



تقرؤون في هذا العدد:

- ❖ حقوق الزوجة، «دراسة فقهية».
- ❖ مصارف الزكاة في الإسلام «دراسة فقهية».
- ❖ بيان أحكام صلوات النوافل ذوات الأسباب وصفتها، وكيفية أدائها.
- ❖ قراءة نقدية للقانون رقم (14) لسنة 2015م، بتعديل بعض أحكام القانون رقم (10) لسنة 1984م، بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارها.
- ❖ قضاء المحكمة العليا الليبية المرتبط بالمادة 39 من القانون رقم (10) لسنة 1984م، تفسير للتطبيق بحكم القضاء وآثاره.
- ❖ الرهن الحيازي.
- ❖ إمكانية تطبيق الضريبة والزكاة في التشريع الليبي.
- ❖ الحق في معرفة الحقيقة في إطار العدالة الانتقالية، لجان الحقيقة نموذجاً.
- ❖ قيود التطبيق السليم للقانون في إطار طرق الطعن، «دراسة تحليلية في أحكام قانون الإجراءات الجنائية الليبي».
- ❖ نفاذ القرار الإداري الإلكتروني.



مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية القانون بالخمس

جامعة المنيا

العدد الثاني لسنة 2020م

مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة المرقب

رقم الإيداع المحلي 2015/379 م.

دار الكتب الوطنية بينغازي - ليبيا

هاتف:

9097074 - 9096379 - 9090509

بريد مصور:

9097073

البريد الإلكتروني:

Nat-Liba@hotmail.com

ملاحظة /

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

للاتصال برئيس التحرير: 091.1431325 / 092.7233083

شروط النشر بالمجلة:

الأخوة الأفاضل حرصا على حسن إخراج المجلة نرجو التكرم بالالتزام بالآتي:

1. أن لا يكون قد تمّ نشر البحث من قبل في أي مجلة أو كتاب أو رسالة علمية أو وسيلة نشر أخرى.
2. أن لا تزيد صفحات البحث عن (35) صفحة تقريبا بما فيها قائمة المراجع.
3. هوامش الصفحات من اليمين ، على 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 رأسيّتان.
5. تبدأ الفقرات بعد خمس فراغات.
6. يجب الاهتمام بوضع علامات الترقيم في أماكنها المعروفة الصحيحة، ورموز أسمائها بالخط العربي .
7. ضرورة استخدام رمز القوسان المزهران للآيات القرآنية (﴿ ﴾) ، والرمز (« ») للنصوص النبوية، والرمز: (" ") علامة التنصيص.

8. تكتب في الهوامش أسماء الشهرة للمؤلفين كالبخاري، الترمذي، أبو داود، ابن أبي شيبة، ولا يكتب الاسم الكامل للمؤلفين في الهوامش.

9. الإحالات للمصادر والمراجع تكون في هوامش صفحات البحث وليس في آخره.

10. لا تكتب بيانات النشر للمصادر والمراجع في الهامش، وإنما يكتب ذلك في قائمة المصادر والمراجع في آخر البحث.

مثل : ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 2، ص 332

11. عند الإحالة إلى كتب الحديث المرتبة على الأبواب الفقهية والموضوعات العلمية تكتب أسماء الكتب والأبواب، مع كتابة الجزء، والصفحة، ورقم الحديث إن وجد. هكذا: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب الإيمان وقول النبي « بني الإسلام على خمس » : ج 1، ص 12، رقم 1.

12. تخرج الآيات القرآنية في المتن بعد الآية مباشرة بحجم 12.

مثل: **قال الله تعالى:** ﴿ سَيَقُولُ السُّفَهَاءُ مِنَ النَّاسِ مَا وَلَّاهُمْ عَنْ قِبَلَتِهِمُ الَّذِي 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، أحمد 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 لسيرته الذاتية في حدود صفحة
واحدة، ويرفق صورة شخصية له.

16. ترسل البحوث، والسير الذاتية المختصرة مطبوعة على ورق
وقرص مدمج لرئيس التحرير مباشرة أو عبر البريد
الإلكتروني الآتي.

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. لصاحب البحث المنشور الحق في الحصول على عدد (5) نسخ
من عدد المجلة المعني مجاناً.

19. ترتيب ورود الأبحاث في المجلة لا يدل على أهمية البحث أو
الباحث، إنما لكل التقدير والاحترام.

20. لإدارة المجلة حرية تغيير الخطوط والتنسيق بما يناسب
إخراج المجلة بالصورة التي تراها.

نأمل من السادة الباحث والقراء المعذرة عن إي خطأ قد يحدث مقدما ، 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

رئيس التحرير

د. إبراهيم عبدالسلام الفرد

هيئة التحرير:

د. مصطفى إبراهيم العربي

د. عبدالمنعم محمد الصرارعي

د. أحمد عثمان احميده

اللجنة الاستشارية:

- | | |
|-----------------------|-----------------------|
| د. عبد الحفيظ ديكنه. | أ.د. محمد عبدالسلام |
| أ.د. محمد رمضان باره. | أ.د. سالم محمد مرشان. |
| د. عمر رمضان العبيد. | د. امحمد على أبوسطاش. |
| د. على أحمد اشكورفو. | |

فهرس الموضوعات

- 15..... كلمة رئيس التحرير.....
د. إبراهيم عبد السلام الفرد
- 17..... حقوق الزوجة، "دراسة فقهية".....
أ. عبد السميع بلعيد محمد بلعيد العجزم
- 59..... مصارف الزكاة في الإسلام.....
د. المبروك عون سالم.
- بيان أحكام صلوات النوافل ذوات الأسباب وصفتها
وكيفية أدائها.....
85.....
عبد العزيز عبد المولى علي.
- قراءة نقدية للقانون رقم (10) لسنة 1984م، بشأن الأحكام الخاصة
بازواج والطلاق وأثارهما.....
105.....
د. إبراهيم عبد السلام الفرد.

- قضاء المحكمة العليا الليبية المرتبط بالمادة 39 من القانون رقم (10) لسنة 1984م، تفسير للتطبيق بحكم القضاء وأثاره.....123
د.أفراح مختار العاتي.
- الرهن الحيازي.....159
د.سالم الغناي فرحات.
- إمكانية تطبيق الضريبة والزكاة في التشريع الليبي.....186
أ.أسامة سالم أحمد منصور.
- الحق في معرفة الحقيقة في إطار العدالة الانتقالية
لجان الحقيقة نموذجاً.....220
د.أمهيدي محمد أمهيدي.
- النظام القانوني للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (W.I.P.O).....287
د.رياض عبد الهادي منصور بدر



▪ قيود التطبيق السليم للقانون في إطار طرق الطعن

"دراسة تحليلية في أحكام قانون الإجراءات الجنائية الليبي".....322

أ.عبد الرحمن عبد القادر عبد النبي.

▪ نفاذ القرار الإداري الإلكتروني.....342

أ.إيمان محمد رمضان الرباطي.





كلمة رئيس التحرير

بسم الله الرحمن الرحيم

أما بعد ،،،

فإنه يسرني أن أسعد زملائي بنشر بحوثهم في هذا العدد الثاني للعام 2020م. برغم كل الصعاب التي تمر بها بلادنا، من هذا الوباء الذي طوى الكثير من الأرواح، واقتطاع الكهرباء لساعات طوال، وبذلك تنعدم الأتريتي، وتنعدم نفسية العمل، وغير ذلك من منغصات الحياة، نرجو المعذرة إن حصل منا تقصير، وندعو الله ونبتهل إليه أن يرفع عنا هذاه الوباء، ويصلح حال بلادنا، إنه على ذلك لتقدير.

والله المستعان.



حقوق الزوجة " دراسة فقهية "

أ.عبد السميع بلعيد محمد بلعيد العجيم

المقدمة

يترتب على العقد الصحيح اللازم النافذ آثار عديدة؛ هي حقوق أمثرا العقد لكل من الزوجين على صاحبه، كما أنه منح بعض هذه الحقوق لها معاً، بمعنى أن هذه الحقوق عبارة عن حقوق مشتركة بين الزوجين، وحقوق خاصة بالزوجة، وحقوق خاصة بالزوج. فالزواج ميثاق شرعي بين رجل وامرأة، غايته الاحصان وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوج، على أسس تكفل لها تحمل أعبائها بمودة ورحمة⁽¹⁾.

إن الزواج حياة مشتركة بين طرفين؛ هما: الزوج والزوجة، وهذه الشركة لا يمكن لها الاستقرار والنجاح إلا إذا قام كل طرف بواجبه تجاه الآخر، وبأن يعرف كل منها ما له وما عليه، وهذه الشركة رأس مالها الحب والمودة، وغرسها الإخلاص، وعطاؤها الإيثار والفداء والتضحية، وتربتها الرضا والقناعة، وشمسها الوضوح والصراحة، وسماؤها السكينة والطمأنينة، وبابها القبول وحسن الاختيار، وثمارتها رضا الله تعالى، وربحها وكسبها سعادة الدارين، والفوز بجنات عرضها السموات والأرض. وهذه الحقوق لا نستمدّها من قانون البشر، إنّما نستمدّها من كتاب ربنا ﷻ وسنة نبينا ﷺ ففيها الهداية والكفاية.

تقوم حقوق الزوجين وواجباتهما في الإسلام على أساس من المودة والرحمة، كما قال تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [الروم: 21]، وقد ربط الإسلام بين الزوجين برباط المحبة، يضمها كما يضم اللباس الجسد، فيكون كل منهما لباساً للآخر،

¹ أستاذ الشريعة والقانون - محاضر مساعد - متعاون في الجامعات الليبية - ليبيا

(1) المادة (5) الباب الثاني: أحكام عامة، وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته السادسة بالقرار رقم 105-106 - 17 / 8 / 1408 هـ - 4 / 4 / 1988 م، الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب - جامعة الدول العربية.

وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿ هُنَّ لِيَنَاسٍ لِّكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَنَاسٍ لَهُنَّ ﴾ [البقرة: 187]، ولم يذكر الله الحب، ولم يجعله رباطًا، بل ذكر المودة والرحمة وجعلها الرباط؛ لأن الحب نزوة جسدية تشببها الشهوة، ولا يصلح أساس لدوام العشرة. وقبل الخوض في حقوق الزوجة نستفتح الكلام عن منزلة ومكانة الزوج عند الزوجة؛ فلا شك أن منزلة الزوج عند زوجته عالية، وحقه عليها عظيم، فعن عائشة - رضي الله عنها - قالت: سألت رسول الله ﷺ أيُّ الناس أعظم حقًا على المرأة؟ قال: « زوجها »، قلت: فأَيُّ الناس أعظم حقًا على الرجل؟ قال: « أمه »⁽²⁾.

وعن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: « لو تعلم المرأة حق الزوج ما قعدت ما حضر غداءه وعشاءه حتى يفرغ منه »⁽³⁾. وعن عبد الله بن أبي أوفى، قال: لما قدم معاذ من الشام سجد للنبي ﷺ، قال: « ما هذا يا معاذ؟ » قال: أتيت الشام؛ فوافقتهم يسجدون لأسافقتهم وبطارقتهم، فوددت في نفسي أن تفعل ذلك بك، فقال رسول الله ﷺ: « فلا تفعلوا؛ فإني لو كنت أمرًا أحدًا أن يسجد لغير الله، لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها، والذي نفس محمد بيده لا تؤدي المرأة حق ربها حتى تؤدي حق زوجها، ولو سألها نفسها وهي على قتب لم تمنعه »⁽⁴⁾.

ومن أمعن النظر في حقوق الزوجين وواجباتها في الأسرة الإسلامية يجدها متوازنة ومتوازية، والالتزام بها يقوم على وازع من الدين والأخلاق، وبه تشيع الألفة والمودة بين الزوجين، ولعل فيما قاله الأعمش - التابعي الكبير - لزوجته خير شاهد على ما يصنعه وازع الدين والأخلاق من ألفة ومودة. فقد تزوج الأعمش امرأة شابة جميلة وهو دميم، فقال لها يومًا: أنا وأنت في الجنة إن شاء الله، فقالت: كيف علمت ذلك؟ قال: أنا شكر الله أن منحني امرأة في مثل جمالك وشبابك، وأنت صبرت على دمامتي، والشاكر والصابر في الجنة⁽⁵⁾.

ونجد أيضًا من الحقوق المشتركة؛ استمتاع كل من الزوجين بالآخر، وسعي كل منهما على اعفاف الآخر، قال تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأَعْتَابِهِمْ حَافِظُونَ (5) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَلَيْسَ عَلَيْهِمْ عَلَيْهِمْ عَذْرٌ مِّمْلُومِينَ (6) فَمَنْ اتَّبَعَ وِرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (7) ﴾ [المؤمنون: 5، 7]. فعقد النكاح يعطي للزوجين الحق في الاستمتاع الجنسي،

(2) النسائي؛ السنن الكبرى، (الحديث 9103)، باب: حق الرجل على المرأة، ج 8، ص 254.

(3) البزار؛ مسند البزار المشهور باسم البحر الزخار، (الحديث 2665)، باب: أول الخامس والعشرين، والله المعين من حديث، ج 7، ص 108.

(4) ابن ماجه؛ سنن ابن ماجه، (الحديث 1853)، باب: كتاب النكاح، ج 3، ص 59.

(5) د. عبدالسلام الترماني، الزواج عند العرب في الجاهلية والإسلام، ص 110.

بشرط ألا يكون هناك مانع من حيض، أو نفاس، أو ولادة، أو حج، أو صوم فريضة، أما صوم النفل فلا تصوم المرأة إلا بإذن زوجها، وإذا كان عقد النكاح يعطي للزوج الحق في الاستمتاع بزوجه؛ فإنه ينبغي أن يكون الاستمتاع في الموضع الذي أحله الله ﷻ. ومن الحقوق المشتركة بين الزوجين حرمة المصاهرة؛ لأن العقد قد ترتب حرمة بعض أقارب الزوج؛ كآبيه وابنه، حيث يحرم كلاً منها على الزوجة، كما يحرم أيضاً بعض أقاربها على الزوج؛ كأهلها، حرمة مؤبدة، وابنتها إذا دخل بها، وعمتها، وخالتها، وأختها طالما كانت في عصمته، إلى غير ذلك مما يوجب حرمة المصاهرة. وأيضاً من الحقوق المشتركة بين الزوجين التوارث؛ حيث أصبح لكل من الزوجين بمقتضى عقد الزوجية حق كل واحد منها في مال الآخر، فإذا عقد الزوج على زوجته ودخل بها، أو توفي عنها قبل الدخول بها ما لم تكن كناية - لأن الاختلاف في الدين مانع من موانع الميراث - فإنه يحق للزوجة أن ترث زوجها، وكذلك الزوج إن هي ماتت بعد الدخول بها أو قبله، فإنه يرثها، ويستمر حق المرأة في إرث زوجته إن طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعيًا، ومات أحدهما في أثناء العدة، بل يكون لها حق في ماله إن طلقها طلاقاً بائناً وهو في مرض موته، قاصداً بذلك حرمانها من الميراث.

موضوع الدراسة: لقد فرضت الظروف الاجتماعية منذ تاريخ بعيد أن تكون المرأة جسداً فحسب؛ وساعد ذلك على اندثار نفسها وعقلها في طي النسيان، وجعل الناس بمرور الزمن أنّ المرأة يمكن أن يكون لها نفس وعقل، كنفس الرجل وعقله. وإنّ الفكرة التي شاعت منذ التاريخ البعيد عن المرأة على أنّ الرجل سيد المرأة، وأنها ليست إلا أداة لإمتاعه، ووعاء لأطفاله، قد أباحت للمجتمع أن يستأصل من جسد المرأة ما يشاء، ويهمل ما يشاء، لتصبح المرأة مجرد الرحم الذي ينجب الأطفال فقط، وليس لها من الحقوق شيئاً. فقد أثبت الله تعالى لكل من الزوجين حقوقاً على صاحبه، وحق كل واحد منها يقابله واجب الآخر، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ألا إنّ لكم على نساءكم حقاً ولنساءكم عليكم حقاً»⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ الترمذي؛ سنن الترمذي، (الحديث 1163)، باب: ما جاء في حق المرأة على زوجها، ج 3، ص 459. جاء فيه: عن سليمان بن عمرو بن الأحوص قال: حدثني أبي، أنه شهد حجة الوداع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، فحمد الله، وأثنى عليه، وذكر، ووعظ، فذكر في الحديث قصة، فقال: «ألا واستوصوا بالنساء خيراً، فإنما هن عوان عندكم، ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فامهروهن في المضاجع، واضربوهن ضرباً غير مبرح، فإن أظعنكم فلا تغوا عليهن سيلاً، ألا إن لكم على نساءكم حقاً، ولنساءكم عليكم حقاً، فأما حقكم على نساءكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذنن في بيوتكم لمن تكرهون، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن»: "هذا حديث حسن صحيح، ومعنى قوله: «عوان عندكم»، يعني: أسرى في أيديكم".

حقوق الزوجية ثلاثة؛ بعضها مشترك بين الزوجين، وبعضها خاص بكل واحد منها على حدة؛ (حق الزوجة) على زوجها - موضوع الدراسة - وحق الزوج على زوجته.

أهمية الدراسة: لا يخفى على ذي بصيرة أنّ رُقي الأم وتقدمها مرهون بصلاح أفرادها، وأنّ المجتمعات لا يستقيم حالها إلا باستقامة أفرادها من رجال ونساء، وما من أمة تقدمت في ركب التطور، ونالت القيادة بين الأمم، إلا على كواهل رجالها الصالحين، وصالح أفراد المجتمع لا يكون إلا بصالح الأسر؛ لأنّ الأسرة نواة المجتمع، وفي خلاياها تترى الأجيال. وما أنّ ركيزة الأسرة هي المرأة الصالحة؛ فعليه تكمن الأهمية في تبيان حقوقها الزوجية، لكي تستقيم داخل أسرتها، وتكون البذرة التي تعلم ما لها وما عليها لينتفع بها، ومن خلالها تكون بقية الأعزف والفروع صالحة ومثمرة لرفي وتقدم المجتمع.

أهداف الدراسة: تهدف الدراسة إلى استنباط المضامين التربوية المتعلقة بالعلاقة الزوجية، في الجانب الأخلاقي، والاجتماعي، والنفسي، وما يخص الحياة الزوجية عموماً. ومن أهداف الدراسة:

1. إيضاح مفهوم الحقوق وأهمية العلاقة الزوجية.

2. بيان القيم الأخلاقية والاجتماعية في العلاقة الزوجية.

3. تبيان حقوق الزوجة.

منهج الدراسة: يتبع الباحث المنهج الوصفي والمنهج التحليلي لاستنباط المضامين التربوية في العلاقة الزوجية، ومعرفة الحقوق الزوجية.

خطة الدراسة:

المحور الأول / العلاقة الزوجية.

المحور الثاني / حقوق الزوجة.

المحور الأول – العلاقة الزوجية

إن مقاصد الناس من الزواج تتباين، وعلى مقصد المرء من الزواج تنبني حياته، وتستمر باستمرار المقصد والنية، وتذهب بذهاها، فمن تزوج رغبة في ذات الجمال ذهب رغبة الزواج وإقبال النفس بذهاب الجمال، وهو لا محالة زائل، ومن تزوج للمال والجاه كذلك، قال صلى الله عليه وسلم: « من تزوج امرأة لعزها لم يزد الله إلا ذلاً، ومن تزوجها لحسبها لم يزد الله إلا دناءة، ومن تزوج امرأة لم يتزوجها إلا ليغض بصره، أو ليحصن فرجه، أو يصل رحمه، بارك الله له فيها وبارك لها فيه »⁽⁷⁾.

أولاً – مفهوم الزواج وحكمة مشروعيته وحكمه:

1. مفهوم الزواج:

أ. تعريف لزواج:

الزواج لغة: كل شيئين اقترن أحدهما بالآخر فهما زوجان؛ والزوجية مصدر صناعي بمعنى الزواج، يقال بينهما حق الزوجية، وما زالت الزوجية بينهما قائمة⁽⁸⁾.

الزواج اصطلاحاً: عقد يتضمن إباحة الاستمتاع بالمرأة بالوطء، والمباشرة، والتقبيل، والضم، وغير ذلك، إذا كانت المرأة غير محرم بنسب، أو رضاع، أو مصاهرة⁽⁹⁾.

ب. تعريف النكاح:

النكاح في اللغة: الضم والجمع، وحقيقته التداخل والاقتران والاختلاط، يقال: تناكحت الأشجار إذا دخل بعضها في بعض، ومنه قولهم نكحت الحصى أخفاف الإبل، ونكح النوم العين، ومنه قول الله تعالى: ﴿ اخْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ ﴾ [الصافات: 22]. بمعنى قرنائهم الذين كانوا يحضونهم على الظلم ويغرونهم به⁽¹⁰⁾.

(7) المخلص: المخلصيات وأجزاء أخرى لأبي طاهر المخلص، (الحديث رقم 3085)، باب: جزء من حديث المخلص، ج 4، ص 112.

(8) المعجم الوسيط، ص 406.

(9) وهبة الزحيلي، الفقه الحنبلي الميسر وتطبيقاته المعاصرة، ص 94.

(10) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج 4، ص 4.

وفي الاصطلاح الشرعي: عرفه الفقهاء القدامى بتعريفات كثيرة اختلفت في العبارة، إلا أنها ترجع في الجملة إلى موضوع واحد، غير أن تعريف القانون للزواج أحسنها، فعرّفها القانون الليبي الزواج في المادة الثانية من القانون رقم (10) لسنة 1984م، بأنه: " الزواج ميثاق يقوم على أسس من المودة والرحمة والسكينة تحل به العلاقة بين رجل وامرأة ليس أحدهما محرماً على الآخر ".

2.حكمة مشروعية الزواج:

لم تزل الشرائع تهتم بضبط أصول نظام تكوين الأسرة الذي هو اقترن بالأنثى، المعبر عنه بالزواج أو النكاح؛ لأنه أصل تكوين النسل وتأسيس الحياة. لذلك أصبح الزواج يحق مشرفاً يشرف آثاره ونتائج الموافقة لإرادة الله تعالى في بقاء النسل بالإيجاب والتوالد، محافظة على النوع الإنساني من الزوال والافتراض إلى اليوم المعلوم، وموافقة لإرادة رسوله ﷺ بإقامة الأسرة تحصيلًا، وسكناً للنفس، وطلبًا للنسل، وتعاونًا في الحياة، وهذه الحكم والبواعث والغايات يمكن حصرها في النقاط التالية:

أ. عمران الكون وازدهاره.

ب. راحة الرجل والمرأة.

ج. بناء الأسرة.

د. حفظ الأنساب عن الاختلاط(11).

3.حكم الزواج أو الوصف الشرعي للزواج:

المراد بحكم الزواج أو صفته الشرعية ما يثبت له شرعًا من حجة كونه مطلوبًا فعله أو تركه، وله بهذا الاعتبار خمس حالات؛ وهي:

أ. يكون الزواج واجبًا عند عامة الفقهاء إذا توافرت الشروط الآتية:

- القدرة على النفقة وتكاليف المعيشة.

(11) د. عبدالسلام محمد الشريف العالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، ص 41.

• عدم الخوف من ظلم الزوجة عند زواجه منها.

• تيقن الإنسان الوقوع في الزنا إن لم يتزوج.

• عدم القدرة على الصوم.

أما إذا تخلف شرط من هذه الشروط، فلا يكون الزواج فرضاً ولا واجباً.

ب. يكون الزواج حراماً إذا لم يخف على نفسه الوقوع في الزنا، وكان يضر بالمرأة لعدم القدرة على الوطاء، أو على النفقة، أو يتعاطى الكسب الخبيث.

ج. يكون مكروهاً إن لم يشتهيها ولم تكن له القدرة على تحمل نفقات الزواج، ولا حرفة له، ولا صناعة، ولا وظيفة، ولا دخل ثابت وقار.

د. يكون مباحاً لمن لا قدرة له على مواجهة مصاريف الزواج، ولا أرب له في الاستمتاع.

هـ. يكون مندوباً - سنة - في حال الاعتدال⁽¹²⁾.

ثانياً - مفهوم العلاقة الزوجية:

العلاقة الزوجية؛ رابطة شرعية واجتماعية تجمع بين رجل وامرأة على وجه الدوام والاستمرار بشروط مخصوصة عند

أهل العلم الشرعي⁽¹³⁾.

وعلى هذا المفهوم يعتبر الزواج أساس العلاقة بين الرجل والمرأة في الإسلام، كما قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ

حَافِظُونَ (5) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (6)﴾ [المؤمنون: 5، 6].

⁽¹²⁾ راجع في ذلك:

- ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 446.

- ابن راشد، لباب اللباب، ص 84.

- الكساني، بدائع الصنائع، ج 2، ص 288.

⁽¹³⁾ سلطان بن مسفر الصاعدي الحربي، المضامين التربوية للعلاقة الزوجية من خلال كتاب النكاح من صحيح البخاري، ص 53.

ثانيا - طرفي العلاقة الزوجية:

من الواضح أن أي علاقة لها طرفين أو أكثر، والحال في العلاقة الزوجية يستوجب ذلك، إذ لا يتصور قيام علاقة زوجية بدون طرفيها وهما: الزوج والزوجة.

والأصح في لغة العرب أن يطلق على كل من الرجل والمرأة - طرفي العلاقة الزوجية - لفظ الزوج، فتقول المرأة: هذا زوجي، ويقول الرجل: هذه زوجي، وهي اللغة التي نطق بها القرآن⁽¹⁴⁾، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَخْلَقْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مَعَا أَفَاءَ اللَّهِ عَلَيْكَ وَبَنَاتٍ عَمَّاتِكَ وَبَنَاتَ خَالِكَ وَبَنَاتَ خَالَاتِكَ اللَّاتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِن وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْكُمْ فِي أَزْوَاجِكُمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ [الأحزاب: 50]. هذا من حيث الألفاظ، وإلا فإن لفظ زوجة للمرأة قد نطق به النبي ﷺ - وهو أفصح العرب وكلامه وحى يوحى - كما في قوله ﷺ « لك في جراح زوجتك أجرًا »⁽¹⁵⁾. أي أن لفظ الزوجة للمرأة.

ثالثا - أهمية العلاقة الزوجية:

1. الأهمية الإيمانية: العلاقة الزوجية نصف دين المرء، وهي عون له على النصف الثاني، قال ﷺ « من تزوج فقد استكمل نصف الإيمان فليبق الله في النصف الباقي »⁽¹⁶⁾. قال ابن عباس - رضي الله عنهما - « لا يتم نسك الناسك إلا بالنكاح »⁽¹⁷⁾. فغاية الزواج في الإسلام عبادة وتعمير الأرض، وهذه الغاية ثابتة لا تتغير بتغير ظروف المجتمع، ولا تخضع لرغبات الأفراد، ومع هذا فإنها لا تتحقق إلا بأهداف دينية، فيها مصلحة الفرد والجماعة. ويدخل تحت بيان الأهمية الإيمانية للعلاقة الزوجية ما ذكره ابن القيم في بدائع الفوائد من النقاط التالية⁽¹⁸⁾:

أ. إن النكاح ما يثاب عليه المرء من نفقته على امرأته وكسوتها ومسكنها ورفع اللقمة إلى فيها.

ب. إن فيه تكثير الإسلام وأهله وغيظ أعداء الإسلام.

⁽¹⁴⁾ عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ص 9.

⁽¹⁵⁾ ابن حبان: صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، الحديث رقم (4192)، باب: العزل، ج 9، ص 503.

⁽¹⁶⁾ الطبراني: المعجم الأوسط، (الحديث رقم 7647)، باب: من اسمه: محمد، ج 7، ص 332.

⁽¹⁷⁾ أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، 2/ 23.

⁽¹⁸⁾ ابن القيم، بدائع الفوائد، 3/ 158 وما بعدها.

ت. إنّ فيه تعديل قوته الشهوانية الصارفة له عن تعلق قلبه بما هو أنفع له في دينه ودنياه، فإن تعلق القلب بالشهوة أو مجاهدته عليها تصده عن تعلقه بما هو أنفع له، فإنّ الهمة متى انصرفت إلى شيء انصرفت عن غيره.

ث. إنّ فيه تعرضه للبنات إذا صبر عليهن، وأحسن إليهن، كن له سترًا من النار، وأنه إذا قدم له فرطين لم يبلغا الحنث أدخله الله بهما الجنة.

ج. إنّ فيه استجلابه عون الله كما الحديث المرفوع: « ثلاثة حق على الله عونهم: المكاتب الذي يريد الأداء، والناكح الذي يريد العفاف، والمجاهد في سبيل الله » (19).

2. الأهمية الأخلاقية: إنّ أخلاق المجتمع هي الواجحة الحقيقية التي من خلالها يقيم المجتمع، وأخلاق الأسرة النافذة التي من خلالها ينظر إلى المجتمع، وأخلاق أفراد الأسرة هي البنية الأساسية لأخلاق المجتمع.

والأخلاق عبارة عن هيئة في النفس، راسخة عنها، تصدر الأفعال بسهولة ويسر من غير حاجة إلى فكر وروية، فإن كانت الهيئة بحيث تصدر منها الأفعال الجميلة المحمودة عقلاً وشرعاً سميت تلك الهيئة خلقاً حسناً، وإن كان الصادر عنها الأفعال القبيحة سميت الهيئة التي هي المصدر خلقاً سيئاً⁽²⁰⁾. وإنّ من أسس الاختيار لطرفي العلاقة الزوجية؛ الأخلاق، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلاّ تفعلوا تكن فتننة في الأرض وفساد عريض »⁽²¹⁾.

والعلاقة لا تقوم على الأخلاق لا يمكن أن تستمر، أو أن تؤتي ثمارها المرجوة، وأطفال لا ينعمون بأخلاق رفيعة، ولا يغذون بالأخلاق في كل صغيرة وكبيرة، ولا يعيشونها واقعاً ملموساً مطبقاً، لا يمكن أن تستقيم لهم الحياة، ولا أن تظهر الأخلاق على تصرفاتهم⁽²²⁾.

(19) النسائي؛ السنن الكبرى، (الحديث 4995)، باب: المكاتب، ج 5، ص 47.

(20) أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، ج 3، ص 53.

(21) الترمذي؛ سنن الترمذي، (الحديث رقم 1084)، باب: ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، ج 3، ص 386.

(22) سلطان بن مسفر الصاعدي الحربي، المضامين التربوية للعلاقة الزوجية من خلال كتاب النكاح من صحيح البخاري، ص 69.

3. الأهمية الاجتماعية: الاجتماع وسيلة من وسائل الأخلاق الفاضلة، ونزعة إنسانية باقية، وبوجود الإنسان مع الجماعة تنشط روح المنافسة، والاجتماع يذكي في الأفراد روح التفوق والرغبة في إظهار ما لديهم من قدرات، وهذا الدافع لا يتحرك إلا من خلال الجماعة.

إن الأسرة هي أول جماعة يعيش فيها الطفل ويشعر بالانتماء إليها، وهو بهذا يكتسب أول عضوية في جماعة، ويؤثر نمط هذه الجماعة وعلاقتها على علاقاته فيما بعد مع الجماعات الأوسع في الخارج، فالأسرة كجماعة وظيفية تزود أعضائها بكثير من الاشباع الأساسية⁽²³⁾.

وان كانت الأسرة دعامة الأمة؛ فإن الزواج عماد الأسرة، ومن هنا تبدو أهمية الزواج في الأسرة، كما تبدو أهمية الأسرة للمجتمعات والأمم. وفي الأسرة يتلقى أطراف العلاقة الزوجية القيم الاجتماعية ويتقاسمون بها بينهم، وفيها ينشأ الطفل ويتعرف على المجتمع وقيمه وآدابه، بل إن الأسرة هي الحلقة الاجتماعية الأولى التي يتفاعل معها النشء الجديد⁽²⁴⁾.

4. الأهمية النفسية: العلاقة الزوجية علاقة جسدية ممتعة لأقصى ما تكون درجات المتعة في حالة ممارستها بشكل صحيح، ولكنها لا تتوقف عند حدود الجسد، وإثا هي علاقة لها امتدادات عاطفية وإنسانية وروحية هائلة⁽²⁵⁾، والحقيقة أن الزواج هو المخلص الوحيد من هذا كله؛ لأنه السبيل المشروع لإشباع هذه الغريزة وإروائها، فيه تسكن النفس، ويهدأ البدن من الاضطراب، ويكف عن النظر والتطلع إلى الحرام⁽²⁶⁾. وفي العلاقة الزوجية سكن للنفس ومودة ورحمة، قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْتَبِرُونَ﴾ [الروم: 21]. وفيها تلبية لكثير من الحاجات النفسية؛ كالحاجة لتقدير الذات، والحب، والحنان، وفيها محضن تربوي نفسي للأبناء، والمحافظة على الصحة النفسية، والقضاء على كثير من الاعتلال النفسي، والاكنتاب، والعقد النفسية.

⁽²³⁾ أحمد محمد الكندري، علم النفس الأسري، ص 17.

⁽²⁴⁾ سلطان بن مسفر الصاعدي الحربي، المضامين التربوية للعلاقة الزوجية من خلال كتاب النكاح من صحيح البخاري، ص 71.

⁽²⁵⁾ محمد عبدالفتاح المهدي، الصحة النفسية للمرأة، ص 125.

⁽²⁶⁾ محمد محمد جاد، الإسلام والعلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة، ص 17.

5. الأهمية الجنسية: العلاقة الجنسية من أساسيات العلاقة الزوجية، بل إنّ هذه الغريزة الجنسية من أقوى الغرائز وأعنفها وأعمقها، والحقيقة أنّ الزواج هو المخلص الوحيد من هذا كله؛ لأنّه السبيل المشروع لإشباع هذه الغريزة وإروائها⁽²⁷⁾.

والإسلام ينظر إلى العلاقة الجنسية على أنّها نوع من العبادة يؤجر عليه المسلم، عن أبي ذر أنّ ناسًا من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قالوا: يا رسول الله ذهب أهل الدثور بالأجور يصلون كما نصلي، ويصومون كما نصوم، ويتصدقون بفضول أموالهم. قال: «أوليس قد جعل الله لكم ما تصدقون؟ إنّ بكلّ تسبيحة صدقة، وكلّ تكبيرة صدقة، وكلّ تحميدة صدقة، وكلّ تهليلة صدقة، وأمر بالمعروف صدقة، ونهي عن منكر صدقة، وفي بضع أحدكم صدقة». قالوا يا رسول الله أيأتي أحدنا شهوته ويكون له فيها أجر؟ قال: «أرأيتم لو وضعها في حرام أكان عليه وزر؟ فكذلك إذا وضعها في الحلال كان له أجر»⁽²⁸⁾.

والعلاقة الجنسية وإن كان المقصود منها إشباع الغريزة الفطرية فهي أيضًا مقصودة لحفظ النوع البشري، وبقاء النسل، وحصول الذرية الصالحة.

⁽²⁷⁾ محمد محمد جاد، الإسلام والعلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة، ص 17.

⁽²⁸⁾ مسلم: المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، (الحدِيث رقم 2292)، باب: أبواب الجمعة، ج 3، ص 82.

المحور الثاني - حقوق الزوجة

عزيزي الزوج !!!

قال ﷺ « رفقا بالقوارير »⁽²⁹⁾. فأتم تتعاملون مع مخلوق رقيق المشاعر، يعطي بلا حدود، كله حنان وعطف، والكيس من اكتشف هذه الأحاسيس والمشاعر وأحسن توجيهها.

فلا شك أنّ الزوجة الصالحة من أعظم نعم الله ﷻ على الرجل بعد نعمة الإسلام؛ ولذلك يجب على الرجل حفظها ورعايتها، وأن يشكر ربه على هذه النعمة.

تستحق الزوجة على زوجها حقوقاً مالية؛ وهي: المهر، والنفقة، وحقوقاً غير مالية؛ وهي: عدم الإضرار بها، والعدل بينها وبين زوجاته الأخريات إن كان متعدد الزوجات.

ومن حق المرأة على الرجل أن يرفق بها، وأن يلطف لها القول، فهي لقوة انفعالها مرهفة الحس، لذلك أطلق عليها النبي ﷺ على النساء اسم " القوارير " وهي تسمية مجازية تقوم على تشبيه المرأة بالزجاجة الرقيقة هينة الكسر، فكان يقول: « رفقا بالقوارير »⁽³⁰⁾، وقد سوى ﷺ بالرفق بين المرأة واليتيم؛ فقال: « اللهم إني أخرج حق الضعيفين؛ اليتيم والمرأة »⁽³¹⁾.

فالمرأة في الزواج لها شخصيتها المدنية الكاملة، فالزوج في الإسلام لا يسلب المرأة أي شيء من حقوقها، بل تبقى تتمتع بكامل حقوقها المدنية، مستقلة بذلك عن زوجها، فلا يجوز للزوج أن يأخذ شيئاً من مالها؛ قل ذلك الشيء أو أكثر، إلا إذا كان ذلك برضاها، وعن طيب نفس منها.

⁽²⁹⁾ النسائي؛ السنن الكبرى، (الحديث 10284) جاء فيه: عن أنس قال: كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم حادٍ حسن الصوت، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: " رويدك يا أمّ حنسة لا تكسر القوارير " يعني ضَعْفَةَ النساء. باب: الحدو في السفر، ج 9، ص 194.

⁽³⁰⁾ النسائي؛ (الحديث 10284)، تم تخريجه في الهامش السابق.

⁽³¹⁾ ابن ماجه؛ سن ابن ماجه، (الحديث 3678)، باب: حق اليتيم، ج 2، ص 1213.

المبحث الأول - حقوق الزوجة المالية

أولاً - حق الزوجة في المهر:

لقد فرض الله ﷻ للمرأة على الرجل المهر، وذلك ليكون دلالة على صدق الرجل في الارتباط بالمرأة، وأن يكون هذا الزواج من أجل إنشاء أسرة يعيش فيها الزوجان عيشة هنيئة، وإن المهر فيه تعظيم لأمر النكاح وإعلاء لشأنه، فلا يقدم عليه إلا من كان صادقاً في طلبه، والمهر علامة على استعداده للمحافظة على هذه الرابطة التي امتن الله ﷻ بها على عباده، وعليه فالمهر حق خالص للمرأة.

1. حقيقة المهر ومشروعيته:

المهر لغة: صدق المرأة، والجمع محور ومهورة، والمهر ما يدفعه الزوج إلى زوجته بعقد الزواج⁽³²⁾. يقال: أصدق المرأة حين تزوجها، أي جعل لها صداقاً، وقيل أصدقها أي سمى لها محمراً، وقد مهر المرأة بمهرها وبمهرها محمراً أم حديث أم حبيبة؛ وأمهرها النجاشي من عنده، ساق لها مهرها، وهو الصداق⁽³³⁾. وكما يسمى المهر فريضة لقوله ﷻ: ﴿وَقَدْ فَرَضْتُ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: 237]، وسمي طولاً لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: 25].

المهر اصطلاحاً: عرف العلماء المهر بتعريفات عديدة؛ منها:

- **الحنفية:** المهر؛ هو مال زائد وجب للزوجة إزاء احتباسها عنده بمنزلة النفقة⁽³⁴⁾. كما عرفوه بتعريف آخر؛ بأنه: المال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع، إما بالتسمية أو بالعقد⁽³⁵⁾.
- **المالكية:** المهر؛ هو المال الملتمزم للمخطوبة للملك عصمتها⁽³⁶⁾.
- **الشافعية:** المهر؛ هو ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهراً كرضاع ورجوع شهود⁽³⁷⁾.

⁽³²⁾ ابن منظور، لسان العرب، ج 5، ص 184.

⁽³³⁾ ابن منظور، لسان العرب، ج 5، ص 889.

⁽³⁴⁾ السرخسي؛ المبسوط، ج 5، ص 62 وما بعدها.

⁽³⁵⁾ البارني؛ شرح العناية على الهداية، ج 3، ص 316.

⁽³⁶⁾ عليش؛ منح الجليل على مختصر سيدي خليل، ج 3، ص 415.

• الحنابلة: المهر؛ هو العوض في النكاح ونحوه(38).

مشروعية المهر: اتفق الفقهاء على وجوب المهر للزوجة على الزوج، واستدلوا على ذلك بأدلة من الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

• الكتاب: قال تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاصَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء: 24]. وقال تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: 4].

• السنة: عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن عبد الرحمن بن عوف تزوج امرأة من الأنصار؛ فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «كم أصدقتها؟» قال: «وزن نواة من ذهب» (39).

عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً، ولم يدخل بها حتى مات، فقال: فإني أقول فيها أن لها صداقاً كصداق نساءها، لا وكس ولا شطط، قال: وإن لها الميراث وعليها العدة، فإن يك صواباً فمن الله، وإن يك خطأً فهمي ومن الشيطان، والله ورسوله بريتان، فقام ناس من أشجع... فقالوا: يا بن مسعود نحن نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضاها فينا في بروع بنت واشق⁽⁴⁰⁾.

• الإجماع: أجمع المسلمون على وجوب المهر للمرأة على الرجل، وعلى عدم جواز خلو عقد النكاح عن مهر، ولم يرد في ذلك خلاف(41).

(37) الشريبي: مغني المحتاج، ج 4، ص 366.

(38) البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، ج 5، ص 142.

(39) البخاري: الجامع المسند الصحيح المختصر - من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، (الحديث رقم 5167)، باب:

الوليعة ولو بشاه، ج 7، ص 24.

(40) ابن الأثير: جامع الأصول في أحاديث الرسول، باب: الفرع الأول: فمن لم يسم لها صداق، ج 7، ص 16.

(41) راجع في ذلك:

- ابن قدامة: المغني، ج 6، ص 679.

• من المعقول: إنَّ الزواج لو أُيِّح بدون أن يجب فيه المهر على الزوج؛ لأدّى ذلك إلى ابتذال النساء والحط من قدرهن، وإلى الاستهانة بأمر الزواج، فتقطع العلاقة الزوجية لأنفقه الأسباب، حيث إنَّ الزواج لم يكلفه شيئاً من المهر، أمّا إذا دفع محرماً؛ فإنَّ ذلك يحمله على التأيي في الطلاق، فلا يقدم عليه إلا عند الحاجة، أو الضرورة الشديدة(42).

2. أحوال ثبوت المهر:

أ. حالة ثبوت جميع المهر: يجب جميع المهر للزوجة بالعقد الصحيح بثلاثة شروط:

أولاً: الدخول الحقيقي: وبه يتأكد جميع المهر بكافة أنواعه، سواء كان محر المثل، أو كان المهر المسمى، وسواء أكانت التسمية قبل العقد أم بعدها، فإذا تأكد المهر بالدخول؛ فإنه لا يسقط منه شيء بعد ذلك، إلا بالإبراء من صاحب الحق، أو بالحط جزء منه⁽⁴³⁾. ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَرْضَةً فَرَضُوا فَرِيضَةً مِمَّا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَصْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [البقرة: 237].

ثانياً: الموت: يعتبر الموت أحد مؤكّدات المهر عند الفقهاء⁽⁴⁴⁾، وبه يتقرر كامل المهر، ولا فرق بين وفاة الزوج أو الزوجة؛ لأنَّ المهر يثبت بالعقد إلى أن يوجد ما يسقطه، أو يسقط بعضه؛ ولأنَّ العقد لا يفسخ بالموت، بل ينتهي به⁽⁴⁵⁾.

ثالثاً: الخلو الصحيح⁽⁴⁶⁾: اختلف الفقهاء في أثر الخلو الصحيح على المهر إلى مذهبين.

- القرطبي؛ الجامع لأحكام القرآن، ج 5، ص 26.
- (42) بدران؛ الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج 1، ص 184.
- (43) راجع في ذلك:
- الكسائي؛ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 2، ص 291.
- ابن رشد؛ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ص 22.
- (44) انظر في ذلك:
- الكسائي؛ بدائع الصنائع، ج 2، ص 294.
- ابن رشد، بداية المجتهد، ج 5، ص 22.
- الغرياني؛ مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 2، ص 599.
- ابن العربي؛ أحكام القرآن، ج 1، ص 289.
- (45) الكسائي، بدائع الصنائع، ج 2، ص 295.

المذهب الأول: الحنفية، والشافعية في القديم، وقال به الحنابلة⁽⁴⁷⁾:

إن الخلوة الصحيحة يتقرر بها جميع المهر، فلو طلق الزوج زوجته بعد أن اختلى بها خلوة صحيحة؛ فإن لها محراً كاملاً. وروى عن الإمام أحمد إضافة إلى ذلك: "إن من استمتع بامرأته مباشرة فيما دون الفرج من غير خلوة كالقبلة ونحوها فكل ذلك يكمل به الصداق، وقال: إذا أخذها ففسها وقبض عليها من غير أن يخلو بها فلها الصداق كاملاً إذا نال منها شيئاً لا يخل لغيره، وفي رواية: من تزوج امرأة ونظر إليها وهي عريانة تغتسل وجب عليه المهر، وروى أيضاً: إذا اطلع منها على ما يحرم على غيره فعليه المهر؛ لأنه نوع استمتاع فهو كالقبلة"⁽⁴⁸⁾. قال عليه السلام: « من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق، دخل بها أو لم يدخل »⁽⁴⁹⁾.

المذهب الثاني: المالكية والشافعي في الجديد:

قالوا أنّ الخلوة الصحيحة ليس لها أثر في تقرير المهر، فلو طلق الزوج زوجته بعد أن اختلى بها خلوة صحيحة فليس لها سوى نصف المهر⁽⁵⁰⁾، وأضاف المالكية أنّ المهر يتقرر بإقامة الزوجة سنة بعد الاختلاء بها، حيث كان الزوج بالغاً وهي مطيقة، لتنزل إقامة سنة مقام الوطاء، وذلك في حالة ما لو كان الزوج عيباً⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁶⁾ تعريف الخلوة لغة واصطلاحاً:

- الخلوة لغة: مكان الاضراء بالنفس أو غيرها، والخلوة الصحيحة في الفقه: إغلاق الرجل الباب على زوجته واضراءه بها. مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ج 1، ص 245.

- الخلوة اصطلاحاً: الخلوة الصحيحة؛ هي أن يجتمع الزوجان في مكان آمنين من اطلاع الغير عليها بلا إذهابها وأن يكون الزوج بحيث يمكن من الوطاء بلا مانع حسي أو طبعي أو شرعي. الأيباني؛ شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج 1، ص 82.

⁽⁴⁷⁾ راجع في ذلك:

- السرخسي، المبسوط، ج 5، ص 149.

- النووي؛ المجموع، ج 16، ص 347.

- البهوتي؛ شرح منتهى الإرادات، ج 3، ص 76.

⁽⁴⁸⁾ ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 727.

⁽⁴⁹⁾ البيهقي؛ السنن الكبرى، (الحديث 14487)، باب: من قال من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد، ج 7، ص 418.

⁽⁵⁰⁾ راجع في ذلك:

- ابن العربي، أحكام القرآن، ج 1، ص 218.

- ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص 23.

- النووي، المجموع، ج 16، ص 347.

⁽⁵¹⁾ ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص 23.

أ. حالة ثبوت نصف المهر: المهر يجب بالعتد في النكاح الصحيح؛ لأنه حكم من أحكامه، لكن هذا الوجوب على خطر السقوط ما لم يتأكد بأحد مؤكدات المهر، مثل الدخول أو الموت، فإن الزوج إذا طلق زوجته قبل الدخول - سواء حقيقي أو حكيم - فقد سقط نصف المهر، وإنما يجب للزوجة النصف الآخر فقط⁽⁵²⁾. قال تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَرْصَةٌ فَرَضُوا عَلَيْهُنَّ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَلْسُزُوا الْفُضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [البقرة: 237].

ب. آراء العلماء في أقل المهر: اتفق الفقهاء على أن المهر لا حد لأكثره واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِخْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا﴾ [النساء: 20]. إلا أنهم اختلفوا في أقل المهر، هل هو مُقدر أم لا؟ إلى مذهبين:

المذهب الأول: وهم المالكية والحنفية:

ذهبوا إلى أن أقل المهر مُقدر، إلا أنهم اختلفوا في أقل المهر إلى فريقين:

الحنفية: قالوا أن أقل المهر هو عشرة دراهم، أو ما قيمته عشرة دراهم⁽⁵³⁾.

المالكية: قالوا إن أقل المهر هو ربع دينار من الذهب، أو ثلاثة دراهم كلاً من فضة خالصة، أو قيمة ذلك من العروض⁽⁵⁴⁾.

المذهب الثاني: الشافعية والحنابلة:

قالوا أن المهر غير مُقدر سواء فيه القليل والكثير⁽⁵⁵⁾.

ثانياً - حق الزوجة في المتعة والنفقة:

1. حق الزوجة في المتعة:

أ. تعريف المتعة:

⁽⁵²⁾ أبو زهرة؛ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 224.

⁽⁵³⁾ الكسائي، بدائع الصنائع، ج 2، ص 275.

⁽⁵⁴⁾ ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص 18.

⁽⁵⁵⁾ راجع في ذلك:

- الشافعي؛ الأم، ج 5، ص 63.

- المرادوي؛ الإيضاف، ج 8، ص 229.

- ابن القيم؛ زاد المعاد في هدي خير العباد، ج 4، ص 37.

المتعة في اللغة: تطلق المتعة على عدة أشياء؛ منها: ما يتمتع به من الصيد والطعام، والمتعة أن تضم عمرة إلى حجك، وزواج المتعة: أن تتزوج امرأة تتمتع بها وقتًا ما، ولا تريد إدامتها إلى نفسك⁽⁵⁶⁾. ومتعة المرأة: ما وصلت به بعد الطلاق لتنتفع به، من نحو مال، أو خادم، والجمع متع⁽⁵⁷⁾. والمراد هنا بالمتعة: ما يعطيه الزوج إلى زوجته بعد الطلاق، من مال أو غيره لتنتفع به، وذلك جبرًا لخاطرها.

المتعة في الاصطلاح:

الحنفية: هي ما تعطاه المرأة بحيث لا تزداد على نصف مهر المثل، ولا تنقص عن خمسة دراهم⁽⁵⁸⁾.

المالكية: المتعة ما يؤمر الزوج بإعطائه الزوجة لطلاقه إياها⁽⁵⁹⁾.

الشافعية: المتعة اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقتها إياها⁽⁶⁰⁾.

الحنابلة: هي ما يجب على زوج لزوجته بطلاقها قبل الدخول⁽⁶¹⁾.

ب. مقدار المتعة: لم يرد نص في تقدير المتعة، لذلك فقد اجتهد الفقهاء في تقديرها، وبناء على ذلك اختلفوا في هذا المقدار.

الحنفية: أن المتعة يجب ألا تزيد عن نصف مهر المثل، كما وأنها يجب ألا تنقص عن خمسة دراهم⁽⁶²⁾.

المالكية: ذهبوا إلى أن المتعة ليس لها حد، لا في قليل أو كثير، وقال مالك: ولا أرى أن يقضى بها وهي من الحق عليه،

ولا يعدى فيها السلطان، وإتيا هي شيء إن طاع به أداه، فإن أبي لم يجبر على ذلك⁽⁶³⁾.

⁽⁵⁶⁾ راجع في ذلك:

- ابن منظور، لسان العرب، ج 8، ص 329.

- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج 2، ص 852 وما بعدها.

⁽⁵⁷⁾ راجع في ذلك:

- ابن منظور، لسان العرب، ج 8، ص 330.

- المعجم الوسيط، ج 2، ص 852 وما بعدها.

⁽⁵⁸⁾ ابن عابدين؛ رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 3، ص 111.

⁽⁵⁹⁾ المواق؛ التاج والإكليل - شرح مختصر خليل، ج 5، ص 412.

⁽⁶⁰⁾ الشرييني، مغني المحتاج، ج 4، ص 398.

⁽⁶¹⁾ السيوطي؛ مطالب أولي النهي، ج 5، ص 220.

⁽⁶²⁾ راجع في ذلك:

- الكسائي، بدائع الصنائع، ج 2، ص 304.

- أبوزهرة، الأحوال الشخصية، ص 233.

⁽⁶³⁾ مالك؛ المدونة الكبرى - رواية مضمون بن سعيد التنوخي عن عبدالرحمن بن قاسم، ج 3، ص 952.

الشافعية: أنّ المستحب أن يمتنعها بخادم أو مقنعة - ما يغطي به الرأس - على أن لا تنقص المتعة عن ثلاثين درهماً، أو ما قيمته، كما ويسن أن لا تبلغ نصف محر المثل، فإن بلغت أو جاوزته جاز ذلك⁽⁶⁴⁾. أمّا الواجب ففيه وجهان: الأول: ما يقع عليه الاسم، كما يجري ذلك في الصداق. الثاني: وهو المذهب؛ أن تقدير المتعة راجع إلى اجتهاد الحاكم وتقديره⁽⁶⁵⁾.

الحنابلة: قالوا إنّ أعلى المتعة خادم، وأدناها كسوة، يجوز لها أن تصلي فيها - درعاً، وخمازاً، وثوباً - إلا أن أراد أن يزيدها، أو أرادت هي أن تنقصه.

1. حق الزوجة في النفقة:

أ. تعريف النفقة:

النفقة في اللغة: اسم من الإنفاق؛ والنفقة: ما ينفق من الدراهم ونحوها، وتأتي بمعنى الزاد، كما وتطلق النفقة ويراد بها ما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام، والكساء، والسكنى، والحضانة⁽⁶⁶⁾.

النفقة في الاصطلاح:

الحنفية: إنها الطعام، والكسوة، والسكنى⁽⁶⁷⁾.

المالكية: ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف⁽⁶⁸⁾.

الشافعية: من الإنفاق؛ وهو الإخراج، ولا يستعمل إلا في الخير⁽⁶⁹⁾.

الحنابلة: إنها كفاية من يمونه خبزاً، وإداماً، وكسوة، ومسكناً⁽⁷⁰⁾.

النفقة في القانون: تشمل النفقة المسكن والطعام والكسوة والعلاج وكل ما به مقومات الحياة⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁴⁾ راجع في ذلك:

- النووي، المجموع، ج 16، ص 391.

- الشريفي، مغني المحتاج، ج 4، ص 399.

⁽⁶⁵⁾ النووي، المجموع، ج 16، ص 391.

⁽⁶⁶⁾ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج 2، ص 942.

⁽⁶⁷⁾ ابن نجيم؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 4، ص 188.

⁽⁶⁸⁾ الحرشي، شرح مختصر خليل، ج 4، ص 183.

⁽⁶⁹⁾ الشريفي، مغني المحتاج، ج 5، ص 151.

⁽⁷⁰⁾ البهوتي، الروض المربع، ج 1، ص 618.

من حق المرأة على زوجها أن ينفق عليها، وألا يقتر إذا كان ذا طول واقتدار؛ فالمرأة تحب المال لتنفق في زينتها، وفي كل ما يجلو محاسنها، لتستر زوجها بالنظر إليها⁽⁷²⁾، وقد عبر ابن عربي عن حب المرأة للمال، حين سئل عن حاله مع أهله؛ فقال⁽⁷³⁾:

إذا رأت أهل بيتي الكيس ممتلئاً *** تبسمت وندت مني تمازحني

وإن رآته خلياً من دراهمه *** تجهمت واثنت عني تقايجني

ب. **مشروعية النفقة:** استدل العلماء على مشروعية النفقة بأدلة من الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

الكتاب: قال تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ [الطلاق: 7]. وقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: 233]. وقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْقَضُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء: 34].

السنة: أن رسول الله ﷺ خطب الناس، فقال: « اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، وإن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهون، فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح، وله عليكم رزقه، وكسوتهن بالمعروف »⁽⁷⁴⁾.

الإجماع: اجمع العلماء على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها⁽⁷⁵⁾، يقول ابن رشد: اتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة...⁽⁷⁶⁾.

(71) المادة (22) من القانون الليبي رقم (10) لسنة 1984م، بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارها.

(72) الترمذاني، الزواج عند العرب في الجاهلية والإسلام، ص 108.

(73) التلمساني، فسخ الطيب من غصن الأندلس الرطيب، ج 2، ص 167.

(74) النسائي؛ (الحديث 9135)، باب: إيجاب نفقة المرأة وكسوتها، ج 8، ص 269.

(75) الكسائي، بدائع الصنائع، ج 4، ص 16.

(76) ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص 54.

المالكية: وصول لبن امرأة أو ما حصل منه الغذاء في جوف طفل في الحولين⁽⁸²⁾.

الشافعية: اسم لحصول لبن امرأة أو ما حصل منه في جوف طفل بشروط⁽⁸³⁾.

الحنابلة: مص من دون الحولين لبناً ثابت عن حمل أو شربه أو نحوه⁽⁸⁴⁾.

ب. مشروعية أجره الرضاعة:

وردت العديد من الأدلة على مشروعية أجره الرضاعة من الكتاب، والإجماع، والمعقول.

الكتاب: قال تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْمَلُوا بِنِعْمَةِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يَمَّا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [البقرة: 233]. وقوله: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أَوْلَادَهُنَّ وَأَتَمَّرُوا لِنَفْسِكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَسَرِّضُوا لَهُ أُخْرَى﴾ [الطلاق: 6].

الإجماع: نقل عن صاحب كتاب المغني؛ وأجمع أهل العلم على جواز استئجار الظئر؛ وهي المرضعة⁽⁸⁵⁾.

المعقول: إن الحاجة تدعو إلى أخذ الأجرة على الرضاع فوق دعائها إلى غيره، فإن الطفل في العادة إنما يعيش بالرضاع؛ لأنه لا يوجد طعام يناسب الصغير سوى لبن الأم، وقد يتعذر رضاعه من أمه بسبب من الأسباب - كموت الأم، أو أن تكون غير قادرة على الإرضاع - فلو لم تُشرع أجره الرضاعة لتعذر في أحيان كثيرة إيجاد مرضعة للصغير، وكان إضراراً بالصبي، والإسلام قد نهى عن الضرر، فقال النبي صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁸⁶⁾. فدل على مشروعية أجره الرضاع وعلى جوازها، فهي جائزة كالأجارة في سائر المنافع⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸²⁾ الكششناوي؛ أسهل المدارك شرح إرشاد المسالك، ج 2، ص 210.

⁽⁸³⁾ الشريبي، الإقناع، ج 2، ص 333.

⁽⁸⁴⁾ الهبوتي، الروض المربع، ج 2، ص 357.

⁽⁸⁵⁾ ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 82.

⁽⁸⁶⁾ ابن ماجه: سنن ابن ماجه، (الحدِيث 2340)، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، ج 2، ص 784.

⁽⁸⁷⁾ ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 82.

2. حق الزوجة في الحضانة:

أ. تعريف الحضانة:

الحضانة في اللغة: من الحضن؛ يقال: حضنه، حضناً، وحضانة، جعله في حضنه، وحضن الرجل الصبي: رعاه ورباه، فهو حاضن، وجمع حاضنة حواضن⁽⁸⁸⁾.

والحاضنة: الداية التي تقوم على تربية الصغير، والحضانة: الولاية على الطفل لتربيته وتدريب شئونه، والحضن: ما دون الإبط إلى الكشح⁽⁸⁹⁾.

الحضانة في الاصطلاح: تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ويقويه عما يضره، ولو كبيراً مجنوناً، كأن يتعهد بغسل جسده، وثيابه، ودهنه، وكحله، وربط الصغير في المهد وتحريكه لينام⁽⁹⁰⁾.

الحضانة في القانون: حفظ الولد وتربيته ورعاية شؤونه وتوجيهه من حين ولادته إلى أن يبلغ الذكر، ويتم الدخول بالأثني، وذلك بما لا يتعارض مع حق الولي⁽⁹¹⁾.

ب. مشروعية الحضانة: ثبتت مشروعية الحضانة بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

الكتاب: قال تعالى: ﴿ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنْتَ لَتَيْمِهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَتَيْمِهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾ [آل عمران: 44]. وقوله تعالى: ﴿وَاحْفَظْ لَهُمَا جَنَاحَ الذَّلِيلِ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيْتَنِي صَغِيرًا﴾ [الإسراء: 24].

السنة: ما روي؛ (عن علي قال: لما صدرنا من مكة إذا ابنة حمزة تنادي يا عم، يا عم، فتناولها علي فأخذها فقال لفاطمة دونك ابنة عمك، فحملها فاختصم فيها علي، وجعفر، وزيد فقال علي أنا أحق بها، وهي ابنة عمي وقال جعفر: «ابنة عمي

⁽⁸⁸⁾ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج 1، ص 182.

⁽⁸⁹⁾ المعجم الوسيط، ج 1، ص 182.

⁽⁹⁰⁾ الشريبي، الإقناع، ج 2، ص 354.

⁽⁹¹⁾ الفقرة (أ / 62) من القانون الليبي رقم (10) لسنة 1984م، بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارها.

وخالتها تحتي» وقال زيد: «بنت أخي» فقضى بها رسول الله ﷺ لخالتها وقال: «الحالة بمنزلة الأم» وقال لعلي: «أنت مني، وأنا منك» وقال: لجعفر: «أشبهت خلقي وخلقي» وقال لزيد: يا زيد «أنت أخونا ومولانا»⁽⁹²⁾.

الإجماع: ما روي أن عمر بن الخطاب ﷺ طلق زوجته جميلة أم عاصم الأضرارية، وكان له منها عاصم، فتنازعا عليه، فاحتكما إلى أبي بكر ﷺ فحكم لها بالطفل، وذلك حتى يشب الصبي، وفي ذلك الوقت كان الصحابة موجودين ومتوافرين ولم يذكر أن أحداً منهم أنكر عليه ذلك، فكان ذلك إجماعاً منهم على مشروعية الحضانة⁽⁹³⁾.

المعقول: إن الطفل وهو صغير لا يستغني عن برعايته وتربيته، والآكان ذلك سبباً في هلاكه، فالصغير لو ترك بدون رعاية أو تربية لا يصلح حاله، فدل ذلك على مشروعية الحضانة⁽⁹⁴⁾.

رابعاً - حق الزوجة في المسكن والميراث:

1. حق الزوجة في المسكن:

أ. تعريف المسكن:

المسكن في اللغة: المسكن؛ المنزل والبيت والجمع مساكن، والسكن: ما يسكن إليه من أهل، ومال، وغير ذلك⁽⁹⁵⁾.

المسكن في الاصطلاح: لم يضع الفقهاء تعريفاً اصطلاحياً له، بيد أنه كان اعتمادهم على تعريفه اللغوي. بينما الحنفية أوردوا تعريفاً للسكنى؛ فقالوا: السكنى؛ المكث في مكان على سبيل الاستقرار والدوام⁽⁹⁶⁾.

ب. مشروعية أجره السكن: استدلل الفقهاء على مشروعية أجره السكن بالعديد من الأدلة، من الكتاب، والسنة، والمعقول:

⁽⁹²⁾ النسائي؛ السنن الكبرى، (الحديث 8402)، ج 7، ص 433.

⁽⁹³⁾ راجع في ذلك:

- الكسائي، بدائع الصنائع، ج 4، ص 42.

- ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 612.

⁽⁹⁴⁾ ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 612.

⁽⁹⁵⁾ ابن منظور، لسان العرب، ج 13، ص 211.

⁽⁹⁶⁾ السرخسي، المبسوط، ج 8، ص 161.

الكتاب: قال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُمْ لِأَنْ تَصَيَّبُوا عَلَيْهِمْ﴾ [الطلاق: 6].

وقوله: ﴿لَا تُخْرِجُوهُمْ مِنْ بُيُوتِهِمْ وَلَا تَجْرَأْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾ [الطلاق: 1].

السنة: أن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها، فلم يجعل لها النبي ﷺ نفقة، ولا سكنى، وإثما قال: «إثا النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة»⁽⁹⁷⁾. وأن النبي ﷺ أمر فريعة بنت مالك بقوله: «امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله، قالت: فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً»⁽⁹⁸⁾.

المعتول: إن المرأة لا تستغني عن المسكن للاستئجار عن العيوب، وللتصرف، والاستمتاع، وحفظ المتاع، وهي ممنوعة من الخروج لحق الزوج عليها، لذلك وجب على الزوج توفير المسكن لها، أو إعطائها أجره للمسكن⁽⁹⁹⁾.

2. حق الزوجة في الميراث:

أ. تعريف الميراث:

الميراث في اللغة: الميراث من الإرث وهو الأصل، يقال: هو في إرث صدق، أي في أصل صدق، وهو على إرث كذا، أي أمر قديم توارثه الآخر عن الأول⁽¹⁰⁰⁾. ويطلق الإرث ويراد منه انتقال الشيء من قوم إلى قوم آخرين، ويطلق ويراد منه الموروث، وهو المال الذي يتركه الميت، ويقاربه في هذا المعنى التركة، لكن الميراث يشمل انتقال الماديات والمعنويات؛ كالمال، والعلم، والمجد، والشرف⁽¹⁰¹⁾.

الميراث في الاصطلاح: الكثير من العلماء عرفوا الميراث على أساس إته علم، وعرفوه عند تحديدهم عن الفرائض من ذلك:

الحنفية: الفرائض؛ هو علم بأصول من فقه وحساب تعرف حق كل وارث من التركة⁽¹⁰²⁾.

المالكية: الفرائض؛ هو علم الموارث وبيان من يرث ومن لا يرث ومقدار ما لكل وارث⁽¹⁰³⁾.

⁽⁹⁷⁾ النسائي؛ السنن الكبرى، (الحدِيث 5566)، باب: الرخصة في ذلك، ج 5، ص 253.

⁽⁹⁸⁾ النسائي؛ السنن الكبرى، (الحدِيث 10977)، باب: قوله تعالى: "والذين يتوفون منكم ويذرون"، ج 10، ص 34.

⁽⁹⁹⁾ ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 569.

⁽¹⁰⁰⁾ راجع في ذلك:

- ابن منظور، لسان العرب، ج 2، ص 111.

- المعجم الوسيط، ج 1، ص 13.

⁽¹⁰¹⁾ الموسوعة الفقهية، ج 3، ص 17.

⁽¹⁰²⁾ ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، ص 757.

الشافعية: الفرائض؛ هو الفقه المتعلق بالإرث والعلم الموصول لمعرفة قدر ما يجب لكل ذي حق من التركة⁽¹⁰⁴⁾.

الحنابلة: الفرائض؛ العلم بقسمة الموارث⁽¹⁰⁵⁾.

ب. مشروعية ميراث الزوجة: استدل العلماء على مشروعية ميراث الزوجة بأدلة من الكتاب، والسنة، والإجماع:

الكتاب: قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ يَصِفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهِنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ [النساء: 12].

السنة: عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: (جاءت امرأة سعد بن الربيع بابتنيها من سعد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، هاتان ابنتا سعد بن الربيع، قتل أبوهما معك يوم أحد شهيداً، وإن عمهما أخذ مالهما، فلم يدع لهما مالاً ولا تنكحان إلا ولهما مال، قال: « يقضي الله في ذلك ». فنزلت: آية الميراث، فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمهما، فقال: « أعط ابنتي سعد الثلثين، وأعط أمهما الثمن، وما بقي فهو لك »⁽¹⁰⁶⁾.

الإجماع: اجمع العلماء على أن ميراث المرأة من زوجها إذا لم يترك الزوج ولد ولا ولد ابن الربيع، فإن ترك ولد أو ولد ابن فالثمن⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰³⁾ عرفه، حاشية السوق على الشرح الكبير، ج 4، ص 710.

⁽¹⁰⁴⁾ الرملي: نهاية المحتاج، ج 6، ص 3.

⁽¹⁰⁵⁾ ابن قدامة: الشرح الكبير على متن المقنع، ج 7، ص 3.

⁽¹⁰⁶⁾ الترمذي: سنن الترمذي، (الحديث 2092)، باب: ما جاء في ميراث البنات، ج 4، ص 414.

⁽¹⁰⁷⁾ ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص 342.

المبحث الثاني - حقوق الزوجة غير المالية

جاء الإسلام وكان الظلام مُخيماً على المرأة في المجتمع الجاهلي؛ فبدد نور الإسلام هذا الظلام، وجفف منابع الفساد، وأحيا المرأة ورفعها من حضيض المكانة إلى أعاليها وساواها مع الرجل، وجعل لها مكانة كريمة محفوظة بسياج من غير إفراط ولا تفريط، فقرر لها حقاً في جميع أدوار حياتها، فصانها طفلة، ورعاها صبية، ثم فصل لها الأحكام في شأنها حين بلغت زوجة وأماً.

أولاً - حق المرأة في التعلم والتفقه في الدين:

للمرأة حق معرفة الأمور العقائدية والفقهية، كما لها حق تعلم ما ينفعها من أمور دينها، وذلك حتى تتمكن من ممارسة حياتها بشكل صحيح؛ لأنه لا تستقيم حياتها وآخرتها إلا بهذه الأمور.

عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « من يلي من هذه البنات شيئاً فأحسن إليهن كن له ستراً من النار»⁽¹⁰⁸⁾.

والإحسان أعم من التعليم والتأديب، ويؤكد ذلك حديث أبو بردة عن أبيه قال؛ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « أيما رجل كانت عنده وليدة فعلمها فأحسن تعليمها وأدبها فأحسن تأديبها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران،»⁽¹⁰⁹⁾.

وكانت النساء تحتشد لساع النبي صلى الله عليه وسلم وقد خصص لهن باباً يسمى " باب النساء " حتى الآن في مسجد الرسول صلى الله عليه وسلم بالمدينة، حتى لا يحدث تزامم بينهن وبين الرجال⁽¹¹⁰⁾. ولم يمنع الحياء نساء

⁽¹⁰⁸⁾ البخاري؛ الجامع المسند الصحيح المختصر - من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، (الحديث 5995)، باب: رحمة الولد وتقبليه ومعاقبته، ج 8، ص 7.

⁽¹⁰⁹⁾ البخاري؛ الجامع المسند الصحيح المختصر - من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، (الحديث 5083)، باب: اتخاذ السراري ومن أعتق جاريته ثم، ج 7، ص 6.

⁽¹¹⁰⁾ صلاح عبدالغني محمد، موسوعة المرأة المسلمة ج 1، ص 193.

الأضرار أن يتفقهن في الدين ويسألن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قالت عائشة : « نعم النساء نساء الأنصار لم يمنعهن الحياء أن يتفقهن في الدين »⁽¹¹¹⁾.

ثانياً - حق المرأة في الموافقة واختيار زوجها:

بات للمرأة في الإسلام حق اختيار الزوج دون إكراه، بعد أن كانت كالمتاع تباع وتشترى، لا إرادة لها، وجعل تصرفاتها جائزة كالرجل تمامًا، والرضى حق لا ينازعها في هذا الحق أحد⁽¹¹²⁾.

عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صابئها قال نعم »⁽¹¹³⁾.

فالنص واضح في إعطائها حق الإرادة وحقها أكد من حق الولي، حتى يستحب أن يعلم أن سكوتها رضا، فإن امتنع الولي من أن تتزوج كفوًا أجبر، وإن أصر زوجها القاضي⁽¹¹⁴⁾.

ثالثاً - حق الزوجة في بر والديه:

تعطي الأم عصارة لحمها وعظمها في اللبن، وعصارة قلبها وأعصابها في الرعاية، فأقل ما يقابل ذلك البر لهذه الأم. قال تعالى: ﴿ وَفَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا آفٌ وَلَا تَنْهَئُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴾ [الأسراء: 23، 24].

ألزم الله تعالى الإنسان بالبر والإحسان إلى الوالدين، ولا خلاف بين العلماء أنّ للأم ثلاث أرباع البر، وللأب الربع الباقي⁽¹¹⁵⁾، فإذا تزوجت المرأة تصبح مأسورة بأوامر زوجها، فلا يحق لها أن تخرج من غير إذنه، وهذا ما

⁽¹¹¹⁾ أبو داود؛ سنن أبي داود، (الحديث 316)، باب: الاعتسار من الحيض، ج 1، ص 85. جاء فيه: (حدثنا عبيد الله بن معاذ العنبري، أخبرني أبي، عن شعبة، عن إبراهيم يعني ابن محاجر، عن صفية بنت شيبة، عن عائشة، أن أساءت سألت النبي صلى الله عليه وسلم بمعناه قال: «فرصة ممسكة». قالت: كيف أتظهر بها قال: «سبحان الله تطهري بها واستترى بشوب»، وزاد وسألته عن الغسل من الجنابة فقال: «تأخذين ماءك فتطهرين أحسن الطهور وأبلغه، ثم تصبين على رأسك الماء، ثم تدلكينه حتى يبلغ شؤون رأسك، ثم تفيضين عليك الماء» قال: وقالت عائشة: «نعم النساء نساء الأنصار لم يكن يمنعهن الحياء أن يسألن عن الدين، وأن يتفقهن فيه».

⁽¹¹²⁾ ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 170.

⁽¹¹³⁾ النسائي؛ السنن الكبرى، (الحديث 5351)، باب: استئذان البكر في نفسها وذكر اختلاف، ج 5، ص 171.

⁽¹¹⁴⁾ راجع في ذلك:

- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ص 44.
- الصنعاني؛ سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج 3، ص 174.

يدل عليه قوله تعالى: ﴿ وَقُرْآنٌ فِي بُيُوتِكُمْ ﴾ [الأحزاب: 33]، وإن كان الخطاب موجهاً إلى نساء النبي ﷺ بملازمة بيوتهن؛ إلا أنّ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، فتدخل في الخطاب النساء المؤمنات جميعاً⁽¹¹⁶⁾. إلا أنّ حق الزوج لا يسقط حق والديها، ولا تمتع من زيارة والديها، وأن تتعهد والديها إن كان أحدهما يحتاج لمن يقوم بشأنه، وليس له من يقوم بذلك إلا ابنته المتزوجة، فعليها أن تتعهده أبا الزوج أم رضي، وسواء كان والديها مسلمين أو كافرين، فعند تعارض حق الزوج وحق الوالدين يقدم حق الوالدين عليه⁽¹¹⁷⁾، فلقد قرن الله ﷻ عبادته مع الإحسان إلى الوالدين. عن عروة عن أساء؛ قالت: قدمت أمي وهي مشركة في عهد قريش ومدتهم إذ عاهدوا النبي صلى الله عليه وسلم مع ابنها فاستفتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت: إن أمي قدمت وهي راغبة؛ أفصلها؟ قال: « نعم صلي أمك »⁽¹¹⁸⁾.

ولحق المرأة في بر والديها أثر عميق في العلاقة الزوجية واستقرارها والعلاقة بالآخرين من الأهل، وفقدان هذا الحق يؤدي إلى اضطراب الحياة الزوجية، وبالتالي ينعكس على جميع الأفراد المحيطين بها⁽¹¹⁹⁾.

رابعاً - حق الزوجة في المعاشرة بالمعروف:

الزواج رباط مقدس، وميثاق غليظ، ولهذا الزواج دعائم وأسس أقرها الشارع، قال تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [الروم: 21]. وقال تعالى: ﴿ وَعَايِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَجَعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴾ [النساء: 19].

⁽¹¹⁵⁾ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 5، ص 576.

⁽¹¹⁶⁾ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 7، ص 481.

⁽¹¹⁷⁾ راجع في ذلك:

- ابن نجيم، البحر الرائق، ج 4، ص 212.

- ابن الهمام؛ شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي لرهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ت 593 هـ، ج 4، ص 358.

- أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ج 1، ص 225.

⁽¹¹⁸⁾ الجامع المسند الصحيح المختصر - من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، (الحديث 5979)، باب: صلة المرأة أمها ولها زوج، ج 8، ص 4.

⁽¹¹⁹⁾ هالة محمد لبد، حق الزوجة المالي الثابت بالزواج وانتهائه، ص 23.

تدل الآيات على أن الحياة الزوجية قائمة على السكون، والرحمة، والمودة، وتلك الدعائم لن تبت إلا بمعاشرة النساء بالحسنى، واحتمال الأذى منهن بالمداعبة، والمرح، والملاعبة، والحلم عند طيشها وغضبها⁽¹²⁰⁾.

فالمرأة لا تحتاج إلى الأمور المادية مثل النفقة، والكسوة، والمبيت فقط، بل تحتاج إلى الأمور المعنوية أكثر من سابقها، من المودة، والسكن، والرحمة، والمحبة، وذلك ما أسس له ذلك الرباط الوثيق، فتلك المعاملة لها أثر واضح على الأسرة، ومن ثم على المجتمع.

ومن حسن المعاشرة بسط الوجه، وطرح التكلف، وبذل الدعابة⁽¹²¹⁾، فقد روي أن النبي ﷺ كان يسابق عائشة في العدو فتسبقه، وقد سبقها في بعض الأيام، فقال لها: « هذه بتلك »⁽¹²²⁾. فمن حق المرأة على زوجها ألا يبالغ في إساءة الظن بها، وتتبع عوراتها - سيئاتها - فقد نهى النبي ﷺ عن تتبع عورات النساء، ونهى أيضاً عن الشدة في الغيرة.

ففي حديث النبي ﷺ: « إن من الغيرة غيرة يبغضها الله ﷻ، وهي غيرة الرجل على أهله من غير ريبة »⁽¹²³⁾. وعلى الرجل ألا يمين امراته بشتم أو ضرب، أما ما جاء في القرآن الكريم عن ضرب المرأة، فذلك له خبر، وهو أن نساء الأنصار كان فيهن جرأة على أزواجهن، فلما قدم المهاجرون إلى المدينة تزوجوا من نساءهن، فلم يحتملوا جرأتهم عليهم، فكان الرجل إذا اجتازت امراته عليه لطمها، فاشتكت امرأة إلى النبي ﷺ من لطمه زوجها، فنهى النبي ﷺ عن ضرب النساء، وقال: « لا تضربوا إماء الله »⁽¹²⁴⁾، ثم جاءت امرأة أخرى تشكو زوجها، وقد ضربها ضرباً شديداً، فأنكر ذلك رسول الله ﷺ وقال: « يظل أحدكم يضرب امرأته ضرب العبد ثم يظل يعانقها ولا يستحي »⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²⁰⁾ القرطبي؛ الجامع لأحكام القرآن، ج 7، ص 345.

⁽¹²¹⁾ التزمانبي، الزواج عند العرب في الجاهلية والإسلام، ص 108.

⁽¹²²⁾ النسائي، السنن الكبرى، (الحديث 8894)، باب: مسابقة الرجل زوجته، ج 8، ص 178. (أخبرنا محمد بن المنى قال: حدثنا أبو أسامة، عن هشام يعني ابن عروة، عن رجل، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، عن عائشة قالت: خرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا خفيفة اللحم فزلنا منزلاً فقال لأصحابه: «تقدموا» ثم قال لي: «تعالي حتى أسابقك فسأبقي فسبقت» ثم خرجت معه في سفر آخر، وقد حملت اللحم فزلنا منزلاً فقال لأصحابه: «تقدموا» ثم قال لي: تعالي أسابقك " فسأبقي فسبقتي ف ضرب بيده كفي وقال: «هذه بتلك».)

⁽¹²³⁾ الطوسي؛ إحياء علوم الدين، باب: كتاب آداب النكاح، ج 2، ص 46. ذكر الغزالي: (رواه أبو داود والنسائي وابن جبان من حيث جابر بن عتيق)، ولم أجده عند البحث عن تخريجه.

⁽¹²⁴⁾ النسائي؛ السنن الكبرى، (الحديث 9122)، باب: ضرب الرجل زوجته، ج 8، ص 263. جاء فيه: (أخبرنا قتيبة بن سعيد قال: حدثنا سفيان، عن الزهري، عن عبد الله بن عبد الله بن عمر، عن إياس بن عبد الله بن أبي ذباب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا تضربوا إماء الله»

وقد أطلع نبي الرسول ﷺ عن ضرب النساء فتطاولن على أزواجهن، وأمعن في التطاول، فاقبل عمر بن الخطاب إلى الرسول ﷺ فقال يا رسول الله: إن النساء قد ذعنن على أزواجهن، قال: فاضربوهن⁽¹²⁶⁾. ويروي الإمام الزهري أن الرسول ﷺ أصبح بعد هذه الإجازة فوجد عند بابه سبعين امرأة يشتكين أزواجهن، فقال: « لا تحسبوا الذين يضربون نساءهم خياركم »⁽¹²⁷⁾، وهم أن يمح النساء حق الاقتصاص من أزواجهن، وعندئذ نزلت الآية: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فِعْظُهُنَّ وَاسْتَعْصَمْنَ وَهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضِرَاتٌ فَإِنْ أَطَعْتُمُ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾. وهنا جاء حكم الضرب من النساء، ليكون أشد ردعاً، وأقوى أثراً، وهو حكم تاديبى مخصوص بفتنة من النساء، أطمعن نبي الرسول عن ضربهن، فأمعن في معاندة أزواجهن، وفي التطاول عليهم، مما لم يألفه الرجال من المهاجرين⁽¹²⁸⁾.

وكذلك يجب على الزوج أن يعدل بين زوجاته إن كان متعدد الزوجات؛ فعليه أن يعدل بينهن في المبيت، والنفقة، والمسكن، والطعام، والشراب، واللباس، ولا يجوز أن يفضل هذه على تلك، بأن يظلم، أو يجور عليهن. وفي صحيح الإمام مسلم من حديث عبدالله بن عمرو رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: « إن المقسطين عند الله على منابر من نور عن يمين الرحمن عز وجل وكلتا يديه يمين الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما ولوا »⁽¹²⁹⁾.

جاء عمر فقال: «قد ذعن النساء على أزواجهن فأذن لهم فضربوهن فطاف بال رسول الله صلى الله عليه وسلم نساء كثير» فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «لقد طاف بال محمد صلى الله عليه وسلم الليلة سبعون امرأة كلهم يشتكين أزواجهن، ولا تجدون أولئك خياركم». (125) المتقي الهندي؛ كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، (الحديث في 44982)، باب: الفرع الثالث في حقوق متفرقة، ج 16، ص 377. (126) النسائي؛ السنن الكبرى، (الحديث في 9122)، باب: ضرب الرجل زوجته، ج 8، ص 263. (127) النسائي؛ السنن الكبرى، (الحديث في 9122)، باب: ضرب الرجل زوجته، ج 8، ص 263. جاء فيه: (عن إياس بن عبد الله بن أبي ذباب قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تضربوا إماء الله» وجاء عمر فقال: «قد ذعن النساء على أزواجهن فأذن لهم فضربوهن فطاف بال رسول الله ﷺ نساء كثير» فقال النبي ﷺ: «لقد طاف بال محمد ﷺ الليلة سبعون امرأة كلهم يشتكين أزواجهن، ولا تجدون أولئك خياركم». (128) الترمذاني، الزواج عند العرب في الجاهلية والإسلام، ص 109. (129) المسند الصحيح المختصر - بتقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، (الحديث في 1827)، باب: فضيلة الإمام العادل وعقوبة، ج 3، ص 1458.

وفي حديث آخر أن النبي ﷺ قال: « إذا كان عند الرجل امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشقه ساقط »⁽¹³⁰⁾. وفي رواية أخرى: « من كانت له امرأتان فمال إلى إحداها جاء يوم القيامة وشقه مائل »⁽¹³¹⁾. وعن هشام بن عروة عن أبيه، قال: قالت عائشة: « يا ابن أختي كان رسول الله ﷺ لا يفضل بعضنا على بعض في القسم من مكته عندنا وكان قل يوم إلا وهو يطوف علينا جميعاً فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلغ إلى التي هو يومها فيبيت عندها »⁽¹³²⁾.

خامساً - حق الزوجة في التطلاق:

كما أن للرجل حقاً في طلاق زوجته في حالة عدم انسياق الحياة الزوجية في مسارها الصحيح، فإن للمرأة حقاً في كيفية إلقاء الطلاق عليها. وقد كرم الإسلام المرأة وحماها من عنت الرجال بحفظ حقوقها، مع مراعاة المصلحة العامة في كل الأحوال، وقد تكون المرأة هي الكارهة للزوج، ولا تستطيع أن تقيم حدود الشرع في حياتها الزوجية، ففي هذه الحال رفع الله عنها العنت، وحفظ للزوج حقه، قال تعالى: ﴿ وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُعْتَبِرَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُعْتَبِرَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ [البقرة: 229]. ففي هذه الحال يجوز للزوج أن يطلبها بما أعطها محرماً، أو هبة، أو هدية؛ لأن الكره جاء من قبلها، وإذا كانت المرأة كارهة للزوج فلن تقيم حدود الله المفروضة في الحياة الزوجية، فوجب عليها أن تفندي الوقوع فيما حرم الله ﷻ برد ما آتاها، عملاً بالآية الكريمة، ويقول رسول الله ﷺ لأمراة ثابت بن قيس: (« أتردين عليه حديثه؟ » قالت: نعم، قال رسول الله ﷺ: « أقبل الحديقة وطلقها تطليقة »⁽¹³³⁾).

⁽¹³⁰⁾ سنن الترمذي، (الحديث 1141)، باب: ما جاء في التسوية بين الزوجين، ج 3، ص 439.

⁽¹³¹⁾ سنن أبي داود، (الحديث 2133)، باب: في القسم بين النساء، ج 2، ص 242.

⁽¹³²⁾ سنن أبي داود، (الحديث 2135)، باب: في القسم بين النساء، ج 2، ص 242.

⁽¹³³⁾ السنن الكبرى، (الحديث 5628)، باب: الخلع، ج 5، ص 277.

الختام

إنّ دوام الحياة الزوجية رهن بدوام المحبة بين الزوجين، والمحبة هي الحب السليم؛ يتحول بعد الزواج إلى إحساس بتبادل المودة والرحمة بين الزوجين، وشعور بالواجب الملقى على كل منهما، بحيث يسود الحياة الزوجية تفاهم وتسامح ورضا.

النتائج:

1. إن الإسلام كرم المرأة وصانها وأعطاهما من الحقوق ما يكفل لها العيش بكرامة وأمان.
2. إنّ الزواج علاقة مقدسة؛ لذلك حرص الإسلام على توثيق هذه العلاقة بالعديد من الروابط، مثل: المهر، والنفقة، والميراث، وغير ذلك.
3. إنّ الإسلام جعل القوامة للرجل، ولكن جعل أساسها الدفاع عن المرأة والإنفاق عليها.
4. إنّ مصلحة المرأة قد تكون في الحصول على حقوقها الزوجية، وقد تكون مصلحتها في التنازل عن بعضها، حفاظًا على الحياة الزوجية، فقد تجد المرأة صدودًا من زوجها لأمر ما، وتخشى أن يرغب عنها زوجها، فتتنازل عن بعض حقوقها، أو تكون في غنى من المال، فتتنازل عن بعض حقوقها المالية بقصد الإبقاء على بعض الحقوق الأخرى، التي لو طالبت بها جميعًا فلم تجد جميعها.

التوصيات:

1. توعية المرأة بما جعل الله ﷻ لها من الحقوق.
2. عدم التعسف في استخدام الزوجة حقها في النفقة وغيرها من قبل أهلها.



وأخيراً؛؛؛

إنّ علينا نحن معشر المسلمين أن نوضح للغرب أنّ حرية المرأة وكرامتها لا تكون صحيحة وواقعية إلاّ في ظلّ الإسلام، فإذا رغبت المرأة الغربية في الحرية الحقيقية فلتلجأ إلى الإسلام لتجد ضالتها؛ لأنّ الذي سن حقوقها في الإسلام هو الله الصانع العليم بما صنع ﴿ **أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ** ﴾ [المالك: 14].

قائمة المراجع والمصادر

أولاً - القرآن الكريم.

ثانياً - كتب الأحاديث النبوية والسيرة.

1. ابن الأثير؛ مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (المتوفى 606هـ)، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: عبدالقادر الأرئوط، الطبعة الأولى 1389هـ - 1969م، مكتبة الحلواني / مطبعة الملاح / مكتبة دار البيان.
2. ابن حبان؛ محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق: شعيب الأرئوط، الطبعة الثانية 1414هـ - 1993م، مؤسسة الرسالة - بيروت.
3. ابن ماجه؛ ابن ماجه أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني وماجه اسم أبيه يزيد (المتوفى 273هـ)، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي.
4. أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (المتوفى 261 هـ)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، دار الجيل - بيروت، وطبعها مصورة من الطبعة التركية المطبوعة سنة 1334هـ.
5. أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السرجستاني (المتوفى 275 هـ)، سنن أبي داود، المحقق: محمد محيي الدين عبدالحميد، المكتبة العصرية - صيدا/ بيروت.
6. البخاري؛ محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الطبعة 1422هـ، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبدالباقي).
7. البزار؛ أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبدالحق بن خلاد بن عبيد الله العنكي المعروف بالبزار (المتوفى 292هـ)، مسند البزار المنشور باسم البحر الزخار، المحقق: محفوظ الرحمن زين الله؛ وعادل بن سعد؛ وصبري عبدالحق الشافعي؛ الطبعة الأولى (بدأت 1988م - انتهت 2009م)، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة.

8. البيهقي؛ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجدي الحراساني، أبوبكر البيهقي (المتوفى 458هـ)، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبدالقادر عطا، الطبعة الثالثة 1424هـ - 2003م، دار الكتب العلمية - بيروت/ لبنان.
9. الترمذي؛ محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترمذي أبو عيسى (المتوفى 279هـ)، سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر، ومحمد فؤاد عبدالباقي، وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف، الطبعة الثانية 1395هـ - 1975م، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر.
10. علاء الدين علي بن حسام الدين ابن قاضي خان القادري الشاذلي الهندي البرهانفوري ثم المدني فالملكي الشهير بالمتقي الهندي (المتوفى 975هـ)، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، المحقق: بكري حيايى - صفوة السقا، الطبعة الخامسة 1401هـ - 1981م، مؤسسة الرسالة.
11. النسائي؛ أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب بن علي الحراساني النسائي (المتوفى 303هـ)، السنن الكبرى، حققه وأخرج أحاديثه: حسن عبدالمنعم شلي، أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط، قدم له: عبدالله بن عبدالمحسن التركي، الطبعة الأولى 1421هـ - 2001م، مؤسسة الرسالة - بيروت.

ثالثاً - كتب التفسير.

1. ابن العربي؛ أبو بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي ت 543هـ ، أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد البيجاوي، طبعة دار الفكر.
2. القرطبي؛ أبو عبدالله محمد بن أحمد القرطبي ت 671هـ ، الجامع لأحكام القرآن، راجعه وضبطه وعلق عليه: محمد إبراهيم الحنفاوي، طبعة دار الحديث 1423هـ - 2002م.
3. ابن كثير؛ أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى 774هـ)، تفسير القرآن العظيم، المحقق: محمد حسين شمس الدين، الطبعة الأولى 1419هـ ، دار الكتب العلمية - منشورات محمد علي بيضون - بيروت.

رابعاً - كتب الفقه.

1. ابن القيم؛ شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أبي بكر ت 751هـ ، زاد المعاد في هدي خير العباد، راجعه وقدم له: طه عبدالرؤوف طه، طبعة 1390هـ - 1970م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.
2. ابن القيم؛ محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى 751هـ)، بدائع الفوائد، دار الكتاب العربي - بيروت/ لبنان.
3. ابن الهمام؛ كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي ثم السكندري الحنفي ت 861هـ ، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي لبرهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ت 593 هـ ، تعليق: عبدالرزاق المهدي، الطبعة الأولى 1424هـ - 2003م، دار الكتب العلمية - بيروت.
4. ابن راشد؛ أبو عبدالله محمد بن عبدالله بن راشد البكري القضي المالكي (المتوفى 736هـ)، لباب اللباب في بيان ما تضمنته أبواب الكتاب من الأركان والشروط والموانع والأسباب، الطبعة الأولى 1424هـ - 2003م.
5. ابن رشد؛ محمد بن أحمد بن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة السادسة 1408هـ - 1988م، دار المعرفة.
6. ابن عابدين؛ محمد أمين ت 1252هـ، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الطبعة الثانية 1386هـ - 1966م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.
7. ابن قدامة؛ عبدالرحمن بن أبي عمر بن أحمد بن قدامة المقدسي ت 682هـ ، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الفكر.
8. ابن قدامة؛ موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة ت 620هـ ، المغني، طبعة مكتبة الرياض.
9. ابن نجيم؛ زين الدين بن إبراهيم بن محمد ت 970هـ ، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي.
10. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى 505هـ)، إحياء علوم الدين، دار المعرفة - بيروت.
11. أبوزهرة؛ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة 1957م، مطبعة السعادة.

12. الأيباني؛ محمد زيد الإيباني بك، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الطبعة الرابعة 1324هـ - 1924م، مطبعة النهضة.
13. أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، طبعة 1343هـ - 1925م، مطبعة الفتوح الأدبية.
14. أحمد بن محمد المقرئ التلمساني، نفخ الطيب من غصن الأندلس الرطيب، تحقيق: د. إحسان عباس، دار صادر - بيروت 1388هـ .
15. البابرقي؛ محمد بن محمود ت 786 هـ ، شرح العناية على الهداية، مطبوع مع شرح فتح القدير، الطبعة الثانية 1397هـ - 1977م، دار الفكر.
16. البخاري؛ علاء الدين عبدالعزيز بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، طبعة 1394هـ - 1974م، دار الكتاب العربي.
17. بدران؛ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية - بيروت.
18. البهوتي؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ت 1051هـ ، شرح منتهى الإيرادات، طبعة دار الفكر.
19. البهوتي؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ت 1051هـ ، كشف القناع عن متن الإقناع، طبعة 1394هـ ، مكتبة الحكومة المصرية.
20. البهوتي؛ منصور بن يونس بن صلاح ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى 1051هـ)، الروض المربع شرح زاد المستنقع، ومعه حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبدالقدوس محمد نذير، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة.
21. الجرجاني؛ أبو الحسن علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني ت 816 هـ ، التعريفات، وضع حواشيه وفهارسه محمد باسل عيون السود، الطبعة الأولى 1420هـ - 2000م، دار الكتب العلمية.
22. الخرشبي؛ محمد بن عبدالله الخرشبي المالكي أبو عبدالله (المتوفى 1101هـ)، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة - بيروت.

23. الرملي؛ محمد بن أبي العباس، أحمد بن حمزة وابن شهاب الدين الرملي ت 1004هـ - 1984م، نهاية المحتاج، دار الفكر.
24. السرخسي؛ محمد بن أحمد بن سهل ت 490هـ، المبسوط، الطبعة الثالثة 1398هـ - 1978م، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت/لبنان.
25. السيوطي؛ مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحباني ت 1243هـ، مطالب أولي النهي، المكتب الإسلامي.
26. الشافعي؛ محمد بن إدريس الشافعي ت 204هـ، الأم، الطبعة الأولى 1400هـ - 1980م، دار الفكر.
27. الشربيني؛ شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى 977هـ)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المحقق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، دار الفكر - بيروت.
28. الشربيني؛ محمد محمد الشربيني الخطيب ت 977هـ، مغني المحتاج، دراسة علي محمد معوض وعادل عبدالموجود، طبعة 1421هـ - 2000م، دار الكتب العلمية.
29. الصنعاني؛ محمد بن إسحاق الأمير اليمني الصنعاني الزيدي ت 1182هـ، سبيل السلام شرح بلوغ المرام، تحقيق: عصام الصباطي؛ عماد السيد، الطبعة الخامسة 1418هـ - 1997م، دار الحديث - القاهرة.
30. عرفه؛ محمد بن أحمد بن عرفة السوقي المالكي (المتوفى 1230هـ)، حاشية السوقي على الشرح الكبير، دار الفكر.
31. عليش؛ محمد بن أحمد ت 1299م، منح الجليل على مختصر سيدي خليل، الطبعة الأولى 1404هـ - 1984م، دار الفكر - بيروت.
32. العيني؛ بدر الدين محمود بن أحمد العيني ت 855هـ، البناءة في شرح الهداية، تحقيق: محمد عمر الرامفوري، الطبعة الأولى 1401هـ - 1981م، دار الفكر - بيروت.
33. الغرياني؛ الصادق عبدالرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، 1423هـ - 2002م، مؤسسة الريان.
34. الكساني؛ علاء الدين أبوبكر بن مسعود بن أحمد ت 587هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية 1406هـ - 1986م، دار الحديث.

35. الكشناوي؛ أبو بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد المسالك، طبعة 1420هـ - 2000م، دار الفكر.

36. مالك؛ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى - رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن عبدالرحمن بن قاسم، تحقيق: حمدي الدمرداش محمد، طبعة مكتبة نزار مصطفى الباز - مكة المكرمة/الرياض.

37. المخلص؛ محمد بن عبدالرحمن بن العباس بن عبدالرحمن بن زكريا البغدادي المخلص (المتوفى 393هـ)، المخلصيات وأجزاء أخرى لأبي طاهر المخلص، تحقيق: نبيل سعد الدين جرار، الطبعة الأولى 1429هـ - 2008م، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة قطر.

38. المرادوي؛ علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان ت 885هـ، الإنصاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، الطبعة الأولى 1377هـ - 1957م، دار إحياء التراث العربي.

39. المواق؛ محمد يوسف العبدري المواق، التاج والإكليل - شرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية.

40. النووي؛ أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ت 676هـ، المجموع، طبعة دار الفكر.

41. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر؛ دمشق/ سوريا، الطبعة الثانية 1405هـ/ 1985م.

42. وهبة الزحيلي، الفقه الحنبلي الميسر وتطبيقاته المعاصرة، دار القلم 1997م.

خامسا - الكتب والمراجع العامة.

1. ابن منظور؛ محمد بن مكرم المصري ت 711هـ، لسان العرب، طبعة دار صادر (بدون تاريخ نشر).

2. أحمد محمد الكندري، علم النفس الأسري، الطبعة الثانية 1412هـ - 1992م، مكتبة الفلاح - بيروت.

3. الخفيف؛ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، الطبعة الثالثة 1947م.

4. الدريني؛ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، الطبعة الثالثة 1404هـ - 1984م، مؤسسة الرسالة.

5. الرازي؛ محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: محمود خاطر، الطبعة 1415هـ - 1995م، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت.
6. سلطان بن مسفر الصاعدي الحربي، المضامين التربوية للعلاقة الزوجية من خلال كتاب النكاح من صحيح البخاري، رسالة ماجستير، كلية الدعوة وأصول الدين - قسم التربية/ الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة 1432/1431هـ .
7. صلاح عبدالغني محمد، موسوعة المرأة المسلمة - الحقوق العامة للمرأة، الطبعة الأولى 1418هـ 1998م، مكتبة الدار العربية للكتاب - مصر.
8. الطبراني؛ سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي؛ أبو القاسم الطبراني (المتوفى 360هـ)، المعجم الأوسط، المحقق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبدالمحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين - القاهرة، (الحديث رقم 7647)، باب: من اسمه: محمد.
9. عبدالسلام الترماني، الزواج عند العرب في الجاهلية والإسلام - دراسة مقارنة، عالم المعرفة؛ المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب - الكويت 1998م.
10. عبدالسلام محمد الشريف العالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، الطبعة الرابعة 2017م، مكتبة الوحدة - طرابلس.
11. عمر سلجان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس للنشر والتوزيع 1997م.
12. الفيومي؛ أحمد بن محمد بن يعقوب بن علي المقرئ الفيومي ت 770هـ ، المصباح المنير، المكتبة العلمية - بيروت.
13. القانون الليبي رقم (10) لسنة 1984م، بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارها.
14. جمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، أخرجه مجموعة من العلماء، الطبعة الثانية، المكتبة الإسلامية.
15. محمد رأفت عثمان، الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية في الإسلام، مطبعة السعادة 1975م.
16. محمد عبدالفتاح المهدي، الصحة النفسية للمرأة، الطبعة الأولى 1428هـ - 2007م، دار اليتيم للنشر والتوزيع.
17. محمد محمد جاد، الإسلام والعلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة، الطبعة الأولى 1979م، دار النجاح للطباعة.
18. موسى؛ محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامي - مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه، طبعة 1956م.



19. هالة محمد لبد، حق الزوجة المالي الثابت بالزواج وانتهائه، رسالة ماجستير، قسم القانون المقارن - كلية الشريعة والقانون / الجامعة الإسلامية - غزة 1428هـ - 2007م.
20. وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته السادسة بالقرار رقم 105-6 - 17 / 8 / 1408هـ - 4 / 4 / 1988م، الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب - جامعة الدول العربية.
21. وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية.

مصارف الزكاة في الإسلام "دراسة فقهية"

د. المبروك عون سالم^{*}

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله الذي أنعم علينا بالأموال، وأباح لنا التكسب بها عن طريق الحلال، وشرع لنا تصرفها في ما يرضى الكبير المتعال، وأشهدن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ذو الأنعام، والإفضال، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله أزهده الناس في الدنيا وأكرمهم في بذلها على الإسلام صلى الله عليه وعلى آله - وأصحابه البررة الكرام، ما تعاقبت الليالي والأيام. أما بعد :

فإن للزكاة منزلة عظيمة ومكانة سامية، فهي الركن الثالث في الإسلام شرعها الله سبحانه وتعالى رحمة بعباده، وسأها زكاة لأنها تزي صاحبها فيزداد إيمانه ويكمل إسلامه ويتخلق بأخلاق الكرماء وتطهره من الذنوب، وتقريه من الله ويبارك له في أعماله، وتزكو حسناته، وتقبل طاعته ويدخل في عباد الله المحسنين. وقد حدد الله - سبحانه وتعالى - في كتابه العزيز الجهات التي تصرف إليها الزكاة فجعلها ثمانية أصناف لا يجوز صرف الزكاة لغيرها بإجماع المسلمين، قصداً إلى حفظ حقوقهم، وضمان عدم تضييعهم.

أولاً: مشكلة الدراسة:

من أساسيات البحث العلمي تحديد مشكلة الدراسة حيث تكمن في الآتي:

- صرف الزكاة للفقراء والمساكين.
- إهمال بقية الاصناف الأخرى.
- نقل الزكاة من بلد إلى آخر.

^{*} عضو هيئة التدريس بقسم الدراسات الإسلامية- كلية التربية / ككلة- جامعة غريان

- المحاباة وقضاء الحوائج عن طريق مصارف الزكاة.
- البعض يتقيد بإخراج العين والأخر يجيز القيمة.
- تحديد مفهوم الغارم في الإسلام وخاصة في الوقت الحاضر.
- نصيب العاملين عليها هل يصرف للموظفين في صندوق الزكاة أم لا.

ثانيا: أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى بيان ما يلي:

- التعريف بمصارف الزكاة في الإسلام.
 - الاختصار في مصارف الزكاة على الاصناف الثمانية الواردة في الآية.
 - إشباع حاجات الفقراء والمساكين اولا مع إهمال سهم المؤلفلة قلوبهم.
 - مصرف في تحرير الرقاب هل هو موجود الآن أم سقط سهمهم؟
- مع ملاحظة أن فريضة الزكاة هي اقتطاع جزء واجب من المال لصالح الفقراء والمساكين، بحيث لم يتم به البعض بسهولة ويسر، أو لا يتحمس له أصلا، لأن عائده الدنيوي يستفيد منه أشخاص آخرون، أما صاحب المال فلا ينال منه إلا الثواب في الآخرة، دون ملاحظ أي أمر دنيوي يعود عليه، وعليه فإني أرى أن هذا الموضوع جدير بالبحث والاهتمام حيث أخترت له هو عنوانا:
- "مصارف الزكاة في الإسلام" دراسة فقهية.

