



مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدر عن

كلية القانون الخمس - جامعة المنيا

السنة 2021م

العدد الثاني

تقرؤون في هذا العدد:

- ❖ البلوغ وأثره على التجارة " دراسة فقهية مقارنة".
- ❖ التحبيس على الذكور وموقف المشرع الليبي منه.
- ❖ تغيير الفتوى بتغير الحال والزمان.
- ❖ المنتج المشتمل على الكحول وحكمه الشرعي " دراسة تطبيقية معاصرة".
- ❖ الخطأ المهني والخطأ العادي في نطاق المسؤولية الطبية.
- ❖ رؤية عن المحكمة الدستورية في ليبيا.
- ❖ استعمال عدسات المراقبة في الاماكن العامة.
- ❖ حقوق دائني الشركة أثناء التصفية.
- ❖ الوسيلة البشرية في المنظمة الدولية ودورها في حل النزاعات.
- ❖ كيفية تقييم الموظف العام في القانون الجزائري.
- ❖ دور جامعة الدول العربية في حل المنازعات المسلحة " النزاع الليبي نموذجاً".

مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة المرقب

رقم الإيداع المحلي

(2015/379م)

دار الكتب الوطنية بنغازي- ليبيا

هاتف:

9090509-9096379-9097074

بريد مصور:

9097073

البريد الإلكتروني:

Nat-Liba@hotmail.com

ملاحظة/

الآراء الواردة في هذه البحوث لا تعبر 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 إخراج المجلة نرجو التكرم بالالتزام بالآتي:
- 1- أن لا يكون قد تم 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 الی ورق A4 وحجم الخط (14) ونوعه (Traditional Arabic). وللهوامش (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 رأسيتان.
 - 5- تبدأ الفقرات بعد خمس فراغات.
 - 6- يجب الاهتمام بوضع علامات الترقيم في أماكنها المعروفة الصحيحة، وبرموز 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، ج2، ص332.
- 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»: ج1، ص12، رقم 1.
- 12- تخرج الآيات القرآنية في المتن بعد الآية مباشرة بحجم 12 مثل قال الله تعالى: ﴿سَيَقُولُ السُّفَهَاءُ مِنَ النَّاسِ مَا وَلَّاهُمْ عَن قِبَلَتِهِمُ الَّتِي كَانُوا عَلَيْهَا قُلْ لِلَّهِ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ﴾ البقرة: 142.
- 13- في الهوامش، يترك بعد أرقام الهوامش فراغ واحد ثم تبدأ كتابة المعلومات التي يراد كتابتها، وهوامش كل صفحة تبدأ بالرقم واحد.
- 14- قائمة المصادر ترتب على أسماء الشهرة للمؤلفين، كالآتي:
- ابن حجر، احمد بن علي بن محمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: علي محمد البجاوي، بيروت: دار الجيل، ط 1، سنة 1112 هـ/1992م.
- 15- يرفق الباحث ملخصاً لسيراته الذاتية في حدود صفحة واحدة، ويرفق صورة شخصية له.
- 16- ترسل البحوث، والسيرة الذاتية المختصرة مطبوعة على ورق وقرص مدمج لرئيس التحرير مباشرة أو عبر البريد الإلكتروني الآتي:

iaelfared@elmergib.edu.ly

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 أي خطأ قد يحدث مقدماً، فله الكمال وحده سبحانه وتعالى.

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

مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية القانون بالخمسة - جامعة المرقب

رئيس التحرير

د. إبراهيم عبد السلام الفرد

هيئة التحرير

د. مصطفى إبراهيم العربي.

د. عبد المنعم محمد الصرارعي.

د. أحمد عثمان حميده.

اللجنة الاستشارية:

أ.د محمد عبد السلام

د. عبد الحفيظ ديكنه.

أ.د. سالم محمد مرشان.

أ.د محمد رمضان باره.

د. محمد علي أبو سطاتش.

د. عمر رمضان العبيد.

د. علي أحمد اشكورفو.

فهرس الموضوعات

- ◆ كلمة رئيس التحرير (8)
- د. إبراهيم عبد السلام الفرد.
- ◆ البلوغ وأثره على التجارة " دراسة فقهية مقارنة" (9)
- د. فاطمة مجاجي
- ◆ التحسيس على الذكور وموقف المشرع الليبي منه (20)
- د. فوزي سالم أوليطي.
- ◆ تغير الفتوى بتغير الحال والزمان (40)
- د. إبراهيم عبد السلام الفرد.
- ◆ المنتج المشتتل على الكحول وحكمه الشرعي " دراسة تطبيقية معاصرة" (50)
- د. عبد السلام محمد العكاشي.
- ◆ الخطأ المهني والخطأ العادي في نطاق المسؤولية الطبية (63)
- أ. وليد محمد الشهراني.
- ◆ رؤية عن المحكمة الدستورية في ليبيا..... (77)
- أ. صالح أحمد محمد الفرغاني.
- ◆ استعمال عدسات المراقبة في الأماكن العامة. (91)
- د. خلود علي العربي الساعدي.
- ◆ حقوق دائني الشركة أثناء التصفية..... (111)
- د. أبوبكر عبد السلام بن زايد.
- ◆ كيفية تقييم الموظف العام في القانون الجزائري..... (125)
- د. غربي أحسن.
- ◆ دور جامعة الدول العربية في حل المنازعات لمسلحة " النزاع الليبي نموذجاً"..... (153)
- أ. عواطف البشير سالم البشتي.

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة رئيس التحرير

الحمد لله رب العالمين، وأصلي وأسلم على من نبى بعده، وآله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم إلى يوم الدين.

يسر كلية قانون الخمس أن تهديكم عدد مجلتها الثاني للعام 2021م. المشتمل على نتاج بعض البحوث، من الجامعات الليبية والعربية مما جادت به أقلامهم، متمنين لهم التوفيق والسداد، وأن نكون قد وقمنا بما يلزم في اظهار أعمالهم على الوجه المطلوب.

والله ولي التوفيق.

البلوغ وأثره على التجارة . دراسة فقهية مقارنة .

د. فاطمة مجاجي

أستاذة بجامعة حسيبة بن بوعلي . الشلف . الجزائر

كلية الآداب والفنون

ملخص:

تعد التجارة من الأمور الاقتصادية التي لا غنى عنها في الحياة البشرية فهي قوة الأمة وضعفها خاصة في وقتنا المعاصر، فلا يمر يوم من معاملاتنا التجارية إلا ونجد صبي يتاجر مع والده أو من ينوب عنه، لأنه هو الضابط الذي يرشده ويهديه ويحسن تصرفه في المال.

فجاء هذا البحث يتناول مسألة من المسائل الفقهية وهي البلوغ وأثره على التجارة . دراسة فقهية مقارنة . محاولة الترجيح قدر الإمكان بعد استقراء النصوص الشرعية والاجتهادية من مصنفات الفقهاء وكتبهم العلمية، وتوصلت هذه الدراسة إلى جواز تصرف الصبي في التجارة ولكن أن يكون موقوفا على إجارة وليه، من أجل تحقيق مقاصد الشرع في حفظ المال، ثم ختمت البحث بذكر أهم النتائج التي توصلت إليها سائلة سبحانه أن يتقبل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم وأن يكون نافعا لكل قارئ وباحث.

مقدمة:

أحمد الله حمدا طيبا مباركا كما يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه سبحانه وتعالى، أشهد بأنه لا إله إلا هو وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو حي لا يموت بيده الخير وهو على كل شيء قدير، وأشهد أنّ محمد رسول الله سيد الأولين والآخرين، وخاتم المرسلين المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد.

نظر الإسلام إلى الطفل نظرة حماية وتأديب وتعليم، فالطفل وفق المنظور الإسلامي هو إنسان تبدأ حياته بمجرد خروجه من بطن أمه لا يعلم شيئا، ثم يبدأ يحس ويتعلم إلى أن يصل إلى مرحلة التمييز التي تؤهله إلى التعليم والمعرفة والتلقين من خلال إدخاله إلى عالم التجارة من أجل تهيئته وإعداده لحياة مستقبلية يكون فيها قادرا ومسؤولا . مرحلة البلوغ . فالاهتمام به يعني الاهتمام بمستقبل الأمة.

وبما أنّ التجارة هي اللبنة الحقيقية للحياة الاقتصادية والتي يحتاجها الكثير من الناس في حياتهم من خلال معاملاتهم اليومية والتي تتم عن طريق عملية البيع والشراء، أصبح من الضروري تعليم الأبناء ضروب التجارة وما يلزم لها ولا شك أن هذا عبء كبير يقع على عاتق ولي الأمر فإذا تمت هذه الخصال يكبر شابا يافعا يطبق كل ما تعلمه من أحكام التجارة على العمل الذي يمارسه.

والمتأمل في النصوص الشرعية والاجتهادية يجد أنها اشتملت على كثير من الأحكام المتعلقة بالطفل قبل البلوغ، منها تعامله في التجارة وهل يحسن التصرف في ماله عندما يبيع أو يشتري بأن لا يبذره ولا يقع في الغبن الفاحش باعتباره ناقص العقل غير مكتمل الأهلية؟ أم لا بد أن يكون ذلك موقوفا على إجازة وليّه حتى يكمل ذلك النقص، لأنّ صحة تصرف الصغير برأي البالغ الرشيد؟

فجاءت هذه الدراسة تبين حكم هذه المسألة ولتجيب على الأسئلة الآتية:

1/ كيف نعرّف التجارة في الإسلام؟

2/ ماذا نقصد بالبلوغ؟ وهل له أثر على التجارة؟

ولهذا اخترت هذا البحث وذلك تحت عنوان . البلوغ وأثره على التجارة . دراسة فقهية مقارنة . وقد قسمته إلى ثلاثة فروع.

الفرع الأول: تعريف التجارة.

الفرع الثاني: البلوغ وعلاماته.

الفرع الثالث: أثر البلوغ على التجارة.

الفرع الأول: تعريف التجارة.

أولا/ لغة: **تَجَرَ** يَتَجَرُّ تَجْرًا وَتِجَارَةً، باع واشترى، وكذلك **اتَّجَرَ** وهو افتعل، فهو تاجر، والجمع **تِجَارٌ وَتِجَارٌ وَتَجْرٌ**،

كِرَجَالٍ

وَعُمَّالٍ وَصَحْبٍ وَكُتُبٍ، والعرب تسمى بائع الخمر تاجرا (1).

قال الأسود بن يعفر:

فلقد أروخ على التّجارِ مُرَجَّلا ... مَدَلًا بِمَالِي لَيْتِنَا أَجْيَادِي (2).

ومنه قوله تعالى ﴿عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ﴾، [القصص: 27].

1/ ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، 02 / 600، ولسان العرب، 04 / 89، وتاج العروس، 10 / 278.

2/ المفضليات، المفضل الضبي، 218.

وبناء على هذا التعريف تكون التجارة في اللغة بمعنى البيع والشراء.

ثانيا/ اصطلاحا: اختلف الفقهاء . رحمهم الله . في تعريف البيع إلى أقوال.

• الحنفية: هو مبادلة المال بالمال بالتراضي (1).

وقيل: هو مبادلة مال بطريق الاكتساب . أي التجارة (2).

• المالكية: هو نقل الملك بعوض (3).

فقوله (نقل الملك) خرج بذلك العقد الفاسد، فإنه لا ينقل الملك (4).

• الشافعية: هو مقابلة مال بمال على وجه مخصوص (5).

الحنابلة: هو مبادلة مال ولو في الذمة أو منفعة مباحة (6).

وخلاصة القول أنّ الفقهاء . رحمهم الله . اختلفوا في تعريف البيع، والتعريف المختار: هو مبادلة مال بمال في منفعة مباحة مشروعة.

الفرع الثاني: البلوغ وعلاماته.

ب/ اصطلاحا: لم يعرف الفقهاء القدامى الطفل، وإنما نجد في كتبهم علامات بلوغه واختلفوا في ذلك على

قولين.

القول الأول: ذهب إليه الحنفية والمالكية . رحمهم الله . فعلامات البلوغ عندهم خمسة.

1/ المشتركة بين الذكر والأنثى: وهي نبات العانة، بلوغ ثمانية عشر سنة، والإنزال.

الدليل:

• قال سبحانه عزّ وجل ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾، [الأنعام: 152].

وجه الدلالة: تدل الآية الكريمة على أنّ بلوغ الأشد يكون بسن ثمانية عشر سنة فكان هذا حدا أعلى للبلوغ

إذا لم تظهر أمارات دالة على البلوغ الطبيعي (7).

3/ كنز الدقائق، 406.

4/ درر الحكام شرح غرر الأحكام، 02 / 142.

5/ عقد الجواهر الثمينة، 02 / 613.

6/ أسهل المدارك، 02 / 269..

7/ حاشية البجيرمي، 02 / 165.

8/ الإقناع في فقه الإمام أحمد، 02 / 56.

1/ الولاية على النفس، أبو زهرة، 51.

• وقال جلّ شأنه ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾، [النور: 59].

وجه الدلالة: تدل الآية بمنطوقها على أن البلوغ يكون بالحلم فوجب الاستئذان.

• ما رواه سمرة بن جندب، أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: {افْتُلُوا شُيُوخَ الْمُشْرِكِينَ وَاسْتَبْقُوا شَرْحَهُمْ} (1)،

والشرح هم الغلمان الذين لم يثبتوا أو الذين لم يظهر عليهم شيء من علامات البلوغ الطبيعية.

2/ الخاصة بالأنتى: وهما الحيض والحبل (2).

الدليل:

• ما رواه عائشة - رضي الله عنها - أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال {لَا يَقْبَلُ اللهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إِلَّا بِخِمَارٍ}

(3).

وجه الدلالة: الحديث صريح في أنّ الحيض من علامات البلوغ عند المرأة.

القول الثاني: ذهب إليه الشافعية والحنابلة حيث أنّ سن البلوغ عندهم يكون بخمس عشرة سنة، سواء للذكر

أو الأنتى (4).

الدليل:

• عن ابنِ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا {أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَرَضَهُ يَوْمَ أُحُدٍ، وَهُوَ ابْنُ أَرْبَعِ

عَشْرَةَ سَنَةٍ، فَلَمْ يُجْزِيَنِي ثُمَّ عَرَضَنِي يَوْمَ الْحَنْدَقِ، وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ سَنَةً، فَأَجَازَنِي} (5).

وجه الدلالة: يستدل من الحديث أن سن خمس عشرة سنة من علامات البلوغ ويستوي في ذلك الذكر

والأنتى.

يستقرأ من أقوال الفقهاء - رحمهم الله - أن الطفل هو الذي لم يصل إلى مرحلة البلوغ، سواء كان ذلك بالأمارات

أو بالسن، وهذا هو الحد الفاصل بين مرحلة الطفولة ومرحلة البلوغ.

وخلاصة القول أنّ مرحلة الطفولة تبدأ من الولادة إلى الاحتلام، وهذا محل اتفاق بين اللغويين

والاصطلاحيين لقوله سبحانه وتعالى ﴿ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ﴾، [الحج: 05].

2/ رواه أبي داود في سننه، كتاب الجهاد، باب في قتل النساء رقم (2670)، 03 / 54، ضعيف عند الألباني، والترمذي، أبواب السير، باب ما جاء

في النزول على الحكم، رقم (1423)، 03 / 197، وضعفه الألباني

3/ الإختبار لتعليل المختار، 02 / 95، وشرح مختصر خليل، 05 / 291، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 03 / 293.

4/ رواه أبي داود في سننه، كتاب الصلاة، باب المرأة تصلي بغير خمار، رقم (641)، 01 / 173.

5/ الأم، للشافعي، 02 / 214، والمبدع في شرح المنقح، 04 / 304.

6/ رواه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب بلوغ الصبيان وشهادتهم، رقم (2664)، 03 / 177.

وقد قال الجزري " الصغير هو وصف للإنسان من حيث ولادته إلى أن يبلغ" (1).

الفرع الثالث: أثر البلوغ على التجارة.

ونقصد بها أعمال البيع والشراء التي يمارسها الطفل المميز.

المطلب الثاني: حكم تجارة الطفل المميز في الفقه الإسلامي.

تعد تجارة الطفل المميز أمراً حتمياً لا بد منه سواء في العصور القديمة أو الحديثة نظراً لتوسع التجارة وتطورها لذا اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في حكم تجارة الطفل المميز في البيع والشراء على قولين.

القول الأول: تصح تجارة الطفل المميز في البيع والشراء، بشرط أن يكون موقوفاً على إجازة وليه، وهو قول

الحنفية (2)، والمالكية (3)، ورواية عن الإمام أحمد (4).

قال أبو جعفر «وللرجل أن يأذن لابنه الصغير في التجارة» (5).

وقال الكمال ابن الهمام «فيصح بيع الصبي والمعتوه اللذان يعقلان البيع وأثره في المبيع، كونه مالا متقوماً

شرعاً،

مقدور التسليم في الحال، أو في ثاني الحال» (6).

ومعناه إذا كان يعقل التجارة في البيع والشراء، ويحسن التصرف في المال و..... صحت تجارته، لأن صحة

تصرف الطفل الصغير المميز برأي البالغ الراشد.

واستدلوا بما يلي:

1/ قال تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾، [البقرة: 275].

وجه الدلالة: يستدل من الآية الكريمة أنّ الله أحلّ البيع من غير فصل بين البالغ والصبي (7).

2/ قال تعالى ﴿وَإِتْلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾،

[النساء: 06].

1/ الفقه على المذاهب الأربعة، 02 / 313.

2/ العناية شرح الهدية، 09 / 310، 311، والمبسوط، للسرخسي، 25 / 20، 21.

3/ المعونة على مذهب عالم المدينة، 01 / 1171.

4/ المغني، 04 / 185، والكافي في فقه الإمام أحمد، 01 / 106، 107.

5/ شرح مختصر الطحاوي، للجصاص، 08 / 5145.

6/ فتح القدير، للكمال ابن الهمام، 06 / 248.

7/ ينظر العناية شرح الهدية، 09 / 311.

وجه الدلالة: الآية صريحة في اختبار اليتامى وتفويض التصرفات المالية التي يتصرف فيها أمثالهم إليهم من تجارة أو نيابة، ولا يختبر إلا المراهق المميز الذي يعرف البيع والشراء، فإذا تصرف بإذن وليه صح تصرفه كالرشيد، لأنه متصرف بأمر الله تعالى، ولأن تسليم المال إليهم قبل الرشد، يفضي إلى ضياعه، وفيه ضرر عليهم، كما أن المال محل الحيانة ومن سواهم قاصر الشفعة غير مأمون على المال (1).

قال الإمام ابن رشد معلقاً على هذه الآية «حد الرشد حسن النظر في المال ووضع الأمور في مقاصدها» (2).
3/ وقال جل ثناؤه ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ﴾، [البقرة 220].

وجه الدلالة: وهو عموم سائر وجوب المخالطة ويدخل فيها التجارات (3).

4/ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ . رضي الله عنهما . قَالَ : { أَتَى عَلِيَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، وَأَنَا أَلْعَبُ مَعَ الْعِلْمَانِ ، قَالَ : فَسَلِّمْ عَلَيْنَا ، فَبَعَثَنِي إِلَى حَاجَةٍ ، فَأَبْطَأْتُ عَلَى أُمِّي ، فَلَمَّا جِئْتُ قَالَتْ : مَا حَبَسَكَ ؟ قُلْتُ بَعَثَنِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِحَاجَةٍ ، قَالَتْ : مَا حَاجَتُهُ ؟ قُلْتُ : إِنَّمَا سِرٌّ ، قَالَتْ : لَا تُحَدِّثَنَّ بِسِرِّ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَحَدًا قَالَ أَنَسٌ : وَاللَّهِ لَوْ حَدَّثْتُ بِهِ أَحَدًا لَحَدَّثْتُكَ يَا ثَابِتُ { (4).

وجه الدلالة: قال الفقهاء . رحمهم الله . أن الصبي إذا جاءك وقال هذه من أبي هذه من أمي وما أشبه ذلك فلك أن تقبلها، ولا تقل هذا صبي (5)، لأن إذنه من إذن وليه.

5/ عَنْ عَمْرِو بْنِ حُرَيْثٍ ، { أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَرَّ بِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ وَهُوَ يَبِيعُ مَعَ الْعِلْمَانِ . أَوْ الصَّبِيَّانِ . فَقَالَ : اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِي بَيْعِهِ أَوْ قَالَ . فِي سَفَقَتِهِ { (6).

وجه الدلالة: فقد مكنّ صلى الله عليه وسلم الصبي من التصرف، فدلّ أن عبارته صالحة لذلك والمعنى فيه أنه محجور بإذن وليه له (7).

1/ ينظر الكافي في فقه الإمام أحمد، 02/ 207، 211.

2/ أسهل المدارك شرح الإمام السالك، 02/ 111.

3/ شرح مختصر الطحاوي، 08/ 515.

4/ رواه مسلم في صحيحه، كتاب، باب رقم (2482).

5/ شرح رياض الصالحين، محمد بن صالح بن محمد العثيمين، 04/ 40.

6/ مسند أبي يعلى، مسند عمرو بن حريث، رقم (1467).

7/ المبسوط، للسرخسي، 25/ 22.

6/ المعقول: أن البيع والشراء دائر بين النفع والضرر، وتصرف الصبي المميز في أمور التجارة يكون موقوفا على إجازة وليه، لاحتمال عدم هدايته إلى صحة التصرف (1).

كما أن عمل الناس إلى اليوم ما زالوا يرسلون صغارهم ليشتروا حاجات البيت من المخبز والبقالة من غير نكير (2).
القول الثاني: التجارة الحاصلة من الطفل المميز في البيع والشراء باطلة، سواء كانت بإذن وليه أو بغير إذن وليه، وهو قول الشافعية (3)، ورواية عن الحنابلة (4)، واستدلوا بما يلي.

1/ قال تعالى ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾، [النساء:05].

وجه الدلالة: هذا النهي عن إعطاء السفهاء أموالهم يدل على منعهم من التصرف فيها، لأنهم لو أبيع لهم التصرف أضاعوها وهي في يد أوليائهم فضاعت حكمة النهي، وبأن الصبي المميز حجر عليه مع أن إضراره بماله محتمل (5).

2/ وقال أيضا ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَفِيعُ أَنْ يُمْلَ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾، [البقرة:282].

وجه الدلالة: تدل الآية الكريمة على أن السفه مغلوب على عقله مبذر لماله، فكذلك الصبي، لذا يجب أن يمنع من التصرفات المالية في البيع والشراء (6).

3/ وقال أيضا ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾، [النساء:06].

وجه الدلالة: دلت الآية على أن المال لا يسلم إلى اليتيم حتى يؤنس منه الرشد. أي بعد البلوغ. حفظا لمصلحة المال من التصرف الغير الصائب (7).

4/ قوله صلى الله عليه وسلم {رَفَعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ... وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ} (8).

8/ البناية شرح الهداية، 11/ 176، فتح القدير، 09/ 312.

9/ المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 01/ 529.

1/ الأم، للشافعي، 03/ 223، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، 1216.

2/ المغني، 04/ 185، الكافي في فقه الإمام أحمد، 02/ 110/ 111.

3/ أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، عبد الوهاب خلاف، 216، 217.

4/ ينظر نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 04/ 353.

5/ ينظر مختصر المزني، 08/ 209، والمهذب في فقه الإمام الشافعي، 02/ 126.

6/ رواه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا، رقم (4401).

وجه الدلالة: الحديث دال على عدم صحة بيع الصبي، ذلك أن البيع لو صح لاستلزم المؤاخذة بالتسليم والمطالبة بالعهد، والحديث دال على عدم المؤاخذة، ولو صح منه البيع لكلف أحكام البيع، وهو لا يكلف شيئاً ما، عملاً بقوله (رفع القلم عن ثلاثة)⁽¹⁾.

وقال النووي «ومقتضى الحديث إسقاط أقواله وأفعاله والله تعالى أعلم»⁽²⁾.

5/ المعقول: لأنّ العقل لا يمكن الوقوف منه على الحدّ الذي يصلح به التصرف، لخفائه وتزايد تزايداً خفيّاً التدريج، فجعل الشارع له ضابطاً، وهو البلوغ، فلا يثبت له أحكام العقلاء بل وجود المظنّة.⁽³⁾

مناقشة أدلة القول الأول:

1/ أوجب على استدلالهم الأول، بأن ذلك غير صحيح، لأن الصبي غير مكلف فأشبهه غير المميز⁽⁴⁾، ثم أنّ الخطاب في النص الشرعي موجه للمكلف وهو العاقل والبالغ، الذي يعقل الأحكام الشرعية، والطفل المميز لا يعقل ولا يفقه هذه الأحكام.

2/ أما دليلهم (02) و(03) فغير مسلم بهما، لأن، ليس المراد ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى﴾ الإذن لهم في التصرف حال الصغر بدليل قوله تعالى ﴿فَإِنْ أَنْسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾، فإمّا أمر بدفع المال إليهم بعد البلوغ وإيناس الرشد، وإذا ثبت بموجب هذه الآية أنه لا يجوز دفع المال إليه حال الصغر وجب أن لا يجوز تصرفه حال الصغر، لأنه لا قائل بالفرق⁽⁵⁾.

ثم إن تسميتهم يتامى، إمّا هو اعتبار ما كانوا متّصفين به قبل البلوغ، إذ لا يتم بعد البلوغ إجماعاً⁽⁶⁾.

3/ واعترض على حديث أنس بن مالك - رضي الله عنهما - بأنه صلى الله عليه وسلم كلفه بعمل بسيط لا علاقة له بعمالة الأطفال في عصرنا.

4/ أما استدلالهم بالمعقول فقد ردّ عليهم أصحاب القول الثاني بمعقولهم.

7/ إبراز الحكم من حديث رفع القلم، السبكي، 81.

8/ المجموع شرح المذهب، 09/ 156.

9/ المعني، 04/ 185.

1/ المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

2/ تفسير الرازي، 09/ 497.

3/ أضواء البيان، للشنقيطي، 01/ 220.

مناقشة أدلة القول الثاني:

1/ نوقش دليلهم (01) و(02)، أن نهيهم عز وجل عن دفع المال إلى السفه، لمنع التصرف في عقود البيع والشراء، لأن الحجر على الصبي لا لذاته بل بالغير لاحتمال عدم هدايته في أمور التجارة، فإذا انضم إلى رأي الولي صار هو البائع سواء، فيترجح جانب النفع على جانب الضرر، لأنه تصرف حضره رأيان فكان أقرب إلى النظر الذي حضره، فلا يبقى الضرر فيرتفع الحجر (1).

2/ واعترض على استدلالهم بالآية «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى»، بأن ذلك غير صحيح، لأن الآية صريحة على أن الأموال لا تسلم إليهم قبل الرشد، ولأن إطلاقهم في التصرف يفضي إلى ضياع أموالهم وفيه ضرر عليهم، ويتولى الأب مال الصبي، لأنها ولاية على الصغير (2).

3/ أما استدلالهم (03)، مخالف لقولهم في صحة إمامة الصبي للبالغين في الفرض (3).

5/ وقولهم إن العقل لا يمكن الاطلاع عليه جوابه: يعلم ذلك بآثار وجريان تصرفاته على وفق المصلحة، كما يعلم في حق البالغ، فإن معرفة رشده شرط دفع ماله إليه وصحة تصرفه، كذا هاهنا (4).

القول المختار: والمختار هو قول الجمهور القائل بجواز عمل الطفل المميز في البيع والشراء، فيما أذن له الولي فيه، لقوة أدلتهم ورجاحتها، والاعتراضات الواردة على أدلة الأقوال الأخرى وهناك أدلة أخرى منها.

- على ولي الأمر أن يجنب الطفل الكسل والبطالة والدعة والراحة، بل يأخذه ولا يريجه إلا بما يحجم نفسه وبدنه للشغل فإن الكسل والبطالة عواقب سوء ومغبة ندم وللجد والتعب عواقب حميدة إما في الدنيا وإما في العقبى وإما فيهما.

- ومما ينبغي أن يعتمد حال الصبي، وما هو مستعد له من الأعمال وما هو مهياً له منها فيعلم أنه مخلوق له فلا يحمل على غيره ما كان مأذوناً فيه شرعاً فإنه إن حملة على غير ما هو مستعد له لم يفلح فيه وفاته ما هو مهياً له... ورأى عينه مفتوحة إلى صنعة من الصنائع مستعد لها قابلاً لها وهي صناعة مباحة نافعة للناس، فليمكنه منها (5).

4/ البناية شرح الهداية، 11/ 175.

5/ الكافي في فقه الإمام أحمد، 107/ 02.

6/ المغني، 04/ 185.

7/ المجموع شرح المهذب 04/ 250.

1/ تحفة المودود، 241، 244.

- أنّ الأصل في نفقة الإنسان أن يكون من مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا، وأنّ نفقة الولد للحاجة ولا حاجة مع الغنى⁽¹⁾.
- جاء في المحيط البرهاني " إذا أجر الأب أو الجد أو الوصي الصبي في عمل من الأعمال، فهو جائز؛ لأن لهؤلاء ولاية استعمال الصغير من غير عوض بطريق التهذيب والرياضة، فمع العوض أولى"⁽²⁾.
- ثم أنّ وليّ الأمر إذا كلف الطفل المميز في بعض أعمال التجارة فهي صحيحة، لأنّ المعاملة تمت بين شخصين بالغين وأنّ الطفل المميز طرفا في المعاملة لإيصال المبيع إلى المشتري، أو استلام القيمة من البائع.
- أن تجارة الطفل ليست هي الأصل، فالشارع الحكيم كلف البالغ العاقل بمسؤولية التجارة . مرحلة الطفولة مخصصة للتربية والتعليم واللعب . لكن لا مانع إذا قام الطفل ببعض الأعمال المشروعة التي تهيؤة للمسؤولية مستقبلا.
- إنّ تجارة الطفل المميز بإذن وليّه أصبحت أمرا لا بد منه، لتعليمه وتدريبه على كيفية إدارة أموره المالية والعملية، وهيئته واستعداده على تسيير المال دون الخوف من التسبب في ضياعه عند بلوغه، بإعتباره هو رجل الأمة مستقبلا.

الخاتمة:

- بعد الانتهاء من هذه الدراسة لا بد أن نشير إلى أهم النتائج المتوصل إليها نذكر منها.
- أن تجارة الطفل تكون على سبيل الاستحباب لا على سبيل الوجوب.
 - أن تجارة الطفل مقيدة بشروط منها: رخصة الولي أو الوصي، الطهارة والمنفعة، مناسبة قدرات الطفل...
 - أنّ من مصلحة الطفل المميز التجارة بإذن وليّه لما لها تحقيق الخبرة والمعرفة، بالإضافة إلى تحمل المسؤولية في المستقبل حتى لا يقع في الغبن.
 - أنّ الإسلام حمى الطفل المميز بأن جعله أمانة في يد ولي أمره في التجارة.

2/ العناية شرح الهداية، 04 / 414.

3/ المحيط البرهاني في الفقه النعماني، 07 / 457.

قائمة المصادر والمراجع:

- 1/ إبراز الحكم من حديث رُفِعَ القَلَم، أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي (ت: 756هـ)، تحقيق: كيلاني محمد خليفة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت. لبنان ط1، (1412هـ. 1992م).
- 2/ أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، عبد الوهاب خلاف (ت: 1375هـ)، مطبعة دار الكتب المصرية. القاهرة. ط2، (1357هـ. 1938م).
- 3/ الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (ت: 683هـ)، مطبعة الحلبي - القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية. بيروت، وغيرها. دط، (1356هـ. 1937م).
- 4/ أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي (ت: 1397هـ)، دار الفكر، بيروت. لبنان. (ط2، دت).
- 5/ أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي (ت: 1393هـ)، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع. بيروت. لبنان. دط، (1415هـ. 1995م).
- 6/ الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا (ت: 968هـ)، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي
- 7/ الأم، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطليبي القرشي المكي (ت: 204هـ)، دار المعرفة. بيروت. دط، (1410هـ. 1990م).
- 8/ البناية شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (ت: 855هـ)، دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. ط1، (1420هـ. 2000م).
- 9/ تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (ت: 1205هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، (دط. دت).
- 10/ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشُّلبي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (ت: 743هـ).
- 11/ التفسير الكبير، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (ت: 606هـ)، دار إحياء التراث العربي. بيروت. ط3، (1420هـ).

- 12/ الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه "صحيح البخاري" محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، (1422هـ)
- 13/ حاشية البجيرمي على الخطيب، سليمان بن محمد بن عمر البَجْرَمِيّ المصري الشافعي (ت: 1221هـ)، دار الفكر، دط، (1415هـ . 1995م).
- 14/ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: 1230هـ)
- 15/ الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشَّيْطِيّ (ت: 1021 هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية . بولاق . القاهرة . ط1، (1313هـ).
- 16/ شرح مختصر الطحاوي، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت: 370 هـ) ، تحقيق: عصمت الله عنایت الله محمد، سائد بكداش، محمد عبید الله خان، زينب محمد حسن فلاتة، دار البشائر الإسلامية . ودار السراج . ط1، (1431هـ . 2010م).
- 17/ درر الحکام شرح غرر الأحکام، محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا . أو منلا أو المولى . خسرو (ت: 885 هـ)، دار إحياء الكتب العربية، (دط . دت).
- 18/ سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (ت: 275هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط . محمّد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط1، (1430 هـ . 2009م).
- 19/ سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (ت: 279هـ)، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي . بيروت . (دط . 1998م).
- 20/ شرح رياض الصالحين، محمد بن صالح بن محمد العثيمين (ت: 1421هـ)، دار الوطن للنشر . الرياض . دط، (1426هـ).
- 21/ الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت: 393هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين . بيروت، ط4، (1407 هـ . 1987م).
- 22/ عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي (ت: 616هـ)، تحقيق: حميد بن محمد لحر، دار الغرب الإسلامي، بيروت . لبنان، ط1، (1423هـ . 2003م).

- 23/ العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرقي (ت: 786هـ)، دار الفكر، (دط . دت).
- 24/ فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت: 861هـ)، دار الفكر، (دط . دت).
- 25/ الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، الدكتور مُصطفى الخنّ، الدكتور مُصطفى البُغاء، علي الشّربجي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع . دمشق . ط4، (1413هـ . 1992م).
- 26/ الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري (ت: 1360هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت . لبنان . ط2، (1424هـ . 2003م).
- 27/ الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: 620هـ)، دار الكتب العلمية، ط1، (1414هـ . 1994م).
- 28/ لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (ت: 711هـ)، دار صادر . بيروت . ط3، (1414هـ).
- 29/ المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (ت: 884هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت . لبنان . ط1، (1418هـ . 1997م).
- المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، (ت: 483هـ)، دار المعرفة . بيروت . دط، (1414هـ . 1993م).
- 29/ المجموع شرح المهذب . مع تكملة السبكي والمطيعي . أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ)، دار الفكر (دط . دت).
- 30/ مختصر المزني، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، أبو إبراهيم المزني (ت: 264هـ)، دار المعرفة . بيروت . دط، (1410هـ . 1990م).
- 31/ مسند أبي يعلى، أبو يعلى أحمد بن علي بن المثنى بن يحيى بن عيسى بن هلال التميمي، الموصلبي (ت: 307هـ)، تحقيق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث . دمشق . ط1، (1404هـ . 1984م).
- 32/ المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم "صحيح مسلم" مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت: 261هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي . بيروت . (دط . دت).

- 33/ المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، أبو عمر ديبان بن محمد الديان، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض - المملكة العربية السعودية . ط2، (1432هـ).
- 34/ المعونة على مذهب عالم المدينة - الإمام مالك بن أنس - أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (ت: 422هـ)، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة . (دط . دت).
- 35/ المغني لابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: 620هـ)، مكتبة القاهرة . دط، (1388هـ . 1968م).
- 36/ المفضليات، المفضل بن محمد بن يعلى بن سالم الضبي (ت: نحو 168هـ)، تحقيق وشرح: أحمد محمد شاكر و عبد السلام محمد هارون، دار المعارف . القاهرة، ط6، (دت).
- 37/ المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت: 476هـ)، دار الكتب العلمية ، (دط . دت).
- 38/ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (ت: 1004هـ)، دار الفكر - بيروت . ط أخيرة، (1404هـ . 1984م).
- 39/ الولاية على النفس، أبو زهرة، دار الفكر العربي . القاهرة . دط، (1994م).

التحبيس على الذكور وموقف المشرع الليبي منه

د. فوزي سالم أوليطي

عضو هيئة التدريس بقسم الشريعة

بكلية القانون الخمس جامعة المرقب

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، وما توفيقى إلا بالله، عليه توكلت وإليه أنيب.

أما بعد:

فمما لا شك فيه أن للحبس أو الوقف دور كبيراً في خدمة المجتمع الإسلامي، والدعوة الإسلامية، فهو الممول الأكبر للأعمال الخيرية، من رعاية لطلاب العلم، والعلماء، وصيانة المساجد، وتشبيد المدارس، والمشافي، ومواساة الفقراء، والمحتاجين، ولذلك فقد كان محل عناية الفقهاء قديماً، وحديثاً، اجتهدوا في بيان أحكامه، وإيضاح أهدافه، وغاياته النبيلة، التي تضافرت الأدلة الشرعية على اعتبارها، والحث عليها.

ولكن لما انحرف بعض المحبسين عن هذه المقاصد والغايات، واتخذوا صوراً من التحبيس ذريعة للتحايل على أحكام الميراث، وحرمان بعض الورثة وخاصة النساء من نصيبهن من الميراث، اتباعاً لعادات بالية، وأعراف جاهلية، تمنع من توريث النساء في الأراضي والعقارات، ظهرت كثير من الدعوات تنادي بضرورة الإصلاح في نظام الأحباس، أو إلغاء بعض صوره، فاتجهت بعض الدول الإسلامية إلى إصدار تشريعات تفرض قيوداً وضوابط على نظام الأوقاف، واتجهت أخرى إلى إلغاء بعض صوره كالوقف على الذرية.

ومن هنا فقد وقع اختياري على موضوع هذا البحث الموسوم بـ (التحبيس على الذكور وموقف المشرع الليبي منه)، وذلك لاستقراء أقوال العلماء في هذا النوع من الاحباس، وبيان حجج المجيزين، وأدلة المانعين، ومناقشتها، والترجيح بينها، وتوظيف النصوص في ذلك بما يتفق ومبادئ الشريعة الإسلامية، وأساسها العامة، والحكمة من تشريع الوقف، مع إلقاء الضوء على ما صدر في ليبيا من تشريعات في هذا الخصوص.

فكانت إشكاليته هذا البحث كالآتي:

- 1- ما مدى جواز تحبيس المورث أملاكه، أو بعضها، على جهة من أولاده دون أخرى.
- 2- ما موقف المشرع الليبي من التحبيس على الذكور، وما هي المبررات التي استند عليها في ذلك.

حيث تناولت الموضوع وفقاً لخطة البحث الآتية:

المبحث الأول: تعريف التحبب على الذكور، وبيان حكمه الشرعي.

المبحث الثاني: موقف القانون الليبي من التحبب على الذكور.

المبحث الأول

المقصود بالتحبب على الذكور وبيان حكمه الشرعي

التحبب والوقف بمعنى واحد، فهما لفظان مترادفان يطلقان على حقيقة شرعية ولغوية واحدة؛ قال محمد بن رشد: "فأما الحبس والوقف فمعناهما واحد، لا يفتقان في وجه من الوجوه"⁽¹⁾، وقال الرصاص: "الفقهاء بعضهم يعبر بالحبس، وبعضهم يعبر بالوقف، والوقف عندهم أقوى في التحبب، وهما في اللغة لفظان مترادفان، يقال: وقفته، وأوقفته، ويقال: حبسته"⁽²⁾.

وعليه فلا فرق بينهما لا في الحكم، ولا في الحقيقة اللغوية، ولقد اخترت استعمال لفظ التحبب لورود لفظ الحديث به في قوله - صلى الله عليه وسلم - لعمر - رضي الله عنه -: "حبس الأصل وسبل الثمرة"، وكذلك لما جرى عليه عرف البلاد من استعمال هذا اللفظ دون غيره، وخاصة فيما يتعلق بموضوع البحث، فيقال: حبس فلان أرضه على أولاده، وهذه الأرض حبس على الذكر، وحبس فلان أرضه على أولاده الذكور.

وهذا المبحث قسم إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: تعريف الحبس وبيان أنواعه وحكمه الشرعي.

المطلب الثاني: حكم التحبب على الذكور دون الإناث.

(1) المقدمات الممهديات، محمد بن رشد، ج 2 ص 419.

(2) شرح حدود ابن عرفة، لابن الرصاص، ص 539.

المطلب الأول

تعريف التحبيس وبيان أنواعه وحكمه الشرعي

أولاً: تعريف الحبس

الحبس في اللغة: الحبس: ضد التخلية، وَحَبَسَ عَلَى كَذَا، أَي: حَبَسَ نَفْسَهُ عَلَى ذَلِكَ، وَأَحْبَسْتُ فِرْسًا فِي سَبِيلِ اللَّهِ، أَي: وَقَفْتُ، فَهُوَ مُحْتَبَسٌ وَحَبِيسٌ، وَالْحَبْسُ بِالضَّمِّ: مَا وَقِفَ، وَالْجَمْعُ: أَحْبَاسٌ، وَهُوَ كُلُّ شَيْءٍ وَقَفَهُ صَاحِبُهُ مِنْ أَصُولٍ، أَوْ غَيْرِهَا، يُحَبَّسُ أَصْلُهُ وَتُسَبَّلُ غَلْتُهُ (1).

أما التحبيس في الاصطلاح: فقد اختلف الفقهاء في تعريفه بناء على اختلافهم في كثير من مسأله، إلا أن هذه التعريفات لا تخرج في مجملها عن كونه: حبس عين المال، وتسبيل منفعتة؛ طلباً للأجر من الله تعالى (2)، ويُقصد بالعين الشيء الذي يُمكن الانتفاع به مع بقاء أصله، مثل البيوت، والأراضي، وغيرها، ويقصد بالتسبيل: التخصيص لوجه الله - تعالى -، أما المنفعة فهي ما ينتج عن الأصل أجرةً، أو ربحاً، أو غيرها من المنافع. وقد عرفه المشرع الليبي في المادة (1) من قانون رقم 124 لسنة 1972م بشأن أحكام الوقف بقوله: "الوقف حبس العين، وجعل غلتها أو منفعتها لمن وَقَّفَتْ عليه".

ثانياً: أنواعه:

الأحباس عند الفقهاء المعاصرين على قسمين: خيرية، وذرية أو أهلية، وذلك باعتبار الجهة المستفيدة من هذه الأحباس (3).

(3) لسان العرب، لابن منظور، مادة (حبس)، ج 6 ص 44.

(4) موسوعة الفقه الإسلامي، محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، ج 3 ص 683.

(1) ومن الجدير بالذكر هنا أن تقسيم الوقف بهذا الشكل وتسميته بالأهلي والخيري لم يكن موجوداً في العصور الأولى للإسلام، وإنما كانت الأوقاف تعرف بالصدقات الطوعية، ولذلك كان يقال: هذه صدقة فلان، حتى إن الأحاديث الذي وردت في مشروعية الوقف كان يشار فيها إلى أنه صدقة من الصدقات، فقد جاء فيه أن أبا بكر الصديق تصدق بداره على ولده، وتصدق عمر على كذا وكذا، وغير ذلك من روايات الصدقة التي أخرجها أصحاب السنن، مما يثبت أن العصور الأولى لم تشهد هذا التفريق بين وقف ووقف آخر، وإنما كان الغرض من هذه التصرفات إصابة أوجه الخير والبر، اعتبارها نوعاً من أنواع الصدقات التي ندب إليها الإسلام.

أ: الحبس على الذرية (الوقف الذري).

وهو ما يطلق عليه الحبس الذري أو الأهلي، وقد عرفه وهبة الزحيلي بقوله: "الذي يُوقَفُ على الواقف نفسه، أو أشخاص معينين، ولو جعل آخره جهة خيرية؛ كأن يقف على نفسه، ثم على أولاده، ثم من بعدهم على جهة خيرية"⁽¹⁾.

وعرفة غيره بأنه: "ما يجعل استحقاق ريع المال المَحْبَس على ذرية المَحْبَس ما تناسلوا طبقة طبقة، أو من غير اشتراط الطبقة فيه"⁽²⁾.

وهذا النوع من الأحباس معروف منذ القدم عند السلف، ووردت به الآثار، وعمل به فقهاء الأمصار، قال الإمام سحنون في مدونته: "من حبس داره على ولده، وولد غيره، فجعلها حبساً فهي حبس عليهم، يسكنونها على مرافقهم"⁽³⁾، وقال ابن قدامة: "من وَقَفَ على ولده، ثم على المساكين، فهو لولده الذكور، والإناث، والحبالي، بالسوية، وكذلك إن قال: وقفت على أولادي، أو على أولاد فلان؛ لأنه شرك بينهم، وإطلاق التشريك يقتضي التسوية"⁽⁴⁾.

ب: الحبس أو الوقف الخيري:

وهو ما يكون فيه التحبب على جهات خيرية دون أحد بعينه، ويستهدف تحقيق مصلحة عامة، كمن يوقف أرضاً أو مشروعاً لينفق من غلته على مسجد، أو مستشفى، أو مدرسة، أو مراكز تحفيظ القرآن، أو كفالة الفقراء والمساكين، وغير ذلك من وجوه البر العامة والخاصة، وهذا النوع من الأوقاف أو الأحباس هو الغالب على أوقاف الناس منذ عهد النبي - صلى الله عليه وسلم -، إلى يومنا هذا، وسمي خيراً لعموم نفعه، وجلبه الخير للناس⁽⁵⁾، وهذا النوع ليس موضوع دراستنا هذه.

ثالثاً: حكم الوقف:

ذهب جمهور الفقهاء إلى استحباب الوقف بشكل عام؛ وأنه من العبادات التي يتقرب بها العبد من الله - تعالى -، قال ابن رشد: "فالأحباس سنة قائمة، عمل بها النبي - صلى الله عليه وسلم -، والمسلمون من

(2) الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، ص 140.

(3) الوقف الذري وتطبيقاته المعاصرة، فدوى راشد، ص 48.

(4) المدونة، مالك بن أنس، ج 4 ص 420.

(5) المغني والشرح الكبير، لابن قدامة، ج 6 ص 214.

(6) مباحث في أحكام الوقف، ناظم سلطان المسباح، ص 32.

بعده، وقد قيل لمالك: إن شريحاً كان لا يرى الحبس ويقول: لا حبس عن فرائض الله، فقال مالك: تكلم شريح ببلاده ولم يرد المدينة فيرى آثار الأكابر من أزواج النبي - صلى الله عليه وسلم -، وأصحابه، والتابعين بعدهم، هلم جرا إلى اليوم؛ وما حبسوا من أموالهم لا يطعن فيه طاعن؛ وهذه صدقات النبي - صلى الله عليه وسلم - سبعة حوائط⁽¹⁾؛ وينبغي للمرء أن لا يتكلم إلا فيما أحاط به خيراً⁽²⁾.

وقال الإمام أحمد: "قد وقف أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ووقفهم بالمدينة ظاهرة، فمن رد الوقف فإنما رد السنة"⁽³⁾.

وقد استدل العلماء على استحباب الوقف بعدد الأدلة منها حديث: "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له"⁽⁴⁾، والصدقة الجارية محمولة عند العلماء على الوقف⁽⁵⁾، وحديث: "إن مما يلحق المؤمن من عمله وحسناته بعد موته، علماً علّمه ونشره، وولداً صالحاً تركه، ومصحفاً ورثه، أو مسجداً بناه، أو بيتاً لابن السبيل بناه، أو نحرأً أجره، أو صدقةً أخرجها من ماله في صحته وحياته، يلحقه من بعد موته"⁽⁶⁾.

ومن الأدلة أيضاً على استحباب الوقف ما رواه عبد الله بن عمر عن أبيه عمر - رضي الله عنهما - حيث قال: "أصاب عمر أرضاً بخير، فأتى النبي - صلى الله عليه وسلم - يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله، إني أصبت أرضاً بخير، لم أصب مالا قط هو أنفس عندي منه، فما تأمرني به؟ قال: إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها، قال: فتصدق بها عمر، أنه لا يباع أصلها، ولا يبتاع، ولا يورث، ولا يوهب، قال: فتصدق عمر في الفقراء، وفي القرى، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، أو يطعم صديقاً غير متمول فيه"⁽⁷⁾، وكذلك فعل الصحابة من بعده، كما وردت الآثار بذلك عن

(1) يشير بذلك إلى ما رواه الخصاص في أحكام الوقف من أن وقف رسول - صلى الله عليه وسلم - لبساتين مخيريق بعد غزوة أحد، فإنه أوصى إن أصيب فأمواله لرسول الله صلى الله عليه وسلم، فلما قتل قبضها النبي - صلى الله عليه وسلم - وتصدق بثمرها في سبيل الله تعالى، وكانت سبعة حوائط تقع في بني النظر. ينظر: أحكام الأوقاف، للخصاص ص 5 وما بعدها.

(2) المقدمات الممهدة، لابن، رشد ج 2 ص 418.

(3) شرح الزركشي على متن الخرقى، ج 2 ص 604.

(4) صحيح مسلم، كتاب الوصية، باب: ما يلحق الانسان من الثواب بعد موته، حديث رقم (4310) ج 5 ص 73.

(5) شرح النووي على صحيح مسلم، ج 11 ص 85.

(6) سنن ابن ماجه، باب ثواب معلم الناس الخير، حديث رقم (240) ص 59.

(7) صحيح مسلم، كتاب الوصية، باب الوقف، حديث رقم (4311) ج 5 ص 73.

علي وعثمان والزبير وغيرهم⁽¹⁾. بل وقد نقل الاجماع على مشروعيته عدد من العلماء منهم ابن قدامة حيث قال: " قال جابر: لم يكن من أصحاب الرسول - صلى الله عليه وسلم - ذو مقدرة إلا وقف، وهذا اجماع منهم، فإن الذي قدر منهم على الوقف وقف، واشتهر ذلك، فلم ينكره أحد، فكان ذلك اجماعاً"⁽²⁾.

فالوقف أو الحبس قرية، مندوب إليه، وعمل مشروع يتقرب به إلى الله - عز وجل -، وهو مما اختص به المسلمون كما قال الإمام الشافعي: " ولم يحبس أهل الجاهلية فيما علمته داراً، ولا أرضاً، وإنما حبس أهل الإسلام"⁽³⁾.

أما ما نقل من قول أبي حنيفة بعدم جواز الوقف فالصحيح الذي نص عليه محققو مذهبه أن الوقف جائز عنده، إلا أنه غير لازم، وإنما هو بمنزلة العارية⁽⁴⁾، قال السرخسي: " أما أبو حنيفة - رضي الله تعالى عنه - فكان لا يميز ذلك (أي الوقف)، ومراده أن لا يجعله لازماً، فأما أصل الجواز ثابت عنده؛ لأنه يجعل الواقف حابساً للعين على ملكه، صارفاً للمنفعة إلى الجهة التي سماها، فيكون بمنزلة العارية، والعارية جائزة غير لازمة"⁽⁵⁾.

المطلب الثاني

حكم التحبيس على الذكور دون الإناث

لقد سبق القول بأن الفقهاء قد قسموا الحبس أو الوقف إلى قسمين: الأول: تحبيس على الذرية، والآخر: تحبيس خيري، وقد سبق بيان كل نوع.

ولفظ الذرية من الألفاظ التي تعدد استخدامها في اللغة؛ فبينما استخدم حيناً ليدل على الأولاد الصغار الواحد منهم والجمع⁽⁶⁾، كقولهم: هذا الغلام ذرية فلان، وأولئك الغلمان من ذرية فلان، واستخدم في أحيان أخرى ليشمل الرجال والنساء بالإضافة للصغار⁽⁷⁾، مثل قولهم: نعم الرجال ذرية فلان، أو خير النساء من كانت من

(8) أحكام الأوقاف، للخصاف، ص5 وما بعدها.

(1) أحكام الوقف على الذرية في الشريعة الإسلامية، محمد عبد الرحيم الخالد، ص232.

(2) الأم، للشافعي، ج4 ص52.

(3) شرح فتح القدير، لابن همام، ج6 ص190.

(4) المبسوط، للسرخسي، ج12 ص27.

(5) المصباح المنير، للفيومي، مادة (ذَرَّ)، ص207.

(6) المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، (مادة ذرى)، ج1 ص310.

ذرية الصالحين، كما أنها قد تطلق على الآباء أيضاً جاء في المصباح المنير: "وقد اطلقت الذرية على الآباء أيضاً مجازاً"⁽¹⁾.

ومن هنا يمكن القول بأن المقصود هنا بالتحبيس على الذكور هو الحبس الذي تجعل فيه منفعة المحبس على الأولاد وأولادهم دون نسل البنات.

أولاً: آراء العلماء في التحبيس على الذكور دون الإناث:

لقد سبق القول باستحباب الوقف بشكل عام، وأنه من القرب التي يتقرب بها إلى الله - سبحانه وتعالى-، وهذا الاستحباب ينصرف إلى جميع أنواع الوقف عند جمهور الفقهاء من الأحناف، والشافعية، والحنابلة، والمالكية في إحدى الروايتين⁽²⁾.

وقد أستدل جمهور الفقهاء على الاستحباب المطلق للوقف بالأدلة الآتية:

1- حيث أنس رضي الله عنه قال: لما نزل قوله تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ﴾⁽³⁾، قال أبو طلحة: يا رسول الله لي حائط بالمدينة وهو أحب أموالي إلي أفأ تصدق به؟ فقال عليه السلام: "بخ، بخ، ذاك مال رابح، وإني أرى أن تجعلها في الأقربين"، فقال أبو طلحة: أفعل يا رسول الله، فقسّمها في أقاربه، ففي هذا الحديث ما يدل على مشروعية الوقف واستحبابه على الأقارب دون تحديد؛ ذلك أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أُرشد أبا طلحة إلى أن يجعل صدقته في أقاربه، ثم أن أبا طلحة فهم ذلك ففعله دون تخصيص⁽⁴⁾، والأقارب يشمل الأبناء وغيرهم.

2- حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - وفيه أن عمر - رضي الله عنه - أصاب أرضاً بخير، فأتى النبي - صلى الله عليه وسلم - يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله إني أصبت أرضاً بخير، لم أصب مالا قط هو أنفس عندي منه، فما تأمرني به؟ قال: "إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها"، قال: فتصدق بها عمر أنه لا يباع أصلها، ولا يبتاع، ولا يورث، ولا يوهب، قال: فتصدق عمر في الفقراء، وفي القرى، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، أو يطعم صديقاً، غير متمول فيه.

(7) المصباح المنير، للفيومي، مادة (ذَرَّ)، ص 207.

(1) بدائع الصنائع، للكاساني، ج 6 ص 2018، والكاظمي، لابن عبد البر، ص 537. وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدسوقي، ج 4 ص 79، والأم، للشافعي، ج 4 ص 51، والمغني، لابن قدامة ج 8 ص 184.

(3) سورة آل عمران، الآية: 92.

(3) محاضرات في الوقف، محمد أبو زهرة، ص 190، والوقف الذري وتطبيقاته المعاصر، فدوى ارشيد، ص 53.

ووجه الدلالة في الحديث: أن للواقف أن يشترط في وقفه ما شاء من شروط، ومن ذلك أن يجعله في إناث بيته دون الذكور، أو الذكور دون الإناث، لقوله: "فتصدق بها عمر في الفقراء وفي القربى وسائر من ذكر"، فدل ذلك على أن للمحبس أن يشترط مصارف حبسه إلى من يشاء، ويوضع حيث شرط"⁽¹⁾.

3- من أدلة جواز تخصيص بعض الذرية بالحبس دون بعض فعل الصحابة، فقد ثبت فعل ذلك عن كثير منهم، ومن ذلك ما رواه الدارمي في سننه: "أن الزبير - رضي الله عنه - جعل دوره صدقة على بنيه، لا تباع، ولا تورث، وأن للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرّة، ولا مضار بها، فإن استغنت بزواج فلا حق لها"⁽²⁾. وكذلك ما رواه البيهقي: "أن عثمان رضي الله عنه قال: "رباعي"⁽³⁾ التي بمكة يسكنها بيّ، ولا توهب، ولا تورث"⁽⁴⁾، وقد ورد ذلك عن غيرهم من الصحابة بلا خلاف⁽⁵⁾.

4- كذلك من الأدلة التي استدلت بها من أجاز هذا النوع من التحبيس أن ما حبسه المحبس من أملاك على ذكور أولاده دون إناثهم هو من تصرف المالك في ماله بصفته مالكا، فله أن يفعل فيه - حال صحته - ما أحب من تحبيس وغيره⁽⁶⁾، جاء في البيان والتحصيل: "قال اصبغ: سألت ابن وهب عن رجل عتق أمته، ثم تزوجها، ثم قال: داري حبس على موالي، فقال: أراها من الموالي، قلت: إنها وارث، فقال: متى قال ذلك في الصحة منه؟ قلت: نعم، فقال: الرجل يصنع في ماله ما يشاء، وقد حبس ابن عمر على امرأته"⁽⁷⁾.

بينما ذهب المالكية في رواية أخرى إلى عدم جواز التحبيس على الذكور دون الإناث⁽⁸⁾، مستلين في ذلك بأدلة منها:

1- قوله تعالى: ﴿وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰ أَرْوَاجِنَا وَإِنْ يَكُنْ مِيتَةً فَهُمْ فِيهِ

شُرَكَاءُ سَيَجْزِيهِمْ وَصَفَّهُمْ إِنَّهُ حَكِيمٌ عَلِيمٌ﴾⁽⁹⁾.

(4) شرح ابن بطال على صحيح البخاري، لابن بطال، ج 8 ص 140.

(5) سنن الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، كتاب الوصايا، باب في الوقف، (حديث رقم 3300) ج 2 ص 218.

(6) أي: داري. ينظر: لسان العرب، لابن منظور، (مادة ربع)، ج 8 ص 99.

(7) السنن الكبرى، للبيهقي ج 6 ص 161.

(8) المرجع السابق نفس الصفحة.

(1) حكم التحبيس على الذكور دون الإناث، أحمد عمر الكميّتي، ص 78.

(2) البيان والتحصيل، لابن رشد، ج 12 ص 316.

(3) وهي رواية عن ابن القاسم عن الإمام مالك في العتبية ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدسوقي ج 4 ص 79. والمعيار العرب، للونشريسي، ج 7 ص 283.

(4) سورة الأنعام، الآية: 139.

ووجه الدلالة من الآية: أن التحبيس على الذكور دون الإناث يشبه فعل الجاهلية، إذ كانوا يخصون الذكور منهم بأكل ما وُلد حياً من بطون الأنعام، ويمنعون الإناث تنقصاً من قدرهن، وهذا ما فهمه الإمام مالك من الآية، جاء في العتبية: "قال مالك: من حبس حبساً على ذكور ولده، وأخرج الإناث منه إذا تزوجن، فإني لا أرى ذلك جائزاً، وإنه من أمر الجاهلية، وليس على هذا توضع الصدقات لله، وما يراد به وجهه"⁽¹⁾.

2- حديث النعمان بن بشير - رضي الله عنه - قال: "أعطاني أبي عطية، فقالت عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تُشهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم-، فأتى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: إني أعطيت ابني من عمرة بنت رواحة عطية فأمرتني أن أشهدك يا رسول الله، قال: أعطيت سائر ولدك مثل هذا، قال: لا، قال: فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم، قال: فرجع فرد عطيته"⁽²⁾، وفي بعض الروايات: "فلا تشهدني إذاً؛ فإني لا أشهد على جور"⁽³⁾، والاقتصار في التحبيس على الذكور دون الإناث شبيهة بهمة بعض الأولاد دون بعض، إذ الهبة والحبس من باب واحد، وقد دل ظاهر الحديث على بطلان هبة بعض الأولاد دون بعض، فكذلك الحكم في التحبيس على الذكور دون الإناث"⁽⁴⁾.

3- أن التحبيس على الذكور دون الإناث يدخل في حكم الوصية للذرية، وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم-: "أن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث"⁽⁵⁾.

4- أن مراد التحبيس على الذكور فيه تغيير لشرع الله في قسمة الميراث فغالباً ما يكون ذلك لحرمان أبناء البنات والوالدين والزوج من الميراث، أو تفضيل بعض الورثة على بعض، وذلك غير جائز؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم-: "اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم"⁽⁶⁾.

ثانياً: مناقشة أدلة الطرفين والترجيح بينها:

يمكن مناقشة ما استدل به أصحاب الرأي القائل بجواز التحبيس على الذكور دون الإناث بالآتي:

1- أما الاستدلال بحديث طلحة - رضي الله عنه - في أنه جعل صدقته في أقاربه دون تحديد وذلك دليل

(5) البيان والتحصيل، لابن رشد، 12 ج 204.

(6) البخاري كتاب الهبة، باب الإشهاد في الهبة، حديث رقم (2587)، ج 2 ص 233.

(7) مسلم، كتاب الهبات، باب: كراهة تفضيل بعض الأبناء في الهبة، حديث رقم (4269)، ج 5 ص 66.

(8) المعيار المغرب، للونشريسي، ج 7 ص 283. ومحاضرات في الوقف، أبو زهرة، ص 192.

(9) الدرر السننية في الأجوبة النجدية، ج 7 ص 53.

(1) الوقف على الذرية، عبد العزيز بن سعد الذعير، ص 14.

على جواز تخصيص بعض الأقارب دون بعض أبناء كانوا أو غير ذلك، فيجاب عنه بأن الحديث ليس فيه أن الأقارب الذين تصدق عليهم طلحة هم من الورثة، ولا أنه تصدق على البعض وحرّم البعض، وإنما جعله في قرابته الذين هم أحوج الناس إليها، كونهم أولى وأحق؛ بسبب احتياجه وقرابته⁽¹⁾، وقد قال عليه الصلاة والسلام: "الصدقة على المسكين صدقة، وعلى ذي القرابة اثنتان: صدقة، وصلة"⁽²⁾.

2- أما القول بأن التحبيس على الذكور هو اتباع لشرط الواقف، واتباع شرط الواقف جائز، كما ورد في الأثر عن عمر - رضي الله عنه -، فيجاب عنه بأن اتباع شرط الواقف مقيد بموافقه لما أجازته الشارع، يدل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق"⁽³⁾ وشرط عمر - رضي الله عنه - الوارد في الحديث ليس فيه ما يدل على دخول بعض الأبناء دون بعض⁽⁴⁾.

3- أما القول بأن التحبيس على الذكور دون الإناث هو من تصرف المالك في ملكه، فيمكن الرد عليه بأن ذلك جائز شريطة ألا يعود بالضرر على غيره، والتحبيس على الذكور دون الإناث يؤول إلى حرمان الإناث من حقهن في الإرث، فهو من الضرر البين، فالتحبيس على الذكور دون الإناث المعتمد جوازه على تصرف المالك في أملاكه مردود وباطل للعلة المبينة⁽⁵⁾.

4- أما الاستدلال بما روى عن أوقاف الصحابة والتابعين، والتي ذكر فيها الوقف على الذرية، ففي اسنادها طعون، وفي روايتها ضعاف الثقة، كما بين ذلك العلماء⁽⁶⁾.

أما القائلون بالمنع فيمكن مناقشة الأدلة التي استدلوها بها بالآتي:

1- الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِذُكُورِنَا...﴾⁽⁷⁾، فيجاب عنه بأن المذموم بالآية شرعاً - بصفته فعلاً من أفعال الجاهلية - إنما هو اعتبار ذلك ملزماً لا تجوز مخالفته كما

(2) محاضرات في الوقف، أبو زهرة ص 193، والوقف وتطبيقاته المعاصرة، فدوى الراشد، ص 60.

(3) أخرجه ابن ماجه، كتاب فضل الصدقة، باب من تحل له الصدقة، حديث رقم (1844) ص 581.

(4) أخرجه البخاري، كتاب: الشروط، باب: الشروط في الولاء، حديث رقم (2729) ج 2 ص 278.

(5) التحبيس على الفروع، صليحة هوناس، ص 64.

(6) حكم التحبيس للذكور دون الإناث، الكميتي، ص 79.

(7) محاضرات في الوقف، أبو زهرة، ص 43.

(1) جاء في تفسير هذه الآية عن ابن عباس: "وقالوا ما في بطون هذه الأنعام خالصة لذكورنا الآية: فهو اللبن، كانوا يجرمونهم على إناثهم، ويشربه ذكراهم، وكانت الشاة إذا ولدت ذكراً ذبحوه، وكان للرجال دون النساء، وإن كانت أنثى تركت فلم تذبح، وإن كانت ميتة فهم فيه شركاء فنهى الله عن ذلك". تفسير ابن كثير، ج 3 ص 346.

- كان شائعاً عند العرب، في حين أن التحبيس على الذكور هو من المباحات؛ فيجوز فعله وتركه⁽¹⁾.
- 2- ويجاب عن الاستدلال بحديث النعمان بن بشير والذي جاء فيه امتناع الرسول - صلى الله عليه وسلم - على الشهادة على عطية أحد أبنائه دون الآخرين بأن هذا الحديث فيه تفضيل أحد الأبناء على الآخرين فهو غير جائز؛ ولهذا سماه النبي - صلى الله عليه وسلم - جَوْرًا، لأنه فهم من عطيته تفضيل بعض الورثة على بعض، فأمره بارتجاعها، أي أنه إذا لم يفهم منه ذلك فلا أثم ولا جَوْر⁽²⁾.
- 3- وكذلك القول بأن ذلك يعتبر في حكم الوصية، وأنه وصية لوارث، وأن في ذلك تغيير لأحكام الميراث، فيمكن الرد عليه بأن الحبس يختلف عن الميراث بنفاذ أحكامه في حياة المورث، الذي يملك حرية التصرف في ماله كما يشاء، صدقةً، أو تبرعاً، بينما كل من الميراث والوصية تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت، وقد خصهما الشارع بأحكام خاصة تقيد المورث أو الموصي فيهما بقيود خاصة.
- 4- ويؤيد قوة الردود السابقة عمل الصحابة، وفهم السلف لهذي النبي - صلى الله عليه وسلم -، وعدم ثبوت إنكارهم لأحد عمل بذلك، مع كثرة ما روي عنهم من أحباس.
- ومن هنا يمكن أن نرجح أن القول بصحة التحبيس على الذكور دون الإناث مطلقاً يتنافى مع المقاصد العامة للشريعة، وأصولها العامة، والتي تحرص على تقوية روابط الأخوة وأواصر القرابة، والعدل بين الأبناء والأقارب، وقصر التحبيس على الذكور دون الإناث دون حاجة يتنافى مع ذلك كله، كما أن التحبيس بالطريقة المذكورة قد يؤدي إلى العقوق من جانب من وقع الحرمان عليهم، وهذا فيه من المفسدة ما لا يحتاج إلى بيان، ووسيلة المحرم محرمة كما أشار إلى ذلك العلماء⁽³⁾، فإذا اتضح أن المحبس إنما أراد الانحراف بهذا التحبيس عن المقصد الشرعي من تشريع الأحباس؛ كحرمان وارث من الميراث، أو مضارة دائنيه، فعندئذ يكون المحبس قد أخرج حبسه عن القرية والطاعة إلى ما هو ضدها، فيكون مردوداً حتى يصحح ما حل به من خلل وانحراف، قال الشوكاني: "والحاصل أن الأوقاف التي يراد بها قطع ما أمر الله به أن يوصل ومخالفة فرائض الله - عز وجل - فهي باطلة من أصلها لا تنعقد بحال، وذلك كمن يقف على ذكور أولاده دون إناثهم، وما أشبه ذلك، فإن هذا لم يرد التقرب

(2) المقدمات، لابن رشد، ج2 ص415.

(3) التحبيس على الفروع، صليحة هوناس، ص62.

(3) ولهذا أشار العلماء جاء في كتاب المعيار المعرب، ج7 ص28: "فإنه عليه السلام أوما إلى علة منع تخصيص العطاء ببعض دون بعض وهي مخافة أن يقع من الممنوع تقصير في البر لوالده، وذلك ممنوع محرم، ووسيلة المحرم محرمة".

إلى الله - تعالى - بل أراد المخالفة لأحكام الله - عز وجل-، والمعاندة لما شرعه لعباده، وجعل هذا الوقف الطاغوتي ذريعة إلى ذلك المقصد الشيطاني، فليكن هذا منك على ذكر، فما أكثر وقوعه في هذه الأزمنة⁽¹⁾.
وقال أبو زهرة: "أما إذا كان غرض الواقف حرماناً لبعض ورثته، أو تظفيماً لنصيبهم، وزيادة نصيب الآخرين، فذلك الذي نراه إثماً لا خير فيه، وشرّاً لا بر معه؛ لأن فيه معارضة لنص القرآن في توزيعه الميراث ..."⁽²⁾.
أما إذا كان التخصيص المذكور واقعاً لسبب شرعي كما إذا كان على حسب احتياج المخصّص مثلاً، أو ضعفه، أو حاجة الابن المخصوص؛ كاشتغاله بالعلم، أو كثرة عياله، أو غير ذلك، فجائز، والدليل على ذلك فعل بعض الصحابة كأبي بكر - رضي الله عنه - فقد نحل عائشة جذاذ عشرين وسقاً دون سائر أبنائه⁽³⁾، وذلك لأمر يقتضي ذلك؛ كعجزها عن التكسب، وأنها أولى بالإكرام، فهي أم المؤمنين، وزوج النبي - صلى الله عليه وسلم -، إلى غير ذلك من الفضائل التي تجعل الصديق يخصصها بالإكرام دون سائر أبنائه، وهذا لا يتنافى مع أمر الرسول - صلى الله عليه وسلم - بالعدل بين الأبناء؛ بل هو عين العدل المأمور به⁽⁴⁾.
وكذلك ما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه تصدق بربعة له عند المروة بالثنية على ولده، وروي عن علي - رضي الله عنه - أنه وقف أرضه بين علي ولديه الحسن والحسين، وكذلك روي عن غيره من أكابر الصحابة⁽⁵⁾.

