

النوٲق

الدار الوطنفة للكتاب بنغازف 2014/236

المراسلات : مآلة الحق

كلفة القانون بنف ولفد

الرفد الإلكرونف : alhakk68@gmail.com

العداء الثامن نناف 2020

ضوابط النشر

1. أن يكون منضبطا بالمنهجية العلمية الصحيحة.
2. أن يتسم بالجدية والتأصيل العلمي.
3. ألا يكون جزءا من رسالة علمية أو أطروحة دكتوراه، أو أنه قد نشر من قبل بوجه من الوجوه.
4. تقبل الأعمال العلمية بإحدى اللغات الحية في إطار أهداف المجلة، مع ملخص لها باللغة العربية لا يزيد عن صفحتين.
5. أن يكون ضمن مجال العلوم القانونية أو الشرعية.
6. ألا يقل البحث العلمي عن 15 صفحات، ولا يزيد عن 30 صفحة، مرفقا بالسير الذاتية للباحث.
7. أن تكون الهوامش في كل صفحة بترقيم يخصها.
8. أن يكون حجم الهوامش 14 والمتن 16، بخط TraditionalArabic، بما في ذلك الآيات القرآنية.
9. أن يقدم الباحث عمله من ثلاث نسخ ورقية، ونسخة إلكترونية (على قرص) بصيغة الورد (word).
10. أن يملأ الباحث الاستمارات الخاصة بالنشر (تعهد بعدم النشر والالتزام بالضوابط المتبعة - بيانات السيرة الذاتية - نموذج تعديل الملاحظات (إذا تطلب الأمر)).
11. أن تكون معلومات النشر في آخر البحث، مرتبة معجميا على أسماء الكتب.
12. أن تكون الإحالة على المصادر في الهامش باسم الكتب، وليس على أسماء المؤلفين.
13. أن يكون تخريج الأحاديث من المصادر الأصلية مع ذكر الكتاب والباب، ورقم الحديث والجزء والصفحة، والحكم على الحديث إذا كان في غير الصحيحين.
14. أن يقدم الباحث ملخصا عن بحثه لا يتجاوز صفحة واحدة.

مجلة علمية تصدر عن كلية القانون / جامعة بني وليد

المشرف العام	د. عبد الله أمبارك الدعيكي
رئيس التحرير	د. محمود محمد علي أغنية
مدير التحرير	أ. إبراهيم الحسين إبراهيم
المدير التنفيذي	د. حكيم محمد عثمان

هيئة التحرير

د. مفتاح محمود اجبارة	د. علي رمضان المخزوم
د. مفتاح أغنية محمد	د. منصور الفيتوري حامد
د. علي محمد شقلوف	د. عطية الحداد
د. عيسى فتح الله أحمد	د. الهادي علي ازبيدة
د. محمد رمضان الدعيكي	د. إمحمد الشارف البكوش

اللجنة الاستشارية

البحوث المنشورة بالمجلة لا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة أو الجامعة

قائمة المحتويات

6	1	افتتاحية العدد
7	2	الإصابة بتحقيق قول المازري في عدالة الصحابة
		• د/علي محمد عم السهولي
31	3	عصمة الدماء في السنة النبوية - دراسة موضوعية -
		• د/محمد علي عبد الله أغنية
48	4	الوكالة غير القابلة للعزل في القانون الليبي
		• د/أحمد أبو عيسى عبد الحميد
79	5	المشاكل العملية للقبض والتفتيش في قانون جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي
		• د/خيري أبو حميرة الشول
108	6	الحماية الجنائية الدولية للممتلكات الثقافية والتراث العالمي الطبيعي أثناء النزاعات المسلحة
		• د/هشام إمام السوي
131	7	تقييد آثار الحكم بعدم الدستورية حمايةً للأمن القانوني

• د/مفتاح أغنية محمد

161 8 نشأة المجالس الأدبية وتطورها (دراسة مقارنة)

• د/مصطفى فوج ضو البرغوثي

183 9 نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ العقد الإداري

• د/مصباح عمس النائب

207 10 ضمانات المساءلة الأدبية للموظف العام

• د/نبيل سالم احمد فرحات

• أ-مرجب ميلاد بشير الذويبي

افتتاحية العدد

الحمد لله، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله، محمد بن عبد

الله ﷺ:

أما بعد: فإن من دواعي سرورنا أن نقدم العدد الثامن من مجلة الحق التي تصدر عن كلية القانون بني وليد أملين أن تكون هذه المجلة دافعاً لتقديم الإضافة في مجال البحث العلمي.

وإن هيئة التحرير بالمجلة يسعدها تلقي الملاحظات والمقترحات التي من شأنها الدفع بهذه المجلة إلى الأمام لتكون أفضل مما هي عليه، شكلاً ومضموناً.

وبهذه المناسبة أيضاً فإن هيئة التحرير بالمجلة تهيب بالباحثين الشرعيين والقانونيين من أساتذة الجامعات ورجال القضاء والمحامين المساهمة في إثراء مادتها العلمية ببحوثهم وتعليقاتهم في ميدان تخصصهم، وسنكون شاكرين لهم حسن تواصلهم مع المجلة ومتابعة ما يكتب فيها، فذلك كفيل بضمان استمرارها وتجديدها.

فمزيداً من العمل الجاد والمثمر حتى يتواصل مثل هذا العطاء العلمي الذي هو المرأة التي تعكس الدور الحقيقي لجامعة بني وليد بشكل عام وكلية القانون بشكل خاص للنهوض برسالة المجلة على الوجه المنشود.

هيئة التحرير بالمجلة

الإصابة بتحقيق قول المازري في عدالة الصحابة

د/ علي محمد عمر محمود السهولي

محاضر بكلية القانون/ قسم الشريعة الإسلامية/ جامعة بني وليد

مُتَكَلِّمًا

الحمد لله الذي خلق الخلق واصطفى منهم الرسل والأنبياء، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له في الأرض ولا في السماء، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله خير الأنبياء وإمام الأتقياء، صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه البررة الأوفياء، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم العرض واللقاء، وبعد:

فإن الله عز وجل اختار لنبيه . صلى الله عليه وسلم . رجالاً آمنوا به وصدقوه ونصروه واتبعوا النور الذي أنزل معه، بذلوا في القيام بحقه محبوبات النفوس وكرائم الأموال، تركوا في طاعته الأهل والجيران، وحاربوا معه العشيرة والإخوان، فكانوا شعاره وذيّاره، حتى بلغ كلمات ربه، ودخل الناس في دين الله أفواجا، ثم حمل الصحابة الكرام عنه الدين، فحفظوا القرآن، ونقلوا السنن، وأكملوا المسيرة من بعده، فكانوا مشكاة خير حملت نور النبوة، وعكست ذاك النور ليشع عبر الأجيال، فما من سنة إلا وهم وسطاء الخير فيها؛ بما عملوا، ولها بلغوا، وقد اتفقت كلمة أهل العلم بالجرح والتعديل على عدالة الصحابة، وإخراجهم من دائرة التفتيش والتمحيص، ثم نشأت في الإسلام بعض الفرق التي وقعت في الصحابة الكرام . رضي الله عنهم .، وطعنت في عدالتهم، فظهر الخلاف وكثر الكلام في مسألة عدالة الصحابة.

وكان قد اشتهر عن الإمام المازري أنه لا يقول بعدالة جميع الصحابة، بل يرى أن العدالة تثبت للصحابة الملازمين للنبي . صلى الله عليه وسلم . المشتهرين بالصحبة؛ أما غيرهم ممن قلت صحبته للنبي . صلى الله عليه وسلم . فيجب البحث عن حالهم والتثبت من عدالتهم كسائر الرواة من غير الصحابة، وصار قول المازري في هذه المسألة ذريعة يتخذها المغرضون لنفي العدالة عن جميع الصحابة والتشكيك فيهم¹؛ ولأجل ذلك أحببت أن أتبين صحة نسبة هذا الرأي للإمام المازري، فبحثت المسألة في كتبه، وجمعت متفرق كلامه، ومنتشت أقواله فيها؛ للتأكد من صحة نسبته إليه، فجاءت هذه الورقة المعنونة بـ(الإصابة بتحقيق قول المازري في عدالة الصحابة)، وقد اقتضت طبيعة البحث أن يقسم إلى خمسة مطالب، وخاتمة، يتقدمها تمهيد فيه تعريف بالإمام المازري وترجمة موجزة له، ثم:

المطلب الأول: تعريف الصحابي وبيان معنى العدالة.

المطلب الثاني: الإجماع على عدالة جميع الصحابة.

المطلب الثالث: تحقيق قول المازري في عدالة الصحابة.

المطلب الرابع: أدلة المازري على عدالة الصحابة.

1 ينظر: الدوخي: يحيى عبد الحسن، عدالة الصحابة بين القداسة والواقع، منشورات المجمع العالمي لأهل البيت، ط1: 1430هـ، ص119.

المطلب الخامس: ردود المازري على شبهات الطاعنين في الصحابة.

الخاتمة: وقد جاءت جامعة لأهم نتائج هذه الدراسة.

وقد سرت في كتابة هذا الموضوع متتبعاً خطوات المنهج الاستقرائي التحليلي، وذلك بتتبع كلام الإمام المازري في قضية عدالة الصحابة، وجمع كلامه المتفرق في المسألة من مختلف كتبه المطبوعة، ثم تحليلها ودراستها لمعرفة رأيه حولها، والوصول إلى قوله فيها.

ترجمة المازري:

لاقت حياة الإمام المازري اهتماماً كبيراً من الباحثين، واستفاض عدد منهم في تحقيق اسمه ونسبته، وبيان مكان مولده ونشأته، وذكر شيوخه وتلامذته، وسرد آثاره ومؤلفاته؛ لذلك آثرت الاختصار هنا على وضع ملخص لترجمته حاوياً اسمه ونسبه ومكانته العلمية ذاكراً بعض مؤلفاته: هو: أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي المازري المالكي، فالتميمي نسبة إلى بني تميم، والمازري نسبة إلى بلدة مازر بجزيرة صقلية، وُلد سنة 453هـ، ونشأ بمدينة المهديّة في أفريقية، وبها قرأ وترعرع، وتلقى العلم، وتصدر للفتوى والتدريس في سن العشرين، وقد عُرف بالذكاء، وتحقيق الفقه، ودقة النظر، حتى بلغ درجة الإمامة ولُقّب بالإمام، كان إماماً بالفقه، محققاً في الأصول، أستاذاً في الحديث، عارفاً بالخلاف، مهتماً بمقاصد التشريع، وقد استفاضت كتب التراجم بالثناء عليه، وتحليلته بالإمامة وسعة العلم، وأن منزلته بين العلماء هي منزلة الفقيه العالم، المتضلع بمعارف كثيرة، والمتحقق برتبة الاجتهاد، يقول عنه القاضي عياض: ((إمام بلاد أفريقية وما وراءها من المغرب، وآخر المشتغلين من شيوخ أفريقية بتحقيق الفقه، وممن بلغ فيه رتبة الاجتهاد ودقة النظر، لم يكن في عصره للمالكية في أقطار الأرض أفقه منه ولا أقوى لمذهبهم، وسمع الحديث وطالع فيه، واطلع على علوم كثيرة من الطب والحساب والآداب وغير ذلك، فكان أحد رجال الكمال في العلم في وقته، وكان حسن الخلق، مليح المجلس أنيسه، كثير الحكاية وإنشاد قطع الشعر، وكان قلمه في العلم أبلغ من لسانه))¹، وما وضعه الإمام المازري من المؤلفات في مختلف العلوم والفنون من؛ حديث، وفقه، وأصول، وغير ذلك دليل واضح على طول باعه في العلوم، وتبحره في المعارف، ومن أهم مؤلفاته: المعلم بفوائد مسلم، وشرح التلقين، وإيضاح المحصول من برهان الأصول، عاش المازري ثلاثاً وثمانين عاماً، وتوفي . رحمه الله . سنة 536هـ بالمهدية ودُفن بالمنستير².

1 القاضي عياض: عياض بن موسى اليحصبي، الغنية (فهرست شيوخ القاضي عياض)، تحقيق: ماهر جرار، دار الغرب الإسلامي . بيروت، ط1: 1402هـ، ص65.

2 ينظر: القاضي عياض، المرجع السابق، ص65، وابن خلكان: أحمد بن محمد البرمكي، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر . بيروت، 1379هـ . 1977م، 4/285، والذهبي: محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء، تحقيق: سعيد الأرنؤوط، محمد العرقسوسي، مؤسسة الرسالة . بيروت، ط11: 1417هـ، 104/20، وحسن حسني عبد الوهاب، الإمام المازري، دار الكتب الشارقة . تونس، د ت، ص49.

المطلب الأول:

تعريف الصحابي وبيان معنى العدالة

أولاً: تعريف الصحابي:

الصاحب في اللغة: مشتق من الصحبة، وهو أصل يدل على مقارنة شيء ومقارنته، يقال: صاحبه، بمعنى عاشره، فيكون الصاحب: المعاشر المخالط¹.

وفي الاصطلاح: الصحابي . عند جمهور العلماء :: من لقي النبي . صلى الله عليه وسلم . مؤمناً به ومات على ذلك²، ويدخل في ذلك من طالت ملازمته للنبي . صلى الله عليه وسلم . أو قصرت، بل يدخل فيه من رآه . صلى الله عليه وسلم . ولم يجالسه؛ غير أن بعض علماء الأصول يخالف في ذلك ويقصر الصحبة على: من طالت صحبته للنبي . صلى الله عليه وسلم . وكثرت مجالسته له والأخذ عنه³، وقد نُسب هذا القول للإمام المازري، وفيما يلي تحقيق قوله في تعريف الصحابي.

رأي المازري في تعريف الصحابي:

والذي يظهر أن المازري يوافق المحدثين في تعريفهم للصحابة؛ إذ يقول: ((ولسنا نعني بأصحابه هنا كل من رآه اتفاقاً، أو رآه لمأماً، أو ألمَّ به لغرض وانصرف عن قريب؛ لكن إنما نريد بذلك أصحابه الذين لازموه ﴿وَعَزَّزُوهُ وَنَصَرُوهُ وَاتَّبَعُوا النُّورَ الَّذِي أُنزِلَ مَعَهُ أُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾⁴))⁵، فهو يبيِّن أن من لازم النبي . صلى الله عليه وسلم . وطالت مجالسته له فقد بلغ كمال الصحبة المقتضي للعدالة، وأما من لم تطل صحبته؛ وإنما رأى النبي . صلى الله عليه وسلم . ولم يلازمه، فإنه معدود في الصحابة، ولكن

1 ينظر: ابن منظور: محمد بن مكرم الإفريقي، لسان العرب، دار صادر . بيروت، د ت، 519/1، والفيروزآبادي:

محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة . بيروت، ط8: 1426هـ . 2005م، ص104.

2 ينظر: ابن الصلاح: عثمان بن عبد الرحمن، المقدمة في معرفة أنواع علوم الحديث، تحقيق: عائشة بنت الشاطي،

دار المعارف . القاهرة، د ت، ص486، وابن حجر: أحمد بن علي العسقلاني، زهة النظر في توضيح نخبة الفكر،

تحقيق: عبد الله الرحيلي، ط1: 1422هـ . 2001م، ص140

3 ينظر: السمعاني: منصور بن محمد، قواطع الأدلة في أصول الاعتقاد، تحقيق: عبد الله الحكيمي، مكتبة التوبة .

السعودية، ط1: 1419هـ . 1998م، 392/1، والزركشي: محمد بن عبد الله، البحر المحيط في أصول الفقه،

تحقيق: عبد القادر العاني، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية . الكويت، ط2: 1413هـ . 1992م، 301/4،

والعراقي: عبد الرحيم بن الحسين، شرح التبصرة والتذكرة، تحقيق: ماهر الفحل، دار الكتب العلمية . بيروت، ط1:

1423هـ . 2002م، 122/2.

4 سورة الأعراف: جزء من الآية 157.

5 المازري: محمد بن علي التميمي، إيضاح المحصول من برهان الأصول، تحقيق: عمار الطالبي، دار الغرب الإسلامي .

بيروت، د ت، ص482.

لا يثبت له وصف العدالة إلا بعد البحث والتحري، والمهم هنا أن المازري يرى أنه ممن نال شرف الصحبة، وذلك لورود ما يدل على إثبات الفضيلة والصحبة لمن لم يحصل منه إلا مجرد اللقاء القليل والرؤية¹.

ثانياً: تعريف العدالة:

العدالة في اللغة: مادة (عدل) تأتي لغة بمعنيين: الأول: الاستواء والاستقامة، والثاني: الميل والانحراف، قال المازري: ((هذه التسمية من أسماء الأضداد؛ لأنك تقول: عدل السهم؛ إذا جار وانحرف عن القصد، وتقول: عدل الرجل؛ إذا سلك القصد واتبع المنهج الذي أمر به))²، والعدل ضد الجور، وهو: ما قام في النفوس أنه مستقيم، والعدل من الناس: هو المرضي المستوي الطريقة، فالعدالة: الاستقامة³.

العدالة في الاصطلاح: هي ملكة تحمل صاحبها على ملازمة التقوى والمروءة⁴، ويرى المازري ((أنه لا مطمع لأحد في إيراد صيغة على صيغ الحدود حاصرة للعدالة مبينة لها على التعيين والتفصيل؛ ولما أيس العلماء من العثور على هذا القول الجامع المانع، عدلوا إلى ذكر رسوم مبينة عنها على الجملة))، ثم نقل قول الإمام الشافعي في بيان معنى العدالة: ((لا أحد يطيع الله حتى لا يعصيه، كما لا أحد يعصيه حتى لا يطيعه، فلا سبيل إلى رد الجميع ولا قبول الجميع، فلا بد من فاصل، فمن كان الأغلب عليه الاستقلال بالفرائض وأوامر الله سبحانه، والكف عن زواجه، والتحلي بالمروءة فإنه عدل، ومن كان بالعكس فإنه غير عدل، فمن لم يمتثل أمر الله سبحانه، أو وقع فيما يسقط مروءته وقدره في الناس، فذلك ساقط الشهادة والرواية))⁵، ثم نقل تعريف القاضي ابن الطيب للعدل فقال: ((وأما القاضي ابن الطيب فإنه أشار إلى مسلك قريب من مسلك الشافعي، فرأى أن: من عُرف بالقيام بالفرائض، واتباع أوامر الله سبحانه، واجتناب مزاجر الشرع، وتوقي ما يُمرض القلوب فيه ويحدث فيها تهمّة، وسوء ظن

1 ينظر: العلائي: خليل بن كيكليدي، تحقيق منيف الرتبة لمن ثبت له شريف الصحبة، تحقيق: محمد الأشقر، مؤسسة الرسالة. بيروت، ط1: 1412هـ. 1991م، ص43.

2 إيضاح الحصول، ص467.

3 ينظر: ابن فارس: أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون دار الفكر. بيروت، 1399هـ. 1979م، 246/4، والزيدي: محمد بن محمد الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية. الكويت، د ت، 443/29.

4 ينظر: ابن حجر، نزهة النظر ص69، والسخاوي: محمد بن عبد الرحمن، فتح المغيبي بشرح ألفية الحديث، تحقيق: عبد الكريم الخضير، مكتبة دار المناهج. الرياض، ط1: 1426هـ، 158/2.

5 ينظر: البيهقي: أحمد بن الحسين، معرفة السنن والآثار، تحقيق: عبد المعطي قلجعي، دار الوفاء. القاهرة، ط1: 1412هـ. 1991م، 314/14.

بدينه، فإن هذا هو العدل المقبول الشهادة والرواية))، ثم أقرّ المازري هذا التعريف وبَيّن مستنده بقوله: ((وهذه الطرائق التي ذكرناها عن أئمة الفقهاء والأصوليين حتى واضح، ومسلكتنا في قبول خبر الواحد والعمل به اتباع الصحابة . رضي الله عنهم .، ونحن نعلم قطعاً أنهم كانوا لا يقبلون الرواية عن النبي . صلى الله عليه وسلم . ممن اطّعلوا على وقوعه فيما ذكرناه من المحرمات والحساسات، وملابسة أمثال هذه الدنئات))¹.

المطلب الثاني:

الإجماع على عدالة الصحابة

أولاً: حكاية الإجماع على عدالة الصحابة:

اتفق أهل السنة على عدالة الصحابة . رضي الله عنهم .، ونقلوا الإجماع على ذلك، قال ابن عبد البر: ((الصحابة . رضي الله عنهم . قد كُفينا البحث عن أحوالهم؛ لإجماع أهل الحق من المسلمين . وهم أهل السنة والجماعة . على أنهم كلهم عدول))²، وقال ابن الصلاح: ((للصحابة بأسرهم خصيصة وهي: أنه لا يُسأل عن عدالة أحد منهم، بل ذلك أمر مفروغ منه؛ لكونهم على الإطلاق مُعَدَّلِينَ بنصوص الكتاب والسنة وإجماع من يُعْتَدُّ به في الإجماع من الأمة ... ثم إن الأمة مجمعة على تعديل جميع الصحابة، ومن لابس الفتن منهم فكذلك بإجماع العلماء الذين يُعْتَدُّ بهم في الإجماع؛ إحساناً للظن بهم، ونظراً إلى ما تَمَهَّد لهم من المآثر، وكأن الله سبحانه أتاح الإجماع على ذلك؛ لكونهم نقلة الشريعة))³، وقال القرطبي: ((الصحابة كلهم عدول، أولياء الله وأصفياءه، وخيرته من خلقه بعد أنبيائه ورسله، هذا مذهب أهل السنة، والذي عليه الجماعة من أئمة هذه الأمة))⁴، وقال العلائي: ((الذي ذهب إليه جمهور السلف والخلف: أن العدالة ثابتة لجميع الصحابة . رضي الله عنهم .، وهي الأصل المستصحب فيهم، إلى أن يثبت بطريق قاطع ارتكاب واحد منهم لما يوجب الفسق مع علمه، وذلك مما لم يثبت صريحاً عن أحد منهم بحمد الله؛ فلا حاجة إلى البحث عن عدالة من ثبتت له الصحبة، ولا الفحص عنها بخلاف من بعدهم))⁵، وقال ابن حجر: ((اتفق أهل السنة على أن الجميع عدول، ولم

1 المازري، إيضاح الموصول ص467، 468.

2 ابن عبد البر: يوسف بن عبد الله النمري، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق: محمد البجاوي، دار الجيل . بيروت، ط1: 1412هـ . 1992م، 19/1، وقال أيضاً: ((الصحابة كلهم عدول مرضيون ثقات أثبات، وهذا أمر مجتمتع عليه عند أهل العلم بالحديث)) التمهيد، 47/22،

3 المقدمة، ص490، 491.

4 القرطبي: محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني، دار الكتب المصرية . القاهرة، ط2: 1984هـ . 1964م، 299/16.

5 تحقيق منيف الرتبة، ص60.

يخالف في ذلك إلا شذوذ من المبتدعة)¹، ونصوص أهل العلم في نقل اتفاق أهل السنة على عدالة الصحابة كثيرة جداً.

ثانياً: القول بعدم عدالة جميع الصحابة:

وقد خالف في ذلك غير أهل السنة من: الشيعة والمعتزلة، والخوارج فلم يحكموا بعدالة كل الصحابة. رضي الله عنهم.²، وقد نقل المازري مذهب المعتزلة فقال: ((وإنما ذكرنا هذا رداً على من قال من المعتزلة بنفي عدالة قوم مشاهير قاتلوا علياً. رضي الله عنه.، وحكموا عليهم بالنفي... إلى غير ذلك من الأباطيل التي تفوهوا بها في حق نَقْلَة هذا الدين وحملته الذين بأسياهم ظهر، ومن ألسنتهم انتشر))³، ورد عليهم بالأدلة التي تثبت تعديل الله عز وجل للصحابة. رضي الله عنهم.، ((وأن المقاتل منهم لصاحبه كان يراه مجتهداً في قتاله متأولاً، فلم يتبرأ منه، ولا أسقط شهادته))⁴.

ثالثاً: تحقيق دعوى الإجماع على عدالة الصحابة:

هذا ما نقله كثير من أهل العلم: أن أهل السنة مجمعون على عدالة الصحابة جميعاً. رضي الله عنهم.، وأنه لم يخالف في ذلك إلا أهل البدع من المعتزلة والخوارج والشيعة، فقال العلائي: ((لا تجد المخالفين في هذه المسألة إلا شذوذاً لا يعتد بهم من أهل البدع ومن في قلبه مرض))⁵، وقد تعقب العراقي حكاية هذا الإجماع بأن هناك من أهل السنة من لم يحكم بعدالة جميع الصحابة فقال: ((هكذا حكى ابن الصلاح الإجماع وفيه نظر، فقد حكى الأمدي وابن الحاجب قولاً: أنهم كغيرهم في لزوم البحث عن عدالتهم مطلقاً))⁶، وهذا القول منسوب لأبي الحسين بن القطان الشافعي⁷، ومن نُقل عنه الخلاف في ذلك من أهل السنة أيضاً: سعيد بن المسيب. رحمه الله.؛ إذ نُقل عنه أنه لا يُعَدُّ الصحابي

1 ابن حجر: أحمد بن علي، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: عادل عبد الموجد، وعلي معوض، دار الكتب العلمية بيروت، ط1: 1415هـ، 162/1.

2 ينظر: الزركشي، البحر المحيط، 299/4، والعراقي، شرح التبصرة، 131/2، والسخاوي، فتح المغيث، 37/4، والشوكاني: محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: سامي بن العربي، دار الفضيلة. الرياض، ط1: 1421هـ. 2000م، 339/1.

3 إيضاح الموصول، ص482، وينظر: السمعاني، قواطع الأدلة، 343/1، والغزالي: محمد بن محمد الطوسي، المستصفي من علم الأصول، تحقيق: محمد عبد الشافي، دار الكتب العلمية. بيروت، ط1: 1413هـ. 1993م، ص130.

4 إيضاح الموصول، ص483.

5 تحقيق منيف الرتبة، ص60.

6 شرح التبصرة، 130/2، وينظر: الأمدي: علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، دار الصمعي. الرياض، ط1: 1424هـ. 2003م، 90/2، وابن الحاجب: عثمان بن عمر، مختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل، تحقيق: نذير حمادو، دار ابن حزم. بيروت، ط1: 1427هـ. 2006م، 594/1.

7 ينظر: الزركشي، البحر المحيط، 299/4، والسخاوي، فتح المغيث، 36/4.

إلا من أقام مع رسول الله . صلى الله عليه وسلم . سنة أو سنتين، وغزا معه غزوة أو غزوتين¹، وقد بين العلاءي أن ابن المسيب يقصد بذلك من يُحکم له بالعدالة من الصحابة، فقال: ((يؤول كلام سعيد على من يُعطى كمال الصحبة المقتضي للعدالة))²، وهذا القول: الحكم بالعدالة للمشتهرين بالصحبة الملازمين للنبي . صلى الله عليه وسلم . هو ما اختاره القرافي؛ إذ يقول: ((ومعنى قول العلماء: الصحابة . رضي الله عنهم . عدول، أي: الذين كانوا ملازمين له والمهتدين بهديه . صلى الله عليه وسلم .))³، ورجح هذا القول الصنعاني فقال: ((إن المادح القرآنية، والأحاديث النبوية، والصفات الشريفة العلية، التي كانت هي الدليل على عدالتهم، وعلو منزلتهم، ورفعة مكانهم، تخص الذين صحبوه صحبة محققة، ولازموه ملازمة ظاهرة))⁴، وهو ما اشتهر عن المازري القول به، وسيأتي بيان ذلك.

رابعاً: رأي المازري في حكاية الإجماع على عدالة الصحابة:

المازري لا يرى الإجماع منعقداً على الحكم بعدالة جميع الصحابة؛ وذلك لأن الشك في عدالة بعض الصحابة . رضي الله عنهم . أمر محتمل، مع كون هذا الشك مستبعد جداً، يقول المازري: ((كون الشك في عدالة بعضهم لا يؤدي إلى إسقاط عدالة جميعهم، بعد أن نُسَلِّم حصول الشك في ذلك؛ كيف ونحن إنما نتأول في قصة، وهو الظاهر المستفاد ظهوره منها، وعلم عدالتهم التي شهد لهم بها رب العالمين، كيف ونحن لو شهد فينا شاهد عرفناه بالعدالة والورع، ولكن حُكِّي لنا عنه أنه صدر منه فعل قد يريب، فإننا لا نُسقط عدالته بالتجويز والشك، بل نستصحب ما كنا عليه من قبول شهادته، بهذا تعبدنا في شهادتنا مع كون أحدهم لو أنفق مثل أُحدٍ ذهباً ما بلغ من أحد الصحابة ولا نصيفه، فكيف نزن أنا نخرجهم عن العدالة بتجويز وقوعهم في معصية تقدر في العدالة))⁵، فهو يُقرّر أن الشك في عدالة بعض الصحابة أمر ممكن ومحتمل، ومع ورود هذا الاحتمال فإنه نادر جداً، ولا يلزم منه القول

1 ينظر: الخطيب: أحمد بن علي البغدادي، الكفاية في علم الرواية، دائرة المعارف العثمانية، 1357هـ، ص50، وابن الصلاح، المقدمة، ص487، ولا يصح هذا القول عن ابن المسيب، فقد أخرجه ابن سعد في الطبقات، ص818، عن الواقدي محمد بن عمر، قال: أخبرني طلحة بن محمد بن سعيد بن المسيب، عن أبيه، قال: كان سعيد بن المسيب يقوله، وهذا إسناد ضعيف، قال العراقي في شرح التبصرة 2/125: ((لا يصح هذا عن ابن المسيب ففي الإسناد إليه الواقدي، ضعيف في الحديث))، كما أن طلحة بن محمد بن سعيد بن المسيب مجهول لا يُعرف. ينظر: ابن حجر: أحمد بن علي، لسان الميزان، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، ط2: 1390هـ . 1971م، 3/212.

2 تحقيق منيف الرتبة، ص40.

3 شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر . بيروت، ط1: 1424هـ . 2004م، ص281.

4 ثمرات النظر في علم الأثر، تحقيق: رائد صبري، دار العاصمة . الرياض، ط1: 1417هـ . 1996م، ص108.

5 إيضاح المحصول، ص484.

بإسقاط عدالة الجميع؛ وذلك لأن الإجماع منعقد . كما يرى المازري . على: عدم إسقاط عدالة جميع الصحابة . رضي الله عنهم .؛ إذ يقول: ((إسقاط عدالة الجميع هذا خلاف الإجماع، وقد أجمع الناس على أنه لا يصح إسقاط عدالة جميع الصحابة؛ لأنه لو سقطت عدالتهم جميعهم لانهدم هذا الدين، ولم نحصل نحن ولا من قبلنا على شيء منه؛ لأنهم هم طريقنا إليه))¹، فهو يعكس القضية ويجعل الإجماع منعقداً على القول بعدم إسقاط عدالة الجميع، ولا يرى انعقاد الإجماع على: القول بعدالتهم جميعاً . رضي الله عنهم .

المطلب الثالث:

رأي المازري في مسألة عدالة الصحابة:

يثبت المازري رحمه الله عدالة الصحابة . رضي الله عنهم . ويرى أنهم أولى بوصف العدالة وأحق به من غيرهم²، غير أنه قد اشتهر عن المازري أنه لا يقول بثبوت العدالة لجميع الصحابة . رضي الله عنهم .، بل يُثبتها للصحابة الذين لازموا النبي . صلى الله عليه وسلم . واشتهرت صحبتهم له، دون من قلت صحبتته، أو كانت له مجرد رؤية، قال العلائي: ((والحق ما ذهب إليه الجمهور الأعظم من القول المتقدم أولاً . عدالة جميع الصحابة .؛ إلا أن الإمام المازري لم يعم به جميع الصحابة))³؛ وينسب هذا الرأي للمازري لأنه الظاهر من قوله: ((ولسنا نعني بأصحابه هاهنا كل من رآه اتفاقاً، أو زاره لماماً، أو أمَّ به لغرض وانصرف عن قريب؛ لكن إنما نريد بذلك أصحابه الذين لازموه، وعزروه، ونصروه، واتبعوا النور الذي أنزل معه))⁴؛ ولذلك تعقبه أهل العلم، قال ابن حجر: ((أما كلام المازري فلم يُوافق عليه بل اعترضه جماعة من الفضلاء))⁵، ومنهم العلائي إذ قال: ((وهذا قول غريب يُخرج كثيراً من المشهورين بالصحبة والرواية عن الحكم لهم بالعدالة أصلاً؛ كوائل بن حُجر، ومالك بن الحويرث، وعثمان بن أبي العاص، وأشباهم ممن وفد عليه . صلى الله عليه وسلم .، ولم يبق إلا أياماً قلائل ثم انصرف، وكذلك من لم يعرف إلا برواية الحديث الواحد أو الاثنین، ولم يرد مقدار صحبتته من أعراب القبائل، فالقول بالتعميم هو الذي عليه الجمهور))⁶، وفي نسبة هذا المذهب للإمام المازري نظر . عندي .، ويتبين ذلك بأمور:

1 إيضاح المحصول، ص483.

2 ينظر: إيضاح المحصول، ص482.

3 تحقيق منيف الرتبة، ص61، وينظر: السخاوي، فتح المغيث، 38/4.

4 إيضاح المحصول، ص482.

5 الإصابة، 163/1، وينظر: السخاوي، فتح المغيث، 38/4، والشوكاني، إرشاد الفحول، 340/1.

6 تحقيق منيف الرتبة، ص74، وينظر: الزركشي، البحر المحط، 300/4.

أولها: اعتبار المازري القدح في الصحابة . رضي الله عنهم . والظعن في عدالتهم وردّ خبرهم مذهبَ الفسّاق؛ إذ يقول: ((وقد ذهب الفساق إلى أنه لا يبعد أن يكون فيهم من حدث منه ما أوجب التوقف عن قبول خبره، وقد يعتضد صاحب هذه الطريقة بجد عمر بن الخطاب . رضي الله عنه . لأبي بكر . رضي الله عنه . لما حدّه بالقذف، وقد اعتذر عن هذه الواقعة الشاذة النادرة فيهم . رضي الله عنهم .))¹، فالمازري ينص على أن التوقف في قبول خبر الصحابة . رضي الله عنهم .، وإسقاط عدالتهم هو مذهب الفسّاق الذين يتعلقون بالشبهات .

ثانيها: يرى المازري أن كل ما ورد وظاهره يقدر في عدالة بعض الصحابة يجب رده إن كان ضعيفاً، أو تأويله إن رواه الثقات، بل تأويله متعيّن، قال المازري: ((مذهب أفاضل العلماء أن ما وقع من الأحاديث القادحة في عدالة بعض الصحابة . رضي الله عنهم . والمضيضة إليهم مالا يليق بهم، فإنها تُرد ولا تُقبل إذا كان رواها غير ثقات، فإن أحب بعض العلماء تأويلها قطعاً للشغب تُرك رأيه، وإن رواها الثقات تُؤوّلت على الوجه اللائق إذا أمكن التأويل، ولا يقع في روايات الثقات إلا ما يمكن تأويله))²، وقال أيضاً: ((وذكرنا تأويلهم في القتال الذي جرى بينهم ... وإنما بقي النظر في تعيين تأويل كل قصة يتعلقون بها في القدح في العدالة، والجواب المسكت لهم: أن كل ما قدحوا به فيمن أسقطوا عدالته من الصحابة يتصور عليهم مثله في الصحابة الذين لم يقدحوا في عدالتهم؛ فإن ابتدروا إلى تأويل أفعال من وافقوا على عدالته، وحسّنوا لهم المخارج، وقبلوا بمثل ذلك فيمن خالفونا في عدالته، ولا يجدون فصلاً بين الفئتين، فهم بين حيرتين؛ إما التأويل لأفعال الجميع، فنصل نحن بذلك إلى ما نريد، وإما إسقاط عدالة الجميع، وهذا خلاف الإجماع))³؛ وذلك لأن رب العالمين هو من حكم بعدالتهم، فكيف يجوز بعد ذلك القدح في عدالة بعضهم بمجرد الشك واحتمال وقوعهم في المعاصي؟!، قال المازري: ((كيف ونحن لو شهد فينا شاهد عرفناه بالعدالة والورع، ولكن حُكي لنا عنه أنه صدر منه فعل قد يريب، فإننا لا نُسقط عدالته بالتجويز والشك، بل نستصحب ما كنا عليه من قبول شهادته، بهذا تُعبّدنا في شهادتنا، مع كون أحدهم لو أنفق مثل أُحدٍ ذهباً ما بلغ من أحد الصحابة ولا نصيفه، فكيف نظن أننا نخرجهم عن العدالة بتجويز وقوعهم في معصية تقدح في العدالة))⁴، فكل الشبهات التي يتعلق بها الطاعنون في الصحابة هي شبهات ساقطة؛ إما لضعف رواها وكذبها في ذاتها، وإما بتأويلها التأويل

1 إيضاح الحصول، ص492.

2 المعلم بفوائد مسلم، تحقيق: محمد الشاذلي النيفر، الدار التونسية للنشر . تونس، 1988م، 246/3.

3 إيضاح الحصول، ص483.

4 إيضاح الحصول، ص484.

الصحيح بما يتوافق مع فضل الصحابة وعظم قدرهم الذي نص عليه الله عز وجل وبينه رسوله . صلى الله عليه وسلم .، وسيأتي في المطلب الخامس ردود المازري على بعض تلك الشبهات.

ثالثها: احتجاج المازري بمرسل الصحابة . رضي الله عنهم .، واستدلالة على ذلك بثبوت العدالة لأحاد الصحابة؛ إذ يقول: ((فإذا علمنا أن الصحاب إنما يُحدّث عن صاحب آخر، وكان جميعهم عدولاً بتعديل الله سبحانه إياهم، وتعديل النبي . صلى الله عليه وسلم . إياهم بقوله: "أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم"¹، وجب قبول إرسالهم خاصة؛ إذ عدالة أهل الأعصار الذين بعدهم لا يُقْطَعُ بها في آحادهم كما قُطِعَ بذلك على الصحابة . رضي الله عنهم .))²، ثم ذكر المازري أن هذا الاستدلال لا يُسلّم به من يرى وقوع بعض الصحابة فيما يقدح في عدالتهم، ثم ردّ ذلك بأنه مذهب الفساق، وتأويل كل ما يَشْعُرُ بالقدح في عدالتهم كما تقدّم.

رابعها: قبول المازري خبر المقلّ من الراوية، واستدلالة على ذلك بقوله: ((قد كانت الصحابة . رضي الله عنهم . تقبل خبر الأعرابي، ومن لا يُعرف بحفظ الحديث والإكثار من الرواية))³، فالمازري يقرّر أن خبر الأعرابي، ومن لم يشتهر بصحبة النبي . صلى الله عليه وسلم .، ويلزمه مدة طويلة، ومن لم يُكثر من الرواية عنه، مقبول عند الصحابة . رضي الله عنهم .؛ وبذلك يُعلم أن المازري لا يُخرج من كانت هذه صفته من عدول الصحابة كما أشار إلى ذلك العلائي عندما قال: ((وهذا قول غريب يُخرج من لم يعرف إلا برواية الحديث الواحد أو الاثنین ولم يرد مقدار صحبته من أعراب القبائل))⁴.

خامسها: قبول المازري لانفراد الراوي بحديث أو حديثين عن شيخه، واستدلالة على ذلك بقوله: ((ولو جعل هذا . أي انفراده . رية لذهب معظم الشرع من أيدينا؛ لأن أكثر مجالس النبي . صلى الله عليه وسلم .، إنما كانت لجملة من الناس، وانتصابه لبيان الأحكام لم يكن لقوم دون قوم، ونرى أكثر الأحاديث ينفرد بها رجل من الصحابة، فيروي صاحب حديثاً، ويروي آخر حديثاً، حتى يأتي على سائر الأحاديث، فنجد كل واحد منها إنما رواه الواحد أو الآحاد، ولم يكن انفرادهم بهذا رية، وهذا

1 أخرجه: ابن حزم في الإحكام، 82/6، وقال: ((قال البزار: هذا الكلام لا يصح عن النبي . صلى الله عليه وسلم .، فقد ظهر أن هذه الرواية لا تثبت أصلاً))، وقال أيضاً 64/5: ((الحديث المذكور باطل مكذوب من توليد أهل الفسق))، وينظر: ابن الملقن: عمر بن علي، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تحقيق: مصطفى أبو الغيظ، دار الهجرة . الرياض، ط1: 1425هـ . 2004م، 587/9.

2 إيضاح المحصول، ص492.

3 إيضاح المحصول، ص520.

4 تحقيق منيف الرتبة، ص76.

واضح))¹، فهو يقرّر أن انفراد الصحابي الواحد بالحديث الواحد لا يفتح باباً للريبة والشك في روايته؛ بل تقبل روايته؛ لثبوت عدالته.

سادسها: احتجاج المازري بأحاديث بعض الصحابة ممن وفد على النبي . صلى الله عليه وسلم . ولم يلازمه، كوائل بن حُجر، ومالك بن الحويرث . رضي الله عنهم .، ومن ذلك قوله: ((وروى مالك بن الحُوَيْرِث ووائل بن حُجر: "أن النبي . صلى الله عليه وسلم . رفع يديه حذو أذنيه"))²، وقال أيضاً: ((اختلف الناس في رافع رأسه في سجود ركعة الوتر؛ فقال مالك وأبو حنيفة: لا يُؤمّر بجلوس قبل قيامه، بل يستوي قائماً من غير جلوس، وقال الشافعي: بل يجلس جلسة خفيفة، ودليلنا حديث وائل بن حُجر . رضي الله عنه .: "أنه . صلى الله عليه وسلم . كان إذا رفع رأسه من السجود يستوي قائماً"))³.

وبناءً على ذلك فإن قول المازري: ((ولسنا نعي بأصحابه هاهنا كل من رآه اتفاقاً، أو زاره لِمَماً، أو أَلَمَّ به لغرض وانصرف عن قريب؛ لكن إنما نريد بذلك أصحابه الذين لازموا، وعزروه، ونصروه، واتبعوا النور الذي أنزل معه))⁴، المقصود منه . في نظري .: نفي العدالة عن رأي النبي . صلى الله عليه وسلم . وآمن به ثم ارتد بعد ذلك، ويدل لذلك قول المازري في معرض ردّه على من يستدل بحديث الحوض على نفي العدالة عن الصحابة . رضي الله عنهم .: ((هذا الحديث محال أن يُراد به من أشرنا إليه من الصحابة . رضي الله عنهم .، ما بدّلوا، ولا غيّرُوا، وإنما أشار إلى من بدّل دينه وغيّر، وقد بدّل قوم دينهم وغيّرُوا، وأولئك ليسوا الذين أردناهم، ولا هم المروي عنهم هذه الشريعة))⁵، فالمازري يبيّن أن من بدّل دينه وغيّر بعد النبي . صلى الله عليه وسلم . ليسوا هم المقصودين بقوله: ((نريد بذلك أصحابه الذين لازموا، وعزّروا، ونصروه، واتبعوا النور الذي أنزل معه))، فمن بدّل وغيّر لا يدخل في

1 إيضاح الحصول، ص520.

2 شرح التلقين، تحقيق: محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي . بيروت، ط1: 1997م، 551/1، والحديث أخرجه ابن ماجه: محمد بن يزيد في سننه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر . بيروت، د ت، كتاب: إقامة الصلاة والسنة فيها، باب: رفع اليدين إذا ركع، برقم (867)، 281/1، وأبو داود سليمان بن الأشعث في سننه، تحقيق: محمد محيي الدين، دار الفكر . بيروت، د ت، كتاب: الصلاة، باب: رفع اليدين في الصلاة، برقم (726)، 193/1، وقال الألباني: (صحيح).

3 شرح التلقين، 588/1، والحديث أخرجه: البزار أحمد بن عمرو في المسند، تحقيق: محفوظ الرحمن زين الله، مكتبة العلوم والحكم . المدينة المنورة، ط1: 2009ك، برقم (4488)، 355/10، وقال الهيثمي: ((فيه محمد بن حُجر، قال البخاري: فيه بعض نظر، وقال الذهبي: له مناكير)) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي . القاهرة، د ت، 135/2.

4 إيضاح الحصول، ص482.

5 إيضاح الحصول، ص483.

حد الصحابة الموسومين بالعدالة . رضي الله عنهم .، ومع ذلك فإن من كانت هذه صفته وحاله فإنه لم تُنقل من طريقه الشريعة، ولم تُرو عنه سنة؛ فيكون قول المازري في هذه المسألة: الحكم بعدالة الصحابة . رضي الله عنهم . الذين نُقلت عنهم الشريعة، ورويت عنهم السنن، سواء كانوا مشهورين بالصحبة ممن لازموا النبي . صلى الله عليه وسلم . وأكثروا من الرواية، أو كانوا أعراباً لم يلزموه . صلى الله عليه وسلم . المدة الطويلة، أو كانوا من المُقلين من الرواية.

المطلب الرابع: أدلة المازري على عدالة الصحابة . رضي الله عنهم .

تقرّر أن الصحابة . رضي الله عنهم . عدول؛ بتعديل الله عز وجل إياهم، وتعديل رسوله . صلى الله عليه وسلم لهم، وقد تضافرت الأدلة من الكتاب والسنة على تعديل الصحابة الكرام . رضي الله عنهم .، والأدلة التي ذكرها المازري على عدالة الصحابة . رضي الله عنهم . هي:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿فَالَّذِينَ آمَنُوا بِهِ وَعَزَّرُوهُ وَنَصَرُوهُ وَاتَّبَعُوا النُّورَ الَّذِي أُنزِلَ مَعَهُ أُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾¹، قال المازري: ((ولو لم يكن في تصحيح ما قلناه إلا هذه الآية التي شهد الله سبحانه لهم فيها بالفلاح))²، ووجه الدلالة من الآية: أن الله عز وجل أثنى على الصحابة الذين آمنوا بالنبي . صلى الله عليه وسلم . وصدقوه، وأقروا بنبوته، وعظّموه، وأعانوه، ونصروه، وحمّوه من الناس، واتبعوا ما أتاهاهم به من الهدى، فهؤلاء هم المفلحون الناجون في الآخرة، والمستوجبون لرحمة الله سبحانه وتعالى³.

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿لَقَدْ رَضِيَ اللَّهُ عَنِ الْمُؤْمِنِينَ إِذْ يُبَايِعُونَكَ تَحْتَ الشَّجَرَةِ فَعَلِمَ مَا فِي قُلُوبِهِمْ فَأَنْزَلَ السَّكِينَةَ عَلَيْهِمْ وَأَثَابَهُمْ فَتْحًا قَرِيبًا﴾⁴، في هذه الآية تعديل الصحابة الذين كانوا مع النبي . صلى الله عليه وسلم . يوم الحديبية، وقد أخبر الله عز وجل برضاه عنهم، وشهد لهم بالإيمان، وركّاهم بما استقر في صدورهم من الصدق والوفاء، والسمع والطاعة⁵.

الدليل الثالث: قوله تعالى: ﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ﴾⁶، فوصف الله عز وجل الأمة كلها بأنها خير أمة أُخْرِجَتْ للناس، ولا ريب أن الصحابة . رضي الله عنهم . أولى الناس بالاتصاف بذلك، وأعلاهم رتبة فيه⁷.

1 سورة الأعراف: جزء من الآية 157.

2 إيضاح الموصول، ص482.

3 ينظر: الطبري: محمد بن جرير، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد شاكر، مؤسسة الرسالة . بيروت، ط1: 1420 هـ . 2000م، 13/168، وابن كثير: إسماعيل بن عمر القرشي، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: محمد حسين، دار الكتب العلمية . بيروت، ط1: 1419 هـ . 1999م، 3/440.

4 سورة القتح: الآية 18.

5 ينظر: الخطيب، الكفاية، ص46، والمازري، إيضاح الموصول، ص482، والعلاني، تحقيق منيف الرتبة، ص77.

6 سورة الأعراف: جزء من الآية 110.

7 ينظر: المازري إيضاح الموصول، ص482، والعلاني، تحقيق منيف الرتبة، ص79.

الدليل الرابع: قول النبي - صلى الله عليه وسلم :: "لا تسبوا أصحابي فلو أن أحدكم أنفق مثل أُحُد ذهباً ما بلغ مُدَّ أَحَدِهِمْ ولا نَصِيفَهُ"¹، ووصفُ الصحابة بغير العدالة سبُّ لهم، وهو منهي عنه؛ فثبت بذلك وصف العدالة لهم². **الدليل الخامس:** قول النبي - صلى الله عليه وسلم :: "أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم"³، فجميع الصحابة - رضي الله عنهم - عدول بتعديل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لهم؛ إذ جعلهم محل قدوة واتباع⁴.

الدليل السادس: إن في إسقاط عدالة الصحابة - رضي الله عنهم - ردُّ للشريعة، وتكذيب لوعده الله عز وجل بحفظ هذا الدين بقوله: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾⁵، فالصحابة - رضي الله عنهم - هم أمناء هذه الأمة، وحَمَلَةُ شَرِيعَتِهَا، ونَقَلَتُهَا إلى من بعدهم؛ ولذا فإن الطعن فيهم، والتشكيك في عدالتهم، يفضي في الحقيقة إلى هدم الدين والقضاء على الشريعة، وعدم الوثوق بشيء من مصادرها، والإطاحة بجملة من النصوص والأحاديث التي إنما وصلتنا عن طريقهم وبواسطتهم، وبالتالي إبطال الكتاب والسنة، قال المازري: ((لأنه لو سقطت عدالتهم - رضي الله عنهم - لانهدم هذا الدين، ولم نحصل نحن ولا من قبلنا على شيء منه؛ لأنهم هم طريقنا إليه))⁶، ولذلك قال الإمام أبو زرعة الرازي - رحمه الله :: ((إذا رأيت الرجل ينتقص أحداً من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فاعلم أنه زنديق؛ وذلك أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عندنا حق، والقرآن حق، وإنما أدى إلينا هذا القرآن والسنن أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، وإنما يريدون أن يجرحوا شهودنا ليبتلوا الكتاب والسنة، والجرح بهم أولى، وهم زنادقة))⁷.

1 أخرجه: البخاري: محمد بن إسماعيل في صحيحه، تحقيق: مصطفى ذيب البغا، دار ابن كثير - بيروت، ط3: 1407هـ. 1987م، كتاب: أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم -، باب: قول النبي: "لو كنت متخذاً خليلاً"، برقم (3470)، 1343/3، ومسلم بن الحجاج في صحيحه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، د ت، كتاب: فضائل الصحابة، باب: تحريم سب الصحابة - رضي الله عنهم -، برقم (2540)، 1967/4.

2 ينظر: المازري، إيضاح المحصول، ص484، والسخاوي، فتح المغيث، 34/4.

3 تقدم تخريجه، وهو حديث باطل.

4 ينظر: المازري، إيضاح المحصول، ص491.

5 سورة الحجر: الآية 9،

6 إيضاح المحصول، ص483.

7 الخطيب، الكفاية، ص97.

المطلب الخامس:

رد المازري شبهات الطاعنين في عدالة الصحابة . رضي الله عنهم

إن الله عز وجل هو من حكم بعدالة الصحابة، وأثنى عليهم، ورفع قدرهم، وأعلى منزلتهم في كتابه، وكذلك نبيه . صلى الله عليه وسلم . زكاهم، وأشاد بفضلهم، وذكر مآثرهم في سنته، بل إنه . صلى الله عليه وسلم . أمر بإكرامهم، وحفظ حقوقهم، وعدم إيدائهم، ومع ذلك فقد ورد ما يتعلّق به البعض ويستندون عليه للطعن في الصحابة الكرام . رضي الله عنهم .، وقد ذكر المازري بعض تلك الشُّبه، فساقها مع الرد عليها بما يروي الغليل ويشفي العليل، فردّ عليها إجمالاً بقوله: ((مذهب أفاضل العلماء أن ما وقع من الأحاديث القادحة في عدالة بعض الصحابة . رضي الله عنهم . والمضيئة إليهم ما لا يليق بهم، فإنها تُرد ولا تُقبل إذا كان رواها غير ثقات، فإن أحب بعض العلماء تأويلها قطعاً للشغب تُرك ورأيه، وإن رواها الثقات تُؤوِّلت على الوجه اللائق إذا أمكن التأويل، ولا يقع في روايات الثقات إلا ما يمكن تأويله))¹، فما ورد من روايات تحوي قدحاً لبعض الصحابة . رضي الله عنهم . أكثرها لا يثبت؛ لضعف رواها، وعدم نقل الثقات لها، وأما ما ثبتت صحته، وصحت نسبته إليهم، وظاهره القدح فيهم، فإن له تأويلاً يليق بمقامهم، بل يتعين تأويله ليوافق تعديل الله لهم؛ ((فنحن نقبل تعديل رجل واحد عدل على ما بدا به من حُسن الحال في غالب الأمر، وقد يغلط من جهة المراءاة والتصنّع، فكيف بتعديل من عدّله من يعلم السرائر وما تُخفي الصدور))².

وأما ذكر تلك الشُّبه والرد عليها تفصيلاً فإليك بيانه من كلام المازري:

الشبهة الأولى: حديث الحوض، وهو قول النبي . صلى الله عليه وسلم .: "أنا فرطكم على الحوض، وليُرْفَعَنَّ معي رجال منكم ثم يَخْتَلِجُونَ دُونِي، فأقول: يا رب أصحابي، فيقال: إنك لا تدري ما أحدثوا بعدك"³، أفاد هذا الحديث أن بعض من صحب النبي . صلى الله عليه وسلم . سيُذاد عن حوضه؛ لأنه بدّل وغير بعد النبي . صلى الله عليه وسلم .، وعَمِل ما تسقط به عدالته، وقد أجاب المازري عنه بأن: ((هذا الحديث محال أن يراد به من أشرنا إليه من الصحابة، ما بدّلوا ولا غيّرُوا؛ وإنما أشار إلى من بدّل دينه وغيره، وقد بدّل قوم دينهم وغيرُوا، وأولئك ليسوا الذين أردناهم، ولا هم المروي عنهم هذه الشريعة))⁴، فمن يُذاد عن النبي . صلى الله عليه وسلم . ويحال بينه وبين حوضه هم الذين بدّلوا وغيرُوا ممن ارتد بعد وفاته . صلى الله عليه وسلم .، وهؤلاء لم يُنقل من طريقهم الشرع، ولا زُوِيَ

1 المعلم، 246/3.

2 إيضاح الحصول، ص483.

3 أخرجه: البخاري في صحيحه، كتاب: الرقاق، باب: في الحوض، برقم (6205)، 2404/5، ومسلم في صحيحه، كتاب: الفضائل، باب: إثبات حوض نبينا . صلى الله عليه وسلم .، برقم (2297)، 1796/4.

4 إيضاح الحصول، ص483.

عنهم السنن؛ فإنه من المعلوم أن الذين لقوا النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يكونوا صنفاً واحداً، فكان فيهم المنافقون الذين يُظهِرُونَ خلاف ما يبطنون، وكان فيهم المرتابون من جفاة الأعراب الذين ارتدّ كثير منهم بعد وفاته - صلى الله عليه وسلم -، وهذا الحديث ورد فيه ما يبين أسباب الذود عن الحوض، وأوصاف أولئك المذايين عنه، وهي أوصاف لا تنطبق على الصحابة - رضي الله عنهم - الذين ربّاهم النبي - صلى الله عليه وسلم - على عينه، وتُؤيِّق وهو عنهم راضٍ؛ ولذلك أجمع الأئمة على أن الصحابة - رضي الله عنهم - غير معنيين بهذا الحديث، وأنه لا يُوجب أي قرح فيهم، قال الخطابي: ((لم يَرْتَدَّ من الصحابة أحد، وإنما ارتدّ قوم من جفاة العرب، ممن لانصرة له في الدين، وذلك لا يوجب قرحاً في الصحابة المشهورين))¹.

الشبهة الثانية: الطعن في الصحابة الذين قاتلوا علياً - رضي الله عنه -، أو الطعن في الفريقين المقتتلين بسبب الاقتتال بينهم، وقد رد المازري هذه الشبهة بقوله: ((نحن نرى أن كلاً منهم أداه اجتهاده إلى ما فعل، ولم يتعمد ركوب المعصية، ألا ترى بعضهم أشكل عليه الأمر فوقف عن الفتنة، حتى سُئوا بالقدّة به؛ لأنهم قعدوا عن نصره علي - رضي الله عنه -، أو النصره عليه، ولو أفضنا فيما يدل على صحة ما قلناه من قبول شهادة بعضهم عند الفئة المقاتلة لهم، وتفويض الأحكام إليهم لخرجنا عن غرض الكتاب، وهذا يدل على أن المقاتل منهم لصاحبه كان يراه مجتهداً في قتاله متأولاً، فلم يتبرأ منه، ولا أسقط شهادته... وألّف أئمتنا فيه دواوين مجردة للكلام على ما جرى بينهم))²، فالمازري - رحمه الله - يقرّر أن ما وقع بين الصحابة - رضي الله عنهم - من اقتتال زمن الفتنة هو مبني على اجتهاد كلٍّ منهم، وعدم تعمد لارتكاب المعصية والوقوع فيها، فكلٌّ يرى رأيه صواباً ويدافع عنه، ويستدل على ذلك بأن كلاً من الفريقين قد قبل شهادة الفريق الآخر، واحتج بروايته وأحكامه، وهذا يدل على حُكم كل فريق بعدالة الفريق الآخر وعدم إسقاطها، وهذا الذي قرّره المازري هو إجماع من أهل السنة، قال ابن حجر: ((اتفق أهل السنة على وجوب منع الطعن على أحد من الصحابة بسبب ما وقع منهم، ولو عرف المحق منهم؛ لأنهم لم يقاتلوا إلا عن اجتهاد، وقد عفا الله تعالى عن المخطئ في الاجتهاد، بل ثبت أنه يُؤجر أجراً واحداً، وأن المصيب يُؤجر أُجراً))³.

1 الخطابي: حمد بن محمد البستي، أعلام الحديث، تحقيق: محمد آل سعود، منشورات جامعة أم القرى - مكة المكرمة، ط1: 1409هـ. 1988م، 3/1843، وينظر: النووي: يحيى بن شرف، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط2: 1392هـ، 3/136، وابن حجر: أحمد بن علي، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق: عبد العزيز بن باز، المكتبة السلفية، دت، 385/11.

2 إيضاح المحصول، ص483.

3 فتح الباري، 34/13.

الشبهة الثالثة: الطعن في رواية الأمة أبي هريرة . رضي الله عنه .، واتهامه بكثرة الرواية، والتشكيك في عدالته وأمانته، وقد أحاب المازري عن ذلك بقوله: ((من طعن في أبي هريرة . رضي الله عنه . لإكثاره، فقد طعن بما لا يُطعن به، وقد ولّاه عمر . رضي الله عنه . أموراً جسيمة؛ ولو كان غير عدل ما ولّاه إياها على بُعْدِ عمر . رضي الله عنه . عن المداهنة والمرءاة، وقال البخاري: روى عن أبي هريرة . رضي الله عنه . سبعمائة من أبناء المهاجرين والأنصار، ومن اشتهر عند التابعين بالنقل عنه هذا الاشتهار كان الطعن فيه إزراءً بعقول أئمة المسلمين، ومخالفة لما عليه نقلة هذا الدين))¹، فالمازري . رحمه الله . يذكر عدداً من الشُّبُه التي يُطعن بها في الصحابي الجليل أبي هريرة . رضي الله عنه .:

أولها: الطعن فيه بكثرة الرواية، ويؤكد المازري أن كثرة الرواية لا يمكن أن تكون مطعناً في صدقه وأمانته وعدالته . رضي الله عنه .، وهذا وحده كافٍ في إسقاطها، بل هي منقبة له تدل على حرصه على العلم، وضبطه للرواية، فقد لازم أبو هريرة . رضي الله عنه . رسول الله . صلى الله عليه وسلم . منذ قدم عليه مهاجراً؛ ينهل من علمه، ويتلقى عنه أحاديثه ويحفظها، واجتهد في ذلك حتى صار أحفظ الصحابة . رضي الله عنهم .، وأكثرهم رواية للحديث، وقد أحاب أبو هريرة . رضي الله عنه . بنفسه عن هذه الشبهة بقوله: "إن الناس يقولون: أكثر أبو هريرة، ولولا آيتان في كتاب الله ما حدثت حديثاً، ثم يتلو: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنْزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَىٰ مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّاهُ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ أُولَٰئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ اللَّاعِنُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا وَأَصْلَحُوا وَبَيَّنُّوا فَأُولَٰئِكَ أَتُوبُ عَلَيْهِمْ وَأَنَا التَّوَّابُ الرَّحِيمُ﴾"²، إن إخواننا من المهاجرين كان يشغلهم الصَّفَق في الأسواق، وإن إخواننا من الأنصار كان يشغلهم العمل في أموالهم، وإن أبا هريرة كان يلزم رسول الله . صلى الله عليه وسلم . بشيخ بطنه، ويحضر ما لا يحضرون، ويحفظ ما لا يحفظون"³.

ثانيها: الطعن في عدالته وأمانته، وقد رد المازري ذلك بأن عمر بن الخطاب . رضي الله عنه . قد ولّاه بعض أعماله، مع نزاهة عمر . رضي الله عنه . وعدله، وشدة تحريه في وُلاته، فهذا يدل على أنه عدل مرضي عنده . رضي الله عنهم .، قال الجويني: ((ومما يتمسك به في أبي هريرة . رضي الله عنه . أن عمر . رضي الله عنه . مع تنزهه عن المداراة والمداجاة والمداهنة اعتمده، وولّاه في زمانه أعمالاً جسيمة، وخطوباً عظيمة، وكان يتولى زماناً على الكوفة، وكان يُبلِّغُه روايته عن رسول الله . صلى الله عليه وسلم .؛ فلو لم يكن من أهل الرواية لما كان يقرّره عمر . رضي الله عنه . مع العلم بإكثاره))⁴، ثم يستدل المازري

1 إيضاح المحصول، ص483.

2 سورة البقرة: الآيات 159، 160.

3 أخرجه: البخاري في صحيحه، كتاب: العلم، باب: حفظ العلم، برقم (118)، 55/1.

4 الجويني: عبد الملك بن عبد الله، البرهان في أصول الفقه، تحقيق: صلاح عويضة، دار الكتب العلمية . بيروت،

ط1: 1418هـ. 1997م، 240/1.

على عدالة أبي هريرة . رضي الله عنه . وأمانته برواية أئمة المسلمين عنه، وكثرة الآخذين عنه، وهذا دليل على إجماعهم على عدالته، واعتمادهم على روايته؛ فالطعن فيه بعد ذلك نقض لقولهم، ومخالف لفعلهم، ((وهذا تجاسر عظيم على صاحب مشهور من أصحاب النبي . صلى الله عليه وسلم .، روى عنه خلق من أبناء المهاجرين والأنصار، وروى عنه الأئمة من الفقهاء والمحدثين))¹.

الشبهة الرابعة: الطعن في أبي بكر . رضي الله عنه . وَرَدَّ روايته، وإسقاط عدالته؛ لأن عمراً . رضي الله عنه . قد أقام عليه حدّ القذف، وقد أجاب المازري عن ذلك بأن ((أبا بكر . رضي الله عنه . لم يُورد ما حُدَّ عليه مورد القذف والسباب، لكن أورد مورد الشهادة التي قدرها قربة وعبادة، فكان من حكم الشرع جلده؛ صيانة للأعراض، وحماية للذريعة، لا على أنه تعمّد ركوب معصية بالقذف))²، فالمازري . رحمه الله . يقرّر أن أبا بكر . رضي الله عنه . لم يُحد لأجل القذف والوقوع فيه، بل حُدَّ . رضي الله عنه . بسبب عدم اكتمال نصاب الشهادة في الزنا، فهو أدّى شهادته . رضي الله عنه . تعبدًا لله، وتقربًا له سبحانه، ولم يقصد قذف مسلم ظلماً وبهتاناً، وقد فرّق العلماء بين القاذف الحقيقي وبين الشاهد، فقال القاضي أبو يعلى: ((فأما أبو بكر . رضي الله عنه . ومن جُلِد معه فلا يُردّ خبرهم؛ لأنهم جاءوا بحجج الشهادة وليس بصريح في القذف؛ ولأن نقصان العدد معنى من جهة غيره، فلا يكون سبباً في ردّ شهادته))³، وقد أجمع أهل العلم والأثر على قبول رواية أبي بكر . رضي الله عنه .، قال ابن القيم: ((وقد أجمع المسلمون على قبول رواية أبي بكر . رضي الله عنه .))⁴.

الشبهة الخامسة: الطعن في معاوية . رضي الله عنه .، وإسقاط عدالته؛ بسبب أمره بسبّ علي . رضي الله عنه .، وذلك في قوله لسعد بن أبي وقاص . رضي الله عنه .: "ما منعك أن تسب أبا تراب"⁵، وقد ذكر المازري أن هذا مما يجب تأويله، ثم أجاب عنه بأجوبة: **أولها:** أنه لم يأمره بسبّه وإنما أراد معرفة

1 المازري، شرح التلقين، 994/2.

2 إيضاح الحصول، ص 492.

3 الفراء: محمد بن الحسين، العدة في أصول الفقه، تحقيق: أحمد المبارك، منشورات جامعة الملك سعود . الرياض، ط2: 1410 هـ . 1990 م، 947/3، وقال الشيرازي: ((أما أبو بكر ومن جُلِد معه في القذف فإن أخبارهم تُقبل؛ لأنهم لم يخرجوا مخرج القذف، بل أخرجوه مخرج الشهادة، وإنما جلدتهم عمر . رضي الله عنه . باجتهاده، فلم يُجر أن يُقدح بذلك في عدالتهم، ولم يُردّ خبرهم)). اللمع في أصول الفقه، دار الكتب العلمية . بيروت، ط2: 1424 هـ . 2003 م، ص 77، وينظر: الكلوزاني: محفوظ بن أحمد، التمهيد في أصول الفقه، تحقيق: مفيد أبو عمشة، منشورات جامعة أم القرى . مكة المكرمة، ط1: 1406 هـ . 1985 م، 127/3.

4 إعلام الموقعين عن رب العالمين، 243/2.

5 أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: فضائل الصحابة . رضي الله عنهم .، باب: فضائل علي بن أبي طالب . رضي الله عنه .، برقم (2404)، 1871/4.

الأسباب التي تمنع من سب أمير المؤمنين علي بن أبي طالب . رضي الله عنه ، فذكر له سعد . رضي الله عنه . الأحاديث التي سمعها من رسول الله . صلى الله عليه وسلم . في فضل علي . رضي الله عنه .، قال المازري: ((لا بد أن نتأول قول معاوية هذا فنقول: ليس فيه تصريح بأنه أمره بسبّه، وإنما سأله عن السبب المانع له من السب، وقد يُسأل عن مثل هذا السؤال من يستجيز سب المسؤول عنه ويسأل عنه من لا يستجيزه))¹، وثانيها: أن معاوية . رضي الله عنه . أراد الإنكار على من يسب أمير المؤمنين علي بن أبي طالب . رضي الله عنه .، فسأل سعداً . رضي الله عنه . سؤال مستفسر ليتبين لأولئك السابّين ضلال مذهبهم، وشناعة قولهم، وفضاعة فعلهم، قال المازري: ((قد يكون معاوية رأى سعداً بين قوم يسبّونه ولا يمكن الإنكار عليهم، فقال: "ما منعك أن تسبّ أبا تراب؟"؛ ليستخرج منه مثل ما استخرج مما حكاه عن النبي . صلى الله عليه وسلم .، فيكون له حجة على من يسبّه حتى ينضاف إليه غوغاء جنده، فيحصل على المراد على لسان غيره من الصحابة))²، وثالثها: أن المراد بالسبّ: بيان الخطأ وتفنيد المذهب، قال المازري: ((لو لم نسلك هذا المسلك، وحملنا عليه أنه قصد هذا مما تثيره المؤجدة ويقع في حين الحنق؛ لأمكن أن يريد السب الذي هو بمعنى التفنيد للمذهب والرأي، وقد يسمى ذلك في العرف سبباً، ويقال في فرقة: إنها تسبّ أخرى؛ إذا شمع منهم أنهم أخطؤوا في مذاهبهم، وحادوا عن الصواب، وأكثروا من التشنيع عليهم، فمن الممكن أن يريد معاوية . رضي الله عنه . من سعد . رضي الله عنه . بقوله: "ما منعك ان تسب أبا تراب؟"، أي: تُظهِر للناس خطأه في رأيه، وأنّ رأينا وما نحن عليه أسدُّ وأصوب، هذا مما لا يمكن أحد أن يمنع من احتمال قوله له، ويمثل هذا المعنى ينبغي أن يسلك فيما وقع من أمثال هذا))³. فهذه بعض شبهات الطاعنين في الصحابة الكرام . رضي الله عنهم . ساقها الإمام المازري . رحمه الله .، ثم أجاب عنها بجواب مجمل، وفصّل القول في كل شبهة بما يردها ويستقطها.

1 المعلم، 246/3، وينظر: النووي، المنهاج، 175/15.

2 المعلم، 246/3.

3 المعلم، 246/3، وينظر: النووي، المنهاج، 176/15.

الخاتمة

الحمد لله أولاً وآخراً، وظاهراً وباطناً، أحمدده سبحانه كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، على أن وفقني وأعاني على إنجاز هذا البحث، فاللهم لك الحمد على ما أوليت، ولك الشكر على ما أنعمت وأعطيت، وبعد: في نهاية هذه الدراسة أسجل أهم نتائجها وهي

1- يوافق المازري جمهور المحدثين في أن اسم الصحابي يتناول كل من لقي النبي . صلى الله عليه وسلم . مؤمناً به .

2- لا يرى المازري انعقاد الاجماع على: القول بعدالة جميع الصحابة . رضي الله عنهم ؛ لوجود من خالف في ذلك من أهل العلم، وإنما يرى المازري أن الإجماع منعقد على عدم إسقاط العدالة عن جميع الصحابة . رضي الله عنهم ..

3- اشتهر عن المازري القول بعدم ثبوت العدالة لجميع الصحابة . رضي الله عنهم .، وهذا القول وإن كان ظاهراً من بعض نصوصه إلا أنه عند التحقيق وجمع متفرق كلامه لا تصح نسبته إليه .

4- المازري يثبت العدالة لجميع الصحابة . رضي الله عنهم . الذين نُقلت عنهم الشريعة، ورويت عنهم السنن، سواء كانوا مشهورين بالصحبة ممن لازموا النبي . صلى الله عليه وسلم . وأكثروا من الرواية، أو كانوا أعراباً لم يلازموه . صلى الله عليه وسلم . المدة الطويلة، أو كانوا من المقلّين من الرواية؛ فالجميع عدول عنده .

5- المازري يرى أن من بدّل دينه وغيّر بعد النبي . صلى الله عليه وسلم . لا يدخل في حد الصحابة الموسومين بالعدالة . رضي الله عنهم .، ومن كانت هذه صفته وحاله فإنه لم تُثقل من طريقه الشريعة، ولم تُرَو عنه سنة .

والحمد لله رب العالمين



قائمة المصادر والمراجع

- 1- القرآن الكريم.
- 2- ابن الحاجب: أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر (ت 646هـ)، مختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل، تحقيق: نذير حمادو، دار ابن حزم . بيروت، ط1: 1427هـ . 2006م.
- 3- ابن الصلاح: أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن الشهرزوري (ت 643هـ)، معرفة أنواع علوم الحديث، تحقيق: عائشة عبد الرحمن بنت الشاطيء، دار المعارف . القاهرة، د ت.
- 4- ابن القيم: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الزُّرعي الدمشقي (ت 751هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي . السعودية، ط1: 1423هـ.
- 5- ابن الملقن، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي الشافعي (ت 804هـ)، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تحقيق: مصطفى أبو الغيظ، وعبد الله سليمان، وياسر بن كمال، دار الهجرة . الرياض، ط1: 1425هـ . 2004م.
- 6- ابن حجر: أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني (ت 852هـ)، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: عادل عبد الموجود، وعلي معوض، دار الكتب العلمية . بيروت، ط1: 1415هـ.
- 7- ابن حجر: أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني (ت 852هـ)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق: عبد العزيز بن باز، المكتبة السلفية، د ت.
- 8- ابن حجر: أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني (ت 852هـ)، نزهة النظر في توضيح نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر، تحقيق: عبد الله الرحيلي، ط1: 1422هـ . 2001م.
- 9- ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد الأندلسي (ت 456هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، دار الآفاق الجديدة . بيروت، د ت.
- 10- ابن خلكان: أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر (ت 681هـ)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر . بيروت، 1379هـ . 1977م.
- 11- ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري (ت 463هـ)، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق: محمد الجاوي، دار الجيل . بيروت، ط1: 1412هـ . 1992م.
- 12- ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري (ت 463هـ)، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى العلوي، ومحمد البكري، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية . المغرب، ط2: 1402هـ . 1982م.

- 13- ابن فارس: أحمد بن فارس القزويني (ت395هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر - بيروت، 1399هـ. 1979م.
- 14- ابن كثير: أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي (ت774هـ)، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1: 1419هـ. 1999م.
- 15- ابن ماجه: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت273هـ)، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر - بيروت، د ت.
- 16- ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي (ت711هـ)، لسان العرب، دار صادر - بيروت، د ت.
- 17- أبو داود: سليمان بن الأشعث السجستاني (ت275هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر - بيروت، د ت.
- 18- الآمدي: أبو الحسين علي بن محمد الثعلبي (ت631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي - الرياض، ط1: 1424هـ. 2003م.
- 19- البخاري: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل (ت256هـ)، صحيح البخاري، تحقيق: مصطفى ذيب البغا، دار ابن كثير - بيروت، ط3: 1407هـ. 1987م.
- 20- البزار: أبو بكر أحمد بن عمرو العتكي (ت292هـ)، المسند، تحقيق: محفوظ الرحمن زين الله، وعادل بن سعد، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، ط1: 2009م.
- 21- البيهقي: أبو بكر أحمد بن الحسين الخراساني (ت485هـ)، معرفة السنن والآثار، تحقيق: عبد المعطي قلجعي، دار الوفاء - القاهرة، ط1: 1412هـ. 1991م.
- 22- الجويني: إمام الحرمين أبو المعالي ركن الدين عبد الملك بن عبد الله (ت478هـ)، البرهان في أصول الفقه، تحقيق: صلاح عويضة، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1: 1418هـ. 1997م.
- 23- حسن حسني عبد الوهاب، الإمام المازري، دار الكتب الشرقية - تونس، د ت.
- 24- الخطابي: أبو سليمان حمد بن محمد البستي (ت388هـ)، أعلام الحديث، تحقيق: محمد آل سعود، منشورات جامعة أم القرى - مكة المكرمة، ط1: 1409هـ. 1988م.
- 25- الخطيب البغدادي: أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت (ت463هـ)، الكفاية في علم الرواية، دائرة المعارف العثمانية، 1357هـ.
- 26- الدوحي: يحيى عبد الحسن، عدالة الصحابة بين القداسة والواقع، منشورات المجمع العالمي لأهل البيت، ط1: 1430هـ.

- 27-الذهبي: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان (ت 748هـ)، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد العرقسوسي، مؤسسة الرسالة . بيروت، ط11: 1417هـ . 1996م.
- 28-الزركشي: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله الشافعي (ت 794هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق: عبد القادر العاني، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية . الكويت، ط1413: 2هـ . 1992م .
- 29-السخاوي: شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن (ت 902هـ)، فتح المغيـث بشرح ألفية الحديث، تحقيق: عبد الكريم الخضير، ومحمد آل فهيد، مكتبة دار المناهج . الرياض، ط1: 1426هـ .
- 30-السمعاني: أبو المظفر منصور بن محمد الشافعي (ت 489هـ)، قواطع الأدلة في أصول الاعتقاد، تحقيق: عبد الله الحكمي، مكتبة التوبة . السعودية، ط1: 1419هـ . 1998م .
- 31-الشوكاني: محمد بن علي بن محمد اليميني (ت 1250هـ)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: سامي بن العربي الأثري، دار الفضيلة . الرياض، ط1: 1421هـ . 2000م .
- 32-الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت 476هـ)، اللمع في أصول الفقه، دار الكتب العلمية . بيروت، ط2: 1424هـ . 2003م .
- 33-الصنعاني: أبو إبراهيم عز الدين محمد بن إسماعيل الأمير (ت 1182هـ)، ثمرات النظر في علم الأثر، تحقيق: رائد صبري، دار العاصمة . الرياض، ط1: 1417هـ . 1996م .
- 34-الطبري: أبو جعفر محمد بن جرير (ت 310هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد شاكر، مؤسسة الرسالة . بيروت، ط1: 1420هـ . 2000م .
- 35-العراقي: زين الدين أبو الفضل عبد الرحيم بن الحسين (ت 806هـ)، شرح التبصرة والتذكرة، تحقيق: عبد اللطيف الهميم، وماهر الفحل، دار الكتب العلمية . بيروت، ط1: 1423هـ . 2002م .
- 36-العلائي: صلاح الدين أبو سعيد خليل بن كيكلي (ت 761هـ)، تحقيق منيف الرتبة لمن ثبت له شريف الصحبة، تحقيق: محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة . بيروت، ط1: 1412هـ . 1991م .
- 37-الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد الطوسي (ت 505هـ)، المستصفى من علم الأصول، تحقيق: محمد عبد الشافي، دار الكتب العلمية . بيروت، ط1: 1413هـ . 1993م .
- 38-الفراء: أبو يعلى محمد بن الحسين بن محمد (ت 458هـ)، العدة في أصول الفقه، تحقيق: أحمد المبارك، منشورات جامعة الملك سعود . الرياض، ط2: 1410هـ . 1990م .

- 39- الفيروزآبادي: أبو الطاهر مجد الدين محمد بن يعقوب (ت 817هـ)، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث بمؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة. بيروت، ط8: 1426هـ. 2005م.
- 40- القاضي عياض: أبو الفضل عياض بن موسى اليحصبي (ت 544هـ)، الغنية (فهرست شيخ القاضي عياض)، تحقيق: ماهر زهير جرار، دار الغرب الإسلامي. بيروت، ط1: 1402هـ. 1982م.
- 41- القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي (ت 684هـ)، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر. بيروت، ط1: 1424هـ. 2004م.
- 42- القرطبي: أبو عبد شمس الدين الله محمد بن أحمد الأنصاري (ت 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني، وإبراهيم اطفيش، دار الكتب المصرية. القاهرة، ط2: 1384هـ. 1964م.
- 43- الكلوزاني: أبو الخطاب محفوظ بن أحمد الحنبلي (ت 510هـ)، التمهيد في أصول الفقه، تحقيق: مفيد أبو عمشة، ومحمد بن علي بن إبراهيم، منشورات جامعة أم القرى. مكة المكرمة، ط1: 1406هـ. 1985م.
- 44- المازري: أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي (ت 536هـ)، إيضاح المحصول من برهان الأصول، تحقيق: عمار الطالي، دار الغرب الإسلامي. بيروت، د ت.
- 45- المازري: أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي (ت 536هـ)، شرح التلقين، تحقيق: محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي. بيروت، ط1: 1997م.
- 46- المازري، أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي (ت 536هـ)، المعلم بفوائد مسلم، تحقيق: محمد الشاذلي النيفر، الدار التونسية للنشر. تونس، 1988م.
- 47- مرتضى الزبيدي: أبو الفيض محمد بن محمد الحسيني (ت 1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية. الكويت، د ت.
- 48- مسلم: أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت 261هـ)، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي. بيروت، د ت.
- 49- النووي، محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت 676هـ)، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي. بيروت، ط2: 1392هـ.
- 50- الهيثمي: أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر (ت 807هـ)، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي. القاهرة، د ت.

عصمة دماء المسلمين في السنة النبوية

- دراسة موضوعية -

د/ محمد علي عبد الله أغنية

محاضر بكلية التربية/قسم الدراسات الإسلامية/ جامعة بني وليد

مُتَكَلِّمًا

الحمد لله رب العالمين، والعاقبة للمتقين، ولا عدوان إلا على الظالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد : فإن للمسلم عند الله منزلة عظيمة، ومكانة عالية، ودرجة رفيعة، ما حافظ على أركان الإسلام ، وامتنل أوامره العظام، واجتنب النواهي والآثام، ودم المسلم على المسلم حرام رتب الله عليه وعيدا في الآخرة لمن استباحه، ووعيدا في الدنيا، قال سبحانه وتعالى: ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾ (النساء : 92) وذلك حرمة المؤمن عند الله - سبحانه وتعالى - وعظيم منزلته؛ لأنه دخل في دين الله، وأصبح من عباد الله، فمن تعدى عليه فقد توعده الله بهذا الوعيد، وقد كتب الله على بني إسرائيل في التوراة: ﴿ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ (المائدة : 32) .

أما حكم القاتل في الدنيا فإن الله - سبحانه وتعالى - أمر بالقصاص منه، وذلك بأن يقتل القاتل حفظا للدماء، وصيانة للأنفس، قال الله تعالى : ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ (البقرة : 179).

