدقق الحسابات، حيث نظرنا بأن المشرع المصري حدد العلاقة بين المدقق والمساهمين عندما نص في المادة (106) من قانون الشركات المصري ((...يسأل المراقب عن صحة البيانات الواردة في تقريره بوصفه وكياً عن مجموع المساهمين...)). حيث أكد المشرع المصري بهذه المادة بأن مدقق الحسابات يعتبر وكياً عن مجموع المساهمين، يسأل مدقق الحسابات تجاه المساهمين مسؤولية عقدية تتحدد في ضوء القواعد العامة للوكالة، ويسأل أيضاً بالنصوص الواردة في قانون الشركات وقانون مزاولة المهنة في مصر.

بينما نرى بأن المشرع الإماراتي والكويتي أغفل هذه النقطة صراحة دون النص عليها في قانون الشركات الإماراتي في تحديد الطبيعة القانونية بين مدقق الحسابات والشركة والمساهمين، لذلك يتم الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية في حال عدم وجود نصوص خاصة. فالمدقق يأخذ على عاتقه مسؤولية كبيرة تجاه المجتمع عند إبداء رأيه حول القوائم المالية للشركة التي يقوم بتدقيق حساباتها.

وفي قضية عرضت لدى القضاء المصري، حول تعمد مراقب الحسابات لشركة مساهمة وضع تقرير كاذبة يشوبها الخلل الواضح وعرض تقريره على الجمعية العمومية متضمناً لبيانات كاذبة دون أن يشتمل على البيانات التي نص عليها القانون واللائحة التنفيذية حيث ثبت لدى القضاء المصري ذلك فحكمت بالغرامة مائة ألف جنيه، واحالة الدعوى للمحكمة المدنية وتطبيق المواد 32، 39، 6/162، 2/5/163، من القانون رقم 159 لسنة 1981م باصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة" يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن خمس سنوات وغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد عن مائة ألف جنيه أو أحدهما كل من أثبت عمداً في سجلات الشركة وقائع غير صحيحة أو عرض تقارير على الجمعية العامة للشركة تتضمن بيانات كاذبة"⁽²⁾.

ويؤيد الباحثان حكم المحكمة، كون مسؤولية مراقب الحسابات لا تقوم إلا بإثبات خطئه وإهماله، وهو ما ثبت لدى المحكمة في حكمها استناداً إلى المادة 106 من قانون الشركات المصري.

1- إيهاب جمال حمدالله وشاح، مسؤولية مدقق الحسابات الخارجي في الشركات المساهمة العامة في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 113. أيضاً: فياض بن ملفي القضاة، مدى فعالية رقابة مدقق الحسابات على أعمال مجلس الإدارة في الشركات المساهمة العامة في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 60.

2- أنظر في الجنبنة رقم 1165 لسنة 2009م جنبن اقتصادي القاهرة، محكمة القاهرة الاقتصادية، الدائرة الثانية، جنبن اقتصادي، جلسة الجنبن والمخالفات بتاريخ 2010/11/27م نشر عبر موقع قوانين الشرق : www.eastlaws.com

كما أن المسؤولية العقدية تختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات، وتقسيم الالتزامات إلى التزام بتحقيق نتيجة والتزام ببذل العناية، فالالتزام الأول هو الذي يتعهد به المدين بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل يتعين عليه تحقيق نتيجة معينة، أما الالتزام الثاني فيتعهد المدين ببذل عناية لتنفيذ ما تعهد به من غير الوصول إلى نتيجة معينة (1).

ولكي تنشأ مسؤولية المدقق العقدية فلا بد من وجود فعل الإضرار وضرر وعلاقة سببية بينهما، ويعتبر المدقق مخطئاً ومقتصراً في أداء مهامه إذا أخفق في إنجاز واجباته المفروضة عليه بشكل صحيح مخطئاً بالعقد الذي يربطه مع الشركة، وإذا كان مدقق الحسابات يتولى مهامه بالإعتماد على قرار التعيين الصادر في الاجتماع السنوي للجمعية العامة دون وجود عقد مكتوب ينظم علاقته مع الشركة، فإن قبول مدقق الحسابات لقرار التعيين يدل ضمناً أنه دخل في تعاقد مع الشركة، وتعهده بأداء الواجبات القانونية فقط، لذا يعتبر مسؤولاً عن خطئه الذي يتمثل بإخلاله بالواجبات التي يفرضها القانون (2).

فمدقق الحسابات يعتبر مقتصراً في أداء مهمته إذا لم يبذل في تنفيذ واجباته العناية المتوقعة منه كشخص مهني سواء من حيث مستوى الأداء أو الأساليب المتبعة، أو قام بإخفاء حقيقة جوهرية تؤثر على صحة المعلومات المالية سواء كان هذا التستر عمداً أم لا، حيث أنه من المفروض أن يعلم بأن إخفاء مثل هذه المعلومات يؤثر على صحة المعلومات المنشورة، أو أغفل لفت النظر إلى مخالفة جوهرية للمبادئ المحاسبية والتدقيقية المتعارف عليها مما يؤثر على صحة البيانات وهو ما نص عليه المشرع الإماراتي في المادة (24) من قانون مزاوله المهنة (3).

1- مصطفى العوجي، المسؤولية المدنية، ج2، منشورات الحلبي، بيروت، 2004، ص35. أيضاً: إيهاب جمال حمدالله وشاح، مسؤولية مدقق الحسابات الخارجي في الشركات المساهمة العامة في القانون الأردني، مرجع سابق، ص125.

2- تحسين يوسف شمخي جبار، النظام القانوني للدفاتر التجارية، ص99-110، بحث منشور في الموقع الإلكتروني آخر زيارة للموقع 2109/1/14.

<http://almerja.com/reading.php?idm=78226>

3- "على مدقق الحسابات عند القيام بأعمال التدقيق الإلتزام بقواعد سلوك وآداب المهنة وبالقرارات والأنظمة التي تصدرها الوزارة أو الهيئة لتلك الشركات فيما يتعلق بما يأتي 1_ المعايير والأسس المحاسبية الدولية. 2_ ضوابط الحوكمة ومعايير الإنضباط المؤسسي". أو أذاع ما وقف عليه من أسرار الشركة دون طلب من إدارتها أو من جهة مخولة قانوناً وهو ما وضحه المشرع في المادة 247 من قانون الشركات حيث أنه " يلتزم مدقق الحسابات بالحفاظ

فالتزام مدقق الحسابات هو التزام ببذل عناية الرجل الحريص، فإذا قصر في هذه العناية تحققت مسؤوليته العقدية، ففي هذه الحالة يكون مدقق الحسابات مسؤولاً تجاه الشركة عن خطأ يصل إلى درجة الجسامة، سواء كان متعمداً أو غير متعمد، وتعتمد درجة الجسامة على ظروف الحال وطبيعة العمل، كما لو أهمل مدقق الحسابات في اتباع معايير التدقيق وإعداد التقرير، ولم يقدّم عمله بالوضع القانوني مما تسبب ضرراً، وبالتالي تقام مسؤوليته العقدية، وعبء إثبات الضرر يقع على الدائن، فإذا انعدم الضرر فلا محل لقيام المسؤولية⁽¹⁾.

كما أن مسؤولية مدقق الحسابات تتعقد أيضاً: إذا علم بأخطاء مجلس الإدارة وتستر عليها، أو إذا كان في وسعه أن يعلم بهذه الأخطاء لو بذل في الرقابة العناية الواجبة عليه، ولكن عدم معرفة مدقق الحسابات لأخطاء مجلس الإدارة لا يعفيه من المسؤولية فمن الضروري التأكد ما إذا كان جهل المدقق بهذه الأخطاء يرجع إلى تقصير منه أم لا، وهل قام بالرقابة الكافية والفعالة أم لا، أو كان عدم العلم سبباً في تهرب المدقق من المسؤولية⁽²⁾.

أما في حال ما إذا كان للشركة أكثر من مدقق واشتركوا في الخطأ كانوا مسؤولين قبل الشركة بالتضامن، ويطبق هذا الحكم إذا لم يحدد لكل واحد منهم اختصاص معين، أو كان الخطأ مشتركاً، أما إذا كان الخطأ فردياً وقع من أحد المدققين فلا يسأل عنه إلا إذا كان هذا المدقق المختص، وكذلك لا يسأل بقية المدققين عن خطأ وقع من أحدهم في دائرة اختصاصه فقط، وإذا ثبت الخطأ المشترك من المدققين على سبيل التضامن يدفع التعويض المستحق للشركة عن الأضرار الناشئة عن ذلك الخطأ كل بنسبة خطئه⁽³⁾.