وهذا الإمام الشافعي في وصيته يقول: "إني تصدقت بداري التي بالفسطاط ... على ولدي لصلبي، ذكرهم وأنتاهم، من كان منهم حياً اليوم، أو حدث بعد اليوم، وجعلتهم فيها سواء، ذكرهم وأنتاهم، صغيرهم وكبيرهم، شرعاً في سكنائها وغلتها، لا يقدم واحد منهم على صاحبه، ما لم تتزوج بنايتي، فإذا تزوجت واحدة منهن وبانت إلى زوجها انقطع حقها ما دامت عند زوج، وصار بين الباقيين من أهل صدقتي، ... فإذا رجعت بموت زوج، أو طلاق كانت على حقها من داري كما كانت عليه قبل أن تتزوج، وكلما تزوجت واحدة من بنايتي فهي على مثل هذا الشرط، ... وكل من مات من ولدي لصلبي ذكرهم وأنتاهم رجعت على الباقيين معه من ولدي لصلبي، فإذا انقرض ولدي لصلبي، فلم يبق منهم واحد، كانت هذه الصدقة حسباً على ولد ولدي الذكور لصلبي، وليس

(1) السيل الجرار، للشوكاني، ج3 ص316.

(2) محاضرات في الوقف، محمد أبو زهرة ص196.

(3) ولهذا أشار العلماء جاء في كتاب المعيار المغرب، ج7 ص283: "فإنه عليه السلام أوما إلى علة منع تخصيص العطاء ببعض دون بعض وهي مخافة أن يقع من الممنوع تقصير في البر لوالده وذلك ممنوع محرم ووسيلة المحرم محرمة".

(4) المغني، لابن قدامة ج6 ص224. ومن قضايا الأوقاف المعاصرة، صالح بن حسن المبعوث، ص107.

(5) السنن الكبرى، للبيهقي، ج6 ص161.

لولد البنات من غير ولدي شيء،...⁽¹⁾، وهذا كما ترى صريح في تجويز الإمام الشافعي للتحبيس على الذكور دون الإناث.

ومن هنا نصل إلى أن هذه الوقوف الكثيرة عن الجمع الكبير من الصحابة، وأكابر علماء الأمة تدل صراحة على مشروعية التحبيس على الأولاد ذكوراً كانوا أو إناثاً، وأن المحبس بهذا التحبيس متى كان غرضه نبياً، وقصده كريماً، فإن هذا الحبس يكون مشروعاً، أما إن غير ذلك فمحل البطلان.

المبحث الثاني

موقف القانون الليبي من التحبيس على الذكور

الحق أن الأوقاف الإسلامية بمختلف أشكالها حصن حصين للمسلمين إن أحسن القيام عليها، واستثمارها، وتنمية مواردها، والحث المستمر على انضمام الأغنياء إلى ركبها ببعض أموالهم، وفيها تقرباً إلى الله - تعالى، واقتداء برسوله - صلى الله عليه وسلم -، وصحابته - رضوان الله عليهم -، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

إلا أن الاستغلال السيئ والتوظيف المخالف لمقاصد الشريعة قد ألبس صوراً من الأوقاف لباس العمل غير المشروع مما حدى بكثير من العلماء لإنكار هذه الصور، وبيان مخالفتها لأحكام الشرع، ومن هذه الصور التحبيس على الذكور، أو الوقف على الذرية، كما أدى ذلك إلى تدخل الجهات التشريعات في كثير من الدول الإسلامية بإصدار تشريعات ولوائح منظمة لهذه الأوقاف وإلغاء صور منها.

ومن ذلك أن المشرع الليبي أصدر القانون رقم 16 لسنة 1973م بشأن إلغاء الوقف على غير الخيرات، (أي بمنع الوقف الذري)، وإنهاء كافة الأوقاف القائمة، والتي لا يكون مصرفها خالصاً لجهة من جهات البر، وهو ما سنسلط عليه الضوء في هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: المبررات التي أستند عليها المشرع الليبي في إصدار هذا القانون.

المطلب الثاني: القانون رقم 16 لسنة 1973م بشأن أحكام الوقف، وما تضمنه من أحكام.

(6) الأم، الشافعي، ج 4 ص 59.

المطلب الأول

المبررات التي أُستند عليها المشرع الليبي في إصدار رقم 16 لسنة 1973م بشأن إلغاء الوقف على

غير الخيرات

لم تكن فكرة إلغاء الأحباس أو تقييدها وليدة زمننا الحاضر، بل تضرب بجذورها إلى زمن القرون المفضلة، حيث كان للانحراف في مقاصد التحبيس دوراً كبيراً وراء كثير من المطالبات بإلغائه على مر العصور، ومن هنا نعرض في هذا المطلب للمراحل التي مرت بها فكرة الإلغاء، والمبررات التي أُستند عليها في ذلك.

أولاً: فكرة إلغاء التحبيس على الذرية عبر العصور.

لقد كان الغرض من الأحباس على الذرية التقرب إلى الله - تعالى-، وابتغاء مرضاته، ثم الإحسان والبر بالذرية، فكان الواقفون يعيدون عن مواطن الشبهة والإثم، ولم يدر بفكر أحدهم مخالفة أحكام الشرع، أو جعله حيلة لتحقيق أغراض أخرى، ومضوا على ذلك فترة من الزمن، إلا أن ذلك لم يمنع من تخوف بعض الناس من أن يكون هذا الوقف طريقاً لقطع الموارث، ومخالفة لأحكام الشرع، فقد جاء في القصة التي تروىها أم بكر بنت المسور، عن أبيها أنه قال: لما حضرت عُمرَ حين قرأ علينا كتاب صدقاته وعنده المهاجرون، فَبَرَكْتُ وأنا أريد أن أقول: يا أمير المؤمنين أنك تحتسب الخير وتنويه، وإني أخشى أن يأتي رجال لا يحتسبون بمثل حسبتك، ولا ينوون نيتك، يحتجون بك بقطع الموارث، ثم استحيت أن افتات على المهاجرين، وإني لأظن لو قلت ذلك ما تصدق بشيء أبداً⁽¹⁾.

وقد حدث ذلك فعلاً؛ فها هي عائشة - رضي الله عنها - إذا ذكرت صدقات الناس، وإخراج الرجال بناهم منها تقول: " ما وجدت للناس مثلاً اليوم في صدقاتهم الا ما قال الله: ﴿وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِذُكُورِنَا﴾⁽²⁾، قالت والله انه ليتصدق الرجل بالصدقة العظيمة على ابنته فترى غضارة صدقته عليها، وترى ابنته الأخرى وانه لتعرف عليها الخصاصة لما حرّمها من صدقته"⁽³⁾.

(1) كتاب الطبقات الكبير، محمد بن سعد بن منيع الزهري، ج 6 ص 526.

(2) جاء في تفسير هذه الآية عن ابن عباس: " وقالوا ما في بطون هذه الأنعام خالصة لذكورنا الآية : فهو اللبن، كانوا يجرمونه على إناثهم، ويشريه ذكراهم، وكانت الشاة إذا ولدت ذكراً ذبحوه، وكان للرجال دون النساء، وإن كانت أنثى تركت فلم تذبح، وإن كانت ميتة فهم فيه شركاء فنهى الله عن ذلك". تفسير ابن كثير، ج 5 ص 453.

(3) المدونة الكبرى، الإمام مالك، ج 4 ص 424.

وقد ظهر هذا الانحراف جلياً في العهدين الأموي والعباسي حيث اتسعت الوقوف، ورجب الناس في الاحباس، وبذات تظهر بوادر الانحراف في ذلك، حتى همّ الحليفة عمر بن عبد العزيز إلى رد الأوقاف التي أخرج منها البنات لكن الموت سبقه لذلك⁽¹⁾.

ولقد كان لأهل مصر والشام رغبة شديدة في الأحباس، واتسعت الأوقاف في هاذين البلدين اتساعاً عظيماً، حتى أن بعض الولاة رغب في ضم هذه الأوقاف إلى خزينة الدولة اخذاً برأي أبي حنيفة في عدم لزوم الأوقاف، وابطالها بعد الوفاة، وقد أفتى بذلك عدد من علماء ذلك العصر، منهم إسماعيل بن اليسع الكندي⁽²⁾، والذي ناظره في ذلك الليث بن سعد⁽³⁾ فقيه مصر، واحتج عليه بفعل الرسول - صلى الله عليه وسلم، وفعل الصحابة من بعده⁽⁴⁾.

وكذلك حدث في زمن السلطان الطاهر بيبرس، الذي أراد وضع يد الدولة على أراضي الأوقاف؛ بسبب حروبه مع التتار، وحاجة خزينة الدولة للأموال، إلا أن العلماء قد تصدوا له في ذلك، وفي مقدمتهم الإمام النووي، فرجع عن ذلك⁽⁵⁾.

وفي القرن الثامن فكر السلطان برقوق أتاك أحد سلاطين مصر في زمن العباسيين المتوفى سنة 801هـ في إبطال الأوقاف الأهلية، وعقد لذلك مجلساً للعلماء، حضر فيه الشيخ سراج الدين عمر بن رسلان البلقيني⁽⁶⁾، فرد الشيخ بأن ما وقف على العلماء والطلبة لا سبيل إلى نقضه، وما وقف على خديجة وعائشة ينقض، ووافق الحاضرون على ذلك⁽⁷⁾.

وفي عهد محمد علي باشا اتسع نطاق الأوقاف اتساعاً كبيراً، وأخذ كثير من الناس ذريعة لحرمان بعض الورثة، وخاصة الزوجات، والبنات، كما اتخذ بعضهم ذريعة للمماطلة في أداء الدين في حياته، وطريقاً للتخلص منه بعد وفاته، فوجه محمد علي باشا سؤالاً إلى مفتي الإسكندرية آنذاك الشيخ محمد بن محمود الجزائري⁽⁸⁾ يستفتيه في ذلك،

(4) محاضرات في الوقف، أبو زهرة، ص 8.

(5) إسماعيل بن اليسع الكندي الكوفي الحنفي أول من أدخل مذهب أبي حنيفة إلى مصر وتولى القضاء بها. ينظر: الأعلام، للزركلي، ج 1 ص 329.

(6) الليث بن سعد عبد الرحمن الفهمي إمام مصر في عصره حديثاً وفقهاً. ينظر: الأعلام، للزركلي، ج 5 ص 248.

(7) محاضرات في الوقف، أبو زهرة، ص 9.

(8) من قضايا الأوقاف المعاصرة، صالح بن حسن المبعوث، ص 119.

(1) عمر بن رسلان بن نصير العسقلاني الأصل ثم البلقيني المصري الشافعي ولي قضاء الشام وتوفي بالقاهرة. ينظر: الأعلام، للزركلي، ج 5 ص 46.

(2) محاضرات في الوقف، أبو زهرة، ص 19.

(3) محمد بن محمود بن حسين الجزائري ويقال له العنابي مفتي الإسكندرية توفي سنة 1267هـ. ينظر الأعلام، للزركلي، ج 7 ص 89.

فرد الشيخ بجواب طويل عرض فيه لآراء الفقهاء في المذهب الحنفي في حكم الوقف، وأن منهم من قال بعدم صحة الوقف، إلى أن قال: " فإذا ورد أمر بمنع العامة من إيقاف أملاكهم، وتحبيسها فيما يستقبل من الزمان، سداً لذريعة أغراضهم الفاسدة كما ذكر، جاز ذلك؛ لأنه مما تقتضيه السياسة الشرعية"، وقد اعتمد هذه الفتوى محمد باشا، وأصدر الأوامر بمنع الأوقاف الأهلية منعاً باتاً⁽¹⁾.

ولقد أصدر الشيخ محمد المهدي العباسي مفتي مصر الذي جاء عقب الشيخ الجزائري فتوى نقض فيها هذه الفتوى، وفتوى البلقيني السابقة كذلك في حق الوقف الذري، وأفتى بلزوم الوقف على أولاد الناس، وعيالهم، وعتقاهم⁽²⁾.

أما في العصر الحاضر فقد تتطور الوضع في كثير من البلدان العربية والإسلامية، حتى كان موضوع الوقف الذري بمختلف أشكاله مجال نقاش وجدل كبير بين مؤيد ومعارض؛ لكن الأصوات المنادية بإلغاء الوقف الذري علت، حتى أصدرت بعض البلدان قوانين تقرر إلغاء الوقف الذري، وتمنع منه في المستقبل، وحلت الأوقاف الذرية، ووزعت على المستحقين، كما أصدرت دول أخرى قوانين لتنظيم الوقف الذري.

وأول إلغاء للوقف الذري كان في تركيا سنة 1926م، ثم في سوريا سنة 1949م، ومصر سنة 1952م، والعراق 1954م، وتونس سنة 1957م⁽³⁾.

وفي ليبيا صدر القانون رقم 124 لسنة 1972م، واختص الوقف الذري بأحكام من أهمها أن الوقف الذري لا يكون على أكثر من طبقتين، ولا يدخل الواقف في حساب الطبقات (المادة 4)، كما اعتبر هذا القانون الوقف الذري الذي يُنشأ بعد هذا القانون باطلاً إذا كان على البنين دون البنات، أو بالعكس (المادة 10)، كما أجاز الوقف على النفس بشرط أن يؤول في النهاية إلى جهة بر (المادة 7)، إلى غير ذلك من الأحكام التي قررها ذلك القانون، لكنها لم تدم سوى ستة أشهر ليصدر المشرع القانون رقم 16 لسنة 1973م بشأن إلغاء الوقف على غير الخيرات، (أي بمنع الوقف الذري)، وإنما كافة الأوقاف القائمة والتي لا يكون مصرفها خالصاً لجهة من جهات البر، وبذلك حلت جميع الأوقاف الذرية، وآلت إلى المستحقين وقت صدور هذا القانون، ولم يعد يسمح بإنشاء أوقاف من هذا النوع.

(4) محاضرات في الوقف، أبو زهرة، ص 23.

(5) من قضايا الأوقاف المعاصرة، صالح بن حسن المبعوث، ص 120، ومحاضرات في الوقف، أبو زهرة، ص 30.

(6) من قضايا الأوقاف المعاصرة، صالح بن حسن المبعوث، ص 121.

ثانياً: المبررات التي أستند عليها المشرع الليبي في إصدار هذا القانون.

لقد جاء في تبرير ذلك - كما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون - مبررات أخصها فيما يلي:

- 1- إن مسائل الوقف مسائل خلافية بين الفقهاء، ولقد أنكر شرعية الوقف فريق من الفقهاء (وخاصة الوقف الذري أو الأهلي)، منهم أبو حنيفة، وزفر، وبعض أتباعهم، وإن كان جمهور الفقهاء قد اتجه إلى مشروعية نظام الوقف، على أساس من نصوص السنة، وما جرى عليه عمل كبار الصحابة.
- 2- إن أحكام الوقف الأهلي كلها اجتهادية، وبالتالي فإنه يجوز للحاكم أن يتدخل فيها بحكمه بناء على ما يراه أصلح للجماعة.
- 3- إن الوقف الأهلي قد أدى إلى تخريب كثير من المنازل، والأماكن الموقوفة، وبوار مساحات شاسعة من الأراضي الزراعية، بسبب سوء الإدارة، وعدم توفر المصلحة الشخصية لنظار الوقف، وكثيراً ما يجبر المستحقون على البقاء في حالة الشيوع، مما يترتب عليه تولد الخصام والبغضاء والشقاق بينهم.
- 4- تبين عدم جدوى الوقف كنظام للبر بمستحقه في كثير من الحالات، وخاصة عندما يزيد عددهم بمرور أجيال، ولا يعود على كل منهم من الوقف سوى القليل، مع احتمال وقوعهم في أيدي المقرضين، والمرابنين الذين يتحايلون للحصول على أصل وفوائد ديونهم من ريع الوقف، وبذلك تفوت الحكمة من الوقف من ناحية حمايته لثروة الأسرة، مع ثبوت أضراره الاقتصادية؛ بمنعه جانباً من الثروة من التداول.
- 5- إن كثيراً من الناس قد يلجأ إلى استخدام نظام الوقف الأهلي كوسيلة لتوزيع ثروة الأسرة على الذكور دون الإناث بالمخالفة لقواعد المواريث.

هذه هي المبررات التي أستند عليها المشرع الليبي في إلغاء الوقف على غير الخيرات، وفي الحقيقة أن لهذه المبررات ما يؤيدها في الواقع، خاصة مع انتشار الجهل بالأحكام الشرعية، وحب المال، واتباع العادات البالية التي ألفت وبالها على كثير من الأسر الليبية، وحرمت كثير من النساء من نصيبهن من الميراث، بحجة عدم انتقال الميراث للغرباء، وعدم تقسيم أراضي العائلة أو القبيلة، إلا أنني أرى أنها غير كافية لإلغاء باب من أبواب الخير، وسده بالكلية، حيث كان بالإمكان تلافي الكثير من هذه المبررات التي أستند عليها المشرع في إلغاء جميع صور الوقف الذري أو الأهلي، بالإضافة إلى عدم الدقة في بعضها، ومنها ما نسب إلى الإمام أبو حنيفة، وتلميذه زفر، كما سبق أن بينا من كلام محققي المذهب.

بالإضافة إلى أنه كان بالإمكان تلافي باقي المبررات التي سبقت تبريراً لإلغاء الوقف الذري وذلك بوضع الضوابط التي تمنع الظلم والجور في ذلك، خاصة وأن الفقهاء قد ووضعو العديد من الضوابط والاحتياطات التي

تضمن انتفاء صور الظلم والجور، ومخالفة المقاصد الشرعية للتحبس؛ ولذلك اعتبر الفقهاء أن من وقف شيئاً مضارة لوارثه كان وقفه باطلاً؛ لأن ذلك مما لم يأذن به الله - تعالى -، قال الدسوقي: "ويكره لمن حبس أن يخرج البنات من تحبسه ... فإن وقع ذلك مضى، وقيل إنها للتحريم، وعليه إذا وقع فإنه يفسخ، ... والمعتمد من هذه الأقوال ثانيها"⁽¹⁾.

من هنا كان الأجدد بالمشروع الليبي بدلاً من إلغاء الوقف على الذرية أن يسعى إلى إيجاد صيغ شرعية للحبس الذري، توضع بموجبها ضوابط وترسم بها حدود تضبط هذا النوع من التحبس، وتحدد له الإطار السليم، وتحمي مما علق به من شوائب ومشكلات شوهته، وعلى هذه الصيغ يلزم الواقفون بصياغة أوقافهم.

المطلب الثاني

القانون رقم 16 لسنة 1973م بشأن أحكام الوقف وما تضمنه من أحكام

لقد أصدر المشرع الليبي كخطوة أولى في سبيل تنظيم الوقف القانون رقم 124 لسنة 1972م بشأن أحكام الوقف، متضمناً كثيراً من أوجه الإصلاح للوقف الأهلي والخيري، ثم أردف ذلك بالقانون رقم 16 لسنة 1973 والذي نص على إلغاء نظام الوقف على غير الخيرات، وذلك استناداً إلى ما للحاكم من حق في تقرير السياسة الشرعية التي لا تتصادم مع نصوص القرآن أو السنة، وقد كان هذا القانون في إحدى عشرة مادة منسوخة نصاً من القانون المصري الصادر بالمرسوم رقم 180 لسنة 1958م، بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات وتعديلاته، وقد تضمن هذا القانون جملة من الأحكام نوضحها كالاتي:

حيث نصت المادة الأولى من هذا القانون على الأحكام الآتية:

- 1- عدم جواز الوقف على غير الخيرات كحكم مستقبلي.
- 2- اعتبار الأوقاف على غير الخيرات الموجودة القائمة حالياً منتهية اعتباراً من تاريخ صدور هذا القانون.
- 3- إذا كان الواقف قد اشترط في وقفه خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار، أو في حكم معينة، كنفقة كفاية الفقير مثلاً، أو إصلاح المسجد وعمارته، مع صرف باقي الربيع إلى غير جهات البر، اعتبر الوقف منتهياً فيما عدا حصة تضمن غلتها الوفاء بنفقات تلك الخيرات أو المرتبات.

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4 ص79.

4- يتم تقدير الحصة المنصوص عليها سابقاً وفقاً لما تنص عليه المادة 28 من القانون رقم 124 لسنة 1972م بشأن أحكام الوقف، أي تقدر الحصة المفرزة على أساس متوسط غلة الوقف في السنوات الخمس الأخيرة، دون نظر إلى غلات السنين التي تحصل فيها أزمات اقتصادية، أو التي يحصل فيها ارتفاع عظيم في الأسعار.

أما المادة الثانية فقد نظمت أوضاع أيلولة ملكية الأعيان التي انتهى فيها الوقف، كالآتي:

- 1- إذا كان الواقف حياً وكان له حق الرجوع في الوقف، فإن ملكية أعيان الوقف تترد إليه.
- 2- إذا كان الواقف حياً وثبت أن استحقاق من سيخلفه في الاستحقاق كان بعوض مالي، أو لضمان حقوق ثابتة قبل الواقف، فإنه رعاية لحقوق المستحقين، وتحزراً من عدم ضياع ما يكونوا قد قدموه للواقف من عوض مالي، فإن ملكية رقبة الأعيان التي انتهى فيها الوقف تؤول إلى هؤلاء المستحقين كل بقدر حصته، ويكون للواقف حق الانتفاع على الأعيان مدى حياته، فإذا ما توفى انضمت المنفعة إلى الرقبة في يد المستحقين المذكورين.
- 3- إذا لم يكن الواقف حياً، أو كان حياً ولم يكن له حق الرجوع في الوقف فإن لم يكن الوقف مرتب الطبقات آلت الملكية إلى المستحقين الحاليين كل بقدر حصته في الاستحقاق، أما إذا كان الوقف مرتب الطبقات، كما في حالة الوقف على أولاد الواقف ثم أولاد أولاده وهكذا، فإنه تمثيلاً مع المبدأ الذي أخذ به القانون رقم 124 لسنة 1972م من أنه لا يجب أصل فرع غيره في الاستحقاق في الوقف، بمعنى إذا كان أفراد الطبقة ثلاثة مثلاً توفى أحدهم عن ولد، فإن الاثنين الباقيين لا يجب وجودهما استحقاق ولد المتوفى، بل يؤول إليه استحقاق والده فإن الملكية تؤول إلى المستحقين الحاليين ولذرية من مات من ذوي الاستحقاق من طبقتهم، كل بقدر حصته، أو حصة أصله في الاستحقاق.

المادة الثالثة: نصت المادة الثالثة من هذا القانون على أحكام تنظيم أوضاع أموال البدل، أي الأموال التي استبدلت بالموقوف لمسوغ شرعي، كما إذا نزع ملكية العقار الموقوف للمنفعة العامة، وأدى عن ذلك تعويض لجهة الوقف، أو إذا بيع الموقوف لتخرجه وعدم إمكان الانتفاع بها حيث نصت على:

- 1- أن أموال البدل وما يكون محتجزاً من صافي ريع الوقف لأغراض العمارة والإصلاح تسري عليها أحكام الأيلولة المنصوص عليها في المادة الثانية من هذا القانون.
- 2- تسلم هذه الأموال وكذلك الأعيان التي انتهى منها الوقف إلى مستحقيها بناء على طلبهم.
- 3- إلى أن يتم تسليم الأعيان المذكورة إلى مستحقيها فإنها تبقى تحت يد الناظر السابق، بوصفه حارساً عليها.
- 4- تسري على هذه الأعيان أحكام الشيوخ الواردة في القانون المدني، مع مراعاة ما يقضي به القانون

من أحكام.

وتقرر المادة الرابعة أحكام التنفيذ على الأعيان أو الأموال التي ينتهي فيها الوقف، حيث نصت على عدم جواز التنفيذ عليها لديون سابقة على تاريخ العمل بالقانون على الأشخاص الذين آلت إليهم تلك الأعيان أو الأموال، وذلك حماية لهذه الأعيان والأموال من الضياع لقاء ديون سابقة على أيلولتها إلى المنتفعين بأحكام هذا القانون.

أما إذا كان الدائن دائناً للوقف ذاته فإنه يجوز لمن كانوا دائنين للوقف ذاته أن ينفذوا بحقوقهم على ريع أعيانه، ويتقدمون في ذلك على دائني الأشخاص الذين آلت إليهم ملكية تلك الأعيان، وذلك حماية لدائني الوقف من منازعة دائني الأشخاص الذين آلت إليهم ملكية تلك الأعيان.

وتقضي المادة الخامسة بأنه على من آلت إليه ملكية عقار، أو حصة في عقار، أو حق انتفاع فيه، وفقاً لأحكام هذا القانون أن يقوم بشهر حقه طبقاً لأحكام قانون التسجيل العقاري، وذلك حتى يتم نقل هذه الأعيان من سجلات الأوقاف إلى السجلات العينية العقارية، ويصدر بالأحكام التفصيلية الخاصة بإجراءات الشهر قرار من وزير العدل.

وتنص المادة السادسة على إنشاء لجنة أو أكثر بوزارة العدل تختص بإجراء قسمة الأعيان التي انتهى فيها الوقف بين الأشخاص الذين آلت إليهم ملكيتها طبقاً لهذا القانون، كما تتولى فرز حصة الخيرات الشائعة في تلك الأعيان، ويصدر بتشكيل هذه اللجان وبمكان انعقادها قرار من وزير العدل بعد أخذ رأي مجلس إدارة الهيئة العامة للأوقاف، على أن تكون برئاسة قاض يندبه وزير العدل، وعضوية ممثل عن الهيئة العامة للأوقاف، وأحد خبراء وزارة العدل، وتجري القسمة في جميع الأنصبه بناء على طلب من ذوي الشأن.

أما المادة السابعة فقد نصت على اختصاص مجلس الوزراء بإصدار قرار بالإجراءات التي يجب أن تتبع أمام اللجان المشكلة وفقاً للمادة السابقة لنظر طلبات القسمة، ويرجع في المسائل التي يتناولها هذا القرار إلى أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية.

أما الأحكام الموضوعية للقسمة فقد نص على أن يرجع في شأنها إلى القانون المدني والقانون رقم 124 لسنة 1972م.

وقد تضمنت هذه المادة حكماً خاصاً بحالة الأعيان التي لا تقبل القسمة بغير ضرر، أو يتعذر قسمتها بسبب ضالة الأنصبه، حيث نصت على أن تباع الأعيان في هذه الحالة وفقاً للإجراءات التي ينظمها قرار مجلس

الوزراء المشار إليه، ويكون قرار إرساء المزاد نهائياً وتنتقل منازعة أصحاب الشأن إلى ثمن البيع، وذلك رعاية للغير حسن النية الذي يرسى عليه مزاد هذه الأعيان.

وتقضي المادة الثامنة بأن تعتبر القرارات الصادرة من لجان القسمة بمثابة أحكام مقرررة للقسمة بين أصحاب الشأن، وتشهر في مصلحة التسجيل العقاري والتوثيق بناء على طلب الهيئة العامة للأوقاف، أو أحد ذوي الشأن، ولوزارة العدل أن ترجع على كل مستحق بما يخصه من رسوم الشهر.

كما نصت هذه المادة على أن يكون لكل من المتقاسمين أن ينفذ على نصيبه من الأعيان التي قسمت استيفاء لحقه.

ونصت المادة التاسعة على اجراءات الطعن في قرارات لجان القسمة؛ حيث أجازت لكل طرف في القسمة أن يطعن في هذه القرارات أمام محكمة الاستئناف المختصة طبقاً لقانون نظام القضاء، وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ إعلان قرار اللجنة المطعون فيه بكتاب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول، وتطبق في شأن هذه الطعون القواعد المقررة لنظر الطعون أمام محاكم الاستئناف في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وقانون الرسوم القضائية، مع مراعاة ما تقضي به أحكام هذا القانون.

وتقضي المادة العاشرة بأنه لا يترتب على رفع الطعن وقف القسمة أو إجراءات البيع، بمعنى أن تكون قرارات لجان القسمة نافذة حتى لو طعن فيها أمام محاكم الاستئناف، وللمحكمة أن تأمر بوقف إجراءات البيع مؤقتاً إذا طلب ذلك في عريضة الطعن، وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه.

أما إذا تعلق الطعن بأنسبة المتقاسمين في ثمن البيع، فيودع الجزء المتنازع عليه خزانة محكمة الاستئناف إلى أن تصدر حكمها في النزاع، ويصرف باقي الثمن إلى المستحقين كل بحسب نصيبه غير المتنازع عليه؛ وذلك حتى لا يتعطل عن الصرف سوى الجزء الذي يخشى صرفه إلى غير مستحقه.

وحسماً للمنازعات حول الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في هذا الشأن نصت الفقرة الأخيرة من المادة العاشرة على أنه لا يجوز الطعن في هذه الأحكام.

ونصت المادة (11) من القانون على أن يتبع في تسجيل الطعون ضد قرارات القسمة والأحكام الصادرة في شأنها أحكام المواد (56) وما بعدها من قانون التسجيل العقاري، والتي تنص على أنه "يجب تسجيل كافة الدعاوى التي ترفع ضد مالك عقار سبق تسجيله إذا تعلققت هذه الدعاوى بحق عيني عقاري أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها، ولا تقيد الدعوى في المحكمة إلا بعد تقديم الشهادة الدالة على ذلك"، وتنص المادة 57 على أن "تسجيل الأحكام النهائية الصادرة في موضوع الدعاوى المشار إليها في المادة السابقة

ويؤشر بمنطوق الحكم النهائي على هامش تسجيل عريضة الدعوى " وترتب المادة (58) على ذلك "أن حق المدعي إذا تقرر بحكم نهائي مسجل طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتب لهم حقوق ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى" وفي ذلك ما يوفر الاستقرار اللازم للتعامل في الأعيان التي انتهى فيها الوقف. وتقضي المادة (12) بإلغاء كل نص يخالف الأحكام الواردة في القانون وذلك أينما وردت المخالفة في القوانين القائمة حالياً.

خاتمة

الحمد لله ولي التوفيق، وأصلي وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين، نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد: فهذه خاتمة لما ورد في ثنايا هذا البحث أوجزها في الآتي:

أولاً: النتائج

- أن الوقف الذري لا يتعارض مع المبادئ المقررة في الشريعة الإسلامية من حيث الأصل، وإنما هو تطبيق لمبادئ الشريعة السمحة، وتمكيناً لأسس التكافل الاجتماعي، ورعايةً لمصالح الناس في العاجل والآجل.
- لقد كان لفقهاء الشريعة دور كبير في معالجة كثير من الأسباب التي دعت إلى المطالبة بإلغاء الوقف الذري؛ وقد نصوا في ذلك ضرورة توخي الحذر في ذلك، والنظر فيما يحيط بالوقف عند إنشائه، وما تومئ إليه عبارات الواقف، فإذا تبين أنها تدل بوضوح على أن مقصد الواقف إبعاد ورثته وقرابته من حقهم المشروع في التركة اعتبر هذا الوقف باطلاً.
- إن أغلب مسائل الوقف هي من المسائل الاجتهادية التي يجوز للدولة أن تشرع ما تشاء من قوانين لضبطها، بحيث تحول دون استغلاله استغلالاً سيئاً أثناء انعقاده، أو أثناء التصرف فيه.

ثانياً: التوصيات:

- أوصي العلماء والدعاة والقضاء وأستاذة الشريعة في الجامعات ومسؤولي الأوقاف بتوعية الناس بأهمية الوقف، وتوضيح أحكامه، وحث الناس عليه، بنوعيه (الذري والخيري)، والسعي إلى إصلاح الأوقاف عامه، والتنبيه على الضوابط التي يجب على الواقف مراعاتها.
 - ضرورة إيجاد نماذج صيغ وقفية إرشادية يعدها العلماء والمختصين من القضاة وغيرهم، تراعي فيها الأحكام الشرعية، ثم رغبات الوقفين، وتتلافى الشروط الباطلة، وما قد يقع من ظلم في التحيس بشكل عام، والحبس على الذرية بشكل خاص، لتكون معيناً للواقفين في صياغة أوقافهم المستقبلية.
 - دعوة الجهات التشريعية في الدولة لإعادة النظر في القوانين التي تنظم مسائل الوقف بشكل عام، والذري بشكل خاص واجراء التعديل عليها بدلاً من إلغاء هذا النوع من الوقف بالكلية.
- هذا والله أعلم وأحكم وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

المراجع

- (1) أحكام الأوقاف للخصاف، أبو بكر بن عمر الشيباني المعروف بالخصاف، مكتبة الثقافة الدينية بالقاهرة.
- (2) أحكام الوقف على الذرية في الشريعة الإسلامية، محمد عبد الرحيم الخالد، مطابع الصفاء، مكة 1996م، 1416هـ.
- (3) الأعلام، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس الزركلي الدمشقي، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشر 2002م، الأولى 1418هـ 1997م.
- (4) البخاري، محمد بن اسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه المسمى صحيح البخاري، المطبعة السلفية بالقاهرة، الطبعة الأولى 1400هـ.
- (5) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982م.
- (6) البيان والتحصيل، لأبي الوليد ابن رشد القرطبي، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1404هـ 1984م.
- (7) التحسيس على الفروع، صليحة هوناس، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة إدرار الجزائر، 2017/2016.
- (8) تفسير القرآن العظيم، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي، تحقيق سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر، الطبعة الثانية، 1420هـ 1999م.
- (9) الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم، للإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار الأفاق الجديدة، بيروت.
- (10) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للشيخ محمد بن عرفه الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية.
- (11) حكم التحسيس على الذكور دون الإناث وتأصيله من المدونة، أحمد عمران الكمي، مجلة البحوث العلمية، الأكاديمية الليبية مصراته، العدد الثالث.
- (12) الدرر السنية في الأجوبة النجدية، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي، الطبعة السادسة 1417هـ 1996م.
- (13) سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، مكتبة المعارف الرياض، الطبعة الأولى.
- (14) سنن الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1407هـ.
- (15) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، محمد بن علي الشوكاني، تحقيق محمد إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1405هـ.
- (16) شرح الزركشي على متن الخرق، محمد بن عبد الله الزركشي، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله دهيش، مكتبة الأسدي، الطبعة الثالثة، 1430هـ 2009م.

- (17) شرح حدود ابن عرفة، محمد الانصاري الرصاع، تحقيق: محمد أبو الاجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى 1993م.
- (18) شرح صحيح البخاري لابن بطلال، علي بن خلف بن عبد الملك، مكتبة الرشد الرياض.
- (19) شرح فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري، المعروف بابن الهمام الحنفي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1424هـ 2002م.
- (20) صحيح مسلم بشرح النووي، شرف الدين النووي، المطبعة الأميرية بالأزهر، الطبعة الأولى 1347هـ 1929م.
- (21) الكافي في فقه أهل المدينة، يوسف بن عبد البر، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الثانية 1413هـ 1992م.
- (22) كتاب الأم، محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت، 1393هـ.
- (23) كتاب الطبقات الكبير، محمد بن سعد بن منيع الزهري، الشركة الدولية للطباعة، الطبعة الأولى 1421هـ 2001م.
- (24) لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفرقيي المصري، دار صادر بيروت، الطبعة الأولى.
- (25) مباحث في أحكام الوقف، ناظم سلطان المسباح، دار الطائف، الطبعة الأولى 1437هـ، 2016م.
- (26) المبسوط، لشمس الدين السرخسي، دار المعرفة بيروت.
- (27) محاضرات في الوقف، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي.
- (28) المدونة الكبرى، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1415هـ.
- (29) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المكتبة الأميرية بالقاهرة، الطبعة الخامسة 1922م.
- (30) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الطبعة الرابعة، مطبعة الشروق الدولية 1425هـ 2004م.
- (31) المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والمغرب، أحمد بن يحيى الونشريسي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1401هـ 1981م.
- (32) المغني والشرح الكبير، لابن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية بيروت.
- (33) المغني، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب الرياض، الطبعة الأولى 1406هـ 1986م.
- (34) المقدمات الممهديات، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى 1408هـ، 1988م.

- (35) من قضايا الأوقاف، صالح بن حسن المبعوث، ضمن أعمال مؤتمر الأوقاف الأول في المملكة العربية السعودية، جامعة أم القرى.
- (36) موسوعة الفقه الإسلامي، محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، الطبعة الأولى 1430، 2009م.
- (37) الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية 1417هـ 1996م.
- (38) الوقف الذري وتطبيقاته المعاصرة، فدوى رشيد علي العلاوين، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية، عمان الأردن 1432، 2011م. (غير منشورة).
- (39) الوقف على الذرية، عبد العزيز سعد الدغيشر، شبكة الألوكة، 1439هـ، رسالة دكتوراه، (غير منشورة).

تغير الفتوى بتغير الحال والزمان

Changing the fatwa changes in time and time

د. إبراهيم عبد السلام الفرد

عضو هيئة التدريس ورئيس قسم الشريعة الإسلامية

بكلية القانون الخمس / جامعة المرقب

ملخص البحث:

الفتوى أمر مهم لحياة الناس، وتطور لتكييف التشريع لمقتضيات حياتهم الخاصة والعامة، ومعالجة ما يجد من قضايا لم تكن قد حدثت في سابق الزمن، فلم يكن لها حكم واضح وجلي، والإشكالية في زمننا الحاضر أن هناك الكثير من الناس يقدمون على الفتوى بعلم أو بغير علم، جهلاً منهم بأحكام الشرع، وهو خطأ بين، انتج ما نحن فيه من تحبط للآراء والإفتاء، وانتشاراً لاتجاهات فكرية أضرت بحياة المسلمين، واعتمد عليها أعداء الإسلام بوصمه بالإرهاب والتطرف، فرأيت أنه من الواجب عليّ أن أبين بعض هذه الأحكام في هذا المجال لعلها تكون ذات فائدة لبعض أولئك.

فأبين لهم إن الفتوى تتغير بحسب مقتضى الظروف سوى كانت زمنية أو اجتماعية، فكانت خطة البحث اجمالاً على النحو التالي: مهدت بمقدمة للبحث وقسمته إلى ثلاثة مطالب وخاتمة تبين النتائج، وذيلته بالمصادر والمراجع التي اعتمدت عليها في البحث.

وأما على التفصيل فهي كما يأتي: مقدمة البحث وهي ما نحن بصدد، والمبحث الأول: ويشمل مطلبين،

الأول: التعريف بالفتوى لغة واصطلاحاً، المطلب الثاني: أحكام الفتوى في التشريع الاسلامي.

والمبحث الثاني: متطلبات الفتوى، ويشمل مطلبين: الأول شروط المفتي والثاني شروط المستفتي.

المبحث الثالث: أحكام تغير الفتوى بحسب الحال والزمان، المطلب الأول التغير بحسب الحال، المطلب

الثاني: التغير بحسب الزمان. تم الخاتمة وهي محصلة نتائج وتوصيات البحث، تم اذيل البحث بالمصادر والمراجع التي اعتمد عليها.

والله وليّ التوفيق.

تغير الفتوى بتغير الحال والزمان

إن الناس في كل زمان يحتاجون إلى من يوضح لهم بعض الأحكام التي تجد في حياتهم، وهذه الأحكام تتغير لأن الظروف تتغير والحوادث تتجدد وبأشكال مختلفة، وتطرى حوادث لم تكن معروفة فيما مضى من الزمان، وهذا الأمر يحتاج إلى أناس متخصصين في فهم أحكام الدين، ولهم القدرة على انزال الأحكام على الوقائع، وهو ما نسميه بالفتوى.

والفتوى أمر مهم لحياة الناس، وتطور التكييف التشريعي لمقتضيات حياتهم، ومعالجة ما يجد من قضايا لم تكن قد حدثت في سابق الزمن، فلم يكن لها حكم واضح وجلي، والإشكالية في زمننا الحاضر أن هناك الكثير من الناس يقدمون على الفتوى بعلمٍ سطحي أو بغير علم، وهم من أجهل الناس بأحكام الشرع، وهو تصرف خاطئ بيّن الخطأ، انتج ما نحن فيه من تحبط للآراء الفقهية والإفتاء، وانتشاراً لاتباهات فكرية اضررت بحياة المسلمين، وغيرهم من الأمم المحيطة بهم، واعتمد عليها اعداء الإسلام لوصمه بالإرهاب والتطرف، فرأيت أنه من الواجب عليّ أن أبين بعض هذه الأحكام في هذا البحث لعلها تكون ذات فائدة لبعض أولئك. فيصححوا مسار حياتهم ويتوقفوا عن ذلك، وأبين لهم أن الفتوى تتغير بحسب مقتضى الظروف سوى كانت زمنية أو مكانية أو اجتماعية، واعتمدت لذلك خطة بحثية اجمالاً على النحو التالي: مهدت بمقدمة للبحث وقسمته إلى ثلاثة مباحث وكل مبحث يتضمن مطالبين وخاتمة للبحث

تبين النتائج، وذيلته بالمصادر والمراجع التي اعتمدت عليها في البحث.

وأما على التفصيل فهي كما يأتي: مقدمة البحث وهي ما نحن بصدد،

والمبحث الأول: تعريف الفتوى وأحكامها في الشريعة الإسلامية، ويشمل مطلبين، المطلب الأول:

التعريف بالفتوى لغة واصطلاحاً، والمطلب الثاني: أحكام الفتوى في التشريع الإسلامي.

والمبحث الثاني: متطلبات الفتوى، ويشمل مطلبين: الأول شروط المفتي والثاني شروط المستفتي.

المبحث الثالث: أحكام تغير الفتوى بحسب الحال والزمان، المطلب الأول التغير بحسب الحال، المطلب

الثاني: التغير بحسب الزمان. وانهي البحث بالختامه وهي محصلة النتائج والتوصيات التي توصل إليها الباحث، تم

اذيل البحث بالمصادر والمراجع التي اعتمد عليها. و الحمد لله وهو المستعان.

المبحث الأول: تعريف الفتوى وأحكامها في الشريعة الإسلامية.

الفتوى في الإسلام أمر تعوده المسلمون من أول ما بدأت الدعوة للإسلام في عهد الرسول - صلى الله عليه

وسلم - ويدل على ذلك العديد من الوقائع في ذلك العهد⁽¹⁾، فقد كان النبي - صلى الله عليه وسلم - هو الموقع

عن رب العزة - سبحانه وتعالى - ثم تبعه الصحابة - رضوان الله عليهم - في ذلك، وتبعهم علماء الأمة إلى قيام

الساعة، وهو ما نسميه بالعصور التالية لعصر الرسالة. وتعرف على ذلك في مطلبين هما:

المطلب الأول: التعريف بالفتوى لغة واصطلاحاً.

أولاً لغة: الفتوى اسم لما يقوم به أهل الإفتاء. قَالَ فِي لِسَانِ الْعَرَبِ⁽²⁾:

"وَالْفُتْيَا تَبْيِينُ الْمُشْكِلِ مِنَ الْأَحْكَامِ، أَصْلُهُ مِنَ الْفَتَى وَهُوَ الشَّابُّ الْحَدِيثُ الَّذِي شَبَّ وَقَوِيَ، فَكَأَنَّهُ يُقَوَّى

مَا أَشْكَلَ بَيَانِهِ فَيَشْبُ وَيَصِيرُ فُتْيًا قَوِيًّا، وَأَصْلُهُ مِنَ الْفَتَى وَهُوَ الْحَدِيثُ السِّنِّ، وَأَفْتَى الْمُفْتِي إِذَا أَحْدَثَ حُكْمًا".

(1) انظر تقي الدين أحمد بن علي المقرئ، إمتاع الأسماع بما للنبي، من الأحوال والأموال والحفدة والمتاع، تحقيق محمد عبد الحميد النميسي، دار النشر: دار الكتب العلمية، ط الأولى، 1999/1420، بيروت، 299/13.

(2) انظر محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - 1414 هـ. 148/15.

ثانياً اصطلاحاً: هي "الحكم الشرعي، يعني ما أفتى به العالم، وهي اسم من أفتى العالم إذا بيّن الحكم"⁽¹⁾.
والفتوى اخبار بحكم الله - تعالى - إلا أنها غير ملزمة لصاحبها فله أن يأخذ بها، أو يسأل مفتي آخر لعله
يجد إجابة أحسن له من الإجابة السابقة، على رأي من يجيزون ذلك⁽²⁾.
وهي أمر متعارف عليه بين الناس من عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وإلى وقتنا الحالي، فالناس
يلتجؤون إلى ذوي العقول الناجمة في كل عصر ووقت لمساعدتهم في إيجاد الحلول والمخارج فيما يطرى لهم من مشاكل
جديدة وعويصة لا يجدون لها حلاً بأنفسهم⁽³⁾.

ومجال دراستنا لهذه القضايا ذات الطابع الديني وبما يتفق وأحكام دين الإسلام الحنيف.

المطلب الثاني: أحكام الفتوى في التشريع الاسلامي.

فالفتوى تعترتها الأحكام الخمسة فيمن يجوز له الإفتاء: وهي الوجوب، والندب، والاستحباب، والكراهة،
والحرمة.

فتكون الفتوى واجبة على الشخص العالم إذا لم يكن في بلده من هو أولى منه بذلك أو كان مكلفاً من
ولي الأمر بالإفتاء للناس. فالوجوب هنا تلزمه حاجة الناس ومصالحهم العامة بمعنى أنها تكون واجبة بمصلحة الناس،
ومدى حاجتهم لعلم ذلك العالم⁽⁴⁾.

(1) انظر محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، الناشر: دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان 1407هـ -
1986م)، الطبعة: الأولى، 1424هـ - 2003م، 162/1.

(2) انظر محمد سلام مذکور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط/ بلا رقم وتاريخ، سنة 2005م، 150.

(3) انظر عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، تقي الدين المعروف بابن الصلاح (المتوفى: 643هـ)، أدب المفتي والمستفتي، تحقيق: د. موفق عبد الله عبد
القادر، الناشر: مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، الطبعة: الثانية - 1423هـ - 2002م، 1/ 23.

(4) انظر محمد بن علي الطيب أبو الحسين البصري المعتزلي. المعتمد في أصول الفقه، تحقيق خليل الميس، الطبعة: الأولى، 1403هـ، الناشر: دار
الكتب العلمية - بيروت، 2/ 244.

أما الندب فيكون عند تساوي أهل الإفتاء في العلم، وعدم التكليف لأحد منهم من ولي الأمر بالإفتاء، وظهور الحاجة الضرورية للفتوى.

واستحباب الفتوى عندما يكون العلماء متساوون في العلم، ودعت الضرورة والحاجة لإظهار الفتوى، ولم يكن أحد معين للفتوى، فمن عرضت عليه المسألة استحب له الإفتاء.

وتعريضها الكراهة في صورة إذا لم يكن أحد متعين للفتوى، وعرضت المسألة على أحد العلماء، وفلا يسبقه بالجواب غيره من العلماء.

وأما الحرمة فتكون إذا كان أحد العلماء مكلفاً بالفتوى، فتحرم الفتوى على غيره إلا بإذنه واستشارته أو تكليف منه.

هذا الكلام بحق العلماء، ومن تجوز لهم الفتوى، أو من يكلفهم ولي الأمر بذلك؛ وأما غيرهم من الناس الذين لا يعلمون من علوم الشريعة إلا القليل فالحرمة متعينة بحقهم؛ وإن كان جوابهم عن المسألة صحيحاً، لحديث النبي - صلى الله عليه وسلم - « القضاة ثلاثة قاضيان في النار، وقاض في الجنة، قاض قضى بغير الحق، وهو يعلم فذلك في النار، وقاض قضى وهو لا يعلم؛ فأهلك حقوق الناس فذلك في النار، وقاض قضى بالحق فذلك في الجنة »(1).

(1) أخرجه أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003م. 73/6، حديث رقم 7531.

والمبحث الثاني: متطلبات الفتوى.

الفتوى أمر جليل لها من الأهمية الشأن العظيم، وقد خصها الله - تعالى - بالذكر في محكم كتابه الكريم فقال: **وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ** [سورة النحل، الآية 43].

وقد حدد الله - تعالى - السؤال لأهل الذكر فقط ومنعنا من سؤال غيرهم من بني البشر ونبين ذلك فيما يأتي:

المطلب الأول شروط المفتي⁽¹⁾.

يشترط للمفتي شروطاً ضرورية يتعين توفرها لمن يتصدى للإفتاء بين المسلمين، وهي لا تختلف عما يتوجب

توفره من الشروط فيمن يتولى القضاء بينهم كثيراً وأهمها⁽²⁾:

1. أن يكون مسلماً، فلا يجوز أخذ الفتوى من غير المسلمين، لأن هذا الأمر دين؛ والدين لا يؤخذ إلا

من أهله.

2. أن تتوفر فيه شروط الأهلية العامة (البلوغ - العقل).

3. العدالة: وهي عدم إتيان الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر.

4. أن يكون عالماً في مجال اختصاصه، ويكون ذلك بشهادة علماء عصره له بذلك. أي أن يكون عالماً

بكتاب الله تعالى، مكيه ومدنيه، ناسخه ومنسوخه، مجمله ومفصله، وبالسنن النبوية، وبعلم العربية.

5. أن يكون عالماً بإجماع واختلاف العلماء، وبالآراء الفقهية المختلفة.

(1) انظر عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، الملقب بإمام الحرمين، الاجتهاد (من كتاب التلخيص لإمام الحرمين)، تحقيق: د. عبد

الحميد أبو زنيد، الناشر: دار القلم، دار العلوم الثقافية - دمشق، بيروت، الطبعة: الأولى، 1408هـ، 1/ 125.

(2) انظر أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي، الفقيه والمتفقيه،

تحقيق أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي، الناشر: دار ابن الجوزي - السعودية، الطبعة: الثانية، 1421هـ، 2/ 330. والموسوعة الفقهية الكويتية،

صادرة عن: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الطبعة: (من 1404 - 1427 هـ)، 26 / 32.

قال الإمام مالك بن أنس : ما أفنتيت حتى شهد لي سبعون أبي أهل لذلك، وقال: ما أفنتين حتى سألت

ربيعة ويحيى بن سعيد، فأمراني بذلك، ولو نهياني انتهيت⁽¹⁾.

6 . أن يكون عارفاً بعبادات وتقاليد أهل البلد التي يفتي بها، فالفتوى تتغير تبعاً لذلك؛ وخير مثال على

ذلك ما فعله الإمام الشافعي - رحمه الله تعالى - فقد تغيرت الكثير من فتاويه في العراق بعد سفره لمصر؛ فأفتى

للمصريين بحسب حال بلادهم وعاداتهم وتقاليدهم وبما لا يخرج عن أحكام الإسلام العامة.

ومنع القرافي الفتوى لشخص ليس من أهل الإقليم الذي يعيش به المفتي، فإن لكل أهل إقليم عادات

وأعراف ليست لغيرهم، فتختلف العادات من إقليم إلى إقليم آخر، وبذلك تتغير الفتوى⁽²⁾.

7 - وأن يجتهد في الفتوى، فلا يجوز له الإفتاء بالحكاية عن الغير، بل يجب عليه بدل الوسع والنظر في

المسألة المراد الإفتاء فيها⁽³⁾.

8 - أن لا يفتي حتى يشهد له من هو أعلام منه بإجازة الفتوى له⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: شروط المستفتي والحالة المستفتي فيها.

لدراسة ذلك قسم المطلب إلى قسمين هما:

أولاً شروط المستفتي⁽⁵⁾:

المستفتي هو من يطلب الفتوى - فهو المحتاج إلى إجابة السؤال - وهو إما أن يكون جاهلاً بالحكم، أو

عارفاً به ويرغب في تأكيد معرفته والوصول لليقين وأهم شروطه:

(1) انظر الحاجة كوكب عبيد، فقه العبادات على المذهب المالكي، الناشر: مطبعة الإنشاء، دمشق - سوريا، الطبعة: الأولى 1406 هـ - 1986م،

11 / 1.

(2) انظر أبو العباس شهاب الدين أحمد القرافي في أنوار البروق في أنواء الفروق، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، 1 / 171.

(3) انظر محمد بن علي الطيب أبو الحسين البصري المعتزل، المعتمد في أصول الفقه، 2 / 359.

(4) انظر أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي، الفقيه والمتفقه، تحقيق أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي،

الناشر: دار ابن الجوزي - السعودية، الطبعة: الثانية، 1421هـ، 2 / 325.

(5) انظر أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، 83.

- 1- أن يكون مكتمل الأهلية.
- 2 - أن يكون مدركاً لما يسأل عنه عارفاً به.
- 3 - أن تدعوه الحاجة لمعرفة الفتوى قبل وقوع الفعل أو بعده.

ثانياً الحالة المستفتى فيها:

هي الحالة التي تصدر فيها الفتوى التي يفتي بها أحد العلماء، فإن اجتمعوا على حكم معين، فلا يجوز له أن يصير إلى غير فتواهم، وإن اختلفوا جاز له النظر في الأخذ بفتوى من يغلب على ظنه أنه أكثرهم تقوى وعلم، فإن لم يستطيع المقارنة والموازنة جاز له الأخذ بفتوى من كانت فتواه أحسن لحاله⁽¹⁾.

واختلفت آراء فقهاء الإسلام في الفتوى قبل وقوع المسألة؟

ففي المدرسة المالكية يمتنع الفقهاء من اصدار الفتوى دون وقوع الحادثة؛ فهم يشترطون لإصدار الفتوى وقوع المسألة، وهذا ما يسمى بـ"فقه الواقع" وكذلك الإمام أحمد بن حنبل يمتضي على هذا الرأي⁽²⁾.

وأما فقهاء الحنفية فإنهم يصدرون الفتوى حتى وإن لم تقع أو هي في حكم استحالة الوقوع، وهو ما يسمى

بـ"الفقه الافتراضي"⁽³⁾.

(1) انظر محمد بن علي الطيب أبو الحسين البَصْرِي المعتزل، المعتمد في أصول الفقه 2/ 364.

(2) انظر أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بجرم بن عبد الصمد الدارمي، سنن الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، الناشر: دار المعنى للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1412 هـ - 2000 م، 1/ 50، 51، و محمد بن أبي بكر بن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1411 هـ - 1991 م. 4/ 221.

(3) انظر عياض بن موسى بن عياض بن عمرو اليحصبي السبتي، التنبهات المستنبطة على الكتب المدونة و المختلطة، تحقيق: الدكتور محمد الوثيق، الدكتور عبد النعيم حميتي، الناشر: دار ابن حزم، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011 م. 68.

المبحث الثالث: أحكام تغير الفتوى بحسب الحال والزمان.

يجب على المفتي أن يكون قارئاً جيداً لما يعرض عليه من قضايا، فينظر إليها بحسب الظروف المحيطة وعرف البلد وعادات أهله، ويصدر فتواه على أساس ذلك النظر؛ بمراعات ما تؤول إليه تلك الفتوى من المصلحة الخاصة والعامّة، وما ينتج عنها من آثار، وتتبع ذلك بإظهاره في المطالبين القادمين بعون الله تعالى.

المطلب الأول تغير الفتوى بحسب الحال.

الفتوى جعلت لإيجاد حلول لما يقع من حوادث ومساائل في البيئة المحيطة والمجتمع المحلي، أي كان ذلك المجتمع، فهو المعني بالفتوى وتطبيقاتها، وهو من تقع عليه نتائجها أيضاً.

ومن الأمور التي يجب مراعاتها في الفتوى، هو حال المستفتي، وما هو عليه من مظاهر جسمية أو عقلية أو نفسية، فربما كانت فتوى ما سبباً في غير ما يريد منها من اصلاح.

ومراعاة الحال في الفتوى، خير مثال لتوضيح ذلك ما أفتى به ابن عباس للقاتل عندما سئل عن القاتل هل له من توبة؟ فقال: لا.

وسئل نفس المسألة مرة أخرى، فكان جوابه بنعم، وقال: فليكثر من الاستغفار ويلزم عمل الخير وغيره من القربات.

وعندما سئل عن ذلك قال: إن السائل الأول جاء وفي عينه الشر، وهو لم يقتل، إنما أراد أن يجعل لنفسه مخرجاً إذا أوقع الفعل، فكان الجواب بعدم قبول التوبة، زاجراً له عن القتل، جواباً اقتضته مصلحة السائل والمجتمع لمنع وقوع الجريمة أصلاً.

وأما السائل الثاني فإنه أوقع الجريمة، ولا ينفعه الزجر عن القتل بعد وقوعه، إنما تقتضي الحاجة لإصلاح ذلك القاتل، بإرشاده للتوبة والندم، وبحثه على الالتزام بأحكام الدين، وتهذيب نفسه بالإكثار من القيام بالعبادات وأعمال الخير والبر لعله ينصلح ويعود للرشد. وهنا تتجلى حكمة وعلم المفتي وتوفيقه⁽¹⁾.

وكذلك فتوى يحيى بن يحيى الليثي بتقديم الصوم على الإطعام والعتق في كفارة فطر رمضان متعمداً، عندما سأله أمير الأندلس، عن مسألة وقوعه على جاريته في نهار رمضان، فأوجب عليه الصوم ستين يوماً كفارة عن فعله، مقدماً الصوم على الإطعام والعتق رغم أن أغلب الفقهاء يعتبرون أن ترتيب كفارات الإطعام والعتق والصيام واجب، وعندما سئل عن ذلك، قال: هذا أمير يملك من الطعام ما يجعله يقع كل يوم على جارية، ويطعم أضعافاً ولا يؤذيه ذلك، لكن الصوم يزجره عن العود لمثل فعله مرة أخرى⁽²⁾.

وهنا الشيخ قدم مقاصد الشرع الحكيم على ما هو ظاهر من ترتيب الكفارات، فكانت الفتوى صادرة بحسب حال المستفتي، وما يردعه عن معاودة الفعل مرة أخرى، وهذا يبين لنا حكمة ونضج الفتوى حيث راعت حال الإمارة، وتوفر المال الذي ربما يكون سبباً في العود للمعصية، فكان تقديم ما يمكن أن يكون زاجراً ورادعاً للمستفتي.

وللمفتي إذا أفتى في مسألة بجواب، ثم راجع ذلك الجواب فوجده خطأ أو أن جواباً آخر أفضل منه، فله الرجوع عن الجواب الأول، وإن كان الجواب خطأ أو مخالف لنص، أو اجماع وجب رجوع عنه أبداً، وجب عليه تبين ذلك لمن أفتاه.

(1) انظر أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، تحقيق: بسام عبد الوهاب الجابي، الناشر: دار الفكر - دمشق، الطبعة: الأولى، 1408، 56.

(2) انظر محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، 1/530.

وإن كان الرجوع لاجتهاد رأى أن الرجوع إليه في المسألة المعروضة أفضل، أمضى الأول على اجتهاده الأول، والثانية على ما أداه إليه اجتهاده ثانياً، وقد وقع ذلك لعمر بن الخطاب - رضي الله عنه - في مسألة الأخوة لأب والأخوة لأم في الميراث.

ونص الأثر: عن الحكم بن مسعود الثقفي قال: شهدت عمر بن الخطاب رضي الله عنه أشرك الإخوة من الأب والأم مع الإخوة من الأم في الثلث، فقال له رجل: قضيت في هذا عام أول بغير هذا، قال: "كيف قضيت؟" قال: جعلته للإخوة من الأم، ولم تجعل للإخوة من الأب والأم شيئاً، قال: "تلك على ما قضينا، وهذا على ما قضينا" (1)؛ لأنه لم يجد فيها نصاً، إنما كان اجتهاداً من عنده فلم يأمرهم بالرجوع عن اجتهاده الأول. فمراعاة حالة المستفتي من جميع الجوانب، أمر واجب على المفتي ملاحظته، وأن تكون الفتوى مراعية للصالح والإصلاح وإنتاج ما هو خير للمستفتي ومجتمعه المحيط به (2).

وتغير الفتوى لا يعتبر نسخاً للحكم الأول، إنما هو نتيجة تغيير الفتوى بما لتغير الأعراف أو الظروف المحيطة بمن تلزمه الفتوى، فكثير من الفتاوى تتغير لهذه الأسباب، فقد عرف عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - شدته على الولاة، وحتى على نفسه، فهو يرى أن يعيش الوالي كما تعيش الرعية، وعدم الانبساط في مصروفات الدولة، وعدم اتخاذ الحجاب والحراس، والمواكب؛ لكنه عند سفره لبلاد الشام وجد أن واليه معاوية بن أبي سفيان - رضي الله عنه - على تلك البلاد اتخذ ما لم يتخذه بقية الولاة، وعندما سأله ما حملك على هذا؟ أجاب معاوية بن أبي سفيان - رضي الله عنه - بأنه يعيش بقرب العجم والروم، وهيبة الدولة تقتضي وضع الحراس والحجاب، واتخاذ المراكب، ولبس فاخر من الثياب وغيره، من رفاهية الحياة، ومصالحة الدولة تقتضي أن يعيش حكام المسلمين بما يوازي حكام الروم وغيرهم من الأمراء في البلاد المجاورة، فقال عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - له لا أمرك ولا

(1) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، 6/417، حديث رقم 12467.

(2) انظر أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، 3/213.

أحكاك، إنك ادري ببلادك، أي أنه ترك الأمر لمن هو قريب من أولئك الروم والعجم يفعل ما يشاء بحسب اجتهاده وما تتطلبه مصلحة الدولة الإسلامية، فظروف جزيرة العرب وأهلها وعاداتهم تختلف عن طبيعة وظروف وعادات وأعراف ما جاور بلاد الشام من أهل الروم وغيرهم من أمراء المناطق المجاورة، وعلى حاكم المسلمين المحافظة على هبة وسمعة الدولة الإسلامية، لذلك تغيرت الفتوى بحسب السياسة الشرعية الواجبة التطبيق، فترك الخليفة الأمر للحاكم المخالط لأولئك القوم يتخذ ما يراه مناسباً لمصلحة الدولة الإسلامية⁽¹⁾.

ومن ذلك الزام المطلق بالثلاثة في كلمة واحدة بثلاث تطليقات، ومعلوم أن النبي - صلى الله عليه وسلم - عامل الناس في ذلك على النية - أي نية المطلق - ففي حادثة أن ركانه - رضي الله عنه - طلق امرأته البتة ثم جاء للنبي - صلى الله عليه وسلم - فقال طلقت امرأتي البتة ولم أرد إلا واحدة، فأحلفه للنبي - صلى الله عليه وسلم - فقال آله، فحلف فارجع إليه امرأته، ثم جاء رجل آخر فقال فلم يردها للنبي - صلى الله عليه وسلم - وامضى عليه ذلك، فلم جاء عهد عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أكثر الناس من التطبيق بالثلاثة في كلمة واحدة، فقال إن الناس قد استعجلوا في شيء كانت لهم فيه أناة فلو أمضيها عليهم؛ فجعل التطبيق بالثلاثة في كلمة واحد تمضي ثلاثاً.

(1) انظر القراني في الفروق 4 / 203.

المطلب الثاني: تغير الفتوى بحسب الزمان.

وبما أن الفتوى هدفها الإصلاح، كان لزاماً أن يراعي المفتي ذلك؛ ويضعه نصب عينيه، فلا بد له من النظر للزمان وتغييره؛ وما يحدث من حوادث يكون الزمن هو الفاعل فيها، فواقع الزمان وتأثيره أمر لا بد من مراعاته، فتتغير العادات وتتبدل الأهواء والأنفس، والأمر ملاحظ أن لكل مجموعة من أجيال البشر طباع تختلف عما سبقهم من الخلق، وتكون عاداتهم وطبائعهم وظروف معيشتهم مغايرة لمن يأتي بعدهم أيضاً، فصار لزاماً أن يكون لكل مجتمع فتواه الخاصة به، فالتغير في العادات والتقاليد والطباع يحتاج إلى تغير الفتوى من حين إلى حين أيضاً حتى تناسب أهل زمانها، هذا فيما يتعلق بمصالح الدنيا أم أصول الدين فهي باقية على ما هي عليه لا ينالها التغير والتبديل، فتكون الفتوى فيه توضيح وبيان لما سبق، أو تنبيه على شيء قد نسي أو إيضاح لما أشكل، أو فتوى جديدة لما لم يقع سابقاً مع مراعاة الحدود والضوابط الشرعية وعدم الإخلال بها أو مخالفتها.

ومن الأمثلة على ذلك ما أفتى به النبي - صلى الله عليه وسلم - بعدم تغير بناء الكعبة المشرفة، وإرجاعها على أصول سيدنا إبراهيم - عليه السلام - فلم يدخل الحجر في الكعبة المشرفة؛ لقرب عهد الذين أسلموا من قريش من الشرك، فراعى - صلى الله عليه وسلم - ذلك خوفاً ورفقاً بمن أسلم حديثاً من قومه.

وكذلك فتوى عبدالله بن عباس بعدم هدم بناء الكعبة وإرجاعها إلى ما سبق حيث تم بناءها، حيث قال لابن الزبير لا تقوم بذلك فتجعل بيت الله لعبة للحكام من بعدك كل يقوم بهدمه وإعادة بناءه مرة أخرى⁽¹⁾.

وتغير الزمن له تأثير في الأحكام، فالنبي - صلى الله عليه وسلم - قال: « هَيِّئُكُمْ عَنْ زِيَارَةِ الْقُبُورِ فَزُورُوهَا، وَهَيِّئُكُمْ عَنْ حُومِ الْأَصْحَابِ فَوْقَ ثَلَاثِ، فَأَمْسِكُوا مَا بَدَأَ لَكُمْ، وَهَيِّئُكُمْ عَنِ النَّبِيدِ إِلَّا فِي سِقَاءٍ، فَاشْرَبُوا

(1) انظر أبو الوليد محمد بن عبد الله الغساني المكي المعروف بالأزرقي، أخبار مكة وما جاء فيها من الآثار، تحقق: رشدي الصالح ملخص، الناشر: دار الأندلس للنشر - بيروت، لبنان، 204 / 1.

في الأَسْقِيَّة كُلِّهَا، وَلَا تَشْرَبُوا مُسْكِرًا»⁽¹⁾. ففي وقت سابق منع النبي - صلى الله عليه وسلم - وكان ذلك في بداية الإسلام، لكن عند تمكن الإيمان من النفوس، وتعمق اليقين القلبي الاعتقادي بمبادئ الإسلام، سمح بزيارتها وبين أنها تذكر الآخر في لفظ آخر للحديث، وكذلك منعه لإذخار لحوم الاضاحي، ثم سماحه بذلك في العام الذي يليه، وكان المنع لأجل من وفد على المدينة المنورة من الفقراء في ذلك العام، ثم العام الذي يليه لم يكن هناك فقراء كثير بالمدينة سمح لهم بإذخار جزء من لحوم الأضحية إن رغبوا في ذلك بحسب منفعتهم ومصحتهم، فهذا الحديث دليل على تغير الفتوى بحسب الحال التي يعيشها المجتمع وما تقتضيه مصلحة المسلمين.

الخاتمة

من خلال ما توصل إليه الباحث من نتائج نبين لكم ما يأتي:

- 1 - منصب الإفتاء منصب خطير يجب أن يتولاه أفضل وأحكم علماء الشريعة في البلد.
- 2 - يجب أن يتحلى من يتصدر للفتوى بالعدالة والتقوى وخشية الله تعالى.
- 3 - أن يكون عالماً متبحراً في فنون العلم المرتبطة بالفتوى عالماً بالعادات والعرف الساري بالبلد.
- 4 - يجب على ولي أمر المسلمين الاهتمام بموضوع الفتوى، وتعيين من تكون له الفتوى في الأنحاء عامة، ويفضل أن يكون مركز أو مؤسسة تضم خيرة علماء الشريعة في البلد، ولا تصدر الفتوى إلا عن طريق المدارس الجماعية منهم لموضوع الفتوى.

5 - زجر من يتعاطى الفتوى وهو ليس أهلاً لذلك بالعقوبة الرادعة.

6 - إقامة مراكز خاصة بتدريب وتأهيل المفتيين في المستقبل.

والحمد لله رب العالمين.

(1) أخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، 2/ 672، حديث رقم 106. (977).

المصادر والمراجع.

- 1- القرآن الكريم رواية حفص عن عاصم.
- 2- ابن القيم، اعلام الموقعين، تحقيق أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي، الناشر: دار ابن الجوزي - السعودية، الطبعة: الثانية، 1421هـ.
- 3- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراي، أنوار البروق في أنواء الفروق، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- 4- أبو الوليد محمد بن عبد الله الغساني المكي المعروف بالأزرق، أخبار مكة وما جاء فيها من الآثار، تحقيق: رشدي الصالح ملحس، الناشر: دار الأندلس للنشر - بيروت، لبنان.
- 5- أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي، الفقيه والمتفقه، تحقيق أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي، الناشر: دار ابن الجوزي - السعودية، الطبعة: الثانية، 1421هـ.
- 6- أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م.
- 7- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، تحقيق: بسام عبد الوهاب الجابي، الناشر: دار الفكر - دمشق، الطبعة: الأولى، 1408.
- 8- أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بھرام بن عبد الصمد الدارمي، سنن الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، الناشر: دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1412 هـ - 2000 م.
- 9- تقي الدين أحمد بن علي المقرئ، إمتاع الأسماع بما للنبيء من الأحوال والأموال والحفدة والمتاع، تحقيق محمد عبد الحميد النميسي، دار النشر: دار الكتب العلمية، ط الأولى، 1999/1420م.