ثالثا: تقسيمات البحث:

لقد قسمت البحث إلى مقدمة وثمان مطالب وخاتمة على النحو التالي:

المقدمة وقد تحدث فيها عن أهمية البحث ومشكلة الدراسة وأهداف البحث حيث جاء البحث في ثمان مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: المصرف الأول وهم الفقراء.

المطلب الثاني: المصرف الثاني وهم المساكين.

المطلب الثالث: المصرف الثالث وهم العاملون عليها.

المطلب الرابع: المصرف الرابع وهم المؤلفعة قلوبهم.

المطلب الخامس - المصرف الخامس: في الرقاب.

المطلب السادس - المصرف السادس: الغارمون.

المطلب السابع - المصرف السابع: في سبيل الله.

المطلب الثامن - المصرف الثامن: ابن السبيل.

الخاتمة: تناولت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال دراستي لهذا الموضوع.

ونسأل الله تعالى العلي القدير أن يوفقنا للخير والسداد والرشاد إنه ولي ذلك والقادر عليه، وصل اللهم وسلم

وبارك على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه أجمعين.

المطلب الأول

من هم الفقراء

حدد الله — سبحانه وتعالى — مصارف الزكاة في القرآن الكريم وذلك في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهِمَا وَالْمَوْلَفَةَ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾⁽¹⁾.

إذاً من هو الفقير الذي تصرف له الزكاة؟ قبل الإجابة على ذلك نقول:

الفقير لغة: قيل هو من يملك شيئاً لا يكفيهِ قوت عامة، أو من لا شيء له، أو له نصاب غير تام مستغرق في الحاجة، والفقير ضد الغنى.⁽²⁾

وجاء في تاج العروس: الفقير وقدره أن يكون له ما يكفي عياله، أو من يجد القوت.⁽³⁾

وكذلك إنما سمي الفقير فقيراً لزمانة تصيبه مع حاجة شديدة تمنعه الزمانة^(*) من التقلب في الكسب على نفسه فهذا هو الفقير⁽⁴⁾.

وكذلك لا يختلف التعريف عن سابقه حيث جاء في اللسان:

الفقير الذي لا شيء له، أو له بعض ما يقمه⁽⁵⁾.

الفقير اصطلاحاً: لا يختلف التعريف اللغوي عن التعريف الاصطلاحي كثيراً، بل جاء بنفس العبارات السابقة، وهي:

من له بلغة لا تكفيه لعيشه، أو الذي له بعض ما يقمه⁽⁶⁾.

وكذلك الفقير: الذي لا يملك قوت عامه، ولو ملك نصاباً، فيجوز له الإعطاء وإن وجبت عليه⁽⁷⁾.

(1) سورة التوبة، رقم الآية: 60.

(2) القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، لسعدي أبو جيب، 178/1، 289.

(3) تاج العروس، للزبيدي، 335/13، ف، ق، ر، 334/13.

(*) الزمانة: مرض يصيب الإنسان مثل الشلل والخليل والعرج وتقيدته عن الحركة، تاج العروس، للزبيدي، 390/3.

(4) لسان العرب، لابن المنظور، 60/5، فقر.

(5) الاستذكار، لابن عبد البر، 218/3.

(6) التلقين في الفقه المالكي، لعبد الوهاب، الثعلبي، 171/1.

بعد هذا التعريف للفقير الذي تصرف له الزكاة نقول:

الفقراء أصحاب السهم الأول، فهم جمع فقير، والفقير هو من ليس له مال ولا كسب يقع موقعاً من كفايته، ولا يحقق كفايته مطعماً ولا ملبساً ولا مسكناً، كمن يحتاج إلى عشرة ولا يجد إلا ثلاث، حتى وإن كان صحيحاً يسأل الناس، أو كان له ثوب يتجمل به⁽⁸⁾.

ويعطى الفقير من الزكاة ما يكفيه لمدة سنة؛ لأن الزكاة تجمع في كل عام مرة، وهناك رأي آخر يعطي ما يكفيه طول العمر، حيث روي عن سيدنا عمر - رضي الله عنه - أنه قال: (إذا أعطيتم فأغنوا)⁽⁹⁾.

وجاء رجل إلى سيدنا عمر - رضي الله عنه - وقد أصيب في ماله فأعطاه ناقة وجملين، ليصبح عنده مالاً يستطيع أن يعيش به، وليس المراد ما يكفيه بطول العمر أن يعطى نفقات خمسين سنة أو ستين سنة، وإنما يعطى من الزكاة بحيث يستطيع أن يقوم بأي عمل يتقنه من تجارة أو صناعة، أو أي حرفة أخرى، والحقيقة إنما شرعت الزكاة لمحاربة الفقر، والقضاء عليه، وتحويل المحتاجين من حالة الفقر إلى حد الكفاية في المأكل والمشرب والملبس وما يحتاج إليه من كافة الضروريات⁽¹⁰⁾.

ولا يعطى الفقير غير المسلم من الزكاة حيث جاء في حديث معاذ بن جبل⁽¹¹⁾ أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حينما بعثه قاضياً و واليا على اليمن: (أعلمهم أن الله فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم و ترد على فقرائهم)⁽¹²⁾.

⁽⁷⁾ ينظر: الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية، للقروي، 176/1، البحر الرائق، لابن نجيم/258/2، الإقناع في حل ألفاظ أي شجاع، للشريبي، 227/1.

⁽⁸⁾ ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 295/3، الفقه على المذاهب الأربعة، للجزيري، 987/1.

⁽⁹⁾ أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، باب قسم المال، رقم 7286، 160/4.

⁽¹⁰⁾ ينظر: أحكام العبادات في التشريع الإسلامي، لفائق دول، 137/1، الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 295/3.

⁽¹¹⁾ هو معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأضاري الخزرجي، أبو عبد الرحمن. كان أعلم الأمة بالحلال والحرام. وهو أحد الصحابة الستة الذين جمعوا القرآن على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وهو فتى، أخى بينه وبين جعفر ابن أبي طالب. وشهد الغيبة مع الأنصار السبعين، وشهد بدرأ وأحد والخندق والمشاهد كلها مع الرسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم بعثه النبي صلى الله عليه وسلم قاضياً ومرشداً لأهل اليمن، وكان من أحسن الناس وجهاً ومن أصحهم كفاً، له 157 حديثاً، توفي بناحية الأردن سنة 18 هـ. الأعلام للزركلي، 258/7، الإصابة في تمييز الصحابة، لأبن حجر العسقلاني، 259/1، أسد الغابة في تمييز الصحابة، لأبن الأثير الجزري، 20/3.

⁽¹²⁾ أخرجه مسلم في صحيحه، رقم 1331، باب وجوب الزكاة، 505/2.

والفقر شرط عام لصرف جميع الصدقات المفروضة والواجبة كالعشور والكفارات والندور وصدقة الفطر لعموم

قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ ﴾⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾.

ولعل البعض يتساءل من هم الفقراء الذين تصرف لهم الزكاة في هذا العصر بالذات فنقول لهم:

- من غير ما ذكر سلفاً.

- الفقير البيتيم: وهو من مات أبوه وتركه صغيراً ولم يترك له شيئاً من المال.

- الفقير القريب: وهم الذين تربطهم قرابة مع صاحب المال ولا يعلم أحد بفقركم، وقد حظ الإسلام بدفع الزكاة إليهم.

- الأرمال والمطلقات: الأرملة هي التي فقدت زوجها وتوفى عنها بسبب من الأسباب، أما المطلقة! فهي من طلقها زوجها ولم تجد من ينفق عليها.

- كبار السن والعجزة: والعاجز هو من أصيب بمرض مزمن أو بسبب الحوادث فأصبح لا يستطيع العمل بسبب الضعف والعجز.

- المرض وأصحاب العاهات المزمنة التي تصاحب المريض.

- اللقطاء والشواذ والمنحرفون: هؤلاء الفئات إذا لم يكن هناك من يتولى الصرف عليهم، من أسر وعائلات أو أقارب، فتجوز صرف الزكاة لهم مع ملاحظة عدم صرفها في المحرمات والتشديد عليهم في ذلك. وإلا لا.

- العاطلون عن العمل: وهم الذين لم تنهياً لهم الفرص للحصول على عمل مناسب لهم، أو غير القادرين على العمل أصلاً.

- كل من يتقاضى مرتباً أساسياً وله زوجة وأطفال، فإن قدر هذا المعاش لا يفي بحاجته الضرورية، وعلى هذا فإنه يستحق الزكاة لسد الضروريات بالنسبة له.

- مرضى الكلى أو أصحاب الفشل الكلوي، فإنهم بحاجة مستمرة إلى غسيل الكلى وهم أكثر تضرراً والحالة هذه فإنهم يعطون من الزكاة لسد احتياجاتهم المالية.

⁽¹³⁾ سورة التوبة، الآية: 60.

⁽¹⁴⁾ ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 206/3.

المطلب الثاني

المساكين

قبل الخوض في معرفة من هم المساكين، لابد أن نعرف:

المسكين لغة: سكن المتحرك سكوناً، ومنه المسكين لسكونه إلى الناس، قال الأصمعي⁽¹⁵⁾: هو أحسن حالاً من الفقير، وهو الصحيح،⁽¹⁶⁾.

والمسكين في القرآن ما يدل على أن المسكين قد يكون له الشيء اليسير، قال تعالى: ﴿أَمْأَسَّ الشَّفِينَةُ فَكَأَنَّهُ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ...﴾⁽¹⁷⁾ حيث ساءهم الله مساكين ولهم سفينة لها قيمة، قال ابن الأعرابي⁽¹⁸⁾: هل لك في أجر عظيم تؤجره تغيث مسكيناً قليلاً عسكركه

عشرة شياه سمعه وبصره وقد حدث النفس بمصر يحضره

يخاف أن يلقاه نيراً ينسره⁽¹⁹⁾.

والمسكين من ليس عنده ما يكفي عياله أو الفقير الخاضع للضعيف المتذلل⁽²⁰⁾.

وفي الحديث الشريف: « ليس المسكين الذي يطوف على الناس ترده اللقمة واللقمتان والتمران، ولكن المسكين الذي لا يجد غنى يغنيه، ولا يفتن به فيتصدق عليه، ولا يقوم فيسأل الناس »⁽²¹⁾.

⁽¹⁵⁾ هو عبد المالك بن قريب بن علي بن اصمع الباهلي، راوية العرب، وأحد أئمة العلم باللغة والشعر والبلدان أخباره كثيرة جداً، وكان الرشيد يسميه شيطان الشعر، له تصانيف كثيرة منها: الإبل، الأضداد، خلق الإنسان، المترادفات، توفي بالبصرة، سنة 216 هـ - 831م، الأنساب، للسمعاني، 177/1، البلغة في تراجم أئمة الأب والنحو واللغة، للفيروز آبادي، 25، الأعلام، للزركلي، 162/4.

⁽¹⁶⁾ ينظر: المغرب في ترتيب المغرب، السنين مع الكاف، 405/1.

⁽¹⁷⁾ سورة الكهف، الآية: 79.

⁽¹⁸⁾ هو محمد بن زياد، المعروف بابن الأعرابي، أبو عبد الله، راوية علامة باللغة من أهل الكوفة، قال ثعلب: شاهدت مجلس ابن الأعرابي وكان يحضره زهاء مئة إنسان، يسأل ويقرأ عليه فيجيب من غير كتاب، ولم ير أحد في علم الشعر أغزر منه، له تصانيف منها: أسماء الخيل وفرسانها، النوادر في الأدب، شعر الأخطل، معاني الشعر، توفي سنة 845م، وفيات الأعيان، لابن خلكان، 306/4، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، للسيوطي، 73/1، الأعلام، للزركلي، 131/6.

⁽¹⁹⁾ ينظر: التوقيف على محام التعاريف، للميناوي، 292/1.

⁽²⁰⁾ المعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى، وآخرون، باب السنين، 440/1، القاموس الفقهي، 177/1.

⁽²¹⁾ أخرجه مسلم في صحيحه، رقم 1479، باب قول لا يسألون الناس، 485/5.

وقال قتادة: (22) المسكين الصحيح المحتاج، والمسكين الذي يسأل الناس، والفقير القاعد في بيته (23).

وعلى رأى بعض العلماء أن المسكين أشد حالاً من الفقير، وقيل لأعرابي أفقر أنت قال: لا، بل مسكين، وأن

العرب قد تسمت به ولم تتسم بفقير لتناهى الفقر في سوء الحال (24).

المسكين اصطلاحاً: المساكين جمع مسكين، وهو الذي له مال أو كسب لا يسد إلا جزءاً من حاجاته وليس

كلها، والمسكين هو الذي تبلغ به المسكنة والفقر والضعف والحياء مبلغاً عن التطواف والسؤال ولا يفتن له متصدق عليه

ولا يجد شيئاً يبلغ به (25).

بعد سرد التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي تبين ذكر، المسكين والمساكين والمسكنة والمسكن كلها

يدور معناها الخضوع والذلة وقلة المال والحال السيئة وفقر النفس والضعف وعدم مواجهة أعباء المعيشة.

ويعتبر المسكين أسوأ حالاً من الفقير لقوله تعالى: ﴿أَوْ مُسْكِينًا ذَا مَمْرَةٍ﴾ (26) أي الصق جلده بالتراب

ليواري به جسده، مما يدل على غاية في الضرر والشدة؛ ولأن المسكين هو الذي يسكن حيث يحل؛ لأنه لا مسكن له مما

يدل على شدة الضرر والبؤس (27).

ويرى الإمام الشافعي (28) أن المسكين أحسن حالاً من الفقير لتعود النبي ﷺ — من الفقير فقال: اللهم

أحييني مسكيناً وأمتني مسكيناً وأحشرني في زمرة المساكين يوم القيامة (29).

(22) هو قتادة بن دعامة السدوسي البصري الأعمى المفسر. أحد الأئمة الأعلام، وكان أحد من يضرب به المثل في حفظه، قال: ما قلت لمحدث قط أعد علي قال أحمد بن حنبل: قتاده أعلم بالنفسير باختلاف العلماء، ثم وصفه بالفقه والحفظ، توفي سنة 117 هـ الوافي بالوفيات، للصفدي، 225/7، تقريب التهذيب، لابن حجر، 26/2.

(23) تاج العروس، للزبيدي، 8068/1.

(24) تاج العروس، 8068/1، لسان العرب، سكن، 211/13.

(25) ينظر: الاستذكار، لابن عبد البر، 314/9، اختلاف الأئمة العلماء، لابن هبيرة الشيباني، 218/1، أحكام العبادات، الفائق دلول، 135/1.

(26) سورة البلد، الآية: 16.

(27) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 297/3.

(28) هو محمد بن إدريس بن العباس بن شافع الهاشمي القرشي المطليبي، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، وإليه تنسب الشافعية، ولد في غزة و حمل إلى مكة وهو ابن سنتين، وكان من أحذق قريش بالبري، برع في الشعر واللغة وأيام العرب، له مصنفات كثيرة أشهرها كتاب الأم في الفقه، توفي سنة 204 هـ. الأنساب للسمعاني، 378/3، الأعلام للزركلي، 26/6.

(29) أخرجه الترمذي في سنته، رقم 2352، باب فقراء المهاجرين، 577/4.

فقلت السيدة عائشة - رضي الله عنها - لم يا رسول الله؟ قال إنهم يدخلون الجنة قبل أغنيائهم بأربعين خريفاً، يا عائشة لا تردى المسكين ولو بشق تمره يا عائشة أحبي المساكين وقربهم فإن الله يقربك يوم القيامة، قال أبو عيسى هذا الحديث غريب، قال الألباني: صحيح⁽³⁰⁾.

وقد يكون المسكين في هذا الحديث المتواضع المنجبت، لأن المسكنة مفعلة من السكون، يقال: تمسكن الرجل لربه أي تواضع وخشع⁽³¹⁾.

والمسكين من قدر على مال أو كسب حلال يساوي نصف ما يكفيه في العمر الغالب المتقدم، أو أكثر من النصف، فلا يمنع من الفقر أو المسكنة وجود مسكن لائق به، أو جود ثياب كذلك، ولو كانت للتعجب، وكذلك لا يمنع من وصف المرأة بالفقر والمسكنة وجود حلي تحتاجها للترزين بها عادة، وكذلك وجود كتب العالم التي يحتاجها للمذاكرة أو المراجعة، كما أنه إذا كان له كسب من حرام أو مال غائب عنه بمرحلتين⁽³²⁾ أو أكثر، أو ذئب له مؤجل، فإن ذلك كله لا يمنعه من أن تصرف له الزكاة بوصف الفقر أو المسكنة⁽³³⁾.

ولهذا تبين أن المسكين أصلح حالاً من الفقير، ولهذا بدأ الله بالفقير قبل من يستحق الصدقة من المسكين وغيره، وإذا تأملت قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾⁽³⁴⁾ وجدته سبحانه وتعالى رتبهم فجعل الثاني أصلح حالاً من الأول، والثالث أصلح حالاً من الثاني، وكذلك الرابع والخامس والسادس والسابع والثامن، وهذا مما يدل على أن المسكين أصلح حالاً من الفقير⁽³⁵⁾.

مما سبق عرضه نتوصل إلى أن المسكين الذي تصرف له الزكاة هو: الأوفر حظاً مالياً من الفقير، فيمكن القول بأنه المعروف في الوقت الحاضر وهم أصحاب المعاشات الأساسية، أو ذوى الدخل المحدود. أو الدخل الضعيف، أو المرتبات القليلة جداً التي تكفي حاجتهم إلى نهاية الشهر.

⁽³⁰⁾ المصدر السابق، 577/4.

⁽³¹⁾ ينظر: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، 291/1، النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير الجزي، 971/2.

⁽³²⁾ أي مسافة قصر الصلاة وهي ما يعادل (84) كيلو متر تقريباً.

⁽³³⁾ ينظر: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، للخطيب الشربيني، 213/1.

⁽³⁴⁾ سورة التوبة، الآية: 60.

⁽³⁵⁾ تفسير ابن عثيمين، 226/56.

المطلب الثالث

وهم العاملون عليها

ليس هناك حاجة إلى تعريف العاملين عليها لغة واصطلاحاً فأقول وباختصار شديد: هم السعاه والجباه الذين يقومون بجمع وجباية أموال الزكاة من أهلها و صرفها لمستحقيها⁽³⁶⁾.

أو هم الذين نصبهم الإمام لجباية الصدقات وأخذ الزكاة من أهلها و صرفها في محلها، فهم نائبون عن ولي الأمر، ولهذا إذا وصلتهم الزكاة برئت ذمة المزكي ولو تلفت⁽³⁷⁾.

وكان النبي صلى الله عليه وسلم يبعث الجباه والسعاه إلى أحياء العرب والبلدان والافاق لأخذ الصدقات من الأنعام والمواشي في أمكها، وتابعه على ذلك الخلفاء الراشدون، وقال أبو بكر رضي الله عنه لما امتنعت العرب عن أداء الزكاة "والله لو منعوني عقلاً كانوا يؤدونه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلهم على منعه"⁽³⁸⁾.

فقال عمر بن الخطاب: فو الله ما هو إلا أن رأيت أن الله قد شرح صدر أبي بكر للقتال فعرفت أنه الحق⁽³⁹⁾.

وكان من عمال الصدقات الزبير بن بدر⁽⁴⁰⁾ وقد هجاه الخطيئة فخبسه عمر بن الخطاب وهمم يقطع لسانه، فاسترحمه قائلاً هذه الآيات:

ماذا تقول لأفراخ بندي مرح زغب الحواصل لا ماء ولا شجر

ألقيت كأسيم في قعر مظلمة فأغفر عليك سلام الله يا عمر

⁽³⁶⁾ ينظر: الشرح الممتع على زاد المستنقع، 6/79.

⁽³⁷⁾ ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، 4/18، جلسات رمضان لابن عثيمين، 7/71.

⁽³⁸⁾ أخرجه الترمذي في سنته، رقم 2811، باب ما جاء أمرت أن أقاتل، 10/80.

⁽³⁹⁾ ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته لوجهه الزحيلي 3/317.

⁽⁴⁰⁾ هو: الزبير بن بدر التميمي السعدي، صحابي من رؤساء قومه، قيل اسمه الحصين، ولقب بالزبير قان وهو من أساء القمر لحسن وجهه، ولاء رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقات قومه، واستمر إلى زمن عمر رضي الله عنه، وكف بصره في آخر عمره، وكان فصيحاً شاعراً، فيه جناء الأعراب، توفي سنة 45هـ. الإصابة في تميز الصحابة، لابن حجر، 1/378، أسد الغابة، لابن الأثير 1/375، الأعلام، للزركلي، 3/41.

وكان مما قاله الحطيتة في الزبرقان :

دع المكارم لا ترحل لبغيتها واقعد فإنك أنت الطاعم الكاسي
من يفعل الخير لم يعد جوازيه لا يذهب العرف بين الله والناس⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾

شروط العاملين في الزكاة:

- 1- أن يكون مسلماً، لأنها ولاية على المسلمين، فيشترط فيها الإسلام كسائر الولايات.
 - 2- أن يكون بالغاً عاقلاً.
 - 3- أن يكون أميناً، قال ابن قدامي في المغني: لأنه عمل يشترط له الأمانة.⁽⁴³⁾ لأنه مؤتمن على أموال المسلمين، فلا يجوز أن يكون فاسقاً خائناً.
 - 4- العلم بأحكام الزكاة: لأنه يحتاج إلى معرفة ما يؤخذ في الزكاة وما لا يؤخذ، ويحتاج إلى الاجتهاد في مسائل الزكاة وأحكامها.
 - 5- الكفاية للعمل: بمعنى أن يكون كافياً لعمله، أهلاً للقيام به، قادراً على أعبائه.
 - 6- واشترط بعض الفقهاء: أن يكون العامل ذكراً ولم يجوزوا اشتغال المرأة بالعمالة؛ لأنها ولاية على الصدقات⁽⁴⁴⁾.
- عن بسر بن سعيد أن السعدي المالكي قال: "استعملني عمر على الصدقة فلما فرغت منها، وأديتها إليه أمر لي بعمالة، فقلت: إنما عملت لله فقال: "خذ ما أعطيت فإني عملت على عهد رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فعلمني فقلت مثل قولك فقال لي رسول الله — صلى الله عليه وسلم — : " إذا أعطيت شيئاً من غير أن تسأل فكل وتصدق"⁽⁴⁵⁾.

والعامل في جمع الزكاة يعتبر موظف، فالواجب يعطى ما يكافئ وظيفته من أجر دون وكس ولا شطط،

حيث روي عن الشافعي :

(41) ينظر: ديوان الحطيتة، 66/1.
(42) ينظر: المال والعمالات في الشريعة الإسلامية، لعبد المجيد الذبياني، ص: 151.
(43) ينظر: المغني، لابن قدامة، 515/2.
(44) ينظر: فقه الزكاة، ليوسف الفرضاوي، 43/2.
(45) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه، رقم 2364، باب عطاء العامل على الصدقة 67/4، نيل الأوطار، للشوكاني، 230/4.

أن العاملين عليها يعطون من الزكاة في حدود الثمن وهو مبني على رأيه في التسوية بين الأصناف الثمانية، فإن كان أجرهم أكثر من الثمن أعطوا من غير الزكاة⁽⁴⁶⁾.

ومن العاملين عليها الساعي والكاتب والقاسم والحاشر الذي يحشر المواشي والحافظ والحمال والكيال والعداد، ونحو ذلك، فيعطون جميعهم من الزكاة، وإن كانوا أغنياء، لأنه لا يشترط فقرهم؛ لأن الغني يأخذها على سبيل الأجرة نظير عمله⁽⁴⁷⁾.

المطلب الرابع

المؤلفة قلوبهم

قبل الحدث عن المؤلفة قلوبهم تأتي إلى تعريفهم فنقول: هم من يرحي إسلامهم، أو كف شرهم، أو يرحي بعبطيتهم قوة إيمانهم، أو استمالة قلوبهم بالإحسان والمودة⁽⁴⁸⁾.

وهم نوعان: مسلمون وكافرون، أما المسلمون فهم أربعة أصناف:

- 1- من دخل في الإسلام حديثاً لتقوية الإيمان في قلبه.
 - 2- مسلمون يسكنون في أطراف الدولة الإسلامية، فيعطوا من الزكاة للدفاع عن أنفسهم.
 - 3- كان النبي صلى الله عليه وسلم يعطى بعض المسلمين الوجهاء ممن لهم نظراء من الكفار لحثهم على الدخول في الإسلام.
 - 4- الوجهاء الذين يؤثرون في أقوالهم لحث أقوامهم على دفع الزكاة وجمعها منهم.
- أما الكافرون فهم صنفان:
- 1- من كان متردداً في الدخول في الإسلام وله رغبة في ذلك فيعطى من الزكاة حتى يدخل في الإسلام و يحسن إسلامه.

(46) ينظر: فقه الزكاة، ليوسف القرضاوي 47/2.

(47) ينظر: الحاوي، للماوردي 522/8.

(48) ينظر: القاموس الفقهي، لسعدي أبو جيب، 21/1، التعاريف المهمة لطلاب الهمة، للمزني 2/1.

2- الكافر الذي له قدرة على إيداء المسلمين، يعطى لدفع شره عنهم؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يعطي الكفار من الزكاة، فكلماً أعطاهم مدحوا الإسلام، وإذا منع عنهم ذموا وعابوا⁽⁴⁹⁾.

حكم إعطاء المؤلفه قلوبهم بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم:

يرى بعض الفقهاء أن هذا المصرف قد نسخ وألغي بعد وفاة النبي - صلى الله عليه وسلم -؛ لأن المعنى الذي شرع من أجله هذا المصرف قد زال بعد وفاته - صلى الله عليه وسلم - حيث قوي الإسلام و أصبح لا حاجة لتأليف القلوب، قال سيدنا عمر - رضي الله عنه - للمؤلفة قلوبهم: "إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يعطيكم ليؤلفكم على الإسلام، فأما اليوم فقد أعز الله الإسلام، فإن ثبتم على الإسلام وإلا فليس بيننا وبينكم إلا السيف"⁽⁵⁰⁾.

ولكن جمهور الفقهاء قالوا أن هذا المصرف باق ولم ينسخ لعدم ورود نص في القرآن أو السنة يفيد إلغاء هذا المصرف، أو نسخه، ولا يملك أحد أن ينسخ ما ثبت في القرآن، وإنما كان قول عمر - رضي الله عنه - اجتهاداً وليس نسخاً أو إلغاءً⁽⁵¹⁾.

ثم اختلف العلماء في سهم المؤلفه قلوبهم هل نفي الآن حكمهم؟

فقال الإمام أحمد: حكمهم باق لم ينسخ، ومتى وجد الإمام قوماً من المشركين يخاف الضرر بهم ويعلم بإسلامهم مصلحة جاز أن يتألفهم من مال الزكاة⁽⁵²⁾.

وبناء على ما سبق فإذا رأى المسلمون في المراكز الإسلامية^(*) أن في إعطاء بعض الكفار من الصدقة أو الزكاة تأليفاً لقلوبهم رجاء إسلامهم أو إعطاء شخصيات علمية أو اجتماعية تدافع عن المسلمين في تلك البلاد، فيجوز لهم ذلك ضرورة انضباط مفهوم المؤلفه قلوبهم وعدم التوسع في ذلك تحت ذرائع وعواطف ينقصها الفقه والورع.

⁽⁴⁹⁾ ينظر: الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، 125/1: أحكام العبادات، لدلول، 130/1.

⁽⁵⁰⁾ أخرجه الترمذي في سننه بالفاظ متقاربة، رقم 668، باب ما جاء في إعطاء المؤلفه قلوبهم، 135/3.

⁽⁵¹⁾ ينظر: الاختيار لتعليل المختار، 125/1.

⁽⁵²⁾ ينظر: اختلاف العلماء، لابن هبيرة، 216/1.

(*) يقصد بها المراكز الإسلامية الموجودة في أوروبا وأمريكا.

المطلب الخامس

في الرقاب

الرقاب جمع رقبة وهي العضو المعروف في الإنسان، وجعلت اسماً للمملوك من الناس، ويطلق عليهم الرقيق،

والمراد بهذا المصنف تحرير الرقيق وعتقهم، أي بشراء العبيد من أموال الزكاة وتحريرهم.

ويشترط لعتق الرقيق من الزكاة شرطين هما:

- أن يكون العبد المراد عتقه من الزكاة مسلماً؛ لأن الزكاة لا تصرف لغير المسلمين.

- أن لا يكون العبد المراد عتقه من الزكاة ممن يعتقد على المزكي كأن يكون أباً للمزكي أو أمماً.

ويلحق بهذا المصنف الأسرى والمخطوفين في هذا العصر، فيجوز فداؤهم من الزكاة؛ لأن تحرير رقبة الأسير

من الأسر يشبهه تحرير الأرقاء؛ ولأن الرق غير موجود في هذا العصر فيحل محله ما يشبهه من الأسر والحطف⁽⁵³⁾.

وأكثر العلماء على أن المراد بقوله تعالى: ﴿وفي الرقاب﴾ هم المكاتبون المسلمون الذين لا يجدون وفاء ما

يؤدون ولو مع توافر القدرة والقوة والكسب، لأنه لا يمكن الدفع إلى الشخص الذي يراد فك رقبته إلا إذا كان مكاتباً⁽⁵⁴⁾.

ولو اشترى بالسهم عبيداً لم يكن الدفع إليهم، وإنما هو دفع إلى ساداتهم، وفسر ابن عباس⁽⁵⁵⁾ وفي الرقاب

بأنهم المكاتبون⁽⁵⁶⁾.

حيث جاء في تفسير الرازي: ولما ذكر الله تعالى الرقاب أبدل بحرف اللام حرف "في" فلا بد لهذا الفرق من

فائدة، وتلك الفائدة هي: أن تلك الأصناف الأربعة المتقدمة يدفع إليهم نصيبهم من الصدقات حتى يتصرفوا فيها كما شاؤوا،

⁽⁵³⁾ ينظر: الاستذكار، لابن عبد البر، 318/7، أحكام العبادات، لفائق دلول، 139/1.

⁽⁵⁴⁾ هو العبد كاتبه سيده على أقساط معينة فإذا وفاها صار حراً، والكتابة مندوبة لتحرير العبيد واعتاقهم لقوله تعالى: ((فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً)) سورة النور، الآية، 33.

⁽⁵⁵⁾ هو: عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبيد مناف، أبو العباس الهاشمي القرشي، ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم، كني بابنة العباس وهو أكبر ولده، وكان يسمى البحر، لسعة علمه، ويسمى حبر الأمة، ورأى سيدنا جبريل عليه السلام عند النبي صلى الله عليه وسلم مرتين، ودعا له النبي صلى الله عليه وسلم وقال: "اللهم علمه الحكمة" وكان عالماً بالحديث والفقه والتأويل والشعر والمغازي والعريضة، توفي سنة ثمان وستين بالطائف، وقيل غير ذلك. أسد الغابة، لابن الأثير، 130/2.

⁽⁵⁶⁾ ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحلي، 357/3.

وأما في الرقاب فيوضع نصيبهم في تخليص رقبتهم عن الرق ولا يدفع إليهم، ولا يمكنوا من التصرف في ذلك النصيب، بل يوضع في الرقاب ويؤدى عنهم⁽⁵⁷⁾.

أما الرقيق المسلم الذي يشتري بمال الزكاة ثم يعتق، يكون ولاؤه للمسلمين، فإذا مات وليس له وراث، فهو في بيت مال المسلمين⁽⁵⁸⁾.

وكذلك جاء في قرار وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي في الرقاب:

- يشمل سهم في الرقاب افتداء الأسرى المسلمين.
 - يجوز دفع الزكاة لتحرير المختطفين من المسلمين⁽⁵⁹⁾.
- والحقيقة أن للزكاة شأنًا كبيراً في الإسلام وهي تقترن دائماً بفريضة الصلاة، لتصلح العلاقة مع الله بالصلاة، والعلاقة مع أبناء المجتمع المسلم بالزكاة.

⁽⁵⁷⁾ ينظر: تفسير الرازي، 86/16، فقه الزكاة، لوسف القضاوي، 17/2.

⁽⁵⁸⁾ ينظر: الفقه على المذاهب الأربعة، للجزيري، 986/1، الموسوعة الفقهية الكويتية، 320/23.

⁽⁵⁹⁾ ينظر: قرار وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، 317/1.

المطلب السادس

الغارمون

كثيراً ما يتساءل البعض من المسلمين عن الغارم حتى تصرف له الزكاة، وهل الغارم يعتبر فقيراً حتى تعطي له الزكاة أم يكون فقيراً أصلاً، وإذا كان غنياً كيف تصرف له الزكاة ؟
وعليه نعرف الغارم فتقول :

الغارم أو الغرم: هو ما ينوب الإنسان في ماله من ضرر لغير جناية منه أو خيانة، يقال: غرم كذلك غرمًا ومغرمًا، وأغرم فلان الغرامة، والغريم يقال لمن له الدين، ولمن عليه الدين⁽⁶⁰⁾.

قال ابن العباس: الغارم من عليه دين وزاد مجاهد⁽⁶¹⁾ وقتادة⁽⁶²⁾ في غير معصية ولا إسراف، والجمهور على أنه يقضى دين الميت من الزكاة إذا هو غارم، والغارم من عليه دين يحبس فيه، ويدخل في الغارمين من تحمل حملات في اصطلاح و بر وإن كان غنياً إذا كان ذلك يحجب بماله⁽⁶³⁾.

وجعل الشافعي الغارمين في آيات الصدقات الذين تحملوا الحملات فغرموا مغارمها⁽⁶⁴⁾.

وجاء في الاستذكار: كل من مات وقد استدان في مباح ولم يقدر على أدائه، فعلى الإمام أن يؤدي ذلك عنه من سهم الغارمين، أو من الصدقات كلها⁽⁶⁵⁾.

قال مجاهد ثلاثة من الغارمين: رجل ذهب السيل بماله، ورجل أصابه حرق فذهب بماله، ورجل معه عيال وليس معه مال وقد طلب النبي ﷺ من المسلمين أن يتصدقوا على من أصابته جائحة⁽⁶⁶⁾.

ويشترط في الغارم الذي يعطى من الزكاة شروط عدة منها :

⁽⁶⁰⁾ المفردات في غريب القرآن، للاصفهاني، 336/2.

⁽⁶¹⁾ هو مجاهد بن جبر أبو الحجاج المكي مولى بني مخزوم، تابعي مفسر- من أهل مكة، قال الذهبي: شيخ القراء والمفسرين، أخذ التفسير عن ابن عباس، قرأه عليه ثلاث مرات، تنقل في الأسفار واستقر في الكوفة، توفي سنة 104هـ، التفاضات لابن حبان، 419/5، الأعلام، للزركلي، 277/5.

⁽⁶²⁾ سبقت ترجمته قبل قليل.

⁽⁶³⁾ ينظر: البحر المحيط، لأبي حيان الأندلسي، 444/6.

⁽⁶⁴⁾ الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، 197/1.

⁽⁶⁵⁾ ينظر: الاستذكار، لابن عبد البر، 229/14.

⁽⁶⁶⁾ ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحبي، 42/7.

- الإسلام، فلا يعطي الغارم الكافر من الزكاة شيئاً.
- الفقير، فلا يعطي الغني من الزكاة، سواء أستدان لمصلحة عامة أو خاصة.
- أن لا يكون الدين لعمل محرم كشراب الخمر، أو القمار، أو الاعتداء على أرواح وممتلكات الناس، أما إذا تاب عن ذلك، فإنه يعطى من الزكاة.
- لا يعطى من الزكاة من كان عليه دين مؤجل؛ لأنه غير محتاج إلى قضاءه في الوقت الحاضر، بل يجب أن يكون دين الغارم حالاً.
- يطالب الغارم بإثبات الدين، ولا يعطى من الزكاة إلا بإثبات البينة؛ لأن الأصل عدم الغرم وبراءة الزمة.
- يعطي الغارم قد دينه الذي ثبت عليه دون زيادة على ذلك⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁷⁾ أحكام العبادات، لفائق دلول، 140/1.

المطلب السابع

في سبيل الله

قال ﷺ: " لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة: الغازي في سبيل الله أو العامل عليها، أو الغارم، أو لرجل اشتراها بماله، أو لرجل كان له جار مسكين فتصدق على المسكين فأهداها له ⁽⁶⁸⁾ .

وفي سبيل الله، وهم الغزاة المجاهدون الذين لا حق لهم في ديوان الجند؛ لأن السبيل عند الإطلاق هو الغزو، وقلوه تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِهِ صَفًّا ﴾ ⁽⁶⁹⁾ .

و قوله: ﴿ وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ ⁽⁷⁰⁾ وغير ذلك، فيدفع إليهم لإنجاز مهمتهم وعونهم ولو كانوا أغنياء؛ لأنه مصلحة عامة ⁽⁷¹⁾

والدعوة إلى الإسلام، والدعوة باللسان جهاد في سبيل الله، والدعوة بالعلم جهاد في سبيل الله، والدعاة الذين يتفرغون للدعوة في سبيل الله في بلد تحتاج إلى دعوة جهاد ⁽⁷²⁾ .

ومن جملة سبيل الله كذلك الصرف للعلماء سواء الذين يقومون بمصالح المسلمين الدينية، فإن لهم في مال الله نصيباً سواء أكانوا أغنياء أو فقراء، بل الصرف في هذه الجهة من أهم الأمور؛ لأن العلماء ورثة الأنبياء و حملة الدين، وبهم يحفظ بيضة الإسلام، وشرعية سيد الأنام، والعلماء يأخذون من العطاء ما يقوم بما يحتاجون إليه في قضاء من يرد عليهم من الفقراء وغيرهم. ومنهم من كان يأخذ زيادة على مئة ألف درهم ⁽⁷³⁾ .

إن مصرف في سبيل الله يراد به الجهاد بمعناه الواسع الذي قرره الفقهاء بما مفاده حفظ الدين، وإعلاء كلمة الله، ويشمل القتال والدعوة إلى الإسلام والعمل على تحكيم شريعته، ودفع الشبهات التي يثيرها الخصوم عليه، وصد التيارات المعادية له، وليس الجهاد على النشاط العسكري وحده.

⁽⁶⁸⁾ أخرجه أبو داود في سننه، باب من يجوز له أخذ الصدقة، رقم 1635، 2/119.

⁽⁶⁹⁾ سورة الصف، الآية رقم: 4.

⁽⁷⁰⁾ سورة البقرة، الآية رقم: 190.

⁽⁷¹⁾ ينظر: الفقه الإسلامي، للزحيلي 3/301، الفقه على المذاهب الأربعة، 1/987.

⁽⁷²⁾ ينظر: أحكام العبادات، للدلول، 1/141.

⁽⁷³⁾ ينظر: الدرر البهية والروضة الندية، لمحمد صديق خان، 1/533.



ويدخل تحت الجهاد بهذا المعنى :

- تمويل مراكز الدعوة إلى الإسلام، التي يقوم عليها رجال صادقون في البلاد غير الإسلامية بهدف نشر الإسلام بمختلف الطرق الصحيحة التي تلائم العصر.
- تمويل الجهود الجادة التي تثبت الإسلام بين الأقليات الإسلامية في الديار التي تسلط فيها غير المسلمين على رقاب المسلمين والتي تتعرض لتدوير البقية من أبناء المسلمين في تلك الديار⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷⁴⁾ ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للرحلي، 550/10.

المطلب الثامن

ابن السبيل

ابن السبيل هو المتقطع عن ماله لبعده عنه، والسبيل: الطريق، فكل من يكون مسافراً يسمى ابن السبيل: وهو غنى ببلده حتى تجب الزكاة في ماله، ويؤمر بالأداء إذا وصلت إليه يده، والحالة هذه هو فقير حتى تصرف له الزكاة نظراً لحاجته إليها⁽⁷⁵⁾.

أو هو الغريب الذي ليس في يده شيء، وإن كان له مال في بلده ومن له ديون على الناس ولا يقدر على أخذها لغيابهم أو لعدم البينة أو الإعسار أو لتأجيله يحل له أخذها، ويصير ابن السبيل بالعزم على السفر كعابري السبيل، وقال ابن عباس - رضي الله عنه - في قوله تعالى: ﴿إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ﴾⁽⁷⁶⁾ هم المسافرون لا يجدون الماء فيتممون، فكذلك ابن السبيل هو المسافر لا على من عزم على السفر⁽⁷⁷⁾.

إذن ابن السبيل: الغريب المتقطع يدفع إليه من الزكاة قدر كفايته وإن كان غنياً ببلده لكن بشروط ثلاثة هي:

- أن يكون محتاجاً في ذلك الموضع الذي هو به إلى ما يوصله إلى بلده، فإن كان غنياً بما يوصله فلا يعطى؛ لأن المقصود هو إيصاله إلى بلده.

- أن يكون سفره في غير معصية، أما لو كان سفره في معصية كمن خرج لقتل نفس وما أشبه ذلك. فإنه لا يعطى من الزكاة شيئاً إلا أن يخاف عليه الموت.

- أن لا يجد مسلفاً له بذلك الموضع الذي هو فيه، وإنما يعطى إذا لم يجد من يسلفه بشرط أن يكون غنياً في بلده.

وإن جلس ولم يسافر نزعته منه الزكاة مثل الغازي إذا أخذ الزكاة ولم يغزو تؤخذ منه وترد إلى محلها⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁵⁾ ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، 260/2.

⁽⁷⁶⁾ سورة النساء، الآية رقم: 43.

⁽⁷⁷⁾ ينظر: البناء شرح الهداية، للعيني، 358/3.

⁽⁷⁸⁾ ينظر: مختصر خليل، 219/17، الموسوعة الفقهية الكويتية، 8274/2.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث أوجز ما ظهر لي من نتائج وذلك على نحو التالي:

- يعطى الفقير من الزكاة ما يكفيه لمدة سنة ؛ لأن الزكاة تجمع في كل عام مرة.
- يعطى الفقير من الزكاة بحيث يستطيع أن يقوم بأي عمل يتقنه من تجارة أو صناعة أو أي حرفة أخرى.
- تحويل المحتاجين من حالة الفقر إلى حد الكفاية من كافة الضروريات.
- المسكين أصلح حالاً من الفقير مادياً.
- كان النبي ﷺ يعث الحياة والسعادة إلى أحياء العرب والبلدان لأخذ الصدقات، وتابعه في ذلك الخلفاء الراشدون.
- من الشروط التي يجب توفرها في العاملين على الزكاة أن يكون مسلماً، أميناً، بالغاً، عاقلاً، ذكراً، عالماً بأحكام الزكاة.
- المؤلفة قلوبهم هم من يرجى إسلامهم، أو كف شرهم، أو استمالة قلوبهم بالإحسان والمودة إليهم.
- أما في الرقاب فيشترط العبد المراد تحرير رقبته أن يكون مسلماً؛ لأن الزكاة لا تصرف لغير المسلمين.
- يجوز تحرير الأسرى والمخطوفين وفداؤهم من الزكاة في هذا العصر.
- الرقيق المسلم الذي يشتري بمال الزكاة يكون ولاؤه للمسلمين.
- الغارم من ذن عليه في غير معصية يجبس فيه.
- يشترط في الغارم: الإسلام، الفقر، وأن لا يكون الدين لعمل محرم كشراب الخمر، أو القمار، أو الاعتداء على أرواح وممتلكات الناس.
- تمويل مراكز الدعوة إلى الإسلام وتثبيت الإسلام عند الأقليات المسلمة.
- ابن السبيل هو الشخص الغريب المنقطع يدفع إليه من الزكاة قدر كفايته ورجوعه إلى بلده وإن كان غنياً ببلده.
- وختاماً فإني أبتهل إلى الله العليّ القدير أن يجعل جميع أعمالنا خالصة لوجهه الكريم، ويعلمنا ما جملنا، ويزدنا علماً، إنه صاحب الفضل والمنة، وصل اللهم وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والحمد لله أولاً وآخراً.

المصادر والمراجع

- أحكام العبادات في التشريع الإسلامي، لفايق سليمان دلول طبعة -2006م، مركز الأصدقاء للطباعة، غزة، فلسطين.
- اختلاف الأئمة العلماء، لابن هبيرة الشيباني، تخ: السيد يوسف أحمد، ط (1) 2002، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- أسد الغابة في معرفة الصحابة، لابن الأثير الجزري، تخ: عادل أحمد الرفاعي، ط، 1996م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصل، تعليقات الشيخ محمود أبو دقة، ط، 1937م، مطبعة الحلبي، القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية، بيروت وغيرها).
- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، لابن عبد البر النمري القرطبي، تخ: سالم محمد عطا وآخرون، ط، 2000، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- الإصابة في تمييز الصحابة، لأبي الفضل، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تخ: عادل أحمد عبد الموجود وآخرون، ط 1415(1) هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، لمحمد الشربيني الخطيب، تخ: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، ط، 1415هـ، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- الأنساب، لأبي سعيد عبد الكريم بن محمد التميمي السمعاني، تخ: عبد الله عمر البارودي، ط، 1998م، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني، ط (2) 1986م، دار الكتب العلمية.
- بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، لعبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، تخ: محمد أبو الفضل إبراهيم دت، د.ط، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان.

- البحر الرائق شرح كثر الدقائق، لزين الدين ابن نجيم الحفني، د. ت. د. ط. دار المعرفة، بيروت.
- البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة، لمحمد بن يعقوب الفيروز أبادي، ط (1) 1407 هـ، تح: محمد المصري، جمعية إحياء التراث الإسلامي، الكويت.
- البناية شرح الهداية، لأبي محمد محمود بدر الدين العيني، ط (1) 2000م دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- تاج العروس من جواهر قاموس، لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق الملقب بمرتضى- الزبيدي، تح: مجموعة محققين، د. ت. د. ط. دار الهداية.
- تفسير ابن عيشرين لمحمد بن صالح بن محمد العثيمين، ط (1) 2004م دار الثريا للنشر والتوزيع، الرياض.
- تفسير الرازي، مفتاح الغيب، التفسير الكبير، لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي، ط (3) 1420 هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- تقريب التهذيب، لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تح: محمد عوامة، ط (1) 1986م، دار الرشيد، سوريا.
- التعاريف المهمة لطلاب الهمة، إعداد: أبو عثمان المزيني، د. ت. د. ط.
- التلخيص في الفقه المالكي، لأبي محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي، تح: أبو أويس محمد بوخبرة، ط (1) 2004، دار الكتب العلمية.
- التوقيف على مهمات التعارف، لزين الدين محمد عبد الرؤف بن علي الميناوي، ط (1) 1990 م، عالم الكتب.
- الثقات، لمحمد بن حيان بن أحمد التميمي البستي، تح: السيد شرف الدين أحمد، ط (1) 1975 م، دار الفكر.
- جلسات رمضان 140- 1415 هـ، لمحمد بن صالح بن محمد العثيمين، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية. الكتاب مرقم آلياً و رقم الجزء هو رقم الدروس - 23 درساً.

- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الشهير بالماوردي، تخ: علي محمد معوض وآخرون، ط (1) 1999م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية، لمحمد العربي القروي، دار الكتب العلمية، بيروت. د.ت.د.ط.
- ديوان الخطبة من دواوين عصر المخضرمين. د.ت.د.ط.
- الدرر البهية والروضة الندية والتعليقات الرضية، لأبي الطيب محمد صديق خان بن علي الحسيني البخاري القنوجي، التعليق: محمد ناصر الدين الألباني، ضبطه وحققه وقام على نشره، علي بن حسين بن علي الحلبي الأثري، ط (1) 2003م، دار ابن القيم، الرياض.
- الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، لمحمد بن أحمد بن الأزهر الأزهر، تخ: محمد جبر الألفي، ط (1) 1399 هـ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت.
- سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، تخ: محمد محي الدين عبد الحميد، د.ت.د.ط، المكتبة العصرية، صيدا -
- سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى بن سورة الترمذي أبو عيسى، تخ: بشار عواد معروف، ط، 1998م، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
- صحيح ابن خزيمة، لأبي بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة السلمي النيسابوري، تخ: محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، د.ت، د.ط.
- صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، تخ: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ن ، د. ط.
- فقه الزكاة ، ليوسف القرضاوي، ط (1) 2007م، مؤسسة الرسالة، دمشق، بيروت.
- الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبه الزحيلي، ط (4) دار الفكر، بيروت د. ت.

- الفقه على المذاهب الأربعة، لعبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، ط (2) 2003، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي في دورة انعقاده بجدة. 10-16 ربيع الآخر 1406هـ، 22-28 ديسمبر 1985م.
- القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، لسعدى أبو حبيب، ط (2) 1998 م دار الفكر، دمشق.
- القرآن الكريم ن برواية قالون عن نافع المدني.
- لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، ط (1) دار صادر، بيروت.
- مختصر العلامة خليل، لخليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين المالكي، تخ: أحمد جاد، ط (1) 2005م، دار الحديث، القاهرة.
- مصنف عبد الرزاق، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تخ: حبيب الرحمن الأعظمي، ط (2) 1403هـ المكتب الإسلامي بيروت.
- المال والمعاملات في الشريعة الإسلامية لعبد الحميد عبد الحميد الذبياني، ط (1)، 1993م، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، مصراته، ليبيا.
- المعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى وآخرون، تخ: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة.
- المغرب، لناصر بن عبد السيد أي المكارم المطرزي، دار الكتاب العربي، د. ت - د. ط.
- المغني في فقه الإمام أحمد، لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ط، 1405هـ، دار الكتاب العربي، بيروت.
- المفردات في غريب القرآن، للراغب الأصفهاني، دار القلم، دمشق، د. ت.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط، 1427 هـ.
- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، إدارة الطباعة المنبرية، د. ت.



- النهاية في غريب الحديث والأثر، لأبي السعادات المبارك بن محمد بن الجزري، تخ: الطاهر أحمد الزاوي وآخرون، ط، 1979، المكتبة العلمية، بيروت.
- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، لأبي العباس، شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم ابن خلكان، تخ: إحسان عباس، (ط) 1994 م. دار صادر بيروت.
- الوافي بالوفيات، لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي، تخ: أحمد الأرنؤوطي وآخرون، ط، 2000، دار إحياء التراث، بيروت.

بيان أحكام صلوات النوافل ذوات الأسباب وصفتها ، وكيفية أدائها

عبد العزيز عبد المولى علي*

المقدمة

الحمد لله الذي جعل الصَّلَاة نُورًا، وأحبَّ الأعمال إلى الله تعالى، و مفتاحًا من مفاتيح الجنَّة، وأصلي وأسلم على نبيِّنا مُحَمَّدٍ وعلى آله وصحبه أجمعين .

أما بعد ، فإن الصلاة من أعظم شعائر الدين، وهي صلة بين العبد وربّه، ولا تتحقق هذه الصلة إلا بالإتيان بخشوعها وطمأنينتها، وأدائها كما أمر الشرع الحنيف .

مشكلة البحث :

يتناول البحث بيان أحكام صلوات النوافل ذوات الأسباب وصفتها، وكيفية أدائها .

أهداف البحث :

يهدف البحث إلى إبراز الأحكام الفقهية المتعلقة بصلوات ذوات الأسباب وقتًا وأداءً ، من خلال التساؤلات

الآتية :

ما هو تعريف الصلاة في اللغة والاصطلاح ؟ ما المراد بذوات الأسباب ؟ ما هو الدليل على هذه

الصلوات ؟ هل هناك خلاف بين الفقهاء على بعض هذه الصلوات ؟

أسباب اختيار الموضوع :

كان من أهم الأسباب التي دعنتني إلى الكتابة في هذا البحث أنني لم أجد من تطرق إلى ذوات الأسباب من

النوافل، وكذلك أن هناك أوقافًا تحرم ، وتكره فيها الصلاة ، والنوافل من هذا النوع غير مؤقتة بوقت كسائر الفرائض ؛

لنا أردتُ بيان هذه الصلوات من جهة وقتها .

* عضو هيئة التدريس بقسم الدراسات الإسلامية - كلية التربية - جامعة الزيتونة

المبحث الأول

تعريف الصلاة لغة واصطلاحاً

الصلاة في اللغة :

للصلاة في اللغة الكثير من المعاني، ومنها : الدعاء، قال تعالى: ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾⁽¹⁾ ، والصلاة من الله تعالى: الرحمة⁽²⁾ ، والصلاة: صِلاة الطَّيِّبِ ، مَمْمُوزة⁽³⁾ ، والصَّلَاةُ: الرُّكُوعُ والسُّجُودُ⁽⁴⁾ ، وصلاة: ألقاه في النار للإحراق⁽⁵⁾ .
مما سبق يتبين أن الصلاة في اللغة تطلق على عدة معاني ، ومن بينها الدعاء ، وهو المراد .

واصطلاحاً :

لقد ورد معناها الشرعي في كتب مذاهب الفقه بمعانٍ كثيرة ، فلقد عرفها الأحناف بأنها "عبارة عن الأركان المعهودة، والأفعال النخصصة"⁽⁶⁾ ، وهي عند المالكية : "قرينة فعلية ذات إجماع وسلام، أو سُجُودٌ فَفَقَط"⁽⁷⁾ ، وقد عرفها

¹ - سورة التوبة، الآية: 103

² - الصحاح ، الجوهري ، تخ : أحمد عبد الغفور عطار ، دار العلم للملايين ، بيروت، ط4 ، 1407 هـ ، 1987 م ، 6 / 2402 ، (صلا) .

³ - جهرة اللغة، ابن دريد، تخ: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، 1987م، 2 / 1077 (صلا).

⁴ - لسان العرب ، ابن منظور، دار صادر ، بيروت ، ط1 ، دت ، 14 / 464 ، (صلا).

⁵ - تاج العروس من جواهر القاموس ، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الرِّيَدي، تخ : مجموعة من المحققين ، دار الهداية ، دت ، 38 / 433 (صلا) .

⁶ - البناية شرح الهداية ، بدر الدين العيني ، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان ، ط1 ، 1420 هـ ، 2000 م 2 / 4 ، والعناية شرح الهداية ، جمال الدين الرومي الباقري ، دار الفكر ، دط ، دت ، 1 / 216 .

⁷ - شرح حدود ابن عرفة ، الرضاع ، المكتبة العلمية ، ط1 ، 1350 هـ ، ص 43 ، والمخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية ، محمد العربي القروي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص 56 ، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، أحمد بن غنم النفراوي ، دار الفكر ، د . ط ، 1415 هـ ، 1995 م ، 1 / 164 .

الشافعية بقولهم: "هي أقوال وأفعال مخصوصة، تفتتح بالتكبير، وتختتم بالتسليم"⁽⁸⁾، وعند الحنابلة بنحو تعريف الشافعية⁽⁹⁾.

من خلال التعريفات السابقة للصلاة يظهر أن العلماء متفقون على أنها أركان عملية من قيام، وركوع، وسجود، وهكذا هي الصلاة؛ فضلاً عن كونها بمعنى الدعاء.

شروط الصلاة: تتنوع شروط الصلاة إلى شروط وجوب، وشروط صحة، وفيما يلي هذه الشروط.

شروط الوجوب: يقصد بشروط الوجوب أي: ما تجب الصلاة به.

1- الأحناف: وقد نظمها ابن نجيم، فقال:

شُرُوطُ الْوُجُوبِ تَسَعَةٌ تَمَامُ *** الْعَقْلُ، وَالْبُلُوغُ، وَالْإِسْلَامُ
وَنَقْيُ حَيْضٍ، وَائْتِيقُ التَّقَاسِ *** وَحَدَثٌ، وَضِيْقُ وَقْتِ التَّاسِ
وَمُطْلَقُ الْمَاءِ الطَّهُورِ الْكَافِي *** وَقُدْرَةُ اسْتِعْمَالِهِ الْمُؤَافِي⁽¹⁰⁾

فشروط الوجوب عندهم هي: العقل، والبلوغ، والإسلام، وانتفاء الحيض، والنفاس، والحدث، والوقت، ووجود الماء الطاهر، والقدرة على استعماله.

2- المالكية: البلوغُ، وَالْعَقْلُ، وَبُلُوغُ الدَّعْوَةِ، وَالخَلْوُ مِنَ الحَيْضِ وَالنَّفَاسِ، وَانْتِفَاءُ الإِغْمَاءِ، وَالتَّوْمٌ، وَالنَّسِيَانِ، وَالْقُدْرَةُ عَلَى تَحْصِيلِ الطَّهَارَةِ بِوُجُودِ الْمَاءِ، أَوْ التُّرَابِ بِلَا مَإْنَعٍ مِنَ الِاسْتِعْمَالِ⁽¹¹⁾.

3- الشافعية: الإسلام، البلوغ، العقل، الطهارة⁽¹²⁾.

⁸ - البيان في مذهب الإمام الشافعي، يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، تح: قاسم محمد السوري، دار المنهاج، جدة، ط1، 1421 هـ، 2000 م، 7/2، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين الرملي، دار الفكر، بيروت، ط أخيرة، 1404 هـ، 1984 م، 1/359، والفقه المنهجي، مصطفى الخن، مصطفى البغا، علي الشرنجي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط4، 1413 هـ، 1992 م، 1/98.

⁹ - الإقناع، أبو النجا المقدسي، تح: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1/72، والروض المربع، البهوتي، مع تعليقات: ابن عثيمين والسعدني، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار مؤسسة الرسالة، ص 60، المبدع في شرح المقتنع، ابن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط1، 1418 هـ، 1997 م، 1/263.

¹⁰ - البحر الرائق، ابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي، د.ت، 1/10، وينظر رد المحتار، ابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1421 هـ، 2000 م، 1/401.

¹¹ - ينظر بلغة السالك، الصاوي، دار المعارف، مصر، د.ط، د.ت، 1/265.

¹² - البيان في مذهب الإمام الشافعي 2/9، والمهذب، الشيرازي، دار الفكر، بيروت، 1/50.

4- الحنابلة لا يفرقون بين النوعين ، وشروط الوجوب هي : الإسلام ، والعقل ، والبلوغ⁽¹³⁾ .

شروط الصحة : وتعني أن الصلاة لا تصح إلا بها ، وهي:

1- الأحناف : الطهارة من الحدث والخبث ، وستر العورة⁽¹⁴⁾ .

2- المالكية : طهارة الحدث ، وطهارة الخبث ، والإسلام ، وستر العورة ، وترك الكلام ، وترك الأفعال⁽¹⁵⁾ .

3- الشافعية : طهارة الأعضاء من نجس وحدث، وستر العورة بلباس طاهر، وفعل الصلاة على مكان طاهر⁽¹⁶⁾ .

4- الحنابلة : الطهارة من الحدث، والطهارة من النجاسة، والسترة، والنية⁽¹⁷⁾ .

يلاحظ على شروط الصحة أن أصحاب المذاهب اتفقوا على أن الطهارة أول شرط لصحة الصلاة ، وهي

قسمان : طهارة حسية بالوضوء ، والغسل ، والاستنجاء ، والاستجمار ، وطهارة معنوية ، بخلوص القلب من النفاق ،

والحسد ، والكبر ، والفحش من القول والفعل ، قال تعالى : ﴿ اتْلُ مَا أُوحِيَ إِلَيْكَ مِنَ الْكِتَابِ وَأَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ

الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَلَذِكْرُ اللَّهِ أَكْبَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَصْنَعُونَ ﴾⁽¹⁸⁾ ، "إن المحافظة على الصلاة

تتهى صاحبها عن الوقوع في المعاصي والمنكرات: وذلك لأن المقيم لها، المتم لأركانها وشروطها، يستنير قلبه، ويزداد إيمانه،

¹³ - الروض المربع ، ص 68 ، ودليل الطالب ، مرعي بن يوسف الحنبلي ، تح : أبو قتيبة الفارابي، دار طبية للنشر- والتوزيع، الرياض ، ط 1 ، 1425هـ ، 2004م ، ص 28 ، ودقائق أولي النبي، البهوتي، عالم الكتب، ط 1 ، 1414هـ ، 1993م ، 1 / 140 .

¹⁴ - ينظر الجوهرة السيرة ، الحدادي ، المطبعة الخيرية ، ط 1 ، 1322هـ ، ص 46 ، ورد المختار ، 1 / 401 ، واللباب في شرح الكتاب ، عبد الغني الميداني ، حققه، وفصله، وضبطه، وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد ، المكتبة العلمية، بيروت ، لبنان ، 1 / 61 ، وتبيين الحقائق ، الزبيلي، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق، القاهرة ، ط 1 ، 1313 هـ ، 1 / 95 .

¹⁵ - الساج والإكيليل ، المواق ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط 1 ، 1416هـ، 1994م ، 2 / 136 ، والمختصر- ، خليل بن إسحاق الجسدي، تح: أحمد جاد ، دار الحديث ، القاهرة ، ط 1 ، 1426هـ، 2005م ، ص 29 ، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ابن رشد الحفيد ، دار الحديث ، القاهرة، د.ط ، 1425هـ ، 2004م ، 1 / 118 .

¹⁶ - الحاوي الكبير ، الماوردي ، تح : علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، ط 1 ، 1419 هـ ، 1999م ،

2 / 232 ، وتحفة الحبيب على شرح الخطيب ، البنجري ، دار الفكر ، 1415هـ ، 1995م ، 1 / 437 .

¹⁷ - المغني ، ابن قدامة ، مكتبة القاهرة ، د.ط ، 1388هـ ، 1968م ، 2 / 6 ، 7 .

¹⁸ - سورة العنكبوت، الآية: 45 .

وتتقوى رغبته في الخير، وتقل أو تتعدم رغبته في الشر، ولذكر الله في الصلاة وغيرها أعظم وأكبر وأفضل من كل شيء، والله يعلم ما تصنعون من خيرٍ وشر، فيجازيكم على ذلك أكمل الجزاء وأوفاه" (19).

المبحث الثاني

مفهوم النوافل، وذوات لغة واصطلاحاً

النوافل لغة: النفل: الغنمة (20)، وجمعها: أنفال، قال تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ فَأَتَقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ (21)، والنوافل جمع مفردة: نافلة، وهي ما يفعله الإنسان ومما لا يجب عليه (22)، قال تعالى: ﴿وَمِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَكَ عَسَى أَنْ يَبْعَثَكَ رَبُّكَ مَقَامًا مَحْمُودًا﴾ (23)، فالنوافل هي ما زاد على الفريضة.

النوافل اصطلاحاً: ما تطوع به المعطي مما لا يجب عليه من صلاة وغيرها (24)، والنافلة عند الأحناف: عبارة عن فعلٍ لَيْسَ بِفَرِيضٍ وَلَا وَاجِبٍ وَلَا مَسْئُونٍ (25).

يلاحظ أنه لا فرق بين المعنى اللغوي والشرعي للنافلة، فهي ما زاد على الفريضة.

معنى ذوات في اللغة: هي جمع المفرد: ذات، ولها استعمالات عديدة، ومنها ذات: مؤنث ذو بمعنى صاحب، يقال: هي

ذات مال (26)، ومثناها: ذوات، قال تعالى: ﴿ذَوَاتَا أَفْئَانٍ﴾ (27)، وذات الشيء: نفسه وعينه، وحقيقته وماهيته (28).

¹⁹ - التفسير الميسر، نخبة من أساتذة التفسير، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، السعودية، ط2، 1430هـ، 2009 م، ص 401، وينظر: تفسير السعدي، تح: عبد الرحمن بن معلا اللويحي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420هـ، 2000م، ص 632.

²⁰ - المصباح المنير، 2 / 619، (نقل).

²¹ - سورة الأنفال، الآية: 1

²² - الحكم والمحيط الأعظم 380 / 10، (نقل)، وأساس البلاغة 2 / 296، (نقل).

²³ - سورة الإسراء، الآية: 79.

²⁴ - الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، محمد بن أحمد بن الأزهر الأزهرى الهروي، تح: محمد جبر الألفي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1، 1399هـ، ص 281، وينظر معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلججي، وحامد صادق قنيبي، دار النفاثس للطباعة والنشر- والتوزيع، ط2، 1408 هـ، 1988 م، ص 473.

²⁵ - الجوهرة النيرة، 1 / 70،

وذات في هذا البحث أي: التي لها تعلق بالسبب، فهي بمعنى صاحبة.

وفي الاصطلاح: هي التي لها سببٌ مُتَقَدِّمٌ عَلَيْهَا⁽²⁹⁾.

المبحث الثالث

تعريف السبب في اللغة والاصطلاح، وبيان الضابط في ذوات الأسباب

السبب لغة: ويراد به معاني كثيرة، ومنها: الحبل⁽³⁰⁾، قال تعالى: ﴿مَنْ كَانَ يَظُنُّ أَنْ لَنْ يَنْصُرَهُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا

وَالْآخِرَةِ فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ ثُمَّ لِيَقْطَعْ فَلْيَنْظُرْ هَلْ يُدْهِبَنَّ كَيْدُهُ مَا يَغِيظُ﴾⁽³¹⁾، والسبب: ما تؤتىل

به إلى شيء، والجمع أسباب⁽³²⁾، والسبب: كلُّ شيءٍ يَتَوَصَّلُ بِهِ إِلَى غَيْرِهِ⁽³³⁾.

والختار من المعاني السابقة الأخير؛ لأنه هو المراد من تعلق الصلاة به.

السبب اصطلاحاً: وقد ورد تعريفه في كتب الأصوليين، أذكر منها: "هُوَ كُلُّ وَصْفٍ ظَاهِرٍ مُنْضَبِطٍ دَلَّ الدَّلِيلُ

السَّمْعِيُّ عَلَى كَوْنِهِ مُعَرَّفًا لِحُكْمٍ شَرْعِيٍّ"⁽³⁴⁾.

شرح التعريف: "الوصف: يراد به المعنى، وهو ما قابل الذات، والظاهر: المعلوم غير الخفي والمنضبط: هو المحدد

الذي لا يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال"⁽³⁵⁾.

26- المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى، وأحمد الزيات، وحامد عبد القادر، ومحمد النجار، تح: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، 1 / 307، والمطلع على ألفاظ المتع، البجلي، تح: محمود الأرنؤوط، وإياد محمود الخطيب، مكتبة السوادى للتوزيع، ط1، 1423هـ، 2003 م، ص 50.

27- سورة الرحمن، الآية: 48.

28- التعريفات، الجرجاني، تح: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1403هـ، 1983م ص 107، والحدود الأثنية والتعريفات الدقيقة، زكريا الأفساري، تح: مازن، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط1، 1411 هـ، ص 71، والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي الفيومي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1 / 212.

29- المجموع، النووي، دار الفكر، دط، دت، 4 / 170.

30- العين، الخليل بن أحمد الفراهيدي، تح: محمدى المخزومي، وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، دت، بغداد، 7 / 203.

31- سورة الحج، الآية: 15.

32- الحكم والمحيط الأعظم، ابن سيده، تح: عبد الحميد هندواوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421 هـ، 2000 م، 8 / 424.

33- لسان العرب 1 / 458 (سبب).

34- الإحكام في أصول الأحكام، الأمسدي، تح: عبد الرزاق عفيفي، المكتبة الإسلامية، دمشق، بيروت، لبنان، 1 / 127، كشف الأسرار شرح أصول البردوي، علاء الدين البخاري الحنفي، دار الكتاب الإسلامي دط، دت، 4 / 170، وأصول الفقه المسمى إجابة السائل شرح بغية الأمل، الصنعاني، تح: حسين بن أحمد السباعي، وحسن محمد مقبولي الأهدل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1986، ص 51، والبحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركني، تح: محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421هـ، 2000م، 2 / 468.

الضابط في ذوات الأسباب: كلُّ ما علّق وجوده على سبب مطلقاً، ويفوت بتأخيره عن سببه فلا يقضى؛ لأن العام يحمل على الخاص⁽³⁶⁾.

أما الصلاة وقت الشروق والغروب، فحائز أداؤها فيها؛ لأن النهي إنما كان لسد الذريعة، وما كان لسد الذريعة، فإنه يفعل للمصلحة الراجحة، فالصلاة في نفسها من أفضل الأعمال وأعظم العبادات، فليس فيها نفسها مفسدة تقتضي النهي، ولكن وقت الطلوع والغروب يقارن الشيطان الشمس، ويسجد لها الكفار حينئذ، فالمصلي يتشبه بهم في جنس الصلاة وإن لم يعبد الشمس، ولا يقصد مقصد الكفار، لكن يشبههم في الصورة، فنهى عن الصلاة في هذين الوقتين سداً للذريعة، حتى ينقطع التشبه بالكفار، وألا يتشبه بهم المسلم في شركهم⁽³⁷⁾.

³⁵ - مباحث الحكم الشرعي، وهبة الزحيلي، وخليفة بكر الحسني، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، ط 1، 1409 هـ، 1989، ص 131.

³⁶ - ينظر الكافي في فقه ابن حنبل 1/ 240، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، دراسة وتحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، القاهرة، 1388هـ، 1968م، 2/ 181.

³⁷ - القواعد الفقهية وتطبيقها في المذاهب الأربعة، محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط 1، 1427هـ، 2006م، 2/ 784.

المبحث الرابع

صلوات النوافل ذوات السبب، صفتها، والدليل عليها

لقد جاءت في كتب الفقه بوفرة أنواع كثيرة من صلوات ذوات السبب ، وفيها يلي ذكر أهمها :

أولاً: تحية المسجد ، تشرع هذه الصلاة بعد الطهارة أولَ الدخول إلى المسجد ، وهي من خصائص الإسلام ؛ إذ لا توجد

تحية غيرها، ولا مثلها في الديانات الأخرى ، ومعنى تحية المسجد : تحية ربِّ المسجد ، فهي على حذف مضاف .

صفتها : وهي ركعتان بفتحة الكتاب ، وما تيسر من القرآن ، ولا تختصان بليل أو نهار ، إلا إذا حضرت الفريضة ؛ لأنها

تتوب عنها، وسببها الدخول إلى المسجد ، وإذا دخل الحاج أو المعتمر المسجد الحرام فلا تشرع في حقه هذه الصلاة ، بل

الواجب في حقه الطواف بالبيت ، ويجوز إنبابة ركعتي الفجر بدل تحية المسجد⁽³⁸⁾ .

دليها : ويدل على سُنِّيَّتِهَا حديث أبي قتادة بن ربعي الأنصاري - رضي الله عنه - قال قال النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ :

"إِذَا دَخَلَ أَحَدُكُمْ الْمَسْجِدَ فَلَا يَجْلِسُ حَتَّى يُصَلِّيَ رَكْعَتَيْنِ"⁽³⁹⁾ .

ثانياً : صلاة الوضوء : تُسنُّ هذه الصلاة بعد الفراغ من الوضوء في أي وقت من ليل أو نهار .

صفتها : ركعتان بفتحة الكتاب وما تيسر من القرآن .

دليها : ويدل على سنة صلاة الوضوء عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ لِبَلَالٍ عِنْدَ

صَلَاةِ الْفَجْرِ: يَا بَلَالُ! حَدِّثْنِي بِأَرْجَى عَمَلٍ عَمِلْتُهُ فِي الْإِسْلَامِ فَإِنِّي سَمِعْتُ دَفَّ نَعْلَيْكَ بَيْنَ يَدَيَّ فِي الْجَنَّةِ، قَالَ: مَا عَمِلْتُ

عَمَلًا أَرْجَى عِنْدِي أَنِّي لَمْ أَتَطَهَّرْ طَهُورًا فِي سَاعَةِ لَيْلٍ أَوْ نَهَارٍ إِلَّا صَلَّيْتُ بِذَلِكَ الطُّهُورِ مَا كَتَبَ لِي أَنْ أُصَلِّيَ"⁽⁴⁰⁾ .

³⁸ - البناية 2 / 521، والدر المختار، ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ، 1992م، 2 / 18، 22 وحاشية الطحطاوي، محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ - 1997م ص394 ، والشايج والإكيليل 2 / 79 ، 80 ، والفواكه البواني 1 / 202 ، 203 ، وحاشية الصاوي دار المعارف د. ط ، د. ت ، 1 / 405 ، 406 .

³⁹ - أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الجمعة ، باب ما جاء في القطوع مثنى مثنى ، 2 / 56 ، رقم الحديث 1163 ، تح : محمد زهير بن ناصر الناصر ، دار طوق النجاة ، ط1 ، 1422هـ .

⁴⁰ - أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الخنفة ، باب فضل الطهور بالليل والنهار وفضل الصلاة بعد الوضوء بالليل والنهار ، 53/2 ، رقم الحديث

فيه دليل أن الله يعظم المجازاة على ما ستر العبد بينه وبين ربه مما لا يطلع عليه أحد، ولذلك استحَب العلماء أن يكون بين العبد وبين ربه خبيثة عمل من الطاعة يدخرها لنفسه عند ربه، ويدل أنها كانت خبيثة بين بلال وبين ربه أن النبي - صلى الله عليه وسلم - ، لم يعرفها حتى سأله عنها، وفي سؤال النبي عن ذلك دليل على سؤال الصالحين عما يهديهم الله إليه من الأعمال المتعدى بهم فيها، ويمثل رجاء بركتها، والدف: دف الطائر إذا حرك جناحيه، ورجلاه في الأرض، والمراد صوت النعيلين⁽⁴¹⁾.

وعن عقبة بن عامر عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "ما من مسلم يتوضأ فيحسن وضوءه، ثم يقوم فيصلي ركعتين مقبل عليهما بقلبه ووجهه إلا وجبت له الجنة"⁽⁴²⁾.

جمع - صلى الله عليه وسلم - بهاتين اللفظتين أنواع الخضوع، والخشوع؛ لأن الخضوع في الأعضاء، والخشوع بالقلب⁽⁴³⁾.

ثالثاً: الصلاة عند القدوم من السفر: يُشْرَعُ لمن قضى مأربه من السفر، سواء كان مباحاً، أو عبادة أن يصلحها إذا قدم موطنه الأصلي⁽⁴⁴⁾.

صفتها: هي ركعتان بالفاتحة، وما تيسر من القرآن.

دليلها: عن كعب بن مالك قال: قال النبي - صلى الله عليه وسلم - "إذا قدم من سفرٍ بدأ بالمسجد فصلى فيه"⁽⁴⁵⁾.

وعن جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - قال كنت مع النبي - صلى الله عليه وسلم - في سفرٍ، فلما قدمنا المدينة قال لي: "ادخل المسجد فصل ركعتين"⁽⁴⁶⁾.

⁴¹ - ينظر شرح صحيح البخاري، ابن بطال، مخ: ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، ط2، 1423هـ، 2003م، 3/ 143، 144.

⁴² - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطهارة، باب الذكر المستحب عقب الوضوء، 1/ 209، رقم الحديث 234.

⁴³ - شرح النووي على صحيح مسلم، النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1392هـ، 3/ 121.

⁴⁴ - المدخل، ابن الحاج، دار التراث، د. ط، د. ت، 4/ 70، والمبدع في شرح المنقح 8/ 162، وكنشاف التناع، البيهقي، دار الكتب العلمية، بيروت، د. ت، 6/ 311،

⁴⁵ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلاة، باب الصلاة إذا قدم من سفرٍ، 1/ 96، رقم الحديث 443.

⁴⁶ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد، باب الصلاة إذا قدم من سفرٍ، 4/ 77، رقم الحديث 3087.

"الصلاة عند التذم سنة وفضيلة فيها معنى الحمد لله على السلامة ، والتبرك بالصلاة أول ما يبدأ به في حضره، ونعم المفتاح هي إلى كل خير، وفيها يناجي العبد ربه - تعالى - وذلك هدى رسول الله وسنته، ولنا فيه أكرم الأسوة"⁽⁴⁷⁾.

رابعاً : صلاة الاستخارة : ومعناها طلب الخيرة من الله تعالى ؛ لأن مقادير الأمور بيديه، فهو يعلم ما كان، وما سيكون، والعبد لا يعرف الخير إلا بعد أن يعرفه الله إياه⁽⁴⁸⁾.

صفتها، ودليها : دل على صفتها، وكذلك دليها ما رواه جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - قال كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يعلمنا الاستخارة في الأمور، كما يعلمنا السورة من القرآن، يقول: "إذا هم أحدكم بالأمر فليركع ركعتين من غير الفريضة، ثم ليقل: اللهم إني أستخيرك بعلمك، وأستقدرك بقدرتك، وأسألك من فضلك العظيم، فإنك تقدر ولا أقدر، وتعلم ولا أعلم، وأنت علام الغيوب، اللهم إن كنت تعلم أن هذا الأمر خير لي في ديني، ومعاشي، ومعاليبي، وأقرب إلى حاجتي، وأجمل أمري، فأقدره لي، وييسره لي، وثم بارك لي فيه، وإن كنت تعلم أن هذا الأمر شر لي في ديني، ومعاليبي، وأجمل أمري، وأقرب إلى حاجتي، فأصرفه عني، وأصرفني عنه، وأقدر لي الخير حيث كان، ثم أَرْضني"، قال ويُستبي حاجته⁽⁴⁹⁾.

"طلب تيسر الخير في الأمرين من الفعل، أو الترك من الخير، وهو ضد الشتر في الأمور التي تريد الإقدام عليها مباحة كانت أو عبادة، لكن بالنسبة إلى إيقاع العبادة في وقتها وكيفيةها لا بالنسبة إلى أصل فعلها، وهذا يدل على شدة الإعتناء بهذا الدعاء، وهم: قصد ، أي: من يكاح، أو سفر، أو غيرها مما يريد فعله، أو تزكته، فالوارد على القلب

47 - شرح صحيح البخاري لابن بطال ، 9 / 310 .

48 - ينظر البحر الرائق 2 / 55 ، والفتاوى الهندية ، نظام وجامعة من علماء الهند العالمية ، دار الفكر ، 1411هـ ، 1991م ، 1 / 112 ، وحاشية الطحطاوي 1 / 262 ، والمدخل 4 / 39 ، وشرح زروق على متن رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، اعتنى به وكتب هوامشه: أحمد فريد المزيدي ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط 1 ، 2006م ، 1427هـ ، 1 / 252 ، وافتحه المنهجي 1 / 219 والمجموع 4 / 54 ، والإصاف ، المرادوي ، دار إحياء التراث العربي ، د . ت ، 2 / 209 ، والكاظمي في فقه ابن حنبل ، ابن قدامة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط 1 ، 1414 هـ ، 1994 م ، 1 / 271 ، وشرح منتهى الإرادات ، البيهقي ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ، 1996م ، 1 / 249 .

49 - أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الجفعة ، باب ما جاء في التلوع منى ثلثي ، 2 / 56 ، رقم الحديث 1162 ، والنسائي في سنته ، الاستخارة ، 5 / 246 ، رقم الحديث 5551 ، تح : عبد الفشار سليمان البنداري وسيد كرسوي حسن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، 1411 ، 1991م ، وأبو داود في سنته ، كتاب الصلاة باب في الاستخارة ، 1 / 480 ، رقم الحديث 366 ، تح : محمد محيي الدين عبد الحميد ، المكتبة المصرية ، صيدا ، بيروت ، د . ت .

عَلَى مَرَاتِبٍ: أَلْهَمَهُ، ثُمَّ اللَّمَّهُ، ثُمَّ الْحَطَرَهُ، ثُمَّ النَّيْبَةَ، ثُمَّ الْإِرَادَةَ، ثُمَّ الْعَزِيمَةَ، فَالْتَّلَاثَةُ الْأَوَّلُ لَا يُؤَاخِذُ بِهَا، بِخِلَافِ التَّلَاثِ الْأَخِيرَةِ، وَالْهَمُّ هُوَ أَوَّلُ مَا يَرِدُ عَلَى الْقَلْبِ، فَيَسْتَخِيرُ، فَيُظْهِرُ لَهُ بِبَرَكَةِ الصَّلَاةِ وَالِدُعَاءِ مَا هُوَ الْخَيْرُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَمَكَّنَ الْأَمْرُ عِنْدَهُ وَقَوِيَتْ عَزِيمَتُهُ فِيهِ، فَإِنَّهُ يَصِيرُ إِلَيْهِ مَيْلٌ وَحُبٌّ، فَيَحْشَى أَنْ يَخْفَى عَلَيْهِ وَجْهُ الْأَرْشَدِيَّةِ؛ لِعَلْبَةِ مَيْلِهِ إِلَيْهِ، وَحُتْمَلُ أَنْ يَكُونَ الْفُرَادُ بِالْهَمِّ الْعَزِيمَةِ؛ لِأَنَّ الْخَوَاطِرَ لَا تُثْبِتُ، فَلَا يَسْتَخِيرُ إِلَّا عَلَى مَا يَقْصِدُ التَّصَمِيمَ عَلَى فِعْلِهِ، وَإِلَّا لَوْ اسْتَحَارَ فِي كُلِّ خَاطِرٍ لَاسْتَحَارَ فِيمَا لَا يَعْزُبُ بِهِ فَتَضَيَّعَ عَلَيْهِ أَوْقَاتُهُ⁽⁵⁰⁾.

خامساً: صلاة الحاجة: وردت هذه الصلاة في كتب الفقه⁽⁵¹⁾، ولكن في كتب الحديث صحح بعضهم ألفاظها، وضعفها بعضهم، ولكنني سأقتصر على الصحيح منها.

صفتها، ودليلها: ويدل عليها حديث عثمان بن حنيف، أن رجلاً ضرير البصر أتى النبي صلى الله عليه وسلم - فقال: ادع الله لي أن يعافيني فقال: "إن شئت أخرجت لك، وهو خير، وإن شئت دعوتك، فقال: ادعه، فأمره أن يتوضأ فيحسن وضوءه، ويصلي ركعتين، ويدعو بهذا الدعاء: اللهم إني أسألك، وأتوجه إليك بمحمد نبي الرحمة، يا محمد إني قد توجهت بك إلى ربي في حاجتي هذه لتقضي، اللهم فشفعه في⁽⁵²⁾".

سادساً: صلاة التوبة من الذنب: يستحب لمن أذنب ذنباً أن يتطهر، ثم يصلي، وهذه الصلاة تؤدي في أي وقت⁽⁵³⁾.
صفتها، ودليلها: بيَّنها حديث الرسول - صلى الله عليه وسلم: " ما من عبد يذنب ذنباً فيحسن الطهور، ثم يقوم فيصلي ركعتين ثم يستغفر الله إلا غفر الله له"⁽⁵⁴⁾، ثم قرأ الآية: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا فَاحِشَةً أَوْ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ ذَكَرُوا

⁵⁰ - ينظر مرقاة المفاتيح، الملا الهروي، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1422هـ، 2002م، 3/ 985.

⁵¹ - ينظر البحر الرائق 2/ 56، والفتاوى الهندية 1/ 112، وحاشية الطحاوي 1/ 398، الشرح الكبير للبردي، تح: محمد عيش، دار الفكر، دت، بيروت، 1/ 314، والمنهاج الصوم، ابن حجر العسقلاني، دار الكتب العلمية، ط1، 1420هـ، 2000م، ص 141، وكشاف النواع 1/ 442.

⁵² - أخرجه ابن ماجه في سننه، باب ما جاء في صلاة الحاجة، 1/ 441، رقم الحديث 1385، وصححه أبو إسحاق، والألباني، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي.

⁵³ - ينظر الدر المختار 2/ 28، وبلغة السالك 1/ 151، واللباب ص 142، والمغني 1/ 805.

⁵⁴ - أخرجه أبو داود في سننه، باب في الاستغفار، 1/ 475، رقم الحديث 1521، والنسائي في سننه، ما يفعل من بلي بذنوب، وما يقول، 9/ 159، رقم الحديث 10178، قريب من لفظ أبي داود من غير ذكر فيصلي ركعتين.

اللَّهِ فَاسْتَعْمَرُوا لِدُنُوْبِهِمْ وَمَنْ يَعْزِرِ الذُّنُوبَ إِلَّا اللَّهُ وَلَمْ يُصِرُّوا عَلَىٰ مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴿٥٥﴾ ، إلى آخر الآيات .

سابقاً : الصلاة بين الأذان والإقامة : وتسُن هذه الصلاة بين الأذان والإقامة في الصباح ، والظهر ، والعصر ، والعشاء ، إلا الجمعة ، فلا نافذة لها بعد الأذان الأول ، وأما المغرب ، فيجوز ، إن شاء ⁽⁵⁶⁾ .

صفتها : أقلها ركعتان بسورة الفاتحة وما تيسر من القرآن .

دليلها : عن عبد الله بن مُعْقَل قال : قال النبي - صلى الله عليه و سلم - " بين كل أذانين صلاة ، بين كل أذانين صلاة ، ثم قال في الثالثة : لمن شاء " ⁽⁵⁷⁾ .

المراد بالأذانين: الأذان والإقامة باتفاق العلماء ⁽⁵⁸⁾ .

ثامناً : صلاة الكسوف ، والخسوف : " حَسَفَ القمر ، وحَسَفَتِ الشمس ، وكَسَفَ ، وكَسَفَتْ ، وأخَسَفَتْ ، وأخَسَفَتْ ، وانكَسَفَ ، وانكَسَفَتْ ، وحَسَفًا ، وكَسَفًا " ⁽⁵⁹⁾ .

وقد اختلف الفقهاء في الخسوف والكسوف ، فمنهم من ذهب إلى أن الكسوف للشمس ، والخسوف للقمر ، ومنهم من لا يرى فرقاً بين الخسوف والكسوف ، فيقول : خَسَفَتِ الشمسُ وخَسَفَتِ القمرُ ، وكَسَفَتِ القمرُ ، وكَسَفَتِ الشمسُ ، وهو ذهاب ضوء ونور الشمس والقمر ⁽⁶⁰⁾ .

⁵⁵ - سورة آل عمران ، الآية: 135.

⁵⁶ - ينظر البناية 2 / 72 ، والمعصر- من المختصر- من مشكل الآثار ، المَلْطِي ، عالم الكتب ، بيروت ، د.ت 1 / 33 ، والبيان والتحصيل ، ابن رشد ، تح : محمد حجي وآخرون ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ط2 ، 1408 هـ ، 1988 م ، 17 / 375 ، وأسنى المطالب ، زكريا الأضاري ، تح : محمد محمد تامر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1422 هـ ، 2000 م ، 1 / 202 ، وفتح الوهاب ، زكريا الأضاري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1418 هـ ، 1 / 101 ، والإيضاف 1 / 422 .

⁵⁷ - أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الأذان ، باب بين كل أذانين صلاة لمن شاء ، 1 / 225 ، رقم الحديث 601 ، ومسلم في صحيحه ، كتاب الصلاة ، باب بين كل أذانين صلاة لمن شاء ، 1 / 573 ، رقم الحديث 838 ، وابن ماجه في سننه ، باب ما جاء في الرَّكْعَتَيْنِ قَبْلَ الْفُجْرِ ، 4 / 75 ، رقم الحديث 1217 .

⁵⁸ - ينظر شرح النووي على صحيح مسلم 6 / 123 ، وشرح سنن أبي داود لبدر الدين العيني 4 / 425 ، وشرح ابن بطال على صحيح البخاري 2 / 252 .

⁵⁹ - تهذيب الأسماء واللغات ، النووي ، عينته بنشره ، وتصحيحه ، والتعليق عليه ، ومقابلة أصوله : شركة العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية ، يطلب من : دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، د.ت ، 3 / 90 .

⁶⁰ - ينظر مراقي الفلاح ، الشرنبلالي ، اعتنى به وراجعه: نعم زرزور ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ط1 ، 1425 هـ ، 2005 م ، ص 205 ، وحاشية العدوي ، تح : يوسف الشيخ محمد البقاعي ، دار الفكر ، بيروت

صفتها : هي ركعتان في كل ركعة ركوع واحد وسجدة واحدة عند الأحناف⁽⁶¹⁾ ، وركعتان بركوعين في كل ركعة وسجدة واحدة عند الجمهور ، واتفق الفقهاء على أن السنة فيها التطويل حتى ينجلي الكسوف أو الخسوف⁽⁶²⁾ .

دليلها : عَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - قَالَتْ : "جَمَعَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي صَلَاةِ الْخُسُوفِ بِقِرَاءَتِهِ ، فَإِذَا فَرَغَ مِنْ قِرَاءَتِهِ كَبَّرَ فَرَكَعَ ، وَإِذَا رَفَعَ مِنَ الرَّكْعَةِ قَالَ : سَمِعَ اللَّهُ لِمَنْ حَمِدَهُ رَبَّنَا وَلَكَ الْحَمْدُ ، ثُمَّ يُعَاوِدُ الْقِرَاءَةَ فِي صَلَاةِ الْكُسُوفِ أَرْبَعَ رَكَعَاتٍ فِي رَكَعَتَيْنِ وَأَرْبَعَ سَجَدَاتٍ"⁽⁶³⁾ .

صلوات الأسباب في غير ما سبق :

نص الفقهاء على صلوات ذوات أسباب غير التي ذكرت ، ومما جاء عنهم ما يلي :

1- صلاة الجنزة⁽⁶⁴⁾ .

2- ركعتان عند تَوَقُّعِ الْعُقُوبَةِ ، كَالزَّلْزَلَةِ ، وَالرَّيْحِ ، وَالصَّوَاعِقِ ، وَالظُّلْمَةِ ، وَالْوَبَاءِ⁽⁶⁵⁾ .

3- صلاة العيدين ، وَالْإِسْتِسْقَاءِ⁽⁶⁶⁾ .

د. ط. ، 1414هـ ، 1994م ، 1 / 397 ، والغرر البهية ، زكريا الأنصاري ، المطبعة الميمنية ، د. ط. د. ت. 2 / 59 ، والإقناع 1 / 203 ، والإنصاف 2 / 441 ، والبدع 2 / 195 .

⁶¹ - ينظر البسوط ، الشيباني ، تح : أبو الوفا الأفغاني ، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ، كراتشي - ، باكستان ، 1 / 443 ، والحجة على أهل المدينة ، محمد بن الحسن الشيباني ، تح : محمدي حسن الكيلاني ، عالم الكتب ، بيروت ، ط3 ، 1403هـ ، 1 / 319 ، وبدائع الصنائع ، الكاساني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1982م ، 1 / 280 .

⁶² - ينظر إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك ، عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي ، وبهامشه: تقارير مفيدة لإبراهيم بن حسن ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر - ، ط3 ، ص 29 ، والاستذكار ، ابن عبد البر ، تح : عبد المعطي أمين قلنجي ، دار قتيبة ، دمشق ، دار السوي حلب ، ط1 ، 1414هـ ، 1993م ، 7 / 89 ، والتلقين ، عبد الوهاب البغدادي ، تح : محمد بو خيرة ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1425هـ ، 2004م ، 1 / 54 ، والأم ، محمد بن إدريس الشافعي ، دار المعرفة ، بيروت د. ط. ، 1410هـ ، 1990م ، 1 / 280 ، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، محمد الشريفي الخطيب ، تح : مكتب البحوث والدراسات ، دار الفكر ، بيروت ، 1415هـ ، 1 / 189 ، وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ، الشاشي ، تح : ياسين أحمد إبراهيم درادكة ، مؤسسة الرسالة ، دار الأرقم ، بيروت ، عبا ، ط1 ، 1980م ، 2 / 267 ، والشرح الكبير على متن المقنع ، ابن قدامة المقدسي ، تح : الشيخ محمد رشيد رضا ، دار الكتاب العربي للنشر - والتوزيع ، بيروت ، 2 / 275 ، والمحرر في الفقه ، ابن تيمية ، مكتبة المعارف ، الرياض ، ط2 ، 1404هـ ، 1984م ، 1 / 172 ، وبداية العابد وكفاية الزاهد ، الخلوقي ، تح : محمد بن ناصر العجي ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، 1417 هـ ، 1997م ، ص 49 .

⁶³ - أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الجمعة ، باب الصلاة في كُسُوفِ الْقَمَرِ ، 2 / 40 ، رقم الحديث 1065 ، ومسلم في صحيحه ، كتاب الكسوف ، باب صلاة الكسوف ، 2 / 618 ، رقم الحديث 901 .

⁶⁴ - البداية 2 / 55 .

⁶⁵ - حاشية السوقي على الشرح الكبير 1 / 314 .

⁶⁶ - الحاوي الكبير 2 / 635 .

النتائج:

لقد خلصت من خلال البحث إلى النتائج التالية:

- 1- الصلوات ذوات الأسباب هي كل صلاة تعلق بها سببها، وإذا فات سببها، والراجح من أقوال أهل العلم أنها لا تصلى.
- 2- تتنوع هذه الصلوات في أدائها إلى ما يؤدي جماعة، أو أفنأذاً.
- 3- جواز أداء الصلاة وقت الشروق والغروب إذا أمن من مشابهة الكفار.
- 4- يجوز أداء الصلاة التي تعلق بها سببها في أي وقت ما دام سببها قائماً.

التوصيات:

- 1- من ذوات الأسباب صلوات الفرائض إذا كانت قضاءً؛ لأهميتها، ولم أر من تكلم عنها وهي مجال رحب للدراسة.
- 2- كذلك من ذوات الأسباب الصلاة المنذورة، وصلاة الجنابة، وهي أيضاً لم تفرد بالكتابة.

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم، رواية قالون عن نافع المدني، مصحف إلكتروني .
- 1- الإحكام في أصول الأحكام، الأمدي، تخ: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، لبنان، د.ت.
 - 2- إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، وبهامشه: تقارير مفيدة لإبراهيم بن حسن، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط3.
 - 3- الاستذكار، ابن عبد البر، تخ: عبد المعطي أمين قلعي، دار قتيبة، دمشق، دار الوحي، حلب، ط1، 1414هـ، 1993م .
 - 4- أسنى المطالب، زكريا الأنصاري، تخ: محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 1422 هـ، 2000م .
 - 5- أصول الفقه المسمى إجابة السائل شرح بغية الأمل، الصنعاني، تخ: حسين بن أحمد السياغي وحسن محمد مقبولي الأهدل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1986.
 - 6- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، دراسة وتحقيق: طه عبد الرؤوف سعد مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، القاهرة، 1388هـ، 1968م .
 - 7- الإقناع، أبو النجا المقدسي، تخ: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت لبنان، د.ت .
 - 8- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد الشربيني الخطيب، تخ: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، 1415هـ .
 - 9- الأم، محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت د.ط، 1410هـ، 1990م .
 - 10- الإنصاف، المرادوي، دار إحياء التراث العربي، د.ت .
 - 11- البحر الرائق، ابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي، د.ت .
 - 12- البحر المحييط في أصول الفقه، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، تخ: محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421هـ، 2000م .

- 13- بداية العابد وكفاية الزاهد ، الخلوقي ، تخ : محمد بن ناصر العجمي ، دار البشائر الإسلامية بيروت ، لبنان ، ط1 ، 1417 هـ ، 1997م .
- 14- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ابن رشد الحفيد ، دار الحديث ، القاهرة ، د.ط ، 1425 هـ 2004 م .
- 15- بدائع الصنائع ، الكاساني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1982م .
- 16- بلغة السالك ، الصاوي ، دار المعارف ، مصر ، د.ط ، د.ت .
- 17- البناية شرح الهداية ، بدر الدين العيني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، 1420 هـ 2000 م .
- 18- البيان في مذهب الإمام الشافعي ، يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني ، تخ : قاسم محمد النوري ، دار المنهاج ، جدة ، ط1 ، 1421 هـ ، 2000 م .
- 19- البيان والتحصيل ، ابن رشد ، تخ : محمد حجي وآخرون ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت لبنان ، ط2 ، 1408 هـ ، 1988 م .
- 20- تاج العروس من جواهر القاموس ، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني ، أبو الفيض ، الملقب بمرتضى ، الزبيدي ، تخ : مجموعة من المحققين ، دار الهداية ، د.ت .
- 21- التاج والإكليل ، المواق ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، 1416 هـ ، 1994م .
- 22- تبيين الحقائق ، الزبيلي ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق ، القاهرة ، ط1 ، 1313 هـ .
- 23- تحفة الحبيب على شرح الخطيب ، البُجَيْرِي ، دار الفكر ، 1415 هـ ، 1995م .
- 24- التعريفات ، الجرجاني ، تخ : جماعة من العلماء بإشراف الناشر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، 1403 هـ ، 1983م .
- 25- تفسير السعدي ، تخ : عبد الرحمن بن معلا اللويحي ، مؤسسة الرسالة ، ط1 ، 1420 هـ 2000م .
- 26- التفسير الميسر ، نخبة من أساتذة التفسير ، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف ، السعودية ، ط2 ، مزيدة ومنقحة ، 1430 هـ ، 2009 م .
- 27- التلقين ، عبد الوهاب البغدادي ، تخ : محمد بو خبزة ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1425 هـ 2004م .

- 28- تهذيب الأسماء واللغات ، النووي ، عنيت بنشره، وتصحيحه، والتعليق عليه، ومقابلة أصوله: شركة العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية، يطلب من: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. ت .
- 29- جمهرة اللغة، ابن دريد، تخ: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، 1987م .
- 30- الجوهر النيرة ، الحدادي ، المطبعة الخيرية ، ط 1 ، 1322هـ .
- 31- حاشية الصاوي دار المعارف ، د. ط ، د. ت .
- 32- حاشية الطحطاوي، محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418هـ 1997م .
- 33- حاشية العدوي ، تخ: يوسف الشيخ محمد البقاعي ، دار الفكر ، بيروت، د. ط ، 1414هـ 1994م .
- 34- الحاوي الكبير ، الماوردي ، تخ : علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، ط 1 ، 1419 هـ ، 1999 م .
- 35- الحجة على أهل المدينة ، محمد بن الحسن الشيباني ، تخ : محمدي حسن الكيلاني ، عالم الكتب بيروت ، ط3، 1403هـ .
- 36- الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، زكريا الأنصاري، تخ : مازن المبارك دار الفكر المعاصر ، بيروت ، ط1، 1411 هـ .
- 37- حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ، الشاشي ، تخ : ياسين أحمد إبراهيم درادكة ، مؤسسة الرسالة ، دار الأرقم ، بيروت ، عمان ، ط1، 1980م .
- 38- الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية ، محمد العربي القروي ، دار الكتب العلمية بيروت ، د. ت .
- 39- الدر المختار، ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ ، 1992م .
- 40- دقائق أولي النهى ، البهوتي ، عالم الكتب ، ط 1 ، 1414هـ ، 1993م .
- 41- دليل الطالب ، مرعي بن يوسف الحنبلي ، تخ : أبو قتيبة الفاريابي ، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض ، ط 1 ، 1425هـ ، 2004م .
- 42- رد المختار ، ابن عابدين ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت ، 1421هـ ، 2000م .



- 43- الروض المربع ، البهوتي ، مع تعليقات : ابن عثيمين والسعدي ، خرج أحاديثه:عبد القدوس محمد نذير دار المؤيد ، مؤسسة الرسالة ، د. ت .
- 44- الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، محمد بن أحمد بن الأزهر الأزهرى الهروي ، تخ : محمد جبر الألفي ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، الكويت ، ط 1 ، 1399هـ .
- 45- سنن ابن ماجة ، تخ : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية ، فيصل عيسى الباني الحلبي .
- 46- سنن أبي داوود، تخ : محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، د. ت.
- 47- سنن النسائي ، تخ : عبد الغفار سليمان البنداري ، وسيد كسروي حسن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، 1411 ، 1991م .
- 48- الشرح الكبير ، الردير ، تخ: محمد علبش ، دار الفكر، د. ت ، بيروت .
- 49- الشرح الكبير على متن المقنع ، ابن قدامة المقدسي ، تخ : الشيخ محمد رشيد رضا ، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع ، بيروت .
- 50- شرح النووي على صحيح مسلم ، النووي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط 2 ، 1392هـ.
- 51- شرح حدود ابن عرفة ، الرضاع ، المكتبة العلمية ، ط 1 ، 1350هـ .
- 52- شرح زروق على متن رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، اعتنى به وكتب هوامشه: أحمد فريد المزيدي ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط 1 ، 2006م 1427هـ .
- 53- شرح صحيح البخاري ، ابن بطلال ، تخ : ياسر بن إبراهيم ، مكتبة الرشد ، السعودية، الرياض ، ط 2، 1423هـ ، 2003م .
- 54- شرح منتهى الإرادات ، البهوتي ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ، 1996م .
- 55- الصحاح ، الجوهري ، تخ : أحمد عبد الغفور عطار ، دار العلم للملايين ، بيروت، ط 4 1407 هـ ، 1987 م .
- 56- صحيح البخاري ، تخ : محمد زهير بن ناصر الناصر ، دار طوق النجاة ، ط 1 ، 1422هـ .
- 57- صحيح مسلم ، تخ : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، د. ت.

- 58- العناية شرح الهداية ، جمال الدين الرومي البايرقي ، دار الفكر ، د.ط ، د.ت .
- 59- العين ، الخليل بن أحمد الفراهيدي ، تح: مهدي الخزومي ، وإبراهيم السامرائي ، دار ومكتبة الهلال ، د.ت .
- 60- الغرر البهية ، زكريا الأنصاري ، المطبعة الميمنية ، د.ط ، د.ت .
- 61- الفتاوى الهندية ، نظام وجماعة من علماء الهند العالمكيرية ، دار الفكر ، 1411هـ ، 1991م .
- 62- فتح الوهاب ، زكريا الأنصاري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1418هـ .
- 63- الفقه المنهجي ، مصطفى الخزن، مصطفى البغا، علي الشرنجي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق ، ط4 ، 1413 هـ ، 1992م .
- 64- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، أحمد بن غنيم النفراوي ، دار الفكر ، د ط ، 1415هـ ، 1995م .
- 65- القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1427هـ ، 2006م .
- 66- الكافي في فقه ابن حنبل ، ابن قدامة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1، 1414 هـ ، 1994 م .
- 67- كشاف القناع ، البهوتي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، د.ت .
- 68- كشف الأسرار شرح أصول البزدوي ، علاء الدين البخاري الحنفي ، دار الكتاب الإسلامي، د.ط د.ت .
- 69- اللباب في شرح الكتاب ، عبد الغني الميداني ، حققه، وفضله، وضبطه، وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد ، المكتبة العلمية، بيروت ، لبنان .
- 70- لسان العرب ، ابن منظور، دار صادر ، بيروت ، ط1 ، د.ت .
- 71- مباحث الحكم الشرعي ، وهبة الزحيلي ، وخليفة با بكر الحسن ، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع ، الكويت ، ط1 ، 1409 هـ ، 1989.
- 72- المبدع في شرح المقنع ، ابن مفلح ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط1 ، 1418 هـ ، 1997 م .
- 73- المبسوط ، الشيباني ، تح: أبو الوفا الأفغاني ، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ، كراتشي ، باكستان .