و من الأمثلة على عدم صحة البيانات الواردة في التقرير السنوي المقدم من المدقق إلى الجمعية العامة، إفشاء الأسرار كما ذكرنا سابقاً، حيث يتحمل مدقق الحسابات المسؤولية عن صحة البيانات الواردة، ويلتزم بالتعويض عن أي ضرر يلحق بالشركة⁽⁴⁾.

=

على سرية بيانات الشركة التي أطلع عليها بسبب قيامه بمهام وظيفته لدى الشركة...". يقابله المادة 108 قانون الشركات المصري. المادة 231 قانون الشركات الكويتي.

1- أحمد محمود المساعدة، المسؤولية المدنية لمدقق الحسابات في شركة المساهمة، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، الجزائر، 2011، ص 92.

2- إيهاب جمال حمدالله وشاح، مسؤولية مدقق الحسابات الخارجي في الشركات المساهمة العامة في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 114.

3- تطبيقاً للمادة 253 من قانون الشركات الإماراتي، والمادة 109 من قانون الشركات المصري، والمادة 232 من قانون الشركات الكويتي.

4- المادة (253) قانون الشركات الإماراتي .

وقد جاء حكم المحكمة الإتحادية العليا⁽¹⁾: في الحكم الصادر لأطراف الدعوى التي تربطهم علاقة عقدية وهي عقد المقاول، بأن الضرر الذي أصاب المطعون (صندوق النقد العربي) لم يكون مباشراً حتى يسأل المطعون ضده (مدقق الحسابات)، وإنما كان نتيجة لفعل الإختلاس والتزوير العائد لصندوق النقد العربي، فالمحكمة حكمت بإلزام المدقق بدفع التعويض.

يرى الباحثان بأن المحكمة غير صائبة بأن جعلت مدقق الحسابات مسؤولاً بتعويض الطاعن باعتباره مخلاً بالتزاماته العقدية، دون ذكر هذه الإلتزامات، فإذا قام المدقق ببذل العناية في تنفيذ التزاماته الواردة في العقد ولا يوجد إي إهمال من جانبه فلا يعتبر المدقق مخلاً، فيؤخذ بالسبب الآخر الخارج عن عمل المدقق ألا وهو الإختلاس والتزوير من تابعي الطاعن.

وفي قضية أخرى مشابهة عرضت لدى القضاء المصري، لم يثبت فيها المدعي بالحق المدني ما نسب لمراقب الحسابات بقيام العمد في تقديم بيانات كاذبة، ووقائع غير صحيحة، وعرضها على الجمعية العمومية، فرفضت الدعوى المدنية وحكم بالبراءة من الجنحة المنسوبة⁽²⁾.

المطلب الثاني

المسؤولية التقصيرية لمدقق الحسابات

تنشأ مسؤولية مدقق الحسابات عن الفعل الضار عند ارتكابه لفعل يلحق ضرراً بمن يقوم بتدقيق حساباتهم وقوائمهم المالية أو ضد الغير وهي الحالة الغالبة وأركان الفعل الضار هي: الفعل الضار والضرر والسببية⁽³⁾.

تستند أغلب الأعمال التي يقوم بها مدقق الحسابات على العقد الذي يبرم بينه وبين الشركة، لذلك نجد في غالبية الأحيان أن مسؤوليته التعاقدية أكثر وجوداً في الحياة العملية من مسؤوليته التقصيرية، مع ذلك فإن هذه الأخيرة قد توجد في حالات محددة يكون فيها الضرر قد أصاب المساهمين في الشركة أو الغير وكان هذا الضرر ناشئاً عن خطأ المدقق التقصيري، ويتحقق هذا الخطأ عندما يكون ناشئاً عن الإخلال بالالتزام عام ولا يكون ناشئاً عن الإخلال بالتزام عقدي وإنما ينشأ عن الإخلال بالتزام تقصيري وترتب عليه مسؤولية تقصيرية⁽⁴⁾.

1- المحكمة الإتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 100- لسنة 24 قضائية، 2005/11/22، مكتب 27، جزء 4، ص 2546.

2- انظر في الجنحة رقم 2005 لسنة 2010م جنح اقتصادي القاهرة، محكمة القاهرة الاقتصادية، الدائرة الثانية، جنح اقتصادي، جلسة 2011/2/26، منشور عبر موقع شبكة قوانين الشرق : www.eastlaw.com

3- حسام حسني الرشيد، المسؤولية المدنية لمدقق الحسابات في قانون ضريبة الدخل الأردني، مرجع سابق، ص 36.

4- رضوان أبو زيد، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، دار الفكر العربي، مصر، بدون طبعة، 1989، ص 34.

فالمشرع الإماراتي من خلال المادة (23/ثانياً) من قانون تنظيم مهنة مدققي الحسابات نص على أنه " يسأل مدقق الحسابات من الأشخاص الطبيعيين عن تعويض الضرر الذي يلحق بالعميل أو الغير... " وذكّرت نفس المادة / ثالثاً على أنه " إذا تولت التدقيق شركة قامت مسؤولية الشركاء التضامنية في مواجهة الغير عما يلحق هذا الغير من أضرار بسبب ما يقع من أخطاء أو تقصير في مزاوله المهنة... " .

فالمشرع الإماراتي جعل مسؤولية المدقق سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً أمام الغير ويطبق عليهم المبادئ العامة في القانون التجاري والمدني⁽¹⁾

فالمسؤولية التقصيرية هي التي تنشأ نتيجة الإخلال بالتزام قانوني عام يفرض عدم الإضرار بالغير⁽²⁾ ، وهي مسؤولية المدقق تجاه الأطراف الأخرى التي تضررت مصالحهم بسبب اعتمادهم على تقرير المدقق.

فمدقق الحسابات إذا نجم عن المهام والواجبات المفروضة عليه قانوناً إضراراً بغيره مما لا يرتبط به علاقة عقدية، فإنه يسأل عن ذلك الإضرار، ذلك أن المدقق يلتزم بعدم إلحاق الضرر بالغير من مستخدمي القوائم المالية، حيث أنهم يعتمدون على تقرير المدقق مما تحتويه هذه القوائم المالية من معلومات محاسبية في اتخاذ القرارات الاقتصادية⁽³⁾.

والمقصود بالغير (الطرف الثالث): جميع الأطراف التي تعتمد على القوائم المالية وما تحتويه من معلومات محاسبية في اتخاذ القرارات الاقتصادية المختلفة، بخلاف العميل (الطرف الذي قام بالتوقيع على العقد مع المدقق)، ومن بين هذه الأطراف الدائنين، حملة الأسهم، البائعين، البنوك، المستهلكين، المستثمرين... الخ⁽⁴⁾ .

كما أن مستخدمي الطرف الثالث يتوقعون من مدقق الحسابات أن يتضمن تقريره الكفاية الفنية والنزاهة والموضوعية والاستقلال التام والحياد، كما يتوقعون منه اكتشاف الأخطاء الجوهرية التي تؤثر على قائمة المركز المالي وقائمة الدخل ومنع إصدار القوائم المالية المضللة⁽¹⁾ .

1- يقابله المادة (109) من قانون الشركات المصري حيث نص على أنه " يكون مراقب الحسابات مسؤولاً قبل الشركة عن تعويض الضرر الذي يلحقها بسبب الأخطاء التي تقع منه... " . والمادة (232) من قانون الشركات الكويتي على أنه " يكون مراقب الحسابات مسؤولاً عن البيانات الواردة في تقريره وعن كل ضرر يصيب الشركة والمساهمين أو الغير بسبب الأخطاء التي تقع منه .

2- السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ص 847 .

3- فراس موسى أبو ريشة، المسؤولية المدنية لمجلس الإدارة في الشركة المساهمة وفقاً للقانون الأردني، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، كلية القانون، الأردن، 2017 ، ص 51 . أيضاً: معين عمر عبد المومني، التنظيم القانوني لمهمة مدقق الحسابات في الشركات المساهمة العامة، مرجع سابق، ص 149 .

4- فراس موسى أبو ريشة، المسؤولية المدنية لمجلس الإدارة في الشركة المساهمة وفقاً للقانون الأردني، مرجع سابق، ص 52 .