- 10- عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، الملقب بإمام الحرمين، الاجتهاد (من كتاب التلخيص لإمام الحرمين)، تحقيق: د. عبد الحميد أبو زيد، الناشر: دار القلم، دار العلوم الثقافية - دمشق، بيروت، الطبعة: الأولى، 1408هـ.
- 11- عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، تقي الدين المعروف بابن الصلاح، أدب المفتي والمستفتي، تحقيق: د. موفق عبد الله عبد القادر، الناشر: مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، الطبعة: الثانية - 1423هـ - 2002م.
- 12- عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن يحيى السبتي، التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، تحقيق: الدكتور محمد الوثيق، الدكتور عبد النعيم حميتي، الناشر: دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1432هـ - 2011م.
- 13- محمد بن علي الطيب أبو الحسين البصري المعتزلي. المعتمد في أصول الفقه، تحقيق خليل الميس، الطبعة: الأولى، 1403هـ، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت.
- 14- محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - 1414هـ.
- 15- محمد سلام مذكور، المدخل لفقهِ الإسلامِي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط/ بلا رقم، سنة 2005م.
- 16- محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، الناشر: دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان 1407هـ - 1986م)، الطبعة: الأولى، 1424هـ - 2003م.
- 17- مسلم بن الحجاج في صحيحه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- 18- الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الطبعة: (من 1404 - 1427هـ).

المنتج المُشتمل على الكحول وحكمه الشرعي دراسة تطبيقية معاصرة

د. عبد السلام محمد العكاشي
كلية الآداب / جامعة الخمس

المقدمة:

الحمدُ لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد النبي الكريم، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعده..

فإن استعمال الكحول بإدخاله في بعض الصناعات من المسائل المهمة التي تحتاج إلى التوقف عندها وبجنتها، والحكم الشرعي عليها، كما ينبغي أن تُطرق هذه المسألة باستمرار؛ وذلك بسبب التوسّع في عالم الصناعة، وما يرافقه من زيادة الواردات من الصناعات، وأيضا لا ننسَ الزيادة المفرطة في الاستهلاك.

هذه الأسباب . وغيرها . هي التي دفعتني لبحث هذه المسألة من خلال هذه الورقات المتواضعة.

ومن أهداف هذه الورقة تحديد العلاقة بين مصطلح الكحول والخمر، فهل هما بمعنى واحد أم أن بينهما فرقا؟، وبناءً على الفرق بينهما تُخرج من دائرة هذا البحث الخمر التي ورد النصّ بتحريمها، والتي تعتمد على نوع واحد من أنواع الكحول وهو (الإيثيلي)، وتبقى باقي أنواع الكحول محلّ نظر هذا البحث.

أيضا من أهداف هذه الدراسة البحث في بعض التطبيقات المعاصرة لاستعمال الكحول في الصناعات المختلفة الغذائية والدوائية والتجميلية والطبية. ومحاولة معرفة نوع الكحول المستعمل وطريقة دخوله ونسبته، ثم حكمه الشرعي.

ولهذا رأيت أن تكون هذه الدراسة في مبحثين: نظري وتطبيقي، وجاء في كل منهما عدة مطالب. وجميعها اخترت لها عنوان: (المنتج المُشتمل على الكحول وحكمه الشرعي . دراسة تطبيقية معاصرة). فالله أسأل أن أكون قد وُفِّقت فيما قصدتُ، وأسأله العفو والصفح على الخطأ والزلل. كما أسأله الفتح والتيسير وقبول الطاعات.. إنّه وليّ ذلك ونعم النصير.

المبحث الأول: (النظري)

لا شك أن الكحول . وتحديد الأيثيلي منه . هو روح الخمر، وهو المادة الأساسية المسيّبة في إذهاب العقل وإحداث السكر، وأما باقي مركبات الخمر فهي عبارة عن ملوّّات ومنكّهات وروائح وغيرها. وإذا كان الكحول يشترك مع الخمر في حكم تحريم قليله وكثيره . وذلك لا تحاديهما في العلة . وهي الإسكار . إلا أنّهما يختلفان في بعض الوجوه كاختلافهما في المصدر والاستعمال وغير ذلك، ولهذا أتناول حكم الكحول منفرداً عن الخمر لبيان حقيقته بدقّة أكثر، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: حقيقة الكحول ومصادره

الكحول اسمٌ عامٌ يطلق على جملة من المركّبات الكيميائيّة لها خصائص متشابهة مكوّنة من ذرّات الهيدروجين والكربون.

والتسمية العلميّة للكحول هي العوّل، ولذلك يعرف الكيميائيّون الخمور إجمالاً بأنّها: الأشربة التي بها كميّة من الكحول.

ومعنى لفظ العوّل في اللّغة: هو ما ينشأ عن الخمر من صداع وسكر، وقد نفى ربّنا سبحانه وتعالى . العوّل عن خمر الجنّة حينما قال: ﴿لَا فِيهَا عَوُّلٌ وَلَا هُمْ عَنْهَا يُنْزَفُونَ﴾⁽¹⁾، أي لا تذهب عقولهم بشرها⁽²⁾.

ويحدّد أهل الاختصاص مفهوم لفظ الكحول بأنّه: اسمٌ عامٌ يطلق على جملة من المركّبات الكيميائيّة لها خصائص متشابهة مكوّنة من ذرّة الهيدروجين والكربون "الفحم" وآخرها مجموعة هيدروكسيّية، أي ذرّتي أوكسجين وهيدروجين (Hydroxyl Group (OH) وهذه المركّبات تدعى العوّلات أو الأوغوال⁽³⁾.

وبشكل أدقّ يعرف الكيميائيّون مصطلح الكحول بأنّه: "مركّب عضويّ يحتوي على مجموعة الكيل (ALKYL) المرتبطة بمجموعة الهيدروكسيل "OH" كمجموعة فعّالة"⁽⁴⁾.

(1) الصفات الآية: 47

(2) ينظر: الجامع لأحكام القرآن الجامع لأحكام القرآن 30/3 لأبي عبد الله أحمد بن محمد القرطبي . مؤسسة الرسالة . ط: الأولى

(3) ينظر: الخمر بين الطّبّ والفقّه ص: 17 ل محمد علي البار . دار الشروق مجدّة . ط: بلا

(4) ينظر: أعمال الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، بحث للدكتور عبد الله محمّد عبد الله بعنوان: (الأدوية المشتعلة على الكحول والمخدرات).

وعلى هذا فإنَّ المركَّب الكحوليَّ يتألَّف من الناحية الكيميائية من جذر عضويٍّ يرمز له بالرمز (R) يتَّحد مع وظيفة كحوليةٍ يرمز لها بالرمز (OH) وبناءً على ذلك فإنَّ الصيغة الكيميائية الإجمالية للمركَّبات الكحولية هي: (R.OH) (1).

. أمَّا مصادر الكحول فقد عرف الإنسان قديماً هذا المركَّب من خلال ما ينتج عن تخمير الموادِّ السكرية في الموادِّ المستعملة، فقد كان الكحول في الخمر يتكوَّن بواسطة إنزيمات طبيعية موجودة في فطر يسمَّى الخميرة، وهذا الفطر موجودٌ بكثرة في الهواء يقوم بتحويل الموادِّ السكرية الموجودة في الفواكه مثل العنب والرَّطب والتين، والموادِّ النَّشويَّة كالموجودة في الشعير والحنطة والذرة إلى مادَّة كحولية، ويتم ذلك بعمليات بطيئة متتابعة. وبهذه الطريقة التي تعتمد على التَّخمير الذاتي يمكن الحصول على أنواع مختلفة من المشروبات الكحولية المعروفة في يومنا هذا، وما زالت هذه الطريقة في تخمير العصائر موجودة إلى هذا اليوم؛ غير أنَّ هذه الإنزيمات والخمائر بدأت تحضَّر صناعياً وتضاف إلى العصائر بكميَّات ومقادير محسوبة وبطريقة خاصَّة، والنتيجة واحدة وهي مشروبٌ كحوليٌّ مسكِرٌ.

هذا وقد ظهرت طرقٌ جديدةٌ لتحضير بعض أنواع الخمر، منها ما يعرف بالتَّقطير أو المشروبات المقطَّرة، ففي هذه الطريقة تمرَّ المشروبات بعد تخميرها بعمليات تخزين وتقطير وذلك لرفع نسبة العول فيها، وتعتمد هذه الطريقة على أنَّ درجة غليان الكحول تتم قبل غليان الماء؛ فالكحول يغلي ويتبخَّر عند درجة حرارة 78 مغوية بينما لا يتبخَّر الماء حتى تصل درجة حرارته 100 درجة؛ فإذا تبخَّر الكحول عند درجة حرارة 87 والماء لا يزال سائلاً يتطاير الكحول بمفرده إلى أعلى الأنبوبة، وهناك يبرد ويتكثف ثانيةً ويتحوَّل إلى سائل مرَّة أخرى، والنتيجة من عملية التقطير هذه يعدُّ من أقوى الخمر سميَّةً وأشدَّها ضرراً؛ لأنَّه يحتوي على نسبة كبيرة من العول تتراوح من 40 إلى 60% بينما تحتوي المشروبات المخمَّرة تخميراً عادياً عادةً على 6% (2).

المطلب الثاني: أنواع الكحول:

للكحول أنواعٌ تختلف في مصادرها واستعمالها، ومن هذه الأنواع:

1. الكحول الإيثيلي (الإيثانول) وهو سائلٌ طيارٌ ملتهبٌ مسكِرٌ لا لون له، ذو رائحة خفيفة خاصَّة يعرف بها، وطعمه حارقٌ شديدٌ، ويسمَّى روح الخمر (سبريتو) ومن هنا جاءت تسمية الخمر بالمشروبات الروحية، وإذا

(1) ينظر: أعمال الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي ص: 370 (المشروبات الكحولية والمخدرات) بحثٌ للدكتور محمد الهواري

(2) ينظر: فقه الأشربة وحدها ص: 231 ل عبد الوهَّاب عبد السلام طويلة . دار السلام . ط: الأولى

والخمر بين الطبِّ والفقهِ ص: 19

أطلق اسم الكحول فإثماً يقصد به الكحول الإيثيلي، وينتج عادةً من تخمير وتقطير العصارات السكرية الطبيعية كالتمار والحبوب والخضراوات والنباتات السكرية أو التمشوية، وهذا النوع من الكحول هو المادة المسببة للسكر وإذهاب العقل في جميع أصناف الخمر المتخذة للشرب، إلا أن نسبة وجوده تختلف من نوع إلى آخر زيادةً ونقصاناً⁽¹⁾ فتكيزه في المشروبات يتراوح بين 4% كمشروب البيرة وعشرة أضعافه أي حوالي 40% كما في المشروبات المقطرة كالويسكي والفودكا، وقد تتعدى هذه النسبة لتصل إلى 55% كما في مشروب البراندي⁽²⁾. ولا شك أن هذا النوع يدخل في الخمر المحرمة باتفاق الفقهاء لتحقيق علّة التحريم فيه.

ثم ظهر بعد ذلك نوع آخر من الكحول الإيثيلي لا يستخرج من عصير الفواكه المتخمرة ولا يحضّر عن طريق التخمير الطبيعي وإنما يحضّر كيميائياً وذلك عبر إجراء تفاعلات كيميائية، وهذا النوع يحضّر من غاز الإيثان الموجود في غازات البترول بعد هدرجته، وغاز الإيثان هو عبارة عن ذرتين من الكربون وست ذرات من الهيدروجين، فإذا استبدلت ذرة الهيدروجين الأخيرة بمجموعة هيدروكسيلية عندها يتكوّن الكحول الإيثيلي.

وهذا النوع وإن كان من زمرة الكحول الإيثيلي (المسكر) إلا أنه يختلف عنه من بعض الجوانب، فهو يختلف عنه من حيث المصدر ومن حيث طريقة التحضير وكذلك من حيث دواعي الاستعمال؛ فهذا الأخير يحضّر لأغراض صيدلانية، وإذابة بعض المستخلصات النباتية والعطرية، وأغراض التعقيم، ولا يمكن استعماله في الشرب؛ لأنه أقرب إلى السميّة منه إلى الحمريّة؛ فإذا تناوله إنسان بكمية كبيرة تسبّب في تسمّمه⁽³⁾.

2 الكحول الميثيلي (الميثانول): وهو مركّب كحوليّ بسيط يهياً من تقطير الخشب مثل خشب الزان ولهذا يطلق عليه كحول الخشب، ويحضّر هذا النوع أيضاً من البترول وغازاته، وقد جاءت تسميته بالميثيلي لأن أصله من غاز الميثان الذي يحوّل إلى غاز الإيثان، فإنه وإن سمّي هذا النوع إيثيلياً إلا أنه في الأصل ميثيلي، وهو سامّ قابلٌ للاحتراق والاختلاط مع الماء، وهو كما يقطر من الخشب يمكن تحضيره كيميائياً بطرق كثيرة أشهرها هدرجة غاز أول أكسيد الكربون تحت ضغط شديد وحرارة منخفضة، فإذا كان صافياً فهو سائلٌ ملتهبٌ عديم اللون ويمتزج كثيراً مع الماء، ويعتبر من المذيبات العضوية الممتازة، وتناوله وإن كان يؤدي إلى السكر إلا أنه سامّ جداً

(1) ينظر: مواد نجسة في الغذاء والدواء ص: 50. بحث فقهيّ مقارن ل عبد الفتاح محمود إدريس. دار النشر: بلا. ط: الأولى

(2) ينظر: الخمر في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة. ل فكري أحمد عكاز. شركة مكتبات عكاظ للنشر والتوزيع. جدة

(3) ينظر: أعمال الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي ص: 256 وما بعدها (الكحول والمخدرات والمبتهات في الغذاء والدواء)

بحث للدكتور محمد علي البار، وينظر: المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء ص: 47

فهو يتحوّل في بدن متناوله إلى مركّبات تسبّب اضطراباً في الرؤية وقد تؤدّي أحياناً إلى العمى، كما أنّ تناوُل مقدار 30 إلى 100 مل قد يؤدّي إلى الوفاة⁽¹⁾.

وبما أنّ هذا النوع يعتبر من أفضل المذيبات الطيارة عديمة اللون والرائحة فهو يدخل ضمن مستحضرات العطور كالكولونيا لإذابة ما فيها من الزيوت، وبما أنّه سريع التطاير فإنّه لا يبقى له أثر على الأسطح والأجسام المستعمل فيها استعمالاً خارجياً، بالإضافة إلى ذلك فإنّه لا تأثير له على جلد مستعمل هذه العطور بل على العكس فهو يعيّمه، كذلك يستخدم هذا النوع من الكحول في التعقيم في المجال الطبيّ لما له من قوّة على قتل الجراثيم والميكروبات التي قد تكون على الجروح، كما يستخدم هذا النوع من الكحول كوقود لبعض أنواع المحرّكات القويّة كمحرّكات الطائرات.

المطلب الثالث: حكم الكحول من حيث الطهارة والنجاسة:

إنّ ما قيل في الخلاف في طهارة الخمر ونجاستها يمكن أن يقال هنا في الكحول وذلك للعلاقة بين الخمر وأنواع الكحول التي ذكرت، ومعلوم أنّ للفقهاء في هذه المسألة مذهبين: أنّها طاهرة، والثاني: أنّها نجسة. وقد ورد أن من أسباب اختلافهم هو تفسيرهم لمعنى الرّجس الوارد في الآية الكريمة⁽²⁾، هل هو الرّجس الحسيّ أم الحكميّ؟

هذا في الخمر التي نهى الشارع عنها، والواردة في الآية الكريمة والمتمثلة في الكحول الإيثيليّ الذي هو روحها، وهي التي تتخذ للشرب وهو أعظم مقصودها، وهي المحرّمة لإسكارها، ولأنّ كثيرها مسكّر فقليلها محرّم. ولكن هل ينسحب هذا الاختلاف في الطهارة والنجاسة على الأنواع الأخرى من الكحول التي تختلف عن الخمر من بعض الوجوه، وذلك من جهة أنّ بعضها يحضّر صناعياً من مصادر غير مصادر الخمر الطبيعيّة ولأغراض غير الشرب، وذلك كما في النوع الثاني من الكحول. أقصد الكحول الميثيليّ. فمثل هذه الأصناف لا تتخذ للشرب بل قد تؤدّي بشاربها غالباً إلى الوفاة وذلك لقوّة سمّيّتها على الرغم من وجود علّة الإسكار فيها حتى أنّ البعض يعدّها من زمرة السّموم لا من المسكرات، والذي يظهر عند النّظر في أوجه الاختلاف في المصادر وطرق التحضير والأغراض المستعملة فيها يجعل ترجيح القول بالطهارة أقرب في مثل هذه الأصناف خاصّةً وأنّه

(1) ينظر: أعمال الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي ص: 370 (المشروبات الكحولية والمخدرات) بحث للدكتور محمد الهواري

(2) في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾. المادة الآية: 90.

لا يمكن اتخاذها للشرب وإن وجدت فيها علة الإسكار، وعلى كل حال فمسألة نجاسة الخمر وطهارتها مسألة خلافية.

يؤيد هذا ما جاء في توصيات الندوة الفقهية الطبية الثامنة للعلوم الطبية المنعقدة بالكويت: «أن مادة الكحول سواء؛ كان الكحول صرفاً أم مخففاً بالماء ترجيحاً للقول بأن نجاسة الخمر وسائر المسكرات معنوية غير حسية، لا اعتبارها رجس من عمل الشيطان، وعليه فلا حرج شرعاً في استخدام الكحول طبيًا كمطهر للجلد والجروح والأدوات، وقاتل للجراثيم، أو استعمال الروائح العطرية (ماء الكولونيا) التي تستخدم الكحول فيها كمذيب للمواد الطيارة، أو استخدام الكريمات التي يدخل الكحول فيها، ولا ينطبق ذلك على الخمر حرمة الانتفاع بها»⁽¹⁾.

هذا وتظهر ثمرة الاختلاف كذلك في طهارة مثل هذا النوع عند استعمالها استعمالاً خارجياً في مسائل كثيرة ترجع إلى أبواب العبادات، كمسألة طهارة بدن وثوب المصلي وحكم صلاته، فمن صلى وهو يعلم أن في ثوبه أو بدنه أثر عطر كولونيا مثلاً وقد دخل في تركيبه الكحول فحكم صلاته مترتب على طهارة الكحول ونجاسته⁽²⁾.

المطلب الرابع: حكم الانتفاع بالكحول ومشتقاته:

مسألة الانتفاع من الكحول وما دخل فيه. وذلك في مختلف مجالات الحياة. مسألة قديمة، فقد وردت في مواضع كثيرة في أقوال الفقهاء.

وتناولهم لهذه المسألة يرجع إلى أصل واحد وهو حكم الانتفاع من الخمر والتي صرحت الأدلة بتحريمها رغم الاختلاف بينهم. على التفصيل السابق. في بعض الجوانب كالطهارة والنجاسة.

وأيضاً فالعلماء قد ربطوا مسألة الانتفاع بالخمر بوجود علة التحريم. وهي الإسكار من عدمه. عند التأصيل لهذه المسألة، ومن هؤلاء الإمام القرابي حيث يقول: "تحريم الخمر معلل بالإسكار، فمتى زال الإسكار زال التحريم وثبت الإذن وجاز أكلها وشربها، وعلة إباحة شرب العصير مسألته للعقل وسلامته من المفاسد،

(1) ينظر: مواد نجسة في الغذاء والدواء ص: 49.

(2) يقول الإمام الشنقيطي في أضواء البيان 154/2: "... فالمسكر الذي عمت البلوى اليوم بالتطيب به المعروف في اللسان الدارجي بالكولونيا نجس لا تجوز الصلاة به..."

أقول: هذا يستقيم فيما إذا كان الكحول الداخل في هذه الكولونيا أصله من الخمر المحرمة، أمّا غير ذلك فلا وجه للقول بنجاسته ومنع الصلاة بالثوب الذي مسّته الكولونيا. والله تعالى أعلم.

فعدم هذه المسألة والسلامة علةً لتحرّمه، فظهر أيضاً في هذه المسألة أنّ عدم علة التّحرّم علة الإذن، وعدم علة الإذن علة التّحرّم⁽¹⁾.

وفي هذا المطلبِ أذكر نصوصاً للعلماء تتعلّق بحكم الانتفاع بالخمير في مجالات مختلفة، وذلك على سبيل المثال لا الحصر، وكتمهيد للمبحث التالي المتعلّق بالتطبيقات المعاصرة.

ومن هذه النصوص ما جاء في المبسوط⁽²⁾ قوله: "وإذا طبخ في الخمر ریحانٌ. يقال له سوسنٌ. حتى يأخذ ریحها ثمّ يباع لا یجلّ لأحد أن یدهنّ أو يتطيّب به؛ لأنّه عين الخمر وإن تكلفوا لإذهاب رائحته برائحة شيء آخر غلب عليها...".

وجاء فيه أيضاً:⁽³⁾ "ولا تمتشط المرأة بالخمير في الحمام؛ لأنّها في خطاب تحرّم الشرب كالرجل، وكذلك في وجوب الحدّ عليها عند الشرب، فكذلك من حيث الانتفاع بها من حيث الامتشاط، وذلك شيء يصنعه بعض النساء لأنّه يزيد في ترنيق⁽⁴⁾ الشّعير...".

وجاء في المدوّنة:⁽⁵⁾ "قلت: رأيت النبيذ إذا انتبذته يصلح لي أن أجعل فيه عجيناً أو سويقاً أو ما يشبهه ليشتمد به النبيذ قليلاً أو ليجعل به النبيذ؟ قال: سألت مالكا عنه فأرخص فيه، وقال: لا أرى به بأساً، ثم سألته بعد، فنهى عنه...".

وجاء في المغني:⁽⁶⁾ "وإن ترد في الخمر، أو اصطبغ به، أو طبخ به لحماً فأكل من مرّته فعليه الحدّ؛ لأنّ عين الخمر موجودة، وكذلك إن كتّ به سويقاً فأكله لم يحدّ؛ لأنّ النار أكلت أجزاء الخمر فلم يبق إلا أثره...". وفي الانتفاع بها في العلاج يقول في المغني أيضاً:⁽⁷⁾ "وإن احتقن بالخمير لم يحدّ؛ لأنّه ليس بشرب ولا أكل، ولأنّه لم يصل إلى حلّقه، فأشبه ما لو داوى به جرحه، وإن استعط⁽⁸⁾ فعليه الحدّ لأنّه أوصله إلى باطنه من حلّقه، ولذلك نشر الحرمة في الرّضاع دون الحقنة...".

(1) ينظر: الفروق/2/66 أو أنواء البروق في أنواء الفروق. لأبي العباس أحمد بن إدريس القرافي. دار الكتب العلمية. ط: الأولى.

(2) ينظر: المبسوط للرخسي 21/24. المبسوط لشمس الدين السرخسي. دار المعرفة بيروت. ط: بلا

(3) ينظر: 21/24.

(4) أي تصفيته، وهو من الأضداد. ينظر لسان العرب 126/10

(5) ينظر: 523/4

(6) ينظر: 498/12

(7) ينظر: المصد نفسه

(8) أي أدخل الخمر من أنفه، ينظر لسان العرب 314/7

وجاء في معني المحتاج: (1) "... يجوز التداوي بها أي بالقدر الذي لا يسكر كبقية النجاسات، ويجوز شربها لإساعة اللقمة بها، وقيل: يجوز التداوي بها دون العطش، قيل: عكسه، وشربها لدفع الجوع كشرها لدفع العطش..."

المبحث الثالث: التطبيقات المعاصرة للانتفاع بالكحول وحكم بيعه

المطلب الأول: الانتفاع المعاصر للكحول:

أولاً - وقبل الدخول في مطالب هذا المبحث - ينبغي الإشارة إلى شيء معين وهو أنه عندما نتكلم عن الكحول فإنما نتكلم عن المادة الأساسية للخمر وهي المسئولة عن الإسكار فيه، ذلك لأن الخمر تتكون من مواد أخرى غير الكحول، ولذلك لا يمكن أن نطلق اسم الكحول على الخمر إلا على سبيل المجاز أو الاستعمال المؤقت للفظ فقط، وإلا فالكحول غير الخمر (2).

أما بالنسبة للتطبيقات المعاصرة فهناك الكثير من وجوه الانتفاع من الكحول والتي انتشرت في وقتنا الحاضر من هذه المادة، فقد أضحت مادة الكحول تدخل في كثير من الصناعات الغذائية والدوائية والتجميلية التي يستعملها الإنسان المسلم في حياته اليومية، وهذا الانتشار الواسع جعل المسلم اليوم في حيرة من أمره عند شرائه لهذه المنتجات، خاصة وأن أغلبها يفد من بلاد غير المسلمين ممن يستحل أهلها شرب الخمر.

والمنتجات التي يدخل فيها الكحول اليوم كثيرة جداً لا يمكن في هذا المقام حصرها، ولكن أذكر بعضاً

منها على سبيل المثال عبر تقسيمها إلى مجموعات بناءً على استعمالها، وهي كالتالي:

1. في مجال الصناعات الغذائية:

يقول أحد المتخصصين في هذا المجال - وهو يعد بعض استعمالات الكحول (3) -: "ينتج الكحول عادةً

بكميات صغيرة في سياق إنتاج العديد من الأطعمة كالعجين المخمر ومنتجات الألبان المخمرة، ولا تكاد كمية

(1) ينظر: 247/4

(2) فالخمر هي مشروبات احتوت على نسبة معينة من الكحول وتم تقطيرها، والمركب الرئيس فيها هو الكحول الإيثيلي أو الإيثانول، والمادة المسكرة هي الكحول الأحادي والتي هي من مشتقات الفحوم الهيدروجينية، حيث يمكن إجراء تعديل كيميائي على هذه المشتقات بأن تُستبدل ذرة الهيدروجين منها بمركب كيميائي يشتمل على الهيدروجين والأكسجين بنسبة تختلف عن نسبتها في الماء، وبذلك يتحول إلى مادة أخرى تُسمى الكحول، فإذا استبدلت منه ذرة واحدة يُسمى الكحول الأحادي، وإذا استبدلت منه ذرتان يُسمى الثنائي وهكذا... فالكحول الثنائي وما بعده ليس فيه سُم وتظهر فيه حلاوة كحلاوة السكر، وليس فيه إسكار أصلاً، أما الكحول الأحادي فخفيف السُم، وهو الذي ينشأ منه الإسكار ويشتمل على الفحم، وكلما ازداد فيه الفحم زادت سُميته. ينظر الرابط: <http://www.alhaydari.com>

(3) وهو الدكتور محمد الهواري، ينظر: بحثه (المشروبات الكحولية والمخدرات) نُشر ضمن أعمال الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي. وينظر كذلك: مواد نجسة في الغذاء والدواء ص: 54 بتصرف قليل

الكحول الناتجة في هذه الحالات تزيد على 5,5% كما أنّ مختلف عصائر الفواكه تحتوي على كمية من الكحول تصل إلى نفس النسبة، ولكنها تُعتبر مشروبات غير مسكرة اللهم إلا عصير العنب التي قد تصل فيه نسبة الكحول إلى 1% ومع ذلك فهو شراب غير مسكر، ويضاف الكحول أيضاً إلى مجموعة من الأطعمة والأشربة لإكسابها نكهةً معيّنة ومذاقاً مميّزاً يستسيغه المستهلك، وتضاف بعض المسكرات القويّة . كالروم وبراندي الكرز والكونياك وما إلى ذلك . إلى الموادّ الغذائيّة مثل المثلجات (الآيس كريم) وأنواع أخرى من الحلوى والعصائر وما شابهها، كما يتمّ حشو أنواع من الشوكولاتة والفواكه بالموادّ المسكرة والمشروبات غير الكحولية، كما تضاف أنواع الكحول القويّة والضعيفة إلى اللحوم وأطعمة البحر وغيرها من الأطباق أثناء الطهي أو القلي، وأثناء إعداد أنواع أخرى من الطعام..."

2. في مجال الصناعات التجميلية:

يدخل الكحول في تحضير الكثير من الموادّ التجميلية، ومن تلك الاستعمالات: . يُستخدم الكحول في تحضير أنواع كثيرة من العطور كعطر الكولونيا، وذلك كمذيب للزيوت العطرية، وهو في الوقت نفسه عاملٌ مساعدٌ لانتشار شذى هذه العطور؛ لأنه سريع التطاير وعديم اللون والرائحة. كذلك يدخل في معاجين وكريمات الحلاقة التي تُستعمل قبل وبعد الحلاقة، وذلك لغرض تجفيف العرق، والتخفيف من انتصاب الشعر قبل الحلاقة، وتخفيف الشعور بالتوتر، وإزالة الألم وتطهير الجروح. كما يدخل في تحضير بعض أنواع صبغات الشعر، وكذلك في بعض أنواع الشامبو⁽¹⁾.

3. في مجال الصناعات الدوائية:

كثيرة هي استعمالات الكحول في الصناعات الطبية والصيدلانية، ومن هذه الاستخدامات: . يستخدم الكحول في تحضير بعض الموادّ المطهرة والقاتلة للجراثيم مثل صبغة اليود. كما يستخدم الكحول لإذابة بعض الموادّ الفعالة في بعض المستحضرات الصيدلانية . والتي لا تذوب في الماء . مثل خلاصات وصبغات النباتات الطبية. . للكحول طعمٌ خاصٌ يستخدم مع بعض الموادّ غير المستساغة لإكسابها طعماً مقبولاً عند المريض.

(1) ينظر: المصادر السابقة، والانتفاع بالأعيان المحرمة ص: 152. لـ جمانة محمد عبد الرزاق أبو زيد . دار النفائس . ط: الأولى

. ثبت أن بعض الشركات الصيدلانية تستخدم الكحول في المستحضرات الدوائية الخاصة بالأطفال بنسب عالية وذلك كعامل مهدئ ومساعد للنوم.

. هناك استعمال خاص للكحول الإيثيلي وذلك عند حدوث التسمم بالكحول الميثيلي، فيلجأ المختص إلى الغسيل الكلوي، فيتم حقن الكحول الإيثيلي مع مواد أخرى لتخليص الدم من الكحول الميثيلي السام⁽¹⁾.
هذه باختصار بعض التطبيقات المعاصرة للانتفاع من الكحول، والتي يتضح من خلالها أن المنتجات التي تحتوي على هذه المادة أصبحت تلازم الإنسان وتحيط به من جميع جوانب حياته مما يجعل من الصعب عليه التخلص والاستغناء عنها، ولعل هذا هو مكن الإبتلاء والاختبار للإنسان المسلم!
فإذا كانت هذه الاستخدامات بهذه الكثرة والانتشار والتنوع، فما حكم هذا الانتفاع من الناحية الشرعية؟ وما حكم بيع هذه المنتجات؟ خاصة وأنه أصبح من السهل التعرف على احتوائها على نسبة كحول أم لا. وهذا ما سأبيته. بعون الله. في المطلب الآتي.

المطلب الثاني: حكم الانتفاع بما دخل في تركيبه الكحول وحكم بيعه

أولاً: وقبل الحكم على الانتفاع من هذه المنتجات وبيعها. وبما أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره. يمكن أن نتعرف على بعض جوانب هذا الانتفاع، وذلك من خلال صياغة بعض الأسئلة ثم الإجابة عليها وبالتالي الحكم الشرعي عليها بناءً على ذلك، وهي كالتالي:

س: ما هي نسبة الكحول الداخلة في هذه المنتجات؟ وهل يحصل بتناولها الإسكار؟

وإجابة على هذا السؤال يقول أهل الاختصاص: «إن نسبة الكحول الداخلة في المواد الغذائية والدوائية هي نسب ضئيلة جداً بحيث لا ينتج عنها أي نوع من الإسكار، فلكي تحدث هذه المواد السكر يجب استخدامها بكميات كبيرة، وإذا شرب الإنسان كمية كبيرة مثلاً من الكوكاكولا فإنه لا يحدث له أي نوع من الإسكار، كذلك إذا شرب المريض كمية كبيرة من دواء يحوي نسبة كحول لا يسكر، بل إنه يفارق الحياة بالتسمم الدوائي قبل أن يبلغ نشوة السكر»⁽²⁾.

(1) ينظر: (المشروبات الكحولية والمخدرات) بحث للدكتور محمد الهواري ضمن أبحاث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي
(2) ينظر: (الأدوية المشتعلة على الكحول والمخدرات) بحث للدكتور أحمد رجائي الجندي، منشور ضمن أعمال الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي

وعلى هذا فلا ينطبق عليه قوله ﷺ: «ما أسكر قليله فكثيره حرام»⁽¹⁾.

وأيضاً فإنّ هذا الصنّف من هذه المصنوعات خاضعٌ لنظرية الإستحالة والاستهلاك الذي هو ضربٌ منها،⁽²⁾ فعند القائلين بهذه النظرية فهذه النّسب الضئيلة من الكحول عند إضافتها إلى ماء أو مائع كثير طاهر غالب عليها فإنّها تستهلك فيه، ولا يبقى لها أثرٌ من لون أو طعم أو رائحة، فيذهب عنها الاستهلاك صفة النجاسة والحرمة شرعاً.

وهذا ما نصّت عليه توصيات الندوة الفقهيّة الطيّبة التاسعة المنعقدة بالدار البيضاء في يونيو سنة 1997م، حيث جاء فيها: "إنّ الموادّ الإضافيّة في الغذاء والدواء التي لها أصلٌ نجسٌ أو محرّمٌ تنقلب إلى موادّ مباحة شرعاً بإحدى طريقتين: أ. الاستحالة، ب. الاستهلاك، ويكون ذلك بامتزاج مادّة محرّمة أو نجسة بمادّة أخرى طاهرة حلال غالبية، ممّا يذهب عنها صفة النجاسة والحرمة شرعاً إذا زالت صفات ذلك المخالط المغلوب من الطعم واللون والرائحة بحيث يصير المغلوب مستهلكاً بالغالب، يكون الحكم للغالب، ومثال ذلك: المركّبات الإضافيّة التي تستعمل من محلوها في الكحول كمّيّة قليلة جداً في الغذاء والدواء كالمملّونات والحافظات والمستحلبات..."⁽³⁾.

وبناءً على هذا وعلى القول بنظرية الإستحالة يكون الحكم هو جواز الانتفاع بمثل هذه المنتجات، وجواز بيعها وشرائها. والله أعلم.

س: هل يدخل الكحول كمادّة أساسيّة في هذه الصناعات أم هو عبارة عن مادّة إضافيّة؟

كما يذكر المتخصّصون فإن إضافة هذه النّسب الضئيلة من الكحول للموادّ الغذائيّة ليس أساسياً، وإنّما هو لإذابة بعض الموادّ التي لا تذوب في الماء من مملّونات وحافظات ونكهات وغير ذلك، وذلك كما في تحضير

(1) رواه الترمذي في الجامع ص: 429 أبواب: الأشربة، باب: ما أسكر كثيره فقليله حرام رقم: 1865 وقال عنه: حديث حسنٌ غريب. وأبو داود في السنن ص: 663 كتاب: الأشربة، باب: ما جاء في السكر رقم: 3681. وابن ماجه في السنن ص: 569 كتاب: الأشربة، باب: ما أسكر كثيره فقليله حرام رقم: 3392.

(2) من التعريفات المعاصرة للاستحالة: "أثما عبارة عن انقلاب عين النجاسة وتحولها إلى عين أخرى طبيعياً أو صناعياً (بمعالجة) بحيث تتغيّر خصائص العين كلياً من حيث الاسم والوصف والشكل، ممّا ينتج عنها عينٌ جديدةٌ مختلفةٌ عن العين السابقة" ينظر: الاستحالة وأحكامها في الفقه الإسلامي ص: 86 لـ قذافي عزات الغنائم. دار النفائس. ط: الأولى

(3) ينظر: المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء لحماد. ص: 55

(الكولا) حيث تقوم الشركات المصنّعة لها بإذابة مادّة (الكولا) في الكحول الإيثيليّ؛ لأنّها لا تذوب في الماء، ثمّ تقوم بعد ذلك بإضافة كمّيّات كبيرة من الماء بحيث تكون كمّيّة الكحول مستهلكةً فيها⁽¹⁾.

وكذلك الحال في شراب الميرندا الذي يحتوي على ملوّن (البيتاكاروتين) وعلى عطر البرتقال الطبيعيّ فإنّهما يستعملان بعد إذابتهما في الكحول.

أمّا بالنسبة للدواء فإنّ الكحول يستخدم فيها لإذابة بعض الموادّ الفعّالة في بعض المستحضرات الصيدلانيّة والتي لا تذوب في الماء مثل خلاصات وصبغات النباتات الطيّبة، وإذا لم يستخدم الكحول كمذيب فإنّ الموادّ الفعّالة - وهي في الغالب سامةٌ - يمكن أن تضرّ بمتعاطيها⁽²⁾.

ولحصّر وجوه الانتفاع من الكحول في تحضير الأدوية يقول أحد الباحثين⁽³⁾: «إنّ إضافة الكحول للأدوية الموجودة اليوم على ضربين:

الأول: موادّ قلوئيّة أو دهنيّة تُستعمل كأدوية، ولا بدّ لإذابتها من الكحول، وهذا هو الذي معنا هنا.
الثاني: موادّ يضاف إليها شيءٌ يسيرٌ من الكحول لا لضرورة وإنما لإعطاء الشراب نكهةً خاصّةً ومذاقاً خاصاً... وهذا سيأتي حكمه.

وبناءً على هذا يمكن الانتفاع من هذه المنتجات الغذائية والدوائية، كما يجوز بيعها لأجل ذلك. والله أعلم.

س: هل هذه المستحضرات تستعمل استعمالاً خارجياً أم داخلياً؟

يختلف استعمال المصنوعات المنتشرة اليوم، فمنها ما يستعمل استعمالاً داخلياً كأدوية المشروبة والعصائر والأغذية، وهذا قد سبق الكلام فيه من حيث إمكانية حدوث الإستحالة، ومن حيث النظر إلى نسبة الكحول الداخلة فيه.

ومن هنا ما يستعمل استعمالاً خارجياً كما في بعض المستحضرات العِطريّة كالكولونيا وغيرها، وبعض المستحضرات الدوائية كالمطهّرات للجروح الخارجيّة مثل السبريتو وصبغة اليود وغير ذلك، ومعلوم أنّ مثل هذه المستحضرات لا علاقة لها بالإسكار، ولا يمكن أن يتوقّع منها ذلك باعتبار استعمالها الخارجيّ حتى ولو كانت

(1) ينظر: (الكحول والمخدّرات والمبّهات في الغذاء والدواء) ص: 282 بحثٌ للدكتور محمّد علي البار نُشر ضمن أعمال الدورة السادسة عشرة

للمجمع الفقهي الإسلاميّ

(2) ينظر: (الأدوية المشتعلة على الكحول والمخدّرات) لأحمد رجائي الجنديّ، مصدر سابق

(3) هو الدكتور محمّد علي البار. ينظر: الخمر بين الطبّ والفقّه ص: 24

نسبة الكحول فيها عالية، وفي هذه الحالة يخضع الحكم على هذه الأنواع لمسألة خلافية بين الفقهاء، وهي نجاسة الكحول وطهارته.

وبناءً عليه يجوز الانتفاع بمثل هذه المستحضرات في الاستعمال الخارجي، وتبقى مسألة وجوب إزالتها متوقفة على اختلاف العلماء في طهارة الكحول ونجاسته.

س: هل يمكن الاستغناء عن هذه المستحضرات ببدائل أخرى؟

لا شك أنه متى أمكن توفير بدائل عن هذه المنتجات خالية من الكحول فإنه يجب التوجه إليها لجواز الانتفاع بها وجواز بيعها.

وهذا - والله الحمد - اليوم كثير، ففي مجال الصناعات الدوائية تتوجه اليوم الكثير من الشركات المصنعة لها لإيجاد بدائل عن تلك الأدوية المشتمة على الكحول وذلك للحد من استعمال هذه المادة، وخاصة في أدوية الأطفال والنساء الحوامل وغير ذلك للحماية من الأضرار المتوقعة منها.

كذلك الحال في مجال الصناعات الغذائية، فالثورة الصناعية اليوم كما أنتجت لنا منتجات مشتمة على الكحول أنتجت لنا في المقابل منتجات خالية من هذه المادة.

ولهذا من الأحوط والأفضل للإنسان المسلم الابتعاد عن ما دخلت فيه هذه المادة، وعدم الانتفاع به وعدم بيعه؛ لما في ذلك من اتقاء للشبهات، وخاصة في عالم اليوم الذي اختلطت فيه المنتجات وجعلت - في الغالب - مصادر تحضيرها.

وأيضاً فإن جواز بيع هذه المنتجات والانتفاع بها مقيّد بقيود سبق ذكرها، والآن وفي ظل الانتشار الواسع في الصناعة، والتعدد في مصادر المصنوعات أصبح من الصعب على الإنسان المسلم التأكد من أن بعض المنتجات الموجودة في السوق متوفرة فيها شروط جواز الانتفاع والبيع، فالإحتياط اليوم أصبح ضرورياً أكثر من ذي قبل؛ وخاصة عند من يقيمون في بلاد غير المسلمين، فعلى كل مسلم يخاف على دينه أخذ الإحتياط ما أمكن له ذلك، والاجتهاد في توفير بدائل خالية من هذه المواد قدر الإمكان.

هذا كله فيما إذا كانت المادة المضافة إلى كل هذه المنتجات هي الكحول الذي هو أحد مركبات الخمر، أمّا إذا كان المضاف هي الخمر نفسها وهي تلك المادة الناتجة عن تخمر مجموعة من السكريات⁽¹⁾ والتي ورد النص بتحريمها فلا يجوز الانتفاع بما دخلت فيه من المنتجات سواء كان القدر المضاف قليلاً أم كثيراً، أساسياً أم

(1) ينظر: الفرق بين الكحول والخمر في المبحث النظري من هذا البحث.

إضافياً، استعماله خارجيٌّ أم داخليٌّ، فحرمة الإنتفاع بالخمير من المسائل المتَّفَقِ عليها بين العلماء، ومثال ذلك ما يذكره بعض المختصِّين أنَّه في بعض الأحيان تضاف بعض المسكراتِ القويَّة كـ(الروم وبراندي الكرز والكونياك) إلى بعض الموادِّ الغذائيَّة كالمثلَّجاتِ، وأنواع من الحلوى، وحشوِّ بعض أنواع الشوكولاتة ممَّا يجعل الكشف عنها ممكناً وبسهولة⁽¹⁾.

وقد جاء في توصيَّات ندوة الموادِّ المحرَّمة والنجسة في الغذاء والدواء المنعقدة في الكويت بإشراف المنظمة الإسلاميَّة للعلوم الطبيَّة ما يلي:

«لا يجوز تناول الموادِّ الغذائيَّة التي تحتوي على نسبة من الخمر مهما تكن ضئيلة لا سيَّما الشائعة في البلاد العربيَّة كـبعض الشوكولاتة، وبعض أنواع المثلَّجات (الآيس كريم - الجيلاي - البوظة) وبعض المشروبات الغازيَّة اعتباراً للأصل الشرعيِّ في أنَّ ما أسكر كثيره فقليله حرامٌ، ولعدم قيام موجب شرعيِّ استثنائيٍّ للتَّرخيص بها»⁽²⁾. والله تعالى أعلم.

(1) ينظر: (المشروبات الكحولية والمخدرات) ص: 369 بحثٌ للدكتور محمَّد عبد السلام الهواري منشورٌ ضمن أعمال الدورة السادسة عشرة

للمجمع الفقهي الإسلامي.

(2) ينظر: المصدر نفسه.

خاتمة البحث

- بعد هذا العرض المتواضع لمسألة هذا البحث توصل الباحث للنتائج الآتية:
- . الخمر محرمة باتفاق الفقهاء، جاءت بذلك النصوص الصريحة؛ لأنها تذهب العقل.
 - . كثير الخمر وقليلها في التحريم سواء، فما حُرّم كثيره فقليله حرام.
 - . الكحول الأيثيلي هو المسؤول عن الإسكار وهو روح الخمر المحرمة.
 - . خلاف الفقهاء في طهارة هذا النوع من الكحول هو نفس اختلافهم في طهارة الخمر ونجاستها.
 - . الكحول الميثيلي نوع آخر من أنواع الكحول يختلف عن الإيثيلي في كثير من الجوانب، سواء من حيث مصادره، وكذلك استعماله، وهو سامٌّ يؤدّي تناوله للموت غالباً.
 - . يدخل الكحول . بأنواعه . في العديد من أنواع الصناعات: الغذائية والدوائية والتجميلية.
 - . الحكم على استعمالات الكحول المختلفة متوقفٌ على معرفة عدة أمور منها: نوع الكحول المستخدم .
 - . وجود علة الإسكار فيه من عدمها . نسبة الكحول المستعملة . ما يحدث له من تغيير بعد المراحل التصنيعية .
 - . استعمال المنتج داخلي أم خارجي؟ . وجود بدائل لهذا النوع من هذه المنتجات .
 - . وعلى كل حال فيجب على المسلم الاحتياط في استهلاك المنتجات المشتملة على أنواع الكحول، وخاصة عند وجود بدائل لهذه المنتجات، فالأفضل استعمال هذه البدائل أخذاً بمبدأ الاحتياط . والله تعالى أعلم .

المصادر والمراجع

1. القرآن الكريم برواية قالون عن نافع.
2. الاستحالة وأحكامها في الفقه الإسلامي . قدافي عزت الغنائم . دار النفائس . ط: الأولى 1428هـ 2008م.
3. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن . محمد الأمين بن محمد الجكني الشنقيطي . دار عالم الفوائد . ط: بلا
4. أعمال وبحوث الدور السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة المنعقدة في الفترة ما بين 21 و26 شوال 1422هـ.
5. الانتفاع بالأعيان المحرمة من الأطعمة والأشربة والألبسة . جمانة محمد عبد الرزاق أبو زيد . دار النفائس . ط: الأولى 1425هـ 2005م.
6. الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان . أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي (ت 671هـ) . تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي . مؤسسة الرسالة . ط: الأولى 1427هـ 2006م.
7. الخمر بين الطب والفقه . للدكتور محمد علي البار . دار الشروق . ط: بلا.
8. الخمر بين الطب والفقه . للدكتور محمد علي البار . دار الشروق . ط: بلا.
9. الخمر في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ص 30. ل فكري أحمد عكاز . شركة مكاتبات عكاظ للنشر والتوزيع . جدة
10. الخمر في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ص 30. ل فكري أحمد عكاز . شركة مكاتبات عكاظ للنشر والتوزيع . جدة.
11. الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق . لأبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي (684هـ) . ومعه إدرار الشروق على أنوار الفروق للإمام أبي القاسم قاسم بن عبد الله ابن الشاط (ت 723هـ) . وبجاشية الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية لشيخ محمد علي المكي المالكي . دار الكتب العلمية بيروت لبنان . ط: الأولى 1418هـ 1998م.
- . فقه الأشربة وحدّها أو حكم الإسلام في المسكرات والمخدرات والتدخين . عبد الوهاب عبد السلام طويلة . دار السلام . ط: الأولى 1406هـ 1986م.
12. لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري . دار صادر بيروت . ط: بلا.

- 13 المبسوط لشمس الدين السرخسي . دار المعرفة بيروت لبنان . ط: بلا.
- 14 المواد المحرمة في الغذاء والدواء بين النظرية والتطبيق . نزيه حماد . دار القلم
- 15 مواد نجسة في الغذاء والدواء بحث فقهي مقارن . للدكتور عبد الفتاح محمود إدريس . ط: الأولى 1417هـ
1997م.

الخطأ المهني والخطأ العادي في نطاق المسؤولية الطبية

أ. وليد محمد الشهري

عضو هيئة تدريس بكلية القانون

جامعة الزاوية

المقدمة

الحمد لله يبرئ المريض من علته وينشر رحمته على عباده، وهو العزيز الحكيم والصلاة والسلام على سيدنا محمد صلى الله عليه - وعلى اله وصحبه - وسلم.

تعتبر مهنة التطبيب من المهن القديمة منذ أن خلُق الإنسان، وهي مهنة هامة ومقدسة يجب الاهتمام بها، وتطويرها، وتطوير العاملين بها، وقد مرت هذه المهنة بمراحل عديدة من التطبيب البدائي إلى ما وصلت إليه من تطور، وما ستصل إليه بفعل البحث العلمي، ويعد العاملون بهذه المهنة كما يقال من الملائكة بما يفترض منهم من رحمة وحب وعمل لانقاذ الانسان وعلاجه مما يعاني من أسقام؛ ولكي لا تتعرض هذه المهنة للإهمال أو التقصير من قبل العاملين بها تدخلت التشريعات العربية، ومن بينها التشريع الليبي في تنظيم هذه المهنة من حيث توزيع مسؤولية الأخطاء الطبية من جهة، وبيان المقصرين والمهملين، وضمان تعويض من لحقهم الضرر بفعل ذلك، وبيان أن الطبيب ليس بمعزل عن المسائلة القانونية، كما يعتقد الكثيرون؛ بل يُسأل كما يسأل غيره، حيث بينت التشريعات المختلفة مسؤولية الطبيب في حال تقصيره أو تقاعسه عن أداء واجبه الإنساني والطبي، كما تحكم الطبيب جملة من القيود الدينية والاخلاقية والانسانية التي تنظم عمل الطبيب.

وقد أخترت هذا الموضوع (الخطأ المهني والخطأ العادي في نطاق المسؤولية الطبية) لما يثار دائماً في المسؤولية الطبية من أن المسؤول فيها هو الطبيب لوحده، وهل يختلف موقف القانون الليبي عن غيره من التشريعات العربية في درجة الخطأ الطبي.

ويطرح البحث عدة أسئلة حول طبيعة التزام الطبيب هل هو دائماً بدل عناية أم تحقيق نتيجة، ومدى مسائلة الطبيب سواء عن الخطأ العادي أم الخطأ الفني، وما مدى الأخذ برأي المجلس الطبي، وخصوصاً بعد صدور حكم المحكمة العليا سنة 2013م؟

• سبب اختيار الموضوع:

لقد اخترت هذا الموضوع ((الخطأ المهني والخطأ العادي في نطاق المسؤولية الطبية لما يثار دائماً في المسؤولية الطبية من أن المسؤول فيها هو الطبيب وحده، وهل يختلف موقف القانون الليبي عن غيره من التشريعات العربية في درجة الخطأ الطبي.

• أهمية البحث:

إن موضوع الخطأ الطبي يتمتع بأهمية عملية في عالم القانون حيث يثير العديد من القضايا أكثر مما يثيره غيره من الأنشطة والمهن، لأن المهنة الطبية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بحياة الانسان وسلامة اعضاء جسمه التي تعتبر مقصداً من مقاصد الشريعة الاسلامية ومقصداً من مقاصد القانون.

• اشكالية البحث:

تتمثل اشكالية البحث في كثرة حدوث الاخطاء الطبية الناتجة عن استخدام الادوات والمعدات والاجهزة المختلفة في العملية الطبية، وقد صدر القانون رقم 17 لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية الذي وضع تنظيمياً خاصاً لها، ولكن هل هذا القانون قد غطى كافة نواحي المسؤولية الطبية بشكل عادل، أم أن هناك نقصاً أو قصوراً فيه؟

• أهداف البحث:

الهدف من هذا البحث هو دراسة وتحليل النصوص المنظمة لأحكام المسؤولية الطبية في القانون الليبي.

• المنهج المتبع:

إن المنهج المتبع في هذا البحث يعتمد على المنهج التحليلي الذي يعد المنهج الاساسي بالنسبة للدراسات القانونية.

• خطة البحث:

مقدمة وتمت الاشارة إليها.

المبحث الأول: ماهية الخطأ الطبي:

المطلب الأول: مفهوم الخطأ المهني.

المطلب الثاني: مفهوم الخطأ العادي.

المبحث الثاني: طبيعة التزام الطبيب

المطلب الأول: التزام الطبيب ببذل عناية.

المطلب الثاني: التزام الطبيب بتحقيق نتيجة.

المبحث الثالث: إثبات الخطأ الطبي.

المطلب الأول: إثبات الخطأ في المسؤولية الطبية.

المطلب الثاني: دور المجلس الطبي في ليبيا في إثبات الخطأ الطبي.

المبحث الأول

ماهية الخطأ الطبي

الخطأ قوام المسؤولية المدنية للطبيب، وعليه يتوقف وجودها، فلا بد من وجود خطأ صادر من الطبيب، ولا بد من إثباته، وإلا انتفت مسؤولية الطبيب، وهذا ما قالت به النظرية التقليدية التي انتهجها التشريع الفرنسي وبعض التشريعات العربية فيشترط لقيام المسؤولية العقدية والتقصيرية توافر ركن الخطأ.

وقد اقتضت خطة الدراسة تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول: مفهوم الخطأ المهني، وفي

المطلب الثاني: نتعرض لمفهوم الخطأ العادي.

المطلب الأول: مفهوم الخطأ المهني

إن الخطأ المهني ((أو الفني)) هو الذي يقع فيه الطبيب لدى مخالفته القواعد الفنية التي توجبها عليه مهنته،

والتي يجب عليه مراعاتها والإمام بها، مثل خطأ الطبيب الجراح أو طبيب التخدير.

ويعتبر الخطأ المهني على درجة من الغموض تجعل من الصعب على القاضي تبيينه دون الاستعانة بأهل الخبرة

— من أعلام مهنة الطب — بسبب دخوله في نطاق المهنة التي يزاولها الطبيب، وعدم تساهل أهل العلم في الأصول

الثابتة التي يعرفونها ولا يتسامحون مع من يجهلها من أهل المهنة أو الفن.⁽¹⁾

(1) - د/حسن زكي الأبرشي - مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن - القاهرة - دار النشر للجامعات المصرية - ص

ولتحديد معنى الخطأ المهني لابد من تحديد بعض الحالات التي يعد فيها الطبيب قد ارتكب فيها خطأ مهنيًا، فمثلاً: إذا تأخر الطبيب عن الحضور إلى المريض الذي استعان به لإجراء العملية، فإنه يكون قد ارتكب خطأ مهنيًا؛ لأن من شأن ذلك أن يفوت عليه الفرصة في الشفاء، فالوقت له قيمة في العمل الطبي، فتقع المسؤولية على الطبيب إلا إذا أثبت الطبيب أنه كان يعالج حالة مرضية أكثر خطورة من حالة المريض الذي دعاه أو إذا أثبت الطبيب وجود قوة قاهرة حالت بينه وبين حضوره للمريض.⁽²⁾

وكذلك يجب على الطبيب عند فحصه للمريض أن يتحاط كثيراً قبل إجراء العملية في حالة التدخل الجراحي، وعند إعطاء العلاج، وذلك بإجراء الفحص الشعاعي، أو التحاليل المعملية المطلوبة حسب حالة المريض، وإذا اختلطت عليه الأمر أو وجد نفسه أمام حالة لا يعرفها، فعليه استشارة طبيب متخصص؛ بل يجب على الطبيب المعالج أن يعيد الفحص حسب رأي الطبيب المختص.

المطلب الثاني: مفهوم الخطأ العادي

يعرف الخطأ العادي بأنه ((ذلك الخطأ الذي يرتكبه الطبيب كلما فاته واجب الحرص المفروض على الكفاءة بعدم الاضرار بالغير⁽¹⁾، أو هو تلك الأخطاء التي يرتكبها أي شخص طبيب أو غير طبيب ولا تتعلق بصفة مهنة الطب، كما يعتبر الخطأ الصادر من الطبيب عادياً إذا ارتكب هذا الطبيب فعلاً ضاراً أثناء مزاولته مهنته ولكنه لا يتصل بها)).⁽²⁾

فمن الملاحظ أن الخطأ العادي يخرج عن ميدان المهنة التي يمارسها الشخص الذي ينسب إليه الخطأ، وهو بذلك يعتبر عمل غير مشروع، ويخضع للقواعد العامة المعمول بها في هذا الشأن، والواقع أن هذا المفهوم لهذا النوع من الخطأ إنما يغنينا عن الاستعانة برأي خبير من الأطباء؛ لكي يبدى رأيه فيما صدر عن الطبيب من فعل موجب للمسئولية.

(2) - إبراهيم حمادي الحلوسى - المسؤولية الطبية - رسالة ماجستير - منشورات الحلبي الحقوقية - ص 24.

(1) - د/محمد حسين منصور - المسؤولية الطبية - المسؤولية المدنية لكل من - الاطباء - الجراحين، أطباء الأسنان - الصيادلة - المستشفيات العامة والخاصة - المرضى والمرضات - كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية - منشأة المعارف بالإسكندرية - ص 140.

(2) - د/ أحمد شرف الدين - مسؤولية الطبيب - مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة - دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي - 1986- ص 23.

ومن أمثلة الخطأ العادي كإهمال في تحذير المريض، ونسيان قطع من الشاش أو الآلات الجراحية في بطن المريض، وكذلك تعرض الطبيب للمريض بالسب والشتم أو الإهانة، أو استخدام الطبيب لأدوات غير معقمة. وما يهمننا في هذا المجال معرفة موقف مشرعنا الليبي، وكيف نظر المشرع الليبي للخطأ الطبي، سواء أكان خطأ عادي، أم خطأ مهني.

وبالنظر إلي قانون المسؤولية الطبية⁽³⁾ في ليبيا وتحديداً في نص المادة الثالثة والعشرون تنص على: ((تترتب المسؤولية الطبية على كل خطأ مهني ناشئ عن ممارسة نشاط طبي يسبب ضرراً للغير، ويعتبر خطأً مهنيًا كل إخلال بالتزام تفرضه التشريعات النافذة أو الأصول العلمية المستقيمة للمهنة، كل ذلك مع مراعاة الظروف المحيطة والامكانيات المتاحة)).

من خلال نص المادة سالفه الذكر يتضح لنا أن المشرع الليبي قد قرن كلمة (الخطأ) في الفقرة الأولى بكلمة (مهني) في الفقرة الثانية، مما قد يبدو للوهلة الأولى أن المشرع الليبي يشترط في الخطأ الطبي أن يكون ذا صفة مهنية، وهذا يعني أن الطبيب لا يُسأل عن أخطائه العادية، غير أننا إذا أمعنا النظر في نص المادة السابقة ((23)) يتبين لنا أن المشرع الليبي لم يقصد التفرقة بين الخطأ المهني والخطأ العادي، فأعتبر كل خطأ يصدر عن الطبيب لا يمكن فصله عن عمله الفني ووصفه بأنه خطأ عادي، لا سيما أن نصوص قانون المسؤولية الطبية جاءت عامة لم تفرق بين الفنيين وغيرهم فكل خطأ يصدر عن العاملين بالمهن الطبية والمهن الطبية المرتبطة بها، هو خطأ مهني، كما أن نصوص قانون المسؤولية الطبية لم تفرق بين الخطأ المهني البسيط والخطأ الجسيم، فالطبيب يسأل عن خطئه أياً كان درجة جسامته ونوعه.

يؤكد ذلك ما ذهب إليه القضاء الليبي في العديد من أحكامه⁽¹⁾، فجاء في أحد أحكام المحكمة العليا قولها: ((من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروط بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة فإذا افترق في اتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسؤولية بحسب تعمدته الفعل، ونتيجته، وتقصيره، وعدم تحرزه في أداء عمله،

(3) - صدر قانون المسؤولية الطبية في ليبيا في 1986.11.24م، ونشر في الجريدة الرسمية العدد الثامن والعشرون السنة الرابعة والعشرون - الموافق 1986.12.31م.

(1) - قضت محكمة الجبل الاخضر في ليبيا - الدائرة الكلية - بتاريخ 1982.5.16م في الدعوى المقيدة بالسجل العام رقم (13م82) على أنه ((وحيث أن الرجل المهني يسأل عن خطئه أياً كان درجة إصابته بغير تفرقة بين خطأ عادي وخطأ مهني سواء كان جسيم أو يسير)) ، أنظر حكم محكمة استئناف بنغازي - الدائرة المدنية الثانية بتاريخ 20031.27م في الاستئناف رقم (276-99).

ولا يهم بعد ذلك أن يكون الخطأ المهني جسيماً أو غير جسيم متى كان تقرير الطبيب الشرعي الذي عول عليه الحكم المطعون فيه قد سلم بوجود هذا الخطأ من جانب الطاعن)). وعلى ضوء ما سبق نجد أن الخطأ الواقع من الطبيب أثناء مزاولته المهنة يسأل عنه ولو كان الخطأ يسيراً أو تافهاً، فالمرجع اللببي اعتبر كل خطأ يصدر عن الطبيب لا يمكن فصله عن عمله الفني ووصفه بأنه خطأ عادي.

المبحث الثاني

طبيعة التزام الطبيب

إن حماية جسم الانسان وسلامته المادية تتضمن حماية حقه في الحياة، وأي مساس أو اعتداء يهدد الحد الأدنى اللازم لاستمرار هذه الحياة يقع تحت طائلة القانون سواء كان ذلك من الناحية المدنية أم الجنائية. لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في المطلب الأول: التزام الطبيب ببذل عناية، وفي المطلب الثاني: التزام الطبيب بتحقيق نتيجة.

المطلب الأول: التزام الطبيب ببذل عناية

يعرف الالتزام بأنه ((حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، ومحل الالتزام يكون ببذل عناية أو تحقيق نتيجة)).⁽²⁾

ويكاد ينعقد اجماع الفقه على أن أصل التزام الطبيب في مواجهة المريض هو التزام عام بالحرص والعناية، وأن لا يلتزم الطبيب بشفاء المريض، إنما يبذل عنايته وحرصه؛ لأن نتيجة شفاء المريض أمر احتمالي غير مؤكد، سواء أوجد الالتزام مصدره في القانون أم في العقد.⁽³⁾

لذلك لا يمكن القول بأن التزام الطبيب اتجاه مريضه هو التزام بتحقيق نتيجة مضمونة وهي شفاء المريض؛ لأن الشافي هو الله سبحانه وتعالى، ولعل اجماع الفقه والقضاء على أن التزام الطبيب تجاه المريض ينحصر في الالتزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، وهو الذي يقرب النتائج المترتبة على الاختلاف في تكييف المسؤولية الطبية.

وبناءً على ذلك سنتعرض للالتزام ببذل عناية وفقاً للآتي:-

(2) - د/عبدالرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - منشأة المعارف بالإسكندرية 2004 ص96.

(3) - د.محسن عبد الحميد ابراهيم البية - خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية - مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة ص118.

الفرع الأول: التزام الطبيب ببذل عناية تتفق والضمير الانساني والمهني.

الفرع الثاني: التزام الطبيب ببذل عناية تتفق والأصول العلمية الثابتة.

الفرع الأول: التزام الطبيب ببذل عناية تتفق والضمير الانساني والمهني

ينبع هذا الالتزام من أدب وشرف مهنة الطب على اعتبار أنها من أسمى المهن التي تتعلق بالنفس البشرية والتي تحضي بالرعاية والاهتمام.

لذا فإن من أولى تلك الآداب أنه عندما يتعهد الطبيب أمام المريض بميعاد معين عليه أن يلتزم بذلك؛ لأن من بديهيات المحافظة على شرف المهنة والاهتمام بالمريض والتعهد بمراعاة المواعيد التي أخذها الطبيب على نفسه. وقد واكب المشرع الليبي النهج السائد حول طبيعة الالتزام الطبي واعتبر الالتزام الطبي التزام ببذل عناية، فقد نصت المادة السابعة من قانون المسؤولية الطبية على أن ((يكون التزام الطبيب في أداء عمله التزاماً ببذل عناية؛ إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك)).

فالعناية اللازمة والمطلوبة من الطبيب تقتضي أن يبذل الطبيب لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق والضمير الإنساني والمهني في علم الطب بعد أن يستمع إلى شكوى المريض، فيحصل منه أو من أهله على كافة المعلومات التي يحتاج إليها، وأن يشرع في فحص المريض فحصاً دقيقاً ملتصقاً بمواضع الألم، متحسساً موطن الداء، ومستعملاً جميع الوسائل التي يضعها العلم تحت تصرفه ليكون رأيه بعيداً عن الغلط قدر الإمكان.⁽¹⁾ وقد عبرت إحدى المحاكم الليبية في حكم لها عن ها المعنى بقولها ((وحيث أنه وباستعراض المحكمة لوقائع الدعوى على النحو السالف بيانه فإن عناصر الخطأ التي توجب المسؤولية الطبية في حق التابعين للمدعى عليهما قد توافرت، والمتمثلة في عدم اتخاذ الطبيب الذي أجرى العملية ومساعديه الحيطة والحذر اللازمين وعدم مراعاة الأصول العلمية في مهنة الطب من حرص ودراية))⁽²⁾.

من خلال الحكم السابق يتبين لنا أن المحكمة لخصت مضمون الالتزام الطبي بما يجب اتخاذه من حيطة وحذر تتفق والأصول العلمية في مهنة الطب، وبالتالي فالإخلال بالالتزام السابق يشكل خطأ طبياً يستوجب المسؤولية الطبية.

(1) حورية عبد السلام المقصبي - المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي - رسالة ماجستير - أكاديمية الدراسات العليا - 2006م ص 179.

(2) - الحكم الصادر عن محكمة بنغازي الابتدائية الدائرة الكلية في الدعوى المقيدة بالسجل العام تحت رقم 1989/526م.

والأساس الذي تبناه المشرع الليبي للقول بأن طبيباً ما لم يتخذ الحيطة والحذر اللازمين هو سلوك الطبيب المعتاد، فيكون القاضي مقيداً في تقرير خطأ الطبيب بسلوك طبيب آخر في نفس المستوى والتخصص مع مراعاة الظروف المحيطة والامكانيات المتاحة.⁽³⁾

ومن المسلم به فقهاً وقضياً أن العمل الطبي في تطور مستمر وكثيراً ما تتشابه الأعراض المرضية وتختلط، فإذا بدل الطبيب عناية تتفق والضمير الإنساني والمهني واتباع أصول مهنته بكل دقة وحذر، فلا تترتب عليه مسؤولية عند الغلط العلمي⁽¹⁾، غير أنه ليس كل غلط يغتفر للطبيب، فالطبيب مسئول عن كل غلط لا يقع فيه طبيب يقظ من مستواه المهني وضع في نفس الظروف الخارجية.

ويحدد التزام الطبيب تجاه مريضه بالقواعد المهنية، وهي تلك القواعد التي تفرضها عليه مهنته وما جرت عليه العادة الطبية في مثل هذه الظروف، فلا يعرض على الطبيب التزام محدد يضمن الشفاء؛ لأن شفاء المريض قد يتوقف على عدة عوامل واعتبارات لا تخضع لسلطات الطبيب، كعامل المناعة، والوراثة، أو إصابة المريض بأمراض أخرى، وقصور العلوم الطبية بجميع هذه الأشياء قد تقف حاجزاً على علاج المريض، ويقتصر دور الطبيب حينئذ على تخفيف الألم.⁽²⁾

الفرع الثاني: التزام الطبيب ببذل عناية تتفق والأصول العلمية الثابتة

من المتفق عليه في الفقه أن القواعد والأصول العلمية الطبية، هي تلك القواعد الأساسية الثابتة والمستقرة والمتعارف عليها نظرياً وعلمياً بين الأطباء التي يجب أن يسلم بها الطبيب وقت قيامه بالعمل الطبي، بحيث أنها لم تعد محلاً للمناقشة بينهم؛ بل أنهم جلهم يسلمون بها ولا يقبلون جدلاً فيها، وبالتالي فهم لا يتسامحون في غير الظروف الاستثنائية مع من يجهلها أو يتخطاها.

وتستلزم العناية الواجبة على الطبيب أن يوجه اهتماماً كافياً نحو متابعة كل جديد في مجال العلوم والفنون الطبية مستهدفاً من ذلك تقديم عناية للمريض تتفق والأصول العلمية الثابتة والمستقرة وتسير في ركاب التطورات الحديثة على صعيد الفنون الطبية المختلفة.

(3) - د/ سعد سالم العسبلي - المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي - منشورات جامعة قارونس - الطبعة الأولى - ص 123.

(1) - د/ حسن زكي الأبرشي - مرجع سابق ص 263.

(2) - د/ عبدالسلام التونجي - المسؤولية المدنية (مسئولية الطبيب في القانون المقارن) الشركة العامة للنشر والتوزيع والإعلان - الطبعة الثانية 1975م

- ص 331.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الليبي تطرق إلى ماهية الأصول العلمية الثابتة في نصوص قانون المسؤولية الطبية، وأشار ضمناً في أكثر من نص إلى ماهية الأصول والقواعد الطبية والفنية واجبة الاتباع، حيث نصت المادة (5) من القانون المذكور على أنه ((يجب على الطبيب توخي الدقة والالتزام بالأصول العلمية المعترف بها من أمانة الصحة)).

ونص في المادة (8) على أنه ((يجب على المحلل والمشخص والمعالج بالأشعة والطاقات الحرارية أو الموجات الكهربية أو ما في حكمها مراعاة الدقة وبذل العناية واتخاذ أسباب الوقاية في أداء العمل، وذلك طبقاً للأصول العلمية)).

وعلى صعيد الاجتهاد القضائي فقد لخصت لنا إحدى المحاكم الليبية⁽³⁾ في حكم لها مضمون الالتزام الطبي والمتمثل في اتخاذ الطبيب الحيطة والحذر المتفقيين مع الأصول العلمية المستقرة في مهنة الطب، حيث جاء فيه ((فإن عناصر الخطأ التي تستوجب المسؤولية الطبية في حق التابعين للمدعي عليهما قد توافرت والمتمثلة في عدم اتخاذ الطبيب الذي أجري العملية ومساعديه الحيطة والحذر اللازمين وعدم مراعاة الأصول العلمية المستقرة في مهنة الطب من حرص ودراية)).