- 74- المجموع ، النووي ، دار الفكر ، د.ط ، د.ت .
- 75- المحرر في الفقه ، ابن تيمية ، مكتبة المعارف ، الرياض ، ط2 ، 1404هـ ، 1984م .
- 76- المحكم والمحيط الأعظم ، ابن سيده ، تح: عبد الحميد هندواوي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1421 هـ ، 2000 م .
- 77- المختصر ، خليل بن إسحاق الجندي ، تح: أحمد جاد ، دار الحديث ، القاهرة ، ط1 ، 1426هـ، 2005م .
- 78- المدخل ، ابن الحاج ، دار التراث ، د.ط ، د.ت .
- 79- مراقي الفلاح ، الشرنبلالي ، اعتنى به وراجعته: نعيم زرزور ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ط1 ، 1425 هـ ، 2005 م .
- 80- مرقاة المفاتيح ، الملا الهروي ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، 1422هـ ، 2002م .
- 81- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي الفيومي ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- 82- المطلع على ألفاظ المقنع ، البعلي، تح: محمود الأرنؤوط ، وياسين محمود الخطيب ، مكتبة السوادي للتوزيع ، ط1 ، 1423هـ ، 2003 م .
- 83- المعاصر من المختصر من مشكل الآثار ، المَلطِي ، عالم الكتب ، بيروت ، د.ت .
- 84- المعجم الوسيط ، إبراهيم مصطفى ، وأحمد الزيات ، وحامد عبد القادر ، ومحمد النجار، تح : مجمع اللغة العربية، دار الدعوة ، د.ت .
- 85- معجم لغة الفقهاء ، محمد رواس قلعجي ، وحامد صادق قنبيي ، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ، ط2، 1408 هـ ، 1988 م .
- 86- المغني ، ابن قدامة ، مكتبة القاهرة ، د.ط ، 1388هـ ، 1968م .
- 87- المنهاج القويم ، ابن حجر الهيتمي ، دار الكتب العلمية، ط1 ، 1420هـ ، 2000م .
- 88- المهذب ، الشيرازي ، دار الفكر ، بيروت ، د.ت .
- 89- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، شمس الدين الرملي ، دار الفكر، بيروت ، ط أخيرة 1404هـ ، 1984م .

قراءة نقدية للقانون رقم (14) لسنة 2015 م.

بتعديل بعض أحكام القانون رقم (10) لسنة 1984م. بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارها.

د. إبراهيم عبدالسلام الفرد*

ملخص البحث

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده محمد بن عبدالله وآله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد: فإننا وبحمد الله – تعالى – نتجه إلى وضع وتطبيق قوانين توافق الشريعة الإسلامية، وإن كانت تحتاج منا إلى جهد ونظر من وقت لآخر؛ لأن تلك القوانين من عمل الإنسان، وهو دائماً عمل ناقص، فالكمال لله – تعالى – وحده.

وحيث إن الحياة الزوجية وبناء الأسرة أمر غاية في الأهمية أولته كل الشرائع اهتماماً خاصاً وخصوصاً شريعة الإسلام، ولا أدل على ذلك من نزول آيات من القرآن الكريم تنظم هذا الأمر في مجمله، بل تسمية سورة من الذكر الحكيم باسم سورة الطلاق، فتتظلم الحياة الاجتماعية يعتمد أساساً على بناء الأسرة وتكوينها؛ وبناء هذه الروابط الأسرية، ومن هنا فقد رأى الباحث أن يخصص هذه الدراسة كقراءة نقدية للقانون رقم (14) لسنة 2015م. بشأن تعديل القانون رقم(10) لسنة1984م.بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارها. وذلك لمناقشة بعض التعديلات ومدى توافقها مع ما هو مشهور من العمل به ببلادنا، والتي سيتطرق إليها الباحث في أثناء عرضه للموضوع وتذكر في محلها.

حيث سيتناولها الباحث وفقاً للمنهج التحليلي والوصفي لتوضيح وجه القصور فيما يخص بعض هذه التعديلات واقتراح ما يراه الباحث صواباً في ذلك وفقاً لخطة بحثية تكون كالآتي: تقديم الملخص والمقدمة

* عضو هيئة التدريس بكلية القانون الخمس – جامعة المرقب.



فما يأتي، وقسمين: الأول: وهو ما يتعلق بالتعديلات الخاصة بأحكام الزواج، والثاني: ما يتعلق بالتعديلات الخاصة بأحكام الطلاق، وخاتمة البحث وهي المقترحات التي توصل إليها الباحث، والخاصة بالمواد التي بها قصور وتحتاج للتعديل أو الإضافة، ثم ذكر المصادر والمراجع التي اعتمد عليها البحث.

الكلمات الافتتاحية: الإسلام، الزواج، الطلاق، التعديلات، الإشكاليات.

والله ولي التوفيق.

مقدمة

الأسرة هي البناء الصلب الذي واجهت كل المنحن التي تمر بها البشرية على عمومها والشعوب الإسلامية بخصوصها، على مر الزمان، ولأهمية الأسرة نجد لها مكانة عالية في كل الأديان السابوية، فديننا الإسلامي حرص على الاهتمام ببناء الأسرة المسلمة، وأرسى لها مبادئ التكوين، ونظم العلاقة بين أفرادها، فبين الحقوق والواجبات، وجعل دورها كبيراً في تأسيس العلاقات التي تؤدي للترابط بين الجماعات المختلفة، وندب للشباب المسلم لاختيار الزوجة الصالحة، التي هي قوام الأسرة ومركزها، قال صلى الله عليه وسلم: «ألا أخبرك بخير ما يكتز المرء؟ المرأة الصالحة، إذا نظر إليها سرته، وإذا أمرها أطاعته، وإذا غاب عنها حفظته»⁽¹⁾، وكذلك تنبه العلماء وذوي الأفهام للأهمية اختيار الأم، وأنها ستكون ركيزة الأسرة وعمودها، فقد قال الشاعر:

الأم مدرسة إذا اعدتها أعدت شعباً طيب الأعراق⁽²⁾

ولا أدال على أهمية التنظيم وتبيان الحقوق والواجبات لكلا الزوجين من نزول آيات من القرآن الكريم تنظم هذا الأمر في جملة، بل تسمية سورة من الذكر الحكيم باسم سورة الطلاق، فتنظيم الحياة الاجتماعية يعتمد أساساً على بناء الأسرة وتكوينها؛ وبناء هذه الروابط الأسرية.

ومن هنا كان لزاماً علينا الاهتمام بالأسرة، وما يتعلق بها وينظم حياتها، وييسر - معالجة ما يلم بها من منغصات؛ وذلك بتبيان الحقوق والواجبات المنوطة بكل من الزوج والزوجة، ولقد اهتمام المجتمع العربي الإسلامي في ليبيا بالأسرة وتنظيم شؤونها على أسس الشريعة الإسلامية منذ دخول الإسلام، وكذلك في بدايات تأسيس التشريع القانوني في البلاد، فكانت كل القوانين التي تخص الأسرة تراعي أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص الأسرة - أحكام الزواج والطلاق، والنفقة، والحضانة - ولكن كان هناك انتقاد لبعض

(1) أخرجه أبو داود في سننه 126/2، حديث رقم 1664. سنن أبي داود، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.

(2) بيت من قصيدة لشاعر مصر - الكبير محمد حافظ إبراهيم أنشدتها في حفلة أقيمت ببورسعيد لإغاثة مدرسة البنات. انظر مجلة المنار (كاملة 35 مجلداً) 371/13، لمحمد رشيد بن علي رضا.

المواد في القوانين الوضعية لأنها في بعض الأحوال تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، فنجد أن المشرع يلجأ إلى إلغاء القانون أو تعديله لمواكبة أحكام الشريعة الإسلامية، وفي بلادنا ليبيا فكان آخر هذه التعديلات القانون رقم 14 لسنة 2015م بتعديل القانون رقم 10 لسنة 1984م. بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارها.

ومن هنا فقد رأى الباحث أن يخصص هذه الدراسة كقراءة نقدية للقانون رقم (14) لسنة 2015م. بشأن تعديل القانون رقم (10) لسنة 1984م. بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارها. وذلك لمناقشة بعض التعديلات التي كانت في غير محلها، والتي سيتطرق إليها الباحث في أثناء عرضه للموضوع.

حيث سيتناولها الباحث وفقاً للمنهجين التحليلي والوصفي لتوضيح وجه القصور فيما يخص بعض هذه التعديلات، واقتراح ما يراه الباحث صواباً في ذلك وفقاً لخطة بحثية تكون كالآتي: مقدمة وهي ما نحن بصدده، وقسمين: الأول: وهو ما يتعلق بالتعديلات الخاصة بأحكام الزواج، والثاني: ما يتعلق بالتعديلات الخاصة بأحكام الطلاق، وخاتمة البحث وهي المقترحات التي توصل إليها الباحث، ثم ذكر المصادر والمراجع التي اعتمدها عليها البحث.

الكلمات المفتاحية: الإسلام، الزواج، الطلاق، التعديلات، الإشكاليات.

القسم الأول

وهو ما يتعلق بالتعديلات الخاصة بأحكام الزواج

وفي هذا القسم سنتتبع التعديلات التي لها علاقة بإنشاء الزواج ونبين مدى ملاءمة هذا التعديلات لما هو مستقر من أحكام شرعية بالخصوص، ومدى الموافقة من حيث الصياغة بما يخدم مصالح الزوجين، وتبين إن كان النص يحتاج إلى إضافة أو تعديل أو إعادة صياغة بعض المواد.

وأول تعديل نجده في المادة السادسة:

حيث حذف المشرع الفقرة الأولى من القانون رقم 10 لسنة 1984م . وهي يشترط في أهلية

الزواج العقل والبلوغ.

المناقشة:

أرى أن المشرع هنا جانبه الصواب في هذا، فأحكام التكاليف الشرعية مبنية على أن العقل والبلوغ شرطاً للتكليف، والزواج ليس أمر عادياً بل هو من محمات حياة الإنسان، ففيه ارتباط علاقة إنسان بأخر علاقة اجتماعية ونفسية وكذلك عاطفية، وفي الأغلب ينتج عن هذه العلاقة أطفال، فهل يترك زواج من لا عقل له بدون تنظيم من المشرع؟

وكذلك مما يخالف مقاصد الزواج والحكمة الشرعية منه عدم منع الزواج ممن يكون مرضه خطر على حياة الطرف الآخر أو الأبناء.

المقترح: كان أولى بالمشرع أن يبقي النص، ويضيف إليه استثناء بعض الحالات ممن هم يعانون من أمراض عقلية، أو أمراض ليست بالخطرة على صحة الطرف الثاني أو الأبناء، ويترك أمر الموافقة بزواجهم إذا كانت فيه مصلحة لهم للولي وقبول الطرف الثاني(الزوجة) بعد علمها بالعلة، وبعد أخذ الإذن من المحكمة المختصة.

أما الفقرة (أ) من هذه المادة فقد نصت " تكتمل أهلية الزواج ببلوغ سن الثامنة عشرة ميلادية".

المناقشة: حددت هذه الفقرة أن سن الزواج هي الثامنة عشر- ميلادية، في حين كانت في القانون رقم 10 لسنة 1984م. هي عشرون سنة. وللعلم هذه الفقرة قد أصابها العديد من التعديلات في السابق.

ونجد أن المشرع قد وفق غاية التوفيق في ذلك، حيث أن الفقهاء قد حددوا هذه السن إذا تعذر ظهور العلامات المميزة للبلوغ عند الصبي أو الصبية، فنلاحظ هنا أن المشرع راعى المصلحة أكثر بتحديد سن معينة؛ لأن ظهور علامات البلوغ تختلف من شخص لآخر؛ فنجد أن هناك من الأشخاص من تظهر عليه علامات البلوغ وهو في سن الرابعة عشر-، وهناك من تظهر عليه هذه العلامات وهو في سن السادسة عشر⁽³⁾، فالمشرع قد فعل حسناً بأن حدد سن الثامنة عشر.

ونجد المشرع إلتجأ إلى التاريخ الميلادي، وذلك لأن الناس في هذا العصر- قد اتخذوه مؤقتاً لهم في أغلب معاملاتهم فهو منضبط مع السجلات البلدية في كل البلاد.

أما الفقرة (ج) فقد تم إعادة صياغتها بما يوافق التعديل فقد أكتسبت من يتزوج قبل السن المقررة للأهلية الحق في التقاضي أمام المحاكم.

المناقشة: ففي هذه الفقرة قبل التعديل كان النص (يكتسب من تزوج وفق الفئتين السابقتين أهلية التقاضي (... فحذفت الكلمتين (...الفئتين السابقتين ...) واستبدلت ب (... الفقرة السابقة...)).

فكان المشرع موفقاً في هذه الصياغة حيث حافظ على حق من تزوج صغيراً في التقاضي إذا دعت الحاجة لذلك، وهو المحتاج لهذا البيان، أما من تزوج وفق ما نصت عليه الفقرة (أ) فهو غير محتاج لهذا النص، فالتقاضي حق ثابت له في كل الأحوال.

⁽³⁾ انظر النواذر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأبحاث، لابن أبي زيد القيرواني، تحقيق: عبد الفتاح محمد الخلو وأخريين، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، 1999 م. 446/14.

المادة الثالثة عشر:

حذف المشرع هذه المادة وهي تخص ما يتعلق بالزواج بزوجة ثانية (أي تعدد الزوجات).

المناقشة: قام المشرع بحذف هذه المادة من القانون دون أن يتعرض لما يحتاجه المجتمع من تنظيم لأحكام الزواج من امرأة ثانية.

فإننا نرى أن القرآن الكريم بعد نضه على جواز الزواج من عدد معين من النساء، ويحدد لنا معيار دقيق لذلك في قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعْوِلُوا﴾ [سورة النساء، الآية 3].

ففي الآية الكريمة بناء الله - تعالى - حكم التعدد على القدرة على العدل بين الزوجات، وترك أمر ذلك للإنسان بدون وضع قيود على ذلك.

المقترح: التعدد في الزواج حق شرعي لا يحتاج إلى بيان، ولكن يحتاج إلى أن يقوم المشرع بوضع ضوابط لتنظيم ذلك، حفاظاً على استقرار الأسرة والمجتمع.

النص: على من يرغب في تعدد الزوجات أن يقدم طلباً بذلك للمحكمة المختصة يبين فيه قدرته المالية والصحية. فتأذن المحكمة بذلك.

المقترح: التعدد في الزوجات حق شرعي لا يحتاج إلى بيان، لكن يحتاج إلى تنظيم من المشرع بحيث يبين ما هي الشروط الواجب توفرها لمن يرغب في التعدد، وحيث أن الله - تعالى - لم يشترط إلا العدل بينهما، لكن وجب وضع بعض الضوابط المنظمة بحيث يلتزم بها راغب التعدد بحيث تحفظ للجميع حقوقهم، وتكون نبراس يهديهم للصواب من المعاملة الزوجية والعشرة الحسنة بين الأزواج، ورعاية الأطفال، وتوفير سبيل الحياة الكريمة لهم.

فيكون التعديل كالاتي: يحق للزوج التعدد بطلب الإذن من المحكمة المختصة مع توفر رضاء الزوجة

الثانية وعلمها بزواجه من غيرها، وتوفر الفرص المعيشة الكريمة حسب ظروف العصر.

المادة الرابعة عشر:

في هذه المادة كان التعديل بعدم الاعتداد بشهادة المرأة في عقد الزواج.

وهو مذهب جمهور العلماء⁽⁴⁾ - رحمة الله عليه - اعتاداً على ماورد في نص القرآن الكريم: ﴿فَإِذَا

بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾ [سورة الطلاق، الآية 2].

وكذلك قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّيَّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ فَلَيْنِ تَشَاجَرُوا

فَالسَّلْطَانُ وَوَلِيٌّ مِنْ لَا وَوَلِيٌّ لَهُ»⁽⁵⁾.

المادة السادسة عشر:

عدل المشرع الفقرة رقم (4) حيث كانت: "نفقة العدة مادامت المرأة جاهلة بفساد العقد".

التعديل: نفقة العدة. وبذلك يرفع التضام في معرفة المرأة بفساد العقد من عدمه.

وبأضاً أضاف فقرة تخص إذا حكمت المحكمة بصحة العقد، فبين المشرع أنه يأخذ حكم العقد

الصحيح. وهو أمر تقريبي بدهي.

المادة الثامنة عشر:

حذف المشرع الفقرة (أ) وهي تخص ايجاب النفقة على الزوجة في حال عسر- الزوج ونصها: “

تكون النفقة وتوابعها في حالة عسر الزوج، ويسر الزوجة طبقاً لأحكام هذا القانون”.

(4) قال مالك: “لا تجوز شهادة النساء في الحدود، ولا في القصاص ولا في الطلاق ولا في السكاح، انظر المدونة الكبرى، لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، المحقق: زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، 25/4.

وانظر البناية شرح الهداية، لبدر الدين العيني، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 2000 م، 9/ 107.

(5) أخرجه البارقطني 323/4، حديث رقم 3533. سنن البارقطني، المؤلف: أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن محمد بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي البارقطني (المتوفى: 385هـ)، حققه شعيب الارنؤوط، وأخرين، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م.

ومذهب الجمهور أن النفقة واجبة على الزوج في حال يسره أو عسره⁽⁶⁾.

قال الله - تعالى - ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ وَمَا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْفُلُ

اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ [سورة الطلاق، الآية 7].

وهنا النص يبين أن النفقة واجبة على الزوج في كل الأحوال في اليسر - والعسر - ويقدر

الاستطاعة، وفي حال عسر الزوج فللزوجة أن تصبر على زوجها أو تطلب الطلاق للضرر.

ولم يمنع الإسلام الزوجة الموسرة من النفقة والتوسعة على نفسها وزوجها ولكن ذلك يتم برضاها

بدون اجبار ويكون تطوعاً وبطيب نفس.

المقترح: هذا التعديل أفضل للأسرة، فإن انفقت الزوجة فبرضاها وبدون أن تظهر كرها لذلك الاتفاق.

المادة الثالثة والعشرون:

تم إعادة صياغتها بما يوافق نص المادة الثامنة عشر - الخاصة بواجبات الزوجة. ولقد أحسن المشرع

بذلك حيث لم يلزم الزوجة بالنفقة.

⁽⁶⁾ انظر لوامع الدرر في هنك أستاذ المختصر - [شرح «مختصر - خليل» للشيخ خليل بن إسحاق الجندي المالكي] لمحمد بن محمد سلام المجلسي - الشنقيطي، تحقيق: دار الرضوان، نواكشوط - موريتانيا، الطبعة: الأولى، 1436هـ - 2015م، 6/ 165.

القسم الثاني

وهو ما يتعلق بالتعديلات الخاصة بأحكام الطلاق

هذا القسم سنتناول فيه التعديلات الخاصة بالطلاق، وهو أمر شرعه الله تعالى، وجعله آخر الحلول لمشاكل الأسرة، وقد شرع الله تعالى للزوج العديد من الأمور منها: العظة وتبيين الخطأ قولاً والطلب من الزوجة عدم تكراره، والهجر بأنواعه إن لم تتبع ما أرشدها إليه زوجها، اللجوء للصالح بين الزوجين، فإن لم تنفع كل تلك الطرق والوسائل، اتجه الأمر للطلاق، وحتى في هذا هناك متسع من الأمر فقد قرر الشرع أن الطلاق ثلاث مرات، كل ذلك لآجل المحافظة على كيان الأسرة، وعدم انفصام عراها.

وقد جعل المشرع في التعديل الأخير للقانون هذا الأمر أساس منهجه لمعالجة حالات الشقاق بين الأزواج، ونلاحظ ذلك فيما نستعرضه من ملاحظات على تعديل بعض المواد.

المادة الثامنة والعشرون:

أعاد المشرع صياغة المادة بالصورة الآتية: الطلاق حل عقدة الزواج، ويقع بإرادة الزوج، ويثبت بالطرق المعتبرة شرعاً.

مع حذف فقرة: وفي جميع الأحوال لا يثبت الطلاق إلا بحكم من المحكمة المختصة، وذلك مع مراعاة أحكام المادة (الخمس والثلاثين) من هذا القانون.

المناقشة: لا بد من اتخاذ إجراءات تثبت وقوع الطلاق في كل الأحوال ومختلف الظروف، تلافياً للنسيان أو النكران.

المقترح: فتح سجل رسمي معتمد خاص في المحكمة المختصة يكون لتسجيل حالات وقوع الطلاق بمختلف أنواعه، ويكون تسجيل حالات وقوع الطلاق لدى المحكمة اجبارياً (بمعنى إثبات اداري رسمي يثبت في سجلات المحكمة).

المادة الثالثة والثلاثون:

حذف المشرع الفقرة (ب) والتي تنص على: "لا يقع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه".

المناقشة: الطلاق المعلق يقع عند جمهور العلماء⁽⁷⁾، وعند الشافعي وأحمد وداود لا يقع⁽⁸⁾.

فحسن أن المشرع حذف الفقرة (ب) والتي تنص على عدم وقوع الطلاق المعلق، وذلك لأن ما عليه العمل وهو مذهب جمهور العلماء أن الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه يقع، والاحتياط في الفروج واجب⁽⁹⁾.

المقترح: يجب إضافة فقرة تدل على وقوع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه. لأن هذا ما عليه العمل عند جمهور العلماء.

المادة الخامسة والثلاثون:

نصت المادة على: "يجق للزوجة أن تطلب التطليق من المحكمة المختصة وفقاً لأحكام المواد التالية":

المناقشة: الحقيقة أن المشرع لم يضيف جديد غير التأكيد على حق الزوجة في طلب التطليق، وهو مقرر في الفقرة (ج) من نفس المادة في القانون رقم 10 لسنة 1984م. بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارها. المقترح: حذف التعديل لأنه لا ضرورة له، فحق الزوجة منصوص عليه في الفقرة (ج) كما اسلفنا.

المادة السادسة والثلاثون:

نصت هذه المادة في القانون رقم 10 لسنة 1984م. بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارها على: " إذا لم يتفق الزوجان على الطلاق طبقاً للمادة السابقة، ورفع الأمر إلى المحكمة المختصة وتولت تعيين حكيمين للإصلاح بين الزوجين".

(7) انظر التوضيح في شرح المختصر - الفرعي لابن الحاجب، لخليل بن إسحاق الجندي، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى، 1429هـ - 2008م. 4 / 338.

(8) انظر بداية الجهد ونهاية المقصد، لابن رشد الحفيد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة: الرابعة، 1395 هـ/ 1975 م. 84/2.

وانظر نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشهاب الدين الرملي، دار الفكر، بيروت، الطبعة: أخيرة - 1404هـ/ 1984م. 6 / 453.

(9) انظر المطلاع على دقائق زاد المستقنع «فقه الأسرة»، لعبد الكريم بن محمد السلاّم، دار كنوز إنشيبيليا للنشر- والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1431 هـ - 2010 م. 3 / 370.

ونص التعديل: إذا رفعت الزوجة طلب التطليق إلى المحكمة المختصة تولت تعيين حكّمين للإصلاح بين الزوجين.

المناقشة: من يطلع على نص التعديل يلحظ أن المشرع صادر حق الزوج برفع أمر التطليق إلى المحكمة المختصة، وفي الحقيقة أن الزوج يملك حق التطليق في أي وقت شاء، وهذا يفهم ضمناً من التعديل. **المقترح:** وقد فعل المشرع حسناً إذ أعطى للزوجة الحق في التوجه للمحكمة لطلب التطليق في حالة عدم الوصول لحل يرضها. والمحكمة تتولى تعيين حكّمين للإصلاح بينها، مع تحديد المدة الزمنية للحكّمين.

المادة الأربعون:

ترك المشرع الفقرة (ب) ولم يتم بحذفها وهذا يحدث تناقضاً في مجمل التعديل.

المناقشة: هذه الفقرة تنص على إلزام الزوجة بالإفراق على الزوج وأولادها منه متى أعسر الزوج، وهذا مخالف لمذهب جمهور العلماء⁽¹⁰⁾، والمشرع قام بحذف الفقرة (أ) من المادة الثامنة عشر- والتي تنص على إلزام الزوجة المؤسرة بالنفقة عليها وعلى زوجها وأولادها منه في حال عسر الزوج.

المقترح: حذف الفقرة (ب) من المادة الأربعون، حتى يخرج التعديل بروح واحدة لا انفصام بين مواده.

حذف المشرع الفقرة (د) من القانون رقم 10 لسنة 1984م. بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارها.

المقترح: الإبقاء على الفقرة (د) مع تعديل صياغتها كالتالي:

وللزوج أن يراجع زوجته في العدة إذا ثبت يسره أمام المحكمة المختصة.

المادة السابعة والأربعون:

حذف المشرع المادة السابعة والأربعون ونصها: يثبت الطلاق أمام المحكمة بتصريح ممن يملكه في حضور الطرف الآخر أو وكيله إن تعذر حضوره شخصياً وذلك كله بعد استنفاد جميع محاولات الصلح بين الزوجين.

(10) انظر المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس» لعبد الوهاب البغدادي، المحقق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، نزار مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة، الطبعة الأولى: 2003م. 570.

المناقشة: الناس في حاجة ماسة لجهة رسمية توثق حالات الطلاق، فللزواج الحق بإيقاع الطلاق بإرادته المنفردة متى أراد وهذا الحق أعطاه الله - تعالى - للزوج، لكن لا بد من جهة رسمية تتولى توثيق كل حالات الطلاق الذي يقع بين الأزواج، ضماناً للحقوق.

المقترح: تتولى المحكمة المختصة بالنظر في أحكام الأسرة (الأحوال الشخصية) الآتي : توثيق حالات الطلاق الذي يقع بين الأزواج رسمياً.

المادة الحادية والسبعون:

حذف المشرع الفقرة (د) من القانون رقم 10 لسنة 1984م. بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارهما.

المناقشة: هذه المادة تلزم الزوجة بالإتيان على الزوج والأبناء، وهو أمر لم يوجد له دليل من أحكام الشريعة؛ بل النفقة واجبة على الزوج في كل حال⁽¹¹⁾.

المقترح: حسناً فعل المشرع بحذف هذه الفقرة حتى يحافظ على وحدة التعديل ويمنع التضارب بين مواد.

المادة الثانية والسبعون:

حذف المشرع الفقرة (ب) من المادة المذكورة، واستبدالها بالنص الآتي:

“فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى - المذاهب الفقهية المعتبرة الأكثر ملاءمة

لنصوص هذا القانون“.

المناقشة: هذه الصياغة تجعل القاضي في حيرة من أمره. فماهي المذاهب المعتبرة؟

أولاً: ماهي المذاهب الفقهية المعتبرة، وإن حدد القاضي هذه المذاهب، فالخصم سوف يعترض بأن حكم القاضي جانبه الصواب؛ لأنه لن يعتبر حكم القاضي من مذهب معتبر بالنسبة له هو بل المذهب المعتبر عنده مخالف للذي حكم به القاضي.

(11) جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، لشمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، الشافعي، تحقيق مسعد عبد الحميد محمد السعدي، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1417 هـ - 1996 م. 2/ 172.

ثانياً: للخصم أن يعترض كذلك على أن المذهب الذي حكم القاضي بأنه معتبر لديه، ولكن ليس أكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون، فهناك مذهب آخر معتبر عنده وأكثر ملاءمة للقانون، وهي مشكلة متكررة في أغلب نصوص الإحالة، فيجب على المختصين تحديد المصطلحات بدقة خروجاً من الخلاف، وأكثر ضبطاً للأحكام فعدم ضبط المصطلحات وتحديدها بدقة يوقع القاضي في حيرة ويخلق صعوبة في ضبط الأحكام بمختلف المحاكم.

المقترح: فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مشهور مذهب الإمام مالك؛ ولا بد من تعريف المشهور تعريفاً دقيقاً يغني عن الجهالة، أو عرف البلد إذا لم يوجد نص يلتجئ إليه القاضي.



الخاتمة

في هذا البحث لا يسعنا إلا أن ندعو إلى إعادة تعديل القانون رقم 14 لسنة 2014 وذلك لظهور العديد من الأمور السلبية به، والتي تتطلب التعديل.
وأما المواد التي تحتاج إلى تعديل فهي كثيرة مبثوثة في طيات البحث، وهي من الكثرة بحيث لا يسع الباحث تكرار ذكرها هنا.

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم
- كتب الحديث الشريف والفقهاء:
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، دار الحديث - القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، 1425هـ - 2004م.
- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، حققه: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، 1408 هـ، 1988م.
- التوضيح في شرح المختصر- الفرعي لابن الحاجب، خليل بن إسحاق الجندي، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى، 1429هـ - 2008م.
- جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، لشمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي ثم القاهري الشافعي، تحقيق مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1417 هـ - 1996م.
- الدر الثمين والمورد المعين (شرح المرشد المعين على الضروري من علوم الدين)، محمد بن أحمد ميارة المالكي، تحقيق: عبد الله المنشاوي، دار الحديث القاهرة، 1429هـ - 2008م.
- سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.

- سنن الدارقطني، لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، تحقيق شعيب الارنؤوط، وآخرين، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م.
- لوامع الدرر في هتك أستار المختصر - [شرح «مختصر- خليل» للشيخ خليل بن إسحاق الجندي المالكي]، محمد بن محمد سالم المجلسي- الشنتقطي، تحقيق: دار الرضوان، نواكشوط- موريتانيا، الطبعة: الأولى، 1436 هـ - 2015 م.
- المدونة الكبرى، المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المحقق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.
- المطلع على دقائق زاد المستقنع «فقه الأسرة»، لعبد الكريم بن محمد اللاحم، دار كنوز إشبيليا للنشر- والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1431 هـ - 2010 م.
- المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس» لعبد الوهاب البغدادي، المحقق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، نزار مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة، الطبعة الأولى: 2003م.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشهاب الدين الرملي، دار الفكر، بيروت، الطبعة: أخيرة - 1404هـ/1984م.
- التّوادر والتّريادات على ما في المدوّنة من غيرها من الأبحاث، المؤلف: أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) القيرواني . تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو وآخرين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، 1999م.



المجلات العلمية:

- مجلة المنار (كاملة 35 مجلدا) لمحمد رشيد بن علي رضا (المتوفى : 1354هـ).

القوانين :

- القانون رقم 10 لسنة 1984م. بشأن الزواج والطلاق وآثارهما.
- القانون رقم 14 لسنة 2015م. بتعديل بعض أحكام القانون رقم 10 لسنة 1984م. بشأن الزواج والطلاق وآثارهما.

قضاء المحكمة العليا الليبية⁽¹⁾ المرتبط بالمادة 39 من القانون رقم 1984/10م⁽²⁾:

" تفسير للتطبيق بحكم القضاء⁽³⁾ ، وآثاره "

د. أفرح مختار العاني

الملخص

يُركز موضوع هذا البحث على قضاء المحكمة العليا الليبية المرتبط بالمادة " 39 " من القانون رقم (10) لسنة 1984م — المعدلة بالقانون رقم (22) لسنة 1991م — والتي تعالج صورة من أهم صور الفرقة في قانون الزواج والطلاق الليبي. الطعون المقدمة أمام المحكمة المذكورة بخصوص المادة محل البحث تنوعت بتنوع أسبابها التي تطرقت لجوانب مُتعددة، ومن عدّة وجوه، لتفسير وتطبيق أحكام هذه المادة. الاجتهادات

* محاضر بقسم الشريعة الإسلامية بكلية القانون / جامعة طرابلس — طرابلس (ليبيا).

(1) أتقدم بالشكر الجزيل إلى السيد المستشار بالمحكمة العليا الليبية الأستاذ: محمد الصفرائي، الذي زودني بالعديد من الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة في قضاء الأحوال الشخصية، ومن بينها تلك المتعلقة بالمادة 39 محل الدراسة في هذا البحث. أتقدم بالشكر الجزيل أيضاً إلى الأخت الفاضلة الاستاذة:

سعاد عبد الله دعوب، التي راجعت مسودة هذا البحث تبرعاً وطواعية، واستفدت من تصويباتها اللغوية في نقادي العديد من جوانب النص.

(2) المقصود به القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارها بتعديل المادتين 13، 39 من القانون رقم (10) لسنة 1984م. أما المرة الثانية فكانت ثلاث ميزات منذ صدوره: الأولى بالقانون رقم (22) لسنة 1991م بتعديل المادتين 13، 39 من القانون رقم (10) لسنة 1984م. أما المرة الثانية فكانت بالقانون رقم (09) لسنة 1423 من مولد الرسول محمد ﷺ (1994م)، بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الزواج والطلاق وآثارها. والمرة الثالثة بالقانون رقم (14) لسنة 2015م بتعديل بعض أحكام القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارها. تُنظر نصوص القانون رقم (10) لسنة 1984م، وتعديلاته في الجريدة الرسمية، الأعداد التالية على التوالي: ع (06)، س (22)، بتاريخ 3 يونيو 1984م، ص: 640؛ ع (22)، س (29)، بتاريخ 9 نوفمبر 1991م، ص: 739؛ ع (05)، س (32)، بتاريخ 23 مارس 1423م (1994م)، ص: 112؛ ع (05)، س (04)، بتاريخ 17 نوفمبر 2015م، ص: 297.

(3) عنوان المشرع الليبي للمادة 39 من القانون رقم (10) بس: " التطبيق بحكم القضاء"، على الرغم من وجود حالات أحر غير تلك المرتبطة بهذه المادة المذكور فيها أن التطبيق لا يكون إلا بحكم القضاء، بمعنى آخر: التطبيق بحكم القضاء يشمل كل الصور التي يكون التفريق فيها بين الزوجين عن طريق القاضي الذي هو من سيصدر حكماً بالفرقة في هذه الحالة أو تلك، ومن ذلك: التطبيق للعيوب، التطبيق لعدم الاتفاق، التطبيق للغيبة... الخ. في كل هذه الصور، وغيرها التطبيق يكون بحكم القضاء، ولا تفك عرى الزوجية إلا به. في لغة أهل الاختصاص، التطبيق بحكم القضاء — بصوره المختلفة — هو ما يُقابل الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، مع ذلك، وعلى الرغم من عدم دقة المشرع في اختياره لعنوان المادة المعنية بالبحث، فإن الباحث تلتزم بالتسمية التي اختارها المشرع للمادة 39 المذكورة، ومن ثم فإن قضاء المحكمة العليا المرتبط بهذه المادة يتعلق بتفسير معنى التطبيق بحكم القضاء، وما يترتب عليه من آثار.

القضائية للمحكمة العليا بهذا الخصوص تمحورت حول تفسيرها لمعنى التطليق بحكم القضاء، كما أنها تناولت في أحكام أُخِرَ بيان الآثار المترتبة على هذا النوع من الفرقة.

باختصار: قضاء المحكمة العليا المرتبط بأحكام المادة "39" المذكورة تنوع ما بين مؤكِّدٍ لما جاء به صريح النص التشريعي، ومُفَصِّلٍ لما أجمله، بل مُكِّمٍ في أحيان أُخِرَ لما سكت عنه المشرع عند صياغته للمادة المذكورة.

الكلمات المفتاحية:

طلاق، طلاق بإرادة أحد الزوجين المنفردة، طلاق للإيذاء، خُلْع جَبْرِي، مادة "39"، قانون رقم 1984/10م، ضرر، آثار الفرقة، تعويض عن ضرر الطلاق، محكمة عليا ليبية، اجتهادات قضائية.

مقدمة

تُعد المادة 39 من القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الزواج والطلاق وآثارهما — والمعذلة بالقانون رقم (22) لسنة 1991م — إحدى أهم مواد هذا القانون، وأكثرها حضوراً من الناحية العملية. تلك الأهمية وهذا الحضور، يمكن تبريرهما بأمرين اثنين:

الأول: أنّ هذه المادة تعالج مسألة الفرقة بين الزوجين بحكم القضاء كما هو معنون لها، حين لا يتفق الزوجان على إنهاء عقد الزواج بالتراضي بينهما، وبخاصة حين لا يقبل الزوج إنهاء الزواج بناءً على رغبة من الزوجة⁽⁴⁾.

الأمر الثاني: يرجع إلى الآثار المترتبة على هذا النوع من الطلاق، وما سيحصل عليه أو سيفقده هذا الطرف أو ذاك من الحقوق المالية، وغير المالية والتي ستحدّد تبعاً للطلب المقدم إلى المحكمة، وأسبابه.

(4) على اعتبار أنّ الزوج حين يرغب في إنهاء عقد الزواج بإرادته المنفردة عند عدم وجود سبب يمكن إخضاعه لسلطة القاضي التقديرية، فإنه بإمكانه أن يطّلق زوجته من دون الحاجة إلى الاتفاق معها لإنهاء الزواج في هذه الحالة. لمعلومات أكثر تفصيلاً حول هذا الموضوع يُنظر: العاتي، أفرح، أهمية المادة 39 من القانون رقم 10 لسنة 1984م "بشأن الزواج والطلاق وآثارهما" ليكّن من الزوجين: قراءة في ضوء تعديل القانون رقم 14 لسنة 2015م، ورقة بحث مُقدّمة إلى المؤتمر العلمي التكريمي الثاني الذي نظّمته كلية القانون/ جامعة طرابلس، يوم الخميس، الموافق 17 نوفمبر 2016م، تكريماً ووفاء للأستاذ الدكتور: سعيد الجليدي. نُشرت هذه الورقة في العدد السادس من مجلة القانون الصادرة عن كلية القانون/ جامعة طرابلس، (2016/2017)، ص: 268 وما بعدها.

المادة محل البحث لم يقتصر- حضورها على محاكم الموضوع التي أوكل إليها أمر تطبيقها حين يطلب أحد الزوجين منها ذلك، بل سجّلت حضورها المتكرر — وعلى مدى أكثر من خمسة وثلاثين عاماً هي عمر القانون رقم (10) المذكور— أمام المحكمة العليا. هذه الأخيرة — التي تُمثّل قبة هرم التنظيم القضائي في ليبيا— استقبلت في عديد المرات طعوناً تعلّقت بالمادة 39 المذكورة، فأعادت عدداً منها مؤيداً من قبلها عندما وجدت أسباب الطعن غير سديدة، ونقضت عدداً آخر من الطعون وجدت فيه خللاً من ناحية تطبيق القانون أو تفسيره، مُنبّهة المحكمة التي أصدرت الحكم إلى مواضع الخلل والقصور، ونظرت في موضوع الطعن في عدد ثالث من الطعون عندما "[...] كان مبنى التتضّ الخطأ في تطبيق القانون، وكان الموضوع صالحاً للفصل، [وقضت] فيه وفق القانون عملاً بالمادّة 358 من قانون المرافعات"⁽⁵⁾.

الطعون المتعلقة بالمادة 39 من القانون رقم (10) التي نظرت فيها المحكمة العليا تنوّعت بتنوع أسبابها التي تطرقت لجوانب متعدّدة، ومن عدّة وجوه، لتفسير وتطبيق أحكام هذه المادّة.

الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا بخصوص المادة محل البحث تمحورت حول تفسيرها لمعنى التطبيق بحكم القضاء (الفرع الأول)، كما أنّها تناولت في أحكام أُخرَ بيان الآثار المترتبة على هذا النوع من الفرقة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تفسير معنى التطبيق بحكم القضاء

تنص المادة 39 والمعنون لها ب: التطبيق بحكم القضاء على:

- "أ- إذا عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين تولّت المحكمة الفصل في النزاع، وفي هذه الحالة تعقد المحكمة جلسة سرية للإصلاح بين الزوجين. فإذا تعدّر عليها ذلك، وثبت الضرر حكمت بالتطبيق [...].
- ب- فإذا عجز طالب التفريق عن إثبات دعواه، واستمرّ الشقاق بين الزوجين بما يستحيل معه دوام العشرة حكمت المحكمة بالتطبيق [...]."

(5) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 53/46 ق، بتاريخ 17 مايو 2007م، (نسخة حكم غير منشورة).

هاتان الفقرتان تضمّنتا مسائل مُتنوّعة تتعلّق بالموضوع الذي يُنظّم هذا النوع من الفرقة، وكيفية تطبيقها، فكانتا موضعاً لطعون عدّة قَدِّمت أمام المحكمة العليا للفصل فيها.

الأحكام القضائية الصادرة عن هذه المحكمة، والمرتبطة بتفسير نصوص المادة 39 أكّدت وجوب تعيين حكّامين اثنين قبل التعرّض لموضوع الدعوى (أولاً)، والحق المطلق للإزادة المنفردة في فِصم عُرى الزوجية (ثانياً).

أولاً: تأكيد وجوب تعيين حكّامين، وعرض الصلح على الزوجين

لضمان سلامة حكم الطلاق الصادر وفقاً لأحكام المادة 39، يجب على قاضي الموضوع تعيين حكّامين، وعرض الصلح على الزوجين قبل البت في موضوع الدعوى المعروضة عليه. هذا ما أكّده المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 18 نوفمبر 1993م بالقول: " إنَّ مُقتضى- نصوص المواد 36 و38 و39 من القانون رقم 1984/10 بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارها تقضي- بأنّه إذا بُفعت إلى المحكمة المختصّة دعوى التطليق للضرر من أحد الزوجين، فإنّها تتولّى قبل التعرّض لموضوع هذا النزاع تعيين حكّامين؛ لمعرفة أسباب الشقاق موضوع الدعوى، وبذل جهدها للإصلاح بين الزوجين، وفي حالة عجز الحكّامين عن ذلك عليها أن يُقدّما ما يُقرّره إلى تلك المحكمة مع الأسباب المؤيدة له، وفي هذه الحالة عليها أن تفصل في موضوع النزاع بعقد جلسة سرّية للإصلاح بين الزوجين، فإن تعدّر عليها ذلك، وتَبَّت الضّرر حكمت بالتطليق" (6).

ومن ثمّ فإنّ مسألة عرض الصلح على الزوجين عن طريق الحكّامين مرحلة أولى، وبواسطة محكمة الموضوع المختصّة بعقد جلسة سرّية مرحلة ثانية، يُعدّ إجراءً جوهرياً، وإلزامياً لقضاة الموضوع، فلا يمكنهم أن يتجاوزوا مرحلة تعيين الحكّامين، كما لا يمكنهم النطق بالطلاق وإيقاع الفرقة قبل المرور بهذه المرحلة، وإلاّ فإنّ حكمهم الصادر بالتطليق سيكون باطلاً، ولا أثر له في إنهاء عقد الزواج.

(6) م.ع.ل، طعن أحوال شخصيّة رقم: 19 / 40 ق، بتاريخ 18 نوفمبر 1993، مجلة المحكمة العليا، س: 27، أبريل — يوليو 1991، ع: (3، 4)، ص: 12.

في المقابل، فإنّ وجوب عرض الصلح على الزوجين لا يعني بالضرورة التوصل إلى الصلح المرجو من هذا الإجراء بين الزوجين، ومن ثمّ عودة الحياة الزوجية. المشرّع وإنّ ألزم قاضي الموضوع بإجراء الصلح قبل البتّ في موضوع النزاع المعروض عليه، فإنّ هذا لا يعني فرض الصلح على الزوجين؛ لأنّ إصرار إرادة طالب التفريق على إنهاء عقد الزواج يكفي لوحده للوصول إلى هذا الهدف.

ثانياً: تأكيد حق الإرادة المنفردة في الطلاق

صرّحت المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 14 أبريل 1994م، والذي تناولت فيه مسألة ما تنظمه المادة 39 في شأن الفرقة قائلة: "إنّ مناط التطبيق بحكم القضاء وفقاً لنصّ المادة 39 من القانون رقم 10 / 1984 م في شأن الزواج والطلاق وآثارهما: إما إثبات الضرر ممّن يدّعيه، أو استحالة استمرار العشرة مع عدم ثبوت الضرر المدّعى به" [....]⁽⁷⁾. هذا الحكم يعدّ بمثابة تفسير من قِبَل المحكمة العليا أنّ المادة 39 تنظم موضوعين اثنين، وأنّ المشرّع من خلال هذه المادة أسّس مبدأً مهمّاً يتعلّق بحق الإرادة المنفردة لكل من الزوجين في الطلاق لسبب أو بدون سبب⁽⁸⁾.

الضرر⁽⁹⁾ الذي يجب إثباته ممّن يدّعيه — والذي تناولته الفقرة "أ" من المادة المذكورة — هو: كل "ما لا يجوز شرعاً"⁽¹⁰⁾، بأن يضرّ أحد الزوجين بالآخر، أو ما يُتصوّر أو يتحقّق بارتكاب الزوج المدّعى عليه لإساءة

(7) م. ع. ل، طعن أحوال شخصيّة رقم: 29 / 40 ق، بتاريخ 14 أبريل 1994 م، مجلة المحكمة العليا، س: 29، أكتوبر — مارس 92 — 1993م، ع: (1، 2)، ص: 7.

(8) يرى الأستاذ الدكتور: الجليدي مُتفقاً ما تواتر عليه القضاء في ليبيا من إطلاق تسمية التطبيق للضرر على المادة 39 من القانون رقم 10، أنّه لا يوجد في المادة المذكورة "ما يصحّ معه القول بأنّها خاصة بالتطبيق للضرر، فسـ" ورود لفظ (الضرر) في هذه المادة أربع مرّات لا يُبَيّر أن موضوعها هو التطبيق للضرر؛ لأنّ الضرر المذكور في كل مرّة لم يقصد من ورائه إلا ترتيب بعض الآثار عليه: كسقوط مؤخر الصداق، ومُتجمّد النفقة، والحضانة، والسكن، مع تعويض الزوج إذا كان الضرر من الزوجة، والتعويض للزوجة إذا كان الضرر من الزوج. ولو كان مناط التطبيق هو الضرر لبا جاز الحكم بالتطبيق عند عدم ثبوته [وفقاً للفقرة ب من المادة 39]. [إنّ القاضي لم يعد بإمكانه أن يرفض الدعوى إذا لم يستطع طالب الطلاق إثبات الضرر الذي يطلب الطلاق من أجله، واستمّر في طلب الطلاق، وهو ما يعني أنّ المرأة بإمكانها أن تحصل على الطلاق إذا ارادته، ولو لم يكن أي خطأ، أو ضرر، أو سوء عشرة من زوجها". ينظر: الجليدي، سعيد، التطبيق للضرر في القانون رقم 10 لسنة 1984، مجلة الجامعة الأسمرية، س: 7، ع: 14، 2010م، ص: 181 وما بعدها.

(9) استخدم المشرّع الليبي — في الفقرة أ من المادة 39 — مصطلح الضرر على الرغم من وجود مصطلحات آخر يمكن أن تؤدّي المعنى المقصود من هذه الفقرة بشكل أدق، مثل: الإضرار، المضارة، الإساءة، الإيذاء. هذا الاختيار من المشرّع يُظهر أنّه تأثّر بما جرى عليه جانب كبير من الفقه المعاصر من إطلاق تسمية "التطبيق للضرر"، هاجراً بهذا استخدام لفظ الإضرار الذي اختاره القانون رقم (176) لسنة 1973م للتعبير عن حالة الطلاق التي يحقّ فيها لأحد الزوجين أن يطلب التطبيق لإساءة أو خطأ ما ارتكبه في حقّه الزوج الآخر. التعبير بلفظ الضرر استخدم أيضاً من قِبل العديد من قوانين الأسرة العربية، فعلى سبيل المثال: المشرّع المغربي — وبعد أن عدّد أسباب طلب التطبيق بالنسبة للزوجة في المادة 98 من مدونة الأسرة المغربية، ومن

أو خطأ⁽¹¹⁾ ما، ومن ثم يُشكّل الصورة الأولى للفرقة. في هذه الصورة من الفرقة — والتي يُطلق عليها جانب من الفقه تسمية "التطليق للضرر"⁽¹²⁾ — يُفترق القاضي بين الزوجين بناءً على وجود سبب مُحدّد، وهو هنا

بينها الضرر — عرّف هذا الأخير الضرر في الفقرة الثانية من المادة 99 من المدونة ذاتها بالقول: "يُعتبر ضرراً مُبرّراً لطلب التطليق كُلّ تصرف من الزوج، أو سلوك مشين، أو مُخلّ بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية". في المقابل، فإنّ قوانين أُخرى اختارت التعبير بلفظ الإضرار، ومن ذلك القانون المصري، إذ نصّت الفقرة الأولى من المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929م — المعدّل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م — على أنه: "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يُستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذٍ يُطلقها القاضي طليقة بائنة إذا ثبت الضرر، وعجز عن الإصلاح بينهما". تُنظر نصوص هذه القوانين على التوالي: القانون رقم (176) لسنة 1973م "في شأن كسالة بعض حقوق المرأة في الزواج، والتطليق للإضرار، والخلع"، الوثائق والبراسات الخاصة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، المجلّد الثاني، ص: 219 وما بعدها؛ القانون المغربي رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية، ع: 5184، بتاريخ 05 فبراير 2004م، ص: 418؛ القانون المصري رقم 25 لسنة 1929م المعدّل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية (مُتاح على شبكة المعلومات الدولية).

⁽¹⁰⁾ السوقي، شمس الدين محمد، حاشية السوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، (لا. ط.)، (لا. ت.)، ج: 2، ص: 345.
⁽¹¹⁾ تُفضّل الباحثة استخدام مصطلح الخطأ أو الإساءة على مصطلح الضرر — للتعبير عمّا تتناوله الفقرة أ من المادة 39 محل البحث —؛ لأنّه يُعشّل المعنى الحقيقي لِمَا هو متصوّد في هذه الفقرة على وجه الخصوص. إنّ المعنى المراد من مصطلح الضرر المستخدم في الفقرة المذكورة هو ذلك الإيذاء الذي يُعبّر، ويتّسبّب عن الفعل، أو التصرف الخاطيء المنسوب إلى أحد الزوجين. بمعنى آخر: الضرر الناتج عن خطأ ارتكبه أحد الزوجين حيال الآخر، أو بتعبير الفقه المالكين: الضرر الناتج عن إضرار الزوج بزوجه بتعديده عليها في شخصها أو مالها، سواء كان هذا التعدي مادياً أو معنوياً، أو إهاله لحقوقها الزوجية عليه، أو تعسفه في استعمال حق له، بل حتى تفرطه في واجباته الدينية، أو ارتكابه لفعل مُحترّم شرعاً، أو غير ذلك ممّا يمكن أن يندرج تحت مفهوم ارتكاب الخطأ، أو الإساءة، أو الإيذاء.

النص التشريعي وإن لم يُعرّف الضرر الذي يسمح بالتفريق بين الزوجين وفقاً للفقرة "أ" من المادة "39"، إلا أنّ الآثار المترتبة على هذا التفريق في صياغة الفقرة المذكورة — المُختلفة في: الحقوق المالية من صدق، فقه، تعويض... إلخ، وغير المالية وهي الحق في الحضنة — تسمح بتحديد هذا النوع من التطليق. بمعنى آخر: إثبات الضرر في حق الزوجة يُعدّ خسارة لهذه الأخيرة، ومكسباً للزوج؛ بإسقاط الحقوق المالية للزوجة، وإسقاط حق الحضنة عنها، بالإضافة إلى حق الزوج في التعويض. في المقابل: فإنّ إثبات الضرر في حق الزوج يُعدّ خسارة له، ومكسباً للزوجة على كافة الأصعدة. هذه المعادلة التي تضع الزوجين في موضع التراجيح والحاسر للحقوق لا تعكس إلا فكرة ارتكاب أحد الزوجين — أي: الحاسر منها — لفعل يستحق العقوبة المُختلفة في الآثار المالية، وغير المالية. الآثار المترتبة على إثبات الضرر تُجبل قارئ النص التشريعي — في الفقرة المذكورة — إلى معنى العقوبة التي تقع على الزوج الذي تُبيّن في حقه ارتكاب الإساءة أو الخطأ. معنى العقوبة هنا: أدته المحكمة العليا في العديد من أحكامها عندما تعرّضت لمسألة إسقاط الحضنة عن الزوجة في حال ثبوت إضرارها بزوجها.

إلزام المُتسبّب في الضرر أيضاً بدفع تعويض للطرف المتضرّر يُؤكّد أنّ الضرر الوارد في الفقرة المذكورة هو ذلك الضرر الناتج عن الخطأ، أو الإساءة المنسوبة إلى الزوج المدعى عليه. تجدر الإشارة أيضاً إلى أنّ الفقه المالكين ينص على أنّ القاضي — بالإضافة إلى تطليق الزوجة التي تطلب الفرقة في حال ثبوت الضرر — يجب أن يُؤدّب الزوج الذي أضّر بزوجه، ويقتض منه؛ جزاء على ما ارتكبه من إساءة في حقها. لمعلومات أكثر تفصيلاً حول تأصيل معنى الضرر الوارد في الفقرة "أ" من المادة "39"، ومن كونه يُعبّر عن الضرر الناتج عن الخطأ أو الإساءة، وكذلك تأصيله في الفقه المالكين، يُنظر:

ALATI (A.), La rupture du mariage par la volonté unilatérale de l'épouse: Étude de législation française et de législation islamique appliquée en pays arabes, vol. II, Éditions Universitaires Européennes, 2018, pp. 189s et pp. 300s.

⁽¹²⁾ استخدام مصطلح "التطليق للضرر" — من قِبَل جانب من الفقه، وحتى القضاء — للتعبير عمّا تتضمنه الفقرة "أ" من المادة "39" يُعدّ استخداماً غير دقيق؛ وذلك لعدّة أسباب، ومنها: دعوى التطليق للضرر في الفقه الإسلامي بعامة، والفقه المالكي بخاصة، هي أوسع نطاقاً من أن تُحصّر في مسألة إساءة أحد الزوجين للآخر، أو ارتكابه خطأ ما في حق الآخر، فإذا كان كلّ خطأ يندرج عنه بالضرورة ضرر ما، فإنّ الضرر المُبرّر للفرقة بين الزوجين لا يرتبط بارتكاب الخطأ فقط، بمعنى آخر: الإساءة أو الخطأ الثابت في حق أحد الزوجين يُعشّل صورة من صور التطليق للضرر في الفقه المالكين على وجه الخصوص، وليس هو الصورة الوحيدة التي تُعبّر عن الضرر الذي يسمح بالتفريق بين الزوجين عند وجود سبب محدد يدعيه هذا الزوج أو ذاك، وبخاصّة الزوجة.

ارتكاب خطأ ما من قبل أحد الزوجين⁽¹³⁾، أو بتعبير للمحكمة العليا: "ثبوت إضرار"⁽¹⁴⁾ أحد الزوجين بالآخر، أي: " [ثبوت] اعتداء الزوج [...] على زوجته [...] بالضرب [...] "⁽¹⁵⁾، أو "إخلال [الزوجة] بما لزوجها عليها من حقوق، وإضرارها به"⁽¹⁶⁾، على سبيل المثال — كما تُصرِّح المحكمة ذاتها —: ترك الزوج لزوجته أيضاً " بدون رعاية ونفقة، إلّا بأمر من المحكمة [...]، وزواجه [بزوجة] ثانية، وعدم العدل بينهما [...] "⁽¹⁷⁾، فيه " ما يكفي لتحقيق الضرر الموجب للتطليق "⁽¹⁸⁾.

إن دعوى التطليق للضرر هي سبب قائم بذاته، وتشمل صور عدّة من صور التفريق بين الزوجين، فعلى سبيل المثال: غيبة الزوج — ولو يُعذر عند المالكية —، وكذلك إصابته بالجنون، أو الجذام، أو البرص — ولو طرأ هذا المرض بعد الزواج والدخول — يُعطي للزوجة الحق في أن تطلب التطليق للضرر، على الرُّغم من عدم وجود خطأ ارتكبه الزوج في مثل هذه الحالات، ويُبرّر المالكية مشروعية التفريق بين الزوجين في هذه الحالات بالضرر الذي يلحق الزوجة.

إصابة أحد الزوجين أيضاً بمرض مُعدٍ — مرض قص المناعة المكتسبة " الإيدز " — على سبيل المثال — يُعطي للزوج السلم الحق في طلب الفرقة للضرر؛ لأنه مُنظر من البقاء مع الزوج المُصاب بهذا المرض. لمعلومات أكثر تفصيلاً حول تأصيل معنى التطليق للضرر في الفقه الإسلامي بعامة، والمالكي بخاصة، يُنظر:

ALATI (A.), La rupture du mariage par la volonté unilatérale de l'épouse: Étude de législation française et de législation islamique appliquée en pays arabes, vol. II, op. cit., pp. 189s.

⁽¹³⁾ ويُقتل له الفقهاء والقضاة بكل ما يمكن أن يتسبب في إيذاء أحد الزوجين في شخصه، أو ماله، بالقول أو بالفعل، ومن ذلك: الضرب، والسب، والهجر، وأخذ المال، وارتكاب معصية من المعاصي، وغير ذلك ممّا يُعبّر عن معنى التعدي، والحطأ، والإساءة، والإيذاء. يُنظر في هذا: النسوقي، حاشية النسوقي على الشريح الكبير، ج: 2، المرجع السابق، ص: 345؛ الخطاب، محمد، مواهب الجليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، 1995م، ج: 5، ص: 265؛ الغرياني، الصادق، الأسرة أحكام وأدلة، المقرري للنشر والتوزيع، ط: 4، 2004م، ص: 240. تُنظر أيضاً التطبيقات القضائية لأشكال الضرر وفقاً للفقرة "أ" من المادة "39": زبيدة، الهادي، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، مؤسسة شروق للترجمة والنشر، المنصورة، مصر، ط: 1، 2013م، ج: 3 (التطليق القضائي)، ص: 62 وما بعدها.

⁽¹⁴⁾ م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 53/23 ق، بتاريخ 22 فبراير 2008م، (نسخة حكم غير منشورة). يُنظر أيضاً: طعن أحوال شخصية رقم: 48/23 ق، بتاريخ 14 يونيو 2001 م، (ملخص مبدأ حكم غير منشور)، وطعن أحوال شخصية رقم: 15 / 50 ق، بتاريخ 26 يونيو 2003م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 181، 182.

⁽¹⁵⁾ م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 39/02 ق، بتاريخ 27 يونيو 1992م، مجلة المحكمة العليا، س: 27، أكتوبر / ديسمبر 90 / 1991م، ع: (1)، ص: 15.

⁽¹⁶⁾ م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 51/18 ق، بتاريخ 18 نوفمبر 2004م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 326، 327.

⁽¹⁷⁾ محكمة المدينة الجزئية (الدائرة الثانية للأحوال الشخصية/ غوط السقّال)، دعوى مُتقدمة بالتسجيل العام تحت رقم: 158 / 2008م، حكم رقم: 579، بتاريخ 18 نوفمبر 2009م.

⁽¹⁸⁾ م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 39/02 ق، بتاريخ 27 يونيو 1992م، (سبق ذكره)، ص: 18.

إن الحكم الذي " قضي - بتطبيق [الزوجة] من زوجها؛ لثبوت تضررها منه، وأوضح جوانب الضرر، والمثثلة في: سوء المعاشرة، والهجر، والتعنت، ورفض مساعي الصلح"⁽¹⁹⁾، إنما " قضي - بتطبيقها بسبب ذلك، وهو ما يوافق [صحيح القانون]"⁽²⁰⁾.

إنهاء عقد الزواج في مثل هذه الحالات - مع وجود سبب خاضع لسلطة القاضي التقديرية - تكمن أهميته⁽²¹⁾ في أنه يُمكن طالب التفريق من اكتساب حقوقه المترتبة عن الزواج والطلاق⁽²²⁾، أو إعفائه من دفع مغارم هذه الفرقة⁽²³⁾.

الصورة الثانية للفرقة: تناولتها الفقرة "ب" من المادة "39"، والتي تُجسد الطلاق بدون سبب خاضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وهو ما عبّر عنه المحكمة العليا في حكمها السابق بـ: " استحالة استمرار العشرة، مع عدم ثبوت الضرر المدعى به".

استحالة استمرار العشرة بين الزوجين في حال عدم ثبوت الضرر، أي: عدم ثبوت الخطأ؛ يمكن استنتاجه فقط من إصرار إرادة طالب التفريق على إنهاء الزواج⁽²⁴⁾. وهذا ما أكدته المحكمة ذاتها في حكم آخر صادر عنها بتاريخ 19 يناير 1995 م، حيث صرّحت بالقول: " لما كان ذلك وكانت (الفرقة ب) من (المادة 39) من القانون (رقم 10/1984م) تنص على أنه: ((إذا عجز طالب التفريق عن إثبات دعواه واستمرّ الشقاق بين الزوجين بما يستحيل معه دوام العشرة، حكمت المحكمة بالتطبيق مع إسقاط حقوق طالب

(19) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 40/29 ق، بتاريخ 14 أبريل 1994 م، (سبق ذكره)، ص: 13.

(20) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 39/02 ق، بتاريخ 27 يونيو 1992 م، (سبق ذكره)، ص: 15.

(21) أهمية الفقرة "أ" من المادة "39" بالنسبة لكللا الزوجين تكمن - بالدرجة الأولى - في آثارها المالية؛ لأن طالب التفريق بإمكانه أن يحصل على الطلاق بإصرار إرادته على ذلك ولو لم يكن هناك ضرر، أو لم يتمكّن من إثباته؛ فالفرقة ب من المادة المذكورة تكفل له ذلك. لمعلومات أكثر تفصيلاً حول هذه النقطة يُنظر: العاتق، أهمية المادة 39 من القانون رقم 10 لسنة 1984م "بشأن الزواج والطلاق وآثارها" لِكَلِّ من الزوجين: قراءة في ضوء تعديل القانون رقم 14 لسنة 2015م، المرجع سابق، ص: 272 وما بعدها.

(22) اكتساب الحقوق المترتبة على الزواج والطلاق هنا مُتصوّر في حال كون طالب التفريق هو الزوجة عندما تستطيع أن تثبت ارتكاب زوجها خطأ ما في حقها.

(23) الإعفاء من دفع مغارم الفرقة هنا مُتصوّر في حال كون طالب التفريق هو الزوج عندما يتمكّن من إثبات ارتكاب زوجته خطأ في حقه.

(24) لمزيد من المعلومات حول كيفية المادة 39 المذكورة بقترتها يُنظر:

ALATI (A.), La rupture du mariage par la volonté unilatérale de l'épouse: Étude de législation française et de législation islamique appliquée en pays arabes, vol. I, op. cit., pp. 146s.

التفريق))، ومؤدى هذه الفقرة: أنّ الدعوى في هذه الحالة خالية من إثبات الضرر في حق أيّ من الزوجين، سواء أكان طالب التفريق أم الطرف الآخر، وقد أخذ القانون في الفقرة السابقة بإعطاء كل من الزوجين حقّ التفريق القضائي للشقاق في حالة عدم ثبوت الضرر، إذا أدى هذا الشقاق إلى استحالة دوام العشرة، وجعل الوصول إلى هذا التفريق سبيلاً لحسم النزاع بين الزوجين، إذا أصرّ عليه من يطلبه من الزوجين أيّاً كان سبب عدم إمكان التوفيق، مع تحمّل طالب التفريق منها الحسارة المألوفة الناشئة عن عقد الزواج من مهر، ونفقة⁽²⁵⁾.

هذا الحكم تأكيد آخر من قبل المحكمة العليا أنّ القاضي لا يمكنه فرض استمرار عقد الزواج بين الزوجين في حال إصرار أحدهما على فكّ عُرى الزوجية القائمة بينهما، ومن ثمّ فإنّ طالب التفريق غير ملزم بتقديم سبب يمكن إخضاعه للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع. إنّ إصرار إرادة طالب التفريق على طلبه يكفي لوحده لإعطاء المشروعية للنطق بالفرقة بين الزوجين من قبل القاضي، الذي يجد نفسه مجرداً من أي سلطة تقديرية فيما يتعلق بالفرقة، ويبقى دوره منحصراً في ترتيب الآثار المترتبة عن هذه الفرقة.

تأكيد المحكمة العليا حق الإرادة المنفردة في إنهاء الزواج لسبب أو بدونه، أتبع بتأكيد عدم أهمية أمرين اثنين لم يتعرّض لهما المشرع عند صياغته لنص المادة 39:

الأول: تتمثل في عدم أهمية الدخول بالزوجة شرطاً للحكم بالتفريق بين الزوجين وفقاً للمادة المذكورة؛ إذ صرّحت المحكمة العليا في حكم صادر عنها بتاريخ 27 يونيو 1992م: "إنّ [الفقهاء] لم يُقرّوا في الضرر الذي يُبيح طلب التطليق بين المدخول بها وغير المدخول بها، وإثبات العبرة في ذلك بوقوع الضرر؛ ذلك أنّ المادة التاسعة والثلاثين من القانون رقم 10 / 84 بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارها، والخاصة بالتطليق للضرر جاءت على إطلاقها، ومن ثمّ فإنّها تشمل المدخول بها وغير المدخول بها، وكان الحكم المطعون فيه قد أثبت

(25) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 41/15، ق، بتاريخ 19 يناير 1995 م، مجلة المحكمة العليا، س: 28، أكتوبر — يناير 1991 / 1992 م، ع: 1، (2)، ص: 9.

اعتداء الزوج الطاعن على زوجته المطعون ضدها بالضرب، وقضى- بتطبيقها بسبب ذلك قبل الدخول بها، فإنه يكون وافق صحيح القانون" (26).

أما الأمر الثاني فهو: عدم أهمية تكرار الشكوى للتفريق بين الزوجين، حيث صرحت المحكمة العليا بـ: " [أن] مناط التطبيق بحكم القضاء وفقاً لنص المادة 39 من القانون رقم 10 / 1984 م، في شأن الزواج والطلاق وآثارها: إما إثبات الضرر وممن يدعيه، أو استحالة استمرار العشرة مع عدم ثبوت الضرر المدعى به، ولا يُشترط لسلامة الحكم به في الحالتين تكرار الشكوى" (27).

إذن لا يُشترط لكي يفترق القاضي بين الزوجين في حال ثبوت ارتكاب أحدهما لخطأ ما، أن يتكرر الخطأ المرتكب من قبل الزوج المدعى عليه، وكذلك الحال إذا كان التفريق بين الزوجين لاستحالة استمرار العشرة؛ فرفع دعوى التطبيق لرغبة أحد الزوجين في عدم استمرار عقد الزواج بينه وبين الزوج الآخر، يكفي لوحده للنطق بالفرقه من دون حاجة لأن يتكرر طلب التفريق من طالبه.

إن تأكيد المحكمة العليا لهذين الأمرين — عدم أهمية الدخول بالزوجة من جهة، وعدم أهمية تكرار الشكوى من جهة أخرى — يُعدّ سداً لفراغ تشريعي، وإكمالاً لما لم ينص عليه المشرع عند صياغته لأحكام المادة 39 المذكورة عند صدور القانون سنة 1984م، أو في تعديلاته اللاحقة بعد ذلك.

الفرع الثاني: تفسير الآثار المترتبة على التطبيق بحكم القضاء

تعدُّ الآثار المترتبة عن تطبيق المادة 39 من أهم النقاط التي تناولتها أحكام واجتهادات المحكمة العليا، سواءً بتأكيد ما نص عليه المشرع صراحة، أو ببيان وتوضيح ما أجمله النص التشريعي.

الحقوق التي تسقط والتي يحتفظ بها المدعي أو المدعى عليه تُمثل جانباً من هذه النقاط (أولاً)، كما أنّ مسألة التعويض تشكل جانباً آخر (ثانياً) تعرّضت له المحكمة العليا أيضاً في أحكامها الصادرة بخصوص المادة المذكورة.

(26) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 39/02 ق، بتاريخ 27 يونيو 1992م، (سبق ذكره)، ص: 15.

(27) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 40/29 ق، بتاريخ 14 أبريل 1994 م، (سبق ذكره).

أولاً - الحقوق التي تسقط والتي يُحفظ بها عند التفريق

يمكن تصنيف الحقوق الواردة في المادة 39 بالحقوق المرتبطة بالفقرة أ (1)، وبتلك المرتبطة بالفقرة ب (2).

1. الحقوق المرتبطة بالفقرة أ: تأكيد تطبيق حرفية النص التشريعي

ميّزت الفقرة "أ" من المادة "39" المذكورة — والتي تعالج حالة ثبوت ضرر ناتج عن ارتكاب خطأ ما من قِبَل أحد الزوجين — بين ما إذا كان مرتكب الخطأ هو الزوج أم الزوجة⁽²⁸⁾، وذلك بالنص: "فإذا كان المتسبب في الضرر — مادياً أو معنوياً — هي الزوجة، حكمت المحكمة بسقوط حقها في مؤخر الصداق، والحضانة، والنفقة، والسكن. مع التعويض عن الضرر للطرف الآخر".

أما إذا كان المتسبب في الضرر هو الزوج حكمت المحكمة للزوجة بالتعويض ومؤخر الصداق. وذلك كله مع عدم الإخلال بالحقوق الأخرى المترتبة على الطلاق".

على الرغم من صراحة النص، وتفصيله للحقوق الساقطة⁽²⁹⁾، أو المستحقّة بحسب من ثبت في حقه ارتكاب الخطأ أو الإساءة من الزوجين، إلا أنّ بعضاً من محاكم الموضوع انحرفت عن الالتزام بما صاغه المشرع بخصوص الحقوق المذكورة.

⁽²⁸⁾ أعطى المشرع اللبّي الحق في طلب التفريق القضائي لكلا الزوجين عند عدم الاتفاق وفقاً للمادتين 35 و 39. إعطاء الزوج — على وجه الخصوص — الحق في طلب التفريق عند إثبات ارتكاب زوجته خطأ أو إساءة ما في حقه يُعدّ مكسباً له؛ لأنه يُعفيه من دفع الحقوق المالية لزوجته، والمترتبة عن الطلاق.

الزوج في حقيقة الأمر، لا يلجأ إلى المادة 35 إلا من أجل الوصول إلى الفقرة "أ" من المادة "39"؛ لأنّ إثباته لارتكاب زوجته لإساءة ما في حقه سيُعفيه من تبعات المالية المترتبة عن الفرقة فيما لو طلق بإرادته المنفردة، بالإضافة إلى حقه في التعويض في هذه الحالة.

باختصار: الفقرة المذكورة تُحقّق للزوج ما لا يتحقّق بدونها. لكنّ السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو: هل مازال الزوج بإمكانه — بعد التعديل الصادر بالقانون رقم (14) لسنة 2015م — أن يرفع دعوى ابتداءً يشتكي فيها من ارتكاب زوجته خطأ أو لإساءة ما في حقه؟ هذا التساؤل يطرح من واقع أنّ التعديل المذكور قام بتعديل الخطاب التشريعي في المادة 35 من القانون رقم (10) بحيث أصبح الخطاب فيها يتعلق بالزوجة وحدها بعد أن كان قبل التعديل يُخاطب كلا الزوجين. بمعنى آخر: المادة 35 المعدّلة في 2015م أصبحت تنص على أنه: "يحق للزوجة أن تطلب التطبيق من المحكمة المختصة وفقاً لأحكام المواد التالية"، بعد أن كانت في فترتها — قبل التعديل — تنص على: "إذا لم يتفق الطرفان، فيحق لكل منهما أن يطلب التطبيق من المحكمة المختصة وفقاً لأحكام المواد التالية". المادة "39" — التي لم تُعدّل بهذا التعديل؛ كانت ترتبط بعلاقة مباشرة مع الفقرة "ج" من المادة "35" والتي كانت تعطي لكل من الزوجين — عند عدم الاتفاق — الحق في طلب التطبيق برفع دعوى يشتكي فيها من زوجه الآخر. الفقرة المذكورة تُعدّ الأساس الذي ينطلق منه كل من الزوجين عند عدم الاتفاق على الطلاق في رفع الدعوى ابتداءً للوصول إلى أحكام المادة "39". لمعلومات أكثر تفصيلاً حول هذا الموضوع يُنظر: العاني، أهمية المادة 39 من القانون رقم 10 لسنة 1984م "بشأن الزواج والطلاق وآثارهما" لِكُلِّ من الزوجين: قراءة في ضوء تعديل القانون رقم 14 لسنة 2015م، المرجع سابق، ص: 282 وما بعدها.

⁽²⁹⁾ يتقد جانب من الفقه مسألة إسقاط حق الزوجة في مؤخر الصداق، والنفقة — حين يثبت أن المتسبب في الضرر هي الزوجة وفقاً للفقرة "أ" من المادة "39" —؛ على اعتبار أنّ هذه الحقوق إذا تأكّدت لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء. بمعنى آخر: حق الزوجة في مؤخر الصداق يتأكّد بالدخول،

رصد الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا يُظهر أنّ الحق في الصداق، والحق في الحضانة كانا موضع طعون أمام المحكمة العليا. هذه الأخيرة أكدت أنّ الحق في مؤخر الصداق هو من بين الحقوق التي يجب أن يُحكم بها للزوجة حين يكون الزوج هو مرتكب الخطأ تطبيقاً لأحكام الفقرة "أ" من المادة "39" المعنيتة بالتطبيق في هذه الحالة، ففي حكم صادر عنها عند قضائها للحكم الصادر عن محكمة شمال بنغازي الابتدائية صرّحت المحكمة العليا أنّ الحكم المطعون فيه: "قد قضى- للطاعنة بتطبيقها من زوجها المطعون ضده للضرر، وبتعويضها عن هذا الضرر، ورفض القضاء لها بصداقها المؤخر رغم تأكده بالدخول، وحلول أجله بطلاق بائن، ودون أن يُورد في مُدوّناته أسباباً تحمل ما انتهى إليه من قضاء بشأن هذا الطلب، ومن ثمّ فإنّه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون. ولما كان مبنى التتقص الخطأ في تطبيق القانون، وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه، فإنّ المحكمة تقضي- فيه وفق القانون عملاً بالمادة 358 من قانون المرافعات"⁽³⁰⁾، ولهذا قضت المحكمة العليا "[...] بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى- به من رفض طلب مؤخر الصداق، وإلزام المطعون ضده أن يدفع للطاعنة مؤخر صداقها المدوّن بوثيقة عقد الزواج، وإلزام المطعون ضده المصاريف، ومصاريف الطعن."⁽³¹⁾.

هذا إذا كانت الفرقة حصلت بعد الدخول، أما إذا حكم القاضي بالتفريق بين الزوجين وفقاً للفقرة "أ" من المادة "39" قبل الدخول فإنّ الأمر مختلف تماماً؛ إذ ليس هناك من حقوق مالية مستحقّة للزوجة ومرتبطة بالزواج والطلاق إلا نصف الصداق، بالإضافة إلى التعويض عند ثبوت سببه، وفي هذا صرّحت المحكمة العليا بالقول: "إنّ مفاد نص المادتين (39 و19)⁽³²⁾ من القانون (رقم 1984/10م) بشأن الأحكام

وحقها في النفقة يتأكد بالعقد الصحيح وفقاً لأحكام القانون. مع ذلك، فالأستاذ الدكتور: الجليدي يُبَرِّز إسقاط هذين الحقين من واقع ثبوت حق الزوج في التعويض، وحتى لا تكون الزوجة مُطالبية ومُطالبية في الوقت ذاته. في المقابل، يقترح الأستاذ الدكتور: شبية دفع الزوجة بدلاً مالياً عوضاً عن إسقاط الحقوق، و تعويضاً للزوج عن الضرر الذي لحقه في هذه الحالة، ويضيف قائلاً: "وإذا حصلت الفاتحة بعدها فلا بأس، ولكن أن نقول بإسقاط الحقوق الثابتة فلا، وخصوصاً أنّ التعويضات تختلف بين الأضرار، وحقوق النساء في النفقة و مؤخر الصداق... إلخ، تختلف من امرأة إلى أخرى". يُنظر في كل هذا: الجليدي، سعيد، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارها، مطابع عصر- الجماهير، المحسن، ط: 2، 1998م، ج 2، ص: 165؛ شبية، مصطفى، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية "الطلاق"، وآثاره"، منشورات جامعة سيينا، ط: 1، 2006م، ص: 111 وما بعدها.

م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 53/46 ق، بتاريخ 17 مايو 2007، (سبق ذكره).

⁽³⁰⁾

المرجع نفسه.

⁽³²⁾ وفقاً للفترة و من المادة 19 من القانون رقم 1984/10م: "تستحق المطلقة قبل الدخول نصف مهرها، فإن لم يُنَسَم لها مهرًا استحققت متعة لا تزيد على نصف مهر مثلها".

الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، والمعدلة بالقانون (رقم 1991/22م)؛ أن مناط الحكم للزوجة بالصداق عند تطبيقها للضرر هو ثبوت إضرار الزوج بها، وإثمه متى وقع الطلاق قبل الدخول فلا يقضى - لها إلا بما استحق لها من الصداق، وهو نصف المستقى، كما أنه لا تلازم بين الحكم بالمستحق من الصداق وبين الحكم بالتعويض؛ لأن الصداق يترتب على العقد، أما التعويض يستحق بثبوت الضرر⁽³³⁾.

استحقاق الزوجة لحقها في مؤخر صداقها - إن كان الطلاق بعد الدخول -، أو لنصفه - إن كان الطلاق قبل الدخول - حين يثبت ارتكاب الزوج لإساءة أو خطأ في حقها، لم يكن الحق الوحيد الذي أكدته المحكمة العليا في أحكامها تطبيقاً لنص الفقرة "أ" من المادة "39". هذه المحكمة أكدت حقاً آخر نصت عليه الفقرة ذاتها صراحة، ولكن هذه المرة يتعلق بحق غير مالي من ناحية، وبإسقاطه عن الزوجة لا باستحقاقه من ناحية أخرى، وذلك عندما يثبت للقاضي ارتكابها خطأ حيال زوجها ويتمثل في إسقاط حق الحضانة. إسقاط الحقوق أو استحقاقها والذي تضمن فيما تضمنه حق الحضانة حين تكون الزوجة هي مرتكبة الإساءة أو الخطأ - بالإضافة إلى التعويض عن الضرر للطرف الآخر من الزوجين - نص عليه المشرع الليبي أثراً يترتب على إثبات إضرار الزوجة لزوجها في الفقرة "أ" المذكورة. هذا النص المفضل في أحكامه والذي لا يحتمل التأويل لم يلق تطبيقاً من قبل بعض من قضاة الموضوع الذين رأوا أن الحضانة حق للمحزون قبل أن تكون حقاً للحضنة يمكن معاقبتها به بإسقاطه عنها في حال ارتكابها خطأ في حق زوجها.

المحكمة العليا - وأمام صراحة النص التشريعي - وبوصفها محكمة قانون صوّتت الأحكام الصادرة عن محاكم الموضوع، والتي انخرفت في تطبيقها عما رسمه المشرع من حقوق تسقط بثبوت الخطأ في حق مرتكبه من الزوجين، ففي حكم صادر بتاريخ 17 مارس 2005م - وبعد التذكير بما نصت عليه الفقرة "أ" من المادة "39" من حقوق تسقط إذا ثبتت لمحكمة الموضوع أن المتسبب في الضرر مادياً أو معنوياً هي الزوجة - صرحت المحكمة العليا بالقول إن: "[...] الحكم الجزئي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه، قد انتهى إلى تطبيق المطعون ضدها من الطاعن للضرر الواقع منها عليه، وقضى - بإسقاط حقوقها المتمثلة في مؤخر الصداق،

(33) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 48/23 ق، بتاريخ 14 يونيو 2001 م، (سبق ذكره).

وتمتد النفقة، دون حضانة أولادها منه، الذي يرى الحكم المطعون فيه أنها حق للمحزون مخالفاً بذلك نص المادة "39" فقرة "أ" المعدلة بالقانون رقم 1991/22، المشار إليها مما يتعين معه نقضه⁽³⁴⁾. " وحيث إن التقض كان مخالفاً للحكم المطعون فيه للقانون، وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه، وعملاً بنص المادة 358 من قانون المرافعات، فإن المحكمة تقضي- [...] بنقض الحكم المطعون فيه جزئياً فيما قضى- به من حق المطعون ضدها في الحضانة، والسكن، و[...] بإلغاء الحكم المستأنف فيما انتهى إليه من حق المستأنف ضدها في حضانة أولادها من الطاعن، وتوفير سكن لهم، وإسقاط حقها في حضانة أولادها المذكورين، وسكهم [...]".⁽³⁵⁾

إن إسقاط الحضانة عن الزوجة في حال ثبوت ارتكابها لإساءة في حق زوجها أريد به معاقبة المرأة في حد ذاته على الخطأ الذي ارتكبته، واستُخدم عقوبة من قبل المشرع وهو ما يُفهم من حكم المحكمة العليا الصادر بتاريخ 28 يونيو 2001م، والذي جاء فيه: "ولما كانت محكمة البداية قد انتهت إلى ثبوت الضرر في جانب المستأنفة، وقضت تبعاً لذلك بتطبيقها للضرر مع إسقاط حقوقها بما فيها الحضانة، فإنها تكون قد طبقت المادة 39/أ سالفه الذكر، وأن إسقاط الحضانة جاء نتيجة لذلك، ولم يكن لفقد المستأنفة شرطاً من شروط الحضانة [...]". ولما كان هذا الذي أورده الحكم المطعون فيه قد أبان عن أساس قضائه بإسقاط الحضانة عن الطاعنة بالترتيب على تطبيقها لثبوت إضرارها بزوجها المطعون ضده، مما يكون معه الحكم قد طبق صحيح القانون، ويكون النعي من هذا الوجه في غير محله⁽³⁶⁾. وفي حكم آخر قضت المحكمة ذاتها أن "الحكم المطعون فيه [...] لم ينته في أسبابه إلى عدم استحقاقها تأسيساً على فقد الطاعنة لشروط الحضانة الواردة في (المادة 65) من القانون (رقم 1984/10) [...]. وإثباتاً تأسيساً على ثبوت إضرار الطاعنة لزوجها المطعون ضده تطبيقاً لأحكام المادة (39-أ) من القانون المذكور [...] التي تنص على أنه: "فإذا كان المتسبب في الضرر

(34) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 52/02، ق، بتاريخ 17 مارس 2005م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، 2004 / 2005.

ص: 83.

(35) المرجع نفسه.

(36) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 48/19، ق، بتاريخ 28 يونيو 2001م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 161.

مبادئاً، أو معنوياً هي الزوجة حكمت المحكمة بسقوط حقها في مؤخر الصداق، والحضانة... إلخ⁽³⁷⁾. وفي حكم ثالث صادرٍ عنها صرّحت المحكمة العليا هذه المرة قائلة: "[...] القضاء بإسقاط حضانة الأم لابنتها من زوجها بسبب إضرارها له] تطبيقاً لأحكام المادة (39-أ) من القانون المذكور، لم يكن مبنياً على أنّ بها ما يمكن أن تتأذى منه المحضونة موضوع الدعوى، أو على تقصير منها في رعايتها، أو فقدانها لشروط من الشروط التي أوجب القانون توافرها في الحاضن، وإتساك ذلك عقوبة عن إخلالها بما لزوجها عليها من حقوق وإضرارها به، وهو أمر خاص بها فلا يمكن أن يتعداه إلى ما سواها]"⁽³⁸⁾.

إذن مقصد المشرّع من وراء حرمان الزوجة التي تثبت إضرارها بزوجها من حق الحضانة هو معاقبتها على ما ارتكبه من خطأ في حق زوجها. استخدام المشرّع للحضانة عقوبةً في هذه الحالة ليس له ما يُبرّره؛ لأنّه في الحقيقة لم يستهدف الزوجة مرتكبة الخطأ فقط، وإنما استهدف أيضاً المحضون الذي لم يكن طرفاً في ارتكاب هذا الخطأ، ووجد نفسه معاقباً على فعل لم يرتكبه بجرمانه من والدته⁽³⁹⁾.

إنّ المحكمة العليا ذاتها، وفي أحكام أخر صادرة عنها — تتعلق بموضوع الحضانة — أكدت أنّ " فقهاء الشريعة الإسلامية ذهبوا إلى أنّ للحضانة حقوقاً ثلاثة، حق الصغير، وحق الحاضنة، وحق الأب أو من يقوم مقامه، وهذه الحقوق إن اجتمعت وأمكن التوفيق بينها وجبّ المصير إليها، وإن تعارضت لحق الصغير مقدّم على الحقوق الأخرى؛ لأنّ مدار الحضانة على نفع الصغير وحفظه"⁽⁴⁰⁾. لكن أمام صراحة الأحكام التي فصلها المشرّع في الفقرة " أ " من المادة " 39 " لم يكن أمام المحكمة العليا من هامش لاستثناء حق الحضانة من بين الحقوق الساقطة في هذه الحالة، فلا تأويل مع صراحة النص.

(37) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 53/23، ق، بتاريخ 22 فبراير 2008م، (سبق ذكره).

(38) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 51/18، ق، بتاريخ 18 نوفمبر 2004م، (سبق ذكره)، ص: 326، 327.

(39) وفي هذا الخصوص يقول الأستاذ الدكتور: الجليدي: "[...] لا نجد مُبرراً لما ذهب إليه [المشرّع] من إسقاط حقها، أي: الزوجة] في الحضانة، خاصة إذا عرفنا أنّ الحضانة حق للولد، وحتى على القول بأنّها حق لكل من الحاضنة والمحضون فإنّ حق المحضون مُقدّم على حق الحاضنة؛ وذلك حفاظاً على مصلحة الولد وتحقيقاً للغاية التي من أجلها شرّعت الحضانة. فلا يسقط حق المحضون في الحضانة بسبب ضرر الزوج وقع من أمه، وليس من العدل ولا من المصلحة حرمانه من حقه في حضانة أمه، وإيقاع الضرر به بسبب لا دخل له فيه". أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارها، مرجع سابق، ج 2، ص: 165. يُنظر أيضاً في المعنى نفسه: شيبه، مصطفى، نصوص الطلاق والتطبيق في القانون رقم 84/10 بين قصور في الحكم وعموض في الصياغة، مجلة الجامعة الأسيرية، س: 7، ع: 14، 2010م، ص: 215.

(40) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 09 / 42، ق، بتاريخ 19 يناير 1996 م، (ملخص مبدأ غير منشور).

وبشكل عام اتخذ المشرع من إسقاط حقوق الزوجة الفقرة "أ" من المادة "39" — في حال ثبوت ارتكابها خطأ ما في حق زوجها — وسيلة لمعاقتها، وهو ما يفهم من قضاء المحكمة العليا في هذا الخصوص، ففي حكم صادر عنها بتاريخ 26 يونيو 2003م — وبعد استعراضها، وتبريرها للحقوق المالية المستحقة للزوجة عند إنهاء الزواج — صرحت هذه المحكمة بأحقية الزوجة لهذه الحقوق بالقول: "[...] لا تبرأ ذمة الزوج من هذه الحقوق إلا بالأداء، أو الإبراء، أو تطليق الزوجة منه لثبوت إضرارها به عملاً بالمادة 39/أ بند 1 من القانون المذكور المعدلة بالقانون رقم 1991/22 ف، [...]"⁽⁴¹⁾.

إن صراحة النص في الفقرة المذكورة، وتفصيل المشرع للجزاء المترتب على ثبوت ارتكاب أحد الزوجين خطأ حيال الزوج الآخر — والذي يبين بشكل مفصل الحقوق الساقطة، والثابتة بحسب مرتكب الخطأ من الزوجين — لم يترك للمحكمة العليا من رأي إلا تأكيد ما نص عليه المشرع، ولكن هذه المحكمة كان لها رأي آخر بخصوص تفسير الحقوق المرتبطة بالفقرة ب من المادة المذكورة.

2. الحقوق المرتبطة بالفقرة ب: تقييد الحقوق الساقطة بالمالية فقط

بقدر ما فصل المشرع في الحقوق المرتبطة بالفقرة "أ" من المادة "39"، بقدر ما أجمل في الحقوق المرتبطة بالفقرة "ب" من المادة المذكورة. في هذه الأخيرة اكتفى المشرع بالتص على "إسقاط حقوق طالب التفريق" — في حال حكم المحكمة بالفرقة لاستحالة استمرار العشرة بين الزوجين — من دون بيان أو تفصيل. هذه الصيغة المجملة للحقوق فُتِرت من قبل بعض محاكم الموضوع بأنها الحقوق ذاتها التي نصت عليها الفقرة "أ" من المادة "39"، أي أن الحقوق المعنوية بالسقوط تتمثل في: التعويض عن الطلاق، ومؤخر الصداق، والحضانة، والنفقة، والسكن إذا كان طالب التفريق هي الزوجة⁽⁴²⁾.

(41) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 15 / 50 ق بتاريخ 26 يونيو 2003م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 181.

182.

(42) هذا التفسير هو أيضاً ما تبنته شخصياً في بحث سابق تناولت فيه تكييف الفرقة بين الزوجين في الفقرة "ب" من المادة "39" حين تكون الزوجة هي طالبة التفريق. ينظر: العاني، أفرح، المخالعة الجبرية في القانون رقم 10/1984م: قراءة استظهارية مقارنة بالقانونين المصري والأردني، مجلة الهدي الإسلامي، منشورات إدارة البحوث والدراسات بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ليبيا، طرابلس، س: 3، ع: 5، 2013م، ص: 146.

المحكمة العليا من جانبها لم توافق قضاة محاكم الموضوع في تفسير الحقوق التي ستسقط عن الزوجة في حال تطبيق الفقرة "ب" من المادة "39"؛ إذ فسرت - في حكم لها - الحقوق الساقطة في هذه الحالة بتلك "[...] المترتبة على الطلاق من تعويض، ومؤخر صدق، ونفقة عدّة، ومتمعة طلاق، ولا تشمل حق الحضانة، ونفقة المحضونين أو سكنهم [...]"⁽⁴³⁾. وفي حكم آخر نقضت المحكمة العليا الحكم الصادر عن دائرة الاستئناف بمحكمة سبها الابتدائية فيما قضى - به من سقوط حق الطاعنة في حضانة بناتها من المطعون ضده، وقد برّرت ذلك بالقول: إن قضاء المحكمة العليا "قد جرى على أن محكمة الموضوع إذا انتهت إلى تطبيق الزوجة لاستحالة دوام العشرة بينها وبين زوجها، بعد أن عجزت عن إثبات الضرر المدعى به وأسقطت حقوقها، فإن سقوط تلك الحقوق الشخصية لا يشمل الحضانة، ذلك أن الحضانة ليست حقاً خالصاً للحاضنة، بل يتعلق بها حق للمحضونين، وحق للولي، وحق للحاضنة، وإذ ذهب الحكم المطعون فيه إلى عكس ذلك، وقضى - بسقوط حق الطاعنة في حضانة بناتها من المطعون ضده فإنه يكون مخالفاً للقانون مما يتعين نقضه"⁽⁴⁴⁾.

إن تفسير المحكمة العليا للآثار المترتبة عن التطبيق وفقاً للفقرة "ب" من المادة "39" بالحقوق المالية فقط، استبعد بشكل لا لبس فيه حق الحضانة، عوضاً عن حقوق الزوجة في إنهاء الزواج بإرادتها المنفردة، حين يكون قرارها في هذا الإنهاء لا يستند إلى سبب خاضع لسلطة القاضي التقديرية⁽⁴⁵⁾.

(43) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 21 / 55 ق، بتاريخ 04 ديسمبر 2008م، (نسخة حكم غير منشورة). يُنظر أيضاً: طعن أحوال شخصية رقم: 08 / 49 ق، بتاريخ 27 يونيو 2002م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص:351. طعن أحوال شخصية رقم: 02 / 49 ق، بتاريخ 13 يونيو 2002م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص:323. طعن أحوال شخصية رقم: 04 / 46 ق، بتاريخ 03 فبراير 2000م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 196.

(44) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 04/46 ق، بتاريخ 03 فبراير 2000م، (سبق ذكره).

(45) يُبرّر جانب من الفقه إعطاء الإرادة المنفردة لأحد الزوجين - وبخاصة إرادة المرأة - الحق في إنهاء الزواج عند عدم ثبوت الإساءة أو الخطأ، وإسقاط حقوق طالب التفريق وفقاً للفقرة "ب" من المادة "39" بالقول: إن "الإسلام لا يحول بين المرأة وما تريد من انفصال؛ لأن الزواج في التشريع الإسلامي ليس سميماً تكره فيه المرأة على البقاء، ولا قيماً تكبل به فلا تستطع الخلاص، بل هو تآلف ومحبة بين نفسين، وتعاون في العسر واليسر، فإذا لم يتوافقا ويتآلفا فليتخذ كل منهما لنفسه سبيلاً، لكن بعد إسقاط حقوق طالب التفريق؛ كي تتحقق العدالة وينتفي الاحتيال". في المقابل، ينتقد جانب آخر من الفقه صياغة المشرع للفقرة "ب" من المادة المذكورة، ويقترح إعادة النظر فيها، وذلك إما بإلغاء إسقاط الحقوق وإبقاء مسألة التفريق الوجوبي، مع التعويض عن الضرر في حال ثبوته وفقاً لأحكام المسؤولية التقديرية. وإما بالعودة إلى أحكام التشويز، وجعل التفريق في هذه الحالة أمراً غير وجوبي، بالإضافة إلى عدم القضاء بسقوط مؤخر الصدق والنفقة، مُقترحاً إيقاف هذه الأخيرة فقط لا إسقاطها. بخصوص هذين الجانبين من الفقه يُنظر على التوالي: العالم، عبد السلام، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، منشورات جامعة قارونس، بنغازي، ط: 2، 1995م، ص: 232. زبيدة، الهادي، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، المرجع السابق، ج: 3 (التطبيق القضائي)، ص: 49 وما بعدها.

هذا التفسير أيضاً لعلّه أحد الأسباب التي جعلت هذه المحكمة تُفضّل التعبير عن العوّض الذي سيدفعه طالب التفريق — سواء كان الزوج أو الزوجة — بالخسارة المادية بدلاً من التعبير بسقوط حقوقه، أي: حقوق طالب التفريق، ففي الحكم الصادر بتاريخ 19 يناير 1995 م. صرّحت المحكمة بالقول: " إنّ مُؤدّي نصّ المادّة 39 في الفقرة ب من القانون رقم 84/10 بشأن الزواج والطلاق وآثارها، بإعطاء كل من الزوجين حقّ التفريق القضائي للشقاق في حالة عدم ثبوت الضرر، إذا أدّى هذا الشقاق إلى استحالة دوام العشرة، وجعل الوصول إلى هذا التفريق سبيلاً لحسم النزاع بين الزوجين إذا أصّر عليه من يطلبه من الزوجين، أيّاً كان سبب عدم إمكان التوفيق مع تحمّل طالب التفريق منها الخسارة المادية الناشئة عن عقد الزواج من مهر، وبنفقة" (46).

إنّ التعبير بالخسارة المادية يُبيّن من ناحية أنّ الآثار المترتبة عن تطبيق الفقرة " ب " من المادة " 39 " تتعلّق فقط بتلك المادية دون سواها، ومن ناحية أخرى يستطيع أن يشمل وضع كلا الزوجين عندما يكون طالباً للتفريق. بمعنى آخر: تحمّل طالب التفريق للخسارة المادية عند تطبيق الفقرة " ب " المذكورة يُعدّ أدقّ في التعبير من سقوط حقوق طالب التفريق؛ لأنّه عندما يكون هذا الأخير هو الزوج لا الزوجة ليس له من الحقوق الثابتة — والناجمة عن الزواج والطلاق — ما يمكن معه القول إنّها ستسقط عنه في هذه الحالة، وإنما هو سيتحمّل الخسارة المادية الناتجة عن الطلاق. كذلك الحال بالنسبة للزوجة عندما تكون هي طالبة التفريق، فالتعبير بالخسارة المادية يمكن أن يستوعب وضعها، وما يترتب عليه من آثار، فضلاً عن استبعاده لحقّها في الحضانه من أن يكون محلاً للسقوط هنا.

وفي المجلد: فإنّ المحكمة العليا ومن خلال تفسيرها لما يسقط من حقوق عند تطبيق الفقرة " ب " من المادة " 39 " ، وباستبعادها لحق الحضانه من السقوط، لم ترغب في نسخ أحكام الفقرة " أ " من المادة ذاتها. لكن في المقابل، يبدو أنّ هذه المحكمة التزمت بما نصّت عليه الفقرة " أ " عند تفسيرها لما يسقط من صداق في حال تطبيق الفقرة " ب "؛ إذ عابت المحكمة العليا على قضاة محكمة سرت الابتدائية الخطأ في تطبيق

(46) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 15 / 41 ق، بتاريخ 19 يناير 1995 م، (سبق ذكره).

القانون لـ" رفضهم طلب الطاعة حثها في مُقدّم الصداق تأسيساً على أنّ المادة 39/ب من القانون رقم 10 لسنة 1984 ف، تقضي- بسقوط حق طالب التفريق في حالة التفريق لاستحالة دوام العشرة، ومن هذه الحقوق مقدّم الصداق وأحال عليه في أسبابه" (47). بعبارة أخرى: قضاء المحكمة العليا " جرى على أنّ حقوق طالب التفريق [أي الزوجة في هذه الحالة] التي تسقط بسبب استحالة دوام العشرة هي الحقوق المترتبة على الطلاق من مؤخر صداق، ومُتجمّد النفقة، ولا تشمل غير ذلك من الحقوق [، إذ لا تشمل] مقدّم الصداق" (48).

الحقوق التي تسقط، والتي يُحتفظ بها تطبيقاً للمادة " 39" بفقرتيها لم تكن وحدها محلّ طعون رُفعت أمام المحكمة العليا؛ فمسألة التعويض عن الطلاق قُدم أيضاً موضوع طعنٍ للفصل فيه من قِبَل هذه المحكمة.

ثانياً: التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق

تُعَدُّ مسألة التعويض عن الطلاق بشكل عام وعن التطبيق بحكم القضاء بشكل خاص من المسائل ذات الأهمية لكل من الزوجين وبخاصة المرأة.

الفقرة " أ" من المادة "39" محل البحث لم تغفل عن مسألة التعويض ونصّت صراحة على أنّ من بين الحقوق التي يُحكّم بها - لمن يُثبت من الزوجين أنّ زوجه الآخر ارتكب خطأ يُبرّر له طلب التفريق ، ومن ثمّ يُثبت وجود الضرر- هو الحق في التعويض (49). في حين أنّ الفقرة " ب" من المادة المذكورة - وكما ذُكر

(47) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 53/37 ق، بتاريخ 22 مارس 2007م، (نسخة حكم غير منشورة).

(48) المرجع نفسه.

(49) تعدّ الفقرة " أ" من المادة " 39" الموضوع الوحيد الذي نصّ فيه المشرع بشكل صريح على الحق في التعويض عن الفقرة بين الزوجين. تجدر الإشارة إلى أنّ مشرع القانون رقم (10) لم ينصّ على الحق في التعويض بشكل عام إلا في الفقرة المذكورة، وفي العدول عن الخطبة في الفقرة " د" من المادة الأولى من القانون المذكور. وعن مدى جدوى إفراد التعويض عن العدول عن الخطبة، وعن التطبيق للضرر بنصين خاصين يتساءل الأستاذ الدكتور: العجار، ويقول: إنّ " الأمر لا يقبل إلا أحد هذين الاحتمالين: إما أنّ المشرع أراد العزوف عن القواعد العامة في شأن المسؤولية التصريية، وإفراد التعويض عن العدول عن الخطبة، وعن التطبيق للضرر بأحكام خاصة، وبناء على هذا الفهم فالتعويض لا يكون جائزاً إلا في حال توافر إحدى هاتين الحالتين. وإتّماً أن هذين النصين (1/د، 39) هما مُجرّد تطبيق، وتأكيد لما تقرره القواعد العامة للمسؤولية التصريية، مما يعّد معه إيرادها تكراراً وتزيداً يأتاها حسن الصياغة، ويفترض تزويه المشرع الوضعي عنه". ويختم الكاتب مُستحسناً " إلغاء هذين النصين فيما يخض إقرار التعويض، وترك الأمر للقواعد العامة في شأن التعويض عن الفعل الضار[...].". لمعلومات أكثر تفصيلاً حول هذه المسألة يُنظر: العجار، سعد، التعارض بين النصوص: دراسة في ضوء القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارها، مجلة الجامعة الأسمرية، س: 7، ع: 14، 2010م، ص: 522، 523.

سابقاً أجملت الآثار المترتبة على الفرقة بالتعبير بـ "سقوط حقوق طالب التفريق"، من دون أي تفصيل في الموضوع.

رصد قضاء المحكمة العليا التي تصدّت بدورها لمسألة التعويض عن الفرقة من خلال ما قُدّم إليها من طعون تناول هذه المسألة تارة بتعميم مبدأ الحق في التعويض عن الطلاق أيّاً كان نوع الفرقة بين الزوجين (1)، وتارة أخرى بتخصيص الحكم الصادر عنها لحق التعويض عند تطبيق أحكام الفقرة "ب" من المادة المذكورة (2).

1. الحكم بتعميم مبدأ الحق في التعويض عن الطلاق أيّاً كان نوع الفرقة بين الزوجين

في العديد من الطعون التي قُدّمت إلى المحكمة العليا كان موضوع الطعن ينصبّ حول الحق في التعويض عن الطلاق بشكل عام. بعبارة أخرى: بعض قضاة محاكم الموضوع يرفض الحكم بالتعويض عن الطلاق الواقع بإرادة الزوج المنفردة⁽⁵⁰⁾؛ بحجة أن التعويض لا يكون إلا حين يكون التطبيق بحكم القضاء وفقاً للمادة 39 من القانون رقم (10).

قضاء المحكمة العليا التي عرّضت عليها هذه المسألة جاء مخالفاً لقضاء محاكم الموضوع تلك؛ وذلك بتبني مبدأ مهم يتمثل في تعميم الحق في التعويض عن الطلاق أيّاً كان نوع الفرقة بين الزوجين، ففي حكم صادر بتاريخ 28 يونيو 2001م، صرّحت المحكمة العليا بالقول: "مفاد المادتين (39 و 51⁽⁵¹⁾) من القانون رقم 10 لسنة 1984م أن الطلاق بالإرادة المنفردة، أو بحكم القضاء إذا سبّب ضرراً يلزم المتسبب فيه بتعويض الطرف

⁽⁵⁰⁾ التعويض عن الطلاق بإرادة الزوج المنفردة من دون سبب يدعو إليه — بناء على التعسف في استعمال الحق — يُعدّ مسألة منقّدة من قبيل جانب من الفقه. بحسب هذا الأخير، الطلاق بإرادة الزوج المنفردة هو "حق تقديري، والحق التقديري لا يوصف من يستعمله بالتعسف؛ لأنه بالإقدام عليه يفترض أنه ما أقدم عليه إلا لسبب يدعو إلى الطلاق بحسب تقديره، وإن كان هذا السبب لا يصلح في تقدير الآخرين". يُنظر: الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارها، المرجع السابق، ص: 54، 55؛ شيبه، مصطفى، نصوص الطلاق والتطبيق في القانون رقم 84/10 بين قصور في الحكم وغموض في الصياغة، المرجع السابق، ص: 212 وما بعدها. يُنظر أيضاً في مسألة مدى جواز التعويض عن الطلاق بإرادة الزوج المنفردة في الفقه الإسلامي المعاصر: القدومي، عبير، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، ط: 1، 2007م، ص: 192 وما بعدها.