إن إخلال مدقق الحسابات بمهام عمله أو تقصيره أو إهماله فيها يترتب عليه - بالإضافة إلى مسؤوليته العقدية تجاه الشركة أو المساهمين - مسؤولية تقصيرية تجاه الغير حسني النية كالدائنين أو المستثمرين الذين اعتمدوا على تقرير مدقق الحسابات في تعاملهم مع الشركة (2). فوفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية في القانون الإماراتي فإن " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر " . ووفقاً لتكييفنا لطبيعة مسؤولية مدقق الحسابات في مواجهة الغير على أنها مسؤولية تقصيرية تقوم وفقاً للقانون المدني الإماراتي على إلحاق الضرر أو التسبب به فإن مدقق الحسابات الذي يرتكب إهمالاً أو تقصيراً في أداء عمله يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي يلحق بالغير سواء كان هذا الإهمال أو التقصير ناشئاً عن عدم تطبيق المدقق للأصول المهنية المتعارف عليها أو إهماله في إتباع معايير المحاسبة الدولية (3) .

وعليه فإن مدقق الحسابات الذي يلحق ضرر بالغير جراء عمله فإنه يسأل عن تعويض الأضرار الناشئة عن فعله سواء تلك الأضرار المتحققة فعلاً أو تلك التي كانت مجرد كسب فائت (4) . ويرجع أساس مسؤولية مدقق الحسابات الناجمة عن ممارسته لمهنة التدقيق إلى أن المدقق مجاز لها قانوناً بممارسة مهنة التدقيق على أساس أنه يملك المعرفة والمشورة والرأي إلى الجمهور بصفة عامة، ومن حق هذا الجمهور أن يعتمد على رأيه في تعامله مع الشركة التي يدقق حساباتها، فإن تضرر هذا الغير من ذلك حق له المطالبة بالتعويض بعد أن يثبت خطأ المدقق وما أصابه من ضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر (5) . ومن الأمثلة على ذلك: إذا ارتكب المدقق مخالفة للواجبات المفروضة عليه بموجب قواعد القانون، كمخالفته واجب المحافظة على أسرار الشركة التي اطلع عليها فإنه يعرض نفسه إضافة إلى احتمالية العزل

=

- 1- عبدالمهدي عباس محمد، دراسة فجوة التوقعات بين مدققي الحسابات ومستخدمي التقارير المالية، مجلة العلوم الاقتصادية، العراق، مج4، ع5، 2005، ص2 . أيضاً: هدى خليل ابراهيم الحسني، مسؤولية مراقب الحسابات، مرجع سابق، ص16.
- 2- فياض بن ملفي القضاة، مدى فعالية رقابة مدقق الحسابات على أعمال مجلس الإدارة في الشركات المساهمة العامة في القانون الأردني، مرجع سابق، ص63.
- 3- المادة (253) من قانون الشركات الإماراتي والمادة (23) من قانون تنظيم مهنة مدققي الحسابات ذلك حيث نص على أنه " يسأل مدقق الحسابات عن تعويض الضرر الذي يلحق بالعميل أو بالغير بسبب الخطأ أو التقصير المهني الذي يصدر عنه في أداء مهنته... " .
- 4- المادة (292) على أنه " يقدر الضمان في جميع الأحوال ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار " .
- 5- عبدالمهدي عباس محمد، دراسة فجوة التوقعات بين مدققي الحسابات ومستخدمي التقارير المالية، مرجع سابق، ص2 .

إلى المسؤولية عن تعويض الشركة عن الأضرار التي لحقت بها⁽¹⁾. وكذلك مدقق الحسابات الذي يخالف الحظر المفروض عليه وعلى موظفيه من المضاربة بأسهم الشركة التي يدقق حساباتها يكون أيضاً مسؤولاً عن تعويض أي ضرر يترتب عليه مخالفته لهذا الحظر إضافة إلى احتمالية العزل من مهمته⁽²⁾.

ولم يمنع قانون الشركات الإماراتي والمصري والكويتي من اختيار أكثر من مدقق حسابات. وإذا تم اختيار أكثر من مدقق فإن التضامن فيما بينهم مفترض بنص القانون وذلك في حالة اشتراكهم في وقوع الضرر وهذا ما نصت عليه المشرع الإماراتي والقوانين المقارنة بشكل صريح⁽³⁾.

وخيراً فعل المشرع الإماراتي بنصه على هذا وذلك لتوفير ضمانات أكبر للمتضررين جراء إهمال وتقصير مدققي الحسابات حيث أنه يمكن للشخص المتضرر الرجوع عليهم منفرداً أو مجتمعين.

وكذلك يحق للمتضرر من خطأ مدقق الحسابات أن يعود على هذا الأخير بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً والربح الفائت استناداً إلى المادة (2/23) من قانون تنظيم مهنة مدققي الحسابات. وإن كانت المادة (292) من القانون المدني الإماراتي قد أجازت التعويض عن مالق المضروب من ضرر ومفاته من كسب على أن ذلك مقتصر على المسؤولية التقصيرية⁽⁴⁾. ومع ذلك فإن نص المادة (2/23) من قانون تنظيم مهنة مدققي الحسابات يعد نصاً خاصاً مقارنة مع المادة (292) من القانون المدني الإماراتي له الأفضلية في التطبيق وسواء أكان أساس المسؤولية هو المسؤولية التقصيرية أو العقدية.

ونلاحظ أنه في الآونة الأخيرة بدأت تتسع دائرة مسؤولية مدقق الحسابات تجاه الغير (الطرف الثالث)، وذلك كنتيجة طبيعية لتزايد اعتماد الغير على المعلومات المحاسبية والتقارير المالية في اتخاذ القرارات الاقتصادية المختلفة، ولا شك أن هذا سيؤدي إلى تزايد مسؤولية مدقق الحسابات تجاه الغير، بحيث تغطي كذلك الإهمال العادي، وسيكون لذلك أثر كبير على المسؤولية القانونية للمدقق⁽⁵⁾.

1 - المادة (247) قانون الشركات الإماراتي . المادة (108) قانون الشركات المصري. المادة (231) قانون الشركات الكويتي.

2 - المادة (248) قانون الشركات الإماراتي . المادة (104) قانون الشركات المصري. المادة (20) قانون مزاولة مهنة مراقبة الحسابات في الكويتي.

3 - المادة (2/23) "... فإذا تعدد مدققوا الحسابات قامت مسؤوليتهم التضامنية ما لم يمكن نسبة الضرر لإهمال أو تقصير أحدهم". والمادة (109) من قانون الشركات المصري "... وإذا كانت للشركة أكثر من مراقب واشتركوا في الخطأ كانوا مسؤولين قبل الشركة بالتضامن..." المادة (232) قانون الشركات الكويتي.

4 - المادة (292) " يقدر الضمان في جميع الأحوال ما لحق المضروب من ضرر وما فاته من كسب..."

5 - إيهاب جمال حمد الله وشاح، مسؤولية مدقق الحسابات الخارجي في الشركات المساهمة العامة في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 116. انظر أكثر: علاء زياد صبحي، دراسة تحليلية لآراء المدققين والمحامين حول المسؤولية القانونية للمدقق الخارجي تجاه الطرف الثالث، المجلة الأردنية في إدارة الأعمال، المجلد 2، العدد 1، 2006، ص 12.

الخاتمة

بعد الانتهاء من كتابة البحث، نعرض لأهم النتائج والتوصيات وفق التالي:

أولاً: النتائج

- 1_ تكون مسؤولية المدقق عقدية عند إخلاله بالإلتزامات العقدية التي تربطه بالشركة، في حين تكون تقصيرية عند إخلاله بالتزام عام.
- 2_ نلاحظ أن المشرع الإماراتي لم يحدد طبيعة مسؤولية مدقق الحسابات هل هي عقدية أم تقصيرية، الأمر الذي يقتضي منا الرجوع إلى القواعد العامة في المسؤولية المدنية، حيث حدّد القانون المدني مع اجتهادات القضاء متى تكون المسؤولية عقدية أو تقصيرية وأساس كل منهما كما بيّنا في متن البحث.
- 3_ يسأل مدقق الحسابات عن الخطأ مهما كانت درجة الجسامة جسيماً أم يسيراً متعمداً أم غير متعمد.

- 4_ عند وجود أكثر من مدقق واشتركوا في الخطأ فالمسؤولية تكون تضامنية فيما بينهم.
 - 5_ نعتقد بأنه يجب تشديد مسؤولية مدقق الحسابات حيث يلتزم ببذل العناية الفنية التي تقتضيها أصول مهنته.
- وهذه النتائج جعلتنا نفكر في أن نقدم مجموعة من التوصيات التي من شأنها أن تطور في مهنة مدقق الحسابات في الإمارات خاصة بالشكل الذي يخدم متطلبات الإقتصاد الوطني، وفق التالي:

ثانياً: التوصيات

- 1_ ضرورة رفع مستوى الأداء المهني لمدقق الحسابات وكفاءته لتمكينه من بذل العناية المهنية تجاه الشركة والغير.
- 2_ توعية المدقق بالإجراءات والأساليب التي يجب مراعاتها عند تدقيقه للبيانات المالية كي يدفع نفسه عن مخاطر المساءلة القانونية كتعيين مستشار قانوني في شركة المساهمة العامة.
- 3_ إضافة نص لقانون تنظيم مهنة تدقيق الحسابات الإماراتي يتضمن التأمين الإلزامي ضد الأخطاء التي يرتكبها مدقق الحسابات.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب:

- 1_ أحمد عبدالله الكندري، النظرية العامة لمصادر الإلتزام غير الإرادية، جامعة الجزيرة، دبي، بدون طبعة، 2013.