وقد استقر رأي الفقه⁽¹⁾ في ليبيا على أن معيار التزام الطبيب في الأصل هو التزام ببذل عناية وحدده بالتقيد بالأصول العلمية الثانية والمستقرة في مهنة الطب وهو أمر تشير إليه الفقرة 2 من المادة 23 من قانون المسؤولية الطبية الليبي فالإخلال بالالتزام الذي تفرضه التشريعات النافذة أو الأصول العلمية المستقرة لمهنة الطب يعد خطأ مهنيًا يوجب المسؤولية غير أن استقرار الآراء وخاصة في المجال الطبي، أمر نسبي نظراً للتطور المستمر الذي يواكب هذا النوع من العلوم، فما قد يكون من الأصول المستقرة في وقت من الأوقات قد لا يكون أصلاً مستقراً في وقت آخر، وبالتالي فإن التطور العلمي قد يكشف مثلاً عن ضرورة الاستغناء عن استعمال جهاز طبي معين بسبب الأضرار التي يكشف أن استعماله يسببها بعد أن كان هذا الاستعمال تفرضه الأصول المستقرة.

(3) - حكم محكمة بنغازي الابتدائية - الدائرة الكلية - بتاريخ 1990.11.25م سابق الإشارة - ولكي تكون الاصول العلمية مستقرة أو ثابتة يجب أن يتوفر شرطان: 1- أن تكون هناك ممارسة للقواعد المستقرة والثابتة أي مضيء وقت كافٍ لإثبات كفاءة هذا الأسلوب ، 2- أن تكون مدونة في المؤلفات الطبية - أنظر د/حسن زكي الأبراشي - مرجع سابق ص 235.

(1) - د/سالم إرجيع الزوى - الطبيعة القانونية للالتزام الطبي في القانون الليبي - دراسة مقارنة - بحث مقدم للندوة الأولى حول المسؤولية الطبية في القانون الليبي - المنعقدة في جامعة العرب الطبية في الفترة من 5.21 إلى 5.23 1991م ص 13.

ويؤكد ذلك ما قضت به أحد المحاكم الليبية بقولها ((مهمة المحكمة قاصرة على التثبت من خطأ الطبيب المعالج، ولا شأن لها بالمسائل الفنية التي تقبل المناقشة والتي لم يستقر عليها اجماع من أهل الفن)).(2)

المطلب الثاني

التزام الطبيب بتحقيق نتيجة

الأصل العام هو أن التزام الطبيب يقتصر على بذل عناية تجاه مرضاه كما سبق ذكره إلا أن هناك بعض الحالات الاستثنائية تفرض على عاتق الطبيب التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في سلامة المريض، والالتزام بالسلامة لا يعني الالتزام بشفاء المريض بل ألا يعرضه لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات أو أجهزة أو ما يعطيه من أدوية وأن لا ينقل إليه مرضاً آخر نتيجة العدوى من جراء المكان أو ما ينقله إليه من دم أو أي شيء آخر. وسأقوم بدراسة بعض الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة نظراً لأهميتها وفقاً للآتي:

الفرع الأول: استعمالات الأجهزة والادوات الطبية

شاع استخدام الأجهزة والأدوات الطبية في العلاج والجراحة، وذلك نتيجة للتقدم الهائل والسريع في العلوم الطبية، والمريض قد يصاب بأضرار بالغة نتيجة استعمال الألة أو الجهاز الطبي، سواء كان العيب في الآلة أو في استعمالها.(1)

وقد أخضع المشرع الليبي المسؤولية الناجمة عن استخدام الاجهزة والمعدات الطبية لحكم المادة (26) من قانون المسؤولية الطبية التي تنص على ((يكون مسؤولاً بالتضامن عن الأضرار التي تنجم عن استعمال الأدوات والاجهزة الطبية والأدوية كل من: أمانة الصحة والجهات الموردة، والمصنعة، والمستعملة)).

يتضح لنا من خلال المادة سالفة الذكر أن المشرع يفرق بين نوعين من الأضرار: أولها: الأضرار التي تنجم عن التدخل الطبي، فينحصر التزام الطبيب فيها، وفقاً لما نصت عليه المادة (7) من قانون المسؤولية الطبية في الالتزام ببذل العناية اللازمة(2).

(2) - حكم محكمة استئناف بنغازي . 17.11.1986م في الاستئناف المقيد تحت رقم 1986/445 م .

(1) - د/ محمد حاتم صلاح الدين عامر - المسؤولية المدنية عن الأجهزة الطبية - دراسة مقارنة في كل من مصر وفرنسا - رسالة دكتوراه -1996م ، جامعة عين شمس ، ص134 .

(2) - حيث أخضع المشرع هذه المسؤولية لحكم المادة (25) من قانون المسؤولية الطبية التي جاء نصها ((تكون الجهة التي تتولى علاج المرضى ، والطبيب المعالج الذي له حق التوجيه والإشراف مسؤولين بالتضامن مع المرضى والفنيين وغيرهم ممن ترتبط أعمالهم بالمهن الطبية عن الأضرار التي تلحق بالمريض بسبب خطئهم المهني)).

وثانيها: الأضرار التي تنجم عن استخدام الأجهزة والمعدات الطبية نتيجة عيوب ذاتية فيها ولا تتصل بالعمل الطبي في شيء، فيكون الطبيب مسؤولاً عن الأضرار التي تصيب المريض بسبب عطب أو عيب في أحد الأجهزة الطبية أو خطأ في الاستعمال ومسؤوليته في هذه الحالة مسؤولية تضامنية مع وزارة الصحة والجهة المصنعة؛ إذا كان العطب أو العيب بسبب التصنيع مثلاً، أو الجهة الموردة إذا ارتكب خطأ دل عنه الضرر الذي وقع.

الفرع الثاني: نقل الدم

قد يحتاج المريض في بعض الظروف إلى نقل الدم إليه فيتعين أن يكون متفقاً مع فصيلته، كما يجب أن يكون سليماً خالياً من الأمراض، وإلا انتقلت إليه عدواه، ويتعهد الطبيب المعالج وغيره من المتخصصين بتحليل الدم سواء للمتبرع أم للمنقول إليه من أجل معرفة فصائل الدم والتوافق بينهما وخلوها من الأمراض.

وقد أوجب المشرع الليبي ضمانات طبية لنقل الدم، ويقصد بهذه الضمانات نقل كمية محددة من الدم عن طريق متخصص من جسم إنسان إلى آخر في حاجة ماسة لذلك.

وقد تتحقق أول تنظيم قانوني في ليبيا حين عبرت نصوص القانون رقم 17 لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية بنص المادة (21) منها ((لا يجوز إرغام شخص على إعطاء كمية من دمه ولا يتم نقل الدم من المتبرع إلا بمعرفة طبيب مختص وبعد إجراء الفحص والتحليل وفقاً للأصول الفنية المتبعة للتأكد من صلاحية الدم وعدم الاضرار بصحة المتبرع.....)).

يتضح لنا من خلال نص المادة سالفة الذكر أن المشرع يؤيد الاتجاه القائل بعدم مشروعية بيع الدم فلا يجوز نقل الدم إلا على سبيل التبرع.

فنقل الدم من شخص إلى آخر أمر مشروع بشرط ألا يترتب على ذلك ضرر جسيم يصيب جسم الإنسان، فإنه يجب أن يكون نقل الدم على سبيل التبرع أي يجب ألا يتقاضى المتبرع عوضاً عن دمه، فلا سبيل للمتاجرة بدم الإنسان؛ لأنه يمس بعصمة الجسد التي تعد أمانة لا يجوز التصرف فيها بالبيع.⁽¹⁾

ونادراً ما يقوم الطبيب المعالج بتحليل الدم بنفسه؛ بل يعهد بهذه المهمة إلى طبيب متخصص أو إلى مختبر يطلق عليه بنك الدم.

(1) - د/ محمد حسين منصور - مرجع سبق ذكره - ص 236.

لذلك يقع على الطبيب المعالج، وبنك الدم التزاماً بتحقيق نتيجة، وهي نقل دم سليم وخالي من الأمراض والعيوب ويتفق مع فصيلة دم المريض، فإذا كان الدم ملوث أو معيب يكون الطبيب مسئولاً أمام المريض وتبقى مسؤولية الطبيب قائمة؛ إلا إذا أقام الدليل على أن عدم تنفيذه لالتزامه يعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

المبحث الثالث

إثبات الخطأ الطبي

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها، وكل طريقة من تلك الطرق مقيدة وذات قيمة محددة متى ما اتبعت واستوفت شروطها، واستجمعت أركانها، التزم بها القضاء، وأصبح لزاماً عليه أن يقضي طبقاً لما يفرضه إليه الإثبات من نتائج قانونية.

وبناءً على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول: اثبات الخطأ في المسؤولية الطبية، وفي المطلب الثاني: دور المجلس الطبي في إثبات الخطأ الطبي.

المطلب الأول: إثبات الخطأ في المسؤولية الطبية

الأصل العام أن عبء إثبات الخطأ الطبي يقع على المدعي ((المريض)) فالخطأ الطبي: هو انحراف الطبيب عن السلوك المألوف للطبيب العادي، وهذا الانحراف واقعة مادية أكثر ما تثبت عن طريق قرائن متتابعة⁽¹⁾ تنتقل عبء الإثبات من جانب إلى جانب، فالمدعي (المريض المضرور) يبدأ بإثبات واقعة تقوم قرينة قضائية على وقوع الخطأ فينتقل عبء الإثبات إلى المدعي عليه (الطبيب المسؤول) فيثبت هذا واقعة أخرى تقوم هي أيضاً قرينة قضائية على انتفاء الخطأ من جانبه فيعود عبء الإثبات إلى المدعي، وهكذا إلى أن يعجز أحد الطرفين عن إثبات ما يزحج عنه القرينة القضائية التي ألقاها عليه خصمه، فيكون هو العاجز عن الإثبات.

وقبل صدور قانون المسؤولية الطبية فإن القانون والقضاء الليبي اعتنق في ظل القواعد العامة فكرة الخطأ واجب الإثبات كأساس للمسؤولية الطبية، حيث نصت المادة (166) ((كل خطأ سبب ضرر للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض)).

(1) - د/ منير رياض حنا - المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء الفقه والقضاء الفرنسي والمصري - دار الفكر الجامعي - الطبعة الأولى - 2007م ص560.

وعليه فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المريض الذي يدعي خطأ الطبيب بإثبات خطأ الطبيب بالتزامه القانوني، وأنه لم يبذل جهوداً صادقة يقظة مما ترتب عليه ضرراً أصاب المريض.

وبصدور القانون رقم 7 لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية خرج المشرع الليبي عن القواعد العامة وانتهج سبل الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية الطبية، حيث نصت المادة 23 من ذات القانون على أنه ((ويعد نشؤ الضرر قرينة على ارتكاب الخطأ أو الإخلال بالالتزام)).

يتضح من خلال المادة سالفة الذكر أن المشرع الليبي جعل وقوع الضرر قرينة على ارتكاب الخطأ من جانب الطبيب، ويبدو أن غايته من ذلك النظر صوب المريض - فهو شخص غير متخصص في غالب الأحيان - بنظرة خاصة يقصد من خلالها مراعاته كطرف ضعيف لن يتأتى له مع تعقيد المسائل الطبية وتشابكها أن يثبت الخطأ، وعلى هذا الأساس رفع المشرع عن كاهل المريض عبء إثبات الخطأ وذلك بافتراض الخطأ.⁽¹⁾

وقد يرى البعض خروج المشرع عن القواعد العامة في المادة (23) سابقة الإشارة يعد انتهاجاً لأساس جديد للمسؤولية الطبية يقوم على الضرر غير أنه إذا تمعنا النظر في قانون المسؤولية الطبية نجد أن الخطأ مازال هو أساس المسؤولية الطبية؛ ولكن في صورته المفترضة، ويؤكد ذلك تكرار المشرع الليبي للفظ الخطأ المهني أكثر من مرة في القانون المذكور، كما أن القرينة التي وردت في المادة (23) قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس بكافة طرق الإثبات⁽²⁾، فإذا لم يكن الخطأ أساس المسؤولية الطبية فما أهمية كون القرينة قابلة لإثبات العكس؟ ثم أن مسائله الطبية عن فعل لا يعد خطأً ينافي قواعد الاخلاق.

وعليه فالخطأ مازال أساس للمسؤولية الطبية في القانون الليبي وإن كان المشرع قد نقل محل الإثبات من واقعة الخطأ إلى واقعة أخري ((الضرر))، واعتبر أن حصول الضرر يصلح - بحسب الغالب من الأحوال - لاستخلاص حصول الواقعة الأصلية أي الخطأ الطبي، فعلى المريض المدعي إثبات العلاقة التي جمعتها بالطبيب المدعى عليه، والضرر الذي لحقه من جراء تدخل الطبيب وعلى الآخر ((المدعى عليه)) نفي الخطأ بإثبات بدل العناية المطلوبة.

(1) - جاء في ورقة العمل المتضمنة هيكل وأهداف قانون المسؤولية الطبية قولها ((وإذا كانت مسؤولية الأطباء فيما مضى تقوم على أساس الخطأ فإنه مع تقدم الوسائل والاجهزة الفنية أضحي من العسير على المريض إثبات خطأ الطبيب في حوادث يمتنع عليه عملياً أن يثبت كيفية وقوعها لا سيما أن حقائق اليوم قد تصبح أخطاء في الغد، مما يتعين والحالة هذه إقامة المسؤولية على أساس الضرر؛ لأن وقوع الضرر قرينة على ارتكاب الخطأ الواضح المؤكد ولو جهل معرفته)) أعدت هذه الورقة بناءً على محضر الاجتماع التمهيدي للجنة الفنية المعنية لإعداد مشروع قانون المسؤولية الطبية المنعقدة في 30.3.1983م، والتي اسندت لإعدادها للدكتور - عبدالسلام التوتحي.

(2) - د/ الكوني على عبودة - إثبات الخطأ الطبي - بحث مقدم إلى الندوة الثانية حول قانون المسؤولية الطبية الليبي بين النظرية والتطبيق في الفترة من 24 إلى 26 ابريل 1999م ص4.

يؤكد ذلك ما ذهب إليه المحكمة العليا في أحد أحكامها حيث جاء قولها ((وحيث أن هذه المناعي جميعها في غير محلها؛ ذلك أن المسؤولية التقصيرية بحسب نص المادة (166) من القانون المدني لا تترتب قانوناً إلا إذا كان الضرر قد نشأ عن خطأ، ولا يكفي لقيام هذه المسؤولية وما يترتب عليها من نشؤ الحق في التعويض مجرد وقوع الضرر؛ بل يتعين على المضرور أن يثبت وقوع الخطأ الذي نشأ عنه هذا الضرر وارتبط معه برابطة السببية، ولم يخرج القانون رقم 17 لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية عن هذه القاعدة العامة إذ ينص في المادة (23) منه على أنه " يعد نشؤ الضرر قرينة على ارتكاب الخطأ أو الإخلال بالالتزام؛ إلا أن قيام هذه القرينة البسيطة لا يحول دون إثبات أن النشاط الطبي تمت ممارسته دون ارتكاب خطأ مهني ودون إخلال بالالتزامات التي تفرضها التشريعات النافذة أو الأصول العلمية المستقرة للمهنة، وأن الضرر الذي وقع لم يكن نتيجة ارتكاب أي خطأ أو إخلال بالتزام".⁽³⁾

المطلب الثاني: دور المجلس الطبي في ليبيا في إثبات الخطأ الطبي

نصت المادة (27) من قانون المسؤولية الطبية على أنه ((يختص بتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية لمجلس طبي يتبع أمانة الصحة، ويتكون من عدد من ذوي التخصصات العالية في المهن الطبية والمهن المرتبطة بها))⁽¹⁾. أثارت المادة سالفة الذكر شيئاً من الغموض والعديد من التساؤلات حول دور المجلس الطبي فقد يفهم من صياغة نص المادة (27) أن المجلس الطبي يختص بتقرير قيام عناصر المسؤولية الطبية من خطأ، وضرر، وعلاقة سببية، وهذا الأمر لا ينسجم مع القواعد العامة، فكان الأولى أن يكون دور المجلس الطبي تقرير مدى وجود الخطأ من عدمه وليس قيام المسؤولية الطبية فشتان بين الأولى والثانية.

ومن المسائل التي أثارها المادة (27) من قانون المسؤولية الطبية حول ما اذا كان اختصاص المجلس ينحصر في المسؤولية المدنية أم يتعداها إلى الجنائية؟

قررت المحكمة العليا في هذا الشأن أن الفصل بين الدعوى المدنية والدعوى الجنائية من حيث قيام المسؤولية الطبية، فيختص المجلس الطبي بالدعوى المدنية ومدى قيام الخطأ الطبي من عدمه، أما الدعوى الجنائية فلا يختص

(3) - أنظر طعن مدني رقم 41/191 ق بتاريخ 10/3/1997م .

(1) - تم إنشاء المجلس الطبي وفقاً لقرار اللجنة الشعبية العامة رقم 182 لسنة 1989م ، ونشر في الجريدة الرسمية - س27- العدد 6 الصادر في 1989.8.2م ، وقد جاء في المادة 3 قولها ((يختص المجلس الطبي بالنظر في القضايا = المتعلقة بالمهن الطبية والمهن المرتبطة بها التي تحال إليه من الهيئات القضائية ودراستها وتقييمها فنياً وتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية المترتبة عن الخطأ الناجم عنها بشكل محدد وإثبات العكس وإعداد تقرير بذلك إلى الجهة المخالة منها القضية)).

بما المجلس الطبي وهو يختص فقط بالدعوى التأديبية دون الجنائية التي يظل تقرير مدى قيامها خاضعاً لسلطة محكمة الموضوع تحكم فيها بالدليل الذي تطمئن إليه، وحسب العقيدة التي تكونت لديها بكامل حريتها، ولا تلتزم بالعرض على المجلس الطبي.

وقد جاء في أسباب أحد أحكام المحكمة العليا قولها: ((وحيث أن المستفاد من نص المادة (27) من قانون المسؤولية الطبية المذكور أن اختصاص المجلس الطبي قاصر على الدعوى التأديبية دون الجنائية التي يظل مدى قيام المسؤولية الجنائية عليها خاضعاً لسلطة محكمة الموضوع تحكم فيها بالدليل الذي تطمئن إليه وحسب العقيدة التي تكونت لديها بكامل حريتها ولا يشترط في هذا الشأن أن يعرض موضوع الدعوى على المجلس المذكور)).⁽²⁾

ولابد لنا أن نشير إلى أنه من المبادئ التي أرسنها محكمتنا العليا المبدأ الصادر في قانون المسؤولية الطبية، والذي نصه ((قررت المحكمة بدوائرها مجتمعة العدول عن المبادئ التي تقضى بإلزام المحكمة بعرض قضايا المسؤولية الطبية على المجلس الطبي والالتزام بما يرد في تقريره بشأن مدى قيام المسؤولية الطبية وإرساء مبدأ مفاده حق المحكمة في اختيار طريق الاثبات الذي تراه مؤدياً إلى ذلك)).⁽³⁾

(2) - طعن جنائي رقم 36/364 ق بتاريخ 12.2.1992م مذكور عند د/ سعد العسبلي.

(3) - طعن مدني (53-811ق) لسنة 2013م غير منشور

الخاتمة

تبين من خلال البحث أن موضوع الخطأ الطبي أنه على درجة بالغة من الأهمية وهو سلامة الانسان وحياته ولما تتمتع به النفس البشرية من حرمة ووجوب المحافظة عليها قدر المستطاع، وذلك من خلال ايقاع المسؤولية الطبية على الطبيب.

وتوصلنا إلى عدت نتائج، ويمكن حصرها في الآتي:-

- 1- بعد صدور القانون رقم 17 لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية في ليبيا لم يفرق بين نوعي الخطأ سواء اليسير أم الجسيم حيث كليهما كافٍ لقيام المسؤولية الطبية.
 - 2- لم يشترط المشرع الليبي في الخطأ أن يكون ذا صفة مهنية، وأعتبر كل خطأ يصدر من الطبيب أثناء عمله لا يمكن فصله عن عمله الفني.
 - 3- يتبين لنا أن طبيعة التزام الطبيب كأصل عام التزام ببذل عناية واستثناء بتحقيق نتيجة، كحالة نقل الدم.
 - 4- وفيما يتعلق بعبء إثبات المسؤولية الطبية فقد خرج المشرع الليبي عن القواعد العامة في إثبات قيام المسؤولية وجعل الاختصاص بتقرير قيام هذه المسؤولية ينعقد للمجلس الطبي إلى أن صدر مبدأ المحكمة العليا سنة 2013م، ومن خلاله أصبح المجلس من أهل الخبرة وليس صاحب اختصاص أصيل.
 - 5- إن أهمية المسؤولية الطبية والدور الانساني للطبيب والمهنة الطبية تقتضي تنقيهاً بها وتوظيفاً لوسائل الاعلام، ومن ثم محاربة الطابع التجاري والمحافظة على الطابع الانساني.
- ومهما يكن من أمر فإن قانون المسؤولية الطبية بما شابه من نقص أو قصور يتطلب تدخل المشرع لسده، فهو يعتبر بؤرة جديدة تعطي للمريض من خلال خلقه لقرينة افتراض الخطأ، كما منح الطبيب وغيره من المهن الطبية امكانية تحديد هذه المسؤولية للوصول إلى حماية عادلة سواء للمريض أو الطبيب.

المراجع

- 1- إبراهيم حمادي الحلبوسى - المسؤولية الطبية - رسالة ماجستير - منشورات الحلبي الحقوقية.
- 2- د/ أحمد شرف الدين - مسؤولية الطبيب - مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة - دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي -1986.
- 3- د/ الكوني على اعبودة - إثبات الخطأ الطبي - بحث مقدم إلى الندوة الثانية حول قانون المسؤولية الطبية الليبي بين النظرية والتطبيق في الفترة من 24 إلى 26 ابريل 1999م.
- 4- د/حسن زكي الأبرشي - مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن - القاهرة - دار النشر للجامعات المصرية.
- 5- حورية عبد السلام المقصبي - المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي - رسالة ماجستير - أكاديمية الدراسات العليا - 2006م.
- 6- د/عبدالرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - منشأة المعارف بالإسكندرية 2004 ص96.
- 7- د/عبدالسلام التونجي - المسؤولية المدنية (مسؤولية الطبيب في القانون المقارن) الشركة العامة للنشر والتوزيع والإعلان - الطبعة الثانية 1975م.
- 8- د/سالم إرجيعة الزوى - الطبيعة القانونية للالتزام الطبي في القانون الليبي - دراسة مقارنة - بحث مقدم للندوة الأولى حول المسؤولية الطبية في القانون الليبي - المنعقدة في جامعة العرب الطبية في الفترة من 5.21 إلى 5.23.1991م.
- 9- د/ سعد سالم العسبلى - المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي - منشورات جامعة قاريونس - الطبعة الأولى.
- 10- د.محسن عبد الحميد ابراهيم البية - خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية - مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة ص118.
- 11- د/محمد حسين منصور - المسؤولية الطبية - المسؤولية المدنية لكل من - الاطباء - الجراحين، أطباء الأسنان - الصيادلة - المستشفيات العامة والخاصة - الممرضين والمرضات - كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية - منشأة المعارف بالإسكندرية.

- 12- د/ محمد حاتم صلاح الدين عامر - المسؤولية المدنية عن الأجهزة الطبية - دراسة مقارنة في كل من مصر وفرنسا - رسالة دكتوراه -1996م، جامعة عين شمس.
- 13- د/ منير رياض حنا - المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء الفقه والقضاء الفرنسي والمصري - دار الفكر الجامعي - الطبعة الأولى - 2007م.

رؤية عن المحكمة الدستورية في ليبيا

أ. صالح أحمد محمد الفرجاني

عضو هيئة تدريس بقسم القانون العام

كلية القانون / جامعة طرابلس

الملخص

لما كان القضاء الدستوري هو الضامن الأول لاحترام الدستور واحترام حقوق الأفراد وحررياتهم، باعتباره منبر العدل وقبله إحقاق إرادة الشعوب التي تم التعبير عنها في دساتيرها، فقد انصب اهتمامنا في هذه الورقة على المحكمة الدستورية - باعتبارها أحد صور القضاء الدستوري - من حيث تشكيلها وشروط العضوية بها وآلية اختيار أعضائها واختصاصاتها، وذلك لما تتمتع به من أهمية بالغة في تدعيم دولة القانون.

المقدمة:

1- تحديد موضوع الدراسة

لا يكاد يخلو نظام قانوني من تدرج للقواعد القانونية، بين قواعد عادية تصدرها السلطة التشريعية وأخرى لائحية فرعية تصدرها السلطة التنفيذية، وتسمو هذه وتلك قواعد دستورية يتضمنها دستور الدولة، هذا السمو يستلزم بالضرورة عدم مخالفة القوانين واللوائح لكل ما ورد في الدستور باعتباره أحد أهم المبادئ التي تقوم عليها دولة القانون، وليتحقق هذا السمو أو العلو كما يسميه البعض، لا بد من وجود جهة قضائية تضطلع برقابة احترام أحكام الدستور.

2- أهمية دراسة الموضوع

إن أهمية دراسة موضوع المحكمة الدستورية تكمن في بعدين رئيسيين يتمثلا في:

أ- البعد العملي:

لا شك أن تناول موضوع المحكمة الدستورية بالدراسة المعمقة، لا سيما مسلك مشروع الدستور في ما يتعلق بتكوينها وكيفية اختيار أعضائها وآلية عملها واختصاصاتها... إلخ، وما لهذا المسلك من تداعيات إيجابية كانت أم سلبية ستكون لها الفائدة الجمة وعلى مستويات مختلفة.

قد يكون هذا البحث من خلال تفسيره للنصوص القانونية المتعلقة بالمحكمة الدستورية، مرشداً للقضاء في بيان واستيضاح بعض الغموض المتعلق بوظائفهم وحدود اختصاصاتهم خاصة في ليبيا.

ب- البعد النظري

تكمن هذه الأهمية في القيمة الفقهية للبحث، وما يمكن أن يقدمه للمهتمين بالشأن القانوني من قضاة ومحامين وباحثين... إلخ، من آراء فقهية وتحليل للأحكام القضائية ذات الصلة، خاصة أنها ستكون تجربة جديدة في القضاء الليبي.

3- إشكالية الدراسة :

يحتل الدستور أعلى قمة الهرم التشريعي في الدولة، فهو يسمو على كافة التشريعات والقوانين التي تصدرها السلطات العامة بما فيها السلطة التشريعية، وحتى يحقق الدستور هذا السمو لا بد من وجود الضمانات الكفيلة لاحترام ما ورد فيه من أحكام، ومن أبرز هذه الضمانات وجود محكمة متخصصة في الجانب الدستوري يطلق عليها "المحكمة الدستورية"، والتي لها دور كبير في متابعة التشريعات الصادرة من خلال إقرار ما هو منسجم منها مع الدستور وما هو مخالف له، وهذا يجعل القضاء قادراً على إصدار أحكامه بعدالة ونزاهة - من ناحية-، ويعزز دوره في إيصال الحقوق إلى أصحابها دون تردد - من ناحية أخرى، وهذا ما يؤدي بدوره إلى تحقيق سيادة القانون

ومن أهم الإشكاليات التي يثيرها هذا الموضوع مايلي: هل كان المشرع الدستوري موفقاً في استحداثه للمحكمة الدستورية؟ وهل يشكل استحداثها ضماناً كافية لاستقلال القضاء الدستوري؟ وكيف تم اختيار القضاة وفقاً لمشروع الدستور؟ وما هو المعيار الذي اعتمده مشروع الدستور في سبيل تحقيق ذلك؟ هل بإمكان المحكمة الدستورية القيام بكافة الإختصاصات التي أوكلها إليها مشروع الدستور؟ إن الإجابة على كل هذه التساؤلات هو الهدف الذي يصبو إليه الباحث من خلال هذه الورقة.

4. منهج البحث:

من المعروف أن طبيعة أي موضوع وحيثياته هي من يفرض على الباحث منهجية بحث معينة، وهذا ما ينطبق على موضوع المحكمة الدستورية؛ إذ أن دراسته تقتضي بحث النصوص القانونية ذات الصلة وتحليلها بغرض فهمها، ودراستها دراسة معمقة، وبالتالي سنتبع في هذه الورقة المنهج التحليلي التأصيلي حيث يعالج جزئية أخص في موضوع على قدر كبير من الأهمية بمكان في مجال القضاء الدستوري.

5- خطة البحث

لقد جرى تقسيم خطة البحث على النحو التالي:

مقدمة

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للمحكمة الدستورية.

المطلب الثاني: الإطار التقييمي للمحكمة الدستورية

خاتمة

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للمحكمة الدستورية.

في هذا المطلب سنتطرق للحديث عن نشأة المحكمة العليا الليبية ونوضح ما استجد في مشروع الدستور من استحداثه للمحكمة الدستورية وما أخذ به في تشكيل المحكمة الدستورية واختيار قضاةها. إن مهمة المحكمة الدستورية هي مراقبة دستورية القوانين، والسهر على احترام تدرج القواعد القانونية، وبالتالي هدفها هو خضوع جميع السلطات للقانون الأسمى الدستور⁽¹⁾.

تعتبر المحكمة العليا هيئة قضائية عليا قمة الهرم القضائي في ليبيا، وقد صدرت عدة قوانين تبين آلية تنظيمها وطرق تشكيلها، وقد طرأت عليها عدة تعديلات، وهذا يستدعي منا أن نستعرض تاريخ نشأة القضاء الدستوري في ليبيا - أولاً -، ثم نبين ما نص عليه مشروع الدستور الصادر عن الهيئة التأسيسية في 29 يوليو 2017م، من استحداث للمحكمة الدستورية - ثانياً

أولاً: نشأة القضاء الدستوري في ليبيا

يعرف القضاء الدستوري بأنه: المحاكم المختصة التي تقوم بإصدار الأحكام والقرارات المتعلقة بالفصل في المسائل الدستورية، أي الحكم بدستورية أو عدم دستورية النصوص التي يطعن أو يدفع بعدم دستورتها، سواء أكان الطعن مباشراً من قبل الجهات الرسمية أمام المحكمة الدستورية أو من قبل أطراف الدعوى أمام محكمة الموضوع أو محاكم أخرى تختص بالنظر في حسم هذه المسائل.

1- الجبوري، سارة خليل، القضاء الدستوري في الوطن العربي- دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص23.

وقد كانت النشأة الأولى للمحكمة العليا الليبية بموجب الدستور الاتحادي الصادر سنة 1951م عقب الاستقلال، حيث نصت المادة "43" منه على أن السلطة القضائية تتولاها المحكمة العليا..، والمحاكم الأخرى التي تصدر أحكامها في حدود الدستور⁽¹⁾

وقد خصص هذا الدستور الفصل الثامن منه للسلطة القضائية وذلك في المواد (141-158). إلا أنه في واقع الأمر لم تنشأ المحكمة العليا في ليبيا من الناحية العملية على الرغم من النص عليها في الدستور الذي أقرته الجمعية الوطنية الليبية سنة 1951م، وإنما ظهرت إلى الوجود بعد إصدار قانون المحكمة العليا الاتحادية سنة 1953م، والذي تم تعديله بالمرسوم الصادر في 03/11/1954م، ومنذ ذلك التاريخ شرعت المحكمة العليا في ممارسة اختصاصها كمحكمة دستورية ومحكمة نقض في المسائل المدنية والتجارية والأحوال الشرعية ومحكمة للقضاء الإداري ومحكمة خاصة بالطعون الانتخابية إضافة إلى دور الفتوى والتشريع؛ نظراً لحاجة البلاد في ذلك الوقت لجهة قانونية متخصصة وذات خبرة في تفسير القوانين ومراجعتها قبل إصدارها.

ولقد أعطى المشرع الليبي منذ النشأة الأولى للمحكمة العليا مكانة خاصة للمبادئ التي تقرها، فجعلها ملزمة لجميع المحاكم الدنيا والسلطات في ليبيا.

وفي سنة 1963م عدلت ليبيا عن الشكل الاتحادي وأصبحت دولة موحدة، وتبع ذلك تغيير اسم المحكمة إلى المحكمة العليا، وألغيت المواد من (150 إلى 158) بموجب القانون رقم "1 لسنة 1963م".

وفي سنة 1969م أعاد المشرع تنظيم المحكمة العليا بناءً على التغيرات السياسية في ذلك الوقت، لكن بصدور القانون رقم "6 لسنة 1982م" بإعادة تنظيم المحكمة العليا، تقرر صراحة عدم منح الاختصاص الدستوري للمحكمة العليا وحرمان المحكمة العليا من الرقابة على دستورية القوانين، فقد تم إلغاء قانون المحكمة العليا لسنة 1953 واللائحة الداخلية للمحكمة العليا.

وبصدور القانون رقم 17 لسنة 1994 المعدل للقانون رقم 6 لسنة 1982 أعيد الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين، حيث نصت المادة 51 من هذا القانون على تشكيل الجمعية العمومية للمحكمة واختصاصاتها ونصت الفقرة الثالثة على أن تضع الجمعية اللائحة الداخلية التي توضح القواعد

1- الدستور الملكي الصادر عن الجمعية الوطنية الليبية في 7 أكتوبر 1951م.

الواجب اتباعها عند رفع الطعون الدستورية، ولأسباب سياسية في ذلك الوقت لم تصدر هذه اللائحة المتعلقة باختصاص بالغ الأهمية للمحكمة العليا كمؤسسة قضائية يفترض فيها إنصاف العدالة وإقرار الحق. وبقي هذا الاختصاص معطلا حتى صدرت اللائحة بتاريخ 2004/7/28، حيث باشرت المحكمة العليا اختصاصها الدستوري بالرقابة من جديد.

وقد صدر تعديل لللائحة رقم 283 لسنة 2004م الصادرة عن الجمعية العمومية للمحكمة، وذلك بتاريخ 2005/3/5م، ثم بقرار الجمعية العمومية بجلستها رقم 285 بتاريخ 2005/6/25م، ونص فيها على تنظيم عمل الجمعية العمومية للمحكمة، وبيان اختصاصاتها، كما تناولت الإجراءات أمام دوائر المحكمة العليا، وإجراءات الطعون الدستورية، وإجراءات الفصل في تنازع الاختصاص، والأحكام المتناقضة، وإجراءات العدول عن المبادئ التي تقرها المحكمة العليا، وأحالت في تنظيم العمل أمام الدوائر الأخرى على الأحكام الواردة في قوانين المرافعات المدنية والتجارية، وإجراءات المحاكم الشرعية، والإجراءات الجنائية والقضاء الإداري، كما تناولت الرسوم الواجب أدائها على الطعون، وطلبات وقف التنفيذ التي تقدم للمحكمة العليا، وحددت السجلات والملفات والمستندات المتداولة بالمحكمة.

ثم صدر القانون رقم 33 لسنة 2012 بشأن تعديل القانون رقم (6) لسنة 1982م والذي حدد اختصاصات المحكمة ونظم اعمالها وبين دورها على رأس الهرم القضائي في البلاد، وتضمن هذا القانون بابا نص على تشكيل المحكمة ودوائرها، حيث كانت تتكون من عدد من الدوائر تتولى كل منها نظر نوع من الدعاوى التي تختص المحكمة بالفصل فيها وعددها 12 دائرة والتي كانت من ضمنها الدائرة الدستورية.

إن مشروع الدستور الليبي الجديد لسنة 2017⁽¹⁾، قد نص على إنشاء محكمة دستورية مستقلة، حيث خصص الباب الخامس (للمحكمة الدستورية)، ونصت المادة (135) من الدستور على أنه: " تستحدث محكمة دستورية، لها الشخصية الاعتبارية، وتمتع بالاستقلال الإداري، والمالي، وتقدم مشروع ميزانيتها للسلطة التشريعية، ويؤخذ رأيها في مشروعات القوانين المتعلقة بها، ويتمتع أعضاؤها بالضمانات،

1- صدر مشروع الدستور الليبي الجديد 2017 من طرف الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور المنتخبة، وذلك بعد التصويت عليه من قبل أعضاء الهيئة الحاضرين، بأغلبية (43) صوت من طرف (44) صوت، في الجلسة العامة للهيئة التأسيسية رقم (74) التي انعقدت بمقر الهيئة بمدينة البيضاء يوم السبت بتاريخ 6 ذي القعدة 1438هـ الموافق 29 يوليو 2017م.
انظر: الموقع الرسمي للهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور. تاريخ الدخول 2018/3/21.

والمزايا المقررة لأعضاء السلطة القضائية، ويكون مقرها مدينة سبها، ويجوز لها عقد جلساتها، وممارسة اختصاصاتها في أي مكان آخر داخل البلاد" الأمر الذي يعد اتجاهًا واضحاً من المشرع الدستوري الليبي إلى إنشاء قضاء دستوري مستقل.

وفق مشروع الدستور الليبي 2017، فإن المادة (135) الخاصة باستقلالية المحكمة، قد نصت على أنه: "تستحدث محكمة دستورية: لها الشخصية الاعتبارية، وتتمتع بالاستقلال الإداري والمالي، وتقدم ميزانيتها للسلطة التشريعية، ويؤخذ رأيها في مشروعات القوانين المتعلقة بها، ويتمتع أعضاؤها بالضمانات والمزايا المقررة لأعضاء السلطة القضائية". وبذلك يكون المشرع الدستوري الليبي قد وضع ضمانات دستورية للمحكمة لتتمكن من ممارسة مهامها بالشكل الأمثل بإقرار استقلالها الإداري والمالي.

كما أن المادة (136) الخاصة بتكوين المحكمة قد وزعت اختيار أعضاء المحكمة الاثني عشر، بحيث يختار المجلس الأعلى للقضاء ستة مستشارين بدرجة رئيس عشر بين بمحاكم الاستئناف، ويختار رئيس الجمهورية ثلاثة أعضاء، وتختار السلطة التشريعية ثلاثة أعضاء، وورد في النص على أن رئيس المحكمة يكون من بين الأعضاء المختارين من المجلس الأعلى تختاره جمعيتها العمومية، وفي هذا المزيد من الضمانات لاستقلال ونزاهة المحكمة الدستورية.

وفي ليبيا فإن مشروع الدستور قد وزع صلاحية تعيين أعضاء المحكمة على السلطات الثلاث. وتظهر الحاجة في ليبيا مستقبلاً إلى إصدار قانون للمحكمة الدستورية يتوافق والنصوص الدستورية. فمن ناحية رقابة الدستورية كاختصاص للقضاء الدستوري، فإنه من المعلوم أن الدستور في أي دولة ديمقراطية يتمتع بمبدأ سمو، والذي يعني علو القاعدة الدستورية على غيرها من القواعد القانونية الأقل منها في المرتبة القانونية كالتشريعات العادية واللوائح⁽¹⁾.

ثانياً: استحداث المحكمة الدستورية وفقاً لمشروع الدستور الليبي.

لقد نصت المادة "135" من مشروع الدستور الليبي، والمعنونه بـ"المحكمة الدستورية" على استحداث محكمة دستورية.

1- خاطر، شريف يوسف، المسألة الدستورية الأولية- دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2015، ص3.

فالمشرع الدستوري استحدث محكمة دستورية هي الأولى من نوعها في تاريخ القضاء الدستوري، وهو أمر لم يعهد عليه من قبل؛ إذ جعل من المحكمة الدستورية محكمة مستقلة بعد أن كانت دائرة بالمحكمة العليا، وهذا الاستقلال يمكن أن يوفر لها قدرًا من النزاهة والحياد عن السلطة التشريعية إذا ما توافرت لها الضمانات الكفيلة لذلك.

ويبدو أن في هذا الاستقلال ضمانا لسيادة المحكمة الدستورية باعتبارها المؤسسة القضائية التي تسمو على كافة السلطات القضائية والسياسية.

ومما لوحظ على هذا النص أنه يفتقد للمرونة حيث كان الأجدر بوضعيه ترك الحديث عن التفاصيل للقوانين التنظيمية للمحكمة الدستورية أسوة بما ذهب إليه بعض التشريعات التي سلكت نهج استحداث محكمة دستورية كال دستور المغربي في مادته "129" والذي حلت فيه المحكمة الدستورية محل المجلس الدستوري.

ثالثاً: تشكيل وشروط المحكمة الدستورية.

إن مصدر المحكمة الدستورية والأساس القانوني لاختصاصاتها موجودة في النصوص الدستورية، والقوانين والتشريعات الخاصة التي تصدرها الدول، والتي تنص على كيفية تشكيلها، وأصول عملها، وتنظيمها واختصاصاتها، لكي يستطيع القضاء الدستوري بناء قراراته عليها، وتحقيق العدالة الدستورية⁽¹⁾. نصت المادة "136" من مشروع الدستور على تشكيل المحكمة الدستورية، وما نلاحظه على نص هذه المادة، أن المشروع الدستوري ذهب إلى ما ذهب إليه بعض الدساتير المقارنة بخصوص العضوية في المحكمة الدستورية، حيث جعلها لا تقتصر على سلك القضاء فقط وإنما تمتد لتشمل المتخصصين في مجال القانون، وهذا ما أخذ به الدستور التونسي لسنة 2014 حيث نص في الفصل 118 منه على أن المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة تتركب من اثني عشر عضواً من ذوي الكفاءة ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون الذين لا تقل خبرتهم عن عشرين سنة⁽²⁾.

ومن الدساتير التي أخذت بذلك أيضاً الدستور المغربي، حيث نص في الفصل 130 من الباب الثامن الذي خصص للمحكمة الدستورية، على ان اختيار الاعضاء يجب أن يكون من الشخصيات التي

1- الأحمد، وسيم حسام الدين، المحاكم الدستورية العربية والأجنبية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص9.

2- الدستور التونسي الصادر سنة 2014.

لها تكوين عال في مجال القانون وذات كفاءة قضائية أو فقهية أو إدارية⁽¹⁾ وأخذ بذلك أيضا الدستور التركي في المادة 146 المتعلقة بتشكيل المحكمة الدستورية، وأخذ بذلك أيضا الدستور الإماراتي حيث نص قانون المحكمة الاتحادية في المادة -4- منه على أن يكون أعضاء المحكمة من الحاصلين على إجازة في الشريعة والقانون من إحدى الجامعات المعترف بها، إضافة إلى القضاة والمحامين⁽²⁾.

إن مشروع الدستور قد سار على نهج تلك الدساتير بخصوص تشكيل المحكمة الدستورية أيضا، حيث نص في المادة "138" على أن يكون نصف أعضاء المحكمة الدستورية مستشارين بدرجة رئيس بمحاكم الاستئناف أما الستة الباقين فيكونون من ذوي الخبرة من المحامين وحاملي الإجازة العليا على الأقل في القانون والعلوم السياسية والشريعة الإسلامية من خارج سلك القضاء والخبرة العملية في مجال تخصصهم لا تقل عن 20 سنة على أن يكون رئيس المحكمة ونائبه من الفئة الأولى (مشروع الدستور الليبي لسنة 2017م).

إن صلاحية اختيار وتعيين القضاة تؤثر تأثيراً جوهرياً على استقلال القضاء الدستوري، وهناك دساتير كثيرة تمنح هذه الصلاحية للسلطات السياسية (للرئيس أو رئيس الوزراء)، ومن النادر وجود دستور يخول هذه الصلاحية للرئيس أو رئيس الوزراء دون دعم أو مساهمة أو موافقة هيئة أو أي سلطة أخرى، وعلى الرغم من ذلك يمنح بعض رؤساء السلطات التنفيذية صلاحيات واسعة في هذا الخصوص وذلك كما في الدستور المصري لسنة 2014 في المادة 193 منه.

ومن الدساتير التي أعطت هذه الصلاحية للسلطة التنفيذية والتشريعية بمجلسيها: الدستور المغربي، حيث تتألف المحكمة من 12 عضواً، ستة منهم يعينهم الملك من بينهم عضواً يقترحه الأمين العام للمجلس العلمي، والستة الباقين ينتخب نصفهم مجلس النواب، والنصف الآخر مجلس الشيوخ.

هذا النظام متبع أيضاً في تعيين المجلس الدستوري الفرنسي وذلك كما ورد في نص المادة "56" من الدستور الفرنسي المعدل لسنة 2008.

إن إعطاء صلاحية تعيين القضاة للسلطة التشريعية أو التنفيذية يعتبر بمثابة رقابة سياسية على السلطة القضائية.

1- الجريدة الرسمية للبرلمان المغربي.

2- دستور الإمارات العربية المتحدة.

ويمكن للدستور أن يقلل من المخاطر الناجمة عن انفراد طرف من الاطراف في ممارسة نفوذ واسع على اختيار القضاة، وذلك من خلال إعطاء صلاحيات اختيار القضاة إلى أطراف متعددة.

وقد أخذ بهذا النظام في تعيين القضاة الدستور الإيطالي، حيث خول رئيس الجمهورية والبرلمان والمحاكم الأدنى بتعيين أعضاء المحكمة الدستورية بالتساوي كل طرف يعين ثلث الأعضاء وذلك لتحقيق أكبر قدر ممكن من تنوع الآراء داخل السلطة القضائية، وهذا ما أخذ به الدستور التونسي الصادر سنة 2014، حيث يشترك كلا من رئيس الجمهورية ومجلس نواب الشعب والمجلس الأعلى للقضاء في اختيار أعضاء المحكمة الدستورية، بحيث يتولى كل واحد منهم تعيين أربعة أعضاء⁽¹⁾

وبالنسبة لمشروع الدستور الليبي فقد اعتمد أيضا على نظام الأطراف المتعددة في اختيار قضاة المحكمة الدستورية، حيث تشترك السلطة التشريعية مع رئيس الدولة والمجلس الأعلى للقضاء في عملية تعيين القضاة، وقد نص مشروع الدستور الليبي على الشروط الواجب توافرها في أعضاء المحكمة الدستورية في المادة "138"، وهي كالتالي:

- 1- أن يكون ليبي الجنسية ولا يحمل جنسية أخرى ولا تكون زوجته أجنبية.
 - 2- أن لا يقل عمره عن 45 سنة.
 - 3- أن لا ينتمي لأي حزب سياسي.
 - 4- عدم ممارسة أي وظيفة أو أي عمل اخر أثناء عضويته بالمحكمة وإذا توفرت هذه الشروط يجب عليه أن يؤدي اليمين أمام المحكمة قبل توليه هذه المهمة (العمل بالمحكمة الدستورية)
- رابعاً: اختصاصات المحكمة الدستورية.

تعتبر المحكمة العليا في ليبيا أول محكمة دستورية عليا أنشئت في الوطن العربي⁽²⁾.
لقد نص هذا المشروع على اختصاصات المحكمة، وذلك في المادة (139) منه والتي تقول:
" تختص المحكمة الدستورية دون غيرها بالآتي:

- 1- الرقابة على دستورية القوانين، ولائحتي مجلس النواب، ومجلس الشيوخ.
- 2- النظر في دستورية إجراءات التعديلات الدستورية.

1- أ. نورا هيدلينغ، دليل عملي لبناء الدساتير، تصميم السلطة القضائية، الناشر، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات حول بناء الدساتير، 2011، ص39.

2- حقي، ممدوح، ليبيا العربية، كأنك تعيش فيها، ط1، دار الناشرين الجامعيين، القاهرة، مصر، 1962، ص149.

3- الدعاوى المتعلقة بعدم وفاء السلطة التشريعية بالتزاماتها الدستورية.

4- الطعون في الانتخابات الرئاسية.

5- البت في المنازعات الناشئة عن تنفيذ الأحكام الصادرة عنها.

6- مراجعة المعاهدات والاتفاقيات الدولية قبل التصديق عليها.

7- مراجعة قوانين الانتخابات والاستفتاءات قبل إصدارها.

8- مراجعة القوانين التي حكم بعدم دستورتها قبل إعادة إصدارها.

9- أي اختصاصات أخرى ينص عليها الدستور."

أن نص مشروع الدستور الليبي 2017 يظهر اتجاهاً واضحاً للمشرع الدستوري الليبي نحو الرقابة المركزية على الدستورية، وبنفس الوقت توسيع رقابة المحكمة الدستورية من حيث مواضعها ونطاقها، وذلك من خلال نصه في المادة (139) المتعلقة باختصاصات المحكمة على ثمانية اختصاصات، الفقرات (1-8) من المادة المذكورة، بالإضافة إلى الفقرة (9/139) والتي تنص على " أي اختصاصات أخرى ينص عليها الدستور"⁽¹⁾.

أن ولاية المحكمة الدستورية في مشروع الدستور الليبي 2017 تمتد لتشمل بالإضافة إلى الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، طيفاً متنوعاً من الاختصاصات.

وبالتالي فإن إنشاء محكمة دستورية مستقلة وفق مشروع الدستور 2017 وفق المادة (135)، بالإضافة إلى نصه على وجود المحكمة العليا في المادة (127)⁽²⁾، وفي ظل نصوص قانون المحكمة العليا الليبية المعمول به حالياً، يتطلب النظر مستقبلاً في إعادة التنظيم القانوني وتوزيع الاختصاصات بعد استقلال القضاء الدستوري عنها، ووجود المحكمتين، وخاصة ما يتعلق منها بالرقابة على الدستورية وتفسير الدستور.

إن رقابة المحكمة العليا على دستورية القوانين تتم بوسيلتين:

1- المادة (139) الفقرة (9) من مشروع الدستور الليبي 2017.

2- المادة (127) من مشروع الدستور الليبي 2017 المحكمة العليا.

الأولى: أن يتم الدفع بعدم الدستورية في قضية منظورة أمام القضاء، وفق شروط وذلك بأن يتم الدفع من أحد الخصوم، ولا يجوز للمحكمة أن تثير المسألة الدستورية من تلقاء ذاتها، ولا بد للقاضي من التأكد من جوهرية الدفع، وأن يكون الطاعن ذو مصلحة شخصية مباشرة في الدفع.

الثانية: رفع الطعن الدستوري بدعوى مباشرة أمام المحكمة في أي تشريع يكون مخالفاً للدستور، وقد اشترط المشرع صراحة أن يتم الطعن من ذي مصلحة شخصية مباشرة. ويجب في الحالتين أن يسلك الطاعن الطريق المنصوص عليه في المواد 11-18 من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا، وبذلك يتضح أن الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة العليا على دستورية القوانين إنما تتم عن طريق الدعوى المباشرة أمامها⁽¹⁾.

وبخصوص حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية في ليبيا ينص مشروع الدستور الليبي لسنة 2017 في المادة (142) على أن: " أحكام المحكمة الدستورية وقراراتها باتة ملزمة للكافة، وتنشر في الجريدة الرسمية، ويفقد النص الذي حكمت المحكمة بعدم دستوريته قوة إلزامه من اليوم التالي لنشر الحكم، وللمحكمة في حال الضرورة أن تحدد تاريخ سريان الحكم بعدم الدستورية"⁽²⁾.

ويلاحظ أن كلاً من مشروع الدستور الليبي لسنة 2017، وقانون المحكمة العليا النافذ حالياً لم ينص على ولاية القضاء الدستوري بالتفسير المباشر لنصوص الدستور، الأمر الذي ربما قد يتطلب مستقبلاً، في حال إقرار مشروع الدستور بالاستفتاء، وإنشاء قضاء دستوري مستقل في ليبيا، وفق مشروع 2017، النظر في إصدار قانون جديد لتنظيم عمل المحكمة الدستورية واختصاصاتها بينها إمكانية تضمينه اختصاص ولاية التفسير المباشر لنصوص الدستور، وتحديد إجراءاته.

المطلب الثاني: الإطار التقييمي للمحكمة الدستورية

تنص مسودة الدستور في المادة 105 على شروط تشكيل المحكمة الدستورية. وتنص المادة 108 على أن "تختص المحكمة الدستورية دون غيرها بالرقابة القضائية على دستورية القوانين ولائحتي مجلس النواب ومجلس الشيوخ، ومراجعة المعاهدات والاتفاقيات الدولية قبل التصديق عليها، وتنص المادة 111 على أن: "أحكام المحكمة الدستورية ملزمة للكافة، ولكن، يجب إضافة مقتضيات تؤكد صراحة على أن أحكام المحكمة الدستورية لا يمكن أن تخضع لأي شكل من أشكال المراجعة الوطنية أو الاستئناف وأن تكون ملزمة وتنفذها السلطات العامة كافة، بما فيها السلطة القضائية.

1- الزريقي، جمعة محمود، المحكمة العليا الليبية تاريخاً... وواقعاً، ط1، شركة المناهج، طرابلس، ليبيا، 2017، ص164-165.

2- المادة (142) من مشروع الدستور الليبي 2017.

وتنص المادة 106 من مشروع الدستور على أن المحكمة الدستورية تشكل من اثني عشر عضواً يتضمنهم ستة مستشارين يختارهم المجلس الأعلى للقضاء، وثلاث أعضاء يختارهم رئيس الجمهورية، وثلاث أعضاء تختارهم السلطة التشريعية، لضمان استقلالية القضاء وحياده، يفرض القانون الدولي اختيار القضاة على أساس معايير شفافة، وأن تتوافر فيهم المواصفات المهنية والنزاهة الشخصية⁽¹⁾.

لكن ما نلاحظه على المشرع الدستوري أنه غلب المجلس الأعلى للقضاء في مسألة اختيار القضاة، وذلك بإعطائه الحق في تعيين ستة أعضاء، بينما يعين رئيس الدولة ثلاثة أعضاء، والثلاثة الباقين تعينهم السلطة التشريعية، فالأولى بالمشرع الدستوري أن يأخذ بتساوي النسب في اختيار القضاة؛ ضماناً لحيدة ونزاهة القضاء الدستوري وعدم هيمنة فئة على فئة أخرى.

وتتطلب المادة 106 من مشروع الدستور على مرشحي رئيس الجمهورية والسلطة التشريعية أن يكونوا "من ذوي الكفاءات وحاملي الاجازة العالية على الأقل في القانون والعلوم السياسية والشريعة الاسلامية من غير أعضاء السلطة القضائية على ألا تقل مدة الخبرة العملية في مجال تخصصهم عن 15 سنة"، وتوضح المادة 107 "شروط العضوية".

وتبدو المادة 106 متوافقة تقريباً مع المعايير الدولية لكونها تشترط مؤهلات هامة وسنوات كافية من الخبرة من قبل المرشحين، ولكن تعرب اللجنة الدولية للحقوقيين عن قلقها من غياب شرط النزاهة الشخصية، ومن واقع انه يمكن نظرياً ان يستوفي أحد الأشخاص مؤهلات التعيين في المحكمة الدستورية من دون أن يكون متخصصاً في القانون بحذ ذاته،

ومن الجدير بالذكر أن معايير دولية وإقليمية عديدة بما فيها المبادئ التوجيهية بشأن الحق في المحاكمة العادلة، بما في ذلك التوجيهات والمبادئ الأفريقية المتعلقة بالحق في المحاكمة العادلة تنص على شرط النزاهة الشخصية، إذ تشترط اختيار القضاة على أساس: "النزاهة، والتدريب الملائم، والتعلم والمقدرة"، وينص المبدأ العاشر من مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن الاستقلالية القضائية على ما يلي: "يجب أن يكون الأشخاص الذين يختارون لشغل مناصب قضائية أشخاصاً يتسمون بالنزاهة والقدرة ولديهم الخبرة أو المؤهلات المناسبة في القانون"، كما جاء فيه أيضاً: "وعند اختيار القضاة لتعيينهم في تلك المناصب، لا يمارس التمييز ضد أي شخص بسبب الدين"؛ ويعد ذلك متسقاً مع حظر التمييز بسبب الدين فيما يتعلق

1- المبادئ التوجيهية حول الحق في المحاكمة العادلة والمساعدة القانونية في أفريقيا، 2003، ص 33.

بالخدمة المدنية في المواد 2، 25 و 26 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والمادتين 3 (1) و 24 من الميثاق العربي.

وتمنح المادة 106 رئيس الدولة والسلطة التشريعية صلاحية ترشيح ستة مستشارين من أصل اثني عشر عضواً في المحكمة الدستورية، وكان المقرر الخاص للأمم المتحدة المعني باستقلال القضاة والمحامين قد عبر مراراً عن مخاوف حيال التسييس حيث تقوم السلطة التشريعية أو التنفيذية باختيار وتعيين أعضاء القضاء، وأوصى المقرر الخاص بإنشاء هيئة مستقلة مكلفة باختيار القضاة، يكون تشكيلها متعددًا ومتوازياً، يمكن أن يمثل فيها المشرعون ولكن أن يشكل القضاة أغلبية الهيئة⁽¹⁾

وجاء في توصيات مجلس أوروبا ما يلي: "يجب أن تكون الهيئة المكلفة باتخاذ القرارات حول تعيين القضاة ومساهمهم الوظيفي هيئة مستقلة عن الحكومة والإدارة، وحفاظاً على استقلال الهيئة، يجب أن تضمن القواعد اختيار الأعضاء من قبل السلطة القضائية، وأن تقرر الهيئة بنفسها قواعدها الإجرائية"، وتنص المبادئ التوجيهية بشأن الحق في المحاكمة العادلة والمساعدة القانونية في إفريقيا على ما يلي: "يجب أن تتسم عملية اختيار التعيينات في الهيئات القضائية بالشفافية والمساءلة، ويشجع إنشاء هيئة مستقلة لهذا الهدف، ويجب أن تضمن وسائل التعيين القضائي استقلال السلطة القضائية وحياديتها".

مما يزيد القلق حول مدى تأثير تعيينات رئيس الدولة والسلطة هو شرط أن يكون المعينون " من غير أعضاء السلطة القضائية"، وبالتالي، ولضمان "عدم الأخذ بالاعتبارات السياسية في الإجراءات"⁽²⁾. توصي اللجنة الدولية للحقوقيين، عوضاً عن تقسيم المحكمة الدستورية إلى مجموعات من القضاة المعينين من هيئات مختلفة، أن يتم اختيار وتعيين كافة أعضاء المحكمة الدستورية من قبل المجلس الأعلى للقضاء أو من قبل هيئة تعيين مستقلة متعددة، يكون أغلبية أعضائها من القضاة.

وتضمن المادة 105 أن المحكمة الدستورية "تتمتع بالاستقلال الإداري والمالي، وتقدم مشروع ميزانيتها للسلطة التشريعية، وتؤكد المعايير الدولية على تخصيص تمويل كاف للسلطة القضائية لضمان أداء مهامها ومن الأفضل ان يكون ذلك بحكم القانون، يجب إضافة ذلك الشرط في مسودة الدستور.

1- تقرير المقرر الخاص المعني باستقلال القضاة والمحامين، الوثيقة رقم (11/41)، 2009، ص 97.

2- دليل الممارسين رقم (1) الصادر عن اللجنة الدولية للحقوقيين، ص 60.

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه الورقة البحثية تم التوصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات

أولاً: النتائج

1. إيجاد محكمة دستورية مستقلة خطوة ايجابية في الرقابة على دستورية القوانين.
2. سعى المشرع الدستوري الليبي إلى إعطاء المزيد من الضمانات لاستقلال وفاعلية المحكمة الدستورية.
3. وسع المشرع الليبي في منح اختصاصات متعددة للمحكمة الدستورية.

ثانياً: التوصيات

1. احداث نوع من التوافق بين القوانين الصادرة من السلطتين التشريعية والتنفيذية على الدستور، وهذه الغاية، يجب ان يؤكد الدستور بشكل قاطع على أن قرارات المحكمة الدستورية نهائية، ولا تخضع لأي مراجعة أو استئناف وهي ملزمة، وتقوم بإنفاذها كافة السلطات العامة.
2. إيجاد ضمانات قانونية وعملية مفصلة لاستقلال القضاء، بما في ذلك ما يتعلق منها بالأمن الوظيفي، وإجراءات الاختيار والتعيين وإجراءات النقل والعزل والتأديب، بما يتوافق مع المعايير الدولية وأفضل الممارسات.
3. ضرورة وجود استقلال مالي للمحكمة الدستورية، بما في ذلك التنصيب على شرط تخصيص الموارد الكافية من اجل تأدية مهامها.
4. ترسيخ ضمانات استقلال المحكمة الدستورية، بما في ذلك استقلال الأعضاء وحصانتهم، واستقلالية إجراءات التعيين الخاصة باختيار الأعضاء، وينص على النزاهة الشخصية كشرط اضافي لتعيين قضاة المحكمة الدستورية.
5. ايجاد صياغة قانون جديد للمحكمة الدستورية في ليبيا.

قائمة المراجع

اولاً: الكتب

1. د. جمعة محمود الزريقي، المحكمة العليا الليبية تاريخاً وواقعاً، شركة المناهج، طرابلس، 2017م، الطبعة الأولى.
2. د. جمعة محمود الزريقي، بحوث ودراسات في الدستور، الناشر: المؤلف، 2015م، الطبعة الأولى.
3. د. وسيم حسام الدين الاحمد، المحاكم الدستورية العربية والاجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012م، الطبعة الأولى.
4. أ. حنان محمد إبراهيم الشويهدى، القضاء الدستوري- المؤسسات والإجراءات، دراسة مقارنة.
5. د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007م.
6. د. ممدوح حقي، ليبيا العربية، كأنك تعيش فيها، دار الناشرين الجامعيين، القاهرة، الطبعة الأولى، 1962م.
7. د. منصور ميلاد يونس، القانون الدستوري والنظم السياسية، دار الكتب الوطنية، بنغازي، 2013م.
8. أ. نورا هيدلينغ، دليل عملي لبناء الدساتير، تصميم السلطة القضائية، الناشر، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات حول بناء الدساتير، 2011.
9. د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مكتبة دار الثقافة، عمان، 2004م.
10. د. نعمان أحمد الخطيب، البسيط في النظام الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014م، الطبعة الأولى.
11. د. سارة جليل الجبوري، القضاء الدستوري في الوطن العربي- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016م، الطبعة الأولى.
12. د. شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية الأولية- دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، القاهرة، 2015م، الطبعة الأولى.

ثانياً: المقالات

1. جنان الإمام، لتحدث عن المحكمة الدستورية، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، CREA CONCEPT، 2018م.

ثالثاً: التقارير

1. التقرير الصادر عن بعثة الأمم المتحدة للدعم في ليبيا.
2. تقرير اللجنة الدولية لتقصي الحقائق حول ليبيا، 2012.
3. المبادئ التوجيهية حول الحق في المحاكمة العادلة والمساعدة القانونية في أفريقيا، 2003.
4. الملاحظات الختامية للجنة المعنية بحقوق الإنسان حول السودان، وثيقة الأمم المتحدة.
5. تقرير المقرر الخاص المعني باستقلال القضاء والمحامين، الوثيقة رقم (11/41)، 2009.
6. دليل الممارسين رقم (1) الصادر عن اللجنة الدولية للحقوقيين.
7. الجريدة الرسمية للبرلمان المغربي.

رابعاً: القوانين

1. الدستور الليبي 1951 وتعديلاته.
2. القانون رقم (6) لسنة 1982 بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا.
3. القانون رقم (17) لسنة 1994م بشأن تعديل قانون رقم (6) لسنة 1982م.
4. قرار الجمعية العمومية للمحكمة العليا الليبية رقم (283) لسنة 2004 المعدل بالقرار رقم (285) لسنة 2005 بشأن إصدار اللائحة الداخلية للمحكمة.
5. القانون رقم (33) لسنة 2012م بشأن تعديل قانون رقم (6) لسنة 1982.
6. مشروع الدستور الليبي 2017.

استعمال عدسات المراقبة في الأماكن العامة

د. خلود علي العربي الساعدي

عضو هيئة تدريس / أستاذ مشارك

كلية القانون / جامعة طرابلس

مقدمة

تعاطف الإحساس بقيمة الصورة وأهميتها وتعددت استخداماتها في شتى مجالات الحياة اليومية، ووصفت حضارة القرن العشرين بأنها حضارة الصورة *Civilisation de l'image*. فالصورة تنقل الواقع كما هو عليه بكل دقة مما تعجز عنه عين الإنسان أحياناً¹. ودخول التكنولوجيا وتطور الوسائل والتقنيات دفعت الإنسان إلى إدخال الصورة في تطوير وسائل حماية حياته، فبعد كلب الحراسة أو الحارس البشري أُضيفت وسائل أخرى للدعم والتدعيم، وجاءت عدسات المراقبة أو ما يعرف بالأعين الالكترونية كواحدة من هذه الوسائل. وقد شهدت هذه العدسات تطوراً كبيراً مع ازدياد الحاجة إليها، حيث أصبحت تتميز بسهولة استخدامها نظراً لإمكانية الاتصال بها والمتابعة عن طريق شبكة الانترنت من أي مكان في العالم والعرض من خلال عدسات المراقبة على التلفزيون أو شاشة الكمبيوتر أو أي شاشة أخرى، كما أنها تميزت بسهولة تركيبها والتحكم بإعداداتها بوقت وجهد قليلين، فضلاً عن إمكانية التسجيل الحي بالصوت والصورة لفترات طويلة وعلى مدى 24 ساعة بالإضافة إلى سعة الذاكرة الكبيرة وظهور أنواع عديدة منها الخارجية والداخلية الثابتة والمتحركة الملونة والعادية.

ويرجع تاريخ استعمال عدسات المراقبة حول العالم إلى ألمانيا حيث استعملتها خلال الحرب العالمية الثانية لأسباب تتعلق بالسلامة. والمملكة المتحدة البريطانية هي أول دولة عممت هذا النظام بعد هجمات الجيش الجمهوري الهولندي. وكانت ظاهرة استعمال هذه العدسات الالكترونية مُعدية، حيث سرعان ما تنافلتها الدول ومنها ليبيا التي شهدت استعمال غير مسبوق لعدسات المراقبة مع انتشار الفوضى والجريمة، إلا ان الإشكالية تكمن في كون الاستعمال عشوائي دون أي ضوابط وفي كل مكان في المنازل والمحلات التجارية والمدارس وداخل المؤسسات... الخ، ومن قبل الجميع. وقد صاحب ذلك تداول ونشر للمقاطع المسجلة عبر أجهزة التواصل الاجتماعي دون رقيب وأيا كان محتوى هذه التسجيلات الامر الذي أدى

Georges GUSDORF, "Réflexions sur la civilisation de l'image." Un article publié dans 1 *Civilisation de l'image*, p.11. Recherches et débats du Centre catholique des intellectuels français, nouvelle série, no 33. Paris : Librairie Arthème Fayard, décembre 1960.

الى تمزق النسيج الاجتماعي وكثرة قضايا التشهير والمضايقة والابتزاز. واختلف الشارع الليبي بين معارض ومؤيد لهذا الاستعمال.

استعمال عدسات المراقبة في الأماكن العامة موضوع حديث، ولا توجد-حسب اعتقادنا- دراسة سابقة في الموضوع رغم أهميته وخطورة آثاره، لذلك حاولنا وضع حجر الأساس بإعداد هذا البحث الذي سلطنا من خلاله الضوء على الفائدة المحققة من استعمال عدسات المراقبة في الأماكن العامة وهل هذا الاستعمال خالي من المفاسد؟ تم عرجنا على الإطار القانوني الذي ينظم استعمال عدسات المراقبة ومداه في تحقيق التوازن بين حقوق الإنسان وتحقيق الحريات العامة وما القيمة القانونية للتسجيلات المتحصل عليها من هذه العدسات أمام القضاء؟ آملين من الباحث تكملة الطريق من بعدنا حسب ما يطرأ من مستجدات على هذا الموضوع.

سيقتصر البحث على دراسة استعمال عدسات المراقبة في الأماكن العامة فقط *les lieux publics* وهي تلك الأماكن المباح للجمهور التواجد فيها بدون قيد، فالأماكن العامة إما أن تكون عامة بطبيعتها كالشوارع والطرق والميادين العامة... الخ و إما أن تكون أماكن خاصة *les lieux ouverts publics* ولكنها مفتوحة للجمهور حيث تقدم خدمة عامة، فهي عامة نظرا للأغراض التي خصصت من أجلها و بالتالي فهي أماكن عامة بالتخصيص. وقد نهجتُ منهج البحوث الاجتماعية القانونية التي تعتمد على الأدوات الاجتماعية للوصول إلى المعلومات كالمقابلات الشخصية بالإضافة إلى المنهج التحليلي والمقارن لمعرفة مواقف الدول والاستئناس بما لتقديم مقترح للمشروع الليبي بالخصوص.

سيتم تناول موضوع البحث في مطلبين:

المطلب الأول/ المصلحة المحققة من استعمال عدسات المراقبة

المطلب الثاني/ التنظيم القانوني لاستعمال عدسات المراقبة

المطلب الأول/ المصلحة المحققة من استعمال عدسات المراقبة

يقول الغزالي: إن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، وكل ما يتضمن حفظ الأصول الخمسة وهي أن يحفظ لهم دينهم وأنفسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم فهو مصلحة، وكل ما يفوتها فهو مفسدة ودفعها - أي المفسدة - مصلحة¹ والشرع لا يقر مصلحة تتضمن مفسدة مساوية لها أو راجحة عليها ظهر أمرها أو خفي على باحثها، لأن الشارع حكيم عليم. فالمصلحة المحضة تكاد تكون معدومة وكما قال الشاطبي فالمصلحة إذا كانت هي الغالبة عند مناظرتها - أي مقارنتها - مع المفسدة في حكم الاعتبار فهي المقصودة شرعاً ولتحصيلها وقع الطلب على العباد، وكذلك المفسدة إذا كانت هي الغالبة بالنظر إلى المصلحة في حكم الاعتبار فرفعها هو المقصود شرعاً ولأجلها وقع النهي² واستعمال عدسات المراقبة لا يخرج عن هذه الفكرة فله منافع وله مضار. فما هي المنافع التي يجلبها استعمال عدسات المراقبة في الأماكن العامة (أولاً)، وما مضار هذا الاستعمال (ثانياً).