⁽⁵¹⁾ تنص المادة 51 من القانون رقم 84/10م على: "تحدد المحكمة المختصة في حالة وقوع الطلاق نفقة الزوجة المطلقة أثناء عدتها. فإن كان الطلاق بسبب من الزوج حكمت المحكمة بتعنة حسب يسر المطلق أو عسرته دون إخلال بحكم المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون. [...]".

الأخر المتضرر" (52). وفي حكم آخر صرّحت المحكمة ذاتها قائلة: إنّ قضاءها قد استقرّ " [...] على أنّ الطلاق بالإرادة المنفردة، أو بحكم القضاء إذا سبّب ضرراً يلزم المتسبب فيه بالتعويض للطرف الآخر المتضرر" (53).

هذا التعميم لمبدأ الحق في التعويض عن الضرر الناتج عن الفرقة أياً كان نوعها اعتمدت فيه المحكمة العليا على معيار مُحدّدٍ وواضح، وهو وجود ضرر ناتج عن الفرقة بين الزوجين لا على الفرقة في حد ذاتها، ففي حكم صادر عنها أرست المحكمة العليا هذا الأمر بالقول: إنّ قضاءها " قد استقرّ على أنّ استحقاق المطلّقة للتعويض لا يترتّب عن الطلاق في حدّ ذاته، وإنّما ينشأ حقها فيه عن الضرر الذي يلحقها من ذلك، وبسببه [...] " (54). وفي حكم آخر صادر عنها صرّحت أنّ قضاء: " هذه المحكمة قد جرى على أنّ العبرة في استحقاق التعويض عن الضرر الناشئ عن الطلاق هو ثبوت الضرر المدّعى به، والمتربّط [على] الطلاق سواء كان بالإرادة المنفردة، أو بحكم المحكمة، إذا لم يكن هذا الطلاق قد وقع بسبب من مُدّعي الضرر، فمتى تبيّن الضرر المدّعى به قضت المحكمة بالتعويض المناسب عنه للمضرور الذي طلب ذلك منها" (55). يُضاف إلى هذا — وكما صرّحت المحكمة ذاتها في حكم لها — " أنّ حق الزوج في الطلاق وفقاً للشرع والقانون لا تأثير له [في] تقدير التعويض، وإنّما المعوّل عليه في هذا الشأن هو وقوع الضرر، ومقداره" (56).

(52) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 12 / 48 ق، بتاريخ 28 يونيو 2001م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 144.

(53) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 19 / 55 ق، بتاريخ 20 نوفمبر 2008م، (نسخة حكم غير منشورة). يُنظر أيضاً حكم المحكمة العليا في طعني الأحوال الشخصية رقم: 12 / 48 ق، بتاريخ 28 يونيو 2001م، (سبق ذكره)، ورقم: 49/36 ق، بتاريخ 13 مارس 2003م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 81.

(54) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 67 / 52 ق، بتاريخ 02 فبراير 2006م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 69.

(55) يُنظر أيضاً حكم المحكمة العليا الصادر في طعن أحوال شخصية رقم: 15 / 50 ق، بتاريخ 26 يونيو 2003م، (سبق ذكره)، ص: 181.

(56) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 37 / 44 ق، بتاريخ 30 يوليو 1998م، (نسخة حكم غير منشورة).

(56) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم 08 / 55 ق، بتاريخ 19 يونيو 2008م، (نسخة حكم غير منشورة).

الضرر أيضاً — الذي يُعدُّ سبباً للمطالبة بالتعويض عن الفرقة أياً كان نوعها — يُلزم — كما استقرَّ عليه قضاء المحكمة العليا — " المُتسبب فيه بتعويض الطرف المضرور سواء كان الضرر مادياً⁽⁵⁷⁾] أو معنوياً⁽⁵⁸⁾]، وسواء لحقَّ الضرر الزوجة أو الزوج"⁽⁵⁹⁾.

وقد استقرَّ قضاء المحكمة العليا أيضاً أثناء تصديها لمسألة التعويض عن الضرر الناتج عن الفرقة بشكل عام على العديد من النقاط المهمة، ومنها:

— **حجية الحكم الصادر عن المحاكم الجنائية للاعتداد بالخطأ الذي يُؤتس للتعويض،** فـ " الحكم الصادر من المحاكم الجنائية تكون له حجية أمام المحاكم المدنية فيما فصل فيه من حيث وقوع الفعل المكوّن للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية ، ومن جهة الوصف القانوني لهذا الفعل، وإدانة المتهم فيه ، وأنه متى فصلت المحكمة الجنائية في هذه الأمور امتنع على المحكمة المدنية أن تُعيد البحث فيها، وتعيّن عليها أن تعتدّ بما انتهى إليه الحكم الجنائي بشأن ثبوت الخطأ وتلتزم به عند قضائها في دعوى المسؤولية المدنية المترتبة على هذا الخطأ"⁽⁶⁰⁾ ، ولهذا فإنَّ المحكمة العليا وافقت ما ذهب إليه حكم محكمة الموضوع والذي " قضى - بالزام الطاعن [الزوج] بأن يدفع للمطعون ضدها [الزوجة] المبلغ المحكوم به تعويضاً عن الضرر الذي تسبّب فيه مؤتساً قضاءه على أنه قد أساء معاملتها بأن طعن في شرفها، واعتدى عليها بالضرب والتهديد، وأدين عن ذلك جنائياً بحكم نهائي [...]، واتهمى إلى أن الخطأ ثابت في حقّه، ولا تجوز مناقشته من جديد طالما أنه تحصن بحكم جنائي "⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁷⁾ ومن ذلك على سبيل المثال: ما تكبده الزوج من مصاريف الزواج. يُنظر م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 2 / 53 ق، بتاريخ 11 مايو 2006م، (نسخة حكم غير منشورة).

⁽⁵⁸⁾ ومن الضرر المعنوي — والذي وصفته المحكمة العليا في أحد أحكامها أن موطنه العاطفة والشعور — حرمان الزوجة من الاستمرار في الحياة الزوجية التي عوّلت عليها، وتنت عليها آمالها في تكوين أسرة. يُنظر: م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 52 / 54 ق، بتاريخ 22 مايو 2008م، (نسخة حكم غير منشورة). يُنظر أيضاً: م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 39 / 51 ق، بتاريخ 06 يناير 2005م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 24.

⁽⁵⁹⁾ م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقمًا: 31 و 32 / 40 ق، بتاريخ 16 يونيو 1994م، (نسخة حكم غير منشورة).

⁽⁶⁰⁾ م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 57 / 55 ق، بتاريخ 26 مارس 2009م، (نسخة حكم غير منشورة).

⁽⁶¹⁾ المرجع نفسه.

— الفصل بين الحقوق المالية المستحقة للزوجة والحق في التعويض.

العديد من الطعون التي قُدمت إلى المحكمة العليا استندت في نعيها على الأحكام الصادر عن محاكم الموضوع على مدى حق الزوجة التي استحققت حقوقها المالية المترتبة على الزواج والطلاق في الحصول إضافة إلى ذلك على التعويض.

في أحد الطعون المقدمة أمام المحكمة المذكورة استند الطاعن في طعنه على " أن استحقاق المطلقة لِمَا يترتبُ عن الطلاق من تبعات مالية يلزم بها الزوج المطلق والمتمثلة في: مؤخر الصداق، ومتمعة الطلاق، ونفقة العدة يُعتبر تعويضاً لها دون حاجة إلى تقدير تعويض آخر"⁽⁶²⁾.

المحكمة العليا — التي وصفت هذا الجدل بغير السديد — بينت الأساس الذي ارتكزت عليه في مخالفة ما ذهب إليه الطاعن، وذلك بالقول: " [إن] استحقاق الزوجة للصدّق أساسه العقد الصحيح، وأن استحقاقها للمتعة مردّه إلى أنه: إذا كان الطلاق بسبب من الزوج، وأن نفقة العدة واجبة على الزوج المطلق وفقاً للمادتين (19 و51) من القانون رقم 1984/10 ف في شأن الزواج والطلاق وآثارها، فلا تبرأ ذمة الزوج من هذه الحقوق إلا بالأداء، أو الإبراء، أو تطبيق الزوجة منه لثبوت إضرارها به عملاً بالمادة "39/أ" بند "1"، من القانون المذكور المعدلة بالقانون رقم 1991/22 ف، فلا يحول القضاء للمطلقة بهذه الحقوق دون استحقاق للتعويض عن الضرر الذي لحقها من الطلاق"⁽⁶³⁾. وفي حكم آخر صادر بتاريخ 14 يونيو 2001م صرّحت المحكمة العليا بـ " [...] أنه لا تلازم بين الحكم بالمستحق من الصداق وبين الحكم بالتعويض؛ لأنّ الصداق يترتب على العقد، أما التعويض يستحق بثبوت الضرر"⁽⁶⁴⁾. وفي حكم ثالث صادر بتاريخ 31 أكتوبر 2002م، أكّدت المحكمة ذاتها أنّ " استحقاق [الزوجة] لصدّقها المعجل والمؤجل، ومتعة الطلاق وفقاً لأحكام القانون رقم 84/10 ليس فيه ما يمنعها من طلب التعويض عن ضرر التطبيق"⁽⁶⁵⁾. وفي حكم رابع — وبعد

⁽⁶²⁾ يُنظر طعن الأحوال الشخصية رقم: 15 / 50 ق المنطور أمام المحكمة العليا بتاريخ 26 يونيو 2003م. (سبق ذكره)، ص: 181.

⁽⁶³⁾ المرجع نفسه، ص: 181، 182.

⁽⁶⁴⁾ م.ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 48/23 ق، بتاريخ 14 يونيو 2001م، (سبق ذكره).

⁽⁶⁵⁾ م.ع. ل، طعن أحوال شخصية رقم: 49/11 ق، بتاريخ 31 أكتوبر 2002م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 367.

التذكير بأحكام المادتين "51 و 39"، من القانون رقم 1984/10م — فصلت المحكمة العليا قائلة: "ومفاد ما تقدم أنّ الطلاق إذا كان بسبب من الزوج، وترتب عليه ضرر للزوجة، استحققت التعويض المناسب عن هذا الضرر، وجميع حقوقها الأخرى المترتبة على الطلاق أو التطليق"⁽⁶⁶⁾.

وبشكل أكثر تفصيلاً: صرحت المحكمة العليا: " [أنّ] المستفاد من المواد 51 و 19 و 33 من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الزواج والطلاق وآثارهما، أنّ القضاء للمطلقة بمتعة، وتحديد نفقة لها أثناء عدتها ومؤخر صداقها لا يمنع حقها في طلب التعويض عن الضرر إعمالاً لل مادة 39/أ، "بند 3"، آفة الذكر. وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنّ الطلاق بالإرادة المنفردة، أو التطليق بحكم القضاء إذا سبب ضرراً، يلزم المتسبب فيه بالتعويض للطرف الآخر المتضرر، بالإضافة إلى الحقوق الأخرى المترتبة عن الطلاق والمنصوص عليها في القانون رقم 1984/10 المشار إليه، إذا ثبت ذلك الضرر لمحكمة الموضوع"⁽⁶⁷⁾.

باختصار: إنّ " الحكم بالحقوق الزوجية من عدمه، وهي حقوق مترتبة عن عقد الزواج لا علاقة له بتقرير التعويض، وتقديره، [...] وإثماً المعول عليه في هذا الشأن هو وقوع الضرر، ومقداره"⁽⁶⁸⁾.

بهذا تكون المحكمة العليا قد ميّزت بشكل لا لبس فيه بين التعويض وبين الحقوق المستحقة للزوجة، والمترتبة عن الزواج والطلاق.

— ضرورة البحث في وجود الضرر، والعناصر المكونة له.

من النصور في التسبب عند القضاء بالتعويض لمُدعي الضرر أن لا يُبيّن الحكم الخطأ الذي وقع فيه المحكوم عليه بهذا التعويض؛ لأنّ " المناط في التعويض هو الخطأ والضرر، والعلاقة السببية بينهما، وعلى المحكمة عند [النظر في] طلب التعويض أن تتحقق من ذلك، ثم تقدر التعويض وفق الأسس والمعايير التي

(66) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 48/53 ق، بتاريخ 31 يناير 2002م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 279.

(67) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 49/36 ق، بتاريخ 13 مارس 2003م، (سبق ذكره). يُنظر أيضاً حكم المحكمة العليا في طعن أحوال شخصية رقم:

50/42 ق، بتاريخ 11 مارس 2004م، (نسخة حكم غير منشورة).

(68) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 55 /08 ق، بتاريخ 19 يونيو 2008م، (سبق ذكره).

حدها القانون⁽⁶⁹⁾. الضرر يُعدّ " زكناً من أركان المسؤولية، [ويُعدّ] ثبوته لازماً لقيامها، ومن ثمّ القضاء بالتعويض"⁽⁷⁰⁾. أيضاً، وما أنّ الحق في التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق " لا يترتب على الطلاق في حدّ ذاته، وإثماً ينشأ [...] عن الضرر الذي يلحق [...] من ذلك، وبسببه [...]"⁽⁷¹⁾، فإنّه " يتعيّن على محكمة الموضوع قبل القضاء به أن تبحث عناصره، ومكوّناته، وأسبابه، ثمّ تُقدّره على ضوء ذلك"⁽⁷²⁾.

هذا ما نّهت إليه المحكمة العليا في عدد من الأحكام الصادرة عنها، وفي حكم آخر صادر بتاريخ 19 يونيو 2008م، صرّحت المحكمة ذاتها بالقول: " وإن كان تقدير التعويض وفق ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من المسائل التي تستقلّ بالبتّ فيها محكمة الموضوع، إلّا أنّه من الواجب على المحكمة أن تُبيّن عناصر التعويض الذي تقضي به بياناً سائغاً وإلّا كان حكمها قاصراً"⁽⁷³⁾. إنّ وجوب " بيان عناصر التقدير المكوّنة للضرر التي يُمكن أن تدخل في حساب التعويض"⁽⁷⁴⁾ — عند طلبه من قِبَل مُدعي الضرر، وقبل القضاء به من قبل محكمة الموضوع — برّته المحكمة العليا بالقول: إنّ هذا البيان، و" التعيين هو المعيار في بيان مدى التناسب بين مقدار التعويض والضرر"⁽⁷⁵⁾. وبعبارة أخرى للمحكمة ذاتها: إنّ " أدلّة ثبوت الضرر، وتحديد العناصر المكوّنة له التي يجب أن تدخل في حساب التعويض — ليتحقّق التكافؤ بينها ويجبر الضرر — من المسائل التي يجب بيانها في الحكم؛ لتمكين من لهم حق الرقابة على الأحكام من الخصوم، ومحكمة النقض من إعمال هذه الرقابة"⁽⁷⁶⁾.

(69) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 53 / 25 ق، بتاريخ 01 فبراير 2007م، (نسخة حكم غير منشورة).

(70) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 48 / 12 ق، بتاريخ 28 يونيو 2001م، (سبق ذكره).

(71) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 50 / 15 ق بتاريخ 26 يونيو 2003م، (سبق ذكره)، ص: 181.

(72) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 50 / 15 ق بتاريخ 26 يونيو 2003م، (سبق ذكره)، ص: 181.

(73) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 55 / 08 ق، بتاريخ 19 يونيو 2008م، (سبق ذكره).

(74) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 53 / 40 ق، بتاريخ 22 مارس 2007م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 270.

(75) المرجع نفسه.

(76) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 48 / 12 ق، بتاريخ 28 يونيو 2001م، (سبق ذكره)، ص: 144، 145.

— تقدير التعويض وفقاً لجسامة الضرر لا حال الملمزم به.

في العديد من الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، أكدت هذه الأخيرة أن " أمر تقدير التعويض، ومدى تناسبه مع جبر الضرر من عدمه هو من الأمور الموضوعية التي تستقلّ بتقديرها محكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض طالما بنت قضاءها على أسس سائغة ومقبولة" (77).

في المقابل، تؤكد المحكمة ذاتها " أن تقدير مبلغ التعويض إنمّا يكون بحسب جسامة الضرر، ولا علاقة له بحالة المنتسب فيه يُسرّاً وُعُسرّاً" (78)، "ف" عدم [قدرة الملمزم بالتعويض] على دفع التعويض لا يمنع المحكمة من تقديره والقضاء به؛ حيث إنّ التعويض عن الضرر سببه وجود الضرر، وتقديره يكون بحسب جسامة الضرر، وضالته، ولا يتوقف القضاء به، وتقديره على حالة المنتسب فيه يُسرّاً وُعُسرّاً" (79).

وفي جميع الأحوال على محكمة الموضوع أن تُقدّر مبلغ التعويض تقديراً " معقولاً دون ما تقتير، أو إسراف طالما لا يوجد نص في القانون يلزم باتباع معايير معينة في خصوصه" (80).

2. تخصيص الحكم بالحق في التعويض عن الطلاق المحكوم به وفقاً للمادة 39/ب

لم يكن الحق في التعويض الناشئ عن الطلاق بشكل عام المسألة الوحيدة التي غرّضت أمام المحكمة العليا؛ فهذا الحق أثير أمام هذه المحكمة عند تطبيق الطلاق المحكوم به وفقاً للفقرة " ب" من المادة " 39" محل البحث.

الحق في التعويض وفقاً لهذه الفقرة كان موضوع طعنٍ قُدِّم أمام المحكمة العليا بتاريخ 11 مايو 2006 م. في هذا الطعن ينعى الطاعن على حكم محكمة سبها الابتدائية مخالفته للقانون، والقصور في التسيب بإلغائه حكم محكمة الدرجة الأولى فيما قضى- به من تعويض للطاعن عمّا لحقّ به من أضرارٍ ماديّة، وما تكبّده من مصاريف

(77) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 22 / 51 ق، بتاريخ 18 نوفمبر 2004 م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 331. تُنظر أيضاً الطعون التالية: طعن أحوال شخصية رقم: 49/36 ق، بتاريخ 13 مارس 2003م، (سبق ذكره). طعن أحوال شخصية رقم: 34 / 54 ق، بتاريخ 28 فبراير 2008، (نسخة حكم غير منشورة).

(78) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 22 / 51 ق، بتاريخ 18 نوفمبر 2004 م، (سبق ذكره).

(79) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 15 / 50 ق بتاريخ 26 يونيو 2003م، (سبق ذكره). ص: 182.

(80) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 41 / 50 ق، بتاريخ 11 مارس 2004م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 253.

للزواج بالمطعون ضدها دون بيان أساس هذا القضاء؛ على اعتبار أنّ الطلاق إذا لحق بأيّ من الزوجين ضرراً منه كان المتسبب فيه ملزماً بالتعويض. محكمة سبها الابتدائية من جانبها بترت إلغائها للتعويض بالقول: "كان على محكمة البداية أن تحكّم بالتطبيق مع إسقاط حقوق المستأنفة كآفة، ولا يكون من حقها التطرّق إلى حكم التعويض؛ ذلك أنّ هذا الأمر يستوجب إعمال الفقرة أ من المادة المذكورة، وحيث إنّ المحكمة ذهبت إلى إعمال الفقرة ب فيما يتعلّق بإسقاط الحقوق، والفقرة أ للتعويض ممّا يكون معه الحكم المستأنف لا يتفق وصحيح القانون، ويتعيّن إلغاؤه في هذا الجانب"⁽⁸¹⁾.

لكن المحكمة العليا لم توافق محكمة الاستئناف في هذا الاستنتاج، ولم تر ما يمنع من التعويض وفقاً للفقرة "ب" من المادة "39"، فعدم النص على حق التعويض في الفقرة "ب" لا يمنع من طلبه، والاستجابة إليه إن كان هناك ما يدعو إليه، ولهذا اعتبرت المحكمة العليا نعي الطاعن في محله مُصرّحة بالقول: إنّ "قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنّ الطلاق إذا سبّب ضرراً للطرف الآخر يُلزم المُتسبّب فيه بالتعويض، مع تحمّل طالب التفريق منها الخسارة المالية الناشئة عن عقد الزواج من محرر، وفقهه بالإضافة إلى الحقوق الأخرى المترتبة على الطلاق والمنصوص عليها في القانون رقم 1984/10 بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارها"⁽⁸²⁾.

إنّ اجتهاد المحكمة العليا بشأن شرعية التعويض عند تطبيق الفقرة "ب" اجتهاد مُوقّف يتوافق مع ما اتجهت إليه هذه المحكمة بخصوص مسألة التعويض عن الطلاق بشكل عام من ناحية، وهو اجتهاد له وجهته من ناحية أخرى.

توافق هذا الاجتهاد مع نهج المحكمة العليا يأتي من كون هذه المحكمة أسست لمبدأ الحق في التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق أيّاً كانت صورته؛ على اعتبار أنّ المعوّل عليه لاستحقاق التعويض — وكما سبق

⁽⁸¹⁾ حكم صادر عن محكمة سبها الابتدائية بتاريخ 24 أبريل 2005 م في القضية رقم: 2005/03 م. تجدر الإشارة إلى أنّ نص حكم هذه المحكمة مأخوذ من حيثيات حكم المحكمة العليا، التي قضته بتاريخ 11 مايو 2006 (طعن أحوال شخصية رقم: 2/ 53 ق).

⁽⁸²⁾ م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 2/ 53 ق، بتاريخ 11 مايو 2006 م، (سبق ذكره).

تناوله —: "[...] هو ثبوت الضرر المدعى به، والمتزب [على] الطلاق [...]]، فمتى ثبتت الضرر المدعى به قضت المحكمة بالتعويض المناسب عنه للمضروور الذي طلب ذلك منها"⁽⁸³⁾.

وهو اجتهاد له وجهته أيضاً؛ على اعتبار أن الطلاق المحكوم به وفقاً للادة 39/ب — والذي يمكن تكييفه بأنه خلع جبري حين تكون الزوجة هي طالبة التفريق⁽⁸⁴⁾ — لا يمنع من المطالبة بالتعويض إن بان للقاضي عدالة الحكم به؛ لأن المرأة إن تعسفت في استخدام هذا الحق، أي: الخلع الجبري، حالها كحال الزوج إن تعسفت في استخدامه لحقه في الطلاق بإرادته المنفردة، ففي هذا النوع الأخير من الطلاق جرى قضاء المحكمة العليا على أن: "[...] حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة مشروط [...]] بأن تكون هناك حاجة تدعو إليه"⁽⁸⁵⁾، فـ " من أوقع الطلاق بغير حاجة تدعو إليه إلا الخلاص فطلاقه واقع، وهو آثم شرعاً، وإثمه دليل على إساءة هذا الحق الذي جعله له المشرع، ولم يستعمل حقه على الوجه المشروع"⁽⁸⁶⁾.

إذن قضاء المحكمة العليا استقرّ على "[...] أن تأثم الشريع لإيقاع الطلاق بغير حاجة إلى الخلاص، دليل على إساءة استعمال الحق تستوجب التعويض عن الضرر المترتب عليها"⁽⁸⁷⁾.

وعليه: فلإن استعمال أي من الزوجين حقه في إنهاء الزواج بإرادته المنفردة، بدون سبب خاضع لسلطة القاضي التقديرية عند تطبيق الفقرة "ب" من المادة "39" يُعطي — في حال التعسف في استعمال هذا الحق⁽⁸⁸⁾ — للطرف الآخر المتضرر من الطلاق الحق في التعويض؛ فـ: "لا ضرر ولا ضرار"⁽⁸⁹⁾، و"الضرر يزال"⁽⁹⁰⁾.

(83) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 44/37 ق، بتاريخ 30 يوليو 1998م، (سبق ذكره).

(84) يُنظر في هذا التكييف: العاتي، الخالعة الجبرية في القانون رقم 10/1984م: قراءة استظهارية مقارنة بالقانونين المصري والأردني، مرجع سابق، ص: 142 وما بعدها.

(85) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 37 / 52 ق، بتاريخ 09 مارس 2006م، مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"، ص: 77.

(86) يُنظر أيضاً: طعن أحوال شخصية رقم: 24/06 ق، بتاريخ 30 نوفمبر 1995م، مجلة المحكمة العليا، س: 30، ع: (2، 3) ص: 12.

(87) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 37 / 52 ق، بتاريخ 09 مارس 2006 م، (سبق ذكره)، ص: 77.

(88) م.ع.ل، طعن أحوال شخصية رقم: 12 / 48 ق، بتاريخ 28 يونيو 2001م، (سبق ذكره)، ص: 144.

(89) وهذا يُعدّ تطبيقاً لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" التي تُشكّل مصدراً تشريعياً لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي. التعسف في استعمال الحق عرّفه الأستاذ الدكتور: الدبري " بأنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل". لمعلومات أكثر تفصيلاً حول هذه النظرية يُنظر: الدبري، فني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 4، 1988م.

خاتمة

أدى قضاء المحكمة العليا دوراً مهماً في تفسير أحكام المادة "39" من القانون رقم (10) لسنة 1984م، والمعدّلة بالقانون رقم (22) لسنة 1991م. هذا الدور تنوع ما بين **مؤكد** لما جاء به صريح النص التشريعي، و**مقتض** لما أجمله، بل **مكمل** في أحيان أخر لما سكت عنه المشرع عند صياغته للمادة المذكورة.

لا شك أنّ تأكيد المحكمة العليا تطبيق الأحكام الصريحة لهذه المادة وإن لم يُصَفَ جديداً لما سنّه المشرع، إلّا أنّه مثل الحارس والضامن لتطبيق النص كما أرادته مُقْتَضِته، فلا يُمكن أمام صراحة النص إلا الالتزام بأحكامه وإلّا فقد هذا النص قيمته القانونية عند التطبيق. تفصيل ما أجمله المشرع، وإكمال ما لم ينص عليه من أحكام من قبل المحكمة العليا شكل أيضاً أهمية لقضاة محاكم الموضوع؛ بحيث بيّن لهم هذا التفصيل ما لم تُظهره صياغة المشرع حول المسألة المعنيّة بالتطبيق.

هذا التفصيل والإكمال، وذلك التأكيد الذي تولّته المحكمة العليا — من خلال ما تمّ رصده من قضاء لها بخصوص المادة "39" — يسمح بالقول إنّ هذه المحكمة ميّزت بشكل واضح بين نوعين من الفرقة، وما يترتب عليهما من آثار:

فن حيث الفرقة، أظهر قضاء المحكمة المذكورة، وأكّد أنّ هذه المادة تحمل وحمين اثنين للطلاق: بسبب وهو هنا الإساءة أو الخطأ، ومن دون سبب وهو ما أطلقت عليه هذه المحكمة تسمية استحالة استمرار العشرة؛ حيث الكلمة الفصل في هذا الطلاق لإصرار الإرادة المنفردة لأحد الزوجين على إنهاء عقد الزواج.

التمييز بين ما تحمله المادة المذكورة من أحكام لم يقتصر على نوعي الفرقة، بل تعدّاه إلى الآثار المترتبة عليها. المحكمة العليا كان لها دور مهمّ في هذه المسألة؛ إذ ميّزت بين هذين النوعين من الفرقة:

(89) حديث شريف رواه الإمام مالك في الموطأ، وعدد آخر من الرواة. يُنظر: الإمام مالك، الموطأ، مؤسسة الرسالة، بيروت/ دمشق، ط: 1، 2013، ج رقم: 1503، ص: 567.

(90) قاعدة فقهيّة، وهي إحدى القواعد المسوقة بشأن الضرر، والمتعلقة بوجود إزالته إذا وقع، كما يقول الشيخ: أحمد الزرقا. يُنظر: شرح القواعد الفقهيّة، دار القلم، دمشق، ط: 6، 2001م، ص: 179.

النص التشريعي في الفقرة "أ" من هذه المادة كان من الواضح بحيث لم يدع مجالاً لتفسير محتمل من قبيل المحكمة العليا، فما يترب على ثبوت الخطأ أو الإساءة في حق أحد من الزوجين فُصل تفصيلاً لا لبس فيه من قبيل المشرع. على العكس من هذه الفقرة، فإنّ الفقرة "ب" لم تكن بهذا الواضح فيما يتعلق بالطلاق لاستحالة استمرار العشرة.

المحكمة العليا أرادت أن تُميّز بين الطلاق عندما يكون مؤسساً على الخطأ أو الإساءة، وبين الطلاق عندما يكون مؤسساً على استحالة استمرار العشرة. في هذا النوع الأخير تحديداً، وعلى وجه الخصوص عندما يكون طالب التفريق هو الزوجة هنا، المحكمة العليا أظهرت أنّ هناك اختلافاً في الأساس الذي بُني عليه الطلاق، وفي آثاره.

إنّ أساس النوع الأول من الطلاق، والمتمثل في الخطأ أو الإساءة يتطلب إثبات الخطأ، ومن ثم سببته عليه معاقبة الخطئ من الزوجين من خلال: معاقبته أولاً: مالياً — وذلك بإسقاط حقوقه المالية المترتبة على الزواج والطلاق إذا كان مرتكب الخطأ هو الزوجة، وبدفع هذه الحقوق إن كان الخطئ من الزوجين هو الزوج، — وبمعاقبته ثانياً: معنوياً بإسقاط حقه في الحضانة.

أما أساس النوع الثاني من الطلاق فيختلف عن ذلك تماماً؛ إذ يكفي فيه ادعاء عدم توافق الطباع مع الزوج الآخر، فليس هناك من حاجة إلى إثبات خطأ ما في حق الزوج المدعى عليه. إنّ أساس هذا النوع الثاني من الطلاق هو إصرار إرادة طالب التفريق على إنهاء الزواج، في مقابل تحمّله فقط الخسارة المادية الناتجة عن هذا التفريق، دون خسارة الحقوق المعنوية والمتمثلة في حق الحضانة.

هذه الخسارة المادية لا يمكن اعتبارها عقوبة بقدر ما هي ثمن للتحرّر من عقد الزواج، عندما لا يُؤسّس طلب الفرقة فيه على سبب يمكن للقاضي أن يحكم بوجاهته من عدمه. ثمّ ينبغي لطالب التفريق أن يدفعه في مقابل تمكينه من أن يفرض قراره على الزوج الآخر.

بمعنى آخر: قضاء المحكمة العليا أراد أن يُميّز بين مرتكب الخطأ والذي عُوقب بما نصّ عليه المشرع من آثار، وبين حق الإرادة المنفردة في إنهاء الزواج بدون سبب، فهو وإن لم يُعاقب الإرادة على هذا الإنهاء، إلاّ أنّه

جعلها تتحمل الخسارة المالية، وهو أمر منطقي؛ إذ لا يُعقل أن تقرر الإرادة بمفردها، وتكسب من وراء قرارها على حساب الآخر، فلا بدّ من إيجاد توازن بين مصلحة الزوجين المتعارضتين؛ فالزوج الذي قرّر إنهاء عقد الزواج له الحق في قراره، وفي نفس الوقت فإنّ من حق الزوج الآخر الذي فُرض عليه هذا القرار أن لا يدفع ثمن قرار الطرف المقرّر للفرقة⁽⁹¹⁾. من يُقرّر هذه الأخيرة دون إثبات سبب خاضع لسلطة القاضي التقديرية عليه أن يتحمل الخسارة المالية في هذه الحالة.

قضاء المحكمة العليا وإنّ ميز بين نوعي الفرقة التي تضمنتها المادة " 39"، فإنّه لم يُميّز في مسألة الحق في التعويض لمن يتضرّر من الزوجين من هذه الفرقة.

إرساء مبدأ الحق في التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق — عند ثبوت وجود الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية — أُنس لقاعدة مهمة تخص الآثار المترتبة على إنهاء الزواج أيّاً كان سببه، وذلك بتعميم هذا الحق إذا وُجد ما يدعو إليه.

وأخيراً يمكن القول: إنّ قضاء المحكمة العليا قد أجاب عن العديد من المسائل المتعلقة بالمادة " 39" بفقرتيها، ولكنّ السؤال يبقى معلقاً مع ذلك فيما يتعلّق بمسائل أُخرى، ومن ذلك ما إذا تبيّن أنّ كلاً من الزوجين قد ارتكب خطأ في حق الطرف الآخر. في هذه الحالة، كيف يمكن تقاسم المسؤولية فيما يتعلّق بالآثار المالية، وغير المالية المترتبة على الطلاق؟

⁽⁹¹⁾ وهو مالا تجده في قوانين أُخرى كالتقانون الفرنسي مثلاً. يُنظر بخصوص هذا الموضوع:

ALATI (A.), « Recommandation au législateur pour améliorer le divorce unilatéral : Vers un droit au divorce plus de Rennes1, France, 2018/4, pp. 29s. Université équilibré entre deux intérêts opposés», RJO,

ثبت المصادر، والمراجع

أولاً: القوانين

1. القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارها.
2. القانون رقم (22) لسنة 1991م بتعديل المادتين 13، 39 من القانون رقم (10) لسنة 1984م.
3. القانون رقم (14) لسنة 2015م بتعديل بعض أحكام القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارها.
4. القانون رقم (176) لسنة 1973م " في شأن كفالة بعض حقوق المرأة في الزواج، والتطبيق للإضرار، والخلع"، الوثائق والدراسات الخاصة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، المجلد الثاني.
5. القانون المغربي رقم (70.03) بمثابة مدونة الأسرة، الصادر بظهير شريف رقم (1.04.22) لسنة 2004م.
6. القانون المصري رقم (25) لسنة 1929م المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية.

ثانياً: الأحكام القضائية

1. أحكام المحكمة العليا المنشورة في:

* مجلة المحكمة العليا،

- طعن أحوال شخصية رقم: 19 / 40 ق، بتاريخ 18 نوفمبر 1993، س: 27، أبريل — يوليو 1991، ع: (3)، (4)، ص: 12.
- طعن أحوال شخصية رقم: 29 / 40 ق، بتاريخ 14 أبريل 1994 م، س: 29، أكتوبر — مارس 1993/92 م، ع: (1)، (2) ص: 7.
- طعن أحوال شخصية رقم: 15/41 ق، بتاريخ 19 يناير 1995 م، س: 28، أكتوبر — يناير 1991/1992 م، ع: (1)، (2)، ص: 9.

— طعن أحوال شخصية رقم: 39/02 ق، بتاريخ 27 يونيو 1992م، س: 27، أكتوبر — ديسمبر 90 /

1991م، ع: (1، 2)، ص: 15، 18.

— طعن أحوال شخصية رقم: 24/06 ق، بتاريخ 30 نوفمبر 1995م، س: 30، ع: (2، 3)، ص: 12.

*** مجموعة أحكام المحكمة العليا "قضاء الأحوال الشخصية"،**

— طعن أحوال شخصية رقم: 52/02 ق، بتاريخ 17 مارس 2005م، ص: 83.

— طعن أحوال شخصية رقم: 48/19 ق، بتاريخ 28 يونيو 2001م، ص: 161.

— طعن أحوال شخصية رقم: 51/18 ق، بتاريخ 18 نوفمبر 2004م، ص: 326، 327.

— طعن أحوال شخصية رقم: 15 / 50 ق. بتاريخ 26 يونيو 2003م، ص: 181، 182.

— طعن أحوال شخصية رقم: 12 / 48 ق، بتاريخ 28 يونيو 2001م، ص: 144.

— طعن أحوال شخصية رقم 49/36 ق، بتاريخ 13 مارس 2003م، ص: 81.

— طعن أحوال شخصية رقم: 67 / 52 ق، بتاريخ 02 فبراير 2006م، ص: 69.

— طعن أحوال شخصية رقم: 08 / 49 ق، بتاريخ 27 يونيو 2002م، ص: 351.

— طعن أحوال شخصية رقم: 02 / 49 ق، بتاريخ 13 يونيو 2002م، ص: 323.

— طعن أحوال شخصية رقم: 04 / 46 ق، بتاريخ 03 فبراير 2000م، ص: 196.

— طعن أحوال شخصية رقم: 39 / 51 ق، بتاريخ 06 يناير 2005م، ص: 24.

— طعن أحوال شخصية رقم : 11/ 49 ق، بتاريخ 31 أكتوبر 2002م، ص: 367.

— طعن أحوال شخصية رقم: 53/48 ق، بتاريخ 31 يناير 2002م، ص: 279.

— طعن أحوال شخصية رقم: 40 / 53 ق، بتاريخ 22 مارس 2007م، ص: 270.

— طعن أحوال شخصية رقم: 22 / 51 ق، بتاريخ 18 نوفمبر 2004 م، ص: 331.

— طعن أحوال شخصية رقم: 41 / 50 ق، بتاريخ 11 مارس 2004م، ص: 253.

— طعن أحوال شخصية رقم: 37 / 52 ق، بتاريخ 09 مارس 2006م، ص: 77.

2. أحكام المحكمة العليا في نسخ غير منشورة

- طعن أحوال شخصية رقم: 53/46 ق، بتاريخ 17 مايو 2007م.
- طعن أحوال شخصية رقم: 48/23 ق، بتاريخ 14 يونيو 2001 م.
- طعن أحوال شخصية رقم: 53/23 ق، بتاريخ 22 فبراير 2008م.
- طعن أحوال شخصية رقم: 09 / 42 ق، بتاريخ 19 يناير 1996 م.
- طعن أحوال شخصية رقم: 21 / 55 ق، بتاريخ 04 ديسمبر 2008م.
- طعن أحوال شخصية رقم: 52 / 54 ق، بتاريخ 22 مايو 2008م.
- طعن أحوال شخصية رقم: 34 / 54 ق، بتاريخ 28 فبراير 2008.
- طعن أحوال شخصية رقم: 19 / 55 ق، بتاريخ 20 نوفمبر 2008م.
- طعن أحوال شخصية رقم: 53/37 ق، بتاريخ 22 مارس 2007م.
- طعن أحوال شخصية رقم 37 / 44 ق، بتاريخ 30 يوليو 1998م.
- طعن أحوال شخصية رقم 08 / 55 ق، بتاريخ 19 يونيو 2008م.
- طعن أحوال شخصية رقم: 2 / 53 ق، بتاريخ 11 مايو 2006م.
- طعن أحوال شخصية رقما: 31 و 32 / 40 ق، بتاريخ 16 يونيو 1994م.
- طعن أحوال شخصية رقم: 57 / 55 ق، بتاريخ 26 مارس 2009م.
- طعن أحوال شخصية رقم 50/42 ق، بتاريخ 11 مارس 2004م.
- طعن أحوال شخصية رقم 25 / 53 ق، بتاريخ 01 فبراير 2007م.

ثالثاً: الكتب باللغتين العربية، والفرنسية

— الجليدي، سعيد، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، مطابع عصر- الجماهير، الخمس، ط: 2، 1998م، ج: 2.

— الخطاب، محمد، مواهب الجليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، 1995م، ج: 5.

- الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 4، 1988م.
- الدسوقي، شمس الدين محمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، (لا. ط)، (لا. ت)، ج: 2.
- زبيدة، الهادي، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، مؤسسة شروق للترجمة والنشر، المنصورة، مصر، ط: 1، 2013م، ج: 3 (التطبيق القضائي).
- الزرقا، أحمد، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط: 6، 2001م.
- شيبية، مصطفى، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية " الطلاق، وآثاره"، منشورات جامعة سبها، ط: 1، 2006م.
- العالم، عبد السلام، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، منشورات جامعة قارونس، بنغازي، ط: 2، 1995م.
- الغرياني، الصادق، الأسرة أحكام وأدلة، المقري للنشر والتوزيع، ط: 4، 2004م.
- القدومي، عيبر، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، ط: 1، 2007م.
- ALATI (A.), La rupture du mariage par la volonté unilatérale de l'épouse: Étude de législation française et de législation islamique appliquée en pays arabes, vol. I et II, Éditions Universitaires Européennes, 2018.

رابعاً: البحوث، والمقالات

— الجليدي، سعيد، التطبيق للضرر في القانون رقم 10 لسنة 1984 مجلة الجامعة الأسمرية، س: 7، ع: 14، 2010م.

— شيبة، مصطفى، نصوص الطلاق والتطبيق في القانون رقم 84/10 بين قصور في الحكم وغموض في الصياغة، مجلة الجامعة الأسمرية، س: 7، ع: 14، 2010م.

— العاتي، أفرح:

* الخالعة الجبرية في القانون رقم 10 / 1984م: قراءة استظهارية مقارنة بالقانونين المصري والأردني، مجلة الهدي الإسلامي، منشورات إدارة البحوث والدراسات بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ليبيا، طرابلس، س: 3، ع: 5، 2013م.

* "أهمية المادة 39 من القانون رقم 10 لسنة 1984م "بشأن الزواج والطلاق وآثارهما" لِكَلِّ من الزوجين: قراءة في ضوء تعديل القانون رقم 14 لسنة 2015م ، ورقة بحث مُقدّمة إلى المؤتمر العلمي التكريمي الثاني الذي نظّمته كلية القانون / جامعة طرابلس، يوم الخميس، الموافق 17 نوفمبر 2016م، تكريماً ووفاءً للأستاذ الدكتور: سعيد الجليدي. نُشرت هذه الورقة في العدد السادس من مجلة القانون الصادرة عن كلية القانون / جامعة طرابلس، (2016 / 2017).

— العبار، سعد، التعارض بين النصوص: دراسة في ضوء القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارها، مجلة الجامعة الأسمرية، س: 7، ع: 14، 2010م.

الرهن الحيازي

د. سالم الغنای فرحات

مقدمة

الحقوق المالية هي حقوق تقوم بمال ويمكن التعامل فيها، والتنازل عليها والحجز عليها، ما لم ينص القانون على غير ذلك. وتنقسم هذه الحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية. والحق العيني هو ذلك الحق الذي يرد على شيء مادي ويحول لصاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء، دون حاجة إلى مطالبة شخص آخر بتمكينه من استعمال حقه. أما الحق الشخصي- فهو رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما وهو المدين في مواجهة الآخر وهو الدائن، بأن يقوم بعمل أو الامتناع عن عمل معين. والحق العيني ورد في القانون المدني على سبيل الحصر، فلا يجوز للأفراد إنشاء حقوق عينية أصلية أو تبعية بإرادتهم. وقد نظم المشرع الليبي في القسم الثاني من أحكامه الحقوق العينية، حيث تناول في الكتاب الأول الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية والحقوق المتفرعة عن حق الملكية، أما الكتاب الثاني فقد تناول فيه الحقوق العينية التبعية، وهي الرهن القانوني والرهن الاتفاقي والرهن القضائي والرهن الحيازي وحقوق الامتياز. وعلى هذا فإن الحقوق العينية إما أن تكون حقوق عينية أصلية لها وجود مستقل تقوم بذاتها، غير مستندة إلى حق آخر، وأما أن تكون حقوقاً عينية تبعية لا تقوم مستقلة بذاتها، بل تقوم تبعاً لقيام حق شخصي- لضمان الوفاء به، فالحقوق العينية التبعية هي سلطة لئان على شيء معين بالذات بمقتضاها يستطيع الحصول على حقه من ثمن هذا الشيء أو أي مقابل تقدي له بالتقدم على غيره من الدائنين العاديين أو التاليين له في المرتبة، وتتبع هذا الشيء في أي يد ينتقل إليه.

والحقوق العينية التبعية تقوم تبعاً لقيام حق شخصي- تهدف إلى تأمين الدائن في الحصول على حقه من مدينه ولذلك سميت بالتأمينات العينية.

وهذه الأخيرة تنسوع من حيث مصدرها إلى ثلاثة أنواع فقد يكون مصدرها القانون كالرهن القانوني وحق الامتياز وقد يكون مصدرها القضاء كالرهن القضائي، وقد يكون مصدرها الاتفاق كالرهن الرسمي والرهن الحيازي، وهي حقوق واردة في القانون المدني الليبي على سبيل الحصر- وليس على سبيل المثال.

أهداف البحث وأهميته :

يعد البحث العلمي المهمة الأساسية للجامعات، ومن الأهداف التي تسعى لتحقيقها هي إيجاد حلول للمشاكل التي يعاني منها المجتمع، وقد أصبح للرهن الحيازي دوراً كبير في تعاملات الأفراد والإقبال عليه في تعاملاتهم، وفي مجالات مختلفة كالبنوك وكأسواق المال والتجارات والاستثمار الدولي والمحلي. والفائدة التي تتحقق من دراسة هذا الموضوع تكمن في إلقاء الضوء على الرهن الحيازي، وجل أحكامه واستخداماته خاصة وأن كثيراً من الأفراد لا يميز الفرق بين الرهن الحيازي والرهن الأخرى. ولتوضيح هذا الموضوع يتم تقسيمه إلى محثين اثنين حيث نتناول في الأول مفهوم الرهن الحيازي وخصائصه وتمييزه عن غيره من التصرفات، أما المبحث الثاني نتناول فيه آثار الرهن الحيازي.

المبحث الأول

مفهوم الرهن الحيازي

تقتضي- دراسة الرهن الحيازي الوقوف على تعريفه، وبيان خصائصه، وشروط إنشائه وذلك من خلال المطلب الأول، أما الثاني فتناول فيه تمييز الرهن الحيازي عن غيره من التصرفات.

المطلب الأول

تعريف الرهن الحيازي وخصائصه وإنشائه.

أولاً / تعريف الرهن الحيازي:-

رأياً أن الحقوق العينية التبعية لا تنشأ مستقلة بذاتها وإنما تستند في وجودها على حق آخر، هو حق شخصي-، فالحق العيني التبعية لا ينشأ إلا ضماناً للوفاء بدين معين، أي ضمان مالي للوفاء بحق شخصي-، ولا يوجد إلا بوجود هذا الحق وينقضي باقتضائه.

وقد عرّف المشرع الليبي في المادة ((1100)) من القانون الليبي المدني الرهن الحيازي بأنه : - ((عقد به يلتزم شخص ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يحوله بحسب الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن الشيء في أي يد تكون))

ويتضح من هذا التعريف أن الرهن الحيازي يحول صاحبه فوق الضمان العام المقرر له باعتباره دائناً عادياً مزية التقدم على غيره من الدائنين في استيفاء حقه الأصلي من المقابل أو البدل النقدي للمال المرتب عليه الحق التبعية، كما تحوله مزية تتمتع ذلك المال في أي يد كان غير أن هذا الرهن الحيازي لا يخرج المال المرهون من ملكية صاحبه ولا تغل يد المالك عن التصرف في ملكه فالحيازة هنا تكون عرضية⁽¹⁾.

(1) - سليمان مرقس، الحقوق العينية التبعية، دار الكتب القانونية، مصر. الطبعة الثالثة 1998، ص 7.

وقد عرف الفقهاء المعاصرون⁽²⁾ الحيابة بتعريفات متعددة، كل حسبما يراه، إذ يرى البعض، أن الحيابة سلطة فعلية لشخص على شيء من الأشياء تبدو في ظهوره على هذا الشيء بمظهر المالك أو صاحب حق عيني عليه، ويرى جانب آخر من الفقهاء الأخذ بالتعريف للحيابة بخصائصها التي نظمها القانون. والحيابة لا تبدو في صورة واحدة، وإنما لها صور متعددة، وباختلاف صورها تختلف أحكامها وآثارها. فقد تكون حيابة قانونية، وهي التي يطلق عليها الحيابة القانونية، و تتحقق هذه الحيابة إذا اجتمع لدى الحائز عنصر-ها، المادي والمعنوي، أي السيطرة الفعلية على الشيء بقصد التملك، وقد تكون الحيابة عرضية، وذلك إذا تخلف من الحائز الركن المعنوي، وهو القصد، فالحائز العرضي لا يمكن أن ينوب عن الحائز الحقيقي في جانب الركن المعنوي، ومن ثم فإن مركز الحائز العرضي يحده سند إنشائه، فقد يتلقى هذه الحيابة بموجب عقد أو بنص القانون أو بحكم القضاء أو بحكم القضاء، فهذه الرابطة تمثل السند القانوني لسيطرة الحائز المادية⁽³⁾

وقد عنى القانون بالرهن الحيازي، ونظمه بشكل صارم وحازم غير أن تعريف القانون المدني للرهن الحيازي في المادة ((1100)) السابق ذكرها قد عرّف عقد الرهن الحيازي الذي بمقتضاه ينشأ الرهن الحيازي، ولم يعرف حق الرهن الحيازي، ولهذا تعرف الرهن الحيازي بجميع خصائصه⁽⁴⁾ فهو حق عيني تبعية ينشأ عن عقد رضائي بين الراهن والدائن المرتهن ويرد على عقار أو منقول ويخول صاحبه أو نائب يعينه المتعاقدان حيابة الشيء المرهون ويكون له بمقتضاه حق حبس الشيء المرهون لحين استيفاء حقه والتقدم على غيره من الدائنين العاديين أو التاليين له في المرتبة وتتبع الشيء في أي يد يكون.

(2) - علي محمد أحمد ، الحيابة في القانون المدني . رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة سنة 1995 ص 64 .

(3) - محمد سليمان الأحمد ، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية ، دار الثقافة والنشر- عمان . الأردن . سنة 2001 ص 19 .

(4) - عبد القادر شهاب . الوجيز في الحقوق العينية ، مكتبة الفضل ، بنغازي سنة 2013 ص 443 .

وقد عرفته المادة (659) من ملخص الأحكام الشرعية⁽⁵⁾ على أنه : ((الرهن هو حبس مال من عقار أو منقول وتوقيفه مقابل حق يمكن استيفاؤه من المال الذي حبس للرهن)) وهذا التعريف مأخوذ من الفقه الإسلامي حيث الأصل في نظام الشريعة الإسلامية هو نظام الرهن الحيازي
ثانياً / خصائص الرهن الحيازي :-

يتميز الرهن الحيازي بخصائص معينة، فهو عقد رضائي يلزم الجانبين وهو عقد تابع وكذلك هو عقد غير قابل للتجزئة :-

1- الرهن الحيازي عقد رضائي ملزم للجانبين :

ينشأ الرهن الحيازي بعقد رضائي بين المائن والراهن دون إي إفراغ لهذا العقد في شكل رسمي، فهذا العقد يلزم في وجوده أن تتفق الإرادتان في اتجاههما إلى طبيعة العقد الذي تعاقدها وإلى محل هذا العقد وسببه⁽⁶⁾، بمعنى أن هذا العقد يقتضي- توافق إرادتين على إنشاء آثار قانونية بينها، حيث يرتب التزامات على عاتق كل من طرفيه.

2- الرهن الحيازي عقد تابع.

الرهن الحيازي ينشأ عن عقد باتفاق أطرافه وهدفه إنشاء ضمان لالتزام أصلي بين أطرافه، وبالتالي فهو لا يقوم استقلالاً ولكنه يقوم بالتبعية لعملية أخرى تعتبر هي الأصل والرهن تابع لها، فالرهن عيني تبعي، ورغم ذلك يعتبر وجوده ضرورياً للالتزام الأصلي، وكلاهما جزء من العملية التي تشمل الضمان والدين الناشئ عنها⁽⁷⁾.

(5) - جمعة الزريقي ، الحقوق العينية الأصلية والتبعية ، مطبعة الأزهار ، مصراته سنة 2011 ص 658 .

(6) - سليمان مرقسي ، مرجع سابق ذكره ص 32 .

(7) - الحبيب خليفة جبودة ، رهن المنقولات دون نقل الحيازة ، رسالة دكتوراه ، جامعة محمد الخامس (المغرب) سنة 1997 ص 127 .

3- الرهن الحيازي عقد غير قابل للتجزئة .

تنص المادة (1044) من القانون المدني على عدم تجزئة الرهن فكل جزء من العقار أو المنقول المرهون رهناً حيازياً ضامناً لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو المنقول ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على غير ذلك.

فإذا كان الدين المضمون بالرهن الحيازي جزئيين متساويين، وكان الشيء المرهون عقاراً أو متساوي القيمة، كان كل جزء من الدين مضموناً بكل الرهن، وكان كل جزء من الرهن ضامناً لكل الدين، وهذا هو المعنى المقصود من القول بأن الرهن الحيازي عقد غير قابل للتجزئة.

وعدم تجزئة الرهن الحيازي من طبيعة الرهن، لا من مستلزماته فيجوز الاتفاق على عكس ذلك وعلى أن بعض الرهون يتخلص بوفاء بعض الدين⁽⁸⁾

ثالثاً / شروط تكوين الرهن الحيازي:-

يلزم في انعقاد الرهن الحيازي توافر شروط معينة تتعلق بالرضا والمحل والسبب.

1- الرضا :

يقتضى الرضا توافق إرادتين على إنشاء آثار قانونية بينها، ويتطلب في وجوده أن تتفق الإرادتان في اتجاههما إلى طبيعة العقد الذي تعقدانه وإلى محل وسبب هذا العقد، ويلزم في صحته أن تكون كل من الإرادتين الراهن والدائن المرتهن - خالية من عيوب الرضا، صادرة من شخص ذي أهلية لمباشرة عقد الرهن، وفي كل ذلك تطبق القواعد العامة التي تحكم نظرية العقد⁽⁹⁾

ولما كان عقد الرهن الحيازي عقداً ملزماً للجانبين، فالدائن المرتهن وهو أحد جانبي العقد يكون ملزماً، ومن ثم يكون رهن الحيازة بالنسبة إلى الدائن المرتهن عقداً يدور بين النفع والضرر، وعلى ذلك يجب أن يكون الدائن المرتهن كامل الأهلية، لأن ارتهان الحيازة فيها معنى استيفاء الدين، فيجب أن يكون الدائن

(8) - عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء العاشر . التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف الإسكندرية ، سنة 2004 ص 580 .

(9) - سليمان مرقس ، مرجع سابق ذكره ص 32 .

المرتبه بالغأ سن الرشد وغير محجوز عليه، أما إذا كان الدائن المرتبه حيازة حبا مميأ أو كان في حكمه، كان العقد قابلاً للإبطال⁽¹⁰⁾.

2- المحل :

الرهن الحيازي قد يرد على منقول أو على عقار، وبالنسبة للمنقول يجب أن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً، وما يجوز بيعه بالمزاد العلني، وهذا ما نصت عليه المادة ((1101)) من القانون المدني بقولها: ((لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار)) وكذلك يجب أن يكون المنقول قابلاً للحيازة سواء كان قيماً أم مثلياً، معيناً بنوعه ومقداره وفرزه، أو مادياً ومعنوياً كالأثاث والسيارات والحلي والمواشي والسندات لحاملها، وكذلك السندات الاسمية وبواليص التأمين، وحق المؤلف، وبراءة الاختراع والتقود الأثرية، كما يجوز رهن الديون رهنأ حيازيًا بشرط أن تكون قابلة للحوالة أو الحجز أو الرهن الإستحقاق⁽¹¹⁾

أما بالنسبة للرهن الحيازي على العقار فذهب البعض في الفقه الليبي⁽¹²⁾ إلى القول: ((بأن الرهن الحيازي الوارد على العقارات لم يعد قائماً في ليبيا وذلك استناداً إلى المادة الأولى من القانون رقم 38 لسنة 1977 م ((لا يجوز استناداً إلى وضع اليد أو الحيازة المكسبة أيأ كان تاريخ بدئها ومهما كانت مدتها، تملك أي عقار أو كسب أي حق عيني آخر عليه أو تسجيله أو الادعاء به أمام أية جهة)) كما أن تقرير الرهن الحيازي على العقارات كان يخالف الهدف الذي أرادته المشرع من القوانين المنظمة للملكية العقارية والتي تقصر الاستعمال على المنتفع وحده.

ولكننا نرى عكس هذا الرأي فالمشرع ألغى الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية أو الحق العيني ولكن الدائن المرتبه في الرهن الحيازي لا يدعى بالحق استناداً إلى الحيازة وإنما استناداً إلى العقد الذي أبرمه مع الراهن، فسبب الادعاء بالرهن الحيازي ليس هو الحيازة وإنما هو العقد المبرم بين الطرفين، كما أن

(10) - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ذكره ص 587 .

(11) - جمعة الزريقي ، مرجع سابق ذكره ، ص 664 .

(12) - عبد القادر شهاب ، مرجع سابق ذكره ، ص 447 .

الحيازة هنا ليست سبباً من أسباب كسب الحق العيني الوارد على العقار وإنما هي أثر من الآثار التي يترتبها العقد.

أما القول بأن تقرير الرهن الحيازي على العقارات يخالف القوانين المنظمة للملكية العقارية فهذا الدليل من الممكن الرد عليه بأن المشرع أجاز التصرف في حق الانتفاع الوارد على الأراضي الزراعية وأجاز للمنتفع أن يقوم بترتيب كافة التصرفات القانونية عليها بما فيها الرهن، كما أجاز له أيضاً التصرف في مسكنه أو في المحل الذي يملكه، وما دام قد أجاز له ذلك فيجوز له أيضاً رهن هذه الحقوق، وإلا فإنه يصعب عليه الحصول على قرض بضمان هذه العقارات، وقد يكون الشخص في احتياج بالفعل لهذا القرض، وبصفة عامة فإن هذه القوانين الاستثنائية الخارجة عن القانون المدني في طريقها للإلغاء في ظل الظروف الحالية.

كما أن عدم الأخذ بالرهن الحيازي على العقارات من شأنه أن يتنافى مع الحكمة التي ابتغها المشرع من تقريره وهي التخفيف على المتعاقدين من الشكلية الصعبة الموجودة في الرهن الرسمي، والذي يتطلب لانعقاده والاكتمال التصرف باطلاً، بينما من الممكن انعقاد الرهن الحيازي بعقد عرفي وفي هذه الحالة يؤدي آثاره فيما بين المتعاقدين بمجرد العقد فيلتزم كل منهما بالالتزامات التي تقع عليه دون حاجة إلى إفراغه في شكل رسمي، ولكنه لا يكون نافذاً في حق الغير إلا بالتسجيل، وبناء على ذلك فإن الرهن الحيازي على النحو الذي كان منصوصاً عليه في القانون المدني لم يعد يتفق مع التشريعات التي صدرت وهي قوانين خاصة، والتي لا إمكانية فيها لتطبيق الرهن الحيازي على العقارات.

3- السبب :

يشترط في الحق المضمون ما يشترط في السبب بوجه عام، حيث يشترط في الدين المضمون وهو ركن السبب في عقد الرهن أن يكون موجوداً ومخصصاً، فوجود الدين المضمون مهما وقت الرهن، بمعنى أن يكون للمرتهن حق أصلي يراد ضمانه، ويكون هذا الحق الأصلي حقاً شخصياً أو ديناً، ولا يتوافر هذا الشرط إلا إذا كان الدين المضمون قد نشأ صحيحاً، ثم بقي قائماً إلى حين انعقاد الرهن، فإذا ظهر أن الدين المضمون لم ينشأ صحيحاً، بأن نشأ من عقد باطل أو من عقد تقرر إبطاله لأي سبب من أسباب البطلان

المطلق أو النسبي، كإعدام الرضا أو وجود عيب فيه، أو عدم مشروعية محل العقد أو سببه، فإن هذا يذهب بوجود ذلك الدين ويجعل سبب الرهن معدوماً، فيقع عقد الرهن باطلاً ولا يكون له أثر⁽¹³⁾.

ولا يشترط في وجود الدين المضمون أن يكون منجزاً، بل يجوز أن يكون الدين معلقاً على شرط، أو ديناً مستقبلاً أو ديناً احتياطياً وفي هذا نصت المادة (1043) من القانون المدني على أنه: ((يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط، أو دين مستقبلي، أو دين احتياطي، كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى- الذي ينتهي إليه الدين.

وفيما يتعلق بتخصيص الدين المضمون، يجب تطبيق القواعد العامة بهذا الدين في رهن الحياة، أي أن يكون الدين المضمون معيناً تعييناً كافياً من حيث مصدره وتاريخه ومحلّه ومقداره، أو قابلاً للتعيين، فلا يكفي أن يذكر في عقد الرهن أن يكون الرهن ضماناً لكل الديون التي تكون للدائن عند المدين، أو لكل الديون التي يقترضها المدين في مدة معينة، بل يجب أن يذكر مبلغ الدين المضمون بالرهن، وبيان مصدره، كأن يكون قرضاً أو تعويضاً أو ثمناً للمبيع⁽¹⁴⁾.

وعليه فإذا لم يتم تحديد الدين المضمون وهو ركن السبب في عقد الرهن الحيازي، فإن العقد يكون باطلاً وبحق لكل من له مصلحة التمسك بهذا البطلان.

(13) - سليمان مرقس، مرجع سابق ذكره، ص 140.

(14) - جمعة الزريقي، مرجع سابق ذكره ص 581.

المطلب الثاني

تمييز عقد الرهن الحيازي عن ما يشبهه من تصرفات.

لاستكمال الفائدة من دراسة هذا الموضوع، والوقوف على المعنى الدقيق للرهن الحيازي، يتطلب تمييز هذا الأخير عن غيره من التصرفات الأخرى والتي تجمع معه في بعض الخصائص وتلخيص ذلك يقتضي- التمييز بين الرهن الحيازي وبين بيع الوفاء، وكذلك التمييز بين الرهن الحيازي والرهن الرسمي وأيضاً التمييز بينه وبين رهن المنقولات دون نقل الحيازة، وذلك على النحو التالي.

أولاً: تمييز الرهن الحيازي عن بيع الوفاء.

رأينا أن عقد الرهن الحيازي هو عقد به يلتزم شخص ضامناً لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه الدائن حقاً عينياً يحوله حسب الشيء لحين استيفائه الدين، ويتقدم على الدائنين العاديين، والتاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء.

أما بيع الوفاء والذي يطلق عليه البيع الوفاي أو البيع بالشرط الوفاي أو البيع مع خيار أو حق الاسترداد، فقد نص المشرع في المادة 454 من القانون المدني على أنه: ((إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً)) وبيع الوفاء يكون وسيلة من وسائل الأتجان التي تعطي فرصة لمالك الشيء، متى ما كان في حاجة إلى المال أن يتصرف في المبيع مقابل الحصول على ثمنه والاستفادة منه، مع الاحتفاظ بحقه في استرداده خلال مدة يتم الاتفاق عليها، فإذا ما توفر له المبلغ اللازم لمباشرة الاسترداد فإنه يستطيع أن يسترد المبيع⁽¹⁵⁾.

ويذهب البعض⁽¹⁶⁾ إلى القول بأن عقد بيع الوفاء عقد مختلط، إذ أنه مزيج من عدة عقود متداخلة تخضع عنها هذا البيع، فقد يستر بيع الوفاء رهناً حيازياً، وقد يستر قرضاً بفائدة تزيد على الحد الأقصى- لسعر الفائدة القانونية، وهو عقد صوري يعد وسيلة ملتوية من وسائل الضمان، تبدأ ستاراً للرهن

(15) - عبد المجيد العارف، أحكام عقد البيع، منشورات جامعة المرقب، سنة 2013 ص 238.

(16) - عطية عطية إبراهيم، بيع الوفاء، دار الفكر العربي الإسكندرية، سنة 2010 ص 123.

حيازي وتنتهي بتجريد البائع من ملكه بثمن بخس وهذا ما نص عليه المشرع الكويتي صراحة في المادة 508 مدني ((إذا أحتفظ عند البيع بحق استرداد المبيع في مقابل رد الثمن والمصرفات، أعتبر العقد قرصاً مضمون برهن حيازي)) وهذا أيضاً ما أخذ به المشرع العراقي والمشرع المغربي. و ما يميز عقد الرهن الحيازي عن بيع الوفاء أنه في البيع الوفاي يتجرد البائع من ملكه على أمل استرداده في المستقبل، بينما في الرهن الحيازي لا يتجرد المدين بالرهن عن ملكه، بل عن حيازته فقط كما أن البائع الوفاي يتمتع بضمانة أوفى، حيث تنتقل إليه ملكية المبيع الوفاي مرة ثانية، على عكس الدائن المرتهن في الرهن الحيازي، فإنه لا يكتسب على المرهون إلا حقاً عينياً تبعياً. ومن حيث طبيعة العقدين، فإن البيع الوفاي غير ملزم للجانبين حتى بعد تسليم المبيع للمشتري الوفاي، لاقتدار كل منهما على الفسخ سيما البائع، بينما في عقد الرهن الحيازي نجد أنه عقد ملزم للجانبين.

وإذا كان كلاً من البيع الوفاي والرهن الحيازي توثيق وتأمين للدين، إلا أن اختلاف المقصد يظهر واضح بينهما، حيث في بيع الوفاي يحتال به على محضور غالباً في صورة توثيق للدين بينما في الرهن الحيازي مجرد توثيق للدين من غير احتيال⁽¹⁷⁾.

كذلك فإن حيازة الدائن وهو المشتري الوفاي للمبيع شرط في البيع الوفاي بينما لا يشترط في الرهن الحيازي أن يجوز الدائن المرتهن المرهون، حيث يجوز أن يجوز المرهون شخص ثالث غير المتعاقدين يسمى عدلاً. وأخيراً فإن البيع الوفاي يمتاز عن الرهن الحيازي، بأنه إذا هلك الشيء المبيع في يد المشتري، هلك عليه دون البائع، أما إذا هلكت العينة المرهونة في يد المرتهن، فإنها تهلك على الراهن دون المرتهن، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه لا شأن للمشتري في بيع الوفاء ببقية أموال البائع الخارجة عن المبيع، أما المرتهن فله عدا حقه العيني على الشيء المرهون حق شخصي تضمنه أموال الراهن جميعاً⁽¹⁸⁾.

(17) - عطية إبراهيم ، مرجع سابق ذكره ، ص 211 .

(18) - عطية إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 212 .

ثانياً: تمييز عقد الرهن الحيازي عن عقد الرهن الرسمي.

الرهن الرسمي هو عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون.⁽¹⁹⁾ ويلاحظ أن كلا من الرهنين الحيازي والرسمي، لا ينشأ إلا من عقد، ويتضمن حقاً عينياً تبعياً، أي سلطة مباشرة على مال معين، أي يستطيع الدائن المرتهن أن ينفذ على العين المرهونة مستعملًا في ذلك حتى التقدم والتبع.

ورغم هذا الاشتراك أو الاتفاق ما بين الرهن الرسمي والحيازي، إلا أن هناك اختلاف بينها من عدة زوايا، حيث أن الرهن الحيازي عقد رضائي، ينعقد باتفاق إرادتين فلا يشترط فيه الشكلية، إلا أن الرهن الرسمي عقد شكلي حيث لا يكفي لانعقاده توافق الإرادتين، بل يشترط فوق ذلك أن يحرر العقد في ورقة رسمية وأن تذكر في هذه الورقة بيانات معينة، فإذا لم يتوافر في العقد هذا الشكل وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً⁽²⁰⁾، كذلك فإن محل الرهن الحيازي يصح أن يكون عقاراً وأن يكون منقولاً، وليس القيد ضرورياً لسريان الرهن الحيازي في مواجهة الغير، إلا إذا كان محل الرهن الحيازي عقاراً، أما في الرهن الرسمي، فلا يكون محله إلا عقاراً، ولا يقع على منقول، ولذلك يكون القيد ضرورياً في الرهن الرسمي ليكون الرهن نافذاً في حق الغير⁽²¹⁾، وإلى جانب ذلك فإنه في الرهن الحيازي، يجب أن يسلم الشيء المرهون منقولاً أو عقاراً إلى الدائن المرتهن أو الأجنبي، أما في الرهن الرسمي يبقى العقار المرهون في حيازة الراهن، كما أن الرهن الحيازي يخول الراهن حبس الشيء المرهون، منقولاً كان أو عقاراً، حتى يستوفي الدائن دينه، أما في الرهن الرسمي فلا يخول الدائن حق الحبس وكل ما للدائن، إذا حل دينه هو أن ينفذ على العقار المرهون رهنًا رسمياً، متقدماً ومتتبعا⁽²²⁾.

(19) - المادة (130) من القانون المدني المصري .

(20) - سليمان مرقس - مرجع سابق ذكره ص 30 .

(21) - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ذكره ص 581 .

(22) - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ذكره ص 582 .

ثالثاً: تمييز عقد الرهن الحيازي عن رهن المنقولات دون نقل الحيازة.

رهن المنقول المادي دون انتقال حيازته للدائن المرتهن يعد من أنواع الرهن الوارد على المنقولات، يضاف إلى الرهن الحيازي ولكن يختلف في أحكامه عن الرهن الحيازي.

رأينا أن من أهم خصائص الرهن الحيازي هو تسليم الشيء المرهون أي نقل الحيازة، إلا أن رهن المنقول دون نقل الحيازة هو نظام يقتصر - على منح الدائن حقاً عينياً على مال من الأموال يصبح محلاً للضمان مع إبقاء الملكية والحيازة عن المدين ⁽²³⁾، وفي العصر - الحديث ظهر بعض الفقه الذين ينادون بضرورة استحداث هذا النوع من الرهن دون نقل الحيازة، وذلك لتعاطف الأهمية العملية للمنقول يوماً بعد يوم، باعتباره أحد أهم أدوات النشاط الاقتصادي الإنتاجية، مما أدى لاصطدامه بواقعة نقل الحيازة أثناء الاستفادة به من خلال آلية الرهن. حيث تدور الإشكالية حول إمكانية التخلي عن الحيازة في رهن المنقول في القانون الليبي من خلال الموازنة بين الفاعلية التي يحققها الرهن لكونه ضماناً قانونياً وبين المشاكل الناجمة والتي بدأت تعرقل العملية الانتخابية ⁽²⁴⁾، ويعرف رهن المنقول دون حيازة بأنه: ((ضمان عيني اتفاقي يرد على منقول قائم على عدم نزع حيازة المرهون من ملكه)) ⁽²⁵⁾.

وفي القوانين العربية ومن بينها القانون الليبي لا توجد نصوص قانونية عامة للرهن دون نقل الحيازة كما هو الحال في القانون الفرنسي - الجديد في سنة 2006، حيث أنه في القانون الليبي يكاد ينحصر - الرهن دون نقل الحيازة في نصوص تشريعية خاصة وذلك في حالتين هما رهن السفينة ورهن الطائرة ⁽²⁶⁾.

وعلى هذا فإن مجال رهن المنقول دون نقل الحيازة في القانون الليبي محدود مقارنة بالرهن الحيازي. ذلك أن التأمينات العينية قد وردت على سبيل الحصر - من قبل المشرع، ولا يمكن إنشاء تأمين عيني اتفاقي لم ينص عليه المشرع. حيث أن هذا التشريع هو الذي يقرر الإجراءات الواجب إتباعها في رهن المنقول دون

⁽²³⁾ - الحبيب جبودة ، مرجع سابق ذكره ص 15 .

⁽²⁴⁾ - فاطمة رمضان عمر ، نقل الحيازة في رهن المنقول ، رسالة ماجستير ، جامعة طرابلس سنة 2008 ، ص 8 .

⁽²⁵⁾ - منصور حاتم محسن ، رهن المنقول المادي دون حيازة . مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ، السنة التاسعة ، سنة 2017 العراق ، ص 28 .

⁽²⁶⁾ - الحبيب جبودة ، مرجع سابق ذكره ص 33 .

نقل الحيازة، فالنص التشريعي هو الذي يقرر مدى رهن المنقول دون نقل الحيازة ويجعل الشهر والتسجيل بديلاً للحيازة، وفي هذه الحالة يتجرد الدائن المرتهن من حق الحبس ولكن بنص القانون وعلى بعض المنقولات دون غيرها⁽²⁷⁾.

وبناء على ذلك نلاحظ من خلال التمييز ما بين الرهن الحيازي والرهن دون نقل الحيازة أن كلا منهما يجتمعان في معظم الخصائص ولا بد من توافر الرضا والمحل والسبب، إلا أن الرهن دون نقل الحيازة يختلف عن الرهن الحيازي فيما يتعلق بتسليم الشيء المرهون أي نقل الحيازة، ولهذا فإن الأحكام العامة الواردة في الرهن الحيازي هي التي تطبق على أحكام رهن المنقول دون حيازة بما لا يتعارض مع طبيعة هذا الأخير والتي تتعلق بعدم انتقال الحيازة للمرتهن.

⁽²⁷⁾ - منصور حاتم ، مرجع سابق ذكره ، ص 58 .

المبحث الثاني

آثار الرهن الحيازي وانقضاؤه

تترتب على عقد الرهن الحيازي آثار أهمها نشوء حق الرهن الحيازي حيث أنه عقد ينشئ الحق في احتباس مال في يد الدائن أو يد أو بدعوى ضمان لحق يمكن استيفاؤه منه بالتقدم على سائر الدائنين أي أنه تترتب عليه آثار، منها سلطة يخولها الدائن على مال من أموال المدين أو الراهن، وما يقابل هذه السلطة من الحد من حقوق الراهن في ملكه، ومنها أيضاً أن هذه السلطة تؤدي إلى تفضيل الدائن المرتهن على غيره. وبناء على ذلك فإن الرهن الحيازي ينجح آثاراً معينة بين المتعاقدين وآثار بالنسبة للغير، وهذا يدعونا إلى مرفه هذه الآثار ثم بعد ذلك معرفة كيف ينقضي- حق الرهن الحيازي وعلى هذا تقسم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين نتناول في الأول آثار الرهن الحيازي أما المطلب الثاني نتناول فيه انقضاء الرهن الحيازي.

المطلب الأول

آثار الرهن الحيازي.

رأينا أن الرهن الحيازي هو حق ينشأ بناء على عقد رهن اتفاقي يتم بين الدائن المرتهن والراهن، بموجبه يتخلى الراهن عن حيازة الشيء المرهون، كما يخول هذا العقد للمرتهن حقاً عينياً تبعياً يترتب له حق الحبس وحق البيع وحق التقدم.

وعلى هذا فإن هذا العقد يتيح آثار معينة بين طرفيه ويرتب التزامات على عاتق كل منهما، ولما كان عقد الرهن الحيازي عقداً ملزماً للجانبين، فإنه يترتب التزامات وحقوق على عاتق كل من طرفيه الراهن والدائن المرتهن.

أولاً: التزامات الراهن وحقوقه.

تتمثل الالتزامات التي ينشئها هذا العقد في ذمة الراهن هي التزامه بنقل حق الرهن إلى الدائن المرتهن والالتزام بضمان سلامة الرهن وضمان هلاك الشيء المرهون، ولتوضيح ذلك، يلتزم الراهن بنقل حق

الرهن إلى الدائن المرتهن، وينتقل حق الرهن إلى الدائن المرتهن بمجرد انعقاد العقد دون حاجة إلى أي إجراء آخر إذا كان الراهن مالكا للشيء المرهون وقت الرهن، أما إذا كان الشيء المرهون غير مملوك للراهن وقت الرهن فإن حق الرهن لا ينشأ لعدم ملكية الراهن للشيء المرهون، ولكن يقع على الراهن التزام بإنشاء حق الرهن، فإذا صار مالكا للشيء المرهون أو أقر المالك الحقيقي الرهن تم تنفيذ الالتزام، أما إذا لم يقر المالك الحقيقي الرهن ولم يكتسب الراهن ملكية الشيء المرهون فإن الراهن يكون قد أخل بالتزامه ويحق للدائن في هذه الحالة أن يطالبه بالتعويض أو سقوط أجل الدين⁽²⁸⁾، وإلى جانب نقل حق الرهن إلى الدائن فإنه يجب تسليم الشيء المرهون، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة ((1103)) من القانون المدني بقوله: ((على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن، أموال الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسليمه، ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع)).

ولعل أهم ما يميز به الرهن الحيازي هو نقل الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن أو شخص ثالث يتفق عليه الطرفان، وقد أخذ الرهن الحيازي تسميته من ذلك، ويتم نقل الحيازة بتخلي الراهن عن الحيازة الفعلية للشيء المرهون وتمكين الدائن المرتهن منه وتنتقل حيازة الرهن بالطريقة التي تناسب وظيفة الشيء المرهون وينقل الحيازة يصبح الدائن المرتهن حائزا لحق الرهن على الشيء أما ملكية الشيء وإمكانية التصرف فيه فهي تبقى للمدين، إذ يعتبر الدائن المرتهن حائزا مرضيا فيما يخص الملكية وهو يجوز لحساب المالك، وإذا كان نقل الحيازة للغير فإن هذا الغير يجوز حق الرهن لحساب الدائن المرتهن ويجوز حق الملكية للمالك الراهن سواء كان المدين أو الكفيل العيني⁽²⁹⁾.

ولكي يمكن للحيازة أن تؤدي دورها المنوط بها في هذا النوع من الرهن يشترط فيها أن تكون ظاهرة ومستمرة⁽³⁰⁾، حيث تتنوع طرق التسليم فقد يكون ماديا وقد يكون حكيمياً، والتسليم المادي يصاحب عمل مادي ملموس، وقد يكون تسليماً فعلياً كتسليم العقار المرهون إلى المرتهن أو العدل، وقد يكون

(28) - عبد القادر شهاب مرجع سابق ذكره ص 452

(29) - الحبيب جبودة ، مرجع سابق ذكره ص 130 .

(30) - الحبيب جبودة ، مرجع سابق ذكره ص 131 .

رمزياً كتسليم سندات الإيداع إذا كان المنقول مودعاً في أحد المخازن العامة أو سند الشحن، وقد يكون التسليم حكيمياً وهو تسليم لا يصاحبه عمل مادي ملموس وإنما يكتفي فيه بتغيير النية وذلك إذا كان الشيء المرهون موجوداً تحت يد الدائن أو العدل قبل الرهن لأي سبب من الأسباب كاستئجار أو عارية أو وديعة،⁽³¹⁾ ويجب أن يسلم الراهن الشيء المرهون حيازة إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل، بعدم إبرام عقد الرهن، لأن التسليم التزام ينشأ من ذلك الوقت، ولكن لا شيء يمنع أن يكون التسليم بعد ذلك بمدة قد تطول ما دام عقد الرهن قائماً، ويحتج به على الغير إلا إذا حصل الغير قبل التسليم على حقوق متعارضة مع الرهن على الشيء المرهون إما مكان التسليم فيتم في المكان الذي يوجد فيه الشيء المرهون وقت تمام عقد الرهن ما لم يتفق على غير ذلك.⁽³²⁾

إضافة إلى ذلك يقع على عاتق الراهن التزام آخر وهو ضمان سلامة الرهن وفي هذا نصت المادة 1105 من القانون المدني على أنه: ((يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه، وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمرة من العقد، وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم المحافظة على الشيء المرهون فعلى الراهن أن يلزم بضمان سلامة الرهن، ويضر- حقوق المرتهن، هذا الضمان يتمثل في عدم التعرض المادي أو القانوني أي أن الراهن يلتزم بالامتناع عن كل فعل مادي يترتب عليه نقص قيمة الرهن كأن يتلف الراهن الشيء المرهون أو يتركه يتلف، وكذلك يلتزم بالامتناع عن كل فعل قانوني والذي يتمثل في مباشرة الراهن أية دعوى أو أي تصرف يتعارض وحق الدائن المرتهن، أو من شأنه أن يؤثر في هذا الحق كبيع الشيء المرهون رهناً ثانياً⁽³³⁾ .

كما يقع على عاتق الراهن ضمان تعرض الغير، حيث يلتزم بدفع كل ادعاء للغير على العين المرهونة من شأنه أن يمس بحق الدائن المرتهن، فإذا ادعى الغير أن له حق على العين المرهونة، فعلى الراهن أن يرفع هذا الادعاء من الغير.

(31) - عبد القادر شهاب ، مرجع سابق ذكره ص 453

(32) - السنهوري ، مرجع سابق ذكره ص 622 .

(33) - سليمان قرفس ، مرجع سابق ذكره ص 166

وأخيراً يقع على الراهن التزام وهو ضمان هلاك المرهون حيث نصت المادة 1106 من القانون المدني على أنه: ((يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطئه، أو ناشئاً عن قوة قاهرة)).

ويتضح من ذلك أنه يجب على الراهن ضمان هلاك الشيء المرهون أو تلفه، فإذا ما وقع منه هلاك نتيجة لخطئه فإنه يكون محلاً بضمان الهلاك أو التلف ويحق للدائن المرتهن الخيار بين أن يطلبه بتقديم تأمين كاف يحل محل الشيء المرهون الذي هلك أو تلف أو سقوط آجال الدين والمطالبة بالوفاء به على الفور.

أما إذا كان هلاك الشيء المرهون أو تلفه بسبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين فإن الراهن يكون له الخيار بين أن يقدم تأميناً كافياً للوفاء بالدين، أو سقوط أجل الدين ووجوب الوفاء به فوراً. وفي حالة هلاك الشيء المرهون بسبب الدائن المرتهن، فإنه يكون مسؤولاً عن الهلاك أو التلف، إذا يجب على الدائن المرتهن أن يحافظ على الشيء المرهون وأن يتولى صيافته ويعتني به عناية الشخص المعتاد⁽³⁴⁾.

أما فيما يتعلق بحقوق الراهن. فقد رأينا أن رهن الشيء رهناً حيازياً يقتضي - تسليمه إلى الدائن المرتهن أو العدل إلا أن ملكية الشيء المرهون تبقى للراهن كما تبقى له الحيازة القانونية، حيث أن نقل الحيازة لا ينقص من سلطات المالك، إلا في الحدود التي يتعارض فيها مع مصلحة الدائن المرتهن وتحسس حقوقه على هذا الشيء المرهون، فعقد الرهن لا يخرج الشيء المرهون عن ملكية صاحبه، غاية ما هناك أن نقل الحيازة يحد من سلطاته في الاستعمال والاستغلال والتصرف، ويأشرها في حدود عدم الاصطدام بحقوق الدائن المرتهن أو الإيقاص من محل الرهن⁽³⁵⁾.

(34) - عبد القادر شهاب، مرجع سابق ذكره ص 455.

(35) - فاطمة رمضان، مرجع سابق ذكره.

ثانياً: التزامات الدائن المرتهن وحقوقه.

يلتزم الدائن المرتهن حياة التزامات معينة يجب عليه الوفاء بها إذا تسلم الشيء المرهون، وأيضاً تقع هذه الالتزامات على العدل إذا تسلم الشيء المرهون وهذه الالتزامات هي المحافظة على الشيء المرهون واستثماره وإدارته ورده إلى المرتهن بعد استيفاء كامل حقه.

1- المحافظة على الشيء المرهون.

تنص المادة (1107) من القانون المدني على أنه: (إذا تسلم المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص العادي، وهو مسؤول عن هلاك الشيء، أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه).

وبناء على هذا النص فإن الدائن المرتهن يلتزم بالمحافظة على الشيء المرهون، وهذا الالتزام يبذل عناية الشخص المعتاد، فالمعيار موضوعي وليس شخصي- يقدره قاضي الموضوع ويقع على عاتق المرتهن عبء إثبات ذلك فإذا هلك المرهون أو تلف بخطأ من الدائن المرتهن، فإنه يعد مسؤولاً عن هذا الهلاك أو التلف، ويجب عليه أن يعرض الرهن عنه، أما إذا كان الهلاك أو التلف بسبب أجنبي فإن للرهن أن يقدم تأميناً كافياً للوفاء بالدين أو سقوط أجل الدين ووجوب الوفاء بالدين فوراً⁽³⁶⁾، كذلك يقع التزام على عاتق الدائن المرتهن، وهو المصروفات اللازمة للمحافظة على الشيء المرهون، وهي مصروفات تقتضيا أعمال المحافظة والصيانة، ولكن يكون له حق الرجوع بها على المستفيد الحقيقي منها، وغالباً يكون الرهن، أو المدين، أو المدين الرهن إذا كان شخصاً واحداً⁽³⁷⁾.

2- استثمار الشيء المرهون.

تنص المادة (1108) من القانون المدني على أنه: ((1- ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل.

(36) - عبد القادر شهاب ، مرجع سابق ذكره ، ص 462 .

(37) - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ذكره ، ص 634 .

2- وعليه أن يستمره استثماراً كاملاً ما لم يتفق على غير ذلك.

3- وما حصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أتفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين ((.

يتضح من هذا النص أن الدائن المرتهن يلتزم باستثمار الشيء المرهون استثماراً كاملاً سواء ذلك باستعمال الشيء أو باستغلاله، بتأجيله للغير إذا كان قابلاً للتأجير، والاستثمار الكامل للشيء المرهون رهناً حيازياً هو التزام قانوني يقع على عاتق الدائن المرتهن، فإذا حل الدائن بهذا الالتزام فإنه يلتزم بتعويض الراهن عما فاتته من ربح الشيء المرهون، ولكن يجوز الاتفاق على إعفاء المرتهن من استثمار الشيء المرهون إعفاء كلياً أو جزئياً⁽³⁸⁾.

وهذا الالتزام الذي نص عليه المشرع، يكون الدائن المرتهن قد كفّل له حصوله على حقه من ناحيتين، فمن خلال استثماره للشيء المرهون له أن يخصم من الربح المتحصل عليه كل النفقات التي تكبدها في الاستثمار، وتلك التي تتطلبها المحافظة على الشيء المرهون، وإبقائه صالحاً هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى ضمن له طريقة يحصل بها على دينه قبل حلول الأجل، فبعد خصم المصروفات له أن يخصم الفوائد التي يرتبها الدين إذا كان الدائن شخصاً اعتبارياً، ثم يخصم أصل الدين من هذا الربح⁽³⁹⁾.

ويجب على الدائن المرتهن أن يقدم حساباً عن غلة الشيء المرهون، لأن أخذ الغلة واستئصالها على النحو المتقدم هو عنصر من عناصر حق الرهن، والدائن المرتهن يستولى على الغلة أصيلاً عن نفسه لا نائباً عن الراهن، فالدائن يعتبر وكيلًا عن الراهن في استغلال الشيء المرهون وقبض الثمار⁽⁴⁰⁾.

(38) - عبد القادر شهاب، مرجع سابق ذكره، ص 460.

(39) - فاطمة عمر، مرجع سابق ذكره، ص 47.

(40) - جمعة الزريقي، مرجع سابق ذكره، ص 673.

3- إدارة الشيء المرهون.

تنص المادة (1110) من القانون المدني على أنه : ((1- يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون، وعليه أن يئذل في ذلك من العناية ما يئذله الرجل العادي، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله.

2- فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو أرتكب في ذلك إهالاً جسيماً، كان للراهن الحق في أن يطلب وضعه الشيء تحت الحراسة أو يسترده مقابل دفع ما عليه)).

فالمرتهن يلتزم إدارة الشيء المرهون، باعتبار أنه تحت حيازته، والإدارة التي يجوز للدائن المرتهن القيام بها هي أعمال الإدارة المعتادة التي لا يترتب عليها تعديلاً أو تغييراً أساسياً في الغرض الذي أعد له الشيء المرهون، أما أعمال الإدارة غير المعتادة وهي تلك التي تتضمن تعديلاً أو تغييراً أساسياً في الغرض الذي أعد له الشيء المرهون، إلا إذا أذن له الراهن في القيام بهذه الأعمال⁽⁴¹⁾، أي أن الدائن المرتهن، في إدارته للشيء المرهون يتقيد بقيددين : الأول أن لا يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن، أما الثاني أنم يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضي- تدخله. والتزام الدائن المرتهن في هذه الحالة هو عناية الرجل المعتاد⁽⁴²⁾.

4- رد الشيء المرهون.

تنص المادة (1111) من القانون المدني على أنه : ((يرد الدائن الشيء المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفي كل حقه، وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات ويتضح من هذا النص أنه إذا أستوفى الدائن المرتهن حقه كاملاً وما يتصل به من ملحقات ومصروفات وتعويضات وجب عليه رد الشيء المرهون حيث أن حيازته لهذا الشيء حيازة مؤقتة مرتبطة بحصوله على دينه، أما إذا بقى جزء من الدين فليس على الدائن رد الشيء المرهون وذلك لأن الرهن الحيازي غير قابل للتجزئة كما رأيناه سابقاً.

(41) - عبد القادر شهاب ، مرجع سابق ذكره ص 645.

(42) - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ذكره ص 645 .

وللمدين في سبيل الشيء المرهون بعد انقضاء الدين أن يرفع دعوى شخصية على مستمدة من عقد الرهن نفسه، أو دعوى استحقاق عينية إذا كان مالكا للمرهون وهي دعوى لا تسقط بالتقادم ولكن قد تصطدم بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز إذا توافرت شروطها، وكان الشيء المرهون منقولاً⁽⁴³⁾، وتقع نفقات رد الشيء المرهون على عاتق الراهن إلا إذا كان هناك اتفاق بين الطرفين الراهن والمرتهن يقضى- بخلاف ذلك. هذا من التزامات الدائن المرتهن.

أما حقوق الدائن المرتهن فتمثل في حقه في حبس الشيء المرهون وحقه في التنفيذ على الشيء المرهون وحفه في التقدم والتبعية للشيء المرهون، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة (1114) من القانون المدني على النحو التالي: ((يحول الرهن للدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس كافة، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون.

2- وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة)).

(43) - جمعة الزريقي ، مرجع سابق ذكره ص 675 .

المطلب الثاني

انقضاء الرهن الحيازي

ينقضي- حق الرهن الحيازي تبعاً لانقضاء الدين المضمون، وينقضي- أيضاً بصفة أصلية بأسباب لا تؤثر في الدين المضمون.

انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية.

يمكن أن ينقضي- الرهن بصفة أصلية ولو لم ينقضي- الدين المضمون، ولكن يبقى للدائن حقه الشخصي- كأي دائن عادي، وفي هذا نص المشرع في المادة ((1117)) من القانون المدني على ما يأتي: ((ينقضي أيضاً حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية :-

- 1- إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية في إبراء ذمة المدين من الدين، ويجوز أن يستفاد التنازل ضمناً من تخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون أو من موافقه على التصرف فيه دون تحفظ. على أنه إذا كان الرهن مثقلاً بحق تقرر لمصلحة الغير، فإن تنازل الدائن لا ينفذ في حق الغير إلا إذا أقره.
- ب- إذا أجمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد.
- ج- إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون ((.

ويتضح من هذا النص أن أسباب انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية هي كالتالي.

1- نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن.

ينقضي- الرهن الحيازي إذا نزل الدائن المرتهن عن حق الرهن، وهذا التصرف يتم بإرادة واحدة، وباعتبار أن هذا التصرف من التصرفات الضارة ضرراً محضاً، فيشترط أن يكون المرتهن كامل الأهلية، وأن تكون إرادته خالية من العيوب، ويستوي أن يكون النزول صريحاً، أو ضمناً يستفاد من ظروف الحال. ولكن يجب ألا يضر هذا التنازل بالغير الذي تقرر له حق على الشيء المرهون، إلا إذا أقر الغير هذا التنازل⁽⁴⁴⁾.

(44) - عبد القادر شهاب، مرجع سابق ذكره، ص 490.

2- اتحاد الذمة.

إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية، ينقضي- حق الرهن، فإذا تملك الدائن الشيء المرهون بالشراء أو الميراث أو بأي سبب آخر من أسباب كسب الملكية، فإن حق الرهن ينقضي، غير أنه إذا زال اتحاد الذمة بأثر رجعي كما لو أبطل السند الذي نقل ملكية الشيء المرهون إلى الدائن، أو تم فسخ العقد، فإن الرهن يعتبر لم ينقضي⁽⁴⁵⁾، ولكن اتحاد الذمة يجب أن يضر بحق الغير على الشيء المرهون.

3- هلاك الشيء المرهون أو اقتضائه.

إذا هلك الشيء المرهون ينقضي- حق الرهن، غير أنه إذا نشأ بسبب هلاك الشيء حق آخر للمالك كتعويض أو تأمين أنتقل الرهن بمرتبته إلى ذلك الحق بحكم الحلول العيني وإذا كان المرهون حق انتفاع فإنه ينقضي- بهلاك الشيء أو بانتهاء مدته أو بموت المنتفع، وباقتضاء حق الانتفاع بهذه الأسباب ينقضي حق الرهن⁽⁴⁶⁾

4- البيع الجبري للشيء المرهون.

رأبنا أن الدائن يستطيع حبس الشيء المرهون والاحتجاج بهذا الحبس في مواجهة الغير الذي كسب حقاً على الشيء المرهون بعد ثبوت تاريخ الرهن، ويكون ذلك في حالة التنفيذ عليه من الدائن التالي له في المرتبة، أما الدائن السابق له في المرتبة على تاريخ الرهن فلا يكون للمرتهن حيازياً حبس الشيء المرهون كما لو تم بيع المرهون بالمزاد العلني فينقضي الرهن بالبيع الجبري⁽⁴⁷⁾.

5- فسخ عقد الرهن.

إذا ادعى الغير أنه دائن مرتبه قيد حقه أولاً، أو ادعى أنه له حق ارتفاق على العقار المرهون حيازة وكان الدائن المرتبه قد رتب حق رهنه على أن حق الارتفاق هذا لا يوجد، فعلى الراهن أن يدفع هذا

(45) - جمعة الزريقي، مرجع سابق ذكره ص 686.

(46) - سلمان فرقس، مرجع سابق ذكره ص 403.

(47) - جمعة الزريقي، مرجع سابق ذكره ص 687.



الادعاء من الغير، فإن لم يستطع، كان للدائن المرتهن حيازة أن يطال بفسخ الرهن مما يترتب عليه انقضاء حق الرهن، ذلك لأن الراهن أحل بضمان سلامة الرهن ونفاذه⁽⁴⁸⁾.

⁴⁸ - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ذكره ص 689.

الخلاصة

تناولنا في هذه الدراسة مفهوم الرهن الحيازي وما يتميز به هذا الرهن من خصائص تميزه عن غيره من رهون، كما تعرضنا لكيفية تكوين الرهن الحيازي من حيث الرضا والمحل والسبب. ثم أنهينا هذه الدراسة بالتعرض لآثار هذا الرهن وذلك من خلال التفريق ما بين الالتزامات والحقوق التي تقع على عاتق كلا من طرفي العقد - الراهن والمرتهن - إلى جانب معرفة كيفية انقضاء الرهن الحيازي، سواء بصفة أصلية أو بصفة تبعية.

وبناء على هذه الدراسة توصلنا إلى توصيات مهمة تتعلق بهذا الرهن. حيث يجب التوجه من قبل المشرع إلى توسيع الأخذ بمفهوم الرهن الحيازي بحيث يشمل رهن العقار، وذلك من خلال إلغاء القوانين الخاصة والتي تمنع رهن العقار في التشريع الليبي، مما يجعل هذا الرهن ناقص يؤثر على الفائدة التي يحققها الرهن الحيازي في الواقع العملي والذي برز فيه ازدياد المعاملات المالية بشكل موسع، سواء على الصعيد المحلي أو الإقليمي أو الدولي، لما يوفره هذا الرهن من تأمين.

كذلك يجب على المشرع الليبي توسيع الرهن الحيازي ليشمل رهن المنقول دون نقل الحيازة، كما هو في الحال في بعض التشريعات الأخرى كالتقانون الفرنسي - المعدل في سنة 2006، والذي نص على الرهن الوارد على المنقول، من حيث رهن يتطلب نقل الحيازة إلى المرتهن، ورهن ثان لا يتطلب نزع الحيازة من الراهن، ذلك أن التأمينات العينية قد وردت على سبيل الحصر، ولا يمكن إنشاء تأمين عيني اتفاقي لم ينص عليه المشرع.

أهم المراجع

- 1- جمعة الزريقي. الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مطبعة الازدهار، مصراته، سنة 2011.
- 2- سليمان مرقس، الحقوق العينية التبعية الجزء العاشر، دار الكتب القانونية، مصر. الطبعة الثالثة سنة 1995.
- 3- عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات العينية. الجزء العاشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2004م.
- 4- عبد القادر شهاب. الوجيز في الحقوق العينية، مكتبة الفضل، بنغازي، سنة 2013م.
- 5- عبد المجيد العارف – أحكام عقد البيع، منشورات جامعة المرقب، سنة 2013م.
- 6- عطية عطية إبراهيم. بيع الوفاء. دار الفكر العربي. الإسكندرية سنة 2010م.
- 7- علي محمد أحمد، الحيازة في القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1995م.
- 8- فاطمة رمضان عمر، نقل الحيازة في رهن المنقول. رسالة ماجستير جامعة طرابلس. سنة 2008 م.
- 9- الحبيب خليفة جبودة، رهن المنقولات دون نقل الحيازة، رسالة دكتوراه، جامعة محمد الخامس، المغرب، سنة 1997 م.
- 10- محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، دار الثقافة والنشر، عمان. الأردن سنة 2001م.
- 11 – منصور حاتم محسن. رهن المنقول المادي دون حيازة، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني. السنة التاسعة، العراق، سنة 2017.

إمكانية تطبيق الضريبة والزكاة في التشريع الليبي

The Possibility of Applying Tax and Zakat in Libyan Legislation

أ.أسامة سالم محمد منصور

الملخص

تُهدف هذه الدراسة الى معرفة مدى إمكانية تطبيق الضريبة باعتبارها مصدر تمويل تقليدي للإيرادات العامة للدولة الحديثة وتطبيق في جميع دول العالم، مع الزكاة باعتبارها فريضة إسلامية وأحد أركان الإسلام الخمسة وواجبة التطبيق في الدول الإسلامية، لذلك تأتي أهمية الدراسة في وضع الأسس والاليات والحلول العلمية والعملية المناسبة لتطبيق كل من الضريبة والزكاة معاً في الدول الإسلامية عامة وفي ليبيا خاصة.

اعتمد الباحث في اجابته على الإشكالية المطروحة وتحقيق أهداف البحث على مجموعة من مناهج البحث العلمي وهي المنهج الاستقرائي والمنهج الاستدلالي والمنهج الوصفي والمنهج التحليلي. كما اعتمد الباحث في انجاز هذه الدراسة على التقسيم الثنائي بحيث اشتمل البحث على مبحثين وكل مبحث قسم الى مطلبين.

فتناول الباحث في المبحث الأول دراسة مفهوم كل من الضريبة والزكاة والاساس الشرعي لكل منها، ثم بيان أهم خصائصها.

وفي المبحث الثاني تناول الباحث آليات تطبيق كل من الضريبة والزكاة في التشريع الليبي.

وفي نهاية هذه الدراسة فإن الباحث توصل الى عدة نتائج ولعل أهمها اعتماد النظام الضريبي المطبق في القوانين الوضعية على تنظيم فني واضح المعالم والإجراءات قريب إلى حد كبير مع نظام الزكاة في الشريعة الإسلامية، حيث تم تنظيمها تنظيماً فنياً دقيقاً سواء من حيث الدخل الخاضع لها والسعر والمحدد



ونطاق سريانها والواقعة المنشئة لها وطرق تقديرها وتحصيلها والاعفاء منها هذا التنظيم الفني

تعجز عنه أحدث النظم الضريبية الحديثة.

أما أهم التوصيات:

1- تدريب العاملين بمصلحة الضرائب على تطبيق الليات احتساب وتحصيل الضريبة والزكاة.

2- إصدار قانون يشمل تطبيق الضريبة والزكاة على دخول الأشخاص الطبيعيين من الأنشطة التجارية والصناعية وغيرها وكذلك على الزكاة بكافة أنواعها.

الكلمات المفتاحية

تطبيق الضريبة في التشريع الليبي، خصائص الضريبة، الزكاة في التشريع الليبي، خصائص الزكاة،

الائتمان الضريبي، الخصم الضريبي، الاعفاء الضريبي.

Abstract

This study aims to identify the possibility of applying the tax as a traditional source for financing the public revenues of the modern state, which is applied in all countries of the world along with zakat as an Islamic duty and one of the five pillars of Islam that is applicable in Islamic countries. So, the significance of the study is to lay the foundations, mechanisms and appropriate scientific and practical solutions to apply both tax and zakat in Islamic countries in general and in Libya in particular.



In his answer to the problem at hand and in achieving the research objectives, the researcher relied on a set of scientific research methods, which are the inductive method , the deductive method, the descriptive approach, and the analytical method. In addition, the researcher adopted the binary division where the research consists of two sections; each section was divided into two topics. In the first section, the researcher dealt with the concept of both tax and zakat and the legal basis for each of them, then explaining their characteristics. In the second section, the researcher dealt with the mechanisms of applying both tax and zakat in Libyan legislation

At the end of this study, the researcher concluded to several results, the most important of which is the adoption of the tax system applied in positive laws on a clear technical organization and procedures, close to a large extent to the zakat system in Islamic law, as it was organized in an accurate technical manner in terms of the income subject to it, the specified price and the scope of validity, the constituting incident, the methods of estimating it, its collection and



exemption. As such, this technical organization cannot be achieved by the most recent modern tax.

The most Important recommendation are the following :

- 1) To train the Tax Authority staff on applying the mechanisms of calculating and collecting tax and zakat.
- 2) To issue a law that includes the application of tax and zakat on the incomes of natural persons from commercial, industrial and other activities, as well as on zakat of all kinds.

مقدمة

إن المتتبع للحضارات الإنسانية على مدار كل الحقب التي مر عليها تطور الإنسان يدرك مدي تلازم هذا التطور بحقيقة الحاجات الإنسانية المتعددة ومحاولة تلبيتها بكل ما أمكن، كما أن إن واقع المشكلة الاقتصادية من منظور كل المدارس الفكرية التي عرفها الفكر الاقتصادي قديماً وحديثاً دارت ولا زالت تدور حول التوزيع الأمثل للموارد، وهو ما أبرز فكرة التمويل لإقتصاديات تلك الدول وإن اختلفت وتنوعت باختلاف مفاهيمها الدينية والاجتماعية والسياسية.

حيث ظهر في مراحل تطور الدولة العديد من الأساليب والأنظمة الاقتصادية التي انتهجتها الدول لضمان قيامها بواجباتها تجاه رعاياها على الوجه الأمثل، وأهمها الضرائب حيث الضرائب من أهم موارد الدولة في العصر- الحديث، فقد تطورت طبيعة الضريبة وباينت أهدافها خلال العصور مع تطور النظم السياسية والظروف الاقتصادية السائدة في المجتمع، حيث كانت الضريبة في العهد الروماني تعد من أعمال السيادة، تفرضها السلطة المركزية بقصد تغطية النفقات العامة والدفاع عن الإمبراطورية ومع بداية القرن الثالث عشر- زادت نفقات الدولة بسبب الحروب التي خاضتها وما كان على الملك إلا زيادة الضرائب لمواجهة نفقات الحروب، ولم تكن هذه الزيادة إجبارية بل كانت إختيارية، حيث إن الملك لم يحصل على الضرائب إلا برضا دافعيها وذلك في صورة هبة أو معونة للملك من أجل الاتفاق على الجنود في الحرب، وهو ما نص عليه في الوثيقة العظمى التي منحها الملك جون لشعب إنجلترا في عام 1215م، ومنذ أوائل القرن الخامس عشر- كان للملك حق زيادة الإعانات بصورة مباشرة في الحالات العاجلة، إلى أن تقرر له في عام 1339 حق فرض ضريبة ملكية دائمة على اعتبار أن الملك له سلطة إصدار القوانين ويتطور الدولة في مختلف العصور إزدادت أهمية الضريبة ودورها بسبب توسع النشاط الإداري للدولة وتعددت وظائفها السياسية والاجتماعية والاقتصادية حتى أصبحت الضرائب في العصر الحالي أهم مورد مالي للدولة.