ولقد جعلت السنة النبوية المطهرة باعتبارها منهلا من مصادر التشريع التي تستقى منها الأحكام، ويرجع إليها عند النزاع والخصام، حرمة دم المسلم فوق كل الحرمات، ولا أدل على ذلك من قوله - ﷺ - : ﴿ كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ دَمُهُ وَمَالُهُ وَعَرَضُهُ ﴾ (1). وكذلك ما جاء في خطبة الوداع من قوله - ﷺ - : ﴿ إِنَّ دِمَاءَكُمْ، وَأَمْوَالَكُمْ، وَأَعْرَاضَكُمْ، بَيْنَكُمْ حَرَامٌ، كَحَرَمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا، لِيُبَلِّغَ الشَّاهِدُ الْعَائِبَ، فَإِنَّ الشَّاهِدَ عَسَى أَنْ يُبَلِّغَ مَنْ هُوَ أَوْعَى لَهُ مِنْهُ ﴾ (2).

ولكن مما يدعو إلى الأسى ما آل إليه حاضرنا اليوم، فقد استبيحت دماء المسلمين بأغراض متعددة، وأسباب تافهة، باسم السياسة والحكم، وباسم العصبية والقبلية، وباسم الحزبية والقومية، وباسم الدين والمذهبية، إلى غير ذلك من الأسباب التافهة، التي لا تبيح بحال دم المسلم المعصوم، ولقد تواترت الأحاديث النبوية في الزجر عن القتال بين المسلمين، وتحذير من تعرض لهذه الفتنة بالوعيد الشديد، ومع ذلك فقد تزول هذه العصمة إذا ارتكب المسلم بعض الموبقات، فما موجبات العصمة وما مستقاتها؟ وما موقف السنة النبوية ممن قتل نفسه؟ أو تعرض لنفس معصومة بالقتل؟

1 - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والآداب، باب: تحريم ظلم المسلم، الحديث رقم (2564).

2 - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى، الحديث رقم (1741).

وللإجابة عن هذه التساؤلات اقتضت طبيعة البحث في هذا الموضوع تقسيمه إلى مبحثين وخاتمة على

النحو التالي: المبحث الأول: موقف السنة النبوية من قتل النفس المؤمنة

المطلب الأول: ما جاء في قاتل نفسه

المطلب الثاني: ما جاء في قتل غيره

المبحث الثاني: موجبات العصمة ومسقطاتها في السنة النبوية

المطلب الأول: الموجبات

المطلب الثاني: المسقطات

الخاتمة

المبحث الأول: موقف السنة النبوية من قتل النفس المؤمنة

المطلب الأول: ما جاء في قاتل نفسه

إن الله - سبحانه وتعالى - كرم الإنسان وفضّله على كثير ممن خلقه، وأكرمه بالعقل، وأنعم عليه بالشرائع، وبين له ما أحله وما حرمه، ومن هذه المحرمات قتل النفس بغير حق، وأشدّها حرمة قتل النفس المعصومة بالإسلام، ولو كانت نفسه التي بين جنبيه، فجناية الإنسان على نفسه كجنايته على غيره في الإثم؛ لأن نفسه ليست ملكاً له، بل هي لله لا يتصرف فيها إلا بما أذن الله، وهو - سبحانه وتعالى - نهانا عن قتل أنفسنا بالاعتداء عليها بأي نوع من أنواع الظلم، لأن فيه تعدٍ على حدود الله ومحارمه، وتضييع أوامره، واستعمالها في غير ما أمر الله.

قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا * وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُذْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصَلِّيهِ نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا﴾ (النساء: الآية 29)

قال ابن كثير في تفسير هذه الآية: "أي بارتكاب محارم الله، وتعاطي معاصيه". (1)

وقال القرطبي: "أجمع أهل التأويل على أن المراد بهذه الآية النهي أن يقتل بعض الناس بعضاً، ثم إن لفظها يتناول أن يقتل الرجل نفسه يقصد منه القتل في الحرص على الدنيا وطلب المال، بأن يحمل نفسه على الغرر المؤدي إلى التلف". (2)

ولقد وردت أحاديث كثيرة تحذر الإنسان من قتل نفسه، وتذره بعقوبات شديدة، من أبرز هذه الأحاديث:

1) - تفسير القرآن العظيم، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، 593/1، تحقيق: محمود حسن، دار الفكر، 1994م.

2) - الجامع لإحكام القرآن، أبو عبد الله أحمد بن محمد الأنصاري القرطبي، 275/3، دار البيان العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000م.

1 - عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله - ﷺ - **« من قتل نفسه بحديدة ، فحديده في يده يتوجأ(1) بها في بطنه في نار جهنم خالدًا مخلدًا فيها أبدا ، ومن شرب سُمًّا فقتل نفسه فهو يتحسّاه(2) في نار جهنم خالدًا مخلدًا فيها أبدا، ومن تردّى من جبل فقتل نفسه فهو يتردّى في نار جهنم خالدًا مخلدًا فيها أبدا ﷻ .(3)**

وجه الاستدلال : بيان رسول الله - ﷺ - أن العقاب في الآخرة من نفس الجنس، ولا يظلم ربك أحدا، وكما جاء في قوله - ﷺ - : **« من قتل نفسه بشيء في الدنيا عُدّب به يوم القيامة »(4)** وقوله - ﷺ - : **« الذي يخنق نفسه يخنقها في النار، والذي يطعننها يطعننها في النار ﷻ .(5)**

2 - وعن سهل بن سعد - رضي الله عنه - **« أن رسول الله - ﷺ - التقى هو والمشركون فاقتتلوا ، فلما مال رسول الله - ﷺ - إلى عسكره، ومال الآخرون إلى عسكرهم وفي أصحاب رسول الله - ﷺ - رجل لا يدع لهم شاذة ولا فاذة إلا أتبعها يضربها بسيفه، فقالوا ما أجزأنا اليوم أحد كما أجزأ فلان ، فقال رسول الله - ﷺ - : (أما إنه من أهل النار) فقال رجل من القوم أنا صاحبه ، قال : فخرج معه كلما وقف وقف معه، وإذا أسرع أسرع معه، قال : فجرح الرجل جرحا شديدا فاستعجل الموت فوضع نصل سيفه في الأرض وذبابه بين ثديه ثم تحامل على سيفه فقتل نفسه ، فخرج الرجل إلى رسول الله - ﷺ - فقال : أشهد أنك رسول الله قال: (وما ذاك) قال الرجل الذي ذكرت آنفا أنه من أهل النار فأعظم الناس ذلك، فقلت أنا لكم به ، فخرجت في طلبه فجرح جرحا شديدا، فاستعجل الموت، فوضع نصل سيفه في الأرض، وذبابه بين ثديه، ثم تحامل عليه فقتل نفسه، فقال رسول الله - ﷺ - : إن الرجل ليعمل عمل أهل الجنة فيما يبدو للناس، وهو من أهل النار، وإن الرجل ليعمل عمل النار ، فيما يبدو للناس وهو من أهل الجنة ﷻ .(6)**

1) - يتوجأ بها : أي يطعن نفسه بها ، انظر : القاموس الفقهي - حرف الواو - 371/1 د. سعدي أبو حبيب، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، 1988م.

2) - يتحسّاه : يرتشفه شيئا بعد شيء، انظر: معجم اللغة العربية المعاصرة، 499/1 الدكتور : أحمد مختار عبد الحميد ، الناشر عالم الكتب، الطبعة الأولى، 2008م.

3) - أخرجه البخاري في صحيحه، باب: شرب السم والدواء به ، رقم الحديث (5778) ، ومسلم في صحيحه، باب غلظ تحريم قتل الإنسان نفسه، رقم الحديث (109).

4) - أخرجه البخاري في صحيحه، باب التشديد على من قتل نفسه ، الحديث رقم (6047)

5) - أخرجه البخاري في صحيحه ،باب ماجاء في قاتل النفس، الحديث رقم (1365)

6) - أخرجه البخاري في صحيحه ، باب لا يقول فلان شهيد الحديث رقم (2898). و مسلم في صحيحه، باب غلظ تحريم قتل الإنسان نفسه، الحديث رقم (112).

وجه الاستدلال : التَّحذِيرُ مِنْ قتلِ النفس؛ لأن ذلك يجبط العمل ويوجب النار .

3- عن جابر بن سمرة - رضي الله عنه - قال : **«أُتِيَ النبي - صلى الله عليه وسلم - برجل قتل نفسه بمشاقص (1) فلم يصل عليه صلى الله عليه وسلم»**. (2)

وجه الاستدلال : عَدْمُ صَلَاةِ النَّبِيِّ - صلى الله عليه وسلم - عَلَى قَاتِلِ نَفْسِهِ؛ ردعا لغيره من الإقدام على هذه الجريمة العظيمة.

قال الخطابي: " كان عمر بن عبد العزيز لا يرى الصلاة على من قتل نفسه، وكذلك الأوزاعي، وقال أكثر الفقهاء يصلون عليه، وتركه - صلى الله عليه وسلم - الصلاة عليه كان لردع غيره من مثل فعله ". (3)

4- عن جندب - رضي الله عنه - عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : **«إِنْ رَجُلًا مِمَّنْ كَانَ قَبْلَكُمْ خَرَجَتْ بِهِ قَرْحَةٌ (4) فَلَمَّا آذَتْهُ انْتَزَعَ سَهْمًا مِنْ كِنَانَتِهِ فَنَكَأَهَا فَلَمْ يَرِقْهُ الدَّمُ حَتَّى مَاتَ، قَالَ رَبِّكُمْ: قَدْ حَرَمْتَ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ صلى الله عليه وسلم»**. (5)

وجه الاستدلال : تحريم قتل النفس سواء أكانت نفس القاتل أم غيره، ، وتحريم تعاطي الأسباب المفضية للقتل كما فعل الرجل.

المطلب الثاني : ما جاء في قتل غيره

مما لاشك فيه أن الاقتتال بين المسلمين فتنة كبيرة ، وفساد عظيم وهلاك يجب تجنبه، والاعتداء على قتل النفس المسلمة بغير حق هو جريمة عظيمة وكبيرة من كبائر الذنوب قال الله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَنَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾ (النساء : 92) وقد وردت عدة أحاديث تحذر من الاعتداء على النفس المسلمة منها:

1 — عن أبي بكرة - رضي الله عنه - قال : **«أَخْبَرَنَا رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - يَوْمَ النُّحْرِ فَقَالَ : (أَتَدْرُونَ أَيُّ يَوْمٍ هَذَا ؟) قُلْنَا : اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَعْلَمُ، فَسَكَتَ حَتَّى ظَنَنَّا أَنَّهُ سَيَسْمِيهِ بِغَيْرِ اسْمِهِ، قَالَ : (أَلَيْسَ يَوْمَ النُّحْرِ؟) قُلْنَا : بَلَى ، قَالَ : (أَيُّ شَهْرٍ هَذَا ؟) قُلْنَا : اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَعْلَمُ ، فَسَكَتَ**

1) - المشقص: سهم فيه نصل عريض، وقيل: المشقص نصل السهم إذا كان طويلا، فإن كان عريضا فهو المعبلة، وجمع المشقص مشاقص، وأصل الشقيص التقطيع، ومنه قيل للقصاب مشقص لتقطيعه اللحم أشقاصا، انظر: تفسير غريب ما في الصحيحين البخاري ومسلم 87/1 محمد بن فتوح الأزدي ، مكتبة السنة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1995م.

2) - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الجنائز، باب ترك الصلاة على القاتل نفسه، الحديث رقم، (978).

3) - معالم السنن، لأبي سليمان أحمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، باب في من قتلته الحدود، 309/1، الناشر: المطبعة العلمية حلب، الطبعة الأولى، 1351 هـ .

4) - قَرْحَةٌ: بفتح القاف وإسكان الراء وهي حبة تخرج في بدن الإنسان.

5) - أخرجه مسلم في صحيحه، باب غلظ تحريم قتل الإنسان نفسه- الحديث رقم، (130).

حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه ، فقال : (أليس ذو الحجة ؟) قلنا: بلى ، قال: (أي بلد هذا ؟) قلنا : الله ورسوله أعلم ، فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه، فقال : (أليست بالبلدة الحرام ؟) قلنا: بلى ، قال (فإن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا ، في شهركم هذا ، في بلدكم هذا ، إلى يوم تلقون ربكم ،ألا هل بلغت ؟) قالوا: نعم قال: اللهم أشهد فليبلغ الشاهد الغائب فرب مبلغ أوعى من سامع ، فلا ترجعوا بعدي كفارا، يضرب بعضكم رقاب بعض ﴿١﴾ . (1)

وجه الاستدلال: التأكيد على حرمة الدم المسلم وعصمته، فدم المسلم على المسلم حرام، وتحذير النبي -ﷺ- من سفك الدماء بغير وجه حق بقوله: (فلا ترجعوا بعدي كفارا) وقد أورد النووي في شرحه للحديث سبعة أقوال: (أحدها: أن ذلك كفر في حق المستحل بغير حق، والثاني: المراد كفر النعمة وحق الإسلام، والثالث: أنه يقرب من الكفر ويؤدي إليه، والرابع: أنه فعل كفعل الكفار، والخامس: المراد حقيقة الكفر، ومعناه لا تكفروا بل دوموا مسلمين ، والسادس: حكاية الخطابي وغيره، أن المراد بالكفار المتكفرون بالسلاح، يقال: تكفر الرجل بسلاحه إذا لبسه، والسابع : قاله الخطابي معناه لا يكفر بعضكم بعضا فتستحلوا قتال بعضكم بعضا وأظهر الأقوال الرابع).2

2- عن الأحنف بن قيس قال ذهبت لأنصر هذا الرجل فلقيني أبو بكره -ﷺ- فقال: أين تريد ؟ قلت: أريد أن أنصر هذا الرجل ، قال ارجع فإني سمعت رسول الله -ﷺ- يقول: ﴿إِذَا التَّقَى الْمُسْلِمَانِ بِسَيْفَيْهِمَا فَالْقَاتِلُ وَالْمَقْتُولُ فِي النَّارِ﴾ قلت: يا رسول الله هذا القاتل فمال المقتول ؟ قال: لأنه كان حريصا على قتل صاحبه ﴿٣﴾ . (3)

وجه الاستدلال: أن قتل النفس المسلمة بغير حق يوجب النار، قال الخطابي: (هذا إنما يكون كذلك إذا لم يكونا يقتتلان على تأويل، إنما يقتتلان على عداوة بينهما وعصبية أو طلب دنيا أو رئاسة أو علو ، فأما من قاتل أهل البغي على الصفة التي يجب قتالهم بها أو دفع نفسه أو حريمه ، فإنه لا يدخل في هذه لأنه مأمور بالقتال للذب عن نفسه غير قاصد به قتل صاحبه إلا إن كان حريصا على قتل صاحبه، ومن قاتل باغيا أو قاطع طريق من المسلمين فإنه لا يحرص على قتله إنما يدفعه عن نفسه ، فإن انتهى صاحبه كف عنه ولم يتبعه). (4)

1) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحج ، باب الخطبة أيام منى، الحديث رقم (1741).

2) - شرح النووي على صحيح مسلم ، كتاب الإيمان ، باب قول النبي لا ترجعوا بعدي ، الحديث رقم (65).

3) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، باب قول الله تعالى (ومن أحيلها)، الحديث رقم (6875).

4) - معالم السنن، (310/1).

- 5 - عن عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - قال : قال رسول الله - ﷺ - ﴿المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده، والمهاجر من هجر ما نهى الله عنه﴾ . (1)
- وجه الاستدلال: أن المسلم كامل الإيمان هو الذي لا يتعرض لأذى المسلمين بيده ولا بلسانه وإذا لم يسلم المسلمون من أذاه فليس بمسلم كامل الإيمان فما بالك بإزهاق روحه؟! قال ابن حجر العسقلاني: " (المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده) يحتمل أن يكون المراد بذلك أن يبين علامة المسلم التي يستدل بها على إسلامه، وهي سلامة المسلمين من لسانه ويده ، ويحتمل أن يكون المراد بذلك الإشارة إلى الحث على حسن معاملة العبد مع ربه ، لأنه إذا أحسن معاملة إخوانه فأولى أن يحسن معاملة ربه ، من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى " . (2)
- 2- عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال : قال رسول الله - ﷺ - ﴿لن يزال المؤمن في فسحة من دينه ما لم يصب دما حراما﴾ . (3)
- قال ابن العربي : " الفسحة في الدين : سعة الأعمال الصالحة ، حتى إذا جاء القتل ضاقت لأنها لا تفني بوزره ، والفسحة في الذنب قبول الغفران بالتوبة ، حتى إذا جاء القتل ارتفع القبول " . (4)
- 3- عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال : قال رسول الله - ﷺ - ﴿إن من وورطات (5) الأمور التي لا مخرج لمن أوقع نفسه فيها سفك الدم الحرام بغير حله﴾ . (6)
- وجه الاستدلال : أن الذي يسفك الدم الحرام بغير وجه حق يقع في هوة لا مخرج له منها .
- 4- وعن عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله - ﷺ - ﴿أول ما يقضى بين الناس في الدماء﴾ . (7)

- 1) - أخرجه البخاري في صحيحه، باب الانتهاك عن المعاصي، الحديث رقم (6484).
- 2) - فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني 14/1 .
- 3) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات باب قول الله تعالى: (ومن يقتل مؤمنا متعمدا...) الحديث رقم (6862).
- 4) - شرح فتح الباري شرح صحيح البخاري لأحمد بن حجر العسقلاني 219/12 الناشر: دار المنار - الطبعة الأولى 1999م.
- 5) - الورطات: جمع ورطة بفتح الواو وسكون الراء، و الورطة: هي الهوة العميقة في الأرض ثم استعير للناس إذا وقعوا في بلية يعسر المخرج منها، انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير، باب الواو مع الراء ، ص (1261).
- 6) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، باب قول الله تعالى: (ومن يقتل مؤمنا متعمدا...) الحديث رقم (6863).
- 7) - أخرجه البخاري في صحيحه، باب القصاص يوم القيامة، الحديث رقم (6864).

وجه الاستدلال: تغليظ أمر الدماء، وأنها أول ما يقضى فيه بين الناس يوم القيامة ، وهذا لعظم أمرها وكثير خطرهما، قال ابن دقيق العيد: (هذا تعظيم لأمر الدماء، فإن البدء يكون بالأهم فالأهم، وهي حقيقة بذلك، فإن الذنوب تعظم حسب عظم المفسدة الواقعة بها، أو بحسب فوات المصالح المتعلقة بعدمها، وهدم البنية الإنسانية من أعظم المفسدات، ولا ينبغي أن يكون بعد الكفر بالله تعالى أعظم منه) . (1) وليس هذا الحديث مخالفا للحديث المشهور في السنن ﴿أول ما يحاسب به العبد صلاته﴾ . (2) لأن هذا الحديث الثاني فيما بين العبد وبين الله تعالى أما حديث الباب فهو فيما بين العباد(3).

5 - وعن أبي الدرداء - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : ﴿ كل ذنب عسى الله أن يغفره إلا من مات مشركا أو مؤمنا قتل مؤمنا متعمدا ﴾ . (4)

وجه الاستدلال: أن قتل النفس المؤمنة بغير حق من أكبر الكبائر بعد الشرك بالله تعالى، وذلك لعظم أمر قتل المسلم بغير حق، وفيه: بيان شؤم ارتكاب كبيرة القتل بغير حق، وبيان عقوبة ذلك.

6 - عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ﴿ يجرى المقتول بالقاتل يوم القيامة ناصيته ورأسه بيده وأوداجه تشخب دما ، يقول: يا رب سل هذا فيم قتلني حتى يدنيه من العرش ﴾ . (5)

وجه الاستدلال: أن من أعظم الأمور عند الله أن يسفك العباد دم بعضهم بعضا في غير الطريق الذي شرعه الله تبارك وتعالى .

7 - عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ﴿ أبغض الناس إلى الله ثلاثة ملحد في الحرم ومبتغ في الإسلام سنة الجاهلية ومطلّب دم امرئ بغير حق ليهريق دمه ﴾ . (6)

1) - إحكام الأحكام، (4/304).

2) - أخرجه الترمذي في سننه، باب ما جاء في أول ما يحاسب به العبد، 535/1 رقم الحديث (9408) و ابن ماجه في سننه، باب ما جاء في أول ما يحاسب به العبد رقم الحديث (1425) - 457/1.

3) - انظر: المنهاج شرح النووي على صحيح مسلم، باب المجازاة بالدماء في الآخرة - 167/11 - دار إحياء التراث العربي بيروت - الطبعة الثانية 1392هـ .

4) - أخرجه أبو داود في سننه، - باب تعظيم قتل المؤمن ، 103/4، الحديث رقم (4270) والسنن الكبرى للنسائي، باب تحريم الدم - 416/3، وصححه الألباني، رقم الحديث، (4270) .

5) - أخرجه الترمذي في سننه 90/5 الحديث رقم (3029)، وقال: "حديث حسن غريب"، والسنن الكبرى للنسائي - باب تعظيم الدم 422/3 الحديث رقم (3454)، وقال الألباني في صحيح سنن الترمذي : "صحيح". الحديث رقم (3029).

6) - أخرجه البخاري في صحيحه، باب من طلب دم امرئ بغير حق، الحديث رقم (6882)

وجه الاستدلال: أن هؤلاء الثلاثة هم أبغض أهل الذنوب من المسلمين إلا أن يتوبوا، وكما جاء في حديث آخر يبين فيه الرسول -ﷺ- شناعة قتل النفس المؤمنة بغير حق حيث قال -ﷺ-: ﴿مَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا فَاغْتَبَطَ بِقَتْلِهِ لَمْ يَقْبَلِ اللَّهُ مِنْهُ صَرْفًا وَلَا عَدْلًا﴾. (1)

8- عن عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله -ﷺ-: ﴿لِزَوَالِ الدُّنْيَا أَهْوَنُ عَلَى اللَّهِ مِنْ مَنْ قَتَلَ رَجُلًا مُسْلِمًا﴾. (2)

وجه الاستدلال: تعظيم القتل وتهويل أمره، فكما أن الدنيا عظيمة في نفوس الخلق، فزوالها يكون عندهم عظيمًا على قدر عظميتها، ولكن قتل المؤمن أعظم من ذلك عند الله؛ لأن ما سوى الإنسان المسلم في هذا العالم الحسي من السموات والأرض مقصود لأجله، ومخلوق ليكون مسكنًا له، ومحلًا لتفكيره، فصار زواله أعظم من زوال التابع.

9- عن أبي سعيد الخدري -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله -ﷺ-: ﴿لَوْ أَنَّ أَهْلَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ اشْتَرَكُوا فِي دَمِ مُؤْمِنٍ لَأَكْبَهُمُ اللَّهُ فِي النَّارِ﴾. (3)

وجه الاستدلال: بيان عظم جرم قتل المؤمن بغير حق لإعانة على قتل المؤمن من الجرائم العظمى التي نهى الله عنها، وغلظ عقوبتها.

1) - أخرجه أبو داود في سننه، باب في تعظيم قتل المؤمن، - 103/4، الحديث رقم، (4270)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود، رقم الحديث (4270).

2) - أخرجه الترمذي في سننه، باب ما جاء في تشديد قتل المؤمن، 16/4، وابن ماجه في سننه، باب التغليظ في قتل مسلم ظلما 874/2، والنسائي في سننه، باب تعظيم الدم، 417/3، وصححه الألباني في صحيح الجامع (5077).

3) - أخرجه الترمذي في سننه، باب الحكم في الدماء 17/4، وصححه الشيخ الألباني في صحيح سنن الترمذي رقم الحديث (1398).

المبحث الثاني : موجبات العصمة ومسقطاتها في السنة

المطلب الأول : الموجبات

عصمة الدم في اللغة :

العصمة: المنع والحفظ يقال عصمه يعصمه عصما: منعه ووقاه ، وعصمته فانعصم أي حفظته فأنحفظ. والدم: هو السائل الأحمر الذي يجري في داخل جسم الإنسان، لكن هذا المعنى قد استعمل عند الفقهاء بمعنى آخر، فيطلق الدم على معنى الجرح؛ لأن في الجروح خروج الدم غالبا، ومن ثم أطلق الدم على معنى إزهاق الروح؛ لأن في الجرح والقتل إراقة وخروج للدم ، وعند إكثار خروج الدم وسييلانه ، موت وإزهاق النفس ، ولذلك أطلق الفقهاء على أحكام القتل عبارة: (أحكام الدماء) وفي تفسير قوله تعالى: ﴿ وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ ﴾ (البقرة : الآية 30) بمعنى يقتل النفوس المحرمة بغير حق وقول الرسول -ﷺ-: ﴿ أول ما يقضى بين الناس في الدماء ﴾ (1) فالدماء بمعنى النفوس والأرواح.(2)

عصمة الدم في الاصطلاح : عرفت بتعريفات عديدة من أبرزها:

(هي حق مكتسب بالإسلام أو الدار أو عقد الذمة أو المعاهدة يحفظ النفس ويمنعها من العدوان عليها بغير حق).(3) وعرفها بعضهم بأنها : " صفة شرعية توجب للمتصف بها حفظ دمه، وماله، وعرضه".(4)

والأصل في الدماء العصمة شرعا وعقلا، أما عقلا فلأن الله تعالى خلق الإنسان في أحسن تقويم؛ ليؤدي دوره في هذه الحياة، وفي القتل إبادة له وحرمان له من الحياة، وإفساد لهذه الصورة الإنسانية. وأما شرعا فللقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾ (الأنعام: الآية 151). وقوله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾ (النساء : 92)

وكلمة التوحيد هي مفتاح الإسلام، من نطقها بإخلاص يصير مسلما ، لا يجوز التعدي عليه، ويكون معصوم الدم، ومن استحل دمه بغير حق يصير مجرما، والعصمة تمنح الشخص الاطمئنان، والحماية على النفس والعرض والمال، وقد وردت أحاديث كثيرة تحرم قتل من قال: لا إله إلا الله، من أبرزها:

- 1) - أخرجه البخاري في صحيحه، باب القصاص يوم القيامة، الحديث رقم (6864).
- 2) - لسان العرب لابن منظور ، مادة عصم، 2976/4، طبعة دار المعارف. مختار الصحاح للرازي، ص (184) ط مكتبة لبنان، عصمة الدم في الشريعة الإسلامية، إبراهيم إدريس، ص36-37 .
- 3) - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 237/4 -239، مغني المحتاج 228/4 ، والمغني لابن قدامة .273/8.
- 4) - عصمة الدم والمال في الفقه الإسلامي، الدكتور :عباس شومان، ص (19)، دار الثقافة للنشر، القاهرة .

1- عن أنس - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله ، وأن محمدا رسول الله ، ويقيموا الصلاة ، ويؤتوا الزكاة ، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام ، وحسابهم على الله .» (1) .

وجه الاستدلال : أن كلمة التوحيد تعصم الدماء، وتوجب العصمة.

2- عن أسامة بن زيد - رضي الله عنه - قال : «قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى الحرة من جهينة، فصباحنا القوم فهزمتناهم، ولحقت أنا ورجل من الأنصار رجلا منهم، فلما خشيناها قال : لا إله إلا الله ، فكف عنه الأنصاري وطعنته برمحي حتى قتلتها، قال : فلما قدمنا بلغ ذلك رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال لي (يا أسامة أقتلته بعد ما قال لا إله إلا الله) قلت: يا رسول الله إنما كان متعوذا فقال: (أقتلته بعد ما قال لا إله إلا الله) قال: فما زال يكررها علي حتى تمنيت أني لم أكن أسلمت قبل ذلك اليوم .» (2) .

وجه الاستدلال : أن كل من قال لا إله إلا الله موقنا بها، فهو معصوم النفس والمال والعرض .

3- عن المقداد بن عمرو البكري - رضي الله عنه - قال: «يا رسول الله إني لقيت كافرا فاقبلنا، فضرب يدي بالسيف فقطعها، ثم لاذ مني بشجرة وقال أسلمت لله ، أأقتله بعد أن قالها؟ قال - صلى الله عليه وسلم - (لا تقتله) قال: يا رسول الله فإنه طرح إحدى يدي ثم قال ذلك بعد ما قطعها أأقتله ؟ قال - صلى الله عليه وسلم - (لا تقتله، فإن قتلتها فإنه بمنزلك قبل أن تقتله ، وأنت بمنزلة قبل أن يقول كلمته التي قالها .» (3) .

وجه الاستدلال : أنه إذا أسلم واحد من الكفار فقد عصم دمه.

ومما يعصم الدماء إظهار بعض الشعائر، مثل إقامة الصلاة، والمعنى أنه من أدى الصلوات وحضر في المساجد، فهو مسلم معصوم الدم، لأن ظاهر فعله يدل على الإسلام والانقياد لله رب العلمين، ويدل لذلك حديث أنس بن مالك - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «من صلى صلاتنا، واستقبل قبلتنا، وأكل ذبيحتنا ، فذلك المسلم الذي له ذمة الله، وذمة رسوله، فلا تخفروا الله في ذمته .» (4) .

1) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب فإن تابوا وأقاموا الصلاة ، الحديث رقم (25).

2) - أخرجه البخاري في صحيحه ، باب قول الله تعالى (ومن أحيائها) الحديث رقم (6872)، و مسلم في صحيحه، باب تحريم قتل الكافر بعد ما قال لا إله إلا الله - رقم الحديث (96)

3) - أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الديات باب قول الله تعالى : (ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها ..) الحديث رقم (6865)

4) - أخرجه البخاري في صحيحه ، باب فضل استقبال القبلة ، الحديث رقم، (391) .

وفي رواية ﴿أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فإذا قالوها وصلوا صلاتنا، واستقبلوا قبلتنا، وذبحوا ذبيحتنا ، فقد حرمت علينا دماؤهم وأموالهم إلا بحقها، وحسابهم على الله﴾ (1).

وجه الاستدلال : بيان النبي ﷺ - صفة ذلك المسلم الذي له حق الأمان فيكون معصوم الدم والمال، ويتمتع بحماية الإسلام، وبكل الحقوق التي يتمتع بها المسلمون؛ وذلك بأن أظهر شعائر هذا الدين من إقامة الصلاة واستقبال القبلة وأكل ذبائح المسلمين وهذه الصفات لا تجتمع إلا في مسلم مقرر بالتوحيد والنبوة، معترف بالرسالة المحمدية.

المطلب الثاني : المسقطات

الأصل أن دماء المسلمين معصومة ومصونة عند الله، وبين المسلمين جميعاً، إلا من اقترف ذنبا يوجب به هدر دمه، ومن هذه الذنوب التي تسقط بها عصمة دم المسلم ما يلي :

1- الردة : وهي كفر بعد إيمان، تسقط عصمة المسلم وتهدر دمه، فعن عكرمة - رضي الله عنه - قال : أتى علي - رضي الله عنه - بزنادقة فأحرقهم، فبلغ ذلك ابن عباس - رضي الله عنه - فقال: لو كنت أنا لم أحرقهم؛ لنهي رسول الله - ﷺ - ﴿ لا تعذبوا بعذاب الله ﴾ ولقتلتهم؛ لقول رسول الله - ﷺ - ﴿ من بدل دينه فاقتلوه ﴾ (2).

ولحديث عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - قال : قال - رسول الله - ﷺ - ﴿ لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث ، النفس بالنفس، والشيب الزاني، والمارق من الدين ، التارك للجماعة ﴾ (3).

قال ابن قدامة المقدسي : " وأجمع أهل العلم على وجوب قتل المرتد". (4)

2- القتل العمد: وهذا النوع من القتل يوجب القصاص على الجاني فعن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن رسول الله - ﷺ - قال: ﴿ ومن قتل له قتيل، فهو بخير النظرين، إما أن يودي وإما أن يقاد... ﴾ (5). وحديث عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - السابق ﴿ لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله إلا بإحدى ثلاث النفس بالنفس .. ﴾

- 1) - أخرجه البخاري في صحيحه، باب : فضل استقبال القبلة، الحديث رقم (392).
- 2) - أخرجه البخاري في صحيحه، باب حكم المرتد والمردة واستتابتهم، الحديث رقم (6922) .
- 3) - أخرجه البخاري في صحيحه، باب قول الله تعالى (أن النفس بالنفس) رقم الحديث (6878)، و مسلم في صحيحه، باب ما يباح به دم المسلم رقم الحديث (1676).
- 4) - المغني لابن قدامة ، 266/12 .
- 5) - أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الديات ، باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، الحديث رقم (6880).

3- الزنا بعد الإحصان(1) ، فمما يبيح دم المسلم وقوعه على الزنا بعد زواج صحيح، وقد وردت أحاديث عدة تدل على ذلك منها : حديث عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - : « لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله إلا بإحدى ثلاث... والشيب الزاني رضي الله عنه » و حديث جابر - رضي الله عنه - « أن رجلا من أسلم، أتى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال : إنه قد زنا، فأعرض عنه ، فتسحى لشقه الذي أعرض، فشهد على نفسه أربع شهادات فدعاه، فقال : (هل بك جنون ؟ هل أحصنت ؟) قال نعم فأمر به أن يرحم بالمصلى، فلما أذلقته الحجارة جمز(2) حتى أدرك بالحررة فقتل رضي الله عنه . (3)

وعن عبادة بن الصامت - رضي الله عنه - « خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والشيب بالشيب جلد مائة والرجم رضي الله عنه . (4)

قال ابن بطال: (فالرحم ثابت بسنة رسول الله، وبفعل الخلفاء الراشدين وباتفاق أئمة أهل العلم). (5)

4 - السحر: من الأسباب المسقطة لعصمة دم المسلم تورطه في أعمال السحر، وقد وردت مجموعة من الأحاديث والآثار التي تبين هذا الحكم منها ما جاء عن عمرو بن دينار أنه سمع بجالة يقول : كتب عمر - رضي الله عنه - « أن اقتلوا كل ساحر وساحرة قال : فقتلنا ثلاث سواحر قال: وأخبرنا أن حفصة زوج النبي - صلى الله عليه وسلم - قتلت جارية لها سحرتها رضي الله عنه . (6)

1) - والإحصان له ستة شروط كما ذكرها الفاكهاني قال : أنشدنا القاضي زين الدين بن رشيق :

شروط الإحصان ستة أتت * فخذها على النص مستفهما

بلوغ ، وعقل، وحرية * و رابعه كونه مسلما

انظر: إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك ، باب الزنا 114/1 لعبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي شهاب الدين المالكي المتوفى (732هـ) الناشر مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده مصر ، الطبعة الثانية .

2) - قوله في المرجوم جمز بالزاي : أي عدا ووثب وأسرع وليس بالشديد من العدو ويقال أجمز . انظر: مشارق الأنوار على صحاح الآثار، 152/1 لعياض بن موسى بن عياض السبتي المتوفى (544هـ)، الناشر المكتبة العتيقة ودار التراث .

3) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب طلاق في الإغلاق والكره و السكران الحديث، رقم (5270) وأخرجه مسلم - كتاب الحدود، باب من اعترف بالزنا الحديث رقم (1691).

4) - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب حد الزنا، الحديث رقم (1690)، والترمذي في سننه، باب ما جاء في الرجم على الشيب، الحديث رقم (1434).

5) - شرح البخاري لابن بطال 431/8، مكتبة الرشد ، الرياض، الطبعة الثانية، 2003م.

6) - أخرجه البيهقي في سننه، باب تكفير الساحر وقتله، 233/8 مصنف ابن أبي شيبة باب ما قالوا في الساحر ما يصنع به ، وفي مسند الإمام الشافعي، باب قتل السحرة ، 293/3. وصححه الألباني في صحيح أبي داود، (3043).

قال الشافعي: " فإن كان ما يسحر به كلام كفر صريح استتيب منه فإن تاب وإلا قتل وأخذ ماله فيئا ، وإن كان ما يسحر به كلاما لا يكون كفرا نهي عنه ، فإن عاد عزر ، وإن كان يعمل عملا إذا عمله قتل المعمول به وقال عمدت قتله قتل قودا " . (1)

5- الصولة: وهي من يصول على نفوس الآخرين وأمواهم وأعراضهم ، ولم يمكن دفعه إلا بالقتل فتسقط عصمته ويهدر دمه فعن عبد الله بن عمر- رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله -ﷺ- :
 ﴿لَا مِنْ قَتْلِ دُونِ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ﴾ . (2) و عن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال : ﴿لَا جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ : فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ إِنْ جَاءَ رَجُلٌ يَرِيدُ أَخْذَ مَالِي ؟ قَالَ : (فَلَا تَعْطُهُ مَالِكٌ) قَالَ : أَرَأَيْتَ إِنْ قَاتَلَنِي ؟ قَالَ : (قَاتَلَهُ) قَالَ : أَرَأَيْتَ إِنْ قَتَلَنِي ؟ قَالَ : (فَأَنْتَ شَهِيدٌ) قَالَ : أَرَأَيْتَ إِنْ قَتَلْتَهُ ؟ قَالَ : (هُوَ فِي النَّارِ)﴾ . (3)

6- البغي: وهو الخروج على الإمام الذي أجمعت عليه كلمة المسلمين، والبغاة فرقة من المسلمين خالفت الإمام لشيئين : إما لمنع حق وجب عليها من زكاة أو حكم من أحكام الشريعة، أو لدخول في طاعته فإنه حق أو خالفته لخلعه (4) و يدل لذلك حديث عرفجة -رضي الله عنه- قال : قال رسول الله -ﷺ- :
 ﴿لَا مِنْ أْتَاكُمْ وَأَمْرُكُمْ جَمِيعٌ عَلَى رَجُلٍ وَاحِدٍ يَرِيدُ أَنْ يَشِقَّ عَصَاكُمْ أَوْ يَفْرُقَ جَمَاعَتَكُمْ فَاقْتُلُوهُ﴾ . (5)

1) -انظر: الأم للشافعي 293/1 ، دار الفكر للنشر والطباعة والتوزيع، ط 2 ، 1983م.

2) - أخرجه البخاري في صحيحه، باب من قاتل دون ماله، الحديث رقم (2480). وأخرجه مسلم في صحيحه، باب الدليل على أن من قصد أخذ مال، الحديث رقم (141).

3) - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه وإن قتل كان في النار وأن من قتل دون ماله فهو شهيد، رقم الحديث (140).

4) - انظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 277/6 لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد المغربي المعروف بالخطاب المتوفى 954هـ ، الناشر دار الفكر ، الطبعة الثالثة، 1992م.

5) - أخرجه مسلم في صحيحه، باب حكم من فرق أمر المسلمين وهو مجتمع، الحديث رقم (1852).

الخاتمة

وبعد هذا البيان لماء جاء في السنة النبوية بشأن عصمة دماء المسلمين نصل إلى جملة من النتائج يمكن تلخيصها فيما يلي :

1- تعظيم شأن دم الإنسان في شريعة الإسلام، فإنه لم يبدأ به يوم القيامة في القضاء والفصل بين الناس إلا لكونه أهم وأعظم من غيره من أنواع المظالم بين العباد، وذلك أن هدم البنية الإنسانية من أعظم المفاسد.

2- وردت جملة من الأحاديث تتحدث على خطورة قتل الإنسان نفسه، وحذرت من العقوبة المترتبة على هذا الجرم العظيم، فالنفس البشرية هي ملك لله لا يجوز لصاحبها أن يتصرف فيها إلا بما أمر الله، ولذلك فإن قاتل نفسه يعذبه الله يوم القيامة بما عذب به نفسه في الدنيا جزاء وفاقا .

3- إن الاقتتال بين المسلمين فتنة كبيرة، وفساد عظيم وهلاك يجب تجنبه، والاعتداء على قتل النفس المسلمة بغير حق هو جريمة عظيمة وكبيرة من كبائر الذنوب فكل من ساهم في قتل مسلم بغير حق ولو بكلمة يستحق العذاب.

4 - كلمة التوحيد هي مفتاح الإسلام، فمن تلقظ بالشهادتين فإننا نقبل منه ظاهر قوله ، ونكل سريره إلى الله تعالى ؛ لأن الله سبحانه وتعالى لم يأمرنا أن ننقب عن قلوب الناس، أو نبحت في مكنونات صدورهم ، أسوتنا في ذلك رسول الله - ﷺ - ، لكن هذا لا يعني ترك الانقياد للدين أو العمل بأحكامه ، فإن من شروط لا إله إلا الله الانقياد لها ، والعمل بمقتضياتها.

قائمة بأهم المصادر والمراجع

- 1- إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي شهاب الدين المالكي المتوفى (732هـ)، الناشر مطبعة مصطفى الباي الحلبي وأولاده مصر، الطبعة الثانية.
- 2- تفسير غريب ما في الصحيحين البخاري ومسلم، لمحمد بن فتح الأزدي، مكتبة السنة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1995م.
- 3- تفسير الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير أبو جعفر الطبري، بتحقيق أحمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 2000م.
- 4- تفسير القرآن العظيم، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي، تحقيق: محمود حسن، دار الفكر، 1994م.
- 5- الجامع الصحيح المختصر، محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: د. مصطفى البغا، دار ابن كثير، بيروت، ط2، 1407هـ.
- 6- الجامع لإحكام القرآن، للقرطبي، دار البيان العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000م.
- 7- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد الدسوقي، دار الكتب العلمية، بيروت: لبنان، ط1، 1417هـ، 1996م.
- 8- سلسلة الأحاديث الصحيحة، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط4، 1405هـ.
- 9- سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد بن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، ط1.
- 10- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث أبوداود، تحقيق: محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت، ط1.
- 11- سنن الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر و محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.
- 12- السنن الكبرى، أبوبكر أحمد بن الحسين البيهقي، وفي ذيله الجوهر النقي لابن الترمذاني، دار الفكر، بيروت.
- 13- شرح النووي على صحيح مسلم، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002.
- 14- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، ط1، 1980م.
- 15- عصمة الدم في الشريعة الإسلامية، إبراهيم إدريس، رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى مكة المكرمة.
- 16- عصمة الدم والمال في الفقه الإسلامي، الدكتور: عباس شومان، دار الثقافة للنشر، القاهرة.

- 17- فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني، تعليق: الشيخ عبد العزيز بن باز، الناشر: دار طيبة.
- 18- القاموس الفقهي ، د.سعدي أبو حبيب ،دار الفكر، دمشق ، الطبعة الثانية، 1988م.
- 19- مشارق الأنوار على صحاح الآثار ، عياض بن موسى بن عياض السبتي المتوفى (544هـ)، الناشر المكتبة العتيقة ودار التراث .
- 20- معالم السنن، لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، باب في من قتلته الحدود، الناشر: المطبعة العلمية حلب، الطبعة الأولى ، 1351هـ .
- 21- معجم اللغة العربية المعاصرة، الدكتور: أحمد مختار عبد الحميد ، الناشر عالم الكتب، الطبعة الأولى، 2008م .
- 22- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الشريني، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 23- المغني، عبدالله بن أحمد بن قدامة، مكتبة الجمهورية العربية ومكتبة الكليات الأزهرية.
- 24- المنهاج شرح النووي على صحيح مسلم، باب المجازاة بالدماء في الآخرة دار إحياء التراث العربي بيروت - الطبعة الثانية 1392هـ .
- 25- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد المغربي المعروف بالخطاب المتوفى 954هـ ، الناشر دار الفكر ، الطبعة الثالثة، 1992م.
- 26- النهاية في غريب الحديث والأثر، المبارك بن محمد بن الأثير، تحقيق : طاهر أحمد الزاوي ، و محمود محمد الطناحي ، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة، ط1.



الوكالة غير القابلة للعزل في القانون الليبي

د. أحمد أبو عيسى عبد الحميد

الأستاذ المساعد بقسم القانون / الأكاديمية الليبية

مُتَكَلِّمًا

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد: فقد خلق الله - سبحانه وتعالى - الخلائق على همم شتى وطبائع مختلفة، أناس أقياء وأناس ضعفاء، وليس كل واحد يقدر على مباشرة الأعمال بنفسه، من هنا تظهر الحكمة من تشريع الوكالة التي تهدف إلى تحقيق المصالح للعباد سواء بجلب المنافع لهم أو بدفع المفاسد عنهم، يقول ابن العربي: "وهو - أي التوكيل - عقد نيابة أذن الله فيه للحاجة إليه، وقيام المصلحة به، إذ يعجز كل أحد عن تناول أموره إلا بمعونة من غيره، أو يترفه فيستتنب من يريجه حتى جاز ذلك في العبادات"¹، فالوكالة مهمة من الناحية الواقعية والاجتماعية والعلمية:

- فهي مهمة من الناحية الواقعية؛ لأن التعامل بها شائع بين الناس في أغلب معاملاتهم مثل البيع والشراء، ولعل التوكيل في الخصومة يعبر عن أهم جانب من الناحية الواقعية؛ إذ تكاد جل الخصومات المنظورة أمام القضاء تكون محصورة في وكلاء الخصومة المعروفين بالمحاميين، بل إن القانون في بعض الأحيان يشترط وجود محام، ولا يكتفي بأطراف الدعوى.

- ومهمة من الناحية الاجتماعية؛ لأنها تمثل نوعاً من التعاون الاجتماعي بين الأفراد، فينوب الوكيل عن الموكل في إجراء التصرفات التي يريدتها ويعجز عن إجرائها بنفسه، أو يرى أن غيره أقدر منه على إجرائها.

- ومهمة من الناحية العلمية؛ إذ إن فكرة النيابة في التصرفات احتلت جانباً كبيراً في الدراسات القانونية حتى استقر الفقه عليها في نهاية المطاف بخلاف الفقه الإسلامي الذي عرف فكرة النيابة التامة في التصرفات منذ البداية.

وقد عرّف المادة 699 من القانون المدني بقولها: "الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل".

وتتنوع الوكالة بحسب نوع التصرف المذكور بها إلى وكالة عامة وخاصة، ومن حيث آثارها إلى وكالة بأجر ووكالة بدون أجر، ومن حيث انتهاءها إلى وكالة قابلة للعزل ووكالة غير قابلة للعزل.

وهذا التقسيم ما هو إلا تقسيم شكلي بحسب نوع التصرف الذي يقوم به الوكيل ما يعني أن الوكالة بجميع تقسيماتها السابقة يمكن أن تكون قابلة للعزل أو غير قابلة للعزل إذا ما توافر فيها السبب اللازم لذلك، فقد نص القانون المدني الليبي في المادتين 1/714 ، 1/716 على الحالات التي يمكن أن

¹ - أحكام القرآن، أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، دار الفكر، بيروت - لبنان، السنة بلا، ط بلا، 220/3.

تنتهي فيها الوكالة، واستثنى حالات لا يستطيع فيها الموكل إلغاء وكالته، وحالات أخرى لا يستطيع فيها الوكيل التنازل عن وكالته، كما أن قانون المحاماة رقم 3 لسنة 2014م لم يُجز للمحامي إنهاء وكالته إلا بشروط محددة.

والواقع العملي يشير كثيراً من الإشكالات بالنسبة إلى الوكالة القابلة للعزل وغير القابلة للعزل وخاصة بالنسبة للموثق عندما يرغب الموكل في عزل وكيله، أو عندما يرغب الوكيل في عزل نفسه أي التنازل عن وكالته، فيثور التساؤل عن المعيار الذي يمكن أن يستند إليه الموثق حتى يلي طلب الموكل أو الوكيل، وبمعنى آخر: هل لا بد أن يُنص في الوكالة صراحة على أنها قابلة للعزل أو غير قابلة للعزل، أم يكفي أن تتضمن الوكالة مصلحة واضحة وحقيقية من خلال نص الوكالة حتى تكون قابلة للعزل أو غير قابلة للعزل.

بناء على ما سبق ذكره، وما سيتضح بعد التعمق في دراسة هذا الموضوع وخاصة من خلال التطبيقات العملية سواء من خلال أحكام الفقه وبعض التشريعات المقارنة فقد تم تقسيم هذا البحث على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أخصه لمفهوم الوكالة غير القابلة للعزل.

المبحث الثاني: أتناول فيه أنواع الوكالة غير القابلة للعزل.

المبحث الثالث: أنتهي فيه إلى آثار الوكالة غير القابلة للعزل.

المبحث الأول: مفهوم الوكالة غير القابلة للعزل.

إن التعرف على مضمون الوكالة غير القابلة للعزل، ومن ثم تكييفها الشرعي والقانوني يسهل على القارئ الأساس الذي تبنى عليه الأحكام بعد ذلك؛ لذلك أتناول في مطلب أول تعريف الوكالة غير القابلة للعزل، وفي مطلب ثان التكييف القانوني للوكالة غير القابلة للعزل.

المطلب الأول: تعريف الوكالة غير القابلة للعزل.

تتنوع النيابة بالنظر إلى مصدرها أي الجهة التي أعطت النائب سلطته في مباشرة التصرف عن منوب عنه إلى نيابة شرعية، ونيابة قضائية، ونيابة اتفافية، وسميت النيابة الشرعية بذلك؛ لأن مصدرها الشرع، فالشرع هو الذي عين النائب ومنحه السلطة لإجراء التصرف نيابة عن غيره كما في نيابة الأب عن ولده الصغير في ماله ونفسه، فالأب يستمد نيابته من الشارع وليس من المنوب عنه، فهي نيابة إجبارية بالنسبة للمنوب عنه ولا إرادة له في وجودها، وبموجبها تكون للنائب الولاية على المنوب عنه وتنفذ تصرفاته عليه رضي أم أبي¹.

¹ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، عبد الرزاق السنهوري، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، 1968م، 184/5 - 185.

أما النيابة القضائية فهي التي يكون مصدرها القضاء في إجراء التصرفات نيابة عن الغير، مثل تعيين الوصي للنظر في شؤون الصغير، أو تعيين قيم على المفقود، وهي أيضا نيابة إجبارية، فليس للمنوب عنه أي اختيار في وجود هذه النيابة.

أما النيابة الاتفاقية، فهي التي يكون مصدرها الأصيل مالك التصرف، ولا يتم ذلك إلا باتفاق الأصيل والنائب، ومن صور هذا النوع الوكالة حيث يقيم الوكيل شخصاً آخر لينوب عنه في إجراء بعض التصرفات.

لم يتطرق علماء الشريعة الإسلامية إلى تعريف الوكالة غير القابلة للعزل بتعريف خاص بها، كما لم يرد في القوانين العربية تعريف صريح بصورة مستقلة للوكالة غير القابلة للعزل وإنما تمت الإشارة إليها بصورة مختصرة ومحددة، الأمر الذي يستلزم اللجوء إلى شروحات فقهاء الشريعة الإسلامية، وفقهاء القانون المدني لإمكانية استخلاص تعريف يتطابق مع مضمون هذا النوع من الوكالة.

الوكالة هي إحدى التطورات المهمة في حياة الأفراد؛ وذلك لتجنب حضور الموكل شخصياً لإبرام التصرفات وهي في نفس الوقت محفوفة بالمخاطر؛ لأن التصرفات التي يبرمها الوكيل باسم الموكل ولحسابه تنتج آثارها في ذمة الموكل، فالعقود التي يباشرها الأشخاص من حيث اللزوم وعدمه أنواع:

1- عقود لازمة لطرفي العقد، فلا يجوز لأحد الطرفين فسخها إلا برضا الطرف الآخر، مثل عقود البيع والمقايضة.

2- عقود غير لازمة لأي من طرفي العقد، فيجوز لأي طرف فسخ العقد والخروج من الالتزام متى شاء، مثل عقد الوكالة.

3- عقود لازمة لأحد الطرفين وغير لازمة للطرف الآخر، مثل عقد الضمان أو الرهن بعد القبض. والوكالة بصفة عامة هي من العقود الجائزة، أي العقود غير اللازمة لأي من طرفي العقد، فهي غير لازمة للموكل؛ لأنه قد لا يرضى بتصرف الوكيل فيستغني عنه ويفسخ العقد، وهي غير لازمة للوكيل؛ لأنه متبرع، ولأن الوكالة في الأساس بدون أجر¹، فالموكل يجوز له عزل وكيله متى شاء، وكذلك الوكيل يجوز له عزل نفسه والتنحي عن الوكالة متى شاء حتى لو اشترط في العقد عدم انعزال الوكيل بالعزل، فالشرط يعتبر لاغياً لمخالفته مقتضى العقد²؛ لأن القاعدة العامة في الوكالة هي أن الموكل هو الذي يمنح الوكيل سلطة إبرام التصرفات القانونية نيابة عنه، وهو الذي يرسم حدودها، ويتعين على الوكيل الالتزام بالمهمة التي كلف بها، ولا يجوز له أن يخرج عن الحدود المرسومة للوكالة.

¹ - البحر الزخار الجامع لعلماء أهل الأمصار، أحمد بن يحيى بن المرتضى، دار الكتاب الإسلامي - القاهرة، 64/6.

² - تكملة ابن عابدين، نجل محمد أمين الشهير بابن عابدين، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، 1994م، 278/8.

ولما كان محل الوكالة يجب أن يكون تصرفاً قانونياً؛ فإن نطاق تنفيذ الوكيل للوكالة الصادرة إليه من الموكل تضيق وتتسع تبعاً لما يتم الاتفاق عليه بينهما، فعلى الوكيل أن يقوم بالتصرفات القانونية التي أسندت إليه، ويكون من حق الموكل أن يعزل الوكيل في أي وقت أو أن يقيد هذه الوكالة¹، ويبرر الفقه أحقية الموكل في إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة بأن من حق الموكل مباشرة شؤونه بنفسه حتى عدت معظم القوانين سلطة الموكل هذه من النظام العام، وقررت بطلان أي اتفاق يخالف ذلك².

وللوصول إلى تعريف الوكالة غير القابلة للعزل لابد من التطرق بداية إلى تعريف الوكالة بشكل عام، خصوصاً أن المشرع القانوني لم يعرف الوكالة غير القابلة للعزل.

الأصل أن الوكالة غير القابلة للعزل يسري عليها ما يسري على الوكالة العادية من حيث انعقادها وأركانها وشروطها، إلا أنها تختلف عنها من حيث آثارها؛ فنظراً لتطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية والقانونية فقد تأثرت الوكالة بهذا التطور، ولم يعد الوكيل مجرد شخص ينوب عن الموكل في إنجاز بعض التصرفات القانونية، إنما أصبح الوكيل في بعض الأحيان له مصالح مترتبة على هذه الوكالة، كما أن هذه المصالح قد تشمل الغير، وهذه المصالح تتطلب في أغلب الأحيان الاستقرار والاطمئنان في التعامل؛ حتى لا تكون الوكالة سبباً مسلباً على رغبة صاحب المصلحة يستعمله الموكل كيفما شاء؛ لذلك وجد ما يعرف بالوكالة غير القابلة للعزل التي لا يجوز فيها للموكل عزل الوكيل أو إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة، فالوكالة غير القابلة للعزل تعتبر استثناءً على القاعدة العامة التي يجوز فيها للموكل عزل الوكيل في أي وقت، وبموجب هذا الاستثناء لا يجوز للموكل عزل الوكيل أو إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة، واعتبار الموكل مسؤولاً عن أي إحلال بهذا الالتزام.

وحتى يمكن تعريف الوكالة غير القابلة للعزل لابد من معرفة خصائص الوكالة بصفة عامة، فالوكالة في الأصل مجانية، لكن يجوز أن تكون بأجر، كما أن الوكالة تقوم على الاعتبار الشخصي، أي: الثقة لما يجب أن يتوافر في هذا العقد من ثقة متبادلة بين طرفيه لذلك فهي تنتهي بوفاء الموكل أو الوكيل، كما تنتهي بالعزل، وأخيراً فإن الوكالة هي عقد رضائي أي أنه ليس بعقد شكلي إلا ما استثنى بنص خاص³.

فقد عرّف القانون المدني الليبي عقد الوكالة، حيث نصت المادة (699) على أن: "الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل".

¹ - حدود سلطة الموكل في إنهاء عقد الوكالة، أحمد شوقي عبد الرحمن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005م، ص8.

² - انظر مثلاً نص الفقرة الثانية من المادة (715) من القانون المدني المصري، ونص المادة (863) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (681) من القانون المدني السوري، ونص المادة (717) من القانون المدني الكويتي.

³ - الوكالة غير القابلة للعزل في تطبيقاتها العملية، بيار إميل طويبا، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان، 1998م، ص10.

وقد انتقد هذا التعريف؛ لأنه اعتبر الوكالة التزاماً من قبل الوكيل يقوم بموجبه بالتصرف لحساب موكله، وهذا يعني أن الوكالة عُرِّفت كأثر من آثار عقد الوكالة، بينما هي في الحقيقة تعبير عن إرادة الموكل في إنابة غيره للقيام بتصرف من التصرفات القانونية¹.

وقد حاول بعض فقهاء القانون تعريف الوكالة غير القابلة للعزل بأنها: "الوكالة التي تتعلق بها حق الغير، أو الصادرة لصالح الوكيل والتي لا يستطيع الموكل فيها عزل وكيله بإرادته المنفردة ولا للوكيل اعتزالها إلا بموافقة من صدرت لصالحه أو إذا كانت أسباب جدية تبرر تنازله عنها"².

وعرّفها آخر بأنها: "الوكالة التي خرج بها المشرع عن الأصل العام بجواز عزل الوكيل في أي وقت مراعاة منه لصاحب المصلحة سواء أكان الوكيل أم الغير مضيفاً عليها صفة الإلزام في مواجهة الموكل مرتباً المسؤولية على الإخلال بها، ولا تنتهي بوفاة الموكل"³.

وواضح من التعريفين السابقين أنهما عرّفا الوكالة غير القابلة للعزل باعتبارها أثراً من آثار هذه الوكالة، ولم يتطرقا إلى الوكالة باعتبارها عقداً يقيم به شخص مقام نفسه في تصرف معلوم، فالوكالة غير القابلة للعزل تنعقد بنفس الطريقة التي تنعقد بها الوكالة العادية، ويجب أن تتوافر فيها نفس الأركان، إلا أن الحاجة إلى توفير الاستقرار في التعامل بالنسبة للوكيل والغير أملى وجود وكالة ليس للموكل إنھاؤها بإرادته المنفردة، ومن ثم اختلفت هذه الوكالة عن الوكالة العادية في بعض أحكامها.

وعليه يمكن أن نقتبس من التعريفات السابقة للوكالة بصفة عامة مع بعض التعديلات تعريفاً للوكالة غير القابلة للعزل بأنها: "تفويض الغير في إجراء تصرف معلوم قابل للنياحة ممن يملكه غير مشروط بموته وغير قابل للعزل إذا تعلق به حق للوكيل أو الغير".

وأرى أن هذا التعريف يمكن أن يحقق مضمون وأحكام الوكالة غير القابلة للعزل.

- فهي تفويض: إشارة إلى أن الوكالة هي عبارة عن إنابة الغير في التصرف الذي يحتاج إلى إيجاب وقبول.

- وللغير: إشارة إلى الوكيل الذي يعتبر أحد أركان عقد الوكالة.

- في إجراء تصرف معلوم: إشارة إلى أن التوكيل في تصرف مجهول لا يجوز.

¹ - انظر مثلاً المادة (927) من القانون المدني العراقي التي عرفت الوكالة بأنها: "عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم". الوكالة في الشريعة والقانون، محمد رضا عبد الجبار العاني، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1428هـ - 2007م، ص45.

² - الوكالة غير القابلة للعزل، عبد الرحيم أبو قمر، بحث مقدم للمعهد القضائي الأردني، عمان/ الأردن، 1994م، ص32.

³ - الوكالة غير القابلة للعزل في التشريع الأردني، إسحاق أحمد حمدان علي، منتدى المقالات والأبحاث والدراسات القانونية على الشبكة العنكبوتية، ص49.

- قابل للنيابة: إشارة إلى أن محل الوكالة يجب أن يكون جائزاً التعامل فيه ومن ثم قابلاً للنيابة، أما إذا كان محل الوكالة مما لا يجوز التعامل فيه، فلا يجوز أن يكون قابلاً للنيابة.
- ممن يملكه: إشارة أيضاً إلى أن محل الوكالة يجب أن يكون مملوكاً للموكل، وإلا كان التوكيل باطلاً.
- غير مشروط بموته: إشارة إلى أن التوكيل لا يكون إلا حال حياة الموكل أو الوكيل، وفيه إشارة إلى أن الوصية لا تعتبر وكالة¹.
- غير قابل للعزل: إشارة إلى أن هذه الوكالة لا تسري عليها نفس الأحكام المقررة بالنسبة للوكالة العادية، وبذلك لا يجوز للموكل أن يعزل الوكيل أو ينهي الوكالة بإرادته المنفردة.
- إذا تعلق بها حق للوكيل أو الغير: إشارة إلى أن قيد عدم العزل متوقف على هاتين الحالتين فقط باعتبار أن الوكالة غير القابلة للعزل هي استثناء من القواعد العامة في الوكالة.
- وإذا كان التكييف القانوني للوكالة العادية لا يثير أي إشكال؛ فإن ظهور الوكالة غير القابلة للعزل أحدثت خلطاً في المفاهيم القانونية، الأمر الذي أوجد خلافاً بين الفقهاء حول التكييف القانوني لهذه الوكالة.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للوكالة غير القابلة للعزل.

اختلف الفقهاء في التكييف القانوني للوكالة غير القابلة للعزل، ويمكن حصر آراء الفقهاء في النقاط التالية:

أولاً- الوكالة غير القابلة للعزل هي عقد رهن حيازي.

عرفت المادة (1100) من القانون المدني الليبي 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 يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن الشيء في أي يد يكون".

وقد انتقد شراح القانون هذا التعريف على أساس أنه عرف عقد الرهن الذي بمقتضاه ينشأ

الرهن ولم يعرف حق الرهن²، وبناء على تعريف الرهن الحيازي السابق؛ فإنه يتميز بعدة خصائص هي:

1- أنه حق عيني تبعي يعطي لصاحبه سلطة على شيء معين، وهو تابع لحق شخصي في ذمة الراهن أو في ذمة غيره.

¹ - الوكالة في الشريعة والقانون، محمد رضا عبد الجبار العاني، المرجع السابق، ص 44

² - الوجيز في الحقوق العينية، عبد القار محمد شهاب، محمد بن عبد القادر محمد، دار ومكتبة الفضيل، بنغازي/ ليبيا، ط2، 2010م، ص 411. وأيضاً: الوجيز في شرح القانون المدني الليبي - الحقوق العينية، عبد الوهاب محمد البشكار، 2015م، ص 224.

- 2- أنه حق ينشأ بناء على عقد، فهو رهن اتفاقي بين الراهن والمرتهن.
- 3- أنه عقد رضائي، فلا يحتاج إلى إفراغه في شكل محدد.
- 4- أنه حق يرد على عقار أو منقول.
- 5- أنه حق تنتقل فيه حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى نائب يختاره الطرفان.
- 6- أنه حق يخول الدائن المرتهن ميزة التقدم على غيره من الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة، كما يخوله حق تتبع الشيء المرهون في أي يد تنتقل إليه.
- 7- أنه حق غير قابل للتجزئة، فكل جزء من العقار أو المنقول المرهون ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بكامل العقار أو المنقول¹.

بناء على هذه الخصائص يرى جانب من الفقه أن الوكالة غير القابلة للعزل لا يمكن تكييفها على أساس أنها عقد وكالة بالمعنى الدقيق، إنما يمكن اعتبارها عقد رهن حيازي²؛ ذلك أن الهدف الذي ترمي إليه الوكالة غير القابلة للعزل هو منح الوكيل حقاً خالصاً مستقلاً بذاته بعيداً عن صفته كوكيل نتيجة لالتزام سابق في ذمة الموكل تجاه الوكيل، ومما يؤيد هذا الرأي عدم نفاذ التصرفات التي يقوم بها الموكل في المال محل الوكالة³، فمن المقرر أن يكون للدائن المرتهن الحق في حبس المال المرهون إلى أن يستوفي حقه، كذلك يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه، وليس له أن يأتي عملاً من شأنه أن ينقص من قيمة المال المرهون، أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من عقد الرهن، كما يخول الرهن الدائن المرتهن حق التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من المال المرهون، ويخوله حق تتبع المال المرهون والتنفيذ عليه ولو انتقلت ملكيته إلى غير الراهن.

هذه الحقوق التي يخولها الرهن الحيازي للدائن المرتهن تحولها أيضاً الوكالة غير القابلة لعزل للوكيل؛ لذلك يذهب هذا الرأي إلى أن الوكالة غير القابلة للعزل هي رهن حيازي، يكون فيها الموكل هو المدين الراهن، والوكيل هو الدائن المرتهن، والمال موضوع الوكالة هو المال المرهون، إلا أن هذا الرأي لم يسلم من النقد؛ وذلك لعدة أسباب أهمها:

¹ - انظر في تفصيل ذلك: شرح القانون المدني الليبي، علي علي سليمان، جامعة قاريونس، بنغازي/ ليبيا، ط2، 1398هـ - 1978م، ص551.

² - الوكالات غير القابلة للعزل بين النظرية والتطبيق، مصطفى أحمد حجازي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م، ص277.

- الوكالة المدنية الغير قابلة للعزل، رعد عداي حسين، المؤسسة الحديثة للكتاب، مكتبة السنهوري، 2010م، ص80-81.

³ - الوكالة غير القابلة للعزل في القانون الكويتي والفرنسي، سامي الدريعي، مجلة الحقوق، الكويت، ع4، 2001م، ص201.

- 1- يستند هذا الرأي إلى افتراض أن إرادة أطراف الوكالة قد اتجهت إلى ترتيب رهن حيازي، وهو افتراض قابل لإثبات العكس، ولا يجوز أن يبنى التكييف القانوني على مجرد الإرادة المفترضة، فضلاً عن أن الموكل ليس بالضرورة أن يكون مديناً للوكيل كما في حالة الوكالة غير القابلة للعزل الصادرة لمصلحة الغير¹.
- 2- تختلف الوكالة غير القابلة للعزل اختلافاً كبيراً عن الرهن الحيازي من حيث الإجراءات التي اشترطها القانون لكي يتمكن الدائن المرتهن من استيفاء حقه من المال المرهون، فالدائن المرتهن إذا حلّ أجل الدين ليس من حقه أن يملك المال المرهون دون اتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون²، وهو ما يعرف بشرط الطريق الممهد، ولو اشترط ذلك مسبقاً³، بينما من حق الوكيل في الوكالة غير القابلة للعزل أن يبيع المال إذا كان محلها مالاً قابلاً للبيع، ويستوفي حقه دون اتباع نفس الإجراءات المطلوبة في الرهن الحيازي؛ لذلك لا يمكن القول بنشوء حق رهن حيازي لصالح الوكيل أو الغير بموجب الوكالة غير القابلة للعزل بسبب الاختلاف البيّن بينهما.
- 3- يشترط لتتمام الرهن الحيازي شرطان: أن تنتقل حيازة العقار إلى الدائن المرتهن أو العدل الذي يتفق عليه الطرفان، وأن يتم تسجيل الرهن في التسجيل العقاري إذا كان محل الرهن عقاراً⁴، في حين أن محل الوكالة غير القابلة للعزل لا يشترط فيها هذان الشرطان، فليس بالضرورة أن يتسلم الوكيل المال محل الوكالة، كما لا يشترط في محل الوكالة إذا كان عقاراً أن يتم تسجيله في السجل العقاري. بناء على ما تقدم؛ فإن الوكالة غير القابلة للعزل لا يمكن تكييفها رهنًا حيازياً؛ لذلك يرى فريق آخر أن الوكالة غير القابلة للعزل تعتبر أداة ضمان غير مباشرة.

¹ - حدود سلطة الموكل في إنهاء عقد الوكالة، أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص36.

² - تنص المادة (1112) من القانون المدني على أن: "يسري على رهن الحيازة أحكام المادة(1054) المتعلقة بمسئولية الراهن غير المدين وأحكام المادة (1056) المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات". وتنص المادة (1056) على أن: "1- يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن".

³ - الوجيز في الحقوق العينية، عبد القار محمد شهاب، محمد بن عبد القادر محمد، مرجع سابق، ص432.

⁴ - تنص المادة (48) من القانون رقم (17) لسنة 2010م بشأن السجل العقاري على أن: "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب تسجيلها ويترب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول بين ذوي الشأن وغيرهم ولا يكون للتصرفات غير المسجلة أي أثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن".

ثانياً- الوكالة غير القابلة للعزل أداة ضمان غير مباشرة.

يرى أصحاب هذا الفريق¹ أن الوكالة غير القابلة للعزل يمكن تكييفها باعتبارها أداة ضمان غير مباشرة، وهي الأداة الوحيدة من أدوات الضمان غير المباشرة؛ لأن عدم القابلية للعزل فيها يكون مطلقاً، وما يدفع الأفراد إلى هذا النوع من الوكالات هو ما تتميز به من بساطة الإجراءات، فلا يشترط فيها شكلية معينة في أغلب حالاتها²، كما أنها قد تحقق رغبة الأطراف في إضفاء السرية على معاملاتهم. إلا أن الوكالة غير القابلة للعزل وإن كانت تمثل أداة ضمان بالمعنى الواسع، فإنها لا تخلو من المخاطر التي تهدد حقوق الوكيل والتي من أهمها:

أ) أن الموكل قد يحدد للوكالة أجلاً معيناً، ما يعني أن الوكيل إذا لم يتمكن من الإجراء المطلوب خلال الأجل المحدد، فلن يستطيع أن يمارس سلطاته بعد ذلك، وبذلك قد يضيع حقه في مثل هذه الحالات.

ب) أن الوكالة غير القابلة للعزل وإن كانت تمثل أداة ضمان غير مباشرة تكون محفوفة بالمخاطر، فحتى وإن تمكن الوكيل من تحصيل المال محل الوكالة، فقد يفاجأ بوجود دائنين آخرين تكون لهم أسبقية في تحصيل ديونهم، أو أن يتقاسم معهم المال قسمة غرماء.

ثالثاً- الوكالة غير القابلة للعزل عقد بيع ابتدائي.

يذهب جانب من الفقه إلى تكييف عقد الوكالة غير القابلة للعزل بأنها عقد بيع ابتدائي استناداً إلى أن إرادة الموكل والوكيل اتجهت إلى إبرام عقد بيع وليس وكالة كما هو واضح من صياغة العقد؛ ذلك أن العبرة في تكييف التصرفات هي بحقيقة المقاصد لا بمظاهر ألفاظها تطبيقاً للقاعدة الفقهية "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"، فوجود وكالات متتالية دليل على انصراف قصد الأطراف إلى عقد بيع صيغ بصياغة عقد وكالة، ومما يؤيد ذلك أنه في عقد الوكالة يفترض أن يقوم الموكل بدفع مقابل للوكيل، غير أن الواقع هو العكس حيث يقوم الوكيل بالدفع للموكل، خصوصاً أن هذا المقابل يتلاءم مع قيمة المال محل الوكالة، ما يعني أن النية قد اتجهت إلى البيع والشراء وليس إلى التوكيل، أضف

¹ - الوكالات غير القابلة للعزل بين النظرية والتطبيق، مصطفى أحمد حجازي، المرجع السابق، ص278، الوكالة المدنية الغير قابلة للعزل، رعد عداي حسين، المرجع السابق، ص94.

² - تنص المادة (699) من القانون المدني على أن: "الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل".

- وتنص المادة (700) من نفس القانون على أن: "يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

أنه في عقد الوكالة يفترض أن الوكيل يعمل لحساب الموكل، ما يعني أنه يحق للموكل أن يحصل على الثمن الذي باع به الوكيل، وهذا ما لا يحدث في الواقع، ولا يقصده أطراف التوكيلات من هذا النوع¹.

لكن هذا الرأي لم يسلم من النقد لعدة أسباب من أهمها:

1- الاختلاف البيّن بين عقد البيع الابتدائي والوكالة غير القابلة للعزل، فعقد البيع الابتدائي يحتاج إلى أن يتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية، مع تحديد أجل لإبرام العقد النهائي، وألا يشترط عدم انعقاد العقد إذا لم يتم الاتفاق على المسائل التفصيلية²، وهذا ما لا يحدث في الوكالة غير القابلة للعزل، ما يعني أن تفسير إرادة أطراف الوكالة غير القابلة للعزل قد اتجهت إلى إبرام عقد بيع ابتدائي هو تفسير ضيق، ولا ينسجم مع الإرادة الحقيقية للأطراف.

2- استند هذا الرأي على أساس أن محل الوكالة غير القابلة للعزل بيع، إلا أن الوكالة غير القابلة للعزل قد يكون محلها شيء آخر، كأن يكون الموكل مديناً لوكيل فيوكله في استلام مبلغ من المال في ذمة شخص آخر.

رابعاً- الوكالة غير القابلة للعزل بيع لملك الغير.

يستند هذا الرأي على الأحكام المقررة بالنسبة لانتقال الملكية في العقارات، حيث إنها لا تنتقل إلا بعد تسجيلها وقيدتها في السجل العقاري³، فإذا أبرم الموكل توكيلاً غير قابل للعزل، وقام الوكيل أيضاً بإبرام توكيل غير قابل للعزل لشخص آخر؛ فإن هذا الوكيل أو التوكيلات اللاحقة تكون قد صدرت من شخص غير مالك؛ لأن الملكية لا تنتقل في العقارات إلا بالتسجيل في السجل العقاري⁴.
لكن هذا الرأي أيضاً غير دقيق للأسباب التالية:

¹ - عقد البيع، حسام الدين الأهواني، مطبعة جامعة الكويت، 1989م، ص43.

² - تنص المادة (95) من القانون المدني على أنه: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

³ - تنص المادة (48) من القانون رقم (17) لسنة 2010م بشأن السجل العقاري على أن: "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول بين ذوي الشأن، وغيرهم ولا يكون للتصرفات غير المسجلة أي أثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن".

⁴ - أحكام الوكالة في القانون المغربي، حنان عبده، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش/ المغرب، السنة الجامعية 2002 - 2003م، ص101.

1- أنه استند على أساس أن محل الوكالة غير القابلة للعزل عقار، في حين أن محل الوكالة غير القابلة للعزل يمكن أن يكون منقولاً أو أداء عمل، كأن يوكله في بيع مركبة آلية أو استلام مبلغ من المال.
2- علّل هذا الرأي أن التوكيلات اللاحقة غير صحيحة؛ لأنها تمت على بيع ملك الغير في الوقت الذي لم تنتقل فيه الملكية إلى هؤلاء الأشخاص؛ لأن الملكية في العقارات لا تنتقل إلا بالتسجيل والقيود في السجل العقاري.

وهذا التعليل في غير محله؛ لأن التوكيلات اللاحقة تمت بناء على التوكيل الأول الذي أعطى للتوكيل الحق في توكيل غيره، ما يعني أن التوكيلات اللاحقة من هذه الناحية توكيلات صحيحة.

خامساً- الوكالة غير القابلة للعزل ذات طبيعة خاصة.

ذهب جانب من الفقه إلى أن الوكالة غير القابلة للعزل هي ذات طبيعة خاصة تنطوي على خروج المال محل الوكالة من الذمة المالية للموكل إلى الذمة المالية للوكيل، نظراً لأن الموكل لم يعد صاحب الحق في المال محل الوكالة ودخوله في الذمة المالية للوكيل أو الغير؛ لذا فإن تصرف الموكل في المال محل الوكالة يكون صادراً من غير مالك، ويكون موقوفاً على إجازة صاحب الحق في التصرف في المال محل الوكالة قياساً على بيع ملك الغير¹، ومن ثم فلا ينفذ هذا التصرف في حق الوكيل أو الغير صاحب المصلحة في التوكيل² مع بقاء الوكالة غير القابلة للعزل محتفظة بسمتها الأصلية لكونها عقد وكالة، إلا أن هذا الرأي قد تعرض للنقد من عدة وجوه من أهمها:

1- يترتب على التسليم بهذا الرأي أن المال محل الوكالة لا يمكن أن يعود إلى الذمة المالية للموكل إلا بناء على عقد جديد يتم بموجبه نقل هذا المال من الذمة المالية للوكيل أو الغير إلى الذمة المالية للموكل، في حين أن الواقع غير ذلك؛ لأنه إذا انتهت الوكالة غير القابلة للعزل لسبب من الأسباب قبل إتمام التصرف القانوني في المال محل الوكالة - باتفاق أصحاب المصلحة فيها، أو بقيام الموكل بعزل الوكيل نظراً لارتكابه خطأ جسيماً - فإنه يكون من حق الموكل التصرف في المال محل الوكالة مباشرة، أو توكيل شخص آخر للتصرف فيه.

2- يترتب على التسليم بهذا الرأي نتائج غير مقبولة، فلو وكل الموكل (المدين) وكيله (الدائن) بموجب وكالة غير قابلة للعزل في بيع منقول أو عقار ليستوفي دينه منه، وتم الحجز على أموال الموكل (المدين)؛ فإن القول بأن الوكالة غير القابلة للعزل تلحق بالموكل من الذمة المالية للموكل إلى الذمة المالية للوكيل يؤدي إلى تقديم هذا الدائن (الوكيل) على غيره من دائني الموكل (المدين) دون سند من القانون، وهذا يعد خرقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين؛ لأن المبدأ أن جميع أموال المدين ضامنة

¹ - النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد، توفيق حسن فرج، دار النشر للثقافة، الإسكندرية، 1996م، ص 236.

² - حدود سلطة الموكل في إنهاء عقد الوكالة، أحمد شوقي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 58.

للفاء بديونه، وأن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان ما لم يكن لأحد الدائنين حق التقدم طبقاً للقانون¹.

أمام هذه الانتقادات التي وجهت لهذه الآراء حول الوكالة غير القابلة للعزل؛ فإنه يمكن تكييف هذه الوكالة باعتبارها وكالة من نوع خاص، تنطوي على التزام بالامتناع عن عمل، وهذا الالتزام هو التزام الموكل بالامتناع عن عزل وكيله، فإذا ما أدخل المدين (الموكل) بالتزامه بعدم عزل وكيله صراحة بأن قام بعزله؛ فإن تنفيذه تنفيذاً عينياً بعدم نفاذ العزل والتصرف في حق الوكيل ممكن، أو أدخل المدين (الموكل) بالتزامه بعدم عزل وكيله ضمناً، كأن يتصرف في المال محل الوكالة، أو يقوم بتوكيل شخص آخر في نفس المال؛ فإن إجبار الموكل على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ممكن أيضاً عن طريق عدم نفاذ هذا التصرف أو الوكالة الثانية بحق الوكيل الأول، مع احتفاظ الوكيل الأول بحقه في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر نظراً لعدم التزام الموكل بتنفيذ التزامه بالامتناع عن ذلك إلا بعد إتمام العمل بالتصرف في المال محل الوكالة، وقد نصت المادة (215) من القانون المدني بقولها: "إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأدخل بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام، وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين"، فالموكل التزم بموجب عقد الوكالة أن يمتنع عن عزل وكيله، وهذا الالتزام يمكن تكييفه على أنه التزام بالامتناع عن عمل، وهو الامتناع عن عزل الوكيل قبل إتمام التصرف في محل الوكالة، ولا يمكن القول بأن تنفيذ التزام المدين (الموكل) بالامتناع عن عزل الوكيل (الدائن) غير ممكن إلا بتدخل المدين (الموكل) شخصياً²؛ لأنه يمكن للدائن (الوكيل) أن يحصل على حكم بإلزام المدين (الموكل) بعدم نفاذ عزل الوكيل، أو بإبطال تصرف المدين (الموكل) في المال محل الوكالة، ومن ثم فإن التنفيذ العيني ممكن وقابل للتنفيذ.

ومما يؤيد القول بأن الوكالة غير القابلة للعزل تتضمن التزاماً بالامتناع عن عمل أن نصوص القانون المدني ذاتها تؤيد ذلك، فالمادة (715) نصت على أنه: "1- يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدتها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول. 2- على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي، فلا يجوز للموكل أن ينهي الوكالة أو يقيدتها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه".

¹ - القانون المدني وأحكام الالتزام، عبد المجيد الحكيم وآخرين، جامعة بغداد، 1986م، 86/2.

² - تنص المادة (1/216) من القانون المدني على أنه: "إذا كان تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك".

وفقاً لنص هذه المادة فإن الموكل يقع عليه التزام بالعمل بعدم عزل الوكيل إذا كان هذا العزل في وقت غير مناسب، أو بغير عذر مقبول، ويترتب على إخلاله بهذا الالتزام أن يدفع تعويضاً للوكيل عما لحقه من ضرر، وكذلك الأمر إذا كانت الوكالة قد صدرت لصالح الوكيل أو لأجنبي، فيجب على الموكل أن يمتنع عن عزل الوكيل بدون رضا من صدرت الوكالة لصالحه، وإلا جاز للوكيل أو الغير أن يطلب من القضاء إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل الإخلال بالالتزام، والمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر طبقاً للقواعد العامة في القانون.

المبحث الثاني: أنواع الوكالة غير القابلة للعزل.

قد يرجع سبب عدم قابلية الوكالة للعزل إلى اتفاق طرفيها على ذلك، أو إلى طبيعة الوكالة ذاتها بأن تعلق بها حق للوكيل أو الغير أو الاثنین معاً، عليه نبحت في مطلب أول: الوكالة غير القابلة للعزل بالاتفاق، وفي مطلب ثان: الوكالة غير القابلة للعزل بطبيعتها.

المطلب الأول: الوكالة غير القابلة للعزل بالاتفاق.

إذا اتفق الموكل والوكيل على عدم قابلية الوكالة للعزل، لم يوجد مانع شرعي أو قانوني من ذلك كانت الوكالة غير قابلة للعزل، إلا أن هذا الاتفاق يجب أن تتوافر فيه عدة شروط هي:

1- اتفاق طرفي عقد الوكالة على اعتبارها غير قابلة للعزل.