- 2_ بشار طلال المؤمني وآخرون، شرح مصادر الإلتزام غير الإرادية في قانون المعاملات الإماراتية، مكتبة الجامعة، الشارقة، الطبعة الأولى، 2015.
 - 3_ رضوان أبو زيد، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، دار الفكر العربي، مصر، بدون طبعة، 1989.
 - 4_ سليمان مرقس، شرح القانون المدني، المطبعة العالمية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1964
 - 5_ سلامة عبدالصانع أمين علم الدين، النظام القانوني لمراقب الحسابات، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 2016.
 - 6_ سلامة عبدالصانع أمين علم الدين، دور الرقابة في حوكمة الشركة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 2016 .
 - 7_ عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، ج1، دار إحياء التراث، بيروت، دون سنة نشر.
 - 8_ عدنان السرحان، المصادر غير الإرادية (الحق الشخصي)، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2010.
 - 9_ عمر السيد أحمد عبدالله، مسؤولية الشخص عن فعله في قانون المعاملات المدنية الإماراتي مقارنة بالقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995 .
 - 10_ علي سيد قاسم، مراقب الحسابات، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون طبعة، 1991.
 - 11_ عبدالحكم فوده، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون طبعة، 1996.
 - 12_ فاروق الأباصيري، أحكام المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
 - 13_ محمد المرسى زهرة، الفعل الضار والفعل النافع، بدون ناشر، الطبعة الأولى، 2002
 - 14_ مصطفى الزرقاء، الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1988 .
 - 15_ مصطفى العوجي، المسؤولية المدنية، الجزء2، منشورات الحلبي، بيروت، بدون طبعة، 2004 .
- ثانياً: بحوث ومقالات
- 1_ أحمد محمود المساعدة، المسؤولية المدنية لمدقق الحسابات في شركة المساهمة، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، الجزائر، 2011.

- 2_ الشهابي إبراهيم الشهابي الشراوي، المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية في القانون الاماراتي في ضوء القواعد العامة للمسؤولية، مركز بحوث الشرطة، الشارقة، مج24، ع92، 2015 .
- 3_ بشار طلال أحمد المؤمني، المسؤولية المدنية الناتجة عن جراحة إزالة السمنة، دراسة قانونية تحليلية، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، الأردن، المجلد9، العدد2، 2017 .
- 4_ خالد بن محمد بن عبدالله عطيه، المسؤولية التقصيرية للسلطات العامة في القانون الانجليزي، دراسة مقارنة ، جامعة القاهرة، القاهرة، 2005
- 5_ ربيعة غيث، مسؤولية مراقبي الحسابات، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المغرب، العدد62، 2005 .
- 6_ ربيعة رمضان محمد، دراسة العلاقة بين جودة المراجعة الداخلية واكتشاف مراقبو الحسابات للغش في القوائم المالية، جامعة عين شمس، القاهرة، المجلد20، العدد3، 2016.
- 7_ سامر سهيل حجازين، المسؤولية المدنية لرئيس وأعضاء مجلس الإدارة في الشركات المساهمة الخاصة في ظل قانون الشركات الأردني، جامعة الشرق الأوسط، الأردن.
- 8_ صبا أحمد سعيد، نظام مقترح لرقابة الجودة على أداء مساعدي مراقبي الحسابات، جامعة الموصل، كلية الادارة والاقتصاد، قسم المحاسبة، العراق، 2009.
- 9_ صدقي سليم خان نعمان، أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديمي التمييز في القانون المدني العراقي، مجلس القضاء، العراق، 2012.
- 10_ علاء زياد صبحي، دراسة تحليلية لآراء المدققين والمحامين حول المسؤولية القانونية للمدقق الخارجي تجاه الطرف الثالث، المجلة الأردنية في إدارة الأعمال، المجلد2، العدد1، 2006 .
- 11_ عبدالمهدي عباس محمد، دراسة فجوة التوقعات بين مدققي الحسابات ومستخدمي التقارير المالية، مجلة العلوم الاقتصادية، العراق، المجلد4، العدد5، 2005.
- 12_ فياض بن ملفي القضاة، مدى فعالية رقابة مدقق الحسابات على أعمال مجلس الإدارة في الشركات المساهمة العامة في القانون الأردني، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، المجلد1، العدد2، الاردن، 2009 .
- 13_ كوثر عبدالفتاح الأبيجي، مسؤولية مراقب الحسابات في دولة الإمارات، دراسات الخليج والجزيرة العربية، العدد51.
- 14_ لحسن العيوض، مسؤولية مراقب الحسابات في ضوء القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، المغرب، عدد خاص، 2017 .

15_ محمد صديق محمد عبد الله، عبيدة عامر مرعي الربيعي، المسؤولية المدنية لمراقب الحسابات في الشركات المساهمة، جامعة كركوك، العراق.

16_ نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن، المجلد7، العدد3.

17_ هدى خليل ابراهيم الحسيني، مسؤولية مراقب الحسابات، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، العراق، العدد28، 2011.

ثالثاً: الرسائل الجامعية:

1_ إيهاب جمال حمدالله وشاح، مسؤولية مدقق الحسابات الخارجي في الشركات المساهمة العامة في القانون الأردني،

2_ حسام حسني الرشيد، المسؤولية المدنية لمدقق الحسابات في قانون ضريبة الدخل الأردني، رسالة ماجستير، جامعة جرش، كلية القانون، الأردن، 2013، ص36 .

3_ عبدالسلام بن طناف سالم العوائد، المركز القانوني لمدقق الحسابات في الشركة المساهمة العامة، رسالة ماجستير، جامعة آل بيت، كلية القانون، الأردن، 2011 .

4_ فراس موسى أبو ريشة، المسؤولية المدنية لمجلس الإدارة في الشركة المساهمة وفقاً للقانون الأردني، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، كلية القانون، الأردن، 2017 .

5_ معين عمر عيد المؤمني وآخرون، التنظيم القانوني لمهمة مدقق الحسابات في الشركة المساهمة العامة، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2015.

رابعاً: المصادر الإلكترونية:

1_ تحسين يوسف شمخي جبار، النظام القانوني للدفاتر التجارية، 2017، ص99-110، بحث منشور في الموقع الإلكتروني:

<http://almerja.com/reading.php?idm=78226>

2_ شبكة قوانين الشرق : www.eastlaw.com

3_ موقع دار المنظومة: www.mandumah.com

خامساً: القوانين:

1_ قانون الشركات الإماراتي رقم (2) لسنة 2015 .

2_ قانون الشركات المصري رقم (159) لسنة 1981.

3_ قانون الشركات الكويتي رقم (1) لسنة 2016 .

- 4_ قانون تنظيم مهنة مدققي الحسابات في الإمارات رقم (12) لسنة 2014 .
 - 5_ قانون مزاوله مهنة مراقب الحسابات الكويتي رقم (5) لسنة 1981 .
 - 6_ قانون مهنة المزاوله والمراجعة في مصر رقم (133) لسنة 1951 .
 - 7_ قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بالقانون رقم (1) لسنة 1987 .
 - 8_ القانون المدني المصري وتعديلاته رقم (131) لسنة 1948 .
 - 9_ القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980 .
- سادساً: المراجع الأجنبية:.

- 1_ Companies and securities law review committee, civil liability of company auditors, discussion paper no.3, 1985.
- 2_ Peter forstmoser, the duties and liabilities of auditors under Swiss law, Journal of Comparative Business and Capital Market Law, North-Holland, 1983.
- 3_ Soud Matar, The Impact of Legal Responsibility of External Auditors on Auditing Quality and Investment Level, Ph.D. Department of Economics & Finance, Brunel University,2012.

الإضراب عن العمل في التشريع الليبي (دراسة مقارنة)

إعداد الأستاذة: آمال سالم العريفي، كلية القانون، جامعة طرابلس.