وفي المقابل نجد في العالم الإسلامي أهمية كبيرة للضريبة على الرغم أنه لم يأتي لفظ الضريبة في القرآن الكريم أو السنة النبوية، إلا إن الله سبحانه وتعالى ارتضى- للبشر- شريعة ومنهج متكامل صالح لكل زمان ومكان حيث أن الإسلام جاء ونادي بالحرية الاقتصادية، فالأفراد أحرار في ممارسة نشاطهم الاقتصادي مع الاعتراف لهم بكافة صور الملكية الخاصة الإنتاجية والإستهلاكية، ولكن في حدود ما يقرره من قواعد وتشريعات التي تسعى لتحقيق صالح الفرد والجماعة، كما أعطت الشريعة الإسلامية لولي الأمر وهي الدولة حق التدخل في تنظيم النشاط الاقتصادي لضمان سلامة المعاملات وشرعيتها ومباشرة بعض أوجه النشاط لكافة المجالات المختلفة للمجتمع الإسلامي، وذلك لتحقيق أغراض إقتصادية واجتماعية وسياسية، ولقد عرف النظام مجموعة من الضرائب ونذكر منها على سبيل المثال الجزية التي تفرض على غير المسلمين، كما يوجد نظام الفيء وهي التي تفرض على الدولة غير المسلمة أو الأموال التي يتحصل عليها المسلمين من الكفار بغير قتال، كما توجد ضريبة الخراج وهي التي تأخذ على الأرض الخراجية أو الزراعية النامية، كما توجد الزكاة وهي التي تعتبر أبرز وسائل السياسية المالية في الدول الإسلامية، إلا إنه في العصور الحديثة لتطور الدولة أصبحت الضريبة هي المصدر الأول لتقويل المشاريع التنوية في البلاد الإسلامية.

ولعل عودة بعض الدول الإسلامية إلى تفعيل دور الزكاة في مساعي التنمية الوطنية سواء على الصعيد الاقتصادي أو الاجتماعي، وتحقيقها لنتائج ملموسة في ذلك طرحت فكرة إمكانية تطبيق الضريبة للزكاة والتحقق من مدى تحقيق الزكاة للدور الذي تحققه الضريبة، كون الزكاة نظام مال جاء به الإسلام وجعله أحد فروض الإسلام والضريبة نظام عالمي يطبق في جميع دول العالم الحديثة.

أولاً: أهمية البحث

إن للموضوع أهمية كبيرة من الناحية العلمية والعملية، سواءاً أكان ذلك على المستوى المحلي والإقليمي أو العالمي، وتتعدد أهميته في مدى تطبيق الضريبة والزكاة معاً في الدول الإسلامية، حيث أصبحت الحاجة ضرورية إلى تطبيق الزكاة باعتبارها فريضة إسلامية وأحد أركان الإسلام، إلى جانب الضريبة باعتبارها

مصدر تمويل تقليدي للإيرادات العامة للدولة الحديثة، لذلك تأتي أهمية هذا البحث في وضع الآليات والحلول لتطبيق كل من الضريبة والزكاة معاً في الدول الإسلامية عامة وليبيا خاصةً.

ثانياً: إشكاليات البحث.

تتمحور إشكالية البحث في التساؤل التالي:

ما مدى إمكانية ملائمة تطبيق الضريبة باعتبارها نظام عالمي يطبق في جميع دول العالم مع الزكاة باعتبارها فريضة إسلامية على المسلمون وواجبة التطبيق في الدول الإسلامية.

ثالثاً: أهداف البحث.

تتعدد أهداف هذا البحث للإجابة على التساؤل المطروح وهي كالتالي:

- 1-تحديد مفهوم الضريبة والزكاة.
- 2- بيان خصائص كل من الضريبة والزكاة.
- 3- إيضاح الآليات لملائمة تطبيق الضريبة والزكاة في ليبيا.

رابعاً: منهج الدراسة.

من أجل الإجابة على الإشكالية المطروحة وتحقيق أهداف البحث، اعتمدت على المنهج الاستقرائي والاستدلالي بالإضافة إلى المنهج الوصفي التحليلي للإحاطة بالموضوع من جميع جوانبه العلمية والعملية من كتب ومؤلفات وبحوث دراسية؛ للوصول إلى تحديد أهداف الموضوع والإجابة على التساؤل المطروح واستخلاص النتائج.

خامساً: خطة البحث.

المبحث الأول: ماهية الضريبة والزكاة

المطلب الأول: مفهوم الضريبة والزكاة.

المطلب الثاني: خصائص الضريبة والزكاة.

المبحث الثاني: الآليات العملية لتطبيق الضريبة والزكاة في التشريع الليبي

المطلب الأول: الوسائل والطرق الذي أقرتها الفقه للمواءمة بين تطبيق الضريبة والزكاة.

المطلب الثاني: إمكانية تفعيل المواءمة السابقة لتطبيق الضريبة والزكاة.

المبحث الأول

ماهية الضريبة والزكاة

تعتبر الضريبة والزكاة من أهم الأدوات المالية التي تساهم في تغطية نفقات الدولة وأعبائها المالية، سواء على المستوى الاقتصادي والاجتماعي أو السياسي، غير أن الزكاة هي الركن الواجب الأساسي والقاعدة العامة للعلاقات المالية بين المسلمين، بحث يؤدي أداؤها بالشكل المطلوب الى القضاء على آثار الفقر والمشاكل المالية التي يعاني منها كثير من المجتمعات البشرية، ولكنها على الرغم من أهميتها ليست هي كل النظام المالي الإسلامي ولا الحق الوحيد في المال، وإنما يوجد في المال حقوق مالية أخرى كحقوق النفقة والكفارات ونحوها، بل إن فيه حقاً سوى الزكاة ولا سيما عند الالتزامات والشدائد حيث أعطى الإسلام الحق لولي الأمر في فرض حق آخر سوى الزكاة عند الحاجة وبضوابط شرعية، ومنها الخراج وهي التي تفرض على الأرض الزراعية النامية، والجزية وهي الأموال التي تفرض على غير المسلمين الذين يقيمون في الدولة الإسلامية، والعشور وهي الأموال التي تؤخذ من الذميين الذين دخلوا بلاد المسلمين لغرض التجارة فيها، وغيرها من الأموال الأخرى التي كانت تفرض كضرائب على المسلمين وغير المسلمين.

وعليه سنتناول في هذا البحث تعريف كل من الضريبة والزكاة وأساسها بالإضافة الى أهم

الخصائص التي تميز كلاهما وذلك وفقاً للتالي:

المطلب الأول:

مفهوم الضريبة والزكاة

سوف نتناول في هذا المطلب تعريف كل من الضريبة والزكاة وذلك وفقاً لما سيأتي بيانه.

الفرع الأول: تعريف الضريبة.

اختلف الفقه المالي في وضع تعريف جامع مانع للضريبة، فعرفها الفقه التقليدي بتعريفات مغايرة عن الفقه الحديث، وذلك بسبب نظرتهم لأغراض الضريبة وأهدافها، فمن ينظر للهدف المالي للضريبة يختلف في تعريفه عن من ينظر لهدفها الاقتصادي والاجتماعي والسياسي وسنبين ذلك على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الضريبة في الفقه التقليدي.

لقد إقترن وجود الضريبة في الدولة بوجود سلطة سياسية في العصور القديمة، إلا أنه لقلة الأعباء التي كانت تتحملها الدولة لمواجهة نفقاتها في تلك الفترة، كانت تفرض ضريبة محددة على عامة الشعب دون غيرهم الأمر الذي خلق تمييزاً في المعاملات والالتزامات، وخلق سوء فهم للعلاقات الاجتماعية في الدولة، الأمر الذي جعل فقهاء المالية في تلك الحقبة يعرفون الضريبة على حسب ما تفرضها الدولة على قاطنيتها ومن هذه التعريفات الآتي:

فقد عرفها الفقيه الفرنسي " أونوريه جابرييل ريكويتي " المعروف بالكونت دي ميرابو بأنه ليست سوى مبلغ يدفع مسبقاً للدولة لضمان الحصول على حماية السلطة.

أما الفقيه الفرنسي- بيير جوزيف برودون فلقد عرف الضريبة على انها ثمن لخدمات الدولة التي تقوم بإشباع الحاجات العامة.

كما عرفها الأستاذ الفقيه الفرنسي- جاستون جيز، بأنها أداء نقدي تفرضه السلطة على الافراد بطريقة نهائية بلا مقابل من أجل تغطية الأعباء العامة⁽¹⁾.

(1) وليد صيام وحسام الحداد، الضرائب ومحاسبتها، الطبعة الثانية (منشورات للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، 1997م)، ص:15.

على الرغم من التعريفات قد أبرز خصائص الضريبة، إلا أنها ركزت على الجانب المالي فقط للضريبة، فالضريبة أهداف وأغراض أخرى إقتصادية واجتماعية وسياسية لفرضها وهو بالتالي لا يعتبر تعريف ملم وجامع لكافة عناصر الضريبة.

أما الأستاذ الفقيه لويس تروتانا، يفضل الاقتصار على الجانب القانوني للضريبة باعتبارها أداة لتوزيع الأعباء العامة بين الافراد توزيعاً يطابق مقدرتهم المالية.⁽²⁾

بالرغم من ان التعريف بصفة عامة مبدأ المساواة بين افراد الشعب الواحد، في تحمل الأعباء المالية للدولة- إلا إنه يؤخذ عليه اقتضاره على الجانب المالي أيضاً ومن زاوية قانونية فقط ومن ثم لا يعتبر تعريف جامع مانع للضريبة.

كما توجد العديد من التعريفات الأخرى للضريبة التي ظهرت في هذه الفترة والتي لا يسعنا ذكرها في هذا المقام.

ثانياً: تعريف الضريبة في الفقه الحديث.

لقد أدى تطور مفهوم الدولة الى ازدياد تدخلها في الأنشطة الاقتصادية واتساع نطاق مجال عملها مما أدى الى زيادة حجم ميزانيتها في جانبيها الإنفاقي والتحصيلي، والذي نتج عنه ظهور مفهوم جديد للضريبة يختلف عما كان عنه في الفقه التقليدي وهي كالتالي.

اختلف أساتذة الفقه الحديث في تعريف الضريبة، حيث ذهب بعضهم الى تعريف الضريبة على انها كل اقتطاع مالي في شكل مساهمة نقدية اجبارية من الافراد للمشاركة في تحمل أعباء الخدمات العامة والإنفاق العام تبعاً لمقدرتهم على الدفع ودون النظر الى تحقيق نفع خاص يعود عليهم من هذه الخدمة وتستخدم حصيلتها في تحقيق أهداف إقتصادية واجتماعية ومالية.⁽³⁾

(2) منصور ميلاد بونس، مبادئ المالية العامة، منشورات المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 2008م، ص:101.

(3) البشير محمود الهوش، مذكرات المالية العامة لطلبة السنة ثالثة، كلية القانون جامع السابع من ابريل سابقاً (جامعة الزاوية)، 2010/2011م، ص:

ذهب جانب من الفقه في تعريف الضريبة على انها استقطاع تقدي تفرضه السلطات العامة على الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين وفقاً لمقدراتهم التكليفية وبطريقة نهائية وبلا مقابل، بقصد تغطية الأعباء العامة ولتحقيق دخل للدولة.⁽⁴⁾

وذهب جانب آخر من الفقه في تعريف الضريبة، على إنها اقتطاع مبلغ من المال يلزم الافراد بشكل إجباري، يدفعه للسلطات العامة بدون مقابل وفقاً لقواعد مقررة من اجل تغطية أعباء الدولة والسلطات الجهوية.⁽⁵⁾

ويؤخذ على هذا التعريف أيضاً إقتصاره على الجانب المالي، دون الاخذ بالجانب الفني والعملي كما أنه لم يبين أغراض وأهداف التي تسعى إليها الضريبة.

أما الباحث فيذهب مع رأي الفقه الذي عرف الضريبة، بأنها مبلغ من النقود يفرض ويجبى جبراً من الممول طبقاً لمبدأ التضامن الاجتماعي، ويقوم بدفعه وفقاً لمقدرته التكليفية ومساهمة منه في الأعباء العامة بغض النظر عن المنافع الخاصة التي تعود عليه وتستخدم حصيلة الضريبة في تغطية النفقات العامة للدولة، وتحقيق اهداف السياسة المالية للدولة.⁽⁶⁾

الفرع الثاني: تعريف الزكاة.

الزكاة هي أحد أهم الأركان الخمسة التي بني عليها الإسلام بل انها قرنت بالصلاة فهي الركن الثالث من اركان الإسلام الخمس، وهي عبادة مالية على المسلمين للتقرب بها الى الله سبحانه وتعالى، ولقد اختلف الفقهاء في وضع صيغة موحدة لمفهوم الزكاة الا أن مضمونها واحد وعليه فإننا سوف نوضح مفهوم الزكاة لغة واصطلاحاً وذلك وفقاً للتالي.

⁽⁴⁾ خالد الخطيب وأحمد شامية، أسس المالية العامة، الطبعة الأولى (منشورات دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2003م)، ص: 146.

⁽⁵⁾ صالح الرويلي، اقتصاديات المالية العامة، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988م)، ص: 159.

⁽⁶⁾ أسعد طاهر أحمد، الإعفاءات الضريبية في النظم الضريبية الحديثة دراسة مقارنة، جامعة الفتح سابقاً (جامعة طرابلس) بدون سنة نشر، ص: 8.

أولاً: مفهوم الزكاة لغةً.

جاءت الزكاة من فعل يزكي وهي بمعنى النماء والزيادة والتطهير ولا أدل على أنها تطهير للمال والنفس لقول الله تعالى في كتابه العزيز ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾ [سورة التوبة، الآية 301] وعلى أنها زيادة في المال لقوله تعالى ﴿يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُزِيهِ الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ﴾ [سورة البقرة، الآية 672] على اعتبار ان الزكاة هي أوجب الصدقات على الاطلاق.⁽⁷⁾

والزكاة لغة تعني أيضاً، النماء والتطهير بمعنى الزيادة والطهارة يقال زكا الزرع إذا نمي وزاد وكثر ريعه وزكت النفقة إذا بورك فيها، ولفظ الزكاة يدل على الطهارة سواء كانت طهارة حسية أو طهارة معنوية كما في قوله تعالى: ﴿قَدْ أَفْلَحَ مَنْ زَكَّاهَا﴾ [سورة الشمس، الآية 9] والتي هي سبب النمو والزيادة، فإن الزرع لا ينمو إلا إذا خلص من الدغل.

ولفظ الزكاة أستعمل في القرآن والحديث وهي من الأسماء المشتركة بين المخرج والفعل، فيطلق على العين وهي الطائفة من المال المزكى بها، وعلى المعنى وهي التزكية لقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِلزَّكَاةِ فَاعِلُونَ﴾ فالزكاة طهارة للأموال وزكاة الفطر طهارة للنفس.⁽⁸⁾

ثانياً: مفهوم الزكاة اصطلاحاً.

تعتبر الزكاة أحد أهم الفرائض التي قام عليها الإسلام، حيث كثرت لها التعريفات عند فقهاء المسلمين كلاً حسب المذهب الذي ينتهجه، فإن هذه التعريفات تباينت فيما بينها من حيث الالفاظ ولكنها لا تختلف عن بعضها من حيث المعنى وهو ما يمكن إجماله في عرض بعض من هذه التعريفات وفقاً لما سيأتي بيانه.

الزكاة عند فقهاء الحنفية، هي تملك جزء مخصوص من مال مخصوص لشخص مخصوص لله سبحانه وتعالى.⁽⁹⁾

(7) محمد بن علي بن محمد الدوغني، غاية المني شرح سفينة النجا، الطبعة الاولى (مكتبة ترم الحديثة، الجن، 2008م) ص: 53.

(8) محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، حرف الزاي كلمة زكا، الجزء السابع (منشورات دار صادر للطباعة والنشر- والتوزيع، بيروت- لبنان، 2003م) ص: 46.

أما فقهاء المالكية فيعرفونها على أنها، إخراج جزء مخصوص من مخصوص بلغ نصاباً لمستحقه إن تم الملك وممر الحول غير المعدن والحراث.⁽¹⁰⁾

وعرفها فقه الشافعية بأنها أخذ شيء مخصوص من مال مخصوص على أوصافه مخصوصة لطائفة مخصوصة.⁽¹¹⁾

كما تعرف الزكاة أيضاً بأنها، الفريضة المالية الأساسية في اقتصاد يسير على هدى الشريعة الإسلامية وهي تمارس دورها لتحقيق العدالة في التوزيع وتقليل التفاوت من جانبيين بتقليل الحد الأعلى للدخول وزيادة الحد الأدنى للدخول.⁽¹²⁾

ومن خلال ما تقدم فإنه وبشكل عام يمكن استخلاص مقصدين هامين للزكاة مقصد فردي ومقصد جماعي.

1- المقصد الفردي للزكاة: - وهو مساعدة الفرد على تطهير نفسه والتغلب على شهوة المال وأحكام الصلاة الاجتماعية بين الفرد، والتقرب الى الحال الواهب مع الاعتراف الدائم بأنه تعالى المعبود دون سواه وحته على البذل والتصدق.

2- المقصد العام للزكاة: - وهو إنشاء نظام جامع لأصول المعاملات المادية، ومنظم لإيرادات الدولة ونفقاتها محكم القواعد للإنتاج والتداول وتوزيع الثروات، ويقال في مقاصد الزكاة إنها جاءت لرفع رذيلة الشح ومصالحة إرفاق المسلمين وإحياء النفوس المعرضة للتلف.⁽¹³⁾

⁽⁹⁾ عبد الغني بن طالب حادة الميداني، الباب في شرح الكتاب، الطبعة الأولى، الجزء الأول (دار الكتاب العرب بيروت لبنان، بدون سنة نشر)، ص:

60.

⁽¹⁰⁾ سيد بن عبدالله التبيدي الأزهري، الأجوبة التبدية في فقه السادة المالكية، مكتبة القرآن، بدون سنة نشر، ص: 77. 10

⁽¹¹⁾ رواه البخاري ومسلم، كتاب المجموع شرح المذهب للشيرازي، الجزء الخامس (مكتبة الإرشاد جدة، المملكة العربية السعودية، بدون سنة نشر)، ص: 295.

⁽¹²⁾ شهاب أحمد شيجان، الزكاة والضريبة في توزيع الدخل القومي، دراسة تحليلية نظرية مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 44، كلية الإدارة والاقتصاد جامعة الانبار، بدون سنة نشر، ص: 6.

⁽¹³⁾ محمد نجيب عبد الحميد نصرات، مفاهيم اقتصادية دراسة مقارنة بين فقه الشريعة الإسلامية والفقه الوضعي للشيخ علي النجار، الطبعة الأولى (البار العربية للطباعة صرمان ليبيا، 2012م)، ص: 25-26.

بعد عرض كل هذه التعريفات وما تحمله من دلالة مقاصدية وان اختلفت في تعابيرها، إلا أنها لم تختلف في معانيها يمكننا إستخلاص تعريف يكون شاملاً لكل ما سبق، بحيث يمكن تعريف الزكاة على انها تلك الفريضة المالية الواجبة على كل مسلم حر، يتم بموجبها تخصيص وإخراج قدر معلوم من المال المملوك شرط توفر النصاب ودوران الحول لتستفيد منه فئات محددة وان تحققت شروطهم وذلك بقصد تحقيق العدالة في التوزيع وتقليل التفاوت بين مكونات المجتمع الواحد.

المطلب الثاني

خصائص الضريبة والزكاة.

لإيضاح ماهية الشيء لا يعني أن نوضح مفهومه فقط، وإنما يجب بالضرورة إيضاح خصائصه التي تميزه في الفقه عامة والفقه المالي خاصة، ولذلك سوف يتناول الباحث في هذا المطلب دراسة خصائص الضريبة والزكاة التي تميز كلاً منهما- وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: خصائص الضريبة.

من خلال التعريفات التي سردناها سابقاً، فإنه يمكننا إستخلاص وإستنتاج الخصائص التي تميز بها الضريبة وهي كالتالي:

أ- **الضريبة أداء قسدي:** الأصل في الضريبة أنها مبلغ من النقود أي انها اقتطاع قسدي، على خلاف ما كان سائداً في العصر- القديم حيث كانت الضريبة تؤدي عيناً، إلا أن أغلب دول العالم الحديث، أصبحت تتجه إلى مبدأ نقدية الضريبة بإعتبارها ميزة تفردها الضريبة عن باقي الأعباء الأخرى وذلك للأسباب التالية.

1- لا تتفق الضريبة العينية مع العدالة في توزيع الأعباء المالية، لأنها تفرض على الممولين كافة وبالتالي فإنها لا تراعي اختلاف تكاليف الإنتاج من منسج إلى آخر وكذلك فإنها لا تراعي قدرة الأفراد على تحمل العمل، والظروف الشخصية للمول.

2- ستكلف الضريبة العينية الدولة نفقات باهضة، لجمع المحصول ونقله وحفظه بالإضافة فأنها ستتحمل ما تتعرض له هذه المحاصيل من تلف.

3- عدم ملائمتها للنظام الفني المالي الحديث، لأن الدولة الحديثة تقوم بأداء نفقاتها في صورة نقدية لذلك يجب أن تحصل إيراداتها في صورة نقود لتسهيل القيام بأعبائها العامة.

إلا أنه توجد بعض الدول مازالت تطبق الضريبة العينية في جزء من نظامها الضريبي، مثل الاتحاد السوفيتي التي تطبق ضريبة عن الاطيان الزراعية، ويكون في صورة توريد جزء من المحاصيل الزراعية الى الدولة كضريبة.⁽¹⁴⁾

ب- **الضريبة فريضة جبرية**: تتميز الضريبة بأنها تدفع جبراً من الافراد للدولة، لأنها تمثل مظهراً من مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، وبهذا فإن الدولة تستقبل بوضع نظامها القانوني دون أن يكون ذلك محل للاتفاق أو التفاوض مع الأفراد، فإذا ما حاول الفرد الخاضع للضريبة التهرب أو الامتناع عن دفعها وقع تحت طائلة العقاب.⁽¹⁵⁾

ويترتب على صفة الإيجاب عدة نتائج وهي:

1- أن تصدر الضريبة بقانون من السلطة التشريعية، للتأكيد على إلزاميتها من الجميع دون تمييز، إلا في حالة الاعفاء منها ويكون ذلك بقانون.

2- يترتب على صفة الإيجاب ضرورة إتخاذ الدولة كافة الوسائل التنفيذية الجبري المنصوص عليها قانوناً في أموال المولدين للحصول على دين الضريبة في حالة إمتناعهم عن دفع الضريبة والتهرب منها.

3- يترتب على صفة الإيجاب للضريبة، أن يكون دينها ممتاز عن الديون الأخرى المستحقة للملتزمين بسدادها.

ج- **تدفع الضريبة بلا مقابل**: تعتبر الضريبة إجتماعية يقوم الفرد بأدائها بصفته عضواً في جماعة تستفيد من مجموع الخدمات العامة التي تقدمها الدولة، حيث أنه يستفيد بقدر من منافع هذه الخدمات خاصة وأن ما يحققه من

⁽¹⁴⁾ عادل العلي، المالية العامة والتشريع الضريبي، الطبعة الاولى (دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2003م)، ص:92.

⁽¹⁵⁾ أعاد القيسي، المالية العامة والتشريع الضريبي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2000م، ص: 127.

دخل خاضع للضريبة، لا يعدو أن يكون نصيباً من الدخل الكلي لهذه الجماعة حصل عليه نتيجة سيادة أنظمة معينة تحكم استغلال وتوزيع الناتج.⁽¹⁶⁾

ونتيجة لذلك فإنه يترتب على هذه الصفة عدة نتائج وهي:

1- لا يجوز للممول مطالبة الدولة قانوناً بتنفيذ المشاريع التي فرضت وحصلت الضريبة بقصد الانفاق عليها، وإن كان يحق له ذلك من الناحية السياسية في الدول التي ينص دستورها على ذلك.

2- لا يجوز للممول مطالبة الدولة برد الضريبة في حالة عدم إنفاقها من قبل الحكومة، أو حققت الحكومة فائض في الميزانية العامة لها نظراً لوفرة حصيلة الضرائب، فالضريبة تدفع بشكل نهائي.

3- لا يجوز للممول الادعاء بعدم إستفادته من الخدمات العامة التي توفرها الحكومة للشعب نظير دفع الضرائب، أو مطالبة الحكومة بتحقيق منفعة خاصة له بدعوى إنه يقوم بدفع الضريبة.

د- الضريبة تهدف للنفع العام: تهدف الضريبة إلى تحقيق أهداف المجتمع المالية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها وتستخدم حصيلة الضريبة أولاً في تمويل النفقات العامة المعتمدة في الموازنة العامة في الدولة، كما تستهدف الضرائب رفع الكفاءة الاقتصادية وتوجيه تلك الموارد إلى أفضل استخداماتها وتستخدم الضرائب إضافة إلى ذلك في تحقيق الاستقرار الاقتصادي والعدالة الاجتماعية في توزيع الدخل حيث لم يعد تحقيق العدالة مطلباً اجتماعياً فقد وإنما أصبح يرتبط بتحقيق الأمن القومي في المجتمع أيضاً⁽¹⁷⁾.

ونتيجة لذلك فإن المبالغ التي تنص عليها بعض القوانين على وجوب دفعها إلى بعض الهيئات من غير الأشخاص العامة كما إذا قررت بعض القوانين وجوب إشتراك أرباب العمل والعمال في دفع أقساط معينة تغدي بها صناديق تأمين العمال ضد المخاطر (التأمين الصحي الاجباري) وأقساط التأمين الاجباري على

(16) خالد الشاوي، نظرية الضريبة والتشريع الضريبي الليبي (منشورات جامعة بنغازي، 1975م)، ص: 360-358.

(17) مرسي الحجازي، النظم الضريبية، (الدار الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1998م)، ص: 9.

وسائل النقل وغيرها فهذه المبالغ رغم إنها تفرض بقانون وتقوم على عنصر- الإلزام والاجبار إلا إنها لا تعد ضريبة. (18)

هـ- الضريبة تتميز بأنها قانونية: لا يتم فرض الضريبة أو الاعتراض عليها أو تحصيلها أو إلغائها أو الاعفاء منها إلا بموجب قانون يصدر من السلطة التشريعية، وذلك طبقاً لدستور تلك الدولة ويزتجب على قانونية الضريبة عدة نتائج وهي كالتالي:

1- لا ضريبة إلا بقانون يصدر من الجهات التشريعية المخولة لها حق سن التشريعات بموجب الدستور ومن هنا لا يجوز فرض الضريبة وتعديلها أو الاعفاء منها وإلغائها من السلطة التنفيذية أو القضائية في الدولة.

2- يجوز للأفراد الطعن أمام المحاكم المختصة على القانون الضريبي سواء من حيث مخالفته للدستور أو مخالفته للقواعد والإجراءات، متى توافرت لهم مصلحة في ذلك.

3- يقدم التشريع الضريبي في أحكامه على باقي القوانين والتشريعات الأخرى بصفته قانون خاص يقيد القانون العام، ويجوز تطبيق أحكام القانون العام على التشريع الضريبي في حالة عدم تعارضها مع أحكامه وفي حالة عدم وجود نص فيها، كأن يطبق أحكام التقادم لدين الضريبة وعدم تطبيق أحكام التقادم القانون المدني.

4- لا ضريبة إلا بموجب قانون يتوفر فيه الشروط الشكلية والموضوعية لإصداره وتطبيقه، فلا يجوز أن يكون مصدر الضريبة العرف أو القياس والاستنباط من مصادر الفقه أو أحكام القضاء.

5- يخضع التشريع الضريبي الصادر من السلطة التشريعية لرقابة القضاء من حيث دستوريته وسلامة تطبيق نصوصه. (19)

(18) خالد الشاوي، نظرية الضريبة والتشريع الضريبي، مرجع سابق، ص:360.

(19) أسعد طاهر أحمد، الإعفاءات الضريبية في النظم الضريبية الحديثة دراسة مقارنة، مراجع سابق، ص:13.

الفرع الثاني: خصائص الزكاة.

أن الزكاة تتميز بأنها عبادة مالية ثابتة قدرأ واستمراراً فليس لأحد أن يغير من قيمة الزكاة، بالإضافة إلى أن الزكاة تتميز بمجموعة من الخصائص وسوف نوضحها وفقاً لما سيأتي بيانه²⁰.

أ- الزكاة تجب وتصرف من ولي الامر: إن الزكاة فريضة شرعية يخضع لها الجميع دون فرق بين شخص وآخر فهي فرضت على مقدرة المكلف بحيث تجمعها الدولة وتوزعها على مستحقيها، وللإمام أن يترك للمسلمين إخراج زكاة بعض الأموال بأنفسهم إذا رأى المصلحة في ذلك كما فعل عثمان بن عفان رضي الله عنه حينما ترك للمسلمين أن يخرجوا زكاة الأموال الباطنة، وهي ما يمكن إخفاءها عن أعين الناس من ذهب وفضة.⁽²¹⁾

والدليل على مسؤولية ولي الأمر في جباية وصرف الزكاة، قوله تعالى في محكم كتابه ﴿تُخَذُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةٌ تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾ [سورة التوبة، الآية 104] فهذه الآية الكريمة جاءت بصيغة الأمر للرسول الكريم عليه أفضل الصلاة والسلام، لأخذ ما زاد من أموال الأغنياء وردها إلى الفقراء، بصيغته ولي الأمر في تلك الحقبة ولقد فعل الأمر نفسه سيدنا أبو بكر الصديق حين تولى الخلافة على المسلمين بعد وفاة سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة والسلام، حيث قاتل المرتدين الذين إمتنعوا عن دفع الزكاة وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه " أَدْعُوا صَدَقَاتِكُمْ لِمَنْ وُلَاهُ اللَّهُ أَمْرَكُمْ فَمَنْ بَرَّ فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَثَمَ فَلِإِخْوَانِهِ"⁽²²⁾ وهذا دليل على مسؤولية ولي الأمر لجباية وصرف الزكاة على مستحقيها ورعاية شؤون المسلمين.

ب- الزكاة فريضة إجبارية: فلا يجوز التهرب من أدائها أو الامتناع عن إعطائها وهذا ما جاء في القرآن الكريم لقوله تعالى: ﴿وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حَقَّاءَ وَيَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَيُؤْتُوا الزَّكَاةَ وَذَلِكَ دِينُ الْقِيَمَةِ﴾ [سورة البينة، الآية 5] فإن كان هذا الامتناع من باب الخوف من نقص المال أو التكاثر والبخل وغير ناكر لوجوبها، فإن أهل العلم اتفقوا على إنه مرتكب لكبيرة من الكبائر والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم " ما من صاحب ذهب ولا فضة لا يؤدي منها حقاً إلا إذا كان يوم القيامة صفحت له

⁽²⁰⁾ محمد محمد عمر الطاطوني، موافقة تطبيق الضريبة والزكاة في التشريع المالي الليبي، رسالة ماجستير، جامعة الزاوية، كلية القانون، 2020، ص: 22.

⁽²¹⁾ دليل الزكاة الصادر عن الإدارة العامة لشؤون الزكاة، ليبيا، بدون سنة نشر، ص: 4-5.

⁽²²⁾ رواه الطبراني، الأموال لأبو عبيد القاسم البغدادي، الجزء الثالث، تحقيق خليل محمد هراس، (دار الفكر العربي بيروت، 1986م)، ص: 297.

صفائح من نار فأخمي عليها في نار جهنم فيكوي بها جنبه وظهره، كلما بردت أعيدت له في يوم كان مقداره خمسين ألف سنة، حتى يقضي بين العباد فيرى سبيله، إما الجنة وأما النار".⁽²³⁾

وإذا كان الامتناع إنكاراً لوجوبها فيتعدى الأمر العقوبة المالية إلى مقاتلة مانعها لقوله تعالى:

﴿وَالَّذِينَ يَكْتُمُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَالْأَمْوَالَ الَّتِي بَخَسُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ [سورة التوبة، الآية 34]

كما فعل أبو بكر الصديق رضي الله عنه حين قاتل المرتدين عن دفع الجزية والزكاة حيث أنه لم يفرق بين من أرتد عن الإسلام وبين من منع الزكاة وقال في ذلك قولته الشهيرة، "والله لو منعوني عقال بعير كانوا يؤدونه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم عليه"⁽²⁴⁾.

ج- الزكاة ليس لها مقابل خاص: حيث لا يوجد منفعة دينوية خاصة بدافع الزكاة ولا يجب أن ينظر المسلم الجزاء من مستحق الزكاة فالزكاة تقوم على النظرية العامة للتكليف ونظرية التكافل الاجتماعي والاخاء والمنفعة الوحيدة التي سيتحصل عليها الفرد من تأدية فريضة الزكاة، هو الأجر والتواب من عند الله سبحانه وتعالى ويعوضه خيراً كثيراً في دنياه وأخرته وهذا ما جاء في كتابه العزيز لقوله تعالى ﴿قُلْ رَبِّي يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَ يَقْدِرُ لَهُ وَمَا أَنْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَعُوٌّ يُخْلِفُهُ وَهُوَ خَيْرُ الرَّازِقِينَ﴾ [سورة سبأ، الآية 39] كما قال النبي عليه أفضل الصلاة والسلام فيما يرويه عن ربه قال تعالى "أَنْفِقُوا يَا أبن آدَمَ أَنْفِقُوا عَلَيَّكَ"⁽²⁵⁾ فאלله سبحانه وتعالى هو الذي رزق المال ويسره ومن ثم أمر بالتصدق منه، حتى ينال صاحبة المنزلة العليا في الدنيا والاخرة، فعن عقبه بن عامر قال سمعت رسول الله عليه الصلاة والسلام يقول "كلُّ امرئٍ في ظل صدقته حتى يُفصل بين الناس أو قال يُحكَم بين الناس"⁽²⁶⁾ كما إن إخراج الزكاة يزيد المحبة والألفة بين الناس

⁽²³⁾ رواه مسلم، جامع الأحاديث للحافظ جلال الدين السيوطي، الجزء 19، جمع وترتيب عباس أحمد صقر، أحمد عبد الجواد، دار الفكر للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر، ص: 187.

⁽²⁴⁾ رواه الترمذي، فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي حجر العسقلاني، تقدم وتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، محب الخطيب، دار الريان للتراث، بدون مكان نشر، 1986م، ص: 291.

⁽²⁵⁾ رواه البخاري ومسلم، فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تقدم وتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، محب الدين الخطيب، مرجع سابق، ص: 126.

⁽²⁶⁾ رواه أحمد بن حنبل في مسنده، صحيح الترغيب والترهيب للمنذري، إشراف وتحقيق محمد ناصر الدين الألباني، الطبعة الأولى (منشورات مكتبة المعارف، 1421هـ)، ص: 872.

وتحفزهم على التعاون بينهم، وتقضي- على الحسد والكراهة والفقر وتساهم في بناء مجتمع سليم متعاون وخالي من الظواهر والسلوكيات السلبية.

د- الزكاة تجب في عين المال ولها تعلق بالذمة: لقد اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في وجوب الزكاة حيث يرى المالكية والحنفية إنها تجب في عين المال الذي لو دفع زكاته منه أجراته، كالذهب والفضة وما ينوب عنها من العملات الورقية والمعدنية والبقر والغنم السائمة ونحوها، ومجتهم في ذلك قوله تعالى في كتابه الحكيم ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً ﴾ [سورة التوبة، الآية 103] وقوله عليه أفضل الصلاة والسلام حين بعث معاذاً إلى اليمن قال له " فأعلمهم إن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقراءهم " (27) أما الشافعية والحنابلة فلم يروا قولاً أحدهما يرى أن الزكاة تجب في عين المال ومجتهم في ذلك ما استدلل به المذهب المالكي والحنفي، أما القول الآخر فيرى أنها تجب في الذمة أي ذمة المزكي لأنه المطالب بها ولا يعتبر في وجوبها إمكان الأداء كسائر العبادات، فإن الصوم يجب على المريض والحائض والصلاة تجب على المغني عليه والنائم فتجب في الدين والمال الغائب ونحوه لكن لا يلزمه الإخراج قبل حصوله بيده ولا يعتبر في وجوبها أيضاً بقاء فلا تسقط بتلفه، إلا إذا تلف زرع أو ثمر بجائحة قبل حصاده وجذاذ كما تتعلق بذمة المزكي فيما يتعلق بقيمة الزكاة. (28)

هـ- الزكاة مصاريفها محددة: عندما شرع الله سبحانه وتعالى الزكاة لم يجعلها بهدف أخذ المال فقط، بل وضع لها أسس وضوابط لأدائها الى مستحقيها وهم ثمانية أصناف، ولا يجوز بأي حال من الأحوال إعطاء الزكاة لغير مستحقيها من الأصناف الثمانية، مصداقاً لقوله تعالى كما جاء في القرآن الكريم ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾ [سورة التوبة، الآية 60]. فالصدقات المقصودة في الآية الكريمة الزكاة الواجبة فلم يخص

(27) رواه صحيح مسلم، المسند الصحيح المختصر- بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تقدم مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الأولى، منشورات دار إحياء الكتب العربية، عيسى الباني الحلبي وشركاه سنة 1374هـ، ص: 19.

(28) منصور بن يونس الهبوتي، الروض المربع بشرح زاد المستقنع مختصر- المنقح في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل، خرجه وقدمه محمد عبد السلام إبراهيم، منشورات دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 2004م، ص: 129.

بها أحد دون الآخر، فالزكاة واجبة على كل مسلم ممن توافرت فيه شروط أدائها وتؤدي إلى الفئات وحسب الترتيب المذكور في الآية الكريمة، فأول هذه الفئات الفقراء والمساكين فهم أكثر الأصناف إحتياجاً للزكاة، وهما صنفان متفاوتان فالفقير أشد حاجة من المسكين لأن الفقير لا يجد من حاجته شيء أو يجد بعض كفايته دون نصفها، أما المسكين فهو الشخص الذي يجد نصف حاجته فأكثر ولا يجد تمام كفايته منها، لأنه لو وجد كفايته لكان غنياً وبالتالي فإنه لا يستحق الزكاة بل تصح واجبة عليه ولذلك فإن الزكاة تعطي لهذه الفئة ما يزول به فقرهم ومسكنتهم، أما سهم العاملون عليها فهم كل من له عمل وشغل فيها، أي القائمين على تطبيق الزكاة جبايةً و صرفاً فيعطي لهذه الفئة من أموال الزكاة مقابل عملهم، والفئة الرابعة من مصارف الزكاة المؤلفة قلوبهم فالمؤلف قلبه هو السيد المطاع في قومه ممن يرجى إسلامه، أو يخشى - شره أو يرجى بعطيته قوة إيمانه أو إسلام نظيره أو جبايتها ممن لا يعطيها فيعطي من أموال الزكاة ما يحصل به التأليف والمصلحة.⁽²⁹⁾

والفئة الخامسة المذكورة في الآية سهم وفي الرقاب، وهم المكاتبون الذين قد إشتروا أنفسهم من ساداتهم فهم يسعون في تحصيل ما يفك رقابهم، فيعانون على ذلك من الزكاة وفك الرقبة المسلمة التي في حبس الكفار أما الغارمون وهم المدينون وهم المدينون العاجزون عن الوفاء بديونهم، وهم قسبان الأول الغارمون لإصلاح ذات البين وهو أن يكون بين طائفتين من الناس شر وفتنة، فيتوسط الرجل للإصلاح بينهم بمال يبذله لاحدهم أو لهم كلهم، فجعل له نصيب من الزكاة ليكون أنشط له وأقوى لعزمه فيعطى ولو كان غنياً أما الثاني من غرم لنفسه ثم أعسر - فإنه يعطي ما يوفي به دينه على شرط ألا يكون غرمه في معصية والمصرف السابع للزكاة كما جاء في الآية الكريمة في سبيل الله، وهو الإنفاق على ضرورة دين الله وشريعته التي شرعها لعباده بقتال أعدائه، وهم المقاتلين المتطوعين الذين لا ديوان لهم أي الذين ليس لهم مورد رزق يعول به على نفسه أو أهله، فيعطون من الزكاة ما يعينهم على غزوهم من ثمن سلاح أو دابة أو نفقة له ولعِياله، أما الفئة الثامنة من مصارف الزكاة فهو إن السبيل وهو المسافر الغريب المنقطع به في سفره عن أهله وماله

⁽²⁹⁾ طاف بن حسن آل جيعان الفحطاني، الكواكب النيرات بشرح الحصر - المختصرات للإمام ابن بلبان الدمشقي، كتاب الزكاة، منشور بالشبكة العامة للمعلومات، بدون سنة نشر، ص: 104-112.



وليس له ما يرجع به إلى بلده، فيعطي من الزكاة ما يوصله إلى بلده ولو كان غنياً، فهؤلاء الأصناف الثمانية الذين تدفع إليهم الزكاة.⁽³⁰⁾

وليس لأحد أن يغير من هذه المصارف وهم مجموعتان الأولى تصرف الزكاة لهم ويملكون ما يصرف لهم وهم الفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم أما المجموعة الثانية فتصرف الزكاة فيهم ولا يملكون ما يصرف نحوهم وهم في الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل.⁽³¹⁾

⁽³⁰⁾ لجنة مسعودة، دراسة مقارنة بين الضريبة والزكاة، مذكرة مقدمة إلى معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي يحي فارس الجزائر، 2007م، ص:29.

⁽³¹⁾ سعيد بن علي بن وهف القحطاني، مصاريف في الإسلام، الجزء الأول، منشورات مطبعة السفير الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة 2005م، ص:45.

المبحث الثاني

آليات العملية لتطبيق الضريبة والزكاة في التشريع الليبي

هناك عدة وسائل وطرق للمواءمة طرحها الفقه المالي نينها بالشرح، ثم نحدد إمكانية تطبيقها وتفعيلها لإمكانية المواءمة بين تطبيق الضريبة والزكاة معاً نظراً للحاجة الماسة والضرورة نظراً للاختلاف بين الزكاة والضريبة أصبح تطبيق الضريبة مع الزكاة في أي دولة إسلامية أمراً لازماً حفاظاً على تحقيق التنمية الاقتصادية ومواكبة التطور المعاصر لدور الدولة ومساعدتها على تحقيق وظائفها وتطبيق أهداف كل من الزكاة والضريبة ونفصل ذلك على النحو التالي⁽³²⁾:

المطلب الأول

الوسائل والطرق التي أقرها الفقه للمواءمة بين تطبيق الضريبة والزكاة.

اتفق الفقه المالي على ثلاث وسائل طرحت من الفقه المالي للحد من ظاهرة الازدواج الضريبي بحيث لا يمثل تطبيق الزكاة مع الضريبة تحقيق الازدواج الضريبي بينها نبن هذه الوسائل على النحو التالي:
الفرع الأول: طريقة الإعفاء.

طرحت هذه الطريقة من الفقه المالي لحل مشكلة الازدواج الضريبي الدولي، حيث يتحقق هذا الازدواج عندما تفرض ضريبة الدولة على نفس الدخل الذي تفرض عليه ضريبة دولة أخرى، ومقتضى هذه الطريقة أن للدولة مصدر الدخل دون غيرها حق فرض الضريبة على ذلك الإيراد المستمد من هذه الدولة بصرف النظر عن دولة المستفيد أو محل إقامته.

ومن ثم إذا ما تحققت إيرادات للشخص في أكثر من دولة تقسم هذه الإيرادات على الدول التي تحققت فيها وتخضع كل منها للضريبة في دولة المصدر، وترتيباً على ذلك فإن الإيراد الخارجي لرأس المال (أي

⁽³²⁾ أسعد الطاهر أحمد، إمكانية موازنة الضرائب ومع الزكاة، جامعة الراوية، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد التاسع، ديسمبر 2016م.

المحقق في الخارج) يتمتع بالإعفاء الضريبي الكامل في دولة المستفيد، ولا يخض⁽³³⁾ للضريبة إلا في الدولة التي تحقق فيها فقط، وضربوا مثلاً لذلك توزيعات الأسهم التي يمتلكها الوطنيون في إحدى الشركات الأجنبية العاملة في الخارج أو الأرباح التي تتلقاها شركة الأسهم من فروعها في الخارج، فأنها لا تخضع للضريبة إلا في الدولة التي تحقق فيها الإيراد فقط⁽³⁴⁾.

الفرع الثاني: طريقة الخصم والائتمان الضريبي.

بخلاف طريقة الاعفاء الضريبي توجد طريقتين لحد من الازدواج الضريبي، وهما طريقة الخصم وطريقة الائتمان الضريبي، وتناولها على النحو الآتي:

أولاً: طريقة الخصم: وفقاً لهذا النظام يحق لدولة المواطن فرض الضريبة على الإيرادات المحققة في الخارج مثلها مثل الإيرادات المحققة في الداخل ولكن عليها في المقابل خصم الضريبة الأجنبية، باعتبارها من التكاليف واجبة الخصم من إجمالي الإيرادات الخاضعة للضريبة الوطنية.

ثانياً: طريقة الائتمان الضريبي: تتلخص هذه الطريقة في أنه في حالة مزاوله الممول نشاط في أكثر من دولة ويخضع هذا النشاط للضريبة في كل دولة منها فإنه يسمح بأن يخصم الضريبة الأجنبية المدفوعة في الخارج من المبلغ الإجمالي للضريبة المستحقة عليه في الدولة التي يقيم فيها وذلك في الحدود والشروط التي ينظمها التشريع في هذه الدولة، وبعبارة أخرى يجب أن يكون الخصم في حدود الضريبة الوطنية المستحقة فقط، وبما لا يزيد عليها، ويمكن القول أن الضرائب الأجنبية التي دفعت في الخارج تعتبر بمثابة رسم على الخزنة لدولة المواطن يتم خصمها من إجمالي الضرائب الوطنية المستحقة على ذات الممول عن كافة دخوله طبقاً لمبدأ عالمية الإيراد⁽³⁵⁾.

(33)

(34) أسعد طاهر أحمد، الإعفاءات الضريبية في النظم الحديثة، محاضرات لطلبة الدراسات العليا كلية القانون طرابلس- الزاوية، 2003م غير منشور،

ص: 106

(35) أسعد طاهر أحمد، الإعفاءات الضريبية في النظم الحديثة، المرجع السابق، ص: 161.

المطلب الثاني

إمكانية تفعيل الموامة السابقة لتطبيق الضريبة والزكاة.

ذكرنا سلفاً أن هناك ثلاث طرق يمكن تطبيقها للحد من الازدواج الضريبي، ومقترح أن تطبيق أي هذه الطرق حسب ظروف الدولة الاقتصادية والاجتماعية لإمكانية تطبيق الزكاة والضريبة معاً ونوضح كيفية ذلك من خلال الآتي:

الفرع الأول: تفعيل تطبيق طريقة الإعفاء الضريبي على الضريبة والزكاة.

في هذا الفرض يمكن القول بأن قانون الزكاة مطبق على الدخل المحقق والشروط والاحوال المنصوص عليها، وباعتبار أن الزكاة تفرض سنوياً في غالبية وعائها ماعدا زكاة الزروع والثمار والضريبة تفرض أيضاً سنوياً، فيتم تطبيق قانون الزكاة على المواطن الخاضع لها فإذا قام بسداد قيمة الزكاة المستحقة والمقدرة من قبل الجهات المختصة يتحصل على إيصال مالي بذلك فيقوم بعد ذلك بتقديم إقراره الضريبي ويتعين محاسبته ضريبياً وربط الضريبة المستحقة عليه ثم يتم استبعاد الدخل أو الايراد التي دفع المواطن عليه الزكاة من الدخل الخاضع للضريبة، وبالتالي يتم ربط الضريبة على كافة الدخول الأخرى التي لم تدخل في وعاء الزكاة باعتبار أن الدخل الذي دفع عنه الممول الزكاة دخلاً معفياً من الضريبة. ويراعى لتطبيق هذا الاعفاء أن يكون الممول قام فعلاً بسداد الزكاة المستحقة عن نفس المدة التي تدخل في حساب الضريبة المقررة، وإلا تم محاسبته ضريبياً عن كامل دخله الخاضع للضريبة والزكاة معاً مع تطبيق قواعد وإجراءات التهرب الضريبي عليه لعدم سداد الزكاة.

الفرع الثاني: تطبيق طريقة الخصم والائتمان في حالة تطبيق الزكاة والضريبة:

يمكن اتباع طرق أخرى بدلاً من طريقة الاعفاء السابقة ذكرها وهما طريقة الخصم وطريقة الائتمان

ونوضحها على النحو الآتي:

أولاً: تفعيل طريقة الخصم: أقر الفقه المالبي طريقة الخصم للضريبة المدفوعة في الخارج من الضريبة المستحقة في الداخل ثم يلتزم الممول بدفع الفرق المتبقي بعد الخصم، وهذه الطريقة يمكن تطبيقها في الزكاة المدفوعة من المواطن عند محاسبته ضريبياً حيث يتم خصم قيمة أو مقدار الزكاة عن نفس الفترة أو المدة الضريبية من مقدار الضريبة المستحقة ويلتزم الممول بسداد قيمة الضريبة المتبقية وتوضح ذلك بالتفصيل في المثال الموضح في نهاية هذا البحث.

ثانياً: تفعيل طريقة الائتمان: في هذا الطريقة لا يتم خصم الضريبة المحققة في الخارج حسب مقدار الضريبة المقدرة في الداخل، وبتطبيق ذلك على الزكاة والضريبة يتم خصم الزكاة في حدود المسموح بها في الضريبة بمعنى إذا كان مقدار الضريبة أكبر من الزكاة يستكمل الممول هذا المقدار وإذا كان مقدار الزكاة أكثر من الضريبة يكفي بما دفعه الممول من الزكاة، أما إذا كان الضريبة أكثر من الزكاة يستكمل مبلغ الضريبة عن نفس المدة أو الفترة الضريبية.

إضافة إلى ذلك إذا ثبت أن الممول سدد زكاة أكثر من الضريبة يكون الفرق بينهما دين مستحق للمول على الدولة من حقه خصمه من الضريبة المستحقة عن فترة ضريبة أخرى باعتبار أن الضريبة تجب الزكاة وتستغرقها، ولا يجوز له استرجاعها من الدولة لا الزكاة واجب فرض شرعي لا ترد إنما تخصم من الضريبة فقط، أي يرد مقدار الزكاة المدفوعة بالزيادة عند حساب ضريبة أخرى أو فترة ضريبة أخرى ولا يمثل دين على الدولة يمكن استرداده من أموال الدولة إنما فقط يخصم من الضريبة أو الضرائب الأخرى المستحقة على الممول أو يرحل لفترة ضريبة أخرى ويخصم منها.

مثال توضيحي لتطبيق الطرق السابقة:

يفترض أن هناك شخص يمارس نشاطاً تجارياً وقيمة نشاطه عن السنة المالية تبلغ مليون دينار (قيمة البضاعة) وحقق ربح سنوي عن هذه البضاعة أربع مئة ألف دينار يتم محاسبته عن الزكاة والضريبة كالآتي:

مليون دينار (توافر فيها شروط الزكاة خاصة المدة) أما أربع مئة ألف فقد لا تتوافر فيها شرط المدة وبالتالي يتم حساب الزكاة على المليون كالآتي:

$25,000 = 1,000,000 \times 2.5\%$ دينار قيمة الزكاة أما حساب الضريبة يكون من صافي الربح وحيث أن صافي الربح 400,000 والضريبة سعرها 10% يكون حساب الضريبة كالآتي:

$40,000 = 400,000 \times 10\%$ " أربعون ألف دينار " ضريبة فهذا الشخص يتبقى عليه بعد سداد الزكاة مبلغ

وقدره $15,000 = 40,000 - 25,000$ دينار تدفع كضريبة وذلك إذا طبقنا حالة الخصم أو الإعفاء مبلغ الزكاة

من الضريبة المستحقة وكذلك الائتمان، أما إذا طبقنا نظام الائتمان على المثال السابق وكان سعر الضريبة

5% فتكون الضريبة المستحقة 20,000 عشرون الف فيصبح هناك فرق بين الضريبة والزكاة 5,000 دينار

تمثل دين للمول يحق له خصمها من ضرائب أخرى أو فترة ضريبة أخرى أو يتم تحيلها إلى السنة التالية

وتخصم من حساب ضريبة هذه السنة.

الخاتمة

إستعرضنا في هذا البحث ماهية الضريبة والزكاة من خلال توضيح مفهوم كل من الضريبة والزكاة ثم بيان خصائصها، مروراً بتحديد قواعد لكل منها، ثم تعرضنا للوسائل المطروحة للموائمة بين تطبيق الضريبة والزكاة حيث توصلنا من خلال ذلك إلى العديد من النتائج والتوصيات ننبها فيما يلي:

أولاً: النتائج.

لعل من أهم النتائج التي توصلنا إليها في هذا البحث هي:

1- إن الزكاة فريضة إسلامية فرضها الله سبحانه وتعالى على أموال المسلمين لتزكيتهم من الشح والبخل والاثانية ونشر- المحبة والإخاء بين الناس، أما الضريبة فهي فريضة نقدية وإلزامية تفرضها الدول بقوة القانون على رعاياها سواء كانوا مواطنين أم أجانب مسلمين وغير مسلمين وتقرر عقوبات على كل من يمتنع عن أدائها.

2- مصاريف الزكاة منصوص عليها في القرآن الكريم وهي ثمانية مصرف الفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وإسن السبيل ولا يجوز التعديل او التغيير فيها، أما مصارف الضريبة فهي تصرف على حاجيات الدولة لتغطية أعبائها العامة، فالدولة تصرفها وفق متطلباتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

3- أن النظام الضريبي المطبق في القوانين الوضعية يعتمد على تنظيم فني واضح المعالم والإجراءات يتساوى إلى حد كبير مع نظام الزكاة في الشريعة الإسلامية، حيث تم تنظيمها تنظيمياً فنياً دقيقاً سواء من حيث الدخل الخاضع لها والسعر والمحدد ونطاق سريانها والواقعة المنشئة لها وطرق تقديرها وتحصيلها والاعفاء منها هذا التنظيم الفتي تعجز عنه أحدث النظم الضريبية الحديثة.

ثانياً: التوصيات.

- 1- تدريب العاملين بمصلحة الضرائب على تطبيق اليات احتساب وتحصيل الضريبة والزكاة.
- 2- إصدار قانون يشمل تطبيق الضريبة والزكاة على دخول الأشخاص الطبيعيين من الأنشطة التجارية والصناعية وغيرها وكذلك على الزكاة بكافة أنواعها.
- 3- وضع لائحة تنفيذية تناسب القانون السابق وتتضمن نماذج من الإقرار الضريبي يقسم إلى جزء للزكاة وجزءاً آخر للضريبة بما يسمح بخضم أو إعفاء مبلغ الزكاة المدفوع من الممول.

قائمة بأهم المراجع

أولاً: القرآن الكريم.

- 1- سورة الأنعام، الآية 142.
- 2- سورة البقرة، الآية 672.
- 3- سورة البينة، الآية 5.
- 4- سورة التوبة، الآية 34-60-103-104-301.
- 5- سورة سبأ، الآية 39.
- 6- سورة مريم، الآية 30.
- 7- سورة الشمس، الآية 9.

ثانياً: مراجع الفقه الإسلامي:

أ/ تخرّيج الأحاديث.

- 1- إعلام الموقعين عن العرب العالمين للشيخ شمس الدين أبي عبد الله بن أبي بكر، م1، رتبته وضبطه د. محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 1991م، ص: 137.
- 2- جامع المسانيد والسنن للأمام عماد الدين إن كثير القرشي الدمشقي الشافعي، الجزء 26، تخرّج عبد المعطي أمين قلعجي، منشورات دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 2006م، ص: 7203.
- 3- جامع الأحاديث للمحافظ جلال الدين السيوطي، الجزء 19، جمع وترتيب عباس أحمد صقر، أحمد عبد الجواد، دار الفكر للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر، ص: 187.
- 4- شرح النووي على مسلم للإمام يحيى بن شرف أبو زكريا النووي، إعداد علي عبد الحميد أوب الخير، دار لسلام القاهرة، 1996م، ص: 47.

- 5- المسند الصحيح المختصر - من السنن بنقل العدل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إشراف مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق فؤاد عبد الباقي، منشورات دار إحياء الكتب العربية، عيسى - الباي الحلبي وشركاه، الطبعة الأولى، سنة 1374هـ.
- 6- التمييز في تلخيص تخرج أحاديث شرح الوجيز المشهور بـ التلخيص الخبر، للإمام علي بن أحمد بن حجر العسقلاني، الطبعة الأولى، حققه د. محمد الثاني بن عمر بن موسى، د. أشرف بن عبد المقصود منشورات أضواء السلف، الشبكة العامة للمعلومات، 2007م، ص: 306.
- 7- كتاب المجموع شرح المذهب للشيرازي، الجزء الخامس (مكتبة الإرشاد جدة، المملكة العربية السعودية، بدون سنة نشر).
- 8- فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي حجر العسقلاني، تقديم وتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، محب الدين الخطيب، دار الريان للتراث، بدون مكان نشر، 1986م،
- 9- فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تقديم وتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، محب الدين الخطيب، مرجع سابق، ص: 126.
- 10- صحيح الترغيب والترهيب للمنذري، إشراف وتحقيق محمد ناصر الدين الألباني، الطبعة الأولى (منشورات مكتبة المعارف، 1421هـ).
- 11- المسند الصحيح المختصر - بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تقديم مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الأولى، منشورات دار إحياء الكتب العربية، عيسى الباي الحلبي وشركاه سنة 1374هـ.
- 12- الروض المربع بشرح زاد المستقنع مختصر - المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل، خرجه وقدمه محمد عبد السلام إبراهيم، منشورات دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 2004م.
- 13- محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، حرف الزاي كلمة زكا، الجزء السابع (منشورات دار صادر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، 2003م).

14- عبد الغني بن طالب حمادة الميداني، اللباب في شرح الكتاب، الطبعة الأولى، الجزء الأول (دار الكتاب العرب بيروت لبنان، بدون سنة نشر).

15- الأموال لأبو عبيد القاسم البغدادي، الجزء الثالث، تحقيق خليل محمد هراس، (دار الفكر العربي بيروت، 1986م).

ب/ الكتب الشرعية.

1- سيد بن عبد الله التيدي الازهري، الأجوبة التيدية في فقه السادة المالكية، مكتبة القرآن، بدون سنة نشر.

2- محمد بن علي بن محمد الدوغني، غاية المنى شرح سفينة النجا، الطبعة الاولى (مكتبة تريم الحديثة، اليمن، 2008م).

3- محمد نجيب عبد الحميد نصرات، مفاهيم اقتصادية دراسة مقارنة بين فقه الشريعة الإسلامية والفقه الوضعي للشيخ علي النجار، الطبعة الأولى (الدار العربية للطباعة صرمان ليبيا، 2012م).

4- يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، الجزء الثاني، الطبعة 32، مكتبة رحاب الجزائر، بدون سنة نشر.

ثالثاً: مراجع الفقه القانوني:

أ/ الكتب القانونية.

1- أسعد طاهر أحمد، الإعفاءات الضريبية في النظم الحديثة، محاضرات لطلبة الدراسات العليا كلية القانون طرابلس- الزاوية، 2003م غير منشور.

2- أعاد القيسي، المالية العامة والتشريع الضريبي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2000م.

3- برهان جمل، المالية العامة دراسة مقارنة، الطبعة الأولى (دار طلاس للدراسات والنشر، دمشق، 1992م).

4- حماد خصاونة، المالية العامة والتشريع الضريبي وتطبيقاتها العملية وفقاً للتشريع الأردني، الطبعة الأولى (دار وائل للطباعة والنشر، الأردن، 2000م).

- 5- حسين سلوم، المالية العامة، القانون المالي والضريبي دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار المفكر اللبناني، بيروت، (1990م).
- 6- حمدي العناني، إقتصاديات المالية العامة في ظل المشروعات الخاصة، مصر، 1985م.
- 7- خالد الشاوي، نظرية الضريبة والتشريع الضريبي الليبي (منشورات جامعة بنغازي، 1975م).
- 8- خالد الخطيب وأحمد شامية، أسس المالية العامة، الطبعة الأولى (منشورات دار وائل للنشر- والتوزيع، الأردن، 2003م).
- 9- صالح الرويلي، إقتصاديات المالية العامة، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988م).
- 10- كمال الخطيب، دور الإيرادات الضريبية في تمويل الموازنة العامة في فلسطين، (نابلس، 2006م)
- 11- مرسي الحجازي، النظم الضريبية، (الدار الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1998م).
- 12- البشير محمود الهوش، مذكرات المالية العامة لطلبة السنة الثالثة، كلية القانون جامع السابع من ابريل سابقاً (جامعة الزاوية)، 2010/2011م.
- 13- وليد صيام وحسام الخداش، الضرائب ومحاسبتها، الطبعة الثانية (منشورات للطباعة والنشر- والتوزيع، عمان، 1997م).
- 14- عبد الحميد القاضي، إقتصاديات المالية العامة والنظام المالي في الإسلام، مطبعة الرشاد، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- 15- غازي عناية، المالية العامة والتشريع الضريبي، (دار البيارق عمان، 1998م).
- 16- عادل العلي، المالية العامة والتشريع الضريبي، الطبعة الاولى (دار الحامد للنشر- والتوزيع، عمان، 2003م).



ب/ المقالات والمجلات والتقارير

- 1- شهاب أحمد شيجان، الزكاة والضريبة في توزيع الدخل القومي، دراسة تحليلية نظرية مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 44، كلية الإدارة والاقتصاد جامعة الانبار، بدون سنة نشر.
- 2- أسعد الطاهر أحمد، إمكانية موازنة الضرائب ومع الزكاة، جامعة الزاوية، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد التاسع، ديسمبر 2016م

ج/ المصادر الإلكترونية الشبكة العامة للمعلومات.

- 1- ظافر بن حسن آل جبعان القحطاني، الكواكب النيرات بشرح الحصر- المختصرات للإمام ابن بلبان الدمشقي، كتاب الزكاة، منشور بالشبكة العامة للمعلومات، بدون سنة نشر.

الحق في معرفة الحقيقة في إطار العدالة الانتقالية – لجان الحقيقة نموذجاً

د. امهيدي محمد امهيدي*

مقدمة

شهدت الكثير من الأقطار العربية وغيرها من دول العالم - ولا تزال تشهد - العديد من الانتهاكات الجسمية لحقوق الإنسان والقانون الدولي الانساني، لذا بات على هذه الأقطار عقب انتهاء حال الصراع السعي الحثيث نحو ارساء دعائم دولة العدل والقانون، لذا فإنها تكون بحاجة ماسة للاعتداد على آليات تسريع في التحول الديمقراطي تتجسم بالأساس في العدالة الانتقالية لأجل تفهم تركة تجاوزات الماضي، بغية كفالة المسائلة وإقامة العدل وتحقيق السلم الاجتماعي والمصالحة الوطنية.

ولما كان ذلك، وكانت العدالة الانتقالية تتلو فترة سادت فيها انتهاكات جسمة لحقوق الانسان والقانون الدولي الانساني؛ فإنه ينبغي كخطوة أولى كفالة حق الضحايا وذويهم والمجتمع ككل في معرفة الحقيقة وفق آليات معينة، أبرزها ما يعرف بلجان، أو هيئات الحقيقة، أو تقصي الحقائق.

ولقد برز الحق في معرفة الحقيقة بوصفه مفهوماً قانونياً على كافة الأصعدة الوطنية والإقليمية والدولية، ويرتبط ذلك الحق بالتزام الدولة بتوفير المعلومات والحقائق للضحايا، ولكل المجتمع حول الملابسات والظروف التي أحاطت بالانتهاكات الجسمة لحقوق الإنسان في العهود السابقة.

* الرئيس محكمة اجدايا الابتدائية

● أهمية البحث:

يكتسي موضوع البحث أهمية بالغة في عدة وجوه، أهمها:

- أن الوصول إلى الحقيقة كاملة والتحقيق في الانتهاكات المرتكبة ضد حقوق الإنسان والقانون الدولي الانساني، ومعرفة الظروف التي أحاطت بها ومن شارك فيها، وكذلك أسبابها، تعتبر حقاً أصيلاً من حقوق الإنسان، وهي بذلك غير قابل للتصرف، أو الانتقاص.
- أن الحق في معرفة الحقيقة وكشفها له أبعاد فردية ومجتمعية، فهو مرتبط بحقوق أخرى كالحق في عدم النسيان وضمان عدم تكرار مآسي الماضي، وتمكين الضحايا وذويهم من معرفة حقيقة كاملة وشاملة حول ماجرى خلال فترة تجاوزات الماضي الواسعة النطاق، بهدف كفالة المساءلة وإقامة العدل وتحقيق المصالحة.
- أن الحق في معرفة الحقيقة يساهم في إرساء دعائم دولة العدالة والقانون، من خلال تبني آليات تعجل من وتيرة التحول الديمقراطي المتجسمة بالأساس في العدالة الانتقالية.

● أهداف البحث:

يهدف البحث إلى رصد جملة من الأهداف، أهمها:

- رصد المحاولات المختلفة لبعض الدولة في معالجة ملف العدالة الانتقالية، من خلال الإجراءات المتخذة في هذا الشأن، ورصد نقائص هذه الإجراءات على المستوى العملي، بهدف المسائلة وعدم افلات الجناة من العقاب، وردع انتهاكات حقوق الإنسان في المستقبل والحيلولة دون حدوثها.
- بيان دور لجان الحقيقة وتقصي الحقائق ومدى فعاليتها في كشف انتهاكات حقوق الانسان.
- تلبية مطالب ضحايا انتهاكات حقوق الانسان والقانون الدولي الانساني وذويهم والمجتمع، والدفاع عن حقوقهم في معرفة الحقيقة، وإعادة تأسيس سيادة وحكم القانون.

- إبراز مفهوم العدالة الانتقالية عموماً، والحق في معرفة الحقيقة وكشفها على وجه الخصوص، في ضوء آليات العدالة الانتقالية، بقصد استشراف المستقبل في إنجاز العدالة بكل مضامينها، وطبي صفحة الماضي وصولاً إلى المصالحة الوطنية والاستقرار والتنمية في ظل دولة القانون والمؤسسات.

• منهج البحث:

لمعالجة موضوع البحث؛ اعتمد الباحث المنهج التحليلي الوصفي والمقارن، الذي ينهض على عرض وتحليل النصوص والمواد القانونية الواردة صلب المواثيق الدولية بالمقارنة بالتشريعات الوطنية وتجارب بعض الدول المتعلقة بموضوع البحث. من خلال المقارنة بين بعض النظم القانونية العربية والأجنبية في محاولة لإيجاد أفضل الحلول والقواعد الناجعة ذات العلاقة بموضوع البحث.

• صعوبة البحث:

صعوبة البحث بالأساس في ندرة الدراسات المتعلقة بالموضوع. ذلك أن معظم الدراسات الموجودة كانت تسلط الضوء على موضوع العدالة الانتقالية بشكل عام، دون أن تغوص بالبحث والتدقيق في المسألة محل البحث.

• إشكالية البحث:

بناء على ما تقدم يشير موضوع البحث جملة من التساؤلات التي تشكل في مجملها إشكالية البحث، مفادها ما هو مفهوم الحق في معرفة الحقيقة في البلدان التي شهدت انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، وما الأساس القانوني الذي ينهض عليه؟ وما هي الآليات المعتمدة في كفاءة كشف الحقيقة وكذا الممارسات المرتبطة بها؟

ويمكن اختزال الإشكالية الرئيسية للبحث في التساؤل التالي:

ما هو مجال الحق في معرفة الحقيقة في البلدان التي شهدت انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان وما هي

الآليات التي تكفلها؟

سنحاول من خلال هذه الورقة الاجابة عن الاشكالية الفارطة وفق الخطة البحثية التالية:

• خطة البحث:

المطلب التمهيدي: ماهية الحق في معرفة الحقيقة.

الفرع الأول: قراءة مفاهيمية لمصطلحات الدراسة.

الفرع الثاني: مفهوم الحق في معرفة الحقيقة.

المطلب الأول: الأساس القانون للحق في معرفة الحقيقة.

الفرع الأول: الحق في معرفة الحقيقة في القانون الدولي الإنساني.

الفرع الثاني: الحق في معرفة الحقيقة في القانون الدولي لحقوق الإنسان.

المطلب الثاني: لجان الحقيقة كآلية لمعرفة الحقيقة.

الفرع الأول: ماهية لجان الحقيقة.

الفرع الثاني: الولاية القانونية للجان الحقيقة.

ونختتم بحثنا هذا بما نتوصل إليه من نتائج وتوصيات.

المطلب التمهيدي

ماهية الحق في معرفة الحقيقة

تنطلق فكرة هذا المطلب من فهم الحق في معرفة الحقيقة لانتهاكات حقوق الانسان والقانون الدولي الانساني، والتعرض لمختلف أبعاده وجوانبه. عليه فقد تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول أتطرق فيه إلى قراءة مفاهيمية لمصطلحات الدراسة، ثم فرع ثان أبين فيه مفهوم الحق في معرفة الحقيقة.

الفرع الأول: قراءة مفاهيمية لمصطلحات الدراسة

أولاً - تعريف الحق:

أ - الحق في اللغة: هو تقيض الباطل، وجمعه حُقوق وحَقاق⁽¹⁾، قال تعالى: ﴿وَلَا تَلْبَسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُوا الْحَقَّ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: 42]، ويقال: حق الشيء، حقاً: أي وجب. واستحق الشيء: استوجبه. وللحق عدد من الدلالات، فهو الصدق، والعدل، والموت، والحزم، والواجب⁽²⁾.

ومن جهته، عرف مجمع اللغة العربية الحق بأنه "قدرة على السلوك بصورة معينة، يمنحها القانون ويحميها تحقيقاً لمصلحة يقرها"⁽³⁾.

ولكلمة الحق في الفقه الإسلامي استعمالات عدّة، فتارةً تستخدم للدلالة على ما لشخص، أو ما يجب أن يكون له من التزام على آخر، مثال ذلك حق الراعي على الرعية، وحق الرعية على الراعي، وتارةً أخرى تستعمل للتعبير على الحقوق الشخصية في العلاقات الزوجية، وأحياناً تستخدم للتعبير على الأمر الثابت المحقق حدوثه⁽⁴⁾ كما في قوة قوله عز وجل: ﴿... وَكَانَ حَقًّا عَلَيْنَا نَصْرُ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [الروم: 47].

(1) أبي الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، مج 10، دار صادر، بيروت، (دط)، (دت)، حرف القاف، فصل الحاء، مادة (حقق)، ص 49.
(2) محمد أبو بكر الرازي، مختار الصحاح، ترتيب: محمود خاطر، منشورات الهيئة المصرية للكتاب، (د-م)، (د-ط)، (د-ت)، ص 146 - 147، مادة (حقق).
(3) مجمع اللغة العربية، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، (دط)، 1999، حرف الحاء، مادة (حق)، ص 83.
(4) د. حسنين المحمدي، حقوق الإنسان وضيانات المتهم قبل وبعد المحاكمة، منشورات دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (دط)، 2008، ص 15.

ب - الحق اصطلاحاً: له دلالة واسعة، لذا اختلف الفقهاء في تعريفه، فهناك اتجاه شخصي- يترجمه الفقيه الألماني سافيني وينظر إلى الحق من الناحية الشخصية فيعرفه بأنه سلطة إرادية للشخص مستمدة من القانون (الاتجاه الشخصي-)، وفي المقابل ثمة اتجاه موضوعي أسسه الفقيه الألماني إهرنج ينظر للحق من خلال موضوعه باعتباره مصلحة يحميها القانون. أما الاتجاه المختلط فهو يجمع بين الاتجاهين الشخصي- والموضوعي، أي يجمع بين الإرادة والمصلحة، فالحق عند أنصار هذا الاتجاه هو قدرة معطاة لشخص من أجل تحقيق مصلحة يحميها القانون⁽⁵⁾.

ثم أتى الاتجاه الحديث ليعرف الحق بأنه "ميزة يمنحها القانون لشخص معين و يحميها بطريق قانونية، ويمقتضاها يتصرف الشخص، متسلطاً على مال معترف له به، وبصفته مالكاً، أو مستحقاً له"⁽⁶⁾.

ثانياً - تعريف المعرفة:

أ - المعرفة في اللغة: ان الأصل الاشتقائي للكلمة يرجع إلى لفظ "عرف". والمعرفة تعني: العلم. ويقال: عَرَفَهُ يَعْرِفُهُ مَعْرِفَةً. عَلِمَهُ. فَهُوَ عَارِفٌ. وَتَعَارَفُوا: عَرَفَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا⁽⁷⁾.

ب - المعرفة اصطلاحاً: يرى أحد الباحثين أن المعرفة هي "مفهوم ديمقراطي يعترف بحق الجمهور في استيفاء المعرفة بشكل مباشر دون وسيط، من مصادرها، أو من خلال وسائل الإعلام كوكيل عن الجمهور بالاستناد إلى تشريعات ناظمة لذلك"⁽⁸⁾.

ج - الحق في المعرفة: حق المعرفة كما يرى أحد الباحثين "هو حق الإنسان في أن توفر له الدولة شتى السبل الملائمة لتتدفق من خلالها المعلومات والآراء والأفكار ليختار من بينها وفقاً لإرادته الحرة، وعليها

(5) د. نبيل إبراهيم سعيد، المدخل إلى القانون - نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط 1، 2010، ص 23 - 29.

(6) محمد إبراهيم دسوقي، النظرية العامة للقانون والحق في القانون الليبي، منشورات جامعة قاربوس، بنغازي، ط2، 1989، ص225.

(7) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيظ، دار الحديث، القاهرة، (دط)، 2008، ص 1076 - 1078، حرف العين، مادة (عرف).

(8) صالح جابر، "حق المعرفة وتداول المعلومات في التشريع الجزائري بين الحماية والتقييد"، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، دورية نصف سنوية علمية محكمة يصدرها مخبر الدراسات الفقهية والقضائية - جامعة الوادي، الجزائر، س2، ع2، شعبان 1437هـ جوان (يونيو) 2016، ص 182.

أن تحمي نفاذه الميسر- إليها بعيداً عن تدخلها، أو تدخل الغير الذي من شأنه إعاقة، أو الحد، أو الانتقاص، أو منعه من التمتع من الحرية"⁽⁹⁾.

ثانياً - تعريف الحقيقة:

أ - الحقيقة في اللغة: هي الثبات والاستقرار والقطع واليقين ومخالفة المجاز⁽¹⁰⁾. والحقيقة، في (لسان العرب) لابن منظور، بمعنى الحق، والصدق، والصحة، واليقين، والوجوب، والرصانة، ومقابلة التجاوز. وفي هذا الإطار، يقول ابن منظور في لسانه: "بلغ حقيقة الأمر أي يقين شأنه". وفي الحديث: لا يبلغ المؤمن حقيقة الإيمان حتى لا يعيب مسلماً بعب هو فيه؛ يعني خالص الإيمان ومحضه وكمه"⁽¹¹⁾.

ب - الحقيقة اصطلاحاً: هي كل ما هو صادق وواقعي وثابت ويطيبي، أو هي مطابقة الفكر للفكر، أو مطابقة الفكر للواقع، أو كما يقول العرب: "الحقيقة هي مطابقة ما في الأذهان لما هو في الأعيان". وتتناقض الحقيقة مع الكذب والغلط والوهم والظن والشك والتخمين والرأي والاعتقاد والباطل⁽¹²⁾.

رابعاً - تعريف العدالة الانتقالية:

أ - العدالة الانتقالية في اللغة:

1 - العدل: ورد في لسان العرب لأبن منظور أن العدل ضد الجور، أو الظلم. والعدل هو الحكم بالحق، وهو الأمر المتوسط بين الإفراط والتفريط. والعدل: ما قام في النفوس أنه مستقيم. وفي أساء الله الحسنى: العدل، وهو الذي لا يميل به الهوى فيجور في الحكم⁽¹³⁾. قال تعالى: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ" [النحل: 90].

(9) صالح جابر، مرجع سابق، ص 182.

(10) د. جميل حمدوي، " مفهوم الحقيقة في الخطاب الفلسفي"، شبكة الألوكة www.alukah.net، تاريخ الاطلاع: الخميس 20 فبراير 2020، الساعة العاشرة صباحاً، ص 6.

(11) أبي الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، مج 10، مرجع سابق، ص 49 - 58، باب الحاء، مادة (حق).

(12) د. جميل حمدوي، مرجع سابق، ص 7 - 8.

(13) أبي الفضل جمال الدين ابن منظور، المرجع السابق، ص 2838، باب العين، مادة (عدل).

2 - أما الانتقالية: فهي من المصدر انتقل، ينتقل. نقل الشيء: أي تحويله من موضع إلى موضع⁽¹⁴⁾.

والانتقال: التغير من حال إلى حال.

والانتقالي: مكان غير دائم (حكومة انتقالية)، حكومة يمهدها مرحلة مقبلة. يقال لها (المرحلة الانتقالية).

ب - العدالة الانتقالية اصطلاحاً:

هي مفهوم يشير إلى مجموعة التدابير القضائية وغير القضائية التي قامت بتطبيقها دول مختلفة من أجل معالجة ما ورثته من انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان⁽¹⁵⁾.

كما عرفها المستشار عادل ماجد (نائب رئيس محكمة السنض المصرية) بأنها "مجموعة التدابير والإجراءات القضائية وغير القضائية يتم الاضطلاع بها خلال مرحلة ما بعد الثورات للتصدي لانتهاكات حقوق الإنسان وغيرها من صور سوء استعمال السلطة التي وقعت في ظل نظام استبدادي، أو قمعي، أو خلال فترة تغيير هذا النظام، وهي ترمي أساساً إلى التصاص العادل للضحايا وجبر الأضرار التي لحقت بهم وبذويهم، وإصلاح مؤسسات الدولة، وتحقيق المصالحة الوطنية بهدف الانتقال بالمجتمع إلى صميم مرحلة الديمقراطية، ومنع تكرار ما حدث من انتهاكات وتجاوزات"⁽¹⁶⁾.

وتضمن تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات الصرع ومجتمعات ما بعد الصرع المقدم إلى مجلس الأمن التعريف التالي للعدالة الانتقالية: "يشمل مفهوم العدالة الانتقالية كامل نطاق العمليات والآليات المرتبطة بالمحاولات التي يبذلها المجتمع لفهم تركته من تجاوزات الماضي الواسعة النطاق، بغية كفالة المسائلة، وإقامة العدل، وتحقيق المصالحة، وقد تشمل هذه الآليات القضائية وغير القضائية على السواء، مع تفاوت المشاركة الدولية (أو عدم وجودها مطلقاً) ومحاكمة الأفراد، والتعويض،

(14) أبي نصر إسماعيل بن حاد الجوهري، المصاحح - تاج اللغة وصحاح العربية، دار الحديث، القاهرة، (دط)، 2009، (حرف النون)، ص 1165 (مادة حي).

(15) موسى عبد الحفيظ اقنبي، "العدالة الانتقالية والعدالة العادية"، محاضرة علمية، تحت إشراف المنظمة الليبية للعدالة الانتقالية بالتعاون مع قسم القانون العام بكلية القانون جامعة مصراتة، مصراتة 2017/5/25، ص 3.

(16) عادل ماجد، معايير تطبيق العدالة الانتقالية في العال العربي، المؤسسة الألمانية للتعاون القانوني، القاهرة، (دط)، 2013، ص 92.

وتقتضي - الحقائق، والاصلاح الدستوري، وفحص السجل الشخصي- للكشف عن التجاوزات، والفصل، أو اقتراحها معاً⁽¹⁷⁾.

وفي تونس: يعرف الفصل الأول من القانون الأساسي بشأن هيئة الحقيقة والكرامة عدد (53) لسنة 2013 المؤرخ في 24 ديسمبر 2013 العدالة الانتقالية بأنها: "مسار متكامل من الآليات والوسائل المعتمدة لفهم ومعالجة ماضي انتهاكات حقوق الانسان، بكشف حقيقتها ومسائلة ومحاسبة المسؤولين عنها وجبر ضرر الضحايا ورد الاعتبار لهم، بما يحقق المصالحة الوطنية، ويحفظ الذاكرة الجماعية، ويوثقها ويرسي ضمانات عدم تكرار الانتهاكات، والانتقال من حالة الاستبداد إلى نظام ديمقراطي يساهم في تكريس منظومة حقوق الانسان"⁽¹⁸⁾.

وفي ليبيا، عرّفت المادة الأولى من القانون رقم (29) لسنة 2013 في شأن العدالة الانتقالية، العدالة الانتقالية على أنها "معالجة ما تعرض له الليبيون خلال النظام السابق من انتهاكات جسيمة وممنهجة لحقوقهم وحررياتهم الأساسية من قبل الأجهزة التابعة للدولة، عن طريق إجراءات تشريعية وقضائية واجتماعية وإدارية، وذلك من أجل إظهار الحقيقة ومحاسبة الجناة واصلاح المؤسسات وحفظ الذاكرة الوطنية وجبر الضرر عن الأخطاء التي تكون الدولة مسؤولة بالتعويض عنها"⁽¹⁹⁾.

وقد ارتبط مفهوم العدالة الانتقالية بشرطين:

الشرط الأول: أن يكون المجتمع، أو الدولة في اطار انتقال سواء من نزاع مسلح، أو صراع إلى سلم، أو من حكم تسلطي لحكم ديمقراطي، أو من الاستعمار للتحرر.

(17) موجز تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول "سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات الصراع ومجمعات ما بعد الصراع"، مجلس الأمن، 24 آب - أغسطس 2004، التقرير رقم (2004/616)، ص 2.

(18) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، دورية تصدر عن المطبعة الرسمية بواقع مرتين في الاسبوع، ع 105، الصادر في 31 ديسمبر 2013، ص 4335.

(19) الجريدة الرسمية، دورية تصدر عن وزارة العدل، وتنتشر بأمر وزير العدل، س 2، ع 15 بتاريخ 15/12/2013، ص 965- 978.

الشرط الثاني: أن يكون هناك انتهاكات حقوقية قامت بها النظم فيما قبل التحول، خلفت آثاراً نفسية ومادية على المجتمع، مما يستدعي تدخلاً وتمهيداً بإزالة آثار هذه الانتهاكات ومعاقبة المسؤولين عنها لتثبيت مفهوم دولة القانون من ناحية، وردع من يريد أن يقوم بمثل هذه الانتهاكات في المستقبل⁽²⁰⁾.

الفرع الثاني: مفهوم الحق في معرفة الحقيقة

إذا كنا نهدف إلى تحقيق العدالة التي لا تستثني المغفرة؛ فلا بد من إطلاع الضحايا وحتى المجتمع بأسره على الحقيقة كاملة، ومن ثم مواجهة الواقع، وتلك مراحل يجب المرور بها قبل أن نقرر لإرادتنا الصادقة المغفرة. ويقر القانون الدولي بوضوح - كما سنرى لاحقاً - حق الضحايا والناجين في معرفة ظروف الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان بحقهم، وهوية المسؤولين عنها، وما يزال القانون الدولي في حركة ديناميكية في هذا المجال، ومن حيث مفهوم حق المجتمع في معرفة الحقيقة⁽²¹⁾.

ولاستجلاء مفهوم الحق في معرفة الحقيقة، يتوجب علينا تبين المقصود منه (أولاً) وأهميته (ثانياً).

أولاً - المقصود بالحق في معرفة الحقيقة:

عرف المركز الدولي للعدالة الانتقالية الحق في معرفة الحقيقة بأنه "حق الضحايا الذين وقعت عليهم انتهاكات جسيمة بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني وذويهم والمجتمع في معرفة حقيقة تلك الانتهاكات التي وقعت، ومعرفة المسؤولين عن ارتكابها والأسباب والظروف التي أدت إليها"⁽²²⁾.

والكشف عن حقيقة الانتهاكات - وفقاً للفصلين (3 و 4) من القانون الأساسي عدد (53) لسنة 2013 المتعلق بإرساء العدالة الانتقالية وتنظيمها في تونس - هو حق يكفله القانون لكل المواطنين، مع مراعاة

(20) كرز صباح ونجاة مدوخ، "العدالة الانتقالية في اليمن: بين المفهوم وتحديات التطبيق"، مجلة جيل الأبحاث القانونية العمقة، مجلة علمية دولية محكمة تصدر دولياً عن مركز جيل البحث العلمي، ع 10، يناير 2017، ص 69 - 61.

(21) بوبكر صبرينة، "تطبيق العدالة الانتقالية بين المسائلة والمصالحة"، المجلة الجزائرية للدراسات السياسية، مجلة دورية دولية علمية محكمة تصدر عن المدرسة الوطنية العليا للعلوم السياسية، بن كهنون-الجزائر، ع 2، ديسمبر 2014، ص 108.

(22) منة المصري، وحسن الأزهرى، وخلود خالد، "الحق في معرفة الحقيقة وانتهاكات حقوق الإنسان (لجان تقصي حقائق بلا حقيقة)"، ورقة تحليل سياسات مقدمة إلى برنامج الحق في المعرفة الذي تشرف عليه مؤسسة حرية الفكر التعبير، مراجعة: أحمد عزت، نوفمبر 2013، ص 7.

مصلحة الضحايا وكرامتهم دون المساس بجباية المعطيات الشخصية، ويتم ذلك عن طريق جملة الوسائل والاجراءات والأبحاث المعتمدة لفك منظومة الاستبداد، وذلك بتحديد كل الانتهاكات وضبطها، ومعرفة أسبابها وظروفها ومصدرها والملابسات المحيطة بها والنتائج المترتبة عليها، ومعرفة مصير المفقودين وأماكن وجودهم وهوية مرتكبي الأفعال التي أدت إليها والمسؤولين عنها. أما الانتهاك فهو كل اعتداء جسيم أو ممنهج على حق من حقوق الانسان، صادر عن أجهزة الدولة، أو مجموعات، أو أفراد تصرفوا باسمها، أو تحت حايثها، وإن لم تكن لهم الصفة، أو الصلاحية التي تخول لهم ذلك، كما يشمل كل اعتداء جسيم على حق من حقوق الانسان تقوم به مجموعات منظمة⁽²³⁾.

وقد تم الاعتراف بهذا الحق في القرارات القانونية الصادرة عن المحاكم في أكثر من دولة والهيئات القضائية الدولية إن العناصر الجوهرية لهذا الحق معترف بها، إلا أنها في تطور مستمر، وبكيفية توصيفها بطرق مختلفة في بعض الأنظمة القانونية⁽²⁴⁾.

أ - مفهوم الانتهاكات الجسيمة التي يجب الكشف عنها في إطار الحق في معرفة الحقيقة:

هي الإخالات الجسيمة بالالتزامات الحقوقية التي نصت عليها مواثيق القانون الدولي لحقوق الإنسان؛ كالخق في الحياة والحق في سلامة الجسد، والحق في المحاكمة العادلة، والانتصاف القضائي، والحق في الكرامة، والحق في الصحة، وعدم الإفلات من العقاب لمرتكبي أنواع معينة من الانتهاكات؛ كالتعذيب والاختفاء القسري، والاعدام بإجراءات موجزة، والرق والقتل خارج نطاق القانون... إلخ.

كذلك يعني القانون الدولي الإنساني بحماية هذه الحقوق في أوقات الحروب والصراعات المسلحة فقط، ومن ذلك ما نصت عليه اتفاقية جنيف المؤرخة 12 أغسطس 1949 والبروتوكول الإضافي الأول

(23) أنظر: نوال لصبح، " قانون العدالة الانتقالية في تونس بين استئصال نظام السابق واستقطابه"، مجلة العلوم السياسية القانون، مجلة علمية دولية محكمة تصدر فضلاً عن المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين - ألمانيا، ج 1، جانفي (يناير) 2017، ص 141.

(24) إدواردو غونزالس، و هارود فارفي، البحث عن الحقيقة - عناصر إنشاء لجنة حقيقة فاعلة، المركز الدولي للعدالة الانتقالية، برازيليا، (دط)، 2013، ص 3.

المرفق بها لعام 1977، والانتهاكات الأخرى للقانون الدولي الانساني كجرائم الابادة الجماعية، والجرائم ضد الانسانية، وغيرها من انتهاكات حقوق الانسان المحمية على المستوى الدولي.

ب - من له الحق في معرفة الحقيقة؟

ثمة طرفين أساسيين لهما الحق في معرفة حقيقة انتهاكات حقوق الإنسان الناتجة عن النزاعات المسلحة والحروب:

الطرف الأول:

وهو الشخص الذي وقع عليه الضرر، أو الانتهاك وذويه، وذلك استناداً للمبدأ الرابع من تقرير الخبيرة المستقلة ديان أورتلينتشر، للمجموعة المستوفاة من المبادئ المتعلقة بحماية حقوق الانسان وتعزيزها من خلال إجراءات لمكافحة الإفلات من العقاب. والذي نص على أن: "للضحايا وأسرهم: وبغض النظر عن أي إجراءات قضائية، حق غير قابل للتقادم في معرفة الحقيقة بخصوص الظروف التي ارتكبت فيها الانتهاكات، وبخصوص مصير الضحية في حالة الوفاة، أو الاختفاء".

ويرتبط حق الضحايا وذويهم في معرفة الحقيقة بحقهم في جبر الضرر الواقع عليهم، وكذلك حقهم في الترضية القضائية العادلة ومحاسبة المسئول عن الانتهاكات⁽²⁵⁾.

الطرف الثاني:

يثبت الحق في معرفة الحقيقة - بشأن انتهاكات الماضي - أيضاً للمجتمع بأسره، أو الشعب الذي مرتلك المحنة التي ستشكل جزء لا يتجزأ من تاريخه وضميره وذاكرته الجماعية التي يجب الحفاظ عليها من خلال اتاحة المعلومة وكشف الواقع لتكون الحقيقة مصونة في المجتمع نفسه، وليست حكراً على مؤسسة، أو سلطة، أو أفراد. ويتجلى إقرار حق المجتمع في معرفة الحقيقة في نصوص وقرارات دولية عدة، سنأتي عليها فيما أدناه⁽²⁶⁾.

(25) منة المصري، وحسين الأزهرى، وخلود خالد، مرجع سابق، ص 7 - 8.

(26) المرجع السابق، ص 8.

ثانياً - أهمية كشف ومعرفة الحقيقة:

لاغرو أن كشف الحقيقة ومعرفة مسألة قانونية أولية مهمة، ليس في حد ذاتها؛ بل توطئة لتحقيق غايات سامية متعددة الجوانب. ويمكن رصد أهم الغايات الكامنة خلف كشف الحقيقة في الآتي:

أ - المساهمة في استعادة السلام وصيانه- وغايات أخرى - مثل محاربة الإفلات من العقاب، وردع انتهاكات حقوق الإنسان في المستقبل، أو الحيلولة دون حدوثها، وتلبية مطالب الضحايا والدفاع عن حقوقهم، وإبعاد اللاعبين السياسيين السابقين عن الساحة السياسية، وإعادة تأسيس سيادة وحكم القانون.

ب - قد تتوازي معرفة الحقيقة عن الانتهاكات السابقة لحقوق الإنسان مع آلية أخرى يمكن التوصل بها في مراحل الانتقال والتحول الديمقراطي، والثورات، والانتفاضات الشعبية. حين أنشأت أحد أهم لجان التحقيق والمصالحة في العصر- الحديث وتحديداً في دولة جنوب أفريقيا، منح العفو للعديد من المسؤولين السابقين في النظام العنصري السابق في هذه الدولة، في مقابل تعهد هؤلاء بضرورة الكشف عن حقيقة ما جرى وحدث من أوضاع ممارسات عنصرية ارتكبت في عهد النظام العنصري السابق في بريتوريا.

ج - منح المجتمعات القدرة على منع تكرار أحداث مماثلة للتي وقعت، وتسهيل في حالات أخرى عمليات المصالحة وإعادة البناء حيث ينظر إلى معرفة الحقيقة على أنها ضرورة جوهرية لمعالجة التصدعات والاقسامات التي تحدث في السياقات المحلية في الفترة التي تلي إقصاء النظم الشمولية والاستبدادية.

د - كما ينظر أيضاً إلى الحق في معرفة الحقيقة حول الانتهاكات السابقة لحقوق الإنسان باعتباره أساساً لعملية الادعاء والاثام الجنائي ذاتها، وذلك من خلال إجراء التحريات والتحقيقات المناسبة حول الانتهاكات المقترفة.

هـ - وتبرز أيضاً أهمية معرفة الحقيقة عن الانتهاكات السابقة لحقوق الإنسان في تجسيد حقيقتين هامتين: الأولى: أنه ثمة خلل قد وقع في التعاطي مع الحقائق التي كانت موجودة في الحقبة الاستبدادية السابقة، والثانية: أنه بالنظر إلى أن جانباً كبيراً من التاريخ قد أغفل، أو أهمل عمداً، فلم يعد معروفاً للعامة في

مجتمع الماضي والحاضر، ومن ثم تبدو أهمية ومغزى فحص وتمحيص ذلك الماضي من أجل تحديد هوية الأمة وتحديد أسس مستقبلها.

و - سعي الدولة والمجتمع لتحقيق العدالة التي لم تتحقق في الماضي، بحسبان أن العدالة قيمة سامية من قيم الديمقراطية وركيزة أساسية من ركائز حقوق الإنسان الأساسية، التي تم التأكيد عليها في كافة المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، كما أقرتها التشريعات الوطنية لمختلف الدول، فضلا عن وجود كم هائل من أحكام المحاكم الدولية، أو الإقليمية، أو الوطنية في هذا الصدد.

ز - ان معرفة الحقيقة عن الانتهاكات السابقة لحقوق الإنسان لا تفضي - بذاتها إلى جبر ضحايا الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان وحسب؛ بيد أنها تعد وسيلة مهمة للبدء في عملية جبر الضحايا⁽²⁷⁾.
ومن جماع ما تقدم، يمكن اجمال أهمية كشف الحقيقة في النقاط التالية:

- رغبة الضحايا وعائلاتهم في معرفة اجابة الأسئلة المتواترة: لماذا تم كل ذلك؟ كيف حصل؟ من المسؤول؟ أين الحقيقة؟ أين أماكن الدفن؟ الخ من الأسئلة المشروعة والانسانية.
- الرغبة في عدم طمس الماضي، وتوحيد وتوثيق الذاكرة، ومعرفة تفاصيل لما حدث كي لا ننسى.
- الرغبة في معرفة الحقيقة كاملة بكل عناصرها⁽²⁸⁾.

(27) د. أيمن سلامة، "الحق في معرفة انتهاكات حقوق الإنسان في النظم الاستبدادية السابقة"، <http://www.sis.gov.eg> تاريخ الاطلاع: السبت 2019/8/17 الساعة 1.00 صباحا.

(28) حمزة بيطام، دور آليات العدالة الانتقالية في مجاز وانتهاكات حقوق الانسان - الحق في معرفة الحقيقة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة باتنة 1، (غير منشورة)، السنة الجامعية 2016 - 2017، ص 80.

المطلب الثاني

الأساس القانوني للحق في معرفة الحقيقة

عرف مفهوم الحق في معرفة الحقيقة اهتماماً واسعاً منذ سبعينيات القرن الماضي، الذي شهد إنشاء آليات لمعرفة الحقيقة فيما يتعلق بالانتهاكات الجسدية للقانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان⁽²⁹⁾، حيث أكدت العديد من الصكوك الدولية والقوانين الوطنية على الحق بمعرفة الحقيقة كحق من حقوق الانسان والتعريف ببعده الفردي والاجتماعي، وإن كانت تلك الصكوك والقوانين قد تنوعت بالطرق التي رسمت بها وأنشأت بموجبها؛ بيد أنها ركزت بصورة كبيرة على موضوع اطلاع ضحايا انتهاكات الماضي على حقيقة ما جرى وأسبابه ومرتكبي تلك الانتهاكات⁽³⁰⁾.

وسنسلط الضوء على الأسس القانونية للحق في معرفة الحقيقة من خلال فرعين، نتناول في الفرع الأول الأساس في القانون الدولي الانساني، بينما نفرد الفرع الثاني لتبيان الأساس في القانون الدولي لحقوق الانسان.

الفرع الأول: الحق في معرفة الحقيقة في القانون الدولي الإنساني⁽³¹⁾

إن مفهوم الحق في معرفة الحقيقة كحق راسخ في القانون الإنساني⁽³²⁾ تم الأخذ به في آليات حقوق الإنسان، حيث ظهر هذا الحق للمرة الأولى في سياق الاختفاء القسري، أو غير الطوعي، حيث نصّت المواد (15) وما يليها و(18) وما يليها من اتفاقية جنيف الأولى والثانية على الالتزام بالبحث، والرعاية،

(29) د. انسيسة فيصل، و بن عطا الله بن علي، "الحق في معرفة الحقيقة في سياق العدالة الانتقالية"، مجلة المفكر، ع 15، جوان 2017، دورية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد خضير بسكرة، ص 82.

(30) باسل علي عباس، "الحق بمعرفة الحقيقة في القانون الدولي"، المجلة الدولية للعلوم الانسانية والاجتماعية، مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، بيروت-لبنان، ع 13، يونيو 2020، ص 116، <https://www.ijohss.com>، تاريخ الاطلاع: الخميس 25 يونيو 2020 الساعة الثالثة صباحاً.

(31) يعترف القانون الدولي الإنساني بأنه عبارة عن فرع من فروع القانون الدولي العام العلاقات ويتكون من قواعد تسعة في أوقات النزاع المسلح، أو لأسباب إنسانية إلى حماية الأشخاص الذين لا يشاركون، أو الذين كفوا عن المشاركة في الأعمال العدائية، ولتقييد وسائل وأساليب الحرب. وبعبارة أخرى يتكون القانون الدولي الإنساني من قواعد المعاهدات، أو القواعد العرفية الدولية التي انتقلت من ممارسات الدول وجاءت انطلاقاً من شعورها بالالتزام، وتهدف على وجه التحديد إلى حل القضايا الإنسانية الناشئة مباشرة من النزاع المسلح، سواء كان ذا طابع دولي، أو غير دولي، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القانون الدولي الإنساني إجابات على أسئلتك، (د-م)، (د-ط)، ديسمبر (كانون الأول) 2014، ص 4.

(32) للاطلاع على اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، أنظر: شريف عتلم و محمد ماهر عبد الواحد، موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني (النصوص الرسمية للاتفاقيات والدول المصدقة والموقعة)، القاهرة: اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ط 10، 2010.

والكشف عن هوية الجرحى والمرضى من الطرف الخصم، وتوفير العلاج الضروري لهم، وكذلك البحث والكشف عن هوية الموتي، كما تشرح المادتين كيفية جمع المعلومات ودفن الموتي، وتلزم بالمثل المادة (122) وما يليها من اتفاقية جنيف الثالثة، والمادة (136) وما يليها من اتفاقية جنيف الرابعة الدولة بجمع المعلومات عن أسرى الحرب والمدنيين⁽³³⁾، والأهم من ذلك نجد أن المادة (32) من البروتوكول الأول الإضافي لاتفاقيات جنيف المعقودة في 12 أغسطس 1949 والمتعلق بحماية ضحايا النزاعات الدولية المسلحة تشير صراحة إلى حق الأسر في معرفة مصير أقاربهم⁽³⁴⁾، كما أن المادة (33 ف1) من نفس البروتوكول تقضي- بالتزام كل طرف من أطراف النزاع بالبحث عن الأشخاص الذين تم الإبهار عنهم من قبل جهة معادية بأنهم مفقودون، وعليه فإن كل من هذين الالتزامين- يوجبان إبلاغ الأسر عن مصير أقاربهم، والبحث عن المفقودين - فهذا من صميم الحق في معرفة الحقيقة، هذا وقد تم الاعتراف به في وقت لاحق في القانون الدولي لحقوق الإنسان.

ولتعزيز هذه الالتزامات حث المؤتمر الدولي للصليب الأحمر والهلال الأحمر (23) أطراف النزاع على المساعدة في العثور على قبور الموتي، والتعاون مع اللجنة الدولية للصليب الأحمر والجمعيات الوطنية أثناء إحصاء المفقودين والموثق، وحث المؤتمر الدول على اتخاذ أي إجراءات يمكن أن تساعد في التحقق من مصير الأشخاص المفقودين، وطلب من الحكومات منع حالات الاختفاء، وإجراء دراسة مستفيضة في كل حالة من حالات الاختفاء التي تحدث فوق أراضيها. وعليه فقد أكد المؤتمر كذلك أنه يجب أن يبدأ جمع شمل الأسر باقتفاء أثر أفرادها المتفرقين بناءً على طلب كل واحد منهم، كما دعا الدول كذلك إلى تسهيل أنشطة كل من الصليب الأحمر الدولي، أو الهلال الأحمر الوطني من خلال منحهم إمكانية الوصول إلى المعلومات المهمة، وأكد على حاجة وحق الأسر في الحصول على معلومات عن الأشخاص المفقودين، بما في ذلك أسرى الحرب

(33) صدرت اتفاقيات جنيف الأربعة بتاريخ 12 أغسطس 1949، حيث تُعنى اتفاقية جنيف الأولى بتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة، بينما تُعنى اتفاقية جنيف الثانية بتحسين جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار، في حين تُعنى اتفاقية جنيف الثالثة بمعاملة أسرى الحرب، وأخيراً تخصص اتفاقية جنيف الرابعة بحماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، وقد وقع تصديق ليبيا على الاتفاقيات المذكورة بتاريخ 1956/5/22، المرجع السابق، ص 257.

(34) ينظر نص البروتوكول الأول الإضافي لاتفاقيات جنيف في: المرجع السابق، ص 265 - 325.

المفقودين والمقاتلين الذين يعتبرون من المفقودين، وفي الأخير حث المؤتمر بقوة الدول الأطراف في النزاعات المسلحة أن تزود الأسر بمعلومات عن مصير أقاربهم المفقودين⁽³⁵⁾.

وقد أعادت الجمعية العامة التأكيد في قراراتها بشأن الأشخاص المفقودين على حق الأسر في معرفة مصير أقاربهم المفقودين في النزاعات المسلحة، والحق المنصوص عليه في المادة (32) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، وأكدت أنه: "يجب على كل طرف في نزاع مسلح، وحالما تسمح بذلك الظروف، وعلى أبعد تقدير ابتداء من النهاية الفعلية للأعمال العدائية أن يبحث عن الأشخاص الذين أعلن أنهم مفقودون من قبل الطرف الخصم"، وهذا على النحو المنصوص عليه في المادة (33) من البروتوكول الإضافي الأول، وفي هذا الصدد تطالب الجمعية العامة الدول الأطراف في نزاع مسلح أن تتخذ خطوات فورية للكشف عن هوية ومصير الأشخاص المعثرين في عداد المفقودين في النزاع المسلح، وقد طالبت الجمعية العامة أيضا الدول بأن تولي أقصى درجة من الاهتمام لحالات الأطفال المفقودين في النزاعات المسلحة، واتخاذ الإجراءات المناسبة للبحث عن هؤلاء الأطفال والكشف عن هويتهم.