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين¹، فإذا ما وجد شرط في عقد الوكالة بأنها غير قابلة للعزل، كانت الوكالة غير قابلة للعزل، ولم يعد من حق الموكل عزل وكيله أو تقييد وكالته، وجميع التصرفات التي يقوم بها الوكيل تسري في حق الموكل حتى لو قام بعزل وكيله.

وإذا ورد هذا الاتفاق بنص صريح في عقد الوكالة، فلن تكون هناك صعوبة في الوقوف على إرادة الأطراف، ومن ثم حرمان الموكل من عزل وكيله أو تقييد هذه الوكالة، إلا أن هذا الاتفاق قد لا يكون صريحاً، كأن تتضمن الوكالة عبارات يمكن أن يفهم منها أن طرفي العقد قصداً اعتبار الوكالة غير قابلة للعزل، كما يمكن أن يفهم منها غير ذلك، ولا شك أنه في حالة الاختلاف في تفسير إرادة طرفي العقد؛ فإن محكمة الموضوع هي التي تفصل في هذه الحالة، ولها الحق في أن تبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدین بغض النظر عن الألفاظ والعبارات الواردة في العقد².

¹ - تنص المادة (1/147) من القانون المدني على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

² - تنص المادة (2/152) من القانون المدني على أنه: "أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

وقد يتفق الموكل والوكيل بحصر التصرف القانوني محل الوكالة بهذا الوكيل دون غيره، وهو ما يعرف بالشرط الحصري في عقد الوكالة، وبمقتضى هذا الشرط يحتكر الوكيل إبرام التصرف القانوني موضوع الوكالة، ويطلق على هذه الوكالة بالوكالة الحصرية، كأن يوكل (أحمد) (محمداً) في بيع عقار متضمنة الوكالة عبارة "لوكيلي (محمد) فقط بيع عقاري موضوع كراسة التصديق رقم (1120)، فوجود مثل هذا الشرط من شأنه حرمان الموكل (أحمد) من سلطة التصرف في عقاره محل الوكالة، وإنما يجب أن ينفذ التصرف بواسطة الوكيل باعتباره وسيطاً إجبارياً¹ حتى ولو كان تصرف الموكل بشروط أفضل مما اتفق عليه مع الوكيل، كما ليس للوكيل أن يوكل غيره لإجراء ذات التصرف القانوني محل الوكالة².

والأصل أن الوكالة الحصرية لا تكون وكالة غير قابلة للعزل إلا إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى قصر سلطة مباشرة التصرف القانوني محل الوكالة؛ فإذا كان هذا الشرط صريحاً لا لبس فيه فيطبق الشرط، أما إذا كان الشرط غير صريح، فيعود الاختصاص لمحكمة الموضوع في تفسير إرادة المتعاقدين، وهي بدورها إما أن تنتهي إلى أن إرادتهما قد اتجهت إلى حصر التصرف القانوني محل الوكالة في يد الوكيل بناء على استخلاص سائغ مبني على اعتبارات موضوعية، الأمر الذي يترتب عليه اعتبار هذه الوكالة غير قابلة للعزل بناء على ما اتفق عليه الطرفان.

وإذا ما حاولنا التعرف على موقف القانون الليبي من الوكالة الاتفاقية غير القابلة للعزل؛ فقد نصت المادة (715) على القاعدة العامة في هذا الشأن، وهو جواز إنهاء الوكالة من قبل الموكل في أي وقت، حيث نصت الفقرة (1) من هذه المادة على أنه: "يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدتها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك..."، فهذه المادة جعلت كل اتفاق يقضي بغل يد الموكل في إنهاء الوكالة باطلاً، ولا شك أن هذا الحكم المتضمن بطلان أي اتفاق يقضي بحرمان الموكل من حقه في عزل وكيله أو تقييد وكالته يعد من القواعد الآمرة، فقد جاء النص صريحاً بقوله "... ولو وجد اتفاق يخالف ذلك..."، فلا اجتهاد مع صراحة النص، كما أن القواعد الآمرة هي من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وكل اتفاق بخلاف ذلك يعد باطلاً، ومن ثم لا يجوز للوكيل أن يشترط بقاءه وكيلاً حتى يتم العمل الذي تم توكيله به، وهو ما يعرف بشرط عدم العزل، فيستطيع الموكل بالرغم من هذا الشرط عزل الوكيل قبل أن يتم العمل، فالقانون الليبي جعل قاعدة حق الموكل في عزل وكيله من النظام العام شأنه شأن العديد من القوانين العربية³، ما يعني عدم وجود وكالة غير قابلة للعزل بالاتفاق، إلا أن اعتبار الاتفاق على عدم عزل الموكل لوكيله من النظام العام محل نظر؛ وذلك للأسباب التالية:

¹ - أحكام الوكالة في القانون المغربي، حنان عبده، مرجع سابق، ص83.

² - إنهاء وكالة العقود وآثاره، رضا السيد عبد الحميد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص33.

³ - انظر مثلاً نص الفقرة الثانية من المادة (715) من القانون المدني المصري، ونص المادة (863) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (681) من القانون المدني السوري، ونص المادة (717) من القانون المدني الكويتي.

أ) أن فكرة النظام العام فكرة واسعة مرنة تستعصي طبيعتها عن التحديد؛ لأن النظام العام هو كل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق بمصلحة عامة أساسية من مصالحها سواء أكانت هذه المصلحة سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية، فالمصلحة العامة هي كل أمر يتعلق بالنظام الأساسي للمجتمع بحيث يرجح على كل مصلحة فردية، ومن ثم وجب على كل الأفراد أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام العام حتى لو كان في ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة، فلا يمكن حصر الأمور التي تدخل في نطاق النظام العام، وفي المقابل فلا مفر من ترك زمام الأمر لفتنة القاضي الذي يقدر بمناسبة كل حالة ما إذا كان محل الالتزام أو سببه يتمشى مع النظام العام أو يخالفه، وأن يهتدي في سبيل ذلك بما فيه صالح الجماعة لا أن يكيف النظام العام بحسب ما يراه مثلاً أعلى لما يجب أن تكون عليه الأمور في البلاد¹.

والنتيجة المنطقية أن كل شرط يتفق عليه أطراف العقد لا يمس المصالح العامة للمجتمع يعد صحيحاً، وإذا ما طبقنا مفهوم النظام العام والمصالح العامة على تنازل الموكل عن حقه في عزل وكيله؛ فإن هذا التنازل ليس فيه مساس بالمصالح العامة للمجتمع العليا، وإنما الغرض هو مواجهة شطط الموكل في استعمال حقه في العزل متى شاء، ومن ثم فهو يمس مصلحة الموكل فقط، الأمر الذي يمكن معه القول بأن المشرع القانوني قد جانب الصواب في اعتبار هذا الحق من النظام العام.

ب) من المسلم به أن قواعد النظام العام والآداب نسبية لا تخضع لمعيار ثابت، وإنما تتغير تبعاً للأفكار السائدة في المجتمع، فهي تنحصر في أضيق الحدود في ظل المذاهب الفردية التي تقدر حرية الفرد وتقدم مصلحته على مصلحة الجماعة، بينما تتسع في ظل المبادئ الاشتراكية التي تضع مصلحة الجماعة في المقام الأول وتعلو على مصلحة الفرد، فالنظام العام لا يمكن حصره في دائرة واحدة، فهو شيء متغير يتسع ويضيق بحسب ما يعده الناس في حضارة معينة مصلحة عامة، ولا توجد قاعدة عامة ثابتة تحدد النظام العام تحديداً مطلقاً تطبق في كل زمان ومكان؛ لأن النظام العام شيء نسبي².

وعليه فإن مسلك المشرع القانوني بإيراده نصاً صريحاً باعتبار شرط معين مخالفاً للنظام العام هو سلوك منتقد، ومن ثم فإن نص المادة (1/715) عندما صرحت باعتبار الاتفاق على تنازل الموكل عن حقه في عزل وكيله مخالفاً للنظام العام قد جانبت الصواب، وكان من الأولى أن يرد النص ببطالان كل اتفاق يخالف للنظام العام حتى تتحقق المرونة من النظام العام.

¹ - نظرية العقد، إدريس العلوي العبدلاوي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1416هـ - 1996م، ص455.

² - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي، عبد الرزاق أحمد السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت/ لبنان، ط2، 1998م، ص81/2.

2- أن يرد الاتفاق على وكالة خاصة.

تنقسم الوكالة بالنظر إلى التصرفات القانونية محل الوكالة إلى وكالة عامة ووكالة خاصة، والوكالة العامة هي التي ترد في ألفاظ عامة ولا يعين فيها محل التصرف القانوني ولا نوع هذا التصرف ذاته، كما لو قال الموكل للوكيل: وكلتك في إدارة مزرعتي، أو وكلتك في جميع أعمالي¹. أما الوكالة الخاصة فهي التي ترد على تصرف قانوني معين كبيع أو شراء، فهل الوكالة غير القابلة للعزل يمكن أن ترد على نوعي الوكالة أم أنها تقتصر على نوع محدد؟. لم يختلف الفقهاء في إمكانية ورود الوكالة غير القابلة للعزل على لوكالة الخاصة، أما الوكالة العامة فقد استقر الرأي على أنها لا تصلح لأن تكون محلاً للوكالة غير القابلة للعزل؛ لأن هذه الأخيرة استثناء على القاعدة العامة في الوكالة فيجب حصرها في شيء محدد من أمور الموكل، والقول بغير ذلك يعني الحجر على الموكل وحرمانه من حق التصرف في أمواله دون مبرر قانوني، وهذا الحق يعد من النظام العام.

3- أن تكون الوكالة مؤقتة.

الوكالة المؤقتة هي التي تقيد قيامها واستمرارها بفترة زمنية معينة؛ فالوكيل له حق التصرف بموجب هذه الوكالة خلال هذه الفترة، وبانتهائها تنتهي وكالته، والوكالة غير القابلة للعزل تحرم الموكل من التصرف في المال محل الوكالة، كما تحرم الموكل من عزل وكيله طالما كانت الوكالة قائمة. وبما أن الالتزام الأبدي باطل قانوناً لمخالفته للنظام العام لذلك كان لا بد من اشتراط أن تكون الوكالة الاتفاقية غير القابلة للعزل مؤقتة ومحددة بمدة معينة، فليس من المقبول أن يبقى الشخص محروماً من التصرف في ماله محل الوكالة، ومن عدم عزل وكيله إلى ما لا نهاية.

¹ - شرح أحكام البيع والتأمين والوكالة في التشريع الليبي، محمد المبروك اللافي، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، مصر، 2004م، ص 349.

المطلب الثاني: الوكالة غير القابلة للعزل بطبيعتها.

تتعقد الوكالة في الأصل لمصلحة الموكل، فقد نصت المادة (37) من القانون رقم (3) لسنة 2014م بشأن المحاماة على أنه: "لا يجوز للمحامي إنهاء عقد الوكالة قبل إبلاغ موكله على يد محضر بالتنصل من الوكالة، وعلى المحامي الاستمرار في تنفيذ الوكالة لمدة ثلاثين يوماً على الأقل من تاريخ إعلان الإبلاغ ما لم يقوم موكله بتوكيل محام آخر قبل انتهاء الأجل، وفي جميع الأحوال لا يجوز للمحامي التخلي عن الوكالة على نحو يضر بموكله مثل (تفويت مواعيد إجراء أو طعن أو اعتراض أو تفويت مواعيد حضور أو خيرة أو غيرها مما يمكن تداركه)"، إلا أن ذلك لا يمنع من انعقادها لمصلحة شخص آخر، فقد تعقد لمصلحة الوكيل أو الغير أو لمصلحة مشتركة، فالمصلحة متى ما تعلقت بالوكالة جعلتها غير قابلة للعزل، كما يمكن أن توصف الوكالة بأنها غير قابلة للعزل إذا ما صدرت من عدة موكلين في موضوع واحد لا يقبل التجزئة، أو لارتباطها بعقد آخر ملزم للجانبين؛ لذلك نتناول هذه الحالات باعتبارها الحالات التي تندرج تحت الوكالة غير القابلة للعزل بطبيعتها.

أولاً- الوكالة غير القابلة للعزل بسبب ورودها على محل لا يقبل الانقسام في حالة تعدد الموكلين إلا بموافقتهم.

إذا وكل مجموعة من الموكلين وكيلاً واحداً، فإذا كان محل الوكالة غير قابل للانقسام، فلا يمكن لكل موكل لوحده أن يقوم بعزل الوكيل؛ لأنه لا بد من اتفاق جميع الموكلين على ذلك، ولم يرد في القانون المدني نص يحدد الوكالة المعطاة من أكثر من شخص سواء أكان محل العقد قابل للانقسام أم لا، وترك تطبيق ذلك للقواعد العامة في القانون، فإذا قام مثلاً الشركاء في المال الشائع بتوكيل أحد الشركاء في إدارة هذا المال، فلا يجوز لأحد الشركاء عزل الوكيل بمفرده، وإنما يتطلب ذلك اتفاق جميع الشركاء أو على الأقل النسبة المطلوبة من الشركاء¹، ويلاحظ أن هذا النوع من الوكالات يكون غير قابل للعزل بصورة نسبية بسبب الطبيعة الموضوعية للعقد على خلاف الأنواع الأخرى من الوكالات غير القابلة للعزل إذ يكون سبب عدم عزل مصلحة شخص آخر غير الموكل سواء أكان الوكيل أم الغير أم المصلحة المشتركة، ورغم هذا الاختلاف فإنهما يشتركان في خاصية عدم العزل.

¹ - تنص المادة (837) من القانون المدني على أن: "1- ما يستقر عليه رأي الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة، فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع.

2- وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً، كما لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاماً يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعاً سواء أكان الخلف عاماً أم كان خاصاً.

3- وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم". انظر في تفصيل ذلك: الوجيز في الحقوق العينية، عبد القادر محمد شهاب، محمد بن عبد القادر محمد، المرجع السابق، ص 163.

ثانياً- الوكالة غير القابلة للعزل بسبب ارتباطها بعقد آخر ملزم للجانبين.

العقد الملزم للجانبين أو العقد التبادلي هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، فكل منهما دائن للآخر ومدين له¹، فقد يقدم الأفراد على إبرام عقد معين ويتفقان نتيجة لذلك على إعطاء وكالة لأحدهما أو لشخص آخر بهدف تسهيل تنفيذ العقد المبرم بينهما، فتكون الوكالة ما هي إلا عقد لاحق أو تابع للعقد السابق ووسيلة لتنفيذه أو من شأنها أن تسهل عملية تنفيذ العقد السابق الملزم للجانبين، ومثال ذلك أن يتفق المتقاسمون على تخصيص مبلغ من المال لغرض صرفه على المال الذي تم قسمته لغرض توفير خدمات معينة للجميع، وتوكيل أحد المتقاسمين أو شخص آخر للقيام بهذا العمل، فهذا التوكيل يرتبط بعقد سابق ملزم للجميع وهو عقد القسمة؛ ولذلك لا يجوز عزل الوكيل من قبل أحد الموكلين.

ثالثاً- الوكالة غير القابلة للعزل بسبب صدورها لمصلحة الوكيل.

الأصل أن يقوم الوكيل بموجب عقد الوكالة بعمل لصالح الموكل، إلا أنه في الوكالة غير القابلة للعزل والصادرة لصالح الوكيل فإن الأمر يختلف، فالموكل وإن عهد للوكيل القيام بعمل معين إلا أن هذا العمل يقوم به الوكيل لمصلحته وليس لمصلحة الموكل ما يعني تقييد حق الموكل في عزل وكيله، كأن يعطي الموكل وكالة لوكيله لغرض بيع سيارة حتى يستوفي من ثمنها ديناً له في ذمة الموكل، وقد صرحنا المادة (2/715) من القانون المدني بذلك حيث نصت: "على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي، فلا يجوز للموكل أن ينهي الوكالة أو يقيد بها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه".

ولم يحدد القانون المقصود بالمصلحة في هذا الخصوص تاركاً بيان هذا الأمر للقضاء؛ ذلك أن المصلحة مصطلح واسع الدلالة يصعب تحديده بشكل دقيق، وقد فسرت المحكمة العليا معنى المصلحة الواردة بنص المادة الرابعة من قانون المرافعات بأنها تتحقق في الدعوى إذا كان هدف المدعي من ورائها الحصول على حق يدعيه أو التخلص من التزام مفروض عليه، أو تعود عليه بفائدة حقيقية أو تحقق له مصلحة مشروعة²، ولا شك أن مصلحة الوكيل إذا كان التوكيل قد صدر لصالحه لن تخرج عن هذا الإطار، فقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية إلى حمل مصلحة الوكيل على معنى تأمين استيفائه لحقه الثابت في ذمة الموكل مستندةً في ذلك إلى المعنى القانوني للمصلحة حسبما استقر عليه الفقه والقضاء،

¹ - نظرية العقد، إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص 137.

² - ومما جاء في الطعن المذكور قولها: "إن المصلحة التي اشترطها نص المادة الرابعة من قانون المرافعات لقبول أي طلبات أو دفعات تتحقق في الدعوى إذا كان هدف المدعي من ورائها الحصول على حق يدعيه أو التخلص من التزام مفروض عليه، وبالتالي فلا يسوغ للمحكمة التي تنظر الدعوى أن تحكم بعدم قبولها لانتفاء المصلحة إلا إذا ثبت لها على وجه القطع أن الاستجابة إلى طلبات المدعي لن تعود عليه بفائدة حقيقية أو تحقق له مصلحة مشروعة" طعن رقم (43/7) بتاريخ 2002/3/11م، غير منشور.

حيث جاء في قرارها قولها بأنه: "لا تعتبر الوكالة أمّا صادرة لصالح الوكيل بالمعنى القانوني حسبما استقر عليه الفقه والقضاء إلا إذا كان من شأنها أن تؤمن للوكيل حقاً ثابتاً له، وهي حالة التوكيل لشخص يبيع عقار على أن يستوفي الوكيل من ثمنه ديناً له ثابتاً ومحددًا بذمة الموكل أو أن يسدد ديناً من الثمن لتخليص عين شائعة بينهما من الرهن"¹.

ولم أعر في قضاء المحكمة العليا على أحكام في هذا الشأن حتى نتمكن من معرفة ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة، إلا أن محكمة النقض المصرية تصدت لمثل هذه الحالة، حيث جاء في حكم لها: "أن الموكلة (س) قد أعطت وكالة إلى وكيلتها (الطاعنة) لغرض بيع شقة محل النزاع لنفسها أو للغير، مما يترتب عليه صدور هذه الوكالة لصالح الوكيل ومن ثم عدم جواز إلغائها إلا بموافقتها، وأن قيام الوكيلة ببيع الشقة إلى شخص آخر يعد تصرفاً صحيحاً وقانونياً، وينفذ في حق الموكلة بوصفه تصرفاً صادراً ممن يملكه قانوناً، ولا يمكن للموكلة إلغاء الوكالة؛ لأن ذلك فيه فساد بالاستدلال ومخالفة للقانون"².

وتقدير ما إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أم أنها ليست كذلك هو أمر يدخل ضمن صلاحيات قاضي الموضوع، فيستطيع القاضي أن يتثبت من وجود هذه المصلحة بحسب اتجاه إرادة المتعاقدين، ومدى الضرر الذي يلحق بحق الوكيل الثابت في ذمة الموكل في حالة قيام الموكل بعزل الوكيل.

رابعاً- الوكالة غير القابلة للعزل بسبب صدورها لمصلحة الغير.

إذا كان الأصل أن الوكالة عندما تصدر تكون لصالح الموكل، إلا أنه في بعض الأحيان تكون صادرة لصالح الغير، كأن يشتري الموكل عقاراً، ثم يوكل شخصاً آخر في بيع سيارته لكي يسدد باقي ثمن العقار الذي في ذمته لصالح البائع، ففي مثل هذه الحالة لا يجوز للموكل عزل الوكيل إلا بموافقة الغير الذي تعلق به حق له ثابت في ذمة الموكل، لكن السؤال من هو الغير؟.

المقصود بالغير هو الشخص الذي تعلق حقه بالوكالة وليس طرفاً فيها³؛ لأن الوكالة ما هي إلا عقد طرفاه الموكل والوكيل بحيث يقوم الموكل بإقامة الوكيل مقام نفسه في تصرف جائز معلوم، وقد يكون هذا التصرف لصالح الموكل أو الوكيل، أو لصالح شخص غريب عنهما وعن عقد الوكالة، وهو ما يعرف بالغير، وفي هذه الحالة فالغير هو محور المصلحة في عقد الوكالة، وكقاعدة عامة فإن آثار العقد تنصرف إلى طرفيه، واستثناءً يمكن أن تنصرف إلى الغير إذا كان يكسبه حقاً، فقد نصت المادة (154) من القانون المدني على أنه: "لا يترتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً".

ولكن هل تعلق حق الغير بالوكالة يتحقق أيضاً إذا تضمن عقد الوكالة اشتراطاً لمصلحة الغير؟.

¹ - قرار محكمة التمييز الأردنية، حقوق، رقم (83/532)، مجلة نقابة المحامين الأردنية، ع5، 1984م، ص174.

² - حكم محكمة النقض المصرية، طعن رقم 218 لسنة 70ق، بتاريخ 2001/5/3م، الحديث في النقض المدني، ط1، 2006م، ص353.

³ - الوكالة غير القابلة للعزل، عبد الرحيم أبو قمر، المرجع السابق، ص33.

إن الاشتراط لمصلحة الغير ما هو إلا عقد بمقتضاه يشترط فيه أحد المتعاقدين ويسمى المشتراط، على الطرف الآخر ويسمى المتعهد، التزاماً لمصلحة شخص ثالث ليس طرفاً في العقد يسمى المنتفع، بحيث ينشأ عن هذا العقد حق مباشر للمنتفع قَبْلَ المتعهد¹؛ لذلك فإن من خصائص الاشتراط لمصلحة الغير:

1- أن يتعاقد المشتراط باسمه لا باسم المنتفع، وهو ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة في جميع صورها؛ لأن النائب يتعاقد باسم الأصيل الذي يعتبر طرفاً في العقد وليس النائب، أما في الاشتراط لمصلحة الغير، فالمشترط يعتبر طرفاً في العقد، أما المنتفع فهو أجنبي عنه.

2- أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع، ولا يكفي أن يستفيد المنتفع من الاشتراط لمصلحة الغير بطريق غير مباشر.

فالمنتفع يكسب حقه مباشرة من العقد المبرم بين المشتراط والمتعهد، أما إذا اكتسب التعاقد حقه من العقد ثم انتقل إلى المنتفع لأي سبب من الأسباب كالحالة أو الميراث، فلا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير، فيجب ألا يمر حق المنتفع قبل وصوله إليه في ذمة أي من طرفي العقد².

لذلك فإن الاشتراط لمصلحة الغير يختلف عن الوكالة غير القابلة للعزل، فبالإضافة إلى أن الغير في الوكالة غير القابلة للعزل يستمد حقه مباشرة من الموكل، فإن هذا الحق هو حق سابق على الوكالة، أما في الاشتراط لمصلحة الغير، فإن الغير يستمد حقه من عقد الاشتراط مباشرة.

خامساً- الوكالة غير القابلة للعزل ذات المصلحة المشتركة.

تعتبر الوكالة غير القابلة للعزل ذات المصلحة المشتركة من أكثر الأنواع شيوعاً، سواء أكانت هذه المصلحة متمثلة في مصلحة الموكل والغير، أم مصلحة الموكل والوكيل، ويعد النوع الأخير أكثر شيوعاً من النوع الأول، فإذا ما صدر توكيل فيه مصلحة للموكل والوكيل، فلا يجوز للموكل أن يقوم بعزل الوكيل بإرادته المنفردة؛ لأنه يعتبر توكيلاً غير قابل للعزل بطبيعته، كأن يوكل مجموعة من الشركاء على الشيوع أحد الشركاء في إدارة المال الشائع؛ فإن هذا التوكيل فيه مصلحة مشتركة للموكلين والوكيل؛

¹ - لذلك نصت المادة (156) من القانون المدني على أنه:

"1- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.

2- ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد.

3- ويجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك".

² - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، محمد وحيد الدين سوار، ج1، المطبعة الجديدة، دمشق، ط2، 197م، ص300.

لذلك نصت المادة (837) من القانون المدني على أن: "ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة".
فعندما تختار الأغلبية أحد الشركاء في إدارة المال الشائع، فإنه يعتبر وكياً عن باقي الشركاء في إدارة المال الشائع، ولا يجوز عزله إلا بنفس الطريقة التي تم تعيينه بها.

المبحث الثالث: آثار الوكالة غير القابلة للعزل.

الوكالة غير القابلة للعزل باعتبارها تصرفاً قانونياً بمجرد انعقادها تنتج مجموعة من الآثار القانونية، منها ما هو متعلق بالموكل في مطلب أول، ومنها ما هو متعلق بالوكيل في مطلب ثان.

المطلب الأول: آثار الوكالة غير القابلة للعزل بالنسبة للموكل.

الأصل أن الوكالة عقد غير لازم يستطيع الموكل عزل الوكيل متى شاء، كما يستطيع الوكيل الاعتزال بإرادته المنفردة، إلا أن الوكالة غير القابلة للعزل خرجت عن هذا الأصل، فليس للموكل عزل الوكيل دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه، كما أن الموكل لا يجوز له التصرف في المال محل هذه الوكالة.
أولاً- حرمان الموكل من عزل وكيله.

من أهم الآثار التي تترتب على الوكالة غير القابلة للعزل حرمان الموكل من عزل وكيله أو تقييد سلطته دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه، فإذا ما قام الموكل بعزل وكيله فإن هذا العزل لا يكون صحيحاً وتبقى الوكالة قائمة¹ باستثناء حالات محددة، فالقاعدة في الوكالة غير القابلة للعزل هي: عدم عزل الموكل لوكيله والاستثناء جواز العزل.

كما أن الوكيل في الوكالة غير القابلة للعزل لا يملك عزل نفسه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الغير إلا بعد اتباع إجراءات قانونية محددة، وذلك بإبلاغ من صدرت الوكالة لصالحه، وأن يمنحه فرصة حتى يتمكن من مباشرة الأعمال محل الوكالة بنفسه أو أن يتم توكيل شخص آخر للقيام بهذه المهمة، أما إذا كانت الوكالة غير القابلة للعزل صادرة لصالح الوكيل فيستطيع هذا الوكيل أن يعزل نفسه؛ لأنه هو الذي يقدر مصلحته،

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن عزل الموكل للوكيل في وكالة صادرة لمصلحة الوكيل أو الغير لا ينفذ، وتظل الوكالة نافذة وتصرف الوكيل بعد العزل صحيحاً².

¹ - الوسيط في شرح القانون المدني- العقود الواردة على العمل - المناقولة والوكالة والوديعة والحراسة، عبد الرزاق

السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ص 666

² - انظر قرار محكمة النقض المصرية رقم (6073) بتاريخ 2000/1/27م، وقرارها رقم (2218) بتاريخ 2001/5/3م، موسوعة النقض والدستورية العليا، أحمد المليجي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2005م ص 1004-1005.

وإذا كانت القاعدة في الوكالة غير القابلة للعزل هي حرمان الموكل من عزل وكيله، فإن للموكل عزل وكيله متى وافق من صدرت الوكالة لصالحه - سواء أكان الوكيل أم الغير-، أو إذا ارتكب الوكيل خطأ أو غشاً بحيث يجعل من استمرار الوكالة أمراً مستحيلاً استناداً إلى قاعدة الدفع بعدم التنفيذ؛ لأن الموكل يظل ملزماً بتنفيذ التزامه بعدم عزل الوكيل طالما ظل الوكيل ملتزماً بتنفيذ الوكالة بإخلاص وأمانة وفي حدود ما يوجبه القانون وحسن النية، فإذا ما أخل الوكيل بذلك جاز للموكل أن يستفيد من قاعدة الدفع بعدم التنفيذ، وأن يعزل وكيله لإخلاله بتنفيذ التزامه¹.

ثانياً- حرمان الموكل من التصرف في المال محل الوكالة.

قد يقوم الموكل بقصد أو بدون قصد بالتصرف في المال محل الوكالة غير القابلة للعزل، فما حكم هذا التصرف؟ اختلفت آراء الفقهاء في ذلك، ويمكن حصرها في ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: أحقية الموكل في التصرف في المال محل الوكالة.

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأحقية الموكل في التصرف في المال محل الوكالة غير القابلة للعزل، فهو صاحب المال الأصلي، ولا يحق لصاحب المصلحة -الوكيل أو الغير- سوى المطالبة بالتعويض نتيجة إخلال الموكل بالتزامه بالامتناع عن عمل الممثل في عزل الوكيل وعن التصرف في المال محل الوكالة².

وقد تم مناقشة هذا الرأي ووجهت له عدة انتقادات من أهمها:

- أ) أحقية الموكل في التصرف في المال محل الوكالة غير القابلة للعزل يتعارض وطبيعة هذه الوكالة، فهو يعتبر عزلاً ضمناً للوكيل، ولا يملك الموكل هذا الحق إلا في حالات استثنائية كما سبق بيانه³.
 - ب) إعطاء الحق للموكل في التصرف في المال محل الوكالة غير القابلة للعزل يتعارض مع النصوص القانونية الصريحة التي تمنعه من عزل الوكيل إذا ما تعلق بالوكالة حق للوكيل أو الغير⁴.
 - ت) الأخذ برأي هذا الاتجاه يفرغ الوكالة غير القابلة للعزل من مضمونها، ويجعلها في نفس مرتبة الوكالة العادية، ولا تختلف عنها إلا في مسألة عبء الإثبات في بعض الأحوال.
- لذلك ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى القول بتطبيق قواعد تنازع الحقوق على شيء واحد.

¹ - التنظيم القانوني للوكالة المدنية غير القابلة للعزل، انسام عوني رشيد، ابتهاج زيد علي، مجلة قضايا سياسية، العدد 48، 49، السنة 2017م، جامعة النهدين، العراق، ص259.

² - الصلح والهبة والوكالة، أكثم أمين الخولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م، ص247، التقنين المدني الجديد، محمد علي عرفة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ط2، 1955م، ص516.

³ - انظر الفقرة الأولى من المطلب الأول من المبحث الثالث من هذا البحث.

⁴ - انظر نص المادة (715) من القانون المدني الليبي.

الاتجاه الثاني: تطبيق قواعد تنازع الحقوق على شيء واحد.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه إذا تصرف الموكل في المال محل الوكالة غير القابلة للعزل وكان المتصرف إليه حسن النية فيجب تطبيق القواعد الخاصة بتنازع الحقوق على شيء واحد، وقد وجهت لهذا الاتجاه عدة انتقادات من أهمها:

أ) الاختلاف بين الوكالة غير القابلة للعزل وتنازع الحقوق على شيء واحد، فمقتضى الوكالة غير القابلة للعزل هو حرمان الموكل من عزل وكيله أو تقييده، في حين أن مقتضى تطبيق قواعد تنازع الحقوق على شيء واحد هو صدور تصرفات قانونية من صاحب الحق لأشخاص متعددين في آن واحد.

ب) التسليم بتطبيق قواعد تنازع الاختصاص على شيء واحد يعني في أحوال معينة الإقرار بصحة تصرفات الموكل اللاحقة لإبرام عقد الوكالة، وهذا أمر يتعارض مع طبيعة الوكالة غير القابلة للعزل. لذلك ذهب رأي ثالث إلى القول بعدم أحقية الموكل في التصرف في المال محل الوكالة غير القابلة للعزل.

الاتجاه الثالث: حرمان الموكل من التصرف في المال محل الوكالة غير القابلة للعزل.

يذهب هذا الاتجاه إلى القول بحرمان الموكل من التصرف في المال محل الوكالة غير القابلة للعزل استناداً لنص المادة (2/715) من القانون المدني الليبي التي تنص على ما يلي: "على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي، فلا يجوز للموكل أن ينهي الوكالة أو يقيدها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه".

فحرمان الموكل من إنهاء الوكالة أو تقييدها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه يقتضي حرمانه من أي عمل يؤدي إلى ذلك؛ لأن إعطاء الحق للموكل في التصرف في المال محل الوكالة يؤدي إلى عزل الوكيل وإنهاء الوكالة الذي هو ممنوع على الموكل القيام به، وما يؤدي إلى المنوع فهو ممنوع، فكان التصرف في المال محل الوكالة غير القابلة للعزل ممنوعاً؛ لأنه يؤدي إلى ممنوع بنص القانون.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في نفس هذا الاتجاه في حكم لها بقولها: "يتضمن عقد الشركة في شركة المحاصة وكالة الشركاء عن بعضهم البعض في أداء أعمال الشركة المنعقدة بينهم بمال خاص بها هو غير مال الشركاء الخارج عن حصصهم فيها، وهذه الوكالة مستفادة من نص (م 520) من القانون المدني، ولما كانت هذه الوكالة منعقدة لمصلحة جميع الشركاء في الشركة، ومن ثم فليس لأي من الشركاء أن ينفرد في عزل الشركاء الآخرين، أو التصرف في المال محل الشركة وفقاً لما تقضي به الفقرة الثانية من (م 715) من القانون المدني"¹.

¹ - حكم محكمة النقض المصرية رقم (698) المؤرخ في 2001/6/1م، منشور في الموسوعة الجامعة في التعليق على القانون المدني، الكتاب الثاني، العقود المسماة، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 2005م، ج7، ص4515.

المطلب الثاني: آثار الوكالة غير القابلة للعزل بالنسبة للوكيل.

كما ترتب الوكالة غير القابلة للعزل آثارا بالنسبة للموكل، ترتب أيضا آثارا بالنسبة للوكيل.

أولاً- نفاذ تصرف الوكيل بحق الموكل

أن الأصل في الوكالة غير القابلة للعزل هو عدم قابليتها للعزل بالإرادة المنفردة للموكل، إنما يمكن أن تنتهي بالاتفاق بين الموكل والوكيل، أو بتنفيذ العمل محل الوكالة، أو بسبب مشروع يقره القانون. أما الوكالة غير القابلة للعزل الصادرة لمصلحة الغير، فلا يملك الموكل فيها عزل الوكيل، ولا يستطيع الوكيل فيها الاعتزال إلا بالاتفاق مع صاحب المصلحة، وهذا الحكم يفهم من نص المادة (715) من القانون المدني الليبي التي نصت على أنه: "إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي فلا يجوز للموكل أن ينهي الوكالة أو يقيد بها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه"، فالتصرفات التي يجريها الوكيل في حدود وكالته تسري في حق الموكل ولو قام الموكل بعزل الوكيل.

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية في هذا الاتجاه، واعتبرت عزل الموكل للوكيل في الوكالة غير القابلة للعزل لا يمنع من انصراف أثر تصرف الوكيل إليه، فقد جاء في حكم لها قولها: "إذا كان النص في عقد الوكالة محل النزاع -الصادرة من المطعون ضدها الأولى إلى الطاعن الأول- على حق الوكيل في أن يبيع العقار لنفسه أو للغير، وأنه لا يجوز إلغاء الوكالة إلا بحضور الوكيل شخصياً يدل على أن الوكالة موضوع الوكالة صادرة لصالح الوكيل فلا يجوز إلغاؤها إلا بموافقة على ذلك، ولما كانت عبارات الإقرار المؤرخ في 1994/6/21م لا يستفاد منها موافقة الوكيل على ذلك لخلوها حتى من مجرد الإشارة إليه واستمرار حيازته لشقة النزاع بعد ذلك حتى بيعها للطاعنة الثانية في 1996/4/24م، فإن الحكم إذا استدل منه على حق الموكل في إلغاء الوكالة فإنه يكون معيياً بالفساد في الاستدلال، ولما كانت الطاعنة قد اشترت الشقة من الطاعن الأول الوكيل عن المطعون ضدها الأولى بمقتضى وكالة سارية المفعول على نحو ما سلف، فإنها تكون قد تعاملت مع من يملك التصرف، ويكون العقد نافذاً في حق الموكل -المطعون ضدها الأولى- ولا مجال لتمسك الطاعنة الثانية بحسن النية استناداً إلى الوكالة الظاهرة"¹.

ثانياً- انقضاء الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة غير القابلة للعزل.

الأصل أن الاعتبار الشخصي لكل من الموكل والوكيل يكون محل اعتبار، إلا أنه في الوكالة غير القابلة للعزل ليس له أي اعتبار، فلا تنقضي هذه الوكالة بوفاة الموكل أو الوكيل، أو فقدهما للأهلية القانونية بعد التعاقد، وتظل الوكالة قائمة.

¹ - قرار محكمة النقض المصرية رقم (2218) المؤرخ في 2001/5/3موسوعة النقض والدستورية العليا، أحمد مليحي، مرجع سابق، ص 1003-1005.

ويبرر الفقه ذلك بأن عقد الوكالة غير القابلة للعزل من شأنه استيفاء الوكيل أو الغير لحق مستقل عن عقد الوكالة أو مباشرته لهذا الحق، فالوكالة ما هي إلا وسيلة لاستيفاء هذا الحق، فيثبت لحق الوكيل أو الغير المستمد من الوكالة نفس الصفة للحق الأصلي، وتظل الوكالة قائمة رغم وفاة الموكل أو الوكيل أو فقدتهما للأهلية القانونية¹.

وفي الوكالة الصادرة لمصلحة الغير فإن شخصية الوكيل ليست محل اعتبار، إنما يؤخذ في الاعتبار مهنته؛ لذلك جاز لخلف الوكيل أو الغير مباشرة مهامه الخاصة بالتوكيل، وفي حالة عدم وجود من يقوم بذلك يجوز للغير أن يطلب من المحكمة تعيين حارس قضائي يتولى تنفيذ عقد الوكالة².

الخاتمة:

الوكالة غير القابلة للعزل تعتبر من المواضيع المهمة، وهذه الأهمية ليست من الناحية العملية فقط، بل أيضاً من الناحية النظرية نظراً لعدم وجود نصوص تفصيلية تبين أحكام الوكالة غير القابلة للعزل، وعدم تصدي القضاء الليبي لمثل هذا النوع من الوكالات حتى يمكن التعرف على وجهة نظر القضاء واجتهاده في هذا الشأن، ومن خلال هذا البحث المتواضع يمكن أن نورد بعض النتائج المهمة التي توصل إليها الباحث:

1- نظراً لعدم استقرار الفقهاء على تعريف جامع مانع للوكالة غير القابلة للعزل، وأغلب هذه التعريفات وجهت لها انتقادات، فقد تم تعريف الوكالة غير القابلة للعزل بأنها: "تفويض الغير في إجراء تصرف معلوم قابل للنيابة ممن يملكه غير مشروط بموته وغير قابل للعزل إذا تعلق به حق للوكيل أو الغير". وأرى أن هذا التعريف يمكن أن يحقق مضمون وأحكام الوكالة غير القابلة للعزل.

- فهي تفويض: إشارة إلى أن الوكالة هي عبارة عن إنابة الغير في التصرف الذي يحتاج إلى إيجاب وقبول.

- وللغير: إشارة إلى الوكيل الذي يعتبر أحد أركان عقد الوكالة.

- في إجراء تصرف معلوم: إشارة إلى أن التوكيل في تصرف مجهول لا يجوز.

- قابل للنيابة: إشارة إلى أن محل الوكالة يجب أن يكون جائزاً التعامل فيه ومن ثم قابلاً للنيابة، أما إذا كان محل الوكالة مما لا يجوز التعامل فيه، فلا يجوز أن يكون قابلاً للنيابة.

- ممن يملكه: إشارة أيضاً إلى أن محل الوكالة يجب أن يكون مملوكاً للموكل، وإلا كان التوكيل باطلاً.

¹ - التعليق الموضوعي على القانون المدني، الكتاب السابع، العقود المسماة، عبد الحميد الشواربي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002م ص 465.

² - العقود المسماة، محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 512.

- غير مشروط بموته: إشارة إلى أن التوكيل لا يكون إلا حال حياة الموكل أو الوكيل، وفيه إشارة إلى أن الوصية لا تعتبر وكالة¹.

- غير قابل للعزل: إشارة إلى أن هذه الوكالة لا تسري عليها الأحكام المقررة للوكالة العادية، وبذلك لا يجوز للموكل أن يعزل الوكيل أو ينهي الوكالة بإرادته المنفردة.

- إذا تعلق بها حق للوكيل أو الغير: إشارة إلى أن قيد عدم العزل متوقف على هاتين الحالتين فقط باعتبار الوكالة غير القابلة للعزل استثناء من القواعد العامة في الوكالة.

2- تنقسم الوكالة غير القابلة للعزل على نوعين وكالة غير قابلة للعزل بالاتفاق، ووكالة غير قابلة للعزل بطبيعتها، والقانون الليبي لا يميز الوكالة غير القابلة للعزل بالاتفاق؛ لأن المادة (715) جعلت أي اتفاق يغل يد الموكل في إنهاء الوكالة باطلاً، وهو من القواعد الآمرة؛ لأن نص المادة جاء بصيغة: "ولو وجد اتفاق يخالف ذلك"، وهذا يعني أن هذه القاعدة من النظام العام فلا يجوز مخالفتها، وبذلك لا يجوز الاتفاق على عدم عزل الموكل لوكيله ولو كانت هذه الوكالة غير قابلة للعزل، وانتقد هذا الموقف لعدة أسباب من أهمها:

أ) إن فكرة النظام العام فكرة واسعة مرنة تستعصى طبيعتها عن التحديد؛ لأن النظام العام هو كل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق بمصلحة عامة أساسية من مصالحها سواء أكانت هذه المصلحة سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية، فالمصلحة العامة هي كل أمر يتعلق بالنظام الأساسي للمجتمع بحيث يرجح على كل مصلحة فردية، ومن ثم يجب على كل الأفراد أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام العام حتى لو كان في ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة، فلا يمكن حصر الأمور التي تدخل في نطاق النظام العام، وفي المقابل فلا مفر من ترك زمام الأمر لفتنة القاضي الذي يقدر بمناسبة كل حالة ما إذا كان محل الالتزام أو سببه يتمشى مع النظام العام أو يخالفه، وأن يهتدي في سبيل ذلك بما فيه صالح الجماعة لا أن يكيف النظام العام بحسب ما يراه مثلاً أعلى لما يجب أن تكون عليه الأمور في البلاد.

والنتيجة المنطقية أن كل شرط يتفق عليه أطراف العقد لا يمس المصالح العامة للمجتمع يعد صحيحاً، وإذا ما طبقنا مفهوم النظام العام والمصالح العامة على تنازل الموكل عن حقه في عزل وكيله؛ فإن هذا التنازل ليس فيه مساس بالمصالح العامة للمجتمع العليا، وإنما الغرض هو مواجهة شطط الموكل في استعمال حقه في العزل متى شاء، ومن ثم فهو يمس مصلحة الموكل فقط، الأمر الذي يمكن معه القول بأن المشرع القانوني قد جانب الصواب في اعتبار هذا الحق من النظام العام.

¹ - الوكالة في الشريعة والقانون، محمد رضا عبد الجبار العاني، مرجع سابق، ص 44

ب) من المسلم به أن قواعد النظام العام والآداب نسبية لا تخضع لمعيار ثابت، وإنما تتغير تبعاً للأفكار السائدة في المجتمع، فهي تنحصر في أضيق الحدود في ظل المذاهب الفردية التي تقدر حرية الفرد وتقدم مصلحته على مصلحة الجماعة، بينما تتسع في ظل المبادئ الاشتراكية التي تضع مصلحة الجماعة في المقام الأول وتعلو على مصلحة الفرد، فالنظام العام لا يمكن حصره في دائرة واحدة، فهو شيء متغير يتسع ويضيق بحسب ما يعده الناس في حضارة معينة مصلحة عامة، ولا توجد قاعدة عامة ثابتة تحدد النظام العام تحديداً مطلقاً تطبق في كل زمان ومكان؛ لأن النظام العام شيء نسبي.

3- من أهم الآثار المترتبة على الوكالة غير القابلة للعزل تقييد سلطة أطرافها في إيقاع العزل سواء أكان عزل الموكل لوكيله، أو عزل الوكيل لنفسه—عدا عزل الوكيل لنفسه إذا كانت الوكالة صادرة لصالحه— وإن صدر هذا العزل فلا يعتد به، ويبقى الوكيل على وكالته، كما لا يمكن للموكل أن يتصرف في الحق محل الوكالة غير القابلة للعزل؛ لأن هذا التصرف يؤدي ضمناً إلى عزل الوكيل، وهو أمر ممنوع على الموكل القيام به، فما يؤدي إلى الممنوع يكون ممنوعاً، أضف إلى ذلك أن الوكالة غير القابلة للعزل لا تنتهي بموت الموكل أو الوكيل، وإنما تنتهي بتنفيذ مضمون الوكالة واستيفاء أصحاب الحقوق لحقوقهم المترتبة عليها.

قائمة المراجع والمصادر

- 1- أحكام القرآن، أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، دار الفكر ، بيروت- لبنان، السنة بلا، ط بلا.
- 2- أحكام الوكالة في القانون المغربي، حنان عبده، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش/ المغرب، السنة الجامعية 2002 - 2003م.
- 3- إنهاء وكالة العقود وآثاره، رضا السيد عبد الحميد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
- 4- البحر الزخار الجامع لعلماء أهل الأمصار، أحمد بن يحيى بن المرتضى، دار الكتاب الإسلامي - القاهرة.
- 5- التعليق الموضوعي على القانون المدني، الكتاب السابع، العقود المسماة، عبد الحميد الشواربي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002م.
- 6- التقنين المدني الجديد، محمد علي عرفة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ط2، 1955م.
- 7- تكملة ابن عابدين، نجل محمد أمين الشهير بابن عابدين، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، 1994م.
- 8- حدود سلطة الموكل في إنهاء عقد الوكالة، أحمد شوقي عبد الرحمن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005م.
- 9- الحديث في النقص المدني، ط1، 2006م حكم محكمة النقض المصرية، طعن رقم 218 لسنة 70ق، بتاريخ 2001/5/3م.
- 10- شرح القانون المدني الليبي، علي علي سليمان، جامعة قاريونس، بنغازي/ ليبيا، ط2، 1398هـ - 1978م.
- 11- شرح أحكام البيع والتأمين والوكالة في التشريع الليبي، محمد المبروك اللافي، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، مصر، 2004م.
- 12- الصلح والهبة والوكالة، أكثم أمين الخولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
- 13- عقد البيع، حسام الدين الأهواني، مطبعة جامعة الكويت، 1989م.
- 14- القانون المدني وأحكام الالتزام، عبد المجيد الحكيم وآخرين، جامعة بغداد، 1986م.
- 15- مجلة نقابة المحامين الأردنية، ع5، 1984، قرار محكمة التمييز الأردنية، حقوق، رقم (83/532).
- 16- مجلة قضايا سياسية، العدد 48 ، 49، السنة 2017م، جامعة النهدين، العراق (التنظيم القانوني للوكالة المدنية غير القابلة للعزل) أنسام عوني رشيد، ابتهاج زيد علي.

- 17- مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، عبد الرزاق السنهوري، معهد البحوث والدراسات الربية، جامعة الدول العربية، 1968م.
- 18- مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي، عبد الرزاق أحمد السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت/ لبنان، ط2، 1998م.
- 19- موسوعة النقض والدستورية العليا، أحمد المليجي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2005م قرار محكمة النقض المصرية رقم (6073) بتاريخ 2000/1/27م، وقرارها رقم (2218) بتاريخ 2001/5/3م،
- 20- الموسوعة الجامعة في التعليق على القانون المدني، الكتاب الثاني، العقود المسماة، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 2005م، حكم محكمة النقض المصرية رقم (698) المؤرخ في 2001/6/1م.
- 21- النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد، توفيق حسن فرج، دار النشر للثقافة، الاسكندرية، 1996م.
- 22- نظرية العقد، إدريس العلوي العبدلاوي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1416هـ - 1996م.
- 23- النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، محمد وحيد الدين سوار، ج1، المطبعة الجديدة، دمشق، ط2، 1997م.
- 24- الوجيز في الحقوق العينية، عبد القار محمد شهاب، محمد بن عبد القادر محمد، دار ومكتبة الفضيل، بنغازي/ ليبيا، ط2، 2010م.
- 25- الوجيز في شرح القانون المدني الليبي - الحقوق العينية، عبد الوهاب محمد البشكار، 2015م.
- 26- الوسيط في شرح القانون المدني - العقود الواردة على العمل - المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
- 27- الوكالة غير القابلة للعزل في تطبيقاتها العملية، بيار إميل طويبا، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان، 1998م.
- 28- الوكالة في الشريعة والقانون، محمد رضا عبد الجبار العاني، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 2007م.
- 29- الوكالة غير القابلة للعزل، عبد الرحيم أبو قمر، بحث مقدم للمعهد القضائي الأردني، عمان/ الأردن، 1994م.
- 30- الوكالة غير القابلة للعزل في التشريع الأردني، إسحاق أحمد حمدان علي، منتدى المقالات والأبحاث والدراسات القانونية على الشبكة العنكبوتية.

- 31- الوكالات غير القابلة للعزل بين النظرية والتطبيق، مصطفى أحمد حجازي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م.
- 32- الوكالة المدنية الغير قابلة للعزل، رعد عداي حسين، المؤسسة الحديثة للكتاب، مكتبة السنهوري، 2010م.
- 33- الوكالة غير القابلة للعزل في القانون الكويتي والفرنسي، سامي الدريعي، مجلة الحقوق، الكويت، ع4، 2001م.

المشاكل العملية للقبض و التفتيش في قانون جرائم المخدرات
والمؤثرات العقلية الليبي
د .خيرى أبوحميرة الشول
الأستاذ المساعد/ بقسم القانون/ الأكاديمية الليبية

مُتَكَلِّمًا

التعريف بموضوع البحث وأهميته

إن وجود قانون للإجراءات الجنائية ينظم الإجراءات الواجب إتباعها لتحريك وإقامة الدعوى العمومية ومتابعة ما يصدر فيها من أحكام من قبل الشرطة والنيابة العامة والمدعى عليه والمدعى المدني له أهمية تفوق أهمية وجود نص يقرر الجريمة ويعاقب عليها.

إن قانون الإجراءات الجنائية وهو ينظم الدعوى العمومية وسيلة الدولة في اقتضاء حقها في العقاب ينبغي أن يحقق التوازن بين مصلحة المجتمع في عقاب مرتكب الجريمة ويضمن سلامة الإنسان المدعى عليه وحقه في الحرية والمحاکمة العادلة وتنفيذ العقوبة المحكوم بها عليها بما لا يمس بكرامته الإنسانية، ذلك أن الإنسان قد يتعرض للاتهام والمحاکمة وقد يكون بريء لا صلة له بالتهمة التي يتهم بها ويحاكم بشأنها. ونود أن نشير إلى أن التشريع الذي ينظم الدعوى العمومية لا يمكن أن يحقق العدالة الجنائية إلا إذا راعى ما توصل إليه المجتمع الدولي من أفكار وأراء تمت صياغتها في إعلانات ومبادئ ومعاهدات واتفاقيات دولية تضمنت أحدث ما توصل إليه الفكر الإنساني في إيجاد آليات قضائية من شأن الأخذ بها تحقيق المحاکمة العادلة .

ولما كانت القوانين الجنائية مرتبطة في قواعدها وأهدافها وغاياتها ولا يمكن النظر إلى احدها بمعزل عن الآخر، لذا فإن تنظيم الدعوى الجنائية في أي دولة لا يمكن أن يحقق العدالة والاستقرار القانوني إذا كان قانون العقوبات والقوانين المكملة له والتي يسعى المجتمع إلى تطبيقها من خلال الدعوى الجنائية لا تعبر عن رأي المجتمع في التجريم والعقاب وهو ما يتطلب أن تكون قواعد التجريم والعقاب المقررة من قبل المشرع، تعكس أفكار أفراد المجتمع في العلاقات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والأخلاق والآداب العامة، أما إذا كان هناك تباين بين الأفكار الاجتماعية والتشريع النافذ فعلا فإن ذلك من شأنه أن يؤثر على نظام العدالة الجنائية في مجملها، لأنه إذا كانت النصوص التجريمية والعقابية قد عفا عنها الزمن وأصبحت لا تتلاءم والواقع الاجتماعي وظل القضاء يطبق أفكار بالية في التجريم والعقاب فإن القضاء مهما التزم من معايير وأجتهد في تطبيق النصوص فلا يمكنه أن يلبي نظرة أفراد المجتمع وطموحاتهم في تحقيق مقتضيات المحاکمة الجنائية العادلة، وهو ما يحتم تغيير هذه التشريعات لتتلاءم وتتطابق مع الأفكار المجتمعية لأنه كلما استجاب التشريع للواقع تكاثفت جهود جميع السلطات الضبطية والقضائية والتنفيذية على العمل به أما إذا ابتعد التشريع عن الواقع أهمل وقل وتراخى الجميع في العمل بمقتضاه . والقواعد الإجرائية سواء ما تعلق منها بالقبض على المتهم في أحوال التلبس أو في غيرها، أو ما تعلق بالتفتيش بمعرفة مأمور الضبط القضائي أو بمعرفة النيابة العامة ، والشروط اللازمة

لحصول هذا التفتيش والضوابط المطلوب تطبيقها في جرائم المخدرات لا تختلف عن غيرها من الجرائم من حيث خضوع كل الجرائم لكافة الأحكام العامة في قانون الإجراءات الجنائية الليبي أو المصري مع بعض الاستثناءات التي نص عليها و قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي رقم 7 لسنة 1990 . بهذا يمكن القول إن دراسة القواعد الإجرائية بشكل يتعلق بوضع جرائم المخدرات وتأصيلها القانوني يتطلب أن نعطي لموضوعي القبض والتفتيش ، وما يترتب عليهم من آثار قانونية ، ومشاكل تبرز عند التنفيذ العملي اهتماماً خاصاً.. فهي من أدق المشاكل الإجرائية التي يجب إثارتها ومناقشتها عند التعرض إلى جرائم المخدرات وهو ما يستحق من أن نفردهما حيزاً كبيراً في هذا الدراسة. كما سوف يتطرق الباحث إلى نظام الضبطية القضائية في الفصل الأول ثم معرفة سلطات مأموري الضبط القضائي في مرحلتي (الاستدلال والتحقيق) في الفصل الثاني

إشكالية موضوع البحث:

لما كان لجرائم المخدرات طبيعتها الخاصة والمميزة التي جعلتها في مصاف الجرائم الدولية في نظر بعض رجال الفقه القائلين بالاتجاه الموسع في مصاف الجرائم الدولية وحازت علي اهتمام المجتمع الدولي فإننا نطرح تساؤلات بوصفها إشكالية علمية وعملية جديرة بالدراسة وهي هل حقق قانون المخدرات و المؤثرات العقلية الليبي الهدف منه أو لا ؟ إذا كانت الإجابة بالإيجاب فما هو سبب تزايد أحكام البراءة في قضايا المخدرات في المحاكم ؟ أما إذا كانت الإجابة بالنفي فهل يعزى ذلك إلى القصور بعض النصوص أو السياسة التجرىمية أما أن الأمر يحتاج إلى سن نصوص خاصة فيما يتعلق بإجراءات القبض و التفتيش في جرائم المخدرات للقضاء على مشكلة المخدرات أو على الأقل في الحد منها ؟ ثم هل هناك ضرورة للخروج عن بعض المبادئ الأساسية في قانون الجنائي مثل مبدأ الأصل في الإنسان البراءة أم لا ؟ وهل استطاعت الأجهزة القائمة على تنفيذ القانون رفع مستواها التقني و المهني والعلمي وطورت أساليب مواجهتها للمنظمات الإجرامية ذات الكفاءة العالية ؟ أم إن الضرورة تتطلب خلق أجهزة متخصصة تتولى متابعة ظاهرة الإجرام المنظم وخلق قنوات اتصال لمختلف الأجهزة المناظرة لها في الدول الأخرى ؟ من أجل ذلك سوف أبحث في هذا الموضوع.

منهجية البحث

لما كان لكل دراسة قانونية منهجية هي أداة الباحث أثناء إعداده بحثه ونظراً لتعدد تلك المناهج التي تم اختيارها طبقاً لطبيعة البحث المراد دراسته، وبما إن دراسة موضوع المشاكل العملية للقبض والتفتيش في جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة . باعتبارها من المناهج البحثية المقررة التي لا تقتصر على وصف وتشخيص تلك الظواهر بل تتعدده إلى تقييم القواعد المقررة وما ينبغي عليه لاستيعاب هذه الظاهرة للوصول إلى النموذج القانوني لهذه الجرائم محل الدراسة وسوف يساعدنا المنهج التأصيلي كطريق أساسي لمعرفة القواعد والأحكام العامة لتطبيقها على

موضوع البحث ونستعين بالمنهج المقارن لتعرف علي اتجاهات السياسة الجنائية الوطنية التي بادرت إلى التصدي لهذه الجرائم واتجاهات السياسة الدولية في هذا الشأن

خطة البحث

سأتناول موضوع الدراسة ضمن مبحثين وخاتمة، وذلك وفقاً للتفصيل التالي:

المبحث الأول

ويكرس لبحث ماهية مشاكل القبض في جرائم المخدرات يخصص **المطلب الأول**

الدلائل في جرائم المخدرات **المطلب الثاني** لمعرفة مدي تقدير هذه الدلائل.

المبحث الثاني

فيكون وفقاً على دراسة مشاكل التي يثيرها إجراء التفتيش في جرائم المخدرات والمؤثرات

العقلية ، بحيث يشمل على مطلبين . **المطلب الأول نتعرف خلاله على** : الالتزام بحدود الإذن في

جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية أما المطلب الثاني فقد خصصناه للحديث- بالتفصيل- عن قواعد

تفتيش و غسل معدة المتهم و بعض الأماكن في جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية

الخاتمة

في الخاتمة وضحنا بعض الموضوعات بشكل موجز، مع إبرازنا عددًا من المقترحات والتوصيات

التي خلصت إليها الدراسة، والتي نري أنها ضرورية في هذا الشأن، حتى يمكن تلافي العيوب وسد الثغرات

....

المبحث الأول

المشاكل المتعلقة بالقبض في جرائم المخدرات

تمهيد و تقسيم

خلا التشريع الليبي من تعريف للقبض . واقتصر على بيان الجهات المخولة بمباشرة، والأمر به ، وتحديد الحالات التي يباشر بمناسبةها ، كما أورد بعض الإجراءات المعاصرة واللاحقة لهذا الإجراء ، كواجبات أو سلطات للجهة التي تقوم بمباشرة ، تاركاً مهمة التعريف للفقهاء والقضاء⁽¹⁾ بينما قام الفقه بدوره في تعريف القبض ، فعرفه البعض بأنه : " تقييد حرية الشخص في التجول ، طالت أو قصرت ، وحمله على البقاء في مكان معين ، أو الانتقال إليه ، تمهيداً لاتخاذ بعض الإجراءات قبله "⁽²⁾ كما عرفه بعضهم الآخر بأنه : " سلب حرية شخص لمدة قصيرة ، وذلك باحتجازه في المكان الذي يخصصه القانون لذلك "⁽³⁾ أو : " حرمان الشخص من حرية التجول و لفترة يسيرة " أو : " حرمان الشخص من حريته في الحركة والتجول " كما يذهب بعضهم إلى القول : " بأن القبض على الشخص ، يعني حرمانه من حريته ، بالإضافة إلى ما ينطوي عليه ذلك من تأثير في النواحي الأخرى لحياته "⁽⁴⁾ . أو هو " وضع الشخص تحت الحراسة ، أو الهيمنة المادية عليه ، بقصد إحضار عاجلاً وفي الحال ، أو أجلاً ، بعد مدة محددة أمام القاضي أو رجل البوليس ، أو ضابط نقطة البوليس على حسب الأحوال ، تطبيقاً لما تنص عليه القوانين سواء كان هذا القبض وقائياً أو قضائياً ، أو تنفيذياً أو تهديداً لدفع الغرامات أو الديون المدنية "⁽⁵⁾ .

كما عرفت المحكمة العليا الليبية القبض بقولها : " إن تعريف القبض الجنائي هو الحجز على حرية المتهم في التجول وتقييد حركته فترة من الزمن ، وإن حق استعماله من غير سلطات التحقيق

(1) د. محمد عودة دياب ، الاختصاص القضائي لمأمور الضبط القضائي ، أطروحة دكتوراه ، ط. الأولى ، الدار العربية للموسوعات ، بيروت 1986 ، ص 296 .

(2) عوض محمد عوض ، قانون الإجراءات الجنائية الليبي، مكتبة قورينا للنشر والتوزيع، بنغازي، ط الأولى، 1977. ص 262 .

(3) محمود نجيب حسني ، القبض على الأشخاص ، حالات وشروطه وضماناته ، مركز بحوث مكافحة ومعاملة المجرمين ، القاهرة ، 1994 ، ص 15 .

(4) حسين جميل ، حقوق الإنسان والقانون الجنائي ، ط. الأولى ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1984 ، ص 225 .

(5) د. محمد محي الدين عوض ، حدود القبض والحبس الاحتياطي على ذمة التحدي في القانون السوداني ، حملة القانون والاقتصاد ، يصدرها أستاذ كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، مطبعة جامعة القاهرة ، س32 ، العدد الرابع ، 1962 ، ص 513 .

مشروط بشروط حددتها المادة 24 من قانون الإجراءات الجنائية⁽¹⁾ لذلك فإن قواعد القبض في جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية لها أهمية خاصة ، إذ انه قلما تخلو قضية من قضايا المخدرات من دفع ببطلان إجراءات القبض، لذلك يري الباحث دراسة أهم مشاكل القبض في جرائم المخدرات بحيث تناول الباحث في المطلب الأول الدلائل الكافية في جرائم المخدرات ثم معرفة تقدير هذه الدلائل في مطلب ثان.

المطلب الأول: الدلائل الكافية في جرائم المخدرات:

نصت على هذا الضابط الفقرة الأولى من المادة 24 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي ، عند بيانها لضوابط القبض التلقائي ، المخول لسلطة الضبط القضائي سواء كان ذلك في حالات التلبس أم في غير حالات التلبس ، كما تضمنته المادة 99 من قانون أصول المحاكمات الجزئية الأردني، لتحديد نطاق السلطة السابقة في مجال القبض بوجهيه.⁽²⁾

كما تضمنه القانون الأمريكي ، بمسميات عديدة ، منها : السبب المعقول ، والسبب المحتمل ، لتعطي ذات المعني والدلالة⁽³⁾.

وتعد الدلائل الكافية شرطا ضروريا لاتخاذ أي إجراء ماس بالحرية الشخصية ، فهي الضمان الوحيد الذي رسمه المشرع الليبي لحماية الأفراد من أي إجراء تعسفي⁽⁴⁾، ونبين فيما يلي مدلول الدلائل الكافية ، وتقدير توافرها:

ويقصد بالدلائل الكافية هي وقائع محددة ظاهرة وملموسة ، يستنتج منها أن شخصاً معيناً هو مرتكب الجريمة⁽⁵⁾، فهي مجرد علامات خارجية أو شبهات قوية لا تستلزم ضرورة التعمق في تمحيصها

(1) طعن جنائي رقم 29/299 مجلة المحكمة العليا س19 ، ع4 ، جلسة 1983/6/1 ، ص 162 ، وأيضاً طعن جنائي رقم 42/176 (غير منشور) ، جلسة 2002/3/3 .

(2) راجع : موسوعة التشريعات العربية ، الجزء الثالث والسادس ، إجراءات .

(3) د. محمد عودة ذياب الجبور ، الاختصاص القضائي لمأمور الضبط القضائي ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ، 1982 ، ص 273 ، د. سامي حسني الحسيني ، مرجع سابق ، ص 199 ، كما يستخدم القانون الإنجليزي أحياناً اصطلاح الاشتباه المعقول ، فيجيز قانون الشرطة الخاص بمدينة لندن وضواحيها الصادر سنة 1839 لرجال البوليس تفتيش السفن والعربات استناداً إلى اشتباه معقول في أنها استخدمت لنقل بضائع مسروقة ، كما يبيح لهم تفتيش الأشخاص المشتبه في قيامهم نقل تلك البضائع ، (د. سامي حسني الحسيني ، مرجع سابق ، ص 201) .

(4) د. رؤوف عبيد ، بين القبض على المتهمين واستيقافهم في التشريع المصري ، مرجع سابق ، ص 230.

(5) - د. عوض محمد عوض ، المرجع السابق ، ص 265 ، د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، دار الكتاب الجامعي ، الإسكندرية ، 1994 ، ص 226.

وتقليب وجوه الرأي فيها ، وهي لا ترقى إلى مرتبة الأدلة ، فهي قرائن ضعيفة ، أي استنتاج لأمر مجهول من أمر معلوم ، ولكن ضعفها يأتي من استنتاجها من وقائع لا تؤدي إلى ثبوت التهمة بالضرورة ولا بحكم اللزوم العقلي فهي لا تصلح كدليل للإدانة ، بل تصلح للبراءة⁽¹⁾. وينبغي أن تكون الدلائل جادة وكافية أي مؤدية عقلا إلى نسبة الجريمة إلى المقبوض عليه ، فلا يكفي مجرد البلاغ أو الاشتباه أو الظن للقبض على المشتبه فيه⁽²⁾.

وقد تصدت المحكمة العليا الليبية ، في بعض أحكامها ، لتحديد مدلول الدلائل الكافية ، فقضيت : " بان المقصود بالدلائل العلامات الخارجية ، أو الشبهات المقبولة ، دون ضرورة التعمق في تمحيصها وتقليب وجوه الرأي فيها⁽³⁾. كما قضيت في حكم آخر بأنه : " من المقرر أن المقصود بالدلائل الكافية التي تجيز القبض طبقا لنص المادة 24 من قانون الإجراءات الجنائية ، أن تقوم شبهات مستمدة من وقائع وقرائن وظروف الدعوى تؤدي عقلاً ومنطقاً إلى إسناد الجريمة لشخص معين⁽⁴⁾.

فالدلائل تستمد من واقع الحال من خلال مجموعة من المظاهر المادية تؤيد نسبة الجريمة إلى شخص معين ، كمشاهدة الجاني قبل وقوع جريمة القتل يقوم بشراء سلاح ناري ذي مقذوف ناري معين ، ووجود هذا المقذوف في جسم القتيل أو شم رائحة المخدر تتصاعد من لفافة يحملها المتهم ، ثم محاولته التواري عن نظر الضابط مع ظهور علامات للارتباك عليه⁽⁵⁾.

وتعدّ الدلائل كافية إذا كانت على درجة من القوة يصح معها في الإفهام إسناد جريمة معينة إلى شخص معين ، فإذا كانت الدلائل ضعيفة يأبى العقل العام معها أو لا يطمئن إلى نسبة الجريمة ، إلى هذا الشخص فإنها لا تصلح أساساً للقبض⁽⁶⁾. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا الليبية بأنه : " وفقاً لنص المادة 24 من قانون الإجراءات الجنائية ، إن لمأمور الضبط القضائي أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهامه في حالات عددها على سبيل الحصر ، ومنها الجنائيات

(1) د. رؤوف عبيد : المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية ، ط. الثانية ، دار الفكر العربي ، (بدون تاريخ نشر) ص 231 .

(2) د. محمد زكي أبو عامر ، المرجع السابق ، ص 227 - 228 .

(3) طعن جنائي رقم 34/143 ق مجلة المحكمة العليا الليبية س 27 ع 1-2 ، جلسة 1991/3/26 .

(4) طعن جنائي رقم 36/235 ق مجلة المحكمة العليا الليبية س 27 ع 3 - 4 ، جلسة 1991/12/17 ، ص 219 .

(5) د. إبراهيم حامد طنطاوي ، سلطات مأمور الضبط ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة كلية الحقوق ، المكتبة القانونية ، ط الثانية ، 1997 ، ص 607-608 ، د. رؤوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، دار الجيل للطباعة ، ط السادسة عشر ، 1985 ، ص 336 .

(6) د. عوض محمد عوض ، المرجع السابق ، ص 265 .

وأحوال التلبس بالجريمة ، إذا كان القانون يعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة اشهر ، ويبين من ذلك أنه يشترط لصحة القبض في تلك الحالات ، أن يكون الاتهام جدياً بوجود دلائل ووقائع محددة بإسناد الجريمة إلي شخص معين، وإذا أبي العقل والمنطق معها إسنادها إليه فإنها لا تصلح أساساً للقبض عليه⁽¹⁾ .

كما قضت بأنه : " متى كان الحكم قد طرح دفاع الطاعن الأول ببطلان القبض عليه استناداً إلى توافر الدلائل الكافية ، على حيازته للمخدر المتمثلة بحسب الثابت في الحكم في استلام المرشد منه ، كمية من المخدرات بعد أن دفع له ثمنها ، وتسليم المرشد بدوره الكمية لمأمور الضبط الذي كان على رأس الكمين ، لضبط الطاعن وهو يبيع المخدر الأمر الذي سوغ لمأمور الضبط القبض عليه ، وهو الذي استند إليه الحكم في صحة القبض ، يتفق وصحيح القانون ، لان المادة 24 من قانون الإجراءات الجنائية ، تخول في فقرتها الأولى لمأمور الضبط القضائي القبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على ارتكابه جناية ، وكان على ما عده الحكم دلائل كافية على حيازة الطاعن للمخدر على النحو المذكور تعد كذلك في صحيح القانون⁽²⁾ .

ومن الدلائل الضعيفة التي لا تصلح لإسناد الجريمة إلى المشتبه فيه ، ومن ثم فهي لا تصلح أساساً لإجراء القبض وجود الشخص بالقرب من مكان ارتكاب الجريمة ، أو ظهور الارتباك والحيرة عليه ، أو وجود خلاف بينه وبين المجني عليه ، أو سبق ارتكابه لجريمة مماثلة⁽³⁾ ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بان : مجرد ظهور الحيرة والارتباك على المتهم ووضع يده في جيبه عندما شاهد رجلي الحفظ أمور لا تعد دلائل كافية على وجود اتهام مبرر للقبض⁽⁴⁾ كما قضت المحكمة العليا الليبية بان : " وكان قول الحكم أن الطاعن ضبط متلبساً بالجريمة ، لا ترشح له الواقعة كما أثبتتها ، ذلك أن حالات التلبس بالجريمة بينها المادة 20 من قانون الإجراءات الجنائية على سبيل الحصر ، وكان على الحكم وقد رأى أن الجريمة المسندة إلى الطاعن كانت في حالة تلبس ، أن يورد الدلائل التي تؤدي إلى القول بقيامها ، أما وقد جاء قاصراً في رده على دفع الطاعن ببطلان القبض عليه ، ودانته استناداً إلى الدليل المستمد من هذا القبض ، فانه يكون معيباً مما يطله⁽⁵⁾ .

(1) طعن جنائي رقم 27/22 ق ، مجلة المحكمة العليا الليبية، س19 ع1 ، جلسة 1982/1/3 ، ص137 ، وأيضاً طعن جنائي رقم 40 /188 (غير منشور) ، جلسة 2000/3/22 .

(2) طعن جنائي رقم 37/891 ق مجلة المحكمة العليا الليبية، س27 ع1-2 ، جلسة 1999 ، ص217 ، وأيضاً طعن جنائي رقم 29/51 ق مجلة المحكمة العليا الليبية، س22 ع2 ، جلسة 1984/12/4 ، ص117 .

(3) د. عوض محمد عوض ، المرجع السابق ، ص36 .

(4) نقض مصري رقم 22598 لسنة 67/ق مجموعة أحكام النقض، جلسة 1999-11-13 .

(5) طعن جنائي رقم 26/194 ق مجلة المحكمة العليا الليبية ، س16 ع3 ، جلسة 1979/6/19 ، ص160 .

المطلب الثاني

تقدير الدلائل الكافية في جرائم المخدرات

تقدير كفاية الدلائل متروك لمأمور الضبط القضائي ، غير أن هذا التقدير ليس مطلقاً بل يخضع لنوعين من الرقابة ، مباشر من سلطة التحقيق ابتداءً ، ومحكمة الموضوع انتهاءً⁽¹⁾ وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا الليبية : " بأنه طبقاً للمادة 24 من قانون الإجراءات الجنائية ، يكفي لصحة القبض على المتهم ، أن تكون الجريمة من الجرائم التي يجوز فيها القبض ، وأن توجد دلائل كافية على اتهام المقبوض عليه ، والمقصود بالدلائل الكافية أن تقوم شبهات مستمدة من الوقائع والقرائن ، وتقدير هذه الدلائل ، التي تسوغ القبض ومبلغ كفايتها ، تكون بداءة لرجل الضبط القضائي ، ثم لمحكمة الموضوع⁽²⁾ .

وإذا اتضح لأي من سلطة التحقيق ، أو محكمة الموضوع ، أن القبض الذي بأشره مأمور الضبط القضائي لم يكن له ما يبرره عدّ قبضاً باطلاً⁽³⁾ ولذلك فمجرد ظهور الخيرة الارتباك على المتهم ووضع يده في جيبه عندما شاهد رجلي الحفظ ، أمور لا تعد دلائل كافية على وجود اتهام مبرر للقبض عليه وتفتيشه⁽⁴⁾ .

والضابط الذي يحتكم إليه في تقدير الدلائل الخيرة ومنطق العقل فإذا اتفق تقدير مأمور الضبط مع هذا المنطق ، كان أجراءه صحيحاً ، وإن خالفه بطل⁽⁵⁾ ، ويلاحظ أن لحظة الحكم على الإجراء الذي بأشره مأمور الضبط من حيث صحته أو بطلانه، إنما يتحدد باللحظة التي اتخذ فيها الإجراء ، لأنها اللحظة التي قدر فيها رجل الضبط القضائي كفاية الدلائل ، فإذا تبين فيما بعد عدم صحتها فإن ذلك ليس من شأنه أن يؤثر في صحة الإجراء الذي اتخذته⁽⁶⁾ . ذلك أن الأعمال الإجرائية تجري حكم الظاهر ولا تبطل من بعد نزولاً على ما ينكشف من أمر الواقع⁽⁷⁾ .

(1) د. عوض محمد عوض ، المرجع السابق ، ص 265 .

(2) طعن جنائي رقم 27/64 ق مجلة المحكمة العليا الليبية ، س 21 ع 2 ، جلسة 1983/12/22 ، وأيضاً طعن جنائي رقم 41/198 ق (غير منشور) جلسة 2001/4/7 .

(3) د. عوض محمد عوض ، المرجع السابق ، ص 265 .

(4) نقض مصري رقم 68/6069 ق ، جلسة 2001-2-13 .

(5) د. عوض محمد عوض ، المرجع السابق ، ص 266 .

(6) د. إبراهيم حامد طنطاوي ، المرجع السابق ، نفس الموضوع ، د. عوض محمد عوض ، المرجع السابق ، نفس الموضوع .

(7) نقض مصري رقم 30518 لسنة 67 ق مجموعة أحكام النقض ، جلسة 2000/4/5 ، ص 601 .

وإذا كان الضابط الذي يحتكم إليه في تقدير الدلائل الكافية هو الخبرة ومنطق العقل فهل يقصد بذلك خبرة ومنطق الشخص المعتاد ، أم خبرة ومنطق مأمور الضبط ، بمعنى آخر هل يعتد في تقدير ذلك بالمعيار الشخصي أم بالمعيار الموضوعي .

لم يبين قانون الإجراءات الجنائية الليبي ، طبيعة المعيار الذي ينبغي الأخذ به في تقدير الدلائل الكافية .

أما الفقهاء فهناك من يرى الأخذ بالمعيار الشخصي في هذا الصدد ، ذلك لأن الدلائل الكافية تختلف من حالة إلى أخرى ، وما يعد دلائل كافية لدى مأمور ضبط قضائي لا تعد كذلك عند غيره ، وما يعد من الدلائل الكافية في وقت معين ، قد لا تعد كذلك في وقت آخر ، بل إن تقدير مأمور الضبط القضائي لها يختلف عن تقدير الرجل المعتاد ، ويؤيد ذلك أن الدلائل الكافية تستند على تحريات مأمور الضبط القضائي وهذه الأخيرة مصدرها المعلومات المستمدة من المرشدين والشهود، وهؤلاء قد تؤثر فيهم بعض الاعتبارات الأمر الذي يتطلب فحص كل حالة على حدة ، وتقدير المبررات التي جعلت مأمور الضبط يعتقد بتوافر الدلائل الكافية⁽¹⁾ .

في حين يرى بعضهم الآخر - بحق - الأخذ بالمعيار الموضوعي في تقدير كفاية الدلائل ، والذي أساسه الحكم الموضوعي المجرد ومعياره الرجل المعقول ، الذي لو وضع في نفس ظروف مأمور الضبط القضائي ، سيقدر وجود السبب المعقول المبرر لإجراء القبض ، ذلك أنه غير مطالب بأعمال أرائه الشخصية واعتباراته الذاتية في هذا التقدير⁽²⁾ ، كما أن الأخذ بالمعيار الشخصي يمنح مأمور الضبط القضائي سلطة تقديرية واسعة ، لأعمال أرائه الشخصية ، بينما يجرمه المعيار الموضوعي من هذه السلطة ، فسلطة مأمور الضبط القضائي في القبض التلقائي ، تمس الأفراد في أشخاصهم وحررياتهم ، فإذا ما أسندنا تقدير توافر الدلائل الكافية إلى معايير شخصية بحتة ، فإن ذلك سيؤدي إلى المساس بالحرية الشخصية لتحويل مأمور الضبط القضائي، سلطات تقديرية واسعة ، تفتقر إلى التحديد والضوابط ، لذلك فالأولى الأخذ بالمعيار الموضوعي ، مع أعمال العنصر الشخصي في توطيد وترسيخ الدلائل الكافية وليس للانتقاص منها⁽³⁾ .

وفي فرنسا نجد أن المشرع قد منح رجال الضبط القضائي الحق في التحقق من شخص المشتبه فيه في حالات معينة حيث نصت على هذا الحق (المادة 78 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي) حيث أكدت على حق رجال الضبط الجنائي التحقق من شخصية المشتبه فيه والذي تتوافر فيه شبهات

(1) د. إبراهيم حامد طنطاوي ، المرجع السابق ، ص 611 .

(2) د. محمد عودة ذياب الجبور ، المرجع السابق ، ص 281 .

(3) د. حسين إبراهيم القرضاوي ، المحابة الجنائية للحرية الشخصية في مواجهة سلطة مأمور الضبط القضائي في القبض ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الفاتح ، 2002-2003 . 57 .

تشير إلى وجود علاقة بينه وبين جريمة معينة ، وسواء أكان قد ارتكبها أو شرع فيها . وان لديه معلومات تفيد في الكشف عن الجريمة موضوع التحقيق أو محل الاستدلال⁽¹⁾.

وتخضع الدلائل الكافية في مجال الإثبات لقاعدة " الشك يفسر ضد مصلحة المتهم " ، لان دورها ينحصر في إجازة اتخاذ إجراء ينطوي على المساس بالحرية الشخصية للمتهم وذلك لتحديد مدى قيمة هذه الدلائل ، وتمحيص الشكوك والشبهات التي تثيرها ، فلا تمتد قيمتها إلى تأسيس حكم بالإدانة ، ما لم ينتج عنها دليل يعتمد عليه القاضي فيما بعد⁽²⁾.

والدفع بانتفاء الدلائل أو عدم كفايتها دفع موضوعي ، ينبغي أن يثار ابتداء أمام محكمة الموضوع ، فلا تجوز إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا ، متى كان يتطلب تحقيقاً في الموضوع ، وبحثاً في الظروف التي سبقت الإجراء المطعون في صحته أو عاصرته ، وهو في ذات الوقت دفع جوهري ينبغي التعرض له أثباتاً أو نفياً بأسباب منطقية سائغة ، مستمدة من ظروف الإجراء وملابساته الثابتة في الأوراق ، أما تجاهل الدفع أو طرحه والتعويل في الحكم على الإجراء المدفوع ببطلانه ، لانتفاء الدلائل أو لعدم كفايتها .

المبحث الثاني

أهم مشاكل التفتيش في جرائم المخدرات.

تمهيد وتقسيم

يحمل تفتيش الأشخاص في طياته خطورة قانونية بالقدر الذي يحمل فيه منفعة للتحقيق و إظهار للحقيقة، والتفتيش في قانون الإجراءات الجنائية الليبي وهو البحث عن شيء يتصل بجريمة وقعت ويفيد في كشف الحقيقة عنها وعن مرتكبها . ويقتضي هذا التفتيش إجراء البحث في موضوع له حرمة ، ولهذا فقد أحاطه القانون بضمانات عديدة . ومحل التفتيش قد يكون مكاناً أو شخصاً ؛ وهو - بنوعيه - قد يكون متعلقاً بالمتهم أو بغيره ، وهو في كل الأحوال جائز مع اختلاف في بعض الشروط⁽³⁾ كما ذكرنا يثير موضوع التفتيش في جرائم المخدرات عدة مشاكل سوف يتطرق إليها الباحث في هذا المبحث بحيث يتناول في المطلب الأول الالتزام بحدود الأذن بالتفتيش ثم التطرق في المطلب الثاني الذي يخصص إلى غسل معدة المتهم وتفتيش أعضاء من جسمه في المطلب الثاني

(1) Jean Prade, la loi du 2 février, dit se curite et liberté, et ses dispositions de procès dure, Dalloz. I. III,1981.