المقدمة

تمارس الدولة نشاطها من خلال موظفيها، فهم أداة الدولة لتنفيذ سياستها وتحقيق أهدافها، وتحظى الوظيفة العامة بعناية المشرع والفقهاء والقضاء في ليبيا ومختلف دول العالم، فمع ازدياد نشاط الدولة، وازدياد عدد موظفيها اهتمت الدولة بتنظيم الجهاز الإداري وأصبح للوظيفة العامة نظام خاص بها يحدد حقوق وواجبات الموظفين العامين، وشروط التحاقهم بالوظيفة.

وتأتي في مقدمة المواضيع التي تعالجها القوانين الداخلية، والمواثيق الدولية الخاصة بالوظيفة العامة - والتي يجب دراستها وفق أسس علمية حديثة، حالات اضطراب سير المرافق العامة، عندما يتمتع الموظف عن العمل امتناعاً إدارياً مدبراً لتحقيق مطالب عادية.

والإضراب كحالة من حالات وقف العمل، يتميز بأهمية خاصة؛ لكونه يؤثر في سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ونظراً لأهمية هذه الجزئية لما فيها من مساس بسير المرافق العامة، يثور التساؤل لدى الباحث ما السبيل للمطالبة بحقوق الموظفين مع الالتزام باحترام مبدأ دوام سير الوظيفة، وكيف السبيل للخروج من تبعات إضراب الموظف، الإجابة عن هذه التساؤلات هي محور إشكالية قانونية تعالجها هذه الدراسة، وفق دراسة تحليلية موضوعية، خاصة بالوضع في ليبيا وبعض الدول الأخرى، و تختتم بإجراء مقارنة لها مع الأنظمة الأخرى، عليه فإن الدراسة تتطلب اتباع الخطة المنهجية التالية:

المبحث الأول: التنظيم القانوني للإضراب في التشريع الليبي والمقارن.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على الإضراب والتمييز بينه وبين الأنظمة المقارنة له.

المبحث الأول

التنظيم القانوني للإضراب

سوف أتناول في هذا المبحث مفهوم الإضراب تشريعياً أولاً، ثم التعرض لتعريف الإضراب فقهاً وقضاءً ثانياً، و عناصر الإضراب ثالثاً، وذلك وفقاً للخطة التالية :-

المطلب الأول: تعريف الإضراب تشريعياً.

المطلب الثاني: تعريف الإضراب فقهاً وقضاءً.

المطلب الثالث: عناصر الإضراب.

المطلب الأول

تعريف الإضراب تشريعاً

تخلو التشريعات - عادة - من وضع التعريفات ، وتعرض عن بيان الحدود غالباً، حيث لا يهتم المشرع عادة بوضع تعريف لمسألة ما ، وإنما تترك لاجتهادات الفقه والقضاء .

غير أن المشرع في ليبيا لم يترك مسألة تعريف الإضراب لاجتهاد الفقه وأحكام القضاء، بل كانت له اليد الطولى في هذا الشأن فقام بتعريف الإضراب في قانون العمل ، وذلك بنص المادة الأولى من المرسوم الملكي في قانون العمل رقم (58 لسنة 1970 م الملغي) التي تنص على ان الاضراب هو " التوقف عن العمل من قبل جماعه من العمال مستخدمين في مؤسسة أو أكثر بناءً على اتفاق مشترك بينهم أو تهديد سابق وذلك من جراء نزاع مهني " ⁽¹⁾ مع العلم أن القانون رقم (12) لسنة 2010 م بشأن علاقات العمل الحالي لم يتطرق لموضوع الإضراب مطلقاً.

وجاء في مشروع الدستور الليبي المصاغ في مدينة البيضاء بتاريخ 29 يوليو 2017 ، " كفل الدولة الليبية الحريات العامة بما فيها حرية المعلومة والإعلام ، وتشكيل الجمعيات الأهلية والنقابات والأحزاب السياسية، و حرية التظاهر والإضراب السلميين، ووضع قواعد لضمان هذه الحريات من هيمنة السلطة السياسية" ⁽²⁾. وتنص المادة (238) من قانون العقوبات الليبي على أنه " إذا ترك ثلاثة أو أكثر من الموظفين العموميين أو موظفي ومستخدمي المرافق العامة مكاتبهم او وظائفهم أو أعمالهم أو أذوها بشكل يؤثر في سيرها سيراً متواصلًا منتظمًا ، متفقين على ذلك أو متبغين منه تحقيق غرض مشترك ، يعاقب كل منهم بالحبس مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وسنة وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه " ⁽³⁾.

يتضح من هذا النص أن الإضراب لا يتحقق إلا بالنسبة للموظفين العموميين أو مستخدمي المرافق العامة، فهو لا يقوم بالنسبة للعمال في المشروعات الخاصة المملوكة للأفراد والتي لا تعتبر مرفقاً عاماً.

في مصر لم يعرف المشرع المصري الإضراب بطريقة مباشرة ولكنه عرّفه بطريقة غير مباشرة، وذلك عند الحديث عن الحالات التي يشكل فيها الإضراب جريمة يعاقب عليها جنائياً ⁽⁴⁾ ، فقد عرّف المشرع

1- الجريدة الرسمية ع 4 ، سنة 8 بتاريخ 17 مارس 1958 م.

2- نقلاً عن مسودة دستور ليبيا الصادر في مدينة البيضاء بتاريخ 29 يوليو 2017 م.

3- نقلاً عن قانون العقوبات الليبي المادة 238.

4- د . صلاح علي علي حسين ، تنظيم الحق في الإضراب ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2012 ، ص 13.

الإضراب المحظور في المادة (124) من قانون العقوبات التي تنص على أنه " إذا ترك ثلاثة على الأقل من الموظفين أو المستخدمين العموميين عملهم ولو في صورة استقالة أو امتنعوا عمداً عن تأدية واجب من واجبات وظيفتهم متفقين في ذلك أو مبتغين منه تحقيق غرض مشترك... " .

ورغم اعتراف المشرع المصري صراحة بحق الإضراب في قانون العمل رقم (12) لسنة 2003 م وتنظيم هذا الحق في المواد (192 - 195) فإنه آثار عدم وضع تعريف له ، مكثفياً بالتأكيد على مشروعيته و طريقة ممارسته.

ولعل المشرع العراقي من بين المشرعين العرب القلائل الذين عرفوا الإضراب وأطلق عليه مصطلح التوقف عن العمل ، ففي قانون الضمان الاجتماعي رقم (57) لسنة 1957 م عرّف الإضراب بأنه " اتفاق مجموعة من العمال أو المستخدمين أو أكثرهم في مشروع أو مشاريع على التوقف عن العمل بشأن أمور تتعلق بشروط العمل أو الاستخدام و أحوالهما " (1).

ودعم بيان مجلس الوزراء العراقي الصادر بتاريخ 16 / 3 / 2016 م بشأن الإضراب والمطالبة بالإصلاحات الحكومية وحرصاً على حماية العمال، وحقهم في الإضراب إلا أنه شدد على أن تتم وفق الأطر القانونية . و الجدير بالذكر أن الدستور المغربي المعدل في سنة 1996 م جعل الإضراب حقاً مكفولاً بموجب الدستور حيث نصت المادة 14 الفصل الرابع عشر على ان الاحزاب " حق مضمون على أن تبين الشروط و الإجراءات التي يمكن معها ممارسة هذا الحق بموجب قانونه التنظيمي " (2). من خلال ما سبق يتبين أن هناك صعوبة في تعريف الإضراب، تعريفاً محدداً ،ومرجع ذلك بحسب الزوايا التي ينظر من خلالها إلي الإضراب (3) وهذا ما سأيينه في المطلب الثاني .

المطلب الثاني

تعريف الإضراب فقهاً وقضاءً

سأتعرض (أولاً) لمفهوم الإضراب فقهاً ، ثم قضاءً (ثانياً).

أولاً - تعريف الفقه للإضراب :

نتيجة لصمت المشرع في كثير الأحيان عن تعريف الإضراب ، ترك الأمر للفقه القانوني ، حيث وضع تعريف له فقد عرّف الدكتور سليمان محمد المطاوي الإضراب على أنه "اتفاق بعض العمال على

1- د. مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني بحق الإضراب ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2009 ، ص 39 .

2- الدستور المغربي المعدل في 1996 م.

3- د.عبد الباسط محمد المحسن ، الإضراب في قانون العمل، رسالة دكتورة، جامعة القاهرة ، 1992 م، ص 23.

الامتناع عن العمل مدة من الزمن دون أن تنصرف نيتهم إلى التخلي عن وظائفهم نهائياً ، وذلك بقصد إظهار استيائهم من أمر من الأمور ، أو الوصول إلى تحقيق بعض المطالب ، لاسيما المتعلقة بالعمل كرفع الأجور " (1).