أولاً / منافع استعمال عدسات المراقبة

أ/ منافع في إطار المصلحة العامة

- استعمال عدسات المراقبة ضرورة من الضرورات الأمنية لحفظ الأمن والسلامة وحماية الأرواح والأموال ومكافحة الجريمة والإرهاب والمساهمة في الكشف عن مرتكبيها. فليس بمقدورنا وضع رجل أمن في كل شارع أو زاوية، أو أمام كل مؤسسة أو سوق أو مجمع تجاري، لكن باستطاعتنا وضع عدسات مراقبة في كل هذه الأماكن، فهي تؤدي نفس الدور الذي يؤديه رجل الأمن³. من جهة، كما تعتبر هذه الأعين الالكترونية وسيلة وقائية لمنع ارتكاب الجرائم والمخالفات، فمجرد العلم بوجود هذه الأجهزة يحول دون ارتكاب الجريمة. وقد أثبتت الدراسات التي أجريت في بعض الدول انخفاض معدل الجريمة في الأماكن المستعملة لهذه العدسات كالمحلات التجارية. ومن جهة أخرى هذه العدسات ترصد ما يقع أمامها من جرائم فتكشف عن هوية الجناة وما يقومون به من سرقة و اعتداء و مشاجرة وأعمال التخريب و الإتلاف و غيرها من الجرائم و بالتالي التقليل من حالات تسجيل الجرائم ضد مجهول⁴.

1 محمد بن محمد الغزالي، المستصفى، دار الكتب العلمية، 1993، الطبعة الأولى، ص 175.

2 أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، شرح عبد الله دراز، دار الكتب العلمية: بيروت، 2001م، الجزء الثاني، ص 340.

3 حكيم المرزوقي، كاميرا المراقبة في الأماكن العامة.. عين ساهرة وأخرى متلصصة، تونس، نُشر في 09/08/2016، العدد: 10360، ص (12)، صحيفة العرب الالكترونية.

Yuri SHARANDIN, Vidéosurveillance des lieux publics, Rapport Document de 4 Séance, Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe.114478, V II, 4 janvier 2008,

و الجدير بالذكر هنا أن الأمر لا يقتصر فقط على الأخطار الناجمة عن البشر و إنما الناتجة أيضا عن البيئة نفسها، كحدوث حريق نتيجة التماس كهربي بين أسلاك الكهرباء في الشوارع مثلا.¹

-استعمال عدسات المراقبة يُسهم في تطبيق بعض النصوص القانونية الميئة والتي لا يمكن تطبيقها دون مراقبة الأماكن العامة بطريقة مستمرة. من ذلك ما نص عليه القانون رقم 51 لسنة 1974² والمتعلق بحظر تناول الطعام في الطريق العام في غير حالة الضرورة على وجه يחדش الذوق العام أو ينتج عنه تلويث الطريق بالفضلات. و بالتالي عدسات المراقبة الوسيلة الأقدر على ضبط السلوك المخالف و ذات الأمر ينطبق على جريمة التسول³ وغيرها من الجرائم و الظواهر الخاطئة كرمي القمامة في غير الأماكن المخصصة لها و بالتالي تثبيت عدسات المراقبة يساهم في دفع المواطنين إلى التغيير في بعض التصرفات الخاطئة التي يمارسونها خارج بيوتهم.

-الاستفادة من تسجيلات عدسات المراقبة في مسألة الإثبات الجنائي حيث أن هذه التسجيلات تكتسي قدرا من الحجية الواقعية قد لا يتوافر في غيرها من وسائل الإثبات فهي دليل ناطق و فصيح عن ارتكاب الجريمة⁴ لأنها تقوم بتسجيل الأحداث لحظة بلحظة بحيث تكون الأدلة محسوسة و ملموسة.

-تحقيق السلامة على الطرقات العامة وذلك من خلال معرفة الحوادث الواقعة في الطرقات لضمان التدخل السريع للشرطة، و معرفة ما هو مركون على الطريق من أموال أو أشخاص كالسيارة المهجورة أو المسروقة، أيضا استطاعت عدسات و رادارات المرور في بعض الدول التقليل من حوادث السير بنسبة كبيرة جدا، وحث السائقين على الالتزام بالحد الأقصى للسرعة و عدم تجاوزه، و الالتزام بالتوقف عند الإشارة الحمراء، لاعتقادهم بأن عين الرقيب تلاحقهم، فهذه العدسات تتمكن من التقاط رقم اللوحة المعدنية للمركبة المخالفة و صورتها و الوقت و التاريخ أيضا. و من فوائد هذه العدسات أنه في بعض الدول المتقدمة كفرنسا و بريطانيا و الولايات المتحدة الأمريكية تنشئ غرف على الطرق السريعة للمراقبة بها فنيون و مهندسون يتولون المراقبة و في حالة ما لاحظوا أن هناك ازدحام في إحدى الطرقات يتدخلوا للتخفيف من ذلك عن طريق إضاءة النور الأحمر في إشارتين أو ثلاثة سابقة على الطريق المزدهم من أجل تحويل المرور إلى طريق آخر، و يتم الإعلان عن ذلك في الإذاعات كي يأخذ سائقي المركبات احتياطاتهم أثناء ولوج أي من هذه الطرق.

ب/ منافع في إطار المصلحة الخاصة

Francisco KLAUSER La vidéosurveillance comme mécanisme de production disciplinaire 1 de l'espace public Bulletin de l'Association de géographes français Année 2004 Volume 81 Numéro 4 8p. 63

2 منشور بالجريدة الرسمية العدد 52 لسنة 1974.

3 المادة 475 من قانون العقوبات الليبي (كل من تسول في محل عام أو مفتوح للجمهور بطريقة منفرة أو مزرية أو باختلاق مرض أو عاهة أو باستعمال الشعوذة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر).

4 د. موسى ارحومة، قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي، منشورات جامعة قاريونس: بنغازي، الطبعة الأولى، 1999، ص 500.

لا شك أن استعمال عدسات المراقبة في الأماكن العامة بالتخصيص تخدم المصلحة الخاصة لأصحابها حيث يتم وضعها مثلا في الصيدليات والمحلات التجارية فتسهم بذلك في الحفاظ على أموال وأرواح أصحاب هذه الأمكنة.

-أيضا استعمال عدسات المراقبة في أماكن العمل يُمكن صاحب العمل من التعرف على أداء العمال خلال ساعات الدوام. ومعرفة طريقة تصرف العمال مع المواطنين والعكس وبالتالي تسمح بالتدخل أو التوجيه إذا اقتضى الأمر وعقوبة العمال إذا ما تبث إهمال أو تقصير من جانبهم.

ثانيا/ مضار استعمال عدسات المراقبة

هناك من يرى أن استعمال وتركيب عدسات المراقبة فيها من السلبيات التي يجب عدم إغفالها.¹ ويمكن عرضها بتقسيم هذه المضار المحتملة إلى مضار تمس المراقب ومضار تمس المراقب

1/ مضار تمس المراقب

- تشكل كابوس على العمال طوال ساعات الدوام وقد تسبب مشاكل نفسية لهم لشعورهم بأنهم غير موثوق بهم، فهم مراقبين حتى خلال فترة راحتهم. ولكن هذا الادعاء غير صحيح إلا إذا كانت المراقبة تمت بدون ضوابط، فالهدف من المراقبة لا بد أن يكون مقبول لإعطاء التصريح باستعمال العدسات وبالتالي يتعين استبعاد أماكن راحة العمال من ضمن أماكن المراقبة.

- تسجيل الصور والأصوات من خلال عدسات المراقبة بغير علم أصحابها أو بعلمهم كالأشخاص القاطنين بالقرب من الأماكن العامة قد يعد نوع من التجسس الذي يمس حياة الإنسان الخاصة و خاصة في المجتمعات المحافظة وقد تستغل للابتزاز وخاصة في إطار العنصر النسائي،² لدى من يوضع تحت مراقبة هذه العدسات يفقد الخصوصية و يجبر على التصرف بطريقة اصطناعية أحيانا فقد تصدر منه تصرفات لا إرادية تكون قد تم الاطلاع عليها من قبل الآخرين. وهذا ما يزعج الكثير من المواطنين خصوصا عند تواجدهم في أماكن الترفيه والراحة كالمقاهي والمطاعم، وذلك لأن الفرد يبحث عن راحته فيها مع من يريد الالتقاء بهم بعيدا عن الأنظار والمتطفلين. وردا على هذا الزعم قيل بأن حماية الحياة الخاصة تتعلق بالأشخاص لا بأماكن تواجدهم ومتى كانت العدسات لا تتبع شخص بعينه وإنما هدفها المكان فهي لا تمس بالحياة الخاصة ولا تدخل في معنى التجسس المنهي عنه شرعا والمرفوض دستورا. فالشخص في بيته يملك من الخصوصية ما لا يملكها في المركز التجاري وبالتالي فالمصلحة الخاصة والمصلحة العامة غير منفصلة والشخص باعتباره كائن اجتماعي يبحث عن السلم الاجتماعي فالاعتراض على التقاط صورته يتعارض

1 سعود العنزي، «كاميرات المراقبة». بين انتهاك الخصوصية وزيادة الجريمة، الكويتية، مجلة الكترونية، الكويت، 03 أكتوبر 2015.

2 Preuve et surveillance des salariés : regard français, Bernard BOSSU; Barège, ALEXANDRE ,2

Les Cahiers de droit / Année 2013 / Volume 54 / Numéro 2

مع الطبيعة الاجتماعية للإنسان فهو كائن مرئي من قبل الناس يتعامل معهم ويحتك بهم الأمر الذي يجعل شكله وقسماته ملك للكافة فلهم حق المشاهدة والرؤية التي كما تتم بالعين المجردة فإنها تكون كذلك بوسائل التكنولوجيا كالكاميرات و التي وضعت لغرض المحافظة على السلم و الأمن و بذلك يتهافت الزعم بان الصورة تضيي ديمومة *Durée* وإنها تختلف عن النظرة العابرة.¹ وانطلاقاً من ذلك لا يوجد ما يمنع من تقييد حرية الفرد لمصلحة الجميع، فحقه في الخصوصية ليس مطلق ولكن في المقابل لا بد أن تكون للمراقبة أسباب معقولة حيث تكون من أجل مصلحة مشروعة ومهمة ومن أجل حماية النظام العام والسهر على تحقيق امن الدولة، ومن هنا تأتي المعادلة بين الحقين.²

نحن نرى أيضا بأن استعمال عدسات المراقبة في الأماكن العامة لا يمس الحياة الخاصة فهو لا يدخل في التجسس وتتبع العورات طالما كان في مكان عام والغرض منه المكان وليس أشخاص معينين. و في كل الأحوال حتى وإن كان يدخل في إطار التجسس كما يعتقد البعض فإن استعمال هذه العدسات يدخل في الاستثناءات الواردة على النهي عن التجسس لمصلحتها الغالبة. قال عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه-: (إنا قد نُهينا عن التجسس ولكن إن يظهر لنا شيء نأخذ به)³. فقد قال العلماء يستثنى من النهي عن التجسس ما لو تعين طريقاً إلى إنقاذ نفس من الهلاك مثلاً أو من ارتكاب فاحشة فيشرع في هذه الصورة التجسس والبحث عن ذلك حذراً من فوات استدراكه و كذلك في كل أمر عظيم و ضرورة قاهرة.⁴ -قد يتخذ الجناة احتياطاتهم في الأماكن المراقبة بارتداء أغطية تحول دون ملاحظتهم و الوصول إليهم و قيامهم بتكسير و تدمير هذه العدسات قبل ارتكابهم للجرائم أو تغيير أماكن ارتكاب جرائمهم.⁵ هذه الفرضية المذكورة تظل قائمة ولكن ينبغي التذكير هنا إلى أن استعمال هذه العدسات لا يعني أنها ستقضي على الجريمة نهائياً وإنما تساهم مع غيرها من الوسائل في الحد من الجريمة والكشف عنها.

ب/ مضار تمس المراقب

la publication de Jacques RAVANAS La protection des personnes contre la réalisation et leur image, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1978, p 236 et S Michel LAPORTE, L'utilisation de caméra de surveillance par organismes publiques 2 dans des lieux publics, Avril 2004, http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http%3A%2F%2Fwww.cai.gouv.qc.ca%2F01_documentation%2F01_pdf%2Fbilan.pdf, p 194 .

و انظر أيضا عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني، الحق، مطبوعات جامعة الكويت: الكويت، 1970، ص 13.
3 قال النووي في (رياض الصالحين) : حديث حسن صحيح . رواه أبو داود بإسناد على شرط البخاري ومسلم .
4 أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، باب ما ينهي عن التحاسد و التداير، 1986، ص 498.
5 Éric HEILMANN , La vidéosurveillance, une réponse efficace à la criminalité ?, 5 Volume 36, Numéro 1, Printemps, 2003, p. 89

-استعمال هذه العدسات مكلف من الناحية المالية،¹ فشرائها وتركيبها قد تنعدم فيه الشفافية ويكون مصدر من مصادر الفساد و الأمر لا يقتصر على شرائها، أيضا الاهتمام بصيانتها و متابعتها في حالة حدوث الأعطال كما أنها تحتاج إلى فنين للإشراف عليها ومتابعتها من جانب آخر.

-ناهيك عن السلبيات الناتجة عن طريقة التخزين، و الذاكرة التي تكون عرضة للتلف، و التحري و تسريب الأشرطة التي تصورها عدسات المراقبة، فالقائمين على هذه العدسات هم بشر و بالتالي قد ينشغلوا عن المراقبة فتمر بعض الوقائع دون أن يتم رصدها من ذلك كخروجهم للتدخين أو أثناء الرد على التليفون أو الذهاب لدورات المياه و غيره من الانشغالات التي تلهيهم عن المراقبة و بالتالي لتفادي ذلك نادى البعض بوضع المراقبين أيضا تحت المراقبة.² وإذا أسيء استخدام هذه التقنية فإن ذلك مسؤولية الشخص الذي يجلس خلف شاشة المراقبة وليس التقنية بحد ذاتها وبالتالي ضرورة أن يضمن القانون عدم إساءة استخدام الأشرطة التي تصورها هذه العدسات في الاعتداء على خصوصية الأفراد.

-إن هذه العدسات تقدم إحساس غير حقيقي بالأمان فالرد على المكالمات المستعجلة واسترجاع الصور لتدخل السلطات لا يكون دائما في الوقت المناسب ، بالإضافة إلى أن هناك بعض العدسات تعمل بطريقة آلية و دون إشراف إنسان. وإن صح ذلك في بعض الأحيان فإن التسجيل يظل موجود ويمكن الرجوع إليه للكشف عن المخالفات ومرتكبها ويظل الوضع أفضل من عدم وجودها.

نخلص إلى أن عدسات المراقبة تشكل مصلحة محققة لمقصد شرعي ومقاصد الشريعة متضمنة لجميع مصالح العباد وحتى من ينتقد انتشار عدسات المراقبة يقبلها لضرورات أمنية ولمصلحتها الغالبة وبالتالي ما هو الموقف القانوني من هذه العدسات هذا ما سنتناوله بعون الله في المطلب الثاني

المطلب الثاني / التنظيم القانوني لاستعمال عدسات المراقبة

نستعرض المواقف القانونية لبعض الدول من عدسات المراقبة للاستئناس بما تم نرجع على موقف القانون الليبي.

اولا/ المواقف التشريعية المقارنة

على صعيد الدول العربية³ انتشر في الآونة الأخيرة استخدام هذه العدسات وتبنت الحكومات سياسات وقوانين داعمة لذلك و قد اخترنا أن نرجع على موقف المشرع الكويتي بحكم حداثة بعد استعراض القانون الفرنسي بحكم أصالته في هذا الموضوع.

Le financement de la sécurité dans les villes , Revue d'économie financière Année 2006 Volume 86 Numéro 5 p. 251

Tanguy LE GOFF, Dans les « coulisses » du métier d'opérateur de vidéosurveillance, 2 Volume 46, Numéro 2, Automne, 2013, p. 91

3 ومن الدول العربية أيضا قطر حيث صدر القانون رقم 9 لسنة 2011 بتنظيم استخدام كاميرات وأجهزة المراقبة الأمنية القطري.

أ/المشعر الفرنسي¹

استخدمت فرنسا سياسة المراقبة منذ عام 1990 حيث يركب ما يقارب من 25 إلى 30000 من نظام الدوائر التلفزيونية المغلقة كل عام. و قد تضاعف العدد مع الوقت في 1998 تم تركيب 150000 كاميرا أي ما يعادل كاميرا لكل 60 شخص بحيث أصبحت العديد من المدن الفرنسية مربوطة بأجهزة المراقبة في المحلات و المدارس ومحطات القطار... الخ² و الجدير بالذكر أن فرنسا كفلت الحق في الصورة بموجب القانون رقم 70-643 لسنة 1970 بشأن حماية حقوق الأفراد و حرياتهم و الذي أضاف مواد لقانون العقوبات يعاقب بمقتضاها الاعتداء على الحياة الخاصة للأفراد بالتصنت أو تسجيل الأحاديث أو التقاط الصور أو إنشائها و نشر المونتاج بأي وسيلة كانت دون موافقة المجني عليه بالحبس مدة سنة و 45 ألف يورو غرامة.³ و بالتالي لا يجوز التقاط حتى صورة جماعية لطلبة المدارس دون أخذ الاذن المكتوب من اوليائهم..⁴

1 نص القانون الأوروبي الملزم لدول الاتحاد الأوربي وفرنسا واحدة منها على جملة من الضوابط التي يتعين مراعاتها عند استعمال عدسات المراقبة خشية أن يتم المساس بالحريات أو التعدي على البيانات الشخصية التي تتعلق بالأفراد مع بعض الاستثناءات تتعلق بأغراض الأمن العام. حيث أكد المشعر الأوروبي على ضرورة وضع علامات بارزة بجميع المداخل تُعلن أن المكان خاضع لكاميرات المراقبة الأمنية ووضوح بيانات اتصال واضحة تُمكن الأفراد من التواصل بشأن كاميرات المراقبة ووضوح حد أعلى لمدة تخزين بيانات الكاميرات؛ وعدم توجيه الكاميرات مباشرةً على الأشخاص، وتركيزها على الأماكن المشتركة مثل الأروقة وعدم توجيه الكاميرات على أماكن خارج العمل، كالشوارع والأرصفة والمباني الأخرى. قرار الاتحاد الأوربي رقم 46 لسنة 1995 بالفرنسية موجود على هذا الرابط <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>

http://www.rfi.fr/actu/fr/articles/067/article_37700.asp 2

3 Article 226-1 de code pénal Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :.....2En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé

4 والمشعر المصري نص في قانون العقوبات على حرمة الحياة الخاصة و اختراق خصوصية المواطنين بموجب المواد أرقام 309 مكرر و 309 مكرر "أ" من قانون العقوبات، عقوبة اختراق الحياة الشخصية، للمواطنين، والتعدي على حرمة الحياة الخاصة، بالحبس والمصادرة. حيث تنص المادة رقم 309 مكرر من قانون العقوبات على: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن، وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضا المجني عليه، /.....ب/ التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أيا كان نوعه صورة شخص في مكان خاص" فإذا صدرت الأفعال المشار إليها في الفقرتين السابقتين أثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع، فإن رضاه هؤلاء يكون مفترضاً. ولا يقتصر التجريم على الشخص القائم بالتقاط الصورة فقط وفقاً للنص السابق، ولكن التجريم يمتد ليشمل كلا من سهل أو أذاع أو شارك في نشر الصورة. "كما تنص المادة رقم 309 مكرر (أ) على "يعاقب بالحبس كل من أذاع أو سهل إذاعة أو استعمال ولو في غير علانية تسجيلاً أو مستنداً متحصلاً عليه بإحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة أو كان ذلك بغير رضا صاحب الشأن، ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من هدد بإفشاء أمر من الأمور التي تم الحصول عليها بإحدى الطرق المشار إليها لحمل شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه، ويعاقب بالسجن الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتماداً على سلطة وظيفته.

وينص قانون العمل الفرنسي في المادة L 1-1121 أنه لا يجوز تقليص حقوق الأفراد أو الحريات الفردية أو الجماعية إلا إذا كانت مبررة بطبيعة المهام الموكلة إليهم ومتوائمة مع الهدف المراد تحقيقه. و بالتالي فإن تركيب الكاميرات في أماكن العمل إجراء رغم مساسه بحرية المستخدمين إلا إنه جائز طالما قدر صاحب العمل أنه ضروري بالنظر إلى المهام الموكلة إلى هؤلاء المستخدمين و بالنظر إلى طبيعة قطاع العمل كما هو الحال في القطاع المصرفي طبعاً مع مراعاة الضوابط اللازمة و التي منها إعلام المستخدمين بذلك فلا يجوز تصويرهم دون علمهم و صاحب العمل يتعين عليه إخبار المجلس العمالي¹. وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الأدلة المستمدة من العدسات المركبة في أماكن ووقت العمل والتي استخدمها رب العمل كدليل في المنازعات العمالية لا تعتبر أدلة مشروعة ويتم استبعادها إذا لم يتم الإخطار عن تركيب الكاميرا فوضعها بطرق احتيالية دون علم المستخدمين يشكل اعتداءً على حقوقهم وحرمتهم الخاصة لأنهم قد يتبادلون أحاديث أو معلومات شخصية لا يجوز تداولها دون علمهم.

كما نظم المشرع الفرنسي ما يطلق عليه بفيديو المراقبة بمقتضى نصوصه خاصة في قانون الأمن الداخلي حيث أنه حدد الأغراض التي يجوز التصريح من أجلها بتركيب فيديو المراقبة² وأجاز تركيب عدسات

ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها مما يكون قد استخدم في الجريمة أو تحصل عنها، كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عن الجريمة أو إعدادها.

Article L1222-4 code de travail Aucune information concernant personnellement un 1 salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance.,

La transmission et l'enregistrement d'images prises sur la voie publique Article L251-22 par le moyen de la vidéoprotection peuvent être mis en œuvre par les autorités publiques compétentes aux fins d'assurer

- 1° La protection des bâtiments et installations publics et de leurs abords ;
- 2° La sauvegarde des installations utiles à la défense nationale ;
- 3° La régulation des flux de transport ;
- 4° La constatation des infractions aux règles de la circulation ;
- 5° La prévention des atteintes à la sécurité des personnes et des biens dans des lieux particulièrement exposés à des risques d'agression, de vol ou de trafic de stupéfiants ainsi que la prévention, dans des zones particulièrement exposées à ces infractions, des fraudes douanières prévues par le dernier alinéa de l'article 414 du code des douanes et des délits prévus à l'article 415 du même code portant sur des fonds provenant de ces mêmes infractions ;
- 6° La prévention d'actes de terrorisme, dans les conditions prévues au chapitre III du titre II du présent livre ;
- 7° La prévention des risques naturels ou technologiques ;
- 8° Le secours aux personnes et la défense contre l'incendie ;

للمراقبة في الأماكن العامة والمفتوحة للجمهور لأهداف تتعلق بالصالح العام و لكن بعد أخذ تصريح رسمي من لجنة المراقبة المرئية بالمنطقة و التي يرأسها قاضي¹ و الأماكن المفتوحة للجمهور إذا تم تركيبها قبل الحصول على الموافقة و التصريح قد يتم إغلاقها مدة 3 أشهر إذا لم تعالج أوضاعها و تكمل الإجراءات المطلوبة². كما أوجب المشرع أن يراعى في تركيب العدسات بأن لا توجه إلى مداخل المباني. كما يتعين إعلام الجمهور بطريقة واضحة و ظاهرة أن هناك عدسات مراقبة و بالمسئول عنها حتى يمكن التواصل معه في حالة حدوث واقعة تستدعي ذلك³ فلكل شخص الحق في الاطلاع على التسجيلات و لكن يمكن للجنة المراقبة أن ترفض ذلك إذا كانت هذه التسجيلات تتعلق بأمن و سلامة الدولة أو تعلق الأمر بحقوق الغير.⁴ ويكون نظام المراقبة لمدة 5 سنوات قابلة للتجديد.⁵ و إذا ما تم الاستعانة بالتسجيلات من قبل القضاء يتعين إتلافها خلال شهر كحد أقصى و بالإمكان السلطات أن تضع حد أدنى.⁶ و يعاقب كل

9° La sécurité des installations accueillant du public dans les parcs d'attraction. Il peut être également procédé à ces opérations dans des lieux et établissements ouverts au public aux fins d'y assurer la sécurité des personnes et des biens lorsque ces lieux et établissements sont particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol. Après information du maire de la commune concernée et autorisation des autorités publiques compétentes, des commerçants peuvent mettre en œuvre sur la voie publique un système de vidéoprotection aux fins d'assurer la protection des abords immédiats de leurs bâtiments et installations, dans les lieux particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol. Les conditions de mise en œuvre et le type de bâtiments et installations concernés sont définis par décret en Conseil d'Etat.

Sauf en matière de défense nationale, la décision mentionnée à l'article Article L223-31 L. 223-2 doit être précédée d'une consultation de la commission départementale de vidéoprotection si elle porte sur une installation de vidéoprotection filmant la voie publique ou des lieux et établissements ouverts au public.

Article L253-42

Article L251-3 Les opérations de vidéoprotection de la voie publique sont réalisées de 3 telle sorte qu'elles ne visualisent pas les images de l'intérieur des immeubles d'habitation ni, de façon spécifique, celles de leurs entrées. Le public est informé de manière claire et permanente de l'existence du système de vidéoprotection et de l'autorité ou de la personne responsable

Code de la sécurité intérieure Article L253-54

Les systèmes de vidéoprotection sont autorisés pour une durée de cinq Article L252-45 ans renouvelable.

Article L252-5 Hormis le cas d'une enquête de flagrant délit, d'une enquête préliminaire 6 ou d'une information judiciaire, les enregistrements sont détruits dans un délai maximum

من يركب هذه العدسات و يسجل بها قبل الحصول على الموافقة 3 سنوات سجن و بغرامة 45000 يورو.¹

ب/المشروع الكويتي

أصدر المشروع الكويتي في يوليو 2015 القانون رقم 61 بشأن تنظيم و تركيب كاميرات و أجهزة المراقبة الأمنية² و الذي حدد بمقتضاه الأماكن التي توضع فيها الكاميرات و هي الفنادق والشقق الفندقية والمجمعات التجارية والمجمعات التعاونية والمجمعات السكنية والبنوك والمصارف ومحلات الصرافة ومحلات بيع الذهب والمجوهرات والأندية الرياضية والثقافية ومراكز الشباب ومراكز التسوق والترفيه والمستشفيات والعيادات، والمستودعات والمخازن الخاصة بالمواد الثمينة والمواد الخطرة ومحطات التزود بالوقود ، وغيرها من المنشآت التي يصدر بتحديدها قرار من مجلس الوزراء، بناء على اقتراح الوزير. وحظر القانون تركيب هذه الكاميرات في الأماكن المعدة للسكنى، أو للنوم، أو لغرف العلاج الطبيعي، أو غرف تبديل الملابس، ودورات المياه، والمعاهد الصحية النسائية والصالونات النسائية أو أي مواقع تتعارض وضع الكاميرات فيها مع الخصوصية الشخصية.³

وأوجب على مالكي المنشآت والمسؤولين عن إدارتها، تركيب كاميرات وأجهزة مراقبة أمنية بها وتشغيلها طوال اليوم، على أن يكون لها غرفة تحكم مركزية. وللجهة المختصة - وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة تلزم أياً من مالكي ومسؤولي المنشآت بربط كاميراتها وأجهزة مراقبتها بأجهزة الجهة التي تحددها الجهة المختصة.⁴ و قد نص القانون على مجموعة من الضوابط التي يتعين مراعاتها لضمان عدم المساس بالحياة الخاصة و لضمان فاعلية استعمال هذه العدسات حيث أوجب الإشارة داخل المنشآت بلوحة أو لوحات واضحة ، إلى أنها مجهزة بكاميرات وأجهزة مراقبة أمنية، على أن تحدد الجهة المختصة مواصفاتها وعددها وأماكن وضعها، كما أوجب الاحتفاظ بتسجيلات الكاميرات وأجهزة المراقبة الأمنية لمدة مائة وعشرين يوماً، و حظر إجراء أي تعديلات عليها، وأوجب إتلاف التسجيلات مباشرةً بعد انتهاء تلك المدة،⁵ كما حظر تسليم أو نقل أو تخزين أو إرسال أو نشر أي من التسجيلات المشار إليها، إلا بموافقة كتابية من جهة

fixé par l'autorisation. Ce délai ne peut excéder un mois.

L'autorisation peut prévoir un délai minimal de conservation des enregistrements.

Article L254-11

2 للاطلاع على القانون رقم 61 ومذكرته الإيضاحية موجود على الرابط التالي وتم الدخول إليه بتاريخ 2017/9/8
<http://kuwaitalyawm.media.gov.kw/content/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%B1%D9%82%D9%85-61-%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9-2015>

3 المادة 9 من القانون المشار إليه.

4 المادة 2 من القانون المشار إليه.

5 المادة 5 من القانون المشار إليه.

التحقيق المختصة أو المحكمة المختصة.¹ وأجاز جهة التحقيق أو المحكمة اعتبار التسجيلات التي تتم بواسطة الكاميرات وأجهزة المراقبة الأمنية بمثابة دليل في الإثبات أمامها.² كما أوجب على مالكي المنشآت والمسؤولين عن إدارتها صيانة كاميرات وأجهزة المراقبة الأمنية وتحديثها، بصفة دورية ومستمرة، لضمان حسن أدائها لأغراضها، واستمرارية مطابقتها للمواصفات الفنية.³

ووضع القانون عقوبات جنائية للمخالفين لإحكامه فقد نص على عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز خمس سنوات ولا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن ألفي دينار ولا تزيد على عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من قام عمداً بالإساءة أو التشهير بالغير وذلك بالتقاط أو استخراج صورة أو مقطع فيديو أو أكثر من التسجيلات أو نشرها باستعمال الكاميرات وأجهزة المراقبة الأمنية المنصوص عليها في هذا القانون. وتكون العقوبة الحبس مدة لا تجاوز خمس سنوات ولا تقل عن ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا اقترنت الأفعال المشار إليها في الفقرة السابقة بالتهديد أو الابتزاز أو تضمنت استغلال الصورة أو مقطع الفيديو المأخوذ عنها بأية وسيلة في الإخلال بالحياء أو المساس بالأعراض.

نخلص إلى أن الدول تتفاوت في تنظيم استعمال وتركيب كاميرات المراقبة ولكنها تتفق في ضمان الحد اللازم لحماية حقوق وحرريات الافراد.

ثانياً / موقف القانون الليبي من استعمال عدسات المراقبة

إن المصالح من حيث حكم الشارع فيها بالاعتبار أو الإلغاء أنواع: مصالح معتبرة وهي التي قام الدليل الشرعي على وجوب رعايتها واعتبارها كمصلحة حفظ النفس التي شرع من أجلها القصاص، ومصالح ملغاة وهي تلك التي قام الدليل الشرعي على إلغائها كمصلحة المرابي في زيادة ثروته بالربا، ومصالح مرسله وهي تلك المصالح المسكوت عنها وسميت مرسله لإرسالها أي إطلاقها عن دليل خاص يقيد ذلك الوصف بالاعتبار أو بالإهدار. واستعمال عدسات المراقبة في الأماكن العامة من المستجدات التي تحقق مصلحة عامة ويمكن أعطاها بذلك حكم المصلحة المرسله شرعا وقانونا.

أ / غياب تنظيم تشريعي خاص باستعمال عدسات المراقبة

1 المادة 6 من القانون المشار إليه.

2 المادة 10 القانون المشار إليه. انظر في ذلك عبد الرحمن مصطفى، كاميرات المراقبة.. عين السلطة والمواطن، الشروق مجلة الكترونية، مصر، الخميس 7 مايو 2015.

3 المادة 7 من القانون المشار إليه.

استعملت الدولة الليبية عدسات المراقبة باعتبارها صاحبة سيادة فوق إقليمها لضرورات أمنية في عدة مدن منها طرابلس و البيضاء، سبها و طبرق، و بنغازي و شهدت هذه الأخيرة اهتمام كبيراً في هذا المجال خاصة بعد أحداث 2006، والمظاهرات التي تمت أمام القنصلية الإيطالية. حيث شرعت الأجهزة الأمنية في إنشاء غرفة عمليات شملت جميع من له شأن أمني من استخبارات وأجهزة الشرطة الميدانية المتنوعة؛ بغية متابعة الأحداث المرورية من حوادث واختراقات للإشارات المرورية والمشاجرات والمظاهرات التي حدثت سواء من أهالي سجناء أبو سليم أو التي تخص القوى العاملة أو التي تخص مصرف الادخار العقاري. تولت الدولة تركيب هذه العدسات بما لها من سلطة حفظ الأمن داخل البلاد ودون أن يكون هناك تنظيم قانوني خاص لتركيب عدسات المراقبة وطريقة عملها وآلية حماية التسجيلات ومدة حفظها وبيان من هي الجهة التي تشرف عليها. و بعد ثورة فبراير جاء مشروع تنفيذ تركيب عدسات المراقبة بالشوارع والميادين في عدة مدن،¹ في إطار الخطط التي أعلنت عنها حكومة الوفاق لبسط الأمن وتحقيق الأمان و ردع كل المخالفات المحتملة للحيلولة دون تفشي حالة الاعتداءات وملاحقة المطلوبين. ومن ذلك قرار مجلس الوزراء رقم (217) لسنة 2016 و الذي منح بمقتضاه الإذن لوزارة الداخلية بالتعاقد مع شركة التفوق الدائم لتقنية للمعلومات والاستشارات والتدريبات لغرض تنفيذ مشروع تفعيل وتشغيل وصيانة كاميرات المراقبة المتضررة بمدينة بنغازي، وتوريد كاميرات جديدة بدل التالفة منها والمفقودة ومستلزمات ذلك بقيمة 1010.568.100 د.ل مليون وعشرة الآلاف وخمسمائة وثمانية وستون ألف ومائة دينار ليبي خصماً من المبلغ المخصص للوزارة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (177) لسنة 2016.²

أما بخصوص مدينة طرابلس فرغم تركيب العدسات وسط شوارع طرابلس في تلك الفترة إلا إن هذا التركيب لم يتم عن طريق وزارة الداخلية³ بالإضافة إلى انتشار استعمالها بطريقة عشوائية و غير مصرحة في الأماكن

1 <http://www.eanlibya.com/archives/15530> ؛

2 . وجاء هذا الإذن خضوعاً لأحكام لائحة العقود الإدارية التي تحضر على الجهات العامة التعاقد قبل الحصول على إذن من مجلس الوزراء إذا زادت قيمة العقد على مبلغ مليون دينار (المادة 10 من لائحة العقود الإدارية) وبالتالي هذا الإذن غير قاصر على الأعين الالكترونية وإنما في كل العقود الإدارية. و قد تزامن قرار مجلس الوزراء بمنح الإذن للوزارة الداخلية و المتعلق عدسات المراقبة مع قرار آخر يتعلق بالبوابات الالكترونية رقم (218) لسنة 2016 على أن «يؤذن لوزير الداخلية بالتعاقد بطريق التكليف المباشر مع شركة التفوق الدائم لتقنية للمعلومات والاستشارات والتدريب؛ لغرض تنفيذ مشروع البوابات الإلكترونية بمدينة بنغازي والمبين بتقرير اللجنة الفنية المشكلة بموجب قرار السيد وزير الداخلية المكلف رقم (653) لسنة 2016م، بقيمة (4.628.181.900) أربعة ملايين وستمائة وثمانية وعشرون ألفاً ومائة وواحد وثمانون ديناراً ليبيا وتسعمائة درهم، خصماً من المبلغ المخصص للوزارة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (177) لسنة 2016».

3 مقابلة شخصية أجريتها مع مدير المكتب القانوني بوزارة الداخلية طرابلس. شهر 6/2017.

الخاصة المفتوحة للعامّة كالمحلات التجارية و الصيدليات و العيادات الخاصة. و المدير بالذكر في هذا المقام أن يبيع وشراء هذه الكاميرات في المتاجر الكبرى أو المشاريع الصغيرة أو تداولها في الأسواق يتم أيضا بطريقة عشوائية دون الحصول على أي ترخيص.¹

كاميرات المراقبة تعد من أجهزة الاتصالات بمقتضى قانون الاتصالات رقم 22 لسنة 2010 فقد نصت المادة الأولى على أن المقصود بأجهزة الاتصالات هي أي أجهزة تستخدم لإرسال واستقبال الاتصالات. وأن الاتصالات: هي كل عملية نقل أو بث أو استقبال أو إرسال الرموز أو الإشارات أو الأصوات أو الصور أو البيانات أيًا كانت طبيعتها بواسطة الوسائل السلكية أو اللاسلكية أو أي وسيلة أخرى من وسائل تقنية الاتصالات. و جاء في المادة الثانية منه لا يجوز إنشاء أية شبكات اتصالات أو إدارتها أو تقديم خدمة الاتصالات إلا بعد الحصول على موافقة من الجهة المختصة.² و يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل على ألف دينار ولا تزيد على عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أنشأ أو شغل شبكة اتصالات عامة أو خاصة دون الحصول على الترخيص المقرر في هذا القانون.³ كما يعاقب بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد عن خمسمائة دينار كل من أساء استخدام وسائل الاتصال للأضرار بالغير.⁴ كاستعمال الصور و الأشرطة المرئية للابتزاز و التشهير عبر شبكة المعلومات الدولية.⁵

رغم إمكانية مد سريران القانون على كاميرات المراقبة انطلاقا من المادة الأولى منه و التي اعتبرت ارسال و استقبال الصور من الاتصالات التي يسري عليها القانون، إلا إن صياغة نصوص هذا القانون في مجملها

1 مقابلة شخصية أجريتها مع أصحاب أحد محلات بيع عدسات المراقبة، موجود بمنطقة شارع الزاوية طرابلس شهر 6/2017 .

2 وأيضا المادة 18 من القانون المشار إليه.

3 المادة 27 من القانون المشار إليه.

4 المادة 36 من القانون المشار إليه وأيضا المادة 35 في هذا السياق تقرر عقوبة إساءة استخدام شبكة المعلومات الدولية فبالإضافة الى الحبس والغرامة تقرر سحب الترخيص ومصادرة الآلات والأجهزة المستخدمة.

5 صادق مجلس النواب الليبي في 2021/10/26 على قانون الجرائم الالكترونية والذي لقي معارضة واسعة على ظروف وتوقيت صدوره لنرى في قادم الأيام مصيره ومدى إمكانية العمل به وتطبيقه. انظر في موضوع الجريمة الالكترونية: د.مفتاح ابوبكر المطردي، الجريمة الالكترونية، ورقة مقدمة الى المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية بجمهورية السودان المنعقد في الفترة 23-25/9/2012. المنشور على الرابط

https://www.academia.edu/23333095/%D8%A7%D9%84%D8%AC%D8%B1%D9%8A%D9%85%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D8%A5%D9%84%D9%83%D8%AA%D8%B1%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A7%D9%84%D9%8A%D8%A8%D9%8A%D8%A7 تاريخ الدخول 2021/10/1.

تنصرف الى التسجيلات المسموعة.¹ و باعتباره قانون عام فهو لم ينظم أي ضوابط لتكيب العدسات و كيفية استعمالها.

ولكن هل يحق للأشخاص الاعتراض على تصويرهم بمقتضى هذه العدسات أو على استخدام التسجيلات المصورة التي يظهرون فيها بطريقة مباشرة وغير مباشرة؟

ب/ غياب الحماية القانونية للصور الشخصية باعتبارها موضوع العدسات
نص المشرع الليبي على حماية الحقوق الملازمة للشخصية² Droit de personnalité في المادة 50 من القانون المدني التي جاء فيها (لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر). و لم يحدد المشرع ما هي الحقوق الملازمة للشخصية و اختلف الفقه في تحديد نطاقها بين موسع و مضيق و اخر منكر لها أصلاً³. والفقه السائد يعتبر الحق في الصورة Droit d'image من ضمن المظاهر الحديثة للحقوق الملازمة للشخصية و هي بذلك حق قائم مثلها مثل الحق في الاسم⁴ إلا إن المشرع الليبي يحمي الحق في الاسم مدنيا و جنائيا بنصوص خاصة⁵ دون الحق في الصورة.

كما نصت المادة 12 من الإعلان الدستوري على إن حياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون، ولا يجوز للدولة التجسس عليها إلا بإذن قضائي وفقا لأحكام القانون. فإذا اعتبرنا استعمال كاميرات المراقبة من أدوات التجسس يظل النص قاصر على استعمال الدولة وفاقدا لفاعليته لأن إمكانية تطبيقه يحتاج الى

1: من ذلك مثلا المادة (15) سرية الاتصالات على الجهات التي تقدم الخدمات اتخاذ كافة الخطوات لضمان سرية اتصالات المستفيدين، ولا يجوز للجهات التي تقدم الخدمات اعتراض أو مراقبة أو تغيير أو تعديل اتصالات المستفيدين من الخدمة. ولأغراض متابعة وتحديد المكان أو الرد على المضايقة أو المكالمات العدوانية أو غير القانونية أو حسبما ينص عليه القانون يراعى الآتي:
أ. يجوز للمستفيد أن يطلب من الجهة التي تقدم الخدمات مراقبة المكالمات المتعلقة بماتفه.
ب. يجوز للجهة القضائية المختصة قانوناً إصدار تعليماتها إلى الجهة التي تقدم الخدمات باعتراض أو مراقبة المكالمات الواردة إلى هاتف الفرد أو الصادر منه وعليها التقيد بتلك التعليمات، وعلى الجهة التي تقدم الخدمات تزويد هذه الجهة بالمعلومات المستمدة من مراقبتها لهاتف الفرد، بما في ذلك أرقام الهواتف التي يتم الاتصال بها وتواريخ حدوثها.
ج. للجهة المختصة اتخاذ أي إجراء لحماية الأشخاص من المكالمات المضايقة أو المكالمات العدائية أو غير القانونية، وإحالة الأمر إلى الجهات المختصة لاتخاذ الإجراءات اللازمة.

2 أطلق عليها تسميات مختلفة الحقوق المتعلقة بالشخصية أو الحقوق العامة والحقوق الشخصية انظر د. الكوني علي اعبودة، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل لعلم القانون - الحق - المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية - طرابلس - الطبعة الرابعة 2003، ص 78.

3 عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مرجع سبق ذكره، ص 166 وما بعدها
4 د. الكوني علي اعبودة، أساسيات القانون الوضعي الليبي، مرجع سبق ذكره، ص 82.
5 نصت المادة 51 من القانون المدني على إمكانية الحصول على تعويض في حالة منازعة الاسم أو انتحال شخصية الغير والمادة 355 من قانون العقوبات قررت العقوبة الحبس مدة لا تجاوز سنة في حالة جريمة انتحال الشخصية.

قانون يوضح نطاقه والأثر المترتب على مخالفته والجهة المختصة بمنح الاذن وذلك على غرار التسجيلات الصوتية، وبطريقة تضمن الانسجام بين التشريعات (التشريعات المنظمة لعدسات المراقبة والمنظمة للحق في الصورة على فرض تنظيمها). والى ذلك الحين، فالأصل في الأشياء الإباحة وبالتالي يجوز استعمال العدسات والصور شريطة الا يتعارض ذلك مع النظام العام والآداب وهي فكرة مرنة مطاطة متغيرة بتغير الزمان والمكان ومناطقها المصلحة العامة.

يثور التساؤل عن القيمة القانونية للفيديوهات والصور الملتقطة عبر عدسات المراقبة وهل يعتد بها القضاء الليبي في الاثبات؟

الأصل حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته إلا أنه لا بد أن يكون اقتناع القاضي مبني على أدلة مشروعة مستمدة من إجراءات صحيحة قولاً واحداً في أحكام الإدانة اعمالاً لقاعدة الأصل في الانسان البراءة.¹ أما الدليل الذي يبني عليه القاضي حكم البراءة فقد تباينت الآراء بشأنه فهناك من يجيز تأسيس حكم البراءة على دليل غير مشروع لان الأصل في الانسان البراءة² و هناك من لا يجيز ذلك لأنه خرق لمبدأ مشروعية الدليل³ و هناك من يفرق بين عدم مشروعية يصل إلى الجريمة الجنائية و بين عدم مشروعية نتيجة مخالفة قاعدة إجرائية مثلاً فإذا كان الدليل قد تم التوصل إليه بوسيلة تعد جريمة جنائية فإن الدليل يجب استبعاده، أما إذا كانت الوسيلة لا تصل الى حد الجريمة ففي هذه الحالة يمكن الاستناد إليه.⁴ و كما أوضحنا سابقاً فإن تركيب و استعمال هذه العدسات بدون ترخيص يعد جريمة جنائية وفقاً لقانون الاتصالات.

ورغم أن الخوصوم في جرائم السرقات والمخدرات والحوادث المرورية وغيرها من الجرائم يستعينوا بعدادات المراقبة الموجودة في مكان الواقعة لأثبات الفعل من عدمه، ويُشار له في تصرفات النيابة العامة ومكتب النائب العام في العديد من القضايا، إلا أن القضاء من جهة لا يثير على الاطلاق مسألة مشروعية تركيب عدسات المراقبة ومدى صحة محتواها عندما تقدم كدليل في الدعوى. ومن جهة أخرى فهو لا يرفضها ويستبعدها صراحة و لا يعتبرها دليل قائم بذاته وإنما يحاول أن يستعملها كقربنة للوصول الى الحقيقة بحكم

1 من بين اخرين انظر : إيناس مؤمن العبيدي، خديجة الهادي قدح، ضوابط و حدود القناعة الوجدانية للقاضي الجنائي في التشريع الجنائي الليبي، مجلة البحوث القانونية: مصراتة ، العدد 11، 2020، ص7.

2 د. مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الجزء الثاني الطبعة الأولى، 1971، ص 155.

3 د.عبد الرؤوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى ، دار الجيل: مصر، ص 740 و ما بعدها.

4 مع هذا الراي د. موسى ارحومة، حرية القاضي في تكوين عقيدته، رسالة ماجستير جامعة قاريونس بنغازي، 1987، ص 96.

دوره الإيجابي في المسائل الجنائية فيقوم بإحالتها الى الخبرة أو يعتبرها مكمله لشهادة الشهود أو يقوم بمواجهة المتهم بها الامر الذي يضطره الى الاعتراف بالواقعة.¹

هذا الفراغ التشريعي يربك عمل القضاء في التعامل مع ما يقدمه الخصوم أصحاب المصلحة من صور ثابتة ومتحركة منتجة في الدعوى الامر، الذي يتطلب تدخل تشريعي لحماية حق الصورة ووضع ضوابط استعمالها والاستفادة منها كدليل قائم بذاته بعد التأكد من سلامتها وصحتها.

1 من بين اخرين انظر: الدعوى رقم 2021/114، وحدة جمع الاستدلالات، محكمة مرور طرابلس، المحكمة أدانت المتهمين بتجاوز السرعة المقررة واهمال وعدم حيلة معرضين سلامة العامة للخطر والتي ترتب عليه حصول الحادث وإصابة المجني عليه و التي أدت الى وفاته، استندت في ذلك على ادلة عزز بعضها البعض و هي اعتراف المتهمين، و على الكشف الذي اجراه مأمور الضبط القضائي مبينا حالة الطريق و على ما شاهده عن طريق أحد الكاميرات المثبتة بمحل للمواد الغذائية الموجود بمكان الحادث. (حكم غير منشور)

الخاتمة

لا شك أن انتشار الجريمة وغياب الأمن والأمان يشكل ضرر على حياة الأفراد وحرابتهم ودينهم وأموالهم ودرء المفسدة مقصداً شرعياً لا يمكن الاستغناء عنه إذ إنّ المصلحة لا تتحقق بجلب المنفعة فحسب بل إنّ درأ المفسدة مقدّم على جلب المصلحة في حال التعارض والتزاحم. ووضع عدسات المراقبة في الأماكن العامة هدفها هو الحد من انتشار الجريمة والفساد و ضبط سلوك الأفراد و حماية الأموال و الأرواح، فاستعمالها له دور وقائي يتمثل في بت الرعب و الخوف في نفس من تسول له نفسه مخالفة القوانين، أو للمحافظة على نظام حركة السير ومنع الازدحام و ما يترتب عنه من تعطيل الناس و ضياع للوقت و دور علاجي يتمثل في اكتشاف الجناة و تحديد هويتهم و تقديمهم للعدالة و لا شك أن كل ذلك يحقق مصلحة عامة تغلب على المصلحة الخاصة و المزعومة بأن هذه العدسات تهتك حرمة الحياة الخاصة من خلال التجسس عليهم و تخزين صورهم وربما استعمالها إذا اقتضت الضرورة. ورغم كونها من ضروريات العصر الحديث الذي أصبح فيه الأمن مطلباً رئيسياً هاماً في الحياة ورغم انتشار استعمالها إلا أنها لم تحظ بتنظيم خاص يضبط آلية وطرق وضعها، و نعتقد أنه الوقت المناسب لتدخل تشريعي خاص اسوة بدول العالم يحمي الحق في الصورة و ينظم كاميرات المراقبة على نحو يحقق الموازنة العادلة بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة و في ظل الضوابط المقترحة.

التوصيات

يتعين على المشرع تنظيم استخدام عدسات وأجهزة المراقبة في ليبيا والعمل على إصدار قانون خاص بذلك على أن يراعى الآتي

1/ تحديد الأماكن التي يتوجب تركيب وتشغيل الكاميرات فيها كالفنادق والمجمعات السكنية والمصارف ومحلات الصرافة وبيع الذهب ومراكز التسوق والمستشفيات والمخازن الخاصة بالمواد الثمينة والخطرة وغيرها من المنشآت التي تحددها الجهات المختصة بالإضافة لتحديد الأماكن التي يحظر مراقبتها بالكاميرات كالأماكن المعدة للنوم وغرف العلاج الطبيعي وغرف تبديل الملابس ودورات المياه والصالونات النسائية وصالات الأفراح وأي موقع يتعارض وضع الكاميرات فيه مع تقاليدنا وعاداتنا وديننا.

2/ تحديد وتوحيد الجهة المختصة بمنح التراخيص لاستخدام كاميرات وأجهزة المراقبة الأمنية وذلك لمنع التعارض والتسهيل على الجهات الراغبة في التركيب. ومنح هذه الجهة الحق في دخول هذه الأماكن بغرض

- التفتيش على كاميرات وأجهزة المراقبة ومنحها الصلاحية لتحديد أماكن ونقاط وضع كاميرات وأجهزة المراقبة وعددها ونوعها ثابتة أو متحركة ومعرفة الأغراض المركبة من أجلها. وتحديد مسؤولية الجهة المراقبة.
- 3/ الالتزام بوضع لوحات في أماكن بارزة تبين أن المكان مجهز بكاميرات المراقبة.
- 4/ الاحتفاظ بالتسجيلات لمدة يحددها القانون وعدم إجراء أي تعديلات عليها وتسليمها للجهات المختصة فور طلبها وإعدام تلك التسجيلات بعد انتهاء هذه المدة. والحرص على سرية ما تم تسجيله وعدم ضياعه واتخاذ ما يلزم لذلك. وتحديد عدد الأشخاص الذين بإمكانهم الاطلاع على محتوى التسجيلات.
- 5/ حظر نقل أو تخزين أو إرسال أو نشر التسجيلات التي تلتقطها كاميرات المراقبة إلا بموافقة الجهة التي يحددها القانون.
- 6/ النص على عقوبات واضحة وراعية في حال مخالفة أي مادة من مواد القانون بما يتناسب وجسامة المخالفة.
- 7/ تحديد القيمة القانونية لمحتوى كاميرات المراقبة في الاثبات الجنائي.
- 8/ تقرير الحماية المدنية والجنائية للحق في الصورة.
- والله ولي التوفيق

قائمة بأهم المراجع

باللغة العربية

- 1- أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، شرح عبد الله دراز، الجزء الثاني، دار الكتب العلميّة: بيروت، 2001م.
- 2- أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، باب ما ينهي عن التحاسد و التدابر، 1986.
- 3- الكوني علي عبودة ، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل لعلم القانون - الحق - المركز القومي للبحوث و الدراسات العلمية : طرابلس - الطبعة الرابعة 2003.
- 4- إيناس مؤمن العبيدي، خديجة الهادي قدح، ضوابط و حدود القناعة الوجدانية للقاضي الجنائي في التشريع الجنائي الليبي، مجلة البحوث القانونية ، العدد 11، 2020.
- 5- حكيم المرزوقي، كاميرا المراقبة في الأماكن العامة.. عين ساهرة وأخرى متلصصة، تونس، نُشر في 09/08/2016، العدد: 10360، صحيفة العرب الالكترونية.
- 6- سعود العنزي، «كاميرات المراقبة».. بين انتهاك الخصوصية وزيادة الجريمة، نشر في 03 أكتوبر 2015 الكويتية، مجلة الكترونية
- 7- عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الحق، مطبوعات جامعة الكويت، 1970
- 8- عبد الرحمن مصطفى، كاميرات المراقبة. عين السلطة والمواطن، نشر في 07 مايو 2015. الشروق مجلة الكترونية، مصر.
- 9- عبد الرؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى، دار الجيل: مصر.
- 10- مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الجزء الثاني الطبعة الأولى، 1971.
- 11- محمد بن محمد الغزالي، المستصفى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1993.
- 12- د.مفتاح ابوبكر المطردي، الجريمة الالكترونية، ورقة مقدمة الى المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية بجمهورية السودان المنعقد في الفترة 23-25/9/2012. المنشور على الرابط https://www.academia.edu/23333095/%D8%A7%D9%84%D8%AC%D8%B1%D9%8A%D9%85%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D8%A5%D9%84%D9%83%D8%AA%D8%B1%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A9_-

تاريخ الدخول [_ %D9%84%D9%8A%D8%A8%D9%8A%D8%A7](http://www.kuwaitalyawm.media.gov.kw/content/%D9%84%D9%8A%D8%A8%D9%8A%D8%A7)
2021/10/1

13 - موسى مسعود ارحومة:-

14 - قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي، منشورات جامعة قارونوس: بنغازي، الطبعة الأولى،
1999.

15 - حرية القاضي في تكوين عقيدته، رسالة ماجستير جامعة قارونوس بنغازي، 1987.

16 - وسف القضاوي، السياسة الشرعية في ضوء الشريعة الإسلامية و مقاصدها، نحو وحدة فكرية
للعاملين بالإسلام (4)، القاهرة : مكتبة وهبة ، 1998، ص 75 وما بعدها

17 - الموقع الالكتروني المنشور عليه القانون الكويتي

<http://kuwaitalyawm.media.gov.kw/content/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%B1%D9%82%D9%85-61-%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9-2015>

باللغة الفرنسية

18 - Preuve et Bernard BOSSU; Barège, ALEXANDRE ,
surveillance des salariés : regard français, Les Cahiers de droit /
Année 2013 / Volume 54 / Numéro 2

19- Éric HEILMANN , La vidéosurveillance, une réponse efficace
à la criminalité ?, Volume 36, Numéro 1, Printemps, 2003

20 -Francisco KLAUSER , La vidéosurveillance comme
mécanisme de production disciplinaire de l'espace public Bulletin
de l'Association de géographes français Année 2004 Volume 81
Numéro 4

21-Georges GUSDORF, “Réflexions sur la civilisation de
l'image.” Un article publié dans Civilisation de l'image, pp.11 -
36. Recherches et débats du Centre catholique des intellectuels

- français, nouvelle série, no 33. Paris : Librairie Arthème Fayard, décembre 1960
- 34 -Jacques RAVANAS, La protection des personnes contre la
35- la publication de leur image, Librairie générale réalisation et de droit et de jurisprudence, Paris, 1978.
- 36- Michel LAPORTE, L'utilisation de caméra de surveillance * par organismes publiques dans des lieux publics, Avril 2004,http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http%3A%2F%2Fwww.cai.gouv.qc.ca%2F06_documentation%2F01_pdf%2Fbilan.pdf,
.df,
- 37- Le financement Tanguy LE GOFF, Jacques de MAILLARD,* de la sécurité dans les villes , *Revue d'économie financière* Année 2006 Volume 86 Numéro 5 pp. 251-266
- 38-Tanguy LE GOFF, Dans les « coulisses » du métier d'opérateur de vidéosurveillance, *Volume 46, Numéro 2, Automne, 2013,*
p. 91
- 39-Yuri SHARANDIN, Vidéosurveillance des lieux publics, Rapport Document de Séance, Assemblée Parlementaire du
40Conseil de l'Europe.114478, V II, 4 janvier 2008.
- 41- [http://eur-lex.europa.eu/legal-](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A31995L0046)
42- [content/FR/TXT/?uri=celex%3A31995L0046](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A31995L0046)

حقوق دائني الشركة أثناء التصفية

أ. أبوبكر عبد السلام بن زيد

عضو هيئة تدريس بقسم القانون الخاص

كلية العلوم الشرعية مسلاته / الجامعة الأسمرية الإسلامية

المقدمة:

إن تصفية الشركة تعني كافة العمليات التي يقصد منها تحديد ما للشركة من حقوق وما عليها من ديون بعد حلها وذلك لدفع هذه الديون وتقسيم ما تبقى بعد ذلك علي الشركاء، والأصل في التصفية أن تتبع القواعد المنصوص عليها في عقد الشركة المتعلق بطريقة التصفية وإذا خلا العقد من النص علي ذلك، فتتبع قواعد القانون المدني المنصوص عليها في المواد من (335-530) نظراً لأن القانون التجاري لم ينظم هذه المسألة إلا فيما يتعلق بالواجبات المفروضة علي المصفيين كما سنري .

إن المستفيد من عمليات التصفية هم الدائون، ذلك أن حق الدائنين في استيفاء ديونهم يتوقف علي الإجراءات المتبعة في التصفية وحسن تنظيمها، خاصة وأنه في شركات الأموال ليس للدائنين إلا الرجوع على الشركاء في حدود الحصة المقدمة فقط فلهم- الدائون - حق مراقبة إجراءات التصفية وكيفية سيرها للمحافظة علي حقوقهم .

بيد أن التصفية لا ترد إلا على الشركات المشخصة أي التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية، ولهذا يتم استبعاد الشركة المدنية البسيطة وشركة المحاصة حيث أن هاتين الشركتين ليست لهما الشخصية الاعتبارية وليست لهما بالتالي الحقوق المترتبة عليها حتى ترد عليها التصفية، ولهذا نستبعد من نطاق بحثنا هاتين الشركتين، ويكون موضوع البحث منصباً على حقوق الدائنين في الشركات المنصوص عليها في القانون التجاري - الشركات التجارية المحضة - .

وينقسم هذا البحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول مظاهر حماية الدائنين أثناء التصفية، وفي المطلب الثاني النظام القانوني لتسوية الديون.

المطلب الأول

مظاهر حماية الدائنين أثناء التصفية

إن مظاهر حماية حقوق دائني الشركة تتمثل في حماية الدائنين في مواجهة الشركة (أولاً) وحماية الدائنين في مواجهة أعضاء الشركة (ثانياً).
أولاً/ حماية الدائنين في مواجهة الشركة:

الشركة المتمتعة بالشخصية الاعتبارية لها ذمة مالية مستقلة عن أعضائها، وتعتبر هذه الذمة المالية الضمان العام لدائنيها، ولا يزاخمهم فيها دائنو الشركاء الشخصيون، ومن أجل هذا اعتبر المشرع الشركة تحت التصفية متمتعة بشخصيتها الاعتبارية لحماية حقوق دائنيها (أ) وتسأل الشركة أثناء التصفية عن أعمال المصفي باعتبارها الممثل القانوني لها في هذه الفترة (ب).
أ/ تمتع الشركة أثناء التصفية بالشخصية الاعتبارية:

تحتاج عمليات التصفية بما تتطلبه من تحصيل للديون واستمرار في تنفيذ بعض العقود وبيع ممتلكات أصول الشركة إلى وقت طويل قد يصل إلى سنوات، ولذلك فإن تسهيل العمليات يتطلب حتماً أن تظل الشخصية الاعتبارية للشركة مستمرة طوال هذه الفترة، فيجب أن تظل هذه الأموال لصيقة بالذمة المالية للشركة حتى تصل إلى وجهتها النهائية الدائنين أو الشركاء⁽¹⁾.

وقد نصت المادة (36) من القانون التجاري على تمتع الشركة أثناء التصفية بالشخصية الاعتبارية حيث قالت ((.....ويجب أن يكون اسم الشركة متبوعاً بعبارة ((شركة تحت التصفية)) وتستمر شخصيتها القانونية بالقدر اللازم للتصفية وذلك إلى حين شطبها من السجل التجاري)).

وقد قضت المحكمة العليا في هذا الخصوص بأنه ((تعتبر الشركة قائمة بشخصيتها المعنوية لحاجات التصفية وحتى تنتهي التصفية...))⁽²⁾.

والسبب الرئيسي لبقاء الشخصية الاعتبارية للشركة أثناء التصفية هو حفظ حقوق الدائنين بالدرجة الأولى، وذلك حتى تبقى جميع أموال الشركة ضامنة للوفاء بديونها، ولا يزاخم دائنو الشركاء

(1) د.محمد الجيلاني البدوي , الأحكام العامة لتصفية الشركات , مقال منشور بمجلة كلية القانون جامعة طرابلس, العدد الثاني, سبتمبر 2003, ص 11.

(2) طعن اداري رقم 23/201ق, جلسة 1979/11/14م, مجلة المحكمة العليا, السنة 14, العدد الثاني, ص 9.

الشخصيون دائني الشركة في هذه المرحلة، ولا يجوز لدائن شخصي لشريك أن يطالب بتصفية حصة مدينه مادامت الشركة قائمة (المادة 67) من القانون التجاري، فالأولوية لدائني الشركة على هذه الأموال. ويترتب علي الاعتراف للشركة أثناء التصفية بالشخصية الاعتبارية أن أموال الشركة تبقى ضامنة للوفاء بديونها دون ديون الشركاء ((ولا يعتبر أعضاء الشركة مالكين على الشيوخ لأموال الشركة، بل تعتبر هذه الأموال ملكاً للشخص الاعتباري وتظل لذمة الشركة كيانها المستقل ما بقيت للشركة الشخصية المعنوية، وتخصص ذمة الشركة للوفاء بديونها ويكون لدائني الشركة التنفيذ عليها طوال مدة قيامها))⁽¹⁾ ويكون للدائنين محافظة على حقوقهم ومصالحهم الحق باستعمال الدعوى غير المباشرة التي يستطيع بها كل منهم أن يمارس بعض حقوق مدينه عند إهماله استعمالها، وكذلك لهم طلب عدم نفاذ التصرفات التي تكون مفقرة لمدينهم الشركة وضارة بحقوقهم⁽²⁾.

كما يحق للدائنين طلب شهر إفلاس الشركة إذا توقفت عن دفع ديونها بصرف النظر عما إذا كان تاريخ التوقف عن الدفع سابقاً لحلها أو جاء لاحقاً على ذلك⁽³⁾.

وطالما أن الغرض الأساسي من تصفية الشركة، هو وفاء الدائنين الذين لم يستوفوا ديونهم من أموال الشركة، فالمفروض أن الشركة بعد الشطب تفقد شخصيتها الاعتبارية.

وضع المشرع الليبي في المادة (2/246) من القانون التجاري حلاً لهذه المعضلة بنصها على أنه ((وبعد شطب الشركة يجوز لدائنيها الذين لم يتمكنوا من استيفاء حقوقهم كلها أو بعضها مطالبة المساهمين بها بنسبة لا تجاوز مقدار ما قبضوه من ناتج الميزانية الختامية للتصفية، وذلك خلال خمس سنوات من تاريخ قيد الشطب ولا يخضع دائنو الشركة لمزاومة الدائنين الشخصيين للمساهمين في حدود تلك المبالغ كما يجوز لهم الرجوع على المصنفين إذا كان عدم استيفاء الديون نتيجة خطئهم)).

يتضح من خلال ما سبق أن المشرع الليبي قد كفل حقوق دائني الشركة في مواجهة الدائنين الشخصيين للمساهمين في حالة التزاحم، بل وفي مواجهة المصنفي نفسه إلا أنه لم ينص على امتداد الشخصية

(1) طعن مديني رقم 21/47ق، جلسة 1976/2/4م، مجلة المحكمة العليا، السنة الثانية عشرة، العدد الرابع، ص 65.

(2) د.عبد علي الشخانية، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، رسالة دكتوراة كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1992م، غير منشورة، ص330.

(3) د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية للنشر: القاهرة، الطبعة الثالثة، 1992 بند 89، ص198. فتوح عبد الرحمن دوما، شرح القانون التجاري، المكتبة الوطنية للنشر، بنغازي، (ب،ط)، سنة 1973، بند 356، ص447. د.محمد الجيلاني البدوي، الأحكام القانونية لتصفية الشركات مقال سبقت الإشارة إليه ص 11.

الاعتبارية للشركة بعد شطبها، طالما أن الحقوق والواجبات التي لها طابع الشركة لم يقع تصفيتها كمظهر للحماية لصالح دائي الشركة حتى تظل أموال الشركة ضامنة للوفاء بديونها، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بضرورة امتداد الشخصية المعنوية للشركة بعد الشطب طالما أن الحقوق والواجبات التي لها طابع الشركة لم يقع تصفيتها⁽¹⁾.

وطالما أن الشركة مازالت محتفظة بوجودها القانوني لاستمرار تمتعها بالشخصية الاعتبارية، فيكون في مقدورها القيام ببعض التصرفات والأعمال القانونية مثل الاندماج في شركة أخرى، أو تقديم جميع أو بعض ممتلكاتها حصة في شركة أخرى، كما يكون في مقدور الشركة القيام ببعض التصرفات والأعمال القانونية التي يتطلبها استمرارها في تنفيذ التزاماتها السابقة على الحل والتصفية⁽²⁾.

لكن طالما أن تمتع الشركة بالشخصية الاعتبارية مقصود به تسهيل عمليات التصفية فقط، فلا يصح لها أن تتحول إلى شركة أخرى؛ لأن هذا التحول قد يمكنها من الاستمرار في ممارسة نشاطها السابق في شكلها الجديد، بينما حل الشركة مقصود به العمل على انتهاء وجودها القانوني، وكذلك لا يجوز للمصفي أن يقوم بمباشرة أعمال جديدة ولو كانت داخلية في غرض الشركة التي يتولى تصفيتها كما يحدده نظامها الأساسي، إلا إذا كانت تلك الأعمال لازمة لإتمام التزامات وإعمال سابقة علي الحال (المادة 533 من القانون المدني) وبما أن الشركة أثناء التصفية قد تقوم بمزاولة بعض الأنشطة، فهي تكون مسؤولة عن الأعمال التي يقوم بها المصفي.

ب / مسؤولية الشركة عن أعمال المصفي:

حماية لحقوق دائي الشركة خلال التصفية فإن الشركة تكون مسؤولة عن كل تصرف يجريه المصفي باسمها ويلحق ضرراً بالغير، إذا كان مما تقتضيه أعمال التصفية ولو جاوز القيود الواردة علي سلطة المصفي، أو استعمل توقيع الشركة لحسابه الخاص، إلا إذا كان من تعامل مع المصفي سيئ النية⁽³⁾. ويقع على عاتق الشركة إثبات سوء نية الطرف الثاني حتى تتخلص من هذا الالتزام⁽⁴⁾، وذلك تماماً كمسؤولية الشركة عن أعمال المديرين المادة (43 من القانون التجاري).

1) طعن مدني فرنسي بتاريخ 1976/11/23 ف، مشار إليه عند الطالبة عايدة الفرجاني بحث معمق حول تصفية الشركة المساهمة في القانون الليبي والمقارن كلية القانون جامعة طرابلس السنة الدراسية 2001-2002 ف، ص 77.

2) د. محمد الجيلاني البدوي، الأحكام القانونية لتصفية الشركات، مرجع سابق، ص 10.

3) د. علي حسن يونس، الشركات التجارية، (ب.ن)، (ب.م)، 1991 مبند 118، ص 146.

4) د. سميحة القليوبي، قانون الشركات، مرجع سابق، بند 132، ص 288.

وكما توجد حماية للدائنين في مواجهة الشركة توجد حماية لهم في مواجهة أعضاء الشركة.

ثانياً / حماية الدائنين في مواجهة أعضاء الشركة:

المقصود بأعضاء الشركة هم الشركاء من جهة، والممثل القانوني من جهة أخرى حيث أنه تقرر مسؤولية هؤلاء حماية للدائنين.

أ/ مسؤولية الشركاء عن ديون الشركة:

إن الأموال التي يقدمها الشريك كحصة في الشركة تنتقل ملكيتها إليها، ولا يكون للشريك إلا الحق في الحصول على نسبة من الأرباح والموجودات عند تصفية الشركة، وبما أن هذه الأموال هي الضمان العام للدائنين، فإن لهم الحق بالمحافظة على حقوق الشركة وسلامة أموالها حتى في مواجهة الشركاء، فلا يجوز لأي شريك في الشركة أن يرتب أي رهن على أموالها خلال فترة التصفية ولا أن يوقع أي حجز استحقاق عليها⁽¹⁾.