(2) د. إبراهيم حامد طنطاوي ، مرجع سابق ، ص 612 ، د. رؤوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، مرجع سابق ، ص 339 .

(3) د. سامي حسن الحسيني، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن رسالة دكتوراة كلية الحقوق جامعة عين شمس، 1972، ص 37 .

المطلب الأول

التزام حدود الإذن بالتفتيش

من المقرر قانوناً أنه يجب لصحة التفتيش أن يتم في حدود الإذن به . ولذلك لا يجوز أن يتم التفتيش في أماكن لا يمكن بطبيعتها أن يكون بها شيء يفيد في البحث عن جريمة⁽¹⁾ .

ولكن إذا ندب مأمور الضبط القضائي لتفتيش مسكن متهم ، وفي أثناء مباشرته للتفتيش شاهد جريمة أخرى كان له الحق في ضبطها ، ولا يعد هذا الضبط منطوياً على تعسف من جانبه ، أي أن يكون ضبطها نتيجة سعى من جانبه ، ففي هذه الحالة يعد مسلكه متضمناً لخطأ ، وتكون النتيجة الطبيعية لذلك هي بطلان إجراءات ضبط الجريمة وما يلي هذا الضبط من قبض وتفتيش⁽²⁾ .

كما قضى بأن " متى كان لمأمور الضبطية القضائية الحق في تفتيش منزل متهم بحثاً عن أسلحة أو ممنوعات بمقتضى أمر صادر له من السلطة المختصة ، فهذا يبيح له أن يجري تفتيشه في كل مكان يرى هو احتمال وجود تلك الأسلحة فيه هي وما يتبعها من ذخائر بأية طريقة موصلة لذلك ، فإذا عثر هو في أثناء التفتيش على علبة أتضح بها مادة مخدرة كان حيال جريمة متلبس بها يجب عليه أن يضبطها ويبلغ عنها ، ولا يؤخذ عليه تجاوزه في تفتيش الحد الذي صرح به القانون⁽³⁾ .

والواقع أن القضاء والفقهاء دأبوا على ترديد وصف التعسف لكثير من الإجراءات التي يمارسها مأمورو الضبط القضائي في أثناء بحثهم عن أدلة الجرائم ، وذلك في حالة إحساسهم بوجود قدر من التجاوز في تنفيذهم للتفتيش ، ويكون ذلك إذا ما سعى هؤلاء المأمورين إلى ضبط أدلة قد لا تتعلق أساساً بالجريمة محل التفتيش ، وبحثهم عنها في أماكن يستحيل عقلاً تصور وجودها فيها . ومن ذلك ما قضت به المحكمة العليا من أنه " إذا كان الثابت بالحكم أن الضابط الذي فتش عن أسلحة قرر أنه بمجرد أن امسك بمحفظة المتهم شم رائحة الأفيون تنبعث منها ففتشتها ، فهذا معناه أن تفتيشه المحافظة لم يكن مبنياً على أنه اشتبه في وجود شيء مما يبحث عنه وإنما فتشها لأنه اكتشف الأفيون بها . وإذا فإذا كانت محكمة الموضوع قد اعتمدت في إجازة التفتيش على حق الضابط في البحث عن السلاح الذي يبحث عنه كان عليها أن تقول كلمتها فيما دفع به المتهم من أن التفتيش كان بقصد ضبط المخدر لا يقصد البحث عن السلاح ، ولا أن تكتفي في القول بصحته على حق الضابط في التفتيش

(1) د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، ضوابط التفتيش في التشريع المصري والمقارن ، ط. الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005 ، ص 333.

(2) طعن جنائي رقم 36/235 ق. مجلة المحكمة العليا الليبية.س.27.ع /3-4 جلسة 1991/12/17 ، ص 221 .

(3) طعن جنائي رقم 38/847 ق. مجلة المحكمة العليا الليبية.س.28.ع.1-2 جلسة 1992/12/21 ص 214 .

عن السلاح ، وهذا منها قصور يستوجب نقض حكمها⁽¹⁾ .

وتقدير ما إذا كان مأمور الضبط القضائي قد التزم حدود الإذن أو تجاوزه ومتعسفاً في تنفيذه أمر ينطوي على عنصرين ، أحدهما لا اجتهاد فيه لمحكمة الموضوع وهو تحري حدود النذب من جهة دلالة عبارته ، والثاني تملك محكمة الموضوع إزاءه سلطة تقديرية ، فهو يتعلق بتقدير الوقائع التي تفيد التعسف في تنفيذ الإذن ، وهو أمر موكول لها تنزله المنزلة التي تراها مادام استنتاجها سائغاً فإذا لم تستظهر محكمة الموضوع إن ضبط الجريمة أثناء تنفيذ الإذن تم عرضاً ودون سعي من جانب مأمور الضبط القضائي المندوب للتنفيذ ، فإن هذا يعد قصوراً منها يستوجب نقض الحكم⁽²⁾ .

نلخص مما سبق أن المأذون له بالتفتيش الحق في ضبط جريمة تظهر له عرضاً في أثناء تنفيذه للتفتيش ، ويكون له مباشرة إجراءات التحقيق المخولة له استثناء عندئذ في حالة التلبس وليس في الإذن الصادر بنديه للتفتيش⁽³⁾ . وقد توسع القضاء المصري و الليبي فيما يتعلق بسلطة مأمور الضبط في تجاوز حدود ما ندب له ، حين أجاز له ضبط الأشياء التي لا تعد حيازتها جريمة متى كان لها فائدة في ظهور الحقيقة في جريمة أخرى غير تلك ندب لإجراء التفتيش بشأنها⁽⁴⁾ .

ويجد هذا الضبط سند مشروعته في نص المادة 50 قانون الإجراءات الجنائية المصري ونص المادة 36 قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

ويشترط لصحة هذا الضبط أن يكون قد توافر العلم لدى مأمور الضبط القضائي بوقوع الجريمة الأخرى قبل ضبطه للأشياء التي لا تعد حيازتها جريمة ، وعلة ذلك ترجع إلى أن التفتيش يخضع لقاعدة عدم التعسف في تنفيذه من جانب القائم بمباشرة⁽⁵⁾ ، وهذه القاعدة شرط لصحة العمل الإجرائي ، فإذا كان المأذون بالتفتيش يجهل وقوع الجريمة الأخرى فإن ضبطه الأشياء المشروع حيازتها ويعدّ باطلاً لانتفاء حسن نيته على الرغم من توافر سبب الإباحة ، لأنه وقت أن قام بضبطها لم يكن يستهدف تحقيق مصلحة التحقيق في الجريمة الأخرى ، إذ الفرض أنه يجهل وقوعها ، وهذا يدل على انتفاء حسن نيته⁽⁶⁾ .

(1) طعن جنائي رقم 41/638 ق (غير منشور). جلسة 2001/3/20 ف.

(2) د. إبراهيم حامد طنطاوي ، المرجع السابق ، ص 63-68 .

(3) د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق ، ص 227 .

(4) د. عبد الفتاح مراد : شرح تشريعات المخدرات ، ط. الأولى ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، بدون تاريخ نشر ، ص 96-97 .

(5) د. مصطفى هرجة ، المشكلات العملية في القبض والتفتيش ، ط. الأولى ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، 2005 ، ص 336 .

(6) د. احمد أبو الرووس ، التحقيق الجنائي والتصريف فيه والأدلة الجنائية ، ط. الأولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2003 ، ص 32-33 .

المطلب الثاني:

غسيل معدة أو أمعاء المتهم وتفتيش الفرج أو الدبر .

يلجأ بعض الجناة المحترفين ، ممن لديهم دراية واسعة في التعامل مع أجهزة الأمن و المحققين ، إلى ابتلاع أشياء تمثل أحيانا الدليل المادي الوحيد على الجريمة المرتكبة ، وذلك بقصد طمس وإخفاء دليل الإدانة ، الأمر الذي يدفع المحققين ورجال الضبط القضائي - أحيانا - إلى محاولة استخراج هذه الأشياء عن طريق ما يسمى بغسيل المعدة والأمعاء ، أو كشف محتوياتهما بالوسائل الفنية لإثبات حالة التلبس بالجريمة .

وقد أثار هذا الموضوع جدلاً أكثر حدة مما أثاره تحليل الدم ؛ إذ تضاربت الآراء حول مشروعية الإجراء المذكور ، ويكون هذا الاختلاف في الطبيعة القانونية لهذه الوسيلة وأسلوب استخدامها . فهي تقتضي إدخال أنبوب لمعدة الشخص محل الفحص عن طريق الفم أو الأنف لأجل استخراج بعض محتوياتها إلى الخارج لفحصها، مع ما ينطوي عليه ذلك من مضايقة وإزعاج ، خاصة أنه غالباً ما يكون مصحوباً بقيء، فضلاً عما يمكن أن يسببه هذا الأسلوب من ألم في بعض الأحيان⁽¹⁾ .

لقد اختلف الفقه الفرنسي بشأن مسألة غسل المعدة ، فذهب جانب منهم⁽²⁾ إلى اعتبار هذا الإجراء أقرب إلى أعمال الخبرة منه إلى التفتيش ، ومن ثم فهو جائز . ويرى البعض⁽³⁾ وجوب الرجوع إلى قاضي التحقيق للحصول على إذن منه في كل حالة تتطلب سر غور جسد الشخص ولو كان القائم بالإجراء بصدد تنفيذ إنابة قضائية بتفتيش شخص.

والرأي السائد في ليبيا ومصر أنه في حالات التي يجوز فيها تفتيش المتهم قانوناً يجوز أيضاً إجراء غسيل معدته أو أمعائه للحصول على أثر المخدر ويعد هذا الإجراء صحيحاً قانوناً لأنه لا يعدو أن يكون نوعاً من التفتيش للكشف عن الجريمة ونسبتها إلى المتهم⁽⁴⁾ .

وقد قضت المحكمة العليا الليبية بأنه إذا كان غسيل معدة المتهم والحصول منه على أثر المخدر لم يحصل إلا بعد أن شم الضابط رائحة المخدر تنبعث من فمه على أثر رؤيته إياه يتلع مادة لم يتبينها ،

(1) د. موسى مسعود ارحومة ، قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي ، ط. الأولى ، منشورات جامعة قارونس بنغازي ، 1999 ، ص 238 .

(2) Rev.sc.Crim.et de dr. comp,N3,juillet-
SeptembreFouille Corporelle>> 1961, p.467 et S. Michel .palémon:
<< la

Barre et Montreuil: << procédure pénal policière, Paris,1974 , p.245 (3)

(4) د. إدوار غالي الذهبي ، المرجع السابق ، ص 206-207 .

فإن هذا الغسيل يكون إجراءً صحيحاً، إذ تلك حالة تلبس بالجريمة⁽¹⁾، ولا يؤثر في ذلك القبض على المتهم قبل شتم فيه مادام الدليل المستمد من شتم الفم مستقلاً عن القبض ومادام إجراء الشتم في حد ذاته لا مساس فيه بجريمة الطاعن⁽²⁾

وهذا الحكم منتقد من ناحيتين: الأولى أنه عدا إجراء شتم الفم مستقلاً عن واقعة القبض، والثانية أن إجراء الشتم في حد ذاته لا مساس فيه بجريمة المتهم والصحيح أن الشتم الفم مترتب على واقعة القبض ولا يعد إجراءً مستقبلاً عنه، كما أن إجراء الشتم فيه مساس بجريمة المتهم، وقد أخذت بهذا النظر محكمة النقض المصرية في الحكم لاحق فقضت بأنه مادام الثابت من الحكم أن القبض على المتهم حصل قبل شتم فيه وأن الدليل المستمد من الشتم مع ما فيه من مساس بجريمة المتهم لا يمكن اعتباره مستقلاً عن القبض الذي وقع باطلاً، فلا يصح إن يقال إن الكونستابل شتم المخدر يتصاعد من فم المتهم على إثر رؤية يتلعق المادة وأن شتم المخدر على هذه الصورة يعد تلبساً بجريمة الإحراز فيكون غسيل المعدة بعد ذلك إجراءً صحيحاً على أساس هذا التلبس⁽³⁾.

كذلك ذهبت المحكمة العليا الليبية إلى أنه إذا كان القبض باطلاً فلا يجوز لمأمور الضبط القضائي القيام بأي إجراء فيه مساس بالحرية الشخصية لمتهم، فقضت بأنه إذا كان التفتيش الذي أُجري في منزل المتهم، فقضت بناء على إذن النيابة لم يسفر عن وجود شيء من المخدرات، فلا يحق قانوناً لمأمور الضبطية القضائية أن يودع المتهم بالمستشفى بغير إذن آخر من النيابة مدة يوم كامل ابتغاء انتزاع الدليل منه قسراً عنه بجمع ما خرج منه من بول وبراز وتحليله، والحكم الذي يجعل عماده في القضاء بإدانة المتهم لم تؤسس إلا على ما أسفر عنه هذا التحليل فيتعين نقض الحكم والقضاء بالبراءة بغير إحالة محكمة الموضوع⁽⁴⁾.

والصحيح عندنا أنه لا يجوز اتخاذ أي إجراء فيه انتهاك لآدمية الإنسان، والدليل المستمد من هذا الإجراء يعتبر باطلاً ولا يجوز التعويل عليه، وبناء عليه فلا يجوز إجراء غسيل المعدة أو أمعاء المتهم، ولا يجوز تفتيش فرج المرأة أو دبر الإنسان لاستخراج المخدر، مهما كان هناك من دلائل كافية على إخفاء المخدر في هذه الأماكن الحساسة من جسم الإنسان. ويرجع ذلك إلى إن صيانة كرامة الإنسان أولى بالرعاية والاعتبار من ضبط الجريمة وتوقيع العقاب على مقترفها، وخير للعدالة أن يفلت الجاني من العقاب على أن تنتهك كرامته على هذا النحو الذي يهدر آدميته.

(1) طعن جنائي رقم 34/670 ق. مجلة المحكمة العليا الليبية. س. 26. ع. 1/2- جلسة 1989/1/18.

(2) نقض مصري رقم 4493 لسنة 70 ق مجموعة احكام النقض، جلسة، 2000/11/7، ص 56.

(3) د. إدوار غالي الذهبي، المرجع السابق، ص 207-208.

(4) طعن جنائي. 41/721 ق مجلة المحكمة العليا الليبية. س. 30. ع. 2/3- جلسة 1995/11/21 - ص 271

- تفتيش الأنثى

أوجبت الفقرة الثانية من المادة 2/35 قانون الإجراءات الجنائية الليبي وكذلك المادة 52 من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي أن يكون تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى ينديها لذلك مأمور الضبط القضائي ، و ينبغي عليه أن يثبت اسمها في المحضر حتى تؤدي الشهادة بعدئذ عما تكشف لها من التفتيش ، ولا تحلف اليمين أمامه إلا إذا خيف ألا يستطاع فيما بعد سماعها بيمين طبقاً للقاعدة التي وضعها القانون⁽¹⁾ .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن اشتراط تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى المراد به أن يكون مكان التفتيش من المواضع الجسمانية التي لا يجوز لرجل الضبط القضائي الإطلاع عليها ، وهي عورات المرأة التي تخدش حيائها إذا مست ، أما تفتيش يد المتهممة وإخراج لفافة المخدر منها بمعرفة ضابط البوليس الشرطة فهو تفتيش صحيح ، وكذلك إخراج لفافة المخدر التي كانت ظاهرة من أصابع قدم المتهممة وهي عارية ، ومن باب أولى إذا أخرجت المتهممة المخدر من بين ملابسها طواعية واختياراً بغير تفتيش⁽²⁾ .

وفيما عدا ذلك فمخالفة حكم القانون هنا تستوجب بطلانها من النظام العام لا يسقطه رضاه المتهممة بأن يفتشها مأمور الضبط بنفسه ، أو أن يفتشها طبيب ندبه لذلك أحد مأموري الضبط ، ولكن قضى حديثاً بأن الكشف عن المخدر في مكان حساس من جسم الطاعنة بمعرفة طبيب المستشفى لا تأثير له على سلامة الإجراءات⁽³⁾ . ذلك أن قيامه بهذا الأجراء إنما كان بوصفه خبيراً و ما أجراه لا يعدو أن يكون تعرضاً للطاعنة بالقدر الذي تستلزمه عملية التدخل الطبي اللازمة لإخراج المخدر من موضع إخفائه في جسم الطاعنة .

ولم يشترط القانون في الأنثى التي ينتديها مأمور الضبط القضائي للتفتيش شروط معينة سوى أن تكون محلاً للثقة وليس بها وبين المأذون بتفتيشها سابقة لا علاقة و لا يشترط أن تحلف الأنثى يميناً معيناً قبل إجراء التفتيش بل يكفي حلفها اليمين إن هي دعيت للشهادة أمام سلطة التحقيق⁽⁴⁾ .

(1) - د. فائزة يونس الباشا ، السياسة الجنائية في جرائم المخدرات، الواقع والأفاق المستقبلية ، دار النهضة العربية القاهرة ، ط الأولى ، 2001.

، ص 200.

(2) نقض مصري 6304، لسنة 52 ق ، جلسة 22-2-1983 .

(3) نقض مصري ، 1471 ، لسنة 45 ق ، جلسة 4-1-1976.

(4) د. آمال عثمان ، المرجع السابق ، ص 577 .

وحضور المحقق إجراءات التفتيش ولو تمت بمعرفة أنثى باطل لان الحكمة من هذا الشرط الشكلي هو المحافظة على حياء العرض للمأذون بتفتيشها لا ملامسة مكانا يعد عورات المرأة⁽¹⁾ .

ويبدو أنه يجوز أن يتم تفتيش المرأة بمعرفة طبيب هو رجل وفي هذه الحالة لا يصح أن يكون طبيب امتياز بل نائب في الأقل ؛ لأن التفتيش الذي يتم في هذه الحالة يعد عملا من أعمال الخبرة ، ولا يجوز تفتيش الأنثى بمعرفة زوجه لعدم مشروعية التكليف⁽²⁾

من المقرر أن مجال أعمال حكم الفقرة الثانية من المادة 35 من قانون الإجراءات الجنائية أن يكون تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى مثلها هو أن يكون مكان التفتيش من المواضع الجسمانية التي لا يجوز لرجل الضبط القضائي الإطلاع عليها وهي عورات المرأة التي تخدش حيائها إذا مست .

لما كان مراد من اشتراط تفتيش الأنثى بمعرفة أخرى هو أن يكون مكان التفتيش من المواضع الجسمانية التي لا يجوز لرجل الضبط القضائي الإطلاع عليها ومشاهدتها باعتبارها من عورات المرأة التي تخدش حيائها إذا مست . ومن ثم فإن ضابط البوليس لا يكون قد خالف القانون إن هو أمسك بيد المتهم وأخذ العلبة التي كانت بها على النحو الذي أثبتته الحكم ، ويكون النعي على الحكم بأنه أهدر نص الفقرة الثانية من المادة 35 أ.ج لبي من قانون الإجراءات الجنائية الليبي التي توجب تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى مثلها ، هو النعي الحكم بما ليس فيه⁽³⁾ .

استلزم نص المادة 2/35 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي إذا كان المتهم أنثى أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى يندبها لذلك مأمور الضبط القضائي ، ولم يشترط القانون الكتابة في هذا النذب ، لأن المقصود بنذب الأنثى ليس تحقيق ضمانات حرية من يجري تفتيشها ، ولكن اشتراط نذب الأنثى جاء عندما يكون التفتيش في المواضع الجسمانية التي لا يجوز لرجل الضبط القضائي الإطلاع عليها ومشاهدتها بقصد الحفاظ على العورات المرأة التي تخدش حيائها إذا مست⁽⁴⁾ .

من المقرر أن مجال أعمال الفقرة الثانية من المادة 2/35 من قانون الإجراءات الجنائية أن يكون تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى مثلها هو أن يكون مكان التفتيش في المواضع الجسمانية التي لا يجوز لرجل الضبط القضائي الإطلاع عليها ، وهي عورات المرأة التي تخدش حيائها ، إذا مست ضبط المخدر فوق ساق الطاعنة عند تنفيذ إذن تفتيشها لا يمس عورتها .

(1) د. رؤوف أعبيد ، المرجع السابق ، ص 346 .

(2) د. حسن علام ، المرجع السابق ، ص 148-149 .

(3) طعن جنائي رقم 37/891 ق. مجلة المحكمة العليا الليبية .س.27.ع.1-2 ، جلسة 12-3-1991 ، ص 217 .

(4) د. رؤوف أعبيد ، المرجع السابق ، ص 347 .

- التفتيش القضائي والتفتيش الإداري .

ويتصف رجال السلطة العامة بصفتين صفة الضبط الإداري والضبط القضائي ، وإذا ما استهدف الإجراء الجنائي غرضاً يترتب عليه آثار تنصرف حالة إثبات الجريمة و التوصل إلى مقار فيه من أعمال الضبط القضائي أما إذا تغير الإجراء غرض الإداري لا علاقة له بأدلة الجريمة خرج عن نطاق أعمال الضبط القضائي ومن ثم لا يعد إجراء من إجراءات التحقيق ، وتطبيقاً لرأينا إذا ما استهدف التفتيش غرضاً أدالياً فإنه لا يعد تفتيشاً وفقاً للتحديد السابق ، ولا يتقيد بالأحكام التي يخضع لها التفتيش كإجراء من إجراءات التحقيق ، ونلاحظ أن التفتيش الإداري قد يكون بنص القانون أو بالاتفاق أو للضرورة⁽¹⁾.

التفتيش الإداري المنصوص عليه في بعض القوانين :

التفتيش الإداري يتعلق بوظيفة الضبط الإداري كتحوط من مقارفة جريمة يسبق اتخاذ إجراء تحقيق بشأنها ، ويوجد في ليبيا بعض القوانين أمثلة لهذا التفتيش الإداري⁽²⁾.

تنص المادة 13 من القانون رقم 5 لسنة 1973 ف بشأن مؤسسات الإصلاح والتأهيل على أنه " يجب تفتيش النزول قبل إيداعه المؤسسة ، وحجز ما يوجد معه من نقود ، أو أشياء ذات قيمة ، أو أشياء ممنوعة ، وقيدها بالسجلات الخاصة . فان تفتيش رجل الحفظ بالسجن لهذا المسجون دون الدلائل الكافية وعدم ارتكاب جنائية أو جنحة يعد من قبيل أعمال الضبط الإداري ويعد هذا التفتيش إدارياً وتنطبق ذات الصورة على المحبوس احتياطياً لأن لفظ المسجون يطلق على المسلوب حريتهم إطلاقاً سواء كان الحبس احتياطياً أو تنفيذياً . وتنص المادة 54 من القانون سالف الذكر بأنه " يجوز لأسباب تتعلق بالأمن ، أو بالصحة العامة ، تفتيش أي زائر فإذا عارض في ذلك جاز منعه من الزيارة " ، فسلطة القائم بالتفتيش هنا مبناه الضبطية الإدارية غير القائمة على وجوب توافر الدلائل الكافية بل يتم التفتيش في إطار حفظ النظام داخل السجن ، ولا يعد التفتيش هنا عملاً من أعمال التحقيق⁽³⁾.

تنص المادة 41 ، 43 ، 44 من قانون الجمارك الليبي رقم 67 لسنة 1972 ف المعدل بالقانون رقم 13 لسنة 1998 ف على حق موظفي الجمارك في التفتيش ، وهذا التفتيش ليس من إجراءات التحقيق ، بل تفتيشاً إدارياً لا يستند إلى وجود دلائل كافية ، بل يتم حفظاً على سلامة الحصول على حق الدولة في تحصيل الرسوم الجمركية وخشية تهريب المهربات داخل البلاد ويقوم رجال الجمارك بإجراء التفتيش في هذه الحالة لمجرد قيام مظنة التهريب وهي حالة ذهنية تقوم بنفس المنوط

(1) د. عبد الفتاح مراد ، المرجع السابق ، ص 77 .

(2) د. عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 233.

(3) د. عصام احمد المرجع السابق ، ص 315 .

به تنفيذ القوانين الجمركية يصح معها في العقل والقول بقيام مظنة التهريب من شخص موجود في حدود دائرة الرقابة الجمركية وهذا ما تؤكدته المحكمة العليا⁽¹⁾.

التفتيش الإداري الاتفاقي

إذا تم الاتفاق بين القائم بالتفتيش أو من ينوب عنه وبين من يقع عليه هذا التفتيش مثال تفتيش عمال المصانع عند مغادرتهم لمحال عملهم وسند هذا التفتيش الذي لا يهدف إلى ضبط أدلة مادية لجناية أو جنحة وقعت أو يرجح وقوعها هو موافقة هؤلاء العمال على الخضوع لهذا الإجراء عند بدء التحاقهم بهذه المصانع سواء أثبت رب العمل هذا الشرط في عقد العمل أم ارتضاه العامل ضمناً وفقاً لما يجري عليه العمل لصانع وقبول التحاق العامل بمصنع يشترط إجراء هذا التفتيش الإداري هو قبول ضمني منه بإجرائه⁽²⁾.

ولا ينال من سلامة هذا الإجراء قولاً بأن قبول العامل مباشرة هذا الإجراء قبله كنص عقد العمل هو قبول مشوب بالإكراه لأن العقد في هذه الحالة يعد عقد إذعان لا يستطيع العامل معه إلا أن يقبل العمل وفقاً لإحكامه ولو كرهاً منه وهذا القول لا يتفق مع ما هو مقرر في فقه القانون المدني بشأن طبيعة عقود الإدمان بالإكراه في تلك العقود ليس نوعاً من عيوب الإدارة بل هو إكراه يتصل بعوامل اقتصادية لا بعوامل نفسية . والتنقيب في ملابس عمال والملاجئ و المستشفيات والثكنات عند خروجهم منها بمعرفة ملاحظ العمال هو من هذا القبيل أيضاً ، فيعد صحيحاً إذا ما كشف عن ضبط شيء مسروق في حيازة أحد منهم وفي الجملة يختلف هذا العمل المادي البحث عن التفتيش القضائي في أنه لا يلزم له تلبس ، أو دلائل كافية قبل إجرائه ،متصلة بجريمة معينة ، ولا تلزم صفة الضبط القضائي فيمن قد يقوم بإجرائه ، كما لا يلزم له تلبس صحيح ، ولا إذن سابق به من سلطة التحقيق ، كما لا يلزم أن يقع في أعقاب قبض صحيح ، وذلك على خلاف التفتيش الذي يعد من إجراءات التحقيق بالمعنى الضيق ، والذي حدد القانون أحواله وشروط صحته وهذا ما تؤكدته المحكمة العليا الليبية⁽³⁾.

وفي كل هذه الأحوال يمكن أن تنشأ حالة التلبس صحيحة ، ويعد الإجراء الذي كشف عنها مادياً أيضاً ، وإذا حضر مأمور ضبط قضائي وتحقق من حالة التلبس بنفسه كانت له جميع السلطات الاستثنائية التي يضيفها عليه توافر هذه الحالة وهذا ما تؤكدته محكمة النقض المصرية⁽⁴⁾.

(1) طعن جنائي رقم 24/2050 ق. مجلة المحكمة العليا الليبية. ع.س.14. ع. 4/ جلسة 1978/1/3.

(2) زكية نجمي عبد الجواد ، الأدلة العلمية ودورها في تكوين القاضي الجنائي دراسة تحليلية ، رسالة ماجستير ، جامعة (الفتاح سابقاً) ليبيا، 2004 ص 37 .

(3) طعن جنائي رقم ، 30/102 ق. مجلة المحكمة العليا الليبية .س.23. ع. 3/4-4 . جلسة 1995/12/4 ص 237.

(4) نقض مصري ، رقم 4747 ، لسنة 69 ، مجموعة أحكام النقض المصري ، جلسة 1-2-1999 .

التفتيش الإداري في حالة الضرورة :

تفرض ظروف الحال أحيانا مباشرة تفتيش شخص لضرورة حالة كما يفعل رجل الإسعاف حينما يبحث في جيوب ملابس شخص غائب عن الوعي قبل نقله لعيادته لمعرفة هويته فهذا التفتيش إداريا لعدم استهدافه إثبات جريمة معينة بل لغرض التعرف على شخصية المصاب وهو من أوليات الوجبات التي تملئها على رجال الإسعاف الظروف التي يؤديون فيها خدماتهم ولا يعد هذا الإجراء ماساً بالحق في الخصوصية للمصاب ولذلك فهو جائز دون استلزام رضائه وعندئذ يعد تصرفه إجراء مادياً بحتاً لا بطلان فيه⁽¹⁾.

فإذا كان الشخص المصاب قادراً على التعبير عن إرادته ففي هذه الحالة لا يجوز لرجل الإسعاف متى أمكنه التعرف من مصاب عن هويته أن يفتشه وينطبق هذا الحكم إذا كان هناك آخر رفق المصاب يصاحبه ويدي بالبيانات اللازمة عنه بما ينتفي معه الضرورة الملحة لإجراء التفتيش الإداري .

فإذا تم التفتيش الإداري وفقاً للقواعد السالفة وأسفر عن ضبط إحدى الجرائم أو دليل ثبوت عليها فإنه يصح الاستناد عليه في إدانة المتهم وذلك لأن الدليل قد بني على إجراء مشروع وتقوم به حالة التلبس ويجوز إذا كان القائم بالتفتيش في هذه الحالة مأمور ضبط قضائي أن يقوم بتفتيش مسكن المتهم ويكون هذا التفتيش من إجراءات التحقيق بالمعنى الضيق و مستنداً على حالة التلبس أما إذا كان القائم به من أحاد الناس أو رجال السلطة العامة فيقوم بإحضار المتهم وتسليمه لأقرب مأمور ضبط قضائي⁽²⁾.

وكذلك الشأن أيضا إذا وضع مأمور الضبط القضائي أو حتى رجل السلطة العامة يده عرضا في ملابس مصاب في حادث طريق مثلاً ، بحثا عما قد يكشف عن شخصيته ، أو للتعرف على مدى إصابته ، أو لإخراج ما معه من نقود أو أوراق لحفظها على ذمته لحين إفاقة ، إذا وجد معه مخدرا ، فالإجراء يكون إداريا صحيحا لا ينبغي أن يختلط مع التفتيش المعتبر من إجراءات التحقيق ، وهو الذي يكون متضمناً بالضرورة معنى تعمد البحث عن شيء له صلة بالجريمة وهو في حيازة المتهم ، بعد أن تشير إليه الدلائل الكافية السابقة على التفتيش⁽³⁾.

(1) نقض مصري ، رقم 19691 لسنة 60 ق ، جلسة 19-3-1992 .

(2) د. عبد الفتاح مراد ، المرجع السابق ، ص 80.

(3) د. احمد صادق الجهاني ، محاضرات ، في الأدلة الجنائية ، مذكرة على الألة الكاتبة ضمن منهج طلبت الدراسات العليا .دبلوم العلوم الجنائية لعام 83/82 م ، كلية القانون -جامعة قار يونس ، ص45. و ايضا د. رؤوف أعبيد ، المرجع السابق ، ص 153 .

تفتيش المحلات العامة

يجوز لمأمور الضبط القضائي ورجال السلطة العامة ارتياد المحال العامة وذلك لملاحظة حالة الأمن العام والمحافظة على السلطة العامة والسكينة العامة ولمراقبة ضمان حسن تطبيق القوانين واللوائح التي تنظم إدارة هذه المحال وقواعد إنشائها⁽¹⁾.

فإذا حول القانون لمأمور الضبط ورجال السلطة العامة حق ارتياد الملاهي والأندية لضمان حسن المحافظة على الآداب العامة فهذا لا يعد تفتيشاً بالمعنى الذي يعد معه إجراء من إجراءات التحقيق بل هو تحوطياً سابق على ضبط تمت فعل مخالف لإحكام القانون ويسري ذات الأمر على المحلات الخطرة والمقلقة للراحة والمضرة بالصحة لمراقبة تنفيذ القوانين واللوائح والعبارة في كون محل عام هو بجوهره ليس بما يطلق عليه من أسماء⁽²⁾.

والمحال العامة إما أن تكون محال مفتوحة للجمهور يحق لكل فرد ارتيادها إما محال لا يباح للأفراد الجمهور ارتيادها دون توافر شروط معينة وإنما يجوز للبعض ذلك متى توفرت لديه تلك الشروط (كالأندية الخاصة) هذا النوع الثاني من المحال العامة يباح لمأمور الضبط القضائي ارتياده لمراقبة حسن تنفيذ القوانين فإن النوع الأخير لا يعتبر محلاً عاماً بالنسبة للجمهور بيد أنه كذلك بالنسبة إلى رجل الضبط وغاية الأمر أن ارتياد تلك المحال من قبل رجال الضبط ليس عمل من أعمال التحقيق ومن ثم فإنه ليس تفتيشاً بل إجراء تحوطي سابق هدفه ضمان حسن تنفيذ قوانين واللوائح مما يدخل في نطاق وظيفة الضبطية القضائية في التحري وجمع الاستدلالات و يخضع مأمور الضبط في هذا الارتياح للتقيد بحدود الغرض الذي دخل من أجله⁽³⁾.

فإذا تم غلق المحال العامة بالنسبة إلى الجمهور بنوعيتها تأخذ حكم المسكن ودخولها يعد من أعمال التحقيق يستلزم التقيد بقواعد التفتيش القانوني⁽⁴⁾. ويثار التساؤل عن حكم ارتياد المحل العام الذي أغلقه صاحبه في الموعد المحدد لإغلاقه بالنسبة للجمهور ولكنه سمح لبعض الرواد بالبقاء فيه بحيث أصبح مغلقاً في ظاهره دون الواقع، فهل يجوز لمأمور الضبط القضائي ارتياده حال ذلك؟

ويرى بعضهم أن بقاء المحال العام مفتوحاً بعد المواعيد المقررة لإغلاقه والتعامل مع الجمهور بعد الميعاد المقرر هو أمر مخالف للقوانين والقرارات ومن ثم يكون لرجال الضبط دخول إلى تلك المحال العامة

(1) د. عصام احمد، المرجع السابق، ص 219.

(2) د. إدوار غالي الذهبي، المرجع السابق، ص 212.

(3) د. يوسف بالعموني، دراسة للإثبات، رسالة دكتوراه، غير منشورة، كلية الحقوق، تونس، 1994، ص 139.

(4) د. سنه البيجاوي، القاضي والإثبات في المادة الجنائي، رسالة دكتوراه، مكتبة كلية الحقوق، تونس، 1997، ص 34.

والتحقق من الاتصال مالكها بالجمهور والتعامل معهم ودواعي تواجده بعد ميعاد الإغلاق فكما قلنا العبرة في كون المحل عاماً هو بجوهره وواقع الحال ولا تعد محال عامة مكاتب المحامين وعيادات الأطباء والمحال التجارية ومن ثم فلا يجوز تفتيشها إلا حيث يجوز تفتيش مسكن مالكها و بالنسبة إلى المستشفيات العامة فلا تعتبر محال عامة سواء غرفة الاستقبال بما أم حجرات المرضى والأطباء والعمليات فهي تتمتع بحصانة المسكن بالنسبة إلى حائزها وفي كل الأحوال متى أغلق المحل العام أبوابه في وجه جمهوره كانت له حصانة المسكن وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه يجب على المحكمة أن تتحقق من وقت حصول الضبط وما إذا كان المقهى مفتوحة للجمهور أو مغلقة للوقوف على صحة أو عدم صحة الدفع ببطلان القبض والتفتيش⁽¹⁾ .

كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا كان الشخص يستقبل في منزله أفراد الجمهور دون التمييز ولم يبرع هو نفسه حرمة مسكنه فأباح الدخول لكل طارق بل تمييز فيكون بفعله هذا جعله محل مفتوح للعامة - فيكون من سلطة رجال مكاتب مكافحة النصب وأدعياء الطب الدخول إليه بالحيلة ثم تقديم صاحب المسكن إليهم طائعا مختاراً وتوقيع الكشف الطبي على أحدهم وتام ضبطه بناء على ذلك - فلا يسوغ له دفاعاً بالطعن على إجراءات الضبط ارتكازاً إلى أن الدخول بمنزل وقع في غير الأحوال التي نص عليه القانون .

وتأخذ حكم المحال العامة السيارات المعدة للإيجار إذ يحق لمأموري الضبط القضائي إيقافها في أثناء سيرها في الطرق العامة لتأكد من مراعاة تنفيذ قائدها لأحكام قانون المرور⁽²⁾ .

وغاية الأمر أن في ارتياد رجال الضبط لمحال العامة ينحصر في ملاحظة حسن تنفيذ القوانين واللوائح والقرارات فليس لهم الحق في تفتيشها أو تفتيش الأشخاص المتواجدين بها بينما أنهم إذا صادفوا في أثناء تواجدهم بالمحل العام جريمة في حال تلبس فلهم حق ضبطها وتحكم هنا قواعد التلبس المبينة قانوناً بإجراءاتهم من حيث صحتها وإنتاجها للآثار القانونية المترتبة عليها⁽³⁾ .

وهذا العمل ليس عملاً من أعمال التحقيق ومن ثم فهو إجراء احتياطي فقد أجازت المادة 51 من قانون المخدرات رقم 23 لسنة 1971 بشأن المخدرات وقد أجازت لبعض الفئات في الدخول مخازن و مستودعات الاتجار في المواد المخدرة والصيدليات والمستشفيات والمصحات ومصانع المستحضرات الصيدلانية ومعامل التحليل الكيميائية والصناعية و المعاهد العلمية المعترف بها⁽⁴⁾ .

(1) د. عبد الفتاح مراد ، المرجع السابق ، ص 84 .

(2) نقض مصري ، 1605 لسنة 59 ، جلسة 31-2-1991 .

(3) د. حسام الدين محمد احمد ، المرجع السابق ، ص 128 .

(4) د. محمد رمضان باره ، شرح أحكام قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي ، المرجع السابق ، ص 197-198 .

ويعد الدخول في هذه الحالة إجراء مادي تحوطي للتأكد من حسن التزام بقواعد قانون المخدرات متى تقيد بمهمة تنفيذ هذه الأحكام ولتلك الفئات في هذه الحالة الإطلاع على دفاتر والأوراق التي يتم فيها قيد المواد المخدرة من حيث الوارد فيها أو المنصرف فيها فإذا ما ظهرت لهم عرضاً جرمية تكون مشروعة من حيث إجراءات الضبط.

الخاتمة

فيما يلي نعرض أهم النتائج التي توصلنا إليها، والتوصيات التي خرجنا بها، وذلك على النحو

التالي:

النتائج

أولاً المخدرات هي الآفة الخطيرة القاتلة التي بدأت تنتشر في الآونة الأخيرة في كافة المجتمعات بشكل لم يسبق له مثيل، حتى أصبحت خطراً يهدد هذه المجتمعات وينذر بانحيارها فظاهرة المخدرات تمثل مشكل عالمية بكل أبعادها وبحكم طبيعتها، فهي لا تعترف بالحدود الجغرافية وتمارس من قبل عصابات ذات جنسيات متعددة، وإذا ما وقع إنتاجها في مكان ما من العالم فليس هناك من يدري أين سيتم ترويجه وكذلك استهلاكها بصفة مشروعة أو غير مشروعة على الدول المتقدمة، بل تجد الدول النامية تعاني منها بشكل ما يشبه حالة وبائية تبدل من أجلها الجهود المكثفة بقصد الحد من انتشارها و تخفيف ما تسببه من أضرار جسيمة تهدد المجتمعات الإنسانية وجلبت بالتالي اهتمام الأطباء وعلماء الإجرام وعلماء القانون ورجال السياسة وغيرهم من ذوي التخصصات المختلفة.

ثانياً أن مأموري الضبط القضائي من اختصاصهم البحث عن الجرائم ومرتكبيها والقبض عليهم تقديمهم للعدالة من خلال قيامهم مباشرة كافة إجراءات جمع الاستدلالات ، والقيام بكافة التحريات وجمع المعلومات اللازمة عن الجريمة ومرتكبيها، وبالتالي فإن الجريمة حينما تقع يكون مأموري الضبط القضائي هم أول من يتصل بها ويتعامل معها بتطبيق أحكام القانون على مقترفيها . ومن الأهمية بمكان ونحن بصدد دراسة الضبطية القضائية التعرف على هذه الوظيفة والمقصود بها ، والتي تباشر من خلال فئة محددة من موظفي الدولة . حيث تحدد التشريعات من تخصصهم مباشرة وظيفة الضبط القضائي وتضفي عليهم صفة مأموري الضبط القضائي ، وتمنحهم السلطات اللازمة لمباشرة وظيفة الضبط القضائي في القيام بإجراءات الاستدلال والتحري على الجريمة ، وتحدد التشريعات لكل فئة من فئات مأموري الضبط القضائي نطاقاً محدداً لمباشرة اختصاصها ، ويترتب على مخالفة القواعد المحددة للاختصاصات بطلان الأجراء الذي بأشره مأمور الضبط القضائي

ثالثاً إن واقع الحال يؤكد على عدم قدرة الجهات القضائية على تحمل عبء مباشرة الدعوى الجنائية في مرحلة التحقيق بمعناه الواسع ثم المحاكمة حتى صدور الحكم النهائي لذا أتى المشرعين بأجهزة

أخرى لمساعدة الجهات القضائية فيكشف عن الواقعة ومرتكبها وجمع أدلتها في مرحلة سابقة على مرحلة التحقيق وهي مرحلة جمع الاستدلالات وذلك بهدف الوصول إلى فرض حق الدولة في العقاب ومن بين هذه الأجهزة (جهاز الضبطية القضائية) الذي يتولى القيام بوظيفته وموظفون عامون يطلق عليهم (مأمورو الضبط القضائي) وهم بحسب الأصل يختصون بالقيام بإعمال الاستدلالات بهدف توضيح الأمور وملاسات الوقائع أمام سلطة التحقيق وهم يعملون لحساب سلطة التحقيق وتحت إشرافها .
وإذا كان هذا هو الاختصاص الأصيل لمأموري الضبط القضائي فإن المشرع قد منح مأموري الضبط القضائي على سبيل الاستثناء والحق في القيام ببعض إجراءات التحقيق والتي تختص بمباشرتها أصلاً سلطة التحقيق، مثل إجراءات القبض والتفتيش في أحوال معينه

المقترحات

— صياغة نص (المادة الثانية من قانون الليبي رقم 23 لسنة 2001) غير واضحة وكافية .
ونقترح إعادة صياغتها بحيث تشمل تجرماً قاطعاً لجريمة غسل الأموال ، أو أن يقوم المشرع بإصدار قانون خاص بها أسوة بما فعلته العديد من الدول ، حتي يساهم مع المجتمع الدولي في القضاء على هذه الجريمة التي هي الطريق إلى توظيف الموال المتحصلة من تجارة المخدرات، وما يتبع ذلك من نشاطات أخرى تتعلق بتهريب العملات والتعامل فيها بشكل مخالف للقانون ، مما يؤدي إلى التضخم وانخفاض في قيمتها والتلاعب بمصالح الدول الاقتصادية . كما أننا نرى ضرورة استحداث هيئة خاصة لمكافحة غسل الأموال المتأتية من تجارة المخدرات تدعم بالكفاءات العلمية والخبرة في هذا التخصص الحديث.

— من خلال الإحصائيات التي تؤكد أن الحوادث المرورية أصبحت تسجل أرقام مرتفعة بسبب تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية ، فإننا نقترح أن ينص في القانون على سحب ترخيص قيادة المركبات الآلية من المتعاطي لفترة محدودة يترك تقديرها للقاضي ، أو يكون السحب بشكل نهائي كعقوبة ، وخاصة في حالات العود.

— لقد قام المشرع الليبي بإدخال نص جديد يتعلق بمدّة إحالة المتهم إلى النيابة العامة المختصة . وذلك عند إصداره القانون رقم 23 لسنة 2001 . 2001 بتعديل وإضافة بعض أحكام إلى القانون رقم (7) لسنة (1990) بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية بالآتي (تكون إحالة المتهم على النيابة العامة في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون خلال سبعة أيام من تاريخ ضبطه، ويجب على النيابة العامة إن تستجوبه عند إحالته إليها ثم تأمر بحبسه احتياطياً أو الإفراج عنه ولا يكون أمر النيابة العامة نافداً إلا لمدة ثلاثين يوماً ، فإذا رأى مد الحبس لمدة وجب عرض الأوراق على القاضي المختص ليصدر أمر بعد سماع أقوال المتهم بالإفراج عنه أو بمد حبسه لمدة أو مدد متعاقبة لا تزيد كل منها على خمسة وأربعين يوماً إلى إن ينتهي التحقيق(المادة 51 مكرراً).

وإن كنا لا نجد نبل وسلامة الدوافع التي ملت على المشرع الليبي إجراء هذا التعديل على المدة المقررة لإحالة المتهم إلى النيابة العامة في جرائم المخدرات . وذلك بمد فترة بقاءه عند مأمور الضبط القضائي لمدة سبعة أيام من تاريخ ضبطه وكذلك مد الحبس الذي أعطاها إلى النيابة العامة مدة ثلاثين يوما. ذلك الاعتبار عديدة تتعلق بخطورة جرائم المخدرات ، وما يتطلبه ذلك من جهد ووقت للقبض عليهم... ولكن مع ذلك فإننا لا نفضل الاتجاه الذي ذهب إليه القانون الجديد نظرا لما تمثله فترة الحبس الطويل من خطر وخوف ، الأمر الذي ينطوي عليه المساس بالحرية الشخصية للإفراد والذي هدف المشرع بالأساس إلى صيانتها وعدم المساس بها وعدم التعرض لها . بغير مبرر قوي وخاصة الفترة السابقة على الإحالة إلى النيابة العامة لأنها فترة لا تتوفر فيها الضمانات القانونية لحماية الحرية الشخصية واحترامها.

__على المشرع الليبي فيما يتعلق بإجراءات القبض و التفتيش في جرائم المخدرات يجب أن ينص على نصوص خاصة وعدم إخضاعها إلى نصوص قانون الإجراءات الجنائية.

المصادر والمراجع

- د. احمد أبو الرووس، التحقيق الجنائي والتصرف فيه والأدلة الجنائية ، ط. الأولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية 2003 .
- د أدوار غالى الذهبي: جرائم المخدرات ، مكتبة غريب ، القاهرة ، ط الثانية 1988 .
- د آمال عبد الرحيم عثمان: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978 .
- د رؤوف عبيد : المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية ، ط. الثانية ، دار الفكر العربي ، (بدون تاريخ نشر)
- د. رؤوف عبيد بين القبض على المتهمين واستيقافهم في التشريع المصري، دار النهضة العربية القاهرة، ط الثالثة، 1978.
- د رؤوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، دار الجيل للطباعة ط السادسة عشر ، 1985.
- د. مصطفى هرجة ، المشكلات العملية في القبض والتفتيش ، ط. الأولى ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، 2005
- د. موسى مسعود ارحومة ، قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي ، ط. الأولى ، منشورات جامعة قاريونس بنغازي ، 1999 .
- د محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، ، دار الكتاب الجامعي ، الإسكندرية ، 1994
- . د محمد رمضان باره : شرح أحكام قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي وتعديلاته ، ط. الثانية ، بدون ناشر ، 2003 .
- د عبد الحميد الشواربي : إذن التفتيش في ضوء القضاء والفقہ ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2004
- د عصام احمد محمد : جرائم المخدرات فقهاً وقضاءً ، ط. الأولى ، دار الكتب ، القاهرة ، 1983
- د. عبد الفتاح مراد شرح تشريعات المخدرات ، ط. الأولى ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، بدون تاريخ نشر.
- د. فائزة يونس الباشا ، السياسة الجنائية في جرائم المخدرات، الواقع والأفاق المستقبلية ، دار النهضة العربية القاهرة ، ط الأولى ، 2001 .
- د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، ضوابط التفتيش في التشريع المصري والمقارن ، ط. الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005

د عوض محمد : قانون الإجراءات الجنائية الليبي، مكتبة قورينا للنشر والتوزيع، بنغازي، ط الأولى،
1977

الرسائل الجامعية والمقالات

إبراهيم حامد طنطاوي ، سلطات مأمور الضبط ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة كلية الحقوق ،
المكتبة القانونية ، ط الثانية ، 1997

حسين إبراهيم القرضاوي ، المحابة الجنائية للحرية الشخصية في مواجهة سلطة مأمور الضبط
القضائي في القبض ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الفاتح ، 2002

سامي حسن الحسيني، النظرية العامة للفتيش في القانون المصري والمقارن رسالة دكتوراه كلية الحقوق
جامعة عين شمس، 1972

محمد عودة ذياب الجبور ، الاختصاص القضائي لمأمور الضبط القضائي ، رسالة دكتوراه كلية
الحقوق جامعة القاهرة ، 1982

زكية نجمي عبد الجواد ، الأدلة العلمية ودورها في تكوين القاضي الجنائي دراسة تحليلية ، رسالة
ماجستير ، جامعة (الفتاح سابقا) ليبيا، 2004

يوسف بالعيوني ، دراسة للإثبات ، رسالة دكتوراه ، غير منشورة ، كلية الحقوق ، تونس ، 1994

سنيه السبجاوي ، القاضي والإثبات في المادة الجنائي ، رسالة دكتوراه ، مكتبة كلية الحقوق ، تونس
، 1997 ،

احمد صادق الجهاني ، محاضرات ، في الأدلة الجنائية ، مذكرة على الألة الكاتبة ضمن منهج طلبت
الدراسات العليا .دبلوم العلوم الجنائية لعام 82 / 83 م ، كلية القانون -جامعة قار يونس .

القوانين

- القانون رقم 23 لسنة 1971 بشأن المخدرات-نشر في الجريدة الرسمية عدد رقم 27-
السنة التاسعة -بتاريخ 27 مايو-1971 ليبيا.

- القانون رقم 182 لسنة 1960 في شأن المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها- نشر
في الجريدة الرسمية -العدد رقم 131 بتاريخ 13 يونيو 1960 مصر.

- القانون رقم 7 لسنة 1990 بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية -نشر في الجريدة الرسمية
العدد32- السنة الثامنة والعشرين بتاريخ 20 نوفمبر 1990 ليبيا.

- القانون رقم 23 لسنة 2001 بتعديل وإضافة بعض الأحكام إلى القانون رقم 7 لسنة
1990 بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي صدر في 28-12-2001 ونشر في
مدونة التشريعات العدد رقم 1/السنة الثانية بتاريخ 20-2-2002.

- القانون رقم 122 لسنة 1989 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 182 لسنة 1960 في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها و الاتجار فيها ، نشر في الجريدة الرسمية العدد رقم 26 مكرر في 4 يوليو، 1989، مصر.
- القانون رقم 19 لسنة 1994 م بشأن إضافة حكم جديد للقانون رقم 7 لسنة 1990م بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية اعتبر فيه المشرع الليبي المخدرات في حكم أسلحة الدمار الشامل.
- قانون الإجراءات الجنائية الليبي
- قانون الإجراءات الجنائية المصري

الموسوعات القانونية

- موسوعة التشريعات الليبية في ستة عشر مجلداً، للمحاميان محمد بن يونس - عبد الحميد النهوم، دار الثقافة - بيروت - لبنان - 1986.
- موسوعة التشريعات الليبية الحديثة ، مكتبة الفكر، طرابلس، ليبيا، 1971 .
- مجموعة التشريعات الجنائية(قانون العقوبات - قانون الإجراءات الجنائية) الصادر عن امانة العدل بالجماهيرية العظمى ، 1978.
- قانون العقوبات المصري- قانون الإجراءات الجنائية المصري.
- الجريدة الرسمية تصدر بأمر وزارة العدل (أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل والأمن العام سابقا) بليبيا.
- مدونة التشريعات تصدر بأمر أمانة مؤتمر الشعب العام سابقا بليبيا.
- مدونة الإجراءات تصدر بأمر أمين الشؤون القانونية بمؤتمر الشعب العام سابقا.

- مجموعات الأحكام القضائية:

- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في الخمسة وعشرين عاما(الجمعية العمومية ، الدائرة الجنائية).
- مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض المصرية (الجنائية) وكذلك المبادئ التي قررتها المحكمة.
- مبادئ أحكام محكمة النقض المصرية، مركز المعلومات القضائي التابع لوزارة العدل في مصر.
- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر .
- التعليمات العامة للنيابات في مصر، الكتاب الأول، التعليمات القضائية، طبعة 1980 .

- قضاء المحكمة العليا، موجز المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة العليا الليبية من تاريخ انشائها، اعدا د. عمر مفتاح المصري، دار اشراق للنشر والتوزيع، عمان، 1996 .
أحكام حديثة للمحكمة العليا الليبية (القضاء الجنائي) حتي سنة 2007 غير منشور



الحماية الجنائية الدولية للممتلكات الثقافية والتراث العالمي الطبيعي
أثناء النزاعات المسلحة
د. هشام أمحمد السيوي.
عضو هيئة تدريس بكلية القانون - الخمس / جامعة المرقب - ليبيا.
منتدب للعمل بالهيئة الوطنية لمكافحة الفساد

مُتَكَلِّمًا

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على من بُعث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه.

في أوقات النزاعات المسلحة سواء كانت ذات طابع دولي أم داخلي تكثر فيها الانتهاكات الجسيمة والخطيرة لكافة الحقوق، وعلى رأسها الحقوق الأساسية للإنسان، ومن الحقوق التي تتعرض لمثل هذه الانتهاكات أيضاً حق الشعوب في ممتلكاتهم الثقافية وتراثهم الطبيعي.

ولقد جرمت القوانين الوطنية العديد من السلوكيات التي من شأنها المساس بالممتلكات الثقافية والتراث الطبيعي وعاقبت عليها، بغض النظر عن جنسية مرتكبيها، ووقت ارتكابها سواء في أوقات السلم أم في أوقات الحرب.

ورغم ذلك لازالت هذه الممتلكات الثقافية والتراث الطبيعي معرضة للخطر جراء هذه الممارسات غير المشروعة، وبالأخص في أوقات الحروب والنزاعات المسلحة، لعدة أسباب، لعل أهمها: انشغال الدول بكافة أجهزتها بهذه الظروف الصعبة، وتسخير كل إمكانياتها للمجهود الحربي، مما يُضعف الرقابة والمتابعة، وضبط الجناة، إلى جانب أن هذه الانتهاكات قد تتم من قِبل أفراد القوات المسلحة والأفراد الداعمين لها فيتم التغاضي عنها لعدة اعتبارات، ما لم تكون هذه الانتهاكات أصلاً بأمر من قياداتها السياسية أو العسكرية ويعلم منها، كما أن هذه الممتلكات الثقافية ذات قيمة مالية كبيرة، فيتم الاستيلاء عليها ونهبها، وبيعها، للحصول على الأموال، وبخاصة من قِبل التنظيمات المسلحة لتمويل أنشطتها الإجرامية، إلى جانب كل ذلك السعي نحو طمس تاريخ الشعوب.

وبسبب فداحة الأضرار المترتبة على الانتهاكات الجسيمة والخطيرة التي تعرضت لها الممتلكات الثقافية والتراث الطبيعي أثناء النزاعات المسلحة سواء كانت ذات طابع دولي أم لا، فقد سعى المجتمع الدولي ومن خلال إبرام العديد من الاتفاقيات والبروتوكولات الملحقة بها إلى تجريم العديد من الأفعال التي تُشكل مساساً بهذه الممتلكات الثقافية والتراث الطبيعي والمعاقبة عليها، وبخاصة تلك التي تترتب عليها نتائج جسيمة وخطيرة، من أجل منع ارتكاب هذه الجرائم ومكافحتها.

وتبدو أهمية هذا البحث في بيان موقف الاتفاقيات الدولية من الحماية الجنائية الدولية للممتلكات الثقافية والتراث الطبيعي أثناء النزاعات المسلحة، ومعرفة مدى فاعليتها في توفير هذه الحماية، وبيان بعض صور الجرائم الدولية ذات العلاقة.

ويشير هذا البحث العديد من الإشكاليات لعل أبرزها: ما هو المحل القانوني والمادي لجرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية والتراث العالمي الطبيعي أثناء النزاعات المسلحة؟ وما مدى ضرورة إضفاء الحماية

الجنائية الدولية لهذه الممتلكات والتراث العالمي الطبيعي؟ وما هو موقف القانون الدولي الجنائي من أفعال الاعتداء على هذه الممتلكات والتراث العالمي الطبيعي؟ وهل تدخل هذه الجرائم في نطاق جرائم الحرب، ولمن ينعقد الاختصاص القضائي بنظرها؟ إلى جانب ما هي صور الركن المادي لهذه الجرائم؟. وبناءً على ما سبق سيتم تقسيم هذا البحث إلى مطلبين، في المطلب الأول سيتم توضيح الأحكام العامة للجرائم الدولية الخاصة بالاعتداء على الممتلكات الثقافية والتراث العالمي الطبيعي، أما في المطلب الثاني فسيتم بيان المحل المادي لهذه الجرائم وصور ركنها المادي، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول:

الأحكام العامة للجرائم الدولية الخاصة بالاعتداء على الممتلكات الثقافية والتراث الطبيعي أثناء النزاعات المسلحة

تقسيم:

في نطاق هذا المطلب سيتم بيان المحل القانوني للجرائم الدولية الخاصة بالاعتداء على الممتلكات الثقافية والتراث العالمي الطبيعي أثناء النزاعات المسلحة في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني فسيتم البحث في موقف القانون الدولي الجنائي من هذه الجرائم، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

المحل القانوني للجرائم الدولية الخاصة بالاعتداء على الممتلكات الثقافية والتراث الطبيعي أثناء النزاعات المسلحة وضرورة إضفاء الحماية الجنائية الدولية

تقسيم:

سيتم توضيح المحل القانوني لهذه الجرائم أولاً، أما ضرورة إضفاء الحماية الجنائية الدولية فسيتم تناولها في الفقرة الثانية، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: المحل القانوني للجرائم الدولية الخاصة بالاعتداء على الممتلكات الثقافية والتراث الطبيعي أثناء النزاعات المسلحة: هو المصلحة القانونية الدولية المعتمدة لدى المجتمع الدولي، التي جعل منها جدية بالحماية الجنائية الدولية، من خلال تجريم بعض السلوكيات التي من شأنها المساس بهذه المصلحة. وتتمثل هذه المصلحة في حق الشعوب في ممتلكاتهم الثقافية وتراثهم الطبيعي.

وبالتالي فقد سعى المجتمع الدولي إلى إضفاء الحماية الدولية الجنائية على الممتلكات الثقافية والتراث العالمي الطبيعي، وبالأخص أثناء النزاعات المسلحة من أجل حماية حق الشعوب فيها.

الحق في الممتلكات الثقافية والتراث العالمي الطبيعي مصلحة دولية:

"وتتمثل أهمية الممتلكات الثقافية لما تشكله من معان سامية في وجدان الشعوب وضمايرها، وفي اعتبارها جزءاً لا يتجزأ من ذاكرة الأمة وتاريخها الثقافي، ومؤشراً لقدرة على الاستمرارية والتواصل بين مختلف الأجيال"⁽¹⁾.

وقد تم اعتبار الممتلكات الثقافية والتراث العالمي الطبيعي مصلحة أو حقاً للبشرية جمعاء من خلال النص على ذلك بشكل صريح في العديد من الاتفاقيات الدولية.

فقد نصت المادة الثانية من ديباجة اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح المؤرخة في 14 مايو لعام 1954م⁽²⁾، على أنه: «ولا اعتقادها أن الأضرار التي تلحق بممتلكات ثقافية يملكها أي شعب كان تمس التراث الثقافي التي تملكه الإنسانية جمعاء، فكل شعب يُساهم بنصيبه في الثقافة العالمية».

وأيضاً الفقرة الثانية من ديباجة اتفاقية حماية التراث العالمي الثقافي والطبيعي لعام 1972م⁽³⁾، حينما نصت على أنه: «ونظراً لأن اندثار أو زوال أي بند من التراث الثقافي والطبيعي يؤلفان إفقاراً ضاراً لتراث جميع شعوب العالم».

و ما نصت عليه الفقرة السادسة من الديباجة نفسها، من أنه: «ونظراً لأن بعض ممتلكات التراث الثقافي والطبيعي، تمثل أهمية استثنائية توجب حمايتها باعتبارها عنصراً من التراث العالمي للبشرية جمعاء». بالإضافة إلى إقرار الدول الأطراف في الاتفاقية الأخيرة بأن التراث الثقافي والطبيعي يؤلفان تراثاً عالمياً، المادة (1/6) من الاتفاقية نفسها.

ثانياً: ضرورة إضفاء الحماية الدولية الجنائية على الممتلكات الثقافية والتراث الطبيعي أثناء النزاعات المسلحة: إن إضفاء الحماية الدولية الجنائية على الممتلكات الثقافية والتراث الطبيعي أصبح

¹ - مركز الميزان لحقوق الإنسان، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية في النزاعات المسلحة، سلسلة القانون الدولي الإنساني رقم (10)، غزة - فلسطين، 2008م، ص 3 .

www.mezan.org/uploads/files/8799.pdf - 2017.11.13 - 7:24pm

² - اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، المؤرخة في 14 مايو لعام 1954م، دخلت حيز النفاذ في 7 أغسطس 1956م، المكتبة العربية لحقوق الإنسان، جامعة منيسوتا.

arab< hrlibrary.umu.edu. 2018.2.14 - 6:15pm

³ - اتفاقية حماية التراث العالمي الثقافي والطبيعي، أقرها المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة، المنعقد في باريس في الفترة من 17 أكتوبر إلى 21 نوفمبر 1972م، في دورته السابعة عشرة، وثيقة رقم- WHC . 2004/WS/2م، منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونسكو).

[http://whc.unesco.org/fr/conventiotext\(arabic\)م](http://whc.unesco.org/fr/conventiotext(arabic)م) 2018.2.7 - 12:37pm

ضرورة ملحة، وبالأخص في أثناء النزاعات المسلحة، بسبب صعوبة المحافظة عليها وحمايتها، وبسبب الضرر الجسيم والخطير الذي يلحق بها جراء السلوكيات التي ترتكب في هذه الأوقات، أو الوسائل والأساليب التي يتم اللجوء إليها عند ارتكاب هذه الجرائم، مما قد يؤدي إلى اندثارها وزوالها، ويتعذر تعويضها، وتفقد بالتالي البشرية ممتلكات ثقافية وتراثاً طبيعياً يشكل جزءاً من تاريخها.

وقد أدرك المجتمع الدولي هذه الحقيقة وأقر بأن هناك ضرورة قصوى من أجل إضفاء الحماية الدولية الجنائية، ويتضح ذلك بجلاء من خلال إبرام العديد من الاتفاقيات بهذا الشأن.

ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الثالثة من ديباجة اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1954م من أنه: « ولاعتبارها أن المحافظة على التراث الثقافي فائدة عظيمة لجميع شعوب العالم، وأنه ينبغي أن يكفل لهذا التراث حماية دولية ».

وما نصت عليه الفقرة الخامسة من ديباجة اتفاقية حماية التراث العالمي الثقافي والطبيعي لسنة 1972م بأنه: « ونظراً لأن الاتفاقيات، والتوصيات، والقرارات الدولية القائمة والمتعلقة بالممتلكات الثقافية والطبيعية تبين الأهمية التي تمثلها لكافة شعوب العالم، إنقاذ هذه الممتلكات الفريدة والتي لا تعوض، مهما كانت تابعة لأي شعب ».

وما نصت عليه كذلك الفقرة السابعة من ديباجة الاتفاقية الأخيرة بأنه: « ونظراً لأنه يتعين على المجتمع الدولي، أمام اتساع واشتداد الأخطار الجديدة، الإسهام في حماية التراث الثقافي والطبيعي ذي القيمة العالمية الاستثنائية، عن طريق بذل العون الجماعي... ».

وانطلاقاً من ضرورة إضفاء الحماية الدولية الجنائية للممتلكات الثقافية والتراث الطبيعي، من خلال تجريم أفعال الاعتداء عليها، وبخاصة في أثناء النزاعات المسلحة، فقد تم النص على تجريم العديد من السلوكيات التي من شأن ممارستها إلحاق أضرار جسيمة وخطيرة بالممتلكات الثقافية، وضرورة اتخاذ كافة التدابير الوقائية لمنع ارتكاب هذه الجرائم في أثناء النزاعات المسلحة، وأن يتم اتخاذ هذه التدابير ليس أثناء وقوع النزاعات المسلحة فقط، بل في وقت السلم أيضاً، وأكدت على التعاون الدولي بما يضمن حماية هذه الممتلكات الثقافية والتراث الطبيعي، ومعاقبة من يرتكب ضدها جرائم وعدم إفلاته من العقاب.

الفرع الثاني

موقف القانون الدولي الجنائي⁽¹⁾

تقسيم:

في هذا الفرع سيتم بيان موقف القانون الدولي الجنائي من وقائع الاعتداء على الممتلكات الثقافية والتراث الطبيعي أولاً، أما ثانياً سيتم توضيح التكييف القانوني لهذه الجرائم، أما الاختصاص القضائي لنظر هذه الجرائم فسيتم توضيحه في الفقرة الثالثة. وذلك على النحو الآتي:

أولاً: موقف القانون الدولي من وقائع الاعتداء على الممتلكات الثقافية والتراث الطبيعي أثناء النزاعات المسلحة: نصت العديد من الاتفاقيات الدولية على تجريم أفعال الاعتداء على الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، وضرورة إنزال الجزاء المناسب، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949م بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، واتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1954م، ونظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998م.

ومن ذلك يُفهم أن هذه الأفعال فيها مساس بمصلحة دولية محمية جنائياً وفقاً لأحكام القانون الدولي الجنائي.

ويترتب على ذلك أن هذه الوقائع تُشكل جرائم دولية من ضمن جرائم القانون الدولي الجنائي⁽²⁾. وبالتالي فهي من ضمن أخطر الجرائم التي تهدد السلم والأمن والرفاه في العالم، وتثير قلق المجتمع الدولي بأسره، ومن ثم لا يجب أن تمر دون عقاب، وضرورة ضمان مقاضاة مرتكبيها على نحو فعال من

¹ - عُرف القانون الدولي الجنائي بأنه: ((يتناول الجرائم الماسة بالنظام الدولي الجنائي في مجمله وليس بالنظام الداخلي لدولة معينة، كجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية)) . د. سليمان عبد المنعم، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية - مصر، 2000م، ص5.

وهذا القانون: " تهدف قواعده إلى تجريم بعض أنواع السلوك الذي يعتبر جريمة على النطاق الدولي، كما أنه ينظم في ذات الوقت إنشاء وسير العمل في المحاكم الدولية الجنائية". د. أحمد فتحي سرور، المواجهة القانونية للإرهاب، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة - مصر، 2008م، ص25.

² - توجد عدة تعريفات للجريمة الدولية ومن ذلك: بأنها: ((سلوك إرادي غير مشروع، يصدر عن فرد باسم الدولة، أو تشجيعها، أو رضا منها، ويكون منطوياً على مساس بمصلحة دولية محمية قانوناً)). د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، الجريمة الدولية، دراسة تحليلية تطبيقية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة - 1979م، ص6. كما عرفت بأنها: ((كل سلوك غير مشروع جنائياً - بعض النظر عن مرتكبها - من شأنه المساس عمداً بمصلحة دولية محمية جنائياً وفقاً لأحكام القانون الدولي الجنائي)). د. هشام أحمد السيوي، الإرهاب في التشريعات الجنائية وأثره على حقوق الإنسان، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2015/2014م، ص200.

خلال اتخاذ تدابير على الصعيد الوطني، وتعزيز التعاون الدولي، ومنع إفلات مرتكبيها من العقاب على نحو يساهم في منع ارتكاب مثل هذه الجرائم⁽¹⁾.

ولكن لا بد من الإشارة إلى عدم وجود نص صريح في القانون الدولي الجنائي يجرم أفعال الاعتداء على التراث العالمي الطبيعي والعقاب عليها.

ثانياً: التكييف القانوني لجرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية:

كما سبق بيانه فإنه تم تصنيف هذه الجرائم من ضمن الجرائم الدولية وفقاً لأحكام القانون الدولي الجنائي، وتم تكييفها بأنها من جرائم الحرب، وكان ذلك بشكل صريح وواضح في أكثر من اتفاقية بالخصوص، وقبل تفصيل ذلك لا بد من بيان المقصود بجرائم الحرب.

عرفت الحرب بأنها: «صراع مسلح بين دولتين أو بين فريقين من الدول، ويكون الغرض منه الدفاع عن حقوق الدول المتحاربة ومصالحها»⁽²⁾. وقد حصر هذا التعريف مفهوم الحرب على الصراع بين الدول، دون الصراع الذي يحدث داخل الدولة الواحدة.

أما جريمة الحرب فعرفت بأنها: «عمل غير مشروع سواء كان إيجابياً أم سلبياً، يستهدف المتحاربين، ويتجاوز الحد المقبول شرعاً وعرفاً بالنسبة للمتحاربين، يقوم به المحارب بتعسف غير مبرر»⁽³⁾. ويتضح من هذا التعريف إغفاله استهداف المتحاربين للمباني والممتلكات المدنية، مما يُخرج الاعتداء عليها من نطاق جرائم الحرب.

ويفضل بعض الباحثين استخدام مصطلح النزاعات المسلحة على مصطلح الحرب، بسبب أن لفظ الحرب يشتمل على ثلاثة مفاهيم قانونية هي: العدوان - الدفاع المشروع - الأمن الجماعي⁽⁴⁾. وبينت المادة الثامنة في فقرتها الثانية من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المقصود بجرائم الحرب، وذلك من خلال ذكر الأفعال التي ترتكب أثناء الحروب والنزاعات المسلحة سواء التي لها طابع دولي أم لا، والنتائج المترتبة عليها، والتي أدخلتها في نطاقها، وأخرجت من دائرتها الأفعال التي ترتكب في حالات الاضطرابات والتوترات الداخلية مثل: أعمال الشغب، أو أعمال العنف المنفردة، أو المتقطعة وغيرها من الأعمال ذات الطبيعة المماثلة، المادة (2/8د، و).

¹ - الفقرات (3،4،5) من ديباجة نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998م، موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر. <https://www.icrc.org>

² - د. وهبة الزحيلي، آثار الحرب، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الطبعة 5، دمشق، بيروت، 1434هـ - 2013م، ص48.

³ - محمد إبراهيم عبد الله الحمداني، جرائم الحرب في القانون الدولي والمحكمة المختصة بنظرها، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، دون تاريخ النشر، ص22.

⁴ - المرجع نفسه، ص29.

وبالتالي فإنه وفقاً لأحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فإن ارتكاب أي فعل من الأفعال المذكورة فيه على سبيل الحصر يُشكل جريمة حرب فقط دون غيرها من الأفعال. وإذا وقعت هذه الجرائم أثناء الحرب المعلنة، أو أي اشتباك مسلح آخر ينشب بين طرفين أو أكثر، حتى لو لم يعترف أحدها بحالة الحرب، أو أثناء الاحتلال الجزئي أو الكلي لإقليم دولة طرف في الاتفاقيات ذات العلاقة، سواء كانت هذه النزاعات لها طابع دولي أم لا.⁽¹⁾

وتم اعتبار جرائم الاعتداء على الممتلكات الثقافية جريمة حرب، وذلك من خلال النص صراحة في العديد من الاتفاقيات الدولية، ومن ذلك: اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1954م، حينما نصت في مادتها (3/4): «على أن تجرم أي سرقة أو نهب أو تبيد لهذه الممتلكات ووقايتها من هذه الأعمال، ووقفها عند اللزوم مهما كانت أساليبها، وتجرم أي عمل تخريبي ضدها»، وفي المادة نفسها الفقرة (4) نصت على: «... الامتناع عن أية تدابير انتقامية تمس الممتلكات الثقافية...».

وما نصت عليه المادة (53/أ) من الملحق (البروتوكول) الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف لعام 1977م، والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة⁽²⁾ من أنه: «تحظر الأعمال التالية، ... أ. ارتكاب أي من الأعمال العدائية الموجهة ضد الآثار التاريخية أو الأعمال الفنية أو أماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي العالمي...»، وما نص عليه في المادة (4/85 - د) من الملحق ذاته من تجريم: «شن الهجمات على الآثار التاريخية وأماكن العبادة والأعمال الفنية التي يمكن التعرف عليها بوضوح، والتي تمثل التراث الثقافي والروحي للشعوب...».

وقد تم النص في هذا البروتوكول صراحة على اعتبار أن الانتهاكات الجسيمة للاتفاقيات ولهذا البروتوكول بمثابة جرائم حرب، المادة (5/85).

وتم النص على ذلك في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حيث نصت المادة (2/8ب - 9) على أنه: «لغرض هذا النظام الأساسي تعني "جرائم الحرب": ... تعمد توجيه هجمات ضد... الآثار التاريخية ... شريطة ألا تكون أهدافاً عسكرية»، سواء كان ذلك أثناء المنازعات الدولية المسلحة (م/8ب)، أم أثناء المنازعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي (م/8 هـ - 4).

¹ - المادة (2) من اتفاقية جنيف الرابعة لسنة 1949م، والمادتين (18، 19) من اتفاقية لاهاي لسنة 1954م، والمادة (22) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1954م، الخاص بحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1999م.

² - موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

-<https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc5ntccf.htm> 2018.2.07

ثالثاً: القضاء المختص بنظر الجرائم الدولية الخاصة بالاعتداء على الممتلكات الثقافية:

بينت الاتفاقيات الدولية المحاكم المختصة بنظر ما تم ارتكابه من جرائم دولية خاصة بالاعتداء على الممتلكات الثقافية باعتبارها جرائم حرب، ومساءلة مرتكبيها وتوقيع العقوبات المناسبة والمحددة. والقاعدة العامة أن الاختصاص القضائي لنظر جميع هذه الجرائم ينعقد للقضاء الجنائي الوطني، طالما أن الدولة المعنية لديها الرغبة والقدرة على ذلك؛ وإلا فإن الاختصاص يكون للقضاء الجنائي الدولي بحسب الأحوال.

1: القضاء الجنائي الوطني:

ألزمت اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949م في مادتها(146) أطرافها باتخاذ كل إجراء تشريعي وطني من شأنه ملاحقة المتهمين بارتكاب هذه الجرائم أو من أمروا بارتكابها، وتقديمهم إلى محاكمهم المختصة، وفرض عليهم عقوبات جزائية فعالة، ولهم أن يسلموا هؤلاء المتهمين إلى طرف متعاقد آخر من أجل محاكمتهم، ما دامت تتوافر لدى الطرف المذكور أدلة اتهام كافية، وبما لا يخالف تشريعاتهم الوطنية.

وأكد على ذلك البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي(1945م) لعام 1999م في المادة(1/16) منه⁽¹⁾، إلى جانب تأكيده على مبادئ الإقليمية، والشخصية، والعالمية لنفاد وفعالية التشريعات الوطنية، وأيضاً إلزام الدول الأطراف في حالة عدم تسليم المتهم بضرورة عرض القضية على محاكمها الوطنية المختصة دون أي استثناء ودون تأخير لا مبرر له، المادة 16 من البروتوكول نفسه.

وقد أكد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على اختصاص القضاء الوطني بنظر هذه الجرائم طالما كانت الدولة المعنية لديها الرغبة والقدرة على ذلك، المادة(1، 17).

ومن ذلك يُفهم أنه على الدول المعنية أن تنص على تجريم الاعتداء على الممتلكات الثقافية وفرض العقوبات المناسبة، وعلى اختصاص محاكمها الوطنية بذلك، وأن يكون لديها الإرادة السياسية والقدرة على ملاحقة المتهمين باقتراف هذه الجرائم، وتقديمهم للمحاكمة ومساءلتهم عما ارتكبه من جرائم، وإنزال العقاب المناسب عليهم، بغض النظر عن جنسياتهم أو الصفات التي يحملونها، أو مراكزهم السياسية والعسكرية التي يشغلونها، كل ذلك بما يضمن تحقيق الردع الخاص، والردع العام، وعدم الإفلات من المسؤولية والعقاب، والذي من شأن ذلك منع ارتكاب مثل هذه الجرائم.

وخلاف ذلك سيكون له عواقب ليس في صالح الدولة المعنية، ومنها التشجيع على ارتكاب المزيد من هذه الجرائم، وتشويه سمعة الدولة وأجهزتها القضائية، وإتاحة الفرص للتدخل في شؤونها

¹ - المرجع نفسه.

الداخلية، وقد يترتب على ذلك انتقال الاختصاص في نظر هذه الجرائم المرتكبة إلى المحاكم الجنائية الدولية.

2: القضاء الجنائي الدولي:

إن عدم قيام الدول المعنية بضمان ممارسة القضاء الوطني لاختصاصاته القانونية في محاكمة المتهمين بارتكاب مثل هذه الجرائم ومعاقتهم، قد يؤدي ذلك إلى اضطلاع القضاء الجنائي الدولي بهذه المهمة، وذلك من خلال إنشاء محاكم جنائية دولية خاصة بكل حالة، أو إحالة الموضوع إلى المحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

والمتبع لما تم ارتكابه من وقائع إجرامية أثناء النزاعات المسلحة يتضح له عجز الدول المعنية عن القيام بما عليها من التزامات سواء أكانت دولية أم وطنية، وذلك لعدة أسباب منها: انشغال الدولة بكافة أجهزتها، وتسخير كل إمكانياتها للمجهود الحربي، إلى جانب ضعف الرقابة والمتابعة لمقاتليها، وعجز أجهزتها عن ضبط الجناة ومحاکمتهم، إلى جانب عدم الرغبة في ذلك أصلاً، وبخاصة إذا كان من المتهمين بارتكاب هذه الجرائم من يحمل صفة سياسية أو عسكرية في هذه الدولة، ومن ثم فإن منح الاختصاص القضائي للنظر في مثل هذه الجرائم للمحاكم الجنائية الدولية سيكون له فاعلية أكبر في منع ارتكاب مثل هذه الجرائم والحد منها، بشرط الحيادية، والاستقلالية، والنزاهة.

وقد نص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدائمة على اختصاص هذه المحكمة بنظر عدد من الجرائم تم ذكرها على سبيل الحصر، ومن ضمنها جرائم الحرب، المادة (5/ج) منه، ونص في المادة (1/8) على أنه: «يكون للمحكمة اختصاص فيما يتعلق بجرائم الحرب، ولاسيما عندما ترتكب في إطار خطة أو سياسة عامة أو في إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق لهذه الجرائم»، كما نص في مادته الأولى على أن اختصاص هذه المحكمة مكمل للاختصاصات القضائية الجنائية الوطنية، وبينت مادته (17) أن الدعوى بهذه الجرائم تكون مقبولة أمام هذه المحكمة إذا لم تكن الدولة المعنية غير راغبة حقاً في الاضطلاع بالتحقيق أو المقاضاة، أو غير قادرة على ذلك.

وأيضاً لهذه المحكمة أن تمارس وظائفها وسلطاتها على الوجه المنصوص عليه في نظامها الأساسي في إقليم دولة ليست طرفاً في النظام الأساسي لهذه المحكمة، وذلك بموجب اتفاق خاص، المادة (2/4)، أو إذ أحييت الدعوى عن طريق مجلس الأمن الدولي متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، المادة (13/ب). وكل ذلك يشكل في حد ذاته تهديداً لمن يحاول ارتكاب هذه الجرائم بإحالتهم لهذه المحكمة، إذا ما أقدموا على ارتكابها.

إلا أن هناك مشكلة تقف عائقاً أمام ممارسة هذه المحكمة لاختصاصاتها بالشكل المطلوب، والمتمثلة في الدور الذي مُنح لمجلس الأمن الدولي، الذي من شأنه عرقلة عمل هذه المحكمة، فقد نصت المادة (16) من نظام هذه المحكمة الأساسي على أنه: «لا يجوز البدء أو المضي في

تحقيق أو مقاضاة بموجب هذا النظام الأساسي لمدة اثني عشر شهراً بناءً على طلب من مجلس الأمن إلى المحكمة بهذا المعنى يتضمنه قرار يصدر عن المجلس بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ويجوز للمجلس تجديد هذا الطلب بالشروط ذاتها.

ولا يخفى على أحد أن هذا المجلس الذي يعتبر مجلس الدول المنتصرة في الحرب العالمية الثانية تسيطر عليه الدول التي تملك فيه حق نقض قراراته، وتسييره وفقاً لمصالحها دون اعتبار للمصلحة الدولية لجميع دول العالم، وبهذه الصلاحية الممنوحة له سيؤثر على استقلالية المحكمة، وحياديتها، ويتم استغلالها بما يحقق مطامع هذه الدول ومصالحها.

المطلب الثاني

المحل المادي للجرائم الدولية الخاصة بالاعتداء على الممتلكات الثقافية والتراث العالمي

الطبيعي وصور السلوك الإجرامي فيها

تقسيم:

في نطاق هذا المطلب سيتم توضيح المحل المادي للجرائم الدولية الخاصة بالاعتداء على الممتلكات الثقافية والتراث العالمي الطبيعي في الفرع الأول، أما صور السلوك الإجرامي لهذه الجرائم فسيكون محل البحث في الفرع الثاني، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

المحل المادي للجرائم الدولية الخاصة بالاعتداء على الممتلكات الثقافية والتراث العالمي

الطبيعي

المحل المادي لهذه الجرائم يتمثل في الممتلكات الثقافية أو الآثار التاريخية والتراث العالمي الطبيعي حسب نصوص التجريم، وبالتالي لا بد من تحديد المقصود بها.