وعرّف الدكتور ثروت بدوي الإضراب على أنه " امتناع العاملين بالمرافق العامة عن أداء أعمالهم وعدم مباشرتهم لمهام وظائفهم ، دون أن يتخلوا عن تلك الوظائف، ومع استمرار تمسكهم بها ، وذلك بقصد الإعلان من جانبهم عن احتجاجهم على أوضاع معينة ، أو عن مطالب معينة يطالبون المسؤولين بتحقيقها " (2).

أما في ليبيا فقد عرف الدكتور نصر الدين مصباح القاضي الإضراب بأنه : "اتفاق بين مجموعة من العاملين بالمرافق العامة أو المرافق الخاصة على ترك العمل وممارسة الواجب الوظيفي برضاهم التام لمدة من الزمن لأجل تحقيق هدف معين " (3) .

ويعرف جانب آخر من الفقه الإضراب بأنه " هجر الموظفين أو المستخدمين لعملهم مع تمسكهم بوظيفتهم، ويلجأ الموظفون عادة لهذا الإجراء إظهاراً لسخطهم على عمل من أعمال الحكومة أو لإرغام الحكومة على إجابة مطالبهم " (4)

بعد استعراض مختلف تعريفات الإضراب الفقهية ، نصل إلى أن الإضراب عن العمل يعتبر عملاً خطيراً يهدد سير المرافق العامة ، وبالتالي فإنه يتعارض مع مبدأ سير المرافق العامة بانتظام وإيراد ، ولكي يمنع تعطيل المرافق العامة يتعين تنظيمه والتضييق من نطاقه ما أمكن .

ثانياً - تعريف القضاء للإضراب :

لا يقل دور القضاء عن دور المشرع ، فالمشرع يقوم بسن القوانين ، ويترك للقضاء مجال لوضع هذه القوانين موضع التنفيذ لحل المنازعات التي يثيرها بين المتنازعين ، أفراداً وجماعات .

وإلى جانب الاجتهاد الفقهي، توجد اجتهادات أخرى صادرة عن القضاء لتعريف الإضراب ، وفي هذا الصدد ، فقد عرفت محكمة أمن الدولة العليا في مصر (طوارئ) الإضراب في حكمها في 16 أبريل

- 1- د. سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1979 م ، ص 387 .
- 2- د. ثروت بدوي ، القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006م ، ص 412.
- 3- د. نصر الدين مصباح القاضي ، أصول القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، طبعة 2 . 2016 م ، ص 120.
- 4- د . محمد فؤاد مهنا ، القانون الإداري المصري ، دار الثقافة الإسكندرية ، 1945 ، 1946 ، ص 77 .

1987 م ، والخاص بإضراب عمال السكك الحديدية بأنه هو " الامتناع الجماعي المتفق عليه بين مجموعة من العاملين عن العمل لفترة مؤقتة لممارسة الضغط للاستجابة لمطالبهم " (1). وبالرجوع للقضاء الليبي ، فإنني لم أعر على تعريف للإضراب ، فكما هو معلوم أن الإضراب جريمة يعاقب عليها القانون جنائياً تطبيقاً لنص المادة (238) من قانون العقوبات الليبي، ويرجع سبب عدم وضع تعريف قضائي للإضراب إلى عدم وجود منازعات متعلقة به ، والتي تعرض على القضاء (2).

المطلب الثالث

عناصر الاضراب

يذهب أغلب الفقه إلى ضرورة توافر عناصر مادية وأخرى معنوية لوجود الإضراب، وهذا عرض لها: -
أولاً - العناصر المادية للإضراب:

يمكن تقسيم العناصر المادية للإضراب إلى:

1- التوقف عن العمل

يجب أن يكون هناك توقف إرادي حقيقي عن العمل فالتوقف الإرادي يمثل العنصر الجوهرى للإضراب ، ويجب أن يكون هناك تعبير صريح عن الدخول في حالة الإضراب (3).
ويأخذ التوقف عن العمل كتصرف مادي صوراً وأشكالاً متعددة، فالتوقف الكامل عن العمل يمثل الصورة التقليدية للإضراب ، امتناع العمال عن العمل مدة معينة ، فهذا الموقف السلبي يعد دليلاً على بدء الإضراب وعنصرًا من عناصره (4).

وقد يقوم الإضراب على توقف العاملين في قطاع معين من المرفق ، بترتب عليه إصابة باقي القطاع بالشلل الجزئي ، كما هو الحال في قيام الموظفين داخل الجامعة بالتوقف عن العمل وإغلاق مكاتبهم مع رفض التواصل مع الإدارة المختصة وعدم فتح مكاتبهم أمام المراجعين ، فإن هذا الرفض يمثل إضراب إداري ، ونظراً

1- حكم محكمة أمن الدولة العليا " طوارئ " 16/4/1987 م، الدعوى رقم 419 مجلة المحاماة، ع 8 يونيو 1987 م ، ص 14.

2- نقلاً عن أ. عبد الفتاح سليمان علي المغربي ، مدى تطور حق الإضراب في المرافق العامة ، رسالة ماجستير ، جامعة طرابلس ، 2014 ، ص 12 .

3- أ . برتيمة عبد الوهاب ، الإضراب ومبدأ استمرارية المرفق العام ، رسالة الماجستير ، جامعة القاهرة 2009 ص 31 .

4- د . محمد فؤاد عبد الباسط ، القانون الإداري ، تنظيم نشاط الإدارة ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، ص 207 .

لخطورة هذا النوع من الإضرابات ، لاسيما في المرافق العامة ، فقد نادى جانب من الفقه بضرورة حظر هذا الإضراب (1).

2 - التوقف الجماعي

الإضراب وإن كان حقا فردياً يتمتع به كل عامل ، فإنه يلزم أن يمارس بصفه جماعية (2). ويقصد به امتناع جميع العاملين أو غلبهم عن أداء العمل امتناعاً مديراً.

ثانيا - العناصر المعنوية للإضراب :

تشمل العناصر المعنوية للإضراب في قصد الإضراب والهدف من الإضراب .

1 - قصد الإضراب :

ويقصد به أن تتجه نية العامل إلى الامتناع عن أداء العمل المكلف به ، أي اتجاه نية العاملين إلى التحلل مؤقتاً من تنفيذ شروط عقد العمل، وذلك بامتناعهم عن أداء العمل المكلفين بأدائه (3).

2- الهدف من الإضراب

يجب أن يكون هناك هدف من الإضراب ، فيمكن أن يكون لتغيير الأوضاع السائدة في العمل التي تتعلق بحقوق مهنيه ، أو الضغط على الدولة قصد تغيير ظروف العمل بوجه عام ، أو أسباب تتعلق بزيادة الأجور وتحسين ظروف العمل ِللحصول على مزيد من الحقوق والامتيازات .

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على الإضراب والتمييز بينه وبين الانظمة المقاربة له

يترتب على الإضراب بعض الآثار القانونية التي يشترك فيها مع حالات أخرى ، لانتهاء الخدمة ومن أمثلة هذه الآثار التأثير على سير المرافق العامة بانتظام وإطراد. وسنتناول في هذا المبحث الآثار الإدارية، وكذلك الآثار القانونية في مطلب الاول ، والتمييز بين الاضراب وبعض الانظمة المقاربة في مطلب الثاني .

1- د . محمد عبد الخالق عمر ، قانون العمل الليبي ، المكتب القومي الحديث ، الإسكندرية ، 1970 م ، ص 20 .

2- علي عبد العال سيد أحمد ، حق الإضراب في المرافق العامة ، ط 3 ، مؤسسة دار الكتب، الكويت ، 1997 ص 107.

3- د . محمد رفعت الصباحي ، المسؤولية المدنية للنقابة عن إضراب العمال ، مكتبة عين شمس ، القاهرة ، 1995 م ص 16.

المطلب الأول

الآثار الإدارية والقانونية

يقتضي هذا المطلب التعرض لآثار الإضراب الإدارية أولاً، ثم التعرض للآثار القانونية المترتبة على الإضراب ثانياً .

أولاً - الآثار الإدارية :

يعتبر الإضراب عملاً خطيراً يهدد سير المرافق العامة، وبالتالي فإنه يتعارض مع القواعد الأصولية التي تخضع لها المرافق العامة، وهو سيرها دون توقف وبلا انقطاع، ومبدأ استمرارية المرافق العامة التي لا تحتاج إلى نص تشريعي يقرها ، لأن طبيعة المرافق العامة تستوجب ضمان سيرها بشكل منتظم ومطرّد لتحقيق للنفع العام⁽¹⁾.