وكذلك فإن للدائنين الحق في الدفاع عن حقوقهم في أموال الشركة، إذا قام الشركاء بقسمة أموال الشركة بينهم قبل أن يقوموا بدفع الديون المترتبة عليها، حيث أن المشرع وضع في القانون المدني قاعدة عامة مؤداها أن أموال الشركة لا تقسم بين الشركاء جميعاً إلا بعد استيفاء الدائنين حقوقهم، وذلك في المادة (1/534 مدني) حيث أن الأولوية على أموال الشركة تكون للدائنين كما لا يحق لأي شريك أن يطلب قسمة أموال الشركة إلا بعد سداد ما علي الشركة من ديون أولاً⁽²⁾، أو الوفاء بما عليه للشركة فلا تبرأ ذمة الشريك من دفع ما عليه للشركة إلا بعد سداد الديون إذ أن الشركة أثناء التصفية تظل محتفظة بشخصيتها الاعتبارية .

ولا يجوز للشريك أن يسترد حصته في رأس مال الشركة قبل إجراء التصفية، لأن التصفية هي التي تحدد صافي الشركة الذي يجوز قسمته بين الشركاء⁽³⁾.

وإذا شطبت الشركة من السجل التجاري وفقدت شخصيتها الاعتبارية وظهر أن بعض الدائنين لم يستوفوا ديونهم فيحق لهم مطالبة الشركاء بها كالأعلى حدة، ويختلف الأمر في شركات الأشخاص عنه في

(1) د. عبدة الشخانة، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، مرجع سابق، ص.334

(2) د. فتوح عبد الرحمن دوما، شرح القانون التجاري الليبي، مرجع سابق، بند 227، ص 271. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق بند 360، ص 450.

(3) د. عبدة الشخانة، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 340. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، بند 96، ص 221.

شركات الأموال، فللدائنين في شركات الأشخاص مطالبة الشركاء بان يدفعوا من أموالهم الخاصة كل ديون الشركة التي لم تدفع لأصحابها، وهذا ما نص عليه المشرع في المادتين (76-90) من القانون التجاري. أما بالنسبة لشركات الأموال فان الشركاء فيها يبقون ملزمين بحدود المتبقي عليهم من رأس مال الشركة الذين التزموا بدفعه، حيث نصت المادة (2/109) من القانون التجاري على أنه ((وإذا تعهد الشريك بتقديم حصته في صورة ديون له في ذمة الغير، فلا ينقضي التزامه تجاه الشركة، ما لم تستوف منه النسبة المنصوص عليها في عقد التأسيس بشرط ألا تقل عن ثلاثة أعشار قيمة حصته ويكون الشريك فوق ذلك مسؤولاً عن تعويض الضرر إذا لم توف تلك النسبة قبل قيد الشركة في السجل التجاري أو إذا لم يتم الوفاء بقيمة الحصة في الموعد المحدد للدفع بقيمة الحصص النقدية)).

وبعد الانتهاء من مسؤولية الشركاء نعالج مسؤولية الممثل القانوني للشركاء.

ب/ مسؤولية الممثل القانوني للشركاء:

الممثل القانوني للشركاء هو إما المدير وإما المصفي.

1- مسؤولية المديرين:

يعتبر مديرو الشركة أثناء التصفية بالنسبة إلى الغير في حكم المصفين حتى يتم تعيين المصفي ((المادة 4/532)) من القانون المدني والمادة ((36)) من القانون التجاري ونصت المادة ((531)) من القانون المدني على أن ((المديرين يحتفظون بمناصبهم في الإدارة في حدود العمليات المستعجلة فقط)) كما نصت المادة 36 من القانون التجاري على أنه ((تكون الشركة في حالة تصفية بمجرد توفر إحدى الحالات التي يترتب عليها حلها وعلى المديرين اعتبار أنفسهم في وضع المصفين بحيث تقتصر مهامهم على الأمور العاجلة، ولا يجوز لهم مباشرة أعمال جديدة وإلا أصبحوا مسؤولين عنها بوجه التضامن والتكافل)).

من خلال ما تقدم يتضح أن المشرع يحرص على المحافظة على أموال الشركة خوفاً من التلاعب بها تحت ستار القيام بتنفيذ غرض الشركة، فقد حظر المشرع القيام بأي عمل إلا في حدود العمليات المستعجلة فقط وإلا أصبحوا مسؤولين عنها بوجه التضامن والتكافل، وهذه المسؤولية التي على عاتق المديرين كافية للحرص على مصالح الدائنين والتي هي الأولى بالرعاية.

والأصل أن مسؤولية المديرين تنظم حسب أحكام الوكالة كما نصت على ذلك المادة 1/511 من القانون المدني حيث أن المدير يبدل عناية الشخص المعتاد في إدارة الشركة، كالكوكل المأجور في الوكالة المأجورة وهذا حكم عام يسري على جميع الشركات إذ أنه ورد في القانون المدني.

وأخيراً فإن المديرين مسؤولون عن حفظ موجودات الشركة إلى أن يتم تسليمها للمصفي المادة ((36)) من القانون التجاري.

2- مسؤولية المصفين:

تنص المادة (43) من القانون التجاري على أنه ((ويبقى المصفي مسؤولاً أمام الشركة والشركاء والغير عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء تأدية مهامه بنفس الكيفية التي يسأل بها المديرين)) وهذا يعني أن كل ما قلناه سابقاً عن مسؤولية المديرين ينطبق عن مسؤولية المصفين، إلا أن مسؤولية المصفين لا تبدأ إلا من يوم قيد تعيينهم في السجل التجاري، حيث يصبح تمثيل الشركة منوطاً بالمصفين حتى أمام القضاء من تاريخ هذا القيد (38-40) من القانون التجاري .

ويكون المصفي مسؤولاً أمام الدائنين إذا تسبب أثناء ممارسته لمهام وظيفته بإلحاق أي ضرر بحقوقهم، ويكون مسؤولاً حتى عن الخطأ اليسير⁽¹⁾ (المادة 43 من القانون التجاري) ويسأل قبل الدائنين بناء على المسؤولية التقصيرية⁽²⁾ .

وعلى المصفي أن يقوم بجميع ما يلزم للمحافظة على أموال الشركة وحقوقها، وعلى أن يستوفي ما للشركة من حقوق لدى الغير، ولا يجوز للمصفي أن يبدأ أعمالاً جديدة إلا إذا كانت لازمة لإتماما عمال سابقة، وإذا قام المصفي بإعمال جديدة لا تقتضيها التصفية كان مسؤولاً في جميع أمواله عن هذه لإعمال، وإذا تعدد المصفون كانوا مسؤولين بالتضامن تماماً كمسؤولية المديرين⁽³⁾ .

وقد أعطي المشرع للدائنين دعوى مباشرة ترفع على المصفين، إذا كان عدم استيفاء الديون نتيجة خطتهم وذلك في المادتين (1/76 و 2/246) من القانون التجاري وذلك كما إذا أهمل المصفي في المحافظة على أموال الشركة وتلاعب على ذلك سرقتها وضياعها.

وأخيراً فإن موجودات الشركة لا تقسم بين الشركاء جميعاً إلا بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم (المادة 1/534 من القانون المدني)

بهذا نكون قد انتهينا من المطلب الأول المتعلق بمظاهر حماية الدائنين أثناء التصفية لتتولى بعد ذلك النظام القانوني لتسوية الديون وهو موضوع المطلب الثاني.

(1)د عبده الشخانة، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، مرجع سابق، ص342.

(2)د. فتوح عبد الرحمن دوما، شرح القانون التجاري الليبي، مرجع سابق بند284، ص351.

(3)د. علي حسن يونس. الشركات التجارية. مرجع سابق بند 463 ص593.

المطلب الثاني

النظام القانوني لتسوية الديون

بيّن القانون التجاري في المادة (47) ما يقوم به المصفي من حيث سداد الديون للدائنين حسب مراتبها، وإذا تساوا في مرتبة واحدة وكان ناتج التصفية غير كاف لتسديد جميع حقوقهم بالكامل يتم التوزيع عليهم حسب نية تلك الحقوق، وعلي المصفي تجنيب المبالغ اللازمة لسداد حقوق من تأخر من الدائنين متى كانت حقوقهم ثابتة ومحددة المقدار.

وبالرغم من ذلك فإن القانون التجاري قد خلا من تنظيم أنواع الديون وأيهما يقدم على الآخر وهو ما تكفل به القانون المدني في المادة (534) حيث نصت الفقرة الأولى منها على أن (تقسم أموال الشركة بين الشركاء وذلك بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم وبعد استنزال المبالغ اللازمة للوفاء بالديون التي لم تحل أو الديون المتنازع فيها وبعد رد المصروفات أو القروض التي يكون أحد الشركاء قد باشرها في مصلحة الشركة) علاوة على إجراءات التصفية قد يختص بعض الدائنين بموقف خاص لهم عند التصفية، ولهذا ينقسم هذا المطلب إلى فقرتين الأولى تتعلق بإجراءات تسوية الديون، والثانية بالوضع الخاص لبعض الدائنين .

أولاً / إجراءات تسوية الديون:

يبين من المادة (1/534) من القانون المدني أن الديون إما أن تكون حالة الأجل، وإما أن تكون غير حالة الأجل أو ديون متنازع فيها، وكذلك ديون الشركاء على التفصيل التالي .

أ/ الديون حالة الأجل:

وهي الديون التي يجب علي المصفي الوفاء بها أولاً، فيقوم بدفع هذه الديون من النقود الموجودة لدى خزينة الشركة، فإذا لم تكف عليه البدء في بيع موجودات الشركة للوفاء بثمانها، إلا أنه عند الوفاء بهذه الديون عليه أن يبدأ بسداد الديون الممتازة أولاً قبل سداد الديون المضمونة برهن والديون العادية⁽¹⁾.

1_ الديون الممتازة:

تعرف المادة (1134) من القانون المدني الامتياز بأنه (أولوية يقرها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته ولا يكون الامتياز للحق إلا بمقتضي نص في القانون) ويحدد القانون مرتبة الامتياز الذي يقره،

(1) د. فتوح عبد الرحمن دوما، شرح القانون التجاري الليبي، مرجع سابق، بند 361، ص450.

وقد حدد المشرع مراتب الامتياز العامة، وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة علي منقولات في المواد من (1142-1151) من القانون المدني، مع مراعاة الامتيازات الواردة في القوانين الخاصة .

وإذا أنشأ المشرع امتيازاً لحق من الحقوق ولم ينص صراحة على مرتبته، فإنه طبقاً للمادة (1/1135) من القانون المدني تكون مرتبة هذا الحق متأخرة عن جميع الامتيازات المنصوص عليها في القانون المدني، أما إذا تعددت الامتيازات على شي واحد وكانت من درجة واحدة في المرتبة، فنكون بصدد تراحم لحقوق الامتياز، وفي هذه الحالة تستوفى بنسبة قيمة كل حق منها⁽¹⁾.

وبعد أن يقوم المصفي بالوفاء بالديون الممتازة يقوم بعدها بالوفاء بالديون المضمونة برهن.

2- الديون المضمونة برهن:

أصحاب الديون المضمونة برهن لهم الحق باستيفاء حقوقهم من أموال الشركة بالتقدم على الدائنين العاديين، والدائنين التاليين لهم في المرتبة، أما فيما بينهم فيتم الدفع حسب مرتبة كل منهم بالدين⁽²⁾. حيث تنص المادة (1060) من القانون المدني على أن (يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد في يوم واحد).

وحق الرهن المسجل يخول للدائن المرتهن أن يتقدم باستيفاء حقه على غيره من الدائنين العاديين للراهن، وإذا وجدت رهون أخرى مسجلة على العقار فيكون استيفاء الديون بحسب مرتبة التسجيل، فمن قام بتسجيل حقه أولاً تكون له الأولوية ثم الذي يليه⁽³⁾.

وبعد الوفاء بالديون المضمونة برهن يقوم المصفي بالوفاء بالديون العادية.

3- الديون العادية:

ويتم سداد هذه الديون بعد سداد الديون الممتازة والديون المضمونة برهن والدائنون العاديون متساوون في الضمان العام، وأموال الشركة جميعها ضامنة للوفاء بديونها (237) من القانون المدني فإذا وجد المصفي

(1) د.عبدالسلام علي المزوعي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية في القانون الليبي، طرابلس، المركز القومي للدراسات القانونية وبحوث حقوق الإنسان، الكتاب الرابع عشر، الطبعة الثانية، 1997، ص364. د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية في التشريع الليبي، الجزء الثاني، (ب.ن) (ب.م) الطبعة الثانية، 2002، ص351، 350.

(2) د. عبدة الشخانية، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 364.

(3) د.عبدالسلام علي المزوعي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية في القانون الليبي، مرجع سابق، ص365. د.جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية في التشريع الليبي مرجع سابق ص 215.

أن أموال الشركة تكفي سداد جميع دائئها، فيقوم بدفع ديونهم جميعا وعلي قدم المساواة، أما إذا كانت أموال الشركة غير كافية لسداد جميع الدائئ فيتم التوزيع علي الدائئ كل بحسب نسبة دينه (1).

يبقى بعد ذلك الحديث عن الديون الآجلة والديون المتنازع فيها علي النحو التالي.

ب - الديون الآجلة والديون المتنازع فيها:

لا تحل الديون الآجلة بالتصفية كما في الإفلاس، بل تبقى علي آجالها، فإذا استطاع المصفي أن يوفئها أصحابها بعد اقتطاع ما يقابل الأجل، وكان ذلك في مصلحة الشركة فعل، أما إذا كان الأجل لصالح الدائئ مثل الحالة التي يتقاضى فيها الدائئ فوائد عن دينه مثل الحالة التي يتقاضى فيها الدائئ فوائد عن دينه فلا يستطيع المصفي إلزامه علي القبول بالوفاء قبل حلول أجل الدين، وفي هذه الحالة يقتطع المصفي من أموال الشركة ما يفئ بهذه الديون، ويضعه في محل أمين، حتى يحل الدين فيوفئ.

وكذلك الحال بالنسبة للديون المتنازع فيها، فيقتطع لها المصفي ما يفئ بها ويضعه في محل أمين، حتى ينحسم النزاع، ولم يفرق المشرع بين ما إذا كان منها مطروحاً علي القضاء وبين ما لم يطرح بعد، فالنزاع المادي وحده كاف لحمل المصفي علي عدم الوفاء بها إلى حين أن ينحسم النزاع في شأنها (2).

يبقى بعد هذه الديون ديون الشركاء.

ج- ديون الشركاء:

ويتم الوفاء بهذه الديون بعد سداد جميع الديون المستحقة علي الشركة، وهي تشمل القروض التي يكون أحد الشركاء قد قام بتسليفها للشركة ولمصلحتها، وتطلب المادة (1/534) من القانون المدني الوفاء بهذه الديون قبل قسمة أموال الشركة (3).

إلا أن السؤال الذي يطرح في هذا المقام يتمثل في السبب الذي جعل الوفاء بهذه الديون يكون في آخر مرتبة حيث أنها توفي بعد سداد الديون العادية، فلماذا لا توفي ديون الشركاء هذه حسبما إذا كانت حالة الأجل أو غير حالة الأجل، فوضع هؤلاء الدائئ علي هذا النحو يكون سيئاً، خاصة وأنهم يكونون دائئون كباقي الدائئ فلا محل لهذه التفرقة اللهم إلا في شركات الأشخاص حيث أن المسؤولية في هذه

(1) د. عبدة الشخانية، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 366 .

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ومصطفى محمد الفقي، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، دار النهضة العربية للنشر، الطبعة الثانية، 1987م، بند 255 ص 507. د. عبدة الشخانية، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، مرجع سابق ص 345-346.

(3) د. عبدة الشخانية، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، مرجع سابق ص 366 .

الشركات تكون غير محدودة وتضامنية، ففي كل الأحوال فإن الدائنين سيرجعون عليهم للوفاء بكامل الديون إذا لم تكف أموال الشركة للوفاء بها، فهم لن يسترجعوا ديونهم التي على الشركة إلا بعد الوفاء بكامل الديون وهذه هي الحكمة من جعلها آخر الديون .

إلا أنه لا يوجد أي مبرر للترقية بين ديون الشركاء وديون الدائنين الآخرين في شركات الأموال، فكان على المشرع ألا يضع هذه التفرقة خاصة وأن الشركاء في هذه الشركات تكون مسؤوليتهم محدودة بقدر الحصة فقط، في الحالة التي لا تكفي فيها أموال الشركة للوفاء بديونها، حيث لن يسترجعوا ديونهم، فلا محل لتشبيههم بالشركاء في شركات الأشخاص .

وقد كان القانون الانجليزي الصادر عام 1986م أكثر توفيقاً من القانون الليبي، حيث أنه جعل في البداية ديون الشركاء توفي بعد دفع كامل الديون، إلا أنه إستثنى فيها الديون التي تدخل في قروض الأعضاء للشركة، حيث أن الأخيرة يتساوى في حدودها أعضاء الشركة مع الدائنين العاديين، أما في القانون الليبي فقد أغلق الباب أمام الاجتهاد، حيث جعل من ضمن ديون الشركاء بالإضافة إلى المصروفات التي باشرها أحد الشركاء لمصلحة الشركة القروض كذلك، أما القانون الانجليزي فجعل المصروفات توفي بعد سداد كامل الديون، أما القروض فهي تكون في وضع الديون العادية⁽¹⁾.

وبعد أن استعرضنا إجراءات تسوية الديون نتناول الآن الحديث عن الوضع الخاص لبعض الدائنين.

ثانياً / الوضع الخاص لبعض الدائنين:

وهؤلاء الدائنون هم الدائنون بالديون الناشئة عن أموال التصفية، وأصحاب سندات القرض.

أ- الديون الناشئة عن أعمال التصفية:

لم ينظم القانون التجاري الليبي وضع الديون الناشئة عن أعمال التصفية وذلك على عكس قانون الشركات المصري رقم 159\1981م الذي نص في المادة (2\147) فيه على أن- كل دين ينشأ عن أعمال التصفية يدفع من أموال الشركة بالأولوية عن الديون الأخرى- حيث أن المشرع المصري أعطى الامتياز لهذه الديون علي أموال الشركة، وهذا حكم جيد مراعاة لوضع هذه الديون، ويشمل هذه الديون

(1) راجع في صدد موقف القانون الانجليزي الدكتور عبدة الشخانية، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، مرجع سابق . ص 373.

أتعاب المصفي ومصاريف التصفية، مثل أجور الإعلان للمحاسبين والرسوم وغيرها، حيث تحتل هذه المصاريف المرتبة الأولى، وتمتاز عن باقي الديون قانوناً⁽¹⁾.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو هل يمكن إضفاء الأولوية على هذه الديون في القانون الليبي؟ لا توجد أي إشارة في القانون التجاري على وضع هذه الديون، أي أنها تكون ديوناً عادية توفى مع باقي الديون العادية، إلا أنه بالرجوع إلى القانون المدني نجد أن المشرع نص في المادة (1142) علي أن – المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها، لها امتياز على ثمن هذه الأموال .

وتستوفي هذه المصروفات قبل أي حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن اتفاقي بما في ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات في مصلحتهم وتتقدم المصروفات التي أنفقت في بيع الأموال على تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع.

وبناء على ما سبق يمكن من خلال هذه المادة تطبيق نفس الحكم الوارد في قانون الشركات المصري السابق الذكر.

والمقصود بالمصروفات القضائية هي التي يكون الغرض من إنفاقها تحقيق أموال المدين وبيعها وتحويلها إلى نقود لتوزيعها بين الدائنين، ويستوي أن تكون هذه المصروفات قد أنفقت للمحافظة على أموال المدين حتى تباع، أو تكون قد أنفقت لتصفية هذه الأموال، والحكمة من جعل هذه الديون ممتازة لأنها تصرف لمصلحة جميع الدائنين، فيحق لمن أنفقها التقدم على غيره حتى يقدم على إنفاقها لمصلحتهم، وهو على ثقة من استردادها.

ويشترط لثبوت هذا الامتياز أن تكون المصروفات قد أنفقت لمصلحة الدائنين المشتركة، فالصرف منها لمصلحة أحد الدائنين، أو لمصلحة بعضهم فلا تتمتع بهذا الامتياز، فإذا أفادت المصروفات القضائية الدائنين المرتهنين كان لها حق امتياز بالنسبة إلى الدائنين ولو لم يستفد منها الدائنون المرتهنون لأن حقوقهم مضمونة بعقار معين، لأن المراد بجميع الدائنين هؤلاء الذين يحتج عليهم بحق الامتياز⁽²⁾.

(1) د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، بند 93 ص 215 . د. علي حسن يونس الشركات التجارية مرجع سابق بند 120 ص 150. د. عبده الشخانة النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية مرجع سابق ص 366.

(2) د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية في القانون الليبي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 356. 357. د. عبدة الشخانة، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 356.

فإذا لم تكن هذه المصروفات قد أنفقت لمصلحة الدائنين المشتركة فلا يستطيعون التقدم على الدائنين الآخرين إلا إذا تمتعوا بحق الأفضلية والامتياز الناجم عن المحافظة على الأموال المشتركة للدائنين. ويأتي امتياز المصروفات القضائية في المرتبة الأولى قبل أي حق آخر سواء كان حق امتياز أو حق رهن وتستوفى من ثمن الأموال التي أدت إلى صرفها، وإذا تزاخم الدائنون الممتازون بهذا الحق قدم من قام بمصروفات الحفظ والبيع علي من قام بمصروفات التوزيع المادة (2\1142) من القانون المدني⁽¹⁾. وإذا كان هذا الحال بالنسبة للديون الناشئة عن أموال التصفية، فما هو الحال بالنسبة لأصحاب سندات القرض؟.

ب- أصحاب سندات القرض:

ورد النص على سندات القرض في شركات المساهمة في المواد (212, 222) من القانون التجاري، وهي عبارة عن أوراق قابلة للتداول تصدرها الشركة التي تحتاج إلى قروض كبيرة، وتكون هذه القروض عادة طويلة وتقسم هذه القروض إلى عدد من السندات، ويعتبر كل صاحب سند دائنًا للشركة، وبالتالي لهم استيفاء قيمة سنداتهم قبل توزيع صافي موجودات الشركة على المساهمين، إلا أنهم يتزاحمون مع باقي دائني الشركة العاديين، إلا أنه في بعض الأحيان قد يضمن الوفاء بقيمة هذه السندات ضمانات شخصية أو عينية، فقد تقدم لهم ضمانات شخصية من قبل شركات أخرى، كأن تضمن الشركة الأم سندات القرض التي تصدرها شركاتها التابعة⁽²⁾.

كما أن الدولة قد تضمن لأصحاب السندات الحصول على حد أدنى من الفائدة وقد تكون هذه الضمانات العينية كحق رهن علي عقار، إلا أن القانون لم يلزم الشركة التي تصدر هذه السندات بان تكون هذه السندات مضمونة، وكل ما قام به المشرع هو النص في المادة (5\215) من القانون التجاري علي أنه يجب أن تحتوي سندات القرض على الضمانات التي تستند إليها، ولكن هذا غير كاف في بعض الأحيان فقد تعترض الشركة عقبات أثناء ممارسة نشاطها فتكون معرضة لشهر إفلاسها مثلاً، فتحتاج لمبلغ من المال لتدراً عنها شبح الإفلاس الذي يهددها، إلا أن هذه الشركة لن تجد من يقرضها حتي ولو كانت السندات التي تصدرها مضمونة، فالشخص الذي يقرضها يحتاج إلى ضمان أكبر من هذا، ليضمن

1.د.عبد السلام المزوغي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية في القانون الليبي، مرجع سابق، ص 373,374. د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية في القانون الليبي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 370.

2.د. فتوح عبد الرحمن دوما، شرح القانون التجاري الليبي، مرجع سابق، بند 312,314، ص 391,393.

الحصول علي حقه كاملاً، ويتقدم لإقراضها وهو واثق للحصول علي حقه، خاصة وأنه سيكون آخر ممول لهذا المشروع أو للشركة، وسيكون دينه آخر الديون وحقه مهدد بالضيق ومن اجل هذا نص المشروعون في الدول الحديثة (كفرنسا ومصر والإمارات العربية المتحدة) على هذا النوع من الديون وذلك عند النص عليه في بند معالجة صعوبات المشروع، الذي يتعرض إلى بعض العقبات والمشاكل، فأعطى للشخص - اعتبارياً أو طبيعياً- الذي يقدم على إقراض الشركة امتيازاً للقرض الذي أقرضه للشركة، وسمي هذا الامتياز بامتياز الامتيازات وهذا النوع يكون سابقاً حتى على الديون الممتازة التي سبق دراستها وهذا كاف لتشجيع أصحاب الأموال والجمهور لإقراض الشركة وإخراجها من المحنة التي فيها وطالما أن الامتياز لا يتقرر إلا بالنص عليه في القانون فلماذا ندعوا المشرع إلى تنظيم هذا النوع من الامتيازات ضماناً لهؤلاء الدائنين، وتشجيعاً لهم علي إقراض الشركات التي تمر بصعوبات وتنشيطاً للاقتصاد الوطني الواعد⁽¹⁾.

(1) د.الحبيب خليفة جبودة، مجموعة محاضرات في القانون المصري محاضرات ألقيت لطلبة دبلوم دراسات العليا كلية القانون، جامعة طرابلس للعام الجامعي 2002,2003 م غير منشورة، ص 70.

الخاتمة

وهكذا نصل إلى خاتمة بحثنا حول حقوق دائني الشركة أثناء التصفية، وقد عرفنا كيف عالج المشرع حقوق هؤلاء الدائنين، حيث بدأنا في المطلب الأول الحديث عن مظاهر حماية الدائنين أثناء التصفية، وقد عرفنا الحماية التي قررها المشرع في مواجهة الشركة، حيث أنها تتمتع بالشخصية الاعتبارية خلال هذه الفترة وهذا فيه حماية أكيدة للدائنين، لتمكينهم من الحصول على حقوقهم في مواجهتها، وتطرقنا كذلك في الفقرة الثانية إلى حماية الدائنين في مواجهة أعضاء الشركة، وقد كان المشرع موفقاً في هذه الحالة، خاصة في مسؤولية الممثل القانوني للشركة، سواء أكان المدير أو المصفي، حيث أن هذه المسؤولية كانت شديدة خاصة في شركات الأموال، وهذا يعتبر نوعاً من الحرص على حقوق الدائنين، وتبصيراً لممثل الشركة بهذه المسؤولية الشديدة حتى يحسن في المحافظة على هذه الحقوق .

وفي المطلب الثاني تطرقنا فيه للنظام القانوني لتسوية الديون، حيث أنه يجب على المصفي الالتزام بأن يوفي الديون للدائنين حسب مراتبها، وإذا تساوى الدائنون في مرتبة واحدة يتم التوزيع عليهم حسب نسبة تلك الحقوق، فتوفى الديون حالة الأجل ثم يخصص مبلغاً للوفاء بالديون الآجلة والديون المتنازع فيها ثم توفى ديون الشركة في مواجهة الشركة، وتطرقنا إلى الوضع الخاص لبعض الدائنين.

إلا أنه كانت لدينا بعض الملاحظات والنتائج في هذا البحث وهي كالآتي:

1- لم ينص المشرع الليبي على امتداد الشخصية الاعتبارية للشركة بعد شطبها من السجل التجاري إذا ظهر أن هناك ديوناً لم تصفى ولها طابع الشركة، ولهذا ندعو المشرع إلى تبني الاتجاه الذي أخده المشرع الفرنسي وقرر فيه أن الشخصية الاعتبارية تمتد بعد شطبها إذا ظهر أن هناك ديوناً لم تصفى بعد .

2- ندعو المشرع الليبي إلى أن ينص في القانون التجاري كنظيره المصري على أولوية الديون الناشئة على أعمال التصفية وإن كان يمكن إضفاء الأولوية على هذه الديون، وذلك بالرجوع إلى القانون المدني في المادة (1142) إلا أنه يجب النص عليها في القانون التجاري بعداً عن كل لبس.

3- أهمل المشرع كذلك النص على حقوق أصحاب سندات القرض ولهذا ندعو المشرع إلى الاهتمام بهذا النوع من الديون لأهميته وإعطائه مرتبة امتياز الامتيازات وفي هذا مصلحة للشركة وللشركاء والدائنين كذلك ومصلحة للاقتصاد الوطني الصاعد.

انتهى بحمد الله وتوفيقه

قائمة المراجع

- 1- د. الحبيب خليفة جبودة، القانون المصري، مجموعة محاضرات ألقى علي طلبة دبلوم الدراسات العليا بكلية القانون، جامعة طرابلس للعام الجامعي 2002-2003 م غير منشورة.
- 2- د. جمعة محمود الزريقي - الحقوق العينية الأصلية والتبعية في القانون الليبي، الجزء الثاني، بدون نشر بدون مكان النشر، الطبعة الثانية سنة 2002 م .
- 3- د. سميحة القليوبي - الشركات التجارية، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، الطبعة الثالثة سنة 1992م.
- 4- عايدة الفرجاني، بحث معمق بعنوان تصفية الشركات المساهمة في القانون الليبي والمقارن كلية القانون جامعة طرابلس العام الجامعي 2001-2002 م .
- 5- أ.د. عبد الرزاق احمد السنهوري ومصطفى محمد الفقي، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1987م.
- 6- د. عبد السلام علي المزوغي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية في القانون الليبي، طرابلس، المركز القومي للدراسات القانونية وبحوث حقوق الإنسان، الكتاب الرابع عشر، الطبعة الثانية، 1997م
- 7- عبدة علي الشخانة، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، بدون ناشر، بدون مكان نشر، بدون طبعة. سنة 1991م .
- 8- د. علي حسن يونس - الشركات التجارية، بدون ناشر، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1991م .
- 9- د. فتوح عبد الرحمن دوما . شرح القانون التجاري، المكتبة الوطنية للنشر، بنغازي، ليبيا، بدون طبعة، سنة 1973م.
- 10- د محمد الجيلاني البدوي الأزهري-الأحكام القانونية لتصفية الشركات - مقال منشور بمجلة كلية القانون جامعة طرابلس، العدد الثاني سبتمبر 2003 ف .
- مجلة المحكمة العليا. السنة 14 العدل الثاني نوفمبر 1997 م .
- مجلة المحكمة العليا. السنة 12 العدد الربع. يناير 1976م.

كيفية تقييم الموظف العام في القانون الجزائري

د. غربي أحسن

الدرجة: أستاذ محاضر "أ"

الوظيفة أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة - الجزائر

مقدمة:

تضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية في الفصل الرابع المدرج تحت الباب الرابع، نظام تقييم الموظف العام محددًا فيه أربعة معايير موضوعية للتقييم المستمر والدوري، تاركًا سلطة تقديرية للإدارة في تحديد مناهج ملاءمة للتقييم، بالإضافة إلى تقدير المؤهلات المهنية للموظف بناءً على المعايير الموضوعية، كما رتب القانون جملة من الآثار ولاسيما المتعلقة بالترقيات والامتيازات المالية، غير أن المشرع أحال في المادة 103 منه مسألة تحديد كيفية تطبيق الفصل الرابع، للتنظيم، إذ صدر المرسوم التنفيذي رقم 19-165، المتضمن تحديد كيفية التقييم الذي نظم عملية تقييم الموظف من حيث تفصيل المعايير الموضوعية وسير عملية التقييم وأهدافه، إلا أنه تطبيقًا لأحكام الفقرة 02 من المادة 99 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية أحال المرسوم في المادة 06 منه مسألة تحديد معايير أخرى للقوانين الأساسية الخاصة ببعض الأسلاك.

تتمحور إشكالية البحث حول التساؤل عن الضوابط والآليات التي يخضع لها نظام تقييم الموظف العام في ظل المرسوم التنفيذي رقم 19-165 والنصوص التشريعية والتنظيمية الخاصة بالوظيفة العمومية؟ تقتضي الإجابة على الإشكالية المطروحة، على ضوء أحكام المرسوم التنفيذي 19-165 المحدد لكيفية تقييم الموظف العام وأحكام القانون الأساسي العام للوظيفة العامة وبعض القوانين الأساسية الخاصة المطبقة على بعض الأسلاك، تقسيم البحث إلى أربعة فروع رئيسية على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم تقييم الموظف العام

الفرع الثاني: معايير التقييم

الفرع الثالث: ضوابط سير التقييم

الفرع الرابع: الآثار المترتبة على تقييم الموظف

الفرع الأول: مفهوم تقييم الموظف العام

لم يعرف المشرع الجزائري في القانون الأساسي العام للتوظيف العامة⁽¹⁾ والقوانين الأساسية الخاصة والمرسوم التنفيذي رقم⁽²⁾ 19-165 المحدد لكيفيات التقييم، نظام تقييم الموظف العام مكتفيا في الاحكام العامة بتحديد بعض الخصائص وحالات التقييم بالإضافة إلى أهمية واهداف التقييم، وعليه نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف التقييم (أولا) وخصائصه (ثانيا) وحالاته (ثالثا) وأخير أهمية التقييم وأهدافه (رابعا).

أولا: تعريف التقييم

في ظل غياب التعريف التشريعي والقضائي لنظام تقييم الموظف يتعين علينا البحث في التعريفات الفقهية عن مفهوم له يكون أكثر دقة ووضوح، إذ توجد العديد من التعريفات الفقهية المتعددة، إلا أننا سنكتفي بالتطرق للبعض منها فقط، وذلك كالتالي:

يقصد بنظام تقييم الأداء: "تحليل وتقويم أداء الموظفين لعملهم ومسلكهم وتقدير مدى صلاحيتهم وكفاءتهم، في النهوض بأعباء الوظائف الحالية التي يشغلونها وتحملهم لمسؤولياتهم وإمكانيات تقلدهم مناصب وأعمال ذات مستوى أعلى"⁽³⁾.

يتضمن هذا التعريف شقين، يتعلق الأول بتنفيذ الموظف لالتزاماته الوظيفية بكفاءة مبرزا جدارته في تقلد المنصب أما الشق الثاني فيتعلق بالآثار المترتبة على التقييم الإيجابي للموظف والمتمثلة في تقلده مناصب ومسؤوليات أعلى.

يقصد به أيضا: "الأداة التي يستخدمها المقيم في عملية تقدير كفاءة العاملين والكفافية التي يتم بها تقييم أدائهم"⁽⁴⁾، كما يقصد أيضا بتقييم الأداء: "عملية تقدير أداء كل فرد من العاملين خلال فترة زمنية معينة لتقدير مستوى ونوعية أدائه، وتنفيذ العملية لتحديد فيما إذا كان الأداء جيد أم لا"⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ الأمر رقم 06-03 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الاساسي العام للتوظيف العمومية، الجريدة الرسمية رقم 46 مؤرخة في 16 يوليو سنة 2006.

⁽²⁾ مرسوم تنفيذي رقم 19-165 مؤرخ في 27 مايو سنة 2019، يحدد كيفيات تقييم الموظف، الجريدة الرسمية رقم 37 مؤرخة في 09 يونيو سنة 2019.

⁽³⁾ مميحة لعقاي: نظام تقييم أداء الموظف العمومي في التشريع الجزائري، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 02، سنة 2015، ص 337.

⁽⁴⁾ د/علي بوكميش: طرق تقييم أداء العاملين، مجلة الحقيقة، جامعة دراية أدرار، المجلد 09، العدد 16، ديسمبر 2010، ص 94.

⁽⁵⁾ مزارة عيسى، ونوقي عبد القادر: معوقات عملية تقييم الأداء الوظيفي بالنسبة للأفراد العاملين في المنظمة، مجلة سوسولوجيا، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 02، العدد 01، جوان 2018، ص 137.

ويقصد بطرق تقييم الأداء: "الأدوات أو الوسائل أو الكيفيات التي تستخدم في تحليل أداء الأفراد العاملين بكل ما يتعلق به من صفات نفسية أو بدنية أو مهارات فنية أو سلوكية أو فكرية، وتحديد مستوى هذا الأداء مقارنة معايير معينة أو بالأداء النموذجي المطلوب أو المتوقع"⁽¹⁾.

ويقصد بتقييم الموظف في الإدارة العمومية: "إصدار قرار من السلطة الإدارية بشأن أداء موظفيها خلال فترة سابقة، حسب معايير محددة عن طريق النصوص القانونية"⁽²⁾.

ثانيا: خصائص التقييم

يتميز نظام التقييم بجملة من الخصائص المنصوص عليها في القانون الاساسي العام للوظيفة العام والمرسوم التنفيذي 19-165 وبعض القوانين الاساسية الخاصة، والمتمثلة في:

- خاصية الاستمرارية في التقييم: يتم تقييم القدرات والمؤهلات المهنية للموظف العام بشكل متواصل ومستمر دون انقطاع ما دام الموظف في وضعية الخدمة.
- صفة الدورية في التقييم: يتم التقييم بصفة دورية طبقا للمادة 101 من القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية.
- خاصية السنوية في التقييم: يخضع الموظف العام سنويا للتقييم على إثر مقابلة التقييم المهني وتتم عملية التقييم خلال السنة المعنية، مع امكانية تجاوز السنة المعنية للسنة المقبلة دون أن تتجاوز تاريخ 31 مارس.
- خاصية العمومية: يشمل التقييم جميع الموظفين دون تمييز بينهم كما يشمل الموظف الدائم والموظف المتربص.
- خاصية الديمومة: حيث يشمل التقييم المسار المهني للموظف ابتداء من لحظة تعيينه في الوظيفة إلى غاية انقطاع العلاقة الوظيفية بإحدى الأسباب التي حددتها المواد من 216 إلى 220 من القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية، وعليه فإن التقييم ليس مقتصر على فترات معينة من المسار المهني للموظف العام.

(1) د/ لعلى بوكميش: مرجع سابق، ص 94.

(2) حامدي نور الدين: تقييم الموظف العمومي في التشريع الجزائري، بين قصور الممارسة وضرورة التحديث، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 01، العدد 02، ديسمبر 2013، ص 82.

ثالثاً: حالات تقييم الموظف العام

تتمثل حالات تقييم الموظف حسب الوضعية التي يكون فيها الموظف إزاء الخدمة، وعليه هناك عدة حالات تختلف فيها طريقة تقييم الموظف حسب الوضعية التي يكون فيها الموظف، والتي يمكن إيجازها في ما يلي:

1. تقييم الموظف المرسم الذي يعتبر في وضعية القيام بالخدمة: يخضع سنويا للتقييم المستمر والدوري الموظف العام الذي يمارس بشكل فعلي مهامه المطابقة لرتبته بالإدارة التي ينتمي إليها⁽¹⁾ أو ممارسته للمهام المتعلقة بالمناصب العليا التي تسند للموظف طبقاً للمادة 10 من القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية ومن أمثلتها في الجامعة: عميد الكلية، رئيس القسم، مسؤول فريق التكوين، مسؤول ميدان التكوين أو ممارسة وظائف عليا للدولة طبقاً للمادة 15 من القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية.

2. تقييم الموظف المتربص الذي هو في وضعية القيام بالخدمة: يخضع المتربص للتقييم كل ثلاثة (03) أشهر من خلال تقييمه عن طريق استمارة فصلية، يتم التقييم من قبل المسؤول السلمي، كما تعد جهة التعيين عند نهاية فترة التجربة بطاقة تقييم عامة للتربص تتضمن حصيلة البطاقات الفصلية بالإضافة إلى تحرير الرئيس الإداري المباشر لتقرير مفصل يبيد من خلاله ملاحظاته بشأن ترسيم الموظف أو تمديد فترة التجربة أو تسريحه دون إشعار مسبق أو تعويض⁽²⁾.

3. تقييم الموظف الموجود في وضعية انتداب أو خارج الاطار: يتم تقييم الموظف الذي يعد في وضعية انتداب سواء كان الانتداب بقوة القانون أو بناء على طلب الموظف من قبل المؤسسة العمومية أو الإدارة أو الهيئة التي انتدب إليها "المستقبلية" حسب القواعد التي تحكم الوظيفة التي يشغلها، غير انه بخصوص الموظف الذي انتدب للقيام بدراسات أو تكوين أن يخضع للمؤسسة أو الإدارة التي ينتمي إليها⁽³⁾.

(1) المادة 128 من الأمر رقم 06-03، مرجع سابق.

(2) المادتين 23، 25 من المرسوم التنفيذي رقم 17-322 مؤرخ في 2 نوفمبر سنة 2017، يحدد الاحكام المطبقة على المتربص في المؤسسات والادارات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 66 مؤرخة في 12 نوفمبر سنة 2017.

(3) المادة 137 من الأمر رقم 06-03، مرجع سابق.

كما يتم تقييم الموظف الذي هو في وضعية خارج الإطار من قبل المؤسسة أو الهيئة التي وضع لديها في هذه الوضعية حسب القواعد التي تحكم الوظيفة التي يشغلها، غير أنه لا يستفيد من الترقية في الدرجات خلال المدة التي يقضيها في هذه الوضعية التي قد تصل إلى 05 سنوات كحد أقصى⁽¹⁾.

4. تقييم الموظف الموجود في وضعية الاحالة على الاستيداع أو الخدمة الوطنية أو العطلة المرضية طويلة المدى: تمثل هذه الوضعيات تعليق مؤقت لعلاقة العمل⁽²⁾ حيث ينقطع راتب الموظف ويفقد حقه في الترقية⁽³⁾ باستثناء وضعية الخدمة الوطنية التي يحتفظ فيها الموظف بحقوقه في الترقية في الدرجات⁽⁴⁾ أما بخصوص مسألة التقييم فإنه يؤخذ في الحسبان تقييم الموظف للسنة التي سبقت إحالته على إحدى هذه الوضعيات⁽⁵⁾.

رابعا: أهمية وأهداف التقييم

تتجلى أهمية التقييم في تحقيقه للأهداف التالية:

1. ترسيم الموظف بعد اجتيازه فترة التجربة بنجاح أو تقرير تمديد فترة التربص للمدة نفسها، كما يمكن تقرير تسريحه لعدم كفاءته وفشله في القيام بواجباته المهنية بنجاح خلال فترة التجربة.
2. يكشف التقييم المستمر عن جوانب الضعف والنقص لدى الموظفين والتي يمكن تجاوزها عن طريق الدورات التكوينية والتدريبية، و يؤخذ بعين الاعتبار أثناء التعيين في المناصب العليا .
3. تكمن أهمية التقييم في تحديد الموظفين المتمكنين من أداء واجباتهم الوظيفية بجدارة واستحقاق ، وأيضاً تحديد الموظفين غير القادرين على تقديم أي إضافة والذين يتعين استبعادهم من الوظيفة بسبب عدم كفاءتهم.
4. يعتبر نظام التقييم مؤشراً على إبراز مدى قدرة المسؤول الإداري على ممارسة السلطة السلمية.

(1) المادتين 141، 142 من الأمر رقم 06-03، مرجع سابق.

(2) المادة 145 من الأمر رقم 06-03، مرجع سابق.

(3) المواد 145، 154 من الأمر رقم 06-03، مرجع سابق.

(4) المادة 154 فقرة 02 من الأمر رقم 06-03، مرجع سابق.

(5) الفقرة 02 من المادة 03 من المرسوم التنفيذي 19-165، مرجع سابق.

5. يعتبر نظام التقييم وسيلة فعالة ترشد الموظف إلى نقاط ضعفه وقصوره في أداء مهامه ليعمل على تفاديها مستقبلا، كما تمكنه من التعرف على نواحي السلوك غير المقبول من قبل الإدارة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمكن نظام التعيين الموظف من معرفة نقاط قوته ليستمر فيها⁽¹⁾.
6. يهدف نظام التقييم إلى ترقية الموظف إلى رتب أعلى على أساس الاختيار بين المترشحين المتنافسين، كما يساهم في الترقية في الدرجات.
7. يؤخذ التقييم بعين الاعتبار للفصل بين الموظفين المتساويين في الترتيب بخصوص الترقية على أساس الامتحانات المهنية أو الشهادة.
8. يهدف التقييم إلى صرف المنح والتعويضات الخاصة بالمردودية وتحسين الاداء
9. يهدف التقييم أيضا إلى منح الأوسمة الشرفية والمكافآت.

الفرع الثاني: معايير التقييم

- نص المشرع الجزائري في المادة 99 من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة على أربعة (04) معايير موضوعية للتقييم، يتم على ضوءها تقييم الموظف العام، تتمثل هذه المعايير الموضوعية في:
- احترام الواجبات العامة والواجبات المنصوص عليها في القوانين الأساسية
 - الكفاءة المهنية
 - الفعالية والمردودية
 - كفاءات الخدمة.

غير أن المادة المذكورة اعلاه لم تفصل في هذه المعايير حيث اكتفى المشرع في الفقرة الأخيرة منها بالإحالة إلى القوانين الأساسية الخاصة لإضافة معايير أخرى تتماشى وخصوصية كل سلك، كما نص في المادة 103 من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة على تحديد كفاءات تطبيق الفصل الرابع من الباب الرابع المتعلق بتقييم الموظف عن طريق التنظيم.

بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 19-165 نجد أنه نص في المادة 05 على نفس المعايير التي تضمنها المشرع في المادة 99 من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة مع نوع من التفصيل في هذه

(1) سميحة لعقابي: مرجع سابق، ص338.

مزارة عيسى، ونوقي عبد القادر: مرجع سابق، ص137.

المعايير - على سبيل المثال لا الحصر⁽¹⁾ - لتكون بذلك معايير عامة يخضع لها جميع الموظفين (أولاً)، وتضمن المرسوم في المادة 06 إحالة إلى القوانين الأساسية الخاصة لتحديد معايير أخرى (ثانياً) تماشياً مع الإحالة التي قام بها المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 99 من القانون الأساسي العام للتوظيف العامة، إلا أن أحكام القانون الأساسي العام للتوظيف العامة وأحكام المرسوم التنفيذي 19-165 لم تحدد كيفية تقييم الموظف تحت فترة التجربة، ولم تبين ما إن كان خاضعاً لنفس المعايير في التقييم أم أنه يخضع لأحكام خاصة، إلا أنه بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 17-322 نجد أنه بين كيفية تقييم الموظف أثناء فترة التجربة (ثالثاً)، كما اشتركت هذه النصوص التشريعية والتنظيمية في منح سلطة تقديرية للسلطة السلمية أثناء تقييم الموظف (رابعاً) على ضوء هذه المعايير ووفق مناهج ملائمة في تقدير السلطة السلمية.

أولاً: معايير التقييم العامة

تعتبر المعايير الأربعة التي نصت عليها المادة 99 من القانون الأساسي العام للتوظيف العامة وفصلتها المادة 05 من المرسوم التنفيذي 19-165 معايير يخضع لها جميع الموظفين في المؤسسات والإدارات العامة والاسلاك الخاضعة لأحكام القانون الأساسي العام للتوظيف العامة حيث تضمنت المادة 99 عبارة "يرتكز تقييم الموظف على معايير موضوعية... " دون ان تستثني المادة أي موظف من التقييم وفق لهذه المعايير، كما أن الفقرة الأخيرة من نفس المادة التي احوالت للقوانين الأساسية الخاصة لم تحيل مسألة الاختيار بين المعايير الموضوعية المذكورة وإنما أحوالت مسألة إضافة معايير أخرى حيث نصت على: "يمكن أن تنص القوانين الأساسية الخاصة على معايير أخرى، نظراً لخصوصيات بعض الاسلاك"، وهي مسألة جوازية، وإن كانت الفقرة تحتمل قراءة أخرى مفادها مخالفة هذه المعايير إذا كانت لا تنسجم مع خصوصية السلك الذي يخضع لقانون أساسي خاص.

كما أن نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي 19-165 نصت على عبارة: "يتم تقييم الموظف وفق لمعايير"، وجاءت المادة 06 من المرسوم المذكور اعلاه واضحة في هذا الخصوص حيث نصت على: "... يمكن أن تنص القوانين الأساسية الخاصة، نظراً لخصوصيات بعض الاسلاك، على معايير أخرى بالإضافة إلى تلك التي نصت عليها المادة 05 اعلاه".

(1) تضمنت المادة 05 من المرسوم التنفيذي 19-165، مرجع سابق على عبارة: "على وجه الخصوص".

بالرجوع إلى المادة 05 من المرسوم التنفيذي 19-165 نجد أنها حددت لكل معيار من المعايير الموضوعية التي تضمنتها المادة 99 معايير شارحة وذلك على النحو التالي:

1/ معيار احترام الواجبات العامة والواجبات القانونية الأساسية: يتمثل المعيار الموضوعي الأول في تقييم الموظف على أساس مدى احترامه لواجباته الوظيفية العامة المنصوص عليها في الفصل الثاني بعنوان واجبات الموظف من الباب الثاني بعنوان الضمانات وحقوق الموظف وواجباته، إضافة للواجبات القانونية الأساسية المعبر عنها في المادة 99 من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة بالواجبات المنصوص عليها في القانونين الأساسية المطبقة على الموظف محل التقييم.

ويشتمل هذا المعيار الموضوعي على خمسة (05) معايير جزئية تضمنتها المادة 05 من المرسوم التنفيذي 19-165 كمعايير شارحة للمعيار الموضوعي الرئيسي، وهي:

- تحلي الموظف بالأمانة وعدم التحيز وهو ما أكدته المادة 41 من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة.
- تنفيذ الموظف العام للمهام الموكلة له دون أي تقصير خصوصا أن المادة 43 من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة ألزمت الموظف العام بتخصيص كل نشاطه المهني للمهام الموكلة له مع وجود بعض الاستثناءات الواردة في المادة نفسها والمادة 44 من نفس القانون.
- التزام الموظف بمواعيد العمل والتزامه مكان العمل والانضباط في ذلك.
- تحلي الموظف العام بالسلوك المحترم والمسؤول وهو ما أكدته المادة 42 من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة.
- تحلي الموظف باللباقة في معاملته وعلاقته بالرؤساء الإداريين والمرؤوسين وموظفي ومستعملي المرفق العام، إذ يتعين عليه أن يتعامل بأدب واحترام مع هؤلاء، كما يتعين على الموظف الابتعاد عن المماثلة في معاملته مع مستعملي المرفق العام، حيث أكدت المادتين 52، 53 من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة على هذا الالتزام.

2/ معيار الكفاءة المهنية: يعتبر معيار الكفاءة المهنية المعيار الموضوعي الثاني الذي يخضع له تقييم الموظف العام خصوصا أن الموظف يتولى المنصب بناء على توافر الكفاءة فيه ويكون مطالب بالكفاءة في أداء واجباته المهنية خلال مساره المهني وإلا تم فصله لعدم الكفاءة، وعليه كلما أدى الموظف واجباته المهنية بكفاءة عالية كلما كان تقييمه إيجابيا.

ويشتمل المعيار الموضوعي الثاني على أربعة (04) معايير جزئية تضمنتها المادة 05 من المرسوم التنفيذي 165-19 كمعايير شارحة له، وهي:

- التحكم في ميدان النشاط والمناهج والتقنيات والإجراءات ذات الصلة
- قدرات التحليل والتلخيص وحل المشاكل
- قدرات التعبير الكتابية والشفهية
- قدرات الاستباق والتكيف والابتكار

3/ معيار الفاعلية والمردودية: يمثل معيار الفاعلية والمردودية المعيار الموضوعي الثالث في تقييم الموظف ويشتمل على معياران (02) لشرحه تضمنتهما المادة 05 من المرسوم التنفيذي 165-19 ، وهما:

- تحقيق الموظف للأهداف المحددة، إذ يتم تقييم الأهداف التي حققها الموظف ومقارنتها إما بأهداف محددة مسبقا أو بأهداف حققها موظفين آخرين يمارسون نفس المهام وفي مناصب متقاربة، من أجل إعطاء مبرر كامل للتقييم السنوي الذي يتحصل عليه الموظف العام⁽¹⁾، وعليه يدل هذا المعيار على مردودية الموظف، فإذا تحقق جزء من الأهداف وتخلف جزء أو لم يتحقق أي هدف فهذا يدل على عدم مردودية الموظف المكلف بتحقيق تلك الأهداف.
- الفاعلية في تأدية المهام المسندة للموظف العام في الآجال المحددة له أو المعقولة في حال عدم تقيده بآجال معينة.

4/ معيار كفاءة الخدمة: يمثل معيار كفاءة الخدمة المعيار الموضوعي الرابع الذي نصت عليه المادة 99 من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة حيث يستند هذا المعيار إلى كفاءة الخدمة المقدمة من طرف الموظف العام والكيفية التي يقدم بها الموظف العام الخدمة داخل المرفق الذي ينتمي إليه، إذ دعمت المادة 05 من المرسوم التنفيذي 165-19 هذا المعيار بثلاث معايير جزئية شارحة له، هي:

- تميز الموظف العام بروح العمل الجماعي
- قدرة الموظف العام على التواصل
- امتلاك الموظف لروح المبادرة والديناميكية.

ثانياً: المعايير المنصوص عليها في القوانين الأساسية الخاصة

(1) عائشة سودي: تقييم أداء الموظف في الوظيفة العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، تخصص إدارة الموارد البشرية، كلية العلوم السياسية والاعلام، جامعة الجزائر -3- ، 2011-2012، ص32.

نص المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 99 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية على إمكانية إضافة معايير أخرى تتضمنها القوانين الأساسية الخاصة وذلك بالنظر لخصوصية بعض الأسلاك مثل التعليم والتعليم العالي والصحة وغيرها من الأسلاك، إذ يتم تقييم الموظف المنتمي للأسلاك التي تنظم بقوانين أساسية خاصة بناء على المعايير الموضوعية الأربعة السابق ذكرها وشرحها بالإضافة إلى المعايير الخاصة التي تتماشى وطبيعة القطاع والمنصوص عليها في القانون الأساسي المطبق على موظفي السلك المعني في حال وجود معايير خاصة، وإلا تم الاكتفاء بالمعايير الموضوعية العامة في التقييم. ويتم أثناء التقييم بناء على المعايير العامة أو الخاصة، الاعتماد على مناهج تقييم تتلاءم وطبيعة النشاطات في المصالح المعنية وفق الشروط المحددة في المرسوم التنفيذي 19-165 والقوانين الأساسية الخاصة.

بالرجوع إلى بعض القوانين الأساسية الخاصة ببعض الأسلاك نجد أنها تباينت حول مسألة تحديد معايير موضوعية أخرى يتم الاعتماد عليها في تقييم الموظف العام المنتمي إلى ذلك السلك، وذلك على النحو التالي:

1/ هناك عدة قوانين أساسية لم تتضمن التطرق لنظام تقييم الموظف ما يعني خضوع الموظفين المنتمين إلى هذه القطاعات فقط للقواعد والمعايير الموضوعية التي تضمنتها المادة 99 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية وأحكام المرسوم التنفيذي 19-165، ومن أمثلة ذلك: القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك المشتركة في المؤسسات والادارات العمومية⁽¹⁾، القانون الأساسي الخاص بالعمال المهنيين وسائقي السيارات والحجاب⁽²⁾، بالإضافة إلى العديد من الأمثلة التي لا يسعنا أن نشير لها في المتن⁽³⁾.

(1) مرسوم تنفيذي رقم 08-04 مؤرخ في 19 يناير سنة 2008 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك المشتركة في المؤسسات والإدارات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 03 مؤرخة في 20 يناير 2008.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 08-05 مؤرخ في 19 يناير سنة 2008 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالعمال المهنيين وسائقي السيارات والحجاب، الجريدة الرسمية رقم 03 مؤرخة في 20 يناير 2008.

(3) مرسوم تنفيذي رقم 08-167 مؤرخ في 7 يونيو سنة 2008، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بإدارة السجون، الجريدة الرسمية رقم 30 مؤرخة في 11 يونيو سنة 2008.

مرسوم تنفيذي رقم 08-181 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2008، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين إلى الأسلاك الخاصة بإدارة المكلفة بالصيد البحري، الجريدة الرسمية رقم 34 مؤرخة في 25 يونيو سنة 2008.

2/ تضمنت بعض القوانين الاساسية الخاصة النص على تقييم الموظف المنتمي للسلك دون الإشارة إلى المعايير الموضوعية العامة ودون النص بشكل صريح على معايير خاصة للتقييم، إلا أنه يمكننا أن نستشف المعايير الخاصة من النظام التقييمي الخاص الذي تطرقت له هذه القوانين الاساسية الخاصة مثل:

- القانون الأساسي الخاص بالأستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي، الذي اخضعه لتقييم دائم ودوري، إذ يتعين عليه إعداد تقرير سنوي حول نشاطاته العلمية والبيداغوجية والصحية عند نهاية السنة الجامعية.

ويخضع التقرير المعد من قبل الاستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي لتقييم من قبل الهيئات العلمية والبيداغوجية المؤهلة، إلا أن المادة 21 من المرسوم التنفيذي⁽¹⁾ 08-129 المتضمن القانون الاساسي الخاص بالأستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي أحالت تطبيق هذه المادة للقرار المشترك يصدر عن وزير التعليم العالي ووزير الصحة.

- القانون الاساسي الخاص بالأستاذ الباحث⁽²⁾، الذي تضمن في المادة 23 نظام تقييم متواصل ودوري يعتمد على إعداد الاستاذ الباحث لتقرير سنوي عند نهاية كل سنة جامعية يتضمن النشاطات العلمية والبيداغوجية المنجزة خلال السنة الجامعية بغرض تقييمه من طرف الهيئات العلمية والبيداغوجية المؤهلة، إلا أن المادة أحالت مسألة تطبيقها لقرارات يصدره وزير التعليم العالي.

- القانون الاساسي الخاص بموظفي الحماية المدنية⁽³⁾ الذي تضمن في المادة 60 معايير خاصة للتقييم تهدف إلى تقدير: احترام الواجبات العامة والقانونية الاساسية، الكفاءة المهنية، الفاعلية والمردودية،

مرسوم تنفيذي رقم 09-394 مؤرخ في 24 ديسمبر سنة 2009، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين لسلك الممارسين الطبيين المتخصصين في الصحة العمومية، الجريدة الرسمية رقم 70 مؤرخة في 29 نوفمبر سنة 2009.

مرسوم تنفيذي رقم 08-315 مؤرخ في 11 أكتوبر سنة 2008، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالتربية الوطنية، الجريدة الرسمية رقم 59 مؤرخة في 12 أكتوبر سنة 2008.

مرسوم 08-361 مؤرخ في 8 نوفمبر سنة 2008، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالموارد المائية، الجريدة الرسمية رقم 64 مؤرخة في 17 نوفمبر 2008.

⁽¹⁾ مرسوم تنفيذي رقم 08-129 مؤرخ في 3 مايو سنة 2008، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالأستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي، الجريدة الرسمية رقم 23 مؤرخة في 04 مايو سنة 2008.

⁽²⁾ مرسوم تنفيذي رقم 08-130 مؤرخ في 3 مايو سنة 2008، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالأستاذ الباحث، الجريدة الرسمية رقم 23 مؤرخة في 04 مايو سنة 2008.

⁽³⁾ مرسوم تنفيذي رقم 11-106 مؤرخ في 6 مارس سنة 2011، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالحماية المدنية، الجريدة الرسمية رقم 15 مؤرخة في 9 مارس سنة 2011.

القدرات البدنية، السلوك وكيفية الخدمة، المميزات الشخصية، كما تضمن القانون الاساسي الخاص بموظفي أسلاك الأمن الوطني⁽¹⁾ في المادة 58 نفس المعايير.

● القانون الاساسي الخاص بموظفي الإدارة المكلفة بالمواصلات السلوكية واللاسلكية⁽²⁾ الذي تضمن في المادة 36 معايير خاصة للتقييم تهدف على وجه الخصوص إلى تقدير: احترام الواجبات العامة والقانونية الاساسية، الكفاءة المهنية، الفاعلية والمردودية، السلوك وكيفية الخدمة، المميزات الشخصية، القدرة على التأطير، روح المبادرة والتنظيم في العمل.

3/ تضمنت بعض القوانين الاساسية الخاصة النص على تقييم الموظف المنتمي للسلك الخاضع للقانون الاساسي الخاص وفق معايير خاصة للتقييم، إلى جانب المعايير الموضوعية العامة ومن بين هذه القوانين الأساسية الخاصة، نجد:

● القانون الأساسي الخاص بالباحث الدائم⁽³⁾، الذي تضمن في المواد 28، 29 و30 منه نظام تقييم الباحث الدائم الذي يخضع حسب المادة 28 لتقييم متواصل ودوري من خلال اعداده لتقرير سنوي يتضمن نشاطاته وتقديمه للهيئات العلمية المؤهلة من أجل تقييمه وفق مضمون القرار الذي يصدره الوزير المكلف بالبحث العلمي والمتضمن كفاءات تطبيق المادة 28.

وتضمنت المادة 29 من القانون الاساسي الخاص بالباحث الدائم النص على ضرورة تقييم الباحث الدائم بطرق ملائمة مؤسسة على معايير موضوعية تشمل ما يلي:

- حالة تقديم مشاريع البحث والتطوير التكنولوجي في طور التنفيذ.
- براءات الاختراع والمنشورات والمداخلات الوطنية والدولية
- الكتب المنشورة
- البرمجيات والمنتجات والانظمة المنجزة
- كل نشاط لثمين نتائج البحث.

(1) مرسوم تنفيذي رقم 10-322 مؤرخ في 22 ديسمبر سنة 2010، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالأمن الوطني، الجريدة الرسمية رقم 78 مؤرخة في 26 ديسمبر سنة 2010.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 11-256 مؤرخ في 30 يوليو سنة 2011، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالمواصلات السلوكية واللاسلكية الوطنية، الجريدة الرسمية رقم 42 مؤرخة في 31 يوليو سنة 2011.

(3) مرسوم تنفيذي رقم 08-131 مؤرخ في 3 مايو سنة 2008، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالباحث الدائم، الجريدة الرسمية رقم 23 مؤرخة في 04 مايو سنة 2008.

● القانون الاساسي الخاص بموظفي الإدارة المكلفة بالصناعة التقليدية⁽¹⁾، الذي تضمن النص على نظام تقييم خاص إلى جانب نظام التقييم المنصوص عليه في قانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، حيث يتمثل النظام التقييمي الخاص حسب المادة 17 في ضرورة الأخذ بالتقييم المهني للموظفين الخاضعين لهذا القانون الاساسي الخاص بناء على معايير خاصة ذات علاقة بكيفية تأدية الخدمة ولاسيما في ما يتعلق بما يلي:

- نوعية الدراسات والتحقيقات التي تمثل أهمية خاصة بالنسبة لتطوير القطاع وترقيته
- المساهمة في توسيع شريحة الحرفيين المقيدين في سجل الصناعة التقليدية والحرف، بواسطة عمليات تحسيسية وجوارية بالإضافة إلى مرافقتهم.
- المبادرة بكل عملية تهدف إلى المحافظة على تراث الصناعة التقليدية ورد الاعتبار له.

● القانون الاساسي الخاص بمستخدمي أمانات الضبط للجهات القضائية⁽²⁾، الذي نص في المادة 29 على معايير خاصة إلى جانب المعايير التي تضمنتها المادة 99 من القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية، إذ تتمثل المعايير الخاصة في:

- السرعة والدقة في تشكيل الملفات القضائية.
- التطبيق السليم للإجراءات القانونية والقضائية.

● القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك النفسانيين للصحة العمومية⁽³⁾، الذي نص في المادة 11 على معايير خاصة زيادة على المعايير الموضوعية المنصوص عليها في المادة 99 من القانون الاساسي للوظيفة العمومية، حيث يقيم النفسانيين للصحة العمومية حسب النتائج المرتبطة بما يلي:

- تحقيق الاهداف
- روح المبادرة
- أعمال البحث والمنشورات والعروض ذات الطابع العلمي

(1) مرسوم تنفيذي رقم 08-199 مؤرخ في 06 يوليو سنة 2008، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين إلى السلك الخاص بالإدارة المكلفة بالصناعة التقليدية، الجريدة الرسمية رقم 38 مؤرخة في 09 يوليو سنة 2008.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 08-409 مؤرخ في 24 ديسمبر سنة 2008، يتضمن القانون الاساسي الخاص بمستخدمي أمانات الضبط للجهات القضائية، الجريدة الرسمية رقم 73 مؤرخة في 28 ديسمبر سنة 2008.

(3) مرسوم تنفيذي رقم 09-240 مؤرخ في 22 يوليو سنة 2009، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالنفسانيين للصحة العمومية، الجريدة الرسمية رقم 43 مؤرخة في 22 يوليو سنة 2009.

- الملف الإداري في جانبه التأديبي.

نفس هذه المعايير نص عليها كل من القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الممارسين الطبيين العامين⁽¹⁾ في الادة 15، القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين لسلك الفزيائيين الطبيين في الصحة العمومية⁽²⁾، القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك شبه الطبيين للصحة العمومية⁽³⁾، القانون الاساسي الخاص بالموظفات المنتميات لسلك القابلات في الصحة العمومية⁽⁴⁾، القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك البيولوجيين في الصحة العمومية⁽⁵⁾، القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الاعوان الطبيين في التخدير والانعاش للصحة العمومية⁽⁶⁾.

● القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك مستخدمي دعم البحث⁽⁷⁾، الذي تضمن في المادة 15 معايير خاصة تضاف للمعايير الموضوعية المحددة في المادة 99 من القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية، حيث يقيم الموظفون بطرق ملائمة ومؤسسة على:

- المساهمة في البراءات والنشر والمقالات

- أشغال الخبرة والتقييم

- المشاركة في عقود الدراسات ونقل المعارف والمهارة المنجزة

- كل نشاط ابتكار وتتمين نتائج البحث.

(1)المادة 15 من مرسوم تنفيذي رقم 09-393 مؤرخ في 24 ديسمبر سنة 2009، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الممارسين الطبيين العامين في الصحة العمومية، الجريدة الرسمية رقم 70 مؤرخة في 29 نوفمبر سنة 2009.

(2)المادة 14 من مرسوم تنفيذي رقم 10-178 مؤرخ في 8 يوليو سنة 2010، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين لسلك الفزيائيين الطبيين في الصحة العمومية، الجريدة الرسمية رقم 43 مؤرخة في 14 يوليو سنة 2010.

(3)المادة 15 من مرسوم تنفيذي رقم 11-121 مؤرخ في 20 مارس سنة 2011 يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك شبه الطبيين للصحة العمومية، الجريدة الرسمية رقم 17 مؤرخة في 20 مارس سنة 2011.

(4)المادة 14 من مرسوم تنفيذي رقم 11-122 مؤرخ في 20 مارس سنة 2011 يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفات المنتميات لسلك القابلات في الصحة العمومية، الجريدة الرسمية رقم 17 مؤرخة في 20 مارس سنة 2011.

(5)المادة 15 من مرسوم تنفيذي رقم 11-152 مؤرخ في 3 أبريل سنة 2011، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك البيولوجيين في الصحة العمومية، الجريدة الرسمية رقم 21 مؤرخة في 3 أبريل سنة 2011.

(6)المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 11-235 مؤرخ في 3 يوليو سنة 2011، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الاعوان الطبيين في التخدير والانعاش للصحة العمومية، الجريدة الرسمية رقم 38 مؤرخة في 6 يوليو 2011.

(7)مرسوم تنفيذي رقم 11-443 مؤرخ في 26 ديسمبر سنة 2011، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك مستخدمي دعم البحث، الجريدة الرسمية رقم 70 مؤرخة في 27 ديسمبر سنة 2011.

- القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لسلك مفتشي العمل⁽¹⁾، الذي تضمن في المادة 24 معايير خاصة، إذ يتم تقييم الموظفين على أساس عناصر التقدير الآتية:
 - نتائج النشاطات على مستوى المقاطعة الاقليمية
 - نوعية التحقيقات والتحريات المنجزة في إطار أداء مهامهم
 - فعالية التدخلات في إطار متابعة الحالة الاجتماعية
 - المساهمة في السير الحسن لمصالح مفتشية العمل.
- القانون الاساسي الخاص بموظفي الإدارة المكلفة بالشباب والرياضة⁽²⁾، إذ تضمن في المادة 30 معايير موضوعية خاصة تهدف إلى تقدير ما يلي:
 - القيام بتحيين المعارف المهنية.
 - القدرة على التنظيم.
 - معرفة المحيط والقدرة على التكيف فيه.
 - روح المبادرة.
 - القدرة على التعبير والتحليل والتلخيص.
 - القدرة على الحوار.
 - القدرة على تنشيط فريق أو مجموعة.
 - القدرة على قيادة مشروع.
 - القدرة على تحديد الكفاءات وتعبئتها وتثمينها.
- القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الاطباء البيطريين والمفتشين البيطريين والاطباء البيطريين المتخصصين⁽³⁾، الذي تضمن 18 على معايير خاصة للتقييم تتمثل في:
 - القدرة على التكيف.

(1) مرسوم تنفيذي رقم 11-261 مؤرخ في 30 يوليو سنة 2011، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين لسلك مفتشية العمل، الجريدة الرسمية رقم 43 مؤرخة في 3 غشت سنة 2011.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 10-07 مؤرخ في 7 يناير سنة 2010، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالشباب والرياضة، الجريدة الرسمية رقم 02 مؤرخة في 10 يناير سنة 2010.