عرفت اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1954م الممتلكات الثقافية في المادة الأولى منها، حيث نصت على أنه: «يقصد بالممتلكات الثقافية، بموجب هذه الاتفاقية، مهما كان أصلها أو مالكتها ما يأتي:

أ) الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي كالمباني المعمارية أو الفنية منها أو التاريخية، الديني منها أو الديني، والأماكن الأثرية، ومجموعة المباني التي تكتسب بتجميعها قيمة تاريخية أو فنية، والتحف الفنية والمخطوطات والكتب والأشياء الأخرى ذات القيمة الفنية والتاريخية والأثرية، وكذلك المجموعات العلمية ومجموعات الكتب المهمة والمحفوظات ومنسوخات الممتلكات السابق ذكرها.

ب) المباني المخصصة بصفة رئيسية وفعلية لحماية وعرض الممتلكات الثقافية المبينة في الفقرة (أ) في حالة نزاع مسلح.

ج) المراكز التي تحتوي مجموعة كبيرة من الممتلكات الثقافية المبينة في الفقرتين (أ) و (ب) والتي يطلق عليها اسم "مراكز الأبنية التذكارية" .»

ومن جملة ما يمكن ملاحظته على هذا التعريف المطول، أن الألفاظ التي استخدمت في صياغته جاءت عامة، ومن ثم يقع على عاتق الدول الأطراف تحديدها بشكل دقيق، والإعلان عن تلك الممتلكات، وإدراجها في القوائم الدولية الخاصة بها.

و" هذا التعريف جاء خالياً من ذكر العمر الزمني اللازم لاعتبار منقول أو عقار ما أثرياً أو ذكر معيار ما يجعل منه ذا أهمية ثقافية تجعله جديراً بالحماية" (1).

وقد استعانت الدول في تحديد القيمة التاريخية للمنقولات أو العقارات بعمرها الزمني، ونصت على تحديدها صراحة في قوانينها الخاصة بحماية الآثار، من ذلك ما أخذ به المشرع الليبي حيث نص في المادة (1/1) من القانون رقم (3) لسنة 1424 من ميلاد الرسول الكريم ﷺ بشأن حماية الآثار والمتاحف والمدن القديمة والمباني التاريخية على تحديد المقصود بالآثر أو الآثار، على أنه: «كل ما أنشأه الإنسان أو أنتجه مما له علاقة بالتراث الإنساني ويرجع عهده إلى أكثر من مائة عام». وما نص عليه المشرع الأردني في المادة (7/2) من القانون رقم 21 لسنة 1988م في تحديد المقصود بالآثر بأنه: «أي شيء منقول أو غير منقول أنشأه أو صنعه أو خطه أو نقشه أو بناه أو اكتشفه أو عدله إنسان قبل سنة 1750 ميلادية، بما في ذلك المغاور والمنحوتات والمسكوكات والفخاريات والمخطوطات وسائر أنواع المصنوعات التي تدل على نشأة وتطور العلوم والفنون...».

مع الإشارة إلى أن عبارة « الممتلكات الثقافية » وتعريفها الوارد في اتفاقية لاهاي المشار إليها، لم يتم النص عليهما في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وتم الاكتفاء فيه بالنص على عبارة « الآثار التاريخية »، ودون تحديد المقصود بها، وهذا قد يؤدي إلى إضعاف الحماية الجنائية الدولية للممتلكات الثقافية.

وفي نطاق اتفاقية حماية التراث العالمي الثقافي والطبيعي لعام 1972م، تم تحديد المقصود بالتراث العالمي الثقافي في المادة الأولى من هذه الاتفاقية، وتم تعداد ما يدخل في نطاق هذا التراث بألفاظ عامة دون تحديدها بشكل دقيق، إلى جانب اشتراط أن يكون لها قيمة عالمية استثنائية من وجهة نظر التاريخ، أو الفن، أو العلم، دون بيان المقصود بذلك، مما قد يؤدي إلى صعوبة في تحديد ما يمكن اعتباره

¹ - سعاد حلمي عبد الفتاح، حماية الممتلكات الثقافية في القدس في ظل القانون الدولي، ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين، 2013، ص11.

من ضمن التراث العالمي الثقافي.

كما نصت المادة الثانية من الاتفاقية نفسها على المقصود بالتراث العالمي الطبيعي، بأنه: «... يعني «التراث الطبيعي» لأغراض هذه الاتفاقية:

- المعالم الطبيعية المتألفة من التشكيلات الفيزيائية أو البيولوجية، أو من مجموعات هذه التشكيلات، التي لها قيمة عالمية استثنائية من وجهة النظر الجمالية، أو الفنية؛

- التشكيلات الجيولوجية أو الفيزيوجرافية، والمناطق المحددة بدقة مؤلفة لموطن الأجناس الحيوانية أو النباتية المهتدة، التي لها قيمة عالمية استثنائية من وجهة نظر العلم، أو المحافظة على الثروات.

- المواقع الطبيعية أو المناطق الطبيعية المحددة بدقة، التي لها قيمة عالمية استثنائية من وجهة نظر العلم، أو المحافظة على الثروات أو الجمال الطبيعي».

وهذه الاتفاقية حاولت إدخال التراث العالمي الطبيعي من ضمن المصالح الدولية الجديرة بالحماية القانونية، ولكنها لم تتضمن تجريم أفعال الاعتداء عليه من الناحية الجنائية، بخلاف اتفاقية لاهاي لعام 1954م، إلا أنها ألزمت في مادتها (5/د) دول الأطراف باتخاذ التدابير القانونية المناسبة لتعيين هذا التراث، وحمايته والمحافظة عليه.

غير أنه من الملاحظ رغم صدور عدد من الاتفاقيات والبروتوكولات ذات العلاقة بحماية الممتلكات الثقافية والآثار التاريخية أثناء النزاعات المسلحة بعد هذه الاتفاقية، لم يتم النص على الحماية الدولية للتراث العالمي الطبيعي، وتجريم أفعال الاعتداء عليه، واعتبار ذلك يُشكل جريمة دولية.

ومما سبق يتضح أنه ليس هناك إرادة دولية قوية من أجل حماية الممتلكات الثقافية والتراث العالمي الطبيعي من الأفعال الإجرامية، التي قد تؤدي إلى زوالها واندثارها، وفقدان جزء كبير من التراث الإنساني والطبيعي، بدليل استمرار الانتهاكات الجسيمة والخطيرة لها، وإفلات مرتكبيها من المساءلة والعقاب، حيث لم يتم إرساء قواعد واضحة ومحددة بهذا الشأن، إلى جانب ضياع فرصة إدراج معظم هذه الانتهاكات الجسيمة والخطيرة في نطاق الجرائم التي تختص بنظرها المحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

الفرع الثاني

صور السلوك الإجرامي في الجرائم الدولية الخاصة بالاعتداء على الممتلكات الثقافية

تقسيم:

في هذا الفرع سيتم الحديث عن بعض صور السلوك الإجرامي في الجرائم الدولية الخاصة بالاعتداء على الممتلكات الثقافية، ففي الفقرة الأولى سيتم التكلم عن فعل الهجوم، أما فعل التدمير فسيكون محل البحث في الفقرة الثانية، أما في الفقرة الثالثة فسيتم بيان فعل الاستيلاء والنهب، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: فعل الهجوم:

وهو ما يتطلب القيام بفعل إيجابي من أحد أطراف النزاع - سواء كان ذا طابع دولي أم لا- ويكون محله استهداف ممتلك ثقافي.

وُص على تجريم هذا الفعل صراحة في الاتفاقيات ذات العلاقة، فأوجبت اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1954م أطرافها بالامتناع عن أي عمل عدائي موجة للممتلكات الثقافية بصفة عامة، وذلك في مادتها(1/4)، وكررت هذا الالتزام في مادتها التاسعة، ولكن بشرط أن تكون هذه الممتلكات الثقافية موضوعة تحت نظام الحماية الخاصة⁽¹⁾.

ونصت المادة (53) من الملحق (البروتوكول) الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف لعام 1949م على أنه: «تُحظر الأعمال التالية، ...

أ) ارتكاب أي من الأعمال العدائية الموجهة ضد الآثار التاريخية أو الأعمال الفنية أو أماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي العالمي. ...

ج) اتخاذ مثل هذه الأعيان محلاً لهجمات الردع».

وهو نص خاص يُحظر الهجوم على الآثار التاريخية أو الأعمال الفنية أو أماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي العالمي، مما يعني إخراجها من نطاق الحماية العامة للأعيان المدينة، والتي نصت عليها المادة(52) من نفس البروتوكول، استناداً لقاعدة النص الخاص مقدم في التطبيق على النص العام.

كما يمكن أن يلاحظ على هذا النص استعمال عبارة « الآثار التاريخية أو الأعمال الفنية أو أماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي العالمي»، دون عبارة « الممتلكات الثقافية » التي تم النص عليها بشكل صريح في اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1954 م، التي سعي من خلالها تحديد المقصود بها عن طريق تعداد ما يندرج تحتها من ممتلكات منقولة أو ثابتة، بحيث جاءت أكثر عمومية دون تحديد المقصود بها، أو بيان المعايير التي على ضوءها تم تحديدها، وكان المفترض النص في هذا الملحق على عبارة « الممتلكات الثقافية » الواردة في اتفاقية لاهاي المشار إليها؛ لأنه قد صدر هذا الملحق بعد هذه الاتفاقية، إلى جانب أن هذه العبارة الأخيرة أكثر تحديداً من العبارة المستخدمة في هذا الملحق.

¹ - ويقصد بالحماية الخاصة بشأن الممتلكات الثقافية: وضع عدد من المخابئ المخصصة لحماية الممتلكات الثقافية المنقولة، ومراكز الأبنية التذكارية، والممتلكات الثقافية الثابتة الأخرى ذات الأهمية الكبرى تحت الحماية، وذلك بقيدها في السجل الدولي للممتلكات الثقافية، وبشروط محددة، وبمجرد قيدها تتمتع بالحصانة ضد أي عمل عدائي ضدها، إلى جانب عدم استعمالها أو استعمال الأماكن المجاورة لها مباشرة لأغراض حربية، ووضع الشعار المميز لها والمحدد بالاتفاقية، وخضوعها لرقابة دولية، المواد(8، 9، 10، 11) من اتفاقية لاهاي لعام 1954م.

كما اعتبرت المادة (85/4 - د) من الملحق نفسه أن شن الهجمات على الآثار التاريخية وأماكن العبادة والأعمال الفنية، من قبيل الانتهاكات الجسيمة لهذا البروتوكول، ولكن في حالة توافر الشروط التالية:

- 1- إمكانية التعرف عليها بوضوح.
 - 2- إذا توافرت لها حماية خاصة.
 - 3- أن يسفر عن هذه الهجمات تدمير بالغ لهذه الأعيان.
 - 4- عدم استخدام هذه الأعيان من قبل الخصم في دعم المجهود الحربي، المادة (53/ب).
 - 5- ألا تكون هذه الأعيان في موقع قريب بصورة مباشرة من أهداف عسكرية.
- وطالما توافرت هذه الشروط في المرحوم فإنه يعتبر من الانتهاكات الجسيمة لهذا البروتوكول، وبمفهوم المخالفة فإن شن المرحوم المذكور في المادة (53/أ، ج) من البروتوكول نفسه لا يشترط فيه أن يترتب عليه نتائج جسيمة.

ولا بد من الإشارة هنا إلى أنه لا يشترط في المادتين (53/أ، ج ، 4/85 - د) أن يكون المرحوم عشوائياً، فمجرد المرحوم يشكل انتهاكاً لهذا البروتوكول⁽¹⁾.

وقد نصت المادة (57) من البروتوكول المشار إليه على مجموعة من التدابير الوقائية يجب على كل دولة طرف أن تتخذها في شكل احتياطات أثناء القيام بفعل الهجوم، من بذل رعاية متواصلة في إدارة العمليات العسكرية من أجل تفادي الأعيان المدنية، وعند التخطيط للهجوم أو اتخاذ قرار بشأنه يجب بذل المستطاع للتحقق من أن الأهداف المقرر مهاجمتها ليست أعياناً مدنية، وأنها غير مشمولة بحماية خاصة، وأنها أهداف عسكرية وفقاً لأحكام المادة (2/52) من البروتوكول ذاته، وعند تخير الوسائل وأساليب الهجوم، والامتناع عن اتخاذ قرار بشن أي هجوم قد يتوقع منه - بصفة عرضية - أن يحدث الأضرار بهذه الأعيان، وإلغاء أو تعليق أي هجوم إذا ما اتضح أنه ليس هدفاً عسكرياً⁽²⁾.

¹- يقصد بالهجوم العشوائي: تلك الهجمات العشوائية التي لا توجه إلى هدف عسكري محدد. أو تلك التي تستخدم طريقة أو وسيلة للقتال لا يمكن أن توجه إلى هدف عسكري محدد، أو لا يمكن حصر آثارها، ومن شأنها أن تصيب في كل حالة الأهداف العسكرية والأشخاص المدنيين والأعيان المدنية دون تمييز، كالهجوم بالقنابل، المادة (4/51) من البروتوكول نفسه.

²- حصرت المادة (2/52) من البروتوكول سالف الذكر الأهداف العسكرية في الأعيان التي تسهم مساهمة فعالة في العمل العسكري سواء كان ذلك بطبيعتها، أم بموقعها، أم بغايتها، أم باستخدامها، والذي يحقق تدميرها التام أو الجزئي، أو الاستيلاء عليها أو تعطيلها في الظروف السائدة حينذاك ميزة عسكرية أكيدة. وهو ما أكدت عليه المادة (1/و) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1999م.

ولكن الملاحظ على هذه المادة اشتراطها ألا تكون هذه الأعيان مشمولة بحماية خاصة، فهل ذلك يعني أن هذه الاحتياطات لا يجب اتخاذها إذا كان الهجوم على الأعيان غير مشمول بحماية خاصة؟.

أما البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1990م فقد أوجب على الدول الأطراف عدم التذرع بالضرورات العسكرية القهرية للتخلي عن التزاماتها من أجل توجيه عمل عدائي ضد الممتلكات الثقافية، إلا إذا حولت هذه الممتلكات من حيث وظيفتها إلى هدف عسكري، ولا يوجد بديل عملي لتحقيق ميزة عسكرية مماثلة للميزة التي يتيحها توجيه عمل عدائي ضد ذلك الهدف، المادة(6/ أ). ونصت المادة السابقة من البروتوكول نفسه على مجموعة الاحتياطات التي يجب اتخاذها أثناء الهجوم، من بذل كل ما في وسع طرف النزاع من الناحية العملية للتحقق من أن الأهداف المزمع مهاجمتها ليست ممتلكات ثقافية، واتخاذ جميع الاحتياطات المستطاعة عند تحيّر وسائل وأساليب الهجوم بهدف تجنب الإضرار بهذه الممتلكات، والامتناع عن اتخاذ قرار بشن هجوم أو تعليقه إذا كان هذه الهجوم يتوقع تسببه في إلحاق أضرار عرضية مفرطة بتلك الممتلكات، تتجاوز ما يتوقع أن يحققه ذلك الهجوم من ميزة عسكرية ملموسة ومباشرة، وإلغاء أو تعليق الهجوم إذا ما أتضح أن الهدف يتمثل في ممتلكات ثقافية. ولكن من الذي يحدد بأن هذا الهدف المزمع مهاجمته أو الذي تعرض فعلاً للهجوم هو هدف عسكري أم لا ؟.

كما أن استخدام عبارة « قدر المستطاع » في هذا البروتوكول قد أضعفت الحماية المنصوص عليها، بسبب أن تقدير اتخاذ التدابير الكافية يعود للطرف المهاجم، وبالتالي يمكنه التذرع باتخاذ كل التدابير الممكنة دون أن يحول ذلك من إلحاق الضرر بالممتلكات الثقافية⁽¹⁾.

وجرم هذا البروتوكول في مادته (1/15 - أ) استهداف ممتلكات ثقافية بالهجوم، واعتبر ذلك من الانتهاكات الخطيرة له، بشرط أن تكون تلك الممتلكات مشمولة بحماية معززة⁽²⁾، وبمفهوم المخالفة فإن الهجوم على الممتلكات الثقافية غير المشمولة بهذه الحماية المعززة لا يُشكل انتهاكاً خطيراً لهذا البروتوكول وإنما هو أقل درجة.

كما أن فعل الهجوم على الآثار التاريخية، سواء ارتكب أثناء النزاعات الدولية المسلحة أو النزاعات المسلحة التي لا تحمل الطابع الدولي، تم وصفه بأنه من الانتهاكات الخطيرة للقوانين والأعراف

¹ - سعاد حلمي عبد الفتاح غزال، مرجع سابق، ص23.

² - يقصد بالحماية المعززة وفقاً لهذا البروتوكول: هو تمتع الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة بالحصانة من خلال امتناع أطراف النزاع عن استهدافها بالهجوم، أو عن أي استخدام لها، أو جوارها المباشر في دعم العمل العسكري، ويتم منحها تلك الحصانة من خلال تقديم قائمة بما إلى اللجنة الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح. المواد(12، 24، 27) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام1999م.

السائدة، ويُشكل جريمة حرب، ويدخل في نطاق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، بشرط ألا تكون أهدافاً عسكرية، وهو ما أوضحتها المادة (8 / ب - 9، هـ - 4) من النظام الأساسي لهذه المحكمة.

ومن جملة ما يمكن ملاحظته على هذا النص هو استخدام عبارة « الآثار التاريخية » دون عبارة « الممتلكات الثقافية »، رغم أن العبارة الأخيرة أكثر عمومية ووضوحاً من العبارة الأولى، وهو ما يقلل من الحماية الجنائية الدولية، إلى جانب أن تحريم فعل الهجوم هنا مشروط بعدم استخدام الآثار التاريخية أهدافاً عسكرية، وهو أمر يمكن الاستناد إليه في التهرب من المسؤولية الجنائية الدولية، لسهولة الإثبات بأن هذه المواقع تُشكل أهدافاً عسكرية، فكان من الأحرى وضع بعض الضوابط بهذا الشأن، إلى جانب اشتراط الاحتياطات اللازمة قبل اتخاذ قرار الهجوم، وتجرىم فعل استعمال هذه المواقع وما يجاورها مباشرة للأغراض العسكرية.

أما فعل الهجوم على التراث العالمي الطبيعي فلم يتم النص على تجريمه، غير أنه من خلال الاطلاع على المادة (8/ب - 4) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، نجد أنها قد نصت على تجريم تعمد فعل شن الهجوم، مع العلم بأن هذا الهجوم سيحدث ضرراً واسع النطاق وطويل الأجل وشديداً للبيئة الطبيعية، يكون إفراطه واضحاً بالقياس إلى مجمل المكاسب العسكرية المتوقعة والملموسة المباشرة. وهذا الفعل يُشكل انتهاكاً خطيراً للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة، ويدخل ضمن جرائم الحرب التي تختص هذه المحكمة بنظرها، ومن هنا يمكن إدخال فعل الهجوم على التراث العالمي الطبيعي ضمن مفهوم « البيئة الطبيعية »، إذا ما توافرت الشروط الواردة في النص المذكور، مع التنبيه إلى أن هذا الفعل إذا ما تم أثناء النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي فلا يدخل في نطاق اختصاص هذه المحكمة.

ونصت المادة (1/9) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة على أن تستعين هذه المحكمة بأركان الجرائم في تفسير وتطبيق مجموعة من المواد، ومن ضمنها المادة (8) ذات العلاقة، وبالرجوع إلى أركان الجرائم يتضح أنها نصت على أركان جريمة الحرب المتمثلة في الهجوم على أعيان محمية، وتمثل في الآتي:⁽¹⁾

1. أن يوجه مرتكب الجريمة هجوماً.

¹ - جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الدورة الأولى، وثيقة ICC-ASP/1/3، نيويورك، 3 - 10 سبتمبر 2002م، ص164، 180، 181. www.iccnw.org.pdf

2. أن يكون هدف الهجوم مبنى أو أكثر من المباني المخصصة للآثار التاريخية والتي لا تشكل أهدافاً عسكرية.

3. أن يتعمد مرتكب الجريمة جعل هدف الهجوم المبنى أو المباني المخصصة للآثار التاريخية والتي لا تشكل أهدافاً عسكرية.

4. أن يصدر السلوك في سياق نزاع دولي مسلح أو نزاع مسلح ذي طابع غير دولي ويكون مقترناً به.

ثانياً: التدمير:

فعل ايجابي من شأنه إلحاق الضرر الخطير بالمتلكات الثقافية، مما قد يؤدي إلى اندثارها وزوالها، وقد يكون التدمير كلياً أو جزئياً، بغض النظر عن الوسائل والأساليب المستخدمة.

ولهذا فقد تم النص على تجريم هذا الفعل في الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة سواء بشكل صريح أم ضمني، فقد حظرت المادة (53) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949م على دولة الاحتلال أن تدمر أي ممتلكات خاصة ثابتة أو منقولة، سواء كانت تتعلق بأفراد أو جماعات أو بالدولة، إلا إذا كانت العمليات الحربية تقتضي حتماً هذا التدمير، كما اعتبرت المادة (147) من الاتفاقية ذاتها تدمير الممتلكات على نحو لا تبرره ضرورات حربية، وعلى نطاق كبير بطريقة غير مشروعة وتعسفية من المخالفات الجسيمة.

لقد تم النص في هذه الاتفاقية على لفظ « الممتلكات » وهو لفظ عام مما قد يُدخل في نطاقه الممتلكات الثقافية.

أما اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1954م فحجرت أي عمل تخريبي ضد الممتلكات الثقافية في مادتها (3/4)، واعتبرت المادة (2/15) من البروتوكول الثاني الملحق بالاتفاقية الأخيرة أن أي شخص يعد مرتكباً لجريمة بالمعنى المقصود بهذا البروتوكول، إذا ألحق دمار واسع النطاق بممتلكات ثقافية محمية بموجب اتفاقية لاهاي والملحق الثاني بها، وتُشكل هذه الجريمة انتهاكاً خطيراً لهذا البروتوكول، وهنا اشترط أن يكون الدمار الذي لحق بهذه الممتلكات واسع النطاق، وإلا فلا يعد جريمة تدمير وفقاً لهذا البروتوكول.

أما النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة فلم ينص على تجريم فعل تدمير الممتلكات الثقافية أو الآثار التاريخية في نطاق جرائم الحرب، وإن كان قد بين حكم هذه الجريمة إذا ما ارتكبت بواسطة فعل الهجوم في المادة (8/ب - 9، هـ - 4)؛ بمعنى أنه تم تجريم الهجوم على الآثار التاريخية، وقد يترتب عليها نتائج تتمثل في تدمير هذه الآثار، فتم حماية هذه الآثار من التدمير من هذه الناحية.

ولكن يوجد نص عام والمتمثل في المادة (2/8 - أ - 4) حيث جرم إلحاق تدمير واسع النطاق بالممتلكات دون أن تكون هناك ضرورة عسكرية تبرر ذلك، وبالمخالفة للقانون وبطريقة عابثة، واعتبر ذلك جريمة حرب، وهنا يمكن اعتبار الممتلكات الثقافية قد تم حمايتها في نطاق هذا النص العام.

وبينت وثيقة أركان الجرائم الملحقة بالنظام الأساسي لهذه المحكمة أركان جريمة الحرب المتمثلة في تدمير الممتلكات وتمثل في الآتي:-

- 1- أن يدمر مرتكب الجريمة ممتلكات معينة.
 - 2- ألا تكون هناك ضرورة عسكرية تبرر هذا التدمير.
 - 3- أن تكون هذه الممتلكات مشمولة بالحماية بموجب اتفاقية من اتفاقيات جنيف لعام 1949م.
 - 4- أن يصدر هذا السلوك في سياق نزاع مسلح دولي أو ذي طابع غير دولي ويكون مقترناً به⁽¹⁾.
- وهنا لا بد من الإشارة إلى أن مجلس الأمن الدولي قد سبق وأن عرض عليه موضوع التدمير الذي تعرض له التراث الثقافي في العراق وسوريا، فأصدر قراره رقم(2015/2199) بتاريخ 12 فبراير لعام 2015م، متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، والذي أدان فيه أعمال التدمير الذي لحق بالتراث الثقافي في هاتين الدولتين، وصدور هذا القرار بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، من شأنه السماح باتخاذ تدابير عسكرية ضد الجهة التي ارتكبت هذه الأعمال، مما قد يوفر قدراً من الحماية.

ثالثاً: الاستيلاء والنهب:

اعتبرت اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949م اغتصاب الممتلكات بشكل عام والحماية بموجبها على نحو لا تبرره ضرورات حربية، وعلى نطاق كبير بطريقة غير مشروعة وتعسفية من المخالفات الجسمية(المادة 147)، وجرمت اتفاقية لاهاي لعام 1954م في مادتها(3/4) الاستيلاء على الممتلكات المنقولة، كما جرمت أي سرقة أو نهب أو تبيد لهذه الممتلكات، أما البروتوكول الثاني لهذه الاتفاقية فقد جرم أيضاً سرقة أو نهب أو احتلاس الممتلكات الثقافية المحمية في المادة(15/هـ).

وفي نطاق النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فلم يتم النص صراحة على تجريم أفعال الاستيلاء والنهب والسرقة للآثار التاريخية، أثناء حالة نزاع مسلح، وهو ما يجعل الاختصاص في مساءلة مرتكبيها ومعاقبتهم راجعاً للقوانين الوطنية، وهذا من شأنه التقليل من فاعلية الحماية الجنائية الدولية المطلوبة، ولكن يمكن إدراج أفعال الاستيلاء والنهب للآثار التاريخية ضمن المساس بالممتلكات الذي نُص عليه بشكل عام.

فقد نصت المادة(4/8) من النظام الأساسي لهذه المحكمة على اختصاصها بنظر أفعال الاستيلاء على الممتلكات دون أن يكون هناك ضرورة عسكرية تبرر ذلك وبالمخالفة للقانون، وحيث إن لفظ « الممتلكات » ورد بشكل عام فيمكن إدخال أفعال الاستيلاء على المباني التاريخية ضمن هذا

¹ - جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص155،188.

اللفظ، وبخاصة التي لازالت مسكونة من الأفراد، وكذلك الحال بالنسبة لأفعال النهب التي ورد ذكرها في المادة (8/ب-16/هـ-5) من النظام الأساسي نفسه. ومن الواضح أن نظام روما الأساسي لم يجرم أفعال الاعتداء على الآثار سوى أفعال الهجوم عليها فقط.

الخاتمة

رغم سعي المجتمع الدولي إلى توفير الحماية الجنائية الدولية للممتلكات الثقافية والتراث العالمي الطبيعي ضد الانتهاكات التي تتعرض لها، إلا أن هذه المساعي لا زالت عاجزة عن توفير هذه الحماية المطلوبة لعدة أسباب، ولعل من أهمها: عدم وجود إرادة سياسية دولية لتوفير الحماية اللازمة في هذا الشأن، وهذا واضح من خلال الإطّلاع على الاتفاقيات والبروتوكولات التي تم إبرامها بهذا الخصوص، والتي أعطت للدول الأطراف ولاية التجريم والعقاب، والاختصاص في ملاحقة مرتكب هذه الجرائم ومساءلتهم ومعاقبتهم، وهو ما فشلت في القيام به، وما يتم مشاهدته من انتهاكات جسيمة وخطيرة للممتلكات الثقافية لخير دليل على ذلك.

ومن خلال هذا البحث تم التوصل إلى عدة نتائج وتوصيات:

أولاً: النتائج:

1. حق الشعوب في ممتلكاتها الثقافية وتراثها الطبيعي يُشكل مصلحة دولية معتبرة جدية بالحماية الجنائية الدولية، وبخاصة في أثناء النزاعات، وهذا الحق يمثل المحل القانوني للجرائم الدولية الخاصة بالاعتداء على الممتلكات الثقافية والتراث الطبيعي.
2. الاعتداء على الممتلكات الثقافية والتراث الطبيعي يُشكل جريمة دولية، وهي من جرائم الحرب التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، في حالة عدم رغبة الدولة المعنية بالاضطلاع بالتحقيق والمقاضاة، أو كانت غير قادرة على ذلك.
3. عجز الدول وأجهزتها عن توفير الحماية الجنائية للممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، وكذلك عجز المجتمع الدولي في توفير الحماية الجنائية الدولية لها خلال هذه الأوقات.
4. الاقتصار على تجريم أفعال الهجوم على الممتلكات الثقافية في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة دون غيرها من أفعال الاعتداء على هذه الممتلكات، رغم ما قد يترتب عليها من نتائج جسيمة وخطيرة، كما أنه لم يتم تجريم أفعال الاعتداء على التراث العالمي الطبيعي.

ثانياً: التوصيات:

1. ضرورة تفعيل الحماية الجنائية الوطنية للممتلكات الثقافية والتراث العالمي الطبيعي في أثناء النزاعات المسلحة، من خلال تجريم كل الأفعال التي من شأنها المساس بها، وتشديد العقوبات، وتفعيل الأجهزة

- القضائية والأمنية من أجل القيام بدورها، وتنفيذ الدول ما عليها من الالتزامات الواردة في الاتفاقيات التي أبرمتها بهذا الشأن.
2. تفعيل الحماية الجنائية الدولية من خلال إدخال الانتهاكات الجسيمة والخطيرة التي تتعرض لها هذه الممتلكات الثقافية والتراث الطبيعي أثناء النزاعات المسلحة في نطاق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، وتفعيل دور هذه المحكمة ودعمها، بحيث تكون مستقلة، ومحيدة، ونزيهة.
3. تفعيل التعاون الدولي في مجال ضبط المجرمين، ومساءلتهم، ومعاقبتهم، وضمان عدم إفلاتهم من العقاب، وضبط المسروقات، وضمان عدم استفادتهم منها.
4. ضرورة الاستفادة من تجارب الدول التي تعرضت لمثل هذه الانتهاكات في أوقات الحروب والنزاعات المسلحة.
5. ترسيخ مفهوم حق الشعوب في الممتلكات الثقافية والتراث الطبيعي لدى الأفراد، وأهمية هذه الممتلكات، وضرورة حمايتها، إلى جانب تفعيل دور الأفراد في مجال المنع والحماية.
- وفي ختام هذا البحث أسأل الله - سبحانه وتعالى - أن يكون هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد خاتم المرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

المراجع

- كتب ورسائل:

1. د. أحمد فتحي سرور، المواجهة القانونية للإرهاب، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة - مصر، 2008م.
2. د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، الجريمة الدولية، دراسة تحليلية تطبيقية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة - 1979م.
3. سعاد حلمي عبد الفتاح، حماية الممتلكات الثقافية في القدس في ظل القانون الدولي، ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين، 2013.
4. د. سليمان عبد المنعم، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية - مصر، 2000م.
5. محمد إبراهيم عبد الله الحمداني، جرائم الحرب في القانون الدولي والمحاكم المختصة بنظرها، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، دون تاريخ النشر.
6. د. هشام أحمد السيوي، الإرهاب في التشريعات الجنائية وأثره على حقوق الإنسان، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2015/2014م.
7. د. وهبة الزحيلي، آثار الحرب، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الطبعة 5، دمشق، بيروت، 1434هـ - 2013م.

- اتفاقيات دولية:

1. اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949م بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب.
2. اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح المؤرخة في 14 مايو لعام 1954م.
3. اتفاقية حماية التراث العالمي الثقافي والطبيعي، أقرها المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافية، المنعقد في باريس في الفترة من 17 أكتوبر إلى 21 نوفمبر 1972م، في دورته السابعة عشرة، وثيقة رقم WHC-2004/WS/2.
4. الملحق (البروتوكول) الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف لعام 1977م، والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة.
5. نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998م.
6. البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1954م، الخاص بحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام 1999م.

- شبكة المعلومات الدولية:

1. اللجنة الدولية للصليب الأحمر. <https://www.icrc.org>
2. المكتبة العربية لحقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، arab< hrlibrary.umu.edu
3. جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الدورة الأولى، وثيقة رقم ICC-ASP/1/3، نيويورك، 3 — 10 سبتمبر 2002م. www.iccnw.org.pdf
4. مركز الميزان لحقوق الإنسان، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية في النزاعات المسلحة، سلسلة القانون الدولي الإنساني رقم (10)، غزة — فلسطين، 2008م. www.mezan.org/uploads/files/8799.pdf
5. منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونسكو). <http://whc.unesco.org>



تقييد آثار الحكم بعدم الدستورية حمايةً للأمن القانوني
د / مفتاح أغنيّة محمد أغنيّة
الأستاذ المساعد بكلية القانون جامعة بني وليد

مُتَكَلِّمًا

يُمثِّلُ الأَمْنُ القَانُونِي ضرورةً اجتماعية ملحةً تضمن أمن المجتمع، و تطوره، و استقراره و هو قيمة حياتية لا غنى عنها، و وظيفته سامية كَمَقْوَمٍ من مقومات دولة القانون، و كعنصر أساس، و مؤشر استقرار ملازمته للجانب القانوني، لا سيما و أن القانون ذاته قد يصبح مصدر خطر على الأفراد، و هذا الاختلال مرده تفاقم الآثار السلبية للقانون كالتضخم التشريعي، و انعدام الانسجام بين النصوص القانونية، و غموضها، و صعوبة التعامل معها، ناهيك عن كثرة تعديلاتها، و الاستثناءات الواردة عليها، و زيادة الرقابة القضائية، و العدول عن الاجتهاد القضائي، أو تبني اجتهاد بأثر رجعي، مما يُحوِّل القانون من مصدر ثقة إلى مصدر خطر على الأفراد، إذ يقع على السلطات العامة في الدولة تحقيق هذا المبدأ بما يتوافق و اختصاصاتها الدستورية، حيث يلتزم القاضي الدستوري بتحقيق الموازنة بين حق الأفراد في ضمان قدر كاف من الثبات، و الاستقرار لمراكزهم القانونية، و سلطة القاضي في الحكم بعدم دستورية النصوص القانونية، و ما يتضمنه من أثر رجعي.

إن للأمن القانوني مرتكزات، منها وضوح القواعد القانونية، وضرورة معرفة المخاطبين بأحكامها بكل يسر، مع ضمانه ثباتها النسبي، و استقرار المراكز القانونية للأفراد، لكن تحقيق (التوازن) بين (ضرورة السلطة) و (ضمانات الحقوق) و الحريات ليس بالأمر السهل، و هو ما يظهر جلياً في اختلاف الأنظمة القانونية، حول هذا التوازن فلا بد للفرد أن يعرف القاعدة القانونية التي تحكمه، و تحدد مصيره، بل أن يعرف كيف تُسِير هذه القاعدة حياته؟ والتي ينبغي أن تكون واضحة، و مباشرة، غير مستعصية على الفهم، و بمنأى عن التعديلات المتلاحقة حتى يشعر الفرد بالثقة، في ظل رقابة (دستورية فاعلة تضمن تحقيق الأمن القانوني)، و تحديداً من حيث تقييد آثار الحكم بعدم الدستورية، بحيث لا يلحق الأفراد أي ضرر بحقوق اكتسبوها، بموجب القانون الملغى، و هذا يستلزم البحث في القضاء الدستوري، من حيث كونه قضاءً كاشفاً، أم منشئاً، فيما يتعلق بالأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية، و امتداده للوقائع، و العلاقات السابقة على صدوره، و على الأخص ما يتعلق بتحديد طبيعة المراكز القانونية التي تستثنى من هذا الأثر الرجعي، و التي تكون قد استقرت عند صدوره، بحكم حاز قوة الشيء المقضي به، أو انقضاء مدة التقادم، أو تعلقه بنص جنائي، أو حكم بات، و هذا ما يتطلب إبراز الأثر الحمائي للأمن القانوني، على وقف و تقييد الحكم بعدم الدستورية، و الآثار المترتبة عليه، و دون أن يؤدي ذلك إلى غلّ يد القضاء الدستوري عن ممارسة اختصاصاته، و أداء مهامه في تحقيق الإصلاحات الدستورية، و هكذا يكون تحقيق الأمن القانوني للإنسان في شتى المجالات غايةً و هدفاً، يسعى له كل نظام قانوني، لتحقيقها من خلال إهدار و بقوة، كل قانون أو نظام يُعْرَض

هذه الغاية للخطر، و بحكم أن القانون هو أداة تنظيم العلاقات بين الأفراد في المجتمع ، فلا بد أن يكون أمنًا، وواضحًا و محددًا، بل ومتوقعًا، و منضبطًا في المراكز القانونية مع القدرة على توقع الأمور مسبقًا ، إن (أهمية) هذا البحث تكمن في ضرورة تحديد مفهوم الأمن القانوني ذاته و كيف يكون (متوازنًا) مع دور القضاء الدستوري عند الحكم بعدم دستورية نص قانوني؟ و تقييد الأثر الرجعي له و ما يثار حوله من (إشكاليات). تتطلب وضع الحلول القانونية ، من خلال ممارسة الرقابة على دستورية القوانين ، و في مواجهة (الأمن القانوني)، و بدون أن يُهدر مبدأ (المشروعية)، و في إطار الاستعانة بأحكام القضاء الدستوري المقارن و موقف القضاء الدستوري الليبي، و بطريقة (منهجية وصفية) تحدد طبيعة الأمن القانوني ودوره في تقييد الأثر الرجعي بشكل متوازن، في إطار (تحليلي مقارن) للنظم القضائية الدستورية المعاصرة ، وفق (خطة بحثية) تتضمن مبحثين :-

المبحث الأول / مفهوم الأمن القانوني و طبيعة قواعده.

المطلب الأول :- ماهية الأمن القانوني و خصائصه.

المطلب الثاني :- الطبيعة القانونية للأمن القانوني.

المبحث الثاني / تقييد آثار الحكم بعدم الدستورية حمايةً للأمن القانوني.

المطلب الأول :- الطبيعة القانونية للحكم بعدم الدستورية.

المطلب الثاني :- الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية وعلاقته بالأمن

القانوني.

المبحث الأول :- مفهوم الأمن القانوني و طبيعة قواعده/

يُمثل الأمن القانوني حقاً لكل فرد في التطور، و في إطار قانوني مستقر، بهدف حماية الحقوق المكتسبة للأفراد ذات المشروعية القانونية، فلا يجب إصدار قاعدة جديدة بأثر رجعي، حيث يظهر بجلاء دور الأمن القانوني في حماية التوقعات المشروعة للأفراد، في مواجهة القاعدة القانونية الجديدة التي لم يعلموا بها ، فلا بد من تحديد مفاهيم الأمن القانوني ، و مدى التصاقه بمبدأ المشروعية ، و أثره على القاعدة القانونية و مدى دستوريته .

المطلب الأول / ماهية الأمن القانوني وخصائصه /

يتصف الأمن القانوني بأنه الروح التي تبعث الحياة في مواد القانون، و هو معنى عميقو متجدد ، يرتكز على قضاء قانوني ذي مبادئ و معايير تتمثل في استقرار المراكز القانونية و احترام مبدأ الثقة المشروعة و احترامه و في إطار الطابع التوقعي للقوانين و بقدر نسبي من الثبات.

الفرع الأول / ماهية الأمن القانوني/

يعني الأمن القانوني / قيام السلطات العامة في الدولة بضرورة تحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية و حد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف بث الأمن و الطمأنينة بين أطراف العلاقة القانونية من أشخاص قانونية عامة أو خاصة. " 1 "

و يمكن تعريف (الأمن القانوني) بأنه حق الفرد في الشعور بالأمان تجاه القاعدة القانونية و ضرورة استقرارها و عدم تغييرها بشكل مفاجئ أو هو نظام حمائي يؤمن حسن تنفيذ الالتزامات القانونية و يشعر الأفراد بالثقة في القانون ، و هو نظام يتصف بالديمومة و الاستمرار في جميع مناحي الحياة، و هذا ما يتطلب التحقق من وجوده في ظروف معينة و بمبادئ محددة واضحة المعالم ، و بطريقة لا تصطدم بتوقعات الأفراد المشروعة ، و بما يتوافق مع السياسات العامة للدولة ، و هو ما يستوجب قدراً من الثبات النسبي ، و لا يؤدي إلى جمود القواعد القانونية .

و من هنا نشأت فكرة الأمن القانوني من حاجة المجتمع الإنساني له، و هو معيار ينبئ عن قدرة المشرع على مراعاة مبادئ العدل و الإنصاف فيما يصدره من تشريعات، و هو بذلك مفهوم قانوني ، مستخلص من مجموع غايات ، وأهداف سامية في المجتمع ، يسعى المشرع لتجسيدها من خلال القانون، و يمكن أن نستخلص الخصائص التالية للأمن القانوني و هي :-

الخاصية الأولى :-

(العمومية) فالأمن القانوني يوجّه للكافة و لا يكون لفئة ما دون أخرى .

الخاصية الثانية :-

(ذو طبيعة أمر) فهو يوجب على السلطات العامة في الدولة بإبطال كل نص مخالف لمضمونه و مقتضياته .

حيث يرقى لكونه مبدأً دستورياً ملزماً للجميع كما هو الحال في ألمانيا و اسبانيا ، وكذلك في فرنسا بعد جدل فقهي وقضائي . " 2 "

¹ يسري العصار ، الحماية الدستورية للأمن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية العليا ، مجلة المحكمة الدستورية العليا ، مصر ، العدد (3) السنة (1) يوليو ، 2003 ص 52 .

² حيث يعد الأمن القانوني مبدأً دستورياً في (ألمانيا) طبقاً لاجتهاد المحكمة الدستورية الفدرالية منذ عام (1961) و أيضاً في (اسبانيا)

طبقاً لنص الفصل التاسع من الدستور الإسباني 1978 . أما (فرنسا) فلم تعرف هذا المبدأ إلا بعد عام (1996) وكانت مجرد إشارات في السابق، وصولاً إلى قرار المجلس الدستوري الفرنسي، رقم (500) لسنة 2004 ،

الخاصية الثالثة :-

(مقوّم لدولة القانون) حيث أضحى من سمات دولة القانون التي تقوم بالعدل والإنصاف و احترام المشروعية و تحديداً ما يتعلق بحماية حقوق الأفراد و حرياتهم .

الخاصية الرابعة :-

(التطور و التعدد) و يعني أن مبدأ الأمن القانوني قابل للتطور، و أنه ذو مظاهر متعددة يتسع أفقه ليشمل كل مظهر جدي و جديد يهدف لحماية حقوق الأفراد في استقرارهم و أمنهم في إطار بيئة ملائمة لنشاطهم و ضمان حقهم في حياة مستقرة كمقوّم لدولة القانون.

الخاصية الخامسة :-

(ذو طبيعة دولية) يُعد مبدأ الأمن القانوني ذو طبيعة دولية رغم حداثة نسبياً و ذلك لأهميته و مكانته على المستوى الوطني والذي ألقى بظلاله على المستوى الدولي.¹

فلا بد إذن أن يكون القانون واضحاً و متوقّعاً و بشكل يسهل الوصول إليه بكل يسر و بدون عناء للأفراد المحاطين بالقاعدة القانونية و أن يحمل هذه القانون في طياته أثراً مباشراً و هذا بطبيعة الحال حق أساسي لما يمثله من صورة من صور حق الإنسان في الأمن و هو مرتبط بشكل واضح بما يصل إليه المجتمع الإنساني من وعي ثقافي و قانوني. " 2 "

و على هذا فإن إصدار قوانين لا تراعي مبدأ الثقة المشروعة يقوّض الاستقرار القانوني لدى الأفراد. " 3 "

و لذلك فإن مؤدى فكرة الأمن القانوني/ توفير الحماية القانونية الشاملة للمراكز القانونية التي تحكمها أو تتحكم بها داخل إطار قانوني واضح المعالم و هي فكرة رائدة نشأت من حاجة المجتمع إلى توفير الأمن و الحماية لأصحاب المراكز القانونية بالمجتمع فلا بد أن تكون هذه القواعد القانونية واضحة " 4 .

¹. للمزيد أنظر / عبد المجيد غميحة ، مبدأ الأمن القانوني و ضرورة الأمن القضائي ، بحث مقدم للمجموعة الأفريقية للقضاة ، الدار البيضاء ، المغرب 2008 ص 4 و ما بعدها و كذلك/ مصطفى شريف و فريد نبتة ، الأمن القانوني و الأمن القضائي بحث منشور على الموقع الإلكتروني (<http://droitagadir.logspot.com>) تاريخ الزيارة 13 . 1 . 2020 ، و أيضاً / مها بيجت يونس ، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي و دوره في تعزيز دولة القانون ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون / جامعة بغداد ، 2006 ، ص 45 ، 46 كما تراجع / مقررات المؤتمر الدولي الثاني لرؤساء المحاكم العليا بالدول العربية - الدار البيضاء المغرب 2011 .

². أنظر/ قرارات مجلس الدولة الفرنسي (2006 - 2007) منشور على الموقع الإلكتروني للمجلس <http://www.constitutionnelconseil.fr> ، و أيضاً / يسري العصار ، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري ، دار النهضة العربية : القاهرة ، 1999 ص 176 - 177 .

³. فراس ملكاوي ، بحث بعنوان التعديلات المفاجئة على شبكة الانترنت تاريخ الزيارة 1 . 8 . 2019 .

⁴. أنظر/ قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 29 . 12 . 2006 المرجع السابق .

الفرع الثاني :- نشأة مبدأ الأمن القانوني :-

يتفق الفقه الدستوري إلى أن نشوء هذا المبدأ يعود للعام 1961 و تحديداً في (ألمانيا) ولعل المفارقة أن هذه النشأة تعود إلى القضاء و ليس للمشرع الدستوري و تحديداً من منابع القضاء الأوروبي و هو أمر مبعثه مستوى الوعي الثقافي و القانوني لديهم و إن كان البعض يرجع الفضل إلى القضاء الألماني تحديداً و ليس القضاء الأوروبي بشكل عام " ¹ .

كما أن محكمة العدل للمجموعة (الأوروبية) قد تواترت أحكامها منذ عام 1961 على اعتبار مبدأ الأمن القانوني عنصراً أساسياً و محورياً في تأمين الأمن الاجتماعي و الاقتصادي و أصبح حاضراً في ذهن واضعي القوانين و مصدرها بناء على الثقة المشروعة و استقرار المراكز القانونية فلا بد أن تكون القاعدة من منظور هذه المحكمة واضحة و دقيقة و متوقعة و ملتصقة بمبدأ الحق كما أن المحكمة (الأوروبية) لحقوق الإنسان قد أكدت أن القانون لا بد أن يكون متوقفاً سهل الولوج إليه و هذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي و كذلك المجلس الدستوري الفرنسي بالتأكيد على أهمية التوقع و الوضوح و سهولة الولوج. " ² "

و أصبح مفهوم الأمن القانوني من المبادئ الأساسية في القانون الأوروبي حيث وضع (مجلس الدولة الفرنسي) تعريفاً محدداً للأمن القانوني بقوله (إن الأمن القانوني يعني أن يكون المواطنون دون عناء في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو غير مباح ؟ و ما هو ممنوع من طرف القانون المطبق للوصول إلى النتيجة و يتعين أن تكون القواعد واضحة مفهومة و ألا تخضع في الزمان إلى تغييرات متكررة أو غير متوقعة) " ³ "

وبناءً عليه فإن الأمن القانوني / يعني للإنسان حماية الثقة المشروعة بالمنظومة القانونية و رويداً رويداً اكتسب الأمن القانوني طابعاً دستورياً في أوروبا و تم العمل به قضائياً في الاتحاد الأوروبي " ⁴ .

¹ . و قد قضت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية (.. بالنسبة للمواطنين فإن الأمن القانوني يتجلى قبل كل شيء في حماية الثقة ..) ومنذ تاريخ (1961) أصبح الأمن القانوني مبدأ دستورياً في (ألمانيا) ثم دول الاتحاد الأوروبي منذ اتفاقية (برشلونة) المادة (19) منها انظر : عبد المجيد غميحة مرجع سابق ص 3، 6 وكذلك / مصطفى شريف بتنه ، الأمن القانوني و الأمن القضائي، مرجع سابق ص 4 .
² . انظر / تقرير مجلس الدولة الفرنسي (2006) مشار إليه لدى / عبد المجيد غميحة ، مبدأ الأمن القانوني و ضرورة الأمن القضائي ، مجلة الملحق القضائي العدد (42) المغرب / 28 . 3 . 2008 .
³ . المرجع السابق نفسه.

⁴ . تجدر الإشارة إلى أن محكمة العدل الأوروبية اعتبرت أن الأمن للقانوني يركز على قاعدتين هما : (قابلية القانون للتوقع و وضوح القاعدة القانونية و الإقرار بالثقة المشروعة كعنصر من عناصر الأمن القانوني)، أنظر أحكامها منذ عام 1962 وصولاً لأحكامها عام 1970 ، 1980 ، 1994 ، كقضية (DURBECK) و قضية (SUNDAYTIMES)

و قضية (HENTRICHFRANCE) يراجع / عبد المجيد غميحة مرجع سابق ص 6 و كذلك / يسري العصار ، دور

الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 175 - 177

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للأمن القانوني/

ذكرنا أن الأمن القانوني مصطلح حديث نسبياً و يتميز بأنه ذو غاية مرجعية لمبادئ أخرى بل و يندرج ضمن حقوق الإنسان الأساسية و يرتكز مفهومه على جملة من العناصر و المقومات وفق أهداف و غايات محددة.

الفرع الأول : عناصر الأمن القانوني و مقوماته/ يرتكز الأمن القانوني على جملة من العناصر و المقومات هي :-

1- مبدأ عدم رجعية القوانين :-

و يعني أن القانون لا يسري على الماضي فلا يجوز أن يكون هناك تدخلاً تشريعياً أو قضائياً بأثر رجعي فلا تطبق القاعدة القانونية على وقائع حصلت في الماضي بل من يوم نفاذها و هذا المبدأ من مقومات دولة القانون و مستمد من قيم العدالة ذاتها حتى و إن لم ينص عليه الدستور ، و لكن حمايةً لمقتضيات المصلحة العامة و ضمناً لاستقرار الأوضاع القانونية أوردت النظم القانونية استثناءات عليه حيث يُطبَّق دون المساس بالقوانين الجنائية أو الضريبية أو كان قد صدر حكم نهائي حاز قوة الشيء المقضي به. " 1 "

2 - مبدأ الثقة المشروعة في القانون :- و يتمثل في عدم مفاجأة الدولة للأفراد عند إصدارها للقوانين و اللوائح و القرارات بشكل يخالف التوقع المشروع للأفراد. " 2 " وهذا ما ذهب إليه القضاء المصري وليس مجرد مخالفة التوقع المشروع. " 3 "

3 - مبدأ احترام الحقوق المكتسبة :- و يعني حظر التعدي أو انتهاك أي حق شرعي للفرد سواءً من قبل شخص طبيعي أو شخص معنوي (الدولة) و الذي اكتسبه أو حازه بطريقة قانونية أو بموجب حكم نهائي وتحديدًا ما يتعلق بحقوق الأفراد و حرياتهم الأساسية التي كفلها الدستور كحق الجنسية أو حق الملكية ، وقد استقر القضاء المقارن على اعتبار الحقوق المكتسبة ذات قيمة دستورية لا يجوز المساس بها. " 4 "

4 - مبدأ تقييد الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية :-

لا جدال في أن الحكم بعدم دستورية نص قانوني ما صدر في زمن معين يكون ماساً بالأمن القانوني و هو ما يلحق الضرر بالمراكز القانونية للأفراد التي اكتسبها بموجب النص القانوني الملغى و كذلك

¹ . عامر زغير محسن ، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني و مبدأ أثر الحكم بعدم الدستورية ، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة العراق العدد (618) 2010 ص 3 - 5 .

² . عامر زغير محسن ، المرجع السابق ص 3 .

³ المرجع السابق نفسه ، ص 4 .

⁴ . يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر ، دار النهضة العربية : القاهرة / 2008 ص 100 - 102 .

حقوقهم التي نتجت عنه و هذا الأمر دفع إلى ضرورة وضع ضوابط و قيود على الحكم بعدم دستورية نص قانوني معين بحيث يتم تحديد الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية كضمانة لحقوق الأفراد و في ذات الوقت فإن هذا يعد تجسيداً لمبدأ الأمن القانوني.¹

5 - مبدأ الأمن القضائي :-

و يعني الثقة في السلطة القضائية التي تتولاها المحاكم بمختلف أنواعها و درجاتها فهي المصدر الأساس للأمن القضائي و ما يمثله من توحيد للاجتهاد القضائي و هكذا يصبح الأمن القضائي وظيفياً و هو الذي يعطيه القاضي لمظاهر إنصافه و تقديراته حيث يكون للأمن القانوني علاقة بمبدأ السلطة التقديرية للقضاة التي قد تختلف من قاضٍ لآخر بما لذلك من آثار على الأمن القانوني.²

الفرع الثاني :- غاية الأمن القانوني و أهدافه :- يهدف الأمن القانوني كإطار عام ذو مضمون متغير إلى توفير حماية حقيقية للأفراد من كافة الآثار السلبية للقانون كالتعديل المفاجئ و المتكرر و الغموض، وهو ما يتطلب بدوره خلق بيئة قانونية ملائمة تتسم بالاستقرار و الثبات، و الوضوح و قد تطور هذا المفهوم في النظام القانوني الأوروبي من مجرد قيمة أو باعث حتى أصبح معياراً.³

فما هي متطلبات دولة القانون لتحقيق الأمن القانوني ؟

ذكرنا أن الأمن القانوني مقوم من مقومات دولة القانون و هو يهدف إلى استقرارها و الحفاظ على أمنها في فضاء حقوقي آمن ولذلك لا بد من وجود متطلبات لها و تتمثل في ضرورة الحرص على مبدأ المساواة أمام القانون للجميع، وأن تشمل القاعدة القانونية على قيم معيارية واضحة، و أن تكون هذه القاعدة قابلة للفهم و الاستيعاب، و مستقرة يمكن توقعها و سهولة الوصول إلى المحاكمة العادلة و ضمان حقوق الدفاع⁴ . إضافة إلى مبدأ عدم رجعية القوانين، و ضرورة وجود قدر من الشفافية، و الوضوح وهكذا فإن توفير الأمن القانوني للمنظومة القانونية في الدولة يسهم بلا شك في استقرارها و ضمان نظامها، و خلق بيئة ملائمة تجسداً لمقتضيات دولة الحق و القانون، و ذلك مع مواكبة التطورات التي تطرأ على المنظومة القانونية، و هو ما يلقي على الدولة ضرورة اتخاذ خطوات حثيثة تحقق الضمانة و الثبات فلا بد إذاً من معيارية القانون و وضوحه للكافة و بما يكفل صحة و سلامة النظام القانوني من كل شائبة⁵ .

¹ . رفعت عبد سيد ، مبدأ الأمن القانوني ، دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري و الدستوري ، دار النهضة العربية : القاهرة / 2011 ص 19 . 20 .

² . آوال حورية ، مبادئ الأمن القانوني في القانون الجزائري ، مرجع سابق ص 62 . 63 .

³ . <http://fr.WiKiPEdia.org>

عبد المجيد غميحة ، مرجع سابق ص 14 .

⁴ . عامر زغير محسن ، مرجع سابق ص 18 .

⁵ . عبد المجيد غميحة ، مرجع سابق ص 14 ، 15 .

الفرع الثالث :- مظاهر تمييز مبدأ الأمن القانوني عن غيره من المفاهيم الأخرى

إن تشابه مبدأ الأمن القانوني مع غيره من الحقوق الأخرى وارد بشكل واضح لأن هذه المبادئ تهدف كلها لتحقيق هدف واحد نبيل و هو الحفاظ على الحقوق بشكل عام كالحق في الأمن الشخصي والأمن المادي و منها تمييزها إلى حد ما عن مبدأ استقرار المراكز القانونية و هو ما سنعرض في التالي :-
أ - فالأمن القانوني يتميز عن الحق في الأمن الشخصي:-

في أن الحق في الأمن الشخصي هو حق دستوري يشمل عناصر عديدة يتكون منها هذا الحق. " ¹ ذلك أن الحق في الأمن الشخصي يعني عدم جواز اعتقال الفرد أو القبض عليه بصورة تعسفية ، أو التحقيق معه بطريقة مهينة لمشاعره أو الإتيان بأي تصرف من شأنه الحط من كرامته ، أو تعريضه للترهيب ، أو التعذيب ، أو أي شكل من أشكال الاستغلال القسري ، كما يدخل ضمن الحق في الأمن الشخصي مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) و حصر الأفعال المجرمة ، و قرينة البراءة (المتهم برئ حتى تثبت إدانته) و حظر الاعتداء على الحريات العامة ، و احترام حقوق الدفاع و المحاكمة العادلة . " ² " وبحكم أن الدستور هو أعلى مصدر في النظام القانوني ذهب (البعض) إلى اعتبار الأمن القانوني ذا قيمة دستورية كالقضاء الدستوري الألماني و قد شايعه في ذلك الفقه و القضاء البرتغالي و اعتبر مبدأ الأمن القانوني أحد مقومات دولة القانون لكن في (فرنسا) لم ينص عليه دستورياً كما أن المجلس الدستوري كما رأينا لم يقره لكنه تناوله في عديد قراراته كأحد عناصر الأمن القانوني و هو المتمثل في (احترام التوقعات المشروعة) مع اشتراط أن يكون القانون واضحاً و دقيقاً ، و سهل الولوج إليه ثم ظهر رأي(ثالث) يرى أن الأمن القانوني غاية ذات قيمة دستورية ، أي عدم منح الطابع الدستوري المطلق لبعض المبادئ ، و هكذا يصبح النظام القانوني الفرنسي مكوّن من مبادئ دستورية مطلقة ، كالحقوق الدستورية الأساسية ، و التي تتيح للقاضي حرية المناورة، فالأمن القانوني غاية ذات طبيعة دستورية ، وليس مبدأً دستورياً بحكم كونه مبدأ عاماً يجوز على مجموعة من المبادئ و الحقوق ذات قيم مختلفة. " ³ " كما أن الحق المادي يتمثل في جملة من الحقوق الاجتماعية كفلها الدستور كالحق في العمل و الحق في الرعاية الصحية و الضمان الاجتماعي و تحقيق التكافل الاجتماعي داخل المجتمع و هنا يقع على عاتق الدولة الحرص على تمتع الأفراد بهذه الحقوق في حدود الإمكانيات المتاحة و في إطار مبدأ المساواة أمام القانون و المرافق العامة. " ⁴

¹. يسري العصار، مرجع سابق، ص، 56

². ماهر البحيري / الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية و فلسفة التشريع في الحد من مدها ، مجلة المحكمة الدستورية ا، لعدد (2) القاهرة / 2003 ص 334 .

³. للمزيد /يراجع كلاً من عبد المجيد غميحة مرجع سابق ص 10 - 12 و يسري العصار مرجع سابق ص 54

⁴. أنظر/ مثلاً المواد (7 . 8 . 14 . 16 .) من الإعلان الدستوري الليبي و هذه الحقوق تضمنتها كل دساتير العالم .

إذاً مبدأ (الأمن القانوني) هو غاية جماعية مرجعية و مقوم لدولة القانون و إن كان الجدل لا زال محتدماً حول دستوريته لإضفاء الطابع الدستوري عليه و خاصة في فرنسا. " وفي القضاء المصري نجد أن المحكمة الدستورية قد أشارت في العديد من أحكامها إلى فكرة التوقع المشروع و أكدت على ضرورة التزام السلطة التشريعية دستورياً بمراعاتها و إن لم يستند في أي من أحكامها على هذه الفكرة و قد ظهرت فكرة الأمن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية في تقييد المحكمة للأثر الرجعي ، لبعض النصوص التشريعية في غير المجال الجنائي، كما اتضحت في تقييد الأوضاع الظاهرة من أجل هذا الأثر، إذ يستند مبدأ رجعية القوانين فيما يخص النصوص الجنائية إلى مبدأ الأمن القانوني، حيث أسيغ عليها المشرع قيمة دستورية و أستثنى منها القانون الأصلح للمتهم. " ¹ " رغم أن الدستور المصري منح المشرع حق تقرير أثر رجعي للنصوص التشريعية غير الجنائية فإن المحكمة الدستورية المصرية قيدت الأثر الرجعي لبعض النصوص مراعاة اعتبارات الأمن القانوني. " ² " بيد أن هذه المحكمة حاولت التوفيق بين الشرعية الدستورية و ضرورة المحافظة على استقرار المراكز القانونية في عدة أحكام صدرت عنها. " ³ "

ب- كما يتميز الأمن القانوني عن الأمن القضائي بعدة مزايا :-

حيث يقصد بالأمن القضائي اطمئنان الأفراد و ثقتهم فيما يصدر من أحكام عن المؤسسة القضائية عند تطبيق القانون وحل النزاع حيث يُعد الأمن القضائي مقوماً أساسياً لدولة القانون يتماشى و يمتزج مع الأمن القانوني ليشكل مدخلاً أساسياً و محورياً لتأمين الأمن الاجتماعي و الأمن الاقتصادي و بحيث تتولى المحاكم الدستورية وظيفة ضمان الأمن القانوني. " ⁴ " وبناءً على هذا يُعد الأمن القضائي كاشفاً عن مدى حماية الفرد لحرية بكافة أشكالها كالتعبير و الشفافية و حماية العمل السياسي و ترسيخ مبدأ الثقة في القضاء حيث يحدد الدستور صلاحيات السلطة القضائية في الأمن القضائي المبني تحققة عند شيوع الثقة في القضاء و هو ما يستلزم وجود منظومة تشريعية متكاملة ، و متلائمة مع الدستور، و متطابقة مع التشريعات الدولية ، كما أن الأمن القضائي لا بد أن تكون له جودة الأداء ، و سهولة الوصول للمحاكم، و إطلاع جميع الأفراد على طبيعة عملها، و هذا يتطلب قيام القضاء بوظيفته، من خلال حماية الأفراد ضد التجاوزات فيما بينهم ، أو ضد تجاوز الإدارة عليهم ويُشكل القضاء حماية للسلطات العامة ضد الدعاوى الكيدية و تعسفات المتقاضين. " ⁵ "

¹ . يسري العصار ، الحماية الدستورية مرجع ، ص 53 .

² .أنظر/ حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر بتاريخ 2 . 1 . 1993 بعدم دستورية الفقرة (1) من المادة (56) من القانون رقم 46 لسنة 1978 بشأن تحقيق العدالة الضريبية .

³ .صدرت في هذا الشأن عدة أحكام قضائية عن المحكمة الدستورية العليا بمصر منها مثلاً الحكم الصادر بتاريخ 8 / 7 / 2000 بعدم

دستورية الفقرة (2) من المادة (24) من القانون رقم (73) لسنة 1956 بشأن مباشرة الحقوق السياسية .

⁴ .يسري العصار، المرجع السابق، ص، 55.

⁵ عبد المجيد غميحة. مبدأ الأمن القانوني و ضرورة الأمن القضائي، مرجع سابق، ص 18

ويظهر ذلك من خلال العلاقة بين الأمن القانوني ، و الأمن القضائي ، و التي تتمثل في علاقة الأمن القانوني بمبدأ استقلال القضاء ، و أيضاً علاقة الأمن القانوني بمبدأ السلطة التقديرية للقضاة ، و كذلك العلاقة بين قواعد الإنصاف، و مبدأ الأمن القانوني.¹

فالقاضي ملزم بتطبيق القانون إعمالاً لمبدأ سلطة القضاء الذي لا سلطان عليه و أي إخلال بمبدأ المبدأ يُعد مساساً بالأمن القضائي و كذا القانوني ، فلا بد إذاً أن يكون القضاء مستقلاً فلا عقوبة إلا بقانون و لا توقع إلا بحكم قضائي و لا جزء إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون فلا يتحصن أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء و لا بد من تنفيذ الأحكام القضائية و كل تعطيل لتنفيذها يمثل جريمة يعاقب عليها قانوناً ، و تفصل السلطة القضائية في هذه الخصومات و يكون ذلك بصدور أحكام لها قوة الشيء المقضي به. " 2" لكن هذا لا يعني أن النظام القانوني الليبي لا يأخذ بهذا المفهوم أو لا يتبناه، خاصة وأن تأثره بالتشريعات و الأنظمة القانونية الفرنسية والمصرية واضح للعيان.

المبحث الثاني / تقييد الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية لحماية للأمن القانوني :-

يتمثل موضوع الدعوى الدستورية في إبطال نص قانوني أو لائحة لمخالفتها الدستور شكلاً و موضوعاً حيث يفترض في النص الدستوري حمله على قرينة المشروعية و يكون للحكم بعدم الدستورية أثر هام حيث يسعى القاضي الدستوري للموازنة بين مبدأ المشروعية و مبدأ استقرار المراكز القانونية ، و احترام الحقوق المكتسبة ، و هي بلا شك ضرورة حتمية تستوجب البحث في آلية الموازنة بين مبدأ الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية.

المطلب الأول :- الطبيعة القانونية للحكم بعدم الدستورية/

إن الأثر الهام المترتب على الدفع بعدم الدستورية يتمثل في استبعاد النص المخالف للدستور و إغائه و هو ما يمثل تنقية للنظام القانوني في الدولة من الأحكام المخالفة للدستور و يكون تطبيق أثر الحكم بعدم الدستورية بالنسبة للماضي مقيداً بالقدر اللازم لحماية الأمن القانوني حيث يفرض مبدأ جدية الدفع بعدم الدستورية مبدأ الأثر الرجعي حتى يمكن لرافع الدعوى الاستفادة من الحكم الصادر " 3 "

¹. المرجع السابق نفسه، ص 19 .

². فؤاد العطار، كفالة حق التقاضي، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية السنة الأولى العدد (2) 1959 ص 626 ، 630

³. يعني (الأثر الرجعي) للحكم بعدم الدستورية انعدام القيمة القانونية للقانون المحكوم بعدم دستوريته ابتداءً من وقت صدوره و ليس من وقت صدور الحكم بحيث ينسحب أثره على كافة المراكز القانونية التي نشأت بموجبه و على الأوضاع و الحقوق و الواجبات التي تقررت في ظله ، أنظر / عامر زغير محيسن ، مرجع سابق ، ص 205 ويرتكز (الأثر الرجعي) للحكم بعدم الدستورية على عدة مبررات هي :- مبدأ جدية الدفع بعدم الدستورية و أن عدم رجعية الحكم بعدم الدستورية يتناقض مع الحق في التقاضي للمزيد يراجع/ إبراهيم محمد حسنين ، مرجع سابق ، ص 275 و أيضاً رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مرجع سابق ص 50 و كذلك ، بشير على الباز / أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2001 ص 35 - ص 38 .

الفرع الأول :- مفهوم الدعوى الدستورية و طرق تحريكها/ توصف الدعوى الدستورية بأنها دعوى عينية موجهة ضد قانون ترسيخاً لمبدأ سمو الدستور و علوه و قد اختلف الفقه في تحديد طبيعة الدفع بعدم الدستورية هل يُعد دعواً شكلياً أم موضوعياً؟ أم دعواً ذات طبيعة خاصة؟¹ "وكيف يتم تحريك هذه الدعوى؟ يمكن القول بأن الدفع بعدم الدستورية هو دفع ذو طبيعة خاصة كونه يرجح حكم الدستور ضد النص المخالف فهو متعلق بالنظام العام حيث تتم إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى و أمام أي محكمة أياً كانت درجتها".² "ويتم تحريك الرقابة الدستورية بعدة طرق وهي :-

1 عن طريق (الدعوى الأصلية) و يعني إفساح المجال أمام أصحاب المصلحة في رفع الدعوى الدستورية مباشرة أمام القضاء الدستوري بالطعن على التشريع المخالف للدستور بناء على أسباب موضوعية أو شكلية بما يؤدي إلى إبطاله بحيث يسمح للأفراد إقامة الدعوى المباشرة بعدم الدستورية .

2-**الدفع بطريق (الإحالة):** و يقصد به التطبيق الصحيح لنصوص الدستور و صون المشروعية الدستورية بغض النظر عن مصالح الخصوم و بحيث تتولى محكمة الموضوع إحالة النص المخالف للدستور إلى القضاء الدستوري تنفيذاً لوظيفتها القضائية ضماناً لتطبيق القواعد القانونية وهذا الدفع ينطوي على ضمانات هامة لحماية الدستور ولا تأخذ المحكمة العليا في ليبيا به حيث حجبت هذا الدفع عن المحاكم".³

3-**تحريك الدعوى الدستورية عن طريق (الدفع الفرعي):** و يتم بناء على إثارة الدفع من أحد الخصوم في دعوى معروضة أمام محكمة الموضوع للدفع بعدم دستورية النص التشريعي المراد تطبيقه على النزاع و متى تحققت المحكمة من جدية الدفع حددت ميعاداً لا يتجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى أمام المحكمة العليا و تسري في شأن رفع الدعوى في هذه الحالة إجراءات الطعون الدستورية المقررة في هذه اللائحة فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبرت إثارة المسألة كأن لم تكن".⁴

1- تحريك الدعوى الدستورية عن طريق (التصدي) :

¹. يفرق (الفقه) بين الدفع الشكلي والدفع الموضوعي، (فالدفع الشكلي) يطعن في صحة الخصومة القائمة أمام المحكمة أو في بعض إجراءاتها. أما (الدفع الموضوعي) فهو الذي يرد به الخصم على أصل الحق المدعى به ويشمل كل وسائل الدفاع التي تمكن المدعي عليه من التوصل للحكم برفض دعوى خصمه (فالأول) يتعلق بصحة الإجراءات (الأخر) ينكر به الحق المطالب به. للمزيد يراجع/ شعبان احمد رمضان، اثر انقضاء المصلحة على السير في إجراءات دعوى الإلغاء والدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة/2009، ص، 108، 109.

². انظر/ حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر (طعن دستوري/23 لسنة 2014، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج/6، ص، 175.

³. انظر/ اللائحة الداخلية للمحكمة العليا الليبية، الصادرة بقرار الجمعية العمومية رقم (2006/285) وللمزيد يراجع /محمود سليمان موسى، شروط قبول دعوى عدم الدستورية، تعليق على حكمي المحكمة العليا الليبية، رقمي (44/2) ق، (46/1) ق، مجلة إدارة القضايا / ليبيا (2006/9) س، 5، ع، 9، ص، 160 .

⁴. انظر/ نص المادة (19) من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا الليبية الصادرة بقرار من الجمعية العمومية رقم، 283 / 2004 وهذا فيه تضييق لطرق تحريك الرقابة الدستورية و يتعارض مع مفهوم التوسع في طرق الطعن رغم أن المادة ، 30، كما يشير بعض الفقه =جاء عاماً ليشمل كل وسائل الطعن بعدم الدستورية / راجع عمر عبد الله مبارك ، الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا ، أطروحة دكتوراه ، مرجع سابق ص 319 .

يعد التصديّ رخصة للمحكمة الدستورية تعدها بنفسها دون طلب أو دفع من أحد حيث تتصدّى هذه المحكمة للنص بمناسبة نظرها دعوى مطروحة عليها بناء على شك في مدى دستوريته و التصديّ هنا لا يعني بالضرورة عدم دستورية النص، ولا تملك المحكمة العليا الليبية هذا الاختصاص كما يرى بعض الفقه الليبي ، وقد انفردت بهذا دون غيرها المحكمة الدستورية بمصر. ¹ "و تجدر الإشارة إلى/ أن هناك دعاوى تتعلق بالأحكام الدستورية و منها دعوى التفسير و أيضاً دعوى إغفال الفصل في بعض الطلبات أو تصحيح الأخطاء المادية إضافة إلى دعوى بطلان الصلاحية ثم منازعات التنفيذ.

الفرع الثاني :- سلطة القاضي في إثارة الدفع بعدم الدستورية /يُعد الدفع بعدم الدستورية دعواً متعلقاً بالنظام العام إلا أن قاضي الموضوع لا يملك إثارته من تلقاء نفسه لأنه حق مقرر لأطراف الخصومة يتمسكون به و يثرونه متى كان النص التشريعي المطبّق على النزاع يمس حقوقهم التي كفلها لهم الدستور و إن اختلفت الأنظمة القانونية حول النص صراحة على منع إثارة الدفع تلقائياً من قبل المحكمة التي تنظر الدعوى كالقانون المغربي مثلاً. ² "ويمكن بيان ذلك من خلال الآتي:-

أولاً :- الحكم الدستوري لا يمتد أثره إلى تعديل النص التشريعي / إن المحكمة الدستورية لا تقضي ببطلان النص التشريعي إلا إذا ثبت لها يقيناً مخالفته للدستور، و بما لا يقبل مجالاً للشك حول عدم دستوريته ، وعلى ذلك فإن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي يقتصر على وقف العمل بهذا القانون دون أن يمتد اختصاص المحكمة الدستورية لتعديل القانون المحكوم بعدم دستوريته ، حيث يقتصر التعديل على السلطة التشريعية طبقاً لوسائلها الإجرائية. ³ " وهكذا فإن الرقابة على دستورية القوانين التي تمارسها المحكمة الدستورية تهدف للتحقق من مطابقتها للدستور و هذه الممكنة لا تخوّفها التدخل في المجال المحجوز للسلطة التشريعية. ⁴ "

فالقاضي الدستوري (يقضي ولا يشرّع) إذ تضطلع المحكمة الدستورية بمراقبة دستورية القوانين ، و ضرورة التقيد بالتدرج القانوني ، أي خضوع جميع السلطات للقانون و حتى تكون هذه المحكمة مثلاً

¹. يحي الجمل، القضاء الدستوري بمصر، مرجع سابق، ص، 194-196. وكذلك /يسري العصار، التصدي في القضاء الدستوري، ص، للمزيد يراجع /د. خليفة سالم الجهمي، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، هامش ص، 269 .

² عليان بو زيان ، آلية الدفع بعدم الدستورية و أثرها في تفعيل العدالة الدستورية ، مجلة المجلس الدستوري ، الجزائر ، العدد (2) السنة 2013 ص 116 .

³ أندريه هو ريو ، القانون الدستوري و المؤسسات السياسية ، الجزائر ، ترجمة على مقلد و آخرون ، الأهلية للنشر و التوزيع ، بيروت ط 2 ، 1977 ، 209 ، 210 ، وكذلك محمد رفعت ، النظم السياسية ، دار المطبوعات الجامعية : الإسكندرية 1996 ص 155.

⁴ . محمد رفعت المرجع السابق ص 156 .

للحيدة المطلقة فتكون قراراتها ملزمة للجميع في الدولة ضمناً للامتنال لمبدأ المشروعية ، و قد كانت الدولة الليبية سبّاقاً في إنشاء القضاء الدستوري و تنظيم ذلك بتولي المحكمة العليا السلطة القضائية في الدولة.¹

ثانياً :- تقدير قاضي الموضوع لحرية الدفع بعدم الدستورية

تُعد سلطة القاضي في تقدير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية مُكنة دستورية تتضمن الامتناع عن تطبيق النص القانوني المخالف للدستور، فللقاضي أن يقرر بشأن الدفع متى رأى وجوده ، و بروز المخالفة للقانون أن يجيله إلى المحكمة الدستورية ، و إن رأى عدم جدية الدفع حكم برفضه ، و يمكن الطعن عليه أي (حكم الرفض) طبقاً للإجراءات القضائية، فهو دفع من أطراف الخصومة في مواجهة نص تشريعي مطعون بعدم دستوريته لمساسه بحق من حقوق الأفراد.²

الفرع الثالث :- طبيعة حجّة الحكم بعدم الدستورية و مسوّغاتها

إن الحجّة التي تتمتع بها الأحكام القضائية بشكل عام هي حجّة نسبيّة تقتصر آثارها على أطراف الخصومة في نفس المسألة المقضي بها، و تستلزم لإعمالها، وحدة الخصوم والسبب والموضوع ، و أما الحجّة المطلقة فلا يخضع إعمالها لأي شرط من هذه الشروط حيث تعمل آثارها في مواجهة الكافة ، و في أي دعوى ، ولو اختلفت موضوعاً ، وسبباً عن الدعوى التي صدر بشأنها الحكم .

فما هي مبررات الحجية المطلقة للحكم الدستوري؟ يؤيد جانب كبير من الفقه مسلك المحكمة الدستورية العليا المصرية بشأن تقرير الحجية المطلقة لجميع الأحكام الصادرة عنها سواء كانت بعدم الدستورية أم برفض الطعن و يؤسسون رأيهم على أن للمحكمة حق التصدي من تلقاء نفسها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها للنص غير الدستوري (1/49) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية نصت على أن أحكامها ملزمة للجميع و للكافة و بدون تفرقة .³

لكن جانباً آخر من الفقه يرى الأخذ بمعيار التفرقة بين الأحكام الصادرة بعدم الدستورية و برفض الطعن و ذلك بتقرير الحجية المطلقة للأحكام الصادرة بعدم دستورتها و حجيتها عن الأحكام الصادرة

¹ . تعد المحكمة العليا في ليبيا أول محكمة دستورية في الوطن العربي أنشئت العام 1951 و قد صدر قانون المحكمة العليا الاتحادية عام 1953 لتتولى السلطة القضائية العليا في الدولة حيث مارست عملها كمحكمة دستورية و محكمة نقض و محكمة للقضاء الإداري و دور الفتوى و التشريع و قد مرت بعدة مراحل تاريخية بين ممارسة الاختصاص و سلبه وصولاً إلى مشروع الدستور الليبي الجديد 2017 و الذي تضمن أن القضاة مستقلون و لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون أنظر/ <http://supreme court . gov . ly>

² . يسري العصار ، الجمع بين الرقابة السابقة و اللاحقة على الدستورية متاح على الرابط / <http://hccourt . gov . eg>

³ . طعمية الجرف ، القضاء الدستوري ، دراسة مقارنة في رقابة الدستورية ، دار النهضة العربية : القاهرة ط 1 ، / 1992 ص 280 .

برفض الطعن. " 1 " و تكون للأحكام حجية بما فصلت به من الحقوق. " 2 "

حجية الأحكام الدستورية في ليبيا :-

ليس ثمة فرق كبير بين حجية الأحكام الدستورية في مصر و ليبيا بل تكاد تكون متطابقة لكن الملاحظ أن المحكمة العليا الليبية قد أخذت بمعيار التفرقة بين الحكم بعدم الدستورية و رفض الدعوى و هو ذات الاتجاه القديم للقضاء الدستوري المصري قبل إنشاء المحكمة الدستورية العليا .

فالمحكمة العليا الليبية تُضفي الحجية المطلقة على الحكم الصادر بعدم الدستورية بينما جعلت الأحكام الصادرة برفض الطعن ذات حجية نسبية قاصرة على أطرافها بالقياس على حجية الأحكام الصادرة في دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري. " 3 "

لقد فرّقت المحكمة العليا الليبية بين حجية الأحكام الصادرة بعدم الدستورية و بين الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية و قصر الحجية المطلقة على الأولى دون الأخيرة و هو ما زاد في تضارب الأحكام الصادرة عنها. " 4 "

و قد أبدى بعض الفقهاء الليبيين ملاحظات قيمةً حول تشكيل المحكمة الدستورية العليا و تحديداً من حيث تشكيل الدائرة الدستورية تستحق الإشارة و التنويه. " 5 " و يمكن أن نخلص بشأن موقف القضاء الدستوري الليبي إلى أنه درج على إضفاء الحجية المطلقة على الأحكام الصادرة بعدم دستورية

¹ . محمد ماهر أبو العينين ، موسوعة الدفوع في نطاق القانون العام ، الكتاب الرابع ، دار المجد للطباعة / 2002 ، ص 234 ، و كذلك / عبد الله ناصف ، حجية و آثار أحكام الدستورية العليا ، دار النهضة العربية ، ط 1988 ص 27 - 30 ، 34

² . إن (الحجية) تقوم على عناصر عدة تتمثل في :

- وجود حكم قضائي فاصل في خصومة صحيحة انعقدت أمام محكمة لها ولاية القضاء فيها .
- و أن يكون هذا الحكم متضمناً قضاءً قطعياً في موضوع الدعوى أو في شيء يتفرع عنه أي مشتملاً على تأكيد قضائي يتعلق بالحق أو المركز القانوني المتنازع عليه.
- و أن يصدر الحكم في حدود طلبات الخصوم فإذا ما قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه فلا يجوز الحجية فيما تجاوز عما طلبه الخصوم .
- والأصل أن الحجية لا تنصب إلا على المنطوق الصريح أو الضمني للحكم و لا تنصرف للوقائع و الأسباب الواردة به إلا إذا كانت هذه الأسباب مرتبطة ارتباطاً وثيقاً غير قابل للتجزئة بالمنطوق بحيث لا يكون له قوام بدونها و تعد مكملة له
- و تحدد نطاق حجية الحكم باتحاد الخصوم في الدعوى و بوحدة موضوعها و سببها فلا يجوز للخصوم أنفسهم أو ورثتهم أو خلفهم أن يعيدوا النزاع مجدداً حول نفس موضوع الدعوى و السبب الذي تقوم عليه مرة أخرى التزاماً بحجية الحكم الصادر فيها من قبل ، نقلاً عن د . خليفة سالم الجهمي ، رقابة دستورية القوانين في الكويت و مصر و البحرين ، دراسة تحليلية مقارنة ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ط ... 2018 ص 456 ، 457 .