وبالمثل أصدر الأمين العام للأمم المتحدة مبادئ وقواعد متعلقة باحترام قوات الأمم المتحدة للقانون الدولي الإنساني، والتي تنص على احترام قوات الأمم المتحدة حق الأسر في معرفة مصير أفرادها المرضى، والجرحى، والمتوفين⁽³⁶⁾.

(35) اللجنة الدولية للحقوق، الحق في الاضفاف و جبر الضرر في حالات الانتهاكات الجسدية لحقوق الإنسان - دليل الممارسين، جنيف (دط)، 2009، ص 76.
(36) عبد العزيز خنفوسي، و مولاي الطاهر، "الحق في الاضفاف و جبر الضرر لضحايا الانتهاكات الجسدية لحقوق الإنسان"، مجلة جيل حقوق الإنسان، مجلة علمية تصدر عن مركز جيل البحث العلمي، طرابلس - لبنان، ع 1، شباط (فبراير) 2013، ص 46.

الفرع الثاني: الحق في معرفة الحقيقة في القانون الدولي لحقوق الإنسان⁽³⁷⁾

يعتبر الحق في معرفة الحقيقة في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان مفهوماً قانونياً تطور من خلال

الاجتهاد القضائي لهيئات حقوق الإنسان الدولية والإقليمية، وهي كالتالي:

أولاً - منظومة الأمم المتحدة⁽³⁸⁾:

ان الحق في معرفة الحقيقة في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان مكرس في اجتهاد اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، حيث أشارت في عام 1981 في قضية "دي الميدا دي كوانتيروس" أنها تتفهم القلق والإجهاد اللذين أصاب الأم من جراء اختفاء ابنتها، واستمرار الشكوك بشأن مصيرها ومكانها، وأن صاحبة البلاغ لها الحق في معرفة ما حدث لابنتها، وإذا ما لم يتم إخبارها بذلك تكون الأم أيضاً ضحية للانتهاكات التي عانت منها ابنتها طبقاً للمادة (07) من العهد، ومن المهم جداً الإشارة إلى أن اللجنة اعتبرت في هذه الحالة الحق في معرفة الحقيقة حقاً موضوعياً وليس مجرد حق إجرائي، وأن انتهاك هذا الحق يساوي انتهاك الحق في عدم التعرض للتعذيب أو غيره من ضروب المعاملة القاسية، أو اللاإنسانية، أو المهينة.

وإذا كان الحق في معرفة الحقيقة مرتبطاً في البداية بمجالات الاختفاء القسري؛ فإن لجنة حقوق

الإنسان قد أوضحت أن هذا الحق ينطبق أيضاً على انتهاكات حقوق الإنسان بشكل عام.

(37) يعرف (سن لارج) القانون الدولي لحقوق الإنسان بأنه " ذلك القانون الذي يتكون من مجموعة من القواعد القانونية الدولية المكتوبة، أو العرفية والتي تؤكد احترام الانسان الفرد وازدهاره". د. جعفر عبد السلام علي، القانون الدولي لحقوق الإنسان، دار الكتاب العربي، القاهرة، ط1، 1999، ص 67.

(38) الأمم المتحدة هي منظمة عالمية غير حكومية أنشئت في عام 1945، وتتكون حتى الآن من (193) دولة عضو، وتوفر الآليات اللازمة للمساعدة على إيجاد حلول للمشاكل والنزاعات الدولية، ولعلاج الشواغل الملحة التي تواجه البشرية في كل مكان، وصياغة السياسات المتعلقة بالمسائل التي تمس شعوب العالم كافة وكل الدول الأعضاء؛ كبرها وصغيرها، غنيا وفقيرها، بما لها من آراء سياسية ونظم اجتماعية متباينة. نزار عبد القادر، دليل الآليات الدولية في مجال حياة حقوق الإنسان، معهد جنيف لحقوق الإنسان، جنيف - سويسرا، ط 9، 2020، ص 7.

= وطبقاً للفصل الأول (1) من ميثاق الأمم المتحدة الموقع في 26 يونيو 1945 في سان فرانسيسكو في ختام مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بنظام الهيئة الدولية والذي أصبح نافذاً في 24 أكتوبر 1945- من أبرز مقاصد الأمم المتحدة حفظ السلم والأمن الدوليين، وتخمية العلاقات بين الدول على أساس المساواة في الحقوق. وتحقيق التعاون الدولي في الشؤون الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية. وجعل الأمم المتحدة مرجعاً لتنسيق جهود الدول وتوجيهها لخدمة الغايات المشتركة. بينما تعد من مبادئ الأمم المتحدة - حسب نص المادة (2) من الفصل الأول من الميثاق - مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها، وتنفيذ الأعضاء لالتزامات الميثاق بحسن نية. وفض المنازعات الدولية بالطرق السلمية، وامتناع الأعضاء عن استعمال القوة، أو التهديد باستعمالها، وتقديم العون للأمم المتحدة في الأعمال التي تتخذها. والعمل على أن تسير الدول غير الأعضاء على مبادئ الأمم المتحدة. وعدم تدخل الأمم المتحدة في الشؤون الداخلية للدول الأعضاء. الأمم المتحدة: ميثاق الأمم المتحدة، <https://www.un.org/ar/charter-United-nations/index.html>، تاريخ الاطلاع: السبت 2020/7/11 الساعة السادسة مساءً.

كما أكدت آليات الأمم المتحدة الأخرى الحق في معرفة الحقيقة، فبالإضافة إلى موقف فريق العمل المعني بمجالات الاختفاء القسري، أو غير الطوعي المشار إليه أعلاه، أوصت لجنة حقوق الإنسان بتبني مشروع المبادئ العامة للأمم المتحدة بشأن الإفلات من العقاب، والتي تتضمن "الحق المطلق في معرفة الحقيقة"، و"واجب الناكرة"، و"حق الضحايا في معرفة الحقيقة"، و"الضمانات اللازمة لتفعيل الحق في معرفة الحقيقة".

ثانياً- لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان ومحكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان:

استلهمت لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان الحق في معرفة الحقيقة من الحق في الحصول على محاكمة عادلة، وفي الحماية القضائية (المواد 8 و15 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة 1969)⁽³⁹⁾، والحق في الحصول على المعلومات (المادة 13 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان)، وقد ضمنت الحق في معرفة الحقيقة في إطار حق الضحية أو ورثته الشرعي في الحصول على توضيحات هامة حول الحقائق المتعلقة بالانتهاك وما يقابلها من مسؤوليات أجهزة الدولة المختصة، خاصة من خلال إجراءات التحقيق والمحاكمة المقررة في المواد (8 و25) من الاتفاقية، كما أنها أقرت بالحق في معرفة الحقيقة كاملة، وإطلاع الجمهور على حقيقة الأحداث التي وقعت، وظروفها الخاصة، ومن شارك فيها، وهذا كجزء من الحق في جبر الضرر عن انتهاكات حقوق الإنسان.

كما إن الحق في معرفة الحقيقة حسب توضيح لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان هو الحق في البحث القضائي عن الحقيقة والحق في التحقيق، والمطالبة بإنزال العقوبات القضائية على مرتكبي الانتهاكات، حيث لا يمكن أن تحل هيئة غير قضائية مثل لجنة تقصي الحقائق محل هذا الحق، وعليه ترى اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان أنه على الرغم من المساهمة المهمة التي قدمتها لجنة تقصي الحقائق في الكشف عن الحقائق

(39) صدرت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في سان خوسيه بالولايات المتحدة الأمريكية في 22/11/1969، للاطلاع على بنود الاتفاقية، أنظر: دراسات في حقوق الإنسان، دورية فصلية علمية محكمة تعنى بقضايا حقوق الإنسان يصدرها قطاع الإعلام الخارجي بالهيئة العامة للاستعلامات المصرية، <https://hrightsstudies.sis.gov.eg>، تاريخ الاطلاع: الاثنين 24 أغسطس 2020 الساعة الواحدة صباحاً.

المحيطة بأخطر الانتهاكات، وتعزيز المصالحة الوطنية؛ فإن الدور الذي اضطلعت به لا يمكن أن يعتبر بديلاً مناسباً عن الإجراءات القضائية كوسيلة ضرورية للوصول إلى الحقيقة. وإن قيمة لجان تقصي الحقائق لا تكمن في كونها أنشئت لكي لا تكون هناك محاكمات، ولكن لتشكل خطوة في اتجاه معرفة الحقيقة، وتحقيق هدف سيادة العدالة في نهاية المطاف، كذلك فإن إنشاء هيئة تقصي الحقائق لا يمكن أن يكون بديلاً عن التزام الدولة الذي لا يمكن تفويضه بالتحقيق في الانتهاكات التي ارتكبت في إطار اختصاصها، وتحديد المسؤولين عنها، ومعاقبتهم، وضمان جبر الضرر الكافي للضحايا (المادة 1/1 من الاتفاقية الأمريكية) من أجل ضمان الضرورة الجوهرية المتمثلة في مكافحة الإفلات من العقاب.

وقد كانت محكمة البلدان الأمريكية قد تجنبت حتى الآن مسألة الحق في معرفة الحقيقة، ولكنها قضت بأن الدول التي لا تنفذ ما يلزم من إجراءات قضائية من أجل العثور والكشف عن هوية أقارب مقدي الشكاوى تنتهك الحق في الوصول إلى العدالة والحق في محاكمة عادلة⁽⁴⁰⁾.

ثالثاً - النظام الأوروبي⁽⁴¹⁾:

بالرغم من أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لم تتحدث صراحةً عن الحق في معرفة الحقيقة؛ إلا أنها أقرت مع ذلك بمعاناة أقارب ضحايا الاختفاء القسري، والتحرر من التعذيب، أو سوء المعاملة، واعتبرت أن عدم قيام الدولة بالتحقيق في هذه الانتهاكات الجسدية، وإبلاغ الأقارب بالنتائج يشكل انتهاكاً لحقوقهم الخاص في عدم التعرض للمعاملة القاسية واللاإنسانية، وبالتالي اهداراً للحق في معرفة الحقيقة⁽⁴²⁾. وفي قضية كورت ضد تركيا اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تقاعس السلطات عن تقديم معلومات عن المحتفي بمثابة

(40) عبد العزيز خنفوسي، و مولاي الطاهر، مرجع سابق، ص 47 - 48.

(41) صدرت اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا في العاصمة الإيطالية روما في 4 نوفمبر 1950. ودخلت حيز التنفيذ اعتباراً من 3 سبتمبر 1953. إذ أقرتها آنذاك إحدى وعشرون دولة عضواً في المجلس الأوروبي، للاطلاع على بنود الاتفاقية؛ معاش صلاح الدين، القانون الأوروبي لحقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق - كهنون، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة، (غير منشورة)، السنة الجامعية 2005 - 2006، ص 45.

(42) ياسمين نقي، "الحق في معرفة الحقيقة" في القانون الدولي: واقع أم خيال؟، المجلة الدولية للصلب الأحمر، مجلة أكاديمية تأسست عام 1869 وتصدرها اللجنة الدولية للصلب الأحمر وتنتشرها دار نشر جامعة كمبريدج، مج 88، ع 862 يونيو - حزيران 2006، ص 68.

انتهاك لخطر التعذيب والمعاملة القاسية واللاإنسانية حسب المادة (3) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الصادرة في روما في 4 نوفمبر 1950⁽⁴³⁾، ثم رددت المحكمة هذا الاستنتاج في قرارات لاحقة. وقررت غرفة حقوق الإنسان حول البوسنة والهرسك التي أسست أحكامها أيضاً بناء على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية مجزرة سريرينتسا سنة 1995، أن عدم قيام سلطات جمهورية صربسكا بإبلاغ مقدي الطلبات عن مصير ومكان أقاربهم المفقودين (حوالي 7500 مفقود)، وفشلها في إجراء تحقيق جدي وفعال في المذبحة هو بالنسبة لأقارب الضحايا بمثابة انتهاك للادة (3) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، ولحقهم في احترام حياتهم الخاصة والعائلية المكفول بموجب المادة (8) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وقد اعتبرت غرفة حقوق الإنسان، وكذلك لجنة البين الأمريكية أن الحق في إجراء التحقيق ليس في مصلحة الضحايا فقط، بل في مصلحة المجتمع ككل، وأمرت بناءً عليه جمهورية صربسكا بإجراء تحقيق كامل، ومعقد، ومفيد، ومفصل في الأحداث المحيطة بمجزرة سريرينتسا من أجل أن تشرح للمدعين، ولأقارب الآخرين، وللعوم دور الدولة في المجزرة والجهود التي بذلتها بعد ذلك لتغطية الحقائق، ومصير ومكان وجود الضحايا⁽⁴⁴⁾.

(43) للاطلاع على مواد اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا؛ أنظر: جامعة منيسوتا - مكتبة حقوق الإنسان، <http://www1.umn.edu/humanrts/arab/euhrcom.html> تاريخ الاطلاع: السبت 2015/9/5 الساعة الثامنة صباحاً

(44) المجلس الاقتصادي والاجتماعي - لجنة حقوق الانسان - الدورة الثانية والستون، البند (17) من جدول الأعمال المؤقت، تقرير مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الانسان، "الأمم المتحدة - مكتب المفوض السامي لحقوق الانسان: تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها دراسة عن الحق في معرفة الحقيقة"، ص8، <https://www.ohchr.org/AR/Issues/RuleOfLaw/Pages/RightToTheTruth.aspx>، تاريخ الاطلاع: الاربعاء 24 يونيو 2020 الساعة الرابعة مساءً.

المطلب الثاني

لجان الحقيقة كآلية لمعرفة الحقيقة

تراكت لجان الحقيقة التي تم إرسائها فيما يناهز (40) تجربة هامة جدًا من خلال عملها الدؤوب من أجل كشف حقيقة الانتهاكات، وقد أفضى- ذلك إلى إرساء مرجعية قانونية ثرية جدًا، من وحي التجارب المختلفة، ساهمت إلى حد كبير في إنشاء إطار قانوني يميز آلية العدالة الانتقالية في باب كشف الحقيقة ومعالجة الانتهاكات، دون غيرها من آليات البحث والتحقيق التقليدية والمسندة بمقتضى- قوانين الدولة للأجهزة الأمنية وللسلطة القضائية وللمؤسسات الإدارية⁽⁴⁵⁾.

وتناغمًا من عنوان البحث وموضوعه سنقتصر- في بحثنا هذا على تسليط الضوء على لجان الحقيقة كأبرز الآليات الوطنية الناجمة لمعرفة الحقيقة على الإطلاق التي اعتمدت عليها الدول في أعقاب النزاعات المسلحة، أو حدوث انتهاكات لحقوق الإنسان على نطاق واسع.

فما هي لجان الحقيقة؟ (فرع أول)، وما هي الولاية القانونية المعقودة لها؟ (فرع ثاني).

(45) نزيهة ذويب، "مسار العدالة الانتقالية في تونس (النشأة، التعثر والأكراهات السياسية)"، دورية دعم، تصدر عن مركز دعم التحول الديمقراطي وحقوق الإنسان، ع 5، عدد خاص بالعدالة الانتقالية في تونس وليبيا، ديسمبر 2019، ص 28 - 29.

الفرع الأول: ماهية لجان الحقيقة

لتحديد ماهية لجان الحقيقة؛ كان لزاماً علينا تسليط الضوء على مفهوم هاته اللجان (أولاً) لتتحول (ثانياً) إلى اظهار خصائصها؟ ثم ترصد أهدافها (ثالثاً)، وأخيراً نسلط الضوء على كيفية تشكيلها (رابعاً).

أولاً - مفهوم لجان الحقيقة:

عُرفت هذا اللجان تعريفات عدّة منها:

- عرفها المركز الدولي للعدالة الانتقالية على أنها " لجان رسمية غير قضائية يتم إنشائها لفترة زمنية محددة، وتهدف إلى تحديد وقائع وأسباب ونتائج الانتهاكات الماضية لحقوق الانسان وأسبابها ونتائجها"⁽⁴⁶⁾.

وعرفتها المفوضية السامية لحقوق الانسان على أنها "هيئات تُنشئ - بموافقات رسمية ومؤقتة وتقوم بتحقيقات غير قضائية، تأخذ فترة قصيرة نسبياً لجميع الأقوال والقيام بالتحقيقات وأعمال البحث وعقد الجلسات العلنية قبل استكمال عملها بإصدار تقرير نهائي معلن"⁽⁴⁷⁾.

وتستمد هيئات الحقيقة والمصالحة مبادئها من مبادئ حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني وقيم الديمقراطية والمحاکم القضائية لحقوق الإنسان، وتفيد من تجارب دول أخرى، وهي تنطلق من الثقافة الوطنية والموروث الوطني المحلي، وتساهم في إثراءها جهود المجتمع المدني والخبراء والحقوقيين، وهو ما يعزز مداخل التحول الديمقراطي⁽⁴⁸⁾.

(46) إدواردو غونزاليس، و هاورد فارني، البحث عن الحقيقة، مرجع سابق، ص 9.

(47) المفوضية الأم المتحدة لحقوق الانسان، أدوات سيادة القانون للدول ما بعد الصراع (لجان الحقيقة)، نيويورك وجنيف 2006، ص 1.

(48) أحمد شوقي بنبوت، "حول مفهوم العدالة الانتقالية وشرطها المؤسسة"، مجلة المستقبل العربي، ع 423 ماي (مايو) 2014، ص 128، نقلًا عن: نجاة جواني، العدالة الانتقالية في ظل الحراك العربي - تونس نموذجًا، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي - الجزائر، (غير منشورة)، السنة الجامعية 2014 - 2015، ص 19.

وبناء على ما تقدم فإن مصطلح "لجان الحقيقة" بصفة عامة يشير إلى هيئة تحقيق غير قضائية مؤقتة مفوضة من طرف الدولة، وتستمد صلاحيتها منها، وفي بعض الأحيان من المعارضة المسلحة، أو ما نص عليه اتفاقية السلام⁽⁴⁹⁾.

ثانياً - خصائص لجان الحقيقة:

من خلال التعاريف السابقة للجان الحقيقة، نستخرج بعض الخصائص التي تتسم بها هاته اللجان،

وهي انها:

أ - لجان رسمية غير قضائية:

لكل دولة ظروفها الخاصة التي من خلالها تختار الطريقة المثلى والأفعل للضحايا لإنشاء هذه اللجان المختصة بالتحقيق في الانتهاكات الجسدية لحقوق الانسان، ويتم إنشاء لجان الحقيقة عادةً إما بتشريع وطني، أو بمرسوم رئاسي، وقد توجد مزايًا وعيوب في كل من هذين الأسلوبين، ويحدد السياق الوطني آلياً الطريق الأفضل بوضوح، أو المطلوب في الواقع⁽⁵⁰⁾.

وقد وقع إحداث هذه اللجان في البلدان التي خرجت من نزاعات مسلحة إما بمرسوم من طرف رئيس الدولة كما في البيرو والمغرب، أو بموجب اتفاق بين أطراف الصراع كما حدث في السلفادور وغواتيمالا، أو طرف سلطة التشريع الوطنية انتقالية كما حدث في ليبيريا⁽⁵¹⁾ وتونس وليبيا.

ب - هيئات ذات شخصية اعتبارية:

حتى تتمكن لجان الحقيقة، أو تقصي الحقائق من القيام بعملها في التحقيق في انتهاكات حقوق الانسان؛ لا بد أن تتمتع بإطار قانوني يخول لها الصلاحيات الكافية والحماية اللازمة لها ولأعضائها، لذا

(49) عبد الكرم عبد اللاوي، تجربة العدالة الانتقالية في المغرب، مركز القاهرة لدراسات حقوق الانسان، القاهرة، (د.ط.)، 2013، ص 120 .

(50) المفوضية الأم المتحدة لحقوق الانسان، أدوات سيادة القانون للدول ما بعد الصراع، مرجع سابق، ص 13.

(51) حمزة بيطام، مرجع سابق، ص 155 .

حرصت دول ما بعد الصرع على منح هذه اللجان صفة الشخصية الاعتبارية⁽⁵²⁾ لأداء واجباتها وتحمل مسؤولياتها، ولهذه اللجان مقرات رسمية، أو مكاتب لها موزعة على مجموع تراب البلاد، لتسهيل مهمة أعضاء للوصول إلى مصدر المعلومات من الضحايا والشهود، وإجراء التحقيقات الميدانية عن قرب من الأماكن التي حصلت فيها الانتهاكات⁽⁵³⁾، وقد وقع تكريس ذلك في عديد الدول التي خرجت من حالة صراع⁽⁵⁴⁾.

ج - الاستقلالية:

من الأهمية بمكان التنصيص على مبادئ ضامنة لاستقلال لجنة الحقيقة وانتفاء تبعيتها السياسية، واستقلاليتها المالية والإدارية، و من الشروط التي وضعها المركز الدولي للعدالة الانتقالية بهذا الصدد:

- ✓ ضرورة تعيين المفوضين بشفافية.
- ✓ تقديم ضمانات قانونية بعدم عزل المفوضين إلا لسبب عادل.
- ✓ النص على آليات حماية المفوضين من أي تهديد، أو تآر.
- ✓ التمتع باستقلالية مالية من خلال تخصيص ميزانية معقولة للمفوضين الذين يتولون إدارتها.
- ✓ التمتع باستقلالية إدارية، بحيث يعطى للمفوضين سلطة تفسير ولايتهم وتحديد الأولويات والوسائل التي سيعتمدونها في التحقيقات، وعلى المؤسسات الحكومية تفادي التدخل في اختصاصات اللجنة.
- ✓ على المفوض العمل بدوام كامل لدى اللجنة.

(52) طبقاً لنص (53) من القانون المدني الليبي الصادر بالمرسوم الملكي المؤرخ في 28 نوفمبر 1953 " 1 - الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها لازماً لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي قررها القانون. 2 - فيكون له: (أ) ذمة مالية مستقلة. (ب) أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه، أو التي يقرها القانون. (ج) حق التقاضي. (د) موطن مستقل، ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته. 3 - ويكون له نائب يعبر عن إرادته"، وزارة العدل بالمملكة الليبية، موسوعة التشريع الليبي (القانون المدني)، مصر: دار المعارف، (دط)، 1965.

(53) حمزة يطام، المرجع السابق، ص 159.

(54) في تونس: نص الفصل (16) من قانون لرساء العدالة الانتقالية وتنظيمها على أن " هيئة الحقيقة والكرامة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري ... ويكون مقرها تونس العاصمة، ويمكن أن تعقد جلساتها في أي مكان داخل تراب الجمهورية... ". وفي ليبيا نصت المادة (7) من القانون رقم (29) لسنة 2013 بشأن العدالة الانتقالية على تمتع هيئة تقصي الحقائق بالشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة ويكون مقرها مدينة طرابلس.

✓ على اللجنة أن تضم موظفين وتقيين وفنيين ومدربين، وأن تتسم بالعدالة⁽⁵⁵⁾.

وأكدت تشريعات لجان الحقيقة التي أحدثتها البلدان على وجوب استقلالية اللجنة وأعضائها في

ممارسة مهامها⁽⁵⁶⁾.

د - أنها هيئة مؤقتة:

فلجان الحقيقة هي لجان مؤقتة، تنتهي بانتهاء الفترة الزمنية المحددة في أمر التفويض الخاص بإنشائها، وتنتهي - لجان الحقيقة فور إدلائها بالقرير النهائي شاملاً المهام التي تمت تغطيتها، وعلى الرغم من ذلك يمكن مد عمل لجنة الحقيقة بموجب أمر تفويض آخر، إذا ثبت أن اللجنة تحتاج إلى وقت اضافي لإنجاز مهامها⁽⁵⁷⁾.

ففي الشيلي صدر مرسوم رئاسي في 25 ابريل 1990 بتشكيل لجنة الحقيق والمصالحة وعهد لها أمر التحقيق في الفترة التاريخية الممتدة من 11 سبتمبر 1973 إلى 11 مارس 1990 خاصة حالة الاختفاء والاعتداء خارج نطاق القانون والتعذيب والوفيات المرتبطة بهذه الانتهاكات والناجمة عن ممارسات ارتكبت بمبررات سياسية إبان حكم الدكتاتور أغستو بينوتشي⁽⁵⁸⁾.

وفي غانا وقع تحديد الاطار الزمني لعمل هيئة المصالحة الوطنية - طبقاً للقانون الصادر في 6 يناير

2002 - ما بين 6 مارس 1957 ويناير 1993⁽⁵⁹⁾.

(55) مؤسسة حرية الفكر والتعبير، الحق في معرفة الحقيقة وانتهاكات حقوق الانسان - لجان تقصي حقائق بلا حقيقة، (د.ط)، نوفمبر 2013، ص 17.

(56) المغرب: هيئة الاصلاح والمصالحة، نصت المادة الثالثة من الظهير الشريف رقم (1.04.42) الصادر 10 ابريل 2004 بالمصادقة على النظام الأساسي لهيئة الاصلاح والمصالحة على أن "يمارس أعضاء الهيئة مهامهم بكل استقلال وتجرد، وموضوعية..."، الجريدة الرسمية (المملكة المغربية) - النشرة العامة - دورية تصدر عن المطبعة الرسمية، بالرباط- شالة، س 93، ع 5203، 12 ابريل 2004، ص 1640.

- في تونس: هيئة الحقيقة والكرامة، نص الفصل (16) من قانون إرساء العدالة الانتقالية وتنظيمها على أن "هيئة الحقيقة والكرامة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري..." بينما اشترط الفصل (19) على لزوم اختيار أعضاء الهيئة من الشخصيات المشهود لها بالحياد والنزاهة والكفاءة.

- وفي ليبيا: أكدت المادة (7) من قانون العدالة الانتقالية على استقلال هيئة تقصي الحقائق، وحددت المادة (12) الشروط الواجب توافرها في أعضاء الهيئة وأبرزها عدم الانضمام إلى جرب سياسي، وألا يكون محكوماً عليه في جريمة تتعلق بالوظيفة العامة أو المهنة أو أي جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة.

(57) د. أحمد المهدي بالله، "دور لجان الحقيقة خلال مرحلة العدالة الانتقالية لبول الربيع العربي"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مجلة علمية محكمة مع سنوية تعنى بنشر الدراسات والبحوث القانونية والشرعية، س 1، ع 2، يونيو 2013، ص 304.

(58) حاميد زيار، "تجربة العدالة الانتقالية في الشيلي بين الانقلاب العسكري على الشرعية وتحقيق المصالحة الوطنية"، مؤلف جماعي بعنوان: تجارب العدالة الانتقالية في أمريكا اللاتينية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين - ألمانيا، ط 1، 2019، ص 83.

(59) أبو سلهم عيسات، "الطبيعة القانونية لأظمة لجان الحقيقة في التجارب الإفريقية"، مجموعة من المؤلفين، العدالة الانتقالية في أفريقيا مظاهر تفكيك الأنظمة السلطوية - دراسة في تجارب لجان الحقيقة مكسبات وتحديات، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا- برلين، ط 1، 2019، ص 176 - 191.

وفي تونس يغطي عمل هيئة الحقيقة والكرامة - المحدثه بالقانون عدد (53) لسنة 2011 المتعلق بإرساء العدالة الانتقالية وتنظيمها- وفقاً لنص الفصل (17) الفترة الممتدة من الأول من شهر جويلية (يوليو) 1955 إلى تاريخ صدور هذا القانون في 24 ديسمبر 2013.

أما في ليبيا فقد حددت المادة (3) من القانون رقم (29) لسنة 2013 في شأن العدالة الانتقالية المدة الزمنية لعمل هيئة تقصي الحقائق، وهي الوقائع التي حدثت اعتباراً من 1 سبتمبر 1969 إلى حين انتهاء المرحلة الانتقالية بانتخاب المجلس التشريعي بناءً على الدستور الدائم.

ثالثاً - أهداف لجان الحقيقة:

أ - أهداف لجان الحقيقة بالنسبة إلى مصالح الضحايا:

تشارك لجان الحقيقة بالنسبة إلى مصالح الضحايا في عدة أهداف، أبرزها:

1 - إعادة الاعتبار للكرامة الانسانية المتأصلة في الانسان.

2 - إعادة صفة المواطنة للفرد.

3 - الكشف عن حقيقة ماضي الانتهاكات الجسدية لحقوق الانسان، والاقرار العمومي بها.

4 - جبر الأضرار الفردية والجماعية.

ب - أهداف لجان الحقيقة بالنسبة إلى مصالح المجتمع:

تشارك لجان الحقيقة بالنسبة إلى مصالح المجتمع في عدة أهداف، أهمها:

1 - إزالة المحرمات التي طبعت علاقة المجتمع بالانتهاكات الجسدية، واختراق ثقافة الخوف، وبث

ثقافة الاعتراف بها.

2 - الاعتراف العام بحق المواطن في الاستماع والتعرف على ماضي الانتهاكات الجسدية لحقوق

الانسان.

ج - أهداف لجان الحقيقة بالنسبة إلى الكشف عن الانتهاكات:

تشارك لجان الحقيقة في الكشف عن الانتهاكات من حيث:

1 - التصدي للانتهاكات الجسمية لحقوق الانسان، من حيث التحري، وجمع الأدلة والقرائن والشهادات.

2 - تحليلها في ضوء معايير القانون الدولي لحقوق الانسان والقانون الدولي الانساني، حسب الحالة.

3 - تحليلها في ضوء السياقات العامة، أو الخاصة المرتبطة بها، من حيث آثارها المباشرة وغير المباشرة على الضحايا والمجتمع.

4 - توثيقها في اطار السجل التاريخي لماضي الانتهاكات، صوتاً لذاكرة الأفراد والجماعات.

د - أهداف لجان الحقيقة من حيث تقوية المجتمع المدني:

تشارك لجان الحقيقة بالنسبة إلى الانتقال من الاستبداد إلى الديمقراطية من خلال:

1 - خلق أجواء من الحوار الحر حول ماضي المجتمع والطريقة التي تتعامل بها مع الانتهاكات.

2 - إجراء الحوار بين الأخصائيين والأكاديميين حول سياقات الانتهاكات، ودور الدولة والمجتمع حولها.

3 - قيام وسائل مختلفة بتتبع وقائع العدالة الانتقالية نقلاً وتحليلاً وتعقيباً.

هـ - أهداف لجان الحقيقة على صعيد النهوض بثقافة حقوق الانسان:

تساعد لجان الحقيقة في النهوض بثقافة حقوق الانسان، ومن ذلك:

1 - الدعوة إلى وضع خطة وطنية تنخرط فيها الحكومة والمجتمع المدني والجامعة في مجال التربية على حقوق الانسان.

2 - التكوين المستمر للقضاة والموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين ذات العلاقة.

3 - نشر تقرير لجنة الحقيقة والتوصية بتقديمه بصيغة تضمن تداوله على نطاق واسع.

ويجمل الخبران "مارك فريمان و بريسيلااب هاينز" لمنافع المحتملة للجان الحقيقة في النقاط التالية:

- تساعد على إثبات الحقيقة بشأن الماضي، ومحاسبة مرتكبي انتهاكات حقوق الانسان.
- توفر منبراً عاماً للضحايا.
- تحفز على النقاش العام وتثريه.
- توصي بتعويض الضحايا، وبالاصلاحات القانونية والمؤسسية اللازمة.
- تعزز المصالحة الاجتماعية⁽⁶⁰⁾.

رابعاً - تشكيل لجان الحقيقة:

سبق وأن أشرنا إلى أن لجان الحقيقة، أو تقصي الحقائق يتم إنشائها في فترات تتلو نزاعات داخلية، أو عقب التغيير من نظام استبدادي إلى نظام ديمقراطي، ولكن قبل إحداث مثل هذه اللجان يجب إطلاق مشاورات واسعة مع المجتمع المدني على وجه العموم، والضحايا، أو ذويهم على وجه الخصوص، إلى جانب وجود التزام سياسي واضح يسمح بالتحقيق المستقبل والفعال⁽⁶¹⁾.

وقد يتم إنشاء هذه اللجان بموجب اتفاقيات السلام⁽⁶²⁾، أو وفقاً للدساتير التي تتلو هذه التحولات⁽⁶³⁾، أو طبقاً لنص تشريعي⁽⁶⁴⁾، وقد شهدت الفترة الممتدة من عام 1974 إلى سنة 2007 إحداث ما لا يقل عن (32) لجنة تحقيق في (28) بلداً، لعل أبرزها تلك المحدثة في جنوب افريقيا⁽⁶⁵⁾.

(60) أحمد شوقي بنوب، العدالة الانتقالية بتونس (أسس نظرية، تطبيقات عملية، تصورات مستقبلية)، مركز الكواكبي للتحولات الديمقراطية (أكاديمية العدالة الانتقالية)، (د-م)، (د-ط)، 2011 - 2012، ص 20 - 23.

(61) د. رضوان زيادة، "العدالة الانتقالية الوطنية والمصالحة في العالم العربي"، بحث غير منشور، ص 5.

(62) في السلفادور وقعت الحكومة في 11 يناير 1992 ممثلة بالرئيس ألفريدو كريستياني وحركات التمرد ممثلة بقادة الفصائل المكونة لها مثل " شفيق حضل وخوآكين فيلالوبوس وسلفادور سانشيز سيرين وفرانسيسكو خوفيل وإدارودو سانشو اتفاق سلام ينهي الحرب الأهلية التي دامت (12) عاماً في قلعة شابولتيك في المكسيك، وشملت الاتفاقية تقليص الجيش وحل الشرطة الوطنية والشرطة المالية والحرس الوطني. حل الدفاع المدني (مجموعة شبه عسكرية) وتنظيم شرطة مدنية جديدة ورفع الحصانة الذي سنته الحكومة توصية بشأنها للجنة تقصي الحقائق، كريمة الصديقي، "تجربة العدالة الانتقالية في السلفادور: هل تم فعلاً تطبيق العدالة الانتقالية بعد المذايح العموية؟"، مؤلف جماعي بعنوان: تجارب العدالة الانتقالية في أمريكا اللاتينية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية. برلين - ألمانيا، ط 1، 2019، ص 57.

وكانت لجان الحقيقة والمصالحة التي تأسست عبر عمليات مشاورات ومشاورات جماهيرية واسعة وسائل فعالة نحو التغيير باعتبار أن المجتمع المدني قد ساهم منذ البداية في عملية صنع القرار، وعناك مثالان على ذلك، جنوب افريقيا وليبيريا، ففي جنوب افريقيا نجحت شبكة قوية من منظمات المجتمع المدني في استبعاد البنود المتعلقة بالسرية من التشريع المتعلق باللجنة، كما أثرت تلك الشبكة في العملية العلنية التي جرى بموجبها اختيار المفوضين، كما تولت مراقبة عمل اللجنة، الأمر الذي جعل هذه الأخيرة عرضة للمساءلة، وأصبحت الطبيعة العلنية لأشغال اللجنة مثالا يحتذى به لعمل جميع اللجان الأخرى في افريقيا⁽⁶⁶⁾.

ومن همتها حرصت التشريعات في الدول التي أنشأت لجان لمعرفة الحقيقة على وجوب توفر جملة من الشروط لانتقاء القائمين على تلك اللجان والعاملين بها لأجل الظفر بثقة أطراف العملية والضحايا والمجتمع المدني.

(63) تم تأسيس لجنة الحقيقة والمصالحة في الكونغو بموجب الدستور الانتقالي الصادر سنة 2003، والغاية منها الكشف على عن الجرائم وانتهاكات حقوق الانسان وبناء الوحدة الوطنية، التي وقعت في الفترة الممتدة من 1960 – 2006، فريدة روطان، "آليات تحقيق العدالة الانتقالية في جمهورية الكونغو الديمقراطية، مجموعة من المؤلفين، العدالة الانتقالية في افريقيا مظاهر تفكيك الأنظمة السلطوية – دراسة في تجارب لجان الحقيقة مكسبات وتحديات، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا- برلين، ط 1، 2019، ص 213-263، ص 298.

(64) تم إحداث هيئة الإصاف والمصالحة في المغرب وهيئة الحقيقة والكرامة في تونس وهيئة تنصي الحقائق في ليبيا بموجب تشريعات وطنية، بيد أن الفارق بين الدول الثلاثة؛ أن هيئة الإصاف والمصالحة في المغرب وقع إنشائها بموجب إرادة سياسية من السلطة الحاكمة، بخلاف هيئة الحال الحقيقة والكرامة في تونس وهيئة تنصي الحقائق في ليبيا التي أنشأت عقب ثورات أحدث تغيير في النظام السياسي.

(65) دانسيغة فيصل، و بن عطا الله بن علي، " الحق في معرفة الحقيقة في سياق العدالة الانتقالية، مرجع سابق، ص 86 - 87.

(66) ياسمين ساووكا، "النظر إلى الماضي والعدالة الانتقالية – بناء السلام من خلال كشف المسؤوليات"، المجلة الدولية للصلب الأحمر، مجلة أكاديمية تأسست عام 1869 وتصدرها اللجنة الدولية للصلب الأحمر وتنتشرها دار نشر جامعة كمبريدج، مج 88، ع 862، حزيران (يونيو) 2006، ص 30.

أ - الشروط الشخصية⁽⁶⁷⁾:

❖ شروط أخلاقية: ومن أهم هذه الشروط:

- ألا يكون متورطاً في ماضيه بأي شكل من أشكال الانتهاكات التي حدثت.
- ألا يكون مدافعاً عن تلك الحقبة المظلمة.
- ألا يكون قد تولى مسؤولية كبرى في النظام السابق.
- أن يكون مدافعاً عن حقوق الضحايا ومناضلاً من أجل قضايا الحقيقة والعدالة.

❖ المؤهلات والخبرة:

بحيث يجب أن تتوفر في العامل بلجنة الحقيقة مؤهلات علمية وخبرة كافية في مجال حقوق الانسان، وإن كان لهذه اللجان الاستعانة بعلماء الاجتماع والنفس والطب والتشريح والقانون وغيرهم للوصول إلى الحقيقة⁽⁶⁸⁾.

(67) في تجور الشرقية - مفوضية الاستقبال والمصالحة: مص البند الرابع فقرة (1) على أن " تتكون المفوضية من خمسة إلى سبعة مفوضين وطنيين ... من بين الأشخاص الذين يجتمعون بالأخلاق الرفيعة والحياد والنزاهة على نحو يؤهلهم للتعامل مع القضايا التي تتعلق بها القاعدة التنظيمية الحالية، وألا يكونوا منخرطين بالسياسة على مستوى عال، وأن يكونوا ممن أظهروا التزاماً واضحاً بمبادئ حقوق الانسان ... ويجب أن يكون ثلائون بالمائة من المفوضين من النساء".
وفي تونس: يشترط للترشح لعضوية هيئة الحقيقة والكرامة حسب الفصل هدد (21) من القانون عدد (58) لسنة 2013 بإرساء العدالة الانتقالية أن يتمتع بالكفاءة والاستقلالية والحياد والنزاهة - الخلو من السوابق العدلية من أجل جريمة قصدية مخلة بالشرف - عدم سبق التفتيش الاحتياطي - عدم سبق العزل لأي سبب مخل بالشرف - يحجر على المترشح لعضوية الهيئة حسب الفصل (22) أن يكون نائباً في المجلس الوطني التأسيسي .
وفي ليبيا - هيئة تصفي الحقائق: اشترطت المادة (12) من قانون العدالة الانتقالية رقم (29) لسنة 2013 فيمن يختار عضواً في مجلس إدارة الهيئة، أو مديراً لإحدى الإدارات التابعة لها، أو عضواً في إحدى اللجان التابعة لها عدم الانضمام لأي حزب سياسي، وألا يكون قد انخرط في حركة اللجان الثورية، أو أحد أفراد الحرس الثوري، أو جهاز الأمن الداخلي، أو الخارجي، أو الاستخبارات العسكرية، أو لجان التطهير، أو رابطة ما يسمى رفاق القائد، أو عمل قاضياً بمحكمة الشعب، أو أمن الدولة، أو تولى وظيفة النائب العام، أو المدعي العام العسكري، وألا يكون محكوماً عليه في جريمة تتعلق بالوظيفة العامة، أو المهنة، أو أي جريمة مخلة = بالشرف أو الأمانة، وألا يكون قد فصل من الوظيفة العامة بقرار تأديبي، وألا تنطبق على العضو معايير تولي المناصب المنصوص عليها في القانون رقم (13) لسنة 2013 بشأن العزل السياسي والإداري، وأن يقدم إقراراً بالذمة المالية.

(68) في غواتيمالا تم تشكيل لجنة لبيان انتهاكات حقوق الانسان وأعمال العنف تضمنت ممثلين عن الحكومة وممثلين عن الاتحاد الثوري الغواتيمالي إلى جانب ممثلين عن اللجنة السياسية والدبلوماسية، وممثلين عن الأمم المتحدة. وفي ليبيريا ضمت لجنة الحقيقة والمصالحة أعضاء من النساء، وممثلين عن المجتمع المدني، وممثلين عن الأحزاب السياسية، وممثلين عن الأمم المتحدة، وممثلين عن المجتمع الاقتصادي لدى غرب أفريقيا.

ب - الشروط الشكلية:

وتتعلق هاته الشروط بطريقة الاختيار ووقتها وغيرها من الضوابط، ومن أهم هذه الشروط إجراء مشاورات واسعة داخل قطاعات المجتمع ودعوته لترشيح أسماء من يتولون العضوية، مع مشاركة مشاورات أبناء الأقليات في البلد، وهذا ما عملت عليه قوانين دول ما بعد الصراع.

أما وقد انتهينا من التعريف بلجان الحقيقة ورصد خصائصها وكيفية تشكيلها وشروط العضوية فيها؛ لم يبق لنا في الفرع التالي إلا أن نوضح أهم الصلاحيات القانونية الممنوحة لتلك اللجان.

الفرع الثاني: الولاية القانونية للجان الحقيقة

توجد العديد من الوسائل المساعدة التي تعزز عمل لجان الحقيقة، أو تقصي الحقائق، والتي تشكل في الوقت ذاته مسمولات هاته اللجان، ويمكن اجمال ذلك في البنود الآتية:

أولاً - توعية الجماهير:

من أهم أسباب نجاح عمل لجان الحقيقة للوصول إلى أهدافها العمل لكسب ثقة الجمهور من خلال توعيته، فيجب على اللجنة أن تبذل جهداً لتقديم وشرح عملها للجمهور ودعوة الضحايا، أو غيرهم من ذوي المعلومات الهامة إلى مكاتبها للإدلاء بأقوالهم والتأكد من فهم رسالتها وأهدافها، وسيساعد ذلك على أن تكون توقعات الجمهور في حدود المعقول.

ومن ضمن استراتيجية التوعية توزيع منشورات، عن دور اللجنة وولايتها، والاجتماعات العلنية والاتصالات الواسعة بوسائط الاتصال، ويمكن أيضاً لمؤسسات المجتمع المدني والمجموعات الدينية أن تساعد في نشر المعلومات عن أعمال اللجنة، ويلعب الاعلام بمختلف وسائله دوراً كبيراً في هذا المجال. ولكن على الرغم من ضرورة العلنية والشفافية في عمل اللجنة؛ إلا أن كثير من التحقيقات والاجتماعات والمعلومات المجمعة يجب أن تظل سرية وذلك حتى نشر التقرير بالتأكد⁽⁶⁹⁾.

(69) المفوضية الأم المتحدة لحقوق الانسان، أدوات سيادة القانون للدول ما بعد الصراع، مرجع سابق، ص19.

ثانياً - التحقيق في الانتهاكات:

تعتبر مسألة التحقيق في الانتهاكات التي حدثت في الماضي هو جوهر عمل لجان الحقيقة في كافة البلدان التي خرجت من نزاع مسلح، وقد تركز عمل غالبية لجان تقصي الحقائق على انتهاكات الحقوق المدنية والسياسية نظراً لمحدودية ولاياتها، وإن أولت قدراً من الاهتمام للأسباب الجذرية للنزاعات، أو القمع، ونظرت بالتالي في المسائل التي تؤثر على التمتع بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وينعكس ذلك في استنتاجاتها وتوصياتها، وفي أحوال استثنائية تناولت لجان تقصي الحقائق انتهاكات هذه الحقوق، وإن لم تتوسع في ذلك⁽⁷⁰⁾.

وفي بنما جرى إحداث لجنة الحقيقة والمصالحة بموجب مرسوم رقم (2) لسنة 2001 تكون مهمتها التقصي - عن ما جرى خلال فترة الحكم العسكري، والاستماع إلى شهادات الضحايا حول الانتهاكات التي تعرضوا لها، والتحقيق فيها. وتشمل أيضاً محاكمة مرتكبي الانتهاكات أمام المحاكم الوطنية، أو الدولية، بالإضافة إلى تقديم تعويضات للضحايا وأسرهم وإقامة نصب تذكارية ومتاحف لتخليد ذكرى الضحايا والانتهاكات⁽⁷¹⁾.

أما في المغرب، حددت المادة (9) من النظام الأساسي لهيئة الانصاف والمصالحة اختصاصات ومهام اللجنة والتي تتمثل في اثبات نوعية ومدة جسامة انتهاكات حقوق الانسان، وتلقي الإفادات والإطلاع على الأرشيفات الرسمية، وذلك بإجراء النظريات، ومواصلة البحث بشأن محاولات الاخفاء القسري التي لم يعرف مصيرها. والوقوف على مسؤوليات أجهزة الدولة، أو غيرها في الانتهاكات التي حصلت⁽⁷²⁾.

(70) مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، العدالة الانتقالية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، (دط)، 2014، ص 17.

(71) ماري ماهر ملاك، "تجربة العدالة الانتقالية في بنما"، مؤلف جماعي بعنوان: تجارب العدالة الانتقالية في أمريكا اللاتينية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين - ألمانيا، ط 1، 2019، ص 156.

(72) د. عبد الكرم عبد اللاوي، تجربة العدالة الانتقالية في المغرب، مرجع سابق، ص 142.

وفي تونس حدد الفصل (39) من قانون العدالة الانتقالية مهام هيئة الحقيقة والكرامة، وهي: عقد جلسات استماع سرية، أو علنية لضحايا الانتهاكات ولأي غرض متعلق بأشطتها، والبحث في حالات الاختفاء القسري، وجمع المعطيات ورصد الانتهاكات وإحصائها وتثبيتها وتوثيقها وإعداد سجل موحد لضحايا الانتهاكات، وتحديد مسؤوليات أجهزة الدولة أو أي أطراف أخرى في الانتهاكات، ووضع برنامج شامل لجبر ضرر فردي وجماعي لضحايا الانتهاكات.

وفي ليبيا، فقد نصت المادة (7) من قانون العدالة الانتقالية رقم (29) لسنة 2013 على مشمولات هيئة تقصي الحقائق وأهمها تقصي الحقائق حول الانتهاكات الجسدية والمنهجة لحقوق الإنسان، وتحديد هويات المتورطين في هذه الانتهاكات، وجمع وجهات نظر الضحايا ونشرها، وتوثيق الروايات الشفهية للضحايا، والبحث في ملف المفقودين والمعتقلين والنازحين واتخاذ الاجراءات اللازمة لمعالجته. وللوصول إلى الحقيقة تعتمد بعض الدول آليتين منهجيتين هما: التحريات الميدانية ودراسة السجلات والوثائق.

أ- التحقيق الميداني:

يمكن إيجاز وسائل البحث والتحقيق الميداني في:

❖ جلسات الاستماع:

تعد جلسات الاستماع أحد المرتكزات الأساسية المشتركة ما بين لجان الحقيقة في إطار العدالة الانتقالية للدول الخارجة من النزاعات والحروب الأهلية وغيرها، فقد تلعب جلسات الاستماع سواء أكانت مفتوحة، أو مغلقة دوراً ريادياً لضحايا الانتهاكات الجسدية لحقوق الإنسان، فهي لحظة تنبئ للضحية، أو الشاهد بتقديم تجربته حول ما تعرض له من انتهاكات خطيرة لحقوقه⁽⁷³⁾. وقد مكنت جلسات الاستماع التي عقدها هيئة الحقيقة والكرامة في تونس من التعرف على مجموعة هامة من الأحداث التي انطوت على عينات

(73) المصطفى بوجعوط، "جلسات الاستماع العمومية في ضوء تجاري العدالة الانتقالية الإفريقية"، مدخل لتسيخ قيم التسامح والصفح والمصالحة - دراسة مقارنة بين المغرب، سيراليون، جنوب أفريقيا"، مجموعة من المؤلفين، العدالة الانتقالية في أفريقيا مظاهر تفكيك الأنظمة السلطوية - دراسة في تجارب لجان الحقيقة مكسبات وتحديات، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا - برلين، ط 1، 2019، ص 213.

من انتهاكات حقوق الانسان الجسدية والممنهجة التي عرفتها البلاد التونسية في فترات مختلفة من تاريخها من 1955 إلى أحداث الثورة التونسية في 2011⁽⁷⁴⁾.

- جلسات الاستماع المفتوحة؛ وفي هذه الجلسات يتوفر للجميع فرصة رواية كيفية وقوع الأحداث، كما توفر فرصة للجمهور للاستماع إلى الحقيقة مباشرة من الشهود، وتتاح لوسائل الاعلام تغطية هذه الجلسات، وهذا كله يمنح للبلاد فرصة تاريخية لفتح صفحة الماضي، واعطاء فرصة للناجين والضحايا والمجتمع لتجاوز آلام الماضي⁽⁷⁵⁾.

وفي تونس انطلقت جلسات الاستماع العلنية في 17 نوفمبر 2016 وكان لها صدى إيجابي لدى الرأي العام الذي تابع بكتافة هذه الجلسات، التي تم بثها على الهواء مباشرة عبر القنوات الوطنية والأجنبية وتابعتها أكثر من مليون مشاهد، وتهدف هذه الجلسات إلى إطلاع الرأي العام على حجم وجسامته الانتهاكات التي عرفتها تونس طيلة سنوات تحقيق عمل الهيئة، وتسعى من خلالها الهيئة إلى حفظ الذاكرة الوطنية وضمان عدم التكرار من خلال توثيق مختلف الانتهاكات ومعرفة السياق التاريخي لها وذلك بالإضافة إلى رد الاعتبار للضحايا المساهمة في رد واستعادة كرامتهم من خلال توصيل صوتهم. كما تساهم هذه الجلسات في تفكيك منظومة الاستبداد والفساد وإصلاح المؤسسات وتطوير التشريعات من أجل إرساء دولة القانون وترسيخ ثقافة عدم الإفلات من العقاب من جهة وتمكين مرتكبي الانتهاكات من الاعتراف وطلب الاعتذار من الضحايا على تكريس المصالحة الوطنية من جهة أخرى من جهة أخرى.

وقد ضمت هذه الجلسات (22) مقدم شهادة من ضحايا وشهود، وقررت الهيئة اعطاء الأولوية للانتهاكات الجسدية الممنهجة لحقوق الانسان في مقدمتها القتل العمد، التعذيب الإخفاء القسري، انتهاك الحق في محاكمة عادلة، الانتهاكات الجنسية، الإيقاف التعسفي، المنع من الارتزاق، وأشكال الاعتداء على حق

(74) وحيد فرشيبي، "جلسات الاستماع العلنية: الحق في الحقيقة وكرامة الضحايا"، الفكرة القانونية تونس، تصدر عن جمعية الفكرة القانونية - Legal Agenda- كل ثلاثة أشهر منذ نيسان (ابريل) 2015 وتعنى بالأوضاع القانونية والقضائية والمستجدات التونسية والمغربية، ع7، جانفي (يناير) 2017، ص 4.
(75) حمزة بيطام، دور آليات العدالة الانتقالية في تجاوز انتهاكات حقوق الانسان، مرجع سابق، ص 171.

الشغل، انتهاك الحق في الصحة، المراقبة الإدارية، انتهاك الحق في ممارسة المعتقد، كما عطلت هذه الشهادات لانتهاكات التي حصلت خلال أحداث الثورة⁽⁷⁶⁾.

وفي سيراليون عقدت جلسات استماع عمومية للضحايا والجناة والشهود، ووضعت عدة اعلانات وتوجيهات لمن يرغب في الظهور في جلسة استماع عامة لمشاركة خبراته علناً في حالة دعوته.

وفي المغرب عملت هيئة الانصاف والمصالحة على تنظيم جلسات استماع عمومية لضحايا الانتهاكات الجسدية لحقوق الانسان، رغم أنه لم يتم التنصيص عليها صراحة في نظامها الأساسي كسائر التجارب المقارنة⁽⁷⁷⁾. وقد نظرت الهيئة الانصاف والمصالحة المغربية أثناء فترة عملها ما يقارب (22) ألف حالة، وكان من أبرز أعمال الهيئة هو تنظيم جلسات استماع عمومية للضحايا من الفترة التي امتدت من 1956 إلى 2004، وتمكنت الهيئة من اعداد ارشيف هائل من المعلومات عن الضحايا والانتهاكات ومرتكبيها⁽⁷⁸⁾.

- جلسات الاستماع المغلقة؛ وهي جلسات خاصة ومغلقة غير مخصصة للنشر، أو التغطية الاعلامية⁽⁷⁹⁾، تمثل مرحلة مهمة من مراحل البحث والتقصي- وكشف الحقيقة، وآلية لتوثيق ذاكرة الانتهاكات التي تعرض لها الضحايا، وقد حرصت هيئة الحقيقة والكرامة في تونس منذ البداية على عقد جلسات استماع سرية رسمية بتاريخ 15 غشت (أغسطس) 2015 إذ تم الاستماع إلى (1938) مودع ملف، وذلك طيلة (79) يوم استماع إلى غاية 31 ديسمبر 2015، وتستغرق جلسة الاستماع بين ساعتين و (20) ساعة حسب الحالة. فقد جندت الهيئة طاقتها الإداري والبشري من (12) فريق استماع في (12) مكتب استماع على صعيد التراب التونسي، ويتكون الفريق من عنصرين، أحدهما مختص في علم الاجتماع، أو علم النفس، والآخر مختص في القانون⁽⁸⁰⁾.

(76) هيئة الحقيقة والكرامة، التقرير السنوي لسنة 2016، نسخة مخبئة ديسمبر 2017، ص 33 - 34، <http://www.ivd.tn>، تاريخ الاطلاع: الاربعاء 12 أغسطس 2020 الساعة العاشرة مساءً.

(77) المصطفى بوجعوط، "جلسات الاستماع العمومية في ضوء تجارب العدالة الانتقالية الافريقية"، مرجع سابق، ص 219، 227.

(78) باسل علي عباس، "الحق بمعرفة الحقيقة في القانون الدولي"، مرجع سابق، ص 129.

(79) المركز الدولي للعدالة الانتقالية ومؤسسة المستقبل، النوع الاجتماعي ومسار العدالة الانتقالية في المغرب، المركز الدولي للعدالة الانتقالية ومؤسسة المستقبل، (د-م)، (د-ط)، ايلول (سبتمبر) 2011، ص 21.

(80) المصطفى بوجعوط، مرجع سابق، ص 249.

ويصرّح العديد من الضحايا - في تونس - أنهم لا يتحدثون عما تعرضوا له، ليس فقط لصيانة صورتهم وكرامتهم بالنسبة للمحيطين بهم من العائلة والأصدقاء بل أيضا لحماية لمشاعر العائلة والأبناء خاصة. وهو ما يجعل العديد من الضحايا لا يقبلون بالشهادة العلنية ويكتفون بالشهادة في إطار الجلسات السرية والتي عقدت الهيئة قرابة (15) ألف جلسة. فكيف يمكن صيانة كرامة هؤلاء عند الإدلاء بشهادتهم العلنية، فلا تتحول هذه الجلسات إلى مناسبة جديدة للمس بكرامتهم؟⁽⁸¹⁾.

وفي المغرب مثلاً نظمت جلسات استماع خاصة ومغلقة وغير مخصصة للنشر، أو للتغطية الإعلامية، وقد تم دعوة حوالي (70) شخصية من كبار الشهود من الرجال، ويعكس غياب الشخصيات النسائية من لائحة " كبار الشهود" التواجد الضعيف للمرأة المغربية في الشأن العام⁽⁸²⁾.

وفي سيراليون وقع عقد جلسات مغلقة استجابة للحساسيات الثقافية للمجتمع والمصالح الفضلى للشاهد، ومن الحالات التي تعقد فيها جلسة مغلقة؛ في حالة الانتهاكات ذات الطبيعة الجنسية، وإذا كانت عودة الشاهد إلى المجتمع بعد الشهادة ستعرض للخطر، أو عندما يكون هناك تهديد لأمن الشاهد، ومن ضمن إجراءات هذه الجلسات عدم الكشف عن هوية الشاهد، والاحتفاظ بسجل الإجراءات بغية حماية الشاهد⁽⁸³⁾.

❖ أخذ الأقوال:

من الفئات التي تعول عليها لجنة الحقيقة للحصول على المعلومات والأدلة حول الانتهاكات الجسدية لحقوق الانسان هي الفئة التي شهدت تلك الانتهاكات سواء الضحايا، أو الناجين منها، ويستغرق ذلك وقتاً طويلاً، لذا من المرجح أن يكون التدريب ضرورياً لأعضاء اللجنة لمعرفة الطريقة التي السليمة لأخذ أقوال الضحايا الذي قد تعاني ذكرتهم من الاضمحلال، أو التشويش، وللحصول على المعلومات من والأدلة من

(81) وحيد فرشيبي، "مرجع سلقين"، ص 4.

(82) المركز الدولي للعدالة الانتقالية ومؤسسة المستقل، النوع الاجتماعي ومسار العدالة الانتقالية في المغرب، مرجع سابق، ص 21.

(83) المصطفى بوجعوط، مرجع سابق، ص 226.

هؤلاء ينبغي على لجنة الحقيقة توفير الجو المناسب للإدلاء بشهاداتهم، ومن هنا تلعب خبرة أعضاء اللجان الدور الرئيسي والفعال في طريقة الحصول على المعلومات⁽⁸⁴⁾.

ومن أهم الطرق التي تتمكن من خلالها لجان الحقيقة الحصول على المعلومات حول الأحداث التاريخية من هؤلاء؛ إجراء المقابلات، مع الشهود والناجين، والتعاون مع السلطات الحكومية في هذا الشأن⁽⁸⁵⁾، وهذا ما نصت عليه التشريعات المنشأة للجان الحقيقة في السلفادور وليبيريا⁽⁸⁶⁾، وتونس⁽⁸⁷⁾ وليبيا⁽⁸⁸⁾.

❖ الزيارات والتحقيقات الميدانية:

من المهام التي تقوم بها لجان الحقيقة لغرض جمع الأدلة والمعلومات حول الحقبة الماضي التي شهدت انتهاكات لحقوق الانسان؛ عي الزيارات الميدانية إلى أماكن ومقرات وقوع هذه الانتهاكات، إذ تعتبر الأماكن

(84) حمزة بيطام، مرجع سابق، ص 173 – 174.

(85) ساهمت الحكومة المغربية في إنجاح شغل هيئة الإنصاف والمصالحة من خلال عدة خطوات أبرزها: (1) وضع الأشخاص المكلفين بتنفيذ القانون رهن إشارة الهيئة فيما يخص تقديم شهادات وإفادات "مستولين أميين، ورجال سلطة، ومشرفين على عمليات الدفن، ومستولين في الوقاية المدنية، ومستولين من الجماعات المحلية..." في تلقى إفادات ومعطيات ساعدت في الكشف عن الحقيقة وتحديد المسؤوليات عن الانتهاكات. (2) فتح أماكن الاحتجاز وأماكن الدفن أمام زيارات الهيئة وتحرياتها من الكشف =

= عن الحقيقة بخصوص حالات الاحتجاز وظروفه وقيود المتوفين المدفونين، سواء بشكل فردي في المقابر وفي أماكن الاحتجاز، أو بشكل جماعي خلال الأحداث الاجتماعية. (3) ساعد وضع أرشيفات المرافق العمومية تحت إشرافها ووثائقها تصرف الهيئة (أرشيف وزارة حقوق الإنسان سابقا، وسجلات أماكن الاعتقال والاحتجاز، وسجلات المستشفيات، وسجلات مستودعات الأموات التابعة لمكاتب حفظ الصحة، والسجلات المسوكة من قبل محافظي المقابر، وسجلات الحكم، وسجلات الحالة المدنية في استجلاء الحقيقة حول العديد من الوقائع ذات الصلة بملفات وقضايا لم يكن من اليسير التوصل بشأنها إلى قاعة ثابتة دون مقاربة ما توفر بعدها من معلومات متنوعة ومتعددة بما هو مدون رسمياً في سجلات مسوكة من قبل إدارات عمومية مختلفة. (4) تقديم السلطات العمومية المركزية والمحلية (وزارة الداخلية، والبرك الملكي، والقوات المسلحة الملكية، والمديرية العامة للأمن الوطني، ومديرية مراقبة الزراب الوطني، والمديرية العامة للدراسات والمستندات، والقوات المساعدة والوقاية المدنية، والنيابات العامة...) لمعلومات ومعطيات بخصوص حالات مجبوهي المصير، والأشخاص المتوفين عقب أحداث اجتماعية، أو خلال اشتباكات مسلحة، أو أثناء الاحتجاز أو نتيجة للقتل خارج نطاق القانون، بناء على إحالات من هيئة الإنصاف والمصالحة. (5) التعاون مع طلبات هيئة الإنصاف والمصالحة بخصوص عقد اجتماعات موسعة وأخرى حسب القطاعات حول لوائح مجبوهي المصير، وتزويدها بنتائج تحريات السلطات العمومية بخصوص الحالات المعروضة على الحكومة من قبل فريق العمل الأهمي المعني بالاختفاء القسري - بما ساهم في خلق أجواء من التعاون للكشف عن الحقيقة، وتحليل سياقات الانتهاكات، وفتح سبيل جديدة في مجال التحري، سواء بخصوص تسهيل الاستماع إلى عدد من المستولين، أو من خلال تسهيل زيارة بعض المراكز، أو تقديم أجوبة بخصوص بعض الملفات والقضايا، أو فيما يتعلق بتزويد الهيئة بنسخ من وثائق وأرشيفات عمومية. (6) تعاون السلطات العمومية مع الهيئة بخصوص تحديد لوائح موظفين عموميين سبق لهم العمل - أو مازالوا يعملون - في صفوف الأجهزة الأمنية التي أشرفت على مراكز سابقة اشتهرت بحدوث انتهاكات جسيمة. (7) مشاركة الحكومة في تشخيص الوضعية الصحية لضحايا الانتهاكات من خلال شراكة بين الهيئة ووزارة الصحة (بخصوص 2006 ضحايا). (8) فتح وسائل الإعلام العمومي أمام أنشطة الهيئة، سواء من خلال التغطية الإعلامية، أو من خلال جلسات الاستماع العمومية التي نُقل البعض منها مباشرة في القنوات الإذاعية والتلفزيونية الرسمية. (9) وضع أطر إدارية رهن إشارة الهيئة في مدها موارد بشرية ذات كفاءة وخبرة وتجربة. عبد الواحد الأثير، "دور الحكومة في إنجاح مسار العدالة الانتقالية (من الكشف عن الحقيقة إلى إحعال التوصلات)". مؤلف جماعي من إعداد: هايدي علي الطيب، العدالة الانتقالية في السياقات العربية. المنظمة العربية لحقوق الانسان، (دم)، ط 1، 2014. ص 76 - 78.

(86) أنظر: حمزة بيطام، مرجع سابق، ص 175.

(87) طبقاً للباب الرابع من القانون الأساسي عدد (53) لسنة 2013 المؤرخ في 24 ديسمبر 2013 المتعلق بإرساء العدالة الانتقالية وتظليها.

(88) طبقاً للمادة (16) من القانون رقم (29) لسنة 2013 المؤرخ في 2013/12/2 في شأن العدالة الانتقالية.

التي استخدمتها النظم الدكاتورية - كمعتقالات سرية وللتعذيب والاعدام خلال نطاق القانون - أحد الوسائل التي تستعمل لجمع الأدلة حول الوسائل المستخدمة في التعذيب والقتل، لذا فإن النزول إلى تلك المواقع يدعم مصداقية هذا اللجان أمام الضحايا والمجتمع.

وقد عرفت هذه الآلية في العديد من لجان الحقيقة في دول ما بعد الصراع، ففي جنوب إفريقيا؛ حولت المادة (29) من قانون تأسيس لجنة الحقيقة والمصالحة لسنة 1995 للجنة - في سبيل تيسير التحقيقات وجلسات الاستماع القيام بعملية التفتد في أي وقت قبل بدء، أو أثناء التحقيق، أو جلسات الاستماع، واقتحام الأماكن والبحث واعتقال أي عنصر هام في التحقيق⁽⁸⁹⁾.

وفي غانا أوكل قانون إحداث هيئة المصالحة الوطنية المؤرخ في 9 يناير 2002 - طبقاً للمادة (10/ب) - للهيئة لغرض التحقيق وتسهيل الوصول إلى المعلومات صلاحية دخول الأماكن وتفتيشها ومصادرة جميع الوثائق التي ترى أن فيها مصلحة⁽⁹⁰⁾.

وفي المغرب نصت المادة (9) من الظهير الشريف رقم (1.04.42) الصادر 10 أبريل 2004 بالمصادقة على النظام الأساسي لهيئة الانصاف والمصالحة الصادر بتاريخ 10 أبريل 2004، على اختصاص الهيئة بإجراء التحريات، وتلقي الإفادات والاطلاع على الأرشيفات الرسمية، واستقاء المعلومات والمعطيات التي توفرها أي جهة لفائدة الكشف عن الحقيقة؛ إلى جانب مواصلة البحث بشأن مجالات الاختفاء القسري التي لم يعرف مصيرها بعد، وبذل كل الجهود للتحري بشأن الوقائع التي لم يتم استجلاؤها؛ والكشف عن مصير المختفين، مع إيجاد الحلول الملائمة بالنسبة لمن ثبتت وفاتهم، والوقوف على مسؤوليات أجهزة الدولة أو غيرها في الانتهاكات والوقائع موضوع التحريات.

وفي تونس أوكل الفصل عدد (10/40) من القانون عدد (53) لسنة 2013 المتعلق بإرساء العدالة الانتقالية وتنظيمها لهيئة الحقيقة والكرامة صلاحية إجراء المعاينات بالمحلات العمومية والخاصة والقيام بأعمال

(89) حمزة بيطام، مرجع سابق، ص 176 - 177.

(90) أبو سلهم عيسات، "الطبيعة القانونية لأظمة لجان الحقيقة في التجارب الإفريقية"، مرجع سابق، ص 184.

التفتيش وحجز الوثائق والمنقولات والأدوات المستعملة ذات الصلة بالانتهاكات موضوع تحقيقاتها وتحرير محاضر في أعمالها ولها في ذلك نفس صلاحيات الضابطة العدلية مع توفير الضمانات الإجرائية القضائية اللازمة في هذا الشأن.

وقد سار المشرع الليبي في ذات الاتجاه، عندما نص في المادة (16) من القانون رقم (29) لسنة 2013 في شأن العدالة الانتقالية في ليبيا على اختصاص هيئة تقصي الحقائق بزيارة الأماكن ذات الصلة بالموضوعات التي تحقق فيها.

ب - البحث الوثائقي:

ويقصد به جملة الوثائق والسجلات والملفات التي رصدت ووثقت الأحداث والانتهاكات التي جرت في الماضي، ويعتبر الاطلاع على الملفات من أهم الآليات التي يمكن للجان الحقيقة أن تستخدمها للوصول إلى المعلومات بشأن ما جرى في الماضي، وهذا ما ينعت بوثائق الارشيف، وهي كل المعلومات المسجلة الصادرة أو الواردة في نطاق إدارة نشاط رسمي، أو شخصي، من بدايته إلى نهايته، التي تشمل محتوى محيطاً وهيكلًا لتبرهن على حقيقة النشاط.

وتكمن أهمية ارشيف في المراحل الانتقالية في الوقائع والأحداث المتعلقة بانتهاكات حقوق الانسان من خلالها، ويمكن اعتبار إتاحة الوثائق الهدف النهائي من الأرشفة. وتنشأ الوثائق، ويعتنى بها، وتحفظ من أجل أن تتاح، وتصل إلى من يحتاجون إليها، ولهم الحق في الاطلاع عليها واستخدامها⁽⁹¹⁾.

ويعتبر الاطلاع على المحفوظات من أبرز الآليات التي يمكن من خلالها للجان الحقيقة النفاذ إلى المعلومات حول ما جرى فيما فات، ويزداد الاعتراف بالدور الرئيسي للمحفوظات في مكافحة الإفلات من العقاب على الانتهاكات التي حدثت في الماضي وفي ضمان الحق في معرفة الحقيقة. وتؤكد المبادئ المحدثة أن

(91) المجلس البولي للأرشيف، الوثائق الإلكترونية: مرشد الأرشيفيين، المؤلفون: ANDREW McDONALD, KIMBERLY BARATA, MICHAEL WETTENGEL, MICHAEL MILLER, NIKLAUS BUTIKOFER, KEVIN ASHLEY, IVAR FONNES - فرنسا، (دط)، دراسة 16، ابريل 2005، ص 10 و 75.

المحفوظات أداة هامة لضمان الحق في المعرفة، وتشرط على الدول ضمان الاحتفاظ بالسجلات المتعلقة بانتهاكات حقوق الإنسان والقانون الإنساني وإمكانية الاطلاع عليها⁽⁹²⁾.

ولأجل حفظ المعلومات والأدلة التي يحتويها الارشيف وإتاحة الاطلاع عليها في إطار العدالة الانتقالية؛ يجب على القائمين على المرحلة صونه من كافة أشكال التزوير العبث والاتلاف، لذا ينبغي إقرار تدابير وإجراءات تقنية للحؤول دون أي إزالة أو تدمير، أو إخفاء المحفوظات، بهدف ضمان عدم افلات مرتكبي الانتهاكات من العقاب⁽⁹³⁾.

ولعل من أهم العراقيل التي تحول دون الاطلاع على المحفوظات والسجلات هو وجود تشريعات لا تسمح بالاطلاع عليها إلا بعد مضي وقت طويل، لا سيما فيما يتعلق بأرشفة المؤسسات الأمنية، "وكان أحد الحلول المقترحة مثلاً هو تشكيل فريق للخبراء من أجل وضع قائمة جرد للسجلات الموجودة. واقترح أيضاً أن تعين إحدى المحاكم "مشرفاً قضائياً خاصاً" للنظر في السجلات من أجل تحديد ما هو موجود منها ووضع وسائل أساسية تساعد على البحث"⁽⁹⁴⁾.

وفيما يتعلق بالمدة الزمنية المناسبة التي ينبغي أن قضائها لرفع السرية عن السجلات الحكومية وجعلها متاحة، أشير على سبيل المثال إلى أن المفوضية الأوروبية توصي بمدة (30) عاماً كحد أقصى لحفظ السجلات السرية. وينبغي تحديد موعد واضح لرفع السرية، وإن كان لا يوجد ميعاد واحد صالح لجميع البلدان. ففي

(92) الأمم المتحدة، الجمعية العامة- مجلس حقوق الانسان، الدورة السابعة عشرة، التقرير السنوي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الانسان، الحلقة الدراسية المتعلقة بتجارب حفظ السجلات كوسيلة لضمان الحق في معرفة الحقيقة، ص 5، الفقرة (6).
https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A-HRC-17-21_ar.pdf، تاريخ الاطلاع: الاثنين 24 أغسطس 2020 الساعة الثانية صباحاً.

(93) الأمم المتحدة، الجمعية العامة- مجلس حقوق الانسان، الدورة الخامسة، تقرير مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الانسان، المتعلق بالحق في معرفة الحقيقة، تنفيذ قرار الجمعية العامة 251/60 مؤرخ في 15 مارس 2006، سنة 2007، ص 12، الفقرة (62).
<https://undocs.org/pdf?symbol=ar/A/HRC/5/7>، تاريخ الاطلاع: الاثنين 25 أغسطس 2020 الساعة العاشرة مساءً.

(94) التقرير السنوي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الانسان، الحلقة الدراسية المتعلقة بتجارب حفظ السجلات كوسيلة لضمان الحق في معرفة الحقيقة، مرجع سابق، ص 7، الفقرة (12).

الأوضاع الانتقالية على سبيل المثال، يكون من المهم الاطلاع على سجلات النظام السابق بسرعة كبيرة، وخاصة إذا كانت قد وثقت أية أنواع من انتهاكات حقوق الإنسان⁽⁹⁵⁾.

وفي المغرب، خول النظام الأساسي لهيئة الانصاف والمصالحة لهيئة - طبقاً للمادة (1/9) حق الاطلاع على الأرشيفات الرسمية واستقاء المعلومات والمعطيات التي توفرها أية جهة لفائدة الكشف عن الحقيقة. كما منحت المادة (1/16) لفريق العمل المكلف بالتحريات جمع المعلومات والوثائق ذات الصلة بأحداث ووقائع ماضي الانتهاكات بمختلف أصنافها.

وفي تونس أسند قانون العدالة الانتقالية في الفصل (40) لهيئة الحقيقة والكرامة لإنجاز مهامها صلاحية النفاذ إلى الأرشيف العمومي والخاص بقطع النظر عن كل التحاير الواردة بالتشريع الجاري به العمل، وكذلك الاطلاع على القضايا المنشورة أمام الهيئات القضائية والأحكام أو القرارات الصادرة عنها.

كما منحت المادة (16) من قانون العدالة الانتقالية الليبي رقم (29) لسنة 2013 لهيئة تقصي الحقائق سلطة أمر الأشخاص وتفتيش الأماكن وضبط المستندات والأدلة وتحريزها. ومنح الأشخاص الذين يصدر بتحديدهم قرار من رئيس مجلس إدارة هيئة تقصي الحقائق والمصالحة سلطة الضبطية القضائية في هذا الشأن.

ثالثاً - اصدار التقرير الختامي والتوصيات:

بعد أن تنهي لجنة الحقيقة من عملها تقديم التقرير النهائي إلى السلطة المكلفة بالولاية، وسيكون للتقرير الختامي للجنة الذي يلخص استنتاجاتها وتوصياتها بمثابة تراثها الدائم بعد العمل الشاق الذي قامت به من أجل البحث عن الحقيقة من خلال الوسائل التي سبقت الاشارة إليها.

وتعتبر التقارير والتوصيات من حيث حجمها ودرجات نشرها، أو متابعة تنفيذها متفاوتة من تجربة إلى أخرى؛ فعلى سبيل المثال يقع تقرير اللجنة المغربية في (6) مجلدات، بينما يتكون تقرير لجنة جواتيالا من (12)

(95) المرجع السابق، نفس الصفحة، الفقرة (14).

مجلدًا، وبيرو من (9) مجلدات، وجنوب إفريقيا من (5) مجلدات، أما بالنسبة للسلفادور والأرجنتين وتشيلي فلم يتجاوز التقرير مجلدين، مع وجود مجلد منفصل يتضمن الملاحق⁽⁹⁶⁾.

أ - التقرير الختامي:

يعتبر التقرير الختامي محصلة للعمل الذي قامت به اللجنة استشرافاً لامتهادته في المستقبل، فهو يعرض عناصر متنوعة من الصلاحيات العملية للجنة، ويحلل تاريخ انتهاكات حقوق الانسان التي تولت اللجنة التحقيق فيها، والظروف التي سمحت بوقوعها، وتقدم هذه التقارير سجلًا تاريخياً دقيقاً ومحايذاً لانتهاكات حقوق الانسان، وذلك حفاظاً على الذاكرة الجماعية للأمم، وتكون هذه التقارير متاحة لكل من له مصلحة، ويتجسد الحق في كشف الحقيقة بنشر التقرير النهائي عبر وسائل الاعلام المختلفة⁽⁹⁷⁾.

ولتيسير عملية الاطلاع على مثل هذه التقارير؛ أصدرت بعض هذه اللجان تقارير في مجلد واحد، أو أكثر⁽⁹⁸⁾.

واستكمالاً لتقريرها الختامية؛ عمدت بعض هذه اللجان إلى تبني بدائل مثيرة للاهتمام، فنشرت لجنة بيرو كتاباً منفصلاً يتضمن صوراً فوتوغرافية توثق الصراع، وتعاونت لجنة سيراليون مع منظمة دولية غير حكومية لإصدار نسخة على شريط فيديو، وتعاونت مع منظمة الأمم المتحدة للطفولة لنشر صيغة ملائمة للأطفال مع تقريرها النهائي في (50) صفحة⁽⁹⁹⁾.

(96) محمد الصبار، "الحالة المغربية في سياق التجارب الدولية" السياق العام - الخصائص - القيم المضافة"، مؤلف جماعي من إعداد: هايدي علي الطيب، العدالة الانتقالية في السياقات العربية، المنظمة العربية لحقوق الانسان، (د-م)، ط 1، 2014، ص 72.

(97) فاسوكي نسيان وآخرون، لجان الحقيقة ونوع الجنس (المبادئ والسياسات والإجراءات)، المركز الدولي للعدالة الانتقالية، نيويورك، (دحل)، (د-ت)، ص 55-56.

(98) في السلفادور والأرجنتين وتشيلي كانت التقارير النهائية للجان الحقيقة تتألف من مجلد واحد، أو مجلدين. بينما في غواتيمالا اشتملت تقارير لجنة الحقيقة على (12) مجلداً، وفي جنوب إفريقيا في خمسة مجلدات، وفي بيرو في تسعة مجلدات. مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الانسان، أدوات سيادة القانون للدول ما بعد الصراع، مرجع سابق، ص 20، هامش 13 و 14.

(99) المرجع السابق، نفس الصفحة.

وفي الشيلي توصلت لجنة الحقيقة والمصالحة من خلال تقريرها العام المقدم إلى السلطات الحكومية إلى تحديد (2279) ضحية، مقسمة بين ضحايا حقوق الانسان (2115) ضحية، و (164) ضحية العنف السياسي، وتم تسجيل (641) حالة ضمن الحالات العالقة، واستبعاد (508) حالة لا تتناسب مع التفويض الذي من أجله أنشئت اللجنة.

وفيما يخص ضحايا القتل فقد وقفت لجنة الحقيقة والمصالحة في الشيلي على حالة (59) قتيلاً (2.8%) خلال الحرب، و (93) قتيلاً (4.4%) أثناء الاحتجاجات، و (101) قتيلاً (4.8%) أثناء مغادرة البلاد، وحالات قتل أخرى وصل عددها إلى (815) قتيلاً (38.5%) أي المجموع (1068) قتيلاً بنسبة (50%)، أما حالات الاختفاء القسري فوصلت حسب تقرير اللجنة إلى (957) حالة بنسبة (45.2%)، وحالات قتل لأشخاص كانوا محتفون وصلت إلى (90) حالة بنسبة (4.3%) أي ما مجموعه (1047) حالة قتل بنسبة (50%) بسبب الاختفاء القسري، وإذا ما أضفنا ضحايا القتل الناتج عن الاختفاء القسري والحالات الأولى سنحصل على ما مجموعه (2115) قتيلاً كما أكدته اللجنة بنسبة مئوية (100%)⁽¹⁰⁰⁾.

وفي قواني مالا تضمن اتفاق السلام على أن تعد اللجنة تقريراً يسلم للطرفين وإلى الأمين العام للأمم المتحدة الذي يتولى نشره، وأن عدم القدرة على التحقق في جميع ما يعرض على اللجنة من قضايا، أو حالات لن ينتقص في شيء من مصداقية التقرير.

وأصدرت اللجنة تقريرها النهائي لـ "CEH" المكون من (12) تقريراً بعنوان " Memoria del Silencio" في 25 فبراير 1999 خلال احتفال عام و قد أفصح التقرير النهائي للجنة عن مجموع الوفيات الناجمة عن الصراع الذي قدرته بـ "200000" قتيلاً، ودمر ما لا يقل عن (440) قرية، وفر مليون مواطن قواني مالي عبر الحدود إلى خارج البلاد، حيث ارتكبت الحكومة (90%) من أعمال العنف باسم الأمن

(100) حاميد زيار، "تجربة العدالة الانتقالية في الشيلي بين الانقلاب العسكري على الشرعية وتحقيق المصالحة الوطنية"، مرجع سابق، ص 86.

الوطني، وأوصى التقرير النهائي أيضاً بتنفيذ إصلاحات هيكلية في البلاد وتنمية مؤسساتها بهدف تحقيق التسامح والحفاظ على ذكرى الضحايا.

تم وضع النص الكامل لتوصيات واستنتاجات اللجنة بالإنجليزية والإسبانية على الإنترنت، إلى جانب توزيع نسخ إلى الصحافة والمكتبات والجامعات ومواقع أخرى في نفس الوقت، كما تم نشر النص الكامل للتقرير على موقع ويب مخصص دائم وإشعارات عن توفره، وكيفية الوصول إليه على مواقع إنترنت أخرى تركز على جواتيالا والصحف. وقد نشرت المجلدات الأولى من التقرير الكامل في غواتيالا في يوليو 1999، ونشرت مجلدات الملحق التكميلي السبعة في أكتوبر⁽¹⁰¹⁾.

وفي المغرب تضمن التقرير النهائي لهيئة الإنصاف والمصالحة خلاصات مهمة كان من أبرزها تحليل السياقات التاريخية والسياسية التي صاحبت الانتهاكات الجسدية في البلاد، وتحديد المسؤولية المؤسسية، وتحديد أماكن الاعتقال السرية، واكتشاف مقبرتين جماعيتين ومدافن خاصة، واجلاء مصير أكثر من (764) حالة من مجهولي المصير، وإيضاح وسائل التعذيب والإكراه، وكذلك ضمانات عدم التكرار، من خلال ما أوصى به من ضرورة الإصلاح الدستوري والسياسي والمؤسسي والتربوي⁽¹⁰²⁾.

ب - التوصيات:

لما كان من أهم أهداف لجان التحقيق هو الحؤول دون قيام النزاع وانتهاك حقوق الانسان من جديد ومنع تكراره في المستقبل؛ كان لابد من وجود مجموعة من التوصيات المصاحبة للتقرير النهائي، فبإمكان لجان الحقيقة رفع التوصيات التي تعالج أسباب النزاع وتعزز احترام سيادة القانون وأية إصلاحات - تشريعية، أو مؤسسية - ضرورية، كإصلاح قطاع الأمن، ومكافحة الفساد، وترويج الحوكمة الرشيدة، ومعالجة التحديات

(101) المصطفى بوجعوط، "العدالة الانتقالية في غواتيالا: تفكيك بنية الانقلابات العسكرية ونهاية الحروب الأهلية"، مؤلف جماعي بعنوان: تجارب العدالة الانتقالية في أمريكا اللاتينية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية. برلين - ألمانيا، ط 1، 2019، ص 38 - 39.
(102) محمد الصبار، "الحالة المغربية في سياق التجارب الدولية"، مرجع سابق، ص 73.

التي يواجهها السكان المستضعفون كالسكان الأصليين والأطفال والنساء والشباب، واقترح برامج لجبر الضرر⁽¹⁰³⁾.

أما بشأن التوصيات المتعلقة بالمسؤولين عن الانتهاكات الجسدية لحقوق الانسان؛ فيمكن للجان الحقيقة أن توصي بالعمو المشروط، أو المقاضاة، فقد عملت مثلاً لجنة الحقيقة في جنوب افريقيا على إسقاط المسؤولية الجنائية بشرط الكشف عن التفاصيل الكاملة من قبل المسؤولين عن الانتهاكات، أما في تيمور الشرقية؛ فقد أقرت نفس الشيء بشرط الاعتراف الكامل مع الاعتذار وأداء خدمة مجتمعية.

وقد نصت معظم التشريعات الضابطة للجان وهيئات الحقيقة في الدول التي عرفتها على وجوب أن تختتم أشغالها بوضع تقرير نهائي مشفوع بجملة من التوصيات، فني:

الشيلي، اقترحت لجنة الحقيقة والمصالحة ثلاثة أنواع للتعويضات ضمن التوصيات الصادرة عنها وهي: تعويضات رمزية تستهدف رد الاعتبار. وتعويضات ذات طبيعة قانونية وادارية لحل القضايا المرتبطة بالوفاة (إرث، نيابة قانونية عن القاصرين أبناء الضحايا). إلى جانب تعويضات المساعدة والتأهيل الاجتماعي والرعايتين الصحية والتعليمية. كما واصلت اللجنة الوطنية للحقيقة والمصالحة أعمالها للتحقيق في الانتهاكات والعمل على تطوير معايير تعويض الضحايا، وهذا ما فرض إصدار قانون ثاني بموجبه تم إنشاء هيئة وطنية أطلق عليها اسم "المؤسسة الوطنية لجبر الضرر"، ركزت محامها حسب قانون تشكيلها على تنسيق وتفعيل التوصيات الصادرة عن اللجنة الوطنية للحقيقة والمصالحة⁽¹⁰⁴⁾.

وفي الخامس عشر- من مارس 1993 أوصت لجنة الحقيقة في السلفادور - المنبثقة عن اتفاق السلام الموقع يناير 1992السلفادور - بجملة من التوصيات أهمها:

- إقالة وطرد ضباط القوات المسلحة المسؤولة عن تورطهم في ارتكاب، أو التستر على سلسلة أحداث العنف، أو لم ينجزوا التزامهم المهني في المبادرة، أو التعاون في التحقيق وعقاب مثل هذه الأحداث.

(103) حمزة بيطام، مرجع سابق، ص 183.

(104) حاميد زيار، "تجربة العدالة الانتقالية في الشيلي بين الانقلاب العسكري على الشرعية وتحقيق المصالحة الوطنية"، مرجع سابق، ص 85.

- إقالة وطرد كل من كان يعمل في الخدمة المدنية والقضائية الذين هم وفقاً للتقرير أساءوا استغلال منصبهم وتستروا على سلسلة أحداث العنف، أو من مثلوا في إبراء ذمتهم من مسؤولياتهم في التحقيقات لمثل هذه الأحداث.

- عدم تولي أي شخص تورط في ارتكاب مثل هذه الأحداث وأعمال العنف أي منصب عام لمدة لا تقل عن (10) سنوات، وعدم توليم بصفة دائمة أي نشاط متعلق بالأمن العام أو الدفاع الوطني⁽¹⁰⁵⁾.

- تعويضات مادية ومعنوية لضحايا العنف.

وفي المغرب تضمنت مخرجات هيئة الإنصاف والمصالحة توصيات لإصلاح قطاع الأمن في المغرب على عدة مستويات، خاصة في مجالات التشريع، والسياسات والاستراتيجيات، وعلى مستوى الجهاز التنفيذي، فعلى المستوى التشريعي؛ أوصت الهيئة بتعديل التشريعات الوطنية ليتطابق التشريع الوطني في مجال حقوق الإنسان مع الالتزامات الدولية، وكذلك إصلاح منظومة العدالة الجنائية، على أن تتضمن تجريم التعذيب، والاختفاء القسري، والاعتقال التعسفي، ووضع آليات للاستئناف لفائدة ضحايا الانتهاكات الجسدية لحقوق الإنسان.

وأوصت الهيئة بإعداد سياسة وطنية في مجال الأمن والنظام العام، واعتماد تعريف واضح لحالة الأزمة وتحديد الإجراءات الملائمة والمتناسبة مع تلك الحالة، وكذلك أوصت بإعداد استراتيجية منسجمة ومندمجة لمكافحة الإفلات من العقاب، وضمان مساءلة قوات الأمن والجهاز التنفيذي، واعداد إجراءات فعالة إجبارية وشفافة وكذا آليات مراقبة عادلة.

وطالبت الهيئة بتحديد المسؤولية السياسية للبرلمان لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، وتعزيز مراقبة البرلمان لقطاع الأمن، وكذلك تطوير لجان التحري البرلمانية وتعزيز قدراتها للتحري في ادعاءات خروقات حقوق الإنسان.

(105) أنظر: بي عبد الرحمن محمد غيث، دور الأمم المتحدة في بناء السلام بعد انتهاء الحروب الأهلية (دراسة لحالة السلفادور 1992-1996)، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين - ألمانيا، ط 1، 2019، ص 242 وما بعدها.

وعلى صعيد مسؤولية الجهاز التنفيذي؛ أوصت هيئة الإنصاف والمصالحة تحميل الحكومة مسؤولية حفظ الأمن والنظام وتطبيق القانون وحماية الديمقراطية وحقوق الإنسان، وتقع على الحكومة مسؤولية إعلام الجمهور والبرلمان بما يحدث في البلاد وتطلب تدخل قوات الأمن عند اللزوم، وكذلك يقع على عاتق الحكومة إنشاء لجان جمهورية ومحلية لمراقبة قوات الأمن التابعة للقيادة الجهورية، أو المحلية وتتبعها، على أن تتكون هذه اللجان من ممثلين عن السلطات ومحامين ومثلي المجتمع المدني المنتخبين في الجهة التي يحدث فيها التدخل⁽¹⁰⁶⁾.

وفي تونس، أوجب الفصل عدد (2/67) من قانون أساسي عدد (53) لسنة 2013 المتعلق بإرساء العدالة الانتقالية على هيئة الحقيقة والكرامة أن تضع تقريراً ختامياً شاملاً منذ إنشائها وحتى انتهاء مهامها يتضمن التوصيات والمقترحات والإجراءات التي تعزز البناء الديمقراطي، وتساهم في بناء دولة القانون، والتوصيات والاقتراحات المتعلقة بالإصلاحات السياسية والإدارية والاقتصادية والأمنية والقضائية والإعلامية والتربوية والثقافية وغيرها التي تراها لتجنب العودة إلى القمع والاستبداد، وانتهاك حقوق الإنسان، وسوء التصرف في المال العام.

وإنفاذا للنص المذكور؛ صمّنت هيئة الحقيقة والكرامة تقريرها النهائي حزمة من التوصيات، تبلورت في الآتي:

1 - الاعتذار الرسمي وجبر ضرر ضحايا الاستبداد.

2 - إصلاح المؤسسات الكفيلة بتعزيز البناء الديمقراطي للدولة، وتشمل إصلاحات لإقامة العدل، وإصلاحات لتكيز جهماز أمني حامي للبلاد وساهر على طمأنينة المواطنين، وإصلاحات لاستكمال البناء الديمقراطي بتعزيز الهيئات المستقلة، وإصلاحات متعلقة بالحوكمة في المؤسسات الخاضعة للسلطة التنفيذية، وإصلاحات متعلقة بالهيئات الرقابية، إلى جانب الإصلاحات المتعلقة بالحق في الحياة والحق في الحرية والأمن.

(106) إدريس بلماحي، "الحكامة الأمنية في مسلسل العدالة الانتقالية (وجهة نظر المجتمع المدني)"، مؤلف جماعي من إعداد: هايدي علي الطيب، العدالة الانتقالية في السياقات العربية، المنظمة العربية لحقوق الإنسان، (دم)، ط 1، 2014، ص 100، 101.

3 - الإصلاحات المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية، وتشمل استرداد الحقوق المدنية والسياسية، حرية التكوين والجمعيات والأحزاب تنقيح القوانين الحادة من الحريات، وحماية حقوق الأقليات والتصدي لجميع أشكال التمييز العنصري، والتصدي للتمييز المسلط على المرأة، والأشخاص ذوي الاحتياجات الخصوصية والأطفال، وكبار السن والشباب.

4 - الإصلاحات المتعلقة بحماية المحيط والتصدي للتلوث البيئي.

5 - الأشكال الرمزية لجبر الضرر وتوصيات حفظ الذاكرة، وتشمل جبر ضرر المناطق الضحية، وتحويل المواقع الأصلية للانتهاكات إلى مراكز لحفظ الذاكرة وتخليد ذكرى الضحايا. وإحداث المواقع الرمزية. والتعامل الحيادي مع التاريخ. ووضع قانون أرشيف الانتهاكات وإحداث مؤسسة لحفظ الذاكرة. وإحداث مؤسسة مختصة بحفظ الذاكرة الوطنية. واسترجاع الأرشيف من الخارج.

6 - التوصيات لمقاومة الفساد والاعتداء على المال العام، انطوت على عدة مجالات؛ في المجال العقاري، والبنكي والمالي، وحماية الثروات الطبيعية، والحوكمة العمومية، وخصوصة المؤسسات العمومية، وفي مجال الجباية، وفي سبل تدارك ضعف الموارد الذاتية للدولة. وفي سبل تدارك تشتت الأجهزة الرقابية. في سبل تحسين الدبوانة⁽¹⁰⁷⁾.

وبشأن سلطة لجان الحقيقة في منح العفو مقابل الاعتراف؛ عرفت بعض تجارب العدالة الانتقالية أشكالاً مختلفة لمنح العفو عن الجناة باعتباره آلية قانونية، أو تنظيمية، أو اتفاقية تُغل بموجها يد النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية ضد مرتكبي الانتهاكات، إذا لم تكن قد أقامتها من قبل، أو اسقاطها إذا تم تحريك

(107) هيئة الحقيقة والكرامة، التقرير الختامي الشامل (توصيات لضمان عدم تكرار انتهاكات الفساد) والاستبداد، ماي (مايو) 2019، <http://www.ivd.tn>، تاريخ الاطلاع: الاربعاء 12 أغسطس 2020 الساعة العاشرة مساءً.

الدعوى، وإذا مُنح العفو بعد المحاكمة؛ يلغى الحكم وترفع جميع آثاره، وقد تباينت التجارب الدولية لصور العفو، من حيث الطبيعة والشكل والغاية والممارسة⁽¹⁰⁸⁾.

وتعتبر لجنة الحقيقة والمصالحة في جنوب أفريقيا من ضمن اللجان التي منحت العفو عن الجرائم المرتكبة بدوافع سياسية بعد أن كشف علناً عن جرمه طالباً العفو⁽¹⁰⁹⁾، وكان هذا العفو هدفه هو تجنب مواجهات دموية، إذ أجاز قانون لجنة الحقيقة والمصالحة المنشأة بالقانون الصادر عن برلمان جنوب أفريقيا سنة 1995 بشأن تعزيز الوحدة الوطنية والمصالحة عرضاً مشيراً للجدل - كما يراه البعض - "العفو من أجل الحقيقة" لمرتكب انتهاكات حقوق الإنسان الذين رغبوا بالاعتراف، وكنيجة لذلك، وجدت اللجنة أمامها (50000) حالة من الانتهاكات الجسدية لحقوق الإنسان، العديد منهم أفراد في قوات الأمن من أولئك الذين واهموا اتهامات بارتكاب جرائم، مما اضطرهم لتقديم طلبات للعفو⁽¹¹⁰⁾. وإن كان هذا النهج ليس مطلقاً؛ بحيث ينبغي احترام حقوق الضحايا في المساهمة في الإجراءات والاعتراض على أي طلب للعفو⁽¹¹¹⁾. وقد كان نهج العفو الذي انتهجه جنوب أفريقيا محل انتقادات حادة، ليس فقط لكونها شرعنّت إفلات الجلادين من العقاب، ولكن أيضاً لأن المصالحة لم تقدم بدائل مقنعة للتفاوت الاجتماعي بين السود والبيض، والذي كان يعتبر أبرز مظاهر العنف البنيوي المؤلم في النظام القديم، واستمر مترسخاً في ظل النظام الديمقراطي الجديد⁽¹¹²⁾.

واعتمدت لجنة الحقيقة بتيمور الشرقية نموذج العفو مقابل الحقيقة، واعتبر هذا النموذج مقبولاً على الصعيدين الدولي والوطني، وقد تم منح لجنة الحقيقة سلطة إنهاء المسؤولية الجنائية والمدنية عن الجرائم غير

(108) حميد بلغث، "تطبيقات مبدأ عدم الإفلات من العقاب في تجارب العدالة الانتقالية الإفريقية"، مجموعة من المؤلفين، العدالة الانتقالية في أفريقيا مظاهر تفكيك الأنظمة السلطوية - دراسة في تجارب لجان الحقيقة مكسبات وتحديات، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا - برلين، ط 1، 2019، ص 324.

(109) كريمة الصديقي، "العدالة الانتقالية والمجتمع المدني: دراسة في تجارب البوول الإفريقية (المغرب-تونس جنوب أفريقيا نموذجاً)، مؤلف جامعي بعنوان: تجارب العدالة الانتقالية في أمريكا اللاتينية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين - ألمانيا، ط 1، 2019، ص 38.

(110) القباقبي عبد الإله، المساءلة الجنائية في العدالة الانتقالية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين - ألمانيا، (دط)، 2018، ص 79 - 80.

(111) د. انسيقة فيصل، و بن عطا الله بن علي، "الحق في معرفة الحقيقة في سياق العدالة الانتقالية"، مرجع سابق، ص 89.

(112) القباقبي عبد الإله، المرجع السابق، ص 81.

الخطيرة بشرط الاعتراف الكامل والاعتذار وأداء خدمة مجتمعية، أو تقديم مبلغ رمزي متفوق عليه إلى الضحية، أو المجتمع⁽¹¹³⁾.

وفي سيراليون كان العفو ذو مصدر اتفاقي حيث أعفت اتفاقية لومي للسلام بتاريخ 7 يوليو 1999 أفراد الفصائل المسلحة المتحاربة من أي تتبع قضائي، وكان هذا الاعفاء عاماً ومطلقاً، إذ لم ترد عليه شروط، لا من حيث التمتع بالحقوق المدنية للمتهمين، ولا بمستقبلهم السياسي، بيد أن النظام الأساسي للحكمة الخاصة بسيراليون نص على عدم الاعتداد بأحكام الإفلات من العقاب عملاً باتفاق لومي⁽¹¹⁴⁾.

كما اعتنق النموذج الجزائري مبدأ العفو مقابل الحقيقة كمشال مهم لتطبيق المصالحة الوطنية، دون استكمال أركان العدالة الانتقالية، فخلال العشرية السوداء الممتدة خلال عام 1992 – 2002 طرح الرئيس الجزائري عبد العزيز بوتفليقة قانون الوثام المدني سنة 1999 لإفناع قيادات جبهة الانتقاد بالتخلي عن العنف، وتوجت هذه الجهود بإصدار ميثاق السلم والمصالحة الوطنية في 2005، الذي حظي بموافقة 98% من المواطنين في استفتاء عام قضى- بعفو عام عن المتورطين في أحداث العنف وإنهاء الملاحقات القضائية بحق المتهمين لجبهة الانتقاد الذين يلقون سلاحهم ويسلمون أنفسهم للسلطات الأمنية، باستثناء المتورطين في المجازر الجماعية، بما أدى إلى نزع سلاح الجبهة الإسلامية للإنتقاد في يناير عام 2000، وإطلاق سراح مؤسسي- الجبهة الإسلامية للإنتقاد (عباس مدني و علي بلحاج) وإعادة دمج آلاف من كوادر الإنتقاد في العملية السياسية وهو ما أدى إلى إنهاء شق كبير من الأحداث الدامية⁽¹¹⁵⁾.

وفي الختام لا بد لنا من التذكير بأنه على الرغم من نجاح العديد من التجارب العدالة الانتقالية حول العالم من خلال لجان الحقيقة ولو نسبياً للبعض منها - كما تم تفصيله -كالية للتحقيق في انتهاكات حقوق الإنسان، أو القانون الدولي الإنساني؛ بهدف معالجة آثار الماضي تمهيداً للانتقال إلى مرحلة الاستقرار

(113) محمد الصبار، "الحالة المغربية في سياق التجارب الدولية"، مرجع سابق، ص 72.

(114) حميد بلغيث، مرجع سابق، ص 324.

(115) عائشة سالي، "الأمن المجتمعي وإدارة التنوع في دول ما بعد النزاع (مقاربة العدالة الانتقالية دراسة لبعض الدول الإفريقية"، مجموعة من المؤلفين، العدالة الانتقالية في أفريقيا مظاهر تفكيك الأنظمة السلطوية - دراسة في تجارب لجان الحقيقة مكسبات وتحديات، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا-برلين، ط 1، 2019، ص 116.

والديمقراطية؛ بيد أن ثمة تجارب أخرى لم تكتمل بعد، ولم تتمكن لجان الحقيقة، أو تقصي الحقائق من ممارسة مشمولاتها والقيام بما هو مطلوب منها لأسباب عديدة، ومن ذلك مثلاً تجربة لجنة تقصي الحقائق في ليبيا المحدثه بالقانون رقم (29) لسنة 2013 في شأن العدالة الانتقالية والتي تعثر عملها، بفعل تحديات وإشكاليات حالت دون القيام بواجباتها، لعل أبرزها عدم صدور اللائحة التنفيذية للقانون من السلطة التشريعية، إضافة إلى إن هذا القانون صدر على عجل دون تهيئة الرأي العام له، بالصورة الكافية، ودون تشريك المجتمع المدني وخصايا الانتهاكات في الماضي وإثراء بالحوار الموسع قبل إصداره. إلى جانب هشاشة الوضع الأمني في ظل ضعف الأجهزة الأمنية، وانتشار السلاح في أيدي الميليشيات والعصابات الإجرامية، واستمرار حالة التوتر والصراع المسلح، وفشل برامج المصالحة الوطنية، وقلة الموارد البشرية والمادية، ذلك أنه غالباً ما تقتزن ظروف العوز وقلة الموارد وتدهور الاقتصاد أثناء النزاعات والحروب، بالإضافة إلى حالة الانقسام السياسي التي ألفت بظلالها على المشهد في غياب إرادة سياسية لتحقيق العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية. كما إن كل أعضاء هيئة تقصي الحقائق من القضاة المتقاعدين، أو الحاليين⁽¹¹⁶⁾، وعدم وجود تمثيل للشباب، وهذا بلا شك سيجعل عمل الهيئة يشبه العملية القضائية، إلى جانب ذلك؛ فإن قانون العدالة الانتقالية الحالي يميز مساءلة الجناة عن جرائمهم وانتهاكاتهم التي حصلت منذ غرة سبتمبر 1969، غير أن قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية الليبيين لا يميزان مساءلة هؤلاء الجناة، لسقوط الجرائم المنسوبة إليهم بمضي المدة وسقوط الدعوى الجنائية حيالهم بالتقادم، لوقوع أغلب تلك الجرائم قبل تاريخ العمل بالقانون رقم (11) لسنة 1997، وبالتالي سيفلت معظم الجناة من منتهكي حقوق الإنسان من العقاب، لأن القانون القديم هو القانون الأصلح للمتهم وهو القانون الواجب التطبيق، ولحل هذه المعضلة يرى البعض ضرورة تضمين الإعلان

(116) تتألف هيئة تقصي الحقائق والمصالحة المشكلة بموجب قرار المجلس الوطني الانتقالي رقم (18) لسنة 2012 بشأن تسمية رئيس وأعضاء هيئة تقصي الحقائق والمصالحة المؤرخ في 2012/02/26، برئاسة حسين مختار البوعيشي، وعضوية كل من: حسين صالح البشير، وعقبلة صالح عيسى، والعربي الشريف السنوسي، وعلي سلم الفيتوري، وسعد الشقاعي، وبالقاسم بن صالح، التشريعات الليبية، <http://cfc1953.blogspot.com>، تاريخ الاطلاع: الثلاثاء 1 سبتمبر 2020 الساعة الواحدة ظهراً.