(3) مرسوم تنفيذي رقم 10-124 مؤرخ في 28 أبريل سنة 2010، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الاطباء البيطريين والمفتشين البيطريين والاطباء البيطريين المتخصصين، الجريدة الرسمية رقم 28 مؤرخة في 28 أبريل 2010

- المناهج ونوعية العمل
- روح المبادرة واعمال البحث والمنشورات والمداخلات ذات الطابع العلمي.
- القانون الاساسي الخاص بموظفي إدارة الجمارك⁽¹⁾، الذي تضمن في المادة 41 معايير خاصة تتمثل في:
- تنظيم العمل وروح المبادرة.
- الاداء في تنفيذ الخدمة.
- القانون الاساسي الخاص بموظفي الإدارة الجبائية⁽²⁾، الذي تضمن في المادة 15 معايير موضوعية خاصة تهدف خصوصا إلى تقييم:
- احترام أدبيات و اخلاقيات المهنة.
- الكفاءة المهنية.
- طريقة تقديم الخدمة.
- الأداء والمردودية على أساس النتائج الفردية والجماعية.
- القانون الاساسي الخاص بموظفي إدارة الغابات⁽³⁾ الذي تضمن في المادة 40 النص على معايير خاصة تتمثل في تنظيم العمل، روح المبادرة و الأداء في تنفيذ المهام المخولة للموظف.
- القانون الاساسي الخاص بموظفي إدارة مجلس المحاسبة⁽⁴⁾ الذي تضمن في المادة 22 معايير موضوعية ولاسيما منها الفاعلية والمردودية واحترام آجال انجاز الاعمال والمواظبة والانضباط.
- 4/ تضمنت بعض القوانين الاساسية إحالة إلى القرارات الوزارية لتحديد معايير التقييم مثل:

(1) مرسوم تنفيذي رقم 10-286 مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 2010، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بإدارة الجمارك

(2) مرسوم تنفيذي رقم 10-299 مؤرخ في 29 نوفمبر سنة 2010، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بإدارة الجبائية، الجريدة الرسمية رقم 74 مؤرخة في 5 ديسمبر سنة 2010.

(3) مرسوم تنفيذي رقم 11-127 مؤرخ في 22 مارس سنة 2011، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بإدارة الغابات، الجريدة الرسمية رقم 18 مؤرخة في 23 مارس سنة 2011.

(4) مرسوم تنفيذي رقم 11-286 مؤرخ في 15 غشت سنة 2011، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بإدارة مجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية رقم 46 مؤرخة في 17 غشت سنة 2011.

- القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالمفتشية العامة للمالية⁽¹⁾ الذي تضمن في المادة 18 النص على تحديد المعايير الموضوعية يتم بموجب قرار من وزير المالية.
- القانون الاساسي الخاص بموظفي الجماعات الإقليمية⁽²⁾ الذي تضمن في المادة 17 النص على تحديد المعايير وكيفيات التقييم يتم بموجب قرار صادر عن الوزير المكلف بالجماعات الاقليمية.
- 5/ تضمن القانون الأساسي الخاص بالأعوان الدبلوماسيين والقنصلين⁽³⁾ في المادة 69 النص على معايير التقييم وهي نفسها المعايير التي تضمنتها المادة 99 من القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية.

ثالثا: معايير تقييم الموظف المتربص

لم يميز المشرع الجزائري في الفصل الرابع بعنوان تقييم الموظف من الباب الرابع بعنوان تنظيم المسار المهني، بين الموظف المرسم والموظف تحت فترة التجربة بخصوص عملية التقييم، إلا أنه يعتبر الموظف المتربص موظف خاضع للتقييم المنصوص عليه في المواد من 97 إلى 102 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية وذلك للاعتبارات التالية:

- جاء الفصل الرابع بعنوان تقييم الموظف تحت الباب الرابع الذي يتضمن تنظيم المسار المهني للموظف والذي يبدأ من التوظيف، ما يعني أنه يشمل الموظف المتربص الذي يعتبر موظف يستفيد من الحقوق الممنوحة للموظفين المرسمين، إلا ما استثنى بنص، مع خضوعه لنفس الواجبات الوظيفية طبقا للمادة 87 من القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية.
- فترة التربص هي فترة خدمة فعلية وتؤخذ في الحسبان عند احتساب الاقدمية للترقية في الرتبة والدرجات والتقاعد، وبالتالي يؤخذ بالتقييم الذي قيم به الموظف المتربص خلال فترة التربص أثناء الترقية.
- غير أنه بالرجوع إلى احكام المرسوم التنفيذي رقم 17-322، الذي يحدد الاحكام المطبقة على المتربص في المؤسسات والإدارات العمومية نجد أنه حدد- في الفصل الرابع بعنوان تقييم المتربص وترسيمه-

(1) المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 10-28 مؤرخ في 13 يناير سنة 2010، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالمفتشية العامة للمالية، الجريدة الرسمية رقم 5 مؤرخة في 20 يناير سنة 2010.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 11-334 مؤرخ في 20 سبتمبر سنة 2011، يتضمن القانون الاساسي الخاص بموظفي إدارة الجماعات الاقليمية، الجريدة الرسمية رقم 53 مؤرخة في 28 سبتمبر سنة 2011.

(3) مرسوم رئاسي رقم 09-221 مؤرخ في 24 يونيو سنة 2009، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالأعوان الدبلوماسيين والقنصلين، الجريدة الرسمية رقم 38 مؤرخة في 28 يونيو سنة 2009.

- كيفية تقييم الموظف تحت فترة التجربة، وذلك في المواد من 22 إلى 26 منه حيث حددت المادة 22 على سبيل المثال المعايير التي يتم على ضوءها تقييم الموظف خلال فترة التجربة ، وهذه المعايير هي:
- قدراته في أداء المهام المنوطة بالرتبة التي من المقرر ترسيمه فيها
 - فعاليته وروح مبادرته
 - كيفية أدائه للخدمة وسيرته، لاسيما فيما يخص علاقته مع رؤسائه السلميين وزملائه ومستعملي المرفق العام
 - مواظبته وانضباطه.

نلاحظ أن هذه المعايير هي جزء من المعايير المدرجة ضمن المادة 99 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية والمفصلة في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 19-165 مع وجود اختلافات جزئية بين الحالتين من حيث الصياغة.

رابعا: السلطة التقديرية للإدارة في التقييم

بالرجوع إلى أحكام القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية وأحكام المرسوم التنفيذي 19-165 وبعض القوانين الأساسية الخاصة نجد أن هذه النصوص التشريعية والتنظيمية منحت المسؤول الإداري سلطة تقديرية في تقييم الموظف العام حيث نصت المادة 97 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية على تقدير مؤهلات الموظف المهنية وفق مناهج ملاءمة، كما نصت المادة 99 من نفس القانون على معايير التقييم التي من خلالها يقدر المسؤول الإداري مدى احترام الموظف لالتزاماته الوظيفية المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول به، وتقدير كفاءته، وتقدير فاعليته ومردوديته، بالإضافة إلى تقدير المسؤول كيفية أداء وتقديم الموظف للخدمة، كما نصت المادة 101 من القانون ذاته على ممارسة سلطة تقديرية من قبل الرئيس الإداري بخصوص تقييم الموظف.

و تضمن المرسوم الرئاسي رقم 19-165 النص على السلطة التقديرية للمسؤول الإداري المختص بتقييم الموظف في المواد: 02، 05، 10 فقرة 02 منه.

تملك أيضا المؤسسات والإدارات العمومية سلطة تقديرية في تحديد مناهج التقييم التي تتلاءم مع طبيعة نشاطات المصالح المعنية وفق الشروط المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي 19-165 والقوانين الأساسية الخاصة التي تحكم مختلف الاسلاك بشرط احترام الإجراءات المحددة في المادة 04 من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه.

غير أنه قد تتعسف السلطة الإدارية أثناء ممارستها الاختصاص التقديري سواء في وضع المناهج الملائمة للتقييم وفق المعايير الموضوعية العامة والخاصة أو عند تقدير مدى توافر المعايير في الموظف أثناء تقييمه ما يعني ضرورة توفير الضمانات الكافية للموظف لمواجهة التعسف المحتمل من قبل الإدارة، إذ بالرجوع إلى المواد المذكورة اعلاه والتي منحت السلطة السلمية اختصاص تقديري نجد أنها اقرت بعض الضمانات مثل:

- تحديد المشرع لمعايير التقييم الاساسية سواء في المادة 99 من القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية أو في النصوص الاساسية الخاصة حتى لا يترك الفرصة للإدارة في إضافة معايير أخرى تخضع لها عملية تقييم الموظف، وعليه تنحصر سلطاتها التقديرية في تقدير المؤهلات المهنية للموظف على ضوء المعايير المحددة، كما تستخدم السلطة التقديرية في وضع المناهج الملائمة للتقييم، إلا أنه أحالت بعض القوانين الاساسية مسألة تحديد معايير التقييم إلى صدور قرار وزاري كما بيناه سابقا.
- يتعين على السلطة السلمية التي لها اختصاص تقديري في تقييم الموظف استشارة اللجان الادارية المتساوية الأعضاء قبل وضع المناهج الملائمة، إلا أنها غير ملزمة بالرأي الذي تصدره اللجان الإدارية المتساوية الاعضاء، رغم الزامية طلب الاستشارة.
- ضرورة حصول المناهج التي اعدتها الإدارة على موافقة الهيكل المركزي للوظيفة العمومية والذي يعتبر حسب المادة 04 من المرسوم التنفيذي 19-165 السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية.
- يتعين أن يصدر قرار أو مقرر إداري من قبل الوزير المعني أو المسؤول الإداري المعني حسب الحالة يتضمن تحديد هذه المناهج، إذ يتعين أن يكون القرار مشروعاً مكتمل الأركان وإلا اعتبر باطل ما يجعله عرضة للإلغاء على اعتبار أن الطعن بتجاوز السلطة مفتوح حتى في حال عدم النص على ذلك لكونه مبدأ دستوري.

الفرع الثالث: ضوابط سير التقييم

نتطرق في هذا الفرع إلى آليات التقييم (أولاً) ثم إجراءات التقييم (ثانياً) وأخيراً نتائج التقييم (ثالثاً).

أولاً: آليات التقييم:

تتمثل آليات التقييم في مقابلة التقييم المهني والتي يقصد بها نموذج من المحادثات بين شخصين محددتين أحدهما القائم بالتقييم (الرئيس الإداري) والثاني الموظف الخاضع للتقييم (المروّوس)، وذلك بهدف

المناقشة وتبادل الآراء حول نقاط الضعف ونقاط القوة ووضع الحلول والآليات لعلاج نقاط الضعف وتدعيم نقاط القوة⁽¹⁾.

تضمن المرسوم التنفيذي 19-165 النص على مقابلة التقييم المهني ، يكون طرفيها المسؤول الإداري والموظف، كما نصت بعض القوانين الأساسية الخاصة على آليات أخرى لتقييم الموظفين.

1/ أطراف المقابلة: تعود سلطة تقييم الموظف للسلطة السلمية المؤهلة حيث نصت المادة 10 من المرسوم التنفيذي 19-165 على أطراف المقابلة وهما، المسؤول السلمي المباشر أو المسؤول السلمي الأعلى من جهة والموظف الخاضع للتقييم من الجهة الثانية، إذ بموجب هذا النص يخضع جميع الموظفين الخاضعين للقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية مهما كانت رتبتهن لنظام التقييم من خلال إجراء مقابلة للرئيس الإداري مع الموظف التابع له، من أجل تقدير كفاءته ومؤهلاته وتقرير أحقيته أو عدم أحقيته في الترسيم إذا كان في فترة التجربة أو أحقيته في الترقية والامتيازات المالية أو عدم أحقيته في ذلك⁽²⁾.

و تضمنت العديد من القوانين الأساسية الخاصة النص على السلطة المختصة بالتقييم مثل المادة 16 من القانون الأساسي الخاص بموظفي الجماعات الإقليمية التي نصت على التقييم هو من صلاحيات السلطة السلمية المؤهلة، ونصت المادة 17 من القانون الأساسي الخاص بالأطباء البيطريين على السلطة المختصة بالتقييم وهي السلطة المخولة لها صلاحية التعيين، كما تضمن المرسوم التنفيذي رقم 17-322 السابق ذكره في المادة 25 النص على تقييم الموظف المتربص من قبل السلطة التي لها صلاحية التعيين.

تجمع مقابلة التقييم المهني بين المسؤول الإداري المباشر أو المسؤول السلمي الأعلى والموظف، يكون فيها نمط الاتصال أكثر حرية بعيدا عن إجراءات الاستقبال ومبني على الصراح والوضوح، إذ يتم من خلالها رفع الحواجز الموجودة بين الطرفين، كما يتم من خلالها تبادل المعلومات بين الطرفين واستغلالها، كما أنها تضيفي صفة الموضوعية عن النقطة السنوية والتقدير ذو الطابع العام من خلال التشعب في التفاصيل حول ما تم إنجازه من قبل الموظف خلال السنة الجارية وما هو محدد له في السنة المقبلة⁽³⁾.

⁽¹⁾ بوبرطخ عبد الكريم: دراسة فعالية نظام تقييم أداء العاملين في المؤسسات الاقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة منتوري قسنطينة، 2011-2012، ص76.

⁽²⁾ د/ مليكة صروخ: العمل الإداري، الطبعة الأولى، دار القلم، الرباط المغرب، 2012، ص158.

⁽³⁾ حمادي نور الدين: تقييم الموظف العمومي في التشريع الجزائري، بين قصور الممارسة وضرورة التحديث، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 01، العدد 02، ديسمبر 2013، ص90.

2/ محل التقييم: تتمحور مقابلة التقييم المهني للموظف حول المسائل التالية⁽¹⁾:

- نتائج الموظف المهنية خلال السنة محل التقييم وذلك بالنظر إلى الاهداف المحددة للموظف وشروط تنظيم وسير الهيكل الذي ينتمي إليه الموظف.
- الأهداف المحددة للموظف للسنة القادمة وآفاق تحسين نتاجه المهنية.
- قدرات الموظف على شغل وظائف التأطير.
- التطلعات المهنية للموظف وآفاق تطوير مساره المهني.
- احتياجات الموظف في مجال التكوين وتحسين المستوى.

3/ الآليات المنصوص عليها في بعض القوانين الاساسية الخاصة: تضمن القانون الاساسي الخاص بموظفي الادارة المكلفة بالمواصلات السلوكية واللاسلكية في المادة 38 النص على إنشاء لجنة استشارية لتقييم كفاءات الموظفين الخاضعين لهذا القانون الاساسي، إلا أنها لم تحدد تشكيلتها وصلاحياتها وقواعد سيرها وإنما أحالت تنظيم هذه المسائل لقرار يصدره الوزير المعني بالقطاع، كما تضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المتتمين للأسلاك الخاصة بالثقافة⁽²⁾ في المادة 14 النص على لجنة مكلفة بتقييم أعمال الموظفين على الصعيد العلمي والثقافي، إلا أنها أحالت مسألة تنظيم اللجنة وتشكيلتها وسيرها وصلاحياتها لقرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والسلطة المكلفة بالوظيفة العامة.

وتضمن القانون الاساسي الخاص بموظفي المفتشية العامة للمالية في المادة 18 على إنشاء لجنة استشارية لتقييم كفاءات الموظفين الخاضعين لهذا القانون الاساسي الخاص، غير أنها أحالت مسألة تشكيلها للجنة وصلاحياتها وقواعد سيرها لقرار يصدره وزير المالية.

كما تضمن القانون الاساسي الخاص بالباحث الدائم في المادة 30 النص على تأسيس لجنة وطنية لتقييم الباحثين تكلف بتقييم النشاطات والمنشورات العلمية للمرشحين للالتحاق برتبة استاذ بحث أ ورتبة مدير بحث، كما تكلف هذه اللجنة بإعداد معايير التقييم وشبكة التنقيط المتعلقة بها وتعرضها على الوزير المكلف بالبحث العلمي للموافقة عليها⁽³⁾، وتضمنت المادة أيضا تشكيل اللجنة، التي تتشكل من مديري

⁽¹⁾ المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 19-165، مرجع سابق.

⁽²⁾ مرسوم تنفيذي رقم 08-383 مؤرخ في 26 نوفمبر سنة 2008، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المتتمين للأسلاك الخاصة بالثقافة، الجريدة الرسمية رقم 68 مؤرخة في 3 ديسمبر سنة 2008.

⁽³⁾ مرسوم تنفيذي رقم 08-131، مرجع سابق.

البحث وعند الاقتضاء من اساتذة باحثين متمين لرتبة استاذ لهم على الاقل خبرة ثلاث سنوات خدمة فعلية بهذه الصفة، ويتم تعيين الاعضاء بموجب قرار إداري صادر عن الوزير المكلف بالبحث العلمي، إلا أنها لم تحدد تنظيم اللجنة وسيرها وإنما احوالت ذلك لقرار يصدره الوزير المكلف بالبحث العلمي.

ثانياً: إجراءات التقييم

تضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة والمرسوم التنفيذي رقم 19-165 جملة من الإجراءات الخاصة بالتقييم ولاسيما الآجال والضمانات، كما تضمنت بعض القوانين الأساسية الخاصة بإجراءات التقييم بالإضافة إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 17-322 الخاص بالموظفين المترشحين الذي حدد أيضاً بعض الإجراءات.

1/ الآجال والمواعيد: تضمن المرسوم التنفيذي رقم 19-165 العديد من الآجال حيث حددت المادة 09 أجل اعلام الموظف بتاريخ المقابلة وهو 07 أيام على الاقل قبل تاريخ المقابلة، كما تضمنت المادة 11 من المرسوم آجال تبليغ النقطة المرقمة للموظف المعني وهي 15 يوم على الأقل قبل اجتماع اللجنة الإدارية المتساوية الاعضاء، وحددت المادة 13 أجل 31 مارس من السنة الموالية كآخر أجل لإتمام عملية التقييم.

بالنسبة للموظف المترشح يتم تقييمه كل ثلاثة (03) أشهر عن طريق استمارة تقييم فصلية تبلغ للمعني في أجل 08 أيام من تاريخ اعدادها، وله الحق في الاحتجاج عليها في أجل 08 أيام من تبليغه بها ، إذ يرفع الاحتجاج للسلطة التي لها صلاحية التعيين⁽¹⁾.

2/ الضمانات: تتمثل الضمانات المنصوص عليها في القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية والمرسوم التنفيذي 19-165 وبعض القوانين الخاصة في ما يلي:

- التظلم أمام اللجنة الإدارية المتساوية الاعضاء حيث تضمنت كل من المادة 102 من القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية والمادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 19-165 النص على تقديم الموظف بعد تبليغه لنقطة التقييم المرقمة تظلماً إلى اللجنة الإدارية المتساوية الاعضاء المختصة والتي يمكنها بناء على طلب المعني اقتراح مراجعتها من قبل السلطة التي لها صلاحية التعيين، كما أن المادة 71 من القانون الاساسي الخاص بالأعوان الدبلوماسيين والقنصليين نصت على تقديم المعني بالأمر اعتراض

(1) المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 17-322، مرجع سابق.

بشأن النقطة الرقمية المبلغة إليه، ويتم إخطار اللجنة الإدارية المتساوية الاعضاء المختصة التي يمكنها اقتراح مراجعتها.

- مصادقة مسؤول المصلحة التي ينتمي إليها الموظف على بطاقة التقييم السنوية المعدة من قبل المسؤول السلمي المباشر أو المسؤول السلمي الاعلى⁽¹⁾.
- تشكل الآجال والمواعيد المحددة اعلاه ضمانا للموظفين أثناء تقييمهم، إذ يتعين على السلطة المختصة بالتقييم الالتزام بهذه المواعيد.
- تسبب قرار التقييم: لم ينص القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية وكذا المرسوم التنفيذي 19-165 والقوانين الاساسية الخاصة على ضرورة تسبب السلطة السلمية لقرار التقييم، إلا أنه بالرجوع إلى المادة 11 من القانون رقم⁽²⁾ 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته فإن الإدارة ملزمة بتسبب القرارات التي تصدر في غير صالح المخاطبين بها.
- الطعن القضائي: بالرغم من عدم النص على الطعن القضائي ضد قرار التقييم، إلا أنه من حق الموظف الذي يرى بأن التقييم مجحف أن يطعن فيه بالإلغاء أمام الجهة القضائية المختصة وفق آجال الطعن القضائي.

ثالثا: نتائج التقييم

- نص المشرع في المادة 101 فقرة 02 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية على نتائج التقييم المستمر والدوري والمتمثلة في تقييم منقط مرفق بملاحظة عامة، كما نص المرسوم التنفيذي رقم 19-165 في المادتين 08، 12 على نتائج مقابلة التقييم المهني والمتمثلة فيما يلي:
- نقطة مرقمة تحدد حسب سلم التنقيط، يعد نظرا لخصوصيات السلك وطبيعة نشاطات المرفق الذي ينتمي إليه الموظف.
 - تقدير ذو طابع عام، حول القيمة المهنية للموظف العام بالإضافة إلى جملة من الاقتراحات والتوصيات المتعلقة بتطوير مساره المهني.
 - إعداد بطاقة تقييم سنوية تحفظ في الملف الإداري للموظف تتضمن جزئين هما:

⁽¹⁾ المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 19-165، مرجع سابق.

⁽²⁾ القانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية رقم 14 مؤرخة في 8 مارس سنة 2006.

✓ يتضمن الجزء الأول النقطة المرقمة

✓ يتضمن الجزء الثاني التقدير ذي الطابع العام

نصت بعض القوانين الاساسية الخاصة على نتائج التقييم مثل المادة 70 من القانون الاساسي الخاص بالأعوان الدبلوماسيين والقنصلين السابق ذكره التي نصت على التقييم السنوي الذي ينتج عنه علامة رقمية مرفقة بتقدير عام تبلغ للعون الدبلوماسي والقنصلي وتحفظ استمارة التقييم في ملفه، كما نصت المادة 60 من القانون الاساسي الخاص بالأمن الوطني على تقييم منقط يرفق بملاحظات وهو ما تضمنته المادة 62 من القانون الاساسي الخاص بالحماية المدنية.

كما نصت المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 17-322 على إعداد السلطة التي لها صلاحية التعيين لبطاقة عامة للتربص تمثل حصيلة بطاقات التقييم الفصلية، بناء على تقرير مفصل للمسؤول السلمي، ويتم حفظ بطاقة التقييم في الملف الإداري للمتربص.

الفرع الرابع: الآثار المترتبة على تقييم الموظف

تعد مسألة تقييم الموظف من أجل ترسيمه وترقيته من الاساليب الحديثة المتبعة في مجال الإدارة العمومية، حيث يخضع الموظف العام المرشح للترسيم أو الترقية لتقييم يكشف من خلاله المسؤول الإداري عن مؤهلات الموظف المهنية بالنظر للمهام الموكلة إليه وكيفية أدائها، ويعتمد أيضا على التقييم في منح الامتيازات المالية⁽¹⁾.

تضمنت المادة 98 من القانون الاساسي العام للتوظيف العامة أربعة آثار تتمثل في:

- الترقية في الدرجات
 - الترقية في الرتبة
 - منح الامتيازات المرتبطة بالمردودية وتحسين الأداء
 - منح الاوسمة التشريعية والمكافئات.
- كما تضمن المرسوم التنفيذي إلى جانب هذه الآثار النص على آثار أخرى تتمثل في :
- الأخذ بعين الاعتبار بالتقييم أثناء التعيين في المناصب العليا
 - الأخذ بعين الاعتبار بالتقييم في الاستفادة من دورة التكوين وتحسين المستوى

(1) د/ مليكة صروخ: مرجع سابق، ص 159.

- الأخذ بعين الاعتبار بالتقييم في الفصل بين الموظفين المتساويين في الترتيب أثناء الامتحانات المهنية أو الترقية على أساس الشهادة.

- كما حدد المرسوم الترقية في الرتبة على أساس الاختيار خلافا لنص المادة 98 من القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية الذي نص على الترقية في الرتب دون تحديد الطرق التي تتم بها الترقية.

وتضمنت العديد من القوانين الاساسية الخاصة التطرق لآثار التقييم ، منها ما اعتمد نفس الآثار المنصوص عليها في المادة 98 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية مثل القانون الاساسي الخاص بموظفي الإدارة الجبائية الذي نص في المادة 14 على نفس الآثار، ومنها من أضاف إلى الآثار المحددة في المادة 98 آثار أخرى مثل القانون الاساسي الخاص بالأمن الوطني الذي أضاف في المادة 59 آثار تتمثل في الترسيم، التعيين في منصب عال، الالتحاق بالتكوين، وهي نفس الآثار التي أضافتها المادة 37 من القانون الاساسي الخاص بموظفي المواصلات السلوكية واللاسلكية ، كما تضمنت المادة 61 من القانون الاساسي الخاص بالحماية المدنية نفس الآثار وازافت أثر آخر يتمثل في التعيين في منصب شغل متخصص.

نلاحظ بأن هذه الآثار التي تضمنتها القوانين الاساسية الخاصة تم إدراجها في المرسوم التنفيذي رقم 19-165 من خلال نص المادة 14 منه، إذ يمكن رد هذه الآثار إلى آثار إيجابية على المسار المهني للموظف (أولا) وآثار متعلقة بالامتيازات المالية للموظف(ثانيا) بالإضافة إلى الآثار السلبية على الموظف (ثالثا) رغم عدم النص عليها بشكل صريح.

أولا: الآثار الايجابية على المسار المهني للموظف

تتمثل الآثار الايجابية على المسار المهني للموظف في ما يلي:

1/ الترسيم: نصت المادة 25 من المرسوم التنفيذي 17-322 السابق ذكره على الترسيم كأثر للتقييم حيث تعد سلطة التعيين عند نهاية التربص بطاقة تقييم عامة تمثل حصيلة بطاقات التقييم الفصلية بناء على تقرير مفصل يعده المسؤول السلمي، ويتضمن التقرير إحدى الملاحظات الآتية: ترسيم الموظف، تمديد التربص لنفس المدة، تسريح الموظف دون اشعار مسبق أو تعويض، كما تضمنت بعض القوانين الاساسية الخاصة النص على الترسيم من بين الآثار التي تترتب على التقييم منها القانون الاساسي الخاص بموظفي الادارة المكلفة بالمواصلات السلوكية واللاسلكية، القانون الاساسي الخاص بموظفي الحماية المدنية، القانون الاساسي الخاص بموظفي الامن الوطني.

2/الترقية: تخضع الترقية لنظام متحرك قائم على أسلوب التنقيط⁽¹⁾، إذ يترتب على التقييم حصول الموظف على:

- الترقية في الدرجات: تمثل ترمينا للأقدمية المكتسبة من طرف الموظفين في الرتبة أو السلك، تتم بصفة مستمرة في حدود 12 درجة حسب مدة زمنية تتراوح بين 30 و42 سنة من الخدمة الفعلية في الوظيفة العمومية⁽²⁾ حيث يؤخذ في الحسبان أثناء الترقية في الدرجات تقييم الموظف خلال السنتين الاخيرتين، من خلال جدول ترقية يعد سنويا يتضمن ترتيب الموظفين حسب تقييمهم.
 - الترقية من رتبة إلى رتبة اعلى على أساس الاختيار بين المتنافسين: تقوم هذه الطريقة على ترقية الموظف بناء على اجتهاده وابتكاره في العمل، فإذا وجد منصب شاغر وتنافس عليه موظف قديم وموظف كفاء فضل هذا الاخير رغم حداثة في الوظيفة⁽³⁾، إذ تم من خلال هذه الطريقة الاخذ بعين الاعتبار تقييم الموظف خلال خمس (05) سنوات الاخيرة من خلال إعداد الادارة لقائمة تأهيل تتضمن الموظفين المتنافسين على الترقية للرتبة الاعلى، كما يؤخذ بعين الاعتبار التقييم في الفصل بين الموظفين المتساويين في الترتيب أثناء الامتحانات المهنية أو الترقية على أساس الشهادة⁽⁴⁾.
- تشكل الترقية على هذا النحو حافزا للموظف على بذل مجهودات أكبر في إنجاز المهام الموكلة إليه وابرار قدراته ومؤهلاته ومواهبه حيث يتيح هذا النظام أمام الموظف الكفاء فرصة الترقية إلى الرتبة الاعلى⁽⁵⁾، بالإضافة إلى تحسين الوضعية المادية للموظف⁽⁶⁾، في المقابل تمكن الترقية سلطة التعيين من متابعة نشاط الموظف العام وتحفيزه على بذل المزيد من العطاء والانضباط في إطار الشفافية والموضوعية⁽⁷⁾.
- 3/ التعيين في المناصب العليا: نص المرسوم التنفيذي رقم 19-165 في المادة 14 على التعيين في المناصب العليا كأثر مترتب عن التقييم حيث يؤخذ بعين الاعتبار بالتقييم أثناء التعيين في المناصب العليا، كما تضمنت بعض القوانين الاساسية الخاصة النص على التعيين في منصب عال أو في منصب شغل

⁽¹⁾د/ محمد كرامي: القانون الإداري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب، 2015، ص401، 402.

⁽²⁾عائشة سودي: مرجع سابق، ص51.

⁽³⁾د/ مليكة صروخ: مرجع سابق، ص154.

⁽⁴⁾المواد: 14، 15، 16 من المرسوم التنفيذي 19-165، مرجع سابق.

⁽⁵⁾د/ نبيلة عبد الحليم كامل: الوجيز في القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة وتاريخ، ص315.

⁽⁶⁾د/ محمد كرامي: مرجع سابق، ص401.

⁽⁷⁾د/ مليكة صروخ: مرجع سابق، ص160.

متخصص كأثر من بين الآثار التي تترتب على التقييم منها القانون الاساسي الخاص بموظفي الادارة المكلفة بالمواصلات السلوكية واللاسلكية، القانون الاساسي الخاص بموظفي الحماية المدنية، القانون الاساسي الخاص بموظفي الامن الوطني.

4/ التكوين وتحسين المستوى: نص المرسوم التنفيذي رقم 19-165 في المادة 14 على التكوين وتحسين المستوى كأثر مترتب عن التقييم حيث يؤخذ بعين الاعتبار بالتقييم في الاستفادة من دورة التكوين وتحسين الاداء، كما تضمنت بعض القوانين الاساسية الخاصة النص على الالتحاق بالتكوين كأثر مترتب على التقييم منها القانون الاساسي الخاص بموظفي الادارة المكلفة بالمواصلات السلوكية واللاسلكية، القانون الاساسي الخاص بموظفي الحماية المدنية، القانون الاساسي الخاص بموظفي الامن الوطني.

يساعد التكوين في الارتقاء بكفاءة الموظف العام ويساهم مباشرة في تحقيق الاهداف المسطرة من قبل الإدارة ما يساعد على استمرارية تقديم الخدمة من قبل المرفق العام، إذ لا يقتصر دور الإدارة على صرف رواتب الموظفين ومراقبتهم فقط وإنما يتعدى ذلك إلى الرفع من مستواهم وكفاءتهم من خلال برامج وندوات تكوينية خصوصا إذا كانت هناك مستجدات وتطورات يجملها الموظفين⁽¹⁾.

5/ منح الأوسمة الشرفية والمكافآت: تضمنت هذا الاثر المادة 98 من القانون الاساسي العام للوظيفة العامة والمادة 14 من المرسوم التنفيذي 19-165، كما نصت المادة 18 من نفس المرسوم على الاخذ في الحسبان تقييم الموظف عند منحه أوسمة شرفية أو مكافآت وفق ما هو محدد في المرسوم التنفيذي رقم 17⁽²⁾-323، و تضمنت أيضا القوانين الاساسية الخاصة المذكورة اعلاه هذا الأثر.

ثانيا: الآثار المتعلقة بالامتيازات المالية للموظف

تكتسي التعويضات والعلاوات طابع المكافأة نظير خدمات الموظف المقدمة وتمثل خصوصا في منحة المردودية وتعويض الخبرة المهنية حيث تحسب المردودية اعتمادا على نقطة مرقمة تمنح للموظف أثناء تقييمه⁽³⁾ الهدف منها تحسين أداء الموظف وحثه على المردودية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾د/ عبد الوهاب كسال: تحسين الخدمة العمومية بين حسن اختيار الموظف العام وضرورة تكوينه، مجلة وحدة البحث في تنمية الموارد البشرية، المجلد 10، العدد 01، ماي 2019، ص59.

⁽²⁾مرسوم تنفيذي رقم 17-323 مؤرخ في 2 نوفمبر سنة 2017، يحدد طبيعة وخصائص وكيفية منح الأوسمة الشرفية و/ أو المكافآت للموظفين، وكذا تشكيلة سير وصلاحيات اللجنة الخاصة المكلفة بمنحها، الجريدة الرسمية رقم 66 مؤرخة في 12 نوفمبر سنة 2017.

⁽³⁾عائشة سودي: مرجع سابق، ص52.

⁽⁴⁾المادة 124 فقرة 02 من الأمر رقم 06-03، مرجع سابق.

وعليه تتمثل الآثار المتعلقة بالامتيازات المالية للموظف في صرف المنح والتعويضات الخاصة بالمردودية وتحسين الاداء التي تستند إلى تقييم الموظف، إذ نصت على هذا الأثر المادة 98 من القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية والمادة 14 من المرسوم التنفيذي 19-165 ، بالإضافة إلى القوانين الاساسية الخاصة المذكورة اعلاه.

ثالثا: الآثار السلبية على الموظف

إذا اسفرت عملية التقييم عن منح الموظف نقاط ضعيفة وملاحظات ضعيف لعدم كفاءته، فإنه يفقد الاستفادة من الآثار المذكورة اعلاه، فإذا كان في فترة التجربة فإنه إما تمدد الفترة لنفس المدة أو يسرح من دون اشعار مسبق أو تعويض أما إذا كان الموظف مرسم فإنه يرقى وفق المدة القصوى في الدرجات ويفقد المنافسة في الترقية للرتب الاعلى، كما تمنح له منح وتعويضات منخفضة تماشيا مع النقطة التي حصل عليها.

الخاتمة

توصلنا في هذا البحث للعديد من النتائج أهمها:

1. جمعت النصوص التشريعات والتنظيمية في مجال الوظيفة العمومية بين المؤهلات المهنية والصفات الشخصية للموظف العام في تحديد معايير تقييم الموظف العام.
2. منح المشرع الجزائري سلطة تقديرية واسعة للإدارة في تحديد مناهج التقييم التي تراها ملائمة على ضوء المعايير الموضوعية التي تضمنتها المادة 99 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، في المقابل لم يمنح الموظف الضمانات الكافية لمواجهة أي تعسف من قبل الإدارة أثناء ممارستها للاختصاص التقديري.
3. تضمنت معظم القوانين الأساسية الخاصة النص على معايير خاصة للتقييم إلى جانب المعايير العامة المذكورة في المادة 99 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، إذ ما يلاحظ على هذه القوانين أن بعضها تبنى معايير خاصة موحدة إلى جانب المعايير العامة خصوصا قطاع الصحة، وبعضها الآخر أخذ بمعايير مختلفة.
4. اختلاف آليات التقييم في المرسوم التنفيذي رقم 19-165 عنها في القوانين الأساسية الخاصة التي نصت على آليات يتم من خلالها تقييم الموظف ما يفقد هذه الآلية المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي محل الدراسة أهميتها لانحصار مجال تطبيقها في الإدارات التي لم تنص القوانين الأساسية الخاصة بموظفيها على آلية تقييم خاصة.
5. عدم ترتيب المشرع لأي اثر سلبي على التقييم مكثفيا بالآثار الإيجابية معتبرا اياها أهدافا للتقييم، إلا ان هذا لا يعني عدم ترتيب التقييم لأثار سلبية على الموظف، إذ يفقد الحق في الترقية السريعة في الدرجات والمنافسة على الترقية في الرتب، وغيرها من الانعكاسات السلبية على مساره المهني. وعليه ارتأينا تقديم بعض الاقتراحات المتمثلة في:
1. ضرورة تعديل المادة 99 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية من خلال حصر المعايير الموضوعية للتقييم وعدم جعلها على سبيل المثال حتى وإن كان المشرع حصر المعايير الأهم.

2. ضرورة تعديل المادة 102 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية من خلال النص على ضمانات إضافية مثل إلزامية تسبيب قرار التقييم وحق الطعن القضائي تفاديا لأي لبس قد يثار في الجانب العملي.

3. يتعين تعديل المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 19-165 من خلال جعل مقابلة التقييم المهني تتولها لجنة بدلا من المسؤول الإداري المباشر أو المسؤول السلمي الاعلى مع النص على تشكيلة اللجنة واختصاصاتها وقواعد سيرها.

قائمة المراجع:

أولاً: النصوص القانونية

1- القوانين:

1. القانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية رقم 14 مؤرخة في 8 مارس سنة 2006.
2. الأمر رقم 06-03 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الاساسي العام للتوظيف العمومية، الجريدة الرسمية رقم 46 مؤرخة في 16 يوليو سنة 2006.

2- المراسيم:

1. مرسوم تنفيذي رقم 08-04 مؤرخ في 19 يناير سنة 2008 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك المشتركة في المؤسسات والإدارات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 03 مؤرخة في 20 يناير 2008.
2. مرسوم تنفيذي رقم 08-05 مؤرخ في 19 يناير سنة 2008 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالعمال المهنيين وسائقي السيارات والحجاب، الجريدة الرسمية رقم 03 مؤرخة في 20 يناير 2008.
3. مرسوم تنفيذي رقم 08-129 مؤرخ في 3 مايو سنة 2008، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالأستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي، الجريدة الرسمية رقم 23 مؤرخة في 04 مايو سنة 2008.
4. مرسوم تنفيذي رقم 08-130 مؤرخ في 3 مايو سنة 2008، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالأستاذ الباحث، الجريدة الرسمية رقم 23 مؤرخة في 04 مايو سنة 2008.
5. مرسوم تنفيذي رقم 08-131 مؤرخ في 3 مايو سنة 2008، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالباحث الدائم، الجريدة الرسمية رقم 23 مؤرخة في 04 مايو سنة 2008.
6. مرسوم تنفيذي رقم 08-167 مؤرخ في 7 يونيو سنة 2008، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بإدارة السجون، الجريدة الرسمية رقم 30 مؤرخة في 11 يونيو سنة 2008.
7. مرسوم تنفيذي رقم 08-181 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2008، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين إلى الاسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالصيد البحري، الجريدة الرسمية رقم 34 مؤرخة في 25 يونيو سنة 2008.

8. مرسوم تنفيذي رقم 08-199 مؤرخ في 06 يوليو سنة 2008، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين إلى السلك الخاص بالإدارة المكلفة بالصناعة التقليدية، الجريدة الرسمية رقم 38 مؤرخة في 09 يوليو سنة 2008.
9. مرسوم تنفيذي رقم 08-315 مؤرخ في 11 أكتوبر سنة 2008، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالتربية الوطنية، الجريدة الرسمية رقم 59 مؤرخة في 12 أكتوبر سنة 2008.
10. مرسوم رقم 08-361 مؤرخ في 8 نوفمبر سنة 2008، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالموارد المائية، الجريدة الرسمية رقم 64 مؤرخة في 17 نوفمبر 2008.
11. مرسوم تنفيذي رقم 08-383 مؤرخ في 26 نوفمبر سنة 2008، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالثقافة، الجريدة الرسمية رقم 68 مؤرخة في 3 ديسمبر سنة 2008.
12. مرسوم تنفيذي رقم 08-409 مؤرخ في 24 ديسمبر سنة 2008، يتضمن القانون الاساسي الخاص بمستخدمي أمانات الضبط للجهات القضائية، الجريدة الرسمية رقم 73 مؤرخة في 28 ديسمبر سنة 2008.
13. مرسوم رئاسي رقم 09-221 مؤرخ في 24 يونيو سنة 2009، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالأعوان الدبلوماسيين والقنصليين، الجريدة الرسمية رقم 38 مؤرخة في 28 يونيو سنة 2009.
14. مرسوم تنفيذي رقم 09-240 مؤرخ في 22 يوليو سنة 2009، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالنفسانيين للصحة العمومية، الجريدة الرسمية رقم 43 مؤرخة في 22 يوليو سنة 2009.
15. مرسوم تنفيذي رقم 09-393 مؤرخ في 24 ديسمبر سنة 2009، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الممارسين الطبيين العامين في الصحة العمومية، الجريدة الرسمية رقم 70 مؤرخة في 29 نوفمبر سنة 2009.

16. مرسوم تنفيذي رقم 09-394 مؤرخ في 24 ديسمبر سنة 2009، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين لسلك الممارسين الطبيين المتخصصين في الصحة العمومية، الجريدة الرسمية رقم 70 مؤرخة في 29 نوفمبر سنة 2009.
17. مرسوم تنفيذي رقم 10-07 مؤرخ في 7 يناير سنة 2010، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالشباب والرياضة، الجريدة الرسمية رقم 02 مؤرخة في 10 يناير سنة 2010.
18. المرسوم التنفيذي رقم 10-28 مؤرخ في 13 يناير سنة 2010، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالمفتشية العامة للمالية، الجريدة الرسمية رقم 5 مؤرخة في 20 يناير سنة 2010.
19. مرسوم تنفيذي رقم 10-124 مؤرخ في 28 أبريل سنة 2010، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الاطباء البيطريين والمفتشين البيطريين والاطباء البيطريين المتخصصين، الجريدة الرسمية رقم 28 مؤرخة في 28 أبريل 2010.
20. مرسوم تنفيذي رقم 10-178 مؤرخ في 8 يوليو سنة 2010، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين لسلك الفزيائيين الطبيين في الصحة العمومية، الجريدة الرسمية رقم 43 مؤرخة في 14 يوليو سنة 2010.
21. مرسوم تنفيذي رقم 10-286 مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 2010، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بإدارة الجمارك
22. مرسوم تنفيذي رقم 10-299 مؤرخ في 29 نوفمبر سنة 2010، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة الجبائية، الجريدة الرسمية رقم 74 مؤرخة في 5 ديسمبر سنة 2010.
23. مرسوم تنفيذي رقم 10-322 مؤرخ في 22 ديسمبر سنة 2010، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالأمن الوطني، الجريدة الرسمية رقم 78 مؤرخة في 26 ديسمبر سنة 2010.

24. مرسوم تنفيذي رقم 11-106 مؤرخ في 6 مارس سنة 2011، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالحماية المدنية، الجريدة الرسمية رقم 15 مؤرخة في 9 مارس سنة 2011.
25. مرسوم تنفيذي رقم 11-121 مؤرخ في 20 مارس سنة 2011 يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك شبه الطبيين للصحة العمومية، الجريدة الرسمية رقم 17 مؤرخة في 20 مارس سنة 2011.
26. مرسوم تنفيذي رقم 11-122 مؤرخ في 20 مارس سنة 2011 يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفات المنتميات لسلك القابلات في الصحة العمومية، الجريدة الرسمية رقم 17 مؤرخة في 20 مارس سنة 2011.
27. مرسوم تنفيذي رقم 11-127 مؤرخ في 22 مارس سنة 2011 ، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بإدارة الغابات، الجريدة الرسمية رقم 18 مؤرخة في 23 مارس سنة 2011.
28. مرسوم تنفيذي رقم 11-152 مؤرخ في 3 أبريل سنة 2011، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك البيولوجيين في الصحة العمومية، الجريدة الرسمية رقم 21 مؤرخة في 3 أبريل سنة 2011.
29. المرسوم التنفيذي رقم 11-235 مؤرخ في 3 يوليو سنة 2011، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الاعوان الطبيين في التخدير والانعاش للصحة العمومية، الجريدة الرسمية رقم 38 مؤرخة في 6 يوليو 2011.
30. مرسوم تنفيذي رقم 11-256 مؤرخ في 30 يوليو سنة 2011، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالمواصلات السلوكية واللاسلكية الوطنية، الجريدة الرسمية رقم 42 مؤرخة في 31 يوليو سنة 2011.
31. مرسوم تنفيذي رقم 11-261 مؤرخ في 30 يوليو سنة 2011، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين لسلك مفتشية العمل، الجريدة الرسمية رقم 43 مؤرخة في 3 غشت سنة 2011.

32. مرسوم تنفيذي رقم 11-286 مؤرخ في 15 غشت سنة 2011، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بإدارة مجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية رقم 46 مؤرخة في 17 غشت سنة 2011.
33. مرسوم تنفيذي رقم 11-334 مؤرخ في 20 سبتمبر سنة 2011، يتضمن القانون الاساسي الخاص بموظفي إدارة الجماعات الاقليمية، الجريدة الرسمية رقم 53 مؤرخة في 28 سبتمبر سنة 2011.
34. مرسوم تنفيذي رقم 11-443 مؤرخ في 26 ديسمبر سنة 2011، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك مستخدمي دعم البحث، الجريدة الرسمية رقم 70 مؤرخة في 27 ديسمبر سنة 2011.
35. المرسوم التنفيذي رقم 17-322 مؤرخ في 2 نوفمبر سنة 2017، يحدد الاحكام المطبقة على المتربص في المؤسسات والادارات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 66 مؤرخة في 12 نوفمبر سنة 2017.
36. مرسوم تنفيذي رقم 17-323 مؤرخ في 2 نوفمبر سنة 2017، يحدد طبيعة وخصائص وكيفيات منح الاوسمة الشرفية و/ أو المكافآت للموظفين، وكذا تشكيلة وسير وصلاحيات اللجنة الخاصة المكلفة بمنحها، الجريدة الرسمية رقم 66 مؤرخة في 12 نوفمبر سنة 2017.
37. مرسوم تنفيذي رقم 19-165 مؤرخ في 27 مايو سنة 2019، يحدد كيفيات تقييم الموظف، الجريدة الرسمية رقم 37 مؤرخة في 09 يونيو سنة 2019.

ثانيا: الكتب

1. د/ محمد كرامي: القانون الإداري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب، 2015.
2. د/ مليكة صروخ: العمل الإداري، الطبعة الأولى، دار القلم، الرباط المغرب، 2012.
3. د/ نبيلة عبد الحليم كامل: الوجيز في القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة وتاريخ.

ثالثا: الرسائل والمذكرات الجامعية

1. بوبرطخ عبد الكريم: دراسة فعالية نظام تقييم أداء العاملين في المؤسسات الاقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة منتوري قسنطينة، 2011-2012.

2. **سودي عائشة:** تقييم أداء الموظف في الوظيفة العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، تخصص إدارة الموارد البشرية، كلية العلوم السياسية والاعلام، جامعة الجزائر -3- ، 2011-2012.

رابعا المقالات العلمية

1. **د/ بوكميش لعلی:** طرق تقييم أداء العاملين، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية أدرار، المجلد 09، العدد 16، ديسمبر 2010.
2. **حامدي نور الدين:** تقييم الموظف العمومي في التشريع الجزائري، بين قصور الممارسة وضرورة التحديث، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 01، العدد 02، ديسمبر 2013.
3. **عيسى مزارة ، ونوقي عبد القادر:** معوقات عملية تقييم الأداء الوظيفي بالنسبة للأفراد العاملين في المنظمة، مجلة سوسولوجيا، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 02، العدد 01، جوان 2018.
4. **لعقابي سميحة:** نظام تقييم أداء الموظف العمومي في التشريع الجزائري، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 02، سنة 2015.
5. **د/ كسال عبد الوهاب:** تحسين الخدمة العمومية بين حسن اختيار الموظف العام وضرورة تكوينه، مجلة وحدة البحث في تنمية الموارد البشرية، المجلد 10، العدد 01، ماي 2019.

دور جامعة الدول العربية في حل المنازعات المسلحة " النزاع الليبي نموذجاً "

أ- عواطف البشير البشتي

عضو هيئة التدريس

كلية القانون/ جامعة الزاوية

المقدمة:

برز دور جامعة الدول العربية تجاه العديد من الاحداث العربية والإقليمية، حيث تعاملت- ومازال- مع القضايا والتحديات التي واجهت وتواجه الدول العربية على الصعيد الداخلي والخارجي، ولم يقتصر دورها على فض النزاعات، بالاعتماد على وسيلتي الوساطة والتحكيم، وإنما قامت بالمساعي الحميدة، وتقصي الحقائق، وإرسال لجان التحقيق والتوفيق وفق المادة "5" من ميثاقها لسنة 1945، والتي تنص " لا يجوز اللجوء إلى القوة لفض المنازعات بين دولتين أو أكثر من دول الجامعة، فإذا نشب بينهما خلاف لا يتعلق باستقلال الدولة أو سيادتها أو سلامة أراضيها، ولجأ المتنازعون الى المجلس لفض هذا الخلاف، كان قراره عندئذ نافذا وملزما، وفي هذه الحالة لا يكون للدول التي وقع بينهما الخلاف الاشتراك في مداولات المجلس وقراراته، ويتوسط المجلس في الخلاف الذي يخشى منه وقوع حرب بين دولة من دول الجامعة، وبين أية دولة أخرى من دول الجامعة أو غيرها، للتوفيق بينهما، وتصدر قرارات التحكيم والقرارات الخاصة بالتوسط بأغلبية الآراء".

ولا شك فإن مقارنة سجل جامعة الدول العربية في التعاطي مع المنازعات العربية يوضح أنها، على وجه الإكمال، أكثر كفاءة من الأمم المتحدة في التعامل مع تلك المنازعات، فليس لدي مثال واحد لنزاع عربي خالص تمت تسويته تماما في إطار الأمم المتحدة، بينما لدي العديد من الأمثلة التي تم التوجه نحو حلها في إطار جامعة الدول العربية، ودون تدخل الأمم المتحدة سوف اتناولها في هذا البحث، والواقع أن هذا النمط يعكس قدرة الجامعة على توفير نوع من الاتفاق العام، ولو على الحد الأدنى، بين دول الأعضاء حول القضايا الأساسية رغم حساسيتها إزاء التدخل الأجنبي في قضاياها.

وعلى مدار سنوات عمر الجامعة ظهر العديد من المنازعات العربية- العربية التي أرهقت الجامعة وأعضاءها، وكانت عائقاً أمام تطوير منظومة العمل العربي المشترك إن لم تكن أهم معوقاته على الاطلاق، وسعت

جامعة الدول العربية، في حدود الاختصاصات والسلطات المكفولة لها من الميثاق، لتسوية هذه المنازعات، فتارة يحالفها التوفيق وتارة يستعصى عليها، سواء لأسباب تتعلق بقصور في نظام تسوية المنازعات أم لأسباب تختلقها أطراف النزاع أو حتى أطراف خارج النزاع، وكلما كان الفشل حليف جامعة الدول العربية في هذا الشأن وجهت إليها الاتهامات، وكان إحباط وفشل يصيب النظام الإقليمي العربي لا يرجع إليها. وبالرغم من أن قيام جامعة الدول العربية كان في حد ذاته يعبر عن كثافة العلاقة بين وحداته وأطرافه، واعترافاً ضمناً من الدول المؤسسة بأنها تشكل منظومة دولية متميزة، إلا أن ممارسات الحكومات العربية ترينا كيف أم مسيرة النظام والمنظمة القائمة على رعايته، لم يكونا على درجة من التوفيق والانتظام وهما يعملان صوب الأهداف المعلنة في موائيقها ووثائقها، أحيانا بسبب تغليب المصالح القطرية على القومية، وأحيانا أخرى بسبب الاختلاف في تقدير عقيدة النظام، أو بسبب التنافس على قيادة النظام، وفي غالب الأحيان التدخل القوي من المحيط الدولي في توجيهات النظام وسياساته واستقطاب وحداته وأطرافه، وهنا لا بد من إدراك أن قدرة المنظمة تأتي من حجم التوافق بين أعضائها.

ومن جهة أخرى فإن كل ما قامت به جامعة الدول العربية مؤخراً هو الواقع اتخذ قراراً ضد الأعضاء فيها، حيث سهلت الموافقة على مشاركة قوات حلف الأطلسي عام 2011 في ليبيا، ويمكن وضع هذا في إطار أن نظاماً عربياً قاسياً لا يريد الخروج من الوضع الراهن أو التنازل عن أية سيادة قطرية لسيادة الجامعة، الأمر الذي سيقود كما يبدو، إلى المزيد من استبداد النخب السياسية العربية، وإلى عزوف المجتمع الدولي عن التحدث مع جامعة الدول العربية إلا كونها ممراً للتدخل الخارجي في الوطن العربي.

أولاً: أهمية الدراسة.

تكمن أهمية الدراسة في محاولة الباحث تقييم دور جامعة الدول العربية في حل النزاعات المسلحة بشكل عام وحل النزاع الليبي بشكل خاص، إضافة إلى بيان الآليات المتبعة في حل النزاعات المسلحة على الصعيد الدولي أو الإقليمي.

ثانياً: مشكلة الدراسة.

تكمن إشكالية الدراسة في دراسة وتقييم دور جامعة الدول العربية في حل النزاعات المسلحة والآليات المتبعة في هذا الشأن للوقوف على مدى فعاليتها من عدمه؟

ثالثاً: أهداف الدراسة.

لكل دراسة أو بحث عملي هدف أو أهداف يسعى الباحث إلى تحقيقها من خلال اهتمامه بالظاهرة المدروسة، التي تتلخص فيما يلي.

- التعرف الى آليات حل النزاعات المسلحة المنصوص عليها في ميثاق جامعة الدول العربية.
- التعرف على آليات حل المنازعات المسلحة الغير منصوص عليها في ميثاق جامعة الدول العربية.
- تقييم دور جامعة الدول العربية في حل المنازعات المسلحة.
- بيان العوامل المؤثرة في موقف جامعة الدول العربية في حل النزاع الليبي.

خامساً: المنهج المتبع في الدراسة.

تعتبر المنهجية من أهم الأساليب التي تساعد في الاعداد للبحث وتقديم نتائج دقيقة وهامة للموضوع كما تساعد في تحليل الموضوع، وفي موضوعنا هذا اخترنا المنهج الوصفي؛ وذلك للإحاطة بكافة المعطيات المتعلقة بالجانب النظري والمفاهيمي للموضوع، والتي تساعد على فهم أعمق للموضوع وعدم حصول التباس في المصطلحات والمفاهيم.

سادساً: خطة الدراسة.

قسمت هذه الدراسة إلى مبحثين، كل مبحث له تقسيمات معينة بما يخدم هذه الدراسة إن شاء الله تعالى، وذلك على النحو التالي:

- المبحث الأول: آليات جامعة الدول العربية في تسوية المنازعات المسلحة.
- المطلب الأول: آليات تسوية المنازعات المسلحة في ميثاق جامعة الدول العربية.
- المطلب الثاني: تقييم آليات جامعة الدول العربية في تسوية المنازعات المسلحة.
- المبحث الثاني: دور جامعة الدول العربية في حل النزاع الليبي.
- المطلب الأول: المحاولات المبذولة من جامعة الدول العربية في حل النزاع الليبي.
- المطلب الثاني: تقييم دور جامعة الدول العربية وموقفها في النزاع الليبي.

المبحث الأول:

آليات جامعة الدول العربية في تسوية المنازعات المسلحة.

إن قرارات ميثاق الجامعة وما ألحق بها من وثائق أمنية وسياسية تضمنتها هذه الوثائق، وقد سعى واضعوها إلى تحقيقها من وراء إنشاء المنظمة، وذلك بخلق الآليات الكفيلة بتحقيق الدفاع المشترك ضد أي عدوان قد تتعرض له إحدى الدول الأطراف في المنظمة أو بعضها من دول ليست أعضاء فيها، بمعنى الحيلولة دون تصاعد نزاعاتهم المشتركة وذلك من خلال الآليات الكفيلة بتحقيق التسوية السلمية لمنازعاتهم بحيث يعد مبدأ التسوية السلمية للمنازعات أحد المبادئ التي تبنت عليها الجامعة في مختلف القضايا والنزاعات العربية التي تداخلت فيها الجامعة سواء قد ساهمت في تسويتها أو فشلت في ذلك.

على هذا الأساس نسعى في هذا المبحث إلى دراسة التسوية السلمية للمنازعات في نطاق جامعة الدول العربية، وتناول في المطلب الأول الآليات تسوية المنازعات المسلحة في ميثاق جامعة الدول العربية، أما في المطلب الثاني نتطرق إلى تقييم آليات جامعة الدول العربية في تسوية المنازعات المسلحة.

المطلب الأول: آليات تسوية المنازعات المسلحة في ميثاق جامعة الدول العربية.

فيما يخص تسوية المنازعات داخل الجامعة العربية فقد أكد الميثاق ضمناً على مبدأ التسوية السلمية للمنازعات في نص المادة الخامسة، التي حصرت وسائل تسوية المنازعات في الجامعة بوسيلتين فقط هما الوساطة والتحكيم، كما أكدت كذلك العديد من مواد الميثاق على مبادئ وأهداف الجامعة المعنية بالتسوية السلمية للمنازعات، كتحريم اللجوء إلى القوة لفض المنازعات الدولية، والتأكد على احترام سيادة واستقلال الدول الأعضاء، وعدم التدخل في شؤونها الداخلية وأما معاهدة الدفاع المشترك، فقد تضمنت العديد من موادها تأكيداً واضحاً على هذه الأهداف والمبادئ الخاصة بتسوية المنازعات بالطرق السلمية، فالمادة الأولى من المعاهدة تؤكد بوضوح التزام الدول المتعاقدة بالمحافظة على الأمن والسلم العربيين، وعزمها على تسوية منازعاتها الدولية سلمياً دون أن تحدد أو تشير إلى وسائل معينة، وفي الممارسة العملية، تمكنت الجامعة من توسيع دورها في مجال تسوية المنازعات الدولية، بحيث لم يقتصر استخدام الجامعة في مجال تسوية المنازعات على الوسائل المنصوص عليها في الميثاق بل اتجهت إلى استخدام العديد من وسائل التسوية الأخرى⁽¹⁾.

لكننا سوف نركز في هذه المطلب على ما تناولته المادة الخامسة حول مسألة حل النزاعات بين الدول الأعضاء وسبل تسويتها سلمياً، فقد أكدت على عدم اللجوء للقوة لحل النزاعات بين دول الجامعة واقتصرت في هذا الأمر على ذكر وسيلتين نتناولها تفصيلاً على النحو الآتي:

الفرع الأول: الآليات المنصوص عليها في ميثاق جامعة الدول العربية.

من المهام الرئيسية لأي منظمة دولية، تسوية ما قد ينشأ من منازعات بين الدول والأعضاء فيها بالطرق السلمية، لأن تلك المنازعات تهدد الوحدة المنشودة بين الدول الأعضاء كما تهدد في نفس الوقت الأمن والسلم العربيين، كما أنها إذا تحولت إلى صراع مسلح، فلربما أفضت إلى تفكيك المنظمة، وإلى تقسيمها شعبياً وأحزاب بين مؤيد ومعارض لكل من الجانبين المتنازعين، وعلى ذلك تتناول الآليات المنصوص عليها في ميثاق جامعة الدول العربية لحل المنازعات المسلحة بالطرق السلمية على النحو الآتي:

أولاً: الوساطة.

تعتبر الوساطة في نطاق الجامعة العربية، بموجب نص المادة الخامسة من الميثاق التي أكدت على الوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات التي تقع بين الدول الأعضاء، أو بينها وبين الدول الأخرى بحيث يسعى مجلس الجامعة في بذله للوساطة الى تحقيق تسوية النزاع عن طريق المشاركة في البحث بطبيعة النزاع وأسبابه⁽²⁾. العمل على تقريب المواقف والآراء بين الأطراف المتنازعة كما حددت المادة السابقة إجراءات القيام بالوساطة داخل الجامعة فالمجلس هو الجهاز الوحيد في الجامعة المخول قانونياً ببذل الوساطة بين الأطراف المتنازعة، حيث تعتبر أي وساطة عربية تتم خارج مجلس الجامعة مجرد وساطة عربية لا تدخل في إطار وساطة الجامعة، وتقتصر كذلك ممارسة الوساطة في الجامعة على المنازعات التي يخشى منها وقوع حرب، أو التي تتعلق باستقلال أو سيادة أو سلامة أراضيها، وبذلك لا تمتد صلاحيات المجلس لبحث المنازعات التي لا يخشى منها وقوع حرب أو التي لا تتعلق باستقلال أو سيادة أو سلامة أراضي الأطراف المتنازعة، وعلى الرغم من تعدد الآراء حول الجهة المخولة بتحديد طبيعة النزاع القائم فيما اذا كان بتلك الدرجة من الخطورة التي قد تؤدي الى وقوع حرب، اهو مجلس الجامعة أم الأطراف المتنازعة، الا أن الراي الراجح هو الراي الداعم لاعتماد مجلس الجامعة كجهة مخولة للفصل في طبيعة النزاع، من خلال اعتماد نظام التصويت داخل المجلس كأساس لإجراء الوساطة في النزاع، الأمر الذي يحدد فيما اذا كان النزاع القائم قد يؤدي الى وقوع حرب أم لا، وكذلك لا يجوز للدول الأعضاء في الجامعة أن ترفض توسط المجلس في المنازعات التي تقع فيما بينها، وإن كانت تتمتع بالحرية الكاملة في قبول أو رفض نتائج وقرارات الوساطة، ومع ذلك فقد

تتمتع الوساطة ونتائجها بصفة الزامية في حالة تزايد الدول المتنازعة على الأمور البعيدة عن استقلالها وسيادتها وسلامتها أراضيها على المجلس للتوسط فيه، وأما في حالة كون النزاع بين دولة عضو في الجامعة ودولة أخرى اجنبية فأ قبول الدولة الأجنبية لوساطة المجلس امر ضروري لمباشرة المجلس للوساطة.

في الممارسة العملية توسعت الجامعة العربية في نطاق ممارستها للوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات، فتوسع المجلس في حدود الدور الذي يبذله للتوسط بين أطراف النزاع بحيث لم تقيد ممارسته للوساطة في المنازعات التي يخشى منها وقوع حرب فقط بل امتدت لتشمل معظم المنازعات العربية على اختلاف درجات خطورتها، الأمر الذي تؤكدته الخبرة العملية للجامعة في هذا المجال، وعلى الرغم من بقاء مجلس الجامعة من الناحية القانونية الجهاز الوحيد المخول ببذل الوساطة⁽³⁾.

إلا أنه في الممارسة العملية برزت أدوار الهيئات والأجهزة الأخرى كاللجنة السياسية والأمانة العامة ممثلة بالأمين العام ومؤتمرات القمة، فعادة ما يقوم مجلس الجامعة في سياق بذله للوساطة في المنازعات العربية المعروضة عليه بتشكيل لجان وساطة فرعية منبثقة عنه لمعالجة كل نزاع على حدة، بحيث تهدف وساطة اللجان الى دعوة الأطراف المتنازعة لقبول ما يصدر عن المجلس من قرارات ذات الصلة بموضوع النزاع بالإضافة الى قيامها بمتابعة تنفيذ تلك القرارات، ومن أبرز المنازعات التي تشكل فيها المجلس لجان وساطة ما يلي:

أ- النزاع الحدودي بين اليمن الشمالي واليمن الجنوبي عام 1972م، فقد شكل مجلس الجامعة لجنة وساطة تألفت من وزراء خارجية لتقوم ببذل جهودها لتسوية هذا النزاع، وفي هذا السياق حققت اللجنة نجاحا كبيرا في التوصل الى اتفاق لوقف إطلاق النار، وإقناع طرفي النزاع بالدخول في محادثات مباشرة لتسوية النزاع، وذلك بفضل اجماع الدول العربية على ضرورة تطويق الأزمة وتسويتها سلميا.

أما في المنازعات العربية الدولية التي يكون أحد طرفيها دولة عربية والطرف الاخر دول أجنبية، فقد اتضح اتجاه الجامعة الى بذل جهودها الدبلوماسية للتوسط لدى الطرف غير العربي بالصورة التي تساهم في الحيلولة دون تصعيد الأزمة بشكل يلحق أضرار بالطرف العربي ومن أبرز المنازعات العربية الدولية التي سعت فيها الجامعة لبذل جهود الوساطة ما يلي:

ب- الاعتداءات الفرنسية على الشعب المغربي عام 1945 فقد قام الأمين العام للجامعة بلقاء العديد من المسؤولين الفرنسيين في سياق جهوده للتوسط للحد من تلك الاعتداءات ومنح الشعب المغربي الاستقلال.

ج- الخلاف الإماراتي الإيراني حول الجزر الثلاث عام 1971م، فقد قرر مجلس الجامعة تكليف الدول العربية التي تقيم علاقات جيدة مع إيران بان تبذل جهود الوساطة للحد من التصعيد والخلاف والتوصل الى تسوية سلمية وعادلة له⁽⁴⁾.

يلاحظ على الممارسة العملية للوساطة في اطار مجلس الجامعة، تأخره في بذل جهود الوساطة في العديد من المنازعات التي لجأت فيها الأطراف المتنازعة لاستخدام القوة العسكرية بشكل كبير، كالنزاع بين المغرب وموريتانيا من جهة والمغرب وجبهة البوليزاريو من جهة أخرى حول الصحراء الغربية 1976م.

بحيث يرتبط نجاح أو فشل وساطة مجلس الجامعة بعاملين أساسيين هما:

1- طبيعة العلاقات السائدة بين الدول الأعضاء: عادة يكون نجاح لجان الوساطة في مهامها مرتبطا بطبيعة العلاقات التضامنية والايجابية السائدة بين دول الأعضاء كما يرتبط فشل مهام لجان الوساطة بطبيعة العلاقات السلبية أو التنافسية بين أعضاء الجامعة.

2- مستوى تمثيل دول الأعضاء في لجان الوساطة: أن ارتباط نجاح أو فشل لجان الوساطة في مهامها بمستوى تمثيل الدول الأعضاء داخل تلك اللجان، فعادة تتشكل الوساطة المنبثقة عن المجلس على مستوى المندوبين الدائمين في المجلس أو على مستوى وزراء الخارجية، ففي معظم الحالات التي حققت فيها لجان الوساطة نجاحا في مهامها كان على مستوى الوزراء الخارجية.

ثانياً: التحكيم.

نصت المادة الخامسة من ميثاق جامعة الدول العربية الى التحكيم كوسيلة قضائية مع تأكيدها على التحكيم الاختياري وليس الاجباري، وهذه المسألة تظل مرهونة برغبة وإرادة الأطراف المتنازعة فلا يحق لمجلس الجامعة القيام بمهمة التحكيم بدون رضا الأطراف المعنية بنزاع أو خلاف ما بغض النظر عن درجة خطورة هذا النزاع وطبيعته.

وللإشارة أن الجامعة استحدثت وسائل أخرى للتسوية السلمية للنزاعات ومنها، استعانة مجلس الجامعة بالمساعي الحميدة والمصالحة والتحقيق وبعثات تقصي الحقائق، ولجان التوفيق التي لجأت اليها في حالة تعلق النزاع بين دولة عضو ودولة أخرى غير عضو في الجامعة وأسلوب الفصل بين الأطراف المتنازعة من خلال ارسال قوات عربية عسكرية وقد حدث ذلك مرتين في تاريخ الجامعة الأولى كانت اثناء النزاع العراقي الكويتي سنة 1961م، حيث عرفت القوات التي أرسلت الى الكويت باسم " قوات الطوارئ العربية" أو قوات الجامعة العربية، المرة الثانية كانت اثناء أزمة الحرب الاهلية اللبنانية، حيث عرفت القوات

التي أرسلت باسم " قوات أمن الجامعة العربية" أو القوات العربية الرمزية" إلا أن تم تعزيزها فعرفت بقوات الردع العربية.(5).

وتجري مساعي حالياً لإقرار اتفاقية انشاء محكمة العدل العربية، التي عرضت لجنة خاصة في عام 1994م مشروعاً لإنشائها على مجلس الجامعة، وسبق لقمة الإسكندرية ان اتخذت في عام 1964 قرار بإنشائها. ولعل الحدث الأبرز هو الذي تم عام 1995م، فقد شهد تحويل مشروع انشاء المحكمة الى اللجنة القانونية الدائمة، التي انكبت على صياغة مشروع متكامل للمحكمة يحدد اختصاصها في الفصل في النزاعات التي تحيلها أطرافها.

الواقع ان نظام ميثاق الجامعة العربية بشأن حل النزاعات لا يشكل الآن نظاماً جيداً في هذا المجال، وهو أكثر تواضعاً من نظام الأمم المتحدة ومن نظام الإتحاد الإفريقي، وتسبب في فشل الجامعة حتى الان في مواجهة النزاعات، الذي يعود إلى ما يلي:

أ- منح نصوص ميثاق الجامعة الى مجلسها سلطات واسعة فيما يتعلق بحل النزاعات الدولية، التي تقع بين الدول الأعضاء في الجامعة أو بين دولة عضو ودولة أخرى غير عضو، وهذه السلطات تظهر من منحه مهمة التحكيم وهو أمر يوكلاً اساساً لجهاز قضائي وليس لجهاز سياسي.

ب- عدم الزامية قرارات مجلس الجامعة إذا حدث خلاف بين دولتين عربيتين وليس له حق في التدخل لحل النزاع الا اذا طلب منها ذلك.

ت- عدم إشارة الميثاق الى طبيعة الجزاء الذي يمكن ان يترتب على الأطراف التي قبلت التحكيم ثم رفضت الالتزام بقراراته.

من ثم نقول ان نظام حل النزاعات بين الدول الأعضاء في نصوص ميثاق جامعة الدول العربية لا يتماشى مع الأعراف والقواعد القانونية السائدة، وتعدد الفجوات أو الثغرات المتعلقة بهذا الموضوع، وفي مقدمتها عدم خضوع النزاعات التي تحدث في نطاق دول الجامعة لاختصاص محكمة عدل عربية، التي ستشكل أحد الوسائل الهامة لتحقيق حلول للنزاعات المتفاقمة بين الدول الأعضاء(6).

الفرع الثاني: الآليات غير المنصوص عليها في ميثاق جامعة الدول العربية.

لم يقتصر مجلس جامعة الدول العربية للقيام بدوره في مجال تسوية المنازعات بين الدول العربية على الإطار الضيق الذي حدده ميثاق الجامعة العربية والمتمثل في وسيلتي الوساطة والتحكيم، وإنما لجأ في العديد من المنازعات التي عرضت إلى المساعي الحميدة والمصالحة والتحقيق وبعثات تقصي الحقائق، إلا أن أهم

وسائل تسوية النزاعات العربية غير الواردة في الميثاق تتمحور حول جيهازين رئيسيين هما الأمين العام، ودور دبلوماسية مؤتمرات القمة.