³ . أنظر/ المادة (31) من القانون رقم 6 لسنة 1982 بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا المعدل بالقانون (17 / 1994) المادة (20) من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا .

⁴ . أنظر/ حكم المحكمة العليا الليبية طعن دستوري (1 / 59) ق جلسة 19.3.2013 غير منشور ، وكذلك طعن دستوري رقم (1 / 60) ق جلسة 23.12.2013 غير منشور

⁵ . أنظر /خليفة سالم الجهمي ، مرجع سابق ، ص 112 ، 113 .

النص التشريعي المطعون فيه و كذلك الدعوى الصادرة برفض الدعوى الدستورية التي تفصح فيها المحكمة العليا عن دستورية النص المطعون فيه فتكون آثار هذه الأحكام ملزمة لجميع سلطات الدولة و لكن ما يتعلق بالأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية التي لا تفصح فيها المحكمة العليا عن دستورية النص التشريعي المطعون فيه فتكون حجيتها نسبية تقتصر على أطرافها و لا تمتد لغيرهم في حدود ما أثير فيها من أوجه الطعن بعدم الدستورية. " 1 "

و نرجح الرأي الذي يذهب لبسط الحجية و منحها فضاء أرحب بحيث يكون للأحكام الصادرة بعدم الدستورية بشكل عام حجية مطلقة سواء أكانت بعدم الدستورية النص التشريعي المطعون فيه أم برفض الدعوى بحكم أن رفض الدعوى موضوعاً يتم بعد بحث مسألة مدى مطابقة النص التشريعي محل الطعن لنصوص الدستور و ينتهي الحكم الصادر بالرفض على أساس أن النص التشريعي المطعون فيه لا يخالف أحكام الدستور. " 2 "

الفرع الرابع :- تنفيذ الحكم بعدم الدستورية في مواجهة السلطات العامة كضمانة للأمن القانوني
ذكرنا سلفاً أن الطبيعة العينية للحكم بعدم الدستورية تتمثل في مخاطبة النص التشريعي في ذاته و المطعون بعدم دستوريته و ذلك ابتغاء المصلحة العامة و بقدر يتسامى عن مصلحة رافع الدعوى و هي تتشابه مع دعوى الإلغاء في القضاء الإداري و حتى صدور الحكم الدستوري فإن له حجية ذات قرينة قاطعة و حجية الحكم بعدم الدستورية هي قرينة تنهض على دعامي قرينة الصحة و قرينة الحقيقة. " 3 "

إن حجية الحكم الصادر بعدم الدستورية تقتضي تنفيذه من قبل السلطات العامة في الدولة جميعاً حيث يتماشى هذا التنفيذ مع مبدأ الأمن القانوني و يكون كالتالي :

أولاً :- امتثال السلطة التشريعية للحكم الصادر بعدم الدستورية/تعد السلطة التشريعية إحدى السلطات الثلاث في الدولة و التي يقع على عاتقها مسؤولية التشريع فهي تسن القوانين و تمارس وظيفة التشريع ، في الحدود التي رسمها الدستور ، لذلك يتوجب عليها إلغاء القانون المخالف للدستور ، و المقضي بعدم دستوريته ، و يتعين تنفيذه من وقت النشر الذي يعد وسيلة الدولة للعلم بمضمون الحكم ، و منهم السلطة التشريعية بما يكفل استقرار المعاملات و الأحكام القضائية. " 4 "

¹ . عمر عبد الله مبارك ، أطروحته مرجع سابق ص 400 كما يراجع يسري العصار دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري مرجع سابق 46 .

² . خليفة سالم الجهمي ، رقابة دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص 480 ، 481 .

³ . رمزي سيف ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية ، دار النهضة العربية : القاهرة ، 1961 ، ص 696 .

⁴ . أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات العامة ، مرجع سابق ص 282 ، و كذلك / حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر ، دعوى دستورية رقم (28 / 6) ق . جلسة / 11.6 . 1998 . ج . 8 . ص . 138 .

وبالتالي يتوجب على السلطة التشريعية تنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية و هو ما يفرض على البرلمان التدخل لإلغاء القانون بعدم دستوريته لكنه غير ملزم بميعاد محدد يتعين أن يصدر القانون الجديد و هو ما يتطلب منحه مدة معقولة لاتخاذ إجراءات بشأنه حتى لا يتم خلق فراغ تشريعي. " 1 "

ثانياً: - امتثال السلطة التنفيذية للحكم الصادر بعدم الدستورية/ لا جدال في أن الحكم الصادر بعدم الدستورية ملزم كذلك للسلطة التنفيذية و ذلك بالامتناع عن أعمال تشريع حكم بعدم دستوريته و ذلك فور نشر الحكم بعدم الدستورية في الجريدة الرسمية فهذا القانون الملغى بحكم عدم دستوريته حتى و إن ظل قائماً نظرياً لكن على السلطة التنفيذية امتثالاً لحكم المحكمة بعدم دستوريته. " 2 " عدم الاعتداد به و البحث عن نص جديد يتفادى العيب و القصور في القانون الملغى و تحديداً ما يتعلق بقراراتها الإدارية و أي امتناع عن تنفيذ حكم قضائي نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به يُشكّل في حد ذاته جريمة جنائية .

ثالثاً: - حجية الحكم بعدم الدستورية أمام السلطة القضائية /

تلتزم السلطة القضائية متمثلة في جميع محاكمها و بمختلف درجاتها بعدم تطبيق القانون غير الدستوري في جميع الدعاوى المطروحة أمامها ، فالحكم القضائي بعدم الدستورية له حجية مطلقة و هو ملزم لجميع المحاكم كما أشرنا، و ليس للمحكمة التي أُثير أمامها الدفع بعدم الدستورية ،أو التي أثارت الدفع بعدم الدستورية ، و إحالته إلى (المحكمة العليا) فهو ملزم دستورياً لمختلف المحاكم و على اختلاف درجاتها. " 3 ". **وعوداً على بدء، فإنه متى صدر الحكم بعدم دستورية النص التشريعي وقت أن كانت الدعوى الأصلية بحوزة المحكمة الابتدائية فيجب على درجتي الاستئناف و النقض بجانب محكمة أول درجة التقييد بهذا الحكم ، و متى صدر الحكم بدستورية النص التشريعي فلا يجوز لمحاكم النزاع أن تقبل الدفع من أحد الخصوم بعدم دستورية هذا النص مرة أخرى أو أن تحيله مرة ثانية إلى المحكمة الدستورية العليا. " 4 "**

¹ المرجع السابق نفسه .

² نعمان الخطيب ، الوسيط في النظم القانونية و القانون الدستوري ، دار الثقافة للنشر و التوزيع : عمان ، الأردن ، ط. 2004/ ص 562

³ . رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، مطبعة آوال : البحرين 2003 ص 424 و كذلك / عثمان الصالح ، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، 1986 ص 98 .

⁴ . حكم المحكمة الدستورية العليا دعوى رقم (2 / 2 / ق) جلسة 1.3.1975 و كذلك / مها مجحت الصالح ، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي و دوره في تعزيز دولة القانون ، مجلة بيت الحكمة : العراق العدد (13) 2009 ص 137 .

المطلب الثاني :- الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية و علاقته بالأمن القانوني /

ذكرنا أن الحكم بعدم الدستورية يحوز حجية في مواجهة كافة سلطات الدولة و هو ما يلقي بظلاله على الأثر الرجعي لهذا الحكم مقررًا لما لحق القانون محل الحكم من عيب أو عوار و هنا يبرز مبدأ (الأمن القانوني) بجلاء و مداره استقرار المراكز القانونية التي أكتسبت قبل الحكم .

الفرع الأول :- ماهية الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية /

غني عن البيان أن المحكمة العليا متى أصدرت حكماً بعدم دستورية نص قانوني فإن حكمها له حجية مطلقة في مواجهة كافة و هو ما يعني التوقف عن تطبيق النص الذي اعتراه العوار التشريعي ليس في المستقبل و حسب ، بل يمتد ليشمل العلاقات السابقة على صدور القانون المعيب و هذا ما يتوافق مع مبادئ العدالة و يستقيم مع المنطق السليم و مؤدى ذلك استفادة المدعي الذي أثار الدفع بعدم الدستورية النص الذي طعن في دستوريته بأثر رجعي. فماذا يعني الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ؟ وما هي ماهيته ؟

يقصد بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية الحكم الذي يمتد تطبيقه إلى فترة زمنية ترجع إلى ما قبل فترة صدوره و يعني /الاستناد على ظروف سابقة و إحلالها على الحاضر. " ¹

فالحكم بعدم دستورية نص تشريعي يعني إبطاله بأثر رجعي يمتد أثره إلى تاريخ العمل به و ذلك من اليوم التالي لنشر الحكم. " ² و عملاً بمبدأ الأمن القانوني فإنه يستثنى مبدأ الأثر الرجعي للحقوق و المراكز التي تكون قد استقرت بحكم حاز قوة الشيء المحكوم به أو بانقضاء مدة التقادم.

و الجدير بالذكر أن القاعدة القانونية لا تكتسب صفة الإلزام إلا بعد إتمام عملية إصدار التشريع و نشرها وحلول التاريخ المحدد لنفاذها ليعلم كافة بالنشر في الجريدة الرسمية. " ³

و علة النشر تمكين كافة من العلم بمضمون القانون و يترتب على ذلك عدة نتائج و هي:

1- إن مقترحات و مشاريع القوانين ليست محلاً للطعن الدستوري لأنه لم يتم إصدارها و نشرها في الجريدة الرسمية فلا يمكن للمحكمة أن تنظر في مشروع قانون أو مقترح.

¹. رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص 621 ، و كذلك إبراهيم حسنين ، الرقابة على دستورية القوانين في الفقه و القضاء ، دار الكتب القانونية : القاهرة ط / 2000 ص 450 ، 451 .

². حكم محكمة العليا الليبية ، طعن جنائي (105 / 34) ق .جلسة ، 1987/6/25 ، مجلة المحكمة العليا ، المادة (20) من القانون رقم 17 لسنة 1994 بشأن المحكمة العليا المشار إليه سلفاً .

³. إبراهيم عبد القادر ، الرقابة على دستورية القوانين في القانون المصري ، رسالة ماجستير ، معهد البحوث و الدراسات العربية : القاهرة / 2007 ص 85 و أيضاً مقال سمير تناغو ، إبطال التشريع بأثر رجعي منشور بجريدة الأهرام المصرية بتاريخ 27.2.1998 .

2- لا تملك المحكمة العليا النظر في النصوص الدستورية و لكن لها مُكّنة تفسير النص الدستوري و في إطار التوفيق بين أحكامها. ¹

الفرع الثاني :- مدى امتداد أثر الحكم بعدم الدستورية وارتباطه بالأمن القانوني

اختلف الفقه الدستوري في هذا الشأن حيث رأى البعض أن للقاضي الدستوري مُكّنة دستورية تمنحه الخروج على نطاق الدعوى الدستورية وذلك بالفصل فيما لم يطلبه الخصوم بحكم الطبيعة العينية للدعوى الدستورية و تعلق القواعد و النصوص الدستورية بالنظام العام و ذلك استناداً إلى أن ارتباط النصوص ارتباطاً لا يقبل التجزئة بمد أثر الحكم الدستوري إلى النصوص غير المدعى بعدم دستورتها. ² "أما (القضاء الدستوري الليبي) فلا يوجد تطبيق لذلك على حد علمنا حيث أقتصر على تقرير عدم امتداد أثر الحكم الصادر بعدم دستورية نص معين للنصوص المشابهة له في قوانين أخرى. " ³ " و عود على بدء فإن الحكم الصادر في الدعوى الدستورية حكم كاشف له حجّة مطلقة في القضاء بعدم الدستورية و تكون حجّة نسبية عند الحكم برفض الدعوى و يضطلع مبدأ (الأمن القانوني) بدور بارز في تطبيق قاعدة عدم الرجعية بشكل مرن و متوازن و تحديداً من حيث استقرار الأوضاع القانونية بحكم حاز قوة الأمر المقضي به أو انقضاء مدة التقادم أو كان متعلقاً بنص جنائي. " ⁴ " و لذلك فمن غير المتصور أن يكون النص التشريعي دستورياً في الفترة السابقة على صدور الحكم لأن ذلك يجعل الرقابة على الدستورية نوعاً من العبث و اللغو الذي لا مسوّغ له ، و في ذات الوقت يناقض الطبيعة العينية للدعوى الدستورية. " ⁵

أما القضاء الدستوري المقارن و تحديداً المصري فقد أستثنى النص الضريبي في إشارة واضحة لتغليب المصالح المالية للدولة على سائر الحقوق و المراكز القانونية للأفراد و كان ينبغي أن يكون سريان الحكم بعدم الدستورية ذا أثر رجعي في كل لأحوال و بدون تفرقة. " ⁶

¹ حسن كبيره ، المدخل لعلم القانون ، نظرية الحق ، دار الجامعة ، الإسكندرية / 2018 ، ص 245 .

² . حكم المحكمة الدستورية العليا ، طعن دستوري رقم (20 / 34) ق ، مجلة المحكمة الدستورية العليا جلسة 10.6.2012 العدد 22 و أيضاً يسري العصار ، التصدي في القضاء الدستوري ، دار النهضة العربية : القاهرة 1999 ، ص 7 ، 8 .
³ . حكم المحكمة العليا الليبية ، طعن دستوري ، رقم (3 / 48) ق بتاريخ 11.6 . 1983 و أيضاً حكمها في الطعن الدستوري رقم (9 / 37) ق . بتاريخ 19.5.1990 .

⁴ . حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر ، طعن دستوري رقم (3 / 48) ق بتاريخ 11.6.1983 و أيضاً حكمها في الطعن الدستوري رقم (9 / 37) ق بتاريخ 19 . 5 . 1990 .

⁵ . شعبان أحمد رمضان ، ضوابط و آثار الرقابة على دستورية القوانين ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية : القاهرة / 2000 ، ص 636 .

⁶ . يسري العصار ، مرجع سابق ، ص 52 ، وكذلك رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مرجع سابق ص 6169 و في ذات المعنى / على الباز ، الرقابة على دستورية القوانين بمصر ، دار الجامعة المصرية ، الإسكندرية ، ط / 1978 ص 112 .

لذا نأمل من المشرع الليبي التدخل بتحديد آلية سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي مما يتطلب وضع نص قانوني يتيح الطعن في الحكم بعدم الدستورية الصادر من المحكمة العليا بوجود أكثر من درجة من التقاضي بحكم توقع وجود الخطأ في الحكم مما يتطلب مراجعته كضمانة . و غني عن البيان أن القضاء الدستوري الليبي ملزم بضرورة تحقيق التوازن بين سلطة القاضي الدستوري في الحكم بعدم الدستورية النصوص القانونية و ما يتضمنه من أثر رجعي من ناحية ، و من ناحية أخرى حق الأفراد في توفير قدر كاف من الثبات و الاستقرار للمراكز القانونية و ضرورة احترام الحقوق المكتسبة ، كما أن الأمن القانوني يرتبط بالأثر الرجعي ويمكن تحديد صور الارتباط في الآتي :-

أ- الامتناع عن تطبيق القانون المحكوم بعدم دستوريته / ويكون بامتناع القاضي الدستوري عن تطبيق القانون المخالف للدستور على النزاع المنظور أمامه، و لا يملك هذا القاضي الحكم ببطالان النص المخالف للدستور، لكنه يمتنع عن تطبيقه على الواقعة، و تسمى رقابة امتناع بمعنى الامتناع عن تطبيق النص القانوني المخالف للدستور، كما هو معمول به في الولايات المتحدة الأمريكية، فلا تملك المحاكم إبطال ، أو إلغاء القانون المخالف للدستور بل تمتنع عن تطبيقه و حسب، و يظل القانون سارياً من الناحية القانونية أيأ كان مصدر هذا الامتناع كالمحكمة العليا والتي لا يمكن للمحاكم الأخرى أن تعدل عن حكمها و تعيد تطبيق هذا القانون و بث الحياة فيه من جديد و هو ما يتوافق تماماً مع مبدأ الأمن القانوني و مقتضياته في استقرار المراكز و العلاقات القانونية و لا ينطوي على المفاجأة و المباغثة. " 1 "

ب-إلغاء قوة نفاذ القانون المحكوم بعدم دستوريته/

هذا يعني أن الحكم بعدم الدستورية يؤدي إلى إلغاء قوة نفاذ القانون دون إلغاء النص ذاته و هذا الاتجاه الذي تبناه المشرع الليبي و المصري . " 2 " و يترتب عليه امتناع كافة المحاكم و السلطات عن تطبيق النص المخالف للدستور لكنه يظل قائماً نظرياً حتى يُلغى من السلطات المختصة .

ج -إلغاء القانون المقضي بعدم دستوريته/

¹ . أنظر/ إبراهيم حسنين ، الرقابة القضائية في الفقه و القضاء ، دار الكتب القانونية : القاهرة/ 2003 ص 280 و صبري السنوسي ، آثار الحكم بعدم الدستورية، دار النهضة العربية:القاهرة/ 2000 ص 14 . 15 و كذلك أحمد كمال أبو الجمد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة، مكتبة النهضة المصرية: القاهرة/ 1960 ص 220 .
² . مها بهجت يونس ، مرجع سابق ص 83 تعليقاً على حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر الصادر بتاريخ 30.11.1996 و من الفقه الليبي أنظر/ د . خليفة الجهمي ، رقابة دستورية القوانين في ليبيا و مصر و الكويت دراسة تحليلية ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2018 ص 478 ، 479 .

يقتضي إلغاء القانون المحكوم بعدم دستوريته و اعتباره كأن لم يكن مما يؤدي إلى إزالة الأسس التي بنيت عليها الحقوق و المراكز القانونية و ينطوي على عنصر المفاجأة و هو ما يكون مصدر خطورة على الأمن القانوني لأن إلغاء القانون يُفقد المراكز القانونية السند الذي تقوم عليه فتكون أقرب للإهدار و الانهيار كما هو الحال في القانون العراقي. " 1 " وهكذا تباينت مواقف الأنظمة القانونية المقارنة حول تحديد النطاق الزمني الذي تمتد له هذه الآثار من حيث كونه أنثراً رجعياً أو مباشراً. " 2 "

و تجدر الإشارة إلى أن هناك ضمانات أخرى يضيفها القضاء الدستوري تلبيةً لمقتضيات (الأمن القانوني) وهي سلطة إرجاع تاريخ سريان آثار حكم الإلغاء إلى موعد لاحق على تاريخ صدور حكمها حتى يتسنى لها تقدير حجم الآثار القانونية المترتبة على حكم الإلغاء و عدم مفاجأة الأفراد بحكم الإلغاء كما هو في النمسا و البحرين. " 3 " ويبدو البون شاسعاً بين مفاهيم و مقتضيات الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية و بين الأثر المباشر أو الفوري حيث يرتب كل منهما آثاراً جد مهمة تقيد القضاء الدستوري و تحدد صلاحياته. " 4 "

الفرع الثالث :- النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية كمؤثر في مبدأ الأمن القانوني/آثار
تحديد النطاق الزمني للحكم بعدم الدستورية جدلاً فقهيّاً و اختلافاً بين الأنظمة القانونية و لكل اتجاه دليبه، (اتجاه) يرى أن إلغاء التشريع المحكوم بعدم دستوريته يمتد إلى تاريخه ، أن الغاية من الرقابة على دستورية القوانين هو الكشف عن كنه العمل التشريعي و طبيعته المنظور أمام المحكمة فإن قررت عدم دستوريته فلا يمكن أن يطلق عليه مفهوم قانون فهو قد خالف الحدود المرسومة له دستورياً مما يستوجب

¹ تبنيّ المشرع العراقي في قانون إدارة الدولة لعام 2004 و قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 لكن لم يكن واضحاً في دستور 2005 تحديد الأثر المترتب على الحكم لعدم الدستورية و هو ما يشكل خطورة على مبدأ الأمن القانوني ، راجع محمد سالم كريم ، دور القضاء الدستوري في تحقيق مبدأ الأمن القانوني ، مجلة القادسية لعلوم القانون و العلوم السياسية العدد 2 المجلد 2 ، 2017 ، منشور على شبكة الانترنت تاريخ الزيارة 31 . 1 . 2020 .
² (الأثر المباشر) : و يعني أن أثر الإلغاء المنصب على النص المطعون به آثاره قبل الحكم بإلغائه صحيحة و مؤثرة إلا أن بعد نشر الحكم بعدم الدستورية تتوقف جميع الآثار و هو ما يحقق قدر من متطلبات الأمن القانوني مما يشيع الطمأنينة في نفوس الأفراد التي أخذت بمبدأ الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية (اسبانيا) دستور/ 1978 و النمسا 1920/ و البحرين/ 2003 و غيرها من الدول الأخرى راجع / محمد سالم كريم ، المرجع السابق ص 330 .

³ . أنظر/ المادة 140 / 5 من دستور النمسا/ 1920 م وكذلك دستور مملكة البحرين ،/2003 المادة 106 ، المشار اليهما و كلاهما تضمننا النص على الأثر المباشر لحكم الإلغاء .
⁴ . راجع للمزيد /محمد صلاح عبد البديع ، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر المباشر ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة /2000، ص 77

سريان القانون بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ صدوره و ليس من وقت النطق بعدم دستوريته. " ¹ " و هذا يعني توافر الأثر الكاشف و ليس المنشئ و توافر امتداد الحكم بأثر رجعي إلى تاريخ صدور التشريع و ليس من وقت النطق بالحكم بعدم الدستورية فقد كان القانون المبطل له عوار مما يستلزم سريان الحكم بأثر رجعي وهو ما يتوافق مع هدف الرقابة الدستورية وهي إفادة الخصم وإلا أصبح الحكم غير محدد و جُرد من موضوعه. " ² " و قد وُجّه (النقد) لهذا الاتجاه كونه لا يراعي المخاطر المترتبة على تقرير الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية بحيث يُصيب علاقات الأفراد التي استقرت شيء من الاضطراب و عدم الاستقرار و هو ما يترتب عليه من أضرار مادية و معنوية خاصة إذا كان التشريع المحكوم بعدم دستوريته صدر من زمن بعيد. " ³ " كما اتجه رأي (آخر) إلى أن الحكم بعدم الدستورية يعد منشئاً للحكم بعدم الدستورية بمعنى انطباقه على المستقبل و حسب و هذا مردّه إن الوجود المادي للتشريع قبل أن يقضي بعدم دستوريته حقيقة واقعة لا يمكن تجاهلها، كما ذهب اتجاه (ثالث) إلى حصر الأثر الرجعي في العلاقة محل التقاضي فإن لم تكن كذلك فلا شأن للنص المقضي بعدم دستوريته بها ، أما إن كانت العلاقة محلاً للتقاضي فإنه يتعين على المحكمة التي تفصل في النزاع أن تُعمل أثر الحكم بعدم الدستورية " ⁴ " فما موقف القضاء الدستوري الليبي ؟

لا يوجد تنظيم للأثر الرجعي أو تحديد للنطاق الزمني في النظام القانوني الليبي حيث رأت المحكمة العليا بأن طبيعة الحكم دستوري (كاشفة) فهي لا تستحدث قانوناً جديداً و لا تنشئ وصفاً قانونياً حديثاً بل تكشف عن حكم الدستور.

و قد قضت المحكمة العليا الليبية في إحدى أحكامها أن الحكم بعدم دستورية أي تشريع أو بعض نصوصه ذات طبيعة كاشفة تؤدي إلى انعدام أثر هذا التشريع أو النص و يعد غير صالح للتطبيق اعتباراً من التاريخ الذي يقضي بعدم دستوريته ما لم يكن موضوع الدعوى قد فصل بحكم بات. " ⁵ "

¹ . رمزي الشاعر ، مرجع سابق ، ص 610 و كذلك محمد سويلم ، الرقابة على دستورية القوانين و تطور الأنظمة الدستورية ، دار المطبوعات الجامعية : الإسكندرية ، 2013 ، ص 605 .

² . عادل الطبطبائي ، المحكمة الدستورية الكويتية تكوينها و اختصاصاتها ، دراسة تحليلية ، مجلس النشر العلمي : جامعة الكويت ، الكويت/ 2005 ص 480 .

³ . محمد حسنين عبد العال ، القانون الدستوري ، دار النهضة العربية : القاهرة ، / 1996 ص 160 ، و كذلك حكم المحكمة العليا الليبية طعن مدني رقم (55 / 568) ق جلسة 21 . 11 . 2011 غير منشور .

⁴ . يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر ، دار النهضة ، 2008 ص 212

⁵ . حكم محكمة العليا الليبية طعن مدني (55 / 568) ق جلسة 12.11.2011. غير منشور و حكمها طعن مدني (56/2102) ق جلسة 24.4.2013 ، و حكمها رقم طعن مدني (57/1314) ق جلسة 27.8.2015 .

و هو يتفق في ذلك مع القضاء الدستوري المصري في هذا الشأن كما أشرنا سلفاً. " 1
 أما مشروع الدستور الليبي الجديد (2017) فقد استحدث المحكمة الدستورية العليا ضمن المواد (135 – 142) و ذلك بإنشاء قضاء دستوري متخصص حيث حددت مهام و اختصاصات المحكمة في الرقابة على دستورية القوانين و مدى احترامها للدستور. " 2 " كما تضمن مشروع الدستور الرقابة على السلطة التشريعية للمشرع و هو إيعاز لهذه السلطة للقيام بالمهام المسندة لها في الدستور و عدم تأخيرها أو التنصل منها و هو توجه محمود لهيئة صياغة الدستور في إطار إنشاء قضاء متخصص تكون له القدرة على المواجهة و المواكبة لكافة المسائل والقضايا القانونية و ما يلحق بها من تطورات. " 3 "

الفرع الرابع :- تقييد أثر الحكم بعدم دستورية نص تشريعي حماية للأمن القانوني

بعد أن تبحث المحكمة في مدى دستورية النص فإنها تصدر حكماً بذلك لتعارضه مع الدستور، فهل يتم إلغاء النص المحكوم بعدم دستوريته؟ أم يتم الامتناع عن تطبيقه؟ أم تلغي قوة نفاذ النص المحكوم بعدم دستوريته مع بقاء النص؟
 أولاً :- موقف القضاء المصري :-

ذهبت المحكمة الدستورية العليا بمصر إلى أن الحكم بعدم الدستورية يؤدي إلى إلغاء نفاذ النص القانوني المحكوم. " 4 " فالمحكمة الدستورية بمصر / ترى أن آثار حكمها بعدم الدستورية على النص القانوني ينحصر في إلغاء قوة نفاذه و اعتبرته يمتد إلى النصوص القانونية المرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة مع النص الملغى. " 5 " أما الفقه المصري / فقد اختلف حول أثر الحكم بعدم الدستورية على النص القانوني حيث (رأي جانب) أن الحكم بعدم دستورية نص قانوني يؤدي إلى إلغاء القانون غير

1. حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر طعن دستوري رقم (48 / 3) ق جلسة 11.6.1983 ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية السنة 2. ج . ص 148 و أيضاً محمد أبو زيد ، الوجيز في القانون الدستوري المصري مؤسسة الطوبجي للطباعة ، 2003 ص 36

2. انظر/ مشروع الدستور الليبي ، الصادر عن الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور و المعتمد من الهيئة بتاريخ 19.4.2016 و لا زال حتى الآن مجمداً و نأمل سرعة إصداره في أقرب وقت

3. سلوى الدغيلي ، ضمانات و آليات الحماية الوطنية للحقوق و الحريات ، دراسة في نصوص الإعلان الدستوري الليبي المؤقت و مشروع الدستور الليبي لسنة 2017 ، مجلة دراسات قانونية ، كلية القانون : جامعة بنغازي / ليبيا ، العدد (25) ديسمبر 2019 ص 108 .

4. انظر/ القانون رقم 48 لسنة 1979 بشأن المحكمة الدستورية العليا و أيضاً حكم المحكمة الدستورية العليا رقم (20 / 16) ق جلسة 3.2.1990 مجموعة أحكام المحكمة الدستورية ج 72 ص 44

5. حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر طعن رقم (1 / 3) ق جلسة 25 . 9 . 1985 ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج / ح ص 156 .

الدستوري حتى و إن لم يصرح المشرع بذلك تأسيساً على الحجية المطلقة لحكم المحكمة الدستورية العليا إلزامه للكافة بذلك و عدم جواز تطبيق نص القانون غير الدستوري من اليوم التالي لنشر الحكم. " 1 " و ذهب (اتجاه آخر) إلى أن أثر الحكم بعدم الدستورية يؤدي إلى وقف نفاذ القانون المحكوم بعدم دستوريته و هذا لا يعني إلغائه و اعتباره كأن لم يكن مراعاة للضرورات العملية و تأسيساً على فكرة الحقوق المكتسبة كقاعدة أساسية للأمن القانوني ناهيك أن تقرير عدم الدستورية قد يتأخر لسنوات من صدور القانون حيث استخدمت المحكمة عبارة (إلغاء قوة نفاذ النص غير الدستوري) و هي تصدر بياناً بآثار الحكم بعدم الدستورية. " 2 " بينما ذهب (اتجاه ثالث) إلى أن الحكم بعدم الدستورية نص قانوني يؤدي إلى عدم جواز تطبيق النص القانوني و إن كان لا يؤدي إلى إلغائه و هي بذلك تستند على ما ورد في عبارة المادة (49) من القانون رقم (48) لسنة 1979 بشأن المحكمة الدستورية العليا فلا تملك المحكمة أن ترتب على حكمها أثراً أكثر مما تم النص عليه في قانون إنشائها فلا تملك هذه المحكمة إلغاء القانون غير الدستوري و لكن لها أن تطالب الكافة بعدم تطبيقه و النص هنا يكون فاقداً لقوته العملية في التطبيق و هذا بالطبع لا يعني إلغاؤه أو انعدامه. " 3 " و يشكّل القضاء الدستوري المصري الأصل التاريخي للقضاء الدستوري الليبي ، و لا يختلف (القضاء الدستوري الليبي) كثيراً عن القضاء الدستوري المصري حيث شايعه في أن القاعدة المقررة بهذا الشأن بالنسبة للأحكام القضائية الدستورية عامة أنها (كاشفة) للحقوق و المراكز القانونية و ليست (منشئة) لها فالقضاء الدستوري عند حكمه يقرر شيئاً كامناً في التشريع منذ وجوده و متى قضت المحكمة العليا بعدم دستورية نص تشريعي فإن جميع المحاكم بشتى أنواعها و درجاتها ملزمة بالامتناع عن تطبيقه على الوقائع و المراكز و تحديداً ما يتعلق بعدم تأثر القوانين التي تقرر بالمصاحبة للقانون بعدم دستوريته تأسيساً على قاعدة الوجود الفعلي للقوانين. " 4 "

حتى أن البعض عبر عن ذلك بقوله (..... أن النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته عبارة عن جثة هامدة مجرداً عن كل أثر قانوني ذلك أن الحكم بعدم الدستورية سلبه كل آثاره و جرده من كل قوته

1 . محسن خليل ، النظام الدستوري في مصر ، دار النهضة العربية : القاهرة ص 478 .

2 . يحيى الجمل ، القانون الدستوري ، دار النهضة العربية : القاهرة ، 1980 ص 320 .

3 . مصطفى محمود عفيفي ، رقابة الدستورية في مصر 1990 ، جامعة طنطا ص 112 و كذلك محمد حسين عبد العلا ، القانون الدستوري دار النهضة العربية : القاهرة/ 1992 ص 192 ص 163
كما ينظر / القرار الجمهوري / مصر / رقم (198 / 1468) بشأن منح المحكمة الدستورية سلطة تقديرية في تقرير الاثر الرجعي لأحكامها .

4 . حكم المحكمة العليا الليبية، طعن دستوري رقم (59 / 25) ق بتاريخ 23 . 12 . 2012 غير منشور .

القانونية و أصبح ينتظر في إجراءات و مراسم تشييعه إلى مثواه الأخير. " ¹ فلا بد إذن من الموازنة القانونية بين مقتضيات النص الدستوري الذي رتب الأثر و بين مسوغات الأمن القانوني و الذي يجب عليه أن يقيد الحكم بعدم الدستورية في أضيق نطاق ممكن ، حتى يتجنب الأضرار السلبية لحكم الإلغاء بيد أنه من الممكن دستورياً التضحية بأقل قدر من النصوص و المحافظة على الصحيح منها و هو ارتباط باختصاص القاضي الموضوعي الذي يملك دراسة النص المطعون و تحديد ما يشوبه من عيوب في إطار متوازن بين النص الدستوري و الأمن القانوني. " ²

و هذا ما جاء استناداً إلى نظرية الأوضاع الظاهرة لتقييد الأثر الرجعي و الذي تمثل في حكم للمحكمة الدستورية العليا بمصر و الذي قضى بإبطال انتخابات مجلس الشعب و لكن مع عدم إسقاط ما أقره هذا المجلس من قوانين ، تطبيقاً لمفهوم نظرية الأوضاع الظاهرة ، كوسيلة جد مهمة للتضحية بأقل قدر من النصوص، و المحافظة على الصحيح منها، " ³ و هذه الوسيلة أستخدمت من القضاء المقارن ، لتحقيق مبدأ الأمن القانوني فيمكن للقاضي الدستوري أن يحكم بإلغاء بعض نصوص القانون بشكل لا يؤثر على وحدة ذلك القانون و تكامله متى كان لتلك النصوص قابلية الانفصال عن القانون. " ⁴ كما أن المجلس الدستوري الفرنسي، لجأ إلى تطبيق هذا المفهوم ، كلما وجد أن الحكم بإلغاء بعض نصوص القانون لا يؤثر على وحدة ذلك القانون و تكامله ، عندما تكون لها قابلية الانفصال ، كما ذهب المجلس إلى إلغاء القانون المطعون له بأكمله متى كانت النصوص المخالفة للدستور غير قابلة للانفصال عنه. " ⁵

¹. عبد الله عمر مبارك ، الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق / الإسكندرية 2013 ص 404 و كذلك / عادل عمر شريف قضاء الدستورية في مصر ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق / جامعة عين شمس ، 1988 ص 470 ،

². عزيزة الشريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، 1995 ص 238 .

³. عزيزة الشريف ، المرجع السابق ، ص 239 . 238 .

⁴. مثال ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا بالولايات المتحدة حيث طبقت هذا المبدأ و ذلك في حكمها الصادر عام 1924 (.....) بأن الجزء السليم من التشريع لا يمكن فصله عن الأجزاء المخالفة للدستور إلا يتوافر شرطين هما :-

الأول / أن يكون الجزء السليم قادراً لوحده على إنتاج آثاره القانونية (و الآخر) أن تبين رغبة المشرع باحتفاظ بالجزء السليم لو علم بإلغاء الأجزاء المخالفة للدستور (.....) للمزيد / مها بهجت يونس ، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي و دوره في تعزيزه دولة القانون ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد 2006 ص 45 .

⁵. أمين عاطف صليبا ، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان/ 2002 ص 275 .

و قد سارت المحكمة الدستورية المصرية/ على نفس المنوال حيث قررت أن النصوص التي تنتظم ضمن عمل تشريعي مطعون بدستوريته لا تُهدر جميعاً ما لم يتعذر فصل نصوص المحكوم بإلغائها عن بقية أجزاء التشريع و أن تكون النصوص السليمة قادرةً على تحقيق أهداف التشريع و مقاصده. " 1 "

الخاتمة

توصّلت من خلال هذا البحث إلى جملة من (النتائج و التوصيات) أهمها: -
أولاً: - أن الأمن القانوني مبدأ حديث قدم يتسم بصفة الإلزام سواء بالنسبة للمشرع أو القاضي سواء تم النص عليه أم لم يتم، فقد أصبح حقيقة ماثلة للعيان معترف بها لأهميتها القصبوى في الاستقرار سواء للأفراد فيما بينهم أو فيما بينهم والدولة كحق دستوري

ثانياً: - إن القوانين المخالفة للدستور و التي تُلغى من القضاء الدستوري امتثالاً لمبدأ المشروعية أي (الأمن عن طريق القانون) ينبغي ألا يكون ذلك على حساب حق الأفراد في الأمن القانوني وذلك حتى تتعمق ثقتهم بالدولة التي تجعل مراكزهم و حقوقهم محل عناية فالدعوى الدستورية دعوى (عينية) موجهة ضد (نص تشريعي) لعدم دستوريته، ويسري الحكم فيها (بأثر رجعي) وهي تتشابه في ذلك مع دعوى الإلغاء في القانون الإداري .

ثالثاً: - إن الأصل هو الالتزام بمبدأ (المشروعية) وبالتالي فلا قيمة لأي عمل يخالف هذا المبدأ ما لم يُتّيد باستثناءات معينة و إن تطبيق مبدأ (الأمن القانوني) يختلف من نظام قانوني إلى آخر حيث يتم تغليب مبدأ المشروعية مع مراعاة الأمن القانوني، أو تغليب مبدأ الأمن القانوني بإقرار الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية أو الغلو في تطبيقه أو بتعليق أثره على شرط واقف .

رابعاً: - كما أن الأثر الرجعي له أسس وضرورة لا يمكن تجاهلها كأحد تطبيقات الأمن القانوني، وأكثرها حساسية، فتعدد أسس الأمن القانوني من المصلحة العامة إلى الأوضاع الظاهرة أو مبدأ حسن النية أو التوقع المشروع يُكمل كل منهم الآخر ، فلا يمكن الاستناد على معيار واحد منهم فقط وهو ما يتطلب فهماً دقيقاً للتوازن) بين المصالح

خامساً: - كما يتضح لنا جلياً غموض موقف المشرع الليبي، من مبدأ الأمن القانوني و فكرة الموازنة مع رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية و إن كان يشايح إلى حد كبير موقف المشرع المصري الذي لا يخلو من الاضطراب و القصور أحياناً.

و(بناءً عليه) نرجو من السادة القضاة الدستوريين ضرورة السعي لتحقيق مبدأ الأمن القانوني بالتوازن مع رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية ، كما نأمل من السادة القضاة ضرورة قبول الطعن في أي

¹ . يسري العصار ، التصدي في القضاء الدستوري ، دار النهضة العربية : القاهرة / 1999 ص 35 - 37

نص قانوني، متى تضمن إهداراً للأمن القانوني الذي هو حق و غاية دستورية تُمكن المحكمة من تبني الأثر المباشر تلبية لمقتضيات الضرورة أو وجود مصلحة تُرجح مبدأ الأمن القانوني، كما ننوه بضرورة النص على (حجية الحكم) بعدم الدستورية بشكل جلي لضمان احترام سلطات الدولة لها ، و عدم الخروج عليها .

كما ينبغي النص على أن (يستثنى) من الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية كافة (المراكز القانونية) التي أكتسبت سابقاً بحكم (قطعي بات) وكذلك (النص دستورياً) على تحديد الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية، وأن يكون تحديده من تاريخ صدور الحكم ما لم تقرر المحكمة غير ذلك ويكون للحكم بعدم الدستورية (أثر رجعي) في كل الأحوال متى تعلّق بنص (جنائي) ويُعد لاغياً، وأن يتم العمل بأسلوب الرقابة الدستورية (السابقة) كضمانة لفحص دستورية القوانين قبل (إصدارها) مما (يقوّي) فكرة (الأمن القانوني) ويجعلها بمنأى عن أي تهديد لاحق على صدور القانون .

* تـمـت *

(وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين)

(قائمة المراجع)

أولاً : المؤلفات العامة /

- 1- إبراهيم حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار الكتب القانونية : القاهرة، 2003 .
- 2 - أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق: القاهرة، ط 2 ، 2000 .
- 3- أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب : طرابلس، لبنان، 2002
- 3 - بشير علي الباز، أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية، دار الجامعة الجديدة : الإسكندرية، 2001 .
- 4- خليفة سالم الجهمي، رقابة دستورية القوانين في ليبيا ومصر والكويت، دراسة تحليلية، منشأة المعارف : الإسكندرية، 2018 .
- 5 - رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في البحرين، مطبعة آوال : البحرين، 2003.
- 6 - نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع : عمان الأردن، 2004 .
- 7 - رمزي الشاعر، النظرية العامة في القانون الدستوري، مطبوعات جامعة الكويت: الكويت، 1972 .
- 8- رفعت عبد سيد، مبدأ الأمن القانوني، دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري ، دار النهضة العربية: القاهرة، 2011 .
- 9- شعبان أحمد رمضان، ضوابط آثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية: القاهرة، 2000 .
- 10- صبري السنوسي ، آثار الحكم بعدم الدستورية ، دار النهضة العربية : القاهرة ، 2000 .
- 11- عبدالله ناصف، حجية وآثار أحكام الدستورية، دار النهضة العربية: القاهرة، ط /1988
- 12- عزيزة الشريف، دراسة في الرقابة على دستورية القوانين، مطبوعات جامعة الكويت: الكويت، 1995 .
- 13- محمد صلاح عبد البديع ، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر المباشر و الأثر الرجعي ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية : القاهرة ، 2000 .
- 14 - محمد حسنين عبد العال ، القانون الدستوري ، دار النهضة العربية : القاهرة ، 1992 و طبعة 1996 .
- 15 - محمد سويلم، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية، دار المطبوعات الجامعية / الإسكندرية، 2013 .

- 16- محسن خليل، النظام الدستوري في مصر، دار النهضة العربية: القاهرة. 1992.
- 17- طعمية الجرف ، القضاء الدستوري ، دراسة مقارنة في الرقابة على دستورية القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط ، 1، 1992 .
- 18- يحيى الجمل ، القانون الدستوري ، دار النهضة العربية : القاهرة ، 2008.
- 19- يسري العصار ، التصدي في القضاء الدستوري ، دار النهضة العربية : القاهرة ، 1999 .
- 20- يسري العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية: القاهرة، 1999 .

ثانياً : الدساتير و القوانين /

- 1- الإعلان الدستوري المؤقت / 2011
- 2- القانون رقم 6 لسنة 1982 و المعدل بالقانون رقم (17) لسنة 1997 بشأن المحكمة العليا
- 3- مشروع الدستور الليبي الجديد / 2017 .
- 4- أحكام المحكمة العليا الليبية (الدائرة الدستورية)
- 5- أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية .
- 6- الجريدة الرسمية الليبية

ثالثاً : الأطروحات و الرسائل الجامعية /

- 1- إبراهيم عبد القادر، الرقابة على دستورية القوانين في القانون المصري، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2007 .
- 2- عادل عمر شريف، قضاء الدستورية في مصر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق عين شمس، 1988 .
- 3- عمر عبد الله مبارك ، الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، عين شمس ، 1988 .
- 4- مها بهجت يونس ، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي و دوره في تعزيز دولة القانون ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون : جامعة بغداد العراق ، 2006.

رابعاً : الدوريات و المجلات /

- 1- عامر زغير محيسن، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ أثر الحكم بعدم الدستورية، مركز الدراسات الكوفة:العراق، العدد (8) 2010
- 2- ماهر البحيري، الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية وفلسفة التشريع في الحد من مداه ،مجلة المحكمة الدستورية العدد (2) القاهرة، 2003 .

- 3- محمد سالم كريم، دور القضاء الدستوري في تحقيق مبدأ الأمن القانوني، مجلة القادسية لعلوم القانون والعلوم السياسية، العدد (2) المجلد (8) العراق 2017 .
- 4- عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلة الملحق القضائي، المغرب، العدد (42) 28 / 03 / 2008 .
- 5- فراس ملكاوي ، التعديلات المفاجئة للقوانين إهدار لمفهوم الأمن القانوني ، شبكة المعلومات الدولية ، تاريخ الزيارة ، 2019.12.1.
- 6- يسري العصار، الحماية الدستورية للأمن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مصر، العدد (3) السنة (3) يوليو، 2003 .

خامساً :- المواقع الالكترونية :-

- 1- <http://supreme court . gov . ly>
- 2- <http // ccoort . gov . eg>
- 3- <http//www . constitutionnel net . fr> الموقع الإلكتروني لمجلس الدولة الفرنسي.
- 4- <http//droitagadir. blogspot . com> حول الأمن القانوني و القضائي.
- 5- www.alhewar.com الأمن القانوني.

نشأة المجالس التأديبية وتطورها (دراسة مقارنة)

د. مصطفى فرج ضو البرغوثي

محاضر بكلية القانون- قسم القانون العام- جامعة بني وليد

مقدمة

لقي النظام التأديبي، في الوظيفة العامة، تطبيقاً واسعاً ومهماً في الحياة العملية الوظيفية، لاسيما وأنه يطبق على فئة من الفئات الهامة داخل المجتمع ألا وهي فئة الموظفين العاملين، وبالتالي مرّت المجالس التأديبية في الوظيفة العامة بظروف وملازمات خاصة، ومما لا ريب فيه أن قوانين الوظيفة العامة قد اتجهت إلى وضع الحماية اللازمة والكفيلة لهذه الفئة الهامة داخل الدولة، وذلك في محاولة من المشرّع لزرع الثقة والطمأنينة لها، مما يساهم في حسن أدائها لعملها المناط بها، والاستفادة من هذه الكفاءات والخبرة التي يتمتع بها الموظف العام في الوظيفة العامة، وكل ذلك سيساهم، بلا شك، في سير المرافق العامة بصورة مُنظمة ومُضطرّدة وهو ما يسعى إليه المشرّع ويهدف إلى تحقيقه،

أهمية البحث: الهدف من إيقاع العقوبة على الموظف أو العامل ليس مسألة انتقامية منه، بل هي عملية قانونية هدفها الإصلاح والتوجيه والحفاظ على حُسن سير المرافق العامة بانتظام واطّراد. وبالتالي فإن توقيع العقوبات التأديبية قد يكون عن طريق السُلطة الرئاسية التابع لها الموظف أو العامل وقد يكون أمام مجالس تأديبية جاء بها المشرّع لتوقيع العقوبات التي يراها بأنها تشكل خطورة عليهم في محاولة منه لوضع ضمانات لصالح الموظف المخالف وسعيًا منه أن تصدر هذه العقوبات من مجالس تأديبية تتوافر فيها نوعًا من الخبرة والنزاهة.

إشكالية البحث: مرّت مجالس التأديب في الوظيفة العامة بعدة مراحل مُختلفة، وذلك في محاولة منها إلى تطوير هذه المجالس وتحسين درجة عملها بما يحقق الغاية من إنشائها، كما أن تشكيل هذه المجالس يختلف من مجلس لآخر وذلك حسب درجة الموظف أو العامل المحال له وحسب شدة المخالفة المترتبة والعقوبة الموقعة بشأنها وكذلك حسب طبيعة المخالفة هل هي مُخالفة إدارية أم مُخالفة مالية أم مُخالفات مُشتركة بين إدارية ومالية وهو ما سنتناوله في هذا البحث والذي سنتعرض فيه إلى كيفية تشكيل هذه المجالس و إنشائها وفقًا للقانون.

المبحث الأول : مراحل تطوّر المجالس التأديبية في ليبيا

استقرّ في ليبيا، على أنّ أساس النظام التأديبي، بوجه عام، هو التّهوض بمصالح المجتمع أي أن هدفه الأساسي ليس مُجازاة الموظفين في القطاعات العامة والمؤسسات والهيئات والشركات والمُنشآت العامة، وإنما هدفه هو ضمان حُسن سير أعمال هذه الجهات بانتظام واطّراد. كما تعتبر السلطات التأديبية السلاح القوي والفعال لردع العاملين عند حدوث تقصير من جانبهم في أداء واجبات

وظائفهم؛ ضماناً لحسن سير المرافق العامة داخل الدولة، إلا أن المشرِّع حرص على أن تكون ممارسة هذا الحق وفقاً لقواعد وأحكام مقررة. فكما أعطى المشرِّع، للسلطات التأديبية، سلطات معينة تستخدمها عند ممارسة صلاحيتها في التأديب من حيث استدعاء المتهم وسماع أقواله وسماع أقوال الشهود والإطلاع على الأوراق، وكذلك النظر في أمر صرف المرتب الموقوف، واستيفاء التحقيقات أعطى المشرِّع للعاملين حقوقاً أحاطها بسياج من الضمانات؛ حرصاً عليهم وابتغاء مصلحتهم. وتختلف السلطات التأديبية التي يجوز لها قانوناً توقيع العقوبات التأديبية على الموظف باختلاف الدرجة الوظيفية التي يشغلها من ناحية، وجسامة العقوبة المقررة للمخالفة التأديبية من ناحية أخرى، وطبيعة المخالفة التأديبية ذاتها من ناحية ثالثة⁽¹⁾.

هذا، وإذا كان النظام التأديبي، في ليبيا، يتميز بشخصية مزدوجة، فهو، من جهة نظام طائفي، في مجاله الشخصي. ومن جهة أخرى، هو نظام عقاب في ماهيته وطبيعته الجوهرية وأسلوبه، إلا أنه مظهر من مظاهر الرئاسة الإدارية، التي تفرضها طبيعة التنظيم، بل إنه نابع منها متفرع عنها، حتى ولو كانت الولاية فيه قد عُهد بها إلى هيئة أخرى متخصصة، إذ أن السلطات التأديبية الرئاسية، في جميع الأحوال، هي التي تملك حق الإحالة إلى الجهات التأديبية المتخصصة، سواء كانت داخل الجهة الإدارية نفسها أو خارجها، وبالتالي، انتهج المشرِّع الليبي في التشريعات المختلفة التي تُسيِّر شؤون العاملين في القطاعات والمؤسسات والهيئات والشركات والمنشآت العامة، أسلوب النظام التأديبي الرئاسي وأسلوب مجالس التأديب الإدارية أو المالية⁽²⁾. والمتتبع لقوانين للتوظيف العامة في ليبيا نلاحظ أنها نصت كلها على توزيع الاختصاص التأديبي بين السلطة الرئاسية، وسلطة مجالس التأديب، ولم يعرف المشرِّع الليبي حتى الآن نظام المحاكم التأديبية والمعمول بها في مصر رغم تأثر المشرِّع الليبي به. وكما هو معروف بأن المقصود بالسلطة التأديبية هي الجهة، التي منحها المشرِّع الاختصاص القانوني بإجراءات التأديب بدءاً من توجيه الاتهام واتخاذ الإجراءات التأديبية، مروراً بتحديد المخالفات التأديبية والجزاء القانوني المناسب لها عند الإدانة أو الحكم بالبراءة في الاتهام، ويتولى ممارسة هذه السلطة الهيئات والمجالس التي يحددها القانون⁽³⁾.

⁽¹⁾ د محمد عبدالله الحراري: "أصول القانون الإداري الليبي"، ط6، منشورات المكتبة الجامعة، 2010م، ص472.

⁽²⁾ أ. حسين حموده المهدي: "شرح أحكام الوظيفة العامة"، المنشأة العامة للنشر والتوزيع، طرابلس، 1986م، ص367.

⁽³⁾ أ. مفتاح أغنية محمد: "المسئولية التأديبية للموظف العام في القانون الإداري الليبي بين فاعلية الإدارة وضمائم الموظفين"، دراسة مقارنة مع القانون المصري والمغربي، مكتبة طرابلس العلمية، ط1، ليبيا، 2007، ص176.

وقد اتجه المشرع سواء في ليبيا وفي مصر بهذا الاتجاه، ونصاً على قوانين خاصة تنظم بعض الوظائف العامة، ومن أهم هذه الوظائف: وظائف القضاء والنيابة العامة، وطائفة أعضاء هيئة التدريس بالجامعات، وأعضاء هيئة الرقابة الإدارية وديوان المحاسبة. هذا وتختلف السلطات التأديبية التي يجوز لها قانوناً توقيع العقوبات التأديبية على الموظف باختلاف الدرجة الوظيفية التي يشغلها من ناحية، وجسامة العقوبة المقررة للمخالفة التأديبية من ناحية أخرى، وطبيعة المخالفة التأديبية ذاتها من ناحية ثالثة⁽¹⁾.

بدأ التشريع الوظيفي في ليبيا بالقانون رقم (2) لسنة 1951م والملاحظ على هذا القانون أنه لم يحدد، بصورة واضحة، مَنْ هي السلطة المختصة بتوقيع العقاب، حيث لم يرد في هذا القانون، سوى سلطة واحدة في المادة (59) حيث منحت الأذن لرئيس الوزراء بتوقيع عقوبات، كعقوبة توقيع الغرامة، وعقوبة وقف، أو تأجيل العلاوات، وعقوبة إنزال الموظف إلى درجة أدنى من درجته الوظيفية، وعقوبة العزل من الوظيفة العامة.

ونظم المشرع الليبي مجالس التأديب على مختلف أنواعها، ومرّ هذا التنظيم بعدة مراحل أدى إلى تطورها، حيث نص هذا القانون على نوعين من المجالس التأديبية وهما:

أ- **مجلس التأديب العام:** وجاء في المادة (50) على أنه: "1- يؤلف مجلس يسمى "مجلس التأديب العام" للنظر في جميع المسائل التي تتعلق بسير موظفي الحكومة، ويستثنى من ذلك موظفو وزارة العدل والهيئة القضائية"

"2- يؤلف مجلس التأديب العام من الأشخاص، الذين يشغلون آنذاك أصالة أو وكالة المناصب الآتية:

أ- وزير يعين من قبل رئيس الوزراء كرئيس. ب- المستشار القضائي،

ج- مدير قسم الموظفين، د- رئيسا مصلحتين يعينهما رئيس الوزراء كأعضاء.

ب- **مجلس التأديب القضائي:** الذي جاء ذكره في المادة (51) بقولها: "1- يؤلف مجلس يسمى "مجلس التأديب القضائي" للنظر في جميع الأمور التي تتعلق بسير موظفي وزارة العدل والمحاكم".

"2- يؤلف مجلس التأديب القضائي من الأشخاص الذين يشغلون المناصب الآتية:

أ- وزير العدل - رئيساً. ب- المستشار القضائي.

ج- قاضي في محكمة الاستئناف يعينه رئيس الوزراء.

(1) د محمد عبدالله الحراري: "أصول القانون الإداري الليبي"، ط6، منشورات المكتبة الجامعة، 2010م، ص472.

- قاض في المحكمة العليا الشرعية يعينه رئيس الوزراء، وتتحدد اختصاصات مجلس التأديب بنوعيه في سلطة استجواب الشهود وإرغامهم على الحضور أمامه وتحليف اليمين، وله أن يطلب تقديم الوثائق ولو بالإرغام (المادة 53)، ولا يحق لمجلس التأديب بنوعيه أن يتخذ إجراءات تأديبية بمُعاقبة الموظفين المخالفين، وإنما لا يزيد عن كونه سلطة استشارية عليا، بعد إتمام التحقيق، أن يضع تقريرًا كتابيًا يتضمن قراراته وتوصياته ويقدمه، فورًا، إلى مجلس الوزراء (المادة 58)، الذي له الحق في توقيع العقوبات التأديبية، طبقًا لأحكام المادة (59)، وذلك بعد دراسة التقرير المعد من قبل مجلس التأديب العام، والذي له الحق في أن يعيده إلى مجلس التأديب مرة أخرى، إذا رأى مجلس الوزراء من الأفضل أن يتسع نطاق التحقيق في أي وجه من الوجوه.

- أما مجلس التأديب القضائي فله أن يمارس سلطة مجلس التأديب العام، وأن يضع التقرير أمام وزير العدل الذي له ممارسة السلطات المخولة لرئيس الوزراء بما فيها توقيع العقوبات المنصوص عليها من هذا القانون في المادة (59)، وذلك إذا كان الموظف المخالف يتبع وزارة العدل المادة (54).

ثم تلا هذا القانون، القانون رقم (36) لسنة 1956م، والذي جاء في مادته (52) بتحديد السلطات الرئاسية على النحو التالي :

1- رئيس المصلحة وله صلاحية توقيع عقوبتي: الإنذار والخصم من المرتب لمدة لا تتجاوز خمسة أيام في السنة .

2. الوزير المختص وله صلاحية توقيع العقوبات، المتمثلة في الخصم من المرتب لمدة تزيد عن خمسة أيام ولا تتجاوز الخمسة عشر يومًا في السنة، وعقوبة تأجيل العلاوة لمدة ستة أشهر أو الحرمان من هذه العلاوة⁽¹⁾.

واتجه المشرع الليبي، في هذا القانون، إلى تطوير فكرة مجالس التأديب، واستحداث أنواع جديدة وحدد اختصاصاتها بشيء من التفصيل، حيث نصَّ على ثلاثة أنواع من المجالس التأديبية وهي: أ- مجلس التأديب العام على أنه :

(1) وقد حول المشرع الليبي، في هذا القانون، سلطات استثنائية لوزير العدل، وذلك عندما تقدم شكوى ضد موظف تابع لوزارة العدل، ففي، هذه الحالة، يكون لوزير العدل السلطات المخولة لرئيس الوزراء، ويعد التقرير الخاص بالتأديب من مجلس التأديب القضائي، ولوزير العدل، في هذه الحالة توقيع أحد العقوبات المشار إليها، والتي تدخل في اختصاصات مجلس الوزراء.

"1- المحاكمة التأديبية للموظفين عدا الذين يعينون بقرار من مجلس الوزراء والموظفين القانونيين بوزارة العدل، يتولاها مجلس التأديب العام، ويشكل من ذوي المناصب الآتية أو من يقوم مقامهم عند غيابهم:
 أ- رئيس إدارة التشريع والقضايا - رئيسًا.
 ب- مدير الموظفين - عضوًا.
 ج- ثلاثة من رؤساء المصالح أو كبار الموظفين يعينهم رئيس مجلس الوزراء - "أعضاء".
 "2- وإذا كان أحد أعضاء المجلس مُحالاً إلى التأديب عيّن رئيس مجلس الوزراء من يجل محله. المادة (53) من القانون المذكور .

ب- مجلس التأديب الأعلى : وهو مُستحدث في هذا القانون ويختص بالنظر :

"1- الموظفين المعينين بقرارات من مجلس الوزراء، وفقاً لنص المادة (7) من هذا القانون، والموظفين القانونيين في وزارة العدل فإنهم يحاكمون أمام هذا المجلس، ويتكون من وزير العدل رئيسًا، وعضوية النائب العام ورئيس إدارة التشريع والقضايا، ومدير الموظفين ووكيل وزارة، أو مدير عام يقوم باختياره الموظف قبل موعد المحاكمة بسبعة أيام، وإلا اختاره رئيس مجلس الوزراء".
 "2- وإذا كان الموظف المحال للتأديب تابعاً لوزارة العدل اختار رئيس الوزراء وزيراً يجل محل وزير العدل في رئاسة هذا المجلس وإذا كان المحال عضوًا في نفس المجلس اختار رئيس الوزراء عضوًا آخر يجل محله في المادة (54) من القانون المذكور.

ج- مجالس التأديب الخاصة : وتعتبر هذه النوعية من المجالس مستحدثة ولم تكن موجودة في القانون السابق، حيث جاء في المادة (55) من القانون على أنه :

"1- يجوز لرئيس مجلس الوزراء، عند الضرورة وبناء على اقتراح مجلس التأديب العام، أن تشكل بقرار منه مجالس تأديبية دائمة خاصة بجهات معينة، وذلك للنظر في المخالفات التي يرتكبها الموظفون من الدرجة الخامسة وما دونها".

"2- وتشكل هذه المجالس برئاسة موظف لا تقل درجته عن الثانية، وعضوية موظفين لا تقل درجتهم عن الرابعة ، على أن يكون الرئيس، أو أحد العضوين من ذوي المؤهلات القانونية" ويتحدد اختصاص مجالس التأديبية الخاصة بتوقيع العقوبات التأديبية المحددة والمنصوص عليها في هذا القانون.
 ثم صدر، بعد ذلك، القانون رقم (19) لسنة 1964م، والذي حدد السلطات التأديبية الرئاسية في مادته (52) على النحو التالي :

1. رئيس المصلحة أو من (يفوضه) وله إيقاع عُقوبي الإنذار والخصم من المرتب لمدة لا تتجاوز الثلاثين يوماً في السنة.

2- الوزير المختص، وله توقيع عُقوبات الإنذار أو الخصم من المرتب لمدة لا تتجاوز الستين يوماً في السنة .

والملاحظ على هذا القانون، أنه لم يغير من الأنواع الثلاثة لمجالس التأديب، التي جاء بها القانون رقم 36 لسنة 1956م. إلا اختلافاً بسيطاً في الشكل والأسماء الوظيفية فقط، أما فيما يخص مجلس التأديب الأعلى، فالمادة (54) حددته : "بأن يكون وزير العدل رئيساً والنائب العام، ورئيس إدارة الفتوى والتشريع، ورئيس إدارة الخدمة المدنية أعضاء"، ويختص المجلس بمحاكمة الموظفين المعينين بقرارات من مجلس الوزراء، ولا توقع عليهم سوى عقوبي: الإنذار، والعزل من الوظيفة، مع الحق في حفظ المعاش أو المكافأة أو الحرمان من كل أو بعض المعاش، وذلك مع مراعاة أحكام قانون التقاعد"، كما جاء في المادة (55) من هذا القانون: "وعند الضرورة، يجوز للوزير المختص أن يشكل بقرار منه مجالس تأديبية خاصة بإدارات أو مصالح أو جهات تابعة لوزارته، وتشكل برئاسة رئيس المصلحة أو نائبه، وعضوية اثنين من الموظفين شرط أن تكون درجاتهم الوظيفية أعلى من درجة الموظف المحال إلى المحاكمة التأديبية وتختص هذه المجالس التأديبية الخاصة بمحاكمة الموظفين التابعين للوزارة المختصة ممن تكون درجاتهم الوظيفية الثالثة وما دونها، ويحق لهذه المجالس الخاصة توقيع جميع العقوبات الواردة في المادة (50) من القانون رقم (19) لسنة 1964م. كما استحدث المشرع الليبي، ولأول مرة مجلساً تأديبياً يختص بمحاكمة الموظفين عن المخالفات المالية، وذلك بموجب قانون النظام المالي للدولة، والذي صدر في 1967/10/24م ويشكل هذا المجلس التأديبي للمخالفات، وذلك كما جاء في نص المادة رقم (26) من هذا القانون من الآتي : مستشار من المحكمة العليا رئيساً وعضوية كلٌّ من نائب محافظ بنك ليبيا، ووكيل ديوان المحاسبة ووكيل وزارة المالية لشئون الميزانية والحسابات ورئيس إدارة الخدمة المدنية. على أن تندب الجمعية العمومية للمحكمة العليا، كل سنتين، مستشارين، أحدهما أصلي، والآخر احتياطي وذلك لرئاسة المجلس، ولما كان المشرع الليبي يأخذ بمعيار الفئة التي ينتمي إليها الموظف فإن المجلس التأديبي للمخالفات المالية ينعقد برئاسة وزير العدل وعضوية مستشار من المحكمة العليا وأعضائه

السابقين، إذا كان الموظف المحال إلى المحاكمة التأديبية أحد موظفي الفئة الأولى⁽¹⁾، وفي حالة غياب أحد أعضاء المجلس أو قيام مانع به، يحل محله من يقوم مقامه، وذلك طبقاً لنظام الجهة التي يتبعها، وإذا كان الموظف المحال إلى المحاكمة عضواً في المجلس ذاته، اختار رئيس مجلس الوزراء عضواً آخر يحل محله، وقد نص هذا القانون وحدد قائمة بالعقوبات التأديبية، والتي يجوز توقيعها على الموظف المخالف، والملاحظ أن هذه العقوبة توقع على كافة الموظفين عدا موظفي الفئة الأولى فهؤلاء لا يجوز توقيع عقوبات بحقهم إلاَّ عُقوبي الإنذار أو العزل⁽²⁾. ثم صدر القانون رقم (55) لسنة 1976م بشأن الخدمة، ويُعتبر هذا القانون من أكثر القوانين استمراراً، حيث استمرَّ العمل به حتى سنة 2010م، كما اعتبر هذا القانون هو الأصل لجميع التشريعات الوظيفية في ليبيا، حيث كثيراً ما تحيل التشريعات إليه في كل ما يتعلق بالشؤون الوظيفية فقد وُزِعَ هذا القانون في مادته رقم (184) الاختصاص التأديبي الرئاسي متمثلة في "الوزير - وكيل وزارة - رئيس المصلحة - وبين مجالس التأديب". ففيما يتعلق بمجالس التأديب، فقد أقرَّ هذا القانون ثلاثة أنواع من مجالس التأديب وهي :

أ- **مجلس التأديب العام:** ويشكل في كل وحدة إدارية، بقرار من الوزير المختص ويختص بمحاكمة الموظفين الذين يشغلون وظائف الدرجة العاشرة فأقل عن أية مخالفات إدارية يرتكبونها، وله توقيع العقوبات المنصوص عليها في المادة رقم (1/83) من هذا القانون، ويشكل هذا المجلس بقرار من الوزير المختص، وذلك على النحو التالي: "وكيل الوزارة أو أحد موظفي الوزارة لا تقل درجتهم عن الخاصة الحادية عشر" رئيساً" وعضوية كلٌّ من أمين عام الوحدة الإدارية، والمستشار القانوني للوحدة الإدارية.

ب- **مجلس التأديب الأعلى:** ويختص بمحاكمة الموظفين الذين يشغلون وظائف الإدارة العليا عمّا يرتكبونه من مخالفات إدارية، ويجوز له توقيع العقوبات المنصوص عليها في المادة رقم (2/83) ويشكل هذا المجلس على النحو التالي: "وزير العدل رئيساً، وعضوية النائب العام، ورئيس إدارة الفتوى والتشريع، أو من يقوم مقامه، ووكيل وزارة العمل والخدمة المدنية"، وإذا كان المحال إلى المحاكمة التأديبية تابعاً لوزارة العدل اختار رئيس مجلس الوزراء وزيراً يحل محل وزير العدل في الرئاسة، وإذا كان المحال عضواً في المجلس اختار رئيس مجلس الوزراء من يحل محله من ذات الدرجة.

(1) د. نصر الدين مصباح القاضي: "النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة - دراسة مُوازنة بين القانون المصري والليبي والشريعة الإسلامية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، 1997م، ص 469 - 470 .

(2) راجع: المادة (27) الفقرتين (أ - هـ) من القانون المالي للدولة الصادر في 24 أكتوبر سنة 1967م .

ج- المجلس التأديبي للمخالفات المالية : جاء في المادة (134) من القانون المذكور على (يلغى المجلس التأديبي للمخالفات المالية المنصوص عليه في قانون النظام المالي للدولة وتحال جميع الدعاوى القائمة حالياً أمام المجلس المشار إليه إلى المجلس التأديبي للمخالفات المالية المختص وفقاً لأحكام هذا القانون)، قد نصت المادة رقم (88) من هذا القانون على أن يشكل هذا المجلس بقرار من رئيس مجلس الوزراء، وذلك على النحو التالي : "أحد رجال القضاء ممن لا تقل درجته عن مستشار بمحاكم الاستئناف يرشحه وزير العدل ويكون رئيساً، وعضوية وكيل وزارة الخزانة، ووكيل ديوان المحاسبة، وأحد أعضاء إدارة الفتوى والتشريع أو النيابة العامة لا تقل درجته عن نائب نيابة درجة ثانية يرشحه وزير العدل"، ويختص هذا المجلس بمحاكمة الموظفين أيّاً كانت درجتهم عن المخالفات المالية أو المخالفات الإدارية المرتبطة بمخالفات مالية التي يرتكبها الموظف.

ولعل أهم التطورات التي حدثت على مجالس التأديب في القانون الليبي التعديلات الجوهرية التي جاءت بها القانون رقم (6) لسنة 1992 بشأن إدارة القانون، والقانون رقم (11) لسنة 1996 بشأن إعادة تنظيم الرقابة الشعبية.

حيث جاء في القانون رقم (6) لسنة 1992م بإنشاء إدارة القانون في مادته الأولى على أن تنشأ إدارة تسمى إدارة القانون تتبع اللجنة الشعبية العامة للعدل، وتعتبر هيئات قضائية وعهدت المادة الثانية من القانون المذكور إلى هذه الإدارة بجملة من الصلاحيات من بينها النظر في دعاوى التأديب المرفوعة على موظفي الإدارة العليا في المخالفات الإدارية، ثم جاءت المادة الرابعة من القانون المذكور لتنص على تشكيل مجلس التأديب الأعلى برئاسة رئيس إدارة القانون وعضوية كلا من أحد المستشارين بدائرة القضاء الإداري وأحد رؤساء النيابة الابتدائية ويصدر بنداها قرار من اللجنة الشعبية العامة للعدل، وأحد موظفي الإدارة العليا ترشحه أمانة اللجنة الشعبية العامة، ويختص المجلس بمحاكمة موظفي الإدارة العليا عن المخالفات الإدارية، ويتحدد اختصاصه طبقاً للدرجة التي يشغلها الموظف وقت إقامة الدعوى، وإذا تعدد الموظفون المتهمون بارتكاب مخالفات أو مخالفات مرتبطة وكان من بينهم من يشغل وظائف الإدارة العليا ووظائف تقل عن تلك الدرجات اختص المجلس بمحاكمتهم جميعاً، وتسري في شأن إقامة

* صدر القانون رقم (6) لسنة 1992م بشأن انشاء إدارة القانون في 1992/6/30 م ، ونشر بالجريدة الرسمية ، العدد (23) في 1992/8/20م.

الدعوى التأديبية والمحاكمة والأحكام الواردة في قانون علاقات العمل والمعمول به حالياً، كما يختص مجلس التأديب الأعلى بالنظر في الدعاوي التأديبية التي لم يتم الفصل فيها عند نفاذ هذا القانون⁽¹⁾. أما القانون رقم (11) لسنة 1996 بشأن تنظيم الرقابة الشعبية فقد نصَّ على إعادة تشكيل المجلس التأديبي للمخالفات المالية حيث جاء في المادة (72) " يشكل بموجب أحكام هذا القانون مجلس تأديبي يسمى المجلس التأديبي للمخالفات المالية، ويختص بمحاكمة الموظفين التابعين للجهات الخاضعة لرقابة الجهاز عن المخالفات المالية التي ترتكب بالمخالفة لأحكام قانون النظام المالي للدولة واللوائح الصادرة بمقتضاه والمخالفات المالية المنصوص عليها في هذا القانون وقانون الخدمة المدنية. وغير ذلك من المخالفات المالية للقوانين واللوائح والقرارات والنظم وغيرها من التشريعات التي تنظم العمل في الجهات الخاضعة لرقابة الجهاز. ونصّت المادة (73) على أن يتشكل المجلس التأديبي للمخالفات المالية على النحو التالي:

- أحد رجال القضاء ممن لا تقل درجته عن مُستشار بمحكمة الاستئناف، ترشحه الجمعية العمومية للمحكمة رئيساً.
- أحد الموظفين الماليين باللجنة الشعبية العامة للمالية يرشحه أمين اللجنة الشعبية العامة للمالية عضواً.
- أحد أعضاء إدارة القانون باللجنة الشعبية العامة للعدل والأمن العام يرشحه أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل والأمن العام عضواً .
- أحد موظفي الهيئة العامة للقوى العاملة يرشحه أمين لجنة إدارة الهيئة عضواً.
- عضوان من أعضاء جهاز الرقابة الشعبية عضوان.

ثم صدر القانون رقم (12) لسنة 1378 و.ر -2010م بشأن علاقات العمل حيث جاء في المادة رقم (161) من الباب الرابع من هذا القانون على "تمنح للأمين المختص سلطة توقيع عقوبة اللوم، أو الإنذار، أو الخصم من المرتب لمدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً في السنة، وبما لا يجاوز عشرة أيام في المرة الواحدة، ويكون للكاتب العام أو رئيس المصلحة أو مدير الإدارة سلطة توقيع عقوبة الإنذار أو الخصم من المرتب على الموظفين، من غير شاغلي وظائف الإدارة العليا، أي الموظفين الذين يشغلون الدرجة العاشرة فأقل لمدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً في السنة وبما لا يزيد عن خمسة أيام في المرة

(1) للمزيد راجع المواد (1، 2، 6) من القانون رقم (6) بشأن إدارة القانون .

الواحدة. أمّا فيما يتعلق بمجالس التأديب، في هذا القانون، فالملاحظ أنه أبقى على المجالس التأديبية الثلاثة التي نص عليها سابقاً، وكانت على النحو التالي :

1. **مجلس التأديب العام:** ويتشكل هذا المجلس في كل وحدة إدارية بقرار من الأمين المختص وبترئاسة الكاتب العام بالقطاع أو أحد موظفيها ممن لا تقل درجتهم عن الثانية عشر وعضوية مدير الشؤون الإدارية بالوحدة والمستشار القانوني بها، ويختص بمحاكمة الموظفين الذين يشغلون وظائف من الدرجة العاشرة فأقل وذلك عن المخالفات الإدارية التي يرتكبونها دون المخالفات المالية ويكلف رئيس قسم شؤون الموظفين بأمانة سر المجلس ليتولى تحرير المحاضر وحفظها مع مستندات الدعوى وإتمام كافة الإجراءات المتعلقة بالإعلان وتحديد موعد الجلسات. وإذا أحيل أحد أعضاء المجلس المشكل أو قام مانع، اختار الأمين من يجل محله على أن يكون في ذات الدرجة. ويختص هذا المجلس بالنظر في المخالفات المالية التي يرتكبها الموظفون الشاغلون لوظائف من الدرجة العاشرة وما دونها والذين يحالون بقرار من الأمين، وإذا تعدد الموظفون المتهمون بارتكاب مخالفة أو مخالفات مرتبطة كان المجلس المختص بمحاكمة أعلاهم درجة هو المختص بمحاكمتهم جميعاً، وإذا نُسب إلى الموظف ارتكاب عدة مخالفات مرتبطة بعضها إدارية والأخرى مالية، فيختص بالمحاكمة مجلس التأديب عن المخالفات المالية. ولا يكون انعقاد مجلس التأديب صحيحاً إلا إذا حضره الرئيس وجميع الأعضاء، وتكون جلساته سرية، ويصدر القرار بالأغلبية الأعضاء، وفي حالة التساوي يرجح الجانب الذي منه رئيس المجلس. ويجب أن يشتمل قرار المجلس على الأسباب التي بني عليها ويبلغ به الموظف خلال خمسة عشر يوماً، من تاريخ صدوره ويكون قرار مجلس التأديب نهائياً، ولا يجوز الطعن فيه إلا أمام المحكمة المختصة.⁽¹⁾

2. **مجلس التأديب الأعلى:** جاء في المادة (146) من اللائحة التنفيذية رقم (595) لسنة 2010 على أن الموظفون الذين يشغلون وظائف الإدارة العليا يُحاكمون تأديبياً عن المخالفات الإدارية أمام مجلس التأديب الأعلى ويصدر قرار الإحالة بقرار من الأمين المختص. ولا يكون انعقاد مجلس التأديب الأعلى صحيحاً إلا إذا حضره الرئيس وجميع الأعضاء في المكان والزمان المحددين لانعقاد جلسة المحاكمة⁽²⁾، وبالتالي فإن النصاب القانوني المحدد لانعقاد المجلس يعتبر من النظام العام ويترتب على عدم

(1) للمزيد راجع المواد (143، 145، 147، 148، 149، 150، 151) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 12 لسنة 1378 و.ر

بشأن قانون علاقات العمل المرفقة بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم (595) لسنة 1378-2010

(2) راجع المادة (26) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (6) لسنة 1992 بشأن إنشاء إدارة القانون.

مُراعاته بطلان القرار التأديبي الصادر عنه بطلاً مُطلقاً⁽¹⁾، ففي حُكم للمحكمة العليا تقول "إن قضاء هذه المحكمة جرى على أن تشكيل لجنة المرور على إلى الأراضي الزراعية على خلاف القانون يترتب عليه انعدام القرارات الصادرة عن هذه اللجان"⁽²⁾. والبطلان يصيب القرارات التأديبية الصادرة عن المجالس التأديبية المشكلة بنصاب يزيد عن النصاب القانوني لأن تشكيل هذه المجالس يكون باطلاً لمخالفته لإجراء من الإجراءات الجوهرية الواجبة الإلتباع، ويترتب على ذلك أن القرار المطعون فيه يكون باطلاً لصدوره من مجلس تأديبي لم يشكل تشكيلاً صحيحاً⁽³⁾.

3. مجلس التأديب للمخالفات المالية: نصت المادة (56) من القانون رقم (2) لسنة 2007 بشأن تنظيم التفتيش والرقابة الشعبية على: "يشكل، بموجب أحكام هذا القانون، مجلس تأديبي يسمى "المجلس التأديبي للمخالفات المالية"، ويختص بمحاكمة الموظفين والعاملين التابعين للجهات الخاضعة لرقابة الجهاز عن المخالفات المالية التي ترتكب بالمخالفة لأحكام قانون النظام المالي للدولة، واللوائح الصادرة بمقتضاه، وغير ذلك من المخالفات المالية المنصوص عليها في التشريعات النافذة، التي تنظم العمل في الجهات الخاضعة لرقابة الجهاز"⁽⁴⁾.

- أحد رجال القضاء ممن لا تقل درجته عن مُستشار بمحكمة الاستئناف، ترشحه الجمعية العمومية للمحكمة رئيساً.

- أحد موظفي اللجنة الشعبية العامة بدرجة مدير عام يختاره أمين اللجنة الشعبية العامة عضواً.

- أحد أعضاء إدارة القانون لا تقل درجته عن مُستشار مساعد يختاره أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل عضواً.

- أحد أعضاء جهاز التفتيش والرقابة الشعبية يختاره أمين اللجنة عضواً.

واستمرَّ العمل بهذا القانون إلى أن صدر القانون رقم (20) لسنة 2013م، بإنشاء هيئة الرقابة الإدارية ونصت المادة (44) على أن يتشكل المجلس التأديبي للمخالفات المالية على النحو التالي:

(1) د محمد عبدالله الحراري: "أصول القانون الإداري الليبي"، مرجع سابق، ص 474.

(2) حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري 50/27ق، جلسة 2005/12/25، مجموعة أحكام المحكمة العليا، ص 518.

(3) حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري 30/28ق، ص 22، مجلة المحكمة العليا، ع 1، ص 26.

(4) المادة رقم (56) من القانون رقم (2) لسنة 2007م بإنشاء وتنظيم الرقابة الشعبية.

- أحد رجال القضاء ممن لا تقل درجته عن مُستشار بمحكمة الاستئناف، تختاره الجمعية العمومية للمحكمة رئيسًا.

- أحد أعضاء ديوان المحاسبة ممن لا تقل درجته عن الثالثة عشر يتم تسميته من رئيس الديوان عضوًا. -أحد أعضاء إدارة القانون يتم تسميته من قبل وزير العدل عضوًا .

- أحد موظفي وزارة العمل والتأهيل ممن لا تقل درجته عن الثالثة عشر يتم تسميته من قبل وزير العمل والتأهيل عضوًا.

- أحد موظفي وزارة المالية ممن لا تقل درجته عن الثالثة عشر يتم تسميته من قبل وزير المالية عضوًا.

- يكون للمجلس أمين سر من بين العاملين بالهيئة يختاره رئيس الهيئة.

وإذا كان المجال إلى المحاكمة التأديبية عضوًا في هذا المجلس تولت الجهة ذات العلاقة اختيار من يجل محله ويجب ألا تزيد مدة العضوية في المجلس على سنتين ويصدر بتشكيله قرار من رئيس الهيئة، ويجوز إنشاء مجالس أخرى على أن يحدد القرار دائرة اختصاص كل مجلس، وتكون المحاكمة التأديبية للمختارين من السلطة التشريعية أمام مجلس يصدر بتشكيله قرار من السلطة التشريعية. وتم الإحالة للمجلس التأديبي للمخالفات المالية من قبل مدير الإدارة المختصة بالتحقيق بعد الاعتماد من رئيس الهيئة، ويتولى عضو التحقيق مباشرة الدعوى التأديبية أمام المجلس التأديبي للمخالفات المالية. ويعقد المجلس جلساته بمقر الهيئة أو أحد فروعها، ولا يكون انعقاده صحيحًا إلا إذا حضره رئيسه وثلاثة من أعضائه على الأقل وفي حالة تساوي الآراء يرجح جانب الذي منه الرئيس، وتكون جلساته سرية ويصدر قراراته بأغلبية الأعضاء، ويجب أن يشتمل قرار المجلس على الأسباب التي بني عليها ويبلغ به الموظف خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ صدوره، ويكون قرار المجلس نهائيًا ولا يجوز الطعن فيه إلا أمام القضاء الإداري⁽¹⁾.

والملاحظ في تشكيل مختلف مجالس التأديب المشار إليها سابقًا أن المشرع الليبي قد رجع العناصر الإدارية على العناصر القضائية باستثناء مجلس التأديب الأعلى المعاد تشكيله بالقانون رقم (6) لسنة 1992 بإنشاء إدارة القانون المختص بمحاكمة موظفي الإدارة العليا عن المخالفات الإدارية دون المخالفات المالية وبالتالي فالمشرع الليبي رجع المعيار الشكلي على المعيار الموضوعي واعتبر القرارات الصادرة عن المجالس التأديبية بمثابة قرارات إدارية قابلة للطعن عليها بالإلغاء أمام دوائر القضاء الإداري

(1) للمزيد راجع المواد(44، 45، 46، 47، 48، 49) من القانون رقم (20) لسنة 2013م بإنشاء هيئة الرقابة الإدارية.