الدستوري المؤقت ومن بعده الدستور نصاً يميز مساءلتهم ولو سقطت الجريمة المنسوبة إليهم بالتقادم⁽¹¹⁷⁾. كل ذلك مضاف إليه أوجه قصور وعوار أخرى شابت قانون العدالة الانتقالية المذكور، ناهيك عن وجود أوضاع قانونية أخرى تتصادم مع بعض نصوصه، الأمر الذي يستدعي تدخل تشريعي لتعديله، أو استبداله بقانون آخر⁽¹¹⁸⁾.

(117) أسامه السايح، "العدالة الانتقالية في ليبيا نظرة قضائية لقانون العدالة الانتقالية وعوائق تطبيقه"، مؤلف جماعي من إعداد: هادي علي الطيب، العدالة الانتقالية في السياقات العربية، المنظمة العربية لحقوق الإنسان، (د.م)، ط 1، 2014، ص 161 - 163.

(118) من أبرز أوجه القصور التي شابت القانون رقم (29) لسنة 2013 بشأن العدالة الانتقالية 2013 فنيا يتعلق بالكفاءة، لا ينص القانون على معايير مبنية على المؤهلات لتعيين أعضاء هيئة تقصي الحقائق والمصالحة، إذ ينبغي أن تتوفر لدى أعضاء الهيئة الخبرة في مجال القانون الدولي، لا سيما القانون الدولي لحقوق الإنسان، والقانون الدولي الإنساني، وأن يمثلوا مجموعة من المهن والخلفيات المختلفة مثل الحقوقيين، والأطباء، وغيرهم. وبالإضافة إلى ذلك، يجب أن تكفل المعايير تمثيل للمرأة، والتعيين التمثيلي للأقليات وكذلك المجموعات الأخرى التي كان، أو يكون أعضاؤها عرضة بصفة خاصة لانتهاكات حقوق الإنسان. عدم تحديد المعايير والإجراءات التي يمكن على أساسها لهيئة تقصي الحقائق والمصالحة منح العفو أو إحالة القضايا للتحقيق والملاحقة القضائية، وتقوية صلاحياتها بمنحها مكنة منح أشكال جبر أخرى لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان غير منصوص عليها في قانون العدالة. لضمان إمكانية مراجعة أو استئناف القرارات المتعلقة بمنح التعويضات من قبل السلطات القضائية، وعدم النص على توفير =

= الحماية اللازمة لأعضاء هيئة تقصي الحقائق والمصالحة، والضحايا، والشهود والمشاركين الآخرين في عمليات الهيئة من أي تهديد على حياتهم أو سلامتهم، وعدم تضمن القانون رقم (29) لسنة 2013 أي مقتضيات تضمن نشر أعمال هيئة تقصي الحقائق والمصالحة، أو مشاركة العامة فيها. كما يخلو القانون من أي مقتضى لعقد جلسات استماع عامة، أو أي مقتضيات تنظم مشاركة الجناة المزعومين في إجراءات هيئة تقصي الحقائق والمصالحة. لمزيد من التفصيل بشأن أوجه القصور التي اعترت قانون العدالة الانتقالية رقم (29) لسنة 2013؛ ينظر: اللجنة الدولية للحقوقيين، ليكف الأفلات من الغياب (خارطة طريق لتعزيز العدالة الانتقالية في ليبيا)، جنيف - سويسرا، (د.ط)، (د.ت)، ص 16، وما بعدها. أسامه السايح، المرجع السابق، ص 160 - 163.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراستنا للحق في معرفة الحقيقة في إطار العدالة الانتقالية - لجان الحقيقة نموذجاً، فقد آن الأوان لنرصد أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة متبوعة بالتوصيات، نردها على النحو التالي:

أولاً - النتائج:

- 1 - يعني الحق في معرفة الحقيقة الإلمام الشامل بالانتهاكات الصارخة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني التي وقعت في الماضي، وأسبابها، والظروف الخاصة بها، والظرف الذي شارك فيها، ومعرفة مصير وأماكن وجود ضحايا الاختفاء القسري وحالات الإعدام سرّاً والدفن في أماكن غير رسمية.
- 2 - أن الحق في الحقيقة - بوصفه مرتبط بصورة وثيقة بالترام الدول بمكافحة الإفلات من العقاب والقضاء عليه - ليس مجرد حق لصيق بضحايا الانتهاكات التي حدثت في الماضي فحسب؛ بل أن هذا الحق يتجاوز الضحايا ويصبح حقاً للمجتمع ككل، نظراً لأهمية الحقيقة بوصفها أساساً لمنع المزيد من الانتهاكات وتضميد جراح الماضي.
- 3 - أن الحق في الحقيقة لا ينصرف بالماضي فحسب؛ وإنما يرتبط كذلك بإدراك الحاضر الواقع ويمتد ليتحكم في تشكيل واقع المستقبل.
- 4 - إن الحق في معرفة الحقيقة بشأن الانتهاكات الجسدية التي حدثت في الماضي هو حق أصيل غير قابل للتصرف، أو الانتقاص، ومستقل ومعترف به في معاهدات وصكوك دولة متعددة وكذلك في التشريعات، والفقهاء القضائي على المستويين الوطني والإقليمي والدولي، وأيضاً في العديد من قرارات الهيئات الحكومية الدولية.
- 5 - يعتبر إنشاء لجان الحقيقة إحدى آليات العدالة الانتقالية الهامة، نظراً لقدرتها على تقصي الحقائق حول الوقائع المتعلقة بالانتهاكات الجسدية والممنهجة لحقوق الإنسان والتحقيق في الظروف التي ساعدت على وقوع الانتهاكات، وإحالة القضايا للملاحقة؛ ونشر التقارير وإصدار التوصيات؛ ورسم صورة كاملة للوقائع وكشف الحقيقة في ما يتعلق بهذه الانتهاكات، وتخليد الذكرى، وجبر الضرر، وتقديم العفو. وبالتالي توفر

أساساً للمصلحة الوطنية وللانتقال الديمقراطي، وقد أسهمت لجان الحقيقة في العديد من الدول، مثال ذلك الشيلي والأرجنتين والبرازيل في تحقيق الشفافية والمساءلة، وإعادة الاعتبار للضحايا وذويهم، وساعدت على دعم سيادة القانون ومبادئ الشفافية والمساءلة والحكم الرشيد في مجتمع.

ثانياً - التوصيات:

1 - العمل على رفع الوعي المجتمعي بانتهاكات الماضي لتفادي وقوعها مرة أخرى، من خلال حشد الرأي العام حول أهمية كشف حقيقة الانتهاكات التي حدثت في الماضي وتناولها عبر وسائل الإعلام المختلفة بالشكل الكافي، وتهيئة المجتمع لذلك.

2 - تشريك منظمات المجتمع المدني وضحايا الانتهاكات والناجين منها في الحوار والمشاورات حول تشريعات العدالة الانتقالية وتشكيل لجان الحقيقة وكيفية اختيار أعضائها وآلية عملها، وإتاحة الفرصة لهم بإبداء وجهة نظرهم فيها، ولضمان نجاح تلك اللجان؛ لا بد أن يكون تشكيلها متوازن نوعياً، الأمر الذي يشجع الناجين في التقدم للتحدث عن ما حدث لهم.

3 - لكفالة نجاح لجان الحقيقة في أداء مهامها؛ ينبغي يكون اختيار أعضائها وفق معايير وأسس موضوعية، بحيث يكون أعضائها مشهود لهم بالنزاهة والاستقلالية والحياد والقدرة، وإشراك شرائح المجتمع في عملية الاختيار، وهذا بطبيعة الحال يعزز من فرص نجاح لجان الحقيقة في إنجاز وظيفتها.

4- الرفع من كفاءة أعضاء لجان الحقيقة من خلال إجراء تدريبات خاصة بطبيعة انتهاكات قوق الإنسان، أو القانون الدولي الإنساني القائمة على النوع الاجتماعي، أو نوع الجنس، والاستعانة بخبرة الدول والمنظمات القادرة على القيام بهذه التدريبات. ويجب أن يشمل برنامج التدريب المجالات ذات العلاقة بعمل لجان الحقيقة، وبخاصة:

- تاريخ أنماط انتهاكات حقوق الإنسان المرتبطة بنوع الجنس.

- كيفية تسجيل الأقوال وجمع البيانات، وتدابير حماية الشهود والناجين من الانتهاكات الذين يتقدمون للتحدث عن تجربتهم. وهذا يستلزم وجود خدمات للدعم النفسي- والأمن الجسدي والاستشارات القانونية والخدمات الاجتماعية.

- التحقيقات التي تراعي التعقيدات الخاصة بالانتهاكات القائمة على النوع الاجتماعي، وكذلك الإجراءات الخاصة بمجلسات الاستماع العلنية التي يكون الضحايا والناجين والشهود فيها من النساء.

- فن كتابة التقارير النهائية والتوصيات.

5 - يجب أن تتمتع لجان الحقيقة بالاستقلالية، ودعمها بصلاحيات مختلفة من بينها تقديم توصيات بتحريك الدعاوى القضائية، والإصلاح المؤسسي، وإعادة الهيكلة، والتعويضات. وفيما يتعلق بسلطة منح العفو؛ يجب عدم الإفراط في منح هذه السلطة إلى لجان الحقيقة، بل يجب أن تكون مشروطة بسلطات تحقيق قوية، وكفالة حقوق الناجين والناجيات في إجراءات العفو والاعتراض على طلبات العفو، ونشيد هنا بتجربة دولة تيمور الشرقية التي قدمت شكلاً مختلفاً من سلطة العفو في مقابل الحقيقة، حيث مُنحت لجنة الحقيقة سلطة إنهاء المسؤولية الجنائية والمدنية عن الجرائم غير الخطيرة (التي لا تشمل القتل والاعتصاب) بشرط الاعتراف الكامل، والاعتذار وأداء خدمة مجتمعية، أو تقديم مبلغ رمزي متفق عليه للناجي أو الناجية، أو إلى المجتمع، وجعل إجراءات دفع التعويض، أو أداء الخدمة المجتمعية تحت إشراف المحاكم.

قائمة المراجع

أولاً - القرآن الكريم:

ثانياً - الكتب:

- 1- أحمد شوفي بنوب، العدالة الانتقالية بتونس (أسس نظرية، تطبيقات عملية، تصورات مستقبلية)، مركز الكواكبي للتحويلات الديمقراطية (أكاديمية العدالة الانتقالية)، (د-م)، (د-ط)، 2011 - 2012.
- 2- إدواردو غونزالس، و هاورد فارني، البحث عن الحقيقة - عناصر إنشاء لجنة حقيقة فاعلة، المركز الدولي للعدالة الانتقالية، برازيليا، (د-ط)، 2013.
- 3- اللجنة الدولية للحقوق، ليكف الإفلات من العقاب (خارطة طريق لتعزيز العدالة الانتقالية في ليبيا)، جنيف - سويسرا، (د-ط)، (د-ت).
- 4- _____، الحق في الإنصاف و
جبر الضرر في حالات الانتهاكات الجسدية لحقوق الإنسان - دليل الممارسين، جنيف (د-ط)، 2009.
- 5- المجلس الدولي للأرشيف، الوثائق الإلكترونية: مرشد الأرشيفيين، المؤلفون: ANDREW McDONALD, KIMBERLY BARATA, MICHAEL WETTENGEL, MICHAEL MILLER, NIKLAUS BUTIKOFER, KEVIN ASHILEY, IVAR FONNES، تر: عبد الكريم بجاجة، باريس - فرنسا، (د-ط)، دراسة 16، ابريل 2005.
- 6- اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القانون الدولي الإنساني إجابات على أسئلتك، (د-ط)، ديسمبر كانون الأول 2014.
- 7- القباقبي عبد الإله، المساءلة الجنائية في العدالة الانتقالية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين - ألمانيا، (د-ط)، 2018.

- 8- المركز الدولي للعدالة الانتقالية ومؤسسة المستقبل، النوع الاجتماعي ومسار العدالة الانتقالية في المغرب، المركز الدولي للعدالة الانتقالية ومؤسسة المستقبل، (د-م)، (د-ط)، ايلول (سبتمبر) 2011.
- 9- د. جعفر عبد السلام علي، القانون الدولي لحقوق الإنسان، دار الكتاب العربي، القاهرة، ط1، 1999.
- 10- د. حسنين المحمدي، حقوق الإنسان وضمانات المتهم قبل وبعد المحاكمة، منشورات دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (د-ط)، 2008.
- 11- عادل ماجد، معايير تطبيق العدالة الانتقالية في العالم العربي، المؤسسة الألمانية للتعاون القانوني، القاهرة، (د-ط)، 2013.
- 12- عبد الكريم عبد اللاوي، تجربة العدالة الانتقالية في المغرب، مركز القاهرة لدراسات حقوق الانسان، القاهرة، (د-ط)، 2013.
- 13- فاسوكي نسيه وأخرون، لجان الحقيقة ونوع الجنس (المبادئ والسياسات والإجراءات)، المركز الدولي للعدالة الانتقالية، نيويورك، (د-ط)، (د-ت).
- 14- محمد إبراهيم دسوقي، النظرية العامة للقانون والحق في القانون الليبي، منشورات جامعة قاربيونس، بنغازي، ط2، 1989.
- 15- مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، العدالة الانتقالية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، نيويورك وجنيف: منشورات الأمم المتحدة، (د-ط)، 2014.
- 16- مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الانسان، أدوات سيادة القانون للدول ما بعد الصراع – لجان الحقيقة، (د-ط)، نيويورك وجنيف 2006.
- 17- مؤسسة حرية الفكر والتعبير، الحق في معرفة الحقيقة وانتهاكات حقوق الانسان – لجان تقصي- حقائق بلا حقيقة، (د-م)، (د-ط)، نوفمبر 2013.

18- مي عبد الرحمن محمد غيث، دور الأمم المتحدة في بناء السلام بعد انتهاء الحروب الأهلية (دراسة حالة السلفادور 1992-1996)، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية. برلين - ألمانيا، ط 1، 2019.

19- د. نبيل إبراهيم سعيد، المدخل إلى القانون - نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط 1، 2010.

20- نزار عبد القادر، دليل الآليات الدولية في مجال حماية حقوق الإنسان، معهد جنيف لحقوق الإنسان، جنيف - سويسرا، ط 9، 2020.

ثالثاً - رسائل جامعية:

1- حمزة بطام، دور آليات العدالة الانتقالية في تجاوز وانتهاكات حقوق الانسان - الحق في معرفة الحقيقة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، (غير منشورة)، السنة الجامعية 2016 - 2017.

2- معاش صلاح الدين، القانون الأوروبي لحقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق - بن كغنون، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة، (غير منشورة)، السنة الجامعية 2005 - 2006.

3- نجاة جواني، العدالة الانتقالية في ظل الحراك العربي - تونس نموذجاً، مذكرة ماستر، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي - الجزائر، (غير منشورة)، السنة الجامعية 2014 - 2015.

رابعاً - أبحاث ومقالات:

- 1- أبو سهام عيسات، "الطبيعة القانونية لأنظمة لجان الحقيقة في التجارب الإفريقية"، مجموعة من المؤلفين، العدالة الانتقالية في أفريقيا مظاهر تفكيك الأنظمة السلطوية - دراسة في تجارب لجان الحقيقة مكتسبات وتحديات، ألمانيا - برلين: المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ط 1، 2019، ص 176 - 191.
- 2- د. أحمد المهدي بالله، "دور لجان الحقيقة خلال مرحلة العدالة الانتقالية لدول الربيع العربي"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مجلة علمية محكمة ربع سنوية تعنى بنشر- الدراسات والبحوث القانونية والشرعية، س 1، ع 2، يونيو 2013، ص 297 - 340.
- 3- إدريس بلماحي، "الحكمة الأمنية في مسلسل العدالة الانتقالية (وجهة نظر المجتمع المدني)"، مؤلف جماعي من إعداد: هايدي علي الطيب، العدالة الانتقالية في السياقات العربية، المنظمة العربية لحقوق الانسان، (د-م)، ط 1، 2014، ص 99 - 104.
- 4- أسامه الساج، "العدالة الانتقالية في ليبيا نظرة نقدية لقانون العدالة الانتقالية وعوائق تطبيقه"، مؤلف جماعي من إعداد: هايدي علي الطيب، العدالة الانتقالية في السياقات العربية، المنظمة العربية لحقوق الانسان، (د-م)، ط 1، 2014، ص 160 - 163.
- 5- المصطفى بوجعوب، "جلسات الاستماع العمومية في ضوء تجارب العدالة الانتقالية الإفريقية"، مدخل لترسيخ قيم التسامح والصفح والمصالحة - دراسة مقارنة بين المغرب، سيراليون، جنوب أفريقيا"، مجموعة من المؤلفين، العدالة الانتقالية في أفريقيا مظاهر تفكيك الأنظمة السلطوية - دراسة في تجارب لجان الحقيقة مكتسبات وتحديات، ألمانيا - برلين: المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ط 1، 2019، ص 213 - 263.
- 6- _____، "العدالة الانتقالية في غواتيمالا: تفكيك بنية الانقلابات العسكرية ونهاية الحروب الأهلية"، مؤلف جماعي بعنوان: تجارب العدالة الانتقالية في

- أمريكا اللاتينية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية. برلين - ألمانيا، ط 1، 2019، ص 15 - 48.
- 7- د. انسيفعة فيصل، وبن عطا الله بن علي، "الحق في معرفة الحقيقة في سياق العدالة الانتقالية"، مجلة المفكر، ع 15، جوان 2017، دورية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد خضير بسكرة، ص 81 - 93.
- 8- د. أيمن سلامة، "الحق في معرفة انتهاكات حقوق الإنسان في النظم الاستبدادية السابقة"، <http://www.sis.gov.eg> تاريخ الاطلاع: السبت 2019/8/17، الساعة 1.00 صباحاً.
- 9- باسل علي عباس، "الحق بمعرفة الحقيقة في القانون الدولي"، المجلة الدولية للعلوم الانسانية والاجتماعية، مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، بيروت-لبنان، ع 13، يونيو 2020، ص 116-134، <https://www.ijohss.com>، تاريخ الاطلاع: الخميس 25 يونيو 2020 الساعة الثالثة صباحاً.
- 10- بوبكر صبرينة، "تطبيق العدالة الإنتقالية بين المسائلة والمصالحة"، المجلة الجزائرية للدراسات السياسية، مجلة دورية دولية علمية محكمة تصدر عن المدرسة الوطنية العليا للعلوم السياسية، بن كعنون-الجزائر، ع 2، ديسمبر 2014، ص 103 - 112.
- 11- حاميد زيار، "تجربة العدالة الانتقالية في الشيلي بين الانقلاب العسكري على الشرعية وتحقيق المصالحة الوطنية"، مؤلف جماعي بعنوان: تجارب العدالة الانتقالية في أمريكا اللاتينية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية. برلين - ألمانيا، ط 1، 2019، ص 68 - 94.
- 12- صالح جابر، "حق المعرفة وتداول المعلومات في التشريع الجزائري بين الحماية والتقييد"، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، دورية نصف سنوية علمية محكمة يصدرها مخبر الدراسات الفقهية والقضائية - جامعة الوادي، الجزائر، س 2، ع 2، شعبان 1437هـ (يونيو) 2016، ص 179 - 208.

- 13- د. جميل حمداوي، "مفهوم الحقيقة في الخطاب الفلسفي"، شبكة الألوكة www.alukah.net، تاريخ الاطلاع: الخميس 20 فبراير 2020، الساعة العاشرة صباحاً.
- 14- حميد بلغيث، "تطبيقات مبدأ عدم الافلات من العقاب في تجارب العدالة الانتقالية الافريقية"، مجموعة من المؤلفين، العدالة الانتقالية في افريقيا مظاهر تفكيك الأنظمة السلطوية – دراسة في تجارب لجان الحقيقة مكسبات وتحديات، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا – برلين، ط 1، 2019، ص 304 – 339.
- 15- د. رضوان زيادة، "العدالة الانتقالية الوطنية والمصالحة في العالم العربي" (بحث غير منشور).
- 16- عائشة سالمى، "الأمن المجتمعي وإدارة التنوع في دول ما بعد النزاع (مقاربة العدالة الانتقالية دراسة لبعض الدول الافريقية"، مجموعة من المؤلفين، العدالة الانتقالية في افريقيا مظاهر تفكيك الأنظمة السلطوية – دراسة في تجارب لجان الحقيقة مكسبات وتحديات، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا – برلين، ط 1، 2019، ص 109 – 124.
- 17- عبد العزيز خنفوسي، و مولاي الطاهر، "الحق في الانصاف وجبر الضرر لضحايا الانتهاكات الجسدية لحقوق الإنسان"، مجلة جيل حقوق الإنسان، مجلة علمية تصدر عن مركز جيل البحث العلمي، طرابلس – لبنان، ع1، شباط (فبراير) 2013، ص 25 – 60.
- 18- عبد الواحد الأثير، "دور الحكومة في إنجاح مسار العدالة الانتقالية (من الكشف عن الحقيقة إلى إعمال التوصيات)"، مؤلف جماعي من إعداد: هايدي علي الطيب، العدالة الانتقالية في السياقات العربية، المنظمة العربية لحقوق الانسان، (د-م)، ط 1، 2014، ص 74-84.
- 19- فريدة روطان، "آليات تحقيق العدالة الانتقالية في جمهورية الكونغو الديمقراطية"، مجموعة من المؤلفين، العدالة الانتقالية في افريقيا مظاهر تفكيك الأنظمة السلطوية – دراسة في تجارب لجان الحقيقة مكسبات وتحديات، ألمانيا – برلين: المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ط 1، 2019، ص 286 – 302.

20- كريمة الصديقي، "العدالة الانتقالية والمجتمع المدني: دراسة في تجارب الدول الافريقية (المغرب-تونس- جنوب افريقيا نموذجاً)، مجموعة من المؤلفين، العدالة الانتقالية في افريقيا مظاهر تفكيك الأنظمة السلطوية – دراسة في تجارب لجان الحقيقة مكسبات وتحديات، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا-برلين، ط 1، 2019 ص 31 - 41.

21- _____، "تجربة العدالة الانتقالية في السلفادور: هل تم فعلا تطبيق العدالة الانتقالية بعد المذابح الدموية؟"، مؤلف جماعي بعنوان: تجارب العدالة الانتقالية في أمريكا اللاتينية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية. برلين – ألمانيا، ط 1، 2019، ص 50 - 66.

22- ماري ماهر ملاك، "تجربة العدالة الانتقالية في بنما"، مؤلف جماعي بعنوان: تجارب العدالة الانتقالية في أمريكا اللاتينية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية. برلين – ألمانيا، ط 1، 2019، ص 142 – 175.

23- محمد الصبار، "الحالة المغربية في سياق التجارب الدولية" السياق العام - الخصائص - القيم المضافة"، مؤلف جماعي من إعداد: هايدي علي الطيب، المنظمة العربية لحقوق الانسان: العدالة الانتقالية في السياقات العربية، (د-م)، ط 1، 2014، ص 68 – 73.

24- منة المصري، وحسين الأزهرى، وخلود خالد، "الحق في معرفة الحقيقة وانتهاكات حقوق الإنسان (لجان تقصي حقائق بلا حقيقة)"، ورقة تحليل سياسات مقدمة إلى برنامج الحق في المعرفة الذي تشرف عليه مؤسسة حرية الفكر التعبير، مراجعة: أحمد عزت، نوفمبر 2013.

25- كريز صباح ونجاة مدوخ، "العدالة الانتقالية في اليمن: بين المفهوم وتحديات التطبيق"، مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة، مجلة علمية دولية محكمة تصدر دولياً عن مركز جيل البحث العلمي، ع10، يناير 2017، ص 59 – 74.

- 26- موسى عبد الحفيظ اقنيدي، "العدالة الانتقالية والعدالة العادية"، محاضرة علمية، تحت إشراف المنظمة الليبية للعدالة الانتقالية بالتعاون مع قسم القانون العام بكلية القانون جامعة مصراته، مصراته، 2017/5/25.
- 27- نزيهة ذويب، "مسار العدالة الانتقالية في تونس (النشأة، التعثر والأكراهات السياسية)"، دورية دعم، تصدر عن مركز دعم التحول الديمقراطي وحقوق الانسان، ع 5، عدد خاص بالعدالة الانتقالية في تونس وليبيا، ديسمبر 2019، ص 27 - 41.
- 28- نوال لصلح، "قانون العدالة الانتقالية في تونس بين استئصال انظام السابق واستقطابه"، مجلة العلوم السياسية القانون، مجلة علمية دولية محكمة تصدر فصلياً عن المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين - ألمانيا، ع 1، جانفي (يناير) 2017، ص 134 - 148.
- 29- وحيد فرشيبي، "جلسات الاستماع العلنية: الحق في الحقيقة وكرامة الضحايا"، المفكرة القانونية تونس، تصدر عن جمعية المفكرة القانونية - Legal Agenda - كل ثلاثة أشهر منذ نيسان (ابريل) 2015 وتعنى بالأوضاع القانونية والقضائية والمستجدات التونسية والمغربية، ع 7، جانفي (يناير) 2017، ص 4 - 5.
- 30- ياسمين ساووكا، "النظر إلى الماضي والعدالة الانتقالية - بناء السلام من خلال كشف المسؤوليات"، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مجلة أكاديمية تأسست عام 1869 وتصدرها اللجنة الدولية للصليب الأحمر وتنشرها دار نشر جامعة كبريدج، مج 88، ع 862، حزيران (يونيو) 2006، ص 27 - 41.
- 31- ياسمين نقسي، "الحق في معرفة الحقيقة" في القانون الدولي: واقع أم خيال؟"، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مجلة أكاديمية تأسست عام 1869 وتصدرها اللجنة الدولية للصليب الأحمر وتنشرها دار نشر - جامعة كبريدج، مج 88، ع 862 يونيو - حزيران 2006، ص 55 - 84.

خامساً - نصوص:

أ- نصوص ليبيّة:

1- الجريدة الرسمية، دورية تصدر عن وزارة العدل، وتُنشر - بأمر وزير العدل، س2، ع15 بتاريخ 2013/12/15.

2- قرار المجلس الوطني الانتقالي رقم (18) لسنة 2012 بشأن تسمية رئيس وأعضاء هيئة تقصي الحقائق والمصالحة المؤرخ في 2012/02/26، التشريعات الليبية، <http://cfc1953.blogspot.com>، تاريخ الاطلاع: الثلاثاء 1 سبتمبر 2020 الساعة الواحدة ظهراً.

3- موسوعة التشريع الليبي (القانون المدني) الصادر بالمرسوم الملكي المؤرخ في 28 نوفمبر 1953، وزارة العدل بالمملكة الليبية، دار المعارف، مصر، (دط)، 1965.

ب- نصوص مقارنة:

1- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الانسان الصادر في 1969/11/22، دراسات في حقوق الانسان، دورية فصلية علمية محكمة تعنى بقضايا حقوق الإنسان يصدرها قطاع الإعلام الخارجي بالهيئة العامة للاستعلامات المصرية، <https://hrightsstudies.sis.gov.eg>، تاريخ الاطلاع: الاثنين 24 أغسطس 2020 الساعة الواحدة صباحاً.

2- اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا، جامعة مينسوتا - مكتبة حقوق الانسان، <http://www1.umn.edu/humanrts/arab/euhrcom.html> تاريخ الاطلاع: السبت 2015/9/5 الساعة الثامنة صباحاً

3- ميثاق الأمم المتحدة، الأمم المتحدة، <https://www.un.org/ar/charter-united-nations/index.html>، تاريخ الاطلاع: السبت 2020/7/11 الساعة السادسة مساءً.

4- الجريدة الرسمية - النشرة العامة - (المملكة المغربية)، دورية تصدر عن المطبعة الرسمية، بالرباط- شالة، س93، ع 5203، 12 ابريل 2004.

5-الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، دورية تصدر عن المطبعة الرسمية بواقع مرتين في الاسبوع، ع105، الصادر في 31 ديسمبر 2013.

6-موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني (النصوص الرسمية للاتفاقيات والدول المصدقة والموقعة)، شريف عتم و محمد ماهر عبد الواحد، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، ط10، 2010.

سادساً - مراجع أخرى:

أ - معاجم:

- 1- أبي الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، مج 10، دار صادر، بيروت، (د-ط)، (د-ت).
- 2- أبي نصر- إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح - تاج اللغة وصحاح العربية، دار الحديث، القاهرة، (د-ط)، 2009.
- 3- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، (د-ط)، 2008.
- 4- مجمع اللغة العربية، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، (د-ط)، 1999.
- 5- محمد أبو بكر الرازي، مختار الصحاح، ترتيب: محمود خاطر، منشورات الهيئة المصرية للكتاب، (د-م)، (د-ط)، (د-ت).

ب - تقارير:

- 1- الأمم المتحدة، الجمعية العامة- مجلس حقوق الانسان، الدورة الخامسة، تقرير مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، بالحق في معرفة الحقيقة، تنفيذ قرار الجمعية العامة 251/60 مؤرخ في 15 مارس 2006، سنة 2007، <https://undocs.org/pdf?symbol=ar/A/HRC/5/7>، تاريخ الاطلاع: الاثنين 25 أغسطس 2020 الساعة العاشرة مساءً.
- 2- الأمم المتحدة، الجمعية العامة- مجلس حقوق الانسان، الدورة السابعة عشرة، التقرير السنوي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الانسان، الحلقة الدراسية المتعلقة بتجارب حفظ السجلات كوسيلة لضمان الحق في معرفة الحقيقة:

https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A-HRC-17-21_ar.pdf

تاريخ الاطلاع: الاثنين 24 أغسطس 2020 الساعة الثانية صباحاً.

3- المجلس الاقتصادي والاجتماعي- لجنة حقوق الانسان - الدورة الثانية والستون، البند (17) من جدول الأعمال المؤقت، تقرير مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الانسان"، الأمم المتحدة - مكتب المفوض السامي لحقوق الانسان: "تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها دراسة عن الحق في معرفة الحقيقة".

<https://www.ohchr.org/AR/Issues/RuleOfLaw/Pages/RightToTheTruth.aspx>

تاريخ الاطلاع: الاربعاء 24 يونيو 2020 الساعة الرابعة مساءً.

4- موجز تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول "سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع"، مجلس الأمن، 24 آب - أغسطس - 2004، التقرير رقم (2004/616).

5- هيئة الحقيقة والكرامة، التقرير السنوي لسنة 2016، نسخة مخرجة ديسمبر 2017،

<http://www.ivd.tn>، تاريخ الاطلاع: الاربعاء 12 أغسطس 2020 الساعة العاشرة مساءً.

6- هيئة الحقيقة والكرامة، التقرير الختامي الشامل (توصيات لضمان عدم تكرار انتهاكات الفساد)

والاستبداد، ماي (مايو) 2019، <http://www.ivd.tn>، تاريخ الاطلاع: الاربعاء 12 أغسطس 2020

الساعة العاشرة مساءً.

النظام القانوني للمنظمة العالمية للملكية الفكرية

(W.I.P.O)

د. رياض عبدالهادي منصور بدر

المقدمة

تنشأ المنظمات الدولية بناء على اتفاق دولي ينشئ المنظمة ويحدد نظامها القانوني ويبين أهدافها واختصاصاتها، كذلك يبين الأجهزة الدولية التي تستعملها المنظمة، عن طريقها تحقق الأهداف وتضع القواعد التي تحكم سير العمل بها.

وقد جرى العمل على أن يأخذ مثل هذا الاتفاق الدولي صورة المعاهدة الدولية، ولا يهيم بعد ذلك تسمية التي تطلق على هذه المعاهدة (الميثاق - الدستور - النظام الأساسي)، المهم أن كل هذه التسميات تصب في قالب واحد أنها تحكم سير عمل المنظمة وسير نشاطها الخارجي، الي جانب القواعد المتعلقة بالعضوية وما يقترن بها من الأجهزة التي يتم تشكيلها، سواء من خلال تمثيل الأعضاء أو على استقلال عنها.⁽¹⁾

وإن الاعتراف بوضع قانوني للمنظمات هو أمر تقتضيه طبيعة الأشياء، لأن الغرض من وجود و إنشاء تلك المنظمات الدولية يدفعها للقيام بالعديد من الأعمال القانونية اللازمة لاستمرار بقائها ولتحقيق غاياتها على الصعيدين الدولي والداخلي.⁽²⁾ وترتباً على ما تقدم تناول هذا البحث في أربع مطالب وهي:-

- **المطلب الأول:** نشأة المنظمة العالمية للملكية الفكرية "الأهداف والمبادئ"
- **المطلب الثاني:** العضوية في المنظمة العالمية للملكية الفكرية.
- **المطلب الثالث:** الأجهزة الرئيسية في المنظمة العالمية للملكية الفكرية.

(1) أنظر: أ.د صلاح الدين عامر، قانون التنظيم الدولي النظرية العامة، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 330.

(2) C.F. AMER ASINGHE, "principles of the institutional law of international organizations", Cambridge university press, 2005, second edition, P.79-80.

- المطلب الرابع: ميزانية المنظمة العالمية للملكية الفكرية.

المطلب الأول

نشأة المنظمة العالمية للملكية الفكرية

"الأهداف والمبادئ"

تأسست المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الوايو) - WIPO.⁽³⁾ بموجب اتفاقية تم توقيعها في أستوكهولم 14 يوليو 1967. ثم تعدل نظامها في 28 سبتمبر 1974 لتصبح وكالة دولية متخصصة تابعة للمنظمة الأممية؛ مكرسة لتطوير نظام دولي متوازن وميسر- بشأن الملكية الفكرية⁽⁴⁾ وأيضاً بتفويض من الدول الأعضاء فيها، تعمل على تعزيز الحماية الدولية للملكية الفكرية، عبر العالم عن سبيل التعاون بين الدول و سائر المنظمات الدولية، ويقع مقرها⁽⁵⁾ بمدينة جنيف السويسرية.

حيث تعد من أهم المنظمات الدولية المهمة بنتاج العقل البشري في مجالات الآداب والفن، العلوم والتكنولوجيا، وما تقوم به من تقديم المساعدة القانونية لأصحاب الإبتكارات والمبدعين ، لضمان التعاون فيما بين اتحادات حماية الملكية الفكرية وهي الإتحادات.⁽⁶⁾ المنشأة بموجب اتفاقية باريس والبرن وما يتفرع عنها من معاهدات، وما لها من دور مهم في تحديث وتنسيق التشريعات الوطنية للدول الأعضاء إلى جانب تقديم المساعدات التقنية إلى الدول النامية، وتجميع المعلومات ونشرها، يبلغ عدد الدول الأعضاء في المنظمة (184) دولة أي أكثر من 90 بالمائة من بلدان العالم. تدير (24) معاهدة دولية منها (16) معاهدة بشأن الملكية

(3) اختصار للتسمية (world Intellectual property organization).

(4) الموقع الرسمي للمنظمة العالمية للملكية الفكرية، (www.wipo.int/about-wipo/ar/what-is-wipo.html).

(5) تنص المادة 15 من اتفاقية إنشاء المنظمة على " مقر المنظمة وهو جنيف الفترة 1 أما الفترة 2 تنص على إمكانية نقل مقر المنظمة بقرار صادر طبقاً لأحكام المادة 6 (3) "د" و "ز"

(6) المادة 2 / الفترة 7 من إتفاقية إنشاء الوايو، وانظر في ذلك أيضاً لـ

Dr. Mohamed Salem Abou El Farag Balat." Intellectual property law. Basic concepts," Dar Al Nahda Al Arabia.

Cairo2007. P. 28 – 29.

الصناعية، (7) معاهدات بشأن حق المؤلف إضافة إلى اتفاقية إنشاء الوايو. (7) التي نحن بصدد عرضها وتحليلها للوقوف على مبادئ والقواعد التي تنظمها لأغراض هذه الاتفاقية (8) على النحو الآتي:

الفرع الأول: أهداف ومبادئ المنظمة

أولاً: أهداف المنظمة (نطاق عملها ووظائفها): -لا شك أن ذكر الأهداف في إطار قانون المنظمات الدولية يحقق دوراً مهماً، الأمرين: الناحية الأولى تحدد هذه الأهداف سبب وجود المنظمة والمسار الذي يجب عليها أن تسلكه للوصول إليها، وكذلك تبين القيود التي ترد على المنظمة وأجهزتها بتحديد اتجاه أنشطتها ووظائفها، والناحية الأخرى، تساعد في تفسير المواثيق المنشئة للمنظمات الدولية وما تقوم به من أعمال قانونية. وقد نص الاتفاق المنشئ للمنظمة العالمية للملكية الفكرية على الغرض من وجودها والمتمثل في نطاق عملها ووظائفها.

1- نطاق عمل المنظمة:-

تعرضت المادة الثالثة من الاتفاق المنشئ للمنظمة لهذه المسألة فقررت:-

أ- أن من بين الأغراض التي أنشئت الوايو من أجلها، دعم حماية الملكية الفكرية في جميع أنحاء العالم عن طريق التعاون بين الدول فيما بينها، وذلك أن التعاون الدولي ضرورة لا يمكن للتشريعات الداخلية ضمان توفير الحماية لحقوق الملكية الفكرية، بل لابد من توافر الجهود الدولية إلى فرض إطار من الحماية الدولية لحقوق الملكية الفكرية، وذلك لأن المجتمع الدولي أو العالم أصبح قرية صغيرة واحدة، لابد أن يتعاون أعضاء المجتمع الدولي جميعاً من أجل هدف المنشود ألا وهو خير للجميع ورفاهية ومهارة وازدهار المجتمع الدولي.

" إن هذا الزمن هو زمن حرية الأفكار، ونبذ الاحتكار والاستراء، زمن لا يستطيع فيه الإنسان أن يريد عن غيره أو أن يعبر عما يختلج في وجدان غيره وضميره، زمن يفقد فيه الإنسان إنسانيته إذا لم يتمتع بكامل إرادته وحرية، زمن أصبحت فيه السيادة صوان الإرادة، زمن لا يكون فيه الإنسان سيداً إلا إذا كان مختاراً،

(7) المنظمة العالمية للملكية الفكرية، منشورات الوايو A 400، جنيف 2004، ص 1.

(8) نص المادة 2 من اتفاقية إنشاء المنظمة الفقرة (1 ، 2 ، 3 ، 4 ، 5 ، 6 ، 7).

ولا مريداً، إلا إذا كان سيدياً ذلك لأن الإرادة لا تستطيع أن تظهر في دائرة الفعل أو تفصح عن ذاتها إلا إذا كانت حرة...."⁽⁹⁾ وكل ذلك من خلال تعاون منظمة الوايو مع أي منظمة دولية أخرى (سواء كانت حكومية أو غير حكومية)⁽¹⁰⁾ حيثما كان ذلك ملائماً.

كذلك من ضمن أعراض هذه المنظمة، الظفر بالتعاون الإداري بين الاتحادات⁽¹¹⁾، و بضمان هذا التعاون الإداري التنظيمي بين الإدارات المختلفة لتلك الاتحادات.

2- وظائف المنظمة:-

ومن أجل تحقيق هذه الأغراض السالف ذكرها، لا بد لنا من الوقوف على بيان آلية قيام أجهزة المنظمة لهذه الوظائف، وذلك مع مراعاة اختصاص كلا من الاتحادات⁽¹²⁾:-

أ- تعمل المنظمة العالمية للملكية الفكرية على دعم اتخاذ الإجراءات التي تهدف إلى تيسير الحماية الفعالة للملكية الفكرية في جميع أنحاء العالم والتنسيق فيما بين التشريعات الوطنية للدول الأعضاء في المنظمة، لضمان فرض هذه الحماية على الحقوق المتعلقة بالملكية الفكرية وتوحيد هذه التشريعات وضمان تنفيذها.

ب- تقوم المنظمة بالمهام الإدارية لكلا من (اتحاد باريس والاتحادات الخاصة المنشأة فيما يتعلق بذلك الإتحاد، اتحاد البرن).

ج- أجاز ميثاق المنظمة أن لها، أن تقبل تولي المهام الإدارية الناشئة عن تنفيذ أي اتفاق دولي آخر يهدف إلى دعم حماية الملكية الفكرية أو المشاركة في مثل هذه المهام.

د- تشجع المنظمة (الوايو) على إبرام الاتفاقات الدولية التي تهدف إلى تدعيم حماية الملكية الفكرية.

(9) قُلا عن د. سلجان صالح الفويل، حرية الفكر والتعبير بين الهوية والملكية الفكرية، مقال منشور بمجلة الثقافة العربية، الصادرة عن مجلس تنمية الإبداع الثقافي، العدد 261 السنة 31 يونيو 2005، ص 17.

(10) المنظمات الحكومية الدولية هي التي تنشئها الدول أما المنظمات غير الحكومية فهي جماعة إدارية منظمة ذات شكل غير حكومي وغير رسمي معترف بها قانونياً في دولة ما. ولها هدف محدد انظر في ذلك، دوائيل أحمد محمد علام، المركز الدولي للمنظمات غير الحكومية في الأمم المتحدة، من غير طبعة نشر ولا سنة نشر، ص 5.

(11) الاتحادات هي: (اتحاد باريس والاتحادات الخاصة التي أنشئت والاتفاقات الخاصة التي أبرمت فيما يتعلق بذلك الإتحاد، وكذلك اتحاد البرن، وأي اتفاق دولي آخر يري إلى دعم حماية الملكية الفكرية، انظر في ذلك م 2 الفقرة 7 من اتفاقية إنشاء المنظمة).

(12) نص المادة 4 من اتفاقية إنشاء المنظمة (1- 2 - 3 - 4 - 5 - 6 - 7 - 8).

هـ- ومن ضمن وظائف المنوط بالمنظمة القيام بها، أن تعرض تعاونها على الدول التي تطلب المساعدة القانونية في مجال الملكية الفكرية.

و- جمع المعلومات الخاصة بحماية الملكية الفكرية ونشرها، وإجراء الدراسات في هذا المجال ونشر- نتائج تلك الدراسات والأبحاث وتشجيعها، ذلك الدور الفعال الذي تقوم به في هذا المجال.

ز- أيضا يقع على عاتق المنظمة العالمية للملكية الفكرية، توفير الخدمات والتسهيلات التي تساعد على تيسير الحماية الدولية للملكية الفكرية، وتنهض بأعباء التسجيل في هذا المجال، كما تنشر- البيانات الخاصة بالتسجيلات حيثما كان ذلك ملائماً.

ي- تتخذ المنظمة كل إجراء ملائم آخر.

المطلب الثاني

العضوية في المنظمة العالمية للملكية الفكرية

إن أحكام وقواعد العضوية في المنظمات الدولية لها أهمية خاصة، حيث أنه لا يتصور أصلاً قيام المنظمة الدولية بغير عضوية عدد من الدول التي تكون أطرافاً في الوثيقة القانونية المنشئة لها، وهناك العضوية الأصلية التي ترتبط وتنتج عن الاشتراك في وضع الوثيقة المنشئة للمنظمة الدولية، التوقيع عليها، وأيضاً هناك العضوية اللاحقة، أي تلك الناجمة عن الانضمام إلى المنظمة الدولية بعد قيامها قانوناً، وأخيراً لإنتهاء العضوية في المنظمة وانقضاءها أساليب وأنواع لذلك الانقضاء.⁽¹³⁾ وهي:

الفرع الأول: أنواع العضوية:-

العضوية في المنظمات الدولية تفترض أن وجود الدولة كعضو فيها هو أحد الحقائق المسلم بها في قانون المنظمات الدولية، حتى أن مواثيق ودساتير المنظمات الدولية أو الوكالات المتخصصة تقتصر -العضوية فيها على الدول بحسب.⁽¹⁴⁾، ذلك لأن مبدأ الدولية يعتبر من أهم المبادئ التي تحكم المساهمة في إنشاء المنظمات الدولية.⁽¹⁵⁾ والمنظمات الدولية⁽¹⁶⁾ أعضاء له، ولا يعترف القانون الدولي العام إلا بغير العلاقات الدولية موضوعاً له. ويترتب على ذلك أنه من حق الحكومة وحدها اختيار ممثلي الدولة في أجهزة المنظمة، لها أن تختار ممثلين لها بدون التقييد بأوصاف أو شروط معينة، ولكن هذا الأصل (التمثيل الحكومي). نجد له بعض الاستثناءات التي وردت في بعض المنظمات الدولية مثلاً:-

(13) انظر: أ.د صلاح الدين عامر، المرجع السابق، ص 344.

(14) علماً بأن هناك البعض من الوكالات المتخصصة تسمح بالانضمام إلى عضويتها من غير الدول ويعتبر هذا الاستثناء على العضوية في الوكالات المتخصصة، ومثالاً لذلك: تسمح منظمة الصحة العالمية ومنظمة اليونسكو والاتحاد الدولي للمواصلات السلكية بالانضمام بعض الوحدات الإقليمية التي لا تعد دولاً إليها، من ذلك نص المادة 2 من دستور اليونسكو على أن الأقاليم غير المتمتعة بالحكم الذاتي الحق في عضوية بالاشتراك، بناء على طلب الدول المشرفة على الإقليم، ويحدد المؤتمر العام للمنظمة مدى ما تتحمله به ضد الأقاليم من حقوق والتزامات تجاه المنظمة.

(15) انظر: أ.د محمد طلعت الغنيمي، الوجيز في التنظيم الدولي النظرية العامة، طبعة رابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 96 وما بعدها، / انظر أيضاً د. جعفر عبد السلام، المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 103 وما بعدها.

(16) كما جاء في الرأي الاستشاري لهيئة العدل الدولية في 1949/4/11، وذلك في مسألة تعويض الأضرار التي تصيب من هم في خدمة الأمم المتحدة، ومنذ ذلك الرأي الاستشاري أصبحت المنظمة الدولية تتمتع بالشخصية الدولية ولكن هذه الشخصية وظيفية كما جاء في معرض الرأي الاستشاري للمحكمة.

ما أوردته المادة 3، 7 من دستور منظمة العمل الدولية لسنة 1919. ذلك بأن يكون المؤتمر العام للمنظمة يتألف من أربعة ممثلين للدولة العضو، بأن يكون للدولة اثنين ممثلين عن الحكومة، وآخر مندوب عن أصحاب العمل والأخير مندوبا عن العمال.⁽¹⁷⁾

إذا فإن أشكال العضوية في المنظمات الدولية قد تكون (العضوية كاملة، العضوية الجزئية) وما يهمنها هو النوع الأول، وهو العضوية الكاملة.

- العضوية الكاملة: يقصد بها العضوية التي تكتسبها الدول في المنظمة فتكون لها جميع الحقوق وتحمل بجميع الالتزامات التي ينص عليها ميثاق المنشئ للمنظمة.

والعضوية الكاملة قد تكون عضوية أصلية وهي عضوية الدول التي شاركت في المؤتمر الذي قام بوضع الميثاق المنشئ ثم قامت بالتصديق عليه، العضوية بالانضمام أو ما يطلق عليه بالعضوية اللاحقة التي تكتسبها الدولة كمرحلة لاحقة لإنشاء المنظمة.⁽¹⁸⁾ وتنقسم العضوية في المنظمة إلى عضوية أصلية وعضوية بالانضمام:-

أولاً- العضوية الأصلية:-

نجد ميثاق إنشاء المنظمة نص على العضوية الأصلية فيها ، كما جاء في المادة الخامسة من هذه الاتفاقية تحديداً "الفقرة الأولى" بأنها تحكم العضوية الأصلية وتبين بأن هذه العضوية في منظمة الوايو مسموح بها للدول فقط. وتمنح كذلك الأطراف المتعاقدة بالعضوية الأصلية اتفاقية إنشاء منظمة الوايو ، وأيضاً تمنح هذه العضوية لأية دولة عضو في أي من الاتحادات بمفهومها الوارد في المادة 2 الفقرة (7) وهي [الدول الأعضاء في كلاً من اتحاد باريس لحماية الملكية الصناعية ، الاتحادات الخاصة التي أنشئت ، وأيضاً للدول الأطراف في الاتفاقيات الخاصة التي أبرمت فيما يتعلق بذلك الاتحاد ، وأي اتفاق دولي آخر يرمي إلى دعم

(17) انظر: د. محمد عزيز شكري، التنظيم الدولي العالمي بين النظرية والواقع، طبعة الأولى، 1973، دار الفكر، ص 322 - 323.

(18) انظر: د. عبد العزيز محجر عبد الهادي، قانون المنظمات الدولية، ج1 النظرية العامة، 1985، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 102.

حماية الملكية الفكرية تتولى المنظمة تنفيذه ، وذلك وفقا للمادة 4 الفقرة (3) ، ذلك اعتبار من عام 1970 تاريخ دخولها حيز النفاذ⁽¹⁹⁾ .

ومما ينبغي ملاحظته في هذا المقام أن العضوية في المنظمة مسموح بها للدول فقط ، أما ما يخص المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية ومنظمات المجتمع المدني⁽²⁰⁾ ، فإن عضويتها في المنظمة بصفة مراقب فقط ، ولها الحق في إبداء الرأي في الاجتماعات ، وأن تقدم البحوث والدراسات والاقتراحات للمنظمة. وحري بنا في هذا المقام إيضاح الوضع الدولي للمنظمة إذا ما تمثل ذلك في عضويتها في إحدى المنظمات الدولية ، وذلك إذا افترضنا بأن منظمة الوايوو اكتسبت العضوية في منظمة دولية أخرى ، بمعنى آخر هل يجوز لمنظمة الوايوو أن تكتسب العضوية في منظمة دولية أخرى؟.

والإجابة على هذا التساؤل أو الفرضية يكون: بنعم يجوز للوايوو كمنظمة دولية أن تكتسب العضوية في منظمة دولية أخرى ، وذلك راجع للممارسات الدولية المعاصرة والتي تنبئ عن اشتراك عدد لا بأس به من المنظمات الدولية في أعمال غيرها من المنظمات ولكن تلك المشاركة تجري في الغالب الأعم من الحالات بوصف المراقب ، أو من خلال منح المنظمة الدولية المشاركة كعضو في المنظمة وضعا استشاريا ، وواقع الأمر أننا لا نواجه هنا درجة من درجات العضوية ، وإنما نواجه وجهها من أوجه العلاقات الخارجية لمنظمة من المنظمات الدولية ، التي تتمثل في السماح للمراقبين بحضور اجتماعات بعض أجهزته بهدف إتاحة الفرصة والمجال أمامهم للوقوف على ما يدور فيها من أعمال تخص الصالح العام بين المنظمات الدولية.⁽²¹⁾

(19) ومن الجدير بالذكر أن إتفاقية إنشاء المنظمة قد فتحت للقبول بالتوقيع أو بغيره من الوسائل من جانب الأعضاء الأصليين ، المادة (14) الفقرة (1) من إتفاقية إنشاء المنظمة .

(20) تعمل الوايوو مع طيف واسع من أصحاب المصالح ، بمن فيهم منظمات حكومية دولية و يبلغ عددها 65 منظمة ، ومنظمات غير حكومية ، و يبلغ عددها 172 ، تمثلو المجتمع المدني (منظمات وطنية غير حكومية 13 منظمة ، أي يبلغ إجمالي عددها نحو 250 من المنظمات غير الحكومية والمنظمات الحكومية بصفة مراقب رسمي في اجتماعات الوايوو.

راجع في ذلك: محضر الجمعية العامة الوايوو ، حماية هيئات الإذاعة ، أكتوبر 2005 ، ص 15 الدورة 32.

وأیضا الموقع الرسمي لمنظمة الوايوو (<http://www.wipo.int/about.wipo/ar/how-wipo/works.htm>).

(21) أنظر: أ.د/ صلاح الدين عامر - المرجع السابق ، ص 355 - 357.

أما فيما يخص عملية الإنضمام وإتمامها فإنه تخضع لإجراءات متممة لهذه العضوية (الأصلية). وباستقراء المادة 14 من اتفاقية إنشاء المنظمة "نلاحظ أنها إشارة إلى إيجاز للدول الأطراف في كلا من اتفاقيتي باريس والبرن (أي في الاتحاد المكون من هاتين الاتفاقيتين) أن تكون هذه الدولة أعضاء أصليين في المنظمة وفي إتفاقية إنشاء المنظمة ، وذلك سواء أقامت بالتوقيع دون التحفظ بالنسبة للتصديق أو مجرد التوقيع الخاضع للتصديق ثم يتبعه إيداع لوثيقة الإنضمام ، وهذا الانضمام المتم لا يعتبر إنضمام لاحقاً للعضوية في المنظمة ، لأن عضوية هذه الدولة في الاتحادات المؤسسة للمنظمة (باريس - البرن) لا تنتقل بقوة القانون ، ولكن باتباع إجراءات معينة تتمثل في التعبير عن الإرتضاء لإنضمام لعضوية (منظمة الوايو) ، وذلك بالتوقيع على ميثاق المنظمة ثم التصديق وإيداع وثيقة الإنضمام أو التصديق لدى المدير العام للجمعية العامة لمنظمة الوايو. (22)

ثانيا- العضوية بالإنضمام:-

أما عن هذا النوع من العضوية "اللاحقة" فإن هذه العضوية في المنظمات الدولية تتم من خلال الإنضمام اللاحق للمعاهدة الدولية المنشئة للمنظمة الدولية ، وهذا النوع من العضوية هو إجراء قانوني تصبح بمقتضاه الدولة طالبة الإنضمام للمنظمة ، طرفاً في الاتفاقية المنشئة للمنظمة، كقاعدة عامة متفق عليها في القانون الدولي: أنه لا يجوز الإنضمام اللاحق للمعاهدة الدولية المنشئة للمنظمة إلا إذا تضمن الاتفاق المنشئ لها نصاً يجيز ذلك ، وتسمى المعاهدة الدولية التي لا تبيح الإنضمام إليها "بالمعاهدات المغلقة" ، أما الإنضمام إلى المعاهدات الجماعية المنشئة للهيئات أو المنظمات الدولية التي تجيز الإنضمام إليها فإنها تتطلب إجراء خاص يسمى طلب الاشتراك في عضوية المنظمة الدولية ، وتنص موثيق المنشئة للمنظمات الدولية عادة على الشروط الواجب توافرها في كل دولة تطلب الإنضمام لعضوية المنظمة ، وهذه الإجراءات التي ينبغي على طالب الإنضمام أن يتخذها إذا توافرت جميع الشروط المطلوبة وإذا تم اتخاذ هذه الإجراءات المنصوص عليها

(22) نص المادة (14) الفقرة (2) من اتفاقية إنشاء المنظمة.

أصبحت هذه الدولة بمقتضاه دولة عضواً في المنظمة الدولية المتقدم إليها بطلب الإنضمام⁽²³⁾ وباعتبار أن منظمة الوايو من المنظمات الدولية المصنفة بالعالمية – أي العضوية فيها مفتوحة لأي دولة تريد الإنضمام إليها – لأن ميثاق إنشائها يميز الإنضمام إليها بشروط وإجراءات قانونية معينة من خلالها إذا توافرت في الدولة طالبة الإنضمام لعضوية المنظمة أصبحت الدولة عضواً في المنظمة إذا إنضمام لعضوية منظمة الوايو عدة شروط موضوعية وإجراءات شكلية لا تتم إلا بها.

الفرع الثاني: شروط العضوية.

1- الشروط الموضوعية:- ينص ميثاق إنشاء المنظمة في المادة 5 منه على شروط الموضوعية المتطلبة لإنضمام الدولة في المنظمة وإستقراء لهذه المادة ، يمكننا استخراج الشروط الموضوعية فلقد نصت المادة⁽²⁴⁾ على أن للدول المتقدمة بطلب العضوية في منظمة الوايو ، من غير الدول الأعضاء في الاتحادات – كما أسلفنا بيانها وتحديدها – عدة شروط موضوعية لقبولها وهي:

أ- أن تكون الدولة طالبة الإنضمام لعضوية المنظمة من أعضاء منظمة الأمم المتحدة⁽²⁵⁾ ، وبخلاف ذلك لا يجوز للدول غير الأعضاء في الأمم المتحدة أن تطلب العضوية في المنظمة ، لأن ميثاق المنظمة لا يميز انضمامها لعضوية المنظمة إلا إذا توافر هذا الشرط الموضوعي.

ومن الجدير بالملاحظة من أن العضوية في المنظمة مفتوحة لجميع الدول ، وذلك باعتبار أن أغلب بل أكثر دول العالم يعتبرون من أعضاء الأمم المتحدة، ومن ضمن الشروط الموضوعية إلى جانب العضوية في الأمم المتحدة ، أن تكون الدولة طالبة الإنضمام لعضوية المنظمة عضواً في أي وكالة من الوكالات المتخصصة التابعة للأمم المتحدة. فإن في هذه الحالة يجوز لها التقدم بطلب العضوية نظراً لتوفر الشرط السابق.

(23) أنظر : د. عبد العزيز محمير عبد الهادي – المرجع السابق – ص 102 – 103.

(24) المادة (5) من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(25) يبلغ عدد الدول الأعضاء في الأمم المتحدة ، 193 دولة عدا (فلسطين- دولة الفاتيكان – سويسرا) فإن وضع هذه الدول في الأمم المتحدة وضع المراقب والاستشارة لمنظمة الأمم المتحدة ، أنظر في ذلك (www.un.org/ar/members/#faa).

أيضاً من ضمن الشروط أن تكون الدولة طالبة الانضمام عضواً من أعضاء المكونين للوكالة الدولية للطاقة الذرية ، بل تعتبر طرفاً في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ، هذا فيما يخص الشرط الأول من شروط الموضوعية لقبول انضمام الدولة المتقدمة بطلب الانضمام للمنظمة .

ب- أن توجه لها الجمعية العامة للوايو الدعوة لتكون طرفاً في هذه الاتفاقية أي عضواً في المنظمة وهذا الشرط الموضوعي في حالة ما لم يتوفر الشرط السابق لقبول الدولة المتقدمة بطلب العضوية في المنظمة وهو (ليست عضواً لا في الأمم المتحدة ولا في وكالاتها ولا طرفاً في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ، لكن الجمعية العامة للوايو وجهت لها الدعوة لتكون عضواً في المنظمة).⁽²⁶⁾ هذا الشرط يعتبر مكمل للشرط السابق عليه لقبول الدولة المتقدمة بطلب العضوية في المنظمة .

2- الشروط الشكلية⁽²⁷⁾: تكفلت المادة (14) من اتفاقية إنشاء المنظمة بإيضاح وبيان الشروط والإجراءات المكالة للشروط الموضوعية والتي بمقتضاها لن تكون الدولة المتقدمة بطلب العضوية للمنظمة عضواً من أعضائها ، إذا ما توافرت الشروط الموضوعية والإجراءات الشكلية المنصوص عليها في اتفاقية الإنشاء. وباستقراء لهذه المادة (14) الفقرة الأولى والثانية، نلاحظ أنها أجازت للدول المشار إليها في المادة الخامسة من هذه الاتفاقية ، أن تصبح طرفاً في هذه الاتفاقية وعضواً في المنظمة ، وذلك في حالة إتباع بعض الإجراءات الشكلية لإتمام عملية الانضمام وهي:-

أ- على الدولة طالبة الانضمام متى توافرت الشروط الموضوعية ، أن تقوم بالتوقيع على اتفاقية الإنشاء وذلك التوقيع يجب أن يكون دون تحفظ على أي بند ونص في ميثاق الإنشاء⁽²⁸⁾ . هذا فيما يخص التوقيع على الميثاق الذي لا يتبعه الإجراء الآخر والمهم "التصديق على هذا التوقيع" ، لأن التوقيع في هذه الحالة بمثابة القبول النهائي وله نفس الأثر الذي يرتبه التصديق ، (بوصفه قبولاً نهائياً).

(26) المادة (5) الفقرة (2) "2" من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(27) المادة (14) من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(28) طبقاً لنص المادة (16) من اتفاقية إنشاء المنظمة التي نصت على "لا يجوز إبداء أية تحفظات على هذه الاتفاقية (الوايو).

ب- أو أن يكون هذا التوقيع الذي يلزم إتباعه بإجراء آخر لاستكمالها (خاضع للتصديق) - والذي يلزم عدم التحفظ عليه كما نص ميثاق المنظمة ، ذلك لأن التوقيع في هذه الحالة يعتبر بمثابة قبول مؤقت لا يتم إلا بإجراء آخر يفيد قبول المعاهدة بصفة نهائية وهو التصديق.⁽²⁹⁾

إذا يعتبر التوقيع في الحالة الأولى بمثابة القبول النهائي كما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (14) من اتفاقية إنشاء المنظمة ، لأن اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات⁽³⁰⁾ ، اعتبرت هذا القبول نهائياً استثناء أعطت به هذه الاتفاقية (التوقيع) بوصفه نهائياً له نفس الأثر للتصديق كما نصت عليه المادة (12) الفقرة الأولى من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات .

ج- الإجراء التالي بعد التوقيع أو التصديق هو إيداع لوثيقة التصديق أو إيداع طلب الانضمام للمنظمة ، يجب أن تودع هذه الوثيقة لدى المدير العام للمنظمة الوايو لإكمال إجراءات العضوية واكتساب الدولة المتقدمة بهذا الطلب العضوية.

آثار العضوية: -تترتب على اكتساب العضوية في منظمة الوايو طبقاً للنظرية العامة للمنظمات الدولية كأصل أن العضو في (المنظمة) يتمتع بجميع الحقوق والمزايا العضوية وهي (حق حضور الجلسات حق المشاركة في المناقشات ، وكذلك حق تقديم المقترحات ، والتصويت ، تمثيل الدولة في المنظمة)⁽³¹⁾ إلخ. وهناك بعض الالتزامات التي تقع على عاتق الدولة العضو في المنظمة وهي المساهمة في ميزانية المنظمة ، ومساعدة المنظمة على تحقيق أهدافها والامتناع عن أي نشاط قد يعوق تحقيق ذلك.⁽³²⁾

(29) أنظر: أ.د/ محمد ساي عبد الحميد ، أصول القانون الدولي العام - ج 2 - القاعدة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2005 ، الإسكندرية ص 184 ، وما بعدها.

(30) عرض إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات للتوقيع في 23 آيار/ مايو 1969 ، دخلت حيز النفاذ في 27 كانون الثاني / يناير 1980.

(31) ومن الجدير بالذكر أن كلا من المادة 6 - 7 - 8 - 9 نصت على هذه الحقوق والالتزامات للعضو في المنظمة من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(32) أنظر: كلا من المادة 11 والمادة 3 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

الفرع الثالث: انتهاء العضوية في منظمة الوايوو.

من المتصور أن تطرأ بعض الأسباب والعوامل التي تؤدي إلى انقضاء عضوية الدولة في المنظمة وقد تكون تلك الأسباب اختيارية ، أي راجعة إلى إرادة الدولة العضو في المنظمة وهي الإنسحاب ، وقد ترجع إلى إرادة المنظمة الدولية ذاتها ، وذلك إذا ما قررت المنظمة توقيع عقوبة على الدولة العضو جزاء على الإخلال بالتزامات وواجباتها بموجب الميثاق ، وقد يكون انتهاء العضوية ناجماً عن انقضاء الشخصية القانونية للدولة العضو ، أو نتيجة لتصفية المنظمة الدولية وإنهاء وجودها القانوني.⁽³³⁾

وباستقراء لنص المادة 18 من اتفاقية إنشاء المنظمة ، نلاحظ أن انتهاء العضوية في المنظمة مقصور على الإنسحاب ، أي على إرادة الدولة في المنظمة دون ما وجود لأي نوع آخر من أنواع انتهاء العضوية.

إذا سوف تقتصر- في هذا المقام عن الحديث على الإنسحاب باعتباره الحالة الوحيدة المنصوص عليها في الميثاق⁽³⁴⁾ ، فيما يخص انتهاء العضوية.

أولاً:- الإنسحاب- يعد الإنسحاب من أكثر الأسباب المؤدية إلى فقدان الدول العضوية في المنظمات الدولية - من ناحية واقعية - ونجد أن بعض المواثيق المنشئة للمنظمات الدولية تنطوي على نصوص تنظم الأوضاع الخاصة بإنسحاب الدولة العضو من المنظمة⁽³⁵⁾ ، بمجرد الاكتفاء بتقرير أن على الدولة الراغبة في الإنسحاب من عضوية المنظمة القيام بإخطار المنظمة بالرغبة في الإنسحاب منها ، أو تضع المنظمة في ميثاقها نص صريح يحدد المدة الزمنية لمراجعة الدولة العضو نفسها قبل الإقدام على اتخاذ هذا القرار (الإنسحاب) من عضوية المنظمة ، أو لتصفية أوضاع العضو المالية في المنظمة وغيرها.....⁽³⁶⁾

(33) أنظر : أ.د/ صلاح الدين عامر - المرجع السابق - ص 358.

(34) نص المادة 18 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(35) هناك بعض من مواثيق المنظمات لا تتضمن أية نصوص تنظم عملية الإنسحاب من العضوية أو بمعنى أشمل جاءت خالية من نصوص في ميثاقها يقرر انتهاء العضوية ، كما في منظمة الأمم المتحدة.

(36) أنظر : أ.د/ صلاح الدين عامر - المرجع السابق - ص 358 - 359.

اما في ميثاق منظمة الوايو قد نص صراحة في المادة 18 الفقرة الأولى: "أن لأي دولة عضو أن تنسحب من اتفاقية إنشاء الوايو ، لكن هذا الإنسحاب لا يتم إلا بشرط أي أنه مقيّد⁽³⁷⁾ بأحكام ، وهذه الأحكام تبين ما على الدولة الراغبة في الإنسحاب أن تقوم به وهو القيام بإخطار أو طلب كتابي موجه إلى المدير العام لمنظمة الوايو ، هذا ما يعرف بالإخطار الكتابي - تخطر فيه الدولة المنسحبة بنيتها في الإنسحاب من المنظمة ، وهذا يعتبر شرط من شروط الإنسحاب الواردة في ميثاق المنظمة .

أما ما جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة⁽³⁸⁾ "حددت الفترة الأولية التي يتمتع على الدولة الراغبة في الإنسحاب أن تنسحب قبل إنتضاء المدة المحددة في الميثاق "يسري هذا الانسحاب بعد ستة أشهر من يوم تسلم المدير العام للإخطار⁽³⁹⁾ ، يتضح لنا أن الغرض من وضع هذه القيود هو إتاحة الفرصة للدولة العضو في المنظمة لكي تراجع نفسها خلال هذه المدة ، ذلك من الممكن لها أن تعدل عن قرارها ، أو أن الأسباب التي دعته إلى الإنسحاب قد زالت خلال هذه الفترة ، وأيضاً أن هذه المدة تعطي وقتاً كافياً للمنظمة لتعديل ميزانيتها ، لأن الإنسحاب يؤدي إلى إيقاف مساهمة العضو المنسحب مما يؤثر تبعاً على ميزانية المنظمة.

ثانياً:- الطرد من العضوية. أما فيما يتعلق بالطرد باعتباره من حالات إنتهاء العضوية فلم ينص عليه ميثاق إنشاء الوايو صراحةً ولا ضمناً وما علينا في هذا المقام إلا إيضاح لهذه الحالة كبيان لها مع إبداء وجهة نظرنا فيها، اذ يقع على الدولة العضو واجب احترام الإلتزامات التي يلقيها الميثاق المنشئ للمنظمة على عاتقها ، ذلك بوصفها عضواً من أعضاء المنظمة ، فإذا ما أخلت الدولة إخلالاً متعمداً بتلك الإلتزامات وضربت بها عرض الحائط ، فإنها يمكن أن تتعرض لعقوبة الطرد أو الفصل من العضوية.

(37) نجد أنه توجد أحكام بسيطة للإنسحاب كما يتضح ذلك في نص م 15 من القانون الأساسي لصندوق النقد الدولي التي أوضحت أنه "يجوز أي عضو أن ينسحب من الصندوق في أي وقت بعد أن يعلم الصندوق كتابة في مركزه الرئيسي ويسري الإنسحاب من تاريخ تسلم الإخطار".

(38) المادة 18 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(39) نجد أن مدة ستة أشهر لكي يسري مفعول الإنسحاب هي نفسها المدة المحددة في ميثاق إنشاء منظمة التجارة العالمية (نص المادة 15 من اتفاقية إنشاء المنظمة ، ونجد أنه من الممكن أن تزيد هذه المدة إلى سنة كما في المادة 18 من ميثاق جامعة الدول العربية لكي يعتبر الإنسحاب ساري المفعول بعد إنتضاء سنة من المدة - (هذا الاختلاف) واضح كلا حسب ميثاق المنظمة.

وإذا ما نظرنا للممارسات الدولية في إطار المنظمات الدولية فإنها تكشف لنا على أن المنظمة الدولية تلجأ إلى الضغط على الدولة المخالفة لكي تقوم بالانسحاب اختيارياً وإرادتها من عضوية المنظمة. فإذا ما امتنعت عن ذلك فإن المنظمة تلجأ لتعديل ميثاقها بهدف النص صراحة على عقوبة الطرد من العضوية، المثال:- على ذلك قيام منظمة الطيران المدني الدولية في 27 مايو 1947 ، بتعديل دستورها ، الذي لا ينطوي على نص خاص بالطرد من العضوية ، بهدف إضافة نص خاص يتعلق بالطرد ، حتى تتمكن المنظمة من طرد أسبانيا من عضويتها ، وعندما تم إقرار هذا التعديل بادرت أسبانيا بالانسحاب من عضوية المنظمة.

وفي رأينا إذا أثرت هذه الإشكالية في المنظمة محل "البحث" ، لعدم وجود نص صريح في اتفاقية إنشاء الوايو أنه من الممكن أن تلجأ الوايو للقيام بمثل هذا الإجراء (تعديل وإضافة نص في الميثاق) بالقياس مع منظمة الطيران المدني الدولية في حالة أمعن العضو في الإخلال بالواجبات والالتزامات المفروضة عليه بوصفه عضواً في المنظمة.

المطلب الثالث

الأجهزة الرئيسية في المنظمة العالمية للملكية الفكرية

من خلال اتفاقية إنشاء المنظمة (الوايو) ، يتضح لنا وبجلاء أنها أخذت بمبدأ تعدد الأجهزة المستقر عليه في النظرية العامة للمنظمات الدولية⁽⁴⁰⁾ ، والمنظمة الدولية ككائن قانوني في حاجة ماسة إلى هيكل تعتمد عليه في سيرها ، ويعتبر متكاً لها ووسيلة لتحقيق الغرض والغاية من إنشاء المنظمة. وإذا ما رجعنا لميثاق إنشاء المنظمة (الوايو) فقد نص على بيان أجهزتها في كلا من المادة (6 - 7 - 8 - 9) من اتفاقية إنشاء المنظمة.

الفرع الأول: الجمعية العامة.

نصت المادة السادسة من اتفاقية إنشاء المنظمة على كيفية تشكيل الجمعية العامة وتمثيلها بأعضائه من أحد الأجهزة الرئيسية للمنظمة ، وكذلك بيان المهام التي تقوم بها ، كيفية اتخاذ القرار والتصويت داخل الجهاز وأيضاً تنظيم اجتماعاته وغيرها⁽⁴¹⁾ .

1- التشكيل: الجمعية العامة هي الجهاز الأعلى للمنظمة ، ويتكون من جميع الدول الأعضاء بها ، فضلاً عن الأعضاء في أي اتحاد آخر ، أما فيما يتعلق بتمثيل هذه لدول الأعضاء داخل الجهاز (الجمعية العامة). فإنه على كل دولة عضو يمثلها مندوب واحد تعينه حكومته ، ولا يمثل هذا المندوب إلا دولة واحدة فقط ولا يصوت إلا بأسمها⁽⁴²⁾ ، ويمكن أن يعاون المندوب مناوبون ومستشارون وخبراء ، وتتحمل نفقات كل وفد الحكومة التي عينته.⁽⁴³⁾

(40) أنظر: أ.د/ محمد طلعت الغنيمي ، الأحكام العامة في قانون الأمم ، الإسكندرية ، 1971 ، ص 416 وما بعدها.

(41) المادة 6 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(42) نص المادة 6 ، الفقرة 3 "ط" اتفاقية إنشاء المنظمة.

(43) المادة 6 الفقرة 1 .

2- الاختصاصات: للجمعية العامة عدة اختصاصات نوجزها في الآتي⁽⁴⁴⁾:

- أ- تعيين المدير العام ويتم هذا التعيين بناء على ترشيح مسبق من لجنة التنسيق.
- ب- تنظر الجمعية العامة من تقارير المدير العام الخاصة بالمنظمة وكذلك تعتمدها بعد النظر فيها ، تزود المدير العام بجميع التوجيهات اللازمة.
- ج- تنظر الجمعية العامة أيضا في تقارير وأنشطة لجنة التنسيق وكذلك تعتمدها ، وتقوم أيضاً بتزويدها بالتوجيهات والتعليقات اللازمة.
- د- ومن مهامه أيضاً إقرار ميزانية فترة السنتين الخاصة بالنفقات المشتركة بين الاتحادات.
- هـ- تعتمد الجمعية العامة للمنظمة الإجراءات التي يقترحها المدير العام بخصوص تنفيذ الاتفاقات الدولية المشار إليها في المادة 4 "3".
- و- إقرار اللائحة المالية للمنظمة.
- ز- تحدد الجمعية العامة لغات عمل السكرتارية آخذه في الاعتبار ما هو متبع في الأمم المتحدة.⁽⁴⁵⁾
- ح- ومن مهامها أيضاً ، أن تدعو الدول المشار إليها في المادة 5 الفقرة 2 "2" لتكون طرفاً في هذه الاتفاقية ، كما سبق ذكرها في الجزئية المخصصة للعضوية.
- ط- تحدد الجمعية العامة من يسمح لهم بحضور اجتماعاتها كراقبين من الدول غير الأعضاء في المنظمة ومن المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية.
- ي- تباشر الجمعية العامة أية مهام أخرى مناسبة تدخل في نطاق هذه الاتفاقية .

3- نظام التصويت:أ- يكون لكل دولة داخل الجمعية صوت واحد ، سواء أكانت عضواً في واحد أو أكثر من الاتحادات ، أخذت بنظام الصوت الواحد، بأن لكل دولة صوتاً واحداً ، تطبيقاً لمبدأ المساواة بين الدول

(44) المادة 6 الفقرة 2 ، من تفاقية إنشاء المنظمة.

(45) اللغات المعتمدة في الأمم المتحدة هي (العربية - الصينية - الإنجليزية - الفرنسية - الروسية - الأسبانية) كما ورد في ميثاق الأمم المتحدة الموقع الرسمي للأمم المتحدة. (www.un.org/ar/aboutun/)

الأعضاء في المنظمة سواء أعضاء في الاتحادات أو غير الأعضاء في الاتحادات ، ولا يعتبر الامتناع عن التصويت بمثابة التصويت.⁽⁴⁶⁾

ب- **النصاب القانوني لاتخاذ القرار:** يتكون النصاب القانوني داخل الجمعية العامة كما نص عليه ميثاق المنظمة من نصف عدد الدول الأعضاء في الجمعية العامة ، ويجوز للجمعية العامة أن تتخذ قراراتها إذا كان عدد الدول الممثلة في أية دورة للجمعية العامة يقل عن النصف ولكن بشرط أن يساوي ثلث الدول الأعضاء في الجمعية العامة أو يزيد عليه .مع كل ذلك فإن قرارات الجمعية العامة لا تكون نافذة إلا إذا توفرت عدة شروط تتمثل في الآتي:

- أن يبلغ المكتب الدولي الدول الأعضاء في الجمعية العامة التي لم تكن ممثلة أو حاضرة في أية دورة للجمعية العامة ، بالقرارات التي تم اتخاذها ، وكذلك يدعوها إلى الإدلاء بتصويتها أو امتناعها كتابة خلال مدة ثلاث شهور من تاريخ ذلك الإبلاغ.

- إذا كان عدد الدول التي أدلت بتصويتها أو امتناعها عند انقضاء تلك المدة (ثلاث شهور من تاريخ الإبلاغ) يساوي عدد الدول التي كانت ناقصة كي تكتمل النصاب القانوني في الدورة ذاتها ، تكون تلك القرارات نافذة متى كانت الأغلبية هي (ثلث الدول الأعضاء) المطلوبة ما زالت قائمة في نفس الوقت.

ج- اتخاذ القرارات في الجمعية العامة: يكون بأغلبية ثلثي الأصوات التي اشتركت في الاقتراع مع مراعاة أحكام الفقرتين التاليتين:

- طلب اعتماد الإجراءات الخاصة بتنفيذ الاتفاقيات الدولية المشار إليها في المادة 4 "3" المتطلب لاعتمادها أغلبية ثلاثة أرباع الأصوات التي اشتركت في الاقتراع.

د- يتطلب تعيين المدير العام ، والموافقة على الإجراءات التي يقترحها المدير العام ، بشأن تنفيذ الاتفاقيات الدولية التي تهدف إلى دعم حماية الملكية الفكرية ، كذلك نقل المقر (م 10) وألا يقتصر -توفر الأغلبية المطلوبة في الجمعية العامة (ثلاثي الأصوات) فحسب بل أيضا في جمعية اتحاد باريس وجمعية اتحاد البرن.

(46) المادة 6 ، الفقرة 3 "2" من اتفاقية إنشاء المنظمة.

- تجتمع الجمعية العامة في دورة عادية مرة كل سنتين ، ذلك بدعوة من المدير العام ويجوز للجمعية العامة للوايو أن تجتمع في دروة غير عادية ، ذلك بدعوة من المدير العام سواء بناء على طلب لجنة التنسيق أو على طلب ربع عدد الدول الأعضاء في الجمعية العامة ، وتعد هذه الدورات (الاجتماعات) في مقر المنظمة الكائن بمدينة جنيف بسويسرا⁽⁴⁷⁾ وتشارك الدول الأطراف في هذه الاتفاقية ، والتي ليست أعضاء في أي الاتحادات في اجتماعات الجمعية العامة كمراقبين⁽⁴⁸⁾ و تعتمد الجمعية العامة نظامها الداخلي⁽⁴⁹⁾.

الفرع الثاني: المؤتمر.

حملت المادة السابعة من اتفاقية إنشاء المنظمة في طياتها كل ما يتعلق بهذا الجهاز من بيان كيفية تشكيل المؤتمر وتمثيله وإيضاح الوظائف التي يقوم بها المؤتمر وكيفية التصويت والنظام المتبع فيه وكيفية تنظيم الاجتماعات وغيرها⁽⁵⁰⁾، وهذا ما سنعكف على إيضاحه فيما يلي:-

1- التشكيل: وهو على خلاف الجهاز السابق (الجمعية العامة) إذ يتكون فقط من جميع الدول الأطراف في هذه الاتفاقية (الإنشاء) سواء أكانوا أم لم يكون أعضاء في أي من الاتحادات (البرن - باريس) أما فيما يخص هذه الدول الأعضاء في المؤتمر فإنه يمثل كل دولة عضو مندوب واحد تعينه حكومته ولا يمثل المندوب إلا دولة واحدة فقط ولا يصوت إلا بأسمها⁽⁵¹⁾ ، يمكن أن يعاون المندوب مناوبون ومستشارون وخبراء، و تتحمل نفقات كل وفد الحكومة التي عينته، ولمندوب الدولة العضو في المؤتمر الحق في التصويت لتحديد المبالغ الخاصة بمحصر الدول الأطراف في هذه الاتفاقية والتي ليست أعضاء في اتحاد من الاتحادات⁽⁵²⁾.

(47) المادة 6 ، الفقرة 4 (أ ، ب ، ج) من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(48) المادة 6 ، الفقرة 5 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(49) المادة 6 الفقرة 6 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(50) المادة 7 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(51) المادة 3 / 7 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(52) المادة 3 / 7 "5" من اتفاقية إنشاء المنظمة.

- 2- اختصاصات المؤتمر⁽⁵³⁾: أ- يناقش "المؤتمر" الموضوعات ذات الأهمية والشأن المتعلقة بالملكية الفكرية، في هذا الصدد يمكنه اتخاذ توصيات بصددها، وذلك كله مع مراعاة اختصاص واستقلال اتحادات الملكية الفكرية.
- ب- إقرار ميزانية فترة السنتين الخاصة به.
- ت- يضع برنامج فترة السنتين للمساعدة القانونية الفنية، وذلك في حدود الميزانية الخاصة به، يتضح أن هذا الجهاز "المؤتمر" هو الذي يضطلع بوضع برامج التعاون للدول النامية.
- ث- يختص الجهاز "المؤتمر" بتبني التعديلات على الاتفاقية المنشئة للمنظمة، وذلك وفقاً للبرادة 17 من اتفاقية إنشاء المنظمة.
- ح- وله تحديد الدول والمنظمات التي يمكن الاعتراف لها، أو السماح لها بالحضور كراقبين في اجتماعاته، مثله في ذلك مثل الجمعية العامة للمنظمة.
- ج- أيضاً ومن ضمن اختصاصاته أنه يباشر أية مهام أخرى مناسبة تدخل في نطاق هذه الاتفاقية.

3- اتخاذ القرارات داخل المؤتمر⁽⁵⁴⁾:-

- أ- نظام التصويت: يكون لكل دولة عضو داخل المؤتمر صوت واحد⁽⁵⁵⁾، أنه يأخذ بنظام الصوت الواحد مثله في ذلك مثل الجمعية العامة، ولا يعتبر الامتناع عن التصويت بمثابة التصويت.⁽⁵⁶⁾
- ب- النصاب القانوني لإتخاذ القرار داخل الجهاز: وهو بخلاف الجمعية العامة - فيما يتعلق بالنصاب القانوني- إذ تنص المادة السابعة وبالتحديد الفقرة (3) على أن يكون النصاب للمؤتمر من ثلث عدد الدول الأعضاء، ويجوز للمؤتمر أن يتخذ قراراته بأغلبية ثلثي الأصوات التي اشتركت في الاقتراع (التصويت)، مع الأخذ في

(53) المادة 2 / 7 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(54) المادة 3 / 7 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(55) فنجد كذلك أن المؤتمر في منظمة الأمم المتحدة للأغذية والزراعة (FAO)، له نفس أحكام التصويت (لكل دولة عضو صوت واحد) مثله في ذلك مثل جهاز المؤتمر في منظمة الوايسو، ولكن يختلف عن هذا الجهاز الأخير، بأن جهاز المؤتمر في منظمة الفاو هو السلطة العليا للمنظمة، وفيه تشمل جميع الدول الأعضاء و الدول المنتسبة، ويجمع المؤتمر كل عامين في دورة عادية تعقد في شهر تشرين بمقر المنظمة وتستمر لمدة ثلاثة أسابيع تقريبا، انظر في ذلك / د.محمد عزيز شكري، المرجع السابق، ص 327 - 328.

(56) المادة 3 / 7 "هـ" من اتفاقية إنشاء المنظمة.

الاعتبار ومراعاة أحكام المادة 17 من الاتفاقية (الخاصة بالتعديلات)، والتي تشترط نسب معينة لاتخاذ قرارات التعديلات مغايرة للنسب السابقة.

- اجتماعات المؤتمر:- فإن الميثاق نص " أن يجتمع المؤتمر في دورة عادية بدعوة من المدير العام، وذلك أثناء نفس الفترة ونفس المكان الذي تجتمع فيها الجمعية العامة.⁽⁵⁷⁾ أما اجتماع المؤتمر في دورته غير العادية أو الاستثنائية، تكون بدعوة من المدير العام بناء على طلب أغلبية الدول الأعضاء في المؤتمر، يعتمد المؤتمر نظامه الداخلي في المنظمة الوايو.⁽⁵⁸⁾

الفرع الثالث:- لجنة التنسيق

تضمنت المادة الثامنة من هذه الاتفاقية الجهاز الثالث "لجنة التنسيق" هو الجهاز الاستشاري، بأعتبار أن هذا الجهاز من أحد دعائم المنظمة ومن الأهمية الرئيسية لها، مناه هذه المادة 8 الخاصة بلجنة التنسيق تتضمن بيان كيفية تشكيل هذه اللجنة، تمثيلها واختصاصاتها، وأيضاً كيفية التصويت واتخاذ القرارات بداخله، وكيفية تنظيم الاجتماعات.⁽⁵⁹⁾

1- **التشكيل**⁽⁶⁰⁾:- يتكون هذا الجهاز من الدول الأطراف في الاتفاقية التي تتمتع بعضوية كلاً من اللجنة التنفيذية لإتحاد باريس أو اللجنة التنفيذية لإتحاد البرن أو كليهما.

في حالة ما إذا كان أي من هاتين اللجنتين التنفيذيتين مكونة من أكثر من ربع عدد الدول الأعضاء في الجمعية التي انتخبها، فإن مثل هذه اللجنة التنفيذية تقوم بتحديد الدول التي ستمتع بعضوية لجنة التنسيق من بين أعضائها، بحيث لا يزيد عدد هذه الدول عن الربع المشار إليه أعلاه، على أن يكون من شروط هذه العضوية مقيداً "بأن لن يدخل في حساب الربع المذكور الدولة التي تقع مقر المنظمة في إقليمها".

(57) المادة 4 / 7 "أ، ب" من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(58) المادة 5 / 7 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(59) المادة 8 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(60) المادة 8 / "أ ، ب، ج ، د" من اتفاقية إنشاء المنظمة.

ويمثل حكومة كل دولة عضو في لجنة التنسيق بمندوب واحد، يمكن أن يعاونه مناوون ومستشارون وخبراء، تتحمل عبء نفقات كل وفد الحكومة التي عينته، وبالمقابل لا يمثل المندوب إلا دولة واحدة فقط ولا يصوت إلا بأسمها.⁽⁶¹⁾ حينما تنظر لجنة التنسيق في المسائل (المتصلة مباشرة ببرنامج أو ميزانية المؤتمر وجدول أعماله) أو المقترحات الخاصة بتعديل هذه الاتفاقية والتي من شأنها أن تؤثر على حقوق أو التزامات الدول الأطراف في هذه الاتفاقية غير الأعضاء في أي من الاتحادات، فإن ربع هذه الدول تشارك في اجتماعات لجنة التنسيق ويكون لها نفس حقوق الأعضاء لهذه اللجنة (لجنة التنسيق). ويختب المؤتمر في كل دورة من دوراته العادية الدول التي تدعى للمشاركة في مثل هذه الاجتماعات.

2- الاختصاصات⁽⁶²⁾:-

أ- تقديم المشورة لكلاً من أجمرة الاتحادات الجمعية العامة، المؤتمر والمدير العام، ذلك فيما يخص جميع الشؤون الإدارية والمالية، وكذلك حول أية شؤون أخرى ذات أهمية مشتركة، لاسيما حول ميزانية النفقات المشتركة بين الاتحادات.

ب- إعداده لمشروع جدول أعمال الجمعية العامة.

ت- كذلك أن تقوم اللجنة بإعداد مشروع جدول أعمال المؤتمر، مشروع برنامج الميزانية الخاص به.

ث- اقتراح اسم المرشح لتعيينه الجمعية العامة لمنصب المدير العام، وذلك عندما تكون مدة هذا المنصب قد أوشكت على الانتهاء، أو في حالة خلو وظيفة المدير العام، في حالة إذا لم تعين الجمعية العامة المرشح الذي قدمته لجنة التنسيق تقوم هذه اللجنة باقتراح اسم مرشح آخر، وكذا نفس الإجراءات حتى تعين الجمعية العامة المرشح الأخير الذي ترشحه لجنة التنسيق، لها الحق في تكليف مديراً عاماً مؤقتاً للمدة التي تسبق تولي المدير العام الجديد لمنصبه - أي الفترة التي يكون منصب المدير العام شاغراً - علماً بأنه يكون المنصب شاغراً بين دورتين للجمعية العامة.

(61) المادة 8 / 5 "ج" من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(62) المادة 8 / 3 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

ح- يحق للجنة التنسيق أن تبشر أية مهام أخرى، تعرض عليها في نطاق هذه الاتفاقية.

3- اتخاذ القرارات داخل لجنة التنسيق⁽⁶³⁾:-

أ- نظام التصويت: يكون لكل دولة عضو في اللجنة صوت واحد، سواء أكانت عضوا في إحدى اللجنتين التنفيذيتين، كما أشرنا إليها في (التشكيل) أو في كليهما، لا يعتبر الامتناع عن التصويت بمثابة التصويت.⁽⁶⁴⁾

ب- النصاب القانوني لاتخاذ القرار داخل اللجنة: يعتبر النصاب القانوني لهذا الجهاز شبيه بالنصاب القانوني للجمعية العامة للوايو، كما تضمنته المادة الخامسة الفقرة "ب" على أن يكون النصاب القانوني من نصف عدد أعضاء لجنة التنسيق.

وتتخذ هذه اللجنة قراراتها، ويعبر عن آرائها بالأغلبية البسيطة للأصوات التي اشتركت في الاقتراع، ولأي عضو في لجنة التنسيق حتى في حالة الحصول على أغلبية بسيطة الحق في أن يطلب بعد التصويت مباشرة أن تكون هذه الأصوات - الحاصلة على الأغلبية البسيطة - أن تكون موضوعاً لإحتساب اقتراع جديد خاص وذلك يتم بالطريقة التالية:-

- تعد قائمتان منفصلتان تحتوي إحداها على أسماء الدول الأعضاء في اللجنة التنفيذية لإتحاد باريس، والقائمة الثانية تحتوي على أسماء الدول الأعضاء في اللجنة التنفيذية لإتحاد البرن.

- يدرج تصويت كل دولة مقابل اسمها في كل قائمة تظهر فيها، فإذا أوضح هذا الاحتساب الجديد الخاص أنه لم يتم الحصول على أغلبية بسيطة في كل من هاتين القائمتين فلا يعتبر أن الاقتراع قد حاز القبول.⁽⁶⁵⁾

- اجتماعات اللجنة: تجتمع اللجنة مرة كل سنة في دورة عادية، وذلك بمقتضى دعوة من المدير العام، وهذا الاجتماع يكون عادة في مقر المنظمة، وتجتمع اللجنة في دورة غير عادية (استثنائية)، بدعوة من المدير العام، ومبادرة أو بناء على طلب من رئيس اللجنة أو بناء على طلب من ربع أعضائها.⁽⁶⁶⁾

(63) المادة 8 / 5 "أ" من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(64) المادة 8 / 6 "أ" من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(65) المادة 8 / 6 "ب" من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(66) المادة 8 / 4 "أ، ب" من اتفاقية إنشاء المنظمة.

- أما فيما يتعلق بحضور الدول الأعضاء في المنظمة وليسوا أعضاء في اللجنة أجاز الميثاق لهم حضور والتمثيل في هذه الاجتماعات بصفة مراقبين، ويكون لهذا العضو المشترك بصفة مراقب الاشتراك في المناقشات ولكن دون أن يكون لهم الحق في التصويت.⁽⁶⁷⁾

وأخيراً تضع هذه اللجنة نظامها الداخلي، لكي تنظم به سير العمل داخل الجهاز، ذلك باعتبار أن هذا الجهاز استشاري في المسائل ذات المصلحة العامة، باعتبار أيضاً أنه جهاز تنفيذي لكلا من الجمعية العامة في المؤتمر.

الفرع الرابع:- المكتب الدولي

المكتب الدولي⁽⁶⁸⁾، سكرتارية المنظمة (الأمانة العامة): وهو الجهاز الإداري المعاون للمدير العام، ويرأسه⁽⁶⁹⁾ المدير العام ويعاونه نائبا عام أو أكثر، ويتم تعيين المدير العام لمدة محددة لا تقل عن 6 سنوات، ويجوز تحديد هذه المدة (التعيين) لمدة محددة، وتتولى الجمعية العامة تحديد مدة التعيين الأول والتعيينات اللاحقة المحتملة وكذلك كافة شروط التعيين الأخرى.⁽⁷⁰⁾

1- اختصاصات المدير العام⁽⁷¹⁾: أن المدير العام هو الرئيس التنفيذي للمنظمة والذي يرأس الجهاز الإداري وأيضاً الممثل للمنظمة ومن ذلك فإنه مكلف بعدة اختصاصات لحكم منصبه الإداري وهي:-

أ- يقدم المدير العام تقارير للجمعية العامة، ويعمل وفقاً لتوجيهاته فيما يتعلق بالمسائل الداخلية والخارجية للمنظمة.

(67) المادة 8 / 7 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(68) المادة 9 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(69) ومن أبرز المدراء المعاونين الذين تم اختيارهم لتولي هذا المنصب هو: السيد فرانسيس غري الذي عين خلفاً للدكتور كامل إدريس، تم تعيين السيد فرانسيس غري مديراً عام للمنظمة (الوايو)، وأميناً عاماً للاتحاد الدولي لحماية الأصناف النباتية الجديدة (الأويوف) في الأول من أكتوبر 2008، وكان فرانسيس غري بدأ مساره المهني في الوايو سنة 1985، في مكتب التعاون الإنمائي والعلاقات الخارجية لآسيا والمحيط الهادي، وكان له دوراً هاماً في إنشاء مركز التحكم والوساطة التابع للوايو سنة 1994، وقبل الانضمام للوايو كان السيد فرانسيس غري يزاوّل بحمة المحاماة في أستراليا، ودرس الحقوق في جامعة ملبورن بأستراليا وهو يحمل شهادات حقوق من جامعة ملبورن ودكتوراه من جامعة كيردج بالملكة المتحدة، وألف عدة منشورات ومقالات حول قضايا الملكية الفكرية في المجالات الدولية، أنظر الموقع الرسمي للوايو <http://www.wipo.int/about-wipo/ar/dgo/dg-gurry-profile.html>.

(70) المادة 9 / (1، 2، 3). من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(71) المادة 9 / (4، 5، 6، 7) من اتفاقية إنشاء المنظمة.

ب- يعد المدير العام مشروعات البرامج والميزانيات ، وكذلك تقارير النشاطات الدورية ويبلغها إلى حكومات الدول المعنية وإلى الأجهزة المختصة في الاتحادات والمنظمة.

ج- يشترك المدير العام ، وأي عضو يكلفه من موظفي المكتب الدولي (الأمانة العامة) في كافة اجتماعات الجمعية العامة والمؤتمر ولجنة التنسيق وأية لجنة أخرى أو جماعة عمل ، بشرط أن يكون هذا الاشتراك من دون أن يكون لهم حق التصويت ، ويكون للمدير العام أو أي عضو يكلفه من موظفي المكتب الدولي ، سكرتيراً لهذه الأجهزة بحكم منصبه.

د- يختص المدير العام بتعيين الموظفين⁽⁷²⁾ ، لتسيير العمل الفعال للمكتب الدولي ، ويعين كذلك نوابه ، وذلك بعد موافقة لجنة التنسيق ، وتحدد شروط التوظيف⁽⁷³⁾ ، في لائحة الموظفين التي تقرها لجنة التنسيق وذلك بناء على اقتراح المدير العام.

2- المسؤولية:-تكون مسؤوليات المدير العام ومسؤوليات موظفي المكتب الدولي (الأمانة العامة) من حيث طبيعتها مسؤوليات دولية بحتة ، ويترب على ذلك انه لا يجوز للمدير العام ولا لموظفي الأمانة أن يسعوا أو أن يقبلوا في معرض قيامهم بواجباتهم تعليمات من أي حكومة أو جهة أخرى خارج المنظمة ، وعليهم أن يمتنعوا عن أي عمل قد ينعكس بصورة سلبية على مركزهم كموظفين دوليين ، وعلى أعضاء المنظمة واجب أن يحترموا الطابع الدولي لمسؤوليات المدير العام وموظفي الأمانة وألا يحاولوا التأثير عليهم في أداء واجباتهم.⁽⁷⁴⁾ ، ومن الجدير بالذكر أن جميع هذه الأحكام تعد تطبيقاً للقواعد العامة التي استقر عليها قانون المنظمات الدولية.

(72) يبلغ عدد موظفي الوايو 823 موظفاً من 85 بلداً ، يعتبر هذا الرقم صغير جداً مقارنة بعدد موظفي الأمانة العامة للأمم المتحدة والتي بلغ عددهم حوالي 40000 موظفاً تقرير الأمين العام أنظر في ذلك (<http://ar.wikipedia.org/wiki/>).

(73) يجري عموماً توظيف المرشحين إلى مناصب العمل على عدة مستويات في إطار الفئات المهنية والخاصة برتبة (D,P) بالإعلان عن المناصب الشاغرة على موقع المنظمة الإلكتروني وفي نشرة لجنة الخدمة المدنية الدولية ودوريات الوايو وعن طريق الإدارات المختصة في الدول الأعضاء في المنظمة ، تشترط معظم تلك المناصب أن يكون الموظفون وقد حازوا على تعليم جامعي شرعي واكتسبوا خبرة تقنية ملموسة في مجال الملكية الفكرية ، أنظر ذلك في الموقع الرسمي للمنظمة (www.wipo.int/hr/ar/).

(74) المادة 9/ 8 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

3- المزايا⁽⁷⁵⁾: وفي مقابل تلك المسؤوليات حرص ميثاق المنظمة النص على الامتيازات والحصانات اللازمة للموظفين في المنظمة ، حتى يتسنى لهم القيام بوظائفهم في حرية تامة واستقلال ، ولهذا الغرض تمنح كل دولة عضو لموظفي المنظمة الامتيازات والحصانات التي تكفل استقلالية ممارستهم لوظائفهم المتصلة بالمنظمة، وتكون هذه الامتيازات والحصانات مثل الامتيازات والحصانات المنصوص عليها في اتفاقية امتيازات وحصانات الوكالات المتخصصة التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 21 نوفمبر 1947. بالإضافة إلى ذلك فإن موظفي المكتب الدولي⁽⁷⁶⁾ يتمتعون بجميع الحقوق الوظيفية من رواتب وأجازات وغيرها من الحقوق التي يحددها النظام القانوني للوظيفة الإدارية داخل المنظمة.

(75) المادة 12 / 3 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(76) يعتبر الموظفون في المنظمة من ذوي الخبرات المختلفة في مجالات قانون الملكية الفكرية وممارستها ، ومختصون في ميادين السياسة العامة والاقتصاد والإدارة وتكنولوجيا المعلومات.

المطلب الرابع

ميزانية المنظمة العالمية للملكية الفكرية

لا يمكن لأي منظمة دولية تحقيق أهدافها أو الهدف المنشود من إنشائها بفاعلية إلا إذا كانت لها ميزانية كافية ومستقلة عن إرادة الأعضاء فيها، وهذا ما أخذت به منظمة الوايو. وذلك كله تطبيقاً لأحكام النظرية العامة للمنظمات الدولية المتعلقة بشأن الميزانية أو الوضع القانوني المالي للمنظمة.⁽⁷⁷⁾

وتتكون ميزانية المنظمة الدولية بصفة أساسية من مساهمات واشتراكات الأعضاء، والوايو تتمتع بوجود ميزانيتين منفصلتان هما: ميزانية النفقات المشتركة بين الاتحادات والأخرى ميزانية المؤتمر⁽⁷⁸⁾، وهو ما يسمى بنظام تعدد الميزانيات وهو نظام خاص بالوكالات المتخصصة. و باعتبار أن منظمة الوايو هي من إحدى الوكالات الدولية المتخصصة، تأخذ بهذا النظام (تعدد الميزانيات) وهما ميزانية (النفقات المشتركة بين الاتحادات / ميزانية المؤتمر).

وتشمل كلاً من الميزانيتين بنود للنفقات إلى جانب مصادر التمويل وهي:

أولاً- ميزانية النفقات المشتركة بين الاتحادات: هذه الميزانية تشمل على بنود للنفقات التي تهم عدة اتحادات والاتحادات كما سبق ذكرها في م 7/2، وتقول هذه الميزانية من المصادر التالية:

1- مساهمات الاتحادات، وتحدد مساهمة كل اتحاد بواسطة جمعية هذا الاتحاد ومع مراعاة المصلحة لهذا الاتحاد في النفقات المشتركة.

2- الرسوم والمبالغ المستحقة عن الخدمات التي يؤديها المكتب الدولي⁽⁷⁹⁾، بشرط ألا تكون هذه الرسوم والمبالغ ذات علاقة مباشرة بأي من الاتحادات أو لا تكون قد حصلت في مقابل خدمات أداها المكتب الدولي في مجال المساعدة القانونية والفنية.

(77) أنظر: أ.د. محمد السعيد الدقاق التنظيم الدولي مؤلف مشترك مع أ.د. إبراهيم أحمد خليفة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2010، ص 249 وما بعدها.

(78) نص المادة 11 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(79) المكتب الدولي (السكرتارية) أي الأمانة العامة للمنظمة.

3- وتمول هذه الميزانية ، أيضاً من حصيلة بيع مطبوعات المكتب الدولي التي لا تخص أي من الاتحادات مباشرة والحقوق المتصلة بهذه المطبوعات.

د- الهبات والوصايا والإعانات المقدمة للمنظمة فيما عدا تلك المشار إليها في الفقرة السابقة.

هـ- الإيرادات والبراعات المتنوعة الأخرى الخاصة بالمنظمة.⁽⁸⁰⁾

ثانياً- ميزانية المؤتمر: وتشمل هذه الميزانية أيضاً بنود للنفقات الخاصة بعقد دورات المؤتمر وبرنامج المساعدة القانونية الفنية، وتمول هذه الميزانية من المصادر التالية:

1- حصص الدول الأطراف في هذه الاتفاقية والتي ليست أعضاء في أي من الاتحادات.

2- أية مبالغ قد تضعها الاتحادات تحت تصرف هذه الميزانية (ميزانية المؤتمر)، على أن تحدد جمعية كل اتحاد مقدار المبلغ الذي يخصه هذا الاتحاد، ويكون لكل اتحاد الحرية في عدم المساهمة في الميزانية المذكورة "المؤتمر".

3- المبالغ المتحصلة عن الخدمات التي يؤديها المكتب الدولي في مجال المساعدة القانونية والفنية.