ومن ثم يقع باطلاً الاتفاق الذي يجريه الموظفون على وقف العمل، أو زيادة حقوقهم وواجباتهم، ومرد ذلك أن الموظفين هم عمال المرافق العامة وكفاعة عامة فإنه لا يمكن كذلك إجباره على بقاءه في الوظيفة رغماً عن إرادته⁽²⁾.

وبالرجوع للقضاء المصري، بشأن إضراب الموظفين، وآثاره الإدارية على الجهات الإدارية خاصة، وعلى المرافق العامة عامةً قضت المحكمة الإدارية العليا في حيثيات حكمها: - (أن الإضراب - سواء كان من الحقوق أو الحريات يتعين الالتزام به في حدود هذا الحق، وعدم الانحراف به عن الغاية منه مما يترتب عليه إلحاق الضرر بالوظيفة، ومصالح المواطنين، وحرمان أفراد المجتمع من الخدمات)⁽³⁾.

ثانياً - الآثار القانونية :

تنص المادة (238) من قانون العقوبات على أنه " إذا ترك ثلاثة أو أكثر من الموظفين العموميين أو موظفي المرافق العامة ومستخدميها مكاتبهم أو وظائفهم أو أعمالهم أو أدوها بشكل يؤثر في سيرها سيراً متواصلًا منتظماً ، متفقين على ذلك أو مبتغين منه تحقيق غرض مشترك ، يعاقب كل منهم بالحبس مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وسنة وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه " .

1- د. محمد عبدالله الحراري ، اصول قانون الإداري الليبي ، تنظيم الإدارة الشعبية ووظائفها ، منشورات المكتب الجامعية ، الزاوية ، الطبعة السادسة ، 2010 م ، ص 261.

2- السيد محمد الرياض، الوسيط في شرح قانون العاملين بالقطاع العام، ص 232.

3- د. محمد عبد الحميد أبوزيد ، دوام سير المرافق العامة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1975 ، ص 15.

يتضح من هذا النص أن الإضراب لا يقبل إطلاقاً داخل المرافق العامة ، فالخدمة التي يؤديها المرفق العام تتسم بالدعمومة والاستمرار، وهذا يغلق السبيل أمام المنتفع ، بحيث لا يمكنه إشباع حاجته⁽¹⁾. وإزاء لذلك ، تنبه المشرع الليبي إلى خطورة الإضراب فقام بوضع نصوص تشريعية تمنع الإضراب في المرافق العامة .

ويمكن التقرير بأن النصوص التي تمنع ممارسة حق الإضراب في الوظيفة العامة بليبيا قد وردت في التشريعات الجنائية ، فبعد صدور قانون العقوبات سنة 1953م⁽²⁾، ثم اعتبار الإضراب عن العمل جريمة جنائية يعاقب عليها الموظفون العموميون وفقاً لشروط معينة ، ومنذ ذلك التاريخ والتشريع الجنائي يحرم هذا الفعل ويضع له عقوبة مغلظة .

المطلب الثاني

التمييز بين الإضراب وبين الأنظمة المقاربة له

يتناول هذا المطلب أوجه الشبه والاختلاف بين الإضراب في النظام الليبي وفي بعض الأنظمة الأخرى المشابهة ، وذلك على النحو التالي:

أولاً - التمييز بين الإضراب والاستيلاء :

إن الاستيلاء عبارة عن نظام يؤدي إلى إيقاف الموظف عن العمل لمدة محددة، أو بتعبير آخر يقصد بالاستيلاء: (إعفاء الموظف من العمل لفترة زمنية معينة دون أن يترتب على ذلك انقطاع علاقة الموظف بالجهة الإدارية التي يعمل لديها)⁽³⁾.

وتناول الفقه الليبي الإحالة تحت تصرف الخدمة المدنية، أو كما يطلق عليها- أيضاً- الإحالة إلى الاستيلاء وعرفه: بأنه (هو إجراء يتم بمقتضاه إبعاد الموظف عن الاضطلاع بأعباء وظيفته كلية لمدة معينة، ثم يتقرر مصيره في نهاية هذه المدة إما بإعادته إلى وظيفته، أو إلى وظيفة أخرى، وإما بفصله نهائياً من الخدمة)⁽⁴⁾.

وكان هذا الإجراء منصوصاً عليه في القانون رقم 26 لسنة 2001 م ، حيث نصت المادة الأولى منه على الآتي " ويجوز لأمانة اللجنة الشعبية العامة، وغيرها من الجهات التي يتقاضى الموظفون بها مرتباتهم من الخزانة العامة، أو ميزانيات الجهات العامة المملوكة للمجتمع عند إلغاء، أو دمج، أو إعادة تنظيم ملاكها

1- د. سليمان محمد الطماوي ، نشاط الإدارة، مرجع سابق ، ص6.

2- الجريدة الرسمية ، عدد خاص بتاريخ 20 فبراير 1954 م .

3- د. صبيح بشير مسكوني، مبادئ القانون الإداري الليبي، منشورات جامعة بنغازي، سنة 1978، ص324.

4- محمد عبد الله الحراري، اصول القانون الإدارة الليبي ، المرجع السابق ، ص 423 .

الوظيفي منح بعض الموظفين في الجهات المشار إليها مرتباتهم مؤقتاً دون أن يقدموا بأي عمل لديها مع السماح لهم بمزاولة الأنشطة الاقتصادية بمختلف أنواعها، ويشمل ذلك أعضاء الهيئات النظامية وغيرهم ممن تنظم شؤونهم قوانين خاصة".

وقد اهتم القانون رقم 12 لسنة 2010 بشأن علاقات العمل، بموضوع الإحالة تحت تصرف الخدمة، حيث خصص لها فصلاً كاملاً من الباب الرابع المتعلق بالوظيفة العامة وتكون الإحالة تحت التصرف لمدة لا تجاوز سنة من تاريخ صدور قرار الإحالة، ويجوز تمديدها لسنة أخرى بقرار من اللجنة الشعبية العامة⁽¹⁾. ويستخلص مما سبق أن الاستيداع عبارة عن نظام خاص يؤدي إلى تنحية الموظف مؤقتاً عن أعمال وظيفته، وتضعه في وضع خاص، يبقى فيه احتياطياً لاحتمال الحاجة إلى خدماته.

ومهما كان أمر التشابه بين النظامين فإن ذلك لا يحول دون إبراز الفارق بينهما، ذلك الفارق الذي يتمثل في أن الموظف المحال إلى الاستيداع يلتزم ببعض الواجبات، ويتمتع ببعض الحقوق في الحدود التي تتفق وحالة الاستيداع، أما في حالة الإضراب فإن الرابطة القانونية بين الموظف والإدارة تظل قائمة⁽²⁾.

ثانياً - التمييز بين الإضراب والاستقالة :

ليبان أوجه الشبه والاختلاف بين الاستقالة والإضراب يتعين تعريف الاستقالة: (عمل قانوني إرادي يصدر تعبيراً على إرادة العامل في ترك العمل لدى جهة العمل بصفة نهائية قبل بلوغ السن القانونية المحددة للإحالة إلى المعاش، وهذا في قانون العمل تتم بمجرد تقدمها بمعنى أن تمامها لا يتوقف على قبول صاحب العمل لها)⁽³⁾.

وتناول الفقه المصري الاستقالة وعرفها بأنها هي (تصرف ينفرد به العامل بهدف إنهاء عقد عمله لدى صاحب العمل، وتتم ويلحق بها أثرها بمجرد تقديمها دون تعليق على قبول رب العمل لها، ولا يحول دون إعمال أثرها التأثير عليها بالحفظ من رب العمل، أو القول صاحب العمل أن العامل ما زال يعمل لديه بعد أن قدم الاستقالة)⁽⁴⁾.

وبالتالي يمكن القول أن الاستقالة عمل إرادي من العامل يفصح فيه عن رغبته في ترك الخدمة بصفة نهائية.

1- د. عبداللطيف السيد رسلان عودة، الاستقالة في الوظيفة العامة بين النظامين الوضعي والإسلامي، دراسة المقارنة دون إشارة إلى سنة الطبع، ص 223.

2- د. محمد عبد الله الحراري، اصول القانون الإداري، مرجع سابق ص 423.

3- د. مصطفى عبد الحميد العدوي، الاستقالة واتفاقات الانهاء الاقتصادي في عقد العمل غير محدد المدة ص 103.

4- د. محمد عبد الحميد أبو زيد، دوام سير المرافق العامة، مرجع سابق ص 20.