حيث جاء في المادة الثانية من القانون رقم (88) لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري على " تختص دوائر القضاء الإداري دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية: الطلبات التي يقدمها الموظفون العاملون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية... " وفي حكم للمحكمة العليا جاء فيه " المشرع الليبي قد أخذ بما استقرَّ عليه الرأي الغالب من أن المعيار الفارق بين القرار الإداري والقرار القضائي هو الجهة التي أصدرت القرار، فإذا كانت إدارية اعتبر القرار إدارياً ولا ينظر لطبيعة العمل الصادر عنها هل عمل إداري أم عمل قضائي⁽¹⁾.

كما أن القرارات التأديبية الصادرة من المجالس التأديبية والتي يجوز الطعن فيها أمام دوائر القضاء الإداري هي القرارات النهائية التي ليست بحاجة للتصديق عليها من جهة أخرى كالأمين المختص حيث جاء في حكم للمحكمة العليا على " مراد القانون بعبارة (القرار الإداري النهائي) أن يكون قراراً تنفيذياً، بمعنى أن يكون صادراً من سلطة إدارية مُختصة بإصداره. ولا يتعلق وجوده على تصديق سلطة إدارية عليا... ولما كان القراران المطعون فيهما لا يحتاج تنفيذهما إلى التصديق عليهما من سلطة أعلى، فإنهما بهذه المثابة قراران إداريان نهائيان يصلحان محلاً للطعن بالإلغاء من اللحظة التي يصيران فيها قابلين للتنفيذ، وهي لحظة صدورهما⁽²⁾.

المبحث الثاني : مراحل تطور المجالس التأديبية في مصر

من المستقر عليه أن التنظيم التشريعي في مصر قد بدأ في عام 1881م، عندما تقدم "شريف باشا"، رئيس مجلس الوزراء في ذلك الوقت، بتقرير إلى الخديوي يطلب منه تشكيل قوميون، أي لجنة تتولى وضع القوانين التي تنظم شؤون الموظفين ، وقد صدرت الأوامر العالية في 10 إبريل سنة 1883م، والذي يُعتبر بداية التنظيم التشريعي لشؤون الموظفين في مصر⁽³⁾.

ثم توالى، عقب ذلك العديد من التشريعات، التي تنظم الموظفين وشؤونهم ومنها التأديب. فوفقاً للأمر العالي الصادر في 23 مارس سنة 1901م أنشئت مجالس التأديب، بجانب سلطات تأديبية أخرى وكانت هذه المجالس تشكل من النظارات والمصالح، بناءً على قرار من ناظر الديوان، مصدقاً عليه

(1) حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري 19/1 ق، جلسة 1973/11/29، مجلة المحكمة العليا، س10، ع2، ص9.

(2) حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري 3/1 ق، جلسة 1970/3/8، مجلة المحكمة العليا، س6، ع3، ص64.

(3) المستشار/ عبد الوهاب البندري : "الاختصاص التأديبي والسلطات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وذوي الكادرات الخاصة"، دار الفكر العربي، القاهرة، (د . ت)، ص21 وما بعدها؛ د. نصر الدين السعدي خليل : "تعدد السلطات التأديبية وآثاره"، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م ص59 .

من مجلس النظار، وأصبح بكل مصلحة مجلس تأديب، ووضع هذا الأمر العقوبات التأديبية، التي تقع على الموظفين والمستخدمين⁽¹⁾، ثم صدر بعد ذلك القانون رقم (210) لسنة 1951م، بشأن موظفي الدولة، والذي يُعتبر من أهم التشريعات الوظيفية في مصر، وذلك لما يتسم به من تكامل وتناسق، وقد تم تضمينه تجارب عددٍ من الدول الأخرى في هذا المجال بما يتفق وطبيعة الظروف والأوضاع بمصر في ذلك الوقت⁽²⁾، وبموجب هذا القانون اختصت السلطات التأديبية ومجالس التأديب بمساءلة الموظفين عن المخالفات المالية والإدارية على السواء، وتطور الوضع بموجب المرسوم بقانون رقم (132) لسنة 1952م بإنشاء مجلس تأديب لمحاكمة الموظفين المسؤولين عن المخالفات المالية، وهذا المرسوم حدّد من اختصاص السلطة الرئاسية، إذ جعل الاختصاص بالتأديب عن المخالفات المالية، لمجلس تأديب خاص، وعقب أن ألغي المرسوم بقانون رقم (132) لسنة 1952م أعيد للسلطة التأديبية، سواءً الرئاسية أو مجالس التأديب، اختصاصها بالكامل سواء كانت المخالفة مالية أم إدارية، واستمر الوضع على ذلك حتى صدر القانون رقم (117) لسنة 1958م⁽³⁾ بإعادة تنظيم النيابة الإدارية، وإنشاء المحاكم التأديبية بدلاً من المجالس التأديبية، حيث نصت المادة (49) من القانون رقم (117) لسنة 1958م بإعادة

(1) د. ماجدة يوسف علي أحمد : "مدى رقابة المحكمة الإدارية العليا على المحاكم التأديبية ومجالس تأديب أعضاء هيئة التدريس بالجامعات - دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة أسيوط، 2011م، ص 58.

(2) المستشار/ نصر الدين السعدي خليل : "تعدد السلطات التأديبية..."، مرجع سابق، ص 59.

(3) راجع أيضاً: المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (117) لسنة 1958م الخاص بالنيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية، وقد جاء بما أن الهدف من هذا القانون هو تلافي العيوب التي كانت موجودة في المحاكمات التأديبية، وأهمها تعدد مجالس التأديب وسط إجراءات المحاكمة وغلبة العنصر الإداري على تشكيل هذه المجالس...، وعلى ذلك فإن المشرع==استهدف تحقيق غرضين: الأول/ توفير ضمانة واسعة للموظفين بالدولة مع هذه المحاكمات لما يمتنع به القضاء من حصانة ينعكس أثرها على هذه المحاكمات كما أن التأديب إذ ينتمي إلى أسرة قانون العقوبات فهو أدخل في الوظيفة القضائية منها في الوظيفة الإدارية، الثاني / صرف كبار موظفي الدولة إلى أعمالهم الأساسية في تصريف الشئون العامة وترك التأديب لجهة قضائية متخصصة، وبالتالي فإن المشرع لم يشأ - ربما للظروف المعاصرة لهذا القانون والتي جعلته متردداً بعض الشيء أن يجعل تشكيل هذه المحاكم قضائياً بحتاً، بل كانت هذه المحاكم تضم في تشكيلها موظفاً من ديوان المحاسبة أو موظفاً من ديوان الموظفين، بحسب ما إذا كانت الجريمة المنظورة من الجرائم المالية أو الإدارية، راجع: المستشار / عبدالله قنديل : "ضوابط الإحالة للمحاكمة التأديبية - دراسة تحليلية تطبيقية مزودة بأحكام المحكمة الإدارية العليا، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2008م، ص 9-10 ؛ ويقول الدكتور "عبد العزيز شيحا" : "أن المحاكم التأديبية أنشأت لأول مرة بمقتضى القانون رقم (117) لسنة 1958م بشأن إعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية، فبات محاكمة الموظفين عن المخالفات الإدارية والمالية من اختصاص محاكم تأديبية تشكل في كل منها من ثلاثة أعضاء، عضوين من مجلس الدولة والعضو الثالث من ديوان المحاسبة أو من ديوان الموظفين بحسب طبيعة المخالفة وما إذا كانت مالية أو إدارية؛ للمزيد راجع: د. إبراهيم عبدالعزيز شيحا، القضاء الإداري مبدأ المشروعية، تنظيم القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006م، ص 245.

تنظيم النيابة الإدارية، وإنشاء المحاكم التأديبية بأن يُلغى القانون رقم (480) لسنة 1954م الخاص بإنشاء النيابة الإدارية ويُلغى كل حكم يخالف الأحكام المتقدمة، وبمقتضاه أصبحت جميع الدعاوي التأديبية المنظورة أمام مجلس التأديب من اختصاص المحاكم التأديبية، وأحيلت بحالتها إلى المحكمة التأديبية المختصة، وذلك تنفيذًا لما نصت عليه المادة (47) بأن جميع الدعاوي المنظورة أمام مجالس التأديب، والتي أصبحت بمقتضى أحكام هذا القانون من اختصاص المحاكم التأديبية، تحال بالحالة التي عليها إلى المحكمة التأديبية المختصة ويخطر ذو الشأن بقرار الإحالة ويظل مجلس التأديب العالي مختصًا بالفصل في القضايا التي استأنفت أمامه قبل العمل بهذا القانون⁽¹⁾. والقانون رقم (117) لسنة 1958م لم ينتقص من اختصاصات السلطة الرئاسية⁽²⁾ والتي جاء بها القانون رقم (210) لسنة 1951م وعهد إليها بمهام الرقابة وفحص الشكاوي والتحقيق وعلى ذلك فإن القانون رقم (117) لسنة 1958م لم يبلغ مجالس التأديب، فأحكامه لا تسري على الموظفين الذين تنظم شؤونهم والتحقيق معهم، وتأديبهم قوانين خاصة وبقيت هيئات أو مجالس التأديب الخاصة بتلك الطوائف، ومنها مجالس التأديب الخاصة برجال القضاء والنيابة العامة وأعضاء مجلس الدولة وأفراد هيئة الشرطة وأعضاء السلك الدبلوماسي وأعضاء هيئة الرقابة الإدارية، وأعضاء هيئة التدريس بالجامعات، فهؤلاء، وبالنظر إلى حساسية الوظائف التي يشغلونها وما قد يرتبط بذلك من أهمية المحافظة على الأمور الداخلية لهذه الوظائف، والتي قد تعد، بشأن بعض منها، في حكم الأسرار، التي لا يجوز تداولها لدى الغير من خارج هذه الجهات. ومن أجل ذلك، جاء في نص المادة (46) من القانون رقم (117) لسنة 1958م بشأن إعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاکم الإدارية "على أنه لا تسري أحكام هذا القانون على الموظفين الذين ينظم التحقيق معهم وتأديبهم قوانين خاصة". والجدير بالذكر، أن هذا النص الأخير يسري على طوائف العاملين الذين ينظم شؤونهم - بما فيها التحقيق والتأديب - قوانين خاصة في الوقت الحالي، كما هو الحال بشأن أفراد الهيئات السابقة، أو كان ذلك في المستقبل، فإذا استحدثت هيئة أو جهة إدارية نظم قانونها كيفية محاسبة العاملين بها من حيث التحقيق والتأديب، كان هذا القانون هو الواجب الإعمال على نحو يؤدي إلى انحسار اختصاص النيابة الإدارية والمحاکم التأديبية في هذا الشأن مع ملاحظة أن تكون الأداة القانونية، التي تنظم شؤون مثل هذه الطوائف وتخرجهم من اختصاص النيابة الإدارية والمحاکم التأديبية لا تقل عن التشريع العادي،

(1) د. ماجدة يوسف: "مدى رقابة المحكمة الإدارية..."، مرجع سابق، ص 58-59.

(2) المستشار / عبد الوهاب البنداري: "الاختصاص التأديبي..."، مرجع سابق، ص 93.

أي القانون الصادر من السلطة التشريعية باعتبار أن الاختصاص كان معقوداً لكل من النيابة الإدارية والمحاكم التأديبية، بموجب قانون، ولا يمكن لأداة قانونية أدنى من هذا القانون أن يترتب عليها هذا الأثر الناقل للاختصاص⁽¹⁾.

وفي هذا الشأن، قضت المحكمة الإدارية العليا على أنه: " إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الولاية العامة لتأديب العاملين المدنيين بالجهاز الإداري للدولة في وزارات الحكومة ومصالحها ووحدات الحكم المحلي والعاملين بالهيئات العامة، هذه الولاية معقودة للمحاكم التأديبية بمجلس التأديب ومن ثم لا يجوز نقل هذا الاختصاص، في التأديب، لأي جهة أخرى ما لم ينص، على ذلك صراحةً، قانون يقضي بالخروج على هذا الأصل، أي بموجب أداة تشريعية توازي الأداة التشريعية التي قصرت حق مباشرة ولاية التأديب على المحاكم التأديبية بمجلس الدولة⁽²⁾.

وعلى ذلك، فإن مجالس التأديب مرت بمراحل متعددة، وتتابع خلال التشريعات المتتالية بشأن نظام موظفي الدولة، فأنشئت بالقانون رقم (210) لسنة 1951م الذي عالج كثيراً من شؤون التوظيف إلا أنه ترك كثيراً من المسائل محكومة بقرارات، يرجع تاريخها إلى زمن بعيد، ثم صدر المرسوم بقانون (132) لسنة 1952م، بإنشاء مجلس تأديبي لمحاكمة الموظفين عن المخالفات المالية، ثم القانون رقم (480) لسنة 1954م بإنشاء النيابة الإدارية⁽³⁾، ثم القانون رقم (117) لسنة 1958م وبموجبه استبدل المشرع نظام المجالس التأديبية بنظام المحاكم التأديبية بالنسبة للعاملين الخاضعين للقانون رقم (210) لسنة 1951م، حيث ورد بالمذكرة للقانون رقم (117) لسنة 1958م أن مجالس التأديب تعددت في ظل القانون رقم (210) لسنة 1951م على النحو التالي :

(1) المستشار / عبد الله قنديل: "ضوابط الإحالة للمحاكمة التأديبية..."، مرجع سابق، ص 33 - 34.

(2) حكم المحكمة الإدارية في الطعن رقم 7223 لسنة 47 ق عليا، مجموعة أحكام الإدارية العليا، 2004/2002، الجزء الثالث - الأحكام الخاصة بالتأديب، إعداد المكتب الفني بهيئة قضايا الدولة، ص 42.

(3) ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون (117) لسنة 1958م، ص 17، أن القانون رقم (480) لسنة 1954م سار على سياسة الحذر ولم يخول النيابة الإدارية الاختصاصات اللازمة لأداء المهمة الخطيرة على عاتقها وقد أثبتت التجربة نجاح النظام الجديد، وما يمكن أن يسفر عنه نشاطه في القضاء على عيوب الجهاز الحكومي، ولهذا فقد رأت الحكومة أن تعيد النظر في القانون رقم (480) لسنة 1954م، ونصت المادة (49) من القانون رقم 1958/117م على أن: "يلغى العمل بالقانون رقم 1958 / 480م بإنشاء النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية، ويلغى كل حكم يخالف الأحكام المتقدمة".

- مجلس التأديب الأعلى: ويختص بمحاكمة الموظفين من درجة وكيل وزارة مساعد فما فوق .
- مجلس التأديب العالي: ويختص بمحاكمة الموظفين من الدرجة الثانية حتى درجة مدير عام .
- مجلس التأديب العادي: ويختص بمحاكمة الموظفين حتى الدرجة الثالثة .

ثم صدر القانون رقم (47) لسنة 1972م بشأن مجلس الدولة، والذي أدمج المحاكم التأديبية ضمن القسم القضائي بمجلس الدولة، فأنشأ محكمتين تأديبيتين : إحداهما للعاملين من مستوى الإدارة العليا ومقرها القاهرة والإسكندرية، وتشكل من دائرة أو أكثر كل منها من ثلاثة مستشارين، والثانية للعاملين من المستوى الأول والثاني، والثالث ومقرها القاهرة والإسكندرية ويجوز لرئيس مجلس الدولة، بقرار منه إنشاء محاكم تأديبية أخرى بالمحافظات. والواقع أن اختصاص المحكمة التأديبية أحدهما رقابي، والأخر عقابي، أمّا عن الاختصاص العقابي فلها توقيع الجزاءات في الدعاوي التأديبية التي تحركها النيابة الإدارية المختصة⁽¹⁾، فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا بالقول : "على السلطة الرئاسية تنقيد بالجزاءات الواردة بلائحة الجزاءات، بينما لا تنقيد المحكمة التأديبية "مجالس التأديب" بالجزاءات الواردة في لوائح الجهات الإدارية - للمحكمة التأديبية أن تختار الجزاء المناسب من بين الجزاءات التأديبية المنصوص عليها في المادة (84) من القانون رقم (47) لسنة 1978م بشأن نظام العاملين المدنيين بالدولة"⁽²⁾، وأما الاختصاص الرقابي فينصرف إلى مراقبة الجزاءات التي توقعها السلطات التأديبية الأخرى طبقاً للقانون، وأن أي إجراءات أخرى كالنقل والندب بحجة أنها عقوبات تأديبية فلا تختص بها طبقاً لما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا للمحاكم التأديبية وأصبحت مشكلة تشكياً قضائياً بمقتضى هذا القانون⁽³⁾.

وتختص المحاكم التأديبية بنظر الدعاوي التأديبية عن المخالفات الإدارية والمالية التي تقع من العاملين المدنيين بالجهاز الإداري للدولة في وزارات الحكومة ومصالحها، ووحدات الحكم المحلي، والعاملين بالهيئات والمؤسسات العامة، وما يتبعها من وحدات، والعاملين بالشركات التي تضمن لها الحكومة حدًا أدنى من الأرباح وكذلك تختص بمحاكمة أعضاء مجالس إدارة التشكيلات النقابية، المشكلة

(1) د. محمد عبد العزيز عثمان: "الجريمة التأديبية ودور هيئة الرقابة الإدارية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة بني سويف، 2009م، ص 213-212.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1474 لسنة 46 ق، عليا، جلسة 2002/2/10م، مجلة المحاماة، العدد الثالث، 2003م، ص 378.

(3) المستشار / عبد الله قنديل : "ضوابط الإحالة للمحاكم التأديبية..."، مرجع سابق، ص 10.

طبقاً لقانون العمل وكذلك العاملين بالجمعيات والهيئات الخاصة التي يصدر بتحديدتها قرار من رئيس الجمهورية⁽¹⁾. كما تختص هذه المحاكم يشمل الدعاوي التأديبية التي تقام من الجهات الإدارية وشركات القطاع العام ضد العاملين بها فقد جاء في حُكم للمحكمة الدستورية المصرية على "... واختصاص المحاكم التأديبية بالفصل في الطعون، في الجزاءات التأديبية الموقعة على العاملين بشركات القطاع العام لا يقتصر على طلب إلغاء الجزاء المطعون فيه، وإنما يمتد إلى طلب التعويض عن الأضرار المترتبة عليه، إذ يستند كلا الطلبين إلى أساس واحد، هو عدم مشروعية القرار المطعون فيه"⁽²⁾. وفي حُكم للمحكمة الإدارية العليا نص على "... واختصاص المحاكم التأديبية بهذه الطلبات قائم على أساس أن من يملك الأصل يملك الفرع، وأنها أقدر الجهات على الفصل فيها"⁽³⁾. ويخرج عن الاختصاص القضائي للمحاكم التأديبية العاملون بالقطاع الخاص، الخاضعون لأحكام قانون العمل عدا أعضاء مجالس إدارة التشكيلات النقابية، وأعضاء مجالس الإدارة المنتخبين في شركات العام والخاص والشركات التابعة، ويخرج كذلك خبرة وزارة العدل والعاملون بينك التعمير والإسكان والعاملون المدنيون الذين ينظم إجراءات تأديبهم قوانين خاصة مثلاً للعاملين المدنيين بالمحاكم والعاملين بالهيئة القومية لسكك الحديد وأعضاء السلكين الدبلوماسي والقنصلي والعاملين المدنيين بالجهاز المركزي للحاسبات، كما أبقى هذا القانون على نظام مجالس التأديب بالنسبة للعاملين بالجامعات من أعضاء فنيين وإداريين، حيث احتفظ لهم بنظامهم التأديبي الذي ورد عليه النص في القانون رقم (21) لسنة 1933م، ثم القانون رقم (345) لسنة 1956م والقانون رقم (184) لسنة 1958م، وأخيراً القانون الحالي بشأن تنظيم الجامعات المصري رقم (49) لسنة 1972م⁽⁴⁾.

والنيابة الإدارية هي المختصة بإصدار قرار الإحالة إلى المحكمة التأديبية المختصة، مع إخطار الجهة التي يتبعها العامل بالإحالة⁽⁵⁾، وتستنفذ المحكمة التأديبية ولايتها بصدور الحُكم فلا تستطيع أن تعيد النظر في حكمها سواء لدواعي الملازمة أو لعدم المشروعية، وتصدق ذات القاعدة بالنسبة للقرارات التي تصدر عن مجالس التأديب، ولكن يجوز لها استثناء الرجوع في حالتين هما تصحيح الأخطاء المادية

(1) المادة (15) من القانون رقم (47) لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة المصري .

(2) حُكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم 1/10 ق، جلسة 1980/2/16.

(3) حُكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 25/1319 ق، جلسة 1984/2/14.

(4) للمزيد راجع د. ثروت عبد العال أحمد : "إجراءات المساءلة التأديبية وضماناتها لأعضاء هيئة التدريس بالجامعات"، دار النشر والتوزيع بجامعة أسيوط، 1995م، ص 216 .

(5) المادة رقم (34) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 م .

سواء أكانت كتابية أم حسابية وحالة تفسير ما غمض في قضائها⁽¹⁾. ويجوز الطعن في أحكام المحاكم التأديبية أمام المحكمة الإدارية العليا في المواعيد المقررة قانوناً، ويتم الطعن في أحكام المحاكم التأديبية بطريقتين أولهما: الطعن بالطريق العادي، ويتم ذلك أمام المحكمة الإدارية العليا،⁽²⁾ وثانيهما: الطعن بالطريق غير العادي ويتم ذلك أمام المحكمة التأديبية ذاتها، التي أصدرت الحكم التأديبي المطعون فيه، بطريق التماس إعادة النظر⁽³⁾.

أما فيما يتعلق بالقرارات الصادرة عن مجالس التأديب، فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا على " ومن حيث أن مقطع النزاع في هذا الطعن هو تحديد اختصاص المحكمة الإدارية العليا بنظر الطعن في قرارات مجالس التأديب، التي لا تخضع للتصديق من جهات إدارية... كما أن القرارات التي تصدرها مجالس التأديب، التي لم يخضعها القانون للتصديق من جهات إدارية عليا، هي قرارات نهائية، لا تسري عليها الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية، فلا يجوز التظلم منها أو سحبها أو تعقيب جهة الإدارة عليها، بل تستنفذ تلك المجالس ولايتها بإصدار قراراتها ويمتنع عليها سحبها أو الرجوع فيها أو تعديلها، كما ينغلق ذلك على الجهات الإدارية، وبذلك فإن قرارات مجالس التأديب، أقرب في طبيعتها إلى الأحكام التأديبية، منها إلى القرارات الإدارية، فلا يجوز وصفها بأنها قرارات نهائية لسلطات التأديبية... وتأسيساً على كل ما سلف فإنه يجري على قرارات هذه المجالس، بالنسبة إلى الطعن فيها، ما يجري على الأحكام الصادرة من المحاكم التأديبية، أي يطعن فيها مباشرة أمام المحكمة الإدارية العليا..."⁽⁴⁾.

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع نشأة مجالس التأديب في الوظيفة العامة ونظراً لأهمية التأديب بالنسبة للإدارة باعتباره وسيلة تضمن مُعاقبة المخالف لواجباته الوظيفية إلا أنه في مُقابل ذلك يشكّل خطراً على الموظف وحياته الوظيفية لكونه قد يتعرّض الموظف لعقوبات تمس مزاياه المالية وقد ترقى هذه العقوبات إلى حد العزل من الوظيفة وبالتالي ونظراً لأهمية التأديب نص المشرّع على إنشاء مجالس تأديبية هدفها

(1) د. عبدالرؤوف عبد المتولي: "اختصاص المحاكم التأديبية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م، ص 420.

(2) للمزيد راجع المادة رقم (23) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 م.

(3) للمزيد راجع المادة رقم (51) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 م.

(4) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 28/29 ق، جلسة 15/12/1985 م.

توقيع الجزاءات على الموظف والتي رأى المشرع بأنها هامة ومؤثرة على الموظف وبالتالي لا يجوز توقيع هذه العقوبات إلا عن طريق المجلس المختص. وعليه يمكن استخلاص الآتي:

1- مرّت المجالس التأديبية في ليبيا بمراحل عدّة ابتداءً من أول قانون رقم (2) لسنة 1951م، وحتى القانون رقم (12) لسنة 2010م بشأن علاقات العمل وهو المعمول به إلى وقتنا الحالي حاول فيها المشرع في ليبيا إلى الاهتمام بها وتطويرها من أجل توفير الضمانات اللازم توافرها للمُحالين إليها كما تعددت هذه المجالس واختلفت تسمياتها ووظائفها وذلك لتداخل وتنوع القوانين التي تنظمها من قوانين الوظيفة العامة إلى قانون إدارة القانون وقوانين الرقابة الإدارية.

2- إصرار المشرع الليبي على النظام شبه القضائي وذلك باعتماده على (المجالس التأديبية) باعتبارها هيئات إدارية ذات اختصاص قضائي وعدم انتقاله إلى النظام القضائي الكامل (المحاكم التأديبية) كما فعل المشرع المصري رغم تأثره به وأخذ له معظم نصوصه منه.

* التوصيات انطلاقاً من مبدأ توفير الضمانات أمام المحاكمة التأديبية وأولى هذه الضمانات هو شعور الموظفين المحالين إلى المحاكمة التأديبية بالاطمئنان بأنهم أمام جهات قضائية خالصة ستبت في مخالفتهم بالوجه المطلوب نأمل من المشرع الليبي إلى الأخذ بالنظام القضائي الكامل وذلك بإنشاء المحاكم التأديبية مع الإبقاء على المجالس التأديبية لبعض الفئات الهامة داخل الدولة نظراً لأهميتها وحساسية الوظائف التي يشغلونها مثل القضاء والنيابة العامة وطائفة أعضاء هيئة التدريس وطائفة أعضاء الرقابة الإدارية وديوان المحاسبة.

قائمة المراجع

أولاً الكتب:

- 1- د. إبراهيم عبدالعزيز شيجا: "القضاء الإداري مبدأ المشروعية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006م.
- 2- د. ثروت عبد العال أحمد: "إجراءات المساءلة التأديبية وضماناتها لأعضاء هيئة التدريس بالجامعات"، دار النشر والتوزيع بجامعة أسيوط، 1995م.
- 3- أ.حسين حموده المهدي: "شرح أحكام الوظيفة العامة"، المنشأة العامة للنشر والتوزيع، طرابلس، 1986م.

- 4- المستشار / عبد الله قنديل : "ضوابط الإحالة للمحاكمة التأديبية - دراسة تحليلية تطبيقية مزودة بأحكام المحكمة الإدارية العليا ، دار النهضة العربية ، ط1 ، القاهرة ، 2008م.
- 5- د. عبدالرؤوف عيد المتولي: "اختصاص المحاكم التأديبية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م.
- 6- المستشار/ عبد الوهاب البنداري : "الاختصاص التأديبي والسلطات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وذوي الكادرات الخاصة"، دار الفكر العربي، القاهرة، (د . ت).
- 7- د محمد عبدالله الحراري: "أصول القانون الإداري الليبي"، ط6، منشورات المكتبة الجامعة، الزاوية، ليبيا، 2010م.
- 8- د. نصرالدين السعدي خليل : "تعدد السلطات التأديبية وآثاره" ، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م.
- ثانيًا الرسائل الجامعية:
- 1-
- 2- د. ماجدة يوسف علي أحمد : "مدى رقابة المحكمة الإدارية العليا على المحاكم التأديبية ومجالس تأديب أعضاء هيئة التدريس بالجامعات - دراسة مقارنة" ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق - جامعة أسيوط، 2011م.
- 4- د. محمد عبدالعزيز عثمان: "الجريمة التأديبية ودور هيئة الرقابة الإدارية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة بني سويف، 2009م.
- 5- أ. مفتاح أغنية محمد: "المسئولية التأديبية للموظف العام في القانون الإداري الليبي بين فاعلية الإدارة وضمانات الموظفين"، رسالة ماجستير، دراسة مقارنة مع القانون المصري والمغربي، مكتبة طرابلس العالمية، ط1، ليبيا، 2007،
- 6- د. نصر الدين مصباح القاضي : "النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة - دراسة موازنة بين القانون المصري والليبي والشريعة الإسلامية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، 1997م.

نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ العقد الإداري
د.مصباح عمر التائب
محاضر بكلية القانون-قسم القانون- جامعة بني وليد

مُتَكَلِّمًا

إنَّ من طبيعة العقود الإدارية أنَّها تحقق قدر الإمكان توازنًا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها ، فإذا تترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة في أعبائه المالية فإنَّه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء بل يكون له في المقابل أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد، كما أنَّه إذا كان للإدارة الحق في تعديل العقد، فإنَّه يفترض أن يقابل هذه السلطة حق آخر للمتعاقد وهو أن جهة الإدارة ستقوم بتعويضه عمَّا يلحقه من ضرر نتيجة ممارستها لسلطة التعديل.

وحيث إنَّ العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها الإدارة والفوائد التي يجنيها المتعاقدون مع الإدارة ، فإذا قامت الإدارة بإجراء تعديل أو تغيير في هذه الالتزامات ، فإنَّ الفائدة تتغير تبعًا لذلك حتى يظل التوازن المالي للعقد قائمًا ، ومن حق المتعاقد مع الإدارة إذا اختلف التوازن المالي للعقد أن يطالب بالتعويض لإعادته إلى حالته الأولى ، وقد ظهرت نظريات قضائية للتعامل مع مستجدات الأمور وإعادة التوازن المالي للعقد إذا طرأ عليه اختلال حتى لا يتضرر المتعاقد مع الإدارة بدون وجه حق ، واحترامًا لمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطِّراد، وهذه النظريات تواجه مختلف أنواع المخاطر التي يمكن أن تحدث ومن شأنها المساس بالمتعاقد مع الإدارة الذي قد يلحقه ضرر بليغ بسببها ، ومن هذه المخاطر ما قد تكون اقتصادية وتعامل معها بتطبيق نظرية الظروف الطارئة وهو موضوع بحثنا.

أهمية البحث:

تتميز العقود الإدارية بأهمية كبرى في القانون الإداري سواءً من حيث طبيعتها أو من ناحية آثارها ، بحيث نجد هذه الآثار تترتب حقوقًا والتزامات على طرفي العقد ، وتمتع الإدارة بسلطات واسعة عند تنفيذ العقد الإداري في مواجهة المتعاقد معها ، وهذه السلطات تستمد من نصوص العقد أو من القواعد العامة التي تسري على كل عقد ، فعندما يتعاقد المتعاقد مع الإدارة يضع في حساباته ما سيتكلفه وما سيعود عليه من ربح متَّخذًا من الأسعار والظروف الاقتصادية السائدة وقت التعاقد أساسًا لتقديراته ، فإذا ما وقع وأنَّ تعيَّرت هذه الأسعار والظروف الاقتصادية نتيجة عمل إداري أو سيادي أو بفعل ظروف طبيعية أو غير ذلك يترتب عليه تغيير حسابات المتعاقد مع الإدارة وتعرضه لخسائر قد تكون فادحة ، ففي هذه الحالة على المتعاقد أن يطلب من الإدارة تعديل شروط العقد المالية ، تحقيقًا لقواعد العدالة وليعود التوازن المالي للعقد حتى يتمكن المتعاقد مع الإدارة من الاستمرار في تنفيذ العقد.

الهدف من البحث:

إنَّ نظرية الظروف الطارئة من النظريات المسلم بها في مجال القانون العام ومن أكثرها تطبيقاً في مجال التوازن المالي للعقد، حيث أصبح العمل بها ضرورياً لضمان حقوق والتزامات طرفي العقد ، ومن أهداف البحث تحديد النظام القانوني الذي يحكم تطبيق نظرية الظروف الطارئة ومعرفة الآثار القانونية التي تترتب على تطبيقها، وإبراز دور نظرية الظروف الطارئة في إعادة التوازن المالي للعقد.

تساؤلات البحث:

إنَّ جهة الإدارة عندما تريد التعاقد تضع شروطاً و غالباً ما يتم تحريرها مسبقاً، و تنفرد جهة الإدارة بوضعها و ليس لمن يريد التعاقد معها إلا أن يقبلها أو يرفضها، فإذا ما قبل المتعاقد هذه الشروط فإنه ملزم بتنفيذ ما تم التعاقد عليه، ولكن إذا حدثت ظروف طارئة استثنائية لم تكن في الحسبان هل تظل الإدارة تملك سلطة الإجبار على التنفيذ، والمتعاقد هل يكون ملزماً بالتنفيذ رغم ما حدث من ظروف جديدة قد تجعل التنفيذ مرهقاً ومكلفاً بشكل لا يمكن للمتعاقد تحمله؟
ما المقصود بنظرية الظروف الطارئة وما هي طبيعتها ومتى تبدأ ومتى تنتهي؟
ما هو أساس نظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها والآثار والقيود المترتبة على تطبيقها؟
هل تعتبر جائحة فيروس كورونا مؤثرة على تنفيذ العقد بالنسبة للمتعاقد مع جهة الإدارة من خلال تأثيرها على اقتصاد الدول؟

ما مدى مشروعية تضمين العقد الإداري على مخالفة نظريات إعادة التوازن المالي للعقد؟

منهج البحث:

لتحقيق غايات البحث كان المنهج المتبع في هذه الدراسة هو المنهج التحليلي المقارن، إذ تعتمد الدراسة على تحليل النصوص القانونية الخاصة بالموضوع سواء في القانون الفرنسي أو الليبي أو المصري، وعرض الآراء الفقهية وموقف القضاء منها من خلال أحكام المحاكم.

خطة البحث:

تعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظريات القضائية التي أرسى مجلس الدولة الفرنسي دعائمها، و أخذ بها القضاء الإداري المصري، وفي ليبيا أشارت إليها لائحة العقود الإدارية رقم 563 لسنة 2007م. وسوف نقوم بتقسيم هذا البحث إلى :

المبحث الأول: ماهية نظرية الظروف الطارئة ومجال تطبيقها

المطلب الأول: مفهوم النظرية ونشأتها وتطورها

المطلب الثاني: شروط تطبيق النظرية ومجالها

المبحث الثاني: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن النظريات الأخرى و الآثار القانونية المترتبة عليها

المطلب الأول: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن النظريات الأخرى

المطلب الثاني: الآثار والقيود الواردة على تطبيق النظرية

المبحث الأول: ماهية الظروف الطارئة ومجال تطبيقها

تحتل العقود الإدارية أهمية بالغة في تسيير المرافق العامة في الدولة سواء في العلاقة الناشئة عن عقود الإدارة مع الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة أو في العلاقة التعاقدية بين الهيئات العامة فيما بينها⁽¹⁾. والأصل في الفكرة التقليدية للعقود المدنية أن العقد شريعة المتعاقدين، وأنه لا يعفى المتعاقد من تنفيذ التزاماته إلا في حالة القوة القاهرة وهي الحادث الذي لا يمكن توقعه وقت التعاقد ولا يمكن دفعه أو تداركه ولا يكون راجعاً لفعل أي من المتعاقدين، ويترتب عليه أن تنفيذ الالتزام يصبح مستحيلًا استحالة مطلقة نتيجة القوة القاهرة .

وفي حالة إذا كان الحادث غير المتوقع والذي لا يمكن دفعه أو تداركه لا يترتب عليه استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته استحالة مطلقة، وإنما يترتب عليه أن يصبح تنفيذ العقد متعذراً ومرهقاً للمتعاقد بدرجة كبيرة⁽²⁾، وهذا ما يعرف بالظروف الطارئة التي ابتدعها الفقه والقضاء الإداري في فرنسا وهذا ما سنقوم بتوضيحه في هذا المبحث.

المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة ونشأتها وتطورها

يقصد بنظرية الظروف الطارئة أنه إذا استحدثت أثناء تنفيذ العقد أمور خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة ولم تكن متوقعة عند التعاقد، فترتب عليها أن أصبح تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد مع الإدارة، فإن الإدارة تلتزم إما بتعويضه جزئياً وبصفة مؤقتة، وإما بتعديل شروط العقد للتقليل من أثر هذه الظروف بما يسمح للمتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد دون إرهاب⁽³⁾، وسوف نوضح تعريف الظروف الطارئة ونشأتها في هذا المطلب.

(1) د. مازن ليلو راضي "العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن"، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003م، ص1، و د. محفوظ علي تواتي: "فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون"، بحث منشور بمجلة الجامعة الأسمرية، العدد 23، السنة الحادية عشر، ليبيا، ص331.

(2) د. محمد رفعت عبد الوهاب: "النظرية العامة للقانون الإداري"، منشورات دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012م، ص611.

(3) د. ماجد راغب الحلوي: "العقود الإدارية"، منشورات دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015م، ص223.

الفرع الأول: تعريف الظروف الطارئة

وردت عدّة تعريفات لحالة الظروف الطارئة ومن هذه التعريفات أنّها نظام استثنائي محدد في الزمان والمكان لمواجهة ظروف طارئة وغير عادية تهدد البلاد أو جزءاً منها وذلك بتدابير مستعجلة وطرق غير عادية في شروط محددة ولحين زوال التهديد⁽¹⁾.

والظروف الطارئة هي ظروف استثنائية لم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل التنفيذ أكثر إرهاباً للمتعاقد، بما يترتب عليها من خسائر تجاوز في حدتها الخسارة العادية المألوفة في التعامل⁽²⁾. وقضت المحكمة العليا في عدة مناسبات على أنّه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أنّ طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنّها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل أثقل عبئاً أو أكثر كلفة لما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد، أي خسارة استثنائية وغير عادية جاز للقاضي تبعاً للظروف بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولا يجوز للطرفين الاتفاق على ما يخالف ذلك باعتبار أنّ نظرية الظروف الطارئة من الأمور المتعلقة بالنظام العام (...)).⁽³⁾ وأشارت المادة 105 من لائحة العقود الإدارية في ليبيا على أنّه "إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لا يمكن دفعها ولم يكن في الوسع توقعها، وكان من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً يهدد المتعاقد بخسارة فادحة دون أن يصبح مستحيلاً، كان للمتعاقد الحق في تعويض يرد التوازن المالي للعقد إلى الحد المعقول، فإذا استمر قيام هذه الظروف ولم يعد يُرجى زوالها جاز إنهاء العقد بناءً على طلبه⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: نشأة وتطور نظرية الظروف الطارئة

تعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظريات القضائية التي أرسى مجلس الدولة الفرنسي قواعدها، وقد بدأ تطبيق هذه النظرية في قضية غاز بورديو الشهيرة عام 1916م، فعندما أدت ظروف الحرب العالمية الأولى إلى ارتفاع أسعار الفحم الذي يستخرج منه الغاز ارتفاعاً كبيراً، بحيث أصبح تنفيذ عقد الالتزام مرهقاً للشركة لدرجة لم تكن في الحسبان، وقضى مجلس الدولة بالزام الإدارة بدفع تعويض مناسب للشركة⁽⁵⁾.

(1) د. مازن ليلو راضي: "الوجيز في القانون الإداري"، (د. ن)، 2016م، ص2.

(2) د. علي محمد عبد المولى: "القانون الإداري - العقود الإدارية"، منشورات مؤسسة الطوبجي للطباعة والنشر، القاهرة، الجزء الأول، 2014م، ص 189.

(3) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 31 لسنة 24 ق، جلسة 9. 1980.1م، مجلة المحكمة العليا، العدد الثالث، منشور بمنظومة الباحث لمبادئ المحكمة العليا الليبية، الإصدار الأول.

(4) المادة 105 من قرار اللجنة الشعبية العامة سابقاً رقم 563 لسنة 2007م، بإصدار لائحة العقود الإدارية في ليبيا، منشور بمدونة الإجراءات، العدد 9، السنة السادسة 2007م.

(5) د. ماجد راغب الحلو: "العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص 223.

وظهرت نظرية الظروف الطارئة⁽¹⁾ بشكل غير واضح في عدة أحكام سابقة لمجلس الدولة الفرنسي في عقود الأشغال العامة، فنجد أن مجلس الدولة الفرنسي يقضي مثلاً في عام 1905م بأنه إذا اعترض أحد المقاولين الذين تعاقدوا مع الإدارة على القيام ببعض الأشغال العامة عند تنفيذ العقد صعوبات استثنائية لم تدخل في حساب الطرفين، فهذه الحوادث الطارئة التي فوجئ بها المتعاقد تسمح له بمطالبة الإدارة بأن تقف إلى جانبه وتقدم له المساعدة حتى يستطيع أن يتغلب على هذه الضائقة التي ألمت به من جراء هذه الحوادث⁽²⁾.

وأول تطبيق حقيقي للنظرية أخذ به مجلس الدولة الفرنسي بنظرية الظروف الطارئة بشكل واضح بتاريخ 1916/3/30م في قضية غاز بوردو⁽³⁾، ولا زالت دعوى غاز بوردو إلى الوقت الحاضر تحتفظ بقيمتها على الرغم من التعديلات التي أدخلت عليها، فضلاً عن التطور القضائي لنظرية الظروف الطارئة وتدخل المشرع في حالات معينة لتطبيق المبادئ التي طبقها القضاء⁽⁴⁾.

وإذا كانت نظرية الظروف الطارئة لا تطبق إلا على العقود الإدارية في فرنسا، إلا أن مجال تطبيقها يشمل جميع العقود الإدارية إذا توافرت شروط تطبيقها، كما أن النظرية تطبق على جميع عقود الإدارة المدنية و الإدارية على السواء في مصر⁽⁵⁾.

ولقد مرت نشأة نظرية الظروف الطارئة بمراحل متعدّدة في مصر حتى تم إقرارها بنص تشريعي، فعلى صعيد فقهاء القانون الخاص وفي ظل القانون المدني القديم الذي لم يكن بين نصوصه ما يسمح للقاضي من نقض الالتزامات التي تضمنها العقد، حيث يقضي على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولم يتقبل فقهاء القانون تدخل المشرع لإقرار تطبيق نظرية الظروف الطارئة بنص عام، وإنما يكون ذلك بصفة

(1) ولقد أخذ الفقه الإسلامي بنظرية الظروف الطارئة، وذلك بإقراره نظرية الضرورة، حيث تعد نظرية الظروف الطارئة تطبيق من تطبيقات نظرية الضرورة، فقد انطلق الفقهاء المسلمون بتمسكهم بكتاب الله وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام من أجل رفع الضرر على المتعاقدين وساقوا العديد من الأدلة للقول بصحة الأخذ بنظرية الظروف الطارئة منها أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة تعد وسيلة من وسائل إقامة العدل الذي هو أهم مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، وأيضاً ضرورة رفع الضرر عن المضرور، وتحقيقاً للتراضي الذي جعله الله قيلاً لإباحة التجارة، راجع د. محمد أبو بكر عبد المقصود: "إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية" بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة حول الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية في الفترة من 2/1 أبريل 2009م، ص 9.

(2) د. محمد عبد الحميد أبوزيد: "المطلوب في القانون الإداري"، دراسة مقارنة، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1996م، ص 470.

(3) لمعرفة تفاصيل الحكم راجع كلاً من د. محمد عبد العال السناري: "النظرية العامة للعقود الإدارية"، دراسة مقارنة، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، (د. ت)، ص 298 وما بعدها. و. دجابر جاد نصار: "العقود الإدارية"، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص 326.

(4) د. سعاد الشرفاوي: "العقود الإدارية"، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م، ص 507.

(5) راجع كلاً من د. سليمان الطماوي: "العقود الإدارية"، دراسة مقارنة، (ب. ن)، 1984م، ص 105، و د. محمد حلمي: "العقد الإداري"، منشورات دار الفكر العربي، القاهرة، 1977م، ص 122.

استثنائية عند وقت الحاجة بالقدر المناسب لمواجهة الحالات الاستثنائية الطارئة و المؤقتة⁽¹⁾، وعلى الرغم من اعتراض فقهاء القانون في مصر الذين رفضوا الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في ظل غياب النص التشريعي إلا أن محكمة استئناف مصر⁽²⁾ في حكم صادر في 1931/4/9م أخذت بهذه النظرية على عكس الاتجاه العام.

ونظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري وهدفها تحقيق المصلحة العامة وكفالة سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وأداء الأعمال و الخدمات المطلوبة و سرعة إنجازها، كما أن هدف المتعاقد مع جهة الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة، وذلك من خلال تادية الالتزامات التي على عاتقه بأمانة وإتقان في مقابل الحصول على ربح عادل و تجنب الخسارة، وهذا يقتضي من الطرفين التعاون و المشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصاحب تنفيذ العقد من عقبات. وأساس نظرية الظروف الطارئة يكمن في العدالة فهي التي تفرض على الإدارة التزاماً بالتعويض بسبب هذه الظروف، ومع ذلك هناك من يضيف إلى فكرة العدالة المرفق العام لاعتبار أياً منها يكون أساساً لهذه النظرية⁽³⁾. والمشرع المصري أقر تطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنسبة لعقد الالتزام بعد إصداره القانون رقم 29 لسنة 1949م بشأن التزامات المرافق العامة، وإصدار القانون المدني الجديد رقم 131 لسنة 1948م حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 147 على أنه "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن من الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي وتبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك..."⁽⁴⁾ ومجلس الدولة المصري طبق نظرية الظروف الطارئة منذ تقرير اختصاصه بالنظر في العقود الإدارية⁽⁴⁾، وبعد أن بيّن في المطلب الأول مفهوم الظروف الطارئة ونشأتها سوف نوضح شروط تطبيق النظرية ومجالها في المطلب الثاني.

(1) لمزيد من التفاصيل راجع د. عبد الرزاق السنهوري : "الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام"، دار النشر للجامعات المصرية، 1952م، ص 635.

(2) مجلة المحاماة المصرية، السنة الثانية عشر، العدد الواحد والأربعين، ص 63.

(3) د. رحيم سليمان الكبيسي: "المبادئ في القانون الإداري الليبي"، (د. ن)، ط 2006م، ص 178. و د. حسين عثمان محمد عثمان : "أصول القانون الإداري" منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2010م، ص 653.

(4) د. إبراهيم محمد علي : "آثار العقود الإدارية وفقاً لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998م، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م، ص 251.

المطلب الثاني: شروط تطبيق النظرية ومجالها

المتعاقد مع جهة الإدارة لا يستحق التعويض مما أصابه من أضرار مادية من جراء الظروف الطارئة إلا إذا توافرت شروط معينة وهذا ما سنوضحه في الفرع الأول.

الفرع الأول: شروط تطبيق النظرية

هناك عدة شروط يجب توافرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة منها:

1- يشترط أن تقع الظروف الطارئة فجأة، ودون علم مسبق بها، بمعنى أنه يجب أن لا يتوقع المتعاقدان أو أحدهما وقوع هذه الظروف أثناء إبرام العقد، لأنه لو كان المتعاقدان قد توقعوا أثناء التعاقد وقوع هذه الظروف، فإنَّ الغالب أن يُدخل ذلك في حسابهم، ومن تم فلا مجال للتعويض⁽¹⁾. ويعتبر ارتفاع أسعار الأصناف و المواد التي تعهد المورد بتوريدها ارتفاعاً باهضاً ظرفاً طارئاً لم يكن في الحسبان توقعه عند التعاقد، مادام يترتب عليه زيادة أعباء المورد وتحمله خسائر فادحة إلى حد الإخلال بالتوازن المالي للعقد إخلالاً جسيماً، ومقتضي تطبيق النظرية هو إلزام الإدارة بمشاركة المتعاقد معها في هذه الخسائر ضماناً لتنفيذ العقد، ويستوي أن يحصل التنفيذ من المتعاقد نفسه أو تقوم جهة الإدارة نيابة عنه عند الشراء على حسابه.

2- أن يخل الظرف الطارئ بالتوازن المالي للعقد إخلالاً من شأنه أن يجعل تنفيذه مرهقاً بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة، فمجرد الانتقاص من الربح لا يكفي⁽²⁾، وإنما يجب أن يتعلق الأمر بخسارة غير يسيرة تهدد بالتوقف عن تنفيذ العقد، لأنه إذا استحال تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته فإنَّ الأمر يتعدى الظروف الطارئة ويصل لحد القوة القاهرة⁽³⁾ التي يترتب عليها فسخ العقد وإعفاء كل طرف من التزاماته⁽⁴⁾.

فالظرف الطارئ يجعل تنفيذ العقد مرهقاً وليس مستحيلاً كالقوة القاهرة، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنَّ ارتفاع أسعار الزيت لا يعتبر قوة القاهرة مانعة من تنفيذ التعهد بالتوريد، لكنه يعتبر ظرفاً طارئاً لم يكن في الحسبان عند التعاقد وقد تترتب عليه زيادة أعباء الشركة بتحميلها خسائر

(1) د. محمد الشافعي أبوراس : " العقود الإدارية "، (د. ن)، (د. ت) ، ص 111.

(2) د. خليفه علي الجبراني : "العقود الإدارية في القانون الليبي " ، محاضرات مطبوعة لطلبة أكاديمية الدراسات العليا، غير منشورة ، طرابلس ، 2010م، ص 50.

(3) القوة القاهرة هي حدث غير متوقع مستقل عن إرادة المتعاقدين يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً ، فيؤدى إلى إعفاء المتعاقد مع الإدارة من التزاماته التعاقدية ويجعل له حق طلب فسخ العقد ، ويحرم الإدارة من حقها في توقيع الجزاءات عليه لعدم تنفيذ العقد، ولا تنتج القوة القاهرة أثارها إلاَّ أثناء قيامها ، فإذا انتهت عادت التزامات المتعاقد إلى الظهور من جديد.

(4) د. محمد رفعت عبد الوهاب : "النظرية العامة للقانون الإداري "، مرجع سابق، ص 612.

فادحة إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً...⁽¹⁾، ويشترط أن يكون الظرف الطارئ وقتياً⁽²⁾ فنظرية الظروف الطارئة وجدت للتغلب على الحوادث الطارئة المؤقتة، أما إذا كانت هذه الحوادث ذات أثر دائم وليس من المنتظر أن تزول وليس هناك أمل في عودة المرفق إلى حالته الأولى، ففي هذه الحالة يجب إعادة النظر في العقد بما يتلائم مع الظروف المستحدثة فإذا تعذر إجراء تسوية بين الطرفين أو تعديل العقد بما يناسب هذه الظروف ينبغي فسخ العقد.

وقضت المحكمة العليا الليبية بأنه " لا يدخل في مفهوم التوازن المالي للعقد مجرد وقوع فروق مالية نتيجة تغيير التشريعات الضريبية، وإنما يجب أن تؤدي هذه الفروق إلى الإخلال باقتصاديات العقد..."⁽³⁾

1- أن يكون الظرف الطارئ أجنبياً عن المتعاقد مع الإدارة، لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يجب أن لا يكون لأحد المتعاقدين دخل في هذه الحوادث، لأنَّ مجال هذه النظرية يكمن في الحوادث الخارجة عن إرادة المتعاقدين، فإذا كانت الخسارة الجسيمة ناتجة عن فعل المتعاقد فلا يستطيع التمسك بتطبيق هذه النظرية عليه، وإذا كانت الخسارة ناتجة من تصرف الإدارة المتعاقدة ذاتها فليس هناك ما يمنع من تطبيق النظرية في هذه الحالة⁽⁴⁾، ولكن من مصلحة المتعاقد أن يطلب تطبيق نظرية فعل الأمير، وهي أفضل بالنسبة للمتعاقد، إذ يكفي لتطبيقها مجرد الإخلال بالتوازن المالي للعقد دون حدوث الخسارة المرهقة، كما أنَّ التعويض فيها يشمل ما أصاب المتعاقد من ضرر وما فاته من كسب، وذلك بخلاف التعويض طبقاً لنظرية الظروف الطارئة.

2- ويشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يستمر المتعاقد رغم الظرف الطارئ في تنفيذ العقد، وذلك حرصاً على احترام مبدأ دوام سير المرافق العامة الذي من أجله أقام القضاء نظرية الظروف الطارئة، ويشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وقوع الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد وليس قبل انعقاده أو بعد انقضاء تنفيذه، والسؤال الذي يُثار هل يعتد بالظرف الطارئ إذا وقع أثناء التنفيذ ولكن بعد فوات الموعد المحدد في العقد لإتمام التنفيذ؟

للإجابة عن هذا التساؤل لا بد من الإشارة إلى أنَّ هذه الحالة لا تخرج من أمرين وهما أن يعود التأخير إلى خطأ المتعاقد بغير عذر مشروع، ففي هذه الحالة يكون المتعاقد وحده المسؤول عن التأخير، أو

⁽¹⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 2150 لسنة 6 ق ، جلسة 1962/6/9م، منظومة قوانين الشرق.

⁽²⁾ د. محمد عبدالله الحراري : "أصول القانون الإداري الليبي" ، منشورات المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، طرابلس ، ليبيا ، 2003م ، ص 240م.

⁽³⁾ حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 5 لسنة 29 ق ، جلسة 1984/6/3م، منشور بمنظومة الباحث لمبادئ المحكمة العليا الليبية ، الإصدار الأول .

⁽⁴⁾ د. محمد عبد الحميد أبو زيد : " المطول في القانون الإداري " ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 488.

أن يعود التأخير في تنفيذ العقد إلى الجهة الإدارية ففي هذه الحالة تطبق نظرية الظروف الطارئة. والمتعاقد مع الإدارة يستفيد من تطبيق نظرية الظروف الطارئة في حالتين: الأولى إذا صدر الإجراء الإداري الضار من سلطة إدارية غير المتعاقدة، والثانية إذا صدر الإجراء الإداري الضار من جهة الإدارة المتعاقدة ولم يستطع المتعاقد من إثبات خصوصية الضرر بوصفه شرطاً لتطبيق نظرية عمل الأمير.

الفرع الثاني: مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لقد اختلف الفقه و القضاء الفرنسي حول مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة وذلك نتيجة لعدم تعرض المشرع الفرنسي لها، فذهب الجانب الأكبر من فقهاء القانون إلى الأخذ بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" وعدم تطبيق هذه النظرية للمحافظة على القوة الملزمة للعقد، ولم تجد نظرية الظروف الطارئة مجالاً لتطبيقها في نطاق عقود الأفراد الخاضعة أساساً لأحكام القانون والقضاء المدني. ولم يقتصر الأمر على استبعاد هذه النظرية من مجال عقود الأفراد فحسب وإنما استبعدت أيضاً من نطاق العقود المدنية التي تعقدتها الإدارة مع الأفراد، لأنَّ هذه العقود لا تختلف عن عقود الأفراد ومن تمَّ تحكيمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁽¹⁾.

وبالنسبة لمجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مصر يختلف عن فرنسا، لأنَّها من النظريات المقننة تشريعياً في مصر سواء في مجال القانون المدني أو القانون الإداري، فإنَّها قابلة للتطبيق على جميع عقود الإدارة، الإدارية والمدنية على السواء⁽²⁾.

وفي فرنسا لم تصغ نظرية الظروف الطارئة بنص قانوني وظل مجال تطبيقها محصوراً في العقود الإدارية بالمعنى الفني، أما بالنسبة لعقود القانون الخاص فإنَّ محكمة النقض الفرنسية مازالت عند موقفها الأول من رفض تطبيق النظرية، على اعتبار أن المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي والتي تقر القوة الملزمة للعقود تُلزم ليس فقط أطراف العقد ولكن أيضاً القاضي و المجتمع⁽³⁾. ويرجع الأستاذ جيز إلى رفض القضاء العادي الفرنسي لمد تطبيق نظرية الظروف الطارئة لعقود القانون الخاص حتى تلك التي تكون الإدارة أحد أطرافها، إلى أنَّ المتعاقد لا يشترك في مهمة سير المرافق العامة، وهذا التبرير غير حاسم لأنَّ حقيقة الغرض الأساسي الذي استند إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير في قضية غاز بوردو عام 1916م للأخذ بنظرية الظروف الطارئة كان مستمداً من قاعدة دوام سير المرافق العامة، وحقيقة هذا الحكم ما يزال يحتفظ بأهميته باعتباره دستور النظرية، ومع الاعتراف بالدور الذي تحتله فكرة المرفق

(1) د. محمد عبد الحميد أبوزيد: "المطول في القانون الإداري"، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 469.

(2) نصت عليها المادة 6 من القانون المصري رقم 129 لسنة 1947م، المتعلق بالتزامات المرافق العامة، ثم جاء القانون المدني المصري ونص في الفقرة الثانية من المادة 147 على نظرية الظروف الطارئة.

(3) د. علي محمد عبد المولى: "القانون الإداري - العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص 190.

العام في تنفيذ العقد الإداري، إلا أنَّ ذلك ليس المبرر الحقيقي لعدم تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود الإدارة الخاضعة للقانون الخاص في فرنسا⁽¹⁾.

ويرى الدكتور سليمان الطماوي من أنه ليس ثمة ما يمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة متى توافرت شروطها إذا كان العقد غير متراخ التنفيذ وطرأت الحوادث الاستثنائية بعد إبرامه مباشرة، وإن كان ذلك نادر الوقوع عملاً⁽²⁾، فالفيصل في تطبيق النظرية هو توافر شروطها بصرف النظر عن ما إذا كان العقد متراخ التنفيذ أو غير متراخ، فعدم تطبيق النظرية بالنسبة للعقود قصيرة المدة في بعض الفروض لا يرجع إلى طبيعة خاصة بهذه العقود، وإنما فقط عدم توافر شروط تطبيق النظرية، وبصفة خاصة شرط "عدم التوقع" والذي لا يكون له فرصة من الناحية العملية للتحقق بسبب قصر مدة التنفيذ.

وهناك تساؤل يثار عن مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة في حالة حلول متعاقد جديد محل المتعاقد الأصلي لأسباب مثل التنازل عن العقد أو وفاة المتعاقد الأصلي، أو حلول الورثة محله أو في حالة صدور قانون بتأميم المنشأة⁽³⁾. ففي حالة التنازل عن العقد بموافقة جهة الإدارة، الأمر الذي ينتج عنه إبرام عقد جديد مع المتنازل له بما يتضمنه ذلك من التزامات على عاتق المتعاقد الجديد والإدارة المتعاقدة معه، أمّا في حالة التنازل عن العقد بدون موافقة جهة الإدارة المتعاقدة، ففي هذه الحالة لا يستطيع التمسك بتطبيق النظرية لانتفاء أي علاقة تعاقدية بين جهة الإدارة والمتنازل له⁽⁴⁾. وفي حالة حلول الورثة محل المتعاقد الأصلي فالوريث كالتنازل إليه يمارس الحقوق كلها التي كان يتمتع بها المتعاقد الأصلي. وفي حالة التأميم إذا لجأ المشرّع بإصدار قانون بإنهاء الالتزام مع نقل ملكية أموال المرفق المادية والمعنوية من الملتزم إلى الدولة، فالتطبيقات القضائية في فرنسا لم تفصح عن اتجاه واضح في التعويض هل هو مقرر للمشروع السابق أو للمؤسسة التي حلت محله⁽⁵⁾، ولا يوجد حل لهذه الحالة في كل من مصر وليبيا بالرغم من عدم الحاجة لإصدار قانون التأميم في الوقت الحاضر، ومع ذلك ينبغي للمشرع الليبي و المصري أن يبينوا ويوضحوا كيفية التعويض المستحق عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في هذه الحالة.

وبعد أن بينا شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ومجالها، سوف نقوم بدراسة ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن غيرها من النظريات الأخرى والآثار القانونية المترتبة عليها في المبحث الثاني.

(1) د. علي محمد عبد المولى : المرجع السابق ، ص 191.

(2) د. سليمان محمد الطماوي : " العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 620.

(3) د. علي محمد عبد المولى : " الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري " ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1991م ، غير منشورة ، ص 153.

(4) راجع كلاً من د. عبدالمجيد محمد فياض : "نظرية الجزاءات في العقد الإداري" ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1974م ، غير منشورة ، ص 126. و د محمد سعيد أمين : "الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري" ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1984م ، غير منشورة ، ص 158.

(5) د. عزيزة الشريف : "دراسات في العقد الإداري" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981م ، ص 97.

المبحث الثاني: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن النظريات الأخرى والآثار القانونية المترتبة عليها إنَّ المتعاقد مع الإدارة يسعى من وراء تعاقدته إلى تحقيق الربح، خاصة إذا كان شخص من أشخاص القانون الخاص وهو الغالب ويُقيم العقد الإداري⁽¹⁾ نوعاً من التوازن المالي بين مصالح طرفيه، ومن حق المتعاقد مع الإدارة إذا احتل هذا التوازن أن يُطالب بالتعويض لإعادته إلى ما كان عليه، حتى يستطيع مواصلة تنفيذ العقد.

وقد ظهرت أربع نظريات تواجه مختلف أنواع المخاطر التي يمكن أن تحدث، ومن شأنها المساس بالمتعاقد مع جهة الإدارة وهذه المخاطر قد تكون مادية وتعالجها نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وقد تكون إدارية وتعالجها نظرية فعل الأمير، وقد تكون اقتصادية تتعامل معها نظرية الظروف الطارئة، وقد تصل إلى استحالة تنفيذ العقد وفي هذه الحالة نكون أمام نظرية القوة القاهرة وسوف نقوم بدراستها بإيجاز في هذا المبحث.

المطلب الأول: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن النظريات الأخرى

سوف نقوم بدراسة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية فعل الأمير ونظرية القوة القاهرة والفرق بينها وبين نظرية الظروف الطارئة في هذا المطلب.

الفرع الأول : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تتلخص نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في أنه إذا صادف المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته صعوبات مادية غير عادية لم يكن بالإمكان توقعها عند التعاقد، فجعلت تنفيذ العقد مرهقاً كان من حقه المطالبة بتعويض كامل عن الأضرار المترتبة على هذه الصعوبات، ولكي يمكن للمتعاقد أن يطالب بالتعويض في نطاق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب أن تكون تلك الصعوبات من طبيعة مادية وغير عادية واستثنائية، وغالباً ما تكون الصعوبات ناتجة عن الظواهر الطبيعية، إلا أنها قد ترجع إلى فعل الغير وفي الحالتين فهي مستقلة عن طرفي العقد⁽²⁾.

ويشترط في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة ولم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد، وهذه الصعوبات تكون مادية وليست معنوية، وذلك مثل إذا اكتشف

(1) العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره والذي تظهر فيه نية الإدارة إلى الأخذ بأحكام القانون العام ، وأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص ، أو أن يُجول للمتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام ، راجع كلاً من .د سليمان محمد الطماوي : "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، دار الفكر العربي ، 2005م، ص 32. و.د خليفة علي الجبراني : "القضاء الإداري الليبي - الرقابة على أعمال الإدارة" ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي، 2005م ، ص 231. و.د عبد الفتاح صبري أبو الليل ، أساليب التعاقد الإداري ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، جامعة طنطا ، 1993م ، غير منشورة ، ص 13.

(2) .د. علي محمد عبد المولى: "القانون الإداري"، مرجع سابق، ص 208.

مقاول الأشغال العامة أنَّ التركيب الجيولوجي للأرض التي سيتعامل معها لا تتوافق مع الأشغال المراد إجراؤها عليها⁽¹⁾.

وأن تكون هذه الصعوبات استثنائية غير عادية، وليست مجرد صعوبات عادية أو يسيرة يمكن التغلب عليها بسهولة، وأن تكون طارئة لم يكن بالإمكان توقعها عند التعاقد⁽²⁾، فإذا كان في الوسع توقعها عند إبرام العقد فلا يعتد بها، وكذلك لا تطبق النظرية إذا اتفق الطرفان على مسؤولية المقاول مسؤولية كاملة عن جميع الصعوبات المادية التي تصادفه، سواء أكانت متوقعة أو غير متوقعة مهما ترتب عليها من إرهاب للمقاول، مادامت لا ترقى إلى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لإلزام الإدارة بتحمل نصيب من الخسارة الفادحة التي احتلت بها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً⁽³⁾، وأن يترتب على المتعاقد مع الإدارة زيادة في الأعباء بما يجاوز الأسعار المتفق عليها⁽⁴⁾.

فنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب تمييزها عن نظرية القوة القاهرة والتي تعتبر المصدر التاريخي لها، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي حينما ابتدع نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة منذ حوالي منتصف القرن الماضي، وأقر تعويض المتعاقد عن هذه الصعوبات أستند إلى التفسير الواسع لنص المادة 28 من كراسة الشروط و المواصفات العامة للطرق والكباري والمتعلقة بحالة تعويض المتعاقدين عن الهلاك والضرر الناجم عن القوة القاهرة⁽⁵⁾. وهناك أوجه تشابه واختلاف بين النظريتين، فمن أوجه التشابه أنَّ الفعل المكوّن للقوة القاهرة يجب أن يكون أجنبياً عن إرادة الطرفين، و الصعوبات المادية يجب أن تكون مستقلة عن طرفي العقد.

والنظريتان تشتركان في خاصية عدم التوقع أو عدم إمكان التوقع للفعل أو الصعوبة، وفي بعض الحالات الخاصة يمكن منح تعويض للمتعاقد عن الأضرار التي تترتب على حالة القوة القاهرة، مثلما يحدث في التطبيق بالنسبة للأضرار المترتبة على الصعوبات المادية غير المتوقعة.

وبالنسبة لأوجه الاختلاف بين النظريتين ترجع إلى طبيعة الفعل أو الصعوبة، حيث إنَّ الفعل المكوّن للقوة القاهرة يمكن أن يكون من أي طبيعة كانت، طالما توافرت الشروط الثلاثة وهي الحادث الخارجي

(1) د. ماجد راغب الحلوي: "العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص 219.

(2) قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأنَّ "مقتضى الظروف الطارئة أن يطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية ولم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً....." طعن إداري رقم 39878 لسنة 66ق، جلسة 2016/3/22م، وقضت المحكمة العليا الليبية بأنَّ "الظروف الطارئة من ضمنها أن يكون الحادث استثنائياً لا يقع إلا نادراً أو لا يكون بالوسع توقعه عند إبرام العقد....." طعن إداري رقم 9 لسنة 25ق، جلسة 1985/1/20م، منظومة قوانين الشرق.

(3) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 800 لسنة 34 ق، جلسة 1992/5/19م، منظومة قوانين الشرق.

(4) راجع حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 31 لسنة 24ق، جلسة 1980/1/9م، منشور بمنظومة الباحث لمبادئ المحكمة العليا الليبية، الإصدار الأول.

(5) د. علي محمد عبد المولى: "القانون الإداري"، مرجع سابق، ص 209.

وعدم التوقع وعدم إمكان الدفع، أمّا الصعوبات غير المتوقعة فيجب أن تكون من طبيعة مادية فقط، وتختلف أيضاً نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن القوة القاهرة، حيث أن القوة القاهرة تؤدي إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة، بينما نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنها تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقاً وأكثر كلفة من الناحية المالية مما يبرر تعويض كافة الأضرار التي أصابت المتعاقد وهي تتفق في هذه الحالة مع نظرية عمل الأمير في التعويض الكامل وتختلف عن نظرية الظروف الطارئة التي يكون التعويض فيها جزئياً، وتتفق مع نظرية الظروف الطارئة في حالة تطبيق نظرية الصعوبات المادية على العقود الجزافية حيث يجب في هذه الحالة أن يصل الضرر إلى قلب اقتصاديات العقد⁽¹⁾.

الفرع الثاني : نظرية فعل الأمير.

تعد نظرية عمل الأمير من أقدم النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي في مجال العقود الإدارية لتعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عما أصابه من ضرر بسبب الإجراءات الإدارية الصادرة عن الإدارة، وتهدف نظرية عمل الأمير إلى الحفاظ على التوازن المالي بين التكاليف التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي يحصل عليها، ويعتبر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1909/11/19م في قضية zeilabadine من أوائل أحكامه في تطبيق نظرية عمل الأمير والخاص بتدخل الدولة كسلطة تشريعية بإجراءات عامة في مجال عقودها مع الأفراد والتي يترتب عليها تعديل شروط العقد، ولم يعرفها القضاء المصري قبل إنشاء مجلس الدولة في عام 1946م⁽²⁾.

وتعددت تعريفات الفقه في المقصود بنظرية عمل الأمير فمنهم من قال بأنها "كل إجراء تتخذه السلطات العامة من شأنه أن يزيد الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة، أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية"⁽³⁾.

ويرى الدكتور سليمان الطماوي بأن المقصود بعمل الأمير هو عمل يصدر عن سلطة عامة بدون خطأ من جانبها، ينجم عنه إضرار مركز المتعاقد في العقد الإداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن جميع الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد⁽⁴⁾.

(1) د. علي محمد عبد المولى، المرجع السابق، ص 212.

(2) أ. أماني عزمي أبو عرقوب: "نظرية عمل الأمير ودورها في حفظ التوازن المالي في عقد الأشغال الدولي" دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة فلسطين للأبحاث والدراسات، المجلد السابع - العدد الثاني، يونيو 2017م، ص 5.

(3) د. مفتاح خليفه عبد الحميد، و د. حمد محمد الشلماني: "العقود الإدارية وأحكام إبرامها في التشريع الليبي"، منشورات المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008م، ص 236.

(4) د. سليمان محمد الطماوي: "الأسس العامة للعقود الإدارية"، مرجع سابق، ص 567.

ويقصد بفعل الأمير بصفة عامة هو أعمال و إجراءات السلطات العامة في الدولة التي من شأنها زيادة أعباء المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية، ولكن الاتجاه الحالي لمجلس الدولة الفرنسي و المصري هو قصر نظرية عمل الأمير على إجراءات وأعمال الجهة الإدارية المتعاقدة فقط، وليست الإجراءات و الأعمال الصادرة عن جهة أو سلطة أخرى غير الجهة المتعاقدة، ومن ثم إذا صدرت عن الجهة الإدارية المتعاقدة أية إجراءات من شأنها زيادة أعباء المتعاقد بأي قدر عن الموجود في العقد، التزمت هذه الجهة المتعاقدة بتعويض جميع الأضرار الناتجة عن هذه الإجراءات⁽¹⁾.

ولقد قضت المحكمة العليا الليبية بأنه "إذا صدر الأمر من الجهة الإدارية المتعاقدة، ونشأ عنه ضرر للمتعاقد وحده ولم يشاركه فيه أحد أياً كانت درجة هذا الضرر، وإن هذا الإجراء لم يكن متوقعاً فإن النظرية المطبقة في هذه الحالة هي نظرية فعل الأمير..."⁽²⁾.

وقضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه "يتعين لانطباق نظرية عمل الأمير أن يصدر من جهة الإدارة المتعاقدة إجراء غير متوقع من شأنه الإضرار بالمتعاقد معها، وقد يصدر عمل الأمير في صورة إجراء خاص كقرار فردي أو عمل مادي أو صورة إجراء عام كقانون أو لائحة، وقد يؤدي إلى المساس بشروط العقد أو إلى التأثير في ظروف تنفيذه، وتلتزم جهة الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن جميع الأضرار التي تلحقه من جرائه حتى يعيد التوازن المالي للعقد..."⁽³⁾.

ويشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير أن يتعلق الأمر بعقد إداري فالنظرية لا تنطبق على عقود القانون الخاص، وأن يصدر الفعل الضار من السلطة الإدارية، أما إذا صدر الإجراء من سلطة أخرى من سلطات الدولة كالسلطة التشريعية مثلاً فإن القضاء الإداري لا يطبق النظرية، إلا في حالات استثنائية نشأ فيها من هذا الإجراء ضرر خاص للمتعاقد، ويفضل القضاء في هذه الحالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها الأخرى⁽⁴⁾.

والفعل الضار الناشئ للمتعاقد مع الإدارة لا يشترط فيه درجة معينة من الجسامة، ويتمثل هذا الضرر في زيادة الأعباء المالية للمتعاقد بما من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد، وأن يكون الضرر الذي أصاب المتعاقد ضرراً خاصاً لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام، فلا تنطبق نظرية فعل الأمير إذا نشأ

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب : "النظرية العامة للقانون الإداري"، مرجع سابق، ص 614.

(2) راجع حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 3 لسنة 19 ق، جلسة 1974/2/21 م، منشور بمنظومة الباحث لمبادئ المحكمة العليا الليبية، الإصدار الأول.

(3) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في جلسة 1960/12/25 م، أشار إليه د. محمد رفعت عبد الوهاب : "النظرية العامة للقانون الإداري"، مرجع سابق، ص 615، و راجع حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 3 لسنة 19 ق، جلسة 1974/2/21 م، منشور بمنظومة الباحث لمبادئ المحكمة العليا الليبية، الإصدار الأول.

(4) د. ماجد راغب الحلو: "العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص 221.

الضرر عن قانون عام التطبيق يسري على عدد غير محدود من الأشخاص⁽¹⁾، وأن يكون الإجراء المتخذ مشروعاً، لأنَّ أساس المسؤولية أن تكون مسؤولية عقدية بلا خطأ، وأن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع. فإذا تخلف بعض شروط تطبيق النظرية فإنها لا تنطبق وقد رفضت المحكمة الإدارية العليا المصرية "تطبيق نظرية فعل الأمير لأنَّ الإجراء المتخذ كان متوقعاً، وأنَّ الضرر الذي ترتب عليه الخطأ لم يكن خاصاً...."⁽²⁾.

والمتعاقدين مع جهة الإدارة في حالة تطبيق نظرية فعل الأمير يستحق التعويض كاملاً إذا توافرت شروط النظرية على عكس التعويض الذي يكون في نظرية الظروف الطارئة حيث يكون جزئي. ومجال تطبيق نظرية فعل الأمير يشمل جميع العقود الإدارية، وللمتعاقدين الحق في التعويض إذا ما استوفى شروط تطبيقها، والمتعاقد المتضرر له الحق في الحصول على تعويض كامل يشمل كل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية⁽³⁾.

الفرع الثالث : نظرية القوة القاهرة.

تعتبر نظرية القوة القاهرة من النظريات القضائية القائمة على أساس من المنطق والعدالة ورعاية مصالح المتعاقدين مع الإدارة دون إخلال بالصالح العام. وتمثل القوة القاهرة في حدث خارجي مستقل عن إرادة المتعاقدين يحول دون تنفيذ العقد المبرم بين المتعاقد و جهة الإدارة، فيؤدي إلى إعفاء المتعاقد من التزامه. وقد قضت المحكمة العليا الليبية بأنَّه "يشترط لاعتبار الحادث قوة القاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه أو التحرز منه..."⁽⁴⁾.

وقضت المحكمة العليا الليبية أيضاً بأنَّ "القوة القاهرة التي تعفي من المسؤولية في نطاق القانون الإداري يلزم أن تكون أمراً غير متوقع..."⁽⁵⁾. ولقد أقرت محكمة الاستئناف الفرنسية في 2020/3/12م⁽⁶⁾ بأنَّ وباء كورونا يعتبر قوة القاهرة، وبذلك يطرح التساؤل هل القوة القاهرة تشمل

(1) د. ماجد راغب الحلو: المرجع السابق، ص 222.

(2) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن الإداري رقم 65 لسنة 12 ق، جلسة 1961/5/20م، منظومة قوانين الشرق.

(3) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن الإداري رقم 767 لسنة 11 ق، جلسة 1969/7/5م، منظومة قوانين الشرق.

(4) راجع حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن رقم 885 لسنة 55 ق، جلسة 2010/11/25م، والطعن رقم 391 لسنة 44 ق، جلسة 2002/6/24م، منظومة قوانين الشرق.

(5) راجع حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 147 لسنة 50 ق، جلسة 2006/4/23م، منظومة قوانين الشرق.

(6) حكم منشور بمجلة الدراسات القانونية، موقع على شبكة الإنترنت .

جميع العقود الإدارية التي أبرمت بين المتعاقدين وجهة الإدارة، وهل يستطيع المتعاقد الاحتجاج بوباء كورونا باعتباره قوة القاهرة في الحصول على تعويض نتيجة لعدم تمكن المتعاقدين من إتمام عقودهم مع جهة الإدارة نتيجة قفل الحدود بين الدول أو تقييدها في أضيق نطاق، وهناك حكم حديث لمحكمة القضاء الإداري المصرية فضت فيه بأنه "اجتاحت العالم حالة من القوة القاهرة دعت منظمة الصحة العالمية إلى اعتبار فيروس كورونا المستجد جائحة، واتخذت الدولة بعض الإجراءات الاحترازية لمواجهةها حفاظاً على صحة المواطنين، منها تقييد حظر التجمعات البشرية لأي سبب من الأسباب...." (1).

ولقد استقرت محكمة النقض المصرية على أنه "تنطبق نظرية القوة القاهرة على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر وعلى العقود الفورية ويشترط لتطبيق النظرية ألا يتراخى تنفيذ الالتزام إلى ما بعد الحادث الطارئ..." (2).

وقضت محكمة النقض المصرية بأن "مهمة القاضي التحقق من وجود القوة القاهرة التي استحالت معها التنفيذ، ومتى تبث للقاضي ذلك فليس أمامه إلا الحكم بالفسخ...." (3).

ويشترط لتطبيق نظرية القوة القاهرة أن لا يكون لإرادة المتعاقد أي دخل في نشأة الحدث المكون للقوة القاهرة، وأن لا يكون الفعل المكون للقوة القاهرة متوقعاً أو يمكن توقعه، ويؤكد مجلس الدولة الفرنسي أن الصعوبات المترتبة على الحرب من الأمور التي يمكن توقعها (4)، ولقد قضت المحكمة العليا الليبية بأن "قيام الحرب يعتبر من قبل الظروف الطارئة التي يترتب عليها أنه أصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً وكان على الإدارة أن تساهم مع المتعاقد في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن ذلك..." (5).

ويشترط أيضاً لتطبيق نظرية القوة القاهرة أن تؤدي القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ العقد وليس إلى مجرد إثارة عقبات يمكن التغلب عليها ولو بصعوبة، وقد استبعد مجلس الدولة الفرنسي تطبيق نظرية القوة القاهرة بالنسبة لعقبات تنفيذ العقود الناشئة عن الإضراب، وذلك لأن المتعاقد كان بإمكانه أن يتخذ

(1) راجع حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الطعن رقم 37214 لسنة 74 ق، جلسة 2020/6/28م، منظومة قوانين الشرق.

(2) راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 263 لسنة 26 ق، جلسة 1963/1/3م، منظومة قوانين الشرق.

(3) راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 55 لسنة 27 ق، جلسة 1983/12/19م، والمحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن الإداري رقم 6 لسنة 22 ق، جلسة 1976/11/4م، منظومة قوانين الشرق.

(4) د. ماجد راغب الحلو: "العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص 228.

(5) راجع حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 31 لسنة 27 ق، جلسة 1980/1/9م، منشور بمنظومة الباحث لمبادئ المحكمة العليا الليبية، الإصدار الأول.

إجراءات تمنع الإضراب وذلك لأنَّ المتعاقد يمكن أن يوفر أيدي عاملة بديلة في حالة الإضراب، وأخيراً يترتب على توافر شروط القوة القاهرة إعفاء المتعاقد مع الإدارة من التزاماته وحرمان الإدارة من توقيع الجزاءات على عدم تنفيذ العقد ويجوز أن يطلب المتعاقد فسخ العقد، والقوة القاهرة لا ترتب أثارها إلاَّ في وقت قيامها، فإذا انتهت عاد التزام المتعاقد مع الإدارة إلى الظهور من جديد⁽¹⁾.

وبعد أن بيَّنا في هذا المطلب أهم النظريات التي تتشابه وتختلف مع نظرية الظروف الطارئة سوف نتناول الآثار والقيود الواردة على نظرية الظروف الطارئة في المطلب الثاني.

المطلب الثاني : الآثار والقيود الواردة على نظرية الظروف الطارئة

فكرة نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري هي ليس فقط حماية المتعاقد مع الإدارة بل أكثر من ذلك وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، لأن الإدارة تساعد المتعاقد بتعويض جزئي بهدف ضمان استمراره في تنفيذ العقد طبقاً لمصلحة المرفق العام، أما في العقود المدنية فحكمة النظرية هي فقط حماية المتعاقد المدين وتحقيق المساواة بين طرفي العقد⁽²⁾.

وسوف نوضح الآثار والقيود المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة في هذا المطلب.

الفرع الأول : الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة

فكرة الظروف الطارئة تقع في مركز وسط بين الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد مع جهة الإدارة من القيام بالتزامه وبين القوة القاهرة التي تؤدي إلى إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزامه. ويتعين على المتعاقد الذي يريد الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة أن يواصل تنفيذ التزامه رغم الظرف الطارئ، مادام التنفيذ في ذاته ممكناً ولم يتحول إلى مستحيل، لأنَّ التنفيذ إذا كان ممكناً وتوقف المتعاقد عن الاستمرار في تنفيذ العقد، ففي هذه الحالة يتعرض لتوقيع الجزاءات من قبل جهة الإدارة ومن هذه الجزاءات غرامات التأخير ولن يستطيع التمسك بالظرف الطارئ⁽³⁾.

والقاضي الإداري لا يملك سلطة تعديل نصوص العقد، ولكنه يمكنه أن يحكم بالتعويض غير أن مجلس الدولة الفرنسي استطاع أن يصل إلى حل وسط يستهدف المحافظة بقدر الإمكان على قواعد الاختصاص مع محاولة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك عن طريق دعوة كل من الإدارة و المتعاقد إلى محاولة الاتفاق، فإذا فشل الطرفان في الوصول إلى هذا الاتفاق فليس أمام القاضي إلا سبيل واحد وهو الحكم بالتعويض بشرط عدم وجود اتفاق بين الطرفين، وتنحصر سلطات القاضي الإداري في

(1) د. ماجد راغب الحلو: "العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص 229.