4- الهبات والوصايا والإعانات المقدمة للمنظمة للأغراض المشار إليها في الفقرة السابقة.⁽⁸¹⁾

وبالنسبة لتحديد حصة كل دولة طرف في هذه الاتفاقية، وليست عضواً في أي من الاتحادات -

في ميزانية المؤتمر، فإن المعيار الذي تطبقه منظمة الوايو بالنسبة لتحديد حصة كل دولة في ميزانية المؤتمر

يقضي - بتقسيم الاشتراكات المالية⁽⁸²⁾ إلى شرائح أو فئات تاركاً لكل دولة الحرية الكاملة في اختيار الشريحة

(80) نص المادة 2/11 "أ ، ب" من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(81) نص المادة 3 /11 "أ،ب" من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(82) تميز الوايو عن أخوانها من المنظمات في أسرة الأمم المتحدة في أنها تتكفل على نفسها إلى حد بعيد من ناحية التمويل بحوالي 90% من النفقات المدرجة في ميزانية المنظمة التي تبلغ 618.8 مليون فرنك سويسري للفترة 2010 - 2011 سوف ترد من ريع الخدمات التي تقدمها الوايو للمنتفعين بأنظمة التسجيل الدولي (مثل معاهدة التعاون بشأن البراءات ونظام مدريد ونظام لاهاي وسائر الأنظمة)، أما بالنسبة إلى 10% الباقية فسوف تتأتى في معظمها من ريع خدمات الوايو للتحكيم والوساطة ومن بيع المنشورات، فضلاً عن مساهمات الدول الأعضاء، وهذه المساهمات ضئيلة نسبياً، فأكبر خمسة بلدان مساهمة يشارك كل منها بحوالي نصف الواحد بالمئة من الميزانية للمنظمة، راجع الموقع الرسمي للمنظمة:-

(www.wipo.int/about-wipo/ar/how-wipo-works.html)

التي تناسبها مع مقدرتها الاقتصادية وعلى أساس عدد من الوحدات مثلاً:الفترة أ نسبة 10،الفترة ب نسبة 3،الفترة ج نسبة 1

تبين كل دولة من تلك الدول الفترة التي ترغب في الإنشاء إليها، وذلك حين اتخاذها أحد الإجراءات في المادة 14 الفقرة (1) الخاصة بالإضمام، ويجوز لتلك الدولة أن تغير الفترة التي تنتمي إليها، فإذا ما اختارت فترة أدنى فعلياً أن تعلن ذلك للمؤتمر في إحدى دوراته العادية.

ويصبح أي تغيير من هذا القبيل ساري المفعول من بداية السنة التالية للدورة المذكورة، وتكون الحصة السنوية لكل دولة من تلك الدول مبلغاً نسبته إلى المبلغ الإجمالي الذي تشترك به كل تلك الدول في ميزانية المؤتمر، أي تعادل نسبة عدد وحدات تلك الدولة إلى إجمالي الوحدات الخاصة بجميع الدول المذكورة.

وتستحق الحصص في أول يناير من كل سنة، وفي حالة إذا لم يتم إقرار الميزانية قبل بداية سنة مالية جديدة تكون الميزانية بنفس مستوى السنة السابقة وذلك تطبيقاً للائحة المالية⁽⁸³⁾ ونظراً لأهمية الاشتراكات المالية للمنظمة فإن ميثاق إنشاء الوايو نص على جزاء يوقع على الدولة التي تتخلف عن أداء حصتها المالية⁽⁸⁴⁾، ذلك بنصه "على أن أية دولة طرف في هذه الاتفاقية، وليست عضواً في أي من الاتحادات، حالة إذا تأخرت عن دفع حصصها المالية، بمقتضى- هذه المادة (11) وأية دولة طرف في هذه الاتفاقية وعضو في أي من الاتحادات تتأخر في دفع حصصها لأي من الاتحادات لا يكون لها حق التصويت في أي من أجهزة المنظمة التي تتمتع بعضويتها إذا كان مقدار ديونها المتأخرة يعادل مبلغ الحصص المستحقة عليها عن السنتين السابقتين بالكامل أو يزيد عليه، ومع ذلك يجوز لأي من هذه الأجهزة أن يسمح لتلك الدولة

(83)المادة 11 / 4 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(84) كذلك تنص المادة 19 من ميثاق الأمم المتحدة على أنه "لا يكون لعضو الأمم المتحدة الذي يتأخر عن تسديد اشتراكاته المالية في الهيئة حق التصويت في الجمعية العامة إذا كان المتأخر عليه مساوياً لقيمة الاشتراكات المستحقة عليه عن السنتين الكاملتين السابقتين أو زائداً عنها، وللجمعية العامة مع ذلك أن تسمح لهذا العضو بالتصويت إذا اقتضت بأن عدم الدفع الناشئ عن أسباب لا قبل للعضو بها".

باستمرار في مباشرة حقها في التصويت فيه ما دام مقتنعاً بأن التأخير في الدفع ناتج عن ظروف استثنائية لا يمكن تجنبها.⁽⁸⁵⁾

أن الشخص المحول في المنظمة بتحديد مقدار الرسوم والمبالغ المستحقة عن الخدمات التي يؤديها المكتب الدولي في مجال المساعدة القانونية الفنية (المدير العام)، هذا كما نص عليه ميثاق المنظمة بالإضافة ذلك يقدم تقارير عنها إلى لجنة التنسيق.⁽⁸⁶⁾

- أما فيما يخص الهبات والوصايا والإعانات، فلقد نص الميثاق على "أن للمنظمة أن تتلقى هذه الهبات والوصايا والإعانات مباشرة من الحكومات أو المؤسسات العامة أو الخاصة أو الجمعيات أو الأفراد".⁽⁸⁷⁾

- **رأس المال للمنظمة:** يكون للمنظمة رأس مال عامل، ويتكون هذا الرأس مال من مبلغ يدفع مرة واحدة من قبل الإتحادات، وأيضاً من كل دولة طرف في هذه الاتفاقية وليست عضواً في أي اتحاد، أما في حالة أن رأس المال غير كاف فإنه يتقرر زيادته وتكون هذه الزيادة كما يلي:

أ- تقرر جمعية كل اتحاد مقدار الدفعة الوحيدة الخاصة به واشتراكه المتمثل في أية زيادة.

ب- يكون مقدار الدفعة الوحيدة الخاصة بكل دولة طرف في هذه الاتفاقية وليست عضواً في أي اتحاد، ونصيبها في أية زيادة عبارة عن نسبة حصة تلك الدولة عن السنة التي تحدد فيها رأس المال أو تقرررت فيها زيادته، وكل ذلك مشروط بأن يحدد المؤتمر النسبة وشروط الدفع بناء على اقتراح المدير العام للمنظمة وذلك بعد الاستماع لمشورة لجنة التنسيق.⁽⁸⁸⁾

ج- تقرر الزيادة في حالة ما إذا كان الرأس المال العامل للمنظمة غير كاف، تُمنح المنظمة (الوايو) القروض من دولة المقر، كما جاء النص في اتفاق المقر المعقود بين المنظمة ودولة المقر على إقليمها حتى ولو لم تكن من ضمن الدول الأعضاء في المنظمة.

(85) نص المادة 5/11 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(86) المادة 6/11 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(87) المادة 7/11 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(88) المادة 8/11 من اتفاقية إنشاء المنظمة.



ويجق لكل من دولة (المقر) والمنظمة حق إنهاء الالتزام بمنح القروض بموجب إخطار كتابي، ويسري مفعول هذا الإعفاء بعد ثلاث سنوات من نهاية السنة التي تم فيها الإخطار عنه⁽⁸⁹⁾.

وأخيراً تتم مراجعة الحسابات وفقاً لما نصت عليه اللائحة المالية من قبل (دولة عضو أو أكثر من قبل مراقبي حسابات من الخارج تعينهم الجمعية العامة، وذلك بعد أخذ موافقتهم على انتداب هؤلاء المراقبين⁽⁹⁰⁾.

(89) المادة 9/11 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(90) المادة 10 / 11 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

الخاتمة

تمن خلال استعراضنا للنظام القانوني للمنظمة العالمية للملكية الفكرية كأهداف ومبادئ وأختصاصات التي قامت من أجل تحقيقها، وشروط وأحكام العضوية فيها وأنتهاؤها، والأجهزة الرئيسية لها وتشكيل كل أختصاص لكل جهاز فيها... تبين لنا أن المنظمة العالمية للملكية الفكرية "الوايو" وهي الخلف القانوني لاتفاقيتي (باريس-البرن) لحماية الملكية الفكرية، تمثل خطوة هامة وأساسية في اتجاه توفير وضمان حماية حقوق المبدعين وأصحاب الملكية الفكرية في جميع أنحاء العالم. وتشكل إطار تستطيع الدول أن تضع في داخله قواعد سلوك مشترك أو تعقد فيما بينها اتفاقات للتعاون الدولي وترسيخ الأطر والقواعد الدولية في مجال حماية الملكية الفكرية.

و من ذلك نعرض ملخصاً لأهم ما أسفرت دراسة جوانب هذا الموضوع عن التوصل الي مجموعة من النتائج والتوصيات والتي نجلها في الآتي:

أولاً:- النتائج.

- إن اتفاقية إنشاء المنظمة باعتبارها المصدر الأساسي لقانونها تسمو على جميع التعهدات والاتفاقيات المعنية بالملكية الفكرية.

- إن طريقة التصويت في اتخاذ القرارات داخل المنظمة " يعتمد على أغلبية الثلثي " هو نموذج للتصويت التقليدي لدى المنظمات الدولية ، حيث تسمح للدول النامية من تفعيل مشاركتها في عملية صنع القرار في المنظمة.

-التنوع الملحوظ في سلطات المنظمة التي أقرتها لها اتفاقية انشاءها من سلطات تنظيمية كالتنسيق وجمع المعلومات وإداعتها ، وفتح المجال للدراسات والمشروعات ، وكذا المساعدة التقنية وتكوين الكفاءات ، ونقل التكنولوجيا المعلومات والاتصالات والحصول على المعرفة...

ثانياً: التوصيات.

- نوصي بتعديل الاتفاقية المنشئة للمنظمة ، ويكون التعديل بأن يعطى جهاز المنظمة "لجنة التنسيق" بأعباءه جهاز رئيسي- في المنظمة ، أن تكون له صلاحية تفسير الاتفاق المنشئ للمنظمة وتفسير أي نص من نصوص الميثاق ، ويكون ذلك بناء على توصية تصدر من الجمعية العامة للوايو ، وذلك بإعتماد أغلبية معينة تحددها الجمعية العامة .
- إدراج اللغة العربية كلغة رسمية الى جانب الانجليزية والفرنسية والروسية والاسبانية ، لان جميع الدول العربية أعضاء في المنظمة ،وتعد الدول العربية من ضمن الدول المساهمة في فعاليات المنظمة ، مما يؤدي بدوره الى زيادة الوعي بالملكية الفكرية على وجه دولي .
- تعديل نصوص الاتفاق إضافة نص صريح على عقوبة الطرد من العضوية في ميثاق المنظمة كجزاء لمخالفة العضو لميثاق المنظمة أو دستورها ، ذلك لعدم النص الاتفاقية صراحة لهذه المسألة .

والله ولي التوفيق

قائمة المراجع

أولاً: الكتب.

- 1- جعفر عبد السلام، المنظمات الدولية، دار النهضة العربية القاهرة، بدون سنة نشر.
- 2- صلاح الدين عامر، قانون التنظيم الدولي "النظرية العامة"، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
- 3- عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، قانون المنظمات الدولية، الجزء الأول، النظرية العامة، دار النهضة العربية القاهرة، 1985.
- 4- محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، الجزء الأول الجماعة الدولية، الطبعة السابعة، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية 2005.
- 5- محمد السعيد الدقاق، التنظيم الدولي، مؤلف مشترك مع / د إبراهيم أحمد خليفة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010.
- 6- محمد طلعت الغنيمي، الوجيز في التنظيم الدولي، النظرية العامة، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1977.
- الأحكام العامة في قانون الأمم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971.
- 7- محمد عزيز شكري، التنظيم الدولي العالمي بين النظرية والواقع، طبعة الأولى، دار الفكر، 1973.
- 8- وائل محمد علام، المركز الدولي للمنظمات غير الحكومية في الأمم المتحدة، بدون دار نشر ولا سنة نشر.

ثانيا: السوريات:

- 1- سلجان صالح الغويل، حرية الفكر والتعبير بين الهوية والملكية الفكرية، مجلة الثقافة العربية، العدد 261، سنة 2005.
- 2- المنظمة العالمية للملكية الفكرية، منشورات الويبو رقم (A) 400، جنيف 2004.
- 3- محضر الجمعية العامة للوايو، حماية هيئات الإذاعة، الدورة 32، أكتوبر 2005.
- 4- الموقع الرسمي للمنظمة العالمية للملكية الفكرية. <http://www.wipo.int>
- 5- الموقع الرسمي للأمم المتحدة. www.un.org

ثالثاً: المراجع الأجنبية:-

- 1- Mohamed Salem Abou Elfarag Balat, "intellectual property, Basic concepts", Dar Alnahda Alrabia, Cairo, 2007.
- 2-CF. AMER ASINGHE, " principles of the institutional law of international organization", Cambridge university press, 2005, second edition.

رابعاً: الوثائق الدولية:-

- 1- اتفاقية انشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية 1967.
- 2- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969.
- 3- القانون الاساسي لصندوق النقد الدولي 1944
- 4- ميثاق انشاء منظمة التجارة العالمية 1995

قيود التطبيق السلم للقانون في إطار طرق الطعن "دراسة تحليلية في أحكام قانون الإجراءات الجنائية الليبي"

أ. عبد الرحمن عبد القادر عبد النبي

مقدمة

الطعن في الحكم هي رخصة مقررة لأطراف الدعوى لاستظهار عيوب الحكم الصادر فيها والمطالبة لدى القضاء بإلغائه أو تعديله على الوجه الذي يزيل عنه عيوبه وتستعمل هذه الرخصة في صورة طرق معينة حددها القانون ووضع لكل منها شروطها وبين إجراءاتها ويعبر عنها بطرق الطعن في الأحكام .

وحيث أن المشرع بتبنيه لطرق الطعن قد وقف على علة أن تنقضي- الدعوى بحكم أدعى ما يكون إلى الحقيقة الواقعية والقانونية فاحتمال الخطأ يرد على العمل القضائي بصفة عامة وعلى الحكم خاصة ويصدر هذا الاحتمال عند قصور إمكانيات القاضي عند الإحاطة الشاملة بجميع عناصر الدعوى ويظهر هذا الاحتمال عن تظليل بعض الأدلة له ، بمجرد وجود هذا الاحتمال لدى أحد أطراف الدعوى يفتح له المجال لعرض الأمر على قضاء أعلى درجة عبر الإجراءات التي حددها القانون ، فإذا ثبت الخطأ أصلح تفادياً لضرر اجتماعي يتمثل في الاعتراف بالقوة لحكم معيب .

وأهمية هذا البحث تبدو في أن مهمة الشارع في تقرير طرق الطعن في الأحكام وتنظيمها مهمة دقيقة فالنضيق في نطاق الطعن اتجاه استبدادي ينطوي على التضحية باعتبارات الصحة والعدالة في الأحكام والتوسع في نطاق الطعن ينطوي على التضحية باعتبارات الاستقرار القانوني وإرجاء الأجل الذي تنقضي- فيه الدعوى بحكم لا يقبل طعناً ما ، ومن ثم ينبغي أن تكون السياسة التشريعية وسطاً بين هذين الاتجاهين ويحقق الشارع ذلك بتقريره مبدأ الطعن في جميع الأحكام ثم حصر- طرق الطعن بحيث لا يجوز الطعن في

¹ عضو هيئة تدريس بكلية القانون ترهونة- جامعة الزنتونة

الحكمة بغير هذه الطرق ثم إخضاعه كل طريقة لتنظيم محكم تتمثل أهم معالمه في اشتراط استعماله في ميعاد محدد وعن طريق إجراءات مقررة ، وإذا كان طريق الطعن غير عادي ازداد أحكام التنظيم التشريعي ودقته ، وذلك لأن الشارع لا يعترف بهذا الطريق إلا لمواجهة عيوب معينة تشوب الحكم .

فطرق الطعن تؤدي دوراً هاماً وهو إصلاح مضمون الحكم الجنائي سواء عن طريق التصحيح أو التعديل ويقصد بالإصلاح هنا الحصول على حكم أفضل مما ورد في مضمون الحكم المطعون فيه . وبهذا الدور الذي تؤديه طرق الطعن ، يمكن الاطمئنان إلى الحكم الذي سيفقد هذه الطرق فيحوز بذلك قوة الأمر المقضي هذه القوة تجعله عنوان حقيقة لا تقبل المناقشة وعنوان صحة لا تقبل المجادلة .

إلا أن هذه الطرق وإن كانت النظرة الأولى تفيد بحرص المشرع على تطبيق النص القانوني الذي يحكم الواقعة مما يجعل الأصل هو الحرص على التطبيق السليم للقانون إلا أن هذا الأصل يثير العديد من الإشكاليات الأمر الذي يقود إلى فرد أو طرح بعض القيود التي تعد استثناء من الأصل العام وهو قبول المشرع بعدم التطبيق السليم للقانون تحقيقاً لمصالح أولى بالرعاية ، وبالرغم من أن هذه القيود كثيرة إلا أن دراستنا ستنصب على أهم هذه القيود وهي مواعيد الطعن في الأحكام الجنائية وقاعدة لا يضر الطاعن بطعنه كون أن الأخذ بهما تضييقاً لنص وتقييداً لنص آخر .

وبهذا سيتم إتباع خطة بحث تعتمد على التقسيم الشائي تتكون من مطلبين تتناول في الأول صور قيود التطبيق السليم للقانون ، لتتناول آثار قيود التطبيق السليم للقانون في المطلب الثاني وينتهي بخاتمة تتضمن أهم النتائج التي يتم التوصل إليها .

المطلب الأول

صور قيود التطبيق السليم للقانون

قد يصعب الوصول إلى الحقيقة أو ضمان التطبيق السليم للقانون وتحقيق أهدافه بناء على حكم محكمة الدرجة الأولى ، فقد تشوب الحكم بعض الأخطاء الإجرائية أو الموضوعية ، أو يتبين بعد صدوره ما يجعله مجافياً للواقع أو القانون الأمر الذي يتعين معه فتح باب الطعن في هذا الحكم إذ أن طرق الطعن تؤدي دوراً إصلاحياً للحكم الجنائي بقصد ضمان الوصول إلى الحقيقة وحسن تطبيق القانون وتحقيق أهدافه⁽¹⁾ .

خاصةً إذا ما أخذنا في عين الاعتبار أن الطعن في الأحكام لا تعد مجرد وسائل إجرائية ينشئها المشرع ليوفر من خلالها سبل تقويم اعوجاجها بل هي في واقعها أوثق اتصالاً بالحقوق التي تناولها ، سواء في مجال إثباتها أو نفيها أو توصيفها .

ولا يجوز للقضاء المختص بالطعن أن ينظر فيه من تلقاء نفسه وإنما يتعين أن يتخذ الخصم صاحب الصفة والمصلحة الإجراء الذي يطعن به في الحكم إذ أن هذا الإجراء هو الوسيلة القانونية لإدخال الدعوى في حوزة محكمة الطعن⁽²⁾ . إلا أن المشرع أورد صور قيد فيها الطعن في الأحكام تارة وفي تقييد سلطة المحكمة في الفصل في الدعوى محل الطعن المنظور أمامها وهو ما سنتناوله تباعاً فنبين أولاً مواعيد الطعن في الأحكام الجنائية لنعرج ثانياً بقاعدة لا يضر الطاعن بطعنه ، وذلك على النحو الآتي :

أولاً : مواعيد الطعن في الأحكام الجنائية

حدد المشرع ميعاداً معيناً لاستعمال الطعن خلاله ضماناً للاستقرار القانوني ، ويختلف هذه الميعاد باختلاف طرق الطعن فهو ليس ميعاداً واحداً بالنسبة إلى جميع طرق الطعن ، حيث راعى المشرع عند تحديده لهذه المواعيد التوفيق بين عاملين يمثل الأول الرغبة في تحقيق الاستقرار القانوني عن طريق وضع حد للنزاع وسرعة الإجراءات الجنائية ، وصولاً إلى إتاحة الفرصة للمحكوم عليه في دراسة الحكم وأعداد اعتراضه

1- د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2015 ، ص 5 .

2- د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2011 ، ص 1185 وما بعدها

عليه ، بحيث نجد أن القانون إذا كان لا يقيد الطعن بأسباب معينة قلل من ميعاد الطعن ، وتطبيق ذلك في المعارضة والاستئناف ، أما إذا كان الطعن مقيداً بأسباب معينة أفسح من ميعاد الطعن لكي يوفر الفرصة للطاعن لدراسة الحكم كما هو الحال في الطعن بالنقض فعندما يقع الخطأ في عملية إسقاط القاعدة القانونية على الواقعة فيما يسمى بالتكييف المتمثل في اختيار القالب الإجرامي الذي يتطابق مفهومه المجرد مع الخصائص القانونية المنبعثة عن الواقعة كما استخلصها القضاء حيث أن الخطأ يحدث في الاختيار نتيجة الإمساك الخاطيء للعلاقة بين الواقعة والقانون وفي الأفراد أو الإنكار الخاطيء للعلاقة بين الواقعة والقانون لذلك أجاز المشرع لكل ذي صفة ومصلحة أن يطعن في الحكم الجنائي⁽³⁾ .

فإذا كان الطعن الجنائي هو الامتداد الضروري واللازم لحق المجتمع في التطبيق السليم للقانون الجنائي ، واستخدامه واجب كلما توافرت دواعيه فالمتجمع الحريص على أداء واجباته لا ينبغي أن يوقف هذا الامتداد فهو وسيلته لضمان سلامة الحكم وعلى هذا الأساس يمكن القول أن حالات منع الطعن تقف تعبيراً عن إهمال المجتمع في أداء واجباته في موضوع جسيم نسلم باحتمال الخطأ فيه فالخطأ فيه يقع مباشرة على حرية أو حياة أحد أفراد المجتمع⁽⁴⁾ .

خاصة إذا أخذنا في الاعتبار أن العقوبة في ذاتها لا تحقق نفعاً للمجتمع أو لمن توقع عليه من الأفراد ولكنها في جميع الحالات يجب أن توقع كلما ارتكب شخص عملاً مخالفاً للقانون . فالمرجع في تحديد خلو الحكم من الخطأ المحتمل أو احتمال تعلق هذا الخطأ هو إرادة الخصوم ، المحكوم عليه أو النيابة العامة ، فتقديم الطعن من جانب أي منها يكفي كفرينة ودون الاستمسك بخطأ محدد وقع بالفعل في الحكم ، لاحتمال الخطأ يعاد نظر الدعوى من جديد لكنه إذا فوت الخصوم ميعاد الطعن دون حصوله ، عد ذلك قرينة على سلامة الحكم وخلوه من الأخطاء وبهذا ينفصل الجانب الواقعي في الحكم عن الجانب القانوني فيه .

3- محمد زكي أبو عامر ، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي ، مرجع سابق ، ص 25 .

4- محمد سليم العوا ، في أصول النظام الجنائي الإسلامي ، نهضة مصر للطباعة والنشر ، القاهرة ، مصر ، ط 4 ، ص 101 .

فالطعن وسيلة الخصوم لإلغاء أو تعديل الحكم الصادر في الدعوى باللجوء إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو إلى المحكمة الأعلى ، وحدد المشرع طرق الطعن على سبيل الحصر- وحدد لكل منها ميعاداً يختلف بحسب ما يلزم لإعداده نظراً للأسباب التي يبني عليها⁽⁵⁾ .

فالمشرع نظم طرق الطعن بإجراءات محددة فلا يجوز تجاوزها وأول هذه الإجراءات بعد تحقق الصفة والمصلحة في الطعن من قبل الطاعن يأتي القيد الأول وهو مواعيد الطعن فالمشرع أجاز الطعن في الحكم الجنائي سواء الغيابي أو الحضوري الاعتباري أو الحضوري بشروط معينة وبطرق محددة معارضة واستئناف وتقضاً أو إعادة نظر بحيث يجوز لكل ذي صفة ومصلحة أن يطعن في الحكم الصادر بحقه ، ففي مواعيد محددة كالمعارضة يجب أن يقدم الطعن في ثلاثة أيام والاستئناف عشرة أيام والنقض ستون يوماً بخلاف التماس إعادة النظر الغير محدد المدة وذلك لتصحيح الأخطاء التي شابت الحكم الصادر ليكون الحكم أدهى للعدالة ولضمان تحقيق المصالح المتداخلة كمصلحة المتهم في الحصول على البراءة ومصلحة المجتمع في اقتضاء حقه في الغياب لترسيخ الشعور العام بالعدالة في المجتمع يفهم من كل هذا أن الأحكام الصادرة لا يجوز تصحيحها إلا بإتباع القواعد الإجرائية والتي منها الميعاد في الطعن فلو مضى الميعاد دون تقرير الطعن في الحكم يفتي الحكم مشوب بخطأ قد يصل حد الخطأ في تطبيق النص الذي يجب أن يحكم الواقعة .

يستفاد من ذلك أن المشرع أعطى أولوية في التطبيق للنص الإجرائي مقدم على النص الموضوعي وذلك لضمان تحقيق مصلحة أولى بالرعاية وهي استقرار الأحكام القضائية فكون المضرور من الحكم لم يلجأ للقضاء ليظعن في الحكم خلال ميعاد محدد يفهم ضمناً أن المحكوم عليه قد قبل بالعقوبة الواردة فيه⁽⁶⁾ .

فلو رجعنا لعلّة تقرير طرق الطعن في الأحكام لوجدنا أن فرص المشرع على أن تنقضي-الدعوى بحكم أدنى ما يكون إلى الحقيقة الواقعية والقانونية واحتمال الخطأ يرد على العمل القضائي بصفة عامة ، وعلى الحكم خاصة ، ويصدر هذا الاحتمال عند قصور إمكانات القاضي عن الإحاطة المطلقة بجميع عناصر الدعوى

⁵- د. الهادي علي بو حرمة ، الموجز في قانون الإجراءات الجنائية الليبي ، مكتبة طرابلس العلمية العالمية ، 11-2-2015 ، ص 33 وما بعدها .

⁶- د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1995 ، ص 1091 .

، ومن المصلحة حين يشور هذا الاحتمال لدى أحد أطراف الدعوى أن يتاح له عرضه على القضاء عبر الإجراءات التي حددها القانون ابتغاء الحقيقة ، فإذا ثبت الخطأ أصلح تفادياً لضرر اجتماعي يتمثل في الاعتراف بالقوة بحكم معيب⁽⁷⁾ .

ومهمة الشارع في تقرير طرق الطعن في الأحكام وتنظيمها مهمة دقيقة فالتضييق في نطاق الطعن اتجاه استبدادي ينضوي على التضحية باعتبارات الصحة والعدالة في الأحكام ، والتوسع في نطاق الطعن ينطوي على التضحية باعتبارات الاستقرار القانوني ، وإرجاء الأجل الذي تنقضي- فيه الدعوى بحكم لا يقبل طعناً ما ، ومن ثم ينبغي أن تكون السياسة التشريعية وسطاً بين هذين الاتجاهين ويحقق الشارع ذلك بتقرير مبدأ الطعن في جميع الأحكام ثم حصره طرق الطعن بحيث لا يجوز الطعن في الحكم بغير هذه الطريقة ، ثم إخضاعه كل طريقة لتنظيم محكم تتمثل أهم معالمه في اشتراط استعماله في ميعاد محدد عن طريق إجراءات مقرر⁽⁸⁾ .

ويعد ميعاد الطعن أهم معالم التنظيم التشريعي لطرق الطعن حيث حصر- المشرع كل طرق الطعن في ميعاد محدد واشترط التقريرية عن طريق إجراءات معينة يغلب عليها الشككية ونتيجة لذلك فإنه إذا كان للخصم حق الطعن في الحكم ولكنه فوت ميعاده أو لم يتبع الإجراءات التي قررها القانون للطعن فيه . كان طعنه غير مقبول شكلاً ، ومؤدى ذلك امتناع استعمال الحق في الطعن ، وامتناع مناقشة عيب الحكم وأن يكون واضحاً⁽⁹⁾ .

هذا عن قيد الميعاد وأثره على التطبيق السليم للقانون فماذا عن قيد قاعدة لا يضر الطاعن بطعنه وهو ما ننتقل إليه "فانياً".

⁷- محمد زكي أبو عامر ، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي ، د.ق. د. ص ، ص 21 .

⁸- محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، ط 8 ، 2008 ، ص 945 .

للمزيد : أسامة عبد الله فاند ، قانون الإجراءات الجنائية ، الاستدلال ، الدعوى الجنائية . المحاكمة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ص 829 وما بعدها .

⁹- 11 قضاة ديسمبر سنة 1972 ، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية س 23 ، رقم 306 ، ص 1360 .

ثانياً : قاعدة لا يضر الطاعن بطعنه

يعد عدم الإضرار بالخصم المستأنف إذا كان غير النيابة العامة مبدءاً لا يجوز للمحكمة التي تنظر الطعن أن تحيد عنه⁽¹⁰⁾.

وقد تقرر هذا المبدأ في فرنسا بادئ الأمر في فتوى لمجلس الدولة الفرنسي- في 12 نوفمبر، سنة 1806 وفتنه المشرع الفرنسي في المادة [515 إجراءات].

وذهب المشرع المصري في ذات الاتجاه واعتبر أنه ليس للمحكمة الطعون أمامها إلا أن تؤيد الحكم أو أن تعدله لمصلحة رافع الاستئناف وفق المادة [148 / 3].

وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا الليبية في جلسة 21 ديسمبر 1976 م طعن جنائي جلسة 21 ديسمبر 1976 م ، ص 13 ، ع 4 ، ص 147 فالطعن وسيلة قانونية مقررة لمصلحة الخصم فلا يجوز أن تنقلب وبالأعلى حيث أن لا يضر الطاعن بطعنه⁽¹¹⁾.

لكن هذا المبدأ قد تعرض للنقد بحجة أن يسمح بمخالفة القانون غير أن هذا المبدأ يشترط أن يكون الطعن مرفوعاً من المتهم وحده ، حيث أنه لا يجوز الإساءة إليه كالحكم عليه بعقوبة أشد أو بإلغاء وقف التنفيذ أو بإضافة عقوبة تكميلية أو بتعدد العقوبات رغم الحكم عليه ابتداءً بعقوبة واحدة أو زيادة التعويض المحكوم به للمدعي المدني⁽¹²⁾.

10- محمد محمد مصباح القاضي ، قانون الإجراءات الجنائية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، ط 1 ، 2003 ، ص 1001 .
11- استئناف تم رفعه من غير النيابة العامة تنقيد المحكمة هنا بقاعدة لا يضر الطاعن بطعنه وتماشياً مع نص المادة [2-379] سالف الذكر "إذا كان الاستئناف مرفوعاً من غير النيابة العامة فليس للمحكمة إلا أن تؤيد الحكم أو تعدله لمصلحة رافع الاستئناف ومقتضى ذلك لا يضر المستأنف غير النيابة العامة ولذلك بين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الحكم الجزئي لم يقضي على المحكوم عليها بغير الحبس والغرامة وقد استأنف المذكور أن دور النيابة العامة مما كان يتعين معه على الحكم المطعون فيه أن تؤيد أو يعدله لمصلحة المستأنف إعمالاً لمقتضى النص المشار إليه .
أما وأنه لم يفعل وأنزل بالمستأنفين عقوبة الرد التي لم يفيض بها عليها بداية فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون نقض جنائي سنة 1989/1/17 ، 33/325 ق سنة 26 عدد 1، 2 ، ص 213 .
12- ناهد العجوز ، الطعن بالنقض الجنائي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، د . ط ، 2014 ، ص 698 .

فقيده المحكمة بمصلحة المتهم قاصر على ما يرد في منطوق الحكم فيكون من حقها أن تبين صحيح القانون في أسباب الحكم ولو كان في غير صالح المتهم لطلما أنها قد التزمت صالح المتهم في منطوق الحكم⁽¹³⁾ .

غير أن الأمر قد يتجاوز ذلك بحيث أن محكمة أول درجة قد تخطى في تطبيق القانون وقد يصل بها الخطأ إلى حد الحكم بعقوبة ملغاة أو لا يعرفها القانون مطلقاً ولا يستأنف الحكم إلا من قبل المحكوم عليه وحده.

هنا يجمع الفقه على أن المحكمة الاستئنافية تصحح هذا الخطأ القانوني في منطوق حكمها بما لا يترتب عليه إضرار بمركز المتهم وهذه النتيجة يتوصل إليها لكون قانون العقوبات لا يتم إلا بواسطة قانون الإجراءات الجنائية عملاً لمبدأ " لا عقوبة بغير خصومة " ⁽¹⁴⁾ .

فقانون الإجراءات إذا نص على عدم جواز الإضرار بمركز المتهم الذي استأنفه وحده تعين النزول عن هذا المبدأ وعدم محاولة تطبيق قانون العقوبات بعيداً عنه ، ولا تملك المحكمة هنا إلا أن تؤيد الحكم المستأنف رغم ما شابهه من خطأ قانون وهو ما يؤكد أن قاعدة لا يضر الطاعن بطعنه قيد على التطبيق السليم للنص الموضوعي الذي يجب أن يحكم الواقعة وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا⁽¹⁵⁾ .

فالمادة [397 ، 2] من قانون الإجراءات الجنائية الليبي التي تنص على أنه "إذا كان الحكم حاصلًا بناء على طلب أحد من الخصوم غير النيابة العامة فلا يضر الطاعن بطعنه" كذلك الحال في كل طرق الطعن وفقاً لنصوص المواد [379، 1/364] .

13- رمزي رياض عوض ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2004 ، ص 118 .

14- البروك الفاخري ، مدى جواز العمل بقاعدتي حظر أضرار الطاعن بسبب طعنه والعرض الوجوبي على المحكمة العليا ، مجلة الجامعة الأسمرية ، زليتن ، ليبيا ، ص 4 ، 8ع ، 2007 .

15- للمزيد أنظر : محمود نجيب حسني ، سن قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات ، 1277 وما بعدها ، أحمد فتحي سرور ، الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1982 ، ص 913 وما بعدها ، نقض 21 يونيو 1984 ، ص 22 ، 1ع ، ص 188 .

فهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في جلسة "18 مايو 1971م ، س8 ، ع1 ، ص236" وبنفس المعنى 17 يناير 1984 ، س21 ، ع3 ، ص115 ."

وما يؤكد ذلك أن الحكم الذي صدر غيابي على المتهم ولم تستأنفه النيابة العامة وعارض فيه المتهم وفضت فيه محكمة المعارضة بتعديل الحكم الغيابي إلى عقوبة أخف ، فإذا استأنفت النيابة العامة هذا الحكم فلا يجوز للمحكمة الإستئنافية أن تقضي- على المتهم بما يجاوز العقوبة المحكوم بها غيابي ، أعمالاً لمبدأ أن الخصم لا يضر بطعنه ، حيث انه لولا طعن المحكوم عليه في الحكم الغيابي لما أقدمت النيابة على الطعن في الحكم الصادر من المعارضة فلا يجوز منح الحق في الطعن بالمعارضة وتقييد محكمة المعارضة بعدم الإضرار بالمعارض ليطم إهدار المبدأ أمام المحكمة المطعون في الحكم الصادر في المعارضة أمامها لو تم الطعن فيه من قبل النيابة العامة حيث أن القيد يكون ملزم للمحكمة التي تنظر الإستئناف فطالما أن المتهم هو الذي عارض فلا يجوز أن تعتبر هذه المعارضة وبالأعلى عليه كل ما تملكه المحكمة الإستئنافية هو أن تقضي- بالعقوبة التي سبق الحكم بها غيابياً على المتهم ولو كانت أشد من الحكم الصادر في المعارضة.

على أنه متى أمكن التوفيق بين الحكم وفقاً للقانون وعدم الإضرار بالطاعن بناء على طعنه ، وجب العمل على ذلك حتى يكون الحكم مطابقاً للقانون ، فمثلاً إذا قضى- الحكم المطعون فيه بعقوبة الحبس لمدة أقل من الحد الأدنى المقرر للجريمة ، وكانت عقوبة الغرامة جوازية عن هذه الجريمة ، وجب على المحكمة الحكم بغرامة حتى يكون قضاؤها مطابقاً للقانون.

وما يؤكد أن قاعدة لا يضر الطاعن بطعنه قيد يمنع من التطبيق السليم للقانون هو أن هذا القيد لا يلزم المحكمة إذا كان الطاعن هو النيابة العامة لوحدها أو مع المتهم أو تعدد الطاعنون مع تعارض مصالحهم فإن المحكمة هنا يعود لها الاختصاص بتطبيق النص الموضوعي دون وجود لقيد إجرائي يمنعها من تطبيق صحيح القانون على الواقعة المعروضة⁽¹⁶⁾ ، مع ملاحظة أن النيابة العامة تمثل الصالح العام وتتوخى التطبيق

16- مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في القانون الليبي ، منشورات الجامعة الليبية ، كلية الحقوق بنغازي ، ط1 ، 1971 ، للزبيد : أدوار غالي الذهبي ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، مكتبة عيد الفريب ، القاهرة ، مصر ، ط2 ، 1990 ، ص931 .

السليم للقانون ولأنها لا تضار ببراءة المتهم ولا بتحقيق العقوبة ، فعدم تقييد المحكمة بهذه القاعدة عند طعن النيابة العامة لوحدها لا يشكل في حقيقته استثناء على القاعدة ونتيجة لذلك فإن المتهم يمكن أن يستفيد من طعن النيابة العامة حتى لو اقتصر - طلبها على تشديد العقوبة عليه ، حيث أن للمحكمة أن تقضي - ببراءته رغم أنه لم يطعن في الحكم (المحكمة العليا ، 28 نوفمبر 1974 ، س 11 ، 3ع) .

ولا تشكل هذه القاعدة قيد على المحكمة عندما يتعلق الأمر بجرائم الحدود استناداً على النص الذي يقرر أن العقوبة الحدية لا يجوز استبدالها أو تخفيفها أو العفو عنها وفق المادة [15] من القانون رقم 13 لسنة 1425 بشأن حدي السرقة والحراية^[17] ، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في جلسته 1999/6/22 في الطعن الجنائي رقم 44/920 ق .

ولا خلاف في أن هذا القيد له ما يبرره رغم حيلولته دون تطبيق صحيح القانون لكون المشرع يسعى لتحقيق مصلحة أولى بالرعاية من مصلحة تطبيق النص الذي يجب أن يحكم الواقعة فاستقرار الأحكام القضائية وتطبيق النص القانوني الذي ينظم الحقوق والحريات الذي يعد أولى من النص الذي تقتضي - به الدولة لحقتها في العقاب مصالح يسعى المشرع لتحقيقها رغم ما لذلك من آثار ننتقل لتوضيحها في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

آثار قيود التطبيق السليم للقانون

إن المشرع الليبي بوضعه لنص موضوعي يضمن حق الدولة في العقاب ونص إجرائي يبين كيفية اقتضاء هذا الحق على نحو يحمي الحقوق والحريات ويمنع من تعريضها للضرر أو الخطر يوازن بين السلطة والحرية من ناحية والحق في العقاب من ناحية أخرى ، ويحاول أن يكون هذا التوازن محفوظاً في جميع نصوصه لحماية المصالح في المجتمع وهو ما تلمسه من وجود توافق بين النصين الموضوعي والإجرائي⁽¹⁷⁾ ، غير أن المشرع قد يخرج عن ذلك في حالات معينة يغلب فيها مصلحة معينة يرى أنها أولى بالرعاية والحماية فيضع قيد على نص أو مجموعة نص وذلك توضع نص إجرائي مثلاً .

يقيد به يد القاضي في مسائل معينة قد تصل إلى عدم السماح بتطبيق نص موضوعي تحقيقاً لمصلحة يراها وهو ما يجعل النص الذي يمثل قيد أولى في تطبيقه من النص المقيد تحقيقاً للاستقرار في الأحكام القضائية وهو ما تنتقل لبيانه بحيث نتطرق لفكرة تطبيق النص القانوني "أولاً" لنعرج بعد ذلك لمصلحة محمية تتمثل في استقرار الأحكام القضائية "ثانياً" .

أولاً : تطبيق النص القانوني

التنازع بين قواعد التجريم والعقاب والقواعد الإجرائية تطبيقاً للمعايير التي وضعها المشرع بشأن استيفاء الدولة لحقها في العقاب وتمتع الأفراد بحرياتهم يشير تسأل حول ضوابط تطبيق النص هل يعد النص الإجرائي قيد على تطبيق النص الموضوعي أم أن كل نص ينطبق فيما أورده المشرع .

مما لا جدال فيه أن التطبيق الصحيح للقانون الجنائي هو من صميم اختصاص الدولة والحكم الصحيح قانوناً هو ثمرة هذه المهمة حيث أن المشرع يهدف من الدعوى الجنائية إلى المحافظة على كيان الدولة

17- محمد الجازوي ، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً على أحكام المحكمة العليا ، منشورات جامعة بنغازي ، ليبيا ، ط1 ، 1998 ، ص 474 وما بعدها .

وذلك بوضع عقاب لكل فعل من شأنه أن يخل بالأمن الاجتماعي والميعار الذي يلجأ إليه المشرع في الفصل بين الإباحة والتجريم هو في التطبيق السليم لقواعد قانون العقوبات .

والطعون الجنائية كوسائل وحيدة لضمان سلامة الحكم ورفع الأخطاء المقترحة أو المحتملة أو تصحيح الأخطاء المحددة فيه تبين سوى امتداد المهمة المجتمع في التضييق الصحيح للقانون الجنائي⁽¹⁸⁾ .

نتيجة للتنازع بين النص الموضوعي الذي يعطي للدولة الحق في العقاب والنص الإجرائي الذي يحمي الحقوق والحريات فإنه دائماً ما نجد أن لكل فعل مجرم نص موضوعي يحمي به المشرع مصلحة معينة الأمر الذي يطرح تساؤل مفاده ماذا لو أن حماية هذه المصلحة كالنص يعد فيه انتهاك لحق معين أولى بالحماية فهل تطبيق النص الموضوعي يعد أولى بالتطبيق أم أن النص الإجرائي يعد قيد على النص الموضوعي وإذا كانت الإجابة بنعم لماذا يحمي المشرع مصلحة معينة ثم تأتي بعد ذلك بنص إجرائي يحد من هذه الحماية نتيجة لخطأ وقعت فيه محكمة الموضوع .

قد نرى بادئاً رفضاً لهذه الفكرة لكون المشرع دائماً يسعى لتطبيق النص القانوني على الواقعة ففكرة القيد على التطبيق السليم للقانون بقانون فكرة تبناها المشرع الليبي وفقاً لنصوص وضعه لحماية مصالح متضاربة لا يمكن الجمع بينها⁽¹⁹⁾ .

ما يهيم المشرع هو تطبيق النص الذي يحكم الواقعة ولكن تطبيق النص الذي يحكم الواقعة قد يترب عليه أضرار إذا ما أخطأت محكمة الدرجة الأولى في تطبيقه فقد يعرض حرية الأفراد للخطر الأمر الذي يجعل نظرة الأفراد للأحكام القضائية محل شك .

18- أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، دار الشروق ، القاهرة ، مصر ، 2006 ، ط4 ، ص152 وما بعدها .

19- إن منط إعمال القاعدة المقررة قانوناً من أن الطاعن لا يضر بصفته هو أن يكون الطعن مرفوعاً من المتهم وحده أما إذا كان الاستئناف مرفوعاً من النيابة العامة أيضاً فإن استئنافها للحكم يترب عليه نقل موضوع الدعوى برمتها إلى المحكمة الاستئنافية واتصال هذه المحكمة به اتصالاً لا يجوز لها النظر فيه من جميع نواحيه والحكم فيها طبقاً لما تراه في حدود القانون غير مقيدة في ذلك بأي قيد تصفه النيابة في تقرير الاستئناف أو طلب تبديده في جلسة المرافعة ، وهو ما قرره المادة [1. 379] من قانون الإجراءات الجنائية الليبي ، ولما كانت النيابة العامة قد طلبت بمجلسة محكمة الطاعن أمام محكمة أول درجة الحكم عليه بأقصى العقوبة ولم تقضي لها المحكمة بطلبها وبذلك فإن استئنافها للحكم جائز طبقاً للمادة [2/365] من قانون الإجراءات الجنائية الليبي وبما يحق معه للمحكمة الاستئنافية أن تقضي فيه بما تراه غير مقيدة في ذلك بطلب تهاون منه ، ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى في استئناف النيابة العامة بتشديد العقوبة المحكوم بها ابتدائياً بالرغم من طلب النيابة الحكم بعدم الاختصاص لكون الواقعة جنائية لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون نقض جنائي سنة 1979/6/5 ، سنة 16 ، عدد 3 ، ص 137 .

ولكن ما يهم هنا هو توضيح أن المشرع بوضعه للنص الموضوعي والنص الإجرائي راعى التوازن بين السلطة هنا والحرية ، سلطة الدولة في العقاب وحرية الأفراد⁽²⁰⁾ .

فوجود القيد الإجرائي على النص الموضوعي لا يعني أن المشرع لا يرغب بتطبيق النص الموضوعي بل أن فكرة التوازن والأصل العام لكلا القانونين تتطلب وجود مثل هذه القيود .

فالأمر هنا هو أن المشرع يريد تطبيق النصوص التي تحمي الحقوق والحريات وتحمي السلطة الممنوحة للدولة في العقاب فمنع تطبيق النص الذي يجب أن يحكم الواقعة لا يعني عدم تطبيق نص آخر أولى بالتطبيق فالمشرع هنا بوضعه قيد إجرائي على نص موضوعي بين أن المصلحة المحمية إجرائياً تتقدم على المصلحة المحمية موضوعياً⁽²¹⁾ .

فعدم تطبيق النص الموضوعي لا يعني أنه ليس هناك نص يطبق بل لأن المشرع يرى أن تطبيق النص الموضوعي فيه من الأضرار ما لا يحقق التوازن المطلوب .

هذا النوع من التضافر بين النصين الموضوعي والإجرائي ما سعى المشرع إلى تكريسها فيحمي حق الدولة في العقاب بشكل لا يعرض فيه الحقوق والحريات للخطر كما أن حماية الحقوق والحريات هدف لا يمكن تطبيقه على إطلاقه بل تحده سلطة الدولة في عقاب من يعرض حقوق العامة للخطر⁽²²⁾ . هذا القيد يجد له أساسياً يتمثل في حرص المشرع على أن تصدر الأحكام صحيحة بدون أخطاء آليته وضع نظاماً إجرائياً يأخذ بتعدد درجات التقاضي ورخصة للخصوم الطعن في الأحكام وفق ضوابط وشروط محددة وإذا اعتزى الحكم رغم ذلك خطأ فالطعن في مواعيد محددة يكفل عرض الحكم من جديد على القضاء ليتدارك الخطأ قبل أن يصبح الحكم حجة بما ورد فيه وعنواناً عند الكفاية على الحقيقة⁽²³⁾ .

20- رؤوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، مطبعة الاستقلال الكبرى ، القاهرة ، مصر ، ط 1 ، 1976 ، ص 763 .

21- عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، ط 1 ، 1999 ، ص 782 وما بعدها .

22- أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، دار الشروق ، القاهرة ، مصر ، 2006 ، ط 4 ، ص 152 وما بعدها .

23- محمد زكي أبو عامر ، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي ، رسالة غير منشورة ، د.س ، ص 35 ، مرجع سابق .

ثانياً : استقرار الأحكام القضائية

أن تحقيق العدالة الإجرائية يتطلب توافر الشروط الموضوعية للحق واحترام إجراءات كفالتة من الناحية الشكلية لأن لعمل على تحقيق الانسجام بين القواعد الموضوعية والإجرائية هو السبيل الوحيد لتجسيد الحماية القانونية للحقوق والحريات، وصولاً للاستقرار في إطار الأحكام الجنائية ومعنى ذلك أنه يتعين على أصحاب المراكز القانونية التمسك بممارسة الإجراءات وسلوك بعض الإجراءات في وقتها من أجل الاستفادة من الحماية المخولة قانوناً .

ذلك أن الإجراءات القضائية تتعلق عموماً بالجانب القانوني للحفاظ على الحقوق أيأ كانت طبيعتها إذ أن المطالبة القضائية الرامية إلى الدفاع عن الحق وضمانه إحاطة المشرع بعدة شكلية يجب أن تتوفر في اطراف النزاع ، وفي الحق محل النزاع وهو حق العقاب والحرية ، وعند ممارسة طرق الطعن المنصوص عليها قانوناً .

لذلك فإن الإخلال بأحد الإجراءات من قبل أطراف الدعوى أو عدم أستيفائها بشكل صحيح يترتب عليه حتماً ضياع حقوقهم المقررة لهم قانوناً في الاستفادة من الحماية القانونية

عليه أصبح الفصل في الدعوى خلال مدة معقولة من الحقوق الأساسية للمتهم ليس فقط باعتباره حقاً قائماً بذاته وإنما أيضاً لكونه يدخل في حقه الدستوري في محاكمة عادلة وسريعة لاستقرار الدعاوى أمام القضاء فالمادة التاسعة من العهد الدولي لحقوق الإنسان تنص على أن "من حقوق المتهم الأولى الحق في أن يقدم في أقل فترة ممكنة إلى القضاء أو إلى سلطة أخرى منحها القانون ممارسة وظيفة القضاء والثاني الحق في أن يحاكم في خلال مدة معقولة أو يتم إطلاق سراحه"⁽²⁴⁾ .

ولكن لصعوبة الوصول إلى الحقيقة أو ضمان حسن تطبيق القانون وتحقيق أهدافه في جميع الأحوال بناء على الحكم الصادر لأول مرة في الخصومة الجنائية تشوب الحكم الجنائي عند صدوره بعض الأخطاء الإجرائية أو الموضوعية أو يتبين بعد صدوره ما يجعله مجانياً للواقع أو القانون الأمر الذي يتعين معه

24- عمر سالم ، نحو تسيير الإجراءات الجنائية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ص 155 ، 1997 .

فتنح باب الطعن في هذا الحكم الأمر الذي يهدد الأحكام القضائية بعدم الاستقرار ولكن يبرر ذلك أن طرق الطعن تؤدي دوراً إصلاحياً للحكم الجنائي بقصد ضمان الوصول إلى الحقيقة وحسن تطبيق القانون وتحقيق أهدافه ، ويتم ذلك في حدود معينة تبدأ بتصحيح ما يشوب الحكم عند صدوره من أخطاء إجرائية أو موضوعية وصولاً لتعديل الحكم إذا جد بعد صدوره ما يجعله مجافياً للواقع أو القانون⁽²⁵⁾ .

ففي الأولى يقتصر- الطعن على مجرد تصحيح أخطاء الحكم ، أما في الصورة الثانية فإن الطعن لا يتناول حكماً خاطئاً بل يهدف إلى تعديل حكماً صحيحاً من أجل ضمان تكيفه مع ما يجد بعد صدور من واقع أو قانون فطرق الطعن تؤدي دوراً هاماً وهو إصلاح مضمون الحكم الجنائي سواء عن طريق التصحيح إذا كان الحكم مشوباً بالخطأ الذاتي ، أو التعديل إذا لم يتفق ما يجد بعده من واقع أو قانون⁽²⁶⁾ .

ويقصد بالإصلاح هنا الحصول على حكم أفضل مما ورد في مضمون الحكم المطعون فيه وبهذا الدور الذي تؤديه طرق الطعن يمكن الاطمئنان إلى الوصول للحكم البات ، وهو الذي يستنفذ هذه الطرق فيحوز بذلك قوة الأمر المقضي- هذه القوة التي تجعله عنوان حقيقة لا تقبل المناقشة وعنوان صحة لا تقبل المجادلة .

ومع ذلك فإن القانون قد فتح باب للطعن في الحكم البات شروط معينة من خلال طلب إعادة النظر إذا جدت واقعة جديدة هدمت الحقيقة المستفادة من هذا الحكم .

فالطعن في الحكم هو الرخصة المقررة لأطراف الدعوى لاستظهار عيوب الحكم الصادر والمطالبة لدى القضاء المختص بإلغاء الحكم أو تعديله على وجه يزيل عنه عيوب هذه الرخصة حددها القانون ووضع لكل منها شروط وبيّن إجراءاتها فهي مجموعة من الإجراءات تستهدف إعادة طرح موضوع الدعوى على القضاء أو تستهدف تقدير قيمة الحكم في ذاته وذلك ابتغاء تعديله أو إلغائه .

25- المبروك الفاخري ، مرجع سابق ، ص 441 وما بعدها .

26- مثال ذلك الواقعة الجديدة من طلب إعادة النظر وصدور قانون أصلح للمتهم عند الطعن بالنقض .

ولتصحيح الخطأ الوارد في الحكم فإن المشرع حدد طرق ووضع لها قيود وشروط تظهر في معالم التنظيم التشريعي لطرق الطعن فنجد أن المشرع قيد الطعن بطرق وقيد هذه الطرق بشروط معينة يترتب على مخالفتها البطلان ، فلا يجوز مناقشة عيوب الحكم مما كانت واضحة عند غير هذه الطرق⁽²⁷⁾ .

ويتربط على ذلك أنه إذا تبين للخصم عيباً في الحكم ، ولم يكن في طرق الطعن المتاحة له ما يسمح له بمناقشة فإن مؤدى ذلك ألا يناقش هذا العيب على الإطلاق⁽²⁸⁾ .

ومن معالم هذا التنظيم التشريعي حصر- كل طرق الطعن في ميعاد محدد واشترط التقرير به عن طريق إجراءات معينة تغلب عليها الشكلية ونتيجة لذلك فإنه إذا كان للخصم حق الطعن في الحكم ، ولكنه فوت ميعاد أو لم يتبع الإجراءات التي قررها القانون للطعن فيه ، كان طعنه غير مقبول شكلاً ومؤدى ذلك امتناع استعمال الحق في الطعن وامتناع مناقشة عيب الحكم وإن يكن واضحاً⁽²⁹⁾ .

فالمشرع بقدر ما يمهده تطبيق النص الموضوعي الذي يحكم الواقعة إحاطة بنصوص إجرائية في طياتها شروط وقيود ومعايير يجب أن تراعى عند الحكم في الواقعة فبقدر ما يمهده اقتضاء الدولة لحقها في العقاب وحماية حق الفرد في المجتمع وحرية يمهدها أيضاً استقرار الأحكام القضائية .

فلا يمنع من السعي لتحقيق العدالة بتطبيق النص الذي يجب أن يحكم الواقعة وإعطاء المضرورة من الحكم الجنائي الحق في إعادة نظر الدعوى أمام محكمة أعلى درجة ولكن ذلك يجب أن لا يكون بشكل دائم ومطلق بحيث تهتز ثقة أفراد المجتمع اتجاه الأحكام القضائية فوضع نهاية لنظر الدعوى أمام القضاء غاية يسعى المشرع لتحقيقها لضمان استقرار الأحكام القضائية وإن كان ذلك على حساب صحة الحكم الوارد طالما أتيح لدى المصلحة حق الطعن فيه ولكنه ارتضى- به أو حال أمر بنية وبين استعمال هذا الحق ما يمهده هو وجود هذا الحق بشكل لا يضر باستقرار الأحكام القضائية⁽³⁰⁾ .

27- محمد جمعة عبد القادر ، الطعن الجنائي في التشريع المصري والمقارن ، عالم الكتب ، القاهرة ، مصر ، 1983 .

28- محمد زكي أبو عامر ، مرجع سابق ، ص35 وما بعدها .

29- محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 1092 .

30- رمسيس بهنام ، المحاكمة والطعن في الأحكام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 1993 .



فالمشريع وأن لم ينص صراحة على اعتبار المحاكمة السريعة أو المحاكمة في خلال مدة معقولة كحق دستوري على نحو يعد ضمانة إجرائية فمن بين عناصر الحق في محاكمة قانونية تكفل فيها للمتهم ضمانات الدفاع عن نفسه ، عنصر المحاكمة في خلال مدة معقولة ، فالعدالة والحياد والنزاهة لا تكون إلا إذا حوكم المتهم في خلال مدة معقولة ، ودون أن يكون هناك تعسف في استعمال الإجراءات الجنائية ، إذ أن طول مدة الإجراءات الجنائية يتعارض مع الحق في محاكمة عادلة ومنصفة.

الخاتمة

إذا كان التوازن بين الحقوق والحريات من جهة والمصلحة العامة من جهة أخرى على نحو يضمن عدم التفريط في أي من هذه القيم ما يضع على عاتق المشرع مسؤولية تنظيم ممارسة الضمانات الدستورية من خلال شكل التوازن الذي تجرّبه بين مختلف الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة فقانون العقوبات من خلال التجريم والعقاب يحمي كلاً من حقوق المجني عليه والمصلحة العامة بحكم الضرورة الاجتماعية التي تتطلب هذه الحماية ويفرض الجزاء المناسب الذي يتسم بالمعقولة ولا ينافي الحدود المنطقية التي ينبغي أن تكون أطوار له وما يضعه قانون الإجراءات الجنائية من قواعد تهدف إلى تحديد الإجراءات التي يتم بواسطتها استعمال حق الدولة في العقاب يحمي حقوق كلاً من المتهم والمجني عليه ويكفل حماية المصلحة العامة مما سبق يتبين لنا أن هذا التوازن قد يتحول غالى قيد فالمشرع عند وضعه للنص الموضوعي بما يحتويه من تجريم وعقاب ومنع ، وأعباه بنص إجرائي بين كيفية وضع هذا النص موضع التطبيق مع وضع قيود لضمان الاستقرار ، من هنا يتبين أن أثر قانون الإجراءات في تطبيق قانون العقوبات واضحاً لأنه يرسم الوسائل اللازمة لتطبيقه بقوة الأمر المقتضي - للحكم الجنائي إذا توافرت شروط معينة ، تبدو واضحة مما كان الحكم مشوباً بالخطأ في تطبيق قانون العقوبات ، الأمر الذي يجعل تأثيره جلياً في إطار تحديد النطاق الفعلي لتطبيق هذا القانون وينتج عن ذلك :

أن المشرع وازن بين حرية الأفراد في المجتمع وتقييد سلطة القضاء في تطبيق النص الموضوعي .

كما سعى المشرع إلى تحقيق غاية تمثلت في ضمان استقرار الأحكام القضائية مقابل التطبيق الغير

سليم للنص الموضوعي .

وفي حالات معينة أعطى للسلطة القضائية حق تعديل الوصف والتوصيف للواقعة وتعديل النص

الذي يجب أن يحكمها دون التعرض للعقوبة بتشديدها .

قائمة المراجع

1. احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر- 2015 .
2. _____ ، السوجيز في قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، 1982 .
3. _____ ، القانون الجنائي الدستوري ، دار الشروق ، القاهرة ، مصر- ط4 ، 2006 .
4. أدوار غالي الذهبي ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، مكتبة عيد الغريب للطباعة والنشر- القاهرة ، مصر ، ط2 ، 1990 .
5. أسامة عبد الله قائد ، قانون الإجراءات الجنائية - الاستدلال - الدعوى الجنائية - المحاكمة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2007 .
6. المبروك الفاخري ، مدى جواز العمل بقاعدة حظر أضرار الطاعن بسبب طعنه والعرض الوجوبي على المحكمة العليا ، مجلة الجامعة الأسمرية ، زليتن ، ليبيا ، 2007 .
7. الهادي علي أبو حمرة ، الموجز في قانون الإجراءات الجنائية الليبي ، مكتبة طرابلس العلمية العالمية ، طرابلس ، ليبيا ، 2011-2021 .
8. رؤوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، مطبعة الاستقلال الكبرى ، القاهرة ، مصر- 1976.
9. رمزي رياض عوض ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2004 .
10. رمسيس بهنام ، المحاكمة والظعن في الأحكام ، منشأة المعارض ، الإسكندرية ، مصر ، 1993 .
11. عمر سالم ، نحو تسيير الإجراءات الجنائية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ط1 ، 1997 .
12. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 1999 .
13. مأون سلامة ، الإجراءات الجنائية في القانون الليبي ، منشورات الجامعة الليبية ، كلية الحقوق ، بنغازي ، ط1 ، 1971 .



14. محمد زكي أبو عامر ، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي ، د. ن ، د. س .
15. _____ ، الإجراءات الجنائية ، دار الجامعة الجديدة للنشر- ، الإسكندرية ، مصر- ، ط 8 ، 2008 .
16. محمد الجازوي ، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً على أحكام المحكمة العليا ، منشورات جامعة بنغازي ، ليبيا ، 1998 .
17. محمد جمعة عبد القادر ، الطعن الجنائي في التشريع المصري والمقارن ، عالم الكتب ، القاهرة ، مصر- ، 1983 .
18. محمد سليم العوا ، في أصول النظام الجنائي الإسلامي ، نهضة مصر- للطباعة والنشر- ، القاهرة ، مصر ، ط 4 ، 2007 .
19. محمد محمد مسعود القاضي ، قانون الإجراءات الجنائية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2003 .
20. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر- ، 2011 .
21. _____ ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1995 .
22. ناهد العجوز ، الطعن بالنقض الجنائي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، د. ط ، 2014 .

نفاذ القرار الإداري الإلكتروني

أ. إيمان محمد رمضان الرابطي*

المقدمة

إن ما أفرزته الثورة التكنولوجية من مستجدات في الحياة الإدارية و ظهور نظام الإدارة الإلكترونية أدى الى حدوث تحولات جذرية في أساليب العمل الإداري وكان لابد من تطور وسائل وأساليب الإدارة وبما أن القرار الإداري أحد هذه الأساليب وأكثرها شيوعاً في التعبير عن إرادة الإدارة فلم يكن بمنأى عن هذا التطور الإلكتروني الذي يشهده هذا العمل الإداري فخطى بنصيب كبير من هذا التحول الأمر الذي أدى إلى بروز القرار الإداري الإلكتروني، ويظهر هذا الأخير فإن تطوراً هاماً سيطراً بالنسبة لموضوع نفاذ القرارات الإدارية، إذ يترتب على قيام الإدارة بإصدار قرارها إلكترونياً، إمكانية تحقيق واقعة نفاذه بذات الطريقة.

لذلك نحاول من خلال هذا البحث تسليط الضوء على نفاذ القرار الإداري الإلكتروني باعتبار ان النفاذ هو الذي يترتب الآثار القانونية على هذا القرار وينقله من مرحلة التحضير و الإصدار إلى مرحلة التطبيق الفعلي.

وتنبع أهمية البحث في التأكيد على إن القانون الإداري قانون مرن ومتطور يستجيب لتطلعات الإدارة ورغبتها في تطوير نشاطها تحقيقاً للمصلحة العامة التي تعتبر عماد القانون الإداري، كما إن خاصية عدم التقنين التي تميز بها هذا القانون جعلته قادراً على تطوير قواعده بما يتلاءم مع الواقع الإلكتروني الجديد.

* عضو هيئة تدريس بكلية القانون بقسم القانون العام- جامعة طرابلس

أما اشكالية البحث: تظهر في تحديد مدى تأثير الإدارة الإلكترونية والتطور التكنولوجي على نفاذ القرارات الإدارية، وهل القرار الإداري الإلكتروني و وسائل نفاذه يشكلان مرادفاً مقبولاً للقرار الإداري التقليدي و وسائل نفاذ.

أما المنهج المستخدم في هذه الدراسة: فنظراً لطبيعة هذه الدراسة التي تسلط الضوء على النفاذ الإلكتروني للقرارات الإدارية، فقد تم استخدام المنهج الوصفي التحليلي وذلك برصد الظاهرة في مختلف أبعادها مع محاولة القيام باستنتاجات عامة بعد ذلك.

وبناء عليه ستكون خطة البحث على النحو الآتي:

المبحث الأول / ماهية القرار الإداري الإلكتروني.

المطلب الأول / التعريف بالقرار الإداري الإلكتروني وتحديد موقف الشرع الليبي منه

المطلب الثاني / خصائص القرار الإداري الإلكتروني.

المبحث الثاني / وسائل النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري.

المطلب الأول / مفهوم النفاذ الإداري وطبيعته القانونية.

المطلب الثاني / وسائل العلم بالقرار الإداري الإلكتروني.

المبحث الأول

ماهية القرار الإداري الإلكتروني

يعتبر القرار الإداري من أهم الوسائل التي تستخدمها الإدارة في القيام بشاغلها الإداري، ونظراً للتطور الإلكتروني الحاصل في ميدان العمل الإداري كان لابد من تطوير نظرية القرارات الإدارية لتستوعب النشاط الإلكتروني الجديد ومن هنا ظهر القرار الإداري الإلكتروني.

الأمر الذي يستدعي تعريف القرار الإداري الإلكتروني وتحديد خصائصه على النحو الآتي:-

المطلب الأول

التعريف بالقرار الإداري الإلكتروني وتحديد موقف الشرع الليبي منه.

ياعتبار القرار الإداري الإلكتروني ثمرة التطور الهائل في التقدم التكنولوجي في الوقت الحاضر فلم يحظى بإهتمام كبير من جانب الفقهاء وجاءت محاولة تعريفه متواضعة باعتباره من المصطلحات المستحدثة في العمل الإداري

فعره بعضهم بأنه " تلقي الإدارة العامة الطلب الإلكتروني على موقعها الإلكتروني، وإفصاحها عن رغبتها الملزمة بإصدار القرار والتوقيع عليه الكترونياً وإعلان صاحب الشأن على بريده الإلكتروني وذلك بما لها من سلطة بمقتضى القوانين اللوائح، بقصد إحداث أثراً قانونياً معيناً يكون جائزاً وممكناً إبتغاء للمصلحة العامة"⁽¹⁾.

وعرف أيضاً بأنه " عمل قانوني انفرادي، صادر عن سلطة ادارية، بأسلوب الكتروني ويطرب عليه إحداث آثار قانونية "⁽²⁾.

(1) غلاء محي الدين مصطفى ابو أحمد " القرار الإداري الإلكتروني كأحد التطبيقات الحكومية الإلكترونية" بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السابع عشر، مركز الإمارات للدراسات والبحث، سنة 2009، ص 105.

(2) مرية العفون " القرار الإداري الإلكتروني كاسلوب حديث للمرافق العامة " بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الدولي حول النظام القانوني للمرفق العام الإلكتروني سنة 2018، جامعة محمد بوضياف، الجزائر، المسيلة، ص 04.

وعرفه البعض الآخر بأنه " المستند الإلكتروني الذي يعبر عن الإرادة الملزمة والمنفردة للإدارة بقصد ترتيب أثر قانونياً معيناً"⁽³⁾.

في حين اكتفى آخرون بالقول بأنه " استخدام الجهات المسؤولة لأنظمة المعلومات لإعتماد بديل واحد من البدائل المطروحة"⁽⁴⁾.

وفي الواقع فإن القرار الإداري الإلكتروني لا يختلف عن نظيره التقليدي إلا في الوسائل المتبعة في التعبير عن الإرادة، حيث يغلب عليها الطابع الإلكتروني وتعتمد بشكل كبير على استخدام أساليب الكترونية، سواء كانت شبكة الإنترنت^(*) أو الحاسب الألي أو البريد الإلكتروني، فلا يعدو القرار الإلكتروني أن يكون تحديث لطرق وآليات اصدار القرار الإداري دون المساس بذاتية القرار اذا يجب توافر ذات الأركان الواجب توافرها في القرار الإداري التقليدي.

ورغم أهمية التعريفات السابقة فإنه من الأهمية بمكان البحث عن أساسه القانوني في ضوء موقف المشرع واجتهاد القضاء بصورة تكفل إرساء مشروعته بشكل دقيق دون غموض أو تشكيك.

والسؤال الذي يطرح نفسه هل يوجد تبني من المشرع الليبي للقرار الإداري الإلكتروني؟

في الحقيقة لم يرد في التشريع الليبي ولا التشريعات المماثلة أي تعريف للقرار الإداري الإلكتروني، فلم يتدخل المشرع الليبي لغاية الآن لوضع تنظيم متكامل للمعاملات الإلكترونية على خلاف أغلب التشريعات العربية، حيث ان بعض الدول العربية سننت تشريعات خاصة بالمعاملات الإلكترونية كالقانون الأردني رقم (85) لسنة 2001.

(3) د. محمد سليمان نايف بشير، النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري، رسالة دكتوراه: كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 2018، ص 41

(4) يوسف عبدالرحمن الجبوري، سمية عباس مجيد الربيعي، أمل محمود علي العبيدي، "إدارة الأزمات والكثرونية اتخاذ القرار" مجلة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 19، العدد الأول، سنة 2011، ص 05

(*) في نهاية التسعينات استخدم مصطلح الإدارة الإلكترونية مع انتشار شبكة الإنترنت العالمية واستخدمت كوسيلة لتوفير الخدمات عن بعد، راجع عزب محمد عزب، أساسيات الإدارة الإلكترونية في الشؤون الإدارية، القاهرة: دار الكعب العلمية للنشر والتوزيع، سنة 2013، ص 8-9

وقانون المعاملات الإلكترونية العماني الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم (69) لسنة 2000م والقانون الاتحادي الإماراتي رقم (1) لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، والقانون التونسي - رقم (83) لسنة 2000م.

في حين ان بعضها الآخر سن تشريعات مستقلة خاص بالتوقيع الإلكتروني وتعرض فيها للمعاملات الإلكترونية كما هو الحال بالنسبة لمصر- في القانون رقم (15) لسنة 2004م⁽⁵⁾ أما بالنسبة للقانون الليبي فان النص الوحيد المتعلق بالمعاملات الإلكترونية هو نص المادة (97) من قانون المصارف حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 97 على " الاعتماد بالتوقيعات الإلكترونية في إطار المعاملات المصرفية وما يتصل بها من معاملات أخرى "

ونصت الفقرة الثالثة منها على اعتبار " مخرجات الحاسب الألي المتعلقة بالمعاملات المصرفية بمثابة الدفاتر التجارية وللمصارف ان تحتفظ بها للمدة القانونية المقررة في القانون"⁽⁶⁾.

غير أنه بالرجوع الى موقف الشرع الليبي في مختلف القوانين التي تمنح حجة الإدارة إصدار قرار اداري في شأن موضوع معين فإننا نجد موقفه مرناً، باعتباره يفرض قيود في هذا الشأن والتي لا تمتد إلى إلزام الادارة الإفصاح عن ارادتها وفق طريقة معينة دون غيرها، أو اتباع وسائل ذات طابع محدد كان تكون ورقية دون غيرها.

أضف إلى ذلك فان قضاء المحكمة العليا الذي استقر على تعريف القرار الإداري بأنه " إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى- القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث أثر قانوني، متى كان ذلك جائزاً وممكناً وكان الباعث عليه المصلحة العامة"⁽⁷⁾، يؤكد أن أساس وجود القرار الإداري يكمن في

(5) مشار إلى هذه القوانين عند د. محمد سليمان نايف بشير، النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري، المرجع السابق ذكره ص 70 وما بعدها.

(6) راجع د. محمد تيار "حجية المهر الإلكتروني في مجال الإثبات في القانون الليبي"، بحث مقدم إلى "المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون"، 28-29 أكتوبر، أكاديمية الدراسات العليا - طرابلس - ليبيا، 2009 ص 57 وما بعدها.

(7) طعن إداري رقم 43/33 ق، م.م.ع، السنة الخامسة عشر العدد الرابع، ص 21

إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة دون أن يقيّد هذا الإفصاح باستخدام وسائل محددة يتعين على جهة الإدارة اتباعها، ولم يلزم أن تكون هذه الوسائل ذات طبيعة ورقية فقط.

ويستفاد مما تقدم أنه لا يوجد ما يمنع جهة الإدارة من التعبير عن إرادتها باستخدام الواقع الإلكتروني والوسائل التكنولوجية الحديثة مادام أنها تحقق الغاية من هذا التعبير، لا سيما أن القرار الإداري الذي يصدر باستخدام تلك الوسائل متحقق في كافة أركان القرار الإداري التقليدي من خلال عدم مخالفته للقانون، وصدوره في شكل معين، ويشتمل على سبب صحيح وواضح، وصادر من جهة إدارية صاحبة اختصاص، وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة⁽⁸⁾.

وهو ما يؤدي إلى القول بأن القرار الإداري الإلكتروني يشكل امتداداً طبيعياً لسلطة الإدارة الأصلية بإصدار القرار الإداري التقليدي، ولا تختلف عنه إلا من ناحية التعبير عن الإرادة فقط. مع التأكيد على أفضلية وجود تدخلاً تشريعياً يعطى للإدارة صراحة مثل هذه السلطة، حتى يمكن الاحتجاج بالأثار القانونية للقرار الإداري الإلكتروني بأفضل وجه ممكن، وحرصاً على استقرار المراكز القانونية المتولدة عنه، وبما لا يدع مجالاً للشك في مجال مشروعيته⁽⁹⁾.

(8) راجع د. نوفان العقيل العجارمة، ناصر عبدالحمد السلامات، "نفاذ القرار الإداري الإلكتروني"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، المجلد 40، ملحق 1، سنة 2013، ص 1026.

(9) د. محمد سليمان نايف بشير، النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري، المرجع السابق ذكره، ص 70.

المطلب الثاني

خصائص القرار الإداري الإلكتروني

يتشابه القرار الإداري الإلكتروني إلى حد كبير مع القرار الإداري التقليدي وما اختلفت الموجود بينهما إلا لما تقتضيه طبيعته الإلكترونية ومتطلبات الإدارة الإلكترونية وعليه يمكن إجمال خصائصه في النقاط التالية:

1- يتميز القرار الإداري الإلكتروني بأنه عمل صادر من جهة إدارية عامة.

وعليه فإن القرارات الإدارية الإلكترونية الصادرة من أشخاص اعتباريه خاصة عبر وسائلها الإلكترونية تخرج كأصل عام من نطاق القرارات الإدارية الإلكترونية، وكذلك القرارات الإدارية الصادرة من الجهات التشريعية والجهات القضائية عبر مواقعها الإلكترونية تخرج من نطاق القرار الإداري الإلكتروني. ويبدو ان القضاء الليبي أخذ بالمعيار الشكلي لتمييز القرار الإداري عن غيره من التصرفات القانونية، حيث ركز على شكل الهيئة التي تصدر القرار، فان كانت بحكم تشكيلها هيئة تنفيذية عامة كان القرار إداري، وان كانت هيئة تشريعية أو قضائية كان القرار تشريعياً أو قضائياً وذلك بصرف النظر عن طبيعة القرار ذاته⁽¹⁰⁾.

وما يجدر بالذكر في هذا المقام هو ان القرار الإداري الإلكتروني أصبح بحاجة إلى تمييزه عن الأعمال التشريعية والقضائية الإلكترونية التي بدأت تغزو الواقع الإلكتروني هي الأخرى، لا سيما مع تزايد الرغبة المعاصرة في بعض الدول بنقل الوظيفة التشريعية والقضائية إلى مجال الفضاء الإلكتروني، والاستفادة من وسائلها في ممارسة أعمالها، ومما يمكن الإستدلال به هنا هو التجربة الأمريكية التي تدعو إلى تعزيز المشاركة الشعبية في إصدار القوانين عبر الإنترنت، كما أن الثورة الإلكترونية ألقَت بظلالها على الأعمال

(10) د. محمد عبدالله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، ط 4، بنغازي: دار الكتاب الوطنية، سنة 2003، ص 143.

القضائية بظهور ما يسمى (بالمحكمة الإلكترونية) وتشمل أولى المحاولات المتعلقة بذلك في المشروع الأمريكي الخاص (بالقاضي الافتراضي) الذي يتولى فض المنازعات بالوسائل الإلكترونية.

كما أن بعض الدول العربية بدأت تتجه نحو تبني الكترونية الأعمال القضائية وأدخلت فكرة القضاء الإلكتروني إلى نظامها القضائي الرسمي⁽¹¹⁾.

2- تمييز القرار الإداري الإلكتروني بأنه تصرف قانوني تهدف الإدارة من خلاله إلى ترتيب وإحداث آثار قانونية.

وبالتالي يخرج من نطاق القرار الإداري الإلكتروني الأعمال المادية الإلكترونية للإدارة لأنها لا يتحقق لها صفة العمل القانوني ولا ترتب أي آثار قانونية، ومثال على ذلك التعميم الإلكتروني الصادر من وزارة النقل والمواصلات بضرورة توحيد لون مركبات الأجرة.

ويستوي في ذلك القرارات الإدارية الإلكترونية الفردية أو اللائحية، والقرارات الإيجابية وهي التي تفصح الإدارة صراحة من خلال وسائلها الإلكترونية عن إرادتها في إحداث أثر قانوني معين كقرارات التعيين وقرارات الندب أو القرارات السلبية وهي القرارات التي يفترض المشروع وجودها عندما ترفض الإدارة اتخاذها.

3- تمييز القرار الإداري الإلكتروني بأنه قرار إفرادي يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة:

حيث تنفرد جهة الإدارة بإعداده إلكترونياً وتوصيفه وإصداره بذات الوسائل دون أن تشترك معها أي إرادة أخرى.

وبهذا تمييز القرار الإداري الإلكتروني عن العقود الإلكترونية التي تشترك فيها إرادتي الإدارة و المتعاقد معها، ويقوم العقد الإداري الإلكتروني عن التقاء إرادة الإدارة مع إرادة أخرى بواسطة شبكة الإنترنت والاتفاق فيما بينها بقصد إدارة و تسيير وتنظيم مرفق عام، مع تضمين هذا الاتفاق بشروط غير مألوفة في المعاملات الإلكترونية الخاضعة للقانون الخاص⁽¹²⁾.

(11) د. محمد سليمان نايف، الفاذا الإلكتروني للقرار الإداري، المرجع السابق ذكره، ص 57 وما بعدها.

(12) راجع في تفصيل ذلك، د. رحمة الصغير، العقد الإداري الإلكتروني، ب ط، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، سنة 2010، ص 54 وما بعدها.

4- القرار الإداري الإلكتروني قراراً نهائياً

من خلال استقراء أحكام القضاء الإداري الليبي نجد أن النهائية في القرار الإداري تكمن في قابليته للتنفيذ تجاه الأفراد، وتحقق هذه الأخيرة في القرار الإداري الإلكتروني بمجرد توافر أركانه واستكمال إجراءاته الإلكترونية، مالم يشترط القانون اعتماده أو التصديق عليه من قبل جهة إدارية أعلى.

5- يتوجب على القرار الإداري الإلكتروني أن يكون إنشائياً

أي من شأنه أن يولد أثراً قانونياً بأن ينشئ أو يعدل أو يلغي مركزاً من المراكز القانونية للأفراد، وبذلك يخرج عن نطاق القرارات الإدارية الإلكترونية تلك التي لا تولد ولا تنتج أي آثار قانونية، ومن أمثلتها المنشورات والتعليقات والتوجيهات التي تصدرها الجهات الإدارية عبر مواقعها الإلكترونية متضمنة تفسير القوانين واللوائح وكيفية تنفيذها، والإجراءات الإدارية الداخلية المتعلقة بالتنظيم الداخلي لجهة إدارية عامة، والتنبيهات والإنذارات التي تصدرها الجهات الإدارية بغرض تنبيه الأفراد وإنذارهم بوجوب القيام بأعمال معينة أو الامتناع عنها، وكذلك التوصيات والآراء والاستشارات التي تبديها الجهات الإدارية عبر مواقعها الإلكترونية إلى أحد الأفراد أو الجهات العامة في الدولة.

المبحث الثاني

وسائل النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري

يرتكز مفهوم النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري على المفهوم التقليدي للنفاذ، ولا يختلف النفاذ الإلكتروني عن نظيره التقليدي لا في غايته ولا في وسائله، فالوسائل هي ذاتها إلا إنها أصبحت تتحقق بإجراءات مغايرة تماماً عن تلك الإجراءات المتبعة في النفاذ التقليدي، وهذا ناتج عن الأساليب الإلكترونية المستحدثة في العمل الإداري، حيث حل النشر الإلكتروني محل النشر التقليدي، وإعلان صاحب الشأن بالقرار أصبح يتم على بريده الإلكتروني، وعلم صاحب الشأن بالقرار الإداري أصبح مرتبطاً بموقعه الإلكتروني أيضاً.

وبالتالي فإن النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري له ما يجعله متفق مع سابقه وله ما يجعله متميزاً عنه، الأمر الذي سيتدعى بيان مفهوم النفاذ الإداري للقرار بشكل عام في مطلب أول، وبيان وسائل نفاذ القرار الإداري الإلكتروني في المطلب الثاني على النحو الآتي :-

المطلب الأول

مفهوم النفاذ الإداري وتحديد طبيعته القانونية

سيتم في هذا المطلب تحديد معنى نفاذ القرار الإداري بشكل عام وأهم ما يميزه عن النفاذ الإلكتروني في فرع أول، ثم بيان أهم المبادئ والقواعد القانونية التي تحكم نفاذ القرارات الإدارية في الفرع الثاني على النحو الآتي :-

الفرع الأول / تعريف النفاذ التقليدي للقرار الإداري وتمييزه عن نظيره الإلكتروني:

يقصد بنفاذ القرار الإداري دخول القرار الإداري حيز التنفيذ من تاريخ صدوره من السلطة المختصة مستوفياً لشروطه منتجاً لأثاره القانونية⁽¹³⁾.

فنفاذ القرار الإداري يدخله حيز التنفيذ من تاريخ صدوره من السلطة المختصة مستوفياً لشروطه منتجاً لأثاره القانونية ولا يمكن الاحتجاج بهذا القرار الإداري أمام الأفراد إلا بعد علمهم به بإحدى وسائل العلم التي تتمثل في النشر بالنسبة للقرار التنظيمي والعلم الشخصي بالنسبة للقرار الفردي⁽¹⁴⁾.

ومفهوم النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري لا يختلف في صورته الجديدة عن نظيره التقليدي لا في طبيعته " فكلها يدخل القرار الإداري مرحلة جديدة معلناً ببدى العمل به في مواجهة أطرافه " ولا في غايته وهي " تحقيق العلم بالقرار الإداري "

إلا أنه يرتبط حصرياً بالقرار الإداري الإلكتروني ومبني على إجراءات وأساليب إلكترونية مغايرة تماماً عن تلك المتبعة في النفاذ التقليدي، ونمو في بيئة الكترونية بعيدة إلى حد كبير عن تلك البيئة الورقية التي ينمو فيها النفاذ التقليدي.

(13) زيب عباس محسن، "الإدارة الإلكترونية وأثرها في القرار الإداري"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 16، العدد1، السنة 2014، ص312.

(14) د. سليمان الطاوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط 5 القاهرة: دار النقد العربي، سنة 1984، ص 517.

وبناءً على ذلك فإن الصورة الجديدة للنفذ الإلكتروني تتجسد في ضوء السلوك الإداري المتجه للإستفادة من واقع الإدارة الإلكتروني وإجراءاتها الفنية في إشهار القرارات الإدارية دون استخدام الأوراق أو الاعتماد على الطرق التقليدية⁽¹⁵⁾.

ويظهر دور الإدارة الإلكترونية في نفاذ القرارات الإدارية من خلال استخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة كالبريد الإلكتروني، ووسائل الهاتف المحمول، وشبكة الإنترنت كوسيلة للعلم بالقرارات الإدارية سواء الفردية منها أم التنظيمية.

الفرع الثاني / القواعد القانونية التي تحكم نفاذ القرارات الإدارية:

تحكم نفاذ القرارات الإدارية جملة من المبادئ القانونية تتمثل في الآتي :-

- 1- الأصل أن القرار الإداري يعتبر نافداً في حق الإدارة اعتباراً من تاريخ إصداره من قبل السلطة المختصة بإصداره، ومن ثم يستطيع كل ذي مصلحة أن يحتج بهذا التاريخ في مواجهتها غير أن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات، من ذلك أن هناك من القرارات ما يلزم لنفاذها إجراءات أخرى مثل التصديق، أو وجود اعتماد مالي فلا ينفذ القرار إلا من تاريخ استيفاء هذه الإجراءات، كما قد تعتمد الإدارة إلى تأجيل تنفيذ القرار إلى تاريخ لاحق لتاريخ صدورها.
- 2- عدم رجعية القرارات الإدارية، فالأصل أن تسري آثار القرارات الإدارية على المستقبل ولا تسري بأثر رجعي على الماضي، احتراماً للحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي تمت في ظل نظام قانوني سابق، واحتراماً لقواعد الإختصاص من حيث الزمان، غير أن قاعدة عدم الرجعية لا تسري على إطلاقها فقد بدأ القضاء يخفف من حدتها فظهرت بعض الاستثناءات عليها كجواز إصدار قرارات رجعية بموجب نص تشريعي، أو لمقتضيات الصالح العام، أو تنفيذاً لحكم الإلغاء.
- 3- إذا كان القرار الإداري ينفذ في حق الإدارة من تاريخ صدره، فإنه لا يكون كذلك في مواجهة الأفراد، فنظراً لما للقرارات الإدارية من تأثير على حقوق الأفراد في بعض الحالات فمن المنطقي اشتراط عدم

(15) د. محمد سليمان نايف، النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري، المرجع السابق ذكره، ص222.

فنادها في حقهم إلا إذا علموا بها عن طريق إحدى وسائل العلم المقررة قانونياً وهي الإعلان، والنشر، وعلم صاحب الشأن علماً يقيناً بالقرار.

وأساس هذا المبدأ أن يعلم الأفراد بمراكزهم القانونية وبالتالي لا يحتاج بالقرار في مواجعتهم إلا بعد تحقق علمهم به، بإحدى الوسائل التي حددها المشرع، إذ لا يكفي لنفاذ القرار الإداري في مواجعة المخاطبين به أن يصدر صحيحاً مستوفياً جميع أركانه، وإنما لابد أن يتوافر العلم لدى الأفراد بهذا القرار⁽¹⁶⁾.

المطلب الثاني

وسائل نفاذ القرار الإداري الإلكتروني

بظهور القرار الإداري الإلكتروني كان لابد من تطوير وسائل العلم به لتصبح إلكترونية أيضاً، ولتستوعب النشاط الإلكتروني الجديد ومن هنا ظهر النشر- الإلكتروني للقرار الإداري بالإضافة إلى الإعلان الإلكتروني، فضلاً عن إمكانية تحقيق العلم اليقيني كوسيلة للعلم بالقرار الإداري الإلكتروني وهذا ما يستم توضيحه على النحو الآتي:-

الفرع الأول: النشر الإلكتروني للقرار الإداري:

من حيث الأصل فإن النشر- يرد على جميع القرارات التنظيمية و اللائحية التي تصدرها الإدارة دون القرارات الإدارية الفردية، ويرجع ذلك إلى طبيعة تلك القرارات وما تتضمنه من قواعد عامة مجردة موجّهة لعدد غير محدود من الأفراد، إذ يستحيل القيام بإعلان القرارات التنظيمية و اللائحية لكل فرد على حدى.

وقد يلزم المشرع الإدارة بنشر- قرارها من خلال إتباع وسيلة معينة من وسائل النشر- دون غيرها، وفي هذه الحالة يجب على جهة الإدارة الإلتزام بالوسيلة التي حددها المشرع والتقيّد بها للإعتداد بالنشر- في

(16) راجع نوفان العقيل العجامة، ناصر عبدالمحميد السلامات، نفاذ القرار الإداري الإلكتروني، المرجع السابق ذكره، ص 1025.

ترتيب الأثر القانوني للقرار في مواجهة الأفراد، فإذا لم تحترم جهة الإدارة تلك الوسيلة يترتب عليه عدم صحة النشر، وعدم التسليم بنفاذ القرار الإداري في مواجهة الأفراد، ويقتى ميعاد الطعن به مفتوحاً؛ لأن القرار لم يسري في مواجهتهم بشكل صحيح ووفقاً للقانون⁽¹⁷⁾.

ويعتبر النشر الإلكتروني للقرار الإداري من وسائل النفاذ المستجدة، لأن المشرع وإن فرض قيوداً على جهة الإدارة بإحترام طريقة النشر التي حددها، فإن تلك القيود تقف عند هذا الحد ولا تمتد إلى ضرورة اعتماد الإدارة على وسائل معينة دون أخرى في إنجاز هذه الطريقة، فالإدارة ملزمة بإجراء النشر بواسطة الطريقة المحددة قانونياً ولها بعد ذلك حرية اختيار الكيفية التي تنجز بها هذه الطريقة ولا ظير إن نقلتها إلى الواقع الإلكتروني لتواكب التطورات المستجدة، فالعبارة إذاً بالطريقة ذاتها لا بكيفية إتمامها.

فالمهم هو عدم استبدالها بغيرها، وقيامها بإيصال العلم بصورة جيدة دون غموض أو نقصان⁽¹⁸⁾.

ومن تطبيقات النشر الإلكتروني النشر في الجريدة الرسمية الإلكترونية، وفي الصحف المحلية الإلكترونية التي تصدر في شكل أعداد الكترونية بصورة يومية إلى جانب أعدادها الورقية، وفي هذه الحالة يجب تزامن النشر بنوعيه (الورقي، الإلكتروني) في وقت واحد وفي ذات العدد وبنفس التاريخ للحيلولة دون منع ازدواج التاريخ، الأمر الذي يؤثر سلباً على مواعيد الطعن وبصيها بعدم الاستقرار، كما لا يجوز اختلاف القرار المنشور ورقياً عن القرار الذي نشر في الصحيفة الإلكترونية، إلى جانب ذلك بدأ حديثاً الإعتماد على الشاشات الإلكترونية وشاشات العرض المرئية التي تستخدم كبديل عن لصق القرارات الإدارية في الأماكن المعروفة أو في لوحة الإعلانات⁽¹⁹⁾.

كما ان بعض الجهات والمؤسسات العامة التي أعطى لها المشروع سلطة وضع اللوائح المنظمة لها، قد خطت خطوات جادة تجاه النشر الإلكتروني حيث شرعت بعضها من خلال موقعها الإلكتروني في إنشاء بوابة وظيفية لكافة العاملين بها يتم بواسطتها نشر القرارات الصادرة بشأنهم إلكترونياً.

(17) د. سليمان الطاوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق ذكره، ص 618.

(18) د. محمد سليمان نايف، النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري، المرجع السابق ذكره، ص 528.

(19) المرجع نفسه، ص 528.

وأخيراً فإن للنشر- الإلكتروني مزايا تجعله يتفوق عن نظيره الورقي منها سرعة ودقة إجراءاته^(*)،

انخفاض تكاليفه، شيوعه على نطاق أكبر في أقل الاوقات⁽²⁰⁾.

الفرع الثاني: الإعلان الإلكتروني:

يعتبر الإعلان وسيلة للعلم بالقرارات الإدارية الفردية التي تمس مراكز قانونية ذاتية يكون أصحابها معروفين مسبقاً للإدارة، والأصل إن الإدارة ليست ملزمة بإتباع وسيلة معينة للإعلان، ولكن اذا نص القانون على طريقة معينة وجب على الإدارة إتباعها والا كان الإعلان باطلاً، ولا يسري ميعاد دعوى الإلغاء ويظل ميعاد الطعن مفتوحاً⁽²¹⁾.

وتتنوع وسائل إعلان القرارات الإدارية فقد يتم الإعلان عن طريق محضر، أو بتسليم القرار إلى صاحب الشأن مباشرة، أو بصلقه في لوحة الإعلانات، أو عن طريق البريد العادي، أو عن طريق البريد الإلكتروني وهو ما يهمننا في هذا المقام حيث ان جهة الإدارة في القرار الإداري الإلكتروني ستقوم بإعلان صاحب الشأن بالقرار الإداري النهائي الذي استوفى كل الشروط الشكلية والموضوعية على بريده الإلكتروني ويتخذ هذا التبليغ صورة الرسالة الإلكترونية وهناك عدة إشكاليات وتساؤلات تتعلق بالرسالة الإلكترونية ودورها في إيصال العلم بالقرار الإداري⁽²²⁾.

فهل يعتبر القرار الإداري الإلكتروني مبلغاً من تاريخ إرسال الرسالة الإلكترونية إلى البريد الإلكتروني لصاحب الشأن ؟ أو من تاريخ فتح البريد الإلكتروني دون فتح الرسالة الإلكترونية ؟ وماذا لو فتح صاحب الشأن بريده الإلكتروني دون أن يسعى لفتح الرسالة ؟

(*) إن الغرض من تطبيق نظام الإدارة الإلكترونية من قبل الإدارة ان يحقق لها الزيادة في كفاءتها ويجعلها أكثر قدرة على التعامل مع المعلومات التي تملكها ، وأكثر قدرة على تحسين العلاقة بينها وبين جمهور المتعاملين معها، بشكل أسرع وأقل تكلفة، كما أن هذا النظام يحقق شفافية أعلى في عمل الإدارة، راجع في تفاصيل ذلك، نبراس محمد جاسم الأحبابي، أثر الإدارة الإلكترونية في إدارة المرافق العامة مصر : دار الجامعة الجديدة، سنة 2018، ص110.

(20) د. محمد سليمان نايف، النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري، المرجع السابق ذكره، ص445.

(21) راجع د. محمد عبدالله الحراري، الرقابة على اعمال الإدارة في القانون الليبي، المرجع السابق ذكره، ص108.

(22) في تفاصيل ذلك راجع د. نوفان العقبيل مجازمة، ناصر عبدالحاميد السلامات، "نفاذ القرار الإداري الإلكتروني"، المرجع السابق ذكره، ص 1028_ 1029

إن الإجابة على كل هذه الأسئلة تحتاج إلى وجود تنظيم تشريعي يعالج كل المسائل المتعلقة بالمراسلات الإلكترونية، وإلى دراسة القواعد القانونية المتعلقة بالتبليغ الإلكتروني، ومع ذلك يمكن اعتبار لحظة فتح صاحب الشأن لبريده الإلكتروني هي لحظة تبليغه وإعلانه بالقرار، ومنها يحسب ميعاد دعوى الإلغاء، إلا إذا أثبت أنه لم يتمكن من الإطلاع عليها لأسباب خارجة عن إرادته⁽²³⁾.

بالإضافة إلى ذلك هناك عدة صعوبات فنية وتقنية تتعلق بالتبليغ الإلكتروني تتمثل أساساً في مدى يقينية وصول القرار الإداري إلى علم المخاطب به ويمكن إجمالها في الآتي :-

أ- قد تصل الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقرار وتكون مبهمه غير مفهومة كان تكون الرسالة مشفرة أو بسبب عدم توافر البرامج اللازمة لقراءتها في جهاز الحاسب الآلي

ب- قد تصل الرسالة الإلكترونية إلى ذوى الشأن وتكون غير قابلة للإستخراج لتعرضها للفيروسات والبرامج الضارة.

ج- عدم وصول الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقرار الإداري لصاحب الشأن أصلاً كان يفرض المستقبل الألي استقبالها لعدم وجود حيز كافي للتخزين⁽²⁴⁾.

كل هذه العوائق تؤدي بالضرورة إلى عدم إعلان وتبليغ صاحب الشأن بالقرار الإداري الإلكتروني ، وبالتالي لا يسري ميعاد الطعن القضائي بحقه، ولا تتمكن الإدارة من الاحتجاج بتبليغ هذا القرار في مواجهة صاحب الشأن.

وأخيراً هناك تساؤلات عن مدى حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات ؟

الرسالة التي تتم عبر البريد الإلكتروني هي رسالة عادية والإختلاف الوحيد في طريقة نقلها، فبعد إن كانت المراسلة تتم بالوسائل التقليدية كالكتابة أو عن طريق محضر، أصبحت الآن الكترونية، ولا يغير هذا التبادل الإلكتروني من طبيعة الرسالة شيئاً، إذا تظل بالرغم من ذلك رسالة عادية تخضع لأحكام المراسلات

(23) د. نوفان العقبيل مجازمة، ناصر عبدالمجيد السلامات، المرجع السابق ذكره، ص 10130.

(24) المرجع السابق، ص 1029.

التقليدية، وتخضع قوة الرسالة الإلكترونية في الإثبات لتقدير قاضي الموضوع، فقد تتعرض الرسائل الإلكترونية لمخاطر السرقة أو التعديل أو التغيير في مضمونها أو محتواها، ومع ذلك يظل للقاضي السلطة التقديرية في تحديد قوة الرسالة الإلكترونية في الإثبات⁽²⁵⁾.

الفرع الثالث: نظرية العلم اليقيني كوسيلة للمعلم بالقرار الإداري الإلكتروني.

جرى القضاء على اعتبار علم صاحب الشأن بالقرار الإداري قائماً مقام النشر- والإعلان، ويعتبر سبباً كافياً لبدى سريان ميعاد دعوى الإلغاء وإن لم يحصل نشر أو إعلان للقرار. ويجب أن يكون العلم بالقرار يقينياً لا ظاهرياً أو افتراضياً بحيث يكون شاملاً لجميع محتويات القرار ومؤداه وأن يكون ثابت التاريخ.

ويستفاد العلم اليقيني بالقرار من أية واقعة أو قرينة تفيد حصوله، وتتمتع المحكمة بسلطة تقديرية واسعة في استخلاص واقعة العلم اليقيني وبهذا تقول المحكمة العليا " العلم اليقيني بالقرار الإداري يمكن استخلاصه من أية واقعة أو قرينة تفيد حصوله، أو من تظلم من أضره القرار " ⁽²⁶⁾.

وبذلك إذا قام صاحب البريد الإلكتروني والشخص الذي تسلم الرسالة الإلكترونية، بالتظلم من القرار الإداري الوارد على بريده الإلكتروني في الميعاد المحدد لذلك، فهو دليل على علمه بالقرار الإداري الإلكتروني.

ومما تجدر الإشارة إليه أن التطور في وسائل الاتصالات الحديثة سيؤدي إلى التخفيف من نطاق العلم اليقيني وحالات قيامه، نظراً للدور الذي تلعبه الوسائل الإلكترونية في إيصال العلم بالقرار الإداري الإلكتروني بصورة حاسمة لا مجال للاجتهاد فيها، غير أن فرضية قيام هذا العلم تبقى موجودة ومتزايدة في حالة

(25) راجع د. علاء محي الدين مصطفى، " القرار الإداري الإلكتروني كأحد تطبيقات الحكومة الإلكترونية " المرجع السابق ذكره، ص 138-139.

(26) طعن إداري رقم 15/4 ق، م.م.ع، السنة السادسة، العدد الرابع، ص 26.



لم تقم الإدارة بنشر- قرارها الإداري الإلكتروني أو تبليغه لأصحاب الشأن وتوافرت قرائن ودلائل مستجدة من الواقع الإلكتروني تدل على وجود هذا العلم بطريقة مؤكدة لا تقبل الشك⁽²⁷⁾.

(27) د. محمد سليمان نايف، النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري، المرجع السابق ذكره، ص 224-225.

الخاتمة

يتبين لنا من خلال هذا البحث ان تداعيات التطور الإلكتروني في مجال العمل الإداري ألفت بظلالها على القرارات الإدارية، وعلى وسائل نفاذها وفي ضوء ذلك تم التوصل إلى مجموعة من النتائج وفيما يلي عرضها وتباعاً تليها التوصيات.

أولاً- النتائج

(1) لا يوجد ما يمنع من تبني القرار الإداري الإلكتروني الذي يستمد مشروعيته من مرونة القواعد القانونية التي تحكم عملية اصدار القرارات الإدارية، والتي تطلبت مجرد الإفصاح عن الإرادة الملزمة لجهة الإدارة دون اشتراط ان يكون الإفصاح على نحو معين، وبوسيلة ثابتة، كما أنه يعكس الصورة المتطورة للقرار التقليدي وليس قراراً جديداً.

(2) غياب تنظيم تشريعي ينظم المعاملات الإلكترونية بشكل عام، وموضوع القرار الإداري الإلكتروني بشكل خاص، فلم يصدر المشرع الليبي إلى حد الآن تشريع ينظم كافة المعاملات الإلكترونية على خلاف تشريعات الدول العربية التي خطت خطوات جادة في هذا المجال.

(3) وسائل نفاذ القرارات الإدارية يتسع نطاقها ما بين عادية والإلكترونية وجميعها قادرة على تحقيق مهمة الإدارة في إيصال العلم بمضمون قراراتها لجميع المخاطبين بها.

ثانياً- التوصيات

- 1- ضرورة اهتمام الفقه الإداري بدراسة الأبعاد القانونية لكافة المعاملات الإلكترونية وعلى وجه الخصوص القرار الإداري الإلكتروني بدءاً بنشأته وأركانه وخصائصه، مروراً بنفاذه وكيفية تنفيذه و إنتهاءً بإلغائه.
- 2- يجب إصدار تشريع يعالج كافة المسائل القانونية والفنية الخاصة بالقرار الإداري الإلكتروني ووسائل نفاذه.
- 3- ضرورة وجود قضاء مرن لا يقف عند جمود النصوص ويقوم بتفسيرها بما يحقق العدالة، وبأكبر تطورات العصر.



4- العمل على نشر- ثقافة التعامل الإلكتروني في الدولة الليبية، وتفعيل فكرة المرافق العامة الإلكترونية،
وضرورة تفهم الأفراد وتقبلهم لفكرة الحكومة الإلكترونية والثقة في تقديم الطلبات عبر الإنترنت، و
استقبال القرارات الإدارية عبر البريد الإلكتروني.

قائمة بأهم المراجع

أولاً- الكتب والرسائل:

- 1- د. رحمة الصغير، العقد الإداري الإلكتروني، دراسة تحليلية مقارنة، ب ط، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، سنة 2010.
- 2- د. سليمان الطاوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، القاهرة: دار النقد العربي، سنة 1984.
- 3- عزب محمد عزب، أساسيات الإدارة الإلكترونية في الشؤون الإدارية، القاهرة: دار الكتب العلمية للنشر- والتوزيع، سنة 2013.
- 4- محمد سليمان نايف شبيب، النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 2015.
- 5- د. محمد عبدالله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، ط4، طرابلس: المركز القومي للبحوث والدراسات سنة 2003، ص180.
- 6- نبراس محمد جاسم الأحبابي، أثر الإدارة الإلكترونية في إدارة المرافق العامة، مصر: دار الجامعة الجديدة، سنة 2018، ص110.

ثانياً- المقالات:

- 1- زينب عباس محمد، "الإدارة الإلكترونية وأثرها في القرار الإداري"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد 16، العدد ، السنة 2014.
- 2- علاء محي الدين مصطفى أبوأحمد، "القرار الإداري الإلكتروني كأحد تطبيقات الحكومة الإلكترونية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السابع عشر- (المعاملات الإلكترونية -التجارة الإلكترونية- الحكومة الإلكترونية)، المنعقد بمركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية أبوظبي، سنة 2009.

- 3- مريم العقون، القرار الإداري الإلكتروني كأسلوب حديث للمرافق العامة، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الدولي حول النظام القانوني للمرفق العام الإلكتروني، جامعة محمد بوضياف الجزائر، المسيلة، سنة 2018.
- 4- د. محمد تيار "حمية المحرر الإلكتروني في مجال الإثبات في القانون الليبي"، بحث مقدم إلى "المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون"، 28-29 أكتوبر، أكاديمية الدراسات العليا - طرابلس - ليبيا، 2009.
- 5- نوفان العقيل عجارمة، ناصر عبد الحميد السلامات، "نفاذ القرار الإداري الإلكتروني"، مجلة علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، المجلد 40.
- 6- يوسف عبدالرحمن الجبوي، سميرة عباس محمد الربيعي، أمل محمود العبيدي، "إدارة الأزمات وإلكترونية اتخاذ القرار"، مجلة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 49، العدد 1، سنة 2011.

Journal of Islamic and Legal Researches

**Published by
Faculty of Law
Al-Merghib University
Vol: (The Second) - No:2020.**