أما الإضراب فهو امتناع العمال عن العمل امتناعاً إرادياً ومدبراً، لتحقيق مطالب مهنية ولا يلزم للإضراب أن يكون هناك اتفاق جماعي بين الموظفين المضربين على ترك العمل فهناك حالات يتحقق فيها الإضراب ولو لم يحدث إلا من موظف واحد بشرط أن يترتب على هذا الإضراب الفردي آثار خطيرة.

والإضراب عن العمل يعتبر عملاً خطيراً يهدد سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، وبالتالي يتعين تنظيمه والتضييق من نظامه ما أمكن.

نخلص مما سبق ذكره أن الإضراب يعتبر عملاً إرادياً، أي أنه قائم على إرادة الموظف أي في اتجاه إرادته إلى الامتناع عن القيام بأعباء الوظيفة التي يشغلها وبالتالي فإنه يتشابه مع الاستقالة باعتبارها عملاً إرادياً يقوم به الموظف العام فكل من الاستقالة والإضراب يشترط لتوافر أي منهما اتجاه إرادة الموظف إلى إتيان ذلك التصرف القانوني، ويختلف الإضراب عن الاستقالة في أن الموظف في حالة الإضراب يمتنع عن القيام بأعمال وظيفته مع تمسكه في الوقت نفسه بالوظيفة التي يشغلها، أما في حالة الاستقالة فنجد أن إرادة الموظف تتجه إلى التخلي عن القيام بأعمال وظيفته، والتخلي عن الوظيفة نفسها وبشكل نهائي.

لقد تبين لنا من خلال هذا المبحث، والذي تناولت فيه الآثار المترتبة على الإضراب والتمييز بينه وبين الانظمة المشابه له ، مدا خطر الإضراب في المرافق العامة ، بالنظر الآثار المترتبة عليه - (ادارياً - قانونياً) ، وايضا بسبب تعارض فكرة الإضراب مع مبدأ استمرارية وسير عمل المرافق العامة بانتظام واطراد .

الخاتمة

بعد دراسة الإضراب وتطبيقاته في الأنظمة المقارنة والتشريع الليبي وموقف القضاء والفقه، ودراسة الأسس النظرية للإضراب، واستعراض تطور الإضراب في بعض التشريعات العربية بما يكشف مدى الاختلاف فيما بينها، ويعكس في ذات الوقت أثر الظروف السياسية، والاقتصادية على تشريعاتها المختلفة، ومن ذلك مسألة الإضراب داخل المرافق العامة والتي صارت معاقباً عليها بالأشغال الشاقة المؤبدة في مصر بالقانون رقم 2 لسنة 77 بشأن حماية أمن المواطن والمواطنين، وعلى هذا نص المشرع الليبي بتعديل قانون العقوبات؛ ليدخل الإضراب تحت الجرائم الجنائية بعد أن كان يخضع لنظام العقوبات التأديبية الإدارية فقط، أما الدستور المغربي فجعل الإضراب حقاً مكفولاً بموجب الدستور، حيث نص في المادة 14 "الفصل الرابع عشر" على أن حق الإضراب مضمون على أن يمارس هذا الحق بموجب قانون تنظيمي.

تناولت الباحثة مدى أحقية الموظف في الإضراب داخل المرافق العامة، وهذا ما لا يمكن تصوره لكونه يؤثر على سير المرافق العامة، ويسبب أضراراً مادية ومعنوية تمس حقوق ومصالح المواطنين وتمس هيبة الدولة.

كما أنه يشكل اعتداء على الوظيفة العامة، ويخرجها عن مسارها الطبيعي، ويخرق مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

لذلك فإن على المشرع الليبي وأجهزة الإدارة المختلفة أن تدرك أن الإضراب حق مكفول للموظف بشرط عدم المساس بمهية الدولة وأجهزتها الإدارية وعلى الليبيين أن يدركوا أن الاعتصام وما يصاحبه من وقف للخدمة، وعجز لأجهزة الدولة لا تصب في مصلحة ليبيا، وما حصل داخل المرافق العامة من اعتصامات ومطالبة بحقوق مشروعة يجب أن يكون جزئي ولا يمس مصالح الناس.

واعتصام موظفي الجامعة يتطلب إعادة ترتيب البيت الداخلي الجامعي الذي يجب أن تدرس فيه مطالب الموظفين وتقدم لهم برامج توعية؛ ليدركوا جيداً أن المزايا المالية لا تملكها إدارة الجامعة، ويجب أن تقدم للجهات القانونية المخولة بذلك، كما أن الاعتصام يشكل خللاً وظيفياً؛ وذلك بعدم التزام الموظف بتقديم الخدمة المطلوبة في الوقت المناسب، والمكان المحدد دون تأخير، أو تقصير بمجرد توليه أعباء الوظيفة العامة.

يُختم البحث بإلقاء الضوء على أهم ما استخلصته الباحثة من توصيات:

- 1) الإضراب وسيلة قانونية وحق من حقوق الموظفين يجب أن يقرها الدستور على أن القانون يبين شروطه وإجراءاته.
- 2) اقتراح إعادة النظر في نص المادة 238 من قانون العقوبات الليبي، والتي تنص - صراحة - على تحريم الإضراب.
- 3) إعادة النظر في الوسائل التي يمارس بها الموظفون العموميون الاعتصام داخل الهيئات والمؤسسات العامة تحت مسمى المطالبة بالحقوق، وهو شكل من أشكال الإضراب وهو سلوك مجرم قانوناً.
- 4) إن إصلاح المرافق العامة وتنظيمها، والعمل على تطويرها، ووضع القواعد المتعلقة بأسلوب إدارتها، وتسيير العمل بها، وتحديد الأوضاع القانونية للعاملين بها يتوقف أولاً وأخيراً على القائمين بإدارة المرافق العامة.
- 5) ضرورة تطور النظم الإدارية الحالية، وتزويدها بمهارات شبابية قادرة على إدارة المرافق بأسلوب علمي يتماشى مع تطور العالم ويواكب التكنولوجيا.
- 6) دراسة حالات الاعتصامات داخل المؤسسات العامة؛ تفادياً لحدوثه مستقبلاً، وذلك بتحقيق مطالب الموظفين المشروعة والتي تتماشى مع النظم واللوائح القانونية مع ضمان هيبة الدولة واحترام مبدأ دوام سير المرافق العامة.

- 1- د/ محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، تنظيم الإدارة الشعبية ووظائفها، منشورات المكتبة الجامعة، الزاوية ، ليبيا، الطبعة السادسة، سنة 2010 م.
- 2- د . مصطفى احمد ابو عمرو ، التنظيم القانوني بحق الاضراب ، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009 م .
- 3- د . عبدالباسط محمد المحسن ، الاضراب في قانون العمل ، رسالة الدكتوراة ، جامعة القاهرة ، 1992 م .
- 4- سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القانون الاداري ، دار الفكر العربي القاهرة ، 1979 م .
- 5- د . ثروت بدوى ، القانون الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 م .
- 6- د . نصر الدين مصباح القاضي ، أصول القانون الاداري، دار الفكر العربي ، القاهرة، طبعة 2، 2016م.
- 7- د / محمد فؤاد عبد الباسط ، القانون الإداري، تنظيم نشاط الإدارة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية.
- 8- د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري، دار الثقافة، الإسكندرية، 1945م
- 9- أ. عبد الفتاح سليمان علي المغربي ، مدى تطور حق الاضراب في المرافق العامة، رسالة ماجستير ، جامعة طرابلس، 2014.
- 10- أ. برتيمية عبد الوهاب، الاضراب ومبدا استمرارية المرفق العام، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 2009م.
- 11- د. محمد عبد الخالق عمر، قانون العمل الليبي، المكتب القومي الحديث، الاسكندرية، 1970م.
- 12- علي عبد العالي سيد أحمد، حق الاضراب في المرافق العامة، طبعة 3، مؤسسة دار الكتب ، الكويت، 1997م.
- 13- السيد محمد الرياض، الوسيط في شرح قانون العاملين بالقطاع العام.
- 14- د. محمد عبد الحميد أبوزيد ، دوام سير المرافق العامة ،رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1975.
- 15- د. صبيح بشير مسكوني، مبادئ القانون الإداري الليبي، منشورات جامعة بنغازي، سنة 1978.
- 16- د .عبد اللطيف السيد رسلان عودة ، الاستقالة في الوظيفة العامة بين النظامين الوضعي والإسلامي ، دراسة المقارنة دون إشارة إلى سنة الطبع.
- د. مصطفى عبد الحميد العدوي، الاستقالة واتفاقات الإنهاء الاقتصادي في عقد العمل غير محدد المدة ، دراسة مقارنة، الناشرة القاهرة، دار النهضة العربية . تاريخ النشر 1990 .