(2) د. محمد رفعت عبد الوهاب: "النظرية العامة للقانون الإداري"، مرجع سابق، ص 614.

(3) د. سليمان محمد الطماوي: "العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص 691.

مواجهة الظروف الطارئة في الحكم بالتعويض لأسباب عديدة⁽¹⁾ تتمثل في أنَّ مهمة القاضي هي تفسير العقود وتطبيق أحكامها لا تعديل شروطها، والقاضي لا يستطيع توجيه أوامر للإدارة بالقيام بعمل معين، وإنَّ الإدارة تستهدف المصلحة العامة بتضمينها شروط معينة في العقد، فإذا أُتيح للقاضي أن يعدل شروط العقد بدون إذن الإدارة فقد تتعرض المصلحة العامة للخطر، والقاضي يحكم بالتعويض عن الأضرار التي تترتب على الظروف الطارئة ، لأنَّ نية الطرفين تنصرف إلى أن يتحمل الطرفان المتعاقدان الأضرار الناتجة عن العقد نتيجة الظروف الطارئ⁽²⁾.

وبالنسبة فيما يتعلق ببداية الظروف الطارئة وتحديد متى يبدأ التعويض، فإنَّ المطالبة بالتعويض تبدأ من اللحظة التي يتجاوز فيها ارتفاع الأسعار الحد الأقصى الذي كان يمكن توقعه عند إبرام العقد، ومادامت الأسعار في نطاق هذا الحد الأقصى فلا يمكن الحكم بالتعويض، وعند احتساب الخسائر يوضع في الاعتبار الفرق بين الأسعار الفعلية وقت التعاقد والأسعار الجديدة وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي⁽³⁾.

الفرع الثاني : القيود الواردة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة

عند الأخذ بنظرية الظروف الطارئة هناك بعض القيود التي تترتب على هذه النظرية وتتمثل في وجود وقائع مادية و قانونية محققة الوقوع سواء تمثلت في حالة حرب أو ظروف غير طبيعية، بل إنَّ الأمر يمتد ليشمل عجز الإدارة العامة من التسيير العادي لمرافقها العامة والمحافظة على النظام العام في ظل تطبيق النصوص القانونية، كما أنه لا يشترط أن تكون الظروف عامة وشاملة لكل إقليم الدولة بل يكفي أن يكون الأمر متعلقاً بجزء من البلاد يتعرض لحالة زلزال أو حريق⁽⁴⁾. وأن يتناسب الإجراء الاستثنائي المتخذ من جانب الإدارة مع متطلبات الظروف الطارئ دون شطط أو مغالاة أو إساءة لاستخدام هذه السلطة الاستثنائية إعمالاً لقاعدة الضرورة تقدر بقدرها، وللقضاء الإداري دوراً مهماً في مراقبة مدى التزام الإدارة بالقيود والحدود الموضوعية لهذا الغرض.

وللإدارة الحق في توقيع جزاءات متعدّدة على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته ، سواء تمثل هذا الإخلال في الامتناع عن التنفيذ أو في التأخير في العقد ، وهذا الحق مقرر للإدارة ولو لم يرد النص عليه

(1) د. إبراهيم محمد علي: "آثار العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص 299.

(2) د. إبراهيم محمد علي: "آثار العقود الإدارية"، المرجع السابق، ص 299.

(3) د. سليمان محمد الطماوي: "العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص 701.

(4) د. خليفه علي الجبراني: "القضاء الإداري الليبي"، مرجع سابق، ص 74.

صراحةً في العقد، وتخضع هذه الجزاءات لنظام قانوني مستقل ومتميز عن النظام القانوني الذي يحكم الجزاءات التعاقدية في نطاق العقود المدنية⁽¹⁾.

وفي حالة توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأً معيناً ووضعوا له جزاء بعينه ، فيجب أن تنقيد جهة الإدارة بما جاء في العقد ، ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه. ويراقب القضاء الإداري الإدارة في استعمالها لحق توقيع الجزاءات من حيث المشروعية و الملائمة ، أي أنه لا يراقب فقط مخالفة الجزاء لأحكام القانون ، وإنما كذلك تناسب الجزاء الموقع على المخالفة المرتكبة.

الخاتمة

وفي نهاية هذا البحث المتواضع حول نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ العقد الإداري نتوصل إلى مجموعة من النتائج و التوصيات نُحملها في الآتي:

أولاً النتائج:

1. نستنتج أنّ نظرية الظروف الطارئة كانت نشأتها عن طريق القضاء ثم قننت بنصوص تشريعية في القانون الليبي و المصري.
2. عُرفت نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي بإقرار نظرية الضرورة ، حيث تعد الظروف الطارئة تطبيق من تطبيقات نظرية الضرورة.
3. نستنتج أنّ نظرية الظروف الطارئة تهدف إلى مشاركة الإدارة مع المتعاقد معها في تحمل الخسارة التي تنتج عن هذه الظروف وتوزيعها بينهما لكي يتمكن المتعاقد من الوفاء بالتزاماته.
4. نستنتج أنّ الإدارة إذا ظهرت بمركز القوة بالنسبة للمتعاقد معها بما تملكه من سلطات تستطيع من خلالها إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته، فإنّ المتعاقد يستطيع أن يطالبها بالتعويض في حال إحلالها بالتزاماتها العقدية.
5. نستنتج أنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية لم يتوقعها طرفا العقد أثناء التعاقد وجعلت هذه الصعوبات تنفيذ العقد أشد ثقلاً على المتعاقد مع جهة الإدارة، فإنّه من حق المتعاقد اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به ويكون التعويض كاملاً.

(1) راجع د. ماجد راغب الحلوة: "العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص182، ود. محمد عبدالله الحراري: "أصول القانون الإداري الليبي"، مرجع سابق، ص232.

6. نستنتج أنّ الخسائر التي تدخل في الاعتبار هي الخسائر التي تصيب المتعاقد أثناء فترة الظرف الطارئ، أمّا الخسائر قبل تحقق الظرف الطارئ فلا تدخل في الحساب، و يتحملها المتعاقد وحده.
7. نستنتج أنّه لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يشترط أن يحدث ظرف طارئ يكون من شأنه إحداث اختلال مالي في العقد لمصلحة الإدارة حتى يحق للمتعاقد أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة ويشترط أن تكون هناك خسارة وليس نقص في الأرباح، وأنّ الظرف الطارئ الذي يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد أن يكون غير متوقع عند إبرام العقد.
8. نستنتج أنّ التعويض في نظرية الظروف الطارئة هو تعويض جزئي، ويختلف عن نظرية عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة وفي حالة القوة القاهرة.

ثانياً : التوصيات

1. ينبغي على جهة الإدارة أن تنظر للمتعاقد معها على أساس أنّه يعاونها في إدارة وتسيير المرفق العام، وأن تتجاوز في سبيل ذلك الأخطاء قليلة الأهمية التي تقع من المتعاقد ، ولا تؤثر في تنفيذ العقد، وتقوم جهة الإدارة بتوجيه المتعاقد توجيهاً صحيحاً، وأن لا تكون حجرة أمامه في تنفيذ التزاماته.
2. نوصي المشرّع الليبي والمصري بأن يوضحا آلية التعويض عن نظرية الظروف الطارئة في حالة ما إذا تم تأمين المرفق العام، ومن الذي سيتحصل على التعويض هل هو المشروع السابق أم من يجل محله.
3. نوصي المشرّع الليبي بأن يتناول نظرية الظروف الطارئة وغيرها من النظريات بشيء من التفصيل وتخصيص العديد من المواد لها حتى تكون شاملة لكل الفرضيات.
4. ضرورة أن تلتزم جهة الإدارة بكافة الضوابط القانونية قبل اللجوء إلى إنهاء أي عقد من عقودها الإدارية وأن يكون الهدف دائماً هو المصلحة العامة.

5. على القاضي الاستعانة بأهل الرأي والخبرة عند رد الإرهاق إلى الحد المعقول ، وإجراء عملية حسابية بالزيادة والنقصان في حجم الالتزام والالتزام المقابل دون اعتبار للأرباح المحتملة.

قائمة المراجع

أولا الكتب:

- 1- د. إبراهيم محمد علي : "آثار العقود الإدارية وفقاً لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998م، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م.
- 2- د. جابر جاد نصار : " العقود الإدارية"، منشورات دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004م.
- 3- د. حسين عثمان محمد عثمان : "أصول القانون الإداري" منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان، 2010م.
- 4- د. خليفه علي الجبراني : "القضاء الإداري الليبي - الرقابة على أعمال الإدارة " ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي، 2005م
- 5- د. رحيم سليمان الكبيسي: "المبادئ في القانون الإداري الليبي "، (د. ن)، ط 2006 م .
- 6- د. سعاد الشرفاوي : "العقود الإدارية " ، منشورات دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995م.
- 7- د. سليمان محمد الطماوي : "العقود الإدارية " ، دراسة مقارنة ، (د ن) ، 1984م .
- 8- د. سليمان محمد الطماوي : "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، دار الفكر العربي ، 2005م.
- 9- د. عبدالرزاق السنهوري : "الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام"، دار النشر للجامعات المصرية، 1952م.
- 10- د. عزيزة الشريف : " دراسات في العقد الإداري "، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1981م.
- 11- د. علي محمد عبد المولى : " القانون الإداري - العقود الإدارية" ، منشورات مؤسسة الطوبجي للطباعة والنشر، القاهرة، الجزء الأول، 2014م .
- 12- د. ماجد راغب الحلو: "العقود الإدارية " ، منشورات دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2015م .
- 13- د. مازن ليلو راضي: "الوجيز في القانون الإداري"، (د. ن)، 2016م.

- 14- د. مازن ليلو راضي: "العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن"، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003م.
- 15- د. محمد الشافعي أبوراس: "العقود الإدارية"، (د. ن)، (د. ت).
- 16- د. محمد حلمي: "العقد الإداري"، منشورات دار الفكر العربي، القاهرة، 1977م.
- 17- د. محمد رفعت عبد الوهاب: "النظرية العامة للقانون الإداري"، منشورات دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012م.
- 18- د. محمد عبد الحميد أبوزيد: "المطول في القانون الإداري"، دراسة مقارنة، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1996م.
- 19- د. محمد عبدالعال السناري: "النظرية العامة للعقود الإدارية"، دراسة مقارنة، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، (د. ت).
- 20- د. محمد عبدالله الحراري: "أصول القانون الإداري الليبي"، منشورات المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس - ليبيا، 2003م.
- 21- د. مفتاح خليفه عبدالحميد، و د. حمد محمد الشلماني: "العقود الإدارية وأحكام إبرامها في التشريع الليبي"، منشورات المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008م.

ثانياً الرسائل والاطروحات:

- 1- د. عبدالفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة طنطا، 1993م، غير منشورة.
- 2- د. عبدالحميد محمد فياض: "نظرية الجزاءات في العقد الإداري"، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، 1974م، غير منشورة.
- 3- د. علي محمد عبدالمولى: "الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري"، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، 1991م، غير منشورة.
- 4- د. محمد سعيد أمين: "الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري"، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، 1984م، غير منشورة.

ثالثاً المجلات والدوريات:

- 1- مجلة المحاماة المصرية، السنة الثانية عشر، العدد الواحد والأربعين.
- 2- منظومة الباحث لمبادئ المحكمة العليا الليبية، الإصدار الأول.

- 3- أ. أماني عزمي أبوعرقوب: "نظرية عمل الأمير ودورها في حفظ التوازن المالي في عقداالأشغال الدولي " دراسة مقارنة ، بحث منشور بمجلة فلسطين للأبحاث والدراسات ، المجلد السابع - العدد الثاني ، يونيو 2017م.
- 4- د. خليفه علي الجبراني : "العقودالإدارية في القانون الليبي " ، محاضرات مطبوعة لطلبة أكاديمية الدراسات العليا غير منشورة، طرابلس، 2010م.
- 5- د. محفوظ علي تواتي : " فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون "، بحث منشور بمجلة الجامعة الأسمرية، العدد23،السنة الحادية عشر ، ليبيا.
- 6- د.محمد أبوبكر عبدالمقصود: "إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية "بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة حول الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية في الفترة من 2/1 ابريل 2009م.

رابعاً القوانين والقرارات:

- 1- القانون المدني المصري، المطبعة الأميرية ، الطبعة الثالثة عشر، 2010م.
- 2- القانون المصري رقم 129 لسنة 1947 م، المتعلق بالتزامات المرافق العامة،الجريدة الرسمية.
- 3- قرار اللجنة الشعبية العامة سابقاً رقم 563 لسنة 2007 م، باصدار لائحة العقود الإدارية في ليبيا، منشورة بمدونة الإجراءات، العدد 9، السنة السادسة 2007م.

ضمانات المساءلة التأديبية للموظف العام

د. نبيل سالم أمحمد فرحات

محاضر بكلية الشريعة والقانون/ الجامعة الأسمرية

أ. رجب ميلاد بشير الذويبي/

محاضر مساعد بكلية الشريعة والقانون/ الجامعة الأسمرية

مُتَكَلِّمًا

يحتل القانون التأديبي للوظيفة العامة دورا بالغ الأهمية وأساسيا لتحقيق هدف الموازنة بين عنصري الفاعلية والضمان في مختلف الأجهزة الإدارية والوظيفة العامة للدولة، ويؤكد على تلك الأهمية القصوى بين النظام التأديبي الأمثل في حقل الوظيفة العامة وفي مواجهة سائر العاملين فيه، إلا أن الإخفاق في تحقيق أهدافه يؤدي إلى عواقب وخيمة، أذناها التكرار وعدم الاعتراف بحقوق العاملين وطمأننتهم، وأقصاها تقويض دعائم العمل الإداري وإصابة أجهزته الوظيفية بالشلل التام.

وتحقيقا للتوازن بين مصلحة الموظف ومصلحة العمل في الجهاز الإداري وفي سبيل تحقيق المصلحة العامة؛ يحرص المشرع على تقرير مجموعة من الضمانات لكل الموظفين العموميين المنسوب إليهم ارتكاب المخالفة التأديبية بهدف تأمين عدالة العقوبة التأديبية وبث الطمأنينة في نفوس الموظفين من ناحية، وضمان الردع وفاعلية النظام التأديبي تحقيقا لسير العمل الإداري من ناحية أخرى، ولكن الموظف العام يحتاج إلى ضمانات في النظام التأديبي تكفل حمايته ضد احتمال التعسف والتكليف به من غير حق أو عدل⁽¹⁾.

وإذا كان الجزاء هو وسيلة الجهة الإدارية لأداء هذه الرسالة فإن احتمال جنوح هذه الجهة به أمر وارد، لاسيما أنها تحوز في اتخاذ سلطات عديدة، لذا لا بد من ضمانات تحول دون إساءة استعمال هذه السلطات، وهذا ما تكفلت به الأنظمة القانونية المختلفة وذلك بتوفير ضمانات للموظف العام. لذلك تحرص معظم التشريعات سواء في ليبيا أو النظم المقارنة على خضوعها لطائفة من المبادئ التي تلتقي جميعها لتحقيق هذه الغاية.

ولا مرء من القول بأن الضمانات التي تكفل الحماية والأمن للموظف العام ليست مقررة للموظف كونه مواطنا أو فردا بقدر ما هي مقررة للمرفق العام والوظيفة العامة، فهي ليست ضمانات شخصية بدليل ارتباطها بالعمل الوظيفي، فالموظف المظلوم والمضطهد من الإدارة لا يرجى منه خير في أدائه والموظف الواقع تحت سيف المسؤولية الشخصية سوف يجنب عن اتخاذ القرارات إذا اشتتم منها أدنى تأثير على أمواله الخاصة⁽²⁾.

ومن أجل ذلك لا بد من وضع نظام ضمانات متميز يقوم على أساس التوفيق بين الإدارة في تسيير المرفق العام هذا من ناحية، وحق الموظف في الحماية من بطش الإدارة من ناحية أخرى، ومن هذا

(1) - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م، ص 358.

(2) - محمد أحمد عبد الإله محمد، الرابطة الوظيفية بين قيامها وانقضائها (الموظف العام بين الحقوق والالتزامات)، دار

المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2013م، ص 207.

النظام المتوازن ظهرت الضمانات التأديبية كصمام للاستقرار القانوني والحفاظ على المراكز القانونية المستقرة للموظف العام.

أهمية البحث

تكمن أهمية هذا البحث في تحقيق التوازن بين سلطة الجهة المختصة بالتأديب وبين الموظف هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إيجاد نظام قانوني يكفل إقامة التوازن بين متطلبات الصالح العام المتمثلة في حرص الإدارة على تأمين انتظام سير المرفق العام، وبين حق الموظف في توفير الضمانات والإجراءات التي تضمن له الاستقرار القانوني والنفسي وتدفعه للعمل بكل دقة وكفاءة.

مشكلة البحث

إن التأديب أمر ممكن أن يتعرض له الموظف كثيرا طوال حياته في الوظيفة، ولا يقتصر أثره على مجرد توقيع جزاء على الموظف في حالة الإدانة؛ وإنما تمتد آثاره إلى كثير من المزايا الوظيفية والنيل منها؛ مما يؤثر في حاضر الموظف ومستقبله، كما أن التشريعات المنظمة للتأديب لا تقيم العلاقة بين الخطأ وما يناسبه من جزاء بسبب عدم حصر الجرائم التأديبية، وبالتالي يجوز لسلطة التأديب توقيع أي عقوبة منصوص عليها عن أي جريمة.

منهجية البحث

حتى يتأتى لنا الإحاطة بجميع جوانب موضوع البحث فقد اتبعنا في هذا البحث المنهج الوصفي والتحليلي في بعض المواطن.

خطة البحث

من أجل الإحاطة بجوانب البحث كافة، وعرض الأفكار المتعلقة به؛ فقد وقعت الدراسة موضوع البحث في مقدمة ومبحثين، وذلك على النحو الآتي:

المقدمة

المبحث الأول: الضمانات التأديبية السابقة والمعاصرة لتوقيع الجزاء التأديبي

المطلب الأول: الضمانات السابقة لتوقيع الجزاء التأديبي

المطلب الثاني: الضمانات المعاصرة لتوقيع الجزاء التأديبي

المبحث الثاني: الضمانات التأديبية اللاحقة لتوقيع الجزاء التأديبي

المطلب الأول: التظلم الإداري

المطلب الثاني: الطعن القضائي

وتحقيقاً للترابط بين أجزاء البحث حرصنا على أن ينتهي بخاتمة متضمنة ما أسفر عنه البحث من

نتائج وتوصيات.

المبحث الأول

الضمانات التأديبية السابقة والمعاصرة لتوقيع الجزاء التأديبي

إذا كان للإدارة كامل الحرية في تحريك سلطة تأديب الموظف العام عند إخلاله بواجبات الوظيفة العامة بارتكابه فعل إيجابي أو سلبي وعُد هذا التصرف حسب السلطة التقديرية للإدارة خطأ يُسأل الموظف ويجازي عنه تأديبياً، فإنه ليس للإدارة الحق في إحالة الموظف المتهم على السلطة المختصة بالتأديب دون احترامها لمجموعة من المقتضيات أو الضمانات التي يتمتع بها الموظف العام أثناء مساءلته تأديبياً.

وهذه الضمانات تعتبر من الضمانات الهامة والرئيسية التي ينبغي احترامها في مختلف الأنظمة التأديبية لضمان تحقيق التوازن بين مصلحة الموظف العام ومصلحة العمل في الإدارة العامة، وعلى هذا سوف نفصل الحديث في هذا المقام إلى مطلبين ليكون أولهما للضمانات السابقة للجزاء والثاني للضمانات المعاصرة لتوقيع الجزاء التأديبي.

المطلب الأول: الضمانات السابقة لتوقيع الجزاء التأديبي

تمثل الضمانات السابقة على توقيع الجزاء التأديبي في الإجراءات التأديبية أثناء فترة الاتهام والتحقيق التي يجب على السلطة المختصة مراعاتها قبل توقيع الجزاء التأديبي نظراً لخطورة الجزاء وما يترتب عليه من آثار على الحياة الوظيفية للموظف، وبالتالي فإن هذه الإجراءات مفروضة على الإدارة لتحقيق حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، وكذلك لملاحقة الموظف المخطئ لمعاقبته بما يكفل له الإحساس والشعور بالعدالة والأمن والطمأنينة.

وسوف نتناول في هذا المطلب الضمانات التأديبية السابقة على توقيع الجزاء التأديبي على النحو التالي:

أولاً: ضمانات مرحلة التحقيق

يعد التحقيق من أهم الضمانات في نطاق التأديب بشرط أن يتم إجراء تحقيق مع الموظف لسماع أقواله وتحقيق دفاعه فيما هو منسوب إليه من اتهام؛ على اعتبار أن التحقيق هو الخطوة الأولى في الإجراءات التأديبية⁽¹⁾.

(1) - سعد نواف العنزي، الضمانات الإجرائية في التأديب، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007م، ص83.

وهو إجراء شكلي يتخذ بعد وقوع المخالفة بقصد الكشف عن فاعلها أو التثبت من صحة إسنادها إلى فاعل معين الهدف منه الوصول إلى الحقيقة وإمطاة اللثام عنها.⁽¹⁾

والتحقيق بصفة عامة يعنى الفحص والبحث والتقصي الموضوعي والمحايد والنزيه لاستبانة وجه الحقيقة واستجلائها فيما يتعلق بصحة حدوث وقائع محددة ونسبتها لأشخاص محددين وذلك لوجه الحقيقة والصدق والعدالة⁽²⁾.

فيما يعرفه بعض الفقه بأنه مجموعة الإجراءات التي تقوم بها سلطة معينة بقصد تحديد ماهية الأفعال المبلغ عنها وظروفها، وأدلة ثبوتها وعدم ثبوتها وصولاً إلى الحقيقة وبيان ما إذا كانت تشكل جريمة تأديبية من عدمها، وتحديد الشخص الذي ارتكبها⁽³⁾.

كما عرفه البعض في الفقه الفرنسي بأنه أول إجراء من إجراءات التأديب يهدف إلى تحديد ماهية الأفعال محل التحقيق وظروفها وبيان الأدلة التي تنسب إلى الموظف⁽⁴⁾.

ويعتبر التحقيق المرحلة التمهيديّة لكل محاكمة تأديبية يصدر فيها قرار تأديبي نهائي، ويترتب على إغفاله عدم مشروعية القرار التأديبي⁽⁵⁾.

وللتحقيق الإداري أهمية بالغة كضمانة للموظف؛ لأن الهدف الأساسي من إجراءاته هو كشف الحقيقة كاملة، والتحقق من ارتكاب المخالفة، ونسبتها للموظف المحال للتحقيق، والتحقق مما إذا كان قد ارتكبها وحده أو ساهم مع غيره في وقوعها ومدى مساهمته في ارتكابها، والظروف التي أحاطت بارتكابها، بالإضافة إلى تقديم التوصيات إلى الجهة المختصة بإيقاع الجزاء التأديبي في حق الموظف.

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بقولها: "ومن حيث إن من الأصول العامة التي لا تقبل جدلاً أن التحقيق والتأديب الإداري له أصول وضوابط تملئها قاعدة أساسية هي ضرورة تحقيق الضمان وتوفير الاطمئنان والأمان للموظف موضوع المساءلة الإدارية، فلا تجوز مساءلته إلا بعد تحقيق له كل مقومات التحقيق القانوني الصحيح وكفالاته وضماناته من حيث وجوب استدعاء الموظف وسؤاله ومواجهته بما هو

(1) - عبد الفتاح عبد البر، الضمانات التأديبية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1978م، غير منشورة، ص106.

(2) - أسامة أحمد محمود مبارك، الضمانات التأديبية للموظف العام وتطبيقاتها القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019م، ص 181.

(3) - راجع في ذات المعنى: محمد عبد الله الفلاح، أحكام القضاء الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2017م، ص334 وما بعدها.

(4) - محمد ماجد ياقوت، الطعن على الإجراءات التأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000م، ص74.

(5) - محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، المكتبة الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الزاوية، 2019م، ص123.

مأخوذ عليه وسماع من يري الاستشهاد بهم من شهود النفي وغير ذلك من مقتضيات الدفاع وهو أمر تقتضيه العدالة والأصول العامة كمبدأ عام في كل محاكمة جنائية أو تأديبية دون حاجة إلى النص عليها"⁽¹⁾.

وإيماننا من المشرع الليبي بأهمية التحقيق وما يمثله كضمانة من ضمانات التأديب نص عليه في كافة التشريعات المنظمة للوظيفة العامة ومنها القانون رقم 12 لسنة 2010م بشأن تنظيم علاقات العمل الذي نصت المادة (156) منه على أنه "لا يجوز توقيع عقوبة على الموظف إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه..."

يفهم من النص -سالف الذكر- أن الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف هي صاحبة الاختصاص الأصل في التحقيق مع الموظف فيما ينسب إليه وذلك بأن تعهد إلى أحد رؤسائه أو تعهد به إلى لجنة مشكلة من مجموعة من الموظفين أو تترك الأمر إلى الإدارة القانونية بالجهة الإدارية نفسها لتباشر عملية التحقيق مع الموظف⁽²⁾.

ويجوز لهيئة الرقابة الإدارية أن تباشر التحقيق مع الموظف في المخالفات المالية والإدارية التي تكشف عنها التحريات التي يجريها أو يتلقاها من شكاوى الأفراد والهيئات التي تثبت جديتها طبقاً لما جاء في المادة (34) من القانون رقم (20) لسنة 2013م بإنشاء هيئة الرقابة الإدارية.

وعلى هذا يجب أن تقوم إجراءات التحقيق مع الموظف على مبدأ تحقيق الضمان والاطمئنان للموظف المحال للتحقيق وفقاً لما هو مستقر عليه في مبادئ المحكمة العليا، وبسكوت المشرع عن تبيان إجراءات التحقيق والمحاكمة التأديبية في القانون رقم (12) لسنة 2010م؛ الذي اكتفى فيه بالإشارة على ضرورة تنظيمها بلائحة تصدر بناءً على عرض من وزير العدل بالاتفاق مع وزارة الخدمة العامة، مما يستدعي الاستعانة بما ورد في اللائحة الداخلية لقانون الرقابة الإدارية رقم (20) لسنة 2013م والمشملة على عدد كبير من القواعد التي يجب مراعاتها أثناء التحقيق والتي أخذت أغلبها من قواعد التحقيق الجنائي . وفي جميع الحالات يجب أن تتوفر بعض الضمانات في إجراء التحقيق أشار إليها المشرع واستقر القضاء على ضرورة إتباعها وهي:

أ. كتابة التحقيق

نصت المادة 156 من قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010م على أنه: "لا يجوز توقيع عقوبة على الموظف إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله، وتحقيق دفاعه..."، أي أن التحقيق مع الموظف

(1) - الطعن الإداري رقم 19/7 ق، بتاريخ 10/01/1974م، م.م.ع، السنة العاشرة، العدد الثالث، ص70.

(2) - نصر الدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في القانون الليبي، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، 2002م، ص 700.

يجب أن يتم بموجب محضر تدون فيه أقواله، وعلى ذات النهج سارت المادة 27 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 20 لسنة 2013م بشأن إنشاء هيئة الرقابة الإدارية.

ولم تشترط المحكمة العليا شكلاً معيناً للتحقيق ولم ترتب أي بطلان على إغفال إجراءاته على وجهه خاصة، ويستخلص ذلك من حكمها الصادر بتاريخ 1970/5/3م والذي ورد فيه: "إذا كانت التهمة الموجهة إلى الموظف ثابتة من أوراق بخطه يحويها ملف خدمته، والعبارات النابية مسطرة بخطه في رسائل أرسلها لرؤسائه، وقدم ذلك كله لمجلس التأديب، وناقش المتهم فيها؛ فلم ينكرها، فلا ضرورة لإجراء تحقيق قبل المحاكمة التأديبية، ومن ثم فلا مخالفة للقانون"⁽¹⁾.

ب. استجواب الموظف المحال للتحقيق

يعني الاستجواب مواجهة الموظف المخالف وسماع أقواله ومناقشته فيما ينسب إليه من وقائع وما يقدمه من تبرير للدفاع عن نفسه ودرأ التهمة عنه أو اعترافه بها ودراسة ما يقر به ومطابقته بما وصل إليه التحقيق؛ للوصول إلى الحقيقة فعلاً⁽²⁾.

ج. حضور الموظف جلسات التأديب

من حق الموظف العام أن يحضر جلسات محاكمته التأديبية؛ ليدافع عن نفسه، وله أن يستعين بمحام في ذلك -وهذا غير وجوبي- أو أن ينيب أحد الموظفين في حضور المحاكمة التأديبية، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1966/02/12م والذي نصه "الإجراءات السابقة على المحاكمة التأديبية هي إجراءات جوهرية يتحقق باتباعها الضمان المقرر في المحاكمة بألا يحكم على أحد إلا بعد إعلانه الذي يتيح له فرصة الدفاع عن نفسه، فإذا تمت المحاكمة بغير هذا الإعلان كان ذلك إخلالاً صريحاً بحق الدفاع يترتب عليه البطلان"⁽³⁾.

د. سماع الشهود

نصت المادة 150 من اللائحة التنفيذية لقانون علاقات العمل على أنه "للموظف المحال إلى المحاكمة التأديبية أن يطلع على التحقيقات التي أجريت وعلى جميع الأوراق المتعلقة بها، وله أن يأخذ صورة منها، كما له أن يطلب ضم التقارير السنوية عن كفاءته أو أي أوراق أخرى إلى ملف الدعوى التأديبية، وللموظف أن يحضر جلسات المحاكمة وأن يناقش الشهود وأن يدافع عن نفسه كتابة أو شفاهة...".

(1) - الطعن الإداري رقم 15/9 ق، بتاريخ 1970/05/03، م.م.ع، السنة السادسة، العدد الرابع، ص 43.

(2) - انظر في ذات المعنى: مفتاح خليفة عبد الحميد، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2020م، ص 273.

(3) - طعن إداري رقم 12/11 ق، م.م.ع، السنة الثانية، العدد الثالث، ص 7.

يفهم من هذا النص أنه يحق للموظف أن يناقش شهود الإثبات وأن يوجه إليهم ما يشاء من طعن في شهاداتهم إن وجد ذلك، وأن يسمع شهود نفيه، ومن مستلزمات هذا الحق معرفة الموظف المتهم اسم الشاهد وأن يستعين بمن يرى للاستشهاد به⁽¹⁾.

ثانياً: ضمانات حق المواجهة

يقصد بالمواجهة تمكين المتهم الذي تتعرض حقوقه لأي عارض؛ من الاطلاع عليها حتى يتمكن من إعداد دفاعه ورد هذه العوارض التي تلحق تلك الحقوق، لأن التحقيق يفترض توجيه أسئلة محددة إلى الموظف تفيد نسبة اتهام محدد له، حتى يتمكن من إبداء دفاعه⁽²⁾.

ويراد بالمواجهة أيضاً إحاطة الموظف بالمخالفة المنسوبة إليه، وإطلاعه على الأدلة التي تشير إلى ارتكابه للمخالفة للإدلاء بدفاعه، وإشعاره أن الإدارة تتجه نحو مؤاخذته إذا ما رجحت أدلة إدانته، وإن من شأنه مواجهة الموظف بالتهمة المنسوبة إليه وتحقيق دفاعه لا يكون فعالاً ما لم يكن للمتهم حق في أن يعلم بكل ما يتعلق به في الدعوى، وبدون هذه المعرفة يضحى حق الدفاع مشوباً بالغموض⁽³⁾.

ومن كل ما سبق يتبين أن المواجهة تقوم على أساس علم الموظف المتهم بما تزعم عليه جهة التأديب من ارتكابه لمخالفة تستدعي الجزاء، إلا أن علم الموظف لا يتحقق تلقائياً بمجرد تأييم سلطة التأديب للفعل بل لا بد من وسائل تكفل إعلامه، وهذه الوسائل هي:

أ_ إعلام الموظف بالمخالفة المنسوبة إليه

نصت المادة 151 من اللائحة التنفيذية لقانون علاقات العمل أنه " ... يجب أن يتضمن قرار الإحالة بيانا بالتهمة المنسوبة إلى الموظف ويبلغ الموظف بهذا القرار كما يبلغ بتاريخ الجلسة المعنية لمحاكمته بخطاب يسلم إليه شخصياً أو يرسل إليه بالبريد المسجل مصحوباً بعلم الوصول، كما يجوز أن يتم ذلك عن طريق محضر قضائي قبل موعد الجلسة بعشرة أيام على الأقل ..."

يفهم مما سبق أن من حق الموظف المتهم بالمخالفة التأديبية أن يعلم بالمخالفات المنسوبة إليه، ويعد هذا الحق من الإجراءات الجوهرية التي توجبها معظم التشريعات وأن يكون بخطاب موصى مع علم الوصول؛ للتأكد من هذه الإجراءات، ويعد الإعلام من الإجراءات التي يترتب على إغفالها وجود عيب شكلي يؤدي إلى بطلان القرار التأديبي، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 12/02/1966م، حيث نصت على ذلك بقولها " فإذا تمت المحاكمة من غير هذا الإعلان، كان

(1) - طعن إداري رقم 19/7 ق، م.م.ع، السنة العاشرة، العدد الثالث، ص 7.

(2) - عبد الباسط علي أبو العز، حق الدفاع و ضمانات المحال للمحاكمة التأديبية في القانون الإداري وقانون المرافعات المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسبوط، غير منشورة، 2004م، ص 48.

(3) - أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2001م، ص 740.

إخلاقاً صريحاً بحق الدفاع يترتب عليه البطالان"⁽¹⁾.

بـ اطلع الموظف المتهم على ملف الدعوى التأديبية

يمثل الاطلاع على ملف الدعوى التأديبية وما يحتوي عليه من الأوراق إحدى الضمانات الجوهرية المقررة للمتهم، إذ لا يكفي مجرد إعلانه بالتهمة المنسوبة إليه وإحاطته بها علماً؛ وإنما يجب علاوة على ذلك تمكينه من إبداء دفاعه بصورة مفيدة ونافعة، وهو ما لا يتأتى إلا بتمكينه من الاطلاع الكامل على ملف الدعوى التأديبية⁽²⁾.

وحق الاطلاع على الملف يتمثل في إحاطة الموظف بجميع الأوراق والمستندات التي يتضمنها ملفه الوظيفي، وعدم حجبتها عنه نظراً لأهميتها في تحقيق دفاعه، فالحقيقة أن منطق الحجب والكتمان لم يعد يتمشى في ظل التطورات مع فلسفة الوضوح والشفافية التي بدأت تغزو المجالات الإدارية⁽³⁾.

ثالثاً: ضمانات حق الدفاع

إن حق الدفاع حق مقدس نصت عليه الشرائع السماوية وحرصت معظم التشريعات الوضعية لمختلف الدول على كفالة الوسائل اللازمة لممارسته، والتي تقضي بعدم جواز توقيع عقوبة على المتهم إلا بعد سماع أقواله وتحقيق دفاعه والغرض منه في المجال التأديبي هو توفير ضمانات ممارسة هذا الحق لتمكين الموظف من دفع الاتهامات الموجهة ضده، باعتبار أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته.

ويُعرّف حق الدفاع بأنه "تمكين الموظف المتهم من الرد على التهمة المنسوبة إليه بعد مواجهته بها، والتحقيق معه بشأنها بنفسه أو بواسطة محام وكيل عنه برد الاتهام، وإثبات ذلك بكافة طرق الإثبات المقررة قانوناً وإعطائه أجلاً كافياً لذلك"⁽⁴⁾.

ويشكل حق الدفاع ضمانات هامة تمكن الموظف المتهم من الرد على ما هو منسوب إليه وإبداء دفاعه إما أصالة عن نفسه أو بناء على وكالة من الغير مع منحه حق تقديم توضيحات كتابية أو شفوية بالإضافة إلى الاستعانة بالشهود والسماع إليهم وذلك طبقاً لنص المادة 24 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 6 لسنة 1992 بشأن إدارة القانون.

(1) - طعن إداري رقم 12/11ق، سبق الإشارة إليه.

(2) - محمد إبراهيم حميد السامرائي، الضمانات التأديبية للموظف العام، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2017م، ص29.

(3) - راجع في هذا الشأن: محمد ماجد ياقوت، شرح القانون التأديبي للوظيفة العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م، ص1000.

— خليفة علي الجبراني، العقوبات التأديبية للموظفين في التشريع الليبي والمغربي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب، غير منشورة، سنة 1999م، ص468.

(4) - عبد الباسط علي أبو العز، مرجع سابق، ص135.

ومن مقتضيات ضمان ممارسة حق الدفاع السماح للموظف المتهم بالوجود في مختلف مراحل الإجراءات التأديبية، كما يمكنه الاستعانة بمحام يختاره بنفسه، ولكن تجدر الإشارة إلى أن استعانة الموظف بمحام لم يعتبرها القضاء من الإجراءات الجوهرية التي يترتب على الإخلال بها بطلان القرار التأديبي، طالما كان بإمكان الموظف الدفاع عن نفسه مباشرة وهذا ما أوضحت المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1970/05/03 م⁽¹⁾.

كما أن له الحق في تقديم تعليقات أو توضيحات كتابية وشفوية لدعم دفاعه وأن يستحضر شهودا، فللموظف المتهم حرية اختيار الأسلوب الذي يتخذه للدفاع عن نفسه، ومن ثم فإن من مقتضيات هذه الحرية عدم جواز تحليف الموظف المتهم اليمين حين إدلائه بأقوال قد تكون غير صحيحة إذا رأى فيها مصلحته بهدف تبرئة نفسه من التهم الموجهة ضده.

كما يحق للموظف المتهم الصمت وعدم الإدلاء بأي تصريحات لما قد يؤثر على مجرى التحقيق وما قد نسب ضده، وهذا الصمت ما هو إلا مظهر من مظاهر حرية الدفاع ولا يمكن للسلطة التأديبية أن تعتد به كقرينة تستعمل كإثبات ضده أو تعتبرها كاعتراف ضمني لما وجه له من اتهامات⁽²⁾.

المطلب الثاني: الضمانات المعاصرة لتوقيع الجزاء التأديبي

إن القرارات الإدارية التي تتضمن عقوبات تأديبية لا تكون مشروعة إلا إذا تمكن الأفراد من إبداء ملاحظاتهم حول الإجراء الذي يعينهم ومن تقديم وسائل دفاعهم والإدلاء بحججهم حول الوقائع المنسوبة إليهم، كما أن هناك من الضمانات ما ترتبط بانعقاد المجلس التأديبي وحياده، والقرار التأديبي الذي يجب أن يكون معللا باحتوائه على عناصر واقعية وقانونية أدت إلى إدانة الموظف العام المعاقب تأديبيا. وعلى ذلك سوف نفصل الحديث في هذه الضمانات على النحو التالي:

أولا: ضمانات تتعلق بانعقاد المجلس التأديبي

نصت المادة 147 من اللائحة التنفيذية لقانون علاقات العمل على أن " لا يكون انعقاد المجلس التأديبي صحيحا إلا إذا حضره الرئيس وجميع الأعضاء وتكون جلساته سرية ويصدر القرار بأغلبية الآراء، وفي حالة التساوي يرجح الجانب الذي منه رئيس المجلس، ويجب أن يشتمل قرار المجلس على الأسباب التي بني عليها، ويبلغ به الموظف خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدوره ويكون قرار مجلس التأديب نهائياً، ولا يجوز الطعن فيه إلا أمام المحكمة المختصة".

(1) - طعن إداري رقم 15/9 ق، بتاريخ 1970/05/03 م، م.م.ع، السنة السادسة، العدد الرابع، ص 42.

(2) - أسامة أحمد محمود مبارك، مرجع سابق، ص 216.

وفي ذات السياق جاء نص المادة 26 من اللائحة التنفيذية لقانون إنشاء إدارة القانون رقم 6 لسنة 1992م، "أما المجلس التأديبي للمخالفات المالية فلا يكون انعقاده صحيحا إلا إذا حضره الرئيس وثلاثة من أعضائه طبقا لنص المادة 46 من قانون إنشاء هيئة الرقابة الإدارية".

يفهم مما سبق أن القواعد المتعلقة بتشكيل المجالس التأديبية تمثل ضمانات جوهرية لحسن سير المحاكمات التأديبية ومخالفاتها يترتب عليها بطلان القرارات الإدارية الصادرة من هذه المجالس⁽¹⁾.

وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد أحكامها إذ تقول: "إن القواعد المتعلقة بتشكيل المجالس التأديبية، تعتبر من النظام العام؛ لأنها تتعلق بإجراء جوهرى روعي فيه الصالح العام، وهو حسن سير المحاكمات التأديبية، وأي إخلال يترتب عليه بطلان تشكيل تلك المجالس وكافة ما يصدر عنها من قرارات ولو لم يرد بذلك نص خاص في القانون، وهذا البطلان يجوز الدفع به في أي مرحلة ولأول مرحلة أمام المحكمة العليا، كما يجوز لهذه المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها"⁽²⁾.

ثانيا: ضمانات تتعلق بحياد المجلس التأديبي

لضمان عدالة ونزاهة السلطات التأديبية تقرر التشريعات مبدأ الحيادة* ضماناً للموظف المحاكم تأديبياً بحيث لا تكون الإدارة خصماً وحكماً في ذات الموضوع.

وإذا كان من غير الممكن تحقيق مبدأ الحيادة في خصوص القرارات التأديبية الصادرة من الرؤساء الإداريين، فإن القضاء مستقر على إعمال هذا المبدأ بخصوص المحاكمات التأديبية⁽³⁾.

تنص المادة 148 من اللائحة التنفيذية لقانون علاقات العمل على أنه "في حالة وجود سبب من أسباب التنحي المنصوص عليها في قانون المرافعات بالنسبة لرئيس المجلس أو أحد أعضائه يجب عليه التنحي عن نظر الدعوى التأديبية، وللموظف المحال إلى المحاكمة حق طلب رده، ويعين رئيس المصلحة من يحل محله".

يفهم من هذا النص أن أي عضو من أعضاء المجلس بما فيه رئيسه يجب أن يتنحى عن نظر الدعوى في حالة وجود مصلحة له فيها أو في دعوى أخرى تركز عليها، أو كان هو أو زوجته أو أحداً

(1) - عطية علي قويرب، النظام التأديبي للموظف العام في التشريع الليبي، رسالة ماجستير، غير منشورة، الأكاديمية الليبية فرع بنغازي، 2012م، ص131.

(2) - طعن إداري رقم 30/26 ق، بتاريخ 1985/04/21م، م.م.ع، السنة الثالثة والعشرون، العدد الثالث، ص 17، 18.

* تُعرف الحيادة في التأديب بعدم جواز أن يجتمع بيد شخص واحد سلطة التحقيق والحكم، ويكفي لتحقيق الضمان بموجب هذا التحديد ألا يشترك الموظف الذي أجرى التحقيق في إجراءات المحاكمة.

(3) - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التأديب، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986م، ص 590.

من أقاربه إلى الدرجة الرابعة، أو من اعتاد مساكنته أو مواكلته طرفا في الخصومة، أو في الدفاع، أو إذا كانت له أو لزوجته مع أحد الخصوم أو أحد وكلائه خصومة قائمة أو عداوة شديدة، أو أنه كان قد أفتى أو ترافع في الدعوى أو أدى شهادة فيها، أو كان وصيا لأحد الخصوم أو قيما عليه أو وكيلًا أو محدوما له أو كان مديرا لمؤسسة أو شركة ولو لم تكن معترفا بها أو هيئة أو جمعية أو منشأة لها مصلحة في الدعوى، وهذا ما تؤكد المادة 27 من اللائحة التنفيذية لقانون إنشاء إدارة القانون رقم 6 لسنة 1992م.

وهو ما انتهت إليه الدائرة الإدارية الأولى لمحكمة استئناف طرابلس في حكمها الصادر ضد قرار مجلس التأديب رقم 32 الصادر عن مستشفى الزاوية التعليمي الصادر بتاريخ 2008/11/15م بقولها "وإن من ضمانات المحاكمة العادلة ألا يكون من بين من حقق مع الطاعن واتهمه في واقعة معينة أن يكون في مجلس المحاكمة، ولما كانت ضمانات التحقيق والمحاكمة التي حددها قانون الخدمة المدنية من النظام العام لا يجوز مخالفتها وإلا اعتبر الإجراء باطلاً" وتأسيسا على ما تقدم فإن ضمان اعتبار الحيدة والنزاهة يستلزم منح الموظف المحال على التأديب وسيلة لتحقيقهما - وهو مبدأ الرد والتنحي - التي تفرض على أعضاء المجلس التأديبي الاستجابة له عند وجود سبب من أسبابه.

ثالثا: ضمانات تتعلق بتسبيب القرار التأديبي

مما لا شك فيه إن من الضمانات الواجب توافرها في كل محاكمة تأديبية وجوب تسبيب القرار التأديبي إذا نص القانون على ذلك، وهو على خلاف الأصل في القرار الإداري، كما أن التسبيب يوفر ضمانا للقضاء في سبيل الرقابة الفعالة على أسباب قرار الجزاء⁽¹⁾.

وعلى هذا فقد اهتم المشرع الليبي في كافة التشريعات المتعلقة بالقضاء التأديبي في الوظيفة العامة بمسألة تسبيب القرار التأديبي فنص على وجوبه في الفقرة الأخيرة من المادة 156 من القانون رقم 12 لسنة 2010م بقوله: "وفي جميع الأحوال يجب أن يكون القرار الصادر بتوقيع العقوبة مسبباً".

وهو ما أوضحته أيضا اللائحة التنفيذية للقانون سالف الذكر في الفقرة الثانية من المادة 147 والتي نصت على أنه: "يجب أن يشتمل قرار المجلس على الأسباب التي بني عليها".

وبنفس العبارة أوردها المشرع في المادة 46 من القانون رقم 20 لسنة 2013م بشأن هيئة الرقابة الإدارية وكذلك المادة 60 من اللائحة التنفيذية للقانون سالف الذكر الخاصة بانعقاد المجلس التأديبي المختص بتأديب أعضاء الهيئة.

(1) - محمد إبراهيم الدسوقي على، الجزاء التأديبي وطرق الطعن فيه، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية،

ويحرص القضاء الإداري على تحديد الشروط الواجب توافرها في الأسباب التي تستند إليها الإدارة في إصدارها لقراراتها التأديبية، "فيجب أن يكون التسبب حقيقيا لا وهميا ولا صوريا، وصحيحا وواضحا لكي يبعد القرار التأديبي عن مظنة الشك والشبهات من جهة، ويمكن القضاء من مراقبة مشروعيته من حيث سلامة وصحة الوجود المادي للوقائع المنسوبة إلى الموظف وسلامة تكييفها القانوني من جهة أخرى" (1).

يستفاد مما سبق أنه يقع التزام على كافة المجالس التأديبية بالإفصاح في صلب قرارها عن الأسباب التي دعتها إلى اتخاذها، ويترتب على مخالفتها أو عدم مراعتها لهذا الالتزام بطلان القرارات الصادرة عنها، وقد أشارت المحكمة العليا إلى هذه النتيجة وكذلك إلى الحكمة من التسبب بقولها "يتعين تسبب القرارات التي أوجب المشرع تسببها بصورة آمرة، وأن مخالفة النصوص الآمرة يكون باطلا بطلانا مطلقا لتعلقه بالنظام العام، والحكمة التي أرادها المشرع هي لتكون الأسباب مرآة صادقة لما يخلج في نفس جهة الإدارة عند إصدارها للقرار الواجب التسبب فتفصح عن دوافع إصداره وتضفي الاطمئنان على نفوس المتنازعين وبذلك يتوافر رباط منطقي وثيق بين منطوق القرار وأسبابه ويرتفع القرار عن مظنة الشك والشبهات..." (2).

المبحث الثاني

الضمانات التأديبية اللاحقة لتوقيع الجزاء التأديبي

إذا انتهى التحقيق الذي تجرته السلطة المختصة طبقا للنصوص القانونية سألفة الذكر وطبقا للضمانات التأديبية السابقة والمعاصرة لتوقيع الجزاء التي نص عليها المشرع كضمانة للموظف العام حال التحقيق معه، وانتهاء التحقيق إلى إسناد التهمة إلى الموظف وإدانته؛ فهناك الضمانات اللاحقة على توقيع الجزاء المتمثلة في التظلم الإداري، والضمانات القضائية والتي تتمثل في الطعن القضائي على القرار والحكم الصادر بتوقيع الجزاء إلغاءً وتعويضا وفقا للشروط والأوضاع المقررة قانونا.

ويعتبر حق التظلم الإداري والطعن القضائي من أهم ضمانات الموظف العام في مواجهة سلطة التأديب؛ لأن القضاء بما يتصف به من حيادية ونزاهة ومعرفة تخصصية في مسائل المنازعات الوظيفية من شأنه أن يراقب قرارات الإدارة غير المشروعة.

وليبيان ذلك يمكن تقسيم المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

(1) - حكم دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف طرابلس في الدعوى الإدارية رقم 68 لسنة 1972م، بجلسة 1974/02/03م.

(2) - طعن إداري رقم 18/1 ق، أشار إليه محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، مرجع سابق، ص130.

المطلب الأول: التظلم الإداري

يعد التظلم إحدى الضمانات التي كفلها المشرع للموظف للتخلص من الجزاء الذي أُوقِع عليه من السلطات التأديبية الرئيسية.

ويقصد بالتظلم صدور قرار معيب فيتقدم أحد الأفراد ممن يمسه القرار إلى الجهة التي أصدرته أو إلى الجهة الرئاسية طالبا سحبه أو تعديله⁽¹⁾.

وعُرف أيضا بأنه: الطلب الذي يتقدم به من أضر به القرار الإداري إلى الجهة الإدارية التي أصدرته "التظلم الولائي" أو إلى الجهة الرئاسية "التظلم الرئاسي" طالبا منها تعديل القرار أو سحبه أو إغائه⁽²⁾.

والحكمة من التظلم هو تقليل ما يُرفع من القضايا بقدر المستطاع، بإنهاء المنازعات في مراحلها الأولى إذا رأت الإدارة أن المتظلم على حق في تظلمه، أما إذا رفضته أو لم تبث فيه خلال الميعاد المقرر فإن للمتظلم أن يلجأ إلى القضاء⁽³⁾. وتتجلى أهمية التظلم من خلال جملة من الفوائد لكل من الفرد والإدارة من أهمها ما يلي⁽⁴⁾:

أ. أنه يؤدي بالإدارة إلى أن تسلك سبيل التأني والموضوعية، وهذه ضمانات مهمة للأفراد سواء أكانوا موظفين أم أفراد عاديين، ذلك لأنها تخشى من إعادة النظر في قراراتها من قبل الجهات الإدارية العليا.

ب. وجود طريق التظلم الإداري يخفف عن كاهل القضاء، حيث إنه يقلل الوارد من القضايا بقدر المستطاع عن طريق حل الكثير من المنازعات بطريقة ودية في مراحلها الأولى دون اللجوء إلى القضاء، على اعتبار أنه يمنح الجهة الإدارية فرصة الرجوع عن قراراتها المعيبة وإغائها وتعديلها، فتكفي نفسها وصاحب الشأن مشقة الوقوف أمام القضاء، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في حكمها الصادر بجلسة 1992/06/28م إذ تقول "فتقديم التظلم أمر يحرص عليه المشرع تحقيقا للمصلحة العامة بل يوجبه في بعض الأحيان، ذلك ليكفي ذوي الشأن مؤونة التقاضي ولكي يعطي الإدارة فرصة لإنهاء المنازعات في المراحل الأولى إذا تبين لها أن المتظلم على حق في تظلمه..."⁽⁵⁾.

(1) - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986م، ص 622.

(2) - محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، المكتبة الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة 6، 2019م، ص 374.

(3) - عبد الوهاب البنداري، طرق الطعن في العقوبات التأديبية إداريا وقضائياً، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ص 6.

(4) - ضامن حسين العبيدي، الضمانات التأديبية للموظف العام في العراق، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1991م، ص 158.

(5) - طعن إداري رقم 39/1 ق، م.م.ع، السنة الثامنة والعشرون، العددان الثالث والرابع، ص 25.

ج . إن التظلم الإداري يمثل رقابة متكاملة ودائمة في تطبيقها، من خلال متابعة الرؤساء الإداريين لأعمال مرؤوسيههم، ذلك لأن التظلم لا يقتصر على فحص مشروعية العمل الإداري، وإنما يمتد ليشمل ملائمة العمل الإداري.

د . إنه يفسح المجال للإدارة بمراجعة قرارها بفرض العقوبة ودراسة مشروعيته، وبالتالي إما أن تقوم بسحبه أو أن تعمل على تبديله أو تعديله.

ومما يعزز مكانة التظلم لجهة حزم المنازعات أنه يؤدي إلى نتائج لا يمكن الوصول إليها فيما لو أريد اللجوء إلى القضاء، ذلك أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة هي رقابة مشروعية في الغالب الأعم، أما الإدارة فإنها تستطيع أن تعدل القرار أو تلغيه، وهي إذ تفعل ذلك فليس بالضرورة ألا يكون القرار مشروعاً، إذ يكفي ألا يكون ملائماً⁽¹⁾، وعلى هذا سنفصل الحديث في هذا الموضوع على النحو التالي:

أولاً: أنواع التظلم الإداري

ينقسم التظلم الإداري من حيث السلطة الإدارية التي يقدم إليها التظلم إلى نوعين هما:

أ. التظلم الولائي

ويقصد به التظلم الذي يقدم من صاحب الشأن أو ممثله القانوني إلى مُصدر القرار الإداري قبل المخاصمة في مشروعية القرار قضائياً، لغرض إعادة النظر في القرار المعيب، وذلك بسحبه أو تعديله أو إلغائه، أو هو التماس يُقدم إلى من صدر منه القرار المشكو منه، ويطلب فيه الإدارة بدراسة قرارها ومراجعتها⁽²⁾.

وهو يعنى أن يتقدم المتضرر من القرار إلى متخذ القرار نفسه طالبا منه إعادة النظر في تصرفه وإزالة ما لحقه جرّاء هذا التصرف من إجحاف، والحصول على ما يطلبه من حق.

ويعد التظلم الولائي من أضعف أنواع التظلمات لأسباب كثيرة، أبرزها عدم توفر وصف الحيدة واجتماع صفة الخصم والحكم فيمن يتلقي التظلم وهو ما يضعف القيمة العملية للتظلم كثيراً، فالتظلم إلى مصدر القرار يمثل ثغرة كبرى في نظام التظلم؛ لاسيما في ظل الأنظمة الإدارية التي لم تستكمل بعد

(1) - عبد العليم محمد عبد العليم لعبيدي، طرق الطعن في الجزاء التأديبي، دراسة تحليلية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2020م، ص 66.

(2) - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 6، 1991م، ص

نموها القانوني والإداري السليم، فمصدر القرار التأديبي في حالات كثيرة تأخذه العزة بالإثم ويرفض إعادة النظر في قراره رغم معرفته في الغالب بالمثالب التي اتسم بها قراره⁽¹⁾.

ويؤيد الباحثان ما ذهب إليه بعض الفقه بأن التظلم إلى الجهة الرئاسية يكون أكثر نفعاً من تقديمه إلى الجهة مصدرة القرار؛ لتوافر الحيادة في هذا الجانب، كما أن التظلم الولائي أقل التظلمات فائدة في تحقيق الحماية للموظف.

ب. التظلم الرئاسي

يقصد بالتظلم الرئاسي أن يقدم التظلم إلى الرئيس الإداري للموظف الذي أصدر القرار، وذلك لأن الرئيس الإداري يتمتع بسلطة حقيقية على أعمال المرؤوسين، كما أنه هو الذي يعطي الأوامر والتعليمات، وبالتالي فإنه يستطيع تعديلها أو إلغائها⁽²⁾.

وتتضح أهمية التظلم الرئاسي بالمقارنة مع التظلم الولائي في أنه يمثل أداة رقابية على نشاط المرؤوسين، ويساعد على اكتشاف أوجه الخلل والقصور في الجهة الإدارية التي يشرف عليها الرئيس الإداري الأعلى، فضلاً عن تزايد احتمالات توافر ضمانات الحيادة والموضوعية في نظر التظلم والفصل فيه من الرئيس الإداري، وهو أمر قد لا يتوفر في التظلم الولائي، لاسيما عندما ينتصر مصدر القرار لقراره أو يأبي التراجع عنه، الأمر الذي يؤدي إلى تجاهل التظلم المقدم إلى الرئيس الإداري.

ولكن التظلم الرئاسي لا يخلو بدوره من المثالب، التي من أبرزها مجاملة الجهة الرئاسية للجهة التي أصدرت القرار التأديبي، وهو ما يعصف بالعدالة الإدارية التي يتعين أن تتحلى بها السلطات الرئاسية⁽³⁾. ويرى الباحثان أن الجهات الإدارية الرئاسية إذا كانت تتسم بالنزاهة والحيادية؛ فلا يمكن أن تقوم بمجاملة الجهة التي أصدرت القرار التأديبي.

ومما تجدر الإشارة إليه أن التظلم الإداري ينقسم من حيث أثره إلى نوعين: (وجوبي – اختياري) إلا أن المشرع الليبي لم يجعل هذا التظلم وجوبياً كما هو الحال في بعض التشريعات المقارنة؛ وإنما جعله اختياريًا، فللمتضرر من القرار أن يلجأ إليه أو أن يرفع دعوى الإلغاء أمام دوائر القضاء الإداري⁽⁴⁾.

(1) – سعد الشتيوي، المساءلة التأديبية للموظف العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008م، ص 138 وما بعدها.

(2) – محمد إبراهيم حميد السامرائي، مرجع سابق، ص 161.

(3) – سعد نواف العنزى، مرجع سابق، ص 402.

(4) – راجع في هذا الشأن: محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، مرجع سابق، ص 376.

– مفتاح خليفة عبد الحميد، النظام القانوني للتظلم الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2017م، ص 41.

ثانيا: شروط التظلم الإداري

حتى ينتج التظلم آثاره القانونية فلا بد من توافر جملة من الشروط تتمثل في الآتي⁽¹⁾:

أ. أن يقدم التظلم من صاحب الشأن أو من يقوم مقامه قانونا، أي أن يقدم التظلم من صاحب الشأن ذاته (صاحب المصلحة) والذي له مصلحة في القرار المتظلم منه، أو نائبه القانوني، والذي أثر القرار في مركزه القانوني أو مس مصلحته، ولكي يعتد بالتظلم يجب أن يكون مكتوبا تلبية لمتطلبات الإجراءات الإدارية اللاحقة عليه من حيث تسجيله وإثباته وعلاقة ذلك بقطع المدة القانونية للطعن من عدمها.

ب. يجب أن يقدم التظلم خلال المدة المقررة لرفع دعوى الإلغاء، أي خلال الستين يوما من نشر القرار أو إعلانه أو العلم اليقيني به.

ج. يجب أن يقدم التظلم الإداري إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار أو الجهة الإدارية الرئاسية التي تتبعها الجهة مصدرة القرار، وبالتالي فلا جدوى من تقديم التظلم إلى جهة أخرى ليست لها علاقة بالقرار الإداري المتظلم منه.

فالجهة الإدارية التي أصدرته أو الجهة التي ترأسها هما وحدهما من يملك إلغاء القرار المتظلم منه، ومن ثم فإن التظلم أمامهما وحدهما هو الذي ينتج أثره في قطع ميعاد دعوى الإلغاء.

د. يجب أن يكون القرار المتظلم منه قابلا للتعديل أو السحب أو الإلغاء من قبل الجهة التي أصدرته أو الجهة الرئاسية.

هـ. يجب أن يستهدف مقدم الطلب من تظلمه تعديل القرار أو سحبه أو إلغائه، ومن ثم إذا اقتصر على طلب تأجيل تنفيذ القرار أو على مجرد معرفة الأسباب التي دعت الإدارة إلى إصداره؛ فإنه لا ينتج أثره في قطع سريان ميعاد دعوى الإلغاء.

ثالثا: الآثار المترتبة على التظلم الإداري

إذا ما قُدم التظلم مستوفيا لجميع شروطه ترتب على ذلك العديد من الآثار نعرضها تباعاً:

أ. قطع الميعاد (وقف سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء)

يقصد بانقطاع سريان الميعاد هو استبعاد المدة التي انقضت من ميعاد رفع دعوى الإلغاء قبل تقديم التظلم، والبدء في احتساب ميعاد جديد كامل (ستون يوما) من تاريخ تقديم هذا التظلم، وهو اليوم الثاني لوصول التظلم إلى الجهة مصدرة القرار أو الجهة الرئاسية لها، وهو ما نصت عليه المادة 8 من

⁽¹⁾ - راجع في هذا الشأن: عطية على عطية اقويرب، مرجع سابق، ص 136_138. محمد إبراهيم حميد السامرائي،

مرجع سابق، ص 170.

القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري⁽¹⁾، وهو ما قضت به المحكمة العليا في الطعن الإداري الصادر بتاريخ 2004/02/15م بقولها: "... ذلك أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه من المقرر في روابط القانون العام يقوم مقام المطالبة القضائية في قطع التقادم أو التظلم الذي يعرضه الموظف على جهة الإدارة المختصة التابع لها للمطالبة بحقوق لديها..."⁽²⁾.

وبقطع ميعاد التقادم تسري مدة جديدة لمدة التقادم الأولى وذلك طبقاً للقواعد العامة، وينتج التظلم أثره في قطع الميعاد ولو قدم إلى جهة غير مختصة، كما أن التظلم الذي يعتد به في قطع الميعاد إذا تكرر تقديم التظلم لمرات متعددة وكانت جميع التظلمات قبل انقضاء ميعاد رفع الدعوى هو التظلم الأخير، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في حكمها الصادر بجلسة 1961/01/28م إذ تقول: "... أما إذا توالى التظلمات بحيث يقع آخرها في ميعاد الستين يوماً، فإن هذه المحكمة ترى أن لصاحب الشأن أن يتخذ من تاريخ آخر تظلم يجري به بدءاً لسريان المواعيد المقررة لكي ترد عليه جهة الإدارة ثم يبدأ ميعاد رفع الدعوى بعد ذلك؛ لأن من المسلم به أنه متى كان ميعاد رفع الدعوى مفتوحاً فإن لصاحب الشأن أن يطرق باب التظلم حتى آخر يوم فيه، ومن ثم فلا يستساغ محاسبة الطاعن في شأن المواعيد على أساس تظلمه الأول متى وقع تظلم آخر له في الميعاد"⁽³⁾.

ويؤيد الباحثان ما ذهبت إليه المحكمة العليا من اعتبار تقديم آخر تظلم داخل ميعاد رفع دعوى الإلغاء في قطع الميعاد وامتداده؛ كونه يعطى فسحة ومزيداً من الوقت للطاعن لرفع دعواه ولملمة أسانيده لرفع الدعوى، وحتى لا يفتح الباب على مصراعيه يجب أن يكون آخر تظلم داخل الميعاد؛ حفاظاً على استقرار المراكز القانونية التي تكونت، وحتى لا يكون القرار التأديبي مهدد بالإلغاء إلى ما لا نهاية.

ثانياً: إثبات علم المتضرر من القرار علماً يقينياً

يعد تقديم المتظلم لتظلمه قبل رفع الدعوى دليلاً على علمه بالقرار المطعون فيه، وإذا لم يبين المتظلم تاريخ علمه بالقرار المطعون فيه، عُد تاريخ تقديمه للتظلم هو تاريخ علمه بالقرار المطعون فيه⁽⁴⁾. وبهذا قضت المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1976/04/12م بأن التظلم يفيد حصول العلم اليقيني بالقرار التأديبي، حيث تقول: "ولئن كان العلم اليقيني بالقرار الإداري يمكن استخلاصه من أية واقعة أو قرينة تفيد حصوله أو من تظلم من أضره القرار الإداري..."⁽⁵⁾.

(1) - مفتاح خليفة عبد الحميد، النظام القانوني للتظلم الإداري، مرجع سابق، ص 94.

(2) - طعن إداري رقم 47/84 ق، أشار إليه عبد العليم محمد عبد العليم لعبيدي، مرجع سابق، ص 93.

(3) - طعن إداري رقم 7/45 ق، أشار إليه: نصر الدين مصباح القاضي، مرجع سابق، ص 747.

(4) - مفتاح خليفة عبد الحميد، النظام القانوني للتظلم الإداري، مرجع سابق، ص 95 وما بعدها.

(5) - طعن إداري رقم 15/4 ق، أشار إليه عبد العليم محمد عبد العليم لعبيدي، مرجع سابق، ص 95.

ثالثا: الفصل في التظلم بالرفض

إذا ما قُدم التظلم إلى الجهة الإدارية المختصة فلها أن ترفضه صراحة أو ضمنا، فإذا رفضت التظلم صراحة قبل انتهاء مدة الستين يوما من تقديم التظلم، فإنه يجب على المتظلم في هذه الحالة رفع دعوى الإلغاء خلال الستين يوما من تاريخ هذا الرفض الصريح⁽¹⁾. وهو ما نصت عليه المادة 8 من القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري على أنه: " ... ويعتبر في حكم قرار بالرفض فوات وقت يزيد على ستين يوما دون أن تصدر السلطات الإدارية قرارا في التظلم المقدم إليها، ويكون رفع الدعوى في هذه الحالة الأخيرة ستين يوما من انقضاء الستين يوما المذكورة "

ويعد تعديل القرار هو استجابة جزئية لطلب المتظلم والذي غالبا ما ينصب على العقوبة التأديبية بتخفيفها، أما سحب القرار فهو استجابة كلية لطلبات المتظلم، وسحب القرار الإداري نظيرا للإلغاء القضائي، فكلاهما جزءا لمخالفة مبدأ المشروعية الذي يؤدي إلى إنهاء القرار بأثر رجعي اعتبارا من تاريخ صدوره⁽²⁾.

المطلب الثاني: الطعن القضائي

يعد الطعن القضائي وسيلة مكملة للتظلم الإداري؛ بغية تحقيق حماية أفضل للموظفين، نظرا لما يتمتع به القضاء من تخصص وحيادة ونزاهة لا يرقى إليها الشك، فبالإضافة إلى الضمانات الإدارية فإن هناك ضمانات أخرى تكفل النقص وأوجه القصور، وتمثل هذه الضمانات في فرض الرقابة القضائية إلغاء أو تعويضا على القرارات التأديبية⁽³⁾.

وتمثل الرقابة القضائية على القرار التأديبي الضمانة الأخيرة والملاذ الأخير بالنسبة للموظف عندما لا تسعفه الضمانات الأخرى في تحقيق ما يصبو إليه من إلغاء العقوبة التأديبية الصادرة بحقه⁽⁴⁾.

فحق الطعن القضائي من أهم ضمانات الموظف في مواجهة سلطة التأديب عندما تتجاهل مراعاة سير العدالة والمبادئ والضمانات المقررة له وتصدر قراراتها بتعسف، فيكون له الحق في التقاضي.

فالطعن القضائي هو إسناد مهمة الرقابة على أعمال الإدارة إلى القضاء، فالغرض من الرقابة القضائية هو حماية الأفراد، حيث لم يكتفي القضاء الإداري برقابته على مشروعية الجزاء التأديبي الموقع على الموظف، أو الحكم بالتعويض عن الضرر الذي يصيب الأفراد من جراء سير المرافق العامة أو بفعل

(1) - محمد ماجد ياقوت، شرح الإجراءات التأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م، ص 789.

(2) - المرجع السابق، ص 789.

(3) - أحمد الفارسي، التأديب في مجال الوظيفة العامة المدنية والعسكرية في الكويت، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة

28، ديسمبر 2004م، ص 165 وما بعدها.

(4) - سعد الشتيوي، مرجع سابق، ص 156.

العاملين فيها، وإنما راح يراقب مدى ملاءمة القرار التأديبي للوقائع المنسوبة للموظف وفي هذا قضت المحكمة العليا بتاريخ 1986/06/22م بالآتي: "... ولما كان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن تقدير العقوبة أمر تقديري للسلطة التأديبية، يراعى في تقديرها جسامة المخالفة والآثار المترتبة عليها، بما يكون فيه زجر للموظف، وعظة لغيره، في حدود العقوبات المقررة قانوناً، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة؛ شأنها شأن أي سلطة تقديرية أخرى، لا يشوب استعمالها غلو، يؤدي إلى عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، مما يخالف روح القانون والحكمة التي توخاها المشرع من العقاب التأديبي، فيخرج بذلك تقدير العقوبة من نطاق المشروعية، إلى نطاق عدم المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة القضاء الإداري" (1).

فالقضاء يعد من أكثر الأجهزة القادرة على حماية المشروعية والدفاع عن الحقوق والحريات إذا ما توافرت له الضمانات الضرورية التي تكفل له الإستقلال في أداء وظيفته، وللوصول إلى تلك الغاية لا بد من توافر جملة من الشروط إذا ما تخلف أحدها يكون سبباً لعدم قبول الطعن بالإلغاء من الناحية الشكلية، وهذه الشروط أوردها المشرع بعد أن حدد الاختصاص في الطعن للقضاء الإداري في القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري، حيث نصت المادة الثانية منه على أنه: "تختص دائرة القضاء الإداري دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية 3_ الطلبات التي يقدمها الموظفون العامون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية"، أما الفقرة الأخيرة من هذه المادة قد نصت على أنه: "يشترط لقبول الطلبات التي يقدمها الموظفون العامون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة".

يفهم مما سبق أن المشرع قد حدد صراحة في قانون إنشاء القضاء الإداري جهة الاختصاص للطعن على القرارات التأديبية النهائية؛ وهي دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف، وهذا ما لم نجد في اللائحة التنفيذية للقانون رقم 12 لسنة 2010م بشأن تنظيم علاقات العمل التي نصت في المادة 2/147 على أنه: "لا يجوز الطعن فيه إلا أمام المحكمة المختصة"، بينما نجد في القانون رقم 11 لسنة 1425هـ بشأن إعادة تنظيم الرقابة الشعبية فيما يتعلق بالمجلس التأديبي للمخالفات المالية قد خرج عن هذا التحديد، حيث نصت المادة 74 منه على: "..... ويكون قرار المجلس نهائياً ولا يجوز الطعن فيه إلا أمام المحكمة العليا".

(1) - حكم المحكمة العليا بتاريخ 1986/6/22م، طعن إداري رقم 31/99 ق، م.م.ع، السنة الرابعة والعشرون، العددان الثالث والرابع، ص 34، مشار إليه في مؤلف: حمد محمد حمد الشلماني، ضمانات التأديب في الوظيفة العامة، دار المطبوعات الجامعية، 2014م، ص 231.

وبهذا أصبحت الجهة المختصة في نظر الطعن بالإلغاء في القرار التأديبي الصادر عن المجلس التأديبي للمخالفات المالية هي المحكمة العليا بدلا من دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف. إلا أنه بصدور قانون رقم 20 لسنة 2013م بإنشاء هيئة الرقابة الإدارية عادت الأمور إلى نصابها، حيث نصت المادة 46 منه على: "... ويكون قرار المجلس نهائيا ولا يجوز الطعن فيه إلا أمام القضاء الإداري".

يستفاد مما تقدم أن المشرع قد استقر في تحديده للجهة المختصة بنظر الطعون بالإلغاء في القرارات التأديبية هي دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف كمحاكم درجة أولى والطعن عليها بالنقض أمام الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا.

وهذا يتوافق مع الغرض الذي أنشئت من أجله دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف والمتمثل في تقريب القاضي الإداري من المواطنين، وفي تعدد درجات التقاضي بالنسبة للمنازعات الإدارية، وهذا يعد ضمانا جديدة تكفل حقوق الأفراد لم تكن متوفرة قبل صدور القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري⁽¹⁾.

ويعتبر الطعن بإلغاء القرار التأديبي من الوسائل المهمة لحماية مبدأ المشروعية وضمانة أساسية لحماية الموظف من أخطاء السلطة التأديبية وتعسفها، إلا أن لهذا الطعن شروطا ينبغي احترامها لضمان قبول الطعن وعدم رده، ومن هذه الشروط أن يكون لرافعها مصلحة في رفعها، وأن يقوم بذلك في المواعيد المقررة قانونا وأن تتوافر أوجه وأسباب الطعن بإلغاء القرار التأديبي⁽²⁾.

وعلى هذا فإذا ما توافرت الشروط سالفة الذكر وقبلت الدعوى من قبل المحكمة المختصة وأصدرت حكمها بإلغاء القرار التأديبي لأي سبب من الأسباب التي توجب إلغاؤه، ترتب على هذا الحكم زوال كافة آثاره بأثر رجعي من تاريخ صدوره واعتباره كأن لم يكن، واقتضاء الموظف ما يكون قد فقده من حقوق مالية ووظيفية جراء ذلك القرار المحكوم بإلغائه قضائيا، مع عدم الإخلال بحقه في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر⁽³⁾.

(1) - لمزيد من التفصيل راجع: محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، مرجع سابق، ص 38 وما بعدها. وكذلك: خليفة على الجبراني، القضاء الإداري الليبي، مركز سيما للطباعة والإعلان، طرابلس، 2004م، ص 116.

(2) - راجع في ذلك: نواف كنعان، النظام التأديبي في الوظيفة العامة، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2008م، ص 264. وكذلك: نبيل سالم فرحات، أثر زوال المصلحة على السير في دعوى الإلغاء، مجلة كلية الشريعة والقانون، الجامعة الأسمرية الإسلامية، زليتن، ليبيا، العدد الثاني، 2018م، ص 281.

(3) - خليفة سالم الجهمي، المسؤولية التأديبية للموظف العام عن المخالفات المالية في القانون الليبي، منشورات جامعة بنغازي، الطبعة 1، 1997م، ص 490.

الخاتمة

لما كانت خاتمة البحث هي إيجاز لما انتهت إليه الدراسة من نتائج وتوصيات، فإنه من الملائم أن نتعرض فيما يلي إلى أهم نتائج وتوصيات هذا البحث:

أولاً: النتائج

- أوجب المشرع في تشريعاته المتعددة إحاطة النظام التأديبي بمجموعة من الضمانات التأديبية، وهذه الضمانات منها ما هو سابق على تطبيق الجزاء ومنها ما هو معاصر لتوقيعه ومنها ما هو لاحق على توقيعه.
- إن الضمانات التأديبية تعتبر ركيزة مهمة وجوهرية في نطاق التأديب بالنسبة للموظف المتهم الذي يهمله في المقام الأول أن يثبت براءته مما أسند إليه عن طريق مواجهته بالتهمة المنسوبة إليه، وتمكينه من ممارسة حق الدفاع أمام جهة تتسم بالحياد والنزاهة، فإن ثبت بحقه الاتهام واتجهت السلطة التأديبية لإيقاع الجزاء عليه، فيجب عليها مراعاة مجموعة من الضوابط كحق الموظف في الدفاع عن نفسه ومواجهته بالتهمة المنسوبة إليه ومناقشة شهود الإثبات، وأن تكون هناك مخالفة من جانب الموظف ترتقي إلي مستوى الجريمة التأديبية، كما ينبغي أخيراً أن تبغى الإدارة من إصدار القرار بفرض العقوبة ضمان حسن سير المرفق والعمل فيه بانتظام واطراد، فلا تقصد الإساءة إلى الموظف أو الانتقام منه بل إصلاحه لكي يكون عنصراً نافعا في المرفق العام.
- لقد حقق مبدأ شرعية العقوبة التأديبية قدراً كبيراً من الحماية للموظف من خلال حصر الجزاءات التأديبية وعدم جواز عقاب الموظف إلا بإحدى العقوبات المنصوص عليها، فالقضاء وإن كان يسلم كأصل عام بجرية سلطة التأديب في تقدير خطورة الذنب وما يناسبه من جزاء؛ إلا أنه لا يتردد في إلغاء الجزاء لعدم الملائمة بين الجريمة والجزاء.
- إن التزام السلطة التأديبية بتسبيب القرارات والأحكام التأديبية يضمن عدم استبدادها عند ممارسة سلطاتها، ويجول دون تعسفها في استعمالها، ويساعد في اقتناع الموظف المتهم بالجزاء في القرار التأديبي.
- تعتبر الضمانات اللاحقة لفرض العقوبة، المتمثلة في (التظلم الإداري-الطعن القضائي)، من أهم الضمانات للموظف العام في مواجهة سلطات التأديب، حيث تبدو ممكنة التظلم الإداري في إنهاء المنازعات في مراحلها الأولى إذا رأت الإدارة أن المتظلم على حق في تظلمه، أما عن الطعن القضائي وما يتصف به القضاء من حيادية ونزاهة ومعرفة تخصصية في مسائل المنازعات من شأنه أن ينظر نظرة عادلة وفاحصة إلى قرار فرض الجزاء التأديبي.

ثانيا: التوصيات

- نأمل من المشرع أن يكون أكثر عدالة من خلال استبعاد الجزاءات المالية من قائمة الجزاءات التي يجوز للسلطة التأديبية توقيعها على الموظف؛ لكونها تمتد إلى أسرة الموظف وتعرضهم إلى ضغوط معيشية صعبة.
- نوصي المشرع الليبي أن يحدو حدو نظرائه في بعض الدول في الأخذ بالنظام القضائي للتأديب لما له من حيده ونزاهة وضمانة حقيقية للموظف.
- نوصي المشرع بالنص على الربط بين المخالفات والجزاءات (أي تحديد الجزاء للمخالفة كالقانون الجنائي) حتى تنجح الغاية المرجوة من تحديد الجزاء.
- نأمل من الإدارات العامة الاهتمام بنشر الثقافة القانونية بزيادة الوعي القانوني لدى الموظفين، بما كفله المشرع لهم من حقوق ومزايا، وما أقر لهم من ضمانات في مواجهة سلطة التأديب.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

1. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2001م.
2. أسامة أحمد محمود مبارك، الضمانات التأديبية للموظف العام وتطبيقاتها القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019م.
3. حمد محمد حمد الشلماني، ضمانات التأديب في الوظيفة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2014م.
4. خليفة سالم الجهمي، المسؤولية التأديبية للموظف العام عن المخالفات المالية في القانون الليبي، منشورات جامعة بنغازي، ط 1، 1997.
5. خليفة علي الجبراني، القضاء الإداري الليبي، مركز سيما للطباعة والإعلان، طرابلس، 2004م.
6. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م.
7. سعد الشتيوي، المساءلة التأديبية للموظف العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008م.
8. سعد نواف العنزي، الضمانات الإجرائية في التأديب، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007م.
9. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول والثاني، (قضاء الإلغاء وقضاء التأديب)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986م.
10. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، طبعة 6، 1991م.
11. عبد العليم محمد عبد العليم لعبيدي، طرق الطعن في الجزاء التأديبي، دراسة تحليلية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2020م.
12. عبد الوهاب البنداري، طرق الطعن في العقوبات التأديبية إدارياً وقضائياً، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر.
13. محمد إبراهيم الدسوقي علي، الجزاء التأديبي وطرق الطعن فيه، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2019م.
14. محمد إبراهيم حميد السامرائي، الضمانات التأديبية للموظف العام، مكتبة الوفاء

- القانونية، الإسكندرية، ط1، 2017م.
15. محمد أحمد عبد الإله محمد، الرابطة الوظيفية بين قيامها وانقضائها (الموظف العام)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2013م.
16. محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، المكتبة الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الزاوية، 2019م.
17. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، المكتبة الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الزاوية، ط6، 2019م.
18. محمد عبد الله الفلاح، أحكام القضاء الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2017م.
19. محمد ماجد ياقوت، الطعن على الإجراءات التأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000م.
20. محمد ماجد ياقوت، شرح الإجراءات التأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م.
21. محمد ماجد ياقوت، شرح القانون التأديبي للوظيفة العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م.
22. مفتاح خليفة عبد الحميد، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2020م.
23. مفتاح خليفة عبد الحميد، النظام القانوني للتظلم الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2017.
24. نصر الدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في القانون الليبي، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، 2002م.
25. نواف كنعان، النظام التأديبي في الوظيفة العامة، مكتبة الجامعة، الشارقة، الإمارات، 2008م.
- ثانياً: الرسائل العلمية:
1. خليفة علي الجبراني، العقوبات التأديبية للموظفين في التشريع الليبي والمغربي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب، غير منشورة، سنة 1999م.
2. ضامن حسين العبيدي، الضمانات التأديبية للموظف العام في العراق، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1991م.

3. عبد الباسط على أبو العز، حق الدفاع وضمانات المحال للمحاكمة التأديبية في القانون الإداري وقانون المرافعات المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2004م.
4. عبد الفتاح عبد البر، الضمانات التأديبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1978م، غير منشورة.
5. عطية علي عطية قويرب، النظام التأديبي للموظف العام في التشريع الليبي، رسالة ماجستير، غير منشورة، الأكاديمية الليبية فرع بنغازي، 2012م.
ثالثا: البحوث العلمية:
1. أحمد الفارسي، التأديب في مجال الوظيفة العامة المدنية والعسكرية في الكويت، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الرابع، السنة 28، ديسمبر 2004م.
2. نبيل سالم فرحات، أثر زوال المصلحة على السير في دعوى الإلغاء، مجلة كلية الشريعة والقانون، الجامعة الأسمرية الإسلامية، زيتن، ليبيا، العدد الثاني، 2018م.