أولاً: الدور السياسي للأمين العام في تسوية المنازعات العربية.

على الرغم من إقرار معاهدة الدفاع المشترك والتعاون الاقتصادي لمبدأ التسوية السلمية للمنازعات الدولية، إلا أنها جاءت خالية من الوسائل الواجب اتباعها، الأمر الذي ألقى على الأمين العام عبئاً كبيراً في بدل مساعيه الحميدة لتحقيق هذه الغاية (7).

إن وظيفة الأمين العام لجامعة الدول العربية تحدد في ضوء النصوص الواردة في ميثاق جامعة الدول العربية، وفي الأنظمة الداخلية لكل من مجلس الجامعة وأمانتها العامة، غير أن هذه الوظيفة شهدت تطوراً كبيراً وبصفة خاصة في دور السياسي بالنسبة لكافة القضايا العربية تحت ضغط الظروف بالجامعة والتي تعرضت لها، وقد استند الأمين العام في القيام بدور سياسي رئيسي في مجال تسوية المنازعات العربية بين الأطراف العربية المتنازعة إلى اهتمام بالجامعة العربية بمنصب الأمين العام والافتناع بأهميته في إدارة مختلف المنازعات العربية المحلية بشكل إيجابي (8).

كما استند أيضاً إلى نصوص النظام الداخلي لكل من مجلس الجامعة والأمانة العامة وعلى رأسها المادتين العشرين والواحد والعشرين من نظام المجلس الداخلي، إلى جانب طائفة اختصاصات الأمين العام للجامعة التي يغلب عليها الطابع الإداري، استطاع الأمين العام، من خلال الممارسة العملية أن يوسع من نطاق الدوري وطبيعة المهام التي تضطلع بها الأمانة العامة وعلى رأسها قيامه ببناء على طلب مجلس الجامعة، ببدل الوساطة والمساعي الحميدة والتوفيق بين الأطراف العربية المتنازعة، والعمل على تنقية الأجواء العربية سواء بأساليب الدبلوماسية الثنائية أو باستغلال الفرص التي توفرها اللقاءات الدبلوماسية الجماعية، ودعوة الدول العربية إلى تطبيق الميثاق واحترام المعاهدات والمقررات المعتمدة في نطاق الجامعة وقد حددت ذلك في:

- أزمة الحدود بين اليمن الشمالية والجنوبية 1972م.

- الحرب الأهلية اللبنانية سنة 1975م.

- أزمة الكويت بتكليف من مجلس الجامعة العربية سنة 1961م (9).

على العموم لعبت شخصية الأمين العام دوراً أساسياً في تطوير كفاءة الجامعة في التعامل مع المنازعات العربية، ففي كثير من الحالات قام الأمين العام بدور الوساطة وتحقيق الإتصال بأطراف النزاع حتى صدور

تكليف رسمي من المجلس، وهذه النتيجة تؤيدها الدراسة السلوكية التي قدمها الأستاذ " أرئيس هاس" وزملاؤه حول إدارة الصراع في المنظمات الإقليمية ومنها جامعة الدول العربية وقد انتهت هذه الدراسة الى أن الجامعة تتميز بمركزية دور الأمين العام في تسوية المنازعات، حيث تمت تسوية حالة واحدة فقط بدون تدخل الأمين العام وهي حالة النزاع بين لبنان والجمهورية العربية المتحدة 1958م، كم أن الأمانة العامة قامت بمجهودات توفيقية في تسوية بعض المنازعات العربية في مهدها قبل أن تنفجر فتعلن على الملأ⁽¹⁰⁾.

ثانياً: دبلوماسية القمة العربية في تسوية المنازعات العربية.

إن الجامعة العربية قد استحدثت دبلوماسية القمة العربية في تسوية عدد من المنازعات العربية، فقد اجتمعات القمة دوراً في تسوية المنازعات من خلال صورتين:

الصورة الأولى: أن تخلق إجتماعات القمة المناخ المناسب للتفاهم بين رؤساء بلدان الأطراف المتنازعة حتى وإن لم يكن الهدف من الاجتماع هو تسوية النزاع، فعلى سبيل المثال فقد شهد القمة العربية الأول عام 1964م إلى لقاء (مصري - سعودي) لتسوية الازمة اليمنية، ولقاء (جزائري مغربي) لتسوية الازمة بين البلدين.

الصورة الثانية: هي اجتماع ملوك ورؤساء البلدان العربية في إطار الجامعة العربية من اجل تسوية نزاع عربي ومن الأمثلة، اجتماع القمة العربية في أكتوبر في 1976م، للنظر في الحرب الاهلية في لبنان وهو الاجتماع الذي أسفر عن وضعي التشكيل النهائي لقوات الردع العربية في لبنان⁽¹¹⁾.

بالإضافة إلى مؤتمرات القمة العربية، تلعب اجتماعات مجلس الجامعة على مستوى وزراء الخارجية دوراً مؤثراً في دراسة الملفات العالقة تمهيداً لعرضها على مؤتمر القمة بهدف إيجاد تسوية سلمية للمنازعات العربية⁽¹²⁾.

المطلب الثاني: تقييم آليات جامعة الدول العربية في تسوية المنازعات المسلحة.

للقوف على مدى نجاعة آليات الجامعة العربية في تسوية النزعات العربية، وحتى نكون منصفين، يتوجب علينا الوقوف على مواطن النجاح والفشل على حد سواء في المجال تنسيق السياسات الخارجية للبلدان العربية، وسوف نتعرض لهذا الجانب بالدارسة من خلال فرعين. الأول نتكلم فيه عن جوانب النجاح والثاني نخصصه لجوانب الفشل.

الفرع الأول: مواطن النجاح دور جامعة الدول العربية

يمكن إيجاز هذه المواطن من خلال النتيجة التي خلصت إليها أحداث الدارسات التي قام بها الباحثين في مجال تحليل دور الجامعة في تسوية المنازعات بين الدول العربية، والاكتفاء بذكر المحطات التاريخية التي سجلت للجامعة النجاح الفاعل أو المحدود فيما يأتي:

أولاً: منازعات أسهمت الجامعة في تسويتها بكفاءة عالية.

النزاع العراقي الكويتي لسنة 1961م والحرب الأهلية اللبنانية لعام 1975م وكذا دورها في حل الأزمة بين اليمنين سنة 1972م⁽¹³⁾، وبغض النظر عن النقاش الذي يمكن أن يدور حول الوسائل المتبعة في حل هذه النزاعات، هل هي وسائل منصوص عليها في الميثاق أو غير منصوص عليها في الميثاق، فإن الاعتراف بوجود حقيقي وواضح من طرف الجامعة في حل النزاعات السالفة الذكر، هو مسألة لا جدال فيما.

تبقى مسألة أن إسهام الجامعة في تسوية هذه النزاعات كان بصفة جذرية أم أنها فقط قامت بتسويتها إلى حين، فالنسبة للنزاع العراقي الكويتي والذي كان حدوديا في ظاهره، ورغم شكل التسوية وتدخل قوات الطوارئ العربية، فقد ظهر هذا النزاع من جديد سنة 1973م، وتدخلت الجامعة أيضا لحلته وأسفرت جهود أمينها العام عن إنشاء لجنة مختلفة لترسيم الحدود، لكن العراق والكويت لم ينهيا نزاعهما، رغم هذا كله، ظهر النزاع من جديد ولو في ظروف أخرى لكن هذه المرة سنة 1990م⁽¹⁴⁾.

وبالنسبة للأزمة اللبنانية، ورغم ما قامت به الجامعة وأمينها العام - بالخصوص - لتسوية الأزمة والتوصل إلى اتفاق لوقف إطلاق النار، فإن تطور الأحداث أدى إلى انهياره وبالتالي تصاعد الأزمة، تم اجتماع وزراء الخارجية والإقرار بدور الجامعة بتكليف الأمين العام على البقاء في اتصال مع الأطراف، مما أدى في الأخير إلى توصله إلى اتفاقيات سلام مهدت لتهدئة الأزمة، ورغم هذا كله، فإن الحرب الأهلية بكل تداعياتها، وتأثيرها على المنطقة استمرت إلى ما بعد ذلك لسنين طويلة إلى حدود ميثاق الطائف.

أما الأزمة بين شطري اليمن والتي هي حدودية، شأنها شأن أكثرية النزاعات العربية، حيث لعب الأمين العام دوراً "هاماً" لمساعدة لجنة خاصة لتحقيق المصالحة، ونتج عن هذه الجهود حل الخلاف، بل شجعها على الوحدة خلال المباحثات التي دارت بينهما، وتم توقيع اتفاق اتحاد في نفس السنة 1972م⁽¹⁵⁾، ولكن الخلاف عاد من جديد سنة 1979م، فلا اتفاقية السلام حلت المشكل الحدودي، ولا اتفاقية الاتحاد أدت إلى تكوين دولة يمنية واحدة، بل ما نشهده الآن (أي وجود دولة يمنية واحدة) هو نتائج لسيناريو الاحداث انتهت بعنف شديد بين الطرفين، فكانت الوحدة محصلة لإدارة المنتصر.

من خلال الأمثلة التي سقناها، ظهر لنا أن ما يسميه البعض بدور الجامعة في حل بعض النزاعات بشكل فاعل لا يعدوا أن يكون محاولة منها، أي جامعة الدول العربية، أسفرت فقط على إخماد هذه النزاعات بصورة مؤقتة، وبالتالي إذ كان دور الجامعة قد اقتصر على إدارة الأزمات بدل حلها، فيمكن القول أن هذه المحاولات والتي تزامنت مع بداية كل نزاع، كانت مجرد فرص ضائعة.

ثانياً: منازعات كان نجاح الجامعة فيه محدوداً.

ففي الضفة الغربية، الأزمة اعتبرت بمثابة أول أزمة حقيقية تواجه الجامعة، ونتجت عن قرار البرلمان الأردني بضم الضفة الغربية إلى الأردن، مما أسفر عن معارضة جل دول الجامعة، وبعد الأخذ و الرد والخوض في المسائل القانونية، والطالبة بطرد الأردن، بعد كل هذا توصلت الجامعة إلى حل توافقي من خلال مجلسها واللجنة السياسية المنبثقة عنه⁽¹⁶⁾، تعهدت الأردن بكون الضم هو مسألة مؤقتة في انتظار تسوية نهائية للقضية الفلسطينية، هذه النتيجة رغم انها هدأت الأمور شيئاً ما بين الدول الأعضاء، لكنها أبقت المشكلة مطروحة لذلك فشلت التسوية كان محدوداً.

أما بالنسبة للنزاع المغربي - الجزائري سنة 1963م، فقد عقد مجلس الجامعة اجتماعاً غير عادي في 19 أكتوبر 1963م، أصدر بموجبه قرار يدعو في الدولتين إلى سحب قواتهما إلى مراكزها السابقة، مع تكوين لجنة وساطة لاتخاذها ما يقتضيه حسم النزاع بالطرق السلمية⁽¹⁷⁾، اعترض المغرب على هذا القرار لأسباب معينة، مما أدى إلى فشل المبادرة، وبالتالي فشل دور الجامعة، وانتقال النزاع الى جهات أخرى.

الفرع الثاني: مواطن الفشل.

لقد فشلت الجامعة العربية في تسوية المنازعات العربية، ويمكن تجسيد هذا الفشل في ثلاث صور هي كالاتي:

أولاً: منازعات لم تدخل الجامعة في تسويتها.

ومن أمثلة هذه النزاعات، النزاع السوري اللبناني سنة 1949م وحرب الخليج الثانية التي أظهرت الجامعة ضعفاً كبيراً وعجزاً مطلقاً في مواجهة الموقف، ففي 10 مارس 1949م دخل مجموعة من الجنود السوريين على متن سيارات الجيش السوري وقاموا بقتل أحد الفلسطينيين المتعاونين مع الكيان الصهيوني، فتم اعتقالهم من طرف رجال الدرك اللبنانيين، وبدأت لبنان التحقيق معهم، فكان ذلك إعلاناً بتأزم العلاقات السورية اللبنانية، والملاحظ أن هذا النزاع وجد حله خارج الجامعة عن طريق وساطة مصرية - سعودية في حين لم يقدم النزاع داخل مجلس الجامعة، كما أن الأمين العام لم يتدخل بالمرّة في هذا النزاع.

وتبقى أخطر الأزمات التي واجهتها الجامعة العربية، منذ تأسيسها، والتي كانت سببا لإثارة العديد من التساؤلات حول مصداقيتها ونجاحتها، وهي حرب الخليج الثانية، وإن كنا لا نجادل في كون العراق، قد خرق مقتضيات القانون الدولي بهجومه على دولة ذات سيادة- الكويت- فإن النزاع انطلقا من نص المادة (52) من ميثاق الأمم المتحدة كان من المنطقي أن يسوى في إطار جامعة الدول العربية.

ثانياً: منازعات فشلت الجامعة في تسويتها.

الحرب الأهلية في اليمن سنة 1948م، أول نزاع تدخلت فيه الجامعة، كما أنها من المنازعات التي تظهر الجامعة كفاءة ذات شأن في تسويتها، فقد انتهت الأزمة بانتصار أحد الطرفين المتنازعين، ولم تتقدم الجامعة بأية مقترحات، كذلك من بين النزاعات التي فشلت الجامعة العربية في تسويتها، النزاع المصري- السوداني سنة 1958م، والنزاع المغربي الجزائري سنة 1979م.

ثالثاً: نزاعات تباطأت الجامعة العربية في التعامل معها.

النزاع بين الجمهورية العربية ولبنان سنة 1958م، إذ احتاج مجلس الجامعة الى عشرة أيام حتى أمكنه الاجتماع في حين أن مجلس الأمن اجتمع في أقل من أربع وعشرين ساعة منذ إبلاغه فقط. الأزمة الكويتية العراقية سنة 1961م، لم ينجح مجلس الجامعة العربية في الاجتماع إلا بعد ثلاثة أيام، في حين أن مجلس الأمن اجتمع بعد إبلاغه بأربع وعشرين ساعة فقط، كذلك الحرب الأهلية اللبنانية سنتي 1975 و1976م، لم يجتمع مجلس الجامعة إلا بعد مضي ستة أشهر تقريباً من بداية أحداث الأزمة (18). ولا ننسى أحداث غزة الأخيرة التي فشلت فيها الجامعة فشلاً ذريعاً ولم تحرك ساكناً أمام العدوان الإسرائيلي على قطاع غزة وبالأخص على المدنيين وباستعمال الأسلحة المحرمة دولياً وعلى رأسها الفوسفور الأبيض (19).

المبحث الثاني: دور جامعة الدول العربية في حل النزاع الليبي.

يتناول هذا المبحث بالتحليل دور جامعة الدول العربية اتجاه الحراك الشعبي "الثورة" في ليبيا، بهدف استجلاء موقفها وقدرتها على بلورة موقف موحد، واتخاذ إجراءات معينة وانطلاقاً من ذلك يحلل المطلب المحاولات المبذولة من الجامعة في النزاع الليبي.

المطلب الأول: المحاولات المبذولة من جامعة الدول العربية في حل النزاع الليبي.

لقد تميزت فترة حكم القذافي بمجالات كثيرة من خرق حقوق الانسان وتجاوزات صارخة لهذه الحقوق. كما ان الطابع القبلي في ليبيا يطغى على النظام السياسي والعسكري بخلاف تونس، ومصر، ويقوم الحكم

في الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى - الجماهيرية العظمى - على يسمى (النظام الجماهيري)، الذي دشنه الزعيم الليبي العقيد معمر القذافي في البلاد اعتباراً من مارس عام 1977م، فبعد أن استولى القذافي ومجموعة من الضباط على السلطة في الأول من سبتمبر عام 1969م، طبق رؤيته السياسية للجماهيرية، التي تعتمد على نظام سياسي يقوم على لا مركزية كاملة على كل المستويات لتصبح عملية اتخاذ القرار في يد المواطنين أنفسهم من خلال الديمقراطية المباشرة، وقد شرح القذافي هذه الرؤية فيما عرف بـ " الكتاب الأخضر " الذي ألفه عام 1976م، وسماه " النظرية العالمية الثالثة " ، التي يعتبرها تجاوزاً للماركسية والرأسمالية، حيث تستند إلى حكم الجماهير الشعبية المباشر⁽²⁰⁾.

ووفقاً لهذه النظرية فإن الشعب الليبي من المفترض أنه يُحكم وفقاً لنظام لا مركزي يكرس مشاركة المواطنين في السلطة، إلا أن الواقع العملي كان مختلفاً بشكل كبير في إطار حكم استبدادي فردي، تجمع جميع خيوطه في يد الرئيس، في ظل عدم وجود دستور للبلاد⁽²¹⁾. وعلى ذلك نتناول في هذا المطلب القضية الليبية "الثورة في ليبيا"، ودور جامعة الدول العربية في حل هذه الازمة.

الفرع الأول: القضية الليبية.

نظراً للظلم والطغيان، واحتجاجاً على الأوضاع المعيشية السيئة، وغياب الحرية وكبت الحريات، اندلعت شرارة الثورة الشعبية الليبية يوم الخميس 17 فبراير عام 2011م، على شكل انتفاضة شعبية شملت معظم المدن الليبية، وقد تأثرت هذه الثورة بموجة الاحتجاجات العارمة التي اندلعت في الوطن العربي في مطلع عام 2011م، وبخاصة الثورة التونسية وثورة 25 يناير المصرية اللتين أطاحتا بالرئيسين التونسي زين العابدين بن علي والمصري حسني مبارك. بالإضافة لانحياز ثقافة الخوف من السلطة، وطغيان نظرة " دكتاتورية الأنظمة الفاسدة". مما دفع الشباب الليبي إلى المطالبة بإصلاحات سياسية واقتصادية واجتماعية حيث كانت الثورة في البداية عبارة عن مظاهرات واحتجاجات سلمية⁽²²⁾.

وضمن الأحداث المتتالية بدأت الاحتجاجات الشعبية تأخذ طابعاً مسلحاً، مما أدى للتصادم العسكري العنيف بين الثوار والكتائب التابعة لمعمر القذافي، مستخدمين كافة أنواع الأسلحة، مما حوّل الثورة السلمية إلى ثورة مسلحة تسعى للإطاحة بمعمر القذافي الذي قرر القتال حتى اللحظة الأخيرة، وبسبب سوء الأوضاع في الأراضي الليبية وصل الامر للتدخل الدولي بشرعية عربية وفق قرارات الجامعة العربية ومجلس الامن⁽²³⁾.

فانضم حلف الناتو للثورة المسلحة بعد طلب المعارضة الليبية وجامعة الدول العربية من حلف الناتو التدخل العسكري الذي استجاب وقام بقصف المواقع العسكرية التابعة للقذافي.

لم يكن قرار حلف الناتو بالتدخل في الازمة الليبية أمراً يسيراً بالنظر إلى خبرات الحلف السلبية في أزمات سابقة، ومنها حملات الحلف في البلقان التي كانت تتطلب موافقة كل أعضائه على حدة، مما أدى إلى تحبط تلك العمليات، بالإضافة إلى المادة الخامسة من ميثاق الحلف التي شهدت اختباراً حقيقياً في أفغانستان لتعكس الفجوة بين الأقوال والأفعال (24).

وفي يوم 21 أغسطس 2011م، تدفقت القوى المعارضة على العاصمة طرابلس، حيث تمت السيطرة عليها دون مقاومة، وخرج القذافي منها، حتى يوم 20 أكتوبر، عندما قامت قوات الناتو بقصف موكب القذافي وهو بطريقه لمدينة سرت، وتم اعتقاله من قبل الثوار الليبيين ومن ثم قتله وأعلن المجلس الوطني الانتقالي بعد مقتل القذافي انتصار الثورة الليبية وتسلمه إدارة شؤون البلاد (25).

أما عن دور المؤسسة العسكرية فقد كان الوضع مختلف في ليبيا عن حالة تونس، ومصر، فبعد انطلاق المظاهرات الشعبية في عدد من المدن الليبية، فتح قادة الجيش (غير نظامي) مخازن التسليح للشعب والثوار، في مقابل كانت قوات القذافي تمارس القتل والتعذيب بحق الثوار، مما أدى للاشتباك المسلح والعنيف بين الثوار وكتائب القذافي، وبخصوص الجيش النظامي الليبي، بدو صورته غير واضحة المعالم في ظل ندرة المعلومات المتوافرة عنه، وتؤكد بعض التقارير على تواضع هذا الجيش من حيث مستوى التسليح والأداء، ولكن إلى جانب الجيش النظامي كانت هناك كتائب شبه نظامية موالية للقذافي، ومع بدايات تصاعد المواجهة ضد النظام، حدثت انقسامات في صفوف الجيش، وخاضعت الكتائب الموالية للقذافي حرباً استمرت عدة أشهر ضد الثوار، الذين دعمتهم قوات حلف شمال الأطلسي، وقد انتهى الأمر بالإطاحة بالنظام، وعلى خلفية ذلك فقد أصبحت عملية تأسيس جيش وطني في مقدمة أولويات مرحلة ما بعد العقيد (26).

الفرع الثاني: موقف جامعة الدول العربية في الازمة الليبية.

إثناء وبداية الازمة الليبية قامت الجامعة العربية بتجميد حضور النظام الليبي أولاً، وعقد اجتماع مجلس جامعة الدول العربية على المستوى الوزاري للتباحث حول آخر المستجدات السياسية في ليبيا، وقد صدر قرار رقم (7298) بتاريخ 2 مارس 2011م، بشأن الأوضاع في ليبيا، يتناول القرار التنديد بالجرائم المرتكبة ضد التظاهرات الشعبية السلمية في مدن ليبيا، والدعوة مجدداً لوقف إطلاق النار وأعمال العنف

ضد المدنيين، ومطالبة السلطات الليبية برفع الحظر عن وسائل الإعلام، وتسهيل مرور ومغادرة الأجانب، والرفض القاطع لكافة أشكال التدخل الأجنبي في ليبيا، والالتزام الكامل بالمحافظة على الوحدة الوطنية للشعب الليبي، ودعوة جميع الدول والمنظمات الدولية وكافة المؤسسات المعنية لتقديم المساعدات الإنسانية العاجلة للشعب الليبي، والتأكد على تقديم الدعم الكامل لكل من تونس ومصر وكافة الدول العربية، وضرورة استمرارية التشاور لاتخاذ إجراءات كفيلة لوقف العنف، بما في ذلك اللجوء لفرض حظر جوي والتنسيق بين جامعة الدول العربية والاتحاد الإفريقي بهذا الشأن، وأخيراً النظر في مدى جدية والتزام ليبيا بأحكام ميثاق جامعة الدول العربية طبقاً للمواد المتعلقة بالعضوية والتزاماتها⁽²⁷⁾.

كما استمرت أعمال العنف وازداد القتل في صفوف المدنيين، واستمر القصف العشوائي للمدن، إلى أن بدأ الثوار باستخدام الأسلحة والمعدات الخفيفة، وقد صدر قرار للجامعة العربية يصف ما آلت إليه الأحداث والتغيرات في ليبيا من الخطورة الواضحة، ويأخذ في الاعتبار تعيين الأمين العام للأمم المتحدة "بان كي مون" مبعوثاً رفيع المستوى لمتابعة المشاكل الإنسانية في ليبيا، وأكد أيضاً على قرار (7298) بتاريخ 2 مارس 2011م، والبيان الصادر عن مجلس الجامعة رقم (136) بتاريخ 22 فبراير 2011م، ويؤكد على ضرورة احترام القانون الدولي والإنساني، وقد جاء في القرار رقم (7360) الصادر بتاريخ 12 مارس 2011م ما يلي:

1- الطلب من مجلس الامن تحمل مسؤولياته إزاء تدهور الأوضاع في ليبيا، واتخاذ الإجراءات الكفيلة بفرض منطقة حظر جوي على حركة الطيران العسكري الليبي فوراً، وإقامة منطقة آمنة في الأماكن المتعرضة للقصف، كإجراءات وقائية تسمح بتوفير الحماية لأبناء الشعب الليبي والمقيمين في ليبيا من مختلف الجنسيات مع مراعاة السيادة والسلامة الإقليمية لدول الجوار.

2- التعاون والتواصل مع المجلس الانتقالي الليبي وتوفير الدعم العاجل والمستمر للشعب الليبي⁽²⁸⁾. بما يؤشر إلى ان الموقف العربي الرسمي كان ملتبساً ضعيفاً في التعامل مع الحدثين في تونس ومصر، على عكس ما حدث في التعامل مع الازمة الليبية.

حيث أن الموقف العربي الرسمي اتسم بالوضوح والسرعة وتم ترجمته في موقف أعلنت فيه جامعة الدول العربية تجميد حضور النظام الليبي بداية، ومن ثم دعوة مجلس الأمن الدولي لفرض حظر جوي على ليبيا. ومع تصاعد حدة القتال بين الجانبين وإصرار العقيد القذافي على التمسك بالسلطة، وبالمقابل صمود الثوار أمام قواته والاستيلاء على الكثير من الأسلحة من معسكرات الجيش وأقسام الشرطة، وانشقاق العديد

من المسؤولين في البعثات الدبلوماسية الليبية في الخارج، وسقوط جميع المدن الشرقية وبعض المدن الغربية بالكامل تحت سيطرة الثوار وشكلوا فيها حكومة مؤقتة برئاسة وزير العدل المستقيل مصطفى أحمد عبد الجليل.

ونتيجة تفاقم الأزمة في ظل توازنات القوى والضعف الدولية والشعبية طالب لبنان - على اعتباره عضواً في مجلس الامن - طالبت مجلس الأمن بعقد جلسة عاجلة من أجل دراسة فرض حظر جوي على ليبيا، قبل ذلك رحب البيت الأبيض باتفاق جامعة الدول العربية على دعوة الأمم المتحدة إلى فرض حظر جوي على الطيران الليبي لحماية المدنيين، وقال الناطق باسم البيت الأبيض "جاي كارني": " نرحب بهذا التقدم المهم لجامعة الدول العربية الذي يعزز الضغط الدولي على القذافي ودع الشعب الليبي" (29).

وتبنى مجلس الامن الدولي بتاريخ 17 مارس 2011م، قراراً يقضي بفرض حظر طيران فوق الأجواء الليبية عدا رحلات طائرات الإغاثة، واتخاذ كافة التدابير الضرورية الأخرى لحماية المدنيين من قصف القوات الموالية للعقيد معمر القذافي، وقد صوت على القرار الذي تبنته المملكة المتحدة وفرنسا والولايات المتحدة 10 دول من الدول الأعضاء في المجلس، وامتنعت كل من روسيا والصين وألمانيا والبرازيل والهند عن التصويت على قرار مجلس الامن بشأن ليبيا رقم (1973) بتاريخ 17 مارس 2011م.

ويمنع القرار أي احتلال بري من جانب قوات أجنبية ولقد جاء التوصل إلى الصيغة مع تطور لافت في الموقف الأمريكي عبرت عنه المندوبة الأمريكية في مجلس الأمن "سوزان رايس" بالدعوة لاتخاذ إجراءات أوسع نطاقاً لحماية المدنيين من الهجمات البرية والبحرية أيضاً " بعد أن اصدر مجلس الأمن الدولي قراره رقم (1973) القاضي بفرض منطقة حظر جوي فوق ليبيا، واتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لحماية المدنيين، دعت دول غربية وعربية وأحلاف عسكرية " حلف الناتو" لتنفيذ القرار الأممي، وأطلقت الدول المشاركة في تنفيذ القرار أسم " فجر أوديسا" على العمليات التي بدأت بتاريخ 19 مارس 2011م (30). وتعتبر هذه المشاركة الأولى لحلف الناتو في المنطقة الغربية بعد مشاركته الأخيرة عام 1991م في حرب الخليج الثانية.

فعلى الرغم من صدور قراراي مجلس الامن رقم (1970) و (1973)، بشأن الحالة الليبية ومضمونها " إحالة الوضع في ليبيا إلى المحكمة الجنائية الدولية، وحظر الأسلحة والسفر، وتجميد الأصول الليبية في الدول الغربية، وإقامة منطقة حظر طيران جوي في الأجواء الليبية" ، فضلاً عن قرار جامعة الدول العربية رقم (7298) بتاريخ 2 مارس 2011م، بشأن الطلب من مجلس الأمن تحمل مسؤولياته إزاء تدهور الأوضاع

في ليبيا، واتخاذ الإجراءات الكفيلة بفرض منطقة حظر جوي على حركة الطيران العسكري الليبي، وإقامة مناطق آمنة في الأماكن التي تتعرض للقصف، فإن حلف (الناتو) لم يتدخل كمنظمة سوى في نهاية شهر مارس 2011م، أي بعد ما يقرب مما يزيد على شهر من اندلاع الأزمة، حيث بدأ أعضاؤه الرئيسيون في شن هجمات جوية على الكنائس الليبية⁽³¹⁾.

والملاحظ أن هناك تفويض كامل من الدول الكبرى وهيئة الأمم المتحدة، وبعض الدول العربية، للأعضاء في الحلف بضرورة التدخل عسكرياً في ليبيا لإنهاء الأزمة هناك وقد جاء على لسان أمين عام الحلف "راسموسن" في حالة ليبيا كان هناك تفويض واضح من الأمم المتحدة وكان هناك تأييد من الدول الأعضاء في الحلف⁽³²⁾.

ومن الملاحظ أن الانقسام العربي الواضح، أثر على أداء وفعالية وقوة جامعة الدول العربية ومؤسساتها، فكشف عن حجم التناقضات والاختلافات التي تلازم أسس ومفاهيم الجامعة ومؤسساتها، التي تراكمت عبر سنوات طويلة، فالجامعة العربية كمنظمة إقليمية لها علاقات مع كافة الدول والمنظمات الدولية والإقليمية كهيئة الأمم المتحدة، ومجلس التعاون الخليجي، ومنظمة التعاون الإسلامي، ومنظمة الأمم الإفريقية، هناك تعاون استراتيجي عسكري مع الولايات المتحدة باعتبارها القوة العظمى في العالم، مما دفعها للطلب من مجلس الأمن التدخل في ليبيا لعدم قدرتها على حسم الأمور والتدخل لفرض إرادتها بالقوة.

وحول موقف جامعة الدول العربية مما يجري في ليبيا، يقول الدكتور أحمد يوسف أحمد " بدأت القصة بقرار على مستوى المندوبين الدائمين يمنع مشاركة ليبيا في اجتماعات جامعة الدول العربية ومؤسساتها، ثم جاءت الخطوة التالية في اجتماع المجلس الوزاري في 2 مارس 2011م، والذي ندد بجرائم السلطات الليبية، ودعا إلى الوقف الفوري لأعمال العنف، ورفض على نحو قاطع كافة أشكال التدخل الأجنبي في ليبيا، لكن المجلس دعا في اجتماعه، يوم 12 مارس، إلى فرض حظر جوي على ليبيا بهدف حماية المدنيين، وطلب من مجلس الأمن فرض هذا الحظر، وهي خطوة لبت جزئياً طلب الدول الغربية التي اشترطت تأييداً عربياً لفرض هذا الحظر، وعندما انتقلت الكرة إلى ملعب مجلس الأمن أصدر قراراً في 17 مارس 2011م، يفرض حظراً للطيران في مناطق من ليبيا، ويحول الدول استخدام القوة الجوية لمنع تحركات الكنائس الموالية للقيادة الليبية براً وجواً، مع التعهد بعدم احتلال ليبيا، أو إرسال قوات برية أجنبية إلى أراضيها⁽³³⁾.

وتؤشر ممارسة جامعة الدول العربية فيما يتعلق بالأزمة الليبية إلى أنها قد خرجت من أزمتها باتخاذ قرار قوي وحاسم على الرغم من أنها لم تقم باستخدام القوة العربية في صد وردع قوات العقيد القذافي، وفرض وقف

إطلاق النار بالقوة، مما عزى بها إلى تدويل القضية وإحالتها لمجلس الأمن الدولي، وهذا يقودنا إلى ان القرارات التي صدرت عن جامعة الدول العربية (7298) (7360) والبيان رقم (136) بشأن الأزمة في ليبيا هي قرارات جريئة وفعالة لكنها تفتقد لقوة التنفيذ وفقدان وسائل القوة العسكرية للتدخل وإنهاء الصراع المسلح في ليبيا بقوات عربية، مما يقودنا لحقيقة واحدة فعلى الرغم أنها تمتلك شرعية معنوية، وقوة اقتصادية ودبلوماسية عالية، لكنها تفتقد لآليات التنفيذ وتطبيق قراراتها بالقوة إن لزم الامر ذلك.

نظراً لذلك يعتبر موقف جامعة الدول العربية في الأزمة الليبية فعالاً إلا أنه يفتقر لقوة التنفيذ ولا يرتقي لمستوى التطلعات العربية الرسمية والشعبية، رغم أن أمينها العام عبر عن رغبته في ذلك حينما دعا " إلى فرض منطقة للحظر الجوي في ليبيا وأعرب عن امله في أن يكون لجامعة الدول العربية دور في إقامته وتحديث عن تحرك إنساني، تتعلق المسألة بمنطقة حظر جوي لمساندة الشعب الليبي في نضاله، ضد نظام تزداد غطرسته (34).

كان من الصواب أن يكون لجامعة الدول العربية دور يتماشى مع حالات التغيير السياسي للأنظمة العربية الرسمية وحالات الحراك الشعبي التي تشهدها البلدان العربية، فالإدارة العربية هي الأساس الرئيس في هذا التصور، والعمل على احياء المشروع القومي العربي، مع المحافظة على خصوصية كل قطر عربي، بما يتلاءم مع كافة التطلعات والطموحات العربية، فالشارع العربي يعول على موقف جامعة الدول العربية ودورها في قضايا أساسية ومصيرية هامة، والتي تخصه بشكل مباشر، ويطالب دائماً بالتدخل الحاسم والقوي في اتخاذ القرار العربي وتنفيذه ومتابعته.

إجمالاً، تباينت مواقف جامعة الدول العربية تجاه التغيرات السياسية العربية 2010-2011م، ففي تونس ومصر كان هناك جمود في المواقف واقتصرت على بيان يدعو الجميع لضبط النفس، وإتاحة المجال للشعبين التونسي والمصري لتقرير مصيره، لكن في ليبيا كان الأمر مختلفاً تماماً فقد برز موقف الجامعة في عدة قرارات وبيانات اشرنا إليها في الدراسة تعبر عن اتخاذ جامعة الدول العربية لموقف شجاع وقوي تجاه النظام الليبي واتخاذ موقف تجميد عضوية ليبيا في الجامعة، ثم تدويل القضية والطلب من مجلس الامن التدخل لفرض حظر جوي على ليبيا، فحين طالبت جامعة الدول العربية بفرض منطقة حظر جوي على ليبيا، أضفت الشرعية على مهمة حلف شمال الأطلسي (الناتو) في ليبيا، متخلفة بذلك عن مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول العربية الأخرى، وفق التغيرات الجذرية في ميزان القوى الإقليمية في ظل حركة

الثورات العربية، وإلى حقيقة أن الشعوب العربية عادت إلى صدارة العمل السياسي كعامل قوة لا يمكن تجاهله في المستقبل، مما سينعكس سلباً على دور جامعة الدول العربية مستقبلاً.

المطلب الثاني: تقييم دور جامعة الدول العربية وموقفها في النزاع الليبي.

يبدو موقف جامعة الدول العربية مما يجري داخل دولة عضو فيها، هي ليبيا، موقفاً غير مسبوق بكل المعايير، ولذلك فإن تحري مضمونه وتفسيره واستشراف مستقبله على الجامعة العربية خاصة، وانظام العربي عامة، كلها أمور جديرة بالتوقف عندها، وعلى ذلك نقسم هذا المطلب الى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: تقييم دور جامعة الدول العربية في النزاع الليبي.

عندما التأم شمل الدورة العادية الأخيرة لمجلس الدول العربية على المستوى الوزاري في الثاني من مارس 2011 تأكد النهج غير التقليدي الذي عالج به المجلس شأن الثورة في ليبيا، والذي انطلق من اتخاذ موقف معارض لنظام حكم في دولة عضو في الجامعة بخصوص تطورات داخلية في هذه الدولة.

كان المجلس قد بدأ اجتماعه وقد صدر أصلاً قرار سابق على انعقاده على مستوى المندوبين الدائمين بوقف مشاركة الحكومة الليبية في اجتماعات مجلس الجامعة وجميع المنظمات والأجهزة التابعة؛ بسبب موقف هذه الحكومة تجاه ما يجري داخل ليبيا من أحداث. أما اجتماعات الدورة ذاتها فقد خصص فيها المجلس بنداً متقدماً وتفصيلاً تحت عنوان " المستجدات الخطيرة التي تشهدها ليبيا"، وأصدر المجلس في هذا الصدد اثني عشر قراراً يمكن من خلالها وبسهولة ملاحظة أن تكييف المجلس لأفعال السلطات الليبية كان حاسماً في اعتبارها " جرائم" ارتكبت بحق تظاهرات واحتجاجات شعبية سلمية، فقد أعلن المجلس (ق/1) استنكاره الشديد لأعمال العنف ضد المدنيين، وبصفة خاصة تجنيد مرتزقة أجنبية، واستخدام الرصاص " الحي" والأسلحة الثقيلة وغيرها في مواجهة المتظاهرين مما يمثل انتهاكات خطيرة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني.

وبعد ذلك دعا المجلس (ق/2) إلى الوقف الفوري لأعمال العنف بكافة أشكاله والاحتكام إلى الحوار الوطني والاستجابة للمطالب المشروعة للشعب الليبي حقناً للدماء وحفاظاً على وحدة الأراضي والسلم الأهلي الليبيين، ثم طالب المجلس (ق/3) السلطات الليبية برفع الحظر على وسائل الإعلام، وكذلك فتح وسائل الاتصالات وشبكات الهاتف، وتأمين وصول المساعدات والإغاثات الطبية العاجلة، وارتباط بهذا عدد من القرارات الأخرى ذات الطبيعة الإنسانية، كدعوة الدول الأعضاء والصديقة والمنظمات الدولية وهيئات المجتمع المدني العربية والدولية الى تقديم المساعدات الإنسانية العاجلة للشعب الليبي، وقيام الجامعة

بتنسيق الدعم العاجل المقدم إلى كل من تونس ومصر والسودان والصومال لإيواء رعايا هذه البلدان وغيرها من البلدان العربية وإجلاءهم، وكذلك رعايا الدول الأخرى، وتقديم الدعم العاجل لهذه البلدان على المستوى الثنائي للتخفيف من أعباء هذه المأساة الإنسانية (ق/10).

من ناحية أخرى رفض المجلس (ق/4) اتهامات ليبيا التي وصفها بأنها خطيرة حول مشاركة بعض رعايا الدول العربية المقيمين في ليبيا في أعمال العنف ضد الليبيين، ودعا إلى تشكيل لجنة عربية مستقلة لتقصي الحقائق حول الاتهامات والاحداث الجارية في ليبيا، وناشد السلطات الليبية توفير الحماية اللازمة لكافة رعايا الدول العربية والأجانب المقيمين على الأراضي الليبية، وتسهيل الخروج الآمن لمن يرغب منهم في ذلك، وتحمل مسؤولياتهم إزاء سلامة الرعايا الأجانب وحقوقهم في ليبيا.

نأتي بعد ذلك إلى الشق السياسي من هذه القرارات، وهو يتضمن أخطرها على النحو التالي:

- تأكيد إيقاف مشاركة وفود الحكومة الليبية في اجتماعات جلس الجامعة وجميع المنظمات والأجهزة التابعة لها إلى حين إقدام السلطات الليبية على الاستجابة لما طلبه المجلس منها (ق/8).

- الرفض القاطع لكافة أشكال التدخل الأجنبي في ليبيا، وتأكيد الالتزام اكامل بالمحافظة على الوحدة الوطنية للشعب الليبي، وعلى سيادته ووحدة أراضيه وسلامتها.

- استمرار التشاور حول أنجع السبل لحماية المواطنين الليبيين وضمان سلامتهم وأمنهم، والتشديد على أن الدول العربية، لا يمكنها أن تقف مكتوفة الأيدي في شأن ما يتعرض له الشعب الليبي من سفك للدماء، بما في ذلك الالتجاء إلى فرض الحظر الجوي، والتنسيق بين الجامعة العربية والاتحاد الأفريقي في هذا الشأن (ق/11).

- رفع توصية الى القمة العربية المقبلة للنظر في مدى التزام ليبيا بأحكام ميثاق الجامعة العربية طبقاً للمواد المتعلقة بالعضوية والتزاماتها (ق/12) وهو ما قد يعني تمهيداً لفصل ليبيا من الجامعة أو تعليق عضويتها إذا استمر نظام حكمها الحالي قائماً.

لكن الأهم أن مجلس الجامعة على المستوى الوزاري عاد إلى الاجتماع في 12 مارس 2011م، ودعا إلى فرض حظر جوي على ليبيا بهدف حماية المدنيين، وطلب من مجلس الامن فرض هذا الحظر، مما اتسق مع طلب الدول الغربية التي اشترطت تأييداً عربياً لفرض هذا الحظر، ولكنه تعارض مع القرار السابق للمجلس بالتنسيق مع الاتحاد الأفريقي دون أي طرف آخر في هذا الصدد.

ولابد من محاولة لتفسير هذا الموقف " الثوري " من الجامعة تجاه التطورات الليبية، إذ لم يسبق لجامعة الدول العربية أن اتخذت موقفاً مضاداً لموقف حكومة إحدى الدول الأعضاء بخصوص تطورات داخلية، والسوابق الشهيرة في هذا الخصوص هي تجميد عضوية جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية في أواخر سبعينات القرن الماضي، بعد اتهامها بتدبير اغتيال رئيس الجمهورية العربية اليمنية (وهو عمل من قبيل العلاقات بين الدول العربية) وتعليق عضوية مصر في الجامعة بعد توقيع معاهدة السلام المصرية - الإسرائيلية في مارس 1979م، (وهو عمل يدخل في صميم العلاقات العربية - الإقليمية). أما سجل الجامعة في مجال اتخاذ المواقف من تطورات داخلية في واحدة من الدول الأعضاء فهو خالٍ تماماً، وحتى عندما تم غزو العراق في 2003م، لم تتبن الجامعة في العديد من المواقف التي كان ممكناً فيها بسهولة إدانة الحكومة العراقية، ولا سيما خلال وجود حاكم مدني أمريكي للعراق، أي قرار يندد بتصرف لهذه الحكومة او حتى يستنكره، كما أن موقف الجامعة من الملاحقة الجنائية الدولية للرئيس السوداني عمر البشير لا يخفى على أحد.

وظني أن هناك أسباباً موضوعية وذاتية تفسر هذا الموقف غير المسبوق:

السبب الأول: لا يحتفظ النظام الليبي بعلاقات عربية جيدة بدليل أن احداً لم يتحفظ على قرار المطالبة بفرض الحظر سوى الجزائر وسورية.

السبب الثاني: فإن النهج الذي اتبعه النظام الليبي في مواجهة الاحتجاجات الشعبية اتسم باستخدام مفرط للقوة على نحو يصعب إن لم يستحل الدفاع عنه، ولا سيما أن النظام الليبي ظهر في البداية وكأنه في طريقه إلى سقوط سريع.

السبب الثالث: العوامل الذاتية التي يمكن حصرها في انقلاب المندوب الليبي الدائم لدى جامعة الدول العربية على حكومته، وبالتالي غاب من يدافع عن وجهة نظرها، وفي انتهاء ولاية الأمين الحالي للجامعة وعدم رغبته القاطعة في التجديد لولاية ثالثة بعد أن أعلن بحسم رغبته في خوض انتخابات الرئاسة المصرية القادمة، وبالتالي لم يكن عليه أي قيد مستقبلي في هذا الصدد.

يبقى بعد ذلك أن نحاول تقييم موقف الجامعة، ونلاحظ أولاً أنه تغير في موضوع فرض الحظر الجوي - كما سبقت الإشارة- من التنسيق مع الاتحاد الأفريقي إلى طلب فرض هذا الحظر من مجلس الأمن، وهذا يعني أن الزمام قد أفلت تماماً في هذا الخصوص من يد الجامعة العربية بإرادتها، وهو ما يظهر من السلوك اللاحق لمجلس الأمن الذي أصدر قراراً في 17 مارس 2011 يفرض حظراً للطيران في مناطق من ليبيا، ويحول الدول استخدام القوة الجوية لمنع تحركات الكتائب الموالية للقيادة الليبية براً وجواً مع التعهد بعدم

احتلال ليبيا أو إرسال قوات برية أجنبية إلى أراضيها وفي 19 مارس أعطت قمة باريس التي حضرها الأمين العام للجامعة العربية الضوء الأخضر لدول التحالف المشاركة في فرض الحظر الجوي (وبينها خمس دول عربية) لبدء العمليات العسكرية التي تضمنت ضرب دبابات وآليات موالية للقيادة الليبية في شرق البلاد، وإطلاق صواريخ كروز الأمريكية لضرب منظومة الصواريخ الدفاعية الليبية وقواعد عسكرية ليبية⁽³⁵⁾.

الفرع الثاني: العوامل المؤثرة في موقف الجامعة العربية اتجاه التغيرات السياسية في ليبيا.

إن جامعة الدول العربية وسياساتها وقراراتها قد تخضع لمؤثرات وعوامل داخلية ودولية في صناعة القرار داخل المؤسسة، وتوجه جامعة الدول العربية لمواقف تتناسب مع طبيعة وأهداف المجتمع الدولي والإقليمي والمحلي، هذه العوامل وخاصة الداخلية منها جاءت نتيجة الانقسام العربي الذي أثر بالسلب على الجامعة ومواقفها تجاه أي تغيرات سياسية في المنطقة العربية، وأدى لإضعافها وتراجعها كإطار قانوني ومؤسسي، إلى جانب قصور ميثاق جامعة الدول العربية عن التعاطي مع المستجدات والمتغيرات في المنطقة العربية بشكل يحقق الدور المنوط والمتوقع من جامعة الدول العربية.، وتأسيساً على ما سبق سنتناول هذه العوامل كلاً على حدا على النحو الآتي:

أولاً: العوامل الداخلية المؤثرة في موقف جامعة الدول العربية في الشأن الليبي.

في ظل غياب العديد من الفاعلين على الساحة العربية، كمصر والعراق وسوريا، أدت الاحتجاجات الشعبية في دول الربيع العربي إلى إعادة تأكيد فعالية السياسة الخارجية من جانب الحكومات الملكية المحافظة، إلى حد أن أكثر القوى نشاطاً وفاعلية في السياسات الإقليمية اليوم هو مجلس التعاون الخليجي⁽³⁶⁾.

لقد أدى اندلاع الاحتجاجات الشعبية في دول الربيع العربي إلى زيادة شعور دول الخليج بأن أمن المنطقة قد بات مهدداً أكثر من ذي قبل، خاصة بعد اندلاع اضطرابات في البحرين التي أدت إلى دخول قوات درع الجزيرة إليها، ووصول الاحتجاجات الشعبية إلى اليمن، أي إلى الحدود الجنوبية -العربية للمملكة العربية السعودية، مما جعل الدول الخليجية حساسةً تجاه التغيرات العميقة المحيطة بها.

ومع قيام الاحتجاجات الشعبية في تونس ثم مصر ثم ليبيا وامتدادها لليمن، أدركت جميع دول الخليج أنها ليست بعيدة عن "الربيع العربي" وبأن أمن المنطقة قد بات مهدداً أكثر من ذي قبل، ولأول وهلة، اتخذت موقفاً متحفظاً متمثلاً في اعتبار المشكلة داخلية، مع الإعراب عن الأمل في حل الأزمة سلمياً⁽³⁷⁾.

واستحوذ مجلس التعاون الخليجي على دور فعال في المنطقة العربية بفعل غياب القوة العربية المؤثرة إقليمياً ودولياً حيث غابت مصر عن لعب دورها الإقليمي والدولي وتم تغيب الجزائر عن لعب دور فعال في جامعة الدول العربية بفعل التهديدات الخليجية، وتم التأثير على السودان بتقديم المال السياسي تحت حجة المشاريع المقدمة للسودان من قبل السعودية وقطر (38).

ولقد كان موقف مجلس التعاون الخليجي قطر والسعودية بشأن الاحتجاجات الشعبية في ليبيا، فقد تدخلت لدعم الثوار ضد النظام الليبي بالسلاح والمال، والطلب المتكرر من المجتمع الدولي ومجلس الامن التدخل العسكري لحسم الأمور في ليبيا لصالح الثوار.

ولقد حاول دول مجلس التعاون الخليجي جادةً أن تأخذ دوراً أساسياً ومحورياً في العالم العربي من خلال لعب دور واضح في دعم الثورة في ليبيا، محاولة منها لإضعاف دور المؤسسة الرسمية العربية "الجامعة العربية" أو التأثير في قرارات الجامعة من خلال الدعم المالي لها ولطاقمها الإداري، بالإضافة للدعم المالي الذي توفره لليبيا من خلال المساعدات، لكي تؤثر في سلوك التصويتي على أي مشروع قرار عربي داخل أروقة الجامعة العربية، ولكي تصبح القوة الأكبر والأعظم في المنطقة العربية على حساب الجامعة العربية ودورها في التغيرات السياسية العربية الراهنة والمستقبلية (39).

ثانياً: العوامل الدولية المؤثرة في موقف جامعة الدول العربية في الشأن الليبي.

لعبت الولايات المتحدة والأمم المتحدة والصين والاتحاد الأوروبي، دوراً كبيراً في التأثير على موقف الجامعة العربية في الشأن الليبي.

1- موقف الولايات المتحدة من التغيرات السياسية الليبية 2011م: لقد سعت إدارة "بارك أوباما" لتأييد موجة الحراك الشعبي الذي اجتاحت عدداً من الأقطار العربية مطالباً بـ "التغيير والإصلاح" خلال العامين المنصرمين، ونجحت وسائل إعلامها في إطلاق اسم "الربيع العربي" على هذا الحراك، موحية تضليلاً بأن الولايات المتحدة تقف إلى جانب حركة التاريخ الذي يصنع في الوطن العربي وبأنها قررت الانحياز إلى الجماهير العربية وطموحاتها في الحريات المدنية والتحرر الوطني والعدالة الاجتماعية (40).

إن علاقة الولايات المتحدة بالاحتجاجات الشعبية في دول الربيع العربي هي علاقة ظاهرها الصداقة، وباطنها العدا، وهذا العدا المخفي سيظهر أثره في البلاد العربية عندما تشعر الولايات المتحدة أن مصالحها في المنطقة ستأثر بالسلب.

ان الاحتجاجات الشعبية في ليبيا تختلف عن مصر وتونس في أنها تأوي حقولاً نفطية غنية وقريبة من أوروبا والولايات المتحدة، فالنفت الليبي يسير في مسارات آمنة في البحر المتوسط كما أن المحيط الإقليمي لا يشهد توترات بعكس نفط الخليج العربي -على سبيل المثال- الذي يمر بمشكلات سياسية في كل من العراق وإيران بالإضافة إلى المسارات البحرية غير الآمنة في القرن الإفريقي، لذا كان الغرب واضحاً منذ بداية الاحتجاجات الشعبية في ليبيا. وتدخل عسكرياً ودعم الثوار بالسلاح والعتاد ولم يتردد حتى في ظل وجود إسلاميين يسيطرون على الاحتجاجات الشعبية في ليبيا، فكان خيار الإطاحة بالقذافي هو الخيار الأول من أجل نزع صفة اللاعقلانية عن السياسات الليبية وتذبذب ضخ النفط إلى الغرب لأي عارض يراه القذافي الذي كان مأمون الجانب، واستمر الغرب في التواصل مع ليبيا بعد الثورة في كافة مراحلها السياسية، ولا يبدو أن الغرب لديه خيار آخر، كما أن النظام الليبي الجديد هو الآخر يبدو أنه ليس أمامه خيار سوى ربط مستقبله بالغرب، وذلك لأن الاقتصاد الليبي اقتصاد غير متنوع ويعتمد بصورة كاملة على النفط، ولا تتحمل الدولة الليبية الناشئة رفاهية اختيار من الدولة التي ستصدر إليها نفطها، لذلك فإن صفقة وحيدة يمكن عقدها مع الغرب، وهي: النفط الليبي مقابل الدعم الغربي لأي حكومة كانت، تخرج من رحم الثورة الليبية⁽⁴¹⁾.

إن موقف الولايات المتحدة والدول الغربية كانت متفاوتة في مواقفها من الاحتجاجات الشعبية كل حسب مصلحته، ولم يكن لهم سوى مسايرة مطالب الجماهير العربية وليس ذلك عن قناعة بعدالة تلك المطالب، بل إظهار الحرص على احترام حقوق الانسان في الدول العربية الثائرة، لكي لا يظهروا بالتناقض بين ما يقولونه في العلن وبين تأييدهم للأنظمة المستبدة، مما يثبت سياسة النفاق التي تقوم عليها مواقف تلك الدول، لأنها هي نفسها التي دعمت وأيدت طوال العقود الماضية ممارسات الأنظمة العربية ضد جماهيرها وتفشي الفساد في مؤسساتها.

2- موقف مجلس الامن من التغيرات السياسية في ليبيا 2011م: إن المشكلة أن الدور العربي في هذه الأزمة الليبية اقتصر (رسمياً) على إعطاء الغرب صك التدخل في ليبيا دون أن يضع ضوابط أو قيوداً عليه، وحتى عندما انحرف الغرب بهذا التفويض لقتل المدنيين في طرابلس وإرسال خبراء أجانب على الأرض بدعاوى تدريب ومساندة الثوار لم تسحب الجامعة هذا التفويض؛ وإنما اتبعت أسلوب العجز الرسمي نفسه، المتمثل في الشجب والإدانة لقتل المدنيين دون إدراك أنه من حق الجامعة العربية سحب هذا التفويض للغرب وطائراته في ليبيا⁽⁴²⁾.

- قرار مجلس الامن رقم "1970" ضد ليبيا: اجتمع مجلس الأمن الدولي في جلسته رقم (6491)، وقد استعرض الموقف في ليبيا وأصدر قرار يدعو:

* إلى إحالة الوضع القائم في الجماهيرية العربية الليبية منذ 15 فبراير 2011م إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية.

* يقرر أن تتعاون السلطات الليبية تعاوناً كاملاً مع المحكمة ومع المدعي العام وتقدم لهما المساعدة عملاً بمقتضيات هذا القرار، وإذ يسلم بأن الدول غير الأطراف في نظام روما الأساسي لا يقع عليها التزام بموجب ذلك النظام، يحث الجميع بالتعاون التام مع المحكمة والمدعي العام.

* قرر أن تتخذ جميع الدول الأعضاء على الفور ما يلزم من تدابير لمنع توريد جميع أنواع الأسلحة وما يتصل بها من أعتده إلى الجماهيرية العربية الليبية أو بيعها لها، أو نقلها إليها بشكل مباشر أو غير مباشر. * وإذ يُعرب عن قلقه البالغ إزاء الوضع في الجماهيرية العربية الليبية ويدين العنف، واستخدام القوة ضد المدنيين.

* وإذ يشجب الانتهاكات الجسيمة والممنهجة لحقوق الإنسان، بما في ذلك قمع المتظاهرين المسلمين، ويعرب عن قلقه العميق لمقتل المدنيين ويرفض رفضاً قاطعاً التحريض من أعلى مستويات الحكومة الليبية على أعمال العدوان والعنف.

* تجميد الأصول والأرصدة المالية في جميع الدول الأجنبية للقادة الليبيين الذي يشملهم هذا القرار وفق قائمة أسماء معدة. (43)

- قرار مجلس الأمن رقم "1973" ضد ليبيا: قرر مجلس الأمن الدولي بجلسته رقم (6498) قراراً برقم "1973"، وينص القرار على فرض حظر جوي على جميع الرحلات الجوية في المجال الجوي للجماهيرية العربية الليبية من أجل المساعدة على حماية المدنيين. (44)

اعتمد مجلس الامن الدولي قراراً، يبيح تنفيذ ضربات جوية ضد ليبيا لمنع النظام الليبي من استخدام الطيران ضد الثوار والمناطق المدنية، ويحيز القرار الذي تبناه مجلس الامن بموافقة عشرة أصوات وامتناع خمسة عن التصويت، واستعمال " كل التدابير الضرورية" لحماية المدنيين وفرض وقف لإطلاق النار على تشكيلات الجيش الليبي، بما في ذلك تنفيذ ضربات جوية، لكنه يؤكد أنه لا يجوز احتلال أي جزء من ليبيا، كما يفرض القرار منطقة حظر جوي لا يستثنى منها سوى الطلعات الإنسانية حصراً.

وصدر القرار بأغلبية 10 أصوات من أصل 15 يتألف منهم مجلس الامن، وقد امتنعت روسيا والصين عن التصويت ولكنهما لم تستعملا حق النقض (الفيتو) لإسقاط مشروع القرار. كما امتنعت ألمانيا والبرازيل والهند عن التصويت. (45)

3- موقف الصين في التغييرات السياسية الليبية 2011م: إن الموقف الصيني يدعو إلى عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، وعدم استعمال القوة في السياسة الدولية، فكان الموقف الصيني في الشأن الليبي واضحاً بسبب المصالح الصينية في ليبيا، وسياسة ليبيا المناوئة للولايات المتحدة، كذلك صفقات الأسلحة بين الصين وليبيا والتعامل الاقتصادي، لذلك عارضت الصين قرار "1973" الصادر عن مجلس الأمن الدولي الذي ينص على التدخل الدولي العسكري في ليبيا لحماية المدنيين، غابت الصين عن التصويت رغم انتقادها لسياسة القمع التي يمارسها القذافي ضد شعبه، لكنها في النهاية استقبلت وفد المجلس الانتقالي للثورة، وقد طالبت الصين بحماية مصالحها في أن يكون تعمير ليبيا تحت إشراف الأمم المتحدة، وقد حذرت الحكومة الصينية الدول الغربية، وطالبتها بالسماح للأمم المتحدة بقيادة جهود الإعمار بعد الحرب في ليبيا، مؤكدة أنها ستعمل على الدفاع عن مصالحها الاقتصادية بعد الإطاحة بالقذافي الذي حكم ليبيا 42 عاماً (46).

لم تستخدم الصين حق النقض " الفيتو" في مجلس الامن في مارس 2011م، لمنع قرار يمنع حملة القصف الجوي التي يقوم بها الحلف الأطلسي لقوات القذافي، لكنها أدانت لاحقاً توسيع العمليات وحثت على التوصل إلى تسوية بين حكومته والمعارضة، وبدأت بالتقرب إلى زعماء المعارضة، وبدأت بالتقرب إلى زعماء المعارضة، وبعد إسقاط النظام بدأت تتعامل الصين مع الحكومة الجديدة في ليبيا. (47)

الخاتمة

إن جامعة الدول العربية ماهي في الحقيقة إلا منظمة تنظم علاقات التعاون والتنسيق بين الدول الأعضاء، فهي تمنح ما يكفي من سلطات والصلاحيات تجاه أعضائها، لإلزامهم باحترام قانون الجامعة وميثاقها التي لا يمكن بدونها أن تقوم بأداء الدور المنوط بها وأن تساهم في تسوية النزاعات العربية على اختلافها سواء كانت داخلية أو خارجية. وتوصلنا من خلال هذه الدراسة إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات نذكر منها:

أولاً: النتائج.

1- إن الوساطة التي يقوم بها المجلس لا تنصرف إلى كافة أشكال المنازعات بل قصرها الميثاق على طائفة معينة مثل، النزاع الذي يهدد بوقوع حرب بين دولة ودول الجامعة ودول أخرى، وفي هذا النص تقليص شديد لدور الجامعة في تسوية المنازعات.

2- إن نظام التحكيم الذي أقره ميثاق الجامعة هو نظام اختياري بمعنى أنه ليس في استطاعة أية دولة عربية طرف في نزاع مع دولة عربية أخرى أن ترغم الأخرى على قبول التحكيم، وإنما يشترط موافقة طرفي النزاع.

3- هشاشة دور وجهود الأمين العام للجامعة في اتخاذ أي قرار عربي موحد، بالإضافة إلى ضعف دور المنظمات العربية الخاصة التابعة لجامعة الدول العربية مع حالة من الضعف العربي العام السائدة بسبب جعل المصلحة القطرية أهم من القومية العربية، وإصرار الدول الأعضاء على عدم تقديم أي تنازلات عن بعض حقوقهم الوطنية للمصلحة العربية الشاملة والمتكاملة.

4- ضعف أداء جامعة الدول العربية في مختلف القضايا والأزمات وخاصة في التدخل لتسوية المنازعات بالطرق السلمية، وعدم تدخلها بشؤون الأعضاء الداخلية وعدم وجود محكمة عدل عربية تنظر في الخلافات العربية.

5- ضعف مواد الميثاق، بالإضافة لمعاهدة الدفاع العربي المشترك وملاحقها، وتذبذب موقف الجامعة تجاه النزاعات

العربية (الازمة الليبية 2011م).

5- إن انقسامات والصراعات التي شهدتها دول الجامعة، أثرت على نشاط الجامعة العربية مباشرة مما جعلها لا تتخذ قرارات صارمة وحاسمة في القضايا الحساسة، بالإضافة إلى الإخفاقات العربية قد تفت على إنجازات الجامعة وعوامل القصور كانت واضحة المعالم ولا تعبر عن إرادة الدول الأعضاء.

6- لا يوجد حالة رضا عربي شعبي عن أداء جامعة الدول العربية.

7- تخضع جامعة الدول العربية لمؤثرات الداخلية والدولية على قراراتها اتجاه أي مسألة أو قضية هامة بالمنطقة العربية.

ثانياً: التوصيات:

1- ضرورة تقنين وتطوير الوسائل السلمية لتسوية المنازعات، وتدعيم للدور السياسي للأمم العام، كما أن الحاجة أصبحت ملحة لإنشاء محكمة عدل عربية تقوم بالتسوية السلمية للمنازعات التي ازدادت بين الدول العربية.

2- تعديل ميثاق جامعة الدول العربية بما يتواءم مع الاحداث التي استجدت على الساحة العربية وبما يتماشى مع المواثيق الدولية المعاصرة ومحاكاة التجارب الناجحة مثل الاتحاد الأوروبي.

3- إعادة النظر في المادة الخامسة من ميثاق الجامعة العربية، التي أثبتت قصورها في تسوية المنازعات العربية- العربية.

4- عدم السماح بأي تدخلات خارجية أو داخلية تؤثر على القرار العربي السليم تجاه أي قضية عربية.

المصادر والمراجع

- 1- مخلوف نصيرة، مفتاح دهيبة، دور جامعة الدول العربية في تسوية الازمات العربية، دراسة حالة سوريا، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة 2016-2017م ص: 31
- 2 - علي عيسى العدوان، موقف جامعة الدول العربية من المنازعات العربية الدولية، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، 2003م، ص: 49-50.
- 3 - أحمد الراشدي، جامعة الدول العربية في التسوية السلمية للمنازعات العربية المحلية، المستقبل، م4، ع1981، 32م، ص: 83.
- 4 - المرجع السابق، ص، 84-85.
- 5 - عمر سعد الله، القانون الدولي لحل النزاعات (الجزائر، دار هومة، بدون طبعة)، 2008م، ص: 110.
- 6 - عمر سعد، معجم في القانون الدولي المعاصر، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، (د. س. ن) ص: 113.
- 7- المرجع السابق، ص: 50-53.
- 8 - بطرس بطرس غالي، جامعة الدول العربية وتسوية المنازعات المحلية، (معهد البحوث والدراسات العربية، دون طبعة) 1977م، ص: 133-134.
- 9 - المرجع السابق، ص: 136
- 10 - عبد المهدي الشريدة، مجلس التعاون لدول الخليج العربية آلياته وأهدافه المعلنة وعلاقته بالمنظمات الدولية، القاهرة مكتبة المذبولي، دون طبعة، 1995م، ص: 4.
- 11 - أحمد أبو الوفا، جامعة الدول العربية كمنظمة إقليمية قانونية، القاهرة دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2012م، ص: 81.
- 12 - عبد الحميد دغبار، جامعة الدول العربية والقضايا المعاصرة، الجزائر، دار الخلد ونية للنشر والتوزيع، دون طبعة، 2008م، ص: 22.
- 13 - علي عيسى العدوان، موقف جامعة الدول العربية من المنازعات العربية الدولية، مرجع سابق، ص: 53.
- 14 - بطرس بطرس غالي، جامعة الدول العربية وتسوية المنازعات المحلية، مرجع سابق، ص: 83.

- 15 - بطرس بطرس غالي، جامعة الدول العربية وتسوية المنازعات المحلية، ص:115.
- 16 - أروى طاهر رضوان، اللجنة السياسية لجامعة الدول العربية ودورها في العمل السياسي المشترك، بدون طبعة، دار النهار للنشر، بدون سنة، ص:127.
- 17 - بطرس بطرس غالي، جامعة الدول العربية وتسوية المنازعات المحلية، مرجع سابق، ص:133.
- 18 - أحمد فارس عبد المنعم، جامعة الدول العربية، 1945-1980م، دراسة تاريخية، بدون طبعة، مركز دراسات الوحدة العربية بيروت، 1986م، ص:82.
- 19 - نايي عبد القادر، دور جامعة الدول العربية في الحفاظ على السيادة الإقليمية للدول الأعضاء، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014/2015م، ص:174 وما بعدها.
- 20 - صحيفة الشرق الأوسط (2001) نظام الحكم الجماهيري للمؤتمرات الشعبية والسلطة الفعلية للقيادة المركزية، العدد "11774" 22 فبراير.
- 21 - أميرة عبد الحليم، (2011) ليبيا: قراءة في تفاعلات المشهد، الاهرام، 1 أبريل.
- 22 - رياض العيلة، (2012) التحول الديمقراطي في المنطقة العربية في ضوء ثورات الربيع العربي، ص:23.
- 23 - قرار رقم (7298) مجلس جامعة الدول العربية على المستوى الوزاري، 2/ مارس/2011م، بشأن ليبيا.
- 24 - steven Metz,(2011) Is Libya the End of NATO, Global Times, 16 April.
- 25 - رياض العيلة، (2012) التحول الديمقراطي في المنطقة العربية في ضوء ثورات الربيع العربي، ص:23.
- 26 - إبراهيم أبراش، (2011) الثورة في العالم العربي كنتاج لفشل الديمقراطية الأيوبية والمواجهة، مارس، ص:6.
- 27 - قرار رقم (7298) 2/ مارس/2011م، WWW.lasportal.org
- 28 - قرار رقم (7360) 12/ مارس/2011م، WWW.lasportal.org

- 29 - العربية " واشنطن ترحب بدعوة الجامعة العربية لفرض حظر جوي على ليبيا:
<http://www.alarabiya.net>
- 30 - الجزيرة " الدول المشاركة في فجر أوديسا":
<http://www.aljezeera.net>
- 31 - أشرف كشك (2011) "خلف الناتو من الشراكة الجديدة إلى التدخل في الأزمات العربية"، مجلة السياسة الدولية، العدد 184، 1 يوليو.
- 32 - صحيفة الشرق (2012): راسموسن: " الناتو ليس لديه نية للتدخل عسكرياً في سوريا"، 5/ مايو.
- 33 - أحمد أحمد نيفين مسعد 2011م: " حال الأمة العربية - رياح التغيير 2010-2011، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية.
- 34 - فرانس 24، مقابلة السيد/ عمرو موسى الأمين العام للجامعة في مقابلة مع مجلة در شبيغل الألمانية: <http://www.france24.com>
- 35 - د. أحمد يوسف أحمد، الجامعة العربية والتطورات الليبية، مركز الامرات للدراسات والبحوث الاستراتيجية.
- 36 - تورت ريان، (2012) مقال بعنوان: " الحرب الباردة العربية الجديدة والنزاع على سوريا" موقع الانتقاد، 2 إبريل، ص:2.
- 37 - عزمي خليفة، (2012) مقال بعنوان: " موقف دول الخليج العربي من ثورة 25 يناير في مصر" مجلة السياسة الدولية، العدد 187، 1/ يناير، ص:50.
- 38- علي حبله، (2012) مقال بعنوان: " قمة بغداد... في ظل التغيرات العربية والتغيير الدولي والإقليمي " ، 28/ مارس، موقع دنيا الرأي:
[http:// llpulpit.alwatanvoice.com](http://llpulpit.alwatanvoice.com).
- 39 - عبد الله الشايجي، (2012): دول مجلس التعاون الخليجي وثورات الربيع العربي، صحيفة الوطن، 8/ أغسطس.
- 40 - نقولا نصر، (2012) " رسالة أمريكية إلى الربيع العربي" صحيفة الموقف، 1/ أغسطس.

- 41 - محمد الزواوي، (2011) موقف الغرب من الثورات العربية رؤية سياسية، مجلة البيان، العدد 294، ص:3.
- 42 - محمد جمال عرفه، (2011): مقال بعنوان: " الدور العربي في ليبيا. مجال للتدخل الأجنبي"، مجلة البيان، العدد 291، 8/ نوفمبر.
- 43 - قرار رقم (1970) /26 فبراير/2011م:
<http://www.un.org/arabic/sc/committees/1970>.
- 44 - قرار رقم (1973) /17 مارس/2011م:
<http://foreign.govly/ar/docs/1973.bdf>
- 45 - صفحة الوسط البحرينية: <http://www.alwasatnews.com/3115/news-read/532779/1.html>.
- 46 - Parello-plenser,(2011) chinars Janus-faced response to arab revolutions, policy memo 34, council on foreign relations, June.
- 47 - القدس العربي، (2012): وصول الموفد الدولي الأخضر الابراهيمي إلى دمشق 21/ أكتوبر:
<http://www.alquds.com>